

## บทที่ 4

### บทวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ

จากที่ได้นำเสนอถึงความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของทั้งแนวความคิด ผลของความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสอง ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติและการนำหลักกฎหมายต่างๆมาใช้ในการแก้ปัญหาในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของมีความแตกต่างกันและมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาและพิจารณาลักษณะหลักเกณฑ์ในการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสอง ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติและมีแนวความคิดในการแก้ไขที่แตกต่างกันตามแต่ลักษณะของระบบกฎหมาย ความเป็นมาของกฎหมายและหลักกฎหมายของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามปัญหาที่มีลักษณะร่วมกันคือการเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องแยกความแตกต่างของสัญญาทั้งสองชนิด

การพิจารณาในการแยกสัญญาทั้งสองชนิดได้อย่างชัดเจนและเหมาะสมจำเป็นต้องมีการแยกพิจารณาสัญญาออกเป็นประเภทๆ เพราะในการพิจารณาสัญญาในทางปฏิบัติในแต่ละประเภทว่าเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของนั้นมีความแตกต่างกัน ตลอดจนหลักกฎหมายที่นำมาพิจารณาสัญญาก็มีความแตกต่างกันด้วย ดังนั้นเพื่อการง่ายต่อการพิจารณาแยกความแตกต่างของสัญญาดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอแบ่งสัญญาออกเป็นประเภท ดังนี้

#### 4.1 สัญญาที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นเป็นสัญญาที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบทรัพย์สินนี้ ทางปฏิบัติคู่สัญญามีการทำสัญญาต่างๆกันมากที่ไม่ได้ก่อให้เกิดตัวทรัพย์สินขึ้นมา ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้จะเป็นสัญญาเพื่อการทำงานหรือการบริการเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เช่น การจ้างมาร้องเพลงในวันเกิด การจ้างว่าความ การจ้างหมอ การจ้างนักสืบ การจ้างอาจารย์มาสอนพิเศษ การจ้างช่างมาล้างเครื่องปรับอากาศ หรือการจ้างมาดูแลเด็กทารก หมอฟันที่ทำการอุดฟัน, ชูดหินปูน, ขัดฟันหรือฟอกฟันขาว เป็นต้น จากตัวอย่างของสัญญาประเภทเหล่านี้จะเห็นได้ว่าการพิจารณาสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นว่าเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของนั้นสามารถพิจารณาได้โดยอาศัยสาระสำคัญของสัญญาหรือคำนิยามของเอกเทศสัญญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้

สัญญาจ้างทำของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้คำนิยามความหมายไว้ใน มาตรา 587ว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” สัญญาจ้างทำของนั้นมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญก็คือ การที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ ผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการเฉพาะแรงงานของผู้รับจ้างแต่เพียงอย่างเดียวดังเช่นนายจ้างต้องการจากลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน<sup>1</sup> ส่วนผลสำเร็จของจ้างทำของนั้นอาจจะเป็นการที่ก่อให้เกิดวัตถุมีรูปร่างอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น หรือการดัดแปลง ต่อเติม หรือซ่อมแซมวัตถุที่มีรูปร่างอยู่แล้ว หรือไม่เกิดเป็นวัตถุใดๆเลยก็ได้ ดังนั้นสัญญาที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบทรัพย์สินก็สามารถเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทที่การงานที่จ้างให้ทำนั้นไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างใดๆเลย จึงไม่มีทรัพย์สินอันเป็นผลสำเร็จของการงานมาโอนให้แก่ผู้ว่าจ้าง

จากสาระสำคัญดังกล่าวเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเจตนาในการโอนกรรมสิทธิ์นั้น เป็นสิ่งที่มีความสำคัญของสัญญาซื้อขาย โดยอาจกล่าวได้ว่าถ้าสัญญาใดคู่สัญญาไม่ได้มีเจตนา มุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สัญญานั้นไม่ใช่สัญญาซื้อขาย ในประเภทแรกของการพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของของผู้เขียนมุ่งเน้นที่ตัว วัตถุของสัญญาซื้อขายซึ่งก็คือ ทรัพย์สินนั่นเอง ดังนั้นสัญญาซื้อขายจึงต้องมีทรัพย์สินที่จะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญา เมื่อสัญญาประเภทที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบทรัพย์สินใดๆเลย สัญญาดังกล่าวจึงไม่มีประเด็นเกี่ยวกับเรื่องของการโอนกรรมสิทธิ์อันเป็นวัตถุประสงค์และ สาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย จึงไม่มีประเด็นในอันที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นสัญญาซื้อขายด้วยหรือไม่ ดังนั้นสัญญาที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบทรัพย์สินจึงไม่เป็นสัญญาซื้อขายได้เลย สัญญาดังกล่าวจึงมีแต่ผลสำเร็จของการงานที่ทำอันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างทำของหรือ อาจเป็นสัญญาประเภทอื่นนอกจากสัญญาซื้อขาย

จากตัวอย่างการจ้างมาร้องเพลงในวันเกิด การจ้างว่าความ การจ้างอาจารย์มาสอน พิเศษ การจ้างช่างมาล้างเครื่องปรับอากาศ หรือการจ้างมาดูแลเด็กทารก หมอฟันที่ทำการอุด ฟัน, ขูดหินปูน, ขัดฟันหรือฟอกฟันขาว จากที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าสัญญาประเภทนี้ไม่มี วัตถุประสงค์ในการส่งมอบทรัพย์สินเลย เช่น การที่หมอฟันทำการอุดฟัน ขูดหินปูน ขัดฟันหรือฟอก

<sup>1</sup> ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับชน ยิ้ม ฝากทรัพย์สิน เจ้าสำนักโรงแรม, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), น. 124.

พื้นขาว ระหว่างผลของการทำงานไม่ได้ก่อให้เกิดทรัพย์อย่างใหม่แต่อย่างใด มีแต่วัตถุประสงค์ในการกระทำการงานและผลสำเร็จของงานเท่านั้น สัญญาที่เกิดขึ้นจึงชัดเจนว่าคู่สัญญามุ่งในการงานของผู้รับจ้างเป็นสำคัญ ตัวอย่างทั้งหมดของสัญญาประเภทนี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ

#### 4.2 สัญญาที่ทรัพย์มีอยู่แล้วในขณะเกิดสัญญา

สัญญาประเภทนี้มีทรัพย์สินเข้ามาเกี่ยวข้องในสัญญา โดยทรัพย์สินดังกล่าวเป็นวัตถุแห่งสัญญา แต่เนื่องจากตัวทรัพย์สินหรือสินคามีอยู่แล้วในขณะที่มีการทำสัญญาของคู่สัญญา และไม่มีกิจการงานหรือการบริการนอกเหนือไปจากตัวทรัพย์หรือสินค้าที่มีอยู่แล้วอีก ดังนั้นสัญญาประเภทดังกล่าวจะสามารถเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของได้หรือไม่ ประเด็นปัญหาของสัญญาประเภทนี้จะพิจารณาได้จากสาระสำคัญของสัญญาดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

ลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างทำของก็คือ การที่ผู้ว่าจ้างจ้างผู้รับจ้างเพื่อผลสำเร็จของกิจการงานที่ทำของผู้รับจ้าง โดยผู้ว่าจ้างให้สินจ้างเป็นการตอบแทน การจ้างให้ทำการงานจึงเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของ เมื่อพิจารณาสัญญาที่สินคามีอยู่แล้วในขณะเกิดสัญญา และไม่มีกิจการงานนอกเหนือไปจากตัวสินค้า สัญญาประเภทดังกล่าวจึงไม่มีกิจการงานอันให้ผู้ว่าจ้างต้องจ้างผู้รับจ้างอีก สัญญาประเภทนี้จึงไม่อาจเป็นสัญญาจ้างทำของได้

ส่วนการพิจารณาในประเด็นของสัญญาซื้อขาย ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่มุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เมื่อสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาที่สินคามีอยู่แล้วในขณะเกิดสัญญา คู่สัญญาจึงทำสัญญาเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์กันซึ่งเป็นสิ่งที่ป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายอยู่แล้ว ดังนั้นสัญญาประเภทนี้จึงสามารถเป็นได้เพียงสัญญาซื้อขายเท่านั้น ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น การซื้อสินค้าตามห้างสรรพสินค้าโดยตัวสินค้าเป็นสิ่งที่มียู่แล้วในขณะที่เกิดสัญญา กรอบพระทองที่ทำไว้แล้วเสื้อที่มีการตัดสำเร็จรูปแล้ว ยาที่ขายตามร้านขายของชำ หรือแม้แต่การสั่งอาหารที่ได้ทำไว้แล้ว เช่น ข้าวราดแกง เป็นต้น

สัญญาเหล่านี้โดยสภาพของวัตถุแห่งสัญญาและแม้กระทั่งเจตนาของคู่สัญญาเองก็ต้องการที่จะทำเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาประเภทนี้จึงไม่ยากในการพิจารณาว่าเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ

จากตัวอย่างที่ได้นำเสนอไว้ข้างต้น คือการซื้อสินค้าตามห้างสรรพสินค้าโดยตัวสินค้า เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วในขณะที่เกิดสัญญา กรอบพระทองที่ทำไว้แล้ว เสื้อที่มีการตัดสำเร็จรูปแล้ว ยา ที่ขายตามร้านขายของชำ หรือแม้แต่การสั่งอาหารที่ได้ทำไว้แล้วเช่น ข้าวราดแกง เป็นต้น สิ่ง เหล่านี้เป็นแค่ตัวอย่างเล็กน้อยของสัญญาประเภทนี้ เพราะตัวอย่างของสัญญาประเภทที่เห็นกัน มากก็คือสัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นเป็นส่วนมากในชีวิตประจำวันนั่นเอง เมื่อสินค้าได้มีอยู่แล้ว ในขณะทำสัญญาจึงไม่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาในการกระทำอันต้องมาทำกันอีก สัญญา ประเภทนี้จึงเป็นสัญญาซื้อขายอย่างเดียวนั่น

อย่างไรก็ดีแม้ว่าสัญญาประเภทนี้จะมีความชัดเจนในการพิจารณาว่าเป็นสัญญาซื้อ ขาย แต่เมื่อมองในแง่ของคู่สัญญาแล้วก็อาจจะมีประเด็นที่น่าพิจารณาได้ คือถ้าธุรกิจอย่างหนึ่ง หรือร้านค้าอย่างหนึ่งทำการค้าที่สินค้านั้นเป็นอย่างเดียวกันแต่ลักษณะหนึ่งคือได้มีการทำไว้แล้ว กับอีกลักษณะหนึ่งที่จะทำขึ้นในอนาคตหรือตามที่สั่ง สัญญาที่เกิดขึ้นจะมีความแตกต่างกัน หรือไม่ ในการพิจารณาผู้เขียนขอหยิบยกตัวอย่างขึ้นสองตัวอย่างเพื่อใช้ในการพิจารณา

ตัวอย่างแรกคือร้านถ่ายเอกสาร ธุรกิจร้านถ่ายเอกสารมีรูปแบบของธุรกรรมได้สอง อย่างคือการที่ถ่ายเอกสารไว้สำหรับขายกับถ่ายเอกสารตามสั่ง เอกสารที่มีการถ่ายไว้แล้วสำหรับ ขายนี้มีลักษณะเป็นแบบประเภทสัญญาที่ทรัพย์มีอยู่แล้วจึงเป็นสัญญาซื้อขายตามที่ได้กล่าว มาแล้วข้างต้น แต่สำหรับเอกสารที่ถ่ายตามที่สั่งนั้นจะเป็นสัญญาซื้อขายเหมือนกับการที่เอกสาร มีอยู่แล้วหรือจะเป็นสัญญาจ้างทำของ สิ่งที่คุณเขียนจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อสัญญาที่สัมภาระ เป็นของผู้รับจ้างและระหว่างการทำงานกับสัมภาระไม่สามารถแยกออกจากกันได้

ตัวอย่างอีกอันคือร้านไก่ทอด KFC ร้านไก่ทอดนี้มีลักษณะของสินค้าทั้งสองอย่างคือ ในบางครั้งไก่ทอดได้มีการทำไว้แล้วพร้อมที่จะขายได้ทันทีจึงเป็นที่เห็นได้ชัดเช่นเดียวกันว่าสัญญา ที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาซื้อขายเนื่องจากทรัพย์ได้มีอยู่แล้วในขณะเกิดสัญญา กับอีกลักษณะหนึ่งคือ เมื่อมีคนมาสั่งไก่ทอดพนักงานจึงทำไก่ทอดตามสั่งขึ้นมาตามที่ได้สั่ง ผลของสัญญาดังกล่าวจะมี ความแตกต่างกันหรือไม่ นอกจากนั้นสองตัวอย่างนี้จะมีลักษณะที่เหมือนกันหรือไม่อย่างไร ผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไป

#### 4.3 สัญญาที่สัมภาระเป็นของผู้ว่าจ้าง

สัญญาที่สัมภาระเป็นของผู้ว่าจ้างเป็นสัญญาที่ผู้ว่าจ้างจัดหาสัมภาระให้แก่ผู้รับจ้างใน การประกอบกิจการด้วย สัญญาประเภทนี้ทางปฏิบัติโดยมากจึงเป็นสัญญาจ้างโดยที่ผู้ว่าจ้าง

เป็นผู้จัดหาสัมภาระให้แก่ผู้รับจ้าง ซึ่งอาจเป็นเหตุผลมาจากการต้องการคุณภาพของสัมภาระเป็น การเฉพาะเจาะจง หรือผู้ว่าจ้างมีความสะดวกในการจัดหา หรือเป็นการลดราคาการผลิตลง เป็น ต้น ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้เช่น การสั่งตัดเสื้อโดยนำผ้าไปให้คนที่ตัดเสื้อผ้าหรือการซ่อม รถโดยซื้ออะไหล่ไปให้ช่างซ่อม เป็นต้น

สัญญาจ้างทำของไม่มีบทบัญญัติที่เป็นบทสันนิษฐานว่าให้คู่สัญญาฝ่ายใดมีหน้าที่ใน การจัดหาสัมภาระ มีเพียงกำหนดสิทธิหน้าที่บางอย่างเมื่อเป็นผู้ที่จัดหาสัมภาระไว้ ดังนั้นใน สัญญาจ้างทำของจึงอาจเป็นผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจ้างที่จะมีหน้าที่ในการจัดหาสัมภาระทั้งหมดก็ได้ หรือผู้ว่าจ้างจะจัดหาสัมภาระบางส่วนและผู้รับจ้างจัดหาสัมภาระบางส่วนก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ การตกลงกันของคู่สัญญาในการทำสัญญานั้นเอง

สัญญาซื้อขายเมื่อพิจารณากับสัญญาที่สัมภาระเป็นของผู้ว่าจ้างจะเห็นได้ว่า เมื่อ สัมภาระเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างแล้ว การที่ผู้ว่าจ้างจัดหาสัมภาระให้แก่ผู้รับจ้าง สัมภาระที่อยู่ใน ความครอบครองของผู้กระทำการงานกรรมสิทธิ์ยังเป็นของผู้ว่าจ้างตลอดเวลาทุกขั้นตอนของ การผลิตทรัพย์สิน<sup>2</sup> นอกจากนั้นเมื่อได้มีการทำเป็นทรัพย์สินใหม่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ประกอบ กับชิ้นจึงเป็นของผู้ว่าจ้างมาตั้งแต่ต้นตามหลักกฎหมายในมาตรา 1317<sup>3</sup> ซึ่งหลักกฎหมายของ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำขึ้นนี้กฎหมายต่างประเทศ เรียกว่าหลัก *accessio*<sup>4</sup> แม้ว่า กฎหมายมาตราดังกล่าวจะไม่ใช้กฎหมายในบรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญา แต่อยู่ในบรรพ 4 ใน เรื่องทรัพย์สิน ผลของกฎหมายมาตราดังกล่าวได้เป็นการวางหลักว่าในกรณีที่เอาสัมภาระของ ผู้อื่นมาทำเป็นสิ่งของใหม่โดยใช้การงานว่า เจ้าของสัมภาระเป็นเจ้าของสิ่งที่ได้ทำขึ้น และ เนื่องจากการที่สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์เป็นสำคัญ เมื่อ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มีการผลิตขึ้นเป็นของผู้ว่าจ้างมาตั้งแต่ต้นแล้วนี้ จึงไม่มีทรัพย์สินใดมาโอน

<sup>2</sup> Zweigert, Konrad, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VIII, Chapter 8.

Contract for Work on Goods and Building Contracts, p.136.

<sup>3</sup> มาตรา 1317 บัญญัติว่า “บุคคลใดใช้สัมภาระของบุคคลอื่นทำสิ่งใดขึ้นใหม่ไซ้ร้ ท่าน ว่าเจ้าของสัมภาระเป็นเจ้าของสิ่งนั้น โดยมีต้องค่านึงว่าสัมภาระนั้น จะกลับคืนตามเดิมได้หรือไม่ แต่ต้องใช้เวลาแรงงาน

แต่ถ้าค่าแรงงานเกินกว่าค่าสัมภาระที่ใช้้นั้นมากไซ้ร้ ท่านว่าผู้ทำเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ ทำขึ้น แต่ต้องใช้เวลาสัมภาระ”

<sup>4</sup> Zweigert, Konrad, *supra note 2*, p. 136.

กันระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายอีก สัญญาที่ล้มภาวะเป็นของผู้ว่าจ้างจึงไม่สามารถเป็นสัญญาซื้อขายได้ เช่นตัวอย่างคำพิพากษากฎีกาที่ 2755/2534

คำพิพากษากฎีกาที่ 2755/2534

การที่โจทก์เพียงแต่ใช้แรงงานและเครื่องมือเครื่องใช้ของโจทก์ผลิตสบู่อขึ้นมา ตามสูตร และส่วนที่ผู้ว่าจ้างกำหนด โดยผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมดที่ใช้ในการผลิต ย่อมแสดงว่าผู้ว่าจ้างหวังผลสำเร็จแห่งการงานที่จ้างเป็นสำคัญ และเห็นได้ว่าสบู่อที่โจทก์ผลิตขึ้นนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างมาแต่แรกเงินที่ผู้ว่าจ้างจ่ายให้โจทก์ จึงมิใช่ค่าตอบแทนการโอนกรรมสิทธิ์ในสบู่อที่โจทก์ผลิตขึ้น แต่เป็นเงินสินจ้างหรือค่าตอบแทนในการที่โจทก์ผลิตสบู่อให้ตามที่ว่าจ้าง ทั้งผู้ว่าจ้างก็ได้เสียภาษีการค้าในฐานะผู้ผลิตให้แก่เจ้าเลยไว้แล้ว กรณีจึงมิใช่การขายของ แต่เป็นการรับจ้างทำของ ดังนี้ จะต้องเสียภาษีการค้าในประเภทการค้า 4 การรับจ้างทำของชนิด 1 (ข) ในฐานะผู้รับจ้าง

สัญญาที่ล้มภาวะเป็นของผู้ว่าจ้างจึงเป็นสัญญาจ้างทำของได้อย่างเดียวเท่านั้น ไม่มีประเด็นในการพิจารณาว่าจะเป็สัญญาซื้อขายได้หรือไม่ เว้นแต่ในกรณีที่ค่าแห่งการงานเกินกว่าค่าสัมภาระมาก ผู้ทำทรัพย์ขึ้นใหม่จึงเป็นเจ้าของทรัพย์ที่ได้ทำขึ้นใหม่แต่ต้องใช้ค่าสัมภาระดังนั้นในสัญญาที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระแต่ค่าแรงงานเกินกว่าค่าสัมภาระมาก กรรมสิทธิ์ของทรัพย์ที่ทำขึ้นมาจึงเป็นของผู้ที่ใช้แรงงานในการประกอบทรัพย์ขึ้น สัญญาดังกล่าวจึงอาจเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของก็ได้ต้องพิจารณาจากหลักอื่นๆต่อไป เช่นตัวอย่าง การจ้างนักปะติมากรรมในการแกะสลักแบบแม่พิมพ์หล่อพระพุทธรูป โดยผู้ว่าจ้างได้มีการจัดหาดินเหนียวที่นำมาใช้ในการแกะแบบ ดังกล่าวแม้ว่าผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระในการประกอบเป็นงานขึ้น อย่างไรก็ตามก็ค่าแห่งการงานและแรงงานในการแกะสลักพระพุทธรูปเกินกว่าค่าสัมภาระมาก พระพุทธรูปที่มีการทำขึ้นจึงเป็นกรรมสิทธิ์ของช่างปะติมากรรม หรือในกรณีที่ผู้ว่าจ้างจัดหาสัมภาระและได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในสัมภาระให้แก่ผู้รับจ้างก่อน หลังจากนั้นเมื่อก่อให้เกิดทรัพย์สินได้อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาแล้ว จึงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นกลับคืนให้แก่ผู้ว่าจ้าง สัญญาดังกล่าวจึงอาจจะเป็นสัญญาซื้อขายได้ เพราะคู่สัญญามุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์อันเป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ประเด็นการรับภาระความเสี่ยงภัยในสัญญาประเภทนี้เป็นไปตามหลัก res perit domino หรือบุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ต้องรับผลในภัยพิบัติที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินของตน เมื่อผู้ว่าจ้างได้มีการจัดหาสัมภาระในการทำทรัพย์ขึ้นใหม่แล้ว ผู้ว่าจ้างจึงเป็นเจ้าของในสัมภาระ

ดังกล่าวและเมื่อเกิดความสูญเสียหรือเสียหายในสัมภาระที่จัดหาก่อนที่จะได้มีการส่งมอบ ผลของภัยตกแก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นผู้จัดหาสัมภาระนั่นเอง ตามกฎหมายมาตรา 604

ส่วนในกรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระแต่เพียงบางส่วนนั้น การที่ผู้ว่าจ้างจัดหาสัมภาระแต่เพียงบางส่วน จะกระทบต่อผลความเป็นสัญญา ดังนี้คือ

#### 4.3.1 ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระส่วนประธาน

การที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระส่วนมากในการประกอบเป็นทรัพย์สินขึ้นและมีการนำเอาทรัพย์สินของบุคคลอื่นมารวมเพื่อประกอบเป็นทรัพย์สินด้วยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 4 เรื่องทรัพย์สินมีหลักของการเอาสังหาริมทรัพย์ของบุคคลหลายคนมารวมเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ในมาตรา 1316<sup>5</sup> โดยมาตราดังกล่าวได้วางหลักว่า เมื่อมีการนำทรัพย์สินของบุคคลหลายคนมารวมเข้ากันต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินประธาน โดยเจ้าของทรัพย์สินประธานของการที่นำมาประกอบเป็นทรัพย์สินขึ้นใหม่จนไม่อาจแบ่งแยกได้นั้น จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้ประกอบกันขึ้นใหม่แต่ต้องใช้ราคาของทรัพย์สินอื่นๆ ที่เอาเข้ามารวม และถ้าการประกอบทรัพย์สินขึ้นใหม่ขึ้นแยกไม่ได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินประธาน บุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มารวมกันเป็นเจ้าของรวมแห่งทรัพย์สินที่รวมเข้ากันและบังคับกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยกรรมสิทธิ์รวม<sup>6</sup> ดังนั้นในกรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระส่วนประธานประกอบเป็นทรัพย์สินขึ้นใหม่ ผู้ว่าจ้างจึงเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่สร้างขึ้นใหม่ กรณีจึงเหมือนกับการที่ผู้ว่าจ้างจัดหาสัมภาระ เช่น ตัวอย่างการจ้างตัดเสื้อผ้าโดยลูกค้าได้การเอาผ้าไปให้ช่างด้วย เสื้อผ้าที่ได้ตัดขึ้นจึงเป็นของลูกค้า เมื่อได้มีการทำเป็นเสื้อผ้าขึ้นแล้วตามกฎหมายในเรื่องทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงสัมภาระที่จัดหาโดยผู้รับจ้างที่เป็นเพียงส่วนน้อยหรือส่วนประกอบ การนำมาใช้ในการพิจารณาของมาตรา 1316 ดังกล่าวนี้นี้เพื่อพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ของสังหาริมทรัพย์ของบุคคลหลายคนที่นำมารวมกันซึ่งมีทรัพย์สินหนึ่งที่เป็นทรัพย์สินประธาน ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินประธานจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่

<sup>5</sup> มาตรา 1316 บัญญัติว่า “ถ้าเอาสังหาริมทรัพย์ของบุคคลหลายคนมารวมเข้ากันจนเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ไซ้ ท่านว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นเจ้าของรวมแห่งทรัพย์สินที่รวมเข้ากัน แต่ละคนมีส่วนตามค่าแห่งทรัพย์สินของตนในเวลาที่รวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น

ถ้าทรัพย์สินอันหนึ่งอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินประธานไซ้ ท่านว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้นเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่รวมเข้ากันแต่ผู้เดียว แต่ต้องใช้ค่าแห่งทรัพย์สินอื่นๆ ให้แก่เจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ”

<sup>6</sup> บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2545), น. 143.

