

หน้าที่สุจริตของผู้ขายในกฎหมายต่างประเทศ

หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กฎหมายทุกประเทศยอมรับว่าเป็นกฎหมายยุติธรรม มีความสำคัญเป็นพื้นฐานของกฎหมายในทุกๆ เรื่อง มีการพัฒนาหลักสุจริตมายาวนานตั้งแต่ในอดีตเริ่มตั้งแต่สมัยโรมันจนถึงปัจจุบัน แต่หลักสุจริตนี้มีลักษณะเป็นนามธรรม เพราะมีการบัญญัติหลักเอาไว้อย่างกว้างๆ โดยการใช้หลักสุจริตต้องอาศัยการตีความเพื่อสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นไปตามข้อเท็จจริง ดังนั้นจึงทำให้กฎหมายของแต่ละประเทศมีแนวทางการใช้หลักสุจริตที่แตกต่างกันออกไป ตามพื้นฐานของระบบกฎหมาย ประวัติศาสตร์ สังคม วัฒนธรรม ในแต่ละประเทศ ในบทนี้จึงจะการศึกษาถึงหลักเกณฑ์การใช้หลักสุจริตในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะในเรื่องการนำหลักสุจริตมากำหนดหน้าที่ของผู้ขายตามสัญญาซื้อขาย ว่าในแต่ละประเทศมีการนำหลักสุจริตมาใช้ด้วยหลักเกณฑ์เช่นไร เพื่อใช้พิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในกฎหมายไทยที่มีอยู่ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการพัฒนาหลักหน้าที่สุจริตของผู้ขายในกฎหมายไทยต่อไป ซึ่งในการศึกษาจะแยกทำการศึกษาลหลักสุจริตไปตามระบบกฎหมายที่สำคัญ โดยจะแยกศึกษาการใช้หลักสุจริตในการกำหนดหน้าที่ของผู้ขายทั้งในระบบกฎหมายแบบ Civil Law และ ระบบกฎหมายแบบ Common Law

1. ระบบกฎหมาย Civil Law

ระบบกฎหมายแบบ Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่มีการบัญญัติกฎหมายเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย ในการศึกษาหลักเรื่องหน้าที่สุจริตของผู้ขายในระบบกฎหมาย Civil Law นี้ จะมุ่งศึกษาลหลักกฎหมายในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสเป็นหลัก ว่าในแต่ละประเทศมีการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องหลักสุจริตเป็นเช่นไร และมีการนำหลักสุจริตมาใช้ในการกำหนดหน้าที่ของผู้ขายในสัญญาซื้อขายอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายของทั้งสองประเทศนี้เป็นต้นแบบที่สำคัญในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังนั้นการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้

จึงเป็นประโยชน์ที่จะใช้เป็นแนวทางในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายสำหรับประเทศไทยต่อไปได้

1.1 ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมัน เป็นประเทศที่มีการพัฒนาใช้หลักสุจริตเป็นอย่างมาก โดยได้รับอิทธิพลแนวความคิดในเรื่องหลักสุจริตมาจากกฎหมายโรมัน มีการกำหนดหลักเกณฑ์มากมายในการใช้หลักสุจริตเพื่อสร้างความยุติธรรมให้เกิดแก่สังคม รวมถึงการนำหลักสุจริตมาใช้กำหนดหน้าที่ของผู้ขายให้ต้องปฏิบัติในเรื่องต่างๆต่อผู้ซื้อด้วย ในการศึกษาถึงกฎหมายของประเทศเยอรมัน จะเริ่มศึกษาถึงหน้าที่ของผู้ขายตามกฎหมายแพ่งว่ามีหน้าที่เช่นไร แล้วจึงศึกษาถึงหลักเกณฑ์การใช้หลักสุจริตในประเทศเยอรมัน จากนั้นจะทำการพิจารณาถึงการนำหลักสุจริตมากำหนดหน้าที่ของผู้ขายในสัญญาซื้อขายว่ามียังไงบ้าง

1.1.1 หน้าที่ของผู้ขายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน BGB¹ มาตรา 433 กำหนดว่า

“ (1) โดยอำนาจแห่งสัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบสินค้า และโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ให้แก่ผู้ซื้อ โดยที่ทรัพย์สินนั้นต้องไม่ชำรุดบกพร่องและไม่ถูกรอนสิทธิ

(2) ผู้ซื้อ มีหน้าที่ชำระราคา และรับมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย”

พิจารณาได้ว่า กฎหมายของประเทศเยอรมัน ได้กำหนดหน้าที่หลักของทางด้านผู้ขายเพียงการส่งมอบทรัพย์สินและโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ซื้อขายกันเท่านั้น แต่โดยความจริงทางประวัติศาสตร์และการพัฒนาการใช้กฎหมายแล้ว สัญญาซื้อขายนั้นก่อให้เกิดขึ้นซึ่งหน้าที่เพิ่มเติมข้างเคียงขึ้นมามากมาย (Nebenpflichten) ซึ่งหน้าที่เหล่านี้มาจากประมวลกฎหมายแพ่งทั้งจากส่วนในเรื่องของสัญญา และในส่วนของบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องหลักสุจริต ในที่นี้จะมุ่งศึกษากรณีที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ตามหลักสุจริตในกฎหมายของประเทศเยอรมัน ซึ่งอาจพูดได้ว่า หลักเรื่องความสุจริตเริ่มมีบทบาทสำคัญที่เข้ามาเพิ่มหน้าที่ในกฎหมายซื้อขายของเยอรมัน ทำให้เกิดหน้าที่

¹ แก้ไขเมื่อเดือน มกราคม ค.ศ. 2002.

หลักทางจริยธรรมและหน้าที่ตามกฎหมายให้เพิ่มขึ้น พัฒนาขยายสิทธิและหน้าที่ในสัญญาซื้อขายออกไปจากเดิม²

1.1.2 รากฐานความคิดหลักสุจริตในประเทศเยอรมัน

หน้าที่ที่จะต้องเคารพหลักสุรตินั้นในภาษาเยอรมันคือ "หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ" (True and Gläuben) หน้าที่นี้เกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อตอนต้นของสมัยโรมัน ที่กำหนดให้ต้องเคารพหลักสุจริตในธุรกรรมทางการค้า ต่อมาหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักสุจริตที่มีอยู่ในสัญญานั้นปรากฏชัดเจนอีกครั้งในศตวรรษที่ 11 และ 12 ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายโรมัน และปัจจุบันนี้กำลังขยายไปยังประมวลกฎหมายอื่นในหลายๆประเทศ โดยเฉพาะในประเทศเยอรมันที่หลักสุจริตได้รับความสนใจเป็นอย่างมาก ทฤษฎีความรับผิดชอบตามสัญญามากมายได้เกิดขึ้นบนฐานของหลักสุจริต ซึ่งอยู่ในมาตรา 242 อันเป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริต ใน BGB ที่บัญญัติว่า "ลูกหนี้มีหน้าที่ชำระหนี้ด้วยความสุจริต โดยคำนึงถึงปกติประเพณี" ซึ่งใน มาตรา 242 นี้บัญญัติแต่เพียงในฝ่ายลูกหนี้ว่ามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักสุจริต จึงเกิดเป็นคำถามขึ้นมาในหมู่ผู้ใช้กฎหมายว่า ลูกหนี้ นั้นจะมีสิทธิเรียกร้องการได้รับการปฏิบัติตามหลักสุจริต เช่นเดียวกันนี้จากเจ้าหนี้ของตนด้วยได้หรือไม่ ซึ่งต่อมาเพื่อแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมต่างๆที่เกิดขึ้น ในเรื่องนี้ศาลจึงได้ยึดถือเป็นหลักต่อมาว่า เจ้าหนี้ นั้นก็ต้องมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติโดยเคารพหลักสุจริตด้วยเช่นเดียวกัน โดยถือว่าความสุจริตนั้นควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหนี้ เป็นการใช้กฎหมายด้วยการตีความโดยผู้พิพากษา เพื่อสามารถใช้หลักสุจริตกับคู่กรณีได้ทุกฝ่าย

นอกจากมาตรา 242 แล้ว ศาลเยอรมันยังอาศัย มาตรา 157 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งบัญญัติว่า "สัญญานั้นต้องตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิจารณาถึงปกติประเพณีด้วย" ³ มาใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่ตามหลักสุจริต อีกด้วย

เดิม หลักสุจริต (ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ) บัญญัติอยู่ใน บรรพ 2 เรื่องนี้ อยู่ในมาตรา 242 ใน BGB ใช้เฉพาะในกฎหมายลักษณะนี้ แต่ต่อมาวางการนิติศาสตร์และศาลในประเทศเยอรมัน เห็นพ้องต้องกันว่าหลักสุรตินี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป มีอำนาจอยู่เหนือ

² Peter De Cruz, Comparative law in a changing world, (London : Cavendish Publishing Limited, 1995), p. 403.

³ ซึ่งหลักการในมาตรานี้ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยใน มาตรา 368 เช่นเดียวกัน

กฎหมายทั้งระบบ และได้กลายเป็นส่วนสำคัญรวมเป็นปัจจัยของวัฒนธรรมทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักสุจริตมีผลเป็นหลักการสำคัญในการปฏิบัติต่างตอบแทนกันในเรื่องความ เชื่อถือได้ไว้วางใจ ที่ซึ่งจะต้องให้ต่อความต้องการหรือผลประโยชน์ของคนอื่น ดังนั้นจึงมีความคิดกันว่าควรจะให้หลักสุจริตกับกฎหมายเอกชนได้ทุกเรื่อง ต่อมาหลักนี้ได้ถูกนำมาใช้ในคดีทางกฎหมาย มหาชนอีกด้วยว่าความสัมพันธ์ในระหว่างรัฐกับเอกชนนั้นก็ต้องตั้งอยู่บนความสุจริต เช่นเดียวกัน อีกทั้งได้มีการบัญญัติหลักสุจริตเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมันด้วย ดังนั้นศาล เยอรมันจึงต้องคำนึงอยู่เสมอว่าบุคคลพึงได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ นั่นคือได้รับความ คุ้มครองจากหลักสุจริตด้วยนั่นเอง

บทบัญญัติในเรื่องหลักสุจริตนี้ถือเป็นกฎหมายทางจริยธรรม (principle of legal ethics) อันเป็นพื้นฐานของกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งระบบ⁴ คู่สัญญาจะถูกควบคุมให้ มีการปฏิบัติชำระหนี้ต่อกันโดยสุจริต เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาที่ แท้จริง ซึ่งหลักสุจริตนี้มีบทบาทสำคัญมากในกฎหมายเยอรมัน ศาลจะใช้หลักสุจริตในกรณีที่ไม่มี กฎหมายบัญญัติครอบคลุมเรื่องนั้นๆเอาไว้ และใช้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติ แต่ด้วยข้อเท็จจริง เฉพาะเรื่องนั้นๆแล้วการปฏิบัติตามกฎหมายไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม

ซึ่งการใช้หลักสุจริตมีการอธิบายใน 4 แนวทาง คือ

(1) ใช้เพื่อเสริมให้กฎหมายหรือสัญญาสมบูรณ์ขึ้น เช่น หน้าที่ของคู่สัญญา หรือของ เจ้าหนี้ ลูกหนี้ที่มีต่อกัน แม้ในกฎหมายหรือในสัญญาไม่ได้กำหนดหน้าที่นั้นไว้ แต่ศาลก็ตีความว่า มีหน้าที่ชนิดที่เรียกว่า “หน้าที่ข้างเคียง” (Nebenpflicht)

(2) ใช้ปรุงแต่งเรื่องให้สอดคล้องกับสถานะการณ์ใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป

(3) ใช้เพื่อต่อสู้ขัดขวางการกระทำอันไม่ชอบมาพากล (Unredlich) เช่น เรื่องการใช้ สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นหรือการกระทำที่ขัดแย้งกับการประพฤติปฏิบัติ ของตนที่ได้กระทำไว้⁵ (Venire Contra Fetiim Proprium) หลักสุภาษิตนี้มีลักษณะคล้ายกับ เรื่องกฎหมายปิดปากในกฎหมายอังกฤษ (Estoppel) นั่นเอง

⁴ Cohn, E.J., Manual of German Law Volume I : General Introduction Civil and Commercial Law , 2nd edition, (London : Ocean Publications, Inc.) , p. 97.

⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์ , “หลักความสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์สุจริตและไว้วางใจ”, อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพรองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, (2526).

(4)ใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย แนวความคิดของหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจจะเป็นสิ่งช่วยให้เกิดความชัดเจนและพัฒนาความหมายหรือถ้อยคำต่างๆ ที่ไม่มีบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเพื่อให้สามารถปรับใช้กับสถานการณ์และปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่ได้ กล่าวคือ หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ เป็นพื้นฐานของการแก้ไขเยียวยาเรื่องใหม่ที่เกิดขึ้นโดยที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้โดยประมวลกฎหมายเยอรมัน

1.1.3 ลักษณะของหน้าที่สุจริตของผู้ขายในกฎหมายเยอรมัน

เนื่องจากในประเทศเยอรมันกล่าวว่าจะมีการใช้หลักสุจริตอย่างไม่เป็นเอกภาพ และมิได้ใช้หลักสุจริตเพื่อสร้างคามยุติธรรมอย่างแท้จริงตามเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนี้ จึงได้มีการจำแนก การใช้หลักสุจริตตามประสบการณ์ที่ผ่านมาเป็นลักษณะต่างๆ คือ

1.1.3.1 หน้าที่สุจริตก่อนหรือในขณะสัญญา

ปกติแล้วคู่สัญญานั้นจะมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันต่อเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น แต่ในประเทศเยอรมันให้มีความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ขายนั้นมีหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินและโอนกรรมสิทธิ์เพียงเท่านั้น แต่ในประเทศเยอรมันพิจารณาว่าผู้ขายนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลผู้ซื้อให้ได้รับความปลอดภัยด้วยในการเลือกซื้อสินค้า และผู้ขายยังมีความรับผิดชอบอื่นในขณะเจรจาเข้าทำสัญญากันได้ด้วย เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่แม้ยังไม่มีสัญญาจริงๆ เกิดขึ้นก็ตาม เนื่องจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบก่อนสัญญาเอาไว้ ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาที่บทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกิดขึ้นได้ ศาลสูง⁶จึงปรับใช้หลักสุจริต อันเป็นหลักที่ครอบคลุมเนื้อหาทั้งหมดในเรื่องสัญญา⁷ ดังนั้นปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่า หลักสุจริตนั้นถูก

⁶ Zimmermann R., The Law of Obligation : Roman Foundation of Civilian Tradition, (Johannesbeurg : Jura & Co., Ltd, 1992) , p. 245.

⁷ Friedrich Kessler and Edith Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of contract : A comparative Study, " Harvard Law Review vol. 77(January 1964), pp. 403-404. ; Nicholas Barry., The French Law of Contract, 2nd edition (London : Butterworth, 1992) , p.69.

นำเอามาปรับใช้ในฐานะที่เป็นหลักทั่วไปในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา⁸ เป็นการเอาหลักสุจริตมาใช้ให้เกิดความเป็นธรรม

ศาลเยอรมันได้วางแนวการตัดสินคดีเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ดังนี้

(1) ความรับผิดอันเนื่องมาจากหน้าที่ในการคุ้มครองชีวิตร่างกายและทรัพย์สินก่อนสัญญา

ความรับผิดอันเนื่องมาจากหน้าที่ในการคุ้มครองชีวิตร่างกายและทรัพย์สินก่อนสัญญา เป็นกรณีที่มีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ขายมีหน้าที่ในการคุ้มครองชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน ของคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งมีความใกล้เคียงกับกฎหมายละเมิด แต่บางครั้งไม่อาจปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายละเมิดได้

เช่น คดี linoleumfall ในปี 1911⁹ ลูกจ้างในร้านขายพรมน้ำมันแห่งหนึ่งไม่ระมัดระวัง ทำพรมน้ำมันสองม้วนตกลงมาโดนลูกค้าที่กำลังเดินดูสินค้าอยู่ได้รับบาดเจ็บ แต่เนื่องจาก บทบัญญัติในกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 วรรค 1 บัญญัติให้นายจ้างมีความรับผิดต่อเมื่อถูกพิสูจน์ว่ามีได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกลูกจ้างและในการดูแล ดังนั้นเมื่อเจ้าของร้านพิสูจน์ได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรแล้ว จึงหลุดพ้นความรับผิด แต่ศาลสูงเยอรมันตัดสินให้เจ้าของร้านต้องรับผิดโดยเหตุผลว่า ได้มีนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เตรียมเข้าทำสัญญากันเกิดหนี้ในทางกฎหมายที่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายมีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวังอันสมควรสำหรับความปลอดภัยในสุขภาพและทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่กำลังพิจารณาสินค้าอยู่ ผู้ขายมีหน้าที่ดูแลความปลอดภัยทั้งในสินค้าที่ซื้อและความปลอดภัยของตัวเองซื้อ ในช่วงระยะเวลาที่ตกลงทำการซื้อขายกัน ผู้ขายมีหน้าที่จะต้องระมัดระวังความปลอดภัยให้แก่ผู้ซื้อตามหลักสุจริต เมื่อตนประกอบอาชีพเช่นนี้ก็จะต้องมีความระมัดระวังมากขึ้นมาจากปกติ อีกระดับหนึ่ง แม้สัญญายังไม่เกิดแต่เป็นเหตุการณ์ใกล้เคียงกับเวลาที่สัญญาจะเกิดมากแล้ว เช่นนี้ ผู้ขายจึงต้องมีความรับผิด เป็นความรับผิดก่อนสัญญา

⁸ จำปี โสติพันธ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), น. 73.

⁹ Friedrich Kessler and Edith Fine, *supra* note 7, p. 404 ; Cohn E.J., *supra* note 4, p.123.

(2) ความรับผิดอันเนื่องจากการฝ่าฝืนหลักสุจริตก่อนสัญญา

ศาลเยอรมันได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ก่อนสัญญาให้เหมาะสมกับสถานการณ์ โดยให้ความรับผิดหากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ในการเจรจาหรือการตกลงโดยสุจริต ซึ่งสามารถแยกได้เป็นสองกรณี

(ก) ความรับผิดจากการเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเมื่อการเจรจาได้ดำเนินมาถึงขั้นที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเชื่อแน่ว่าสัญญาจะเกิดอย่างแน่นอนแล้ว

(ข) ความรับผิดจากการงดเว้นไม่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงบางประการ หรือแสดงออกให้เข้าใจข้อเท็จจริงผิดโดยที่อีกฝ่ายไม่สามารถหาข้อมูลที่สำคัญเหล่านั้นได้เอง

(3) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการที่สัญญาไม่เกิดหรือไม่สมบูรณ์

กฎหมายเยอรมันกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ความรับผิด แม้บางครั้งสัญญาไม่เกิดหรือไม่สมบูรณ์ ซึ่งมีตัวอย่างของกรณีที่สัญญาไม่เกิด เช่น ผู้เสนอผูกพันในการติดต่อธุรกิจในเวลาว่าง แต่ผู้รับคำเสนอไม่สามารถติดต่อผู้เสนอเพื่อที่จะสนองให้ได้ทันเวลา ศาลเยอรมันตัดสินว่าคำเสนอดังกล่าวแต่กระนั้นก็ตาม ผู้เสนอยังคงต้องรับผิดแบบในความเสียหายแบบ reliance damage บนพื้นฐานหลักความรับผิดก่อนสัญญา แต่เนื่องจากผู้รับคำเสนอควรที่จะหลีกเลี่ยงเหตุการณ์ดังกล่าวได้หากใช้ความระมัดระวังอันสมควร ศาลจึงให้ผู้ทำคำเสนอชดเชยค่าเสียหายเพียงครึ่งเดียว¹⁰

ตัวอย่างของกรณีสัญญาไม่สมบูรณ์ เช่น คู่กรณีได้ตกลงกันเรียบร้อยแล้วด้วยปากเปล่า หรืออาจมีการแลกเปลี่ยนบันทึกความจำของข้อตกลง แต่เนื่องจากสัญญาที่ทำการจะต้องทำตามแบบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ผู้ขายปฏิเสธที่จะลงนามในเอกสารที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดเตรียม ทั้งที่ได้ให้ความมั่นใจแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายไปแล้วว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นสมบูรณ์ เห็นได้ว่า ผู้ขายต้องรับผิดบนพื้นฐานหลักความรับผิดก่อนสัญญา ศาลจะสั่งให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแม้สัญญาจะไม่มีผลสมบูรณ์ก็ตาม¹¹

1.1.3.2 หน้าที่ปฏิบัติเพื่อให้ผู้ซื้อได้รับประโยชน์ตามความมุ่งหมายของสัญญา

เป็นกรณีที่มิสัญญาเกิดขึ้นแล้วมีผลบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา แต่ในบางครั้งสัญญาไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ข้อความมีความคลุมเครือ หรือไม่ได้มีการตกลงกันในเรื่องบางเรื่องเอาไว้ในสัญญา จึงต้องใช้หลักสุจริตเข้ามาพิจารณาให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา

¹⁰ จำปี โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8 , น. 85.

¹¹ เพิ่งอ้าง ,น. 85.

(1) หน้าที่ตามสัญญา

คือการเอาหลักสุจริตมาใช้เฉพาะกับกรณีที่สัญญาไม่มีความชัดเจน หรือมิได้มีการเขียนทำความเข้าใจในเรื่องนั้นๆ เอาไว้ในสัญญา ซึ่งหลักที่ใช้ในการพิจารณานั้นจะดูว่าในเวลาที่มีการเจรจาต่อรองเข้าทำสัญญากันนั้น ถ้าหากคู่สัญญาได้รู้ว่าจะเกิดเหตุการณ์ที่มีปัญหากันในภายหลังเช่นนี้ในอนาคตข้างหน้าแล้ว คู่สัญญาจะได้ตกลงถึงการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างไร เพราะเชื่อว่าบุคคลที่เข้าตกลงทำสัญญากันนั้น เชื่อถือในความสุจริตของอีกฝ่ายหนึ่ง และมีความเชื่อกันว่าสัญญานั้นแม้ว่าจะร่างกันให้ดีที่สุดยิ่งงี้ก็ตาม แต่สุดท้ายก็ยังคงจะมีช่องว่างในสัญญานั้นๆ อยู่ดี ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาขึ้นจึงต้องดูว่าคู่สัญญาจะอุดช่องว่างของปัญหานั้นเช่นไร

ตัวอย่างแรก เช่น มีการตกลงทำสัญญาแลกเปลี่ยนกิจการร้านค้ากัน แต่เนื่องจากในสัญญาแลกเปลี่ยนกิจการนั้นๆ ไม่ได้มีการตกลงเป็นข้อสัญญากันว่าห้ามคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกลับมาเปิดกิจการในลักษณะเดียวกัน ทำการค้าขายแข่งขันกับกิจการเดิมของตนที่ได้แลกเปลี่ยนไปแล้ว ในภายหลัง ดังนั้นต่อมาผู้ที่แลกเปลี่ยนกิจการฝ่ายหนึ่งจึงได้ทำการกลับมาเปิดกิจการในลักษณะเดียวกับกิจการเดิมมาแข่งขัน โดยอาจจะอ้างถึงสิทธิ เสรีภาพ ในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองเอาไว้ เมื่อเกิดกรณีพิพาทกันขึ้นเช่นนี้ เห็นได้ว่า มิได้มีการตกลงกันในเรื่องกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นมาก่อน เนื่องจากต่างฝ่ายต่างมิได้นึกถึงเอาไว้ว่าจะเกิดเหตุการณ์ปัญหาเช่นนี้ขึ้นมาในอนาคต จึงต้องย้อนกลับมาพิจารณาช่วงเวลาในขณะที่เข้าเจรจาตกลงทำสัญญากันว่าเจตนาของผู้รับแลกเปลี่ยนกิจการนั้นก็ต้องการที่จะดำเนินกิจการที่รับแลกเปลี่ยนไปเพื่อแสวงหากำไร หากคู่สัญญาว่าจะมีการมาเปิดกิจการแข่งขันกับตนในภายหลังเช่นนี้ คู่สัญญาคงไม่ยอมแลกเปลี่ยนนั้นในตอนนั้นอย่างแน่นอน หรือจะต้องมีการระบุเป็นเงื่อนไขในสัญญาเอาไว้ให้เป็นหน้าที่ของเจ้าของกิจการเดิมที่จะต้องละเว้นห้ามตั้งกิจการมาแข่งขัน การพิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาเช่นนี้ ถือเป็นการเอาหลักสุจริตมาตีความสัญญาว่าเมื่อแลกเปลี่ยนการไปก็ควรได้ประกอบกิจการใหม่ที่ตนได้รับมาอย่างเต็มที่ ตามวัตถุประสงค์ในการแลกเปลี่ยนการไปที่ต้องการดำเนินธุรกิจต่อ ดังนั้นเจ้าของกิจการเดิมต้องยอมรับถึงหลักสุจริตว่าตนมีหน้าที่ที่จะต้องละเว้นไม่ทำการค้าขายแข่งขันกับผู้ที่แลกเปลี่ยนการไปจากตน ดังนั้นจึงขอศาลให้ปิดกิจการที่ค้าขายแข่งขันและเรียกค่าเสียหายได้ หากไม่ยอมปฏิบัติ ก็สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาแลกเปลี่ยนการที่ทำไปตอนแรกได้ เพราะถือว่าเจ้าของกิจการเดิมได้กระทำการผิดสัญญา

