

ปัญหาผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญารับหมาก่อสร้าง

นาง ฐณวดี ชาญฤทธิเสนา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

Problems concerning Consequences of the Revocation of Hire of Work Contract:

a Particular Study on Construction Contract

Mrs. Tanawadee Chanrittisan

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

For the Degree of Master of Laws in Laws

Common Course

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2018

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ:ศึกษาเฉพาะกรณี  
สัญญารับเหมาก่อสร้าง

โดย

นาง ฐณวดี ชาญฤทธิเสนา

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.ศรินทร์กรณ์ โสทธิพันธ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

.....กรรมการ

(อาจารย์ ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน)

ฐณวดี ชาญญุทธิเสน: ปัญหาผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญารับเหมาก่อสร้าง  
(Problems concerning Consequences of the Revocation of Hire of Work Contract: a Particular Study on  
Construction Contract) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, 193 หน้า

ในกรณีที่สัญญารับเหมาก่อสร้างไม่ได้กำหนดเรื่องผลของการเลิกสัญญาเอาไว้ จำเป็นจะต้องนำบทบัญญัติในมาตรา 391 เรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไปมาบังคับใช้ กล่าวคือ การกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมเสมือนมิได้ทำสัญญาต่อกัน ทั้งนี้ ผลของการเลิกสัญญาตามบทบัญญัติดังกล่าวขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างเนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาของสัญญาและในระหว่างที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้นั้นผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต่างก็สมประโยชน์กันทั้งสองฝ่าย ดังนั้น เมื่อสัญญารับเหมาก่อสร้างเลิกกันจึงควรให้มีผลเป็นการสิ้นสุดสัญญา โดยสิ้นความผูกพันกันไปในอนาคต

เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส เรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างพบว่า ผลของการเลิกสัญญาตามกฎหมายเยอรมันนั้นมีทั้งการเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Rücktritt) และการสิ้นสุดสัญญาที่มีผลไปในอนาคต(Kündigung) สำหรับการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างซึ่งเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่งนั้นอาจส่งผลไปสู่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือการสิ้นไปในอนาคตได้ แล้วแต่กรณี ส่วนตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ผลของการเลิกสัญญามี 2 แบบเทียบเคียงกันได้กับกฎหมายเยอรมัน และสำหรับผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างในกฎหมายอังกฤษนั้นก็เป็นการเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคตอันส่งผลให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากการชำระหนี้ภายหลังจากการเลิกสัญญาแล้ว แต่หากมีหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการเลิกสัญญา คู่สัญญายังคงต้องรับผิดชอบใช้กันอยู่

ส่วนในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา ก็บังคับตามนั้น ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract) ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 391 ได้ ไม่ตกเป็นโมฆะ เพราะมาตรา 391 นี้มิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 151 เมื่อได้ทำการศึกษารเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว พบว่ากฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส ต่างยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract) คู่สัญญาสามารถตกลงกันอย่างไรก็ได้ แต่จะต้องไม่ขัดกับนโยบายสาธารณะ(Public Policy) และไม่ขัดต่อกฎหมาย หากความตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายแต่ไปขัดกับนโยบายสาธารณะ หรือขัดต่อกฎหมาย ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้

จากที่ได้ศึกษาเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ทั้งกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะ ดังนี้ 1.กรณีการใช้สิทธิเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างโดยผู้ว่าจ้างซึ่งไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุใดๆ ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการตีความว่าการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 605 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นผลของการเลิกสัญญา โดยไม่จำเป็นต้องนำผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามมาตรา 391 มาใช้บังคับอีก 2.สำหรับกรณีการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างโดยมีเหตุสำคัญ ผู้เขียนเสนอแนะให้ตีความมาตรา 391 วรรคสาม เพิ่มเติมโดยให้นำแบบอย่างการตีความมาจากมาตรา 346 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งได้บัญญัติในเรื่องการชำระค่าแห่งการงานสำหรับกรณีที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ไว้อย่างชัดเจน

สาขาวิชา นิติศาสตร์ ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา 2561 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก.....

# # 5885964134 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: Rescission/Termination/Restitution/Revocation

TANAWADEE CHANRITTISAN: Problems concerning Consequences of the Revocation of Hire of Work Contract: a Particular Study on Construction Contract.

ADVISOR: LECT.DR. KANSAK BEJLANANDA, 193 pp.

For a construction contract that does not stipulate the consequences of the contract revocation, section 391 of the Thai Civil and Commercial Code, which prescribes the general consequence of contract revocation (i.e. the restitution after rescission), will be applied. It will be the case that each party is bound to restore the other to the former condition as if the contract has never been made. However, the specified contract revocation consequence is not align with the nature of construction contract since, in general, construction contract constitutes certain obligations for both parties to perform its own obligations periodically within the contract period. In addition, within the period of contract obligation, both employer and contractor mutually gain its own benefits. Consequently, if the construction contract is terminated, the consequence should be a contract termination, rather than a contract rescission, which will release both parties from their obligations to effect and to receive future performance.

According to the comparative research among Thai laws, English law, German law, and French law regarding the consequence of contract revocation, under German law, contract revocation consequence consists of both contract rescission, which leads to restitution (Rücktritt), and contract termination, which releases both parties from their obligations to effect and to receive future performance (Kündigung). That is to say, the consequences from the revocation of construction contract, which is one type of the hire of work contracts, could lead to the restitution or the release of obligations to effect and to receive future performance, as the case may be. Under French law, there are also two types of contract revocation consequences, which are comparable to those specified under German law. For English law, the consequence of construction contract revocation is a termination which release the obligations to effect and to receive further performance. Each party will be discharged from its own obligations after the contract has been terminated. However, if there are any obligations occurred prior to the contract termination, each party is still obliged and has their liabilities toward each other.

In case both parties have specified the consequence of revocation in their contract, such contract will be enforced accordingly, in accordance with the Freedom of Contract principle. Both parties are able to stipulate the consequence of contract revocation to be differ from those specified under section 391 of the Thai Civil and Commercial Code. This is not void under Thai law since section 391 is not considered as a law which relates to public order or good moral. Comparing to English law, German law and French law, the Freedom of Contract principle is recognized under the law of these foreign counties. Both Parties are able to arrange for an agreement based on their decision on the basis that it is not conflicted to the public policy and the law prohibition. If the agreement is conflicted to the public policy or the law prohibition, such agreement will be void. The agreement will consequently be unenforceable.

From the studies in relation to the consequence of contract revocation under Thai laws, English law, German law, and French law, there are two proposed solutions as follows: 1. In case the employer exercises the right to terminate the construction contract, which could be exercised without any reasons, there should be an interpretation that the provision of compensation under section 605 of the Civil and Commercial Code is considered as the consequence of contract revocation, without applying the general consequence of contract revocation under section 391 and; 2. In case the construction contract is rescinded for an important reason, paragraph 3 of section 391 should be interpreted by taking into account the interpretation of section 346 of the German Civil Code, which stipulates clearly that there will be a compensation provided for the case where the restitution could not be executed.

Field of Study:	Laws	Student's Signature .....
Academic Year:	2018	Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีอันเนื่องมาจากความกรุณายิ่งของอาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่สละเวลาอันมีค่าของอาจารย์คอยให้คำแนะนำและให้คำปรึกษาที่ดีในการปรับแก้วิทยานิพนธ์เล่มนี้จนมาเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์ ตลอดจนให้กำลังใจแก่ผู้เขียนอย่างยิ่งตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้มา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์มา ณ โอกาสนี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ที่ได้กรุณาเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน ที่ได้กรุณามาเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์นี้ และท่านได้สละเวลาอันมีค่าในการอ่านวิทยานิพนธ์และเสนอแนะแนวทางการปรับแก้วิทยานิพนธ์เพื่อให้สมบูรณ์ที่สุดด้วย คำแนะนำของอาจารย์ทุกท่านมีค่าสำหรับงานวิทยานิพนธ์เล่มนี้มากๆค่ะ ขอกราบขอบพระคุณจริงๆค่ะ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อ พล.ต. วิชิต วงศ์สังข์ และคุณแม่ นางศศิวิทย์ วงศ์สังข์ ที่คอยถามไถ่ถึงความคืบหน้าของวิทยานิพนธ์เล่มนี้และให้กำลังใจกับผู้เขียนตลอดมา ยิ่งไปกว่านั้นขอขอบคุณ คุณภักธร ชาญฤทธิเสน ที่คอยให้กำลังใจอย่างมากในช่วงที่ผู้เขียนรู้สึกท้อแท้กับการทำวิทยานิพนธ์นี้ ตลอดจนช่วยดูแลผู้เขียนในช่วงที่ต้องเร่งจัดทำเล่มวิทยานิพนธ์นี้ด้วย นอกจากนี้ผู้เขียนต้องขอขอบคุณญาติๆ ครอบครัววงศ์สังข์ ครอบครัววงษ์สมบัติ และ ครอบครัวชาญฤทธิเสน สำหรับกำลังใจที่มีให้กันมาโดยตลอด

ผู้เขียนต้องขอขอบคุณคุณเจ้านาย คุณณัชฐา ประโมจรรย์ เพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ในที่ทำงานบริษัทอิตัลไทย วิศวกรรม จำกัด เพื่อนๆ กลุ่มใสใส เพื่อนนิสิตศาสตร์ จุฬาฯ รุ่น 50 ที่คอยให้กำลังใจผู้เขียนตั้งแต่ช่วงเรียนจนถึงช่วงจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ ขอขอบคุณเพื่อนๆ นิสิตศาสตร์มหาบัณฑิตที่ร่วมฝ่าฟันทำเล่มวิทยานิพนธ์จนมาถึงวันนี้ ยิ่งไปกว่านั้นขอขอบคุณทุกกำลังใจจากทุกๆ ช่องทางซึ่งมีให้ผู้เขียนเสมอมาซึ่งผู้เขียนไม่สามารถเอ่ยนามได้หมดทุกคน

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณตนเองที่ยึดมั่นเสมอว่า Never Give Up, While There is Hope ผู้เขียนไม่ยอมแพ้แม้จะเจออุปสรรคมากมายจากการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่สนใจทุกท่านไม่มากก็น้อย หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ขาดตกบกพร่องไปประการใด ผู้เขียนต้องขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย และผู้เขียนขออ้อมรับในความบกพร่องที่เกิดขึ้นแก่วิทยานิพนธ์ไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	6
บทที่ 2 สัญญาจ้างทำของ ประเภทสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	9
2.1 ความหมายและประเภทสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	12
2.1.1 ความหมายของสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	12
2.1.2 ลักษณะของสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	14
2.1.3 ประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	25
2.2 ข้อสัญญาสำคัญในสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	38
2.2.1 ข้อตกลงเรื่องการจ่ายเงิน (Payment Term).....	38
2.2.2 หลักประกันตามสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	43
2.2.3 บทปรับ.....	44
2.3 ตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างเรื่อง ผลของการเลิกสัญญา.....	45
2.3.1 ตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างฉบับภาษาไทย เรื่องผลของการเลิกสัญญา.....	45
2.3.2 ตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้าง ฉบับภาษาอังกฤษ เรื่องผลของการเลิกสัญญา.....	48
บทที่ 3 ผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญาทั่วไป.....	60
3.1 กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันไว้ในสัญญา.....	60
3.1.1 กฎหมายไทย.....	60

3.1.2 กฎหมายอังกฤษ.....	85
3.1.3 กฎหมายเยอรมัน.....	88
3.1.4 กฎหมายฝรั่งเศส.....	92
3.2 กรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันไว้ในสัญญา.....	97
3.2.1 กฎหมายไทย.....	97
3.2.2 กฎหมายอังกฤษ.....	101
3.2.3 กฎหมายเยอรมัน.....	102
3.2.4 กฎหมายฝรั่งเศส.....	105
บทที่ 4 ผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	109
4.1 กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา.....	109
4.1.1 กฎหมายไทย.....	109
4.1.2 กฎหมายอังกฤษ.....	121
4.1.3 กฎหมายเยอรมัน.....	127
4.1.4 กฎหมายฝรั่งเศส.....	134
4.2 กรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา.....	136
4.2.1 กฎหมายไทย.....	136
4.2.2 กฎหมายอังกฤษ.....	141
4.2.3 กฎหมายเยอรมัน.....	141
4.2.4 กฎหมายฝรั่งเศส.....	143
4.3 เปรียบเทียบผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	144
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเฉพาะกรณีสัญญารับเหมาก่อสร้าง.....	151
5.1 กรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา.....	151
5.2 กรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา.....	179
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	187
รายการอ้างอิง.....	194
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	198



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันนั้นมีการเจริญเติบโตรวดเร็วมาก คงปฏิเสธไม่ได้ว่าธุรกิจที่กำลังเป็นที่สนใจและน่าจับตามองในขณะนี้คือ ธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง เมื่อบ้านเมืองต้องการการขยายการเติบโตทางเศรษฐกิจ การก่อสร้างจึงเป็นปัจจัยสำคัญอย่างมากในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ เช่น ก่อสร้างตึกสูงขนาดใหญ่ ก่อสร้างทางด่วน ก่อสร้างถนน ก่อสร้างสะพาน ก่อสร้างโรงงาน ก่อสร้างโรงไฟฟ้า ก่อสร้างทางรถไฟ เป็นต้น นอกจากนี้ ในปัจจุบัน การก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ นั้น มักจะมีการร่วมลงทุนระหว่างบริษัทสัญชาติไทย และบริษัทต่างชาติ อาจร่วมกันในรูปแบบกิจการร่วมค้า (Joint Venture) หรืออาจจะร่วมกันในรูปแบบกิจการร่วม (Consortium) หรือในบางครั้งอาจเป็นเพียงการที่บริษัทต่างชาตินำให้การสนับสนุนทางการเงินให้กับบริษัทสัญชาติไทยเพื่อรับงานในโครงการขนาดใหญ่ของประเทศ ในส่วนของการร่วมลงทุนกับบริษัทต่างชาตินั้นจำเป็นต้องมีสัญญาในการปฏิบัติงานร่วมกันซึ่งจะระบุรายละเอียดของงานในโครงการนั้น (Scope of work) ไว้ นอกจากนี้ยังระบุเกี่ยวกับเรื่องการจ่ายเงิน (Payment Term) การรับประกันการทำงาน หน้าที่และความรับผิดชอบร่วมกัน การรับประกันความชำรุดบกพร่อง การเลิกสัญญา และผลของการเลิกสัญญา ไว้ด้วย ในส่วนของข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างเรื่อง ผลของการเลิกสัญญานั้น โดยส่วนใหญ่แล้วจะระบุรายละเอียดว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันอย่างไรภายหลังจากสัญญาเลิกกันแล้ว คู่สัญญาจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายและหรือค่าเสียหายต่อกันอย่างไรบ้าง ซึ่งพบว่า ข้อสัญญารับเหมาก่อสร้าง เรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391<sup>1</sup> ซึ่งเกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่า ข้อสัญญา

---

<sup>1</sup> มาตรา 391 เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น

รับเหมาก่อสร้างในเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 นั้น สามารถใช้บังคับปฏิบัติกันได้มากน้อยเพียงไร และอีกประการหนึ่ง คือ กฎหมายไทย นั้นไม่มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างซึ่งเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง จึงต้องนำมาตรา 391 ซึ่งเป็นเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไป มาบังคับใช้ เมื่อพิจารณาเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 ที่บัญญัติไว้ว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม...” การกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนหนึ่งว่าไม่ได้มีข้อสัญญาต่อกัน นั้น จะไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างซึ่งเป็นสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆตามความก้าวหน้าของงาน มีการส่งมอบงานตามงวดงานที่ได้ตกลงกันไว้ซึ่งก็สมประโยชน์กันระหว่างคู่สัญญาแล้วในระหว่างที่สัญญา ยังมีได้เลิกกัน ดังนั้น การกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 391 นั้น จะเป็นการยากที่จะปฏิบัติต่อกันได้ ทั้งจะเป็นการเสียหายแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น หากเป็นโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของประเทศก็จะกระทบกับเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมได้

จากการศึกษาคำพิพากษาในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง นั้น พบว่า ศาลฎีกาได้ตัดสินให้ผลของการเลิกสัญญานั้นมีผลย้อนหลังไปในอดีต โดยให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม มิได้มีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1188/2549

“จำเลยซึ่งเป็นผู้รับจ้าง ก่อสร้างอาคารไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาที่ระบุไว้ในสัญญา และ จนถึงเวลาที่โจทก์ในฐานะผู้ว่าจ้างมีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลย จำเลยก็ยังไม่สามารถก่อสร้างอาคารให้แล้วเสร็จได้ พฤติการณ์เช่นนี้โจทก์หาจำเป็นต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้จำเลยชำระหนี้ก่อนบอกเลิกสัญญาไม่ เพราะถึงอย่างไรจำเลยก็ไม่อาจหรือไม่มีเจตนาที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาได้อยู่ดี โจทก์ชอบที่จะบอกเลิกสัญญาเสียได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อน การบอกเลิกสัญญาของโจทก์ชอบแล้ว เมื่อสัญญาเลิกกันคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม จำเลยจึงต้องคืนเงินที่ได้รับไว้และเสียดอกเบี้ยแก่โจทก์ด้วยนับแต่เวลาที่ได้รับไว้ตามป.พ.มาตรา391”<sup>2</sup>

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่

<sup>2</sup> สำนักวิชาการ, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 118/2549,” [ออนไลน์], 12 มิถุนายน 2562. แหล่งที่มา [https://deka.in.th/view-](https://deka.in.th/view-268573.html)

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นเห็นได้ชัดว่า ศาลฎีกายังคงยึดหลักเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมกับสัญญารับเหมาก่อสร้างอยู่ ทั้งๆที่สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมิได้มีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไปที่มีการปฏิบัติชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว หากแต่เป็นสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ ตามความสำเร็จของงานในแต่ละช่วงซึ่งเมื่อเลิกสัญญาแล้วควรจะมีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคตมากกว่าจะให้ผลย้อนหลัง คือ กลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งสิ่งเหล่านี้สะท้อนให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ประมวลกฎหมายหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในเรื่องผลของการเลิกสัญญาและจ้างทำของนั้น ยังไม่สามารถตอบโจทย์เพื่อแก้ปัญหาผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างในปัจจุบันได้

นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 391 นั้น ได้บังคับใช้กันมาเป็นระยะเวลายาวนานมากแล้ว ซึ่งบริบทของสังคมและเศรษฐกิจโลกได้เปลี่ยนแปลงไปมากแล้ว แต่เดิมอาจมีเพียงมาตรา 391 เรื่อง ผลของการเลิกสัญญา ก็สามารถที่บังคับกับสัญญาเป็นการทั่วไปได้ แต่ปัจจุบันนั้นอาจมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หรือออกกฎหมายเฉพาะสำหรับบังคับกับสัญญารับเหมาก่อสร้างเหมือนอย่างกฎหมายในต่างประเทศหรือไม่ เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆตามความก้าวหน้าของงาน อันจะก่อให้เกิดความยุติธรรมระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริงเมื่อมีการเลิกสัญญากัน

## 1.2 สมมติฐานของการศึกษา

กรณีที่ไม่มีการมีข้อสัญญากำหนดผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ กฎหมายให้บังคับตาม มาตรา 391 เรื่องผลของการเลิกสัญญา กล่าวคือ ให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมเสมือนมิได้ทำสัญญากัน แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างบางประเภท เป็นสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆตามความก้าวหน้าของงาน การจะให้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมนั้น จะเป็นการขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้าง ดังนั้น ควรเป็นการเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต

## 1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาทำความเข้าใจ สัญญาจ้างทำของ ประเภท สัญญารับเหมาก่อสร้าง
2. เพื่อศึกษาทำความเข้าใจลักษณะเฉพาะของสัญญารับเหมาก่อสร้างแต่ละประเภท ตลอดจนข้อตกลงที่มีลักษณะสำคัญของสัญญารับเหมาก่อสร้าง

3. เพื่อศึกษาตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้าง เรื่อง ผลของการเลิกสัญญา ทั้งสัญญาภาษาไทย และ สัญญาภาษาอังกฤษ
4. เพื่อศึกษาที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไป ตามมาตรา 391 และศึกษามาตรา 391 ถึงความเหมาะสมในการบังคับใช้กับสัญญารับเหมาก่อสร้าง ซึ่งเป็นสัญญาที่มีธรรมชาติเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆตามความก้าวหน้าของงานในแต่ละช่วง
5. เพื่อศึกษาทำความเข้าใจและเปรียบเทียบเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ
6. เพื่อศึกษาทำความเข้าใจและเปรียบเทียบเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ
7. เพื่อคิดวิเคราะห์ปัญหาผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ในกรณีที่มีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ในสัญญา
8. เพื่อคิดวิเคราะห์ปัญหาผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ในสัญญา
9. เพื่อกำหนดแนวทางในการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้กว้างขวางขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ มิใช่การชำระหนี้แบบครั้งหนึ่งคราวเดียวเหมือนสัญญาทั่วไป

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตในการศึกษาจะมุ่งเน้นศึกษาเรื่องผลของการเลิกสัญญาโดยศึกษานั้นเฉพาะไปที่สัญญารับเหมาก่อสร้างภาคเอกชนเท่านั้น ทั้งที่ปรากฏตามกฎหมายทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และที่ปรากฏในมาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างทั้งฉบับภาษาไทย และฉบับภาษาอังกฤษ สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างฉบับภาษาอังกฤษนั้นจะศึกษามาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างของ FIDICซึ่งจัดทำโดยองค์กรวิศวกรที่ปรึกษาระหว่างประเทศ (International Federation of Consulting Engineers), มาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้าง VOB/B ของประเทศเยอรมัน และมาตรฐานสัญญา JCT(Joint Contract Tribunal) ของอังกฤษ โดยจะนำตัวอย่างสัญญารับเหมาก่อสร้าง มาพิจารณาด้วย ทั้งนี้จะนำมาเปรียบเทียบว่า ข้อสัญญาเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมา

ก่อสร้างเหมือนหรือต่างจากผลของการเลิกสัญญาทั่วไป มาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้จะศึกษาเปรียบเทียบเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายไทย กับกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อนำมาประยุกต์ใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 เรื่อง ผลของการเลิกสัญญา ให้สามารถใช้อย่างบังคับให้สอดคล้องกับลักษณะธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างตามที่ได้อธิบายไปข้างต้น

ยิ่งไปกว่านั้น จะวิเคราะห์ถึงปัญหาในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ทั้งที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา และ ที่ไม่ได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้

### 1.5 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษารวบรวมข้อมูลจากเอกสารที่เกี่ยวข้องต่างๆ อาทิเช่น หนังสือ ตำรา เอกสาร วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ โดยในการศึกษานั้นจะศึกษาเปรียบเทียบทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 391 และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส เรื่อง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไป และ ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาว่า ผลของการเลิกสัญญาตามกฎหมายไทยเหมาะสมกับธรรมชาติของสัญญาจ้างก่อสร้างหรือไม่ อย่างไร และมีแนวทางใดหรือไม่ที่จะนำมาประยุกต์ ต่อยอดใช้ให้เกิดประโยชน์กับเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ได้

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้เข้าใจถึงสัญญาจ้างทำของ ประเภท สัญญารับเหมาก่อสร้าง
2. ทำให้เข้าใจถึงลักษณะเฉพาะของสัญญารับเหมาก่อสร้างแต่ละประเภท ตลอดจนข้อตกลงที่มีลักษณะสำคัญของสัญญารับเหมาก่อสร้าง
3. ทำให้เข้าใจถึงตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้าง เรื่อง ผลของการเลิกสัญญา ทั้งสัญญาภาษาไทยและสัญญาภาษาอังกฤษ
4. ทำให้เข้าใจถึงที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไป ตามมาตรา 391 และศึกษามาตรา 391 ถึงความเหมาะสมในการบังคับใช้กับสัญญารับเหมาก่อสร้าง

ซึ่งเป็นสัญญาที่มีธรรมชาติเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆตามความก้าวหน้าของงานในแต่ละช่วง

5. ทำให้เข้าใจและสามารถเปรียบเทียบเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศได้

6. ทำให้เข้าใจและสามารถเปรียบเทียบเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศได้

7. ทำให้เข้าใจและสามารถวิเคราะห์ปัญหาผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ในกรณีที่มีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ในสัญญา

8. ทำให้เข้าใจและสามารถวิเคราะห์ปัญหาผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ในสัญญา

9. ทำให้เข้าใจและสามารถกำหนดแนวทางในการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยให้กว้างขวางขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ ตามความก้าวหน้าของงานในแต่ละช่วง มิใช่การชำระหนี้แบบครั้งหนึ่งคราวเดียวเหมือนสัญญาทั่วไป

## 1.7 ทบทวนวรรณกรรม

วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง มีดังนี้

1.ปัญหาการเลิกสัญญาจ้างทำของ ศึกษาเฉพาะการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของผู้ว่าจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 605 โดยนายสนธิ กังสนารักษ์ ปี 2530 : วิทยานิพนธ์เล่มนี้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์การเลิกสัญญาจ้างทำของเฉพาะกรณีการเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวของผู้ว่าจ้าง โดยศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์ ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งของไทยและคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์ ศึกษาปัญหาการเลิกสัญญาจ้างทำของฝ่ายเดียวของผู้ว่าจ้าง

2. ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน โดย นายจตุพล หวังสู่วัฒนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปี 2540 : วิทยานิพนธ์เล่มนี้ศึกษาถึงผลของการเลิกสัญญาประเภทต่างๆ ทั้งสัญญาที่มีการปฏิบัติชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว เช่น สัญญาซื้อขาย เป็นต้น และ สัญญาที่มีการปฏิบัติชำระหนี้เป็นช่วงๆ เช่น เช่าทรัพย์ สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น นอกจากนี้ยังศึกษาเปรียบเทียบ

ความแตกต่างของผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน โดยศึกษากฎหมายโรมัน กฎหมายญี่ปุ่น กฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อิตาลี อังกฤษ

**3. สิริินภา ไทรนนทรี , ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายหลังการเลิกสัญญา ของ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560 :** สำหรับวิทยานิพนธ์เล่มนี้นั้นได้มุ่งเน้นตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคท้าย โดยศึกษาในประเด็นเรื่องการเรียกค่าเสียหายจากการเลิกสัญญา จะมีสถานะและผลทางกฎหมายอย่างไร จะแปลงสภาพมาเป็นหนี้จากการเลิกสัญญาหรือไม่ วิเคราะห์ถึงกฎหมายที่บัญญัติไว้ในการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 391 ว่ามีผลต่อการเรียกค่าเสียหาย จากการเลิกสัญญาอย่างไร และควรมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ให้ถูกต้อง เหมาะสมกับสภาวะ ปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักทฤษฎีของกฎหมาย และคุ้มครองการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาจะต้องอยู่ในขอบเขตที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นและไม่ถูกนำไปใช้เพื่อหาประโยชน์โดยมิชอบภายหลังการเลิกสัญญา

แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้น มุ่งเน้นการศึกษา “ปัญหาการเลิกสัญญาจ้างทำของ ศึกษา เฉพาะกรณีสัญญารับเหมาก่อสร้าง” โดยจะเน้นไปที่ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง นำเอา มาตรา 391 ทั้งมาตรามาวิเคราะห์พิจารณาไม่เพียงแต่การพิจารณาเรื่องค่าเสียหายจากการเลิก สัญญาเท่านั้น นอกจากนี้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาลงไปในเรื่องละเอียดของสัญญารับเหมาก่อสร้างและ ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างเป็นการเฉพาะ

**4.พรสวรรค์ บัวหลวงราช, การเลิกสัญญา: วิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบระหว่าง กฎหมายแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวกับกฎหมายไทย ของ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558:** สำหรับวิทยานิพนธ์นี้นั้นจะมุ่งศึกษาเรื่อง การเลิกสัญญาตาม กฎหมาย โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่าง กฎหมายแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว กับ กฎหมายไทย เป็นหลัก ทั้งนี้สำหรับกฎหมายไทยมุ่งศึกษา มาตรา 386-389 ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ เพื่อนำไปปรับปรุงกฎหมายแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เรื่อง การเลิก สัญญา ให้ดียิ่งขึ้น ให้มีความชัดเจนขึ้น และสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมของสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาวได้

**5.ปราณี ตั้งเสรี, ปัญหาการเลิกสัญญา: ศึกษากรณีการเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ ของ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545:** ศึกษาจำกัดเฉพาะปัญหาการเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์

โดยข้อสัญญาจากการทำผิดสัญญาเช่าเท่านั้น โดยทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากข้อกำหนดต่างๆ และแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกา

**6.ไกรวิณี สุนทรমন, สิทธิของผู้ว่าจ้างในสัญญาจ้างทำของ ของ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551:** ศึกษาในส่วนของสิทธิการเลิกสัญญาของผู้ว่าจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นหลัก โดยเน้นศึกษาในส่วนบททั่วไป และบทเฉพาะ นอกจากนี้ยังมุ่งวิเคราะห์ศึกษาถึงขอบเขตของการใช้และการตีความของบทบัญญัติมาตรา 605 พร้อมกับเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และหลักสัญญาของประเทศอังกฤษ



## บทที่ 2

### สัญญาจ้างทำของ ประเภทสัญญารับเหมาก่อสร้าง

สัญญาจ้างทำของ(Hire of Work) นั้นเป็นเอกเทศสัญญา อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 7 บรรพที่ 3 ตั้งแต่มาตรา 587-607 ซึ่งลักษณะของสัญญาจ้างทำของได้ถูกนิยามไว้ในมาตรา 587 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

จากนิยามในมาตรา 587 นั้น ทำให้เข้าใจได้ว่า สัญญาจ้างทำของนั้นเป็นสัญญาสองฝ่าย กล่าวคือ มีผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง โดยผู้รับจ้างนั้นรับที่จะทำการงานสิ่งหนึ่งสิ่งใดให้แก่ผู้ว่าจ้างเพื่อประโยชน์ตามที่ผู้ว่าจ้างประสงค์ และผู้ว่าจ้างรับว่าจะจ่ายค่าจ้างให้ต่อเมื่อผู้รับจ้างทำการงานนั้นให้สำเร็จตรงตามความประสงค์ของผู้ว่าจ้าง ตัวอย่างสัญญาจ้างทำของที่พบเห็นในชีวิตประจำวัน เช่น สัญญารับเหมาก่อสร้าง<sup>3</sup> สัญญาจ้างที่ปรึกษา สัญญาจ้างออกแบบตกแต่งภายใน สัญญาจ้างทำบัญชี เป็นต้น

---

<sup>3</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 745/2512 จำเลยผู้ว่าจ้างได้จ้างโจทก์ผู้รับจ้างก่อสร้างตึกแถว เมื่อจำเลย หรือ ฟ. พบเห็นสิ่งใดที่โจทก์ทำไว้บกพร่องได้ทักท้วงบอกให้โจทก์แก้ไข และได้ตกลงกันทำบันทึกระบุวิธีแก้ไขไว้ ย่อมมีผลว่าเรื่องที่ได้ทักท้วงตกลงกันไปแล้วก็เป็นอย่างอื่นไปไปตามข้อตกลงใหม่ แต่ข้อบกพร่องอื่นๆ ที่ยังไม่ได้พูดถึงจะถือว่าจำเลยยอมรับเอาทุกอย่างหาได้ไม่

อนึ่งโจทก์เป็นช่างก่อสร้าง เอาแบบแปลนที่เขียนขึ้นคร่าวๆ ไม่มีรายละเอียดให้ก่อสร้างได้สะดวกมาต่อท้ายสัญญาจ้างโจทก์ยอมเป็นฝ่ายไม่สุจริตไม่มีสิทธิเรียกเอาค่าจ้างจากจำเลยผู้ว่าจ้างแต่การที่จำเลยเข้าทำสัญญาจ้างโดยไม่พิจารณาว่าแบบแปลนใช้ก่อสร้างได้หรือไม่ เพราะรายละเอียดไม่มีพอ เป็นเหตุให้ต้องบอกโจทก์แก้ไขเพิ่มเติมสิ่งก่อสร้างบ่อยๆถือว่าจำเลยมีส่วนผิดอยู่ด้วย จำเลยเป็นผู้ไม่สุจริต มีส่วนผิดที่ต้องเลิกสัญญา จำเลยจึงไม่อาจฟ้องแย้งเรียกค่าเสียหายเพราะโจทก์ก่อสร้างไม่สำเร็จได้

โจทก์จำเลยต่างมีส่วนผิด บอกเลิกสัญญากันไปแล้ว การก่อสร้างที่โจทก์ลงทุนลงแรงไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391เมื่อเลิกสัญญากัน ให้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมส่วนการงานอันได้กระทำให้ ก็ให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆการจะให้โจทก์หรือสัณหาระของโจทก์ไปยอมเสียหายแก่โจทก์มาก การก่อสร้างที่ทำไปแล้วเชื่อว่าใช้ไม่ได้เสียหายที่เดียวจำเลยยังอาจแก้ไขทำต่อใช้ประโยชน์ได้ จึงให้จำเลยรับเอาสิ่งปลูกสร้าง และค่าการงานชดใช้แก่โจทก์

สัญญาจ้างทำของ ไม่จำเป็นต้องเป็นการจ้างทำสิ่งของเป็นวัตถุมีรูปร่าง เช่น การสร้างถนน สร้างตึก สัญญาจ้างทำของยังอาจเป็นการทำงานที่ได้ผลสำเร็จของงานเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างก็ได้ เช่น จ้างว่าความ จ้างล้างรถ จ้างแสดงภาพยนตร์ จ้างกำจัดปลวก เป็นต้น<sup>4</sup>

ลักษณะเด่นของสัญญาจ้างทำของ คือในการทำการงานอย่างใด ๆ ให้สำเร็จนั้น จะต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของผู้รับจ้าง อาทิเช่น การจ้างสถาปนิกออกแบบบ้าน การจ้างวิศวกรควบคุมงานก่อสร้าง การจ้างนักบัญชีให้ทำบัญชีให้ จ้างที่ปรึกษากฎหมายให้คำปรึกษากฎหมายในเรื่องสำคัญ เป็นต้น นอกจากนี้ในการทำงานบางอย่าง อาจต้องอาศัยผู้ที่ได้รับใบอนุญาตให้ทำในการงานนั้นๆเป็นการเฉพาะจึงจะสามารถทำได้ เช่น วิศวกร สถาปนิก ทนายความ นักบัญชี เป็นต้น

สัญญาจ้างทำของนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ต่างจากสัญญาจ้างแรงงาน<sup>5</sup> คือ ผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการแต่เฉพาะแรงงานของผู้รับจ้างเท่านั้น หากแต่ผู้ว่าจ้างมุ่งที่ผลสำเร็จของงานนั้นๆ ดังตัวอย่าง

**คำพิพากษาฎีกาที่ 1374/2513** ผู้แทนโจทก์ได้ทำสัญญาว่าจ้างให้จำเลยซ้กลากไม้สักของกลางจำนวน 60 ท่อน จากป่าละหารไปส่งมอบให้โจทก์ที่บ้านพุทราให้เสร็จสิ้นครบถ้วนภายในเวลาที่กำหนดไว้ ถ้าซ้กลากมาส่งมอบไม่เสร็จทันภายในกำหนดเวลา จำเลยยอมให้ปรับเป็นรายวัน วันละ 100 บาท ค่าจ้างซ้กลากไม้ซ้ตกลงกันให้คิดตามปริมาตรไม้ที่ส่งมอบแล้ว ในอัตราลูกบาศก์เมตรละ 60 บาท แม้ในสัญญาจะมีข้อความว่า โจทก์หรือผู้แทนโจทก์มีสิทธิจะเข้ามาตรวจการงานได้ตลอดเวลา สัญญานี้ก็เป็นสัญญาจ้างทำของ ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงานแต่อย่างใด เพราะจากสัญญานั้นเห็นได้ว่าจำเลยเพียงแต่รับจ้างซ้กลาก อันเป็นการขนเฉพาะไม้รายนี้ให้โจทก์ให้เสร็จภายในเวลาที่กำหนด โดยโจทก์คิดค่าจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการงานตามจำนวนไม้ที่จำเลยส่งมอบให้ หากใช้เป็นสัญญาที่จำเลยมีหน้าที่จะต้องขนไม้รายอื่นๆให้โจทก์อยู่ตลอดเวลาที่จ้างไม่

นอกจากนี้สัญญาจ้างทำของนั้นแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงานตรงที่ สัญญาจ้างแรงงานนั้นนายจ้าง มีอำนาจบังคับบัญชาให้ลูกจ้างทำงานให้ตน แต่สัญญาจ้างทำของนั้นผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาให้ผู้รับจ้างทำงานให้สำเร็จแต่อย่างใด ผู้รับจ้างมีอิสระเต็มที่ในการทำการงานนั้นๆ ดัง

<sup>4</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รัชชน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม,2553). หน้า 103.

<sup>5</sup> มาตรา 575 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้”

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 2112/2525 จำเลยว่าจ้างโจทก์ให้ดอกเส้าเข็มจำนวน 18 ต้นของจำเลย ด้วยปิ่นจั่นของโจทก์ โจทก์และจำเลยตกลงค่าจ้างดอกเส้าเข็มกันเป็นรายต้น ต้นละ 1700 บาท โจทก์และจำเลยมุ่งถึงผลสำเร็จของการดอกเส้าเข็มเป็นสำคัญ โดยโจทก์หาต้องทำงานดอกเส้าเข็มภายใต้การบังคับบัญชาของจำเลยไม่ สัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยจึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ มิใช่สัญญาจ้างแรงงาน

นอกจากสัญญาจ้างทำของจะมีความคล้ายคลึงกับสัญญาจ้างแรงงานแล้ว สัญญาจ้างทำของยังคล้ายคลึงกับสัญญาอื่นๆด้วย อาทิเช่น สัญญาซื้อขาย เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ดูแล้ว ความต่างน่าจะอยู่ที่เจตนาระหว่างคู่สัญญาว่าประสงค์จะผูกพันกันในฐานะใด ทั้งนี้มีคำพิพากษาฎีกาสืบสนับสนุนมากมายในเรื่องนี้ ฎีกาที่น่าจะสนใจฎีกาหนึ่งคือ คำพิพากษาฎีกาที่ 265/2521<sup>6</sup>

สัญญาจ้างทำของนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ตอบแทนซึ่งกันและกัน ผู้รับจ้างทำการทำงานให้ผู้ว่าจ้างจนสำเร็จตามประโยชน์ที่ผู้ว่าจ้างมุ่งหวังไว้ ส่วนผู้ว่าจ้างก็จ่ายเป็นสินจ้างเพื่อการทำงานที่ผู้รับจ้างได้ทำสำเร็จนั้น สำหรับการจ่ายสินจ้างในสัญญาจ้างทำของนั้นมักจะจ่ายเป็นเงิน แต่ทั้งนี้และทั้งนั้นก็สามารถจ่ายเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นได้ด้วย<sup>7</sup>

สัญญารับเหมาก่อสร้างก็จัดเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง ซึ่งจะได้อธิบายความหมายและประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้างในลำดับต่อไป

<sup>6</sup> โจทก์จำหน่ายรองเท้าโดยผลิตเองบ้าง สั่งซื้อรองเท้าสำเร็จรูปจากต่างประเทศบ้าง และสั่งทำจากร้านต่างๆ ในประเทศบ้างนิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับร้านผู้ทำรองเท้าสำหรับรองเท้าที่ทำในประเทศจะเข้าลักษณะสัญญาประเภทใด ก็ย่อมต้องดูเจตนาและกริยาของคู่กรณีที่ประพุดติดต่อกัน เมื่อได้ความว่าโจทก์กับร้านผู้ทำรองเท้าตกลงกันเป็นเรื่องซื้อขายและปรากฏด้วยว่าผู้ทำรองเท้าเหล่านั้นได้ยื่นรายรับแสดงการชำระภาษีการค้า ในฐานะผู้ผลิตต่อกรมสรรพากร และชำระค่าภาษีไปแล้วจึงสนับสนุนให้เห็นเจตนาของโจทก์กับร้านเหล่านั้นว่ามุ่งที่จะกอนิติสัมพันธ์กันในทางซื้อขาย มิใช่เรื่องเจตนาจ้างทำของ ส่วนที่มีข้อตกลงให้ร้านผู้ทำรองเท้าต้องทำรองเท้าตามชนิดขนาด ลักษณะ แบบ และวัสดุที่โจทก์กำหนดจะผลิตออกจำหน่ายแก่ผู้อื่นไม่ได้ร้านผู้ทำรองเท้าต้องปฏิบัติตามเครื่องหมายการค้าของโจทก์บนรองเท้า และหีบห่อและต้องยินยอมให้โจทก์เข้าไปตรวจการผลิตรองเท้าก็เป็นเงื่อนไขที่คู่สัญญาซื้อขายอาจตกลงกำหนดเป็นข้อบังคับกันได้ ตามพยานโยบายของทั้งสองฝ่ายหาทำให้เจตนาของคู่สัญญาแปรเปลี่ยนไปไม่ เมื่อโจทก์เป็นผู้ซื้อรองเท้าดังกล่าวไม่ใช่ผู้ผลิตโจทก์ก็ไม่ต้องเสียภาษีการค้าในฐานะผู้ผลิตรองเท้านั้น

<sup>7</sup> ไผทชิต เอกกริชกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน.พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน,2561). หน้า 139-172.

## 2.1 ความหมายและประเภทสัญญารับเหมาก่อสร้าง

### 2.1.1 ความหมายของสัญญารับเหมาก่อสร้าง

สัญญารับเหมาก่อสร้าง ไม่มีนิยามในกฎหมาย ไม่ปรากฏชัดว่า เหตุใดในประเทศไทยจึงเรียกสัญญาจ้างก่อสร้างนี้ว่า “สัญญารับเหมาก่อสร้าง” จากการสันนิษฐาน อาจเป็นไปได้ว่า เกิดจากการที่การก่อสร้างในประเทศไทยมักจะนิยมจ้างแบบ “ราคาเหมา” จนทำให้เกิดคำพูดติดปากเรียก ผู้รับจ้าง ว่า ผู้รับเหมา จึงนำมาใช้เรียกสัญญาจ้างก่อสร้างว่า “สัญญารับเหมาก่อสร้าง” แม้บางครั้งสัญญาจ้างก่อสร้างเป็นแบบ “ราคาต่อหน่วย(Unit Price) ก็ตาม<sup>8</sup>

เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีเอกลักษณ์และลักษณะเด่นเฉพาะที่แตกต่างจากนิติกรรมสัญญาทั่วไป ดังนั้นจึงควรศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับสัญญารับเหมาก่อสร้างในเชิงลึกเพื่อประกอบความเข้าใจอันจะสามารถนำมาวิเคราะห์ต่อยอดในเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างได้ โดยในลำดับแรกต้องทำความเข้าใจกับสัญญารับเหมาก่อสร้างว่า สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นคืออะไร สัญญารับเหมาก่อสร้างมีกี่ประเภท อะไรบ้าง แต่ละประเภทมีความเหมือนและความแตกต่างกันอย่างไร

สัญญารับเหมาก่อสร้าง หมายถึง สัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย กล่าวคือ ผู้ว่าจ้าง และ ผู้รับจ้าง โดย ผู้รับจ้างรับทำงานสิ่งหนึ่งสิ่งใดให้ผู้ว่าจ้าง อาทิเช่น ก่อสร้างบ้าน ก่อสร้างอาคาร ก่อสร้างโรงไฟฟ้า ก่อสร้างถนน ก่อสร้างห้างสรรพสินค้า เป็นต้น จนสำเร็จตามที่ผู้ว่าจ้างมุ่งหวังไว้ตามสัญญา และผู้ว่าจ้างตกลงจ่ายค่าจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งงานนั้น

สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นจัดเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง เนื่องจากเป็นสัญญาที่ผู้รับจ้างตกลงทำการงานให้แก่ผู้ว่าจ้างจนสำเร็จ และผู้ว่าจ้างตกลงที่จะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 บัญญัติว่า

“อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

เมื่อสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะ 7 จ้างทำของ ตั้งแต่มาตรา 587-607 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับนิติกรรมสัญญาทั่วไป

<sup>8</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ไพบุลย์ กิตติพิทยากร, ปัญหาในการก่อสร้าง(นครราชสีมา: ตีพิมพ์การพิมพ์,2557). หน้า 10.

นั้น กฎหมายมักจะกำหนดให้ต้องทำตามแบบ หรือ ต้องทำเป็นหนังสือ ถึงจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ แต่สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นหาจำเป็นต้องทำตามแบบไม่ สัญญารับเหมาก่อสร้างไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือเช่นเดียวกับสัญญาจ้างทำของ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1411/2549 ซึ่งศาลพิพากษาไว้ว่า สัญญาจ้างทำของนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือมิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ ฉะนั้นศาลย่อมรับฟังพยานหลักฐานอื่นเพื่อวินิจฉัยว่าโจทก์ได้ว่าจ้างจำเลยก่อสร้างอาคารจริงหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4687/2553 ข้อตกลงจ้างเหมาแก้ไขต่อเติมบ้านที่โจทก์ทำกับจำเลยเป็นสัญญาจ้างทำของ แม้ไม่ทำเป็นเอกสารสมบูรณ์ หาจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือไม่ เมื่อโจทก์ตกลงกับจำเลยด้วยวาจาที่จังหวัดนครสวรรค์ สัญญาย่อมเกิดขึ้นที่จังหวัดนครสวรรค์

ถึงแม้สัญญารับเหมาก่อสร้างไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัตินั้นหากเป็นการก่อสร้างเล็กน้อยที่ไม่ได้มีรายละเอียดของสัญญามากนัก ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างคงจะมีได้ตกลงทำสัญญาเป็นหนังสืออย่างแน่แท้ แต่เมื่อใดก็ตามที่สัญญารับเหมาก่อสร้างเป็นโครงการขนาดใหญ่ มูลค่างานสูง มีรายละเอียดของงานมาก การไม่ทำสัญญาเป็นหนังสือนั้นอาจสุ่มเสี่ยงได้ เพราะหากมีข้อพิพาทกันถึงขั้นนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล การสืบพยานหลักฐานในคดีนั้นอาจเป็นการยากที่จะนำสืบข้อเท็จจริงในรายละเอียดทั้งหมดได้ ดังนั้น หากเป็นสัญญารับเหมาก่อสร้างที่มีรายละเอียดมาก มูลค่างานสูง จึงจำเป็นต้องทำเป็นหนังสือเพื่ออำนวยความสะดวกปฏิบัติของคู่สัญญาและบุคคลที่เกี่ยวข้อง หรือแม้หากว่าเป็นการก่อสร้างขนาดเล็ก แต่คู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญารับเหมาก่อสร้างกัน เพื่อตกลงกันในรายละเอียดให้ชัดเจนก็ย่อมทำได้และเป็นประโยชน์ยิ่ง การทำสัญญาเป็นหนังสือนั้นเป็นประโยชน์กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหากมีการฟ้องร้องดำเนินคดีกันในภายหลัง เมื่อสัญญารับเหมาก่อสร้างมีการทำเป็นหนังสือ อาจเกิดจากฝ่ายผู้ว่าจ้างเป็นคนร่างสัญญาเอง หรืออาจเกิดจากผู้รับจ้างเป็นคนร่างสัญญาเอง หรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างร่วมกันร่างสัญญาขึ้นมา โดยในการร่างสัญญานั้น อาจเป็นการร่างสัญญาโดยจ้างที่ปรึกษากฎหมายในการร่าง หรืออาจเป็นกรณีที่น่าตัวอย่างสัญญาในโครงการอื่นๆที่ได้เคยทำไว้ก่อนหน้ามาปรับแต่งร่างให้มีความสมบูรณ์เหมาะสมกับโครงการแต่ละโครงการมากยิ่งขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว สัญญารับเหมาก่อสร้างจึงมีความหลากหลาย ในหลายๆสัญญาก็ยังคงมีความบกพร่องอยู่บ้าง แต่อย่างไรก็ตามสัญญารับเหมาก่อสร้างก็ได้ถูกพัฒนาขึ้นเรื่อยๆ จนในปัจจุบันนี้ได้มีสมาคมต่างประเทศมากมายพยายามสร้างแบบ

มาตรฐานของสัญญารับเหมาก่อสร้างขึ้นเพื่อหวังว่าจะใช้บังคับกับสัญญารับเหมาก่อสร้างเป็นการทั่วไปให้แพร่ขยายไปทั่วโลก เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพทางสัญญาและสัญญามีความยุติธรรมกับคู่สัญญาทุกฝ่าย อย่างองค์กรที่เป็นที่รู้จักดีในวงกว้าง คือ สมาพันธ์วิศวกรที่ปรึกษาระหว่างประเทศ (International Federation of Consulting Engineers หรือเรียกว่า FIDIC) ได้จัดทำแบบมาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้มากมายเพื่อให้เหมาะสมกับงานก่อสร้างในโครงการระดับต่างๆกันไป เป็นสัญญาที่ได้รับความนิยมและแพร่หลายในภูมิภาคยุโรปซึ่งในปัจจุบันแพร่หลายอย่างมากในประเทศไทยด้วย เพราะแหล่งเงินทุนต่างๆที่ให้กับเพื่อลงทุนในประเทศไทย อย่าง องค์กรความร่วมมือระหว่างประเทศแห่งชาติญี่ปุ่น (Japan International Cooperation Agency หรือ JICA) , ธนาคารโลก (World Bank) หรือ ธนาคารเพื่อการพัฒนาเอเชีย (Asian Development Bank หรือ ADB) จะกำหนดไว้ในเงื่อนไขสัญญากู้ยืมเงินว่าผู้กู้ต้องใช้แบบมาตรฐานของสัญญา FIDIC ในการทำการก่อสร้างในโครงการ นอกจากนี้ยังมีมาตรฐานสัญญาสากลอื่นๆด้วย เช่น JCT (Joint Contracts Tribunal ) ของประเทศอังกฤษ และ สัญญาของ AIA (American Institute of Architects Standard of Contract) ซึ่งเป็นสัญญาก่อสร้างมาตรฐานของสหรัฐอเมริกา

### 2.1.2 ลักษณะของสัญญารับเหมาก่อสร้าง

สัญญารับเหมาก่อสร้างที่ใช้กันในปัจจุบันนั้น มีความเหมือนและความแตกต่างกันในบางประเด็น ในส่วนของข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างที่เหมือนกันนั้น ในวงการก่อสร้างมักจะเรียกชื่อสัญญาต่างๆเหล่านั้นให้เป็นชื่อเฉพาะเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันเมื่อได้กล่าวถึงสัญญาเหล่านั้น ลักษณะทั่วไปของสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นจะแบ่งออกเป็น 4 ส่วน คือ

- ส่วนที่ 1 ว่าที่ด้วย ข้อตกลง(Article of Agreement)
- ส่วนที่ 2 ว่าด้วย เงื่อนไขทั่วไป(General Conditions)
- ส่วนที่ 3 ว่าด้วย เงื่อนไขเฉพาะโครงการ (Particular Conditions)
- ส่วนที่ 4 ว่าด้วย ภาคผนวก (Appendix)

ทั้งนี้ผู้เขียนจะอธิบายตามลำดับ ดังนี้

**ส่วนที่ 1 ว่าที่ด้วยข้อตกลง(Article of Agreement)** ซึ่งจะประกอบด้วย

#### 1.วันที่และสถานที่ทำสัญญา

ตรงส่วนนี้มีขึ้นเพื่อบอกว่า ความผูกพันของสัญญาเริ่มต้นขึ้นเมื่อไร วันที่เท่าไร แต่ทั้งนี้อาจตกลงกำหนดให้วันอื่นเป็นวันที่ทำให้สัญญามีผลใช้บังคับ ทั้งนี้มักจะใช้คำภาษาอังกฤษว่า “Effective Date” เพื่อบ่งชี้ว่า วันใดเป็นวันที่สัญญามีผลบังคับใช้ หรือหากแม้ไม่ได้กำหนดวันเริ่มต้นสัญญาไว้ จะถือเอาวันสุดท้ายที่คู่สัญญาลงนามเป็นวันที่เสนอสนองถูกต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญา สำหรับสถานที่ทำสัญญานั้นมีประโยชน์ในแง่ที่หากมีการฟ้องร้องดำเนินคดีกัน จะได้ทราบว่าจะต้องแจ้งความที่สถานีตำรวจใดและฟ้องร้องกันที่ศาลใด ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4<sup>9</sup>

## 2. ชื่อและที่อยู่ของคู่สัญญา

ตรงส่วนนี้จะ เป็นประโยชน์ในเรื่องของการจัดส่งเอกสารหลักฐานต่างๆระหว่างกัน ซึ่งมักจะระบุให้จัดส่งเอกสารตามที่อยู่ที่ปรากฏไว้ในสัญญา นอกจากนี้มีประโยชน์ในเรื่องของการแจ้งความและฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างกันดังที่ได้อธิบายมาแล้ว

## 3. อารัมภบท (Preamble หรือ Recital)

เป็นการอธิบายถึงความประสงค์ระหว่างคู่สัญญาว่าประสงค์จะทำสัญญากันในโครงการอะไร ส่วนใหญ่มักจะเขียนว่า ผู้รับจ้างเป็นผู้มีความรู้ความสามารถในการดำเนินโครงการนี้

## 4. ค่าจ้าง

สำหรับค่าจ้างนั้น คู่สัญญาจะตกลงกันว่า “เป็นราคารวมภาษีมูลค่าเพิ่ม” หรือ “ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม”<sup>10</sup> เพื่อความชัดเจนและจะได้ไม่โต้เถียงกันในภายหลัง นอกจากนี้จะระบุว่า ราคางาน

<sup>9</sup> มาตรา 4 เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่น

(1) คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ใน ราชอาณาจักรหรือไม่

(2) คำร้องขอ ให้เสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือ ต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล

<sup>10</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1159/ 2550: จำเลยทำสัญญาว่าจ้างโจทก์ก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ รวม 3 รายการ ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้วโดยถือราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์กำหนดการ จ่ายเงินเป็นงวดๆ ซึ่งขณะนั้นกรมสรรพากรจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 10 ต่ออัตราร้อยละ 10 ต่ออัตราร้อยละ 10 ลดลงเป็นอัตราร้อยละ 7 โจทก์ทำงานแล้วเสร็จและส่งมอบงานให้จำเลยเป็นงวดๆ จำเลยได้รับมอบงานและชำระค่าจ้าง ให้โจทก์ตั้งแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลบังคับใช้จนกระทั่งรับมอบงานเรียบร้อยโดยคำนวณหักภาษีมูลค่าเพิ่มอัตราร้อยละ 7 และจำเลยไม่ได้ชำระค่าส่วนต่างของภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวน ร้อยละ เมื่อปรากฏว่า สัญญาว่าจ้างที่โจทก์และจำเลยตกลงกัน มีข้อความว่า “ ค่าจ้างและการจ่ายเงิน (สำหรับสัญญาที่เป็นราคาเหมารวม) ผู้ว่าจ้างตกลงจ่ายและได้รับ จ้างตกลงรับเงินค่าจ้างจำนวน 40,499,000 บาท (สี่สิบล้านสี่แสนเก้าพันเก้าพันบาทถ้วน) ซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวน 3,681,727.27 บาท (สามล้านหกแสนแปดหมื่นหนึ่งพันเจ็ดร้อยยี่สิบเจ็ดบาทยี่สิบเจ็ดสตางค์) ตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว โดยถือราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์และ กำหนดการจ่ายเงินเป็นงวดๆ ดังนี้... ฯลฯ...เห็นได้ชัดว่าโจทก์และ

ดังกล่าวรวมค่าสิ่งของสัมภาระ ค่าแรงงาน ค่าเครื่องมือเครื่องจักร ค่าภาษีอากรต่างๆ ค่าธรรมเนียม  
กำไร ค่าขนส่ง ตลอดจน ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเตรียมการและการดำเนินงานทั้งหมดของ  
โครงการแล้ว

### 5.เอกสารประกอบสัญญา(Contract Document)

เอกสารประกอบสัญญานั้นมีมาก มีทั้งที่แนบท้ายสัญญา และ ไม่ได้แนบ แต่ระบุไว้ให้ถือเป็น  
ส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย อาทิเช่น รายการประกอบแบบ(Specification)<sup>11</sup>, แบบก่อสร้าง(Drawing)<sup>12</sup>  
บัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(Bill of Quantities)<sup>13</sup> เงื่อนไขเฉพาะงาน(Particular Condition),  
แผนงานหลัก (Master Schedule)<sup>14</sup>, เงื่อนไขประกวดราคา (Terms of Reference หรือ Bidding  
Document) หนังสือยืนยันการจ้าง (Letter of Award) หนังสือแสดงเจตนาจ้าง (Letter of  
Intent), หนังสือตอบตกลงจ้าง (Letter of Acceptance),รายงานการประชุมชี้แจงแบบ, หนังสือ  
ตอบข้อซักถามผู้เข้าประกวดราคา, แบบหนังสือค้ำประกันการชำระเงินล่วงหน้า (Advance  
Payment Bond), แบบหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา (Performance Bond) แบบหนังสือ  
ค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา( Maintenance Bond) แบบหนังสือค้ำประกันการรับเงินประกัน

---

จำเลยซึ่งเป็นผู้สัญญาได้ตกลงให้การจ้างครั้งนี้เป็นสัญญาที่เป็นราคาเหมารวมซึ่งได้รวมภาษีมูลค่าเพิ่มในขณะนั้น ตลอดจนภาษี  
อากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วยแล้ว หากได้มีข้อความให้แยกคิดคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มต่างหากจากจำนวนเงินค่ารับเหมา  
ทั้งหมดไม่ การที่สัญญามีข้อความระบุค่าภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวน ไว้ด้วยเป็นเพียงกำหนดรายละเอียดไว้เท่านั้น หากมีผลทำให้สัญญา  
จ้างเหมาการรวมดังกล่าวกลับกลายเป็นสัญญาที่แยกความรับผิดชอบเกี่ยวกับภาษีมูลค่าเพิ่มออกไปต่างหากไม่ นอกจากนั้น ยังได้  
กำหนดให้ถือราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์และกำหนดการจ่ายเงิน เป็นงวดๆ อีกด้วย อันเป็นการแสดงชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าสัญญา  
มีเจตนาที่จะทำสัญญาให้เป็นสัญญาจ้างเหมารวมภาษีมูลค่าเพิ่มตลอดจนภาษีอากรอื่นๆ และค่าใช้จ่ายทั้งปวงด้วย หากโจทก์และ  
จำเลยมีเจตนาที่จะแยกภาษีมูลค่าเพิ่มออกจากราคาเหมารวมก็ชอบที่จะระบุไว้ในสัญญาให้ชัดเจนว่า ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่มด้วย  
จำเลยจึงต้องชำระเงินส่วนต่างของภาษีมูลค่าเพิ่มแก่โจทก์.

<sup>11</sup> บางทีเรียก “รายการก่อสร้าง” เป็นเอกสารที่ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับแบบ วิธีการก่อสร้าง มาตรฐานการก่อสร้าง  
วัสดุที่ใช้ในการก่อสร้าง เป็นเอกสารที่อยู่คู่กับแบบก่อสร้าง แบบก่อสร้างทุกแบบจึงมีรายการประกอบแบบควบคู่กันไปด้วย  
(ชำนานู พิเชษฐพันธ์,ไพบูลย์ กิตติพิทยากร, 2557:68)

<sup>12</sup> ตัวอย่างแบบก่อสร้าง(Drawings) เช่น แบบโครงสร้าง แบบสถาปัตยกรรม แบบงานสุขาภิบาล แบบงานระบบไฟฟ้า  
และสื่อสาร แบบงานระบบปรับอากาศและระบายอากาศ แบบงานระบบป้องกันอัคคีภัย และ แบบภูมิสถาปัตย์ เป็นต้น (ชำนานู  
พิเชษฐพันธ์,ไพบูลย์ กิตติพิทยากร, 2557:64)

<sup>13</sup> บางทีก็เรียก บัญชีปริมาณงานและราคาต่อหน่วย บางทีก็เรียกว่า บัญชีรายการวัสดุ บัญชีรายละเอียดของราคามี  
บทบาทสำคัญในระหว่างการก่อสร้าง ในการชำระราคาค่าจ้างเป็นงวดๆและในการคำนวณค่าจ้างเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงงาน  
ชำนานู พิเชษฐพันธ์,ไพบูลย์ กิตติพิทยากร, 2557:68)

<sup>14</sup> คือ แผนกำหนดเวลาการทำงานของงานหลักๆทั้งหมด ตั้งแต่ต้นจนจบงาน เช่น แผนการขนย้ายเครื่องจักรและ  
อุปกรณ์เข้าสถานที่ก่อสร้าง แผนการสั่งซื้อวัสดุอุปกรณ์ เป็นต้น (ชำนานู พิเชษฐพันธ์,ไพบูลย์ กิตติพิทยากร, 2557:64)



ผลงานคืน (Retention Money Bond)<sup>15</sup> เป็นต้น ทั้งนี้มักจะระบุไว้ว่า เอกสารแนบท้ายสัญญาจะให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย และมักจะกำหนดว่า หากข้อความในเอกสารแนบท้ายสัญญาขัดหรือแย้งกับสัญญาให้ใช้บังคับตามข้อสัญญา หากเอกสารแนบท้ายสัญญาขัดหรือแย้งกัน ให้ใช้เอกสารแนบท้ายสัญญาให้ลำดับสูงกว่าเป็นหลัก โดยจะต้องมีการจัดลำดับเอกสารด้วย หรือ อาจจะกำหนดว่า ให้ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างร่วมกันวินิจฉัยหาข้อสรุป หรือ บางครั้งอาจพบข้อสัญญาที่ระบุให้สิทธิผู้ว่าจ้างแต่เพียงฝ่ายเดียวในการวินิจฉัย

## ส่วนที่ 2 ว่าด้วย “เงื่อนไขทั่วไป(General Conditions)” ประกอบไปด้วย

### 1. บทนิยามคำศัพท์ (Definition)

เป็นการจำกัดความหมายของคำสำคัญต่างๆในสัญญาเพื่อให้คู่สัญญาเข้าใจตรงกัน

### 2. งานตามสัญญา (Works)

จะระบุชัดเจนว่า งานในโครงการนี้ทำอะไรบ้าง เพื่อกำหนดขอบข่ายงานให้ชัดเจน ไม่เพียงแต่เป็นงานก่อสร้างเท่านั้น ยังรวมถึงงานส่วนย่อยต่างๆด้วย เช่น การปรับพื้นที่ งานทำถนน งานทาสี งานทำรั้ว เป็นต้น

### 3. ตารางรายการราคางาน (Bill of Quantity)

เป็นตารางรายการวัสดุอุปกรณ์ในงานก่อสร้างพร้อมราคา ทั้งนี้เป็นรายการโดยการประมาณการเท่านั้น กรณีเป็นสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ หากก่อสร้างจริงใช้วัสดุอุปกรณ์น้อยกว่าที่ได้ประมาณการไว้ในตารางรายการราคางาน ผู้ว่าจ้างจะไม่สามารถขอลดราคางานลงได้ เนื่องจากถือเป็นราคาเหมาแล้ว หากก่อสร้างแล้วใช้วัสดุอุปกรณ์ที่มากกว่าที่กำหนดไว้ในตารางรายการราคางาน ผู้รับจ้างก็ไม่สามารถขอขึ้นราคาค่าจ้างก่อสร้างได้เช่นเดียวกัน เว้นแต่มีการเปลี่ยนแปลงแบบก่อสร้างจึงจะสามารถนำมาคิดเป็นราคางานเพิ่ม-ลดได้ (Variation Order)

### 4. การเปลี่ยนแปลงงานและการเปลี่ยนแปลงราคาจ้างเหมา (Variation Order)

สำหรับงานก่อสร้างทุกโครงการนั้นมักจะมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ทั้งนี้หากเป็นสัญญาเหมารวมตามแบบ(Lump Sum Contract) หากเป็นการเปลี่ยนแปลงงานเพียงเล็กน้อยและเป็นการจำเป็นเพื่อให้งานแล้วเสร็จตามสัญญา ผู้รับจ้างไม่มีสิทธิคิดเงินค่าจ้างเพิ่มเติม เว้นแต่เป็นการเปลี่ยนแปลงงานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยมาก ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะทำการตกลงกันอีกชั้นหนึ่ง

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 61-62.

ว่าจะคิดราคากันอย่างไร โดยปกติแล้วการคิดราคางานเพิ่มนั้นจะคิดจากบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา (Bill of Quantity(BOQ)) ซึ่งเป็นตารางราคาแนบท้ายสัญญาเป็นหลัก

### 5. หน้าที่ของผู้ว่าจ้าง

ตามสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น หน้าที่หลักของผู้ว่าจ้าง คือ การจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง ภายในกำหนดระยะเวลาที่ได้ตกลงกับลูกจ้างไว้ นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกให้ผู้รับจ้างดำเนินการได้อย่างราบรื่นจนจบโครงการ อาทิเช่น ทำหน้าที่ส่งมอบสถานที่ก่อสร้างตามกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ทำสถานที่ก่อสร้างให้อยู่ในสภาพที่พร้อมสำหรับการก่อสร้าง ดำเนินการขออนุญาตก่อสร้างต่างๆ(ทั้งนี้แล้วแต่ตกลงกัน) ทำหน้าที่จ่ายเงินล่วงหน้า(Advance Payment) ตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา และ หน้าที่คืนหนังสือค้ำประกันต่างๆให้แก่ผู้รับจ้างตามที่ผู้รับจ้างได้วางไว้และได้ตกลงกำหนดระยะเวลาคืนกันไว้ เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ว่าจ้างหรือกรรมการตรวจการจ้างหรือผู้แทนผู้ว่าจ้างนั้นยังมีหน้าที่ที่สำคัญ อีกประการหนึ่ง คือ หน้าที่ควบคุมงานก่อสร้างตลอดโครงการ มีหน้าที่ออกคำสั่งต่างๆเพื่อให้งานโครงการก่อสร้างสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

### 6. หน้าที่ของผู้รับจ้าง

ตอนต้นของทุกสัญญารับเหมาก่อสร้างมักจะระบุให้ผู้รับจ้างจะต้อง จัดหาสิ่งของ แร่งงาน ตลอดจนเครื่องมือเครื่องจักร ในการทำงานให้บรรลุถึงจุดประสงค์ของสัญญา และรับผิดชอบต่อผู้ว่าจ้างตามที่ผู้ว่าจ้างภายในขอบเขตและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทุกประการ มักจะเขียนในลักษณะที่ให้ผู้รับจ้างให้คำรับรองว่า ผู้รับจ้างจะให้ความร่วมมือประสานงานกับผู้รับจ้างรายอื่นๆที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับงานที่จ้างให้เป็นไปตามแผนงานและสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีตามความประสงค์ของผู้ว่าจ้างอย่างมุ่งมั่น ตั้งใจ และเต็มความสามารถ หน้าที่หลักของผู้รับจ้าง คือ ต้องทำงานตามที่ได้ตกลงกับผู้ว่าจ้างไว้ให้เสร็จทันตามกำหนดเวลา

### 7. ความรับผิดชอบความเสียหายและประกันภัยก่อสร้าง (Liability and Insurance)

สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมักจะระบุความรับผิดชอบต่อความเสียหายของผู้รับจ้างเอาไว้ เช่น หากมีความเสียหายอย่างใดๆเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการทำงานตามสัญญาของผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบ หรืออาจตกลงในลักษณะที่ว่า หากผู้ว่าจ้างถูกฟ้องร้องจากความเสียหายอันเกิดจากผู้รับจ้างนี้ ผู้รับจ้างจะต้องชดเชยคืนให้กับผู้ว่าจ้างจนครบจำนวน<sup>16</sup>

<sup>16</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ณรงค์ ทัดคนนิพันธ์, วีระศักดิ์ สมหา, แบบมาตรฐานสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง, หน้า 14

สำหรับเรื่องประกันภัยการก่อสร้างนั้น จะมีรูปแบบสำหรับประกันงานก่อสร้างอยู่ 2 รูปแบบหลักๆ ได้แก่

**ก. Contractor's All Risks** คือ การประกันภัยทุกชนิดของผู้รับจ้างก่อสร้าง ถึงแม้ชื่อประกันภัยดังกล่าว จะระบุว่า เป็นการประกันภัยทุกชนิด แต่ในความจริงแล้วเป็นการประกันภัยทุกชนิดยกเว้นชนิดที่ได้เขียนยกเว้นไว้โดยชัดแจ้งซึ่งเมื่อตรวจทานสัญญาประกันภัยลักษณะนี้จะพบว่ามีข้อยกเว้นจำนวนมากที่เขียนเป็นรายการสลักหลังแนบท้ายสัญญาประกันภัยไว้ เช่น ความเสียหายที่เกิดการจากออกแบบผิดพลาด (Faulty Design) ที่โดยปกติแล้วสัญญาประกันชนิดนี้จะเขียนยกเว้นไว้ แต่เราก็สามารถเจรจาขอให้คุ้มครองตรงส่วนนี้ได้

**ข. Contract Works Insurance** คือ ประกันภัยงานก่อสร้างตามสัญญา ทั้งนี้จะมีลักษณะคล้ายกับประกันภัยแบบ Contractor's All Risks อยู่บ้าง แต่แตกต่างกันคือ ประกันภัยชนิดนี้ เจ้าของโครงการจะเป็นคนทำประกันภัยเอง นอกจากนี้ เมื่อผู้ว่าจ้างเป็นคนทำประกันภัยก่อสร้างชนิดนี้จึงคุ้มครองงานในโครงการทั้งหมด ไม่เหมือนประกันภัยแบบ Contractor's All Risks ที่ผู้รับจ้างเป็นคนทำ เพราะจะคุ้มครองเฉพาะงานในส่วนที่ผู้รับจ้างเข้าไปเกี่ยวข้องเท่านั้น<sup>17</sup>

## 8. การจ้างผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญา (Subcontract and Assignment)

โดยปกติสัญญาจ้างรับเหมาก่อสร้างนั้นมักจะห้ามมิให้ผู้รับจ้างนำงานตามสัญญาไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไปจ้างผู้รับเหมาช่วงรายอื่นทำงานนั้นแทน หรือ ห้ามมิให้โอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาไปให้บุคคลอื่นเว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ว่าจ้างก่อน

สำหรับประเด็นเรื่องการจ้างผู้รับเหมาช่วงนั้น เมื่อผู้รับจ้างนำงานออกให้จ้างช่วง ผู้รับจ้างยังคงต้องรับผิดชอบเพื่อความประพฤติหรือความผิดอย่างใดๆของผู้รับจ้างช่วงนั้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 607 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้รับจ้างจะเอาการที่รับจ้างทั้งหมดหรือแบ่งการแต่บางส่วนไปให้ผู้รับจ้างช่วงทำอีกทอดหนึ่งก็ได้ เว้นแต่สาระสำคัญของสัญญานั้นจะอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้าง แต่ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบเพื่อความประพฤติหรือความผิดอย่างใด ๆ ของผู้รับจ้างช่วง”

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

ในส่วนของการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง(“คู่สัญญาฝ่ายแรก”)ซึ่งเป็นเจ้าหนี้แห่งสิทธิตามสัญญาโอนสิทธิที่คู่สัญญาฝ่ายแรกสามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (“คู่สัญญาฝ่ายที่สอง”) ซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสัญญาทำการปฏิบัติการชำระหนี้แก่คู่สัญญาฝ่ายแรกตามสัญญา ไปให้แก่บุคคลที่สาม การโอนสิทธิเรียกร้องนี้อาจเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องของตนไปให้แก่บุคคลที่สามแล้ว สิทธิเรียกร้องของคู่สัญญาฝ่ายแรกก็เป็นอันระงับสิ้นไป โดยที่บุคคลที่สามผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องนั้นกลายเป็นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องเหนือคู่สัญญาฝ่ายที่สองแทนคู่สัญญาฝ่ายแรก<sup>18</sup>

สำหรับการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น มิได้สามารถโอนแก่กันได้ในทุกกรณี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการโอนสิทธิเรียกร้องเอาไว้ เช่น กรณีสิทธิที่สภาพแห่งสิทธินั้นเองไม่เปิดช่องให้โอนแก่กันได้<sup>19</sup> สิทธิเรียกร้องที่ศาลสั่งยึดได้<sup>20</sup> และการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย<sup>21</sup>

### 9. การแล้วเสร็จของงานตามสัญญา (Completion Date)

ในทุกสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของงานไว้ ทั้งนี้อาจกำหนดเป็นจำนวนวัน อาทิเช่น 300 วัน หรือ กำหนดเป็นวันเดือนปี เช่น ต้องทำงานให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 30 มิถุนายน 2562 เป็นต้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ขอยกตัวอย่างข้อสัญญาในเรื่องนี้ สำหรับการแล้วเสร็จของงานนั้น คู่สัญญามักจะตกลงว่า จะต้องดำเนินงานอะไรบ้างจนครบถึงจะเรียกเป็นการแล้วเสร็จของงาน เช่น ทดสอบและทดลองการทำงานของงานที่ก่อสร้าง (Testing & Commissioning) และการทำการแก้ไขจนกว่าสิ่งก่อสร้างเหล่านั้นจะสามารถใช้งานได้ตามที่กำหนดไว้ในแบบก่อสร้าง รายการประกอบแบบและตามที่คุณผลิตกำหนด, ผู้รับจ้างจะต้องส่งมอบคู่มือ(Manuals)ใบรับประกัน(Warranty Certificate) คำแนะนำการสำรองอะไหล่ ( Spare Part List) ใบอนุญาตให้ใช้(License) และรหัสในการใช้ของผู้ผลิตและของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่ผู้ว่าจ้างด้วย, ผู้รับจ้างต้องจัดฝึกอบรมให้แก่เจ้าหน้าที่ของผู้ว่าจ้าง, ผู้รับจ้างจะต้องส่งมอบแบบก่อสร้างจริง(As-Built Drawing)ให้กับผู้ว่าจ้างด้วย เป็นต้น

<sup>18</sup> อธิก อัครวานันท์, ร่างสัญญาธุรกิจ(กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558). หน้า 251.

<sup>19</sup> มาตรา 303 สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น การแสดงเจตนาเช่นว่านี้ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต

<sup>20</sup> มาตรา 304 สิทธิเรียกร้องเช่นใด ตามกฎหมายศาลจะสั่งยึดไม่ได้ สิทธิเรียกร้องเช่นนั้น ท่านว่าจะโอนกันหาได้ไม่

<sup>21</sup> อธิก อัครวานันท์, ร่างสัญญาธุรกิจ, หน้า 252.

ทั้งนี้ หากว่า ผู้รับจ้างดำเนินการครบถ้วนตามสัญญาแล้วประกอบกับได้ส่งหนังสือ หรือ อีเมลล์ไปให้ผู้ว่าจ้างเพื่อให้ผู้ว่าจ้างออกหนังสือรับรองการแล้วเสร็จของงานตามสัญญา(Certificate of Completion) ให้แก่ผู้รับจ้าง และให้ถือว่าวันที่ที่ระบุในหนังสือรับรองดังกล่าวนี้เป็นวันที่แล้วเสร็จของงานตามสัญญา(Date of Completion)<sup>22</sup>

นอกจากนี้อาจมีการตกลงกับคู่สัญญาให้สามารถกำหนดการแล้วเสร็จของงานเป็นส่วนๆได้ หรือที่เรียกว่า “Sectional Completion” ได้ ทั้งนี้ในสัญญา คู่สัญญาอาจตกลงให้ผู้ว่าจ้างได้เข้าครอบครองและใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของโครงการได้ ผลของการเข้าครอบครองและใช้ประโยชน์นั้น คือ ระยะเวลาการรับประกันผลงานของผู้รับจ้างต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการเข้าครอบครองและใช้ประโยชน์<sup>23</sup>

#### 10. การขยายระยะเวลาก่อสร้าง (Extension of Time)

แม้สัญญารับเหมาก่อสร้างจะถือกำหนดระยะเวลาก่อสร้างเป็นสำคัญ แต่อย่างไรเสียเนื่องจากงานรับเหมาก่อสร้างนั้นมีปัจจัยแวดล้อมมากมายอันเป็นอุปสรรคในการก่อสร้าง เช่น ฝนตกหนัก น้ำท่วม มีลมพายุ คนงานนัดหยุดงาน หรือบางครั้งอาจจะเกิดเหตุจากการได้รับใบอนุญาตก่อสร้างจากทางราชการล่าช้า เป็นต้น ทั้งนี้อาจจะเป็นเหตุสุดวิสัย<sup>24</sup> หรือไม่ได้ ขึ้นอยู่กับความตกลงกันระหว่างคู่สัญญา โดยในสัญญาอาจกำหนดให้ผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ว่าจ้างทราบถึงเหตุที่ทำให้ผู้รับจ้างมีสิทธิขยายสัญญาภายในกำหนด 7 วัน หรือ 14 วัน หากผู้รับจ้างมิได้แจ้งภายในกำหนดให้ถือว่าผู้รับจ้างหมดสิทธิในการขอขยายระยะเวลาสัญญา

#### 11. ทรัพย์สินทางปัญญา

สำหรับประเด็นเรื่องทรัพย์สินทางปัญญานั้นถือเป็นประเด็นสำคัญเช่นเดียวกันในสัญญาก่อสร้าง เพราะจะเกิดคำถามว่า แบบแปลนการก่อสร้างรวมถึงทรัพย์สินปัญญาอื่นๆในงานตามสัญญานั้นจะเป็นตกเป็นของใคร เพื่อป้องกันการถกเถียงในภายหลัง แนะนำว่าควรจะต้องกำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้คู่สัญญาอาจตกลงให้แบบแปลนการก่อสร้างทั้งหลายรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาทุก

<sup>22</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ณรงค์ ทศนนิพันธ์, วีระศักดิ์ สมหา, แบบมาตรฐานสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง(นครราชสีมา:ดีพร้อมการพิมพ์, 2556). หน้า27-28.