รวมเข้ากันแต่ผู้เดียวนี้เมื่อใด โดยกรรมสิทธิ์จะตกเป็นของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เมื่อได้มีการนำมารวมกันเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้เลยหรือไม่ หรือจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบกันระหว่างผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างทำของ จะเห็นได้ว่ามาตรานี้อยู่ในบรรพ 4 เรื่องทรัพย์สินซึ่งกระทบต่อสัญญาจ้างทำของได้ โดยในมาตรา 603 เป็นการกำหนดการรับบาปเคราะห์ในกรณีที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระไว้โดยเฉพาะในสัญญาจ้างทำของ ซึ่งถ้าการที่จ้างทำนั้นพังทลายหรือบุบสลายก่อนที่จะส่งมอบกันถูกต้องนั้น ความวินาศจะตกเป็นพับแก่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นผู้จัดหาสัมภาระ เมื่อพิจารณากรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นใหม่กับการรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติของทั้งสองมาตราดังกล่าวประกอบกับหลัก *res perit domino* แล้วมาตราทั้งสองจะขัดกันหรือไม่อย่างไร

สัญญาจ้างทำของในกรณีที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมด แนวความคิดของการโอนกรรมสิทธิ์จะเหมือนกับสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตโดยแนวคิดการเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และนักกฎหมายชาวฝรั่งเศส Pothier ได้กล่าวไว้ว่า สัญญาจ้างทำของที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมดควรที่จะถูกปฏิบัติเหมือนสัญญาซื้อขาย ซึ่งต่อมาได้มีนักกฎหมายที่ได้อธิบายมากขึ้นว่าเป็นการซื้อขายทรัพย์สินในอนาคต<sup>7</sup> เมื่อพิจารณาในกรณีที่สัญญาจ้างทำของซึ่งผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมดแล้ว กรรมสิทธิ์ในการงานที่ได้มีการทำขึ้นจะโอนตามหลักทั่วไปคือเมื่อส่งมอบ ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัยแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นไปตามหลัก *res perit domino* ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้มีการวินิจฉัยความเสี่ยงภัยในสัญญาจ้างทำของ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 229/2526

โจทก์ว่าจ้างจำเลยทำเฟอร์นิเจอร์ ระหว่างที่จำเลยยังมิได้ทำเฟอร์นิเจอร์ทั้งหมดแล้วเสร็จ และได้แจ้งการส่งมอบให้แก่โจทก์ ได้เกิดเพลิงไหม้โรงงานผลิตเฟอร์นิเจอร์ของจำเลยโดยเหตุสุดวิสัย เฟอร์นิเจอร์ที่โจทก์ว่าจ้างให้ทำถูกไฟไหม้หมดสิ้น ดังนี้ ความเสียหายย่อมตกเป็นพับแก่จำเลย และจำเลยต้องคืนเงินสินจ้างที่จำเลยรับมาจากโจทก์แล้วบางส่วนให้แก่โจทก์

อย่างไรก็ดีในกรณีที่กรรมสิทธิ์โอนโดยผลของกฎหมายในเรื่องส่วนควบหรือโอนโดยข้อตกลงของคู่สัญญาในสัญญาอาจมีปัญหาในการพิจารณาว่าการโอนความเสี่ยงภัยจะยึดไปกับการโอนกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่ แนวความคิดของการพิจารณาการโอนความเสี่ยงภัยได้มีแนวคิดต่างๆดังนี้คือ

<sup>7</sup> Zweigert, Konrad, *supra* note 2, p. 130.

- ก. ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อสัญญาเสร็จเด็ดขาด
- ข. ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อกรรมสิทธิ์ถูกโอนไปยังผู้ว่าจ้าง (res perit domino)
- ค. ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อส่งมอบการทำงานให้แก่ผู้รับจ้าง
- ง. ความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการรับการทำงานและส่งมอบและยอมรับการทำงาน

เมื่อพิจารณาสัญญาจ้างทำของประเภทที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมดหรือใน ส่วนประธาน ประเภทที่เป็นการซ่อมแซมหรือแก้ไขของบนสิ่งหาทรัพย์ของผู้ว่าจ้างโดยไม่ว่าผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจ้างจะเป็นผู้จัดหาสัมภาระ<sup>8</sup> และประเภทที่เป็นการก่อสร้างลงบนสิ่งหาทรัพย์ของผู้ว่าจ้าง<sup>9</sup> จะเห็นได้ว่า แนวความคิดในการยึดว่าความเสี่ยงภัยจะโอนตามการโอนกรรมสิทธิ์เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดปัญหาและความสับสนระหว่างกฎหมายเรื่องส่วนควบและความเสี่ยงภัยในสัญญาจ้างทำของได้เมื่อคำนึงถึงสัมภาระที่ถูกจัดหาโดยผู้รับจ้างและสินจ้างที่ผู้รับจ้างจะได้รับเมื่อเกิดความสูญเสียหรือเสียหายในสัมภาระหรือการงานก่อนมีการส่งมอบดังกล่าว

สัญญาจ้างทำของประเภทที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระในส่วนประธานการพิจารณาระหว่างการโอนกรรมสิทธิ์กับการโอนความเสี่ยงภัยจึงเป็นข้อยกเว้นในกรณีที่กรรมสิทธิ์โอนตามหลักมาตรา 1316 อย่างไรก็ตามความเสี่ยงภัยในสัญญาจ้างทำของได้มีการบัญญัติไว้ชัดแล้วจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 603 คือสัมภาระที่ผู้รับจ้างได้จัดหามาเพื่อกระทำการงานและก่อนการส่งมอบได้เกิดเหตุที่สัมภาระและการงานที่ทำงานสูญเสียชีวิตหรือเสียหาย ความเสี่ยงภัยในส่วนของสัมภาระที่ถูกจัดหาโดยผู้รับจ้างจึงความวินาศอันตกแก่ผู้รับจ้างนั่นเอง และเป็นผลให้สินจ้างไม่ต้องใช้เว้นแต่การพังทลายหรือบุบสลายเป็นความผิดของผู้ว่าจ้าง ส่วนในประเด็นสัมภาระที่จัดหาโดยผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นส่วนประธานนั้นก็จะเป็นไปตามหลัก res perit domino และหลักกฎหมายตามมาตรา 604 คือภัยพิบัติที่เกิดขึ้นตกอยู่กับผู้ว่าจ้างที่เป็นผู้จัดหาสัมภาระในส่วนประธานนั่นเอง

#### 4.3.2 ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระส่วนย่อย

การที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระส่วนย่อยนี้ การพิจารณาว่าทรัพย์ที่ได้มีการทำขึ้นเป็นกรรมสิทธิ์ของใครก็มีแนวในการพิจารณาเช่นเดียวกับการที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระส่วนมากคือหลักตามมาตรา 1316 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่ของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสัญญาจะเห็นว่าผู้รับจ้างซึ่งเป็นผู้จัดหาสัมภาระส่วนประธานจึงเป็นเจ้าของในทรัพย์ที่ได้มีการทำขึ้น ผลในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความ

<sup>8</sup> โปรดดูหน้า 104.

<sup>9</sup> โปรดดูหน้า 119-120.

เสี่ยงภัยจะมีผลเหมือนกับการที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมด ตัวอย่างเช่นการจ้างตัดเสื้อผ้าโดยที่ลูกค้าได้มีการนำกระดุมไปให้ช่างในการตัดเสื้อด้วย สัญญาระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างจึงอาจเป็นทั้งสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ โดยต้องพิจารณาจากหลักต่างๆในหัวข้อต่อไป

#### 4.4 สัญญาที่สัมภาระเป็นของผู้รับจ้างและการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกจากกันได้

สัญญาที่สัมภาระเป็นของผู้รับจ้างและการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกจากกันได้ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำการและการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่ระหว่างการกระทำการในทางงานกับการโอนกรรมสิทธิ์ในสัมภาระสามารถแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจน หมายถึงว่าส่วนของงานไม่มีความเกี่ยวข้องกับการทำขึ้นของทรัพย์สินเลย ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องในสัญญาประเภทนี้อาจมีอยู่แล้วหรือจัดหามาจากที่อื่นโดยที่ในสัญญาที่ได้มีการตกลงกันในส่วนของการงานจะไม่เกี่ยวกับการเกิดขึ้นของทรัพย์สินแต่อย่างใด ส่วนของงานกับส่วนของทรัพย์สินจึงสามารถแยกจากกันได้ โดยงานอาจเป็นส่วนประกอบหนึ่งของการโอนกรรมสิทธิ์หรือส่งมอบทรัพย์สินหรือทรัพย์สินเป็นส่วนหนึ่งในการทำให้งานเป็นผลสำเร็จตามที่ได้มีการว่าจ้าง นอกจากนี้สัญญาประเภทนี้จะแตกต่างกับสัญญาประเภทที่สินค้าเป็นสิ่งที่มียู่แล้ว เพราะในสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาต้องการส่วนของงานด้วยเช่นกัน โดยงานอาจเป็นสิ่งที่ทำให้ความต้องการของคู่สัญญาสมบูรณ์ เช่น การส่งอาหารมาส่งที่บ้าน เครื่องซักผ้าที่ต้องมีการติดตั้งเพื่อให้สามารถใช้งานได้ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการเครื่องซักผ้าและในขณะเดียวกันก็ต้องการให้เครื่องซักผ้าดังกล่าวสามารถใช้งานได้ การติดตั้งเครื่องซักผ้าก็ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญในการติดตั้ง ดังนั้นสัญญาระหว่างคู่สัญญาจึงประกอบไปด้วยสองส่วนคือส่วนของงานและส่วนของสัมภาระ แต่ในสัญญาประเภทที่สินค้าเป็นสิ่งที่มียู่แล้วตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นคู่สัญญามุ่งแต่ตัวทรัพย์สินที่มีอยู่ไม่มีส่วนของงานเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยการศึกษาในการแยกความแตกต่างในหัวข้อนี้ผู้เขียนขอจำกัดแต่ในกรณีที่สัมภาระและการทำงานเป็นสิ่งที่สามารถแยกออกจากกันได้ ส่วนในกรณีที่ทรัพย์สินกับการงานเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้นั้น ผู้เขียนจะอธิบายในหัวข้อต่อไป ตัวอย่างที่สำคัญของสัญญาประเภทนี้ เช่น การส่งอาหารให้นำมาส่งที่บ้าน การขายยาโดยเภสัชกรในร้านขายยา การตรวจและวินิจฉัยโรคของแพทย์ที่มีการส่งจ่ายยาด้วย การส่งเครื่องปรับอากาศที่ต้องมีการติดตั้ง การเปลี่ยนผ้าเบรค, ยาง,

น้ำมันเครื่องรถยนต์, แบตเตอรี่หรือที่ปิดน้ำฝน การซ่อมรถที่ต้องมีการเปลี่ยนอะไหล่ในการซ่อมด้วย การปูพรมที่ต้องมีแผ่นรองปูพรม เป็นต้น

เมื่อสัญญาประเภทดังกล่าวเป็นสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำการ และการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและระหว่างการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่สามารถแยกออกจากกันได้ การพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของจึงเป็นสิ่งที่พิจารณาได้โดยการแยกพิจารณาสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นออกเป็นสองส่วน คือส่วนที่เป็นการทำงานและส่วนที่เป็นสัมภาระ และการพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของก็สามารถพิจารณาได้จากสัญญาในส่วนใดเป็นสัญญาหลักและสัญญาในส่วนใดเป็นสัญญารองซึ่งมีหลักกฎหมายต่าง ๆ ในการพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

#### 4.4.1 ลักษณะสำคัญของสัญญา

ลักษณะสำคัญของสัญญาเป็นการนำเอานิยามความหมายที่กฎหมายได้มีการกำหนดลักษณะของสัญญาไว้ การกำหนดของกฎหมายนั้นเป็นการที่กฎหมายรับรู้และรับรองสัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำกันมากในทางการค้าพาณิชย์ และเป็นสัญญาสำคัญที่ทำกันมาตั้งแต่สมัยโบราณ และแม้ว่าสัญญาหรือทางการค้าจะมีวิวัฒนาการเช่นไรก็ตาม ลักษณะสำคัญของสัญญาก็ยังมีลักษณะเช่นเดิม ดังเช่นในสมัยโรมันสัญญาซื้อขายเป็นหนึ่งในสัญญาต่างตอบแทนที่โรมันรับรองให้มีการทำสัญญากันได้ โดยสัญญาซื้อขายโรมันก็คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือผู้ขาย (venditor) ผูกพันตนเองในการที่จะจัดหาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ซื้อ (emptor) ซึ่งการครอบครองทรัพย์สินโดยสันติสุขและถาวร (possession paisible et durable) โดยมีการใช้ราคาทรัพย์สินเป็นเงิน<sup>10</sup>

จะเห็นได้ว่าแม้วิวัฒนาการในทางการค้าจะได้เจริญไปมาก การติดต่อทำการค้าสามารถทำได้โดยสะดวกและรวดเร็ว มีสัญญาต่างๆเกิดขึ้นมากมาย แต่จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของก็ยังมีลักษณะที่ใกล้เคียงและไม่แตกต่างกันมากนัก และแม้ว่าในบางกรณีอาจมีบางลักษณะหรือบางส่วนของสัญญาหนึ่งมีการทับซ้อนกับอีกสัญญาหนึ่งได้ดังเช่นสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของตามที่ได้ศึกษา หรือในกรณีสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของก็ตาม แต่สาระสำคัญของสัญญานี้เองก็เป็นสิ่งที่ช่วยในการวิเคราะห์ได้ว่า

<sup>10</sup> ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 216.

สัญญาที่ได้ถูกทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาประเภทใด ตามที่ได้กล่าวมาระหว่างสัญญาซื้อขายทรัพย์สินใน อนาคตและสัญญาจ้างทำของที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระเป็นสัญญาที่มีความทับซ้อนกัน หลัก แรกที่ผู้เขียนได้ค้นคว้าและนำมาใช้พิจารณาแยกความแตกต่างของสัญญาทั้งสองคือหลัก สาระสำคัญของสัญญา ตัวอย่างของการใช้หลักสาระสำคัญของสัญญาในการแยกความแตกต่าง เช่น การว่าจ้างทนายความในการร่างพินัยกรรมหรือสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาจะ เห็นได้ชัดว่า คู่สัญญามุ่งในผลสำเร็จของการทำงานและมีมือกับความชำนาญในการทำงานเป็น สำคัญ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ หรือการสั่งปู้ที่ร้านอาหารซึ่งทางร้านจะมีการ เฝ้าให้ด้วยโดยคิดค่าเฝ้าแตกต่างหากจากราคาค่าปู เมื่อพิจารณาส่วนของทรัพย์สินคือปูและส่วน ของการทำงานในการเฝ้าแล้วจะเห็นได้ว่า ลูกค้ามุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์ปูเป็นสำคัญ การเฝ้าเป็น เพียงส่วนประกอบย่อยของสัญญาเท่านั้น สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขาย

ดังนั้นการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของจึงสามารถใช้ หลักสาระสำคัญในการแยกความแตกต่างได้ โดยเป็นการวิเคราะห์สัญญาทั้งสองส่วนและ พิจารณาว่าคู่สัญญามุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์หรือมุ่งในผลสำเร็จของการทำงาน การพิจารณาว่า คู่สัญญามุ่งในส่วนใดของสัญญาจะทำให้เห็นได้ว่าส่วนของการงานหรือส่วนของสัมภาระ ส่วนใด เป็นส่วนหลักและส่วนใดเป็นส่วนรอง โดยหลักดังกล่าวอาจมีการเปรียบเทียบมูลค่าระหว่าง สัญญาในส่วนของการงานหรือสัญญาในส่วนที่เป็นทรัพย์สินก็ได้ อย่างไรก็ตามการเปรียบเทียบ มูลค่าระหว่างส่วนของการงานและส่วนของทรัพย์สินในสัญญานี้เป็นแค่แนวทางหนึ่งของหลัก สาระสำคัญของสัญญาเพื่อค้นหาว่าคู่สัญญามุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือมุ่งใน ผลสำเร็จของการทำงาน โดยถ้ากรณีที่พิจารณาได้ว่าสัญญาในส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ใน สัมภาระหรือทรัพย์สินสัญญาเป็นส่วนหลักและสัญญาในส่วนที่เป็นการทำงานเป็นส่วนรอง สัญญา ดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขาย แต่ถ้ากรณีที่พิจารณาได้ว่าสัญญาในส่วนที่เป็นการทำงานเป็นส่วน หลักและสัญญาในส่วนของสัมภาระเป็นส่วนรอง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ และ เมื่อมีปัญหาว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นเป็นสัญญาใด ศาลก็นำหลักสาระสำคัญของสัญญา นี้มาช่วยในการวินิจฉัยประเภทของสัญญาตามที่ได้มีการโต้เถียงถึงประเภทสัญญาเช่นกัน เช่น ในตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 3049/2540 ลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อนเป็นสิ่งที่ คู่สัญญามุ่งถึงการโอนกรรมสิทธิ์ของสินค้าเพื่อตอบแทนการชำระราคา<sup>11</sup>

โดยจากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักสาระสำคัญเป็นหลักหนึ่งที่สำคัญใน การแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน

<sup>11</sup> โปรดดูหน้า 24.

สัญญาประเภทที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ และระหว่างสัมภาระกับการงานเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันกันได้ หลักสาระสำคัญทำให้ทราบถึงส่วนของสัญญาที่เป็นส่วนหลักในสัญญาซึ่งมีผลทำให้สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาประเภทตามที่วิเคราะห์ได้ว่า เป็นส่วนหลักตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และศาลฎีกาก็ใช้หลักดังกล่าวในการวินิจฉัยสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นว่าเป็นสัญญาใด โดยการพิจารณาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าต้องการมุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์และชำระราคาหรือมุ่งในผลสำเร็จของการงานและให้สินจ้างตอบแทน ซึ่งเมื่อในสัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำได้มีสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาดังกล่าว หลักสาระสำคัญก็สามารถนำมาใช้ในการวินิจฉัยสัญญาได้ เช่น ข้อตกลงของคู่สัญญาให้กรรมสิทธิ์โอนเมื่อมีการชำระราคาแล้ว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคู่สัญญามุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์และชำระราคาเป็นค่าตอบแทนเป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักสาระสำคัญจะเป็นหลักหนึ่งที่สามารถค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ แต่ในกรณีที่ในสัญญาไม่มีข้อตกลงใดที่สามารถแสดงได้ว่าคู่สัญญาเจตนาเช่นไร และไม่มีพฤติการณ์ใดที่แสดงถึงการมุ่งการโอนกรรมสิทธิ์หรือผลสำเร็จของการงาน หรือในกรณีที่การเปรียบเทียบมูลค่างานและสัมภาระมีลักษณะที่ขัดต่อหลักอื่นๆตามที่จะได้กล่าวต่อไป หลักสาระสำคัญของสัญญาก็อาจจะไม่สามารถพิจารณาสัญญาที่สร้างขึ้นว่าเป็นสัญญาประเภทใด นอกจากนี้กรณีสัญญาจ้างทำของก็อาจจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นผลสำเร็จของการงานได้เช่นเดียวกับสัญญาซื้อขาย และในสัญญาซื้อขายก็เป็นสัญญาซื้อขายที่ยังไม่มีตัวทรัพย์สินอยู่ต้องผลิตขึ้นซึ่งการผลิตก็เป็นการงานเช่นเดียวกัน ดังนั้นบางครั้งจึงเป็นการยากในการวินิจฉัยและเมื่อไม่มีข้อตกลงใดที่แสดงถึงสาระสำคัญของสัญญา หลักนี้เพียงหลักเดียวจึงไม่สามารถนำมาใช้ในการวินิจฉัยสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นมาได้ว่าเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ การวินิจฉัยจึงต้องพิจารณาจากหลักอื่นๆประกอบด้วย

การใช้หลักสาระสำคัญในการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของมีท่านอาจารย์ให้ความเห็นไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่าในกรณีที่คู่สัญญาได้จัดหาสัมภาระด้วยให้ค่าจ้างด้วย จะถือว่าเป็นสัญญาซื้อขายหรือจ้างทำของนั้น ลักษณะของสัญญาเป็นสิ่งที่ใช้ในการพิจารณา<sup>12</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร เห็นว่าในเบื้องต้นการจะพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาซื้อขายก็คงจะดูจากชื่อของสัญญาที่คู่สัญญาทำกันไม่ได้ทีเดียว

<sup>12</sup> หยุต แสงอุทัย, แนวคำถามตอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขายแลกเปลี่ยน ให้, (นครหลวง : นำเชียการพิมพ์, 2515), น. 5.

นัก แต่ต้องพิจารณาสาระสำคัญของสัญญานั้นด้วย<sup>13</sup> ถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่การโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งของก็เป็นสัญญาซื้อขาย แต่ถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่ผลสำเร็จของงานที่จ้างโดยไม่คำนึงถึงการโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งของที่เกิดขึ้นจากผลแห่งความสำเร็จของงานที่จ้างแล้วก็เป็นสัญญาจ้างทำของ<sup>14</sup>

#### 4.4.2 หลักเจตนาของคู่สัญญา

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาหรือหลักเสรีภาพในการทำสัญญาดังที่กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายได้รับรองหลักดังกล่าวโดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นในการพิจารณาความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของจึงต้องพิจารณาหลักเจตนาของคู่สัญญาด้วย คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาตามที่ตนเองต้องการที่ผูกพันตามสัญญาได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา หลักเจตนาของคู่สัญญานี้เป็นการพิจารณาการแสดงเจตนาต่างๆของคู่สัญญาที่ได้แสดงออกมา เพราะเจตนาที่จะมีความหมายหรือมีความสำคัญนั้น จะต้องแสดงออกมาให้ปรากฏ<sup>15</sup> ซึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย เพื่อนำมาวิเคราะห์หาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าแท้จริงแล้วคู่สัญญาต้องการผูกพันกันตามสัญญาได้อย่างไรก็ตาม อาจเกิดกรณีที่มีการแสดงเจตนาออกมานั้นไม่ตรงกับเจตนาในใจจริงซึ่งอาจเกิดได้หลายกรณี ดังเช่น

1. มีการแสดงเจตนา ซึ่งมีได้มีเจตนาที่แท้จริงของบุคคลผู้แสดงเจตนาอยู่น้อยเลย
2. มีการแสดงเจตนา แต่เจตนาที่แท้จริงต่างจากเจตนาที่แสดงออก
3. มีการแสดงเจตนาและการแสดงเจตนาตรงกันตรงกับเจตนาที่แท้จริง แต่เจตนาที่แท้จริงนี้เกิดขึ้นในลักษณะที่ผิดปกติเพราะมีเหตุการณ์บางอย่างเข้ามาแทรกแซงรบกวนทำให้กระบวนการสร้างเจตนาผิดปกติไป<sup>16</sup>

<sup>13</sup> ไพฑูริย์ เอกจริยกร, อรรถาธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, น. 35.

<sup>14</sup> เพิ่งอ้าง, น. 36.

<sup>15</sup> จำปี โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พร้อมคำอธิบายในส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 90.

<sup>16</sup> เพิ่งอ้าง, น. 90.

