



สัญญาแฟคเตอริง และหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแฟคเตอริง

นิติสัมพันธ์ของฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการทำแฟคเตอริง ก่อตั้งขึ้นโดยสัญญาที่เรียกว่า สัญญาแฟคเตอริง (Factoring Contract) สัญญาแฟคเตอริงมีการร่างขึ้นหลาย ๆ ลักษณะ แต่ส่วนใหญ่แล้วก็อาศัยหลักที่สำคัญเดียวกัน และเนื่องจากการทำแฟคเตอริงในรูปแบบปัจจุบันเพิ่งพัฒนาขึ้นมาไม่นานนัก ดังนั้นการทำแฟคเตอริงของประเทศต่าง ๆ ต้องอาศัยการถ่ายทอดความรู้ ความชำนาญ และวิธีการจากประเทศที่มีประสบการณ์มาก่อน สัญญาแฟคเตอริงก็เช่นกัน ประเทศต่าง ๆ มักอาศัยต้นแบบจากสัญญาแฟคเตอริงของประเทศอังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกา การทำสัญญาแฟคเตอริงของประเทศไทยก็อาศัยต้นแบบจากสัญญาแฟคเตอริงของต่างประเทศเช่นกัน (ตัวอย่างของสัญญาแฟคเตอริงลักษณะต่าง ๆ ที่ใช้ในธุรกิจแฟคเตอริงปัจจุบัน ดูได้ในภาคผนวก)

เนื่องจากการทำแฟคเตอริงและสัญญาแฟคเตอริงของประเทศไทยมิได้มีกฎหมายเฉพาะรองรับแต่อย่างใด ฉะนั้นในบทนี้จึงจะนำเอาสัญญาแฟคเตอริงมาศึกษาโดยวิเคราะห์ประกอบกับกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เพื่อศึกษาถึงลักษณะของสัญญาแฟคเตอริง การเกิดและผลของสัญญาแฟคเตอริงรวมทั้งการสิ้นสุดของสัญญาแฟคเตอริง และวิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้กับสัญญาแฟคเตอริง รวมทั้งปัญหาและข้อขัดข้องในการใช้กฎหมายนั้นกับสัญญาแฟคเตอริง เพื่อเสนอแนะวิธีการแก้ไข และหาข้อสรุปว่าจำเป็นหรือไม่ที่ประเทศไทยจะต้องมีกฎหมายเฉพาะมารองรับการทำแฟคเตอริง และบังคับใช้กับสัญญาแฟคเตอริง เนื่องจากสัญญาแฟคเตอริง ที่ใช้ในธุรกิจแฟคเตอริงของประเทศไทย มักเป็นสัญญาที่แปลหรือดัดแปลงมาจากสัญญาแฟคเตอริงของต่างประเทศ ดังที่รวบรวมไว้เป็นตัวอย่างในภาคผนวก การวิเคราะห์หลักต่าง ๆ ของสัญญาแฟคเตอริงจึงอาศัยข้อมูลจากการรวบรวมหลักการที่สำคัญหรือหลักทั่วไปของสัญญาแฟคเตอริงต่าง ๆ มาพิจารณาร่วมกัน โดยไม่เจาะจงเฉพาะสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อจะได้หลักการทั่วไปที่ใช้ปรับใช้ได้กับสัญญาแฟคเตอริง

ทุกๆ ประเภท

1. ความหมายของสัญญาแฟคเตอริง

เนื่องจากประเทศไทย ไม่มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับแฟคเตอริง ดังนั้นจึงยังไม่มีบทนิยามอย่างเป็นทางการใด ๆ เกี่ยวกับแฟคเตอริงหรือสัญญาแฟคเตอริง ซึ่งเป็นปัญหาประการหนึ่ง ที่ทำให้ไม่อาจชี้ให้ชัดเจนลงไปได้ว่า การที่จะถือว่าเป็นการทำแฟคเตอริงนั้นมีลักษณะที่สำคัญและขอบเขตเช่นไรแน่ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงทางปฏิบัติของวงการธุรกิจโดยศึกษาประกอบกับบทนิยามของแฟคเตอริงตามอนุสัญญาแฟคเตอริงระหว่างประเทศ ของ UNIDROIT ดังรายละเอียดในบทที่ 1 และบทที่ 2 แล้ว อาจสรุปความหมายของสัญญาแฟคเตอริงว่า หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ขายบัญชี (Factor) กับผู้ซื้อบัญชี (Supplier) โดยมีข้อตกลงหรือการปฏิบัติตามสัญญาที่สำคัญดังนี้

ก. ผู้ขายบัญชี (Supplier) อาจโอนหรือจะโอนสิทธิเรียกร้องให้กับผู้ซื้อบัญชี (Factor) โดยสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นสิทธิเรียกร้องในหนี้การค้า (หรือที่เรียกว่าบัญชีลูกหนี้) จากสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการของผู้ขายบัญชีกับลูกค้าหรือลูกหนี้ของตน และสินค้าหรือบริการที่ให้นั้นไม่ใช่เป็นสินค้าหรือบริการที่ใช้ในครัวเรือน คือต้องเป็นเรื่องของธุรกิจการค้าไม่ใช่ซื้อมาใช้เป็นการส่วนตัว

ข. ผู้ซื้อบัญชี (Factor) ตกลงดำเนินการดังต่อไปนี้ให้กับผู้ขายบัญชี (Supplier) อย่างน้อย สองประการ คือ

- จัดหาเงินทุนให้กับผู้ขายบัญชี (Supplier) ซึ่งมีความหมายรวมถึงการจ่ายเงินสดให้เป็นค่าซื้อบัญชีลูกหนี้ หรือให้กู้ยืมเงินโดยใช้บัญชีลูกหนี้เป็นหลักประกันในการชำระหนี้
- ทำหน้าที่จัดทำและบริหารบัญชีลูกหนี้
- ติดตามเรียกเก็บหนี้
- ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้จะรับภาระในความเสียหายนั้นเอง

2. ข้อกำหนดที่สำคัญของสัญญาแฟคเตอริง

ในการศึกษาถึงข้อกำหนด หรือข้อตกลงในสัญญาแฟคเตอริงนั้น บางครั้งมีการแบ่งสัญญาแฟคเตอริง ออกตามข้อตกลงในสัญญาเป็น 2 ชนิดคือ สัญญาชนิดที่เรียกว่า Facultative Agreement ซึ่งกำหนดให้ผู้ขายบัญชี (Supplier) มีหน้าที่เสนอขายหนี้การค้าให้กับผู้ซื้อบัญชี (Factor) ทุกครั้ง กับสัญญาชนิดที่เรียกว่า Whole Turn Over Agreement ซึ่ง ผู้ขายบัญชี (Supplier) และผู้ซื้อบัญชี (Factor) ตกลงซื้อขายหนี้การค้า ของผู้ขายบัญชีทั้งหมดในคราวเดียวดังรายละเอียดที่อธิบายในบทที่หนึ่งแต่อย่างไรก็ตามในสัญญาแฟคเตอริงไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่ใช้สำหรับการทำแฟคเตอริงประเภทใดหรือสัญญาแฟคเตอริงชนิดใด มักจะมีข้อกำหนดที่สำคัญดังนี้ (ดังรายละเอียดตามตัวอย่างในภาคผนวก)

1. ข้อกำหนดที่ระบุว่า ผู้ขายบัญชี (Supplier หรือ Client) ตกลง ขาย หรือตกลงที่จะเสนอขาย บัญชีลูกหนี้ ให้กับผู้ซื้อบัญชี (Factor) โดยในสัญญาชนิด Facultative Agreement จะระบุเรื่องการจะเสนอขายบัญชีลูกหนี้รวมทั้งรายละเอียดของวิธีการในการเสนอขายแต่ละครั้ง ส่วนสัญญาชนิด Whole Turn Over Agreement จะระบุข้อตกลงชัดเจนว่า ผู้ขายบัญชีตกลง ขายบัญชีลูกหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชี ซึ่งในบางกรณีการขาย (sell) บัญชีลูกหนี้ในสัญญาส่วนใหญ่จะระบุว่าเป็นการตกลงโอนสิทธิ์เรียกร้องในหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชี (Factor) ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่า การขายบัญชีลูกหนี้ต้องบังคับตามหลักการโอนสิทธิ์เรียกร้อง หรือไม่

2. บทนิยามศัพท์ (DEFINITIONS) เนื่องจากในการทำแฟคเตอริงนั้น มีวิธีการอันเป็นรายละเอียดต่าง ๆ มาก ดังนั้น สัญญาแฟคเตอริงส่วนใหญ่จึงมักจะมีบทนิยามศัพท์โดยเฉพาะเพื่อสะดวกในการอ้างอิง และในการกำหนดข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญา บทนิยามศัพท์ที่สำคัญเช่น คำว่า การขายเชื่อที่ได้รับการอนุมัติ (Approved Credit Sale), สำรองเพื่อชำระหนี้ (Contingencies Reserve), ค่าธรรมเนียมการชำระเงินเบื้องต้น (Initial Payment Charge) เป็นต้น จะเห็นได้ว่าคำศัพท์ต่าง ๆ เหล่านี้เป็นคำศัพท์เฉพาะที่ใช้ในธุรกิจแฟคเตอริง ดังนั้นการให้บทนิยามคำศัพท์เหล่านี้จึงเป็นส่วนที่สำคัญส่วนหนึ่งของสัญญาแฟคเตอริง เพราะเป็น

การให้คำจำกัดความของวิธีการทำแฟคเตอริงในแต่ละขั้นตอน

3. รายละเอียดของราคาซื้อขายบัญชีลูกหนี้ เนื่องจากการทำแฟคเตอริงจะมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่นอกเหนือไปจากราคาซื้อขายบัญชีลูกหนี้ เช่น ค่าธรรมเนียมในการติดตามเรียกเก็บหนี้ เป็นต้น และส่วนใหญ่แล้วผู้ซื้อบัญชี (Factor) มักจะขอกันเงินค่าซื้อบัญชีลูกหนี้ ที่จะต้องจ่ายให้กับผู้ขายบัญชีไว้ส่วนหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันหรือเป็นส่วนหนึ่งของเงินที่ผู้ขายบัญชีต้องชำระคืนให้ในกรณีที่ไม้อาจติดตามเรียกเก็บหนี้รายนั้น ๆ ได้ (ใช้ในกรณีของข้อตกลงซื้อขายบัญชีลูกหนี้เป็นการทำแฟคเตอริงชนิดที่ผู้ซื้อบัญชีมีสิทธิไล่เบี้ยได้) ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องระบุรายละเอียดของราคาซื้อขายรวมทั้งค่าใช้จ่าย หรือค่าธรรมเนียม รวมทั้งวิธีคิดคำนวณให้ชัดเจน

4. ข้อตกลงเกี่ยวกับการรับความเสี่ยงกรณีหนี้สูญ ข้อกำหนดขึ้นอยู่กับประเภทของการทำแฟคเตอริง ว่าเป็นการทำแฟคเตอริงที่ผู้ซื้อบัญชี (Factor) ยอมรับภาระความเสี่ยงเมื่อติดตามเรียกเก็บหนี้ไม่ได้ (แฟคเตอริงชนิดไม่มีสิทธิไล่เบี้ย) ไม่ว่าจะเป็นส่วนหนึ่งหรือทั้งหมด หรือเป็นแฟคเตอริงชนิดที่มีสิทธิไล่เบี้ยได้ คือ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) มีสิทธิเรียกให้ผู้ขายบัญชีคืนเงินหรือชดเชยเงินให้กรณีที่ติดตามเรียกเก็บหนี้ไม่ได้ จะต้องมีการกำหนดให้ชัดเจนในสัญญาเพราะเป็นบริการอย่างหนึ่งในการทำแฟคเตอริง

