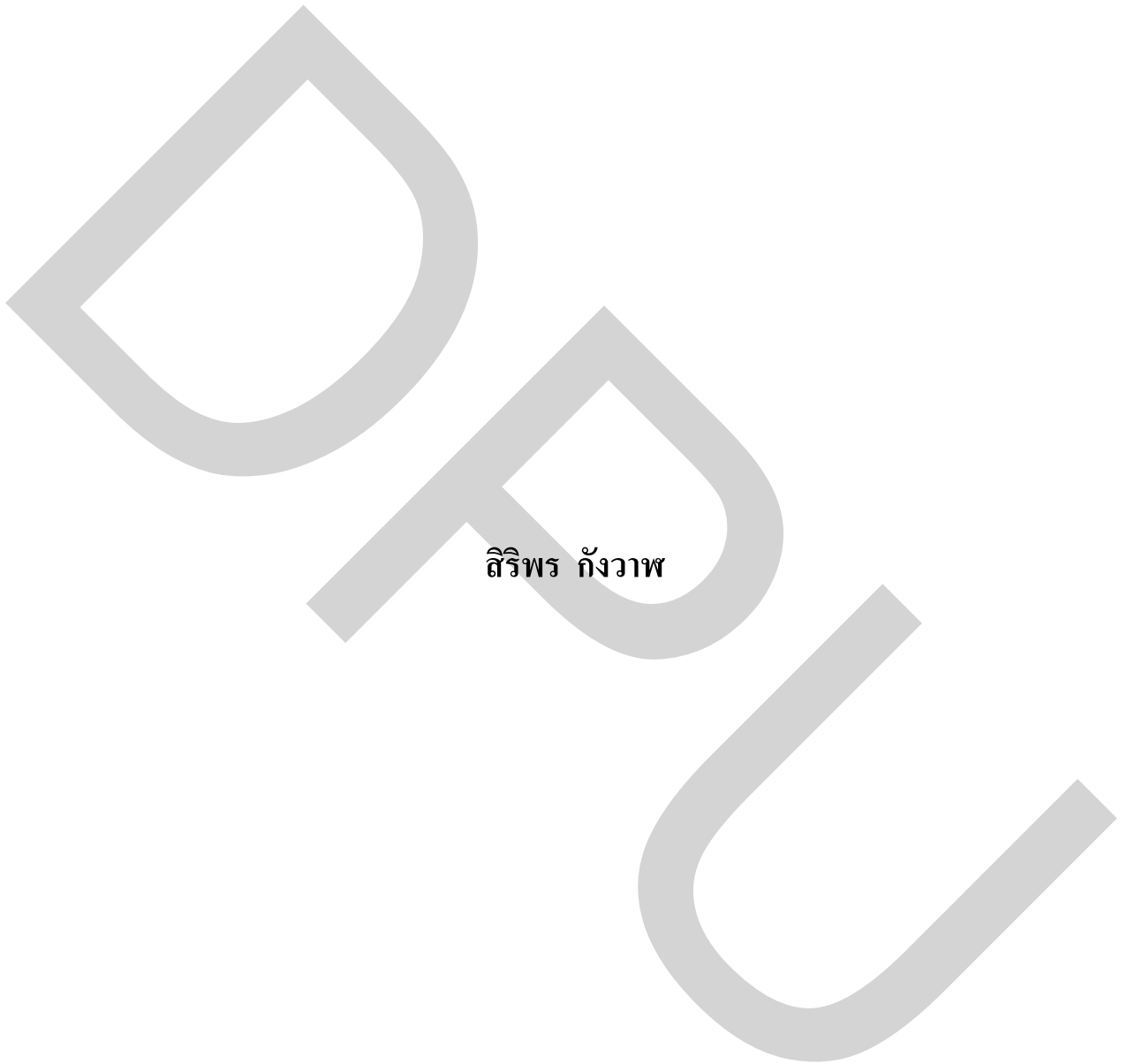


หลักสูตรจิตในสัญญาจ้างแรงงาน



จิต ใจ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2554

Good Faith Principle in Employment Contract



SIRIPORN KANGWAN

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2011

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนจัดทำขึ้นโดยมุ่งหวังที่จะให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่การใช้สิทธิโดยสุจริตในสัญญาจ้างแรงงานเพื่อให้คุ้มครองการใช้สิทธิที่สุจริตต่อกันในการทำสัญญา และการจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมเกี่ยวกับเพศให้มีการคุ้มครองด้วยบทบัญญัติกฎหมายกำหนดชัดเจนครบทุกด้าน ไม่มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต ใด ๆ ก็ดี วิทยานิพนธ์เล่มนี้ย่อมไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้ด้วยดีหากปราศจากความกรุณาอย่างสูงจาก รองศาสตราจารย์ วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ที่ได้สละเวลารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยได้ให้คำแนะนำแนวทางที่เหมาะสมในการนำเสนอหัวข้อ และการค้นคว้าหาข้อมูล ทำให้ผู้เขียนสามารถนำความรู้และข้อมูลที่ได้มาประยุกต์ใช้ในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้เป็นอย่างดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งมาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำปรึกษาแนะนำต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้

กราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ ไชคเหมาะ คณะกรรมการผู้สอบวิทยานิพนธ์ที่สละเวลาจากภารกิจปกติของท่านช่วยเหลือ ให้คำปรึกษาแนะนำแก่ผู้เขียนจนวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วง

นอกจากนี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่อาจสำเร็จลงได้หากปราศจากกำลังใจที่สำคัญที่สุดจาก นายสมกิจ กังวาท และนางพนม กังวาท บิดา มารดาของผู้เขียน ที่ได้สละความสุขส่วนตัว ท่วมเทแรงกาย และแรงใจเพื่อสนับสนุนผู้เขียนในทุกๆ ด้าน

ขอขอบพระคุณรศ.ดร.พินิจ เกี่ยมณี ผศ.ดร.จิระศักดิ์ รอดจันทร์ คุณบัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ คุณชฤทธิ์ มีสิทธิ์ คุณสุรัสวดี เจียมสุวรรณ และคุณพรณทิพย์ ฉันทะดำรงรัตน์ ที่คอยช่วยเหลือ ให้กำลังใจและตลอดจนให้คำแนะนำต่างๆ ที่มีประโยชน์แก่ผู้เขียนเสมอมา และเพื่อนๆ พี่ๆ ที่ช่วยให้คำแนะนำและหาข้อมูลที่จำเป็นในการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้

หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษาของผู้สนใจ ผู้เขียนขอมอบบูชาพระคุณแด่บุพการี ครูบาอาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน ส่วนข้อผิดพลาดและข้อบกพร่องต่างๆ ประการใดในวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนขออภัยและขออนุญาตรับผิดพลาดนั้นไว้แต่ผู้เดียว

สิริพร กังวาท

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	8
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	9
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	9
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	10
2. แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน	11
2.1 แนวความคิดพื้นฐานของหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน	11
2.2 แนวความคิดของหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน	
ตามกฎหมายระหว่างประเทศ	15
2.2.1 แนวความคิดของอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 100 ...	15
2.2.2 แนวความคิดของอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 111 ...	17
2.2.3 แนวความคิดของอนุสัญญาว่าด้วย	
หลักการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ	18
2.3 ความหมายของหลักสุจริต	19
2.3.1 หลักสุจริตในความหมายทางอัตตะวิสัย	19
2.3.2 หลักสุจริตในความหมายทางภาวะวิสัย	20
2.3.3 ความหมายอย่างแคบ	21
2.3.4 ความหมายอย่างกว้าง	21
2.3.5 เจตนารมณ์ของหลักสุจริต	22
2.3.6 ศาสนาและคำสาบาน	23
2.3.7 กฎหมายธรรมชาติ	24

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.3.8 กฎหมายโรมัน	26
2.3.9 แนวความคิดที่มีอิทธิพลต่อหลักสุจริตในกฎหมายโรมัน	28
2.4 วิวัฒนาการของหลักสุจริต	30
2.4.1 ยุคกฎหมายท้องถิ่นจนถึงยุคระบอบประชาธิปไตย (510-526 B.C)	30
2.4.2 ยุคกฎหมายที่ใช้ทุกชนชาติ	32
2.5 หลักการสำคัญของหลักสุจริต	33
2.5.1 ลักษณะความเป็นรากฐานของกฎหมายแห่งทั้งระบบของหลักสุจริต	34
2.5.2 ลักษณะทั่วไปของหลักสุจริต	35
2.5.2.1 เป็นบทบัญญัติความยุติธรรม	35
2.5.2.2 เป็นกฎหมายที่เป็นบทบังคับตายตัว	36
2.5.2.3 เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่มีเนื้อความไม่ชัดเจน	36
2.5.2.4 เป็นหลักกฎหมายทั่วไป	37
2.5.2.5 เป็นบทครอบจักรวาล	38
2.5.2.6 เป็นบทบัญญัติที่ปรับใช้ตามเหตุผลของแต่ละเรื่อง	39
2.5.2.7 เป็นมาตรฐานความเป็นธรรมในสังคมสูง	40
2.5.2.8 เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สะท้อนมาตรฐาน ความเป็นธรรมในสังคม	41
2.5.3 การปรับใช้หลักสุจริตกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ และสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป	41
2.5.4 หลักสุจริตเป็นหลักสำคัญที่ให้คุณพินิจแก่ศาลในการวินิจฉัยคดี	43
2.5.5 รูปแบบที่สำคัญของหลักสุจริต	44
2.5.5.1 หลักการยกเว้นความรับผิดชอบ	44
2.5.5.2 หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ	47
2.5.5.3 หลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา	49
2.5.5.4 หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา	55
2.5.5.5 หลักการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ	58

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3. หลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายระหว่างประเทศ	
ต่างประเทศ และตามกฎหมายไทย.....	63
3.1 หลักสุจริตตามกฎหมายระหว่างประเทศ	63
3.1.1 หลักการของกฎหมายเอกรูป	64
3.1.1.1 บทบัญญัติหลักการของกฎหมายเอกรูปตามหลักสุจริต	65
3.1.1.2 ข้อจำกัดของหลักสุจริตในการดำเนินการตามหลักการ	66
3.1.1.3 หลักการใช้หลักสุจริตในโครงสร้างของสัญญา	67
3.1.2 หลักสุจริตตามหลักกฎหมายสัญญาของสมาชิกสหภาพยุโรป	67
3.1.2.1 เนื้อหาของหลักสุจริตที่กำหนดใน	
หลักกฎหมายสัญญาของสมาชิกสหภาพยุโรป	69
3.1.2.2 ลักษณะสำคัญของหลักสุจริตตามกฎหมาย	
หลักกฎหมายสัญญาของสมาชิกสหภาพยุโรป	69
3.1.3 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ	73
3.1.3.1 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 100	73
3.1.3.2 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 111	74
3.1.4 อนุสัญญาว่าด้วยหลักการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ	74
3.2 หลักสุจริตตามกฎหมายต่างประเทศ	76
3.2.1 ระบบกฎหมายจารีตประเพณี	76
3.2.1.1 บทบัญญัติตามหลักสุจริต	78
3.2.1.2 หลักกฎหมายปิดปากหลักการสำคัญตามหลักสุจริต	89
3.2.1.3 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต	96
3.2.2 ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร	98
3.2.2.1 บทบัญญัติตามหลักสุจริต	98
3.2.2.2 หลักสุจริตเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามสัญญาต่างๆ	107
3.2.2.3 ในกรณีการใช้สิทธิกรณีต่างๆ ตามหลักสุจริต	114
3.2.2.4 หลักการและขอบเขตการใช้หลักสุจริตของประเทศที่ใช้	
ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร	119

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2.2.5 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร	123
3.3 หลักสุจริตตามกฎหมายไทย	136
3.3.1 ความหมายของหลักสุจริตตามกฎหมายไทย	136
3.3.2 หลักสุจริตทั่วไป	137
3.3.3 หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง	137
3.3.3.1 กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน	138
3.3.3.2 กฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์	140
3.3.3.3 กฎหมายว่าด้วยบัญชีจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน	143
3.3.3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	143
3.3.4 แนวความคิดเห็นของนักกฎหมายตามหลักสุจริต	148
3.3.5 หลักสุจริตตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทย	155
3.3.6 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของประเทศไทย	161
3.3.6.1 การจงใจแกล้งทำให้เกิดความเสียหาย	163
3.3.6.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต	163
4. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาของหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน	166
4.1 ลักษณะของหลักสุจริตที่ไม่ชัดเจนโดยเป็นนามธรรม	167
4.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของคู่สัญญาในสัญญาจ้างแรงงาน	173
4.2.1 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้าง	173
4.2.1.1 การหลีกเลี่ยงกฎหมายแรงงาน	173
4.2.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกจ้าง	187
4.2.2.1 หน้าที่รักษาความลับของนายจ้าง	187
4.2.2.2 การห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต	189

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	194
5.1 บทสรุป	194
5.2 ข้อเสนอแนะ	195
บรรณานุกรม	201
ภาคผนวก	214
ภาคผนวก ก	215
ภาคผนวก ข	219
ภาคผนวก ค	221
ภาคผนวก ง	227
ภาคผนวก จ	232
ประวัติผู้เขียน	250

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
1.1 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงานเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ ต่างประเทศและประเทศไทย	215
1.2 รวมตารางเปรียบเทียบเสนอการแก้ไขกฎหมายดังนี้	219

หัวข้อวิทยานิพนธ์	หลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน
ชื่อผู้เขียน	สิริพร กังวาพ
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2554

บทคัดย่อ

โดยทั่วไปสัญญาจ้างแรงงานมีคู่สัญญาสองฝ่ายคือนายจ้างและลูกจ้าง และการทำสัญญาควรให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต ดังนั้น นายจ้างและลูกจ้างควรใช้สิทธิที่สุจริตอย่างแท้จริงผูกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมายแรงงานปัจจุบันของไทยยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องให้ความคุ้มครองกับคู่สัญญาได้ยุติธรรมเท่าที่ควร เพราะคู่สัญญาสามารถใช้สิทธิที่ไม่สุจริตโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายหลีกเลี่ยงเพื่อให้ได้ผลประโยชน์มากที่สุด โดยไม่คำนึงถึง ความเสียหายที่เกิดกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีฐานะด้อยกว่า คือลูกจ้าง แม้ลูกจ้างจะอาศัยกฎหมาย เป็นที่พึ่งฟ้องร้องคดีแต่ผลคำวินิจฉัยไม่เป็นที่ยุติธรรมสำหรับลูกจ้าง เพราะกฎหมายเปิดช่องให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โดยเลือกปฏิบัติกับลูกจ้างให้ได้รับความไม่เสมอภาคในการจ้างงาน จึงทำให้เกิดปัญหาลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่ได้รับความเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง หรือเพศหญิงไม่ได้รับความเสมอภาคกับเพศชาย ในเรื่องของโอกาสการเข้าทำงาน หรือเลือกปฏิบัติ ระหว่างลูกจ้างหญิงและลูกจ้างชาย เรื่องของกฎ ระเบียบ ข้อ บังคับแตกต่างกันเพียงเพราะเพศ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาไปถึงการเลิกจ้าง เนื่องจากถูกนายจ้างก่อกวนแกล้ง และการเยียวยาความเสียหายจากการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมตามกฎหมาย พบว่าไม่สามารถอำนวยความสะดวกและคุ้มครอง ลูกจ้างได้จริง

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาการเลือกปฏิบัติและให้ความไม่เท่าเทียมกันในสัญญาจ้าง แรงงานที่ไม่เสมอภาคต่อลูกจ้างหญิง และลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งเกิดจากการใช้สิทธิไม่สุจริต หลีกเลี่ยงกฎหมายที่มีข้อบกพร่องหรือคุ้มครองไม่ครบทุกด้าน เช่น ค่าตอบแทน สภาพการจ้าง และการเกษียณอายุ เป็นต้น ทำให้คู่สัญญาที่ต้องการได้ผลประโยชน์และไม่ต้องการได้รับโทษตาม กฎหมาย ใช้สิทธินี้เอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาได้ อันนำไปสู่ปัญหาการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม ซึ่ง มาตรา 49 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่มีหลักเกณฑ์ อย่างชัดเจนที่จะใช้พิจารณาว่าลักษณะอย่างไรเป็นการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะให้มีการปรับปรุงกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาลักษณะในบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความชัดเจน และข้อบกพร่องที่กฎหมายเปิดช่องทางให้หลีกเลี่ยงกฎหมายในการเลือกปฏิบัติในเรื่องของเพศ ให้มีการคุ้มครองในบทบัญญัติที่ครบทุกด้าน ซึ่งได้เสนอแก้ไขและบัญญัติกฎหมายเป็นร่างมาตรา 11/1 วรรคสอง มาตรา 15 และมาตรา 15/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตโดยเป็นการคุ้มครองด้วยตัวบทบัญญัติของกฎหมายต่อไป

Thesis Title	Good Faith Principle in Employment Contract
Author	Siriporn Kangwan
Thesis Advisor	Associate Professor Dr. Wichitra (Foongladda) Vichienchom
Department	Law
Academic Year	2011

ABSTRACT

Generally, an employment contract is a bilateral agreement between an employer and an employee. The contract should be based on the good faith principle; therefore, an employer and an employee, in order to enter into a contract, should exercise their right in good faith. At present, legal provisions in the Thai labour laws are vague regarding fairly protecting parties in a contract since a party can exercise his/her right in bad faith or use the legal loophole to gain the optimum benefit without considering the damage likely to happen to the other inferior party, an employee. Even though an employee can bring the case to the court, a judgment is not fair for such employee due to legal loophole. The law allows an employer to discriminate against employees in employment. For instance, an outsourcing employee is not treated so equally as an employee who is directly hired by an actual employer. Another example is an unequal treatment between female employee and male employee concerning employment opportunity or discrimination in rules, regulations, or orders due to gender. Furthermore, when examining termination of employment due to badly treating by an employer and compensation from unfair dismissal, this author finds that the law fails to protect employees in practice.

The study finds that issues regarding discrimination and unfair treatment in employment contract with female employee and in outsourcing contract are from exercising right in bad faith, and from avoiding law which is defect and does not wholly cover all aspects such as payment, employment condition, retirement, etc. As a result, a party, who wishes for benefits, not for legal punishment, exercises such right to take advantage of the other party which leads to unfair dismissal. Article 49 of the Act for the Establishment of and Procedure for Labor Court B.E. 2522 (1979) fails to have any clear criteria to consider which act is unfair dismissal.

From the abovementioned reasons, this author recommends to revise the law to be clearer and fill in the loophole allowing to gender discrimination. Therefore, the law should be amended to add new legal provisions as the second paragraph of Article 11/1, Article 15 and Article 15/1 of the Labour Protection Act B.E. 2541 (1998) based on the good faith principle in order to provide protection under legal provisions.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาทางแพ่งชนิดหนึ่งอยู่ในหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบจะทำได้ด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ ซึ่งการเกิดของสัญญาเกิดขึ้นได้โดยปริยายหรือโดยชัดแจ้ง ในกรณีสัญญาจ้างแรงงานเกิดโดยชัดแจ้งในนิติกรรมและสัญญาคือ ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันมุ่งประสงค์ที่จะเป็นนายจ้างและลูกจ้างก็จะมีนิติสัมพันธ์ต่อกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) และหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียม ถือว่าคู่สัญญามีเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญา แม้ว่าสัญญาจ้างแรงงานเกิดจากการเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาไม่สุจริตต่อกันก็ตาม นายจ้างลูกจ้างที่มีนิติสัมพันธ์ต้องปฏิบัติตามสัญญา ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ดังนั้น ความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาควรมีความยุติธรรมต่อกัน จึงไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ถ้าคู่สัญญาไม่มีความสุจริตต่อกันในการทำสัญญา

สภาพสังคมในความเป็นจริงเกิดความเหลื่อมล้ำต่อกันในความไม่เสมอภาคและเกิดความไม่เท่าเทียมกันนำไปสู่ปัญหาในสัญญาจ้างแรงงานที่มีการเลือกปฏิบัติกับลูกจ้างที่มีฐานะด้อยกว่าในเรื่องของโอกาส ตำแหน่ง หน้าที่ ค่าตอบแทน สภาพการจ้างและปัญหาร้ายแรงที่สุดคือการเลิกจ้าง ซึ่งสาเหตุมาจากการทำสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่เสมอภาคกันไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างทั้งสองประเภท คือลูกจ้างเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง การเลือกเพศในการทำงาน การกำหนดระเบียบ ข้อบังคับ การเกษียณอายุในสถานประกอบการ เป็นปัญหาที่เกิดจากการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตของนายจ้างต่างๆ เกิดจากการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่มีช่องว่างไม่สามารถลงโทษนายจ้างที่ใช้สิทธิไม่สุจริตได้อย่างเด็ดขาดหรือหมดปัญหาไป ซึ่งทำให้นายจ้างใช้สิทธิที่ไม่สุจริตตามอำเภอใจ ดังนั้น จึงเป็นปัญหาที่มีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมากไม่น้อยโดยไม่สมควร

เนื่องจากปัญหาใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเกิดขึ้นได้ทั้งสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายลูกจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายได้เช่นเดียวกัน จึงควรให้มีกฎหมายคุ้มครองนายจ้าง ในเรื่องของหน้าที่

รักษาความลับ และการห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างที่เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงานเป็นผลทำให้นายจ้างได้รับความเสียหาย

จากการศึกษาถึงแม้ว่าหลักสุจริตจะเป็นหลักที่ดีที่สุดก็ตาม แต่หลักสุจริตก็มีปัญหาการนำไปใช้ในสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งผู้ศึกษาจะศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหาของหลักสุจริตในความเป็นลักษณะทั่วไป และความไม่มีกฎหมายที่แน่นอนชัดเจนที่ทุกประเทศก็พบปัญหาเช่นเดียวกันกับประเทศไทย เพื่อนำหลักสุจริตไปใช้กับกฎหมายแรงงานและแก้ไขปัญหาค่าความยุติธรรมอย่างไร และเหมาะสมหรือไม่ ผู้ศึกษาจะทำการเปรียบเทียบและวิเคราะห์ปัญหาเป็นประเด็นต่างๆ

1.1.1 ลักษณะของหลักสุจริตที่ไม่ชัดเจนโดยเป็นนามธรรม

การนำหลักสุจริตไปปรับใช้ของศาลจะเป็นในลักษณะที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นหลักเฉพาะในเรื่องนั้น หรือจะต้องเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นเท่านั้น และจะต้องเป็นกรณีที่มีเหตุผลสมควรอย่างยิ่ง เพราะหลักสุจริตเป็นบทบัญญัติทั่วไปเพื่อความจะเป็นหลักการกว้างๆ ดังนั้น ในการตีความของหลักสุจริตจึงเป็นความไม่แน่นอน ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเป็นบรรทัดฐาน และเป็นหลักการในอุดมคติที่จับต้องไม่ได้แต่มีความยุติธรรมเป็นอย่างมาก การปรับใช้จึงสามารถปรับใช้ได้กับกฎหมายทุกแขนงทุกสาขา รวมถึงกฎหมายแรงงานก็สามารถนำหลักสุจริตไปปรับใช้ได้ผลเป็นอย่างดี การนำไปปรับใช้เป็นลักษณะดุลพินิจของศาลในการตีความทำให้ผลคำตัดสินไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน เพราะอัตตะวิสัยในการใช้ดุลพินิจไม่เท่ากัน ดังนั้น จึงควรทำให้หลักสุจริตนี้ให้มีความชัดเจนและลักษณะเป็นรูปธรรม โดยการบัญญัติเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาจ้างแรงงานให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต อย่างไรก็ตามคู่สัญญาจะต้องสุจริตต่อกันในการทำสัญญาไม่ว่าจะเป็นด้วยวาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษร

1.1.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของคู่สัญญาในสัญญาจ้างแรงงาน

การทำสัญญาจ้างแรงงานคู่สัญญามีทั้งนายจ้างและลูกจ้าง จึงควรใช้สิทธิโดยสุจริตต่อกันด้วยเจตนาที่แท้จริง เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้น จึงควรอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตและความซื่อสัตย์ไว้วางใจต่อกันด้วยเจตนาที่แท้จริง อันเป็นสัญญาที่มีความศักดิ์สิทธิ์และถูกต้องยุติธรรมและเหนือกว่าหลักศีลธรรมที่สังคมถือว่าเป็นมาตรฐานของความเป็นธรรมที่พึงปรารถนา ถ้าคู่สัญญาใช้สิทธิไม่สุจริตต่อกันจะทำให้สัญญาจ้างแรงงานเกิดปัญหาขึ้นได้

1.1.2.1 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้าง

สัญญาจ้างแรงงานประกอบด้วยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ นายจ้างกับลูกจ้างทั้งสองฝ่ายมีสิทธิในทางกฎหมายแรงงานที่เท่าเทียมกัน ดังนั้น การใช้สิทธิของคู่สัญญาอาจเกิดปัญหาการใช้สิทธิไม่สุจริตได้ทั้งนายจ้างและลูกจ้าง จากการศึกษาค้นคว้า ปัญหาในสัญญาจ้างแรงงานส่วนใหญ่จะเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตเกิดจากนายจ้าง ซึ่งมีฐานะเหนือกว่าและเอาเปรียบลูกจ้าง

เพราะนายจ้างต้องการได้รับผลประโยชน์และลดต้นทุนการผลิตให้มากที่สุด นายจ้างจึงใช้ช่องว่างของกฎหมายและสามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายแรงงานได้ เช่น การใช้สิทธิไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงานทำให้หลายสัญญาเพื่อต้องการไม่ให้ลูกจ้างนับอายุการทำงานต่อเนื่องกันทำให้ศาลตีความที่ทำให้ให้นายจ้างมีอำนาจที่จะกระทำสัญญาที่มีกำหนดครั้งก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 260/2529 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 437/2530)¹ ซึ่งเป็นช่องทางเพื่อหลีกเลี่ยงของนายจ้างทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับค่าชดเชย แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรการ 118 อย่างไรก็ตาม ได้มีกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2518 มาตรการ 20 บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรบนพื้นฐานของหลักสุจริตมาบัญญัติไว้ในมาตรานี้ เพื่อให้การคุ้มครองสัญญาจ้างแรงงานที่ทำงานหลายสัญญา และมีเจตนาไม่สุจริตไม่ต้องการให้ลูกจ้างนับอายุการทำงานต่อเนื่องกัน และต้องการให้ศาลใช้ดุลพินิจที่เป็นบรรทัดฐานเดียวกันโดยที่ไม่ต้องตีความอีก อันทำให้มีความยุติธรรมสำหรับลูกจ้างที่ดีที่สุดสำหรับการถูกเอารัดเอาเปรียบจากการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตของนายจ้าง

1) การจ้างงานที่ไม่เสมอภาคถือเป็นการเลือกปฏิบัติในสัญญาจ้างแรงงาน

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันการจ้างงานนายจ้างเป็นผู้มีฐานะได้เปรียบกว่าลูกจ้างทำให้เกิดการใช้สิทธิไม่สุจริต ผู้ศึกษาเห็นว่า กฎหมายแรงงานไม่สามารถคุ้มครองลูกจ้างได้ตามเจตนารมณ์ เพราะการบัญญัติหลักกฎหมายอาจจะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับนายจ้างหลีกเลี่ยงกฎหมายได้มากกว่าให้ความคุ้มครองลูกจ้าง โดยเฉพาะกฎหมายนั้นมีข้อบกพร่องและยังไม่ได้ปรับปรุงแก้ไขในเนื้อหาความ ดังนั้น จึงทำให้นายจ้างใช้เป็นช่องทางการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้

(1) การจ้างงานโดยวิธีหมิ่นค่าแรง

เมื่อพิจารณาความในมาตรา 11/1 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บัญญัติว่า “ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับหมิ่นค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงได้รับสิทธิประโยชน์ และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ” เนื่องจากมีลูกจ้างสองประเภททำให้นายจ้างหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ เพราะการตีความมาตรานี้ยังคลุมเครือไม่ชัดเจน และเจตนารมณ์ของกฎหมายอาจมองประโยชน์ของลูกจ้างในเรื่องสวัสดิการเพียงด้านเดียว ซึ่งไม่ได้มองไปถึงการทำงานของลูกจ้างด้วย ทำให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเลือกปฏิบัติกับลูกจ้างรับหมิ่นค่าแรงได้ เช่น ค่าตอบแทน และสภาพการจ้าง เป็นต้น

¹ บัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ. (2551). วิเคราะห์กฎหมายแรงงานกับการส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนทำงาน. หน้า 56.

(2) สัญญาจ้างแรงงานกำหนดให้ทำงานเฉพาะเพศชาย

การกำหนดสัญญาจ้างงานนั้น นายจ้างเป็นผู้กำหนด กฎ ระเบียบ ข้อบังคับและสภาพการจ้าง จึงใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เมื่อพิจารณาความกฎหมายมาตรานี้ไม่สามารถเอื้อประโยชน์คุ้มครองเพศหญิงให้เท่าเทียมเพศชายได้ตามบทบัญญัติกฎหมาย เพราะเป็นการหลีกการกว้างๆ ทัวไปเท่านั้น ทำให้นายจ้างอาศัยช่องว่างของกฎหมายกำหนดสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่เสมอภาคระหว่างลูกจ้างเพศชายและลูกจ้างเพศหญิงได้

ก. การรับสมัครงานเฉพาะลูกจ้างชายเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้สิทธิลาคลอดของลูกจ้างหญิง

เนื่องจากหญิงเป็นเพศที่ควรได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรที่มีสิทธิลาคลอดได้ไม่เกินสองครั้งกำหนดระยะเวลาสามเดือนตามมาตรา 65 วรรคสอง² และได้รับค่าจ้างอัตราครั้งละร้อยละห้าสิบของค่าจ้างตามกฎหมายพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 67³ ซึ่งทำให้นายจ้างต้องเสียผลประโยชน์จากการลาคลอดของลูกจ้างหญิง และยังคงต้องจ่ายค่าจ้างอีกด้วย และสาเหตุนี้ทำให้นายจ้างใช้สิทธิกำหนดสัญญาจ้างเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายไม่รับสมัครงานของลูกจ้างหญิง อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30⁴ มีเจตนารมณ์เพื่อรับรองความเสมอภาคให้ความเท่าเทียมกันในสิทธิต่างๆ ไม่ว่าจะชายหรือหญิง ซึ่งไม่สามารถบังคับได้เพราะหลักความเสมอภาคผูกพันรัฐหรือองค์กรของรัฐเท่านั้น ดังนั้นเพศหญิงเป็นเพียงประชาชนไม่สามารถยกหลักความเสมอภาคฟ้องนายจ้างได้ ถึงแม้ว่านายจ้างจะกระทำการขัดต่อหลักความเสมอภาคเพศชายและเพศหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันก็ตาม

ข. สัญญาจ้างแรงงานกำหนดเกษียณอายุลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิงไม่เท่าเทียมกัน

จากการศึกษาพบว่า ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6011-6017/2545 ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานกำหนดให้หญิงเกษียณอายุครบ 50 ปี ลูกจ้างชาย 55 ปี ขัดต่อมาตรา 15 ข้อบังคับส่วนเฉพาะลูกจ้างหญิงเป็นโมฆะ เป็นการกำหนดสัญญาจ้างที่เลือกปฏิบัติโดยใช้สิทธิโดย

² พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533, มาตรา 65 วรรคสอง บัญญัติว่า “ประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตรให้ผู้ประกันตนแต่ละคนมีสิทธิได้รับคลอดบุตรไม่เกินสองครั้ง.”

³ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533, มาตรา 67 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ประกันตนต้องหยุดงานเพื่อการคลอดบุตรให้ผู้ประกันได้มีสิทธิได้รับเงินสงเคราะห์การหยุดงานเพื่อการลาคลอดบุตรไม่เกินสองครั้งเป็นการเหม่าจ่ายในอัตราร้อยห้าสิบของค่าจ้างตามมาตรา 57 เป็นเวลาเก้าสิบวัน.”

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 30.

ไม่สุจริตของนายจ้างโดยอาศัยข้อบกพร่องของกฎหมาย กำหนดสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิง ดังนั้น จึงควรให้มีการบัญญัติหลักกฎหมายอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตอย่างชัดเจนให้มีลักษณะเป็นรูปธรรม เพื่อเป็นการจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานต่อเพศหญิงทุกรูปแบบ ควรให้มีการแก้ไขบัญญัติกฎหมายมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยมุ่งประสงค์คุ้มครองเยียวยาปัญหาการเลิกจ้างลูกจ้างหญิงก่อนลูกจ้างชาย และควรพึงพิจารณาไปถึงการเลิกจ้างที่ขัดต่อหลักสุจริต โดยให้มีการเพิ่มเติมความในมาตรา 15/1 เพื่อเป็นการคุ้มครองและเยียวยาประโยชน์ของลูกจ้างที่มีผลกระทบจากการจ้างงานที่ไม่เสมอภาค และการเลือกปฏิบัติของนายจ้าง

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของมาตรา 15 ซึ่งได้กล่าวถึงปัญหาการกำหนดสัญญาของการจ้างงานที่ไม่เสมอภาคกัน อาจพิจารณาไปถึงการเลิกจ้างที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ และการเลิกจ้างที่ขัดต่อหลักสุจริตและได้นำเสนอในหัวข้อต่อไป

2) การเลิกจ้างโดยใช้สิทธิไม่สุจริต

การเลิกจ้างถือเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่สุจริตของนายจ้างและต้องการเลิกจ้างลูกจ้างเพราะต้องการลดต้นทุนการผลิต ซึ่งมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49 การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม พบว่ายังมีปัญหาเป็นคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลิกจ้างขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก

(1) ลักษณะของการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมไม่มีหลักเกณฑ์ชัดเจน

เนื่องจากมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่มีหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนที่จะใช้ในการพิจารณาว่าลักษณะของการเลิกจ้างอย่างไรเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม และเจตนารมณ์ของกฎหมายให้ลูกจ้างร้องขอกำหนดบังคับไว้ชัดเจนเพื่อการฟ้องคดีการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งกฎหมายมาตรา 49⁵ มีกำหนดชัดเจนว่าเมื่อลูกจ้างถูกเลิกจ้างไม่เป็นธรรมแล้วสามารถกลับทำงานตามเดิมได้ อย่างไรก็ตามปัญหาไม่หมดไปเท่านั้น หลังจากลูกจ้างกลับเข้าทำงานแล้วไม่มีกฎหมายฉบับใดให้ความชัดเจนในการคุ้มครองเมื่อลูกจ้างกลับเข้าทำงานจะถูกนายจ้างกลั่นแกล้งได้อีกหรือไม่ หรือทำให้ลูกจ้างเชื่อมั่นว่าจะไม่ถูกเลิกจ้างได้อีกต่อไป อีกทั้งค่าเสียหายอันเกิดจากการเลิกจ้างไม่ธรรมไม่ใช่ค่าชดเชยตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน⁶ ลูกจ้างนั้นมีสิทธิได้รับเพราะเกิดจากการที่นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522, มาตรา 49.

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4635/2541.

กลั่นแกล้งลูกจ้าง ซึ่งอ้างว่าเศรษฐกิจตกต่ำไม่สามารถจ้างลูกจ้างต่อไปได้นายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างได้⁷

การเลิกจ้างหญิงมีครรภ์ฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อ้างว่าลูกจ้างไม่สามารถทำงานได้ด้วยลักษณะของงาน ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้าง⁸ หรือการเลิกจ้างไม่ใช่เพราะเหตุมีครรภ์แม้ขณะลูกจ้างหญิงอยู่ในระหว่างคลอดบุตรก็ไม่เป็นการต้องห้ามตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541⁹ รวมถึงปัญหาอันสืบเนื่องจากการจ้างงานที่ไม่เสมอภาคกันในกรณีที่นายจ้างมีเจตนาไม่ต้องการจ้างเพศหญิงเพียงเพราะการตั้งครรภ์ หรือเลิกจ้างด้วยเหตุความพิการของลูกจ้างขณะทำงานให้กับนายจ้าง เพราะลูกจ้างไม่สามารถจะทำงานต่อไปได้

เมื่อพิจารณาปัญหาการเลิกจ้างต่างๆ เหล่านี้เกิดจากกฎหมายมีช่องว่างที่เกิดจากบทบัญญัติไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ลักษณะชัดเจนในการเลิกจ้างเช่นไรเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมหรืออย่างไรเป็นการเลิกจ้างที่เป็นธรรม ซึ่งทำให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ ดังนั้น ควรให้มีการพิจารณาเพิ่มเติมบทบัญญัติของหลักกฎหมายคุ้มครองลูกจ้าง โดยให้มีมาตรา 15/1 ไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

(2) ค่าจ้างระหว่างถูกเลิกจ้างจนกระทั่งกลับเข้าทำงาน

จากการศึกษาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของค่าจ้างว่า นายจ้างควรจะให้ลูกจ้างได้รับค่าจ้างระหว่างที่ถูกเลิกจ้างไม่เป็นธรรม ซึ่งมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าลูกจ้างจะได้รับค่าจ้างหรือสิทธิประโยชน์อื่นที่ลูกจ้างควรได้รับตามปกติ ดังนั้น ลูกจ้างก็เรียกร้องค่าเสียหายได้ อย่างไรก็ตามสัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาต่างตอบแทน¹⁰ ที่คู่สัญญาจะต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ต่อกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 215¹¹ มาตรา 213 และมาตรา 391 เมื่อลูกจ้างพร้อมที่จะทำงานชำระหนี้ให้ แต่นายจ้างกลับเลิกจ้างโดยกลั่นแกล้ง ซึ่งเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการชำระหนี้ต่างตอบแทน ดังนั้น ลูกจ้างมีสิทธิได้รับสินไหมทดแทนอันเกิดจากการถูกเลิกจ้างที่ฝ่ายนายจ้างเป็นฝ่ายผิดสัญญา แม้ลูกจ้างไม่ได้ทำงานโดยพร้อมที่จะทำงาน ถ้านายจ้างไม่สามารถส่งมอบงานให้ลูกจ้าง

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2233/2524.

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1394/2549.

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1956/2548.

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 369.

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 215.

ทำได้ นายจ้างยังต้องจ่ายค่าจ้างให้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 118/2525 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1475/2526) หรือมีกฎหมายคุ้มครองกำหนดให้จ่ายค่าจ้างโดยไม่ต้องทำงาน นายจ้างก็ต้องจ่าย¹²

ในกรณีที่ลูกจ้างถูกเลิกจ้างเพราะประสบปัญหาทางเศรษฐกิจลูกจ้างมีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามมาตรา 582 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกรณี ข้อยกเว้นในกรณีที่นายจ้างไม่ต้องจ่ายกรณีประสบปัญหาทางเศรษฐกิจต้องมีเหตุที่มีอยู่จริงและเจตนาของนายจ้างที่จะเลิกจ้างลูกจ้างด้วยเหตุดังกล่าว หรือเหตุเพราะภัยทางธรรมชาติ¹³

ผู้ศึกษาเห็นว่า ค่าจ้างที่ลูกจ้างควรได้รับจากการทำงานระหว่างถูกเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49 ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าลูกจ้างจะได้รับค่าจ้างหรือสิทธิประโยชน์อื่นที่ลูกจ้างควรได้รับตามปกติ เพราะสัญญาจ้างแรงงานยังคงดำเนินการตลอดเวลาและสัญญายังไม่สิ้นสุด เมื่อเป็นการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมจึงเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริตตามมาตรา 5 และการเลิกสัญญาตามมาตรา 386 ถึงมาตรา 394 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น กฎหมายควรให้ความคุ้มครองเยียวยา ลูกจ้างในเรื่องค่าจ้างระหว่างถูกเลิกจ้างจนกระทั่งรับกลับเข้าทำงาน โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติการคุ้มครองการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมไว้ในมาตรา 15/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

1.1.2.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกจ้าง

การใช้สิทธิที่ไม่สุจริตไม่ได้มีเพียงนายจ้างเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดคุ้มครองผลประโยชน์ของนายจ้างอย่างชัดเจน ลูกจ้างอาจกระทำการไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงานได้เช่นกัน เพราะความสัมพันธ์ทางสัญญาลูกจ้างไม่เพียงแต่การทำงานเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ลูกจ้างควรมีความซื่อสัตย์สุจริตกับผลประโยชน์ของนายจ้าง เช่น การรักษาความลับของนายจ้าง และห้ามทำการทำงานแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต เป็นต้น ซึ่งทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเป็นการทำงานที่สุจริตและจริงใจต่อกันทั้งสองฝ่าย แม้กระทั่งสิ้นสุดสัญญาจ้างแรงงานแต่หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตนี้ไม่สิ้นสุดไปด้วย¹⁴

1) หน้าที่รักษาความลับของนายจ้าง

เนื่องจากเป็นหน้าที่ให้ความสำคัญมากสำหรับลูกจ้างเมื่อได้ตกลงทำงานกับนายจ้าง ซึ่งไม่มีกฎหมายแรงงานคุ้มครองนายจ้างในเรื่องนี้อย่างชัดเจน เพียงแต่ให้นายจ้างทำสัญญาเพิ่มเติมไว้ได้ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี แต่อย่างไรก็ตาม

¹² วิจิตรา (ทุ่งลัดดา) วิเชียรชม ก (2552). สัญญาจ้างแรงงาน. หน้า 38.

¹³ แหล่งเดิม.

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 43 และ 44.

ไม่ได้ทำให้สัญญาฉบับนี้คุ้มครองตลอดไป และยังเป็นช่องว่างของกฎหมาย อันนำไปสู่ปัญหาใช้สิทธิ โดยไม่สุจริตของลูกจ้างระหว่างทำงานนำความลับของนายจ้างไปเปิดเผยกับคู่แข่งที่มีกิจการ เดียวกันกับนายจ้าง ดังนั้น นายจ้างจะได้รับความเสียหาย

2) ห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต

จากการศึกษาค้นคว้าได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 การทำสัญญา ห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้าง ผู้ศึกษาเห็นว่าถ้าไม่มีการทำสัญญาไว้ลูกจ้างอาจใช้สิทธิโดยไม่ สุจริตกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริตและทำให้นายจ้างได้รับความเสียหาย เช่น ทำการงานเช่นเดียวกับนายจ้าง และเปิดกิจการระยะใกล้เคียงกับนายจ้าง เป็นต้น

การใช้สิทธิไม่สุจริตของลูกจ้างนั้นควรให้มีกฎหมายคุ้มครองผลประโยชน์ ของนายจ้างที่เกิดจากสัญญา คือ ลูกจ้างทำให้เสียหายในเรื่องรักษาความลับ และเมื่อออกจากการทำงานแล้ว ควรห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต

หลักสุจริตที่เป็นหลักที่ดีที่สุดในการนำไปใช้ได้กับกฎหมายทุกกฎหมาย ทุกสาขาและ ทุกแขนงรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศ และใช้ได้ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ระบบซีวิลลอว์ แต่อย่างไรก็ดีหลักสุจริตมีปัญหาเนื้อความไม่ชัดเจน โดยเป็นนามธรรม อยากที่จะนำมาใช้บังคับกับ กฎหมายอื่นได้เพราะหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไป ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้การนำไปใช้ต้องเข้า ข้อยกเว้นจึงจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้ได้

การที่จะนำหลักสุจริตมาปรับใช้ได้ผลดีควรจะทำให้หลักนี้เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนและมี กฎเกณฑ์แน่นอน โดยผู้ศึกษาทำการศึกษาค้นคว้าจากหลักสุจริตของกฎหมายระหว่างประเทศและ กฎหมายประเทศต่างๆ เปรียบเทียบการแก้ไขปัญหาลหลักสุจริตที่มีลักษณะเป็นนามธรรมเนื้อความ ไม่ชัดเจน มาพิจาระห์กับปัญหาสัญญาการจ้างแรงงานของประเทศไทยเพื่อมาปรับปรุงแก้ไขให้ เป็นมาตรฐานที่ชัดเจนใช้ได้ในสัญญาการจ้างแรงงาน

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์แนวความคิดและทฤษฎีพื้นฐานของหลักสุจริต

1.2.2 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และปัญหาที่เกี่ยวข้องหลักสุจริตในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมาย ต่างประเทศและกฎหมายไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์วิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงานใน กฎหมายไทย

1.2.4 เพื่อเสนอแนวทางที่เหมาะสมและแก้ปัญหาหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายไทย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องในข้อบกพร่องของกฎหมายเพื่อจะแก้ไขกฎหมายให้เกิดความชัดเจนและเกิดประโยชน์กับการทำสัญญาจ้างแรงงานของประเทศไทยให้มากที่สุด

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ปัญหาของสัญญาจ้างแรงงานนั้นเกิดจากคู่สัญญา คือ นายจ้างและลูกจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตต่อกันในการทำสัญญาจ้างแรงงาน โดยอาศัยช่องว่าง หรือข้อบกพร่องของกฎหมายและการกำหนดหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชัดเจน จึงทำให้มีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นในสัญญาจ้างแรงงานและทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ซึ่งศาลได้ใช้และตีความกฎหมายและสัญญาโดยนำหลักสุจริตมาปรับใช้นั้นเป็นดุลพินิจของแต่ละท่านอาจไม่เหมือนกันหรือกลับคำพิพากษาศาลฎีกาได้ ดังนั้น จำเป็นต้องแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต และคุ้มครองด้วยบทบัญญัติของกฎหมายโดยไม่มีต้อง อย่างไรก็ตามก็ต้องตีความอีก

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาวิเคราะห์กรณีนายจ้างและลูกจ้างในทางด้านการทำสัญญาต่อกันตามหลักสุจริตที่จะต้องทำตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยเน้นในเฉพาะกรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายแรงงานของไทยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องมิได้กำหนดหน้าที่นั้นๆ เอาไว้ หรือมีกำหนดเอาไว้แต่เมื่อข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่นายจ้างและลูกจ้างทำสัญญาไม่เป็นไปตามข้อตกลงหรือสัญญาจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร หากปฏิบัติไปตามที่กฎหมายกำหนดอาจไม่เกิดความยุติธรรมแก่นายจ้างและลูกจ้าง โดยศึกษา เงื่อนไข หลักเกณฑ์ และปัญหาโดยวิเคราะห์ปัญหาหลักสุจริตของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งทางด้านหลักกฎหมายที่ใช้และแนวคำพิพากษา

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการทำวิทยานิพนธ์โดยใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลเป็นลักษณะของการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งจะศึกษา ทฤษฎี แนวความคิดเห็น ประมวลกฎหมาย ตำรา กฎหมายบทความทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต และคำพิพากษาศาลฎีกา ทั้งในและต่างประเทศ

ส่วนการศึกษาใช้วิธีการวิเคราะห์โดยการรวบรวมข้อมูลต่างๆ แล้ว ซึ่งจะทำการวิเคราะห์ปัญหาให้เห็นหลักเกณฑ์และแนวทางที่เหมือนกันและต่างกันในแต่ละประเทศ เพื่อเป็น

แนวทางในการวิเคราะห์ วิจัย หาข้อสรุป ข้อเสนอแนะ และแนวทางของกฎหมายในเรื่องนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์แนวความคิดและทฤษฎีพื้นฐานของหลักสุจริต
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์และปัญหาที่เกี่ยวกับหลักสุจริตในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศและประเทศไทย
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาและบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงานในกฎหมายของประเทศไทย
- 1.6.4 ทำให้ทราบแนวทางในการแก้ไขปัญหของหลักสุจริตและปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องและทราบแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าว และเสนอแนะให้แก้ไขกฎหมายนั้นให้เกิดความชัดเจน

บทที่ 2

แนวความคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการของ

หลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน

หลักสุจริต แนวความคิดพื้นฐานต้องมีหลักเกณฑ์ให้มนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคมเป็นบรรทัดฐานทางศีลธรรมหรือทางกฎหมาย โดยต้องปฏิบัติต่อผู้อื่นให้ถูกต้องพอสมควรตามข้อผูกพันของสัญญานั้น หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเกิดขึ้นต้องเคารพและปฏิบัติตามเมื่อตกลงกันได้ อย่างไรก็ตามสัญญาที่ให้เกิดเป็นที่ยอมรับทั่วไป หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) รับรู้ทั่วไปแสดงถึงเอกลักษณ์ทางสังคมในยุคแรกและความผูกพันในหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา สมัยโรมันหลักสัญญาที่ตกลงกันได้ เป็นกฎหมายแพ่งในหลายประเทศซึ่งสืบทอดในภาคพื้นยุโรป สมัยโรมัน กรีกกฎหมายสิบสองโต๊ะ มีหลักสุจริตเกิดขึ้นหลักผูกพันของสัญญา ภาคพื้นยุโรปนำไปใช้ประเทศเยอรมันรับไปเป็นส่วนใหญ่ ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ หลักสวีเดนเป็นที่ศึกษากันอยู่ หลักใช้ภาษาละติน วิวัฒนาการ 2 ยุคใหญ่ ระบบกฎหมายแพ่งโรมัน กฎหมายภาคพื้นยุโรป

หลักนี้เดิมบัญญัติในบรรพ 2 เรื่องนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 242 ใช้เฉพาะในกฎหมายลักษณะนี้ ต่อมาวงการวิชานิติศาสตร์ และศาลในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างเห็นพ้องต้องกันว่าหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปควรจะใช้กับกฎหมายเอกชนได้ทุกเรื่อง ครั้นถึงคราวทำประมวลกฎหมายสวีตจึงได้นำหลักนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 เป็นหลักทั่วไปครอบคลุมกฎหมายแพ่งทั้งระบบต่อมาหลักนี้ถูกนำไปใช้ในคดีทางกฎหมายมหาชนด้วยในปัจจุบันเห็นพ้องต้องกันในวงศัการนิติศาสตร์ตระกูลกฎหมายเยอรมัน รวมทั้งสวิตเซอร์แลนด์และออสเตรเลียว่า หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจเป็นหลักกฎหมายที่สามารถใช้ได้กับกฎหมายทุกแขนงไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ใช้ได้ทั้งนั้น¹

2.1 แนวความคิดพื้นฐานของหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน

ในสังคมของประเทศไทยและต่างประเทศทั่วโลกจะยุคใดสมัยใดต้องมีการอยู่ร่วมกันทางสังคม เมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันมากๆ ขึ้นอาจจะกลายเป็นปัญหาเกิดขึ้นได้ ดังนั้น จึงต้องมีศีลธรรม

¹ สมยศ เชื้อไทย ก (2534). คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. หน้า 126.

จนพัฒนาไปเป็นกฎหมาย ซึ่งเป็นเพราะเกิดจากแนวความคิดพื้นฐานของหลักสุจริตพัฒนา กลายเป็นหลักกฎหมายได้อย่างไรและแต่ละยุคแต่ละสมัยใดที่มีแนวความคิดพื้นฐานที่เป็นรากฐาน การเกิดกฎหมายแรงงานขึ้น

ยุคแรก ยุคกฎหมายท้องถิ่น ก่อนคริสตจักร ช่วงแรกของการเกิดสังคมโรมันมีการ ติดต่อกันในลักษณะง่ายๆ ไม่มีรูปแบบ ไม่มีแบบพิธี ไม่มีแบบของสัญญา ใช้การติดต่อแบบ ค้ำขายกันในลักษณะธรรมชาติ ถือเอาความไว้นับถือใจบนพื้นฐานของหลักสุจริตโดยไม่ต้องมี กฎหมายบังคับ ใช้การเจรจาตกลงกันเป็นสัญญาโดยคู่สัญญาจะต้องรักษาคำพูดของตน ซึ่งถ้าฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งผิดคำพูดแล้วจะไม่มีบทลงโทษแต่จะถือว่าผู้นั้นมีมลทินเกิดขึ้นเป็นคนไม่สุจริตก็ต้องถูก ลงโทษโดยสังคมมีการต่อต้านไม่ติดต่อคบค้าสมาคมด้วย ต่อมาได้มีวิวัฒนาการกลายเป็นลาย ลักษณะอักษรขึ้นในสมัยโรมัน โดยมีการกำหนดเรื่องของหลักสุจริตลงไปในกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวถือเป็นกฎหมายแพ่งอันแรกของโลก ทั้งนี้ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 หลักสุจริต (Bona Fides) เป็นภาษาลาตินที่มีความหมายกว้าง การปฏิบัติ ของบุคคลที่สุจริตต้องทำให้สอดคล้องกับธรรมเนียมประเพณีทางสังคมโรมัน หากกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่มีการพัฒนาการในการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาโดยผู้พิพากษาคดี ซึ่งใน สมัยโรมันได้มีการแต่งตั้งขึ้นมาเรียกว่า Prater โดยจะมีอำนาจในการพิจารณาเบื้องต้นโดยอาศัย หลักสุจริตในการพิจารณา หลักสุจริตเป็นพื้นฐานในการพิพากษาคดีเมื่อไม่ปฏิบัติตามสัญญา เกิดขึ้น

ยุคที่สอง ในแต่ละประเทศเริ่มมีการกำหนดกฎหมายขึ้นใช้ เริ่มที่จะมีการปรับเปลี่ยน กฎหมายโรมันให้มีความเป็นสากลมากขึ้น จึงได้มีการพัฒนาให้เป็นกฎหมายนานาชาติ เพื่อนำมา บังคับใช้กับชาวต่างชาติที่มีความสัมพันธ์ในทางการค้าขายระหว่างกัน ซึ่งเป็นที่มาของสัญญาต่าง ตอนแทนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบของให้กันและกัน หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผิดสัญญาก็จะก่อให้เกิดหนี้ โดยนำหลักการ โชอิกของกรีกมาพัฒนา ซึ่งจะมี Prater เป็นผู้พิจารณา คดีโดยใช้หลักความเป็นธรรมหรือศีลธรรมอันดีในการพิจารณา

หลักสุจริตมีตั้งแต่สมัยยุคโรมันและมีความชัดเจนมากในสมัยนี้ มีการกำหนดขอบเขต วางรากฐานทางศีลธรรม และสมัยโรมันได้รับอิทธิพลจากปรัชญา โชอิกของกรีกมีการนำเอาหลัก สากลมาผสมผสานกับจารีตประเพณีของยุคโรมัน โดยยึดหลักความยุติธรรมการรักษาศักดิ์เป็นหลัก ของความซื่อสัตย์และความไว้วางใจความเป็นธรรมและศีลธรรมอันดีจากหลักการเหล่านี้มาหลอม รวมกันกลายเป็นรากฐานอยู่ในหลักสุจริตไว้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การที่หลักสุจริตเป็นนามธรรม และหลักการรักษาศักดิ์ หลักศีลธรรมที่ไม่มีขอบเขตจำกัด ศาลนำหลักการเหล่านี้มาแสดงให้เห็น เป็นรูปธรรม โดยการปรับใช้หลักสุจริตกับดุลพินิจของศาลเริ่มขึ้นในยุคแรก กล่าวคือ ในสมัย

โรมันมีความสามารถนาคติใช้บังคับกับหลักสุจริตได้เพื่อความยุติธรรมอย่างแท้จริงควรยึดถือเป็นแบบอย่างปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมเพื่อใช้ได้กับสมัยปัจจุบันนี้ได้

ยุคระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป ได้มีการนำหลักสุจริตมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งในลักษณะการบังคับใช้ในช่วงปลายยุคคริสต์ศักราช 16 ยุโรปตะวันตกได้รับเอาหลักสุจริตจากโรมันมาใช้โดยรับรองหลักสุจริตให้เป็นหลักสากลและรูปแบบ เป็นการนำหลักจิตสำนึกที่ดีมาผสมผสานกับหลักความเป็นธรรม และหลักความเป็นเหตุเป็นผลมาประกอบกัน ต่อมาในช่วงคริสต์ศักราชที่ 18-19 นักปรัชญาชาวยุโรปยังได้นำเอาหลักสุจริตมาอธิบายในกฎหมาย ซึ่งเป็นแนวคิดของนักกฎหมายธรรมชาติมาอธิบายให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น และบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย

สำหรับระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปในลักษณะสุจริตมีหลักการที่สำคัญอยู่ 2 ประการคือ

ประการแรก เป็นรากฐานกฎหมายเอกชนและกฎหมายแพ่งทั้งระบบ ซึ่งภาคเอกชนควรจะต้องมีหลักสุจริตไว้ควบคุมในเรื่องการเกิดนิติสัมพันธ์ต่อกัน และหลักสิทธิเรียกร้องทั่วไปการกระทำการใดๆ ให้ใช้หลักสุจริตและจะมองภาพรวมในระบบเอกชน

ประการที่สอง กฎหมายทั่วไปไม่มีความชัดเจนในตัวเอง เนื่องจากหลักของมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเนื้อความเป็นหลักกว้างๆ ไม่ชัดเจนในรายละเอียดทั้งหมด ลักษณะบางเรื่องไม่สมบูรณ์ การใช้การหลักการตีความของศาลใช้หลักดุลพินิจไม่เป็นรูปธรรมจึงเห็นแต่หลักการในอุดมคติจับต้องได้ยาก

นักกฎหมายมองเห็นถึงหลักการในอุดมคติกฎหมายแพ่งหลักสุจริตมีลักษณะทั่วไปเป็นนามธรรมหลักการในอุดมคติเท่านั้นมี 4 แนวทางด้วยกัน

แนวทางที่ 1 หลักกฎหมายที่เป็นอุดมคติสังคมส่วนรวมพิจารณาความเป็นธรรมในสังคมเพื่อประโยชน์ร่วมกัน

แนวทางที่ 2 หลักสุจริตวิญญูชนสามัญชนสามารถคาดเห็นได้นั้นขึ้นอยู่กับอิทธิพลของกฎหมาย ซึ่งในสมัยกฎหมายโรมันอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตให้เกิดความเป็นธรรมรวมกับความสัมพันธ์คู่กรณีในการที่ทำสัญญากันอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต

แนวทางที่ 3 หลักสุจริตในความเป็นธรรมข้อยกเว้นกฎหมายแพ่งเป็นบทบัญญัติที่ปวงทั้งหลายในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของกฎหมายแพ่งโรมัน โดยการนำหลักสุจริตมาใช้ทั้ง 3 ระบบ เป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายยกเว้นเกิดขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร

แนวทางที่ 4 การเป็นหลักทั่วไปมีความยืดหยุ่นเกิดขึ้น หลักสุจริตที่จะต้องใช้ดุลพินิจเพราะไม่ได้เป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน

เมื่อพิจารณาถึงความเป็นหลักการทั่วไปของหลักสุจริต แสดงให้เห็นว่าเป็นนามธรรม ไม่มีความชัดเจนทั้ง 4 แนวจับต้องได้ยาก วิทยุชนทั้งหลายจะรู้สึกว่าเป็นนามธรรมและเกิดขึ้นเพื่อเป็นข้อยกเว้นผ่อนคลายความเครียดลักษณะของหลักการนี้มีความยืดหยุ่นที่ต่ำเกินไป ดังนั้น การใช้ดุลพินิจความยืดหยุ่นเหมาะสมแต่ละคดีที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามไม่ได้ใช้ความยืดหยุ่นทุกคดีไป²

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักการทั้งหมดนี้มีลักษณะที่เป็นนามธรรมมีแต่เพียงหลักอุดมคติเท่านั้น การนำไปใช้ในเรื่องของดุลพินิจสามารถนำไปปรับใช้ได้ทุกระบบกฎหมาย แต่ผลที่เกิดขึ้นไม่มีความชัดเจนในเนื้อความ และความยืดหยุ่นถ้าต่ำมากทำให้เหมาะสมเพียงคดีเท่านั้น

กรณีการปรับใช้ตามเหตุการณ์ผลของเรื่องลักษณะแบบนี้กฎหมายธรรมชาติที่ต้องการความถูกต้องและยุติธรรม สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานของคนในสังคมหรือส่วนรวมปรับใช้ให้เหมาะสม และถูกต้องในสังคม โดยหลักพลวัตมีความเปลี่ยนแปลงหมุนเวียนไปได้ อาจมีพฤติกรรมใหม่เกิดขึ้นคนในสังคมเกิดขึ้นใหม่ ดังนั้น ควรใช้วิจารณ์ญาณไตร่ตรองให้เกิดความเป็นธรรมเท่าที่จะเป็นไปได้เป็นเหตุผลของแต่ละเรื่องของสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป

ในสังคมมองว่าหลักสุจริตเป็นมาตรฐานและเป็นหลักศีลธรรมของระบบกฎหมายแพ่ง และพยายามยึดหลักศีลธรรมปรากฏให้เป็นลักษณะที่เป็นรูปธรรมได้โดยมีหลักสุจริตอยู่เบื้องหลัง การที่ศีลธรรมปรากฏเป็นรูปธรรมในกฎหมายในสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัยผ่านระบบนิติวิธีปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมในกฎหมาย และในสังคมกฎหมายแต่ละยุคแต่ละสมัยผ่านระบบนิติวิธีสะท้อนมาตรฐานของคนในสังคม³

มาตรฐานความเป็นธรรมในสังคมสาระสำคัญมี 3 ประการ

ประการแรก หลักสุจริตและความไว้วางใจ ซึ่งคู่สัญญาต่างมีความคาดหวังได้ว่า จะต้องเคารพกฎเกณฑ์ในการทำข้อตกลงกันร่วมกัน เพราะหลักเกณฑ์ของสังคมเป็นกรอบความสัมพันธ์ของคู่สัญญาให้มีความสุจริตปฏิบัติตามคู่สัญญานั้น

ประการที่สอง หลักการรักษาสัตย์สัจจะหรือความจงรักภักดี เมื่อให้วาจาออกไปจะต้องทำตามที่ให้วาจานั้น การรักษาความสัมพันธ์เกิดขึ้นบุคคลมีความเชื่อมั่นระหว่างกัน ถ้ามีการผิดปกติไม่ปฏิบัติตามต้องมีมาตรการถูกประณามสังคมในเบื้องต้นการลงโทษในทางกฎหมาย การไปกระทบมาตรการในการลงโทษรุนแรงขึ้น การลงโทษในสังคมวิวัฒนาการในทางกฎหมายอาญาให้คนกระทำความผิดมาลงโทษ ส่วนในทางแพ่งเรียกค่าเสียหายตามมา มีการเพิ่มการลงเรียกค่าเสียหายปรับเปลี่ยนขึ้นเป็นบังคับจากทรัพย์สินแทนการปรับ ซึ่งเป็นการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

² วิจิตรา (ฟูงัดดา) วิเชียรชม ข (2551). คำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งชั้นสูง. หน้า 1-7.

³ แหล่งเดิม.

ประการที่สาม หลักสุจริตเป็นการเน้นในเรื่องของปกติประเพณีในการยึดหลักปฏิบัติร่วมกันเป็นจารีตประเพณีในสังคม เน้นปกติประเพณีในอาชีพเฉพาะกลุ่มเดียวกัน เป็นผู้ค้าขายหรือมีความรู้จักคุ้นเคยเป็นการส่วนตัวแล้วก็จะดูจากการปฏิบัติในครั้งก่อนๆ⁴

เนื่องจากหลักสุจริตเป็นหลักที่มีมาช้านานตั้งแต่สมัยโรมันจนถึงปัจจุบัน เพราะเป็นหลักที่ดีที่สุดและสูงกว่าหลักศีลธรรม สมัยโรมันจะใช้ในทางปฏิบัติว่าจะต้องสุจริตจริงใจต่อกันในสัญญา ซึ่งเหมาะสมในการจะนำหลักสุจริตที่มาปรับใช้กับสัญญาจ้างแรงงานเพื่อความยุติธรรมที่เกิดจากเจตนาที่แท้จริงระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วย ผู้ศึกษาจึงค้นคว้าแนวคิดพื้นฐานของทุกยุคทุกสมัยเพื่อเป็นแนวทางที่เหมาะสมมาใช้กับกฎหมายแรงงานและแก้ไขในปัญหาต่อไป

2.2 แนวความคิดของหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องจากหลักสุจริตเป็นหลักที่ใช้ได้กับทุกระบบกฎหมายรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นมาตรฐานแรงงาน ซึ่งมีทั้งอนุสัญญาฉบับที่ 100 อนุสัญญาฉบับที่ 111 และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ได้มีแนวความคิดเป็นบทบัญญัติเป็นหลักกฎหมายสอดคล้องกับหลักสุจริตที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาจ้างแรงงานได้อย่างเหมาะสม

2.2.1 แนวความคิดของอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ฉบับที่ 100

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า ในองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้มีการหารือประเด็นเกี่ยวกับการรับเหมาค่าแรงในการประชุมแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Conference) สมัยที่ 87 ค.ศ. 1997 (พ.ศ. 2540)⁵ ซึ่งได้มีการเสนอร่างอนุสัญญาและข้อเสนอเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงต่อที่ประชุม (Proposed Convention and Recommendation Concerning Contract Labour) แต่อนุสัญญาและข้อเสนอแนะดังกล่าวมิได้รับการรับรองจากประเทศสมาชิก อย่างไรก็ตาม

⁴ กาวีร์ กษิตินนท์. (2550). การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา. หน้า 28.

⁵ สุรัสวดี เจียมสุวรรณ ก (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552, จาก <http://staging.ilo.org/public/engllh/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2b.htm>

⁶ สุรัสวดี เจียมสุวรรณ ก (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552, จาก <http://labour.delhigovt.nic.in/ac/details acts/contractlabour/index.html>

ตามการนำประเด็นนี้เข้าสู่การพิจารณาก็ได้แสดงถึงเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองแรงงาน ส่วนนี้ในระดับสากลแล้ว

การร่างอนุสัญญาฉบับนี้นอกจากจะเป็นการกำหนดให้ความคุ้มครองในเรื่องของมาตรฐานแรงงานขั้นต่ำสำหรับแรงงานในส่วนนี้แล้วยังกำหนดให้รัฐสมาชิกสนับสนุนให้มีการปฏิบัติต่อคนทำงานในระบบเหมาค่าแรงกับคนทำงานที่มีนิติสัมพันธ์การจ้างงานชัดเจนอย่างเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะผู้ทำงานในลักษณะหรือสภาพของงานแบบเดียวกัน⁷

คำว่า “งานที่มีคุณค่าอย่างเดียวกัน” ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 100 ว่าด้วยงานค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน ซึ่งประเทศไทยให้สัตยาบันเมื่อปี พ.ศ. 2542 มีสาระสำคัญที่กำหนดให้บังคับใช้กับคนงานทั้งหมดตามหลักการค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันระหว่างคนงานหญิงและชายในงานที่มีคุณค่าอย่างเท่ากัน และรัฐบาลมีพันธะกิจต้องดำเนินมาตรการเพื่อส่งเสริมการประเมินคุณค่าของงาน ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีมาตรการประเมินคุณค่าของงานต่างๆ ในขณะที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับแก้ไขตามมาตรา 11/1 ใช้คำว่าทำงานในลักษณะอย่างเดียวกัน⁸

การคุ้มครองเกี่ยวกับค่าตอบแทนในการทำงาน⁹ องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้กำหนดมาตรฐานแรงงานเพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับค่าตอบแทนในการทำงานที่เสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิง โดยออกประกาศใช้บังคับอนุสัญญาฉบับที่ 100 ว่าด้วยค่าตอบแทนในการทำงานที่เท่าเทียมกัน ค.ศ. 1951 อันมีหลักการสำคัญ กล่าวคือ

โดยการมุ่งคุ้มครองให้คนงานหรือลูกจ้างหญิงและคนงานชายได้รับค่าตอบแทนในการทำงานที่เท่าเทียมกันในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็ค่าจ้างเงินเดือน รายได้เพิ่มเติมอื่นๆ ในรูปของเงินหรือสิ่งของที่นายจ้างจ่ายให้ทั้งทางตรงและทางอ้อมเพื่อการจ้างคนงานหรือลูกจ้าง

การกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่แตกต่างกันระหว่างคนงานซึ่งทำงานที่มีคุณภาพอย่างเดียวกัน โดยมีได้มีสาเหตุจากการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเพศเป็นมูลฐาน ไม่ถือว่าขัดกับหลักการเลือก

⁷ สุรัสวดี เจริญสุวรรณ ก (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://labour.delhigovt.nic.in/ac/details acts/contractlabour/index.html>

⁸ บัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ. (2551). วิเคราะห์กฎหมายแรงงานกับการส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนทำงาน. หน้า 144.

⁹ วิจิตรา (ฟุ้งกล้าดา) วิเชียรชม ค (2550). กฎหมายรัฐธรรมนูญด้านแรงงาน. หน้า 3-42.

ปฏิบัติ ทั้งนี้ งานที่มีคุณภาพอย่างเดียวกันอาจมีลักษณะงานที่แตกต่างได้ โดยการพิจารณาถ้อยเนื้อหาเป็นหลัก

ประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 100 ต้องให้หลักประกันในการบังคับใช้กฎหมายว่าจะสามารถให้อนุสัญญานี้บังเกิดผลได้อย่างครบถ้วน¹⁰

2.2.2 แนวความคิดของอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ฉบับที่ 111

จากการศึกษาพบว่า การส่งเสริมโอกาสและการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในอนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ (Convention Concerning Discrimination of Employment and Occupation) ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) มาตรา 1 ได้กำหนดความหมายของคำว่าการเลือกปฏิบัติ หมายความว่า

(ก) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ ที่กระทำบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ หรือพื้นฐานทางสังคม ซึ่งมีผลลดล้างหรือทำความเสียหายต่อความเสมอภาคในโอกาส หรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ

(ข) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงอื่นที่มีผลลดล้างหรือทำความเสียหายแก่ความเสมอภาคในโอกาสหรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ อาจพิจารณากำหนดได้โดยประกาศสมาชิกที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากการปรึกษาหารือกับองค์การผู้แทนของนายจ้าง และของแรงงาน ในกรณีที่มีองค์การเช่นว่านี้ และกับคณะบุคคลที่เหมาะสมอื่นๆ¹¹

ประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาต่ออนุสัญญาฉบับที่ 111 ต้องประกาศและดำเนินนโยบายเพื่อมุ่งขจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบที่เกิดขึ้นในการจ้างงานและการประกอบอาชีพต้องยกเลิกกฎหมายภายในประเทศของตนเพื่อนำเอาอนุสัญญาฉบับดังกล่าวไปใช้ให้บังเกิดผล

ผู้ศึกษาเห็นว่า แนวความคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและการประกอบอาชีพในอนุสัญญาอนุสัญญาฉบับที่ 111 เป็นแนวทางที่ให้ความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิง เนื่องจากนายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในเรื่องของโอกาสการเข้าทำงานในสถานประกอบการที่มีการกีดกันเรื่องเพศ ซึ่งประเทศไทยยังไม่ให้สัตยาบัน อย่างไรก็ตาม ถือว่าเป็นการแสดงถึงเจตนารมณ์ในการให้ความคุ้มครองแรงงานความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิงในระดับสากลและควรปฏิบัติตาม

¹⁰ กลุ่มมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ. (2552, 24 ธันวาคม). อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ. สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2554, จาก <http://ils.labour.go.th/doc/c111.pdf>

¹¹ กลุ่มมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ. (2552, 24 ธันวาคม). อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ. สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2554, จาก <http://ils.labour.go.th/doc/c111.pdf>

2.2.3 แนวความคิดของอนุสัญญาว่าด้วยหลักการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - CEDAW)

เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยหลักการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบเป็นองค์กรสหประชาชาติและได้รับรองจากที่ประชุมสมัชชาแห่งประชาชาติเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1979 (พ.ศ. 2522) ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยภาคยานุวัติมีผลตั้งแต่วันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2528¹²

ในหลักการพิจารณาถึง “กฎบัตรสหประชาชาติยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในเกียรติศักดิ์และคุณค่าของมนุษย์ และในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยืนยันหลักการที่ว่า การเลือกปฏิบัติเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ และประกาศว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในเกียรติศักดิ์และสิทธิ และว่าทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใดๆ รวมทั้งความแตกต่างเพราะเหตุแห่งเพศ

เมื่อพิจารณาถึงความเสมอภาคให้ ระลึกถึงว่า การเลือกปฏิบัติต่อสตรีขัดต่อหลักการของความเสมอภาคของสิทธิและความเคารพต่อเกียรติศักดิ์ของมนุษย์ เป็นอุปสรรคต่อการมีส่วนร่วมของสตรีด้วยเงื่อนไขที่เสมอภาคกันกับบุรุษในการดำรงอยู่ทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมในประเทศของตน ขัดขวางความเจริญเติบโตแห่งความรุ่งเรืองของสังคม และครอบครัว และทำให้พัฒนาการอย่างสมบูรณ์ของศักยภาพต่างๆ ของสตรีในการให้บริการแก่ประเทศของตน และมนุษยชาติเป็นไปได้โดยยากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ มีความหวังใจว่า “ในสถานการณ์แห่งความยากจน สตรีมีโอกาเข้าถึงอาหาร การอนามัย การศึกษา การฝึกอบรม และโอกาสในการทำงานและความจำเป็นอื่นๆ ได้น้อยมาก”¹³

เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “เลือกปฏิบัติต่อสตรี” จะหมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใดๆ เพราะเหตุแห่งเพศ ซึ่งมีผลหรือความมุ่งประสงค์ที่จะทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียการยอมรับ การได้อุปโภค หรือใช้สิทธิโดยสตรี โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพด้าน

¹² UN WOMEN. (2011-2012). Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Retrieved June 25, 2011, from <http://www.unifem-eseasia.org/>

¹³ UN WOMEN. (2011-2012). Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Retrieved June 25, 2011, from <http://www.unifem-eseasia.org/>

การสมรสบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมของพลเมืองหรือด้านอื่นๆ (ข้อ 1)¹⁴

หลักสุจริตในแต่ละยุคแต่ละสมัยนั้นมีการเปลี่ยนแปลงการปรับใช้ให้เหมาะสมและทันต่อเหตุการณ์ และมีการพัฒนาขึ้น ซึ่งสิ่งที่ไม่เคยเปลี่ยนแปลงไป คือ การที่เป็นหลักที่อยู่บนพื้นฐานความถูกต้องและยุติธรรมที่ดีที่สุดและอยู่เหนือหลักศีลธรรมทั้งปวง ถึงแม้จะไม่มีความเป็นนามธรรมเนื้อความไม่ชัดเจนก็ตาม แต่ก็นำไปใช้ได้ทุกระบบกฎหมาย ทุกแขนง ทุกสาขา กฎหมายรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ได้มีแนวความคิดสอดคล้องกับหลักสุจริต

ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำหลักสุจริตไปใช้กับสัญญาจ้างแรงงานเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในการจ้างงาน หรือโอกาสการเข้าทำงาน และพิจารณาไปถึงการเลิกจ้างสตรีก่อนเพศชายด้วย ซึ่งหลักการเลือกปฏิบัติเป็นการใช้สิทธิของนายจ้างที่ไม่สุจริตต่อลูกจ้างหญิง ซึ่งอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 100 และอนุสัญญาฉบับที่ 111 รวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยหลักการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ที่ให้ความคุ้มครองการเลือกปฏิบัติที่มีต่อลูกจ้างหญิง ดังนั้น การนำหลักสุจริตกับกฎหมายระหว่างประเทศประกอบกับระบบกฎหมายอื่นๆ ผู้ศึกษาได้ศึกษาแนวคิด ความหมาย เจตนารมณ์ของหลักสุจริตเพื่อนำมาแก้ไขปัญหากฎหมายแรงงานของไทยให้มีความคุ้มครองลูกจ้างได้อย่างยุติธรรมและตรงความหมายที่แท้จริง

2.3 ความหมายของหลักสุจริต

หลักสุจริตมีลักษณะที่เป็นอุดมคติจับต้องได้ยากและไม่มีคำนิยามหรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจน ซึ่งการนำมาปรับใช้จึงต้องอาศัยการตีความและดุลพินิจของศาลหรือที่เรียกว่าเป็นอัตตะวิสัยและจำเป็นที่จะต้องมีภาวะวิสัยควบคู่กันไปด้วย

2.3.1 หลักสุจริตในความหมายทางอัตตะวิสัย (Good Faith in Subjective Sense)

เมื่อพิจารณาความหมายของหลักสุจริตตามอัตตะวิสัยอาจกำหนดความหมายได้ว่า หมายถึง ความไม่รู้ว่าได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เป็นสภาพส่วนตัวของผู้กระทำเองและเกี่ยวกับเงื่อนไขทางจิตใจของบุคคลนั้นเท่านั้น¹⁵

เนื่องจากหลักสุจริตตามความหมายในเชิงอัตตะวิสัยนั้นถูกอธิบาย โดยอาศัยความรู้ หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงบางประการของบุคคลเป็นสำคัญ ดังเช่นที่ศาลฎีกาได้เคยอธิบายถึงความสุจริตเอาไว้ว่าหมายถึง การกระทำโดยไม่รู้หรือไม่ควรรู้ถึงความบกพร่องแห่งสิทธิที่มีมาแต่อดีต ตามคำ

¹⁴ UN WOMEN. (2011-2012). Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Retrieved June 25, 2011, from <http://www.unifem-eseasia.org/>

¹⁵ สนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ก (2548). หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา. หน้า 182.

พิพากษาศาลฎีกาที่ และยังสามารถให้ความหมายเลยไปถึงว่า ถ้าความไม่รู้นั้นเกิดจากความประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้กระทำ ก็ถือได้ว่าไม่สุจริตเช่นเดียวกัน¹⁶ หลักสุจริตที่อธิบายโดยความรู้ หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงใดนี้ เรียกว่า หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง และบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติถึง หลักสุจริตในลักษณะเช่นนี้ก็ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 412 มาตรา 413 มาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1303 มาตรา 1310 มาตรา 1311 มาตรา 1312 มาตรา 1329 มาตรา 1330 มาตรา 1331 มาตรา 1332 เป็นต้น¹⁷

นอกจากความหมายของหลักสุจริตในทางอรรถวิสัยแล้วผู้ศึกษาค้นคว้าหลักสุจริต ในทางภาวะวิสัยว่ามีความหมายแตกต่างอรรถวิสัยอย่างไร

2.3.2 หลักสุจริตในความหมายทางภาวะวิสัย (Good Faith in Objective Sense)

เมื่อพิจารณาความหมายของหลักสุจริตตามภาวะวิสัยอาจกำหนดความหมายได้ว่า หมายถึง หลักความตรงไปตรงมา หลักความซื่อตรงในความประพฤติ ซึ่งเป็นเหมือนหลักเกณฑ์ ความประพฤติที่คู่สัญญาจะต้องถือปฏิบัติเช่นเดียวกับบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ทางหนี้ ทั้งยัง หมายถึง หลักการช่วยเหลือซึ่งกันและกันในสัญญา ซึ่งไปไกลกว่าหลักที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เพราะในกรณีนี้นอกจากจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามหลัก ทัวไปแล้ว ยังต้องช่วยรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของบุคคลอื่นแต่ไม่ต้องถึงขนาดที่จะต้องสละ ประโยชน์ของตนเอง¹⁸ เป็นหลักการพื้นฐานที่มีความเกี่ยวพันโดยตรงกับความซื่อสัตย์ ความเป็น ธรรม ความมีเหตุผล การปกป้องความไว้วางใจ การคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้อื่น^{19 20} หรือเป็น หลักสุจริตทั่วไปอันเป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของ มนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าการกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่กฎหมายจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่ โดยบทบัญญัติถึงหลักสุจริตในลักษณะนี้ไว้ก็ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และมาตรา 368²¹

¹⁶ สิทธิโชค ศรีเจริญ. (2525). หลักสุจริตในการปฏิบัติตามสัญญาประกันภัย. หน้า 52.

¹⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก (2526). หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ. หน้า 5.

¹⁸ ศนันทกรณ์ โสคติพันธุ์ ก หน้าเดิม.

¹⁹ ภาวีร์ กษิตินนท์. (2550). การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา. หน้า 10. อ้างถึงใน J.F.O.'Connor. (1991). **Good faith in International Law.** p. 124.

²⁰ ภาวีร์ กษิตินนท์. (2550). การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา. หน้า 10. อ้างถึงใน Simon Whittaker and Rein hard Zimmermann. (2002). **Good faith in European Contract Law.** p. 31.

²¹ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 6.

นอกจากนั้นการนำหลักสุจริตไปใช้หรือไปปรับใช้นั้น อาจจะต้องพิจารณาถึงความหมายของหลักสุจริตในความหมายอย่างแคบและความหมายอย่างกว้างด้วย

2.3.3 ความหมายอย่างแคบ

กรณีหลักสุจริตในความหมายอย่างแคบนี้ เป็นเรื่องของการใช้ความหมายของคำว่า “สุจริต” ในความหมายแคบๆ เฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องนั้นมีความรู้เกี่ยวกับข้อเท็จจริงเรื่องนั้นๆ หรือไม่เท่านั้น หากผู้กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงแล้วยอมเป็นบุคคลที่ไม่สุจริตในเรื่องนั้นๆ เป็นการนำเอาความรู้ หรือไม่รู้มาเป็นเกณฑ์ตัดสินว่ามีความสุจริตหรือไม่ กรณีเช่นนี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของความหมายของหลักสุจริตที่แท้จริงเท่านั้น อาจเรียกได้ว่าเป็นความหมายของคำว่า “สุจริต” เฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี

2.3.4 ความหมายอย่างกว้าง

หลักสุจริตในอีกความหมายหนึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และมาตรา 368 ซึ่งมีความหมายโดยทั่วไปกว้างๆ ไม่ได้มีความหมายเฉพาะแก่การรู้ หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่ในระบบกฎหมายทุกประเทศยอมรับกันว่าเป็นกฎหมายทั่วไป เป็นหลักกฎหมายสำคัญอันเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานศีลธรรมของสังคม ความประพฤติใดที่เป็นการฝ่าฝืนต่อความเป็นคนที่มีความหมายกว้างกว่าโดยใช้นิติวิธีของระบบลายลักษณ์อักษร โดยนำวิธีการตีความกฎหมายให้มีขอบเขตการใช้บทบัญญัติของหลักสุจริตอย่างกว้างขวางเพื่อปรับใช้ให้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้น

ส่วนหลักสุจริตของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอยู่ในมาตรา 242 ของฝรั่งเศสอยู่ในมาตรา 1134 ส่วนหลักสุจริตของไทยมีทั้งที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตราต่างๆ และหลักสุจริตทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5

คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมันที่เขียนเป็นภาษาลาตินว่า Bona Fides แปลว่า ความซื่อสัตย์ ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า (Good Faith) และตรงกับภาษาเยอรมันว่า Treu Und Glauben แปลว่า ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ) เป็นหลักที่ใช้บังคับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทางแพ่งโดยทั่วไป เป็นหลักธรรมคาสัมัญในสังคมของประเทศที่เจริญแล้ว โดยถือว่าในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกันเป็นหลักทั่วไปสำหรับผดุงความยุติธรรมในการที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติต่อกัน หรือในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิหรือชำระหนี้ของตนในเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างกันมิได้แสดงโดยละเอียดถึงการปฏิบัติหรือทำกิจการใดๆ ให้ถือเอาความสุจริตเป็นที่ตั้ง ซึ่งมีที่มาจากหลักที่ว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด” (He who

comes to the court must come with Clean Hands) หมายถึง การที่บุคคลใช้สิทธิของตนที่เกิดขึ้นมาแล้วนั้น จะต้องใช้โดยสุจริตฉะนั้นศาลจะไม่รับรองสิทธินั้นหรือไม่รับบังคับให้²²

หลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ลักษณะนิติกรรมในมาตรา 113 และมาตราต่อๆ ไป ในเรื่องกลั่นแกล้ง สำคัญผิด ข่มขู่ ซึ่งเป็นเหตุให้นิติกรรมเป็นโมฆียะนั้น เพราะนิติกรรมเกิดขึ้นโดยไม่บริสุทธิ์ ไม่สุจริต ในการตีความเกี่ยวกับสัญญาในมาตรา 368 จะต้องตีความไปทาง “สุจริต” โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ในเรื่องลาภมิควรได้ การคืนทรัพย์สินของบุคคลที่ได้ทรัพย์สินมาโดยไม่มีสิทธิจะต้องคืนอย่างไร ก็พิจารณาจากความไม่สุจริตหรือไม่สุจริต อันจะก่อให้เกิดหน้าที่แตกต่างกันไป ในมาตรา 1303 “ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาอสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่นๆ แต่ต้องได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและได้การครอบครองโดยสุจริต”²³

2.3.5 เจตนารมณ์ของหลักสุจริต

จุดมุ่งหมายของหลักสุจริตเริ่มตั้งแต่เริ่มแรก ในประวัติศาสตร์กฎหมายโรมันกำเนิดขึ้นเพื่อบรรเทาแก้ไขความกระด้างด้ายตัวของบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งหากบังคับใช้ตามบทบัญญัติเช่นนั้น จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี กฎหมายยุคธรรมจึงถูกนำมาบรรจุในรูปคดีสุจริต เพื่อให้ผู้พิพากษาชาวโรมัน มีอำนาจวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรม เพื่อมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมที่แท้จริงขึ้นนั่นเอง หลักสุจริตจึงเปรียบเสมือนสัญลักษณ์แห่งการค้นหาความเป็นธรรมในสมัยโรมันยุคนั้น

หลักสุจริตมุ่งให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริง ในกฎหมายนี้โรมันการปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกัน หลักสุจริตให้พิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาไม่แต่เพียงพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรที่เคร่งครัดเท่านั้นเป็นการทำให้หลักการรักษาสัญญามีความหมายทางจริยธรรมมากขึ้น และช่วยยับยั้งปฏิเสธการคดโกง ความไม่ซื่อสัตย์ ความไม่เป็นธรรม รวมทั้งการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผลต่างๆ ในสังคมก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมโรมันอย่างแท้จริงด้วยบทบาทของหลักสุจริตเช่นนี้ นักกฎหมายโรมันได้ทำให้หลักสุจริตเป็นที่รวมแห่งความยุติธรรม การรักษาสัจจะ ความไว้วางใจ ความเป็นธรรม และหลักศีลธรรมอันดี²⁴

²² เกรียงศักดิ์ สุวรรณศรี. (ม.ป.ป.). ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน 2553,

จาก <http://www.google.co.th/>

²³ สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม. หน้า 2 และ 3.

²⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 18. อ้างถึงใน J.F.O'Connor. (1991).

หลักสุจริตมุ่งเน้นผลประโยชน์ของมหาชนเป็นหลักสำคัญ กฎหมายแพ่งโรมันได้รับอิทธิพลจากแนวคิดสโตอิก เป็นแนวคิดที่มุ่งเน้นผลประโยชน์ของมหาชนเป็นหลักความเห็นของนักกฎหมายไทยบางท่านจึงกล่าวว่า หลักสุจริตเป็นกฎหมายภาวะวิสัย²⁵ อันแนวคิดเพื่อสังคม อันมีวัตถุประสงค์เป็นแบบมุ่งเน้นประโยชน์ของมหาชนอีกทั้งเป็นบทบัญญัติแห่งความยุติธรรม อันเป็นวิญญานของอุดมการณ์แบบสังคมนิยม กรณีที่กล่าวว่าจะสรุปได้ว่าจุดมุ่งหมายของหลักสุจริตก็คือความยุติธรรมที่แท้จริง หรือความยุติธรรมตามเนื้อหา มิใช่ความยุติธรรมตามกระบวนการการใช้กฎหมาย อันเป็นความยุติธรรมตามแบบพิธีเท่านั้น เพราะหากสภาพของสังคมและเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไปความยุติธรรมตามแบบพิธีที่ยึดตัวบทบัญญัติเป็นหลัก ย่อมไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกๆ กรณีได้ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรมและความถูกต้อง โดยถือเอาความยุติธรรมสำคัญกว่ากฎหมาย เพราะสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายสิ่งนั้นไม่จำเป็นต้องยุติธรรมเสมอไปสอดคล้องกับคำกล่าวที่ว่า ความยุติธรรมถือว่า มีสถานภาพสูงกว่าหรือเป็นสิ่งที่อยู่เหนือกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง โดยที่กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมเท่านั้น²⁶

2.3.6 ศาสนาและคำสาบาน

หลักสุจริตได้พัฒนามาจากความเชื่อของมนุษย์ในเรื่องศาสนาและคำสาบาน ศาสนาเป็นความเชื่อในอำนาจที่เหนือกว่ามนุษย์ ลักษณะเด่นประการหนึ่งของความเชื่อนี้ คือ การให้คำสาบานมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนให้แนวความคิดเรื่องความสุจริตพัฒนา

คำสาบานมีที่มาจากกรณีที่มนุษย์ประพฤติตนเสื่อมทรามออกนอกแนวปฏิบัติเดิม และเมื่อในสังคมมนุษย์ไม่มีศีลธรรมและความยุติธรรม จึงจำเป็นต้องมีวิธีที่จะใช้ควบคุมมนุษย์ การให้คำสาบานตามหน้าที่ทางศาสนาเป็นวิธีที่นำมาใช้ในเกือบทุกชนชาติ ลักษณะทั่วไปของคำสาบานคือการร้องขอต่อสิ่งซึ่งผู้ให้คำสาบานเชื่อว่าสิ่งศักดิ์สิทธิ์ เพื่อให้คำสาบานนั้นเป็นเครื่องหมายหรือหลักฐานยืนยันความจริงของคำบอกความหรือเพื่อเป็นประกันว่าจะมีการชำระหนี้ ความน่าเชื่อถือของคำสาบานขึ้นอยู่กับความเชื่อหรือความศรัทธาต่ออำนาจที่น่าเกรงกลัวของสิ่งศักดิ์สิทธิ์

แนวความคิดบางเรื่องของศาสนาคริสต์ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของกรีก กฎหมายตะวันออกรวมถึงปรัชญาโบราณ และเนื่องจากศาสนาคริสต์ได้ติดต่อสัมพันธ์กับอารยธรรมโรมันองค์กรของศาสนาคริสต์ในเวลานั้นจึงได้รับเอาแนวคิดของสถาบันโรมันไว้ด้วย

²⁵ รองพล เจริญพันธ์. (ม.ป.ป.). กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป เล่ม 1. หน้า 19.

²⁶ หอมรดกไทย. (2515, 7 สิงหาคม). พระบรมราชาธิราชกาลที่ 9 เนื่องในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่นักศึกษาของสำนักอบรมแห่งเนติบัณฑิตยสภาในวันที่ 7 สิงหาคม 2515. สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2552, จาก <http://www1.mod.go.th/heritage/king/rama9/rama91.htm>

แนวคิดประการหนึ่งทางสถาบันของอารยธรรมโรมันซึ่งสอดคล้องศาสนาคริสต์อย่างดียิ่ง คือ แนวความคิดเรื่องความสุจริต (Bona Fides) เมื่อแนวคิดนี้มาประสานกันกับศาสนาคริสต์และปรัชญากรีกจึงได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบจากเดิมเป็นรูปแบบในทางกฎหมาย และศีลธรรมที่ใช้ได้อย่างทั่วไป และทำให้แนวคิดเรื่องสุจริตได้พัฒนาต่อไป²⁷

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าศาสนามีอิทธิพลต่อการเกิดขึ้นของหลักสุจริตเนื่องจากนำมาใช้ปรามพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจ ในที่นี้จึงจะได้กล่าวถึงอิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่มีในโรมต่อหลักสุจริตไว้ด้วยพอสังเขป กล่าวคือ มีความคิดประการหนึ่งในศาสนาคริสต์ที่สอดคล้องกับหลักสุจริตอย่างยิ่ง คือ ความคิดในเรื่องความรู้สึกผิดชอบ โดยกล่าวได้ว่ามีการใช้หลักความรู้สึกผิดชอบอย่างมากในการปรับใช้หลักสุจริตในกฎหมาย ซึ่งหากจะกล่าวโดยเฉพาะก็ คือ เป็นอิทธิพลจากกฎหมายพระ (Canon Law) ระบบคอมมอลลอว์ของโบสถ์นิกายโรมันคาทอลิก (Roman Catholic Church) ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบเก่าแก่ของกฎหมายแพ่ง ที่ปรากฏอยู่คู่เคียงกับกฎหมายแพ่งโรมันในขณะนั้นนั่นเอง²⁸

2.3.7 กฎหมายธรรมชาติ

กฎหมายธรรมชาติก็มีบทบาทสำคัญต่อแนวความคิดเรื่องความสุจริตเช่นกัน สำนักกฎหมายธรรมชาติมีความคิดว่าความยุติธรรมเป็นสิ่งที่พึงประสงค์ของมนุษย์ มนุษย์แสวงหาและต้องการจะค้นหาคำตอบว่าความยุติธรรมคืออะไร²⁹

อริสโตเติล (Aristotle 384-322 ก่อนคริสตกาล) มีความเข้าใจและเชื่อว่าความยุติธรรมคือ คุณค่าอันสำคัญยิ่งของทางสังคม ความยุติธรรมคือการจัดสรรในสิ่งที่แต่ละคนพึงมีพึงได้และเห็นว่าความยุติธรรมแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ความยุติธรรมตามธรรมชาติและ ความยุติธรรมตามแบบแผนทั่วไป ซึ่งเป็นความยุติธรรมตามตัวบทกฎหมาย อย่างไรก็ตามถือว่าความยุติธรรมนั้นอยู่เหนือความยุติธรรมตามแบบแผนทั่วไป กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องมีช่องทางให้นำหลักความเป็นธรรมเข้ามาปรับแต่งกฎหมายในกรณีเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น และความยุติธรรมต้องสอดคล้องกับจารีตประเพณีหรือประเพณีปฏิบัติ³⁰

²⁷ นารีมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 5. อ้างถึงใน J.F.O.'Connor. (1991). *Good faith in International Law*. pp.7-9.

²⁸ ภาวิรี กษิตินนท์. (2550). การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา. หน้า 8. อ้างถึงใน J.F.O.'Connor. (1991). *Good faith in International Law*. pp. 25 and 26.

²⁹ สมยศ เชื้อไทย ข (2541). ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น. หน้า 75-80.

³⁰ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. (2548). กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14. หน้า 67 และ 68.