การพิจารณาตามหลักเจตนาของคู่สัญญาเป็นการพิจารณาเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาและบังคับตามสัญญาที่คู่สัญญาต้องการผูกพันกันอย่างจริงๆ แต่ทั้งนี้เจตนาของคู่สัญญาต้องไม่ขัดต่อลักษณะทางกฎหมายของสัญญาด้วย เช่นในกรณีที่คู่สัญญาต้องการทำเป็นสัญญาจ้างทำของแต่แท้จริงแล้วสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขาย เพราะเนื่องจากพิจารณาเห็นได้ชัดตามหลักสาระสำคัญของสัญญาว่าเป็นการมุ่งถึงการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นสำคัญ แม้มีกรงานเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาด้วยก็ไม่มีผลทำให้สัญญาเปลี่ยนแปลงไปแต่ประการใด เช่นในตัวอย่างการเลือกปูในร้านและสั่งให้เผาปูด้วย ดังนั้นเป็นสัญญาซื้อขาย และแม้ว่าคู่สัญญาจะแสดงเจตนาเพื่อทำเป็นสัญญาจ้างทำของระหว่างกันก็หาทำได้ไม่ การพิจารณาว่าเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของสามารถพิจารณาได้จากการแสดงเจตนาทั้งหลายของคู่สัญญา โดยในแต่ละสัญญาอาจมีลักษณะของการแสดงเจตนาที่แตกต่างกันออกไป การพิจารณาจึงต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีในการนำมาวินิจฉัยลักษณะของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่สำคัญๆ มีดังนี้

#### ก. ชื่อของสัญญา

ชื่อของสัญญาเป็นสิ่งที่สามารถพิจารณาความต้องการผูกพันของคู่สัญญาได้ง่ายที่สุด เพราะโดยส่วนใหญ่แล้วคู่สัญญามักจะตั้งชื่อสัญญาตามความต้องการที่จะผูกพันของตน อย่างไรก็ตามก็มีการตั้งชื่อสัญญาอาจเกิดมาจากความเข้าใจผิดหรือต้องการที่จะหลีกเลี่ยงความผูกพันตามกฎหมายก็เป็นได้ ดังนั้นการพิจารณาแต่ชื่อของสัญญาเพียงอย่างเดียวจึงไม่เพียงพอในการค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา การเปลี่ยนแปลงข้อตกลงข้อใดข้อหนึ่งในสัญญาก็อาจจะทำให้สัญญามีลักษณะที่เปลี่ยนไปซึ่งอาจกลายเป็นสัญญาอื่นก็ได้ ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1696/2527 คู่สัญญาทำหนังสือสัญญาโดยระบุว่า “สัญญาขายโดยมีเงื่อนไข” แต่ข้อความในหนังสือระบุว่าตกลงจะซื้อขายโทรทัศน์สีตามราคาที่กำหนด ผู้ซื้อต้องชำระเงินในวันทำสัญญาส่วนหนึ่งที่เหลือให้ผ่อนชำระเป็นงวดๆ กรรมสิทธิ์ในโทรทัศน์จะตกเป็นของผู้ซื้อต่อเมื่อปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนและชำระเงินครบแล้ว ที่สำคัญคือผู้ซื้อที่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ด้วยการไม่ชำระราคางวดต่อไปแล้วส่งมอบทรัพย์สินกลับคืนแก่เจ้าของ แต่เจ้าของหรือผู้ขายมีสิทธิรับเงินที่ได้มีการชำระหนี้กันมาแล้วได้ ดังนั้นศาลฎีกาเห็นว่าข้อที่ระบุว่าสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขนั้นเป็นการระบุกันเอง วิธีการทั้งหมดที่บรรยายไว้ในหนังสือสัญญาเป็นวิธีการของสัญญาเข้าซื้อทั้งสิ้น จึงวินิจฉัยว่าสัญญานี้เป็นสัญญาเข้าซื้อไม่ใช่สัญญาซื้อขาย

ดังนั้น แม้ว่าชื่อของสัญญาจะเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงเจตนาของคู่สัญญาได้ง่ายที่สุดก็ตาม แต่การจะพิจารณาว่าเป็นสัญญาใดต้องพิจารณาจากเจตนาที่แสดงออกอย่างอื่น ๆ ประกอบด้วย อีกทั้งต้องพิจารณาหลักอื่นๆตามที่ได้กล่าวมาแล้วด้วย

#### ข. การประกอบกิจการเป็นกิจธุระไม่ใช่ครั้งคราว

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ประกอบกิจการเป็นกิจธุระไม่ใช่ครั้งคราวนั้นเป็นการแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องการที่จะผูกพันตามสัญญาที่ตนเองได้ประกอบกิจธุระตามปกติ สิ่งนี้เป็นสิ่งหนึ่งที่ทำให้สามารถค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ว่ามุ่งประสงค์ผูกพันกันเป็นสัญญาใด เช่นการประกอบธุรกิจเป็นการซื้อขายอุปกรณ์รถยนต์ ยางรถยนต์หรือที่ปัดน้ำฝน ลูกค้าที่เข้ามาทำสัญญาก็สามารถเข้าใจได้ถึงการแสดงเจตนาในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการได้ แม้จะมีการติดตั้งอุปกรณ์ดังกล่าวให้กับลูกค้าด้วย การติดตั้งก็เป็นเพียงส่วนประกอบเพื่อให้ใช้งานได้ตามปกติ ขณะเดียวกันถ้าผู้ประกอบการประกอบธุรกิจเป็นร้านซ่อมรถยนต์ แล้วมีลูกค้าบอกว่ารถยนต์ขับแล้วกินซ้ายให้ช่วยตรวจดูให้ เมื่อตรวจแล้วพบว่ายางหมดอายุต้องมีการเปลี่ยน สัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นจึงเป็นสัญญาจ้างทำของเนื่องจากเจตนาของผู้ประกอบการนั่นเอง โดยแม้จะมีการเปลี่ยนยางรถยนต์เช่นเดียวกันกับตัวอย่างที่แล้ว ซึ่งการประกอบกิจการเป็นกิจธุระนี้ศาลประเทศอังกฤษก็ได้นำมาใช้ในการพิจารณาเพื่อวิเคราะห์ว่าเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของเช่นกันในคดี J. Marcel, Ltd. v Tapper<sup>17</sup> โดยในคดีดังกล่าวเป็นการที่ลูกค้าสั่งตัดเสื้อขนสัตว์ในร้านที่ได้มีการประกอบธุรกิจขายเสื้อขนสัตว์ แม้ว่า การตัดเสื้อขนสัตว์จะต้องใช้ฝีมือและความชำนาญในการตัดก็ตาม แต่ศาลเห็นว่าการประกอบธุรกิจแสดงถึงการมุ่งผูกพันและความรู้ความชำนาญในลักษณะธุรกิจดังกล่าว แม้เป็นการสั่งทำขึ้นใหม่ก็ตาม สัญญาระหว่างคู่สัญญาก็ไม่แตกต่างกับการซื้อขายเสื้อขนสัตว์ที่มีอยู่ในร้านแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามการประกอบกิจการเป็นกิจธุระนี้เป็นเพียงพฤติการณ์แวดล้อมของสัญญาเท่านั้น การนำมาพิจารณาจึงต้องเป็นการพิจารณาประกอบกับเจตนาอย่างอื่นหรือหลักข้ออื่นๆในการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาใด

#### ค. ข้อตกลงในสัญญา

ข้อตกลงในสัญญาเป็นสิ่งที่สามารถยืนยันเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ดีที่สุดในบรรดาเจตนาต่างๆที่แสดงออก เพราะสิ่งที่คู่สัญญาต้องการจะผูกพันกันนั้นล้วนแต่ได้มีการระบุไว้ในสัญญาทั้งสิ้น ข้อตกลงที่ผูกพันกันจึงมีความสำคัญมากกว่าชื่อของสัญญาและพฤติการณ์

<sup>17</sup> โปรดดูหน้า 48.

แวดล้อมอื่นๆ ของคู่สัญญา โดยเฉพาะในสัญญาที่มีความสำคัญทางธุรกิจหรือสัญญาที่มีมูลค่ามากๆ ข้อตกลงต่างๆ ในสัญญาจะมีความละเอียดมากโดยแม้ว่าในบางเรื่องกฎหมายจะได้มีการกำหนดไว้เป็นการสันนิษฐานความผูกพันของคู่สัญญาแล้วก็ตาม คู่สัญญาก็มักจะนำมาระบุอีกครั้งเพื่อให้ชัดเจนและง่ายต่อการแก้ปัญหาในการโต้เถียงว่าสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายควรเป็นอย่างไร

การพิจารณาข้อตกลงในสัญญาเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการตีความที่กฎหมายได้กำหนดไว้ตามมาตรา 171 ที่บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนาขึ้นให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร” ซึ่งสัญญาก็เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งเช่นกันจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย โดยการพิจารณาหาเจตนาที่แท้จริงนั้นสามารถทำได้โดยการอ่านสัญญาทั้งหมดทุกข้อไม่ใช่เพียงข้อหนึ่งข้อใด และกฎหมายยังได้กำหนดหลักของการตีความสัญญาไว้ในมาตรา 368 ที่บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

ในเรื่องการตีความสัญญานั้นรองศาสตราจารย์ ดร.จำปี โสคติพันธุ์ ได้อธิบายไว้ดังนี้ เนื่องจากสัญญาเป็นการใช้หลักอิสระในทางแพ่ง ซึ่งคู่สัญญาได้กำหนดขอบเขตในทางกฎหมายของตนเอง การตีความสัญญาจึงเป็นการตรวจสอบค้นหาความหมายของสิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนด การตีความสัญญาจึงมิใช่แต่เพียงการค้นหาความหมายจากเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่เป็นการค้นหาความหมายจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาและต้องเป็นเจตนาที่ได้แสดงออกมาตามเนื้อหาของสัญญานั้นด้วย<sup>18</sup>

ศาลได้ใช้การแสดงเจตนาของคู่สัญญาจากข้อตกลงในสัญญาเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาไต่ราคา สัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ เช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2537/2520 โจทก์ผลิตเสาไฟคอนกรีตขาย ในสัญญาระบุไว้ชัดว่าเป็นหนังสือสัญญาซื้อขายและข้อความในหนังสือสัญญาก็เป็นที่เห็นได้ชัดว่าคู่สัญญามุ่งที่จะให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อตอบแทนการใช้ราคา สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขาย<sup>19</sup> และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2169-2170/2534 โจทก์ประกอบธุรกิจขายคอนกรีตผสมเสร็จตามที่ลูกค้าต้องการ แม้มีการกำหนดรายละเอียดไว้เป็นเงื่อนไขในการซื้อขาย สัญญาดังกล่าวก็เป็นสัญญาซื้อขาย<sup>20</sup>

<sup>18</sup> เพิ่งอ้าง, น. 276.

<sup>19</sup> โปรดดูหน้า 20.

<sup>20</sup> โปรดดูหน้า 21-22.

#### ง. ทางปฏิบัติระหว่างกันและปกติประเพณี

ปกติประเพณีเป็นคำที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 368 โดยการตีความสัญญาต้องพิจารณาจากความประสงค์ในทางสุจริตและปกติประเพณี ทางปฏิบัติระหว่างกันและปกติประเพณีของคู่สัญญาก็เป็นพฤติการณ์แวดล้อมอีกสิ่งหนึ่งที่ใช้ในการช่วยค้นหาที่แท้จริงของสัญญา ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงเจตนาโดยอ้อมหรือการนิ่งที่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนา เพราะในการทำธุรกิจคู่สัญญาอาจได้มีการติดต่อทำสัญญากันหลายครั้งแล้ว และเป็นที่เข้าใจกันว่าการปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวเป็นการที่คู่สัญญาประสงค์เช่นไร ตัวอย่างเช่น การส่งผลิตภัณฑ์ผสมเสร็จ ครั้งแรกได้มีการตกลงทำสัญญากันเป็นสัญญาซื้อขาย ต่อมาคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการผลิตภัณฑ์ผสมเสร็จเพิ่มจึงสั่งทำเพิ่มโดยไม่มีการตกลงอย่างใด ๆ กัน สัญญาที่เกิดขึ้นต่อมาก็เป็นสัญญาซื้อขายด้วย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในการตีความสัญญากฎหมายให้คำนึงถึงปกติประเพณีด้วย ปกติประเพณีที่จะนำมาพิจารณาประกอบการศึกษาในสัญญานี้ หมายถึง ประเพณีที่ถือปฏิบัติเป็นปกติต่อเนื่องกันและเป็นประเพณีที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญานั้น เป็นประเพณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ดีเป็นประเพณีแน่นอนเป็นแบบอย่างเดียวกัน ทั้งชอบด้วยเหตุผลอันสมควรและต้องไม่ขัดต่อกฎหมายด้วย<sup>21</sup>

ดังนั้นความสำคัญของเจตนาของคู่สัญญาในประเด็นต่าง ๆ มีดังนี้ คือเจตนาของคู่สัญญาเป็นส่วนหนึ่งที่มีผลทำให้สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ทั้งการกำหนดซื้อสัญญา คู่สัญญาข้อตกลงในสัญญา อย่างไรก็ตามหลักเจตนาที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาใดต้องอยู่ภายใต้ลักษณะที่แท้จริงของสัญญาตามกฎหมาย และหลักอื่น ๆ ที่ใช้ในการวินิจฉัยด้วย

#### 4.4.3 หลักการตรวจตรา

สัญญาจ้างทำของโดยหลักกฎหมายแล้ว ผู้รับจ้างมีอิสระในการทำงานที่จะใช้วิธีการอย่างไรในการทำงาน หรือจะให้บุคคลอื่นมาช่วยทำ หรือสามารถกำหนดเวลาในการทำงานได้

<sup>21</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น. 240. อ้างถึงใน อ.ประมุข สวัสดิ์มงคล, “คำพิพากษาฎีกาและหมายเหตุ”, บทบัญญัติ, เล่ม 21 ตอน 2, (เมษายน 2506), หน้า 517-524.

เอง โดยไม่ต้องฟังคำสั่งของผู้ว่าจ้าง แต่กฎหมายก็ได้ห้ามเด็ดขาด เพราะเป็นสิทธิของผู้รับจ้างที่สามารถเลือกที่จะเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างก็ได้ หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้รับจ้างก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 428<sup>22</sup> และ มาตรา 591<sup>23</sup> ในขณะเดียวกันกฎหมายก็ให้สิทธิผู้ว่าจ้างที่จะเข้าตรวจตราการทำงานของผู้รับจ้างได้ตลอดเวลาที่ทำงานนั้นอยู่ อำนาจในการตรวจตราการทำงานของผู้รับจ้างกฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 592 ที่ได้บัญญัติว่า “ผู้รับจ้างจำต้องยอมให้ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนของผู้ว่าจ้างตรวจตราการทำงานได้ตลอดเวลาที่ทำอยู่นั้น” การตรวจตรารองานตามสัญญาจ้างทำของจะแตกต่างจากอำนาจบังคับบัญชาตามสัญญาจ้างแรงงานที่นายจ้างมีอำนาจในการสั่งให้ลูกจ้างกระทำการสิ่งใด ๆ ตลอดจนมีอำนาจในการลงโทษลูกจ้าง แต่การตรวจตรามีเพื่อสาเหตุสำคัญสองประการ ประการแรกคือการทำงานของผู้รับจ้างเป็นไปตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาซึ่งกฎหมายได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 593<sup>24</sup> จากมาตราดังกล่าวจะเห็นว่าในสัญญาจ้างทำของของผู้ว่าจ้างสามารถที่จะบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่ผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง และคาดหมายได้ว่าการงานจะไม่เสร็จตามเวลาที่กำหนด เมื่อกฎหมายได้ให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาแก่ผู้ว่าจ้างแล้วจึงจำเป็นที่ผู้ว่าจ้างต้องมีอำนาจในการตรวจตราการทำงานด้วยเช่นกัน และในประการที่สองคือการทำงานบกพร่องหรือไม่ถูกต้องตามข้อสัญญา ตามที่กฎหมายในมาตรา 594<sup>25</sup> ได้บัญญัติไว้ อำนาจการตรวจตราของผู้ว่าจ้างจึงต้องมีเพื่อได้ตรวจดูว่า

<sup>22</sup> มาตรา 428 บัญญัติว่า “ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการทำงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำหรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง”

<sup>23</sup> มาตรา 591 บัญญัติว่า “ถ้าความชำรุดบกพร่องหรือความชักช้าในการที่ทำนั้นเกิดขึ้นเพราะสภาพแห่งสัมภาระซึ่งผู้ว่าจ้างส่งให้ก็ดี เพราะคำสั่งของผู้ว่าจ้างก็ดี ท่านว่าผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะรู้อยู่แล้วว่าสัมภาระนั้นไม่เหมาะ หรือว่าคำสั่งนั้นไม่ถูกต้องและมีได้บอกกล่าวตักเตือน”

<sup>24</sup> มาตรา 593 บัญญัติว่า “ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้ มิพักต้องรอคอยให้ถึงเวลากำหนดส่งมอบของนั้นเลย”

<sup>25</sup> มาตรา 594 บัญญัติว่า “ถ้าในระหว่างเวลาที่ทำกรอยู่นั้นเป็นวิสัยจะคาดหมายล่วงหน้าได้แน่นอนว่า การที่ทำนั้นจะสำเร็จอย่างบกพร่องหรือจะเป็นไปในทางอันฝ่าฝืนข้อสัญญา

การงานมีความบกพร่องหรือไม่ตรงตามสัญญาหรือไม่ อย่างไรก็ตามอำนาจในการตรวจตรานี้ไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นคู่สัญญาสามารถตกลงที่จะไม่ให้ผู้ว่าจ้างมีอำนาจในการตรวจตราได้ แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงดังกล่าวแล้วอำนาจในการตรวจตราเป็นสิ่งที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้วในสัญญาจ้างทำของ ผู้ว่าจ้างจึงมีอำนาจในการตรวจตราได้แม้ไม่มีการตกลงใดๆเลย

อำนาจการตรวจตราของสัญญาจ้างทำของเมื่อพิจารณากับสัญญาซื้อขายจะเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายกฎหมายไม่ได้มีการกำหนดอำนาจในการตรวจตราไว้สำหรับผู้ซื้อเลย เนื่องจากสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่มุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์ และแม้ว่าการซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตซึ่งต้องมีการผลิตขึ้นหลังจากได้ทำสัญญากัน คู่สัญญาก็ประสงค์เพียงแค่การได้รับโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น การที่ผู้ขายจะผลิตทรัพย์สินได้อย่างไรเป็นเรื่องของผู้ขายเอง ฉะนั้นโดยทั่วไปแล้วสัญญาซื้อขายถ้าไม่มีการตกลงในเรื่องการตรวจตรา ผู้ซื้อจะไม่มีอำนาจในการตรวจตราการผลิตของผู้ขาย แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงเสรีภาพในการแสดงเจตนาแล้วจะเห็นได้ว่าถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะตกลงให้ผู้ซื้ออำนาจเข้าไปดูแลหรือตรวจสอบการผลิตของผู้ขายก็ได้เช่นกัน และในปัจจุบันการค้าขายบางครั้งมีมูลค่าตามสัญญาค่อนข้างสูง ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งตัวสินค้ามีมูลค่าสูงหรือการซื้อขายกันในจำนวนมากๆ ประกอบกับในบางครั้งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ สัญญาซื้อขายจึงอาจจะมีข้อตกลงที่ละเอียดมากอีกทั้งอาจมีข้อตกลงที่เป็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเช่นกัน เมื่อมีข้อตกลงดังกล่าวผู้ซื้อจึงอาจมีอำนาจตามข้อตกลงที่ได้ตกลงกันและขอบเขตของอำนาจในการดูแลหรือตรวจสอบสินค้าก็จะเป็นไปตามข้อสัญญานั้นเอง ส่วนในกรณีที่สัญญาไม่ได้มีการตกลงอย่างใดไว้เลยและคู่สัญญาไม่มีอำนาจตรวจตราดังนี้จึงเป็นสัญญาซื้อขาย ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3707/2534 การจ้างผลิตคอนกรีตผสมเสร็จ ผู้สั่งไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจตราการงานได้ จึงถือไม่ได้ว่าลูกค้าเป็นผู้ว่าจ้างตามลักษณะจ้างทำของ<sup>26</sup>

---

เพราะความผิดของผู้รับจ้างไซ้ ผู้ว่าจ้างจะบอกกล่าวให้ผู้รับจ้างแก้ไขสิ่งที่บกพร่องให้คืนดี หรือทำการให้เป็นไปตามสัญญาภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดให้ในคำบอกกล่าวนั้นก็ได้ ถ้าและคลาดกำหนดนั้นไป ท่านว่าผู้ว่าจ้างชอบที่จะเอาการนั้นให้บุคคลภายนอกซ่อมแซมหรือทำต่อไปได้ ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องเสียความเสียหายและออกค่าใช้จ่ายทั้งสิ้น”

<sup>26</sup> โปรดดูหน้า 22.

หลักการตรวจตราจึงเป็นอีกหนึ่งที่ใช้วินิจฉัยเพื่อแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของได้ คือเป็นสิ่งที่ใช้ยืนยันว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาจ้างทำของหรือไม่ และในกรณีสัญญาซื้อขายที่ไม่ได้มีข้อตกลงใดๆ ที่เกี่ยวกับอำนาจในการดูแลหรือการตรวจสอบสินค้าของผู้ซื้อแล้ว แต่พบว่าจากพฤติการณ์ของคู่สัญญามีการกระทำในลักษณะดังกล่าวอาจมีผลในการพิจารณาหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าเป็นสัญญาจ้างทำของได้ หลักการตรวจตรา ศาลก็ได้ใช้หลักดังกล่าวในการพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ ในขณะเดียวกันบางกรณีก็เป็นการที่คู่สัญญาได้มีการตกลงกันถึงลักษณะ คุณสมบัติและรายละเอียดของทรัพย์สินที่ซื้อขายหรือทรัพย์สินทางปัญญาเช่นเครื่องหมายทางการค้า (Trademarks) สิทธิบัตร (Patent) หรือลิขสิทธิ์ (Copyright)

จากหลักที่ได้กล่าวมาทั้งหมดที่ผู้เขียนได้นำเสนอในการใช้เพื่อแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของในสัญญาประเภทที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระและระหว่างการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่สามารถแยกออกจากกันได้จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่การทำงานและสัมภาระเป็นสิ่งที่สามารถแยกออกจากกันได้ โดยการทำงานอาจเกี่ยวข้องโดยเป็นเพียงองค์ประกอบส่วนหนึ่งของสัญญาเช่น การติดตั้ง การส่งมอบ หรือการให้บริการในการดูแลรักษา หลังจากการขายทรัพย์สินไป หรือการทำงานกับสัมภาระมีความเกี่ยวข้องกันตลอดทั้งสัญญา หลักต่างๆ ที่ได้นำเสนอมานี้จะเป็นสิ่งที่ช่วยในการพิจารณาว่าส่วนใดเป็นส่วนหลักของสัญญา โดยการนำหลักดังกล่าวในการพิจารณาจะเป็นการใช้หลักต่างๆ พิจารณาประกอบกันทั้งหมด เพื่อการวิเคราะห์และวินิจฉัยว่าสัญญาที่ได้มีการทำขึ้นควรเป็นสัญญาประเภทใดและการจะพิจารณาหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาหรือลักษณะแท้จริงของสัญญาก็ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในสัญญาแต่ละสัญญาซึ่งจะแตกต่างกันออกไป การจะใช้หลักใดได้ดีที่สุดจึงไม่มีข้อกำหนดที่ตายตัว ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าในการพิจารณาว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นเป็นสัญญาใดต้องใช้หลักทั้งหมดมาพิจารณาประกอบกัน เพื่อให้ได้ผลในการวิเคราะห์ที่ดีที่สุดและไม่ก่อให้เกิดความผิดพลาดในการวินิจฉัย และในกรณีที่หลักต่างๆ ดังกล่าวไม่สามารถวินิจฉัยได้ว่าเป็นสัญญาใด ก็อาจมีการนำการเปรียบเทียบในเชิงมูลค่าระหว่างส่วนของการทำงานและส่วนของสัมภาระมาเปรียบเทียบกันได้ แต่การเปรียบเทียบดังกล่าวจะใช้ก็ต่อเมื่อหลักตามที่ได้นำมาแล้วไม่สามารถใช้ในการวินิจฉัยได้หรือหลักต่างๆ ยังมีลักษณะที่ไม่ชัดเจน จึงนำการเปรียบเทียบมาใช้ในการวิเคราะห์วินิจฉัย และเมื่อได้พิจารณาในคำพิพากษาศาลฎีกาต่าง ๆ นั้นก็เห็นได้ว่าศาลได้ใช้หลักต่างๆ ที่นำมาวินิจฉัยกับสัญญาที่ได้ทำขึ้น แต่ละคำพิพากษาก็มีการอ้างหลักเพื่อสนับสนุนการวิเคราะห์ที่ไม่เหมือนกันขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

จากตัวอย่างของสัญญาประเภทที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระและระหว่างการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่สามารถแยกจากกันได้นั้น เมื่อนำมาพิจารณาวิเคราะห์ตามหลักต่างๆที่ได้กล่าวมาแล้วได้ดังนี้

ตัวอย่างการส่งอาหารให้นำมาส่งที่บ้าน สัญญาระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในตัวอย่างมุ่งในการพิจารณาระหว่างการทำงานในการนำอาหารมาส่งกับกรรมสิทธิ์ในอาหารที่ได้ส่งขึ้น โดยการพิจารณาระหว่างการทำงานกับสัมภาระอันที่ก่อให้เกิดเป็นอาหารขึ้นจะพิจารณากันในหัวข้อต่อไป

การทำงานในการนำอาหารมาส่งถึงบ้านเป็นเพียงส่วนประกอบส่วนหนึ่งของสัญญาเพื่อให้อาหารได้ส่งถึงผู้ที่ได้สั่งอาหาร ผู้สั่งอาหารมุ่งในกรรมสิทธิ์ในอาหารที่ได้สั่ง ส่วนของสัมภาระหรือทรัพย์สินจึงเป็นส่วนหลัก ดังนั้นสัญญาระหว่างคู่สัญญาจึงเป็นสัญญาซื้อขาย