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 30, หน้า 27-28.

<sup>24</sup> มาตรา 8 คำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่า เหตุใด ๆ อันจะเกิดขึ้นก็ตี จะให้ผลพิบัติก็ตี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้แม้ทั้งบุคคลผู้ต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น

ประเภทของงานตามสัญญาหรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับงานตามสัญญาตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างตั้งแต่วันที่สัญญาเริ่มผลใช้บังคับ การตกลงในสัญญาเช่นนี้มีความสอดคล้องกับมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 2537 ที่บัญญัติไว้ว่า

“งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการรับจ้างบุคคลอื่น ให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เว้นแต่ผู้สร้างสรรค์และผู้ว่าจ้างจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น”

## 12. ค่าปรับ

ลักษณะเฉพาะของสัญญารับเหมาก่อสร้างที่พบเห็นได้ในทุกๆสัญญานั้น คือ เรื่องการกำหนดค่าปรับ โดยปกติมักกำหนดค่าปรับอันเนื่องมาจากงานล่าช้าอยู่ที่วันละ 0.1 เปอร์เซ็นต์ของมูลค่าสัญญา ปรับสูงสุดได้ไม่เกิน 10% ของมูลค่าสัญญา นอกจากค่าปรับอันเนื่องมาจากงานล่าช้าแล้ว อาจมีการตกลงให้ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบในส่วน of ค่าจ้างของผู้ควบคุมงานในช่วงเวลาที่ผู้รับจ้างทำงานยังไม่แล้วเสร็จตามสัญญาด้วย ทั้งนี้โดยมากมักกำหนดเป็นค่าใช้จ่ายรายวัน หรืออาจกำหนดให้ผู้ว่าจ้างสามารถเรียกร้องค่าจ้างผู้ควบคุมงานได้ตามจริง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้หากในระหว่างที่ผู้รับจ้างทำงานล่าช้าจนผู้ว่าจ้างเห็นว่าผู้รับจ้างจะไม่สามารถปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาได้ หรืออาจจะแล้วเสร็จแต่ล่าช้าออกไป คู่สัญญามักมีการตกลงกันให้สิทธิผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา หรือหากผู้ว่าจ้างไม่บอกเลิกสัญญา มักให้สิทธิผู้ว่าจ้างในการทำงานนั้นต่อเองจนแล้วเสร็จหรือไปจ้างผู้รับจ้างอื่นเพื่อทำงานตามสัญญาให้แล้วเสร็จ ทั้งนี้ความตกลงเช่นนี้จะคล้ายคลึงกับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 593<sup>25</sup> และมาตรา 596<sup>26</sup>

<sup>25</sup> มาตรา 593 ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้ มีพักต้องรอคอยให้ถึงเวลากำหนดส่งมอบของนั้นเลย

<sup>26</sup> มาตรา 596 ถ้าผู้รับจ้างส่งมอบการที่ทำไม่ทันเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาก็ดี หรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญา เมื่อล่วงพ้นเวลาอันควรแก่เหตุก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะลดสินจ้างลง หรือถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่เวลา ก็ชอบที่จะเลิกสัญญาได้

### 13. การเลิกสัญญา

ทั้งนี้ทั้งการบอกเลิกสัญญาโดยผู้ว่าจ้างเอง โดยผู้รับจ้างมิได้ทำอะไรผิด เป็นการบอกสัญญาที่เรียกว่า การเลิกสัญญาตามอำเภอใจ หรือ “by convenience”<sup>27</sup> นอกจากนี้จะมีการบอกเลิกสัญญาโดยผู้ว่าจ้าง และการบอกเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้าง<sup>28</sup>

สำหรับการบอกเลิกสัญญาโดยผู้ว่าจ้างนั้น คู่สัญญาอาจกำหนดเหตุในการบอกเลิกสัญญาเอาไว้ อาทิเช่น ผู้รับจ้างถูกฟ้องล้มละลาย หรือ ฟิ้นฟูกิจการ, ผู้รับจ้างหยุดงานตามสัญญา 3 วันติดต่อกันโดยไม่มีเหตุอันสมควร, ผู้รับจ้างประพฤติผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใดและได้แจ้งให้ผู้รับจ้างแก้ไขแล้ว แต่ผู้รับจ้างไม่ได้ดำเนินการแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือไม่สามารถแก้ไขได้ เป็นต้น ทั้งนี้ในการบอกเลิกสัญญานั้น ควรจะต้องทำเป็นหนังสือส่งไปถึงผู้รับจ้างทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับตามที่อยู่ที่ปรากฏในสัญญา และควรเป็นการบอกเลิกสัญญาล่วงหน้า กล่าวคือ ให้มีผลเป็นการเลิกสัญญาเมื่อพ้นกำหนด 30 วันนับแต่ส่งคำบอกกล่าวเลิกสัญญานั้น สำหรับเรื่องผลของการเลิกสัญญานั้น ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาตกลงกัน ทั้งนี้คู่สัญญาอาจตกลงกันให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธินำเอาวัสดุที่ผู้รับจ้างนำมาในสถานที่ก่อสร้างไปใช้ในการก่อสร้าง แต่ผู้ว่าจ้างต้องตีราคาให้แก่ผู้รับจ้างตามที่กำหนดในบัญชีรายละเอียดราคา โดยหักค่าบำรุงรักษาตามสมควรออกด้วย หรือ อาจตกลงให้ผู้ว่าจ้างต้องรับเอาวัสดุที่ผู้รับจ้างสั่งซื้อเพื่อทำงานตามสัญญาไปด้วย โดยผู้ว่าจ้างต้องชดใช้ราคาให้แก่ผู้รับจ้างตามที่ผู้รับจ้างชำระราคาไปแล้ว อาจตกลงให้ผู้ว่าจ้างสามารถเรียกเอาเงินตามหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดได้ อาจตกลงให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิในการจ้างผู้รับจ้างรายอื่นเข้าทำการก่อสร้างงานตามสัญญาจนแล้วเสร็จได้ โดยหากผู้ว่าจ้างต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มไปจากสัญญาเท่าไร ผู้รับจ้างจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบตรงส่วนนี้ และให้สิทธิผู้ว่าจ้างเรียกร้องค่าเสียหายใดๆจากผู้รับจ้างได้อันเนื่องมาจากการที่ผู้ว่าจ้างต้องเลิกสัญญา<sup>29</sup>

สำหรับกรณีที่บอกเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้างนั้น คู่สัญญาอาจตกลงกำหนดเหตุในการบอกเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้างไว้ อาทิเช่น ผู้ว่าจ้างถูกฟ้องล้มละลาย หรือ ฟิ้นฟูกิจการ, ผู้ว่าจ้างสั่งให้ผู้รับจ้าง

<sup>27</sup> สำหรับการเลิกสัญญาแบบนี้ นั้น จะคล้ายคลึงกับ มาตรา 605 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าการที่จ้างยังไม่แล้วเสร็จอยู่ตราบใด ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น”

<sup>28</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ณรงค์ ทัศนนิพันธ์, วีระศักดิ์ สมหา, แบบมาตรฐานสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง (นครราชสีมา:ดีพร้อมการพิมพ์, 2556). หน้า 30-32.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-32.

หยุดทำการก่อสร้างงานตามสัญญาทั้งหมดโดยมิใช่ความผิดของผู้รับจ้างและไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็น เวลาติดต่อกันยาวนาน อาจจะกำหนด 60 วัน 90 วัน แล้วแต่จะตกลงกัน, ผู้ว่าจ้างไม่ชำระค่าจ้าง ภายในกำหนดระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ทั้งนี้อาจกำหนดว่า ผู้รับจ้างจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อ ผู้ว่าจ้างไม่ชำระค่าจ้างเกินกว่า 60 วันนับจากวันที่เงินค่าจ้างถึงกำหนดชำระ เป็นต้น ในการบอกเลิก สัญญานั้นให้ทำเป็นหนังสือส่งให้แก่ผู้ว่าจ้างทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับตามที่อยู่ที่ปรากฏใน สัญญา ผลของการบอกเลิกสัญญานั้น มักกำหนดให้ผู้รับจ้างได้รับเงินค่าจ้างค้างชำระตลอดจนเงินค่า ผลงานที่ตนเองได้ทำไปตามสัญญา วัสดุอุปกรณ์ เครื่องจักรและเครื่องมือต่างๆที่ผู้รับจ้างนำมาไว้ใน สถานที่ก่อสร้าง ให้ผู้รับจ้างสามารถขนย้ายออกไปได้เมื่อบอกเลิกสัญญา ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกหนังสือ คำประกันต่างๆที่ผู้รับจ้างได้วางไว้ตามสัญญากลับคืนโดยทันที และให้ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกร้อง ค่าเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นได้ เป็นต้น<sup>30</sup>

#### 14. การระงับข้อพิพาทงานก่อสร้าง

สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างในประเทศไทย โดยปกติหากมีข้อขัดแย้งกันเกิดขึ้นระหว่าง คู่สัญญา จะให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายพยายามเจรจาประนีประนอมกันอย่างฉันทามิตร โดยอาจกำหนด ระยะเวลาไว้ในการเจรจากันไว้ด้วย เช่น ไม่เกิน 30 วันนับแต่มีเหตุขัดแย้งนั้น และหากว่าไม่สามารถ ตกลงกันได้แล้วภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว จึงให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสนอเรื่องต่อศาลหรือ อนุญาโตตุลาการ

กรณีคู่สัญญาเป็นบริษัทสัญชาติไทยทั้งคู่ มักจะตกลงใช้ศาลไทยที่มีเขตอำนาจพิจารณา พิพากษาคดีเป็นผู้พิจารณา

กรณีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบริษัทต่างชาติ มักจะเสนอให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดย อนุญาโตตุลาการ

ในปัจจุบันนี้ประเทศไทย นำโดยสภาวิศวกรที่ปรึกษาแห่งประเทศไทยได้พยายามจัดตั้งคณะ ป้องกันและวินิจฉัยข้อพิพาทสำหรับงานก่อสร้างขึ้น โดยตั้งชื่อสากลว่า Dispute Avoidance/Adjudication Board(DAAB)<sup>31</sup> ให้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในงานก่อสร้างตั้งแต่ เริ่มต้นโครงการ ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะเป็นผู้ดำเนินการจ่ายร่วมกันทั้งหมด เมื่อ

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 32-33

<sup>31</sup> ทั้งนี้หน้าที่ของ DAAB นั้นมีระบุไว้ใน FIDIC ข้อ 21 Disputes and Arbitration



DAAB มีคำวินิจฉัยแล้ว หากคู่สัญญาไม่พอใจในคำวินิจฉัยนั้น มีสิทธินำเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาล หรือ อนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความตกลงกันระหว่างคู่สัญญา สำหรับการจัดตั้ง DAAB ในประเทศไทยนั้น ยังอยู่ในระหว่างดำเนินการ

**ส่วนที่ 3 เงื่อนไขเฉพาะโครงการ (Particular Conditions):** ทั้งนี้เงื่อนไขนี้จะเป็นการตกลงของคู่สัญญาเป็นรายโครงการไป เพื่อปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับโครงการและสามารถปฏิบัติได้ระหว่างคู่สัญญา เงื่อนไขเฉพาะโครงการที่คู่สัญญามักตกลงกันใหม่ เช่น เงื่อนไขการจ่ายเงิน เงื่อนไขการวางและการคืนหนังสือค้ำประกัน ค่าปรับอันเนื่องมาจากงานล่าช้า การวางและการคืนเงินล่วงหน้า(Advance Payment) การวางและการคืนเงินประกันผลงาน(Retention Money) เป็นต้น

#### **ส่วนที่ 4 ภาคผนวก (Appendix)**

ตรงส่วนนี้มักจะแนบเอกสารแนบท้ายสัญญาต่างๆ เช่น ขอบเขตความรับผิดชอบ แผนการทำงาน แบบก่อสร้าง เป็นต้น

##### **2.1.3 ประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้าง**

จากที่ได้อธิบายมาดังกล่าวข้างต้นนั้นทำให้เข้าใจลักษณะของสัญญารับเหมาก่อสร้างโดยสังเขปแล้ว ต่อไปจะอธิบายถึงประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้างซึ่งการแบ่งประเภทสัญญารับเหมาก่อสร้างมี 2 แบบ คือ แบ่งตามการจ่ายเงิน และ การแบ่งตามประเภทของงาน และดังต่อไปนี้

##### **ก. ประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้างแบ่งตามการจ่ายเงิน**

สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างที่แบ่งตามวิธีการจ่ายเงินนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 5 แบบ คือ

- 1.สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ (Lump sum Contract),
- 2.สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วย (Unit Price Contract),
- 3.สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบค่าจ้างต้นทุนบวกค่าใช้จ่าย (Cost Plus) ,
- 4.สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบคิดค่าใช้จ่ายทั้งหมดบวกด้วยเงินเพิ่มพิเศษ (Cost – Plus with Guaranteed Maximum and Incentive) และ
- 5.สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบมีรางวัลตอบแทนและเสียค่าปรับ (Bonus/Penalty, Time and Completion)

ทั้งนี้จะอธิบายรายละเอียดลักษณะของสัญญาทั้ง 5 แบบ โดยเรียงตามลำดับข้างต้นดังต่อไปนี้

### 1. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ (Lump sum Contract)

สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ หรือที่เรียกว่า Lump Sum Contract จะเป็นสัญญาที่เหมารวมค่าสินจ้าง ค่าวัสดุอุปกรณ์ ค่าแรงงาน ค่าบริหารจัดการโครงการ กำไร ภาษี และค่าใช้จ่ายอย่างอื่นครบถ้วนแล้ว เป็นราคางานที่รวมทุกอย่างแล้ว ไม่สามารถเพิ่มหรือลดค่าจ้างได้ แม้ว่าจะมีเหตุการณ์ใดอันทำให้ค่าจ้างเปลี่ยนแปลงไปก็ตาม เว้นแต่ขอบเขตของงานตามสัญญานั้นจะเปลี่ยนแปลงไป ค่าจ้างเหมา ก็จะเปลี่ยนแปลงไปด้วย ทั้งนี้การเปลี่ยนแปลงค่าจ้างเหมานั้นจะเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะให้คิดในอัตราตามที่ถูกระบุไว้ในบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา (Bill of Quantity)<sup>32</sup> สัญญาประเภทนี้จะนิยมใช้กันมาก เพราะในมุมมองของผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างก็จะสามารถที่จะควบคุมเงินค่าจ้างของตนเองในการทำงานให้สำเร็จลุล่วงได้ตรงตามขอบข่ายงานที่ได้ตกลงไว้กับผู้ว่าจ้าง ส่วนในมุมมองผู้ว่าจ้างก็มองว่า สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบนี้ช่วยทำให้ผู้ว่าจ้างสบายใจว่า จ่ายเงินไปจำนวนนี้แล้ว ผู้รับจ้างจะทำงานให้ตนเองได้แล้วเสร็จตามสัญญา ผู้รับจ้างจะไม่มีสิทธิมาขอเพิ่มเงินค่าจ้างแต่อย่างใด เว้นแต่จะมีการตกลงกันไว้ในสัญญาเป็นอย่างอื่นซึ่งหากข้อสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็สามารถจะบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา

สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ เป็นที่นิยมแพร่หลายมาก แต่พบว่ายังเกิดปัญหาในเรื่องสัญญาอยู่มาก เนื่องจากสัญญาประเภทนี้จะมีรายละเอียดภายในสัญญาค่อนข้างมาก กว่าที่จะเจรจาตกลงกันตามสัญญาได้ก็เป็นเรื่องยาก หรือบางทีผู้ว่าจ้างร่างสัญญามาให้ผู้รับจ้างตรวจทาน ผู้รับจ้างก็ไม่สามารถยอมรับข้อสัญญาทั้งหมดของผู้ว่าจ้างได้ โดยผู้รับจ้างก็มักจะอ้างว่าสัญญาไม่เป็นธรรม ทำให้จำเป็นต้องมีการจัดทำมาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบขึ้นมา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งฝ่ายผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง ถูกต้องตาม

<sup>32</sup> บัญชีแสดงรายละเอียดของราคา (Bill of Quantity หรือ BOQ) คือ บัญชีที่แสดงถึงปริมาณวัสดุและแรงงานที่ใช้ในการก่อสร้าง โดยระบุจำนวนวัสดุแต่ละชนิดพร้อมระบุราคาค่าวัสดุลงไปด้วย นอกจากนี้ยังระบุค่าแรงงานไว้ด้วย BOQ มีประโยชน์ในกรณีที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงขอบเขตของงานจ้างเหมา เมื่อมีงานเพิ่ม หรือ ลด โดยส่วนใหญ่แล้วในสัญญาจะระบุให้ยึดราคาตาม BOQ เป็นหลัก แต่อย่างไรก็ตามจำนวนวัสดุที่ระบุไว้ใน BOQ นั้น เป็นเพียงการประมาณการเท่านั้น หากว่าท้ายที่สุดก่อสร้างไปแล้ว วัสดุไม่ครบถ้วนตาม BOQ ผู้ว่าจ้างก็ไม่มีสิทธิลดงานโดยถือว่าเป็นงานลด ไม่ได้

กฎหมาย และเป็นที่ยอมรับของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งในต่างประเทศมีการพยายามร่างแบบสัญญา มาตรฐานออกมาเพื่อให้บังคับโดยทั่วไปซึ่งมีมานานแล้วและเป็นที่เป็นนิยมมาก คือ FIDIC<sup>33</sup> ใช้แพร่หลายทั่วโลก ได้รับการยอมรับว่ายุติธรรมสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย นอกจากนี้ในประเทศ อังกฤษก็มีการจัดทำสัญญาก่อสร้างที่เป็นมาตรฐานไว้เช่นเดียวกันซึ่งเรียกว่า JCT<sup>34</sup> ทั้ง FIDIC และ JCT นั้นได้มีการปรับปรุงแก้ไขให้มีความเหมาะสมกับธุรกิจรับเหมาก่อสร้างในปัจจุบันและเพื่อความ เป็นธรรมแก่คู่สัญญามากขึ้น ร่างสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างนี้ ได้ทำให้มีความเป็นสากล มีข้อกำหนดที่เป็นธรรมทั้งฝ่ายผู้รับจ้างและผู้ว่าจ้าง ให้สอดคล้องกับประเพณีทางการค้าของการก่อสร้าง ทำให้อ่าน เข้าใจง่าย นำไปบริหารจัดการสะดวก มีข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ลดความเสี่ยงต่อการขัดแย้งกันของ คู่สัญญา มีวิธีระงับข้อขัดแย้งหรือความแตกต่างของคู่สัญญาโดยไม่ต้องหยุดการก่อสร้างและเลิก สัญญาก่อน ซึ่งเท่ากับเหลือให้เฉพาะในกรณีจำเป็นเท่านั้นที่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล<sup>35</sup> สำหรับประเทศไทย ก็ไม่น้อยหน้ามีการจัดทำแบบสัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างไว้เพื่อเป็นมาตรฐานด้วย เช่น วิศวกรรม สถานแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์ สมาคมสถาปนิกสยามในพระบรมราชูปถัมภ์ เป็นต้น แต่ ทั้งนี้และทั้งนั้น ต้องยอมรับว่า แบบมาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างของไทยนั้นยังไม่เป็นที่แพร่หลาย ในหมู่ธุรกิจก่อสร้างเท่าที่ควรซึ่งมักจะเลือกใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC มากกว่า ทั้งนี้จะได้กล่าวใน รายละเอียดต่อไป

สัญญารับเหมาก่อสร้างประเภทนี้นั้น ผู้ว่าจ้างต้องการจะให้ความเสี่ยงทั้งหมดตกอยู่กับผู้รับ จ้างรวมทั้งการประสานงานภายในระหว่างหน่วยงานต่างๆระหว่างการก่อสร้าง เช่น งานโยธา งาน เครื่องกล งานไฟฟ้า งาน Control & Instrumentation เป็นต้นซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ่ยากมาก ดังนั้นเวลา การทำงานตามสัญญาจึงต้องใช้ระยะเวลาและราคาการจ้างงานจึงสูงเพื่อที่จะชดเชยกับงานที่มี ความเสี่ยงที่ยังมองไม่เห็นในตอนคิดราคางานและงานที่อาจเกิดขึ้นแบบไม่ได้คาดคิดมาก่อน ราคางาน ในการจ้างงานในสัญญาเป็นราคาจ้างเหมา (Lump Sum Price) ดังนั้นในการดำเนินงานจริง ถ้า ขอบเขตของงานและเงื่อนไขของผู้ว่าจ้างไม่เปลี่ยนแปลงจากสัญญาราคาจ้างเหมาตามสัญญานี้ยังคง

<sup>33</sup> ชื่อเต็มเป็นภาษาฝรั่งเศสว่า Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils และมีชื่อเต็มภาษาอังกฤษว่า International Federation of Consulting Engineers

<sup>34</sup> Joint Contract Tribunal

<sup>35</sup> ข้าราชการ พิเชษฐพันธ์, ณรงค์ ทศนนิพันธ์ และ วีระศักดิ์ สมหา, แบบมาตรฐานสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง( กรุงเทพฯ : ดีพร้อมการพิมพ์, 2557). หน้า 53.

เท่าเดิมไม่เปลี่ยนแปลง ถึงแม้ว่าผู้รับจ้างจะมีต้นทุนในการทำงานตามสัญญาที่สูงกว่าคาดการณ์ไว้ หรือมีต้นทุนที่ต่ำกว่าที่คาดการณ์ไว้ก็ตาม<sup>36</sup>

สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ มีสัญญาที่น่าสนใจประเภทหนึ่งซึ่งใช้กันแพร่หลายในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ที่ใช้เทคโนโลยีสูงที่ผู้ว่าจ้างเองก็ไม่มีผู้เชี่ยวชาญ คือสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ ประเภท Turnkey หรือในภาษาไทยเรียกว่า สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเบ็ดเสร็จ การจ้างเหมาก่อสร้างแบบนี้ผู้ว่าจ้างกำหนดเพียงว่าต้องการก่อสร้างอาคารแบบไหน ให้รายละเอียดผู้รับจ้างให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้แล้วก็ตกลงราคากัน จากนั้นผู้รับจ้างจะเป็นผู้จัดทำแบบก่อสร้าง รายการประกอบแบบ วัสดุและแรงงาน ทำการก่อสร้างจนแล้วเสร็จโดยผู้ว่าจ้างไม่ต้องดำเนินการใดๆเกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้ เมื่ออาคารแล้วเสร็จ ผู้รับจ้างก็มอบอาคาร (กุญแจ) ให้ผู้ว่าจ้าง เท่ากับว่าผู้ว่าจ้างเพียงแค่อุดหนุน (ซึ่งต้องชำระค่าจ้างให้ครบถ้วนด้วย) ทุกอย่างก็เรียบร้อย ซึ่งจะอธิบายรายละเอียดของสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบ Turnkey ในข้อ ข. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบ่งตามประเภทของงาน

สัญญาประเภทนี้ผู้รับจ้างเป็นผู้รับผิดชอบความถูกต้องและประสิทธิภาพของการทำงานของระบบเนื่องจากการออกแบบอยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับจ้าง ทั้งนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจในเรื่องสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ (Lump Sum Contract)

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1637/2523** เมื่อสัญญาที่จำเลยจ้างโจทก์ก่อสร้างรั้วรอบบริเวณเป็นสัญญารับจ้างเหมา มิใช่คิดเป็นหน่วยดังนั้น แม้ความยาวของรั้วจะน้อยกว่าในสัญญาโจทก์ก็ได้ก่อสร้างตามสัญญาเรียบร้อยแล้วจำเลยจึงไม่มีสิทธิที่จะหักเงินค่าจ้างตามที่ตกลงไว้ในสัญญา

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวทำให้เห็นลักษณะสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ เมื่อเป็นสัญญาแบบเหมารวมตามแบบแล้วเมื่อก่อสร้างตามแบบทุกอย่างแล้ว แต่ขนาดความยาวของรั้วเมื่อทำออกมาจริงๆแล้วสั้นกว่าที่ระบุไว้ในสัญญา ศาลฎีกาตัดสินว่าผู้ว่าจ้างก็ไม่มีสิทธิที่จะลดเงินค่าจ้างที่ผู้รับจ้างมีสิทธิได้รับลงได้ เนื่องจากสัญญาปริมาณงานที่ระบุไว้ในสัญญานั้นเป็นแต่เพียงการกะประมาณคร่าวๆเท่านั้น แต่เมื่อทำการก่อสร้างจริงๆแล้วอาจจะน้อยหรือมากกว่าที่ระบุไว้ก็ได้ ก็ไม่ทำให้กลายเป็นงานลดหรืองานเพิ่มได้

<sup>36</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, สงคราม ทองนพคุณ, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, การบริหารสัญญารับจ้างก่อสร้าง(นนทบุรี:โรงพิมพ์เฟิร์ส ออฟเซท(1993) จำกัด, 2559). หน้า 86.

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจในเรื่องสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบ Lump Sum Contract คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.148/2554 มีข้อเท็จจริงว่า อบต.แห่งหนึ่งตกลงจ้างผู้รับจ้างแบบจ้างแบบให้ทำการก่อสร้างระบบประปาของหมู่บ้าน ค่าจ้าง 878,000 บาท โดยถือราคาเหมารวมเป็นเกณฑ์ โดยได้มีการกำหนดค่าขุดเจาะบ่อบาดาล ขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 6 นิ้ว ให้ได้ปริมาณน้ำไม่น้อยกว่า 5 ลบ.ม./ ชั่วโมง หรือ ความลึกไม่น้อยกว่า 150 เมตร จำนวน 1 บ่อ ต่อมาผู้รับจ้างได้ขุดเจาะบ่อบาดาลได้ความลึก 56 เมตร และได้ปริมาณน้ำ 5 ลบ.ม./ชั่วโมง อบต.ได้ทำบันทึกข้อตกลงแก้ไขสัญญาโดยมีรายละเอียดว่า ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างได้ตกลงเปลี่ยนแปลงการขุดเจาะบ่อบาดาลจากความลึก 150 เมตร เป็นความลึก 56 เมตร และตัดวงเงินค่าขุดเจาะออกจำนวน 168,542 บาท แต่ทางฝ่ายผู้รับจ้างและอบต.ยังมิได้ลงนามในข้อตกลงดังกล่าว จากนั้นผู้รับจ้างได้ส่งมอบงานดังกล่าวให้อบต.ผู้ว่าจ้าง โดยส่งมอบงานเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2548 และคณะกรรมการตรวจการจ้างได้ตรวจรับงานเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2548 แต่ อบต. ได้มีหนังสือหารือการจ่ายค่าจ้างโดยการปรับลดปริมาณงานต่อนายอำเภอ ซึ่งนายอำเภอได้หารือต่อไปที่จังหวัด จังหวัดได้มีหนังสือแจ้งตอบกลับมาให้หักเงินค่าจ้าง โดยให้หักค่างานที่ลดลงกับค่าปรับที่ผู้รับจ้างทำงานล่าช้าออกด้วย ผู้รับจ้างเห็นว่า อบต. ไม่มีสิทธิปรับลดค่าจ้าง จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง ต่อสู้กันจนคดีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาว่า “สัญญาจ้างรายนี้ถือความสำเร็จของงานขุดเจาะบ่อบาดาล ให้ได้ปริมาณน้ำ 5 ลบ.ม./ชั่วโมง เป็นผลสำเร็จของงาน ส่วนความลึกเป็นเพียงประมาณการไว้เท่านั้น หากผู้รับจ้างได้ทำการขุดเจาะบ่อบาดาลได้น้ำตามปริมาณดังกล่าว ถือว่า ผู้รับจ้างได้ทำงานแล้วเสร็จตามสัญญาแล้ว ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้างตามจำนวนที่ได้ตกลงกันไว้ การกำหนดรายละเอียดไว้ในประมาณการค่าก่อสร้างโดยคำนวณราคาตัววัสดุต่อหน่วย เป็นเพียงรายการประมาณราคากลางเพื่อประกอบการพิจารณาราคาจ้างเท่านั้น หาได้มีความหมายเป็นการแยกจ้างตามระยะความลึกตามการขุดเจาะแต่ประการใดไม่” จากคำพิพากษาฎีกานี้ทำให้เราเห็นลักษณะที่เด่นชัดของสัญญาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ(Lump Sum) ได้เป็นอย่างดี สัญญาประเภทนี้มุ่งความสำเร็จของงานเป็นสำคัญ เมื่องานที่จ้างบรรลุตามวัตถุประสงค์แล้ว ผู้ว่าจ้างก็ต้องชำระราคาให้กับผู้รับจ้างตามที่ได้ตกลงกันไว้ แม้ผู้รับจ้างจะทำงานแล้วเสร็จโดยมีเป็นการทำงานที่น้อยกว่าที่คาดคะเนไว้ในสัญญาก็ตาม<sup>37</sup>

<sup>37</sup> เอกพงศ์ สุรพันธ์พิชิต, ลักษณะพิเศษของสัญญาก่อสร้าง[ออนไลน์], 25 พฤษภาคม 2562. แหล่งที่มา

ทั้งนี้โดยปกติสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบนี้ มักจะเขียนสัญญาในลักษณะที่เงินค่าจ้างนั้นได้รวมทุกอย่างไว้หมดแล้ว อาทิ รวมค่าสิ่งของสัมภาระ ค่าแรงงาน ค่าเครื่องมือ เครื่องจักร ค่าภาษีอากรต่างๆ ค่าธรรมเนียม กำไร ค่าขนส่ง ตลอดจนค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเตรียมการและการดำเนินงานทั้งหมดของโครงการแล้ว นอกจากนี้มักจะมีกำหนดไว้ในสัญญาในทำนองที่ว่า ผู้รับจ้างตกลงที่จะไม่เรียกเก็บค่าจ้างจากผู้ว่าจ้างเกินกว่าราคาค่าจ้างที่ตกลงกันไว้ในสัญญา และมักกำหนดว่าผู้รับจ้างตกลงที่จะไม่ปรับค่าวัสดุ ค่าอุปกรณ์ เครื่องจักร ค่าเครื่องใช้ต่างๆ ค่าแรงงาน ในการก่อสร้างในโครงการ จนกระทั่งโครงการแล้วเสร็จสมบูรณ์

ราคาจ้างเหมาตามสัญญานี้จะเป็นไปตามเงื่อนไขขอบเขตงาน แบบก่อสร้างแนบสัญญา และข้อกำหนดทางเทคนิค หรือพูดง่ายๆว่า ราคาจ้างเหมาตามสัญญาจะเท่ากับเงื่อนไขในสัญญา ขอบเขตงาน แบบก่อสร้างแนบสัญญา และข้อกำหนดทางเทคนิค ถ้าเงื่อนไขในสัญญา ขอบเขตงานแบบก่อสร้างแนบสัญญา และข้อกำหนดทางเทคนิคของสัญญานี้ไม่เปลี่ยนแปลง ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายเงินและผู้รับจ้างจะรับเงินครบถ้วนตามจำนวนราคาจ้างเหมาในสัญญาทุกประการ โดยที่ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบตามบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(BOQ)ในการคิดราคางานที่ผิดพลาดตกหล่นไป สัญญาประเภทนี้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้รับผิดชอบความถูกต้องและประสิทธิภาพของการทำงานของระบบ เนื่องจากการออกแบบอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้าง

ปริมาณงาน ในตารางบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(BOQ)ในสัญญานี้เป็นปริมาณที่ผู้รับจ้างทำการประมาณจากแบบแนบสัญญาที่คิดว่าเกิดขึ้นจริงโดยได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าจ้าง (ซึ่งเมื่องานแล้วเสร็จ ปริมาณงานจริงอาจจะมากกว่าหรือน้อยกว่าปริมาณที่กำหนดในบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(BOQ)ก็ได้) เมื่อผู้รับจ้างทำงานเสร็จสิ้นตามสัญญาโดยที่ผู้ว่าจ้างไม่มีคำสั่งให้เปลี่ยนแปลงแบบและขอบเขตงานใดๆจากสัญญา ผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินเต็มจำนวนเงินจ้างเหมาที่ระบุในสัญญา

## 2. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วย (Unit Price Contract)

สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วย หรือที่เรียกว่า Unit Price Contract นั้นเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเป็นที่รู้จักกันดี สัญญาประเภทนี้ผู้ว่าจ้างจะใช้เมื่องานที่จะก่อสร้างยังไม่มีแบบที่ชัดเจนแน่นอน หรือเป็นงานเร่งด่วน ไม่มีแบบให้ทำการประกวดราคาการจ้าง

แบบจ้างเหมา แต่จะต้องเริ่มทำงานแล้ว เพื่อให้งานดำเนินไปตามแผนงานจึงต้องเร่งจัดหาผู้รับจ้างเข้าทำงาน เพื่อให้ผู้รับจ้างมาทำงานตามเวลาที่กำหนด ผู้ว่าจ้างจึงต้องกำหนดรายการปริมาณงาน Bill of Quantity(BOQ)<sup>38</sup> พร้อมทั้งขอบเขตงานและข้อกำหนดทางเทคนิคให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาเป็นข้อมูลในการเสนอราคางาน<sup>39</sup>

สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างประเภทนี้ไม่ได้ยึดถือราคารวมเป็นเกณฑ์ หากแต่ยึดถือราคาต่อหน่วยเป็นเกณฑ์ ราคารวมนั้นเป็นแต่เพียงเพื่อให้เกิดมูลค่าสัญญาเพื่อให้นำไปใช้อ้างอิงในการทำหลักประกันสัญญา บทปรับ และอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับสัญญาเท่านั้น<sup>40</sup> หมายความว่า ราคาจ้างต่อหน่วยตามสัญญานั้นจะเป็นไปตาม เงื่อนไข ขอบเขตงาน ปริมาณงานใน BOQ ที่ผู้ว่าจ้างกำหนดขึ้น และข้อกำหนดทางเทคนิคในสัญญา ถ้าเงื่อนไขในสัญญา ขอบเขตงาน ปริมาณงานใน BOQ และข้อกำหนดทางเทคนิคของสัญญาไม่เปลี่ยนแปลง ผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินและผู้รับจ้างจะรับเงินครบถ้วนตามจำนวนราคาในสัญญาทุกประการ โดยที่ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบปริมาณงานใน BOQ ในสัญญาดังนั้น สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วยนี้ ราคางานรวมเมื่อปิดสัญญา อาจจะมากกว่า หรือน้อยกว่าราคารวมที่ระบุในสัญญาก็ได้ขึ้นอยู่กับปริมาณงานที่ผู้ว่าจ้างให้ทำจริง<sup>41</sup>

สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วยนี้ไม่เป็นที่นิยมมากนัก เนื่องจากราคาจ้างไม่แน่นอน ปรับเปลี่ยนไปตามค่าวัสดุอุปกรณ์ที่ใช้จริง ทำให้ผู้ว่าจ้างมีความกังวลว่าราคาจ้างสุทธิเมื่อเสร็จสิ้นตามสัญญาแล้วจะเป็นเท่าไร ไม่สามารถกำหนดราคาจ้างก่อสร้างได้ตายตัวแน่นอน ต้องรอจนกว่างานจะแล้วเสร็จจึงจะรู้ว่าค่าจ้างทั้งหมดเท่าไร ยากต่อการจะไปขอกู้กับทางธนาคารเพื่อช่วยสนับสนุนทางการเงินในโครงการด้วย ในส่วนมุมของผู้รับจ้างเองก็อาจปล่อยปละละเลยไม่ควบคุมการใช้วัสดุก่อสร้างของตนเองเพื่อให้เกิดความคุ้มค่ากับโครงการมากที่สุด เพราะผู้รับจ้างไม่จำเป็นต้องสนใจว่าจะใช้วัสดุก่อสร้างไปเท่าไร เพราะอย่างไรเสียผู้ว่าจ้างก็ต้องชำระค่าจ้างทั้งสิ้น

<sup>38</sup> หน้าที่ของบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(BOQ)และราคาต่อหน่วยในตารางราคางานในสัญญาทำหน้าที่ 2 หน้าที่หลัก คือ

1. บัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(BOQ)และราคาต่อหน่วย (Unit Price) ทำหน้าที่สำหรับเป็นพื้นฐานในการจ่ายเงินงวดงานสำหรับเงื่อนไขการจ่ายเงินของสัญญาเป็นแบบ Progress of work ตามผลงานเป็นรายเดือน

2. ราคาต่อหน่วย (Unit Price) ที่ระบุในบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(BOQ)ในสัญญานี้จะใช้เป็นพื้นฐานราคาต่อหน่วยในการคิดราคางานเพิ่ม งานลด (ชำนานญ พิเชษฐพันธ์, สงคราม ทองนพคุณ, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, 2559: 94)

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 94-96.

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 96.

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 96-98.

ตามที่คุณรับจ้างใช้ไป ดังนั้น หากเป็นสัญญาเช่นนี้ผู้ว่าจ้างจะต้องทำหน้าที่ตรวจตราโดยละเอียดในการใช้วัสดุอุปกรณ์ต่างๆ เพื่อให้ค่าก่อสร้างนั้นสูงเกินกว่าที่ควรจะเป็น

**โดยสรุป** ราคางานจ้างก่อสร้างตามสัญญาประเภทนี้จะยึดถือตามบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(BOQ) ที่ผู้ว่าจ้างระบุในสัญญาคุณด้วยราคาต่อหน่วยในสัญญา รวมทั้งข้อกำหนดทางเทคนิคที่ระบุในสัญญาเป็นหลัก<sup>42</sup>

### 3. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบค่าจ้างต้นทุนบวกค่าใช้จ่าย (Cost Plus)

สัญญารับเหมาก่อสร้างประเภทนี้มีลักษณะเด่นที่สำคัญ คือ ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต่างตกลงกันชำระค่าจ้างโดยผู้รับจ้างจะแจ้งราคาเงินต้นทุนที่แท้จริงของผู้รับจ้างที่ใช้ในการก่อสร้าง และบวกด้วยค่าใช้จ่ายต่างๆ ค่าดำเนินการค่าบริหารจัดการโครงการ กำไรและภาษี เข้าไปกับต้นทุนของผู้รับจ้าง ทั้งนี้จำนวนเงินที่จะบวกเข้าไบนั้นมักจะกำหนดเป็นเปอร์เซ็นต์ เช่น 5% 10% ของจำนวนเงินต้นทุนของผู้รับจ้าง สำหรับค่าดำเนินการและค่าใช้จ่ายที่บวกกับต้นทุนนี้ อาจตกลงกันเป็นการเหมาหรือ ตกลงกันเป็นราคาต่อหน่วยก็ได้<sup>43</sup>

สัญญาประเภทนี้มีได้ใช้แพร่หลายมากนัก เนื่องจากในการชำระต้นทุนให้แก่ผู้รับจ้างนั้นมีข้อยุ่งยาก กล่าวคือ เมื่อสัญญารับเหมาก่อสร้างประเภทนี้ ผู้ว่าจ้างจะจ่ายค่าจ้างตามต้นทุนที่แท้จริงของผู้รับจ้างแล้วบวกด้วยค่าใช้จ่ายลงไป นั่นแปลว่า ผู้รับจ้างจะต้องมีการแสดงหลักฐานเอกสารว่าต้นทุนที่แท้จริงของผู้รับจ้างนั้นเป็นเท่าไร ผู้ว่าจ้างเองก็จะต้องมาตรวจดูเอกสารหลักฐานเหล่านี้ด้วย แม้ว่าผู้รับจ้างจะมีเอกสารหลักฐานมาแสดงว่าผู้รับจ้างมีต้นทุนเท่าไรจริงๆ<sup>44</sup> แต่ก็อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ กล่าวคือ ผู้รับจ้างอาจไม่พยายามต่อรองต้นทุนให้ได้ราคาที่เหมาะสมที่สุดเพราะถึงอย่างไรเสียผู้ว่าจ้างก็ต้องจ่ายเงินต้นทุนตรงส่วนนี้ให้ผู้รับจ้างอยู่ดี เป็นผลให้ผู้รับจ้างต้องชำระราคาต้นทุนให้แก่ผู้รับจ้างในจำนวนเงินที่สูงเกินที่ควรจะเป็น ด้วยเหตุนี้สัญญารับเหมาก่อสร้างประเภทนี้จึงไม่นิยมมากนัก ผู้ว่าจ้างมักจะจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์เหล่านั้นเอง ต่อรองราคาเอง และชำระค่าวัสดุอุปกรณ์

<sup>42</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 98-99.

<sup>43</sup> ขำณัญ พิเชษฐพันธ์, ณัฐนนท์ รัตนไชย, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, การบริหารซื้อเรียกร้องและข้อพิพาทในโครงการก่อสร้าง(นนทบุรี: โรงพิมพ์เฟิร์ส ออฟเซท(1993) จำกัด, 2560). หน้า 231.

<sup>44</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 231



ต่างๆเองแล้วจึงว่าจ้างให้ผู้รับจ้างนั้นมาดำเนินการติดตั้งให้ โดยตกลงเฉพาะส่วนค่าดำเนินการฯ ค่าไร  
ภาษี และค่าใช้จ่ายเท่านั้น<sup>45</sup>

#### 4. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบคิดค่าใช้จ่ายทั้งหมดบวกด้วยเงินเพิ่มพิเศษ (Cost – Plus with Guaranteed Maximum and Incentive)

สัญญาประเภทนี้นั้น ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะตกลงกันทำสัญญาด้วยราคาสัญญางานที่รวมค่า  
ก่อสร้าง ภาษี ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ทั้งหมดแล้ว จากนั้นผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจ้างอาจเสนอว่า หากว่าผู้รับจ้าง  
สามารถทำงานเสร็จทันตามกำหนดเวลาและประหยัดค่าใช้จ่ายในโครงการได้โดยวิธีการที่ไม่ทำให้ผู้ว่า  
จ้างเสียประโยชน์เป็นจำนวนเงิน.....บาท หรือ ประหยัดลงไปคิดเป็นเปอร์เซ็นต์ได้.....เปอร์เซ็นต์ ซึ่ง  
แล้วแต่จะตกลงกัน แล้วผู้รับจ้างมีสิทธิได้เงินเพิ่มพิเศษจากผู้ว่าจ้างด้วย หรืออาจนำเงินที่ประหยัดลง  
ได้นั้นมาหารเฉลี่ยกัน สัญญาประเภทนี้ผู้ว่าจ้างต้องระมัดระวังให้มาก เพราะค่าใช้จ่ายในโครงการอาจ  
บานปลายได้ อีกทั้งผู้รับจ้างอาจพยายามลดต้นทุนโดยการใช้วัสดุอุปกรณ์ที่ไม่เหมาะสมในการทำงาน  
เพื่อให้ตนเองมีสิทธิได้รับเงินเพิ่มเหล่านั้นอาจมีผลทำให้งานไม่ได้คุณภาพเท่าที่ควร

#### 5. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบมีรางวัลตอบแทนและเสียค่าปรับ (Bonus/Penalty, Time and Completion)

สัญญาประเภทนี้จะคล้ายกับสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบคิดค่าใช้จ่ายทั้งหมดบวกด้วยเงิน  
เพิ่มพิเศษ (Cost – Plus with Guaranteed Maximum and Incentive) ซึ่งได้อธิบายไปแล้วนั้น  
กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะกำหนดเงินค่าจ้างและกำหนดเวลาแล้วเสร็จของงานไว้เรียบร้อยแล้ว  
แต่มีเงื่อนไขพิเศษว่า ถ้าผู้รับจ้างสามารถทำงานได้แล้วเสร็จก่อนเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา ผู้ว่าจ้างจะ  
มีเงิน Bonus หรือ ผลตอบแทนพิเศษเพิ่มให้กับผู้รับจ้าง หรือ หากว่าผู้รับจ้างทำงานล่าช้ากว่ากำหนด  
ระยะเวลาแล้วเสร็จของสัญญา ผู้ว่าจ้างจะคิดค่าปรับเป็นอัตราร้อยละ.....ของมูลค่าสัญญางาน ซึ่งจะ  
แล้วแต่ตกลงกันระหว่างคู่สัญญา สัญญาประเภทนี้มักใช้กับงานก่อสร้างจำพวกห้างสรรพสินค้า  
โรงแรม เป็นต้น เพราะหากว่าผู้ว่าจ้างสามารถเปิดใช้ห้างสรรพสินค้า หรือ โรงแรมได้เร็วขึ้นนั้น  
แปลว่า เจ้าของโครงการจะได้รับเงินจากการประกอบกิจการค้าได้เร็วขึ้นไปด้วย สัญญาประเภทนี้เป็น  
ประโยชน์ในแง่ที่ว่าผู้รับจ้างก็จะตั้งใจทำงานให้แล้วเสร็จเร็วกว่ากำหนดเวลาแล้วเสร็จในสัญญา แต่ก็มี

<sup>45</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 232

ข้อเสีย คือ ผู้รับจ้างอาจรีบทำงานจนเกินไปมีผลให้คุณภาพของงานไม่สอดคล้องกับความต้องการของผู้ว่าจ้าง

### ข. ประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้างแบ่งตามประเภทของงาน

จากที่ได้อธิบายไปแล้วสำหรับการแบ่งสัญญารับเหมาก่อสร้างตามลักษณะการจ่ายเงิน ในลำดับต่อไป จะเป็นการแบ่งสัญญารับเหมาก่อสร้างตามประเภทของงาน ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ (Lump Sum Contract)
2. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วย (Unit Price Contract)
3. สัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turnkey Contract)
4. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบ EPC Contract
5. สัญญา BLT (Build, Lease & Transfer) และ สัญญา BTL (Build, Transfer, Lease)
6. สัญญาสัมปทาน

ทั้งนี้ ขออธิบายตามลำดับ ดังนี้

#### 1. สัญญาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ(Lump Sum Contract)

สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ(Lump Sum Contract) นั้น เป็นสัญญาที่เหมารวมทุกสิ่งทุกอย่างไว้แล้ว กล่าวคือ ราคาค่าจ้างได้รวมค่าวัสดุอุปกรณ์ ค่าแรงงาน ค่าบริหารจัดการโครงการ กำไร ภาษีและค่าใช้จ่ายอื่นๆครบถ้วนแล้ว ทั้งนี้ได้อธิบายถึงรายละเอียดไปแล้วข้างต้นในหัวข้อ ก. ประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้างแบ่งตามการจ่ายเงิน

#### 2. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วย(Unit Price Contract)

สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วย(Unit Price Contract) นั้น เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างตกลงราคากันตามหน่วยของปริมาณงานที่ผู้รับจ้างทำได้จริง มิได้ตกลงกันตามราคาเหมาอย่างสัญญาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ(Lump Sum Contract) ผู้รับจ้างทำงานได้ปริมาณงานเท่าไรก็คิดค่าจ้างกันตามปริมาณงานนั้น สำหรับสัญญาประเภทนี้ บัญชีรายละเอียดของราคา(BOQ) จึงมีความสำคัญมากในการคิดราคาค่าจ้าง หากผู้รับจ้างใช้วัสดุมากกว่าปริมาณที่ระบุในบัญชีรายละเอียดของราคา(BOQ) ผู้ว่าจ้างก็ต้องชำระค่าจ้างตามปริมาณที่ใช้จริงที่สูงกว่าปริมาณที่ระบุในบัญชีรายละเอียดของราคา(BOQ) ในทางกลับกัน หากผู้รับจ้างใช้วัสดุน้อยกว่าปริมาณที่กำหนดไว้

ในบัญชีรายละเอียดของราคา ผู้รับจ้างก็มีสิทธิได้ค่าจ้างตามปริมาณที่แท้จริงที่น้อยกว่าบัญชีรายละเอียดของราคา(BOQ)เท่านั้น<sup>46</sup>

โดยสรุป สัญญารับเหมาก่อสร้างที่ราคาค่าจ้างงานนั้นจะยึดตามบัญชีแสดงรายละเอียดราคา (BOQ) ที่ผู้ว่าจ้างระบุไว้ในสัญญาคุณด้วยราคาต่อหน่วยในสัญญา รวมทั้งข้อกำหนดทางเทคนิคที่ระบุในสัญญาเป็นหลัก<sup>47</sup> ทั้งนี้ได้อธิบายถึงรายละเอียดไปแล้วข้างต้นในหัวข้อ ก. ประเภทของสัญญา รับเหมาก่อสร้างแบ่งตามการจ่ายเงิน

### 3. สัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turnkey Contract)

ในวงการก่อสร้างจะทราบกันดีว่าสัญญาจ้างรับเหมาก่อสร้างประเภทนี้เป็นสัญญาที่ผู้รับจ้างหรือผู้รับเหมานั้นเป็นทั้งผู้ออกแบบ จัดซื้อจัดจ้าง ดำเนินการก่อสร้างเองทั้งหมดพร้อมทั้งมีบัญชีแสดงรายละเอียดของราคาค่าก่อสร้าง (Bill of Quantity หรือ BOQ) แสดงรายละเอียดของปริมาณวัสดุ และราคาโดยละเอียด โดยผู้ว่าจ้างเป็นผู้ชำระค่าก่อสร้างเท่านั้น สำหรับสัญญาประเภทนี้เหมาะสำหรับสัญญาที่เป็นงานโครงการขนาดใหญ่ ใช้เทคโนโลยีสูง สำหรับงานรับเหมาก่อสร้างแบบเบ็ดเสร็จ(Turnkey) นั้น เจ้าของโครงการ(Owner หรือ Employer) จะเป็นผู้ทำต้นร่างทางด้านสถาปัตยกรรม ทำร่างสัญญาต่างๆ โดยจะกำหนดลักษณะของโครงสร้างหรือวัสดุที่เลือกใช้ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้รับเหมาได้ประเมินราคา ในส่วนของผู้รับเหมา ผู้รับเหมาจะต้อง ข้อดีในมุมมองของผู้ว่าจ้าง สำหรับการก่อสร้างแบบจ้างเหมาเบ็ดเสร็จ คือ งบประมาณการก่อสร้างไม่บานปลาย เพราะผู้รับเหมาจะเป็นผู้ควบคุมงบประมาณการก่อสร้างให้เป็นไปตามสัญญาที่ผู้ว่าจ้างกำหนดและภายในงบประมาณที่ผู้ว่าจ้างกำหนด งานก่อสร้างรวดเร็ว เนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้สิทธิผู้รับจ้างทำงานออกแบบอย่างเต็มที่ จึงไม่จำเป็นต้องรอการอนุมัติแบบจากผู้ออกแบบอีก ข้อเสีย เมื่อเป็นงานจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ อาจจะมีข้อขัดแย้งกันในขณะก่อสร้าง อาทิเช่น ผู้รับเหมาจัดหาวัสดุที่ไม่ได้คุณภาพนำมาใช้ในโครงการเพราะคำนึงถึงเรื่องราคาเป็นหลัก นอกจากนี้อาจเกิดปัญหาเรื่องแบบก่อสร้างที่ยังไม่เรียบร้อยสมบูรณ์ในขณะก่อสร้าง ทำให้อาจมีการปรับแก้ไขแบบกันในระหว่างทำงานโครงการ<sup>48</sup>

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 230.

<sup>47</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, สงคราม ทองนพคุณ, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, การบริหารสัญญาจ้างก่อสร้าง(นทบุรี: โรงพิมพ์เฟิร์ส ออฟเซท(1993) จำกัด,2559). หน้า 98-99.

<sup>48</sup> เว็บบาสเตอร์, การออกแบบและก่อสร้างงาน Turnkey[ออนไลน์], 15 มิถุนายน 2562. แหล่งที่มา <http://www.thaiengineering.com/2015/index.php/technology/item/439-turn-key>

สัญญารับเหมาก่อสร้างประเภทนี้ส่วนใหญ่มักเป็นงานก่อสร้างที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีที่เจ้าของโครงการไม่มี จึงจำเป็นต้องว่าจ้างผู้รับจ้างให้ทำการก่อสร้างให้เป็นไปตามความประสงค์ของเจ้าของโครงการ ซึ่งเป็นผลให้เกิดความมั่นใจให้กับเจ้าของโครงการว่าเมื่องานแล้วเสร็จตามสัญญาจะสามารถทำงานได้ตรงตามความต้องการได้<sup>49</sup>

ในหนังสือ **“ปัญหาในการก่อสร้าง”** ของ อาจารย์ชำนาญ พิเชษฐพันธ์ และ อาจารย์ไพบุลย์ กิตติพิทยากร ได้อ้างถึงหนังสือ Design Liabilities in Construction Industry ที่เขียนโดย D.L.Cones อธิบายเกี่ยวกับสัญญา Turnkey นี้ไว้ว่า

*“The arrangement is known as a turnkey project when the building owner has simply to turn the key of the door and he will immediately be able to put his new building into full productive use”.*<sup>50</sup>

จากคำกล่าวของ D.L.Cones ทำให้เข้าใจลักษณะของสัญญา Turnkey ได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าเป็นสัญญาที่ ผู้ว่าจ้างหรือเจ้าของโครงการเพียงแต่ปิดกุญแจเท่านั้นก็สามารถจะไ้ทำงานก่อสร้างที่ใช้งานได้เลย<sup>51</sup>

#### 4. สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบ EPC Contract

ชื่อเต็มๆของ EPC Contract คือ “Engineering, Procurement and Construction Contract” สัญญานี้ผู้รับจ้างจะต้องดำเนินการทั้งงานในส่วนการออกแบบทางวิศวกรรม จัดหาวัสดุอุปกรณ์ และทำการก่อสร้างโครงการ จนกระทั่งส่งมอบงานให้กับผู้ว่าจ้างหรือเจ้าของโครงการ<sup>52</sup>

ราคางานจ้างเหมามาตามสัญญาจ้างประเภทนี้จะยึดถือ เงื่อนไขในสัญญา ขอบเขตของงานแบบ Guideline ข้อกำหนดทางเทคนิค และความต้องการสุดท้ายเมื่อผู้ว่าจ้างรับมอบงาน ถ้าเงื่อนไขในสัญญา ขอบเขตงานแบบ Guideline ข้อกำหนดทางเทคนิค และความต้องการสุดท้ายของสัญญานี้

<sup>49</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์,ไพบุลย์ กิตติพิทยากร, ปัญหาในการก่อสร้าง, หน้า 47.

<sup>50</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, สงคราม ทองนพคุณ, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, การบริหารสัญญาจ้างก่อสร้าง, หน้า 8.

<sup>51</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์,ไพบุลย์ กิตติพิทยากร, ปัญหาในการก่อสร้าง, หน้า 43.

<sup>52</sup> “Engineering, Procurement, and Construction” (EPC) is a particular form of contracting arrangement (EPC) used in some industries where the E P C Contractor is made responsible for all the activities from design, procurement, construction, to commissioning and handover of the project to the End-User or Owner. (Engineering, Procurement, and Construction [Online] Accessed 10 July 2019 . Updated 24 June 2019. Available from [https://en.wikipedia.org/wiki/Engineering,\\_procurement,\\_and\\_construction](https://en.wikipedia.org/wiki/Engineering,_procurement,_and_construction))

ไม่เปลี่ยนแปลง ผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินและผู้รับจ้างจะรับเงินครบถ้วนตามจำนวนราคาจ้างเหมาในสัญญาทุกประการ โดยผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบปริมาณงาน(BOQ) ในการคิดราคางานผลิตผลและตกลงกันไป สัญญาประเภทนี้ ผู้รับจ้างเป็นผู้รับผิดชอบความถูกต้องและประสิทธิภาพของการทำงานระบบ เนื่องจากการออกแบบอยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับจ้าง<sup>53</sup> ความแตกต่างระหว่าง EPC Contract กับ Turnkey Contract คือ ประการแรก คือ ชับซ้อนของงานออกแบบ(Engineering Design) กล่าวคือ สัญญา EPC ผู้รับจ้างจะทำในส่วนของ basic engineering เท่านั้น แต่สำหรับสัญญา Turnkey นั้น ผู้รับจ้างจะต้องทำงานออกแบบที่มีลักษณะซับซ้อนและเฉพาะเจาะจงทางเทคนิคมากกว่า ประการที่สอง คือ ความรับผิดชอบ กล่าวคือ สัญญา EPC นั้น ผู้รับจ้างจะทำหน้าที่ร่วมกับคู่สัญญาอื่นๆหรือบุคคลอื่นๆด้วยเพื่อให้งานโครงการสำเร็จไปได้ แต่หากว่าเป็นสัญญา Turnkey นั้น ผู้รับจ้างมีความรับผิดชอบทั้งหมด เนื่องจากผู้รับจ้างทำงานส่วนต่างๆเองทั้งหมดจนจบโครงการจนส่งมอบงานให้กับผู้ว่าจ้างหรือเจ้าของโครงการ และประการที่สาม คือ ค่าจ้างหรือค่าใช้จ่ายในโครงการ สำหรับข้อนี้ ถ้าเป็นสัญญา Turnkey จะมีค่าจ้างและค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูงเนื่องจากเป็นงานจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จแต่ก็ไม่เสมอไป เพราะสัญญา EPC บางโครงการก็อาจจะมีค่าจ้างและค่าใช้จ่ายสูงได้หากเป็นงานที่มีความยากและซับซ้อนขึ้น สัญญา EPC มักใช้กับงานด้าน Oil&Gas และงานที่เป็นโครงการโรงไฟฟ้า จากที่ได้อธิบายมาข้างต้นนั้นสัญญา EPC และ Turnkey นั้นมีความคล้ายคลึงกันมาก จนมักเรียกเป็นคำรวมกันว่า EPC Turnkey Contract

#### 5.สัญญา BLT(Build, Lease &Transfer) และ สัญญา BTL(Build, Transfer, Lease)

โดยนักกฎหมายมักจะเรียกกันว่า สัญญาเช่าต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดา สัญญาประเภทนี้นั้น ผู้ว่าจ้างจะปล่อยให้ผู้รับจ้างเช่าพื้นที่เพื่อทำการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้าง โดยผู้ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องออกค่าใช้จ่ายในการก่อสร้าง มักจะเช่ากันเป็นระยะเวลายาวนาน เช่น 30 ปี สัญญา BLT แตกต่างจากสัญญา BTL คือ สัญญา BLT นั้น ผู้รับจ้างจะก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างและเช่าพื้นที่นั้นเพื่อประกอบกิจการจากนั้นจึงโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างให้แก่ผู้ว่าจ้าง ส่วนสัญญา BTL นั้น ผู้รับจ้างจะก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างขึ้นมา จากนั้นโอนกรรมสิทธิ์ไปให้ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างก็เช่าสิ่งปลูกสร้างนั้นต่อเพื่อดำเนินกิจการ

<sup>53</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, สงคราม ทองนพคุณ, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, การบริหารสัญญาจ้างก่อสร้าง, หน้า 89.

## 6. สัญญาสัมปทาน(Concession)

เป็นอีกสัญญาหนึ่งที่พบบ่อย โดยรัฐจะให้สิทธิ ผู้รับจ้างในการก่อสร้างโดยออกค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างเอง จากนั้นเมื่อก่อสร้างเสร็จรัฐก็ให้สิทธิผู้รับจ้างนำสิ่งก่อสร้างออกให้ประชาชนใช้บริการ โดยการเรียกเก็บเงินจากประชาชน โดยรัฐจะกำหนดว่าให้สัมปทานแก่ผู้รับจ้างกี่ปี เมื่อหมดสัญญาสัมปทานแล้วสิ่งปลูกสร้างนั้นก็ตกเป็นของรัฐ ทั้งนี้รายละเอียดสัญญาอาจแตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา

### 2.2 ข้อสัญญาสำคัญในสัญญารับเหมาก่อสร้าง

เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีรายละเอียดที่น่าสนใจหลายประการ อันเป็นที่มาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงขอยกตัวอย่างข้อสัญญาที่สำคัญๆในสัญญารับเหมาก่อสร้าง พร้อมยกตัวอย่างข้อสัญญา เพื่อประกอบความเข้าใจด้วย

#### 2.2.1 เงื่อนไขการจ่ายเงิน (Payment Term)

ในสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีเงื่อนไขการจ่ายเงินที่มีรูปแบบเฉพาะที่น่าสนใจ ดังนี้

##### ก. เงินล่วงหน้า (Advance Payment) - ค่าจ้างงวดแรก (First Payment)

เงินล่วงหน้า(Advance Payment) จะพบเห็นได้บ่อยๆในสัญญารับเหมาก่อสร้าง โดยเป็นการที่ผู้ว่าจ้างนั้นตกลงให้ผู้รับจ้างยืมเงินไปใช้ก่อนเพื่อเริ่มดำเนินงาน เพื่อให้ผู้รับจ้างไม่ติดขัดในเรื่องการทำงานก่อนที่จะเริ่มงาน โดยเงินล่วงหน้านั้นมักจะให้ก่อนที่จะมีเนื้องานเกิดขึ้นจริงตามสัญญา โดยอาจกำหนดให้เป็นเงิน 5% ,10% ของมูลค่าสัญญางาน ซึ่งผู้ว่าจ้างจะกำหนดเงินล่วงหน้า(Advance Payment) ไว้มากกว่านี้ก็ได้ แล้วแต่คู่สัญญาจะตกลงกัน หากเป็นงานที่โครงการมีมูลค่าสูงมากๆ และจะต้องมีการซื้อวัสดุอุปกรณ์ขนาดใหญ่และราคาสูง ผู้รับจ้างไม่มีเงินมากนัก ผู้ว่าจ้างอาจให้เงินล่วงหน้า (Advance Payment) สูงถึง 20%-25% ก็เป็นไปได้<sup>54</sup> แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้ว่าจ้างให้เงิน

<sup>54</sup> ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ต้องจัดซื้อหรือจัดหาวัสดุในการก่อสร้างที่มีราคาสูงในคราวเดียว และเป็นราคาส่วนใหญ่ของราคาค่าจ้างทั้งหมด เช่น จ้างติดตั้งงานระบบปรับอากาศและระบายอากาศ เป็นค่าจ้างตามสัญญา 100 ล้านบาท โดยเป็นค่าวัสดุอุปกรณ์จำนวน 75 ล้านบาท ซึ่งผู้รับจ้างต้องไปซื้อจากผู้จำหน่าย และต้องวางเงินมัดจำจำนวน 20 ล้านบาท เท่ากับร้อยละ 20 ของค่าจ้างตามสัญญา แต่ผู้รับจ้างมีค่าใช้จ่ายอย่างอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้เงินล่วงหน้าอาจเป็นร้อยละ 25 ของค่าจ้างตามสัญญา (ชำนาญ พิเชษฐพันธ์ และคณะ 2560:234)

ล่วงหน้าสูงจนเกินไป ก็มีความเสี่ยงว่าผู้รับจ้างอาจนำเงินล่วงหน้าไปใช้ในกิจการอื่น ๆ อันไม่เกี่ยวกับงานตามสัญญาหรือทั้งงาน

เมื่อเงินล่วงหน้าเป็นเงินที่ผู้ว่าจ้างให้ผู้รับจ้างยืมไปใช้ในกิจการงานก่อน เงินล่วงหน้าจึงมิใช่เงินค่าจ้างที่ผู้ว่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อผลสำเร็จของงานที่จ้างแต่อย่างใด<sup>55</sup> มีลักษณะเป็นเงินกู้ไม่มีดอกเบี้ยนั่นเอง ในเรื่องนี้ สัญญามาตรฐานของ FIDIC ได้เขียนไว้อย่างชัดเจนว่า เงินล่วงหน้าเป็นเงินกู้ไม่มีดอกเบี้ย โดยเขียนว่า

#### Clause 14.2 Advance Payment

“...the Employer shall make an advance payment, as an interest free loan for mobilization and design...”<sup>56</sup>

นอกจากจะเขียนว่าเงินล่วงหน้าเป็นเงินกู้ไม่มีดอกเบี้ยแล้ว ยังเขียนว่าเงินล่วงหน้าเป็นเงินสำหรับขนย้ายเครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์ (Mobilization) และการออกแบบ แต่ไม่ได้ระบุถึงการซื้อหรือจัดหาวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างด้วยซึ่งจริงๆ แล้วจะรวมค่าใช้จ่ายตรงส่วนนี้ด้วย<sup>57</sup> สำหรับเงินล่วงหน้าผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องคืนเงินล่วงหน้าให้แก่ผู้ว่าจ้างด้วย

แต่หากจะให้คืนหมดในคราวเดียว อาจทำให้ผู้รับจ้างขาดสภาพคล่องทางการเงิน สัญญารับเหมาก่อสร้างโดยส่วนใหญ่จึงให้ผู้รับจ้างทยอยคืน โดยมักกำหนดให้คืนเป็นรายเดือน อาจจะเป็นเดือนละ 10% หรือ 15% ของเงินค่าจ้างที่จ่ายให้ผู้รับจ้างในแต่ละงวด โดยจะสอดคล้องกับมูลค่าเงินล่วงหน้าที่ได้รับไปนั้น จนกว่าจะครบจำนวนเงินที่ผู้รับจ้างได้รับเงินล่วงหน้าไว้

อย่างไรก็ตาม อย่างที่ได้อธิบายไปข้างต้นนั้น เมื่อเงินล่วงหน้าผู้ว่าจ้างจ่ายให้ผู้รับจ้างเพื่อช่วยเหลือผู้รับจ้างในการเริ่มต้นงานก่อสร้าง แต่ผู้ว่าจ้างก็มีความเสี่ยงพอสมควรว่าหากจ่ายเงินไปแล้วผู้รับจ้างอาจนำเงินไปใช้ในทางอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน หรือผู้รับจ้างอาจทิ้งงานและหนีไปพร้อมกับเงินล่วงหน้าด้วย ในสัญญาส่วนใหญ่จึงกำหนดให้ผู้รับจ้างเมื่อได้รับเงินล่วงหน้าแล้วจะต้องนำ

<sup>55</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ธีรนนท์ รัตนไชย, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, การบริหารข้อเรียกร้องและข้อพิพาทในโครงการก่อสร้าง (นันทบุรี: โรงพิมพ์เฟิร์ส ออฟเซท (1993) จำกัด, 2560). หน้า 233

<sup>56</sup> International Federation of Consulting Engineer (FIDIC), Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (FIDIC Silver Books 2<sup>nd</sup> Edition 2017) (Switzerland: International Federation of Consulting Engineer, 2017), p. 65.

<sup>57</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ธีรนนท์ รัตนไชย, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, การบริหารข้อเรียกร้องและข้อพิพาทในโครงการก่อสร้าง, หน้า 233.