นอกจากนี้ อริสโตเติลเห็นว่าหลักสุจริตจะก่อให้เกิดความยุติธรรมซึ่งมีลักษณะกว้างขวางและครอบคลุม ความเห็นที่สำคัญของเขาก่อให้เกิดรูปคดีสุจริตในระบบกฎหมายโรมันคือ เขาเห็นว่ากรปกครองโดยกฎหมายนั้นบางกรณีอาจไม่เป็นธรรมได้เพราะกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป การใช้กฎหมายปรับใช้แก่กรณีต่างๆ นั้นอาจมีปัญหาในกรณีเฉพาะเรื่องได้ แต่กฎหมายโดยตัวของมันเองคือเหตุผลอันบริสุทธิ์ ดังนั้น ในกรณีกฎหมายเกิดมีปัญหาไม่เป็นธรรมเฉพาะกรณีแล้วตัวกฎหมายเองย่อมเห็นชอบให้มีการเอาหลักความเป็นธรรมมาปรับแต่งกฎหมายให้ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมได้ ซึ่งหลักสุจริตนี้เองที่ให้ผู้พิพากษานำหลักความเป็นธรรมมาวินิจฉัยคดีได้แนวคิดอื่นๆ ในกฎหมายธรรมชาติที่ให้ความสำคัญกับเรื่องความสุจริตนอกจากแนวความคิดของอริสโตเติลแล้ว ได้แก่แนวคิดของซีเซโรและสำนักแนวคิดสโตอิก

สำนักแนวคิดสโตอิกเป็นสำนักแนวคิดทางกฎหมายธรรมชาติที่มีรากฐานแนวคิดมาจากนักปรัชญาที่สำคัญ เช่น โสเครติส เพลโต และอริสโตเติล เป็นต้น ต่อมานักปราชญ์ที่สำคัญของโรมัน คือ ซีเซโร และบุคคลชั้นสูงในสังคมโรมันต่างได้รับอิทธิพลมาจากความคิดดังกล่าว

สำนักแนวคิดสโตอิกเห็นว่ากฎหมายธรรมชาติมุ่งหมายสู่จุดหมายที่เป็นเหตุเป็นผลเนื่องจากเหตุผลเป็นตัวชี้นำหรือมาตรฐานของชีวิตมนุษย์ ความสุจริตเป็นส่วนประกอบหนึ่งของความเหตุผลของชีวิตมนุษย์ หากมนุษย์ยึดหลักความสุจริตแล้วก็จะไปสู่จุดหมายที่เป็นเหตุเป็นผลนั้นได้ แนวความคิดที่สำคัญอีกประการหนึ่งของสโตอิก คือ สโตอิกเห็นว่ามนุษย์จะมีอิสระ และเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่มนุษย์ก็เป็นสมาชิกของกลุ่มสังคมที่เป็นหนึ่งเดียวกัน ไม่ได้อยู่อย่างแบ่งแยกกัน ดังนั้น มนุษย์จึงต้องปฏิบัติต่อกันโดยสุจริตด้วย

ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับความเสมอภาคเท่าเทียมถือเป็นความสุจริตอย่างหนึ่งในการทำสัญญาต่อกันในปัจจุบันนี้นอกจากจะเท่าเทียมกันทั้งสองฝ่ายระหว่างคู่สัญญาควรให้สอดคล้องและคุ้มครองความเสมอภาคเท่าเทียมรวมถึงการจ้างงานโดยไม่เลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิงด้วย ดังนั้น การรับเข้าทำงานที่ดีการทำสัญญาจ้างแรงงานที่ดี ควรให้มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน

ซีเซโร (Cicero 106-43 ก่อนคริสตกาล) ซึ่งเป็นนักปรัชญาชาวกรีกที่สำคัญคนหนึ่ง แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ ได้เชื่อมโยงแนวคิดเกี่ยวกับความสุจริตและความยุติธรรมเข้าด้วยกัน ซีเซโรเห็นว่าความยุติธรรม คือ เจตจำนงอันแน่วแน่ตลอดกาลที่จะพึงให้แก่ทุกคนในส่วนที่เขาจะได้ ส่วนความสุจริตเป็นรากฐานของความยุติธรรม ความสุจริตคือความจริงและความซื่อสัตย์ที่บุคคลมีต่อคำมั่นสัญญาและข้อตกลง ซีเซโรเห็นว่ากฎหมายที่แท้จริง คือเหตุผลที่ถูกต้อง ดังนั้น เขาจึงเห็นว่าสังคมที่มีความสงบเรียบร้อยจึงต้องเป็นสังคมที่ดี ต้องยึดหลักคุณธรรมจริยธรรม นั้น

หมายความว่าสมาชิกในสังคมจะต้องมีความสุจริตใจต่อกันด้วย³¹ เป็นแนวความคิดที่เหมาะสมในการนำหลักกฎหมายธรรมชาติมาผสมผสานกับหลักสุจริตทำให้มองเห็นภาพของการนำไปใช้ประโยชน์ได้ดียิ่งขึ้น ถ้านำมาปรับใช้กับเรื่องของการทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นการลงตัวของความสุจริตของกลุ่มสัญญาได้เป็นอย่างดี

2.3.8 กฎหมายโรมัน

กฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่เก่าแก่และมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายในปัจจุบัน นักกฎหมายโรมันได้พัฒนากฎหมายแพ่งให้เจริญรุ่งเรืองมาสองพันปีแล้ว ในกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา นักกฎหมายโรมันได้สร้างทฤษฎี “เสรีภาพในการแสดงเจตนา” (Freedom of Contract) หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของบุคคลที่เรียกว่า “หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta Sunt Servanda) ถือว่าเป็นจุดเด่นของกฎหมายโรมันตราบจนทุกวันนี้ กฎหมายโรมันได้ให้ความสำคัญและเคารพต่อการแสดงเจตนาของบุคคล และได้ให้ความเท่าเทียมแก่บุคคลด้วยการแสดงเจตนาโดยบริสุทธิ์ ดังนั้น คู่สัญญาจึงมีหน้าที่ที่จะต้องผูกพันและปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาด้วยความสุจริตตรงไปตรงมาซึ่งกันและกัน³²

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเป็นหลักที่ดีในการทำสัญญาต่อกันให้บุคคลที่ทำสัญญากันไว้ยึดมั่นในการจะต้องทำตามในข้อตกลงแต่สัญญาที่ทำนั้นควรเป็นสัญญาที่สุจริตโดยแท้จริงด้วย

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเป็นแหล่งที่มาแห่งหนึ่งของหลักสุจริต โดยเริ่มต้นขึ้นเมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม สมาชิกทุกคนของกลุ่มสังคมจะมีหน้าที่ กล่าวคือ ทุกคนจะได้รับความไว้วางใจว่าจะปฏิบัติหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายได้ สมาชิกนี้จะถูกคาดหวังว่าจะทำหน้าที่ดังกล่าวเพื่อเป็นการช่วยเหลือให้กลุ่มของตนสามารถดำรงอยู่ต่อไปได้

สมัยเริ่มแรกของสังคมมนุษย์นั้น ในสังคมไม่มีกฎหมายหรือข้อบังคับของทางการแต่อย่างใด มนุษย์จึงอยู่ร่วมกันโดยต้องมิกฎเกณฑ์พื้นฐานบางอย่างสำหรับการควบคุมความประพฤติของมนุษย์ ซึ่งหากไม่มีกฎเกณฑ์เหล่านี้แล้วสังคมก็จะไม่สามารถดำรงอยู่อย่างสงบเรียบร้อยได้ ในทุกสังคมต้องมีหลักเกณฑ์พื้นฐานเรื่องหน้าที่ตามคำมั่นสัญญา ได้มีการหยิบยกหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเพื่ออธิบายถึงหน้าที่การรักษาสัญญา มนุษย์ที่มีเหตุผลในยุคแรกเริ่มได้ยอมรับถึงความสำคัญ

³¹ นารีมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 6. อ้างถึงใน J.F.O'Connor. (1991). *Good faith in International Law*. pp. 9-13.

³² ประสิทธิ์ โฉ่ววิไลกุล. เล่มเดิม. หน้า 90 และ 91.

ของหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา เนื่องจากหลักนี้ทำให้เชื่อมั่นได้ว่าสังคมของเขาจะคงอยู่ต่อไปได้ หากทุกคนยึดมั่นหลักเกณฑ์นี้โดยการรักษาสัญญา³³

หลักสุจริตเป็นสิ่งที่ดียิ่งในกฎหมาย ส่วนหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาเป็นหลักสากลที่ควบคุมโดยเหตุผลธรรมชาติ และนักกฎหมายกำหนดว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสมสำหรับความสุจริตของสังคมมนุษย์ ความสุจริตใช้ได้กับสัญญาทุกประเภท ในการพิจารณากรณีที่เกิดข้อขัดแย้งในสัญญาประเภทต่างๆ สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นหลักก็คือความสุจริตของคู่สัญญา ความสุจริต (Good Faith) ซึ่งหมายถึงความเชื่อใจ หรือเชื่อมั่น ที่มอบให้ผู้อื่น แนวความคิดเรื่องนี้เป็นแนวความคิดที่มีความสำคัญมาอย่างยาวนานในการดำเนินชีวิตของคนโรมัน เป็นเรื่องที่ซับซ้อนและมีความหมายที่หลากหลายในช่วงเวลาที่ต่างกันของสังคมโรมัน ความสุจริตตามกฎหมายโรมันประกอบด้วยภาระกระทำที่มีศีลธรรม ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีหรือมโนธรรมสำนึก และความไวเนื้อเชื่อใจ

ความเจริญมั่นคงทั้งนั้น จะสัมฤทธิ์ผลเป็นจริงได้ ก็ด้วยทุกคนทุกฝ่ายในชาติ มุ่งที่จะปฏิบัติหน้าที่ของตนให้เต็มกำลัง ด้วยสติรู้ตัวด้วยปัญญา รู้คิด และด้วยความสุจริตจริงใจ³⁴

ในเรื่องหนี้ของสัญญาตามความสุจริตเกิดขึ้น เมื่อข้อตกลงนั้นชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และต้องเป็นสิ่งที่มนุษย์สามารถปฏิบัติได้ เราไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบจากการฝ่าฝืนความสุจริตได้ กฎเกณฑ์ในประมวลกฎหมายโรมัน โบราณกำหนดไว้ว่า “ไม่อาจกำหนดไว้โดยข้อตกลงได้ว่าบุคคลจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อความไม่สุจริต” กล่าวคือคู่สัญญาจะตกลงกันเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ฝ่าฝืนความสุจริตไม่ได้

ความสุจริตตามหลักกฎหมายโรมันสะท้อนแนวความคิดของความยุติธรรมว่า เมื่อบุคคลทำให้ผู้อื่นมีความคาดหวังที่มีเหตุผลต่อตัวเขาแล้ว เขาก็ไม่ควรทำให้ผู้อื่นสิ้นหวัง ตามหลักศีลธรรมแล้วความชัดเจนแน่นอนของความประพฤติของมนุษย์มีความสำคัญมากกว่าความชัดเจนแน่นอนของระเบียบข้อบังคับเสียอีก ทั้งนี้เพราะหากมนุษย์มีความประพฤติที่ชัดเจนแน่นอนแล้วก็จะทำให้ผู้อื่นเชื่อถือและทำให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย บุคคลที่มีศีลธรรมคือบุคคลที่เชื่อถือได้ หรือไว้วางใจได้ เนื่องจากเขายึดมั่นในความประพฤติที่ถูกต้องตามหลักศีลธรรม ดังนั้นผู้อื่นจึงสามารถคาดคะเนได้ว่า ในวันข้างหน้าเขาจะทำตามที่เขาได้ให้สัญญาไว้ในวันนี้ ในขณะที่บุคคลที่ไม่

³³ นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 7. อ้างถึงใน J.F.O'Connor. (1991). *Good faith in International Law*. pp. 5-7.

³⁴ สำนักราชธานาธิการ. (2552, 5 ธันวาคม). พระราชดำรัส รัชกาลที่ 9 เนื่องในงานพระราชพิธีเฉลิมพระชนมพรรษา วันที่ 5 ธันวาคม 2552. สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2552,

มีศีลธรรมอาจไม่รักษาสัญญาไว้ในวันนี้ และบุคคลที่ไม่มีศีลธรรมอาจไม่รักษาสัญญาก็ได้ หรืออาจไม่ชำระหนี้ก็ได้³⁵

นักกฎหมายโรมันได้พัฒนาหลักสุจริตให้เป็นหลักกฎหมายจริยธรรม ซึ่งเป็นแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติโดยมุ่งที่จะให้เกิดความยุติธรรมและความเป็นธรรมอย่างแท้จริง หลักสุจริตจึงมีบทบาทในการแก้ไขปัญหาคความแย้งกระด้างหรือความไม่ยุติธรรมของกฎหมายหรือในเรื่องสัญญาที่เคร่งครัดและไม่เป็นธรรม และสิ่งที่ไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา โดยทำให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการใช้ดุลพินิจนัยคดีตามหลักความเป็นธรรมได้³⁶

2.3.9 แนวความคิดที่มีอิทธิพลต่อหลักสุจริตในกฎหมายโรมัน

ในปรัชญากฎหมายกรีกตั้งแต่เริ่มแรก หลักสุจริตไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในทางทฤษฎีกฎหมายโดยตรง และไม่ปรากฏว่ามีการพัฒนาให้เป็นรูปธรรมที่ชัดเจน เนื่องจากในสมัยนั้น การให้ความยุติธรรมในสังคมได้นำมาจากแนวคิดเหตุผลสากลของเฮราคลิตัส (Heraclitus) และแนวคิดเกี่ยวกับเทพเจ้าแห่งความยุติธรรมแก่สังคม³⁷ หลักสุจริตในยุคนี้จึงยังไม่มีที่ชัดเจนมากนัก แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับว่าแนวคิดสุจริตนี้ได้ปรากฏมาตั้งแต่แรกเริ่มแล้วจนกระทั่งสมัยต่อมาเกิดสำนักแนวคิดสโตอิก อันเป็นกฎหมายธรรมชาติที่มีรากฐานแนวความคิดจากปรัชญาที่สำคัญ เช่น โสเครตีส เพลโต และอริสโตเติล เป็นต้น ต่อมานักกฎหมายที่สำคัญของโรมัน คือ ซีเซโร และบุคคลชั้นสูงในสังคมโรมันต่างได้รับอิทธิพลจากแนวคิดดังกล่าว

กรณีแนวความคิดดังกล่าว จึงได้มีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมายแพ่งและโรมันมีผลทำให้ปรัชญากฎหมายของกฎหมายโรมันเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่จนต่อมา (ประมาณต้นยุคกลางศตวรรษที่ 27 ก่อนคริสตกาล) ได้เกิดรูปคดีสุจริต และถูกยอมรับเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแพ่งโรมัน³⁸

ในปลายยุครีพับลิค ปรัชญาสโตอิก (Stoic) ได้ทำหน้าที่กำหนดมาตรฐานความประพฤติของคนโรมันโดยเข้าไปมีอิทธิพลต่อแนวคิดของบุคคลชั้นสูงของสังคมโรมันเป็นอย่างดี

³⁵ นารีมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางพาณิชย์อากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 8. อ้างถึงใน Saul Litvinoff. (1997). "Good Faith." *Tulane Law Review*. pp. 1649-1664.

³⁶ นารีมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางพาณิชย์อากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 4-8. อ้างถึงใน Saul Litvinoff. (1997). "Good Faith." *Tulane Law Review*. pp. 1649-1664.

³⁷ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 25. อ้างถึงใน J.F.O'Connor. (1991). *Good Faith in International Law*. p. 22.

³⁸ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 15. อ้างถึงใน J.F.O'Connor. (1991). *Good Faith in International Law*. p. 20.

มาก ซึ่งมักเป็นผู้ที่ถูกเลือกให้เป็นผู้มีอำนาจพิพากษาคดี ดังนั้น ขอบเขตเนื้อหาของหลักสุจริตใน
สังคมโรมัน ผู้ซึ่งได้รับอิทธิพลจากปรัชญาโตอิกของกรีก

แนวคิดที่ใช้วินิจฉัยคดีจึงเป็นแนวคิดปรัชญาโตอิก อันเป็นกฎหมายธรรมชาติที่มี
ลักษณะทั่วไป ผสมผสานกับปกติประเพณีท้องถิ่นของชาวโรมัน โดยนักกฎหมายโรมันได้นำ
แนวคิดของปรัชญาโตอิก และแนวคิดของชาวโรมันเกี่ยวกับความยุติธรรม การรักษาสัจย์ ความ
ไว้วางใจ ความเป็นธรรม และหลักศีลธรรมอัน มาเป็นส่วนประกอบรวมกันเป็นมาตรฐานทาง
ศีลธรรมที่บรรจุอยู่ในหลักสุจริต³⁹ และนักกฎหมายโรมันใช้หลักสุจริต (ในรูปแบบวิธีพิจารณา)
ขยายความหลักพื้นฐานในเรื่องนี้ คือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ให้มี
ความหมายทางจริยธรรมมากขึ้นในกรณีการปฏิบัติตามข้อความในสัญญานี้ หลักสุจริตได้ทำนี้
ตามสัญญา มีความหมายไม่เพียงแต่ถ้อยคำตัวอักษรที่ปรากฏในสัญญานั้น แต่ให้พิจารณาถึง
เจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา เพราะหลักสุจริตกำหนดให้ข้อตกลงในสัญญานั้น ต้องเป็นผลมาจาก
ความยินยอมที่แท้จริง และข้อสัญญานั้นย่อมสิ้นผลเมื่อสัญญานั้นขัดต่อหลักสุจริต

ในปลายยุคกลาง ประมาณคริสต์วรรษที่ 16 ยุโรปตะวันตกได้ยอมรับหลักสุจริตใน
ฐานะเป็นหลักจริยธรรมสากลที่มาจากกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งในการบัญญัติเป็นกฎหมายได้สะท้อน
ออกมาในรูปแบบที่ประกอบด้วยหลักจิตสำนึกที่ดี ความเป็นธรรม หลักยุติธรรม และหลักแห่ง
เหตุผล⁴⁰

ต่อมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18-19 เป็นต้นมา นักปรัชญาในยุโรปได้นำแนวคิดคำอธิบายของ
นักปรัชญากฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่เข้ามาปฏิบัติเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ โดยนำแนวคิด
แบบกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่มาวิเคราะห์อย่างรอบคอบแล้วแต่มาบัญญัติเป็นกฎหมายใน
ลักษณะที่ทั้งให้ความแน่นอนชัดเจน และเปิดช่องให้ใช้หลักศีลธรรม ความยุติธรรมเข้ามาปรุง
แต่งกฎหมายให้มีความยืดหยุ่นได้ตามสมควร ซึ่งก็คือการบรรจุบทบัญญัติของหลักสุจริตอันเป็น
การเปิดประตูรับเอากฎหมายธรรมชาติเข้าไปในประมวลกฎหมาย⁴¹ ทำให้การใช้อกฎหมายที่บัญญัติ
ไว้ได้มีการนำหลักศีลธรรมมาใช้ในการตีความกฎหมาย รวมทั้งให้ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจ
เพื่อความยุติธรรมได้

³⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 15. อ้างถึงใน J.F.O'Connor. (1991).
Good Faith in International Law. p. 23.

⁴⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 16. อ้างถึงใน J.F.O'Connor. (1991).
Good Faith in International Law. p. 30.

⁴¹ ปรีดี เกษมทรัพย์ ข (2539). นิติปรัชญา. หน้า 339.

วิธีการนี้เห็นว่า มีลักษณะสอดคล้องกับระบบผู้พิพากษา (Praetor) ของกฎหมายโรมันที่กำหนดให้ผู้พิพากษาพิจารณาตัดสินคดีตามหลักสุจริต และหากจะเปรียบเทียบแล้ว บทบัญญัติของหลักสุจริตสมัยใหม่ก็คือ ระบบผู้พิพากษา (Praetor) ในกฎหมายโรมันนั่นเอง ต่อมาการพัฒนาของหลักสุจริตในรูปแบบใหม่นี้ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ ฝรั่งเศส ได้ทำให้เกิดหลักสุจริตที่มีลักษณะเฉพาะของประเทศนั้นๆ อันเป็นมาตรฐานของแต่ละสังคม⁴²

2.4 วิวัฒนาการของหลักสุจริต

หลักสุจริตมีการพัฒนาไปในแต่ละยุคแต่ละสมัยที่มีสังคมเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้หลักสุจริตมีการเปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกรณีหรือเหตุการณ์ที่จะนำหลักสุจริตไปใช้ แต่อย่างไรก็ตามหลักสุจริตนั้น ถือเป็นมาตรฐานของความเป็นธรรมที่สามารถนำไปใช้ได้กับทุกสมัยไม่ว่าสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไร

2.4.1 ยุคกฎหมายท้องถิ่นจนถึงยุกระบอบประชาธิปไตย (510-526 ก่อนคริสตกาล)

ในสมัยเริ่มแรกของกรุงโรม การติดต่อสัมพันธ์ในสังคมโรมันไม่มีความซับซ้อนมากนัก การค้าขายอย่างง่าย ๆ ไม่เป็นรูปแบบพิธีทางการ ความหมายของสุจริตเป็นความสุจริตระหว่างบุคคลกับบุคคล แนวคิดสุจริตดังกล่าว เป็นไปตามหลักพื้นฐานโดยธรรมชาติการติดต่อค้าขายที่ไม่เป็นแบบพิธีนี้ในสังคมโรมันต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต หรืออยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต แต่อย่างไรก็ตามในสมัยนี้ ฐานะของหลักสุจริตดังกล่าวมิได้ถือเป็นกฎหมายที่จะบังคับได้ในกรุงโรม⁴³ ดังนั้น ความสุจริตดังกล่าวเป็นที่รับรู้กันทั่วไปว่ามีอยู่จริงอันเป็นลักษณะของความสุจริตตามธรรมชาติโดยแท้จริง แม้ยังไม่เป็นผลเป็นกฎหมายก็ตาม

หลักสุจริตในช่วงเริ่มแรกนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาคำพูด⁴⁴ จนมีสุภาษิตว่า “การรักษาคำพูดเป็นหลักมาตรฐานของชีวิตชาวโรมัน” เมื่อบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามทำให้ไว้อยู่ผิดหลักดังกล่าวข้างต้นแนวความคิดนี้แม้มิได้ถือเป็นกฎหมายที่จะบังคับได้เสียทีเดียว แต่การไม่รักษาคำพูดในสมัยนี้ ก็ถือว่ามิดทินทางสังคม จากที่กล่าวมา หลักการรักษาคำพูด อันเป็นหลักสุจริตในยุค

⁴² สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 16-17.

⁴³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 9. อ้างถึงใน Rodolf Sohm. (1907). *The Institutes A text Book of the History and System of Roman Private Law*. p. 65.

⁴⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 9. อ้างถึงใน Fritz schulz. (1956). *Principle of Roman Law translated from a text revised enlarged by the Author by Marguerite Woff*. p. 223.

นั้น เป็นแนวคิดทางสังคมของโรมันที่มีการยอมรับทั่วไป ซึ่งยอมรับก่อนที่จะมีประกาศใช้กฎหมาย 12 โต๊ะ⁴⁵

คำว่า การรักษาสัตย์และความซื่อสัตย์ มีความหมายใกล้เคียงกันมาก ต่อมาจึงใช้คำว่า “ความสุจริต” จึงมิได้มีความหมายเพียงการรักษาคำพูดอีกต่อไปแต่ก็ยังรวมถึง การปฏิบัติตนในฐานะบุคคลผู้สุจริตควรจะทำ คือ การปฏิบัติตามความสัตย์⁴⁶ และปฏิบัติให้สอดคล้องกับปกติประเพณีปฏิบัติของโรมันนั่นเอง

ในช่วงแรกของการยอมรับการทำนิติกรรมสัญญาที่ไม่เป็นรูปแบบพิธี อันเป็นสัญญาสองฝ่ายชนิดต่างๆ ซึ่งเป็นการเริ่มต้นการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายแพ่งครั้งใหญ่ หลักสุจริตหรือในสมัยนั้น คือ หลักการรักษาสัตย์จะบังคับให้ผู้ตกลงทำสัญญากันรักษาสัตย์ที่ตนให้ไว้ คือ ให้ปฏิบัติตามการทำนิติกรรมนั้น แม้การทำนิติกรรมดังกล่าวจะมีได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

ในการพิจารณาข้อพิพาทของสัญญาสองฝ่ายนี้ให้อำนาจผู้พิพากษา (Praetor) ไม่ต้องจำกัดเฉพาะรูปแบบพิจารณาที่เคร่งครัดอีกต่อไป โดยผู้พิพากษา (Praetor) สามารถนำวิธีพิจารณาที่ให้อำนาจผู้พิพากษาพิจารณาข้อพิพาทตามคำร้องคำให้การของคู่สัญญา โดยไม่ต้องยึดติดกับกฎหมายที่เคร่งครัดต่อไป แต่ให้อำนาจผู้พิพากษาวินิจฉัยให้สอดคล้องกับสุจริต อันเป็นรูปแบบวิธีพิจารณาสุจริต ซึ่งต่อมามีความสำคัญมากในระบบการค้าขายสมัยนั้นเป็นปรากฏการณ์ใหม่ในกฎหมายนี้โรมัน⁴⁷ เป็นการเปิดโอกาสให้นำหลักความเป็นธรรมมาปรับปรุงระบบกฎหมายแพ่งให้มีความเหมาะสมกับพฤติกรรมต่างๆ อันเป็นการสะท้อนมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมโรมันยุคนี้

ในปลายยุคที่พบหลักการติดต่อค้าขายได้ขยายตัวมากขึ้น กรุงโรมได้ชื่อว่าเป็นศูนย์กลางของการปกครองและการค้าทั่วโลก⁴⁸ กฎหมายเอกชนที่ใช้อยู่ในแบบที่เคร่งครัดกับรูปแบบมากเกินไปไม่สอดคล้องกับการค้าขายที่มากขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงมีการยอมรับนิติกรรมที่ไม่มี

⁴⁵ สุจิต ปัญญาพฤษย์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 10. อ้างถึงใน J.F. O' Connor. (1991). **Good faith in International Law.** p. 19.

⁴⁶ สุจิต ปัญญาพฤษย์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 10. อ้างถึงใน Fritz schulz. (1956). **Principle of Roman Law translated from a text revised enlarged by the Author by Marguerite Woff.** p. 288.

⁴⁷ สุจิต ปัญญาพฤษย์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 11. อ้างถึงใน Fritz Schulz. (1956). **Principle of Roman Law translated from a text revised enlarged by the Author by Marguerite Woff.** p. 288.

⁴⁸ สุจิต ปัญญาพฤษย์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 11. อ้างถึงใน Rodolf Sohm. (1907). **The Institutes A text Book of the History and System of Roman Private Law.** p. 44.

แบบ (ดังกล่าวข้างต้น) จึงไม่สามารถทำได้อีกต่อไป ในปลายยุคนั้นกฎหมายกรุงโรมจึงค่อยๆ เปลี่ยนจากกฎหมายใช้เฉพาะกับชาวโรมันเป็นกฎหมายทั่วไปสำหรับชนชาติต่างๆ⁴⁹

2.4.2 ยุคกฎหมายที่ใช้ทุกชนชาติ

เมื่อในสมัยตั้งแต่ปลายยุครีพับลิกัน กฎหมายโรมันเริ่มที่จะละเลยเอกลักษณ์ทางกฎหมายของชนชาติตนเองและเริ่มมีการปรับตัวจากกฎหมายที่ใช้เฉพาะกับชาวกรุงโรม ไปสู่ระบบกฎหมายที่สามารถใช้กับบุคคลทั่วไป กฎหมายนานาชาติ ซึ่งใช้กับชาวต่างชาติจึงได้เข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแพ่งโรมัน เป็นกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปเป็นสากล สามารถบังคับใช้กับทุกชาติ ในปลายยุครีพับลิกัน ระบบกฎหมายแพ่งโรมันจึงมีทั้งกฎหมายนานาชาติและกฎหมายแพ่งเอกชน ที่คอยควบคุมความสัมพันธ์ในทางแพ่งของคนในกรุงโรม และกฎหมายนานาชาติ เป็นกฎหมายที่ใช้กับธุรกรรมที่มีฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติที่ทำธุรกรรมในกรุงโรม

การพัฒนาเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแพ่งโรมันของกฎหมายนานาชาติซึ่งมีแนวคิดที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์กับกฎหมายที่เคร่งครัดแบบเก่า คือ เป็นกฎหมายที่ได้ยึดติดกับตัวอักษรและประเพณีที่เคร่งครัดมิได้เกิดขึ้นโดยฉับพลันแต่การพัฒนาอย่างต่อเนื่องค่อยเป็นค่อยไปใช้เวลามากกว่า 500 ปี ในช่วงเวลาดังกล่าว กฎหมายนานาชาติจึงเข้ามามีอิทธิพลในการพัฒนากฎหมายนี้โรมันเป็นอันมาก และแนวคิดสโตอิกของกรีกได้เข้ามามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายนี้โรมันเช่นกัน โดยผ่านทางชนชั้นสูงผู้ที่ได้รับเลือกให้เป็นผู้วินิจฉัยคดี

ในระบบฟ้องร้องเพื่อใช้ชำระหนี้ตามสัญญา ในช่วงเวลาดังกล่าวของระบบกฎหมายโรมันเพื่อลดความเคร่งครัดตามตัวอักษรของกฎหมายแพ่งแบบเก่าผู้พิพากษา (Praetor) ในระบบกฎหมายแพ่งโรมันผู้พิพากษาเป็นผู้มีหน้าที่บริหารกฎหมายสูงสุด เป็นผู้กำหนดรูปแบบคดีต่างๆ ในบทสรุปคำฟ้อง ให้ผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกมาวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่กำหนด ในบทสรุปคำฟ้องนั้นได้เริ่มนำเอารูปคดีฟ้องแบบใหม่ มาใช้โดยนำเอารูปคดีฟ้องร้องที่กำหนดให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทตามหลักความเป็นธรรม รูปคดีดังกล่าวเรียกว่า รูปแบบคดีสุจริต (Bona Fideiactio) ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ผู้พิพากษาดำเนินการพิจารณาตามหลักความเป็นธรรม หรือหลักสุจริต ซึ่งรูปคดีสุจริตนี้จะใช้กับสัญญาสองฝ่าย ส่วนในสัญญาฝ่ายเดียวของกฎหมายนี้โรมันก็เช่นเดียวกันในปี 66 ก่อนคริสตกาล เพื่อคลายความเคร่งครัดตามตัวอักษรของกฎหมายนี้โรมันผู้พิพากษา (Praetor) ได้กำหนดรูปแบบคดีฉ้อโกง (Defense of Fraud) คือ หลักยกเว้นความรับผิด

⁴⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 11. อ้างถึงใน Rodolf Sohm. (1907). *The Institutes A text Book of the History and System of Roman Private Law.* pp. 69 and 71.

(Exceptio Doli)⁵⁰ เป็นข้อต่อสู้ที่ช่วยให้จำเลยไม่ต้องรับผิดตามสัญญาฝ่ายเดียวนั้น หากในการพิจารณาได้ความจริงว่า สัญญาฝ่ายเดียวนั้น ถูกทำขึ้นเพราะการฉ้อฉลของเจ้าหนี้ ทำให้ความเข้มงวดของกฎหมายแพ่งลดลงไปได้ ซึ่งถือว่าเป็นรูปแบบคดีที่สุจริตโดยทางอ้อม เพราะหากเป็นรูปแบบคดีสุจริตในสัญญาสองฝ่าย จำเลยไม่มีความจำเป็นต้องยกข้อต่อสู้ที่ทำให้ตนไม่ต้องรับผิด อีกเพราะผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจตัดสินให้สอดคล้องกับความยุติธรรม⁵¹ ได้อยู่แล้วโดยที่คู่กรณีไม่ต้องอ้างขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดี รูปแบบดังกล่าวคือเป็นสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งโรมัน

จะเห็นว่าการวิวัฒนาการของหลักสุจริตในรูปแบบคำฟ้อง หรือข้อต่อสู้พิเศษของข้อยกเว้นความรับผิดนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของสังคมเศรษฐกิจในยุคนั้น ที่ต้องประสบกับความแข็งกระด้างของกฎหมายที่ไม่ทันกับการเปลี่ยนแปลงที่ได้พัฒนาไป ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายโรมันได้พัฒนาจากการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ อันมิใช่ทฤษฎีเลื่อนลอย กฎหมายโรมันจึงมีรากฐานมาจาก ในกรณีที่ปรากฏในทางปฏิบัติจริง⁵² และต่อมาได้พัฒนาเป็นต้นแบบของกฎหมายประเทศต่างๆ ในประเทศยุโรป หลักสุจริตที่ได้พัฒนามาเป็นเวลายาวนานก็ได้ปรากฏเข้าไปในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ อันมีลักษณะแตกต่างกันไปตามสังคมแต่ละประเทศ หลักสุจริตซึ่งเป็นมาตรฐานของสังคมแต่ละสังคมจึงแตกต่างกันไป

2.5 หลักการสำคัญของหลักสุจริต

เมื่อพิจารณาถึงหลักสุจริตในรูปแบบทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปที่เป็นกฎหมายยุติธรรม ที่ใช้มาตรฐานทั่วไปที่วัดความประพฤติของบุคคลในสังคม ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมอันมุ่งเน้นผลประโยชน์ของส่วนรวม ความสำคัญของหลักทั่วไปนี้พอจะจำแนกได้ดังนี้

⁵⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 13. อ้างถึงใน Alan Watson. (n.d.). *The Law of the Ancient Romans*. pp. 60 and 88.

⁵¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 13. อ้างถึงใน Prichard, A.M. (1961). *Leage's Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian*. p. 321.

⁵² ประชุม โจนฉาย. (2539, มีนาคม). “ความสำคัญและวิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน.” *วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)*, 26, 1. หน้า 98 และ 99.

2.5.1 ลักษณะความเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบของหลักสุจริต

หลักสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ⁵³ และเป็นรากฐานของกฎหมายเอกชนภาคเอกชนต้องมีหลักสุจริตจึงทำให้เกิดนิติสัมพันธ์กันขึ้นและเกิดสิทธิเรียกร้องทั่วไปที่กระทำได้โดยใช้หลักสุจริต⁵⁴ ในทางนิติศาสตร์เยอรมันเรียกว่าเป็น “บทครอบจักรวาล” คือ เป็นบทที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในหลายๆ เรื่อง จึงได้รับยกย่องว่าเป็นหลักฐานของกฎหมายทั้งระบบ นับเป็นประกาศอุดมคติแห่งความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมว่า จะต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันด้วยหลักสุจริต⁵⁵ คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมคาดหมายได้ว่า อีกฝ่ายย่อมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในสังคม ซึ่งเป็นความความสัมพันธ์ของมนุษย์ร่วมสังคมเดียวกัน เป็นการคาดหมายเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความไว้วางใจของบุคคลต่อบุคคล

แนวคิดเช่นนี้มีมาตั้งแต่หลักสุจริตเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายโรมันแล้ว ซึ่งเป็นการกำหนดบรรทัดฐานของสังคมโดยวิธีพิจารณาความของกฎหมายแพ่งโรมัน การรักษาความสัมพันธ์กันในสังคมเช่นนี้ จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อมั่นระหว่างกันหรือความซื่อสัตย์ระหว่างกันคือบุคคลในสังคมมีความผูกพันต่อกัน ความเชื่อมั่นหรือความซื่อสัตย์ดังกล่าวเกิดจากความสัมพันธ์กันในสังคมมีความผูกพันต่อกัน หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมถูกประณามว่าทรยศไม่จงรักภักดีหรือไม่มี ความซื่อสัตย์ต่อกัน ความเชื่อมั่นหรือความซื่อสัตย์ดังกล่าวเกิดจากความสัมพันธ์ทางสังคม เช่น ลูกจ้างกับนายจ้าง สามีภรรยา เพื่อนร่วมงาน เป็นต้น อีกทั้งพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีในสังคมว่า หลักปฏิบัติในกลุ่มคนที่ทำงานร่วมกันอาชีพเดียวกันที่ติดต่อกันอยู่เสมอในแวดวงเดียวกันนั้นว่าเขาปฏิบัติกันอย่างไร เพราะความเชื่อมั่นไว้วางใจ เนื้อหาหรือวิธีปฏิบัติต้องพิจารณาถึงประเพณีด้วย

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สวิสเซอร์แลนด์และออสเตรีย เห็นพ้องต้องกันว่าแนวคิดนี้ใช้ได้กับสังคมทุกแขนงไม่ว่าเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ตาม⁵⁶ การที่กฎหมายของเยอรมันยอมรับและนำหลักนี้มาใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคมอย่างกว้างขวาง เช่นนี้ ทำให้หลักสุจริตนี้มีความสำคัญถึงขนาดในกฎหมายเยอรมันสมัยใหม่ถือว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตนี้มีความศักดิ์สิทธิ์⁵⁷ มากที่สุดในกฎหมายนี้เยอรมัน แม้กระทั่งหลักสัญญาจะมีผลเป็นสัญญาได้

⁵³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 22. อ้างถึงใน E.J. Cohn. (1986). **Manual of German Law Vol 1 General Introduction civil Law.** p. 97.

⁵⁴ วิจิตรา (ฟุ้งสัดดา) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

⁵⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 7.

⁵⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์ ค (2526). กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป. หน้า 104.

⁵⁷ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 23. อ้างถึงใน Ryan, K.W. (1962). **An Introduction to Civil Law.** p. 59.

นำมาใช้มากกว่า เพราะในการบังคับสิทธิตามสัญญาต่างๆ ต้องอยู่ภายใต้หลักการรักษาสัญญานี้เสมอ แต่ก็มีความศักดิ์สิทธิ์น้อยกว่าหลักสุจริต นั่นก็หมายความว่า ในระบบกฎหมายนี้ในเยอรมันในการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาซึ่งเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาหากฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต การบังคับสิทธิตามสัญญานั้นก็เป็นอันใช้ไม่ได้ กรณีเช่นนี้มีคำพิพากษาของศาลเยอรมันออกมาค่อนข้างมากเพื่อเป็นการกำหนดมาตรฐานของสังคม ในความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี พนมยงค์ เปรียบเทียบความสำคัญของหลักสุจริตว่า ความสุจริตเป็นหลักสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ดังเช่นเจตนาทุจริต เป็นหลักสำคัญของประมวลกฎหมายลักษณะอาญา) กล่าวคือ ความประพฤติของบุคคลในการใช้สิทธิและในการชำระหนี้จะต้องอยู่ภายใต้เขตแห่งความสุจริตอีกด้วย⁵⁸

2.5.2 ลักษณะทั่วไปของหลักสุจริต

เนื่องจากสุจริต ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนหรือเนื้อความที่ชัดเจนอันเป็นบรรทัดฐานอยู่บนมาตรฐานเดียวกัน การนำไปปรับใช้จึงอาจต้องตีความในลักษณะที่เป็นดุลพินิจของศาล แต่ถึงอย่างไรก็ตาม หลักสุจริตก็สามารถใช้ได้กับกฎหมายทุกประเภทและทุกระบบกฎหมาย รวมถึงการนำไปปรับใช้กับกฎหมายแรงงานด้วย

2.5.2.1 เป็นบทบัญญัติความยุติธรรม

ในบทบัญญัติกฎหมายของหลักสุจริตเป็นกฎหมายทั่วไป ประเภทเป็นบทเพื่อความยุติธรรม อันเป็นผลมาจากวิวัฒนาการในระบบกฎหมายโรมันนั่นเอง ที่พัฒนาหลักสุจริตเพื่อแก้ไขความเคร่งครัดในรูปแบบวิธีและตัวอักษรของกฎหมายในสมัยนั้น จึงมีลักษณะบัญญัติที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นหรือบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งจะต้องเกิดจากเหตุการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแคบๆ ที่เดียว⁵⁹ นั่นคือ หมายความว่า ในการปรับใช้บทบัญญัติของหลักสุจริตนี้ ผู้พิพากษาย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจ ในการหยิบยกขึ้นมาปรับใช้ได้เอง ทำให้ผู้พิพากษาพิจารณาพฤติการณ์เฉพาะเป็นกรณีๆ ไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่พิพาทมากที่สุด

กฎหมายยุติธรรมนี้มีปรากฏในรูปแบบของกฎหมายยกเว้นกฎหมายทั่วไป จึงเรียกว่า (Jus Singulare) จนบางครั้งนำมาวินิจฉัยในกรณีสถานการณ์พิเศษ ในวิธีการของข้อยกเว้นในเฉพาะบางกรณีเท่านั้น⁶⁰ การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษากรณีเช่นนี้ จึงมีเฉพาะในกรณีพิเศษอันเป็น

⁵⁸ ปรีดี พนมยงค์. (2476). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1. หน้า 8.

⁵⁹ หยุต แสงอุทัย ก (2548). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 137.

⁶⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 23. อ้างถึงใน Rudolf Sohm. (1907). *The*

ใช้อย่างจำกัดเฉพาะในกรณีพิเศษเท่านั้น ศาลมีดุลพินิจยกขึ้นมาปรับใช้ เพื่อให้เข้ากับการเปลี่ยนแปลงของสังคม โดยคู่กรณีไม่จำเป็นต้องยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ในคดี ศาลก็หยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ ซึ่งในการฟ้องบังคับคดีให้ปฏิบัติตามสัญญาสองฝ่ายของกฎหมายนี้โรมันซึ่งใช้รูปแบบคดีสุจริต ผู้พิพากษาสามารถใช้อำนาจใช้ดุลพินิจตัดสินให้สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรม และความยุติธรรม⁶¹ ในปัจจุบันหลักสุจริต อันเป็นกฎหมายยุติธรรมจึงมีลักษณะพิเศษที่ทำให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาศักดิ์สันตามหลักความเป็นธรรมในแต่ละคดีเป็นเรื่องๆ ไป⁶²

2.5.2.2 เป็นกฎหมายที่เป็นบทบังคับตายตัว (Jus Cogens)

กฎหมายบางเรื่องบัญญัติไว้อย่างใดแล้ว เอกชนจะตกลงยินยอมระหว่างคู่กรณีให้ เป็นอย่างอื่นแตกต่างจากที่บัญญัติไว้ไม่ได้⁶³ เป็นกฎหมายที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตรงกันข้ามกับกฎหมายที่ไม่เป็นบทบังคับตายตัว (Jus Dispositivum) โดยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลทำการทุจริตเป็นกฎหมายเอกชนเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150⁶⁴ เช่น ไม่สามารถจะตกลงกันว่าแม้จะจงใจก่อให้เกิดความเสียหายก็ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายได้ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้นมิให้คู่กรณีต้องรับผิดชอบเพื่อถ่วงน้ำหนัก หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของคณนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

2.5.2.3 เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่มีเนื้อความไม่ขัดแย้ง

เนื่องจากบทบัญญัติของหลักสุจริตเป็นกฎหมายยุติธรรม ลักษณะประการหนึ่ง นอกเหนือจากการให้ศาลมีดุลพินิจบางอย่างในการวินิจฉัยคดีแล้วก็คือ บัญญัติเนื้อความไม่ขัดแย้ง เป็นเนื้อความที่มีลักษณะทั่วไป อันเป็นมาตรฐานทั่วไปที่ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในสังคมทุกๆ กรณีอันไม่อาจจะอธิบายให้ชัดเจนกระจ่างในรายละเอียดได้ทั้งหมด เนื่องจากมี

⁶¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 29. อ้างถึงใน Jolowicz and B.Nicholas, H.F. (1972). *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. p. 112.

⁶² สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 29. อ้างถึงใน Jolowicz and B.Nicholas, H.F. (1972). *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. p. 112.

⁶³ สมยศ เชื้อไทย ค (2550). คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป. หน้า 130.

⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัยหรือแฉกการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้น เป็นโมฆะ.”

ลักษณะเป็นนามธรรมที่นับวันจะมีแต่คลี่คลายต่อไป การที่หลักการนี้ปรากฏตัวออกมาเป็นหลักปลีกย่อยที่พออธิบายได้อย่างชัดเจนนั้นก็เพียงบางส่วนเท่านั้น⁶⁵

จากการศึกษาความหมาย คำว่า “สุจริต” นั้น เป็นคำที่มีความหมายกว้างและยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนลงไปให้ชัดเจน⁶⁶

ในระบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นต้นแบบที่นำหลักสุจริตมาบัญญัติเป็นกฎหมายทั่วไปไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ถือว่าเป็นหลักที่วิญญูชนที่เกี่ยวข้องกันควรนำไปปฏิบัติ หรือหลักการที่คู่สัญญาและผู้เกี่ยวข้องในความสัมพันธ์นั้นจะพึงคาดหมายได้ โดยชอบว่าวิญญูชนหรือคู่กรณีพึงปฏิบัติอย่างไร อันเป็นหลักคาดหมายต่างตอบแทน ซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันนั่นเอง⁶⁷

การนำมาใช้ต้องปรับให้สอดคล้องตามสถานการณ์ของแต่ละคดี การบัญญัติลักษณะเช่นนี้ เป็นการกำหนดมาตรฐานในพฤติกรรมของมนุษย์ที่ถูกคาดหมายในสถานการณ์แต่ละอย่างที่บัญญัติไว้เป็นเพียงแนวทาง ในรูปแบบให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย อันเป็นทั้งวิธีการควบคุมและให้อิสระแก่ผู้พิพากษา ทำให้ศาลต้องมีความรับผิดชอบมากขึ้น และเป็นการกำหนดมาตรฐานพฤติกรรมทางศีลธรรมของสังคมให้สูงขึ้น ซึ่งการบัญญัติในลักษณะที่เป็นหลักทั่วไปนี้ที่ให้อำนาจผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจตามหลักความเป็นธรรม โดยบทบัญญัติที่เป็นลักษณะเป็นหลักการทั่วไปนี้มีลักษณะคล้ายกับระบบการพิจารณาคดีแพ่งของระบบกฎหมายโรมัน⁶⁸ คือ ผู้พิพากษา (Praetor) เป็นผู้กำหนดหลักกฎหมาย ให้ผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกมาตัดสินตามหลักพื้นฐานของความเป็นธรรมก็คือ หลักสุจริตนั่นเอง⁶⁹

2.5.2.4 เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle)

หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และเป็นหลักการของความประพฤติของมนุษย์ในสังคมที่อยู่ร่วมกันให้สูงกว่าหมู่มัจฉริยะ อันจะต้องระมัดระวังเพราะสังคมมักฉวยโอกาสเอารัดเอาเปรียบกันอยู่เสมอ แต่มิใช่เป็นกฎหมายทั่วไปที่จะถูกตัดโดยกฎหมายพิเศษ⁷⁰ ที่ต้องด้วยกรณี

⁶⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 7.

⁶⁶ ประสิทธิ์ โฆวิทกุล. เล่มเดิม. หน้า 65.

⁶⁷ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 30.

⁶⁸ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 31. อ้างถึงใน Franz Wieaker. (1995). *A History of Private Law in Europe*. p. 377.

⁶⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 31. อ้างถึงใน Franz Wieaker. (1995). *A History of Private Law in Europe*. p. 377.

⁷⁰ สมยศ เชื้อไทย ค เล่มเดิม. หน้า 168.

นั้นๆ เป็นการเฉพาะแล้วย่อมต้องปรับด้วยกฎหมายพิเศษนั้น และจะนำกฎหมายทั่วไปมาปรับก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายพิเศษจะปรับใช้แล้วเท่านั้น ดังนั้น สุภษัตริย์กิตติศักดิ์ ปรัตติ มีความเห็นว่า “หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในกรณีที่มีบทกฎหมายพิเศษยอมมาก่อนกฎหมายทั่วไปต่อเมื่อไม่มีบทเฉพาะหรือบทพิเศษจะปรับใช้ให้ต้องด้วยกรณีแล้วจึงหันมาปรับใช้หลักสุจริต อาจกล่าวได้ว่าหลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์จะนำปรับใช้ได้ในฐานะเป็นที่พึงสุดท้าย”

ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปอาจแบ่งออกเป็น 2 แนวทางได้แก่

- 1) ถือว่าสุภษัตริย์กิตติศักดิ์ที่เขียนเป็นภาษาลาดินเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และ
- 2) ถือว่าหลักกฎหมายที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมายฉบับนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งจะทราบได้จากการนำบทบัญญัติหลายๆ มาตราที่บัญญัติสำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณา และเมื่อบทบัญญัติหลายมาตราดังกล่าวแล้วก็จะพบหลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายมาใช้ ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาค้นคว้าจากเรื่องเฉพาะหลายๆ เรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป ท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นด้วยกับความเห็นที่สองนี้⁷²

2.5.2.5 เป็นบทครอบจักรวาล

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า กฎหมายจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้อยู่แล้วหลักสุจริตก็ยังใช้เป็นฐาน โดยเป็นบทที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐาน โดยเป็นบทที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกเรื่อง จึงได้รับการยกย่องว่าเป็นรากฐานของกฎหมายทั้งระบบ นับเป็นการประกาศอุดมคติแห่งความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมว่าจะต้องปฏิบัติต่อกันด้วยหลักสุจริต ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับสัญญาจ้างแรงงาน บทบัญญัติที่ทำหน้าที่ได้ดีที่สุดเพราะหลักสุจริตจะเป็นมาตรฐานในการควบคุมความประพฤติของคู่สัญญาในสัญญาจ้างแรงงาน

⁷¹ วรณริ สิงห์โต. (ม.ป.ป.). หลักสุจริต. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน 2553,

จาก <http://www.google.co.th/>

⁷² หยุด แสงอุทัย ก (2548). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 145.

2.5.2.6 เป็นบทบัญญัติที่ปรับใช้ตามเหตุผลของเรื่อง (Nature of Thing)

ลักษณะการปรับใช้ของบทบัญญัติของหลักสุจริตเป็นการปรับใช้ตามเหตุผลของเรื่องอันเป็นแนวคิดจากกฎหมายธรรมชาติ⁷³ เป็นวิธีการทำให้ความถูกต้อง และความยุติธรรมเป็นที่มาพิเศษของกฎหมาย ซึ่งทำให้แนวคิดทางนามธรรมของกฎหมายให้ปรากฏสอดคล้องกับสังคมที่ซับซ้อนและความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลงไป การปรับใช้ลักษณะนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์สภาพแวดล้อมของแต่ละคดี⁷⁴ เป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องใช้วิจารณญาณ และดุลพินิจในการไตร่ตรองเพื่อให้ได้ความเป็นธรรมการปรับใช้จากกรณีเกิดขึ้นจริงดังกล่าวเป็นวิธีการ ในการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกิดจากคดีจริง เป็นเครื่องมือทางกฎหมายอันเปรียบเสมือนกับเป็นทั้งเกราะกำบังและอาวุธในเวลาเดียวกัน⁷⁵ ซึ่งเป็นการให้อำนาจเต็มที่ในการวินิจฉัยและวางแง่มุมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายว่าพฤติกรรมใดที่ขัดกับหลักสุจริต⁷⁶ ทำให้เกิดคำตัดสินที่เป็นบรรทัดฐานหรือตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมายต่อไป

วิธีการปรับใช้ดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับระบบของกฎหมายอังกฤษที่ต้องรอให้ข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อน แล้วผู้พิพากษาจึงพิจารณาพิพากษาตามพฤติการณ์เป็นรายๆ ไป การปรับใช้จึงต้องใช้อย่างระมัดระวังมิใช่ใช้อย่างพร่าเพื่อ แต่กรณีปรับใช้กับเรื่องใดต้องใช้อย่างจำกัด คือ ต้องเป็นกรณียกเว้นเป็นกรณีที่เอามาบัญญัติเฉพาะเรื่องมาปรับใช้แล้วทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม⁷⁷ หรือปรับใช้เมื่อข้อเท็จจริงในคดีไม่สามารถมาปรับใช้กับบทบัญญัติอื่นๆ ในบทบัญญัติในประมวลกฎหมายได้⁷⁸ จึงนำหลักสุจริตมาปรับใช้ ดังนั้น แม้หลักสุจริตจะให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้พิพากษานำไปใช้วินิจฉัยคดีได้ทุกเรื่องก็ตาม แต่ก็มีเงื่อนไขในการใช้อย่างจำกัด คือ ใช้กรณียกเว้นเท่านั้น

⁷³ สุจิต ปัญญาพุกภัย. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 43. อ้างถึงใน Friedman, W. (1967). *Legal Theory*. pp. 203 and 204.

⁷⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 7.

⁷⁵ สุจิต ปัญญาพุกภัย. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 43. อ้างถึงใน Negel G Foster. (1993). *German Law & Legal System*. p. 200.

⁷⁶ สุจิต ปัญญาพุกภัย. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 32. อ้างถึงใน Ivy William. (1982). *The Sources of Law in The Swiss Civil Code*. p. 158.

⁷⁷ หยุต แสงอุทัย ข (2530). *รวมหมายเหตุท้ายฎีกาของ ศ.ดร. หยุต แสงอุทัย*. หน้า 41.

⁷⁸ สุจิต ปัญญาพุกภัย. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 32. อ้างถึงใน Ivy William. (1982). *The Sources of Law in The Swiss Civil Code*. p. 159.

เพราะหากผู้พิพากษาใช้หลักสุจริตมาวินิจฉัยคดีมากเกินไปจะทำให้เกิดการพิพากษาโดยใช้หลักเกณฑ์นอกเหนือจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายมากเกินไป⁷⁹

2.5.2.7 เป็นมาตรฐานความเป็นธรรมในสังคมสูง

คุณธรรมสำคัญ คือ ความซื่อสัตย์สุจริตประกอบด้วย 2 ส่วนได้แก่ ซื่อสัตย์ คือ การประพฤติเที่ยงตรง จริ่งใจกับสุจริต คือการประพฤติดี รวมแล้วจึงหมายถึง การประพฤติปฏิบัติตรงและจริ่งใจทั้งต่อตนเองและต่อผู้อื่น ทั้งต่อหน้าและลับหลังไม่หวั่นเอนเอียงไปในทางที่ผิดที่เสื่อมเสียหาย เช่น หลอกลวงคดโกงหรือเบียดเบียนเอาเปรียบผู้อื่น บุคคลที่ดำเนินชีวิตและปฏิบัติหน้าที่การทำงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ย่อมได้รับความเชื่อถือและไว้วางใจจากทุกคนทุกฝ่าย จะทำการสิ่งใดก็สำเร็จผลเป็นประโยชน์แก่ตนแก่ส่วนรวมได้เต็มที่ ทำให้ได้รับความสำเร็จความเจริญรุ่งเรืองและเกียรติยศชื่อเสียงพร้อมทุกอย่าง จึงขอให้ยึดมั่นให้ความซื่อสัตย์สุจริต โดยประพฤติ ปฏิบัติชอบ ประกอบด้วยความจริงใจเสมอ⁸⁰ เพียงมีความสุจริตทั้งภายในและการแสดงออก หรือการประพฤติที่ดีแล้วการได้มาทั้งหลายไม่จำเป็นจะต้องใช้สิทธิที่ไม่สุจริตเอาเปรียบผู้อื่น

กรณีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ข้อตกลงในสัญญาที่ตกลงกันนั้น อาจไม่ขัดต่อหลักศีลธรรมอันดี แต่การบังคับของข้อตกลงนั้นอาจขัดต่อหลักสุจริตก็ได้ ในกรณีเช่นนี้สัญญาที่ตกลงกันนั้นมีความสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะ แต่การบังคับใช้ต้องพิจารณาตามหลักสุจริต การใช้สิทธิตามสัญญานั้นจำต้องใช้สิทธิโดยสุจริต⁸¹

ในสมัยโรมันหลักสุจริตได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของสโตอิก ซึ่งเน้นผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ และต่อมาหลักสุจริตนี้ก็ได้รับอิทธิพลมาจากความเชื่อของศาสนาในสมัยกลาง^{82 83} อีก จนมีลักษณะค่อนข้างเป็นอุดมคติ บทบัญญัติของหลักสุจริต จึงเปรียบเสมือนประตูของระบบกฎหมายชีวิตลอร์ ที่จะเปิดไปสู่การรับเอาคุณค่าทางศีลธรรมให้

⁷⁹ สุจิต ปัญญาพุกฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 33. อ้างถึงใน Ivy William. (1982). *The Sources of Law in The Swiss Civil Code*. p. 178.

⁸⁰ สำนักราชเลขาธิการ. (2553, 8 มีนาคม). พระบรมราชโฆวาท สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี เนื่องในพิธีพระราชทานปริญญาบัตรแก่ผู้สำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยรามคำแหง วันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2553. สืบค้นเมื่อ 9 มีนาคม 2553, จาก <http://www.ohmpps.go.th/index.php>

⁸¹ สุจิต ปัญญาพุกฤษ. เล่มเดิม. หน้า 33.

⁸² สุจิต ปัญญาพุกฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 33. อ้างถึงใน J.F.O.'Connor. (1991). *Good faith in International Law*. p. 89.

⁸³ รองพล เจริญพันธ์. (ม.ป.ป.). *กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป เล่ม 1*. หน้า 89.

ปรากฏเป็นรูปธรรมเพื่อมาเป็นบรรทัดฐานของสังคม จึงมีลักษณะมาตรฐานทางศีลธรรมค่อนข้างสูง บทบัญญัติที่รับรองหลักสุจริตจึงเป็นที่รวมของมาตรฐานทางศีลธรรมต่างๆ ที่จะมาเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายต่อไป⁸⁴

จากแนวคิดดังกล่าวนี้มีผู้กล่าวว่า หลักสุจริตนี้เป็นแนวคิด⁸⁵ สังคมนิยม มีมาตรฐานทางศีลธรรมสูง อันมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของมหาชนในระบบกฎหมายโรมัน แนวคิดของสโตอิกมีอิทธิพลสำคัญต่อหลักสุจริตในกฎหมายโรมัน ต่อมาได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป แนวคิดและเจตนารมณ์ดังกล่าวก็ยังมีได้เปลี่ยนแปลงไป⁸⁶

2.5.2.8 เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สะท้อนมาตรฐานความเป็นธรรมในสังคม

เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่เป็นประดุจแห่งศีลธรรมของระบบกฎหมายแพ่ง หลักสุจริตจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการนำเอาหลักฐานศีลธรรมให้ปรากฏเป็นรูปธรรม อันเป็นบรรทัดฐานของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัย โดยผ่านระบบนิติวิธีของแต่ละยุคแต่ละสมัยเป็นการสะท้อนมาตรฐานศีลธรรมของสังคมโดยมีจุดมุ่งหมายก็คือ ความเป็นธรรมในสังคม โดยลักษณะทั่วไปของหลักสุจริตจะเห็นว่ามิชอบเขตความหมายเป็นลักษณะทั่วไป ไม่สามารถจำกัดขอบเขตของหลักสุจริตได้ แต่โดยสาระสำคัญของหลักกฎหมายดังกล่าว

หลักสุจริตที่ปรากฏในรูปแบบการบัญญัติเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบประมวลกฎหมาย เป็นการจำลองรูปแบบหลักสุจริตของระบบกฎหมายโรมันมา โดยให้อำนาจผู้พิพากษาวินิจฉัยไปตามหลักความเป็นธรรมของสังคม จึงมีความหมายกว้างขวางไม่อาจจำกัดเนื้อหาลงไปได้ การบัญญัติไว้ในหลักทั่วไปก็เป็นเพียงแนวทางกว้างๆ

หลักสุจริตเป็นเนื้อความที่ไม่มีความชัดเจน อันเป็นลักษณะของหลักกฎหมายยุติธรรม เป็นประดุจที่เปิดเอามาตรฐานศีลธรรมในสังคมเข้ามามีส่วนร่วมให้ความยุติธรรมแก่ผู้พิพากษา จึงมีผู้เรียกบทบัญญัติหลักสุจริตนี้เป็นหลักกฎหมายจริยธรรม⁸⁷

2.5.3 การปรับใช้หลักสุจริตกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

ในสังคมโรมันสมัยก่อน เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่เคร่งครัดติดกับตัวอักษร ระบบกฎหมายจึงไม่เหมาะสมกับยุคสมัยนั้น บางกรณีก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีเกิดขึ้น

⁸⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 34.

⁸⁵ รองพล เจริญพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 19.

⁸⁶ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 34.

⁸⁷ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 35. อ้างถึงใน Norbert Horn. (1982). **An**

หากวินิจฉัยให้ปฏิบัติตามสัญญาตกลงกัน จึงทำให้ผ่อนคลาโดยรูปแบบวิธีพิจารณา คือ รูปแบบคดีสุจริต (Bona Fide Action) ในคดีสัญญาสองฝ่าย และหลักยกเว้นความรับผิด (Exception Doli) ในคดีสัญญาฝ่ายเดียวที่สามารถช่วยให้ผ่อนคลาความแข็งกระด้างของกฎหมายลงไปได้ โดยการพิจารณาคดีสัญญาสองฝ่ายเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาพิจารณาตามหลักความเป็นธรรมว่า คู่สัญญาควรปฏิบัติต่อกันอย่างไร ส่วนในการพิจารณาคดีสัญญาฝ่ายเดียวใช้รูปแบบคดีฉ้อฉล อันเป็นรูปแบบคดีที่เคร่งครัด ซึ่งมีข้อต่อสู้พิเศษเพื่อแก้ไขความฉ้อฉลของเจ้าหนี้ฝ่ายที่โดนฉ้อฉล(จำเลย) สามารถยกข้อต่อสู้ที่ตนเองโดนฉ้อฉลให้ทำสัญญาและยกขึ้นอ้างปฏิเสธความรับผิดของสัญญาได้ อันเป็นการยกเว้นการปฏิบัติตามสัญญา หลักสุจริตในรูปแบบดังกล่าวจึงทำให้การใช้ระบบกฎหมายสมัยนั้นปรับตัวให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมทำให้ระบบมีความเป็นธรรมอยู่เสมอ โดยมุ่งเน้นความยุติธรรมที่แท้จริง อันเป็นความยุติธรรมตามเนื้อหา⁸⁸

เมื่อพิจารณาจากจุดมุ่งหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นว่าหลักสุจริต มีส่วนสำคัญช่วยให้เกิดการพัฒนากฎหมายของหลักกฎหมาย และทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นไม่ติดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เคร่งครัดเกินไป⁸⁹ ทำให้การใช้กฎหมายมีความสอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคม โดยให้พึงเล็งเจตนารมณ์ของคู่สัญญามากกว่าที่จะดูตามตัวอักษรที่ตกลงกัน และแม้ว่าจะไม่มีการตกลงว่าจะทำอะไรในสัญญา คู่สัญญาก็มีหน้าที่โดยปริยาย ในการปฏิบัติให้เหมาะสมและสมควรที่คล้ายจะเป็นการอุดช่องว่างของสัญญา⁹⁰

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ใช้หลักสุจริตอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปพัฒนากฎหมายแพ่งให้เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม⁹¹ โดยการปรับใช้ให้เหมาะสมกับลักษณะทางสังคม ซึ่งผู้ร่างมิได้คาดคิดว่ามีเหตุการณ์เช่นนี้ขึ้น โดยการตีความไม่ทำให้กฎหมายเดิมเปลี่ยนแปลงไป ก่อให้เกิดความเหมาะสมแก่การพัฒนากฎหมายเป็นอย่างมาก หลักสุจริตช่วยทำให้กฎหมายพัฒนาจากคดีเป็นข้อพิพาทจริงๆ แล้ว จากนั้นคำตัดสินข้อพิพาทก็จะกลายเป็นตัวอย่างต่อไปในการปรับใช้ในกรณีอื่นๆ เช่นเดียวกันซึ่งจะเห็นว่าคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายอังกฤษอย่างยิ่ง

⁸⁸ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 26.

⁸⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 26. อ้างถึงใน Roscoe Pound. (1982). **An Introduction to the Philosophy of Law.** pp. 77 and 78.

⁹⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 27.

⁹¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 27. อ้างถึงใน Rene David and John E. Brierley. (1978). **Major Legal System in the World Today: an Introduction to the Comparative Study of Law 2.** p. 200.

ในการนำเอาหลักสุจริตมาปรับใช้กรณีเช่นนี้ ได้ช่วยทำให้หลักสุจริตมีส่วนพัฒนา กฎหมายอย่างสำคัญเป็นอันมาก เพราะกฎหมายต้องปรับให้เหมาะสมกับสภาพทางเศรษฐกิจและ สังคมปัจจุบัน ซึ่งมีความซับซ้อนมากขึ้น การนำหลักสุจริตมาเสริมสร้างและอุดช่องว่างของ กฎหมาย เป็นการพัฒนากฎหมายที่ช่วยทำให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม ซึ่งนิติวิธีเช่นนี้ของซี วิลลอร์ว์ จำลองรูปแบบระบบผู้พิพากษา (Praetor) ของโรมันซึ่งช่วยให้กฎหมายมีความคล่องตัว เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมที่นับวันจะเปลี่ยนไปได้อย่างคึกคัก ซึ่งในสังคมที่เจริญแล้วผู้คนในสังคม ย่อมสามารถคาดหมายได้ว่าบุคคลในสังคมย่อมปฏิบัติตามหลักสุจริตเป็นบทบาทบัญญัติที่จะนำพา สังคมไปสู่สังคมในอุดมคติ

2.5.4 หลักสุจริตเป็นหลักสำคัญที่ให้คุณพินิจแก่ศาลในการวินิจฉัยคดี

บทบาทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตเป็นประตูที่เปิดเอาจริยธรรม หรือศีลธรรมของสังคมให้ เข้ามาเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย ก่อให้เกิดมาตรฐานทางสังคม ซึ่งหลักสุจริตนี้มีเจตนารมณ์เพื่อ ความเป็นธรรมในสังคมโดยเน้นประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลัก บทบัญญัติดังกล่าวนี้จึงจัดเป็น กฎหมายยุติธรรม อันนำมาซึ่งอำนาจการใช้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาที่จะนำมาวินิจฉัยตัดสินว่า สิ่งใด เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม แม้คู่ความจะไม่ยกขึ้นมาอ้างให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจนำเอา ความคิดในทางศีลธรรมของสังคมเข้ามามีส่วนให้ความยุติธรรมนี้⁹²

บทบาทบัญญัติของหลักสุจริตถือเป็นหลักกฎหมายจริยธรรม⁹³ ⁹⁴ อันมาจากหลักกฎหมาย ธรรมชาติ หลักสุจริตจึงเป็นพื้นฐานของทุกๆ ชุกรกรมอันเป็นหลักความเป็นธรรมทั่วไปในสังคม เป็นการสันนิษฐานตามกฎหมายว่า คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องตกลงเงื่อนไขว่าคู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม หลักสุจริต การประพฤติตามหลักสุจริตเป็นพฤติกรรมที่อยู่บนพื้นฐานของความซื่อสัตย์และความ ไว้วางใจที่ต้องเคารพอยู่แล้ว⁹⁵ จึงไม่ต้องมีการตกลงกันไว้ในสัญญา ซึ่งตามความเห็นของ ท่านพระ ยานเทพวิฑูร ที่ว่า “หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปสำหรับผลของความยุติธรรม ในกรณีที่คู่กรณีปฏิบัติต่อกัน และกันหรือในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิของตนในเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างเขามีได้แสดง โดยละเอียดตลอดถึงการปฏิบัติหรือทำกิจการใดๆ ให้ถือเอาหลักสุจริตเป็นที่ตั้ง”

⁹² สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 24.

⁹³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 25. อ้างถึงใน Norbert Horn. (1982). **An Introduction Germa Private and Commercial Law.** pp. 135 and 137.

⁹⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 25. อ้างถึงใน Roscoe Pound. (1982). **An Introduction to the Philosophy of Law.** p 57.

⁹⁵ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 25. อ้างถึงใน Ivy William. (1982). **The Sources of Law in The Swiss Civil Code.** pp. 158 and 159.

ดังนั้น เมื่อหลักสุจริตเป็นกฎหมายยุติธรรมที่มุ่งให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี โดยให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษา ในการพิจารณาตัดสินในกรณีต่างๆ ที่คู่กรณีจะปฏิบัติต่อกัน เพื่อกำหนดเป็นบรรทัดฐานของสังคม นักกฎหมายบางท่าน เช่น ศาสตราจารย์ Stamler ชาวเยอรมัน ถึงกับถือว่า “หลักสุจริต คือ อุดมคติของสังคมนั่นเอง” เพราะกฎหมายจะต้องถืออุดมคติของสังคมเป็นมาตรฐาน ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของซีเซโร นักกฎหมายชาวโรมันที่ว่าพื้นฐานของความเป็นธรรมก็คือ หลักสุจริตนั่นเอง⁹⁶ หลักสุจริตใช้ได้กับทุกๆ สัญญาและเกี่ยวข้องกับความเป็นธรรมอย่างแยกกันไม่ออกผู้ใดกระทำการใดๆ ที่ฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจและซื่อสัตย์ ย่อมเป็นคนผิดที่น่าละอายยิ่งในสังคมโรมัน⁹⁷

2.5.5 รูปแบบที่สำคัญของหลักสุจริต

เนื่องจากรูปแบบของหลักสุจริตมีหลายแบบ และผู้ศึกษานามาศึกษามี 5 แบบที่สำคัญ ทั้งนี้จะนำมาเปรียบเทียบกับปัญหาแรงงานของไทยว่าหลักใดที่จะสามารถนำมาปรับใช้แก้ไขกฎหมายได้อย่างเหมาะสมที่สุด หรือเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงบทบัญญัติในกฎหมายแรงงานต่อไป

2.5.5.1 หลักยกเว้นความรับผิด (Exceptio Doli)

เนื่องจากหลักยกเว้นความรับผิดทำให้การยกเว้นความรับผิดของสัญญาเมื่อมีการผิดสัญญาแล้ว กรณีที่เกิดความเสียหายเป็นข้ออ้างได้ในลักษณะของความเป็นธรรม ข้อยกเว้นได้ หลักยกเว้นความรับผิดผ่อนคลายความเคร่งครัดตามแบบพิธีลายลักษณ์อักษรผ่อนคลายให้เป็นการยกเว้น การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาจากแนวความคิดของนักปราชญ์อิตาลีซีเซโร (Cicero) ความแข็งกระด้างของลายลักษณ์อักษร สัญญาเกิดขึ้นการตีความก่อนผ่อนคลายความเคร่งครัดข้อสัญญานั้นหลักสุจริตมาด้วยความสุจริตโต้แย้งข้อกำหนดในสัญญาลายลักษณ์อักษร บรรเทาความแข็งกระด้าง หลักต้องปฏิบัติตามข้อสัญญานั้นแม้จะมีการผิดสัญญาก็ตามควรคำนึงถึงเจตนารมณ์นี้ของคู่สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร และนำหลักสุจริตมาขยายว่าข้อยกเว้นหลักสุจริตข้อสัญญา ถ้าเจตนาสุจริตรูปแบบสำคัญการพัฒนาหลักสุจริต⁹⁸

⁹⁶ สุจิต ปัญญาพุกฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 25. อ้างถึงใน J.F.O.'Connor. (1991).

Good faith in International Law. p. 22.

⁹⁷ สุจิต ปัญญาพุกฤษ. เล่มเดิม. หน้า 25.

⁹⁸ วิจิตรา (ฟุ้งกล้า) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

หลักการนี้ใช้เป็นข้อต่อสู้พิเศษ ยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญาของจำเลยในระบบกฎหมายหนี้โรมัน เป็นหลักที่ป้องกันการใช้สิทธิที่ฝ่าฝืนหลักสุจริตในกฎหมายโรมัน⁹⁹ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดแบบอริสโตเติล และซิเซโร

โดยมีแนวคิดว่า กฎหมายเป็นหลักการทั่วไปการใช้หลักการทั่วไปปรับแก้กรณีทั้งหลายอาจมีปัญหาในกรณีเฉพาะเรื่องได้ แต่กฎหมายโดยตัวมันเองนั้น คือ เหตุผลอันปราศจากกิเลส ดังนั้น ในกรณีที่มีปัญหาไม่เป็นธรรมเฉพาะกรณีเกิดขึ้น ตัวกฎหมายเองย่อมอนุญาตให้มีการนำหลักความเป็นธรรมหรือหลักความยุติธรรม (Equity) เข้ามาปรุงแต่งกฎหมายให้ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมได้และการเชื่อว่ากฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้อง ดังนั้น กฎหมายต้องเป็นธรรมอยู่เสมอและหากกรณีไม่เป็นธรรม ก็ต้องหาวิธีการทำให้เป็นธรรมจึงจะถูกต้อง แนวคิดเช่นนี้จึงเปิดช่องให้ใช้หลักความเป็นธรรมเข้ามาปรับใช้ให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นเป็นธรรมสอดคล้องกับสภาพของสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไป¹⁰⁰

ในทางปฏิบัติกฎหมายโรมันมีการอ้างหลักความเป็นธรรมเป็นข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งเป็นข้อปฏิบัติที่เคร่งครัดมาแต่โบราณ หากบังคับใช้แล้วจะขัดกับความเป็นธรรม หลักตามสัญญาฝ่ายเดียว อันเป็นข้อต่อสู้ของจำเลยซึ่งจะช่วยให้อำเลยไม่ต้องรับผิดชอบตามที่ตกลงในสัญญาได้ ซึ่งหลักยกเว้นความรับผิด (Exceptio Doli) หรือ รูปแบบคดีฉ้อโกง (Defense of Fraud) เป็นข้อต่อสู้ที่เป็นข้อต่อสู้ที่เป็นข้อยกเว้นที่สำคัญที่สุด^{101 102} ซึ่งบรรจุอยู่ในรูปคดีฟ้องฉ้อฉล (Action de Dolo) อันเป็นรูปคดีที่ฟ้องร้องกันให้บังคับตามสัญญาฝ่ายเดียว

ในการพิจารณาคดี หากคู่สัญญาเข้าทำสัญญาผูกพัน โดยใช้กลฉ้อฉล ซึ่งหากถือตามกฎหมายที่เคร่งครัดแบบเก่าแล้ว คู่สัญญาต้องผูกพันตามสัญญานั้น แม้จะเป็นการฉ้อฉลก็ตาม ในทางปฏิบัติของกฎหมายโรมัน ข้อยกเว้นเช่นนี้คือหลักยกเว้นความรับผิด โดยผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดบทสรุปคำฟ้องโดยจะให้อำนาจผู้พิพากษาพิจารณาวินิจฉัยว่า สมควรยกเว้นความรับผิดให้

⁹⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 22. อ้างถึงใน E.J. Cohn. (1968). **Manual German Law Vol I General Introduction Civil Law.** p. 97.

¹⁰⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 37.

¹⁰¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 37. อ้างถึงใน Lee.R.w. (1956). **The Element of Roman law: with a translation of the Institutes of Justinian.** p. 450.

¹⁰² สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 37. อ้างถึงใน Rudolf Sohm. (1907). **The Institutes.** p. 279.

จำเลยหรือไม่¹⁰³ ดังนั้น หากผู้พิพากษาสืบได้ความว่าสัญญาเกิดการฉ้อฉลจริง ก็จะไม่บังคับให้จำเลยผู้เป็นลูกหนี้ก็พ้นความรับผิดชอบไป¹⁰⁴

หลักยกเว้นความรับผิด ทำให้การยกเว้นความรับผิดของสัญญาเมื่อมีการผิดสัญญากันแล้ว กรณีที่เกิดความเสียหายเป็นข้ออ้างได้ในลักษณะของความเป็นธรรมข้อยกเว้นได้ หลักยกเว้นความรับผิดก่อนคลายความเคร่งครัดตามแบบพิธีลายลักษณ์อักษรผ่อนคลายเป็นการยกเว้น การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาจากแนวความคิดของนักปราชญ์อิสระซีเซโร ความแข็งกระด้างของลายลักษณ์อักษร สัญญาเกิดขึ้นการตีความก่อนผ่อนคลายความเคร่งครัดข้อสัญญานั้นหลักสุจริตมาด้วยความสุจริตโต้แย้งข้อกำหนดในสัญญาลายลักษณ์อักษรบรรเทาความแข็งกระด้าง หลักต้องปฏิบัติตามข้อสัญญานั้นแม้จะมีการผิดสัญญาที่สมควรคำนึงถึงเจตนารมณ์นี้ของกลุ่มสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร และนำหลักสุจริตมาขยายว่าข้อยกเว้นหลักสุจริตข้อสัญญา ถ้าเจตนาสุจริตรูปแบบสำคัญการพัฒนาหลักสุจริต¹⁰⁵

จะสังเกตเห็นว่า หลักยกเว้นความรับผิดมีในเฉพาะรูปแบบที่เคร่งครัดเท่านั้น ส่วนในรูปคดีสุจริต (Action Bonae Fide) จะไม่มีการบรรจุหลักนี้เข้าไป เนื่องจากศาลสามารถป้องกันสิทธิของจำเลยโดยพิจารณาตามหลักสุจริต¹⁰⁶ ได้อยู่แล้วและหลักข้อยกเว้นนี้จึงมีจุดมุ่งหมายใช้เพื่อบรรเทาความแข็งกระด้างของกฎหมายตามตัวอักษรที่เคร่งครัดที่ครอบคลุมธุรกรรมทั้งหลาย ซึ่งการยึดถือตามตัวอักษรนี้ทำให้มีการตีความในสัญญาอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษร

กรณีทีกล่าวมา การพัฒนาของหลักดังกล่าวเกิดจากปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้กฎหมายแบบเก่าของระบบกฎหมายโรมัน ทำให้มีแนวคิดหันมาตระหนักถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกลุ่มสัญญาเท่านั้น แนวคิดดังกล่าวเป็นอิทธิพลจากแนวคิดของอริสโตเติล ต่อมาหลักนี้กลายมาเป็นข้อยกเว้นทั่วไปใช้ได้ทั่วไป และนักกฎหมายโรมันได้ใช้หลักนี้เป็นเครื่องมือสำคัญในการทำให้หลักกฎหมายยุติธรรม มีผลเหนือกฎหมายเก่าโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร อย่างเต็มรูปแบบ¹⁰⁷

¹⁰³ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 37. อ้างถึงใน Rodolf Sohm. (1907). *The Institues*. p. 280.

¹⁰⁴ สุจิต ปัญญาพฤษ. เล่มเดิม. หน้า 37.

¹⁰⁵ วิจิตร (ฟุ้งสัสดา) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

¹⁰⁶ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 38. อ้างถึงใน Friz Schulz. (1954). *Classical Roman Law*. p. 608.

¹⁰⁷ สุจิต ปัญญาพฤษ. เล่มเดิม. หน้า 38.

2.5.5.2 หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ (Estoppel by Conduct; Venire Contra Factum Proprium)

หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ มีกำเนิดในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์¹⁰⁸ มีขึ้นเพื่อความเป็นธรรมโดยการลงโทษบุคคลหรือคู่ความฝ่ายหนึ่งในคดีไม่ให้กล่าวอ้าง หรือปฏิเสธข้อความหรือกระทำบางเรื่อง อันเป็นผลหรือเนื่องจากการกระทำผิดของบุคคลนั้นเอง จึงมีแนวคิดตรงกันกับภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “ไม่มีผู้ใดอาจถือเอาประโยชน์จากการกระทำผิดของตนได้” (Nullus Commodum Capere Potest de Injuria sua Propria) ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ตั้งอยู่บนรากฐานในเรื่องความชอบธรรม และความสุจริตซึ่งถูกรอบคลุมโดยกฎเกณฑ์ในเรื่องความยุติธรรม อันเป็นการขัดขวางหรือกีดกันความไม่ยุติธรรมทั้งหลาย¹⁰⁹

ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา ถือว่า การใช้หลักกฎหมายนี้จะต้องอยู่บนรากฐานของความถูกต้อง ความสุจริต ความยุติธรรมโดยขัดขวางการฉ้อฉลและความถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังจะขัดขวางไม่ให้มีการอธิบายหรือกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่น บุคคลจะถูกปิดปากหรือทำให้สิ้นสุด ในการที่จะกล่าวอ้างหรือกล่าวยืนยันในภายหลังเกี่ยวกับสถานะหรือสภาพของสิ่งต่างๆ หากเมื่อคำพูดหรือโดยการกระทำของบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยจงใจหรือเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้เชื่อในสิ่งที่ตนได้กระทำไป ทำให้บุคคลนั้นได้กระทำไปตามความเชื่อนั้นหรือทำให้บุคคลนั้นต้องเปลี่ยนสถานะไปจากเดิม¹¹⁰

สรุปได้ว่า เมื่อบุคคลใด ซึ่งโดยความประพฤติของเขาแล้วได้ก่อให้เกิดบุคคลอื่นได้เปลี่ยนสถานะของเขาไปและเกิดความเสียหาย หรือได้รับความเสียหายหรือทำให้เขาต้องเสียเปรียบ บุคคลนั้นจะถูกปิดปาก ในการที่จะอาศัยประโยชน์จากความประพฤติเช่นนั้น อันมีความหมายตรงกับหลักในกฎหมายโรมัน “หลักบุคคลย่อมต้องห้ามมิให้ทำการใดๆ อันขัดต่อการกระทำก่อนๆ ของตน (Venire Contra Factum Proprium)” ซึ่งรู้จักกันดีในหมู่นักกฎหมายประเทศภาคพื้นทวีป¹¹¹ อันหมายถึง การที่คู่สัญญาไม่อาจใช้สิทธิซึ่งตนมีอยู่ได้ ถ้าหากพฤติกรรมในปัจจุบันเป็นพฤติกรรมที่ขัดแย้งในอดีต แล้วต่อมาจะยกอ้างเอาความประพฤตินั้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้ตนเองได้รับ

¹⁰⁸ พงษ์อาจ ศรีกิจวัฒนกุล. (2525). กฎหมายปิดปาก. หน้า 210.

¹⁰⁹ แหล่งเดิม. หน้า 77.

¹¹⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 39.

¹¹¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 40. อ้างถึงใน Friedman W.L. (1967).

ประโยชน์นั้นย่อมไม่เป็นธรรม^{112 113} เป็นการปิดปากผู้ที่ได้กระทำการที่ขัดแย้งกับพฤติกรรมในอดีตของตนไม่ให้ถือเอาประโยชน์จากข้ออ้างนั้นได้

หลัก “ไม่มีผู้ใดถือเอาประโยชน์จากการกระทำที่ขัดแย้งกับพฤติกรรมที่ทำไว้ในอดีต” ได้สอดคล้องกับเรื่องหลักยกเว้นความรับผิดที่ถือความเป็นธรรมสุจริต ย่อมเป็นข้อยกเว้นแห่งบทบัญญัติที่ปวง อันเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย (Defense of Fraud) ในรูปคดีที่เคร่งครัดในกฎหมายหนี้โรมัน ทำให้จำเลยพ้นความรับผิด หากศาลสืบได้ความว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นจากความฉ้อฉล อันเป็นความผิดของ โจทก์เองที่ไปแสดงพฤติกรรมทำให้จำเลยหลงเชื่อเข้าทำสัญญาหลักดังกล่าวนี้กำเนิดในกฎหมายหนี้โรมันส่วนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น มีหลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel by Conduct) เป็นเครื่องป้องกันหรือเป็นข้อต่อสู้เพื่อส่งเสริมให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริง

หลักกฎหมายทั้งสองต่างก็มีเจตนารมณ์เช่นเดียวกัน คือ มุ่งความยุติธรรมโดยป้องกันการคดโกงฉ้อฉล ทำให้ฝ่ายที่ฉ้อฉลหรือโดยความนิ่งเฉยของฝ่ายที่ฉ้อฉล ไม่อ้างเอาประโยชน์จากการกระทำของตนที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเชื่อ ดังนั้น หากอีกฝ่ายได้รู้หรือไม่เชื่อที่ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองเพราะโดยจุดมุ่งหมายนี้ก็คือ จะทำให้ฝ่ายที่แสดงพฤติกรรมออกมาเพื่อให้อีกฝ่ายเข้าทำสัญญา ไม่มีสิทธิและถูกกีดกันในการที่จะกล่าวอ้าง หรือปฏิเสธข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำดั้งเดิมของเขาโดยอีกฝ่ายได้เชื่ออย่างมีเหตุผลอันจะได้รับความเสียหายจากการกล่าวอ้างเช่นนั้น

เนื่องจากหลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤตินี้ อยู่บนพื้นฐานในเรื่องความชอบธรรมสุจริต กล่าวคือ คู่ความที่จะเรียกร้องหรือกล่าวอ้างกฎหมายปิดปากนี้จะต้องมีการเชื่อโดยบริสุทธิ์ในคำพูดหรือพฤติกรรมของอีกฝ่ายหนึ่งจนได้รับความเสียหาย หรือมีการเปลี่ยนแปลงสถานะเกิดขึ้น การที่บุคคลใดจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายปิดปากนี้ จะต้องกระทำการไปโดยไม่รู้ความจริง หรือข้อเท็จจริงนั้นๆ และเสียหายจากการกระทำนั้น ถ้าหากรู้ความจริงก็ถือว่าบุคคลนั้นใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และอาจจะอ้างเอาประโยชน์จากสิทธินี้ให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่บุคคลอื่นๆ กฎหมายห้ามไม่ให้บุคคลนั้นอ้างสิทธิเช่นว่านี้ อันเป็นการปิดปากในการที่อาศัยประโยชน์จากความประพฤติเช่นนั้น เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และความหมายของคำว่าสุจริตในกรณีเช่นนี้ (ซึ่งเป็นเพียงแง่มุม

¹¹² สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 40. อ้างถึงใน E.J. Cohn. (1968). *Manual German Law*. pp. 88 and 89.

¹¹³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 40. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1982). *An Introduction German Private and commercial Law*. p. 144.

หนึ่งของหลักสุจริตเท่านั้น) ย่อมหมายถึง ความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ อันเป็นความหมายที่รู้กันทั่วไป ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยก็ได้กล่าวถึงเสมอ¹¹⁴

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในกรณีมาใช้กับกฎหมายแรงงาน ซึ่งความประพฤติดีเป็นความสุจริตได้แต่อาจไม่ครอบคลุมได้ทั้งหมดเหมือนกับการคุ้มครองด้วยบทบัญญัติที่อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต

2.5.5.3 หลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา (Clausula rebus sic Stantibus)

หลักกฎหมายนี้ได้รับอิทธิพลและปรากฏเป็นครั้งแรกในกฎหมายพระ (Canon Law)¹¹⁵ ต่อมาในสมัยกลางประมาณศตวรรษที่ 16 ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแพ่งที่ใช้กันทั่วไป ในแนวคิดของกฎหมายพระนั้น ถือว่าบุคคลต้องผูกพันตามสัญญาภายใต้เงื่อนไขอันจำกัดเท่านั้น โดยถือว่าทุกๆ สัญญามีข้อสมมติฐานที่สำคัญขั้นรากฐาน¹¹⁶ อยู่เสมอหรือเรียกว่า (Implied Condition) ก็ได้ โดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องตกลงไว้ในสัญญาเป็นเงื่อนไขโดยปริยายที่ว่า สัญญาจะผูกพันคู่สัญญาตราบเท่าที่สถานการณ์หรือเงื่อนไขในสัญญาต่างๆ นั้นยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง

โดยสมมติฐานดังกล่าวขึ้นอยู่กับปัจจัยแวดล้อมบางอย่าง แนวคิดดังกล่าวถือว่าความผูกพันตามสัญญาขึ้นอยู่กับความมืออยู่ของเงื่อนไข หรือปัจจัยแวดล้อมในขณะที่ทำสัญญา¹¹⁷ หากมีเหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปโดยสิ้นเชิงทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ได้ คู่กรณีตามสัญญาก็ไม่ต้องผูกพันตามสัญญาอีกต่อไป ผู้ที่ต้องผูกพันตามสัญญาย่อมถูกปลดปล่อยจากภาระผูกพันนั้น หลักการเช่นนี้ช่วยในการแก้ปัญหา หากเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดนั้น คู่สัญญาจะต้องการตกลงกันในสัญญาว่าให้ความผูกพันตามสัญญาดังกล่าวสิ้นสุด¹¹⁸ ผลของการนำหลักนี้มาใช้ ทำให้ลดความเคร่งครัดของตัวอักษรในสัญญา หรือลดความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลงในสัญญาลงไป จึงเป็นการทำให้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญามีค่าบังคับอ่อนลงไป¹¹⁹

¹¹⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 40 และ 41.

¹¹⁵ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). *การใช้สิทธิโดยสุจริต*. หน้า 42. อ้างถึงใน Ryan K.W. (1962). **An Introduction to The Civil Law**. p. 55.

¹¹⁶ รองพล เจริญพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 89,91 และ 99.

¹¹⁷ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). *การใช้สิทธิโดยสุจริต*. หน้า 42. อ้างถึงใน Konrad Zweigert, Hein Kotz. (1977). **An Introduction to Comparative Law**. p. 188 and 189.

¹¹⁸ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). *การใช้สิทธิโดยสุจริต*. หน้า 42. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). **An Introduction to Comparative Law**. p. 188 and 189.

¹¹⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 43.

ประโยชน์ของหลักนี้ช่วยให้คู่สัญญาที่ต้องผูกพันกันเป็นสัญญาที่มีระยะยาวต่อเนื่องกัน หรือเป็นสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาจะมีขึ้นในระยะเวลายาวนานหลังจากที่ตกลงกันแล้ว หรือกรณีเป็นการปฏิบัติชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ เนื่องจากมีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้น ให้ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติตามสัญญา เพราะหากมีปัจจัยแวดล้อมที่เปลี่ยนไปอย่างสำคัญ ข้อผูกพันในสัญญาย่อมต้องได้รับการทบทวนแก้ไขหรือระงับไปแล้วแต่กรณี เป็นการแก้ปัญหาซึ่งพิจารณาจากสถานการณ์พิเศษเฉพาะกรณีเป็นรายๆ ไป¹²⁰ หลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญานี้มีในทุกๆ ระบบกฎหมาย¹²¹ ที่สำคัญทั้งในประเทศภาคพื้นทวีป และแองโกลอเมริกัน (Anglo American) ซึ่งได้พัฒนาหลักกฎหมายนี้เป็นแบบอย่างเฉพาะของตนเองภายใต้ชื่อต่างๆ กัน ดังจะกล่าวต่อไป¹²²

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา ถ้าจะนำมาใช้กับสัญญาจ้างแรงงานจะเหมาะสมหรือไม่อย่างไร ก็ควรอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตเป็นสำคัญ โดยคู่สัญญาจะถือเอาประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงด้วยมูลเหตุของสัญญาเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบหรือถือโอกาสจากมูลเหตุไม่ได้ ดังนั้น คู่สัญญาต้องมีความสุจริตจริงใจด้วยเจตนาอันแท้จริง

1) ประเทศแองโกลอเมริกัน (Anglo American)

จากการศึกษาประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ได้นำหลักนี้มาปรับใช้และพัฒนาภายใต้ชื่อหลักความขัดข้องแห่งสัญญา (Doctrine of Frustration of Contract) หรือหลักการชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ (Doctrine of Supervening Impossibility of Performance) ผลของหลักทั้งสองดังกล่าวทำให้สัญญาสิ้นสุดนับตั้งแต่เมื่อมีเหตุการณ์ทำให้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เกิดขึ้น¹²³ หน้าที่และความผูกพันก่อนที่จะบังคับให้ชำระหนี้หลังจากเหตุการณ์นั้น ย่อมไม่สามารถบังคับให้ปฏิบัติชำระหนี้ได้ และศาลจะถือว่าทุกๆ สัญญามีเงื่อนไขโดยปริยาย โดยไม่ต้องมีการตกลงกันไว้ในสัญญาโดยศาลจะพิจารณาว่า คู่สัญญาจะตกลงกันอย่างไร ถ้าหากในเวลาที่ทำสัญญา คู่สัญญาได้ตระหนักเห็นเหตุการณ์ที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ นั้น ซึ่งศาลจะพิจารณาโดย

¹²⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 42. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 188 and 189.

¹²¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 43. อ้างถึงใน Friedman W. L. (1967). *Legal Theory*. p. 552.

¹²² สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 43.

¹²³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 44. อ้างถึงใน Ryan K.W. (1962). *An Introduction to The Civil Law*. p. 60.

หลักความเป็นธรรมอย่างมีเหตุผล ตระหนักถึงผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายอีกทั้งพึงเล็งเจตนาของสัญญาด้วยว่าทั้งสองฝ่ายควรทำอย่างไร¹²⁴

ในกรณีนี้ ศาลมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือระงับสัญญาโดยพิจารณาบนพื้นฐานของหลักความยุติธรรมเป็นทางแก้ปัญหาที่สมเหตุสมผล อันเป็นไปตามสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงใหม่ และเนื่องจากสัญญาถือเป็นกฎหมายที่บังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น หากเกิดกรณีสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญเช่นนี้ ในเบื้องต้นศาลต้องพิจารณาข้อตกลงในสัญญาเป็นหลักก่อน โดยสัญญาถูกใช้เป็นจุดเริ่มต้นในการค้นหาเจตนาของคู่สัญญา หากไม่มีข้อตกลงในกรณีดังกล่าวจึงถือเป็นช่องว่างสัญญา ศาลจะต้องปรับเสริมสัญญาดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักมาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับของกลุ่มคนในทางการค้า ซึ่งถือปกติประเพณีในทางการค้านั้นเอง อันเป็นที่ยอมรับกันทั่วตามแต่ลักษณะของสัญญาชนิดนั้นๆ¹²⁵

2) ประเทศภาคพื้นทวีป (Continental)

ประเทศภาคพื้นทวีปได้แก่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ได้กล่าวถึงเกี่ยวกับหลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา ซึ่งแต่ละประเทศมีวิธีการปรับใช้ที่แตกต่างกันอย่างไรหรือไม่ และแนวทางของประเทศใดเหมาะสมจะนำมาปรับใช้กับกฎหมายแรงงานของไทย

(1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลเยอรมัน ได้พัฒนาหลักการประเมินมูลค่าหนี้ใหม่ (Doctrine of Revaluation of Obligations) โดยอาศัยหลักสุจริตทั่วไปในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาแก้ปัญหาในสถานการณ์เงินเฟ้อหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี คริสต์ศักราช 1920 โดยศาลเยอรมันสามารถเข้าไปเปลี่ยนแปลงแก้ไข สัญญาและกำหนดข้อตกลงใหม่เข้าไปได้อีกด้วย¹²⁶

การพัฒนาหลักดังกล่าว นักกฎหมายชาวเยอรมันเบอร์นาร์ด์ วินไชลด์ (Bernard Windschild คริสต์ศักราช 1817-1892) มีแนวคิดว่า คู่สัญญาที่ทำสัญญากันมีข้อสันนิษฐานกันว่า หากมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นผลตามกฎหมายที่คู่สัญญามีเจตนาให้เกิดขึ้น ย่อมเกิดขึ้น

¹²⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 44. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. pp. 200 and 201.

¹²⁵ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 44. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 206.

¹²⁶ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 45. อ้างถึงใน Ryan K.W. (1962). *An Introduction to The Civil Law*. p. 59.