กรณีหากเป็นเรื่องของสัญญาซื้อขายกิจการร้านค้า แล้วผู้ขายกลับมาตั้งร้านค้าแข่งขันแย่งลูกค้าจากกิจการเดิมของตน เกิดความเสียหายให้แก่ทางด้านฝ่ายผู้ซื้อกิจการไป คดีเช่นนี้หากเกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน ก็จะได้รับตัดสินไปในทำนองเดียวกันกับกรณีการแลกเปลี่ยนกิจการ

กัน ถือว่าทางด้านผู้ขายกิจการกระทำการโดยไม่สุจริต เพราะฝ่าฝืนหน้าที่ของตนที่จะต้องดเว้น ไม่กระทำการค้าขายแข่งขันกับผู้ซื้อกิจการของตนไปนั่นเอง

ตัวอย่างที่สอง เช่น โจทก์เป็นผู้เช่าตึกทำกิจการเกี่ยวกับ Jewelry จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของตึกเป็นผู้ให้เช่า โดยมีตึกทั้งหมด 2 ห้องติดกัน โจทก์ขอเช่าเพียง 1 ห้อง ต่อมาผู้ให้เช่าได้ให้ผู้ทำกิจการ Jewelry รายใหม่เช่าห้องที่เหลือ โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยเลิกสัญญาเช่ารายใหม่นี้ เพราะร้าน Jewelry ที่เปิดใหม่แย่งลูกค้าทำให้รายได้ของโจทก์ผู้เช่าตึกแรกลดน้อยลง ศาลเยอรมันตัดสินว่า ผู้ให้เช่ามีสัญญาโดยปริยาย (implied promise) ที่จะไม่ให้ผู้เช่าอื่นทำกิจการเช่นเดียวกับโจทก์มาเช่า เป็นกรณีที่ศาลได้กำหนดหน้าที่ใหม่ให้ผู้เช่าปฏิบัติโดยที่ในสัญญาเช่านั้นมิได้กำหนดเอาไว้¹²

ตัวอย่างที่สาม เช่น ผู้ซื้อที่ดินทำการซื้อที่ดินในราคาสูงกว่าปกติ เนื่องจากทำเลที่ตั้งที่ดินดังกล่าวสามารถชมทัศนียภาพได้อย่างชัดเจน ต่อมาผู้ขายที่ดินนั้นจะทำการก่อสร้างอาคารขึ้นมาใหม่บดบังทัศนียภาพของที่ดินนั้น ในกรณีนี้ศาลเยอรมันกำหนดให้เจ้าของที่ดินที่ขายนั้นห้ามทำการก่อสร้างอาคารที่บดบังทัศนียภาพของผู้ซื้อที่ดินนั้น ทั้งที่ความจริงมิได้กำหนดการห้ามนี้เอาไว้เป็นเงื่อนไขในสัญญา¹³

จะเห็นได้ว่า ศาลเยอรมันได้ใช้หลักสุจริตนี้อย่างอิสระเพื่อที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของสัญญา (interpreting contract) เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่เพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ตกลงไว้ในสัญญา ให้คู่สัญญาปฏิบัติโดยการกระทำการหรือดเว้นกระทำการ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการทำสัญญา ซึ่งยังมีกรณีที่ศาลเยอรมันกำหนดสิทธิหน้าที่ใหม่อีกหลายกรณี เช่น การให้ข้อมูลรายละเอียดเพิ่มเติม, การมีหน้าที่ขอใบอนุญาตประกอบกิจการต่างๆ, การมีหน้าที่ในการกระทำประการใดๆ อันไม่ให้อีกฝ่ายเสียประโยชน์ เป็นต้น

(2) การเปลี่ยนแปลงหน้าที่ชำระหนี้ตามสัญญา

เป็นกรณีของการที่หน้าที่ตามสัญญามีการเปลี่ยนแปลงไปจนเกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นเนื่องจากมีเหตุที่ไม่คาดคิดหรือมีสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้น ซึ่งหากบังคับตามข้อตกลงเดิมในสัญญาก็จะทำให้เกิดภาระแก่อีกฝ่ายหนึ่งอย่างหนักหน่วง เกิดจากแนวความคิดในหลักเรื่องการตกไปของรากฐานแห่งนิติกรรม (CLAUSULA RIEBUS SIC STANTIBUS) ซึ่งเดิมใช้หลักนี้

¹² สุจิต ปัญญาพฤษ, “การใช้สิทธิโดยสุจริต”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), น.72.

¹³ เพิ่งอ้าง, น. 72.

เป็นกฎหมายประเพณีในประเทศเยอรมัน (คือกฎหมายที่ผู้พิพากษาร่างโดยพัฒนาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร) มากกว่า 100 ปี จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2002 ได้มีการนำหลักนี้มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ใน มาตรา 313 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีหลักคือ หากรากฐานนิติกรรมเปลี่ยนแปลงไป ผลของนิติกรรมก็จะเปลี่ยนไปด้วย

ซึ่งใน มาตรา 313 นี้ มีองค์ประกอบคือ

1. สถานะการณที่เป็นรากฐานของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก
2. ถ้ารู้เหตุการณ์ล่วงหน้าจะไม่เข้าทำสัญญา หรือทำสัญญาในลักษณะอื่น
3. ไม่ได้คาดคิดมาก่อนว่าจะมีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

ซึ่งพฤติการณ์ในอนาคตที่ไม่คาดคิดได้ ที่จะเป็นตัวเงื่อนไขหลักในการตกไปของรากฐานแห่งนิติกรรมนั้น จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่คาดคิดไม่ได้จริงๆถึงขนาดที่ไม่อาจคาดหมายเช่นนั้นได้เลย

ซึ่งผลของมาตรา 313 นั้นก็คือ

1. ขอปรับข้อสัญญา หรือ
2. เลิกสัญญา

เช่น สัญญาเงินกู้ระยะยาวจำนวนมากที่ทำกันก่อนสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง¹⁴ ซึ่งถึงกำหนดชำระหลังสงครามในปี ค.ศ. 1921-1923 ซึ่งมีภาวะเงินเฟ้ออย่างรุนแรงมาก (hyper inflation) ค่าเงินได้ปรับเปลี่ยนไปหลายเท่าตัว การชำระเงินล้านที่เป็นเงินกู้ก่อนสงคราม แต่เมื่อในเวลาที่มีค่าเงินนั้นเฟ้ออย่างมาก เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เงินล้านที่ราคาตกต่ำจนนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์เป็นล่ำเป็นสันไม่ได้ ถ้าให้เจ้าหนี้ต้องรับชำระหนี้ตามจำนวนเดิม เจ้าหนี้ก็จะเสียเปรียบจนสิ้นเนื้อประดาตัว ในกรณีที่มีการพิพาทกันนั้นปรากฏว่าลูกหนี้ขอปฏิบัติชำระหนี้ แต่เจ้าหนี้ปฏิเสธ ลูกหนี้จึงนำเงินตามจำนวนที่กู้ไว้พร้อมดอกเบี้ยไปวางกับสำนักงานรักษาทรัพย์ ซึ่งตามหลักกฎหมายโดยปกติ ถือว่าได้ชำระหนี้แล้ว โดยลูกหนี้อ้างถึงหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา เจ้าหนี้จึงฟ้องศาลขอให้ปรับสัญญา ศาลได้ตัดสินว่าหนี้ยังไม่สิ้นสุดเพราะการกระทำเช่นนี้ฝ่าฝืนต่อหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ และให้ทำการปรับสัญญา โดยปรับจำนวนเงินให้เท่ากับค่าเงินใน

¹⁴ Zweigert, Kotz, An introduction to Comparative Law, third edition (Oxford : Clarendon Press 1998) , p. 523 ; Kelda Groves, "The Doctrine of Good Faith in Four Legal Systems", Construction Law Journal, (1999), p. 5.

ปัจจุบันไม่ยอมบังคับให้ตามข้อตกลงในสัญญาเดิมที่ได้เคยทำกันไว้ เอาหลักสุจริตมาใช้โดยดูที่มูลค่าของเงินมีใช้ดูที่จำนวนเงิน มิฉะนั้นแล้วการชำระหนี้จะไม่มีมีความหมายใดๆเลย

อีกคดีหนึ่ง เป็นคดีสัญญาจัดหาพลังงานไอน้ำจากถ่านหินระยะยาว ตัดสินในปี ค.ศ. 1920¹⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่เข้าทำสัญญาตกลงจัดหาพลังงานไอน้ำจากถ่านหิน โดยมีมูลค่าราคาตามที่ระบุ อัตราตายตัวคงที่ตามที่กำหนดในสัญญา แต่ต่อมาเกิดภาวะสงครามขึ้นทำให้ราคาของถ่านหินซึ่งเป็นวัตถุดิบในการนำมาผลิตพลังงานไอน้ำเพิ่มขึ้นอย่างมากมาย ศาลเยอรมันได้เข้ามาแก้ปรับสัญญาใหม่ โดยให้มีการขึ้นราคาพลังงานความร้อนไอน้ำที่ผลิตจากถ่านหินนั้น จากเดิมที่เคยตกลงกันในสัญญา เนื่องจากผู้จัดหาพลังงานไอน้ำนั้นไม่สามารถแบกรับภาระต้นทุนในการผลิตได้ (intolerable) ในกรณีนี้มีหลักการการชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ แต่เป็นกรณีการรับภาระอันหนักหน่วงของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น

(3) การใช้หลักสุจริตควบคุมการใช้สิทธิกำหนดเงื่อนไขอันไม่เป็นธรรมในสัญญาทางธุรกิจ (Controls of the General Conditions of Business)

จากการที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกันอย่างสุจริตตาม มาตรา 242 ดังนั้นหากข้อความในสัญญาที่ตกลงกันขัดต่อความสุจริต ข้อสัญญานั้นย่อมไม่มีผลบังคับใช้ (nullified)¹⁶ ใน การพิจารณาของศาล ศาลจะพิจารณาดูเงื่อนไขข้อตกลง (Standard Terms) ในสัญญาทางธุรกิจ ว่าการกำหนดเงื่อนไขเพื่อประโยชน์ฝ่ายตนโดยยกเว้นความรับผิดชอบของฝ่ายตนเองนั้นขัดต่อหลักสุจริตหรือไม่ และศาลจะตีความให้เป็นคุณแก่ฝ่ายที่ไม่ได้มีส่วนกำหนดข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดชอบนั้น เช่น มีคดีการซื้อขายบ้านพร้อมที่ดิน ใน ค.ศ. 1957¹⁷ ในสัญญาทางธุรกิจได้กำหนดเงื่อนไข ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ขายซึ่งจะไม่รับประกันคุณภาพของบ้านที่จะสร้างขึ้นบนที่ดินนั้น แต่ในข้อสัญญานั้นกำหนดให้ผู้ซื้อไม่มีสิทธิเรียกร้องบังคับเอาจากผู้สร้างและผู้ที่เกี่ยวข้อง การสร้างบ้านรายอื่นๆนั้นเอาเอง โดยผู้ขายจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดๆทั้งสิ้น ซึ่งเห็นได้ชัดเจนในเจตนาของผู้ขายที่ต้องการปิดความรับผิดชอบไปให้แก่บุคคลอื่น กรณีเช่นนี้ ศาลเยอรมันใช้วิธีการตีความข้อสัญญาข้อนี้โดยจำกัด (Restrictive interpretation) โดย

¹⁵ Horn, Kotz and Leser, An Introduction German Private and Commercial Law, (London : Oxford at Clarendon Press, 1982), p. 141.

¹⁶ *Ibid*, p.143.

¹⁷ *Ibid*, p.143. ; Zweigert, Kotz, *supra* note 13 , pp.188-189.

วินิจฉัยว่า การที่ผู้ขายมอบสิทธิเรียกร้องนั้นให้แก่ผู้ซื้อไปเรียกร้องกันเองเป็นการขัดต่อหลักสุจริต ข้อตกลงนี้ใช้ไม่ได้ ผู้ขายต้องรับผิดชอบหากมีข้อบกพร่องเกิดขึ้นแก่บ้านที่สร้างนั้น

ในปี 1976 เยอรมันได้มีกฎหมาย Act to regulate the Law of general Conditions of Business 1976 (ในมาตรา 7) กฎหมายนี้ใช้บังคับกับกรณีเรื่องในลักษณะที่เกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรม โดยกำหนดให้ข้อตกลงที่ขัดต่อหลักสุจริตย่อมใช้ไม่ได้¹⁸ (Clauses in general conditions of business are void if they do not effect a fair accommodation of the interests of the contracting parties in accordance with the principle of good faith) และในปี ค.ศ. 2002 ประเทศเยอรมันได้ทำการแก้ไขกฎหมาย BGB โดยมีการเพิ่มเติมกฎหมายในหมวดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตั้งแต่มาตรา 305 จนถึง มาตรา 310 ลงใน BGB ดังนั้นกฎหมายเดิมจึงถูกยกเลิกไปและในปัจจุบันหลังจากกฎหมายฉบับล่าสุดนี้ออกมา ศาลจะใช้ มาตรา 242 เฉพาะกรณีที่มีปัญหาการตีความและเกิดช่องว่างของกฎหมาย โดยปกติศาลสามารถวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่นี้ได้ว่า กรณีที่มีการใช้สัญญามาตรฐานทางธุรกิจ ในการทำสัญญา หากข้อตกลงในสัญญามาตรฐานทางธุรกิจนั้นขัดแย้งกับหลักความสุจริต สัญญาในข้อนั้นๆ ย่อมไม่มีผล เป็นไปตามหลักที่กำหนดในมาตรา 307 อนุมาตรา (1) ที่บัญญัติว่า "Provisions in standard business terms are invalid if, contrary to the requirement of good faith...." เพื่อให้อำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายเปรียบในการเข้าทำสัญญาที่บางครั้งอาจถูกบังคับหรือต้องจำยอมรับข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ตนเองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้นั่นเอง

1.1.3.3 หน้าที่หลังสัญญาสิ้นสุด

แม้สัญญาสิ้นสุดลงไปแล้ว ไม่มีหน้าที่ใดๆ ต่อกันตามสัญญาที่ตกลงกันอีกแล้วก็ตาม แต่ในบางครั้งอาจจะต้องมีหน้าที่ตามหลักสุจริตที่จะต้องปฏิบัติต่อกันในระหว่างคู่สัญญาอยู่อีก ศาลตีความว่ามีหน้าที่ชนิดที่เรียกว่า "หน้าที่ข้างเคียง" (Nebenpflicht) ที่คู่สัญญายังต้องปฏิบัติต่อกันอยู่ เช่น ในคดีหนึ่งนั้นผู้เช่าได้ออกจากบ้านที่เขาไปแล้วเพราะสัญญาสิ้นสุดลง¹⁹ ผู้เช่าติดประกาศบอกที่อยู่ใหม่เอาไว้ที่บ้านเขาเพื่อแจ้งให้ผู้ที่มาติดต่อทราบ ผู้ให้เช่าจึงประกาศนั้นเสีย ไม่ยอมให้ติดประกาศ จึงเกิดการพิพาทขึ้นศาลกัน ศาลชี้ขาดว่าแม้กฎหมายและสัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้ และแม้สัญญาเขาจะสิ้นสุดไปแล้วไม่มีหน้าที่ต่อกันแล้วก็ตาม แต่ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ข้างเคียง ที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์ การที่ผู้เช่าเคยเช่าบ้านเป็นระยะเวลานาน การมาติดป้ายแ

¹⁸ Zweigert, Kotz, *supra* note 14, p.12.

¹⁹ RGZ 161,338.

สองเดือนมิได้ทำให้เกิดความเสียหายใดๆต่อผู้ให้เช่า ดังนั้นผู้ให้เช่าจึงต้องยอมให้ผู้เช่าคนเก่าปิดประกาศที่อยู่ใหม่ไว้หน้าบ้านที่เช่าเดิม การฉีกประกาศนั้นถือว่าประทุษร้ายต่อหลักสุจริต (ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ) ระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่า เพราะหากคู่สัญญาได้นึกถึงปัญหาเช่นนี้ได้ตั้งแต่ต้นในตอนทำสัญญาเช่าตึกคงต้องทำข้อกำหนดในสัญญาให้มีการติดป้ายเช่นนี้หลังมีการเลิกสัญญาได้²⁰

1.1.4 ข้อต่อสู้ของการใช้สิทธิโดยมิชอบ

เมื่อบุคคลใดมีสิทธิก็ย่อมจะใช้สิทธิที่ตนมีได้ แต่มิใช่ว่าจะใช้สิทธิของตนได้อย่างไม่มีขอบเขต หากผู้มีสิทธิหรือผู้ที่อ้างว่าตนมีสิทธิกลับใช้สิทธิโดยมิชอบ เช่นนี้ย่อมทำให้อีกฝ่ายสามารถข้อต่อสู้ของการใช้สิทธิโดยมิชอบได้ ซึ่งเมื่อพูดถึงคำว่า “การใช้สิทธิ” มักจะนึกกันถึงสิทธิของทางเจ้าหนี้เท่านั้น แต่ในบางครั้งทางฝ่ายลูกหนี้ก็อาจจะมีสิทธิในบางประการได้เช่นกัน ดังนี้ในการใช้สิทธิโดยมิชอบนี้จึงอาจหมายความว่ากรณีที่เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ใช้สิทธิโดยมิชอบก็ได้

ข้อต่อสู้ของการใช้สิทธิโดยมิชอบนี้สามารถแบ่งแยกได้ 3 ประการ คือ

(1) กรณีขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การใช้สิทธิตามที่กฎหมายให้อำนาจนั้น จะใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ถ้าการใช้สิทธิไปขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายเรื่องนั้นๆแล้ว ก็จะไม่สามารถใช้สิทธิได้ เช่น กรณีการปฏิเสธการรับชำระหนี้ที่ขาดไปเพียงเล็กน้อย ซึ่งในกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับการชำระหนี้จากลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้ชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน ตาม มาตรา 266 BGB แต่กรณีที่เป็นการชำระหนี้ที่ขาดไปเพียงเล็กน้อยจริงๆ ถ้าเปรียบเทียบกับจำนวนส่วนที่นำมาชำระหนี้แล้ว จนเรียกได้ว่าแทบจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายใดๆแก่เจ้าหนี้เลย แต่กลับจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้เสียด้วยซ้ำ เช่น ทำสัญญาซื้อขายน้ำตาล 10 ตัน แต่ส่งมอบขาดไปเพียง 3 กิโลกรัม กรณีเช่นนี้หากเจ้าหนี้คือผู้ซื้อยังใช้สิทธิไม่ยอมรับชำระหนี้ ในประเทศเยอรมันถือว่าการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เพราะการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ในกรณีนี้ขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหนี้สามารถปฏิเสธการชำระหนี้บางส่วนได้นี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะไม่ให้เจ้าหนี้ต้องมีความยุ่งยากในการรับชำระหนี้ เพราะหากต้องยอมรับชำระหนี้เป็นส่วนๆหลายทีจากลูกหนี้ก็จะเกิดความยุ่งยากแก่เจ้าหนี้ได้ เมื่อหนี้ที่นำมาชำระขาดไปเพียง 3 กิโลกรัม เช่นนี้มิได้ก่อความ

²⁰ Cohn E.J., *supra* note 4 , p. 98.

ยุ่งยากใดๆแก่เจ้าหนี้ เพราะใกล้จะถึงจำนวนหนี้ทั้งจำนวนอยู่แล้ว ดังนั้นเจ้าหนี้ต้องรับชำระหนี้ไว้จะอ้างใช้สิทธิปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้ไม่ได้

(2) ผู้มีสิทธิ ไม่มีสิทธิยกข้อต่อสู้ ถ้าแสดงไว้ว่าจะไม่ใช้สิทธิ

กรณีเช่นนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักที่มาจากหลักสุจริต นั่นคือ หากบุคคลใดมีสิทธิ และต่อมาได้แสดงอย่างชัดแจ้งว่าตนจะไม่ใช้สิทธิที่ตนมี ต่อมาได้ฝ่าฝืนต่อสิ่งที่ตนได้แสดงออกไป เช่นนี้ กฎหมายถือว่าทำให้เกิดการฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจซึ่งกันและกัน อันเป็นหลักรากฐานของกฎหมายเยอรมัน ดังนั้นกฎหมายจึงมิให้คนผู้นั้นใช้สิทธิเช่นนั้นได้ ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

เช่น ลูกหนี้โดยปกติสามารถยกอายุความขึ้นมาต่อสู้เจ้าหนี้ได้ โดยเฉพาะในสัญญาซื้อขาย ซึ่งมีอายุความเพียงแค่ 2 ปี แต่หากว่าลูกหนี้ได้แสดงไว้ว่าจะไม่ยกอายุความขึ้นต่อสู้ต่อเจ้าหนี้ หากต่อมาโดนเจ้าหนี้ฟ้องให้รับผิด ลูกหนี้จะอ้างอายุความขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ไม่ได้ ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

(3) มีสิทธิแล้วไม่ยอมใช้สิทธิ จะใช้สิทธิอีกไม่ได้ ถือว่าได้สละสิทธิแล้ว

เช่น ในสัญญาเช่าไม่มีกำหนดระยะเวลา ในประเทศเยอรมันจะเลิกสัญญาได้กะทันหันไม่ได้ จะเลิกสัญญาได้จะต้องมีเหตุผลและความจำเป็น เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองให้ประชาชนมีที่อยู่อาศัย เป็นการให้ความคุ้มครองผู้เช่า แต่เมื่อผู้เช่ากระทำผิดอย่างร้ายแรงซึ่งเป็นเหตุให้สามารถเลิกสัญญาได้ ผู้ให้เช่ารู้แต่มิได้บอกเลิกสัญญาแต่อย่างใด ปล่อยให้เช่าต่อมาอีกหลายเดือน เวลาผ่านไปแล้วจะมาบอกเลิกสัญญาในภายหลังมิได้ แม้กฎหมายมิได้เขียนเอาไว้ว่าเมื่อมีการกระทำผิดแล้วจะต้องเลิกสัญญาภายในเมื่อไหร่ก็ตาม ซึ่งตรงนี้พิจารณาจากพฤติการณ์และความสุจริตของคู่สัญญาเป็นสำคัญ

(4) กรณีกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติในกรณีต่างๆ (estoppel by conduct : venire contra factum proprium)

เป็นกรณีที่ศาลเยอรมันใช้หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติของระบบกฎหมายแบบ common law อันมีความหมายตรงกับหลักกฎหมายโรมัน คือ venire contra factum proprium เป็นการปิดปากไม่ให้ผู้ที่แสดงพฤติกรรมในอดีตจนทำให้ผู้อื่นเชื่อจนสถานะภาพทางกฎหมายเปลี่ยนไป ผู้ที่เชื่อพฤติกรรม ย่อมได้รับความคุ้มครอง²¹ ซึ่งในการใช้สิทธิของตนใน

²¹ Cohn , E.J., *supra* note 4 , pp. 98-99.