5. คำรับรองและคำยืนยันของผู้ขายบัญชีเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้ ในสัญญาแฟคเตอริงส่วนใหญ่แล้วมักจะมีข้อสัญญาที่ผู้ขายบัญชีให้คำรับรองและยืนยันต่อผู้ซื้อบัญชี (Factor) ว่า หนี้การค้าหรือบัญชีลูกหนี้ที่นำมาขายหรือโอนให้กับผู้ซื้อบัญชานั้น เป็นหนี้ที่สมบูรณ์ ไม่มีภาระผูกพันใด ๆ โดยเป็นสิทธิของผู้ขายบัญชีและสามารถบังคับได้ คำรับรองและคำยืนยันนี้มักจะกำหนดครอบคลุมถึงอนาคตด้วย กล่าวคือ ผู้ขายบัญชีให้คำยืนยันว่าจะไม่ทำให้หนี้นั้นเกิดภาระผูกพันใด ๆ ขึ้น โดยปราศจากความยินยอมของผู้ซื้อบัญชี (Factor) คำรับรองหรือยืนยันในลักษณะนี้ก็เป็นหลักประกันในการได้รับชำระหนี้ของผู้ซื้อบัญชีและถือว่าเป็นส่วนที่สำคัญของสัญญาแฟคเตอริงเพราะเป็นการยืนยันถึงความถูกต้องและบังคับได้ของหนี้การค้าที่นำมาซื้อขาย

6. ข้อกำหนดเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง และการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้อง ในกรณีที่สัญญาแพคเดอริงนั้น ๆ มีข้อตกลงเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง คู่สัญญามักจะกำหนดการโอนสิทธิเรียกร้อง และการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องตามรูปแบบและวิธีการที่ผู้ซื้อ (Factor) กำหนด ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ซื้อ (Factor) มั่นใจได้ว่าการโอนสิทธิเรียกร้องและการบอกกล่าวการโอนนั้นเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย ในทางปฏิบัติสำหรับการทำแพคเดอริงของต่างประเทศ มักจะระบุให้ผู้ขาย (Supplier) พิมพ์ข้อความ หรือประทับตราข้อความหรือติดแผ่นข้อความไว้กับใบกำกับสินค้า (Invoice) ระบุว่า หนี้ตามคำสั่งซื้อตามใบกำกับสินค้านั้น ๆ ได้ถูกโอนให้กับผู้ซื้อและผู้ขายมีหน้าที่ชำระเงินคำสั่งสินค้านั้นให้กับผู้ซื้อ

7. ระบุถึงเอกสารต่าง ๆ ซึ่งผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบให้ผู้ซื้อ การทำแพคเดอริงอาศัยหลักฐานจากเอกสารในทางการค้าต่าง ๆ เช่น ใบกำกับสินค้า (Invoice) หรือใบเรียกเก็บเงิน เป็นต้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดให้ชัดเจนว่า เอกสารใดบ้างซึ่งผู้ขายมีหน้าที่จัดหาและส่งให้กับผู้ซื้อ เอกสารเหล่านั้นส่วนใหญ่จะเป็นเอกสารที่ยืนยันถึงหนี้ และความถูกต้องสมบูรณ์ของหนี้การค้า นั้น ๆ

8. ข้อกำหนดเกี่ยวกับบริการทางด้านการบริหารบัญชีของผู้ซื้อ ในการทำแพคเดอริงส่วนใหญ่แล้ว คู่สัญญา มักตกลงให้ผู้ซื้อ (Factor) ทำหน้าที่บริหารบัญชีลูกหนี้ด้วย เพราะจะทำให้ทราบถึงความเป็นไปได้ในการชำระหนี้ของลูกหนี้ และปลดภาระในการบริหารบัญชีลูกหนี้ของผู้ขาย ในการนี้มักจะมีข้อตกลงให้ ผู้ซื้อ มีหน้าที่ในการส่งรายงานแจ้งให้ผู้ขายทราบถึงการชำระหนี้ของลูกหนี้ เพื่อเป็นข้อมูลในส่วนของผู้ขาย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ซื้อ (Factor) บางรายจะไม่กำหนดหน้าที่นี้ไว้ในสัญญาแพคเดอริง โดยถือว่าเป็นการให้บริการในทางปฏิบัติโดยไม่ผูกพันในทางสัญญา

ข้อกำหนดต่าง ๆ ของสัญญาแพคเดอริงที่ได้ยกมาข้างต้นนี้ เป็นเพียงตัวอย่างที่ปรากฏอยู่ตามสัญญาแพคเดอริงฉบับต่าง ๆ ฉะนั้นในสัญญาแพคเดอริงบางฉบับอาจมีสาระสำคัญมากกว่านี้หรือในสัญญาแพคเดอริงบางฉบับอาจมีข้อกำหนดต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ครบถ้วน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวิธีปฏิบัติในการทำสัญญาของผู้ซื้อ หรือ ผู้ขาย ที่จะตกลงกัน ปัญหาที่ควรพิจารณาก็คือสัญญา

หรือข้อตกลงลักษณะเช่นไร ที่ถือได้ว่าเป็นการทำแพคเตอริงหรือสัญญาแพคเตอริง หลักในการพิจารณานั้นผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาจากสาระสำคัญของสัญญานั้นว่า ทำให้เกิดผลเช่นไร หากมีผลให้คู่สัญญาเกิดความผูกพันในฐานะผู้ซื้อบัญชี กับ ผู้ขายบัญชี โดยผู้ซื้อบัญชี มีหน้าที่อย่างน้อยสองประการ คือ อาจมีบริการทางการเงิน หรือบริการในการบริหารบัญชีลูกหนี้ หรือการติดตามเรียกเก็บหนี้ หรือการรับภาระความเสี่ยงจากหนี้สูญ อันเป็นไปตามความหมายซึ่งสรุปไว้ในบทที่ 1 ก็ควรถือว่าเป็นสัญญาแพคเตอริง ไม่ว่าจะใช้ชื่อสัญญาว่าอย่างไรก็ตาม

3. ลักษณะของสัญญาแพคเตอริง

การทำสัญญาแพคเตอริง ถือหลักตามข้อตกลงที่มาจากการเจรจาตกลงกันตามเงื่อนไขความต้องการทางธุรกิจทั้งของฝ่ายผู้ซื้อบัญชี (Factor) กับ ผู้ขายบัญชี (Supplier หรือ Client) ทั้งนี้โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of the will) ซึ่งมีหลักกว่าให้เอกชนสามารถก่อความผูกพันระหว่างกันเองได้โดยอิสระโดยการแสดงเจตนา และเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งถือว่าเอกชนมีอิสระในอันที่จะตกลงทำสัญญาในลักษณะต่าง ๆ ผูกพันระหว่างกันเองได้โดยเสรี เว้นแต่ว่าข้อตกลงนั้นจะขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (Public Policy) ดังนั้นสัญญาแพคเตอริงที่ทำขึ้นจึงมีลักษณะหลากหลายตามแต่ความประสงค์ของคู่กรณี อย่างไรก็ตามไม่ว่าการทำสัญญาแพคเตอริงจะมีข้อกำหนดหรือลักษณะที่สำคัญแตกต่างกันอยู่บ้างแต่ก็ยังสามารถสรุปสาระสำคัญของสัญญาเพื่อการศึกษาแยกลักษณะว่าเป็นสัญญาประเภทไหน ทั้งนี้เพราะหลักและผลในทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาประเภทต่าง ๆ นั้นมีอยู่แตกต่างกัน¹ การศึกษาแยกประเภทของสัญญาแพคเตอริงนี้จะช่วยในการวินิจฉัยถึงผลของสัญญาในทางกฎหมายว่าจะมีผลเป็นอย่างไร

เมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญของสัญญาแพคเตอริงแล้ว หากปรับตามหลักกฎหมายของประเทศไทย อาจจัดสัญญาแพคเตอริงเป็นประเภทต่าง ๆ ตามหลักการแยกประเภทสัญญาได้ดังนี้

¹ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 1, (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ, 2527) หน้า 390.

3.1 สัญญาซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญา มาจากการแบ่งประเภทสัญญาเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกกับสัญญาซึ่งผูกพันคู่สัญญา

- สัญญาซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญา คือ สัญญาที่มีผลผูกพันแต่ละฝ่ายในสัญญา ได้แก่ สัญญาที่ใช้กันทั่ว ๆ ไป เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน เป็นต้น หากพิจารณาในแง่นี้ จะเห็นว่าฝ่ายต่าง ๆ ในสัญญาแพคเตอริงคือ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) กับ ผู้ขายบัญชี (Supplier) สัญญาแพคเตอริงจะมีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้มีหน้าที่ต่างกัน ซึ่งจะแตกต่างจากสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกซึ่งเป็นสัญญาที่กำหนดให้ลูกหนี้ที่มีหน้าที่ชำระหนี้ตามสัญญา ชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอกดังบัญญัติไว้ในมาตรา 374 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น กรณีของสัญญาประกันชีวิตที่กำหนดให้ผู้รับประกันชำระเงินให้กับผู้รับประโยชน์อื่นเป็นบุคคลภายนอก เป็นต้น สัญญาแพคเตอริงกำหนดข้อผูกพันเฉพาะให้ผู้ซื้อบัญชีกับผู้ขายบัญชีปฏิบัติหน้าที่คือชำระหนี้ให้แก่แต่ละฝ่ายเท่านั้น จึงไม่ใช่สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก แต่เป็นสัญญา ซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา

3.2 สัญญาต่างตอบแทน มาจากหลักการแบ่งประเภทสัญญาเป็นสัญญาต่างตอบแทนกับสัญญาไม่ต่างตอบแทน

- สัญญาต่างตอบแทน เป็นสัญญาที่แต่ละฝ่ายในสัญญาต่างมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่กันและกันเป็นการตอบแทนกัน หรือที่เรียกว่า "ต่างตอบแทนกัน" เกิดจากการที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างก็มีฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ในสัญญาเดียวกัน เช่น สัญญาเช่าทรัพย์สิน ก่อหนี้บังคับให้ผู้เช่าต้องให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่าขณะเดียวกับผู้เช่าก็มีหนี้ต้องชำระค่าเช่าให้ผู้ให้เช่า ในสัญญาแพคเตอริงฝ่ายผู้ซื้อบัญชี (Factor) มีหน้าที่ชำระเงินหรือบริหารบัญชีลูกหนี้หรือติดตามเรียกเก็บหนี้ ฯลฯ ส่วนผู้ขายบัญชี (Supplier) มีหน้าที่โอนสิทธิตามบัญชีลูกหนี้ให้ผู้ซื้อบัญชีและมีหน้าที่จัดเตรียมเอกสารต่าง ๆ ส่งมอบให้ตามที่กำหนดในสัญญา เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของผู้ซื้อบัญชีและผู้ขายบัญชีดังกล่าวแล้ว สัญญาแพคเตอริงจึงจัดเป็นสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งจะมีผลบังคับตามมาตรา 369 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.3 สัญญามีค่าตอบแทน มาจากหลักการแบ่งประเภทสัญญา เป็นสัญญามีค่าตอบแทนกับสัญญาไม่มีค่าตอบแทน

- สัญญามีค่าตอบแทน ได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างปฏิบัติตามสัญญาโดยเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามด้วย เช่น สัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อชำระราคาให้โดยเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ขายต้องโอนทรัพย์สินที่ขายให้ ส่วนในสัญญาไม่มีค่าตอบแทนนั้น มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่เรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องปฏิบัติตามอะไร เป็นการปฏิบัติตามสัญญาให้เปล่า เช่น สัญญาให้ เป็นต้น²

การแยกประเภทสัญญา เป็นสัญญามีค่าตอบแทนกับสัญญาไม่มีค่าตอบแทนนั้นมีผลในแง่ของการกำหนดกฎหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญาและผลของสัญญา โดยกฎหมายมักจะวางเงื่อนไขเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาไม่มีค่าตอบแทนไว้ โดยเข้มงวดกว่าสัญญามีค่าตอบแทน ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลผู้จะชำระหนี้ฝ่ายเดียวโดยปราศจากสิ่งตอบแทนใด ๆ หรือให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกที่อาจต้องเสียหายมีสิทธิโต้แย้งสัญญาไม่มีค่าตอบแทนได้ง่ายกว่า เช่น เจ้าหนี้ขอเพิกถอนการฉ้อฉลสัญญาไม่มีค่าตอบแทนได้ง่ายกว่าสัญญามีค่าตอบแทน

ในสัญญาแพคเตอริง คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) กับ ผู้ขายบัญชี (Supplier) ต่างปฏิบัติตามสัญญาโดยเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามด้วยกล่าวคือ ฝ่ายผู้ซื้อบัญชี ชำระเงินให้ผู้ขายบัญชีและเรียกให้ผู้ขายบัญชีโอนสิทธิในบัญชีลูกหนี้ให้ตน ทำนองกลับกันผู้ขายบัญชีจะโอนสิทธิในบัญชีลูกหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชีต่อเมื่อมีข้อตกลงเป็นค่าตอบแทนจากผู้ซื้อบัญชี ดังนั้นสัญญาแพคเตอริงจึงจัดเป็นสัญญามีค่าตอบแทน ซึ่งมีผลให้ผู้กุมตัวคู่สัญญาได้หนักแน่นกว่าสัญญาไม่มีค่าตอบแทน และบุคคลภายนอกโต้แย้งได้ยากกว่าเช่นกัน

² จิต เศรษฐบุตร, นิติกรรมและสัญญา, (คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ 2528) หน้า 347.