หลักประกันเงินล่วงหน้า (Advance Payment Security) ที่ออกโดยธนาคารมาวางมูลค่าเท่ากับเงินล่วงหน้าที่ได้รับเพื่อให้ผู้ว่าจ้างอุ่นใจว่าอย่างไรเสียหากผู้รับจ้างทิ้งงานไป ผู้ว่าจ้างก็มีสิทธิที่จะเรียกขานเงินจากหลักประกันเงินล่วงหน้านี้ต่อธนาคารได้ นอกจากนี้ในสัญญารับเหมาก่อสร้างมักกำหนดให้ผู้รับจ้างจะต้องนำเงินล่วงหน้าไปใช้เพื่อค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น หากผู้รับจ้างนำเงินล่วงหน้าไปใช้ในทางอื่นนอกเหนือจากสัญญา ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะเรียกเงินค่าจ้างล่วงหน้าคืนทั้งหมด หรือ บังคับเอาหลักประกันค่าจ้างล่วงหน้า(Advance Payment Security) ที่ผู้รับจ้างได้ให้ไว้แก่ผู้ว่าจ้าง

นอกจากเงินล่วงหน้า(Advance Payment) แล้ว ในบางสัญญาอาจกำหนดเป็นเงินค่าจ้างงวดแรก(First Payment) แทนในการนี้ เงินค่าจ้างงวดแรกนั้น ผู้ว่าจ้างจะจ่ายให้กับผู้รับจ้างเป็นเงินค่าจ้างงวดแรก โดยอาจกำหนดให้ผู้รับจ้างเข้าไปทำงานบางส่วนในช่วงเริ่มต้นก่อน เช่น งาน Mobilization<sup>58</sup> เงินค่าจ้างงวดแรกมิใช่เงินยืมแต่อย่างใด ผู้รับจ้างไม่มีหน้าที่ต้องทยอยหักเงินค่าจ้างงวดแรกคืนผู้ว่าจ้าง เมื่อมิใช่เงินยืมหรือเงินกู้โดยปราศจากดอกเบี้ยเหมือนเงินล่วงหน้า ผู้รับจ้างจึงไม่จำเป็นต้องวางหลักประกันเงินค่าจ้างล่วงหน้า(Advance Payment Security) อย่างไรก็ตาม มักพบว่าในบางสัญญาผู้ว่าจ้างให้เงินค่าจ้างงวดแรกแก่ผู้รับจ้างแล้ว แต่ยังไม่เรียกขานให้ผู้รับจ้างวางหลักประกันเงินล่วงหน้าด้วยซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน เพราะเมื่อเป็นเงินค่าจ้างงวดแรกแล้ว มิใช่เงินยืม ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องวางหลักประกันเงินค่าจ้างล่วงหน้าอีก

#### **ข. การจ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงาน(Progress of Work Payment) และการจ่ายเงินตามเงื่อนไขที่กำหนด(Milestone Payment)**

สัญญารับเหมาก่อสร้างส่วนใหญ่จะมีเงื่อนไขการจ่ายเงิน 2 แบบ คือ การจ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงาน (Progress of Work) และการจ่ายเงินตามเงื่อนไขที่กำหนด (Milestone Payment)

สำหรับการจ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงาน(Progress of Work Payment) นั้น คือ การจ่ายเงินตามความสำเร็จของงานในแต่ละเดือน โดยจะมีการคำนวณว่า งานที่ผู้รับจ้างทำเสร็จในแต่ละเดือนนั้น คิดเป็นสัดส่วนกี่เปอร์เซ็นต์ของงานตามสัญญา และคิดเป็นเงินค่าจ้างเท่าไร การ

<sup>58</sup> งานในช่วงเริ่มงาน เช่น งานปรับพื้นที่หน้าดินให้เสมอกัน งานเคลื่อนย้ายเครื่องจักรในโครงการก่อสร้างเข้าไปในพื้นที่ก่อสร้าง เป็นต้น



จ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงาน (Progress of Work) นั้นนิยมมาก เนื่องจากผู้รับจ้างสามารถได้รับเงินค่าจ้างเป็นรายเดือน ทำให้ผู้รับจ้างมีการเงินหมุนเวียนดี ไม่ขาดสภาพคล่อง

ตัวอย่าง เช่น สัญญางาน 100 ล้านบาท เดือนที่ 1 บริษัท ก ผู้รับจ้างทำงานไปได้ 2% ของมูลค่าสัญญางาน ดังนั้น ในเดือนที่ 1 นี้ บริษัท ก ผู้รับจ้าง มีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างเท่ากับ 2 ล้านบาท ถ้วน ในเดือนที่ 2 ผู้รับจ้างทำงานได้ 5% ของมูลค่าสัญญางาน กล่าวคือ ทำงานเพิ่มขึ้นจากงานเดิมไป 3% ผู้รับจ้าง ก็มีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างในเดือนนั้น 3 ล้านบาท เป็นต้น

ทั้งนี้ข้อสัญญาที่มีการจ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงาน(Progress of Work Payment) คู่สัญญา มักจะตกลงในทำนองที่ว่า ผู้ว่าจ้างจะชำระเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้างเป็นรายงวด งวดละ 1 (หนึ่ง) เดือน โดยผู้ว่าจ้างจะชำระให้แก่ผู้รับจ้างไม่เกินมูลค่าผลงานตามสัญญาที่ผู้รับจ้างได้ทำเสร็จจริง โดยรวมค่าดำเนินการ กำไร และภาษี แล้ว

นอกจากการจ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงาน(Progress of Work Payment) แล้ว ยังมี การจ่ายเงินค่าจ้างอีกประเภทหนึ่งที่นิยมกันมาก คือ **การจ่ายเงินตามเนื้องานที่กำหนด(Milestone Payment)** คือ การจ่ายเงินตามเนื้องานที่ผู้ว่าจ้างกำหนดไว้ว่า Milestone 1 ผู้รับจ้างต้องทำงานอะไรเสร็จบ้าง เมื่อผู้รับจ้างทำงานเหล่านั้นแล้วเสร็จแล้ว ผู้รับจ้างจึงจะมีสิทธิเบิกรับเงินค่าจ้างได้ การจ่ายเงินแบบ Milestone นี้ เดือนหนึ่งอาจจะจ่ายได้หลายครั้ง หรือ อาจจะหลายเดือนจึงจะจ่ายได้สักครั้งหนึ่งขึ้นอยู่กับเนื้องานที่ผู้รับจ้างทำได้เสร็จตามที่ผู้ว่าจ้างกำหนด การจ่ายเงินแบบ Milestone นั้น มีข้อควรระวังของผู้รับจ้างพอสมควร กล่าวคือ หากผู้รับจ้างทำงานไม่แล้วเสร็จครบถ้วนตาม Milestone นั้นๆ แม้เป็นเพียงงานเล็กน้อย เช่น หากเป็นงานทาสีแล้วสีหลุดลอกบางจุด อาจทำให้ผู้รับจ้างไม่สามารถเบิกเงินค่างวดงานได้เลย นอกจากนี้ หากผู้รับจ้างเป็นผู้กำหนด Milestone เอง ผู้รับจ้างก็จะต้องระมัดระวังโดยกำหนดให้สอดคล้องกับหน้างานจริงๆมากที่สุดว่าผู้รับจ้างจะทำงานส่วนใดแล้วเสร็จเมื่อใด และควรทำงานอย่างไรก่อนหลังด้วย เพราะจะมีผลในการเบิกเงินค่างวดงาน หากเบิกรับเงินค่างวดงานไม่ได้ อาจทำให้ผู้รับจ้างขาดสภาพคล่องทางการเงิน เป็นปัญหาทำให้ไม่สามารถดำเนินงานก่อสร้างต่อไปจนจบโครงการ

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงาน(Progress of Work Payment) หรือ การจ่ายเงินตามเนื้องานที่กำหนด (Milestone Payment) ในการจ่ายเงินนั้นๆ ผู้ว่าจ้างจะต้องหักเงินล่วงหน้า(Advance Payment) คืนไว้ด้วย อาจจะ 5% หรือ 10% แล้วแต่จะตกลง

กันไว้ แต่หากไม่มีเงินล่วงหน้า แต่มีเงินค่าจ้างงวดแรก(First Payment) ผู้ว่าจ้างก็ไม่จำเป็นต้องหักเงินในส่วนนี้ นอกจากนี้ จะมีเงินอีกประเภทที่สำคัญอย่างมากในสัญญารับเหมาก่อสร้าง คือ เงินประกันผลงาน (Retention Money) ซึ่งผู้ว่าจ้างจะต้องหักไว้ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้จะอธิบายในหัวข้อถัดไป

### ค. เงินประกันผลงาน(Retention Money)

เงินประกันผลงาน(Retention Money) คือ เงินที่ผู้ว่าจ้างหักไว้ใน การจ่ายเงินให้ผู้รับจ้างแต่ละงวด อาจจะ 5% หรือ 10% แล้วแต่ตกลงกันไว้ในสัญญา เพื่อเป็นการประกันผลงานตามสัญญาของผู้รับจ้าง หากผู้รับจ้างทำงานแล้วมีความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้น หรือ งานไม่สำเร็จบริบูรณ์ตามสัญญา เมื่อผู้ว่าจ้างแจ้งให้ผู้รับจ้างทำการแก้ไข ผู้รับจ้างไม่ดำเนินการแก้ไข ผู้ว่าจ้างอาจไปจ้างบุคคลอื่นมาทำงานแทน หรือผู้ว่าจ้างดำเนินการแทน มีค่าใช้จ่ายเท่าไร ผู้ว่าจ้างก็จะหักค่าใช้จ่ายตรงส่วนนั้นออกจากเงินประกันผลงานนี้เอง นอกจากนี้หากปรากฏว่าผู้รับจ้างมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา หรือก่อให้เกิดความเสียหาย หรือ มีค่าปรับที่ต้องชำระแก่ผู้ว่าจ้าง หรือมีค่าใช้จ่ายใดๆ หรือการกระทำใดๆ หรือไม่กระทำการใดๆอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบของผู้รับจ้างต่อผู้ว่าจ้างตามสัญญา หรือผู้รับจ้างมีหนี้จำนวนใดๆที่ต้องชำระแก่ผู้ว่าจ้างตามสัญญา ผู้รับจ้างก็มักจะตกลงให้ผู้ว่าจ้างบังคับเอา กับเงินประกันผลงานได้ทันทีโดยให้สิทธิผู้ว่าจ้างในการหักเงินประกันผลงานตรงส่วนนี้ไป

เมื่อผู้ว่าจ้างหักเงินประกันผลงานไว้แล้ว เมื่อผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จตามสัญญา โดยปกติผู้ว่าจ้างก็จะคืนเงินประกันผลงานตรงนี้ให้ หรืออาจจะคืนให้ผู้รับจ้างภายหลังจากพ้นกำหนดการรับประกันความชำรุดบกพร่อง ก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะตกลงกันไว้อย่างไร หากตกลงให้ผู้ว่าจ้างคืนเงินประกันผลงานเมื่อผู้รับจ้างทำงานเสร็จตามสัญญาโดยไม่รอให้พ้นกำหนดการรับประกันความชำรุดบกพร่อง ผู้ว่าจ้างอาจกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องนำหลักประกันความชำรุดบกพร่อง (Maintenance Security) มาวางในช่วงระยะเวลาการรับประกันความชำรุดบกพร่องนั้นแทนก็ได้ โดยมักจะกำหนดให้ต้องวางหลักประกันความชำรุดบกพร่องเท่ากับหรือน้อยกว่าเงินประกันผลงานนั้น ทั้งนี้จะกล่าวในรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ หลักประกันตามสัญญารับเหมาก่อสร้าง

การคืนเงินประกันผลงานนั้น หากผู้รับจ้างมิได้ทำความเสียหายอย่างใดๆต่อผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างก็จะคืนเงินตรงส่วนนี้เต็มจำนวนที่ผู้ว่าจ้างได้รับไว้ แต่หากว่าผู้รับจ้างมีความผิดหรือหนี้จำนวนใดๆต่อผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างจะคืนเงินประกันผลงานให้กับผู้รับจ้างในส่วนที่เหลือจากที่หักชำระความผิดหรือหนี้

จำนวนใดๆไปแล้ว(ถ้ามี) ทั้งนี้การคืนเงินประกันผลงานนั้นคู่สัญญาจะตกลงคืนกันโดยไม่คิดดอกเบี้ยแต่อย่างใด

## 2.2.2 หลักประกันตามสัญญารับเหมาก่อสร้าง

ในสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีหลักประกันที่สำคัญๆ อยู่ 3 หลักประกัน กล่าวคือ หลักประกันเงินล่วงหน้า(Advance Security) ซึ่งได้อธิบายไปแล้วในข้อ ก. , หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา (Performance Security) และ หลักประกันความชำรุดบกพร่อง (Maintenance Security หรือ Defect Liability Bond)

### ก.หลักประกันเงินล่วงหน้า(Advance Security)

สำหรับหลักประกันเงินล่วงหน้า(Advance Payment Security) นั้นจะวางเมื่อผู้ว่าจ้างได้จ่ายเงินล่วงหน้า (Advance Payment) ให้แก่ผู้รับจ้างโดยจะวางหลักประกันเงินล่วงหน้าเท่ากับเงินล่วงหน้าที่ผู้ว่าจ้างจ่ายให้ แล้วจะคืนหลักประกันนี้ต่อเมื่อผู้รับจ้างคืนเงินล่วงหน้าแก่ผู้ว่าจ้างครบถ้วนแล้ว หรืออาจคืนภายหลังจากผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จตามสัญญา ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันระหว่างคู่สัญญา รายละเอียดโปรดศึกษาเพิ่มเติมในข้อ ก. เงินล่วงหน้า(Advance Payment) – ค่าจ้างงวดแรก (First Payment) ทั้งนี้หลักประกันเงินล่วงหน้าที่นำมาวางนั้นจะต้องออกจากธนาคารพาณิชย์ที่น่าเชื่อถือและเป็นที่ยอมรับจากผู้ว่าจ้างด้วย

### ข.หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา(Performance Security)

ผู้ว่าจ้างมักจะกำหนดให้ผู้รับจ้างวางหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาไว้ด้วยเพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาของผู้รับจ้างว่าจะดำเนินงานให้แล้วเสร็จตามสัญญา ป้องกันมิให้ผู้รับจ้างทำงานไม่ยอมทำตามสัญญาจนแล้วเสร็จ โดยมากมักกำหนดไว้ไม่เกิน 10% ของค่าจ้างตามสัญญา แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันของคู่สัญญา หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญานี้ ผู้ว่าจ้างจะคืนให้แก่ผู้รับจ้างเมื่อผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จตามสัญญาแล้ว และผู้รับจ้างได้นำหลักประกันความชำรุดบกพร่อง(Maintenance Security)มาวางแทนในช่วงระยะเวลาการรับประกันความชำรุดบกพร่อง ทั้งนี้อาจกำหนดระยะเวลาการคืนหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาเป็นกำหนดระยะเวลาแน่นอนโดยให้คืนภายใน 15-30 วันนับจากวันที่ผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จตามสัญญาด้วย ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันของคู่สัญญา

### ค.หลักประกันความชำรุดบกพร่อง (Maintenance Security หรือ Defect Liability Bond)

สำหรับหลักประกันประเภทนี้นั้น ผู้ว่าจ้างจะกำหนดให้ผู้รับจ้างนำมาวางในช่วงรับประกันความชำรุดบกพร่อง อาจจะเป็น 1 ปี 2 ปี หรือแล้วแต่จะตกลงกัน โดยมากมักกำหนดให้นำมาวางในอัตรา 5% -10% ของมูลค่าสัญญางาน และจะคืนให้เมื่อพ้นกำหนดรับประกันความชำรุดบกพร่องแล้ว

#### 2.2.3 บทปรับ

เมื่อสัญญารับเหมาก่อสร้างมุ่งที่ผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญ ในสัญญาทุกๆสัญญาจึงกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จตามสัญญาเอาไว้ โดยอาจกำหนดเป็นระยะเวลาเป็นวัน เช่น กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จภายใน 350 วันนับจากวันเริ่มงานหรือวันที่กำหนดไว้ในสัญญา เป็นต้น หรืออาจกำหนดเป็นวันที่ เช่น กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จตามสัญญาภายในวันที่ 30 มิถุนายน 2560 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาจะตกลงกัน

หากผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จตามสัญญาภายในกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันไว้กับผู้ว่าจ้าง ก็ดีไป แต่เมื่อไรก็ตามที่ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้เสร็จทันตามกำหนดเวลา ผู้ว่าจ้างจึงกำหนดข้อสัญญาอันเป็นบทปรับไว้ ในสัญญารับเหมาก่อสร้างจะเรียกว่า ค่าปรับอันเนื่องมาจากงานล่าช้า (Liquidated Damages) ซึ่งมักกำหนดบทปรับไว้ในอัตรา 0.1% ของมูลค่าสัญญางาน ทั้งนี้ปรับสูงสุดไม่เกิน 10% ของมูลค่าสัญญางาน ขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่สัญญาเป็นหลัก

นอกจากบทปรับอันเนื่องมาจากงานล่าช้าแล้ว ยังอาจมีบทปรับอื่นๆอีกตามแต่คู่สัญญาจะตกลงกันไว้ในสัญญา เช่น บทปรับในเรื่อง Performance Guarantee กล่าวคือ หากงานที่จ้างก่อสร้างนั้นต้องมีการผ่านระบบการทดสอบงานก่อนที่งานจะแล้วเสร็จ หากงานไม่ถึงเกณฑ์ Performance Guarantee ที่กำหนดไว้ในสัญญา ผู้รับจ้างจะต้องถูกปรับในอัตราที่ได้ตกลงกันไว้ และผู้ว่าจ้างอาจยังไม่รับงานจนกว่าผู้รับจ้างจะแก้ไขให้ Performance Guarantee ตรงตามที่กำหนดไว้ในสัญญา

จากที่ได้อธิบายไปข้างต้นจะเห็นได้ว่าสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีลักษณะสำคัญๆที่แตกต่างจากสัญญาอื่นๆทั่วไปอยู่มากพอสมควร โดยมีลักษณะเป็นสัญญาที่มุ่งผลสำเร็จของงาน มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ ตามความก้าวหน้างานในแต่ละช่วง จึงเกิดมีข้อสงสัยว่า หากมีการเลิกสัญญากันแล้ว ผลของการเลิกสัญญาจะเป็นประการใด จะเป็นไปตามมาตรา 391 อันทำให้คู่สัญญา

จำต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมไม่ ทั้งนี้ให้ศึกษาในบทที่ 3 และ บทที่ 4 ซึ่งจะกล่าวในลำดับถัดไปนี้

## 2.3 ตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างเรื่อง ผลของการเลิกสัญญา

### 2.3.1 ตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างฉบับภาษาไทย เรื่องผลของการเลิกสัญญา

ก. มาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างของวิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์

“สิทธิของคู่สัญญาในการเลิกสัญญา

นอกเหนือจากกรณีใดๆตามกฎหมายและตามที่ข้อสัญญาอื่นได้ให้สิทธิแก่ผู้รับจ้างในการบอกเลิกสัญญาแล้ว ผู้รับจ้างสามารถบอกเลิกสัญญาได้หากผู้ว่าจ้างตกเป็นผู้ล้มละลาย

ในกรณีที่ผู้รับจ้างบอกเลิกสัญญา ผู้ว่าจ้างต้องชำระค่าจ้างส่วนที่ยังคงค้างและคืนเงินค่าจ้างที่ได้หักไว้ทั้งหมดให้แก่ผู้รับจ้าง ในขณะที่ผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องขนย้ายทรัพย์สินของผู้รับจ้างออกจากหน่วยงานและส่งมอบพื้นที่คืนให้แก่ผู้ว่าจ้าง

ผู้รับจ้างทรงสิทธิในการครอบครองสถานที่ก่อสร้างจนกว่าจะได้รับการชำระเงินค่าจ้างและเงินประกันผลงานคืนจากผู้ว่าจ้าง และทรงสิทธิในการเรียกร้องการชดเชยค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาจากผู้ว่าจ้าง

นอกเหนือจากกรณีใดๆตามกฎหมายและตามที่ข้อสัญญาอื่นได้ให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างในการบอกเลิกสัญญาแล้ว ผู้ว่าจ้างสามารถบอกเลิกสัญญาได้หากผู้รับจ้างตกเป็นผู้ล้มละลาย

ในกรณีที่ผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา ผู้ว่าจ้างอาจทำงานด้วยตนเอง หรือ ว่าจ้างผู้อื่นให้ทำงานต่อจนแล้วเสร็จ ทั้งนี้ผู้ว่าจ้างหรือผู้รับจ้างทำงานต่อมีสิทธิใช้เครื่องมือที่ใช้ในการก่อสร้าง สิ่งที่สร้างขึ้นชั่วคราวสำหรับงานก่อสร้าง และวัสดุต่างๆของผู้รับจ้าง ณ บริเวณโครงการเพื่อการทำงานต่อตามสมควร

ภายหลังการเลิกสัญญา ผู้ว่าจ้างมีสิทธิริบหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนตามสมควร ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายซึ่งเป็นจำนวนเกินกว่าประกันการปฏิบัติงาน และค่าเสียหายต่างๆที่เกิดขึ้น รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการทำงานนั้นต่อให้แล้วเสร็จตามสัญญาและค่าใช้จ่ายในการควบคุมงานเพิ่ม(ถ้ามี)ซึ่งผู้ว่าจ้างจะหักเอาเงินจากเงินค่าจ้างคงค้าง หรือ จำนวนเงินใดๆที่จะจ่ายให้แก่ผู้รับจ้างก็ได้

ในกรณีที่ภายหลังจากการหักค่าเสียหายตามวรรคสามและยังคงเหลือเงินค่าจ้างคง  
ค้าง ผู้ว่าจ้างจะต้องคืนเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้รับจ้าง”<sup>59</sup>

### ข. สัญญารับเหมาก่อสร้างของภาคเอกชน

สำหรับภาคเอกชนนั้นสัญญารับเหมาก่อสร้างจะมีความหลากหลายไม่ได้ยึดมาตรฐานสัญญาใดเป็นหลักมากนัก โดยสัญญารับเหมาก่อสร้างของภาคเอกชนจะขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นหลัก ทั้งนี้และทั้งนั้นผู้ว่าจ้างมักเป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าผู้รับจ้างเสมอ ดังจะเห็นได้จากสัญญารับเหมาก่อสร้างของภาคเอกชนส่วนใหญ่จะมีแต่ผู้ว่าจ้างเท่านั้นที่สามารถบอกเลิกสัญญาได้ สำหรับเหตุแห่งการเลิกสัญญาในมุมมองของผู้ว่าจ้างนั้น คู่สัญญาอาจตกลงกันว่า หากพบเหตุดังต่อไปนี้ ให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิเลิกสัญญาได้ อาทิเช่น กรณีผู้รับจ้างมิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดสัญญา หรือไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จทันตามกำหนดในสัญญา หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว หรือจะแล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา, ผู้รับจ้างทิ้งงาน หรือหยุดงานติดต่อกันเกินกว่า 3 วัน หรือ 7 วันทำงาน โดยไม่มีเหตุอันสมควร, ผู้รับจ้างทุจริตจงใจให้ผู้ว่าจ้างได้รับความเสียหาย หรือผู้รับจ้างประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อผู้ว่าจ้าง, กรณีผู้รับจ้างไม่นำหลักประกันตามสัญญารับเหมาก่อสร้างมาวางภายในกำหนดที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา, ผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างหรือผู้ควบคุมงานของผู้ว่าจ้าง, ผู้รับจ้างไม่ชำระค่าเสียหายตามสัญญาในกรณีที่ผู้รับจ้างนั้นทำผิด, ผู้รับจ้างกระทำผิดกฎหมายต่างๆ, ผู้รับจ้างตกเป็นบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ไม่ว่าจะคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวหรือพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือศาลในคดีฟื้นฟูกิจการมีคำสั่งรับคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการของผู้รับจ้าง, ผู้รับจ้างมีผลประโยชน์ทับซ้อนอันทำให้ผู้ว่าจ้างได้รับความเสียหาย หรือกรณีที่ปรากฏในภายหลังว่าผู้รับจ้างเป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติในการทำงานที่จ้างนี้ เป็นต้น

ส่วนในมุมมองของผู้รับจ้างนั้นจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้เพียงไม่กี่กรณี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาตกลงกัน โดยปกติคู่สัญญาอาจตกลงกันให้ผู้รับจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หากผู้ว่าจ้างผิดนัดไม่ชำระเงินค่าจ้างงวดใดงวดหนึ่งโดยผู้รับจ้างได้แจ้งให้ผู้ว่าจ้างทราบเป็นหนังสือแล้วไม่น้อยกว่า 30 วัน, ผู้ว่า

<sup>59</sup> คณะอนุกรรมการสาขาบริหารงานก่อสร้างในคณะกรรมการสาขาวิศวกรรมโยธา, เงื่อนไขทั่วไปสัญญาจ้างก่อสร้าง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: วิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย, 2556).

จ้างหรือตัวแทนผู้ว่าจ้าง ไม่ออกใบรับรองการจ่ายเงินงวดใดงวดหนึ่ง ให้กับผู้รับจ้างโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร, ผู้ว่าจ้างสั่งหยุดงานหรือชะลอโครงการออกไป ทั้งนี้อาจกำหนดจำนวนวันที่แน่นอน เช่น 60 วัน 90 วัน ผู้รับจ้างจึงจะใช้สิทธิเลิกสัญญา, ผู้ว่าจ้างชะลอการตัดสินใจในเรื่องหนึ่งเรื่องใดที่มีผลเกี่ยวข้องกับความก้าวหน้าของการดำเนินงานโดยไม่มีเหตุอันสมควรและผู้รับจ้างได้แจ้งให้ผู้ว่าจ้างทราบเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว เป็นต้น

ในส่วนของผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างในภาคเอกชนนั้น คู่สัญญามักมีข้อตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างที่หลากหลายมาก โดยอาจตกลงว่า เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากความผิดของผู้รับจ้างแล้ว ผู้รับจ้างตกลงยินยอมให้บรรดางานที่ผู้รับจ้างได้ทำขึ้น รวมทั้งวัสดุอุปกรณ์ ก่อสร้างที่ได้นำมาไว้ ณ สถานที่ก่อสร้าง ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างทั้งหมด และผู้รับจ้างยอมให้ผู้ว่าจ้างระงับการจ่ายค่าจ้างที่ค้างชำระสำหรับงานที่ทำไปแล้วด้วยซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อตกลงนี้มีผู้รับจ้างเสียเปรียบผู้ว่าจ้างอยู่มาก แต่ก็พบว่ามีการตกลงในลักษณะนี้กันจริงๆ นอกจากนี้อาจตกลงให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อน พร้อมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นบวกดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปีด้วย ทั้งนี้หากมิได้ตกลงกันเรื่องอัตราดอกเบี้ยเอาไว้ ศาลจะบังคับให้เป็นดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7<sup>60</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อผู้รับจ้างทำงานล่าช้า ผิดสัญญา ทำให้ผู้ว่าจ้างจำต้องบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาอาจตกลงกันให้ในการนี้ ผู้ว่าจ้างมีสิทธิทำงานนั้นต่อเอง หรือจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้ามาทำงานนั้นแทนผู้รับจ้างต่อไปจนจบโครงการก็ได้ โดยหากมีค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายประการใดเกิดขึ้นแก่ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบทั้งสิ้น ซึ่งลักษณะข้อสัญญาเช่นนี้จะพบเห็นได้บ่อยเนื่องจากเป็นวิธีการที่สำคัญที่จะทำให้งานตามสัญญาดำเนินต่อไปจนแล้วเสร็จได้ ทั้งนี้การตกลงเช่นนี้จะสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 594 ที่บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 594 ถ้าในระหว่างเวลาที่ทำการอยู่นั้นเป็นวิสัยจะคาดหมายล่วงหน้าได้แน่นอนว่าการที่ทำนั้นจะสำเร็จอย่างบกพร่องหรือจะเป็นไปในทางอันฝ่าฝืนข้อสัญญาเพราะความผิดของผู้

<sup>60</sup> มาตรา 7 ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมายอันขัดแจ้งให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี

รับจ้างไซร์ ผู้ว่าจ้างจะบอกกล่าวให้ผู้รับจ้างแก้ไขสิ่งที่บกพร่องให้คืนดี หรือทำการให้เป็นไปตามสัญญาภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้นก็ได้อีก ถ้าและคลาดกำหนดนั้นไป ท่านว่าผู้ว่าจ้างชอบที่จะเอาการนั้นให้บุคคลภายนอกซ่อมแซมหรือทำต่อไปได้ ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องเสี่ยงความเสียหายและออกค่าใช้จ่ายทั้งสิ้น” ส่วนในมุมมองของผู้รับจ้างนั้นเมื่อใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากความผิดของผู้ว่าจ้างนั้น มักไม่ค่อยมีข้อสัญญาระบุเรื่องผลของการเลิกสัญญาเอาไว้ มักจะตกลงกันแต่เพียงว่า เมื่อผู้รับจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ให้ผู้ว่าจ้างชดเชยค่าแห่งการทำงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไป หากมีค่าเสียหายอย่างใด ๆ เกิดขึ้นให้ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกร้องได้ ในส่วนของเงินที่ค้างชำระให้บวกดอกเบี้ยไปด้วยซึ่งก็จะเป็นข้อตกลงที่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391<sup>61</sup> เรื่อง ผลของการเลิกสัญญาทุกประการ แต่อย่างไรก็ตามคู่สัญญาอาจตกลงให้ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกค่าผลกำไร เรียกค่าดำเนินการ เรียกค่าขนย้ายวัสดุอุปกรณ์ก่อสร้างออกจากสถานที่ก่อสร้าง และผู้ว่าจ้างจะต้องคืนหนังสือค้ำประกันต่างๆที่ผู้รับจ้างวางไว้แก่ผู้ว่าจ้างด้วย

ตามที่ได้อธิบายไปข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในส่วนของสัญญารับเหมาก่อสร้างภาคเอกชนนั้น มีการระบุเรื่องผลของการเลิกสัญญาในมุมมองของผู้ว่าจ้างโดยส่วนใหญ่ ส่วนเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาของผู้รับจ้างนั้นมีข้อสัญญาที่ให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาค่อนข้างน้อย

### 2.3.2 ตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้าง ฉบับภาษาอังกฤษ เรื่องผลของการเลิกสัญญา

นอกจากตัวอย่างข้อสัญญาข้างต้นซึ่งเป็นฉบับภาษาไทยแล้ว เราควรทำการศึกษาถึงข้อสัญญาภาษาต่างประเทศด้วย เพื่อให้เกิดการกว้างขวางทางวิชาการมากยิ่งขึ้นและจะได้นำมาเปรียบเทียบเพื่อปรับปรุงข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างของประเทศไทยต่อไป

ในการนี้ผู้เขียนเสนอให้ศึกษาข้อสัญญาเรื่องการเลิกสัญญา หรือ Termination ในสัญญามาตรฐานของต่างประเทศโดยที่นิยมแพร่หลายนั้น คือ

<sup>61</sup> มาตรา 391

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่วันที่ได้รับไว้ ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดเชยคืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่



ก. FIDIC (International Federation of Consulting Engineers) ของสมาพันธ์สมาคมวิศวกรที่ปรึกษา

ข. JCT (Joint Contract Tribunal) ของประเทศอังกฤษ

ค. VOB/B ของประเทศเยอรมันนี

#### ก. FIDIC (International Federation of Consulting Engineers)

FIDIC ย่อมาจากภาษาฝรั่งเศส “Federation Internationale Des Ingenieurs Conseils” ซึ่งหากเขียนเป็นภาษาอังกฤษ จะใช้ว่า “International Federation of Consulting Engineers” ซึ่งเป็นสมาพันธ์สมาคมวิศวกรที่ปรึกษาที่ทั่วโลกให้การยอมรับจากอาณาารายประเทศว่าเป็นสัญญาที่มีความยุติธรรมทั้งฝ่ายผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้าง

ทั้งนี้สัญญาของ FIDIC นั้นมีด้วยกันหลายรูปแบบสัญญา EPC/TURNKEY CONTRACT 2nd Edition (2017 SILVER BOOK)<sup>62</sup> เป็นสัญญา EPC Contract กล่าวคือ E ย่อมาจาก Engineering (ออกแบบทางวิศวกรรม) P ย่อมาจาก Procurement (การจัดซื้อหรือจัดหา) C ย่อมาจาก Construction (ก่อสร้าง) ซึ่งสัญญา EPC Contract นั้นผู้รับจ้างจะต้องดำเนินการทั้งงานในส่วนการออกแบบทางวิศวกรรม จัดหาซื้อวัสดุอุปกรณ์ และทำการก่อสร้างโครงการ จนกระทั่งส่งมอบงานให้กับผู้ว่าจ้างหรือเจ้าของโครงการ<sup>63</sup> ปัจจุบันใช้สำหรับการก่อสร้างในโครงการใหญ่ๆ เช่น ก่อสร้างรถไฟฟ้า ก่อสร้างโรงไฟฟ้า เป็นต้น, CONSTRUCTION CONTRACT 2<sup>nd</sup> Edition (2017 RED BOOK)<sup>64</sup> เป็นสัญญาที่ใช้สัญญางานก่อสร้างซึ่งออกแบบทางวิศวกรรมโดยผู้ว่าจ้างเท่านั้น, PLANT AND DESIGN-BUILD CONTRACT 2<sup>nd</sup> Edition (2017 YELLOW BOOK)<sup>65</sup> สำหรับเล่มนี้ จะใช้สำหรับสัญญาก่อสร้างที่รับออกแบบและก่อสร้างเท่านั้น ไม่รวมการจัดซื้อด้วย ทั้งนี้ยังมีรูปแบบสัญญาของ FIDIC อีกมากมาย สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก <http://fidic.org/bookshop>

<sup>62</sup> International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), **Bookshop FIDIC Publishes** [ออนไลน์], Accessed 20 May 2019. Available from: <http://fidic.org/bookshop>

<sup>63</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, โปษุทธ์ กิตติพิทยากร, ปัญหาในการก่อสร้าง (นครราชสีมา: ดีพร้อมการพิมพ์, 2559). หน้า 47.

<sup>64</sup> International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), **Bookshop FIDIC Publishes** [ออนไลน์], Accessed 20 May 2019. Available from: <http://fidic.org/bookshop>

<sup>65</sup> Ibid.

ตัวอย่างสัญญา FIDIC ในเรื่องการเลิกสัญญา(Termination) นั้นจะมีทั้ง การเลิกสัญญาโดยผู้ว่าจ้าง(Termination by Employer) และ การเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้าง (Termination by Contractor) และได้กล่าวถึงผลของการเลิกสัญญาเอาไว้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

### ตัวอย่างข้อสัญญาเกี่ยวกับผลของการเลิกสัญญาตามสัญญา FIDIC

#### ตัวอย่างที่ 1 ผลของการเลิกสัญญาโดยผู้ว่าจ้างเป็นผู้บอกเลิกสัญญา

สัญญาข้อ 15.4<sup>66</sup> การจ่ายเงินภายหลังจากการเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากที่ผู้รับจ้างทำผิดสัญญา

ผู้ว่าจ้างอาจยึดหน่วงของผู้รับจ้างไว้สำหรับจำนวนเงินที่ได้ตกลงกัน หรือ ได้พิจารณากันแล้วตามสัญญาข้อ 15.3(การประเมินมูลค่าภายหลังจากเลิกสัญญาสำหรับกรณีที่ผู้รับจ้างผิดสัญญา)<sup>67</sup> จนกว่าผู้ว่าจ้างจะได้รับ ค่าใช้จ่าย ค่าสูญเสีย และค่าเสียหายทั้งหมดที่ได้รับข้อย่อยนี้

<sup>66</sup> 15.4 Payment after Termination for Contractor's Default (FIDIC Silver Book, 2nd Edition 2017)

The Employer may withhold payment to the Contractor of the amounts agree or determined under Sub-Clause 15.3 [Valuation after Termination for Contractor's Default] until all the cost, losses and damages (if any) described in the following provision of this Sub-Clause have been established. After termination of the Contract under Sub-Clause 15.2 [Termination for Contractor's Default], the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claim For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of:

(a) the additional costs of execution of the Works, and all other cost reasonably incurred by the Employer (including costs incurred in clearing, cleaning and reinstating the Site as described under Sub-Clause 11.11 [Clearance of Site]), after allowing for any sum due to the Contractor under Sub-Clause 15.3 [Valuation after Termination for Contractor's Default];

(b) any losses and damages suffered by the Employer in completing the Works; and

(c) Delay Damages, if the works or a Section have not been taken over under Sub-Clause 10.1 [Taking Over the Works and Sections] and if the date of termination under Sub-Clause 15.2 [Termination for Contractor's Default] occurs after the date corresponding to the Time for Completion of the Works or Section (as the case may be). Such Delay Damages shall be paid for every day that has elapsed between these two dates.

<sup>67</sup> Clause 15.3 Valuation after Termination for Contractor's Default, FIDIC Silver Book, 2<sup>nd</sup> Edition 2017

After termination of the Contract under Sub-Clause 15.2 (Termination for Contractor's Default), the Employer's Representative shall proceed under Sub-Clause 3.5(Agreement or Determination) to agree or determine the value of the Permanent Works, Goods and Contractor's Documents, and any other sums due to the Contractor for work executed in accordance with the Contract(and, for the purpose of Sub-Clause

ภายหลังจากที่ได้คำบอกกล่าวเลิกสัญญาจากผู้ว่าจ้างมีผล ตามสัญญาข้อ 15.2<sup>68</sup> ผู้ว่าจ้างมีสิทธิตามสัญญาข้อ 20.2<sup>69</sup> ในการเรียกร้องให้ผู้รับจ้างจ่ายเงิน ดังต่อไปนี้;

(a) ค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมสำหรับการทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญา และ ค่าใช้จ่ายอื่นๆที่สมเหตุสมผลทั้งหมด โดยจ่ายให้กับผู้ว่าจ้าง รวมถึง ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการจัดการและทำความสะอาดสถานที่ก่อสร้างให้อยู่ในสภาพเรียบร้อยดังเดิม ตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาข้อ 11.11 (การจัดการสถานที่ก่อสร้าง)<sup>70</sup> ภายหลังจากที่ได้รับการอนุมัติจำนวนเงินที่ต้องชดใช้ตามสัญญาข้อ 15.3 (การประเมินมูลค่าภายหลังจากเลิกสัญญาสำหรับกรณีผู้รับจ้างผิดสัญญา)

(b) ความสูญเสีย และ ค่าเสียหาย ที่ผู้ว่าจ้างได้รับ เพื่อทำงานให้เสร็จตามสัญญา และ

(c) ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการล่าช้า<sup>71</sup>, ถ้างานตามสัญญา หรือ งานบางส่วนไม่สามารถส่งมอบได้ตามสัญญาข้อ 10.1 (การส่งมอบงานทั้งหมดและบางส่วน)<sup>72</sup> และ ถ้าวันเลิกสัญญา ภายใต้อสัญญาข้อ 15.2 (การบอกเลิกสัญญากรณีผู้รับจ้างกระทำผิดสัญญา)<sup>73</sup> เกิดขึ้นภายหลังจากกำหนดเวลาแล้วเสร็จของงานตามสัญญา หรือ งานบางส่วน (แล้วแต่กรณี) ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการล่าช้าจะถูกจ่ายเป็นรายวันโดยคิดจากเวลาที่ล่วงพ้นไประหว่างวันทั้งสอง

## ตัวอย่างที่ 2 ผลของการเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้างเป็นผู้บอกเลิกสัญญา

### สัญญาข้อ 16.4 การจ่ายเงิน ภายหลังจากการบอกเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้าง<sup>74</sup>

3.5.3(Time limits), the date of termination shall be the date of commencement of the time limit for agreement under Sub-Clause 3.5.3).

This valuation shall include any additions and/or deductions, and the balance due(if any), by reference to the matters described in sub-paragraphs(a) and (b) of Sub-Clause 14.13(Final Payment)

<sup>68</sup> โปรดดู Clause 15.2 Termination for Contractor's Default, FIDIC Silver Book, 2nd Edition 2017

<sup>69</sup> โปรดดู Clause 20.2 Claims For Payment and/or EOT, FIDIC Silver Book, 2nd Edition 2017

<sup>70</sup> โปรดดู Clause 11.11 Clearance Site, FIDIC Silver Book, 2nd Edition 2017

<sup>71</sup> Delay Damages

<sup>72</sup> โปรดดู Clause 10.1 Taking Over the Works and Sections, FIDIC Silver Book, 2<sup>nd</sup> Edition 2017

<sup>73</sup> Ibid. โปรดดู Clause 15.2 Termination for Contractor's Default

<sup>74</sup> 16.4 Payment after Termination for Contractor (FIDIC Silver Book, 2<sup>nd</sup> Edition 2017)

After termination under Sub-Clause 16.2 (Termination by Contractor), the Employer shall promptly:

(a) Pay the Contractor in accordance with Sub-Clause 18.5 (Optional Termination); and

(b) Subject to the Contractor's compliance with Sub-Clause 20.2 (Claims For Payment and/or EOT), pay the Contractor the amount of any loss of profit or other losses and damages suffered by the Contractor as a result of this termination.

หลังจากที่ผู้รับจ้างได้บอกเลิกสัญญากับผู้ว่าจ้าง ตามสัญญาข้อ 16.2 (การเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้าง)<sup>75</sup> ผู้ว่าจ้างจะต้อง

- (a) จ่ายให้ผู้รับจ้าง ตามสัญญาข้อ 18.5 (ทางเลือกในการบอกเลิกสัญญา)<sup>76</sup> และ
- (b) ภายใต้การดำเนินการของผู้รับจ้างตามสัญญาข้อ 20.2 (การเรียกร้องสำหรับการจ่ายเงินและหรือการขยายสัญญา)<sup>77</sup> จ่ายให้กับผู้รับจ้างสำหรับการสูญเสียใน ส่วนกำไร หรือ ความสูญเสีย หรือ เสียหายที่ยังคงมีอยู่อันเป็นผลจากการเลิกสัญญา

### ข. JCT (Joint Contract Tribunal) ของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้มีมาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับทั่วโลก คือ สัญญาก่อสร้างของ JCT (Joint Contracts Tribunal)

สัญญา JCT เป็นสัญญาที่หลายสมาคมในประเทศอังกฤษร่วมกันจัดทำขึ้นมา เป็นเวลา 100 กว่าปีมาแล้วที่สัญญาจ้างก่อสร้างในประเทศอังกฤษจัดทำในรูปแบบที่ต่างคนต่างทำ เมื่อมีโครงการก่อสร้างเพิ่มมากขึ้นจึงเกิดมีสมาคมเกี่ยวกับการก่อสร้างขึ้นเป็นสมาคมผู้รับจ้างก่อสร้างก็มี สมาคมผู้ออกแบบก็มี สมาคมผู้บริหารการก่อสร้างก็มี แต่ละสมาคมก็ได้จัดทำสัญญามาตรฐานขึ้นตามความคิดเห็นของตน สัญญาที่แต่ละสมาคมจัดทำขึ้นนั้นไม่เหมือนกัน เกิดการขัดแย้งกัน จนทำให้สมาคมจำนวนหนึ่งรวมตัวกันร่างสัญญามาตรฐานขึ้น สัญญามาตรฐานฉบับนี้เรียกว่า สัญญา JCT ย่อมาจากคำว่า Joint Contracts Tribunal<sup>78</sup> สำหรับในประเทศไทยนั้นมีการนำมาตรฐานสัญญาของ JCT มาใช้บ้างโดยส่วนมากจะมาจากนักธุรกิจชาวอังกฤษ ชาวสิงคโปร์ ชาวฮ่องกง ชาวมาเลเซียมักจะนำมาใช้กับสัญญาก่อสร้างในประเทศไทย ทำให้วงการก่อสร้างของไทยคุ้นเคยกับสัญญานี้อยู่บ้าง มาตรฐานสัญญาของ JCT มีความคล้ายคลึงกับ FIDIC พอสมควรแตกต่างกันเพียงรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น ทั้งนี้มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน อย่างเช่น ค่าจ้าง ใน FIDIC จะใช้คำว่า “Contract Price” แต่ใน JCT จะใช้คำว่า “Contract Sum” การเลิกสัญญา ใน FIDIC ใช้คำว่า “Termination” แต่ใน JCT ใช้คำว่า “Determination” เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ว่าสัญญา JCT นั้นจะนำมาใช้ในงานก่อสร้างในประเทศไทยบ้างแต่ก็ยังไม่เป็นที่นิยมเท่ากับมาตรฐานสัญญา FIDIC

<sup>75</sup> โปรดดู Clause 16.2 Termination by Contractor, FIDIC Silver Book, 2<sup>nd</sup> Edition 2017

<sup>76</sup> Ibid. Clause 18.5 Optional Termination

<sup>77</sup> Ibid. Clause 20.2 Claims for Payment and/or EOT

<sup>78</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ณรงค์ ทัดนนท์พันธ์, วีระศักดิ์ สมหา, แบบมาตรฐานสัญญาก่อสร้าง, หน้า 58

สำหรับข้อสัญญา JCT เรื่อง ผลของการเลิกสัญญานั้น ถูกระบุอยู่ในข้อสัญญาข้อที่ 8.7 เรื่อง ผลของการเลิกสัญญาโดยเหตุที่ผู้รับจ้างเป็นผู้ผิด ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญา และ ข้อสัญญาข้อที่ 8.12 ผลของการเลิกสัญญาโดยเหตุที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิด ผู้รับจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญา ทั้งนี้จะขออธิบายตามลำดับ ดังนี้

### 1. ข้อสัญญาข้อที่ 8.7 เรื่องผลของการเลิกสัญญาโดยเหตุที่ผู้รับจ้างเป็นผู้ผิด ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญา<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> 8.7 Consequences of termination under clause 8.4 to 8.6

If the Contractor's employment is terminated under clause 8.4 to 8.6.1

the Employer may employ and pay other persons to carry out and complete the Works and/or (where application) the design for the Contractor's Designed Portion and to make good any defects of the kind referred to in clause 2.38, and he and they may enter upon and take possession of the site and the Works and (subject to obtaining any necessary third party consents) may use all temporary building, plant, tools, equipment and Site Materials for those purposes;

.2the Contractor shall:

.1 when required in writing by the Architect/Contract Administrator to do so (but not before), remove or procure the removal from the Works of any temporary buildings, plant, tools, equipment, goods and materials belonging to the Contractor or Contractor's Persons;

.2 (where there is a Contractor's Designed Portion) without charge provide the Employer with copies of all Contractor's Design Document then prepared, whether or not previously provided;

.3 no further sum shall become due to the Contractor under this Contract other than any amount that may become due to him under clause 8.7.5 or 8.8.2 and the Employer need not to pay any sum that has already become due either:

.1 insofar as the Employer has given or gives Pay Less Notice under clause 4.11.5; or

.2 if the Contractor, after the last date upon which such notice could have been given by the Employer in respect of that sum, has become insolvent within the meaning of clause 8.1.1 to 8.1.3;

.4 following the completion of the Works and the making good of defects in them (or of instruction otherwise, as referred to in clause 2.38), an account of the following shall within 3 months thereafter be set out in a certificate issued by the Architect/Contract Administrator or a statement prepared by the Employer:

.1 the amount of expenses properly incurred by the Employer, including those incurred pursuant to clause 8.7.1 and, where applicable, clause 8.5.3.3, and of any direct loss and/or damage caused to the Employer and for which the Contractor is liable, whether arising as a result of the termination or otherwise;

เหตุที่ผู้รับจ้างกระทำผิดสัญญาจ้างก่อสร้าง เช่น ละทิ้งงาน หยุดทำงานโดยไม่มีเหตุอันสมควร ไม่ขยันทำงานให้เสร็จ<sup>80</sup> เป็นต้น เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะจ้างผู้รับจ้างรายอื่นเข้ามาทำงานแทนและสามารถใช้สิ่งก่อสร้างชั่วคราว, วัสดุอุปกรณ์ที่อยู่สถานที่ก่อสร้างเพื่อจุดประสงค์ตามสัญญาได้ ส่วนในมุมมองของผู้รับจ้างก็ต้องเคลื่อนย้ายสิ่งก่อสร้างชั่วคราว วัสดุอุปกรณ์ต่างๆที่เป็นของผู้รับจ้างออกไปจากสถานที่ก่อสร้าง นอกจากนี้ผู้รับจ้างจะต้องทำสำเนาข้อมูลเกี่ยวกับออกแบบของผู้รับจ้างให้ผู้ว่าจ้างโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายใดๆ

ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะคิดค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ว่าจ้างทำงานให้จบโครงการในส่วนของค่าเสียหายโดยตรงที่เกิดขึ้นกับผู้ว่าจ้าง โดยจะคิดเปรียบเทียบกับค่าใช้จ่ายตามสัญญาเดิม หากค่าใช้จ่ายจากการทำงานตามสัญญาต่อไปเองหรือจ้างผู้รับจ้างรายอื่นเข้าไปทำนั้น สูงกว่าค่าใช้จ่ายตามสัญญาเดิม ผู้รับจ้างจะต้องจ่ายส่วนต่างนี้

## 2. สัญญาข้อที่ 8.12 ผลของการเลิกสัญญาโดยเหตุที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิด ผู้รับจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญา<sup>81</sup>

---

.2 the amount of payments made to the Contractor; and

.3 the total amount which would have been payable for the Works in accordance with this contract;

.5 if the sum of the amount stated under clause 8.7.4.1. and 8.7.4.2 exceeds the amount stated under clause 8.7.4.3, the difference shall be a debt payable by the Contractor to the Employer or, if that sum is less, by the Employer to the Contractor.

<sup>80</sup> Clause 8.4 Termination by Employer, Default by Contractor, The Joint Contracts Tribunal Limited 2016, SBC/Q 2016 Standard Building Contract With Quantities 2016, (London: Thomson Reuters (Professional) UK Limited, 2016), p. 76

<sup>81</sup> 8.12 Consequences of Termination under cause 8.9 to 8.11, etc.

If the Contractor's employment is terminated under any of clauses 8.9 to 8.11 or under clause 6.11.2.2 or 6.14:

.1 no further sums shall become due to the Contractor otherwise than in accordance with this clause 8.12;

.2 the Contractor shall:

.1 with all reasonable dispatch remove or procure the removal from site of any temporary buildings, plant, tools and equipment belonging to the Contractor and Contractor's Persons and, subject to the provisions of clause 8.12.5, all goods and material (including Site Material); and

กรณีผู้รับจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญา เนื่องจากเหตุที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิด อาทิเช่น ผู้ว่าจ้างไม่ยอมจ่ายเงินค่าจ้างภายในกำหนดเวลา<sup>82</sup> เป็นต้น ผลจากการเลิกสัญญานั้น ผู้รับจ้างได้สิทธิในเงินค่าจ้าง

---

.2 (where there is a Contractor's Designed Portion) without charge provide to the Employer copies of the documents referred to in clause 2.40 then prepared;

.3 where the Contractor's employment is terminated under clause 8.9 or 8.10, the Contractor shall as soon as reasonably practicable prepare and submit an account or, where terminated under clause 8.11, 6.11.2.2 or 6.14, the Contractor shall at the Employer's option either prepare and submit that account or, not later than 2 months after the date of termination, provide the Employer with all documents necessary for the Employer to do so, which the Employer shall do with reasonable dispatch (and in any event within 3 months of receipt of such documents). The account shall set out the amounts referred to in clause 8.12.3.1 to 8.12.3.4 and, if applicable, clause 8.12.3.5, namely:

.1 the total value of work properly executed at the date of termination of the Contractor's employment, ascertained in accordance with these Conditions as if the employment had not been terminated, together with any other amounts due to the Contractor under these Conditions;

.2 any sum ascertained in respect of direct loss and/or expense under clause 4.21 (whether ascertained before or after the date of termination);

.3 the reasonable cost of removal under clause 8.12.2;

.4 the cost of materials or goods (including Site Materials) properly ordered for the Works for which the Contractor then has paid or is legally bound to pay;

.5 any direct loss and/or damages caused to the Contractor by the termination;

.4 the account shall include the amount, if any, referred to in clause 8.12.3.5 only where the Contractor's employment is terminated either:

.1 under clause 8.9 or 8.10; or

.2 under clause 8.11.1.3, if the loss or damage to the Works was caused by the negligence or default of the Employer or any Employer's Person;

.5 after taking into account amounts previously paid to the Contractor under this Contract, the Employer shall pay to the Contractor (or vice versa) the amount properly due in respect of the account within 28 days of its submission to the other Party, without deduction of any Retention. Payment by the Employer for any such materials and goods thereupon becoming the Employer's property.

<sup>82</sup> Clause 8.9 Termination by Contractor, Default by Employer, The Joint Contracts Tribunal Limited 2016, SBC/Q 2016 Standard Building Contract With Quantities 2016, (London: Thomson Reuters (Professional) UK Limited, 2016), p. 78

เท่ากับค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปอย่างเหมาะสมจนถึงวันที่เลิกสัญญา จำนวนเงินอื่นๆตาม ค่าเสียหายหรือค่าใช้จ่ายโดยตรง ค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลสำหรับการเคลื่อนย้ายสิ่งของต่างๆออกไป จากสถานที่ก่อสร้าง ค่าใช้จ่ายสำหรับสินค้าหรือวัสดุอุปกรณ์เครื่องมือต่างๆที่ผู้รับจ้างได้สั่งซื้อไปแล้ว เพื่อทำงานในโครงการนี้ทั้งนี้อาจต้องจ่ายเงินไปแล้ว หรือ ในทางกฎหมายผูกพันว่าต้องจ่าย ค่าใช้จ่าย หรือค่าเสียหายอย่างใดๆที่เกิดขึ้นกับผู้รับจ้างอันเป็นผลจากการเลิกสัญญานี้ โดยสัญญานี้กำหนดให้ผู้ว่าจ้างจะต้องจ่ายให้ผู้รับจ้างภายใน 28 วัน อีกทั้งห้ามนำไปหักกับเงินประกันผลงาน(Retention) ด้วย

### ค. VOB/B ของประเทศเยอรมัน

เนื่องจากประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างมากในเรื่องของการก่อสร้างว่ามีชื่อเสียง มีนวัตกรรมที่ทันสมัย ประเทศเยอรมันจึงมีกฎหมาย German Construction Laws ซึ่งประกอบไปด้วย 2 ส่วนหลัก คือ Public Construction law(กฎหมายก่อสร้างของภาครัฐ) และ Private Construction law(กฎหมายก่อสร้างของภาคเอกชน) นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอีก กล่าวคือ กฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ(Public Procurement Law), ความเป็นผลของข้อกำหนดและเงื่อนไขสัญญาทั่วไปทางธุรกิจ (Validity of Terms and Conditions: AGB-law<sup>83</sup>), มาตรฐานทางเทคนิคและกฎข้อบังคับ(Technical Standards and Regulations) และ กระบวนการทางกฎหมายและอนุญาโตตุลาการ( Procedural Law and Arbitration)

ในส่วนของกฎหมายก่อสร้างภาคเอกชนของเยอรมัน(German Private Construction Law) นั้นจะมีเนื้อหาสาระค่อนข้างสั้น เนื่องจากว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติในรายละเอียดไว้อย่างชัดเจนแล้ว ซึ่งจะอธิบายรายละเอียดในบทที่ 4 เรื่อง ผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างต่อไป และ มาตรฐานสัญญา VOB/B นั้นได้ระบุในรายละเอียดที่สำคัญๆไว้หมดแล้ว

สำหรับภาคเอกชนเองนั้น สัญญาก่อสร้างมักใช้มาตรฐานสัญญาซึ่งเป็นที่รู้จักเป็นอย่างดีคือ VOB/B สำหรับสัญญาของภาครัฐนั้นจะใช้ VOB มี 3 ส่วน คือ VOB/A จะเกี่ยวกับทางด้านการจัดซื้อจัดจ้าง , VOB/B จะเกี่ยวกับมาตรฐานสัญญาก่อสร้าง และ VOB/C จะเกี่ยวข้องกับเรื่องระเบียบทางด้านเทคนิค

<sup>83</sup> General Terms of Business (AGB)



สำหรับเรื่องผลของการเลิกสัญญานั้นถูกระบุไว้ใน VOB/B ในข้อต่อไปนี้

### 1.สัญญา VOB/B ข้อ 8 การเลิกสัญญาโดยผู้ว่าจ้าง (Termination by Principal)<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> § 8 Termination by Principal(VOB/B)

(1) The principal may terminate the contract at any time prior to the completion of the performance.

(2) The contractor shall be entitled to the stipulated compensation. However, the contractor must allow that which it saved as a consequence of the rescission of the contract or acquired or maliciously failed to acquire through other use of its labor and operations (§ 649 of the Civil Code) to be ascribed to it.

(1) The principal may terminate the contract if the contractor suspends its payments, if the contractor or the principal or another creditor admissibly files a petition for insolvency (§§ 14 and 15 of the Insolvency Code) or comparable proceedings, if such proceedings are initiated or if such proceedings are dismissed due to a lack of assets.

(2) The work executed is to be settled in accordance with § 6 No. 5. The principal may demand damage compensation due to non-performance of the residual work.

(1) The principal may terminate the contract if, in the events in §§ 4 No. 7 and 8 No. 1 and 5 No. 4 the deadline has expired unproductively (withdrawal of assignment). The withdrawal of the assignment may be restricted to any secluded part of the contractual performance.

(2) After the withdrawal of the assignment, the principal shall be entitled to have the still uncompleted part of the performance executed by a third party at the expense of the contractor, without prejudice to the claims of the principal to compensation of the resulting further damage. The principal shall also be entitled to waive the further execution and to demand damage compensation due to non-performance if the principal no longer has an interest in the work being executed due to the reasons which led to the withdrawal of the assignment.

(3) In order to continue the work, the principal may use equipment, scaffolding and other installations present at the construction site and delivered materials and building components in return for adequate compensation.

(4) The principal must send the contractor a list of the additional costs incurred and its claims within 12 working days at the latest after the settlement of accounts with the third party.

The principal may withdraw the assignment if the contractor has reached an arrangement associated with the award of the contract that constitutes an inadmissible restraint on competition. The termination is to be declared within 12 working days after the grounds for termination become known. No. 3 shall apply accordingly. Termination is to be declared in writing. The contractor may request the survey and acceptance of the work executed by it immediately after the termination; the contractor must immediately present a verifiable invoice for the work executed. A time-related contractual penalty incurred due to default may only be demanded for the period up to the termination date of the contract.

กล่าวคือ เป็นกรณีที่สัญญาให้สิทธิผู้ว่าจ้างในการบอกเลิกสัญญาในเวลาใดๆก็ได้ก่อนที่ทำงานตามสัญญาจนเสร็จสมบูรณ์ โดยเมื่อบอกเลิกสัญญาแล้ว สัญญาให้สิทธิผู้รับจ้างในการได้รับค่าสินไหมทดแทน อย่างไรก็ตาม ผู้รับจ้างต้องอนุญาตให้สามารถหักกลบหนี้เงินกันได้ โดยผู้รับจ้างประหยัดเงินไปได้เท่าไรจากการที่ผู้ว่าจ้างนั้นใช้สิทธิเลิกสัญญานี้ หรือ ผู้รับจ้างได้รับ หรือ ตั้งใจที่จะไม่ได้รับเงินจากการไปทำงานที่จ้างอื่นๆในช่วงเวลาที่เหลือจากการไม่ได้ทำงานตามสัญญานี้ สัญญานี้ยังให้สิทธิผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญาสำหรับงานที่เหลืออยู่ที่ไม่สามารถใช้งานได้ตามสัญญา โดยสัญญานี้ให้สิทธิผู้ว่าจ้างในการเรียกร้องค่าเสียหาย เรียกค่าจ้างที่ต้องไปจ้างบุคคลอื่นมาทำงานต่อให้เสร็จโดยสามารถเรียกจากผู้รับจ้างได้ นอกจากนี้เพื่อที่จะทำงานต่อให้เสร็จ ผู้ว่าจ้างอาจจะใช้เครื่องมือต่างๆ วัสดุอุปกรณ์ต่างๆที่อยู่สถานที่ก่อสร้าง และส่งมอบวัสดุอุปกรณ์ต่างๆเหล่านั้นคืนเมื่อได้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ถูกต้องแล้ว ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ว่าจ้างต้องส่งข้อเรียกร้องภายใน 12 วันทำงานภายหลังจากที่ตกลงราคาค่าใช้จ่ายกับผู้รับจ้างรายใหม่แล้ว ให้กับผู้รับจ้าง ในเรื่องเงินเพิ่มเติมที่ผู้ว่าจ้างต้องเสียไปจากการทำงานให้เสร็จสิ้น การเลิกสัญญานี้ต้องทำเป็นหนังสือโดยผู้รับจ้างอาจจะเรียกร้องให้มีการสำรวจ และยอมรับงานที่ได้ทำเสร็จสิ้นไปแล้วในทันทีทันใดภายหลังจากเลิกสัญญา เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้ว ในทันทีทันใดผู้รับจ้างก็มีหน้าที่ที่จะต้องแสดงใบแจ้งหนี้ที่ได้รับการตรวจสอบแล้วสำหรับงานที่ตนเองได้ทำไป เพื่อให้ผู้ว่าจ้างประเมินเงินค่าจ้างที่ต้องจ่ายให้กับผู้รับจ้าง

## 2.สัญญา VOB/B ข้อ 9 การทำให้สัญญาลิ้นสุดโดยผู้รับจ้าง (Termination by Contractor)<sup>85</sup>

<sup>85</sup> § 9 Termination by Contractor (VOB/B)

The contractor may terminate the contract if:

- a) the principal fails to perform any act incumbent upon it, thus making it impossible for the contractor to execute the work (default in acceptance in accordance with §§ 293 et seqq. of the Civil Code);
- b) the principal does not render any due payment or is otherwise in default as a debtor.

Termination must be declared in writing. Termination may first be made when the contractor has established a reasonable grace period for the principal to perform the contract, declaring that it will terminate the contract after the grace period has expired unproductively. The work already executed is to be settled in accordance with the contractual prices. Moreover, the contractor shall have a claim to a reasonable indemnity in accordance with § 642 of the Civil Code; any further claims of the contractor shall not be prejudiced hereby.

สำหรับข้อ 9 นี้ เป็นกรณีที่ผู้รับจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ ถ้าผู้ว่าจ้างไม่ทำตามหน้าที่ที่ผู้ว่าจ้างจะต้องกระทำอันเป็นผลให้ผู้รับจ้างไม่มีทางที่จะทำงานก่อสร้างได้เสร็จเลย ผู้ว่าจ้างไม่จ่ายเงินค่าจ้างภายในระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ทั้งนี้การบอกเลิกสัญญานั้นต้องส่งเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ก่อนที่จะบอกเลิกสัญญานั้น ผู้รับจ้างจะต้องให้กำหนดระยะเวลาพอสมควรให้ผู้ว่าจ้างได้ดำเนินการตามสัญญา ก่อน จากนั้นจึงจะสามารถบอกเลิกสัญญาได้หากว่าผู้ว่าจ้างไม่ได้ดำเนินการแก้ไขใดๆตามสัญญา ภายหลังจากเลิกสัญญาแล้ว สำหรับงานที่ได้ทำไปแล้วนั้นจะพิจารณาตามราคาที่ได้ระบุไว้ในสัญญา ยิ่งไปกว่านั้น ผู้รับจ้างจะต้องเรียกร้องค่าชดเชยที่สมเหตุสมผลตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 642<sup>86</sup> ด้วย ส่วนการเรียกร้องอื่นๆของผู้รับจ้างนั้นจะไม่ถูกทำให้เสียไปด้วยประการฉะนี้

ทั้งนี้จากตัวอย่างข้อสัญญาทั้งฉบับภาษาไทยและภาษาอังกฤษ เรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างที่ได้ยกตัวอย่างมานั้น จะนำไปวิเคราะห์ในบทที่ 5 “วิเคราะห์ปัญหาผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเฉพาะกรณีสัญญารับเหมาก่อสร้าง” ต่อไป

---

<sup>86</sup> Section 642 Collaboration by the customer

(1) If, in the production of the work, an act by the customer is necessary, then the contractor may demand reasonable compensation if the customer, by failing to perform the act, is in default of acceptance.

(2) The amount of compensation is assessed on the one hand on the basis of the duration of the default and the amount of the agreed remuneration, and on the other hand on the basis of what expenses the contractor saves or what the contractor can earn by employing his working capacity elsewhere.

### บทที่ 3

#### ผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญาทั่วไป

จากบทที่ 2 “สัญญาจ้างทำของ ประเภทสัญญารับเหมาก่อสร้าง” ได้อธิบายให้เห็นถึงความหมาย ประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้างทั้งกรณี que แบ่งตามการจ่ายเงิน และกรณี que แบ่งตามประเภทของงาน ตลอดจนได้อธิบายข้อสัญญาที่สำคัญในสัญญารับเหมาก่อสร้าง ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงเรื่องการจ่ายเงิน หลักประกันตามสัญญารับเหมาก่อสร้าง บทปรับ เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้นยังได้ยกตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ทั้งฉบับภาษาไทยซึ่งยกตัวอย่างจากมาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างของวิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ และตัวอย่างสัญญาอื่นๆที่พบเห็นได้ในสัญญารับเหมาก่อสร้างระหว่างเอกชนกับเอกชน ในส่วนสัญญาภาษาอังกฤษนั้น ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างมาตรฐานสัญญา 3 มาตรฐานสัญญาที่เป็นที่รู้จักกันดีในวงการก่อสร้างทั่วโลก คือ มาตรฐานสัญญา FIDIC, JCT และ VOB/B

สำหรับบทที่ 3 ผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญาทั่วไป นี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้ในสัญญา กับ ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้ในสัญญา ทั้งนี้จะศึกษาทั้งกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส เพื่อนำเอาความรู้เหล่านี้ไปวิเคราะห์ต่อยอดในบทที่ 5 และบทที่ 6 ต่อไป

#### 3.1 กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันไว้ในสัญญา

เมื่อคู่สัญญาไม่ได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันไว้ในสัญญา ผลจะเป็นประการใด จะมีกฎหมายใดมารองรับหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ผู้เขียนสนใจศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายทั้ง 4 ประเทศ อันได้แก่ กฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส โดยผู้เขียนขออธิบายโดยลำดับ ดังนี้

##### 3.1.1 กฎหมายไทย

ก่อนอื่นขออธิบายไปถึงความเป็นมาของผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญาในกฎหมายไทย ก่อน สัญญาในกฎหมายโบราณนั้น ต้องยอมรับว่ามีไม่มากนัก เนื่องจาก ครอบครัวหนึ่ง หรือ หมู่คณะหนึ่งนั้น ในสมัยโบราณบุรุษก็จะออกไปทำมาหากินนอกบ้าน ส่วนสตรีก็ทำหน้าที่ดูแลลูกหลาน ดูแลบ้าน ทอเครื่องนุ่งห่ม จึงไม่ได้มีโอกาสไปปฏิสัมพันธ์กับครอบครัวอื่นหรือหมู่คณะอื่นมากนัก หากไป

ปฏิสัมพันธ์กันก็มุ่งแต่เพียงการปฏิสัมพันธ์ที่เป็นที่พอใจกันทั้งสองฝ่าย เพียงแต่เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะชั่วคราวเท่านั้น ส่วนความสัมพันธ์ในลักษณะถาวรระหว่างเอกชนกับชุมชนนั้นก็จะมีแต่เพียงความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นประมุขกับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา นายกับทาส บิดามารดากับบุตร สามีกับภรรยา เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาแรกเริ่มนั้นได้กระทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในอันที่จะสร้างความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ สัญญาฉบับแรกที่ได้ทำขึ้นได้แก่ สัญญารับเข้าเป็นสมัครพรคพวกของหมู่คณะ หรือของครอบครัว สัญญารับเป็นบุตรบุญธรรม สัญญาหมั้น สัญญาแต่งงาน ส่วนสัญญาในทางเศรษฐกิจฉบับแรกๆ นั้นน่าจะมาจากลักษณะและผลของสัญญาประเภทนี้ เพื่อที่จะทำให้สมหวัง ดังนั้นความผูกพันทางสัญญาในชั้นแรกจึงปรากฏในรูปของการเป็นทาส หรือภายในรูปของการบังคับบัญชา เสมือนผู้เป็นประมุขปกครองคนในบังคับ บิดาปกครองบุตร สามีปกครองภรรยา<sup>87</sup>

สำหรับประเทศไทยในสมัยอยุธยา นั้น บทต่างๆ อันว่าด้วยสัญญามีจำนวนน้อยมาก สัญญาที่ได้รับการเอาใจใส่ของผู้บัญญัติอย่างแท้จริง มีเพียง 2 ชนิดเท่านั้น คือ สัญญาคู่ และ สัญญาขายคนเป็นทาส<sup>88</sup>

ในสมัยโบราณ บุคคลผู้ซึ่งไม่ปฏิบัติตามคำรับรองที่ตอนได้ให้ไว้ตามจารีตประเพณีได้ชื่อว่าเป็นคนก่อการละเมิด และตกอยู่ภายใต้การแก้แค้นของอีกฝ่ายหนึ่ง จารีตประเพณีและกฎหมายได้เปลี่ยนจากการแก้แค้น ภายหลังเป็นการเสียค่าปรับตามอัตราที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้า เหมือนการปรับในคดีอาญาดังเช่นทุกวันนี้ ต่อมาภายหลังไม่นาน จึงได้แยกความผิดอาญาออกจากความผิดทางสัญญาและในการผิดสัญญาก็ให้แต่เจ้าหน้าที่ที่จะฟ้องได้ในทางแพ่งโดยการเรียกค่าสินไหมทดแทน เป็นการมุ่งเฉพาะการบำบัดความเสียหายที่เกิดแต่การมิได้ปฏิบัติตามสัญญานั้นๆ และอัตราค่าสินไหมทดแทนนั้นมักจะเปลี่ยนไปตามรูปคดี นอกจากนี้ ลูกหนี้ที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ย่อมตกอยู่ภายใต้การแก้แค้นของเจ้าหนี้ที่จะมาจับตัวทนต์ ไล่โซ่ตรวนจองจำ เพื่อบังคับให้ชำระหนี้หรือเพื่อลงโทษให้ทนต์จำได้ ลูกหนี้รับผิดชอบไม่เพียงแต่ทรัพย์สินของตนเองเท่านั้น ยังรวมถึงต้องรับผิดชอบต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองด้วย หากทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่เพียงพอ เจ้าหนี้ยังสามารถนำตัวลูกหนี้ไปขายเป็นทนต์เพื่อนำเงินค่าตัวมาชำระหนี้ได้ หรือต้องรับโทษจำคุกชั่วระยะเวลาเทียบตามจำนวนหนี้ของตน ต่อมาภายหลังจึงยกเลิกวิธีการขายตัวเป็นทนต์เพื่อชำระหนี้<sup>89</sup>

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 นั้น มีการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านการเมือง การปกครอง ตลอดจนเรื่องของเศรษฐกิจด้วย นายโรแลง ยัคมีนส์มีบทบาทในการช่วยปฏิรูปประเทศ และการจัดกิจการบ้านเมืองทั้งในทางการบริหารราชการแผ่นดินตลอดจนกฎหมายและการศาล กล่าวคือ ได้ถวายคำแนะนำให้รัชกาลที่ 5 ให้เพาะปลูกวิชาการด้านกฎหมาย และจัดการศาลยุติธรรมให้ดีขึ้น กรบ

<sup>87</sup> ร.แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2526). หน้า 160-161.

<sup>88</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 161

<sup>89</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 165-166

บังคับให้เปลี่ยนค่านี้ออฟฟิตเป็นรัฐมนตรีสภาเพื่อทำหน้าที่นิติบัญญัติ และเสนอให้จ้างนักกฎหมายต่างประเทศเข้ามาทำกฎหมายให้กับประเทศไทย<sup>90</sup> ในสมัยนั้นนักกฎหมายไทยจบจากประเทศอังกฤษจำนวนมาก กฎหมายไทยจึงได้รับอิทธิพลจากกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) นำมาเขียนตำรากฎหมายไทยมากมาย นอกจากนี้ยังมาเป็นอาจารย์สอนกฎหมาย และเป็นผู้พิพากษาคัดสินคดีที่จบกฎหมายมาจากประเทศอังกฤษด้วย<sup>91</sup> ดังนั้น ในสมัยนั้นจึงสันนิษฐานได้ว่า ได้มีการนำเอาหลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องของสัญญามาใช้อย่างแพร่หลาย ดังปรากฏในคำอธิบายหลักกฎหมายสัญญาในสมัยนั้นว่า “หลักการผิดสัญญาซึ่งเป็นการผิดถึงรากเหง้าแห่งสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเลิกไม่ทำตามสัญญาได้ ตรงกับหลัก Fundamental Breach<sup>92</sup> ของหลักกฎหมายสัญญาอังกฤษ<sup>93</sup>

ต่อมาอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษได้ลดความสำคัญลง เมื่อประเทศไทยหรือสยามในขณะนั้นได้ตัดสินใจทำประมวลกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรปโดยอาศัยนักกฎหมายฝรั่งเศส และญี่ปุ่นเข้ามาช่วยงานโรแลง ยัคมินส์ ซึ่งเป็นที่ปรึกษาราชการแผ่นดินอยู่ในขณะนั้น เหตุที่ต้องจัดทำประมวลกฎหมายในขณะนั้นเป็นเพราะเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต<sup>94</sup> นอกจากนี้ประชาชนชาวไทยในขณะนั้นเดือดร้อนไม่ได้รับความยุติธรรม เพราะศาลไทยไม่สามารถตัดสินคดีได้อย่างเต็มที่ ในขณะนั้นไทยถูกบีบบังคับให้เปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายให้เหมือนอารายประเทศ<sup>95</sup>

ในช่วงแรกก่อนมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มี 2 แนวทาง คือ จะร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ<sup>96</sup> หรือประมวล

<sup>90</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559). หน้า 156-159. อ้างถึงใน พงษ์พันธ์ บูปเก, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560). หน้า 201.

<sup>91</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 280-283

<sup>92</sup> หลักการผิดสัญญาซึ่งเป็นการผิดถึงรากเหง้าแห่งสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเลิกสัญญา ไม่ทำตามสัญญาได้ เป็นการผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หากตกลงจำกัด หรือ ยกเว้นความรับผิดนี้ ศาลอังกฤษจะเข้ามาควบคุม หรือ จำกัดสิทธิดังกล่าว โดยศาลอังกฤษสันนิษฐานว่า คู่สัญญาจะไม่ตั้งใจจะยกเว้นหรือจำกัดสิทธินี้ (หม่อมเจ้าเกียรติประวัติ เกษมสันต์, หลักกฎหมายลักษณะสัญญา เล่ม 2(พระนคร:โรงพิมพ์สยามออบเซอร์เวอร์, 2464-2465) หน้า 210-212) อ้างถึงใน สิริินภา ไทรนนทรี, “ปัญหาของการเรียกค่าเสียหายหลังการเลิกสัญญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560).

<sup>93</sup> บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557). หน้า 13-33.

<sup>94</sup> ไทยถือหลักบุคคลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ชาติตะวันตกได้เปลี่ยนมาเป็นหลักดินแดนซึ่งทำให้ไทยเสียเปรียบ แนวความคิดของรัฐสมัยใหม่ในขณะนั้นมองว่ารัฐมีอำนาจเหนือดินแดนของตน การเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตเท่ากับการเสียอำนาจอธิปไตยทางตุลาการ

<sup>95</sup> พงษ์พันธ์ บูปเก, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History), หน้า 211

<sup>96</sup> แนวทางแรกได้รับการสนับสนุนจากเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์

กฎหมายภาคพื้นยุโรป<sup>97</sup> ในที่สุดก็ตัดสินใจใช้แบบอย่างประมวลกฎหมายของภาคพื้นยุโรป ได้มีการทดลองร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 2 บรรพแรก ในปี พ.ศ.2466 เพื่อฟังความเห็นของผู้ใช้กฎหมาย<sup>98</sup> ร่างโดยที่ปรึกษากฎหมายชาวฝรั่งเศสซึ่งเป็นการร่างระบบของตนเองขึ้นมาใหม่ และมีบทบัญญัติเรื่องการเลิกสัญญาเอาไว้ด้วย ดังปรากฏในคำแปลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 พ.ศ. 2466<sup>99</sup> ดังนี้

“มาตรา 328 ตั้งแต่เวลาลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้ ถ้าหนี้้นั้นเกิดแต่มูลสัญญาไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกให้เพิกถอนสัญญาได้ เว้นแต่ในคดีที่กฎหมายบัญญัติว่าทางแก้ของเจ้าหนี้้นั้นจะฟังเลิกสัญญาเสียเอง เจ้าหนี้ยังชอบที่จะได้ค่าสินไหมทดแทนที่ต้องเสียหายอย่างใด อันเกิดขึ้นแก่ตนด้วยการไม่ชำระหนี้ เว้นแต่ในบทที่บัญญัติไว้ในหมวดที่ 4 แห่งลักษณะนี้

มาตรา 329 ถ้าว่าเพิกถอนสัญญา ต้องให้คู่สัญญาต่างได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมดังที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา”<sup>100</sup>

ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 พ.ศ.2466 เนื่องจากการทำประมวลกฎหมายเลียนแบบฝรั่งเศสมีปัญหาเพราะขาดผู้ร่างที่มีความเชี่ยวชาญหรือแม้แต่ผู้ที่ได้รับเชิญมาก็มีข้อจำกัด รัชกาลที่ 6 ทรงเกรงว่าการร่างประมวลกฎหมายจะมีความล่าช้าและจะเสียหายต่อประเทศ จึงได้เร่งรัดให้เร่งจัดทำประมวลกฎหมายให้เสร็จสิ้น พระยามานวราชเสวี<sup>101</sup> จึงเสนอให้ลอกประมวลกฎหมายเยอรมันที่ญี่ปุ่นได้นำมาดัดแปลงประยุกต์ไว้แล้ว โดยถ้าได้ลอกจากญี่ปุ่นก็จะดำเนินการได้เร็วขึ้น รัชกาลที่ 6 จึงทรงโปรดเกล้าให้ดำเนินการไปตามนั้น<sup>102</sup> ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในส่วนที่เป็นบรรพ 1 และ บรรพ 2 จึงนำมาจากประมวล

<sup>97</sup> แนวทางหลังได้รับการสนับสนุนจากสมเด็จพระยาดำรงราชานุภาพ กรมพระสวัสดิวัตน์วิสิษฐ นายยอร์ช ปาดูซ์ ซึ่งได้เนติบัณฑิตฝรั่งเศส ได้เดินทางเข้ามารับราชการในสยาม เมื่อ พ.ศ.2477 ในตำแหน่งที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีขึ้นเป็นครั้งแรกและเป็นคนแรก การเข้ามารับราชการในสยามของนายปาดูซ์เกิดจากสนธิสัญญาระหว่างสยามกับฝรั่งเศสในปี พ.ศ.2447 ที่บังคับให้สยามต้องจ้างที่ปรึกษาชาวฝรั่งเศสให้มารับราชการในตำแหน่งสูง (แสง บุญเฉลิมวิภาส 2559: 218)

<sup>98</sup> พงษ์พันธ์ บูปเก, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History), หน้า 222

<sup>99</sup> จตุพล หวังสุวรรณ, “ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540). หน้า 21-23.

<sup>100</sup> คำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 พ.ศ.2466 (กรุงเทพฯ:ห้องสมุด สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), (ไมโครฟิล์ม) อ้างถึงใน วิทยานิพนธ์ “ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน” 2540, หน้า 22

<sup>101</sup> พระยามานวราชเสวี หรือ พลอด วิเชียร ณ สงขลา ประวัตินานของท่านที่เกี่ยวข้องกับการร่างประมวลกฎหมาย คือ ท่านเคยเป็นเลขานุการ กองกรรมการชำระประมวลกฎหมาย 2462, กรรมการแปลประมวลกฎหมาย กองกรรมการชำระประมวลกฎหมาย 2463-2465 และ กรรมการร่างกฎหมาย กรมร่างกฎหมาย 2466-2467

<sup>102</sup> เรอเน่ กียอง, สุรพล ไตรเวทย์ ถอดความและเรียบเรียง. การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550). หน้า 89-98 อ้างถึงใน พงษ์พันธ์ บูปเก, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History), หน้า 212-213)

กฎหมายแพ่งเยอรมันโดยรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเลิกสัญญาผ่านประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาอีกทีหนึ่ง ซึ่งได้แปลเป็นภาษาอังกฤษไว้<sup>103</sup>

สำหรับหลักในเรื่องของการเลิกสัญญานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2468 บัญญัติไว้ในบรรพ 2 มาตรา 386-394 ซึ่งยังคงใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้

ทั้งนี้มาตรา 391 ซึ่งบัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญาเอาไว้ มีที่มาจากมาตรา 545 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

*“When one of the parties has exercised his right of rescission, each party is bound to restore the other party to his original state; but the rights of third persons cannot be injured.*

*In the case of proceeding paragraph, the amount of money received must be restored, with interest from the day of receipt.*

*The exercise of the right of rescission does not affect a claim for compensation for damage”*

โดยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้คัดลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 346 บรรพ 2<sup>104</sup> ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

*“If in a contract one party has reserved to himself the right of rescission and if rescission takes place, the parties are bound to return to each other the consideration received. The value of services rendered and for allowing the use of a thing shall be paid over, or, if in the contract a counterpayment in money is stipulated for, this shall be paid”<sup>105</sup>*

ดังนั้น จึงเกิดเป็นต้นร่างของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งได้ร่างเป็นภาษาอังกฤษ โดยบัญญัติไว้ว่า

*“Section 391 If one party has exercised his right of rescission, each party is bound to restore the other to his former condition; but the rights of third persons cannot be impaired.*

<sup>103</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 102 (อ้างถึงใน หนังสือ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History), พงษ์พันธ์ บูบเก หน้า 213)

<sup>104</sup> เป็นบทบัญญัติเดิมของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งปัจจุบันได้แก้ไขแล้ว

<sup>105</sup> จตุพล หวังสุวรรณ, ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน, หน้า 24



*To money which is to be repaid in the case of the foregoing paragraph interest is to be added from the time when it was received.*

*For services rendered and for allowing the use of a thing the restitution shall be made by paying the value, or, if in the contract a counter-payment in money is stipulated for, this shall be paid”*

คำว่า “เลิกสัญญา” ที่ใช้ในกฎหมายไทยนั้น เดิมที่แปลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยฉบับภาษาอังกฤษ กล่าวคือ แต่เดิมเราร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับภาษาอังกฤษขึ้นก่อนแล้วจึงแปลเป็นภาษาไทยซึ่งเมื่อตรวจสอบในต้นร่างแล้ว พบว่า มีการใช้คำว่า “เลิกสัญญา” แทนคำภาษาอังกฤษซึ่งมีความหมายที่แตกต่างกัน 3 คำ ดังนี้

### 1. “Rescind”<sup>106</sup> หรือ “Rescission”<sup>107</sup>

สำหรับคำนี้พบในบทการเลิกสัญญาทั่วไป ตั้งแต่มาตรา 386 ถึง มาตรา 394 และพบมาตราของสัญญาจ้างทำของมาตรา 593 และมาตรา 596 ด้วย คำว่า “Rescind” หรือ “Rescission” หมายถึง การทำลาย การเลิก ซึ่งจะมีความหมายในทำนองว่า เป็นการทำลายสัญญาไปไม่มีสัญญาอยู่อีกต่อไป ผลของการเลิกสัญญานี้จึงให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่เคยทำสัญญากันมาก่อน

---

<sup>106</sup> “Rescind” To abrogate, annul, avoid, or cancel a contract; particularly, nullifying a contract by the act of a party (Black’s Law Dictionary, “Rescind” [Online] Accessed: 10 July 2019. Available from <https://thelawdictionary.org/rescind/> )

<sup>107</sup> “Rescission” Rescission, or the act of rescinding, is where a contract is canceled, annulled, or abrogated by the parties, or one of them. In Spanish law, nullity is divided into absolute and relative. The former is that which arises from a law, whether civil or criminal, the principal motive for which is the public interest ; and the latter is that which affects only certain individuals. “Nullity” is not to be confounded with “rescission.” Nullity takes place when the act is affected by a radical vice, which prevents it from producing any effect; as where an act is in contravention of the laws or of good morals, or where it has been executed by a person who cannot be supposed to have any will, as a child under the age of seven years, or a madman, (un niño o demente.) Rescission is where an act, valid in appearance, nevertheless conceals a defect, which may make it null, if demanded by any of the parties; as, for example, mistake, force, fraud, deceit, want of sufficient age, etc. Nullity relates generally to public order, and cannot therefore be made good either by ratification or prescription; so that the tribunals ought, for this reason alone, to decide that the null act can have no effect, without stopping to inquire whether the parties to it have or have not received any injury. Rescission, on the contrary, may be made good by ratification or by the silence of the parties; and neither of the parties can demand it, unless he can prove that he has received some prejudice or sustained some damage by the act. (Black’s Law Dictionary, “Rescission” [Online] Accessed: 10 July 2019. Available from <https://thelawdictionary.org/rescission/> )

## 2. “Terminate” หรือ “Termination”<sup>108</sup>

สำหรับคำนี้พบใน สัญญาเช่าทรัพย์ ได้แก่ มาตรา 544, 548, 551, 554, 556, 560, 561, 566, 568 และ 571), เช่าซื้อ ได้แก่ มาตรา 573, 574) สัญญาจ้างแรงงาน ได้แก่ มาตรา 577, 578, 579, 581, 582, 586(1) จ้างทำของ มาตรา 605<sup>109</sup> สัญญาค้ำประกัน สัญญาประกันวินาศภัย สัญญาหุ้นส่วน<sup>110</sup> คำว่า “Terminate” หรือ “Termination” หมายถึง การสิ้นสุดโดยไม่มีผลบังคับไปในอนาคต การเลิกสัญญาตามความหมายนี้จึงมิได้เป็นการทำลายสัญญา สัญญายังคงอยู่แต่สิ้นสุดความผูกพันกันไปในอนาคตเท่านั้น<sup>111</sup>

## 3. “Renouce”<sup>112</sup>

สำหรับคำนี้พบในเรื่อง ตัวแทน แปลว่า สละ หรือ ปฏิเสธที่จะยอมรับ และคำว่า “Dissolve” และ “Dissolution” ในเรื่องหุ้นส่วน บริษัท สมาคม มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “Terminate”

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่า สัญญาจ้างทำของนั้นมีการใช้ทั้งคำว่า Rescind หรือ Rescission ในมาตรา 593<sup>113</sup>, 596<sup>114</sup> และ ใช้คำว่า Terminate หรือ Termination ในมาตรา 605<sup>115</sup> อันเป็นผลให้ผลของการเลิกสัญญาแตกต่างกันด้วยซึ่งทางผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตตรงส่วนนี้ไว้

ตามที่อธิบายมาแล้วข้างต้นนั้น เมื่อพิจารณาจากเจตนาของผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้วทำให้เข้าใจได้ว่า มีความประสงค์จะให้คำว่า “rescind” กับ คำว่า “terminate” มีความหมายในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่เหตุใดเมื่อแปลประมวลกฎหมายแพ่ง

<sup>108</sup> “Terminate” and “Termination” 1. last step of employment where a worker is let go. 2. Customer cancellation of remaining work of a contract. (Black’s Law Dictionary, “Terminate” [Online] Accessed: 10 July 2019. Available from <https://thelawdictionary.org/terminate/> )

<sup>109</sup> จตุพล หวังสุวรรณ, ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน, หน้า 24-30

<sup>110</sup> สิริินภา ไทรนนทรี, ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายภายหลังการเลิกสัญญา, หน้า 18

<sup>111</sup> จตุพล หวังสุวรรณ, ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน, หน้า 24-30

<sup>112</sup> “Renouce” To reject; cast off; repudiate ; disclaim ; forsake; abandon ; divest one’s self of a right, power, or privilege. Usually it implies an affirmative act of disclaimer or disavowal. (Black’s Law Dictionary, “Rescission” [Online] Accessed: 10 July 2019. Available from <https://thelawdictionary.org/renouce>)

<sup>113</sup> มาตรา 593 ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควรหรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้างจนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้มิพักต้องรอคอยให้ถึงกำหนดส่งมอบของนั้นเลย

<sup>114</sup> มาตรา 596 ถ้าผู้รับจ้างส่งมอบการที่ไม่ทันเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาก็ดี หรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญาเมื่อล่วงพ้นเวลาอันควรแก่เหตุก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะลดสินจ้างลง หรือถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่เวลา ก็ชอบที่จะเลิกสัญญาได้

<sup>115</sup> มาตรา 605 ถ้าการที่จ้างยังไม่แล้วเสร็จอยู่ตราใด ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น

และพาดิษย์ฉบับภาษาอังกฤษมาเป็นภาษาไทยแล้วกลับใช้คำเดียวกัน คือ คำว่า “เลิกสัญญา” ซึ่ง ณ ขณะนี้ยังไม่พบหลักฐานใดที่เป็นเครื่องยืนยันในประเด็นนี้<sup>116</sup>

**จากที่ได้อธิบายถึงความเป็นมาของผลของการเลิกสัญญาในกฎหมายไทยมาแล้วนั้นในลำดับต่อไป จะอธิบายถึงความหมายของ “การเลิกสัญญา”**

สำหรับคำว่า “เลิกสัญญา” นั้น ได้มีนักกฎหมายไทยหลายท่านให้นิยามเอาไว้ ดังนี้

**ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช**<sup>117</sup> ได้ให้ความเห็นเรื่อง การเลิกสัญญา ไว้ว่า การเลิกสัญญาเป็นวิธีทำให้หนี้อันเกิดแต่สัญญาระงับสิ้นไป ทั้งนี้เป็นพิเศษต่างหากจากความระงับแห่งหนี้ที่มีบทบัญญัติไว้ในตัวบทว่า ด้วยความระงับแห่งหนี้ การเลิกสัญญาเกิดจากการที่ฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหรือการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย เพราะความผิดของฝ่ายนั้น หรือเหตุการณ์เป็นไปอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ตกลงกันไว้ให้มีการเลิกสัญญากันได้ ซึ่งโดยทั่วไปจะเห็นได้ว่า เพราะเหตุเหล่านั้น อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับประโยชน์ตามที่คาดหมายว่าจะได้จากสัญญา จะคิดถอนตัวออกจากความผูกพันเพื่อนกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็ได้ โดยบอกเลิกสัญญาระหว่างกันเสีย แต่ถ้าเห็นว่าประโยชน์เกิดแต่สัญญานั้นโดยเฉพาะเจาะจงหรือถ้าสภาพไม่เปิดช่องให้ทำได้ จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนฐานไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 213, 215, 216, 218 ก็ได้ ต้องระลึกว่า สัญญาเป็นมูลแห่งหนี้ เมื่อสัญญาได้ก่อขึ้นแล้ว ก็มีผลที่จะบังคับกันได้ตามเอกเทศสัญญาเท่าที่บัญญัติไว้ ฉะนั้นการผิดสัญญาไม่จำเป็นต้องเป็นเหตุให้สัญญาระงับไปตรงกันข้ามกลับจะทำให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องให้บังคับตามสัญญากันไว้ สิทธิเลิกสัญญาเป็นสิทธิที่จะใช้หรือไม่ใช้ก็ได้ตามแต่ใจ

**ศาสตราจารย์ ดร.ศันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์** ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า ถ้าไม่มีการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างหนึ่งอย่างใดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็เป็นเรื่องของการผิดสัญญา และโดยลำพังการผิดสัญญาก็ไม่ทำให้สัญญาระงับไปได้เอง จะต้องพิจารณาต่อไปว่า จากการผิดสัญญานั้นได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาในการที่จะบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ ถ้าได้ และคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิก็ได้ใช้สิทธิของตนโดยชอบแล้ว “สัญญา” จึงจะระงับสิ้นไป กล่าวคือ โดยการใชสิทธิเลิกสัญญา คู่สัญญาได้ทำลายนิติสัมพันธ์ที่เคยก่อให้เกิดขึ้นให้เสมือนว่านิติสัมพันธ์นั้นไม่เคยมีอยู่ เมื่อสัญญาไม่มี ผลที่เกิดจากสัญญานั้นย่อมไม่มีไปด้วย การบอกเลิกสัญญาจึงเป็นการทำลายสัญญา “บอเกิดแห่งหนี้” เสียทีเดียว มิได้ทำลายเฉพาะ “หนี้” เท่านั้น<sup>118</sup>

<sup>116</sup> จตุพล หวังสุวรรณ, ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน, หน้า 28.