ภายหลังนี้จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ผู้ที่หลงเชื่อพฤติกรรมดังกล่าวนั้นย่อมได้รับความคุ้มครอง แม้นิติกรรมนั้นจะไม่ทำตามแบบของกฎหมาย

เช่น กรณี A แนะนำ B ให้รู้จักกับ C โดยเพื่อให้ C กู้ยืมเงินจาก B เนื่องจาก C จะทำธุรกิจเพื่อเป็นประโยชน์ต่อ A เอง ในเวลาเดียวกันนั้น A รับปากว่าจะรับประกันในการกู้ยืมเงินของ C ต่อ B ต่อมา A ก็ได้ยืนยันในการรับประกันด้วยวาจาของตนเองอีก ดังนี้ A ไม่สามารถอ้างได้ว่า สัญญารับประกันนี้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร A จึงต้องรับผิดชอบต่อ B เป็นการป้องกันมิให้ผู้ใดแสดงพฤติกรรมใดๆออกมาในอดีตให้บุคคลอื่นหลงเชื่อ แล้วต่อมาผู้นั้นกลับจะใช้สิทธินั้นเป็นประโยชน์ของตนเองเขาเปรียบผู้ที่หลงเชื่อไม่ได้ เพราะจะขัดกับหลักสุจริต ตาม มาตรา 242²²

คดี The Edelman Decision 1927²³ มีการทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินโดยไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ เมื่อทำนิติกรรมต่างๆดังกล่าวไปแล้ว ผู้รับโอนที่ดินที่สุจริตจะเข้าครอบครองที่ดินแต่เจ้าของที่ดินอ้างว่าสัญญาเป็นโมฆะจึงเป็นข้อพิพาทกันขึ้น ซึ่งในคดีนี้ ลูกจ้างของบริษัทได้รับของขวัญคริสต์มาสจากบริษัทเป็นบ้านและที่ดิน ลูกจ้างนั้นก็ได้พยายามให้บริษัทได้กระทำตามแบบของกฎหมายในการให้บ้านและที่ดิน แต่บริษัทบ่ายเบี่ยงบอกว่าการทำสัญญานั้นเป็นเพียงตามแบบพิธีไม่ต้องทำตามแบบที่กำหนดก็ได้ ต่อมาลูกจ้างของบริษัทขอโอนบ้านเป็นของตนเอง บริษัทกลับอ้างว่า สัญญาเกี่ยวกับที่ดินและบ้านนั้นมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด สัญญานี้จึงไม่มีผลบังคับเป็นโมฆะตามกฎหมาย ศาลจึงได้วินิจฉัยว่า ข้ออ้างของบริษัทเช่นนี้เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตไม่สามารถอ้างได้

1.1.5 ขอบเขตการใช้หลักสุจริต

จากที่กล่าวมาแล้วว่าศาลจะใช้หลักสุจริตในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดครอบคลุมเรื่องที่เกิดประเด็นปัญหาเอาไว้ และใช้หลักสุจริตในกรณีที่กฎหมายบัญญัติเรื่องนั้นๆเอาไว้ แต่ด้วยข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องนั้นๆแล้ว การปฏิบัติตามกฎหมายไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี ซึ่งกรณีหลังนี้เองที่หลักสุจริตนั้นอาจจะไปกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนของตัวกฎหมาย และความแน่นอนของสัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้ (pacta sunt servanda)

(1) กรณีการกระทบต่อกฎหมาย

โดยปกติแล้วกฎหมายจะต้องมีความแน่นอน เมื่อมีเหตุอย่างไรแล้วจะต้องมีผลเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติ ได้เขียนกฎหมายเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อ

²² สุจิต ปัญญาพฤกษ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 77.

²³ Horn, Kotz and Leser, *supra* note 15, pp.143-144.

ประกันความแน่นอนของกฎหมายให้แก่ประชาชน ดังนี้โดยปกติแล้วศาลจะต้องตัดสินไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การเอาหลักสุจริตมาใช้จึงก่อให้เกิดการไม่ใช้สิ่งที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ได้ ซึ่งจะทำให้กฎหมายมีความไม่แน่นอน ก่อให้เกิดความไม่มั่นใจของประชาชนในระบบกฎหมายได้

(2) กรณีการกระทบต่อสัญญา

โดยหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้น หากคู่สัญญามีการตกลงกันอย่างไรแล้วก็ต้องบังคับให้เป็นไปตามที่ตกลงกัน โดยมีหลักที่ว่าสัญญานั้นจะต้องมีความแน่นอน มิฉะนั้นแล้วการที่ตกลงทำสัญญากันแล้วไม่สามารถจะมีผลบังคับตามสัญญาได้นั้น ทำให้ไม่รู้ว่าจะทำสัญญาไปเพื่ออะไร แต่หากมีการใช้หลักสุจริตขึ้นมาแล้วจะทำให้บางครั้งอาจทำให้มีผลไม่เป็นไปตามที่ตกลงกัน ไม่สามารถบังคับตามที่ตกลงกันได้ จึงเกิดการขัดกันขึ้นระหว่างหลักสุจริตกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

แต่ศาลนั้นคือผู้ใช้กฎหมาย ศาลสามารถตีความการใช้กฎหมายหรือสัญญาได้ (judicial interpretation) ถึงแม้บางครั้งจะขัดต่อตัวบทกฎหมายหรือสัญญาที่คู่สัญญาดตกลงกันก็ตาม เหตุผลก็เพื่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้น เพราะกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความแน่นอนตายตัว บางครั้งไม่สามารถที่จะเอื้อความยุติธรรมได้ทุกกรณี หรืออีกข้อเท็จจริงหนึ่ง คือ กฎหมายหรือสัญญาที่คู่สัญญาดตกลงกันนั้นๆ ไม่สามารถที่จะบัญญัติครอบคลุมเพื่อใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการแก้ปัญหาได้ทุกกรณี การใช้หลักสุจริตที่สำคัญก็คือเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายและสัญญา เพราะโดยเหตุผลที่แท้จริง ทุกประเทศยอมรับว่าไม่มีกฎหมายใดหรือการตกลงทำสัญญาใด ที่มีความสมบูรณ์ครบถ้วนในตัวเอง จะต้องมีช่องว่าง มีปัญหาเกิดขึ้นตลอด จึงต้องนำหลักสุจริตมาใช้เพื่อหาทางออกให้แก่ความยุติธรรมให้ได้ ในทุกกรณี ที่เกิดปัญหานั้น

ลักษณะของการใช้หลักสุจริตนั้นจะเป็นลักษณะของการวินิจฉัยตามแต่กรณีที่เกิดขึ้นจริง (individual cases) คล้ายกับนิติวิธีของระบบ case law ซึ่งเป็นการพัฒนากฎหมายจากกรณีเฉพาะรายมาสู่หลักทั่วไป (inductive law) ในบทบัญญัติ มาตรา 242 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนี้เอง ที่ทำให้เกิดลักษณะพิเศษดังกล่าวในระบบ Civil Law เป็นกรณีที่กฎหมายทั่วไปของกฎหมายแพ่งเยอรมันพัฒนาจากคดีที่เกิดขึ้นจริง (actual case) อาจจะสามารถได้ว่า แม้ในระบบศาลเยอรมัน จะไม่มีระบบศาล equity ดังเช่นประเทศอังกฤษ แต่ศาลเยอรมัน ก็ได้อาศัยมาตรา 242 นี้พัฒนาหลักกฎหมายที่มีความเป็นธรรมเนียมกฎหมาย common law ได้ โดยใช้นิติวิธีของ

ระบบ civil law โดยนำวิธีการตีความกฎหมายให้มีขอบเขตการใช้บทบัญญัติของหลักสุจริตอย่างกว้างขวาง (extensive application) เพื่อปรับใช้ให้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆที่เกิดขึ้น²⁴

แต่ก็มีการกล่าวถึงหลักสุจริตโดยอาศัยเชื่อมโยงหลักความเชื่อต่างๆ เช่น ความเชื่อที่ว่าบุคคลที่มีเหตุผลทุกคนจะต้องกระทำการที่ยุติธรรมและเหมาะสมที่สุด แต่ก็ยังเป็นสิ่งยากที่ทราบได้ว่ามาตรฐานที่แท้จริงนั้นคืออะไร และคำตัดสินใดที่ศาลตัดสินโดยอาศัยความเชื่อและมาตรฐานทางศีลธรรมบ้าง โดยทั่วไปแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างความเห็นของศาลและความเชื่อของสาธารณะชนโดยปกติจะไปในทางเดียวกัน เนื่องจากศาลจะเป็นผู้ตีความความเชื่อของสาธารณะชนเอาไว้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาแต่ละคนย่อมมีความแตกต่างกันไปแล้วแต่ละบุคคล ดังนั้นหลักสุจริต (ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ) จึงเป็นหลักที่ศาลจะต้องใช้ แต่หาไม่มี ความชัดเจนมากนัก จึงเป็นเรื่องที่ศาลต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้หลักนี้ตัดสินคดีความเป็นอย่างมาก ดังนั้นขอบเขตในการใช้หลักสุจริตของศาล ก็คือ เมื่อใดก็ตามที่มีกฎหมายบัญญัติครอบคลุมถึงเรื่องนั้นๆอยู่ ก็จะต้องใช้กฎหมายเรื่องนั้นๆไปตามปกติ แต่ถ้าหากเมื่อใดก็ตามที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องนั้นๆเอาไว้ หรือกฎหมายมีบัญญัติเอาไว้ แต่ไม่สามารถเอื้อความยุติธรรมให้แก่พฤติการณ์ในเรื่องนั้นๆได้ ก็จะต้องใช้หลักสุจริตในฐานะที่เป็นหนทางสุดท้าย (ULTIMA RATIO) เนื่องจากหลักสุจริตนั้นเมื่อใช้ไปผิดวิธีอาจทำให้กฎหมายและสัญญาเกิดความไม่แน่นอนขึ้นได้ หรืออาจจะเกิดปัญหาในกรณีว่าผู้พิพากษาใช้หลักสุจริตไปตามอำเภอใจได้ ดังนั้นจึงต้องใช้หลักสุจริตในฐานะที่เป็นหนทางสุดท้ายในการเอื้อความยุติธรรมนั่นเอง

1.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law โดยมีการบัญญัติรับรองหลักสุจริตไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1134 ว่า “สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริต” แต่ในฝรั่งเศสไม่ค่อยนิยมนำหลักสุจริตนี้มาใช้เท่าใดนัก เนื่องจากพื้นฐานของประเทศฝรั่งเศสถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ แต่ก็มีมีการกำหนดหน้าที่ของผู้ขายในเรื่องต่างๆไว้ในกฎหมาย เช่น หน้าที่ในการรับประกัน เป็นต้น อีกทั้งในบางครั้งก็มีการใช้หลักสุจริตและหลักในเรื่องละเมิด มาสร้างควมยุติธรรมให้แก่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งการศึกษากฎหมายในประเทศฝรั่งเศสนี้จะเริ่มต้นด้วยการพิจารณาถึงหน้าที่ของผู้ขายที่ประมวลกฎหมาย

²⁴ Cohn, E.J., *supra* note 4, p. 101.

แฟงฝรั่งเศสกำหนดเอาไว้ แล้วพิจารณาถึงหลักสุจริตในประเทศฝรั่งเศสว่าเป็นเช่นไร จากนั้นจะพิจารณาว่ามีการใช้หลักการเรื่องใดบ้างในการกำหนดหน้าที่ของผู้ขายให้เพิ่มขึ้นไปจากที่กฎหมายแฟงกำหนดเอาไว้ เพื่อสร้างความยุติธรรมแก่ผู้ซื้อที่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

1.2.1 หน้าที่ของผู้ขายตามประมวลกฎหมายแฟงฝรั่งเศส

กฎหมายลักษณะซื้อขายของประเทศฝรั่งเศสปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแฟงบรรพที่ 3 ตั้งแต่มาตรา 1582 ถึงมาตรา 1701 โดยประมวลกฎหมายแฟงฝรั่งเศสบัญญัติให้นิยามความหมายของสัญญาซื้อขายในมาตรา 1582 ว่า "สัญญาซื้อขาย คือ ความตกลงซึ่งฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สิน และอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องชำระราคา"

ในประมวลกฎหมายแฟงฝรั่งเศส มาตรา 1603 ที่อยู่ในหมวด 5 ในเรื่องหน้าที่ของผู้ขาย ได้บัญญัติว่าผู้ขายมีหน้าที่สำคัญ 2 ประการคือ หน้าที่ในการส่งมอบและหน้าที่ในการรับประกันทรัพย์สินที่ตนขาย (Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.) และมาตรา 1138 กำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบสินค้าที่ซื้อขายตามที่ตกลงไว้ในสัญญา แต่มาตรา 1612 และ มาตรา 1613 กำหนดหลักว่าผู้ขายนั้นไม่จำเป็นต้องส่งมอบสินค้าถ้าหากว่าผู้ซื้อไม่สามารถที่จะชำระราคาตามกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันได้ ยกเว้นเสียว่าจะเป็นกรณีที่มีการให้เครดิตกันไว้ หรือหากว่าผู้ซื้อนั้นกลายเป็นบุคคลล้มละลาย ผู้ขายก็ไม่จำเป็นต้องส่งมอบสินค้าเช่นกัน ในมาตรา 1604 กำหนดว่าการส่งมอบจะสมบูรณ์ต่อเมื่อสินค้านั้นได้โอนเปลี่ยนไปอยู่ในความควบคุมและความครอบครองของผู้ซื้อ

ในกรณีเรื่องของหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินประมวลกฎหมายแฟงของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1615 บัญญัติด้วยว่า หนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินรวมถึงอุปกรณ์แห่งทรัพย์สินและทุกสิ่งทุกอย่างที่มีวัตถุประสงค์จะให้แก่ทรัพย์สินนั้นอย่างถาวร เช่น สิ่งบรรจุทรัพย์สิน คู่มือการใช้ เป็นต้น²⁵ มิใช่ว่าเมื่อผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายแล้ว เท่านั้นจะทำให้หน้าที่ของทางด้านผู้ขายหมดลงไป

จะเห็นได้ว่า มาตรา 1603 ของกฎหมายฝรั่งเศสมิได้บัญญัติว่า ผู้ขายมีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ ดังเช่นที่ประมวลกฎหมายแฟงและพาณิชย์ของไทยกำหนดเอาไว้ แต่กฎหมายฝรั่งเศสเพียงกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น เนื่องจาก

²⁵ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแฟงและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย แยกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 154.

ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เมื่อเป็นการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือเป็นการซื้อขายเหมา กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อทันทีเมื่อทำสัญญา ดังนี้ ถ้าสัญญาซื้อขายไม่ได้กำหนดเอาไว้เป็นอย่างอื่น การโอนกรรมสิทธิ์ก็ย่อมเกิดขึ้นทันที แต่ถ้ามีกำหนดเวลาส่งมอบกัน กรรมสิทธิ์ก็ย่อมผ่านมือในขณะที่สิ้นเวลานั้น คือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายโอนไปที่ผู้ซื้อตั้งแต่เวลาที่ควรจะถูกส่งมอบ กรรมสิทธิ์เกิดขึ้นตามความสมบูรณ์ของสัญญาซึ่งไม่เกี่ยวกับการส่งมอบอันเป็นหนี้ที่เกิดจากสัญญาไม่ใช่ว่าผลของสัญญา ผู้ขายจึงไม่มีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อแต่อย่างใด ฉะนั้น บทนิยามของคำว่า "ซื้อขาย" ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจึงใช้คำว่า "Livrer" คือ "ส่งมอบ" มิได้ใช้คำว่า "โอนไป" ในกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสเจตนาของคู่สัญญามีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์กันทันที ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นระบบการโอนกรรมสิทธิ์แบบสัญญาเดียว และผู้ซื้อต้องรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์สินนั้นตั้งแต่เวลาที่ทรัพย์สินนั้นควรจะถูกส่งมอบ ดังนี้ นับแต่เวลานั้นเป็นต้นไป หากเกิดความวินาศแก่ทรัพย์สิน ผู้ซื้อก็ต้องเป็นผู้แบกรับภัยพิบัติไปในฐานะเจ้าของ (Res perit domino) และสิ่งใดที่ผู้ขายทำไปหลังจากนั้นก็ตกเป็นโมฆะ เช่น การขายทรัพย์สินนั้นให้แก่บุคคลอื่น หรือนำทรัพย์สินนั้นไปเป็นประกันการชำระหนี้²⁶

และในมาตรา 1138 ผู้ขายยังมีหน้าที่ที่จะต้องรับประกัน (guarantee) ด้วยว่า ผู้ซื้อจะได้รับการคุ้มครองจากการที่บุคคลที่สามจะมาอ้างสิทธิเหนือสินค้านั้น มาตรา 1184 กำหนดว่า หากไม่ส่งมอบกันตามกำหนดเวลา ผู้ซื้อจะมีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาได้ หรือหากเกิดการไม่ส่งมอบตามกำหนดเวลา มาตรา 1610 และ มาตรา 1611 กำหนดให้ผู้ซื้อเรียกร้องให้ผู้ขายส่งมอบได้ ซึ่งผู้ขายอาจจะต้องชดเชยค่าเสียหาย และค่าขาดผลประโยชน์ (interest) ที่เกิดจากการไม่ส่งมอบตามกำหนดเวลา แต่หากมิได้มีการตกลงเรื่องกำหนดการส่งมอบกันไว้โดยคู่สัญญา ศาลอาจจะพิจารณาชี้ขาดถึงกำหนดเวลาที่จะต้องส่งมอบกันได้²⁷

ภายใต้ มาตรา 1641 ผู้ขายได้รับรอง (warrants) ว่าผู้ซื้อได้รับความคุ้มครองว่าสินค้านั้นจะไม่มี ความชำรุดบกพร่องที่ไม่อาจพบเห็นประจักษ์ได้ภายนอก ที่ทำให้สินค้าไม่มีความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่ทำการซื้อขาย หรือทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้เต็มที่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วผู้ซื้อก็คงไม่ทำการซื้อขาย หรือหากซื้อก็จะซื้อในราคาที่ถูกลง ถ้าหากได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องนั้น

²⁶ ไพทิต เอกจริยกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น. 147. อ้างใน Maluairie L. Aynes, *Droit civil : Les contrats speiaux*, editions CUJAS, (1992), pp. 171, 173, 177.

²⁷ Cas.Civ.4.4.1973.

ดังนั้นมีเงื่อนไขที่จะเข้ากรณีเช่นนี้ คือ²⁸

(ก) ความเสียหายชำรุดบกพร่องนี้จะต้องมีมาก่อนอยู่แล้ว (vices caches) และไม่ปรากฏให้พบเห็นออกมาภายนอกได้ ในการตรวจสอบอย่างละเอียดโดยทั่วไป

(ข) ผู้ซื้อจะต้องไม่สามารถคาดคิดกรณีเช่นนี้ได้มาก่อน แต่หากว่าความชำรุดบกพร่องเช่นนี้ โดยทั่วไปควรที่จะคาดหมายได้ แต่ผู้ซื้อมิได้คาดเห็น หลักเกณฑ์กรณีเช่นนี้ก็จะไม่นำมาใช้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ผู้ซื้อจะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องที่ไม่สามารถคาดคิดได้ของตน

แต่การปฏิบัติโดยปกติเพื่อป้องกันการเกิดปัญหาขึ้นในกรณีเช่นนี้ ผู้ซื้อก็ต้องทำข้อตกลงเป็นสัญญาเอาไว้ว่า “ผู้ขายรับรองว่าสินค้าที่ส่งมอบให้นั้นปราศจากความชำรุดบกพร่องทั้งปวง” โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องได้ง่าย

(ค) ความชำรุดบกพร่องที่ทำให้สินค้าลดลงไปถึงความสมบูรณ์ เหมาะสม หรือ ทำให้สินค้านั้นเป็นอันไร้ประโยชน์ เกณฑ์บรรทัดฐานที่ใช้วัดใช้เกณฑ์ในเชิงเศรษฐกิจเท่านั้น จะไม่ใช้ความรู้สึกของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

(ง) ความชำรุดบกพร่องต้องเกิดขึ้นก่อนทำสัญญาซื้อขายกัน หรือมีหลักฐานว่าความชำรุดบกพร่องนั้นได้เกิดขึ้นแล้วในเวลาที่ทำการซื้อขายกัน

ผู้ขายในทุกกรณีไม่ว่าจะกระทำการขายเป็นในทางธุรกิจหรือไม่ จะต้องอยู่ภายใต้มาตรา 1614 นี้ แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการจำแนกขอบเขตความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้า ระหว่างผู้ขายที่เป็นผู้ประกอบอาชีพกับผู้ขายที่มีไม่ใช่ผู้ประกอบอาชีพเอาไว้ ผู้ขายที่ประกอบอาชีพนั้นถูกสันนิษฐานว่ามีความผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้า และจะต้องมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดทางกายภาพ (physical injury) และความสูญเสียในทางเศรษฐกิจ (economic loss) แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ขายนั้นมิใช่ผู้ประกอบอาชีพค้าขายของชนิดนั้นๆ ก็จะมีหน้าที่รับผิดชอบเฉพาะแต่การรับสินค้ากลับคืนมาและคืนราคาให้แก่ผู้ซื้อในกรณีผู้ซื้อใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา (action reahibitoire, action for rescission) หรือชำระราคาคืนในบางส่วนถ้าหากผู้ซื้อยังคงต้องการสินค้าอยู่ (action estimatoire) ยกเว้นว่าหากผู้ขายที่มีไม่ใช่ผู้ประกอบอาชีพ จะได้คาดเห็นถึงความชำรุดบกพร่องอยู่แล้ว ก็จะต้องมีความรับผิดชอบที่มากกว่า

ผู้ซื้ออาจจะยังมีวิธีเยียวยาความเสียหาย ถ้าหากว่าสินค้าที่ส่งมานั้นไม่ได้มีลักษณะตามที่ผู้ขายได้แสดงออกโดยชัดแจ้งหรือบรรยายถึงคุณภาพเอาไว้ ซึ่งถ้าหากผู้ขายคาดเห็นได้ถึง

²⁸ Peter De Cruz , *supra* note 2 , p.388.

ความชำรุดบกพร่อง ผู้ซื้อก็สามารถยกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายบนพื้นฐานของเรื่อง กลฉ้อฉลได้ (fraud)

โดยที่ไม่ต้องคำนึงถึงเลยว่าผู้ขายมีความสุจริตหรือไม่ และไม่คำนึงถึงว่าผู้ขายได้กระทำการใดๆไป ผู้ซื้ออาจบอกเลิกสัญญาบนพื้นฐานของ *erreur sur la substance* ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1110 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้ การกล่าวอ้างภายใต้มาตรานี้จะต้องกระทำภายในระยะเวลาห้าปี นับตั้งแต่พบการล้าผิด ซึ่งผู้ซื้อจะต้องพิสูจน์ได้ด้วยว่าเป็นการล้าผิดในสาระสำคัญของคุณภาพของสินค้าที่ขาย สาระสำคัญของคุณภาพของสินค้านั้นควรจะหมายถึง คุณภาพที่ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญของสิ่งที่ผู้ซื้อประสงค์ที่จะได้มาจากการเข้าทำการซื้อขายกัน ซึ่งหมายถึงสิ่งที่โดยพื้นฐานทั่วไปเป็นตัวบ่งชี้ให้เกิดการตัดสินใจเข้าทำสัญญานั้นๆขึ้น²⁹

โดยไม่คำนึงถึงว่าสัญญาเป็นโมฆะ (nullified) หรือไม่ แต่หากมีการล้าผิด การฉ้อฉล หรือการทำให้ไม่สุจริตใดๆเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งก็อาจจะมีการเรียกให้จ่ายค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาอีกฝ่ายได้

ในเรื่องของการทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบนั้น ในฝรั่งเศสได้มีกฎหมาย *Loi Scrivener* ในวันที่ 10 มกราคม 1978 ที่ได้ให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่รัฐบาลในการจะออกประกาศ (decree) เพื่อควบคุมในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ภายใต้ประกาศ ที่ 24 มีนาคม 1978 มีข้อกำหนดป้องกันหรือคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคจากการที่ผู้ขายฝ่าฝืนสัญญา ที่อาจจะไม่ได้มีการกำหนดการตกลงในเรื่องนั้นๆกันเอาไว้ก่อนในสัญญา และมีการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคโดยห้ามผู้ขายทำข้อกำหนดใดในสัญญาในลักษณะที่เป็นการให้สิทธิผู้ขายข้างเดียวที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงลักษณะของสินค้าหรือบริการให้แตกต่างไปจากสัญญาที่เคยตกลงกันได้

ในการฟ้องคดีในประเทศฝรั่งเศสมีลักษณะการฟ้องคดีแบบ “*action directe*” ที่ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายฝรั่งเศส ใช้ในกรณีที่มีการขายสินค้าขึ้นเดียวต่อเนื่องกันไปเป็นลำดับต่อกันไป ซึ่งผู้ซื้ออาจจะฟ้องผู้ขายคนก่อนหน้านี้นั้นขึ้นไปจนกระทั่งถึงตัวผู้ผลิตได้ สำหรับในกรณีที่มีการฝ่าฝืนการรับประกัน (warranty) โดยไม่คำนึงถึงเลยว่าจะมีสัญญาระหว่างผู้ซื้อกับบุคคลนั้นๆหรือไม่ ซึ่งตรงนี้เป็นการพัฒนาจากกฎเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องกฎเกณฑ์ของการรับประกัน ที่ปรากฏอยู่ใน มาตรา 1641 และหลักการพื้นฐานของหลัก *action directe* ที่แต่ละลำดับช่วงการขายแสดงโดยนัยว่าโอนไปซึ่งสิทธิของการกระทำทั้งหลายที่สัมพันธ์กับของที่ขายด้วย ดังนั้น การ

²⁹ *Ibid* , p. 389.