3.4 สัญญาประธานกับสัญญาอุปกรณ์

สัญญาประธาน ได้แก่ สัญญาที่อาศัยความสมบูรณ์เป็นอยู่โดยลำพังตนเอง ส่วนสัญญาอุปกรณ์นั้น นอกจากต้องสมบูรณ์ตามหลักความสมบูรณ์ของตัวเองแล้ว ยังขึ้นกับความสมบูรณ์ของสัญญาประธานอันตนเป็นอุปกรณ์ด้วย ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงสัญญาอุปกรณ์จึงต้องดูด้วยว่าสัญญาประธานสมบูรณ์หรือไม่ สัญญาอุปกรณ์อาจเป็นเอกเทศสัญญาตามบรรพ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ เช่น สัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง หรือสัญญาจำนำ ซึ่งจะต้องฟังความสมบูรณ์ของสัญญาที่อันเป็นสัญญาประธานและได้มีการค้ำประกัน จำนอง หรือ จำนำ ให้กับหนี้ตามสัญญาประธานนั้น³

ในการทำสัญญาแพคเตอริง มักจะมีการทำสัญญาอุปกรณ์ประกอบด้วยเสมอ เช่น กรณีของสัญญาชนิด Facultative Agreement ซึ่งกำหนดให้ผู้ขายบัญชี มีหน้าที่เสนอขายบัญชีลูกหนี้เป็นราย ๆ ต่อผู้ซื้อบัญชี ซึ่งจะทำให้มีการทำสัญญา เฉพาะต่างหากอีกครั้งหนึ่ง นอกเหนือจากสัญญาแพคเตอริงอันเป็นสัญญาหลัก ข้อตกลงหรือสัญญาซื้อขายบัญชีเฉพาะรายนั้น ถือเป็นสัญญาอุปกรณ์ซึ่งความสมบูรณ์ของสัญญานี้ นอกจากจะพิจารณาจากตัวสัญญานั้นเองแล้ว ยังต้องพิจารณาจากความสมบูรณ์ของ สัญญาแพคเตอริงอันเป็นสัญญาหลักด้วย หรือแม้แต่ตามสัญญาแพคเตอริงชนิด Whole Turn Over Agreement ซึ่งผู้ขายบัญชีตกลงขายบัญชีลูกหนี้ทั้งหมดให้กับผู้ซื้อบัญชี แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การซื้อขายบัญชีลูกหนี้ตามกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศ ต้องบังคับตามหลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นแม้มีสัญญาแพคเตอริงอันเป็นสัญญาหลักอยู่แล้ว เพื่อให้การซื้อบัญชีลูกหนี้มีผลตามกฎหมาย ผู้ซื้อบัญชีกับผู้ขายบัญชียังต้องทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นมาอีก นอกเหนือจากสัญญาแพคเตอริงที่มีอยู่แล้ว สัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง เช่นนี้ถือเป็นสัญญาอุปกรณ์อันมีสัญญาแพคเตอริงเป็นสัญญาประธาน ดังนั้นการพิจารณาถึง ความสมบูรณ์ของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในกรณีเช่นนี้ จึงต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาแพคเตอริงด้วย

3.5 เอกเทศสัญญากับสัญญาไม่มีชื่อ เอกเทศสัญญาได้แก่ สัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ระบุไว้ในบรรพ 3 โดยตั้งชื่อให้และกำหนดลักษณะแห่งสัญญานั้น ๆ ไว้ รวมทั้งบัญญัติวางสิทธิหน้าที่ของฝ่ายต่าง ๆ ในสัญญาไว้ด้วย ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นสัญญาที่ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่ามิใช่ใช้กันมาก ดังนั้นหากตกลงทำเอกเทศสัญญาต่าง ๆ ตามบรรพ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว แม้คู่สัญญาไม่ได้ตกลงรายละเอียดต่าง ๆ ไว้ ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในรายละเอียดที่กฎหมายกำหนดให้แต่ละฝ่ายปฏิบัติต่อกัน เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ส่วนสัญญาไม่มีชื่อนั้น ได้แก่สัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ เป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงกันระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ของสัญญา และบังคับได้ตามหลักของนิติกรรมสัญญาและผลแห่งหนี้ทั่ว ๆ ไป สัญญาไม่มีชื่อนี้เป็นที่ยอมรับและใช้กันมาโดยตลอดในวงการนิติศาสตร์และในศาลไทย ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช ได้เคยอธิบายเกี่ยวกับสัญญาไม่มีชื่อไว้ว่า "นิติกรรมสัญญาต่าง ๆ เท่าที่รู้จักชื่อ มีกำหนดอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 นั้น หากใช้จำกัดจำนวนนิติกรรมสัญญาที่เอกชนจะพึงทำกันได้เพียงเท่านั้นไม่นิติกรรมสัญญาอื่นใด แม้จะมีลักษณะพลิกแพลงไม่เข้าอยู่ในลักษณะเอกเทศสัญญาที่กฎหมายรับรู้ไว้เลยก็ตาม ถ้าเป็นนิติกรรมสัญญาที่ทำขึ้นโดยชอบตามหลักทั่วไปในบรรพ 1 แล้ว ก็ยังมีผลบังคับได้โดยปริบูรณ์ทั้ง ๆ ที่กฎหมายยังไม่รู้จักชื่อ (มาตรา 114) ที่เป็นหลักที่ได้รับรองไว้แล้วในคำพิพากษาฎีกาที่ 931/2480 เช่นสัญญาเล่นแชร์เบี้ยหวาย ซึ่งแม้จะไม่มีชื่อปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายของประเทศนี้ หรือประเทศไหน ศาลไทยก็ยังต้องรับบังคับบัญชาให้ในฐานะที่เป็นนิติกรรมสัญญาอย่างหนึ่ง (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 925/2470, 908/2472, 1074/2472, 275/2473, 744/2473, 766/2475, 411/2476, 172/2488, 295/2491, 2025/2494, 806/2501 ประกอบ) นักกฎหมายบางคนพยายามจะริตสัญญาเล่นแชร์เบี้ยหวายให้เข้าในลักษณะเอกเทศสัญญาใดสัญญาหนึ่งที่มีระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 โดยเทียบเคียงว่าเป็นไปในทางกู้ยืมเงินบ้าง เป็นสัญญาเข้าหุ้นส่วนบ้าง ตัวแทน หรือค้ำประกันบ้าง แต่ในที่สุดก็ดูเหมือนจะยอมรับกันว่า ถ้าจะริตให้เข้าแบบก็จะต้องเป็นสัญญาเหล่านั้นทั้งหมดรวมกัน หรือมิฉะนั้นก็ไม่เป็นอย่างหนึ่งอย่างใดเลย ทั้งนี้ย่อมจะชี้ให้เห็นว่า นิติกรรมสัญญาที่จะมีผลบังคับกันได้นั้น ไม่จำเป็นต้องอยู่ในลักษณะเอกเทศสัญญาใดสัญญาหนึ่งที่กฎหมายรู้จักระบุชื่อไว้ เมื่อเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งแล้ว ก็บังคับกันได้อยู่ในตัวโดยไม่จำเป็นต้องริตให้เข้าแบบลักษณะเอกเทศสัญญาอย่างใดเสีย

ก่อน"⁴

สำหรับสัญญาแพคเตอริง ถือเป็นเอกเทศสัญญาหรือสัญญาไม่มีชื่ออย่างไรหรือไม่นั้น ต้องวิเคราะห์ในส่วนของสาระสำคัญและรายละเอียดในสัญญาแพคเตอริงว่า เข้าลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาประเภทใดตามบรรพ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ รายละเอียดของเรื่องนี้จะกล่าวถึงในส่วนของการเปรียบเทียบสัญญาแพคเตอริงกับเอกเทศสัญญาในตอนต่อไปของบทนี้

3.6 สัญญามีแบบกับสัญญาไม่มีแบบ

สัญญามีแบบหมายถึงสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาไว้โดยเฉพาะว่าจะต้องทำอะไรบ้าง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 กำหนดแบบของสัญญาจำนองว่า ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่การไม่ทำตามแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 152 กำหนดว่า ทำให้การนั้นเป็นโมฆะ

สัญญาแพคเตอริงไม่มีกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาเอาไว้ ฉะนั้นคู่สัญญาจึงไม่ต้องผูกพันว่าจะต้องทำตามรูปแบบใด อาจทำได้ทั้งด้วยวาจา หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้

3.7 สัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) หากพิจารณาถึงธรรมเนียมปฏิบัติในการทำแพคเตอริงของผู้ซื้อบัญชี (Factor) แล้ว จะพบว่า การทำสัญญาแพคเตอริงนั้น ผู้ซื้อบัญชี (Factor) จะมีการจัดทำสัญญาเป็นแบบพิมพ์ข้อความและเงื่อนไขทั้งหมดไว้แล้ว เว้น

⁴เส็นีย์ ปราโมช, ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (โรงพิมพ์อักษรสาส์น: กรุงเทพฯ, 2509) หน้า 11-12.

แต่รายละเอียดบางอย่างเท่านั้นที่เว้นช่องไว้ให้เติมข้อความภายหลัง เช่น อัตราค่าธรรมเนียม หรือรายละเอียดของบัญชีลูกหนี้ การจัดทำสัญญาลักษณะนี้ในวงการธุรกิจการค้านิยมทำกันมาก ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงลักษณะของสัญญาประเภทนี้เพื่อเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์ถึงการเกิดและผลของสัญญาในตอนต่อไป

สัญญาสำเร็จรูปหรือที่เรียกในภาษาอังกฤษว่า Standard Form Contract หรือในศัพท์ภาษาฝรั่งเศสว่า Contrat d' adhesion นักกฎหมายไทยบางท่าน เช่น ท่าน ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช เรียกว่า "สัญญาจำยอม"⁵ นั้น เป็นสัญญาที่ผู้ทำสัญญาได้จัดพิมพ์ข้อความส่วนใหญ่ไว้เรียบร้อยแล้ว โดยมีข้อความคือเงื่อนไขข้อตกลงต่าง ๆ เหมือนกันหมด เมื่อจะทำสัญญาประเภทนี้ คู่สัญญาเพียงแต่เขียนรายละเอียดบางอย่างเพิ่มเติมอีกเพียงเล็กน้อยเช่น ชื่อที่อยู่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือวันที่เริ่มทำสัญญา หรือจำนวนเงินที่ตกลงกัน เท่านั้น การจัดทำสัญญาลักษณะเช่นนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจใหญ่ ๆ มักใช้กันมาก เช่น ธนาคาร บริษัทเงินทุน กิจการประกันภัย นิยมใช้กันมาก โดยมีเหตุผลอยู่ 3 ประการใหญ่ ๆ คือ⁶

1. เพื่อประหยัดเวลาในการร่างสัญญา (To Save Time) ทุกครั้งที่มีลูกค้ามาติดต่อ หากบุคคลผู้ประกอบอาชีพบางอย่าง เช่น กิจการประกันภัย กิจการขนส่ง และการธนาคารต้องร่างสัญญาทุกครั้งที่มีลูกค้ามาติดต่อ คงจะทำให้เสียเวลาอย่างมากในการร่างสัญญาแต่ละฉบับ

2. เพื่อเป็นเครื่องมือในการกำหนดภัยพิบัติความรับผิดชอบตามสัญญา (A Device for Allocating Risk) การที่สัญญาสำเร็จรูปกำหนดความรับผิดชอบในภัยพิบัติให้ตกอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำให้คู่กรณีฝ่ายนั้นรู้ล่วงหน้าว่าตนเองต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการจัดหา

⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 444

⁶ สรุศักดิ์ วาจาสิทธิ์, สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ฉบับที่ 1 ปีที่ 15 มีนาคม 2528) หน้า 20-21.