ตัวอย่างการขายยาโดยเภสัชกรในร้านขายยา สัญญาระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวสามารถแยกได้เป็นสองส่วนคือ กรรมสิทธิ์ในยาซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วเป็นส่วนของสัมภาระกับคำแนะนำของเภสัชกรซึ่งเป็นส่วนของการงาน เมื่อพิจารณาว่าส่วนใดเป็นส่วนหลักและส่วนใดเป็นส่วนรองจากหลักต่างๆ จะเห็นได้ว่าจากหลักสาระสำคัญของสัญญาระหว่างส่วนของการงานกับส่วนของสัมภาระ แม้ว่าในบางครั้งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการยาและบอกกับเภสัชกรเพียงแค่อาการของโรคที่เป็นโดยไม่ได้รับรู้ถึงชื่อยาซึ่งเป็นตัวสินค้าก็ตาม คำแนะนำดังกล่าวของเภสัชกรเป็นสิ่งที่สำคัญเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่คู่สัญญามุ่งในการทำสัญญาก็คือการโอนกรรมสิทธิ์ในยาตามหลักสาระสำคัญของสัญญา ส่วนของสัมภาระหรือยาจึงเป็นส่วนหลักของสัญญา สัญญาดังกล่าวตามตัวอย่างนี้จึงเป็นสัญญาซื้อขายเช่นเดียวกับการซื้อขายที่เป็นที่รู้จักและไม่มีคำแนะนำของยาหรือสรรพคุณต่างๆของยาตามร้านสะดวกซื้อ

ตัวอย่างการตรวจและวินิจฉัยโรคของแพทย์ที่มีการสั่งจ่ายยาด้วย ลักษณะของตัวอย่างนี้จะมีลักษณะที่แตกต่างจากยาที่ขายโดยเภสัชกรตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยการทำงานคือการตรวจและวินิจฉัยโรคของแพทย์กับส่วนของสัมภาระคือยาที่มีการจ่ายให้คนไข้ คนไข้มุ่งในการตรวจและวินิจฉัยโรคของแพทย์มากกว่าเพื่อให้รู้ว่าตนเองได้ป่วยเป็นโรคอะไร ในขณะเดียวกันคนไข้ก็ต้องการการรักษาจากแพทย์ซึ่งเป็นผู้มีวิชาชีพมีความรู้ความชำนาญในการตรวจและวินิจฉัยโรคตลอดจนการรักษาของแพทย์ ส่วนของการงานจึงเป็นสิ่งที่คู่สัญญามุ่งประสงค์จึงเป็นส่วนหลักของสัญญาและส่วนของยาจึงเป็นเพียงส่วนย่อยของสัญญา สัญญาจากตัวอย่างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งแตกต่างกับตัวอย่างการซื้อขายกับเภสัชกร แม้ว่าสัญญาทั้งสองจะมีวัตถุประสงค์ของสัญญาในการโอนกรรมสิทธิ์ในยาเช่นเดียวกันก็ตาม

และตัวอย่างการสั่งเครื่องปรับอากาศที่ต้องมีการติดตั้ง ตัวอย่างของการสั่งเครื่องปรับอากาศที่ต้องมีการติดตั้งประกอบด้วยสองส่วนในสัญญาคือ ส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ในเครื่องปรับอากาศซึ่งเป็นส่วนของสัมภาระกับส่วนของการติดตั้งเครื่องปรับอากาศซึ่งเป็นส่วนของการงาน เมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญของคู่สัญญาจะเห็นได้ว่าการซื้อเครื่องปรับอากาศผู้ซื้อไม่เพียงต้องการกรรมสิทธิ์ในเครื่องปรับอากาศเท่านั้น แต่ยังต้องการการใช้งานในเครื่องปรับอากาศด้วย การติดตั้งจึงเป็นสิ่งที่ทำให้ให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของผู้ซื้อคือเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และได้ใช้สอยวัตถุที่ตนเป็นเจ้าของด้วย การติดตั้งเครื่องปรับอากาศจึงเป็นส่วนประกอบส่วนหนึ่งของสัญญาอันจะขาดเสียไม่ได้และเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์สามารถใช้สอยได้ตามปกติ เพราะถ้าขาดเรื่องการติดตั้งซึ่งทำให้ไม่สามารถใช้งานจากเครื่องปรับอากาศได้แล้วผู้ซื้อจะต้องการกรรมสิทธิ์ของเครื่องปรับอากาศเช่นใด แต่อย่างไรก็ตามการโอนกรรมสิทธิ์ก็เป็นสิ่งที่คู่สัญญามุ่งประสงค์ระหว่างกัน ส่วนของสัมภาระจึงเป็นส่วนหลักของสัญญา สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขาย ตัวอย่างของการสั่งเครื่องปรับอากาศที่ต้องมีการติดตั้งนี้คำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยไว้ คือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3049/2540 ซึ่งเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่แตกต่างออกไปและมีคำพิพากษาศาลฎีกาหลังเดินตามหลักแนววินิจฉัยเช่นนี้ ผู้เขียนได้ยกขึ้นเป็นประเด็นที่น่าสนใจในหัวข้อแนวความคิดของการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากการที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเป็นการทำสัญญาเป็นสองสัญญาคือสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของในสัญญาฉบับเดียว ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา การวินิจฉัยของศาลฎีกาว่าเป็นสัญญาผสมนี้มีลักษณะอย่างไร ข้อดีหรือข้อเสียอย่างไร และกระทบต่อหลักทางกฎหมายของสัญญาหรือไม่อย่างไร

เอกเทศสัญญาสองเรื่องในสัญญาฉบับเดียวนั้นสามารถทำได้ตามหลักเสรีภาพของคู่สัญญา โดยในสัญญาที่สัมภาระเป็นของผู้รับจ้างและการงานกับทรัพย์เป็นสิ่งที่แยกจากกันได้นี้สัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ทั้งการโอนกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์และมีการงานเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ประเด็นดังกล่าวจึงมีความซับซ้อนยิ่งขึ้นผู้เขียนจึงขอเสนอคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับเดิมเพื่อไม่เกิดความเข้าใจผิดในเหตุผลและหลักกฎหมายที่ศาลท่านได้ใช้ในการพิจารณา ซึ่งการศึกษาจากคำพิพากษาฉบับเดิมทำให้สามารถพิจารณาถึงเจตนา ข้อสัญญา และทางปฏิบัติทั้งหมดระหว่างคู่สัญญาได้ดียิ่งขึ้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลได้วินิจฉัยว่ามีทั้งสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ คือ คำพิพากษาศาลฎีกา 3049/2540 และ 8327/2544 ดังนี้

คำพิพากษาฎีกา 3049/2540

โจทก์ขายลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อนให้แก่ลูกค้าพร้อมทั้งมีการติดตั้งลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อน ศาลตัดสินว่าสัญญาพิพาทไม่ใช่สัญญาจ้างทำของเพียงอย่างเดียว แต่เป็นสัญญาซื้อขายส่วนหนึ่งสัญญาจ้างทำของส่วนหนึ่งอยู่ในสัญญาฉบับเดียว

ศาลฎีกาแผนกพาณิชย์อากรวินิจฉัยว่า คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยประการแรกว่า รายรับ ค่าสินค้า วัสดุ อุปกรณ์ตามสัญญาพิพาทต้องเสียภาษีการค้าตามประเภทการค้า 4 การรับจ้างทำของ แห่งบัญชีอัตราภาษีการค้าหรือไม่ จำเลยทั้งสองทูลทวงถามว่าสัญญาตามเอกสารหมายเลข จ.5 ปีที่ 1 และปีที่ 2 เป็นสัญญาจ้างทำของ คือเป็นสัญญารับจ้างทำระบบขนส่งคนหรือสิ่งของหรือระบบปรับอากาศในอาคาร หากใช่เป็นสัญญาซื้อขายรวมอยู่ในสัญญาจ้างทำของดังคำวินิจฉัยของศาลฎีกาแผนกกลางแต่อย่างใด พิเคราะห์แล้วเห็นว่ากรณีใดจะถือว่ารายรับใดเป็นรายรับที่จะต้องเสียภาษีการค้าตามประเภทการค้า 4 การรับจ้างทำของจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป เมื่อพิจารณาสัญญาตามเอกสารหมายเลข จ.5 ปีที่ 1 และปีที่ 2 โจทก์และลูกค้ามุ่งประสงค์ถึงการซื้อขายลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ บันไดเลื่อน และการรับจ้างติดตั้งด้วย โดยสัญญาข้อ 1 โจทก์ได้ระบุราคาค่าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ หรือบันไดเลื่อน รวมภาษีขาเข้าภาษีการค้า และการขนส่งถึงสถานที่ติดตั้งเป็นจำนวนเงินแยกต่างหากจากราคาค่าแรงงาน ติดตั้งพร้อมทั้งวัสดุอุปกรณ์ โดยที่สินค้าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศที่ทำสัญญาซื้อขายกันนั้นผู้ซื้อสามารถจ้างผู้อื่นให้ทำการติดตั้งได้ แต่เพื่อความสะดวกผู้ซื้อก็จะว่าจ้างให้โจทก์ทำการติดตั้งไปในคราวเดียวกัน ซึ่งตามสัญญาซื้อขายนอกจากจะตกลงในเรื่องราคาสินค้าไว้แล้ว ก็จะมีการตกลงในเรื่องค่าแรงงานในการติดตั้งพร้อมทั้งวัสดุอุปกรณ์ไว้ด้วยในสัญญาฉบับเดียวกันแต่จะแยกราคาสินค้าและค่าแรงงานพร้อมทั้งวัสดุอุปกรณ์ออกจากกันอย่างชัดเจน สัญญาเช่นนี้ย่อมทำได้เพราะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้สัญญาดังกล่าวโจทก์ไม่ได้ทำการผลิตหรือทำวัตถุดิบใดขึ้นมา แต่วัตถุดิบของคือลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ หรือบันไดเลื่อนนั้น มีอยู่สำเร็จรูปอยู่แล้วเพียงแต่โจทก์นำมาติดตั้งเท่านั้น ทั้งข้อตกลงในสัญญายังได้ระบุเป็นเงื่อนไขว่า หากผู้ซื้อชำระราคาไม่ครบถ้วน สินค้าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ หรือบันไดเลื่อน ยังเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์จนกว่าผู้ซื้อจะชำระราคาสินค้าครบถ้วนแล้ว ซึ่งแสดงว่าคู่สัญญามุ่งถึงการโอนกรรมสิทธิ์ของสินค้าเพื่อตอบแทนการชำระราคาอันเป็นลักษณะของสัญญาซื้อขายสัญญาตามเอกสารหมายเลข จ.5 ปีที่ 1 และปีที่ 2 จึงมิใช่เป็นสัญญาจ้างทำของเพียงประการเดียวแต่เป็นสัญญาซื้อขายส่วนหนึ่งและเป็นสัญญาจ้างทำของส่วนหนึ่งรวมอยู่ในสัญญาฉบับเดียวกัน การที่สินค้าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อน โจทก์ได้เสียอากรขาเข้าและภาษีการค้าเมื่อขณะนำเข้ามาครบถ้วนแล้ว ต่อมาเมื่อ

โจทก์นำสืบคำดังกล่าวไปขายย่อมไม่ต้องเสียภาษีการค้าอีก การที่จำเลยประเมินเรียกเก็บภาษีการค้าจากการขายสินค้าดังกล่าวจากโจทก์อีกจึงเป็นการเก็บภาษีซ้ำซ้อนไม่เป็นธรรมแก่โจทก์

ปัญหาต้องวินิจฉัยในประการที่สองมีว่า สัญญาพิพาทเป็นสัญญาจ้างทำของที่ต้องปิดอาการแสดงในปีหรือไม่ เห็นว่า ดังได้วินิจฉัยมาแล้วว่าสัญญาซื้อขายลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อนตามเอกสารหมายเลข จ.5 ปีที่ 1 และที่ 2 เป็นสัญญาจ้างทำของเฉพาะค่าแรงติดตั้ง พร้อมทั้งวัสดุอุปกรณ์หาใช้สัญญาจ้างทำของทั้งฉบับ เมื่อสัญญาจ้างทำของเป็นตราสารที่ต้องเสียอากรตามลักษณะแห่งตราสาร 4 แห่งบัญชีอากรแสดงในปีโจทก์จึงมีหน้าที่ปิดอาการแสดงปีเฉพาะสำหรับค่าจ้างทำของเท่านั้น ส่วนค่าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อน เป็นสัญญาซื้อขายจึงมิใช่ตราสารที่ต้องปิดอาการแสดงปี

ปัญหาต้องวินิจฉัยเป็นข้อสุดท้ายมีว่า การประเมินภาษีการค้าพิพาทได้กระทำภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ในปัญหานี้โจทก์และจำเลยรับกันว่าในปี 2528 โจทก์ยื่นแบบแสดงรายการการค้าโดยแสดงรายรับสำหรับเดือนกุมภาพันธ์ กรกฎาคม สิงหาคม กันยายน และธันวาคม ขาดไปเกินกว่าร้อยละ 25 ของรายรับที่แสดงในแบบแสดงรายการการค้าเป็นเงิน 140,539,353.23 บาท และในปี 2529 โจทก์ยื่นแบบแสดงรายการการค้าโดยแสดงรายรับสำหรับเดือนพฤษภาคม มิถุนายน กรกฎาคม ตุลาคม พฤศจิกายน และธันวาคม ขาดไปเกินกว่าร้อยละ 25 ของรายรับที่แสดงในแบบแสดงรายการการค้าเป็นเงิน 105,746,724.30 บาท รายรับที่ขาดไปดังกล่าวข้างต้นเป็นรายรับเกี่ยวกับค่าลิฟท์ ค่าเครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อน เห็นว่าเมื่อโจทก์ไม่มีหน้าที่ต้องนำรายรับดังกล่าวมาเสียภาษีการค้าดังได้วินิจฉัยแล้ว โจทก์จึงไม่ต้องนำรายรับเกี่ยวกับค่าลิฟท์ ค่าเครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อน มารวมคำนวณในการยื่นแบบแสดงรายการการค้าอีก ดังนั้น จึงฟังได้ว่าในปี 2528 และปี 2529 สำหรับเดือนภาษีดังกล่าว โจทก์มิได้ยื่นแบบแสดงรายการการค้าโดยแสดงรายรับขาดไปเกินกว่าร้อยละ 25 ของยอดรายรับที่แสดงในแบบแสดงรายการการค้าเจ้าพนักงานประเมินจึงต้องทำการประเมินภายในกำหนดเวลา 5 ปี นับแต่วันสุดท้ายแห่งกำหนดเวลายื่นแบบแสดงรายการการค้าหรือวันที่ยื่นแบบแสดงรายการการค้าแล้วแต่วันใดจะเป็นวันหลังตามที่บัญญัติไว้ในประมวลรัษฎากร มาตรา 88 ทวิ (1) ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น แต่ปรากฏว่าเจ้าพนักงานประเมินทำการประเมินและแจ้งการประเมินภาษีการค้าสำหรับปี 2528 และปี 2529 เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2537 ตามเอกสารหมายเลข 2 แผ่นที่ 25 ถึง 33 โจทก์ได้รับแจ้งเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2537 ตามไปรษณีย์ตอบรับเอกสารหมายเลข 2 แผ่นที่ 24 จึงเกินกำหนดเวลา 5 ปี การประเมินภาษีการค้าดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวผู้เขียนขอให้สังเกต ดังนี้

1. การศึกษาและวิเคราะห์การแยกสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของนี้ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในขอบเขตของการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ ผู้เขียนมุ่งเน้นการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสองตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะแตกต่างจากการรับรู้รายได้ของประมวลรัษฎากร เพราะการรับรู้รายได้ของทางภาษีนับมีรายได้ 3 อย่าง คือรายได้จากการขายกับรายได้จากการบริการและรายได้จากการให้ผู้อื่นใช้ทรัพย์สินของกิจการ โดยประมวลรัษฎากรมาตรา 77/1 (8) ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ขาย” หมายถึง จำหน่าย จ่าย โอนสินค้า ไม่ว่าจะมิใช่ประโยชน์หรือค่าตอบแทนหรือไม่ และให้หมายความรวมถึง สัญญาให้เช่าซื้อสินค้า ขายผ่อนชำระที่กรรมสิทธิ์ในสินค้ายังไม่โอนไปยังผู้ซื้อส่งมอบสินค้าให้ตัวแทนเพื่อขาย ส่งสินค้าออกนอกราชอาณาจักร นำสินค้าไปใช้ที่มีได้นำไปประกอบกิจการของตนเอง สินค้าขาดรายการสินค้าและวัตถุดิบและมีสินค้าหรือทรัพย์สินไว้เพื่อประกอบกิจการ และความหมายของการให้บริการตามมาตรา 77/1 (10) ว่า “บริการ หมายถึง การกระทำใดๆ อันอาจหาประโยชน์อันมีมูลค่าซึ่งมิใช่เป็นการขายสินค้าและให้หมายความรวมถึง การให้บริการของตนเองไม่ว่าประการใดๆ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง ก. การให้บริการหรือการนำสินค้าไปใช้เพื่อประกอบกิจการของตนเองโดยตรง ข. การนำเงินไปหาประโยชน์โดยการฝากธนาคารหรือซื้อพันธบัตรหรือหลักทรัพย์ ค. การกระทำตามที่อธิบดีกำหนดโดยอนุบัญญัติ” จากคำนิยามดังกล่าวกรณีที่ไม่เป็นรายได้จากการขายสินค้าก็ต้องเข้าลักษณะบริการ จึงอาจมีกรณีที่แตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

2. คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับตัวอย่างการซื้อเครื่องปรับอากาศตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยสัญญาระหว่างโจทก์กับลูกค้านุ่งประสงค์ถึงการซื้อขายลิฟต์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อน การพิจารณาแยกความแตกต่างในชั้นแรกต้องพิจารณาก่อนลิฟต์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อนเป็นสิ่งที่อยู่แล้วหรือโจทก์หามาจากที่อื่น หรือเป็นการใช้การทำงานของตนผลิตขึ้นมา โดยจากข้อเท็จจริงของคดีโจทก์ได้ซื้อลิฟต์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อนมาจากที่อื่น ดังนั้นในทรัพย์ดังกล่าวจึงไม่มีการงานเข้ามาเกี่ยวกับที่ต้องพิจารณาว่าการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในลิฟต์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อนเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ

และเมื่อส่วนของการทำงานเข้ามาเกี่ยวข้องในสัญญาโดยเป็นส่วนหนึ่งในสัญญาที่คู่สัญญามุ่งประสงค์ การพิจารณาว่าสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นเป็นสัญญาใดจึงต้องพิจารณาว่า

ส่วนใดของสัญญาเป็นส่วนหลักระหว่างส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและส่วนของการงานในการติดตั้ง เมื่อพิจารณาจากหลักสาระสำคัญแล้วจะเห็นได้ว่า คู่สัญญามุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์ในลิฟต์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อนเป็นสำคัญ ส่วนดังกล่าวจึงเป็นส่วนหลักของสัญญา อย่างไรก็ตามการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าต้องมีการติดตั้งซึ่งเป็นส่วนประกอบของสัญญาซื้อขายด้วยเพื่อให้ลิฟต์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อนสามารถใช้งานได้ตามวัตถุประสงค์ของคู่สัญญา

นอกจากนั้นข้อเท็จจริงที่โจทก์กับลูกค้านำมาอ้างในสัญญาว่า หากผู้ซื้อชำระราคาสินค้าไม่ครบถ้วน สินค้าดังกล่าวก็ยังเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์จนกว่าผู้ซื้อจะได้ชำระราคาครบถ้วน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญามุ่งที่การโอนกรรมสิทธิ์จึงแสดงให้เห็นได้ชัดว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาซื้อขาย

3. การแยกจำนวนเงินที่ต้องชำระนั้นไม่ได้ทำให้สัญญาซึ่งคู่สัญญาทำขึ้นแบ่งเป็นสองสัญญาในสัญญาฉบับเดียว การจะแยกเป็นสองสัญญาได้นั้นต้องมีลักษณะข้อตกลงที่ชัดเจนและแต่ละสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญาที่แสดงได้ชัดว่าต้องการทำเป็นสองสัญญา การแยกการชำระราคาแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้มีผลทำให้กลายเป็นสองสัญญาแต่อย่างใด แต่เนื่องจากในข้อเท็จจริงของคำพิพากษาดังกล่าวระหว่างโจทก์และลูกค้าได้มีการแยกรายการในสัญญาออกเป็น 2 รายการต่างหากจากกัน คือ การซื้อขายลิฟต์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อนส่วนหนึ่ง และการติดตั้งส่วนหนึ่งและมีการแยกราคาอย่างชัดเจน ได้นำส่วนของการติดตั้งไปเสียคำนวณเสียภาษีการค้าประเภทการค้า 4 ชนิด 1(ข)ตามบัญชีอัตราภาษีการค้า จึงเป็นการที่คู่สัญญามีเจตนาที่จะทำสัญญาจ้างทำของด้วยสำหรับสัญญาในส่วนของการติดตั้ง เมื่อเล็งเห็นถึงเจตนาดังกล่าวศาลจึงวินิจฉัยว่ามีสองสัญญาในสัญญาฉบับเดียวซึ่งสามารถกระทำได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

4. สัญญาที่มีลักษณะผสมกันระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่าประเทศเยอรมันเป็นประเทศเดียวที่ผู้ร่างรับรู้และสนใจต่อลักษณะของสัญญาที่มีลักษณะผสมดังกล่าว หลักการรับรู้สัญญาผสมของเยอรมันดังกล่าวเป็นการที่กฎหมายยอมรับว่าในสัญญาที่ได้มีการทำขึ้นอาจมีองค์ประกอบของทั้งการซื้อขายและการให้บริการได้ซึ่งหมายความว่าสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นในกรณีที่สัญญามีทั้งองค์ประกอบของการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน กับการกระทำการงาน และในกรณีที่สัญญาจ้างทำของมีทรัพย์สินเข้ามาเกี่ยวข้องและมีการส่งมอบกับโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างคู่สัญญา กฎหมายได้นำเอาหลักบางอย่างในสัญญาซื้อขายมาใช้ในสัญญาจ้างทำของ และเมื่อพิจารณาจากหลัก

กฎหมายของประเทศอังกฤษ ปัญหาของกฎหมายอังกฤษคือแต่เดิมกรณีที่ เป็นสัญญาจ้างทำของ จะไม่นำกฎหมาย The Sale of goods act มาใช้ซึ่งมีผลทำให้ สัญญาจ้างทำของที่ก่อให้เกิด ทรัพย์สินมาส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์กันระหว่างคู่สัญญาไม่มีการรับประกันโดยปริยายใน ทรัพย์สินดังกล่าว และการปรับใช้ common law ซึ่งต่อมามีกฎหมายลายลักษณ์ในเรื่องสัญญา จ้างทำของคือ The Supply of Goods and Services Act ที่ยังแก้ปัญหาในกรณีที่การงาน ก่อให้เกิดทรัพย์สินไม่ได้ ต่อมาการแก้ปัญหาจึงเล็งด้วยการไม่ตัดสินความแตกต่างระหว่าง สัญญาทั้งสอง แต่ใช้การพิจารณากฎหมายตามธรรมชาติของธุรกรรมแต่ละอย่าง ซึ่งปัญหาความ แตกต่างในประการอื่นๆยังคงมีอยู่ เช่นหลักฐานในการฟ้องร้อง เป็นต้น ส่วนแนวความคิดในการ แยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของในประเทศอเมริกา กฎหมาย อเมริกามีข้อสอบ The Predominant purpose test ที่ใช้ในการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญา ทั้งสอง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากแนวการแยกความแตกต่างดังกล่าว อเมริกาก็ยอมรับ ความแตกต่างระหว่างสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นจะเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของมีข้อ สำคัญคือเมื่อไม่มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขาย กฎหมาย UCC จะไม่นำมาใช้บังคับ และกรณีที่ มี การส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาจ้างทำของ ทรัพย์สินดังกล่าวจะไม่มีการรับประกัน โดยปริยายซึ่งเป็นสิ่งที่สร้างปัญหาอย่างมาก และเป็นเหตุผลที่มีการนำข้อทดสอบ The gravamen of the action test มาใช้เพื่อลดปัญหาดังกล่าว ซึ่งข้อทดสอบนี้แม้ว่าสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นมี ส่วนหลักของสัญญาเป็นส่วนของการงาน แต่เมื่อข้อโต้แย้งในการฟ้องคดีมีข้ออ้างมาจากความ ขำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่มีการโอนกัน กฎหมาย UCC ก็จะสามารถนำมาใช้ได้

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาปัญหาการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับ สัญญาจ้างทำของในกฎหมายไทยจะพบว่า ประเทศไทยใช้ประมวลกฎหมายและกฎหมายของ สัญญาที่มีการทำกันมากในชีวิตประจำวันมีการบัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญาโดยทั้งสัญญาซื้อ ขายและสัญญาจ้างทำของต่างก็เป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง นอกจากนั้นกรณีสัญญาจ้างทำของ ของไทยได้มีการนำหลักของความชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขายมาใช้เมื่อผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหา สัมภาระและมีการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในสัญญาจ้างทำของเช่นเดียวกับกฎหมาย ของประเทศเยอรมันซึ่งเป็นการรับรู้ของกฎหมายที่มีประโยชน์อย่างมาก ทำให้ในการแยกความ แตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของไม่มีความลังเลกับความชำรุดบกพร่องใน กรณีที่สัญญาจ้างทำของที่ผลสำเร็จของการงานก่อให้เกิดทรัพย์สินที่จะมาส่งมอบและโอน กรรมสิทธิ์กัน โดยในปัจจุบันทั้งกฎหมายอังกฤษและกฎหมายอเมริกาที่ซึ่งผู้ร่างกฎหมายไม่ได้รับรู้ ถึงสัญญาผสมดังกล่าว แต่ก็มีแนวทางแก้ไขคือการพิจารณาตามเนื้อหาของธรรมชาติของสัญญา

และหลักที่พิจารณาจากข้ออ้างในการฟ้องว่าเป็นเรื่องใดระหว่างความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินหรือการทำงานที่ไม่ถูกต้องหรือเหมาะสม สิ่งเหล่านี้เป็นการเยี่ยวยาที่ใช้กฎหมายเพื่อให้รองรับกับสัญญาที่สร้างขึ้นและมีองค์ประกอบทั้งการซื้อขายและการกระทำการงานนั่นเอง เมื่อกฎหมายไทยมีบัญญัติเป็นเอกเทศสัญญาแล้ว สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาขึ้นเมื่อเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดชื่อของสัญญาที่ต้องการจะผูกพันกัน การพิจารณาจึงต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาใดสัญญาหนึ่งระหว่างสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ อย่างไรก็ตามถ้าสัญญาที่คู่สัญญาทำมีลักษณะผสมกันระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของ คู่สัญญาจะมุ่งประสงค์ที่จะตกลงกันเป็นทั้งสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของในสัญญาฉบับเดียวก็สามารถกระทำได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และในสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แบบผสมนี้การใช้กฎหมายตามลักษณะขององค์ประกอบก็ทำให้มีความเหมาะสมในกรณีเมื่อเกิดปัญหาข้อโต้แย้งระหว่างกันได้ด้วย เช่นเมื่อการติดตั้งของผู้รับจ้างกระทำไม่ถูกต้องและก่อให้เกิดความเสียหายก็สามารถฟ้องร้องกันตามสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นการกระทำการในการติดตั้งได้

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์(จำปี) โสติพันธุ์ได้ให้ความเห็นไว้ในการแยกประเภทนิติกรรมตามวัตถุประสงค์ว่านิติกรรมแบบผสมนี้มีได้ โดยนิติกรรมแบบผสมเป็นการนำวัตถุประสงค์ของนิติกรรมที่มีชื่อ 2 นิติกรรมหรือหลายนิติกรรมมาผสมกัน เช่น สัญญาเช่าที่จอดรถ ประกอบด้วยวัตถุประสงค์ของสัญญาเช่า คือการได้ใช้พื้นที่ในการจอดรถ และวัตถุประสงค์ของสัญญาฝากทรัพย์สิน คือหน้าที่ในการดูแลรถที่จอด หรือสัญญาเช่าต่างตอบแทนพิเศษ เป็นต้น<sup>27</sup> ซึ่งสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ผสมนี้อาจจัดเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อก็ได้

นอกจากนี้ยังมีอีกคำพิพากษาศาลฎีกาหนึ่งที่ได้ตัดสินว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นมีสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของสองสัญญาในฉบับเดียว คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8327/2544

โจทก์และองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยได้ทำสัญญาซื้อขายขายวัสดุอุปกรณ์และติดตั้งชุมสายโทรศัพท์กับวางสายสัญญาณเตือนภัย โดยมีการส่วนของสัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์กับสัญญาจ้างก่อสร้างและติดตั้งออกจากกัน ศาลได้ตัดสินว่ารายได้ค่าวัสดุอุปกรณ์เป็นสัญญาซื้อขายซึ่งได้รับการยกเว้นในการเก็บภาษีตามความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับ

<sup>27</sup> จำปี โสติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม สัญญาพร้อมคำอธิบายในส่วน  
ของพ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่  
11 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 72.