รับประกันจะต้องติดไปเป็นส่วนหนึ่งของสินค้าที่ขายด้วย ที่ซึ่งแต่ละช่วงลำดับของผู้ซื้อได้รับสิทธิที่ได้รับมาจากผู้ขายสินค้าให้แก่ตน เพื่อใช้ต่อผู้ขายคนก่อนๆ ได้³⁰ ถ้าหากบุคคลใดที่โดนฟ้องมิใช่ผู้ขายคนแรกในลำดับลูกโซ่ บุคคลนั้นจะมีสิทธิต่อผู้ขายคนก่อนหน้าตนและจะไล่ไปถึงผู้ขายคนแรกได้

มาตรา 1382-4 กล่าวอย่างชัดเจนถึงการเยียวยาความเสียหายสำหรับผู้ที่ได้รับการเสียหาย ที่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ถึงความเกี่ยวข้องในทางสัญญา หรือไม่มีสิทธิตามสัญญาอย่างเต็มที่ (quasi-contractual right) ภายใต้ มาตรา 1384 ทุกๆ การกระทำหรือการละเว้นการกระทำ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น จะต้องมีการจ่ายให้แก่ความเสียหายโดยบุคคลผู้มีความผิดนั้นๆ แต่ในกรณีคดีในฝรั่งเศสนั้น มีกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นมาว่า การส่งมอบสินค้าที่ซึ่งมีเหตุผลเหมาะสมว่าไม่มีความปลอดภัยนั้น เพียงพอแล้วที่จะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิด นอกไปเสียจากว่า supplier จะสามารถพิสูจน์ว่าความชำรุดบกพร่องเป็นสาเหตุมาจากบุคคลอื่น หรือเป็นการกระทำที่ที่ไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้³¹

1.2.2 รากฐานความคิดหลักสุจริตในประเทศฝรั่งเศส

ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1134 วรรค 3 บัญญัติว่า “สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติโดยสุจริต”(Contract must be executed in good faith) ซึ่งมีลักษณะของการบัญญัติข้อความเอาไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งในมาตรา 1134 วรรค 3 นี้ ได้กำหนดให้เกิดหน้าที่ทั้งทางฝ่ายเจ้าหนี้และทางฝ่ายลูกหนี้ ที่จะต้องใช้สิทธิ หรือปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาด้วยความสุจริต

ซึ่งในการปรับใช้หลักสุจริตในฝรั่งเศสนี้ ศาลฝรั่งเศสไม่ได้นำหลักสุจริตตามมาตรานี้มาใช้อย่างกว้างขวาง แต่ศาลฝรั่งเศสจะใช้วิธีการตีความโดยพิจารณาจากผลที่มุ่งหมาย (Teleological interpretation) ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความเป็นธรรม โดยอาศัยบทบัญญัติความรับผิดในทางละเมิด (General principle of delictual liability) ในมาตรา 1382 (Any act by which a person causes damage to another binds the person by whose fault the damage occurred to repair such damage) เข้ามาปรับใช้กับกรณีที่มีปัญหาในเรื่องความสุจริตมากกว่าที่จะใช้ มาตรา 1134 วรรค 3 เรื่องหลักสุจริตโดยตรง ทำให้เกิดหลัก *Culpa in contrahendo* คือหลักความรับผิดในขณะทำการเจรจาต่อรองทำสัญญากัน ที่กำหนดให้บุคคลที่

³⁰ Cass.civ.12 December 1884

³¹ Peter De Cruz, *supra* note 2 , p. 390.

เข้าทำการเจรจาต่อรองกันนั้นจะต้องกระทำการเจรจาต่อรองกันด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และ เกิดหลัก abuse of rights ที่กำหนดว่า การใช้สิทธิของบุคคลในกรณีต่างๆจะต้องใช้สิทธิในทางที่ชอบที่จะไม่ทำให้บุคคลอื่นเสียหายจากการใช้สิทธินั้น การใช้สิทธิจะต้องสอดคล้องกับความมุ่งหมายของสังคม

ซึ่งโดยทางปฏิบัตินั้นศาลฝรั่งเศสจะไม่ค่อยนำหลักสุจริตมาวินิจฉัยในขั้นตอนของการปฏิบัติการชำระหนี้ แต่มักจะใช้หลักสุจริตมาพิจารณาให้ความยุติธรรมในขั้นตอนที่เข้าทำสัญญากันอยู่ หากจะนำหลักสุจริตมาพิจารณาตามสัญญาที่สมบูรณ์แล้วศาลก็จะพิจารณาโดยเคร่งครัด เนื่องจากศาลฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการปฏิบัติตามสัญญา โดยเห็นว่าข้อตกลงต่างๆที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้นเกิดขึ้นมาจากความเห็นชอบยินยอมอันแท้จริงของคู่สัญญา³²

1.2.3 ลักษณะของหน้าที่สุจริตของผู้ขายในกฎหมายฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น กำหนดหน้าที่ตามหลักสุจริตของผู้ขายแยกออกเป็นสองส่วนหลักๆ โดยแบ่งส่วนเป็นหน้าที่สุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนที่จะเกิดที่จะอิงกับหลักการในเรื่องละเมิด อีกส่วนหนึ่งคือในหน้าที่สุจริตในช่วงระยะเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วที่จะนำหลักสุจริตมาใช้อย่างเคร่งครัดเพราะในประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายสัญญา ดังนั้นในประเทศฝรั่งเศสจึงได้มีการให้หลักสุจริตแยกเป็นสองกรณีคือ

1.2.3.1 หน้าที่สุจริตก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญา

เป็นหลักสุจริตในขั้นตอนก่อนที่จะสัญญาจะเกิดขึ้นตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo) เป็นหน้าที่สุจริตที่ยังอยู่ในขั้นตอนของการเจรจาตกลงทำสัญญากัน (Pre contractual liability) อาศัยปรับเอาความรับผิดชอบในทางละเมิด ตาม มาตรา 1382 มาใช้ ทำให้บุคคลผู้เข้ามาเจรจาทำสัญญากันในขณะที่อยู่ในขั้นตอนเจรจาทำสัญญากันนั้น (pre contractual negotiations) จะต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และความเป็นธรรม (good faith or honesty and fair dealing)³³โดยไม่คำนึงถึงเลยว่าสุดท้ายสัญญาจะได้มีการทำกันขึ้นหรือไม่ โดยมีการวางหลักทั่วไปไว้ในคำพิพากษาศาลสูงของฝรั่งเศสถึงหน้าที่ตามหลักสุจริตเช่นนี้

แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติใดๆในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่กำหนดให้ปฏิบัติตามหลักสุจริตในขั้นตอนการเจรจาทำสัญญากันก็ตาม

³² Nicholas, Barry , *supra* note 7 , p.98.

³³ *Ibid* , p. 70.

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีแนวทางปรับใช้เกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาดังนี้

1. มีข้อตกลงก่อนสัญญา

เมื่อได้มีการเจรจา หรือแลกเปลี่ยนเอกสารกัน หรืออาจมีการตกลงกันแล้วในบางส่วนของสัญญา แต่ยังไม่ถึงขั้นตอนที่สัญญาเกิดขึ้นมาโดยสมบูรณ์ ช่วงระยะเวลาตรงนี้ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องดำเนินการเจรจาต่อไปเพราะเมื่อการเจรจาดำเนินไปถึงในระดับหนึ่งแล้ว แม้ว่าสัญญายังไม่เกิด แต่คู่เจรจาก็ต้องมีหนี้ตามสัญญา (contractual obligation) ที่จะต้องดำเนินการเจรจาต่อไปโดยสุจริตในบางกรณี หรือเกิดหนี้ที่จะต้องรักษาความลับของกันและกันในระหว่างคู่เจรจา ซึ่งในกฎหมายฝรั่งเศส ข้อตกลงเหล่านี้ อาจจะเป็นสัญญาก็ได้ ถึงแม้ว่าโดยรวมแล้วจะยังไม่มีสัญญาสุดท้ายที่ต้องการจริงๆ เกิดขึ้นก็ตาม ดังนั้น ตราบเมื่อสัญญายังไม่เกิดขึ้นความผิดในการระงับการเจรจากันนั้นก็คือความรับผิดในทางละเมิดนั่นเอง³⁴

เหตุผลที่ศาลให้มีความรับผิดก่อนสัญญา เพราะการเจรจาดตกลงกันในเบื้องต้นก่อนที่จะเกิดสัญญานั้นมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ข้อตกลงในเบื้องต้นว่าจะให้มีเงื่อนไข รายละเอียดอย่างไร ก็จะเป็นไปอย่างนั้น และคู่สัญญาจะมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามด้วยความสุจริตตามที่ตกลงกัน เพราะการตกลงเจรจากันในเบื้องต้นนั้นเป็นเหตุชักจูงให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นในท้ายที่สุดนั่นเอง

2. มีความบกพร่องในความยินยอมที่ก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญา

มีความบกพร่องหลายกรณีที่เกิดขึ้นกับความยินยอมหรือการแสดงเจตนา ในความบกพร่องหลายๆ เรื่องนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ความรับผิดก่อนที่สัญญาจะเกิดได้ ความบกพร่องต่างๆ เหล่านี้ ได้แก่

(ก) กรณีการล้าลึงผิด

คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ล้าลึงผิดมีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลที่ถูกต้องแก่ฝ่ายที่ล้าลึงผิดอันมีผลต่อการตัดสินใจเข้าทำสัญญาของฝ่ายที่ล้าลึงผิด แต่ฝ่ายล้าลึงผิดจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อเป็นความล้าลึงผิดที่ให้อภัยได้ คือสามารถเกิดขึ้นกับบุุคคลทั่วไปได้ แต่หากคู่กรณีฝ่ายที่มีได้ล้าลึงผิด มิได้รู้ถึงความล้าลึงผิดที่เป็นสาระสำคัญของอีกฝ่าย จึงตัดสินใจเข้าทำสัญญาด้วยสัญญาที่เกิดขึ้นไม่สมบูรณ์ แต่ในกรณีเช่นนี้ในทางกลับกันอาจส่งผลให้ผู้ที่มีล้าลึงผิดต้องเยียวยาใน

³⁴ Harris D. & Tallon D. (edited by) Contract Law today : Anglo French Comparisons, (Oxford :Clarendon Press, 1991) p. 148 ; จำปี โสติพันธ์ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8 , น. 95.

ความเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ เพราะอีกฝ่ายที่ไม่ได้สำคัญผิดได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มีความผิดเอาไว้แล้ว

(ข) กรณีกลล่อฉ้อฉล

การทำกลล่อฉ้อฉลเป็นการกระทำที่ผู้ทำกลล่อฉ้อฉลมีความผิด (fault) ก่อนที่สัญญาจะเกิด มีลักษณะเป็นการลวงผู้ถูกกลล่อฉ้อฉลให้เข้าทำสัญญา ซึ่งอาจเกิดในขั้นตอนของการเจรจาได้ ซึ่งสามารถเรียกร่องคำสินไหมทดแทนให้มีความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้โดยพื้นฐานเรื่องละเมิดใน มาตรา 1382

(ค) กรณีการข่มขู่

ผู้ข่มขู่มีความผิดเพราะตั้งใจทำให้เกิดความเสียหายแก่เสรีภาพของผู้ถูกข่มขู่จนทำให้ผู้ถูกข่มขู่ยอมตัดสินใจเข้าทำสัญญาด้วย ซึ่งความผิดของผู้ข่มขู่นั้นมีมาแล้วก่อนสัญญาได้เกิดขึ้น

3. มีหน้าที่ในการให้ข้อมูลในระหว่างเจรจา

ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ในช่วงการเจรจาก่อนเกิดสัญญาคู่เจรจากันนั้น มีหน้าที่ที่จะต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ตนรู้ซึ่งตามสถานะการณ์แล้วเขาไม่คาดหมายว่าคู่เจรจาอีกฝ่ายจะรู้ ซึ่งข้อเท็จจริงนี้หากอีกฝ่ายรู้หรือควรรู้ อาจส่งผลให้ไม่มีการเข้าทำสัญญากันเลย หรืออาจจะทำสัญญาโดยมีเนื้อหาแตกต่างออกไป ซึ่งหน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต³⁵ นั่นคือ ต้องมีความซื่อสัตย์ตรงไปตรงมาในการเจรจาทกลงกันก่อนเกิดสัญญา เพราะคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้ความไว้วางใจในข้อมูลที่คู่เจรจาด้านแรกให้หรือควรจะให้ ซึ่งสัมพันธ์กับหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิด แต่ความผิดก่อนสัญญานี้ต้องชัดเจนและปราศจากข้อโต้แย้ง³⁶ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลนี้มักปรับใช้โดยเฉพาะเมื่อคู่เจรจาด้านหนึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดา เพราะมักจะไม่เท่าเทียมกันในเรื่องของความรู้ความเข้าใจในการทำสัญญา

เช่น คำพิพากษาศาลสูง ในปี 1981 ศาลสูงได้ตัดสินให้ผู้ขายและผู้จัดการบริษัทของผู้ขาย ที่มีอาชีพเกี่ยวกับการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ มีหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อมูลแก่ผู้ซื้อ

³⁵ Marsh P.D.V., Comparative Contract Law : England, France, Germany (Gower : Hampshire, 1994), p.127.

³⁶ Nicholas, Barry , *supra* note 7, pp. 70-71.

ซึ่งขาดประสบการณ์เกี่ยวกับที่ตั้งของถนนและบิรวารในที่ดินซึ่งเขากำลังซื้อเพื่อพัฒนาการไม่ให้ข้อมูลดังกล่าวทำให้สัญญาเป็นโมฆะ³⁷

4. มีการถอนคำเสนอ

โดยปกตินั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส “คำเสนอสามารถที่จะถอนได้จนกว่าจะมีการสนองรับ” แต่โซว์จะสามารถถอนคำเสนอของตนได้อย่างไม่มีขอบเขต บางทีนั้นการใช้สิทธิถอนคำเสนอในบางสถานการณ์อาจเป็นเรื่องของการใช้สิทธิเกินส่วนของผู้เสนอได้ จึงต้องให้ผู้ถอนคำเสนอ มีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่อาจเกิดแก่ผู้รับคำเสนอ โดยถือว่าผู้ทำคำเสนอ มีหนี้ก่อนสัญญาตามหลักความยุติธรรม (equity)³⁸

5. มีการระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร

การระงับการเจรจาคือการที่คู่เจรจายฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามหลักสุจริตในระหว่างการเจรจาเป็นการกระทำที่ขัดต่อความไว้วางใจของอีกฝ่ายหนึ่ง ในเมื่อการเจรจานั้นได้ดำเนินมาถึงระดับหนึ่งแล้ว ซึ่งการวินิจฉัยคดีของศาลสูงฝรั่งเศสในปี 1972 เป็นตัวอย่างคดีในเรื่องนี้³⁹ ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยนั้นเป็นผู้แทนจำหน่ายเครื่องจักรโดยนำเข้าจากสหรัฐอเมริกาแต่เพียงผู้เดียวในประเทศฝรั่งเศส โจทก์ได้เข้าทำการเจรจาเพื่อที่จะตกลงทำสัญญาซื้อขายเครื่องจักรจากจำเลย ในระหว่างการเจรจานี้โจทก์และจำเลยได้เดินทางไปประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อดูเครื่องจักรชนิดต่างๆประกอบการพิจารณาตัดสินใจของโจทก์ จนในที่สุดโจทก์ได้ตกลงใจจะซื้อเครื่องจักรกลที่จำเลยเป็นตัวแทนนั้นโดยได้ขอข้อมูลรายละเอียดของเครื่องจักรที่โจทก์จะเลือกซื้อเพิ่มเติม แต่จำเลยกลับไม่ยอมตอบรับคำขอของโจทก์ และได้ระงับการส่งเครื่องจักรจากสหรัฐอเมริกา หลังจากนั้นเพียงสองสัปดาห์จำเลยได้ทำสัญญาที่จะส่งมอบเครื่องจักรที่ผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นให้แก่บริษัทอีกบริษัทหนึ่งซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งของโจทก์ และในสัญญาที่จำเลยทำกับบริษัทคู่แข่งของโจทก์นี้ มีข้อตกลงว่าห้ามจำเลยจำหน่ายเครื่องจักรชนิดดังกล่าวนี้อีก ภายในเขตบริเวณเดียวกันนี้เป็นเวลา 42 เดือน ดังนั้นโจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย กรณีที่เกิดขึ้นนี้ สัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยยังไม่เกิดขึ้น ยังไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันเพราะอยู่ในขั้นตอนของการเจรจากันเพื่อเข้าทำสัญญาเท่านั้น จึงยังไม่มีผลตามสัญญาต่อกันที่โจทก์จะสามารถเรียกร้องจากจำเลยได้ ดังนั้นศาลจึงได้นำเอาหลักสุจริตเข้ามาปรับใช้โดยวินิจฉัยว่า การกระทำของ

³⁷ 3e Chambre civil 3 February 1984 D.1981.p.457.

³⁸ จำปี โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8 , น. 100.

³⁹ Nicholas , Barry, *supra* note 7 , p. 70.

จำเลยนั้นมีเจตนาที่จะระงับการส่งสินค้าให้แก่โจทก์ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย เป็นการกระทำให้การเจรจานั้นไม่บรรลุผล ทั้งที่โจทก์จะบรรลุข้อตกลงตามสัญญานั้นอย่างมากแล้ว โดยจำเลยตระหนักดีว่าโจทก์ได้เสียค่าใช้จ่ายในการเจรจาต่อรองนี้ไปแล้วเป็นจำนวนมาก การกระทำของจำเลยนี้เป็นการกระทำผิดหลักสุจริตในทางการค้า (broken the rules of good faith in commercial relation) ศาลจึงวินิจฉัยว่า การที่จำเลยระงับการส่งเครื่องจักรจากประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้โจทก์เสียหายอันเป็นความผิด (fault) ซึ่งจะต้องรับผิดชอบใช้ตาม มาตรา 1382

จากที่พิจารณามา เห็นได้ว่า ศาลฝรั่งเศสนั้นมีแนวโน้มที่นำหลักสุจริตในรูปของหลักทั่วไป มาปรับใช้โดยใช้ในลักษณะที่เอาหลักการเรื่องละเมิดตาม มาตรา 1382 มาวินิจฉัยในกรณีที่เห็นว่าการกระทำของคู่กรณีนั้นเป็นการกระทำที่มีขอบ โดยถือเป็นการผิด (fault) ในเรื่องละเมิดซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากการกระทำนั้น

6. มีหน้าที่ให้ความระมัดระวังดูแลคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

เมื่อได้เข้าเจรจาทำสัญญากัน คู่สัญญาก็มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวังดูแลความปลอดภัยให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาในปี 1945 คดีหนึ่ง โจทก์ผู้เสียหายไปที่คาเฟ่และเหยียบเปลือกกล้วยทำให้ลิ้นได้รับบาดเจ็บ โจทก์ฟ้องเจ้าของคาเฟ่ทั้งทางละเมิดและทางสัญญา ศาลล่างตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายโดยไม่ได้กำหนดว่าบนพื้นฐานของกฎหมายใด ศาลชี้ว่า "เจ้าของคาเฟ่ ต้องให้ความระมัดระวังที่จำเป็นเพื่อประกันความปลอดภัยให้แก่ลูกค้า ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อและขาดความระมัดระวังปล่อยให้เปลือกกล้วยอยู่บนพื้นของตึกที่เปิดรับลูกค้า..." ในคำพิพากษานี้ศาลมิได้ปฏิเสธประเด็นที่ผู้เสียหายตั้งมาเท่ากับเป็นที่เข้าใจกันว่าผู้เสียหายรับผิดชอบตามสัญญาด้วย⁴⁰

แต่ต่อมาแนวทางตามคำพิพากษาดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับในภายหลังเห็นได้จาก ในปี 1961 มีคดีที่ผู้จะเข้าทำสัญญาได้รับบาดเจ็บในโอกาสของการที่จะทำสัญญา ศาลปฏิเสธที่จะให้ค่าเสียหายบนพื้นฐานของสัญญา โดยเหตุผลว่า "สำหรับความรับผิดชอบตามสัญญาที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่ว่าการบาดเจ็บเกิดขึ้นในโอกาสของการทำสัญญา การบาดเจ็บต้องเป็นผลประการหนึ่งด้วยจากหน้าที่เกิดจากสัญญา สัญญาซื้อขายไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่จะต้องให้ความปลอดภัยแก่ผู้ซื้อ...ในคดีดังกล่าวใช้ได้เฉพาะหลักในเรื่องละเมิดเท่านั้น" คำพิพากษาในอีกหลายคดีต่อมาได้ยืนตามแนวหลังนี้มาตลอดว่า "สัญญาซื้อขายมิได้ก่อให้เกิดหน้าที่จะต้องให้ความปลอดภัยแก่ผู้ซื้อ" แต่เหตุผลจริงๆ คงเป็นเพราะว่า ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ยึดมั่นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนี้

⁴⁰ จำปี โสติพันธ์, อ้างแล้ว เศรษฐกิจที่ 8, น. 94.

เมื่อสัญญายังมีได้เกิดตามเสรีภาพที่จะตัดสินใจจริงๆ จึงไม่ยอมให้คู่เจรจาต้องถูกผูกมัดไปตามสัญญาที่ยังไม่เกิดขึ้น จึงไม่ยอมเอาหลักสุจริตของคู่สัญญามาปรับใช้กับกรณีเช่นนี้ โดยไปใช้เรื่องความรับผิดชอบในทางละเมิดมาพิจารณาเยียวยาความเสียหายแทน

1.2.3.2 หน้าที่สุจริตหลังจากสัญญาเกิด

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นมาแล้วโดยปกติย่อมต้องบังคับไปตามข้อตกลงในสัญญาที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนากันเอาไว้ แต่หากมีปัญหาเกี่ยวกับความสุจริตเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วเช่นนี้ ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการนำหลักต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตนำมาใช้พิจารณาแก้ไขข้อพิพาทโดยกำหนดหน้าที่ต่างๆ ให้แก่คู่สัญญาตามความสุจริตให้มีหน้าที่ กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ในเรื่องต่างๆ โดยมีหลักที่ใช้พิจารณา คือ

(1) หลักการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ (abuse of rights)

ศาลฝรั่งเศสได้พัฒนา หลักการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ (abuse of rights) โดยมีลักษณะเป็นการตีความด้วยการพิจารณาผลที่มุ่งหมาย (teleological interpretation)⁴¹ ด้วยวิธีการนี้ศาลสามารถวินิจฉัยด้วยหลักความเป็นธรรมตามลักษณะรูปคดีที่เกิดขึ้นจริง โดยดึงเอาหลักการพื้นฐานในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดมาใช้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อควบคุมการใช้สิทธิของบุคคลไม่ให้ทำความเสียหายแก่บุคคลอื่น เป็นการควบคุมการใช้สิทธิของบุคคลโดยนำผลประโยชน์ทางสังคมมาพิจารณา โดยมีอิทธิพลมาจากแนวคิดของ Jhering และการพัฒนาของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ทำให้มีแนวคิดจำกัดเสรีภาพในการใช้สิทธิของบุคคลโดยผลประโยชน์ของสังคม โดยแนวคิดนี้ทำให้เกิดหลักกฎหมายว่า การใช้สิทธิต้องไม่ทำให้บุคคลอื่นเดือดร้อน (not abuse his right) และต้องไม่ฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของสังคม (Social goal) มีลักษณะเป็นหลักในทางศีลธรรม แม้จะไม่มีเป็นบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะก็ตาม ซึ่งถือเป็นกรณีของการกำหนดหน้าที่ในการงดเว้นไม่ให้กระทำการใดในทางที่จะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเสียหาย

ซึ่งเป็นหลักสุจริตในขั้นตอนของการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งโดยปกติแล้วในขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญาเช่นนี้ ศาลจะไม่เข้ามาแทรกแซงสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเอาไว้แล้ว คู่สัญญาดตกลงกันอย่างไรก็ปล่อยให้ปฏิบัติกันไปตามนั้น โดยเคารพหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) แม้ว่าจะมีกรณีที่มีเหตุการณ์ไม่คาดคิดต่างๆ เกิดขึ้น ที่จะทำให้การชำระหนี้จะเกิดความไม่เป็นธรรมแก่

⁴¹ Henry P. de Vries , Civil law and The Anglo-American Lawyer , (Newyork ; Oceana publication, Inc,1976), p. 258.