ประกันภัยเอาเอง

3. เพื่อให้ผู้ประกอบการนั้น ๆ สามารถกำหนดค่าบริการได้ล่วงหน้า โดยพิจารณาจากบริการที่เสนอให้ลูกค้าและความรับผิดชอบที่ผูกพันต่อลูกค้าตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสำเร็จรูป เช่น ในสัญญาขนส่งทางทะเล หากตามสัญญามีข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบไว้หลายประการ ค่าระวางขนส่ง (Freight) อาจจะต่ำกว่าอัตราปกติในท้องตลาด หรือหากผู้ขนส่งยอมรับผิดชอบเต็มตามราคา สิ่งของที่บรรทุกอัตราค่าระวางขนส่งอาจจะสูงกว่าอัตราในท้องตลาด (Market Rate) สิ่งเหล่านี้จะช่วยให้ลูกค้าที่ใช้บริการตัดสินใจได้ล่วงหน้าว่าจะใช้บริการของบุคคลใด

การจัดทำสัญญาสำเร็จรูปเช่นนี้อาศัยหลักพื้นฐานจากหลักเรื่อง เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (The Sanctity of Contract) ซึ่งให้สิทธิแก่เอกชนที่จะแสดงเจตนาทำสัญญาผูกพันกันได้โดยเสรี มาจากพื้นฐานความเชื่อที่ว่าหากศาลหรือรัฐไม่เข้าแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญาแล้วจะนำมาซึ่งความพึงพอใจของคู่สัญญา แต่ความเป็นจริงแล้วสัญญาในลักษณะนี้ในบางครั้งกลับทำให้คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่า (Superior Bargaining Power) แสวงหาประโยชน์อันไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย⁷

สัญญาแพคเตอริง์ เกือบทั้งหมดจัดพิมพ์ขึ้นโดยผู้ประกอบการธุรกิจแพคเตอริง์ คือ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) โดยมีข้อกำหนดและเงื่อนไขเป็นมาตรฐานที่เหมือนกันทุก ๆ ฉบับของการทำแพคเตอริง์แต่ละประเภทของผู้ซื้อบัญชีแต่ละราย ฉะนั้นจึงจัดได้ว่า สัญญาแพคเตอริง์ที่ทำในลักษณะนี้เป็นสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract)

การที่ผู้เขียนนำเอาลักษณะ เช่นนี้ของสัญญาแพคเตอริง์มากล่าวถึง ก็โดยเหตุผลเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ถึงการเกิดและผลของสัญญาเป็นสำคัญ โดยจะไม่ศึกษาวิเคราะห์ใน

⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 21.

ส่วนของข้อได้เปรียบกับเสียเปรียบของคู่สัญญาในสัญญาแพคเตอริง เพราะไม่อยู่ในขอบเขตของ วิทยานิพนธ์นี้ การจัดทำสัญญาสำเร็จรูป บางฉบับอาจมีจุดมุ่งหมายเพื่อความสะดวกและประหยัด ค่าใช้จ่าย โดยไม่มีเจตนาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเคลือบแฝงอยู่ก็ได้ ทั้งนี้ต้องพิจารณาจาก ข้อกำหนดของสัญญาสำเร็จรูปฉบับนั้น ๆ เป็นราย ๆ ไป

4. การเกิดสัญญาแพคเตอริง

สัญญาแพคเตอริงเป็นสัญญาที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรูปแบบไว้โดยเฉพาะฉะนั้นการ พิจารณาถึงการเกิดของสัญญาแพคเตอริงจึงเป็นไปตามหลักที่ว่า "สัญญาเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายที่ เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ อีกฝ่ายหนึ่งทำ คำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองตรงกันหรือมีความสอดคล้องต้องกัน สัญญาจึงเกิดขึ้น และก่อ หนี้ผูกพันคู่สัญญาทุกฝ่ายให้ต้องปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่อันเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้น"^๒ ดังนั้น สัญญาแพคเตอริงเกิดขึ้นต่อเมื่อมีคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกัน ปัญหาที่จะ ต้องพิจารณาคือเมื่อไรและ ณ ที่ใด จึงจะถือว่าคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน แต่ก่อนที่จะ วินิจฉัยปัญหานี้ได้ จำเป็นจะต้องศึกษาก่อนว่า คำเสนอและคำสนองในสัญญาแพคเตอริงนั้นเป็น อย่างไร

4.1 คำเสนอ (Offer) ในสัญญาแพคเตอริง

คำเสนอ (Offer) คืออะไรนั้น ไม่มีบทนิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ แต่ก็อาจศึกษาได้จากกฎหมายต่างประเทศและจากความเห็นของนักนิติศาสตร์หลายท่าน ซึ่งได้อธิบายความหมายของคำเสนอไว้ดังต่อไปนี้

^๒ไชยยศ เหมรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 2, หน้า 908.

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความหมายของคำเสนอไว้ใน The Restatement of Contracts มาตรา 24 ว่า คำเสนอ "เป็นการแสดงออกถึงความตั้งใจที่จะเข้าทำการต่อรอง (Bargain) โดยเสนอให้บุคคลอีกคนหนึ่งเข้าใจโดยปราศจากความสงสัยว่าเขาถูกเชื่อเชิญให้เข้าทำการต่อรองและตั้งใจที่จะทำให้การต่อรองนั้นสำเร็จลง"

นักนิติศาสตร์ของไทยอธิบายความหมายของคำเสนอไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายไว้ว่า "คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งแจ้งให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่าตนมีความประสงค์จะผูกพันตนทำสัญญาด้วยประการใด ขอให้อีกฝ่ายหนึ่งนั้นร่วมความประสงค์ทำสัญญาด้วยตามที่เสนอไปนั้น" หรือกล่าวโดยย่อได้ว่า "คำเสนอเป็นคำขอให้ทำสัญญา"⁹

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ว่า "คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งกระทำต่ออีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อทำสัญญาตามข้อความที่กำหนดไว้ คำเสนอต่างกับการทาบถาม เพื่อให้มีการเจรจาติดต่อที่จะได้ทำสัญญากันต่อไป และต่างกับคำเชื่อเชิญให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอมาก่อน เหตุนี้คำเสนอจึงต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอน พอที่จะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งตกลงตามที่ตนเสนอไป เพียงแต่กล่าวข้อความกว้าง ๆ ไม่พอจะเข้าใจว่าจะมีข้อผูกพันกันอย่างไรบ้าง ยังไม่มีลักษณะเป็นคำเสนอได้ ถ้าข้อความที่แสดงออกเพื่อประสงค์จะทำสัญญานั้น มุ่งประสงค์ให้เกิดขึ้นโดยชัดเจนแน่นอนว่ามีข้อผูกพันที่จะพึงปฏิบัติต่อกันอย่างไรบ้างแล้ว ก็ได้ชื่อว่าเป็นคำเสนอ ทั้งนี้จะเป็นการแสดงเจตนาต่อใครโดยเฉพาะ หรือแสดงเจตนาต่อบุคคลทั่วไป เช่น โดยการประกาศโฆษณา จะเป็นการแสดงเจตนาด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือด้วยกริยาอย่างไรก็มีผลเป็นคำเสนอได้ทั้งสิ้น"¹⁰

⁹ เสนีย์ ปราโมช, ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 445.

¹⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) หน้า 6.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำเสนอไว้ในมาตรา 354 ถึง 357 จากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ และคำอธิบายของ นักนิติศาสตร์ดังกล่าวไว้ข้างต้นนี้ อาจสรุปเป็นความหมายของคำเสนอได้ว่า คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้เสนอ เสนอไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้บุคคลนั้นสนองตอบโดยการทำสัญญาผูกพันตามข้อความที่เสนอไปนั้น ดังนั้นคำเสนอนี้จึงต้องเป็นข้อความที่ชัดเจน แน่นอน เพียงพอที่อีกฝ่ายหนึ่งหากสนองรับแล้วก่อให้เกิดสัญญาขึ้นได้ คำเสนอจึงมีลักษณะที่สำคัญดังนี้ คือ

1. เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาฝ่ายเดียว
2. เสนอให้กับหรือไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง
3. โดยมีวัตถุประสงค์ให้อีกฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพันกันในกฎหมายตามที่เสนอและไม่มิตินธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติได้
4. มีความชัดเจน แน่นอน พอเพียง หากอีกฝ่ายหนึ่งสนองรับ แล้วเกิดเป็นสัญญาขึ้นได้

เมื่อพิจารณาจากวิธีการและขั้นตอนในการทำแพคเตอริง ดังอธิบายรายละเอียดในบทที่ 1 และที่ 2 แล้วนั้น วิธีการและขั้นตอนที่น่าจะนำมาพิจารณาว่าเป็นคำเสนอในการก่อให้เกิดสัญญาแพคเตอริงมี 3 ขั้นตอนด้วยกัน คือ

1. การเสนอบริการแพคเตอริง คือ การที่ผู้ขายบัญชี (Factor) ติดต่อ แนะนำ และเสนอบริการการทำแพคเตอริงให้กับลูกค้าของตน หรือผู้ขายบัญชี (Client หรือ Supplier) เห็นได้ว่า ขั้นตอนหรือวิธีการนี้เป็นเพียงการชักชวน หรือแนะนำให้ทำสัญญาเท่านั้น แม้จะมีการให้รายละเอียดต่าง ๆ เช่น วิธีการทำแพคเตอริง บริการที่จะได้รับ หรือวงเงินที่อาจให้ในการขายบัญชีลูกหนี้ ก็เป็นเพียงการให้ข้อมูลเพื่อโน้มน้าวหรือประกอบในการตัดสินใจของผู้ขายบัญชี (Supplier) เท่านั้น และแม้ว่าผู้ขายบัญชีจะสนองรับก็ไม่อาจก่อให้เกิดสัญญาแพคเตอริงได้ เพราะข้อเสนอนั้นเป็นเพียงข้อความกว้าง ๆ หรือรายละเอียดที่สำคัญเท่านั้นยังต้องมีการพิจารณาตกลงกันในส่วนที่สำคัญต่าง ๆ อีก ดังนั้นการแนะนำหรือเสนอบริการแพคเตอริงของผู้ขายบัญชี (Factor) นี้จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำเสนอได้