เฉพาะภายใต้สถานการณ์ที่คงเดิมเท่านั้น¹²⁷ นั่นก็หมายความว่า สถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขในขณะที่ทำสัญญา ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากสภาพเช่นเดิมในขณะที่ทำสัญญา

ในทางปฏิบัติถือได้ว่าสัญญาถูกทำขึ้นภายใต้เงื่อนไขว่าปัจจัยแวดล้อมในขณะที่ทำสัญญาต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงหากมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นมีผลต่อการปฏิบัติชำระหนี้ ในกรณีดังกล่าวศาลเยอรมันใช้หลักพื้นฐานของธุรกรรม (Basic of Transaction) ของ Oertmann เป็นหลักวินิจฉัย เพื่อแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมดังกล่าวโดยอาศัยบทบัญญัติทั่วไปในกฎหมายนี้ มาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีสมมติฐานพื้นฐานในการทำงานเดียวกันของวิน ไชล์ด แต่มีข้อเพิ่มเติมว่า แม้ความผูกพันตามสัญญาจะเปลี่ยนแปลงไปตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนไปก็จริง แต่คู่สัญญาจะต้องมีการแบ่งปันความเสียหายระหว่างคู่สัญญา หลักวินิจฉัยดังกล่าวจึงมีหลักว่า ในขณะที่ทำสัญญาคู่สัญญาย่อมคาดหวังให้มีการชำระหนี้ต่างตอบแทนกันที่เสมอภาคต่อเนื่องกัน¹²⁸ โดยคู่สัญญาจะมีการแบ่งปันความเสียหายระหว่างกัน

กรณีตัวอย่าง คดีที่วินิจฉัยโดยศาลเยอรมัน ซึ่งศาลใช้หลักพื้นฐานของธุรกรรม เข้าวินิจฉัยโดยให้สัญญาผูกพันต่อไป แม้พฤติการณ์เปลี่ยนไปแต่คู่สัญญาต้องมีการชำระหนี้ต่างตอบแทนกันอย่างเหมาะสมเท่าเทียมกัน มีข้อเท็จจริงว่า คู่สัญญาทำการซื้อขายที่ดินของบริษัทที่กำลังจะเลิกกิจการ แต่เนื่องจากกระบวนการเลิกบริษัทนั้นกินระยะเวลายาวนานต่อมาราคาที่ดินเพิ่มขึ้นหลังจากที่ตกลงซื้อกันมานาน ผู้ขายอ้างว่าไม่ต้องผูกพันอีกต่อไปแล้วเนื่องจากสถานการณ์เปลี่ยนไป ศาลเยอรมัน (Reichsgericht) ตัดสินว่า คู่สัญญาซื้อขายมีข้อสันนิษฐานว่า ความผูกพันระหว่างคู่สัญญายังคงอยู่ ผู้ขายยังไม่หลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญา แต่ศาลเยอรมันได้ปรับราคาที่ดินที่ตกลงในสัญญาให้เหมาะสมในภาวะปัจจุบัน เพื่อหลีกเลี่ยงการระงับของสัญญา และให้ผู้ซื้อมีโอกาสซื้อที่ดินในราคาที่สูงขึ้นตามราคาตลาดที่กำหนด ศาลยังกำหนดอีกว่า หากผู้ซื้อไม่ตกลงซื้อในราคาที่เหมาะสม ผู้ขายก็หลุดพ้นจากการรับผิดชอบของสัญญา¹²⁹

กรณีดังกล่าวในปี ค.ศ. 1923 เป็นคดีต้นกำเนิด (Revalorization Case)¹³⁰ ซึ่งศาลใช้หลักการประเมินมูลค่าหนี้ใหม่ (Doctrine of Revaluation of Obligations) ต่อมาก็เกิดหลัก

¹²⁷ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 45. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 192.

¹²⁸ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 46. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 194.

¹²⁹ สุจิต ปัญญาพฤษ. เล่มเดิม. หน้า 46.

¹³⁰ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 47. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 194.

(Doctrine of the Collapse of the Basic of Transaction) ในสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่ศาลเยอรมันเน้นโดยชัดเจนว่า ใช้ในกรณียกเว้นเท่านั้นเฉพาะกรณีเป็นรายๆ เท่านั้น เฉพาะกรณีไม่มีบทบัญญัติใดมาปรับใช้แล้ว เพื่อหลีกเลี่ยงผลที่เกิดขึ้นไม่เป็นธรรม ซึ่งหากยังยึดติดกับตัวอักษรในสัญญาจะก่อให้เกิดภาระแก่ลูกหนี้อย่างหนักหน่วง ในกรณีเช่นนี้ศาลต้องพิจารณาจากข้อตกลงในสัญญาก่อนเป็นอันดับแรก เช่นเดียวกันกับกรณีศาลของระบบคอมมอนลอว์ หากในสัญญาได้มีข้อตกลงเกี่ยวกับกรณีเช่นนี้ ก็ให้เป็นไปตามข้อตกลงนั้น¹³¹ แต่หากกรณีคู่สัญญามีได้ตกลงกันไว้ก่อนเนื่องจากการไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะมีเหตุการณ์ใดๆ เกิดขึ้นศาลก็จะเข้าไปแทรกแซง

กรณีดังกล่าว ศาลเยอรมันใช้หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายหนี้ (มาตรา 242) เข้ามากำกับ เป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องอุดช่องว่างของสัญญา ซึ่งวิธีการเช่นนี้เรียกว่า การเติมเต็มโครงสร้าง (Suppletive Construction) หรือ (Ergänzende Vertragsauslegung) ทำให้มีอำนาจใช้ดุลพินิจเข้าไปพิจารณาในกรณีที่มีเหตุการณ์เกิดขึ้น หากเห็นว่าหากคู่สัญญายังยึดติดกับข้อตกลงตามตัวอักษรในสัญญาจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม อันขัดกับหลักสุจริต ศาลย่อมจะมีดุลพินิจให้สัญญานั้นสิ้นไป หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ให้มีผลเหมาะสมกับกรณีเฉพาะเป็นรายๆ โดยมีพื้นฐานมาจากหลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา ซึ่งอาศัยมาตรา 242 เป็นเครื่องมือนำมาซึ่งความเป็นธรรมของคู่สัญญา เป็นบทบัญญัติทั่วไปเรื่องกฎหมายนี้¹³²

(2) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

หลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญาไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีแต่มาตรา 1148 อันเป็นเรื่องเหตุสุดวิสัย ซึ่งทำให้การปฏิบัติชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เท่านั้น¹³³ ซึ่งหากกรณีมีเหตุการณ์ที่ไม่ได้คาดคิดเกิดขึ้น ทำให้การชำระหนี้เป็นเหตุสุดสัทธิกรณีเช่นนี้ให้คู่สัญญาพ้นข้อผูกพันตามสัญญาต่างตอบแทนนั้น ศาลฝรั่งเศสมักจะใช้หลักนี้อย่างระมัดระวัง จะใช้เฉพาะคู่กรณีที่เกิดเหตุที่ไม่ได้คาดคิดที่ทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เท่านั้น ลูกหนี้จึงจะพ้นความรับผิดชอบตามสัญญาได้¹³⁴

¹³¹ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 47. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. pp. 194 and 205-206.

¹³² สุจิต ปัญญาพฤษ. เล่มเดิม. หน้า 47.

¹³³ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 48. อ้างถึงใน Ryan K.W. (1962). *An Introduction to The Civil Law*. pp. 55, 56 and 60.

¹³⁴ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 48. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 199.

ดังนั้น แม้มีเหตุการณ์เกิดขึ้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญายากลำบาก หรือไม่เป็นธรรมศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาเองที่จะตกลงให้ครอบคลุมทุกๆ กรณีในการทำสัญญาที่มีระยะเวลายาวนาน โดยมีได้ตกลงในเงื่อนไขของการเปลี่ยนแปลงของปัจจัยสิ่งแวดล้อม ผู้ที่นั้นย่อมต้องยอมรับผลของการที่ทะเลาะไม่ตกลงเช่นนั้น ซึ่งจะเห็นว่าศาลฝรั่งเศสได้ยึดถือ ข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัด เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัย (ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติภาระหนี้ได้) คู่สัญญาก็หลุดพ้นภาระตามสัญญา ซึ่งจะเห็นว่า จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาใหม่อีกมีผลอย่างเดียว คือสัญญานั้นสิ้นสุด

ในกรณีของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat)¹³⁵ ได้มีการนำหลักกฎหมายที่มีแนวคิดเช่นเดียวกับหลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus)¹³⁶ คือ (Doctrine of impre'vision)^{137 138} ซึ่งนำมาปรับใช้เฉพาะกับสัญญาระหว่างเอกชนกับรัฐเท่านั้น

คดีตัวอย่างที่ตัดสินในปี คริสต์ศักราช 1916 มีข้อเท็จจริงว่า

ในปี คริสต์ศักราช 1904 เมืองบอร์โดซ์ (Bordeaux) ได้ให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชนในการจัดหาก๊าซที่ใช้ตามบ้านภายในเมืองนี้ ซึ่งทำมาจากถ่านหินเป็นเวลา 30 ปี ในราคาที่ระบุไว้ ต่อมาเนื่องจากภาวะสงครามราคาของถ่านหิน พุ่งสูงขึ้นอย่างมากทำให้ต้นทุนในการผลิตก๊าซของบริษัทเอกชนสูงมากจนแบกรับภาระเช่นนี้ไม่ไหว คดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ในกรณีดังกล่าวได้วินิจฉัยให้เมืองบอร์โดซ์ ซึ่งได้ให้สัมปทานต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น จากที่ระบุในสัญญา โดยมีสมาชิกของศาลสภาแห่งรัฐ (The Commissaire du Gouvernement) เสนอความเห็นว่าการศาลของสภาแห่งรัฐย่อมมีอำนาจในการปรับใช้กฎหมายเรื่องของเหตุสุดวิสัย ได้กว้างขวางกว่าศาลแพ่งพลเรือน และสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจำเป็นต้องพิจารณาเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอันมีผลกระทบต่อสัญญาอย่างสำคัญ ในกรณีดังกล่าวว่าสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามหลักสุจริตและคำนึงถึงความจำเป็นของประชาชนที่ต้องใช้บริการจากบริษัทเอกชนด้วยศาลสภาแห่งรัฐก็ได้มีความเห็นตามแนวคิดนี้

¹³⁵ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 49. อ้างถึงใน Barry Nicholas. (1962). **French Law of contract.** p. 203.

¹³⁶ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 49. อ้างถึงใน Ryan K.W. (1962). **An Introduction to The Civil Law.** p. 57.

¹³⁷ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 49. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). **An Introduction to Comparative Law.** p. 196.,

¹³⁸ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 49. อ้างถึงใน Friedman W.L. (1967). **Legal Theory.** p. 552.

(แต่ก็มีได้อย่างถึงหลักสุจริตเข้ามาด้วย) และให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่า ราคาที่เพิ่มขึ้นของถ่านหินเป็นสิ่งที่เกิดความคาดหมายอย่างมีเหตุผล ทำให้ผลประโยชน์ตามสัญญาได้เสียไปอย่างสิ้นเชิง ในการแก้ปัญหานี้จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งหมายถึงชาวเมืองจำเป็นต้องใช้ก๊าซหุงต้มต่อไป และสถานการณ์พิเศษที่เกิดขึ้นได้ทำให้ผลของสัญญาไม่สามารถบรรลุได้อย่างปกติ (การชำระหนี้เป็นไปได้อย่างขึ้น)

กรณีคดีตัวอย่างจะเห็นว่า เป็นการมุ่งเน้นประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ซึ่งเป็นกรณีพิเศษเท่านั้น หากบริษัทผู้รับสัมปทานล้มละลายไป ย่อมทำให้ชาวเมืองเดือดร้อน แนวคิดดังกล่าวนี้ถูกนำมาปรับใช้และพัฒนาโดยศาลปกครองมากกว่า โดยนำมาใช้กับคดีสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน อันทำให้คู่สัญญาสามารถปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ได้ ซึ่งต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา เพื่อให้ผลของสัญญาเป็นธรรมแก่คู่สัญญา และเหมาะสมกับสถานการณ์พิเศษที่เกิดขึ้น อันเป็นวิธีการที่คล้ายคลึงกับศาลแพ่งเยอรมันนั่นเอง แต่ส่วนในของคดีสัญญาในระหว่างเอกชนกับเอกชนไม่ปรากฏว่าหลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้ ศาลแพ่งฝรั่งเศสเพียงแต่มีหลักเรื่องเหตุสุดวิสัยมาปรับใช้กับกรณีที่มีเหตุการณ์¹³⁹

2.5.5.4 หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo)

หลักระหว่างต่อรองก่อนเข้าทำสัญญาคู่สัญญาต้องทำด้วยความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ความไม่ซื่อสัตย์ความไม่สุจริตเกิดความรับผิดชอบ เช่น สัญญาจะซื้อจะขายเข้าติดประกาศขายบ้านพร้อมที่ดิน ลักษณะตกลงวางมัดจำก่อนที่จะเกิดสัญญาจะซื้อจะขาย ไม่มีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น มีความรับผิดชอบเรียกว่ามัดจำ ไม่ใช่สัญญาจริงๆ เอกเทศสัญญาซึ่งนำหลักสุจริตมาใช้เกิดขึ้นเพราะความเป็นจริง เป็นต้น¹⁴⁰

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย มีความเห็นว่า การเจรจาต่อรองก่อนทำสัญญาตามปกติไม่เป็นการผูกมัดคู่กรณีแต่อย่างใด เพราะสัญญายังไม่เกิดขึ้น การเจรจาเป็นการเตรียมที่จะทำสัญญาเท่านั้น¹⁴¹

ศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร มีความเห็นว่า การดำเนินการเจรจาอภิปรายของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนี้ย่อมอยู่ในหลักบังคับว่าต้องกระทำโดยสุจริต และโดยไม่ต้องประมาท

¹³⁹ สุจิต ปัญญาพฤษย์. เล่มเดิม. หน้า 50.

¹⁴⁰ วิจิตรา (ฟุ้งสัดดา) วิเชียรชม ข. เล่มเดิม. หน้า 1-7.

¹⁴¹ หยุต แสงอุทัย ค (2517). กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. หน้า 218.

เดินเลื้อ เพราะคู่กรณีฝ่ายนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันอาจเกิดขึ้น
 อย่างเช่นทำในกรณีอื่นๆ ทั่วไป¹⁴²

ศาสตราจารย์ ดร. จิตติ ดิงศภัทย์ มีความเห็นว่า การเจรจาภิปรายโดยความ
 ประมาทเดินเลื้อหากก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น คู่กรณีฝ่ายที่ประมาทเดินเลื้อจะต้องรับผิดชอบใช้ค่า
 สินไหมทดแทนความเสียหาย ดังเช่นการกระทำโดยประมาทเดินเลื้อในกรณีอื่นๆ¹⁴³

ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. วิจิตรา (ฟุ้งถัดดา) วิเชียรชม ที่ว่า
 คู่สัญญาต้องทำด้วยความซื่อสัตย์และความไว้วางใจต่อกัน ความไม่ซื่อสัตย์ความไม่สุจริตเกิดความ
 รับผิดชอบซึ่งสอดคล้องกับท่านศาสตราจารย์ จี๊ด เศรษฐบุตร และศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ที่ต้อง
 รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเมื่อกระทำโดยไม่สุจริต

แนวคิดของ Jhering ในปีคริสต์ศักราช 1861¹⁴⁴ ซึ่งมีแนวคิดว่า ระหว่างการเจรจา
 ต่อรองเพื่อทำสัญญาควรกระทำด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจซึ่งกันและกันโดยไม่คำนึงว่า
 สัญญาจะได้มีการทำขึ้นหรือไม่ ดังนั้น หากฝ่ายใดเสียหายเนื่องจากการกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่าย
 ในระหว่างการเจรจาทำสัญญานั้น ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องได้

การกระทำที่ไม่สมควรระหว่างการเจรจา ซึ่งไม่ขัดต่อหลักสุจริตอันทำให้ต้อง
 รับผิดชอบก่อนสัญญา เป็นการกระทำใดๆ ในช่วงก่อนที่จะมีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา หากมี
 เหตุการณ์เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเนื่องจากความประมาทหรือไม่อีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมี
 สิทธิเรียกร้อง ซึ่งในศาลเยอรมันได้เคยมีคำพิพากษาให้เจ้าของร้านค้าต้องรับผิดชอบเนื่องจากการปล่อย
 ปล่อยละเลยวางสิ่งของไม่เป็นระเบียบทำให้ลูกค้าต้องได้รับบาดเจ็บ¹⁴⁵ ซึ่งจะเห็นว่า สัญญาซื้อขายใน
 กรณีนี้ยังไม่ได้เกิดขึ้นเนื่องจากอุบัติเหตุเกิดขึ้นก่อน โดยศาลให้เหตุผลว่า ความรับผิดชอบในสัญญาควร
 ใช้กับบุคคลซึ่งตั้งใจเข้าทำสัญญาด้วย เพราะลูกค้าย่อมมีความมั่นใจว่า สถานที่ร้านค้ามีความ

¹⁴² จี๊ด เศรษฐบุตร ก (2528). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522
 โดยนายจิตติ ดิงศภัทย์. หน้า 269.

¹⁴³ แหล่งเดิม.

¹⁴⁴ สุจิต ปัญญาพุกฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 52. อ้างถึงใน Friedrich Kessler and Edith
 Fine. (1964). *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and freedom of Contract: A comparative
 Study.* p. 401.

¹⁴⁵ สุจิต ปัญญาพุกฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 53. อ้างถึงใน E.J.Cohn. (1968). *Manual
 German Law.* p. 123.

ปลอดภัยเป็นไปตามหลักหน้าที่ตามสัญญาที่ต้องระมัดระวัง อันต้องนำมาใช้ในช่วงที่มีการทบทวนเจรจาด้วย¹⁴⁶

กรณีดังกล่าวเป็นแนวทางการรับผิดก่อนสัญญาในศาลเยอรมันยุคแรกๆ แต่ในปัจจุบันการกระทำที่ไม่สมควรระหว่างการเจรจาอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริตนี้ จำกัดคุ้มครองเฉพาะผลประโยชน์ที่ไม่ต้องเข้าไปเจรจาในสิ่งที่ทำให้ต้องเสียเวลา และค่าใช้จ่ายที่ไม่ทำให้เกิดผลประโยชน์ใดๆ¹⁴⁷ ซึ่งเรียกว่าเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ในทางลบ ทำให้ฝ่ายที่ต้องเสียหายเนื่องจากการเจรจาที่ไม่เป็นผลนั้น กลับคืนสู่สถานะภาพที่เคยเป็นอยู่ก่อนมีการเจรจากันขึ้น¹⁴⁸

ความเสียหายที่ต้องชดใช้ตามหลักกฎหมายดังกล่าวจำกัดเฉพาะค่าใช้จ่าย และการสูญเสียที่เกี่ยวกับการเจรจาเท่านั้น เช่น ค่าเดินทาง ค่าทำแผน ค่าทนาย เป็นต้น รวมทั้งค่าเสียโอกาสที่ดีกว่าที่จะไปทำสัญญาโดยไม่สุจริต ทำให้การเจรจาทำสัญญานั้นไม่ประสบผลสำเร็จเท่านั้น ดังนั้น ขอบเขตและความหมายในปัจจุบันของหลักนี้จึงจำกัดเฉพาะเพียงความรับผิดก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาต่อรอง โดยการเจรจาทำสัญญาที่ล้มเหลวนี้เป็นผลมาจากการกระทำความผิดของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งแสดงให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจว่ามีความประสงค์จะทำสัญญาจริง แต่ความจริงแล้วเขาไม่ประสงค์จะทำสัญญา¹⁴⁹ ¹⁵⁰ จึงเป็นผลให้การเจรจาประสบความล้มเหลว และเมื่อสัญญาไม่ได้มีขึ้น ฝ่ายที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เข้าทำการเจรจาโดยมุ่งหวังจะตกลงทำสัญญา จึงเกิดความเสียหายขึ้น ฝ่ายที่ทำให้การทำสัญญาไม่อาจมีขึ้นได้ โดยไม่สุจริตต้องรับผิดชอบ¹⁵¹

ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส แม้ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ต้องรับผิดในชั้นการเจรจาต่อรอง แต่ศาลได้นำหลักสุจริต หรือหลักความซื่อสัตย์และความเป็นธรรมเข้ามาปรับใช้ โดยอาศัยหลักความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 1382 โดยศาลสูงฝรั่งเศส (Court de Cassation) ได้เคยวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยมีเจตนาทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายและเป็นการทำให้การเจรจาเสียไปทั้งที่จะใกล้บรรลุข้อตกลงตามสัญญานั้นแล้ว โดยจำเลยตระหนักดีว่า

¹⁴⁶ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 53.

¹⁴⁷ จำปี หยกอุบล. (2534). หลัก *Culpa in Contrahendo* ในกฎหมายสัญญา. หน้า 120.

¹⁴⁸ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 53. อ้างถึงใน E.J. Cohn. (1968).

Manual German Law. p. 123.

¹⁴⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 54. อ้างถึงใน Friedrich Kessler and Edith

Fine. (1964). *Culpa in Contrahendo.* p. 407.

¹⁵⁰ จำปี หยกอุบล. เล่มเดิม. หน้า 120.

¹⁵¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 54.

โจทก์ได้เสียค่าใช้จ่ายในการนี้ไปแล้วเป็นจำนวนมาก การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำผิดหลักสุจริตในทางการค้า¹⁵²

ส่วนในกฎหมายอิตาลีได้นำหลักนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 1337 มาตรา 1338 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1942¹⁵³ โดยกำหนดให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตในระหว่างการดำเนินการและทำสัญญา และหากการเจรจาได้ดำเนินมาถึงจุดๆ หนึ่ง ซึ่งน่าจะเชื่อถือได้อย่างมีเหตุผลว่า สัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเลิกการเจรจา โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร คู่สัญญานั้นจะต้องชดเชยให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง สำหรับค่าใช้จ่ายที่เขาต้องเสียไป และค่าใช้จ่ายซึ่งเขาจะไม่ยอมเสียหากไม่เชื่อว่าสัญญาจะสำเร็จ และในระหว่างการเจรจากคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงสาเหตุความไม่สมบูรณ์ ซึ่งอาจได้รู้ หรือควรที่จะรู้ได้หากใช้ความระมัดระวังตามสมควรอันเป็นไปตามหลักสุจริตนั่นเอง

ปัจจุบันหลักความผิดก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo) ได้กลายมาเป็นหลักที่สำคัญที่มีพื้นฐานมาจากหลักสุจริตและความเป็นธรรม^{154 155} ซึ่งได้เข้ามามีบทบาทกฎหมายสัญญาและการทำธุรกรรมต่างๆ ต้องอยู่ภายใต้การนี้ หลักกฎหมายนี้ค่อยๆ ปรากฏขึ้นอยู่เรื่อยๆ โดยกำหนดให้คู่สัญญาเมื่อเข้าทำการเจรจาเพื่อทำสัญญาต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจซึ่งกันและกัน โดยไม่สนใจการเจรจานั้นจะประสบผลสำเร็จหรือไม่ หากคู่สัญญานั้นจะประพฤติขัดต่อหลักสุจริตดังกล่าว เป็นเหตุให้การเจรจาไม่สำเร็จต้องรับผิดชอบ รวมทั้งในระหว่างการเจรจานั้น คู่สัญญาต้องมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลที่สำคัญต่อการตัดสินใจในการทำสัญญา หากไม่แจ้งข้อมูลให้ทราบในกรณีที่ทำให้ผู้เสียหายต้องรับผิดชอบ หลักนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักสุจริตนั่นเอง¹⁵⁶

2.5.5.5 หลักการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ (Abuse of Rights; Abus de Droit)

หลักเกี่ยวกับการใช้สิทธิไม่สุจริต (Abuse of Rights) ควบคุมในสังคมให้ความสำคัญเสียหายต่อบุคคลอื่น ตั้งบนพื้นฐานแนวความคิดทางสังคมการใช้สิทธิก่อให้เกิดความเสียหายในสังคม และก่อให้เกิดพื้นฐานของคนในสังคม การใช้สิทธิทั่วไป คือ สุจริตไว้ก่อนต้องมีความสุจริต

¹⁵² แห่ล่งเคิม.

¹⁵³ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 54. อ้างถึงใน Friedrich Kessler and Edith Fine. (1964). *Culpa in Contrahendo*. p. 402 .

¹⁵⁴ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 55. อ้างถึงใน Friedrich Kessler and Edith Fine. (1964). *Culpa in Contrahendo*. p. 404 and 405.

¹⁵⁵ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 55. อ้างถึงใน Barry Nicholas. (1992). *The French Law of Contract*. p. 20.

¹⁵⁶ สุจิต ปัญญาพฤษ. เล่มเคิม. หน้า 55.

ต่อกัน ถือว่าทุกคนเป็นคนดีเป็นหลักสุดทั่วไปจึงบัญญัติไว้ในหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งประเทศไหน ก็มีคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 การปรับใช้ของศาลต้องใช้ดุลพินิจในที่นี้ใช้บนพื้นฐานหลักกฎหมายความยุติธรรม¹⁵⁷

ในหลักกฎหมายนี้ศาลฝรั่งเศสได้พัฒนาขึ้นโดยการตีความโดยพิจารณาผลที่มุ่งหมาย¹⁵⁸ โดยวิธีการนี้ ศาลสามารถวินิจฉัยตามหลักความไม่เป็นธรรมตามแต่ลักษณะรูปคดีที่เกิดขึ้นจริง โดยศาลดึงมาจากมาตรา 1382 (Section 1382 French Civil Code “Any act by which a person causes damage to another binds the person by whose fault the damage occurred to repair.”)¹⁵⁹ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในเรื่องความรับผิดชอบในการทำละเมิดของกฎหมายฝรั่งเศส ที่กำหนดให้ผู้กระทำผิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากผลของการกระทำผิดของเขาเอง (Fault หรือ Faute)

หลักการใช้สิทธิโดยไม่ชอบนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อความควบคุมการใช้สิทธิของบุคคลไม่ให้ทำความเสียหายแก่บุคคลอื่น¹⁶⁰ อันมีลักษณะเป็นแนวคิดสังคมนิยม เพื่อเป็นการจำกัดสิทธิของปัจเจกชน โดยการควบคุมการใช้สิทธิของบุคคลนั้นต้องตระหนักถึงผลประโยชน์ของสังคม อันเป็นไปตามแนวคิดของหลุยส์ โจสเซอร์องด์ (Louis Josserand) ที่กล่าวว่า “การใช้สิทธิของบุคคลต้องถูกควบคุมโดยเจตนารมณ์ของสังคมตามหลักนิติรัฐ ซึ่งกำหนดสิทธินั้นให้แก่บุคคล กฎหมายนั้นกำหนดสิทธิก็เพื่อผลประโยชน์ของสังคม มิใช่กำหนดสิทธิเพื่อประโยชน์ของสังคม มิใช่กำหนดสิทธิเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล ดังนั้น กรณีใดจะเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบก็คือ การใช้สิทธินั้นขัดต่อผลประโยชน์ของสังคม”¹⁶¹

แต่เดิมในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (French Civil Code) ถือหลักสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นสำคัญ ถือว่าการใช้สิทธิของตนเองย่อมไม่ทำให้เกิดความเสียหายใดๆ (Neminem Laedit, Qui Suo Jure Utitur) ดังนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจึงไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่จำกัดการใช้สิทธิของบุคคลไม่ว่าสิทธิเกี่ยวกับสัญญาหรือสิทธิตามกฎหมายนอกสัญญาต่อมาในต้นศตวรรษที่ 20 ด้วยแนวคิดของอิเฮอร์ริง (Ihering) และการพัฒนาของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ทำ

¹⁵⁷ วิจิตร (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

¹⁵⁸ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 56. อ้างถึงใน Henry P.de Vries. (1976). **Civil Law and. The Anglo-American Lawyer.** p. 258.

¹⁵⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 56.

¹⁶⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 56. อ้างถึงใน Rene David. (1972). **French Law, Its structure, Sources and Methodology.** p. 199.

¹⁶¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 57. อ้างถึงใน Amos and Walton's. (1963). **Introduction to French Law.** p. 220.

ให้มีแนวคิดจำกัดเสรีภาพในการใช้สิทธิของบุคคลโดยผลประโยชน์ของสังคม โดยแนวคิดนี้ทำให้มีหลักกฎหมายว่า การใช้สิทธิต้องไม่ทำบุคคลอื่นเดือดร้อน และต้องไม่ฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของสังคม ดังนั้น ศาลฝรั่งเศสจึงพัฒนาหลักกฎหมายที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมที่มีลักษณะทั่วไป (จากบทบัญญัติมาตรา 1382 ในเรื่องละเมิด) อันมีลักษณะเป็นหลักศีลธรรม แม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะก็ตาม ในการวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการใช้สิทธิในทางมิชอบ (Abuse of Rights) ซึ่งจะเป็นการกระทำผิดอันเป็นการละเมิดหรือไม่ ศาลฝรั่งเศสได้ยอมรับมาตรฐานที่เป็นธรรมสอดคล้องกับผลประโยชน์ของสังคมเข้ามาวินิจฉัย ตามแต่กรณีเป็นรายๆ ไป ทำให้เห็นว่าไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องบัญญัตินิยามของคำว่า ความผิด ให้ชัดเจนในกฎหมายละเมิดว่าการกระทำใดๆ บ้างเป็นความผิดที่ต้องชดใช้ความเสียหายการวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการใช้สิทธิในทางมิชอบ อันเป็นความผิดละเมิดนั้นจากเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายนี้ ย่อมต้องนำหลักศีลธรรมเข้ามาพิจารณาคำว่า ในการวินิจฉัยนั้นในความจริงไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนเพื่อชี้ว่ากรณีใดเป็นกรณีการใช้สิทธิโดยมิชอบ¹⁶² ศาลจำเป็นต้องนำหลักศีลธรรมของสังคมมาวินิจฉัยเป็นเฉพาะกรณีไป ซึ่งลักษณะเช่นนี้เป็นลักษณะของหลักสุจริตทั่วไปอันเป็นกฎหมายยุติธรรมที่ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตามกรณีที่เกิดขึ้นนั่นเอง

หลักเกณฑ์ที่ศาลฝรั่งเศสใช้วินิจฉัย คือ การใช้สิทธิโดยมีเจตนาไม่สุจริตทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย¹⁶³ คือ เป็นการจงใจกลั่นแกล้งทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย และศาลฝรั่งเศสยังตีความไปถึงกรณีแม้ไม่เจตนามุ่งร้าย แต่หากกระทำไปโดยไม่ระมัดระวังตามพฤติการณ์นั้นๆ ศาลฝรั่งเศสก็ถือว่าเป็นการจงใจต้องรับผิดชอบในการกระทำเช่นนั้นเช่นกัน นั่นก็คือ ศาลฝรั่งเศสได้นำหลักความรับผิดชอบในละเมิดทั่วไปมาปรับใช้นั่นเอง ดังนั้น ไม่ว่าจะการใช้สิทธินั้นจะเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตามหากทำให้ผู้อื่นเสียหายก็ถือเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบทั้งสิ้น

เนื่องจากหลักการการใช้สิทธิโดยมิชอบ มีเจตนารมณ์มุ่งรักษาผลประโยชน์ของสังคม ศาลฝรั่งเศสจึงได้นำหลักการการใช้สิทธิโดยไม่ตระหนักถึงบุคคลอื่นในสังคม¹⁶⁴ มาเป็นหลักเกณฑ์วินิจฉัยตามสถานการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น กรณีการใช้สิทธิโดยมิได้รับประโยชน์เท่าที่ควร แต่กลับทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน หรือการใช้สิทธินั้นจะได้ประโยชน์อยู่บ้าง แต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม หรือกรณีใช้สิทธิของตนโดยการกระทำที่ฝ่าฝืนความรู้สึกของคน

¹⁶² จี๊ด เศรษฐบุตร ข (2522). หลักกฎหมายแพ่งละเมิด. หน้า 147.

¹⁶³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 58. อ้างถึงใน K.W. Ryan. (1962). **An Introduction to Civil Law.** p. 129.

¹⁶⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 58. อ้างถึงใน Rene David. (1972). **French Law, Its structure, Sources and Methodology.** p. 201.

ทั่วไปเหล่านี้ ล้วนเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ตระหนักถึงผลประโยชน์ส่วนรวม หากก่อให้เกิดความเสียหายย่อมเป็นความผิด อันเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ และคำวินิจฉัยของหลักดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสะท้อนมาตรฐานศีลธรรมของสังคมนั้นๆ เพื่อการเป็นอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์อย่างสงบสุข ดังนั้น การใช้สิทธิในกรณีขัดต่อความมุ่งหมายของสังคมย่อมต้องถูกขัดขวาง และหากเกิดความเสียหายผู้นั้นต้องรับผิดชอบ

หลักสุจริตเป็นหลักหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายทุกสาขา ซึ่งท่านศาสตราจารย์ ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้กล่าวถึงคำว่า สุจริตว่า “คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาแต่กฎหมายโรมันที่เป็นภาษาลาตินว่า (Bona Fides) แปลว่า ความซื่อสัตย์ หรือสัจจะก็ดี ภาษาเยอรมัน ใช้คำว่า (Treu und Glauben) และ (Treu) แปลว่า ความซื่อสัตย์ (Glauben) แปลว่า ความเชื่อ ความไว้เนื้อเชื่อใจ) หลักสุจริตนี้เป็นการแสดงถึงความประพฤติปฏิบัติระหว่างบุคคลในสังคม เป็นหลักธรรมสามัญในสังคมประเทศที่เจริญแล้ว โดยถือว่า นิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนจะต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกันเป็นหลักตรงกันข้ามกับหลักผู้ซื้อต้องระวัง ซึ่งเป็นหลักที่เสมือนเป็นหลักของโจร หรือนักพนันที่ปล่อยให้ห่วยโอกาสคดโกงกัน ในการที่จะวินิจฉัยว่า คนเราซื่อสัตย์ไว้วางใจกันหรือไม่ โดยมากกฎหมายจะกำหนดไว้ในตัวบทมาตราต่างๆ”¹⁶⁵ อันที่จริงหลักสุจริตในเฉพาะเรื่องปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 412 มาตรา 413 มาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1303 มาตรา 1311 มาตรา 1312 มาตรา 1329 มาตรา 1330 มาตรา 1331 และมาตรา 1332 ในแต่ละเรื่องนั้น เป็นหลักการเดียวกัน คือ เป็นหลักที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลที่สาม

เมื่อเป็นเช่นนี้ การใช้สิทธิในทางตรงกันข้ามกับบทบัญญัติใดที่กำหนดเรื่องหลักสุจริตไว้ ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า ถ้าบทบัญญัติมาตราใดไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องใช้สิทธิโดยสุจริต โดยชัดแจ้งแล้ว ผู้ใช้สิทธิจะใช้สิทธิตามมาตราดังกล่าวโดยไม่สุจริตได้ เพราะหลักสุจริตเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปคำว่าสุจริตหมายความว่าความถึงการไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของคู่กรณีหรือเหตุการณ์อื่นที่เกี่ยวข้อง¹⁶⁶

สรุปได้ว่า หลักสุจริตเป็นมาตรฐานที่สูงกว่าศีลธรรม แต่หลักสุจริตยังเป็นเพียงหลักในอุดมคติเป็นลักษณะที่เป็นนามธรรมเท่านั้น และควรนำหลักสุจริตให้มีความชัดเจนมากขึ้นในการนำมาปรับใช้กับกฎหมายในเรื่องสัญญาจ้างแรงงานที่เหมาะสมกับการนำไปบัญญัติใช้เป็นอย่างมาก เพราะเป็นมาตรฐานในการอยู่ร่วมกันเพราะนายจ้างกับลูกจ้างนั้นต้องทำงานร่วมกันจึงควรยึดหลักสุจริตและความไว้วางใจต่อกัน และนอกจากนี้ผู้ศึกษาได้ศึกษาจากกฎหมายระหว่าง

¹⁶⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์ งาม เล่มเดิม. หน้า 101.

¹⁶⁶ มานิตย์ จุมปา. (2549). ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย. หน้า 293 และ 294.

ประเทศและต่างประเทศต่อการนำหลักสูตรไปปรับใช้และแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักสูตรได้อย่างไร ซึ่งจะมีแนวคิดวิเคราะห์ในบทต่อไป



บทที่ 3

หลักสิทธิในสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายต่างประเทศและตามกฎหมายไทย

หลักสิทธิเป็นหลักที่สามารถใช้ได้กับกฎหมายทุกประเภททุกแขนงและทุกระบบกฎหมาย เพราะเป็นหลักที่ดีและให้ความยุติธรรมมากที่สุดและสูงกว่าหลักศีลธรรม ด้วยความเป็นหลักที่ดีนี้ประเทศต่างๆ จึงนิยมนำไปปรับใช้กับกฎหมายของประเทศนั้นๆ รวมถึงประเทศไทยด้วย และถึงแม้หลักสิทธิจะมีความเป็นนามธรรมและไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน โดยการนำไปใช้หลักสิทธิเป็นที่แพร่หลายและเป็นที่ยอมรับกันอย่างมาก ในการทำสัญญาระหว่างประเทศได้มีการนำหลักสิทธิมาปรับใช้ด้วย และนอกจากนี้การนำไปใช้ของแต่ละประเทศก็แตกต่างกันออกไปรวมถึงการแก้ไขปัญหาของการไม่เป็นรูปธรรมของหลักสิทธิ โดยผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์ประเด็นการแก้ไขปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศในระบบคอมมอนลอว์ และซิวิลลอว์ เพื่อนำมาเป็นแนวทางปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้ใช้กับกฎหมายแรงงานของไทยได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมเป็นประโยชน์กับนายจ้างและลูกจ้าง

3.1 หลักสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เนื่องจากหลักสิทธิเป็นหลักที่ใช้ได้กับทุกระบบกฎหมายรวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งผู้ศึกษาได้ค้นคว้าหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับหลักสิทธิ เช่น หลักการกฎหมายเอกรูป อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization ILO) และอนุสัญญาว่าด้วยหลักการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women CEDAW)¹ เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบว่าหลักการใดที่เหมาะสมสำหรับจะนำไปปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขหลักกฎหมายเพื่อนำไปใช้ในสัญญาจ้างแรงงานและควรให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิ

¹ UN WOMEN. (2011-2012). Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Retrieved June 25, 2011, from <http://www.unifem-eseasia.org>

3.1.1 หลักการกฎหมายเอกรูป (Unidroit Principle)

สถาบันนานาชาติเพื่อเอกภาพของกฎหมายเอกชน (The International Institute for the Unification of Private Law) หรือ UNIDROIT เป็นองค์การอิสระระหว่างประเทศตั้งอยู่ที่ประเทศอิตาลี ก่อตั้งเมื่อ ค.ศ. 1926 มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อศึกษาถึงความจำเป็นในการปรับปรุงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ให้มีความทันสมัย และเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างรัฐต่างๆ โดยเน้นที่กฎหมายพาณิชย์เป็นพิเศษ รวมถึงการสร้างหลักกฎหมายที่เป็นเอกภาพด้วย²

สมาชิกของ UNIDROIT จำกัดเฉพาะรัฐเท่านั้น ประเทศสมาชิกในปัจจุบัน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร อิตาลี แอฟริกาใต้ ญี่ปุ่น เม็กซิโก ไนจีเรีย บราซิล เป็นต้น³ แต่ประเทศไทยไม่ได้เป็นสมาชิก UNIDROIT

หลักการกฎหมายเอกรูป (Unidroit Principle) เป็นหลักการของ UNIDROIT เกี่ยวกับสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) มีการแก้ไขปรับปรุงมาแล้วหลายครั้ง ฉบับปัจจุบันเป็น ฉบับที่ 3 ปีค.ศ. 2010 หรือเรียกว่า UNIDROIT Principles 2010 แก้ไขเพิ่มเติม จากฉบับปี ค.ศ. 2004 ฉบับปี ค.ศ. 2010 นี้ประกอบด้วย มาตราจำนวน 211 มาตรา⁴ เนื้อหาประกอบด้วยบททั่วไป การตีความสัญญา ค่าเสียหาย การเลิกสัญญา การโอนสัญญา การโอนหน้าที่ เป็นต้น แต่ส่วนที่เกี่ยวกับหลักสุจริตนั้น ไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาถึงเป้าหมายของหลักสุจริตสูงสุดของหลักการของกฎหมายเอกรูป คือ ควบคุมพฤติกรรมคู่สัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักความเป็นจริงของหลักสุจริต⁵

แนวคิดทางกฎหมายว่าด้วยหลักสุจริตเป็นแนวคิดเชิงคุณธรรมที่รวมความคิดเกี่ยวกับความเป็นธรรมไว้ด้วย มุมมองทางคุณธรรมเกี่ยวกับความสุจริตนำไปสู่ความไม่แน่นอนในเรื่องความหมายของหลักสุจริต เพราะว่ามีมาตรฐานคุณธรรมนั้นแตกต่างกันไปในคนแต่ละคน บริบทแต่

² UNIDROIT. (1926). The International Institute for the Unification of Private Law. Retrieved June 17, 2011, from <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>

³ UNIDROIT. (n.d.). Membership of UNIDROIT. Retrieved June 17, 2011, from <http://www.unidroit.org/english/members/main.htm>

⁴ UNIDROIT Principles. (2010). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Retrieved June 17, 2011, from <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>

⁵ วันเพ็ญ หนูเกตุ. (2547). บทบาทของหลักสุจริตที่มีต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ. หน้า 18.

ละบริบท และสถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง หลักการของ UNIDROT มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริต ตั้งแต่หลักสุจริตที่สำคัญที่สุดที่ใช้บังคับกับการกระทำทั้งหมดภายใต้สถานการณ์ทุกสถานการณ์ ไปจนถึงการใช้บังคับที่เฉพาะเจาะจงที่ครอบคลุมการตีความสัญญา มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หลายคำชี้ขาดที่ใช้บังคับบทบัญญัติหลักสุจริตในหลักการของ UNIDROIT การศึกษาพบว่าคำชี้ขาดเหล่านี้ได้บ่งชี้ถึงความหมายของหลักสุจริตภายใต้หลักการของ UNIDROIT อย่างไรก็ตามยังคงไม่มีนิยามที่ชัดเจนเกี่ยวกับแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักสุจริต เนื่องจากส่วนใหญ่แล้ว การใช้บังคับหลักสุจริตนั้นจะใช้บังคับในลักษณะเชิงคุณธรรมในบริบทต่างๆ ไป ดังนั้น แม้จะมีการนำบทบัญญัติไปใช้ และตีความอยู่บ้าง ก็ยังไม่สามารถระบุความหมายของหลักสุจริตได้

หลักการกฎหมายเอกรูปที่กล่าวถึงหลักสุจริต หลักการกฎหมายเอกรูปมิได้ให้นิยามคำว่า สุจริตไว้ แต่ได้มีการกล่าวถึงหลักสุจริตไว้ในบทบัญญัติหลายๆ บทบัญญัติ

หน้าที่ของหลักสุจริตในบทบัญญัติเหล่านี้มีสองประการในสัญญา คือ (1) การดำเนินการตามสัญญา และ (2) การตีความตามสัญญา⁶

ผู้ศึกษาเห็นว่า ความหมายของหลักกฎหมายเอกรูปนั้นยังไม่เป็นที่ชัดเจนแน่นอนและอาจจะต้องมีการตีความในการทำสัญญา ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศมีกฎหมายบัญญัติเฉพาะเรื่อง ใช้บังคับกันอยู่แล้วในการทำสัญญาต่อกัน อย่างไรก็ตาม เพื่อความถูกต้องยุติธรรมที่สุดเกือบทุกประเทศหรือไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายใดทั่วโลกนั้นจะนำหลักสุจริตมาบังคับใช้ เพราะต่างเป็นที่ยอมรับได้ผลที่เป็นธรรม แต่การจะนำหลักกฎหมายเอกรูปเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องสุจริตนั้นมาใช้กับสัญญาการจ้างแรงงานจะเหมาะสมหรือไม่จะต้องเปรียบเทียบต่อไป

3.1.1.1 บทบัญญัติของหลักการกฎหมายเอกรูปตามหลักสุจริต

เมื่อพิจารณาถึงความในมาตรา 1.7 (1) “Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.”⁷ หลักการของกฎหมายเอกรูป กำหนดว่าหลักสุจริตเป็นหน้าที่โดยทั่วไปของคู่สัญญาตามสัญญาระหว่างประเทศ กล่าวคือ คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อในสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งมาตรานี้เป็นหน้าที่ที่ต้องดำเนินการตามสัญญาเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ต้องทำตามที่ได้ตกลงกันไว้

มาตรา 4.8 (2) (C) กำหนดว่าหลักสุจริตเป็นหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง

มาตรา 1.6 กำหนดว่าหลักสุจริตเป็นหลักการตีความ

⁶ Naomi Julia Barnes. (n.d.). “Good Faith Under The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Struggle for Meaning.” Retrieved June 17, 2011, from www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9_ARTICLE14.pdf

⁷ วันเพ็ญ หนูเกตุ. เล่มเดิม. หน้า 18.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักการของกฎหมายเอกรูปให้ความสำคัญแก่หลักสุจริตต่อสัญญาระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ทั้งในฐานะที่เป็นหน้าที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติ และฐานะที่เป็นหลักในการตีความสัญญา เช่น

1) คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตในขั้นตอนการเจรจาก่อนที่จะเกิดสัญญา ยกตัวอย่าง เช่น ในมาตรา 2.4 (2) (b) มาตรา 2.15 (2) มาตรา 2.5.

2) คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตในขั้นตอนการตกลงสัญญาและการแก้ไขสัญญาหลักการของกฎหมายเอกรูป ไม่ได้บังคับว่าการแก้ไขสัญญาจะต้องมีแบบ ในมาตรา 1.9 (1)⁸ แต่ต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรและการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายอื่นๆ ด้วย แต่มีกรณียกเว้นตามมาตรา 2.18 (2) “a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has acted in reliance on that conduct.”⁹

3) ในการตีความต้องเคารพหลักสุจริต ในมาตรา 1.7 และในการตีความสัญญา ระหว่างคู่สัญญา มาตรา 4.8

3.1.1.2 ข้อจำกัดของหลักสุจริตในการดำเนินการตามหลักการ¹⁰

จากการศึกษาค้นคว้าความในมาตรา 1.7 เป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญที่สุดในบรรดาบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตทั้งหมดในหลักการกฎหมายเอกรูปภาษาที่ใช้ในมาตรา ก่อนข้างกว้าง และสามารถบังคับใช้ได้กับทุกๆ การกระทำโดยการกระทำตามหลักสุจริตนี้จะใช้มาตรฐานของการค้าระหว่างประเทศ มิใช่มาตรฐานในกฎหมายภายในแต่ละประเทศแต่สิ่งนี้กลับเป็นเรื่องยากที่จะหามาตรฐานการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ามาตรา 1.7 มิได้ช่วยคู่สัญญาในการตัดสินใจว่าการกระทำใดต้องห้ามตามหลักการกฎหมายเอกรูป อนุมาตรา (2) ในมาตรา 1.7 ระบุว่าคู่ความไม่อาจกันหรือจำกัดหน้าที่ตามหลักสุจริต ดังนั้น คู่สัญญาจึงอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่ทราบว่าจะหน้าที่ภายใต้มาตรานี้มีเพียงใด อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมายแต่อย่างใด

⁸ แหล่งเดิม.

⁹ แหล่งเดิม. หน้า 19.

¹⁰ Naomi Julia Barnes. (n.d.). “Good Faith Under The Unidroit Principles of International Commercial Contracts:

A Struggle for Meaning.” Retrieved June 17, 2011,

from www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9_ARTICLE14.pdf

มาตรา 2.15 กล่าวในทางตรงกันข้ามกับหลักสุจริต คือ กล่าวถึง กรณีทุจริต โดยกล่าวเฉพาะกรณีทุจริตในการเจรจา ซึ่งการทุจริตเป็นเรื่องตรงข้ามกับหลักสุจริต แสดงว่าเป็นการกระทำไม่ดีหรือประพฤตินิสัยไม่ชอบ มีเจตนาที่ไม่ดี และผิดศีลธรรมด้วย

3.1.1.3 หลักการใช้หลักสุจริตในโครงสร้างของสัญญา¹¹

หลักการกฎหมายเอกรูป ยังได้กล่าวถึงหลักสุจริตในการตีความสัญญา เช่น มาตรา 3.5 บัญญัติว่า เมื่อข้อสัญญาไม่ได้ถูกกล่าวถึงในสัญญา ให้ใช้ “หลักสุจริต” ในการพิจารณาประกอบ เช่นเดียวกับมาตรา 5.2 ที่บัญญัติว่า หน้าทีตามสัญญานั้น อาจตีความโดยพิจารณาถึง “หลักสุจริต” ประกอบด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักกฎหมายเอกรูปกล่าวถึง หลักการใช้หลักสุจริตในโครงสร้างของสัญญาจะเป็นไปในทางตีความของสัญญา และต้องพิจารณาถึงหลักสุจริตที่เป็นหลักการสำคัญ ซึ่งการตีความของสัญญาจ้างแรงงานของประเทศไทย จะเป็นลักษณะในการใช้ดุลพินิจของศาล ซึ่งจะต้องไม่มีกฎหมายเรื่องนั้นบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเรื่องหรือต้องเข้าข้อยกเว้นเท่านั้น หรือในกรณีที่มีเหตุจำเป็นและสมควรอย่างยิ่ง จะเห็นได้หลักสุจริตนั้นมีความสำคัญทั้งในกฎหมายทุกประเภท ทุกระบบอย่างแท้จริง แม้แต่กฎหมายระหว่างประเทศอย่างเช่นกฎหมายเอกรูปก็ได้นำหลักสุจริตมาใช้พิจารณาในการตีความประกอบด้วย

3.1.2 หลักสุจริตตามหลักกฎหมายสัญญาของสมาชิกสหภาพยุโรป (Principles of European Contract Law (PECL))

เมื่อมีการรวมตัวเป็นสหภาพยุโรป การเคลื่อนไหวของทุนและแรงงานเป็นไปได้โดยเสรี ทำให้เกิดสัญญาระหว่างเอกชนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจำนวนมาก แต่ว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างไม่ประสงค์จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของประเทศของคู่สัญญาอีกฝ่าย ดังนั้น จึงเกิดการตั้ง คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายสัญญายุโรป (The Commission on European Contract Law) เพื่อร่างหลักของกฎหมายสัญญาที่ใช้ร่วมกันในประเทศสมาชิก หรือที่เรียกว่า หลักกฎหมายสัญญาของสมาชิกสหภาพยุโรป (Principles of European Contract Law (PECL)) ขึ้น¹²

¹¹ Naomi Julia Barnes. (n.d.). “Good Faith Under The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Struggle for Meaning.” Retrieved June 17, 2011, from www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9_ARTICLE14.pdf

¹² The Commission on European Contract Law. (n.d.). **Introduction to the Principles of European Contract Law.** Retrieved June 17, 2011, from http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm

คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายสัญญายุโรป (The Commission on European Contract Law) จัดตั้งเป็นหน่วยงานอิสระประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทุกประเทศ โดยได้รับการสนับสนุนจากคณะกรรมการยุโรป (European Commission) ใน PECL จะประกอบไปด้วยมาตรา และคำอธิบายพร้อมตัวอย่างสั้นๆ ประกอบ

เนื้อหาของ PECL ประกอบไปด้วยหลักการพื้นฐานของสัญญา เช่น การเกิดสัญญา ความสมบูรณ์ของสัญญา การตีความ การชำระหนี้ การไม่ชำระหนี้ หรือผิดสัญญา และการเยียวยาความเสียหาย¹³ ตีพิมพ์เผยแพร่ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1995

จากการศึกษาพบว่า ในหมู่ประเทศที่เป็นสมาชิกของกลุ่มสหภาพยุโรปนั้น หากมีกรณี que ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศในยุโรปติดต่อการค้า ทำสัญญากันกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่งในประเทศภาคพื้นยุโรปด้วยกัน ซึ่งแน่นอนว่าต่างฝ่ายต้องการใช้กฎหมายของประเทศตนบังคับ เนื่องจากสะดวกต่อความเข้าใจ และเอื้อประโยชน์ต่อฝ่ายของตนเองมากกว่ากฎหมายต่างประเทศอื่นที่ตนไม่มีความถนัดและไม่มีความเข้าใจ จึงทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องการใช้กฎหมายมาตัดสิน กรณีข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการทำการค้า ทำสัญญา ต้องคอยแก้ปัญหา ในเรื่องการใช้กฎหมายนี้อยู่เสมอเพื่อแก้ปัญหากรณีดังกล่าวที่เกิดขึ้น ในปัจจุบันนี้ทางสหภาพยุโรปจึงได้มีการผลักดันออกกฎเกณฑ์ คือ หลักกฎหมายสัญญาของสมาชิกสหภาพยุโรป (Principles of European Contract Law (PECL)) Hardbound ISBN 90-411-1305-3 published in November 1999 by Kluwer Law international P.O. Box 85889 2508 CN Hauge, The Netherlands.¹⁴ ที่ออกโดยคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายสัญญายุโรป (The Commission of European Contract Law) เพื่อนำมาใช้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงกับกรณีที่มีความสัมพันธ์ในเรื่องสัญญาของคู่สัญญาที่ประกอบธุรกิจอยู่ต่างรัฐต่างประเทศกัน ภายในกลุ่มสหภาพยุโรป ที่ได้มีการตกลงทำสัญญากันระหว่างกันเพื่อให้มีมาตรฐานเดียวกันทั้งหมดเป็นเอกภาพ ไม่มีปัญหาโต้เถียงเรื่องการใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาลักษณะสัญญาเช่นนี้อีกต่อไป

ผู้ศึกษาเห็นว่า นอกจากหลักสุจริตจะนำมาบังคับใช้เป็นบทบัญญัติภายในประเทศแล้วของแต่ละประเทศแล้ว ยังสามารถนำมาใช้ได้กับหลักกฎหมายระหว่างประเทศได้อีกด้วยเพราะหลักสุจริตเป็นหลักที่ให้ความยุติธรรมที่ดีที่สุดครอบคลุมกฎหมายทุกประเภทเพื่อให้ถูกต้องยิ่งขึ้น

¹³ The Commission on European Contract Law. (n.d.). **Introduction to the Principles of European Contract Law.** Retrieved June 17, 2011, from http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm

¹⁴ พนิต เหล่าจรุงเกศักร. (2549). หลักสุจริตของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย. หน้า 161.

จึงเป็นมาตรฐานที่นานาประเทศยอมรับหลักนี้ และหากมีการทำสัญญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นจะนำหลักสุจริตมาใช้ด้วยเพราะถูกต้องยุติธรรมเหมาะสมที่สุดแล้ว

3.1.2.1 เนื้อหาของหลักสุจริตที่กำหนดในหลักกฎหมายสัญญาของสมาชิกสหภาพยุโรป (Principles of European Contract Law) (PECL)

เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมาย PECL ฉบับนี้นั้นโดยรวมแล้วจะเป็นเรื่องที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับ กฎเกณฑ์ที่ใช้กับกรณีเรื่องสัญญา ในเรื่องต่างๆ เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญา ในส่วนของการเกิดของสัญญา อำนาจหน้าที่ของตัวแทน เนื้อหาของสัญญา การชำระหนี้ความเป็นโมฆะ การตีความสัญญา ในมาตรา 1.106¹⁵ การแก้ไขเยียวยาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในสัญญาจ้างแรงงาน หรือความเสียหาย ซึ่งสามารถนำแนวทางการใช้หลักสุจริตเช่นนี้มาพิจารณาปรับใช้กับการใช้หลักสุจริตในเรื่องสัญญาโดยเฉพาะในเรื่องสัญญาจ้างแรงงานของไทยได้ด้วยเช่นกัน

3.1.2.2 ลักษณะสำคัญของหลักสุจริตตามกฎหมาย PECL

หลักสุจริตเป็นหลักที่มีเนื้อความ ไม่ชัดเจนและไม่มีความแน่นอนตายตัว การนำไปใช้ในกฎหมายแต่ละระบบอาจแตกต่างกันออกไปรวมถึงกฎหมาย PECL ด้วย

1) หลักสุจริตเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตาม

นักวิชาการในต่างประเทศได้ให้นิยามของ“หลักสุจริต” ใน PECL โดยกล่าวว่าในเชิงภาวะวิสัยนั้น “หลักสุจริต” หมายถึง จิตสำนึกที่ซื่อสัตย์และยุติธรรม และในเชิงอัตตะวิสัย หมายความว่ารวมถึง หลักปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์ คือ เป็นที่ต้องการเคารพหลักความซื่อสัตย์ตามข้อเท็จจริงอีกด้วย¹⁶ และใน PECL นั้นยังกำหนดว่าคู่สัญญาต้องเคารพหลักสุจริตซึ่งไม่จำกัดว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของสัญญาก็ตาม¹⁷ ซึ่งใน มาตรา 1:201 ของ นี้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาในลักษณะเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเพียงแต่ว่าคู่สัญญาจะต้องเคารพหลักสุจริต หลังจากที่เกิดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาแล้วนั้น

¹⁵ พนิต เหล่าจรุงเกตุชกร. เล่มเดิม. หน้า 161.

¹⁶ วันเพ็ญ หนูเกตุ. (2547). บทบาทของหลักสุจริตที่มีต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ. หน้า 20. อ้างถึงใน Ole Lando and Hugh Bealeeds. (2000). “The Commission of European Contract Law Principles part I and II combined and revised.” *Pace international law Review*. pp. 115 and 116.

¹⁷ พนิต เหล่าจรุงเกตุชกร. (2549). หลักสุจริตของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย. หน้า 162. อ้างถึงใน Harry Flechtner. (2001). “Appearance and Reality.” *Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC*. *Pace international law Review*. p. 296.

ตัวอย่างของการใช้มาตรา 1:201 ของ PECL เช่น ในขั้นตอนของการเจรจาในการเข้าทำสัญญากันนั้น A ได้ทำคำเสนอในการทำสัญญาส่งให้แก่ B โดย A ได้ระบุกำหนดเฉพาะเจาะจงเอาไว้ว่า B จะต้องตอบรับสนองกลับมายังที่ทำการสำนักงานใหญ่ของ A ภายในเวลา 8 วัน แต่เนื่องจากทางลูกจ้างของ B ไม่ได้พูดถึงระบุข้อนี้ จึงได้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอของ A ส่งมายังสถานที่ของตัวแทนของ A ซึ่งตัวแทนของ A ก็ได้ทำการส่งคำสนอนนี้ต่อมายังสำนักงานใหญ่ของ A ภายหลังจากที่ได้รับคำสนองจาก B มาแล้ว 4 วัน เช่นนี้ผลตามหลักสุจริตของ PECL มาตรา 1:201 จึงทำให้ A ไม่สามารถปฏิเสธความผูกพันตามสัญญาฉบับนี้กับ B ได้¹⁸

มาตรา 1:201 (1) ใน PECL กล่าวถึงหลักสุจริตเอาไว้ในฐานะที่หลักสุจริตนั้นเป็นหน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องเคารพและปฏิบัติตามว่า “คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องทำตามหลักสุจริต (Each Party must act in accordance with Good Faith and Fair Dealing)”

มาตรา 1:201 (2) “The parties may not exclude or limit this duty [i.e., the duty of good faith and fair dealing imposed in Article 1:201(1)]”¹⁹ กำหนดหน้าที่โดยเคร่งครัดว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องเคารพหลักสุจริต โดยกำหนดเป็นหน้าที่ที่คู่สัญญาไม่สามารถที่จะตกลงเปลี่ยนแปลง หรือยกเว้นหรือจำกัดหน้าที่ดังกล่าวได้ แต่ก็ยกเว้นให้คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันได้ในส่วนกรณีเรื่องว่าสิ่งใดบ้าง คือ การกระทำที่ผิดสัญญา ตามนัยของหลักสุจริตและหลักปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์

นอกจากใน มาตรา 1:201 แล้วนั้นใน PECL ได้มีการกล่าวถึงหลักสุจริตในฐานะที่เป็นหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่คู่สัญญาต้องเคารพไว้ในมาตราอื่นๆ อีก²⁰ คือ

มาตรา 2:301 คู่สัญญาต้องไม่เจรจาตกลงทำสัญญาถ้าไม่ใช่เจตนาที่แท้จริงในการที่จะทำให้ตรงกับความต้องการที่แท้จริงของคู่สัญญาอื่น

มาตรา 2:301 นี้เกิดขึ้นจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับนี้เพื่อให้ มาตรา 1:201 เป็นหลักการพื้นฐานมีความสมบูรณ์มากขึ้น โดยนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเกิด ตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa In Contrahendo) มาบัญญัติไว้ให้ชัดเจนโดยนำหลักพื้นฐานมาจาก

¹⁸ พนิต เหล่าจรุงเกศักร. (2549). *หลักสุจริตของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย*. หน้า 162. อ้างถึงใน Harry Flechtner. (2001). “Appearance and Reality.” *Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC. Pace international law Review*. p. 315.

¹⁹ พนิต เหล่าจรุงเกศักร. เล่มเดิม. หน้า 162.

²⁰ พนิต เหล่าจรุงเกศักร. (2549). *หลักสุจริตของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย*. หน้า 163. อ้างถึงใน Ole Lando and Hugh Beale eds. (2000). *The Commission of European Contract Law Principles part I and II combined and revised*. pp. 108-121.

คดี Hoffman Verde Owl Stores, Iank. 133N.W.2d267 (W is.1965)²¹ ที่วางหลักการตั้งข้อสงวน (The Promissory Estoppels Doctrine) เอาไว้ว่า ในขั้นตอนของการเข้าทำสัญญาเจรจากันนั้นต่างฝ่ายเชื่อมั่นไว้ใจกัน ในคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ว่าอีกฝ่ายหนึ่งมีเจตนาที่แท้จริงในการเข้ามาทำก่อนนิติสัมพันธ์กัน ดังนี้จึงสามารถก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิเสธในการที่จะทำสัญญาเกิดผลที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายของคู่เจรจาอีกฝ่ายที่สุจริตได้ ความสุจริตถือเป็นหน้าที่ของคู่เจรจาทำสัญญากัน²²

มาตรา 2:302 หลัก คือ คู่สัญญาต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับของคู่สัญญาแก่ฝ่ายอื่นที่ได้มาจากในขั้นตอนการเจรจาเข้าทำสัญญากัน

มาตรา 4:109 มีหลักคือ คู่สัญญาต้องไม่แสวงหาประโยชน์จากคู่สัญญาฝ่ายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม

มาตรา 6:102 หลักคือ ถ้อยคำในสัญญาใดต้องตีความ จะต้องพิจารณาตีความไปตามหลักสุจริต

มาตรา 8:104 หลักคือ เจ้าหนี้จะต้องให้โอกาสแก่ลูกหนี้ได้เข้าทำการแก้ไขเยียวยาการชำระหนี้ที่บกพร่องก่อนเวลาในการชำระหนี้

มาตรา 9:102 หลักคือ เจ้าหนี้ต้องหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆ ที่จะส่งผลให้ลูกหนี้ต้องเสียค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นและเกิดความยากลำบากในการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

2) หลักสุจริตเป็นหลักในการตีความ

จากการศึกษากฎหมาย PECL กล่าวถึงหลักสุจริต ในฐานะที่เป็นหลักในการตีความไว้ในมาตรา 1:106 (1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainly in contractual relationships and uniformity of application.²³ โดยหลักการคือการตีความกฎหมายในมาตราต่างๆ ใน PECL นั้น หากมีปัญหาการตีความกฎหมายกันก็จะใช้หลักสุจริตเป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาตีความกฎหมาย ซึ่งจะต้องไม่ตีความตามความหมายอย่างแคบ และต้องตีความให้สอดคล้องกับเนื้อหาของกฎหมายมาตรานั้นๆ และต้องสอดคล้องกับแนวความคิดพื้นฐานของกฎหมายมาตรานั้นๆ อีกด้วย

²¹ พนิต เหล่าจรุงเกสัชกร. เล่มเดิม. หน้า 163.

²² พนิต เหล่าจรุงเกสัชกร. (2549). หลักสุจริตของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย. หน้า 163. อ้างถึงใน Harry Flechtner. (2001). **The Commission of European Contract Law Principles part I and II combined and revised.** pp. 315 and 316.

²³ พนิต เหล่าจรุงเกสัชกร. เล่มเดิม. หน้า 164.

ในการบังคับใช้ PECL ของรัฐต่างๆ ในยุโรปควรตีความให้สอดคล้องกันไป ในทิศทางเดียวกัน ซึ่งเป็นจุดหมายของ PECL มีที่มาจาก มาตรา 1:101 ซึ่งจุดประสงค์ของมาตรานี้ ต้องการวางแนวทางให้ใช้หลักสุจริตในการตีความทำให้เกิดความแน่นอนของกฎหมายมาตราต่างๆ ใน PECL หากมีกรณีต้องตีความเกิดขึ้นนั่นเอง

ผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญาจ้างแรงงานของ ประเทศไทยนั้น ถ้าไม่มีหลักกฎหมายศาลจะใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญานั้น

3) หลักสุจริตเป็นหลักการทั่วไป

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า PECL กล่าวถึงหลักสุจริตในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไป คือ กำหนดให้หลักสุจริต มีฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้อุดช่องว่างในกรณีที่มีปัญหาว่าไม่มีกฎหมายขัดแย้งใช้แก่กรณีนั้นๆ โดยกล่าวเอาไว้ในมาตรา 1:106 (2) “Issues within the scope of these Principles but expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the ideas underlying the Principles.”²⁴ โดยมีหลักการที่สำคัญ คือ ในกรณีที่มีกฎหมายของ PECL นั้นไม่มีบทบัญญัติครอบคลุมคำถามที่เกิดขึ้นภายใต้ PECL จะต้องอุดช่องว่างดังกล่าวให้ สอดคล้องกับหลักสุจริตนั้นเป็นหลักการทั่วไปของหลักการกฎหมายเอกรูป

ผู้ศึกษาเห็นว่าถ้าหลักสุจริตมาปรับใช้แต่เฉพาะอุดช่องว่างในกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นการเฉพาะในกรณีนั้นอาจทำให้ไม่ยุติธรรมเท่าที่ควร ดังนั้น กรณีคู่สัญญาของ กฎหมายแรงงานจะได้รับความยุติธรรม ด้วยการปรับใช้กฎหมายที่คุ้มครองด้วยบทบัญญัติของ กฎหมาย ซึ่งการนำหลักสุจริตปรับใช้ในทันทีเมื่อมีการตัดสินข้อพิพาทกันขึ้นระหว่างคู่สัญญาจะ ได้รับความยุติธรรมที่เป็นผลดีที่สุดทั้งสองฝ่าย

4) กฎหมายปิดปากตามหลักสุจริตในกฎหมายระหว่างประเทศ

การนำหลักสุจริตมาใช้นั้นมีสำคัญมากในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะไม่ว่าในกรณีหลักกฎหมายปิดปากตามกฎหมายภายในเองก็มีรากฐาน หรือองค์ประกอบที่ สำคัญอยู่ที่ความสุจริตใจ ดังนั้น ด้านกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งจะต้องมีการติดต่อสัมพันธ์ ระหว่างรัฐต่างๆ ต่อกันไม่ว่าจะเป็นในรูปของการทำสนธิสัญญาหรือการประพฤติปฏิบัติต่อกัน จึง มีความจำเป็นการประพฤติปฏิบัติโดยความซื่อสัตย์ในความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างรัฐด้วย รวมทั้งจะต้องมีการประพฤติปฏิบัติโดยความซื่อสัตย์ในความสัมพันธ์ต่อกันอีกด้วย²⁵

²⁴ พนิต เหล่าจรุงเกตุชกร. เล่มเดิม. หน้า 164.

²⁵ พงษ์อาจ ตรีกิจวัฒนากุล. (2525). *กฎหมายปิดปาก*. หน้า 23. อ้างถึงใน สำนักนายกรัฐมนตรี. (ม.ป.ป.). *คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีปราสาทพรวิหาร*. หน้า 57.

ผู้ศึกษาเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างควรเป็นเช่นเดียวกัน เพราะต้องทำงานกันไปเป็นระยะเวลาและควรสุจริตจริงใจในการทำสัญญาด้วยเจตนาแท้จริง ทั้งสองฝ่าย แต่การจะนำหลักกฎหมายปิดปากมาใช้กับสัญญาจ้างแรงงานนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ถ้า คู่สัญญามีเจตนาสุจริตต่อกันอย่างแท้จริงก็น่าจะใช้ได้ แต่ในกรณีที่มีเจตนาไม่สุจริตต่อกันแล้ว หลักกฎหมายปิดปากนั้นจะทำให้ฝ่ายที่เสียเปรียบนั้นเสียหายยากที่จะเรียกร้องได้ดังเดิม

3.1.3 อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization ILO)

เนื่องการใช้สิทธิไม่สุจริตเกิดจากในปัญหาสัญญาจ้างแรงงาน เพราะนายจ้างใช้ช่องว่างของกฎหมายที่คุ้มครองไม่ครบทุกด้าน หรือยังมีข้อบกพร่องของกฎหมายให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ ผู้ศึกษาได้ค้นคว้าหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย เพื่อป้องกันคู่สัญญาที่ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้อีก

3.1.3.1 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 100 (International Labour Organization ILO C100)

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวถึง ว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับคนงานชายและหญิงในงานที่มีค่าเท่ากัน ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2494)

มาตรา 1 เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้

(ก) คำว่า “ค่าตอบแทน” หมายความรวมถึงขึ้นเงินเดือนหรือค่าจ้างขั้นพื้นฐาน หรือขั้นต่ำ และค่าตอบแทนเพิ่มเติมใดๆ ไม่ว่าจะเป็เงินสดหรือสิ่งของที่นายจ้างตามผลของการจ้างงานคนงานนั้น ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

(ข) คำว่า “ค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับคนงานชายและหญิงในงานที่มีค่าเท่ากัน” หมายถึง อัตราของค่าตอบแทนที่กำหนดโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติทางเพศ

มาตรา 2

1. สมาชิกแต่ละประเทศต้องส่งเสริมโดยวิธีที่เหมาะสมในการพิจารณากำหนดอัตราค่าตอบแทนและสร้างความมั่นใจว่า ได้นำหลักการว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับชายและหญิงในงานที่มีค่าเท่ากันมาใช้บังคับคนงานทั้งหมด ครอบคลุมที่สอดคล้องกับวิธีดังกล่าว

มาตรา 3

1. อัตราที่แตกต่างกันระหว่างคนงานต่างๆ โดยไม่คำนึงถึงเรื่องเพศ ซึ่งมีลักษณะงานที่ทำแตกต่างกันอันได้รับการพิจารณากำหนดโดยการประเมินคุณค่าอย่างเป็นกลางแล้ว ต้องไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันขัดต่อหลักการของค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับคนงานชายและหญิงในงานที่มีค่าเท่ากัน

3.1.3.2 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 111 (International Labour Organization ILO C111)

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบัน กล่าวคือ อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501)

มาตรา 1

1. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายความรวมถึง

(ก) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ ที่กระทำบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ หรือพื้นฐานทางสังคม ซึ่งมีผลบดบังหรือทำความเสียหายต่อความเสมอภาคในโอกาส หรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ

(ข) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงอื่นที่มีผลบดบังหรือทำความเสียหายแก่ความเสมอภาคในโอกาสหรือในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ อาจพิจารณากำหนดได้โดยประชาคมที่เกี่ยวข้อ ภายหลังจากการปรึกษาหารือกับองค์กรผู้แทนของนายจ้าง และของแรงงาน ในกรณีที่มีองค์การเช่นนั้น และกับคณะบุคคลที่เหมาะสมอื่นๆ

2. การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใดๆ ในเรื่องงานเฉพาะบางประเภท ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความต้องการอย่างแท้จริงของงานนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

3. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ คำว่า “การจ้างงาน” และ “อาชีพ” หมายความรวมถึงการเข้ารับการฝึกอาชีพ การเข้าทำงาน การประกอบอาชีพเฉพาะบางประเภท และข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ของการจ้างงาน

3.1.4 อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women CEDAW)

จากการศึกษาพบว่า อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบเป็นองค์กรสหประชาชาติและได้รับรองจากที่ประชุมสมัชชาแห่งประชาชาติเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1979 (พ.ศ. 2522) ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยภาคยานุวัติมีผลตั้งแต่วันที่ 8 กันยายน 2528.

ข้อ 11 (1) รัฐภาคีจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทุกอย่าง เพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในด้านการจ้างงานเพื่อที่จะประกันสิทธิอันเดียวกับบนพื้นฐานของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีโดยเฉพาะอย่างยิ่ง

ก. สิทธิที่จะทำงานในฐานะเป็นสิทธิอันจะพึงแบ่งแยกมิได้ของมนุษย์ทั้งปวง

ข. สิทธิในโอกาสที่จะได้รับการจ้างงานชนิดเดียวกัน รวมทั้งการใช้หลักเกณฑ์ในการคัดเลือกเดียวกันในเรื่องของการจ้างงาน

ค. สิทธิในการเลือกอาชีพและการทำงานได้อย่างเสรี สิทธิในการได้เลื่อนตำแหน่ง ความปลอดภัยในการทำงาน และผลประโยชน์ รวมทั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริการทั้งปวง และสิทธิที่จะได้รับการฝึก และการฝึกซ้ำด้านอาชีพ รวมทั้งสภาวะการเป็นผู้ฝึกงาน การฝึกและการฝึกซ้ำด้านอาชีพในระดับสูง

ง. สิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนเท่าเทียมกัน รวมทั้งผลประโยชน์และสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาคกัน เกี่ยวกับงานที่คุณค่าเท่าเทียมกัน รวมทั้งการเสมอภาคของการปฏิบัติในการวัดผลคุณภาพของงาน

จ. สิทธิที่จะได้รับประกันสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการเกษียณอายุ การตกงาน การป่วย การทุพพลภาพ และวัยชรา รวมทั้งการหมดสมรรถนะที่จะทำงาน รวมถึงสิทธิในการได้รับเงินค่าจ้างขณะพักงาน

ฉ. สิทธิที่จะได้คุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัยในสภาพการทำงานต่างๆ รวมทั้งการให้ความปลอดภัยเกี่ยวกับ การทำหน้าที่ด้านการมีบุตรสืบพันธุ์

(2) เพื่อที่จะป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อสตรีด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากการแต่งงานหรือความเป็นเพศมารดาและเพื่อประกันอันแท้จริงของสตรี ในการทำงาน รัฐบาลก็จะใช้มาตรการที่เหมาะสม

ก. เพื่อห้ามภายใต้การบังคับใช้ของข้อห้ามต่างๆ ไม่ให้มีการปลดเพราะเหตุแห่งการตั้งครรภ์ หรือเพราะการลาคลอดบุตร และการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของสถานภาพในการแต่งงาน

ข. เพื่อริเริ่มให้มีการลาคลอดบุตร โดยได้รับค่าจ้าง หรือได้ผลประโยชน์ทางสังคมที่เปรียบเทียบได้โดยไม่สูญเสีย การงานตามเดิม อาวุโสในการทำงานหรือเงินช่วยเหลือทางสังคม

ค. เพื่อกระตุ้นให้มีบริการสังคมอันเป็นตัวแทนสนับสนุนที่จำเป็น เพื่อที่จะช่วยให้บิดามารดาสามารถรวมข้อผูกพันทางครอบครัว เข้ากับความรับผิดชอบในการงานและการเข้าร่วมในกิจการสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยผ่านการส่งเสริมให้มีการ จัดตั้งและพัฒนาขอบข่ายของสวัสดิการด้านการเลี้ยงดูเด็ก

ง. ให้มีการคุ้มครองเป็นพิเศษแก่สตรีที่อยู่ระหว่างตั้งครรภ์ในการทำงานทุกรูปแบบ ที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นอันตรายต่อสตรี เหล่านั้น

(3) บทบัญญัติของกฎหมายด้านการคุ้มครองที่เกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ที่มีอยู่ในข้อนี้ จะได้รับการพิจารณาเป็นครั้งคราวในแง่ของความรู้ ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและจะได้รับการแก้ไขยกเลิก หรือขยาย เท่าที่จำเป็น

ข้อ 15 (1) รัฐภาคีจะให้สตรีมีความเสมอภาคกับบุรุษในทางกฎหมาย

(2) ในกรณีทางแพ่งรัฐภาคีจะให้ความสามารถตามกฎหมายแก่สตรี เช่นเดียวกับที่ให้ความสามารถนั้นแก่บุรุษและจะให้โอกาสเดียวกัน ในการใช้ความสามารถนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐภาคีจะให้สิทธิเท่าเทียมแก่สตรีในการทำสัญญาและการจัดการทรัพย์สินและจะปฏิบัติต่อบุรุษและสตรีอย่างเท่าเทียมกันในกระบวนการทางศาลและการพิจารณาคดีทุกขั้นตอน

(3) รัฐภาคีตกลงว่าสัญญาทั้งปวงและเอกสารสำคัญตัวอื่นๆ ทั้งปวงไม่ว่าชนิดใดที่มีผลตามกฎหมายซึ่งมุ่งจำกัดความสามารถทางกฎหมาย ของสตรีจะถือว่าใช้ไม่ได้และเป็นโมฆะ

(4) รัฐภาคีจะให้สิทธิเช่นเดียวกันแก่บุรุษและสตรีในเรื่องกฎหมาย เกี่ยวกับการโยกย้ายของบุคคลและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่และภูมิลำเนา²⁶

3.2 หลักสุจริตตามกฎหมายต่างประเทศ

หลักสุจริตเป็นหลักที่ใช้ได้กับทุกระบบกฎหมายและผู้ศึกษาจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าประเทศใด หรือระบบกฎหมายใดที่เหมาะสมเป็นแนวทางที่ดีที่สุดเหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อนำมาใช้ในสัญญาจ้างแรงงาน ได้อย่างไรให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต

3.2.1 ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้มีการพัฒนาหลักความยุติธรรม (Equity) ซึ่งจะช่วยผ่อนคลายความเคร่งครัดของกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งได้พัฒนาจนเป็นระบบกฎหมายที่มีกฎเกณฑ์แน่นอนตายตัวกลายเป็นระบบกฎหมายที่เคร่งครัด ทำให้มีบางกรณีไม่สามารถให้ความเป็นธรรมได้ จึงมีการร้องขอความเป็นธรรมต่อพระเจ้าแผ่นดิน และพระเจ้าแผ่นดินได้มอบหมายให้ Chancellor of Royal Court มีอำนาจพิจารณาตัดสินใจความเป็นธรรม ในการวินิจฉัยแก้ไขความไม่เป็นธรรมนั้น จะใช้หลักมโนธรรมสำนึกของตนเอง และข้อเท็จจริงของแต่ละคดีเป็นเรื่องๆ ไป ในการพิจารณาของ chancellor จะพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริง และถือหลักความสุจริต แต่ในกรณีที่

²⁶ คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานสตรีแห่งชาติ (กศส.) สำนักนายกรัฐมนตรี. (ม.ป.ป.). อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในทุกรูปแบบ. สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2554, จาก http://www.lp-ju.ago.go.th/select_topic/topic02.htm

ศาลคอมมอลลอว์ใช้หลักความยุติธรรม (Equity) มองว่าการกระทำใดๆ ก็ตาม ควรเป็นไปโดยความชอบธรรมสุจริตและในกรณีศาลคอมมอลลอว์ และศาลยุติธรรมขัดแย้งกันต้องถือหลักกฎหมายความเป็นธรรมเป็นสำคัญ²⁷ ซึ่งได้พัฒนาจนเป็นระบบกฎหมายที่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว กลายเป็นระบบกฎหมายที่เคร่งครัดทำให้มีบางกรณีไม่สามารถให้ความเป็นธรรมได้ จึงมีการร้องขอความเป็นธรรมต่อพระเจ้าแผ่นดินและพระเจ้าแผ่นดินได้ตั้งศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery) เพื่อให้มีอำนาจพิจารณาตัดสินใจให้ความเป็นธรรม จึงเกิดขึ้นเป็นกฎหมายใหม่ที่คู่เคียงและเป็นอิสระจากระบบคอมมอลลอว์ในการวินิจฉัยนั้น chancellor จะใช้หลักมโนธรรมสำนึกของตนเอง กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องของมโนธรรมสำนึกของแต่ละบุคคล และข้อเท็จจริงแต่ละคดีเป็นเรื่องๆ ไป ในการพิจารณาของ chancellor จะพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริง และถือหลักแห่งความสุจริตเป็นสำคัญ²⁸ โดยหลักความยุติธรรม (Equity) จะมองว่าการกระทำใดๆ ก็ตามควรเป็นไปโดยความชอบธรรมสุจริตและในกรณีที่ศาลระบบคอมมอลลอว์ และศาลยุติธรรมขัดแย้งกันต้องถือหลักกฎหมายความเป็นธรรมเป็นสำคัญ โดยถือว่ากฎหมายคอมมอลลอว์ถูกยกเลิกไปโดยปริยาย²⁹

นอกจากนี้ในประเทศคอมมอลลอว์ได้มีการนำหลักกฎหมายเรื่องความสุจริตไปใช้ในรูปแบบของกฎหมายปิดปาก (Estoppels) ซึ่งมีหลักว่าการที่บุคคลแสดงออกอย่างหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการขัดแย้ง หรือโดยปริยายตรงข้ามกับความเป็นจริงที่มีอยู่เป็นอยู่ เป็นเหตุให้บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องด้วยความสุจริตได้กระทำการอย่างใดๆ ลงไป โดยเชื่อว่าการแสดงออกของบุคคลนั้นตรงกับความเป็นจริง แม้ว่าความจริงที่มีอยู่ไม่ใช่เช่นนั้นก็ตาม บุคคลผู้แสดงออกซึ่งการดังกล่าวก็ต้องถูกปิดปากไม่ให้เถียงว่าการแสดงออกของตนไม่ตรงตามความเป็นจริง เป็นการลงโทษอย่างหนึ่ง ถึงแม้ว่าการแสดงออกดังกล่าวจะยังไม่ถึงขนาดฉ้อโกง กลฉ้อฉล หรือเป็นการกระทำละเมิดก็ตาม

หลักกฎหมายปิดปากเป็นหลักกฎหมายที่ลงโทษไม่ให้บุคคลซึ่งแสดงออกไม่ตรงความจริงดังกล่าวได้แย้งว่าการแสดงออกของตนนั้น มีที่มาจากความเจริญในการติดต่อธุรกิจของบุคคล ซึ่งต้องการความซื่อสัตย์สุจริตและแสดงออกตรงตามความเป็นจริง เป็นการรับรองในตัวว่าสิ่งที่ได้ทำไปนั้นเป็นความจริง มิฉะนั้นแล้วการติดต่อธุรกิจทั้งหลายจะไม่เป็นที่ไว้ใจกันโดยต้องสอบสวนกันทุกครั้งซึ่งจะเป็นการเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่าย เมื่อเกิดความจำเป็นที่จะให้แต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

²⁷ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 60. อ้างถึงใน Connor, J.F.O. (1991).

Good Faith in International Law. p. 41.

²⁸ ธานินทร์ ภัยวิเชียร. (2529). ระบบกฎหมายอังกฤษ. หน้า 152.

²⁹ สุนัย มโนอุตม. (2529). ระบบกฎหมายอังกฤษ. หน้า 62 และ 63.

ทำการโดยสุจริตตามความเป็นจริง กฎหมายจึงเข้าคู่กัน ซึ่งถ้าหากฝ่ายทุจริตถือโง่ง ทำกล้อฉล กฎหมายไทยก็จะลงโทษ³⁰

นักกฎหมายนิติกรรมสัญญาของประเทศอังกฤษมีความคุ้นเคยเป็นอย่างดีกับความคิดเรื่องหลักสุจริตในเชิงอรรถวิสัยมาเป็นเวลานาน ดังจะเห็นได้ว่าแนวคิดนี้ปรากฏอยู่ในเรื่องตราสารเปลี่ยนมือ หรือการซื้อขายทรัพย์สินแต่หลักสุจริตในเชิงภาวะวิสัยนั้นไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายนิติกรรมสัญญาของอังกฤษ จนกระทั่งปลายยุคปี ค.ศ. 1980-1989 ก็เกิดความเปลี่ยนแปลงขึ้นเนื่องจากคำพิพากษาของศาลในคดี Bangui Financiered de la City SA v Westgate insurance Co Ltd [1989] 2All ER 923 และคดี interferon Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmers Ltd [1989] QB 433 ประกอบกับในเวลาต่อมาสหภาพยุโรปได้ออก EC Directives ว่าด้วย ตัวแทนการค้า (EC Directives on Commercial Agents) ใน Directive 86/653/EEC, implemented by Commercial Agent (Council Directive) Regulations 1993 (SI 1993/3053) ตาม Regulations 3 (1) และ 4 (1) กำหนดหน้าที่ในลักษณะต่างตอบแทนแก่ตัวการ และตัวแทนที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตในเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง³¹ ที่บัญญัติหลักสุจริตไว้อย่างชัดเจน รวมถึงงานเขียนอีกมากมาย ทำให้หลักสุจริตไม่ใช่หลักที่คุ้นเคยกันอีกต่อไป

ประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีและผู้ศีกษาได้ทำการค้นคว้าเพื่อนำมาเปรียบเทียบเป็นแนวทางในการนำไปใช้ในกฎหมายแรงงานของประเทศไทย เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา อินเดีย เวียดนาม ฟิลิปปินส์ โดยผู้ศีกษาหลักการของแต่ละประเทศว่าประเทศใดเหมาะสมและตรงกับปัญหาแรงงานของไทย มีหลักการที่เหมาะสมมากที่สุด

3.2.1.1 บทบัญญัติตามหลักสุจริต

จากการศีกษาพบว่าประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาช้านาน และมีความแตกต่างกับประเทศไทยที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่สามารถนำหลักการและคำตัดสินของศาลมาเป็นแนวทางในการเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหากฎหมายแรงงานได้เพราะอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้หลักสุจริตเช่นเดียวกัน

1) ประเทศอังกฤษ

เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีบทบัญญัติเหมือนดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศอังกฤษสะท้อนให้เห็นหลักมโนธรรมสำนึกของ chancellor อันเป็นตัวแทนของพระเจ้าแผ่นดินที่กำหนดความเป็นธรรมให้แก่ประชาชน หากจะเปรียบเทียบในระบบกฎหมายโรมัน คำ

³⁰ ไวกยโยติลลชัย. (2514, ธันวาคม). “กฎหมายปิดปาก.” วารสารนิติศาสตร์, 3, 3. หน้า 31 และ 32.

³¹ ภาวีร์ กษิตินนท์. (2550). การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา. หน้า 13.

ตัดสินของผู้พิพากษาในระบบกฎหมายโรมัน ซึ่งผู้พิพากษาจะได้รับเลือกมาจากชนชั้นสูงในสังคมโรมัน มิใช่รับการแต่งตั้งจากพระเจ้าแผ่นดิน เช่น ในประเทศอังกฤษ เป็นการสะท้อนหลักนิติธรรมสำนึกของชนชั้นสูงในสังคมโรมันซึ่งพิจารณาตามหลักความเป็นธรรมในสังคมของตนเอง และเป็นแนวทางปฏิบัติของวิญญูชนว่าควรปฏิบัติกันอย่างไร ดังนั้น คำวินิจฉัยของผู้พิพากษาชาวโรมันหรือคำวินิจฉัยของ chancellor ที่เกี่ยวกับความเป็นธรรมจึงเป็นลักษณะปรากฏการณ์

หลักสุจริตในประเทศอังกฤษเป็นเรื่องแนวคิดของ chancellor ที่จะเข้าไปแทรกแซงแก้ไขความไม่เป็นธรรมของกฎหมายคอมมอนลอว์โดยใช้หลักนิติธรรมสำนึกที่ดีของตนเอง คำตัดสินดังกล่าวจึงเป็นสิ่งร่วมกันของหลักสุรตินั้นเอง³² แนวคิดนี้สามารถนำไปใช้ได้กับสัญญาทุกประเภทในการที่คู่สัญญาจะมีนิติธรรมสำนึกที่ดีเกิดขึ้นได้โดยเฉพาะปัญหาในสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งนายจ้างกำหนดสัญญาเอาเปรียบลูกจ้างจนเกินสมควร หรือเป็นการทำสัญญาหลีกเลียงกฎหมายให้ตนเองได้รับประโยชน์

ต่อมาได้มีการนำหลักสุจริตไปใช้ในกฎหมายเอกชน เช่น ในสัญญาประกันภัยก็จะพิจารณาถึงความสุจริตอย่างยิ่งของผู้เอาประกันภัยซึ่งเรียกว่า หลักสุจริตอย่างยิ่ง (Utmost Good Faith) หรือในกฎหมายบริษัทก็น่าจะมีการสอดคล้องใกล้เคียงกับหลักสุจริตโดยที่จะใช้พิจารณาถึงความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการพึงมีต่อบริษัท ด้วยหลักสุจริตเป็นส่วนประกอบสำคัญเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการกำหนดแนวทางการปฏิบัติหน้าที่แก่กรรมการบริษัท

ตามกฎหมายอังกฤษนั้น ลักษณะของหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการพึงมีต่อบริษัทจะประกอบด้วยหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตอย่างแท้จริง และหน้าที่ต้องไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งในระหว่างผลประโยชน์ของบริษัทและผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ³³

ผู้ศึกษาเห็นว่า ตามกฎหมายแรงงานก็เช่นเดียวกันนายจ้างและลูกจ้างควรที่จะมีความสุจริตต่อกันอย่างแท้จริง คือ นายจ้างสุจริตต่อลูกจ้างโดยการไม่เอาเปรียบในสัญญาจ้างแรงงานให้ความยุติธรรมไม่เลือกปฏิบัติให้ความเท่าเทียมทั้งลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิง เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการหลีกเลียงกฎหมายเพื่อให้ตัวนายจ้างเองที่ได้ประโยชน์จากการจ้างแรงงาน

³² ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. (2545). กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 14-14. หน้า 66 และ 67.

³³ สมชัย วิชญ์ไพสิฐกุล. (2530). หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย. หน้า 59 และ 60.

ส่วนลูกจ้างนั้นจะต้องสุจริตในหน้าที่การทำงานที่ได้รับมอบหมายไม่ใช่สิทธิที่ไม่สุจริตคุ้มครองเพื่อให้ตัวลูกจ้างเองได้รับผลประโยชน์จากนายจ้าง

หลักสุจริตตามกฎหมายอังกฤษนั้น อาจเทียบเคียงได้กับหลักกฎหมายปิดปาก (Estoppels) ซึ่งศาลอังกฤษได้สร้างขึ้นมาเพื่อความเป็นธรรมโดยการลงโทษบุคคล หรือคู่ความฝ่ายหนึ่งในคดีไม่ให้กล่าวอ้าง หรือปฏิเสธข้อความหรือการกระทำบางเรื่องอันเป็นผล หรือเนื่องมาจากความผิดของบุคคลนั่นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่า หากบุคคลหนึ่งบุคคลใดพูดหรือได้ทำอะไรบางอย่างทำให้บุคคลอื่นเชื่อถือ แล้วต่อมาจะอ้างสิ่งที่ขัดกับสิ่งที่ตนเองพูดหรือทำไว้ เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายไม่ได้ เพราะหากยอมให้อ้างได้ก็จะเป็นการทำลายความเชื่อถือของบุคคล³⁴

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักกฎหมายปิดปากนั้นป้องกันไม่ให้นักลที่ทำสัญญาไปแล้วมาอ้าง หรือปฏิเสธผลที่ผิดพลาดนั้นว่าตนไม่ได้กระทำเช่นนั้น ซึ่งเป็นผลดีสำหรับลงโทษผู้ที่กระทำความผิด แต่ถ้าผู้ที่ไม่ได้ตั้งใจให้ผลที่กระทำนั้นเสียหายต่อบุคคลอื่น หลักกฎหมายปิดปากอาจจะดูเคร่งครัดสำหรับคนที่ไม่ได้กระทำความผิดนี้

เมื่อพิจารณาหลักสุจริตตามหลักกฎหมายอังกฤษที่เทียบเคียงตามหลักกฎหมายปิดปาก ต้องยอมรับในสิ่งได้กระทำไปแล้วจะอ้างว่าขณะทำสัญญากันเหตุการณ์ หรือสังคมรวมถึงเศรษฐกิจยังไม่เปลี่ยนแปลงเท่าปัจจุบันนี้ ทั้งนี้เป็นการกล่าวอ้างเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์หรือเพื่อพ้นความรับผิดชอบได้

หลักกฎหมายปิดปากไม่มีผลในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐมากไปกว่าอำนาจที่แท้จริงตามที่กฎหมายให้ไว้ ขอบเขตอำนาจนี้ที่แท้จริงเป็นการอธิบาย หรือชี้แจงถ้อยคำหลักกฎหมายปิดปากไม่มีผลในการให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการกระทำเพื่อป้องกันการดำเนินการตามหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติ อีกประการหนึ่ง คือ กฎหมายปิดปากไม่ใช่ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐบาล³⁵

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักกฎหมายปิดปาก ใช้กับสัญญาจ้างแรงงาน คงจะมีประโยชน์กับคู่สัญญาที่มีสิทธิเหนือกว่าหรือได้เปรียบกว่าทุกเรื่อง คือนายจ้าง เพราะนายจ้างเป็นผู้กำหนดสัญญาจ้างและอีกฝ่ายหนึ่งยินยอม ลูกจ้างต้องเหมือนยอมรับข้อตกลงจะเรียกกร้องภายหลัง

³⁴ นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 14. อ้างถึงใน Mark Pawlowski. (1996). *The Doctrine of Proprietary Estoppels*. pp. 10-15.

³⁵ นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 14. อ้างถึงใน Wan Alan Ahmad and Moshin Hingun. (1995). *An Introduction to Administrative Law*. pp. 97 and 98.