คู่กรณีก็ตาม ศาลก็จะไม่ใช่หลักสุจริตในหลักทั่วไปตาม มาตรา 1134 วรรค 3 มาปรับใช้ โดยถือว่าเป็นเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญาที่ได้ตกลงกันแล้ว หากไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ตกลงกันก็มีความรับผิด เว้นแต่กรณีเป็นเหตุสุดวิสัยอันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้ได้เท่านั้น คู่สัญญาจึงจะพ้นความรับผิด

ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมใดเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบหรือไม่ ซึ่งจะถือว่าเป็นการกระทำละเมิด (committed a fault) นั้น ศาลฝรั่งเศสได้ยอมรับมาตรฐานที่เป็นธรรม (An equitable evaluation) อันสอดคล้องกับผลประโยชน์ของสังคมเข้ามาวินิจฉัย โดยต้องนำหลักศีลธรรมในสังคม เข้ามาพิจารณาด้วย ตามแต่กรณีเป็นรายๆ ไป ซึ่งลักษณะเช่นนี้เป็นลักษณะของหลักสุจริตทั่วไปอันเป็นกฎหมายยุติธรรมที่ศาลใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยตามกรณีที่เกิดขึ้นนั่นเอง ซึ่งมีตัวอย่างกรณีของการปรับใช้หลัก abuse of rights ในกรณีเกี่ยวกับสัญญาซื้อขาย เช่น

กรณีสัญญาซื้อขายมีการตกลงเงื่อนไขในสัญญาว่า หากผู้ขายไม่ส่งมอบรถยนต์ให้ผู้ซื้อ ผู้ซื้อจะมีสิทธิจะเรียกคืนเงินมัดจำที่ตนวางไว้แก่ผู้ขายเท่านั้น ต่อมาหากว่าราคาการผลิตรถยนต์มีราคาแพงขึ้นเกินกว่าที่ผู้ขายขายเอาไว้เดิม ทำให้ผู้ขายขาดทุนจึงมาขอให้ผู้ซื้อเอาเงินมัดจำคืนไปเท่านั้น กรณีเช่นนี้ศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบแล้ว⁴²

ซึ่งกรณีการใช้สิทธิในทางที่ไม่ชอบเช่นนี้ จะถือว่าเป็นการกระทำเสมือนละเมิด (a faute quasidelictuelle) ซึ่งศาลฝรั่งเศสจะอนุญาตให้เรียกร้องค่าเสียหายจากการใช้สิทธิตามสัญญาอันเป็นความผิด (fault) ตาม มาตรา 1382 หากการใช้สิทธินั้นไม่เหมาะสมกับสัญญาทำให้เกิดฝ่ายเกิดความเสียหาย (unreasonable manner and thereby causes harm)⁴³ ซึ่งศาลฝรั่งเศสใช้หลักความรับผิดทางละเมิดทั่วไปตาม มาตรา 1382 ในการวินิจฉัยกรณีการใช้สิทธิไม่ว่าสิทธิตามกฎหมายอื่น หรือ สิทธิตามสัญญาก็ตาม ว่าการใช้สิทธินั้นไม่ว่าจงใจทำให้เสียหายหรือประมาท หากก่อให้เกิดความเสียหายย่อมต้องรับผิดชอบค่าเสียหาย

หลัก abuse of rights คือการใช้สิทธิในทางที่ไม่ชอบ ซึ่งศาลฝรั่งเศสพัฒนาขึ้นมา เช่นเดียวกับกรณีหลักเรื่อง Culpa in contrahendo แต่ก็เช่นเดียวกันกับเรื่องความผิดก่อนสัญญาที่ศาลฝรั่งเศสมักจะไม่นำหลักเหล่านี้เข้ามาแทรกแซงในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เว้นแต่ว่าในกรณีของการใช้สิทธิตามสัญญานั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นมาเท่านั้น

⁴² สุจิต ปัญญาพฤกษ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12 , น. 98.

⁴³ Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 14, p. 287.

(2) หลักการแก้ปัญหากรณีมีเหตุการณ์นอกเหนือการควบคุมทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ในประเทศฝรั่งเศส

หลักการแก้ปัญหากรณีมีเหตุการณ์นอกเหนือการควบคุมทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้นี้ ไม่ได้ถูกบัญญัติรับรองเอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มีแต่หลักใน มาตรา 1148 อันเป็นเรื่องเหตุสุดวิสัย (force majeure) ซึ่งทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เท่านั้น⁴⁴ ซึ่งหลักคือถ้าหากการชำระหนี้ตามสัญญานั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้มาตั้งแต่แรก สัญญาก็จะไม่มีผลเกิดขึ้นเลย แต่ถ้าหากมีเหตุการณ์พิเศษที่ไม่ได้คาดคิดเกิดขึ้น ทำให้การชำระหนี้เป็นเหตุสุดวิสัย (force majeure) หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่อาจจะสามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้อีกต่อไป กรณีเช่นนี้ สัญญายังคงมีอยู่ แต่ให้คู่สัญญาพ้นข้อผูกพันตามสัญญาต่างตอบแทนนั้น ศาลฝรั่งเศสมักจะใช้หลักนี้อย่างระมัดระวัง จะใช้เฉพาะกรณีเหตุการณ์ที่ไม่ได้คาดคิดที่ทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เท่านั้น ลูกหนี้จึงจะพ้นความรับผิดชอบตามสัญญาได้⁴⁵

ในคดี Cour de cassation⁴⁶ ได้มีการกล่าวถึงความหมายของเหตุสุดวิสัย (force majeure) ว่าหมายถึง เหตุการณ์ที่ซึ่งทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ ไม่ใช่เป็นแค่เพียงภาระความลำบากเกินกว่ากรณีปกติเท่านั้น

การเกิดสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ต้องมีแค่สิ่งที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ทางการพาณิชย์ทั่วไปในการชำระหนี้เท่านั้น แต่จะต้องเป็นเหตุทางกฎหมาย หรือเป็นเหตุการณ์ทางกายภาพที่ทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้ อีกทั้งสิ่งที่จะนำมาทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้นี้จะต้องไม่อาจคาดเห็นได้ล่วงหน้า ไม่เคยมีการคาดคิดมาก่อนโดยคู่สัญญาและเป็นเรื่องที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงป้องกันได้อย่างแน่แท้โดยคู่สัญญาอย่างมีเหตุผลอันสมควร

แต่หลักการในเรื่องเหตุสุดวิสัย (force majeure) นี้มักจะพบเห็นแต่ในคดีเรื่องสัญญาทางมหาชน ไม่มีการใช้กับในกรณีสัญญาทางแพ่ง⁴⁷ ดังนั้นแม้มีเหตุการณ์เกิดขึ้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญายากลำบากหรือไม่เป็นธรรม แต่ศาลของประเทศฝรั่งเศสก็ถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาเองที่จะต้องตกลงกำหนดเงื่อนไขของสัญญาให้ครอบคลุมทุกๆกรณีในการทำสัญญากัน

⁴⁴ Ryan K.W., *An Introduction to the Civil Law*, (Sydney : Halstead Press, 1962), pp. 55-56, 60.

⁴⁵ Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 14, p. 199.

⁴⁶ e.g. Civ. 4.8. 1915, s. 1916.1.17

⁴⁷ Peter De Cruz, *supra* note 2, p. 312.

1.2.4 ขอบเขตการใช้หลักสุจริต

แม้หลักสุจริตใน มาตรา 1134 วรรค 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะมีเนื้อหาใกล้เคียงกับ มาตรา 242 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ตาม แต่การนำเอาหลักสุจริตมาใช้ในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีความแตกต่างกันมาก ในประเทศเยอรมันใช้หลักสุจริตอย่างกว้างขวางเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในทุกกรณี แต่ในประเทศฝรั่งเศสนั้นกลับนำหลักสุจริตมาใช้อย่างจำกัด แม้ว่าจะมีการตัดสินเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริตอยู่มาก⁴⁸ และแม้เนื้อหาความในเรื่องหลักสุจริตจะเขียนไว้ชัดเจนครอบคลุมเนื้อหาในทุกกรณีและสามารถนำมาปรับใช้ได้ดังก็ตาม

ซึ่งสาเหตุที่ในประเทศฝรั่งเศสไม่นิยมนำหลักสุจริตตาม มาตรา 1134 วรรค 3 มาใช้นั้น มีสาเหตุมาจากการที่ศาลฝรั่งเศสเกรงว่า หลักในเรื่องของหลักสุจริตอันเป็นหลักความยุติธรรมนั้นมีขอบเขตความหมายที่กว้างและไม่ค่อยมีความแน่นอนในการปรับใช้ เพราะต้องใช้ในลักษณะยืดหยุ่นไปตามสถานการณ์ ซึ่งอาจเกิดปัญหาที่จะทำให้กฎหมายสัญญาไม่มีความแน่นอนได้

อีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ประเทศฝรั่งเศสไม่นิยมนำหลักสุจริตตาม มาตรา 1134 วรรค 3 มาใช้นั้นมีสาเหตุมาจากการที่ประเทศฝรั่งเศสมีประวัติศาสตร์ที่ผูกพันกับหลักสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ (the nature right of man) ซึ่งเป็นแนวคิดในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมายขึ้นในคริสต์วรรษที่ 18 ⁴⁹ อีกทั้งประเทศฝรั่งเศสยังยึดมั่นแนวคิดในเรื่องหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of contract) และหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) โดยประเทศฝรั่งเศสนั้นถือว่าหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of contract) นั้นเป็นความคิดพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส⁵⁰ จึงทำให้มีการปรับใช้หลักสุจริตด้วยความระมัดระวังอย่างมาก เพราะต้องการให้คู่สัญญาได้มีหลักประกันในการที่จะมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญากัน หากให้หลักสุจริตมาทำให้สิ่งที่ใช้เสรีภาพตกลงกันเปลี่ยนแปลงไปได้ เมื่อนั้นก็เท่ากับว่าเสรีภาพถูกจำกัด บุคคลก็จะกลัวไม่กล้าใช้เสรีภาพ เพราะอาจจะต้องมีความรับผิดชอบได้ จึงต้องใช้หลักสุจริตในลักษณะที่เคร่งครัดอย่างมากรุนแรง

⁴⁸ Nicholas, Barry, *supra* note 7 , p. 153.

⁴⁹ Rene David and Henry P. de Vries , The French Legal System : An Introduction to Civil Law Systems , (Newyork : Oceanna publications ,1958), p. 132.

⁵⁰ Zweigert and Hein Kotz, *supra* note 14 , p. 115.

ด้วยแนวคิดทางกฎหมายของศาลฝรั่งเศสที่ไม่นำหลักสุจริตมาใช้กับกรณีเรื่องสัญญา แต่ศาลได้อาศัยหลักความรับผิดชอบทั่วไปในทางละเมิด ตาม มาตรา 1382 มาพัฒนาใช้อย่างกว้างขวางเพื่อสร้างความยุติธรรมให้แก่คู่กรณี นั่นคือ การพัฒนาใช้ หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ และหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา เพื่อนำหลักการเรื่องละเมิดมาใช้สร้างความเป็นธรรม โดยเฉพาะ หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ ที่ศาลฝรั่งเศสได้นำเอาหลักความเป็นธรรมของสังคมมาเป็นมาตรฐาน วัดความประพฤติของผู้ใช้สิทธิว่าเป็นไปตามแนวทางที่สังคมยอมรับหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์ทั่วไป คือพิจารณาถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการใช้สิทธิอันก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ และพิจารณาถึงหลักการใช้สิทธิที่จะต้องตระหนักถึงผลประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ในสังคม (regard for the interests of social or others) และจะเห็นได้ว่า หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาก็เป็นส่วนหนึ่งของหลักการใช้สิทธิโดยไม่ชอบนั่นเอง เนื่องจากในการเจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญานั้น ก็เป็นการใช้สิทธิอย่างหนึ่ง หากว่าเกิดการทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย การใช้สิทธิเจรจาต่อรองนั้นก็ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบเช่นเดียวกัน⁵¹

ดังนั้นจึงกล่าวไม่ผิดเลยว่า หลักสุจริตของฝรั่งเศสได้ปรากฏในกฎหมายละเมิด⁵² แทนที่จะปรากฏหลักในสุจริตตามที่บัญญัติใน มาตรา 1134 วรรค 3 ลักษณะของหลักสุจริตในประเทศฝรั่งเศสเช่นนี้เองที่แตกต่างไปจากหลักสุจริตในประเทศเยอรมัน ทั้งที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law เหมือนกัน

2. ระบบกฎหมาย Common Law

กฎหมายในระบบ Common Law เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาล (judge-make law) โดยมีกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาขึ้นมาเสริมให้หลักกฎหมายในระบบ common law มีความสมบูรณ์ขึ้นเท่านั้น ศาลในประเทศอังกฤษจึงทำหน้าที่โดยตรงในการคุ้มครองดูแล ประชาชน โดยศาลพิจารณาตัดสินคดีไปตามความสุจริต ในกรณีของการศึกษากฎหมายระบบ Common Law ในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่สุจริตของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย จะทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบของกฎหมายในระบบนี้ เพื่อพิจารณาว่า ระบบ

⁵¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12 , น. 100.

⁵² กิตติศักดิ์ ปรกติ, คำบรรยายวิชาทฤษฎีกฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป, (Lecture Note).

กฎหมายแบบ Common Law มีการใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักสุจริตในลักษณะเช่นไร แตกต่างไปจากหลักสุจริตในระบบกฎหมายแบบ Civil Law หรือไม่ โดยเฉพาะกับกรณีการใช้หลักสุจริตมากำหนดหน้าที่ของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย เพื่อจะเปรียบเทียบหาความเหมาะสมเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณากฎหมายไทยต่อไป

2.1 หน้าที่ของผู้ขายตามกฎหมายแพ่งของอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ มีบทบัญญัติในเรื่องซื้อขาย อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ คือ The Sale of Goods Act 1893 เป็นการนำเอาหลักเกณฑ์ใน common law มาบัญญัติไว้ในที่เดียวกันเพื่อประโยชน์ในความสะดวกในการใช้กฎหมาย ต่อมาได้ถูกแทนที่โดย The Sale of Goods Act 1979 และต่อมาได้ถูกแทนที่โดย The Sale of Goods Act 1994 และต่อมาพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ถูกแก้ไขโดย The Sale and Supply of Goods Act 1994 และ The Sale of Goods(Amendment)Act 1995.⁵³

ในประเทศอังกฤษตาม พระราชบัญญัติ The Sale of Goods Act นั้น บัญญัติหลักการว่า สัญญาซื้อขายสิ่งของ คือสัญญาที่ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ หรือตกลงว่าจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อแลกกับเงินจำนวนหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าราคา

ในการซื้อขายสิ่งของนั้น ในประเทศอังกฤษใช้ระบบสัญญาเดี่ยวเช่นเดียวกันกับในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งของย่อมผ่านจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อด้วยอำนาจแห่งสัญญา คือกรรมสิทธิ์จะโอนทันทีในขณะที่ทำสัญญากันขึ้น หรือตามที่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันให้โอนในเวลาใดเวลาหนึ่ง ซึ่งคำว่าซื้อขายนั้น มีความหมายรวมถึงการส่งมอบด้วย ทั้งนี้เพราะสัญญาซื้อขายนั้นนอกจากก่อตั้งบุคคลสิทธิแล้วยังทำให้ทรัพย์สินโอนไปด้วย⁵⁴ ซึ่งการส่งมอบนั้น ตามมาตรา 61 (1)ของ The Sale of Goods Act 1979 กำหนดเอาไว้ว่า การส่งมอบนั้นหมายความว่า การโอนไปซึ่งความครอบครองโดยสมัครใจ จากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง(voluntary transfer of possession from one person to another)

⁵³ Paul Dobson , Sale of goods & Consumer Credit , 6th edition, (London : Sweet & Maxwell Limited , 2000), p. 4.

⁵⁴ Sir M.D.Chalmers, The Sale of Goods Act 1893, 10th edition, (London : Butterworths ,1924) , p. 2.

2.2 ฐานความคิดของหลักสุจริตในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้น หลักสุจริตที่ใช้คำว่า "Good Faith" นั้นมีความแตกต่างจากหลักสุจริตของประเทศเยอรมัน และฝรั่งเศส ในประเทศอังกฤษนั้นใช้หลักตามคำว่า "สุจริต" หรือ "Good Faith" นี้กับกรณีที่ผู้ซื้อสินค้าได้ซื้อสินค้าจากผู้ขาย โดยที่ผู้ซื้อนั้นไม่รู้ว่าผู้ขายมิใช่เจ้าของที่แท้จริงในสินค้าที่ทำการซื้อขายกันนั้น ซึ่งกรณีเช่นนี้ ภายใต้ มาตรา 23 ของ The Sale of Goods Act ผู้ซื้อสามารถที่จะต่อสู้กับเจ้าของสินค้าที่แท้จริง ที่มาอ้างสิทธิในกรรมสิทธิ์เหนือสินค้าที่ซื้อขายนั้นได้ โดยการที่ผู้ซื้อพิสูจน์ว่าตนเอง เป็นผู้ซื้อที่สุจริต (bona fide) ซื้อสินค้านั้นโดยไม่ทราบข้อบกพร่องในเรื่องกรรมสิทธิ์ของผู้ขายดังกล่าว ในเวลาขณะที่ได้ทำการซื้อขายกัน

จะเห็นได้ว่า ลักษณะเฉพาะของกฎเกณฑ์ "ความสุจริต" (Good Faith) ในกฎหมาย The Sale of Goods Act นั้นโดยความจริงแล้วอยู่บนพื้นฐานของ การพิจารณาถึงความซื่อสัตย์ในความเป็นจริง และความเชื่อมโยงกันอย่างใกล้ชิดในหลักการของ "ความสุจริต" (Good Faith) กับการทราบหรือไม่ทราบของผู้ซื้อเท่านั้น ซึ่งการให้ความหมายของคำว่า "ความสุจริต" (Good Faith) ในลักษณะของกฎหมายอังกฤษเช่นนี้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเรื่องความเหมาะสม ความสะดวก ในทางพาณิชย์ เป็นการทำให้ง่ายในการพิจารณาถึงข้อยกเว้นของหลักทั่วไปตามกฎหมายเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์โดยผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของ (nemo dat rule) ที่อยู่ใน มาตรา 21 (1) ของ The Sale of Goods Act เท่านั้น แต่โดยแท้จริงแล้วมิได้ตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานของความถูกต้อง (fairness) ความยุติธรรม (justice) และเหตุผล (reasonableness) ที่ซึ่งมีอยู่ในตัวของหลักสุจริตโดยแท้จริง เพราะในกฎหมายสัญญา หรือกฎหมายพาณิชย์ของประเทศอังกฤษนั้น คำว่า "ความสุจริต" (Good Faith) โดยแท้จริงนั้นต้องการดูแล มาตราฐานของความซื่อสัตย์ (honesty) และการตกลงกันที่เป็นธรรม (fair dealing) เท่านั้น⁵⁵

แต่ความจริงแล้ว หลักกฎหมายที่ว่าด้วยหลักสุจริตในกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็นผลที่เกิดขึ้นมาจากความสัมพันธ์กันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งในประเทศอังกฤษนั้นมีหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักสุจริตในกฎหมายค้าขายมาตั้งแต่โบราณ ซึ่งศาลใช้เป็นหลักในการพิจารณาคดีในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายประเพณีสืบทอดกันมา หลักสุจริตนั้นจึงไม่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายการค้าของอังกฤษโดยตรง และไม่ใช่นโยบายตามความหมายของกฎหมายปกครอง แต่เป็นเพียง

⁵⁵ Peter De Cruz , *supra* note 2 , p. 402.

สิ่งที่คู่สัญญาต้องการใช้เพื่อเป็นหลักปฏิบัติระหว่างกันเท่านั้น ความจริงแล้วหลักสุจริตเกิดขึ้นจากคำพิพากษาที่ยึดเป็นบรรทัดฐานต่อกันมาจนกลายเป็นประเพณี โดยใช้การตีความหมายของถ้อยคำเพื่อจุดประสงค์ของกฎหมายสัญญา เช่น เพื่อส่งเสริมเจตนาที่สุจริตและการปฏิบัติต่อกันอย่างซื่อสัตย์⁵⁶

ในประเทศอังกฤษที่มีระบบกฎหมายแบบ common law ซึ่งกฎหมายเกิดจากคำพิพากษาของศาล (judge-make law) โดยมีกฎหมายออกโดยรัฐสภาขึ้นมาเสริมให้หลักใน common law มีความสมบูรณ์ขึ้นเท่านั้น ดังนั้นศาลในประเทศอังกฤษจึงทำหน้าที่โดยตรงในการคุ้มครอง ดูแล เยียวยา แก่ผู้เสียหาย โดยพิจารณาไปตามความสุจริต โดยการนำเอาเหตุการณ์ต่างๆเข้ามาพิจารณาประกอบ

แต่ระบบกฎหมาย Common Law นั้น ได้พัฒนาจนเป็นระบบกฎหมายที่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว กลายเป็นระบบกฎหมายที่เคร่งครัดจนเกินไป ทำให้มีบางกรณีไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีการร้องขอความเป็นธรรมต่อพระเจ้าแผ่นดินอยู่บ่อยๆ และพระเจ้าแผ่นดินก็ได้มอบหมายให้ Chancellor of Royal Court มีอำนาจพิจารณาตัดสินใจให้ความเป็นธรรม จึงได้เกิด Court of Chancery ขึ้นเป็นกฎหมายที่คู่เคียงและเป็นอิสระจากศาลระบบ Common Law ซึ่งในการวินิจฉัยแก้ไขความไม่เป็นธรรมนั้น Chancellor จะใช้หลักมโนธรรมสำนึก (Conscience) ของตนเอง กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องของมโนสำนึกของผู้พิพากษาแต่ละบุคคล (individual conscience) ที่ยึดเอาจริยธรรม และสามัญสำนึก และข้อเท็จจริงของแต่ละคดีเป็นเรื่องๆไป เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

การพิจารณาคดีของ Chancellor นั้นจะพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริง และถือหลักแห่งความเป็นธรรมเป็นสำคัญ⁵⁷ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพัฒนากฎหมายสาขา equity (หลักความเป็นธรรม) โดยศาลของ Chancellor ขึ้นมา ซึ่งจะช่วยผ่อนคลายความเคร่งครัดของของระบบกฎหมาย

⁵⁶ Sale of Goods Act 61(3) "A thing is deemed to be done in good faith within the meaning of this Act when it is in fact done honestly, whether it is done negligently or not".

⁵⁷ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, ระบบกฎหมายอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น. 152.

หลัก คือระบบ Common Law⁵⁸ โดยศาล equity จะมองว่าการกระทำใดๆก็ตามทุกการกระทำ ควรจะต้องเป็นไปโดยความชอบธรรมและสุจริต ซึ่งหากในกรณีที่ศาล Common Law และศาล Equity ชัดแย้งกัน ก็จะต้องถือหลักกฎหมาย equity เป็นสำคัญ โดยถือว่ากฎหมาย Common Law ถูกยกเลิกไปโดยปริยาย⁵⁹ หลักสุจริตที่ศาล Chancellor พิจารณานั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับการ นำเอามาตราฐานทางศีลธรรมที่สูงส่ง (Superior moral Standard) เช่น หลักความยุติธรรม ความ เป็นธรรม หลักมโนสำนึกที่ดี มาเป็นบรรทัดฐานของกฎหมาย⁶⁰ โดยในประเทศ common law จะมี ลักษณะที่เป็นเอกลักษณ์ คือ หลักความยุติธรรม (rule of equity) หรือ หลักสุจริต จะมาจากหลัก มโนสำนึกที่ดี (good conscience) ของ Chancery ซึ่งได้รับมอบอำนาจมาจากพระเจ้าแผ่นดิน ให้มีอำนาจพิจารณาให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนที่ร้องเรียนขอความเป็นธรรม เป็นวิธีการเปิด ประตูเอาหลักมาตรฐานทางศีลธรรม (moral standard) เข้าไปในกฎหมาย common law คำ ตัดสินดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นหลักมโนสำนึกของ Chancery เช่น ในกรณีสัญญาที่ทำขึ้น โดยข้อฉลของอีกฝ่ายหนึ่ง ศาล Chancellor จะพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา โดยจะ ให้มีการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ที่เข้าทำสัญญาโดยถูกข่มขู่หรือถูกหลอกลวงให้เข้าทำสัญญา และจะห้ามให้เจ้าหนี้ผู้ซึ่งชนะคดีในศาล Common Law ซึ่งตัดสินให้เจ้าหนี้ผู้ข้อฉลชนะคดี มิให้ บังคับคดีตามคำพิพากษา หรือในกรณีการบังคับคดีตามสัญญาสองฝ่าย ซึ่งคู่กรณีได้ตกลงทำขึ้น โดยสุจริต โดยมิได้ทำสัญญาเป็นหนังสือประทับตรา (A Seal Document) ซึ่งศาล Common Law จะบังคับให้เฉพาะคู่สัญญาที่ทำตามแบบเท่านั้น ศาล equity ก็จะให้ปฏิบัติชำระหนี้ นั้น ตามปกติ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ปฏิบัติตามความผูกพันในส่วนของตนเองไปแล้ว

จนในที่สุดได้มี พระราชบัญญัติ The Judicature Acts ในมาตรา 24,25 ให้รวม ศาล common law และศาล equity เข้าด้วยกันทำให้ไม่ว่าจะเป็นศาลใดก็ตามก็มีอำนาจที่จะ พิจารณาทั้งปัญหาตามกฎหมาย common law และ equity ทั้งหมดในคดีเดียวได้ โดยใน มาตรา 25 ของพระราชบัญญัติ The Judicature Acts นั้นในกรณีที่ common law และ equity ชัดแย้งกัน

⁵⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 313 ; Connor, J.F.O., Good Faith in International Law, (Dartmouth publishing Company ,1991), p. 41.

⁵⁹ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร : ประมวลคดีวิทยา, ม.ป.ป.), น. 62 – 63.

⁶⁰ Connor, J.F.O., *supra* note 58 , p.41.