เบลเยียม เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ และพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร(ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505

ข้อเท็จจริงในเบื้องต้นรับฟังเป็นยุติว่าเจ้าพนักงานประเมินได้มีหนังสือแจ้งให้โจทก์ไปเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร มาตรา 71(1) และมาตรา 70 ทวิ ในรอบระยะเวลาบัญชี 2532 และปี 2534 ปรากฏตามหนังสือที่ 1016/2/100894 และที่ 1016/2/100892 ลงวันที่ 30 เมษายน 2539 ที่ 1016/2/100736 และที่ 1016/2/100737 ลงวันที่ 4 สิงหาคม 2538 ที่ 1016/2/100893 และที่ 1016/2/100891 ลงวันที่ 30 เมษายน 2539 เอกสารหมาย จ.2 แผ่นที่ 1 ถึง 6 โจทก์ไม่พอใจจึงได้อุทธรณ์การประเมินต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เมื่อวันที่ 6 กันยายน 2538 และวันที่ 11 มิถุนายน 2539 ปรากฏตามเอกสารหมาย จ.2 แผ่นที่ 7 ถึง 35 ต่อมาคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยเลขที่ สก. 2/1016/ผ. 2/12/42/228 และเลขที่ สก. 2/1016/ผ. 2/12/42/230 ลงวันที่ 4 มิถุนายน 2542 เลขที่ สก.2/1016/ผ. 2/16/42/336ข และเลขที่ สก.2/1016/ผ. 2/16/42/336 ก ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2542 เลขที่ สก. 2/1016/ผ. 2/12/42/229 และเลขที่ สก. 2/1016/ผ.2/12/42/231 ลงวันที่ 4 มิถุนายน 2542 ตามเอกสารหมาย จ.2 แผ่นที่ 36 ถึง 41 โดยวินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์โจทก์สำหรับภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 71(1) และวินิจฉัยยืนตามการประเมินของเจ้าพนักงานประเมินแต่ให้ลดเบี้ยปรับลงคงเรียกเก็บเพียงร้อยละ 50ของเบี้ยปรับตามกฎหมาย สำหรับภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 70 ทวิ ส่วนเงินเพิ่มภาษีเงินได้นิติบุคคลทั้งสองมาตราดังกล่าวตามการประเมินของเจ้าพนักงานไม่อาจลดหรือลดได้ตามกฎหมาย เงินได้ของโจทก์เกิดจากสัญญาที่โจทก์ ณ ประเทศเบลเยียมทำกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ซึ่งโจทก์ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้สำหรับรายรับจากการขายวัสดุอุปกรณ์ตามความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับเบลเยียมเพื่อการเก็บภาษีซ้อน ในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้และพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505 และคดียุติตามคำพิพากษาของศาลภาษีอากรกลางว่า การประเมินภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 71(1) สำหรับรอบระยะเวลาบัญชีปี 2534 ของเจ้าพนักงานประเมินตามหนังสือแจ้งที่ 1016/2/100893 ลงวันที่ 30 เมษายน 2539 และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สำหรับภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตราและรอบระยะเวลาบัญชีปีดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้ว คดีมีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของจำเลยว่า รายได้จากค่าวัสดุอุปกรณ์ในรอบระยะเวลาบัญชีปี 2532 และปี 2533 โจทก์จะต้องนำมาเป็นฐานในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 71(1) หรือไม่ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ในรอบระยะเวลาบัญชีปี 2532 โจทก์มีรายได้ทั้งสิ้นจำนวน 118,267,462.21 บาท แยกออกเป็นรายได้จากค่าสินค้าและ

วัสดุอุปกรณ์ 109,653,426.61 บาท ค่าก่อสร้างและบริการ 8,488,600.60 บาท และดอกเบี้ยรับ 125,435 บาท และในรอบระยะเวลาบัญชีปี 2533 โจทก์มีรายได้ทั้งสิ้นจำนวน 80,467,420.60 บาท แยกออกเป็นรายได้จากค่าสินค้าและวัสดุอุปกรณ์ 52,302,007.84 บาท ค่าก่อสร้างและบริการ 8,146,568.64 บาท ดอกเบี้ยรับ 307,676 บาท และเงินได้อื่นๆ 19,711,168.12 บาท เห็นว่า ตามสัญญาซื้อขายที่โจทก์ทำกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เอกสารหมายเลข จ.3 และ จ.4 โจทก์และองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเจตนาแยกเป็นสัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์และสัญญาจ้างทำของ ในวันขึ้นสองสถานจำเลยก็ยอมรับว่าโจทก์ได้ทำสัญญาขายวัสดุอุปกรณ์และติดตั้งชุมสายโทรศัพท์กับวางสายสัญญาณเตือนภัยกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ซึ่งมีการแยกส่วนของสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างก่อสร้างกับติดตั้งออกจากกัน ในส่วนสัญญาซื้อขาย ถือไม่ได้ว่าเกิดจากการประกอบธุรกิจโดยผ่านสถานประกอบการถาวรของโจทก์ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศไทย เมื่อขณะทำสัญญาโจทก์ยังไม่มีสถานประกอบการถาวรตั้งอยู่ในประเทศไทย ดังนั้น รายได้จากค่าวัสดุอุปกรณ์โจทก์จึงได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีในประเทศไทย ตามความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับเบลเยียม เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ และพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505 โจทก์จึงไม่ต้องนำรายได้ค่าวัสดุอุปกรณ์ในปี 2532 จำนวน 109,653,426.61 บาท และในปี 2533 จำนวน 52,302,007.84 บาท มาเป็นฐานในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 71(1) สำหรับรอบระยะเวลาบัญชีปี 2532 และปี 2533 ตามลำดับ ที่จำเลยอุทธรณ์ว่า องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเป็นผู้นำเข้าอุปกรณ์จากประเทศเบลเยียม แต่โจทก์นำค่าใช้จ่ายในการออกของและค่าภาษีศุลกากรมาเป็นค่าใช้จ่ายและองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยชำระค่าวัสดุอุปกรณ์ให้แก่บริษัท เบลล์ ประเทศเบลเยียมโดยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยได้หักภาษีเงินได้นิติบุคคล ณ ที่จ่าย และภาษีการค้าหัก ณ ที่จ่าย ในนามของโจทก์จึงเห็นได้ว่าโจทก์ยอมรับว่าโจทก์มีรายได้จากการขายวัสดุอุปกรณ์และค่าติดตั้ง โจทก์จึงต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามที่เจ้าพนักงานประเมินทำการประเมินนั้น เห็นว่า เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่ารายได้จากค่าวัสดุอุปกรณ์ได้รับการยกเว้นภาษีตามความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับเบลเยียมเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน ในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ อุทธรณ์ของจำเลยในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของจำเลยข้อต่อไปมีว่า การประเมินภาษีเงินได้นิติบุคคลจากการจำหน่ายเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย ตามประมวลรัษฎากรตามมาตรา 70 ทวิ สำหรับรอบระยะเวลาบัญชีปี 2532 ปี 2533 และปี 2534 ชอบหรือไม่ ในปัญหานี้เห็นควรวินิจฉัย

เสียก่อนว่าโจทก์จำหน่ายเงินกำไรออกไปจากประเทศไทยหรือไม่ โจทก์นำสืบว่า โจทก์มิได้จำหน่ายเงินกำไรหรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย ส่วนจำเลยนำสืบว่า เจ้าพนักงานประเมินของจำเลยประเมินภาษีโจทก์จากการจำหน่ายเงินกำไร เนื่องจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยชำระค่าอุปกรณ์โดยส่งเงินไปให้บริษัทโจทก์ในต่างประเทศโดยตรงแต่มีการหักภาษี ณ ที่จ่ายไว้ จึงถือว่าเป็นการจำหน่ายเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย การประเมินภาษีใช้วิธีคำนวณย้อนกลับหายอดกำไรที่ส่งออก จำเลยไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับการจำหน่ายเงินกำไรดังกล่าว เห็นว่าศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ข้างต้นแล้วว่ารายได้ค่าวัสดุอุปกรณ์โจทก์ได้รับยกเว้นภาษีตามความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับเบลเยียมเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเงินได้ และจำเลยไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับการจำหน่ายกำไรส่วนอื่นออกไปจากประเทศไทย การประเมินภาษีเงินได้นิติบุคคลจากการจำหน่ายกำไรออกไปนอกประเทศไทยตามมาตรา 70 ทวิ สำหรับรอบระยะเวลาบัญชีดังกล่าวจึงไม่ชอบอุทธรณ์ของจำเลยในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวผู้เขียนมีข้อสังเกตจากการวินิจฉัย ดังนี้

1. การศึกษาและวิเคราะห์การแยกสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของนี้ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในขอบเขตของการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ ผู้เขียนมุ่งเน้นการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสองตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

2. ในอันดับแรกผู้เขียนขอพิจารณาวิเคราะห์สัญญาตามหลักกฎหมายเพื่อพิจารณาว่าส่วนใดเป็นหลักและส่วนใดเป็นส่วนประกอบของสัญญาก่อน สัญญาที่คู่สัญญาได้มีการตกลงกันคือมีส่วนของการขายวัสดุอุปกรณ์และการติดตั้ง กรณีนี้ไม่ต่างจากตัวอย่างในการซื้อขายเครื่องปรับอากาศและมีการติดตั้งหรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3049/2540 แม้ว่าการติดตั้งชุดสายโทรศัพท์กับวางสายสัญญาณเตือนภัยจะมีความซับซ้อนและต้องใช้ฝีมือกับความชำนาญมากกว่าการติดตั้งลิฟต์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อนก็ตาม อย่างไรก็ตามการมุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์วัสดุอุปกรณ์ชุดสายโทรศัพท์และสายสัญญาณเตือนภัยเป็นสำคัญ ทำให้ส่วนหลักของสัญญาคือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและส่วนของการติดตั้งเป็นเพียงส่วนประกอบย่อยของสัญญาซื้อขายที่ต้องมีเพื่อการใช้ทรัพย์สินที่ได้ซื้อขายกัน สัญญาดังกล่าวระหว่างคู่สัญญาจึงเป็นสัญญาซื้อขาย

3. คำพิพากษาศาลฎีกานี้แม้ว่ามีประเด็นเรื่องความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับเบลเยียมเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเงินได้มาเกี่ยวข้องในการ

พิจารณา แต่อย่างไรก็ตามประเด็นวิเคราะห์ที่เกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการวิเคราะห์ว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำขึ้นเป็นสัญญาใดและการฟ้องคดีการโทรศัพท์ได้มีการหักภาษี ณ ที่จ่ายตามสัญญาจ้างทำของนั้นควรหักจากยอดจำนวนเงินทั้งหมดหรือเฉพาะที่เป็นส่วนของการติดตั้ง ซึ่งก็คือการพิจารณาว่าการซื้อขายวัสดุอุปกรณ์เป็นส่วนหลักของสัญญาหรือการติดตั้งเป็นส่วนหลักของสัญญานั้นเอง โดยเมื่อส่วนของการซื้อขายวัสดุอุปกรณ์เป็นส่วนหลัก แต่ส่วนของการงานในการติดตั้งสัญญาทั้งสัญญาจึงสามารถทำเป็นสัญญาซื้อขายได้ แต่เมื่อคู่สัญญาต้องการแยกระหว่างส่วนของวัสดุอุปกรณ์กับส่วนของการงานในการติดตั้งกระทำได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

4. ถ้าคู่สัญญาต้องการทำสัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์ซุ่มสายโทรศัพท์และการก่อสร้างติดตั้งดังกล่าวให้เป็นสัญญาจ้างทำของแต่ประการเดียวได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อกฎหมายได้มีการบัญญัติเอกเทศสัญญาไว้นิยามของเอกเทศสัญญาที่ได้มีการบัญญัติไว้ในแต่ละเอกเทศสัญญาจึงเป็นลักษณะทางกฎหมายของสัญญา ซึ่งเมื่อพิจารณาระหว่างสัญญาซื้อขายซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่มุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์กัน นั่นหลักของสัญญาคือการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ส่วนสัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่มุ่งในผลสำเร็จของการงาน นั่นหลักของสัญญาจ้างทำของจึงเป็นการกระทำการงานจนสำเร็จเพื่อการได้รับสินจ้าง เอกเทศสัญญาทั้งสองชนิดจึงมีลักษณะทางกฎหมายที่แตกต่างกันมาก อย่างไรก็ตามสัญญาที่ได้มีการทำขึ้นอาจมีองค์ประกอบทั้งสองอย่างในสัญญาก็ได้ การพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสองว่าเป็นสัญญาใด การตีความสัญญาที่มีการทำขึ้นโดยคำนึงลักษณะทางกฎหมายของสัญญาจึงเป็นเสมือนการที่พิจารณาว่าสัญญาที่มีองค์ประกอบผสมกันระหว่างองค์ประกอบการซื้อขายกับองค์ประกอบของการจ้างทำของ แท้จริงแล้วสัญญานั้นองค์ประกอบใดที่เป็นองค์ประกอบหลักนั่นเอง ดังนั้นกรณีที่สัญญามีความชัดเจนเมื่อใช้หลักการเปรียบเทียบความสำคัญทรัพย์สินหรือสัมภาระกับการงานแล้วจึงสามารถตีความสัญญาที่ได้มีการทำขึ้นได้เลยว่าเป็นสัญญาใด และหลักเจตนาของคู่สัญญาซึ่งเป็นการพิจารณาเจตนาที่ได้มีการแสดงออกมาของคู่สัญญาว่ามุ่งผูกพันเป็นสัญญาใดจึงไม่นำมาใช้ เช่น แม้ว่าจะได้มีการเรียกชื่อสัญญาว่าเป็นสัญญาจ้างทำของก็ไม่ทำให้มีผลเป็นสัญญาจ้างทำของแต่อย่างไร การต้องบังคับตามลักษณะทางกฎหมายของสัญญาและเจตนาที่แท้จริง อย่างไรก็ตามยังไม่มีคำพิพากษาในกรณีดังกล่าวคงต้องพิจารณากันต่อไป

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 8327/2544 ท่านอาจารย์ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรมได้ให้ความเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวศาลฎีกานำหลักความศักดิ์แห่งเจตนา (Principle of Autonomy of the

Will) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับกฎหมายภาษีอากรซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน จึงมีปัญหาว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าสัญญาระหว่างโจทก์กับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ปัจจุบันคือบริษัท ทศท.คอร์ปอเรชั่น จำกัด(มหาชน)) มี 2 สัญญาตามเจตนาของคู่สัญญา คือ สัญญาซื้อขายเครื่องมือและวัสดุอุปกรณ์ทางโทรศัพท์สัญญาหนึ่งและสัญญารับเหมาก่อสร้างและติดตั้งเครือข่ายชุมสายโทรศัพท์ซึ่งเป็นสัญญาจ้างทำของอีกสัญญาหนึ่ง เป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องหรือไม่?

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาอันเป็นหลักกฎหมายเอกชนที่ให้เสรีภาพอิสระแก่คู่สัญญาในการที่จะทำสัญญาอย่างไรก็ได้ ถ้าสัญญานั้นไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่นำหลักความศักดิ์แห่งเจตนามาใช้คือบทบัญญัติตามมาตรา 150 ที่ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” มาตรา 152 ที่ว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” และมาตรา 367 ที่ว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงจารีตประเพณีด้วย”

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาดังกล่าว เดิมรัฐหรือสังคมเข้ามาควบคุมน้อยมากแต่ในปัจจุบันรัฐหรือสังคมเข้ามาควบคุมมากขึ้นเพื่อมิให้คู่สัญญาทำสัญญาที่มีผลกระทบต่อรัฐหรือสังคม เช่น การห้ามมิให้ทำสัญญาอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์ โดยมีเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 15(5) หรือการห้ามมิให้ทำสัญญาที่มีข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนั้น ในปัจจุบันหลักความศักดิ์แห่งเจตนาจึงเริ่มเสื่อมลงหันไปสู่แนวโน้มทางรัฐหรือสังคมมากขึ้น<sup>28</sup>

สัญญาระหว่างบริษัทดังกล่าวกับองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยความจริงเป็นสัญญาจ้างทำของที่เหมาทั้งค่าแรงและค่าของมูลค่า 41 ล้านบาทเศษ แต่ในการทำสัญญาได้แยก

<sup>28</sup> ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สถาบัน T. Training Center, 2548), น. 23. อ้างถึงใน ไชยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21, น.82.

เป็นสัญญาซื้อขายมูลค่า 32 ล้านบาทเศษ และสัญญาจ้างทำของที่เหมาะสมค่าแรงมูลค่า 8 ล้านบาทเศษ ทั้งนี้เพื่อให้เงินได้จำนวน 32 ล้านบาทเศษตามสัญญาซื้อขายได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศเบลเยียม เนื่องจากโจทก์ไม่มีสถานประกอบการถาวร (Permanent Establishment) ในขณะที่ทำสัญญาในประเทศไทย จึงให้เสียภาษีเฉพาะเงินได้จากค่าแรงจำนวน 8 ล้านบาทเศษตามสัญญาจ้างทำของที่เหมาะสมค่าแรงเท่านั้น เป็นเหตุให้เสียภาษีน้อยลงมาก จากเดิมที่ต้องเสียโดยการนำเงินได้ทั้งหมด 41 ล้านบาทเศษมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษี ก็นำเงินได้เพียง 8 ล้านบาทเศษมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเท่านั้น เป็นกรณีนำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาใช้เพื่อเสียภาษีน้อยลง

หากศาลยอมรับก็เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาทำสัญญาอย่างไรก็ได้ที่จะทำให้รัฐเก็บภาษีได้น้อยลง หรืออาจจะเก็บภาษีไม่ได้ก็ได้ เท่ากับจะเสียภาษีหรือไม่เสียภาษีหรือเสียภาษีมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับอำเภอใจของคู่สัญญา มิได้ขึ้นอยู่กับกฎหมาย การใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกรณีนี้จึงมีผลกระทบต่อรัฐและสังคม กรณีนี้มิใช่กรณีกฎหมายภาษีอากรมีช่องโหว่หรือช่องว่างแล้วผู้เสียภาษีใช้ช่องโหว่หรือช่องว่างนั้นเพื่อทำให้ไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลง (Tax Avoidance) แต่เป็นกรณีที่ผู้เสียภาษีนำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชนมาใช้เพื่อทำให้ไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลง เมื่อมีผลกระทบต่อรัฐหรือสังคม ศาลก็ไม่ควรยอมรับความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาของคู่สัญญาในคดีดังกล่าว ศาลควรจะถือว่ากรณีนี้มีเพียงสัญญาเดียวคือ สัญญารับเหมาทั้งค่าแรงและค่าของ เมื่อการก่อสร้างและติดตั้งตามสัญญาซึ่งเหมาทั้งค่าแรงและค่าของมีระยะเวลาเกินกว่า 6 เดือน จึงถือว่าโจทก์มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย โจทก์จึงไม่ได้รับยกเว้นภาษีสำหรับเงินได้จากเงินค่าของตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศเบลเยียม โจทก์จึงต้องนำเงินได้ทั้ง 41 ล้านบาทเศษมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีตามประมวลรัษฎากร มาตรา 76 ทวิ และเสียภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรไปต่างประเทศตามประมวลรัษฎากร มาตรา 70 ทวิ อีกต่างหากด้วย

อีกประการหนึ่งเมื่อเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาคือเหมาทั้งค่าแรงและค่าของเป็นสัญญาจ้างทำของเพียงประการเดียว การแยกเป็น 2 สัญญาคือสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของจึงไม่ใช่เจตนาที่แท้จริง แต่เป็นเจตนาลวงเพื่อให้เสียภาษีน้อยลง การแยกเป็น 2 สัญญาจึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 ที่บัญญัติว่า "การแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้ออุกฤษฏ์ภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาลวงนั้นมิได้"

ถ้าการแสดงเจตนาลงตามวรรคหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอื่น ให้นำบทบัญญัติกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกละอำพรางมาใช้บังคับ” กรณีนี้ต้องบังคับตามเจตนาที่แท้จริงคือการตกลงเหมาทั้งค่าแรงและค่าของ ค่าของจึงไม่ได้รับยกเว้นภาษีเช่นเดียวกับค่าแรง ฉะนั้นผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว<sup>29</sup>

จากความเห็นของท่านอาจารย์ดังกล่าว จึงเห็นว่าต้องพิจารณาหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ก่อน แม้ว่าหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาจะเป็นหลักที่ให้เอกชนสามารถตกลงกันอย่างไรก็ได้ นั่น หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ก็มีขอบเขตและข้อจำกัดเช่นเดียวกันโดยรอบก็คือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีแนววินิจฉัยของศาลฎีกา ถือว่ากฎหมายดังต่อไปนี้ เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนคือ

1. กฎหมายซึ่งบัญญัติว่าการกระทำความผิดใดเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 804/2506 ณ., 2409/2527)
2. กฎหมายคุ้มครองลูกจ้าง คนงาน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 283/2516 ณ., 898/2520, 504/2525, 2018/2525, 1401/2527, 2471/2527, 1663-1664/2529)
3. กฎหมายคุ้มครองผู้หย่อนความสามารถ ((คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1319/2512)
4. กฎหมายคุ้มครองลูกหนี้ ((คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1527/2517, 4133/2529, 419/2532)
5. กฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์และความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ((คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1884/2497, 2076/2497)
6. กฎหมายล้มละลาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2498)
7. กฎหมายเกี่ยวกับอายุความ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511)
8. กฎหมายควบคุมค่าเช่าในภาวะคับขัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 179/2488)

ภาษีอากรประมวลรัษฎากรได้มีบทความรับผิดในทางอาญาเนื่องจากการจงใจไม่ยื่นรายการและเสียภาษี หรือจงใจยื่นรายการและเสียไม่ถูกต้องด้วย ดังนั้น การหลีกเลี่ยงภาษีจึงเป็นกรอบของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง โดยถ้าคู่สัญญาตกลงกันที่มีลักษณะจงใจที่จะหลีกเลี่ยงการเสียภาษีเสีย ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลเป็นโมฆะและบังคับตามเจตนาที่แท้จริง นอกจากนั้นยังต้องรับโทษตามความผิดที่ประมวลรัษฎากรกำหนดด้วย

แต่ด้วยความเคารพต่อท่านอาจารย์จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เป็นเรื่องการโอนกรรมของวัสดุอุปกรณ์ผสมสายโทรศัพท์และมีการทำสัญญาก่อสร้างและติดตั้งมีลักษณะ

<sup>29</sup> ชัยสิทธิ์ ตราฐธรรม, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28, น. 23-25.