ได้ก็เสียเปรียบนายจ้างทุกกรณี ดังนั้น คงจะไม่เหมาะสมแน่ถ้านำหลักกฎหมายปิดปากมาใช้กับสัญญาจ้างแรงงานเพียงหลักเดียว

กฎหมายอังกฤษมีกฎหมายแรงงานอังกฤษที่บัญญัติเกี่ยวกับการเลิกจ้าง ได้แก่ กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) คือ กฎหมายจารีตประเพณีบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกจ้างโดยมิชอบ (Wrongful Dismissal) กฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับรวบรวม) ค.ศ. 1978 (Employment Protection (Consolidation Act 1978) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม และการเลิกจ้างเพราะคนลี้ภัยไว้เกือบทั้งหมดโดยรวบรวมหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้ครบถ้วนและใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบันนี้ แต่กฎหมายฉบับนี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมและปรับปรุงอยู่เสมอเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์

(1) การเลิกจ้างโดยมิชอบ (Wrongful Dismissal)

นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างโดยมิได้บอกกล่าวล่วงหน้าหรือบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่เพียงพอ ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น นายจ้างอาจเลิกสัญญาจ้างได้โดยการบอกกล่าวล่วงหน้าตามสมควร (Reasonable Notice) ลูกจ้างไม่อาจฟ้องคดีเลิกจ้างโดยมิชอบได้ แม้ว่านายจ้างจะเลิกจ้างโดยอาศัยสาเหตุใดหรือไม่มีสาเหตุ ดังนั้น กฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่เป็นธรรมที่ลูกจ้างอาจถูกเลิกจ้างได้ทั้งๆ ที่ไม่มีสาเหตุหรือความผิดใดๆ

มาตรการเยียวยาการเลิกจ้างโดยมิชอบ

การที่ศาลบังคับให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยให้ลูกจ้างจ่ายค่าชดเชยให้ลูกจ้าง แต่ทั้งนี้ลูกจ้างต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาล

(2) การเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม (Unfair Dismissal)

จากการศึกษา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับรวบรวม) ค.ศ. 1978 มาตรา 57 นั้น การเลิกจ้างลูกจ้างที่ปราศจากสาเหตุใดสาเหตุหนึ่งใน 5 สาเหตุ ถือว่าเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม สาเหตุทั้งห้าดังกล่าวก็คือ สาเหตุเกี่ยวกับความสามารถ หรือคุณสมบัติของลูกจ้างใน การทำงานที่นายจ้างมอบหมายสาเหตุเกี่ยวกับความประพฤติของลูกจ้าง สาเหตุคนลี้ภัย สาเหตุ การทำงานของลูกจ้างเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและสาเหตุอื่นที่ทำให้การเลิกจ้างเป็นธรรม³⁶

³⁶ ปิ่นวลี สุจริตกุล. (2538). เทคโนโลยีสมัยใหม่กับการเลิกจ้างในภาคอุตสาหกรรม. หน้า 95-97. อ้างถึงใน Peter Wallington. (1990). *Butterworths Employment Law Handbook*. pp. 246 and 247.

มาตรการเยียวยาการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม³⁷

การให้ลูกจ้างได้ทำงานเดิม หรือทำงานใหม่นั้นเป็นวิธีการชดเชยอย่างหนึ่ง แต่จะกระทำได้อต่อเมื่อทั้งลูกจ้างและนายจ้างยินยอม คือ ลูกจ้างได้กลับคืนสู่ตำแหน่งเดิม ค่าจ้างเดิมหากมีเงินตกเบิกหรือเงินเดือนขึ้นในระหว่างเลิกจ้างให้ได้รับ และหากควรเลื่อนตำแหน่งให้เลื่อน เสมือนหนึ่งว่าไม่เคยถูกเลิกจ้างเลยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับรวม) ค.ศ. 1978 มาตรา 69 อย่างไรก็ตาม การชดเชยวิธีนี้นายจ้างและลูกจ้างไม่ยอมรับ นายจ้างเกรงว่าลูกจ้างจะก่อปัญหาขึ้นภายหลัง ส่วนลูกจ้าง เกรงว่านายจ้างหาทางกลั่นแกล้งให้ออกจากงานในภายหลัง ศาลจะใช้วิธีให้ค่าชดเชยด้วยเงิน ในกรณีเลิกจ้างไม่เป็นธรรม³⁸

(3) การเกษียณอายุ

กฎหมายประเทศอังกฤษ ในเรื่องเกณฑ์การเกษียณอายุไม่ได้กำหนดว่า ลูกจ้างเกษียณอายุเมื่อมีอายุเท่าใด แต่เป็นเรื่องที่นายจ้างและลูกจ้างสามารถตกลงกำหนดว่าต้องการให้ลูกจ้างเกษียณอายุเท่าใด แต่นายจ้างต้องกำหนดอายุเกษียณของลูกจ้างให้เท่าเทียมกันระหว่าง ลูกจ้างชายหญิง และลูกจ้างที่อยู่ในตำแหน่งเดียวกัน อายุเกษียณของลูกจ้างก็ต้องเท่าเทียมกัน ใน Employment Rights Act. (1996) มาตรา 109³⁹

ผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีความไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน และประเด็นไม่สุจริตในการเกษียณอายุเป็นปัญหาสำคัญที่นายจ้างใช้สิทธิไม่สุจริตกับลูกจ้าง คือ กำหนดให้สัญญาจ้างงานลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิงไม่เท่าเทียมกัน จากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ เห็นว่าการกำหนดการเกษียณอายุอังกฤษนั้นมีความชัดเจนกว่า ของประเทศไทยในเรื่องของการเกษียณอายุลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิงต้องมีความเท่าเทียมกัน และนอกจากประเทศอังกฤษแล้วยังมีประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งจะผู้ศึกษาจะเปรียบเทียบว่าหลักการประเทศสหรัฐอเมริกาเหมาะสมที่เป็นแนวทางไปใช้กับสัญญาจ้างแรงงานของประเทศไทยหรือไม่

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แห่งสหรัฐอเมริกา (Uniform Commercial Code)

³⁷ ปีนวดี สุจริตกุล. (2538). เทคโนโลยีสมัยใหม่กับการเลิกจ้างในภาคอุตสาหกรรม. หน้า 120. อ้างถึงใน Peter Wallington. (1990). *Butterworths Employment Law Handbook*. pp. 166-169.

³⁸ ปีนวดี สุจริตกุล. เล่มเดิม. หน้า 120 และ 121.

³⁹ ปาริชาติ แจ่มกระจ่าง. (2549). *ลูกจ้างเกษียณอายุ*. หน้า 73.

มาตรา 1 201 (19) บัญญัติว่า “สุจริต หมายความว่า ความซื่อสัตย์แท้จริงในการจัดการกิจการที่เกี่ยวข้อง” (Good Faith means Honesty in the Conduct or Transaction Concerned)

หลักสุจริตเป็นหลักที่มีความสำคัญในทางการค้าจะนั้นนอกจากที่ได้กล่าวแล้วตามมาตรา 1-201 (19) ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ศัพท์แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Uniform Commercial Code) ยังมีมาตราอื่นๆ ที่ได้เน้นถึงหลักความซื่อสัตย์สุจริตและความเป็นธรรม ในการดำเนินการทางการค้า เช่น

มาตรา 2 203 (1) (b) “พ่อค้าจะต้องมีความซื่อสัตย์ และยึดถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์มาตรฐานอันชอบด้วยเหตุผลในการติดต่อทางการค้าด้วยความชอบธรรม” (In the case of merchant, honesty in fact and the observance of reasonable commercial)

พิจารณาได้ว่ากฎหมายต้องการเน้นถึงความซื่อสัตย์สุจริตปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางการค้าด้วยความเป็นธรรม

มาตรา 2-305 (2) “การกำหนดราคาสินค้าโดยผู้ขายก็ดีหรือผู้ซื้อก็ดี ราคาที่กำหนดขึ้นนั้นจะต้องกำหนดขึ้นโดยสุจริต” (A price to be fixed by the seller or by the buyer means a price for him to fix in good faith)⁴⁰

การใช้หลักสุจริตมีอยู่ในบริบทที่หลากหลายแตกต่างกัน ซึ่งความหมายของหลักสุจริตก็จะปรับเปลี่ยนไปตามบริบทเหล่านั้น และหากเป็นเรื่องการชำระหนี้และการบังคับชำระแล้ว แนวคิดเรื่องหลักสุจริตจะตัดการกระทำประเภทที่ตรงกันข้ามกับความสุจริตออกไป เนื่องจากการกระทำเช่นนั้นฝ่าฝืนมาตรฐานสังคมในเรื่องความถูกต้อง ความเป็นธรรมและความเป็นเหตุเป็นผล⁴¹

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในกรณีของสัญญาจ้างแรงงานถ้านำหลักสุจริตที่เป็นบริบทมาปรับเปลี่ยนไปตามบริบท และแนวคิดเรื่องหลักสุจริตจะตัดการกระทำประเภทตรงกันข้ามกับความสุจริตออกไป ไม่เป็นที่เหมาะสมกับหลักการนี้เท่าใดนัก เพราะเป็นเพียงนามธรรมเท่านั้นไม่ได้มีหลักกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการชัดเจน เป็นการตัดสินใจในสิ่งที่ตรงกันข้ามกับหลักสุจริตสังคมจะถือว่าฝ่าฝืนมาตรฐานสังคมแล้วนั้นคงจะไม่ถูกต้องเสมอไป เช่น ว่าสัญญาจ้างแรงงานที่ลูกจ้างต้องการเพิ่มค่าจ้างหรือสวัสดิการอื่นๆ เมื่อนายจ้างไม่ยินยอมลูกจ้างใช้สิทธิตามกฎหมายนัดหยุดงานอัน

⁴⁰ ประสิทธิ์ โฉวีไศลกุล. เล่มเดิม. หน้า 87.

⁴¹ นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 18. อ้างถึงใน Saul Litvinoff. (1997). “Good Faith.” *Tulane Law Review*. pp. 1655 and 1656.

เป็นการทำให้นายจ้างได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ค่าจ้างหรือสวัสดิการอื่นๆ นายจ้างให้ตามอรรถภาพของศักยภาพลูกจ้างแล้วหรือตามทักษะฝีมือของแต่ละบุคคลที่ควรจะได้รับแล้วตามกฎหมายแรงงาน แต่ในทางกลับกันถ้ามาตรฐานของสังคมที่ตรงกันข้ามกับหลักสุจริตนั้นจะถือว่านายจ้างเอาเปรียบลูกจ้างจนเกินไป เพราะลูกจ้างทำงานให้กับนายจ้าง ซึ่งนายจ้างควรให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ กับลูกจ้าง

ใน Vienna Sales Convention ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้ให้สัตยาบันไว้มีหลักสุจริตเกี่ยวข้องใน ข้อ 7 (1) ดังนี้ ในการตีความอนุสัญญาฯ นี้ ให้คำนึงถึงลักษณะเฉพาะทางด้านระหว่างประเทศ และความจำเป็นในการส่งเสริมความเป็นรูปแบบเดียวกันในการใช้ และยึดถือความสุจริตในการค้าระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ กฎหมายสหรัฐอเมริกามีหลักกฎหมายเรื่องความสุจริตในกฎหมายอื่นอีก เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งของรัฐหลุยส์เซียนา (Louisiana Civil Code) ในเรื่องระยะเวลาการได้มาซึ่งทรัพย์สิน เมื่อผ่านมาช่วงระยะเวลาที่กำหนดนั้น ในสาระสำคัญของกฎหมายทรัพย์สิน กรณีที่เป็นอสังหาริมทรัพย์กฎหมายกำหนดให้ใช้สิทธิเรียกร้องได้เมื่อครบระยะเวลาที่กำหนดไว้ คือ 10 ปี หากคู่กรณีที่เรียกร้องการได้มาซึ่งสิทธิเช่นนั้นกระทำการโดยสุจริต แต่หากคู่กรณีนั้นไม่สุจริตก็จะเรียกร้องได้ต่อเมื่อครบระยะเวลา 30 ปีแล้ว ในทำนองเดียวกันสำหรับการได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายกำหนดให้มีการได้มาซึ่งทรัพย์สินเมื่อครบระยะเวลาเวลา 3 ปี แต่หากไม่สุจริตก็จะเรียกร้องสิทธิได้ต่อเมื่อครบระยะเวลา 10 ปีแล้ว การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้เสมือนเป็นการตอบแทนผู้ที่กระทำการ โดยสุจริตด้วยการใช้สิทธิพิเศษคือสามารถใช้สิทธิเรียกร้องการได้มาซึ่งทรัพย์สินภายในระยะเวลาที่สั้นกว่า

การใช้สิทธิพิเศษอย่างอื่น เช่น การเรียกร้องสิทธิโดยผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้กระทำการ โดยสุจริตเมื่องานหรือสิ่งปลูกสร้างได้ทำขึ้นโดยผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจให้มีการรื้อถอนได้ และต้องจ่ายค่าสัมภาระและค่าแรงหรือมูลค่าปัจจุบันของงานหรือสิ่งปลูกสร้างหรือมูลค่าที่สูงขึ้นของอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ครอบครอง ในทางกลับกันเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อาจเรียกให้มีการรื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายด้วยค่าใช้จ่ายของผู้ครอบครอง เมื่องานหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นกระทำโดยผู้ครอบครองซึ่งไม่สุจริต ในกรณีสังหาริมทรัพย์ผู้สร้างสรรค์สิ่งใดชิ้นใหม่โดยใช้สัมภาระผู้อื่นผู้สร้างสรรค์จะกลายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลงานนั้น เมื่อฝีมือหรือความชำนาญมีมูลค่าสูงกว่า

สัมภาระ ถึงแม้เขาต้องชดใช้ราคาสัมภาระให้แก่เจ้าของสัมภาระนั้นก็ตาม อย่างไรก็ตาม ใ้ดีหากผู้สร้างสรรคไม่สุจริตศาลอาจมอบกรรมสิทธิ์ในผลงานนั้นให้แก่เจ้าของสัมภาระก็ได้⁴²

นอกนั้นประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักการจ้างแรงงานตามเจตนา (Employment at Will) และข้อยกเว้น 3 ประการ

ในสหรัฐอเมริกา ลูกจ้างที่ไม่มีสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรสามารถถูกเลิกจ้างโดยอาศัยเหตุผลด้านบวก เหตุผลด้านลบ หรือไม่มีเหตุผลใดๆ เลยก็ได้ ศาลได้พยายามสร้างข้อยกเว้นเพื่อป้องกันการเลิกจ้างที่ไม่ชอบ

ตั้งแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ 19 ศาลสหรัฐเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างมีสถานะเท่าเทียมกัน มีอำนาจต่อรองเท่าๆ กัน ดังจะเห็นได้จากหลักการจ้างแรงงานตามเจตนาโดยไม่ได้เขียนหลักฐาน หรือระบุว่าจ้างถึงเมื่อไร หลักการจ้างแรงงานตามเจตนา (Employment at Will) ที่ว่าบุคคลควรมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาจ้างแรงงานตามระยะเวลาที่ต้องการ

หากบุคคลได้รับการว่าจ้างโดยไม่มีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ลูกจ้างสามารถที่จะออกจากงานเมื่อไรก็ได้ และนายจ้างย่อมมีสิทธิเลิกจ้างลูกจ้างเมื่อไรก็ได้เช่นกัน

ต่อมาหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมหลักการจ้างแรงงานตามเจตนา เริ่มถูกเปลี่ยนแปลง มีการออกกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางในปี ค.ศ. 1960 เกี่ยวกับการเลิกจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยฐานเชื้อชาติ ศาสนา เพศ อายุ และถิ่นกำเนิด การออกกฎหมายนี้แสดงให้เห็นว่าแนวคิดหลักการจ้างแรงงานตามเจตนา ได้เริ่มเปลี่ยนแปลงไปนั่นเอง คือ นายจ้างมีสถานะทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าลูกจ้าง ในช่วงปี ค.ศ. 1980 ศาลและฝ่ายนิติบัญญัติจึงเริ่มเห็นว่าฝ่ายนายจ้างสามารถแสวงหาประโยชน์จากการได้เปรียบนี้เพื่อเอาเปรียบลูกจ้างในการเจรจาสัญญาจ้างได้ จึงทำให้เกิดการพัฒนาการทางศาลในการสร้างข้อยกเว้นหลักการจ้างแรงงานตามเจตนาขึ้นมา เพื่อแก้ปัญหาการเลิกจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มีรัฐจำนวนหนึ่งได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ในการจ้างแรงงาน แต่การตีความความหมายของหลักสุจริตในแต่ละรัฐก็แตกต่างกันไป เช่น ตีความว่า การเลิกจ้างนั้นจะต้องเป็นการเลิกจ้างที่มีเหตุผล ไปจนถึงห้ามการเลิกจ้างที่ไม่สุจริตหรือมีเจตนาร้าย

ข้อยกเว้นเรื่องหลักสุจริตได้รับการยอมรับใน 11 รัฐ คือ อลาบามา อลาสกา อริโซนา แคลิฟอร์เนีย เดลาแวร์ ไอดาโฮ แมสซาชูเซตส์ มอนทานา เนวาดา ยูทาห์ ไวโอมิง ซึ่งเป็น

⁴² นารีมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 19. อ้างถึงใน Saul Litvinoff. (1997). "Good Faith." *Tulane Law Review*. pp. 1647-1649.

หลักการที่ยกเว้นหลักการจ้างแรงงานตามเจตนาที่สามารถตีความได้กว้างมาก เนื่องจากสามารถใช้บังคับได้กับสัญญาจ้างแรงงานทุกสัญญา โดยมีการตีความที่หลากหลายในแต่ละรัฐ ตั้งแต่ตีความว่าการเลิกจ้างนั้นจะต้องเป็นการเลิกจ้างที่มีเหตุที่เป็นธรรม ไปจนถึงการตีความว่าห้ามการเลิกจ้างที่อาศัยเจตนาไม่สุจริต

ศาลแคลิฟอร์เนีย เป็นศาลแรกที่ได้นำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาจ้างแรงงาน ในปี ค.ศ. 1980 ใน คดี Lawrence M. Cleary v. American Airlines, Inc. โจทก์เป็นพนักงานของบริษัทสายการบินอเมริกัน แอร์ไลน์ (American Airlines) ที่ทำงานให้กับบริษัทอย่างเต็มเวลาตลอด 18 ปี ได้ถูกเลิกจ้างโดยไม่ได้ให้เหตุผล ศาลอุทธรณ์แคลิฟอร์เนียได้ตัดสินว่า โดยอาศัยนโยบายโดยชัดแจ้งของบริษัทในการตัดสินใจพิพาทกับพนักงานและระยะเวลาการทำงาน of พนักงาน บริษัทไม่สามารถเลิกจ้างโจทก์ได้หากไม่มีเหตุผลที่ดี ศาลยังได้กล่าวต่อไปว่า “การเลิกจ้างโดยไม่มีเหตุตามกฎหมาย หลังจากจ้างงานมาตามระยะเวลาดังกล่าว ผ่าฝืนหลักสุจริต” และอเมริกัน แอร์ไลน์ มีหน้าที่ที่จะไม่ปรากฏผลประโยชน์ที่ลูกจ้างควรได้รับจากรยะเวลาการทำงาน ในคดีนี้คือ 18 ปี” ศาลได้ตัดสินโดยอาศัยข้อเท็จจริง และการตีความโดยปริยายของสัญญาจ้างแรงงาน อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ไม่ได้บอกว่าหลักสุจริตจะได้เฉพาะแต่เมื่อลูกจ้างมีสัญญาจ้างแรงงาน โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่ศาลอุทธรณ์มองว่าการฝ่าฝืนหลักสุจริตนั้นสามารถเกิดได้จากการกระทำละเมิด แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาแห่งรัฐแคลิฟอร์เนียไม่เห็นด้วยกับการนำเรื่องละเมิดมาใช้ แต่ใช้เฉพาะหลักสุจริต

คดีต่อมา คือ คดี Kmart Corporation v. Ponssock ศาลฎีกาแห่งรัฐเนวาดา อนุญาตให้มีการดำเนินคดีในการฝ่าฝืนหลักสุจริตในความสัมพันธ์เกี่ยวกับการจ้างแรงงานได้ทุกความสัมพันธ์ จำเลย เป็นลูกจ้างประเภท Tenured Employee หรือลูกจ้างที่นายจ้างไม่มีสิทธิเลิกสัญญาจ้างหากไม่มีเหตุสมควร ที่ Kmart ซึ่งจะต้องได้รับการจ้างงานจนกระทั่งเกษียณอายุ หรือครบเท่าที่สภาพเศรษฐกิจเอื้ออำนวย แต่ในระหว่างสืบคดี คณะลูกขุนพบว่า Kmart เลิกสัญญาจ้างจำเลย เพราะว่าการต้องการเลี่ยงการจ่ายผลตอบแทนการเกษียณอายุให้กับจำเลย และเป็นการกระทำที่ “ไม่สุจริต” แม้ว่าไม่มีสัญญา แต่การกระทำดังกล่าวมีความผิดในฐานะละเมิด ศาลเห็นด้วยกับคณะลูกขุนและระบุว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง เป็นหนึ่งในกรณียกเว้นที่โยงหน้าที่ทางกฎหมายไปยังการละเมิด

ศาลเห็นว่า Penstock ต้องอาศัยการที่ Kmart ขอมผูกพันที่จะให้ Penstock ทำงานจนเกษียณ รวมถึงเงินหลังเกษียณในการดำรงชีพ ซึ่งการว่าจ้างนี้เป็น “ความสัมพันธ์พิเศษที่ต้องอาศัยความไว้วางใจ” (Special Relationship of Trust) การเลิกจ้างของบริษัทเป็นพฤติกรรม

ที่ไม่ชอบ และกระทำลงเพียงเพื่อผลประโยชน์ทางการเงินของบริษัท ดังนั้นลูกจ้างจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาจากการกระทำที่ไม่สุจริต

อย่างไรก็ตามศาลส่วนใหญ่ไม่ยอมรับหลักสุจริตนี้ เช่น ศาลในรัฐฟลอริดา ในคดี Catania v. Eastern Airlines, Inc. ลูกจ้างสี่คนได้กล่าวหาว่าบริษัท Eastern Airlines ได้เลิกจ้างโดยไม่ชอบ และพวกตนมีสิทธิตามหลักสุจริตที่จะฟ้องคดี โดยกล่าวว่า

เห็นได้ชัดเจนว่าเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างนายจ้างและลูกจ้างนั้น ไม่ได้มีอยู่อย่างแท้จริง ลูกจ้างไม่ได้มีความสามารถหรืออำนาจที่จะต่อรองสัญญาจ้างเพื่อประโยชน์ของตนได้เต็มที่ และหลัก การจ้างแรงงานตามเจตนาได้กดขี่ให้ประโยชน์ของลูกจ้างนั้นอยู่ต่ำกว่าเสรีภาพของนายจ้าง

แต่ศาลได้ปฏิเสธการยกข้ออ้างข้างต้นของฝ่ายลูกจ้าง และเห็นว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาเจตนาในการเลิกจ้างของนายจ้างโดยอาศัยข้อผูกพัน (Undertaking) ที่มี⁴³

3) ประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดียมีกฎหมายเกี่ยวกับการว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรงโดยเฉพาะกฎหมาย Contract Labor (Regulations and Abolition) Act ค.ศ. 1970 โดยกฎหมายได้กำหนดให้ผู้รับเหมาต้องจัดสวัสดิการ น้ำดื่ม อาหาร ห้องอาหาร ห้องน้ำ ห้องส้วม ซึ่งหากผู้รับเหมาค่าแรงไม่จัดให้ผู้ประกอบกิจการผู้ว่าจ้างนั้นก็จะมีความผิดที่ต้องจัดให้กับคนทำงาน⁴⁴

ส่วนการจ่ายค่าจ้างนั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้รับเหมาฯ เป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้กับคนงานซึ่งหากผู้รับเหมาไม่จ่ายค่าจ้าง ผู้ประกอบกิจการจะต้องรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างต่อคนงานในอัตราเดียวกันกับผู้รับเหมาฯ ตกลงจ่ายให้ ทั้งนี้กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคนงานในลักษณะเหมาค่าแรงนี้จะต้องมีสภาพการจ้างและจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานที่เท่าเทียมกับผู้ทำงานในลักษณะเดียวกัน⁴⁵ การกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการมีหน้าที่เกี่ยวกับความ

⁴³ Charles J. Muhl. (2001). The employment-at-will doctrine: three major exceptions.

Retrieved September 25, 2011,

from <http://www.bls.gov/opub/mlr/2001/01/art1full.pdf>

⁴⁴ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ก (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://labour.delhigovt.nic.in/ac/details acts/contractlabour/index.html>

⁴⁵ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ก (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

คุ้มครองในเรื่องอัตราค่าจ้าง และสวัสดิการของพนักงานรับเหมาค่าแรงนั้น น่าจะสอดคล้องกับร่าง มาตรา 6 (มาตรา 11/1) ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่..) พ.ศ.⁴⁶

4) ประเทศเวียดนาม

กฎหมายคุ้มครองแรงงานของประเทศเวียดนาม⁴⁷ กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการ เก็บรายชื่อของพนักงานรับเหมาค่าแรง และต้องรับรองด้วยว่าแรงงานเหล่านั้นได้รับความ คุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยค่าจ้าง และกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยและอาชีวอนามัย⁴⁸ นอกจากนี้ ผู้ประกอบกิจการจะต้องรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างต่อพนักงานหรือเพื่อสิทธิ ประโยชน์อื่นใด โดยผู้ประกอบกิจการสามารถเรียกค่าใช้จ่ายส่วนนี้คืนจากผู้รับเหมาค่าแรงฯ

5) ประเทศฟิลิปปินส์

ในประมวลกฎหมายแรงงานของประเทศฟิลิปปินส์ ได้กำหนดในเรื่องการ ห้ามเลือกปฏิบัติ โดยถือว่าการกระทำของนายจ้างดังต่อไปนี้เป็นการผิดกฎหมาย สำหรับนายจ้างที่ เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างที่เป็นหญิงภายใต้เงื่อนไข และข้อกำหนดของการจ้างงานด้วยการพิจารณา เพียงเพราะเป็นเพศหญิงเพียงอย่างเดียว และถือว่าการกระทำดังกล่าวต่อไปนี้ เป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)

(1) การจ่ายเงินชดเชยที่น้อยกว่า รวมถึง เงินค่าจ้าง เงินเดือน หรือในรูปแบบ ค่าตอบแทน และผลประโยชน์อื่นนอกเหนือจากเงินค่าจ้างที่ได้รับซึ่งจ่ายให้กับลูกจ้างที่เป็นสตรี น้อยกว่าลูกจ้างชายในงานที่มีค่าเท่ากัน

จาก [http://labour.delhigovt.nic.in/ac/details acts/contractlabour/index.html](http://labour.delhigovt.nic.in/ac/details%20acts/contractlabour/index.html)

⁴⁶ สุรัสวดี เจียมสุวรรณ ก (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://labour.nic.in/annrep/files2k1/lap10.pdf>

⁴⁷ สุรัสวดี เจียมสุวรรณ ก (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://labour.nic.in/annrep/files2k1/lap10.pdf>

⁴⁸ สุรัสวดี เจียมสุวรรณ ก (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่ง พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://labour.nic.in/annrep/files2k1/lap10.pdf>

(2) ให้การสนับสนุนลูกจ้างชายมากกว่าลูกจ้างสตรี ในเรื่องการเลื่อนตำแหน่ง การให้โอกาสการฝึกอบรม การศึกษาและการให้ทุนการศึกษาโดยการพิจารณาเพียงแค่ว่าเพศอย่างเดียว⁴⁹

3.2.1.2 หลักกฎหมายปิดปากหลักการสำคัญตามหลักสุจริต

เมื่อพิจารณาถึงประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้เรื่องกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ และยังนำไปใช้กับกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย จึงแตกต่างกับกฎหมายปิดปากประเทศอังกฤษได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ⁵⁰

1) หลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษา (Estoppels by Record)

เมื่อพิจารณาถึงประเทศอังกฤษ ในเรื่องกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษานี้ ถือว่าเป็นกฎหมายปิดปากประเภทแรกที่เกิดขึ้น กล่าวคือ เกิดขึ้นในราวศตวรรษที่ 12 จากข้อเท็จจริงที่กล่าวว่าคำพิพากษาของศาล King's Court มีความศักดิ์สิทธิ์และต้องยอมรับเป็นยุติ ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ ต่อมาเหตุผล หรือความคิดนี้ก็ได้รับการเปลี่ยนแปลงไปโดยมาอยู่บนรากฐานหรือเหตุผลที่สำคัญอยู่ 2 ประการ ประการแรก คือ เหตุผลที่ว่าในการฟ้องร้องคดีนั้นควรจะมีที่สิ้นสุดหรือมีที่ยุติ ประการที่สอง คือ บุคคลหนึ่งไม่ควรที่จะต้องได้รับการเสี่ยงภัยทั้งในทางแพ่งและทางอาญาถึงสองครั้งจากการกระทำครั้งเดียว ดังนั้น ในเรื่องกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษานี้ จึงมีหลักอยู่ว่าเมื่อศาลได้พิพากษาแล้ว คู่ความในคดีนั้นก็จะถูกปิดปากจากการที่จะรื้อฟื้นคดีนั้นขึ้นมาฟ้องร้องใหม่ รวมทั้งไม่สามารถที่จะหยิบยก หรือกล่าวอ้างข้อความใดๆ ซึ่งศาลได้เคยพิจารณาตัดสินไปแล้วอีกด้วย

หลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษานี้ ตามกฎหมายจารีตประเพณีแล้ว บางครั้งไม่ได้เรียกว่า Estoppels by Record แต่เรียกว่าหลัก Res Judicator แทน

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษานี้เป็นการปิดโอกาสผู้ที่ไม่ได้กระทำผิดแก้ไขในสิ่งที่ไม่ได้กระทำความผิดแม้ว่าบุคคลนั้นสุจริตก็ตาม

2) หลักกฎหมายปิดปากโดยกรรมธรรม์สัญญา (Estoppels by Deeds)

นอกจากนั้น ประเทศอังกฤษยังมีหลักในเรื่องนี้เกิดขึ้นภายหลังจากหลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษาและเกิดขึ้นจากหลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษา มีหลักอยู่ว่าข้อความซึ่งคู่กรณีทำขึ้นประทับตราสารกรรมธรรม์ ย่อมเป็นข้อพิสูจน์ที่เด็ดขาดว่าข้อความนั้นๆ เป็น

⁴⁹ ปิยะมาส รัตนะบดี. (2544). ปัญหาทางกฎหมายในเรื่องการใช้แรงงานหญิง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541. อ้างถึงใน Institute for Labour Studies. (1999). *Integrated Labor And Labor-Related Laws*. pp. 136-140.

⁵⁰ พงษ์อาจ ตริกิจวัฒน์กุล. เล่มเดิม. หน้า 210-215.

จริง ฉะนั้นคู่กรณีหรือคู่ความนั้นๆ จะถูกปิดปากไม่ให้กล่าวอ้างว่าข้อความในเอกสารนั้นไม่เป็นความจริง หรือจะกล่าวอ้างเป็นอย่างอื่นไม่ได้

หลักกฎหมายปิดปากโดยกรมธรรม์สัญญา การทำสัญญาต่อกันนั้นจะต้องเป็นไปตามนั้น โดยเฉพาะถ้าได้มีการประทับตราสารกรมธรรม์ จะต้องเป็นไปตามนั้น ถ้าเป็นการทำสัญญาประเภทอื่นเช่นสัญญาจ้างแรงงานหากได้มีการประทับตราบริษัททั้งที่ข้อความในเอกสารสัญญาจ้างแรงงานนั้นจะเป็นการเอาใ้เปรียบต้องถือไปตามนั้นด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่า การกระทำทุกสิ่งอย่างนั้นสามารถนำมาพิสูจน์ได้ตลอดเวลา เมื่อเกิดข้อขัดข้องไม่จำเป็นต้องมีหลักจำกัดตายตัวไว้เป็นการเฉพาะ ถ้าหากการทำสัญญาต่อกันนั้นเป็นการทำด้วยความสุจริตจริงใจต่อกัน

3) หลักกฎหมายปิดปากด้วยความประพฤติ (Estoppels by Conduct)

เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติแต่เดิม ได้ปรากฏชัดขึ้นในหลักกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษ และได้ตั้งเป็นหลักมั่นคงและถาวรขึ้นในเฉพาะคดี Pickard v. Sears ใน (1837), 6 Ad & El 456 (from Rupert Cross, Evidence)⁵¹ ซึ่งวางหลักไว้ว่า “บุคคลใดโดยคำพูด หรือโดยการกระทำไปโดยจงใจเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้เชื่อในความคงอยู่ที่แน่นอนของสิ่งต่างๆ และได้ชักนำหรือทำให้บุคคลนั้นๆ ได้กระทำไปตามที่เชื่อเช่นนั้น หรือทำให้บุคคลนั้นต้องเปลี่ยนสถานะไปจากเดิม ดังนั้นบุคคลที่ได้กระทำไปโดยจงใจในการที่จะกล่าวยืนยันหรือกล่าวอ้างในภายหลังเกี่ยวกับสถานะหรือสภาพของสิ่งต่างๆ แยกต่างออกไปจากเดิมได้”

ถ้าประพฤติไม่ดีไม่อาจอ้างความรับผิดชอบได้เป็นการเริ่มมาจากอังกฤษ คนที่กระทำความผิดอาจจะไปกล่าวอ้างคนที่กระทำความผิด ไม่มีผู้ใดอาจถือเอาประโยชน์ของการกระทำความผิดของตนได้⁵²

หลักนี้เกิดขึ้นเป็นหลักสุดท้ายต่อจากหลักกฎหมายปิดปากโดยกรมธรรม์สัญญา โดยตั้งอยู่บนหลักที่ว่า การกระทำของบุคคลย่อมจะขัดขวาง หรือเป็นการปิดปากไม่ให้มีการอธิบายหรือกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ศาลของประเทศอังกฤษก็ยังได้วางหลักไว้อีกว่าบุคคลจะถูกปิดปาก หรือถูกทำให้สิ้นสุดในการที่จะกล่าวอ้าง หรือกล่าวยืนยันในภายหลังเกี่ยวกับสถานะ หรือสภาพสิ่งของต่างๆ แยกต่างไปจากเดิมได้ ในเมื่อโดยคำพูดหรือโดยการกระทำของบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยจงใจเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้เชื่อในสิ่งใดสิ่งหนึ่ง และได้ชักนำ หรือทำให้บุคคลนั้นได้กระทำไปตามที่เชื่อนั้นต้องเปลี่ยนสถานะไปจากเดิม

⁵¹ พงษ์อาจ ตรีกิจวัฒนากุล. (2525). กฎหมายปิดปาก. หน้า 70.

⁵² วิจิตรา (ฟุ้งถัดดา) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

ตามหลักกฎหมายอังกฤษได้แบ่งกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติออกเป็น 3 กรณี คือ⁵³

(1) กฎหมายปิดปากโดยข้อสัญญา หรือ ข้อตกลง (Estoppels by Agreement)

เนื่องจากมีหลักว่าหากบุคคล 2 คน ได้เข้ามาเป็นคู่ความในข้อตกลง หรือ ข้อสัญญาไม่ว่าจะโดยการแสดงออกอย่างชัดแจ้ง หรือการแสดงนัยว่าความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างคู่ความนี้ได้ตั้งอยู่บนเกณฑ์ของข้อสันนิษฐานที่ว่าข้อเท็จจริงที่แน่นอนต่างๆ นั้นมีอยู่จริง ฉะนั้นในภายหลังคู่ความในข้อตกลง หรือข้อสัญญานี้จะถูกปิดปากไม่ให้ปฏิเสธในความถูกต้อง หรือความมีอยู่จริงของข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงนั้นๆ ดังนั้น ในกรณีระหว่างเจ้าของที่ดินกับผู้เช่า ผู้เช่าจะปฏิเสธไม่ชำระค่าเช่าให้เจ้าของที่ดินหรือปฏิเสธไม่จัดการซ่อมแซมสิ่งต่างๆ โดยการปฏิเสธว่าเจ้าของที่ดินไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นไม่ได้ กฎหมายอังกฤษยังมีหลักอีกว่า หลักกฎหมายปิดปากโดยข้อสัญญา หรือข้อตกลงนี้ยังจะมีอยู่ต่อไปเพียงในระหว่างที่ข้อตกลง หรือข้อสัญญานั้นมีผลอยู่ ดังนั้น ภายหลังการเช่าสิ้นสุดหรือหมดอายุแล้ว ผู้เช่าก็ไม่ถูกปิดปากที่จะปฏิเสธกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินนั้น และนอกจากนี้หลักกฎหมายปิดปากโดยข้อสัญญา หรือข้อตกลงยังมีการนำไปใช้กับเรื่องตัวการตัวแทน และเรื่องผู้ฝากกับผู้รับฝากอีกด้วย

หลักกฎหมายปิดปากโดยข้อสัญญาหรือข้อตกลง เช่นเดียวกับกับการเกิดของสัญญาจ้างแรงงานขึ้นไม่ว่าจะทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นลายลักษณ์อักษร โดยทำเป็นหนังสือ หรือด้วยวาจาก็ตาม และไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ตามสัญญาทั้งสองฝ่ายต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 6 ว่าด้วยสัญญาจ้างแรงงานมาตรา 575-586⁵⁴

ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วจะต้องเป็นไปตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ตามสัญญา เป็นการปิดปากไม่ให้ปฏิเสธในเรื่องของความถูกต้องแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะทำการเอาไรด์เอาเปรียบอย่างชัดเจนก็ตาม แต่หลักกฎหมายปิดจะต้องใช้บังคับได้จนกว่าสัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญามีอยู่ต่อไประหว่างข้อตกลง หรือข้อสัญญานั้นยังมีผลอยู่

(2) กฎหมายปิดปากโดยการกระทำเป็นตัวแทน (Estoppels by Representation)

เมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้กระทำการเป็นตัวแทน และได้กระทำกับอีกคนหนึ่งไม่ว่าจะโดยการกล่าว การกระทำ หรือโดยความประพฤติซึ่งภายใต้หน้าทีของการกระทำ

⁵³ พงษ์อาจ ตริกิจวัฒนกุล. เล่มเดิม. หน้า 71-80.

⁵⁴ วิจิตรา (ฟุ้งกล้า) วิเชียรชม ก เล่มเดิม. หน้า 18 และ 19.

เป็นตัวแทนแล้ว มีหน้าที่จะต้องพูดหรือกระทำ และไม่ว่าโดยนึ่งหรือการอยู่เฉย จะโดยเจตนาหรือโดยข้อสันนิษฐานก็ตาม และผลจากการกระทำนี้ได้เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้เชื่อในการกระทำเป็นตัวแทนนั้นและทำให้บุคคลนั้นๆ ได้เปลี่ยนฐานะไปจากเดิมจนเกิดความเสียหาย ดังนั้น ถ้าหากมีการฟ้องร้องกันขึ้นมาภายหลังระหว่างผู้กระทำเป็นตัวแทนกับผู้ที่กระทำไปตามที่เชื่อในความเป็นตัวแทนนี้แล้วผู้กระทำเป็นตัวแทนนี้ก็ต้องถูกปิดปากไม่ให้กระทำ หรือพยายามที่หยาบคายพยานหลักฐานเพื่อที่จะยืนยันในการเป็นตัวแทนของเขาในเมื่อบุคคลที่ได้เชื่อได้ตัดค้านไว้แล้ว

ในคดี Freeman v. Cooke ใน [1848] 2 Exch. 654⁵⁵ ผู้รับโอนทรัพย์สินจากบุคคลผู้ล้มละลายไม่ถูกปิดปากในการที่จะพิสูจน์ถึงความเป็นเจ้าของในอสังหาริมทรัพย์ของผู้ล้มละลายซึ่งถูกยึดโดยเจ้าพนักงานเพราะว่าผู้รับโอนได้กล่าวโต้แย้งไว้ชัดเจนในเรื่องบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของ ถึงแม้ว่าบุคคลผู้ล้มละลายจะได้ปฏิเสธว่าตนไม่ได้เป็นเจ้าของก็ตาม นอกจากนี้ตามหลักกฎหมายอังกฤษถือว่า การนิ่งเฉยโดยปราศจากการกระทำหรือความประพฤติอื่นๆ ไม่สามารถที่จะถือได้ว่าเท่ากับเป็นการกระทำเป็นตัวแทน เว้นแต่จะมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นๆ แต่ได้เพิกเฉยไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นๆ

(3) กฎหมายปิดปากโดยความประมาทเลินเล่อ (Estoppels by Negligence)

หลักนี้มีประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ได้นำหลักกฎหมายปิดปากโดยความประมาทเลินเล่อ ซึ่งประเทศอังกฤษ กล่าวว่าบุคคลกระทำไปโดยประมาทนี้จะถูกปิดปากไม่ให้ปฏิเสธในข้อเท็จจริงนั้นๆ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา กฎเกณฑ์ซึ่งคู่ความได้รู้ความจริงอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นจะสิ้นโอกาสอย่างสมบูรณ์ ดังจะได้กล่าวต่อไป

ก. ประเทศอังกฤษ

บุคคลใดซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง แต่ได้กระทำไปโดยประมาทและเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้เชื่อในความเป็นอยู่ หรือการมีอยู่ซึ่งข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง ต่อมาได้กระทำไปตามที่เชื่อจึงได้รับความเสียหาย ดังนี้บุคคลที่ได้กระทำไปโดยประมาทนี้จะถูกปิดปากไม่ให้ปฏิเสธในข้อเท็จจริงนั้นๆ และนอกจากนี้ตามหลักกฎหมายของอังกฤษมีหลักอีกว่าการประมาทของคู่ความนั้นๆ จะทำให้เป็นการง่ายหรือสะดวกในการที่จะทำผิดในการหลอกลวงคู่ความอื่นๆ ฉะนั้นตามหลักเกณฑ์ในข้อนี้บุคคล หรือข้อความที่จะอาศัยประโยชน์ หรือได้รับประโยชน์จากกฎหมายปิดปากโดยความประมาทเลินเล่อนี้ก็คือ ผู้เคราะห์ร้ายจากการถูกลอกลวงของบุคคลซึ่งไม่ใช้ความระมัดระวัง เช่น ในคดี London Joint-Stock Bank, Ltd. V.

⁵⁵ นารีมาน รักรธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 16.

Macmillan ใน [1918] A.C. 777, H.L.⁵⁶ จำเลยเขียนเช็คโดยเงินเลื้อยปล่อยให้มียอดว่างไว้และมอบให้เสมียนไปเบิกจากธนาคาร ดังนั้น เสมียนจึงได้ไปเติมตัวเลขตามจำนวนเงินเพิ่มขึ้นและได้ไปเบิกเงินจากธนาคารซึ่งธนาคารก็ได้จ่ายไปตามจำนวนนี้ ดังนี้ศาลฎีกาอังกฤษจึงได้ตัดสินว่าธนาคารมีสิทธิหักเงินจากบัญชีของจำเลยตามจำนวนที่ธนาคารได้จ่ายไปให้กับเสมียนได้ ทั้งนี้เพราะความประมาทของจำเลยเองที่เขียนเช็คโดยมีช่องว่างไว้จึงทำให้เสมียนเติมตัวเลขเพิ่มขึ้นได้ และเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องใช้ความระมัดระวังแต่กลับไม่ได้ใช้

คดี Coventry Shepherd & Co.v.Great Eastern Roil Co. ใน [1833] 11.Q.B.D. 776⁵⁷ คนงานของบริษัทจำเลยโดยประมาทได้ออกใบรับรองได้เป็น 2 จำนวนต่างๆ ที่มีเพียงจำนวนเดียว เจ้าของสินค้าจึงนำไปรับนี้ไปจำหน่ายเป็น 2 ราย ดังนั้น บริษัทจำเลยจึงถูกปิดปากไม่ให้ปฏิเสธว่าจริงๆ แล้วสินค้านั้นมีเพียงจำนวนเดียวอย่างไรก็ตาม ตามหลักเกณฑ์อังกฤษมีหลักอีกว่า ถ้าบุคคลใดไม่มีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวังแล้วกรณีนี้ก็จะไม่เกิดมีกฎหมายปิดปากโดยการประมาทขึ้น กล่าวคือ บุคคลนั้นจะไม่ถูกปิดปากในการที่จะปฏิเสธว่าความจริงเป็นอย่างอื่น และยังกล่าวอีกว่าในคดีที่มีพยานหลักฐานเป็นเอกสารหนังสือเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับเอกสารแล้วคู่ความแต่ละฝ่ายก็จะไม่มีหน้าที่ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังเลย เช่น ในคดี Campbell Discount Co vigil ใน [1961] Z.All. E.R.104⁵⁸ ราคาซื้อขายซึ่งไม่ใช่ราคาที่แท้จริงลงไป ดังนั้น จำเลยยอมไม่ถูกปิดปากในการที่จะโต้แย้งราคาที่โจทก์เติมลงไปได้ และนอกจากนี้การที่เจ้าหน้าที่ออกใบรับเงินมากกว่าจำนวนที่ได้รับไปนั้นก็ไม่ใช่เป็นการปิดปากเจ้าหน้าที่จะนำสืบว่าเจ้าหน้าที่ได้รับเงินเลย หรือว่าได้รับเงินน้อยกว่าที่ปรากฏในใบรับเงินนั้น เพราะว่าในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังแต่อย่างใด

ในกรณีการจ้างแรงงานนอกจากลูกจ้างจะมีหน้าที่ทำงานในทางการที่จ้างแล้วลูกจ้างยังมีหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของนายจ้าง โดยการซื้อสัตย์สุจริตต่อนายจ้าง เป็นสังคมเรื่องระบบศักดินาเกิดขึ้นในอังกฤษยุคเลิกระบบทาสแรงงาน เนื่องจากการเข้ามาทำงานของลูกจ้างในกฎหมายไม่ได้เขียนสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรลูกจ้างต้องสุจริตต่อนายจ้าง เป็นหน้าที่โดยกฎหมายจารีตประเพณีการทำงานร่วมกันต้องไว้วางใจกันกำหนดว่าลูกจ้างต้องสุจริตต่อนายจ้างต่อการจ้างงาน การลูกจ้างกระทำความผิดแต่การกระทำความผิดของลูกจ้างนั้นกระทำการไปในทางที่สุจริตแต่เกิดจากการประมาทเลินเล่อลูกจ้างจะต้องรับผิดชอบจะอ้างไม่ได้ว่าตนสุจริต

⁵⁶ นารีมาน รักธรรม. เล่มเดิม. หน้า 17.

⁵⁷ แหล่งเดิม.

⁵⁸ แหล่งเดิม.

แม้ทางประเทศอังกฤษจะมีหลักความยุติธรรม (Equity) มาใช้เพื่อกำหนดความสุจริตของกลุ่มสัญญา นอกเหนือไปจากกรณีที่มีการตกลงกัน หรือการตกลงกันที่ได้ทำไปนั้นไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม แต่ในความเป็นจริงศาลอังกฤษในสมัยปัจจุบันไม่ประสงค์ที่จะขยาย หรือนำเอาหลักยุติธรรมมาปรับใช้อย่างที่เคยใช้กันอย่างแพร่หลายในคริสต์วรรษที่ 15-16 กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ศาลไม่ประสงค์จะสร้างกฎหมายหลักความยุติธรรมเพิ่มขึ้นนอกจากที่มีหลักเกณฑ์อยู่แล้ว เพราะในประเทศอังกฤษมีความคิดเห็นว่า หากมีความจำเป็นในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจริงๆ ก็ควรใช้วิธีแก้ไขกฎหมายโดยทางรัฐภายใต้อำนาจนิติบัญญัติโดยเฉพาะมากกว่า นั่นคือยอมรับกันว่าผู้พิพากษานั้นมิใช่ผู้ที่จะตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ หากแต่ผู้พิพากษานั้นเป็นเพียงผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายที่มีมาแต่เดิม ไม่ว่าจะเป็สาขากฎหมายยุติธรรม หรือสาขาคอมมอลลอว์ หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แม้จะเป็นกรณีการใช้หลักยุติธรรมก็ต้องใช้หลักไปตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาที่เคยตัดสินมาแล้วนั่นเอง ดังนั้นจึงทำให้บางครั้ง แม้สามารถจะใช้หลักความยุติธรรมได้ แต่ศาลก็ไม่ยอมใช้ แม้ว่ากรยอมรับบังคับให้ตามสัญญานั้นจะไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเท่าๆ กันก็ตาม ศาลยังยึดติดที่จะบังคับให้เป็นไปตามสัญญาโดยเคร่งครัดอยู่นั่นเอง⁵⁹

ข. ประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้หลักกฎหมายปิดปาก โดยความประพฤติ การนำหลักกฎหมายเรื่องความสุจริตไปใช้ในเรื่องของความเชื่อสัตย์สุจริตในสัญญาหรือทางการค้าแล้ว กฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็ได้นำไปใช้ในรูปของหลักกฎหมายปิดปาก โดยความประพฤติด้วย หลักกฎหมายปิดปากตามสหรัฐอเมริกานั้นถือว่าหลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤตินี้ก็คือกฎเกณฑ์ซึ่งคู่ความได้รู้ความจริงอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นจะสิ้นโอกาสอย่างสมบูรณ์ ไม่ว่าจะทั้งในด้านกฎหมายหรือความยุติธรรมในการที่จะปฏิเสธหรือกล่าวอ้างเป็นอย่างอื่น หรือกล่าวอ้างในทางตรงกันข้ามในเรื่องข้อเท็จจริงที่สำคัญ ไม่ว่าจะโดยคำพูดหรือความประพฤติ โดยการยืนยันหรือการปฏิเสธและจะโดยเจตนาหรือโดยประมาทเลินเล่อก็ตามซึ่งได้ทำไว้หรือชักชวนให้บุคคลอื่นได้หลงเชื่อและได้ไปกระทำตามที่เชื่อนั้น จนทำให้ฐานะเดิมของเขาต้องเปลี่ยนแปลงไปและเกิดความเสียหายขึ้น เช่น ในคดี Taylor v. Quinn ใน 68 Ohio App, 22⁶⁰ ศาลได้วางหลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤตินี้มีรากฐานอยู่บนทฤษฎีที่ว่าเมื่อบุคคลใด ซึ่งโดยความประพฤติของเขาแล้วได้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือ

⁵⁹ พนิต เหล่าจรุงเกษสัชกร. เล่มเดิม. หน้า 160.

⁶⁰ นาริมาน รักธรรม. เล่มเดิม. หน้า 20.

ได้รับความเสียหายหรือทำให้ต้องเสียเปรียบ ดังนั้น บุคคลนั้นก็จะถูกปิดปากในการที่จะอาศัยประโยชน์จากความประพุดิเช่นนั้น

ในคดี *Sanborn v. Maryland Casualty Co.* ใน 255 fowa 1319, 125 NW 2d 758⁶¹ ศาลได้กล่าวว่กฎหมายปิดปากโดยความประพุดิมีรากฐานอยู่บนความคิดที่ว่าเมื่อบุคคลใดได้กระทำการเป็นตัวแทนโดยชัดแจ้งแล้ว ภายหลังจากนั้นบุคคลนี้จะมาเปลี่ยนแปลงฐานะของตนอันจะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งได้เชื่อในการกระทำเป็นตัวแทนนั้นไม่ได้

*Dalton*⁶² กล่าวว่ามีการใช้หลักสุจริตในสถานการณ์ต่างกัน ส่วนใหญ่เป็นกรณีการกระทำตามดุลยพินิจภายใต้สัญญา ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่มีปัญหาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในการกำหนดปริมาณของสินค้าภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของสหรัฐ ปริมาณสินค้าดังกล่าวต้องเกิดขึ้นจากเจตนาสุจริต ในมาตรา 2-306 (1)⁶³ การลดปริมาณสินค้าไม่ว่าในกรณีใดๆ รวมทั้งการเพิ่มปริมาณจะต้องเป็นกรณีที่สุจริตทั้งสิ้น ดังนั้น ผู้ซื้อไม่มีสิทธิกักตุนหรือจำกัดสินค้าได้ (*Homestake Mining Co v Washington Public Power Supply System*, 476F Supp 1162. at 1168 (ND Cal 1979), 652 F 2d 28 (9th Cir 1981))⁶⁴ ศาลกำหนดให้คู่สัญญาเคารพหลักสุจริตในการปฏิบัติตามดุลยพินิจด้วย แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของสหรัฐ จะไม่ได้บัญญัติไว้ก็ตาม และในกรณีของสัญญาระหว่างผู้เขียนและสำนักพิมพ์ ถ้าสำนักพิมพ์จะปรับปรุงต้นฉบับ โดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เขียนก่อน สำนักพิมพ์จะต้องกระทำด้วยความสุจริต (*Doubleday and Co inc v Curtis*, 763 F 2d 495 (2d Cir 1985); cert dismissed, 474 US 912,88 L Ed 2d 247 (1985))⁶⁵ ในกรณีธุรกิจแฟรนไชส์และผู้แทนจำหน่ายที่สามารถยุติเวลาใดก็ได้ก็ตามแต่ความต้องการ ซึ่งศาลขอให้นำหลักสุจริตเข้ามาเพื่อปกป้องธุรกิจแฟรนไชส์และผู้แทนจำหน่าย ใน *Bak-A-Lum Corpn of America v America Building Products* 351 A 2d 349 (NJ 1976)⁶⁶ แต่ในสัญญาจ้างแรงงานศาลไม่ได้เรียกร้องให้เคารพหลักสุจริตมากนัก โดยการให้เหตุผลว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเลิกสัญญาได้โดยลำพังหากมีเหตุผลที่ดีแต่ไม่ใช่ภายใต้กฎเกณฑ์ของหลักสุจริต ในบางตัวอย่างหลัก

⁶¹ แหล่งเดิม.

⁶² วันเพ็ญ หนูเกตุ. (2547). *บทบาทของหลักสุจริตที่มีต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ*. หน้า 9. อ้างถึงใน Barian Dalton, Beatson, Jack and Friedmann, Daniel. (1965). *Good Faith and Fault in Contract Law*. pp. 159 and 160.

⁶³ วันเพ็ญ หนูเกตุ. เล่มเดิม. หน้า 9.

⁶⁴ แหล่งเดิม. หน้า 10.

⁶⁵ แหล่งเดิม.

⁶⁶ แหล่งเดิม.

สุจริตไม่ได้เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่ควบคุมความประพฤติกรรมของคู่สัญญาแต่ครอบคลุมไปถึงการสื่อสาร เช่น การตอบรับด้วย คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องอยู่ภายใต้หน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือกับคู่สัญญาฝ่ายอื่นอย่างเป็นขั้นตอนเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายของสัญญา⁶⁷

ผู้ศึกษาเห็นว่า สัญญาจ้างแรงงานควรต้องเคารพหลักสุจริตเหมือนกฎหมายอื่นๆ เช่นเดียวกัน เพราะสัญญาจ้างแรงงานเกิดจากการตกลงของคู่สัญญาที่ตกลงกันทำสัญญาเพื่อทำงาน ถ้าอาศัยแต่เหตุผลที่ดีแต่เอาไรด์เอาเปรียบ หรือไม่มีความเท่าเทียมกันทั้งสองฝ่าย อันเป็นการขัดต่อหลักสุจริต ดังนั้น สัญญาจ้างแรงงานที่ยุติธรรมที่สุดควรจะเคารพหลักสุจริตและนำมาปรับใช้กับสัญญาจ้างแรงงานด้วย

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกากล่าวว่า คู่ความกล่าวอ้างหลักกฎหมายปิดปากไม่อาจชนะคดีได้ หากไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามีองค์ประกอบของกฎหมายปิดปากอยู่ในกรณีที่เกิดขึ้นนั้น ซึ่งองค์ประกอบของกฎหมายปิดปาก คือ

1. คู่ความที่ถูกปิดปากต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น
2. คู่ความตั้งใจว่าการกระทำของเขาจะได้รับการปฏิบัติตาม หรือต้องถูกปฏิบัติตามที่คู่ความที่กล่าวอ้างหลักกฎหมายปิดปากมีสิทธิที่จะเชื่อเช่นนั้น
3. คู่ความที่กล่าวอ้างต้องไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น และ
4. คู่ความต้องเชื่อใจในการกระทำครั้งก่อนและได้รับความเสียหาย
5. ขณะที่ศาลฎีกาได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์การกล่าวอ้างหลักกฎหมายปิดปากแล้ว ศาลสหพันธรัฐทั้งหลายรวมถึงศาลฎีกาเองก็ได้วินิจฉัยว่าเมื่อคู่ความกล่าวอ้างหลักกฎหมายปิดปากกับรัฐบาลรวมถึงสรรพากรจะต้องมีการแสดงให้เห็นว่ารัฐบาลเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ยืนยันมากกว่าเพียงแค่การประมาทเลินเล่อเท่านั้น⁶⁸

3.2.1.3 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีหลักทั่วไปเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แต่หลักกฎหมายของระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะมีหลักของละเมิดเป็นเรื่องราว ไปว่าการกระทำเช่นไรเป็นละเมิดเรื่องใด ซึ่งละเมิดของประเทศเหล่านี้ที่พอจะเทียบเคียงได้กับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ได้แก่ การทำความเดือดร้อนรำคาญ ละเมิดที่เกิดจากข้อเท็จจริงไม่ถึงกับเป็นหมิ่นประมาท (Injurious Falsehood) การทำให้หลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า (Hissing off) และสิทธิทางศาลโดยไม่สุจริต (Abuse of Legal Procedure)

⁶⁷ แหล่งเดิม.

⁶⁸ นาริมาน รักธรรม. เล่มเดิม. หน้า 86 และ 87.

การทำคามเดือดร้อนรำคาญ หมายถึง การกระทำซึ่งเกิดจากการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเขาโดยไม่สมควร ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการขัดขวางหรือทำให้เสียแก่สิทธิของบุคคลอื่น หรือของสาธารณชน อันมีผลเป็นการรบกวนความสะอาด ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น เช่น การใช้ทรัพย์สินของตนทำให้เกิดควัน กลิ่น เสียงหรือความสั่นสะเทือนที่เกินสมควร สัตว์ที่เป็นอันตราย รากต้นไม้เติบโตในที่ดินของเพื่อนบ้าน การยื่นล้ำของกิ่งไม้เข้าไปในที่ดินของเพื่อนบ้าน เป็นต้น

สำหรับละเมิดที่เกิดจากข้อเท็จจริงที่ไม่ถึงกับเป็นหมิ่นประมาท (Injurious Falsehood) หรือ (Malicious Falsehood) เป็นหลักกฎหมายละเมิดที่พอจะนำมาเทียบเคียงกับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ เพราะเป็นกรณีการใช้สิทธิโดยการแสดงข้อความเท็จ แต่ไม่ถึงกับเข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่ก็เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จึงอาจต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามหลัก (Injurious Falsehood) นี้ได้

องค์ประกอบของ (Injurious Falsehood) ได้แก่

- 1) จำเลยได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จ
- 2) มีเจตนาร้าย (Malice)
- 3) เกี่ยวกับบุคคล หรือทรัพย์สิน และสินค้าของเขา
- 4) เป็นการหลอกลวงบุคคลอื่น
- 5) ด้วยผลของการกระทำเช่นนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์

การทำให้หลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า (Passing off) เป็นกรณีการใช้สิทธิในการกล่าวหลอกลวงผู้อื่น แต่ไม่ถึงกับเป็นการฉ้อโกง แต่ก็อาจเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต องค์ประกอบที่สำคัญของ Passing off คือ เป็นการกระทำโดยจงใจ เพื่อที่จะทำให้บุคคลโดยทั่วไปเชื่อว่าสินค้าของบุคคลหนึ่งเป็นสินค้าของอีกบุคคลหนึ่ง เพื่อที่จะทำผิดกฎหมายและทำให้บุคคลนั้นได้เปรียบในทางชื่อเสียงเป็นการละเมิดสิทธิในทางชื่อเสียงในทางการค้า หรือทางธุรกิจของเขา กรณี (Passing off) นี้โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความเสียหาย

Passing Off อาจถือว่าเป็นการละเมิดได้ แม้จำเลยกระทำโดยไม่มีเจตนาร้ายต่อโจทก์เลยก็ตาม ซึ่งแตกต่างจากกรณีการกล่าวเท็จโดยมีเจตนา (Injurious Falsehood) การกระทำของจำเลยในกรณี Passing off นั้น เพียงรู้ว่าข้อความเท็จก็ผิดแล้ว จำเลยไม่จำเป็นต้องเจตนาจะแกล้งโจทก์ หรือรู้ว่าโจทก์อาจเสียหายถึงจะผิด⁶⁹

⁶⁹ มาลัย ธรรมโชติง. (2545). การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยไม่สุจริต. หน้า 43.

3.2.2 ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

จากการศึกษา หลักสุจริต (Treu Und Glute) ได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายในประเทศต่างๆ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และรวมถึงประเทศในแถบเอเชีย คือ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทยด้วย และเป็นแบบอย่างประเทศอื่นๆ นำหลักสุจริตไปใช้บัญญัติในกฎหมาย โดยมีการนำหลักสุจริตไปใช้ในกฎหมายเอกชน กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายมหาชน จากการศึกษาผู้ศึกษาจะนำหลักการขอบเขตปัญหาหลักสุจริตของประเทศต่างๆ มาพิจารณาเปรียบเทียบ เพื่อนำหลักสุจริตไปบังคับใช้ในสัญญาจ้างแรงงานของไทยให้ได้ประโยชน์และยุติธรรมที่สุด

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นประเทศแรกที่ยอมรับหลักสุจริตในกฎหมายโรมัน โดยได้นำหลักสุจริตมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก ในประมวลกฎหมายแพ่ง (Burgerliches Gesetzuch: B.G.B.) ปีคริสต์ศักราช 1900 โดยถือว่าหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไป เป็นบทครอบจักรวาล เป็นหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ที่สุดของกฎหมายแพ่ง และเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งด้วย ซึ่งประเทศไทยได้นำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นหลักกว้างๆ ทั่วไป และหลักเฉพาะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ยังไม่ครอบคลุมทุกกรณี หรือทุกประเภทกฎหมายทั้งที่กฎหมายอีกหลายประเภทนั้นสามารถนำหลักสุจริตมาบัญญัติใช้บังคับได้ เช่น กฎหมายแรงงาน เป็นต้น

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผู้ศึกษาได้ค้นคว้ากฎหมายประเทศต่างๆ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส เกาหลี สาธารณรัฐประชาชนจีน ญี่ปุ่น เป็นต้น เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับหลักสุจริต และนำไปปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในกฎหมายแรงงานเพื่อเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้ต่อไป

3.2.2.1 บทบัญญัติตามหลักสุจริต

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหมือนกันกับประเทศไทย และเป็นประเทศที่ได้นำหลักสุจริตมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นประเทศแรก ซึ่งผู้ศึกษาจึงได้นำบทบัญญัติกฎหมายตามหลักสุจริตมาทำการศึกษาเปรียบเทียบเพื่อมาปรับใช้กับกฎหมายแรงงานของไทย

1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันคำว่าความสุจริต (Bona Fides) ถูกแทนที่ด้วยคำว่า Treu Und Glube มีความหมาย คือ ความแท้จริงของคำมั่นสัญญา และความแท้จริงของการรับรอง หรือการยืนยัน (Sincerity of Promises and Affirmations) ความไว้วางใจที่

มอบให้ต่อความซื่อสัตย์และความจริงใจของคู่สัญญาอีกฝ่าย รวมถึงความเชื่อที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีผลประโยชน์ขัดกันจะยังคงปฏิบัติตนด้วยความซื่อสัตย์ ตามหลักเกณฑ์เช่นนี้หากเป็นเรื่องหนึ่งแล้ว อาจกล่าวได้ว่าลูกหนี้ถูกผูกมัดให้ยอมชำระหนี้อย่างสอดคล้องกับความมั่นใจที่เจ้าหนี้มอบให้เขา และให้ชำระหนี้โดยสอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับของสังคมด้วย⁷⁰

มาตรา 157 “สัญญาอันต้องตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” (Section 157 B.G.B. “Contracts shall be Interpreted According to the Requirements of Good Faith, Ordinary usage being taken into Consideration.”)

มาตรา 226 “การใช้สิทธิซึ่งมีวัตถุประสงค์แต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้นเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Section 226 B.G.B. “The Exercise of A right. Which can only have the Purpose of Causing Injury to another, is Unlawful.”)

หลักสุจริตอันเป็นหลักทั่วไปที่ปรากฏใน B.G.B. บทบัญญัติที่เป็นแม่บทคือ มาตรา 242 มีเนื้อความว่า “ลูกหนี้ต้องปฏิบัติกรให้เป็นไปตามหลักสุจริต ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย” (The debtor is obliged to perform in such a manner as good faith requires, regard being paid to general practice)

บทบัญญัตินี้เป็นหลักกฎหมายทางจริยธรรม (Principle of Legal Ethics) อันเป็นพื้นฐานของกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งระบบ^{71 72} คู่สัญญาจะถูกควบคุมให้มีการปฏิบัติชำระหนี้ต่อกันโดยสุจริต เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาที่แท้จริง ในเยอรมันศาลให้บทบัญญัตินี้อย่างกว้างขวางโดยใช้วิธีการตีความ ทำให้เกิดหลักกฎหมายปลีกย่อยของบทบัญญัตินี้ในหลายๆ กรณีและบทบัญญัตินี้ถือเป็นประตูที่เปิดรับเอาหลักกฎหมายธรรมดา และหลักสิทธิมนุษยชน เข้ามาสู่ระบบกฎหมายแพ่งเยอรมัน^{73 74} ทำให้ระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันสมบูรณ์

⁷⁰ นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 30. อ้างถึงใน Saul Litvinoff. (1997). “Good Faith.” *Tulane Law Review*. p. 1654.

⁷¹ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 70. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1968). *Manual German Law*. p. 97.

⁷² สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 70. อ้างถึงใน Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, (1982). *An Introduction German Private and Commercial Law*. p.135.

⁷³ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 70. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1982). *An Introduction Private and Commercial Law*. p. 137.

⁷⁴ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 70. อ้างถึงใน Nigel G. Foster. (1993). *German Law and Legal System*. p. 200.

สามารถปรับใช้กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงของสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบัน สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้ทุกกรณี

ผู้ศึกษาเห็นว่า น่าจะเหมาะสมอย่างยิ่งในการที่จะนำมาใช้กับสัญญาจ้างแรงงานทั้งนี้เพราะประเทศไทยหรือไม่ว่าประเทศใดๆ ก็ตามมักจะมีสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงในสังคม และเศรษฐกิจอยู่ตลอดเวลาทำให้สัญญาจ้างแรงงานที่ทำอยู่ขณะนั้นไม่เป็นไปตามข้อตกลงที่เหมาะสมสำหรับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลง หรือไม่ได้รับความเป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกันทั้งสองฝ่าย

ศาลเยอรมันได้แก้ไขหลักกฎหมายตามมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอย่างกว้างขวางมาก ความมุ่งหมายเดิมของมาตรานี้คงต้องการเพียงให้มีการคำนึงถึงเนื้อหาที่แท้จริงของหนี้ตามสัญญา และเพียงเพื่อกำหนดลักษณะและวิธีการชำระหนี้เช่นว่าบุคคลไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ในเวลาที่ไม่สะดวก บางกรณีทรัพย์สินจะต้องบรรจุหีบห่อให้เรียบร้อย และบางกรณีต้องมีข้อแนะนำการใช้ทรัพย์สินด้วย แต่ตอนหลังบทบัญญัตินี้ได้กลายเป็นบทควบคุมเกี่ยวกับการชำระหนี้ที่สำคัญอย่างยิ่ง และเป็นหลักนิติศาสตร์ประกอบหลักจริยธรรมครอบคลุมไปทั่วระบบกฎหมาย ศาลเยอรมันได้แปลมาตรานี้อุดช่องโหว่ต่างๆ ของกฎหมายและใช้เป็นหลักในการพัฒนากฎหมายเอกชนตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติเป็นการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งให้ทันสมัยขึ้น

นอกจากนั้นศาลถือว่าผู้ได้รับสิทธิอุปถัมภ์จะต้องปฏิบัติหน้าที่อุปถัมภ์ นอกเหนือไปจากหน้าที่ประธานด้วย เช่น แม้จะเลิกสัญญาเช่าและผู้เช่าย้ายไปอยู่ที่อื่นแล้ว ผู้ให้เช่าก็ยังคงส่งจดหมายหรือไปรษณียบัตรของผู้เช่าต่อไปให้ผู้เช่ายังที่อยู่ใหม่ด้วย

การชำระหนี้จะต้องเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไป ก็อาจถือได้ว่าการชำระหนี้กลายเป็นพันธะทางเศรษฐกิจ ศาลจะไม่บังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เนื่องจากหนี้ซึ่งระบุเป็นเงินตราเยอรมันไร้ค่าเพราะค่าของเงินตกมาก ศาลก็แปลสัญญาให้บังคับชำระหนี้กันตามเงินตรารุ่นใหม่ในอัตราที่เป็นธรรม (Doctrine of Revalorization) ซึ่งต่อมาเกิดเป็นหลักการร้องขอให้ปรับค่าของเงินในสมัยที่ค่าของเงินตก แม้แต่การบังคับคดีตามคำพิพากษาถ้าเป็นการไม่สุจริต ศาลก็จะไม่บังคับใช้ เพราะไม่เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี

หลักกฎหมายใหม่ๆ หลายเรื่องที่ศาลเยอรมันพัฒนาขึ้นมาจากหลักเรื่องความสุจริต เช่น หลักการผิดสัญญาในการชำระหนี้ หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวในเรื่องละเมิดและการขยายหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเพื่อบุคคลที่สามให้ใช้ได้กว้างขวางขึ้น

ศาลเยอรมันแปลความใช้หลักสุจริตอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าทำให้เกิดความไม่แน่นอนของกฎหมายขึ้นได้เหมือนกัน แต่ก็มุ่งไปในทางให้เกิดความเป็นธรรมทำนอง

เดียวกับที่ศาลอังกฤษเคยนำหลักความยุติธรรม (Equity) มาใช้เพื่อแก้ความไม่เป็นธรรม ซึ่งเกิดจากการใช้กฎหมายคอมมอลลอว์ในอดีตนั่นเอง⁷⁵

ด้วยลักษณะของการปรับใช้หลักสุจริตเป็นลักษณะวินิจฉัยตามแต่กรณีที่เกิดขึ้นจริง คล้ายกับนิติวิธีของระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งจะเป็นวิธีการพัฒนากฎหมายจากกรณีเฉพาะรายมาสู่หลักทั่วไป บทบัญญัติมาตรา 242 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันทำให้เกิดลักษณะพิเศษดังกล่าวในระบบซivilลอว์ เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายทั่วไปของกฎหมายแพ่งเยอรมันพัฒนาจากคดีที่เกิดขึ้นจริง อาจกล่าวได้ แม้ในระบบศาลเยอรมันจะไม่มีระบบศาลยุติธรรมเหมือนกับประเทศอังกฤษ แต่ศาลเยอรมันก็ได้อาศัยบทบัญญัติมาตรา 242 พัฒนาหลักกฎหมายที่มีความเป็นธรรมดังเช่นในระบบคอมมอลลอว์ได้โดยนิติวิธีของระบบซivilลอว์ โดยนำวิธีการตีความกฎหมายให้มีขอบเขตการใช้บทบัญญัติของหลักสุจริตอย่างกว้างขวาง⁷⁶ เพื่อปรับใช้ให้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้น

ผู้ศึกษาเห็นว่า ถ้าประเทศไทยนำหลักสุจริตมาใช้ในคดีที่เกิดขึ้นจริงกับสัญญาจ้างแรงงานจะทำให้เกิดความยุติธรรมมากขึ้น แต่ทั้งนี้การนำหลักสุจริตมาใช้ต้องสุจริตอย่างแท้จริงโดยที่ผู้นำมาใช้จะต้องไม่ถือประโยชน์จากหลักนี้เพื่อให้ตนได้รับประโยชน์หรือพ้นจากความรับผิดชอบ

ในการปรับใช้มาตรา 242 นี้ แม้เนื้อหาในบทบัญญัติดังกล่าว จะเป็นเพียงการกำหนดให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้โดยสุจริตเท่านั้น แต่ในแนวคิดเห็นของศาลเยอรมันได้นำมาปรับใช้ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวางและเป็นที่ยอมรับ

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศแรก และเป็นผู้นำที่ยอมรับหลักสุจริตของกฎหมายโรมันมาบัญญัติไว้ในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยถือว่าหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปและเป็นหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายแพ่ง และเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งด้วย นอกจากนั้น หลักสุจริตของเยอรมันที่เรียกว่า Treu Und Glauben หมายความว่าหลักเกณฑ์ของหลักสุจริตมีลักษณะที่เป็นนามธรรม ไม่สามารถวางหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจน (Unbestimmter Rechtsbegriff) กฎหมายชนิดนี้หลักนิติศาสตร์เยอรมันเรียกว่าเป็น “บทกฎหมายครอบจักรวาล” หลักสุจริตของกฎหมายเยอรมันนี้มีวัตถุประสงค์ให้มิบเทาพาทหน้าที่ หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมมาตรฐานความประพฤติของบุคคลในสังคม แล้วนำมาปรับใช้ในทางกฎหมาย

⁷⁵ โสภณ รัตนกร. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. หน้า. 97-101.

⁷⁶ สุจิต ปัญญาพุกภัย. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 71. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1991). **Manual German Law.** p. 101.

ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริง และเพื่อมอบอำนาจให้ผู้พิพากษาได้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีเพื่อขจัดปัญหาหรือความไม่ยุติธรรมต่างๆ หรือข้อบกพร่อง หรือข้อสัญญาที่ได้กำหนดไว้เพื่อเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างไม่เป็นธรรม

ผู้ศึกษาเห็นว่า การเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเช่น นายจ้างเอาเปรียบลูกจ้างในเรื่องของสัญญาการกำหนดระเบียบสัญญาจ้างแรงงานให้ได้ประโยชน์มากกว่าลูกจ้าง โดยอาศัยข้อบกพร่องของกฎหมายแรงงานที่มีช่องโหว่ให้นายจ้างใช้สิทธิไม่สุจริตได้

(1) การประกาศรับสมัครงาน

ผู้ศึกษาเห็นว่า ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมิได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคของชายและหญิงในสถานที่ทำงาน ในการประกาศรับสมัครงาน ห้ามมิให้ในประกาศรับสมัครบุคคลเข้าทำงานนั้นเฉพาะหญิงหรือชาย เว้นเสียแต่ว่าลักษณะของงานมีความจำเป็นที่จะต้องเจาะจงให้เพศใดเพศหนึ่งทำโดยเฉพาะ⁷⁷ ซึ่งจะได้นำไปปรับใช้กับสัญญาจ้างแรงงานของไทยและอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต และ

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังกำหนดเรื่อง การเกษียณอายุเป็นสาเหตุหนึ่งในการสิ้นสุดของสัญญาจ้างแรงงาน แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าลูกจ้างเอกชนเกษียณอายุที่เกณฑ์อายุเท่าใด เป็นเรื่องที่ทำให้คู่สัญญาไปตกลงกันเอง แต่เมื่อใดที่ลูกจ้างมีอายุถึงเกณฑ์เกษียณตามสัญญาจ้าง สัญญาจ้างเป็นอันสิ้นสุดลง⁷⁸

(2) การเกษียณอายุ

การเรียกร้องเงินตอบแทนการเกษียณอายุอยู่บนพื้นฐานของข้อตกลงที่รวบรวมไว้ข้อตกลงเกี่ยวกับการทำงาน หรือสัญญาจ้างแรงงานหากนายจ้างฝ่าฝืนการปฏิบัติที่นายจ้างเป็นผู้กำหนดเอง ลูกจ้างได้รับความคุ้มครองตามคำพิพากษาของศาลบนฐานในทางปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน⁷⁹

ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดการเกษียณอายุของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น พบว่ามีช่องว่างสามารถให้นายจ้างเป็นผู้กำหนดสัญญาจ้างแรงงานและ

⁷⁷ สมบัติ เบลูจสิริมงคล. (2542). กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคในประเทศเยอรมัน. หน้า 106-108.

⁷⁸ สุรัสวดี เข็มสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2552,

จาก www.ilo.org/public/english/dialogue/itpdial/ll/ger.htm/pub/pub_emp.htm

⁷⁹ ปาริชาติ แจ่มกระจ่าง. (2548). ลูกจ้างเกษียณอายุ. หน้า 72. อ้างถึงใน Th. Ramm and Monica Smith. (1979). *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Reiatrtrial Relations Vol.4.* p. 130.

ไม่ให้ความคุ้มครองได้ครบทุกด้าน อันทำให้ลูกจ้างเสียเปรียบถ้านำมาปรับใช้กับกฎหมายแรงงานของประเทศไทย แต่ข้อดีของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ให้ความเท่าเทียมในทางปฏิบัติที่ได้รับความคุ้มครองจากศาล แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะเหมาะสมหรือไม่ และสามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายแรงงานของประเทศไทยได้ดีเพียงไร ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นประเทศที่น่าหลักสุจริตไปบัญญัติใช้เช่นเดียวกัน ดังนั้น การนำบทบัญญัติกฎหมายควรให้อยู่บนพื้นฐานหลักสุจริต มาปรับใช้กับบทบัญญัติกฎหมายแรงงานของประเทศไทยได้หรือไม่ ต้องพิจารณาเปรียบเทียบต่อไป

2) ประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1134 วรรค 3 มีข้อความว่า “สัญญาต้องได้รับการปฏิบัติโดยสุจริต” (Contract must be executed in good faith) มาตรา 1134 วรรค 3 เป็นแม่บทของหลักสุจริต ข้อความของบทบัญญัติก็มีความชัดเจนว่าการปฏิบัติตามสัญญาให้ยึดหลักสุจริตเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาได้ว่า หลักสุจริตเป็นมาตรฐานของสังคม ประเทศไทยควรนำหลักสุจริตมาบัญญัติไว้กฎหมายแรงงานเพื่อความชัดเจนเป็นหลักเกณฑ์และการนำไปใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ตามจะเหมาะสมในการแก้ไขปัญหาในสัญญาจ้างแรงงานหรือไม่ ผู้ศึกษาจะพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศที่ใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรด้วย

ในกฎหมายฝรั่งเศสตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง (Code Civil) สัญญาทุกประเภทจะผูกมัดคู่สัญญาให้มีหน้าที่ตามที่กำหนดโดยความเป็นธรรม โดยธรรมเนียม และโดยกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะของสัญญา คู่สัญญาจะถูกผูกมัดโดยสัญญาให้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาด้วยความสุจริต⁸⁰

กฎหมายแรงงานฝรั่งเศสเกี่ยวกับการเลิกจ้างก็ คือ ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส (Code du Travail)

ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสนี้รวบรวมกฎหมาย กฎเกณฑ์ ระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการจ้างงาน การเลิกจ้างตลอดจนการพิจารณาคดีแรงงาน สัญญาจ้างแรงงานในกฎหมายฝรั่งเศสมี 2 ประเภท คือ สัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดแน่นอน และสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่

⁸⁰ นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 39. อ้างถึงใน Saul Litvinoff. (1997). “Good Faith.” *Tulane Law Review*. p. 1653.

มีกำหนดแน่นอน สัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดเวลาแน่นอนนั้นไม่น้อยตาม ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส มาตรา L. 122-2⁸¹

มาตรการเยียวยาการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม

ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส มาตรา L. 122-14-4 การเลิกจ้างที่กระทำโดยมิได้ปฏิบัติตามวิธีการดำเนินการตามกำหนดไว้โดยกฎหมายแต่มีสาเหตุที่เป็นจริงและสมควรในการเลิกจ้าง ศาลมีอำนาจเสนอให้ลูกจ้างกลับเข้าทำงานในตำแหน่งเดิมโดยมีสิทธิและหน้าที่ตามที่เคยมีอยู่ แต่หากนายจ้างไม่ยอมรับข้อเสนอ ศาลชอบที่จะสั่งให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างเป็นจำนวนเงินไม่น้อยกว่า 6 เดือนสุดท้าย ทั้งลูกจ้างยังมีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส มาตรา L. 122-9⁸²

3) ประเทศนิวซีแลนด์

พระราชบัญญัติการจ้างแรงงานสัมพันธ์ ค.ศ. 2000 การจ้างแรงงานสัมพันธ์อย่างสุจริตมาตรา 4 มีข้อความว่า “คู่สัญญาตามความสัมพันธ์จ้างแรงงานจะต้องปฏิบัติต่อกันอย่างสุจริต⁸³

มาตรา 4 (1ก) “หน้าที่ปฏิบัติต่อกันอย่างสุจริตตาม (1) (ก) มีขอบเขตกว้างกว่าหน้าที่ความเชื่อถือและไว้วางใจระหว่างกันโดยปริยาย”⁸⁴

4) ประเทศเกาหลี

จากการศึกษาพบว่า ประเทศเกาหลีมีกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรงไว้โดยเฉพาะ (Act Relating to Protection, etc. for Dispatched Workers) ซึ่งในการศึกษาเฉพาะกรณีเปรียบเทียบกับร่างมาตรา 6 (มาตรา 11/1 วรรค 2) ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ

⁸¹ ปิ่นวลี สุจริตกุล. (2538). เทคโนโลยีสมัยใหม่กับการเลิกจ้างในภาคอุตสาหกรรม. หน้า 131 และ 132. อ้างถึงใน Dalloz. (1991). *Code du Travail*. p. 21 and 22.

⁸² ปิ่นวลี สุจริตกุล. (2538). เทคโนโลยีสมัยใหม่กับการเลิกจ้างในภาคอุตสาหกรรม. หน้า 151 และ 152. อ้างถึงใน Jean-Claude Javillier. (1981). *Droit du Travail*. p. 303 and 304.

⁸³ New Zealand Legislation: Acts. (2010, 30 October). Employment Relations Act 2000. Retrieved September 25, 2011,

from <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0024/latest/whole.html#DLM58328>

⁸⁴ New Zealand Legislation: Acts. (2010, 30 October). Employment Relations Act 2000. Retrieved September 25, 2011,

from <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0024/latest/whole.html#DLM58328>

ภายใต้สภาพการจ้างที่เป็นมาตรฐานเดียวกันนั้น ปรากฏว่า กฎหมายของประเทศเกาหลีฉบับนี้ได้กำหนดหลักการว่า ผู้ประกอบกิจการ และผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างในระบบกับลูกจ้างจากการเหมาค่าแรงโดยไม่เลือกปฏิบัติไว้ ดังนี้⁸⁵

มาตรา 21 การปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (Equal Treatment)

ผู้รับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการต้องไม่ปฏิบัติต่อลูกจ้างจากการเหมาค่าแรงในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติเมื่อเปรียบเทียบกับลูกจ้างที่ทำงานอย่างเดียวกันในธุรกิจ (A sending Employer and a using Employer shall not treat a Dispatched Worker in a Discriminatory Manner in Comparison with A worker who performs the same Work in the Business.)

นอกจากนี้ ยังกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการและผู้รับเหมาค่าแรงไว้แตกต่างกันอย่างชัดเจน โดยหน้าที่ของผู้ประกอบการคือ การปฏิบัติตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง⁸⁶ การกำหนดให้มีพนักงานรับผิดชอบกรณีการจ้างเหมาค่าแรงไว้โดยเฉพาะการกำหนดให้เป็นลูกหนี้ร่วมในความรับผิดชอบเกี่ยวกับการผิคนัดชำระหนี้ค่าจ้างของผู้รับเหมาฯ และกฎหมายให้ถือว่าเป็นนายจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานเพื่อการนี้ด้วย⁸⁷ เป็นต้น⁸⁸

5) ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

กฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่ของจีนซึ่งจะเริ่มมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2008 (พ.ศ. 2551)⁸⁹ กำหนดให้คนทำงานเหล่านี้ ได้รับค่าตอบแทนในการทำงานเท่ากับผู้ทำงานใน

⁸⁵ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

⁸⁶ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552.

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

⁸⁷ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

⁸⁸ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก [http://www.molap.go.kr.8001/download/20051220150227219., 20for20% Dispatched% 20 Workers. pdf](http://www.molap.go.kr.8001/download/20051220150227219.,%20for20%20Dispatched%20Workers.pdf)

⁸⁹ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

ลักษณะเดียวกันนั้นแต่หากปรากฏว่าไม่มีคนทำงานในลักษณะเดียวกันในสถานประกอบการ ขณะนั้นก็ให้เทียบอัตราค่าตอบแทนกับคนทำงานในลักษณะเดียวกันในสถานประกอบการอื่นที่ ผู้รับเหมาฯ มีการจัดส่งคนไปทำงานและกฎหมายก็ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบการสร้าง หน่วยงานของตนขึ้นเพื่อประกอบกิจการเป็นผู้รับเหมาฯ งานของตนเอง ทั้งนี้เพื่อป้องกันการ หลีกเลี่ยงกฎหมาย⁹⁰

6) ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายคุ้มครองแรงงานของประเทศญี่ปุ่น⁹¹ ได้กล่าวถึง ผู้รับเหมาช่วง (Subcontractor)⁹² ไว้เพียง 2 มาตรา ได้แก่มาตรา 27 และมาตรา 87 โดยกำหนดในเรื่องของการ คำนวณค่าจ้างตามผลงานในกรณีที่เป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาช่วง⁹³ และการกำหนดเรื่องความรับผิดชอบ ในค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่ลูกจ้างได้รับบาดเจ็บจากการทำงานโดยให้ถือว่า ผู้รับเหมาขั้นต้นมี ฐานะเป็นนายจ้าง (เพื่อให้รับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น) ทั้งนี้ ผู้รับเหมาขั้นต้นมีสิทธิเกี่ยวข้องให้ ผู้รับเหมาช่วงรับผิดชอบก่อนได้ เว้นแต่ในกรณีที่ผู้รับเหมาช่วงล้มละลาย หรือหาตัวไม่พบ ทั้งนี้ Law for Securing the proper Operation of Worker Dispatching Undertakings and Improved Working Conditions for Dispatched Workers (Law No. 88 of July 5, 1985) เป็นกฎหมายกำหนดให้ขั้นตอน และวิธีการในการเหมาค่าแรงโดยเฉพาะ และกำหนดให้มาตรฐานแรงงานอื่นมีผลใช้บังคับกับ

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

⁹⁰ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครอง แรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

⁹¹ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครอง แรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

⁹² สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครอง แรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

⁹³ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครอง แรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

แรงงานในส่วนนี้ด้วย แต่จากการศึกษาเบื้องต้นไม่พบว่ามียกเว้นให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่จัดให้ลูกจ้างได้รับค่าตอบแทนหรือมีสภาพการจ้างที่เท่าเทียมกันกับลูกจ้างของตน⁹⁴

กฎหมายเกี่ยวกับการเหมาค่าแรงในประเทศญี่ปุ่น

จากการศึกษาพบว่าประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรงไว้โดยเฉพาะ คือ กฎหมาย Law for Securing the Proper of Worker Dispatching Undertakings and Improved Working Conditions for Dispatched Workers ซึ่งในการศึกษาเฉพาะกรณีเปรียบเทียบกับร่าง มาตรา 6 (มาตรา 11/1 วรรค 2) ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่..) พ.ศ. ซึ่งกำหนดให้ ผู้ประกอบการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายใต้สภาพการจ้างที่เป็นมาตรฐานเดียวกันนั้น ปรากฏว่า กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น กำหนดหน้าที่ให้กับผู้ประกอบการในการปฏิบัติต่อลูกจ้างเหมาค่าแรงไว้อย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างในระบบเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการจัดสวัสดิการร้านอาหารการรักษายาบาลเพื่อประโยชน์ของการทำงานให้ลุล่วงไปด้วยดีเท่านั้น⁹⁵

3.2.2.2 หลักสุจริตเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามสัญญาต่างๆ

เนื่องจากหลักสุจริตนั้นสามารถนำมาปรับใช้ได้กับกฎหมายทุกประเภท ทุกระบบกฎหมาย แต่การนำหลักสุจริตไปปรับใช้จึงมีหน้าที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งแต่ละประเทศได้นำไปปรับใช้ไม่เหมือนกัน เพราะขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของแต่ละประเทศนั้น

1) ใช้กำหนดสิทธิหน้าที่เพิ่มเติมของคู่สัญญา (Accessory right and Duties)

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดหน้าที่เพิ่มเติมของคู่สัญญา โดยให้คู่สัญญาปฏิบัติถึงพฤติการณ์ตามความเหมาะสมเป็นกรณีไป ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิในกรณีที่ไม่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ทั้งนี้ควรอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้องและสุจริต โดยแท้จริง

⁹⁴ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>

⁹⁵ สุรัสวดี เขียมสุวรรณ ข (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,

จาก <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/national/jp.htm>

(1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลสูงสุดของเยอรมัน (The Reichsgericht) นำบทบัญญัตินี้มากำหนดหน้าที่เพิ่มเติมของคู่สัญญา

ในกรณีนี้ผู้พิพากษาจะพุ่งเล็งถึงความหมายที่แท้จริงของตกลงในสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่บางอย่าง (Specific duties) ให้คู่สัญญาปฏิบัติโดยพิจารณาถึงพฤติการณ์ตามความเหมาะสมของกรณี ซึ่งจะเห็นว่าคู่สัญญามีได้มีการตกลงไว้ในสัญญา⁹⁶ แต่เป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ข้างเคียง หรือเพิ่มเติม (Accessory Right and Duties) ดังตัวอย่างในศาลเยอรมัน

กรณีแรก โจทก์เป็นผู้เช่าตึกทำกิจการเกี่ยวกับเครื่องประดับอัญมณี จำเลยเป็นผู้ให้เช่า ซึ่งเป็นเจ้าของตึกมีทั้งหมด 2 ห้อง โจทก์ขอเช่าเพียง 1 ห้อง ต่อมาผู้ให้เช่าได้ให้ผู้ทำกิจการอัญมณีรายใหม่เช่าห้องที่เหลือ โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยเลิกเช่าใหม่นี้ ศาลเยอรมันตัดสินว่า ผู้ให้เช่ามีสัญญาโดยปริยาย ที่จะไม่ให้ผู้เช่าอื่นที่ทำกิจการเช่นเดียวกับโจทก์มาเช่า เป็นกรณีที่ศาลได้กำหนดหน้าที่ใหม่ให้ผู้เช่าปฏิบัติโดยที่ในสัญญาเช่านั้นมิได้ตกลงไว้

เมื่อพิจารณาถึง กรณีต่อไปเป็นกรณีที่ผู้ซื้อที่ดินทำการซื้อที่ดินในราคาสูงกว่าปกติ เนื่องจากทำเลที่ตั้งที่ดินดังกล่าวสามารถชมทัศนียภาพได้อย่างชัดเจน ต่อมาผู้ขายที่ดินนั้นจะทำการก่อสร้างอาคารขึ้นมาใหม่บดบังทัศนียภาพของที่ดินนั้น ในกรณีนี้ศาลเยอรมันกำหนดให้เจ้าของที่ดินที่ขายนั้น ห้ามทำการก่อสร้างอาคารที่บดบังทัศนียภาพของผู้ซื้อที่ดินนั้น ทั้งมิได้กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในสัญญา

จะเห็นว่า ศาลได้ใช้บทบัญญัตินี้อย่างอิสระที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของสัญญา เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่เพิ่มเติม นอกเหนือจากที่ตกลงในสัญญาให้คู่สัญญาปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการทำสัญญา กรณีที่ศาลเยอรมันกำหนดสิทธิหน้าที่ใหม่อีก เช่น การให้ข้อมูลรายละเอียดเพิ่มเติม การมีหน้าที่ขอใบอนุญาตประกอบต่างๆ การมีหน้าที่ในการกระทำโดยประการใดๆ อันไม่ให้อีกฝ่ายเสียประโยชน์ เป็นต้น

ผู้ศึกษาเห็นว่า ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดสิทธิหน้าที่เพิ่มเติมเป็นการให้อีกฝ่ายไม่เสียประโยชน์เป็นการกำหนดหลักการนี้ได้ดีเพราะคู่กรณีอีกฝ่ายสามารถเพิ่มเติมในสิ่งที่ต้องการในภายหลังการทำสัญญาได้หากว่าการเพิ่มเติมทำให้ไม่ต้องเสียประโยชน์ หรือแม้แต่เป็นการป้องกันความเสียหายได้ในภายหลังจากการทำสัญญา ซึ่งหน้าที่

⁹⁶ สุจิต ปัญญาพฤษย์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 71. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1982). *An Introduction to German Private and Commercial Law*. pp. 138 and 139.

ข้างเคียงกฎหมายไทยไม่มีหลักการนี้ถ้านำมาใช้กับสัญญาจ้างแรงงานอาจจะใช้เป็นการเฉพาะ
เรื่องๆ ไป

2) ใช้ในกรณีที่มีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้น⁹⁷

การใช้หลักนี้กล่าวอ้างของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้ศึกษาเห็นว่าสอดคล้องกับสัญญาจ้างแรงงาน เช่น หากมีเศรษฐกิจไม่ดี โรงงานนายจ้างไฟไหม้ เป็นต้น ซึ่งทำให้นายจ้างรับภาระอันหนักหน่วงในการจ่ายค่าจ้างให้กับลูกจ้าง ดังนั้น ควรให้ชำระหนี้ตอบแทนตามสถานการณ์ที่เหมาะสมและอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต

(1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เมื่อพิจารณาถึงประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ใช้บทบัญญัติมาตรา 242 มาปรับใช้กรณีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้น ในกรณีนี้ศาลเยอรมัน (The Reichsgericht) จะนำหลักสุจริตในมาตรา 242 แห่ง B.G.B. มาแก้ไขเป็นแนวคิดหลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus) เข้ามาปรับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมในกรณีที่มีเหตุที่ไม่คาดคิด หรือมีสถานการณ์พิเศษได้เกิดขึ้น โดยนำมาปรับใช้ผสมผสานกับแนวคิดทางกฎหมายของนักนิติศาสตร์เยอรมัน คือ Windscheid และ Oertmann ใช้ในกรณีที่สถานะของคู่สัญญาต้องเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เนื่องจากมีเหตุการณ์พิเศษอันไม่ได้คาดหมายเกิดขึ้น ซึ่งหากบังคับตามข้อตกลงเดิมในสัญญาก็จะทำให้เกิดภาระแก่อีกฝ่ายอย่างหนักหน่วง ดังนั้น เมื่อมีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นศาลเยอรมันแม้จะถือว่า คู่สัญญาขอมประสงค์ที่จะผูกพันตามข้อตกลงในสัญญาต่อไป แต่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติชำระหนี้ต่างตอบแทนกัน โดยมีมูลค่าที่เหมาะสม ศาลจึงได้แก้ไขสัญญาใหม่กำหนดมูลค่าของสัญญาใหม่ตามความเหมาะสมกับสถานการณ์ตามความเป็นธรรม

ผู้ศึกษาได้ศึกษาสัญญาจ้างแรงงานนั้น คือ คู่สัญญาต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ต่างตอบแทนซึ่งกันและกันแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 369⁹⁸ ดังนั้น ถ้าสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป เช่น เศรษฐกิจถดถอยไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า นายจ้างและลูกจ้างอาจจะต้องมีการกำหนดสัญญาใหม่เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้เช่นเดียวกัน

แนวคิดดังกล่าวนี้ศาลเยอรมันนำมาตัดสินในกรณีเกิดภาระเงินเพื่ออย่างรุนแรง ในปีคริสต์ศักราช 1921-1923 ในเวลานั้นค่าเงินมาร์กของเยอรมันมีค่าลดลงอย่างมากมีผลต่อการทำธุรกรรมต่างๆ ในเวลานั้น ทำให้มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ดังเช่นคดี Revalorization Case ค.ศ. 1923 ในคดีนี้ศาลเยอรมันนำเอาหลักสุจริตในบทบัญญัติ มาตรา 242 ให้มีการกำหนดราคาในสัญญาจ้างใหม่ตามอัตราที่เหมาะสมในปัจจุบัน เนื่องจากค่าของเงินมาร์กในเวลานั้นกับค่าของเงิน

⁹⁷ สุจิต ปัญญาพุกฤษ. เล่มเดิม. หน้า 72.