ต้องถือหลักกฎหมาย equity เป็นสำคัญ และ ถือว่า common law ถูกยกเลิกไปโดยปริยาย ทั้งนี้ เพราะเนื้อแท้ของกฎหมาย equity ก็เพื่อเสริมกฎหมาย common law ให้สมบูรณ์เท่านั้น มิได้มีวัตถุประสงค์อันเป็นการขัดต่อกฎหมาย common law แต่อย่างใด⁶¹

ซึ่งโดยสรุปแล้วหลัก equity มีที่มารากฐานมาจาก หลักความเป็นธรรม หลักวิธีพิจารณาความของกฎหมายคริสตศาสนา และ หลักกฎหมายโรมัน ซึ่งหลักสุจริตในประเทศอังกฤษนั้น จะปรับใช้หลัก common law และ หลัก equity เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา โดยแสดงออกเป็นหลักต่างๆ เช่น หลักกฎหมายปิดปาก (promissory estoppel) หลักข้อสัญญาโดยปริยาย(implied term) หรือ หลัก collateral Contract เป็นต้น แต่โดยเหตุผลที่แท้จริงแล้ว ก็คือการนำเอาความยุติธรรมมาใช้แสดงออกในรูปแบบของหลักต่างๆ ที่กล่าวมานั่นเอง

2.3 การใช้หลักความเป็นธรรม

หลักความเป็นธรรมหรือหลัก equity นี้ได้ถูกนำมาใช้ในการตีความ และการพิจารณา คดี ของผู้พิพากษาในศาลของประเทศอังกฤษ ในเรื่องต่างๆ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่กรณี พิพาท โดยมีทางการใช้หลักความเป็นธรรมในลักษณะต่างๆ ได้แก่

2.3.1 การตีความกฎหมาย

เดิมทีการตีความจะใช้กฎเกณฑ์การตีความโดยเคร่งครัด มีที่มาจากหลักกฎเกณฑ์การ ชัดแจ้งในการตีความ (Golden Rule) ซึ่งศาลสูงสุดวางรากฐานในคดี Grey V. Pearson⁶² ในปี 1857 ว่า “ผู้พิพากษาต้องผูกพันอย่างเคร่งครัดเท่าที่จะเป็นไปได้ต่อคำหรือข้อความที่เขียน และ จะต้องตีความคำหรือข้อความนั้นตามความหมายปกติธรรมดา” จนในระยะหลังนั้นแนวทางการ ตีความตามเจตนารมณ์เริ่มมีการยอมรับกันมากขึ้น⁶³

⁶¹ สุนัย มโนมัยอุดม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 59 , น.169.

⁶² Grey V Pearson (1857) 6 HL Cas 61.

⁶³ ณรงค์ วิทย์ไพศาล, “ การตีความเอกสาร”, วารสารอัยการ,ปีที่ 5 ฉบับที่ 53, (2525), น.9.

คดีแรกที่เปิดโอกาสให้ใช้วิธีตีความคือคดี *Seaford Court Estates Ltd V. Asher*⁶⁴ ในปี 1950 เป็นการทำสัญญาเช่าแฟลตกัน ซึ่งมีปัญหาพิพาทกันว่า คำว่า "ภาระ" ตามพระราชบัญญัติ ค่าเช่า ปี 1920 มีความหมายอย่างไร แค่นั้น จะรวมถึงการที่ผู้ให้เช่าต้องจัดหาน้ำร้อนให้ผู้เช่าด้วยหรือไม่ เหตุผลในคดีนี้ คือ ผู้ร่างกฎหมายมิได้คาดเห็นสิ่งที่เกิดขึ้นในภายหลัง จึงมิได้บัญญัติมาตราใดในกฎหมายให้พอที่จะปรับใช้บทกฎหมายได้ ศาลให้ความเห็นว่าศาลมีอิสระที่จะขยายความหมายตามธรรมดาของคำว่า "ภาระ" ให้รวมถึงภาระชนิดที่อาจเกิดขึ้นได้ เป็นการตีความอย่างกว้างเพื่อให้หลักการต่างๆ ที่ประกอบขึ้นมาเป็นพระราชบัญญัติมีผลบังคับได้ เพราะไม่มีมนุษย์คนใดที่จะคาดหมายถึงเหตุการณ์นานับประการที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ทั้งหมด แม้คาดการณ์ได้ก็เป็นไปไม่ได้ที่จะเขียนกฎหมายให้คลุมถึงเหตุการณ์ทั้งหมดได้ โดยไม่ใช้ภาษาที่เคลือบคลุม ดังนั้นผู้พิพากษาจะต้องเริ่มภาระกิจในการตีความเพื่อหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย เจตนารมณ์นี้อาจได้มาจากการอ่านเฉพาะตัวอักษรในบทกฎหมาย แต่ต้องพิจารณาประกอบกับเงื่อนไขของสังคม ที่นำมาซึ่งการบัญญัติกฎหมาย และ ปัญหาที่กฎหมายนั้นมุ่งเยียวยา

โดยวิธีการตีความนั้นเห็นได้จาก คดี *Notham V. Barnet London Borough Council*⁶⁵ ในปี 1978 คดีนี้ Lord Denning ได้กล่าวเอาไว้ว่า "เมื่อใดก็ตามที่การตีความกฎหมายโดยเคร่งครัดจะนำมาซึ่งผลที่เหลวไหลและไม่เป็นธรรม เมื่อนั้นผู้พิพากษาคควรจะและสามารถที่จะใช้สำนึกที่ถูกต้องในการแก้ไขความเหลวไหลนั้นโดยพิจารณาว่าหากมีปัญหามิเช่นนั้นเกิดขึ้นในการร่างกฎหมายแล้ว ผู้ร่างจะเขียนกฎหมายอุดช่องว่างอย่างไร แล้วผู้พิพากษาก็จะตีความไปตามนั้น"

2.3.2 กรณีการใช้หลักความเป็นธรรมในช่วงการเจรจาจนทำสัญญา

ในกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น คำเสนอไม่มีผลผูกมัดที่จะให้ผู้ทำคำเสนอต้องรับผิดชอบในกรณีที่มีการถอนคำเสนอ แม้ผู้ที่ได้รับคำเสนอได้รับความเสียหายจากการถอนคำเสนอนั้น ตามหลัก Common Law ของประเทศอังกฤษ คำเสนออาจถูกถอนเสียได้ในเวลาใดก็ตามก่อนที่จะมีการสนองรับคำเสนอ และแม้ในกรณีที่ผู้เสนอจะกำหนดเวลาที่แน่นอนให้ผู้รับคำเสนอสนองรับ ผู้เสนอก็ยังสามารถถอนคำเสนอได้ในระหว่างนั้นก่อนที่จะได้รับคำเสนอจะมีการสนองรับ และในขณะที่

⁶⁴ *Seaford Court Estates Ltd V. Asher* (1950) AC 508, (1950) 1 All ER 155.

⁶⁵ *Notham V. Barnet London Borough Council* (1978) 1 All ER 1243

เข้าทำการเจรจากันอยู่นั้น ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องทำสัญญากันจนสำเร็จ ทั้งนี้เนื่องจากยังขาดเงื่อนไขที่แน่นอนเพียงพอ นอกจากนี้ ยังไม่อาจถือว่ามีคำเสนอและคำสนองที่ทั้งสองฝ่ายได้มีการก่อให้เกิดความสัมพันธ์และมีผลตามกฎหมาย โดยในคดี Courtney E Fairbairn Ltd V. Tolaini Brothers (Hotels) วินิจฉัยว่า การทำสัญญาเพื่อจะเข้าร่วมเจรจา (contract to negotiate) ไม่มีผลเป็นสัญญาที่จะมีผลบังคับตามกฎหมาย เพราะยังไม่มี ความแน่นอนที่จะให้มีผลบังคับผูกพันได้ ศาลเองก็ไม่อาจจะคำนวณค่าเสียหายได้เนื่องจากไม่มีบุคคลใดสามารถบอกได้ว่าการเจรจาจะมีผลสำเร็จหรือล้มเหลว กฎหมายจึงไม่ยอมรับรู้ อีกเหตุผลหนึ่งคือกฎหมายอังกฤษนั้นยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ถือว่าแต่ละฝ่ายอาจมีการต่อรองกันเพื่อบรรลุผลประโยชน์ของตน ผู้ที่เข้าเจรจากันจะต้องเสี่ยงว่าจะได้รับประโยชน์หรือสูญเสียประโยชน์จากการนั้น⁶⁶ ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายอังกฤษนั้นไม่ยอมรับรู้ถึงหลักสุจริตเอามาใช้ในช่วงขั้นตอนการที่เข้าเจรจาสัญญากัน

แต่ศาลอังกฤษนั้นก็ได้มีการเอาหลัก collateral Contract เป็นการนำเอาหลักสุจริตทางอ้อมมาปรับใช้⁶⁷ คือยังมีใช่เป็นการทำสัญญาหลักที่เกิดจากการทำคำเสนอและสนองดังเช่นสัญญาทั่วไป แต่เป็นคำมั่นสัญญาที่บุคคลหนึ่งให้ไว้แกื่อกบุคคลหนึ่งเพื่อจูงใจให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ตกลงเข้าทำสัญญาเป็นผลสำเร็จกับตน collateral Contract จึงมักเกิดขึ้นในช่วงระหว่างการเจรจาของคู่กรณี ซึ่งสามารถที่จะบังคับกันได้บางกรณี

แต่โดยข้อเท็จจริงแล้วกฎหมายอังกฤษนั้นก็ยังไม่ยอมรับรู้ถึงหลักสุจริตเอามาใช้ในช่วงขั้นตอนของการที่เข้าเจรจาสัญญากันเท่าที่ควร ดูได้จากคดี Walford V. Miles ศาลอุทธรณ์และศาลสูงยกฟ้อง โดยกล่าวว่า collateral Contract ที่มีผลบังคับกันได้นั้นจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนดังเช่นสัญญาทั่วไป ในคดีนี้มีได้มีการระบุว่าจำเลยจะงดเว้นการเจรจากับบุคคลอื่นเป็นระยะเวลานานเพียงใด ศาลอุทธรณ์จึงตัดสินว่า Lock out agreement (collateral Contract) ไม่มีผลบังคับ เพราะ ขาดความแน่นอน จำเลยจึงมีสิทธิถอนการเจรจาได้โดยไม่มีความผิดได้ ศาลสูงเห็นว่าการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญากันไม่ก่อให้เกิดความรับผิด เพราะคู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสิทธิจะแสวงหาผลประโยชน์ในระหว่างการเจรจากัน กฎหมายสัญญาของอังกฤษ ไม่ค่อยยอมรับหลัก

⁶⁶ May E. Butcher V. R.[1934]2 K.B.17 n.

⁶⁷ งามใจ แววมณีวรรณ ,“ความรับผิดก่อนสัญญา ศึกษาในเชิงทฤษฎี”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542),น. 88.

สุจริตในขั้นตอนการเจรจาสัญญาระหว่างกัน คู่เจรจาจึงสามารถเพิกถอนหรือถอนตัวจากการเจรจาในเวลาใดก็ได้ก่อนสัญญาจะเกิดขึ้น

เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นของกฎหมายอังกฤษนั้น กล่าวได้ว่า กฎหมายอังกฤษยึดถือหลักการทั่วไปว่าคู่กรณีย่อมแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองได้ในขั้นตอนการเจรจาทำสัญญา กฎหมายอังกฤษไม่ได้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาดังเช่น กฎหมายเยอรมัน อิตาลี และฝรั่งเศส แนวทางการใช้กฎหมายดังกล่าวจึงเปรียบเสมือนกับการยอมรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาโดยทางอ้อม เท่านั้น ซึ่งปัจจุบันนี้ นักกฎหมายสัญญาของอังกฤษและของประเทศในกลุ่ม Common Law มีความเห็นว่าการนำหลักกฎหมายรองรับการใช้หลักสุจริตในขั้นตอนก่อนสัญญานี้โดยตรงเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่กรณีจากการกระทำที่ไม่สุจริตที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตได้

2.3.3 การตีความสัญญา

จากที่ได้พิจารณาข้างต้น การตีความกฎหมายนั้นพิเคราะห์ถึงแต่เจตนารมณ์ของรัฐสภาที่ออกกฎหมายมา หรืออาจมุ่งตีความโดยพิเคราะห์ถึงแต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่สำหรับการตีความสัญญานั้น ไม่ว่าจะทำสัญญาขึ้นด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร จะต้องค้นหาเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยพิเคราะห์เจตนาจากวาจาหรือตัวหนังสือ ซึ่งเป็นการแสดงออกแห่งเจตนาของคู่สัญญานั้นๆ

ในเรื่องของการตีความสัญญา หลักกฎหมายอังกฤษมีแนวคิดที่ว่า คู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญา โดยส่งเสริมให้บุคคลเข้าทำสัญญาและสามารถไว้วางใจในคำมั่นสัญญาที่บุคคลอื่นให้ไว้แก่ตนเอง ขณะเดียวกันคู่สัญญาก็มีเสรีภาพที่จะผิดสัญญาได้ด้วย หากเห็นว่าการผิดสัญญานั้นจะเป็นประโยชน์สำหรับตนเองมากกว่า แตกต่างจากหลักกฎหมายของประเทศในระบบ Civil Law ที่มีแนวคิด ที่จะให้มีการชำระหนี้ตามข้อตกลงอย่างจริงจัง อันเป็นการคำนึงถึงความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา(Sanctity of Contract) และมุ่งป้องปรามมิให้มีการผิดสัญญากันขึ้นหรือมิให้มีการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา

ดังนั้นในประเทศอังกฤษ มาตรการการเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายจากการผิดสัญญาจึงเป็นมาตรการหลัก มาตรการการเยียวยาด้วยการบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจึงเป็นข้อยกเว้น แม้จะเป็นกรณีศาล Court of Chancery จะใช้หลัก Equity พิจารณาก็ตาม กล่าวคือ ศาลจะใช้หลักความเป็นธรรมเข้ามาตีความสัญญาเพื่อพิจารณาว่าคู่สัญญามีหน้าที่ มีสิทธิต่อกัน

อย่างไรหรือไม่ เห็นได้จาก คดี Total Oil V. Thompson ในปี 1972⁶⁸ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า บริษัทปิโตรเคมีทำสัญญาเพื่อขายน้ำมันให้แก่ปั๊มน้ำมัน ในสัญญามีข้อตกลงในเรื่องการชำระค่าน้ำมันด้วยการให้เครดิตแก่กัน แต่ต่อมาทางด้านผู้ซื้อได้มีพฤติกรรมที่แสดงออกให้เห็นว่ากลายมาเป็นผู้ไม่มีความน่าเชื่อถือทางการเงิน บริษัทปิโตรเคมีจึงได้พยายามที่จะเปลี่ยนให้การชำระหนี้ตามสัญญาต้องกระทำด้วยเงินสดในเวลาที่รับมอบน้ำมันเท่านั้น โดยไม่ยอมส่งมอบน้ำมันให้แก่ผู้ซื้ออีก ศาลจึงตัดสินว่าบริษัทไม่มีสิทธิที่จะทำการไม่ส่งมอบน้ำมัน ผู้ขายมีสิทธิจะเปลี่ยนข้อตกลงในสัญญาในการชำระเงินเฉพาะในสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเท่านั้น

ซึ่งหากศาลพิจารณาแล้วว่าคู่สัญญาฝ่ายใดมีหน้าที่ตามสัญญา แล้วคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ยอมปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญา ศาลก็จะไม่บังคับให้ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญานั้นเพราะถือว่าคู่สัญญามีเสรีภาพที่จะทำผิดสัญญาได้ แต่จะให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นทำการชดเชยค่าเสียหายจากการผิดสัญญาแทน นั่นเอง

ในการใช้หลักการตีความสัญญาศาลในประเทศอังกฤษได้พัฒนาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตีความสัญญา แยกได้ดังนี้

(1) หลักข้อสัญญาโดยปริยาย

เดิมทีนั้นศาลอังกฤษวินิจฉัยข้อสัญญาอย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกัน คือตีความสัญญาไปตามตัวอักษรเท่านั้น ศาลจะปฏิเสธที่จะพิจารณาข้อมูลแวดล้อมอื่นๆ และปฏิเสธที่จะยอมรับข้อสัญญาโดยปริยาย ศาลจะอ้างเหตุผลว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดตกลงรับภาระหรือหน้าที่ใด เขาต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่นั้นแม้จะเกิดเหตุที่จำเป็นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ก็ตาม เพราะหากประสงค์ที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาด้วยเหตุอันใดเขาคงได้ระบุในสัญญาไว้แล้ว” นั่นคือศาลถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาเองที่จะต้องคาดหมายถึงเหตุการณ์ในอนาคต แล้วเขียนเป็นข้อยกเว้นในสัญญาเพื่อปกป้องตนเอง ถ้าไม่ได้เขียนข้อยกเว้นกันเอาไว้ก็ต้องผูกพันตามสัญญานั้นโดยไม่มีข้อยกเว้น ศาลจะไม่เข้าไปปกป้องคู่สัญญาฝ่ายใดโดยแปลความไปในทางว่ามีข้อยกเว้นโดยปริยายแต่อย่างใด

ซึ่งในสัญญาซื้อขายนั้น แต่เดิมศาลอังกฤษนำหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” มาใช้อย่างเคร่งครัด โดยไม่มีการแปลความว่าสัญญาซื้อขายใดๆ จะต้องมีการรับรองโดยปริยายเกี่ยวกับคุณภาพและการใช้งานได้ของสินค้านั้น ซึ่งแตกต่างจากหลักในปัจจุบันนี้ ผลคือตามกฎหมายเดิมนั้นผู้ซื้อต้องระบุข้อกำหนดเหล่านี้ไว้อย่างชัดเจน มิฉะนั้นจะถือว่าไม่มีคำรับรองดังกล่าว

⁶⁸[1972]1 Q.B. 318.

แต่ในปัจจุบันนี้หลักการให้สิทธิลูกค้าหรือผู้ซื้อที่จะได้รับการคุ้มครอง กลายเป็นหลักความยุติธรรมเบื้องต้นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการเขียนสิทธิไว้ในสัญญาหรือไม่ก็ตาม ศาลสามารถอุดช่องว่างได้โดยใช้ทฤษฎีกฎหมายที่เรียกว่า “ข้อสัญญาโดยปริยาย” ศาลได้เข้ามาแปลความหมายของสัญญาว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายอยู่ ทั้งที่ไม่ได้เขียนเอาไว้ในสัญญา ศาลได้เพิ่มเติมข้อกำหนดลงในสัญญาทั้งที่คู่สัญญาไม่ได้ระบุและไม่ได้มีสัญญาดกกลงกันไว้ เป็นการที่ศาลตีความให้มีข้อกำหนดดังกล่าวด้วยหลักแห่งเหตุผลและความยุติธรรม หลักนี้เริ่มขึ้นที่คดี *Gardiner V. Gray*⁶⁹ ในปี 1815 โดยที่ Gray ได้นำเศษผ้าไหมมาให้ Gardiner ดูเป็นตัวอย่างและตกลงซื้อขายกัน บันทึกรายการตกลงการขายได้ระบุว่า “เศษผ้าไหม 12 หีบ ราคา 10 ชิลลิง 6 เพนนี ต่อน้ำหนัก 1 ปอนด์” แต่การส่งมอบปรากฏว่าเศษผ้าไหมเป็นชนิดเลวกว่าตัวอย่างและมีคุณภาพต่ำ ผู้ซื้อฟ้องเรียกค่าเสียหาย อ้างว่าผู้ขายได้ให้คำรับประกันไว้อย่างชัดเจนว่าสินค้าที่ส่งมอบต้องตรงกับตัวอย่างที่ให้ดู แต่ข้ออ้างนี้ตกไปเพราะไม่ได้เขียนการรับประกันในสัญญา แต่ Gardiner อ้างว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่าผ้าไหมต้องเป็นสินค้าที่มีคุณภาพดีและใช้การได้ดี ศาลพิพากษาให้ตามที่ Gardiner กล่าวอ้าง ประเด็นสำคัญในคดีนี้คือ คำรับรองเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าถูกกำหนดหรือเพิ่มเติมโดยกฎหมาย และที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวก็ด้วยเหตุผลแห่งความยุติธรรม

การใช้หลักข้อสัญญาโดยปริยายนี้มีแนวคิดสองฝ่าย

ฝ่ายแรก เห็นว่าสัญญานั้นเป็นข้อตกลงร่วมกันของคู่สัญญาที่มีเจตนาตรงกัน ดังนั้นพื้นฐานทางปรัชญาในการปรับใช้ข้อสัญญาโดยปริยายนั้น ดูว่าเป็นข้อสัญญาที่คู่สัญญาเห็นชอบร่วมกันโดยปริยาย เพียงแต่ไม่ได้เขียนระบุลงไปในสัญญาเท่านั้น จะปรับใช้ความหมายของข้อสัญญาโดยปริยายให้มีความหมายกว้างเกินขอบเขตไม่ได้ ถือว่าผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่เขียนสัญญาเพิ่มเติม แนวคิดนี้ครอบงำมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1889 โดยถือว่าสัญญาโดยปริยายนี้เป็นปัญหาทางข้อเท็จจริง ซึ่งวินิจฉัยจากเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้ของคู่สัญญา โดยมุ่งให้มีผลบังคับในทางที่คู่สัญญาเองก็ประสงค์ที่จะตกลงดังกล่าว จึงใช้ข้อสัญญาโดยปริยายนี้ เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็น เพื่อให้สัญญาสำเร็จผลเท่านั้น จะไม่สามารถนำมาใช้ในกรณีด้วยเหตุว่ามี เหตุผลที่สมควร ได้ เป็นแนวคิดจาก ผู้พิพากษา Scrutton ในคดี *Reigate V. Union Manufacturing CO.(Ramsbottom)Ltd.*⁷⁰ ในปี 1918 โดยมีการใช้หลัก “คนกลางผู้ไม่ใช่คู่สัญญา” ซึ่งได้หลักนี้มา

⁶⁹ *Gardiner V. Gray* (1815) 4 Camp 144.

⁷⁰ *Reigate V. Union Manufacturing CO.(Ramsbottom) Ltd.* (1918) 1 KB 592.