<sup>117</sup> เสนีย์ ปราโมชย์ ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ :วิญญูชน, 2560). หน้า 391.

<sup>118</sup> ศันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, หน้า 445.

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำว่า เลิกสัญญา เอาไว้ว่า หมายความว่า กรณีที่คู่สัญญาเลิกการผูกพันที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีอยู่ตามสัญญา<sup>119</sup>

จากการให้นิยามความหมายของการเลิกสัญญาของนักกฎหมายหลายท่านแล้ว ผู้เขียนสรุปได้ว่า การเลิกสัญญา คือ การเลิกความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญา อันมีสาเหตุมาจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นผิดสัญญาไม่ว่าจะเป็นการผิดสัญญาตามกฎหมายหรือตามสัญญาก็ตาม โดยผลของการเลิกสัญญา คือ ทำให้สัญญาระงับสิ้นไป

เมื่อเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “เลิกสัญญา” แล้ว ในลำดับต่อไปจึงต้องมาศึกษาว่า ผลของการเลิกสัญญานั้นจะเป็นอย่างไร

ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามกฎหมายไทย มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นในเรื่อง “ผลของการเลิกสัญญา” เอาไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ได้อธิบายเรื่องผลของการบอกเลิกสัญญาว่า แม้การเลิกสัญญาจะมีผลทำให้สัญญาระงับสิ้นสุดไปด้วยนั้น แต่ตามผลของมาตรา 391 กำหนดให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมขณะที่ทำสัญญากันนั้น เป็นผลบังคับของกฎหมาย สิ่งใดที่ได้รับกันไปตามสัญญาก็ให้คืนกลับมาใกล้เคียงกับฐานะเดิมเท่าที่จะเป็นได้ (Status quo ante) กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนส่งมอบหรือโอน โดยคืนทรัพย์สินนั้นและต้องคืนในสภาพเดิม ผู้รับคืนอาจได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย ถ้ามีการชำระเงินผู้ที่ได้รับเงินไว้ก็ต้องคืนให้ไป แต่หากวัตถุแห่งหนี้ไม่ใช่การส่งมอบทรัพย์สินแต่เป็นการกระทำ หรือการให้ใช้ทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี โดยสภาพไม่อาจคืนการกระทำหรือการได้ใช้ทรัพย์สินไปแล้วได้ กฎหมายจึงกำหนดให้คิดเป็นเงินชดใช้กันแทนตามควรค่าแห่งการนั้นๆ โดยการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ผลย่อมเป็นอย่างเดียวกับการบอกล้างโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 กำหนดว่า ถ้าพันวิสัยจะให้กลับคืนได้ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน แต่ผลแตกต่างจากโมฆะกรรม ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมอย่างโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้างแล้ว ย่อมถือเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก ความเสียหายเล่าที่มีขึ้นแล้วนั้น ผลจะเป็นอย่างไร กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ และไม่มีกรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม เพราะไม่มีอะไรเกิดขึ้น ฐานะเดิมเป็นอยู่อย่างใดก็เป็นอยู่อย่างนั้น ไม่มีฐานะอะไรจะต้องกลับไปสู่อย่างเดิมอีก<sup>120</sup>

ส่วนศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์ นั้น ได้อธิบายเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 ไว้โดยละเอียด กล่าวคือ ได้อธิบายถึงผลของการเลิกสัญญาที่มีผลต่อคู่สัญญา หากคู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาอย่างไร ผลจะเป็นไปตามข้อตกลงนั้น โดยมีจำต้องพิจารณาถึงผลของ

<sup>119</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ 1 เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516). หน้า 248. อ้างถึงใน สิริรนา ไทรนนทรี, การเรียกค่าเสียหายหลังการเลิกสัญญา, หน้า 25.

<sup>120</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, “ผลของการเลิกสัญญาเข้าซื้อกับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม”, หน้า 22-26 อ้างถึงใน สิริรนา ไทรนนทรี, ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายภายหลังการเลิกสัญญา, หน้า 36.

การเลิกสัญญาตามกฎหมายอีก ส่วนผลตามกฎหมายระหว่างคู่สัญญานั้นจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391<sup>121</sup> กล่าวคือ ให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมเหมือนก่อนทำสัญญา

เมื่อมีการบอกเลิกสัญญากันย่อมส่งผลให้สัญญาระงับย้อนหลังไปตั้งแต่วันทำสัญญา ฐานใดๆ ที่จะรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วจึงไม่มีอยู่อีกต่อไป กฎหมายจึงกำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่าย จำต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยให้คืนสิ่งที่ตนเองได้รับมาไว้ให้อีกฝ่ายทั้งหมด(status quo ante) โดยต่างฝ่ายต่างคืนสิ่งที่ตนเองได้รับไปแล้วทั้งหมด(restitutio in integrum)<sup>122</sup>

ถ้าเป็นการคืนเงิน ก็ต้องให้ดอกเบี้ยด้วย อัตราดอกเบี้ยนั้นให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด คือ ร้อยละ 7.5 ต่อปี หากกำหนดดอกเบี้ยไว้สูงกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด จะถูกตีความว่าเป็นเบี้ยปรับซึ่งศาลสามารถปรับลดได้ (มาตรา 383)<sup>123</sup>

ถ้าเป็นการงานที่ทำไปแล้วนั้นเป็นเรื่องที่โดยสภาพคืนกันไม่ได้ หรือไม่อาจทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ต้องใช้เป็นเงินให้แทน

ถ้าการใช้ทรัพย์สินนั้น เป็นที่ใช้ไปแล้ว ทำให้กลับคืนกันไม่ได้ ก็ต้องใช้เงินให้แทนในอัตราที่สมควรหรือในอัตราตามสัญญา<sup>124</sup>

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ จี๊ด เศรษฐบุตร ได้อธิบายไว้ว่า เมื่อมีการเลิกสัญญา ผลคือ การทำลายสัญญา ทำให้ไม่มีผลตามกฎหมาย ทั้งนี้มีผลย้อนหลังไปถึงเวลาทำสัญญาจึงเรียกให้ชำระหนี้ที่ต้องชำระก่อนเลิกสัญญาไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ ถ้ามีเงินที่ต้องชำระเป็นค่าตอบแทนตามสัญญาเดิม แต่ยังไม่ชำระจะบังคับให้ชำระไม่ได้ แต่จะสามารถเรียกเอาเป็นค่าใช้จ่ายทรัพย์สินตามส่วนได้ ศาสตราจารย์ จี๊ด เศรษฐบุตร ยังอธิบายต่อไปอีกว่า ผลของการเลิกสัญญามีลักษณะคล้ายคลึงกับการบอกล้างสัญญาที่เป็นโมฆียะ เพราะมีผลในการให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม และถ้าพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหาย แต่มูลเหตุในการบอกเลิกสัญญาแตกต่างจากมูลเหตุการบอกล้างโมฆียกรรม

<sup>121</sup> มาตรา 391 เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้ ส่วนที่เป็นการงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญาที่กำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่

<sup>122</sup> เรื่องเดียวกัน, น.520

<sup>123</sup> มาตรา 383 ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป

นอกจากกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 379 และ 382 ท่านให้ใช้วิธีเดียวกันนี้บังคับ ในเมื่อบุคคลสัญญาว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนกระทำหรืองดเว้นกระทำอันหนึ่งอันใดนั้นด้วย

<sup>124</sup> ศันนกรณ์ โสถพิพันธุ์,คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, หน้า 522.

ด้วยการบอกล้างโมฆียกรรม ผู้ร่างกฎหมายต้องการที่จะช่วยเหลือผู้แสดงเจตนาวิปริต ผู้หย่อนความสามารถ แต่การเลิกสัญญา นั้น เป็นผลมาจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่ได้ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้เป็นพันวิสัย เพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายนั้น ดังนั้น มาตรา 391 วรรคสี่ จึงเป็นหลักพิเศษของผลของการบอกเลิกสัญญาให้สามารถเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ หรือ การชำระหนี้เป็นพันวิสัย เพราะความผิดของลูกหนี้ เพราะเป็นกรณีที่มีความผิดเกิดขึ้น แตกต่างจากกรณีการบอกล้างโมฆียะกรรมซึ่งโดยมากจะไม่มีผิดเกิดขึ้น ยกเว้นกรณีกฉ้อฉล<sup>125</sup>

จากการให้ความหมายเรื่องผลของการเลิกสัญญาของนักกฎหมายไทย ผู้เขียนสรุปความได้ว่า ผลของการเลิกสัญญา คือ การกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมของคู่สัญญา เสมือนไม่เคยมีสัญญาต่อกัน อะไรที่ได้รับกันไว้ก็จะต้องคืนแก่กัน มีลักษณะเป็นการทำลายสัญญา หากมีเงินอันจะต้องชำระตามสัญญาเดิมแต่ยังมีได้ชำระกัน ก็จะบังคับชำระไม่ได้ แต่สามารถเรียกเป็นค่าใช้จ่ายทรัพย์ตามส่วนได้ ทั้งนี้ผลของการเลิกสัญญาคคล้ายคลึงกับการบอกล้างโมฆียกรรมด้วย แตกต่างตรงที่การบอกล้างโมฆียกรรมไม่จำเป็นต้องมีความผิดเกิดขึ้น แต่การบอกเลิกสัญญานั้นต้องมีความผิดเกิดขึ้นด้วย

สำหรับเรื่อง ผลของการเลิกสัญญานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 391 โดยนำแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นนั้นก็มิที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันนั่นเอง ทั้งนี้ตามที่ได้อธิบายไปในหัวข้อก่อนหน้านี้นี้ โดยมาตรา 391 ได้บัญญัติเป็นภาษาไทยไว้ว่า

*“เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้วคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมแต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่*

*ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยคิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้*

*ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์นั้นการที่จะชดใช้คืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการ นั้นๆหรือถ้าในสัญญาที่กำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น*

*การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”*

<sup>125</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 369-374.

จากมาตรา 391 นั้นได้สร้างหลักที่สำคัญขึ้นมาหลักหนึ่งคือ “**หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่สัญญา**”<sup>126</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเมื่อเลิกสัญญาแล้ว นิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมต้องหมดสิ้นลง คู่สัญญาจึงหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญาเสมือนหนึ่งไม่เคยมีสัญญาและหนี้ต่อกัน นอกจากนี้ยังมีเรื่องวิธีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม อันได้แก่ การใช้คืนเงินบวกดอกเบี้ย และการใช้ค่าใช้ทรัพย์สินและค่าแห่งการทำงานต่างๆ นอกจากนี้ยังบัญญัติเรื่อง สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายตามลำดับ ดังนี้

### 1. การกลับคืนสู่ฐานะเดิม

มาตรา 391 นั้นได้วางหลักในเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้ โดยกำหนดให้ “**เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้วจำเป็นต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม**” เนื่องจากการบอกเลิกสัญญามีผลระงับย้อนหลังไปตั้งแต่วันทำสัญญา ฐานใดๆที่จะรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วจึงไม่มีอยู่อีกต่อไป กฎหมายจึงกำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องทำให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการคืนสิ่งที่แต่ละฝ่ายได้รับไว้ให้กับอีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมด (status quo ante) โดยต่างฝ่ายต่างคืนสิ่งที่ตนเองได้รับไปแล้วทั้งหมด (restitution in intergrum)<sup>127</sup>

สำหรับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามมาตรา 391 นี้ เกิดข้อสงสัยว่า วิธีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นจะเป็นอย่างไร ขออธิบาย ดังนี้

**การกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มีการชำระหนี้** ทั้งนี้เวลาพิจารณานั้นจะต้องพิจารณาแยกเป็นว่า ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ เมื่อสัญญาเลิกกัน กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาย่อมโอนจากฝ่ายคู่สัญญาที่ได้รับชำระหนี้คืน ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ เมื่อเลิกสัญญากัน คู่สัญญาจำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของกฎหมายมาตรา 391 แต่อย่างไรก็ตาม

<sup>126</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7618/2552 เมื่อสัญญาเลิกกัน คู่สัญญาต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิม การกำหนดค่าของงานที่จะต้องชดใช้แก่กัน จึงมิใช่เป็นค่าตอบแทนหรือค่าเสียหาย แต่เป็นหนทางหนึ่งที่จะสามารถทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ส่วนค่าของงานที่จะชดใช้แก่กันนั้น ก็ต้องพิจารณาจากมูลค่าของงานที่โจทก์ทำให้แก่จำเลยตามความเป็นจริง จะยึดเอาค่าจ้างที่จะต้องชำระตามงวดงานที่กำหนดไว้ในสัญญาที่เลิกกันแล้วมาเป็นหลักเกณฑ์อีกไม่ได้ เพราะค่าจ้างที่กำหนดให้ชำระตามสัญญานั้นอาจมีการกำหนดสิ่งที่มีค่าของงานลงไปด้วย

ที่โจทก์และจำเลยตกลงกันว่า จะใช้เงินจำนวนหนึ่ง เมื่อไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร ถือเป็นเบี้ยปรับ หากสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 383

ความรับผิดชอบในขั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียม ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจให้ฝ่ายใดเป็นผู้เสียก็ได้ โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการดำเนินคดี

<sup>127</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, หน้า 520.

เนื่องจากเป็นอสังหาริมทรัพย์จึงต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยเพื่อเปลี่ยนแปลงชื่อผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น ตามมาตรา 1299<sup>128</sup>

**การกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการส่งมอบทรัพย์สิน** เมื่อได้รับทรัพย์สินไว้อย่างไรก็ตามสัญญา เมื่อเลิกสัญญากันแล้ว ผลของมาตรา 391 ทำให้คู่สัญญาทุกฝ่ายต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งแปลว่า หากมีการรับทรัพย์สินไว้อย่างไร ก็ต้องส่งคืน ซึ่งรับไว้เท่าใด คืนเท่านั้น นอกจากนี้ การคืนทรัพย์สินก็ไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่เรียกคืนในการเรียกค่าใช้ทรัพย์สินนั้นด้วย<sup>129</sup> สำหรับเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินนั้น มีเรื่องที่น่าพิจารณาอยู่มากในเรื่องดอกผลที่เกิดขึ้น กรณีพันธวิสัยในการส่งมอบทรัพย์สินกลับคืน ทรัพย์สินที่จะส่งคืนบุบสลาย และ ลากมิควรได้

**การกลับคืนสู่ฐานะเดิมในกรณีที่เป็นหนี้กระทำการ** กล่าวคือ เป็นหนี้ในเรื่องของการงาน และเป็นเรื่องของการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น ซึ่งมาตรา 391 วรรคสาม บัญญัติให้ชดใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หากมีข้อสัญญากำหนดว่าให้ใช้ค่าทดแทนเท่าไรก็ให้ชดใช้กันตามนั้น เหตุที่ให้ชดใช้เป็นเงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ เพราะเป็นกรณีที่เลิกสัญญาแล้วไม่สามารถทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมได้โดยสภาพ การให้ชดใช้เงินจึงเหมาะสมมากที่สุดแล้วเพื่อชดเชยงานที่ได้ทำลงไป เป็นการทำให้ใกล้เคียงกับการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมากที่สุด

**การกลับคืนสู่ฐานะเดิมในกรณีหนึ่งดเว้นกระทำการ** ซึ่งในบางครั้งในสัญญาอาจกำหนดการชำระหนี้ด้วยการงดเว้นกระทำการ กล่าวคือ ไม่ต้องกระทำการอย่างใดๆตามที่ระบุไว้ในสัญญา เมื่อมีการเลิกสัญญาขึ้นจึงต้องให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งโดยสภาพไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ดังนั้นจึงต้องใช้คืนด้วยเงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญากำหนดไว้อย่างไรก็เป็นไปตามนั้น

จากที่ได้อธิบายไปแล้วถึงการกลับคืนสู่ฐานะเดิมในแต่ละแบบนี้ มีปัญหาน่าสงสัยประการหนึ่งว่า สัญญาทุกชนิดเมื่อมีการบอกเลิกสัญญาแล้ว ผลของการบอกเลิกสัญญานั้นจะต้องเป็นไปตามมาตรา 391 คือ ทำลายสัญญาและให้มีผลย้อนหลังไปถึงเวลาทำสัญญาเลยหรือไม่

ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตตร ได้อธิบายไว้ โดยแบ่งประเภทของสัญญาออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

<sup>128</sup> มาตรา 1299 ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมจะจัดทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้ามีผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม สิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมีได้จดทะเบียนไว้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังมีได้จดทะเบียนนั้น มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว

<sup>129</sup> มาตรา 391 วรรค 3



1. สัญญาที่ก่อกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว<sup>130</sup> คือ การชำระหนี้ตามสัญญานั้นกระทำเพียงครั้งเดียว มิได้กระทำหลายครั้ง เช่น สัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหนี้ที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้ผู้ซื้อเพียงครั้งเดียว ส่วนผู้ซื้อนั้นก็ยังมีหนี้ที่ต้องชำระราคาให้กับผู้ขายตามที่ได้ตกลงกันไว้ เมื่อต่างฝ่ายต่างชำระหนี้ของตน สัญญาจึงสิ้นสุดลง แม้จะเป็นสัญญาซื้อขายแบบผ่อนชำระก็เข้าข่ายสัญญาที่มีการปฏิบัติครั้งหนึ่งคราวเดียว สัญญาประเภทนี้สัญญาจะเลิกกันต่อเมื่อ 1. มีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาว่า หากมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งให้สัญญาเป็นอันเลิกกัน 2. คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ และ 3. การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย เพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมิใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ การเลิกสัญญานี้ใช้ศัพท์ภาษาอังกฤษว่า Rescind ซึ่งหมายถึงการทำลาย การเลิกสัญญาเช่นนี้จึงมีผลย้อนหลังไปจนถึงเวลาทำสัญญา ทำให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม จะอยู่ในมาตรา 386-394 นอกจากนี้ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ยังได้อ้างถึง ความเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสบางท่าน ที่เห็นว่าสำหรับสัญญาที่ก่อกำหนดในระยะเวลาหนึ่งระยะใด หรือเมื่อมีการชำระหนี้ในระยะเวลาหนึ่งระยะใดตกเป็นพ้นวิสัย เพราะความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และมีการบอกเลิกสัญญาแล้วก็หมายความว่า สัญญาได้สิ้นสุดลงในระยะนั้น คือ ไม่มีผลในอนาคตแต่ไม่ย้อนหลัง ไม่ทำลายสิ่งที่ปฏิบัติไปแล้ว และได้ใช้ศัพท์การเลิกนี้เป็น Re'siliation resolution<sup>131</sup> อันเป็นศัพท์มาตรา 386-394

2. สัญญาที่ก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง<sup>132</sup> กล่าวคือ การชำระหนี้ที่สัญญา ก่อขึ้นนั้นกระทำหลายครั้งตามระยะเวลาของสัญญา เช่น สัญญาเช่าทรัพย์ ซึ่งผู้ให้เช่ามีหนี้ต้องให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น<sup>133</sup> สัญญาประเภทนี้สัญญาจะสิ้นสุดเมื่อ 1. คู่สัญญาได้กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดไว้ 2. หากไม่ได้กำหนดระยะเวลา

<sup>130</sup> Carbonnier, Droit Civil, Les obligation, p.246 อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556). หน้า 285.

<sup>131</sup> Carbonnier, Droit Civil, Les obligation, page 310, Colin et Capitant, Cours e'le'mentaire de Droit Civil, T II, 1922 page 350 Planiol, Traite' Ele'mentaire de Droit Civil page 472 no.1328 อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556). หน้า 285.

<sup>132</sup> Carbonnier, Droit Civil, Les obligation, p.246 อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556). หน้า 286.

<sup>133</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556). หน้า 286-287.

สิ้นสุดไว้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสัญญาได้ โดยการบอกกล่าวล่วงหน้า เช่น ในสัญญาจ้างแรงงาน<sup>134</sup> สัญญาเช่าทรัพย์<sup>135</sup> เป็นต้น สำหรับสัญญาอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกันนี้ กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆไป หากได้ตกลงระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาไว้ ก็ต้องบังคับตามนั้น โดยไม่ต้องบอกเลิกสัญญากันอีก มีข้อสังเกตบางประการสำหรับเรื่องนี้ คือ คำว่าเลิกสัญญา ในมาตรา 566 และ 582 จะใช้ศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า “to terminate” คือ สิ้นสุดโดยไม่มีผลบังคับในอนาคตต่อไป ไม่มีการย้อนหลังอันผิดกับการเลิกสัญญาตามมาตรา 386-394<sup>136</sup>

สำหรับเรื่อง สัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเนื่องหรือเป็นระยะๆ ศาสตราจารย์ ศนันทกรณ โสทธิพันธ์ ได้อธิบายไว้ด้วยเช่นกันว่า

“สำหรับสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเนื่องหรือเป็นระยะๆโดยหลักแล้วเมื่อมีการบอกเลิกสัญญา โดยสภาพของสัญญาลักษณะนั้นๆเองสัญญาย่อมระงับไปในอนาคตหรือที่มักจะนิยมใช้คำว่า สัญญา “สิ้นสุด” เพื่อที่จะสื่อความหมายว่า ความระงับของสัญญาในกลุ่มนี้จะไม่ระงับย้อนหลังไปตั้งแต่แรกเหมือนในสัญญาธรรมดาหรือสัญญาที่มีการชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว แต่จะระงับไปในอนาคต โดยถือว่าสัญญาที่มีมาก่อนการบอกเลิกสัญญาก็ยังคงมีอยู่ต่อไป และการชำระหนี้ใดๆที่อยู่บนฐานของสัญญาดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการชำระหนี้ที่มีฐานกฎหมายรองรับ เป็นการชำระหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ หนี้ที่ชำระกันแล้วก็จะระงับสิ้นไปไม่มีอะไรต้องคืนกัน เพราะคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่จำเป็นต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ไม่ย้อนกลับไปใช้มาตรา 391 อีก อย่างไรก็ตามมักจะพบบ่อยๆว่า มีคำพิพากษาฎีกาให้อย้อนกลับไปใช้มาตรา 391<sup>137</sup> เพราะถือว่าในเอกเทศสัญญานั้น มิได้มีกฎหมายกำหนดรองรับผลการเลิกสัญญาไว้ ผลจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 391 เสมอ ด้วยความเคารพอย่างสูง ข้าพเจ้าไม่เห็นพ้องด้วยเพราะแม้ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับเรื่องผลของการเลิก

<sup>134</sup> มาตรา 582 ถ้าคู่สัญญาไม่ได้กำหนดลงไว้ในสัญญาว่าจะจ้างกันนานเท่าไร ท่านว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาด้วยการบอกกล่าวล่วงหน้าในเมื่อถึงหรือก่อนจะถึงกำหนดจ่ายสินจ้างคราวใดคราวหนึ่ง เพื่อให้เป็นผลเลิกสัญญากันเมื่อถึงกำหนดจ่ายสินจ้างคราวถัดไปข้างหน้าก็อาจทำได้ แต่ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้ากว่าสามเดือน

อนึ่ง ในเมื่อบอกกล่าวตั้งว่านี้ นายจ้างจะจ่ายสินจ้างแก่ลูกจ้างเสียให้ครบจำนวนที่จะต้องจ่ายจนถึงเวลาเลิกสัญญาตามกำหนดที่บอกกล่าวนั้นทีเดียว แล้วปล่อยลูกจ้างจากงานเสียในทันทีก็อาจทำได้

<sup>135</sup> มาตรา 566 ถ้ากำหนดเวลาเช่าไม่ปรากฏในความที่ตกลงกันหรือไม่พึงสันนิษฐานได้ไซ้ ท่านว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะบอกเลิกสัญญาเช่าในขณะที่เมื่อสุดระยะเวลาอันเป็นกำหนดชำระค่าเช่าก็ได้ทุกระยะ แต่ต้องบอกกล่าวแก่อีกฝ่ายหนึ่งให้รู้ตัวก่อนช่วงกำหนดเวลาชำระค่าเช่าระยะหนึ่งเป็นอย่างน้อยแต่ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้ากว่าสองเดือน

<sup>136</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและสัญญา, ข้อ 486 , หน้า 287 .

<sup>137</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 12803/2557

สัญญาชัดเจนเช่นมาตรา 391 แต่การที่ในบางครั้งตัวบทกฎหมายใช้คำว่า “สัญญาสิ้นสุด” ก็น่าจะชัดเจนเพียงพอแล้ว”<sup>138</sup>

ทั้งนี้ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินให้ “กลับคืนสู่ฐานะเดิม” สำหรับผลของการเลิกสัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1188/2549

จำเลยก่อสร้างอาคารไม่เสร็จตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และจนถึงเวลาที่โจทก์มีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลย จำเลยก็ยังก่อสร้างอาคารไม่แล้วเสร็จ พฤติการณ์เช่นนี้โจทก์หาจำต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้จำเลยชำระหนี้ก่อนบอกเลิกสัญญาไม่ เพราะถึงอย่างไรจำเลยก็ไม่อาจหรือไม่มีเจตนาที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาได้อยู่ดี โจทก์ชอบที่จะบอกเลิกสัญญาเสียได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อน การบอกเลิกสัญญาของโจทก์ชอบแล้ว เมื่อสัญญาเลิกกันคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม จำเลยจึงต้องคืนเงินที่ได้รับไว้และเสียดอกเบี้ยแก่โจทก์ด้วยนับแต่เวลาที่ได้รับไว้ตามป.พ.มาตรา391

นอกจาก คำพิพากษาฎีกาที่ 1188/2549 ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 12803/2557 ที่ศาลฎีกาตัดสินให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมสำหรับสัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง

เมื่อโจทก์ผู้ให้เช่าใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแก่ผู้เช่าโดยชอบตามข้อสัญญาเพราะผู้เช่าผิดสัญญา ค้างค่าเช่า สัญญายอมเป็นอันสิ้นสุดผูกพัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 วรรคหนึ่ง ป.พ.พ. โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อาคารพาณิชย์ยอมมีสิทธิหาประโยชน์โดยการนำออกให้เช่าได้ จำเลยซึ่งเป็นผู้เช่าช่วงอาคารพาณิชย์จากผู้เช่าและเช่าอยู่โดยอาศัยสิทธิตามสัญญาเช่าระหว่างผู้เช่ากับโจทก์ยอมไม่อาจยกเอาข้อสัญญาที่สิ้นสุดผูกพันระหว่างโจทก์กับผู้เช่าขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้โจทก์ปฏิบัติตามได้อีก หากจำเลยต้องเสียหายประการใดเป็นหน้าที่ของจำเลยต้องไปว่ากล่าวกับผู้ที่ทำให้ตนเสียหายอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นทำให้ตระหนักได้ว่า ศาลฎีกายังคงใช้หลักเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมกับสัญญาที่ก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆกันไป ตลอด

<sup>138</sup> ศันนัทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา(กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2561). หน้า 528.

ระยะเวลาหนึ่ง แม้ว่าสัญญาดังกล่าวนั้นจะมีลักษณะไม่เหมือนกับสัญญาทั่วไปที่มีการปฏิบัติชำระหนี้ ครั้งหนึ่งคราวเดียว ซึ่งผลของการเลิกสัญญาก่อนนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆกันไป ควรจะมีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคตมากกว่าจะให้ผลย้อนหลัง นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 3534/2546<sup>139</sup> และ คำพิพากษาฎีกาที่ 5735/2543<sup>140</sup> ซึ่งศาลใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาใช้กับสัญญาที่มีการก่อนนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง

จากคำอธิบายของทั้งศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร และ ศาสตราจารย์ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์ นั้น ทำให้พอสรุปได้ว่า มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาออกเป็น 2 ประเภท ซึ่งมีผลของการเลิกสัญญาที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ

**ก.สัญญาที่ก่อนนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติครั้งหนึ่งคราวเดียว** ผลของการเลิกสัญญาลักษณะนี้ คือ การกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ตามมาตรา 391 พบในสัญญาซื้อขาย เป็นต้น

**ข.สัญญาที่ก่อนนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง** ผลของการเลิกสัญญาลักษณะนี้ คือ การสิ้นสุดสัญญา ระงับความผูกพันกันไปในอนาคต ไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิม พบใน สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาเช่าซื้อ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น

<sup>139</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3534/2546 โจทก์ทำคำเสนอขอของห้องพักไปถึงจำเลยเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2534 จำเลยทำคำสนองตอบรับการจองห้องพักในวันเดียวกัน สัญญาจึงเกิดขึ้นในวันที่ 25 ตุลาคม 2534 ไม่ใช่วันที่โจทก์ชำระเงินค่าห้องพักให้จำเลย ส่วนวันที่ 6 ถึงวันที่ 12 มกราคม 2535 เป็นระยะเวลาเช่าพัก แต่ในวันที่สัญญาเกิดโจทก์ไม่ได้ชำระเงินแก่จำเลยเพียงจะโอนเงินงวดแรกให้จำเลยในวันที่ 12 พฤศจิกายน 2534 งวดที่สองเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2534 ส่วนอีกร้อยละ 30 จะชำระภายใน 30 วัน นับแต่วันสิ้นสุดการพัก ดังนั้น เงินที่โจทก์โอนให้แก่จำเลยภายหลังจากวันที่สัญญาจองห้องพักเกิดขึ้นแล้วจึงไม่ใช่มัดจำที่จำเลยจะพึงรับเอาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 378(2) เพราะไม่ใช่เงินหรือสิ่งใดที่โจทก์ให้จำเลยไว้ในวันเช่าทำสัญญา ทั้งไม่ใช่หลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา 377 หากแต่เป็นเงินที่โจทก์ชำระให้จำเลยเป็นงวด ๆ ตามข้อตกลงในสัญญา เมื่อโจทก์บอกเลิกการจองห้องพักซึ่งเป็นการบอกเลิกสัญญาโจทก์และจำเลยต้องกลับสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามมาตรา 391 วรรคแรก จำเลยต้องคืนเงินดังกล่าวให้โจทก์

โจทก์บอกเลิกการจองห้องพักอันเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา โจทก์และจำเลยต้องกลับสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม จำเลยต้องคืนเงินให้แก่โจทก์ตั้งแต่วันที่สัญญาเลิกกันเป็นต้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคแรก

<sup>140</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5735/2543 เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2541 จำเลยได้ส่งสำเนาประกาศเลิกจ้างโจทก์จากสำนักงานกลางกรุงเทพมหานคร ทางโทรสารไปปิดประกาศเพื่อแจ้งให้โจทก์ทราบที่โรงงานน้ำตาลลำปางที่โจทก์สังกัดอยู่ แม้จะมีการปิดประกาศในวันนั้น แต่จะมีผลเป็นการบอกกล่าวเลิกจ้างต่อเมื่อโจทก์ได้ทราบประกาศดังกล่าวแล้ว โจทก์ทราบการบอกกล่าวเลิกจ้างของจำเลยวันที่ 3 กรกฎาคม 2541 ต้องถือว่าจำเลยบอกกล่าวเลิกจ้างโจทก์ในวันที่ 3 กรกฎาคม 2541 และมีผลเป็นการเลิกจ้างกันเมื่อถึงกำหนดจ่ายสินจ้างคราวถัดไปข้างหน้าคือวันที่ 30 สิงหาคม 2541 เมื่อการบอกกล่าวเลิกจ้างของจำเลยที่ประสงค์ให้เป็นผลเลิกจ้างกันในวันที่ 1 สิงหาคม 2541 ไม่ชอบด้วย ป.พ.พ. มาตรา 582 โจทก์จึงมีสิทธิได้รับสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าในเดือนสิงหาคม 2541 จำนวน 30 วันตามฟ้อง และจำเลยต้องชำระดอกเบี้ยของสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีตาม ป.พ.พ. มาตรา 7 ประกอบด้วยมาตรา 224 นับแต่วันฟ้องซึ่งถือเป็นวันนัดด้วย

ยิ่งไปกว่านี้ ทำให้ได้ข้อสรุปว่า การเลิกสัญญานั้นหาจำต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมอไปไม่ สำหรับสัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่งนั้น การเลิกสัญญานั้นควรจะเป็นการสิ้นสุดสัญญา(Termination)โดยมีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต สัญญาที่มีมาก่อนการเลิกสัญญาก็ยังคงมีผลบังคับใช้กันต่อไป การชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วก็ย่อมสมบูรณ์ตามกฎหมาย ไม่มีหนี้อะไรต่อกันอีก คู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่จำเป็นต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ไม่ย้อนกลับไปใช้มาตรา 391 อีก

2. “การกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่เป็นที่เสื่อมเสียสิทธิของบุคคลภายนอก”<sup>141</sup> เมื่อมีการเลิกสัญญากันเกิดขึ้น บุคคลภายนอกได้รับการคุ้มครองมิให้เสียสิทธิในทรัพย์สินที่ตนได้มาจากคู่สัญญาภายใต้สัญญา สำหรับกรณีนี้ มาตรา 391 วรรคแรก ไม่ได้บัญญัติไว้ว่า บุคคลภายนอกนั้นจะต้องสุจริตและเสียค่าตอบแทนด้วยหรือไม่<sup>142</sup> ย่อมแปลความได้ว่า ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าบุคคลภายนอกนั้นจะได้รับทรัพย์สินโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนหรือไม่

### 3. “การใช้คืนเงิน”

สำหรับมาตรา 391 วรรคสองนั้น กฎหมายได้วางหลักไว้ กล่าวคือ ถ้ามีการคืนเงินต้องให้ดอกเบี้ยด้วย เหตุผลเบื้องหลังเนื่องจากเงินเป็นสิ่งที่คู่สัญญาอาจทำให้ออกดอกออกผลได้อยู่แล้ว สำหรับดอกเบี้ยนั้นจะคิดกันอย่างไร ศึกษาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6615/2553

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6615/2553** เมื่อสัญญายังไม่เลิกกันเพราะการบอกเลิกสัญญาของจำเลย คู่สัญญาจึงยังมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ โจทก์มีหน้าที่ต้องชำระราคาส่วนที่เหลือ และจำเลยมีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดทั้งสองห้องแก่โจทก์ แต่ได้ความตามคำให้การของจำเลย ว่าจำเลยได้โอนขายห้องชุดทั้งสองห้องแก่บุคคลภายนอกไปแล้วก่อนโจทก์บอกเลิกสัญญา ดังนี้ การชำระหนี้ของจำเลยในการที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดแก่โจทก์จึงกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอันเกิดจากการกระทำของจำเลยโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าจำเลยอาจซื้อห้องชุดคืนมาโอนให้โจทก์ได้หรือไม่ดังที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัย โจทก์จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 389 โดยหาจำต้องบอกกล่าวให้จำเลยชำระหนี้ตามมาตรา 387 ก่อน การบอกเลิกสัญญาของโจทก์จึงชอบแล้ว

<sup>141</sup> มาตรา 391 วรรคแรก

<sup>142</sup> มาตรา 1329 สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนและ โดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้ทรัพย์สิน นั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ และนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างภายหลัง

เมื่อสัญญาเลิกกันเพราะโจทก์ใช้สิทธิเลิกสัญญา คู่สัญญาจำต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม กล่าวคือ จำเลยจำต้องคืนราคาห้องชุดที่โจทก์ชำระแล้วแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่เวลาที่จำเลยได้รับไว้ ทั้งนี้ตามมาตรา 391 วรรคหนึ่งและวรรคสองประกอบมาตรา 7

โดยสรุป ดอกเบี้ยอันจะพึงใช้กันนั้นให้คิดตามอัตราที่กฎหมายกำหนด คือ ร้อยละ 7.5 ต่อปี ทั้งนี้หากกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ล่วงหน้าในอัตราที่สูงอาจกลายเป็นเรื่องเบี้ยปรับ ซึ่งหากสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจปรับลดลงได้เป็นจำนวนพอสมควร<sup>143</sup>

#### 4. เรื่อง การชดใช้คืน สำหรับ งานอันได้กระทำให้ และ การยอมให้ใช้ทรัพย์

สำหรับเรื่องนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคสาม ได้บัญญัติไว้ว่า

“ส่วนที่เป็นการงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์นั้นการที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการ นั้นๆหรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น”

สำหรับมาตรา 391 วรรคสามนี้ เป็นกรณีที่การงานที่ได้ทำไปแล้วโดยสภาพนั้นไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ จึงต้องชดใช้เป็นเงินแทน

**ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่สำคัญเรื่อง การชดใช้คืน สำหรับ งานอันได้กระทำให้ และ การยอมให้ใช้ทรัพย์**

**คำพิพากษาฎีกาที่ 745/2512:** โจทก์จำเลยต่างมีส่วนผิด บอกเลิกสัญญากันไปแล้ว การก่อสร้างที่โจทก์ลงทุนลงแรงไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391เมื่อเลิกสัญญากันให้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมส่วนการงานอันได้กระทำให้ ก็ให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการ นั้นๆการจะให้โจทก์หรือสมภารของโจทก์ไปยอมเสียหายแก่โจทก์มาก การก่อสร้างที่ทำไปแล้วใช้ว่าใช้ไม่ได้เสียหายที่เดียวจำเลยยังอาจแก้ไขทำต่อใช้ประโยชน์ได้ จึงให้จำเลยรับเอาสิ่งปลูกสร้าง และค่าการงานชดใช้แก่โจทก์

<sup>143</sup> มาตรา 383 ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป

นอกจากกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 379 และ 382 ท่านให้ใช้วิธีเดียวกันนี้บังคับ ในเมื่อบุคคลสัญญาว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนกระทำหรืองดเว้นกระทำการอันหนึ่งอันใดนั้นด้วย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ทำให้เห็นว่า สำหรับเรื่องการใช้ค่าแห่งการงานนั้น ศาลฎีกามองว่า งานที่ผู้รับจ้างทำนั้นผู้ว่าจ้างได้รับประโยชน์หรือไม่ หากได้รับประโยชน์แต่อาจจะต้องแก้ไขบางส่วน ศาลฎีกาก็ให้ผู้ว่าจ้างนั้นรับเอาการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปและให้ใช้ค่าแห่งการงานด้วย

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 911/2490** โจทก์จ้างจำเลยซ่อมแซมบ้าน และจ่ายค่าจ้างให้จำเลยไป 4 งวด เพื่อการงานที่จำเลยทำแต่ละส่วนซึ่งโจทก์ได้รับงานนั้นไว้แล้ว โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกค่าจ้างคืน เพราะต้องชดใช้เป็นค่าการงานให้แก่จำเลย การงานที่ได้กระทำให้แก่กันตามสัญญาซึ่งโดยสภาพไม่อาจคืนได้ ต้องใช้เงินแทนตามสมควรแก่ค่าของงานนั้น ถ้าในสัญญาได้กำหนดจำนวนเงินที่จะใช้ตอบแทนไว้ ก็ให้เป็นไปตามนั้น

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ทำให้เห็นว่า หากเป็นกรณีที่เป็นงานที่ได้กระทำให้แก่กันนั้น โดยสภาพไม่สามารถคืนแก่กันได้(ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้) ผลคือ ต้องใช้เงินแทนตามสมควรกับค่าแห่งการงานนั้น

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3521/2532** จำเลยจ้าง โจทก์ก่อสร้างตึกแถว 2 ชั้น จำนวน 4 คูหา โดยโจทก์จำเลยตกลงกันให้ชั้นลอยมีความยาวห้องละ 8 เมตร กำหนดค่าจ้างงานงวดที่ 2 คือหล่อเสาและเทพื้นชั้นลอยเป็นเงิน 120,000บาท แต่โจทก์เขียน แบบแปลน และก่อสร้างเทพื้นชั้นลอยมีความยาวเพียงห้องละ 5 เมตร ผิดไปจากข้อตกลง โจทก์จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาเมื่อได้เลิกสัญญากัน ส่วนการงานอันโจทก์ได้กระทำให้โจทก์มีสิทธิได้รับชดใช้คืน แต่งานงวดที่ 2 ดังกล่าว โจทก์จำเลยมีหลักการคิดค่าจ้างแตกต่างกัน คือ โจทก์คิดค่าจ้างหล่อเสาและเทพื้นชั้นลอยมีความยาวเพียงห้องละ 5 เมตร แต่จำเลยคิดค่าจ้างหล่อเสาและเทพื้นชั้นลอยมีความยาวห้องละ 8 เมตร ดังนั้นการคิดราคาชั้นลอยที่โจทก์ได้กระทำไปจึงไม่อาจกระทำได้ ต้องคิดค่าชั้นลอยที่โจทก์ก่อสร้างขาดไปนั้นเป็นเงินเท่าใดแล้วนำไปหักออกจากเงินค่าจ้างงานงวดที่ 2 จำนวน 120,000 บาท เหลือเท่าใดจึงจะเป็นค่าจ้างสำหรับงานที่ได้กระทำไปแล้วในงวดนั้น

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น ศาลฎีกาได้วางหลักในเรื่องการจ่ายเงินค่าแห่งการงานไว้ กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปให้แก่ผู้รับจ้างตามจริงเท่านั้น และจะต้องเป็นการงานที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ว่าจ้างด้วย

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2269/2521** โจทก์เป็นผู้รับเหมาก่อสร้างอาคารให้จำเลย โจทก์สร้างฐานรากอาคารบางกว่าแบบแปลนที่กำหนดไว้ แม้ได้กระทำไปตามที่ผู้ควบคุมงานของจำเลยเป็นผู้สั่ง แต่เมื่อผู้ควบคุมงานมีหน้าที่ควบคุมให้การก่อสร้างเป็นไปตามแบบแปลน ไม่มีอำนาจสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขแบบแปลน โดยมีได้รับความยินยอมจากจำเลยหรือคณะกรรมการดูแลการก่อสร้างของจำเลย

การที่โจทก์ก่อสร้างฐานรากอาคารบางกว่าแบบแปลนจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา และเมื่อโจทก์ไม่ยอมแก้ไข ฐานรากให้ถูกต้อง จำเลยจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญา ฐานรากที่โจทก์ก่อสร้างบางกว่าแบบแปลนจะแก้ไขให้ถูกต้องไม่ได้ นอกจากรื้อทิ้งแล้วก่อสร้างใหม่ ฐานรากที่โจทก์ก่อสร้างไว้จึงไม่เป็นประโยชน์แก่จำเลย โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกค่าขาดกำไร และค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างจากจำเลย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนั้น แสดงให้เห็นว่า ค่าแห่งการงานที่ผู้ว่าจ้างจะจ่ายให้กับผู้รับจ้างนั้นจะต้องเป็นการงานที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างด้วย หากไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้าง เช่น การก่อสร้างผิดแบบแปลน ผู้รับจ้างย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้างตรงส่วนนี้

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1308/2524** จำเลยทำสัญญาจ้างเหมาโจทก์ทำการก่อสร้างโดยมีข้อสัญญาว่า ถ้าทำไม่เสร็จภายในกำหนดหรือไม่ถูกต้องตามแบบจำเลยมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เมื่อโจทก์ทำถนนไม่ถูกต้องตามแบบในสัญญา ถึงแม้จะยังไม่ครบกำหนดในสัญญา แต่เป็นที่เห็นได้ว่างานที่ยังค้างอยู่นั้นไม่อาจจะทำให้เสร็จได้ตามกำหนดในสัญญาแล้ว จำเลยก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามข้อสัญญา โดยไม่ต้องบอกให้แก้ไขการงานที่ไม่ถูกต้องนั้นเสียก่อน หรือรอให้ครบกำหนดตามสัญญาส่วนค่าจ้างสำหรับการงานที่ทำได้แล้วนั้น เมื่อการงานที่ทำได้แล้วนั้นไม่ได้เกิดประโยชน์แก่จำเลย และจำเลยมิได้รับมอบการงานนั้นไว้ จำเลยก็ไม่ต้องจ่ายค่าจ้างส่วนนี้ให้

การที่จำเลยจ้างโจทก์ที่ 1 ทำการก่อสร้างโดยมีโจทก์ที่ 2 เป็นผู้ควบคุมดูแลแทนจำเลย และเป็นผู้รายงานผลงานในการที่จำเลยจะต้องจ่ายค่าจ้างตามสัญญา เมื่อโจทก์ที่ 2 รู้อยู่แล้วว่า การงานที่ทำนั้นไม่ถูกต้องตามสัญญาและมีข้อชำรุดบกพร่องมาก แต่ได้รายงานจำเลยว่างานถูกต้องตามสัญญาจนจำเลยได้จ่ายค่าจ้างให้โจทก์ที่ 1 ไปตามงวดในสัญญาเช่นนี้ โจทก์ที่ 2 ต้องรับผิดชอบร่วมกับโจทก์ที่ 1 ในความเสียหายที่จำเลยจะต้องใช้จ่ายในการแก้ไขข้อบกพร่องสำหรับการงานที่จำเลยมอบไปโดยหลงผิด

สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1308/2524 นี้เห็นได้ชัดว่า ศาลฎีกาจะพิพากษาให้จ่ายเงินค่าแห่งการงานให้แก่ผู้รับจ้างต่อเมื่อการงานนั้นเป็นประโยชน์ต่อผู้ว่าจ้าง เมื่อเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างทำงานก่อสร้างไม่ถูกต้องตามแบบที่ได้ตกลงไว้กับผู้ว่าจ้างซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ว่าจ้าง และเมื่อผู้ว่าจ้างไม่ได้รับมอบงานไว้ด้วย ศาลฎีกาจึงตัดสินว่า ผู้ว่าจ้างไม่ต้องจ่ายค่าจ้างตรงส่วนนี้ นอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่องผู้ควบคุมงานแทนผู้ว่าจ้างได้รายงานผลงานของผู้รับจ้างโดยไม่ตรงต่อความเป็นจริง ทำให้ผู้ว่าจ้างรับมอบงานไปและจ่ายเงินค่าจ้างให้กับผู้รับจ้าง ศาลฎีกาได้ตัดสินให้ผู้ควบคุมงานต้องร่วม



รับผิดชอบกับผู้รับจ้างสำหรับค่าใช้จ่ายในการแก้ไขข้อบกพร่องสำหรับงานที่ผู้ว่าจ้างได้รับมอบไปแล้วโดย  
หลงผิดด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 5891/2533 โจทก์ก่อสร้างสะพานไม่ตรงตามสัญญา จำเลยจึงมีสิทธิไม่  
รับมอบงานและบอกเลิกสัญญาได้ แต่เมื่อโจทก์ก่อสร้างสะพานเสร็จ ประชาชนได้ใช้ถนนและสะพาน  
มาตลอดเป็นเวลามากกว่า 2 ปี ยังไม่ปรากฏความเสียหายของสะพานแสดงว่าแม้โจทก์จะก่อสร้าง  
สะพานบกพร่องและไม่ตรงตามแบบ แต่งานบางส่วนได้มาตรฐานและส่วนที่ผิดแบบก็ยังใช้งานได้บ้าง  
การที่จำเลยปล่อยให้ประชาชนใช้สะพานได้เป็นการที่จำเลยเอาผลงานของโจทก์ที่สมบูรณ์ออกใช้  
ประโยชน์ โจทก์สมควรจะได้รับเงินค่าก่อสร้างบางส่วน การที่โจทก์ตอกเสาเข็มตอม่อ กลางน้ำผิด  
จากแบบเกิดจากช่างของโจทก์ตอกเสาเข็มโดยไม่ดูแบบว่าให้ตอกเสาเข็มแบบใด และช่างของจำเลย  
ควบคุมการตอกเสาเข็มโดยไม่ดูแบบเช่นกัน โดยคนทั้งสองเข้าใจว่าการตอกเสาเข็มตรงตามแบบใน  
สัญญาแล้ว แม้ความผิดพลาดจะเกิดจากความประมาทเลินเล่อของโจทก์ แต่ก็เกิดจากการปฏิบัติ  
หน้าที่บกพร่องของช่างควบคุมงานของจำเลยด้วย จำเลยจะต้องมีส่วนร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่  
เกิดขึ้น.

สำหรับคำพิพากษาฎีกาที่ 5891/2533 นี้ เป็นตัวอย่างของการที่ผู้รับจ้างนั้นก่อสร้างงานไม่  
ตรงตามสัญญา ผู้ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องรับมอบงานและสามารถบอกเลิกสัญญาได้ แต่คำพิพากษาฎีกานี้มี  
ข้อเท็จจริงเพิ่มเติมไปอีกว่า งานที่ก่อสร้างผิดแบบไม่ตรงตามสัญญานั้น กลับพบว่าประชาชนสามารถใช้  
ใช้ประโยชน์มาได้ถึง 2 ปี โดยไม่มีความเสียหาย ศาลฎีกาจึงเห็นว่า แม้ว่างานก่อสร้างจะบกพร่องไม่  
ตรงตามแบบ แต่งานบางส่วนนั้นเป็นประโยชน์ต่อผู้ว่าจ้าง งานนั้นสามารถใช้ได้ ไม่ได้เกิดความ  
เสียหาย ดังนั้นศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่า ผู้รับจ้างสมควรที่จะได้รับเงินค่าก่อสร้างบางส่วนด้วยมิใช่ไม่ได้  
รับเงินค่าก่อสร้างเลย นอกจากนี้ในส่วนในเรื่องค่าเสียหายนั้น เมื่อช่างของผู้ว่าจ้างก็มีส่วนผิดด้วย  
กล่าวคือ ได้ควบคุมการก่อสร้าง แต่ไม่ได้ดูแบบเช่นเดียวกับผู้รับจ้าง จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดย  
บกพร่อง ประมาทเลินเล่อ ผู้ว่าจ้างจึงมีส่วนร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย หาใช่ว่าผู้รับจ้าง  
ต้องผิดไปแต่ฝ่ายเดียวไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 6675/2541 สัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของตาม ป.พ.พ.  
มาตรา 587 ถือเอาผลสำเร็จของงานคือการดำเนินคดีหรือทำหน้าที่ทนายความตั้งแต่ตระเตรียมคดี  
และว่าต่างหรือแก้ต่างในศาลไปจนคดีถึงที่สุด และการจ่ายสินจ้างต้องถือเอาความสำเร็จของผลงาน  
หรือจ่ายสินจ้างตามที่ตกลงกันไว้ แม้ข้อตกลงว่าผู้ว่าจ้างจะชำระสินจ้างให้เต็มตามจำนวนในสัญญา  
จ้าง ไม่ว่าผู้ว่าจ้างจะเลิกสัญญาในชั้นใดหรือเวลาใดก็ไม่ใช่ข้อสัญญาที่ผูกมัดตัดทอนเสรีภาพของผู้  
ว่าจ้างเพราะมิได้ห้ามเด็ดขาด มิให้ผู้ว่าจ้างถอนทนาย เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าหากถอนทนายผู้ว่าจ้างก็ยัง

ต้องชำระค่าสินจ้างเต็มจำนวนในสัญญาเท่านั้น จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนข้อตกลงเช่นว่าจึงมีผลบังคับได้

เมื่อจำเลยได้ใช้สิทธิเลิกสัญญา ย่อมจะเกิดผลตามกฎหมายตามมา กล่าวคือ ในส่วนของการงานอันโจทก์ได้กระทำไปแล้วจำเลยผู้ว่าจ้างต้องใช้เงินตามราคาค่าแห่งการนั้น ๆ ตาม ป.พ.พ.มาตรา 391วรรคสาม รวมทั้งต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญาให้แก่โจทก์ผู้รับจ้างตามมาตรา 605 และไม่อาจถือได้ว่าจำนวนเงินค่าจ้างตามข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความเป็นจำนวนเงินค่าแห่งการงานที่โจทก์ได้ทำให้แก่จำเลย หรือเป็นจำนวนเงินที่มีกำหนดในสัญญาว่าให้ใช้เป็นเงินตอบแทนอันจะต้องใช้เงินตามจำนวนดังกล่าวให้แก่โจทก์ผู้รับจ้าง เพราะเท่ากับเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ล่วงหน้าอันมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับนั่นเอง ซึ่งหากจำนวนเงินค่าปรับนั้นสูงเกินส่วน ศาลย่อมมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ตามมาตรา 383

การใช้เงินตามราคาค่าแห่งการงานที่โจทก์ได้กระทำไปแล้วจึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการงานที่โจทก์ได้กระทำไปแล้วทั้งหมด และพฤติการณ์แวดล้อมอื่น ๆ ประกอบกับความเป็นธรรมและความเหมาะสม และศาลมีอำนาจกำหนดให้ได้ตามสมควร

จำนวนเงินที่ศาลกำหนดให้จำเลยชำระแก่โจทก์ตามค่าแห่งการงานที่โจทก์ได้กระทำไปแล้ว ซึ่งก่อนหน้านั้นยังไม่รู้จำนวนที่แน่นอน โจทก์จึงไม่มีสิทธิคิดดอกเบี้ยตามข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความ คงมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ตามกฎหมายนับแต่วันฟ้องเป็นต้นไป

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ทำให้เราทราบได้ว่า ศาลเองก็มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดว่าจะต้องใช้เงินตามราคาแห่งการงานเท่าไร โดยพิจารณาจากงานที่ผู้รับจ้างได้กระทำไปแล้วทั้งหมด และพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ประกอบกับความเป็นธรรมและความเหมาะสม และศาลมีอำนาจกำหนดได้ตามสมควร

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นทำให้เห็นได้ว่าศาลฎีกายึดหลักเรื่อง ค่าแห่งการงานต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้าง หากไม่เป็นประโยชน์และผู้ว่าจ้างมิได้รับมอบงานนั้นไว้ ผู้ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าจ้างในส่วนนี้

#### จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลไทยในเรื่องการใช้ค่าแห่งงานนั้นพบว่า

1.ศาลจะพิจารณาจ่ายค่าแห่งการงานให้แก่ผู้รับจ้างสำหรับงานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างเท่านั้น

2.การจ่ายค่าแห่งการงานให้ผู้รับจ้างนั้นจะจ่ายจ่ายตามผลงานจริงที่ทำได้ มิได้พิจารณาจ่ายตามค่าจ้างรายงวดที่ได้ตกลงกันไว้ เพราะศาลฎีกามองว่า ค่าจ้างรายงวดได้บวกล้างที่มีใช้ค่าแห่งการ

งานลงไปด้วย เช่น กำไร เป็นต้น นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ความเป็นธรรม และ ความเหมาะสมด้วย

**5. “สิทธิในการเรียกค่าเสียหาย”<sup>144</sup>** หมายความว่า เมื่อมีการเลิกสัญญาแล้วยังคงมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ คู่สัญญายังคงเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้หนี้ได้ ทั้งนี้ในการเรียกค่าเสียหายนั้นจะเป็นไปตามมาตรา 222 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 222 การเรียกเอาค่าเสียหายนั้นได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้หนี้

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหาย อันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือ ควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

ทั้งนี้ในกรณีที่ความเสียหายไม่อาจคำนวณค่าเป็นเงินได้ กล่าวคือ ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายจะเป็นเท่าไร ศาลจะเป็นผู้กำหนดเองตามสมควร

“ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยคิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้”

#### ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 982/2513(ประชุมใหญ่)** สัญญาเช่าเพื่อการปลูกสร้างอาคารที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ชัดเจนพอแล้วว่า ให้ผู้เช่าคือโจทก์จัดการให้ผู้เช่าเดิมออกไปจากสถานที่เช่าให้แล้วเสร็จภายในกำหนด 3 ปี ทั้งนี้ รวมทั้งการเจรจาหรือโดยการฟ้องร้องต่อศาลทั้งสองประการ และหากผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใด ผู้ให้เช่าทรงสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันที สัญญานี้เป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อโจทก์ตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาแล้วจำเลยซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาแล้ว ต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 มาปรับแก้คดี โจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายใด ๆ จากจำเลย โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับเงินคืนจากจำเลยเฉพาะการงานที่โจทก์ได้กระทำลงไป อันจำเลยได้รับประโยชน์จากการงานนั้นเท่านั้น ค่าใช้จ่ายในการเจรจาและค่าใช้จ่ายในการฟ้องขับไล่ผู้เช่าเดิมออกไปจากสถานที่เช่า เมื่อในสัญญาได้ตกลงไว้ว่าผู้เช่ารับจะเป็นผู้เจรจาให้ผู้เช่าเดิมออกไปจากสถานที่เช่า หากขัดขึ้นก็เป็นหน้าที่ของผู้เช่าที่จะดำเนินการฟ้องขับไล่เอาเองโดยออกค่าใช้จ่ายด้วยทุนทรัพย์ของผู้เช่าเอง ดังนี้ ค่าใช้จ่ายทั้งสองประการนี้จึงไม่ใช่สิ่งที่จำเลยผู้ให้เช่าได้รับประโยชน์จากการงานที่โจทก์ผู้เช่าได้กระทำแต่เป็นค่าเสียหายที่โจทก์ผู้เช่าได้เสียไป

<sup>144</sup> มาตรา 391 วรรคสี่

โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกคืนจากจำเลย ค่าใช้จ่ายในการทำงาน (การสร้างเขื่อน) ที่ในสัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้ว่าจะต้องกระทำ แต่ได้ความว่าถ้าไม่กระทำการ งานนั้นโจทก์ผู้เช่าจะไม่อาจกระทำการก่อสร้างอาคารใหม่ตามสัญญาขึ้นได้โจทก์จึงได้กระทำ (สร้างเขื่อน) ลงและจำเลยผู้ให้เช่าได้ยินยอมเห็นชอบด้วยแล้ว ถือได้ว่าเป็นการงานที่โจทก์ได้ทำขึ้น และจำเลยได้รับประโยชน์จากการงานของโจทก์ จำเลยจึงต้องชดใช้เงินค่าก่อสร้างให้โจทก์ ในกรณีผิดสัญญา สิทธิของคู่สัญญาที่จะบังคับเอาแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา ย่อมมีอยู่สองประการ คือบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามภาระหนี้ตามมูลหนี้ประการหนึ่งกับการบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายอีกประการหนึ่ง เมื่อจำเลยใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายแล้วก็ย่อมจะบังคับให้โจทก์ชำระหนี้ตามสัญญาไม่ได้ เงินค่าตอบแทนในการเข้าทำสัญญาเป็นเงินที่คู่สัญญาทำกันไว้ว่า เพื่อเป็นการตอบแทนในการที่จำเลยตกลงให้สิทธิต่าง ๆ แก่โจทก์คู่สัญญา โดยกำหนดชำระเงินกันเป็นงวด เมื่อโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา ทำให้จำเลยขาดประโยชน์ที่จะได้รับเงินค่าตอบแทนนี้จึงเป็นค่าเสียหายที่จำเลยจะเรียกร้องจากโจทก์ได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ทำให้เห็นว่า ค่าขาดประโยชน์ที่จะได้รับเงินค่าตอบแทนอันเป็นผลจากการเลิกสัญญานั้น เป็นค่าเสียหายที่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องได้เมื่อเลิกสัญญา

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1852/2558** โจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อสร้าง เนื่องจากไม่ตั้งเสาหลังบ้านให้แล้วเสร็จ โจทก์ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากจำเลย แต่การที่โจทก์มีหนังสือ ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการทวงถามให้ชำระค่าจ้างและบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลย และจำเลยก็มีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังโจทก์ และไม่ยอมให้โจทก์ทำงานต่อไป ตามพฤติการณ์ถือว่าสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยเลิกกันโดยปริยาย โจทก์จำเลยต่างไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการที่สัญญาเลิกกัน แต่เมื่อสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นสัญญาจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 และเป็นสัญญาต่างตอบแทน โจทก์จำเลยต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 วรรคหนึ่ง โจทก์ทำงานให้จำเลยแล้วเสร็จไปบางส่วนไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมได้ จึงต้องบังคับตามมาตรา 391 วรรคสาม จำเลยต้องจ่ายค่าแห่งการงานของโจทก์นั้น

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ ทำให้ได้หลักกฎหมายที่น่าสนใจสำหรับเรื่องผลของการเลิกสัญญา คือ เมื่อสัญญาเลิกกันแล้ว คู่สัญญาจำต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 วรรคหนึ่ง แต่ในส่วนของสัญญาจ้างทำของนั้น การงานที่ผู้รับจ้างได้ทำให้แก่ผู้ว่าจ้างไปแล้วการให้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ต้องบังคับตามมาตรา 391 วรรคสาม คือ ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายค่าแห่งการงานนั้นให้แก่ผู้รับจ้าง นอกจากนี้ยังได้หลักกฎหมายที่สำคัญในเรื่องสัญญาด้วย คือ การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจที่จะบอกเลิกสัญญาต่อกัน สัญญานั้นก็ถือว่าเป็นอันเลิกกัน และคู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายเมื่อสมัครใจเลิกสัญญาต่อกันแล้ว แล้วยอมไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอัน

เกิดจากการที่สัญญาเลิกกัน มีประเด็นที่น่าคิดต่อไปว่า การที่ศาลฎีกาตัดสินเช่นนั้นนั้น จะเป็นการตัดสินโดยขัดกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคท้ายหรือไม่ ซึ่งกฎหมายให้สิทธิคู่สัญญาในการเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาได้ซึ่งประเด็นนี้จะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

เมื่อเราได้ศึกษาทำความเข้าใจถึง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามกฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทยมาแล้วในข้อ 3.1.1 ดังนั้น ในลำดับต่อไป เราควรจะมาศึกษาในบริบทของกฎหมายต่างประเทศด้วยเพื่อเปรียบเทียบความแตกต่างกับกฎหมายไทยว่ามีความเหมือนหรือมีความต่างอย่างไรบ้าง เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบในบทต่อไป

สำหรับประเทศที่เราจะศึกษานั้น ทางผู้เขียนเห็นว่า ควรศึกษาทั้งในประเทศที่เป็นกฎหมายระบบคอมมอนลอว์(Common Law) จึงศึกษากฎหมายอังกฤษ และควรศึกษากฎหมายของประเทศในระบบซีวิลลอว์(Civil Law) อย่างประเทศเยอรมัน และ ฝรั่งเศส เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายของประเทศดังกล่าวมีประเด็นน่าสนใจในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตลอดจนผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างด้วย

### 3.1.2 กฎหมายอังกฤษ

จากที่ได้อธิบายมาตอนต้นแล้วถึงการใช้คำ 3 คำ กล่าวคือ คำว่า Rescind, Terminate และ Renouce ในร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยฉบับภาษาอังกฤษ โดยแปลเป็นภาษาไทยเป็นคำเดียวกัน คือ คำว่า “เลิกสัญญา” นั้น ในกฎหมายอังกฤษก็มีการใช้คำหลากหลายคำ เช่น คำว่า “terminate” “rescission” “repudiation”<sup>145</sup> “extinguish”<sup>146</sup> “discharge of contract”<sup>147</sup> เป็นต้น ซึ่งบางคำมีความหมายธรรมดา แต่บางคำมีความหมายเฉพาะ สำหรับคำว่า “Rescission” นั้น ใช้กับการเลิกสัญญาในกรณีของการผิดสัญญา(Breach of Contract)<sup>148</sup> โดยจะเป็นการยกเลิกผลของสัญญาที่จะมีผลไปในอนาคต แต่ไม่ยกเลิกผลที่ได้เกิดขึ้นมาแล้วตามสัญญา โดย

<sup>145</sup> หมายถึง การผิดสัญญาที่เกิดขึ้นในอนาคต (Anticipatory Repudiation is an act or declaration before performance is due under a contract that indicates that the party will not perform his or her obligation on the future date specified in the contract)

<sup>146</sup> มักจะใช้กับคำว่า extinguish a debt, extinguish a legacy, extinguish a right เป็นการระงับของสิทธิหรือดอกเบีย

<sup>147</sup> หมายถึง การสิ้นสุด(termination)ของหนี้ตามสัญญา ซึ่งอาจเกิดได้จากหลายสาเหตุ เช่น การผิดสัญญา, การชำระหนี้ตามสัญญาเสร็จสิ้น, คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลง, Frustration of Contract

<sup>148</sup> Breach of Contract means violation of a contractual obligation by failing to perform one's own promise, by repudiating it, or by interfering with another party's performance

การใช้คำเช่นนี้จะสร้างความสับสน เนื่องจากการใช้คำเดียวกับเรื่องโมฆียกรรม<sup>149</sup> Mckendrick จึงแนะนำให้ใช้คำว่า “right to terminate performance of contract” ซึ่งจะมีความหมายเป็นการสิ้นสุดการชำระหนี้ตามสัญญา แต่ความเห็นของ Mckendrick นั้นไม่ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายและศาล<sup>150</sup>

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า กฎหมายสัญญาของอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่าง “สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว” กับ “สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง” ยังมีข้อถกเถียงกันบางประการ แต่เดิมการเลิกสัญญา คือ การทำลายสัญญาซึ่งใช้คำว่า “Rescind” ซึ่งผลของการเลิกสัญญา คือ คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม และไม่อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ แต่ขณะนี้มีความเห็นที่เข้ามาแทนที่ในเรื่องการผลของการเลิกสัญญาที่จะมีผลไปในอนาคต คู่สัญญาหลุดพ้นจากการชำระหนี้หลังจากเลิกสัญญาแล้ว แต่หากมีหนี้ก่อนที่จะเลิกสัญญา คู่สัญญายังคงมีหนี้ที่ต้องชดใช้กันอยู่

เนื่องจากประเทศอังกฤษนั้นเป็นประเทศในกลุ่ม Common Law ซึ่งไม่มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร มีแต่เพียงแนวการพิจารณาของศาล ซึ่งในเรื่องนี้นั้น นักกฎหมายอังกฤษได้อ้างถึง คดี Johnson v Agnew(1979) และคดี Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd.(1980) เพื่อสนับสนุนแนวความคิดให้การเลิกสัญญามีผลไปในอนาคต

**คดี Johnson v Agnew(1979)**<sup>151</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ นาย Johnson นั้นบ้านและที่ดินติดจนวนง จึงได้ตกลงทำสัญญากับผู้ซื้อ คือ นาย Agnew ต่อมาเมื่อถึงกำหนดชำระเงิน นาย Agnew ผู้ซื้อไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ทำให้นาย Johnson ได้รับความเสียหาย นาย Johnson ผู้ขายจึงร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ในระหว่างนั้น ผู้รับจำนองบ้าน และผู้รับจำนองที่ดินได้ขอให้ศาลสั่งบังคับจำนองด้วย นาย Johnson ผู้ขายจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะโอนบ้านและที่ดินที่ได้ตกลงไว้กับนาย Agnew ผู้ซื้อ ให้ผู้ซื้อได้ตามสัญญาที่ตกลงกันไว้ สำหรับคดีนี้ The House of Lords ได้ตัดสินว่า จริงๆแล้วผู้ขายนั้นมีสิทธิเลือกที่จะให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง และ มีสิทธิ

<sup>149</sup> Rescission for misrepresentation

<sup>150</sup> Ewan Mckendrick, Contract Law, 11<sup>th</sup> Edition,( London : Palgrave, 2017), p. 294-295

<sup>151</sup> Johnson v Agnew [1979] AC 367, “Purchaser failed to comply with order for specific performance; alternative remedies”[Online] Accessed: 1 May 2019. Available from: <https://www.lawteacher.net/cases/johnson-v-agnew.php>

เลือกที่จะให้สัญญาสิ้นสุดลง(fully terminate) โดยที่ไม่เป็นการทำลายสัญญาและกลับคืนสู่ฐานะเดิม (rescind ab initio) แต่ผู้ขายก็ได้ตัดสินใจเช่นนั้น กลับเลือกให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ การยอมรับการปฏิเสธที่จะชำระหนี้ของผู้ซื้อ(Repudiation) จึงไม่ทำให้สัญญาสิ้นสุดลง<sup>152</sup>

**คดี Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd.(1980)** ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ จำเลย คือ บริษัทรักษาความปลอดภัย ได้รับการว่าจ้างให้ดูแลสิ่งปลูกสร้าง และที่ดินของโจทก์ปรากฏว่า ลูกจ้างของจำเลยประมาทเดินเล่อทำให้ไฟไหม้ขึ้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโจทก์สำหรับคดีนี้ The House of Lords ได้ตัดสินว่า ในคดีนี้นั้นได้มีการผิดสัญญากันอย่างร้ายแรงเพียงพอที่โจทก์จะขอเลิกสัญญาโดยให้สิ้นสุดการชำระหนี้ที่จะต้องชำระแก่จำเลยต่อไป<sup>153</sup> ส่วนข้อตกลงที่เป็นการจำกัดความรับผิดของจำเลยนั้นยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปสำหรับเรื่องการชำระค่าเสียหายของจำเลย<sup>154</sup>

จากแนวคำพิพากษาฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การเลิกสัญญาในกรณีผิดสัญญานั้น ตามกฎหมายอังกฤษ ผลของการเลิกสัญญามีได้เป็นการทำลายสัญญาแต่ประการใด หากแต่เป็นการเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต กล่าวคือ เป็นผลให้สัญญาสิ้นสุดลง สิ้นสุดการชำระหนี้กันตามสัญญานั้นแต่วันเลิกสัญญา สำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญานั้น แม้จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญา นับแต่เลิกสัญญาแล้ว แต่ก็ยังคงต้องรับผิดในความเสียหายอย่างใดๆที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเนื่องมาจากผลแห่งการที่ตนไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตั้งแต่ก่อนเลิกสัญญา ทั้งนี้สำหรับค่าเสียหายนั้นให้รวมถึงค่าเสียหายจากการที่ไม่ได้รับชำระหนี้ที่จะมีต่อไปหากไม่ได้เลิกสัญญาด้วย

<sup>152</sup> Lord Wilberforce ได้อ้างถึง Lord Porter ในคดี Heyman v Darwins Ltd. ว่า การที่สัญญาถูกเลิก(Rescind) หรือมาถึงจุดสิ้นสุด( come to the end) หรือยุติการมีอยู่(has ceased to exist) นั้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายหลุดพ้นจากการชำระหนี้ที่จะมีต่อไปในอนาคต และ อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ด้วย แต่สัญญานั้นไม่ได้ถูกทำลายลงไป ยังคงอยู่ โดยใช้คำว่า Rescind (การเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต) ไม่ได้ใช้คำว่า “Retrospective” ซึ่งจะมีความหมายเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม

<sup>153</sup> Primary Obligation

<sup>154</sup> Secondary Obligation

### 3.1.3 กฎหมายเยอรมัน

สำหรับเรื่องการเลิกสัญญา นั้น ในภาษาเยอรมันจะใช้คำ Rücktritt ซึ่งคำนี้มีความหมายเป็นว่า ผลของการเลิกสัญญาที่เป็นการทำลายสัญญาไปในอดีต และใช้คำว่า Kündigung ที่ใช้กับผลของการเลิกสัญญาที่เป็นการสิ้นสุดนิติสัมพันธ์ไปในอนาคต<sup>155</sup>

ผลของการเลิกสัญญาตามกฎหมายเยอรมันใช้ “หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม” (346 BGB)<sup>156</sup>

“มาตรา 346 ผลของการเลิกสัญญา

(1) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสงวนสิทธิที่จะเลิกสัญญาไว้ หรือ มีสิทธิในการเลิกสัญญาตามกฎหมาย ในกรณีที่มีการเลิกสัญญา จะต้องทำการคืนการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้รับไว้และคืนค่าตอบแทนที่ได้รับไว้

(2) ลูกหนี้จะต้องทำการใช้ค่าแห่งการงานแทนการคืนการปฏิบัติการชำระหนี้หรือคืนค่าตอบแทน ในกรณีดังต่อไปนี้

<sup>155</sup> Brice Dickson, The Law of Restitution in the federal Republic of Germany: A Comparison with English Law, 36 International and Comparative Law Quarterly 751,766(1987)

<sup>156</sup> Section 346 Effects of revocation

(1) If one party to a contract has contractually reserved the right to revoke or if he has a statutory right of revocation, then, in the case of revocation, performance received and emoluments taken are to be returned.

(2) In lieu of restitution or return, the obligor must provide compensation for value, to the extent that

1. restitution or return is excluded by the nature of what has been obtained,
2. he has used up, disposed of, encumbered, processed or redesigned the object received,
3. the object received has deteriorated or has been destroyed; but deterioration that is caused by the object being used in accordance with its intended use is not taken into account.

If consideration is specified in the contract, then this is to be used as a basis when the compensation for value is calculated; if compensation for value for the benefit of use of a loan is to be paid, it can be shown that the value of the benefit of use was lower.

(3) The duty to compensate for value does not apply

1. if the defect justifying revocation only became apparent during processing or transformation of the object,

2. to the extent that the obligee is responsible for the deterioration or destruction or that the damage would also have occurred if the object had remained with the obligee,

3. if in case of statutory revocation the deterioration or destruction occurred with the person entitled, although the latter showed the care that he customarily exercises in his own affairs.

Any remaining enrichment must be returned.

(4) The obligee may demand damages, in accordance with sections 280 to 283, for breach of a duty under subsection (1) above.