⁹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 369.

มาร์กในเวลาก่อนเงินเฟ้อขึ้น มีความแตกต่างกันอย่างมากมาย การนำเงินจำนวนเท่ากับที่ตกลงในสัญญาจ้างงมาไถ่ถอนในภาวะเงินเฟ้อเวลานั้น ทำให้ผู้รับจ้างงเสียเปรียบเป็นอย่างมากเพราะจำนวนเงินในสัญญาเมื่อคิดอัตราภาวะที่เป็นอยู่แทบไม่มีมูลค่าที่แท้จริงเลย

ต่อมาเมื่อคิดเกี่ยวกับเรื่องสัญญาจัดหาถ่านหินระยะยาว ซึ่งตัดสินในคริสต์ราช 1920⁹⁹ กรณีเป็นการทำสัญญาโดยผู้เข้าทำสัญญาตกลงที่จัดหาถ่านหินเพื่อผลิตเป็นพลังไอน้ำ โดยมีมูลค่าราคาตามที่ระบุไว้ในสัญญา ต่อมาเกิดภาวะสงครามทำให้ราคาของถ่านหิน ซึ่งเป็นวัตถุดิบในการนำมาผลิตพลังความร้อนไอน้ำเพิ่มขึ้นอย่างมากมายศาลเยอรมันได้เข้ามาแก้ไขสัญญาใหม่ โดยให้มีการขึ้นราคาพลังงานความร้อนไอน้ำที่ผลิตจากถ่านหินนั้น จากเดิมที่ตกลงกันในสัญญา เนื่องจากผู้จัดหาพลังงานไอน้ำนั้นไม่สามารถแบกรับภาระต้นทุนในการผลิตได้ ในกรณีนี้มีใช่เป็นกรณีที่ชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ แต่เป็นกรณีการรับภาระอันหนักหน่วงของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แต่มีบางกรณีศาลเยอรมันตัดสินให้ระงับไป เนื่องจากมีพฤติการณ์พิเศษ¹⁰⁰ เช่น กรณีการทำสัญญาซื้อขายผลิตภัณฑ์ที่ทำจากโรงงาน หลังจากตกลงทำสัญญากันแล้ว โรงงานดังกล่าวและผลิตภัณฑ์ทั้งหมดอันได้ตกลงซื้อขายแล้วนั้น ถูกไฟไหม้จนไม่มีเหลือผู้ขายมีเพียงหนทางเดียวที่จะส่งมอบผลผลิตดังกล่าวได้ นั่นก็คือผู้ขายจะต้องไปซื้อผลิตภัณฑ์นั้นจากแหล่งผลิตอื่นๆ ทำให้ผู้ขายต้องแบกรับภาระอันมากกว่าปกติตามสัญญา กรณีเช่นนี้ ศาลเยอรมันวินิจฉัยว่า ผู้ขายในพฤติการณ์เช่นนี้ไม่มีความผูกพันที่จะส่งมอบผลิตภัณฑ์ที่ตกลงกันในสัญญาอีกต่อไป จะเห็นว่าข้อเท็จจริงนี้มีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับหลัก อันเป็นกรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญานั้นมีความเป็นไปไม่ได้เลย

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีหลักการที่ใช้ในกรณีมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นเหมือนกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้หลักสุจริตในขั้นตอนการเจรจาต่อรองทำสัญญา และหลักสุจริตในขั้นตอนปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา

⁹⁹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 73. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1982). *An Introduction to German Private and Commercial Law*. pp. 141.

¹⁰⁰ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 74. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1968). *Manual German Law*. p. 100.

4) หลักสุจริตในขั้นตอนการเจรจาต่อรองทำสัญญา¹⁰¹

เมื่อพิจารณาถึง ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้นำหลักสุจริตมาวินิจฉัยในขั้นตอนปฏิบัติการชำระหนี้ แต่ได้นำมาใช้ในขั้นตอนการทำสัญญา เพราะเห็นว่าเป็นการยินยอมของกลุ่มสัญญาอย่างแท้จริง

(1) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในทางปฏิบัติแล้ว ศาลฝรั่งเศสมีแนวความคิดที่จะไม่นำหลักสุจริตมาวินิจฉัยในขั้นตอนปฏิบัติการชำระหนี้ แต่ศาลเพิ่งเล็งเห็นในขั้นตอนการทำสัญญามากกว่า ดังนั้น หลักสุจริตในรูปแบบสำคัญผิด และการฉ้อฉล จะถูกนำมาพิจารณาโดยเคร่งครัดทำให้สัญญาที่จะผูกพันให้คู่สัญญาปฏิบัติตามจากความเห็นชอบยินยอมของกลุ่มสัญญาอันแท้จริง¹⁰² และที่สำคัญศาลได้พัฒนาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Pre-Contractual Liability) โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 1382 ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาในขั้นตอนการเจรจาทำสัญญา (Pre-Contractual Liability Negotiations) ต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และความเป็นธรรม (Good Faith or Honesty and Fair Dealing)¹⁰³ แม้จะไม่มีบทบัญญัติใดๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่กำหนดให้ปฏิบัติตามหลักสุจริตในขั้นตอนเจรจาทำสัญญาก็ตาม ดังคดีตัวอย่างในฝรั่งเศส

ในปีคริสต์ศักราช 1972 โดยคำวินิจฉัยหอการค้า (The Chambre Commerciale) ของศาลสูงฝรั่งเศส (Cour de Cassation)¹⁰⁴ มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นผู้แทนจำหน่ายเครื่องจักรที่ทำในสหรัฐอเมริกาแต่เพียงผู้เดียวในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โจทก์เป็นผู้เข้าทำการเจรจา เพื่อที่จะตกลงทำสัญญาซื้อเครื่องจักรจากจำเลยในระหว่างเจรจານี้ โจทก์และจำเลยได้เดินทางไปสหรัฐอเมริกาคุชชนิดต่างๆ ของเครื่องจักรเพื่อได้นำมาประกอบการตัดสินใจของโจทก์ จนในที่สุดโจทก์ได้ตกลงใจที่จะซื้อเครื่องจักรกลที่จำเลยเป็นตัวแทนนั้น โดยได้ขอข้อมูลรายละเอียดเพิ่มเติมของเครื่องจักรที่โจทก์จะเลือกซื้อ จำเลยกลับไม่ต้องรอรับคำขอของโจทก์ และได้ระงับสั่งเครื่องจักรจากอเมริกา หลังจากนั้นเพียงสองสัปดาห์จำเลยได้ทำสัญญาที่จะส่งมอบเครื่องจักรที่ผลิตจากประเทศสหรัฐอเมริกาให้กับอีกบริษัทฯ ซึ่งเป็นคู่แข่งของโจทก์และในสัญญาอันใหม่ที่จำเลย

¹⁰¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 94.

¹⁰² สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 94. อ้างถึงใน Barry, Nicholas. (1992). *The French Law of Contract*. p. 98.

¹⁰³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 95. อ้างถึงใน Barry, Nicholas. (1992). *The French Law of Contract*. p. 70.

¹⁰⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 95. อ้างถึงใน Barry, Nicholas. (1992). *The French Law of Contract*. p. 70.

ตกลงส่งมอบเครื่องจักรในภายหลังนี้ มีข้อตกลงว่าจำเลยห้ามจำหน่ายเครื่องจักรชนิดนั้นอีก ภายในขอบบริเวณเดียวกันนั้นเป็นเวลา 42 เดือน ดังนี้โจทก์จึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหาย

กรณีจะเห็นว่า สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยยังมีได้มีขึ้นจึงยังไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกันอยู่ในขั้นตอนการเจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญาเท่านั้น ศาลได้นำหลักสุจริตเข้ามาปรับใช้โดยวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเจตนาจะส่งสินค้าให้โจทก์ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย เป็นการทำให้การเจรจานั้นไม่บรรลุผล ทั้งที่จะใกล้เคียงข้อตกลงตามข้อสัญญานั้นแล้ว โดยจำเลยตระหนักดีว่าโจทก์ได้เสียค่าใช้จ่ายในการเจรจาต่อรองนี้ไปแล้วเป็นจำนวนมาก การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำผิดหลักสุจริตในการค้า (Broken the Rules of Good Faith in Commercial Relation) ศาลจึงวินิจฉัยว่า การที่จำเลยระงับการส่งเครื่องจักรจากประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้โจทก์เสียหายอันเป็นความผิด (Fault: Faute) ซึ่งจะต้องรับผิดชอบใช้ตามมาตรา 1382

จากกรณีที่ยกตัวอย่างมาพอให้เห็นแนวทางว่า ศาลฝรั่งเศสมีแนวโน้มที่จะนำหลักสุจริตในรูปของหลักทั่วไป ที่ปรากฏในมาตรา 1382 มาวินิจฉัยในกรณีที่เห็นว่า การกระทำของกลุ่มนี้นั้นจะเป็นการกระทำมิชอบ โดยถือเป็นความผิด ในเรื่องละเมิดซึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากการกระทำนั้น

5) หลักสุจริตในขั้นตอนปฏิบัติตามสัญญา¹⁰⁵

หลักการปฏิบัติตามสัญญานี้จะทำตามสัญญา คือ สัญญาต้องเป็นสัญญา โดยที่ศาลจะไม่แทรกแซง เพราะเป็นผลที่มาจากเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเอง

(1) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในชั้นตอนนี้ ศาลฝรั่งเศสค่อนข้างที่จะไม่เข้าแทรกแซงจะปล่อยให้คู่สัญญาดกลงกันอย่างไรก็ปฏิบัติไปตามนั้น ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Suntan Servanda) จากการศึกษาไม่พบการนำมาตรา 1334 วรรค 3 มาปรับใช้ ในกรณีนี้สันนิษฐานได้ว่าเป็นผลมาจากแนวความคิดเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) และหลักสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งเป็นแนวคิดกฎหมายในยุคที่ฝรั่งเศสจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น (คริสต์วรรษที่ 18)¹⁰⁶ และแม้แต่ในกรณีที่มีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้น ทำให้การชำระหนี้จะเกิดความไม่ธรรมแก่คู่กรณี เคยมีนักกฎหมายเสนอให้นำบทบัญญัติมาตรา 1134 วรรค 3 มาปรับใช้กรณีเช่นเดียวกับเยอรมัน แต่ก็ไม่เป็นผลสำเร็จศาลฝรั่งเศสให้ถือเป็นเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญากันว่า

¹⁰⁵ สุจิต ปัญญาพฤษย์. เล่มเดิม. หน้า 96.

¹⁰⁶ สุจิต ปัญญาพฤษย์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 96. อ้างถึงใน Rene David and Henry P. de Vries. (1958). *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems*. p. 132.

จะตกลงกันอย่างไร เว้นแต่กรณีจะเป็นเหตุสุดวิสัยอันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ คู่สัญญาจึงจะพ้นความรับผิดชอบ

จากแนวความคิดของศาลฝรั่งเศสที่กล่าวมา แม้แต่หลักการใช้สิทธิในทางไม่ชอบ (Abuse of Right) ซึ่งเป็นการพัฒนาโดยศาลเช่นเดียวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo) ศาลฝรั่งเศสมักจะไม่นำมาแทรกแซงในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เว้นแต่กรณีการใช้สิทธิในสัญญานั้น ก่อให้เกิดความเสียหาย กรณีถือเป็นการกระทำเสมือนละเมิด ดังนั้น ศาลฝรั่งเศสจะอนุญาตให้เรียกร้องค่าเสียหายจากการใช้สิทธิตามสัญญาอันเป็นความผิด ตามมาตรา 1382 หากการใช้สิทธินั้นไม่เหมาะสมกับสัญญาทำให้อีกฝ่ายเกิดความเสียหาย¹⁰⁷ ซึ่งศาลฝรั่งเศสใช้หลักความรับผิดชอบละเมิดทั่วไปตามมาตรา 1382 ในการวินิจฉัยกรณีในการใช้สิทธิไม่ว่าสิทธิตามกฎหมายอื่นหรือสิทธิตามสัญญาว่า การใช้สิทธินั้นไม่ว่าจงใจทำให้เสียหายหรือประมาท หากก่อให้เกิดความเสียหายย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

ตัวอย่างกรณีปรับใช้หลักการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ (Abuse of Rights) ในกรณีเกี่ยวกับสัญญา เช่น ในกฎหมายแรงงาน (Labour Law) หลักกฎหมายทั่วไปนี้จะมาจำกัดการใช้สิทธิของนายจ้าง ในกรณีที่จ้างบังคับใช้แรงงานจากลูกจ้างในทางที่ไม่ควร หากลูกจ้างเสียหายจากการใช้สิทธิที่ย่อมสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ เรียกว่าฝ่าฝืนสัญญา (Rupture Abusive du Contrat)¹⁰⁸ เช่น กรณีการให้ออกจากงานเนื่องจากลูกจ้างหยุดงาน 2-3 วัน เนื่องจากลาป่วย หรือการให้ออกจากงานโดยไม่มีเหตุสมควรประการใดๆ

ในสัญญาซื้อขายในการตกลงเงื่อนไขในสัญญาว่า หากผู้ขายไม่ส่งมอบรถยนต์ให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะเรียกเก็บเงินมัดจำที่ตนวางไว้แก่ผู้ขายเท่านั้น ต่อมาหากว่าราคาการผลิตรถยนต์มีราคาแพงขึ้นเกินกว่าที่ผู้ขายขายได้ ทำให้ผู้ขายขาดทุนจึงขอให้ผู้ซื้อเอาเงินมัดจำคืนไปเท่านั้น กรณีศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบแล้ว

กรณีสัญญาเช่า ในการตกลงเช่ามักมีเงื่อนไขที่กำหนดว่าห้ามผู้เช่าให้ผู้อื่นทำการเช่าช่วงต่อ หรือจะให้เช่าช่วงได้ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าก่อน ในกรณีนี้หากผู้ให้เช่าไม่อนุญาตให้เช่าช่วงใดๆ ทั้งๆ ที่ผู้เช่าช่วงได้แสดงหลักประกันอย่างดีแล้ว ในกรณีนี้ศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ¹⁰⁹

¹⁰⁷ สุจิต ปัญญาพุกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 97. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 287.

¹⁰⁸ สุจิต ปัญญาพุกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 97. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 287.

¹⁰⁹ จิต เศรษฐบุตร. (2522). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. หน้า 147.

เมื่อพิจารณาใน กรณีเหล่านี้ศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยชอบ อันเป็นความรับผิดชอบตามมาตรา 1382 ผู้ใช้สิทธิในกรณีเช่นนี้ย่อมต้องชดใช้ค่าเสียหาย เนื่องจากการใช้สิทธิโดยไม่ชอบของตน

3.2.2.3 ในกรณีการใช้สิทธิกรณีต่างๆ ตามหลักสุจริต

หลักสุจริตอันเป็นหลักที่ยุติธรรมและสามารถปรับใช้ได้ทุกกรณี ทุกสัญญา รวมถึงการใช้ควบคุมในเงื่อนไขในสัญญาสำเร็จรูปด้วย

1) ใช้ควบคุมในเงื่อนไขในสัญญาสำเร็จรูป (Standard Contract)

ในกรณีที่หลักสุจริตใช้ควบคุมในเงื่อนไขในสัญญาสำเร็จรูปนั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมไว้ใช้ในทางธุรกิจ และอาจจะต้องอาศัยการตีความให้เป็นคุณแก่ฝ่ายที่สุจริตนั้น

(1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การใช้หลักสุจริตควบคุมการกำหนดเงื่อนไขอันไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจ (Controls of the General Conditions of Business)

หลักสุจริตที่ศาลใช้ควบคุมสัญญาสำเร็จรูปนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 242 ซึ่งเป็นข้อความทั่วไปที่เด่นอีกอันหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรานี้มีหลักการว่า “ลูกหนี้ต้องชำระหนี้โดยสุจริต ทั้งพิเคราะห์โดยปกติประเพณีด้วย” (Art.242 B.G.B. The Debtor is bound to effect Performance According to the Requirement of Good Faith, Common habits being duly taken into Consideration.) และในกฎหมายโรมัน (The Exception Doli Generalis) ขัดขวางการใช้สิทธิตามแบบพิธี ในทางที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดด้วยความสุจริตในทำนองเดียวกันในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 242 ก็จำกัดการใช้สิทธิของคู่สัญญาและกำหนดแนวทางซึ่งหน้าที่นี้ไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนในข้อตกลง มาตรา 242 อาจทำให้การใช้สิทธิทางคดีซึ่งเกิดจากหลักกฎหมายสัญญาที่ชัดเจนในพฤติการณ์แวดล้อมบางประการไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้น มาตรา 242 เป็นเครื่องมือที่สำคัญสำหรับศาลใช้ปรับปรุงกฎเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดโดยสัญญา หรือกฎหมายให้เข้ากับพฤติการณ์แวดล้อมพิเศษที่ปรากฏในแต่ละคดี¹¹⁰ ถึงจะมีการนำมาตรา 242 เป็นหลักที่ควบคุมในสัญญาสำเร็จรูปนั้น

สังเกตได้ว่า ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน โดยสุจริต ฉะนั้นหากมีข้อความในสัญญาดังกล่าวขัดต่อหลักปฏิบัติดังกล่าว ข้อสัญญา

¹¹⁰ วิชัย จิตตปาริภูล. (2531). สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 31. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1968). *Manual German Law*. pp. 97 and 98.

นั้นย่อมไม่มีผลบังคับใช้ (Nullified)^{111 112} ในการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะพิจารณาคู่เงื่อนไข ข้อตกลง ในสัญญาธุรกิจว่าการกำหนดเงื่อนไขเพื่อประโยชน์ฝ่ายตน โดยยกเว้นความรับผิดชอบของ ฝ่ายตนเองนั้น ขัดต่อหลักสุจริตหรือไม่ และศาลจะตีความให้เป็นคุณแก่ฝ่ายที่ไม่ได้มีส่วนกำหนด ข้อสัญญาที่ยกเว้นความผิดนั้น

ตัวอย่างอีกคดีที่เกิดขึ้นใน ค.ศ. 1957 เป็นคดีซื้อขายบ้านพร้อมที่ดิน ใน สัญญาทางธุรกิจได้กำหนดเงื่อนไข ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ขายซึ่งจะไม่รับประกันคุณภาพของ บ้านที่จะสร้างขึ้นบนที่ดินนั้น แต่ในข้อสัญญานั้น กำหนดให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกร้องบังคับเอา กับผู้สร้างและผู้เกี่ยวกับการสร้างบ้านรายอื่นๆ นั้นเอาเอง โดยผู้ขายจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งเห็นชัดเจนในเจตนาของผู้ขายว่าต้องปิดความรับผิดชอบให้กับบุคคลอื่นๆ กรณีเช่นนี้ ศาล เยอรมันใช้วิธีการตีความข้อความสัญญาในข้อนี้โดยจำกัด วินิจฉัยว่า การที่ให้ผู้ขายมอบสิทธิ เรียกร้องนั้นให้แก่ผู้ซื้อไปเรียกร้องกันเอาเอง เป็นการขัดต่อหลักสุจริต ข้อตกลงนี้ใช้ไม่ได้ ผู้ขาย ต้องรับผิดชอบหากมีข้อบกพร่องเกิดขึ้นแก่บ้านที่สร้างขึ้น

กรณีจากตัวอย่างนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า ถ้าเป็นการใช้กับหลักสัญญาการจ้าง แรงแงานั้น ถ้าลูกจ้างทำการงานที่ผิดพลาดไปนายจ้างได้ทำสัญญากับลูกจ้างว่าให้รับผิดชอบในการ งานที่ผิดพลาดนั้นทุกประการทั้งที่งานนั้นอาจเป็นงานที่เกินกว่าภาระของลูกจ้างที่จะต้อง รับผิดชอบแต่ลูกจ้างกับยินยอมทำสัญญากับนายจ้าง และให้บุคคลภายนอกฟ้องร้องกับลูกจ้างโดยที่ นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการยกเว้นความรับผิด เช่นนี้เป็นสัญญาที่ขัดต่อหลักสุจริต สัญญาที่ ขัดต่อหลักสุจริตนี้จะมีได้ทุกประเภทหากไม่มีหลักการที่ชัดเจนในการควบคุมเยียวยาความเสียหาย กับคู่สัญญา

ในปี ค.ศ. 1976 เยอรมันได้มีกฎหมายเพื่อกำกับดูแลกฎหมายว่าด้วย ลักษณะทั่วไปของธุรกิจ ค.ศ. 1976 (Act to Regulate the Law of General Conditions of Business 1976 (ในมาตรา 7) กำหนดให้ข้อตกลงที่ขัดต่อหลักสุจริตย่อมใช้ไม่ได้¹¹³ (Clauses in General Conditions of Business are void if they do not effect A fair Accommodation of the Interests of the Interests of Contracting Parties in Accordance with the Principl of Good Faith) ดังนั้น ในกาล

¹¹¹ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 75. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1977). *An Introduction Geman Private and Commercial Law*. p. 143.

¹¹² สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 75. อ้างถึงใน Konrad Zweigert, Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law. Vol II*. p. 12.

¹¹³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 75. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p.12.

ต่อไปศาลไม่จำเป็นต้องใช้มาตรา 242 ในการจำกัดข้อความดังกล่าวในสัญญาธุรกิจและวินิจฉัยข้อความดังกล่าวว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางธุรกิจหรือไม่ แต่ศาลจะต้องวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ว่าตามสถานการณ์นั้นๆ โดยปกติคู่สัญญาคาดหมายว่ามีข้อความเช่นนั้นอยู่หรือไม่ (In the Circumstance they are so Unusual that Party could not have Expected them) นั่นก็คือ ใช้หลักความคาดหมายของวิญญูชนว่า กรณีเช่นนี้ผู้ที่เข้าทำสัญญาควรได้ตระหนักว่าข้อความที่จะได้ตกลงนั้น โดยปกติทางการค้าทั่วไปเขามีบรรจไว้ในสัญญาดังกล่าวหรือไม่ หากตามปกติวิญญูชนไม่สามารถคาดคิดได้ว่ามีอยู่ ข้อความนั้นก็ใช้บังคับในสัญญาทางธุรกิจไม่ได้

การปรับใช้หลักสุจริตในกรณีนี้จะเห็นว่า เป็นการก่อให้เกิดการพัฒนากฎหมายใหม่ที่เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้นขึ้น เป็นการหลักสุจริตมาปรับใช้กับสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไปในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะมาปรับใช้นั่นเอง

ผู้ศึกษาเห็นว่า การพัฒนากฎหมายใหม่และปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ที่เจริญขึ้นทั้งเศรษฐกิจนั้นเป็นสิ่งที่ดี แต่จะให้ปรับปรุงหลักกฎหมายทุกเรื่องทุกกรณีไม่น่าจะทำได้เพราะแต่ละกฎหมายมีหลักเกณฑ์การนำไปแตกต่างกัน

2) ใช้ในการปิดปากไม่ให้มีการอ้างการไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมเพื่อให้ตนได้ประโยชน์

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการใช้หลักกฎหมายปิดปาก ที่ป้องกันพฤติกรรมที่ทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อต่อมาอ้างเอาประโยชน์จากการกระทำนั้นของตนเอง ซึ่งเหมือนกันกับประเทศอังกฤษ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตที่ไม่ยอมทำตามแบบแห่งนิติกรรมนั้น

(1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ข้อเท็จจริงในกรณีมักเป็นกรณีการทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินโดยไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เมื่อทำนิติกรรมต่างๆ ดังกล่าวแล้ว ผู้รับโอนที่ดินที่สุจริตจะเข้าครอบครองที่ดินอ้างว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะจึงเป็นข้อพิพาทขึ้น ในคดี The Edelmann Decisions 1927¹¹⁴ มีข้อเท็จจริงว่า ลูกจ้างของบริษัทได้รับของขวัญในคริสต์มาสจากบริษัทเป็นบ้านและที่ดิน ลูกจ้างก็ได้พยายามให้บริษัททำตามแบบของกฎหมาย แต่บริษัทบ่ายเบี่ยงการทำสัญญานั้นเป็นเพียงตามพิธีไม่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดได้ ต่อมาลูกจ้างของบริษัทขอโอนบ้านเป็นของตนเองบริษัทกลับอ้างว่า สัญญาเกี่ยวกับที่ดินและบ้านนั้น ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ศาลได้วินิจฉัยว่า ข้ออ้างของบริษัทเช่นนี้เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตไม่สามารถอ้างได้ กรณีเช่นนี้ความคล้ายคลึง

¹¹⁴ สุจิต ปัญญาพุกฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 77. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. pp. 143 and 144.

กับหลักกฎหมายปิดปากในอังกฤษผู้ที่แสดงพฤติกรรมที่ทำให้บุคคลอื่นหลงเชื่อ แล้วต่อมาอ้างเอาประโยชน์จากการกระทำนั้นของตนเอง

3) ใช้ในกรณีเป็นกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติในกรณีต่างๆ (Estoppels by Conduct: Venire contra Factum Proprium)

หลักการนี้ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้นำมาใช้สำหรับผู้แสดงพฤติกรรมในอดีตจนทำให้ผู้อื่นเชื่อจนสถานภาพทางกฎหมายเปลี่ยนไป ส่วนผู้ที่หลงเชื่อพฤติกรรมเหล่านั้นควรได้รับความคุ้มครองจากการกระทำที่ไม่สุจริตนั้น

(1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การที่ศาลเยอรมันใช้หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติของระบบคอมมอลลอว์ อันมีความหมายตรงกับหลักกฎหมายโรมัน คือ หลักบุคคลย่อมต้องห้ามมิให้ทำการใดๆ อันขัดต่อการกระทำก่อนๆ ของตน (Venire contra Factum Proprium) เป็นการปิดปากไม่ให้ผู้ที่แสดงพฤติกรรมในอดีตจนทำให้ผู้อื่นเชื่อจนสถานภาพทางกฎหมายเปลี่ยนไปผู้ที่หลงเชื่อพฤติกรรมเหล่านั้นย่อมได้รับความคุ้มครอง¹¹⁵ ซึ่งในการใช้สิทธิของตนในภายหลังนี้จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ผู้ที่หลงเชื่อพฤติกรรมดังกล่าวนั้นย่อมได้รับความคุ้มครอง แม้นิติกรรมนั้นจะไม่ทำตามแบบกฎหมาย เช่น กรณี A แนะนำ B โดยเพื่อจะให้ C กู้ยืมเงินจาก B เนื่องจาก C จะทำธุรกิจเพื่อประโยชน์ต่อ A เอง ในเวลาเดียวกันนั้น A รับปากว่าจะรับประกันในการกู้ยืมเงินของ C ต่อมา A ก็ได้ยื่นยันในการรับประกันตัวด้วยวาจาของตนเองอีก ดังนี้ A ไม่สามารถอ้างได้ว่าสัญญารับประกันนี้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร A ต้องรับผิดชอบต่อ B เป็นการมิให้ผู้ซึ่งแสดงพฤติกรรมใดๆ ออกมาในอดีตให้บุคคลอื่นหลงเชื่อ ต่อมาผู้นั้นกลับจะใช้สิทธินั้นเป็นประโยชน์ของตนเอง ดังนี้ขัดต่อหลักสุจริตตามมาตรา 242 B.G.B.

4) ใช้ในการควบคุมการใช้สิทธิตามกรรมสิทธิ์ของตนทำให้บุคคลอื่นเดือดร้อน

หลักการนี้มีประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลได้นำหลักสุจริตในมาตรา 242 ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้เพื่อควบคุมการใช้สิทธิในสัญญาต่างๆ ส่วนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลจะนำมาใช้น้อยกว่าสิทธิตามสัญญา ซึ่งจะได้กล่าวพิจารณาเปรียบเทียบในรายละเอียดต่อไป

¹¹⁵ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 77. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1968).

(1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในเรื่องการใช้สิทธิตามกรรมสิทธิ์ของตนมีอยู่ในเยอรมัน ศาลได้นำหลักสุจริตในมาตรา 242 มาปรับใช้ด้วย¹¹⁶ เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้กรรมสิทธิ์ เช่นเดียวกับการควบคุมในเรื่องสิทธิตามสัญญาต่างๆ เช่น กรณีเจ้าของบ้านทำรั้วที่มีลักษณะอันตรายมีเดือยแหลมคมใกล้กับถนนที่พลุกพล่านของเมือง ต่อมาเนื่องจากความมืดในเวลากลางคืนมีคนรับอุบัติเหตุบาดเจ็บจากเดือยของรั้วนั้น เจ้าของบ้านอ้างว่าตนเองเพียงแต่ใช้สิทธิตามกรรมสิทธิ์นั้นต้องจำกัดภายใต้กฎหมาย และในกรณีใช้สิทธินั้นเจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องตระหนักถึงผลประโยชน์ของบุคคลอื่นๆ ด้วย

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นว่า ศาลเยอรมันนำเอาหลักสุจริตในมาตรา 242 มาปรับใช้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปของสังคมและเศรษฐกิจอย่างกว้างขวาง จนก่อให้เกิดการพัฒนาหลักกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นหลักสุจริตยังทำหน้าที่เป็นรากฐานของกฎหมายแห่งเยอรมันโดยแท้จริง มิใช่เป็นเพียงการประกาศเจตนารมณ์เท่านั้น ในทางปฏิบัติได้ใช้อย่างแพร่หลาย แม้กระทั่งการใช้สิทธิอย่างจงใจแต่ทำให้นुकคลอื่นอย่างเสียหายตาม (มาตรา 262) กรณีใดเป็นการใช้สิทธิตามกรณีนี้ ศาลเยอรมันไม่เพียงพิจารณาแต่ความจงใจ หรือเจตนาของผู้กระทำดังในเนื้อความของมาตรา 226 (Section 226 (B.G.B.) The exercise of a right which can only have the purpose of causing injury to another is unlawful.)¹¹⁷ เท่านั้น แต่ศาลได้นำเอามาตรฐานทางศีลธรรมที่อยู่ในบทบัญญัติมาตรา 242 มาปรับใช้เป็นเกณฑ์วินิจฉัยความประพฤติของบุคคลในทุกๆ กรณี ในกรณีเกี่ยวกับสัญญา แม้คู่สัญญาใช้สิทธิตามที่ตนมีอยู่ในสัญญาซึ่งจะทำให้อีกฝ่ายรับภาระอย่างหนักไม่ว่าด้วยเหตุการณเปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ หรือในกรณีที่อีกฝ่ายได้กระทำการใดๆ ผ่าฝืนหลักสุจริต ศาลเยอรมันก็นำหลักสุจริตมาปรับแก้ไขสัญญากับสถานการณ์ หรือเข้ามาแทรกแซงในกรณีใดๆ ที่ศาลเห็นว่าขัดต่อหลักสุจริต และจะใช้ดุลพินิจเข้ามาเสริมสร้างกฎหมายให้เป็นธรรมเป็นกรณีๆ ไป ในกรณีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตทำให้นुकคลเสียหายนั้น หรือใช้สิทธิจงใจแต่ทำให้อื่นเสียหายตามมาตรา 226 นั้น ศาลก็จะกำหนดให้ผู้ใช้สิทธิรับผิดชอบนั้นเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายในทางละเมิด ตามมาตรา 826 (Section 826 (B.G.B.) The exercise of a right which can only a maner violating good moral is bound to indemnity the other for the injury.)¹¹⁸ ดังนั้น การกระทำใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการรุกรานกรรมติดต่อกันในสังคมเยอรมัน หรือในกรณีการใช้สิทธิในกรณีต่างๆ ต้องปฏิบัติ

¹¹⁶ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 78. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1968).

Manual German Law. p. 180.

¹¹⁷ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. เล่มเดิม. หน้า 79.

¹¹⁸ แหล่งเดิม.

ตามหลักสุจริตอย่างเคร่งครัด มิใช่เพียงกรณีการปฏิบัติราชการระหนึ่งตามสัญญาเท่านั้นที่ต้องกระทำโดยสุจริต

(2) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

หลักสุจริตในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปรากฏในเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ (Abuse of Right) ในการปรับใช้เกี่ยวกับสัญญา ศาลจะนำมาใช้น้อยกว่าสิทธิตามสัญญา¹¹⁹ ทั้งที่จริงกฎหมายฝรั่งเศสนำมาใช้ในกฎหมายทุกๆ สาขาของฝรั่งเศสมีลักษณะการใช้อย่างกว้างขวางเพื่อจำกัดการใช้สิทธิของปัจเจกชน มิให้ทำความเสียหายแก่ผู้อื่น

กรณีแรกเป็นเรื่องการใช้สิทธิตามกรรมสิทธิ์ ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้มักเป็นกรณีที่ผู้มีกรรมสิทธิ์ใช้สิทธิในที่ดินของตนเองรบกวนผู้อื่นทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน หลักการใช้สิทธิโดยไม่ชอบจำกัดการใช้สิทธิในกรรมสิทธิ์ ให้สอดคล้องกับผลประโยชน์ของสังคม เช่น กรณีที่เจ้าของที่ดินสร้างปล่องไฟปลอมบนหลังคาของตนเอง ทำให้คั้งแสงสว่างมิให้ผ่านเข้าไปบ้านใกล้เคียง ศาลได้วินิจฉัยให้กระทำได้กล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต¹²⁰ จึงทำให้หรือทำลายไป กรณีอื่นๆ ได้มีข้อเท็จจริงในแนวเดียวกันได้วินิจฉัยไว้ชัดเจนแล้วว่า การใช้สิทธิในกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่ชอบหากทำให้ผู้อื่นเสียหายไม่ว่าจงใจ หรือประมาทย่อมต้องรับผิดชอบความเสียหาย

นอกจากกรณีการใช้สิทธิตามกรรมสิทธิ์แล้ว ศาลฝรั่งเศสยังนำมาปรับใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลซึ่งวินิจฉัยว่า การใช้สิทธิฟ้องร้องหรือการใช้สิทธิต่อสู้ หรือการใช้สิทธิอุทธรณ์ หรือในการบังคับคดีอาจเป็นการใช้สิทธิมิชอบได้ หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ดังนั้น หากกรณีใดใช้สิทธิดำเนินการพิจารณาของศาลซึ่งทำให้ผู้อื่นเสียหาย ไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาท ศาลฝรั่งเศสถือว่าการกระทำละเมิดตามมาตรา 1382 ทั้งสิ้น

จะเห็นว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของการใช้สิทธิโดยไม่ชอบนั่นเอง เนื่องจากการเจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญานั้นก็เป็นการใช้สิทธิอย่างหนึ่ง หากทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหายการใช้สิทธิการเจรจาต่อรองนั้นย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ¹²¹

3.2.2.4 หลักการและขอบเขตการใช้หลักสุจริตของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

การจะนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาจ้างแรงงานได้อาจจะต้องมีหลักการต่างๆ และเหตุผลประกอบความเหมาะสมให้อยู่ในขอบเขตของการใช้ ซึ่งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ

¹¹⁹ จี๊ด เศรษฐบุตร. เล่มเดิม. หน้า 141.

¹²⁰ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 99. อ้างถึงใน Ryan, K.W. (1962). *An Introduction to Civil Law*. p. 109.

¹²¹ สุจิต ปัญญาพฤษ. เล่มเดิม. หน้า 100.

เยอรมนีได้มีหลักการและขอบเขตในการใช้อย่างไร มีทั้งข้อดีและข้อเสียสามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยที่เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหมือนกันได้หรือไม่ ผู้ศึกษาจะทำการเปรียบเทียบและพิจารณาวิเคราะห์กับปัญหาในสัญญาจ้างแรงงานของไทยเพื่อเป็นประโยชน์ในการนำมาปรับใช้ต่อไป

1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(1) เพื่อพัฒนาและส่งเสริมให้กฎหมายสัญญาให้สมบูรณ์และยุติธรรมยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในบางกรณีถ้ากฎหมายหรือสัญญาใดหากไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะจึงเป็นความจำเป็นของศาลที่ต้องนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความยุติธรรม ภาษาเยอรมัน เรียกว่า “หน้าที่ข้างเคียง” (Nebenpflicht) นอกจากนี้ในสัญญายังมีหน้าที่ลำดับรอง (Secondary Obligation) อีกด้วย หน้าที่ลำดับรอง เช่น

ก. หน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ในการระมัดระวังชีวิตร่างกาย หรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่าย

ข. หน้าที่ที่จะต่อรองกัน โดยสุจริตและปฏิบัติต่อกันด้วยความเป็นธรรม

ค. หน้าที่ที่จะละเว้นจากการกระทำที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเสียหายด้วยเหตุฉุกเฉินี้จึงมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการเท่าที่จะสามารถจะกระทำได้เพื่อรับประกันการกระทำตามที่ได้สัญญาไว้

ง. หน้าที่ที่จะสนับสนุนช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการที่จะทำให้สัญญา มีผลบังคับ

จ. หน้าที่ที่จะเปิดเผยข้อเท็จจริงที่สำคัญให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับทราบ

กรณีคดีตัวอย่าง เช่น

คดีที่ 1 ในคดีหนึ่งผู้เช่าได้ออกจากบ้านเช่าไปแล้วเพราะสัญญาเช่าสิ้นสุดลง ผู้เช่าติดประกาศบอกที่อยู่ใหม่ที่หน้าบ้านเช่าเพื่อแจ้งให้ผู้มาติดต่อทราบ ผู้ให้เช่าฉีกประกาศนั้นเสีย เกิดเป็นคดีพิพาทมาสู่ศาล ศาลวินิจฉัยว่าแม้กฎหมายและสัญญาจะไม่ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้เช่าคนเก่าปิดประกาศที่อยู่ใหม่ไว้หน้าบ้านที่เช่าเดิมนั้น การฉีกประกาศนั้นถือว่าประพฤติดขัดต่อหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่า

คดีที่ 2 ภายใต้มาตรา 536 แห่ง B.G.B. ผู้ให้เช่ามีหน้าที่เก็บรักษาห้องที่เช่าให้อยู่ในสภาพที่ผู้เช่าสามารถใช้ห้องเช่าได้ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาเช่า ในกรณีนี้ปรากฏว่าน้ำฝนทะลุผ่านรูรั่วบนหลังคาห้องที่ให้เช่า ทำให้เกิดความเสียหายแก่เครื่องเรือนของผู้เช่า ตามกฎหมายสัญญาเยอรมันผู้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เขาได้รับ อย่างไรก็ตามในสถานการณ์เช่นนี้ การบอกเลิกสัญญาอาจไม่ใช่การเยียวยาความเสียหายที่

เหมาะสมนัก ดังนั้น ผู้เช่าอาจใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการชำระหนี้ตามสัญญาเช่า และเรียกร้องให้มีการซ่อมแซมหลังคาได้¹²²

(2) เพื่อนำไปจัดปัญหา อุปสรรค และความไม่ถูกต้องชอบธรรมต่างๆ และก่อให้เกิดความเสียหาย โดยเฉพาะความไม่ยุติธรรม หรือกระทำการใดๆ ที่ขัดต่อความประพฤติปฏิบัติของบุคคลในสังคมที่จำต้องสอดคล้องกับคุณธรรม จริยธรรม และความซื่อสัตย์

ศาลเยอรมันได้ใช้บทบัญญัติหลักสุจริตอย่างกว้างขวางในการตีความ จึงทำให้เกิดหลักกฎหมายปลีกย่อยขึ้น และเพื่อให้มีขอบเขตการใช้บทบัญญัติของหลักสุจริตอย่างกว้างขวาง¹²³

(3) เพื่อปรับใช้ให้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆ กฎหมายหลักสุจริตจึงเสมือนหนึ่งเป็นประตูหน้าต่างที่เปิดรับหลักกฎหมายธรรมชาติ และหลักสิทธิมนุษยชนเข้าสู่ระบบกฎหมายแพ่งเยอรมัน^{124 125}

นอกจากนี้มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการนำหลักสุจริตไปปรับใช้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ก. การนำหลักสุจริตมาใช้เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามสัญญา ศาลเยอรมันได้นำบทบัญญัตินี้มากำหนดหน้าที่เพิ่มเติมของกลุ่มสัญญา โดยผู้พิพากษาพึงเล็งถึงความหมายที่แท้จริงของข้อตกลงในสัญญา เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่บางอย่างให้คู่สัญญาปฏิบัติโดยพิจารณาถึงพฤติการณ์ความเหมาะสม เมื่อเห็นว่าคู่สัญญาได้มีการตกลงไว้ในสัญญา¹²⁶

ข. การนำหลักสุจริตของศาลอย่างอิสระเพื่อที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของสัญญา เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่เพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ได้ปรากฏในสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายใดปฏิบัติเพื่อบรรลุดุประสงค์ในการทำสัญญา

¹²² นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางพาณิชย์การ: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 34. อ้างถึงใน Jack Beatson and Daniel Friedman. (1997). *Good Faith and Fault in Contract Law*. pp. 177-179.

¹²³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 71. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1968). *Manual German Law*. p. 101.

¹²⁴ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 70. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1982). *An Introduction to German Private and Commercial Law*. p. 137.

¹²⁵ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 70. อ้างถึงใน Nigel G. Foster. (1993). *German Law and Legal System*. p. 200.

¹²⁶ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 71. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1982). *An Introduction to German Private and Commercial Law*. p. 138 and 139.

ค. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดว่าจะเกิดขึ้น
ในกรณีเช่นนี้ศาลเยอรมันอาจนำหลักสุจริต (มาตรา 242) มาปรับปรุงแก้ไขสัญญาตามหลักเรื่อง
หลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus) หมายความว่าเมื่อ
สาระสำคัญแห่งเนื้อหาของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปสัญญานั้นย่อมต้องเปลี่ยนแปลง เพื่อให้เกิดความ
เป็นธรรม ถูกต้องและเหมาะสมในบางกรณีศาลอาจปรับแก้ไขสัญญาใหม่ เพื่อให้เหมาะสมกับ
สถานการณ์ตามความเป็นจริงและเป็นธรรม

ง. การนำหลักสุจริตมาใช้เกี่ยวกับการใช้สิทธิของบุคคล การกำหนด
เงื่อนไขอันไม่เป็นธรรมในสัญญาทางธุรกิจ (Controls of the General Condition of Business)
คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกันโดยสุจริตนั้น ฉะนั้น หากมีข้อความในลักษณะดังกล่าวซึ่งขึ้นต่อหลัก
ปฏิบัติ ข้อสัญญานั้นย่อมไม่มีผลบังคับ (Nullified)^{127 128} ในการพิจารณาของศาลฯ จะตรวจสอบว่า
การกระทำใดๆ ที่ขัดต่อหลักสุจริต ศาลจะไม่เข้าข้างฝ่ายไม่สุจริต และศาลจะตีความให้เป็นคุณแก่
ฝ่ายยุติธรรมเฉพาะเรื่องและเป็นการพัฒนาความประพฤติปฏิบัติของสมาชิกในสังคมให้มีมาตรฐาน
เกี่ยวกับความซื่อสัตย์ คุณธรรม และจริยธรรมด้วย

จ. การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับหลักกฎหมายปิดปากโดยความ
ประพฤติ (Estoppel by Conduct) ของคอมมอลลอว์ ศาลเยอรมันได้นำหลักสุจริตมาใช้กับหลัก
กฎหมายปิดปาก (Doctrine of Estoppel) ซึ่งตรงกับหลักกฎหมายโรมัน คือ หลักบุคคลย่อมต้องห้าม
มิให้ทำการใดๆ อันขัดต่อการกระทำก่อนๆ ของตน (Venire Contrafactum Proprium) ปิดปากไม่ให้
ผู้ที่แสดงพฤติกรรมจนทำให้ผู้อื่นที่สุจริตต้องได้รับความเสียหาย จึงนำหลักสุจริตมาแก้ไขให้ผู้
ที่เชื่อพฤติกรรมเหล่านั้นได้รับความคุ้มครอง¹²⁹

2) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในทางปฏิบัติแล้วศาลฝรั่งเศสนำหลักสุจริตไปปรับใช้น้อยมากทั้งๆ ที่คำ
พิพากษาของศาลเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริตมีจำนวนมาก ทั้งนี้อาจเพราะมีเหตุผล
ดังต่อไปนี้

¹²⁷ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 75. อ้างถึงใน Horn, Kotz and Leser. (1982). *An Introduction to German Private and Commercial Law*. p.143.

¹²⁸ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 75. อ้างถึงใน Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). *An Introduction to Comparative Law*. p. 12.

¹²⁹ สุจิต ปัญญาพฤษ. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 77. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1968). *Manual German Law*. p. 98 and 99.

(1) ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปให้มีความเป็นธรรม โดยอาศัย บทบัญญัติกฎหมายอื่นๆ เช่น ความรับผิดในทางละเมิด แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสตาม มาตรา 1382 Section 1382 “Any act by which a person causes damage to another bind the person by whose fault the damage occurred to repair such damage.”¹³⁰ และหลักความรับผิดในการเจรจา ต่อรองเพื่อทำสัญญาต้องกระทำโดยซื่อสัตย์สุจริตหลักคุณธรรมและมีความไว้วางใจต่อกันหรือ หลักการใช้สิทธิเกินตัวหรือโดยไม่ชอบธรรม (Abuse of Rights) ได้กำหนดว่าบุคคลผู้ใช้สิทธิต้องใช้ สิทธิด้วยความชอบธรรมและเหมาะสม โดยไม่ทำให้บุคคลอื่นเดือดร้อนและต้องได้รับความ เสียหายจากการใช้สิทธิของตน และต้องใช้สิทธิให้เหมาะสมและสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายของ สังคมส่วนรวม

(2) การที่ศาลฝรั่งเศสไม่นำมาตรา 1134 มาใช้กับการทำให้สัญญาตาม บทบัญญัติของกฎหมายอาจเนื่องมาจากว่ามาตรา 1134 วรรค 3 มีขอบเขตกว้างขวางไม่แน่นอนซึ่ง อาจมีลักษณะเป็นนามธรรมที่เรียกว่า Wide ranging Principle ก็ได้

(3) ศาลฝรั่งเศสมักให้คู่สัญญาตกลงกันโดยยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt Servanda) ซึ่งศาลจะไม่แทรกแซง อาจสันนิษฐานว่าเป็นอิทธิพลเนื่องมาจากแนวคิดเสรี นิยมและเสรีภาพในการทำสัญญา หรือความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) และแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติในสิทธิของมนุษย์ ซึ่งเป็นแนวคิดกฎหมายในยุคที่ฝรั่งเศส จัดทำประมวลกฎหมายในโปเลียน (Code Napoleon) 1804 ในคริสต์วรรษที่ 19¹³¹

3.2.2.5 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้มีมาตั้งแต่สมัยโรมันแล้ว มีคำกล่าวของนัก กฎหมายโรมันที่แสดงให้เห็นว่าได้รับรู้หลักกฎหมายการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เช่น Gaius ได้กล่าว ไว้ว่า “เราต้องไม่ใช่สิทธิของเราในทางที่ขัดกับศีลธรรม” (Male Enim Nostro Jiure Uti Non Debemus) หรือ Paul ได้กล่าวไว้ว่า “สิ่งที่กฎหมายไม่ห้ามไม่ได้หมายความว่า เป็นสิ่งที่เชื่อตรง” (Non Omne Guod Lecit Honestum Est) และยังมีภาษิตลาตินกล่าวด้วยว่า “เคร่งครัดตามกฎหมาย เกินไป คือ ความยุติธรรมอย่างที่สุด” (Summum Jus Injuria) หรือ “ผู้ที่ทุจริตไม่ควรได้รับการ ช่วยเหลือ” (Malitiis Nonest Indulgendum) สมัยโรมันจึงมีการรับรู้หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้ แล้ว โดยมีหลักที่คล้ายกับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ซึ่งเรียกว่า Actio Aquae Pluviae Arcendae หรือ action to ward off the water อันเป็นการใช้สิทธิโดยเจตนาที่จะทำให้อันอื่นเสียหาย

¹³⁰ พนิต เหล่าจรวงศ์ชกร. เล่มเดิม. หน้า 129.

¹³¹ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. เล่มเดิม. หน้า 86 และ 87.

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสสมัยที่ยังมิได้มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตก็ถือว่าเป็นความผิด ต่อมาในสมัยที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ก็มีให้มีแนวคิดที่จะวางหลักในเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไว้แต่อย่างใด แต่เมื่อมีกรณีพิพาทเรื่องการใช้สิทธิเกิดขึ้น ศาลก็นำหลักดังกล่าวมาใช้ ศาลฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษายอมรับหลักการการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเป็นครั้งแรก ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินผู้หนึ่งได้ทำป่ดองไฟลอบบนหลังคาบ้านของตนเอง โดยตั้งใจแกล้งปิดแสงสว่างไม่ให้เข้าหน้าต่างบ้านข้างเคียง ศาลอุทธรณ์เมืองโกล์มาร์ (Colmar) ตัดสินว่า แม้จะถือเป็นหลักว่ากรรมสิทธิ์เป็นสิทธิชนิดเด็ดขาด โดยอนุญาตให้ผู้ทรงสิทธิใช้ทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของนั้นได้นานาประการ แต่การใช้สิทธินี้เช่นเดียวกับการใช้สิทธิประเภทอื่นๆ อยู่ในวงเขตที่จะต้องใช้เพื่อให้มีผลประโยชน์อย่างจริงจัง ชอบด้วยกฎหมายและความยุติธรรม ไม่ใช่ให้ศาลช่วยเหลือการใดๆ ที่กระทำขึ้นเนื่องจากมีเจตนาแกล้งโดยหลงมัวเมาในสิ่งที่ผิดและไม่ได้ผลประโยชน์แก่ตนเองเลย นอกจากก่อความเสียหายอย่างใหญ่โตให้แก่ผู้อื่น นอกจากนี้ ศาลสูงฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ยังได้วินิจฉัยอีกคดีหนึ่ง ในปีคริสต์ศักราช 1871 ดังความตอนหนึ่งว่า “ที่จะเกิดมีการใช้คำสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น ต้องได้ความว่ามีความผิดและกฎหมายไม่ถือเลยว่าเป็นความผิดถ้ากระทำตามสิทธิที่มีสิทธิกระทำได้ นอกจากจะทำได้กระทำเพื่อแกล้งผู้อื่น และกระทำโดยไม่เกิดผลประโยชน์ให้แก่ตนเองเลย” ต่อจากนั้นก็ยังมีคำพิพากษาอีกหลายคดีที่วินิจฉัยรับหลักการการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

หลักการการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆ ซึ่งในหลายประเทศได้นำหลักดังกล่าวไปบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติถึงการการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตโดยตรงไว้ในมาตรา 226 ซึ่งบัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่ความมุ่งหมายจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นเพียงอย่างเดียว เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย” และมีอีกสองมาตราที่ศาลนำมาปรับใช้กับกรณีที่มีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้อย่างกว้างขวางกว่ามาตรา 226 คือ มาตรา 242 ซึ่งบัญญัติว่า “ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้เป็นไปตามหลักสุจริต ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย” และมาตรา 826 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจทำให้ผู้อื่นเสียหายในลักษณะที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีต้องชดใช้คำสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้น ประมวลกฎหมายว่าด้วยหนี้ไปแลนด์ มาตรา 135 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้สิทธิของตนโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้นั้นจะต้องชดใช้คำสินไหมทดแทนความเสียหาย ในเมื่อการใช้สิทธิของเขานั้นใช้เกินขอบเขตของความสุจริต หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้มอบหมายและมอบสิทธิให้เขา” ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 2 วรรคสอง บัญญัติว่า “การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะไม่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย” ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย มาตรา 1295 วรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลใดใช้สิทธิโดยมีเจตนาขัดแย้ง อันจะก่อให้เกิดความ

เสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น” และประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา 833 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เจ้าของทรัพย์สินใช้ทรัพย์สินโดยมีเจตนาเพียงกลั่นแกล้ง หรือ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น”

สำหรับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้นำหลักเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมากำหนดไว้เป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่ง มีแต่บทบัญญัติเฉพาะเรื่องเฉพาะราว หลักดังกล่าวจึงเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลเป็นส่วนใหญ่

1) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำหลักการการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 226 แต่ศาลเยอรมันเอง กลับไม่ค่อยนำมาตรา 226 มาใช้ ทั้งนี้ศาลเยอรมันได้นำบทบัญญัติมาตรา 242 และมาตรา 826 มาปรับใช้กับกรณีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้กว้างกว่ามาตรา 226 มาก โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) การใช้สิทธิโดยจงใจทำให้ผู้อื่นเสียหายตามมาตรา 226

จากการศึกษาความใน มาตรา 226 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่ความมุ่งหมายจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นแต่เพียงอย่างเดียว เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย” (The exercise of right which can only have the purpose of causing injury to another is unlawful).¹³²

เมื่อพิจารณาถึงมาตรานี้บัญญัติไว้จำกัดมากขอบเขตแคบๆ ของมาตรานี้ เรียกกันว่า การห้ามการรบกวน (Schikaneverbot)¹³³ หลักนี้ใช้เฉพาะกรณีที่ผู้ใช้สิทธิได้จงใจกระทำเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่มีจุดมุ่งหมายอื่น ซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะบังคับให้เป็นไปตามมาตรานี้ เพราะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ใช้สิทธินั้นได้มุ่งต่อผลคือความเสียหายแก่ผู้อื่นฝ่ายเดียว สำหรับตัวอย่างที่ศาลเยอรมันนำมาตรา 226 มาใช้ในการตัดสินคดีก็ เช่น คดีที่บิดาได้ห้ามมิให้บุตรชายของเขาเข้ามาในที่ดินซึ่งฝังศพมารดาของพวกเขาอยู่ ดังนี้ศาลตัดสินว่าเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลคือความเสียหายแก่ผู้อื่นฝ่ายเดียว

นอกจากเกณฑ์การพิจารณาสำหรับเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 226 แล้วในการพิจารณาถึงความประสงค์ร้ายนั้น กฎหมายเยอรมันยังได้นำเอาบรรทัดฐานทางศีลธรรมมาใช้ตัดสินว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหรือไม่ ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีอยู่ 2 มาตราที่เป็นแม่บทสำคัญในเรื่องนี้ คือ มาตรา 242 และมาตรา 826

¹³² มาดัย ธรรมโชติตั้ง. (2545). การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยไม่สุจริต. หน้า 40.

¹³³ สุจิต ปัญญาพฤกษ์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 58. อ้างถึงใน K.W. Ryan. (1962). **An Introduction to The Civil Law.** p. 129.

(2) การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในทางสัญญาตามมาตรา 242

จากการศึกษาค้นคว้าความในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติไว้ว่า “ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้เป็นไปตามหลักสุจริต ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย” (The debtor is bound to effect performance according to the requirements of good faith, common habits being duly taken into consideration.)¹³⁴ มาตรานี้มีมุ่งหมายที่จะป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในเรื่องสัญญา¹³⁵ ไม่เฉพาะแต่หน้าที่ของลูกหนี้เท่านั้น แต่รวมถึงกรณีที่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญของมาตรานี้คือ บุคคลทุกคนจะต้องปฏิบัติให้สมแก่การชำระหนี้ของตน และใช้สิทธิของตนตามหลักสุจริตทั่วไป การใช้สิทธิใดๆ จะต้องมิชอบเขตจำกัดด้วยหลักสุจริต การใช้สิทธิซึ่งขัดแย้งกับหลักทั่วไปเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

(3) การใช้สิทธิโดยฝ่าฝืนหลักศีลธรรมอันดีตามมาตรา 826

เมื่อพิจารณาถึงความในมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจทำให้ผู้อื่นเสียหายในลักษณะที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้น” (One who deliberately injures another in a manner violating good morals is bound to indemnify the forthe injury.)¹³⁶

ศาสตราจารย์ไพจิตร บุญญพันธ์¹³⁷ ได้อธิบายมาตรานี้ไว้ว่า “ฝ่าฝืนศีลธรรม” ก็คือเป็นการฝ่าฝืนความรู้สึกอันดีงามของบุคคลซึ่งคิดเห็น โดยชอบ โดยถือตามความคิดเห็นของบุคคลธรรมดา ไม่ใช่ถือตามความคิดเห็นของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือจำพวกใดจำพวกหนึ่งที่เคร่งครัด หรือหย่อนเป็นหลัก มาตรฐานที่ว่านี้ไม่อาจกำหนดตายตัวได้ตลอดเวลา ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาขณะที่เกิดการกระทำและเหตุการณ์แวดล้อม ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำโดยไม่มีความตั้งใจเป็นอย่างอื่น นอกจากการก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นแล้ว ก็ย่อมชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี แม้ในกรณีที่ไม่มีเจตนาตั้งใจเช่นนั้น การกระทำก็อาจเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีได้

¹³⁴ มาลัย ธรรมโชติง. เล่มเดิม. หน้า 41.

¹³⁵ มาลัย ธรรมโชติง. (2545). การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยไม่สุจริต. หน้า 41. อ้างถึงใน K.W. Ryan. (1962). *An Introduction to The Civil Law*. p. 130.

¹³⁶ มาลัย ธรรมโชติง. เล่มเดิม. หน้า 41.

¹³⁷ ไพจิตร บุญญพันธ์. (2519). กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ. หน้า 42.

ศาลเยอรมันได้ใช้บทบัญญัติมาตรานี้ในการกำหนดความรับผิดในแต่ละรูปคดี ซึ่งคู่ความฝ่ายหนึ่งทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายโดยพฤติกรรมที่ก้าวร้าวและไม่ถูกต้อง และเป็นพฤติกรรมที่สังคมไม่ยอมรับ การแสดงว่าจำเลยจงใจกระทำอันตรายอย่างแท้จริงนั้นไม่ใช่สิ่งจำเป็น แต่ถ้าเขารู้ว่าอาจทำให้เกิดความเสียหายจากการกระทำของเขาได้ก็เป็นการเพียงพอแล้ว

ในการพิจารณาเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ศาลเยอรมันจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงแต่ละคดีไป ซึ่งอาจสรุปหลักเกณฑ์ที่ศาลเยอรมันใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตดังนี้

- ก. การใช้สิทธิทุกชนิดเป็นการไม่สุจริต หากไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งภายใต้สถานการณ์ หรือการกระทำไปโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ที่สอดคล้องกฎหมายของอีกฝ่ายหนึ่ง
- ข. การใช้สิทธิซึ่งฝ่าฝืนกฎหมาย หรือโดยไม่สุจริตจะไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย
- ค. การใช้สิทธิซึ่งขัดต่อธรรมเนียมที่เคยปฏิบัติกันมาก่อน จะไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย
- ง. การใช้สิทธิทุกชนิดเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากได้กระทำไปโดยเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายแต่เพียงฝ่ายเดียว¹³⁸

2) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

จากการศึกษาพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติกรณีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไว้ในมาตราหนึ่งมาตราใดโดยตรง แต่ศาลฝรั่งเศสได้นำบทบัญญัติมาตรา 1382 อันเป็นพื้นฐานของความรับผิดทางแพ่งของฝรั่งเศสมาปรับใช้ โดยมาตราดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า “การกระทำใดๆ ซึ่งกระทำ ความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้กมผู้กระทำที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในความผิดที่เขาได้กระทำนั้น” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กว้างขวางที่ถือเอาการกระทำผิดเป็นหลักสำคัญ คือ ถ้าไม่มีการกระทำผิดก็ไม่ต้องรับผิด แสดงให้เห็นว่าการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส ศาลสูงฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1871 วางหลักเรื่องการ ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตว่า “กรณีที่จะต้องมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ความเสียหายนั้นต้องได้ความว่ามีความผิด และกฎหมายไม่ถือเลยว่าเป็นความผิดถ้าการกระทำตามหน้าที่มีสิทธิกระทำได้ นอกจากจะได้กระทำเพื่อแกล้งผู้อื่น และกระทำโดยไม่เกิดประโยชน์ให้แก่ตนเองเลย”

¹³⁸ มาลัย ธรรมโชติง. เล่มเดิม. หน้า 42.

จากคำพิพากษาดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าศาลสูงฝรั่งเศสได้วางหลักเกณฑ์ เรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไว้ 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นการกระทำโดยจงใจแก้งผู้อื่น และประการที่สอง เป็นการกระทำโดยไม่เกิดผลประโยชน์แก่ตนเลย

ในเวลาต่อมาก็ได้มีคำพิพากษาอีกมากมายที่วินิจฉัยรับหลักการการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตรวมทั้งคำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิในการดำเนินคดีในศาล เช่น การใช้สิทธิทางศาลโดยไม่ชอบการฟ้องคดีโดยไม่ชอบ การให้โดยไม่ชอบ หรือการใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาโดยไม่ชอบ นอกจากนี้ยังมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการบังคับคดี เช่น การใช้สิทธิบังคับคดีโดยไม่ชอบ กล่าวคือ เจ้าหนี้ดำเนินการยึดสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาสูงกว่าจำนวนหนี้มากมาย

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องการใช้สิทธิในการดำเนินคดีในศาลและการบังคับนั้น ศาลสูงแผนกคดีแพ่งของฝรั่งเศสได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า “การใช้สิทธิทางศาลโดยไม่ถือเป็นการกระทำผิดที่จะให้เรียกค่าเสียหายได้ ถ้าไม่ได้กระทำโดยเจตนาร้ายหรือโดยทุจริต หรืออย่างน้อยเกิดจากความสำคัญผิดอย่างร้ายแรงซึ่งเท่ากับข้อฉ้อฉล” กล่าวคือ ศาลสูงแผนกคดีแพ่งของฝรั่งเศสได้ตัดสินใจว่า อาจเป็นผิดทางละเมิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ เมื่อได้ใช้สิทธินั้นๆ โดยไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั่นเอง

นอกจากนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสถือว่าการใช้สิทธิทางศาลโดยไม่สุจริตเป็นกรณีที่บุคคลใช้สิทธิของตนโดยมุ่งประสงค์ที่จะก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นซึ่งเป็นการผิดตามมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งรวมถึงกรณีการใช้สิทธิทางศาลโดยไม่สุจริตโดยประมาท เช่น การอุทธรณ์หรือการยกข้อต่อสู้ของคู่ความซึ่งเป็นไปโดยหาประโยชน์มิได้ ก็ถือว่ามีความผิดด้วย หรือการรีบร้อนบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลล่างซึ่งต่อมาได้ถูกกลับเสียในศาลสูงก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 1382 เช่นเดียวกัน ซึ่งถือว่าเป็นละเมิดที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสยุคหลังๆ นั้นได้ถือหลักในการพิจารณาว่าอย่างไรเรียกว่าการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โดยแยกพิจารณาเป็นกรณีใหญ่ๆ 2 กรณี คือ

(1) การใช้สิทธิโดยเจตนาแก้ง

เมื่อพิจารณาความหมายโดยจงใจให้เขาเสียหาย นับแต่ไหนแต่ไรมาแล้วย่อมถูกประณามอยู่เสมอว่าเป็นผู้ที่ชั่วร้ายทำลายระเบียบชุมชน ไม่ควรได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายแต่อย่างใด แม้การกระทำนั้นๆ จะเป็นการใช้สิทธิอันเข้าหลักเกณฑ์ถูกต้องตามสิทธินั้นก็ตาม สมกับคำที่ว่า “ผู้ที่ทุจริตไม่ควรจะได้รับความช่วยเหลือ” ฉะนั้น การกระทำใดๆ ที่มีเจตนาแก้งแล้วจึงควรถือได้ว่าเป็นความผิด อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาว่าเป็นการจงใจให้เขาเสียหายหรือไม่อาจจะกระทำได้ไม่ยากนัก เนื่องจากเป็นเรื่องความรู้สึกในใจของผู้ใช้สิทธิซึ่งไม่อาจจะจับ

ต้องหรือมองเห็นได้ จะรู้ได้ก็ต้องอาศัยพฤติการณ์ภายนอกซึ่งผู้ใช้สิทธิแสดงออกมา เช่น การใช้สิทธินั้นไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนเองเลย เป็นต้น ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

(2) การใช้สิทธิโดยไม่มีเจตนาแกล้างแต่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ดังภาษิตลาตินที่กล่าวว่า “ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเทียบได้เท่ากับการแกล้าง” (Culpa Lata Dolus Est)

เนื่องจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่ถือว่าเป็นผิดทางละเมิดแล้วนักนิติศาสตร์ที่รับรู้ทฤษฎีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต มีความเห็นว่า อาจเป็นความผิดได้อีก ในเมื่อได้ใช้สิทธิผิดไปจากวัตถุประสงค์สุดท้ายแห่งสิทธินั้นๆ ซึ่งศาลฝรั่งเศสได้ตัดสินไว้ โดยศาลสูงฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1902 ว่าเจ้าของที่ดินสูบน้ำจากบ่อในที่ดินของตนเองโดยที่ตนเองไม่ได้ประโยชน์ ซึ่งทำให้ลดปริมาณน้ำที่เพื่อนบ้านจะต้องใช้ลง เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน (Cass. Reg. 10 June 1902, S. 1903.1.11, D. 1902.)¹³⁹ กรณีเช่นนี้มักเรียกว่าเป็นการกระทำที่ขาดประโยชน์ที่เหมาะสม (Absence of Proper Interest) ซึ่งอันที่จริงอาจกล่าวได้ว่าบุคคลซึ่งทำความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยที่ตนเองแทบจะไม่ได้ประโยชน์อะไรจากการกระทำนั้นเลยก็เท่ากับว่าเขาได้กระทำไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งเท่ากับเป็นการจงใจก่อให้เกิดความเสียหายนั่นเอง¹⁴⁰

นอกจากนี้ ในกรณีที่พ่อค้าทำแผ่นป้ายโฆษณาขนาดเดียวกันกับพ่อค้าซึ่งอยู่ใกล้เคียงกัน และติดแผ่นป้ายโฆษณาของผู้อื่น ทั้งๆ ที่ไม่จำเป็นจะต้องติดตรงกัน ศาลตัดสินว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หรือกรณีที่เจ้าของที่ดินซึ่งสร้างผนังห้องร่วมกันได้ปฏิเสธคำร้องขอของเพื่อนบ้านที่ให้อายุที่โปร่งบางและใส่บานกระจกที่ทำด้วยกระจกกันน้ำค้างแข็ง เพื่อให้แสงสว่างผ่านเข้ามาได้และบังตากับฝุ่นได้ โดยเพื่อนบ้านเสนอที่จะจ่ายค่าใช้จ่ายพิเศษในการจัดการดังกล่าว และแม้ว่าการกระทำดังกล่าวที่เพื่อนบ้านขอร้องจะไม่ทำให้ผู้ก่อสร้างความเสียหายแต่ประการใดเลยก็ตาม¹⁴¹ กรณีเช่นนี้เรียกได้ว่าเป็นกรณีที่มีทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (The Harmful Alternative) กล่าว คือ เมื่อมีทางเลือกระหว่างวิธีใช้สิทธิซึ่งได้รับประโยชน์เท่ากัน ผู้ใช้

¹³⁹ มาลัย ธรรมโชติง. (2545). การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยไม่สุจริต. หน้า 38. อ้างถึงใน Andre Tunc. (1974). *International Encyclopedia of Comparative Law*. p. 105.

¹⁴⁰ มาลัย ธรรมโชติง. (2545). การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยไม่สุจริต. หน้า 38. อ้างถึงใน Andre Tunc. (1974). *International Encyclopedia of Comparative Law*. p. 109.

¹⁴¹ มาลัย ธรรมโชติง. (2545). การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งโดยไม่สุจริต. หน้า 39. อ้างถึงใน Andre Tunc. (1974). *International Encyclopedia of Comparative Law*. p. 110.

สิทธิจะต้องไม่มีทางเลือกทางที่ก่อให้เกิดผู้อื่นเสียหาย ถ้าเลือกทางที่ทำให้ผู้อื่นเสียหายก็ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

มีปัญหาต่อไปว่า หากการใช้สิทธินั้นมิได้มีเจตนาแกล้ง ทั้งมิได้มีความประมาทอย่างร้ายแรงแล้วอาจยังจะถือเป็นผิดทางละเมิดหรือไม่ สำหรับ Josserand และนักนิติศาสตร์อื่นๆ ที่รับรู้ทฤษฎีการใช้สิทธิเกินส่วน^{142 143} นั้นได้กล่าวว่ามีความเห็นว่าเป็นผิดได้อีกในเมื่อใช้ผิดไปจากวัตถุประสงค์สุดท้ายแห่งสิทธินั้นๆ แต่ก็ได้วิจารณ์แล้วว่าเป็นการหมิ่นเหม่อย่างที่สุดเพราะความยากลำบากแห่งการเข้าใจวัตถุประสงค์สุดท้ายแห่งสิทธินั้น อย่างไรก็ตาม สำหรับนิติศาสตร์รุ่นหลังๆ ยังเห็นว่าน่าจะใช้หลักวินิจฉัยความผิด In Abstracto ได้ กล่าวคือ สมมติบุคคลที่ใช้ความระมัดระวังมาเทียบว่าจะใช้สิทธิเช่นผู้ทรงสิทธินั้นหรือไม่ เขาเห็นว่าเป็นความคิดเห็นที่เหมาะสมไม่รุนแรงไปเช่นความคิดเห็นของ Josserand แต่ที่รับรู้การใช้สิทธินั้นอาจเป็นผิดทางละเมิดได้ ผิดกับความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายค้านทฤษฎี การใช้สิทธิเกินส่วนทั้งเป็นการนำหลักมาใช้ในส่วนย่อยทุกส่วน ในเรื่องการใช้สิทธิเกินส่วนจึงไม่น่าจะอยู่ในข้อยกเว้น เพราะไม่มีเหตุอะไรที่ศาลจะวินิจฉัยให้ผิดแยกออกไปจากหลักการวินิจฉัยความผิด¹⁴⁴

สรุปได้ว่า หลักเกณฑ์ที่ศาลฝรั่งเศสนำมาตัดสินว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในเบื้องต้น คือ กรณีจงใจแกล้งทำผู้อื่นเสียหาย ต่อมาก็มีการยอมรับหลักเกณฑ์การขาดประโยชน์ที่เหมาะสม ซึ่งใกล้เคียงกับการจงใจแกล้งทำให้เสียหายมาก แล้วก็มาถึงหลักเกณฑ์ที่ผู้กระทำความผิดที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย และท้ายที่สุดในปัจจุบันนั้นก็ใช้เกณฑ์ซึ่งเป็นแนวความคิดของความรับผิดทางละเมิดธรรมดา กล่าวคือ การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั่นเอง

หลักเกณฑ์ที่ประเทศต่างๆ มีทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตใช้เป็นหลักในการพิจารณาลักษณะของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนั้นมีอยู่ 6 ประการด้วยกันในบางประเทศอาจใช้เพียงเกณฑ์เดียวในการพิจารณา หรือบางประเทศคงใช้เกณฑ์มากกว่าหนึ่งเกณฑ์ ดังสรุปหลักเกณฑ์ที่สำคัญได้ดังต่อไปนี้¹⁴⁵

¹⁴² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2529, กันยายน). “การใช้สิทธิโดยไม่ชอบ (Abuse of right).” วารสารนิติศาสตร์, 16, 3. หน้า 100.

¹⁴³ สุด สุตรา. (2516, มีนาคม-เมษายน). “การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (แอบยู ออฟไรท์).” ดุลพาห, 20, 2. หน้า 11.

¹⁴⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร. (2539). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. หน้า 166 และ 167.

¹⁴⁵ อุบลรัตน์ สิทธิยานันท์. (2530, ธันวาคม). “ความหมายของ การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” บทบัญญัติ, 43. หน้า 31-34.

ก. หลักจงใจแกล้งทำให้เกิดความเสียหาย (Intention to Harm)

หลักนี้เป็นหลักที่ทุกประเทศยอมรับว่า ถ้าใช้สิทธิโดยจงใจแกล้งทำให้เกิดความเสียหายแล้วย่อมถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

ข. หลักขาดประโยชน์ที่เหมาะสม (Absence of Proper Interest)

หลักนี้มีหลักสำคัญอยู่ว่า ผู้ใช้สิทธินั้นได้ใช้สิทธิของตนโดยที่ตนเองไม่ได้รับประโยชน์เท่าที่ควร แต่การใช้สิทธินั้นได้ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายอย่างมาก อันที่จริงหลักนี้ใกล้เคียงกับหลักเรื่องจงใจทำให้เกิดความเสียหายมาก เพราะการกระทำโดยขาดประโยชน์ที่เหมาะสมเช่นนี้ก็เท่ากับว่าจงใจทำให้ผู้อื่นเสียหายนั่นเอง ซึ่งอาจจะเป็นข้อที่โจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยจงใจแกล้งทำให้โจทก์เสียหายได้

หลักขาดประโยชน์ที่เหมาะสมนี้ ทั้งประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสและกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเยอรมันต่างก็ยอมรับหลักนี้

ค. หลักทางเลือกที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (The Harmful Alternative)

ในกรณีมีทางเลือกที่ได้ประโยชน์เท่ากันในการใช้สิทธิ ผู้ทรงสิทธิจะต้องเลือกทางที่ไม่เป็นอันตรายแก่ผู้อื่น

หลักนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเยอรมัน

ง. หลักความไม่ได้สัดส่วนอย่างแจ้งชัดระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Flagrant Disproportion Between Damage and Profit)

หลักความไม่ได้สัดส่วนอย่างแจ้งชัดระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้มีส่วนใกล้เคียงกับหลักขาดประโยชน์ที่เหมาะสมมาก แต่หลักขาดประโยชน์ที่เหมาะสมนั้นผู้ใช้สิทธิแทนจะไม่มีประโยชน์ใดๆ ในการใช้สิทธิเลย หากแต่ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายอย่างมาก คือ มุ่งความสำคัญไปที่ผลประโยชน์ของการใช้สิทธิมากกว่า แต่หลักความไม่ได้สัดส่วนอย่างแจ้งชัดระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ ความสำคัญอยู่ที่สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้น คือ แม้ผู้ใช้สิทธิจะมีประโยชน์จากการใช้สิทธิของตนอยู่บ้าง แต่ถ้าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นแล้วไม่ได้สัดส่วนกันอย่างชัดเจนก็เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

หลักนี้เป็นที่ยอมรับกันเป็นส่วนใหญ่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่ศาลสูงฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้ปฏิเสธที่จะนำมาใช้ในหลายๆ คดี สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ บรรดาผู้พิพากษาและนัก

ทฤษฎีไม่รู้สึกลึกซึ้งยากในการนำหลักนี้มาใช้ เพราะการเห็นแก่ตัวเกินควรของผู้ทรงสิทธิที่ไม่คำนึงถึงความเสียหายต่อผู้อื่นนั้นเป็นการขัดกับหลักการใช้สิทธิโดยสุจริต

จ. หลักไม่สนใจต่อความมุ่งหมายแห่งสิทธิ (Disregard of the Purpose for Which the Right Exists)

กรณีผู้ใช้สิทธิได้ใช้สิทธิไปโดยไม่สนใจถึงความมุ่งหมายแห่งสิทธินั้นแล้วย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ แต่หลักนี้เป็นหลักที่คลุมเครือและไม่แน่นอน การที่จะค้นพบความมุ่งหมายที่แท้จริงหรือแน่นอนของสิทธิที่สร้างขึ้นยากมาก แต่ถ้าเป็นกรณีที่มองเห็นความมุ่งหมายแห่งสิทธิได้ชัดเจนแล้วก็สามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินได้ ซึ่งถ้าการกระทำใดฝ่าฝืนต่อความรู้สึกของคนทั่วไปว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตแล้ว ก็ถือว่าผิดความมุ่งหมายแห่งสิทธิทั้งหลายทั้งปวงย่อมไม่มุ่งประสงค์ที่จะให้มีการนำไปใช้โดยไม่สุจริตเป็นแน่

นักกฎหมายและศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสส่วนใหญ่จะไม่เห็นด้วยกับหลักนี้ เนื่องจากเห็นว่าเป็นหลักที่คลุมเครือและไม่แน่นอน แต่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ หลักนี้ใช้บ่อยที่สุด โดยอ้างหลักเรื่องการใช้สิทธิ “โดยสุจริต” นั้นมาขยายความเพราะการใช้สิทธิโดยสุจริตมิได้มุ่งแต่การละเว้นการกระทำโดยเจตนาร้าย แต่รวมถึงสิทธิที่ชอบด้วยกฎหมายและประโยชน์ของผู้อื่น และการเคารพความมุ่งหมายทางสังคมของสิทธิด้วย

ฉ. หลักความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป (General Principles of tortious Liability)

ศาลฝรั่งเศสในปัจจุบันได้ใช้หลักความรับผิดทางละเมิดธรรมดาเป็นหลักในการพิจารณาเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โดยจะต้องหาความผิดซึ่งปกติไม่ควรมีการกระทำโดยบุคคลที่มีความระมัดระวังและอยู่ในสภาพแวดล้อมเช่นเดียวกับจำเลย หลักนี้ก็ได้แก่การกระทำ ความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั่นเอง คือ นำหลักเรื่องความรับผิดทางละเมิดธรรมดามาใช้พิจารณาเกี่ยวกับการใช้สิทธิเหมือนกับกรณีละเมิดโดยทั่วไป สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ใช้หลัก “พฤติกรรมอันสมควร” และหลัก “โดยสุจริต”

นอกจากที่กล่าวมาใน 6 กรณีนี้ยังมีทฤษฎีที่บางประเทศนำไปใช้ คือ

- ใช้ต่อผู้ขัดขวางการกระทำอันไม่ชอบมาพากล (Unredlich)

เรื่องการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นตามมาตรา 226 หรือ การกระทำอันขัดแย้งกับการประพฤติปฏิบัติของตนที่ได้กระทำไว้ การกำหนดเงื่อนไขอันไม่เป็นธรรมในสัญญาธุรกิจ คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต ฉะนั้นหากมีข้อความในลักษณะซึ่งขัดต่อหลักปฏิบัติ ข้อสัญญานั้นย่อมไม่มีผลบังคับ ในการพิจารณาของศาล ศาล

ตรวจสอบว่าการกระทำใดที่ขัดต่อหลักสุจริต ศาลจะไม่เข้าข้างฝ่ายไม่สุจริตและศาลจะตีความให้เป็นคุณแก่ฝ่ายที่สุจริต¹⁴⁶

ศาลเยอรมันจะใช้หลักสุจริตในการตัดสิน ในการกระทำกับสัญญาของคู่สัญญาว่าเป็นไปในทางเดียวกันหรือไม่ ถ้าขัดแย้งกันถือว่าเป็นการใช้สิทธิที่น่าจะก่อความเสียหายให้แก่ผู้อื่น

- ใช้กับกฎหมายปิดปาก (Doctrine of Estoppel)

เนื่องจากตรงกับกฎหมายโรมัน คือ หลักบุคคลย่อมต้องห้ามมิให้ทำการใดๆ อันขัดต่อการกระทำก่อนๆ ของตน (Venire Contrafactum Propium) เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ที่แสดงพฤติกรรมจนทำให้ผู้อื่นที่สุจริตต้องได้รับความเสียหาย จึงใช้หลักสุจริตมาแก้ไขให้ผู้ที่แสดงพฤติกรรมเช่นนั้น ได้รับความคุ้มครอง

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะใช้หลักสุจริตป้องกันผู้ที่แสดงประพฤติกกรรมที่มีแต่จะทำให้บุคคลอื่นเสียหายจากการกระทำนั้น เป็นการที่ได้ผลดีเพราะไม่เช่นนั้นแล้วจะทำให้ถือเอาการแสดงพฤติกรรมที่ไม่สุจริตเป็นประโยชน์ได้

- เป็นพื้นฐานทางกฎหมายในการทำให้เกิดกฎหมาย

การบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการ ศาลจะใช้หลักสุจริตในการสร้างมูลฟ้องคดีซึ่งไม่ได้มีอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คดีความบางเรื่องซึ่งไม่อาจนำแนวคิดทางกฎหมายเรื่องการพ้นวิสัย ความล่าช้า หรือการรับประกันตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้แก้ไขกับเรื่องที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีการกำหนดมูลฟ้องคดีซึ่งไม่ได้มีอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คดีความบางเรื่องซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ มูลฟ้องคดีรูปแบบใหม่นี้เรียกว่า Positive Vertragsverletzung หรือ Positive Breach of Contract ซึ่งการชำระหนี้ไม่ได้มีสาเหตุจากการพ้นวิสัย ความล่าช้า หรือการส่งมอบชำระครบพร้อม แต่เกิดจากเหตุอื่นนอกเหนือจากนี้ และความเสียหายของโจทก์เกิดเพราะจำเลยกระทำผิดหน้าที่ตามสัญญา การผิดสัญญาของจำเลยทำให้โจทก์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย หรือในกรณีเป็นสัญญาต่างตอบแทน โจทก์มีสิทธิบอกเลิกสัญญา อย่างไรก็ตามสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาจำกัดเฉพาะในคดีซึ่งเป็นการผิดสัญญาในสาระสำคัญซึ่งจะมีผลให้สัญญาไม่เป็นธรรมตามหลักสุจริต¹⁴⁷ มีคดีตัวอย่าง เช่น

¹⁴⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 1-9.

¹⁴⁷ นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 36. อ้างถึงใน Jack Beatson and Daniel Friedmann. (1997). **Good Faith and Fault in Contract Law.** p. 173.

ในคดีหนึ่งโจทก์ซื้อหญ้าเพื่อใช้สำหรับเป็นอาหารเลี้ยงม้าของเขาปรากฏว่าหญ้าเกิดสกปรกขึ้นในระหว่างการขนส่ง ทำให้ม้า 2 ตัวของโจทก์ตายหลังจากกินหญ้า โจทก์จึงเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เขาได้รับ อย่างไรก็ตามโจทก์ไม่สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลเรื่องการพ้นวิสัย เนื่องจากการขนส่งหญ้ายังคงกระทำได้อยู่ ส่วนการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลการชำระหนี้ล่าช้าก็ไม่อาจอ้างได้ด้วยเช่นกัน เนื่องจากค่าเสียหายของโจทก์ไม่ได้เป็นผลมาจากความล่าช้าในการชำระหนี้หรือการขนส่งหญ้าของจำเลย นอกจากนี้มูลฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายสำหรับการจำหน่ายสินค้าชำรุดบกพร่อง เนื่องจากจำเลยไม่ได้รับประกัน โดยชัดแจ้งต่อโจทก์ว่าหญ้าจะไม่ปนเปื้อนสารพิษและจำเลยก็ไม่ปกปิดความชำรุดบกพร่องนั้นโดยกลฉ้อฉลด้วย ศาลจึงนำหลักมูลฟ้องคดีรูปแบบใหม่ Positive Breach of Contract มาปรับใช้ ซึ่งให้เหตุผลสนับสนุนโดยเปรียบเทียบกับหลักเรื่องการพ้นวิสัย และการล่าช้าตามมาตรา 242 B.G.B. ทำให้โจทก์ซึ่งได้รับความเสียหายจากการที่จำเลยผิดสัญญา มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย (Judgment of 11 November 1953, BGHZ 11)¹⁴⁸

โดยทั่วไปแล้ว ศาลเยอรมันได้นำหลักสุจริตตามมาตรา 242 มาปรับใช้เป็นหลักเกณฑ์กำหนดความประพฤติของบุคคลเกี่ยวกับการทำสัญญา ศาลจะนำหลักสุจริตมาปรับแก้สัญญาให้เกิดความยุติธรรมและเหมาะสมถูกต้อง หรือศาลอาจเข้าแทรกแซงหากเห็นว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริตและใช้ดุลพินิจเพื่อเสริมสร้างให้เกิดความยุติธรรม เช่น อาจะกำหนดให้ผู้มีสิทธิรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในการกระทำละเมิดของบุคคลนั้น

ศาลเยอรมันใช้หลักสุจริตตามมาตรา 242 เป็นพื้นฐานในการได้มาซึ่งหลักทั่วไปหลักใหม่ๆ เมื่อหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอในการชี้ขาดคดีบางเรื่อง หลักสุจริตเป็นเครื่องมือที่น่าสนใจสำหรับการร่างกฎหมาย เนื่องจากมีความยืดหยุ่นเพียงพอที่จะตอบรับกับความต้องการแปลกใหม่ของระบบกฎหมาย และมีความมั่นคงเพียงพอที่จะใช้เป็นมูลฟ้องคดีได้

จากที่กล่าวมาแล้วว่าศาลจะใช้หลักสุจริตในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดครอบคลุมเรื่องที่เกิดประเด็นปัญหาเอาไว้ และใช้หลักสุจริตในกรณีที่กฎหมายบัญญัติเรื่องนั้นๆ เอาไว้ แต่ด้วยข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องนั้นๆ แล้ว การปฏิบัติตามกฎหมายไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีหลังนี้เองที่หลักสุจริตนั้นอาจจะไปกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนของตัวกฎหมาย และความแน่นอนของสัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ได้

¹⁴⁸ นาริมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 37. อ้างถึงใน Jack Beatson and Daniel Friedmann. (1997). *Good Faith and Fault in Contract Law*. p.80 and 84.

กระทบต่อกฎหมาย โดยปกติแล้วกฎหมายจะต้องมีความแน่นอน เมื่อมีเหตุอย่างไรแล้วจะต้องมีผลเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติ ได้เขียนกฎหมายเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อประกันความแน่นอนของกฎหมายให้แก่ประชาชน ดังนี้โดยปกติแล้วศาลจะต้องตัดสินไปตามที่กฎหมายบัญญัติการเอาหลักสุจริตมาใช้จึงก่อให้เกิดการไม่ใช้สิ่งที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ได้ ซึ่งจะทำให้กฎหมายมีความไม่แน่นอน ก่อให้เกิดความไม่มั่นใจของประชาชนในระบบกฎหมายได้

การกระทบต่อสัญญา โดยหลักสัญญาต้องเป็นสัญญานั้น หากคู่สัญญามีการตกลงกันอย่างไรแล้วต้องบังคับให้เป็นไปตามที่ตกลงกัน โดยมีหลักว่าที่สัญญานั้นจะต้องมีความแน่นอน มิฉะนั้นแล้วการที่ตกลงตามสัญญากันแล้วไม่สามารถจะมีผลบังคับตามสัญญาได้นั้น ทำให้ไม่รู้ว่าจะทำสัญญาไปเพื่ออะไร แต่หากมีการใช้หลักสุจริตขึ้นมาแล้วจะทำให้บางครั้งอาจทำให้มีผลไม่เป็นไปตามที่ตกลงกัน ไม่สามารถบังคับตามที่ตกลงกันได้ จึงเกิดการขัดกันขึ้นระหว่างหลักสุจริตกับหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา¹⁴⁹

ศาลนั้น คือ ผู้ใช้กฎหมาย ศาลสามารถตีความการใช้กฎหมายหรือสัญญาได้ ถึงแม้บางครั้งจะขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อตัวบทกฎหมาย หรือสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันก็ตาม เหตุผลก็เพื่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้น เพราะกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความแน่นอนตายตัว บางครั้งไม่สามารถจะเอื้อความยุติธรรมได้ทุกกรณี หรืออีกข้อเท็จจริงหนึ่ง กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกันนั้นๆ ไม่สามารถที่จะบัญญัติครอบคลุมเพื่อใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการแก้ปัญหาได้ทุกกรณี การใช้หลักสุจริตที่สำคัญก็เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายและสัญญา เพราะโดยเหตุผลที่แท้จริงทุกประเทศยอมรับว่าไม่มีกฎหมายหมายใด หรือการตกลงทำสัญญาใดที่มีความสมบูรณ์ครบถ้วนในตัวเอง จะมีช่องว่าง มีปัญหาเกิดขึ้นตลอด จึงต้องนำหลักสุจริตมาใช้เพื่อหาทางออกให้แก่ความยุติธรรมให้ได้ ในทุกกรณีที่เกิดปัญหานั้น

ลักษณะของการใช้หลักสุจริตนั้นจะเป็นลักษณะของการวินิจฉัยตามแต่กรณีที่เกิดขึ้นจริง คล้ายกับนิติวิธีของระบบของกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นการพัฒนากฎหมายเฉพาะรายมาสู่หลักทั่วไป (Inductive Law) ในบทบัญญัติมาตรา 242 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนี้เอง ที่ทำให้เกิดลักษณะพิเศษดังกล่าวในระบบชีวิตลอร์ว เป็นกรณีที่กฎหมายทั่วไปของกฎหมายแพ่งเยอรมันพัฒนาจากคดีที่เกิดขึ้นจริง อาจจะกล่าวได้ว่า แม้ในระบบศาลเยอรมันจะไม่มีระบบศาลยุติธรรมดังเช่นประเทศอังกฤษ แต่ศาลเยอรมัน ก็ได้อาศัยมาตรา 242 นี้ พัฒนาหลักกฎหมายที่มีความเป็นธรรมเนียมกฎหมายคอมมอลลอว์ได้ โดยใช้นิติวิธีของระบบชีวิตลอร์วโดยนำ

¹⁴⁹ พนิต เหล่าจรุงเกสัชกร. เล่มเดิม. หน้า 122 และ 123.

วิธีการตีความกฎหมายให้มีขอบเขตการใช้บทบัญญัติของหลักสุจริตอย่างกว้างขวางเพื่อปรับใช้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้น¹⁵⁰

จากการศึกษาผู้ศึกษาเห็นว่า หลักสุจริตเป็นหลักที่สามารถนำไปใช้ได้กับกฎหมายทุกประเภททุกแขนงอย่างแท้จริง และใช้ได้กับทุกระบบกฎหมายด้วย แต่การนำไปใช้ของแต่ละประเทศมีทั้งวิธีการที่เหมือนกันและแตกต่างกันออกไป เพราะหลักสุจริตเป็นปัญหาในการปรับใช้เนื่องหลักสุจริตไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและเนื้อความไม่ชัดเจน ซึ่งประเทศไทยได้มีการนำหลักสุจริตนี้ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยด้วยซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

3.3 หลักสุจริตตามกฎหมายไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่น่าหลักสุจริตมาบัญญัติไว้ในกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักทั่วไปและหลักเฉพาะเรื่อง และบางกรณีศาลจะนำไปใช้เป็นดุลพินิจเมื่อเข้าข้อยกเว้นหรือไม่มีหลักกฎหมายบัญญัติไว้ เพราะหลักสุจริตเป็นหลักที่ไม่เป็นรูปธรรมเป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้างๆ ทั่วไป ดังนั้น หลักสุจริตจะยุติธรรมที่สุดเพียงไรก็จะนำไปปรับใช้ในทันทีไม่ได้เพราะประเทศไทยนั้นมีปัญหาคล้ายคลึงกับต่างประเทศในความไม่ชัดเจนของหลักสุจริต ผู้ศึกษาได้ศึกษาปัญหาของประเทศไทยเพื่อนำไปเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยและนำมาปรับใช้ได้

3.3.1 ความหมายของหลักสุจริตตามกฎหมายไทย

คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมันเรียก ในภาษาลาตินว่า Bona Fides แปลว่า ความซื่อสัตย์ หรือตั้งใจที่ดี ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Treu Und Glauben แปลว่า ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ แม้บทหลักเรื่องสุจริตในระบบกฎหมายไทย ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และมาตรา 6¹⁵¹

“สุจริต” เป็นคำที่มีความหมายกว้างและไม่อาจวางหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตามพจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2535¹⁵² ได้อธิบายว่า “สุจริต” หมายความว่า ความประพฤติ

¹⁵⁰ สุจิต ปัญญาพฤษย์. (2541). การใช้สิทธิโดยสุจริต. หน้า 74. อ้างถึงใน Cohn, E.J. (1968). *Manual German Law*. p. 101.

¹⁵¹ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 6.

¹⁵² ราชบัณฑิตยสถาน. (2530). *พจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ*. หน้า 285.