จากคดี *Shirlaw V. Southern Foundries*⁷¹ ในปี 1926 ที่กล่าวว่า “ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า สัญญาใดที่ละไว้ให้ตีความโดยใช้ข้อสัญญาโดยปริยาย โดยไม่จำเป็นต้องเขียนไว้โดยชัดแจ้งนั้น ต้องเป็นเรื่องที่ประจักษ์ชัดถึงขนาดว่า ถ้าขณะที่กำลังต่อรองเพื่อทำสัญญากันอยู่ เกิดมีคนกลางที่ไม่ใช่คู่สัญญาเสนอว่า ควรมีข้อสัญญาหนึ่งใดแล้ว คู่สัญญาก็จะเอาข้อสัญญานั้นใส่เข้าไปในสัญญาที่ตกลงกันนั้นอย่างแนบเนียน” ในหลักการของฝ่ายนี้ ผู้พิพากษามีหน้าที่เพียงค้นหาข้อเท็จจริงอันเป็นเจตนาร่วมกันในใจของคู่สัญญา เป็นการจำกัดบทบาทของศาลไม่ให้มีมากเกินไปนั่นเอง

ฝ่ายที่สอง มีความเห็นว่า ข้อสัญญาโดยปริยายเป็นข้อกำหนด ศาลกำหนดหรือเพิ่มเติมข้อสัญญาได้เมื่อเห็นสมควร เพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความชอบธรรมแก่คู่สัญญา โดยย้อนกลับไปดูทฤษฎีนี้แต่เริ่มแรก มีการให้เหตุผลว่า “บุคคลที่เป็นคู่สัญญาจริงๆ ควรปล่อยให้อยู่ในความสงบ แต่เกิดแทนที่ด้วยบุคคลผู้มีเหตุผลและมีความเป็นธรรม และผู้ที่จะเป็นบุคคลผู้นั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือผู้แทนแห่งความยุติธรรม ซึ่งก็คือศาลนั่นเอง” มีที่มาจาก คดี *Davis Contractors Ltd V. Fareham UDC*⁷² ในปี 1956 โดยให้เหตุผลว่าอะไรคือสิ่งที่คู่สัญญามีเจตนาร่วมกันนั้นหาได้ยาก หรือแต่ละฝ่ายอาจจะมีเจตนาที่แตกต่างกัน และตอบคำถามได้ยากว่าข้อสัญญาโดยปริยายนั้นมีความจำเป็นเพื่อให้สัญญานบรรลุผลหรือไม่ การที่ศาลตีความให้มีข้อสัญญาโดยปริยายนั้นเป็นผลจากการที่ศาลพิเคราะห์สภาพแวดล้อมทั้งปวงแล้วเห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรที่จะตีความเช่นนั้นมากกว่า เช่น เรื่องความเหมาะสมแก่สภาพการใช้ของสินค้าจะเป็นการรับประกันโดยสมบูรณ์ หรือเพียงแต่สัญญาว่าจะดูแลรักษาตามสมควร เรื่องนี้ไม่สามารถที่จะแก้ไขโดยการตั้งปัญหาว่าอะไรคือเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา หรืออะไรคือเรื่องจำเป็น แต่ต้องพิจารณาจากแง่มุมเหตุผลที่สมควร ซึ่งเรื่องนี้เป็นกรณีวินิจฉัยข้อกำหนด ไม่ใช่เรื่องทางข้อเท็จจริง แนวคิดฝ่ายนี้จึงเสนอให้ตัดหลัก “คนกลางที่ไม่ใช่คู่สัญญา” ออกไปแล้วเอา “ความมีเหตุผลอันสมควร” มาใช้พิจารณาแทนที่ “ความจำเป็นเพื่อให้สัญญานบรรลุผล”

หลังจากนั้นต่อมาหลักกฎหมายเรื่องการรับรองคุณภาพสินค้าที่เกิดจากข้อสัญญาโดยปริยายได้พัฒนาอย่างรวดเร็ว โดยกำหนดให้มีข้อสัญญาโดยปริยายอย่างเฉพาะเจาะจงในกรณีที่คู่สัญญาเองไม่เคยตกลงกันมาก่อน ข้อสัญญาปริยายนี้จะขึ้นอยู่กับประเภทของสินค้าเฉพาะสิ่ง

⁷¹ *Shirlaw V. Southern Foundries (1926) Ltd (1939) 2 KB 206, (1939) 2 All ER 113.*

⁷² *Davis Contractors Ltd V. Fareham UDC (1956) AC 696, (1956) 2 All ER 145*

หรือเป็นสินค้าที่ยังไม่ได้กำหนดแน่นอน หรือคำรับรองนั้นมีเหตุผลตรงกับวัตถุประสงค์หรือสอดคล้องกับการค้านั้นๆ ซึ่งในที่สุดข้อกำหนดเหล่านี้ได้นำมาบัญญัติในกฎหมาย The Sale of Goods Act เช่น ในมาตรา 13 The Sale of Goods Act 1979 ในข้อ (a) บัญญัติหลักว่า หากเป็นการขายสินค้าตามคำพรรณนาก็จะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้านั้นจะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการที่มีการพรรณนา

ในมาตรา 15 The Sale of Goods Act 1979 ในข้อ (2) ในกรณีที่มีการขายสินค้าตามตัวอย่าง จะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่า

- (a) สินค้านั้นๆจะมีคุณภาพเหมือนกันกับสินค้าตัวอย่าง
- (b) ผู้ซื้อสามารถมีโอกาสนำมาเปรียบเทียบสินค้าที่ได้รับกับสินค้าตัวอย่าง
- (c) ตามความเหมาะสมจากการตรวจสอบสินค้าตัวอย่างตามปกติแล้ว สินค้านั้น

จะต้องปราศจากข้อบกพร่อง,ความไม่พึงพอใจ ใดๆ

แต่แม้ว่าจะได้มีการนำเอาหลักการเรื่องนี้บัญญัติขึ้นมาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ถึงอย่างไรก็ไม่สามารถออกกฎหมายมาบังคับใช้แก้ปัญหาในทุกๆเรื่องได้ จึงยังคงต้องมีการนำหลักข้อสัญญาโดยปริยายในลักษณะการตีความข้อสัญญามาใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หากเป็นกรณีที่สัญญานั้นทำขึ้นแตกต่างไปจากพื้นฐานของการค้าตามปกติ หรือผิดไปจากธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้า ก็จะเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะแสดงได้ว่า มีเหตุผลใดหรือไม่ที่จะต้องทำสัญญากันให้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากกรณีปกติ และการตกลงกันเป็นพิเศษ เช่นนี้ได้รับการยอมรับเห็นชอบจากคู่สัญญาทั้งหมดหรือไม่ หรือมีธรรมเนียมปฏิบัติที่แท้จริงเป็นเช่นไร หรือหากมีกรณีที่มีการพิพาทถึงสิทธิ หน้าที่ระหว่างกันของคู่สัญญา ศาลก็จะใช้หลักข้อสัญญาโดยปริยายมาพิจารณาว่าคู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันเช่นไร ซึ่งตัวอย่างที่ดีที่สุดของการใช้หลักข้อสัญญาโดยปริยายในกรณีที่ซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดเรื่องนั้นๆ เอาไว้คือ⁷³ คดี Mash & Murrell V. Joseph I Emmanuel ในปี 1961⁷⁴ ในคดีนี้มีการทำสัญญาซื้อขายมันฝรั่งในสัญญาแบบ CIF Liverpool เมื่อสินค้ามาถึงเมืองลิเวอร์พูล พบว่ามันฝรั่งนั้นเน่าเสีย ไม่สามารถรับประทานได้ แต่ปรากฏหลักฐานว่าในช่วงเวลาบรรทุกสินค้าลงเรือที่เมืองลิมาซอล ในเกาะไซปรัส มันฝรั่งเหล่านั้นยังมีสภาพดีสามารถรับประทานได้ ซึ่งคดีนี้ตัดสินให้ผู้ขายไม่ต้องรับ

⁷³ Michael Furmston, *Sale & Supply of Goods*, (London : Cavendish Publishing Limited, 1995), p. 128.

⁷⁴ [1961] 1 All E.R. 485; [1962] 1 All E.R. 77.

ผิด และความเสี่ยงภัยได้โอนไปยังผู้ซื้อแล้วตั้งแต่ที่สินค้าลำเลียงลงเรือ ปล่อยให้ผู้ซื้อดำเนินการฟ้องร้องต่อผู้ขนส่งเอง

แต่ในคดีนี้ Diplock J ให้เหตุผลเอาไว้ว่า การจะพิจารณาถึงความรับผิด จะต้องพิจารณาว่าเหตุใดมันฝรั่งถึงรับประทานไม่ได้ ซึ่งมีหลายสาเหตุที่น่าจะเป็นไปได้ที่อาจทำให้มันฝรั่งเน่าเสีย เช่น การบรรจุหีบห่อที่ไม่ดีพอ หรือการหมุนเวียนถ่ายเทของอากาศที่ไม่เพียงพอระหว่างการเดินทาง การพิจารณาความรับผิดสามารถใช้การพิจารณาโดยหลักข้อสัญญาปริยายได้ว่า การทำสัญญาในลักษณะที่ต้องขนส่งสินค้าทางไกลเช่นนี้ สินค้าที่ซื้อขายกันควรมีความเหมาะสมที่จะต้องมีความทนทานต่อการเดินทางไกลตามปกติอันอาจทำให้ผู้ขายมีความรับผิดได้

(2) ทฤษฎีเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้

มีการใช้ทฤษฎีนี้คู่กับ “ข้อสัญญาโดยปริยาย” ใช้เพื่อแก้ปัญหของหลัก “ข้อสัญญาโดยปริยาย” ที่มีปัญหาถกเถียงกันและไม่ได้ได้รับความนิยมในภายหลัง เพราะไม่สอดคล้องกับความจริง เพราะหาเจตนาที่ตรงกันได้ยาก ทฤษฎีนี้ศาลจะไม่ถามว่าข้อสัญญาหนึ่งๆนั้นคู่สัญญาได้ตกลงกันได้โดยปริยายหรือไม่ โดยที่รับรู้ว่าความจริงแล้วคู่สัญญาอาจมิได้มีการตกลงกันมาก่อนเลย เพราะคู่สัญญาย่อมคาดไม่ถึงว่าจะมีสถานการณ์อย่างนั้นเกิดขึ้น แต่ศาลจะค้นหาเจตนารมณ์ที่อาจสันนิษฐานได้ของคู่สัญญาแทน โดยการพิจารณาว่าหากคู่สัญญาได้รู้มาก่อนว่าจะมีสถานการณ์นั้นๆเกิดขึ้น คู่สัญญาจะแสดงเจตนาให้มีข้อสัญญาอย่างไร ทั้งนี้ศาลสันนิษฐานว่าคู่ความจักแสดงเจตนาในทางที่เป็นธรรม และมีเหตุผลที่สมควร แล้วศาลก็จะตัดสินคดีไปตามเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้นั้น

เช่น คดี Movie Tone News V. London & District Cinemas ข้อเท็จจริงคือ ระหว่างสงครามในปี ค.ศ.1941 ผู้จัดจำหน่ายภาพยนตร์ได้ตกลงขายภาพยนตร์ขาวให้โรงภาพยนตร์ในราคา 10 กินี ต่อ 1 สัปดาห์ เป็นภาพยนตร์ขาวสนับสนุนกิจกรรมสงคราม เมื่อสงครามยุติ ในปี 1946 สถานะการณ์ทั้งหลายได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง บรรดากฎข้อบังคับต่างๆ ก็ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปด้วย ทางโรงภาพยนตร์อ้างว่าไม่ต้องผูกพันที่จะต้องรับซื้อภาพยนตร์ขาวมาฉายในอัตรา 10 กินีต่อสัปดาห์อีกต่อไป ในคดีนี้ปรากฏว่ามีข้อสัญญาเพิ่มเติมว่า “สัญญาับซื้อภาพยนตร์ขาวให้มีผลต่อไปตราบเท่าที่ ข้อบัญญัติควบคุมเรื่องฟิล์มภาพยนตร์ ค.ศ. 1943 ยังใช้อยู่” ข้อความในสัญญาเพิ่มเติมนี้ถ้าตีความตามตัวอักษรก็หมายความว่ายังมีผลบังคับในปัจจุบัน และยังมีผลบังคับใช้ต่อไปเรื่อยๆโดยไม่มีผู้ใดรู้ว่าจะนานแค่ไหน แต่คู่สัญญาย่อมไม่คิดว่าข้อบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้นานถึงขนาดนั้น เพราะเป็นข้อบัญญัติที่ออกในช่วงสงครามเพื่อสอดคล้องกับเงื่อนไขของสงคราม จึงย่อมคาดได้ว่าจะเลิกเมื่อสงครามยุติ พวกเขาย่อมไม่ได้คิดว่าจะใช้บังคับอีกต่อเนื่องมา

ในยามสันติ เพื่อรับมือกับการขาดแคลนดอลลาร์ ที่แน่นอนยิ่งกว่านั้นคือ ไม่มีใครคิดว่ามันจะมีผล บังคับต่อมาอีก 5 ปีภายหลังสงครามยุติแล้ว ด้วยประการฉะนี้ศาลจึงไม่ควรตีความ ให้ข้อสัญญา เพิ่มเติมดังกล่าวมีผลบังคับกับเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า ดังปรากฏในคดีนี้⁷⁵

ขณะที่คู่สัญญาทำสัญญากันในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะมักจะมีแนวโน้มใช้คำ วลี ประโยค ที่มีความหมาย ซึ่งหากตีความตามตัวอักษรแล้วจะได้ความกว้างกว่าเจตนาแท้จริง หรือ ครอบคลุมสถานะการณ์ที่คู่สัญญาไม่เคยมุ่งประสงค์ จากข้อความจริงนี้ศาลจึงปฏิเสธที่จะตีความ ตามตัวอักษรในกรณีที่มีเหตุการณ์เกิดขึ้นนอกเหนือความมุ่งหมายของคู่สัญญา แม้สัญญานั้น อาจจะสมบูรณ์ในส่วนของข้อกำหนด แต่ถ้ายังไม่สมบูรณ์ในส่วนของเจตนา คือถึงขนาดที่ผู้ พิพากษาเชื่อว่า คู่สัญญาในฐานะบุคคลที่มีเหตุผลไม่ได้มีเจตนาทำสัญญานั้นเพื่อใช้กับ สถานะการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่ ก็จะไม่บังคับได้เฉพาะข้อที่ตรงกับเจตนา ศาลจะตีความสัญญาให้เป็นไป ตามเจตนา นั้น การตีความนี้จำกัดเฉพาะกรณีที่สถานะการณ์ที่เกิดขึ้นอยู่ในความคาดหมายของ คู่สัญญา แต่ไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่อยู่นอกความคาดหมายของคู่สัญญา เว้นแต่หากจะมีเหตุผล สมควรที่ต้องตีความในทางดังกล่าว เพื่อความเป็นธรรม

การวิเคราะห์ว่าสถานะการณ์แตกต่างกันมากน้อยเพียงใดนั้นจะต้องเปรียบเทียบ สถานะการณ์ที่เกิดขึ้นใหม่กับสถานะการณ์ที่กำหนดในสัญญา ถ้าหากปรากฏแค่เพียงว่าคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระหนักขึ้นหรือต้องเสียค่าตอบแทนสูงขึ้นก็ยังไม่เพียงพอ จะต้องเป็นความ แตกต่างกันยิ่งกว่า คือจะต้องเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริงถ้าบังคับให้ คู่สัญญาต้องผูกพันต่อสัญญานั้น

ตัวอย่างการใช้ หลักเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้ กับกรณีข้อเท็จจริงต่างๆ

(2.1) การใช้หลักเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้กับกรณีสัญญาระยะยาวที่เกิด ภาวะเงินเฟ้อในภายหลัง

มีการใช้หลักเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้กับกรณีสัญญาระยะยาวที่เกิดภาวะเงินเฟ้อใน ภายหลัง เช่นคดีหนึ่งคือ *Staffordshire Area Health Authority V. South Staffordshire Water Work* ในปี ค.ศ. 1929 บริษัทแห่งหนึ่งได้ทำสัญญาว่าจะขายน้ำให้โรงพยาบาล “ตลอดไปนับแต่ วันทำสัญญานี้” ในราคาคงที่ 7 เพนซ์ต่อน้ำปริมาณ 1000 แกลลอน น้ำสิบปีต่อมาค่าตอบแทน ดังกล่าวก็ต่ำมากจนไร้ค่าเพราะเมื่อคิดเทียบกับภาวะเงินเฟ้อแล้วจำนวนเงินที่ชำระกันในปี 1477

⁷⁵ Lord Denning , *The Discipline of Law*, (London : Butterworths , 1979),

เป็นเพียงเศษหนึ่งส่วนยี่สิบ ของเงินในปี 1929 ทางโรงพยาบาลอ้างว่ามีสิทธิจะซื้อน้ำในราคาต่ำสุดเช่นนี้ตลอดไปจนกว่าโลกจะแตก คดีนี้เอาทฤษฎีเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้มาใช้ โดยพิเคราะห์ถึงสถานการณ์ซึ่งคู่สัญญาทราบหรือคาดหมาย ถ้าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในเวลาต่อมานั้นคู่สัญญาไม่เคยคาดคิดมาก่อน และเป็นเหตุการณ์ที่ทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีเจตนาที่จะถือเป็นข้อสัญญาเลย กรณีเช่นนี้ คือกรณีที่สถานการณ์ปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากถึงขนาดว่าข้อสัญญาที่ว่า “ตลอดไปนับแต่วันทำสัญญา” นี้ไม่มีผลผูกพันอีกต่อไป ดังนั้นจึง เป็นสถานการณ์ที่ศาลตัดสินได้ว่าให้มีการบอกเลิกสัญญาโดยบอกกล่าวล่วงหน้าได้

(2.2) การใช้หลักเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้กับการยกเว้นความรับผิดในสัญญา

มีการใช้หลักเจตนาที่อาจสันนิษฐานได้นี้ กับ กรณีการยกเว้นความรับผิดในสัญญาด้วย โดยในการพิเคราะห์เจตนาที่อาจสันนิษฐานได้ของคู่สัญญานี้ ต้องถามว่าหากคู่สัญญาได้คาดหมายอยู่ก่อนแล้วว่าจะมีสถานการณ์นั้นๆเกิดขึ้น จะอนุมานได้หรือไม่ว่าพวกเขาในฐานะบุคคลผู้มีเหตุผล ต้องการให้ช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมีผลใช้บังคับเพื่อปกป้องฝ่ายผิดสัญญา แม้ตามความหมายปกติธรรมดา ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจะมีผลบังคับ แต่ศาลไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยให้มีผลตามนั้น ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญาในฐานะบุคคลผู้มีเหตุผล ย่อมไม่มุ่งหมายให้มีช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นๆ ในการวินิจฉัยลักษณะเช่นนี้คือการ “สมมุติบุคคลผู้มีเหตุผลและมีความเป็นธรรม” และผู้พิจารณาลักษณะของผู้มีเหตุผลและมีความเป็นธรรมนั้นก็คือศาลนั่นเอง ศาลจะไม่อนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใดอ้างช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ถ้าการอ้างนั้นทำให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลสมควร และการพิจารณาว่าอะไรคือความเป็นธรรมและความมีเหตุผลสมควร ศาลจะพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นแบบสัญญามาตรฐานหรือไม่ อำนาจต่อรองของคู่สัญญานั้นมีเท่ากันหรือไม่ สภาพแห่งการผิดสัญญามีความร้ายแรงเพียงใด และพิจารณาถึงเหตุอื่นๆอีกด้วย ซึ่งเหตุผลเหล่านี้เป็นแนวทางที่ใช้ในการพิจารณากฎหมายใน The Sale of Goods Act 1973 และ กฎหมายพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งบัญญัติว่า “ช้อยกเว้นความรับผิดในสัญญาการขายสินค้าจะไม่มีผลบังคับ ถ้าพิสูจน์ได้ว่าการบังคับใช้สัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลสมควร”

2.3.4 ทฤษฎีกฎหมายปิดปาก (The rule of promissory estoppel)

หลักกฎหมายปิดปากเป็นหลักการสำคัญที่ป้องกันมิให้คนพูดอะไรออกไปแล้วคิดคำพูดของตนเองหรือคนที่ทำอะไรไปแล้วปฏิเสธการกระทำของตนเองเมื่อคำพูดหรือการกระทำดังกล่าวทำให้บุคคลอื่นเชื่อถือ คำพูดหรือการกระทำของฝ่ายหนึ่งที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งนั้นเชื่อถือ

ไว้วางใจได้ปิดปากมิให้ผู้พูดหรือผู้กระทำปฏิเสธความรับผิดชอบในความผิดของตน หรืออาจจะเป็นกรณีที่ลงโทษบุคคลหรือคู่ความฝ่ายหนึ่งในคดีไม่ให้กล่าวอ้างหรือปฏิเสธข้อความหรือการกระทำบางเรื่อง อันเป็นผลหรือเนื่องมาจากการกระทำผิดของบุคคลนั้นเอง โดยนำแนวคิดมาจากสภาพกฎหมายโรมัน ว่า “ไม่มีผู้ใดอาจถือเอาประโยชน์จากการกระทำผิดของตนได้” (*nullus commodum capere potest de injuria sua propria*) ซึ่งหลักเกณฑ์เรื่องนี้ตั้งอยู่บนรากฐานแห่งความชอบธรรม และความสุจริต ซึ่งถูกครอบคลุมโดยกฎเกณฑ์ในเรื่องความยุติธรรม ตามกฎหมายอังกฤษ⁷⁶ สรุปได้ว่าเมื่อบุคคลใดซึ่งโดยความประพฤติดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นได้เปลี่ยนสถานะของเขาไปและเกิดความเสียหาย หรือได้รับความเสียหายหรือทำให้เขาต้องเสียเปรียบ บุคคลนั้นก็จะถูกปิดปาก ในการที่จะอาศัยประโยชน์จากความประพฤติดังนั้น เพราะการยกเอาเรื่องนั้นๆ มาเป็นประโยชน์ต่อตนเองย่อมไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม คู่สัญญาจึงไม่อาจใช้สิทธิของตนมีอยู่ได้ในเมื่อพฤติการณ์ที่มีอยู่ในปัจจุบันขัดแย้งกับพฤติกรรมในอดีต โดยถือเอาความเป็นธรรม สุจริต เป็นข้อยกเว้นบทบัญญัติทั้งปวง

ในเรื่องของสัญญาซื้อขายมี มาตรา 21(1) ของ The Sale of Goods Act 1979 ได้วางหลักการในเรื่องหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน และหลักกฎหมายปิดปาก เพื่อใช้บังคับกับกรณีเรื่องของสัญญาซื้อขายเอาไว้ โดยถ้าผู้ขายนั้นมิใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริง จะส่งผลทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันตามหลักว่าผู้รับโอนไม่อาจมีสิทธิดีกว่าผู้โอนได้ โดยมีข้อยกเว้นด้วยการใช้หลักกฎหมายปิดปาก ว่าหากว่ามีการกระทำของเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงที่ไม่ยอมปฏิเสธอำนาจของตัวผู้ขายที่ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ก็จะยกเว้นไม่ใช้หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน โดยให้ผู้ซื้อเป็นฝ่ายได้กรรมสิทธิ์ไป ซึ่งศาลได้วางแนวทางการใช้หลักกฎหมายปิดปากในกรณีเช่นนี้แยกได้ใน 2 ลักษณะ คือ⁷⁷

กฎหมายปิดปากด้วยการแสดงออก (*estoppel by representation*)

กฎหมายปิดปากด้วยการแสดงออก เป็นการใช้หลักกฎหมายปิดปากเมื่อเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงได้แสดงออกว่าบุคคลบางคนนั้นมีอำนาจที่จะขายทรัพย์สินนั้นๆ ดังนี้เมื่อบุคคลนั้นได้ไปทำการขายทรัพย์สินนั้นๆ ไป กฎหมายจึงยอมปิดปากเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงไม่ให้กล่าวอ้างว่า ผู้ซื้อที่เป็นผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนคือกล่าวอ้างว่า ผู้ขายเป็นผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริง แต่อย่างไรก็

⁷⁶ พงษ์อาจ ศรีกิจวัฒนกุล, “กฎหมายปิดปาก” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), น. 77.

⁷⁷ Michael Furmston, *supra* note 73, p. 72.

ตามศาลจะใช้หลักกฎหมายปิดปากอย่างเคร่งครัด ศาลจะไม่พิจารณาแค่เพียงว่าการที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของของตนไว้ในความครอบครองของผู้อื่นจะถือว่ามี การแสดงออกของทางเจ้าของทรัพย์สิน ที่จะใช้หลักกฎหมายปิดปากได้

ซึ่งมีตัวอย่างคดีเกี่ยวกับหลักกฎหมายปิดปากกรณีนี้คือ คดี Eastern Distributors Ltd. v. Goldring ในปี 1957⁷⁸ ซึ่งในคดีนี้ เจ้าของรถแวนต้องการเงินจึงเข้ามาติดต่อกับนายหน้าขายรถยนต์ นายหน้าขายรถยนต์ตกลงที่จะจัดการหาเงินให้ แผนการหลอกลวงเกิดขึ้นโดย นายหน้าขายรถยนต์นั้นได้หลอกลวงทางบริษัทไฟแนนซ์ ว่านายหน้าขายรถยนต์ได้ซื้อรถแวนคันนี้มาแล้ว และได้ให้เจ้าของรถยนต์ ทำสัญญาเช่าซื้อเอาไว้ โดยได้ให้เจ้าของรถเซ็นชื่อในสัญญาเช่าซื้อที่ไม่ได้กรอกข้อความพร้อมกับส่งมอบจดหมายที่เขียนว่าเขาได้รับการส่งมอบรถคันนี้มาแล้ว ต่อมา นายหน้าจึงได้มาทำการเสนอขายรถแวนคันนี้กับบริษัทไฟแนนซ์ จนบริษัทไฟแนนซ์ยอมทำสัญญาและจ่ายเงินค่ารถยนต์ให้นายหน้าไป โดยหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนแล้วในเมื่อ นายหน้าไม่ใช่เจ้าของที่แท้จริงดังนั้นการซื้อของบริษัทไฟแนนซ์ย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์ไป ซึ่งบางทีคดีนี้อาจมองได้ว่าเป็นกรณีที่เจ้าของรถแวนได้มอบอำนาจให้นายหน้าขายรถยนต์ให้แก่บริษัทเงินทุน แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ได้มีการตัดสินด้วยเหตุผลว่า เจ้าของรถแวนไม่ได้มอบอำนาจให้นายหน้าทำการขายรถให้แก่บริษัทไฟแนนซ์ แต่เจ้าของรถโดนกฎหมายปิดปากไม่ให้อ้างเรื่องหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนต่อผู้ซื้อ บนพื้นฐานสำคัญที่ว่า การเซ็นชื่อลงในแบบฟอร์มที่ทำขึ้นในลักษณะเช่นนี้ เท่ากับเป็นการทำให้ง่ายต่อการที่นายหน้าจะไปหลอกลวงบริษัทไฟแนนซ์ ว่านายหน้านั้นเป็นเจ้าของที่แท้จริงในรถแวนคันนี้ เท่ากับเป็นกฎหมายปิดปากด้วยการแสดงออก เมื่อตนแสดงออกสิ่งใดออกมาก็ต้องผูกพันไปตามการแสดงออกของตน จะอ้างกฎหมายมาเป็นประโยชน์แก่ตนเองโดยไม่สุจริต ไม่ได้

กฎหมายปิดปากโดยการไม่ใส่ใจ (estoppel by negligence)

กฎหมายปิดปากโดยการไม่ใส่ใจ เกิดขึ้นเมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่แท้จริงไม่ใส่ใจที่จะสนใจไยดีในทรัพย์สินของตน เป็นเหตุให้มีการนำทรัพย์สินนั้นๆ ไปทำความตกลงกับบุคคลที่สาม ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลที่สามได้ แต่ศาลก็จะใช้หลักกฎหมายปิดปากกรณีเช่นนี้ด้วยความเคร่งครัด การที่เพียงเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้สนใจทรัพย์สินของตน จะยังไม่ถือว่ามี การเพิกเฉยไม่ใส่ใจ อันเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาว่าจะใช้หลักกฎหมายปิดปาก ยกเว้นจะถึงขนาดที่

⁷⁸ [1957]2Q.B.600.