1. การคืนการปฏิบัติการชำระหนี้หรือคืนค่าตอบแทน เป็นไปไม่ได้ เนื่องจากธรรมชาติของสิ่งที่รับไว้

2. ลูกหนี้ได้ใช้สิ่งที่ได้รับไว้จนหมดสิ้น, เอาออกไป ขายไป ให้ไป, ก่อภาระติดพัน, ดำเนินการ หรือ การเปลี่ยนแปลงรูปร่างของสิ่งที่ได้รับไว้

3. สิ่งที่ได้รับไว้เสื่อมสภาพหรือถูกทำลาย เว้นแต่หากการเสื่อมสภาพนั้นมีสาเหตุมาจากการที่ใช้สิ่งนั้นตามความมุ่งหมายของการใช้สิ่งนั้น

ในกรณีที่สัญญาาระบุดึงการชำระหนี้ต่างตอบแทน จะต้องนำการชำระหนี้ต่างตอบแทนมาเป็นฐานในการคำนวณค่าแห่งการงานด้วย สำหรับกรณีที่ต้องมีการใช้ค่าแห่งการงานสำหรับประโยชน์ที่ได้จากการใช้งานตามยืมใช้ล้นเปลือง สามารถนำสืบว่า คุณค่าของประโยชน์ที่ได้จากการใช้งานดังกล่าวต่ำกว่า

(3) หน้าที่ในการใช้ค่าแห่งการงาน ไม่เกิดขึ้นในกรณีต่อไปนี้

1. ความชำรุดบกพร่องที่เป็นเหตุให้มีการเลิกสัญญาปรากฏในระหว่างมีการนำวัตถุไปดำเนินการหรือเปลี่ยนแปลงรูปร่าง

2. เจ้าหนี้มีส่วนผิดในการเสื่อมสภาพหรือการถูกทำลายของวัตถุ หรือความเสียหายย่อมเกิดอยู่ดีหากวัตถุดังกล่าวอยู่กับเจ้าหนี้

3. ในกรณีที่เป็นการเลิกสัญญาโดยกฎหมาย หากปรากฏว่าการเสื่อมสภาพหรือการถูกทำลายของวัตถุนั้นเกิดขึ้นในระหว่างวัตถุอยู่กับผู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา แม้ว่าเขาจะใช้ความระมัดระวังเท่าที่เขาใช้กิจการของเขาแล้วก็ตาม

ลามิควรได้อย่างใดๆที่ยังคงอยู่ต้องคืนทั้งหมด

(4) เจ้าหนี้อาจจะเรียกกรังค่าเสียหาย ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 280-283 สำหรับการผิดสัญญาภายใต้อนุมาตรา(1) ข้างต้น”

จากมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันข้างต้นนั้น จะพบว่ามีส่วนที่คล้ายคลึงกับกฎหมายไทยในเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิม และการชดใช้คืนซึ่งค่าแห่งการงานนั้นจะใช้คืนสำหรับค่าแห่งการงานที่เป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายแพ่งเยอรมันจะมีรายละเอียดในแต่ละเรื่องเยอะกว่ามาก

หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งกฎหมายแพ่งเยอรมันใช้คำว่า “Rücktritt” นั้น มีข้อยกเว้นบางประการ กล่าวคือ หากเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปในนั้นตลอดระยะเวลาหนึ่ง ดังเช่น สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น ซึ่งสำหรับสัญญาประเภทนี้ กฎหมายแพ่งเยอรมันจะใช้คำว่า “Kündigung” ซึ่งมีความหมายเป็นการสิ้นสุดสัญญาโดยให้มีผลไปในอนาคตเท่านั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีบทบัญญัติชัดเจนในเรื่องการสิ้นสุดสัญญาที่มีผลไปในอนาคต กล่าวคือ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 314<sup>157</sup>

*“มาตรา 314 การทำให้สัญญาสิ้นสุดในกรณีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายยังมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยเหตุผลอันมิอาจปฏิเสธได้*

*(1) คู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเนื่องอาจทำให้สัญญาสิ้นสุดได้เนื่องจากเกิดเหตุสำคัญ โดยมีพักต้องแจ้งเตือนก่อน เหตุสำคัญจะเกิดขึ้นเมื่อหากพิจารณาพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดีและผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายแล้ว ไม่มีเหตุผลใดที่จะคาดหวังให้คู่สัญญาฝ่ายที่*

---

<sup>157</sup> Section 314

Termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation

(1) Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period.

(2) If the compelling reason consists in the breach of a duty under the contract, the contract may be terminated only after the expiry without result of a period specified for relief or after a warning notice without result. Section 323 (2) number 1 und 2 applies, with the necessary modifications, as regards the dispensability of specifying a period for such relief and as regards the dispensability of a warning notice. Specifying a period for relief and issuing a warning notice can also be dispensed with if special circumstances are given which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate termination.

(3) The person entitled may give notice only within a reasonable period after obtaining knowledge of the reason for termination.

(4) The right to demand damages is not excluded by the termination.

ต้องการทำให้สัญญาสิ้นสุดต้องผูกพันตามสัญญาไปจนถึงระยะเวลาสิ้นสุดตามที่ได้ตกลงกันหรือไปจนถึงกำหนดการแจ้งเตือนต่อไป

(2) หากเหตุสำคัญเกิดจากการผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่งในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะทำให้สัญญาสิ้นสุดได้ก็ต่อเมื่อพ้นระยะเวลาให้แก่การไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่ไม่มีการแก้ไขใด ๆ หรือพ้นระยะเวลาในหนังสือบอกกล่าวตักเตือนแล้ว แต่ไม่มีการปฏิบัติตามที่ตักเตือน ทั้งนี้ ให้นำมาตรา 323 (2) no. 1 และ no.2 มาใช้ในการพิจารณาความไม่จำเป็นของข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการแก้ไขการไม่ปฏิบัติตามสัญญาและความไม่จำเป็นของหนังสือบอกกล่าวตักเตือนโดยอนุโลม อนึ่ง ข้อกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาในการแก้ไขการไม่ปฏิบัติตามสัญญาและการส่งหนังสือบอกกล่าวตักเตือนเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น หากเมื่อพิจารณาพฤติการณ์ต่าง ๆ และชั่งน้ำหนักผลประโยชน์คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว การทำให้สัญญาสิ้นสุดโดยทันทีเป็นสิ่งที่มิมีเหตุผล

(3) คู่สัญญาที่มีสิทธิทำให้สัญญาสิ้นสุด จะต้องแจ้งการทำให้สัญญาสิ้นสุดภายในระยะเวลาอันสมควรหลังจากได้รู้ถึงเหตุในการทำให้สัญญาสิ้นสุด

(4) การทำให้สัญญาสิ้นสุดนั้นไม่ตัดสิทธิในการเรียกค่าเสียหาย”

จากมาตรา 314 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นแสดงให้เห็นว่า กฎหมายแพ่งเยอรมันมีการบัญญัติเรื่อง การสิ้นสุดสัญญาที่มีผลไปในอนาคต ด้วย โดยได้บัญญัติในรายละเอียดต่างๆเอาไว้ด้วย ทั้งนี้จะต้องเข้ากรณีที่มีเหตุสำคัญ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดีและผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายแล้ว ไม่มีเหตุผลใดที่จะคาดหวังให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการทำให้สัญญาสิ้นสุดต้องผูกพันตามสัญญาไปจนถึงระยะเวลาสิ้นสุดตามที่ได้ตกลงกันหรือไปจนถึงกำหนดการแจ้งเตือนต่อไป หากเหตุสำคัญมาจากการผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่จะทำให้สัญญาสิ้นสุดได้ก็ต่อเมื่อพ้นระยะเวลาให้แก่การไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว แต่ไม่มีการแก้ไขใด ๆ หรือพ้นระยะเวลาในหนังสือบอกกล่าวตักเตือนแล้ว แต่ไม่มีการปฏิบัติตามที่ตักเตือน ยิ่งไปกว่านั้น คู่สัญญาฝ่ายที่จะทำให้สัญญาสิ้นสุดนั้น จะต้องแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบก่อนการทำให้สัญญาสิ้นสุดภายในระยะเวลาอันสมควรหลังจากได้รู้ถึงเหตุในการทำให้สัญญาสิ้นสุด และสุดท้าย การทำให้สัญญาสิ้นสุดนั้นไม่ตัดสิทธิในการเรียกค่าเสียหาย

### 3.1.4 กฎหมายฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกที่น่าเอาความคิดเรื่องสิทธิการบอกเลิกสัญญามารับรองไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ.1804 โดยเน้นการใช้หลักกฎหมายโรมันร่วมกับกฎหมายธรรมชาติซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในขณะนั้นมาใช้ กรณีเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและฟ้องให้สัญญาชำระบังคับได้ โดยสิทธิในการฟ้องเลิกสัญญาตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นไม่ได้ผูกพันกับหลักความดีเป็นการเฉพาะ ผลของการบอกเลิกสัญญาตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นมิได้ผูกพันกับหลักความดีแต่ความผิดเป็นของผู้ใดนั้นเป็นเพียงเงื่อนไขในการใช้สิทธิฟ้องร้องคู่กรณีเท่านั้น<sup>158</sup> สำหรับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีความน่าสนใจ กล่าวคือ ผู้ฟ้องมีสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิเลิกความผูกพันด้วยการเลิกสัญญา หรือ เรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้และเรียกค่าเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งได้ โดยกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นให้สิทธิศาลที่จะมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าสัญญานั้นๆควรจะต้องเลิกสัญญากันหรือไม่ หรือควรจะผูกพันกันต่อไป แต่ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น สัญญาจะเลิกกันได้ก็ต่อเมื่อ ศาลได้พิพากษาให้เลิกสัญญากันแล้วเท่านั้น เว้นแต่มีข้อตกลงให้สิทธิการบอกเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาไว้เป็นการพิเศษ<sup>159</sup>

การเลิกสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศส เดิมใช้คำว่า “Re’solution” ในความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “resolution” ซึ่งเมื่อนำมาใช้กับสัญญา Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นการยกเลิกหนี้โดยทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิมราวกับว่าหนี้นั้นไม่เคยมีอยู่<sup>160</sup> และใช้คำว่า “Re’siliation” ในความหมายว่า มีการบอกเลิกสัญญาและสัญญาได้สิ้นสุดลงในระยะนั้น ไม่มีผลไปในอนาคตแต่ไม่ย้อนหลังไม่ทำลายสิ่งที่ได้ปฏิบัติไปแล้ว<sup>161</sup> แต่ในปัจจุบันนี้ คำว่า “Re’solution” ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่แก้ไขใหม่นั้นให้ความหมายเป็น 2 ความหมาย กล่าวคือ อาจมีความหมายในเรื่องผลของการเลิกสัญญาเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม(Retro Active) กับ การสิ้นสุดสัญญาที่มีผลไป

<sup>158</sup> สิริินภา ไทรนนทรี, ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายภายหลังการเลิกสัญญา, หน้า 113

<sup>159</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 113

<sup>160</sup> A resolatory or dissolving condition is that which, when accomplished, operates the revocation of the obligation, placing matters in the same state as though the obligation had not existed.

<sup>161</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและสัญญา, ข้อ 512

ในอนาคต เหมือนดังคำว่า “Re’siliation” ส่วนคำว่า “Re’siliation” ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่แก้ไขใหม่นั้นมีผลเป็นการสิ้นสุดสัญญาไปในอนาคตเท่านั้น<sup>162</sup>

ในเรื่องผลของการเลิกสัญญานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้มาตรา 1229<sup>163</sup> ซึ่งได้ปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสใหม่ในเรื่องกฎหมายสัญญาเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2016<sup>164</sup>

*“มาตรา 1299 การเลิกสัญญา*

*การเลิกสัญญามีผลตามที่ระบุไว้เงื่อนไขในสัญญา ในวันที่ได้รับหนังสือบอกกล่าวเลิกสัญญา จากเจ้าหนี้ถึงลูกหนี้ หรือ วันที่ศาลได้กำหนดขึ้น หรือ ในกรณีที่ศาลไม่ได้กำหนด ก็คือ วันที่กระบวนการพิจารณาถูกนำมา ทั้งนี้ แล้วแต่สถานการณ์”*

สำหรับการเลิกสัญญาประเภทที่จะเป็นประโยชน์เมื่อได้มีการชำระหนี้กันเต็มจำนวนนั้น<sup>165</sup> คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมทั้งหมดสำหรับอะไรที่ได้รับกันไว้ซึ่งกันและกัน

ถ้าเป็นการเลิกสัญญาที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เป็นประโยชน์กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างสัญญาต่างตอบแทนจากเวลาหนึ่งสู่อีกเวลาหนึ่ง<sup>166</sup> เมื่อเลิกสัญญากัน ไม่จำเป็นต้องมี

<sup>162</sup> John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosso, Simon Whittaker, “The new provisions of the French Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016” [Online], Accessed 22 June 2019. Available from: [https://www.trans-lex.org/601101/\\_/french-civil-code-2016/](https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/)

<sup>163</sup> Article. 1229. – Termination puts an end to the contract.

Termination takes effect, according to the situation, on the conditions provided by any termination clause, at the date of receipt by the debtor of a notice given by the creditor, or on the date set by the court or, in its absence, the day on which proceedings were brought.

Where the acts of performance exchanged were useful only on the full performance of the contract which has been terminated, the parties must restore the whole of what they have obtained from each other. Where the acts of performance which were exchanged were useful to both parties from time to time during the reciprocal performance of the contract, there is no place for restitution in respect of the period before the last act of performance which was not reflected in something received in return; in this case, termination is termed resiling from the contract.<sup>23</sup>

Restitution takes place under the conditions provided by articles 1352 to 1352-9

<sup>164</sup> John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosso, Simon Whittaker, “The new provisions of the French Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016” [Online], Accessed 22 June 2019. Available from: [https://www.trans-lex.org/601101/\\_/french-civil-code-2016/](https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/)

<sup>165</sup> ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะมีความหมายอย่างเดียวกับกับ “สัญญาที่คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้แบบครั้งหนึ่งคราวเดียว”

การชดเชยกันไปยังช่วงเวลาก่อนที่จะมีการชำระหนี้ครั้งสุดท้ายซึ่งไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน การเลิกสัญญาเช่นนี้จึงเป็นการสิ้นสุดสัญญาที่มีผลไปในอนาคต

การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นจะเกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1352 ถึงมาตรา 1352-9”

จากมาตรา 1229 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นั้นทำให้เห็นได้ว่า กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกสัญญาออกเป็น 2 ประเภท และผลของการเลิกสัญญาทั้ง 2 ประเภทก็แตกต่างกันไปด้วยกัน กล่าวคือ

### 1.สัญญาที่คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้แบบครั้งหนึ่งคราวเดียว

ผลของการเลิกสัญญาเป็นการกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ทั้งนี้ในเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นจะอยู่ในมาตรา 1 มาตรา 1352 ถึงมาตรา 1352-9 ซึ่งจะศึกษาในลำดับต่อไป

### 2.สัญญาที่ก่อให้เกิดคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง

ผลของการเลิกสัญญาประเภทนี้ คือ การสิ้นสุดสัญญา ไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิม มีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต ตัวอย่างสัญญาประเภทนี้เช่น สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น

สำหรับเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1352 ถึงมาตรา 1352 ดังนี้

1.การกลับคืนสู่ฐานะเดิมของทรัพย์สินนอกเหนือจากที่กำหนดเป็นตัวเงิน เว้นแต่เป็นการพ้นวิสัยที่จะทำได้ ให้ทำได้โดยการประเมินมูลค่าในวันที่กลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>167</sup>

2.บุคคลที่ทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นต้องรับผิดชอบของการเสื่อมค่าหรือความเสื่อมลงของทรัพย์สิน เว้นแต่บุคคลนั้นจะกระทำโดยสุจริตและการเสื่อมค่าหรือความเสื่อมลงดังกล่าวมิได้เกิดจากความผิดของบุคคลนั้น<sup>168</sup>

<sup>166</sup> ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะมีความหมายเป็นอย่างเดียวกันกับ “สัญญาที่ก่อให้เกิดคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง”

<sup>167</sup> Article 1352 Restitution of a thing other than a sum of money takes place in kind or, where this is impossible, by value assessed at the date of the restitution.

<sup>168</sup> Article 1352-1. A person who makes restitution of a thing is responsible for any degradations or deteriorations which have reduced its value unless he was in good faith and these were not due to his fault.

3. บุคคลที่ขายทรัพย์สินซึ่งได้รับมาโดยสุจริตจะต้องใช้คืนทรัพย์สินซึ่งมีมูลค่าเท่ากับราคาที่ได้ขายไปเท่านั้นหากบุคคลได้รับทรัพย์สินมาโดยไม่สุจริต บุคคลนั้นจะต้องใช้คืนทรัพย์สินซึ่งมีมูลค่านับตั้งแต่วันที่บุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องใช้คืนทรัพย์สินนั้นซึ่งสูงกว่าราคาขาย<sup>169</sup>

4. การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นรวมตลอดถึงดอกผล ของทรัพย์สินและค่าแห่งการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เกิดขึ้น ค่าแห่งการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจประเมินในวันที่ศาลมีคำพิพากษา เว้นแต่จะถูกกำหนดไว้โดยคู่สัญญา หากดอกผลของทรัพย์สินไม่ปรากฏอีกต่อไป และเมื่อมีการกลับสู่ฐานะเดิมเกิดขึ้น ตามมูลค่าซึ่งได้คำนวณในวันที่มีการเรียกร้องให้ชดเชยหนี้ที่ได้ชำระไป ให้คำนวณทรัพย์สินในวันที่ได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ครบถ้วน<sup>170</sup>

5. การทำให้กลับสู่ฐานะเดิมซึ่งกระทำโดยผู้เยาว์หรือบุคคลไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ/บุคคลหย่อนความสามารถจะถูกลดลงตามสัดส่วนของผลกำไรที่เขาจะได้รับจากการกระทำที่เป็นโมฆะ<sup>171</sup>

6. ขอบเขตของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นจะถูกกำหนดไว้โดยคำนึงถึงคู่สัญญาฝ่ายที่ตกเป็นหนี้ซึ่งมีหน้าที่ทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมสำหรับค่าใช้จ่ายที่จำเป็นต่างๆที่เกิดขึ้นในการบำรุงรักษาทรัพย์สินให้อยู่ในสภาพเดิม และค่าใช้จ่ายในกรณีที่ทรัพย์สินมีมูลค่าเพิ่มมากขึ้นโดยค่าใช้จ่ายทั้งปวงจะต้องไม่เกินมูลค่าทรัพย์สินที่เพิ่มมากขึ้นซึ่งได้ประเมินในวันที่ได้มีการชดใช้คืน<sup>172</sup>

<sup>169</sup> Article 1352-2 A person who sells a thing which he received in good faith must make restitution only of the sale price

If he received it in bad faith, he must pay the value at the date on which he makes restitution where that is higher than the price

<sup>170</sup> Article 1352-3 Restitution includes its fruits and the value of the enjoyment to which the thing has given rise.

The value of the enjoyment is to be assessed by the court as at the date of its decision.

Unless otherwise stipulated by the contracting parties, if the fruits no longer exist in kind, their restitution takes place, according to a value assessed at the date of reimbursement, on the basis of the condition of the thing at the date of satisfaction of the obligation.

<sup>171</sup> Article 1352-4 Restitution owed to an unemancipated minor or to a protected adult is reduced in proportion to the profit which he has drawn from the act that has been annulled.

<sup>172</sup> Article 1352-5 The amount of restitution is fixed taking into account for the party who owes restitution any necessary expenses incurred in the maintenance of the thing, and expenses which have increased its value, limited to the increase in value assessed at the date of restitution.

7. การกลับคืนสู่ฐานะเดิมของหนี้เงินนั้นรวมถึงดอกเบี้ยในอัตราที่ระบุไว้ในกฎหมายและภาษีต่างๆที่เกิดขึ้นจากการที่บุคคลนั้นได้รับเงินไว้<sup>173</sup>

8. คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินมาโดยไม่สุจริตมีหน้าที่ต้องชำระดอกเบี้ย ใช้คืนดอกผลของทรัพย์สินและค่าแห่งการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนับตั้งแต่ที่ได้รับทรัพย์สินมาด้วยความสมัครใจ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริตมีหน้าที่ชำระดอกเบี้ย ใช้คืนดอกผลของทรัพย์สินและค่าแห่งการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนับตั้งแต่วันที่ถูกรับเรียกรื้อถอน<sup>174</sup>

9. การกลับคืนสู่ฐานะเดิมของการจัดหาการให้บริการเกิดขึ้นเมื่อมีราคาโดยประเมินมูลค่าในวันที่บริการนั้นได้ถูกจัดหา<sup>175</sup>

10. การค้ำประกันเพื่อประกันการชำระหนี้สามารถโอนกันได้โดยผลของกฎหมาย ในกรณีหนี้ที่ต้องชำระหรือปฏิบัติเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิม แม้ว่าผู้ค้ำประกันไม่ได้เสียผลประโยชน์จากการชำระหนี้ล่าช้า<sup>176</sup>

จากมาตรา 1352- 1352-9 นั้น จะเห็นหลักในเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งไม่ได้แตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมากนัก เช่น เรียกค่างานที่ผู้รับจ้างทำไปได้ เรียกค่าเสียหาย เมื่อต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม เงินที่ได้รับกันไว้ก็คืนแก่กันโดยบวกดอกเบี้ยด้วย ดอกผลอะไรที่เกิดมีขึ้นก็ต้องคืนกัน แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นได้บัญญัติเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมออกเป็นหลายมาตรา มีรายละเอียดปลีกย่อยต่างๆมากมาย

<sup>173</sup> Article 1352-6 Restitution of a sum of money includes interest at the rate set by legislation and any taxes paid to the person who received it.

<sup>174</sup> Article 1352-7 A party in receipt in bad faith owes interest, the fruits he has taken and the value of enjoyment from the moment of receipt of satisfaction. A party in receipt in good faith owes these only from the date when they are claimed.

<sup>175</sup> Article 1352-8 Restitution in respect of a supply of a service takes place by value, assessed at the date at which the service was supplied.

<sup>176</sup> Article 1352-9 Securities created for the satisfaction of an obligation are transferred by operation of law to the obligation to make restitution, although the guarantor does not lose the benefit of any time delay.



### 3.2 กรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันไว้ในสัญญา

สำหรับกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันไว้ในสัญญาแล้วนั้นผลจะเป็นประการใด ข้อตกลงนั้นสามารถใช้บังคับได้หรือไม่ และถ้าหากเป็นการตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องผลของการเลิกสัญญา ข้อตกลงนั้นจะสมบูรณ์หรือไม่ และผลของข้อตกลงนั้นจะเป็นประการใด ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ด้วย โดยจะอธิบายตามลำดับดังนี้

#### 3.2.1 กฎหมายไทย

จากที่ได้อธิบายไปในหัวข้อ 3.1 คือ กรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันไว้ในสัญญา ผลคือ บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 ซึ่งผลคือทำให้คู่สัญญานั้นกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม อะไรที่ได้รับกันไว้ก็ให้ใช้คืนแก่กัน เงินอันจะต้องคืนก็จะต้องบวกดอกเบี้ยเข้าไปด้วยนับแต่วันที่ได้รับไว้ ในกรณีที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ให้ใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ และการเลิกสัญญาไม่เสียสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายด้วย

อย่างไรก็ตาม พบว่า คู่สัญญามักตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาเอาไว้โดยในบางครั้งอาจตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ทั้งนี้จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า คู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้แตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ได้หรือไม่ ความสมบูรณ์ของข้อตกลงที่ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 จะเป็นอย่างไร และผลของข้อตกลงที่ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 นั้นมีผลเป็นประการใด

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่า จะต้องทำความเข้าใจถึงหลักกฎหมายแพ่งที่สำคัญหลักหนึ่ง คือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract) ก่อน

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้มี 2 ความหมาย ความหมายแรก คือ เสรีภาพในการที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญากัน และ ความหมายที่สอง คือ เสรีภาพในการที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว<sup>177</sup>

ความหมายแรก เสรีภาพในการที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญากัน หมายถึง การเริ่มต้นสัญญา การตกลงเข้าทำสัญญา หรือการตกลงที่จะไม่เข้าทำสัญญา หรือการยกเลิกการเจรจา คู่สัญญาทำได้นั้นอยู่กับการตกลงกันทั้งสองฝ่ายเป็นหลัก<sup>178</sup>

<sup>177</sup> ศันนท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, หน้า 309

ความหมายที่สอง เสรีภาพในการที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว โดยจะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพปัจเจกชนตั้งแต่นั้นก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้นเมื่อสัญญาเกิดขึ้น รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้<sup>179</sup>

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเป็นหลักพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งในเรื่องสัญญาที่ให้สิทธิคู่สัญญาในการที่จะทำความตกลงกันอย่างใดก็ได้ คู่สัญญาสามารถที่จะทำความตกลงกับใครก็ได้ คู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดแบบวิธีในการทำสัญญาก็ได้ คู่สัญญามีสิทธิกำหนดเนื้อหาในความตกลงเป็นอย่างใดก็ได้ นอกจากนี้ คู่สัญญายังมีสิทธิที่จะกำหนดผลของการเลิกสัญญาอย่างใดก็ได้<sup>180</sup> หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 151 ซึ่งบัญญัติว่า

“การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

จากมาตรา 151 จะเห็นได้ว่า คู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญา โดยสามารถตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ เว้นแต่ความตกลงนั้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หากเป็นเช่นนั้นความตกลงนั้นเป็นโมฆะ

เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้เพื่อกำหนดกรอบของเสรีภาพในการทำสัญญาเอาไว้ โดยให้เสรีภาพนั้นอยู่ภายในกรอบและขอบเขตที่เหมาะสม เพื่อมิให้มีการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาที่ไปกระทบแก่บุคคลภายนอก ไปเสียหายแก่บุคคลอื่นๆ หรือ สังคมในสวนรวม<sup>181</sup>

ทั้งนี้หลักเสรีภาพอาจถูกจำกัด เช่น เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาอาจถูกจำกัด หากว่าคู่สัญญานั้นเป็นธุรกิจผูกขาด เสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดได้ด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่เป็นการพันวิสัย

<sup>178</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 309

<sup>179</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 309

<sup>180</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 312-313

<sup>181</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 313

(มาตรา 150<sup>182</sup>) เสรีภาพในการเลือกแบบในการทำสัญญาจะถูกจำกัดด้วยกฎหมายที่กำหนดแบบการทำสัญญาเอาไว้ เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายต่างๆ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น

จุดประสงค์หลักที่ได้บัญญัติในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เพื่อคุ้มครองสถาบันต่างๆในสังคม อาทิเช่น รัฐ เอกชน ครอบครัว นอกจากนี้ยังรวมถึงความมั่นคงเรียบร้อยทางเศรษฐกิจด้วยเพื่อรักษาประโยชน์โดยรวมของสังคมและเอกชน ทั้งนี้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างๆมากมาย สำหรับกฎหมายเอกชน จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น เรื่อง อายุ ความ เป็นต้น ส่วนกฎหมายมหาชนนั้นบัญญัติไว้ใน กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายอาญา กฎหมายภาษีอากร เป็นต้น<sup>183</sup> ตามที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่า คู่สัญญา นั้นมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเต็มที่ สามารถตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น สำหรับกรณีที่คู่สัญญาตกลงผลของการเลิกสัญญาที่แตกต่างจากบทบัญญัติในกฎหมายไทยเรื่อง ผลของการเลิกสัญญา ตามมาตรา 391 นั้น มีประเด็นว่า สามารถทำได้หรือไม่ และผลของความตกลงนั้นจะเป็นประการใด

ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ บทบัญญัติในมาตรา 391 นั้น เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ อันจะทำให้คู่สัญญาไม่สามารถตกลงแตกต่างออกไปได้

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งคู่สัญญา จะไม่สามารถตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในกฎหมายมาตรา 391 ได้ (มาตรา 151) ดังนั้น คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ได้ เพราะผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา

<sup>182</sup> มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดย กฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

<sup>183</sup> พิชัยศักดิ์ ทรียงกูร, ณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์, “หน่วยที่ 2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” [ออนไลน์], 26 กรกฎาคม 2562, แหล่งที่มา <https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.40701-2.pdf>

391 นั้น กระทบแต่เพียงคู่สัญญาเท่านั้น หากกระทบไปถึงสิทธิของบุคคลภายนอก หรือสังคมโดยรวม ไม่ มาตรา 391 มิใช่บทกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสังคมส่วนรวม หากแต่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า คู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่แตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ได้ ทั้งนี้เพื่อประกอบความเข้าใจ ผู้เขียนเห็นว่าควรศึกษาจากคำพิพากษาของศาลฎีกาว่าศาลฎีกามีความเห็นในเรื่องนี้อย่างไรบ้าง

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4127/2532** ข้อสัญญาเช่าซื้อซึ่งมีข้อความว่า “ถ้าผู้ให้เช่าซื้อบอกเลิกสัญญาเช่าซื้อหรือยึดทรัพย์ที่เช่าซื้อคืน ผู้เช่าซื้อจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าเช่าซื้อทุกงวดที่ค้างชำระพร้อมเบี้ยปรับร้อยละ 20 ของเงินดังกล่าว” นั้น เป็นข้อกำหนดการชำระค่าเช่าซื้อระหว่างที่ยังมิได้มีการเลิกสัญญากันพร้อมทั้งเบี้ยปรับกรณีผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อ มิใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น เมื่อมีการเลิกสัญญากันผู้เช่าซื้อจึงมีหน้าที่ชำระค่าเช่าซื้อก่อนเลิกสัญญาทั้งหมด ส่วนเบี้ยปรับสูงเกินส่วนศาลฎีกาให้ลดลงเป็นดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ทำให้เห็นว่า คู่สัญญาสามารถตกลงให้ผลของการเลิกสัญญาแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ หากมิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลก็จะตัดสินบังคับไปตามนั้น เป็นการตัดสินโดยเคารพหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวนี้ ศาลมองว่ามีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ ศาลมีอำนาจปรับลดลงได้

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6053/2531 ซึ่งศาลได้ตัดสินไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4127/2532 ด้วยว่า สัญญาเช่าซื้อได้ระบุว่า เมื่อเจ้าของยึดทรัพย์สินที่เช่าซื้อคืนมาได้แล้ว เจ้าของอาจเลือกใช้สิทธิที่จะนำทรัพย์สินที่เช่าซื้อออกขายและผู้เช่าซื้อให้สัญญาว่า หากราคาทรัพย์สินที่เช่าซื้อซึ่งขายไปไม่พอชำระหนี้ ผู้เช่าซื้อยอมชำระเงินจำนวนที่ยังขาดอยู่อีกจนครบจำนวน ศาลฎีกาตัดสินว่า ข้อสัญญาในลักษณะนี้นั้นมีลักษณะเป็นวิธีการกำหนดค่าเสียหายวิธีหนึ่ง เป็นการกำหนดเบี้ยปรับ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงนี้บังคับได้ไม่เป็นโมฆะ

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6053/2531 ทำให้เห็นได้ว่า ข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงแตกต่างไปจากบทบัญญัติในมาตรา 391 นั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงนี้สามารถใช้บังคับได้ ไม่ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด

**โดยสรุป** คู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ได้ เพราะบทบัญญัติในมาตรา 391 มีใช้บทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงแตกต่างได้ ผลของข้อตกลงนั้นสมบูรณ์ สามารถใช้บังคับได้ แต่อย่างไรก็ตามหากศาลเห็นว่า ข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงกันแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 นั้นมีลักษณะเป็นเบี่ยงปรับ ศาลมีอำนาจปรับลดลงได้เป็นจำนวนพอสมควร ตามมาตรา 383<sup>184</sup>

### 3.2.2 กฎหมายอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษมีหลักการสำคัญในเรื่องสัญญาเช่นเดียวกับกฎหมายในประเทศอื่น ๆ คือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract) กล่าวคือ คู่สัญญามีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในเรื่องสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญา หรือการไม่เข้าทำสัญญา การตกลงทำสัญญากับคู่สัญญา การกำหนดเนื้อหาของสัญญา การกำหนดรูปแบบของสัญญา เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามหากจะให้ผู้สัญญานั้นมีเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเต็มที่จนเกินไปนั้นอาจเกิดความเสียหายแก่สังคมโดยรวมได้ ดังนั้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของอังกฤษจึงถูกจำกัดด้วยว่าความตกลงของคู่สัญญานั้นจะต้องไม่ผิดกฎหมาย(illegally)และต้องไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ(Public Policy) มิฉะนั้นข้อตกลงนั้นใช้บังคับไม่ได้ ทั้งนี้กฎหมายอังกฤษนั้นโดยปกติแล้วจะไม่แทรกแซงหลักเสรีภาพในการทำสัญญา สิ่งสำคัญที่สุดคือความตกลงระหว่างคู่สัญญานั้นจะต้องไม่เป็นการทำลายหรือฝ่าฝืนนโยบายของกฎหมาย(Policy of the law)<sup>185</sup> นอกจากนี้ความตกลงกันของคู่สัญญานั้นต้องมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย กฎหมายอังกฤษในขณะนี้อยอมรับเรื่องความตกลงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้จะต้องไม่เป็นสัญญาคุ้มครองผู้บริโภค ความตกลงนั้นใช้บังคับได้ ถึงแม้ว่าจะมีการใช้แบบของสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดภาระผูกพันของคู่สัญญาเกินสมควร นักกฎหมายอังกฤษทั้งหลายนั้นมอง ความตกลงเหล่านั้นใช้บังคับได้ เป็นการแสดงเจตนาโดยชอบด้วยกฎหมาย

<sup>184</sup> มาตรา 383

ถ้าเบี่ยงปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี่ยงปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป

นอกจากกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 379 และ 382 ท่านให้ใช้วิธีเดียวกันนี้บังคับ ในเมื่อบุคคลสัญญาว่าจะให้เบี่ยงปรับเมื่อตนกระทำหรืองดเว้นกระทำการอันหนึ่งอันใดนั้นด้วย

<sup>185</sup> Andrew Sheftel, “Freedom of contract and oral variation: freedom to or freedom from” [Online] Accessed: 23 July 2019. Available from: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/>

สอดคล้องกับหลักอำนาจแห่งการตลาด(market power) เช่นเดียวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)<sup>186</sup>

กฎหมายอังกฤษให้ความสำคัญอย่างมากในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา ดังเห็นได้จากกรณี ที่คู่สัญญาตกลงเรื่องค่าเสียหายกันไว้ล่วงหน้า ศาลอังกฤษจะบังคับให้ตามนั้นทั้งหมด เพราะให้ ความสำคัญกับความตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพราะเป็นผู้ที่จรรยาและเข้าใจดีที่สุดว่าควรจะต้อง กำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าต่อกันไว้เท่าไร แม้ค่าเสียหายที่คู่สัญญาตกลงกำหนดกันไว้จะสูงเกินกว่า ค่าเสียหายที่คู่สัญญาควรได้รับ ศาลก็จะบังคับให้ตามนั้น<sup>187</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น สำหรับสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ ต่อเนื่องกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง ผลของการเลิกสัญญาจะเป็นการสิ้นสุดสัญญาไปในอนาคต อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงกันให้ผลของการเลิกสัญญาประเภทนี้ให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ สามารถบังคับตามความตกลงระหว่างคู่สัญญาได้<sup>188</sup>

### 3.2.3 กฎหมายเยอรมัน

สำหรับกฎหมายเยอรมันนั้นมีความสำคัญในเรื่องสัญญาเช่นเดียวกับกฎหมายในประเทศอื่นๆ ด้วย คือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract หรือ Vertragsfreiheit) ซึ่งเป็นหลัก ทั่วไปและเป็นที่ยอมรับ คู่สัญญาสามารถมีความตกลงกันในลักษณะใดๆก็ได้<sup>189</sup> แต่ทั้งนี้และทั้งนั้น กฎหมายเยอรมันก็มีข้อจำกัดอยู่บางประการสำหรับเรื่อง หลักเสรีภาพในการทำสัญญา กล่าวคือ ความตกลงของคู่สัญญานั้นต้องอยู่บนพื้นฐานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย เยอรมัน มาตรา 134 และ ต้องไม่ขัด ต่อนโยบายสาธารณะ(public policy) ซึ่งบัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายเยอรมัน ตามมาตรา 138(1)<sup>190</sup>

<sup>186</sup> Tedoradze Irakli, "The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law," *European Scientific Journal* 13 (February 2017), p.63-64

<sup>187</sup> สิริธนา ไทรนนทรี, ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายหลังการเลิกสัญญา, หน้า 200.

<sup>188</sup> Wim Sindall plc v Cambridshire Country Council, (Refer to Roger ter HAAR QC, *Remedies in Construction Law( 2nd Edition)*, 2017, p.35

<sup>189</sup> Pieck, Manfred(1996), "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law", *Annual Survey of International & Comparative Law: Vol3: Iss.1, Article7.* p.111

<sup>190</sup> Ibid. page 111-113

สำหรับกรณีไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 134 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน  
ว่า

“มาตรา 134 อรรถกรรมทางกฎหมายที่ขัดต่อข้อห้ามตามกฎหมาย การนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่  
กฎหมายนั้นนำไปสู่ผลที่แตกต่าง”

สำหรับมาตรา 134<sup>191</sup> นั้นเป็นบทกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาในการทำสัญญา  
หากว่า สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำกันนั้นขัดต่อข้อห้ามตามกฎหมาย สัญญานั้นเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้  
เลย เว้นเสียแต่ว่ากฎหมายอันเป็นข้อห้ามนั้นไม่ได้มีความมุ่งหมายจะให้สัญญาที่เป็นการฝ่าฝืนนั้นไม่มี  
ผลบังคับใช้ ตัวอย่างเช่น การเข้าทำสัญญากันในวันอาทิตย์ซึ่งขัดกับกฎหมายอันเป็นข้อห้ามซึ่งห้าม  
ทำธุรกรรมในวันอาทิตย์ ในส่วนของการฝ่าฝืนข้อห้ามนี้ ไม่ทำให้สัญญาที่ฝ่าฝืนเป็นโมฆะ แต่หากเป็น  
กรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้สัญญาใดต้องมีการขอใบอนุญาต แต่พอทำสัญญากลับระบุว่าไม่จำเป็นต้อง  
ขอใบอนุญาต หากเป็นเช่นนี้สัญญาเป็นโมฆะ เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น หากสัญญาได้ฝ่าฝืนสิทธิขั้น  
พื้นฐาน(Fundamental rights) ที่ได้ถูกระบุเป็นกฎหมายพื้นฐาน(Basic Law) สัญญานั้นเป็นโมฆะ  
เช่น ถ้าสัญญาจ้างแรงงานมีข้อสัญญาว่า การจ้างงานจะถูกเลิกไปเมื่อลูกจ้างได้แต่งงาน ข้อสัญญานั้น  
เป็นโมฆะ<sup>192</sup> และสำหรับกรณีที่ความตกลงของคู่สัญญานั้นจะต้องไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ซึ่ง  
สำหรับกรณีนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 138(1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ว่า

“มาตรา 138(1)<sup>193</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่บัญญัติไว้ว่า อรรถกรรมทางกฎหมายที่เป็น  
การแตกต่างจากนโยบายสาธารณะ (Public Policy) นั้นตกเป็นโมฆะ”

<sup>191</sup> Section 134 Statutory prohibition (German Civil Code)

A legal transaction that violates a statutory prohibition is void, unless the statute leads to a different conclusion.

<sup>192</sup> Pieck, Manfred, A Study of the Significant Aspects of German Contract Law, page 112

<sup>193</sup> Section 138 Legal transaction contrary to public policy; usury

(1) A legal transaction which is contrary to public policy is void.

(2) In particular, a legal transaction is void which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance.

สำหรับคำว่า นโยบายสาธารณะตามมาตรา 138(1) นั้นจะปรากฏและเป็นที่เข้าใจโดยการพิจารณาของศาลว่าสิ่งใดจึงจะถือว่าเป็น “นโยบายสาธารณะ” ซึ่งสิ่งที่ฝ่าฝืนนโยบายสาธารณะนั้นคืออะไรก็ตามที่ฝ่าฝืนความประพฤติที่ผิดทำนองคลองธรรม(decency)ของทุกคนซึ่งทุกคนเข้าใจว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องยุติธรรม ในทุกๆเหตุการณ์นั้นการพิจารณาว่า สัญญานั้นขัดกับนโยบายสาธารณะหรือไม่จะอ้างอิงจากหลักกฎหมายที่ถือเอาคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐาน(Case Law) หลักกฎหมายที่ถือเอาคำพิพากษามาเป็นบรรทัดฐานนี้ได้ก่อตั้งเรื่อง นโยบายสาธารณะ นี้ขึ้น ดังนั้นสัญญาในทางการค้าทั้งหลายจะถูกควบคุมด้วยหลักนี้ หากขัดกับนโยบายสาธารณะก็จะตกเป็นโมฆะ<sup>194</sup>

เมื่อกฎหมายเยอรมันเคารพหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญาย่อมสามารถตกลงในเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้อย่างไรก็สามารถทำได้ อาทิเช่น การตกลงเรื่องการเรียกร้องเบี้ยปรับในสัญญา ภายหลังจากมีการเลิกสัญญาแล้ว ข้อตกลงเรื่องการเรียกร้องเบี้ยปรับซึ่งเป็นข้อตกลงในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนกันระหว่างคู่สัญญานั้นจะไม่ถูกระงับสิ้นไป ข้อตกลงเรื่องเบี้ยปรับนั้นจะยังมีผลใช้บังคับอยู่ระหว่างคู่สัญญา ไม่ระงับไปโดยผลของการเลิกสัญญา ซึ่งกรณีนี้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า เยอรมันนั้นให้ความสำคัญอย่างมากกับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา<sup>195</sup> แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายเยอรมันนั้นได้กำหนดว่า สิทธิในการเรียกร้องเบี้ยปรับนั้นไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน(มาตรา 340 วรรคสอง)<sup>196</sup> หากว่าคู่สัญญาได้กำหนดเบี้ยปรับอย่างใดๆกันไว้ในสัญญาแล้ว ปรากฏต่อมาในภายหลังว่า เบี้ยปรับนั้นน้อยเกินไป คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายนั้นสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนเพิ่มเติมในการนี้ได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายหรือเจ้าหนี้จะต้องพิสูจน์ความเสียหายให้ได้ว่าความเสียหายที่แท้จริงนั้นมากกว่าเบี้ยปรับ<sup>197</sup> จากมาตรา 340 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนี้แสดงให้เห็นว่า เยอรมันนั้นให้ความสำคัญกับความตกลงของคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตามหากความตกลงของคู่สัญญาในเรื่องเบี้ยปรับ

<sup>194</sup> Pieck, Manfred, A Study of the Significant Aspects of German Contract Law, page 112-113

<sup>195</sup> สิริินภา ไทรนนทรี, ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายภายหลังการเลิกสัญญา, หน้า 199.

<sup>196</sup> Section 340 (German Civil Code) Promise to pay a penalty for nonperformance

(1) If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation, the obligee may demand the penalty that is payable in lieu of fulfilment. If the obligee declares to the obligor that he is demanding the penalty, the claim to performance is excluded.

(2) If the obligee is entitled to a claim to damages for nonperformance, he may demand the penalty payable as the minimum amount of the damage. Assertion of additional damage is not excluded.

<sup>197</sup> สิริินภา ไทรนนทรี, ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายภายหลังการเลิกสัญญา, หน้า 132.



นั้นน้อยเกินกว่าที่ควรจะเป็น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมก็ยังไม่ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการเรียกร้องเพิ่มเติมในเรื่องของค่าสินไหมทดแทนได้ แต่เจ้าหนี้นั้นก็มีการระงับการฟ้อง

อย่างไรก็ตามแม้เยอรมันจะเคารพในเรื่องของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา แต่เยอรมันก็ได้มีการควบคุมมาตรฐานของสัญญาต่างๆในทุกประเภทสัญญา รวมถึง B2B<sup>198</sup> และ B2C<sup>199</sup> ด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความไม่สมบูรณ์ของตลาด(partial failure of the market) ที่ถูกแทรกแซงทางกฎหมาย<sup>200</sup> ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ในเยอรมันนั้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นถูกจำกัดด้วยเรื่องนี้ด้วย

### 3.2.4 กฎหมายฝรั่งเศส

สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีหลักที่สำคัญหลักหนึ่งคือ สัญญาจะเลิกกันได้ก็ต่อเมื่อ ศาลพิพากษาให้เลิกสัญญากันเท่านั้น ผู้ฟ้องมีสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิเลิกสัญญาหรือเรียกให้อีกฝ่ายชำระหนี้ และเรียกค่าเสียหาย โดยศาลมีอำนาจในการตัดสินคดีโดยมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่า สัญญานั้นควรจะต้องเลิกกันหรือไม่ หรือควรให้สัญญามีผลผูกพันกันต่อไป<sup>201</sup> เว้นแต่มีข้อตกลงให้สิทธิการบอกเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาไว้เป็นการพิเศษ<sup>202</sup> แสดงให้เห็นว่า หากคู่สัญญาตกลงกันอย่างไรแล้ว ศาลก็จะบังคับตามนั้น กฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีหลักการสำคัญเช่นเดียวกับกฎหมายไทยในเรื่องสัญญา คือ หลัก

<sup>198</sup> สัญญา B2B หรือ สัญญา Business to Business สำหรับภาคธุรกิจนั้นเป็นข้อสัญญาในทางธุรกิจที่กฎหมายเข้ามาควบคุมจัดการเพื่อหลีกเลี่ยงราคาที่ไม่สมเหตุสมผลหรือราคาที่ไม่เหมาะสมต่างๆในการเจรจา หรือ การได้รับข้อมูลที่จำเป็นเพียงพอ หรือข้อสัญญาที่เกี่ยวกับเรื่องผลประโยชน์ต่างๆที่จะได้รับด้วย(Tedoradze Irakli 2017:64)

<sup>199</sup> สัญญา B2C ย่อมาจาก Business to Consumer เป็นสัญญาสำหรับธุรกรรมทางการค้าเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าและบริการให้กับผู้บริโภคซึ่งกฎหมายของเยอรมันจะควบคุมตรงส่วนนี้ เข้มงวดว่าสัญญา B2C ซึ่งจะมีเสรีภาพในการทำสัญญามากกว่า เพราะเป็นสัญญาของภาคธุรกิจโดยแท้ ศาลเยอรมันนั้นมักจะแบ่งแยกความแตกต่างของสัญญา B2B และ B2C อย่างเพียงพอ และมักบังคับใช้หลักการของสัญญา B2C กับสัญญา B2B โดยไม่คำนึงถึงว่าเป็นการขัดกับทางปฏิบัติในทางธุรกิจ

<sup>200</sup> Tedoradze Irakli, “The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law,” European Scientific Journal 13 (February 2017), p.65

<sup>201</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 113

<sup>202</sup> Comparative Contract Law England, France, Germany(England:Gower, 1994)p.323; จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรมและหนี้, ข้อ 512; จตุพล หวังสุวรรณ, “ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 71-72

เสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract)<sup>203</sup> โดยถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส<sup>204</sup> มาตรา 1102<sup>205</sup> ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ทุกคนมีเสรีภาพในการทำสัญญาหรือไม่ทำสัญญา มีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาของตน และมีเสรีภาพในการพิจารณาเนื้อหา และแบบของสัญญา ภายในข้อจำกัดที่ถูกระบุไว้ในกฎหมาย เสรีภาพในการทำสัญญานั้นต้องไม่ขัดกับกฎของนโยบายสาธารณะ(public policy)”

จากบทบัญญัติในมาตรา 1102 นี้ทำให้เห็นว่า กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้รองรับความตกลงของคู่สัญญาอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้คู่สัญญามีเสรีภาพดังนี้

1.เสรีภาพในการที่จะทำสัญญา หรือไม่ทำสัญญา ก็ได้ ขึ้นอยู่กับความตกลงกันของคู่สัญญา ทั้งสองฝ่าย หรือขึ้นอยู่กับความเจรจา กัน ไม่มีใครสามารถที่บังคับให้เข้าทำสัญญาได้ ต้องเกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาเป็นหลัก<sup>206</sup>

2.เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา ในการตกลงทำสัญญากันนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนั้นมีสิทธิที่จะเลือกว่าจะทำความตกลงกับคู่สัญญานี้หรือไม่<sup>207</sup>

3.เสรีภาพในการพิจารณาเนื้อหาต่างๆในสัญญา สำหรับเรื่องนี้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1105<sup>208</sup> ซึ่งกฎหมายได้วางหลักไว้ว่า สัญญาไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไปของสัญญา สำหรับเงื่อนไขเฉพาะในสัญญานั้นจะถูกตกลงกันเป็นการ

<sup>203</sup>Maxime, Contractual freedom Article 1102 of the Civil Code [Online] Accessed 22 June 2019. Available from: <https://fiches-droit.com/liberte-contractuelle>

<sup>204</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่อ้างถึงนี้ได้ถูกปรับปรุงแก้ไขในวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2016 ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson และ Simon Whittaker, “**The new provisions of the French Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016**”[online], Accessed 22 June 2019. Available from: [https://www.trans-lex.org/601101/\\_/french-civil-code-2016/](https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/)

<sup>205</sup> Article 1102 (French Civil Code) Everyone is free to contract or not to contract, to choose his co-contractor and to determine the content and form of the contract within the limits set by law.

<sup>206</sup>Maxime, “**Contractual freedom Article 1102 of the Civil Code**” [Online] Accessed 22 June 2019. Available from: <https://fiches-droit.com/liberte-contractuelle>

<sup>207</sup> Ibid.

<sup>208</sup> Article 1105 (French Civil Code) Whether or not they have their own denomination, contracts are subject to general rules, which are the subject of this sub-title.

Rules particular to certain contracts are laid down in the provisions special to each of these contracts.

เฉพาะระหว่างคู่สัญญา ส่วนเงื่อนไขทั่วไปในสัญญานั้นจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขเฉพาะของสัญญาที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ยังถูกจำกัดด้วยว่าเนื้อหาของสัญญานั้นต้องไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ทั้งนี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1162<sup>209</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

4. เสรีภาพในการพิจารณาเรื่องแบบของสัญญา สำหรับเรื่องนี้จะถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1172<sup>210</sup> ซึ่งวางหลักไว้ว่า หลักการพื้นฐานของสัญญานั้นเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ความสมบูรณ์ของสัญญานั้นขึ้นอยู่กับว่ามีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาไว้หรือไม่หากส่วนใดมิได้ทำตามแบบก็จะตกเป็นโมฆะ เว้นแต่ว่าโดยปกติแล้วสามารถเป็นไปได้ อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการทำสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นถูกจำกัดด้วย 3 สิ่งต่อไปนี้

#### 1. ความสงบเรียบร้อย(Public Order)

สำหรับหลักนี้เป็นหลักการขั้นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคม กล่าวคือ ความตกลงของปัจเจกบุคคลจะต้องไม่กระทบหรือทำให้เกิดความเสียหายแก่ส่วนรวม ดังนั้น หลักเรื่องความสงบเรียบร้อยนั้นเป็นข้อจำกัดของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา สำหรับหลักนี้นั้นไม่เพียงแต่บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความสงบเรียบร้อยอื่นๆที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายด้วย ทั้งนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1102 และมาตรา 1162 ซึ่งได้อ้างถึงแล้วนั้น<sup>211</sup>

#### 2. หลักศีลธรรมอันดี(Good morals)

หมายถึง ความประพฤติที่ประกอบด้วยศีลธรรม ปัจจุบันนี้ต้องยอมรับว่าหลักศีลธรรมอันดีนี้เป็นหลักที่โบราณ และดูเหมือนว่าจะเป็นความจริงที่ล้อมรอบขอบเขตของหลักความสงบเรียบร้อยอีก

<sup>209</sup> Article 1162 (French Civil Code) A contract cannot derogate from public policy either by its stipulations or by its purpose, whether or not this was known by all the parties.

<sup>210</sup> Article 1172 (French Civil Code) On principle contracts require only the consent of the parties.

By way of exception, the validity of a solemn contract is subject to the fulfilment of formalities set by legislation, and their absence renders the contract a nullity except where it may be regularized.

Otherwise, legislation subjects the formation of certain contracts to the delivery of a thing.

<sup>211</sup> Maxime, “Contractual freedom Article 1102 of the Civil Code” [Online] Accessed 22 June 2019. Available from: <https://fiches-droit.com/liberte-contractuelle>

ชั้นหนึ่ง ทั้งนี้หลักศีลธรรมนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 6<sup>212</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสด้วย ซึ่งเป็นข้อจำกัดหนึ่งของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา<sup>213</sup>

### 3. สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน(Fundamental Rights and freedoms)

สำหรับเรื่องนี้แม้ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่หลักการนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอันพึงมีซึ่งในสัญญาจะต้องให้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของคู่สัญญาเอาไว้ด้วย สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพนี้ถูกบัญญัติไว้ใน the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>214</sup>

**โดยสรุป** กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเน้นยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาเป็นหลัก แต่ทั้งนี้หลักนี้ได้ถูกจำกัดด้วยว่า ความตกลงของคู่สัญญานั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ขัดต่อหลักสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนด้วย นอกจากนี้ยังอาจมีกฎหมายกำหนดในเรื่องของแบบและเนื้อหาของสัญญาเอาไว้ซึ่งคู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตามนั้น ดังนั้นจึงมาสู่บทสรุปที่ว่า ตามกฎหมายฝรั่งเศส คู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาซึ่งแตกต่างจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายได้ ศาลก็จะบังคับให้ตามนั้น ตราบเท่าที่ไม่เข้าข้อจำกัดในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งได้อธิบายไปแล้วนั้น

จากที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่า ทั้งกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส ต่างยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract) อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถตกลงกันอย่างไรก็ได้ แต่ทั้งนี้ในทุกๆประเทศนั้น จะคำนึงถึงเรื่องการขัดกับนโยบายสาธารณะ(Public Policy) หรือ ขัดกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยด้วยเช่นเดียวกัน หากความตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายแต่ไปขัดกับนโยบายสาธารณะ หรือ ขัดกับกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ สำหรับบทบัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญานั้น มิใช่บทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จึงสามารถตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ และมีผลสมบูรณ์ระหว่างคู่สัญญา

<sup>212</sup> Article 6 (French Civil Code) we can not derogate, by particular conventions, laws that concern public order and morality

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> Ibid.

## บทที่ 4

### ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง

จากในบทที่ 3 นั้น ได้อธิบายถึงผลของการเลิกสัญญาตามกฎหมายทั่วไป โดยผู้เขียนได้อธิบายถึง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้ในสัญญา กับ ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้ในสัญญา ทั้งนี้ศึกษาทั้งกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส

สำหรับบทที่ 4 ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง นั้น ผู้เขียนจะอธิบายถึง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้ในสัญญา กับกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ในสัญญา โดยศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส นอกจากนี้ผู้เขียนจะเปรียบเทียบผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างระหว่างกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส ด้วย

#### 4.1 กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา

สำหรับกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างเอาไว้แล้วนั้น ผลจะเป็นประการใด จะมีกฎหมายใดมารองรับในเรื่องนี้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นควรศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายทั้ง 4 ประเทศ คือ กฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส ทั้งนี้ผู้เขียนจะอธิบายตามลำดับ ดังนี้

##### 4.1.1 กฎหมายไทย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นมิได้บัญญัติถึงผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจาก สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง จึงต้องนำบทบัญญัติ ลักษณะ 7 จ้างทำของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม พบว่า ไม่มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้เลย มีแต่เพียงบทบัญญัติที่บัญญัติถึงเหตุแห่งการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้ เท่านั้น ทั้งนี้สำหรับเหตุแห่งการเลิกสัญญาจ้างทำของถูกบัญญัติไว้ใน 3 มาตรา ดังนี้

##### 1.มาตรา 593 บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญาที่ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้ มิพักต้องรอคอยให้ถึงเวลากำหนดส่งมอบของนั้นเลย”

จากบทบัญญัติในมาตรา 593 นี้ ถ้าหากผู้รับจ้างทำงานชักช้าโดยความผิดของผู้ว่าจ้าง เช่น คำสั่งของผู้ว่าจ้างไม่ถูกต้อง กล่าวคือ ให้ผู้รับจ้างแก้ไขเพิ่มเติมงานให้ผิดไปจากข้อตกลงเดิมทำให้ผู้รับจ้างต้องรื้องานงานทำใหม่จึงเสียเวลา หรือสัมภาระที่ผู้ว่าจ้างจัดหาให้บกพร่อง จึงทำให้งานล่าช้า กรณีก็จะไม่เข้ามาตรานี้ แต่จะไปเข้ามาตรา 591 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ถ้าความชำรุดบกพร่องหรือความชักช้าในการที่ทำนั้นเกิดขึ้นเพราะสภาพแห่งสัมภาระซึ่งผู้ว่าจ้างส่งให้ก็ดี เพราะคำสั่งของผู้ว่าจ้างก็ดี ท่านว่าผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิด เว้นแต่จะารู้อยู่แล้วว่าสัมภาระนั้นไม่เหมาะหรือว่าคำสั่งนั้นไม่ถูกต้อง และมีได้บอกกล่าวตักเตือน อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าผู้รับจ้างจะไม่เริ่มทำการในเวลาอันสมควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญา หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง แต่ก็คาดหมายได้ว่างานจะเสร็จทันกำหนดเวลาอยู่ดี ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรานี้ไม่ได้<sup>215</sup>

## 2. มาตรา 596 บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าผู้รับจ้างส่งมอบการที่ทำไม่ทันเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาก็ดี หรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญาเมื่อล่วงพ้นเวลาอันควรแก่เหตุก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะลดสินจ้างลง หรือถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่เวลา ก็ชอบที่จะเลิกสัญญาได้”

โดยหลักแล้ว ผู้ว่าจ้างได้จ้างผู้รับจ้างให้ทำงานงานให้ ก็หวังว่าผู้รับจ้างจะทำงานนั้นให้เสร็จภายในกำหนดระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ แต่พบข้อเท็จจริงอยู่โดยตลอดว่า ผู้รับจ้างทำงานล่าช้า หรือชักช้าเกินไป ทำให้งานไม่แล้วเสร็จทันตามกำหนดเวลา อันทำให้ผู้รับจ้างส่งมอบงานให้แก่ผู้ว่าจ้างช้ากว่ากำหนด<sup>216</sup> ดังนั้นกฎหมายจึงให้สิทธิผู้ว่าจ้าง 2 ประการ คือ ประการแรก ผู้ว่าจ้างมีสิทธิลดสินจ้างลงได้<sup>217</sup> และประการที่สอง หากปรากฏว่า สาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่เวลาแล้ว ผู้รับจ้างส่งมอบงาน

<sup>215</sup> โผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 192.

<sup>216</sup> โผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 198.

<sup>217</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2052/2524 โจทก์ส่งมอบงานเกินกำหนดเวลาตามสัญญาและจำเลยยอมรับมอบงานจากโจทก์โดยมิได้อัดเอื้อน โจทก์จึงไม่ต้องรับผิดเพื่อการส่งมอบที่เกินช้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 597

ซ้ำ ผู้ว่าจ้างมีสิทธิเลิกสัญญาได้<sup>218</sup> แต่ถ้าคู่สัญญาไม่ถือว่าการชักช้านั้นเป็นสาระสำคัญแล้ว ฝ่ายผู้ว่าจ้างก็ไม่มีสิทธิเลิกสัญญา<sup>219</sup>

### 3. มาตรา 605

“ถ้าการที่จ้างยังไม่แล้วเสร็จอยู่ตราบใด ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น”

มาตรา 605 นั้นเป็นการผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยเหตุอย่างใด ๆ ผู้ว่าจ้างก็สามารถบอกเลิกสัญญาได้ สัญญาจ้างทำของนั้นแปลกกว่าสัญญาอื่น กล่าวคือ ให้สิทธิผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งตามหลักทั่วไปแล้ว การบอกเลิกสัญญาจะทำแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้(มาตรา 386) เว้นแต่จะตกลงกันทั้งสองฝ่าย หรือมีข้อตกลงล่วงหน้าให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาหรือมีกฎหมายให้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อย่างเช่นกรณีสัญญาจ้างทำของนี้<sup>220</sup> ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ จีต เศรษฐบุตร ได้อธิบายไว้ว่า หลักอนุญาตให้ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญากลางคันนี้ แท้จริงแล้วเป็นประโยชน์กับผู้รับจ้างด้วย เพราะผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาเพราะตระหนักดีกว่าตนมีฐานะการเงินตกต่ำ ไม่สามารถชำระสินจ้างได้เต็มสัญญา จึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติมาตรานี้ ผู้ว่าจ้างคงจำต้องฝืนใจจ้างงานต่อไป และปล่อยให้ผู้รับจ้างทำงานจนเสร็จ โดยผู้ว่าจ้างไม่อยู่ในฐานะที่จะจ่ายสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง ส่วนผู้รับจ้างก็ต้องเสียเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการทำงานไปด้วย หากเป็นเช่นนี้ย่อมจะสร้างความเสียหายให้กับคู่สัญญามากขึ้น<sup>221</sup>

---

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 596 ให้ถือเอาการส่งมอบการงานเป็นการทำงานเสร็จสิ้น การขนย้ายบับจันล่าช้าของโจทก์เกิดขึ้นภายหลังการส่งมอบการงานเสร็จสิ้นแล้วจึงเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก ไม่ใช่เหตุแห่งการส่งมอบงานที่เนินช้าซึ่งจะเป็นเหตุให้ลดสินจ้างได้

<sup>218</sup> ไพทิต เอกจริยกร, คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับชน, หน้า 199.

<sup>219</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1364/2534 โจทก์ส่งมอบงานให้จำเลยที่ 1 ล่าช้ากว่าที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่จำเลยที่ 1 ก็รับมอบงานไว้และชำระเงินให้แก่โจทก์ โดยเพียงแต่ทักท้วงว่า งานบางงวดโจทก์ส่งมอบไม่ครบถ้วน แสดงว่า โจทก์กับจำเลยที่ 1 ต่างไม่ถือระยะเวลาเป็นสาระสำคัญของสัญญา ดังนั้น จำเลยที่ 1 จึงไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 596

<sup>220</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับชน (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553). หน้า 115.

<sup>221</sup> จีต เศรษฐบุตร, ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับชน, (พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2493). หน้า 169.

เหตุที่กำหนดให้ผู้ว่าจ้างสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาจ้างทำของได้แม้ไม่มีเหตุอย่างใดก็ตามนั้น อาจเป็นเพราะว่า เมื่อผู้ว่าจ้างเองไม่ประสงค์จะทำงานนั้นต่อไปให้สำเร็จ ก็มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ การเลิกสัญญาไปก่อนนั้น อาจทำให้ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างเสียหายน้อยกว่าการที่จะต้องปฏิบัติตาม สัญญากันต่อไปจนงานแล้วเสร็จ ตัวอย่างเช่น นาย ก ได้ว่าจ้างนาย ข ให้ทำการก่อสร้างบ้านให้แก่ตน ต่อมา นาย ก ประสบปัญหาทางการเงิน จึงได้นำเอาที่ดินที่จะสร้างบ้านไปจำนองกับทางธนาคารเพื่อนำงานมาสร้างบ้าน ต่อมาธนาคารปฏิเสธไม่รับจำนอง ทำให้นาย ก ไม่มีเงินเพียงพอที่จะจ่ายค่าจ้างก่อสร้างให้แก่ นาย ข ดังนั้น นาย ก ย่อมสามารถบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างบ้านนี้ได้ โดยจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ นาย ข เพื่อความเสียหายอย่างใดที่เกิดจากการเลิกสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605 มิได้บัญญัติว่า เหตุในการที่ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิเลิกสัญญาจ้างทำของนั้นจะมีอะไรบ้าง ทางผู้เขียนเห็นว่า ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาเพราะสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป ทำให้งานที่ผู้ว่าจ้างเคยว่าจ้างนั้นไม่จำเป็นอีกต่อไปแล้ว หรือ อาจเป็นเหตุผลส่วนตัวของผู้ว่าจ้างไม่ว่าเรื่องอะไรก็ได้ หรือหากไม่มีเหตุอย่างใดเลย ผู้ว่าจ้างก็ยังสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรานี้ได้อยู่ดี ผู้ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุอย่างใดเพื่อเลิกสัญญาเลย แต่ผู้ว่าจ้างเลือกใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นี้ได้เมื่อได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อผลเสียหายอย่างใดที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญานั้น

สำหรับมาตรา 605 นี้ ต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่เดิมบัญญัติเป็นภาษาอังกฤษก่อนจะนำมาแปลเป็นภาษาไทยโดยได้แบบอย่างต้นร่างมาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น<sup>222</sup> ทั้งนี้ต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษนั้นบัญญัติไว้ว่า

“Article 605

As long as the work is not finished, the employer can terminate the contract on making compensation to the contractor for any injury resulting from the termination of the contract”<sup>223</sup>

<sup>222</sup> ไกรวิณี สุนทรมน, “สิทธิของผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญาจ้างทำของ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551). หน้า 5

<sup>223</sup> สนั่น กังสนารักษ์, “ปัญหาการเลิกสัญญาจ้างทำของ: ศึกษาเฉพาะกรณีการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของผู้ว่าจ้างตาม พ.พ. มาตรา 605,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2429). หน้า 32



จะเห็นได้ว่าต้นร่างนั้นมีการใช้คำว่า “Terminate” ซึ่งมีความหมายเป็นการ “สิ้นสุดสัญญา” ผลของการสิ้นสุดสัญญา คือ มีผลไปในอนาคต ต่างจากคำว่า “Rescind” ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาแบบ กลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่า เหตุใดต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับภาษาอังกฤษจึงใช้คำที่แตกต่างกันแต่เมื่อแปลเป็นภาษาไทยกลับแปลเป็นคำเดียวกัน คือ คำว่า “เลิกสัญญา”

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อดูจากต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษแล้วพบว่า มีการใช้คำว่า “...the employer can terminate the contract on making compensation to the contractor..” ซึ่งน่าจะมีความหมายว่า “...ผู้ว่าจ้างสามารถเลิกสัญญาได้ด้วยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้าง...” ซึ่งจะไม่ตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605 ที่ใช้ในปัจจุบันซึ่งบัญญัติในลักษณะ “เงื่อนไข” กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น จากบทบัญญัติในมาตรา 605 นี้ทำให้ตีความได้ว่า ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิเลิกสัญญาจ้างทำของตามมาตรานี้ได้ต่อเมื่อได้เสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างแล้วเท่านั้น เป็นการบัญญัติในลักษณะเงื่อนไข หากไม่ทำสิ่งนี้ก็ไม่สามารถทำสิ่งนี้ได้ แต่ถ้าพิจารณาจริงๆแล้ว ต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษไม่น่าจะต้องการให้มีความหมายในเชิงเงื่อนไข หากแต่เพียงบัญญัติให้ ผู้ว่าจ้างสามารถเลิกสัญญาได้ด้วยการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเท่านั้น สำหรับประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นควรจะนำมาวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5 ว่า แท้จริงแล้วมาตรา 605 นี้บัญญัติในลักษณะเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิเลิกสัญญาจ้างทำของ หรือ เป็นการบัญญัติในเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของลงไป เพราะหากมาตรา 605 เป็นการบัญญัติผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้ ก็ไม่จำเป็นต้องนำผลของการเลิกสัญญาทั่วไปในมาตรา 391 มาใช้บังคับอีก เพราะแท้จริงแล้วเหตุแห่งการเลิกสัญญานั้นแตกต่างกัน เนื่องจากมาตรา 605 นั้นเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องมีเหตุใดๆ แต่การใช้สิทธิเลิกสัญญาอันจะนำมาสู่ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 นั้น จะต้องมีเหตุที่ทำให้คู่สัญญาใช้สิทธิเลิกสัญญาด้วย อีกประการหนึ่งคือ สัญญาจ้างทำของมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง ไม่ใช่สัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียวซึ่งผลของการเลิกสัญญาจะเป็นไปตามมาตรา 391 คือ กลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่สำหรับสัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่งนั้น ผลของการเลิกสัญญา

ควรมีผลสิ้นสุดความผูกพันกันไปอนาคต เพราะในระหว่างสัญญานั้นได้มีการชำระหนี้กันโดยสมบูรณ์แล้ว หนี้เหล่านั้นก็จะดับสิ้นไป ไม่มีหนี้ที่จะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมกันอีก

การใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นี้สามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในทันทีหรือไม่ หรือจะต้องมีการกำหนดระยะเวลาล่วงหน้าก่อน เมื่อได้ศึกษาจากคำพิพากษาฎีกาพบว่า การบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนเพื่อให้อีกฝ่ายได้เตรียมตัว ผู้ว่าจ้างสามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในทันที แต่ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้

**คำพิพากษาฎีกาที่ 1182/2545** สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างระบุว่า ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างต่อผู้รับจ้างได้โดยการแจ้งบอกเลิกสัญญาล่วงหน้า 3 เดือน ไปยังผู้รับจ้าง มีความหมายว่า จำเลยจะบอกเลิกสัญญาเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยพลันไม่ได้ต้องให้เวลาโจทก์เตรียมตัวไม่น้อยกว่า 3 เดือนเพื่อยุติการจัดหาสัมภาระ เตรียมเรือรถนอนโรงเรียนและวัสดุก่อสร้างและเลิกจ้างคนงานอันเกิดจากการเลิกสัญญา แต่ไม่ใช่ว่าโจทก์จำเลยยังคงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งสัญญากันโดยโจทก์ต้องก่อสร้างและจำเลยต้องชำระเงินกันอีกถึง 3 เดือน ทั้งๆที่สัญญาต้องเลิกกันอยู่แล้ว กรณีนี้ต้องถือว่า สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างเลิกกันตั้งแต่วันที่แจ้งบอกเลิกสัญญาแล้ว และหากมีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นหลังจากที่ได้บอกเลิกสัญญาผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะเป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องเนื่องมาจากผลของการเลิกสัญญา

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ทำให้เห็นว่า การใช้สิทธิตามมาตรา 605 ของผู้ว่าจ้างนั้น เมื่อใช้สิทธิแล้วมีผลเป็นการเลิกสัญญาในทันที ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้า เพราะถึงอย่างไรแล้วสัญญาก็เป็นอันเลิกกันอยู่ดี ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลที่ให้ผู้ว่าจ้างสามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างทำของได้ในทันทีนี้ อาจเป็นเพราะกฎหมายไม่ต้องการให้ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต้องเสียหายกันไปมากกว่านี้แล้ว เพราะหากให้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปอีกอาจเกิดความเสียหายขึ้นมากกว่า นอกจากนี้การบอกเลิกสัญญาล่วงหน้านั้นก็ไม่ได้มีประโยชน์อะไร เนื่องจากว่าอย่างไรแล้วสัญญาก็เป็นอันเลิกกันอยู่ดี

สำหรับการใช้สิทธิเลิกสัญญาของผู้ว่าจ้างโดยไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุแห่งการเลิกสัญญาใดๆ ของผู้ว่าจ้าง ตามมาตรา 605 นี้ รองศาสตราจารย์ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย<sup>224</sup> ได้ให้ความเห็นสำหรับ

<sup>224</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน, หน้า 117.

มาตรา 605 ว่า ตามกฎหมายจ้างทำของไม่ให้สิทธิแก่ผู้รับจ้างที่จะเลิกสัญญาได้เลย คงให้สิทธิแต่ผู้ว่าจ้างฝ่ายเดียว ซึ่งค่อนข้างแปลก ดูเหมือนกฎหมายนี้ร่างขึ้นเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างต้องระวัง ถ้าทำสัญญาจ้างโดยไม่ได้ตกลงกันในเรื่องสิทธิการเลิกสัญญาไว้ แนะนำให้กำหนดเป็นข้อตกลงกันในสัญญาไว้ต่างหากในเรื่องสิทธิการเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้างจะดีกว่าไปใช้กฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องจ้างทำของ เพราะผู้รับจ้างไม่มีสิทธิเลิกสัญญา ถ้าผู้รับจ้างต้องการเลิกสัญญาต้องไปใช้หลักทั่วไปในเรื่องสัญญา คือ ต้องแสดงเจตนาแก่ผู้ว่าจ้างขอเลิกสัญญาตามมาตรา 386<sup>225</sup>

สำหรับการใช้สิทธิเลิกสัญญาของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 605 นี้ ถ้าทำให้ผู้รับจ้างได้รับความเสียหาย ผู้ว่าจ้างก็ต้องชดเชยค่าเสียหายด้วย<sup>226</sup> เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้รับจ้างผู้ถูกบอกเลิกสัญญาโดยตนเองมิได้ประพฤติดิตสัญญาแต่ประการใด และเพื่อชดเชยมิให้ผู้รับจ้างต้องได้รับความเสียหายที่ได้เสียเวลาแรงงานและผลประโยชน์ที่คาดหวังไว้ว่าจะได้รับจากการทำงานตามสัญญา<sup>227</sup>

เพื่อศึกษาทำความเข้าใจมาตรา 605 ให้มากขึ้น ผู้เขียนจึงได้รวบรวมคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจมาเพื่อประกอบการพิจารณา ดังต่อไปนี้

**คำพิพากษาฎีกาที่ 932/2490** ผู้ว่าจ้างทำของบอกเลิกสัญญาโดยไม่ยอมเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเลยนั้น ถือว่าไม่ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาจ้างทำของ ผู้รับจ้างฟ้องเรียกผลกำไรอันจะพึงได้จากสัญญานั้นได้

จากฎีกานี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ได้ต่อเมื่อ ผู้ว่าจ้างได้เสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างแล้วเท่านั้น หากมิได้ทำเช่นนั้น ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิตามมาตรา 605 นี้หาได้ไม่

**คำพิพากษาฎีกาที่ 141/2520** โจทก์ถมทรายให้จำเลยไม่เสร็จเต็มเนื้อที่ตามสัญญา และไม่ทำตามคำตอบตามที่บันทึกร่วมกันไว้ ถือว่า เลิกสัญญาตามบันทึก โจทก์ทำงานไม่เสร็จ จำเลยบอกเลิก

<sup>225</sup> มาตรา 386 ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง แสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่

<sup>226</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน, หน้า 115-116.