เช่นเดียวกับการซื้อขายเครื่องปรับอากาศตามที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยเหตุผลประการแรกคือการต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินวัสดุอุปกรณ์ชุมสายโทรศัพท์ และวัตถุประสงค์ของคู่สัญญา ก็เป็นการมุ่งที่จะได้กรรมสิทธิ์ในวัสดุอุปกรณ์ชุมสายโทรศัพท์เพื่อได้ใช้สอยและการติดตั้ง ก็เป็นการที่ทำให้สามารถใช้สอยทรัพย์สินได้ตามปกติ ส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวเป็นส่วนหลักของสัญญาตามหลักสาระสำคัญของสัญญา เหตุผลประการที่สองเจตนาของคู่สัญญามีเจตนาในการที่จะทำสัญญาซื้อขาย ดังจะเห็นได้จากข้อเท็จจริงในคดีที่คู่สัญญา มีการกำหนดราคาซื้อขายกันแบบซี.ไอ.เอฟ กรุงเทพฯ มีการกำหนดเรื่องการชำระเงิน เหตุผลประการสุดท้ายในสัญญาจ้างทำของเป็นได้ทั้งกรณีผู้ว่าจ้างต้องการแรงงานอย่างเดียว หรือเป็นกรณีที่การทำงานก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมาหรือเป็นการต่อเติม ดัดแปลง ซ่อมแซมสิ่งที่มีอยู่แล้วให้แก่ผู้ว่าจ้าง ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่ทรัพย์สินมีอยู่แล้วผู้ขายวัสดุอุปกรณ์ชุมสายโทรศัพท์ก็ประกอบธุรกิจเป็นกิจธุระ การงานดังกล่าวจึงเป็นการงานที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการติดตั้งวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ ตลอดจนการบำรุงรักษา การพิจารณาว่าสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาใดจึงต้องพิจารณาว่าส่วนใดเป็นส่วนหลักระหว่างส่วนของทรัพย์สินและส่วนของการทำงาน เมื่อส่วนของการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นส่วนหลัก สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขาย ดังนั้นวัสดุอุปกรณ์ชุมสายโทรศัพท์จึงไม่ใช่ผลสำเร็จของการทำงานอันจะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ การโอนกรรมสิทธิ์ในวัสดุอุปกรณ์ชุมสายโทรศัพท์จึงเป็นการซื้อขาย ซึ่งจะแตกต่างจากการรับจ้างซ่อมรถยนต์ที่วัตถุประสงค์ของคู่สัญญามุ่งเน้นที่ผลสำเร็จของงาน ผู้ประกอบธุรกิจก็มีเจตนาที่จะทำเป็นสัญญาจ้างทำของ การรับจ้างซ่อมแม้จะมีการซื้ออะไหล่เพื่อมาเปลี่ยนให้รถยนต์สามารถใช้งานได้และราคาของอะไหล่อาจมีราคาสูงกว่าค่าแรงในการซ่อมแซมก็ตาม สัญญาที่ได้ทำขึ้นก็เป็นสัญญาจ้างทำของ เพราะการเปรียบเทียบมูลค่าหรือราคาต้องพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาและเจตนาด้วย และนอกจากนั้นการงานที่ทำนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดทรัพย์สินใหม่ขึ้นมาอันจะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ ดังนั้นจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาราคาหรือมูลค่าของราคาวัสดุอุปกรณ์ชุมสายโทรศัพท์กับการงานในการติดตั้งและก่อสร้างแล้ว จะเห็นได้ว่าราคาวัสดุอุปกรณ์ชุมสายโทรศัพท์มีราคาสูงกว่าการงานในการติดตั้งและก่อสร้างมาก อย่างไรก็ตามการพิจารณาเปรียบเทียบมูลค่าง่ายระหว่างส่วนของทรัพย์สินที่จะมีการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์กับส่วนของการทำงานเมื่อกรณีที่หลักสาระสำคัญหรือหลักเจตนาของคู่สัญญาไม่สามารถนำมาใช้พิจารณาแยกความแตกต่างได้อย่างชัดเจนเท่านั้น โดยเมื่อหลักทั้งสองไม่สามารถพิจารณาให้เห็นได้ว่าส่วนใดเป็นส่วนหลัก การเปรียบเทียบมูลค่าของแต่ละส่วนก็เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้ว่า ส่วนที่มีมูลค่ามากกว่าเป็นส่วนหลักนั่นเอง

เมื่อสัญญาตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาเป็นส่วนที่เป็นหลักเป็นการซื้อขายดังนั้น สัญญาทั้งฉบับจึงสามารถเป็นสัญญาซื้อขายได้ แต่เนื่องจากคู่สัญญามีเจตนาให้การติดตั้งและก่อสร้างเป็นสัญญาจ้างทำของก็สามารถที่จะกระทำได้ตามหลักเสรีภาพการแสดงเจตนาและไม่เป็นการหลีกเลียงภาษีด้วยเพราะการติดตั้งและก่อสร้างนั้นเป็นส่วนประกอบของสัญญาซื้อขาย แม้จะมีการแยกวาระระหว่างวัสดุอุปกรณ์ทาสายโทรศัพท์กับการติดตั้งก็ไม่ทำให้เป็นสัญญาสองสัญญาขึ้นมา แต่เจตนาที่ต้องการแยกสัญญาของคู่สัญญาต่างหากที่ทำให้สามารถแยกเป็นสัญญาสองสัญญาขึ้นมาได้ ดังนั้นการแยกเป็นสองสัญญาโดยส่วนของการติดตั้ง เมื่อได้ทำเป็นสัญญาจ้างทำของก็สามารถเป็นรายรับบริการตามหลักภาษีได้และก็เสียภาษีโดยมีการหักภาษี ณ ที่จ่าย จึงเป็นการที่คู่สัญญามีภาระทางภาษีที่มากขึ้น คู่สัญญาจึงมีเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างทำของดังกล่าวได้ และหลักเสรีภาพดังกล่าวจึงไม่เกินขอบเขตที่ได้กล่าวมา การใช้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาจึงเป็นคนละส่วนของสัญญากัน ส่วนที่การวัสดุอุปกรณ์ทาสายโทรศัพท์จึงเป็นสัญญาซื้อขายตามหลักของกฎหมาย กรณีดังกล่าวไม่ใช่ว่าคู่สัญญาเจตนาเหมาทั้งค่าแรงและค่าของเป็นสัญญาจ้างทำของเพียงประการเดียว แล้วมีเจตนาในการหลีกเลียงวัสดุอุปกรณ์ทาสายโทรศัพท์โดยทำเป็นสัญญาซื้อขายตามความเห็นของท่านอาจารย์ตามที่ได้อ้าง ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลฎีกา

เมื่อพิจารณาตัวอย่างที่ได้ยกไว้แล้วจะเห็นว่า การเปลี่ยนผ้าเบรค, ยาง, น้ำมันเครื่องรถยนต์, แบตเตอรี่หรือที่ปัดน้ำฝน ตัวอย่างนี้แม้ว่าสินค้าหรือทรัพย์สินจะมีความแตกต่างกัน คือเป็นผ้าเบรค ยาง น้ำมันเครื่องรถยนต์ แบตเตอรี่ ที่ปัดน้ำฝนหรืออาจจะเป็นอย่างอื่นก็ตาม แต่ลักษณะของสัญญาก็ไม่มีความแตกต่างของสัญญาที่เกิดขึ้น การเปลี่ยนผ้าเบรค, ยาง, น้ำมันเครื่องรถยนต์, แบตเตอรี่หรือที่ปัดน้ำฝน แม้ว่าในทางปฏิบัติสัญญาจะไม่ได้มีการตกลงอย่างใด ๆ กันเลยไม่ว่าจะเป็นชื่อของสัญญา รายละเอียดของสัญญาหรือข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญา แต่การพิจารณาก็สามารถพิจารณาจากเจตนาในการประกอบธุรกิจได้ว่าผู้ที่ต้องการประกอบกิจการต้องการทำสัญญาประเภทใด จากตัวอย่างนี้เมื่อพิจารณาจากเจตนาในการประกอบธุรกิจของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเห็นได้ว่า ลักษณะของตัวอย่างสัญญาในสัญญาประเภทนี้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา เช่น ถ้าผู้ประกอบการต้องการประกอบธุรกิจเป็นช่างซ่อมรถเมื่อมีการเปลี่ยนผ้าเบรค ยาง น้ำมันเครื่องรถยนต์ แบตเตอรี่ที่ปัดน้ำฝนสัญญาที่เกิดขึ้นจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ โดยแม้ว่าในส่วนใหญ่ของการเปลี่ยนจะเห็นได้ว่าเมื่อเปรียบเทียบมูลค่างานระหว่างสินค้าที่เปลี่ยนกับการงานในการติดตั้งนั้น มูลค่าของสัมภาระจะมีมูลค่ามากกว่าก็ตาม แต่ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการเปรียบเทียบมูลค่างานกับการงานกับสัมภาระเป็นการพิจารณาต่อเมื่อหลัก

ต่างๆตามที่ได้กล่าวมาแล้วไม่สามารถใช้ในการวิเคราะห์แยกความแตกต่างระหว่างสัญญาได้ และในขณะเดียวกันถ้าผู้ประกอบการมีเจตนาในการขายสินค้าซึ่งการติดตั้งเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้ทรัพย์สินที่ได้ขาย ผู้ซื้อสามารถใช้ประโยชน์ได้ตามลักษณะของทรัพย์สินนั้นๆ สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาจึงเป็นสัญญา โดยการแสดงเจตนาในการประกอบธุรกิจของคู่สัญญาอาจพิจารณาได้จากการจดทะเบียนธุรกิจหรือนิติบุคคลนั่นเอง

ส่วนในตัวอย่างการช่อมรยนต์ที่ต้องมีการเปลี่ยนอะไหล่ในการซ่อมด้วย ตัวอย่างนี้จะอธิบายนอกขอบเขตจากตัวอย่างที่แล้วที่มีการเปลี่ยนอุปกรณ์บางอย่างที่เกี่ยวกับรถยนต์ และไม่รวมการซ่อมแซมรถยนต์โดยไม่มีการเปลี่ยนอะไหล่ซึ่งลักษณะดังกล่าวไม่มีทรัพย์สินที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เป็นสัญญาที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามหัวข้อก่อนหน้านี้ โดยในตัวอย่างนี้มุ่งเน้นการช่อมรยนต์โดยแท้ และมีการเปลี่ยนอะไหล่ที่เกี่ยวกับการซ่อมด้วย การช่อมรยนต์ดังกล่าวจะมีลักษณะแตกต่างจากตัวอย่างที่แล้ว โดยตัวอย่างที่แล้วการติดตั้งมีลักษณะของการใช้ความชำนาญน้อยกว่า การช่อมรยนต์ตามตัวอย่างนี้เป็นสิ่งที่มุ่งเน้นถึงฝีมือและความชำนาญในการซ่อมแซมรถยนต์ ลักษณะของตัวอย่างจึงเป็นการที่มุ่งเน้นถึงผลสำเร็จของงานในการซ่อมเป็นส่วนหลัก ส่วนของสัมภาระหรือการที่ต้องเปลี่ยนอะไหล่ด้วยจึงเป็นส่วนประกอบที่ทำให้เกิดผลสำเร็จของงาน และแม้ว่าในบางกรณีของการช่อมรยนต์อาจมีกรณีที่จะให้มูลค่าสูงกว่างานในการซ่อมแซม สัญญาดังกล่าวก็ยังเป็นสัญญาที่มุ่งในผลสำเร็จของงานจึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการเปรียบเทียบมูลค่าเป็นการพิจารณาเมื่อใช้หลักตามที่กล่าวมาแล้วไม่ได้

และในตัวอย่างการปูพรมที่ต้องมีแผ่นรองปูพรม ตัวอย่างนี้เป็นการที่แผ่นรองปูพรมและพรมเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วโดยไม่มีความประสงค์ของงานเข้ามาเกี่ยวข้องกับการเกิดขึ้นของทรัพย์สินดังกล่าว แต่ส่วนของงานในตัวอย่างสัญญานี้คืองานในการปูพรมให้สำเร็จซึ่งทำให้ตัวอย่างนี้แตกต่างจากการซื้อพรมมาปูที่บ้าน ตัวอย่างนี้เป็นการปูพรมเข้ารูปพื้นที่ในสถานที่ที่คู่สัญญามีการจ้างให้ปูพรมกัน จากลักษณะของตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคู่สัญญามุ่งเน้นที่ผลสำเร็จของงาน ตามหลักสาระสำคัญของสัญญา การปูพรมที่ต้องมีแผ่นรองปูพรมจึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ตัวอย่างการปูพรมที่ต้องมีแผ่นรองปูพรมนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยไว้ คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6357/2534

ในสัญญาประเภทนี้เมื่อพิจารณาถึงปัญหาการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัยตามที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่ากรณีการงานเป็นซ่อมแซมหรือแก้ไขของบนสิ่งหาทรัพย์สินของผู้ว่าจ้างซึ่งต้องมีการเปลี่ยนอะไหล่ซึ่งจัดหาโดยผู้รับจ้างในการซ่อมแซมด้วย และถ้าอะไหล่หรือ

ส่วนที่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงบนสังหาริมทรัพย์ของผู้ว่าจ้างโดยที่ทั้งสองส่วนไม่สามารถแยกออกจากกันได้ระหว่างส่วนที่เป็นสังหาริมทรัพย์ของผู้ว่าจ้างกับส่วนอะไหล่เว้นแต่ทำลายหรือเปลี่ยนแปลงลักษณะของสังหาริมทรัพย์ไปไม่ทางก็ทางหนึ่ง อะไหล่หรือส่วนที่ได้มีการประกอบหรือใส่ลงไป กรรมสิทธิ์จะโอนโดยหลักกฎหมายในเรื่องส่วนควบ และเมื่อเป็นส่วนควบแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นก็มีผลเปลี่ยนแปลงไปได้ทันที<sup>30</sup> อย่างไรก็ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของกฎหมายส่วนควบนี้เป็นข้อยกเว้นซึ่งไม่นำเอาหลัก *res perit domino* มาใช้ การโอนความเสี่ยงภัยจึงเป็นไปตามมาตรา 603 คือความเสี่ยงภัยโอนเมื่อมีการส่งมอบ ดังเช่นตัวอย่างการจ้างช่างในการพ่นสีรถยนต์ ช่างมีหน้าที่ในการจัดหาสีเพื่อมาพ่นรถยนต์ซึ่งเป็นของผู้ว่าจ้าง เมื่อผู้รับจ้างทำการพ่นสีเสร็จกรรมสิทธิ์ในสัมภาระคือสีได้โอนไปสู่ผู้ว่าจ้างตามหลักส่วนควบแล้ว อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงภาระความเสี่ยงภัยในสัมภาระที่จัดหาโดยผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของแล้วจะพบว่า แม้กรรมสิทธิ์ในสีได้มีการโอนไปแล้วแต่ความเสี่ยงภัยในสียังเป็นผู้รับจ้างอยู่ซึ่งเป็นการยกเว้นหลัก *res perit domino* เมื่อเกิดภัยพิบัติขึ้นก่อนส่งมอบโดยไฟไหม้โกดังเก็บรถของผู้รับจ้าง ดังนั้นรถยนต์ซึ่งแม้จะอยู่ในความครอบครองของผู้รับจ้างแต่ผู้ว่าจ้างยังเป็นเจ้าของภัยพิบัติที่เกิดขึ้นกับตัวรถยนต์จึงตกแก่เจ้าของตามหลัก *res perit domino* ส่วนสีซึ่งถูกจัดหาโดยผู้รับจ้างและได้พ่นรถยนต์ไปแล้ว ภัยพิบัติในสัมภาระสีจึงตกแก่ผู้รับจ้างตามกฎหมายมาตรา 603 นั่นเอง

#### 4.5 สัญญาที่สัมภาระเป็นของผู้รับจ้างและระหว่างการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกจากกันไม่ได้

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่ยากที่สุดในการพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของ เพราะในประเด็นปัญหาความคาบเกี่ยวของสัญญาระหว่างสัญญาทั้งสองจะมีเมื่อสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นมีลักษณะต่างๆ 4 ประการ คือ

ก. สัญญานั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบทรัพย์และโอนกรรมสิทธิ์ ลักษณะประการนี้เป็นสิ่งที่มีและเป็นนี้หลักของสัญญาซื้อขาย โดยอาจกล่าวได้ว่าถ้าสัญญาใดไม่ได้มุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สัญญานั้นไม่ใช่สัญญาซื้อขาย ส่วนสัญญาจ้างทำของอาจเป็นการกระทำการโดยไม่เกิดสิ่งใดเลยหรือเกิดสิ่งใดก็ได้ ในกรณีที่สัญญาจ้างทำของเกิดผลสำเร็จของการทำงานเป็นทรัพย์สินจึงเข้าลักษณะประการนี้

<sup>30</sup> ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์, แก้ไขเพิ่มเติมโดยพัชร์ เนียมกฤษกร, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2545), น. 80.

ข. ทรัพย์สินยังไม่มีอยู่ในขณะทำสัญญา สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่คู่สัญญามุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างกัน ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาจะมีอยู่ในขณะทำสัญญา หรือไม่มีอยู่ซึ่งต้องหามาหรือทำขึ้นในอนาคตก็ได้ กรณีการซื้อขายทรัพย์สินที่ไม่มีอยู่ในขณะทำสัญญาเรียกว่า สัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตซึ่งเป็นประเภทของสัญญาซื้อขายที่มีปัญหาความคาบเกี่ยวระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของนั่นเอง ส่วนในสัญญาจ้างทำของการทำงานตามสัญญาจ้างทำของในกรณีการงานเป็นการเข้ามาเกี่ยวข้องในสัญญาโดยเป็นการงานที่ทำทรัพย์สินใหม่ สัญญาจ้างทำของประเภทนี้จึงมีลักษณะที่ทรัพย์สินยังไม่มีอยู่ในขณะทำสัญญา

ค. ผู้รับจ้างมีหน้าที่ทำทรัพย์สิน ในสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตนี้ทรัพย์สินในอนาคตอาจเป็นทรัพย์สินที่ผู้ขายทำหรือปลูกขึ้น หรืออาจหามาจากที่อื่นก็ได้ กรณีที่ผู้ขายจะต้องทำทรัพย์สินตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาซื้อขายขึ้นเพื่อมาโอนกันตามสัญญาซื้อขาย สัญญาซื้อขายดังกล่าวจึงมีลักษณะในประการนี้ ในสัญญาจ้างทำของการทำงานของผู้รับจ้างก็คือการทำทรัพย์สินนั่นเองในกรณีที่ผลสำเร็จของการทำงานก่อให้เกิดเป็นทรัพย์สินมา

ง. ผู้รับจ้างเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดหาสัมภาระทั้งหมดหรือส่วนหลัก สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาซึ่งมุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์เป็นสำคัญ ดังนั้นหน้าที่ในการจัดหาสัมภาระเพื่อจัดทำทรัพย์สินมาเพื่อส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาจึงเป็นหน้าที่ของผู้ขายอยู่แล้ว อย่างไรก็ตามผู้ซื้ออาจขอในการจัดหาสัมภาระเพื่อเป็นการลดราคาของทรัพย์สินที่ต้องทำขึ้นได้ แต่การจัดหาสัมภาระอาจมีผลกระทบต่อหลักของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายในเรื่องทรัพย์สินได้ในกรณีถ้าผู้ซื้อนำสัมภาระทั้งหมดหรือส่วนหลักมาให้แก่ผู้ขาย สัญญาดังกล่าวก็อาจจะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายได้ ส่วนในสัญญาจ้างทำของสามารถตกลงได้ว่าให้ผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจ้างเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดหาสัมภาระ และในกรณีที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมดหรือส่วนหลัก สัญญาจ้างทำของดังกล่าวจึงอยู่ในลักษณะของสัญญาประการนี้

เมื่อสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นมีลักษณะของสัญญาดังกล่าว การพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของจึงอยู่ในสัญญาประเภทนี้ ซึ่งการพิจารณาแยกความแตกต่างของสัญญาประเภทนี้จะเห็นได้ว่า สัญญาประเภทที่สัมภาระเป็นของผู้รับจ้างเป็นสัญญาที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระและใช้การงานในการประกอบเป็นทรัพย์สินขึ้น จึงเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำการและการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน แต่เนื่องจากระหว่างการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้ ซึ่งหมายความว่าการทำงานเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของการทำให้เกิดทรัพย์สินอันเป็นสิ่งสุดท้ายที่จะนำมาส่งมอบระหว่างกันขึ้นมา ทำให้การพิจารณาแยกความแตกต่างของสัญญาประเภทนี้มีความยากมากกว่าสัญญาประเภทที่การทำงาน

กับสัมภาระเป็นสิ่งที่สามารถแยกออกจากกันได้ เพราะเมื่อระหว่างการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้ โดยทั้งการทำงานและสัมภาระล้วนแต่ประกอบกันขึ้นเป็นทรัพย์สินอย่างใหม่ขึ้น เช่นลูกค้าสั่งข้าวผัด 1 จานใส่ไข่ 2 ฟอง ใส่น้ำตาล 3 ช้อนและใส่ถ้วยฟักยาวหั่นด้วย แต่ไม่ใช่ต้นหอม การจะพิจารณาว่าส่วนของสัญญาใดเป็นส่วนหลักหรือส่วนประธานโดยใช้หลักต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นมาใช้ในการพิจารณาจึงทำได้ยากกว่าสัญญาประเภทก่อน และในบางสัญญาอาจพบว่าหลักต่างๆ นั้นอาจไม่สามารถใช้ในการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของของสัญญาประเภทนี้ได้เลย เพราะการทำงานและสัมภาระได้รวมกันเป็นเนื้อเดียวในผลผลิตสุดท้าย เมื่อถามว่าคู่สัญญาต้องการสิ่งใดมากกว่ากันระหว่างสัมภาระกับงานอันเป็นผลผลิตสุดท้ายที่เกิดขึ้น คำตอบคือคู่สัญญาต้องการทั้งสองอย่าง

สัญญาประเภทที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระและระหว่างการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้การพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของโดยใช้หลักต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมากระทำได้ยากหรือไม่สามารถกระทำได้เลย แล้วในสัญญาประเภทที่ระหว่างการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ควรจะใช้หลักใดในการพิจารณา ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยชนิดของสัญญานี้ โดยส่วนใหญ่จะเป็นในขั้นตอนของศาลที่ต้องพิจารณาก่อนว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำขึ้นมาเป็นสัญญาประเภท จึงจะสามารถพิจารณาได้ว่าคู่สัญญามีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างกันอย่างไร โดยเมื่อมีปัญหาข้อโต้แย้งระหว่างคู่สัญญาแล้ว ปัญหาข้อโต้แย้งดังกล่าวมาถึงศาล ศาลก็ต้องพยายามหาหลักเกณฑ์มาวินิจฉัยให้ได้ว่าสัญญาที่ได้ทำขึ้นเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ แต่ในสัญญาที่สัมภาระเป็นของผู้รับจ้างและการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้นั้น การใช้หลักสาระสำคัญ หลักเจตนา หรือหลักการตรวจตราตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นอาจจะกระทำไม่ได้ในบางกรณี แนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้มีแนวความคิดว่า หลักสัมภาระน่าจะใช้พิจารณาได้ว่าสัญญาที่มีการทำขึ้นเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ โดยหลักสัมภาระมีเนื้อหาดังนี้

#### หลักสัมภาระ

สัมภาระเป็นสิ่งที่นำมาเพื่อทำการงานแล้วเกิดเป็นทรัพย์สินใหม่ขึ้น โดยเมื่อพิจารณาจะเห็นว่าสัมภาระไม่ใช่วัตถุแห่งสัญญา แต่สัมภาระเป็นสิ่งที่เอามาทำการงานเพื่อก่อให้เกิดเป็นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา เช่นเอาผ้า กระดุมและด้ายมาเพื่อตัดเป็นเสื้อ