สามารถพิจารณาได้ว่า การกระทำการในลักษณะดังกล่าวเช่นนั้น สนับสนุนให้สามารถพิสูจน์ได้ว่า เจ้าของที่แท้จริงมีหน้าที่ต้องใส่ใจในทรัพย์สินของตนต่อบุคคลฝ่ายที่ถูกหลอกลวง

ซึ่งมีตัวอย่างคดีเกี่ยวกับหลักกฎหมายปิดปากกรณีนี้คือ คดี Mercantile Credit Co.Ltd. V. Hamblin 1965⁷⁹ คดีนี้ นาย O เป็นเจ้าของรถยนต์ อยากทำการยืมเงินโดยใช้รถยนต์ของตนเป็นหลักประกัน เมื่อได้ปรึกษา นาย A จึงได้ทำตามทีนาย A แนะนำ ด้วยการเซ็นชื่อลงในสัญญาเปล่า และอนุญาตให้นาย A ทำการเจรจากับบริษัทเช่าซื้อว่ารถยนต์ของตนมีมูลค่าพอที่จะสามารถกู้เงินได้เป็นจำนวนเงินเท่าใด แต่ความจริงแล้ว นาย A ได้ทำเกินเลยไปด้วยการลงมือกรอกข้อความลงในแบบฟอร์มที่ นาย O ได้เซ็นชื่อเอาไว้ ว่าตกลงที่จะขายรถยนต์ให้บริษัทเช่าซื้อ และจะทำการไถ่รถยนต์คันนี้คืนในภายหลัง ศาลพิจารณาคดีนี้ว่า นาย O มีหน้าที่ที่จะต้องดูแลเอาใจใส่ (duty of care) ต่อบริษัทเช่าซื้อ ในสถานะการณ์พิเศษในกรณีเช่นคดีนี้ การไม่กรอกรายละเอียดในสิ่งที่ตนเซ็นชื่อโดยไว้ใจให้บุคคลอื่นเป็นผู้กรอกข้อความ เช่นนี้เท่ากับ นาย O เองไม่ได้ให้ความใส่ใจเอาเสียเลย ดังนั้นจึงคุ้มครองทางบริษัทเช่าซื้อให้ได้กรรมสิทธิ์ในรถยนต์คันนี้ไปแล้วปิดปาก นาย O ไม่ให้อ้างหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลใช้หลักการเรื่องกฎหมายปิดปากนี้ปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงต่างๆที่เกิดขึ้น อย่างระมัดระวังเท่านั้น เนื่องจาก หลักกฎหมายปิดปากนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานในเรื่องความชอบธรรมโดยสุจริต ดังนั้น การที่บุคคลใดจะกล่าวอ้างรับประโยชน์จากหลักกฎหมายนี้ บุคคลนั้นก็ต้องกระทำไปโดยความไม่รู้จักจริง หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้นๆและเสียหายจากการกระทำนั้นๆด้วย ถ้าหากว่ารู้ความจริงนั้นๆแล้วก็จะถือว่าบุคคลนั้นใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะไม่สามารถอ้างเอาประโยชน์จากหลักกฎหมายปิดปากได้

2.3.5 การใช้หลักความเป็นธรรม (Equity) กับการเลิกสัญญา

หลัก Equity นั้นได้วางหลักการเลิกสัญญาได้ แต่จะต้องกระทำโดยอาศัยคำพิพากษาของศาลเท่านั้น โดยส่วนใหญ่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเลิกสัญญาตามหลัก Equity เฉพาะในกรณีที่มีการเลิกสัญญาตามกฎหมาย common law ไม่เพียงพอที่จะเยียวยาได้ และ ในกรณีที่เป็นการเรียกทรัพย์ที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีตราสารจากลูกหนี้เท่านั้น

⁷⁹ [1965]2 Q.B. 242.

และหลัก Equity ได้วางหลักการเลิกสัญญาไว้อีก สอง ประเภท

ประเภทแรก คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาสามารถเลิกสัญญาได้กรณีที่ผิดสัญญาทั้งสองฝ่าย หรือกรณีที่ผิดสัญญาฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายมีส่วนรู้เห็นด้วย เหตุที่หลัก Equity อนุญาตให้มีการเลิกสัญญาเฉพาะสองกรณีนี้เท่านั้น เนื่องจากการเลิกสัญญามีผลทำให้ประโยชน์ใดๆที่คู่สัญญาอีกฝ่ายคาดหวังว่าจะได้จากสัญญาต้องเป็นอันยกเลิกไปด้วย การเลิกสัญญาประเภทนี้เรียกว่า rescission for mistake

ประเภทที่สอง คือ การเลิกสัญญากรณีกลล่อหรือการสำคัญผิด แต่ไม่รวมถึงการทำให้สำคัญผิดโดยไม่เจตนา (innocent misrepresentation) ซึ่งรวมเรียกว่า rescission for misrepresentation

2.3.6 หลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป(The Doctrine of Frustration)

โดยปกติแล้ว แม้การปฏิบัติชำระหนี้จะกลายเป็นพ้นวิสัยหรือไม่สามารถปฏิบัติได้ไม่ว่าด้วยเหตุที่ตนต้องรับผิดชอบหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาก็ไม่อาจจะยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาได้เลย⁸⁰ ตามหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation) ที่เกิดหลักขึ้นจากคดี Paradine V. Jane แต่หากมีเหตุการณ์ที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติการใดเพื่อชำระหนี้ตามสัญญาไม่สามารถที่จะปฏิบัติการนั้นได้อีกต่อไป หรือทำให้การกระทำเพื่อปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปนั้นกลับกลายเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญาประสงค์เป็นอย่างมาก สัญญาก็จะสิ้นสุดและคู่สัญญาก็จะเป็นอันหลุดพ้นจากการปฏิบัติการตามสัญญา เป็นการยกเว้นหลักปกติที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งเรียกว่า หลัก Frustration สร้างขึ้นโดยศาลอังกฤษ โดยให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ถ้ามีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น และเป็นผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป เช่น กรณีทรัพย์ตามสัญญาเช่าที่จะเช่าถูกทำลายลงโดยสิ้นเชิงภายหลังที่ได้มีการทำสัญญา สัญญาก็จะสิ้นสุดด้วยเหตุ Frustration⁸¹ รวมไปถึงกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงหรือมีความเข้าใจร่วมกัน (contemplation) ให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นรากฐาน

⁸⁰ พินัย ณ นคร, "หลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกต่อไป", นิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 32, (มีนาคม 2545), น. 138.

⁸¹ Taylor V. Caldwell (1863) 3B & S826

หรือสาระสำคัญของสัญญา และต่อมามีเหตุการณ์อันไม่คาดคิดเกิดขึ้นจนถึงขนาดว่าแม้ยังอยู่ในวิสัยที่คู่สัญญาจะปฏิบัติการชำระหนี้ได้ก็ตาม แต่หากการปฏิบัติการชำระหนี้ นั้น สิ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับมันมีผลแตกต่างไปจากความประสงค์ร่วมกันในสัญญาในสาระสำคัญ ดังนี้ถือว่ารากฐานแห่งสัญญาสูญสิ้นไปแล้ว เช่น การเช่าห้องเพื่อจะดูขบวนแห่พิธีขึ้นครองราชย์ ต่อมาขบวนแห่ต้องเลื่อนออกไปเนื่องจากกษัตริย์ประสูติ สัญญานี้สิ้นผลเพราะวัตถุประสงค์หรือสิ่งที่ เป็นรากฐานของสัญญาไม่สามารถบรรลุได้อีกต่อไป⁸² เมื่อคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันว่าสัญญาจะมีผลเช่นไรเมื่อเกิดเหตุการณ์ในสองกรณีเช่นนี้ได้เกิดขึ้น ก็ต้องถือว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นอันหลุดพ้นไปด้วยเหตุของหลัก Frustration แต่ทั้งนี้ก็มีกฎหมาย Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 ออกมาเพื่อให้คู่สัญญาสามารถเรียกเงินหรือค่าตอบแทน ระหว่างกันได้ตามความเหมาะสมเมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาสิ้นผลไปด้วยเหตุของ Frustration

โดยการพิจารณาหลัก Frustration นี้ศาลจะพิจารณาเจตนา และ ความประสงค์ของคู่สัญญา เป็นสำคัญ ในบางครั้งเจตนาร่วมกันนี้ไม่ได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ศาลจึงต้องพิจารณาระยะเวลาที่เหตุการณ์เช่นนั้นได้เกิดขึ้นว่ายาวนานมากถึงขนาดทำให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากสิ่งที่คู่สัญญามุ่งหมายร่วมกันโดยสิ้นเชิงหรือไม่ เป็นเรื่องที่ทำให้ดุลยพินิจศาลค่อนข้างมาก ศาลจะยึดถือหลักว่า แค่เพียงการที่สัญญาได้รับการกระทบกระเทือนจากสภาวะเศรษฐกิจผันผวน เช่น ประสบปัญหาทางการเงิน สภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ⁸³ เหตุเพียงแค่นี้ไม่ทำให้สัญญาต้องสิ้นผลไป คู่สัญญาไม่หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญา เว้นเสียว่าคู่กรณีจะตกลงกันชัดแจ้งในสัญญาว่าให้กรณีเช่นนี้มีผลต่อการยกเลิกสัญญา เพราะลำพังความยากลำบากหรือความไม่สะดวกที่เกิดแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะทำให้เกิดต้องหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา

แต่อย่างไรก็ตาม หลักนี้ไม่ค่อยมีความแน่นอนในการปรับใช้โดยศาลในประเทศอังกฤษ เพราะในบางคดีแม้มีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันกับคดีที่ศาลเคยตัดสินให้สัญญาสิ้นผล โดยเหตุ Frustration แต่ศาลในคดีหลังกลับตัดสินว่าสัญญาไม่สิ้นผล เนื่องจากการตีความของศาลในที่ว่าสิ่งที่ได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นเป็นสิ่งที่คู่สัญญามุ่งหมายให้เป็นสาระสำคัญหรือรากฐานของสัญญาหรือไม่นั้น ยังไม่มีความชัดเจนนั่นเอง⁸⁴

⁸² Krell V. Henry (1903)2KB 740

⁸³ Universal Corpn V. Fiveways Properties Ltd.(1979)1All E.R.552

⁸⁴ พินัย ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 80, น. 148.

2.4 ขอบเขตการใช้หลักสุจริต

แม้ทางประเทศอังกฤษจะมีหลัก ความยุติธรรม (equity) มาใช้เพื่อกำหนดความสุจริตของคู่สัญญา นอกเหนือไปจากกรณีที่มีการตกลงกัน หรือการตกลงกันที่ได้ทำไปนั้นไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม แต่ในความเป็นจริงแล้วศาลอังกฤษในสมัยปัจจุบันไม่ประสงค์ที่จะขยายหรือนำเอาหลัก equity หรือหลักความยุติธรรม มาใช้อย่างที่เคยใช้กันอย่างแพร่หลายในคริสต์ศตวรรษที่ 15-16 กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลไม่ประสงค์จะสร้างกฎหมาย equity เพิ่มขึ้นนอกจากที่มีหลักเกณฑ์อยู่แล้ว เพราะในประเทศอังกฤษมีความคิดเห็นว่า หากมีความจำเป็นในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจริง ๆ ก็ควรให้วิธีแก้ไขกฎหมายโดยทางรัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยเฉพาะมากกว่า นั่นคือ ยอมรับกันว่าผู้พิพากษานั้นมิใช่เป็นผู้ที่จะตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับหากแต่ผู้พิพากษานั้นเป็นเพียงผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายที่มีมาตั้งแต่เดิม ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย สาขา equity สาขา common law หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร ก็ตาม แม้จะเป็นกรณีการใช้หลัก equity ก็ต้องใช้หลักไปตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาที่เคยตัดสินมาแล้วนั่นเอง ดังนั้นจึงทำให้ในบางครั้ง แม้สามารถจะใช้หลักความยุติธรรมได้ แต่ศาลก็ไม่ยอมใช้ แม้ว่าการยอมบังคับให้ตามสัญญานั้นจะไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่าๆกันก็ตาม ศาลก็ยังยึดที่จะบังคับให้เป็นไปตามสัญญาโดยเคร่งครัดอยู่นั่นเอง

3. หลักสุจริตตาม Principles of European Contract Law (PECL)

3.1 ที่มาของหลักสุจริตตาม Principles of European Contract Law (PECL)

ในหมู่ประเทศที่เป็นสมาชิกของกลุ่มสหภาพยุโรปนั้น หากมีกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศหนึ่งในยุโรปติดต่อการค้า ทำสัญญากัน กับผู้ประกอบการที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่งในประเทศภาคพื้นยุโรปด้วยกัน ซึ่งแน่นอนว่าต่างฝ่ายต้องการใช้กฎหมายของประเทศตนบังคับ เนื่องจากสะดวกต่อความเข้าใจและเอื้อประโยชน์ต่อฝ่ายของตนเองมากกว่ากฎหมายของประเทศอื่นที่ตนไม่มีความถนัด และไม่มีความเข้าใจ จึงทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องของการใช้กฎหมายมาตัดสินกรณีข้อพิพาทต่างๆที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการทำการค้า ทำสัญญา ระหว่างกันเรื่อยมา ทำให้นักกฎหมาย อนุญาโตตุลาการ หรือศาล ที่ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท ต้องคอยแก้ปัญหาในเรื่องการใช้กฎหมายกรณีเช่นนี้ อยู่เสมอ เพื่อแก้ปัญหาคาถกเถียงที่เกิดขึ้น ในปัจจุบันนี้

ทางสหภาพยุโรปจึงได้มีการผลักดันออก กฎเกณฑ์คือ The Principles of European Contract Law (PECL)⁸⁵ ที่ออกโดย The Commission of European Contract Law เพื่อนำมาใช้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงกับกรณี ที่มีความสัมพันธ์ในเรื่องสัญญา ของคู่สัญญาที่ประกอบธุรกิจอยู่ต่างรัฐ ต่างประเทศกัน ภายในกลุ่มสหภาพยุโรป ที่ได้มีการตกลงทำสัญญากัน ระหว่างกัน เพื่อให้มีมาตรฐาน เดียวกันทั้งหมด เป็นเอกภาพ ไม่มีปัญหาได้เถียงเรื่องการใช้กฎหมายใดบังคับ กับสัญญาลักษณะเช่นนี้อีกต่อไป

3.2 เนื้อหาของหลักสุจริต ที่กำหนดอยู่ใน Principles of European Contract Law (PECL)

ในเนื้อหาของกฎหมาย Principles of European Contract Law (PECL) ฉบับนี้นั้น โดยรวมแล้ว จะเป็นเรื่องที่บัญญัติ เกี่ยวข้องกับ กฎเกณฑ์ที่ใช้กับกรณีเรื่องสัญญา ในเรื่องต่างๆเช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาในส่วนของ การเกิดของสัญญา อำนาจหน้าที่ของตัวแทน เนื้อหาของสัญญา การชำระหนี้ ความเป็นโมฆะ การตีความสัญญา⁸⁶ การผิดสัญญาและการแก้ไขเยียวยาการผิดสัญญา หรือ ความเสียหาย ซึ่งก็ได้มีการบัญญัติในเรื่องของหลักสุจริตเอาไว้ ในกฎหมายฉบับนี้ด้วย เช่นกัน ซึ่งสามารถนำแนวทางการใช้หลักสุจริตเช่นนี้มาพิจารณาปรับใช้กับการใช้หลักสุจริตในเรื่องสัญญาโดยเฉพาะสัญญาซื้อขาย ในกฎหมายไทยได้

ซึ่งสามารถแยกการใช้ หลักสุจริตตาม กฎหมาย Principles of European Contract Law (PECL) ออกได้เป็นสามลักษณะ คือ

3.2.1 หลักสุจริตในฐานะเป็นหน้าที่ ที่ต้องปฏิบัติตาม

นักวิชาการในต่างประเทศได้ให้นิยามของ “หลักสุจริต” ใน PECL โดยกล่าวว่า ในเชิงภาวะวิสัยนั้น “หลักสุจริต” หมายถึง จิตสำนึกที่ซื่อสัตย์และยุติธรรม และ ในเชิงอัตตวิสัย หมายความว่า หลักปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์ คือ เป็นการที่ต้องเคารพหลักความซื่อสัตย์

⁸⁵ Hardbound ISBN 90-411-1305-3 published in November 1999 by Kluwer Law International P.O. Box 85889 2508 CN Hauge, The Netherlands.

⁸⁶ มาตรา 1.106

ตามข้อเท็จจริง อีกด้วย⁸⁷ และใน PECL นั้นยังกำหนดว่าคู่สัญญาต้องเคารพหลักสุจริตซึ่งไม่จำกัดว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของสัญญาก็ตาม⁸⁸ ซึ่งใน มาตรา 1: 201 นี้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาในลักษณะเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเพียงแค่ว่าคู่สัญญาจะต้องเคารพหลักสุจริต หลังจากที่เกิดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาแล้วเท่านั้น

ตัวอย่างของการใช้มาตรา 1: 201 ของ PECL เช่น ในขั้นตอนของการเจรจาในการเข้าทำสัญญากันนั้น A ได้ทำคำเสนอในการทำสัญญาส่งให้แก่ B โดย A ได้ระบุกำหนดเฉพาะเจาะจงเอาไว้ว่า B จะต้องตอบรับสนองกลับมายังที่ทำการสำนักงานใหญ่ของ A ภายในเวลา 8 วัน แต่เนื่องจากทางลูกจ้างของ B ไม่ได้ดูถึงข้อระบุข้อนี้ จึงได้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอ ของ A ส่งมายังสถานที่ของตัวแทนของ A ซึ่งตัวแทนของ A ก็ได้ทำการส่งคำสนองนี้ต่อมายัง สำนักงานใหญ่ของ A ภายหลังจากที่ได้รับคำสนองจาก B มาแล้ว 4 วัน เช่นนี้ผลตามหลักสุจริตของ PECL มาตรา 1: 201 จึงทำให้ A ไม่สามารถปฏิเสธความผูกพันตามสัญญาฉบับนี้กับ B ได้⁸⁹

ใน มาตรา 1: 201 (1) ใน PECL กล่าวถึงหลักสุจริตเอาไว้ในฐานะที่หลักสุจริตนั้นเป็นหน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องเคารพ และปฏิบัติตาม ว่า "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing"

และใน มาตรา 1: 201(2)⁹⁰ กำหนดหน้าที่โดยเคร่งครัด ว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องเคารพ หลักสุจริต โดยกำหนดเป็นหน้าที่ ที่คู่สัญญาไม่สามารถ ที่จะตกลงเปลี่ยนแปลง หรือ ยกเว้น หรือจำกัด หน้าที่ดังกล่าวได้ แต่ก็ยกเว้นให้คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันได้ ในส่วนของกรณีเรื่องว่าสิ่งใดบ้าง คือ การกระทำที่เป็นการผิดสัญญา ตามนัยของหลักสุจริตและหลักปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์

⁸⁷ Ole Lando & Hugh Bealeeds. "The Commission of European Contract Law Principles part I and II combined and revised", Pace international law Review, (Fall 2000). pp. 115 – 116.

⁸⁸ Harry Flechtner, "Appearance and Reality", Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC., Pace international law Review, (Fall 2001), p . 296.

⁸⁹ *Ibid*, p .315.

⁹⁰ "The parties may not exclude or limit this duty [i.e., the duty of good faith and fair dealing imposed in Article 1: 201(1)]"

นอกจากใน มาตรา 1: 201 แล้วนั้น ใน PECL ยังได้มีการกล่าวถึงหลักสุจริตในฐานะที่เป็นหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่คู่สัญญาต้องเคารพไว้ในมาตราอื่นๆอีก⁹¹ คือ

(1) มาตรา 2: 301 คู่สัญญาต้องไม่เจรจาตกลงทำสัญญาถ้าไม่ใช่เจตนาที่แท้จริงในการที่จะทำให้ตรงกับความต้องการที่แท้จริงของคู่สัญญาฝ่ายอื่น

ซึ่งมาตรา 2: 301 นี้เกิดขึ้นจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับนี้เพื่อให้ มาตรา 1: 201 ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐาน มีความสมบูรณ์มากขึ้น โดยนำหลักความรับผิดชอบในช่วงก่อนสัญญาเกิด ตามหลัก Culpa Incontrahendo มาบัญญัติไว้ให้ชัดเจน โดยนำหลักพื้นฐานมาจากคดี Hoffman V. Red Owl Stores, Inc.⁹² ที่วางหลัก The Promissory estoppel doctrine เอาไว้ว่า ในขั้นตอนของการเข้าทำสัญญาเจรจากันนั้นต่างฝ่ายต่าง เชื่อมมั่น ไว้วางใจกัน ในคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ว่าอีกฝ่ายมีเจตนาที่แท้จริงในการเข้ามาก่อนนิติสัมพันธ์กัน ดังนั้นจึงสามารถก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิเสธในการที่จะทำสัญญาเกิดผลที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายของคู่เจรจาอีกฝ่ายที่สุจริตได้ ความสุจริตถือเป็นหน้าที่ของคู่เจรจาในการเข้าเจรจาทำสัญญากัน⁹³

(2) มาตรา 2: 302 หลักคือ คู่สัญญาต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับของคู่สัญญาแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่ได้มาจากในขั้นตอนการเจรจาเข้าทำสัญญากัน

(3) มาตรา 4: 109 มีหลักคือ คู่สัญญาต้องไม่แสวงหาประโยชน์จากคู่สัญญาฝ่ายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม

(4) มาตรา 6: 102 หลักคือ ถ้อยคำในสัญญาใดที่ต้องตีความ จะต้องพิจารณาตีความไปตาม หลักสุจริต

(5) มาตรา 8: 104 หลักคือ เจ้าหนี้จะต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำการแก้ไขเยียวยาการชำระหนี้ที่บกพร่องก่อนเวลาในการชำระหนี้

(6) มาตรา 9: 102 หลักคือ เจ้าหนี้ต้องหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆ ที่จะส่งผลให้ลูกหนี้ต้องเสียค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นและเกิดความยากลำบากในการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

⁹¹ Ole Lando & Hugh Bealeeds. , *supra* note 87 , pp.108 – 121.

⁹² 133N.W.2d 267 (Wis.1965)

⁹³ Harry Flechtner, *supra* note 88, pp. 315-316.

3.2.2 หลักสุจริตในฐานะที่เป็นหลักในการตีความ

ในกฎหมาย PECL กล่าวถึงหลักสุจริตในฐานะที่เป็นหลักในการตีความไว้ใน มาตรา 1: 106(1)⁹⁴ โดยหลักการ คือ การตีความกฎหมายในมาตราต่างๆ ใน PECL นั้น หากมีปัญหาต้องตีความกฎหมายกัน ก็จะใช้หลักสุจริตเป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาตีความกฎหมาย ซึ่ง จะต้องไม่ตีความตาม ความหมายอย่างแคบ และ ต้อง ตีความให้สอดคล้องกับเนื้อหาของกฎหมายมาตรานั้นๆ และต้องสอดคล้องกับแนวความคิดพื้นฐานของกฎหมายมาตรานั้นๆ อีกด้วย

ในการบังคับใช้ PECL ของรัฐต่างๆ ในยุโรปควรตีความให้สอดคล้องกันไปทิศทางเดียวกัน ซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายของ PECL ซึ่งมีที่มาจาก มาตรา 1: 101 ซึ่งจุดประสงค์ของมาตรานี้ต้องการวางแนวทางให้ใช้หลักสุจริตในการตีความ ทำให้เกิดความแน่นอนของกฎหมายมาตราต่างๆ ใน PECL หากมีกรณีต้องตีความ เกิดขึ้น นั่นเอง

3.2.3 หลักสุจริตในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไป

PECL กล่าวถึงหลักสุจริตในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไป คือ กำหนดให้ หลักสุจริต มีฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (the general principle) ที่ใช้อุดช่องว่างในกรณีมีปัญหาว่าไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนใช้แก้กรณีนั้นๆ โดยกล่าวเอาไว้ในมาตรา 1: 106(2)⁹⁵ โดยมีหลักการที่สำคัญคือ ในกรณีที่กฎหมายของ PECL นั้นไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมคำถามที่เกิดขึ้นภายใต้ PECL จะต้องอุดช่องว่างดังกล่าวให้สอดคล้องกับ หลักสุจริต และ การปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์ ในฐานะที่หลักสุจริตนั้นเป็นหลักการทั่วไปของ PECL

⁹⁴ “These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular , regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainly in contractual relationships and uniformity of application.

⁹⁵ “Issues with in the scope of these Principles but not expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the ideas underlying the Principles.”