<sup>227</sup> เตือน บุนนาค, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3,” ใน นิติสารณ์แผนกสามัญ, เล่มที่ 6 ปีที่ 9 (กันยายน 2479), หน้า 545. อ้างถึงใน โฟทซิด เอกจริยากร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 229

สัญญาได้ตามมาตรา 605 แต่ต้องใช้ค่าเสียหาย และคืนสู่ฐานะเดิม จำเลยต้องใช้ราคาทรัพย์สินที่ถมแล้ว แก่โจทก์รวมทั้งดอกเบี้ยระหว่างผิดนัดตั้งแต่ครบวันที่โจทก์กำหนดให้จำเลยจ่ายเงิน

จากคำพิพากษานี้ ทำให้เห็นว่า การที่ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ได้ ต่อเมื่อ ผู้ว่าจ้างได้เสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างแล้ว ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า มาตรา 605 เป็นการบัญญัติในลักษณะเงื่อนไขในการบอกเลิกสัญญา เมื่อเป็นแต่เพียงเงื่อนไขในการเลิกสัญญา จึงไม่มีผลของการเลิกสัญญา ในการนี้ศาลได้ตัดสินให้นายบพิณฤทธิในมาตรา 391 เรื่อง ผลของการเลิกสัญญา ทั่วไปมาบังคับใช้กับการเลิกสัญญาจ้างทำของด้วย อันเป็นผลให้เมื่อเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม การใช้จ่ายเงินจำต้องบวกดอกเบี้ยเข้าไปด้วย

**คำพิพากษานี้ที่ 4/2525** สัญญาปลูกบ้านเสร็จใน 50 วัน แต่ผู้ว่าจ้างจ่ายเงินงวดแรกไม่ครบ และสั่งซื้อสัมภาระให้ ผู้รับจ้างช้ากว่ากำหนด จึงถือกำหนด 50 วันบังคับไม่ได้ ผู้ว่าจ้างไม่ให้ผู้รับจ้างทำงานจะว่าผู้รับจ้างทำงานไม่ได้ ผู้ว่าจ้างเลิกสัญญาได้ โดยอาศัยมาตรา 605 จึงต้องใช้ค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 หักกับเงินที่ผู้ว่าจ้างจ่ายให้ผู้รับจ้างไปก่อนแล้ว

จากคำพิพากษานี้จะคล้ายคลึงกับคำพิพากษานี้ที่ 141/2520 กล่าวคือ มาตรา 605 เป็นเพียงเหตุแห่งการเลิกสัญญา และมีเงื่อนไขคือ ผู้ว่าจ้างต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ผู้รับจ้างด้วย จึงจะใช้สิทธิตามมาตรา 605 ได้ และศาลยังได้นำผลของการเลิกสัญญาทั่วไปไปตามมาตรา 391 มาปรับแก้คดีด้วย กล่าวคือ เมื่อเลิกสัญญาแล้วจำต้องใช้ค่าแห่งการงานด้วย ตามมาตรา 391 วรรคสาม

**คำพิพากษานี้ที่ 1678/2528** การที่โจทก์จำเลยตกลงขยายกำหนดเวลาก่อสร้างออกไป แต่มิได้ตกลงว่านานเท่าใด โจทก์จะถือว่าจำเลยผิดสัญญาและบอกเลิกสัญญาเสียได้ก็ต่อเมื่อได้กำหนดเวลาพอสมควรบอกกล่าวให้จำเลยก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายในกำหนดนั้นแล้วและจำเลยไม่ปฏิบัติตาม เมื่อจำเลยยังทำงานไม่แล้วเสร็จ โจทก์ย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605 แต่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้นให้แก่จำเลย และเมื่อเลิกสัญญากันแล้วคู่สัญญายังมีสิทธิที่จะได้คืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่โดยวิธีการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 โดยเฉพาะโจทก์ต้องใช้เงินตามควรค่าแห่งการงานของจำเลยด้วยได้ซึ่งให้สิทธิผู้ว่าจ้างที่จะบอกเลิกสัญญาโดยมิต้องอ้างเหตุอย่างใดๆ

คำพิพากษานี้จะคล้ายคลึงกับคำพิพากษากฎีกาที่ 4/2525 ซึ่งศาลฎีกาได้แสดงให้เห็นว่า มาตรา 605 เป็นการบัญญัติในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขในการเลิกสัญญา กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นี้ได้นั้นต่อเมื่อผู้ว่าจ้างได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้รับจ้างแล้ว และเมื่อบัญญัติแต่เพียงเหตุในการเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของนี้ศาลได้นำเอามาตรา 391 ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปมาบังคับใช้ ดังนั้น ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายเงินตามควรค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม หากดูคำพิพากษากฎีกาที่ 245/2529 ตามที่ปรากฏข้างล่างนี้แล้วอาจทำให้เข้าใจได้ว่า มาตรา 605 นั้น แท้จริงแล้ว คือ บทบัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ ซึ่งหากเป็นผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของจริง ก็หาจำเป็นต้องนำผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามมาตรา 391 มาบังคับใช้อีก

จำเลยว่าจ้างให้โจทก์สร้างบ้านโจทก์ทำการก่อสร้างและรับเงินไปแล้ว 3งวดคงเหลืองานงวดที่ 4 อันเป็นงวดสุดท้ายเมื่อสัญญาว่าจ้างไม่ได้กำหนดระยะเวลาการก่อสร้างไว้ชัดเจนและจำเลยเห็นว่า หากให้โจทก์ทำการก่อสร้างต่อไปจะเกิดความเสียหายเพราะงานล่าช้ามากจำเลยจะเลิกสัญญาได้ก็ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้โจทก์ปฏิบัติเสียก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 แต่จำเลยมิได้ทำเช่นนั้นจึงบอกเลิกสัญญาด้วยเหตุดังกล่าวไม่ได้การที่โจทก์ขอทำการก่อสร้างต่อไปและจำเลยไม่ยอมโดยบอกเลิกสัญญากับโจทก์ จึงเป็นเรื่องที่จำเลยใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยไม่ชอบและจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 605

จากคำพิพากษากฎีกาข้างต้นนั้น ศาลฎีกาได้ใช้ถ้อยคำว่า “จำเลย...ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 605” ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่า มาตรา 605 นี้เป็นผลของการเลิกสัญญาด้วย คือ เมื่อผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 แล้ว ผู้ว่าจ้างจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างด้วย

จากคำพิพากษากฎีกาข้างต้นจะเห็นว่าศาลฎีกาตัดสินขัดแย้งกับคำพิพากษากฎีกาที่ 141/2520, 4/2525, 1678/2528 ซึ่งตัดสินใจในลักษณะที่มาตรา 605 เป็นการบัญญัติในลักษณะเงื่อนไข ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ประเด็นนี้ในบทที่ 5 ต่อไป

สำหรับประเด็นต่อไปนั้น คือ เรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใดอันเกิดแต่การเลิกสัญญา นั้น ตามมาตรา 605 หมายถึงความเสียหายในเรื่องใดบ้างที่สามารถเรียกได้ เพราะมาตรา 605 บอกแต่เพียงว่า ผู้ว่าจ้างต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างใดอันเกิดแต่การเลิกสัญญา นั้น แต่ไม่ได้บอกว่า ค่าสินไหมทดแทนนั้นมีขอบเขตอย่างไร สำหรับประเด็นนี้ ผู้เขียนขออธิบาย ดังนี้

1.จากแนวคำพิพากษาฎีกาที่ได้ยกมาทั้งคำพิพากษาฎีกาที่ 141/2520, 4/2525, 1678/2528 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 245/2529 นั้นจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้ตัดสินโดยนำบทบัญญัติมาตรา 391 เรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไปมาใช้ อันเป็นผลให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้น ศาลฎีกาจึงตัดสินให้ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกค่าแห่งการงานเพื่องานที่ตนเองได้ทำไป และมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการเลิกสัญญาได้ด้วย เมื่อพิจารณาดูแล้วจะพบว่า จริงๆแล้วสิทธิทั้งสองอย่างนี้มีความคล้ายคลึงกันอย่างมาก ศาลฎีกาเองบางฎีกาก็ตัดสินให้ผู้ว่าจ้างต้องชดใช้ค่าแห่งการงานให้ผู้รับจ้างอย่างมาตรา 391 วรรคสาม บางฎีกาก็เพียงแต่ระบุว่า ผู้ว่าจ้างจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างตามมาตรา 605 เท่านั้น ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งสองกรณีนี้น่าจะเป็นเรื่องเดียวกันหรือไม่ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า จริงๆแล้วเมื่อผู้ว่าจ้างใช้สิทธิในการเลิกสัญญาตามมาตรา 605 แล้ว ผู้ว่าจ้างก็มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้าง ทั้งนี้ค่าสินไหมทดแทนนี้อาจจะเป็นค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไป ค่าเสียหายจากการที่ผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาก็ได้ทั้งสิ้น โดยไม่จำเป็นต้องนำผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามมาตรา 391 มาใช้อีก ทั้งนี้ผู้เขียนจะนำประเด็นนี้ไปวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

2.สำหรับเรื่องขอบเขตของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าต้องนำมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้แก่กรณี ซึ่งมาตรา 222 บัญญัติไว้ว่า

“การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

เจ้าหน้าที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

ดังนั้น การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างตามมาตรา 605 นั้น จะมีทั้งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามปกติซึ่งก็คือ ความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้โดยตรง โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ ทั้งที่เกิดความเสียหายขึ้นแล้วและที่จะมีความเสียหายต่อไปในอนาคต นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษด้วย ทั้งนี้จะต้องเป็นความเสียหายที่ผู้ว่าจ้างสามารถคาดเห็นได้หรือควรจะคาดเห็นได้

จากแนวคำพิพากษาฎีกาที่ได้เคยยกมานั้น ค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ว่าจ้างต้องชำระให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดจากการเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นั้น ได้แก่ ค่าแรงงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปแล้วรวมตลอดถึงค่าเตรียมงานด้วย<sup>228</sup> ยิ่งไปกว่านั้นผู้ว่าจ้างจะต้องชดใช้ผลประโยชน์หรือค่าขาดกำไรที่ผู้รับจ้างจะได้รับจากการทำงานตามสัญญานั้นด้วย<sup>229</sup> เพราะสินจ้างไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นสิ่งที่ให้ตอบแทนพอดีเฉพาะแต่ทุนและค่าแรงงานเสมอไป สินจ้างอาจรวมถึงประโยชน์ที่นอกเหนือไปจากทุนและแรงงาน คือ กำไร นั้นด้วย อ้างอิงคำพิพากษาฎีกาที่ 932/2490 ซึ่งได้ยกตัวอย่างไปข้างต้นแล้ว แต่ทั้งนี้และทั้งนั้น “กำไร” นั้นต้องเป็นเรื่องที่ผู้ว่าจ้างสามารถคาดเห็นได้ หรือหากคาดเห็นไม่ได้แต่ควรจะคาดเห็นได้ ตามมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

**โดยสรุป** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องสัญญาจ้างทำของนั้น มิได้บัญญัติเกี่ยวกับผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้โดยชัดแจ้ง บัญญัติแต่เพียงสิทธิแห่งการเลิกสัญญาจ้างทำของเท่านั้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 593, 596 ส่วนมาตรา 605 นั้นผู้เขียนยังมีความเห็นไปในแนวทางว่า มาตรา 605 ได้ให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุในการเลิกสัญญา และได้บัญญัติถึงผลในการเลิกสัญญาไว้แล้วด้วย กล่าวคือ ผลเมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นี้ ผู้ว่าจ้างต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างด้วยในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างใด ๆ จากการเลิกสัญญานั้น แต่ทั้งนี้ก็เป็นเพียงความเห็นของผู้เขียนแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น แนวคำพิพากษา

<sup>228</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 141/2520, 4/2525 และ 1678/2528

<sup>229</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 8394/2538 สัญญาว่าจ้างถมดินระหว่างผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้างไม่ได้กำหนดเงื่อนไขสิ้นสุดแห่งการทำงานของผู้รับจ้างไว้ เมื่อผู้รับจ้างมีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาแต่ผู้ว่าจ้างไม่ประสงค์จะให้ผู้รับจ้างถมดินต่อไป แม้ผู้ว่าจ้างอาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแก่ผู้รับจ้างได้ก็ตาม แต่ผู้ว่าจ้างต้องเสียสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้นแก่ผู้รับจ้างตาม ป.พ.พ. มาตรา 605 ค่าสินไหมทดแทนที่ให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การเลิกสัญญาตาม ป.พ.พ. มาตรา 605 นั้น มิได้จำกัดเฉพาะค่าแรงงานและทุนที่ลงไปเท่านั้น แต่รวมไปถึงค่าขาดผลประโยชน์หรือผลกำไรที่ผู้รับจ้างควรจะได้รับจากกิจการงานนั้นด้วย

ฎีกานั้นมักจะไปในแนวทางที่ว่า บทบัญญัติในมาตรา 605 นั้นเป็นเงื่อนไข กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิ เลิกสัญญาตามมาตรา 605 ได้ ต่อเมื่อได้خذใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างแล้ว ดังนั้นแนวทางคำ พิพากษาฎีกาส่วนใหญ่จึงให้นำบทบัญญัติมาตรา 391 เรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไปมาบังคับใช้กับ การเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นี้

อย่างไรก็ดี มาตรา 605 นั้นเป็นเพียงสิทธิของผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญาโดยไม่จำต้องอ้างเหตุ ใดๆเท่านั้น แต่สำหรับกรณีการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างทั่วไปที่มีเหตุแห่งการเลิกสัญญา ไม่ว่าจะ เป็นผู้ว่าจ้างผิดสัญญา หรือผู้รับจ้างผิดสัญญา เมื่อบอกเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างแล้ว ผลของการเลิก สัญญาจะเป็นประการใด เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องสัญญาจ้างทำของนั้นไม่มี บทบัญญัติที่รองรับในเรื่องนี้ ดังนั้นจึงต้องนำเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไป ตามมาตรา 391 มา บังคับใช้

มาตรา 391 นั้นนำแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นและเยอรมัน ส่วนประมวล กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้นก็มาจากรประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน นั้นเอง ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้วคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่ง ได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็น อยู่เดิมแต่ทั้งนี้จะต้องให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นภาระงานอันได้กระทำไปและเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้นการที่จะชดใช้คืน ท่าน ให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการ นั้นๆหรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

จากมาตรา 391 นั้นได้สร้างหลักที่สำคัญขึ้นมาคือ “การกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่สัญญา” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเมื่อเลิกสัญญาแล้ว นิติสัมพันธ์ตามสัญญาเดิมต้องหมดสิ้นลง คู่สัญญาจึงหลุดพ้น จากความผูกพันตามสัญญาเสมือนหนึ่งไม่เคยมีสัญญาและหนึ่งต่อกัน ทั้งนี้ผู้เขียนได้อธิบายรายละเอียด ต่างๆเกี่ยวกับมาตรา 391 ไว้แล้วในบทที่ 3



เมื่อได้ศึกษาผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายของประเทศไทยแล้ว เราก็ควรจะศึกษาถึงผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายต่างประเทศด้วย

#### 4.1.2 กฎหมายอังกฤษ

เนื่องจากอังกฤษได้ออกจากสหพันธ์ยุโรป(the European Union)ซึ่งทำให้เกิดความไม่มั่นคงในหลายๆด้าน ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเรื่องอากรแสตมป์ของที่ดิน(Stamp Duty Land Tax)ในประเทศอังกฤษ ภาษีการทำธุรกรรมทางเรื่องที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง(Land and Building Transaction Tax) ในสก๊อตแลนด์(Scotland) และ ภาษีการทำธุรกรรมเรื่องที่ดิน Land Transaction Tax ในเวลส์(Wales) อย่างไรก็ตามกฎหมายอังกฤษนั้นเป็นกฎหมายในระบบ Common law นั้นหมายความว่ากฎหมายต่าง ๆ นั้นจะถูกขับเคลื่อนโดยแนวคำพิพากษาของศาล โดยเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า Case Law

สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้น กฎหมายก่อสร้าง ถูกสร้างขึ้นจาก ส่วนสำคัญ 6 ประการของกฎหมาย คือ

##### 1. กฎหมายสัญญา (Contract Law)<sup>230</sup>

โดย กฎหมายจะอยู่เหนือข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญา

##### 2. กฎหมายละเมิด (Law of Tort)<sup>231</sup>

เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหาย, ความผิดทางแพ่งที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา (Contractual Obligation)

##### 3. ตัวบทกฎหมาย (Legislation)<sup>232</sup>

มีตัวบทกฎหมายและกฎหมายลำดับรองต่างๆ(กฎหมายระเบียบ, คำสั่ง) ที่อยู่เหนือความสำเร็จของการปฏิบัติงานก่อสร้าง (construction operations)

##### 4.การกระทำผิดหน้าที่ตามกฎหมาย (Breach of Statutory duty)<sup>233</sup>

<sup>230</sup> Contract law – the law that governs agreements and arrangements between parties

<sup>231</sup> Law of tort – the law that addresses, and provides remedies for, civil wrongs not arising out of contractual obligations

<sup>232</sup> Legislation – various statutes and subordinate legislation (regulations, orders etc) govern the carrying out of construction operations

ส่วนนี้คือความผิดพลาดในการทำหน้าที่ของตน หรือการเติมเต็มหน้าที่ความรับผิดชอบของตนเอง ตามกฎหมาย สำหรับบุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้นอาจจะเรียกร้องทางแพ่งถ้าได้รับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำผิดหน้าที่ตามสัญญา

### 5. กฎหมายว่าด้วยเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Law of restitution)<sup>234</sup>

กฎหมายตรงส่วนนี้นั้นเกี่ยวข้องกับการเยียวยาความเสียหาย(Remedies)ซึ่งมีฟังก์ชันหนึ่งที่สำคัญที่จะเพิกถอนสิ่งที่จำเลยได้รับไว้เพื่อชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้ที่เรียกร้องที่ได้รับความเสียหาย

### 6. กฎหมายอาญา (Criminal Law)<sup>235</sup>

สำหรับกฎหมายอาญานั้น จะมีเกี่ยวกับบทลงโทษที่ถูกกำหนดไว้ตามกฎหมายสำหรับการกระทำ และการละเว้นการกระทำ ซึ่งทำให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาภายใต้กฎหมายอังกฤษ<sup>236</sup>

ทั้งนี้ จากที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 3 ผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญาทั่วไป ว่า กฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้นไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง สัญญาที่มีการก่อก่อนนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้แบบครั้งหนึ่งคราวเดียว กับ สัญญาที่มีการก่อก่อนนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง

นอกจากนี้แต่เดิมกฎหมายอังกฤษนั้น ผลของการเลิกสัญญาจะเป็นการทำลายสัญญา โดยพึงใช้คำว่า “Rescind”, “Recission” ซึ่งผลของการเลิกสัญญาเช่นนี้ คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม อะไรที่ได้รับกันไว้ ก็ต้องคืนกันทั้งสิ้น เสมือนหนึ่งว่า ไม่เคยมีสัญญาเกิดขึ้นเลย นอกจากนี้ยังไม่ให้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้ ได้มีแนวคำพิพากษาไปในแนวทางเรื่อง ผลของ

<sup>233</sup> Breach of statutory duty – this is a failure to carry out duties or to fulfil obligations imposed by legislation. An injured person may make a civil claim if it has suffered injury as a result of the breach (unless specifically excluded in the statute itself)

<sup>234</sup> Law of restitution – this area of law is concerned with the award of remedies which have one common function – to deprive the defendant of a gain, rather than to compensate the claimant for loss suffered

<sup>235</sup> Criminal law – sanctions are imposed for acts and omissions which constitute criminal activity under English law

<sup>236</sup> **General construction law** [Online], Accessed 20 June 2019. Available from: <https://www.dlapiperrealworld.com/law/index.html?c=GB-ENG-WLS&t=construction&s=&q=>

การเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต ไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิม คู่สัญญาเป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาจนครบถ้วน แต่หากคู่สัญญามีหนี้บางอย่างใดต่อกันแต่ก่อนจะเลิกสัญญาก็ยังคงจะต้องชดใช้กัน

สำหรับเหตุผลของการเลิกสัญญาเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิม(Grounds for Rescission) ตามกฎหมายอังกฤษนั้น ได้ระบุเหตุผลที่สำคัญเอาไว้ 3 ประการ คือ

1. การให้ถ้อยคำผิดความจริง(Misrepresentation)<sup>237</sup>,
2. การข่มขู่(Duress) และ
3. การมีผลประโยชน์ทับซ้อน(Conflict of Interest)

นอกจากนี้ยังมีเหตุผลอื่นสำหรับการเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วย คือ

1. อำนาจครอบงำแบบผิดทำนองคลองธรรม(Undue Influence)
2. ความบกพร่องในความสามารถ(Impaired Capacity)
3. การต่อรองอย่างไม่สมเหตุสมผล(Unconscionable Bargains)
4. การกระทำผิดของบุคคลที่สาม(Third-Party Wrongdoing)

แต่อย่างไรก็ตามเหตุผลหลักนี้แทบจะไม่ถูกระบุในสัญญาก่อสร้างเลย<sup>238</sup>

ผลของการเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น ตามกฎหมาย Common Law แล้ว การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นจะหมายถึงการ ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งศาลของอังกฤษไม่มีอำนาจจะสั่งให้ว่าสัญญาก่อสร้างนี้จะต้องเลิกสัญญาและกลับคืนสู่ฐานะเดิม ศาลอังกฤษมีเพียงหน้าที่ดูว่าการเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิมนี้อาจทำได้ตามกฎหมายหรือไม่ คู่สัญญามีสิทธิหรือไม่สำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าการที่จะทำตามสัญญาต่อไปนั้นจะสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นมากกว่าการที่จะเลิกสัญญาและกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งศาลอังกฤษก็จะพิจารณาอีกทีหนึ่ง<sup>239</sup>

อย่างไรก็ตามสิทธิในการเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิมอาจจะเสียไป หากว่ามันเป็นไปได้ที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม(restitutio in integrum) ไปยังจุดเริ่มต้นของคู่สัญญาเสมือนก่อนเข้าทำสัญญากัน<sup>240</sup> ทั้งนี้ศาลอังกฤษได้มีคำตัดสินในคดีหนึ่งโดยให้คู่สัญญานั้นเลิกสัญญาโดยกลับคืนสู่ฐานะ

<sup>237</sup> A party induced to enter into a contract by misrepresentation by the other party in in principle entitled to elect to avoid that contract.

<sup>238</sup> Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law (2<sup>nd</sup> Edition), 2017, p.19.

<sup>239</sup> The Directors of the Reese River Silver Mining Company Ltd. v Smith(1869) LR 4 HL 64 at 73 , Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.26.

<sup>240</sup> Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, 2nd Edition, 2017. p.19.

เดิมเพียงบางส่วนด้วย ส่วนใดที่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ให้กลับคืน แต่หากส่วนใดเป็นไปไม่ได้ที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ไม่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>241</sup> สิ่งในการเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นอาจถูกระบุไว้ในสัญญาก่อสร้างซึ่งก็สามารถบังคับตามความตกลงระหว่างคู่สัญญาได้<sup>242</sup>

สำหรับเรื่องการเลิกสัญญาก่อสร้างตามกฎหมาย Common Law ของอังกฤษนั้นเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อน เนื่องจากหากเลิกสัญญากันแล้วจะมีผลกระทบมาก ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต่างเสียหายด้วยกันทั้งคู่ ยิ่งหากเป็นสัญญาก่อสร้างขนาดใหญ่ที่สำคัญผลของการเลิกสัญญาย่อมเสียหายอย่างมาก เช่น ในมุมมองของผู้รับจ้าง หากผู้ว่าจ้างตั้งใจจะเรียกร้องตามหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา(Performance Bond)ซึ่งออกโดยธนาคารที่ผู้รับจ้างได้วางไว้ต่อผู้ว่าจ้าง ย่อมเกิดผลกระทบกับผู้รับจ้างสำหรับงานต่อไปด้วย ทำให้ผู้รับจ้างสูญเสียความน่าเชื่อถือกับทางธนาคารด้วย นอกจากนี้ หากเป็นผู้รับจ้างรายเล็ก การถูกบอกเลิกสัญญา ย่อมเป็นผลให้ผู้รับจ้างรายนี้ไม่ได้รับเงินค่าจ้างเต็มตามสัญญาที่คาดไว้แต่ต้นว่าจะได้รับ เป็นต้น<sup>243</sup>

ตามกฎหมาย Common Law นั้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะหลุดพ้นจากสัญญาถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้แสดงความประสงค์จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป(Repudiated the Contract)<sup>244</sup> หลักที่ศาลของอังกฤษใช้ในการพิจารณาในเรื่องนี้ จะอยู่ในคำพิพากษา Universal Cargo Carrier Corporation v Citati, 1957 และกฎสำหรับสิทธิในการเลิกสัญญาแบบให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นได้กล่าวถึงในคดี Lord Porter in Heyman v Darwins โดยศาลได้สรุปว่ามี 3 เหตุผลด้วยกัน กล่าวคือ 1. ต้องเป็นเหตุที่คู่สัญญาละทิ้งหน้าที่ของตนเองตามสัญญา(Renunciation by a

<sup>241</sup> Compagnie francaise des chemin de fer paris orléans v Leeston Shipping Company Ltd.,1919 Lloyd/s Rep 235 at 238, Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.30.

<sup>242</sup> Wim Sindall plc v Cambridshire Country Council, Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.35.

<sup>243</sup> Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.55.

<sup>244</sup> Common Law ถือว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป (ซึ่งเรียกว่า repudiation หรือ repudiatory breach หรือ anticipatory breach) ก็ไม่มีเหตุผลที่จะให้คู่สัญญาฝ่ายที่พร้อมจะปฏิบัติตามสัญญาเพียงแต่ชะลอการปฏิบัติการชำระหนี้ฝ่ายตนเท่านั้น แต่สมควรที่จะให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ผิดสัญญานั้นเลือกที่จะบอกเลิกสัญญา(rescind) อันมีผลทำให้สัญญาสิ้นสุดลงได้ทันที และแม้ว่าจะปรากฏในขณะนั้นว่า คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้แสดงเจตนาจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไปนั้นจะมิได้อยู่ในสถานะที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ก็หาเป็นเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายแรก (ฝ่ายที่กระทำ repudiatory breach ) ยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำ repudiatory breach มีผลปิดปากฝ่ายที่กระทำ repudiatory breach มิให้อ้างว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาเช่นกัน(ทินัย ณ นคร, “หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทย”, หน้า 258)

party of this liabilities under it) โดยเป็นการตั้งใจที่จะละทิ้งหน้าที่ของตนเองตามสัญญาเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งปวงแล้วยอมแสดงออกชัดว่าตั้งใจจะไม่ปฏิบัติตามสัญญามาตั้งแต่ต้น<sup>245</sup> 2. พันวิสัยที่จะปฏิบัติตามสัญญาได้(impossibility created by his own act) และ 3. ความผิดพลาดของการปฏิบัติชำระหนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน(total or partial failure of performance) ซึ่งในกรณีนี้สามนี้เป็นการเลิกสัญญาแบบ Actual Breach ส่วนสองกรณีแรกนั้นจะถูกเรียกว่า Anticipatory Breach<sup>246</sup>

สำหรับเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น ในกฎหมายอังกฤษตามแนวคำพิพากษานั้น พอสรุปหลักได้ดังนี้

1. กรณีที่มีข้อสัญญาระบุเรื่องเหตุแห่งการเลิกสัญญาและผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างเอาไว้ ให้บังคับตามนั้น<sup>247</sup>
2. สำหรับผู้รับจ้างที่ได้บอกเลิกสัญญาอย่างสมเหตุสมผลนั้น ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับค่าการงานตามสิ่งที่เขาได้ทำไป โดยผู้รับจ้างยอมมีสิทธิได้ค่าจ้างน้อยกว่าที่ผู้รับจ้างจะทำงานตามสัญญาให้เสร็จสิ้นอยู่แล้ว อย่างไรก็ตามเป็นหน้าที่ของผู้ว่าจ้างที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่า ผู้รับจ้างไม่ได้เสียหายอะไรจากการที่เลิกสัญญา<sup>248</sup>
3. ส่วนกรณีที่ผู้รับจ้างเผชิญกับเหตุการณ์ที่ผู้ว่าจ้างจงใจละทิ้งหน้าที่ของตนเองตามสัญญา ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะเรียกร้องตามหลัก Quantum Meruit<sup>249</sup> กล่าวคือ ผู้รับจ้างมีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างสำหรับงานที่ตนได้ทำไปโดยไม่จำกัดว่าจะต้องคิดตามอัตราที่ระบุไว้ในสัญญาเท่านั้น เพราะมันจะเป็นการไม่ยุติธรรมที่ผู้รับจ้างจะได้รับเงินค่าจ้างเท่ากับสัญญาทั้งๆที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิดสัญญา นอกจากนี้ผู้รับจ้างยังมีสิทธิคิดกำไรจากงานที่ทำได้ด้วย เพราะเมื่อเลิกสัญญาทำให้ผู้รับจ้างเสียสิทธิที่จะได้รับเงินตามสัญญา ในขณะที่เดียวกันผู้รับจ้างเองก็เสียสิทธิที่จะไปรับงานกับผู้ว่าจ้างรายอื่นที่ตนเองก็มีสิทธิที่จะได้กำไรเช่นเดียวกัน<sup>250</sup> นอกจากนี้ในบทความ “The Quatification of

<sup>245</sup> Forslind v Bechely-Crundall, 1922, Hochster v De la Tour, 1853, Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.56.

<sup>246</sup> Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.56-57.

<sup>247</sup> Ibid, page 55-57.

<sup>248</sup> Ibid, page 56.

<sup>249</sup> Ibid, page 65-67.

<sup>250</sup> Ibid, page 49-50.

Termination Claims in Contruction(2008)” เขียนโดย Dr.Mastrandrea ยังได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ด้วยว่า จริงๆแล้วผู้รับจ้างนั้นควรจะได้รับในส่วนที่เรียกว่า Head Office Overheads คือค่าใช้จ่ายต่างๆที่สำนักงานใหญ่ของผู้รับจ้างต้องใช้สำหรับการทำงานก่อสร้างโครงการนี้ เพราะเป็นค่าใช้จ่ายที่ต้องยอมรับว่าเป็นหนึ่งในประโยชน์ที่ผู้รับจ้างจะต้องได้รับจากการทำงานก่อสร้างภายใต้สัญญา<sup>251</sup>

4. ถ้างานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปก่อนเลิกสัญญานั้นมีความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้น ค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมงานดังกล่าวแม้ภายหลังจากเลิกสัญญาแล้วย่อมเป็นของผู้รับจ้างทั้งสิ้น<sup>252</sup>

5. ถ้าผู้รับจ้างก่อสร้างงานเสร็จล่าช้ากว่ากำหนดเวลาแล้วเสร็จตามสัญญา โดยมิใช่ความผิดของผู้ว่าจ้าง ดังนั้น ผู้รับจ้างมีความรับผิดชอบที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายล่วงหน้า (Liquidated Damages) อันเนื่องมาจากงานล่าช้า<sup>253</sup>

6. สำหรับกรณีเลิกสัญญาอย่างสมเหตุสมผลโดยผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะทำงานนั้นเองจนจบโครงการ หรือหากไปจ้างผู้รับจ้างรายอื่นมาทำงาน ผู้ว่าจ้างก็สามารถเรียกร้องค่าใช้จ่ายตรงส่วนนี้ได้ โดยจะต้องนำมาคิดว่า ต้องเสียค่าจ้างเพิ่มเติมจากค่าจ้างผู้รับจ้างรายเดิมไปเท่าไร เพื่อให้งานเสร็จสิ้น ทั้งนี้จะต้องเป็นค่าจ้างที่สมเหตุสมผลด้วย<sup>254</sup>

7. ภายหลังจากการเลิกสัญญาแล้ว ในส่วนของหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา (Performance Bond), หนังสือค้ำประกันจากทางบริษัทแม่ (Parent Company Guarantee) และ หลักประกันต่างๆตามสัญญาอาจถูกบังคับชำระหนี้<sup>255</sup>

8. สำหรับประเด็นเรื่องเบี้ยปรับนั้น กฎหมายอังกฤษมีการเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายเดิมโดยให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา กล่าวคือ หากคู่สัญญาตกลงในเรื่องค่าเสียหายล่วงหน้ากันไว้เท่าไร ศาลจะบังคับให้ตามนั้น แม้จะสูงเกินกว่าค่าเสียหายที่ควรจะเป็นก็ตาม<sup>256</sup>

<sup>251</sup> Ibid, page66.

<sup>252</sup> Ibid, page 66-67.

<sup>253</sup> Ibid, page 58-59.

<sup>254</sup> Ibid. page 59.

<sup>255</sup> Ibid, page 67.

<sup>256</sup> สิริินภา ไทรนนทรี, ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายหลังการเลิกสัญญา, หน้า 200.

นอกจากนี้การเลิกสัญญาก่อสร้างและผลของการเลิกสัญญานั้น อาจเกิดจากการที่มีข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใดระบุเหตุให้สามารถเลิกสัญญาได้ซึ่งคู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติตามข้อสัญญานั้น<sup>257</sup> ซึ่งอังกฤษได้มีมาตรฐานสัญญาก่อสร้างที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับทั่วโลก คือ สัญญาก่อสร้างของ JCT (Joint Contracts Tribunal) ทั้งนี้ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 2

**โดยสรุป** เนื่องจากกฎหมายอังกฤษนั้นเป็นกฎหมายในระบบ Common Law กล่าวคือ เป็นระบบกฎหมายที่ไม่มีประมวลกฎหมาย โดยยึดแนวคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก ดังนั้น การศึกษาเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างจึงต้องไปศึกษาถึงแนวคำพิพากษาของศาลตั้งซึ่งได้วางแนวการพิจารณาการเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิม และแบบไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิมไว้ ทั้งนี้ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น จากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษนั้นพบว่า ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกร้องค่าแห่งการงานที่ตนเองได้ทำไปได้ในกรณีที่ผู้รับจ้างได้บอกเลิกสัญญาอย่างสมเหตุสมผล นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างจงใจละทิ้งหน้าที่ของตนตามสัญญา ผู้รับจ้างมีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างสำหรับงานที่ตนได้ทำไปโดยมีสิทธิเรียกกำไรตรงส่วนนี้ได้ด้วย แต่หากเป็นกรณีที่เลิกสัญญาอย่างสมเหตุสมผลโดยผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิทำงานนั้นต่อไปเองจนเสร็จสิ้นหรือจะจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้ามาทำงานนั้นแทนผู้รับจ้างเดิมก็ได้ หากต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากสัญญา ผู้ว่าจ้างก็มีสิทธิเรียกร้องจากผู้รับจ้างได้ด้วย

#### 4.1.3 กฎหมายเยอรมัน

เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2017 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของเยอรมัน(Bundestag) ได้ผ่าน ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เรื่อง กฎหมายสัญญาก่อสร้าง สำหรับการเปลี่ยนแปลงความรับผิดชอบทางการค้า(Commercial Liability)<sup>258</sup> และเพื่อส่งเสริมการคุ้มครองกระบวนการทางกฎหมายแพ่ง (Reinforcement of Civil Procedural Legal Protection) ภายหลังจากการประชุมวุฒิสภา (Bundesrat) ได้อนุมัติกฎหมายดังกล่าวออกมาในวันที่ 31 มีนาคม 2017 กฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้มีความตั้งใจในการทำให้กฎหมายก่อสร้างของภาคเอกชนมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อแก้ปัญหาอุปสรรคต่างๆ กฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้ต้องการให้การปฏิบัติทางกฎหมาย

<sup>257</sup> Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.61-62

<sup>258</sup> Commercial liability is a type of insurance policy that provides coverage to a business for bodily injury, personal injury and property damage caused by the business' operations, products, or injury that occurs on the business' premises.

(Legal practice)ที่มีความซับซ้อนให้เข้าใจง่ายและชัดเจนมากขึ้น ในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (the German Civil Code (BGB)) ในครั้งนี้ได้เพิ่มเรื่อง “สัญญาก่อสร้าง(Construction Contract)” ไว้เป็นการเฉพาะเป็นครั้งแรก โดยได้ให้สิทธิผู้ว่าจ้าง หรือ ผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญา และ กำหนดหน้าที่ของผู้รับจ้างในการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างให้ถูกต้องตามแบบก่อสร้างที่ได้ตกลงกันไว้กับผู้บริโภค นอกจากนี้ในส่วนของสัญญาจ้างออกแบบนั้นก็ได้กำหนดหน้าที่ที่นักออกแบบและวิศวกรพึงมีเอาไว้ด้วย<sup>259</sup>

อย่างที่ได้อธิบายไปข้างต้นนั้น ในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในครั้งนี้ ต้องการขยายการปกป้องสิทธิของผู้บริโภคในกฎหมายสัญญาก่อสร้าง อีกด้านหนึ่ง คือ ต้องการทำให้ข้อสัญญาต่าง ๆ นั้นมีความชัดเจนสำหรับกฎหมายก่อสร้างที่มีความซับซ้อน

สำหรับเรื่องผลของการเลิกสัญญาประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้มีข้อกำหนดเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างเป็นการเฉพาะทั้งนี้จะต้องไปดูในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เรื่องสัญญาจ้างทำของ และดูประกอบกับผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันด้วย

การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายแพ่งเยอรมันในครั้งนี้ก็ได้ให้ กฎหมายก่อสร้างของภาคเอกชน (Private Construction Law) กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแพ่งเยอรมัน สำหรับเรื่องผลของการเลิกประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้มีข้อกำหนดเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างเป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง จึงต้องไปดูในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเรื่องสัญญาจ้างทำของ (§ 631 BGB)<sup>260</sup> กฎหมายนี้ใช้กับทุกสัญญาจ้างทำของ รวมถึงสัญญาก่อสร้างด้วย

ทั้งนี้จะอธิบาย ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายเยอรมัน ตามลำดับดังต่อไปนี้

<sup>259</sup> Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.61-62

<sup>260</sup> § 631 German Civil Code (BGB) Contractually typical obligations in the work contract

(1) The contract of employment obliges the entrepreneur to produce the promised work and the orderer to pay the agreed remuneration.

(2) The object of the work contract may be the production or alteration of a thing as well as another result of work or service.



1.ผลของการทำให้สัญญาจ้างทำของสิ้นสุดนั้นจะบัญญัติไว้ใน มาตรา § 648 BGB และ § 648a BGB โดยมาตรา 648 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้บัญญัติถึง สิทธิของผู้ว่าจ้างในการทำให้สัญญาจ้างทำของสิ้นสุดได้(Termination) รวมตลอดจนได้บัญญัติเรื่องผลของการทำให้สัญญาสิ้นสุดลงไปในมาตรานี้ด้วย

### **“มาตรา 648 สิทธิของผู้ว่าจ้างในการทำให้สัญญาสิ้นสุด**

“ผู้ว่าจ้างอาจทำให้สัญญาสิ้นสุดในเวลาใด ๆ ก่อนงานเสร็จสมบูรณ์ก็ได้ ถ้าผู้ว่าจ้างทำให้สัญญาสิ้นสุด ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างตามที่ตกลงกันได้ อย่างไรก็ตาม ผู้รับจ้างต้องอนุญาตให้นำเงินที่ผู้รับจ้างประหยัดค่าใช้จ่ายไปเนื่องจากการทำให้สัญญาสิ้นสุด หรือ เงินที่ผู้รับจ้างได้รับ หรือ จงใจละลายที่จะรับจากการไปทำงานที่จ้างอื่นมาหักลบจากเงินค่าจ้างที่ตกลงกันได้ด้วย ทั้งนี้ให้สันนิษฐานว่า ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างในอัตราร้อยละ 5 ของค่าการงานส่วนที่ผู้รับจ้างยังไม่ได้ทำตามสัญญา”<sup>261</sup>

2.นอกจากข้อ 1 แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังให้สิทธิทั้งผู้ว่าจ้าง และ ผู้รับจ้าง ในการทำให้สัญญาสิ้นสุดลงได้ด้วยโดยอ้างเหตุสำคัญตามมาตรา 648a ตลอดจนได้บัญญัติถึงผลของการทำให้สัญญาจ้างทำของสิ้นสุดลงในลักษณะนี้ไว้ด้วย

### **“มาตรา 648a<sup>262</sup> การทำให้สัญญาสิ้นสุดลงเนื่องจากเหตุสำคัญ**

<sup>261</sup> § 648 Kündigungsrecht des Bestellers

Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

<sup>262</sup> § 648a Kündigung aus wichtigem Grund

(1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

(2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.

(3) § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

- (1) คู่สัญญาสามารถทำให้สัญญาลิ้นสุดได้หากมีเหตุสำคัญเกิดขึ้น โดยมีพักต้องแจ้ง  
 เตือนก่อน เหตุสำคัญเกิดขึ้นเมื่อหากพิจารณาพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดีและ  
 ผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายแล้ว ไม่มีเหตุผลใดที่จะคาดหวังให้คู่สัญญาฝ่ายที่  
 ต้องการทำให้สัญญาลิ้นสุดต้องผูกพันตามสัญญาไปจนกว่างานจะเสร็จอีกต่อไป
- (2) การทำให้สัญญาลิ้นสุดแต่เพียงบางส่วนนั้นสามารถทำได้ โดยมีเงื่อนไขว่า การทำให้  
 สัญญาลิ้นสุดในลักษณะดังกล่าวสัมพันธ์กับส่วนหนึ่งของงานตามสัญญาที่สามารถ  
 แยกออกมาได้
- (3) ให้นำมาตรา 314(2) และ (3)<sup>263</sup> มาบังคับใช้โดยอนุโลม<sup>264</sup>

---

(4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.

(5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

(6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

<sup>263</sup> Section 314 Termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation

(1) Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period.

(2) If the compelling reason consists in the breach of a duty under the contract, the contract may be terminated only after the expiry without result of a period specified for relief or after a warning notice without result. Section 323 (2) number 1 und 2 applies, with the necessary modifications, as regards the dispensability of specifying a period for such relief and as regards the dispensability of a warning notice. Specifying a period for relief and issuing a warning notice can also be dispensed with if special circumstances are given which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate termination.

(3) The person entitled may give notice only within a reasonable period after obtaining knowledge of the reason for termination.

(4) The right to demand damages is not excluded by the termination.

<sup>264</sup> โปรดดูบทที่ 3 กฎหมายเยอรมัน มาตรา 314

- (4) หลังจากการทำให้สัญญาสิ้นสุดลง คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มาเข้าร่วมในการประเมินสถานะของผลงานที่ทำได้ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการเข้าร่วมดังกล่าว หรือ ไม่เข้าร่วมภายในระยะเวลาอันสมควร คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวมีภาระในการพิสูจน์สถานะของผลงาน ณ เวลาที่ทำให้สัญญาลิ้นสุด เว้นเสียแต่ว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นมิได้เข้าร่วมการประเมินสถานะของผลงานเป็นเพราะพฤติการณ์ที่เขาไม่ต้องรับผิดชอบและเขาได้แจ้งพฤติการณ์ดังกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบแล้วโดยไม่ชักช้า
- (5) หากมีการทำให้สัญญาสิ้นสุดเนื่องจากเกิดเหตุสำคัญ ผู้รับจ้างมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ว่าจ้างชดใช้เงินเพียงเท่าส่วนของงานที่ผู้รับจ้างได้ทำลง ณ เวลาที่ทำการทำให้สัญญาลิ้นสุด
- (6) การที่สัญญาสิ้นสุดลงไม่ตัดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย”

จากมาตรา 648a เรื่อง ผลของการที่สัญญาจ้างทำของสิ้นสุดลงโดยอาศัยเหตุสำคัญ นั้น จะมีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 391 ของไทย กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาใช้สิทธิทำให้สัญญาสิ้นสุดลงแล้ว ให้สิทธิในการที่จะเรียกร้องค่าแห่งการงานที่ได้ทำไปด้วย (มาตรา 648a(4),648a(5)) นอกจากนี้ก็ยังมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหาย(มาตรา 648a(6))ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้สิ่งที่เพิ่มเติมขึ้นแตกต่างจากมาตรา 391 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คือ การกำหนดวิธีการในการร่วมกันประเมินสถานะของผลงานที่ทำได้( มาตรา 648a(4)) หากไม่มาร่วมประเมินสถานะของผลงานดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมจะต้องมีภาระการพิสูจน์สถานะของผลงาน เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ไม่จำเป็นต้องมาร่วมประเมินสถานะของผลงาน ยิ่งไปกว่านั้นยังกำหนดให้สัญญาจ้างทำของสามารถสิ้นสุดไปบางส่วนได้ด้วย ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 648a(2) นอกจากนี้มาตรา 648a(3) ยังให้นำ มาตรา 314(2) และ (3) มาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย

3. คู่สัญญาจ้างทำของสามารถเลิกสัญญาแบบ Rücktritt ได้โดยผลของกฎหมาย ทั้งนี้ บัญญัติไว้ในมาตรา 323-326<sup>265</sup> และเมื่อสัญญาเลิกกัน จะเกิดผลตามมาตรา 346 ผลจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิม(Effects of Revocation)<sup>266</sup>

<sup>265</sup> Section 323

Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract\*)

---

(1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.

(2) The specification of a period of time can be dispensed with if

1. the obligor seriously and definitively refuses performance,
2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within the period specified is of essential importance to the obligee, or
3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.

(3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead.

(4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met.

(5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial.

(6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance.

Section 324 Revocation for breach of a duty under section 241 (2)

If the obligor, in the case of a reciprocal contract, breaches a duty under section 241 (2), the obligee may revoke the contract if he can no longer reasonably be expected to uphold the contract.

Section 325

Damages and revocation

The right to demand damages in the case of a reciprocal contract is not excluded by revocation.

Section 326

Release from consideration and revocation where the duty of performance is excluded<sup>\*)</sup>

(1) If, under section 275 (1) to (3), the obligor is not obliged to perform, there is no entitlement to consideration; in the case of part performance, section 441 (3) applies with the necessary modifications. Sentence 1 does not apply if the obligor, in the case of failure to perform in conformity with the contract, does not, under section 275 (1) to (3), have to effect cure.

(2) If the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance due to which the obligor does not, under section 275 (1) to (3), have to effect cure, or if this circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance, the obligor retains

เมื่อพิจารณา มาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันข้างต้นนั้น จะพบว่าคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยในเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิม และการชดเชยซึ่งค่าแห่งการงานนั้นจะใช้คืนสำหรับค่าแห่งการงานที่เป็นโยชน์ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่จะมีรายละเอียดในแต่ละเรื่องเยอะกว่ามาก ดังที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น

**จากที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้นถึงหลักกฎหมายเยอรมันในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ พบว่า ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของนั้นมีทั้งการทำให้สัญญาสิ้นสุดที่มีผลไปในอนาคต (Kündigung) และ การเลิกสัญญาที่มีผลไปในอดีต คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม(Rücktritt)**

**โดยสรุป** เรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายเยอรมันนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น เป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง จึงต้องนำบทบัญญัติในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของมาบังคับใช้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติ ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของไว้เป็นการเฉพาะ โดยผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของนั้นมีทั้งแบบการเลิกสัญญาที่ผลของการเลิกสัญญาเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งกฎหมายแพ่งเยอรมันจะใช้คำว่า “Rücktritt”<sup>267</sup> และการสิ้นสุดสัญญาที่มีผลไปในอนาคตซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันใช้คำว่า “Kündigung”<sup>268</sup> และได้มีการปรับปรุงแก้ไขใหม่และประกาศใช้ในปี 2018 ตามที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น นอกจากนี้ยังต้องนำบทบัญญัติ เรื่อง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไป มาปรับใช้ควบคู่กันไปด้วย

---

the entitlement to consideration. However, he must allow to be credited against him what he saves due to release from performance or acquires or wilfully fails to acquire from other use of his labour.

(3) If the obligee demands, under section 285, return of reimbursement obtained for the object owed or assignment of the claim to reimbursement, he remains obliged to render consideration. However, the latter is reduced under section 441 (3) to the extent that the value of the reimbursement or of the claim to reimbursement falls short of the value of the performance owed.

(4) To the extent that the consideration that is not owed under this provision is effected, what is performed may be claimed back under sections 346 to 348.

(5) If, under section 275 (1) to (3), the obligor does not have to perform, the obligee may revoke; section 323 applies with the necessary modifications to the revocation, subject to the proviso that it is not necessary to specify a period of time.

<sup>266</sup> โปรดดูคำอธิบายการเลิกสัญญาแบบ Rücktritt ในบทที่ 3 กฎหมายเยอรมัน มาตรา 346

<sup>267</sup> มาตรา 346 ผลของการเลิกสัญญา German Civil Code(BGB)

<sup>268</sup> มาตรา 648 สิทธิของผู้ว่าจ้างในการทำให้สัญญาสิ้นสุดและ มาตรา 648a การทำให้สัญญาสิ้นสุดเนื่องจากเหตุสำคัญ German Civil Code(BGB)

#### 4.1.4 กฎหมายฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเป็นระบบ Civil law คือ ระบบที่มีตัวบทกฎหมายบังคับ สำหรับเรื่อง กฎหมายก่อสร้าง นั้น จะถูกระบุไว้ในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส(French Civil Code) และกฎหมาย Housing and Construction ของฝรั่งเศส<sup>269</sup>

ทั้งนี้ในเรื่องของการเลิกสัญญาก่อสร้างและผลของการเลิกสัญญาก่อสร้างนั้นถูกระบุไว้ในเรื่อง การจ้างทำของ ซึ่งได้มีนิยามของสัญญาจ้างทำของไว้ในมาตรา 1709 และ 1710 คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผูกพันตนที่จะทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะจ่ายค่าจ้างให้ตามราคาที่ได้ตกลงกันไว้<sup>270</sup>

สำหรับเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของนั้น มีระบุไว้ในหลายมาตรา อาทิเช่น

#### มาตรา 1794<sup>271</sup>

ผู้ว่าจ้างอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาจ้างทำของได้โดยลำพังสำหรับสัญญาจ้างทำของที่มีการตกลงสินจ้างไว้แน่นอน แม้ว่าผู้รับจ้างจะเริ่มลงมือทำงานไปแล้วก็ตามไม่ว่าผู้รับจ้างจะได้เริ่มต้นทำงานนั้นแล้วหรือไม่ โดยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อค่าใช้จ่าย การงานที่ทำและสำหรับประโยชน์ทั้งหลายที่ผู้รับจ้างจะได้รับจากสัญญา หากไม่มีการเลิกสัญญา

#### มาตรา 1795 และ 1796<sup>272</sup>

<sup>269</sup> General construction law[Online], Accessed 1 May 2019. Available from: <https://www.dlapiperrealworld.com/law/index.html?c=FR&t=construction>

<sup>270</sup> Article 1709 of French Civil Code

The hiring of things is a contract by which one of the parties binds himself to have the other enjoy a thing during a certain time, and at a charge of a certain price which the latter binds himself to pay him.

Article 1710 of French Civil Code

The hiring of work is a contract by which one of the parties binds himself to do something for the other, at a charge of a price agreed between them.

<sup>271</sup> Article 1794 of French Civil Code

A master may, by his wish alone, terminate a contract at a fixed price, although the work has already begun, by compensating the contractor for all his expenses, for all his works, and for all that he could have earned in that undertaking.

<sup>272</sup> Article 1795 of French Civil Code

A contract of hiring of work is dissolved by the death of the worker, of the architect or of the contractor.

Article 1796 of French Civil Code

เมื่อสัญญาจ้างทำของถูกทำลายไปโดยความตายของผู้รับจ้าง, ของสถาปนิก หรือ ของผู้รับจ้าง ผู้ว่าจ้างผูกพันที่จะต้องจ่ายราคาที่เหมาะสมตามที่ได้ตกลงกันได้ ต้องจ่ายค่าของการทำงานที่ทำได้ และวัสดุอุปกรณ์ต่างๆที่ได้เตรียมไว้แล้ว โดยจ่ายเฉพาะส่วนที่งานหรือวัสดุอุปกรณ์นั้นเป็นประโยชน์ต่อผู้ว่าจ้าง

ทั้งนี้หากเป็นกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายในเรื่องสัญญาจ้างทำของบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ จะนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เรื่องความรับผิดในสัญญาทั่วไปมาบังคับใช้ด้วย<sup>273</sup> อาทิ เช่น

**มาตรา 1146** สำหรับประเด็นเรื่องค่าเสียหายนั้น ลูกหนี้จะต้องชำระค่าเสียหายต่อเมื่อลูกหนี้ได้รับหนังสือบอกกล่าวทวงถามจากเจ้าหนี้ให้ทำหน้าที่ของตนตามสัญญา<sup>274</sup>

**มาตรา 1147** ลูกหนี้จะถูกเรียกให้ชำระค่าเสียหายต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตน การปฏิบัติหน้าที่ของตนที่ล่าช้าออกไป และลูกหนี้ไม่สามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่า เหตุเหล่านี้เกิดจากสาเหตุภายนอกที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากความผิดของลูกหนี้<sup>275</sup>

**มาตรา 1149** ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับเจ้าหนี้ นั้น กฎ คือ สิ่งที่เจ้าหนี้สูญเสียไปจากการผิดสัญญานั้น และ กำไรที่เจ้าหนี้ควรจะได้รับ เว้นแต่จะมีการแก้ไขเป็นอย่างอื่น<sup>276</sup>

But the owner is bound to pay to their succession, in proportion to the price given in the agreement, the value of the works done and that of the materials prepared, only where those works or materials can be useful to him.

<sup>273</sup> Title III: Of contracts and Conventional Obligations in General of French Civil Code

<sup>274</sup> Article 1146 of French Civil Code

Damages are due only where a debtor is given notice to fulfil his obligation, except nevertheless where the thing which the debtor has bound himself to transfer or to do could be transferred or done only within a certain time which he has allowed to elapse."Notice of default may follow from a letter missive where a sufficient requisition results from it" (Act no 91-650 of 9 July 1991).

<sup>275</sup> Article 1147 of French Civil Code

A debtor shall be ordered to pay damages, if there is occasion, either by reason of the non-performance of the obligation, or by reason of delay in performing, whenever he does not prove that the non-performance comes from an external cause which may not be ascribed to him, although there is no bad faith on his part.

<sup>276</sup> Article 1149 of French Civil Code

Damages due to a creditor are, as a rule, for the loss which he has suffered and the profit which he has been deprived of, subject to the exceptions and modifications below.

**มาตรา 1150** ลูกหนี้จะรับผิดชอบค่าเสียหายที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้า หรือ สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในเวลาที่ทำสัญญา<sup>277</sup>

แต่ทั้งนี้ยังมีอีกหลายมาตราที่ให้สิทธิเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้จากการผิดสัญญาของลูกหนี้

อย่างไรก็ตามหากเป็นสัญญาของภาคเอกชนกับเอกชนนั้น นิยมนำสัญญา FIDIC มาใช้บังคับ ซึ่งปัจจุบันนี้ได้แก้ไขจากเวอร์ชันปี 1999 เป็นปี 2017 แล้ว ทั้งนี้ผู้จัดทำได้อธิบายโดยละเอียดในบทที่ 2 แล้ว

เมื่อศึกษาในเรื่องของผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายของทั้งประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน และ ประเทศฝรั่งเศสแล้ว ในลำดับต่อไป ผู้เขียนจะอธิบายถึง กรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญาด้วย โดยจะศึกษาทำความเข้าใจว่า ผลของการที่คู่สัญญาได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ในสัญญาแล้ว ตามกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส มีความเหมือนหรือความแตกต่างกันอย่างไรบ้าง

## 4.2 กรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา

### 4.2.1 กฎหมายไทย

จากที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 3 ในเรื่องของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract) ซึ่งกฎหมายไทยได้รับรองไว้ในมาตรา 151 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

นั่นแสดงให้เห็นว่า คู่สัญญาสามารถตกลงกันอย่างไรก็ได้แม้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายก็สามารถตกลงได้ แต่ทั้งนี้ความตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติในกฎหมายนี้ ต้องมิใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิเช่นนั้นข้อตกลงนั้นจะเป็นโมฆะ เสียเปล่า ใช้บังคับแก่กันมิได้

เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีการบัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างเอาไว้ และบทบัญญัติเฉพาะอย่างเรื่องสัญญาจ้างทำของก็มีได้บัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้

<sup>277</sup> Article 1150 of French Civil Code

A debtor is liable only for damages which were foreseen or which could have been foreseen at the time of the contract, where it is not through his own intentional breach that the obligation is not fulfilled.



จึงต้องนำบทบัญญัติทั่วไปเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไปไปตามมาตรา 391 มาใช้ ซึ่งผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 นั้นให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม หากกลับคืนสู่ฐานะเดิมมิได้ให้ใช้ค่าแห่งการทำงาน ให้ใช้ค่าใช้ทรัพย์ ตามมาตรา 391 วรรคสาม ทั้งนี้จึงเกิดประเด็นปัญหาขึ้นว่า หากคู่สัญญาตกลงในเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างให้แตกต่างจากบทบัญญัติของมาตรา 391 ได้หรือไม่ ผลของข้อตกลงเหล่านั้นจะเป็นอย่างไร

**ประการแรก** บทบัญญัติในมาตรา 391 นั้นมิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะผลของการเลิกสัญญานั้นกระทบเพียงคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเท่านั้นหาได้กระทบไปยังบุคคลภายนอกหรือสังคมส่วนรวมไม่ ดังนั้น คู่สัญญาจึงสามารถตกลงผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างให้แตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ได้

**ประการสุดท้าย** เมื่อศึกษาจากคำพิพากษาฎีกาแล้วพบว่า ศาลฎีกาตัดสินให้สิทธิคู่สัญญาในการตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างที่แตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ว่าสามารถบังคับได้ตามแต่ที่ได้ตกลงกันไว้ ทั้งนี้ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจดังต่อไปนี้

**คำพิพากษาฎีกาที่ 3005-3006/2517** กรมราชทัณฑ์จำเลยจ้างเหมาโจทก์ให้ก่อสร้างตึกโรงพิมพ์ โจทก์ทำงานไม่แล้วเสร็จตามสัญญา และจำเลยได้บอกเลิกสัญญาแล้ว ตามสัญญาให้อำนาจจำเลยริบการงานที่ทำไว้แล้วได้รวมทั้งจัดให้ผู้อื่นเข้าทำการงานนั้นต่อไป โดยผู้รับจ้างยอมใช้ค่าเสียหายให้ทั้งสิ้น ดังนั้นบรรดาสัมภาระและวัสดุที่เหลืออยู่ในที่ก่อสร้างเป็นส่วนหนึ่งของการงานที่โจทก์ทำค้างไว้ จำเลยจึงมีสิทธิที่จะริบได้ ส่วนเครื่องผสมคอนกรีตมิใช่การงานที่ได้ทำไว้ แต่เป็นเครื่องใช้หรือเครื่องมือในการประกอบการงานของโจทก์เท่านั้น จำเลยหาอาจริบได้ไม่

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้ ผู้เขียนสรุปได้ว่า

1. ข้อตกลงที่ระบุว่า ให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิริบงานที่ผู้รับจ้างทำไว้แล้ว รวมทั้งจัดให้ผู้อื่นเข้าทำการงานนั้นต่อไป โดยผู้รับจ้างยอมใช้ค่าเสียหายให้ทั้งสิ้นนั้น สามารถตกลงกันได้ ทั้งๆที่เป็นการตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ซึ่งเมื่อเลิกสัญญาแล้วคู่สัญญาจำต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม หากไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ จะต้องมีการใช้ค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปด้วย แต่ข้อตกลงนี้กำลังยกเว้นผลของการเลิกสัญญาในมาตรา 391 วรรคสาม ในเรื่องการชดใช้ค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้าง

ได้ทำไปกลับให้สิทธิผู้ว่าจ้างที่จะรับงานของผู้รับจ้างได้ โดยผู้ว่าจ้างไม่ต้องชดใช้ค่าแห่งการงานตามข้อตกลงในสัญญาได้

2. สำหรับข้อตกลงที่ให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิรับงานที่ผู้รับจ้างทำไว้แล้วนั้น ศาลฎีกาตัดสินว่า สัมภาระและวัสดุที่เหลืออยู่ในที่ก่อสร้างจัดเป็นส่วนหนึ่งของการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำค้างไว้ ดังนั้นผู้ว่าจ้างมีสิทธิรับได้ ส่วนเครื่องคอนกรีตนั้น ศาลฎีกาตัดสินว่า ไม่ใช่งานที่ผู้รับจ้างทำไว้ จึงไม่สามารถรับได้

แต่อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ศักดิ์ สอนงชาติ ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ด้วยว่า การตกลงที่ทำได้ล่วงหน้าว่า แม้ในกรณีที่มีการเลิกสัญญาเพราะเหตุอื่นอันโทษลูกหนี้ไม่ได้ ก็ให้เจ้าหนี้รับทรัพย์หรือการงานที่ได้กระทำไว้แล้วของลูกหนี้ได้โดยไม่ต้องชดใช้เงินตอบแทนนั้น น่าจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะ มาตรา 151<sup>278</sup> ด้วยความเคารพเนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 นั้น มีใช้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น คู่สัญญาจึงสามารถตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันให้แตกต่างจากมาตรา 391 ได้ ข้อตกลงที่แตกต่างจากมาตรา 391 นั้นไม่ตกเป็นโมฆะ

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 458/2524** โจทก์ผู้รับจ้างได้รับจ้างจำเลยผู้ว่าจ้างในการหล่อและปิดเสาพาดสายโทรเลข สัญญาจ้างมีข้อความว่า ถ้าผู้รับจ้างผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใด ให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ และผู้รับจ้างยินยอมให้สิ่งก่อสร้างและสัมภาระอุปกรณ์ในการก่อสร้างของผู้รับจ้างตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างโดยไม่ต้องใช้ราคาแก่ผู้รับจ้าง โจทก์ผิดสัญญาใช้เสาผิดแบบและก่อสร้างไม่ทันกำหนด จำเลยบอกเลิกสัญญาแล้วใช้สิทธิรับสิ่งก่อสร้างหรือผลงานที่โจทก์ทำมาแล้ว ดังนี้ กรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างดังกล่าวตกเป็นของจำเลยแล้วโดยจำเลยไม่ต้องใช้ราคา เมื่อเป็นดังนี้แล้ว จำเลยไม่เสียหายแต่ประการใด จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้โจทก์ชดใช้ค่าเสียหายเพราะเสาผิดแบบและขาดจำนวนอีก

ศาลฎีกาตัดสินว่า ข้อตกลงให้ผู้ว่าจ้างรับเอาสิ่งก่อสร้างหรือผลงานโดยไม่ต้องใช้ราคาเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการที่ผู้รับจ้างให้สัญญาว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นที่มีใช้จำนวนเงินให้เป็น

<sup>278</sup> ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมสัญญา(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551). หน้า 517

เบี้ยปรับแก่ผู้ว่าจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 382 ถ้าเบี้ยปรับนี้สูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจที่จะลดลงให้เหลือเป็นจำนวนพอสมควรได้ตามมาตรา 383 (อ้างอิงคำพิพากษาฎีกา(ประชุมใหญ่) ครั้งที่ 3/2524)

เมื่อจำเลยริบเอาสิ่งก่อสร้างหรือผลงานของโจทก์ไว้เป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลยและศาลลดเบี้ยปรับให้โจทก์โดยลดให้คิดเป็นจำนวนเท่ากับเงินค่าปรับ ค่าค่างานและค่าเครื่องอุปกรณ์การก่อสร้าง เหลือใช้ที่โจทก์จะต้องชดใช้หรือคืนให้จำเลยแล้ว จึงถือได้ว่าโจทก์ได้ชำระค่าปรับ ค่าค่างานและค่าเครื่องอุปกรณ์การก่อสร้างเหลือใช้ให้แก่จำเลยครบถ้วนแล้วไม่มีหนี้ที่โจทก์จะต้องรับผิดชอบใช้ให้จำเลยอีก จำเลยต้องคืนหนังสือค้ำประกันของธนาคารให้แก่โจทก์

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า มีประเด็นที่น่าสนใจหลายประเด็น ดังนี้

1. ข้อตกลงที่ว่า “ถ้าผู้รับจ้างผิดสัญญาข้อหนึ่งข้อใด ให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ และผู้รับจ้างยินยอมให้สิ่งก่อสร้างและสัมภาระอุปกรณ์ในการก่อสร้างของผู้รับจ้างตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างโดยไม่ต้องใช้ราคาแก่ผู้รับจ้าง” นั้น ศาลฎีกายอมรับในข้อตกลงนี้ว่าสามารถตกลงได้ ทั้งๆที่เป็นข้อตกลงที่แตกต่างจากมาตรา 391 เรื่องผลของการเลิกสัญญา โดยศาลฎีกาตัดสินให้ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิริบสิ่งก่อสร้างหรือผลงานที่ผู้รับจ้างทำมาแล้ว กรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างตกเป็นของผู้ว่าจ้างโดยผู้ว่าจ้างไม่ต้องใช้ราคา

2. ข้อตกลงที่ระบุให้ “ผู้ว่าจ้างริบเอาสิ่งก่อสร้างหรือผลงานโดยไม่ต้องใช้ราคา” นั้นมีลักษณะเป็นการที่ผู้รับจ้างให้สัญญากับผู้ว่าจ้างว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นอันมิใช่จำนวนเงินให้เป็นเบี้ยปรับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 382<sup>279</sup> ซึ่งถ้าหากว่าเบี้ยปรับนั้นสูงเกินส่วนศาลมีอำนาจปรับลดลงได้เป็นจำนวนพอสมควร ตามมาตรา 383<sup>280</sup>

3. เมื่อศาลฎีกามองว่าเป็นเรื่องเบี้ยปรับ ศาลมีอำนาจปรับลดได้ตามกฎหมาย ศาลฎีกาจึงตัดสินโดย คิดเป็นจำนวนเท่ากับเงินค่าปรับ ค่าค่างานและค่าเครื่องอุปกรณ์การก่อสร้าง ซึ่งต้องถือว่า

<sup>279</sup> มาตรา 382 ถ้าสัญญาว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ให้เป็น เบี้ยปรับ ไม่ใช่ใช้เป็นจำนวนเงินไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่ง มาตรา 379 ถึง 381 มาใช้บังคับ แต่ถ่าเจ้าหนี้ เรียกเอาเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้อง ค่าสินไหมทดแทนก็เป็นอันขาดไป

<sup>280</sup> มาตรา 383 ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้วสิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป

ผู้รับจ้างได้ชำระทั้งค่าปรับ ค่าคุมงาน และค่าเครื่องอุปกรณ์การก่อสร้างเหลือใช้ให้แก่ผู้ว่าจ้างครบถ้วนแล้ว ไม่มีหนี้ต่อกันแล้ว ผู้ว่าจ้างจึงต้องคืนหนังสือค้ำประกันให้ผู้รับจ้าง กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างก็ไม่มีสิทธิยึดหนังสือค้ำประกันที่ผู้รับจ้างได้วางไว้ได้แล้ว เนื่องจากไม่มีสิ่งใดที่ผู้ว่าจ้างจะเรียกร้องเอาจากหนังสือค้ำประกันเหล่านั้นได้แล้ว จึงต้องคืนให้ผู้รับจ้าง

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ผู้รับจ้างตกลงไม่เรียกร้องค่าเสียหายอย่างใดๆเมื่อผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาด้วย ศาลฎีกาได้ตัดสินในเรื่องนี้ไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 1556/2559 โดยตัดสินไว้ว่า ข้อสัญญานี้หมายถึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการบอกเลิกสัญญาเท่านั้น แต่ผู้รับจ้างไม่เสียสิทธิในการได้รับการใช้เงินตามควรค่าแห่งการงานที่ทำนั้นเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมตาม มาตรา 391 ค่าแห่งการงานตามมาตรา 391 นั้นไม่จำเป็นต้องตีราคางานตรงตามงวดที่ระบุไว้ในสัญญา

จากคำพิพากษาฎีกานี้ทำให้เข้าใจได้ว่า เมื่อคู่สัญญาตกลงกันไว้ว่า ผู้รับจ้างไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอย่างใดๆเมื่อผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญา ศาลจะบังคับให้ตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ แม้เป็นข้อตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 วรรคท้าย ที่ให้สิทธิคู่สัญญาในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ ตรงจุดนี้ทำให้เห็นได้ว่า มาตรา 391 นั้นมิใช่บทกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาสามารถตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ได้

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลเห็นว่า ในส่วนของค่าการงานนั้น คู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ ดังนั้นจึงต้องนำผลของการเลิกสัญญาทั่วไปตามมาตรา 391 มาใช้ คือ เมื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้ คู่สัญญาต้องใช้ค่าแห่งการงานที่คู่สัญญาได้ทำไปด้วย และสุดท้าย คือ ค่าแห่งการงานตามมาตรา 391 นั้น ไม่จำเป็นต้องตีราคางานตรงตามงวดที่ระบุไว้ในสัญญา

โดยสรุป คำพิพากษาฎีกาที่ 1556/2559 ทำให้เห็นได้ว่า หากคู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้อย่างหนึ่งซึ่งมิได้ครบถ้วนตามผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 ในส่วนที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญากันเอาไว้ ศาลฎีกาจะตัดสินโดยนำผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 มาปรับใช้แก่คดีด้วย

จากตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ได้ยกมานั้น ทำให้เข้าใจได้ว่า คู่สัญญาในสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น สามารถตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างให้แตกต่างจากผลของการเลิก

สัญญา ตามมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้ ผลของข้อตกลงเหล่านั้น สมบูรณ์ ใช้บังคับได้ แต่หากว่า คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญาในเรื่องใดซึ่งมาตรา 391 ให้สิทธิคู่สัญญาที่จะเรียกร้องเอาได้ ศาลฎีกาจะนำบทบัญญัติในมาตรา 391 มาปรับใช้แก่คดีด้วย และสำหรับกรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับ เบี้ยปรับ ศาลก็มีอำนาจปรับลดลงได้เป็นจำนวนพอสมควรตามมาตรา 383

#### 4.2.2 กฎหมายอังกฤษ

สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้นแม้ไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เมื่อ ศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษแล้วทำให้เห็นว่า กฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้นมีหลักที่สำคัญหลักหนึ่งเช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract) กล่าวคือ คู่สัญญามีเสรีภาพในการตกลงทำสัญญากับใครก็ได้ ตกลงทำสัญญาในเรื่องอะไรก็ได้ แต่ทั้งนี้ ก็มีกรอบของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่ด้วยเช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หากข้อตกลงที่ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติขัดต่อความสงบเรียบร้อย ข้อตกลงนั้นใช้บังคับไม่ได้

สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้าง หากมีข้อสัญญาระบุเรื่องเหตุแห่งการเลิกสัญญาและผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้อย่างไร ให้สามารถบังคับได้ตามนั้น ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ ต่อเนื่องกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง ผลของการเลิกสัญญาจึงเป็นการสิ้นสุดสัญญาไปอนาคต แต่อย่างไรก็ตามหากว่าคู่สัญญากำหนดผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างให้เป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ก็สามารถทำได้ สามารถบังคับตามความตกลงระหว่างคู่สัญญาได้<sup>281</sup>

#### 4.2.3 กฎหมายเยอรมัน

ตามที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 3 ถึงการยอมรับหลักการเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของเยอรมัน แต่อย่างไรก็ตามก็มีข้อจำกัดอยู่บ้าง กล่าวคือ ความตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายใช้ได้เว้นแต่เป็นความตกลงที่แตกต่างจากข้อห้ามตามกฎหมาย ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา

<sup>281</sup>

Wim Sindall plc v Cambridgeshire County Council, (Refer to Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law( 2nd Edition), 2017, p.35

134<sup>282</sup> และความตกลงนั้นจะต้องไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 138(1)<sup>283</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันด้วย ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 3 นั้น นอกจากนี้เยอรมันยังได้มีการควบคุมมาตรฐานสัญญาในทางธุรกิจในทุกประเภทสัญญาด้วย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่สัญญาในทางธุรกิจ ทำให้ราคาเป็นราคาที่เหมาะสม และไม่เอาเปรียบซึ่งกันและกันทางธุรกิจจนเกินไป

สำหรับเรื่องความตกลงในเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นซึ่งตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 648, 648a และมาตรา 346 ผู้เขียนเห็นว่าสามารถทำได้ และบังคับใช้ได้ระหว่างคู่สัญญาด้วย เพราะจะเห็นว่ากฎหมายเยอรมันนั้นได้ให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา อาทิเช่น ในเรื่องเบี้ยปรับตามที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 3 กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถตกลงเรื่องการเรียกร้องเบี้ยปรับกันไว้ได้ ศาลจะบังคับให้ตามนั้น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายเยอรมันยังให้ความยุติธรรมเพิ่มเติมตรงส่วนนี้ด้วย หากว่า เบี้ยปรับที่ได้กำหนดไว้นั้นต่ำกว่าความเสียหายที่แท้จริง เจ้าหนี้มีภาระในการพิสูจน์ว่าความเสียหายที่แท้จริงนั้นมากกว่า หากพิสูจน์ได้ ศาลก็จะบังคับให้ลูกหนี้ชดใช้ในฐานที่เป็นค่าสินไหมทดแทนซึ่งสามารถเรียกได้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 340 วรรคสอง<sup>284</sup>

---

<sup>282</sup> Section 134 Statutory prohibition (German Civil Code)

A legal transaction that violates a statutory prohibition is void, unless the statute leads to a different conclusion.

<sup>283</sup> Section 138 Legal transaction contrary to public policy; usury

(1) A legal transaction which is contrary to public policy is void.

(2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance.

<sup>284</sup> Section 340 German Civil Code Promise to pay a penalty for nonperformance

(1) If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation, the obligee may demand the penalty that is payable in lieu of fulfilment. If the obligee declares to the obligor that he is demanding the penalty, the claim to performance is excluded.

(2) If the obligee is entitled to a claim to damages for nonperformance, he may demand the penalty payable as the minimum amount of the damage. Assertion of additional damage is not excluded.