ในการแยกระหว่างคำว่า “สัมภาระ” กับ “ทรัพย์สิน” อาจารย์ไพโรจน์ วายุภาพ ท่านเห็นว่าแนวในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นทรัพย์สินหรือสิ่งใดเป็นสัมภาระสามารถพิจารณาโดยพิจารณาว่า

สิ่งที่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาหรือไม่ โดยถ้าสิ่งนั้นเป็นหรือไม่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจึงเป็นสัมภาระนั่นเอง

หลักสัมภาระมีลักษณะเช่นเดียวกันกับหลักสาระสำคัญ แต่แตกต่างที่ว่าหลักสาระสำคัญระหว่างทรัพย์และการงานสามารถแยกออกจากกันได้ ทรัพย์เป็นสิ่งที่มืออยู่แล้วหรือหามาจากที่อื่นและทรัพย์ดังกล่าวเป็นวัตถุแห่งสัญญาแต่มีการงานเข้ามาเกี่ยวข้องจึงสามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วน แต่สัมภาระนี้เป็นการนำเอาสัมภาระมาและใช้การงานในการประกอบขึ้นเป็นทรัพย์ใหม่ เมื่อพิจารณาทรัพย์ที่ได้มีการทำขึ้นใหม่แล้วจะไม่สามารถแยกส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์และส่วนของการงานได้โดยเพราะการกระทำการเป็นการทำงานที่ทำทรัพย์ใหม่นั้นเอง การแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของโดยใช้หลักสัมภาระนั้นเป็นหลักที่นำเอาสัมภาระและการงานมาเปรียบกันว่าสิ่งใดมีความสำคัญมากกว่า เมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญของเอกเทศสัญญาซื้อขายและจ้างทำของแล้ว จะเห็นได้ว่าในสัญญาซื้อขายสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาคือ มุ่งในการส่งมอบทรัพย์และโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สิน<sup>31</sup> ส่วนในสัญญาจ้างทำของสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาคือผลสำเร็จของการงาน<sup>32</sup> เมื่อนำสิ่งที่เป็นสาระสำคัญทั้งสองประการตามที่กฎหมายได้ให้คำนิยามของเอกเทศสัญญาดังกล่าวเอาไว้จะเห็นได้ว่า สาระสำคัญของสัญญาทั้งสองมุ่งเน้นไม่เหมือนกัน โดยในสัญญาซื้อขายมุ่งเน้นที่ตัวทรัพย์สินที่ใช้ในการโอนกรรมสิทธิ์ คู่สัญญาต้องการให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นสำคัญ ส่วนสัญญาจ้างทำของคู่สัญญามุ่งถึงการงานซึ่งต้องทำให้สำเร็จตามการว่าจ้าง ไม่ว่าจะการงานดังกล่าวจะก่อให้เกิดทรัพย์ในอันที่จะต้องโอนให้แก่ผู้ว่าจ้างหรือไม่ก็ตาม ดังนั้นการเปรียบเทียบดังกล่าวจึงมุ่งเน้นไปที่สิ่งที่เป็นองค์ประกอบของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา คือ การงานและสัมภาระนั่นเอง การเปรียบเทียบระหว่างการทำงานกับสัมภาระจะเป็นการเปรียบเทียบโดยคำนึงถึงความสำคัญหรือมูลค่าระหว่างการทำงานกับสัมภาระว่าสิ่งไหนมีความสำคัญหรือมีมูลค่ามากกว่ากัน ถ้ากรณีสัมภาระมีความสำคัญหรือมีมูลค่ามากกว่าจึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญามุ่งเน้นที่การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมากกว่าการงานที่ทำเป็นทรัพย์สินขึ้น เช่น การ

<sup>31</sup> มาตรา 453 ได้บัญญัติว่า “อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ขายตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย”

<sup>32</sup> มาตรา 587 ได้บัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

จ้างผลิตเครื่องบิน สัมภาระที่นำมาประกอบเป็นเครื่องบินกับการงานที่ใช้ในการประกอบเครื่องบิน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าสัมภาระที่ใช้มีความสำคัญมากกว่า สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นจึงเป็นสัญญาซื้อขาย และในคำพิพากษาฎีกาที่ 258/2530<sup>33</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2169-2170/2534<sup>34</sup> และคำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2534<sup>35</sup> และถ้ากรณีที่การงานมีความสำคัญหรือมูลค่ามากกว่าจึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญามุ่งเน้นที่การงานกับฝีมือและผลสำเร็จของการทำางงานนั่นเอง เช่นการจ้างจิตรกรในการวาดภาพเหมือน กระดาษและสีน้ำมันกับแรงงานและฝีมือของจิตรกรในการวาดภาพขึ้นมา ภาพที่เกิดขึ้นเกิดมาจากทั้งแรงงานและสัมภาระอันแยกออกจากกันไม่ได้ แต่การงานนั้นมีความสำคัญมากกว่า สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ หรือการว่าจ้างทนายในการร่างพินัยกรรมหรือสัญญา การงานเมื่อเทียบกับพินัยกรรมหรือสัญญาที่ได้มีการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์จะเห็นได้ว่าการงานมีความสำคัญกว่ามาก สัญญาจ้างทนายความร่างพินัยกรรมหรือสัญญาจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ หลักสัมภาระเป็นหลักที่สำคัญในการใช้เพื่อพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่การงานที่ทำและสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกจากกันมิได้ หลักนี้นำมาใช้อย่างกว้างขวางและได้รับการยอมรับว่าสามารถใช้วิเคราะห์หาความแตกต่างได้เป็นอย่างดีเช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ 258/2530 คำพิพากษาฎีกาที่ 2169-2170/2534 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2534 เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการเปรียบเทียบระหว่างการงานและสัมภาระนี้จะแตกต่างจากหลักของมาตรา 1317 โดยมาตราดังกล่าวเป็นหลักในการพิจารณาว่าบุคคลใดจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ทำขึ้นมาในกรณีที่ผู้ที่ทำางงานนำสัมภาระของบุคคลอื่นมาประกอบเป็นทรัพย์สินใหม่ขึ้น แต่สัญญาประเภทนี้ทรัพย์สินเป็นของบุคคลที่ประกอบางงานนั่นเอง หลักสัมภาระดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นไปตามมาตรา 1317

แนวความคิดของนักกฎหมายกับการใช้หลักสัมภาระในการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของนี้ ศาสตราจารย์ประพนธ์ ศาตะมานและศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ เห็นว่าถ้าสิ่งของที่จ้างให้ทำทั้งหมดหรือโดยมากเป็นของผู้รับจ้าง หรือผู้รับจ้างต้องเป็นผู้จัดหามาแล้ว ต้องดูว่าสิ่งที่ผู้รับจ้างมานั้นใช้เป็นอุปกรณ์เป็นสิ่งส่วสำคัญของ

<sup>33</sup> โปรดดูหน้า 21.

<sup>34</sup> โปรดดูหน้า 21.

<sup>35</sup> โปรดดูหน้า 22.

ทรัพย์ที่รับจ้างทำหรือไม่ เช่น รับพิมพ์หนังสือ ผู้รับจ้างจัดหากระดาษ หมึก ค่าใช้จ่ายในการพิมพ์  
 ดังนี้เป็นจ้างทำของ

การจ้างทำฟันปลอมทั้งชุดก็ดี การจ้างช่างตัดเสื้อผ้าโดยใช้ผ้าของช่างก็ดี เป็นสัญญา  
 จ้างทำของ ทั้งนี้เพราะราคาฟันเมื่อเทียบกับความชำนาญในการต้องดำเนินการจัดทำฟัน ซึ่งต้อง  
 ใช้ความชำนาญมาก ค่าแรงออกจะเกินค่าของ จึงต้องเป็นการจ้างทำของ การตัดเสื้อก็  
 เช่นกัน ค่าแรงสูงกว่าค่าผ้า แต่ถ้าค่าผ้าสูงกว่าค่าแรงมาก เช่น ทำเสื้อขนสัตว์แล้ว ก็เห็นว่าซื้อ  
 ขาย<sup>36</sup> และให้ความเห็นว่าถ้าหากเป็นสัญญามีกำหนดให้ใช้ฝีมือหรือความชำนาญ (skill) แล้ว ก็  
 เป็นสัญญาจ้างทำของ<sup>37</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ไพฑูริย์ เอกจริยกร ได้ให้ความเห็นว่าถ้าทรัพย์สินหรือสิ่งของที่ทำ  
 หรือผลิตนั้น สัมภาระมีความสำคัญน้อยกว่างานที่ทำสัญญานั้นเป็นสัญญาจ้างทำของ แต่ถ้า  
 สัมภาระมีความสำคัญมากกว่างานก็เป็นซื้อขาย<sup>38</sup>

อาจารย์จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย เห็นว่าหลักในการแบ่งแยกคือต้องดูที่ความประสงค์ของ  
 คู่สัญญาว่าต้องการที่กรรมสิทธิ์หรือต้องการที่ฝีมือของผู้ทำงาน ถ้าต้องการได้กรรมสิทธิ์โดยสนใจ  
 สัมภาระมากกว่าฝีมือก็เป็นสัญญาซื้อขาย<sup>39</sup>

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักสัมภาระเป็นหลักที่มุ่งเปรียบเทียบความสำคัญหรือมูลค่า  
 ระหว่างการงานและสัมภาระ การเปรียบเทียบดังกล่าวจึงสามารถแบ่งออกได้เป็นสองอย่างคือ  
 การเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างการงานและสัมภาระ และการเปรียบเทียบมูลค่าระหว่างการ  
 งานและสัมภาระ ซึ่งจะพิจารณาแยกจากกันโดยการเปรียบเทียบมูลค่าจะใช้เป็นข้อทดสอบและ  
 เป็นเครื่องยืนยันสำหรับการพิจารณาหลักสัมภาระที่เป็นการเปรียบเทียบความสำคัญกับหลัก  
 เจตนาของคู่สัญญา และใช้ในกรณีที่สัญญาที่สร้างขึ้นไม่สามารถพิจารณาได้อย่างชัดเจนเมื่อใช้ทั้ง  
 หลักสัมภาระที่เป็นการเปรียบเทียบความสำคัญและหลักเจตนาของคู่สัญญาแล้ว ซึ่งเมื่อมีคดี

<sup>36</sup> ประพนธ์ ศาตมะนาน และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและ  
 พยานัยลักษณะซื้อขาย:พร้อมด้วยภาคผนวกบทความพิเศษบทบัญญัติลักษณะขายฝากตาม  
 กฎหมายใหม่ที่ผิดพลาด, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2545), น. 10.

<sup>37</sup> เพิ่งอ้าง, น. 11.

<sup>38</sup> เพิ่งอ้าง, น. 36.

<sup>39</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพยานัย ว่าด้วย  
 ตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,  
 2547), น.101.

ขึ้นมาสู่ศาลศาลก็มีความจำเป็นที่ต้องวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาใดสัญญาหนึ่ง หลักสัมภาระที่เป็น การเปรียบเทียบมูลค่าจึงสามารถนำมาใช้พิจารณาสัญญาดังกล่าวได้

หลักสัมภาระเป็นการเปรียบเทียบระหว่างการงานและสัมภาระโดยพิจารณาถึงมูลค่า การเปรียบเทียบระหว่างการงานและสัมภาระโดยพิจารณาถึงมูลค่าเป็นการเปรียบเทียบที่มุ่งเน้นที่ การตีมูลค่าของสัมภาระกับมูลค่าของแรงงาน โดยแนวความคิดเห็นว่า ถ้าในกรณีที่สัมภาระมี มูลค่ามากกว่าแรงงานที่แสดงว่าคู่สัญญาน่าจะมุ่งในทรัพย์มากกว่าการงาน สัญญาดังกล่าว จึงเป็นสัญญาซื้อขาย แต่ถ้าในกรณีที่มูลค่าของแรงงานที่ทำมากกว่าสัมภาระแสดงว่าคู่สัญญา น่าจะมุ่งการงานมากกว่าทรัพย์ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ หลักสัมภาระนี้มีการ นำไปใช้ในกฎหมายประเทศอเมริกาเช่นเดียวกันซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยของข้อทดสอบ The Predominant purpose test คือ จำนวนเงินที่ได้จ่ายสำหรับการให้บริการหรือสินค้า (the amounts paid for the rendition of the services and goods)

นอกจากหลักสัมภาระจะมีการเปรียบเทียบถึงมูลค่าระหว่างการงานกับสัมภาระตามที่ ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีหลักสัมภาระที่มุ่งเน้นเปรียบเทียบระหว่างสัมภาระและการงานโดยพิจารณา จากความสำคัญในแง่ของฝีมือและความชำนาญ โดยสัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่ผู้รับจ้างจะ กระทำด้วยตนเองหรือไม่ก็ได้ซึ่งประเด็นดังกล่าวจะแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงานซึ่งเป็นสัญญา เฉพาะตัว คือในสัญญาแรงงานลูกจ้างต้องทำงานให้นายจ้างด้วยตนเอง การที่สัญญาจ้างทำของ ไม่ได้มีการกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องกระทำด้วยตนเองนั้น เพราะว่าสัญญาจ้างทำของมุ่งเน้นที่ ผลสำเร็จแห่งการงาน แต่ก็มีบางกรณีเช่นกันที่สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาเฉพาะตัว โดยผู้ว่า จ้างต้องการและได้ระบุผู้ทำการงานไว้ในสัญญาเพราะต้องการฝีมือและความชำนาญของบุคคล ดังกล่าวโดยเฉพาะ ดังนั้นสัญญาดังกล่าวผู้รับจ้างจะให้ผู้อื่นมาทำการงานแทนตนมิได้ ในเรื่อง สัญญาจ้างทำของที่อาศัยคุณสมบัติของผู้รับจ้างนี้ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ในมาตรา 606 ที่บัญญัติว่า “ถ้าสาระสำคัญแห่งสัญญาอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัว ผู้รับจ้างและผู้รับจ้างตายก็ดี หรือตกเป็นผู้ไม่สามารถทำการที่รับจ้างนั้นต่อไปได้ด้วยมิใช่เพราะ ความผิดของตนก็ดี ท่านว่าสัญญานั้นย่อมเป็นอันสิ้นลง

ถ้าและการส่วนที่ได้ทำขึ้นแล้วนั้นเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างไซ้รู้ ท่านว่าผู้ว่าจ้างจำต้อง เอาไว้และใช้สินจ้างตามสมควรแก่ส่วนนั้นๆ”

โดยในกรณีที่ผู้ว่าจ้างต้องการให้ผู้รับจ้างเป็นผู้ทำการงานด้วยตนเองเท่านั้น เจื่อนไข ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่แท้จริงว่ามุ่งประสงค์ถึงผลสำเร็จแห่งการงาน ที่ทำงานของผู้นั้นโดยเฉพาะเป็นการทำงานที่ผู้ว่าจ้างต้องการฝีมือและความชำนาญ สัญญาที่

คู่สัญญาได้ตกลงกันจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ โดยถ้าเป็นสัญญาซื้อขายและไม่ได้มีข้อตกลงเป็น การเฉพาะสัญญาซื้อขายจะมุ่งแต่ตัวทรัพย์สินและการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น ผู้ซื้อไม่ได้ สนใจว่าใครจะทำขึ้นขอเพียงว่าได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ตามรายละเอียดของทรัพย์สินที่ได้ตกลงกัน เท่านั้นพอ ดังนั้นงานที่ต้องการอาศัยฝีมือและความชำนาญของตัวผู้รับจ้างในการทำของสิ่งหนึ่ง ขึ้นมาสัญญาดังกล่าวจึงสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นสัญญาจ้างทำของเพียงสัญญาเดียวเท่านั้น

แม้ว่าหลักสัมภาระที่เปรียบเทียบมูลค่าของสัมภาระกับมูลค่าของแรงงานที่ทำจะเป็น หลักที่สามารถใช้ในการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของได้ดีหลัก หนึ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สัมภาระและการทำงานเป็นสิ่งที่แยกจากกันไม่ได้ แต่เนื่องจากหลัก ดังกล่าวก็มีข้อด้อยอยู่มากเช่นกัน เช่นถ้าปรากฏว่า คู่สัญญาให้ความสำคัญเท่าๆกันระหว่างตัว สัมภาระและฝีมือ<sup>40</sup> หรือแม้กระทั่งสัมภาระกับการงานมีมูลค่าใกล้เคียงกัน การจะพิจารณาว่า สัญญานั้นควรเป็นสัญญาใดก็เป็นการยาก ประกอบกับการตีมูลค่านั้นจะยึดถือกันอย่างไรก็ไม่ได้ มีกฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน

การพิจารณาสัญญาประเภทดังกล่าวในหัวข้อนี้ผู้เขียนขอจำกัดสัญญาประเภทนี้ให้อยู่ ในขอบเขตเพียงแค่ว่ากรณีที่ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากสัญญาเป็นทรัพย์สินที่ถูกประกอบขึ้นโดยสัมภาระ และการทำงานเป็นสิ่งที่แยกจากกันไม่ได้ ทางปฏิบัติสัญญาประเภทนี้คู่สัญญามีการทำสัญญากัน มากมาย เช่น การสั่งอาหารตามสั่ง การผลิตคอนกรีตผสมเสร็จ กล้องกระดาษที่ผลิตขึ้นเพื่อใส่ ของ การจ้างตัดเสื้อผ้าโดยใช้ผ้าของผู้รับจ้าง การผลิตอิฐทนไฟ การผลิตรองเท้า การที่หมอฟัน ทำฟันปลอมหรือทำรากฟันเทียม การจ้างทนายความเพื่อร่างสัญญาหรือร่างพินัยกรรม การจ้าง จิตรกรวาดรูป การจ้างช่างถ่ายรูปในงานวันรับปริญญา หรือการสั่งทำเสาไฟฟ้า เป็นต้น สัญญา ประเภทนี้จะเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ การแยกความแตกต่างของสัญญาประเภท นี้ผู้เขียนขอพิจารณาเป็นประเด็นเพื่อช่วยต่อการวิเคราะห์และทำความเข้าใจ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

ประเด็นแรกการพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำ ของจะเห็นได้ว่าตัวอย่างของสัญญาบางประเภทการใช้หลักสัมภาระที่เป็นการเปรียบเทียบ ความสำคัญระหว่างการทำงานกับสัมภาระและหลักเจตนาของสัญญาอาจเห็นได้โดยชัดเจน เช่น ตัวอย่างสัญญาในการจ้างทนายความในการร่างพินัยกรรมหรือสัญญา หรือการจ้างศิลปินในการ วาดภาพเหมือน ในสัญญานี้แม้ว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งใช้การทำงานในการประกอบ ขึ้นเป็นทรัพย์สินสุดท้ายคือพินัยกรรมหรือสัญญา หรือแม้กระทั่งภาพเหมือนก็ตาม แต่คู่สัญญา

<sup>40</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, เพิ่งอ้าง, น.101.

มุ่งถึงฝีมือและการทำงานเป็นสำคัญ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ หรือกรณีที่ชัดเจนของหลักเจตนาของคู่สัญญา ตัวอย่างเช่นคดี J. Marcel, Ltd. v Tapper<sup>41</sup> ซึ่งเป็นคดีของประเทศอังกฤษ การสั่งตัดเสื้อขนสัตว์ร้านที่ประกอบกิจการขายเสื้อขนสัตว์ การประกอบธุรกิจเป็นการซื้อขายเป็นการแสดงถึงหลักเจตนาของคู่สัญญา ศาลได้ให้ความเห็นว่า “แม้ว่าทักษะและความสามารถในวิชาช่างจะเป็นสิ่งสำคัญในการทำเสื้อโค้ท สัญญาที่เกิดขึ้นจึงไม่มากไปกว่าการที่สิ่งทำสิ่งของพิเศษให้กับลูกค้าโดยบุคคลที่ทำธุรกิจในการทำสิ่งนั้นๆ ตามธรรมชาติของธุรกรรมมันเป็นเรื่องการทำขึ้นและจัดหาบางสิ่งบางอย่างตามราคาที่ได้ตกลงกัน” สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาซื้อขาย หรือตัวอย่างของคู่ช่อมรยณต์ประกอบธุรกิจในการให้ช่อมรยณต์ ในการช่อมรยณต์แม้ว่าราคาค่าอะไหล่ที่ต้องใช้ในการเปลี่ยนจะมากกว่าราคาของการทำงานในการซ่อมแซมและเปลี่ยนอะไหล่ สัญญาดังกล่าวก็ยังแสดงให้เห็นถึงเจตนาในการทำเป็นสัญญาจ้างทำของตามหลักเจตนาของคู่สัญญาและยังแสดงให้เห็นถึงการมุ่งผลสำเร็จของการทำงานตามหลักสัมภาระซึ่งเป็นการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างการทำงานกับสัมภาระ

อย่างไรก็ดีการพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสองในตัวอย่างอีกหลายๆ ตัวอย่างอาจจะใช้หลักสัมภาระที่เป็นการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างการทำงานกับสัมภาระและหลักเจตนาของสัญญาที่ไม่สามารถแยกให้เห็นชัดเจนก็ได้ เช่นตัวอย่าง การสั่งอาหารตามสั่ง การสั่งเครื่องบินตามสั่ง การผลิตคอนกรีตผสมเสร็จ กล้องกระดาศที่ผลิตขึ้นเพื่อใส่ของ การผลิตอิฐทนไฟ การผลิตรองเท้า เป็นต้น ตัวอย่างเหล่านี้เป็นส่วนที่เรียกได้ว่าการทับซ้อนของหลักกฎหมายของสัญญาทั้งสองประเภท ความทับซ้อนในสัญญาประเภทนี้คือสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นมาสามารถเป็นสัญญาก็ได้ไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ ซึ่งจะได้อธิบายการพิจารณาในประเด็นสุดท้ายเรื่องขั้นตอนในการใช้หลักพิจารณา

ประเด็นที่สองในการพิจารณาเป็นประเด็นผลของความเป็นสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของที่แตกต่างกัน ผลความแตกต่างที่ได้อธิบายในบทที่ 2 มีผลที่ต่างกันคือ แบบแห่งนิติกรรมหรือหลักฐานในการฟ้องร้อง การโอนกรรมสิทธิ์ การรับบาปเคราะห์ การรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง อายุความและภาระทางภาษี ความแตกต่างเหล่านี้ผู้เขียนขอแยกพิจารณาความแตกต่างออกเป็นสองประเภท คือความแตกต่างของการรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องกับความแตกต่างประการอื่นๆไม่ว่าจะเป็นแบบแห่งนิติกรรมและหลักฐานในการฟ้องร้อง การโอนกรรมสิทธิ์ การรับบาปเคราะห์ อายุความ และภาระทางภาษี การแบ่งแยกออกเป็นสองประเภทนี้เพราะผลของความแตกต่างระหว่างสัญญาสองชนิดนั้นไม่เหมือนกัน โดยในการรับผิดชอบในความ

<sup>41</sup> โปรดดูหน้า 48.

ชุดบกพร่องเป็นสิ่งที่มิในทั้งสองสัญญา สัญญาประเภทนี้ความชำรุดบกพร่องอาจเกิดมาจาก สัมภาระที่จัดหามาหรือการงานที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมก็ได้ ซึ่งเนื่องจากลักษณะของสัญญาทั้งสอง ประเภทนั่นเอง ความแตกต่างในประเภทแรกเมื่อพิจารณาจากสัญญาประเภทที่สัมภาระเป็นของ ผู้รับจ้างและการงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่แยกจากกันไม่ได้แล้ว สัญญาประเภทนี้มีการโอน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นทรัพย์สินสุดท้ายในการที่โอนกรรมสิทธิ์ระหว่างกัน และสัมภาระ ถูกจัดหาโดยผู้รับจ้างด้วย กรณีดังกล่าวไม่ว่าการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญา จ้างทำของนี้ การรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องไม่ควรจะมีความแตกต่างกัน เนื่องจากบางกรณี สัมภาระที่ใช้ในการประกอบการทำงานขึ้นอาจมีความชำรุดบกพร่องซึ่งก่อให้เกิดความชำรุดบกพร่อง ในทรัพย์สินสุดท้ายที่ได้มีการโอนกัน ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาใดก็ตาม ถ้ามีกรณีที่ความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้น ความรับผิดชอบของคู่สัญญาไม่ควรจะมีความแตกต่างกันแต่ อย่างไร

ปัญหาการรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องนี้เป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ต้อง พยายามแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ ในต่างประเทศหลาย ประเทศได้มีปัญหาดังกล่าว ตัวอย่างเช่นในประเทศอิตาลีในสัญญาจ้างทำของที่ต้องมีการโอน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสุดท้ายได้มีการแก้ปัญหาในทางปฏิบัติ โดยให้ผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำ ของต้องให้สัตยาบันในความชำรุดบกพร่องในมาตรา 70 ส่วนในสัญญาซื้อขายการเลิกสัญญา หรือการลดราคาเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้อยู่แล้ว<sup>42</sup> หรือในประเทศอังกฤษแม้ว่ามีบทบัญญัติ The Supply of Goods and Services Act 1982 การเยียวยาในผลของสัญญาเรื่องความชำรุด บกพร่องก็ยังมิอยู่ แนวความคิดที่ไม่ต้องการให้เกิดความแตกต่างในผลของกฎหมายจึงเยียวยา ด้วยหลักกฎหมาย Common Law แต่เนื่องจากปัญหาความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับ สัญญาจ้างทำของในเรื่องการรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในประเทศเยอรมัน ผู้ร่างกฎหมายได้ เล็งเห็นถึงลักษณะที่เหมือนกันดังกล่าว โดยไม่ว่าในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของควรมี แนวทางที่เหมือนกันจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายไว้ ซึ่งเมื่อเป็นสัญญาประเภทที่ผู้รับจ้างเป็นผู้ จัดหาสัมภาระและมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสุดท้ายกัน แนวความคิดในการเยียวยาความ รับผิดชอบทางสัญญากรณีความชำรุดบกพร่องเฉพาะการกระทำการงานที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมใน สัญญาจ้างทำของจึงไม่เพียงพอในสัญญาที่มีลักษณะผสม ลักษณะดังกล่าวจึงไม่แตกต่างจาก สัญญาซื้อขาย การเยียวยาความชำรุดบกพร่องจึงนำมาใช้ในสัญญาจ้างทำของด้วย ตามมาตรา

<sup>42</sup> Zweigert, Konrad, *supra* note 2, p. 6.