ชอบ จริง ซื่อตรง ส่วนพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 อธิบายว่า “สุจริต” หมายความว่า ประพฤติชอบตามคลองธรรม หมายถึง ประพฤติด้วยตั้งใจดี ประพฤติซื่อตรง

3.3.2 หลักสุจริตทั่วไป

หลักสุจริตทั่วไปปรากฏอยู่ในมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “สุจริต” ในบทบัญญัติเหล่านี้มีความหมายโดยทั่วไปกว้างๆ ไม่ได้หมายความว่า เฉพาะถึงความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณี

หลักสุจริตทั่วไปปรากฏอยู่ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” นอกจากนี้ในมาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญาอันนั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” คำว่า “สุจริต” ในบทบัญญัติเหล่านี้มีความหมายโดยทั่วไปกว้างๆ ไม่ได้หมายความว่า เฉพาะเจาะจงถึงความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของคู่กรณี

คำว่า “สุจริต” ตามมาตรา 5 มีความหมายที่กว้างกว่าคำว่าสุจริตในมาตราอื่นๆ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเจตนารมณ์ของมาตรา 5 ผู้ร่างกฎหมายได้นำแนวคิด และวิธีการใช้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเจตนารมณ์ของมาตรา 5 ผู้ร่างกฎหมายได้นำแนวคิดและวิธีการใช้จากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศสวีเดน เดนมาร์ก และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นแบบอย่าง วัตถุประสงค์ของมาตรา 5 คือ กฎหมายได้มอบอำนาจให้แก่ผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีให้มีสิทธิใช้ดุลพินิจในการผดุงความยุติธรรมแก่คู่ความฝ่ายที่สุจริตผู้พิพากษาสามารถตัดสินให้คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิโดยทุจริตเป็นผู้แพ้คดีได้ โดยอธิบายให้เห็นความจริงอย่างชัดเจนโดยยึดหลักความชอบธรรมและความยุติธรรม¹⁵³

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสุจริต 2 ประเภท คือ หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง และหลักสุจริตทั่วไป¹⁵⁴

3.3.3 หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง

หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง หมายถึง ความไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องหรือความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เช่น การรับโอนทรัพย์สินไว้ โดยไม่ทราบข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ไม่ทราบว่า เป็นทรัพย์สินที่ขโมยมา ก็ดี หรือรับโอนทรัพย์สินไว้ โดยไม่ทราบว่า ทรัพย์สินนั้นมีการคบกคิน้อฉล หรือแสดงเจตนาหลอกลวงกันในระหว่างคู่สัญญาคนก่อนๆ ก็ดี ถือเป็น การกระทำโดยสุจริตซึ่งกฎหมายจะเข้ามาคุ้มครอง โดยการบัญญัติให้ไม่ต้องคืนทรัพย์สินนั้น หรือได้รับเงินที่เสียไปคืนในทางตรงกันข้ามถ้ามีการรับโอนทรัพย์สินไว้โดยทราบถึงข้อบกพร่อง

¹⁵³ ประสิทธิ์ โหมะวิไลกุล. เล่มเดิม. หน้า 69-70.

¹⁵⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 5.

บางอย่าง เช่น มีการคบคิดกลั่นแกล้งที่ดีหรือรับโอนไว้โดยทราบดีถึงการหลอกลวง หรือบกรพร่องในการทำสัญญาของกลุ่มสัญญาคนก่อนๆ ก็ดีถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต ผู้ทรงสิทธิจึงไม่สามารถใช้สิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นยื่นต่อเจ้าของทรัพย์สินนั้นหรือบุคคลอื่นได้ เนื่องจากกฎหมายไม่รับรองและไม่คุ้มครองให้จึงอาจต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้เจ้าของทรัพย์สินหรือบุคคลอื่นที่มีสิทธิดีกว่าไป

หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง พิจารณาจากความรู้หรือไม่รู้ของกลุ่มกรณีในแง่ที่ว่ากรณีที่เกี่ยวข้องมีความรู้หรือไม่รู้ คำว่า “สุจริต” ในความหมายเช่นนี้จึงมีความหมายแคบๆ เฉพาะกรณีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับความรู้ หรือไม่รู้ของกลุ่มกรณีในข้อเท็จจริงที่มีความหมายในทางกฎหมายบางประการ¹⁵⁵ ซึ่งอาจปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือในกฎหมายอื่นก็ได้

3.3.3.1 กฎหมายว่าด้วยคุ้มครองแรงงาน

การฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองแรงงาน คือ การเลิกจ้างลูกจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนการคุ้มครองลูกจ้างที่มีฐานะด้อยกว่า เช่น การเลิกจ้างลูกจ้างหญิงในขณะตั้งครรภ์ เพราะเหตุที่เสียประโยชน์จากการใช้แรงงานหญิง และเลิกจ้างลูกจ้างที่บาดเจ็บหรือพิการเนื่องจากการทำงานให้แก่ นายจ้าง เนื่องจากมีงานอื่นที่เหมาะสมกับภาวะร่างกายของลูกจ้าง หรือเลิกจ้างโดยไม่จ่ายค่าชดเชยตามข้อ 46 ทั้งที่ลูกจ้างมิได้กระทำความผิดตามข้อ 47 (ประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน พ.ศ. 2515)¹⁵⁶

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 43 ห้ามมิให้เลิกจ้างลูกจ้าง ซึ่งเป็นหญิงเพราะเหตุมีครรภ์ ดังนั้น แม้อีกจ้างหญิงนั้นไม่สามารถทำงานในหน้าที่เดิมได้อีกต่อไป เพราะเหตุมีครรภ์ นายจ้างก็ไม่มีสิทธิเลิกจ้างลูกจ้าง ดังนั้น นายจ้างอาจต้องใช้วิธีการเปลี่ยนงานให้ลูกจ้างตามความเหมาะสม¹⁵⁷ ดังตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1394/2549 ข้อตกลงระหว่าง โจทก์กับ ส. ตามสัญญาจ้างพนักงานต้อนรับบนเครื่องบินที่ว่าภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันเริ่มสัญญา หาก ส. ตั้งครรภ์ให้ถือว่า ส. ได้บอกเลิกสัญญานี้แล้ว เป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีผลเป็นการเลิกจ้าง เพราะ ส. มีครรภ์ อันขัดต่อ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 43 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

¹⁵⁵ เกรียงศักดิ์ สุวรรณศรี. (ม.ป.ป.). ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน 2553, จาก <http://www.google.co.th/>

¹⁵⁶ สุรศักดิ์ มณีศร. (2527, ธันวาคม). “การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม.” วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 14, 4. หน้า 92-134.

¹⁵⁷ วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ง เล่มเดิม. หน้า 186.

การปฏิบัติงานบนเครื่องบินเป็นการทำงานในเวลาทำงานปกติของ ส. แม้ค่า ชั่วโมงบินที่ ส. ได้รับในแต่ละเดือนจะมีจำนวนไม่แน่นอนและไม่เท่ากันแต่โจทก์ซึ่งเป็นนายจ้างก็จ่ายค่าชั่วโมงบินให้แก่ ส. เมื่อมีการปฏิบัติงานบนเครื่องบินในแต่ละเดือนทุกเดือนตามอัตราที่คำนวณจากเวลาที่ได้ปฏิบัติงานบนเครื่องบิน ค่าชั่วโมงบินดังกล่าวจึงเป็นเงินที่โจทก์จ่ายให้แก่ ส. เป็นการตอบแทนในการทำงานตามสัญญาจ้าง สำหรับระยะเวลาการทำงานปกติเป็นรายชั่วโมงของวันทำงาน จึงเป็นค่าจ้างตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5¹⁵⁸ ปัญหาการเลิกจ้างลูกจ้างหญิงด้วยเหตุมีครรภ์อาจมีการพิจารณาไปถึงค่าตอบแทนด้วย

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“ค่าจ้าง” หมายความว่า เงินที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันจ่ายเป็นค่าตอบแทนในการทำงานตามสัญญาจ้างสำหรับระยะเวลาการทำงานปกติเป็นรายชั่วโมง รายวัน รายสัปดาห์ หรือระยะเวลาอื่น หรือจ่ายให้โดยคำนวณตามผลงานที่ลูกจ้างทำได้ในเวลาทำงานปกติของวันทำงาน และหมายความรวมถึงเงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างในวันหยุดและวันลาที่ลูกจ้างมิได้ทำงานแต่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับตามพระราชบัญญัตินี้

“ค่าจ้างในวันทำงาน” หมายความว่า อัตราค่าจ้างที่จ่ายสำหรับการทำงานเต็ม ระยะเวลาการทำงานปกติ

“อัตราค่าจ้างขั้นต่ำ” หมายความว่า อัตราค่าจ้างที่คณะกรรมการค่าจ้างกำหนด ตามพระราชบัญญัตินี้

“อัตราค่าจ้างตามมาตรฐานฝีมือ” หมายความว่า อัตราค่าจ้างที่คณะกรรมการ ค่าจ้างกำหนดขึ้นในแต่ละสาขาอาชีพตามมาตรฐานฝีมือ

“การทำงานล่วงเวลา” หมายความว่า การทำงานนอกหรือเกินเวลาทำงานปกติ หรือเกินชั่วโมงทำงานในแต่ละวันที่นายจ้างลูกจ้างตกลงกันตามมาตรา 23 ในวันทำงานหรือ วันหยุด แล้วแต่กรณี

“ค่าล่วงเวลา” หมายความว่า เงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเป็นการตอบแทน การทำงานล่วงเวลาในวันทำงาน

“ค่าทำงานในวันหยุด” หมายความว่า เงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเป็นการ ตอบแทนการทำงานในวันหยุด

“ค่าล่วงเวลาในวันหยุด” หมายความว่า เงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเป็นการ ตอบแทนการทำงานล่วงเวลาในวันหยุด

¹⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1394/2549.

“ค่าชดเชย” หมายความว่า เงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเมื่อเลิกจ้าง นอกเหนือจากเงินประเภทอื่นซึ่งนายจ้างตกลงจ่ายให้แก่ลูกจ้าง

“ค่าชดเชยพิเศษ” หมายความว่า เงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเมื่อสัญญาสิ้นสุดลงเพราะมีเหตุกรณีพิเศษที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

“เงินสะสม” หมายความว่า เงินที่ลูกจ้างจ่ายเข้ากองทุนสงเคราะห์ลูกจ้าง

“เงินสมทบ” หมายความว่า เงินที่นายจ้างจ่ายสมทบให้แก่ลูกจ้างเพื่อส่งเข้าสมทบกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้าง¹⁵⁹

นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า เงินจำนวนเท่าใด ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร หากจ่ายเพื่อตอบแทนการทำงานในเวลาทำงานปกติของวันทำงานตามสัญญาจ้าง (โดยตรง) หรือจ่ายให้แก่ลูกจ้างเป็นประจำปีมีจำนวนแน่นอน โดยไม่ปรากฏวัตถุประสงค์การจ่ายเป็นประการอื่น ย่อมถือว่าเป็น “ค่าจ้าง”

เงินจำนวนเท่าใด ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร หากจ่ายโดยมีวัตถุประสงค์แจ้งชัดว่า เพื่อให้เป็นสวัสดิการแก่ลูกจ้าง หรือเพื่อจูงใจให้ลูกจ้างทำงานเพิ่มขึ้น หรือเพื่อเป็นรางวัลแก่ลูกจ้าง หรือเพื่อช่วยเหลือลูกจ้าง หรือเพื่อชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ลูกจ้างได้ออกไปเพื่อกิจการของนายจ้าง ย่อมไม่ถือว่าเป็น “ค่าจ้าง”¹⁶⁰

“ค่าเสียหายจากการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม” เป็นเงินตามกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่มิใช่ค่าชดเชยตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ลูกจ้างย่อมได้เงินดังกล่าวได้ การที่ลูกจ้างทำบันทึกสละสิทธิในการเรียกร้องเงินดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันลูกจ้าง ลูกจ้างจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมจากนายจ้างได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4635/2541)¹⁶¹

ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อถูกเลิกจ้างแล้วควรให้ลูกจ้างตามแต่ละประเภทงานที่ทำ เช่น สภาพการจ้าง หน้าที่ แผนก หน่วยงาน ตำแหน่ง เวลาทำงาน เป็นต้น ควรพิจารณาเป็นกรณีไปตามค่านิยมตามบทบัญญัติของหลักกฎหมายเพื่อความยุติธรรมของลูกจ้าง

3.3.3.2 กฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 12 “ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างมีผลใช้บังคับภายในระยะเวลาที่นายจ้างและลูกจ้างได้ตกลงกันแต่จะตกลงกันให้มีผลใช้บังคับเกินกว่าสามปีไม่ได้ถ้ามิได้กำหนดระยะเวลาไว้ ให้ถือว่าข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างมีผล

¹⁵⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 5.

¹⁶⁰ เกษมสันต์ วิจารณ์ ก เล่มเดิม. หน้า 101.

¹⁶¹ แหล่งเดิม. หน้า 417.

ใช้บังคับหนึ่งปีนับแต่วันที่ลูกจ้างนายจ้างได้ตกลงกัน หรือนับแต่วันที่นายจ้างรับลูกจ้างเข้าทำงานแล้วแต่กรณี

เมื่อพิจารณาถึง ระยะเวลาการยื่นข้อเรียกร้อง กรณีที่สถานประกอบการกิจการนั้น ยังไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่เกิดจากการแจ้งข้อเรียกร้องใช้บังคับอยู่ ฝ่ายนายจ้างหรือฝ่ายลูกจ้างจะแจ้งข้อเรียกร้องต่ออีกฝ่ายหนึ่งเมื่อใดก็ได้

แต่ถ้ามีข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่เกิดจากการแจ้งข้อเรียกร้องอยู่แล้ว เพื่อให้มิให้เป็นการยื่นข้อเรียกร้องซ้อน ซึ่งถ้ามีการปิดงานหรือนัดหยุดงานขึ้นก็จะเป็นการฝ่าฝืนต่อ มาตรา 34 (2) ได้ผู้มีสิทธิยื่นข้อเรียกร้องจะต้องยื่นเสียก่อนที่ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างเดิมจะ สิ้นสุดแต่เกือบจะสิ้นสุดลงแล้ว ซึ่งปล่อยให้ข้อตกลงสิ้นสุดลงโดยไม่มีกรยื่นข้อเรียกร้องใหม่ ก็ ต้องถือว่าข้อตกลงเดิมนั้นใช้บังคับต่อไปอีก 1 ปี

ในกรณีที่ระยะเวลาที่กำหนดตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างสิ้นสุดลง ถ้า มิได้มีการเจรจาตกลงกันใหม่ให้ถือว่าข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้นมีผลใช้บังคับต่อไปอีก คราวละหนึ่งปี” ซึ่งในช่วง 1 ปีนั้น ฝ่ายใดจะแจ้งข้อเรียกร้องไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2563-2566/2526) อย่างไรก็ตามนายจ้างและลูกจ้างจะตกลงกันให้ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างมีผลใช้ บังคับเกินกว่า 3 ปีไม่ได้ และถ้ากรณีมิได้กำหนดระยะเวลากันไว้ ก็ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับ 1 ปีนับแต่ วันที่นายจ้างและลูกจ้างได้ตกลงกัน หรือนับตั้งแต่วันที่นายจ้างรับลูกจ้างกลับเข้าทำงานแล้วแต่ กรณี (มาตรา 12 วรรค 1)¹⁶²

การให้สิทธิยื่นข้อเรียกร้องเกี่ยวกับสภาพการจ้างแม้มีการใช้ระบบเวลาหรือ อายุ การใช้ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างอยู่ก็ตาม หลักการเปลี่ยนแปลงซึ่งมูลเหตุของสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus) เช่น กรณี **ประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ หรือโรงงานไฟไหม้** โดยที่ คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องตกลงไว้ในสัญญาเป็นเงื่อนไขโดยปริยายที่ว่า สัญญาจะผูกพันคู่สัญญาตราบ เท่าที่สถานการณ์หรือเงื่อนไขในสัญญาต่างๆ นั้นยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง ดังนั้น นายจ้างและ ลูกจ้างจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงสัญญาตามสถานการณ์เพื่อความ เป็นธรรมเนียมในการชำระหนี้ต่อกันได้ ยกตัวอย่าง นายจ้างตกลงจะให้ค่าจ้างเต็มตามจำนวน เช่น 20,000 บาท ต่อมาเกิดภาวะทางเศรษฐกิจ ทำให้นายจ้างไม่สามารถที่จะจ่ายค่าจ้างตามจำนวนดังกล่าวได้ ดังนั้น สัญญาที่ทำไว้กับลูกจ้างจึง ต้องเปลี่ยนแปลงไปเพราะภาวะทางเศรษฐกิจ โดยอาจลดจำนวนชำระหนี้ ให้ลูกจ้างคือ จ่ายค่าจ้าง 10,000 บาท ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุของสัญญา เป็นต้น

หลักการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งใน 5 รูปแบบ เช่น **หลักยกเว้นความรับผิดชอบ (Exceptio Doli)** ทำให้การยกเว้นความรับผิดชอบของสัญญาเมื่อมีการผิดสัญญากันแล้ว กรณีที่เกิดความ

¹⁶² วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ง เล่มเดิม. หน้า 229 และ 230.

เสียหายเป็นข้ออ้างได้ในลักษณะของความเป็นธรรมช้อยกเว้นได้ หลักยกเว้นความรับผิดชอบจากความเคร่งครัดตามแบบพิธีลายลักษณ์อักษรผ่อนคลายเป็นการยกเว้น การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาจากแนวความคิดของนักปราชญ์อริสโตเติล (Cicero) ความแข็งกระด้างของลายลักษณ์อักษรสัญญาเกิดขึ้นการตีความก่อนผ่อนคลายความเคร่งครัดข้อสัญญานั้นหลักสุจริตมาด้วยความสุจริตโต้แย้งข้อกำหนดในสัญญาลายลักษณ์อักษรบรรเทาความแข็งกระด้าง หลักต้องปฏิบัติตามข้อสัญญานั้นแม้จะมีการผิดสัญญาก็ตามควรคำนึงถึงเจตนารมณ์นี้ของคู่สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรและนำหลักสุจริตมาเยียวยาว่าช้อยกเว้นหลักสุจริตข้อสัญญา ถ้าเจตนาสุจริตรูปแบบสำคัญการพัฒนาหลักสุจริต¹⁶³

หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ “ไม่มีผู้ใดอาจถือเอาประโยชน์จากการกระทำผิดของตนได้” (Nullus Commodum Capere Potest de Injuria sua Propria) ซึ่งหมายถึงการรู้หรือไม่รู้ในข้อเท็จจริงนั้นตามหลักกฎหมายมาตรา 5 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ ในสัญญาจ้างแรงงาน ยกตัวอย่าง ลูกจ้างรู้ว่านายจ้างประกอบอาชีพผิดกฎหมายแต่ลูกจ้างก็ยังมาทำงานด้วย ดังนั้น ลูกจ้างจะต้องรับผิดชอบกับนายจ้างด้วยจะอ้างไม่ได้ว่าไม่รู้ที่นายจ้างกระทำความผิด

หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Pre-Contractual Fault หรือ Culpa in Contrahendo) หลักระหว่างต่อรองก่อนเข้าทำสัญญาคู่สัญญาต้องทำด้วยความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ความไม่ซื่อสัตย์ความไม่สุจริตเกิดความรับผิดชอบนั้น เช่น สัญญาจะซื้อจะขายเข้าติดประกาศขายบ้านพร้อมที่ดิน ลักษณะตกลงวางมัดจำก่อนที่จะเกิดสัญญาจะซื้อจะขาย ไม่มีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น มีความรับผิดชอบเรียกว่ามัดจำ ไม่ใช่สัญญาจริงๆ เอกเทศสัญญาซึ่งนำหลักสุจริตมาใช้เกิดขึ้นเพราะความเป็นจริง¹⁶⁴ ผู้ศึกษาเห็นด้วยว่า ถึงแม้จะอยู่ระหว่างการต่อรองก่อนทำสัญญา เมื่อคู่สัญญาต่างฝ่ายก็มีความสุจริตต่อกัน เมื่อความรับผิดชอบเกิดจากความไม่สุจริตแล้ว ควรต้องชดเชยค่าเสียหายก่อนสัญญาด้วย

หลักเกี่ยวกับการใช้สิทธิไม่สุจริต (Abuse of Rights) ควบคุมในสังคมให้ความเสียหายต่อบุคคลอื่น ตั้งบนพื้นฐานแนวความคิดทางสังคมการใช้สิทธิก่อให้เกิดความเสียหายในสังคม และก่อให้เกิดพื้นฐานของคนในสังคม การใช้สิทธิทั่วไป คือ สุจริตไว้ก่อนต้องมีความสุจริตต่อกัน ถือว่าทุกคนเป็นคนดีเป็นหลักสุตรทั่วไปจึงบัญญัติไว้ในหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งประเทศไหนก็มี คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 การปรับใช้ของศาลต้องใช้ดุลพินิจในที่นี้ใช้บนพื้นฐานหลักกฎหมายคลายความยุติธรรม¹⁶⁵ อย่างไรก็ตาม ในสัญญาจ้างแรงงานเมื่อพิจารณาถึงฝ่าย

¹⁶³ วิจิตร (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

¹⁶⁴ แหล่งเดิม.

¹⁶⁵ แหล่งเดิม.

นายจ้างจะมีฐานะเหนือกว่าลูกจ้างอีกทั้งยังเอารัดเอาเปรียบลูกจ้าง และก่อนที่จะกล่าวหานายจ้างก็ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่านายจ้างมีความจำเป็นอย่างไรหรือไม่ เช่น หน้าที่รักษาความลับของนายจ้าง การห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต เป็นต้น

3.3.3.3 กฎหมายว่าด้วยจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน

เมื่อพิจารณาถึงความใน พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49 “การพิจารณาคดีในกรณีนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ถ้าศาลแรงงานเห็นว่าการเลิกจ้างลูกจ้างนั้นไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้าง ศาลแรงงานอาจสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างผู้นั้นเข้าทำงานต่อไปในอัตราค่าจ้างที่ได้รับในขณะที่เลิกจ้างต่อไปได้ ให้ศาลแรงงานกำหนดจำนวนค่าเสียหายให้นายจ้างชดใช้ให้แทนโดยคำนึงถึงอายุของลูกจ้าง ระยะเวลาการทำงานของลูกจ้าง ความเดือดร้อนของลูกจ้างเมื่อถูกเลิกจ้าง มูลเหตุแห่งการเลิกจ้าง และเงินชดเชยที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับประกอบการพิจารณา” การเลิกจ้างไม่เป็นธรรมจึงเป็นคำรวมที่ครอบคลุมการกระทำทั้งหลายที่ฝ่าฝืนความสัมพันธ์อันเกิดจากเจตนาของคู่กรณี และความสัมพันธ์ตามกฎหมายสาระบัญญัติอื่นๆ การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 49 จึงเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ^{166 167}

ผู้ศึกษาเห็นว่า การเลิกจ้างของนายจ้างจะทำให้ลูกจ้างจะทำให้ลูกจ้างเกิดปัญหาขึ้นได้ถ้าศาลพิพากษามีคำสั่งให้ลูกจ้างกลับเข้าทำงานได้จะมีการกั้นแกล้งลูกจ้างได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน และค่าจ้างในระหว่างที่ถูกเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรมลูกจ้างจะได้หรือไม่ เพราะเกิดจากนายจ้างมีเจตนาที่ไม่สุจริตทำให้ลูกจ้างเสียหายขาดรายได้ ในระหว่างที่ถูกเลิกจ้างนั้น ดังนั้นผู้ศึกษาจึงหาแนวทางในการนำหลักสุจริตมาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมมาเยียวยาลูกจ้างต่อไป

3.3.3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การนำบทที่มีข้อความทั่วไป (General Clause) มาใช้ปรับแก้กรณีนี้อาจหลีกเลี่ยงความเคร่งครัดแห่งกฎหมายได้บ้าง ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ที่กำหนดว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดีบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ซึ่งเป็นเครื่องมืออันดีสำหรับศาล กล่าวคือ ถ้าปรากฏว่าแม้บุคคลจะมีสิทธิโดยไม่สุจริต ศาลก็จะไม่ยอม

¹⁶⁶ สุรศักดิ์ มณีศร. (2527, ธันวาคม). “การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม.” วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 14, 4. หน้า 92-134. อ้างถึงใน ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล. ศาสตราจารย์ ดร. กรรมกรร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522. สัมภาษณ์ 23 กันยายน 2527.

¹⁶⁷ สุรศักดิ์ มณีศร. (2527, ธันวาคม). “การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม.” วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 14, 4. หน้า 92-134. อ้างถึงใน ประคนธ์ พันธุ์วิชาดิกุล. (ม.ป.ป.). “ค่าเสียหายจากการกระทำอันไม่เป็นธรรม.” วารสารศาลแรงงาน, 4, 4. หน้า 7.

รับรอง กล่าวคือ ถึงแม้สิทธิเท่ากับไม่มี เพราะจะใช้ในกรณีนั้นไม่ได้ เพราะเจ้าของสิทธิไม่ใช่โดยไม่มี
สุจริต

เนื่องจากการที่จะนำบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไปมาปรับใช้แก่คดีนั้น จะต้อง
ถือว่าเป็นกรณียกเว้น กล่าวคือ ต้องเป็นบทบัญญัติเฉพาะเรื่องมาปรับแก้คดีจะไม่ยุติธรรม และกรณี
นั้นสมควรที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาเป็นอย่างไร เพราะถ้านำบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไปมา
ใช้มากเกินไป บทบัญญัติเฉพาะเรื่องจะไม่มีประโยชน์ โดยปรกติควรจะต้องเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งผู้ร่าง
กฎหมายในการร่างบทบัญญัติเฉพาะเรื่องยังคิดไปไม่ถึง หรือมีจะนั้นก็จะต้องขัดกับความรู้สึกในความ
ยุติธรรมอย่างมากมาย จนไม่มีทางออกเป็นอย่างอื่นนอกจากจะนำเอาบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไปมาใช้
บังคับ

ข้อสำคัญก็คือ ต้องเข้าเงื่อนไขในการที่จะนำบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไปมาใช้
บังคับเช่นถ้าจะยกเอามาตรา 5 มาใช้บังคับต้องปรากฏว่า บุคคลนั้น มีสิทธิอยู่แล้ว แต่ใช้สิทธินั้น
โดยไม่สุจริต หรือมีหนี้อยู่แล้ว แต่ชำระหนี้โดยไม่สุจริต¹⁶⁸

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 218 บัญญัติว่า “ถ้าการชำระหนี้
กลายเป็นพ้นวิสัยจะทำได้เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบไว้ ท่านว่า
ลูกหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อค่าเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้
นั้น”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 บัญญัติว่า “ถ้าการชำระหนี้
กลายเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่
ต้องรับผิดชอบหนี้หนี้ นั้นไว้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้หนี้ นั้น”

ปัญหาเกี่ยวกับการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเกิดจากตัวอย่าง เช่น ลูกหนี้ทำ
สัญญาว่าจะขายม้า แต่ม้าถูกฟ้าผ่าตาย หรือลูกหนี้เอาม้านั้นไปขับจี้จนตาย ดังนี้จะบังคับกันอย่างไร
หรือลูกหนี้ทำการวาดรูปให้เจ้าหนี้ แต่ไปถูกคนทำร้ายแขนด้วน หรือตนเองไปขับรถโดยประมาท
เลนเล่อ รถเกิดชนได้รับบาดเจ็บถึงกับต้องตัดแขนไม่สามารถที่จะเขียนรูปได้ หรือเช่นทำสัญญาจะ
ส่งข้าวสารให้เขา หรือจะส่งทองออกไปขายนอกประเทศ แต่มีกฎหมายออกห้ามมิให้ส่งข้าวสาร
หรือทองออกนอกประเทศ ลูกหนี้ส่งไปให้ไม่ได้เพราะต้องด้วยข้อห้ามของกฎหมาย เหล่านี้จะ
บังคับกันอย่างไร นี้แสดงให้เห็นอยู่โดยทั่วไปแล้วว่า กรณีเกิดแต่การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เสียเลย
ไม่ใช่เรื่องที่จะชำระหนี้ให้เข้า หรือผิดสถานที่หรือวัตถุที่ต้องชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ จริงอยู่โดยนัยแห่ง
มาตรา 217 วรรคสองอาจมีเรื่องว่าการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพียงบางส่วน เช่น จะขาย

¹⁶⁸ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2530). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวบรวมหมายเหตุ
ท้ายคำพิพากษาฎีกา ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย. หน้า 39-42.

เครื่องจักรทำน้ำแข็ง แต่ส่งมาให้ได้บางส่วน ส่วนอื่นที่สำคัญพันวิสัยจะส่งมาให้ได้ จึงประกอบเป็นเครื่องจักรทำน้ำแข็งไม่ได้ ดังนี้ ก็เท่ากับไม่ได้ส่งเครื่องทำน้ำแข็งให้เลย เท่ากับไม่ได้ชำระหนี้ให้เลยเหมือนกัน เหล่านี้เป็นเรื่องที่จะบังคับกันได้ตามมาตรา 218 และมาตรา 219

หนี้เงินจะกลายเป็นพันวิสัยไปไม่ได้ เพราะมีเงินหมุนเวียนเปลี่ยนมือกันใช้อยู่เสมอ ถ้าลูกหนี้ชวนขวยให้ดีก็มีทางหาเงินมาได้ ที่ไม่มีเงินใช้เป็นแต่อย่างหาไม่ได้ต่างหาก ไม่ใช่พันวิสัยที่จะหามาได้

การพิจารณาเป็นที่แน่นอนว่า ถ้าการชำระหนี้ยังเป็นวิสัยจะชำระได้ การที่ลูกหนี้ต้องประสบอุปสรรคมากมายในการชำระหนี้ หรือต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก จะถือว่าการชำระหนี้ได้กลายเป็นพันวิสัยไม่ได้ เช่น ทำสัญญาจะส่งข้าวสารไปขาย แต่เกิดสงครามจะส่งไปทางผ่านสมรภูมิไม่ได้ ต้องส่งอ้อมเสียค่าใช้จ่ายในการขนส่งมาก เพียงเท่านี้การชำระหนี้มิได้กลายเป็นพันวิสัย หากแต่เป็นเรื่องที่จะชำระหนี้ไม่ได้สะดวกหรือแพงไปต่างหาก ถ้าพฤติการณ์หนักยิ่งถึงกับไม่มีทางส่งไปได้เลย ก็ชอบที่จะหน่วงไว้ได้ และรอไปจนกว่าสงครามจะเลิก แล้วจึงทำการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ แต่ไม่ใช่กรณีที่จะถือว่าการชำระหนี้การเป็นพันวิสัยตามความหมายในมาตรา 219 เพราะข้าวสารยังพอมิที่จะส่งมอบชำระให้กันได้¹⁶⁹

1) หลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน

เมื่อพิจารณาความใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 บัญญัติว่า “เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ให้ชำระ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้” และ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 บัญญัติว่า “ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติชำระหนี้ก็ได้ แต่ข้อความนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด” ซึ่งลักษณะเฉพาะของสัญญาจ้างแรงงาน เป็นสัญญาต่างตอบแทน โดยลูกจ้างมีหน้าที่จะต้องทำงานให้แก่นายจ้างภายใต้การบังคับบัญชาด้วยความซื่อสัตย์ และต้องพยายามรักษาผลประโยชน์ให้นายจ้างอย่างเต็มที่ ส่วนนายจ้างก็มีหน้าที่จะต้องจ่ายสินจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ นั้น และพยายามดูแลเอาใจใส่ต่อการทำงานให้ปลอดภัยและเหมาะสม ดังนั้น เมื่อสัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาค่าตอบแทนก็ต้องนำบทบัญญัติทั่วไปของลักษณะสัญญาต่างตอบแทนมาใช้บังคับด้วย เว้นแต่จะมีบทบัญญัติในลักษณะจ้างแรงงานไว้เป็นพิเศษ¹⁷⁰

¹⁶⁹ เสนีย์ ปราโมช ก (2520). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2. หน้า 788-795.

¹⁷⁰ วิจิตร (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ง เล่มเดิม. หน้า 11.

การเลิกจ้างที่ฝ่าฝืนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การเลิกจ้างที่ฝ่าฝืนหลักของสัญญาจ้างแรงงานในบรรพที่ 3 เอกเทศสัญญา คือ ไม่มีเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 577 มาตรา 578 และมาตรา 580 นอกจากนี้ยังมีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของการเลิกจ้างตามมาตรา 582 โดยความสัมพันธ์ทางสัญญาจ้างแรงงานวางอยู่บนพื้นฐานของหลักทั่วไปแห่งความสัมพันธ์ทางนี้ ฉะนั้นการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมดาจะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติในบรรพ 1 หลักทั่วไป และบรรพที่ 2 นี้ คือเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริตตามมาตรา 5 และฝ่าฝืนหลักการเลิกสัญญาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386-394¹⁷¹

สัญญาการจ้างแรงงานเป็นสัญญาต่างตอบแทนตาม (มาตรา 369) ที่นายจ้างและลูกจ้างจะต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ต่อกัน เมื่อลูกจ้างพร้อมที่จะชำระหนี้ให้โดยทำงานให้กับนายจ้าง นายจ้างก็ต้องมีหน้าที่มอบงานให้ลูกจ้างทำและให้ค่าจ้างกับลูกจ้าง ดังนั้น การชำระหนี้ต่อกันให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตาม (มาตรา 215) ผู้ศึกษาเห็นว่า จึงต้องอาศัยสิทธิโดยสุจริตของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วยการทำหน้าที่ต่อกันและชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์ของมูลหนี้

2) หลักสุจริตในสัญญาประกันภัย

นอกจากนี้ในเรื่องสัญญาประกันภัยก็มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตเช่นกัน สัญญาประกันภัยเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งอันเกิดจากความสัมพันธ์ในทางธุรกิจที่มีลักษณะพิเศษ มีความมุ่งหมายเฉพาะเจาะจงในฐานะที่เป็นสถาบันการพาณิชย์ซึ่งได้เกิดขึ้นพัฒนามาเป็นเวลาช้านานหลักในสัญญาประกันภัยข้อหนึ่งที่มีความสำคัญ คือ หลักสุจริตอย่างยิ่ง (Utmost good Faith) ทั้งนี้เพราะธุรกิจประกันภัยเป็นธุรกิจที่ต้องยึดหลักคุณธรรมและจริยธรรม หรือจรรยาบรรณของวิชาชีพ (Professional Ethics or Professional Conduct) คู่กรณี คือ คู่เอาประกันภัยและผู้รับประกันภัยจะต้องมีความสุจริตต่อกัน ดังนั้น มาตรา 865 และมาตรา 879 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมีสาระสำคัญเกี่ยวข้องกับหลักสุจริตดังนี้

มาตรา 865 “ถ้าในเวลาทำสัญญาประกันภัย ผู้เอาประกันก็ดี หรือในกรณีประกันชีวิตบุคคลอันการ ใช้เงินยอมอาศัยความทรงชีพหรือมรณะของเขานั้นก็ดี รู้อยู่แล้วละเว้นเสียไม่เปิดเผยข้อความจริงซึ่งอาจจะได้จูงใจผู้รับประกันภัยให้เรียกเบี้ยประกันภัยสูงขึ้นอีกหรือให้บอกปิดไม่ยอมทำสัญญา หรือว่ารู้อยู่แล้วแถลงข้อความนั้นเป็นความเท็จไซ้ ท่านว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ”

มาตรา 879 “ผู้รับประกันภัยไม่ต้องรับผิดชอบในเมื่อความวินาศภัย หรือเหตุอื่นซึ่งได้ระบุไว้ในสัญญานั้นได้เกิดขึ้นเพราะความทุจริต หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับประโยชน์”

¹⁷¹ สุรศักดิ์ มณีศร. เล่มเดิม. หน้า 92-134.

สัญญาประกันภัยต้องอาศัยเหตุการณ์ในอนาคตอันไม่แน่นอนเป็นปัจจัยในการกำหนดชำระค่าสินไหมทดแทนของผู้รับประกันภัย และผู้รับประกันภัยจะต้องอาศัยข้อมูลต่างๆ ของผู้เอาประกันภัยเพื่อประกอบการพิจารณาว่าเข้ารับประกันภัยหรือไม่ จึงเป็นหน้าที่ของผู้เอาประกันภัยต้องเปิดเผยข้อความจริงต่างๆ ที่พึงจะเปิดเผยให้บริษัทผู้รับประกันภัยได้ทราบ

อีกประการหนึ่ง คือ สัญญาประกันภัยไม่ใช่การพนันขั้นต่อ หรือมิใช่การค้าเพื่อแสวงหากำไรแต่อย่างใด สัญญาประกันภัยนั้นเป็นการบริหารความเสี่ยง โดยอาศัยหลักการเฉลี่ยความเสียหายร่วมกัน หน้าที่เปิดเผยข้อความจริงตามหลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายที่ได้บัญญัติและนำมาใช้กับสัญญาประกันภัยทั่วไป การเปิดเผยข้อความจริง การไม่แถลงข้อความเท็จ และคำรับรอง ซึ่งหมายความว่า การที่ผู้เอาประกันภัยให้คำรับรองต่อผู้รับประกันภัยว่าผู้เอาประกันภัยจะต้องทำการอันใดอันหนึ่งหรือไม่กระทำการอันใดอันหนึ่งเพื่อประโยชน์ในการเสี่ยงภัยของผู้รับประกันภัย

หลักสุจริตอย่างยิ่ง (Utmost good Faith) เป็นหลักคำจูงใจให้ธุรกิจประกันภัย (Insurance Industry) สามารถดำเนินธุรกิจเป็นไปด้วยความเรียบร้อย¹⁷²

เนื่องจากสัญญาประกันภัย ต้องอาศัยเหตุการณ์ในอนาคตอันไม่แน่นอนมาเป็นปัจจัยในการกำหนดการชำระค่าสินไหมทดแทนของผู้รับประกันภัย และผู้รับประกันภัยจะต้องอาศัยข้อมูลต่างๆ ของผู้เอาประกันภัย เพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะเข้ารับเสี่ยงภัยหรือไม่ ดังนั้นผู้เอาประกันภัยจะต้องเปิดเผยข้อความจริงเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม และพฤติกรรมของการเสี่ยงภัยนั้นของผู้เอาประกันภัยให้ผู้รับประกันภัยทราบโดยละเอียด หน้าที่การเปิดเผยข้อความจริงตามหลักสุจริตอย่างยิ่งนั้น ปัจจุบันใช้เป็นหลักของสัญญาประกันภัยในทุกประเทศที่มีกิจการประกันภัยและมีกฎหมายประกันภัย ซึ่งพอจะแบ่งชนิดของการเปิดเผยข้อความจริงได้ดังนี้

(1) การเปิดเผยข้อความจริง

การเปิดเผยข้อความจริงอันเป็นสาระสำคัญซึ่งอยู่ในความรู้เห็นของผู้เอาประกันภัย เนื่องจากเป็นข้อรู้เห็นโดยแท้และข้อที่น่าจะรู้เห็นอันเป็นหน้าที่ของผู้เอาประกันภัย จะต้องเปิดเผยให้ผู้รับประกันภัยทราบโดยไม่ต้องสอบถามการไม่เปิดเผยข้อความจริงนี้ในบางกรณีเรียกว่า "การปกปิดข้อความจริง" แต่ในการตีความนั้นกรณีจะถือว่าเป็นการปกปิดข้อความจริงต่อเมื่อผู้เอาประกันภัยมีเจตนาจะปกปิดข้อความจริงนั้นไว้ไม่ให้ผู้รับประกันภัยทราบ ซึ่งมีผลทำให้สัญญาประกันภัยตกเป็นโมฆียะ

¹⁷² สมาคมประกันวินาศภัย. (2530). คู่มือวิชาการประกันภัย. หน้า 34.

(2) การไม่แสดงข้อความเท็จ

การที่ผู้เอาประกันภัยจะต้องตอบข้อซักถามของบริษัทประกันภัยในขณะที่ขอทำสัญญาประกันภัยให้ตรงกับความเป็นจริง ซึ่งจะกระทำโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรตามแต่กรณี การแสดงหรือตอบข้อซักถามที่เป็นความเท็จ ทำให้สัญญาประกันภัยตกเป็นโมฆียะเช่นเดียวกับการไม่เปิดเผยข้อความจริงหรือการปกปิดข้อความจริง

(3) คำรับรอง

การที่ผู้เอาประกันภัยให้คำรับรองต่อผู้รับประกันภัยว่าผู้เอาประกันภัยจะต้องทำการอันใดอันหนึ่ง หรือไม่ทำการอันใดอันหนึ่ง เพื่อประโยชน์ในการเสี่ยงภัยของผู้รับประกันภัย เช่น ผู้เอาประกันภัยจะไม่เก็บน้ำมันเชื้อเพลิงไว้ในอาคารที่เอาประกันภัย หรือผู้เอาประกันภัยจะต้องมีอุปกรณ์ดับเพลิงใช้ติดตั้งอยู่ในอาคารที่เอาประกัน คำรับรองโดยทั่วไปจะต้องเขียนไว้ชัดเจนในสัญญาประกันภัย การปฏิบัติผิดคำรับรองมีผลเท่ากับการปฏิบัติผิดเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาประกันภัย ผู้รับประกันภัยมีสิทธิปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาประกันภัยได้¹⁷³

ในเรื่องการฟ้องละเมิดกับผู้ฟ้องคดีแพ่งโดยไม่สุจริตนั้น สำหรับศาลไทยก็ได้เคยตัดสินไว้หลายฎีกาว่า การใช้สิทธิในการฟ้องคดีแพ่งหากการกระทำโดยจงใจแกล้ง หรือโดยไม่สุจริตก็เป็นละเมิดได้ ดังคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้¹⁷⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 166/2490 การฟ้องคดีเป็นสิทธิของบุคคลที่จะร้องขอความคุ้มครองของศาล และการฟ้องร้องใครในทางแพ่งจะเรียกว่าเป็นการละเมิดหาได้ไม่ แต่ให้สิทธิที่จะฟ้องในเมื่อมีเรื่อง ไม่ใช่ว่าอยู่ดีๆ จะฟ้องใครเล่นหาได้ไม่ การกระทำเช่นนี้ย่อมเป็นการผิดกฎหมายและจะเป็นละเมิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2151/2520 จำเลยฟ้องโจทก์เรื่องที่ดินรुकล้ำเขตกันตามที่เชื่อว่าเป็นแนวเขตของจำเลยศาลพิพากษายกฟ้อง ไม่ปรากฏว่าจงใจหรือกลั่นแกล้งฟ้องโจทก์ เป็นการใช้สิทธิทางศาลโดยสุจริตไม่เป็นละเมิด

3.3.4 แนวความคิดเห็นของนักกฎหมายตามหลักสุจริต

ศาสตราจารย์ปรีดี พนมยงค์ อธิบายว่า ความสุจริตเป็นหลักสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ความประพฤติของบุคคลในการใช้สิทธิ และในการชำระหนี้ นั้น จักต้องจำกัดอยู่ภายในขอบเขตแห่งความสุจริต¹⁷⁵

¹⁷³ บางกอกสยาม. (ม.ป.ป.). หลักคำคัญพื้นฐานของสัญญาประกันภัย. สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2553, จาก <http://www.bkksiam.com/tacademic.php#2>

¹⁷⁴ อุบลรัตน์ สิทธิยานนท์. (2530). การใช้สิทธิเกินส่วนในกฎหมายลักษณะละเมิด. หน้า 93.

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ ได้อธิบายว่ามาตรา 5 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิบุคคลต้องกระทำโดยสุจริต เป็นการจำกัดขอบเขตแห่งการใช้สิทธิไว้ ถ้าเกิดความเสียหายจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตก็อาจจะต้องรับผิดชอบ¹⁷⁶

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า หลักสุจริตเป็นกฎหมายยุติธรรม (Jus Aequum) ซึ่งหมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น หรือบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมิได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งจะต้องเกิดจากเหตุการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแคบๆ ที่เดียว บทกฎหมายที่ยุติธรรมเป็นบัญญัติให้ผู้พิพากษาพิจารณาพฤติการณ์เฉพาะเป็นกรณีๆ ไป เพื่อจะได้มีคำพิพากษาโดยเจตจำนงที่ดี คือ ที่เป็นความยุติธรรม¹⁷⁷

นอกจากนี้แล้ว ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่า จุดมุ่งหมายที่แท้จริงของหลักสุจริตคือ ความยุติธรรมภายใน หรือความยุติธรรมตามเนื้อเรื่อง (Substantial Justice) ซึ่งจะเรียกร้องให้มีการวางข้อบังคับของกฎหมาย และการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งความยุติธรรมซึ่งใช้อยู่ในขณะที่ยกกฎหมายบังคับ และยุติธรรมสำหรับประชาชนที่กฎหมายนั้นใช้บังคับ ดังนั้น จึงเป็นภาระหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่ต้องวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรม และถูกต้องตามหลักคุณธรรม ความซื่อสัตย์ความไว้วางใจ เพราะความยุติธรรมอันแท้จริงสำคัญยิ่งกว่ากฎหมาย เพราะบทบัญญัติกฎหมายบางเรื่อง ไม่จำเป็นต้องมีความยุติธรรมเสมอไปก็ได้

หลักสุจริตเป็นบทกฎหมายบังคับ (Jus Cogen) หมายความว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจทำข้อตกลงยินยอมว่าจะไม่นำหลักสุจริตมาใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ คู่สัญญาจะตกลงร่วมกันว่าจะไม่นำหลักสุจริตมาใช้บังคับโดยคู่สัญญาจะใช้วิธีการใดๆ โดยไม่ต้องคำนึงถึงหลักคุณธรรม จริยธรรม หรือความซื่อสัตย์ความไว้วางใจต่อกันไม่ได้เพราะข้อตกลงยินยอมดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือขัดต่อรัฐประศาสน์นโยบายจึงทำให้ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ¹⁷⁸

พระยาเทพวิฑูร ซึ่งเป็นกรรมการร่างประมวลกฎหมายท่านหนึ่งได้อธิบายความหมายของหลักสุจริตในมาตรา 5 ว่าเป็นหลักทั่วไปสำหรับผลของความยุติธรรมในกรณีที่ถูกกรณีจะปฏิบัติต่อ

¹⁷⁵ ปรีดี พนมยงค์. (2471). บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1. หน้า 42-45.

¹⁷⁶ จิติ ดิงศักดิ์. (2526). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 228.

¹⁷⁷ หยุด แสงอุทัย ก (2548). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 83.

¹⁷⁸ แหล่งเดิม.

กันและกันหรือในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิของตนในเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างเขามีได้ แสดงรายละเอียดถึงการปฏิบัติ หรือทำการใดๆ บทบัญญัติว่าให้ถือเอาความสุจริตเป็นที่ตั้ง¹⁷⁹

ศาสตราจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับหลักสุจริตหรือที่เรียกว่าตามแบบเยอรมันว่าหลักความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 368 ว่าเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่เป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ มาตราเหล่านี้เป็นบทบัญญัติประกาศอุดมการณ์ของสังคมว่า ในระบบกฎหมายของเราคาดหมายว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคมจะต้องปฏิบัติต่อกันฉันคนที่มีความซื่อสัตย์และไว้วางใจกันได้¹⁸⁰

รองศาสตราจารย์ คาราทพร ธีระวัฒน์ ได้ให้ความเห็นว่า หลักสุจริตในมาตรา 5 ถือเป็นหัวใจของกฎหมายแพ่งในเรื่องนี้ เพราะไม่ว่าจะเป็นกรณีที่บุคคลตกลงทำสัญญาเพื่อก่อนนี้ผูกพันกับอีกบุคคลหนึ่ง หรือเป็นกรณีที่มูลหนี้อื่นๆ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้น นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้จะอยู่บนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ซึ่งถือว่าเป็นความเชื่อที่แต่ละฝ่ายต่างต้องมีความซื่อสัตย์และความไว้วางใจต่อกันและกันจะไม่เอาัดเอาเปรียบจนเกินไป ฝ่ายเจ้าหนี้ก็ต้องใช้สิทธิโดยสุจริตตามหลักของมาตรา 5 โดยต้องไม่ให้ลูกหนี้แบกภาระการชำระหนี้มากเกินไป ถ้ามีการเอาัดเอาเปรียบจนเกินไป ถ้ามีการเอาัดเอาเปรียบจนเกินไปก็เป็นการไม่สุจริต¹⁸¹

ในระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บทบัญญัติในเรื่องการใช้สิทธิโดยสุจริต ซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญนั้น ได้มีการบัญญัติรับรองเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 5 บรรพ 1 ลักษณะทั่วไป ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องกรณีการใช้สิทธิของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายแพ่งหรือสิทธิตามสัญญา ซึ่งเป็นสิทธิที่มีกฎหมายรับรองล้วนต้องกระทำโดยสุจริต ในลักษณะแบบกฎหมายยุติธรรม (Jus Aequum) ที่เป็นนามธรรม ไม่อธิบายขอบเขตให้ชัดเจนในรายละเอียด เป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ เพื่อที่จะสามารถนำหลักสุจริตมาปรับใช้ให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริงแก่คู่พิพาทที่น่าคดีขึ้นไปสู่ศาล หากไม่มีกฎหมายในเรื่องนั้นๆ บัญญัติไว้ โดยเฉพาะกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ๆ ในสังคม หรืออาจจะใช้กับกรณีที่กฎหมายมิกำหนดเอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาไปตามข้อเท็จจริงแล้วไม่เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาก็ได้

¹⁷⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 8.

¹⁸⁰ แหล่งเดิม.

¹⁸¹ คาราทพร ธีระวัฒน์. (2546). กฎหมายของสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 58 และ 59.

ดังนั้นในกรณีการปรับใช้หลักสุจริต ศาลไทยย่อมจะสามารถทำได้โดยหยิบยกการอ้างบทบัญญัติ มาตรา 5 อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไป มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงทุกๆ กรณีในอาณาบริเวณของกฎหมายเอกชนทั้งหมด^{182 183}

รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ กล่าวว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายปัจจุบันยอมรับกันก็คือ หลักสุจริต ซึ่งอาจจะมีการบัญญัติไว้หรือไม่ก็ได้ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หรือมาตรา 281 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งกรีก เป็นต้น¹⁸⁴

อาจารย์จินดา ชัยรัตน์ อธิบายว่า “สุจริต” แปลว่า ประพฤติดี ตรงกับภาษาอังกฤษว่า (Good Faith) คำว่า สุจริตยากที่จะอธิบายให้เข้าใจที่เป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนและเหมาะสม การกระทำโดยสุจริตภาษาละตินเรียกว่า (Action Bona Fide) บางครั้งมีคนแปลไปในเชิงความซื่อสัตย์ (Honesty) ซึ่งออกจะแคบไปเพราะคำว่าสุจริตมีความหมายที่กว้าง ไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องการกระทำด้วยความซื่อสัตย์เสมอไป คำว่าสุจริตที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีความแตกต่างกันระหว่างมาตรา 5 และมาตราอื่นๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁸⁵

รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล เห็นว่าหลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายยุติธรรมที่ยิ่งใหญ่ของกฎหมายโรมัน มีความสำคัญและเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่ง มีลักษณะเป็นนามธรรม มีขอบเขตที่กว้างขวางและไม่อาจกำหนดความแน่นอนได้ และบางครั้งอาจจะปรับเปลี่ยนตามพฤติการณ์แห่งข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีไป เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมและเศรษฐกิจซึ่งเชื่อมโยงกับความยุติธรรมของกรณีนั้นๆ ดังนั้น กฎหมายจึงได้มอบอำนาจให้ผู้พิพากษาพิจารณาคดีโดยใช้ดุลพินิจ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมที่สูงสุดและแท้จริง และเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย และการดำรงอยู่ของสมาชิกในสังคมเป็นไปด้วยความราบรื่น และสันติสุข ดังนั้น หลักสุจริตจึงเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายแพ่งซึ่งมีความศักดิ์สิทธิ์ และนำไปใช้ในกฎหมายประเภทอื่นได้ด้วย

¹⁸² สุต สุตรา. (2516, มีนาคม-เมษายน). “การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of Right).” *ตุลพาห*, 20, หน้า 11.

¹⁸³ ปรีดี เกษมทรัพย์ ก เล่มเดิม. หน้า 1-9.

¹⁸⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชิวิลลอว์และคอมมอลลอว์.” *ตุลพาห*, 41, 1, หน้า 63.

¹⁸⁵ จินดา ชัยรัตน์. (2478). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. หน้า 574.

การนำบทที่มีข้อความทั่วไป มาใช้ปรับแก้กรณีนี้อาจหลีกเลี่ยงความเคร่งครัดแห่งกฎหมายได้บ้าง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ที่กำหนดว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต” ซึ่งเป็นเครื่องมืออันดีสำหรับศาลคือ แม้บุคคลจะมีสิทธิโดยไม่สุจริต ศาลก็จะไม่ยอมรับรอง กล่าวคือ ถึงแม้สิทธิที่เท่ากับไม่มีเพราะจะใช้กรณีนั้นไม่ได้ เนื่องจากเจ้าของสิทธิไม่ใช่โดยสุจริต

แต่การที่จะนำบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไปมาใช้ปรับแก้คดีนั้นจะต้องถือว่าเป็นกรณียกเว้น กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่เอาบทบัญญัติเฉพาะเรื่องมาปรับแก้คดีจะไม่ยุติธรรม และกรณีนั้นสมควรจะได้รับการพิจารณาพิพากษาเป็นอย่างอื่น เพราะถ้านำบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไปมาใช้มากเกินไป บทบัญญัติเฉพาะเรื่องจะไม่มีประโยชน์ โดยปกติควรจะต้องเป็นกรณีพิเศษซึ่งผู้ร่างกฎหมายในการร่างบทบัญญัติเฉพาะเรื่อง ยังคิดไปไม่ถึงหรือมิฉะนั้นก็จะขัดกับความรู้สึกในความยุติธรรมอย่างมากจนไม่มีทางออกอย่างอื่นนอกจากจะนำเอาบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไปมาใช้บังคับ

ข้อสำคัญคือ ต้องเข้าเงื่อนไขในการที่นำบทบัญญัติที่มีข้อความทั่วไปมาใช้บังคับ เช่น ถ้าจะยกเอามาตรา 5 มาใช้บังคับก็จะต้องปรากฏว่า บุคคลนั้นมีสิทธิอยู่แล้ว แต่ชำระหนี้โดยไม่สุจริต¹⁸⁶

คำว่า “สุจริต” ตามมาตรา 5 มีความหมายที่กว้างกว่าคำว่าสุจริตเฉพาะเรื่อง โดยหมายถึง “ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” ซึ่งบุคคลจะต้องมีต่อกันในกรณีต่างๆ บทบัญญัติในมาตรานี้ “บทครอบจักรวาล” ที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลที่มีต่อกันในทางกฎหมายเป็นการกำหนดให้บุคคลต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ การกระทำใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความซื่อสัตย์และความไว้วางใจย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต ซึ่งศาลจะไม่รับรองและไม่รับบังคับให้

ในกรณีที่มีการปฏิบัติหน้าที่หรือการชำระหนี้ก็เช่นเดียวกัน ถ้าลูกหนี้ได้ ทำการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยไม่สุจริตก็ถือเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ไม่ทำให้หนี้นั้นระงับสิ้นไป หรืออาจต้องชำระหนี้ใหม่ให้ถูกต้องอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหลักสุจริตที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีหลักการเช่นเดียวกับของไทย¹⁸⁷

¹⁸⁶ ประสิทธิ์ โงะวิไลกุล. (2545). กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป: คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14. หน้า 71.

¹⁸⁷ เกรียงศักดิ์ สุวรรณศรี. (ม.ป.ป.). ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน 2553, จาก

หลักสุจริตทั่วไปที่ปรากฏในมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 368 เป็นหลักกฎหมายสำคัญที่เป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งของไทยทั้งระบบ มาตราเหล่านี้เป็นบทบัญญัติประกาศอุดมการณ์ของสังคมว่า ในระบบกฎหมายของเราคาดหวังว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคมจะต้องปฏิบัติต่อกันฉันคนที่มีความซื่อสัตย์และไว้วางใจ¹⁸⁸

รองศาสตราจารย์วิจิตรา (ฟุ้งถัดดา) วิเชียรชม อธิบายว่า หลักเกี่ยวกับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of Rights) ควบคุมในสังคมให้ความเสียหายต่อบุคคลอื่น ตั้งบนพื้นฐานแนวความคิดทางสังคมการใช้สิทธิก่อให้เกิดความเสียหายในสังคม และก่อให้เกิดพื้นฐานของคนในสังคม การใช้สิทธิทั่วไปคือสุจริตไว้ก่อนต้องมีความสุจริตต่อกัน ถือว่าทุกคนเป็นคนดีเป็นหลักสุจริตทั่วไปจึงบัญญัติไว้ในหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งประเทศไหนก็มี กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 การปรับใช้ของศาลต้องใช้ดุลยพินิจในที่นี้ใช้บนพื้นฐานหลักกฎหมายคลายความยุติธรรม

หลักสุจริตและความไว้วางใจ ความสำคัญ คือ หลักกฎหมายเป็นกฎหมายยุติธรรมได้ คำนึงถึงหลักความเป็นธรรมบนพื้นฐานของความซื่อสัตย์และไว้วางใจ

ลักษณะของหลักสุจริต คือ ไม่มีความชัดเจน โดยเป็นนามธรรม ดังนั้น กรณีจะนำบทบัญญัติการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาปรับใช้ต้องเป็นกรณี มีเหตุผลอันสมควรอย่างยิ่งอันเป็นกรณียกเว้นเท่านั้น¹⁸⁹

ศาสตราจารย์ จรัญ ภักดีธนากุล มีความเห็นว่า หลักสุจริตในมาตรา 5 ศาลไทยจะวางกรอบค่อนข้างแคบ หรือเน้นเฉพาะเป็นเรื่องซื่อสัตย์สุจริต เป็นเจตนาที่เจตนาที่ดี ไม่มีเจตนาร้าย ไม่มีเจตนาถั่นแกล้งใคร เป็นเรื่องที่ทำไปโดยไม่รู้ข้อมูล อย่างนี้ถือว่าสุจริตแล้ว แต่ว่าคำว่า “หลักสุจริต” ที่ใช้ในกฎหมายนี้ ผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงใจไม่เอามาตรฐานเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ให้ใช้มาตรฐานสากลเป็นหลักสุจริตที่อ้างอิงมาจากกฎหมายฝรั่งเศสที่ใช้ในความหมายว่า “ต้องคำนึงถึงมาตรฐานของสุจริตชนส่วนใหญ่ในสังคม” ไม่ใช่ดูจากหลักสุจริตของคนที่เป็นคู่สัญญา แต่ว่าหลักสุจริตชนส่วนใหญ่ในสังคมปัจจุบันจะทำสัญญาในเรื่องนี้แบบนี้อย่างไร แค่นั้น เพียงไร และถือว่าคู่สัญญานั้นจะต้องอยู่ในมาตรฐานของหลักสุจริตนี้ด้วย และสามารถปรับลดเข้าไปหาเกณฑ์มาตรฐานนั้น วิธีนี้จะทำให้หลักสุจริตซึ่งเป็นเรื่องเจตนากลายเป็นเรื่องมาตรฐานวิญญูชนแต่ไม่ใช่วิญญูชนคนทั่วไปต้องเป็นวิญญูชนที่สุจริตชนส่วนใหญ่ แนวคิดนี้ไม่ได้เขียนอธิบายไว้ แต่จะมีปรากฏอยู่ในเอกสารการประชุมและแนวคิดที่มาจากมาตรา 5 ของ

¹⁸⁸ นารีมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางกฎหมายภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. หน้า 45 และ 46.

¹⁸⁹ วิจิตรา (ฟุ้งถัดดา) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในสากลเพียงแต่ระบบของไทยยังไม่เก่งในการใช้มาตรา 5 ให้ผ่านอรรถวิสัยไปสู่ภาวะวิสัยได้¹⁹⁰

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า “หลักสุจริต (ทั่วไป)” หรือที่เรียกว่าตามแบบเยอรมันว่า “หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” (Treu Und Glauben) ที่ปรากฏในมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 368 เป็นหลักกฎหมายสำคัญ (Rechtsgrundsatz) ที่เป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งไทยทั้งระบบ มาตราเหล่านี้เป็นบทบัญญัติประกาศอุดมการณ์ของสังคมว่า ในระบบกฎหมายเราคาดหวังว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในสังคมจะต้องปฏิบัติต่อกันฉันท์คนที่มีความซื่อสัตย์และไว้วางใจกันได้ ด้วยเหตุนี้หลักเรื่องผู้ซื้อจะต้องระวัง (Caveat Emptor) ซึ่งเป็นภายิตกกฎหมายโรมัน โบราณจึงนำมาใช้ในกฎหมายไทยไม่ได้เพราะขัดกับหลักนี้ มีผู้พยายามเหล่านั้นหาประสบผลสำเร็จไม่ ทั้งนี้เพราะความซื่อสัตย์และไว้วางใจก็ดี (มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 368) หลักการใช้สิทธิในทางที่ผิดก็ดี (มาตรา 421) หรือหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี (มาตรา 113) ล้วนแต่เป็นกฎหมายเพื่อความยุติธรรม (Jus Aequum) ที่ใช้ศัพท์กฎหมายที่มีเนื้อความไม่ชัดเจน (Unbestimmter Pechtsbegriff) ที่ไม่สามารถทำให้ความหมายกระจ่างชัดล่วงหน้าได้ ต้องรอให้ข้อพิพาทขึ้นแล้วจึงจะนำหลักนี้ไปวินิจฉัยขอบเขตการใช้หลักสุจริต (หลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ)

หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจเป็นบทครอบจักรวาล หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจนี้เป็นกฎหมาย “หลักทั่วไป” (General Principle) จริงๆ แต่ไม่ใช่กฎหมายทั่วไป (Jus Generale) ที่ถูกตัดโดยกฎหมายพิเศษ (ดังที่ภายิตกกฎหมายกล่าวว่ากฎหมายพิเศษมาก่อนกฎหมายทั่วไป) แต่มาตรา 5 เป็นบทครอบจักรวาล แม้เรื่องใดจะมีบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นอยู่แล้ว หลักมาตรา 5 ก็ยังใช้เป็นมาตรฐาน เพื่อชี้ขาดว่าการกระทำตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นได้กระทำโดยไม่ซื่อสัตย์และความไว้วางใจหรือไม่¹⁹¹

หลักสุจริตเป็นหลักการสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีบัญญัติไว้เป็นพื้นฐานในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 5 เกี่ยวกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ว่าบุคคลต้องกระทำการโดยสุจริต ซึ่งมักเป็นที่เข้าใจกันว่ามาตรานี้จะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อมีหนี้แล้วคือสัญญาเกิดแล้วเท่านั้นความจริงหลักการนี้สามารถที่จะปรับใช้ในขั้นตอนก่อนสัญญาหรือในขั้นตอนก่อให้เกิดสัญญาด้วยเพราะถือได้ว่าแม้สัญญาจะยังไม่เกิด แม้หนี้ในสัญญาจะยังไม่มี แต่ที่คู่สัญญาก็มีหนี้ต่อกันแล้วในการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต เช่นเดียวกับความเห็นของ Jhering นักกฎหมาย

¹⁹⁰ จรัญ ภัคศิรนาทกุล. (2541). การอภิปรายเรื่องกลไกและขอบเขตแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. หน้า 85 และ 86.

¹⁹¹ สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม. หน้า 126.

ชาวเยอรมันและอาจกล่าวได้ว่าเป็นหนึ่งคว้นกระทำกร กล่าวคือ งดเว้นที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่งในขั้นตอนก่อนสัญญา¹⁹²

แต่โดยทั่วไปอาจกล่าวได้ว่า คำว่า “สุจริต” หมายถึง การไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีที่เกิดขึ้น ดังนั้น ถ้าพิสูจน์ได้ว่า กรณีนั้น เป็นการกระทำขึ้นเพราะบุคคลผู้กระทำได้กระทำลง โดยรู้ข้อเท็จจริงของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ก็อาจถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต และบุคคลภายนอกจะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย เพราะหลักสุจริตที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ก็ดี หรือมาตราอื่นๆ ก็ดี มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ใช้สิทธิต่างๆ รวมทั้งการชำระหนี้ตามสัญญาต่อคู่สัญญาหรือบุคคลภายนอกที่สุจริต

เมื่อเป็นเช่นนี้ การใช้สิทธิในทางตรงกันข้ามบทบัญญัติใดที่กำหนดเรื่องหลักสุจริตไว้ ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า ถ้าบทบัญญัติมาตราใดไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องใช้สิทธิโดยสุจริต โดยชัดแจ้งแล้ว ผู้ใช้สิทธิจะใช้สิทธิตามมาตราดังกล่าวโดยไม่สุจริตได้ เพราะหลักสุจริตเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปคำว่าสุจริตหมายความถึงการไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของคู่กรณีหรือเหตุการณ์อื่นที่เกี่ยวข้อง

ในส่วนของข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการใช้สิทธิของบุคคลนั้นตามมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าบุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต ดังนั้น ผู้ใดอ้างว่าใครใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ผู้อ้างนั้นต้องเป็นผู้นำสืบว่ามีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต¹⁹³

3.3.5 หลักสุจริตตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทย

การใช้สิทธิอย่างไรจึงอาจถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต อาจเห็นได้พอสังเขปจากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ต่อไปนี้¹⁹⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/25449 ข้อที่ว่า ศ. ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย การลงนามของ ศ. ยังมีลักษณะเร่งรีบโดยลงนามก่อนวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปเพียง 4 วัน เป็นการผิดปกติวิสัยของเจ้าหน้าที่รัฐ

ผู้ร้องที่ 2 เพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นให้แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นได้ซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการะคุณ รวมทั้งการจัดสรรหุ้น มีสิทธิซื้อก่อน ถือได้ว่าผู้ร้องทั้งสามได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้องทั้งสามนั่นเอง กรณีจึงต้องถือว่าการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้องทั้งสาม ผู้ร้องทั้งสามใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนฯ ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสะดวกสบายของประชาชน จึงไม่

¹⁹² ศนันท์กรณ์ โสคติพันธุ์ ข (2553). คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. หน้า 248.

¹⁹³ มานิตย์ จุมปา. (2549). ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย. หน้า 294 และ 295.

¹⁹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 295.

มีผลผูกพันผู้คัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 36/2544 ที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ผู้ร้องทั้งสามตามสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้น หากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนชอบที่ศาลชั้นต้นจะปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการฯ มาตรา 44 ดังนั้น คำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2742/2517 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้โจทก์ แต่โจทก์รู้เห็นยินยอมให้จำเลยโอนที่ดินนั้นขายให้ผู้อื่น แล้วโจทก์มาฟ้องว่าจำเลยผิดสัญญาเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2025/2518 ภรรยาโจทก์เอาบ้านซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินที่โจทก์เช่ามาไปขายฝากไว้กับจำเลยมีกำหนด 2 ปีโดยโจทก์กับภรรยา โจทก์บอกจำเลยว่า ถ้าภรรยาโจทก์ไม่ซื้อบ้านคืนภายในกำหนดให้สิทธิการเช่าที่ดินตกเป็นของจำเลย อันเป็นการแสดงเจตนาว่าจำเลยไม่ต้องรื้อถอนบ้านออกไป ดังนี้ เมื่อภรรยาโจทก์ไม่ซื้อคืนบ้านภายในกำหนด โจทก์ก็จะฟ้องให้จำเลยรื้อถอนบ้านออกไปจากที่ดินที่โจทก์เช่าไม่ได้ เพราะเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1800/2519 ปลูกตึกแถวรुक้าที่ข้างเคียงโดยไม่ได้ให้เจ้าของชี้เขตและรั้ววัดขอบเขตเสียก่อน ถือได้ว่าเป็นการกระทำไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่สุจริต ต้องรื้อส่วนที่รูก้าทำให้เป็นไปตามสภาพเดิมและใช้ค่าเสียหายด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1413/2525 โจทก์จำเลยต่างจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นรูปหัวสิงโตหน้าตรงปากคำราม ของโจทก์สำหรับสินค้าประเภทกระดิกน้ำร้อนและกระดิกน้ำแข็งรูปอยู่ภายใต้กรอบรูปไข่ สองชั้น ส่วนบนเป็นรูปลายฝรั่ง ส่วนล่างมีอักษรโรมันคำว่า LION อยู่บนกรอบสี่เหลี่ยมทับบนกรอบรูปไข่ ของจำเลยสำหรับสินค้าประเภทแป้งข้าวเจ้าและแป้งข้าวเหนียวรูปอยู่ภายในกรอบรูปวงกลมสองชั้น ไม่มีตัวอักษร ที่ได้วงกลมมีรูปช่อรวงข้าวสองช่อโค้งรองรับขอบวงกลม แต่ไม่จรดกัน ระหว่างรวงข้าวทั้งสองช่อมีใบผูกห้อยชายอยู่ตรงกลาง หากพิจารณาแต่เพียงส่วนประกอบจะเห็นว่าแตกต่างกัน แต่เมื่อพิจารณารวมทั้งหมดจะเห็นได้ว่าคล้ายคลึงกันมาก เพราะเป็นรูปหัวสิงโตหน้าตรงปากคำรามอย่างเดียว ซึ่งเป็นสาระสำคัญของเครื่องหมายการค้าของทั้งสองฝ่ายและจำเลยเห็นเครื่องหมายการค้าของโจทก์มาก่อน การเลือกเครื่องหมายดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่าจำเลยใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แม้เป็นสินค้ากันคนละประเภท ก็เลือกเครื่องหมายดังกล่าว ก็นับได้ว่าเป็นการลวงสาธารณชนให้หลงผิดเป็นสินค้าเจ้าของเดียวกับโจทก์เป็นการละเมิดต่อโจทก์

ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต ผู้ใดอ้างว่าผู้อื่นกระทำการโดยไม่สุจริตต้องเป็นผู้นำสืบ นั้นยกตัวอย่างได้ เช่น¹⁹⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 751/2471 นิติกรรมใดที่คู่กรณีได้ทำไป ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า นิติกรรมนั้นได้กระทำการโดยสุจริต เมื่อผู้ใดคัดค้าน ผู้นั้นต้องนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐาน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 636/2524 โจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยมีเจตนาไม่สุจริต ยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งโจทก์มียศเป็นยศร้อยตรีโดยมิชอบ โจทก์มีหน้าที่นำสืบให้สิ่งฟ้องว่าจำเลยออกคำสั่งดังกล่าวโดยมิชอบอย่างไร แต่โจทก์หาได้นำสืบประการใดไม่ โจทก์จึงไม่มีทางชนะคดี

กรณีการใช้สิทธิตามหลักสุจริตและการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามที่ศาลใช้ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้¹⁹⁶

การแย่งใช้สิทธิหรือแสวงหาประโยชน์โดยที่รู้ถือว่าผู้อื่นมีสิทธิหรือได้ประโยชน์อยู่ก่อน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 178/2485 ผู้ที่เข้าครอบครองที่ดินโดยรู้อยู่แล้วว่ามีผู้ร้องขอประทานบัตรทำเหมืองแร่อยู่ก่อนแล้วได้ชื่อว่าใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แม้ผู้ขอประทานบัตรได้รับประทานบัตรภายหลังการครอบครองนั้นก็ดี ก็มีสิทธิเข้าทำเหมืองแร่ได้โดยผู้ครอบครองไม่มีอำนาจขัดขวาง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 90/2516 จำเลยทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินและบ้านพิพาทจาก ม. โดยมี ห. เป็นพยานในสัญญาข้างดังกล่าวอยู่ด้วย โจทก์ทราบจำเลยทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินและบ้านพิพาทกับ ม. และเห็นจำเลยเข้าอยู่ในบ้านพิพาทมานานแล้ว โจทก์ยังซื้อที่ดินและบ้านพิพาทจาก ห. ผู้ซึ่งซื้อมาจาก ม. อีกในราคาที่ต่ำกว่าเมื่อจำเลยตกลงซื้อเมื่อปีก่อน การรับโอนที่ดินและบ้านพิพาทของโจทก์จาก ห. มิได้เป็นไปโดยสุจริต แล้วยังฟ้องหาว่าจำเลยเช่าบ้านพิพาทจากโจทก์แต่ไม่ชำระราคาเช่าขอให้ขับไล่อีกเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2580/2525 จำเลยครอบครองที่พิพาทโดยความสงบเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของติดต่อกันเป็นเวลากว่าสิบปีจำเลยจึงได้กรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 โจทก์ซึ่งเป็นผู้ซื้อที่ดินพิพาทรู้ว่าจำเลยครอบครองที่พิพาทจนได้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายแล้วแต่ก็ยังซื้อจึงถือได้ว่าโจทก์ซื้อที่พิพาทมาโดยไม่สุจริตจำเลยย่อมยกเอาการได้มาซึ่งที่พิพาทที่ยังมิได้จดทะเบียนขึ้นเป็นข้อต่อสู้โจทก์ได้

โจทก์ฟ้องว่าจำเลยรุกล้ำที่ดินโจทก์ 142 ตารางวา จำเลยให้การต่อสู้ว่าจำเลยครอบครองที่ดิน 72 ตารางวา เมื่อมีการทำแผนที่พิพาทโดยคู่ความต่างนำชี้ปรากฏว่าจำเลยนำชี้ตามแนวเขต

¹⁹⁵ มานิตย์ จุมปา. เล่มเดิม. หน้า 295 และ 296.

¹⁹⁶ โสภณ รัตนกร. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. หน้า 97-101.

ที่ดินที่จำเลยครอบครองมีเนื้อที่ 147 ตารางวา และคู่ความทั้งสองฝ่ายได้รับรองแผนที่นั้นแล้วจึงต้องถือว่าโจทก์จำเลยพิพาทกัน 147 ตารางวา

การที่ศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นข้อพิพาทขึ้นใหม่ หลังจากที่ได้สืบพยานโจทก์จำเลยเสร็จสิ้นแล้วว่าโจทก์ข้อพิพาทมาโดยสุจริตหรือไม่ แต่ศาลชั้นต้นได้ให้โอกาสโจทก์นำพยานเข้าสืบในประเด็นดังกล่าวและโจทก์ก็ได้นำพยานเข้าสืบแล้วหาทำให้โจทก์เสียเปรียบในเชิงคดีแต่อย่างไรไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2350/2531 บริษัทจำเลยที่ 1 ดำเนินธุรกิจโรงแรมเช่นเดียวกับโจทก์แต่ชื่อของบริษัทจำเลยที่ 1 มีคำว่า 'ฮิลตัน' 'ไฮเต็ล' และ 'บางกอก' พ้องกับชื่อโรงแรมฮิลตันที่โจทก์ใช้ในการดำเนินการโรงแรมทั่วโลกจนมีชื่อเสียงมานานทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจผิดได้ว่าจำเลยที่ 1 คือ โจทก์ และกิจการของจำเลยที่ 1 คือ กิจการของโจทก์ จำเลยจึงนำเอาชื่อฮิลตันของโจทก์มาใช้โดยไม่สุจริต ย่อมทำให้โจทก์เสียหายเพราะโจทก์กับจำเลยที่ 1 ดำเนินธุรกิจอยู่ในกรุงเทพมหานครเช่นเดียวกัน การที่มีบริษัทอื่นอีกมากมายนำชื่อฮิลตันของโจทก์ไปตั้งเป็นชื่อกิจการของตน หาได้ทำให้จำเลยที่ 1 มีสิทธิขึ้นใหม่และหากไม่ห้ามจำเลยที่ 1 แล้วจำเลยที่ 1 อาจเปลี่ยนชื่อโรงแรมของจำเลยมาใช้ชื่อฮิลตันของโจทก์อีกเมื่อใดก็ได้โจทก์จึงมีสิทธิขอให้ห้ามจำเลยใช้ชื่อ ฮิลตันเป็นชื่อของบริษัทหรือโรงแรมของจำเลย

ในการรับรองหรือยินยอมให้ผู้อื่นได้สิทธิหรือประโยชน์บางอย่าง แล้วตอนหลังจะปฏิเสธไม่ได้ เป็นทำนองเดียวตามกฎหมายปิดปาก เช่น¹⁹⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 468/2488 สามิให้ภรรยาที่มีชื่อในโฉนดแต่ผู้เดียวแล้วเอาไปจำนองผู้อื่นไว้หลายครั้ง ก่อนมาทำจำนองกับโจทก์ บัดนี้อ้างว่าภรรยาจำนองโดยไม่ได้รับอนุญาต ขอบอกล้างคั้งนี้เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตบอกล้างไม่ได้

ผู้รับจำนองบอกกล่าวให้ผู้จำนองไถ่ถอนภายใน 10 วันโดยเคยทวงถามหลายครั้งแล้วคั้งนี้ ถือได้ว่ากำหนดเวลานั้นพอสมควรแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 910/2493 สามิเคยให้ภรรยาเอาที่ดินไปจำนองและมอบเงินไปชำระดอกเบี้ย และไถ่ถอนมาหลายครั้งแล้ว ภายหลังภรรยาเอาที่ดินไปขายฝากไว้แก่ผู้อื่นอีก แล้วสามิมายขอบอกล้าง ให้ทำลายนิติกรรมโดยอ้างว่าไม่ได้รับความยินยอมจากสามินั้นเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 การบอกล้างไม่มีผล (อ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 468/2488)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2945/2522 โจทก์ฟ้องขอให้ศาลสั่งเพิกถอนมติดังกล่าวการควบคุมการขนส่งอ้างว่าเป็นมติดีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้โจทก์เสียหายเพราะถูกเดินรถทับ

¹⁹⁷ นารีมาน รักธรรม. เล่มเดิม. หน้า 47.

เส้นทาง เมื่อได้ความว่ามติที่ประชุมดังกล่าวคณะกรรมการอนุมัติให้จำเลยที่ 3 เพิ่มจำนวนรถและจำนวนเที่ยวรถ ขณะเดียวกันก็อนุมัติให้โจทก์เพิ่มจำนวนรถกับเพิ่มเที่ยวรถจากเดิมด้วย โจทก์ได้ถือเอาประโยชน์จากมติครั้งนี้ตลอดมา มิได้โต้แย้งแต่อย่างใดว่ามติไม่ชอบ คงให้เพิกถอนเฉพาะส่วนที่ไม่เป็นประโยชน์แก่โจทก์ เพื่อโจทก์จะได้รับผลจากมติการประชุมนั้นแต่เพียงฝ่ายเดียวเช่นนี้ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3374/2532 การที่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของบัญชีกระแสรายวันเป็นผู้จัดหรือรู้เห็นในการจัดให้มีการปลอมเช็คพิพาท โดยใช้วิธีการลอกทาบแบบลายมือชื่อโจทก์แล้วให้ผู้อื่นนำเช็คพิพาทมาเบิกเงินในบัญชีกระแสรายวันของโจทก์จากธนาคารจำเลยนั้น ถือได้ว่าโจทก์ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ในการนำเช็คพิพาทปลอมมาเรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบจ่ายเงินตามเช็คโดยอ้างว่าลายมือชื่อผู้ส่งจ่ายเป็นลายมือชื่อปลอม โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3748/2533 โจทก์ทราบอยู่แล้วว่าจำเลยได้ขายรถยนต์พิพาทให้ผู้ร้องสอดแต่กลับรับรถยนต์นั้นไว้ก่อน กรณีถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้การครอบครองรถยนต์ไว้โดยสุจริต การที่โจทก์นิ่งเสียไม่แจ้งเรื่องที่โจทก์ได้ซื้อรถยนต์พิพาทจากจำเลยให้ผู้ร้องสอดทราบในขณะที่ผู้ร้องสอดและจำเลยทำสัญญาซื้อขายรถยนต์พิพาทกันยังไม่เสร็จ ย่อมทำให้ผู้ร้องสอดหลงผิดเข้าใจว่าจำเลยมีสิทธิโอนกรรมสิทธิ์รถยนต์พิพาทให้ผู้ร้องสอดได้ ดังนี้ โจทก์จะมาอ้างในภายหลังว่ารถยนต์ดังกล่าวตกเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์แล้ว จำเลยไม่มีกรรมสิทธิ์ที่จะโอนให้ผู้ร้องสอดอีกเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริต

กระทำการหลีกเลี่ยงกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 408/2524 ผู้ร้องกับจำเลยจดทะเบียนหย่ากันหลังจากศาลพิพากษาให้จำเลยชำระค่าทดแทนแก่โจทก์ โดยตกลงกันให้ทรัพย์สินทั้งหมดรวมทั้งบ้านพิพาทซึ่งเป็นสินสมรสตกได้แก่ผู้ร้อง เป็นการกระทำที่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเสียเปรียบ เป็นพฤติการณ์ที่แสดงว่าผู้ร้องกับจำเลยได้ร่วมกันทำขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการที่จำเลยจะต้องถูกยึดทรัพย์มาเพื่อการบังคับคดีตามกฎหมาย เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จึงไม่มีผลให้บ้านพิพาทตกเป็นสิทธิของผู้ร้องแต่ผู้เดียว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1700/2515 การที่โจทก์ได้ร่วมรู้เห็นยินยอมให้ผู้จัดการมรดกขายที่ดินตามพินัยกรรมเพื่อนำเงินมาแบ่งแก่ทายาท โดยโจทก์ยอมรับเอาเงินส่วนแบ่งเช่นเดียวกับทายาทอื่น และโจทก์เองเป็นผู้ริ้งเดินขอปลดเปลื้องข้อกำหนดแห่งพินัยกรรมที่ห้ามขายที่ดินนั้นเพื่อรับประโยชน์ตอบแทนเป็นพิเศษนอกเหนือจากส่วนแบ่งและยังอาศัยเป็นเครื่องมือเรียกร้องผลประโยชน์จากผู้ซื้อที่ดินจนได้รับผลสมประสงค์ แล้วโจทก์กลับมาฟ้องขอให้ห้ามผู้จัดการมรดกแบ่งเงินแก่ทายาท แต่ให้นำเงินไปซื้อที่ดินอื่นแทนตามข้อกำหนดในพินัยกรรม เป็นการอาศัยศาล

ก่อกันแก่งผู้จัดการมรดกและทายาทอื่นให้เดือดร้อนเสียหายถือได้ว่าโจทก์ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1528/2522 ผู้ร้องให้เข้าซื้อรถยนต์บรรทุกของกลางแก่ อ. ระหว่าง อ. ส่งชำระค่าเช่าซื้อเหลืออีก 8 งวด จำเลยที่ 1 ได้นำรถยนต์ดังกล่าวไปชนไม่เดือนด้วยความรู้เห็นของ อ. ผู้ร้องประสงค์เพียงค่าเช่าซื้อที่ค้างคืนส่วนการขอคืนรถยนต์ของกลางในคดีนี้แท้จริงเป็นความประสงค์ของ อ. ผู้ร้องยอมให้ อ. ใช้ชื่อผู้ร้องบังหน้าในการขอคืนของกลาง ดังนี้ถือว่าเป็นการขอคืนของกลางเพื่อประโยชน์ของ อ. ผู้ร้องเห็นในการกระทำความผิดกรณีไม่มีเหตุที่ศาลจะสั่งคืนให้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3930/2541 คำฟ้องของโจทก์ได้บรรยายข้อเท็จจริงเกี่ยวกับที่จำเลย ปฏิบัติผิดสัญญาเช่าว่า นับแต่โจทก์ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าตลอดจนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าแล้วจำเลยได้ผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าให้แก่โจทก์ตั้งแต่วันที่กรกฎาคม พ.ศ. 2533 เป็นต้นมา อันหมายความว่า จำเลยผิดนัดไม่ชำระค่าเช่านับจากเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2533 ตลอดมาจนถึงวันฟ้อง ในระหว่างเวลาดังกล่าวแม้ทางพิจารณาจะให้ความว่าจำเลยมิได้นำเงินค่าเช่า ไปวางที่สำนักงานวางทรัพย์ตั้งแต่วันที่มิถุนายน พ.ศ. 2534 เป็นต้นมา ก็ต้องถือว่ายังอยู่ในข้อกล่าวหาของโจทก์อยู่นั่นเองส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับวันผิดนัดจริงหากยังอยู่ในระหว่างเวลาที่โจทก์กล่าวในคำฟ้องแล้วยอมถือไม่ได้ว่า เป็นเรื่องนอกฟ้อง จำเลยนำค่าเช่าไปชำระให้โจทก์ แต่โจทก์ไม่ยอมรับถือว่าจำเลยได้ขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบแล้ว โจทก์จะปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้หาได้ไม่ กรณีนี้ยังถือไม่ได้ว่าจำเลย ตกเป็นผู้ผิดนัด ดังนั้น การที่โจทก์ใช้สิทธิฟ้องขับไล่ และเรียกค่าเสียหายจากจำเลยเป็นคดีนี้ ถือได้ว่าโจทก์ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง ในคดีแพ่งปัญหาเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเป็นปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องซึ่งเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกาย่อมยกขึ้นวินิจฉัยได้

หลักสุจริตมีอยู่ทั่วไปในบทบัญญัติต่างๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ใช่แยกกันอยู่อย่างไม่เกี่ยวข้องกันเลย แท้ที่จริงเป็นหลักเดียวกันแต่แยกสาขาออกไปแต่ละแห่ง หลักนี้เรียกว่า “หลักกฎหมาย” แต่ละหลักมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์กฎหมายอันยาวนาน หากการศึกษาได้พิเคราะห์ถึงภูมิหลังของหลักกฎหมายเหล่านี้ก็จะทำให้เข้าใจบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดีขึ้น การเรียนกฎหมายจึงไม่ใช่เรียนแต่ตัวบทมาตรา แต่เรียนหลักกฎหมาย ที่อยู่เบื้องหลังของตัวบทยอมจะทำให้เราเข้าใจบทบัญญัติของกฎหมายได้ดีขึ้น ตัวบทกฎหมายย่อมจะมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ แต่หลักกฎหมายไม่มีการเปลี่ยนแปลงมาก หลักกฎหมายเป็นหลักสากลทางนิติศาสตร์ แม้แต่ละประเทศจะแตกต่างกันบ้าง ข้อแตกต่างเหล่านี้ส่วนมากมักจะเป็นเพียงข้อแตกต่างที่ปรากฏในส่วนรายละเอียด

เท่านั้น¹⁹⁸ ถ้าเป็นการเล็งกฎหมายใช้ในเรื่องสัญญาจ้างแรงงาน คู่สัญญาจะต้องสุจริตต่อกัน ถึงแม้จะมีฐานะเป็นเพียงนายจ้างลูกจ้างกันเท่านั้น หลักการที่สุจริตต่อกันจึงมีความสำคัญอย่างมากในการทำงานร่วมกัน ซึ่งในสังคมระบบศักดินาของประเทศอังกฤษเมื่อมีการยกเลิกระบบแรงงานทาสแล้ว ดังนั้น การเข้ามาทำงานร่วมกันระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในเรื่องของสัญญาจ้างแรงงาน จึงไม่ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้าเป็นลูกจ้างที่ดีก็ต้องสุจริตต่อนายจ้างเป็นหน้าที่โดยกฎหมาย จริตประเพณีการทำงานร่วมกันต้องไว้ใจกัน ซึ่งกำหนดให้ลูกจ้างต้องสุจริตต่อนายจ้างในการทำงาน เป็นหน้าที่ของลูกจ้าง ในเรื่องของการลงโทษตามกฎหมาย หากเมื่อลูกจ้างมีการทุจริตเกิดขึ้น ควรที่จะให้มีการกำหนดลักษณะไหนร้ายแรงก็ให้นายจ้างทำการไล่ออกได้ในทันที นำหลักการไม่สุจริตมาปรับใช้และใช้หลักการนี้ได้ทั้งสองฝ่ายทั้งนายจ้างและลูกจ้าง¹⁹⁹

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายที่ดีที่สุดในการปรับใช้กับกฎหมายได้ทุกประเภท แต่หลักสุจริตก็ไม่สามารถใช้ได้กับกฎหมายบางประเภทหรือสามารถนำมาปรับใช้ได้แต่นิยามนำมาปรับใช้ เพราะเป็นหลักที่กว้างเกินไปและจะต้องเป็นข้อยกเว้นหรือเป็นในกรณีที่ไม่มีกฎหมายมาปรับใช้แล้วจึงสมควรหยิบยกหลักสุจริตขึ้นมา เช่นในเรื่องสัญญาจ้างแรงงานเพราะกฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายที่มีหลักกฎหมายปรับใช้อยู่แล้ว จึงไม่นำหลักสุจริตนำมาปรับใช้ และในเรื่องของสัญญาจ้างแรงงานของไทยควรนำหลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตมาปรับใช้หรือมีบัญญัติไว้ให้เป็นการเฉพาะเพื่อทำให้มีการปรับใช้ได้ทันที

3.3.6 หลักการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของประเทศไทย

ศาลไทยได้ยอมรับหลักเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of Right) มาตั้งแต่ก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นเรื่องทำความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้าน หรือที่เรียกกันว่าคาคี (Nuisance) ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 168/2465 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 917/2466 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1081/2464 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 356/2472 ครั้นเมื่อมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็ได้มีการบัญญัติหลักเรื่องทำความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านไว้ในมาตรา 1337²⁰⁰ ซึ่งบัญญัติว่า“บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาค้ำนึ่งประกอบไซ้ ท่านว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิจะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป ทั้งนี้ ไม่ลบหลู่สิทธิที่จะเรียกเอา

¹⁹⁸ สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม. หน้า 3.

¹⁹⁹ วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

²⁰⁰ เสนีย์ ปราโมช ข (2520). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505. หน้า 627.

ค่าทดแทน” และบัญญัติเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตซึ่งกว้างกว่าหลักเรื่องทำความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิไว้ด้วย โดยกำหนดให้ผู้ที่ใช้สิทธิต้องใช้สิทธิของตนโดยสุจริต กฎหมายจึงจะให้ความคุ้มครอง ถ้าใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายและอาจต้องรับผิดชอบในการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนั้นได้” ดังนั้นประเทศไทยควรนำหลักการใช้ไม่สุจริตมาใช้ในสัญญาจ้างแรงงานด้วยเพราะเป็นหลักที่เหมาะสม และได้ผลดียุติธรรมที่สุด

มาตรา 421 บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้นท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งจากถ้อยคำที่ว่า “ซึ่งมีแต่จะเสียหาย” นั้นนักกฎหมายหลายท่านเห็นว่าการต้องเป็นการกระทำที่มีเจตนาให้ผู้อื่นเสียหายแต่เพียงอย่างเดียวดังความเห็นของท่านอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ อธิบายว่า การใช้สิทธิอย่างไรจึงจะเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้น ตามข้อความที่ว่า “ซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหาย” แสดงความชัดเจนว่า ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผล คือ ความเสียหายแก่ผู้อื่นฝ่ายเดียว อีกนัยหนึ่งก็คือต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาให้ผู้อื่นเสียหาย ถ้าเป็นการกระทำโดยประสงค์ต่อผลอันเป็นธรรมดาแห่งสิทธินั้น แม้จะเห็นอยู่ว่าจะมีผู้อื่นเสียหายก็ไม่เป็นละเมิด²⁰¹

อาจารย์วงษ์ วีระพงศ์ ได้กล่าวว่า ใช้สิทธิโดยที่ตนเองก็ไม่ได้รับประโยชน์อันแท้จริงอย่างไร และโดยมีเจตนาประการเดียวที่จะให้ผู้อื่นเสียหายย่อมเป็นละเมิดตามมาตรา 421²⁰²

อาจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์การทำละเมิดว่า ผู้กระทำใช้สิทธินั้น โดยแกล้งให้เขาเสียหาย ถ้าใช้สิทธิโดยไม่แกล้ง แมื่บุคคลอื่นเสียหายก็ไม่เป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่เป็นละเมิด²⁰³

อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ ได้อธิบายว่า หากใช้สิทธินั้นไปในทางเสียหายแก่บุคคลอื่นเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตไปกระทบสิทธิของผู้อื่น กรณีเช่นนี้อาจเป็นการละเมิด การใช้สิทธิเป็นเรื่องผู้ใช้สิทธิได้ประโยชน์ ถ้าไม่เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นย่อมกระทำได้ เช่น การปลูกสร้างตึกสูงในที่ดินของตน แต่ถ้าตึกนั้นบังแดดบังลมบ้านข้างเคียง ทำให้เขาเสียหายเพราะได้รับ

²⁰¹ จิตติ ดิงศักดิ์. (2523). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลหนี้. หน้า 229.

²⁰² วงษ์ วีระพงศ์. (2507). คำอธิบายลักษณะละเมิด หมิ่นประมาท. หน้า 182.

²⁰³ ศักดิ์ สนองชาติ. (2527). คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. หน้า

ความเดือดร้อนรำคาญย่อมเป็นละเมิด นอกจากนี้ “การใช้สิทธิโดยเจตนาแกล้ง” อยู่ในความหมายของมาตรา 421 เช่นกัน คือ การใช้สิทธิโดยจงใจเป็นเรื่องเจตนาในใจจึงต้องค้นหาความในใจ ซึ่งก็ต้องอาศัยพฤติการณ์ภายนอกที่ผู้ใช้แสดงออกมา การใช้สิทธิโดยเจตนาแกล้งนี้อาจเป็นกรณีที่ผู้ใช้สิทธิได้ประโยชน์ด้วยและแกล้งผู้อื่นด้วย เช่น ก่อกำแพงรั้วบ้านแต่ก่อให้เกิดสูงบังหน้าต่างเพื่อนบ้านไม่ให้เห็นอะไร หรือแกล้งใช้สิทธิโดยไม่ได้รับประโยชน์เลย โดยจงใจให้ผู้อื่นเสียหายอย่างเดียว เช่น สร้างเหล็กแหลมไว้สูงๆ เพื่อทิ่มลูกโป่งขนาดใหญ่ของเพื่อนบ้านใช้โฆษณาสินค้า²⁰⁴

จากบทบัญญัติมาตรา 421 จึงสามารถสรุปได้ว่า การใช้สิทธิที่จะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนั้นต้องเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือมุ่งหมายหรือมีวัตถุประสงค์ให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย

ผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในสัญญาการจ้างแรงงานทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสียหายด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะกฎหมายประเภทไหนหากมีการใช้สิทธิไม่สุจริตถือว่าเป็นการจงใจทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนั้นได้

ตามแนวคำพิพากษาของศาลไทย ในการตัดสินคดีละเมิดตามมาตรา 421 นั้น ศาลได้นำเอาหลักการใช้สิทธิโดยสุจริตตามมาตรา 5 มาประกอบว่า ถ้าเป็นการไม่สุจริตแล้วย่อมเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 421 นั้นเอง เพียงแต่มาตรา 5 เป็นหลักทั่วไปในการใช้สิทธิและมาตรา 421 เป็นหลักที่ใช้เฉพาะกรณีละเมิด และมีความหมายแคบกว่ามาตรา 5²⁰⁵ ซึ่งสามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ศาลไทยใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตดังนี้²⁰⁶

3.3.6.1 การจงใจแกล้งทำให้เกิดความเสียหาย

หลักเกณฑ์นี้เป็นที่ยอมรับกันในทุกประเทศว่า ถ้าใช้สิทธิโดยจงใจแกล้งให้เกิดความเสียหายแล้ว ย่อมถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตทั้งสิ้น

3.3.6.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

ศาลไทยเห็นว่า การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 ก็คือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 นั้นเอง ซึ่งเป็นการนำหลักสุจริตมาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยว่าหากใช้สิทธิโดยสุจริตก็ไม่เป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แต่ถ้าใช้สิทธิโดยไม่สุจริตก็เป็น

²⁰⁴ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. (2538). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด และจัดการงานนอกสั่ง. หน้า 25-27.