2. การเสนอขอทำแฟคเตอร์ริงของลูกค้าหรือผู้ขายบัญชี (Client หรือ Supplier) หมายถึง ขั้นตอนที่ลูกค้าหรือผู้ขายบัญชี ผ่านการแนะนำหรือชักชวนให้ทำแฟคเตอร์ริงจากผู้ซื้อบัญชี (Factor) หรือ ผู้ขายบัญชีนั้นอาจเป็นผู้เคยใช้บริการแฟคเตอร์ริงจากผู้ซื้อบัญชีอยู่แล้ว แต่ต้องการขายบัญชีลูกหนี้รายอื่นให้กับผู้ซื้อบัญชี จึงยื่นเรื่องขอทำแฟคเตอร์ริง การยื่นเรื่องขอทำแฟคเตอร์ริงนี้ จะต้องแนบเอกสารต่าง ๆ และให้รายละเอียดข้อมูลต่าง ๆ ตามที่ผู้ซื้อบัญชีต้องการ การที่ผู้ขายบัญชียื่นเรื่องขอทำแฟคเตอร์ริง เช่นนี้ จะถือเป็นคำเสนอของสัญญาแฟคเตอร์ริงได้หรือไม่ หลักสำคัญที่ควรพิจารณาคือ ข้อเสนอนี้มีข้อความชัดเจน แน่นอน เพียงพอที่ทำให้เกิดสัญญาได้หรือไม่เมื่อมีการสนองรับ ในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อผู้ซื้อบัญชีพิจารณาข้อเสนอละเอียดต่าง ๆ จากที่ได้รับมาแล้วก็จะแจ้งว่ารับทำแฟคเตอร์ริงตามที่เสนอมารหรือไม่ รวมทั้งมีการกำหนดเงื่อนไข เช่นวงเงินที่จะรับทำแฟคเตอร์ริง รวมทั้งบริการอื่น ๆ ให้ผู้ซื้อบัญชี จะเห็นได้ว่าแม้ผู้ซื้อบัญชีสนองรับข้อเสนอขอทำแฟคเตอร์ริงของผู้ขายบัญชีแล้ว ก็ยังไม่อาจเกิดเป็นสัญญาแฟคเตอร์ริงได้ เพราะผู้ซื้อบัญชียังต้องเสนอวงเงิน เงื่อนไขให้กับผู้ขายบัญชีพิจารณา ฉะนั้นการยื่นเรื่องขอทำแฟคเตอร์ริงของผู้ขายบัญชีจึงยังไม่อาจถือเป็นคำเสนอได้

3. การแจ้งผลการพิจารณาของผู้ซื้อบัญชีในคำเสนอขอทำแฟคเตอร์ริงของผู้ขายบัญชี หมายถึง การที่ผู้ขายบัญชียื่นเรื่องและเอกสารพร้อมทั้งข้อมูลคร่าว ๆ ต่อผู้ซื้อบัญชีเพื่อขอทำแฟคเตอร์ริง และผู้ขายบัญชีแจ้งตอบตกลงรับทำแฟคเตอร์ริงตามข้อเสนอของผู้ขายบัญชี การตอบตกลงรับทำแฟคเตอร์ริงของผู้ซื้อบัญชี (Factor) นี้ มีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น วงเงิน และบริการที่จะให้ ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ผู้ขายบัญชีจะต้องชำระให้ผู้ซื้อบัญชี จะเห็นได้ว่าการตอบตกลงนี้มีข้อความชัดเจน แน่นอน และเพียงพอ หากผู้ขายบัญชีรับตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ผู้ซื้อบัญชีกำหนด จะทำให้เกิดเป็นสัญญาแฟคเตอร์ริงได้ ดังนั้น จึงถือได้ว่า การตอบรับทำแฟคเตอร์ริงของผู้ซื้อบัญชีนี้เป็นคำเสนอ ในการทำสัญญาแฟคเตอร์ริง

4.2 คำสนอง (Acceptance) ในสัญญาแฟคเตอร์ริง

คำสนอง (Acceptance) คืออะไรนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้กำหนดบทนิยามไว้โดยเฉพาะ จึงต้องศึกษาความหมายของคำสนองจากหลักของกฎหมาย

ต่างประเทศและคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ ดังนี้

Restatement of Contract ของประเทศสหรัฐอเมริกาในมาตรา 52 และ 64 (A), (B) ได้ให้ความหมายของคำสนองไว้ว่า เป็นการแสดงออกซึ่งความตกลงของผู้รับคำเสนอตามเงื่อนไขที่เชื่อเชื่อกันในคำเสนอและเมื่อสัญญาไม่ได้ระบุระยะเวลาให้ทำคำสนองก็อาจสนองได้ภายในระยะเวลาอันสมควร ถ้าผู้เสนอได้ให้อำนาจโดยตรงหรือโดยปริยายให้ทำคำสนองทางไปรษณีย์ได้ คำสนองย่อมมีผลเมื่อมีการส่งและสัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ได้มีการส่งคำสนองนั้น แต่คำสนองในสัญญาซึ่งมีเงื่อนไข (Option Contract) ยังไม่มีผลบังคับจนกว่าผู้เสนอจะได้รับคำสนองนั้น¹¹

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า "คำสนองคือนิติกรรมการแสดงเจตนาหรือการกระทำส่งเจตนารับทำสัญญาตามคำเสนอ หากเป็นการสนองตรงตามเจตนาของผู้เสนอ ไม่มีข้อแม้แก้ไขอย่างใด และมีได้ส่งมาล่วงหน้า ย่อมทำให้เกิดสัญญาขึ้น เปรียบกันว่าคำเสนอเหมือนดินปืน คำสนองเหมือนไฟ จ่อเข้าไปเมื่อใดเป็นสัญญาเมื่อนั้น"¹²

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายไว้ว่า "คำสนองที่จะมีผลให้เกิดสัญญาขึ้นได้นั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนาจะทำสัญญาตรงตามคำเสนอ หากบุคคลหนึ่งบอกขายทรัพย์สินอย่างหนึ่ง อีกคนหนึ่งตอบว่าเต็มใจซื้อ แต่ยังมีอุปสรรคหรือยังไม่มีเงิน ดังนี้ไม่มีคำสนอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 411/2490) หรือถ้าทำคำสนองโดยมีข้อความเพิ่มเติมหรือจำกัดแก้ไขข้อกำหนดในคำเสนอ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1092/2509, ที่ 639/2515) ก็เป็นอันถือไม่ได้ว่าเป็นความประสงค์ของผู้เสนอที่จะทำสัญญาด้วยตามที่มิข้อแก้ไขขึ้นใหม่ จึงต้องถือว่าคำสนองเช่นนั้นเป็นคำ

¹¹ Restatement of Contracts Section 52, 64 (A), (B), อ้างถึงใน ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 2 หน้า 830.

¹² เสนีย์ ปราโมช, ศาสตราจารย์ ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 463

บอกปิดไม่รับ มีผลให้คำเสนอตกไป ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357 แต่ในขณะเดียวกันก็ถือว่าเป็นคำเสนอที่มีขึ้นใหม่ในตัว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2598/2520) ถ้าผู้เสนอเกิดพอใจในคำเสนอใหม่นี้ ก็อาจทำคำสนองมาก่อนให้เกิดสัญญาขึ้นได้

คำสนอนั้นต้องเป็นการแสดงเจตนาทำสัญญาหรือนัยหนึ่ง เป็นการแสดงเจตนาที่มุ่งประสงค์ให้เกิดสัญญาผูกพันกันขึ้นข้างหน้า เมื่อคำสนองไปถึงผู้เสนอถ้าเป็นข้อความที่ผู้กล่าวเข้าใจว่ามีสัญญากันอยู่แล้ว จึงขอให้ชำระหนี้ให้เสร็จไปตามสัญญา ดังนี้เป็นการกล่าวถึงสัญญาที่มีอยู่แล้ว ไม่เป็นคำสนอง ถ้าสัญญาที่เข้าใจว่ามีนั้น ความจริงไม่มีอยู่ข้อความที่กล่าวออกไปก็ไม่เป็นคำเสนอใหม่ จะมีคำสนองมาเพื่อให้เกิดสัญญาไม่ได้"¹³

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสนองไว้ในมาตรา 358 ถึง 361

จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวมาแล้วและจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจสรุปความหมายของคำสนองได้ว่า "เป็นการแสดงเจตนาของผู้รับคำเสนอตกลงรับทำสัญญาตามที่ผู้เสนอ เสนอมาในคำเสนอ ทำให้เกิดเป็นสัญญาผูกพันขึ้นระหว่างผู้เสนอกับผู้สนอง คำสนอนี้ต้องเป็นข้อตกลงตรงตามคำเสนอ หากคำสนอนั้นมีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข หรือข้อจำกัดแตกต่างไปจากคำเสนอ หรือคำสนอนั้นส่งไปถึงผู้เสนอไม่ทันกำหนดเวลาแล้ว สัญญาที่ก่อกำเนิดแต่คำสนองที่ส่งมาล่วงเวลานั้นถือได้ว่าเป็นคำเสนอขึ้นใหม่"

หากพิจารณาจากขั้นตอนและวิธีทำแพคเตอริง ประกอบกับคำเสนอในสัญญาแพคเตอริง ดังอธิบายไว้แล้วนั้น คำสนองในสัญญาแพคเตอริงก็คือ การที่ผู้ขายบัญชี (Supplier) สนองตอบข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ของผู้ซื้อบัญชี ซึ่งกำหนดขึ้นหลังจากพิจารณาคำขอทำแพคเตอริง

¹³ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 20-21

ของผู้ขายบัญชีแล้ว เพราะเป็นการแสดงเจตนาโดยเจาะจงต่อผู้ซื้อบัญชี และเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้ง ในการตอบข้อเสนอบัญชี ซึ่งถ้าหากตกลงตามคำเสนอนั้นแล้ว ก็ทำให้เกิดสัญญาแพคเตอริงขึ้น

4.3 ก่อให้เกิดสัญญาแพคเตอริง

ความสอดคล้องต้องกันระหว่างคำเสนอและคำสนองนั้น ย่อมก่อให้เกิดสัญญาได้ในกรณีทั่ว ๆ ไป¹⁴ ฉะนั้นสัญญาแพคเตอริงย่อมเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอกับคำสนองสอดคล้องต้องกัน คำเสนอและคำสนองในสัญญาแพคเตอริงเป็นอย่างไรนั้นได้อธิบายแล้วในหัวข้อที่ 4.1 และ 4.2 ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ เมื่อไรจึงจะถือว่าคำเสนอ คำสนองสอดคล้องต้องกันแล้ว เพราะนับจากเวลานั้นเป็นต้นไป ทั้งสองฝ่ายคือ ผู้ซื้อบัญชี และผู้ขายบัญชี ต้องผูกพันกันตามภาระหน้าที่ในสัญญาแพคเตอริง การกระทำใด ๆ อันเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลง นับได้ว่าเป็นการผิดสัญญา ต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาหรือชดเชยค่าเสียหาย

โดยที่สัญญาแพคเตอริง ไม่มีกฎหมายกำหนดว่าจะต้องมีแบบ หรือมีลักษณะอย่างไร และไม่จำเป็นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่การปฏิบัติในวงการธุรกิจแล้ว การทำสัญญาแพคเตอริงมักจะทำเป็นลายลักษณ์อักษรและผู้ขายบัญชี (Factor) มักจัดพิมพ์สัญญาไว้เหมือนกันทุก ๆ สัญญา คือเป็น สัญญาตามแบบมาตรฐาน (Standard Form Contract หรือ Contrat d' adhesion) ดังตัวอย่างในภาคผนวก อย่างไรก็ตามในการพิจารณาถึงการเกิดของสัญญาแพคเตอริงนี้ ยังจะพิจารณากรณีที่มิใช่สัญญาตามแบบมาตรฐานด้วย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการประกอบข้อวินิจฉัย ในกรณีที่คู่สัญญามีได้ใช้สัญญาตามแบบมาตรฐาน โดยจะแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณีคือ

- (1) กรณีที่มีการเจรจาอภิปราย
- (2) กรณีที่ไม่มีการเจรจาอภิปราย

¹⁴ ไซยยศ เหมรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 1, หน้า 907.