651 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และหลักกฎหมายดังกล่าวก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยด้วยเช่นเดียวกันในมาตรา 595 การบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวทำให้ปัญหาการรับผิดในความชำรุดบกพร่องในกฎหมายไทยไม่เป็นปัญหาที่มีความสำคัญมากนักในการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสองชนิด ซึ่งในต่างประเทศมีความสำคัญมาก และความเป็นสัญญาหนึ่งอาจกระทบต่อการรับผิดในความชำรุดบกพร่องซึ่งกระทบต่อสิทธิหน้าของคู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างมาก

ส่วนประเภทของผลความแตกต่างประการอื่นๆซึ่งหลักกฎหมายหรือกฎหมายได้มีการบัญญัติให้แตกต่างกันระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ ในต่างประเทศก็เป็นสิ่งที่มีปัญหาและต้องพิจารณาว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นเป็นสัญญาประเภทใดระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของเช่นในประเทศอังกฤษ คดี Robinson v. Grave หรือในคดี Marcel Ltd. v. Tapper ซึ่งคดีทั้งสองต้องพิจารณาว่าเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ เพราะถ้าเป็นสัญญาซื้อขายจะอยู่ภายใต้ข้อกำหนดในการทำบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถ้าเป็นสัญญาจ้างทำของไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วความแตกต่างของผลความเป็นสัญญาตามกฎหมายที่แตกต่างกันแบบแห่งนิติกรรมหรือหลักฐานในการฟ้องร้อง การโอนกรรมสิทธิ์ การรับบาปเคราะห์และอายุความจะเห็นได้ว่าผลของความเป็นสัญญาเหล่านี้กระทบต่อสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาทั้งสิ้น การพิจารณาว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นจึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอยู่ และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law กฎหมายมีการบัญญัติไว้เป็นประมวลกฎหมาย และนอกจากจะมีหนี้และหลักทั่วไปของสัญญาแล้วยังมีการบัญญัติสัญญาที่มีความสำคัญไว้เป็นเอกเทศสัญญาอีกด้วย ซึ่งทั้งสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของก็เป็นสัญญาที่ถูกบัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญา ดังนั้น สัญญาทั้งสัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำขึ้นถ้ามิได้มีเจตนาอย่างชัดเจนในการทำสัญญาเป็นสองสัญญาแล้ว กรณีจึงมีความจำเป็นในการพิจารณาว่าสัญญาที่ได้มีการทำขึ้นเป็นสัญญาใดแน่วระหว่างสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ ส่วนความแตกต่างในเรื่องภาระทางภาษีของคู่สัญญาตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในปัจจุบันเมื่อมีการนำระบบภาษีมูลค่าเพิ่มมาใช้แทนระบบภาษีการค้า ความแตกต่างในเรื่องภาระทางภาษีระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของจึงไม่ค่อยแตกต่างกันเท่าใดนัก

ประเด็นที่สามที่ต้องวิเคราะห์และพิจารณาคือสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของเป็นสิ่งที่คู่สัญญาสามารถเลือกได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาหรือไม่ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับกันมากในปัจจุบัน

และการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติรับรองหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาไว้ในมาตรา 151 เช่นนี้ ทำให้การใช้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาสามารถใช้ได้โดยตามมาตรา 151 ดังกล่าว ไม่ต้องใช้ในลักษณะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 นอกจากนั้นการที่บัญญัติไว้ในบรรพ 1 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปมีผลทำให้สัญญาทุกสัญญาหรือนิติกรรมต่างๆสามารถนำหลักดังกล่าวมาใช้ได้ มาตรา 151 เป็นการแสดงชัดถึงการที่ปัจเจกชนมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาอย่างใดก็ได้ และแม้ว่าในกรณีที่คู่สัญญามีการตกลงกันที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายก็สามารถทำได้ โดยมีข้อจำกัดว่าบทบัญญัติของกฎหมายข้อที่ได้มีการตกลงกันแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายต้องไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่จะเห็นได้ว่าแม้ในปัจจุบันจะมีการยอมรับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนากันอย่างกว้างขวางและให้โอกาสคู่สัญญาที่จะตกลงกันเป็นอย่างไรก็ได้ แต่เสรีภาพดังกล่าวก็มีขอบเขตจำกัดเช่นเดียวกัน ดังตัวอย่างของข้อจำกัดของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ดังนี้

1. การจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา ซึ่งอาจถูกจำกัดสำหรับคู่สัญญาที่ดำเนินกิจการผูกขาด (monopolio legale) ที่อาจมีกฎหมายพิเศษกำหนดให้เขาต้องยอมทำสัญญากับบุคคลทุกคนที่เข้ามาขอทำสัญญาใช้บริการ จะปฏิเสธไม่ได้

2. การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งเสรีภาพนี้ต้องถูกจำกัดเพื่อประโยชน์ที่เหนือกว่า ซึ่งก็คือกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น คู่สัญญาไม้อาจจะทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้

3. การจำกัดเสรีภาพในเรื่องแบบของสัญญา เมื่อกฎหมายบังคับให้สัญญาบางชนิดต้องทำตามแบบเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายบังคับไว้

4. การจำกัดเสรีภาพในเรื่องเจตนาเพื่อที่จะคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลอื่นที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังเช่น กรณีของการแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งโดยบุคคลภายนอก และคู่กรณีแห่งสัญญาไม่รู้หรือไม่อาจที่จะรู้ได้ว่ากลั่นแกล้งของบุคคลภายนอก เช่นนี้ แม้เสรีภาพในการแสดงเจตนาจะถูกตัดทอนเพราะกลั่นแกล้งของบุคคลภายนอกก็ตาม สัญญาก็ยังสมบูรณ์เพราะกฎหมายมุ่งคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่ทราบถึงกลั่นแกล้งนั้นเลย

5. การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา ซึ่งอาจถูกกำหนดโดยกฎหมาย เช่น กฎหมายกำหนดราคาควบคุมสำหรับสินค้าบางประเภท หรืออาจถูกจำกัดด้วยคู่สัญญาเอง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเป็นผู้กำหนดเนื้อหาของสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว และให้คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจเข้ามายอมรับเนื้อหาที่ได้กำหนดไว้แล้ว

ซึ่งอาจเกิดได้ทั้งในลักษณะของสัญญาจำยอม (adhesion contract) หรืออาจเกิดในลักษณะของสัญญามาตรฐานก็ได้

6. การจำกัดเสรีภาพโดยกฎหมายพิเศษ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น

7. การจำกัดเสรีภาพในเรื่องผลของสัญญา แม้ปกติ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sunt servanda) ตามเสรีภาพที่ได้ใช้ก็ตาม แต่ถ้าหลังจากที่ทำสัญญากันแล้ว ยังมิได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นผลจากสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไปอย่างมากอย่างที่ไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา ก็อาจต้องมาใช้หลัก “สัญญาไม่เป็นสัญญา” (Rebus sic stantibus)<sup>43</sup>

เมื่อนำขอบเขตข้อจำกัดของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนามาวิเคราะห์ประกอบกับเอกเทศสัญญาตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ เอกเทศสัญญาแต่ละเอกเทศสัญญาที่กฎหมายรับรู้ล้วนมีลักษณะและสาระสำคัญเฉพาะ โดยลักษณะและสาระสำคัญของสัญญานี้เองที่เป็นสิ่งที่แบ่งแยกว่าเป็นเอกเทศสัญญาชนิดใด และในบทบัญญัติกฎหมายในแต่ละเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่งๆ ก็จะมีบทนิยามของแต่ละเอกเทศสัญญา เช่น เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 เรื่องซื้อขาย ในหมวด 1 (สภาพและหลักสำคัญของสัญญาซื้อขาย) ในมาตรา 453 ได้บัญญัติว่า “อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย” หรือในลักษณะ 2 เรื่องแลกเปลี่ยน ในมาตรา 518 ได้บัญญัติว่า “อันว่าแลกเปลี่ยนนั้น คือสัญญาซึ่งคู่กรณีต่างโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้กันและกัน” หรือในลักษณะ 7 เรื่องจ้างทำของ ในมาตรา 587 ได้บัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” จากการที่กฎหมายได้มีการให้นิยามความหมายของเอกเทศสัญญาต่างๆ ไว้แล้วนี้ แต่ละเอกเทศสัญญาจึงมีความแตกต่างกันด้วยความหมายที่กฎหมายได้บัญญัติไว้นั่นเอง การพิจารณาสัญญาที่คู่สัญญาได้กระทำขึ้นจึงต้องพิจารณานิยามความหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้ ลักษณะ ตลอดจนสาระสำคัญของสัญญาต่างๆ ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญา โดยแม้ว่าในปัจจุบันเสรีภาพในการแสดงเจตนาจะเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางก็ตาม เสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นเสมือนสิ่งที่ยอมรับและรับรองให้คู่สัญญาสามารถเลือกที่จะผูกพันตนตามที่ตนต้องการได้ เช่น เลือกสัญญาที่ตนจะผูกพัน เลือกคู่สัญญา เลือกหรือกำหนดข้อตกลงในสัญญาให้แตกต่างจากกฎหมาย หรือเลือก

<sup>43</sup> จำปี โสติพันธุ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15, น.213-214.

ผูกพันกันตามสัญญาที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญา(ที่เรียกกันว่า สัญญาไม่มีชื่อ) แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการแสดงเจตนาในนั้นไม่กระทบต่อลักษณะหรือสาระสำคัญของเอกเทศสัญญาที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ หรือที่เรียกว่าลักษณะทางกฎหมายของสัญญาตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในสัญญาประเภทก่อน เช่น นายแดงทำสัญญาแลกเปลี่ยนนาฬิกาของตนกับเงินของนายดำ แม้ว่านายดำและนายแดงต้องการผูกพันกันเป็นสัญญาแลกเปลี่ยน แต่เนื่องจากเมื่อพิจารณาสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นแล้วเห็นได้ว่าลักษณะและสาระสำคัญของสัญญาเป็นเรื่องสัญญาซื้อขายเพราะมีการโอนกรรมสิทธิ์และมีการชำระราคาเป็นการตอบแทน ดังนั้นนายแดงและนายดำจึงต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขายไม่ใช่สัญญาแลกเปลี่ยน

ดังนั้นจากผลของความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างทำของและสัญญาซื้อขายตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าการที่สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นจะเป็นสัญญาใดมีความสำคัญมาก เพราะกระทบถึงความผูกพันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้นหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาจึงสามารถนำมาใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตามการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่เป็นการขัดต่อลักษณะแท้จริงของสัญญาตามกฎหมายก็ไม่สามารถกระทำได้<sup>44</sup> และในกรณีที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาที่มีข้อตกลงในสัญญาบางข้อ สัญญาที่มีลักษณะของสัญญาไม่ตรงตามชื่อของสัญญาที่คู่สัญญามุ่งผูกพันกัน หรือความเป็นสัญญาไม่ตรงตามข้อตกลงในสัญญา เมื่อเกิดปัญหาการโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาขึ้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลในการที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเป็นสัญญาประเภทใดระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของซึ่งคู่สัญญาจะต้องผูกพันกันตามที่ได้วินิจฉัยนั้น

ประเด็นที่ที่น่าสนใจเป็นประเด็นที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นในบทที่ 2 หัวข้อแนวความคิดของการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ สิ่งที่น่าสนใจเป็นเพราะว่าแนวในการวินิจฉัยของศาลฎีกาในสัญญาประเภทที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระและการทำงานกับสัมภาระเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกกันได้ โดยข้อเท็จจริงในฎีกาทั้งสามเรื่องเป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งว่าจ้างในการผลิตรองเท้าขึ้น และเมื่อมีการโต้แย้งสัญญาระหว่างคู่สัญญาโดยกรมสรรพากรขึ้น จึงเป็นหน้าที่ศาลที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาเป็นสัญญาใด คือคำพิพากษาศาลฎีกา 265/2521 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1616/2526 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 163/2541<sup>45</sup>

ในคำพิพากษาศาลฎีกา 265/2521และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1616/2526 ศาลได้ให้คำตัดสินว่านิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับโรงงานผลิตรองเท้าเป็นสัญญาซื้อขายกัน โดยแม้จะมีข้อตกลงว่า

<sup>44</sup> โปรดดูหน้า 98.

<sup>45</sup> โปรดดูหน้า 25

ให้สงวนแบบที่สั่งผลิต กำหนดวัตถุประสงค์ที่ใช้ผลิต และใช้เครื่องหมายการค้าของโจทก์ ข้อตกลงดังกล่าวเป็นเพียงการผลิตเพื่อนโยบายทางการค้าและเพื่อคุ้มครองประโยชน์ในทางการค้าของโจทก์ ส่วนในคำพิพากษาฎีกาที่ 163/2541 โจทก์เป็นผู้ว่าจ้างให้โรงงานผู้รับจ้างผลิตรองเท้าตามที่โจทก์กำหนดเพื่อส่งไปขายในต่างประเทศ ศาลฎีกาจะเห็นว่าพยานหลักฐานที่โจทก์นำมาสืบมีน้ำหนักน้อยกว่าพยานหลักฐานของจำเลย สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ การที่คำพิพากษาฎีกาหลังได้วินิจฉัยที่แตกต่างจากคำพิพากษาฎีกาก่อน ในทางพิจารณาจำเลยคือกรมสรรพากรได้นำสืบได้ว่าในใบสำคัญจ่ายบางรายการได้ระบุว่าเป็นการเบิกเงินล่วงหน้า ซึ่งในทางบัญชีหากเป็นการว่าจ้างทำของจะใช้คำว่า เบิกล่วงหน้า หากเป็นการซื้อสินค้าจะใช้คำว่า ค่ามัดจำ การประกอบธุรกิจของโจทก์มีลักษณะเป็นการจ้างทำของ ลักษณะของการจ่ายเงินเป็นงวดๆ และการใช้ชื่อเรียกของการจ่ายเงินจึงเป็นสิ่งที่ศาลได้นำมาใช้ในการค้นหาเจตนาที่แท้จริงของโจทก์ว่าต้องการทำสัญญาเป็นสัญญาใด เมื่อพิจารณาคำพิพากษาดังกล่าวกับหลักที่ใช้แยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของจะเห็นได้ว่า การพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสองมีหลักที่นำมาใช้พิจารณาคือ หลักสัมภาระที่เป็นการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างการทำงานกับสัมภาระและหลักเจตนาของสัญญา ดังนั้นการพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาก็สามารถนำมาใช้พิจารณาได้โดยพิจารณาจากชื่อของสัญญา การประกอบกิจการเป็นกิจธุระไม่ใช่ครั้งคราว ข้อตกลงในสัญญาและทางปฏิบัติระหว่างกันและปกติประเพณี

การผลิตรองเท้าตามสั่งเป็นสัญญาที่เรียกได้ว่าการทับซ้อนของหลักกฎหมายของสัญญาทั้งสองประเภท ความทับซ้อนในสัญญาประเภทคือสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นมาสามารถเป็นสัญญาก็ได้ไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งการพิจารณาแยกความแตกต่างจึงเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องแต่ละคดี ซึ่งผลอาจมีความแตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตามด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาฎีกา การตัดสินใจตามหลักเจตนาของคู่สัญญาซึ่งเป็นเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงออกเป็นสิ่งที่ต้องควรระวัง เนื่องจากการวินิจฉัยสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นว่าเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของอาจกระทบต่อสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาอย่างมาก และการตัดสินใจในแนวที่ต่างกันอย่างเกิดความไม่แน่นอนในการพิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของได้ การพิจารณาซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานจึงควรมีความชัดเจนเป็นอย่างมาก

ประเด็นที่น่าสนใจประเด็นสุดท้ายคือขั้นตอนในการใช้หลักต่างๆเพื่อนำมาใช้พิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของในสัญญาประเภทที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระและการทำงานกับสัมภาระไม่สามารถแยกออกจากกันได้ เมื่อได้พิจารณาถึงความซับซ้อนของสัญญาระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ ผลความแตกต่างของความเป็นสัญญา และหลักเสรีภาพของคู่สัญญาที่จะเลือกผูกพันตนเองแล้ว จะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำขึ้นเป็นสัญญาใดในชั้นแรกจึงต้องใช้หลักสาระสำคัญซึ่งเป็นการมุ่งในการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างการมุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์หรือการมุ่งในผลสำเร็จของการทำงานและหลักสัมภาระในการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างสัมภาระและการทำงานซึ่งแล้วแต่ชนิดของสัญญาที่กำลังพิจารณา เพราะในสัญญาประเภทที่สัมภาระเป็นของผู้รับจ้างและระหว่างการทำงานและสัมภาระเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกจากกันได้ การนำหลักสาระสำคัญมาใช้พิจารณาแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของ ในบางกรณีสามารถกระทำได้อย่างและประกอบกับแนวความคิดของหลักสัมภาระก็มีลักษณะเช่นเดียวกับหลักสาระสำคัญ แต่เป็นการมุ่งพิจารณาที่สัมภาระเพราะระหว่างการทำงานและสัมภาระถูกทำขึ้นใหม่เป็นทรัพย์สินสุดท้ายอันมาโอนกันระหว่างคู่สัญญา และในกรณีที่หลักสาระสำคัญซึ่งเป็นการมุ่งในการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างการมุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์หรือการมุ่งในผลสำเร็จของการทำงานและหลักสัมภาระในการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างสัมภาระและการทำงานไม่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้งสองได้ หลักเจตนาที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาสัญญาที่ได้มีการทำขึ้นว่าเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของ และการใช้หลักเจตนาในการตีความสัญญาในชั้นตอนนี้จะเห็นได้ว่าเจตนาของคู่สัญญาที่ได้แสดงออกจึงไม่ขัดต่อลักษณะทางกฎหมายของสัญญา โดยพิจารณาจากชื่อของสัญญา การประกอบกิจการเป็นกิจธุระไม่ใช่ครั้งคราว ข้อตกลงในสัญญาและทางปฏิบัติระหว่างกันและปกติ แต่ถ้ากรณีที่หลักสาระสำคัญซึ่งเป็นการมุ่งในการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างการมุ่งในการโอนกรรมสิทธิ์หรือการมุ่งในผลสำเร็จของการทำงานและหลักสัมภาระในการเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างสัมภาระและการทำงาน และหลักเจตนาของคู่สัญญาไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นสัญญาใดแน่ เมื่อมีการโต้แย้งกันขึ้นและได้มีการนำคดีมาสู่ศาล ศาลก็มีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยว่าสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นดังกล่าวเป็นสัญญาใด การพิจารณาเปรียบเทียบมูลค่างานระหว่างทรัพย์สินกับการงาน หรือสัมภาระกับการงานก็สามารถนำมาใช้เพื่อพิจารณาว่าสัญญาที่ทำขึ้นเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ โดยถ้าทรัพย์สินหรือสัมภาระมีมูลค่ามากกว่าการงานที่ได้ทำ สัญญาดังกล่าวเป็น

สัญญาซื้อขาย แต่ถ้าการงานมีมูลค่ามากกว่าทรัพย์สินหรือสัมภาระ สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างทำของ

#### 4.6 สัญญาที่เป็นการก่อสร้างลงบนอสังหาริมทรัพย์ของผู้ว่าจ้าง

สัญญาก่อสร้างเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างกับสัญญาประเภทอื่นๆ โดยไม่ว่าผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจ้างจะเป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดหาสัมภาระในการประกอบการทำงานขึ้นมาก็ตาม ถ้าสัญญาก่อสร้างได้กระทำลงบนที่ดินของผู้ว่าจ้างแล้ว สัญญาดังกล่าวกรรมสิทธิ์ของทรัพย์ที่เกิดขึ้นจากการงานจะโอนตามผลของกฎหมายตามมาตรา 1315<sup>46</sup> ผลของมาตราดังกล่าวจึงทำให้การงานที่ก่อให้เกิดขึ้นมาเป็นไปตามหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินในบรรพ 4 ผู้เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นเจ้าของสิ่งที่เกิดจากการงานทำให้เกิดขึ้น ดังนั้นจึงไม่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาซื้อขายกันอีก สัญญาก่อสร้างจึงเป็นได้แต่เพียงสัญญาจ้างทำของเท่านั้น แต่ถ้ากรณีที่ดินเป็นของผู้รับจ้างด้วยกรณีอาจเป็นสัญญาซื้อขายได้

สัญญาประเภทนี้ยังรวมถึงการปรับปรุงต่อเติมที่ได้กระทำลงบนอสังหาริมทรัพย์ด้วย เช่นการทำเฟอร์นิเจอร์ built-in หรือการตกแต่งบ้านที่มีลักษณะติดไปกับตัวบ้าน เป็นต้น สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจ้างทำของ แต่ในทางตรงกันข้ามถ้าคู่สัญญาตกลงทำสัญญากันโดยมุ่งในการที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ก่อนที่จะได้มีการติดตั้งหรือประกอบกับอสังหาริมทรัพย์ สัญญานี้ก็เป็นสัญญาซื้อขายได้ เช่น การขายผ้าปูที่นอนและรางผ้าปูที่นอนที่มีข้อตกลงในการติดตั้งให้ด้วย

ประเด็นปัญหาในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนความเสี่ยงภัยในสัญญาก่อสร้างลงบนอสังหาริมทรัพย์ของผู้ว่าจ้างนี้ แม้ว่ากฎหมายไทยใช้หลัก *res perit domino* ในการพิจารณาการโอนความเสี่ยงภัยในกรณีทั่วไป อย่างไรก็ตามหลักนี้จะถูกยกเว้นในกรณีของการก่อสร้างซึ่งทำลงบนที่ดินของผู้ว่าจ้างที่ซึ่งกรรมสิทธิ์ในสัมภาระที่ถูกจัดหาและการก่อสร้างโดยผู้รับจ้างโอนไปสู่ผู้ว่าจ้างหลัก *superficies solo cedit*<sup>47</sup> (สิ่งที่อยู่ติดกับที่ดินย่อมเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินด้วย) ในสัญญาจ้างทำของ เมื่อสัมภาระที่นำมาก่อสร้างถูกจัดหาโดยผู้รับจ้างแล้ว ในทันทีที่ทรัพย์ตกมาเป็นส่วนควบกับที่ดินแล้ว เจ้าของที่ดินผู้มียกรรมสิทธิ์ในที่ดินอันเป็นทรัพย์ประเภทนี้

<sup>46</sup> มาตรา 1315 บัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือน หรือทำการก่อสร้างอย่างอื่นซึ่งติดที่ดิน หรือเพาะปลูกต้นไม้หรือธัญชาติในที่ดินของตนด้วยสัมภาระของผู้อื่น ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของสัมภาระแต่ต้องใช้ค่าสัมภาระ”

<sup>47</sup> Zweigert, Konrad, *supra* note 2, p. 123.

ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในส่วนควบทั้งหลายของทรัพย์สินนั้น<sup>48</sup> อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาถึงความเสี่ยงภัยในสัมภาระที่ถูกจัดหาโดยผู้กระทำการงานแล้ว ความเสี่ยงภัยในสัมภาระจะต้องเป็นไปตามมาตรา 603 คือถ้าเกิดภัยพิบัติกับสัมภาระที่ผู้รับจ้างได้จัดหามาแล้วก่อนที่จะมีการส่งมอบ ผู้รับจ้างต้องเป็นผู้รับผลของภัยพิบัตินั้น และผู้ว่าจ้างไม่ต้องใช้สินจ้าง

---

<sup>48</sup> ประมุข สุวรรณศร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30, น.144.