²⁰⁵ เทพวิฑูร พระยา. (2476). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. หน้า 34.

²⁰⁶ อุบลรัตน์ สิทธิยานนท์. (2530). การใช้สิทธิเกินส่วนในกฎหมายลักษณะละเมิด. หน้า 127-129.

การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ดังนั้น การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเป็นหลักที่เหมาะสมสำหรับกฎหมายทุกประเภท และกฎหมายแรงงานสมควรที่นำไปใช้ได้อย่างเหมาะสมเช่นกัน เพราะศาลมักไม่นำหลักสุจริตมาปรับใช้กับเรื่องสัญญาจ้างแรงงานทั้งที่ ได้รับผลที่ดี ผู้ศึกษาเห็นว่าควรนำหลักการ ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้ให้ศาลพิจารณาการปรับใช้ในเรื่องของสัญญาจ้างแรงงานจะทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ใช้สิทธิของตนได้อย่างสุจริต

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักสุจริตที่ปรับใช้ในกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมักจะหยิบยกขึ้นมาใช้ได้เกือบทุกกรณีโดยพิจารณาเป็นเรื่องราวๆ ไป หลักสุจริตแบบเสมือนเป็นแม่บทที่ครอบคลุมได้ทุกกฎหมายของหลักกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการที่จะนำมาใช้บังคับได้เกือบทุกกฎหมาย ทั้งนี้จะเป็นเพราะศาลเยอรมันให้ความสำคัญมากในการให้ความยุติธรรมในการวินิจฉัยคดีเพื่อที่จะให้คู่ความได้รับความเป็นธรรมมากที่สุดแต่ข้อเสียที่ไม่สามารถนำกฎหมายมาปรับใช้ได้

กรณีของศาลไทยในการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในกฎหมายสัญญาจ้างแรงงานไม่เป็นที่นิยมนำมาใช้เพราะ ในเรื่องของสัญญาจ้างแรงงานประเทศไทยมีบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องใช้หลักสุจริตมาพิจารณาในการตัดสินคดี หลักสุจริตในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ไม่ได้บัญญัติเฉพาะเรื่องเอาไว้แต่ได้นำมาปรับใช้กับปัญหาที่ขัดต่อหลักสุจริต การไม่ได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องเป็นการไม่ครอบคลุมปัญหาเรื่องนั้นๆ ได้ทั้งหมด เพราะถ้าศาลเยอรมันไม่ได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้บุคคลนั้นจะไม่ได้ได้รับความยุติธรรม จากการทำน้อมบัญญัติเป็นเฉพาะเรื่องทำให้นำมาใช้บังคับได้ทันที ดังนั้น ควรนำหลักสุจริตมาบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร

อย่างไรก็ตาม การใช้หลักสุจริตทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศรวมถึงการใช้หลักสุจริตกับกฎหมายระหว่างประเทศ การเกิดปัญหาต่างๆ เหมือนกันและแตกต่างกันออกไป อีกทั้งมีการนำไปใช้ปรับปรุแก้ไขพัฒนาหลักสุจริตมิทั้งได้ผลที่ดีขึ้นและผลที่ยังไม่ได้ดีเท่าที่ควร เพราะหลักสุจริตเป็นหลักที่กว้างๆ และไม่มีรูปธรรมที่ชัดเจนในการกำหนดขอบเขตที่แน่นอน

จากการศึกษา ในกฎหมายระหว่างประเทศกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยนั้น ในเรื่องของการทำสัญญาแต่ละประเทศจะมีหลักการหรือการบัญญัติหลักสุจริตที่แตกต่างกันรวมถึงการนำไปใช้และขอบเขต แต่ผลที่เหมือนกันทุกประเทศคือความถูกต้องและยุติธรรมเป็นที่สุด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ การปรับใช้ของหลักสุจริตให้เหมาะสม การเป็นหลักการที่ดীনก็มีประเด็นปัญหาของแต่ละประเทศได้รับคล้ายคลึงกัน คือ

ประเด็นแรก การที่หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไป ทำให้เกิดปัญหาว่า หากมีกฎหมายที่เป็นการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะอยู่และผลที่ได้ดীনจะไม่ยุติธรรมเท่ากับหลักสุจริตนั้น ก็ไม่

สามารถนำหลักสุจริตนั้น ไปใช้บังคับได้ ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีการนำเอาหลักสุจริตมาบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปไว้ในมาตรา 5²⁰⁷ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น จึงไม่สามารถนำหลักสุจริตที่ได้ผลที่ดีที่สุดนี้ไปใช้บังคับกับสัญญาจ้างแรงงานได้

ประเด็นที่สอง การที่หลักสุจริตเป็นนามธรรมเนื้อความไม่ชัดเจน เป็นบทบัญญัติที่แต่ละประเทศเห็นพ้องต้องกันว่าเป็นหลักการที่ดีที่สุดและเป็นบทที่ครอบคลุมสามารถใช้ได้ครอบคลุมกับกฎหมายทุกระบบ ทุกแขนงและทุกสาขาทั้งนี้เพราะหลักการที่สูงกว่าศีลธรรม ดังนั้น การที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและเนื้อความไม่ชัดเจน จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ซึ่งเป็นปัญหาสำหรับแต่ละประเทศที่นำเอาหลักสุจริตไปปรับใช้ เพราะการที่ศาลจะหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยตัดสินคดีหากหลักการนั้นไม่เห็นเป็นรูปธรรมและความชัดเจนไว้ในบทบัญญัตินั้นจะกลายเป็นการตัดสินที่ไม่ยุติธรรมได้

ประเด็นที่สาม หลักสุจริตเป็นหลักที่กว้างๆ มากจนเกินไป หรือไม่มีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนของมาตรฐานในการตัดสิน จึงเป็นปัญหาที่จะนำมาปรับใช้กับการตัดสินของศาลที่จะใช้หลักการที่กว้างๆ กับดุลพินิจของศาลคงจะไม่เพียงพอที่จะยุติธรรมได้ ดังนั้น ควรปรับปรุงให้เป็นหลักการเฉพาะของแต่ละเรื่อง ไม่ให้กว้างและคลุมเครือ โดยการกำหนดขอบเขตหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเหมาะสมกับกฎหมายที่จะบังคับใช้ เพื่อให้บุคคลทั่วไปยอมรับกันในลักษณะที่เป็นรูปธรรมเพราะหลักสุจริตเป็นหลักที่ศักดิ์สิทธิ์ในตัวเองอยู่แล้ว

เมื่อพิจารณาถึงหลักสุจริตที่มีความยุติธรรมแต่มีความเป็นนามธรรม จึงควรให้ความชัดเจนมากยิ่งขึ้นในการใช้กับกฎหมายของแต่ละประเทศแต่ละระบบกฎหมาย โดยการนำเอาหลักการกฎหมายตามหลักสุจริตของระหว่างประเทศและต่างประเทศเปรียบเทียบกับหลักการตามหลักสุจริตของประเทศไทยด้วย ศึกษาหลักการของหลักสุจริตของแต่ละประเทศนำไปใช้ที่ได้ผลดีและผลที่ไม่เหมาะสม หรือไม่ถูกต้องหรืออาจจะเป็นการนำมาใช้เคร่งครัดมากเกินไป ทั้งนี้ประเทศไทยควรนำหลักการของต่างประเทศและระหว่างประเทศมาเปรียบเทียบกับประเทศไทยมาปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมเพื่อนำมาใช้ในสัญญาจ้างแรงงาน โดยผู้ศึกษาวิเคราะห์ในรายละเอียดในบทต่อไป

²⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต.”

บทที่ 4

ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาของหลักสุจริต

ในสัญญาจ้างแรงงาน

หลักสุจริตเป็นหลักการที่ยุติธรรมที่ดีที่สุดสามารถอุดช่องว่างของกฎหมาย และยังเป็นหลักสูงกว่าหลักศีลธรรมอันเป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของสังคม หลักสุจริตมีมาตั้งแต่ยุคโรมันและเป็นรากฐานด้านความคิดในการใช้หรือปฏิบัติตาม แม้ว่าจะเป็นเพียงหลักอุดมคติที่มีลักษณะเป็นนามธรรมจับต้องได้ยากและเป็นปัญหาในการจะนำหลักสุจริตไปปรับใช้กับกฎหมายที่มีบทบัญญัติไว้เฉพาะแล้วเพราะเนื่องจากหลักสุจริตเป็นหลักที่กว้างมากจนเกินไป และเป็นหลักทั่วไปไม่มีกำหนดกฎเกณฑ์หรือข้อกำหนดที่แน่นอนชัดเจน แต่กับสามารถใช้ได้กับกฎหมายเกือบทุกประเภททุกแขนง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนต่างก็ได้นำไปปรับใช้หรือเรียกกันว่าเป็นบทครอบจักรวาล

ปัญหาของหลักสุจริตมีลักษณะเป็นนามธรรมมีเนื้อความที่ไม่ชัดเจน บัญญัติเป็นหลักกว้างๆไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ประเทศไทยได้บัญญัติหลักสุจริตนี้ไว้เป็นหลักทั่วไป แต่นอกจากนั้นมีบัญญัติไว้เป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง อย่างไรก็ตามปัญหาการใช้ของหลักสุจริตนั้นไม่ครอบคลุมถึงทุกเรื่องทุกกรณีของกฎหมาย หรือการนำไปบังคับใช้ในหลักทั่วไปนั้นยังไม่สมบูรณ์เท่าใดนัก และในการตีความศาลจะใช้ดุลพินิจประกอบกับหลักความเป็นธรรม ซึ่งหลักสุจริตนั้นมีลักษณะที่เป็นนามธรรมและหลักอุดมคติเท่านั้น เพราะประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เป็นกฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรถ้าไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้การนำมาบังคับใช้ในกระบวนการทางศาลเป็นลักษณะการใช้ดุลพินิจในการตีความถึงแม้ว่า ผลการของตัดสินจะยุติธรรมที่สุดก็ตามอาจจะไม่ได้รับความเห็นชอบทุกฝ่ายหรือในสังคม อย่างไรก็ตาม จึงควรให้ความชัดเจนในการนำกฎหมายมาบังคับใช้เป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการปรับใช้และการตีความโดยให้กฎหมายคุ้มครองด้วยตัวบทบัญญัติและเป็นการเยียวยาอำนาจประโยชน์ไม่ต้องให้ลูกจ้างฟ้องร้องต่อศาลอีก กล่าวถึงปัญหาเกิดขึ้นในสัญญาจ้างแรงงานทั้งที่มีบทบัญญัติหลักกฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรตามกฎหมายต่างๆ แต่กลับไม่ได้ให้ความคุ้มครองควบคุมปัญหาอย่างชัดเจน เมื่อนำบทบัญญัติมาปรับใช้ยังเกิดปัญหาไม่เห็นชอบจากหลาย

ฝ่าย เพราะฝ่ายที่พอใจก็ยอมรับคำตัดสิน ซึ่งฝ่ายที่ไม่พอใจกับคำตัดสินจะเห็นว่าไม่มีความยุติธรรม ถ้าเป็นการพิจารณาคดีโดยใช้ดุลพินิจของศาล โดยไม่มีการบัญญัติหลักกฎหมายไว้เป็นระบบลายลักษณ์อักษรด้วยแล้วจะเป็นปัญหาเกิดขึ้นได้ เพราะจะเห็นเป็นเพียงอัตตะวิสัยแต่ละบุคคลเท่านั้น ดังนั้น จึงควรนำหลักสุจริตมาบัญญัติไว้ในสัญญาจ้างแรงงานอันเป็นมาตรฐานเดียวกัน เพื่อแก้ไขปัญหาการปรับใช้ในลักษณะที่เป็นดุลพินิจและการตีความ เช่น การเลิกจ้างที่นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เป็นต้น

หลักสุจริตมีปัญหาในการนำมาบังคับใช้เพราะเป็นหลักกว้างๆ และเป็นหลักทั่วไป ลักษณะที่เป็นนามธรรมมีเนื้อความไม่ชัดเจนแต่หลักสุจริตเป็นหลักที่ดีและยุติธรรมใช้ได้เหมาะสมในสัญญาจ้างแรงงานที่เป็นปัญหาต่างๆ และประเด็นปัญหาที่เป็นหลักใหญ่ที่สำคัญที่สุด คือ การใช้สิทธิไม่สุจริตของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่าย เมื่อสัญญาจ้างแรงงานเกิดจากที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือนายจ้างและลูกจ้างมุ่งประสงค์ทำสัญญาต่อกันตามกฎหมายที่มีเจตนาชัดเจนในการทำสัญญา โดยคู่สัญญาต้องมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันตามหลักของการทำนิติกรรมและสัญญาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149¹ ทั้งนี้สัญญาการจ้างแรงงานไม่มีแบบ² จะเป็นการตกลงด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร และนายจ้างตกลงจะจ่ายสินจ้างหรือค่าจ้างตลอดระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงานตามหน้าที่ให้กับนายจ้าง สัญญาจึงเกิดขึ้นโดยปริยาย ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นจึงสมบูรณ์และทั้งสองฝ่ายมีสิทธิต่อกัน ผูกนิติสัมพันธ์มีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งปัญหาการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตระหว่างนายจ้างและลูกจ้างอาจจะเกิดขึ้นก่อน ขณะหรือหลังการทำสัญญา ซึ่งกฎหมายที่ใช้ควบคุมการใช้สิทธิไม่สุจริตของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ได้ผลดีและยุติธรรมเพียงไรนั้น ต้องพิจารณาที่ประเด็นปัญหาของการใช้สิทธิไม่สุจริตเป็นกรณีไป และจำแนกเป็นฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างเพราะการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเกิดขึ้นได้ทั้งสองฝ่าย

4.1 ลักษณะของหลักสุจริตที่ไม่ชัดเจนโดยเป็นนามธรรม

เนื่องจากหลักสุจริตเป็นนามธรรมเนื้อความไม่ชัดเจนไม่มีข้อกำหนดคกฏเกณฑ์ที่แน่นอนเป็นมาตรฐานที่เห็นชัดเจน จึงเป็นปัญหาที่สำคัญอย่างหนึ่งที่จะนำมาใช้บังคับ และในสัญญาจ้างแรงงานระหว่างคู่สัญญาไม่ได้กล่าวถึงในเรื่องของการใช้สิทธิโดยสุจริต อีกทั้งกฎหมายไม่ได้กำหนดคกฏเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษรให้นำหลักสุจริตใช้บังคับในสัญญาจ้างแรงงาน และ

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 149 บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ.”

² คำพิพาศาลฎีกาที่ 2781/2526 และคำพิพาศาลฎีกาที่ 2652-263/2549.

ส่วนใหญ่ศาลจะไม่นำมาปรับใช้เพราะมีกฎหมายที่กำหนดคถุเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษรให้ใช้บังคับชัดเจน อย่างไรก็ตามศาลจะนำมาปรับใช้ในลักษณะเป็นดุลพินิจในสัญญาจ้างแรงงาน

ในปัญหาข้อพิพาทคดีในสัญญาจ้างแรงงาน การจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้จะต้องเข้าข้อยกเว้นว่าไม่มีในกฎหมายสัญญาจ้างแรงงานให้ใช้บังคับแล้ว หรืออาจจะอยู่ในกรณีที่มีเหตุผลอันสมควรอย่างยิ่งที่จะนำมาปรับใช้เฉพาะคดีเท่านั้น ปัญหาที่เป็นนามธรรมไม่มีบทบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายให้ใช้บังคับในสัญญาจ้างแรงงานมีเพียงบทบัญญัติในมาตรา 5³ ซึ่งเป็นหลักกว้างๆ ทั่วไปหรือบทบัญญัติเฉพาะเรื่องกฎหมายอื่นๆ จึงทำให้ยากที่จะหาหลักเกณฑ์หรือขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาล เช่น ถ้ามีข้อเท็จจริงว่า นาย A นายจ้างได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานกับนาย B ว่าจะตกลงจ่ายค่าจ้างให้กับนาย B ตลอดระยะเวลาที่ทำงานให้ ดังนั้น เมื่อคำเสนอคำสนองระหว่างคู่สัญญาถูกต้องตรงกัน นาย B จึงเป็นลูกจ้างของนาย A แล้ว สังเกตได้ว่า ไม่มีการนำหลักสุจริตมาใช้บังคับในสัญญาการจ้างแรงงาน ซึ่งคู่สัญญานั้นมีเจตนาคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน และนายจ้างจ่ายสินจ้างให้กับลูกจ้างก็เกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นแล้ว ไม่มีส่วนใดของข้อกฎหมายบังคับใช้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องสุจริตต่อกันด้วย จึงเป็นปัญหาที่ทำให้สัญญาจ้างแรงงานเกิดปัญหาต่างๆ เกิดขึ้นตามมาเพราะคู่กรณีนั้น ไม่ได้สุจริตในการทำสัญญาอย่างแท้จริงต่างฝ่ายต่างมุ่งแสวงหาผลประโยชน์ให้กับตนเองเท่านั้น ทำให้ไม่คำนึงถึงความสุจริตจริงใจต่อกันอันเป็นพื้นฐานที่สำคัญในการทำสัญญาต่อกัน

ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักสุจริตควรที่จะนำไปบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในสัญญาจ้างแรงงาน เช่น ในเรื่องการเลิกจ้างเป็นสาเหตุที่สำคัญอย่างหนึ่งที่เป็นปัญหาในสัญญาจ้างแรงงาน เพราะการเลิกจ้างนั้นถ้าเปรียบกับบทลงโทษในทางกฎหมายถือเป็น การลงโทษที่ร้ายแรงที่สุดของลูกจ้าง ดังคำกล่าวของ ท่านศาสตราจารย์เกษมสันต์ วัฒวรรณ ที่ว่าเป็นการประหารความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างให้ขาดออกจากกัน หากที่จะกลับมาเป็นนายจ้างลูกจ้างกันอีกต่อไป ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะสาเหตุได้หลายประการที่นายจ้างเลิกจ้าง เช่น เหตุส่วนตัวของนายจ้างที่ไม่ต้องการให้ลูกจ้างทำงานอยู่ต่อไปเพราะไม่พึงพอใจลูกจ้างแต่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำงาน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม นายจ้างควรจะอยู่บนพื้นฐานหลักสุจริตในการเลิกจ้างที่มีเจตนาสุจริต ถ้านายจ้างเลิกจ้างโดยใช้สิทธิที่ถูกต้องตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายแรงงานอื่นๆ ซึ่งเจตนาของนายจ้างทำการเลิกจ้างโดยไม่สุจริต ผู้ศึกษาเห็นว่า นายจ้างกระทำการเลิกจ้างถูกต้องตามหลักกฎหมายแรงงานโดยอาศัยข้อกำหนดของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจน และเป็นการแสดงเจตนาไม่สุจริตซึ่งขัดต่อหลักสุจริตผลควรให้การเลิกจ้างเป็นโมฆะ ดังนั้น ฐานะความเป็นนายจ้างและลูกจ้างเป็นเช่นเดิม ทั้งนี้

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 5.

ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล เนื่องจากการเลิกจ้างไม่มีองค์ประกอบที่ชัดเจนแน่นอนเป็นหลักเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจของศาลในแต่ท่านอาจไม่เท่ากันในทางอรรถวิสัย อันเป็นมาตรฐานในการตัดสินตามบทบัญญัติกฎหมายเดียวกัน

ในการแก้ไขปัญหาและการนำหลักสุจริตที่ไม่ชัดเจนโดยเป็นนามธรรม มาบัญญัติไว้ในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นหลักการนับอายุงานต่อเนื่องกัน ซึ่งนายจ้างหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อมิให้ลูกจ้างเรียกค่าชดเชย จึงทำสัญญาจ้างไว้หลายสัญญา เช่น การรับโอนสิทธิและหน้าที่ของนายจ้างที่มีต่อลูกจ้างนั้น ซึ่งนายจ้างใหม่ที่เกิดจากการควบรวมกิจการต้องรับโอนทั้งสิทธิหน้าที่เดิมต่อลูกจ้างนั้นเป็นหลักมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ลักษณะการรับโอนทั้งสิทธิและหน้าที่มีประเด็นในการควบรวมกิจการทั้งภาครัฐและเอกชน หรือรัฐวิสาหกิจเข้าด้วยกัน จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยคุ้มครองแรงงานของภาคเอกชน และควบรวมนายจ้างใหม่ที่เป็นรัฐวิสาหกิจจะใช้มาตรา 13 ไม่ได้เพราะมาตรา 13 ใช้เฉพาะภาคเอกชน ต้องถือว่ากฎหมายว่าด้วยรัฐวิสาหกิจเป็นกฎหมายพิเศษและเมื่อไม่ได้กำหนดหลักนี้ไว้ จึงต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป คือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 และมาตรา 1243 ในเรื่องการควบรวมบริษัทที่เป็นบริษัทใหม่ต้องรับโอนไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7242/2543⁴ ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2298/2523 มีการขายกิจการ เปลี่ยนแปลงอัตราเงินเดือน ดังนั้นจึง ทำให้ศาลตีความว่าเป็นการเลิกจ้างและไม่มีกรนับอายุงานต่อเนื่องให้กับลูกจ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2298/2523 โจทก์เคยเป็นลูกจ้างของจำเลย แต่จำเลยได้ขายกิจการให้แก่บริษัทมหาชนสงัด จำกัด โดยมีข้อตกลงให้รับลูกจ้างของจำเลยไปทำงานทั้งหมดด้วย เมื่อได้ความว่าบริษัทมหาชนสงัด จำกัด ได้ตั้งอัตราเงินเดือนให้โจทก์ทุกคนใหม่ และไม่นับอายุการทำงานต่อจากที่เคยทำมากับจำเลยให้ จึงเป็นกรณีที่บริษัทมหาชนสงัด จำกัด ตกลงจ้างโจทก์ใหม่ หากโจทก์รับโอนโจทก์มาจากบริษัทจำเลยไม่ การที่จำเลยส่งตัวโจทก์ให้แก่บริษัทมหาชนสงัด จำกัด จึงเป็นการที่จำเลย ให้โจทก์ออกจากงาน อันเป็นการเลิกจ้างตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานลงวันที่ 16 เมษายน พ.ศ. 2515 ข้อ 46 แก้ไขเพิ่มเติมฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517 ข้อ 1 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะจำเลยเลิกจ้างโจทก์

ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่ศาลพิพากษาให้ถือเป็นการเลิกจ้าง และไม่เป็นที่กรณีการนับอายุงานต่อเนื่องทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับสิทธิในการได้รับค่าชดเชยที่ลูกจ้างควรจะได้รับ เพราะหากว่ามีการนับอายุการทำงานต่อเนื่องนายจ้างจะต้องจ่ายค่าชดเชยตามกฎหมายแรงงานตามอายุงานที่เพิ่มขึ้น แต่ศาลได้พิพากษาให้เป็นการเลิกจ้างลูกจ้างจึงไม่ได้สิทธิค่าชดเชย จึงเป็นการขัดต่อหลักสุจริต เพราะจากสภาพการทำงานของลูกจ้างเป็นการทำงานที่ต่อเนื่องกัน โดยพิจารณาจากสภาพงาน ถึงจะ

⁴ วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม ข เล่มเดิม. หน้า 1-7.

เป็นการทำสัญญาจ้างแรงงานขึ้นมาใหม่และมีการเปลี่ยนตัวนายจ้าง อายุการทำงานของลูกค้าจึงเป็นการต่อเนื่องกันนายจ้างเดิมจะอ้างว่าเป็นการขายกิจการไปยังนายจ้างคนใหม่ทำให้สัญญาการจ้างงานไม่ต่อเนื่องไม่ได้ การที่ศาลพิพากษาให้เป็นการเลิกจ้างจึงเป็นการที่ไม่ยุติธรรมต่อลูกค้า ซึ่งจะเห็นได้จากนายจ้างทำสัญญาจ้างแรงงานขึ้นมาใหม่เพื่อไม่ให้มีการต่อเนื่องจากอายุงานและสภาพของการทำงานเป็นเช่นเดิมไม่มีการเปลี่ยนแปลง ทำให้การตัดสินใจที่เป็นการตีความตัดสินปัญหาจึงเป็นการไม่ยุติธรรมกับลูกค้าและเป็นการขัดต่อหลักสุจริต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 260/2529 จำเลยทำสัญญาจ้าง โจทก์เป็นลูกจ้างชั่วคราวตามสัญญาจ้างฉบับ กำหนดระยะเวลาจ้างและวันเริ่มต้นและสิ้นสุดแห่งสัญญาไว้ จึงเป็นสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาการจ้างไว้แน่นอน แม้ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน ข้อ 75 จะกำหนดให้ลูกจ้างชั่วคราวซึ่งทำงานเกินหนึ่งร้อยยี่สิบวันมีสิทธิเช่นเดียวกับลูกจ้างประจำ แต่เมื่อจำเลยเลิกจ้าง โจทก์ตามกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามสัญญาจ้างฉบับที่สี่ กรณีจึงเข้าข้อยกเว้นตามวรรคท้ายของข้อ 46 แห่งประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องการคุ้มครองแรงงาน ไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 260/2529, และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4730/2530 ศาลฎีกาได้ตีความสัญญาจ้างที่ทำให้เข้าใจว่านายจ้างมีอำนาจที่จะทำสัญญา มีกำหนดกี่ครั้งก็ได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแรงงานที่มุ่งส่งเสริมนิติสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องทางแรงงานอันเป็นช่องทางให้หลีกเลี่ยงกฎหมายมิให้ลูกจ้างได้รับค่าชดเชย ซึ่งต่อมาได้มีการเคลื่อนไหวของขบวนการแรงงาน ผลักดันให้รัฐบาลต้องออกประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 11) ลงวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2532 เพื่อแก้ไขช่องว่างของกฎหมายและปัญหาจากการตีความดังกล่าว และได้มีการบัญญัติมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ขึ้นเป็นเพื่อให้การวินิจฉัยเกี่ยวกับการนับอายุความที่ต่อเนื่องนั้นวินิจฉัยไปทำนองเดียวกันโดยไม่ต้องมีการตีความขึ้นอีก ซึ่งมาตรานี้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตที่มุ่งประสงค์คุ้มครองเพื่อไม่ให้นายจ้างทำสัญญาจ้างแรงงานที่เอารัดเอาเปรียบลูกจ้าง โดยมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 311/2544

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3116/2544 ตามสัญญาจ้างระหว่างจำเลยและโจทก์จำเลยมีเจตนาที่จะจ้างโจทก์ทำงานให้จำเลยตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2538 ถึงวันที่ 31 มกราคม พ.ศ. 2542 ติดต่อกันไป แต่มีการแบ่งเป็นสัญญาช่วงสั้นๆ หลายช่วงโดยมีการกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของสัญญาเป็นช่วงๆ ต่อเนื่องกันไป เพื่อแสดงให้เห็นว่าโจทก์ไม่ได้ทำงานติดต่อกันโดยจำเลยมีเจตนาที่จะไม่ให้โจทก์ซึ่งเป็นลูกจ้างมีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามกฎหมาย จึงต้องด้วย

⁵ บัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ. เล่มเดิม. หน้า 56.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 20 ที่ให้นับระยะเวลาการทำงานทุกช่วงเข้าด้วยกันเพื่อประโยชน์ในการได้สิทธิของลูกจ้างนั้น

คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า โจทก์ได้เข้าทำงานกับจำเลยเมื่อปี พ.ศ. 2538 ต่อมาจำเลยเลิกจ้างโจทก์เมื่อปี พ.ศ. 2542 โดยไม่จ่ายค่าชดเชย จำเลยให้การว่า จำเลยจ้างโจทก์ทำงานเป็นครั้งคราวมีกำหนดระยะเวลาการจ้างที่แน่นอน โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ซึ่งเท่ากับจำเลยต่อสู้คดีว่า โจทก์เป็น "ลูกจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาการจ้างไว้แน่นอนและเลิกจ้างตามกำหนดระยะเวลานั้น" ซึ่งลูกจ้างประเภทนี้นายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้ตาม มาตรา 118 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ประเด็นข้อพิพาทในคดีจึงน่าจะมีแต่เพียงว่า "โจทก์เป็นลูกจ้างประเภทดังกล่าวหรือไม่" เท่านั้น ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยจำเลยจ้างโจทก์ทำงานในโครงการต่างๆ ถึงสามโครงการและจ้างติดต่อเนื่องกันไปโดยตลอดแล้ว จึงมาเลิกจ้างเมื่อสิ้นสุดโครงการที่สาม จึงเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งว่าเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาจ้างในโครงการแรกจำเลยก็ได้เลิกจ้างเพราะได้จ้างต่อมาในโครงการที่สอง เมื่อโจทก์เริ่มทำงานต่อมาในโครงการที่สอง (ซึ่งจะมีผลต่อไปในโครงการที่สามด้วย) ก็แสดงว่าระยะเวลาการจ้างตามสัญญาจ้างที่ให้โจทก์ทำงานในโครงการแรกไม่แน่นอนและจำเลยก็ได้เลิกจ้างโจทก์เมื่อครบระยะเวลาสิ้นสุดในโครงการฉบับแรก โจทก์จึงมิใช่ "ลูกจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาการจ้างไว้แน่นอนและเลิกจ้างตามกำหนดระยะเวลานั้น" จำเลยจึงต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่โจทก์ตามอัตราที่กำหนดไว้ในมาตรา 118 โดยนับระยะเวลาที่โจทก์ทำงานติดต่อกันทั้งสามโครงการ

ในบทบัญญัติ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่ว่า "การที่ลูกจ้างไม่ได้ทำงานติดต่อกันโดยนายจ้างมีเจตนาที่จะไม่ให้ลูกจ้างนั้นมีสิทธิใดตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่านายจ้างจะให้ลูกจ้างทำงานในหน้าที่ใด และการจ้างแต่ละช่วงมีระยะเวลาห่างกันเท่าใดก็ตาม ให้นับระยะเวลาการทำงานทุกช่วงเข้าด้วยกันเพื่อประโยชน์ในการได้สิทธิของลูกจ้างนั้น" ใช้บังคับเฉพาะการจ้างที่ขาดช่วงและไม่ต่อเนื่องกันเท่านั้น (ดังเช่นที่เคยปฏิบัติกันในรัฐวิสาหกิจและสถานประกอบการเอกชนหลายแห่ง โดยลูกจ้างมีระยะเวลา 119 วัน แล้วเลิกสัญญา เว้นแต่การจ้างเสีย 3-5 วัน ก็จ้างใหม่อีก 119 วัน เช่นนี้เรื่อยไปซึ่งทำให้รัฐจำต้องตราบทบัญญัติมาตรานี้ขึ้น) หากการจ้างไม่ขาดช่วงและต่อเนื่องกัน (แม้ว่าจะเป็นการจ้างตามสัญญาหลายฉบับ) ก็ต้องนับระยะเวลาการทำงานของลูกจ้างต่อเนื่องกันไปตลอด บทบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาได้สิทธิของลูกจ้างไม่ว่าจะเป็นเรื่องวันหยุดพักผ่อนประจำปีตามมาตรา 30 หรือเรื่องการจ่ายค่าชดเชยตามมาตรา 118 ล้วนแต่

ใช้คำว่า"ลูกจ้างซึ่งทำงานติดต่อกัน" คดีนี้จำเลยจ้างโจทก์ติดต่อกันมาไม่เคยเว้นว่างหรือขาดช่วงจึงไม่น่าที่จะนำมาตรา 20 มาปรับใช้ได้⁶

ผู้ศึกษาเห็นว่า การมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรทำให้มีความชัดเจนให้เห็นเป็นรูปธรรมเพื่อศาลจะได้ปรับใช้ตามมาตรา 20 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพราะถ้าไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วศาลอาจจะพิจารณาแตกต่างกัน หรืออาจตีความว่านายจ้างอาจทำสัญญาได้หลายสัญญา มีกำหนดกี่ครั้งก็ได้ และในประเทศไทย มักยึดถือคำพิพากษาเดิมของศาลฎีกาเหมือนเป็นบรรทัดฐานกฎหมายที่ต้องยึดถือปฏิบัติตาม โดยเคร่งครัด ทั้งที่คำพิพากษาลายเรื่อง มีฐานข้อเท็จจริงต่างกัน และไม่ใช้หลักวินิจฉัยที่ถูกต้องเป็นนिरันตร์ ขาดการวิพากษ์วิจารณ์ใคร่ครวญว่าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแรงงานซึ่งเป็นกฎหมายสังคม กฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์แทรกแซงกำกับหลักเสรีภาพและหลักความเสมอภาคในการทำสัญญาจ้างแรงงานทางแพ่ง ซึ่งลูกจ้างในความเป็นจริงแล้วไม่อาจมีเสรีภาพและความเสมอภาคทัดเทียมกับนายจ้างได้ ทำให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างโดยไม่เป็นธรรมได้ง่าย และกลายเป็นหนทางล้มล้างสิทธิการก่อตั้งและพัฒนาองค์กรสหภาพแรงงานของลูกจ้างจำนวนมาก⁷

ศาสตราจารย์ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ได้กล่าวว่าภารกิจในการพัฒนากฎหมายแรงงานของศาลว่า “ในเรื่องแรงงานนั้น ศาลควรจะมีอำนาจในการตีความกฎหมายอยู่แล้ว ไม่ใช่จะคอยแก้ไขกฎหมายโดยไม่มีที่สิ้นสุด เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย”⁸ ผู้ศึกษาเห็นว่า การอุดช่องว่างไม่สามารถทำได้ทั้งหมดทุกกรณี แต่ควรที่จะศึกษากฎหมายในความเปลี่ยนแปลงของสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัยเพื่อปรับปรุงให้ทันกับสถานการณ์อยู่เสมอ และหลักสุจริตก็เป็นหลักที่ดีและยุติธรรมสามารถนำมาใช้ได้กับทุกยุคสมัยเพียงแต่การนำไปปรับใช้นั้นก็ต้องเหมาะสมด้วย

⁶ เกษมสันต์ วิลาวรรณ ข (ม.ป.ป.). หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3116/2544. สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2554, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>

⁷ บัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ. เล่มเดิม. หน้า 56.

⁸ บัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ. (2551). วิเคราะห์กฎหมายแรงงานกับการส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนทำงาน. หน้า 56. อ้างถึงใน ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล. (2551). วิเคราะห์กฎหมายแรงงานกับการส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนทำงาน. หน้า 56.

4.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของคู่สัญญาในสัญญาจ้างแรงงาน

เนื่องจากหลักสุจริตมีลักษณะที่เป็นนามธรรมเพื่อความไม่ชัดเจน แต่หลักสุจริตก็เป็นหลักที่ดีที่สุดสามารถนำมาใช้กับทุกกฎหมายรวมทั้งกฎหมายแรงงานด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาจะมีฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างซึ่งคู่สัญญานั้นจำเป็นต้องมีหลักสุจริตด้วย

4.2.1 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้าง

นายจ้างเป็นผู้ที่ได้เปรียบลูกจ้างไม่ว่าจะเป็นเรื่องอำนาจ ฐานะของนายจ้างที่อยู่เหนือกว่าลูกจ้าง ทำให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเอาเปรียบลูกจ้างได้ ซึ่งอาศัยข้อบกพร่องของกฎหมายหลีกเลี่ยงเพื่อให้ได้ประโยชน์จากลูกจ้างโดยการก่อกวนแก่งัดหรือเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน ไม่ให้ความเท่าเทียมกับลูกจ้างทุกประเภทหรือลูกจ้างหญิงและลูกจ้างชาย เพราะนายจ้างใช้สิทธิได้ เพราะกฎหมายไม่ได้คุ้มครองครอบคลุมทุกด้าน ทำให้มีเปิดช่องทางหลีกเลี่ยงกฎหมายได้

4.2.1.1 การหลีกเลี่ยงกฎหมายแรงงาน

เมื่อพิจารณาความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 118⁹ เรื่อง ค่าชดเชย การที่นายจ้างเลี่ยงกฎหมายนี้สามารถเกิดเป็นสัญญาจ้างแรงงานขึ้นและได้รับสิทธิตามกฎหมาย นายจ้างใช้ สิทธิตามกฎหมาย คือ ทำสัญญาจ้างแรงงานกับลูกจ้าง 119 วันทำสัญญาจ้างงานลักษณะนี้หลายๆ สัญญา ซึ่งนายจ้างกำหนดมีสิทธิในสัญญาจ้างเป็นอิสระสามารถทำได้ เพราะไม่มีหลักสุจริตบังคับให้นายจ้างจึงเลี่ยงกฎหมายโดยการทำสัญญาการจ้างแรงงานไว้หลายๆ สัญญา เช่น นายจ้าง A ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงาน ลูกจ้าง B ให้ทำงาน 119 วัน เมื่อสิ้นสุดครบ 119 วันแล้ว นายจ้าง A ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานกับนาย B เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นใหม่อีก กรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ชัดว่านายจ้างมีเจตนาให้ลูกจ้างได้สิทธิตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยที่ไม่ทำสัญญาต่อจากสัญญาจ้างเดิมให้มีฐานะเป็นลูกจ้างทดลองงานซึ่งส่วนใหญ่ลูกจ้างจะไม่ทราบกฎหมายแรงงานหรือยินยอมไปโดยปริยาย ทั้งนี้เพราะนายจ้างไม่เจตนาให้ลูกจ้างได้สิทธิในสัญญาจ้างแรงงาน ตามกฎหมายแรงงานต้องถือว่าเป็นสัญญาที่ต่อเนื่องกัน ถ้าใช้หลักสุจริตตัดสินมีกฎหมายหลายลักษณะ อักษรบัญญัติชัดเจนในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 20¹⁰ และการหลีกเลี่ยง

⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 118 บัญญัติว่า “ให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างซึ่งเลิกจ้างต่อไปนี้

(1) ลูกจ้างซึ่งทำงานติดต่อกันครบหนึ่งร้อยสี่สิบวันแต่ไม่ครบหนึ่งปี ให้จ่ายไม่น้อยกว่าค่าจ้างอัตราสุดท้ายสามสิบวัน หรือไม่น้อยกว่าค่าจ้างของการทำงานสามสิบวันสุดท้ายสำหรับลูกจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย.”

¹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 20 บัญญัติว่า “การที่ลูกจ้างไม่ได้ทำงานติดต่อกันโดยนายจ้างมีเจตนาที่จะไม่ให้ลูกจ้างนั้นมีสิทธิได้ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่านายจ้างจะให้ลูกจ้างทำงานใน

ค่าชดเชย การไม่ปฏิบัติต่อลูกจ้างอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งกฎหมายแรงงานได้มีการแก้ไขใหม่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11/1¹¹ เรื่องการจ้างเหมาค่าแรงเป็นนายจ้างที่ถือปฏิบัติเพราะมาตรา 11/1 วรรคสอง มีเนื้อความที่ไม่ชัดเจนคลุมเครือในการตีความว่าเป็นลูกจ้างประเภทใดที่เป็นลักษณะงานเดียวกัน ซึ่งเป็นช่องว่างของกฎหมายนายจ้างจึงถือโอกาสนี้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหลีกเลี่ยงกฎหมายในเรื่องสภาพการจ้างและค่าตอบแทนรวมถึงสิทธิประโยชน์อื่น และกฎหมายที่เป็นระบบลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตก่อกวนแก้งลูกจ้าง เช่น ห้ามทำการโยกย้ายหน้าที่การงาน และการเลิกจ้างตามมาตรา 121 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 31 ที่บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นการโยกย้ายหน้าที่การงาน หรือการเลิกจ้างในระหว่างระยะเวลาเจรจาเรียกร้องทำข้อตกลงของสภาพการจ้างนั้น เป็นสิทธิโดยสุจริตนายจ้างทำได้ไม่ฝ่าฝืนมาตรา 31 แต่จะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 123 เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมซึ่งลูกจ้างไปเรียกร้องได้มาตรา 124 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 การที่กฎหมายบัญญัติคุ้มครองในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย นายจ้างมีสิทธิสามารถที่จะเลิกจ้างลูกจ้างได้ และยินยอมให้ลูกจ้างฟ้องเรียกค่าเสียหายในข้อหาเลิกจ้างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 49 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522¹² และผลจากการที่ลูกจ้างฟ้องร้อง ศาลสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างเข้าทำงานและได้รับค่าจ้างในขณะที่ถูกเลิกจ้าง และขอให้ นายจ้างชดใช้ค่าเสียหาย แต่ศาลจะตัดสินให้ลูกจ้างตามที่กฎหมายแรงงานกำหนดไว้เท่านั้นโดย

หน้าที่ใดและการจ้างแต่ละช่วงมีระยะเวลาห่างกันเท่าใดก็ตาม ให้นับระยะเวลาการทำงานทุกช่วงเข้าด้วยกัน เพื่อประโยชน์ในการได้สิทธิของลูกจ้างนั้น.”

¹¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 11/1 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใด ในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างของคนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้อถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ.”

¹² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522, มาตรา 49 บัญญัติว่า “การพิจารณาคดีในกรณีนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ถ้าศาลแรงงานเห็นว่าการเลิกจ้างลูกจ้างผู้นั้นไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้างในอัตราค่าจ้างที่ได้รับในขณะที่เลิกจ้าง ถ้าศาลแรงงานเห็นว่าลูกจ้างกับนายจ้างไม่อาจทำงานร่วมกันต่อไปได้ให้ศาลแรงงานกำหนดจำนวนค่าเสียหายให้นายจ้างชดใช้ให้แทนให้ศาลคำนึงถึงอายุลูกจ้าง ระยะเวลาการทำงานของลูกจ้าง ความเดือดร้อนของลูกจ้างเมื่อถูกเลิกจ้าง มูลเหตุแห่งการเลิกจ้าง และเงินค่าชดเชยที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับประกอบการพิจารณา.”

คำนึงถึง อายุ ระยะเวลาการทำงาน ความเดือดร้อน มูลเหตุแห่งการเลิกจ้าง และเงินค่าชดเชยที่ ลูกจ้างมีสิทธิตามกฎหมาย ทั้งนี้เกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้างในการหลีกเลี่ยง กฎหมาย อาจเป็นเพราะบทลงโทษนั้นเป็นปัญหาสำคัญ คือ ข้อหาเลิกจ้างไม่เป็นธรรมที่ตาม บทบัญญัติไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นมาตรฐานที่แน่นอนและชัดเจนในการลงโทษให้นายจ้าง เกรงกลัวต่อกฎหมายแรงงานได้ เพราะศาลแต่ละท่านอาจจะใช้ดุลพินิจในการตีความที่ไม่ เหมือนกัน โดยส่วนใหญ่ศาลจะตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหายต่อลูกจ้างแต่ผลคำตัดสินนั้นไม่เพียงพอ และยุติธรรมสำหรับลูกจ้างเท่าที่ควร เพราะการเลิกจ้างนั้นมีผลกระทบต่อการค้ารงชีวิตของลูกจ้าง เป็นอย่างมาก

1) การจ้างงานที่ไม่เสมอภาคถือเป็นการเลือกปฏิบัติในสัญญาจ้างแรงงาน

การจ้างแรงงานที่ไม่เสมอภาค เป็นการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างไม่เท่าเทียมกัน ในทุกๆ ด้าน เช่น ลูกจ้างเหมาค่าแรงไม่ได้รับความเท่าเทียมกับลูกจ้างในสัญญาจ้างโดยตรง หรือ การเลือกปฏิบัติระหว่างชายและหญิงในข้อกำหนดสัญญาจ้างแรงงานที่นายจ้างออก กฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ทั้งนี้ผู้ศึกษาได้ศึกษากรณีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการหลีกเลี่ยงกฎหมายของ นายจ้างโดยอาศัยข้อบกพร่องของกฎหมายให้ความคุ้มครองไม่ครบทุกด้าน หรือมีช่องว่างของ กฎหมายที่ควรปรับปรุงแก้ไขเพื่อเป็นการเยียวยาลูกจ้างให้ได้รับความยุติธรรมต่อไป ซึ่งจะทำให้ เป็นปัญหาไปสู่ปัญหาการเลิกจ้างได้

(1) การจ้างงานโดยวิธีเหมาค่าแรง

เมื่อพิจารณาความในมาตรา 11/1 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บัญญัติว่า “ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่ เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ” เนื่องจากมาตรานี้มีลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงานสองประเภท คือ ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงกับลูกจ้างโดยวิธีเหมาค่าแรง ทำให้ลูกจ้างโดยวิธีเหมาค่าแรงไม่ได้รับ ความเท่าเทียม ซึ่งปัญหาของมาตรา 11/1 วรรคสองนี้ กฎหมายให้ความคุ้มครองลูกจ้างเหมาค่าแรง ไม่ครบทุกด้าน คือ ไม่ได้มองไปถึงปัญหาด้านการทำงานด้วย มองเพียงสวัสดิการเท่านั้น ทำให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ และยังเป็นปัญหาการตีความที่คลุมเครือและปัญหาการบังคับใช้ได้

ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 84 (7) ที่คุ้มครองในเรื่องของค่าตอบแทน ผู้ทำงานที่มีความกว้างกว่าลูกจ้าง และผู้ทำงานที่มี คุณค่าอย่างเดียวกันแต่กฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ไม่ได้คุ้มครองในเรื่องค่าตอบแทน เพราะค่าตอบแทนนั้นมีความหมายที่กว้างกว่ามาก และสามารถเอื้อประโยชน์กับลูกจ้างที่ทำงานที่มี คุณค่าอย่างเดียวกันซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญา (International Labour Organization ILO) ฉบับที่

100 มาตรา 1 ว่าด้วย “เพื่อวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญา^๓ (ก) คำว่า “ค่าตอบแทน” หมายความว่ารวมถึงเงินเดือนหรือค่าจ้าง โดยปกติพื้นฐาน หรือขั้นต่ำ และค่าตอบแทนเพิ่มเติมใดๆ ไม่ว่าจะเงินสดหรือสิ่งของที่นายจ้างให้แก่ลูกจ้างตามผลของการจ้างงานคนงานนั้น ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยเฉพาะลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในเรื่องนี้

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization ILO) ฉบับที่ 100 สมัยที่ 87 ค.ศ. 1951 (พ.ศ. 2540) ได้คุ้มครองในเรื่องของค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน และงานที่มีคุณค่าอย่างเดียวกัน ที่ประเทศไทยให้สัตยาบันปี พ.ศ. 2542 ซึ่งมีความหมายกว้างกว่ามาตรา 11/1 วรรคสอง ในเรื่องค่าตอบแทน ที่ลูกจ้างเหมาค่าแรงไม่ได้รับความเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง จากการศึกษาค้นคว้าผู้ศึกษาเห็นว่า นายจ้างอาศัยช่องว่างของมาตรา 11/1 วรรคสองที่ให้ความคุ้มครองไม่ครอบคลุมไม่ครบทุกด้าน ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตกับลูกจ้างเหมาค่าแรงไม่ได้รับค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง

ประเทศอินเดีย เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ มีกฎหมายจ้างเหมาค่าแรงไว้โดยเฉพาะ (Contract Labour (Regulations and Abolition) Act 1970) “ที่กำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรง จัด สวัสดิการ น้ำดื่ม อาหาร ห้องอาหาร ห้องส้วม หรือผู้ประกอบการเป็นผู้จัดหาให้” แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า กฎหมายประเทศอินเดียให้ความคุ้มครองลูกจ้างเหมาค่าแรงดีกว่ามาตรา 11/1 วรรคสองของไทย กล่าวคือ กำหนดชัดเจนว่าคนงานในลักษณะเหมาค่าแรงต้องมี **สภาพการจ้าง และจ่ายค่าตอบแทน** ในการทำงานที่เท่าเทียมกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ซึ่งควรนำมาปรับปรุงแก้ไขมาตรา 11/1 วรรคสอง เพื่อเอื้อประโยชน์กับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับค่าตอบแทนและสภาพการจ้างที่เท่าเทียมกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง

ประเทศเวียดนาม เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจัดเก็บรายชื่อของคนทำงานเหมาค่าแรง และรับรองว่าได้รับคุ้มครองตามกฎหมายตามกฎหมายค่าจ้าง ความปลอดภัยอาชีวอนามัยผู้ประกอบการรับผิดชอบ และเพื่อสิทธิประโยชน์อย่างอื่น เรียกคืนจากผู้รับเหมาค่าแรงได้ ผู้ศึกษาเห็นว่า ประเทศเวียดนามไม่ได้กำหนดคุ้มครองในเรื่องค่าตอบแทน และสภาพการจ้างเช่นเดียวกับกฎหมายแรงงานมาตรา 11/1 ของไทย

ประเทศเกาหลี เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับประเทศไทย กล่าวคือ มีกฎหมายเหมาค่าแรงโดยเฉพาะ (Act Relating to Protection, etc. for Dispatched Workers) กฎหมายกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติต่อลูกจ้าง จากการเหมาค่าแรงโดยไม่เลือกปฏิบัติ และอีกทั้งกำหนดไว้ชัดเจนว่าผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบการแตกต่างกัน ให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง และกำหนดให้มีพนักงานเจ้าหน้าที่รับผิดชอบลูกจ้างเหมาค่าแรงไว้โดยเฉพาะอย่างเช่นลูกหน้ร่วม ในกรณีที่ผิคนัด

ในเรื่องค่าจ้าง ซึ่งประเทศไทยไม่มีกำหนดหน้าที่ไว้ชัดเจนไว้ในกฎหมายแรงงานจ้างเหมาค่าแรง แต่ประเทศไทยจะฟ้องได้ในเรื่องกฎหมายหนี้ที่เมื่อลูกจ้างทำงานให้กับนายจ้างแล้วนายจ้างก็ต้องชำระหนี้ให้กับลูกจ้าง เป็นสัญญาต่างตอบแทนมาตรา 369¹³

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ได้กำหนดเรื่องรับเหมาค่าแรงไว้โดยเฉพาะ แต่ได้มีกฎหมายกำหนดคุ้มครองฯ ให้คนทำงานเหล่านี้ได้รับค่าตอบแทนในการทำงาน ซึ่งผู้ทำงานในลักษณะเดียวกันอย่างชัดเจน หรือในสถานประกอบการเดียวกัน ไม่มีงานในลักษณะเดียวกัน ก็ให้จ่ายตามสถานประกอบการอื่น และห้ามมิให้ผู้รับเหมาค่าแรง สร้างหน่วยงานตนเองขึ้นเพื่อถ่วงการหลีกเลี่ยงกฎหมายของผู้รับเหมาค่าแรง ตามกฎหมายไทยไม่ได้ห้ามมิให้ผู้รับเหมาค่าแรงสร้างหน่วยงานของตนเองขึ้นเหมือนกับประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งข้อดีของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ให้ความชัดเจนในการคุ้มครองผู้ทำงานในลักษณะเดียวกันให้มีความเท่าเทียมกัน สำหรับประเทศไทยมีเจตนารมณ์คำว่า “งานในลักษณะเดียวกัน” หมายถึง งานที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับงานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบการทำงานมีลักษณะเดียวกัน¹⁴ กรณีนายจ้างหลีกเลี่ยงงานในลักษณะเดียวกัน ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อพิจารณาถึงงานในลักษณะเดียวกันให้มองถึงการใช้สิทธิโดยสุจริตด้วย

ประเทศญี่ปุ่น เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร กำหนดชัดเจน “ให้ผู้ประกอบการ ปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเท่าเทียมกับลูกจ้างในระบบ ที่เกี่ยวกับหน้าที่ในการจัดการสวัสดิการ ร้านอาหาร รักษาพยาบาล เพื่อประโยชน์ในการทำงานให้ลุล่วงไปด้วยดีเท่านั้น แต่ไม่มีการกำหนดให้ผู้ประกอบการ มีหน้าที่จัดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับ ค่าตอบแทน และสภาพการจ้างที่เท่าเทียมกัน กับลูกจ้างในระบบของผู้ประกอบการ” ซึ่งเหมือนกับประเทศไทยที่ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องค่าตอบแทนและสภาพการจ้างที่ให้เท่าเทียมกับลูกจ้างโดยตรง ดังนั้น ถือเป็น การเลือกปฏิบัติในการจ้างงานของลูกจ้างทั้งสองประเภท

ผู้ศึกษาขอเสนอแก้ไขมาตรา 11/1วรรคสอง เป็นร่างบทบัญญัติว่า “ให้ผู้ประกอบการ ดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายใต้สภาพการจ้างที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน

(2) สัญญาจ้างแรงงานกำหนดให้ทำงานเฉพาะเพศชาย

เนื่องจากการจ้างแรงงานจะมีการทำงานที่แตกต่างกันออกไป เช่น สาขาอาชีพ หน้าที่ แผนก ฯ การทำงานแต่ละอาชีพนั้นจะมีทั้งชายและหญิง ในบางอาชีพทำได้ทั้งชาย

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 369.

¹⁴ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. (2551, 27 พฤษภาคม). คำชี้แจงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551. สืบค้นเมื่อ 25 พฤษภาคม 2552, จาก <http://portal.labour.go.th/labour/th/>

และหญิง แต่ในบางอาชีพจำกัดเฉพาะเพศกำหนดให้ทำได้เฉพาะเพศชายเท่านั้น ซึ่งมีคุ้มครองในกฎหมายแรงงานได้แจ่มแจ้งเป็นประเภทไป ผู้ศึกษาเห็นว่า ในปัจจุบันสาขาอาชีพหลากหลายกฎหมายจะเขียนคุ้มครองหมดคงทำได้ยาก กฎหมายจึงเขียนเป็นลักษณะกว้างๆ จนทำให้เป็นช่องว่างของกฎหมาย อันทำให้นายจ้างหลีกเลี่ยงและใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้

ก. การรับสมัครงานเฉพาะลูกจ้างชายเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้สิทธิลาคลอดของลูกจ้างหญิง

เมื่อพิจารณาถึงนายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตกำหนดสัญญาจ้างแรงงาน โดยกล่าวอ้างในเรื่องของสภาพการทำงานที่ไม่เหมาะสมกับลูกจ้างหญิง ตามหลักกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 15 บัญญัติว่า ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้ ซึ่งเจตนาแท้จริงนายจ้างไม่ต้องการที่จะจ้างลูกจ้างหญิง เพราะด้วยเหตุเรื่องเพศ เนื่องจากลูกจ้างได้สิทธิการลาคลอดได้ตามกฎหมายแรงงาน เช่น พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ให้สิทธิลาคลอดได้สองครั้งมาตรา 65 วรรคสอง¹⁵ เป็นต้น และทำให้ต้องหยุดงานและนายจ้างจะต้องรับภาระในการจ่ายค่าจ้างด้วยตามมาตรา 67¹⁶ และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 41 มาตรา 42 และมาตรา 43 ทำให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหลีกเลี่ยงกฎหมายประกาศรับสมัครงานเฉพาะเพศชายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้หญิงจบคณะและสาขาวิชาเอกเช่นเดียวกับผู้ชาย นายจ้างกล่าวอ้างถึงสภาพของงานไม่สามารถให้เพศหญิงทำงานได้ ซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายมาตรา 15 ทั้งที่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้าง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30¹⁷ ได้บัญญัติไว้ชัดเจนในเรื่องของการเท่าเทียมของชายและหญิง เพราะหลักความเสมอภาคผูกพันรัฐหรือองค์กรของรัฐเท่านั้น¹⁸ หากได้ผูกพันเอกชน ดังนั้น ประชาชนจึงไม่สามารถยกหลักความไม่เสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้เอกชนให้ปฏิบัติต่อตนเองอย่างเท่าเทียมกับบุคคลอื่นได้ แม้ว่าการกระทำ

¹⁵ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533, มาตรา 65.

¹⁶ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533, มาตรา 67.

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิทำเทียมกัน...”

¹⁸ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีที่ 325/2547 เมื่อการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ซึ่งถือเป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่ง การดำเนินการต่างๆ ตามอำนาจหน้าที่ของ กฟผ. ซึ่งรวมถึงการดำเนินการออกประกาศรับสมัครบุคคลภายนอกเพื่อจ้างและบรรจุเป็นพนักงานของ กฟผ. จึงต้องผูกพันตามมาตรา 26, และมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญและต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

ของจะเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ถือว่าชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า นายจ้างมีช่องทางการเอารัดเอาเปรียบลูกจ้าง และรู้ช่องว่างของกฎหมายมีโอกาสใช้สิทธิโดยไม่สุจริต กระทำการประกาศรับสมัครงานเฉพาะผู้ชายเท่านั้น ได้ต่อไป เพราะประชาชนเพศหญิงไม่สามารถไปฟ้องร้องต่อศาลได้ จะเห็นได้ว่า ในส่วนของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญด้านแรงงานที่มีความเหมาะสมอยู่แล้วจะดีกว่าการที่จะออกมาเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เพราะเห็นว่าถ้ามีลักษณะการออกกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมาแล้ว ถ้ามีการปฏิวัติรัฐประหารอีก รัฐธรรมนูญถูกล้มไปในส่วนที่เป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก็จะหายไปด้วย¹⁹

กฎหมายแรงงานมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ยังได้กำหนดให้ การจ้างแรงงานระหว่างชายและหญิงเท่าเทียมกันด้วย เว้นแต่สภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้ เนื่องจากนายจ้างมีฐานะเหนือกว่า หรือได้เปรียบกว่าลูกจ้างเกือบทุกเรื่อง และต้องการลดต้นทุนการผลิตให้ได้มากที่สุด เมื่อพิจารณาระหว่างลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิง กล่าวถึงในเรื่องประสิทธิภาพการทำงานของลูกจ้างชายไม่ต้องมีสิทธิลาคลอดที่ยาวนานเหมือนกับลูกจ้างหญิง ดังนั้น นายจ้างจึงใช้ข้อยกเว้นของกฎหมายออกระเบียบการรับลูกจ้างเฉพาะลูกจ้างชายเท่านั้นเพราะสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้ ซึ่งเป็นช่องว่างของกฎหมายทำให้นายจ้างหลีกเลี่ยงไม่รับสมัครงานลูกจ้างหญิงได้ และประเด็นปัญหานี้ผู้ศึกษาไม่ได้ลงลึกถึงรายละเอียดเพียงยกประเด็นปัญหาให้มองถึงความไม่สุจริตของนายจ้างในการใช้โดยสิทธิเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายทำให้หลุดพ้นจากกฎหมายได้ หากเรานำปัญหานี้ไปทำการป้องกันโดยให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตทำให้เป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายที่นายจ้างสามารถพ้นข้อหาได้ และยังทำให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างชายหญิงที่เห็นเป็นรูปธรรมด้วย

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization ILO) ฉบับที่ 111 ได้กำหนดมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน โดยการออกประกาศใช้บังคับอนุสัญญา ฉบับที่ 111 ว่าด้วยโอกาสที่เท่าเทียมกัน (ในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ) ค.ศ. 1958 ซึ่งประเทศไทยยังไม่ให้สัตยาบัน ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อพิจารณาเป็นการหลีกเลี่ยงของนายจ้างที่ใช้ว่างของกฎหมายมาตรา 15 และรัฐธรรมนูญมาตรา 30 ดังนั้น จึงควรให้สอดคล้อง ILO ฉบับที่ 111 ที่มีเจตนารมณ์คุ้มครองลูกจ้างในการเลือกปฏิบัติ ให้ได้รับโอกาสเข้าทำงานที่เท่าเทียมกัน

¹⁹ วิจิตรา (ฟุ้งถัดดา) วิเชียรชม ค เล่มเดิม. หน้า 3-42.

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ

(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women CEDAW) ค.ศ. 1979 ข้อ 11 สิทธิประโยชน์ที่จะได้รับการจ้างงานชนิดเดียวกัน และข้อ 15 การทำนิติกรรมและสัญญา ซึ่งอนุสัญญานี้ประเทศไทยยังรับรองอีกหลายข้อ เนื่องจากผู้ศึกษา ขอล่าวถึงการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน จึงนำหลักข้อ 11 และข้อ 15 เท่านั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรให้มีการจัดเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อสตรีให้หมดไปรวมถึงในเรื่องการรับสมัครงานที่รับเฉพาะเพศชายเท่านั้น ทั้งที่ไทยรับรองเรื่องนี้แล้วแต่ก็ยังมีกรเลือกปฏิบัติเพศชายและเพศหญิง

ประเทศฟิลิปปินส์ เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี กำหนดเรื่องห้ามเลือกปฏิบัติเพียงเพราะเพศเพียงอย่างเดียวด้วยเรื่อง ค่าจ้าง เงินเดือน ค่าตอบแทนต้องเท่าเทียมกัน

ประเทศสาธารณรัฐเยอรมนี เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่กำหนดชัดเจน “ห้ามมิให้ประกาศรับสมัครงานเน้นหญิงหรือชาย เว้นแต่ว่าลักษณะของงาน มีความจำเป็นที่จะต้องเจาะจงให้เพศใดเพศหนึ่งทำโดยเฉพาะ ให้เสมอภาคในทางจ้างงานที่มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันอย่างชัดเจน” ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยว่าเป็นการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในการจ้างงานที่เสมอภาค ไม่เน้นความแตกต่างเพียงเพราะเพศชายหรือหญิง อีกทั้งมีกำหนดข้อยกเว้นที่ชัดเจนว่าเพศใดเหมาะสมทำงานนั้นหรือไม่ มีความจำเป็นให้เพศนั้นทำได้เพียงเพศเดียว ซึ่งไม่ได้กล่าวไว้เป็นหลักการกว้างๆ มีโอกาสให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้

ประเทศญี่ปุ่น เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ให้ความเสมอภาคในการจ้างงานที่มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันอย่างชัดเจน เช่น การเลื่อนตำแหน่งห้ามแตกต่างกัน เพราะเพศหญิง ซึ่งประเทศไทยก็ได้มีกฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

ข. สัญญาจ้างงานเกษียณอายุลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิงไม่เท่าเทียมกัน

เมื่อพิจารณาความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 53 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีงานมีลักษณะและคุณภาพอย่างเดียวกันและปริมาณเท่ากัน ให้นายจ้างกำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้แก่ลูกจ้างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะเป็นชายหรือหญิง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6011-6017/2545 ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานกำหนดหญิงเกษียณอายุครบ 50 ปี ชายเกษียณอายุครบ 55 ปี ขัดต่อมาตรา 15 ข้อบังคับส่วนเฉพาะลูกจ้างหญิงเป็นโมฆะ และ(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 825/2548)²⁰ วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1562/2548 นายจ้างกำหนดการเกษียณอายุแตกต่างกันโดยอาศัยตำแหน่งของลูกจ้างว่าลูกจ้างตำแหน่งใดจะเกษียณอายุเมื่อใด มิใช่เอาข้อแตกต่างเรื่องเพศมาเป็นข้อกำหนด ไม่ขัดต่อมาตรา 15

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2549 แม้นายจ้างจะมีระเบียบกำหนดให้พนักงานหญิงเกษียณอายุเมื่อครบอายุ 55 ปีบริบูรณ์ แต่ตำแหน่งของลูกจ้างที่เป็นผู้จัดการส่วน ไม่ปรากฏว่าโดยลักษณะหรือสภาพของงานในตำแหน่งนี้ ไม่อาจกำหนดให้พนักงานหญิงเกษียณอายุเมื่อครบ 60 ปีบริบูรณ์อย่างพนักงานชายได้ นายจ้างเลิกจ้างโดยอาศัยระเบียบนี้จึงเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม

ผู้ศึกษาเห็นว่า สัญญาจ้างแรงงานที่กำหนดการเกษียณอายุลูกจ้างหญิงก่อนลูกจ้างชายนั้น ในการวินิจฉัยตามดุลพินิจของศาลโดยปรับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 30 โดยขัดแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันและขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ และผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ซึ่งได้อาศัยช่องว่างของกฎหมายมาตรา 15²¹ อันมีข้อบกพร่องที่ว่า เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้ นายจ้างจะกำหนดสัญญาเอาเปรียบลูกจ้างที่เป็นผู้หญิง เช่น ให้ลูกจ้างที่เป็นหญิงทำงานตำแหน่งที่เกษียณอายุก่อนลูกจ้างชาย หรือหลีกเลี่ยงให้ลูกจ้างหญิงทำงานตำแหน่งงานนั้นทั้งหมด เพราะคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1562/2548 ในเรื่องตำแหน่งไม่ถือว่าขัดกับมาตรา 15 เพราะไม่ใช่กรณีแตกต่างเรื่องเพศมากำหนด เพื่อให้คุ้มครองลูกจ้างที่เป็นหญิงและไม่ให้นายจ้างใช้สิทธิออกกฎระเบียบที่มีเจตนาไม่สุจริตให้ลูกจ้างหญิงเกษียณอายุก่อนลูกจ้างชาย จึงควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization ILO) ฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ. 1958 เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ที่มีการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ หมายความว่ารวมถึงท่าความเสียหายแก่ความเสมอภาคในโอกาสหรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ และการจ้างงานและอาชีพ การเข้าทำงาน การแบ่งแยกการคิดกัน หรือลำเอียงใดๆ ที่กระทำบนพื้นฐานของ

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 825/2548.

²¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 15.

เพศ เพื่อสอดคล้องกับอนุสัญญาควรวที่จะให้ความเท่าเทียมกับเพศหญิงรวมถึงการกำหนดของการเกษียณอายุด้วย และประเทศไทยควรรให้สัตยาบัน ILO ฉบับที่ 111 เพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างไม่ให้ให้นายจ้างเอารัดเอาเปรียบใช้สิทธิโดยไม่สุจริตกำหนดสัญญาการเกษียณอายุเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงเกษียณอายุก่อนลูกจ้างชาย

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women CEDAW) ข้อ 11 สิทธิประโยชน์ที่จะได้รับการจ้างงานชนิดเดียวกัน และข้อ 15 การทำนิติกรรมและสัญญา ผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศไทยได้รับรองแล้ว ดังนั้น เพื่อให้เป็นการสอดคล้อง CEDAW ควรจัดการเลือกปฏิบัติการทำงานที่กำหนดเกษียณอายุไม่เท่าเทียมกันด้วยเพียงเพราะเรื่องเพศหญิงให้หมดสิ้นไป

ประเทศอังกฤษ เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี กำหนดว่า ลูกจ้างที่อยู่ตำแหน่งเดียวกันจะต้องเกษียณอายุเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง ซึ่งประเทศไทยได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1562/2548 ตำแหน่งควรจะเกษียณอายุเท่าใดไม่ได้นำเหตุแตกต่างทางเพศมากำหนด

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ได้กำหนดในเรื่องการเกษียณชัดเจนว่าอายุเท่าใด แต่จะให้นายจ้างลูกจ้างตกลงกันเองว่าจะเกษียณอายุเท่าไร ซึ่งเป็นช่องว่างที่ให้นายจ้างกำหนดการเกษียณลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิงไม่เท่าเทียมกันได้

เนื่องจากการเรียกร้องเงินตอบแทนการเกษียณอายุอยู่บนฐานของข้อตกลงที่รวบรวมไว้ข้อตกลงเกี่ยวกับการทำงาน หรือสัญญาจ้างแรงงานหากนายจ้างฝ่าฝืนการปฏิบัติที่นายจ้างเป็นผู้กำหนดเอง ลูกจ้างได้รับความคุ้มครองตามคำพิพากษาของศาลบนฐานในทางปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน²²

ประเทศญี่ปุ่น เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ที่กำหนดว่าห้ามมิให้พิจารณาหลักเกณฑ์เกษียณอายุหญิง กรณีเลิกจ้างเพียงเพราะเพศหญิง เป็นการกำหนดเรื่องการเกษียณอายุไว้อย่างชัดเจนทำให้นายจ้างไม่สามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ เพราะเป็นการคุ้มครองด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย

²² ปารีชาติ แจ่มกระจ่าง. (2548). **ลูกจ้างเกษียณอายุ**. หน้า 72. อ้างถึงใน Th. Ram and Monica Smith. (1979). **International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Reiatrial Relations Vol.4**. p. 130.

ผู้ศึกษาขอเสนอแก้ไขมาตรา 15 เป็นร่างบทบัญญัติว่า “ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ว่าลักษณะของงานมีความจำเป็นที่ต้องเจาะจงให้เพศใดเพศหนึ่งทำโดยเฉพาะ” แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

2) การเลิกจ้างโดยใช้สิทธิไม่สุจริต

เมื่อพิจารณาความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 583 บัญญัติว่า “ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรมที่ละทิ้งการงานไปเสียก็ดี หรือทำประการอื่นอันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและทสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้” ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะมีกฎหมายควบคุมในการกระทำความผิดหน้าที่ที่ไม่สุจริตลูกจ้างจะถูกไล่ออกได้ทันที การกระทำความผิดของลูกจ้างนั้นไม่มีกฎหมายฉบับใดที่กำหนดไว้ชัดเจนว่าไว้ร้ายแรงขนาดไหนถึงจะถูกไล่ออกได้ เพราะนายจ้างอาจใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ลูกจ้างออกได้หลายวิธีการ โดยที่ไม่มีกฎหมายหรือมีเหตุร้ายแรงเพียงพอของการกระทำความผิดของลูกจ้าง ดังนั้น การใช้สิทธิพิจารณาความผิดของลูกจ้างควรมีมาตรฐานที่ชัดเจนและควรนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับนายจ้างด้วย เพราะนายจ้างเอารัดเอาเปรียบลูกจ้าง ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเลิกจ้างโดยไม่มีเหตุผลจำเป็นเพียงพอ

ลักษณะของการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น ถ้าลูกจ้างเขียนใบลาออกเองนายจ้างจะให้สินจ้างทดแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าให้ครบตามกฎหมาย ดังนั้น นายจ้างพ้นผิดข้อหาการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมดา มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522²³ หรือกรณีให้ลูกจ้างเขียนใบลาออกเองแต่ไม่ระบุวันที่ และอาจข่มขู่ทำให้ลูกจ้างเกรงกลัวจนถึงขั้นเขียนใบลาออกเองทั้งที่เรื่องข่มขู่ไม่เกี่ยวกับหน้าที่การงานของลูกจ้างแต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกา 2053/2552 ข้อความที่นายจ้างพูดขู่ลูกจ้างว่า ถ้าไม่รับเงินของนายจ้าง นายจ้างจะแจ้งความดำเนินคดี และนำข่าวไปลงหน้าหนังสือพิมพ์เพื่อให้ตระกูลของลูกจ้างเสียหาย จนเป็นเหตุให้เขียนลูกจ้างใบลาออก และทำหนังสือรับสภาพหนี้ การขู่ว่าจะดำเนินคดีแก่ลูกจ้างเป็นการขู่ว่าจะใช้สิทธิตามปกตินิยม หากโจทก์มิได้กระทำการทุจริตเอาเงินของนายจ้างไปก็ไม่ต้องเกรงกลัว จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการข่มขู่เช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่ลูกจ้างเขียนใบลาออกและทำหนังสือรับสภาพหนี้ให้แก่จำเลยจึงเป็นการกระทำโดยสมัครใจของลูกจ้างเอง กรณีไม่ใช่การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม

²³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522, มาตรา 49.

ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริต ถ้านายจ้างไม่ข่มขู่ลูกจ้างว่าจะนำไปลงหนังสือพิมพ์ ลูกจ้างคงไม่ถึงขั้นเขียนใบลาออกซึ่งไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงของลูกจ้างที่ไม่ต้องการลาออกเพราะถูกนายจ้างข่มขู่เกรงว่าครอบครัวจะเสียชื่อเสียง กรณีนายจ้างอ้างว่ามีสิทธิที่ข่มขู่ได้ตามปกตินิยมอีกทั้งกล่าวว่าลูกจ้างไม่ทุจริตจริงไม่ต้องลาออก ซึ่งผู้ศึกษาไม่เห็นด้วยเพราะเป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตที่มีเจตนาไม่ตรงกับเจตนาแท้จริงของนายจ้างที่จะให้ลูกจ้างลาออกเพื่อให้ตัวนายจ้างพ้นจากข้อหาเลิกจ้างไม่เป็นธรรม

(1) ลักษณะของการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมไม่มีหลักเกณฑ์ชัดเจน

เนื่องจากประเทศไทยได้มีกฎหมาย พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงาน และวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49 บัญญัติว่า “การพิจารณาคดีในกรณีนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ถ้าศาลแรงงานเห็นว่า การเลิกจ้างลูกจ้างนั้นไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้าง ศาลแรงงานอาจสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างผู้นั้นเข้าทำงานต่อไปในอัตราค่าจ้างที่ได้รับในขณะที่เลิกจ้างต่อไปได้ ให้ศาลแรงงานกำหนดจำนวนค่าเสียหายให้นายจ้างชดใช้ให้แทน โดยคำนึงถึงอายุของลูกจ้าง ระยะเวลาการทำงานของลูกจ้าง ความเดือดร้อนของลูกจ้างเมื่อถูกเลิกจ้าง มูลเหตุแห่งการเลิกจ้าง และเงินชดเชยที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับประกอบการพิจารณา” จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ให้ศาลใช้ดุลพินิจในการได้รับผลประโยชน์อย่างชัดเจนเมื่อถูกเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมาตรา 49 ไม่ได้ให้หลักเกณฑ์ชัดเจนว่าลักษณะหรือสาเหตุใดเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมหรืออย่างไรเป็นการเลิกจ้างที่เป็นธรรม หรือมาตรา 49 เป็นเพียงกฎหมายวิธีสบัญญัติจึงไม่ได้ให้สิทธิเพิ่มเติมใดๆ แก่ลูกจ้างสำหรับบังคับให้นายจ้างต้องมีเหตุผลในการเลิกจ้าง อันเป็นปัญหาการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

เมื่อพิจารณาถึงการเลิกจ้างโดยไม่สุจริตที่มีลักษณะเป็นการก่อกวนกีดกันลูกจ้าง อันทำให้ลูกจ้างต้องลาออกเอง หรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างหญิงมีครรภ์ การเลิกจ้างลูกจ้างหญิงมีครรภ์อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อ้างว่าลูกจ้างไม่สามารถทำงานได้ด้วยลักษณะของงาน ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้าง²⁴ แม้แต่การเลิกจ้างไม่ใช่เพราะเหตุมีครรภ์แม้ขณะลูกจ้างหญิงอยู่ในระหว่างคลอดบุตรก็ไม่ใช่เป็นการต้องห้ามตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541²⁵ อันเป็นปัญหาสืบเนื่องจากการจ้างงานที่ไม่เสมอภาคกันในการที่นายจ้างมีเจตนาไม่ต้องการจ้างเพศหญิงเพราะการตั้งครรภ์ หรือเลิกจ้างด้วยเหตุความพิการของลูกจ้างขณะทำงานให้ลูกจ้าง เพราะลูกจ้างไม่สามารถจะทำงานต่อไปได้

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1394/2549.

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1956/2548.

ในกรณีลูกจ้างกลับเข้ามาทำงานตามคำสั่งศาล ซึ่งกฎหมายบัญญัติคุ้มครองเพื่อมิให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างโดยไม่เป็นธรรม โดยให้อำนาจศาลแรงงานมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างกลับเข้าทำงาน หรือให้นายจ้างชดเชยค่าเสียหายให้แก่ลูกจ้างแทนการรับกลับเข้าทำงานในกรณีลูกจ้างกับนายจ้างไม่อาจทำงานร่วมกันต่อไปได้ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 7213/2546²⁶ และถึงแม้ว่าลูกจ้างจะมีคำขอท้ายฟ้องให้ศาลสั่งให้ลูกจ้างได้รับทั้งสองกรณี แต่ศาลไม่อาจทำได้เพราะกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้ กรณีที่ลูกจ้างกลับเข้าทำงานอาจได้รับการกลั่นแกล้งอีกโดยกฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองในส่วนนี้ และควรพึงพิจารณาไปถึงค่าจ้างระหว่างถูกเลิกจ้างจนกระทั่งกลับเข้าทำงาน

(2) ค่าจ้างระหว่างถูกเลิกจ้างจนกระทั่งกลับเข้าทำงาน

เมื่อพิจารณาความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“ค่าจ้าง” หมายความว่า เงินที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันจ่ายเป็นค่าตอบแทนในการทำงานตามสัญญาจ้างสำหรับระยะเวลาการทำงานปกติเป็นรายชั่วโมง รายวัน รายสัปดาห์ หรือระยะเวลาอื่น หรือจ่ายให้โดยคำนวณตามผลงานที่ลูกจ้างทำได้ในเวลาทำงานปกติของวันทำงาน และหมายความรวมถึงเงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างในวันหยุดและวันลาที่ลูกจ้างมิได้ทำงานแต่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับตามพระราชบัญญัตินี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 บัญญัติว่า “เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ไ้”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 บัญญัติว่า “ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้ แต่ข้อความนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด”

จากการศึกษาสัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 369 นายจ้างและลูกจ้างจะต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ต่อกัน เมื่อลูกจ้างพร้อมที่จะชำระหนี้ให้โดยทำงานให้กับนายจ้าง นายจ้างก็ต้องมีหน้าที่มอบงานให้ลูกจ้างทำและให้ค่าจ้างตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กับลูกจ้าง ดังนั้น การชำระหนี้ต่อกันให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตาม (มาตรา 215) หรือมีกรณีการส่งมอบงานของนายจ้างเป็นพันวิสัย

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7213/2546.

โดยงานที่จะส่งมอบกลายเป็นสิ่งผิดกฎหมายหรือวัตถุแห่งสัญญาไม่มีอยู่อีกต่อไป²⁷ หรือหมดสัมปทาน²⁸ หรือประสบปัญหาเศรษฐกิจโดยผลกระทบจากภาวะเศรษฐกิจของประเทศตกต่ำ²⁹ หรือเกิดอุบัติเหตุทางธรรมชาติ³⁰

เมื่อพิจารณาถึงการเลิกจ้างของนายจ้างเป็นการเลิกจ้างโดยเป็นการก่อกวนแก้งลูกจ้าง ดังนั้น การเลิกจ้างจึงไม่มีเกิดขึ้นตามกฎหมายแรงงานแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 582³¹ เพราะการเลิกจ้างเกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ถือว่าเป็นนายจ้างลูกจ้างกันอยู่เพราะสัญญาดำเนินการตลอดเวลาไม่เป็นการสิ้นสุดสัญญาด้วยสาเหตุการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด และเมื่อเป็นการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมจึงเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริตตามมาตรา 5 และการเลิกสัญญาตามมาตรา 386 ถึงมาตรา 394 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะนายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแสดงเจตนาเลิกจ้างด้วยการก่อกวนแก้งลูกจ้าง ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่แท้จริงในการเลิกจ้าง

ผู้ศึกษาเห็นว่า นายจ้างจะต้องจ่ายค่าจ้างให้กับลูกจ้างในระหว่างที่ถูกเลิกจ้างไม่เป็นธรรมจนกระทั่งรับกลับเข้าทำงาน เพราะถือว่ามีผลเป็นนายจ้างลูกจ้างกันอยู่ตามกฎหมาย เพราะมาตรา 49 ไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าลูกจ้างจะได้รับค่าจ้างและค่าตอบแทนต่างๆ ที่ลูกจ้างได้รับตามปกติ ระหว่างถูกเลิกจ้างไม่เป็นธรรมจนกระทั่งรับกลับเข้าทำงาน ถึงแม้ว่าระหว่างนั้นลูกจ้างจะไม่ทำงานให้กับนายจ้างเป็นการตอบแทนก็ตาม ซึ่งลูกจ้างพร้อมที่จะทำงานตอบแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 369 แต่นายจ้างไม่มอบงานให้ทำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 118/2525, 1475/2526) หรือมีกฎหมายคุ้มครองกำหนดให้จ่ายค่าจ้างโดยไม่ต้องทำงาน

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1701/2523.

²⁸ คดีแดงศาลแรงงานกลางที่ 316/2524.

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2347/2543.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1585/2546 “เมื่อนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง เนื่องจากสภาวะเศรษฐกิจจำเป็นต้องลดค่าใช้จ่าย ซึ่งเป็นเหตุที่มีอยู่จริงและเป็นเจตนาของนายจ้างที่จะเลิกจ้างด้วยเหตุดังกล่าว แม้นายจ้างจะพบเหตุอื่นในภายหลัง ก็ไม่สามารถอ้างเหตุดังกล่าวมาเป็นเหตุเลิกจ้างได้อีก.”

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 582 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาไม่ได้กำหนดลงไว้ในสัญญาว่าจะจ้างกันนานเท่าไร ท่านว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาด้วยการบอกกล่าวล่วงหน้าในเมื่อถึง หรือก่อนจะถึงกำหนดจ่ายสินจ้างคราวใดคราวหนึ่ง เพื่อให้เป็นเลิกสัญญากันเมื่อถึงกำหนดจ่ายสินจ้างคราวถัดไปข้างหน้าก็อาจทำได้ แต่ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวกันล่วงหน้ากว่าสามเดือน

อนึ่งในเมื่อบอกกล่าวคั่งว่านี้ นายจ้างจะจ่ายสินจ้างแก่ลูกจ้างเสียให้ครบจำนวนที่จะต้องจ่ายจนถึงเวลาเลิกสัญญาตามกำหนดที่บอกกล่าวนั้นทีเดียว แล้วปล่อยลูกจ้างจากงานเสียในทันทีก็อาจทำได้.”

นายจ้างก็ต้องจ่าย³² ดังนั้น นายจ้างก็ต้องจ่ายค่าจ้างให้กับลูกจ้าง รวมถึงค่าเสียหายจากการถูกเลิกจ้าง ไม่เป็นธรรมด้วย

ถ้าเปรียบเทียบกับ**ประเทศอังกฤษ** เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี ในกรณีการเลิกจ้างลูกจ้างไม่เป็นธรรมจะคล้ายกับประเทศไทยที่ให้ลูกจ้างฟ้องศาลแรงงานได้ แต่ศาลอาจจะให้ลูกจ้างกลับทำงานหรือจ่ายค่าชดเชยให้กับลูกจ้าง

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในกรณีการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมตามประมวลกฎหมายแรงงาน (Code de Travail) นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างตามสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาได้เมื่อมีสาเหตุที่เป็นจริง ส่วนการเยียวยาการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมกฎหมายให้อำนาจศาลสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างกลับเข้าทำงาน และจ่ายค่าชดเชยให้กับลูกจ้าง

ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาค่าชดเชยการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมโดยบัญญัติเป็นร่างมาตรา 15/1 “ห้ามมิให้นายจ้างเลิกจ้างอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือเลิกจ้างโดยกลั่นแกล้งลูกจ้าง และให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างหรือสิทธิประโยชน์อื่น ระหว่างถูกเลิกจ้างไม่เป็นธรรมจนกระทั่งรับกลับเข้าทำงานที่ลูกจ้างได้รับเป็นปกติ”

4.2.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกจ้าง

เมื่อพิจารณาถึงหลักสุจริตนั้น ลูกจ้างจะต้องมีหน้าที่สุจริตต่อนายจ้างตามประเพณี อันด้วยฐานะที่ด้อยกว่านายจ้าง ซึ่งทำให้ลูกจ้างโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นผู้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากนายจ้าง แต่อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตกับนายจ้างได้เช่นเดียวกัน เพราะลูกจ้างต้องทำงานให้กับนายจ้างจึงสามารถรู้ความลับ หรือประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับกิจการของนายจ้าง หรือหน้าที่อื่นๆ ที่นายจ้างมอบหมายให้ทำงานนั้น ลูกจ้างอาจใช้สิทธิโดยไม่สุจริตกับนายจ้างได้เพราะนายจ้างอาจจะไว้วางใจลูกจ้างว่าลูกจ้างซื่อสัตย์สุจริตกับนายจ้าง ดังนั้น จึงมอบหมายให้ทำงาน รวมถึงการล่วงรู้ความลับของธุรกิจของนายจ้าง เพราะนายจ้างมองด้านหน้าที่ความซื่อสัตย์สุจริตเป็นประเพณีที่ลูกจ้างพึงปฏิบัติ

4.2.2.1 หน้าที่รักษาความลับของนายจ้าง

สำหรับการรณรงค์ที่จะเปิดเผยความลับทางธุรกิจของนายจ้างโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (The Duty of Confidentiality) และการรณรงค์การกระทำในเชิงแข่งขันกับนายจ้าง (The Duty not to Compete) ถือเป็นหน้าที่ของความซื่อสัตย์สุจริตประการหนึ่งที่ลูกจ้างจะต้องยึดถือไว้ทั้งในระหว่างเวลาที่สัญญาจ้างแรงงานมีผลบังคับและเมื่อทำสัญญาแล้ว อย่างไรก็ตามเพื่อป้องกันมิให้ลูกจ้างกระทำผิดหน้าที่ในความซื่อสัตย์จนเป็นเหตุให้เสื่อมเสียกิจการ นายจ้าง

³² วิจิตรา (ฟุ้งกล้า) วิเชียรชม ก เล่มเดิม. หน้า 38.

มักระบุข้อสัญญาห้ามประกอบการแข่งขันเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในสัญญาจ้างแรงงานอีกชั้นหนึ่ง³³ ปัญหาหน้าที่ที่สุจริตของลูกจ้างในการรักษาความลับนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนในประเทศไทยเป็นเพียงจารีตประเพณีเท่านั้น และนายจ้างทำสัญญาข้อห้ามไว้แต่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองตลอดไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6075/2549 จำเลยทั้งสามติดต่อกับและตกลงรับโจทก์เข้าทำงานกับจำเลยที่ 1 เพราะเห็นว่าโจทก์เป็นผู้มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์สามารถทำหน้าที่บริหารดูแลงานทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างงาน การเป็นเนติบัณฑิตมลรัฐแคลิฟอร์เนีย หาใช่สาระสำคัญของสัญญาจ้างงานไม่ เพียงแต่ทำให้โจทก์มีคุณสมบัติเด่นเป็นพิเศษ มีความน่าเชื่อถือและน่าไว้วางใจในการดูแลและบริหารงานมากยิ่งขึ้นเท่านั้น การที่โจทก์ระบุในใบสมัครงานว่าเป็นเนติบัณฑิตมลรัฐแคลิฟอร์เนียอันเป็นการเท็จ สัญญาจ้างระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 1 จึงไม่เป็นโมฆียกรรม ในตำแหน่งที่ลูกจ้างทำงานอยู่เป็นการล่วงรู้ความลับของนายจ้างได้ ถ้าลูกจ้างนำข้อมูลนี้ไปทำงานกับนายจ้างที่มีกิจการเช่นเดียวกับนายจ้างนั้นหรือตั้งตนประกอบกิจการแข่งขันกับนายจ้าง ซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสิทธิประโยชน์ของคู่กรณีในกิจการธุรกิจโดยชอบ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่เป็นโมฆะ³⁴ แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตของลูกจ้างที่ลูกจ้างรู้ว่าสามารถทำได้ไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย เมื่อเป็นเช่นนั้นนายจ้างจะได้รับความเสียหายจากลูกจ้างเอง และในกรณีที่ลูกจ้างไปทำงานกับนายจ้างที่มีกิจการเดียวกัน

ประเทศไทย ได้มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ที่บัญญัติคุ้มครองเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ผู้ศึกษาเห็นว่านอกจากกฎหมายที่กล่าวมาแล้ว ควรจะต้องมีหลักสุจริตด้วย เพราะลูกจ้างอยู่ในตำแหน่งที่ล่วงรู้ความลับของธุรกิจนายจ้าง ถ้าลูกจ้างมีเจตนาที่สุจริตไม่นำความลับของนายจ้างไปเปิดเผยนายจ้างก็จะไม่ได้รับความเสียหาย

ประเทศอังกฤษ เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น ได้มีการวินิจฉัยเรื่องความลับทางการค้า ศาลอังกฤษเห็นว่า ข้อมูลเป็นความลับมีความสำคัญกับนายจ้างเป็นอย่างมาก เพราะความลับทางการค้ามีประโยชน์ชอบด้วยกฎหมาย สมควรที่จะได้รับความคุ้มครอง เป็นการแสดงออกอย่างชัดเจน ถ้าเกิดปัญหานี้ในสัญญาจ้างแรงงานในประเทศไทย ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นการสมควรที่นายจ้างควรได้รับการคุ้มครองประโยชน์อย่างเช่นศาลอังกฤษ อีกทั้งเพื่อป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกจ้างที่จะนำความลับทางธุรกิจไปเปิดเผย

³³ แหล่งเดิม. หน้า 10 และ 11.

³⁴ ฌักทร บุญประสาท. เล่มเดิม. หน้า 126.

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้บัญญัติกฎหมาย ในเรื่องการคุ้มครองและจำแนกไว้อย่างชัดเจนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน (HGB) หลักความชอบด้วยกฎหมายข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพ หรือการค้า แข่งขันตามมาตรา 74 ซึ่งกรณีของประเทศไทยหากจะจำแนกกฎหมายอย่างประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรจะดูความเหมาะสมว่ามาตราใดบ้างที่จะนำมาใช้กับ ประเทศไทยได้ ซึ่งในกรณีที่สามารนำมาปรับใช้กับสัญญาจ้างแรงงานได้ควรให้อยู่บนพื้นฐาน ของหลักสุจริตที่ลูกจ้างจะต้องมีเจตนาที่สุจริต เพื่อรักษาความลับของนายจ้าง

4.2.2.2 การห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต³⁵

การห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างเป็นผลสืบเนื่องจาก มีหน้าที่รักษา ความลับ ซึ่งถ้าไม่มีการทำสัญญาห้ามไว้ลูกจ้างจะใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ โดยการนำความลับไป เปิดเผย หรือนำความลับไปใช้ประโยชน์กับตัวลูกจ้างเองโดยทำการงานแข่งขันกับนายจ้าง ทำให้นายจ้างได้รับความเสียหาย ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 583³⁶

เนื่องจากการทำสัญญาห้ามประกอบการแข่งขันกับนายจ้างสามารถทำได้คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 2548/2533 สัญญาที่บริษัทโจทก์ทำกับจำเลยทั้งสองซึ่ง เป็นลูกจ้างว่าภายใน กำหนดเวลา 24 เดือน นับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการไม่ว่า จะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิตภัณฑ์ หรือจำหน่าย (สุดแต่จะพึงปรับได้กับกรณีของ ลูกจ้าง) ซึ่ง ผลลัพท์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของบริษัทโจทก์ที่ตนได้ เคยมีส่วนเกี่ยวข้อง อยู่ด้วย ในระหว่างที่ทำงานกับบริษัทโจทก์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัทโจทก์ สัญญา ดังกล่าวไม่ได้ห้ามจำเลยทั้งสองไม่ให้กระทำโดยเด็ดขาด คงห้ามจำเลยเฉพาะสิ่งที่เป็นการแข่งขัน กับงานของบริษัทโจทก์ และในส่วนของงานที่จำเลยเคยทำกับบริษัท โจทก์ ทั้งเป็นการห้ามเพียง ตามกำหนดระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น ไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งหมด เสียทีเดียว จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสิทธิและประโยชน์ของกลุ่มในเชิงการประกอบ ธุรกิจโดยชอบไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่เป็นโมฆะ ซึ่งการ ทำสัญญานั้นสามารถทำได้ถ้าระยะเวลาการห้ามจะต้องไม่ยาวนานจนเกินไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1378/2535³⁷ โจทก์ชักชวนพนักงานของจำเลยให้ไป ทำงานที่สถานประกอบการอื่น ที่ประกอบกิจการอย่างเดียวกับจำเลยโดยกล่าวล่อๆ ไม่มีข้อเสนอ

³⁵ แหล่งเดิม.

³⁶ วิจิตรา (ฟุ้งสัดดา) วิเชียรชม ก เล่มเดิม. หน้า 51.

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1378/2535.