(1) กรณีที่มีการเจรจาอภิปราย การที่ "คำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน" นั้น ในทางทฤษฎีย่อมหมายความว่า คำเสนอและคำสนองถูกต้องกันทุก ๆ ข้อความของสัญญา¹⁵ สำหรับในกรณีของการทำสัญญาแพคเตอริงของวงการธุรกิจแล้วแม้ว่าในการทำสัญญาการเจรจาอภิปรายจะมีไม่มากนัก เพราะฝ่ายผู้ซื้อบัญชี (Factor) จะมีสัญญามาตรฐานของตนอยู่แล้ว แต่หากมีการเจรจาอภิปรายแล้ว การที่จะถือว่า คำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน ก็ต่อเมื่อทั้งสองฝ่ายตกลงกันในส่วนที่ถือเป็นสาระสำคัญทุก ๆ ประการของการตกลงทำแพคเตอริง ข้อกำหนดที่น่าจะถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาแพคเตอริงนั้นได้อธิบายแล้วในหัวข้อที่ 2 ของบทนี้ อาจสรุปได้ดังนี้

- ข้อตกลงชัดเจนว่าตกลงทำแพคเตอริง
- ข้อกำหนดของวงเงินในการซื้อบัญชีลูกหนี้
- ข้อกำหนดเกี่ยวกับประเภท หรือบริการที่ผู้ซื้อบัญชีจะให้กับผู้ขายบัญชี
- ข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่ผู้ขายบัญชีจะต้องชำระให้ผู้ซื้อบัญชี
- ข้อกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ที่สำคัญของผู้ซื้อบัญชี
- ข้อกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ที่สำคัญของผู้ขายบัญชี

หากข้อกำหนดที่เป็นส่วนสำคัญทั้งหมดนี้ ตกลงกันได้แล้ว ถือว่าคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาแพคเตอริงเกิดขึ้น แม้ว่าจะไม่มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ถ้าหากระหว่างการเจรจาอภิปรายกันนี้ คู่กรณีตกลงกันว่า สัญญาที่ตกลงกันนั้น ต้องทำเป็นหนังสือแล้ว ก็ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า

"...ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านนั้นว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ... " ฉะนั้นในกรณีเช่นนี้ สัญญาแพคเตอริงยังไม่เกิดจนกว่าจะได้ทำเป็นหนังสือ

¹⁵ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 268.

(2) กรณีที่ไม่มีการเจรจาอภิปราย

กรณีที่ไม่มีการเจรจาอภิปรายนี้ อาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณีคือ ก. กรณีที่ฝ่ายหนึ่งขอเข้าเป็นคู่สัญญา ข. กรณีการทำสัญญาทั่ว ๆ ไป

ก. กรณีที่ฝ่ายหนึ่งขอเข้าเป็นคู่สัญญา เป็นสัญญาตามแบบมาตรฐาน (Standard Form of Contract หรือ Contract d' adhesion) การทำสัญญาแพคเตอริงของวงการธุรกิจการค้าปัจจุบันเป็นไปในลักษณะนี้ คือ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) จะร่างสัญญาและจัดพิมพ์ไว้เรียบร้อยแล้ว เพียงแต่เว้นรายละเอียดบางอย่างไว้ให้เพิ่มเติมก่อนลงนามในสัญญา คือ วันเดือน ปี ที่ทำสัญญา ชื่อ และที่อยู่ของผู้ขายบัญชี จำนวนเงินและค่าใช้จ่ายที่ตกลงกัน (ดูตัวอย่างในสัญญาภาคผนวกที่ ก ถึง ง) ข้อกำหนดอื่น ๆ นั้นผู้ซื้อบัญชี (Factor) กำหนดไว้หมดแล้วในแบบพิมพ์สัญญา ศาลไทยเคยวินิจฉัยสัญญาในลักษณะนี้ไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 715/2475 ว่าสัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาสมบูรณ์ทุกอย่างตามกฎหมายไทย

ในกรณีที่สัญญาแพคเตอริงจัดทำเป็นแบบสัญญามาตรฐานเช่นนั้น เมื่อผู้ขายบัญชีเสนอขอทำแพคเตอริง และผ่านขั้นตอนในการพิจารณาข้อมูลรายละเอียดต่าง ๆ แล้ว ผู้ขายบัญชีจะกำหนดวงเงินและค่าใช้จ่ายรวมทั้งแจ้งถึงบริการที่จะให้เมื่อตกลงกันแล้ว ก็เขียนเพิ่มเติมลงในสัญญาและลงนามในสัญญา การที่ฝ่ายผู้ซื้อบัญชี (Factor) จัดพิมพ์สัญญาไว้ล่วงหน้าเช่นนั้น หากพิจารณาประกอบกับวิธีการปฏิบัติคือ เมื่อผู้ขายบัญชีเสนอขายบัญชีลูกหนี้ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) จะอธิบายขั้นตอน วิธีการทำแพคเตอริงของตนซึ่งรวมทั้งแสดงตัวอย่างของสัญญาแพคเตอริงให้ดู หากผู้ขายบัญชีไม่มีข้อทักท้วงเกี่ยวกับการใช้แบบมาตรฐานของสัญญาที่จัดทำไว้แล้ว เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเช่นนี้ทั้งสองฝ่ายตกลงกันแล้วว่า ถ้าจะทำสัญญาแพคเตอริงแล้วต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรค 2 คือ หากกรณีเป็นที่สงสัยแล้วนับว่ายังมีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ ดังนั้นการใช้แบบสัญญามาตรฐานเช่นนี้สัญญาเกิดเมื่อมีการตกลงแสดงเจตนา คือ ลงนามในสัญญา ปัญหาที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งก็คือ หากข้อความซึ่งเว้นช่องว่างไว้ให้เพิ่มเติมลงในสัญญานั้นยังไม่มีมีการตกลงกันในบางเรื่องจึงเว้นช่องว่างไว้ แต่คู่สัญญาลงนามในสัญญาจะถือได้หรือไม่ว่าสัญญาแพคเตอริงเกิดขึ้นแล้ว

คำว่า คำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันนั้นแม้ในทางทฤษฎีจะต้องตรงกันหมดทุกข้อความของสัญญา แต่ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับสัญญาส่วนมากแล้ว ที่ว่าคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน หมายความว่า คำเสนอ คำสนอง ถูกต้องตรงกัน แต่ในบางข้อหรือในบางส่วนของสัญญาเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้นมิได้มีการเจรจาอภิปรายนั่นเอง¹⁶ และหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติว่า "ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่า เป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบิด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่" ข้อความนี้แสดงว่า คำเสนอ คำสนองอาจไม่จำเป็นต้องตรงกันทุก ๆ ข้อความของสัญญา เพราะในทางปฏิบัติแล้วบางครั้งคู่สัญญามักจะตกลงกันเฉพาะบางข้อที่เห็นว่าสำคัญก่อน ส่วนข้ออื่น ๆ นั้น ตกลงกันหลังจากนั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าในกรณีเช่นนี้ แม้จะต้องมีการตกลงเพิ่มเติมกันอีก ก็นับได้ว่าสัญญาแพคเตอริง์เกิดแล้ว เมื่อลงนามในสัญญา

เนื่องจากผู้ซื้อบัญชี (Factor) แต่ละรายต่างก็มีแบบสัญญามาตรฐานของตน และแตกต่างกันออกไป ผู้เขียนเห็นว่าเกี่ยวกับแบบของสัญญาและข้อตกลงในสัญญานั้นควรปล่อยให้ไปเป็นหลัก เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) โดยให้สภาพและกลไกทางธุรกิจ เป็นเครื่องกำหนดข้อตกลงและแบบข้อข้อตกลงระหว่างผู้ซื้อบัญชีกับผู้ขายบัญชี

ข. กรณีสัญญาทั่ว ๆ ไป หมายถึงกรณีที่ไม่มีการจัดทำสัญญาตามแบบมาตรฐานไว้ล่วงหน้า การวินิจฉัยว่าสัญญาเกิดเมื่อไรนั้น หลักแรกที่น่ามาพิจารณาได้คือ "เมื่อคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน" กล่าวคือหากคำเสนอ คำสนองตรงกันหมดทุกข้อสัญญาย่อมเกิด ณ เวลานั้น แต่เรื่องที่ยากแก่การตัดสินก็คือ กรณีที่มีข้อความบางประการยังไม่ได้ตกลงกันเพราะไม่มีการเจรจาอภิปราย หากพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 367 ซึ่งบัญญัติว่า "สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริงยังมิได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อ

¹⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 271.

ใดอันจะต้องตกลงกันให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้ สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซ้ร้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วก็ยอมเป็นอันสมบูรณ์" ผู้เขียนเห็นว่า ต้องพิจารณาวินิจฉัยจากข้อความที่ยังไม่ได้มีการตกลงกันนั้นว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาแพคเตอริงนั้น ๆ ที่จะขาดไม่ได้เลยหรือไม่ เช่น เรื่องราคาของการซื้อขายบัญชี เป็นต้น หากข้อความนี้ไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญาแพคเตอริงก็ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว การใช้หลักวินิจฉัยเช่นนี้จะง่ายขึ้นและไม่ซับซ้อนหากมีการกำหนดบทนิยามของการทำแพคเตอริงและสัญญาแพคเตอริงให้ชัดเจนเพราะสามารถวินิจฉัยโดยถือหลักจากบทนิยามของแพคเตอริงนั่นเอง

5. ผลแห่งสัญญาแพคเตอริง

ผลแห่งสัญญาแพคเตอริงในที่นี้หมายถึง เมื่อเกิดสัญญาแพคเตอริงแล้ว สัญญาได้ก่อหนี้ หรือมีผลบังคับแก่บุคคลใดบ้าง แม้ว่าฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญาแพคเตอริงจะมีเพียง 2 ฝ่าย คือ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) กับ ผู้ขายบัญชี (Supplier) แต่เมื่อมีการทำสัญญาแพคเตอริงขึ้นแล้ว จะทำให้เกิดผลต่อบุคคลนอกสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ลูกหนี้ (Debtor) ของผู้ขายบัญชี ดังนั้น การศึกษาถึงผลของสัญญาแพคเตอริงนี้จะศึกษาถึงผลต่อบุคคลสามฝ่ายด้วยกัน คือ ผู้ขายบัญชี ผู้ซื้อบัญชี และลูกหนี้ โดยจะศึกษาในแง่ของหน้าที่ที่แต่ละฝ่ายต้องปฏิบัติรวมทั้งสิทธิที่อาจยกขึ้นอ้างได้ เหตุที่เน้นการศึกษาด้านหน้าที่เป็นหลักเพราะเมื่อฝ่ายใดมีหน้าที่แล้ว ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ที่จะเรียกให้ปฏิบัติตามหน้าที่นั้น

5.1 หน้าที่ของผู้ซื้อบัญชี

ผลจากการทำสัญญาแพคเตอริงจะทำให้ผู้ซื้อบัญชีมีหน้าที่ต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ทางด้านการเงิน (Finance) หมายถึง บริการเกี่ยวกับการเงินทั้งหมดที่ผู้ซื้อบัญชี (Factor) ให้กับผู้ขายบัญชี ไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะใด เช่น การจ่ายเงินสดให้เป็นค่าซื้อบัญชีลูกหนี้ หรือการให้กู้ยืมเงิน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงและชนิดของบริการแพคเตอริงที่ทั้งสอง ฝ่ายกำหนดไว้ในสัญญา

(2) หน้าที่จัดทำและดูแลบัญชี (Ledgering) หมายถึง การที่ ผู้ซื้อบัญชี (Factor) จัดทำบัญชีแสดงการชำระหนี้ของลูกหนี้เกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้ นั้น ๆ ส่วนใหญ่แล้วผู้ซื้อบัญชี (Factor) มักจะจัดทำเป็นบัญชีหรือรายการเป็นรายเดือนส่งให้กับผู้ขายบัญชี (Supplier) เพื่อให้ทราบถึงการชำระหนี้ของลูกหนี้ และในบางกรณีผู้ซื้อบัญชีอาจจัดส่งบัญชีรายเดือนนี้ให้กับลูกหนี้ด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาแพคเตอริง

(3) หน้าที่ติดตามเรียกเก็บหนี้ หมายถึง การที่ผู้ซื้อบัญชี (Factor) มีหน้าที่ตามสัญญาแพคเตอริงในการติดตามเรียกเก็บเงินตามบัญชีลูกหนี้ เมื่อหนี้จนถึงกำหนด ในการนี้ผู้ซื้อบัญชีอาจเรียกเก็บเงินในนามของตนเอง หรือในกรณีของการทำแพคเตอริงประเภท Confidential Factoring นั้นอาจติดตามเรียกเก็บเงินโดยมอบใบเสร็จรับเงินในนามของผู้ขายบัญชีให้กับลูกหนี้เมื่อได้รับการชำระเงิน