ดังนั้น สำหรับกรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายเยอรมันนั้น สามารถทำได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะและไม่ขัดข้อห้ามตามกฎหมาย

#### 4.2.4 กฎหมายฝรั่งเศส

จากที่ได้เคยอธิบายถึงหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ตามกฎหมายฝรั่งเศสในบทที่ 3 มาแล้วนั้น ทำให้เห็นว่า กฎหมายฝรั่งเศสนั้นให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในการที่จะเข้าทำสัญญา หรือไม่เข้าทำสัญญาก็ได้ จะทำความตกลงกับคู่สัญญาคนใดก็ได้ตามแต่ที่จะตกลง สำหรับเนื้อหาสาระในสัญญาก็สามารถตกลงได้ตามเจตนา รวมตลอดถึงรูปแบบของสัญญาด้วย แต่ทั้งนี้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาของกฎหมายฝรั่งเศสมีข้อจำกัดว่า ความตกลงนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี และไม่ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้น หากคู่สัญญานั้นจะมีความตกลงอย่างใดๆในเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ความตกลงนั้นย่อมสามารถทำได้ เว้นแต่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี และขัดต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน นอกจากนี้หากมีบทบัญญัติของกฎหมายเขียนห้ามไว้ก็ไม่สามารถทำได้

สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ ต่อเนื่องกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่งนั้น หากมีข้อตกลงไม่ว่าจะโดยขัดแย้งหรือโดยปริยายที่คู่สัญญาจะสามารถบอกเลิกสัญญาได้ ศาลก็จะบังคับให้ตามแต่ที่คู่สัญญาได้ตกลงนั้น สำหรับกรณีที่เป็นข้อตกลงโดยปริยาย ศาลจะเป็นผู้กำหนดวันที่มีผลเป็นการเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญาในลักษณะนี้จะเป็นการสิ้นสุดสัญญาอันมีผลไปในอนาคต ไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>285</sup> นอกจากนี้แม้ผลของการเลิกสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ ต่อเนื่องกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่งนั้น จะเป็นการสิ้นสุดสัญญาอันมีผลไปในอนาคต แต่อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้<sup>286</sup> ซึ่งศาลก็บังคับให้ตามข้อตกลงนั้น แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงว่าเมื่อเลิกสัญญาซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ

<sup>285</sup>

Comparative Contract Law England, France, Germany(England:Gower, 1994) p.323; จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรมและหนี้, ข้อ 512; จตุพล หวังสุวัฒน์, “ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 71

<sup>286</sup>

เรื่องเดียวกัน, หน้า 71

ต่อเนื่องกันไป ตลอดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผลของการเลิกสัญญาเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม นั้น เป็น ข้อตกลงที่คู่สัญญาสามารถตกลงได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี และไม่ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ข้อตกลงนี้สมบูรณ์ใช้ บังคับได้

#### 4.3 เปรียบเทียบผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ง่ายและชัดเจนขึ้น ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์จึงแบ่งประเด็นในการ เปรียบเทียบออกเป็น 5 ประเด็น ดังต่อไปนี้

1. มีกฎหมายก่อสร้างบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างหรือไม่ หากไม่มีบทกฎหมายเฉพาะบัญญัติถึงผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง มีบทกฎหมายในเรื่องสัญญาจ้างทำของบัญญัติผลของการเลิกสัญญาไว้หรือไม่ นอกจากนี้มีหรือนำบท ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปมาใช้บังคับกับสัญญารับเหมาก่อสร้างหรือไม่

จากที่ได้อธิบายไปตอนต้นของบทที่ 4 นี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องไปดูบทบัญญัติในเรื่องสัญญาจ้างทำ ของ ซึ่งก็ไม่พบมาตราที่บัญญัติเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้ ดังนั้น จึงต้องกลับไปใช้ ผลของการเลิกสัญญาทั่วไป ในมาตรา 391 แทน

สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้น เนื่องจากเป็นกฎหมายในระบบ Common Law ไม่มีตัวบท กฎหมายในการศึกษา จึงต้องไปศึกษาถึงแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษซึ่งได้มีแนวในการพิจารณา ถึงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างเอาไว้มาก โดยศาลอังกฤษได้สร้างหลักต่างๆมากมาย ในการพิจารณาเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้น กฎหมาย ก่อสร้าง ถูกสร้างขึ้นจาก ส่วนสำคัญ 6 ประการของกฎหมาย คือ 1.กฎหมายสัญญา(Contract Law) 2.กฎหมายละเมิด(Law of Tort) 3.ตัวบทกฎหมาย(Legislation) 4.การกระทำผิดหน้าที่ตาม กฎหมาย( Breach of Statutory duty) 5. กฎหมายว่าด้วยเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Law of restitution) 6.กฎหมายอาญา (Criminal Law)

ส่วนกฎหมายเยอรมันนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้ เป็นการเฉพาะ แต่เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น เป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง จึงต้องนำ บทบัญญัติในเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของมาบังคับใช้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้



บัญญัติ ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของไว้เป็นการเฉพาะ และได้มีการปรับปรุงแก้ไขใหม่และประกาศใช้ในปี 2018 นอกจากนี้ยังต้องนำบทบัญญัติ เรื่อง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไป มาปรับใช้ควบคู่กันไปด้วย นอกจากนี้จะบัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้ว เรื่องผลของการเลิกสัญญา รับเหมาก่อสร้างนั้น ยังมีระบุไว้ในมาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้าง VOB/B ซึ่งเป็นมาตรฐานสัญญา ก่อสร้างของประเทศเยอรมันด้วย

สำหรับกฎหมายฝรั่งเศส ไม่ได้มีบทบัญญัติเรื่อง ผลของการเลิกสัญญา รับเหมาก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน แต่มีหมวดในเรื่อง สัญญาจ้างทำของ ซึ่งบัญญัติเรื่องเกี่ยวกับ สัญญา ก่อสร้างลงไว้ด้วย นอกจากนี้ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเรื่องสัญญาจ้างทำของแล้ว ก็จะมีบัญญัติไว้ในหมวดความรับผิดในเรื่องสัญญาทั่วไปด้วยซึ่งมีบัญญัติไว้หลายมาตรา

## 2. มีหลักเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือไม่ หรือเป็นการสิ้นสุดสัญญาที่มีผลไปในอนาคต

สำหรับกฎหมายไทยนั้นเป็นที่ชัดเจนว่า ใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม กล่าวคือ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 391 “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม...” อะไรที่ได้รับกันไว้ ก็ต้องคืนกันทั้งสิ้น เสมือนหนึ่งว่า ไม่เคยมีสัญญาเกิดขึ้นเลย

ส่วนกฎหมายอังกฤษ นั้น มีทั้งการเลิกสัญญาแบบทำลาย (Rescind”, “Recission”) ซึ่งผลของการเลิกสัญญาเช่นนี้ คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้ได้มีแนวคำพิพากษาไปในแนวทางเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต เป็นลักษณะสัญญาสิ้นสุดลง ไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิม คู่สัญญาเป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาจนครบถ้วน แต่หากคู่สัญญามีหนี้บางอย่างติดต่อกันแต่ก่อนจะเลิกสัญญาก็ยังคงจะต้องชดใช้กัน

สำหรับกฎหมายเยอรมันนั้น ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของนั้นมีทั้งการเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต (Kündigung) เป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลง (Termination)<sup>287</sup> มักพบว่าใช้กับสัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น และ การเลิกสัญญาที่มีผลไปในอดีต คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม(Rücktritt)<sup>288</sup> อะไรที่ได้รับกันไว้ตามสัญญา ก็ต้องคืนแก่กันจนหมดสิ้น

<sup>287</sup> Section 648 และ 648a

<sup>288</sup> Section 346 BGB

เสมือนหนึ่งว่า ไม่เคยมีสัญญาต่อกันเลย มักใช้กับกรณีที่ การชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญายังไปไม่ไกลมากนัก เนื่องจากกรณีดังกล่าวนี้ยังอยู่ในวิสัยที่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้

ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของนั้นมีทั้งการเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต(Re'silliation) เป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลง มักใช้กับสัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น ซึ่งสัญญาเหล่านี้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นระยะช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง และ การเลิกสัญญาที่มีผลไปในอดีต คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม(Re'olution)<sup>289</sup> เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน โดยเป็นการยกเลิกหนี้โดยทรัพย์สินกลับคืนสู่ฐานะเดิมราวกับว่าหนี้นั้นไม่เคยมีอยู่ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายฝรั่งเศสนั้นได้ให้สิทธิคู่สัญญาที่จะเลือกได้ว่าจะกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือไม่ นอกจากนี้กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นให้สิทธิศาลที่จะมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่า สัญญานั้นๆควรจะต้องเลิกสัญญากันหรือไม่ หรือควรจะผูกพันกันต่อไป

**3. กฎหมายของแต่ละประเทศนั้นมีการแยกประเภทสัญญาออกเป็น “สัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว” กับ “สัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง” หรือไม่**

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีการบัญญัติโดยชัดแจ้งถึงการแบ่งประเภทของสัญญาออกเป็น 2 ประเภทเช่นนั้น มีแต่เพียงข้อสันนิษฐาน เนื่องจากต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยฉบับที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษนั้น มีการใช้คำภาษาอังกฤษ -3 คำ สำหรับเรื่องการเลิกสัญญา คือ คำว่า Rescind(ผลคือการทำลายสัญญา เป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม) ,คำว่า Terminate(ผลเป็นการสิ้นสุดสัญญา มีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต) และคำว่า “Renouce” (สละ หรือ ปฏิเสธที่จะยอมรับ) ตามที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 3ซึ่งจริงๆแล้วมีความหมายที่แตกต่างกัน โดยต้นร่างการใช้คำว่า Terminate นั้นจะใช้กับสัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาเช่าซื้อ ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆไปตลอดสัญญา

สำหรับกฎหมายอังกฤษ จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า กฎหมายสัญญาของอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่าง “สัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ครั้งหนึ่ง

<sup>289</sup> ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปัจจุบันนี้ คำว่า Re'olution นั้นใช้กับการเลิกสัญญาทั้งสองแบบ กล่าวคือ ทั้งการเลิกสัญญาที่มีผลเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม และ การเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต

คราวเดียว” กับ “สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง”

ส่วนกฎหมายเยอรมันนั้น มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญา ระหว่าง สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว กับ สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง อย่างชัดเจน โดย สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียวซึ่งเป็นสัญญาทั่วไปเมื่อเลิกสัญญาจะใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาใช้ ส่วนสัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง ผลของการเลิกสัญญาจะเป็นการสิ้นสุดสัญญาให้มีผลไปในอนาคตไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม

สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีการแบ่งแยกประเภทของสัญญาเช่นเดียวกับกฎหมายกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้มีความพิเศษตรงที่ กฎหมายฝรั่งเศสนั้นให้สิทธิคู่สัญญาสำหรับ สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่งให้คู่สัญญานั้นสามารถเลือกที่จะกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมหรือไม่ก็ได้ แล้วแต่ที่คู่สัญญาจะตัดสินใจ

#### 4. กฎหมายของแต่ละประเทศมีการบัญญัติ เรื่องการใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นมีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 391 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ส่วนที่เป็นการงานอันได้กระทำให้ และ เป็นที่ยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะใช้คืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ” ซึ่งจากการศึกษาวิเคราะห์จากคำพิพากษาฎีกาแล้ว เห็นได้ชัดว่า ศาลจะพิจารณาถึงประโยชน์ที่ได้รับจากการงานที่ได้ทำขึ้นเป็นหลัก หากว่าการงานที่ได้ทำขึ้นนั้นเป็นประโยชน์กับผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างยอมมีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างสำหรับการทำงานที่ได้ทำไปนั้นแม้จะเลิกสัญญาไปแล้ว

สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้น แนวคำพิพากษาของศาลได้พิจารณาให้ค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้กระทำแล้วเป็นคุณประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างด้วย โดยผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับค่าการงานตามสิ่งที่เขาได้ทำไป อย่างไรก็ตามเป็นหน้าที่ของผู้ว่าจ้างที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่า ผู้รับจ้างไม่ได้เสียหายอะไรจากการที่เลิกสัญญานั้น ทั้งนี้ปรากฏตามแนวคำพิพากษาของศาลตามที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 4 นี้

ส่วนกฎหมายเยอรมันนั้น มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เมื่อคู่สัญญาใช้สิทธิทำให้สัญญาจ้างทำของสิ้นสุดลงแล้ว ให้สิทธิในการที่จะเรียกร้องค่าแห่งการทำงานที่ได้ทำไปด้วย(มาตรา 648a(4),648a(5)) สิ่งที่แตกต่างกัน คือ กฎหมายแพ่งเยอรมันมีการกำหนดวิธีการในการร่วมกันประเมินสถานะของผลงานที่ทำได้ โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 648a(4) ทั้งนี้หากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่มาร่วมประเมินสถานะของผลงานดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมมีภาระการพิสูจน์สถานะของผลงาน เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ไม่จำเป็นต้องมาร่วมประเมินสถานะของผลงาน นอกจากนี้คู่สัญญาจ้างทำของสามารถเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 346 ได้ ซึ่งมาตราดังกล่าวได้บัญญัติคล้ายคลึงกับมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กล่าวคือ เป็นการเลิกสัญญาที่มีผลให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม จะต้องทำการคืนการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้รับไว้และคืนค่าตอบแทนที่ได้รับไว้<sup>290</sup> แต่ทั้งนี้หากเข้ากรณีที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ลูกหนี้จะต้องทำการใช้ค่าแห่งการทำงานแทนการคืนการปฏิบัติการชำระหนี้หรือคืนค่าตอบแทน<sup>291</sup> ทั้งนี้ต้องเข้ากรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ด้วย เช่น การคืนการปฏิบัติการชำระหนี้หรือคืนค่าตอบแทนเป็นไปไม่ได้เนื่องจากธรรมชาติของสิ่งที่ได้รับไว้<sup>292</sup> ลูกหนี้ได้ใช้สิ่งที่ได้รับไว้จนหมดสิ้นแล้ว เอาออกไป ขายไป ให้ไป ก่อภาระติดพัน ดำเนินการ หรือ การเปลี่ยนแปลงรูปร่างของสิ่งที่ได้รับไว้<sup>293</sup> หรือเป็นกรณีที่สิ่งที่ได้รับไว้เสื่อมสภาพ หรือถูกทำลายลง เว้นแต่ หากการเสื่อมสภาพนั้นมีสาเหตุมาจากการที่ใช้สิ่งนั้นตามความมุ่งหมายของการใช้สิ่งนั้น<sup>294</sup> โดยมาตรา 346 ยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า ในกรณีที่สัญญาระบุถึงการชำระหนี้ต่างตอบแทน จะต้องนำการชำระหนี้ต่างตอบแทนนั้นมาเป็นฐานในการคำนวณค่าแห่งการทำงานด้วย อย่างไรก็ตามมาตรา 346 ได้บัญญัติถึงกรณีที่จะไม่ทำให้เกิดการใช้ค่าแห่งการทำงานไว้ด้วย<sup>295</sup> เช่น เจ้าหนี้มีส่วนผิดในการเสื่อมสภาพ หรือ การถูกทำลายของวัตถุ หรือ ความเสียหาย ย่อมเกิดอยู่หากวัตถุดังกล่าวอยู่กับเจ้าหนี้<sup>296</sup> หรือ กรณีที่เป็นการเลิกสัญญาโดยกฎหมาย หากปรากฏว่า

<sup>290</sup> มาตรา 346(1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

<sup>291</sup> มาตรา 346(2) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

<sup>292</sup> มาตรา 346(2)1.ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

<sup>293</sup> มาตรา 346(2)2.ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

<sup>294</sup> มาตรา 346(2)3.ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

<sup>295</sup> มาตรา 346(3) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

<sup>296</sup> มาตรา 346(3)2. ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

การเสื่อมสภาพหรือการถูกทำลายของวัตถุนั้นเกิดขึ้นในระหว่างวัตถุอยู่กับผู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา แม้ว่าเขาจะใช้ความระมัดระวังเท่าที่เขาใช้กิจการของเขาแล้วก็ตาม<sup>297</sup> ทั้งนี้หากเข้ากรณีที่การใช้ค้ำค่าแห่งการงานจะไม่เกิดขึ้นแล้วนั้น หากยังมีลาภมิควรได้ใดๆอยู่ก็ต้องคืนกันทั้งหมด ซึ่งจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 346 นั้น ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการใช้ค้ำค่าแห่งการงานไว้โดยละเอียดทั้งกรณีที่จะต้องทำการใช้ค้ำค่าแห่งการงานแทนการคืนการปฏิบัติการชำระหนี้หรือคืนค่าตอบแทน และกรณีที่การใช้ค้ำค่าแห่งการงานจะไม่เกิดด้วยซึ่งแตกต่างกับมาตรา 391 วรรคสาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติแต่เพียงว่า “ส่วนที่เป็นการงานอันได้กระทำให้และเป็น การยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าใน สัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น” ซึ่งตรงส่วนนี้เห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมันมีความชัดเจนในเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมและเรื่องการใช้ค้ำค่าแห่งการงาน ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะนำมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาปรับใช้กับเรื่องผลของการเลิกสัญญา ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 391 ได้เป็นอย่างดี เพื่อให้ครอบคลุมและชัดเจน มากยิ่งขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการใช้ค้ำค่าแห่งการงาน

สำหรับกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีบทบัญญัติให้สิทธิในการเรียกร้องค่าแห่งการงานที่ได้ทำไปด้วย เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1794-1796 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

### 5.ภายหลังจากเลิกสัญญาแล้ว มีบทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ อย่างไร

จากที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 3 และ บทที่ 4 จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ให้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ภายหลังจากเลิกสัญญา ทั้งนี้ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 391 วรรคท้าย ว่า “การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น หากกระทบกระทั่งสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่” ใดๆก็ตามสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายนั้น จะต้องเป็นค่าเสียหายที่คาดการณ์ได้หรือควรจะ คาดการณ์ได้ในขณะที่ทำสัญญาเท่านั้น ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 วรรคท้าย ว่า “เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่ พหุการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพหุการณ์เช่นนั้น ล่วงหน้าก่อนแล้ว”

<sup>297</sup> มาตรา 346(3)3. ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

สำหรับกฎหมายเยอรมันนั้นได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถึงสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายเอาไว้ด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 648a(6) โดยบัญญัติไว้ว่า “การทำให้สัญญาสิ้นสุดไม่ตัดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย” และมาตรา 346(4) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เจ้าหนี้อาจจะเรียกร้องค่าเสียหายได้...” โดยบัญญัติไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 391 วรรคท้าย

ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ก็มีการบัญญัติในเรื่องสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายไว้ด้วย เช่นเดียวกัน ทั้งนี้มาตรา 1150 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ว่า “ลูกหนี้จะรับผิดชอบค่าเสียหายที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้า หรือ สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในเวลาที่ทำสัญญา” ซึ่งมีเนื้อความตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 222 วรรคท้าย

**โดยสรุป** จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ คือ กฎหมายอังกฤษกฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส แล้วจะพบว่า มีความเหมือนกันในหลายประเด็น และมีความแตกต่างกันในรายละเอียดในหลายประเด็น ซึ่งในส่วนที่มีความแตกต่างกันนั้นผู้เขียนเห็นว่า น่าจะนำมาใช้เป็นประโยชน์ในการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้นทั้งในเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไปและผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง

## บทที่ 5

### วิเคราะห์ปัญหาผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ ศึกษาเฉพาะสัญญารับเหมาก่อสร้าง

จากที่ได้อธิบายมาแล้วตั้งแต่บทที่ 2 เรื่อง สัญญาจ้างทำของ ประเภทสัญญารับเหมาก่อสร้าง โดยอธิบายถึงความหมายและประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้าง ลักษณะต่างๆที่สำคัญของสัญญารับเหมาก่อสร้างที่ปรากฏในสัญญารับเหมาก่อสร้าง นอกจากนี้ยังได้นำตัวอย่างสัญญารับเหมาก่อสร้าง เรื่อง ผลการเลิกสัญญา ทั้งฉบับภาษาไทย และภาษาอังกฤษ มาเพื่อประกอบความเข้าใจด้วย ส่วนในบทที่ 3 ว่าด้วยผลทางกฎหมายของการเลิกสัญญาทั่วไป ได้อธิบายถึง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปโดยพิจารณาจากกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ตลอดจนนำเอาคำพิพากษาของศาลมาเป็นตัวอย่างเพื่อให้เข้าใจมากยิ่งขึ้นด้วย และสำหรับบทที่ 4 เรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ตามกฎหมายของแต่ละประเทศ กล่าวคือ กฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส อีกทั้งยังได้ทำการเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างระหว่างผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างของแต่ละประเทศว่ามีความเหมือนและความแตกต่างกันในประเด็นใดบ้าง เพื่อนำมาต่อยอดปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยต่อไป

สำหรับบทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ ศึกษาเฉพาะสัญญารับเหมาก่อสร้าง จะนำเสนอถึงการวิเคราะห์กรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา และ กรณีที่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา โดยจะวิเคราะห์ตามลำดับ ดังนี้

#### 5.1 กรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา

สำหรับกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา จึงต้องนำเรื่อง ผลของการเลิกสัญญา ตามกฎหมายไทยมาบังคับใช้ สำหรับกฎหมายไทยนั้น มิได้บัญญัติเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง เนื่องจากเป็นสัญญาที่ผู้รับจ้างตกลงทำการงานให้แก่ผู้ว่าจ้างจนสำเร็จ และผู้ว่าจ้างตกลงที่จะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น ดังที่

บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587<sup>298</sup> ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติเรื่องสัญญาจ้างทำของมาบังคับใช้

เมื่อตรวจทานคูปทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 7 จ้างทำของแล้วพบว่า มีแต่เพียงบทบัญญัติที่บัญญัติถึงเหตุแห่งการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้ แต่หาได้บัญญัติถึงผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของไว้ไม่ ทั้งนี้สำหรับเหตุสิทธิในการเลิกสัญญาจ้างทำของถูกบัญญัติไว้ใน 3 มาตรา ตามลำดับ ดังนี้

### 1. มาตรา 593 บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้ มิพักต้องรอคอยให้ถึงเวลากำหนดส่งมอบของนั้นเลย”

### 2. มาตรา 596 บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าผู้รับจ้างส่งมอบการที่ทำไม่ทันเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาก็ดี หรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญาเมื่อล่วงพ้นเวลาอันควรแก่เหตุก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะลดสินจ้างลง หรือถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่เวลา ก็ชอบที่จะเลิกสัญญาได้” และ

### 3. มาตรา 605 บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าการที่จ้างยังไม่แล้วเสร็จอยู่ตราบใด ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น”

อย่างไรก็ตาม สำหรับมาตรา 605 นั้นมีประเด็นที่น่าสนใจและเห็นควรนำมาวิเคราะห์ด้วย กล่าวคือ มาตรานี้ต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งแต่เดิมบัญญัติเป็นภาษาอังกฤษก่อนจะนำมาแปลเป็นภาษาไทยนั้น ได้ใช้คำว่า “Terminate” ซึ่งมีความหมายเป็นการสิ้นสุดสัญญา โดยสิ้นสุดความผูกพันไปในอนาคต มิได้เป็นความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “Rescind” คือ การทำลายสัญญาอันจะเป็นผลให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่อยู่เดิมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 391 จึงทำให้ชวนสงสัยว่า แท้จริงแล้วมาตรา 605 นี้ ต้องการจะบัญญัติถึงเรื่องการสิ้นสุดสัญญาจ้างทำของหรือไม่

<sup>298</sup> มาตรา 587 อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น



เพราะได้บัญญัติต่อไปอีกว่า ผู้ว่าจ้างจะต้องเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหาย ใดๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญา นั้นด้วย ซึ่งจะคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 648 ซึ่งให้สิทธิผู้ว่าจ้างในการทำให้สัญญาสิ้นสุดได้เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามยังไม่พบหลักฐานโดยชัดแจ้งว่า เหตุใดต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษจึงใช้คำว่า “Terminate” แทนที่จะใช้คำว่า “Rescind” นอกจากนี้ มาตรา 605 ยังบัญญัติว่า “...ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น...” ซึ่งทำให้ชวนสงสัยว่า แท้จริงแล้ว การบัญญัติเช่นนี้ เป็นการบัญญัติในลักษณะเงื่อนไขของการบอกเลิกสัญญาจ้างทำของ หรือ เป็นผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของกันแน่ หากพิจารณาจากถ้อยคำตามตัวอักษรแล้ว พบว่า น่าจะเป็นการบัญญัติในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขของการบอกเลิกสัญญาจ้างทำของ เพราะกำหนดให้ผู้ว่าจ้างจะบอกเลิกสัญญาจ้างทำของโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยเหตุอย่างใดๆ ได้เมื่อได้เสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเท่านั้น ทั้งนี้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาสนับสนุน ดังต่อไปนี้

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 932/2490** ผู้ว่าจ้างทำของบอกเลิกสัญญาโดยไม่ยอมเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเลยนั้น ถือว่าไม่ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาจ้างทำของ ผู้รับจ้างฟ้องเรียกผลกำไรอันจะพึงได้จากสัญญานั้นได้

จากฎีกานี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ได้ ต่อเมื่อ ผู้ว่าจ้างได้เสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างแล้วเท่านั้น หากมิได้ทำเช่นนั้น ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิตามมาตรา 605 นี้หาได้ไม่

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 141/2520** โจทก์ถมทรายให้จำเลยไม่เสร็จเต็มเนื้อที่ตามสัญญา และไม่ให้คำตอบตามที่บันทึกร่วมกันไว้ ถือว่า เลิกสัญญาตามบันทึก โจทก์ทำงานไม่เสร็จ จำเลยบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 605 แต่ต้องจ่ายค่าเสียหาย และคืนสู่ฐานะเดิม จำเลยต้องใช้ราคาทรายที่ถมแล้วแก่โจทก์รวมทั้งดอกเบี้ยระหว่างผิดนัดตั้งแต่ครบวันที่โจทก์กำหนดให้จำเลยจ่ายเงิน

จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ นอกจากชี้ชัดว่า มาตรา 605 นั้นเป็นเหตุแห่งการเลิกสัญญา และกำหนดเงื่อนไขว่า ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ได้ ต่อเมื่อ ผู้ว่าจ้างได้เสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกานี้ยังแสดงให้เห็นว่า ศาลได้นำมาตรา 391 บทบัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไปมาบังคับใช้กับการเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ด้วย โดยทำให้ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นี้ คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม การจ่ายเงินจำต้องบวกดอกเบี้ยเข้าไปด้วย

**คำพิพากษาฎีกาที่ 1678/2528** การที่โจทก์จำเลยตกลงขายกำหนดเวลาก่อสร้างออกไป แต่มิได้ตกลงว่านานเท่าใด โจทก์จะถือว่าจำเลยผิดสัญญาและบอกเลิกสัญญาเสียได้ก็ต่อเมื่อได้ กำหนดเวลาพอสมควรบอกกล่าวให้จำเลยก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายในกำหนดนั้นแล้วและจำเลยไม่ ปฏิบัติตาม เมื่อจำเลยยังทำงานไม่แล้วเสร็จ โจทก์ย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605 แต่ต้องใช้คำสั่งใหม่ทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น ให้แก่จำเลย และเมื่อเลิกสัญญากันแล้วคู่สัญญายังมีสิทธิที่จะได้คืนสุทธินะดังที่เป็นอยู่โดยวิธีการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 โดยเฉพาะโจทก์ต้องจ่ายเงินตามควรค่าแห่งการ งานของจำเลยด้วยได้ซึ่งให้สิทธิผู้ว่าจ้างที่จะบอกเลิกสัญญาโดยมีต้องอ้างเหตุอย่างใด ๆ สำหรับคำพิพากษานี้ก็เช่นเดียวกัน หากใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 แล้ว ผู้ว่าจ้างต้องใช้ค่า สิ้นใหม่ทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้นให้แก่ผู้รับจ้างด้วย และผลของการเลิก สัญญาจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391

แต่อย่างไรก็ตาม หากดู**คำพิพากษาฎีกาที่ 245/2529** นี้แล้วอาจทำให้เข้าใจได้ว่า มาตรา 605 นั้น คือ บทบัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ จำเลยว่าจ้างให้โจทก์สร้างบ้านโจทก์ทำการก่อสร้างและรับเงินไปแล้ว3งวดคงเหลืองานงวดที่4อันเป็น งวดสุดท้ายเมื่อสัญญาว่าจ้างไม่ได้กำหนดระยะเวลาการก่อสร้างไว้ชัดเจนและจำเลยเห็นว่าหากให้ โจทก์ทำการก่อสร้างต่อไปจะเกิดความเสียหายเพราะงานล่าช้ามากจำเลยจะเลิกสัญญาได้ก็ต้องบอก กล่าวกำหนดเวลาพอสมควรให้โจทก์ปฏิบัติเสียก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา387 แต่จำเลยมิได้ทำเช่นนั้นจึงบอกเลิกสัญญาด้วยเหตุดังกล่าวไม่ได้การที่โจทก์ขอทำการก่อสร้างต่อไป และจำเลยไม่ยอมโดยบอกเลิกสัญญากับโจทก์ จึงเป็นเรื่องที่จำเลยใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยไม่ชอบและ จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนแก่โจทก์เพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันเกิด แต่การเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 605

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 245/2529 ศาลตัดสินโดยใช้ถ้อยคำว่า “จำเลย...ต้องรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนแก่โจทก์เพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันเกิดแต่การเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์มาตรา 605” ซึ่งเป็นการตัดสินในลักษณะที่ทำให้เข้าใจได้ว่ามาตรา 605 เป็นผลของ การเลิกสัญญา กล่าวคือ เมื่อใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 แล้ว ผลคือ จำเลยจะต้องชดใช้ค่า สิ้นใหม่ทดแทนด้วย สำหรับคำว่า “...คำสั่งใหม่ทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันเกิดแต่การเลิก

สัญญา” นั้น หมายถึง ความเสียหายย่อมเกิดขึ้นแต่การเลิกสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้<sup>299</sup> อาทิเช่น ค่า การงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปแล้วรวมตลอดถึงค่าเตรียมงานด้วย<sup>300</sup> นอกจากนี้ตามคำพิพากษาฎีกา ผู้ว่าจ้างจะต้องชดใช้ผลประโยชน์หรือค่าขาดกำไรที่ผู้รับจ้างจะได้รับจากการทำงานตามสัญญานั้น ด้วย<sup>301</sup>

จากที่ได้คิดวิเคราะห์โดยดูจากต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 605 แล้วตลอดจนศึกษาคำพิพากษาฎีกาและตำราวิชาการต่างๆในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นไปในแนวทางว่า มาตรา 605 นั้นเป็นสิทธิของผู้ว่าจ้างในการบอกเลิกสัญญาจ้างทำของ โดยไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุแห่งการเลิกสัญญา และผู้ว่าจ้างเองก็ไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุในการเลิกสัญญาที่สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรานี้ได้ ส่วนการบัญญัติเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ด้วยความเคารพผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินในลักษณะที่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นเป็นเงื่อนไขในการที่ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรานี้ได้ ผู้เขียนเห็นว่าเจตนารมณ์ที่แท้จริงของการร่างประมวลกฎหมายมาตรา 605 นี้ น่าจะประสงค์จะบัญญัติในลักษณะเป็นผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 นี้มากกว่า ด้วยเหตุผลสนับสนุน ดังนี้

1.ต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า terminate และถ้อยคำในตัวบทใช้คำว่า on making compensation<sup>302</sup> ซึ่งแปลว่า ด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ไม่ได้เขียนเป็นประโยคเงื่อนไขแต่อย่างใด

2.แนวคำพิพากษามีทั้ง 2 แนว คือ แนวคำพิพากษาฎีกาแนวแรก คือ ศาลฎีกาตัดสินให้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาตามมาตรา 605 มีลักษณะเป็นเงื่อนไข ซึ่ง

<sup>299</sup> สอน์ กังสนารักษ์, ปัญหาการเลิกสัญญาจ้างทำของ: ศึกษาเฉพาะกรณีการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของผู้ว่าจ้าง ตาม พ.พ.มาตรา 605, หน้า 83

<sup>300</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 141/2520, 4/2525 และ 1678/2528

<sup>301</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 8394/2538 สัญญาว่าจ้างถมดินระหว่างผู้รับจ้างกับผู้ว่าจ้างไม่ได้กำหนดเงินเวลาสิ้นสุดแห่ง การทำงานของผู้รับจ้างไว้ เมื่อผู้รับจ้างมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาแต่ผู้ว่าจ้างไม่ประสงค์จะให้ผู้รับจ้างถมดินต่อไป แม้ผู้ว่าจ้างอาจใช้ สิทธิบอกเลิกสัญญาแก่ผู้รับจ้างได้ก็ตาม แต่ผู้ว่าจ้างต้องเสียสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายใด ๆอันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้นแก่ ผู้รับจ้างตาม พ.พ. มาตรา 605 ค่าสินไหมทดแทนที่ให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การเลิกสัญญาตาม พ.พ. มาตรา 605 นั้น มิได้จำกัดเฉพาะค่าแรงงานและทุนที่ลงไปเท่านั้น แต่รวมไปถึงค่าขาดผลประโยชน์หรือผลกำไรที่ผู้รับจ้างควรจะได้รับจากกิจการงานนั้นด้วย

<sup>302</sup> Article 605 As long as the work is not finished, the employer can terminate the contract on making compensation to the contractor for any injury resulting from the termination of the contract

หมายถึงว่า ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ได้ต่อเมื่อ ผู้ว่าจ้างได้ขดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 932/2490, 141/2520, 4/2525 และ 1678/2528 ส่วนคำพิพากษาผลของการเลิกสัญญา ส่วนคำพิพากษาฎีกาแนวที่สอง คือ มิได้ตัดสินในลักษณะที่การขดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเป็นเงื่อนไข หากแต่ตัดสินในลักษณะที่ทำให้เข้าใจได้ว่า การขดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นแต่เพียงผลของการใช้สิทธิเลิกสัญญาของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 605 คำพิพากษาฎีกาที่สนับสนุนในการนี้ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 245/2529

3.แนวคำพิพากษาของศาลเรื่องการขดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ให้นำมาตรา 391 มาใช้ด้วย โดยให้ใช้ค่าการงาน ค่าเสียหาย เมื่อพิจารณาดูแล้วจะเห็นว่าเหมือนกับการขดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 605 อยู่แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องนำมาตรา 391 มาใช้อีก เพราะฐานของการบอกเลิกสัญญานั้นแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ การใช้สิทธิเลิกสัญญาของผู้ว่าจ้างตาม มาตรา 605 ผู้ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุอย่างใดๆเพื่อบอกเลิกสัญญา แต่หากเป็นการบอกเลิกสัญญาอันเกิดผลตามมาตรา 391 นั้นจะต้องเป็นกรณีการบอกเลิกสัญญาเพราะมีเหตุสำคัญเกิดขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 605 นั้นถูกบัญญัติไว้ในส่วนของสัญญาจ้างทำของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งลักษณะของสัญญาจ้างทำของนั้นจะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ ตลอดระยะเวลาสัญญา แต่มาตรา 391 นั้นเป็นผลของการเลิกสัญญาทั่วไป กล่าวคือ สัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้แบบครั้งหนึ่งคราวเดียว ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 605

4.จากการศึกษาคำพิพากษาฎีกาเห็นว่า ผู้ว่าจ้างมักใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ไปก่อนโดยยังมีได้ชำระสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง ผู้ว่าจ้างจะชำระสินจ้างก่อนเมื่อผู้รับจ้างได้นำข้อพิพาทมาฟ้องต่อศาลและศาลได้กำหนดค่าเสียหายแน่นอนแล้วเท่านั้น เท่ากับว่าการขดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นไม่ได้เป็นเงื่อนไขในการเลิกสัญญา ผู้ว่าจ้างสามารถชำระค่าสินไหมทดแทนให้ผู้รับจ้างได้ภายหลังจากการได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ไม่จำเป็นต้องชำระในทันทีหลังจากที่ได้เลิกสัญญา แต่จำเป็นต้องชำระหลังจากที่มีการเลิกสัญญาแล้ว หากไม่ชำระจะถือว่าสัญญายังไม่เลิกกัน<sup>303</sup>

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่จำเป็นต้องนำบทบัญญัติในมาตรา 391 เรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไป มาใช้กับการเลิกสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 605 อีก เพราะการบัญญัติมาตรา 605 นี้ได้บัญญัติ

<sup>303</sup> ไกรวิณี สุนทรমন, “สิทธิของผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญาจ้างทำของ” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 83.

รวมถึงเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของไปแล้ว แต่ทั้งนี้และทั้งนั้น มาตรา 605 นั้นเป็นสิทธิของผู้ว่าจ้างฝ่ายเดียวที่จะใช้เลิกสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุแห่งการเลิกสัญญาแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม มาตรา 605 นั้นได้บัญญัติแต่เพียงสิทธิของผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญาจ้างทำของโดยไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุใดๆ และผลของการเลิกสัญญานั้นก็เป็นผลจากการใช้สิทธิเลิกสัญญาของผู้ว่าจ้างตามมาตรา 605 เท่านั้น แต่สำหรับการใช้สิทธิเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างที่มีเหตุแห่งการเลิกสัญญา อาทิเช่น ผู้รับจ้างผิดสัญญาก่อสร้างงานล่าช้า หรือ ก่อสร้างผิดแบบแปลน หรือผู้ว่าจ้างบกพร่องในหน้าที่ ไม่จ่ายเงินค่าจ้างภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ เป็นต้น ผลของการเลิกสัญญาในกรณีนี้จึงไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องสัญญาจ้างทำของบัญญัติไว้ ดังนั้นจึงต้องนำเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไป ตามมาตรา 391 มาบังคับใช้กับสัญญารับเหมาก่อสร้าง

มาตรา 391 ได้บัญญัติไว้ว่า

“เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้วคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยคิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำไปและเป็นที่ยอมรับให้ใช้ทรัพย์สินนั้นการที่จะชดใช้คืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการ นั้นๆหรือถ้าในสัญญาที่กำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 391 เรื่อง ผลของการเลิกสัญญา นั้น เป็นบทบัญญัติทั่วไปซึ่งใช้กับสัญญาทั่วไป ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 นี้ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับสัญญารับเหมาก่อสร้าง เพราะขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้าง ทั้งนี้จะวิเคราะห์ในรายละเอียด ดังต่อไปนี้

### 1. การกลับคืนสู่ฐานะเดิม

มาตรา 391 นั้นได้วางหลักในเรื่องผลของการเลิกสัญญาไว้ โดยกำหนดให้ “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้วจำเป็นต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม”

เนื่องจากการบอกเลิกสัญญา มีผลระงับย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ทำสัญญา ฐานใดๆที่จะรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วจึงไม่มีอยู่อีกต่อไป กฎหมายจึงกำหนดให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องทำให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการคืนสิ่งที่แต่ละฝ่ายได้รับไว้ให้กับอีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมด (status quo ante) โดยต่างฝ่ายต่างคืนสิ่งที่ตนเองได้รับไปแล้วทั้งหมด (restitution in intergrum) จึงเกิดปัญหาสงสัยขึ้นว่า สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างที่มีการก่อสร้างที่มีการก่อสร้างงานต่างๆไปแล้ว เมื่อถึงคราวต้องเลิกสัญญากันไป คู่สัญญาจำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยทำสัญญากันมาก่อนเลยหรือไม่ แล้วสิ่งก่อสร้างที่ได้ทำการก่อสร้างกันไปนั้น จะเป็นผลอย่างไร จำต้องรื้อออกเสียให้หมดหรือไม่ จึงจะตรงกับหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ซึ่งเมื่อได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมิใช่เป็นสัญญาที่ก่อนนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติครั้งหนึ่งคราวเดียวอย่างสัญญาซื้อขาย หากแต่เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการก่อนนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง กล่าวคือ สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีการตกลงชำระหนี้กันโดยกำหนดตาม Progress of work คือ ชำระหนี้ตามความก้าวหน้าของงานในแต่ละเดือน โดยผู้รับจ้างมีหน้าที่แจ้งผู้ว่าจ้างว่างานตามสัญญาในเดือนนี้นั้นผู้รับจ้างทำงานแล้วเสร็จคิดเป็นมูลค่างานเท่าไร และคิดเป็นกี่เปอร์เซ็นต์ของงานทั้งหมดตามสัญญา ผู้ว่าจ้างก็มีหน้าที่ในการคำนวณค่าจ้างที่ผู้รับจ้างควรจะได้รับในเดือนนั้นๆ โดยหากผู้ว่าจ้างจ่ายเงินดังนั้นแล้วต้องถือว่างานที่ผู้รับจ้างได้ทำให้แก่ผู้ว่าจ้างนั้นสมประโยชน์กับผู้ว่าจ้างแล้ว และในขณะเดียวกัน ผู้รับจ้างเองก็ได้รับสินจ้างจากการทำกรงานของตนจนสำเร็จในแต่ละเดือนนั้น หรือหากกำหนดการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นแบบ Milestone คือ กำหนดปริมาณงานเป็นส่วนๆไว้เพื่อพิจารณาในการปฏิบัติการชำระหนี้ เมื่อผู้รับจ้างทำงานครบตาม Milestone ที่กำหนดไว้ในสัญญา ผู้รับจ้างก็มีสิทธิได้รับค่าจ้างตามที่ได้ตกลงไว้กับผู้รับจ้าง ซึ่งจะเห็นได้ว่าในการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆนั้น ทั้งผู้รับจ้างและผู้ว่าจ้างเองก็สมประโยชน์ด้วยกันทั้งสองฝ่าย เมื่อสัญญารับเหมาก่อสร้างที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญา การจะให้คู่สัญญาจำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมเสมือนหนึ่งไม่เคยทำสัญญากันมาก่อน นั้นย่อมไม่เหมาะสม ขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้าง เพราะในระหว่างการทำงานตามสัญญานั้น ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต่างสมประโยชน์กันทั้งสองฝ่าย มีการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ต้องตรงกัน หากจำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมในส่วนที่ได้สมบูรณ์ไปแล้วไม่ เมื่อเลิกสัญญาควรจะเป็นการ

สิ้นสุดสัญญาลง มิได้เป็นการทำลายสัญญา ให้มีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต ไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม

สำหรับเรื่อง สัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเนื่องหรือเป็นระยะๆ ศาสตราจารย์ ศนันทกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์ ได้อธิบายไว้ว่า

“สำหรับสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเนื่องหรือเป็นระยะๆโดยหลักแล้วเมื่อมีการบอกเลิกสัญญา โดยสภาพของสัญญาลักษณะนั้นๆเองสัญญาย่อมระงับไปในอนาคต หรือที่มักจะนิยมใช้คำว่า สัญญา “สิ้นสุด” เพื่อที่จะสื่อความหมายว่า ความระงับของสัญญาในกลุ่มนี้จะไม่ระงับย้อนหลังไปตั้งแต่แรกเหมือนในสัญญาธรรมดาหรือสัญญาที่มีการชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว แต่จะระงับไปในอนาคต โดยถือว่าสัญญาที่มีมาก่อนการบอกเลิกสัญญาก็ยังคงมีอยู่ต่อไป และการชำระหนี้ใดๆที่อยู่บนฐานของสัญญาดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการชำระหนี้ที่มีฐานกฎหมายรองรับ เป็นการชำระหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ หนี้ที่ชำระกันแล้วก็จะระงับสิ้นไปไม่มีอะไรต้องคืนกัน เพราะคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่จำเป็นต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ไม่ย้อนกลับไปใช้มาตรา 391 อีก อย่างไรก็ตามมักจะพบบ่อยๆว่า มีคำพิพากษาฎีกาให้ย้อนกลับไปใช้มาตรา 391 เพราะถือว่าในเอกเทศสัญญานั้นมิได้มีกฎหมายกำหนดรองรับผลการเลิกสัญญาไว้ ผลจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 391 เสมอด้วยความเคารพอย่างสูง ข้าพเจ้าไม่เห็นพ้องด้วยเพราะแม้ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับเรื่องผลของการเลิกสัญญาชัดเจนเช่นมาตรา 391 แต่การที่ในบางครั้งด้วยกฎหมายใช้คำว่า “สัญญาสิ้นสุด” ก็น่าจะชัดเจนเพียงพอแล้ว”

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ศนันทกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์ นั้นทำให้เห็นได้ว่า แท้จริงแล้ว การเลิกสัญญานั้นหาจำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมอไปไม่ สำหรับสัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่งนั้น การเลิกสัญญานั้นควรจะเป็นการสิ้นสุดสัญญา(Termination)โดยมีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต สัญญาที่มีมาก่อนการเลิกสัญญาก็ยังคงมีผลบังคับใช้กันต่อไป การชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วก็ย่อมสมบูรณ์ตามกฎหมาย ไม่มีหนี้อะไรต่อกันอีก คู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่จำเป็นต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ไม่ย้อนกลับไปใช้มาตรา 391 อีก

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้ให้ความเห็นในเรื่อง สัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเนื่องหรือเป็นระยะๆ ไว้ว่า เป็นสัญญาที่การชำระหนี้ที่สัญญาก่อขึ้นนั้นกระทำหลายครั้งตามระยะเวลาของสัญญา อาจเป็นโดยในสัญญามีความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่สัญญาเป็นประจำ<sup>304</sup> และตัวอย่างสัญญาชนิดนี้ก็คือ สัญญาเช่าทรัพย์ ซึ่งผู้ให้เช่ามีหนี้ต้องให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าเป็นระยะเวลาไป ส่วนผู้เช่าก็มีหนี้ต้องชำระค่าเช่าเป็นระยะเวลาไปเช่นกัน สัญญาประเภทที่ก่อความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่สัญญาเป็นประจำ ยังมีอีก เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาตั้งสมาคม ตั้งห้างหุ้นส่วนและตั้งบริษัทจำกัด เป็นต้น สำหรับสัญญาประเภทนี้ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้ใช้คำว่า “สัญญาสุดสิ้น” และได้ตั้งข้อสังเกตด้วยว่ามีการใช้คำว่า “to terminate” สำหรับสัญญาประเภทนี้ โดยมีความหมายคือ สุดสิ้นโดยไม่มีผลบังคับในอนาคตต่อไป ไม่มีการย้อนหลังอันผิดกับการเลิกสัญญาตามมาตรา 386-394<sup>305</sup>

จากคำอธิบายเรื่อง สัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเนื่องหรือเป็นระยะๆ ของศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร นั้น ทำให้เห็นว่า มีการใช้คำว่า “สัญญาสุดสิ้น” กับสัญญาประเภทนี้ และยังตั้งข้อสังเกตถึงการใช้คำว่า “to terminate” กับสัญญาประเภทนี้ด้วย โดยเห็นว่าผลของการเลิกสัญญานั้นมิได้เป็นการทำลายสัญญา หากแต่เป็นการทำให้สัญญาสุดสิ้น(น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า สิ้นสุด) ผลมีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต

ทั้งนี้คำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินให้ “กลับคืนสู่ฐานะเดิม” สำหรับผลของการเลิกสัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1188/2549

จำเลยก่อสร้างอาคารไม่เสร็จตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และจนถึงเวลาที่โจทก์มีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลย จำเลยก็ยังก่อสร้างอาคารไม่แล้วเสร็จ พฤติการณ์เช่นนี้โจทก์หาจำต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้จำเลยชำระหนี้ก่อนบอกเลิกสัญญาไม่ เพราะถึงอย่างไรจำเลยก็ไม่อาจหรือไม่มีเจตนาที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาได้อยู่ดี โจทก์ชอบที่จะบอกเลิกสัญญาเสียได้โดยไม่จำต้องบอกกล่าวก่อน การบอกเลิกสัญญาของโจทก์ชอบแล้ว เมื่อสัญญาเลิกกันคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

<sup>304</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง นิติกรรมและสัญญา, หน้า 286.

<sup>305</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 287.



จำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม จำเลยจึงต้องคืนเงินที่ได้รับไว้และเสียดอกเบี้ย  
แก่โจทก์ด้วยนับแต่เวลาที่ได้รับไว้ตามป.พ.พ.มาตรา 391

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นทำให้ตระหนักได้ว่า ศาลฎีกายังคงยึดหลักเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมกับสัญญารับเหมาก่อสร้างอยู่ แม้ว่าจริงๆ แล้วสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมิได้มีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาทั่วไปที่มีการปฏิบัติชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว หากแต่เป็นสัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่งซึ่งเมื่อเลิกสัญญาแล้วควรจะมีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคตมากกว่าจะให้ผลย้อนหลัง

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 3534/2546<sup>306</sup> และ คำพิพากษาฎีกาที่ 5735/2543<sup>307</sup> ซึ่งศาลใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาใช้กับสัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง

สำหรับหลักเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น นอกจากจะมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้ว ยังปรากฏในกฎหมายของต่างประเทศด้วย ทั้งนี้มีรายละเอียดที่แตกต่างกันบางประการ ดังนี้

กฎหมายอังกฤษ นั้น ซึ่งเป็นระบบกฎหมายแบบ Common Law นั้น เมื่อศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษจะพบว่า ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น มีทั้งการเลิกสัญญาแบบ

<sup>306</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3534/2546 โจทก์ทำคำเสนอขอของห้องพักไปถึงจำเลยเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2534 จำเลยทำคำสนองตอบรับการจองห้องพักในวันเดียวกัน สัญญาจึงเกิดขึ้นในวันที่ 25 ตุลาคม 2534 ไม่ใช่วันที่โจทก์ชำระเงินค่าห้องพักให้จำเลย ส่วนวันที่ 6 ถึงวันที่ 12 มกราคม 2535 เป็นระยะเวลาเช่าพัก แต่ในวันที่สัญญาเกิดโจทก์ไม่ได้ชำระเงินแก่จำเลยเพียงจะโอนเงินงวดแรกให้จำเลยในวันที่ 12 พฤศจิกายน 2534 งวดที่สองเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2534 ส่วนอีกร้อยละ 30 จะชำระภายใน 30 วัน นับแต่วันสิ้นสุดการพัก ดังนั้น เงินที่โจทก์โอนให้แก่จำเลยภายหลังจากวันที่สัญญาจองห้องพักเกิดขึ้นแล้วจึงไม่ใช่มัดจำที่จำเลยจะพึงรับเอาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 378(2) เพราะไม่ใช่เงินหรือสิ่งใดที่โจทก์ให้จำเลยไว้ในวันเข้าทำสัญญา ทั้งไม่ใช่หลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญาตามมาตรา 377 หากแต่เป็นเงินที่โจทก์ชำระให้จำเลยเป็นงวด ๆ ตามข้อตกลงในสัญญา เมื่อโจทก์บอกเลิกการจองห้องพักซึ่งเป็นการบอกเลิกสัญญาโจทก์และจำเลยต้องกลับสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามมาตรา 391 วรรคแรก จำเลยต้องคืนเงินดังกล่าวให้โจทก์

โจทก์บอกเลิกการจองห้องพักอันเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา โจทก์และจำเลยต้องกลับสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม จำเลยต้องคืนเงินให้แก่โจทก์ตั้งแต่วันที่สัญญาเลิกกันเป็นต้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคแรก

<sup>307</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5735/2543 เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน 2541 จำเลยได้ส่งสำเนาประกาศเลิกจ้างโจทก์ จากสำนักงานกลางกรุงเทพมหานคร ทางโทรสารไปปิดประกาศเพื่อแจ้งให้โจทก์ทราบที่โรงงานน้ำตาลลำปางที่โจทก์สังกัดอยู่ แม้จะมีการปิดประกาศในวันนั้น แต่จะมีผลเป็นการบอกกล่าวเลิกจ้างต่อเมื่อโจทก์ได้ทราบประกาศดังกล่าวแล้ว โจทก์ทราบการบอกกล่าวเลิกจ้างของจำเลยวันที่ 3 กรกฎาคม 2541 ต้องถือว่าจำเลยบอกกล่าวเลิกจ้างโจทก์ในวันที่ 3 กรกฎาคม 2541 และมีผลเป็นการเลิกจ้างกันเมื่อถึงกำหนดจ่ายสินจ้างคราวถัดไปข้างหน้าคือวันที่ 30 สิงหาคม 2541 เมื่อการบอกกล่าวเลิกจ้างของจำเลยที่ประสงค์ให้เป็นผลเลิกจ้างกันในวันที่ 1 สิงหาคม 2541 ไม่ชอบด้วย ป.พ.พ. มาตรา 582 โจทก์จึงมีสิทธิได้รับสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าในเดือนสิงหาคม 2541 จำนวน 30 วันตามฟ้อง และจำเลยต้องชำระดอกเบี้ยของสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีตาม ป.พ.พ. มาตรา 7 ประกอบด้วยมาตรา 224 นับแต่วันฟ้องซึ่งถือเป็นวันคิดนัดด้วย

ทำลายสัญญา<sup>308</sup> และแบบสัญญาสิ้นสุด<sup>309</sup> สำหรับผลของการเลิกสัญญาที่มีลักษณะเป็นการทำลายสัญญานั้น ผลของการเลิกสัญญาในลักษณะนี้ คือ การให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม เสมือนไม่เคยมีสัญญาต่อกัน คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 391 วรรคแรก ส่วนผลของการเลิกสัญญาแบบสัญญาสิ้นสุด นั้น ผลของการเลิกสัญญาจะมีผลสิ้นความผูกพันไปในอนาคต แต่อย่างไรก็ตามหากว่าคู่สัญญามีหนี้บางอย่างใดต่อกันแต่ก่อนจะเลิกสัญญาก็ยังคงจะต้องชดใช้กันอยู่นั่นเอง

ตามกฎหมายอังกฤษนั้น สำหรับคู่สัญญาที่ประสงค์จะเลิกสัญญาแบบกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น คู่สัญญาจะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่า การที่จะทำตามสัญญาต่อไปนั้นจะสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นมากกว่าการที่จะเลิกสัญญาและกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งศาลอังกฤษก็จะพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง ศาลอังกฤษไม่มีอำนาจในการสั่งให้สัญญารับเหมาก่อสร้างจะต้องเลิกกันและกลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>310</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ทุกกรณีที่เมื่อเลิกสัญญากันแล้วจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ทั้งนี้หากว่าการกลับคืนสู่ฐานะเดิมจะเป็นการพันวิสัยที่จะกลับคืนได้ โดยศาลอังกฤษได้มีคำพิพากษาในคดีหนึ่งโดยให้คู่สัญญานั้นเลิกสัญญาโดยกลับคืนสู่ฐานะเดิมเพียงบางส่วน กล่าวคือ ส่วนใดที่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ให้กลับคืน แต่หากส่วนใดเป็นการพันวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>311</sup>

ส่วนกฎหมายเยอรมันนั้น ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีด้วยกันทั้งสองแบบ กล่าวคือ มีทั้งผลการเลิกสัญญาเป็นการสิ้นสุดสัญญาไปในอนาคต (Kündigung)<sup>312</sup> ซึ่งจะใช้กับสัญญาจ้างทำของ รวมถึงสัญญารับเหมาก่อสร้างด้วย ทั้งนี้สำหรับการสิ้นสุดสัญญาไปในอนาคต (Kündigung) มีทั้ง สิทธิของผู้ว่าจ้างในการทำให้สัญญาสิ้นสุด (Section 648 BGB) และ การทำให้สัญญาสิ้นสุดเนื่องจากเหตุสำคัญ (Section 648a BGB) สำหรับสิทธิของผู้ว่าจ้างในการทำให้สัญญาสิ้นสุดนั้น ผู้ว่าจ้างสามารถใช้สิทธิในเวลาใดๆก็ได้ก่อนงานเสร็จสมบูรณ์ ถ้าผู้ว่าจ้างใช้สิทธินี้ ผู้รับจ้างมีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างตามที่ได้ตกลงกันไว้ นอกจากนี้มาตรา 648 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังได้

<sup>308</sup> “Rescind” or “Rescission”

<sup>309</sup> “Terminate” or “Termination”

<sup>310</sup> The Directors of the Reese River Silver Mining Company Ltd. v Smith (1869) LR 4 HL 64 at 73, Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.26.

<sup>311</sup> Compagnie francaise des chemin de fer paris orléans v Leeston Shipping Company Ltd., 1919 Lloyd's Rep 235 at 238, Roger ter HAAR QC, Remedies in Construction Law, p.30.

<sup>312</sup> Section 648 และ 648a

กำหนดบทสันนิษฐานเอาไว้ด้วย กล่าวคือ ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างในอัตราร้อยละ 5 ของค่าการงานส่วนที่ผู้รับจ้างยังไม่ได้ทำตามสัญญา ส่วนกรณีการทำให้สัญญาสิ้นสุดเนื่องจากเหตุสำคัญตามมาตรา 648a ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นกำหนดให้ คู่สัญญาสามารถทำให้สัญญาสิ้นสุดได้หากมีเหตุสำคัญเกิดขึ้น โดยมีพักต้องแจ้งเตือนก่อน เหตุสำคัญที่เกิดขึ้นเมื่อหากพิจารณาพฤติการณ์ทั้งปวงแห่งคดีและผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายแล้ว ไม่มีเหตุผลใดที่จะคาดหวังให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการทำให้สัญญาสิ้นสุดต้องผูกพันตามสัญญาไปจนกว่างานจะเสร็จอีกต่อไป มีการกำหนดให้สิ้นสุดสัญญาเพียงบางส่วนได้ด้วย ยิ่งไปกว่านั้นยังมีการกำหนดให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมาเข้าร่วมในการประเมินสถานะของผลงานที่ทำด้วย หากไม่เข้าร่วมก็มีผลเสียในแง่ภาระการพิสูจน์ในเรื่องนี้ด้วย เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมในการประเมินสถานะของผลงาน ส่วนค่าแห่งการงานนั้น ผู้รับจ้างก็สามารถเรียกได้ และ การทำให้สัญญาสิ้นสุดนั้นไม่ตัดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายด้วย

นอกจากนี้ยังมีผลของการเลิกสัญญาที่เป็นการทำลายสัญญา ให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม (Rücktritt)<sup>313</sup> ด้วย ทั้งนี้สำหรับการเลิกสัญญาแบบ Rücktritt อันเป็นผลให้การเลิกสัญญาเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งวางหลักไว้เมื่อเลิกสัญญากันว่าจะต้องทำการคืนการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้รับไว้และคืนค่าตอบแทนที่ได้รับไว้ จะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับมาตรา 391 ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 3 และ บทที่ 4 แต่มาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นได้บัญญัติในรายละเอียดไว้มาก กล่าวคือ ได้บัญญัติถึงกรณีที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ว่าให้ใช้ค่าแห่งการงาน โดยกำหนดกรณีที่เข้าข่ายต้องใช้ค่าแห่งการงานเอาไว้ และได้บัญญัติถึงกรณีที่ไม่อาจใช้ค่าแห่งการงานได้ด้วย ซึ่งนับว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นเห็นความสำคัญอย่างมากสำหรับการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้ของสัญญาบางสัญญา

ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของนั้นมีทั้งการเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต เป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลง มักใช้กับสัญญาจ้างทำของ ซึ่งรวมถึงสัญญารับเหมาก่อสร้างด้วย และ การเลิกสัญญาที่มีผลไปในอดีต คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิมเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายฝรั่งเศสมีประเด็นที่น่าสนใจ กล่าวคือ กฎหมายฝรั่งเศสนั้นได้ให้สิทธิคู่สัญญาเลือกได้ว่า คู่สัญญาจะกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือไม่ และศาลฝรั่งเศสก็มีอำนาจใช้ดุลพินิจ

<sup>313</sup> Section 346 BGB

พิจารณาว่า สัญญานั้นๆควรจะต้องเลิกสัญญากันหรือไม่ หรือควรจะผูกพันกันต่อไป ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายแห่งสหราชอาณาจักรซึ่งศาลไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ศาลอังกฤษมีอำนาจเพียงตรวจทานดูว่าคู่สัญญาสามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้หรือไม่ตามกฎหมายเท่านั้น

จากที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 เรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิม นั้น ชัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้าง ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง มีการจ่ายเงินค่าจ้างแบบ Progress of Work คือ จ่ายตามความก้าวหน้าของงานในแต่ละเดือน หรือ มีการจ่ายเงินค่าจ้างแบบ Milestone Payment เป็นการจ่ายเงินค่าจ้างตามความสำเร็จของงานเป็นส่วนๆตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา ซึ่งในระหว่างที่สัญญายังมีได้เลิกกัน ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต่างได้ผลประโยชน์จากสัญญาด้วยกันทั้งคู่ กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างได้งานที่สำเร็จบางส่วนตามที่ได้ตกลงกันไว้ ส่วนผู้รับจ้างได้รับเงินค่าจ้างเพื่อผลสำเร็จของงานที่ทำสำเร็จในแต่ละช่วง เมื่อเลิกสัญญากัน ผลของการเลิกสัญญาไม่ควรเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเหมือนอย่างสัญญาทั่วไปที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้แบบครั้งหนึ่งคราวเดียว แต่ควรเป็นการสิ้นสุดสัญญาซึ่งมีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคตเหมือนอย่างกฎหมายของสหราชอาณาจักร กฎหมายแพ่งเยอรมัน และ กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยควรบัญญัติเรื่อง ผลของการทำให้สัญญาสิ้นสุด ลงไปด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนกับสัญญาที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง เพราะสัญญาทุกสัญญา เมื่อเลิกสัญญาแล้ว ไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมอไป

## 2.การเลิกสัญญาต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียสิทธิแก่บุคคลภายนอก

มาตรา 391 วรรคแรก ได้บัญญัติให้การกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่เป็นที่เสื่อมเสียสิทธิแก่บุคคลภายนอก ซึ่งจากมาตรานี้ ไม่ได้บัญญัติไปถึงว่า บุคคลภายนอกนั้นจะต้องสุจริตและเสียค่าตอบแทนด้วยหรือไม่ ดังมาตรา มาตรา 1329 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติไว้ว่า “สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ และนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างภายหลัง” ที่เป็นเช่นนั้นเพราะว่า ก่อนที่จะมีการเลิกสัญญากันนั้น สัญญาได้เกิดมีขึ้นโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายมาตั้งแต่ต้นโดยไม่มีเหตุบกพร่องใดๆ ใครได้อะไรไปจากสัญญาก็ถือว่าได้ไปโดยมีมูลที่จะอ้างได้ตาม

กฎหมายและสามารถอาศัยอำนาจตามมาตรา 1336<sup>314</sup> โอนต่อไปยังบุคคลภายนอกได้ บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนไปก็ถือว่าได้ไปโดยมีผลจะอ้างได้ตามกฎหมายเช่นกัน ฉะนั้น เมื่อมีการบอกเลิกสัญญาอันเป็นเหตุเฉพาะระหว่างคู่สัญญา จึงไม่อาจให้ผลของการเลิกสัญญานี้ไปกระทบกระเทือนสิทธิบุคคลภายนอกที่ถือได้ว่าได้สิทธิไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วได้<sup>315</sup> ดังนั้น ผลของการเลิกสัญญาจึงไม่อาจไปกระทบกระเทือนถึงบุคคลภายนอกได้ บุคคลภายนอกจะรู้ถึงความมีอยู่ของสิทธิเลิกสัญญาหรือไม่ ไม่เป็นที่สำคัญ<sup>316</sup>

สำหรับกรณี “การเลิกสัญญาต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียสิทธิแก่บุคคลภายนอก” นั้น ผู้เขียนเห็นว่า สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นก็กันไปในแนวทางเดียวกัน เพราะหากการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างแล้ว ผลเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ได้สิ่งใดมาก็จำต้องคืนแก่กันเสียหมด ดังที่ได้อธิบายไปในข้อ 1 เรื่อง การกลับคืนสู่ฐานะเดิมแล้ว นั้น หากว่าผลของการเลิกสัญญานี้ยังไปกระทบต่อบุคคลภายนอกอีก ย่อมเป็นที่เสียหายอย่างมาก เช่น ผู้ว่าจ้างว่าจ้างผู้รับจ้างก่อสร้างโครงการโครงการหนึ่ง ทำการก่อสร้างไปและจ่ายเงินค่างวดงานไปได้ 4 งวด เหลือที่ยังไม่ได้จ่ายอีก 6 งวด ผู้รับจ้างทำงานล่าช้า ผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา เมื่อบอกเลิกสัญญาจำต้องให้ผู้สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่เคยมีสัญญากันมาก่อน เงินที่รับกันไว้ จำต้องคืนแก่กัน หากว่า ผู้ว่าจ้างเองได้ขายโครงการนี้ให้กับบุคคลภายนอกไปเสียแล้ว เมื่อเลิกสัญญากัน ผลจะเป็นอย่างไร หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า “การเลิกสัญญาต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียสิทธิแก่บุคคลภายนอก” นั้นเหมาะสมและไม่ขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างแต่อย่างใด

### 3. การใช้คืนเงิน<sup>317</sup>

สำหรับมาตรา 391 วรรคสองนั้น กฎหมายได้วางหลักไว้ว่า ถ้ามีการคืนเงินต้องให้ดอกเบี้ยด้วย เนื่องจากเงินเป็นสิ่งที่คู่สัญญาอาจทำให้ออกดอกออกผลได้อยู่แล้ว สำหรับดอกเบี้ยนั้นให้คิดตาม

<sup>314</sup> มาตรา 1336 ภายใบบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

<sup>315</sup> ศนันกรรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, หน้า 526.

<sup>316</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรม และสัญญา, หน้า 527

<sup>317</sup> มาตรา 391 วรรคสอง

อัตราที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ร้อยละ 7.5 ต่อไป<sup>318</sup> ทั้งนี้หากกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ล่วงหน้าในอัตราที่สูงอาจกลายเป็นเรื่องเบี้ยปรับ<sup>319</sup> ซึ่งหากสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจปรับลดลงได้เป็นจำนวนพอสมควร<sup>320</sup>

จากที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 2 ซึ่งได้อธิบายถึง ข้อสัญญาสำคัญในสัญญารับเหมาก่อสร้าง ซึ่งมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวและมีความสลับซับซ้อนในหลายประเด็นทั้งเรื่อง เงื่อนไขการจ่ายเงิน และ ลักษณะการจ่ายเงินค่าจ้าง ทั้งนี้ขออธิบายตามลำดับ ดังนี้

สำหรับเงื่อนไขการจ่ายเงินค่าจ้างในสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมักใช้เงินทุนสูงในระยะเริ่มต้นโครงการ ในสัญญาก่อสร้างเกือบทุกโครงการผู้ว่าจ้างจะมอบเงินล่วงหน้า หรือที่เรียกว่า Advance Payment ให้แก่ผู้รับจ้าง เพื่อให้ผู้รับจ้างใช้ในระยะเวลา ก่อนเพื่อเริ่มต้นโครงการ โดยเงินล่วงหน้านี้มีลักษณะเป็นเงินยืมซึ่งไม่คิดดอกเบี้ยกัน ทั้งนี้ผู้รับจ้างมีหน้าที่จะต้องคืนเงินล่วงหน้าให้แก่ผู้ว่าจ้างเป็นประจำสม่ำเสมอ โดยหักจากเงินค่าจ้างรายงวดที่ผู้รับจ้างจะได้รับจากผู้ว่าจ้าง หักจนกว่าจะครบถ้วน แต่เมื่อไรก็ตามที่ผู้รับจ้างได้รับเงินล่วงหน้าแล้ว ผู้รับจ้างจะต้องวางหนังสือค้ำประกันเงินล่วงหน้า(Advance Payment Security) ซึ่งออกโดยธนาคาร ด้วยเพื่อเป็นการการันตีว่า หากผู้รับจ้างไม่ชดใช้เงินล่วงหน้าคืนแก่ผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากหนังสือค้ำประกันเงินล่วงหน้านี้ได้ หากเกิดการเลิกสัญญากันเกิดขึ้น ผลของมาตรา 391 คือ ให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมเสมือนไม่มีสัญญากัน เงินที่ได้รับไว้ให้คืนพร้อมทั้ง

<sup>318</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 6615/2553 เมื่อสัญญายังไม่เลิกกันเพราะการบอกเลิกสัญญาของจำเลย คู่สัญญาจึงยังมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ โจทก์มีหน้าที่ต้องชำระราคาส่วนที่เหลือและจำเลยมีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดทั้งสองห้องแก่โจทก์ แต่ได้ความตามคำให้การของจำเลยว่าจำเลยได้โอนขายห้องชุดทั้งสองห้องแก่บุคคลภายนอกไปแล้วก่อนโจทก์บอกเลิกสัญญา ดังนี้ การชำระหนี้ของจำเลยในการที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดแก่โจทก์จึงกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอันเกิดจากการกระทำของจำเลยโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าจำเลยอาจซื้อห้องชุดคืนมาโอนให้โจทก์ได้หรือไม่ดังที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัย โจทก์จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 389 โดยหากจำต้องบอกกล่าวให้จำเลยชำระหนี้ตามมาตรา 387 ก่อน การบอกเลิกสัญญาของโจทก์จึงชอบแล้ว เมื่อสัญญาเลิกกันเพราะโจทก์ใช้สิทธิเลิกสัญญา คู่สัญญาจำต้องให้อีกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม กล่าวคือ จำเลยจำต้องคืนราคาห้องชุดที่โจทก์ชำระแล้วแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่เวลาที่จำเลยได้รับไว้ ทั้งนี้ตามมาตรา 391 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ประกอบมาตรา 7

<sup>319</sup> ศนรินทร์ภรณ์ ไสตถิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, หน้า 520-521.

<sup>320</sup> มาตรา 383 ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป

นอกจากกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 379 และ 382 ท่านให้ใช้วิธีเดียวกันนี้บังคับ ในเมื่อบุคคลสัญญาว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนกระทำหรืองดเว้นกระทำอันหนึ่งอันใดนั้นด้วย

ดอกเบียซึ่งคิดนับแต่วันที่ได้รับไว้ หากเป็นกรณีเช่นนี้ การคืนเงินล่วงหน้านั้นจะคืนกันอย่างไร เนื่องจากเป็นการทยอยหักคืนกันตามงวดงานแต่ละงวด ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อเงินล่วงหน้ามีลักษณะเป็นเงินยืม เมื่อเลิกสัญญากัน ผู้รับจ้างก็จำต้องคืนเงินดังกล่าวให้แก่ผู้ว่าจ้างจนครบจำนวนที่ได้รับไว้แต่ต้น เหลือที่ต้องหักคืนเท่าไรก็ต้องชดใช้กันตามนั้น แต่สำหรับเงินล่วงหน้านี้เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าเป็นเงินยืมที่ไม่คิดดอกเบี้ยระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง ดังนั้นหากคืนเงินดังกล่าวตามผลของมาตรา 391 วรรคสอง จะกลายเป็นว่า ผู้รับจ้างจะต้องคืนเงินล่วงหน้าพร้อมดอกเบี้ยด้วยซึ่งตรงส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า จะเป็นการขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างหรือไม่ เพราะเนื่องจากว่าเป็นที่ทราบดีกันอยู่แล้วว่าเงินล่วงหน้ามีลักษณะเป็นเงินยืมไม่คิดดอกเบี้ยกัน

นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างประสงค์จะให้เงินแก่ผู้รับจ้างเป็นเงินค่าจ้างงวดแรก(First Payment) ซึ่งเป็นการให้เงินไปก่อนที่จะเกิดผลงานเกิดขึ้น เมื่อสัญญาเลิกกัน ผลของมาตรา 391 วรรคแรก คือ ให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ผู้รับจ้างเมื่อได้รับเงินค่าจ้างงวดแรกไว้แล้วจำต้องคืนให้แก่ผู้ว่าจ้างโดยเงินที่ใช้คืนนั้นจะต้องบวกดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อไปเข้าไปด้วยในการนี้ แต่อย่างไรก็ตาม หากว่าผู้รับจ้างเองเมื่อได้รับเงินค่าจ้างงวดแรกแล้ว ได้ไปดำเนินการสั่งซื้อของ จัดการถมพื้นที่ทำงานไปแล้วบางส่วน การจะคืนเงินกันทั้งหมดคงเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำได้ โดยน่าจะต้องคิดหักกลับกับการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปและได้ดำเนินการไปแล้วด้วย ยิ่งไปกว่านั้น เงินค่าจ้างงวดแรกนั้นเป็นเงินที่ผู้ว่าจ้างสมัครใจให้แก่ผู้รับจ้างเองในวันเริ่มต้นก่อสร้างเพื่อช่วยเหลือสภาพคล่องทางการเงินของผู้รับจ้างในช่วงดำเนินการก่อสร้างในระยะแรก แต่เมื่อเลิกสัญญากัน กลับกลายเป็นว่า ผู้ว่าจ้างมีสิทธิเรียกเงินค่าจ้างงวดแรกคืนโดยบวกดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อไปเสียด้วย ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นการไม่ถูกต้องเสียทีเดียว เพราะเงินค่าจ้างงวดแรกนั้นมิใช่เงินยืมแต่อย่างใด หากแต่เป็นเงินที่จ่ายล่วงหน้าไว้สำหรับเงินค่าจ้างงวดแรกเท่านั้น เมื่อผู้รับจ้างทำงานได้ครบถ้วนตามสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างงวดแรก ผู้รับจ้างก็ย่อมต้องเงินตรงส่วนนี้ไป หากจำต้องคืนแก่ผู้ว่าจ้างไม่

ยิ่งไปกว่านั้น สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น เกือบทุกสัญญาก่อสร้างจะมีเงินอีกชนิดหนึ่งซึ่งเรียกว่า เงินประกันผลงาน(Retention Money)<sup>321</sup> ซึ่งมีลักษณะเป็นเงินประกันผลงานตามสัญญาที่ผู้ว่าจ้างจะหักจากเงินค่าจ้างรายงวดที่จะจ่ายให้กับผู้รับจ้าง โดยเงินดังกล่าวนั้นจะใช้สำหรับกรณีที่ผู้รับจ้างทำงานแล้วเกิดความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้น หรือ งานไม่สำเร็จบริบูรณ์ตามสัญญา เมื่อผู้ว่าจ้าง

<sup>321</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมเรื่องเงินประกันผลงาน(Retention Money) ในบทที่ 2

แจ้งให้ผู้รับจ้างดำเนินการแก้ไข ผู้รับจ้างไม่เข้ามาดำเนินการแก้ไข ผู้ว่าจ้างอาจทำการแก้ไขการนั้นเอง หรือจ้างผู้รับจ้างรายอื่นให้ดำเนินการแก้ไขแทนก็ได้ ทั้งนี้หากมีค่าใช้จ่ายเท่าไร ผู้ว่าจ้างก็จะหักจากเงินประกันผลงานของผู้รับจ้าง หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญา ผลคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม เงินที่ได้รับกันไว้ก็ต้องคืนกันบวกด้วยดอกเบี้ยเข้าไปด้วย ตามมาตรา 391 วรรคสอง สำหรับเงินประกันผลงานนี้ มีปัญหาว่าจะคืนกันอย่างไรจึงจะถูกต้องซึ่งเมื่อพิเคราะห์ถึงเจตนาแล้วจะพบว่า เงินประกันผลงาน หน้าที่คือการประกันผลงาน เมื่อจำต้องคืนแก่กัน ผู้ว่าจ้างจำต้องคืนทั้งหมด หากว่า งานที่ผู้รับจ้างทำนั้นไม่ได้มีปัญหา ถูกต้องตามสัญญาทุกประการ ไม่มีความชำรุดบกพร่อง แต่เมื่อพิเคราะห์ให้ลึกลงไปอีก จะพบว่า การคืนเงินประกันผลงานสำหรับงานก่อสร้างนั้นจะเป็นเรื่องยุ่งยากอย่างมาก เพราะการใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 391 นั้นย่อมต้องมีเหตุอย่างใดที่ทำให้คู่สัญญาเลิกสัญญากัน เช่น งานก่อสร้างไม่ได้ตามมาตรฐาน ผู้รับจ้างดำเนินงานล่าช้ากว่าสัญญา ผู้ว่าจ้างส่งมอบพื้นที่ล่าช้าเป็นผลให้งานตามสัญญาไม่ก้าวหน้า ผู้ว่าจ้างไม่จ่ายค่าจ้างตามกำหนดระยะเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ เป็นต้น เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว หากเป็นกรณีที่งานก่อสร้างยังไม่แล้วเสร็จโดยเกิดเหตุจากผู้รับจ้างเป็นฝ่ายผิด เช่น งานไม่ถูกต้องตามแบบ ก่อสร้างงานล่าช้ากว่าแผนงานไปมาก งานมีความชำรุดบกพร่อง เป็นต้น ผู้ว่าจ้างเองเมื่อบอกเลิกสัญญาแล้ว ย่อมไม่ต้องการคืนเงินประกันผลงาน จะคืนเงินประกันผลงานได้ก็ต่อเมื่อได้ก่อสร้างจนจบโครงการแล้วพ้นระยะเวลาการรับประกันความชำรุดบกพร่องแล้ว เป็นที่แน่นอนแล้วว่า งานที่ผู้รับจ้างเคยได้ก่อสร้างไปนั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างจึงจะยอมคืนเงินประกันผลงานนี้ ซึ่งในมุมมองของผู้รับจ้างเอง เงินประกันผลงาน นั้น แม้จะเป็นเงินเพียง 5% หรือ 10% ของมูลค่างานก่อสร้าง แต่เงินจำนวนดังกล่าวก็จำเป็นอย่างมากกับผู้รับจ้างด้วยในการนำไปหมุนเวียนใช้ในโครงการอื่นๆของผู้รับจ้าง หากจะคืนเงินประกันผลงานกันแต่เพียงบางส่วนหากผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างตกลงกันได้ก็ย่อมไม่เป็นปัญหา แต่โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะตกลงกันได้ยากว่าจะคืนกันอย่างไร ผู้ว่าจ้างจะขอหักเงินประกันผลงานไว้เพียงบางส่วนได้หรือไม่

นอกจากนี้ การจ่ายเงินค่าจ้างงานก่อสร้างซึ่งมีการจ่ายเงินทั้งแบบตามความก้าวหน้าของงาน (Progress of Work Payment)<sup>322</sup> และ การจ่ายเงินตามเงื่อนไขที่กำหนด(Milestone Payment) ซึ่งการที่ผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินแต่ละงวดดังกล่าวให้แก่ผู้รับจ้างได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่งานของผู้รับจ้างที่ทำ

<sup>322</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในบทที่ 2



ได้นั้นมีความก้าวหน้าของงานตามความประสงค์ของผู้ว่าจ้างเป็นไปตามสัญญาที่ได้กำหนดกันไว้ กล่าวคือ การงานต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้าง และในมุมมองของผู้รับจ้างเองนั้น เมื่อตนได้ทำงานย่อมต้องได้เงินค่าจ้างตอบแทนเพื่อผลงานอันตนได้ทำนั้นด้วยซึ่งเมื่อเลิกสัญญากัน ผลคือการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เงินที่ได้รับกันไว้ให้คืนบวกดอกเบี้ยเข้าไปด้วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆตลอดระยะเวลาหนึ่ง โดยในระหว่างสัญญานั้นก็สมประโยชน์กันระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง การจะให้คืนเงินกันเสียทั้งหมดย่อมไม่ถูกต้อง หากจะคืนควรคืนเฉพาะเงินที่ผู้รับจ้างได้รับไว้โดยไม่ถูกต้อง เช่น ผู้ว่าจ้างจ่ายเงินเกินกว่ามูลค่าเงินที่ผู้รับจ้างทำได้จริงโดยผู้ว่าจ้างมาตรวจพบในภายหลัง เป็นต้น

สำหรับในประเด็นเรื่องการคืนเงินอันบวกดอกเบี้ยเข้าด้วย ตามมาตรา 391 วรรคสองนั้น ผู้เขียนเห็นว่า สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นจะทำได้ยากเนื่องจากมีการจ่ายเงินหลายๆแบบ และวัตถุประสงค์ในการจ่ายเงินก็แตกต่างกันออกไป ดังที่ได้อธิบายไปแล้ว ทั้งนี้อาจจะต้องกำหนดวิธีการคืนเงินกันให้เกิดความเป็นธรรมกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่อไป

นอกจากนี้มีประเด็นที่น่าสนใจในเรื่อง กรณีมิได้มีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยภายหลังจากใช้สิทธิบอกเลิกสัญญากันไว้ กฎหมายให้ชำระดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 นั้น เป็นอัตราที่เหมาะสมแล้วหรือไม่ เนื่องจากปัจจุบันนั้น ดอกเบี้ยเงินฝากอยู่ที่ร้อยละ 1-2 ต่อปีเท่านั้น หากจะพิจารณาให้ชำระดอกเบี้ยถึงร้อยละ 7.5 นั้นจะสูงเกินไปหรือไม่ เป็นการสร้างภาระในการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเกินสมควรหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีนั้นสูงเกินไป ควรจะต้องปรับลดลง เพราะหลักการที่นำมาสู่เรื่องการใช้เงินคืนพร้อมดอกเบี้ยนั้น มาจากการที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่า หากคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ชำระเงินไปนั้น หากไม่มีสัญญานี้เกิดขึ้น อาจนำเงินไปก่อให้เกิดผลตอบแทนในทางอื่นได้ เช่น นำไปฝากไว้ยังธนาคาร นำไปซื้อกองทุน หรือ นำไปเล่นหุ้น เป็นต้น ซึ่งเมื่อเทียบกันแล้ว ต้องยอมรับว่า อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีนั้นสูงกว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะนำไปลงทุนในทางอื่นเสียอีก

ทั้งนี้กฎหมายของทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสต่างให้สิทธิในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 391 วรรคสองนี้ด้วย อาทิเช่น กฎหมายเยอรมัน มาตรา 346 ผลของการเลิกสัญญา โดย มาตรา 346(1) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสงวนสิทธิที่จะเลิกสัญญาไว้ หรือ มีสิทธิในการเลิกสัญญาตามกฎหมาย ในกรณีที่มีการเลิกสัญญา จะต้องการทำงาน

คืนการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้รับไว้ และคืนค่าตอบแทนที่ได้รับไว้” เป็นต้น แต่ทั้งนี้ในมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังได้อธิบายขยายความถึงกรณีที่กลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้ลงไปด้วย<sup>323</sup>

#### 4. การชดใช้คืน สำหรับ งานอันได้กระทำให้ และ การยอมให้ใช้ทรัพย์สิน

บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคสาม ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

“ส่วนที่เป็นการงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้นการที่จะชดใช้คืน ท่านให้ ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการ นั้นๆหรือถ้าในสัญญาที่กำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น”

สำหรับมาตรา 391 วรรคสามนี้ เป็นกรณีที่การงานที่ได้ทำไปแล้วโดยสภาพนั้นไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ จึงต้องชดใช้เป็นเงินแทน ซึ่งมีปัญหาที่น่าสงสัยว่า หากเป็นสัญญารับเหมาก่อสร้างแล้ว การชดใช้เงินในค่าแห่งการงานนั้นควรจะเป็นอย่างไร เนื่องจากธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆตามความก้าวหน้าของงานในแต่ละช่วง ดังที่ได้อธิบายไปแล้วเช่น การจ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงานแบบ Progress of Work โดยพิจารณาว่าในแต่ละเดือนนั้นผู้รับจ้างทำงานได้คิดเป็นมูลค่าเท่าไรของมูลค่างานตามโครงการ หรือหากเป็นการจ่ายเงินแบบ Milestone Payment อันเป็นการจ่ายเงินตามเนื้องานที่กำหนด ผู้รับจ้างทำงานได้ครบถ้วนตามเนื้องานที่กำหนดไว้ ผู้รับจ้างจึงจะได้รับเงินค่าจ้างนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าในระหว่างที่มีการชำระเงินค่าจ้างเป็นช่วงๆนั้น ทั้งผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างเองก็สมประโยชน์ด้วยกันทั้งสองฝ่าย เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญาเป็นไปตามมาตรา 391 คือ กลับคืนสู่ฐานะเดิม หากไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ให้ใช้ค่าแห่งการงานแก่กันนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้สำหรับค่าจ้างอันเป็นค่าการงานที่ได้รับกันไปก่อนเลิกสัญญานั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการจ่ายเงินค่าจ้างโดยชอบและผู้รับจ้างก็ได้รับเงินค่าจ้างไว้โดยชอบ สมประโยชน์กันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้น การให้ใช้ค่าแห่งการงานตาม 391 วรรคสาม จึงไม่เหมาะกับการเลิกสัญญาก่อสร้าง แต่สำหรับส่วนที่ผู้รับจ้างทำการงานอย่างใดๆไป แต่ผู้ว่าจ้างยังมิได้รับมอบงานและยังมิได้จ่ายค่าจ้าง ตรงส่วนนี้จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าจะจ่ายเงินค่าแห่งการงานกันอย่างไรจึงจะเป็นธรรมกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

<sup>323</sup> โปรดศึกษารายละเอียดของมาตรา 346 ในบทที่ 3 และบทที่ 4 ในส่วนของกฎหมายเยอรมัน

ในเรื่องนี้ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7618/2552 ว่า เมื่อสัญญาเลิกกัน คู่สัญญาต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิม การกำหนดค่าของงานที่จะต้องชดใช้แก่กัน จึงมิใช่เป็นค่าตอบแทนหรือค่าเสียหาย แต่เป็นหนทางหนึ่งที่จะสามารถทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ส่วนค่าของงานที่จะต้องชดใช้แก่กันนั้น ก็ต้องพิจารณาจากมูลค่าของงานที่โจทก์ทำให้แก่จำเลยตามความเป็นจริง จะยึดเอาค่าจ้างที่จะต้องชำระตามงวดงานที่กำหนดไว้ในสัญญาที่เลิกกันแล้วมาเป็นหลักเกณฑ์อีกไม่ได้ เพราะค่าจ้างที่กำหนดให้ชำระตามสัญญานั้นอาจมีการกำหนดสิ่งที่มีใช้ค่าของงานลงไปด้วยที่โจทก์และจำเลยตกลงกันว่า จะใช้เงินจำนวนหนึ่ง เมื่อไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร ถือเป็นเบี้ยปรับ หากสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 383 หนังสือคำประกันในวงเงินจำนวน 900,000 บาท เป็นหนังสือคำประกันที่โจทก์นำมามอบให้แก่จำเลย เพื่อเป็นการปฏิบัติตามสัญญา รวมถึงการประกันความชำรุดเสียหายของงานจ้างที่อาจจะเกิดขึ้นภายใน 2 ปี นับแต่วันส่งมอบงาน หากไม่มีความเสียหายหรือโจทก์ได้ชำระค่าเสียหายแก่จำเลยครบถ้วนแล้ว จำเลยจึงจะคืนหนังสือคำประกันแก่โจทก์ ทั้งจำเลยยังมีได้ใช้สิทธิเรียกร้องให้ธนาคารใช้เงินแก่จำเลยตามหนังสือคำประกันดังกล่าว จึงถือว่าจำเลยริบเงิน 900,000 บาท มาเป็นการชำระค่าเสียหายแก่จำเลยแล้วไม่ได้”<sup>324</sup>

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 7618/2552 ได้วางหลักสำคัญไว้หลายประการ สำหรับเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ ดังนี้

1. การกำหนดค่าของงานที่จะต้องชดใช้แก่กัน มิใช่เป็นค่าตอบแทนหรือค่าเสียหาย หากแต่เป็นวิธิต่างหนึ่งที่จะทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมได้
2. ค่าของงานที่จะต้องชดใช้แก่กันนั้น ต้องพิจารณาจากมูลค่าของงานที่โจทก์ทำให้แก่จำเลยตามความเป็นจริง มิได้ยึดเอาจากค่าจ้างรายงวดที่ได้ตกลงกันไว้ เพราะค่าจ้างรายงวดที่กำหนดให้ชำระตามสัญญานั้นอาจมีการกำหนดสิ่งที่มีใช้ค่าของงานลงไปด้วย
3. ข้อตกลงที่ระบุในเรื่อง การจะใช้เงินจำนวนหนึ่ง เมื่อไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร ถือเป็นเบี้ยปรับ หากสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 383

<sup>324</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ณรงค์ ทศนินพันธ์ และ วีระศักดิ์ สมหา, แบบมาตรฐานสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง, หน้า 101-102.

4. การคืนหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา และหนังสือค้ำประกันความชำรุดบกพร่อง หากไม่มีความเสียหายหรือได้มีการชำระค่าเสียหายกันจนครบถ้วนแล้ว ผู้ว่าจ้างก็ต้องหนังสือค้ำประกันเหล่านั้นแก่ผู้รับจ้าง แต่หากมีความเสียหายเกิดขึ้น หากผู้ว่าจ้างประสงค์จะนำเงินตรงส่วนหนังสือค้ำประกันมาชำระค่าเสียหาย ผู้ว่าจ้างจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ธนาคารใช้เงินแก่ผู้ว่าจ้างตามหนังสือค้ำประกันนั้นก่อนจึงจะถือว่านำมาชำระค่าเสียหายได้

นอกจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นแล้วยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3521/2532 ซึ่งน่าสนใจอีกเช่นเดียวกัน กล่าวคือ จำเลยจ้าง โจทก์ก่อสร้างตึกแถว 2 ชั้น จำนวน 4 คูหา โดยโจทก์จำเลยตกลงกันให้ชั้นลอยมีความยาวห้องละ 8 เมตร กำหนดค่าจ้างงานงวดที่ 2 คือหล่อเสาและเทพื้นชั้นลอยเป็นเงิน 120,000 บาท แต่โจทก์เขียน แบบแปลน และก่อสร้างเทพื้นชั้นลอยมีความยาวเพียงห้องละ 5 เมตร ผิดไปจากข้อตกลง โจทก์จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาเมื่อได้เลิกสัญญากัน ส่วนการงานอันโจทก์ได้กระทำให้โจทก์มีสิทธิได้รับชดใช้คืน แต่งานงวดที่ 2 ดังกล่าว โจทก์จำเลยมีหลักการคิดค่าจ้างแตกต่างกัน คือ โจทก์คิดค่าจ้างหล่อเสาและเทพื้นชั้นลอยมีความยาวเพียงห้องละ 5 เมตร แต่จำเลยคิดค่าจ้างหล่อเสาและเทพื้นชั้นลอยมีความยาวห้องละ 8 เมตร ดังนั้นการคิดราคาชั้นลอยที่โจทก์ได้กระทำไปจึงไม่อาจกระทำได้ ต้องคิดค่าชั้นลอยที่โจทก์ก่อสร้างขาดไปนั้นเป็นเงินเท่าใดแล้วนำไปหักออกจากเงินค่าจ้างงานงวดที่ 2 จำนวน 120,000 บาท เหลือเท่าใดจึงจะเป็นค่าจ้างสำหรับงานที่ได้กระทำไปแล้วในงวดนั้น

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3521/2532 นั้นได้วางหลักในเรื่องการจ่ายเงินค่าแห่งการงานไว้ กล่าวคือ ผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปตามจริงเท่านั้น และจะต้องเป็นการงานที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ว่าจ้างด้วย เช่น เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2269/2521 โจทก์เป็นผู้รับเหมาก่อสร้างอาคารให้จำเลย โจทก์สร้างฐานรากอาคารบางกว่าแบบแปลนที่กำหนดไว้ แม้ได้กระทำไปตามที่ผู้ควบคุมงานของจำเลยเป็นผู้สั่ง แต่เมื่อผู้ควบคุมงานมีหน้าที่ควบคุมให้การก่อสร้างเป็นไปตามแบบแปลน ไม่มีอำนาจสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขแบบแปลน โดยมีได้รับความยินยอมจากจำเลยหรือคณะกรรมการดูแลการก่อสร้างของจำเลย การที่โจทก์ก่อสร้างฐานรากอาคารบางกว่าแบบแปลนจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา และเมื่อโจทก์ไม่ยอมแก้ไขฐานรากให้ถูกต้อง จำเลยจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญา ฐานรากที่โจทก์ก่อสร้างบาง

กว่าแบบแปลนจะแก้ไขให้ถูกต้องไม่ได้ นอกจากรื้อทิ้งแล้วก่อสร้างใหม่ ฐานรากที่โจทก์ก่อสร้างไว้จึงไม่เป็นประโยชน์แก่จำเลย โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกค่าชดเชยค่าใด และค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างจากจำเลย

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2269/2521 เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ค่าแห่งการงานที่ผู้ว่าจ้างจะจ่ายให้กับผู้รับจ้างนั้นจะต้องเป็นการงานที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างด้วย หากไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างย่อมไม่ได้รับค่าจ้างตรงส่วนนี้ สำหรับกรณีข้างต้นถึงกับต้องรื้อทิ้งแล้วก่อสร้างใหม่ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าสำหรับค่ารื้อทิ้งนั้นผู้ว่าจ้างควรสามารถเรียกจากผู้รับจ้างตรงส่วนนี้ได้ในฐานะของค่าเสียหายอันเป็นผลจากการเลิกสัญญา ตามมาตรา 391 วรรคท้าย

จากแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยพบว่า ศาลจะพิจารณาย้ายค่าแห่งการงานให้แก่ผู้รับจ้างสำหรับงานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างเท่านั้น โดยจ่ายตามงานจริงที่ทำได้ หากได้พิจารณาย้ายตามค่าจ้างรายงวดที่ได้ตกลงกันไว้ไม่ นอกจากค่าการงาน ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากผู้ว่าจ้างเป็นฝ่ายผิดสัญญาและผู้รับจ้างเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญา ผู้รับจ้างควรมีสิทธิเรียกค่าชดเชยค่าใดที่ผู้รับจ้างควรจะได้รับจากการทำงานนั้นด้วย ในฐานะที่เป็นค่าเสียหาย ตามมาตรา 391 วรรคท้าย ทั้งนี้เมื่อเป็นการเรียกในฐานะค่าเสียหาย จึงอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222<sup>325</sup> กล่าวคือ ค่าขาดผลประโยชน์หรือกำไรที่ผู้รับจ้างจะเรียกจากผู้ว่าจ้างได้นั้น จะต้องเป็นเรื่องที่ผู้ว่าจ้างได้คาดเห็นค่าขาดผลประโยชน์หรือผลกำไรได้ล่วงหน้าก่อนแล้ว หรือ หากมิได้คาดเห็นแต่ผู้ว่าจ้างควรจะคาดเห็นได้ ผู้รับจ้างจึงจะมีสิทธิเรียกค่าขาดผลประโยชน์หรือกำไรได้

เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้างมากมาย อาทิเช่น สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ(Lump Sum Contract), สัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วย(Unit Price Contract) เป็นต้น เกิดประเด็นที่ผู้เขียนจะวิเคราะห์ต่อไปว่า ประเภทของสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นมีผลต่อผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างในเรื่องการใช้ค่าแห่งการงานหรือไม่

เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นว่า สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเหมารวมตามแบบ(Lump Sum Contract) นั้น เป็นสัญญาที่เหมารวมค่าสินจ้าง ค่าวัสดุอุปกรณ์ ค่าแรงงาน ค่าบริหารจัดการ

<sup>325</sup> มาตรา 222 การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น แต่การไม่ชำระหนี้

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว

โครงการ กำไร ภาษี และค่าใช้จ่ายอย่างอื่นจนครบถ้วนแล้ว เป็นราคาที่รวมทุกอย่างแล้ว ไม่สามารถเพิ่ม หรือ ลดค่าจ้างได้ เว้นแต่ขอบเขตของงานตามสัญญานั้นจะเปลี่ยนแปลงไป ค่าจ้างเหมาที่จะเปลี่ยนแปลงไปด้วย เมื่อเลิกสัญญา หากมิได้มีข้อสัญญากำหนดเรื่องผลของการเลิกสัญญาเอาไว้เป็นการเฉพาะก็จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 มาบังคับใช้ กล่าวคือ สำหรับค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปนั้นผู้รับจ้างก็ควรจะได้ตามสิ่งที่ผู้รับจ้างได้ทำไป ทั้งนี้หากเป็นสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วย(Unit Price Contract) ผู้รับจ้างจะได้รับเงินค่าจ้างตามแต่ราคาที่ได้รับไว้ในบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(Bill of Quantity) ตามที่ผู้รับจ้างทำได้จริงเท่านั้น กล่าวคือ ในการคำนวณค่าจ้างสำหรับสัญญา Unit Price นั้น ราคางานจ้างก่อสร้างตามสัญญาประเภทนี้จะยึดถือตามบัญชีแสดงรายละเอียดของราคา(BOQ) ที่ผู้ว่าจ้างระบุในสัญญาคุณด้วยราคาต่อหน่วยในสัญญา รวมทั้งข้อกำหนดทางเทคนิคที่ระบุในสัญญาเป็นหลัก

นอกจากนี้ยังเกิดปัญหาสงสัยต่อไปว่า การคำนวณค่าใช้จ่ายหรือค่าแห่งการงานนั้นสำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น จะคำนวณกันอย่างไรจึงจะเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากเป็นสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบราคาต่อหน่วยนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องการคำนวณค่าแห่งการงาน เพราะในสัญญาได้กำหนด Unit Rate ไว้ใน BOQ เพื่อนำมาใช้ในการคำนวณค่าจ้างงานอยู่แล้ว แต่สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างประเภทอื่นนั้น จากคำพิพากษาฎีกาที่ 6675/2541 ซึ่งเคยได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 3 ศาลฎีกาใช้เกณฑ์การพิจารณาการใช้เงินตามราคาค่าแห่งการงานเอาไว้ว่า จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการงานที่ผู้รับจ้างทำไปแล้วทั้งหมด และพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ประกอบกับความเป็นธรรมและความเหมาะสม และศาลมีอำนาจกำหนดให้ได้ตามสมควร

ผู้เขียนเห็นว่า การคำนวณค่าใช้จ่ายและค่าแห่งการงานนั้น เมื่อพิจารณาจากตัวบทในมาตรา 391 วรรคสามซึ่งบัญญัติว่า “ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น” พบว่า จะต้องเป็นการ “ใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ” กล่าวคือ จะต้องเป็นการใช้ตามราคาที่เหมาะสม หรือที่เรียกว่า reasonable price ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ราคาที่เหมาะสมนั้น น่าจะต้องเป็นราคาท้องตลาดในขณะที่ทำการงานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างนั้น หรือขณะเมื่อยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้เนื่องจากว่า มาตรา 391 วรรคสาม นั้น เป็นกรณีที่เมื่อเลิกสัญญา

กันแล้ว คู่สัญญาไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ กฎหมายจึงกำหนดให้ใช้เงินคืนตามควรค่าแห่งการนั้นๆ เพื่อเป็นการทดแทนให้ใกล้เคียงกับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้นเมื่อเลิกสัญญากัน ราคาที่เหมาะสมที่จะต้องนำมาคำนวณค่าใช้จ่ายหรือค่าการงานนั้นควรจะเป็นราคาท้องตลาดในขณะที่ทำการงานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างนั้น หรือ ขณะเมื่อยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น จึงจะสอดคล้องกับหลักการชดใช้ของ มาตรา 391 วรรคสาม ที่มีขึ้นเพื่อเป็นการทดแทนการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเพราะเป็นหนี้กระทำการซึ่ง ไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้

อย่างไรก็ตาม หากไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ว่า ควรจะต้องชดใช้ค่าแห่งการงานหรือค่าใช้จ่ายเท่าไร ศาลมีอำนาจพิจารณาตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้มีคำพิพากษาฎีกาสนับสนุนในเรื่องนี้ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 2658-2659/2523 เมื่อโจทก์และจำเลยได้เลิกสัญญากัน จึงต้องนำบทบัญญัติ มาตรา 391 มาบังคับใช้ คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม ส่วนการงานอันโจทก์ได้กระทำให้แก่จำเลยแล้ว นั้น จำเลยต้องจ่ายเงินให้โจทก์ตามควรค่าแห่งการงานที่โจทก์ได้ทำไปแล้ว ทั้งนี้ไม่จำต้องตีราคาตาม งวดงานที่ระบุไว้ในสัญญา และหากโจทก์และจำเลยสืบไม่สมตามข้ออ้าง ศาลมีอำนาจกำหนดให้ ตามที่เห็นสมควร โดยศาลจะพิจารณาถึงงานที่เสร็จไปแล้วและงานที่ยังคงค้างอยู่ประกอบกัน จากคำ พิพากษาฎีกานี้ ทำให้เห็นว่า ศาลมีอำนาจในการกำหนดค่าแห่งการงานได้ตามที่ศาลเห็นสมควร ต่อเมื่อคู่สัญญาไม่สามารถสืบให้สมดังที่ตนอ้างได้ และนอกจากนี้คำพิพากษาฎีกานี้ยังทำให้เห็นว่า ศาลใช้เกณฑ์การพิจารณาค่าแห่งการงาน โดยดูจากงานที่ผู้รับจ้างทำเสร็จไปแล้ว และงานที่ยังคงค้าง อยู่ พิจารณาประกอบกัน

ทั้งนี้หากพิจารณาในบริบทของกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะพบว่า ทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส ต่างได้ให้สิทธิในการเรียกร้องค่าแห่งการงานนี้ได้ โดยจะต้อง เป็นค่าแห่งการงานที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างหรือเจ้าของงานด้วย แต่อย่างไรก็ตามมีข้อแตกต่างอยู่ บางประการในกฎหมายเยอรมันซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญา ในสัญญาจ้างทำของไว้ในการเข้าร่วมประเมินสถานะของผลงานที่ทำได้<sup>326</sup> น่าจะเป็นอย่างเดียวกันกับ การประเมินค่าแห่งการงาน นอกจากกำหนดหน้าที่แล้วยังกำหนดบทลงโทษไว้ด้วย กล่าวคือ หาก คู่สัญญาฝ่ายใดไม่มาเข้าร่วมประเมินสถานะของผลงาน คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์สถานะของ ผลงาน เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้องมาเข้าร่วมประเมินสถานะของผลงาน กล่าวคือ เป็นกรณีที่

<sup>326</sup> มาตรา 648a(4)

คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่เข้าร่วมประเมินสถานะของผลงานนั้นไม่ต้องรับผิดชอบและเขาได้แจ้งพฤติการณ์ดังกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบแล้วโดยไม่ชักช้า

### 5. สิทธิในการเรียกค่าเสียหาย

ทั้งนี้ตามบทบัญญัติในมาตรา 391 วรรคท้าย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ให้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ภายหลังจากเลิกสัญญา แต่ทั้งนี้และทั้งนี้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายนั้น จะต้องเป็นค่าเสียหายที่คาดการณ์ได้หรือควรจะคาดการณ์ได้ในขณะเข้าทำสัญญาดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 วรรคท้าย<sup>327</sup> ซึ่งตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1150 บัญญัติไว้ว่า “ลูกหนี้จะรับผิดชอบเฉพาะค่าเสียหายที่คาดการณ์ได้ล่วงหน้า หรือ สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นในเวลาที่ทำสัญญา”<sup>328</sup> ส่วนในกฎหมายเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ได้บัญญัติสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายเอาไว้เช่นเดียวกัน มาตรา 648a(6)<sup>329</sup> โดยบัญญัติไว้ว่า “การทำให้สัญญาสิ้นสุดไม่ตัดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย” ซึ่งถ้อยคำตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 วรรคท้าย

สำหรับสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายในสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น หากมิได้ตกลงกันไว้ ก็จะต้องเป็นไปตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามที่ได้อธิบายข้างต้นนั้น แต่ถึงกระนั้น การเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นจะสามารถเรียกร้องกันได้มากน้อยเพียงไร สามารถเรียกถึงค่าขาดกำไรอันจะพึงได้รับหากไม่มีการเลิกสัญญากันได้หรือไม่ สำหรับกรณีนี้ศาลฎีกาเคยคำพิพากษาไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 932/2490 ซึ่งได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อที่ 4 เรื่อง การชดเชยคืน สำหรับงานอันได้กระทำไปและการยอมให้ใช้ทรัพย์ กล่าวคือ ศาลฎีกาได้ให้ความเห็นว่า ผู้รับจ้างสามารถเรียกผลประโยชน์ที่นอกเหนือไปจากทุนและค่าแรงงานซึ่งเรียกกันว่ากำไรนั้นได้นอกเหนือจากค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างควรได้รับแล้ว

<sup>327</sup> มาตรา 222 วรรคท้าย

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว

<sup>328</sup> Article 1150 of French Civil Code

A debtor is liable only for damages which were foreseen or which could have been foreseen at the time of the contract, where it is not through his own intentional breach that the obligation is not fulfilled

<sup>329</sup> § 648a Kündigung aus wichtigem Grund

(6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.



อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจในเรื่องค่าเสียหาย คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1852/2558 โจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญาก่อสร้าง เนื่องจากไม่ตั้งเสาหลังบ้านให้แล้วเสร็จ โจทก์ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากจำเลย แต่การที่โจทก์มีหนังสือ ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการทวงถามให้ชำระค่าจ้างและบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลย และจำเลยก็มีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังโจทก์ และไม่ยอมให้โจทก์ทำงานต่อไป ตามพฤติการณ์ถือว่าสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยเลิกกันโดยปริยาย โจทก์จำเลยต่างไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการที่สัญญาเลิกกัน แต่เมื่อสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นสัญญาจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 และเป็นสัญญาต่างตอบแทน โจทก์จำเลยต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 วรรคหนึ่ง โจทก์ทำงานให้จำเลยแล้วเสร็จไปบางส่วน ไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมได้ จึงต้องบังคับตามมาตรา 391 วรรคสาม จำเลยต้องจ่ายค่าแห่งการงานของโจทก์นั้น

#### จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1852/2558 สรุปเป็นหลักสำคัญๆได้ ดังนี้

1. คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา ไม่มีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้
2. หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจที่จะบอกเลิกสัญญาต่อกัน สัญญานั้นก็ถือว่าเป็นอันเลิกกัน และเมื่อต่างฝ่ายต่างสมัครใจเลิกสัญญาต่อกันแล้ว คู่สัญญาทั้งสองยอมไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการที่สัญญาเลิกได้ สำหรับประเด็นนี้มีประเด็นน่าสนใจว่า การที่ศาลฎีกาตัดสินเช่นนี้จะเป็นการขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 391 วรรคท้าย ซึ่งให้สิทธิคู่สัญญาเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการขัดกับบทบัญญัติในมาตรา 391 วรรคท้าย ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะสมัครใจเลิกสัญญา แต่ก็มิได้หมายความว่าคู่สัญญามิได้เสียหายอย่างใดอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา ในบางครั้งอาจเป็นการตกลงใจเลิกสัญญาเพราะเกรงว่าจะเสียหายไปมากกว่านี้ก็เป็นได้ ดังนั้น ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า แม้คู่สัญญาจะสมัครใจเลิกสัญญากัน คู่สัญญาก็ไม่สิ้นสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้ตามมาตรา 391 วรรคท้าย
3. เมื่อสัญญาเลิกกันแล้ว คู่สัญญาต้องให้อีกฝ่ายได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม มาตรา 391 วรรคหนึ่ง แต่ในส่วนของสัญญาจ้างทำของนั้น การงานที่ผู้รับจ้างได้ทำให้แก่ผู้ว่าจ้างไปแล้ว ต้องบังคับตามมาตรา 391 วรรคสาม คือ ผู้ว่าจ้างต้องจ่ายค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปให้แก่ผู้รับจ้าง

สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น มีการวางหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา (Performance Security) กันไว้ด้วยเพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญา หากผู้รับจ้างทำงานหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา ผู้ว่าจ้างย่อมสามารถบังคับเอาจากหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญานี้ได้ นอกจากนี้ยังมีหนังสือค้ำประกันความชำรุดบกพร่อง (Maintenance Security) ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องวางไว้แก่ผู้ว่าจ้างเพื่อเป็นการรับประกันในช่วงรับประกันความชำรุดบกพร่องด้วย เมื่อเลิกสัญญากันอันเนื่องมาจากผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติตามสัญญา ผลแห่งการเลิกสัญญาอย่างหนึ่งคือ ไม่เสียสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ ผู้ว่าจ้างจึงมีสิทธิเรียกร้องเอาจากหนังสือค้ำประกันเหล่านี้ได้ด้วย ทั้งนี้ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ได้อธิบายในเรื่องนี้เอาไว้ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 7618/2552 ซึ่งได้อธิบายไปแล้วก่อนหน้านี้ กล่าวคือ ศาลฎีกาได้อธิบายไว้ว่า หนังสือค้ำประกันในวงเงินจำนวน 900,000 บาท เป็นหนังสือค้ำประกันที่โจทก์นำมามอบให้แก่จำเลย เพื่อเป็นการปฏิบัติตามสัญญา รวมถึงการรับประกันความชำรุดเสียหายของงานจ้างที่อาจจะเกิดขึ้นภายใน 2 ปี นับแต่วันส่งมอบงาน หากไม่มีความเสียหายหรือโจทก์ได้ชำระค่าเสียหายแก่จำเลยครบถ้วนแล้ว จำเลยจึงจะคืนหนังสือค้ำประกันแก่โจทก์ ทั้งจำเลยยังมีได้ใช้สิทธิเรียกร้องให้ธนาคารใช้เงินแก่จำเลยตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าว จึงถือว่าจำเลยรับเงิน 900,000 บาท มาเป็นการชำระค่าเสียหายแก่จำเลยแล้วไม่ได้”<sup>330</sup>

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 7618/2552 สรุปได้ว่า การคืนหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา และหนังสือค้ำประกันความชำรุดบกพร่อง หากไม่มีความเสียหายหรือได้มีการชำระค่าเสียหายกันจนครบถ้วนแล้ว ผู้ว่าจ้างก็ต้องหนังสือค้ำประกันเหล่านั้นแก่ผู้รับจ้าง แต่หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ว่าจ้างจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ธนาคารใช้เงินแก่ผู้ว่าจ้างตามหนังสือค้ำประกันนั้นก่อนจึงจะถือว่านำมาชำระค่าเสียหายได้

จากที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไปข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 นั้น ขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้างในหลากหลายประเด็น อีกทั้งยังเป็นการยุ่งยากที่จะปฏิบัติได้ เห็นควรจะต้องตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 ให้กว้างขวางขึ้นหรือไม่ เพื่อให้ครอบคลุมถึงสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆตามความก้าวหน้าของงานในแต่ละช่วงอย่างสัญญารับเหมาก่อสร้างด้วย

<sup>330</sup> ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ณรงค์ ทศนินพันธ์ และ วีระศักดิ์ สมหา, แบบมาตรฐานสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง, หน้า 101-102.

## 5.2 กรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา

เรื่องของสัญญานั้นอยู่บนหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญหลักหนึ่ง คือ “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา(Freedom of Contract)” กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาตกลงกันไว้อย่างไรแล้วก็จะบังคับกันระหว่างคู่สัญญาตามแต่ที่ได้ตกลงกัน แต่หากปล่อยให้สามารถตกลงอย่างใด ๆ กันได้แล้ว อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ กล่าวคือ คู่สัญญาอาจไปตกลงกันทำในสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ประชาชนเป็นการทั่วไปได้ ดังนั้น จึงจำเป็นจะต้องจำกัดสิทธิในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไว้ด้วย แต่เป็นการจำกัดสิทธิในการแสดงเจตนาอย่างจำกัดเท่านั้น ทั้งนี้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติไว้ว่า

*“การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”*

จากมาตรา 151 นั้นเป็นการขยายความของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถตกลงทำสัญญากันอย่างใด ๆ ก็ได้และข้อสัญญาต่างๆ เหล่านี้ก็สามารถใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยบทบัญญัติในมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้สิทธิคู่สัญญาที่จะตกลงกันแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การใดที่ได้ตกลงกันไม่นั้นไม่เป็นโมฆะ ผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างสมบูรณ์

สัญญารับเหมาก่อสร้างเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่งย่อมอยู่บนหลักกฎหมายทั่วไปหลักเดียวกันนี้ด้วย กล่าวคือ ยังคงต้องตกอยู่ภายใต้ มาตรา 151 ด้วย ทั้งนี้เพื่อประกอบความเข้าใจผู้เขียนเห็นว่าควรจะนำตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องข้อตกลงในสัญญารับเหมาก่อสร้างมาพิจารณาว่าตามแนวการพิจารณาของศาลนั้น ศาลวินิจฉัยไปในแนวทางใด ข้อตกลงเช่นนี้สามารถตกลงได้หรือไม่ และมีผลประการใด

### 1. ข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างที่กำหนดเรื่องผลของการเลิกสัญญาให้ผู้ว่าจ้างสามารถริบหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา

ข้อตกลงเช่นนี้สามารถตกลงได้หรือไม่ นั้น มีคำตอบอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2794/2537 แล้ว กล่าวคือ สัญญามีใจความว่า ผู้รับจ้างได้นำหลักประกันเป็นหนังสือสัญญาค้ำประกันธนาคารกรุงเทพ จำกัด เป็นจำนวนร้อยละ 8 ของราคาที่จ้าง 1,984,000 บาท มามอบไว้แก่ผู้ว่าจ้างเพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาและหลักประกันนี้ ผู้ว่าจ้างจะคืนให้เมื่อผู้รับจ้างพ้นจาก

ข้อผูกพันตามสัญญาแล้ว ถ้าผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้ว ผู้รับจ้างยอมให้ผู้ว่าจ้างรับหลักประกันดังกล่าวถือว่าหลักประกันดังกล่าวเป็นการวางไว้ล่วงหน้าเพื่อความเสียหายในกรณีที่มีการผิดสัญญาเข้าลักษณะเบี่ยงปรับ ซึ่ง ป.พ.พ. มาตรา 380 วรรคสอง บัญญัติว่า ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ จะเรียกเอาเบี่ยงปรับอันจะพึงรับนั้นในฐานะเป็นจำนวนน้อยที่สุดแห่งค่าเสียหายก็ได้ ฉะนั้นเมื่อค่าเสียหายของโจทก์มี 3,047,200 บาท จึงชอบที่จะนำเงินตามสัญญาค้ำประกันซึ่งโจทก์รีบไปแล้วมาหักออกจากค่าเสียหายดังกล่าวได้ คงเหลือค่าเสียหายที่จำเลยต้องชำระแก่โจทก์ 1,063,200 บาท

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2794/2537 ทำให้เห็นว่า คู่สัญญาสามารถตกลงกันกำหนดให้ผู้ว่าจ้างสามารถรับหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา เป็นข้อสัญญาที่สามารถใช้บังคับได้ หากแต่ศาลฎีกาเห็นว่า การวางหลักประกันไว้เป็นการวางไว้เพื่อความเสียหายในกรณีผิดสัญญา จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับเบี่ยงปรับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 380 วรรคสอง

**2. ข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างเรื่อง ค่าแห่งการงาน ซึ่งมักจะพบเห็นอยู่บ่อยครั้งในสัญญารับเหมาก่อสร้าง โดยข้อสัญญามักกำหนดว่า “เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้วบรรดางานที่ผู้รับจ้างทำและสิ่งของต่าง ๆ ที่ได้นำมาไว้ ณ สถานที่ทำงานนั้นโดยเฉพาะเพื่องานจ้างดังกล่าว ผู้รับจ้างยอมให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้าง โดยผู้รับจ้างจะเรียกร้องค่าตอบแทนและค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้เลย”**

เมื่อพิจารณาจากข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างดังกล่าวแล้วนั้นจะเห็นว่า เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเอาเสียเลย เพราะเมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา การงานใดๆอันผู้รับจ้างได้ทำไปแล้ว สิ่งของต่างๆที่ผู้รับจ้างได้นำมาไว้ในสถานที่ทำงานเพื่อการงานที่จ้างนั้น ให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างทั้งหมด ยิ่งไปกว่านั้น ผู้รับจ้างยังไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าตอบแทนและค่าเสียหายอย่างใดๆได้เลย ข้อสัญญาเช่นนี้มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย อันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 151 หรือไม่ อันจะเป็นผลให้ข้อสัญญานี้เป็นโมฆะ

สำหรับเรื่องนี้ พบคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 2794/2537

ค่าผลงานที่จำเลยทำไปแล้ว ตามปกติจำเลยมีสิทธิได้รับคดีใช้คืนจากโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคสามแต่ตามสัญญาที่มีข้อกำหนดว่า เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้วบรรดางานที่ผู้รับจ้างทำและสิ่งของต่าง ๆ ที่ได้นำมาไว้ ณ สถานที่ทำงานนั้นโดยเฉพาะเพื่องานจ้างดังกล่าว ผู้รับจ้างยอมให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้าง โดยผู้รับจ้างจะเรียกร้องค่าตอบแทนและค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้เลย ข้อตกลงนี้มีลักษณะเป็นการที่ผู้รับจ้างให้สัญญาว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นที่มีใช้จำนวนเงินให้เป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 382 แก่โจทก์ผู้ว่าจ้างและหากเป็นจำนวนพอสมควรโจทก์มีสิทธิรับผลงานนี้ได้โดยไม่ต้องใช้ราคาแก่จำเลยผู้รับจ้าง

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2794/2537 ทำให้เข้าใจได้ว่า คู่สัญญาสามารถตกลงกำหนดข้อสัญญานี้ได้ “เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้วบรรดางานที่ผู้รับจ้างทำและสิ่งของต่าง ๆ ที่ได้นำมาไว้ ณ สถานที่ทำงานนั้นโดยเฉพาะเพื่องานจ้างดังกล่าว ผู้รับจ้างยอมให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้าง โดยผู้รับจ้างจะเรียกร้องค่าตอบแทนและค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้เลย” ข้อสัญญานี้มีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแม้ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 391 วรรคสาม ก็ตาม แต่ศาลฎีกานั้นเห็นว่า ข้อสัญญาเช่นนี้มีลักษณะเป็นการที่ผู้รับจ้างให้สัญญาว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นที่มีใช้จำนวนเงินให้ ศาลฎีกาเห็นว่า มีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 382<sup>331</sup> หากคู่สัญญากำหนดไว้เป็นจำนวนพอสมควร ผู้ว่าจ้างก็ไม่จำเป็นต้องใช้ราคาค่าการงานแก่ผู้รับจ้างเลย

**คำพิพากษาฎีกาที่ 3768-3769/2533** สัญญาที่มีข้อความว่า ผู้รับจ้างยินยอมให้บรรดาส่งก่อสร้างที่ผู้รับจ้างได้กระทำขึ้น รวมทั้งสัมภาระอุปกรณ์การก่อสร้างที่ได้ทำไว้ ณ สถานที่ก่อสร้าง โดยเฉพาะเพื่อการก่อสร้าง ให้กรรมสิทธิ์ตกเป็นของผู้ว่าจ้างทั้งสิ้น ทรัพย์สินที่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างก็เฉพาะวัสดุและอุปกรณ์ก่อสร้างที่จะใช้ในการก่อสร้างอาคารตามสัญญา และที่ได้ก่อสร้างเป็นส่วนของอาคารตามสัญญาไปแล้วเท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงเครื่องมือเครื่องใช้ในการทำการก่อสร้างด้วย

ข้อสัญญาที่ว่า ในกรณีที่ผู้รับจ้างผิดสัญญาไม่ทำงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนด กรณีจะเป็นเรื่องผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาหรือให้ผู้รับจ้างทำการก่อสร้างล่วงหน้าไป ผู้รับจ้างยินยอมรับผิดชอบ

<sup>331</sup> มาตรา 382 ถ้าสัญญาว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นให้เป็นเบี้ยปรับ ไม่ใช่ใช้เป็นจำนวนเงินใช้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 379 ถึง 381 มาใช้บังคับ แต่ถ้าเจ้าหนี้เรียกเอาเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนก็เป็นอันขาดไป

ว่าจ้างในสิ่งก่อสร้างและสัมภาระอุปกรณ์ในการก่อสร้างของผู้รับจ้างคงตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้าง โดยไม่ต้องใช้ราคาแก่ผู้รับจ้าง ข้อตกลงนี้มีลักษณะเป็นการที่ผู้รับจ้างให้สัญญาว่าจะชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ที่มีใช้จำนวนเงินให้เป็นเบี้ยปรับตาม ป.พ.พ. มาตรา 382 แก่ผู้ว่าจ้าง ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ทางได้เสียของผู้ว่าจ้าง กับสภาพหรือผลงานและพฤติการณ์ที่ ผู้รับจ้างปฏิบัติมาแล้ว เห็นว่า เบี้ยปรับส่วนนี้เป็นเงินพอสมควรแล้ว ผู้ว่าจ้างจึงมีสิทธิรับผลงานไว้โดยไม่ต้องชดใช้ราคา

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่า

1. ข้อตกลงที่ระบุว่า “ผู้รับจ้างยินยอมให้บรรดาส่งก่อสร้างที่ผู้รับจ้างได้กระทำให้ขึ้น รวมทั้งสัมภาระอุปกรณ์การก่อสร้างที่ได้ทำไว้ ณ สถานที่ก่อสร้าง โดยเฉพาะเพื่อการก่อสร้าง ให้กรรมสิทธิ์ตกเป็นของผู้ว่าจ้างทั้งสิ้น” นั้นเป็นข้อตกลงที่ใช้บังคับได้แม้เป็นการตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติในเรื่องผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 ก็ตาม

2. ศาลตีความจากข้อสัญญาในข้อ 1 ต่อไปว่า ทรัพย์สินที่จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างนั้นจะเป็นเฉพาะแต่วัสดุและอุปกรณ์ก่อสร้างที่จะใช้ในการก่อสร้างตามสัญญา และที่ได้ทำการก่อสร้างตามสัญญาไปแล้วเท่านั้น ไม่รวมเครื่องมือเครื่องใช้ในการทำงานก่อสร้าง

3. ข้อตกลงนี้ ศาลมองว่า มีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ เพราะ เป็นการที่ผู้รับจ้างให้สัญญาต่อผู้ว่าจ้างว่าจะชำระหนี้เป็นอย่างอื่นที่มีใช้จำนวนเงินให้เป็นเบี้ยปรับ จึงเข้าบทบัญญัติ มาตรา 382 แก่ผู้ว่าจ้าง

4. นอกจากนี้ยังทำให้เห็นเกณฑ์การพิจารณาของศาลในเรื่องนี้ด้วย กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาทางได้เสียของผู้ว่าจ้าง กับสภาพหรือผลงานและพฤติการณ์ที่ผู้รับจ้างปฏิบัติต่อผู้ว่าจ้างมาแล้ว

**3. ข้อสัญญารับเหมาก่อสร้าง เรื่อง การกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าอันเนื่องมาจากงานล่าช้า(Delay Liquidated Damages)**

ตัวอย่างข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างในเรื่องค่าปรับ

“หากผู้รับจ้าง ไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จ ตามเวลาที่กำหนดไว้ ในสัญญา และผู้ว่าจ้าง ยังมีได้บอกเลิกสัญญา ผู้รับจ้าง จะต้องชำระค่าปรับ ให้แก่ผู้ว่าจ้าง เป็นจำนวนเงินร้อยละ 0.1 ของมูลค่าสัญญางาน ต่อวัน และจะต้องชำระค่าใช้จ่ายในการควบคุมงานในเมื่อผู้ว่าจ้างต้องควบคุมงานอีกต่อหนึ่งเป็นจำนวนเงิน วันละ 10000 บาท นับถัดจาก วันที่กำหนดแล้วเสร็จตามสัญญา หรือวันที่

ผู้ว่าจ้างได้ขยายให้จนถึงวันที่ ทำงานแล้วเสร็จจริง นอกจากนี้ ผู้รับจ้างยอมให้ผู้ว่าจ้างเรียกค่าเสียหายอันเกิดขึ้นจากการ ผู้รับจ้างทำงานล่าช้าเฉพาะส่วนที่เกินกว่าจำนวนค่าปรับและค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้อีกด้วย”

จากที่ได้เคยอธิบายไว้ในบทที่ 2 เรื่องสัญญาจ้างทำของ ประเภทสัญญารับเหมาก่อสร้าง ในเรื่อง ค่าปรับ นั้น ในสัญญารับเหมาก่อสร้างมักกำหนดให้คิดค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการล่าช้าอยู่ที่ร้อยละ 0.1 ของมูลค่างานตามสัญญาต่อวัน หรือในบางกรณีอาจกำหนดอัตราค่าปรับอันเนื่องมาจากการล่าช้าไว้สูงสุดที่ไม่เกิน 10% ของมูลค่าสัญญางาน ทั้งนี้แล้วแต่คู่สัญญาจะตกลงกันไว้ จึงมีปัญหาซึ่งนำมาสู่บทวิเคราะห์ว่า การตกลงเรื่องค่าเสียหายนั้นคู่สัญญาสามารถตกลงกันในอัตราเท่าใด และสามารถบังคับใช้ได้ทุกกรณีหรือไม่ และศาลมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องนี้ไว้อย่างไรบ้าง ทั้งนี้จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า สามารถตกลงเรื่องค่าปรับอันเนื่องมาจากการล่าช้ากันได้ สามารถใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้เทียบเคียงจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2794/2537 ซึ่งได้อธิบายไปแล้วข้างต้น แต่อย่างไรเสีย ศาลมองว่า ค่าปรับที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้านั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากสูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจปรับลดได้ ศาลมีอำนาจปรับลดลงได้ตามมาตรา 383<sup>332</sup>

สำหรับค่าใช้จ่ายในการควบคุมงานในเมื่อผู้ว่าจ้างต้องควบคุมงาน ซึ่งในข้อสัญญาตัวอย่างนี้กำหนดไว้เป็นจำนวนเงิน วันละ 10000 บาท ศาลก็มองเช่นเดียวกันว่า ค่าใช้จ่ายสำหรับผู้ควบคุมงานนี้เป็นค่าเสียหายที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าอันมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับตามกฎหมายซึ่งศาลมีอำนาจปรับลดลงได้ตามมาตรา 383 เช่นเดียวกัน

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนั้นทำให้เห็นได้ว่า ศาลฎีกามองเห็นความสำคัญในหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ของคู่สัญญา ประกอบกับยอมรับการตกลงสัญญาของคู่สัญญาที่ตกลงแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมไม่เป็นโมฆะ แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกามองว่า ค่าเสียหายที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้านี้มีลักษณะเช่นเดียวกับเบี้ยปรับ ซึ่งศาลสามารถปรับลดได้ แตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศกล่าวคือ กฎหมายอังกฤษยอมรับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา หากว่าคู่สัญญาตกลง

<sup>332</sup> มาตรา 383 ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน เมื่อได้ใช้เงินตามเบี้ยปรับแล้ว สิทธิเรียกร้องขอลดก็เป็นอันขาดไป นอกจากกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 379 และ 382 ท่านให้ใช้วิธีเดียวกันนี้บังคับ ในเมื่อบุคคลสัญญาว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนกระทำหรืองดเว้นกระทำการอันหนึ่งอันใดนั้นด้วย

เรื่องค่าเสียหายล่วงหน้ากันไว้เท่าใด ศาลอังกฤษจะบังคับให้ตามนั้น ถึงแม้ว่าจะสูงเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงก็ตาม ซึ่งไม่เหมือนแนวทางการพิจารณาของศาลไทยที่ใช้ดุลพินิจปรับลดค่าเสียหายล่วงหน้าได้โดยพิจารณาว่าเป็นเบี้ยปรับ

#### 4. ข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างเรื่องผลของการเลิกสัญญาโดยผู้รับจ้างเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญา ที่ระบุให้สิทธิผู้รับจ้างในการเรียกความสูญเสียในส่วนกำไรได้ด้วย<sup>333</sup>

จากแนวทางการพิจารณาของศาลฎีกาพบว่า สามารถตกลงและบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา แต่ถึงอย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้เคยตัดสินไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 932/2490 ว่า ในการจ้างทำของนั้น ลินจ้างมิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นสิ่งที่ให้ตอบแทนพอดีเฉพาะแต่ทุนและค่าแรงงานเสมอไป ลินจ้างอาจรวมถึงผลประโยชน์ที่นอกเหนือไปจากทุนและค่าแรงงานซึ่งเรียกกันว่ากำไรนั้นก็ได้ ผู้ว่าจ้างทำของบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 605 โดยไม่ยอมเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเลยนั้น ถือว่าไม่ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาจ้างทำของ ผู้รับจ้างฟ้องเรียกผลกำไรอันจะพึงได้จากสัญญานั้นได้

นอกจากการพิจารณาตัวอย่างสัญญารับเหมาก่อสร้างข้างต้นแล้วว่าแนวทางการพิจารณาของศาลนั้นจะเป็นไปในแนวทางใด ยังมีประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งที่ผู้เขียนนำมาวิเคราะห์ด้วยในการนี้ คือ มีกรณีใดหรือไม่ที่คู่สัญญาตกลงกันไว้อย่างหนึ่งในเรื่องผลของการเลิกสัญญา แต่ศาลฎีกาตัดสินไปในแนวทางผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 ซึ่งพบว่ามีคำพิพากษาฎีกาที่ได้ศาลฎีกาได้ตัดสินในเรื่องนี้เอาไว้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1556/2559 สัญญาจ้างเหมามีความว่า เมื่อผู้ว่าจ้างเห็นว่าหากให้ผู้รับจ้างดำเนินการต่อไปอาจเกิดความเสียหายแก่ผู้ว่าจ้างผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเสียได้โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าทดแทนใด ๆ จากผู้ว่าจ้างทั้งสิ้น นั้น หมายถึง ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการบอกเลิกสัญญาเท่านั้นแต่ผู้รับจ้างหาสิทธิได้รับการใช้เงิน

<sup>333</sup> FIDIC EPC Contract Silver Book, Edition 2017

Clause 16.4 Payment on termination : After a notice of termination under Sub-Clause 16.2 [Termination by Contractor] has taken effect, the Employer shall promptly:

(a) return the Performance Security to the Contractor,  
 (b) pay the Contractor in accordance with Sub-Clause 19.6 [Optional Termination, Payment and Release], and  
 (c) pay to the Contractor the amount of any loss of profit or other loss or damage sustained by the Contractor as a result of this termination.



ตามควรค่าแห่งการงานที่ทำเพื่อกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมในกรณีอีกฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาตามป.พ.พ.มาตรา391ไม่ ค่าแห่งการงานตามมาตรา391นั้นไม่จำต้องตีราคางานตรงตามงวดที่ระบุไว้ในสัญญา

**จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1556/2559 พบหลักการที่สำคัญ ดังนี้**

1. ข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างที่ตกลงว่า “เมื่อผู้ว่าจ้างเห็นว่าหากให้ผู้รับจ้างดำเนินการต่อไปอาจเกิดความเสียหายแก่ผู้ว่าจ้างผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเสียได้โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าทดแทนใด ๆ จากผู้ว่าจ้างทั้งสิ้น” เป็นข้อสัญญาที่สามารถตกลงกันได้และสามารถใช้อย่างบังคับได้ระหว่างคู่สัญญา
2. ความหมายของข้อสัญญาในข้อ 1 นั้น หมายถึง ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าทดแทนเนื่องจากการบอกเลิกสัญญาเท่านั้น
3. เมื่อเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญา ศาลฎีกาให้บังคับตามมาตรา 391 กล่าวคือ ผู้รับจ้างมีสิทธิได้รับการใช้เงินตามควรค่าแห่งการงานที่ทำเพื่อกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมในกรณีอีกฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาตามป.พ.พ.มาตรา391

4. ค่าแห่งการงานตามมาตรา391นั้น ไม่จำต้องตีราคางานตรงตามงวดที่ระบุไว้ในสัญญา

นอกจากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นแล้ว ยังมีคำพิพากษาฎีกา 3322/2528 โจทก์ได้ว่าจ้างจำเลยเจาะบ่อน้ำบาดาล โดยมีข้อสัญญาว่าถ้าผู้รับจ้าง (จำเลย) ทำการเจาะบ่อน้ำไม่ได้ปริมาณน้ำถึง 50 แกลลอน ต่อหนึ่งนาที่สัญญานี้เป็นอันยกเลิกผู้รับจ้างจะคืนเงิน (ค่าจ้าง) ที่รับมาทั้งหมด จำเลยได้เจาะบ่อน้ำบาดาลตามสัญญาให้โจทก์แล้ว แต่ไม่ได้ปริมาณน้ำตามสัญญา ดังนั้นสัญญาจึงเลิกกันตามเงื่อนไขข้างต้น โจทก์จำเลยกลับไปสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 เมื่อจำเลยทำงานให้ตามที่โจทก์จ้างไปแล้วแต่น้ำไม่ครบปริมาณตามสัญญา โจทก์จึงต้องจ่ายเงินค่าแห่งงานที่จำเลยได้กระทำไปให้จำเลย แม้ในสัญญาจะระบุว่าจำเลยจะต้องคืนเงินที่รับไปจากโจทก์ทั้งหมด ก็หาได้หมายถึงว่าโจทก์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ค่าแห่งงานให้จำเลยไม่ ซึ่งค่าแห่งงานนี้ศาลมีอำนาจกำหนดให้ตามสมควร

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้ทำให้เห็นว่า หากคู่สัญญามีการกำหนดข้อตกลงไว้ในสัญญาว่า ถ้าสัญญาเลิกกัน ผู้รับจ้างตกลงคืนเงินค่าจ้างที่ได้รับมาทั้งหมดให้แก่ผู้ว่าจ้าง อันเป็นข้อตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 ข้อตกลงนี้ใช้บังคับได้ ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฎีกาเห็นว่า ข้อตกลงนี้ไม่เกี่ยวกับการใช้ค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้กระทำไป ดังนั้น ผู้ว่าจ้างยังมีหน้าที่ต้องชำระค่าแห่งการงานด้วยซึ่งค่าแห่งงานนี้ศาลมีอำนาจกำหนดให้ตามสมควร

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1556/2559 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3322/2528 นำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า มีกรณีที่ คู่สัญญาตกลงเรื่องผลในการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้อย่างหนึ่ง แต่ศาลฎีกาได้ตัดสินไปใน แนวทางนำผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 มาใช้ปรับแก้คดีด้วย

**โดยสรุป** จากที่ได้วิเคราะห์มาโดยตลอดแล้ว สำหรับกรณีที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลของการเลิก สัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้ในสัญญา ศาลยึดหลัก “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา” ของคู่สัญญาเป็น สำคัญ ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ตราบเท่าที่มีใช้กฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ(มาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) อย่างไรก็ตามกลับพบว่ามีคำพิพากษาฎีกาในลักษณะที่คู่สัญญา ตกลงเรื่องผลในการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างกันไว้อย่างหนึ่ง แต่ศาลฎีกาได้ตัดสินเรื่องผลของการ เลิกสัญญาโดยนำผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 มาใช้ปรับแก้คดีด้วย ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1556/2559

สำหรับข้อสัญญาที่ตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น เรื่องค่าปรับอัน เนื่องมาจากงานล่าช้า หรือการที่กำหนดว่า เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้วบรรดางานที่ผู้รับจ้างทำ และสิ่งของต่าง ๆ ที่ได้นำมาไว้ ณ สถานที่ทำงานนั้นโดยเฉพาะเพื่องานจ้างดังกล่าว ผู้รับจ้างยอมให้ ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้าง โดยผู้รับจ้างจะเรียกร้องค่าตอบแทนและค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้เลย หรือ กรณีที่สัญญากำหนดไว้ว่า ผู้ว่าจ้างสามารถริบหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้เมื่อผู้ว่าจ้างบอก เลิกสัญญา นั้น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่า มีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ ซึ่งสูงเกินส่วน ศาล มีอำนาจปรับลดได้เป็นจำนวนพอสมควร

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

ตามที่ได้ศึกษาเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น โดยศึกษาเปรียบเทียบทั้งกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ตลอดจนศึกษาแนวคำพิพากษาฎีกาและศึกษาถึงมาตรฐานสัญญารับเหมาก่อสร้างของประเทศเหล่านั้นด้วย พบว่า สัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง โดยลักษณะของสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นเป็นสัญญาที่มีการก่อหนี้ให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติภาระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาของสัญญา เมื่อสัญญาเป็นอันเลิกกัน ผลของการเลิกสัญญานั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาในส่วนของผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ เมื่อพิเคราะห์ดูแล้วพบว่า ไม่มีบทบัญญัติใดในเรื่องสัญญาจ้างทำของที่กำหนดเรื่องผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้ ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไป ตามมาตรา 391 มาบังคับใช้

มาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 391 เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำไปและเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะขอใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

จากบทบัญญัติมาตรา 391 ได้สร้างหลักที่เรียกว่า “หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม” โดยการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น อะไรที่คู่สัญญารับประกันไว้ จะต้องคืนแก่กันจนหมดสิ้น เสมือนหนึ่งว่าไม่มีสัญญาต่อกันเลย แต่เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น เป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาของสัญญา มีการจ่ายเงินค่าจ้างตามความสำเร็จของงานในแต่ละงวดไม่ว่าจะเป็นการจ่ายเงินตามความก้าวหน้าของงานในแต่ละเดือน ที่เรียกว่า Monthly Progress Payment หรือการจ่ายเงินค่าจ้างตามเนื้องานที่กำหนด ที่เรียกว่า Milestone Payment นั้น ซึ่งในระหว่างที่ผู้ว่าจ้างได้ชำระเงินค่าจ้างและผู้รับจ้างก็ทำงานตามที่จ้างนั้น เป็นการสมประโยชน์กันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เมื่อเลิกสัญญา ครั้นจะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามมาตรา 391 นั้น ย่อมจะเป็นการยากที่จะกลับคืนได้ เพราะเมื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิม อะไรที่ได้รับไว้จะต้องคืนแก่กัน ส่วนเงินที่ได้รับไว้ ท่านให้คืนพร้อมดอกเบี้ยนับแต่วันที่ได้รับไว้(มาตรา 391 วรรคสอง) ซึ่งสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น หากสัญญาเลิกสัญญา จะต้องมีการคืนเงินล่วงหน้า(Advance Payment) เงินค่าจ้างงวดแรก(First Payment) เงินประกันผลงาน(Retention Money) หรือแม้แต่การคืนหลักประกันต่างๆ กล่าวคือ หลักประกันเงินล่วงหน้า(Advance Payment Security), หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา (Performance Security) และ หลักประกันความชำรุดบกพร่อง(Maintenance Security) ด้วย

นอกจากนี้สำหรับกรณีที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ สำหรับการงานอันได้กระทำไปและเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้น ค่าแห่งการงานนั้นถือเป็นส่วนสำคัญอย่างมากเพราะเป็นเงินค่าจ้างที่ผู้รับจ้างควรได้รับจากผู้ว่าจ้างเพื่อผลแห่งการงานอันตนได้กระทำไปและสำเร็จประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้าง แนวทางการพิจารณาของศาลไทยนั้นพบว่า ศาลจะพิจารณาจ่ายค่าแห่งการงานให้แก่ผู้รับจ้างสำหรับงานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างเท่านั้น โดยค่าของงานที่จะชดใช้แก่กันนั้น จะพิจารณาจากมูลค่าของงานที่ผู้รับจ้างทำให้แก่ผู้ว่าจ้างตามความเป็นจริง มิได้ยึดเอาจากค่าจ้างรายงวดที่ได้ตกลงกันไว้ เพราะค่าจ้างรายงวดที่กำหนดให้ชำระตามสัญญานั้นอาจมีการกำหนดสิ่งที่มีใช้ค่าของงานลงไปด้วย(คำพิพากษาฎีกาที่ 7618/2552) ด้วยความเคารพ ผู้เขียนได้เคยให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ในบทที่ 5 แล้วว่า หากผู้ว่าจ้างเป็นฝ่ายผิดสัญญาและผู้รับจ้างเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญา นอกจากค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างควรจะได้รับแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ผู้รับจ้างควรมีสืทธิเรียกค่าขาดผลประโยชน์หรือค่าขาดกำไรที่ผู้รับจ้างควรจะได้รับใน

ฐานะเป็นค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา ตามมาตรา 391 วรรคท้าย โดยผู้รับจ้างสามารถเรียกค่าขาดผลประโยชน์หรือค่าขาดกำไรภายใต้บัญญัติมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ กล่าวคือ ค่าขาดผลประโยชน์หรือค่าขาดกำไรที่ผู้รับจ้างจะเรียกจากผู้ว่าจ้างได้นั้น จะต้องเป็นเรื่องที่ผู้ว่าจ้างได้คาดเห็นล่วงหน้าก่อนแล้ว หรือ แม้ผู้ว่าจ้างจะมีได้คาดเห็นแต่ควรจะคาดเห็นได้สำหรับการใช้เงินในค่าแห่งการงานพบว่า ศาลมีหลักในการพิจารณา คือ ผู้ว่าจ้างต้องได้รับประโยชน์จากการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไปนั้น ผู้รับจ้างจึงจะมีสิทธิได้รับเงินค่าแห่งการงาน หากการงานที่ผู้รับจ้างทำไปไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างก็ไม่มีสิทธิที่จะได้รับค่าแห่งการงานนั้นไม่ นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการงานที่ผู้รับจ้างทำไปแล้วทั้งหมด และพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ประกอบกับความเป็นธรรมและความเหมาะสม และศาลมีอำนาจกำหนดให้ได้ตามสมควรด้วย ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การใช้ค่าแห่งการงานนั้นจะต้องเป็นราคาที่เหมาะสมซึ่งคำนวณตามราคาท้องตลาดในขณะที่ทำการงานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้ว่าจ้างนั้น หรือ ขณะเมื่อยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น เพราะมาตรา 391 วรรคสามนั้น มีจุดประสงค์เพื่อเป็นการทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้

สำหรับประเด็นเรื่องการเรียกร้องค่าเสียหายอันเป็นผลจากการเลิกสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 วรรคท้ายนั้น สำหรับสัญญารับเหมาก่อสร้าง จะมีการวางหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติงาน และหนังสือค้ำประกันความชำรุดบกพร่อง ไว้ด้วย ซึ่งศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7618/2552 ว่า การคืนหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา และหนังสือค้ำประกันความชำรุดบกพร่อง หากไม่มีความเสียหายใดๆหรือได้มีการชำระค่าเสียหายกันจนครบถ้วนแล้วหรือได้มีการปฏิบัติตามสัญญารับเหมาก่อสร้างกันโดยครบถ้วนแล้ว ผู้ว่าจ้างก็ต้องคืนหนังสือค้ำประกันเหล่านั้นแก่ผู้รับจ้าง แต่หากมีความเสียหายใดๆเกิดขึ้น ผู้ว่าจ้างจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ธนาคารใช้เงินแก่ผู้ว่าจ้างตามหนังสือค้ำประกันนั้นก่อนจึงจะถือว่านำมาชำระค่าเสียหายได้ โดยศาลได้มองว่า หนังสือค้ำประกันที่ผู้รับจ้างวางไว้แก่ผู้ว่าจ้างนั้นมีลักษณะเป็นค่าเสียหายด้วย

แต่อย่างไรก็ตามหากมีข้อสัญญากำหนดไว้เป็นการเฉพาะเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ก็ให้บังคับตามนั้น ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงให้แตกต่างกันไปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ トラบเท่าที่มีใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องไม่เป็นสิ่ง  
ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรม  
อันดีของประชาชน มิเช่นนั้นแล้วการนั้นเป็นโมฆะ<sup>334</sup>

ทั้งนี้พบว่ามีคำพิพากษาฎีกาในลักษณะที่คู่สัญญาตกลงเรื่องผลในการเลิกสัญญารับเหมา  
ก่อสร้างกันไว้อย่างหนึ่ง เช่น ผู้รับจ้างตกลงจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายอย่างใดๆจากผู้ว่าจ้าง หากว่าผู้ว่า  
จ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุที่ผู้รับจ้างผิดสัญญา เป็นต้น ศาลฎีกาได้ตัดสินเรื่องผลของ  
การเลิกสัญญาโดยนำผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 มาใช้ปรับแก้คดีด้วย เนื่องจากว่า เป็น  
การตกลงแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 391 วรรคท้าย กล่าวคือ ตกลงที่จะไม่เรียกร้องค่าเสียหาย  
ภายหลังจากการเลิกสัญญา แต่คู่สัญญาหาได้ตกลงในเรื่องการชดเชยค่าแห่งการงานไม่ ดังนั้น ศาลฎีกา  
จึงตัดสินให้ผู้ว่าจ้างต้องชดเชยค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้กระทำไปด้วย ตามมาตรา 391 วรรคสาม  
ส่วนในเรื่องค่าเสียหายที่ผู้รับจ้างตกลงไม่เรียกร้องเอาจากผู้ว่าจ้าง ศาลบังคับให้ตามความตกลงนั้น<sup>335</sup>

สำหรับข้อสัญญารับเหมาก่อสร้างเรื่องผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างที่ตกลงแตกต่าง  
จากบทบัญญัติของกฎหมาย ในหลายเรื่อง ศาลฎีกามองว่าเป็นค่าปรับ ตามมาตรา 383 ซึ่งสูงเกินส่วน  
ศาลมีอำนาจปรับลดได้เป็นจำนวนพอสมควร เช่น กรณีที่สัญญารับเหมาก่อสร้างกำหนดผลของการ  
เลิกสัญญาไว้ว่า ผู้ว่าจ้างสามารถริบหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา  
การเรียกร้องค่าปรับอันเนื่องมาจากงานล่าช้า หรือกรณีที่สัญญากำหนดผลของการเลิกสัญญาไว้ว่า  
เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาแล้วบรรดางานที่ผู้รับจ้างทำและสิ่งของต่าง ๆ ที่ได้นำมาไว้ ณ สถานที่  
ทำงานนั้นโดยเฉพาะเพื่องานจ้างดังกล่าว ผู้รับจ้างยอมให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้าง โดยผู้รับจ้าง  
จะเรียกร้องค่าตอบแทนและค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้เลย เป็นต้น

เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 391 ผล  
การเลิกสัญญา กับกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมาย  
ฝรั่งเศส ซึ่งได้บัญญัติในเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไป และผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของเอาไว้  
เป็นการเฉพาะ พบว่า กฎหมายแพ่งเยอรมัน และ กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกประเภทของ  
สัญญาออกเป็น 2 ประเภท ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีในเรื่องนี้ กล่าวคือ

<sup>334</sup> มาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>335</sup> โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 1556/2559 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 3322/2528 ในบทที่ 5

แบ่งเป็นสัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ครั้งหนึ่งคราวเดียว เช่น สัญญาซื้อขาย เป็นต้น กับ สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง เช่น สัญญารับเหมาก่อสร้าง สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น ซึ่งผลของการเลิกสัญญาของสัญญาทั้ง 2 ประเภท นั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ<sup>336</sup> มีทั้งการเลิกสัญญาที่มีผลไปในอนาคต (Kündigung) เป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลง (Termination) ซึ่งผลของการสิ้นสุดสัญญานี้ ผู้รับจ้างมีสิทธิได้ค่าแห่งการงานที่ผู้รับจ้างได้ทำไป ทั้งนี้หากเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิทำให้สัญญาจ้างทำของสิ้นสุดลงโดยไม่จำต้องอ้างเหตุ กฎหมายมีบทสันนิษฐานให้ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างในอัตราร้อยละ 5 ของค่าการงานส่วนที่ผู้รับจ้างยังมิได้ทำตามสัญญา นอกจากนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดจากการเลิกสัญญานั้น<sup>337</sup> และ การเลิกสัญญาที่มีผลไปในอดีต คือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Rücktritt)<sup>338</sup> อะไรที่ได้รับกันไว้ตามสัญญา ก็ต้องคืนแก่กันจนหมดสิ้น ทั้งนี้รายละเอียดได้อธิบายโดยละเอียดแล้วในบทที่ 3 และ บทที่ 4

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า แท้จริงแล้วผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง ควรเป็นการสิ้นสุดสัญญา โดยให้มีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต ไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิม ด้วย เพราะสัญญารับเหมาก่อสร้างมีลักษณะเฉพาะที่ทำให้ยากแก่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า อาจจะมีบางกรณีที่ให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วย เหมือนอย่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่บัญญัติไว้ชัดเจนในเรื่องนี้

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบเรื่อง ผลของการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้าง ทั้งกฎหมายของประเทศไทย กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายฝรั่งเศส แล้วนั้น ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยนำแบบอย่างมาจากกฎหมายแพ่งเยอรมัน

กฎหมายแพ่งเยอรมันแม้มิได้กำหนดเรื่องผลของสัญญารับเหมาก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการบัญญัติเรื่อง ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ เอาไว้ โดยผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของ

<sup>336</sup> สัญญาที่มีการก่อกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติการชำระหนี้เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง

<sup>337</sup> Section 648 และ 648a

<sup>338</sup> Section 346 BGB

แบบอย่างเยอรมันนั้น เป็นการสิ้นสุดสัญญา มีผลเป็นการเลิกสัญญาไปในอนาคต มิได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เหมือนอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 ทั้งนี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 648 ซึ่งให้สิทธิผู้รับจ้างที่จะเรียกร้องค่าแห่งการงาน และค่าเสียหาย อันเกิดจากการที่ผู้ว่าจ้างนั้นบอกเลิกสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยเหตุในการเลิกสัญญา และมาตรา 648a การทำให้สัญญาสิ้นสุดลงเนื่องจากเหตุสำคัญ ทั้งนี้มีการกำหนดให้ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมาเข้าร่วมในการประเมินสถานะของผลงานที่ทำได้ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการเข้าร่วมดังกล่าว หรือไม่เข้าร่วมภายในระยะเวลาอันสมควร คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวมีภาระที่จะต้องพิสูจน์สถานะของผลงาน ณ เวลาที่ทำให้สัญญาสิ้นสุด เว้นเสียแต่ว่า การที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นมิได้เข้าร่วมการประเมินสถานะของผลงานเป็นเพราะพฤติการณ์ที่เขาไม่ต้องรับผิดชอบและเขาได้แจ้งพฤติการณ์ดังกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบแล้วโดยไม่ชักช้า นอกจากนี้ ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของยังอาจเป็นการเลิกสัญญาแบบ Rücktritt อันเป็นผลให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้อีกด้วย ตามมาตรา 346 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ผลของการเลิกสัญญา ซึ่งได้บัญญัติโดยชัดเจนถึงเรื่อง การกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้ จะต้องใช้ค่าแห่งการงานในกรณีใดบ้าง และการใช้ค่าแห่งการงานจะไม่เกิดขึ้นในกรณีใดบ้าง

### ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอ ดังนี้

1. เสนอแนะให้มีการตีความมาตรา 605 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมาตรานี้เป็นสิทธิของผู้ว่าจ้างในการทำให้สัญญาจ้างทำของสิ้นสุดลงโดยไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุในการเลิกสัญญาแต่ประการใด ผู้เขียนเห็นควรเสนอแนะให้ตีความในส่วนของ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นผลของการเลิกสัญญา มิใช่เป็นเงื่อนไขในการเลิกสัญญา ถ้าตีความเช่นนี้แล้ว ผล คือ หากเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างใช้สิทธิทำให้สัญญาสิ้นสุดโดยไม่จำเป็นต้องอ้างเหตุในการเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญาจ้างทำของในลักษณะนี้คือ ให้ผู้ว่าจ้างชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดขึ้นแต่การเลิกสัญญานั้น เป็นการใช้ผลของการเลิกสัญญาตามมาตรา 605 โดยไม่ต้องนำบทบัญญัติในมาตรา 391 เรื่อง ผลของการเลิกสัญญาทั่วไปมาบังคับใช้ด้วย คู่สัญญาจึงไม่ต้องกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม หากแต่เป็นการสิ้นสุดสัญญาซึ่งมีผลไปในอนาคตเท่านั้น

2. เนื่องจากสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นสัญญาที่มีการกำหนดให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติภาระหน้าที่เป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาหนึ่ง เมื่อเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญาไม่ควรเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม เพราะขัดกับธรรมชาติของสัญญารับเหมาก่อสร้าง จึงควรสิ้นสุดสัญญาไป



ในอนาคต ดังนั้น สำหรับการเลิกสัญญารับเหมาก่อสร้างโดยมีเหตุสำคัญ ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการ การตีความมาตรา 391 วรรคสาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเพิ่มเติม เพื่อมาปรับใช้ กับกรณีที่เป็นการเลิกสัญญาโดยมีเหตุสำคัญได้ ทั้งนี้เสนอให้นำแบบอย่างในมาตรา 346 ประมวล กฎหมายแพ่งเยอรมันที่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดสำหรับกรณีที่จะต้องใช้จ่ายค่าแห่งการงานแทนการ กลับคืนสู่ฐานะเดิมเอาไว้ด้วย เช่น ลูกหนี้ได้ใช้สิ่งที่ได้รับไว้จนหมดสิ้นแล้ว หรือกรณีที่สิ่งที่ได้รับไว้ เสื่อมสภาพ หรือถูกทำลายลง เว้นแต่ หากการเสื่อมสภาพนั้นมีสาเหตุมาจากการที่ใช้สิ่งนั้นตามความ มุ่งหมายของการใช้สิ่งนั้น<sup>339</sup> นอกจากนี้มาตรา 346 ยังได้บัญญัติถึงกรณีที่ไม่ทำให้เกิดการใช้จ่าย แห่งการงาน<sup>340</sup> ไว้ด้วย เช่น เจ้าหนี้มีส่วนผิดในการเสื่อมสภาพ หรือ การถูกทำลายของวัตถุ หรือ ความเสียหาย ย่อมเกิดอยู่หากวัตถุตั้งกล่าวอยู่กับเจ้าหนี้<sup>341</sup> เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการตีความ เรื่อง การใช้จ่ายแห่งการงาน ให้กว้างขวางมากขึ้น น่าจะเป็นประโยชน์กับสัญญาอื่นๆด้วยไม่แต่เฉพาะ สัญญารับเหมาก่อสร้างเท่านั้น

---

<sup>339</sup> มาตรา 346(2)3. ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

<sup>340</sup> มาตรา 346(3) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

<sup>341</sup> มาตรา 346(3)2. ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

## รายการอ้างอิง

- คณะอนุกรรมการสาขาบริหารงานก่อสร้างในคณะกรรมการสาขาวิศวกรรมโยธา. เงื่อนไขทั่วไปสัญญาจ้างก่อสร้าง. พิมพ์ครั้งที่ 1, วิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย, 2556.
- จตุพล หวังสู่วัฒนา. ผลของการเลิกสัญญาต่างตอบแทน, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- จรัญ ภักดีธนากุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ผลและความระงับแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: บริษัทพี.เพรส จำกัด, 2561.
- จิตติ ดิงศภัทย์. มูลแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- จิต เศรษฐบุตร. ความรู้เบื้องต้นแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน. พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2493.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.
- ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ณรงค์ ทศนนิพันธ์, วีระศักดิ์ สมหา. แบบมาตรฐาน สัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง. กรุงเทพฯ : ดีพร้อมการพิมพ์, 2557.
- ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ไพบุลย์ กิตติพิทยากร. ปัญหาในการก่อสร้าง. กรุงเทพฯ : ดีพร้อมการพิมพ์, 2557.
- ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, สงคราม ทองนพคุณ, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา. การบริหารสัญญาจ้างก่อสร้าง. นนทบุรี: โรงพิมพ์เฟิร์ส ออฟเซท(1993) จำกัด, 2559
- ชำนาญ พิเชษฐพันธ์, ณัฐนนท์ รัตนไชย, กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา, การบริหารข้อเรียกร้องและข้อพิพาทในโครงการก่อสร้าง. นนทบุรี: โรงพิมพ์เฟิร์ส ออฟเซท(1993) จำกัด, 2560
- ธีระพล อรุณกสิกร และคณะ. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553.
- ธีรัช ลิ้มปยารยะ. ข่าวเนติบัณฑิตยสภา. ฉบับที่ 281 (ธันวาคม 2555).

ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561.

พงษ์พันธ์ บุปเก. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History). กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, ณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์. หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา [https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.4\\_0\\_7\\_0\\_1\\_-2\\_.pdf](https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.4_0_7_0_1_-2_.pdf). [เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2562]

พินัย ณ นคร. หลักกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษ. กรุงเทพฯ : บริษัทเพรส มีเดีย จำกัด, 2542  
ไพจิตร บุญญพันธ์. ผลของการเลิกสัญญาเข้าซื้อกับการกลับคืนสู่ฐานะเดิม. ในประมวลบทความทางกฎหมายแพ่ง. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548.

มานวราชเสวี. บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2557.

มานะ พิทยาภรณ์. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของและรับขน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521.

ร.แลงกาด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

วิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทย. เงื่อนไขทั่วไปสัญญาจ้างก่อสร้าง. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

วิสูตร จิระคำเกิง. การบริหารงานก่อสร้าง. กรุงเทพฯ : วรณกวี, 2554.

\_\_\_\_\_. การวางแผนงานและแผนกำหนดเวลางานก่อสร้าง. กรุงเทพฯ : วรณกวี, 2554.

ศันนกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561.

ศันนกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2560.

ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ, 2551.

สมาคมสถาปนิกสยาม ในพระบรมราชูปถัมภ์. เอกสารรวบรวมสัญญาเกี่ยวกับงานก่อสร้าง. กรุงเทพฯ : เมฆาเพรส, 2534.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

สุรพล ไตรเวทย์. การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550

สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2536.

- สิรินภา ไทรนนทรี. ปัญหากฎหมายของการเรียกค่าเสียหายหลังการเลิกสัญญา, วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 – 2. กรุงเทพฯ :  
นิติบรรณาการ, 2505.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 – 2. พิมพ์ครั้งที่ 4  
ปรับปรุงแก้ไขโดย ดร.มุนินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพฯ :วิญญูชน, 2560.
- เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้. นครหลวง:  
กรมสรรพสามิต, 2515.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง เล่ม 2. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516
- อธี อศวานันท์. ร่างสัญญาธุรกิจ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- เอกพงศ์ สุรพันธ์พิชิต. ลักษณะพิเศษของสัญญาจ้างแบบก่อสร้าง[ออนไลน์]. แหล่งที่มา  
[http://legal.drr.go.th/sites/legal.drr.go.th/files/16\\_2.pdf](http://legal.drr.go.th/sites/legal.drr.go.th/files/16_2.pdf) g [เข้าถึงเมื่อ 25 พฤษภาคม  
2562]
- Brice Dickson. The Law of Restitution in the federal Republic of Germany: A  
Comparison with English Law. British Institute of International and  
Comparative Law, 1987.
- \_\_\_\_\_. Engineering, Procurement, and Construction [Online] Available from  
[https://en.wikipedia.org/wiki/Engineering,\\_procurement,\\_and\\_construction](https://en.wikipedia.org/wiki/Engineering,_procurement,_and_construction)  
[Accessed 10 July 201]
- Ewan Mckendrick. Contract Law. 11<sup>th</sup> Edition. London : Palgrave, 2017.
- Hanz-Werner Moritz, Maximilliann Kuhn. Legal implications of flexibility in business  
contracting from the German perspective: Control of standard terms and  
conditions and the choice of law.
- International Federation of Consulting Engineers. FIDIC Conditions of Contract for  
EPC/TURNKEY PROJECTS. 2<sup>nd</sup> Edition. Switzerland: International Federation of  
Consulting Engineers (FIDIC), 2017.
- International Federation of Consulting Engineers. FIDIC Conditions of Contract for  
Construction. 1<sup>st</sup> Edition. Switzerland: International Federation of Consulting  
Engineers (FIDIC), 1999.

International Federation of Consulting Engineers.FIDIC Conditions of Contract for Plant & Design-Build. 1<sup>st</sup> Edition. Switzerland: International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), 1999.

International Federation of Consulting Engineers(FIDIC). Bookshop FIDIC Publishes [Online]. Available from: <http://fidic.org/bookshop> [Accessed 20 May 2019]

Johnston, B.S.M.H.U.a.A. The German Law of Contract: A Comparative Treaties. 2<sup>nd</sup> Edition. Oxford; Portland Hart Publishing, 2006.

Kotz, K.Z.a.H. Introduction to Comparative Law. 2<sup>nd</sup> Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987.

Maxime. Contractual freedom Article 1102 of the Civil Code [online]. Available from: <https://fiches-droit.com/liberte-contractuelle> [Accessed 22 June 2019]

Mckendrick, E. Case and Material on the Law of Restitution. 2<sup>nd</sup> Edition. Oxford: Oxford University Press, 2017

Peel, E. The Law of Contract. London:Sweet & Maxwell, 2007

Pieck, Manfred. A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. Annual Survey of International& Comparative Law: Vol3: Iss.1, Article7, 1996.

Roger ter HAAR QC. Remedies in Construction Law. 2nd Edition. Imforma Law from Routledge, New York, 2017.

Schuster, E.J. The Principle of German Civil Law. London and New York London and New York, 1907.

Tedoradze Irakli. The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law. European Scientific Journal 13 (February 2017): 62-72

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นาง ฐณวดี ชาญฤทธิเสนา เกิดเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พุทธศักราช 2531 จังหวัดพิษณุโลก สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนเฉลิมขวัญสตรี พิษณุโลก และระดับปริญญานิติศาสตรบัณฑิต(เกียรตินิยมอันดับ 2) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษาที่ 2553 ได้รับประกาศนียบัตรจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความรุ่นที่ 39 สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 65 และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษาที่ 2558