ที่แน่นอน และผู้ที่ถูกชักชวนดังกล่าวมิได้ลาออกไปทำงานที่ สถานประกอบการอื่น การที่โจทก์ ชักชวนและไม่ปรากฏว่าจำเลยเสียหาย การกระทำของโจทก์จึงไม่ถึงขั้นเป็นการสนทนาให้ร้ายเป็น ผลให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจของจำเลย หรือดำเนินกิจการแข่งขันกับจำเลย ซึ่งถือว่าเป็นการ ปฏิบัติตนเป็นปฏิปักษ์ต่อจำเลยตามคู่มือ ผู้ปฏิบัติงานของจำเลย ข้อ 35.10 และไม่ใช่เป็นการฝ่าฝืน ระเบียบ ข้อบังคับของจำเลยในข้อที่ร้ายแรงตามข้อ 35.11 แต่อย่างใด ซึ่งควรละเว้นกระทำการใน การแข่งขันกับนายจ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 นิติกรรมสัญญาใดที่แยกออกได้เป็นส่วนๆ หากส่วนใดตกเป็นโมฆะ ก็หาทำให้ส่วนที่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะไปด้วยไม่ โจทก์จ้างจำเลยทำงาน ในร้านเครื่องพิมพ์ดีดของโจทก์โดยมีข้อสัญญาว่าเมื่อออกจากร้าน โจทก์ไปแล้วห้ามมิให้ จำเลยไป ทำการเป็นช่างแก้ซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในร้านอื่นในเขตกรุงเทพเช่นนี้ไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ค่าธรรมเนียม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2181/2553³⁸ กรณีจะเป็นความผิดตาม พระราชบัญญัติ ความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 33 ข้อเท็จจริงต้องได้ความว่าจำเลยทั้งหกได้เปิดเผยความลับ ทางการค้าของโจทก์ให้เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไปในประการที่ทำให้ความลับทางการค้านั้นสิ้นสภาพ การเป็นความลับทางการค้า แต่ตามคำฟ้องโจทก์เป็นเรื่องที่โจทก์บรรยายฟ้องกล่าวหาว่า จำเลยที่ 1 ถึงที่ 5 นำข้อมูลที่โจทก์อ้างว่าเป็นความลับทางการค้าไปเปิดเผยแก่จำเลยที่ 6 ซึ่งเป็นนิติบุคคล ประเภทบริษัทที่จำเลยที่ 1 ถึงที่ 5 ร่วมกันจัดตั้งขึ้นมา แม้ตามกฎหมายจะถือว่าจำเลยที่ 6 เป็นบุคคล ซึ่งแยกออกมาต่างหากจากจำเลยที่ 1 ถึงที่ 5 ผู้ร่วมกันจัดตั้งจำเลยที่ 6 ก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่า กรณีเป็น เรื่องที่จำเลยที่ 1 ถึงที่ 5 นำข้อมูลที่โจทก์อ้างว่าเป็นความลับทางการค้าไปใช้เองโดยวิธีการจัดตั้ง บริษัทจำเลยที่ 6 ขึ้นมาเพื่อประโยชน์ในธุรกิจการค้าของจำเลยที่ 1 ถึงที่ 5 เท่านั้น ข้อมูลทางการค้า หรือความลับทางการค้านั้นก็คงอยู่ในความรับรู้ของจำเลยที่ 1 ถึงที่ 5 หรือจำเลยที่ 6 เท่านั้น มิได้เป็นการ เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวให้เป็นที่ล่วงรู้แก่บุคคลอื่นโดยทั่วไปตามความในมาตรา 33 ดังกล่าว แต่อย่าง ใด ผู้ศึกษาเห็นว่าถึงแม้ว่า ลูกจ้างจะไม่ได้เปิดเผยข้อมูลให้กับบุคคลภายนอกรับรู้ในความลับของ นายจ้างก็ตาม แต่ลูกจ้างก็ทำการงานแข่งขันกับนายจ้างโดยนำข้อมูลความลับนั้นมาใช้ในการงานที่ ลูกจ้างทั้ง 5 คนจัดตั้งขึ้น ถือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในการแข่งขันกับนายจ้าง และอาจทำให้ นายจ้างเสียหายได้เพราะความลับนั้นเป็นประโยชน์ในการงานของนายจ้างควรได้รับการคุ้มครอง จากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกจ้าง

³⁸ มิราเคิล คอนซัลแทนท์ จำกัด. (2554, 27 เมษายน). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2181/2553. สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2554, จาก <http://www.miracleconsultant.co.th/node/31005>

ประเทศไทย ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ที่บัญญัติคุ้มครองเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ผู้ศึกษาเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 นั้นการที่นายจ้างทำสัญญาห้ามลูกจ้างไม่ทำงานงานแข่งขันกับนายจ้างเป็นการป้องกันการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกจ้าง เพราะเนื่องจากสมัยนั้น การพิมพ์ดีดนั้นยังไม่เป็นที่แพร่หลายเท่าใดนัก ถ้านายจ้างไม่ทำสัญญาไว้เพื่อป้องกันประโยชน์ของธุรกิจของนายจ้างจะทำให้ได้รับความเสียหายจากการที่ลูกจ้างทำการงานแข่งขันกับนายจ้างได้อาจถึงขั้นปิดกิจการลง อีกทั้งยังไม่มีความหมายกำหนดระยะเวลาชัดเจนในการห้ามควรเป็นระยะเวลาเท่าใด จึงเป็นปัญหาอย่างหนึ่งในการทำสัญญาห้าม

ประเทศอังกฤษ เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี ในปัจจุบันมีกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า (The Competition Act 1998 แก้ไขปรับปรุงโดย The Enterprise Act 2002) ใช้บังคับกับข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการค้าแข่งขันดังเช่นข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันที่อยู่สัญญาจ้างแรงงาน แต่ศาลอังกฤษยังคงใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาผลบังคับของสัญญาจ้างแรงงานตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขัน ที่เรียกว่า (Restraint of Trade Doctrine) ซึ่งศาลอังกฤษจะพิจารณาตามความเหมาะสมชอบธรรม³⁹ ซึ่งการพิจารณาตามความชอบธรรมของอังกฤษพิจารณาเป็นคดีไป ในขณะที่ประเทศไทยได้ใช้กฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 หลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยฯ

จากการศึกษาพบว่า ประเทศอังกฤษในอดีตนั้น ได้ตัดสินคดีหนึ่งที่อยู่บนพื้นฐานหลักสุจริตว่า “มิได้ห้ามให้ใครประกอบอาชีพสุจริตนายจ้างไม่สามารถเรียกร้องอะไรได้ ในคดี (Ipswich Tailor’s Case (1614))”⁴⁰ ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ถ้าเป็นการตัดสินคดีในอดีตของประเทศอังกฤษ อันทำให้นายจ้างเสียประโยชน์ในธุรกิจของนายจ้างได้เพราะไม่มีกฎหมายพิเศษผลบังคับนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรให้พิจารณาถึง การห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริตด้วย เพราะถ้าไม่มีกฎหมายหรือสัญญาห้ามแล้ว ลูกจ้างมีสิทธิทำการแข่งขันกับนายจ้างได้ อันทำให้ธุรกิจของนายจ้างต้องเสียหายถึงขั้นปิดกิจการลง

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้บัญญัติกฎหมาย ในเรื่องการคุ้มครองและจำแนกไว้อย่างชัดเจนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน (HGB) หลักความชอบด้วยกฎหมายข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพ หรือการค้าแข่งขันตามมาตรา 74 ในส่วนของการทำการงานแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต ผู้ศึกษาเห็นด้วยในการที่จะให้มีการทำสัญญาห้ามทำการแข่งขันกับนายจ้างได้ เพราะลูกจ้างสามารถ

³⁹ ฌักทอร์ บุญประสาธ. เล่มเดิม. หน้า 32.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 29.

ทำการงานแข่งขันอาจทำให้นายจ้างได้รับความเสียหายได้อย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2181/2553 ที่ลูกจ้างล่วงรู้ความลับของนายจ้างและยังทำการงานแข่งขันกับนายจ้าง แต่ทั้งนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า จะต้องไม่การห้ามนานจนเกินไป เช่น ตลอดชีวิต หรือระยะเวลาที่ห้ามนานถึง 5 ปี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543⁴¹ ซึ่งศาลเห็นว่า ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ไม่เป็นโมฆะ แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นการห้ามนานจนเกินไปอาจจะเป็นการตัดทางประกอบอาชีพของลูกจ้างอย่างเด็ดขาดและรวมถึงพื้นที่ห้ามกว้างขวางมากจนเกินไปกลับกลายเป็นนายจ้างที่ใช้สิทธิไม่สุจริตเสียเองได้

หลักสุจริตคือหลักที่ดีที่สุดและสูงกว่าหลักศีลธรรมอีกทั้งมีมาตรฐานความเป็นธรรมในสังคมที่มีความไว้วางใจต่อกัน ในการรักษาสัตย์สัจจะหรือวาจาให้สัญญาต้องทำตามสัญญา รวมถึงทำตามประเพณี และได้พัฒนาเป็นรากฐานของกฎหมายเอกชนและกฎหมายแพ่งทั้งระบบ และเป็นที่ยอมรับหลายไม่ว่าประเทศใดหรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้นำหลักสุจริตไปปรับใช้

ในการคุ้มครองคู่สัญญาในกฎหมายแรงงาน กล่าวคือ นายจ้างและลูกจ้างที่ให้ความสุจริตจริงใจต่อกันและเกิดความยุติธรรม ควรที่จะนำหลักสุจริตไปบัญญัติไว้ในกฎหมายแรงงานให้มีความเป็นรูปธรรมชัดเจนในส่วนของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2541 ให้มีวัตถุประสงค์คุ้มครองคู่สัญญาจ้างแรงงานและอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต โดยจะเพิ่มเติมในมาตราต่างๆ เพื่อขจัดปัญหาความไม่สุจริตของคู่สัญญาไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นร่างมาตราดังต่อไปนี้

ในส่วนของการจ้างงานที่ไม่เสมอภาคและเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงและลูกจ้างรับเหมาค่าแรง เพื่อป้องกันการการจ้างงานที่ไม่เสมอภาคและเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างทั้งสองประเภทนี้ที่ไม่ได้รับความเท่าเทียมกันในเรื่องสภาพการจ้างและค่าตอบแทน เพื่อให้คุ้มครองครบทุกด้าน โดยบัญญัติเป็น

ร่างมาตรา 11/1 วรรคสอง “ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายใต้สภาพการจ้างที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน”

ในส่วนของการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เพื่อให้ได้ความเสมอภาคในการจ้างงาน โอกาสในการเข้าทำงานที่เท่าเทียมกัน เพราะเพศหญิงต่างก็เป็นมนุษย์เหมือนกับเพศชายซึ่งไม่ควรเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างกันในเรื่องเพศ โดยบัญญัติเป็น

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543.

ร่างมาตรา 15 “ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ว่าลักษณะของงานมีความจำเป็นที่ต้องเจาะจงให้เพศใดเพศหนึ่งทำโดยเฉพาะ”

ส่วนการเลิกจ้างเพื่อให้ลูกจ้างได้รับประโยชน์เมื่อลูกจ้างถูกเลิกจ้าง และกรณีนายจ้างรับกลับเข้าทำงานควรให้ลูกจ้างได้รับความคุ้มครองไม่ให้ นายจ้างกีดกันแก้งลูกจ้างได้อีกต่อไป และเรื่องค่าชดเชยที่ลูกจ้างที่ควรจะได้รับระหว่างถูกเลิกจ้างโดยบัญญัติเป็น

ร่างมาตรา 15/1 “ห้ามมิให้นายจ้างเลิกจ้างอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือเลิกจ้างโดยกีดกันแก้งลูกจ้าง และให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างและสิทธิประโยชน์อื่น ระหว่างถูกเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมจนกระทั่งรับกลับเข้าทำงานที่ลูกจ้างได้รับเป็นปกติ”

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เรื่องหลักสุจริตเป็นหลักที่มีความยุติธรรมที่สุดและสูงกว่าหลักศีลธรรมและยังเป็นมาตรฐานทางสังคม สามารถนำไปใช้ได้กับกฎหมายได้เกือบทุกประเภท ทุกสาขา ทุกระบบกฎหมายเป็นบทครอบจักรวาล และได้ใช้กันอย่างแพร่หลายตั้งแต่สมัยโรมันจนถึงปัจจุบันนี้ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งการนำหลักสุจริตที่มีลักษณะมีความเป็นนามธรรมและเนื้อความไม่ชัดเจนนั้นแต่ละประเทศได้นำไปใช้แตกต่างกันออกไป สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศแรกที่ได้นำหลักสุจริตนี้ไปบัญญัติไว้เป็นหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร และยังรวมไปถึงทุกประเทศที่มีสนธิสัญญากับกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับประเทศไทยได้นำหลักสุจริตนี้มาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นหลักทั่วไป และหลักเฉพาะ อย่างไรก็ตาม การที่จะนำหลักสุจริตมาใช้กับสัญญาจ้างแรงงานได้จะต้องเข้าข้อยกเว้น หรือกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ หรือเห็นสมควรจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะกฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายพิเศษคัดกฎหมายทั่วไป ซึ่งการนำหลักสุจริตมาใช้ได้จึงเป็นในลักษณะเป็นดุลพินิจของศาลในการตีความ อันจะทำให้ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันในการตัดสินคดี เพราะอัตตะวิสัยของแต่ละท่านนั้นไม่เท่ากันในการวินิจฉัยคดี ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในลักษณะที่เป็นดุลพินิจของศาลนั้น ไม่สามารถเยียวยาปัญหาในสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่สุจริตได้

จากการศึกษาค้นคว้าผู้ศึกษาพบว่า การแก้ไขปัญหการนำหลักสุจริตไปปรับใช้ในสัญญาจ้างแรงงานได้โดยไม่ต้องใช้ในลักษณะที่เป็นดุลพินิจของศาลในการตีความนั้น โดยให้มีการบัญญัติกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต เช่น มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งบัญญัติขึ้นเพราะเกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้าง ทำให้ศาลตีความไปทำให้นายจ้างมีอำนาจที่จะกระทำสัญญาที่กำหนดครั้งก็ได้ และทำให้นายจ้างมีโอกาสหลีกเลี่ยงการจ่ายค่าชดเชยตามมาตรา 118 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อย่างไร

ก็ตาม เมื่อมีบทบัญญัติมาตรา 20 ขึ้นสามารถขยายการนับอายุงานที่ไม่ต่อเนื่องของลูกจ้างได้ ทำให้นายจ้างไม่สามารถใช้สิทธิโดยไม่สุจริตหลีกเลี่ยงกฎหมายได้

ประเทศไทยควรบัญญัติหลักกฎหมายแรงงานที่คุ้มครองด้วยบทบัญญัติโดยที่ไม่ต้องมีการตีความและใช้ดุลพินิจของศาล ให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตที่กำหนดอย่างชัดเจน ซึ่งนำไปบัญญัติหรือปรับปรุงกฎหมายแรงงานเพื่อแก้ปัญหาระหว่างคู่สัญญา คือนายจ้างและลูกจ้างที่ใช้สิทธิไม่สุจริตต่อกัน ผู้ศึกษาได้ทำการค้นคว้ากฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศที่มีหลักการ แนวความคิด และบทบัญญัติของหลักสุจริต เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ปัญหากฎหมายแรงงานของประเทศไทยที่มีข้อบกพร่อง และควรมีการปรับปรุงแก้ไขให้อยู่บนหลักพื้นฐานของหลักสุจริต และได้จำแนกปัญหาการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งผู้ศึกษาได้ทำการเปรียบเทียบสรุปปัญหาในกฎหมายไทยกับการนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับหลักสุจริตของระหว่างประเทศ ต่างประเทศ ในตารางเปรียบเทียบในภาคผนวก ก. ตารางใช้สิทธิที่ไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงานเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ ต่างประเทศและประเทศไทย หน้า 215-218

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษา ปัญหาของหลักสุจริต เปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย ซึ่งมีทั้งแนวทางที่เป็นปัญหาเหมือนกันกับประเทศไทย และแนวทางที่ดีและสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตระหว่างคู่สัญญาจ้างแรงงานอยู่หลายกรณี และกฎหมายที่ใช้บังคับก็ยังมีข้อบกพร่องไม่มีความชัดเจนในการกำหนดกฎหมาย และให้คุ้มครองครอบคลุมทุกด้านทำให้เป็นช่องทางในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย ดังนั้น จึงควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อประโยชน์ของการคุ้มครองคู่สัญญาในกฎหมายแรงงานให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตต่อไป

5.2.1 ลักษณะของหลักสุจริตที่ไม่ชัดเจนเป็นนามธรรม

เนื่องจากหลักสุจริตเป็นปัญหาความเป็นนามธรรมเนื้อความไม่ชัดเจน ไม่มีกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน จากการศึกษา ได้เปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศ ต่างประเทศกับการแก้ปัญหาของกฎหมายแรงงาน โดยให้มีการบัญญัติปรับปรุงกฎหมายแรงงานให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต ซึ่งศาลสามารถนำบทบัญญัตินั้นมาปรับใช้ และไม่ต้องเข้าข้อยกเว้น หรือไม่มีหลักกฎหมายเรื่องนั้นบัญญัติไว้โดยเฉพาะ หรือในกรณีที่มีเหตุจำเป็นอย่างยิ่งอีกต่อไป

5.2.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของคู่สัญญาในสัญญาจ้างแรงงาน

หลักสุจริตเป็นหลักที่ดีที่สุดสามารถนำมาใช้ได้กับทุกระบบกฎหมาย กฎหมายระหว่างประเทศ ต่างประเทศ และประเทศไทยก็ได้ นำหลักสุจริตมาบัญญัติไว้เป็นหลักกฎหมาย และกฎหมายแรงงาน ได้ใช้หลักสุจริตด้วย ซึ่งกฎหมายแรงงานมีทั้งฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างที่จะต้องสุจริตต่อกันในการทำสัญญาจ้างแรงงาน

5.2.3 การหลีกเลี่ยงกฎหมายแรงงาน

เนื่องจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2298/2523 เป็นการขัดต่อหลักสุจริต อันทำให้ลูกจ้างนั้นต้องเสียหายในการที่ไม่ได้นับอายุงานต่อเนื่อง และไม่ได้รับค่าชดเชยตามกฎหมายแรงงานทั้งนี้เกิดจากการที่นายจ้างสิทธิโดยไม่สุจริต และไม่มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองหรือกฎหมายมีช่องทางให้นายจ้างใช้สิทธิที่ไม่สุจริตหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ ดังนั้น ได้มีบทบัญญัติ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพื่อเป็นการคุ้มครองความยุติธรรมให้ลูกจ้างได้นับอายุงานต่อเนื่องจากการที่นายจ้างได้ทำสัญญาจ้างแรงงานหลายสัญญา โดยบัญญัติ มาตรา 20 เพื่อเป็นคุ้มครองลูกจ้างและไม่เป็นการตีความที่ขัดต่อหลักสุจริต ซึ่งผู้ศึกษาได้นำแนวทางนี้เสนอการแก้ไขปัญหาสัญญาจ้างแรงงานให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต โดยการคุ้มครองด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย ที่อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต

5.2.3.1 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้าง

นายจ้างเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีฐานะที่เหนือกว่าลูกจ้าง และเป็นผู้ที่ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน เพราะนายจ้างต้องการที่จะได้รับประโยชน์ให้ได้มากที่สุด รวมถึงการได้ประโยชน์จากลูกจ้างที่มีฐานะด้อยกว่าเสียเปรียบกว่า เช่น ต้องการลดต้นทุนในการผลิตหรือจ่ายค่าตอบแทนให้กับลูกจ้างไม่เท่าเทียมกัน หรือในกรณีออกกฎ ระเบียบข้อบังคับของสถานประกอบการของนายจ้างเองโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายที่บกพร่อง หรือกฎหมายที่คุ้มครองไม่ครบทุกด้านหรือความแตกต่างเพียงเพราะเพศ เป็นต้น ปัญหาต่างๆ เหล่านี้ถ้าไม่ทำการแก้ไขจะนำไปสู่ปัญหาการเลิกจ้างได้

1) การจ้างงานที่ไม่เสมอภาคถือเป็นการเลือกปฏิบัติในสัญญาจ้างแรงงาน

ในการจ้างแรงงานของประเทศไทยถึงแม้จะมีกฎหมายออกมาคุ้มครองเอื้อประโยชน์ให้กับลูกจ้างเพื่อไม่ให้ให้นายจ้างเอาเปรียบลูกจ้าง อย่างไรก็ตาม ยังพบว่ามีช่องว่างของกฎหมาย อันทำให้เกิดปัญหาการจ้างแรงงานที่ไม่เสมอภาคหรือเลือกปฏิบัติ

(1) การจ้างงานโดยวิธีเหมาค่าแรง

นับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้มาตรา 11/1 วรรคสอง เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 เจตนารมณ์ในการคุ้มครองกฎหมายนั้นทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่ได้รับ

การคุ้มครองดังเช่นเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะกฎหมายยังเปิดโอกาสให้นายจ้างเลือกปฏิบัติกับลูกจ้างทั้งสองประเภท ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า เพราะกฎหมายคุ้มครองไม่ครบทุกด้าน และเป็นเพราะตัวบทกฎหมายยังมีข้อบกพร่องหลายประการที่ควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อเป็นประโยชน์ให้กับลูกจ้างเหมาค่าแรงให้มีความเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้าง โดยตรงเป็นมาตรฐานเดียวกัน

เนื่องจากความใน มาตรา 11/1 วรรคสองยังมีปัญหาอยู่ในความไม่เท่าเทียมกันระหว่างลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงและลูกจ้างรับเหมาค่าแรง เช่น ในเรื่องของสภาพการจ้างและค่าตอบแทน ไม่ได้ได้รับความเท่าเทียมกันอย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้ศึกษาเสนอให้แก้ไข มาตรา 11/1 วรรคสองให้มีความเท่าเทียมกันทุกด้าน

(2) สัญญาจ้างแรงงานที่กำหนดให้ทำงานเฉพาะชาย

เมื่อพิจารณาความมาตรา 15 ตอนท้ายยังมีข้อบกพร่องที่ทำให้นายจ้างหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ และเพื่อไม่ให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้โดยอาศัยข้อกฎหมายที่มีช่องว่างทำให้เกิดปัญหาการจ้างงานที่ไม่เสมอภาคในระหว่างเพศชายและเพศหญิงได้อีก เช่น การรับสมัครงาน การเกษียณอายุ เป็นต้น ผู้ศึกษาขอเสนอให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงปรับปรุงหลักกฎหมายเพื่อไม่ให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตกับลูกจ้างหญิงได้อีก

ก. การรับสมัครงานเฉพาะลูกจ้างชายเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้สิทธิลาคลอดของลูกจ้างหญิง

ปัจจุบันเพศหญิงมีความเท่าเทียมกับเพศชาย ไม่ว่าจะเป็นการศึกษา หน้าที่การงาน ความสามารถผู้หญิงนี้เท่าเทียมเทียบกับผู้ชาย หรือแม้แต่ฐานะทางสังคมผู้หญิงได้มีการยอมรับในสังคมแม้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ต่างประเทศ และรวมถึงประเทศไทยด้วย ได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้หญิงมีครรภ์ที่มีฐานะเป็นมารดา อีกทั้งห้ามเลิกจ้างหญิง เพราะเหตุมีครรภ์นั้น อย่างไรก็ตาม นายจ้างยังมีการหลีกเลี่ยงกฎหมายได้โดยอาศัยข้อบกพร่องของมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพราะกฎหมายหมายมาตรานี้เป็นหลักเกณฑ์กว้างๆ ในการให้ชายและหญิงมีสิทธิที่เท่าเทียมกัน ซึ่งกฎหมายมีช่องทางที่ทำให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้

ข. สัญญาจ้างแรงงานกำหนดเกษียณอายุลูกจ้างชายและลูกจ้างหญิงไม่เท่าเทียมกัน

เนื่องจาก นายจ้างเป็นผู้ออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ในสถานประกอบการ จึงทำให้นายจ้างใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงานให้ลูกจ้างหญิงเกษียณอายุก่อนลูกจ้างชาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6011-6017/2545) ซึ่งเป็นการขัดต่อมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้าง

ในการออกกฎระเบียบ ข้อบังคับในการทำงาน ดังนั้น เป็นเพราะข้อบกพร่องของมาตรา 15¹ จึงควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อเป็นประโยชน์กับลูกจ้างหญิงที่ได้รับความเป็นธรรมเพราะนายจ้าง หลีกเลี่ยงกฎหมาย

การจ้างงานที่ไม่เสมอภาคระหว่างลูกจ้างทั้งสองประเภท คือลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง หรือการเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างหญิงและลูกจ้างชาย ซึ่งผู้ศึกษาขอเสนอแนะแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงานที่ไม่เสมอภาคโดยบัญญัติเป็นร่างมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และปัญหาต่างๆ เหล่านี้อาจพิจารณาไปถึงการเลิกจ้างโดยใช้สิทธิไม่สุจริตได้และควรให้มีการแก้ไขเป็นร่างมาตรา 15/1

2) การเลิกจ้างโดยใช้สิทธิไม่สุจริต

การเลิกจ้างถือเป็นโทษที่ร้ายแรงที่สุดของกฎหมายแรงงาน นักกฎหมายบางท่าน ถ้าเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาถือเป็นโทษร้ายแรงขึ้นประหารชีวิต เพราะการเลิกจ้างเป็นการประหารความสัมพันธ์กับนายจ้างและลูกจ้างให้ขาดความสัมพันธ์ต่อกัน เมื่อนายจ้างไม่ต้องการใช้ประโยชน์จากลูกจ้างต่อไป นายจ้างต้องการเลิกจ้างลูกจ้าง ทั้งนี้การเลิกจ้างไม่อาจทำได้โดยอำเภอใจของนายจ้างเพราะมีกฎหมายแรงงานคุ้มครองในการเลิกจ้างโดยที่ไม่เป็นธรรม พระราชบัญญัติจัดตั้งวิธีพิจารณาและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49 เป็นการเยียวยาให้นายจ้างรับกลับเข้าทำงานตามเดิมได้เมื่อถูกการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม

(1) ลักษณะของการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมไม่มีกฎหมายที่ชัดเจน

เนื่องจากความในมาตรา 49² ยังไม่สามารถเอื้อประโยชน์คุ้มครองลูกจ้างได้ยุติธรรมเท่าใดนัก เพราะไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในตัวบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความชัดเจนคุ้มครองการถูกนายจ้างกลั่นแกล้งหรือใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเลิกจ้างลูกจ้าง และพึงพิจารณาไปถึงการได้รับค่าจ้างระหว่างถูกเลิกจ้างโดยที่ไม่เป็นธรรมจนกระทั่งรับกลับเข้าทำงาน

(2) ค่าจ้างระหว่างถูกเลิกจ้างจนกระทั่งกลับเข้าทำงาน

เมื่อพิจารณาได้ความว่า เป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมของนายจ้างเกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตทั้งปวงในการกลั่นแกล้งลูกจ้างจนทำให้ลูกจ้างถูกเลิกจ้าง ดังนั้น สัญญาการเลิกจ้างจึงยังไม่สิ้นสุด ยังคงมีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันอยู่ตามกฎหมาย สัญญาจ้างแรงงานดำเนินต่อไป นายจ้างจะต้องมีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้กับลูกจ้างในค่าจ้างระหว่างที่ถูกเลิกจ้างจนกระทั่งรับกลับเข้าทำงาน รวมถึงค่าเสียหายที่ถูกเลิกจ้างไม่เป็นธรรมด้วย

¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 15.

² พระราชบัญญัติจัดตั้งวิธีพิจารณาและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522, มาตรา 49.

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแก้ไขให้เป็นร่าง มาตรา 15/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพื่อเป็นประโยชน์กับลูกจ้างและสังคมต่อไป

ปัญหาการจ้างงานที่ไม่เสมอภาคและการพิจารณาไปถึงปัญหาการเลิกจ้างที่เกิดจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนายจ้าง โดยผู้ศึกษาได้เสนอแนะเป็นแก้ไขร่างมาตราไว้ในภาคผนวก ข. รวมตารางเปรียบเทียบเสนอการแก้ไขกฎหมาย หน้า 219-220

5.2.3.2 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกจ้าง

เนื่องจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกจ้างอาจเกิดปัญหาขึ้นถ้ากฎหมายเปิดช่องให้ลูกจ้างได้รับผลประโยชน์นอกเหนือจากการได้รับค่าจ้างในการทำงานให้กับนายจ้างเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งไม่ว่าจะเป็นนายจ้างหรือลูกจ้างก็ตาม เมื่อต่างฝ่ายมีช่องว่างได้รับผลประโยชน์อันทำให้ทั้งสองฝ่ายใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้

1) การรักษาความลับของนายจ้าง

เมื่อพิจารณาถึงความลับของนายจ้างเป็นหน้าที่สำคัญของลูกจ้าง ซึ่งต้องมีหน้าที่ปกปิดความลับในธุรกิจของนายจ้างเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลภายนอกหรือคู่แข่งทางธุรกิจของนายจ้างล่วงรู้ความลับ อันทำให้นายจ้างได้รับความเสียหาย ซึ่งในกรณีที่อยู่ระหว่างการทำงานกับนายจ้างนายจ้างสามารถไล่ออกได้ทันทีตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 543 เมื่อออกจากงานไปแล้วกฎหมายไม่ได้คุ้มครองถึงผลประโยชน์นายจ้างด้วย จึงควรมีการทำสัญญาห้ามการนำความลับในธุรกิจของนายจ้างไปเปิดเผยหรือนำความลับไปใช้ประโยชน์กับลูกจ้างเองในทางกระทำการแข่งขันกับนายจ้าง ซึ่งควรมีกำหนดระยะเวลาแต่ไม่ควรที่จะห้ามนานจนเกินไปถึง 5 ปี

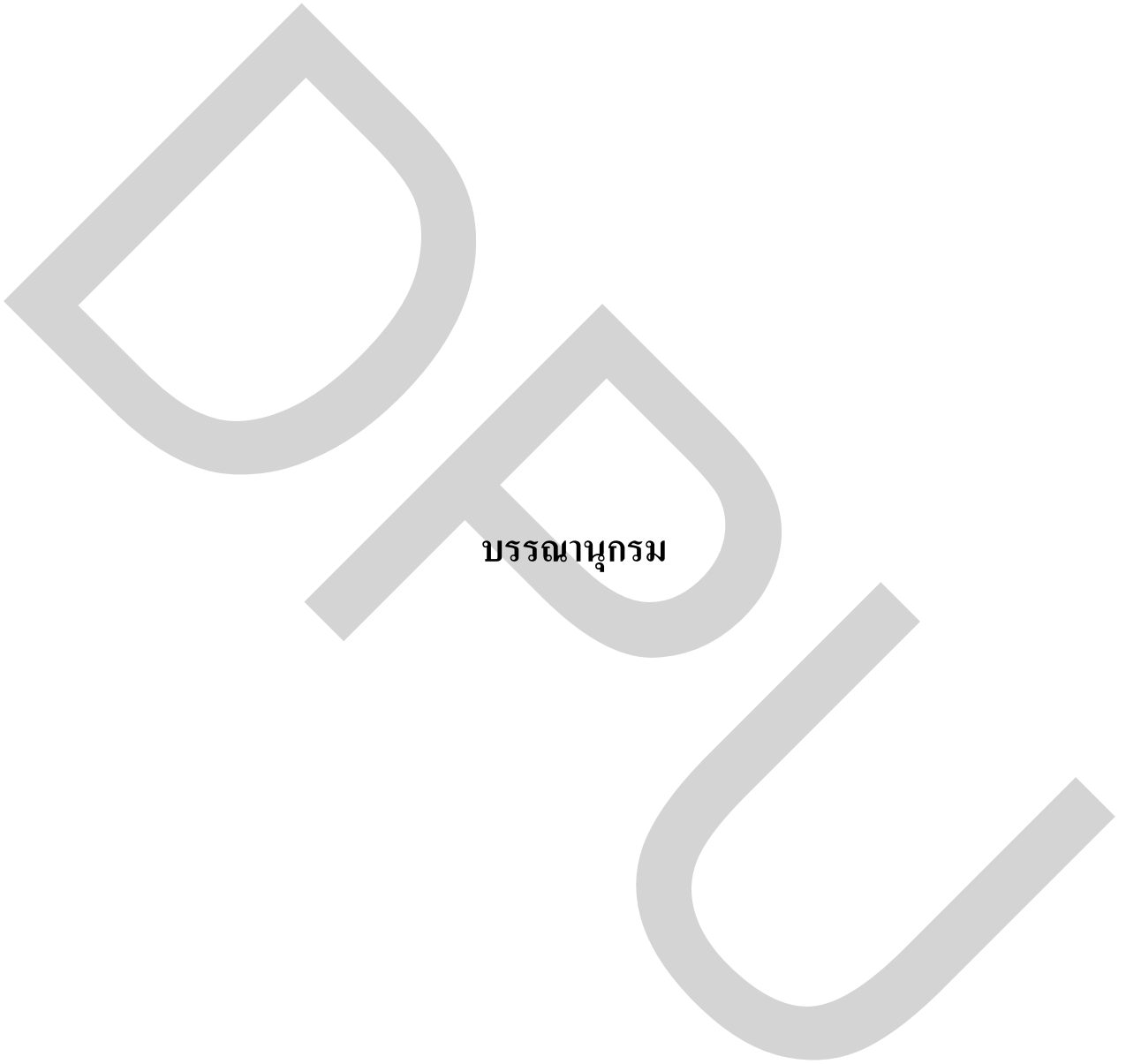
2) การห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต

การห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างนี้ สืบเนื่องจากการหน้าที่รักษาความลับของนายจ้าง เพราะถ้าลูกจ้างนำความลับในธุรกิจของนายจ้างมาใช้ประโยชน์กับตัวลูกจ้างเอง โดยที่กระทำการแข่งขันกับนายจ้าง ทำให้ธุรกิจเสียหายถึงขั้นปิดกิจการ แม้ว่าสัญญาจ้างแรงงานจะสิ้นสุดลงแล้วถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 583 อย่างไรก็ตาม ควรให้มีการทำสัญญาห้ามกระทำการแข่งขันกับนายจ้างอันเป็นการฝ่าฝืนกับหลักสุจริต ซึ่งกฎหมายไม่ได้มีกำหนดชัดเจนว่าควรห้ามระยะเวลานานเท่าใด ผู้ศึกษาเห็นว่า ไม่ควรห้ามนานถึง 5 ปี เพราะเป็นการจำกัดทางประกอบอาชีพของลูกจ้างที่นานเกินไป

การนำหลักสุจริตมาใช้กับกฎหมายแรงงานเป็นการเหมาะสมและยุติธรรมที่สุดเพราะเป็นมาตรฐานของสังคม เพราะหลักสุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ถือเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดและเป็นบทครอบจักรวาล สามารถใช้ได้กับกฎหมายทุกระบบทุกประเภท และทุกแขนงสาขา อย่างไรก็ตาม การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับกฎหมายแรงงานเพื่อแก้ไขปัญหาก็ไม่ใช่เรื่องที่จะนำมาปรับ

ใช้ได้ในพื้นที่ เพราะกฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายพิเศษ การนำมาปรับใช้กับกฎหมายแรงงานจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการตีความ ซึ่งการตีความของศาลเป็นอิสระวิสัยของแต่ละบุคคลมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป จึงทำให้การตัดสินไม่เป็นที่ยุติธรรมเท่าที่ควรเพราะไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งหมด

ผู้ศึกษาจึงได้แก้ไขปัญหาความเป็นนามธรรมและไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนและเป็นหลักทั่วไป โดยการเสนอร่างกฎหมายแรงงานพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 11/1 วรรคสอง มาตรา 15 และเพิ่มเติมมาตรา 15/1 ให้อยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตซึ่งไม่ต้องอาศัยการตีความเป็นการคุ้มครองด้วยบทบัญญัติของกฎหมายที่จะช่วยเยียวยา และอำนวยความสะดวกคุ้มครองการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงานได้



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เกษมสันต์ วิลาวรรณ. (2551). **คำอธิบายกฎหมายแรงงาน** (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2530). **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์รวบรวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาของ ศ.ดร. หยุต แสงอุทัย**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณะอนุกรรมการค่าน้ำและวิชาการ สมาคมประกันวินาศภัย. (2530). **คู่มือวิชาการประกันภัย**. กรุงเทพฯ: สมาคมประกันวินาศภัย.
- จรัส เล็งวิทยา. (2546). **ป.พ.พ. ว่าด้วยเช่าซื้อ เช่าทรัพย์จ้างแรงงานจ้างทำของและรับขน**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จินดา ชัยรัตน์. (2478). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. พระนคร: จันทน์.
- จี๊ด เศรษฐบุตร. (2539). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2528). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2522** โดยนายจิตติ ตึงศภักดิ์. กรุงเทพฯ: มิตรนภาการพิมพ์.
- คาราพร ธีระวัฒน์. (2542). **กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เทพวิฑูร พระยา. (2476). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอน 1 (มาตรา 1-43)**. พระนคร: ปอทอง.
- ชานินทร์ กรัยวิเชียร. (2529). **ระบบกฎหมายอังกฤษ**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ธีระ ศรีธรรมรักษ์. (2543). **กฎหมายแรงงาน**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- บัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ. (2551). **วิเคราะห์กฎหมายแรงงานกับการส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนทำงาน**. ปทุมธานี: มูลนิธิธรรมาภรณ์พงศ์พันธ์.
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. (2538). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด และจัดการงานนอกสั่ง**. กรุงเทพฯ: ศรีสมบัติการพิมพ์.
- ประสิทธิ์ ไชวโกล. (2545). **กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4-14**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). **หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจหนังสืออนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2526). **กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป**. กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์.
- _____. (2539). **นิติปรัชญา**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี พนมยงค์. (2471). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1**. พระนคร: นิติศาล.
- ไพฑูริศ เอกจริยกร. (2551). **คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน (พิมพ์ครั้งที่ 8)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- มานิตย์ จุมปา. (2549). **ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 7)**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- รองพล เจริญพันธ์. (ม.ป.ป.). **กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2530). **พจนานุกรม ฉบับเฉลิมพระเกียรติ**. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.
- วงษ์ วีระพงศ์. (2507). **คำอธิบายลักษณะละเมิด หมิ่นประมาท**. กรุงเทพฯ: อักษรสารการพิมพ์.
- วิจิตรา (ฟุ้งถัดดา) วิเชียรชม. (2550). **รวมบทความงานวิชาการประจำปีพ.ศ. 2550 (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. ปทุมธานี: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2551). **คำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งชั้นสูง**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- _____. (2552). **สัญญาจ้างแรงงาน (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2553). **ย่อหลักกฎหมายแรงงาน (พิมพ์ครั้งที่ 24)**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ศันนักรัตน์ โสถิพันธุ์. (2553). **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 15)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2548). **หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. (2527). **คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- สมชัย วิชญไพศฐสกุล. (2530). **หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมยศ เชื้อไชย. (2550). **ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 14)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2534). **คู่มือศึกษากฎหมายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป ตามแนวคำสอนของดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2541). **ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- สมบัติ เบญจศิริมงคล. (2542). **กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคในประเทศเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: มูลนิธิฟรีดริชเอแบร์ท (FES).
- สุดาศิริ วสวงส์. (2551). **คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- สุรินทร์ จิรวินัย. (2551). **ระบบการประกันสังคมในประเทศญี่ปุ่น**. กรุงเทพฯ: สำนักงานประกันสังคม.
- สุริยา ปานแป้น, อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2553). **คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุนัย มโนอุคม. (ม.ป.ป.). **ระบบกฎหมายอังกฤษ (English Legal System)**. กรุงเทพฯ: ประยูรวงศ์วิทยา.
- สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี. (2505). **คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีประสาทพระวิหาร**. กรุงเทพฯ: สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี.
- เสนีย์ ปราโมช. (2520). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- โสภณ รัตนกร. (2545). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- หยุด แสงอุทัย. (2530). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. กรุงเทพฯ: ประกายพริก.
- _____. (2517). **กฎหมายแพ่งลักษณะมูลแห่งหนึ่ง**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บทความ

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชิวาลอร์และคอมมอลลอว์.” **ตุลพาท, 41, 1**. หน้า 50-74.
- จำปี หยกอุบล. (2534). “หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา.” **วารสารนิติศาสตร์, 21, 1**. หน้า 119-120.
- ชัยวัฒน์ วังศ์วัฒนสานต์. (2529, กันยายน). “การใช้สิทธิโดยไม่ชอบ (Abuse of right).” **วารสารนิติศาสตร์, 16, 3**. หน้า 100.
- ประคนธ์ พันธุ์วิชาติกุล. (ม.ป.ป.). “ค่าเสียหายจากการกระทำอันไม่เป็นธรรม.” **วารสารศาลแรงงาน, 4, 4**. หน้า 7.

- ประชุม โฉมฉาย. (2539, มีนาคม). “ความสำคัญและวิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน.” วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 26, 1. หน้า 98 และ 99.
- พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น. (2548, มกราคม). “สัญญาจำกัดสิทธิในสัญญาจ้างแรงงาน (Restrictive Covenants) สัญญาทาสจริงหรือ.” หลากหลายกฎหมายธุรกิจ, 25. หน้า 32-42.
- ไว ภิโยคิลกษัย. (2514, ธันวาคม). “กฎหมายปิดปาก.” วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 3, 3. หน้า 31-32.
- สุด สุตรา. (2516, มีนาคม-เมษายน). “การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต (Abuse of Right).” ดุลพาห, 20. หน้า 11.
- สุรศักดิ์ มณีสร. (2527, ธันวาคม). “การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม.” วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 14, 4. หน้า 92-134.
- อนันต์ ชุมวิสูตร. (2548, ธันวาคม). “การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม.” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช), 17, 2. หน้า 68-84.
- อุบลรัตน์ สิทธิยานันท์. (2530, ธันวาคม). “ความหมายของ ‘การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น’ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” บทบัญญัติ, 43. หน้า 31-34.

วิทยานิพนธ์

- ณภัทร บุญประสาท. (2551). ผลบังคับของข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันในสัญญาจ้างแรงงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นารีมาน รักธรรม. (2549). การนำหลักสุจริตมาใช้ในทางภาษีอากร: ศึกษาเฉพาะกรณีการตอบข้อหารือโดยกรมสรรพากร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปิ่นวดี สุจริตกุล. (2538). เทคโนโลยีสมัยใหม่กับการเลิกจ้างในภาคอุตสาหกรรม. กรมสรรพากร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ปิยมาศ รัตนะบดี. (2544). ปัญหาทางกฎหมายในเรื่องการใช้แรงงานหญิง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

- พงษ์อาจ ตรีกิจวัฒนากุล. (2525). **กฎหมายปิดปาก**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พนิต เหล่าจรุงเกศักร. (2549). **หลักสุจริตของผู้ขายในสัญญาซื้อขาย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ภาวีร์ กษิตินนท์. (2550). **การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- มาลัย ธรรมโชติง. (2545). **การดำเนินกระบวนการพิจารณาดีแฟงโดยไม่สุจริต**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วินัย ลูวิโรจน์. (2533). **สัญญาจ้างแรงงาน: ศึกษาในแง่ลักษณะสำคัญของนิติสัมพันธ์**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุจิต ปัญญาพฤษย์. (2541). **การใช้สิทธิโดยสุจริต**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อุบลรัตน์ สิทธิยานันท์. (2530). **การใช้สิทธิเกินส่วนในกฎหมายลักษณะละเมิด**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เอกสารอื่นๆ

- จรัญ ภัคดีธนากุล. (2541). **ถอดเทปการอภิปรายในการสัมมนาผู้พิพากษาเรื่อง “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.”** กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการส่งเสริมงานตุลาการกระทรวงยุติธรรม.
- มาลี พฤษย์พงสาวลี. (ม.ป.ป.). **เอกสารประกอบการสอนวิชาปัญหากฎหมายแรงงานและประกันสังคมมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วันเพ็ญ หนูเกตุ. (2547). **บทบาทของหลักสุจริตที่มีต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ**. สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

- กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. (2551, 27 พฤษภาคม). คำชี้แจงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551. สืบค้นเมื่อ 25 พฤษภาคม 2552,
จาก <http://portal.labour.go.th/labour/th/>
- กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์. (2522, 18 ธันวาคม). กฎหมายอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ. สืบค้นเมื่อ 17 มิถุนายน 2554,
จาก <http://www.m-society.go.th/lawdatabase.php>
- เกรียงศักดิ์ สุวรรณศรี. (ม.ป.ป.). ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน 2553,
จาก <http://www.google.co.th/>
- กลุ่มมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ. (2552, 24 ธันวาคม). อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ. สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2554,
จาก <http://ils.labour.go.th/doc/c111.pdf>
- เกษมสันต์ วิลาวรรณ. (ม.ป.ป.). หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3116/2544. สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2554,
จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>
- คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานสตรีแห่งชาติ (กสส.) สำนักนายกรัฐมนตรี. (ม.ป.ป.). อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ. สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2554,
จาก http://www.lp-ju.ago.go.th/select_topic/topic02.htm
- บางกอกสยาม. (ม.ป.ป.). หลักสำคัญพื้นฐานของสัญญาประกันภัย. สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2553,
จาก <http://www.bkksiam.com/tacademic.php#2>
- มิราเคิล คอนซัลแทนท์ จำกัด. (2554, 27 เมษายน). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2181/2553. สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2554,
จาก <http://www.miracleconsultant.co.th/node/31005>
- วรรณรี สิงห์โต. (ม.ป.ป.). หลักสุจริต. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน 2553,
จาก <http://www.google.co.th/>
- สมบัติ ลีกัล. (2549, 26 เมษายน). การจ่ายค่าจ้างกับการไม่มอบงานให้ทำ. สืบค้นเมื่อ 31 พฤษภาคม 2552, จาก

[http://www.sombatlegal.com/index.php?lay=show&ac=article&Id=321697&Nty
pe=3](http://www.sombatlegal.com/index.php?lay=show&ac=article&Id=321697&Ntype=3)

- สุรัสวดี เจียมสุวรรณ. (2552, 22 เมษายน). การจ้างเหมาค่าแรง (กรมสวัสดิการและคุ้มครอง
แรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,
จาก <http://www.ilo.org/public/English/dialogue/ifpdial/info/national/kor.htm>
_____. (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติ
คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2)
พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,
จาก <http://www.labour.go.th/>
_____. (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติ
คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2)
พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,
จาก <http://staging.ilo.org/public/englih/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v,2b.htm>
_____. (2552, 22 เมษายน). บทบัญญัติจากการเลือกปฏิบัติ: มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติ
คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2)
พ.ศ. 2551 (กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน). สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2552,
จาก http://labour.delhigovt.nic.in/ac/details_acts/contractlabour/index.html
_____. (2549, 20 พฤศจิกายน). ห้ามทำสัญญาจ้างแรงงานขัดหรือแย้งกับข้อตกลงเกี่ยวกับ
สภาพการจ้าง. สืบค้นเมื่อ 31 พฤษภาคม 2552,
จาก <http://www.sombatlegal.com/index.php?lay=show&ac=article&Id=374238>
สำนักราชบริหาร. (2552, 5 ธันวาคม). พระราชดำรัส รัชกาลที่ 9 เนื่องในงานพระราชพิธีเฉลิม
พระชนมพรรษา วันที่ 5 ธันวาคม 2552. สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2552, จาก
[http://www.ohmpps.go.th/prabrmbrachowat.php?offset=5&cg_id=533&id_head
=4](http://www.ohmpps.go.th/prabrmbrachowat.php?offset=5&cg_id=533&id_head=4)
_____. (2553, 8 มีนาคม). พระบรมราโชวาท สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยาม
บรมราชกุมารี เนื่องในพิธีพระราชทานปริญญาบัตรแก่ผู้สำเร็จการศึกษาจาก
มหาวิทยาลัยรามคำแหง วันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2553. สืบค้นเมื่อ 9 มีนาคม 2553,
จาก <http://www.ohmpps.go.th/index.php>

หอมรดกไทย. (2515, 7 สิงหาคม). พระบรมราโชวาทรัชกาลที่ 9 เนื่องในพิธีพระราชทาน
ประกาศนียบัตรแก่นักศึกษาของสำนักอบรมแห่งเนติบัณฑิตยสภาในวันที่ 7 สิงหาคม
2515. สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2552,

จาก <http://www1.mod.go.th/heritage/king/rama9/rama91.htm>

อริยะ เพ็ชรสาคร. (2549, 16 ตุลาคม). หลักเสรีภาพในการทำสัญญา. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน
2553,

จาก <http://gotoknow.org/blog/lawmm/54786>

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 100, และฉบับที่ 111.

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Alan Ahmad, Wan and Hingun, Moshin. (1995). **An Introduction to Administrative.**

Singapore: Pearson (singapore) Pte.

Alan Watson. (1970). **The Law of ancient Romans.** U.S.A.: Southern Methodist University
Press, Dallas.

Andre Tunc and J.A. Jolowicz. (1974). **International Encyclopedia of Comparative Law.**

Germany, Netherlands: Tubingen.

Barry Nicholas. (1962). **An Introduction to Roman Law.** Oxford: Clarendon Press.

- Beatson, Jack and Friedmann, Daniel. (1965). **Good Faith and Fault in Contract Law**. New York: Morgan.
- Brownsword Roger and Norma J. Hird and Geraint Howells. (1999). **“Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law.” in Good Faith in Contract: Concept and Context**. United Kingdom and London: Aldershot Ashgate/Darhmouth.
- Borkowski and Andrew. (1994). **Textbook on Roman Law**. London: Black stone Press.
- Cohn, E.J. (1968). **Manual German Law**. London: Oceana.
- Connor, J.F.O. (1991). **Good faith in International Law**. Cambridge University: Aldershot, Darhmouth.
- Dalloz. (1991). **Code du Travail**. Paris: Dalloz.
- Friedman, W.L. (1967). **Legal Theory**. London: Stevens and Sons.
- Fritz Schulz. (1954). **Classical Roman Law**. Oxford: Clarendon Press.
- _____. (1956). **Principle of Roman Law**. Oxford: Clarendon Press.
- Horn, Kotz and Leser. (1982). **An Introduction to German Private and Commercial Law**. Oxford and New York: Clarendon Press.
- Institute for Labour Studies. (1999). **Integrated Labor And Labor-Related Laws**. Philipines: the institute for Labour Studies Department of Labor and Employment.
- Ivy William. (1982). **The Sources of Law in The Swiss Civil Code**. London: Oxford Clarendon Press.
- Jack Beatson and Daniel Friedman. (1997). **Good Faith and Fault in Contact Law**. New York: Oxford University Press.
- Jean-Claude Javillier. (1981). **Droit du Travail**. Paris: Librairie generale de Droit et de Jurisprudence.
- Konrad Zweigert and Hein Kotz. (1977). **An Introduction to Comparative Law**. Amsterdam; New York: Oxford.
- Lee. R.W. and Justinjan. (1956). **The Element of Roman law**. London: Sweet and Maxwell.
- Mark Pawlowski. (1996). **The doctrine of Proprietary estoppel**. Lodon: Sweet and Maxwell.
- Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G.Leser. (1982). **An Introduction Private and Commercial Law**. Translated by Tony Weir, London: Oxford at Clarendon Press.

- Ole Lando and Hugh Beale eds. (2000). **“The Commission of European Contract Law Principles part I and II combined and revised.”** *Pace international law Review*. U.S.A.: Cambridge.
- Rene David, Michael Kindred. (1972). **French Law, Its structure, Sources and Methodology.** Louisiana: State University Press.
- Rene David, John E. Brierley. (1978). **Major Legal System in the World Today: an Introduction to the Comparative Study of Law 2.** London and New York: Stevens.
- Rudolf Sohm. (1907). **The Institutes A textbook of the History and System of Roman Private Law.** London and New York: Oxford, Clarendon Press.
- Roscoe Pound. (1982). **An Introduction to the Philosophy of Law.** New Haven and London: Yale University Press.
- Ryan, K.W. (1962). **An Introduction to The Civil Law.** Sydney: Halstead Press.
- Th. Ram and Monica Smith. (1979). **International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations.** Federal Republic of Germany: Kluwer; The Netherlands.
- Wallington, Peter. (1990). **Butterworths Employment Law Handbook.** London: Butterworths.
- W T Major and Christine Taylor. (1996). **Law of contract.** London: Pitman.
- Zimmermann Reinhard and Whittaker Simon. (2002). **Good faith in European Contract Law.** Cambridge: Cambridge University Press.

ARTICLES

- Harry Flechtner. (2001). “Appearance and Reality.” Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC. *Pace international law Review*. **Pace International Law Review, 13.** p. 295.
- Nigel G. Foster. (1993). “German Law and Legal System.” **The Cambridge Law Journal, 54,** 1. p. 216.

Saul Litvinoff. (1997, June). "Good Faith." **Tulane Law Review**, 71, 6. pp. 1647-1649 and 1654-1656.

ELECTRONIC SOURCES

Charles J. Muhl. (2001). The employment-at-will doctrine: three major exceptions.

Retrieved September 25, 2011,

from <http://www.bls.gov/opub/mlr/2001/01/art1full.pdf>

Naomi Julia Barnes. (n.d.). Good Faith Under The Unidroit Principles of International

Commercial Contracts: A Struggle for Meaning. Retrieved June 17, 2011,

from www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9_ARTICLE14.pdf

New Zealand Legislation: Acts. (2010, 30 October). Employment Relations Act 2000.

Retrieved September 25, 2011, from

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0024/latest/whole.html#DLM58328>

The Commission on European Contract Law. (n.d.). Introduction to the Principles of European

Contract Law. Retrieved June 17, 2011, from

http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm

The Commission on European Contract Law. (n.d.). Introduction to the Principles of European

Contract Law. Retrieved June 17, 2011, from

http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm

UNIDROIT. (1926). The International Institute for the Unification of Private Law. Retrieved

June 17, 2011,

from <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284>

UNIDROIT. (n.d.). Membership of UNIDROIT. Retrieved June 25, 2011,

from <http://www.unidroit.org/english/members/main.htm>

UNIDROIT Principles. (2010). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

Retrieved June 17, 2011,

from <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>

UN WOMEN. (2011-2012). Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Retrieved June 25, 2011,

from <http://www.unifem-eseasia.org/>



ด
ร
ค
น
ว
ก

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

ตารางการที่ 1.1 การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในสัญญาจ้างแรงงานเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ ต่างประเทศและประเทศไทย

ปัญหาหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน	กฎหมายระหว่างประเทศ	ประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี	ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย	ประเทศไทย
1) จ้างโดยวิธีเหมาค่าแรง (มาตรา 11/1ว.2) ซึ่งยังมีการเลือกปฏิบัติอยู่และมีข้อบกพร่องของกรมและคุ้มครองไม่ครบทุกด้าน เพราะเจตนารมณ์ของกรมได้กล่าวถึงแต่เรื่องสวัสดิการและสิทธิประโยชน์เท่านั้นแต่อย่างอื่นไม่ได้กล่าวถึงคือ สภาพการจ้างและค่าตอบแทนลูกจ้างเหมาค่าแรงไม่ได้รับความเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง เช่น ลูกจ้างเอาที่ขอสที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทุกประการ ซึ่งค่าตอบแทนและสิทธิประโยชน์ไม่ได้รับความเท่าเทียมกัน	-ฉบับที่ 100 ว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ เรื่องค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันชายและหญิง	-ประเทศอินเดีย มีกฎหมายจ้างเหมาค่าแรงโดยเฉพาะ (Contract Labor (Regulations and Abolition) Act 1970 กฎหมายกำหนดผู้รับเหมาค่าแรง จัดสวัสดิการน้ำดื่ม อาหาร ห้องอาหาร ห้องส้วมหรือผู้ประกอบการเป็นผู้จัดให้ และกำหนดชัดเจนว่าคนทำงานในลักษณะเหมาค่าแรงต้องมีสภาพการจ้างและจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานที่เท่าเทียมกัน - ประเทศเวียดนาม กำหนดให้ผู้ประกอบการจัดเก็บรายชื่อของคณงานเหมาค่าแรงรับรองได้ว่าได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย ค่าจ้าง ความปลอดภัย อาชีวอนามัย ผู้ประกอบการรับผิดชอบ และเพื่อสิทธิประโยชน์อย่างอื่นเรียกคืนจากผู้รับเหมาได้	-ประเทศเกาหลี กำหนดกฎหมายเหมาค่าแรงโดยเฉพาะ (Act Relating to Protection, etc. for Dispatched Workers) ผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบการต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างเหมาค่าแรงโดยไม่เลือกปฏิบัติ ให้ผู้ประกอบฯ ปฏิบัติตามสัญญาจ้างเหมาฯ พนักงานรับผิดชอบไว้โดยเฉพาะเรื่องค่าจ้างอย่างลูกหนี่ร่วมผู้รับฯ เป็นนายจ้างตามกรม. คุ้มครองแรงงาน ประเทศจีน กฎหมายคุ้มครองฯ กำหนดให้คนทำงานเหล่านี้ได้ค่าตอบแทนในการทำงานผู้ทำงานในลักษณะเดียวกันอย่างชัดเจน ห้ามผู้รับฯ สร้างหน่วยงานเอง - ประเทศญี่ปุ่น กำหนดให้ผู้ประกอบฯ ปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาฯ	-รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 84 (7) คุ้มครองให้ทำงานที่มีคุณค่าอย่างเดียวกันได้รับค่าตอบแทนสิทธิประโยชน์ที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ปัญหาหลักสุดจริตใน สัญญาจ้างแรงงาน	กฎหมาย ระหว่าง ประเทศ	ประเทศที่ใช้กฎหมาย จารีตประเพณี	ประเทศที่ใช้ระบบ ประมวลกฎหมาย	ประเทศไทย
	-	-	เท่าเทียมกับลูกจ้างใน ระบบเฉพาะร้านอาหาร รักษาพยาบาลเท่านั้น แต่ ค่าตอบแทน และสภาพ การจ้างต้องได้ความเท่า เทียมด้วย	-
<p>1) จ้างงานที่ไม่เสมอภาค เป็นการเลือกปฏิบัติ</p> <p>(1) สัญญาจ้างกำหนดรับ เฉพาะเพศชายเท่านั้น</p> <p>-รับสมัครงานเฉพาะเพศ ชายเท่านั้น</p> <p>กำหนดสัญญาจ้างแรงงาน สภาพการทำงานที่ไม่ เหมาะสมกับลูกจ้างหญิง</p> <p>- นายจ้างอาศัยข้อบกพร่อง ของมาตรา 15 ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541</p> <p>- รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 หลักความเสมอภาคชาย หญิงเท่าเทียมกันผูกพันรัฐ กับองค์กรของรัฐ ไม่ได้ผูกพัน เอกชน</p>	<p>-ฉบับที่ 111 บุคคลทุกคน ควรได้รับความ เสมอภาคโดย ปราศจากการ เลือกปฏิบัติ อาชีพ จัดหา งาน</p> <p>- (CEDAW) ข้อ 11 สิทธิ ประโยชน์ที่จะ ได้รับการจ้าง งานชนิด เดียวกัน</p> <p>ข้อ 15 การทำ นิติกรรมและ สัญญา</p>	<p>-ประเทศฟิลิปปินส์</p> <p>กำหนดห้ามเลือกปฏิบัติ อย่างชัดเจนเพียงเพราะ เพศเพียงอย่างเดียว เช่น ค่าจ้าง เงินเดือน ค่าตอบแทนต้องเท่าเทียม กัน</p>	<p>-ประเทศเยอรมัน</p> <p>ห้ามมิให้ประกาศรับสมัคร งานเน้นหญิงหรือชาย เว้น แต่ว่าลักษณะของงานมี ความจำเป็นที่จะต้องให้ เพศใดเพศหนึ่ง ทำ โดยเฉพาะให้เสมอภาค ในทางจ้างงานที่มีการ ปฏิบัติที่เท่าเทียมกันอย่าง ชัดเจน</p> <p>- ประเทศญี่ปุ่น</p> <p>ให้ความเสมอภาคในการ จ้างงานที่มีการปฏิบัติที่เท่า เทียมกันอย่างชัดเจน เช่น การเลื่อนตำแหน่งห้าม แตกต่างกันเพราะเพศหญิง</p>	<p>-รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ได้บัญญัติ ไว้ชัดเจนในเรื่อง ของการเท่าเทียม ของชายและหญิง เพราะหลักความ เสมอภาคผูกพันรัฐ หรือองค์กรของรัฐ เท่านั้น หากได้ผูกพัน เอกชน</p> <p>- มาตรา 15 ตาม พ.ร.บ. คุ้มครอง แรงงาน พ.ศ. 2541 การจ้างแรงงาน ระหว่างชายและ หญิงเท่าเทียมกัน ด้วย เว้นแต่สภาพ ของงานไม่อาจ ปฏิบัติเช่นนั้นได้</p>

ปัญหาหลักสุจริตในสัญญาจ้างแรงงาน	กฎหมายระหว่างประเทศ	ประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี	ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย	ประเทศไทย
<p>(2) เกษียณอายุเพศหญิงไม่เท่าเทียมเพศชาย</p> <p>-กฎ 6011-6017/2545ซึ่งเป็นการกำหนดสัญญาจ้างแรงงานที่แตกต่างกันเพราะความเป็นเพศหญิง โดยอาศัยข้อบกพร่องมาตรา 15 พ.ร.บ. คู่สมรส พ.ศ. 2541 วรรคท้าย “เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้” ซึ่งเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของ นายจ้างเลือกปฏิบัติไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา (ILO) และ (CEDAW)</p>	<p>-ฉบับที่ 111 ความเสมอภาคในโอกาสหรือการปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพและการจ้างงานและอาชีพ การเข้าทำงาน</p> <p>- (CEDAW) ข้อ 11 สิทธิประโยชน์ที่จะได้รับการจ้างงานชนิดเดียวกัน ข้อ 15 การทำนิติกรรมและสัญญา</p>	<p>-ประเทศอังกฤษ</p> <p>กำหนดว่า ลูกจ้างที่อยู่ตำแหน่งเดียวกันจะต้องเกษียณอายุเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง</p>	<p>-ประเทศเยอรมัน</p> <p>ไม่ได้กำหนดในการเกษียณชัดเจนว่าอายุเท่าใด แต่จะให้นายจ้างลูกจ้างตกลงกันเองว่าจะเกษียณอายุเท่าไร</p> <p>-ประเทศญี่ปุ่น</p> <p>ห้ามมิให้พิจารณาการเกษียณอายุหญิงและการเลิกจ้างเพียงเพราะเพศหญิง</p>	<p>-พ.ร.บ คู่สมรส พ.ศ. 2541 มาตรา 53 ในกรณีที่มีงานมีลักษณะและคุณภาพอย่างเดียวกันและปริมาณเท่ากันให้นายจ้างให้แก่ลูกจ้างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะเป็นชายหรือหญิง</p> <p>- พ.ร.บ คู่สมรส พ.ศ. 2541 มาตรา 15 ให้การจ้างแรงงานระหว่างชายและหญิงเท่าเทียมกันด้วย เว้นแต่สภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้</p>
<p>นายจ้างใช้สิทธิไม่สุจริต</p> <p>1. การเลิกจ้าง ที่กฎหมายไม่กำหนดชัดเจนในการเลิกจ้าง โดยเกิดจากการกลั่นแกล้งจากนายจ้างหรือไม่</p> <p>-ถ้าลูกจ้างยินยอมเขียนใบลาออกเอง จะให้เงินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า</p> <p>-เขียนใบลาออกล่วงหน้าไม่ระบุวันที่...</p>	<p>-</p>	<p>- อังกฤษ</p> <p>จะเหมือนกับประเทศไทยให้ลูกจ้างฟ้องร้องต่อศาล เรียกว่าเสียหายต่อศาล และฟ้องคดีต่อศาลแรงงาน (Employment Tribunal)</p> <p>-ศาลจะสั่งเข้าทำงานตำแหน่งเดิมและให้นายจ้างชดใช้ค่าเสียหาย</p>	<p>- ฝรั่งเศส</p> <p>ได้บัญญัติประมวลกฎหมายแรงงาน (Code de Travail) นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างตามสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาได้เมื่อมีสาเหตุที่เป็นจริงและสมควรในการเลิกจ้าง</p> <p>-ศาลมีอำนาจสั่งตามกฎหมายให้นายจ้างรับ ลูกจ้างเข้าทำงานตำแหน่งเดิมและจ่ายค่าชดเชยตาม (ประมวลกฎหมายแรงงาน ม. L.122-9)</p>	<p>- พ.ร.บ.จัดตั้งศาลแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49 มิได้ห้ามให้นายจ้างเลิกจ้าง ลูกจ้างขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งเลิกจ้าง นายจ้างได้</p> <p>-เลิกจ้างมิได้กำหนดองค์ประกอบจึงอยู่ในดุลพินิจของศาล</p> <p>- ศาลสั่งเพียงอย่างเดียวหนึ่งเท่านั้น ให้ลูกจ้างกลับเข้าทำงานหรือชดใช้ค่าเสียหาย</p> <p>-(ฎ 141/2534)ศาล</p>

ปัญหาหลักสุดจริตในสัญญาจ้างแรงงาน	กฎหมายระหว่างประเทศ	ประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี	ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย	ประเทศไทย
- ชมขูเรื่องส่วนตัวจน ลูกจ้างกลัวถึงขนาดเขียนใบลาออกเอง เช่น (ฎ.2053/2552) เพื่อนายจ้างพ้นข้อหาเลิกจ้างไม่เป็นธรรม	-		-	.จะสั่งรับกลับเข้าทำงานและชดใช้ค่าเสียหายระหว่างลูกเลิกจ้างไม่ได้ มาตรา 49 ไม่ได้ให้อ่านศาลเท่านั้น
ลูกจ้างใช้สิทธิไม่สุจริต 1. รักษาความลับของนายจ้าง -ลูกจ้างที่อยู่ในตำแหน่งล่วงรู้ความลับถ้าไม่มีสัญญาห้ามไว้ ลูกจ้างมีสิทธิที่นำความลับไปเปิดเผยให้บุคคลภายนอกหรือลูกจ้างใช้ประโยชน์เอง ทำให้นายจ้างได้รับความเสียหายจนถึงขั้นปิดกิจการได้	-	ประเทศอังกฤษ คดี (Herbert Morris v Sexily) ความลับทางการค้า (Trade secrets) หรือข้อมูลอันเป็นความลับ (Confidential Information) มีความสำคัญแก่การคงอยู่ของกิจการนายจ้าง ศาลเห็นมีประโยชน์ชอบด้วยพอสมควรที่จะได้รับความคุ้มครอง	-ประเทศเยอรมัน คุ้มครองและจำแนกไว้อย่างชัดเจนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน (HGB) หลักความชอบด้วยกฎหมายข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันตามมาตรา 74	-ป.พ.พ.มาตรา 150 ที่คุ้มครองเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยฯ -พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ข้อจำกัดสิทธิ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ การงาน มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น
2. ห้ามทำการงานแข่งขันกับนายจ้างเป็นการฝ่าฝืนหลักสุดจริต -(ฎ 1356/2479) -(ฎ 2181/2553) ถ้าไม่มีการทำสัญญาห้ามไว้ ลูกจ้างจะทำการงานแข่งขันถึงขั้น นายจ้าง เสียหาย -กฎหมายไม่ได้กำหนดชัดเจนในเรื่องระยะเวลาทำสัญญาห้ามทำการงานแข่งขันกับนายจ้าง		-ประเทศอังกฤษ ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาผลบังคับของสัญญาจ้างแรงงานตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพ หรือการค้าแข่งขันที่เรียกว่า (Restraint of Trade Doctrine) ซึ่งศาลอังกฤษจะพิจารณาตามความเหมาะสมชอบธรรม	-ประเทศเยอรมัน คุ้มครองและจำแนกไว้อย่างชัดเจนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน (HGB) หลักความชอบด้วยกฎหมายข้อสัญญาห้ามประกอบอาชีพหรือการค้าแข่งขันตามมาตรา 74	-ป.พ.พ.มาตรา 150 ที่คุ้มครองเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยฯ -พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 ข้อจำกัดสิทธิ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ การงาน มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ภาคผนวก ข

ตาราง 1.2 รวมตารางเปรียบเทียบเสนอการแก้ไขกฎหมายดังนี้

กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ปัจจุบัน	เสนอเป็นร่างกฎหมายดังนี้
<p>มาตรา 49 การพิจารณาคดีในกรณีนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ถ้าศาลแรงงานเห็นว่าการเลิกจ้างลูกจ้างนั้นไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้าง ศาลแรงงานอาจสั่งให้นายจ้างรับลูกจ้างผู้นั้นเข้าทำงานต่อไปในอัตราค่าจ้างที่ได้รับในขณะที่เลิกจ้างต่อไปได้ ให้ศาลแรงงานกำหนดจำนวนค่าเสียหายให้นายจ้างชดใช้ให้แทนโยคานึ่งถึงอายุของลูกจ้าง ระยะเวลาการทำงานของลูกจ้าง ความเดือดร้อนของลูกจ้างเมื่อถูกเลิกจ้าง มูลเหตุแห่งการเลิกจ้าง และเงินชดเชยที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับ ประกอบการพิจารณา</p>	<p>มาตรา 15/1 ห้ามมิให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือเลิกจ้างโดยการกีดกันแก่งลูกจ้างและให้นายจ้างชดใช้ค่าจ้างและสิทธิประโยชน์อื่น ระหว่างถูกเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมจนกระทั่งรับกลับเข้าทำงานที่ลูกจ้างได้รับเป็นปกติ</p>
<p>มาตรา 11/1 ในกรณีผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการงานนั้นเป็นส่วนใดส่วนหนึ่งในกระบวนการผลิต หรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงาน หรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว</p>	<p>มาตรา 11/1 ในกรณีผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการงานนั้นเป็นส่วนใดส่วนหนึ่งในกระบวนการผลิต หรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงาน หรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว</p>

กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ปัจจุบัน	เสนอเป็นร่างกฎหมายดังนี้
<p>ให้ผู้ประกอบกิจการปฏิบัติต่อลูกจ้างตามวรรคหนึ่งและลูกจ้างซึ่งได้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงเท่าเทียมในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานนั้นไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้</p>	<p>ให้ผู้ประกอบกิจการ <u>ดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ภายใต้สภาพการจ้างที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน</u></p>
<p>มาตรา 15 ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้</p>	<p>มาตรา 15 ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน <u>เว้นแต่ว่าลักษณะของงานมีความจำเป็นที่ต้องเจาะจงให้เพศใดเพศหนึ่งทำโดยเฉพาะ</u></p>

ภาคผนวก ค

C100 Equal Remuneration Convention, 1951

The General Conference of the International Labour Organisation,

Having been convened at Geneva by the Governing Body of the International Labour Office, and having met in its Thirty-fourth Session on 6 June 1951, and

Having decided upon the adoption of certain proposals with regard to the principle of equal remuneration for men and women workers for work of equal value, which is the seventh item on the agenda of the session, and

Having determined that these proposals shall take the form of an international Convention,

adopts this twenty-ninth day of June of the year one thousand nine hundred and fifty-one the following Convention, which may be cited as the Equal Remuneration Convention, 1951:

Article 1

For the purpose of this Convention--

(a) the term **remuneration** includes the ordinary, basic or minimum wage or salary and any additional emoluments whatsoever payable directly or indirectly, whether in cash or in kind, by the employer to the worker and arising out of the worker's employment;

(b) the term **equal remuneration for men and women workers for work of equal value** refers to rates of remuneration established without discrimination based on sex.

Article 2

1. Each Member shall, by means appropriate to the methods in operation for determining rates of remuneration, promote and, in so far as is consistent with such methods, ensure the application to

all workers of the principle of equal remuneration for men and women workers for work of equal value.

2. This principle may be applied by means of--

- (a) national laws or regulations;
- (b) legally established or recognised machinery for wage determination;
- (c) collective agreements between employers and workers; or
- (d) a combination of these various means.

Article 3

1. Where such action will assist in giving effect to the provisions of this Convention measures shall be taken to promote objective appraisal of jobs on the basis of the work to be performed.

2. The methods to be followed in this appraisal may be decided upon by the authorities responsible for the determination of rates of remuneration, or, where such rates are determined by collective agreements, by the parties thereto.

3. Differential rates between workers which correspond, without regard to sex, to differences, as determined by such objective appraisal, in the work to be performed shall not be considered as being contrary to the principle of equal remuneration for men and women workers for work of equal value.

Article 4

Each Member shall co-operate as appropriate with the employers' and workers' organisations concerned for the purpose of giving effect to the provisions of this Convention.

Article 5

The formal ratifications of this Convention shall be communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration.

Article 6

1. This Convention shall be binding only upon those Members of the International Labour Organisation whose ratifications have been registered with the Director-General.
2. It shall come into force twelve months after the date on which the ratifications of two Members have been registered with the Director-General.
3. Thereafter, this Convention shall come into force for any Member twelve months after the date on which its ratification has been registered.

Article 7

1. Declarations communicated to the Director-General of the International Labour Office in accordance with paragraph 2 of Article 35 of the Constitution of the International Labour Organisation shall indicate --
 - a) the territories in respect of which the Member concerned undertakes that the provisions of the Convention shall be applied without modification;
 - b) the territories in respect of which it undertakes that the provisions of the Convention shall be applied subject to modifications, together with details of the said modifications;
 - c) the territories in respect of which the Convention is inapplicable and in such cases the grounds on which it is inapplicable;
 - d) the territories in respect of which it reserves its decision pending further consideration of the position.
2. The undertakings referred to in subparagraphs (a) and (b) of paragraph 1 of this Article shall be deemed to be an integral part of the ratification and shall have the force of ratification.

3. Any Member may at any time by a subsequent declaration cancel in whole or in part any reservation made in its original declaration in virtue of subparagraph (b), (c) or (d) of paragraph 1 of this Article.

4. Any Member may, at any time at which the Convention is subject to denunciation in accordance with the provisions of Article 9, communicate to the Director-General a declaration modifying in any other respect the terms of any former declaration and stating the present position in respect of such territories as it may specify.

Article 8

1. Declarations communicated to the Director-General of the International Labour Office in accordance with paragraph 4 or 5 of Article 35 of the Constitution of the International Labour Organisation shall indicate whether the provisions of the Convention will be applied in the territory concerned without modification or subject to modifications; when the declaration indicates that the provisions of the Convention will be applied subject to modifications, it shall give details of the said modifications.

2. The Member, Members or international authority concerned may at any time by a subsequent declaration renounce in whole or in part the right to have recourse to any modification indicated in any former declaration.

3. The Member, Members or international authority concerned may, at any time at which this Convention is subject to denunciation in accordance with the provisions of Article 9, communicate to the Director-General a declaration modifying in any other respect the terms of any former declaration and stating the present position in respect of the application of the Convention.

Article 9

1. A Member which has ratified this Convention may denounce it after the expiration of ten years from the date on which the Convention first comes into force, by an act communicated to the

Director-General of the International Labour Office for registration. Such denunciation shall not take effect until one year after the date on which it is registered.

2. Each Member which has ratified this Convention and which does not, within the year following the expiration of the period of ten years mentioned in the preceding paragraph, exercise the right of denunciation provided for in this Article, will be bound for another period of ten years and, thereafter, may denounce this Convention at the expiration of each period of ten years under the terms provided for in this Article.

Article 10

1. The Director-General of the International Labour Office shall notify all Members of the International Labour Organisation of the registration of all ratifications, declarations and denunciations communicated to him by the Members of the Organisation.

2. When notifying the Members of the Organisation of the registration of the second ratification communicated to him, the Director-General shall draw the attention of the Members of the Organisation to the date upon which the Convention will come into force.

Article 11

The Director-General of the International Labour Office shall communicate to the Secretary-General of the United Nations for registration in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations full particulars of all ratifications, declarations and acts of denunciation registered by him in accordance with the provisions of the preceding articles.

Article 12

At such times as may consider necessary the Governing Body of the International Labour Office shall present to the General Conference a report on the working of this Convention and shall examine the desirability of placing on the agenda of the Conference the question of its revision in whole or in part.

Article 13

1. Should the Conference adopt a new Convention revising this Convention in whole or in part, then, unless the new Convention otherwise provides--

a) the ratification by a Member of the new revising Convention shall ipso jure involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of Article 9 above, if and when the new revising Convention shall have come into force;

b) as from the date when the new revising Convention comes into force this Convention shall cease to be open to ratification by the Members.

2. This Convention shall in any case remain in force in its actual form and content for those Members which have ratified it but have not ratified the revising Convention.

Article 14

The English and French versions of the text of this Convention are equally authoritative.

ภาคผนวก ง

C111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958

The General Conference of the International Labour Organisation,

Having been convened at Geneva by the Governing Body of the International Labour Office, and having met in its Forty-second Session on 4 June 1958, and

Having decided upon the adoption of certain proposals with regard to discrimination in the field of employment and occupation, which is the fourth item on the agenda of the session, and

Having determined that these proposals shall take the form of an international Convention, and

Considering that the Declaration of Philadelphia affirms that all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity, and

Considering further that discrimination constitutes a violation of rights enunciated by the Universal Declaration of Human Rights,

adopts this twenty-fifth day of June of the year one thousand nine hundred and fifty-eight the following Convention, which may be cited as the Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958:

Article 1

1. For the purpose of this Convention the term *discrimination* includes--

(a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation;

(b) such other distinction, exclusion or preference which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation as may be determined by the Member concerned after consultation with representative employers' and workers' organisations, where such exist, and with other appropriate bodies.

2. Any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirements thereof shall not be deemed to be discrimination.

3. For the purpose of this Convention the terms *employment* and *occupation* include access to vocational training, access to employment and to particular occupations, and terms and conditions of employment.

Article 2

Each Member for which this Convention is in force undertakes to declare and pursue a national policy designed to promote, by methods appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof.

Article 3

Each Member for which this Convention is in force undertakes, by methods appropriate to national conditions and practice--

(a) to seek the co-operation of employers' and workers' organisations and other appropriate bodies in promoting the acceptance and observance of this policy;

(b) to enact such legislation and to promote such educational programmes as may be calculated to secure the acceptance and observance of the policy;

(c) to repeal any statutory provisions and modify any administrative instructions or practices which are inconsistent with the policy;

(d) to pursue the policy in respect of employment under the direct control of a national authority;

(e) to ensure observance of the policy in the activities of vocational guidance, vocational training and placement services under the direction of a national authority;

(f) to indicate in its annual reports on the application of the Convention the action taken in pursuance of the policy and the results secured by such action.

Article 4

Any measures affecting an individual who is justifiably suspected of, or engaged in, activities prejudicial to the security of the State shall not be deemed to be discrimination, provided that the individual concerned shall have the right to appeal to a competent body established in accordance with national practice.

Article 5

1. Special measures of protection or assistance provided for in other Conventions or Recommendations adopted by the International Labour Conference shall not be deemed to be discrimination.

2. Any Member may, after consultation with representative employers' and workers' organisations, where such exist, determine that other special measures designed to meet the particular requirements of persons who, for reasons such as sex, age, disablement, family responsibilities or social or cultural status, are generally recognised to require special protection or assistance, shall not be deemed to be discrimination.

Article 6

Each Member which ratifies this Convention undertakes to apply it to non-metropolitan territories in accordance with the provisions of the Constitution of the International Labour Organisation.

Article 7

The formal ratifications of this Convention shall be communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration.

Article 8

1. This Convention shall be binding only upon those Members of the International Labour Organisation whose ratifications have been registered with the Director-General.
2. It shall come into force twelve months after the date on which the ratifications of two Members have been registered with the Director-General.
3. Thereafter, this Convention shall come into force for any Member twelve months after the date on which its ratification has been registered.

Article 9

1. A Member which has ratified this Convention may denounce it after the expiration of ten years from the date on which the Convention first comes into force, by an act communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration. Such denunciation shall not take effect until one year after the date on which it is registered.
2. Each Member which has ratified this Convention and which does not, within the year following the expiration of the period of ten years mentioned in the preceding paragraph, exercise the right of denunciation provided for in this Article, will be bound for another period of ten years and, thereafter, may denounce this Convention at the expiration of each period of ten years under the terms provided for in this Article.

Article 10

1. The Director-General of the International Labour Office shall notify all Members of the International Labour Organisation of the registration of all ratifications and denunciations communicated to him by the Members of the Organisation.
2. When notifying the Members of the Organisation of the registration of the second ratification communicated to him, the Director-General shall draw the attention of the Members of the Organisation to the date upon which the Convention will come into force.

Article 11

The Director-General of the International Labour Office shall communicate to the Secretary-General of the United Nations for registration in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations full particulars of all ratifications and acts of denunciation registered by him in accordance with the provisions of the preceding Articles.

Article 12

At such times as it may consider necessary the Governing Body of the International Labour Office shall present to the General Conference a report on the working of this Convention and shall examine the desirability of placing on the agenda of the Conference the question of its revision in whole or in part.

Article 13

1. Should the Conference adopt a new Convention revising this Convention in whole or in part, then, unless the new Convention otherwise provides:

a) the ratification by a Member of the new revising Convention shall ipso jure involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of Article 9 above, if and when the new revising Convention shall have come into force;

b) as from the date when the new revising Convention comes into force, this Convention shall cease to be open to ratification by the Members.

2. This Convention shall in any case remain in force in its actual form and content for those Members which have ratified it but have not ratified the revising Convention.

Article 14

The English and French versions of the text of this Convention are equally authoritative.

ภาคผนวก จ

**CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION
AGAINST WOMEN****Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly
resolution 34/180 of 18 December 1979****entry into force 3 September 1981, in accordance with article 27(1)****The States Parties to the present Convention,**

Noting that the Charter of the United Nations reaffirms faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women,

Noting that the Universal Declaration of Human Rights affirms the principle of the inadmissibility of discrimination and proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights and that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind, including distinction based on sex,

Noting that the States Parties to the International Covenants on Human Rights have the obligation to ensure the equal rights of men and women to enjoy all economic, social, cultural, civil and political rights,

Considering the international conventions concluded under the auspices of the United Nations and the specialized agencies promoting equality of rights of men and women,

Noting also the resolutions, declarations and recommendations adopted by the United Nations and the specialized agencies promoting equality of rights of men and women,

Concerned, however, that despite these various instruments extensive discrimination against women continues to exist,

Recalling that discrimination against women violates the principles of equality of rights and respect for human dignity, is an obstacle to the participation of women, on equal terms with men, in the political, social, economic and cultural life of their countries, hampers the growth of the prosperity of society and the family and makes more difficult the full development of the potentialities of women in the service of their countries and of humanity,

Concerned that in situations of poverty women have the least access to food, health, education, training and opportunities for employment and other needs,

Convinced that the establishment of the new international economic order based on equity and justice will contribute significantly towards the promotion of equality between men and women,

Emphasizing that the eradication of apartheid, all forms of racism, racial discrimination, colonialism, neo-colonialism, aggression, foreign occupation and domination and interference in the internal affairs of States is essential to the full enjoyment of the rights of men and women,

Affirming that the strengthening of international peace and security, the relaxation of international tension, mutual co-operation among all States irrespective of their social and economic systems, general and complete disarmament, in particular nuclear disarmament under strict and effective international control, the affirmation of the principles of justice, equality and mutual benefit in relations among countries and the realization of the right of peoples under alien and colonial domination and foreign occupation to self-determination and independence, as well as respect for national sovereignty and territorial integrity, will promote social progress and development and as a consequence will contribute to the attainment of full equality between men and women,

Convinced that the full and complete development of a country, the welfare of the world and the cause of peace require the maximum participation of women on equal terms with men in all fields,

Bearing in mind the great contribution of women to the welfare of the family and to the development of society, so far not fully recognized, the social significance of maternity and the role of both parents in the family and in the upbringing of children, and aware that the role of women in procreation should not be a basis for discrimination but that the upbringing of children requires a sharing of responsibility between men and women and society as a whole,

Aware that a change in the traditional role of men as well as the role of women in society and in the family is needed to achieve full equality between men and women,

Determined to implement the principles set forth in the Declaration on the Elimination of Discrimination against Women and, for that purpose, to adopt the measures required for the elimination of such discrimination in all its forms and manifestations,

Have agreed on the following:

PART I

Article I

For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

Article 2

States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake:

- (a) To embody the principle of the equality of men and women in their national constitutions or other appropriate legislation if not yet incorporated therein and to ensure, through law and other appropriate means, the practical realization of this principle;
- (b) To adopt appropriate legislative and other measures, including sanctions where appropriate, prohibiting all discrimination against women;
- (c) To establish legal protection of the rights of women on an equal basis with men and to ensure through competent national tribunals and other public institutions the effective protection of women against any act of discrimination;
- (d) To refrain from engaging in any act or practice of discrimination against women and to ensure that public authorities and institutions shall act in conformity with this obligation;
- (e) To take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise;
- (f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women;
- (g) To repeal all national penal provisions which constitute discrimination against women.

Article 3

States Parties shall take in all fields, in particular in the political, social, economic and cultural fields, all appropriate measures, including legislation, to ensure the full development and advancement of women, for the purpose of guaranteeing them the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms on a basis of equality with men.

Article 4

1. Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.

2. Adoption by States Parties of special measures, including those measures contained in the present

Convention, aimed at protecting maternity shall not be considered discriminatory.

Article 5

States Parties shall take all appropriate measures:

(a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women;

(b) To ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases.

Article 6

States Parties shall take all appropriate measures, including legislation, to suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women.

PART II

Article 7

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country and, in particular, shall ensure to women, on equal terms with men, the right:

- (a) To vote in all elections and public referenda and to be eligible for election to all publicly elected bodies;
- (b) To participate in the formulation of government policy and the implementation thereof and to hold public office and perform all public functions at all levels of government;
- (c) To participate in non-governmental organizations and associations concerned with the public and political life of the country.

Article 8

States Parties shall take all appropriate measures to ensure to women, on equal terms with men and without any discrimination, the opportunity to represent their Governments at the international level and to participate in the work of international organizations.

Article 9

1. States Parties shall grant women equal rights with men to acquire, change or retain their nationality. They shall ensure in particular that neither marriage to an alien nor change of nationality by the husband during marriage shall automatically change the nationality of the wife, render her stateless or force upon her the nationality of the husband.

2. States Parties shall grant women equal rights with men with respect to the nationality of their children.

PART III

Article 10

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in order to ensure to them equal rights with men in the field of education and in particular to ensure, on a basis of equality of men and women:

- (a) The same conditions for career and vocational guidance, for access to studies and for the achievement of diplomas in educational establishments of all categories in rural as well as in urban areas; this equality shall be ensured in pre-school, general, technical, professional and higher technical education, as well as in all types of vocational training;
- (b) Access to the same curricula, the same examinations, teaching staff with qualifications of the same standard and school premises and equipment of the same quality;
- (c) The elimination of any stereotyped concept of the roles of men and women at all levels and in all forms of education by encouraging coeducation and other types of education which will help to achieve this aim and, in particular, by the revision of textbooks and school programmes and the adaptation of teaching methods;
- (d) The same opportunities to benefit from scholarships and other study grants;
- (e) The same opportunities for access to programmes of continuing education, including adult and functional literacy programmes, particularly those aimed at reducing, at the earliest possible time, any gap in education existing between men and women;
- (f) The reduction of female student drop-out rates and the organization of programmes for girls and women who have left school prematurely;
- (g) The same Opportunities to participate actively in sports and physical education;
- (h) Access to specific educational information to help to ensure the health and well-being of families, including information and advice on family planning.

Article 11

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of employment in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular:

- (a) The right to work as an inalienable right of all human beings;
- (b) The right to the same employment opportunities, including the application of the same criteria for selection in matters of employment;
- (c) The right to free choice of profession and employment, the right to promotion, job security and all benefits and conditions of service and the right to receive vocational training and retraining, including apprenticeships, advanced vocational training and recurrent training;
- (d) The right to equal remuneration, including benefits, and to equal treatment in respect of work of equal value, as well as equality of treatment in the evaluation of the quality of work;
- (e) The right to social security, particularly in cases of retirement, unemployment, sickness, invalidity and old age and other incapacity to work, as well as the right to paid leave;
- (f) The right to protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the function of reproduction.

2. In order to prevent discrimination against women on the grounds of marriage or maternity and to ensure their effective right to work, States Parties shall take appropriate measures:

- (a) To prohibit, subject to the imposition of sanctions, dismissal on the grounds of pregnancy or of maternity leave and discrimination in dismissals on the basis of marital status;
- (b) To introduce maternity leave with pay or with comparable social benefits without loss of former employment, seniority or social allowances;

(c) To encourage the provision of the necessary supporting social services to enable parents to combine family obligations with work responsibilities and participation in public life, in particular through promoting the establishment and development of a network of child-care facilities;

(d) To provide special protection to women during pregnancy in types of work proved to be harmful to them.

3. Protective legislation relating to matters covered in this article shall be reviewed periodically in the light of scientific and technological knowledge and shall be revised, repealed or extended as necessary.

Article 12

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph I of this article, States Parties shall ensure to women appropriate services in connection with pregnancy, confinement and the post-natal period, granting free services where necessary, as well as adequate nutrition during pregnancy and lactation.

Article 13

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in other areas of economic and social life in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular:

(a) The right to family benefits;

(b) The right to bank loans, mortgages and other forms of financial credit;

(c) The right to participate in recreational activities, sports and all aspects of cultural life.

Article 14

1. States Parties shall take into account the particular problems faced by rural women and the significant roles which rural women play in the economic survival of their families, including their work in the non-monetized sectors of the economy, and shall take all appropriate measures to ensure the application of the provisions of the present Convention to women in rural areas.

2. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas in order to ensure, on a basis of equality of men and women, that they participate in and benefit from rural development and, in particular, shall ensure to such women the right:

(a) To participate in the elaboration and implementation of development planning at all levels;

(b) To have access to adequate health care facilities, including information, counselling and services

in family planning;

(c) To benefit directly from social security programmes;

(d) To obtain all types of training and education, formal and non-formal, including that relating to functional literacy, as well as, inter alia, the benefit of all community and extension services, in order to increase their technical proficiency;

(e) To organize self-help groups and co-operatives in order to obtain equal access to economic opportunities through employment or self employment;

(f) To participate in all community activities;

(g) To have access to agricultural credit and loans, marketing facilities, appropriate technology and equal treatment in land and agrarian reform as well as in land resettlement schemes;

(h) To enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity and water supply, transport and communications.

PART IV

Article 15

1. States Parties shall accord to women equality with men before the law.
2. States Parties shall accord to women, in civil matters, a legal capacity identical to that of men and the same opportunities to exercise that capacity. In particular, they shall give women equal rights to conclude contracts and to administer property and shall treat them equally in all stages of procedure in courts and tribunals.
3. States Parties agree that all contracts and all other private instruments of any kind with a legal effect which is directed at restricting the legal capacity of women shall be deemed null and void.
4. States Parties shall accord to men and women the same rights with regard to the law relating to the movement of persons and the freedom to choose their residence and domicile.

Article 16

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women:
 - (a) The same right to enter into marriage;
 - (b) The same right freely to choose a spouse and to enter into marriage only with their free and full consent;

- (c) The same rights and responsibilities during marriage and at its dissolution;
- (d) The same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; in all cases the interests of the children shall be paramount;
- (e) The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights;
- (f) The same rights and responsibilities with regard to guardianship, wardship, trusteeship and adoption of children, or similar institutions where these concepts exist in national legislation; in all cases the interests of the children shall be paramount;
- (g) The same personal rights as husband and wife, including the right to choose a family name, a profession and an occupation;
- (h) The same rights for both spouses in respect of the ownership, acquisition, management, administration, enjoyment and disposition of property, whether free of charge or for a valuable consideration.

2. The betrothal and the marriage of a child shall have no legal effect, and all necessary action, including legislation, shall be taken to specify a minimum age for marriage and to make the registration of marriages in an official registry compulsory.

PART V

Article 17

1. For the purpose of considering the progress made in the implementation of the present Convention, there shall be established a Committee on the Elimination of Discrimination against Women (hereinafter referred to as the Committee) consisting, at the time of entry into force of the Convention, of eighteen and, after ratification of or accession to the Convention by the thirty-fifth

State Party, of twenty-three experts of high moral standing and competence in the field covered by the Convention. The experts shall be elected by States Parties from among their nationals and shall serve in their personal capacity, consideration being given to equitable geographical distribution and to the representation of the different forms of civilization as well as the principal legal systems.

2. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by States Parties. Each State Party may nominate one person from among its own nationals.

3. The initial election shall be held six months after the date of the entry into force of the present Convention. At least three months before the date of each election the Secretary-General of the United Nations shall address a letter to the States Parties inviting them to submit their nominations within two months. The Secretary-General shall prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating the States Parties which have nominated them, and shall submit it to the States Parties.

4. Elections of the members of the Committee shall be held at a meeting of States Parties convened by the Secretary-General at United Nations Headquarters. At that meeting, for which two thirds of the States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those nominees who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

5. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. However, the terms of nine of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election the names of these nine members shall be chosen by lot by the Chairman of the Committee.

6. The election of the five additional members of the Committee shall be held in accordance with the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of this article, following the thirty-fifth ratification or accession. The terms of two of the additional members elected on this occasion shall expire at the end of two years, the names of these two members having been chosen by lot by the Chairman of the Committee.

7. For the filling of casual vacancies, the State Party whose expert has ceased to function as a member of the Committee shall appoint another expert from among its nationals, subject to the approval of the Committee.

8. The members of the Committee shall, with the approval of the General Assembly, receive emoluments from United Nations resources on such terms and conditions as the Assembly may decide, having regard to the importance of the Committee's responsibilities.

9. The Secretary-General of the United Nations shall provide the necessary staff and facilities for the effective performance of the functions of the Committee under the present Convention.

Article 18

1. States Parties undertake to submit to the Secretary-General of the United Nations, for consideration by the Committee, a report on the legislative, judicial, administrative or other measures which they have adopted to give effect to the provisions of the present Convention and on the progress made in this respect:

(a) Within one year after the entry into force for the State concerned;

(b) Thereafter at least every four years and further whenever the Committee so requests.

2. Reports may indicate factors and difficulties affecting the degree of fulfilment of obligations under the present Convention.

Article 19

1. The Committee shall adopt its own rules of procedure.
2. The Committee shall elect its officers for a term of two years.

Article 20

1. The Committee shall normally meet for a period of not more than two weeks annually in order to consider the reports submitted in accordance with article 18 of the present Convention.
2. The meetings of the Committee shall normally be held at United Nations Headquarters or at any other convenient place as determined by the Committee. (amendment, status of ratification)

Article 21

1. The Committee shall, through the Economic and Social Council, report annually to the General Assembly of the United Nations on its activities and may make suggestions and general recommendations based on the examination of reports and information received from the States Parties. Such suggestions and general recommendations shall be included in the report of the Committee together with comments, if any, from States Parties.
2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit the reports of the Committee to the Commission on the Status of Women for its information.

Article 22

The specialized agencies shall be entitled to be represented at the consideration of the implementation of such provisions of the present Convention as fall within the scope of their activities. The Committee may invite the specialized agencies to submit reports on the implementation of the Convention in areas falling within the scope of their activities.

PART VI

Article 23

Nothing in the present Convention shall affect any provisions that are more conducive to the achievement of equality between men and women which may be contained:

- (a) In the legislation of a State Party; or
- (b) In any other international convention, treaty or agreement in force for that State.

Article 24

States Parties undertake to adopt all necessary measures at the national level aimed at achieving the full realization of the rights recognized in the present Convention.

Article 25

1. The present Convention shall be open for signature by all States.
2. The Secretary-General of the United Nations is designated as the depositary of the present Convention.
3. The present Convention is subject to ratification. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.
4. The present Convention shall be open to accession by all States. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

Article 26

1. A request for the revision of the present Convention may be made at any time by any State Party by means of a notification in writing addressed to the Secretary-General of the United Nations.

2. The General Assembly of the United Nations shall decide upon the steps, if any, to be taken in respect of

such a request.

Article 27

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying the present Convention or acceding to it after the deposit of the twentieth instrument

of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of the deposit of its own instrument of ratification or accession.

Article 28

1. The Secretary-General of the United Nations shall receive and circulate to all States the text of reservations made by States at the time of ratification or accession.

2. A reservation incompatible with the object and purpose of the present Convention shall not be permitted.

3. Reservations may be withdrawn at any time by notification to this effect addressed to the Secretary-General of the United Nations, who shall then inform all States thereof. Such notification shall take effect on the date on which it is received.

Article 29

1. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention which is not settled by negotiation shall, at the request of one of them, be

submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court.

2. Each State Party may at the time of signature or ratification of the present Convention or accession thereto

declare that it does not consider itself bound by paragraph I of this article. The other States Parties shall not be bound by that paragraph with respect to any State Party which has made such a reservation.

3. Any State Party which has made a reservation in accordance with paragraph 2 of this article may at any time withdraw that reservation by notification to the Secretary-General of the United Nations.

Article 30

The present Convention, the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned, duly authorized, have signed the present Convention.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล
วุฒิการศึกษา

สิริพร กังวาท
นิติศาสตร์บัณฑิต
มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2549