(4) หน้าที่รับความเสี่ยงกรณีหนี้สูญ หมายถึง กรณีที่ลูกหนี้ (Debtor) ไม่ชำระหนี้ไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมด หากว่ามีข้อตกลงไว้ในสัญญาแพคเตอริงแล้ว ผู้ซื้อบัญชี (Factor) ต้องรับความเสี่ยงเนื่องจากหนี้สูญ ในทางปฏิบัติแล้ว ผู้ซื้อบัญชี (Factor) มักจะมีข้อตกลงไว้ในสัญญาแพคเตอริงแบ่งแยกหน้าที่รับทำแพคเตอริงออกเป็น 2 ประเภท คือ หนี้ที่เกิดจากการขายสินค้าและบริการที่ได้รับการอนุมัติแล้ว ซึ่งผู้ซื้อบัญชีจะยอมรับความเสี่ยงทั้งหมดกล่าวคือ หากติดตามเรียกเก็บหนี้ไม่ได้แล้ว ก็ไม่มีสิทธิ์ไล่เบี้ยให้ผู้ขายบัญชีชดเชยเงินนั้นแทน และอีกประเภทหนึ่งก็คือหนี้ที่เกิดจากการขายสินค้าและบริการที่ไม่ได้รับการอนุมัติ หนี้ประเภทนี้หากไม่สามารถติดตามเรียกเก็บเงินได้แล้ว ผู้ซื้อบัญชี (Factor) มีสิทธิ์ไล่เบี้ยเอาจากผู้ขายบัญชีได้ การแบ่งว่าหนี้ลักษณะใด หรือหนี้จากการขายสินค้าใด จะได้รับการอนุมัติหรือไม่นั้นจะมีข้อกำหนดละเอียดในสัญญาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการขออนุมัติ

(5) หน้าที่อื่น ๆ หน้าที่ทั้งสี่ประการข้างต้นนี้เป็นหน้าที่หลักของผู้ซื้อบัญชี นอกจากหน้าที่ทั้ง 4 ประการนี้แล้ว อาจมีการกำหนดหน้าที่อื่น ๆ ให้กับผู้ซื้อบัญชีในสัญญาแพคเตอริง เช่น หน้าที่ในการตรวจพิจารณาและแจ้งการอนุมัติเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้ที่ผู้ขายบัญชี เสนอต่อผู้ซื้อบัญชี เป็นต้น

5.2 หน้าที่ของผู้ขายบัญชี

เมื่อทำสัญญาแพคเตอริงแล้ว ผู้ขายบัญชีจะมีหน้าที่ต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญาขายสินค้าหรือให้บริการ กล่าวคือ ส่งมอบสินค้าหรือจัดบริการให้ตามสัญญาที่ตนทำกับผู้ซื้อสินค้าของตน โดยสินค้าหรือบริการที่ให้นั้นต้องถูกต้องตามสัญญาทั้งนี้เพื่อให้หนี้ตามสัญญาคือ บัญชีลูกหนี้เนปราศจากข้อโต้แย้งใด ๆ จากลูกหนี้ หน้าที่นี้มักจะถูกระบุไว้ในสัญญาแพคเตอริงในลักษณะของคำรับรองและยืนยันของผู้ขายบัญชีว่า หนี้ตามบัญชีลูกหนี้ที่นำมาขายให้กับผู้ซื้อบัญชีนี้เป็นหนี้ที่ถูกต้อง สมบูรณ์ ปราศจากข้อโต้แย้งใด ๆ ของลูกหนี้

(2) หน้าที่จัดหาเอกสารและข้อมูลประกอบบัญชีลูกหนี้ ส่งมอบให้กับผู้ซื้อบัญชีตามที่คุณซื้อบัญชีต้องการ เอกสารและข้อมูลเหล่านี้ เช่น ใบกำกับสินค้า, ใบเรียกเก็บเงิน และข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับสินค้า หรือบริการที่จัดให้กับลูกหนี้รวมทั้งสภาพกิจการและฐานะการเงินของลูกหนี้ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นข้อมูลในการพิจารณากำหนดวงเงินในการทำแพคเตอริงของผู้ซื้อบัญชี

(3) หน้าที่ดำเนินการให้ ผู้ซื้อบัญชีมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ในอันที่จะเรียกหรือรับชำระหนี้ตามบัญชีลูกหนี้ หน้าที่นี้อาจนับได้ว่าเป็นหน้าที่หลักที่สำคัญที่สุดของผู้ขายบัญชี เพราะเรื่องหลักในการทำแพคเตอริงในกรณีที่ผู้ซื้อบัญชีชำระเงินเป็นค่าซื้อบัญชีลูกหนี้ให้กับผู้ขายบัญชีแล้วก็คือ ผู้ซื้อบัญชีต้องได้รับสิทธิสมบูรณ์ในการรับชำระหนี้จากลูกหนี้ วิธีการที่ทำกันนั้นเป็นไปตามกฎหมายแต่ละประเทศ เช่น การจำหน่ายบัญชีลูกหนี้ หรือการชาร์จ (Charge) บัญชีลูกหนี้ในประเทศอังกฤษ แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะใช้วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งประเทศไทยเองก็ใช้วิธีการนี้ด้วยเช่นกัน ในการโอนสิทธิเรียกร้องกฎหมายมักกำหนดให้มีการบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ให้รับทราบการโอนหรือให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง ทั้งนี้เพราะลูกหนี้เป็นบุคคลภายนอกเช่น ตัวอย่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 กำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องนั้น หากจะใช้ยันกับบุคคลภายนอกหรือลูกหนี้ได้ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือหรือได้บอกกล่าวเป็นหนังสือให้แก่ลูกหนี้ เป็นต้น ดังนั้นในสัญญาแพคเตอริงจึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ขายบัญชีที่จะ

ต้องโอนสิทธิเรียกร้องในบัญชีลูกหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชีรวมทั้งบอกกล่าวการโอนให้ลูกหนี้รับทราบ ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องนี้จะกล่าวถึงในตอนต่อไปของบทนี้

(4) หน้าที่อื่น ๆ นอกเหนือจากหน้าที่หลักทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้นนี้แล้ว สัญญาแฟคเตอร์จึงอาจกำหนดหน้าที่อื่น ๆ ให้กับผู้ขายบัญชีอีก เช่น ในการทำแฟคเตอร์ประเภท Confidential Factoring ซึ่งไม่มีการเปิดเผยถึงการทำแฟคเตอร์ให้ลูกหนี้รับทราบนั้น อาจมีการกำหนดให้ผู้ขายบัญชีในฐานะเจ้าหนี้ มีหน้าที่ในการติดตามเรียกเก็บเงิน และต้องรับส่งมอบเงินที่เรียกเก็บได้นั้นให้กับผู้ซื้อบัญชี เป็นต้น

5.3 สิทธิและหน้าที่ของลูกหนี้

ลูกหนี้เป็นบุคคลนอกสัญญาแฟคเตอร์ เพราะคู่สัญญาในสัญญาแฟคเตอร์จึงนั้นมีเพียง ผู้ซื้อบัญชี (Factor) กับ ผู้ขายบัญชี (Supplier) เท่านั้น หน้าที่ของลูกหนี้เกิดจากผลในทางกฎหมายจากการที่ผู้ขายบัญชีซึ่งเป็นเจ้าหนี้โดยตรงของลูกหนี้ขายหรือโอนบัญชีลูกหนี้ให้แก่ผู้ซื้อบัญชี ทำให้ผู้ซื้อบัญชีเข้าสรวมสิทธิต่าง ๆ ของผู้ขายบัญชีอันเป็นเจ้าหนี้เดิม มีผลให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้น แต่โดยที่ผลที่เกิดขึ้นเป็นผลตามกฎหมาย ฉะนั้นนอกเหนือจากหน้าที่แล้วลูกหนี้น้อมมีสิทธิอันเกี่ยวกับการนี้ด้วย สิทธิ และหน้าที่ที่สำคัญของลูกหนี้ คือ

(1) หน้าที่ในการชำระหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชี เมื่อหนี้ตามบัญชีลูกหนี้ถูกขายหรือโอนไปให้กับผู้ซื้อบัญชี โดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น โดยวิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง ทำให้ผู้ซื้อบัญชีเข้าสรวมสิทธิเป็นผู้รับชำระหนี้ตามบัญชีลูกหนี้ ดังนั้นลูกหนี้จึงมีหน้าที่ชำระหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชี

(2) สิทธิในการหักกลบบทหนี้

ในกรณีทั่วไป หากลูกหนี้ เจ้าหนี้ต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน โดยอาจนำมาหักกลบบทกันได้ เมื่อมีการโอนสิทธิในหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก ลูกหนี้อาจใช้สิทธิหักกลบบทหนี้กับเจ้าหนี้เดิม แล้วชำระหนี้เฉพาะส่วนที่เหลือเท่านั้น กฎหมายไทยเองก็มีหลักการเช่นนี้ โดย

บัญญัติไว้ในมาตรา 308 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการทำสัญญาแพคเตอริงลูกหนี้ ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจึงมีสิทธิหักกลบหนี้ได้ตามหลักการเดียวกันนี้ ซึ่งรายละเอียดในเรื่องนี้จะอธิบายในหัวข้อที่ 7.1.4

หน้าที่เหล่านี้เป็นหน้าที่ตามสัญญา ฉะนั้นคู่สัญญาคือ ผู้ซื้อบัญชี กับ ผู้ขายบัญชี ต้องปฏิบัติหน้าที่ใดบ้างจึงขึ้นกับข้อกำหนดในสัญญาแพคเตอริงระหว่างทั้งสองฝ่าย ข้อที่น่าสังเกตก็คือ สัญญาแพคเตอริงบางฉบับจะมีข้อกำหนดเฉพาะหน้าที่หลักที่สำคัญ เช่น กำหนดเฉพาะข้อตกลงในการโอนและรับโอนสิทธิเรียกร้อง และคำตอบแทน โดยไม่มีการระบุถึงหน้าที่อื่น ๆ ในสัญญาเลย เช่น หน้าที่ในการดูแลรักษาบัญชีลูกหนี้ หน้าที่ในการติดตามเรียกเก็บเงินของผู้ซื้อบัญชี เป็นต้น แต่ในทางปฏิบัติแล้วมักจะมีการให้บริการเหล่านี้ด้วย ปัญหาที่ควรพิจารณาคือหากไม่ระบุไว้ในสัญญาว่า ผู้ซื้อบัญชีมีหน้าที่ในการดูแลบัญชีลูกหนี้ รวมทั้งจัดทำรายงานเกี่ยวกับการชำระหนี้นั้นแจ้งให้กับผู้ขายบัญชี หรือหน้าที่อื่นใดที่ตกลงกันไว้แล้ว จะใช้บังคับกันได้เพียงไร ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อสัญญาแพคเตอริงทำขึ้นเป็นหนังสือโดยเฉพาะอย่างยิ่งทำขึ้นในลักษณะของแบบสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) ข้อตกลงต่าง ๆ ก็ควรจะทำเป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนครบถ้วน เพราะมิฉะนั้นหากมีข้อพิพาทตามสัญญาเกิดขึ้นก็จะมีปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์ว่า ข้อตกลงซึ่งมิได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีอยู่อย่างไร หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจปฏิเสธว่ามีได้มีการตกลงไว้เช่นนั้น

เนื่องจากผู้ซื้อบัญชี (Factor) แต่ละรายต่างก็จัดทำแบบสัญญามาตรฐานของสัญญาแพคเตอริงขึ้น แม้ว่าจะมีข้อกำหนดคล้าย ๆ กัน ในบางส่วนก็ตาม แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างกันในหลักที่สำคัญหลายประการ ดังตัวอย่างของสัญญาแพคเตอริงในภาคผนวก ผู้เขียนเห็นว่าแม้การทำสัญญาแพคเตอริงควรปล่อยให้ไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาก็ตาม แต่ก็น่าจะมีการกำหนดหลักหรือข้อกำหนดที่สำคัญไว้ว่า ในสัญญาแพคเตอริงนั้นอย่างน้อยที่สุดจะต้องมีข้อกำหนดอะไรบ้าง ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยว่า สัญญาลักษณะใดเป็นสัญญาแพคเตอริง และเป็นการให้ความคุ้มครองฝ่ายต่าง ๆ ในสัญญาแพคเตอริงให้ได้รับประโยชน์จากสิทธิที่ควรได้รับในการทำสัญญา

6. การให้ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแพคเตอริง

สัญญาแพคเตอริงเกิดขึ้นจากพัฒนาการของธุรกิจการค้า โดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ดังอธิบายไว้ในตอนต้นของบทนี้ จึงมีปัญหว่าสัญญาแพคเตอริงปรับเข้าได้กับกฎหมายลักษณะใด ปัจจุบันสัญญาแพคเตอริงปรับใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่ก็ยังน่าพิจารณาว่าสัญญาแพคเตอริงอาจปรับเข้าได้กับสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่งของ เอกเทศสัญญาตามบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในทางปฏิบัติแล้วการใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องกับสัญญาแพคเตอริงก็ยังมีปัญหาอีกหลายประการที่ควรพิจารณา ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงแยกพิจารณาดังต่อไปนี้

- สัญญาแพคเตอริงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา
- สัญญาแพคเตอริงกับ เอกเทศสัญญาตามบรรพ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 - 6.2.1 สัญญาแพคเตอริงกับสัญญาซื้อขาย
 - 6.2.2 สัญญาแพคเตอริงกับสัญญาจ้างทำของ
 - 6.2.3 สัญญาแพคเตอริงกับสัญญาค้ำประกัน
 - 6.2.4 สัญญาแพคเตอริงกับสัญญาตัวแทน
- การปรับบทกฎหมายใช้กับสัญญาแพคเตอริง

6.1 สัญญาแพคเตอริงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางบทบัญญัติ เรื่องนิติกรรมไว้ในลักษณะ 4 ของบรรพ 1 ตั้งแต่มาตรา 149-193 และสัญญาในลักษณะ 2 ของบรรพ 3 ตั้งแต่มาตรา 354-394 ในส่วนของนิติกรรมเป็นการวางหลักทั่ว ๆ ไปของนิติกรรมรวมทั้งเรื่องการแสดงเจตนา โฆษะ โฆษะกรรม เงื่อนไขและเงื่อนไข ซึ่งเป็นหลักที่ใช้กับนิติกรรมโดยทั่ว ๆ ไป ส่วนสัญญาก็

เช่นกันได้วางหลักให้ใช้กับสัญญาทั่ว ๆ ไปเกี่ยวกับ ก่อให้เกิดสัญญา ผลแห่งสัญญามัดจำและเบียปรับ และเลิกสัญญา บทบัญญัติเหล่านี้เป็นหลักฐานของการทำนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายไทย ดังนั้นสัญญาแพคเตอริงจึงต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาเหล่านี้

6.2 สัญญาแพคเตอริงกับเอกเทศสัญญา

เอกเทศสัญญาเป็นสัญญาลักษณะต่าง ๆ ที่บรรพ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ตั้งชื่อ และกำหนดลักษณะแห่งสัญญานั้นไว้ ตลอดทั้งได้บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้ด้วย ทั้งนี้เพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าเป็นสัญญาที่บุคคลทำกันมากที่สุด¹⁷ เอกเทศสัญญาที่ควรนำมาพิจารณาว่าปรับใช้ได้กับสัญญาแพคเตอริงหรือไม่มีดังนี้

6.2.1 สัญญาแพคเตอริงกับสัญญาซื้อขาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 บัญญัติว่า "อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่า จะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย"

การทำแพคเตอริงนั้นคำศัพท์สามัญที่ใช้กันในวงการธุรกิจคือ การซื้อ บัญชีลูกหนี้การค้าหรือ ที่วิทยานิพนธ์นี้ใช้ว่า การรับซื้อและให้บริการเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้การค้าและสัญญาแพคเตอริงของต่างประเทศบางประเทศ บังคับตามหลักกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายของประเทศนั้น เช่น ประเทศเยอรมนีแยกความสัมพันธ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาแพคเตอริงชนิดไม่มีสิทธิไล่เบียด (non-recourse) โดยบังคับตามลักษณะซื้อขายตามมาตรา 607 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังอธิบายในหัวข้อเรื่องประเทศเยอรมนีในบทที่ 2 แต่ตามกฎหมายของประเทศไทย ความหมายของการซื้อขายตาม ม. 453 นั้นเป็นการซื้อขาย

¹⁷ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 350.

ทรัพย์สินโดยต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ^{๑๘} สิ่งที่ยกขายกันในการทำแลกเปลี่ยนคือ บัญชีลูกหนี้ ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องของผู้ขายบัญชีอันมีอยู่เหนือลูกหนี้ผู้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ สิทธิเรียกร้องนี้แม้ว่าถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 99^{๑๙} ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นทรัพย์สินในประเภทของบุคคลสิทธิ^{๒๐} คือ สิทธิในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ในอันที่จะเรียกให้บุคคล กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือชำระหนี้ ส่วนคำว่า "ทรัพย์สิน" ตามมาตรา 453 นี้ หมายถึง ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่มีราคาและถือเอาได้เท่านั้น ไม่รวมถึง "สิทธิเรียกร้องหรือบุคคลสิทธิ" ด้วย^{๒๐} เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นการโอนสิทธิ มิใช่โอนตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิ^{๒๑} ดังนั้นสัญญาแลกเปลี่ยนจึงไม่อาจปรับใช้ได้กับสัญญาซื้อขายตามมาตรา 453 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

6.2.2 สัญญาแลกเปลี่ยนกับสัญญาจ้างทำของ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 บัญญัติหลักเกี่ยวกับสัญญาจ้างทำของไว้ว่า "อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น" ตามบทนิยามนี้จะเห็นว่าสัญญาจ้างทำของนอกจากจะเป็นการจ้างทำของหรือวัตถุมีรูปร่าง เช่น สร้างตึก ถนน เครื่องบิน ฯลฯ แล้ว อาจจะเป็นการทำงานอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยไม่ใช่เป็นการทำสิ่งที่มีรูปร่างก็ได้ เช่น จ้างนำไม้ออกจากป่า

^{๑๘} ไกวัล ชุ่มวัฒนะ, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิตภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528) หน้า 76.

^{๑๙} เรื่องเดียวกัน หน้า 33

^{๒๐} เรื่องเดียวกัน หน้า 45

^{๒๑} โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่หนึ่ง (กรุงเทพฯ, บริษัทกรุงสยามพริ้นติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2532) : หน้า 352

จ้างว่าความ หรือจ้างเรียกเก็บหนี้ โดยสัญญาจ้างทำของนั้นมุ่งที่ผลสำเร็จของงาน คือ ผู้รับจ้างต้องทำงานจนสำเร็จ²² แต่การทำสัญญาแพคเตอริงนั้นคู่สัญญามีได้มุ่งที่ผลสำเร็จของงานกล่าวคือ มิได้มุ่งให้ผู้ซื้อบัญชี (Factor) ติดตามเรียกเก็บหนี้จนสำเร็จ เพราะหากเรียกเก็บหนี้ไม่ได้แล้ว ความสูญเสียกับผู้ซื้อบัญชี (Factor) จะเป็นผู้รับไปตามสัญญาหรือในบางกรณีผู้ซื้อบัญชีก็ใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากผู้ขายบัญชีได้ และการคำนวณเงินจ้างตามสัญญาจ้างทำของนั้น คำนวณตามผลที่สำเร็จของงานเป็นสำคัญ²³ ส่วนการคิดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในสัญญาแพคเตอริงนั้นเทียบกับสัดส่วนของอัตราดอกเบี้ยในการกู้ยืมเงิน และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ตามแต่จะตกลงกัน โดยมีได้คำนึงถึงผลแห่งความสำเร็จของงาน ดังนั้นจึงไม่อาจปรับสัญญาแพคเตอริง กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจ้างทำของได้

6.2.3 สัญญาแพคเตอริงกับสัญญาค้ำประกัน

การทำแพคเตอริงของต่างประเทศในบางครั้งใช้บัญชีลูกหนี้เป็นหลักประกันในการกู้ยืมเงิน เช่น ประเทศอังกฤษทำโดยผ่านวิธีการจำนอง (Mortgage) และชาร์จ (Charge) เป็นต้น และบริษัทเงินทุนของไทย มีวิธีการทำธุรกิจการให้กู้ยืมเงินโดยใช้บัญชีลูกหนี้เป็นหลักประกันซึ่งทางปฏิบัติแล้ว ผู้กู้จะโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้นั้น ๆ ให้กับผู้ให้กู้คือบริษัทเงินทุน ดังอธิบายแล้วในบทที่ 2 ปัญหาก็คือตามกฎหมายไทยสามารถใช้บัญชีลูกหนี้เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องในการนี้ คือ ลักษณะ 11 มาตรา 680-707 ค้ำประกัน, ลักษณะ 12 มาตรา 702-746 จำนองและลักษณะ 13 มาตรา 747-769 จำนำแล้วจะเห็นว่า

²² มานะ นิตยาภรณ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อจ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน, (โรงพิมพ์อักษรสาส์น, กรุงเทพฯ) 2523, หน้า 109, 111.

²³ เรื่องเดียวกัน หน้า 110.

มาตรา 680 บัญญัติเกี่ยวกับการค้าประกันว่า "อันว่าค้าประกันนั้น คือสัญญาที่บุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้าประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้..." ค้าประกันเป็นเรื่องของการที่บุคคลผูกพันตนเข้าประกันการชำระหนี้ แต่ตามสัญญาแพคเตอริงแล้ว เป็นเรื่องของทรัพย์สิน คือสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ จึงไม่อาจปรับใช้กับเรื่องการค้าประกันตามมาตรา 680 นี้ได้

มาตรา 702 วางหลักเกี่ยวกับการจำนองไว้ว่า "อันว่าจำนองนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง..." และบัญญัติถึงทรัพย์สินที่จะจำนองได้ไว้ในมาตรา 703 ว่าต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรืออาจเป็นสังหาริมทรัพย์ก็ได้แต่ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ที่ระบุไว้ในวรรค 2 ของมาตรา 703 เช่น เรือกำปั่น แะ สัตว์พาหนะ หรือสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ แต่ทรัพย์สินตามสัญญาแพคเตอริงนั้นคือสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้อันเป็นบุคคลสิทธิซึ่งเป็นทรัพย์สิน ที่ไม่มีรูปร่าง ไม่อาจจัดเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ได้ สิทธิเรียกร้องจึงไม่อาจจำนองได้ ดังนั้น จึงไม่สามารถปรับสัญญาแพคเตอริงใช้กับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยจำนองได้

มาตรา 747 วางหลักเกี่ยวกับ การจำนำไว้ว่า "อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้"ทรัพย์สินที่จำนำได้นั้นตามมาตรา 747 จำกัดเฉพาะสังหาริมทรัพย์ แต่ทรัพย์สินตามสัญญาแพคเตอริง คือสิทธิเรียกร้อง ไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ ฉะนั้นจึงไม่อาจจำนำได้ ดังนั้นจึงไม่สามารถปรับสัญญาแพคเตอริงใช้กับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจำนำได้

6.2.4 สัญญาแพคเตอริงกับสัญญาตัวแทน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทนที่จะนำมาพิจารณาว่าสัญญาแพคเตอริงเข้าลักษณะเป็นสัญญาตัวแทนหรือไม่นั้น ควรพิจารณาทั้งในแง่การเป็น ตัวแทนธรรมดากับการเป็นตัวแทนค้าต่าง ซึ่งกฎหมายได้ให้นิยามไว้ดังนี้

มาตรา 797 อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการและตกลงจะทำการดั่งนั้น

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้

มาตรา 833 อันว่าตัวแทนค้าต่าง คือบุคคลซึ่งในทางค้าขายของเขายอมทำการซื้อหรือขายทรัพย์สิน หรือรับจัดทำกิจการค้าขายอย่างอื่นในนามของตนเองต่างตัวการ

เกี่ยวกับการวินิจฉัยว่า สัญญาแพคเตอริงจัดลักษณะเป็นสัญญาตัวแทนได้หรือไม่นี้ ขณะที่ประเทศไทยยังใช้ระบบภาษีการค้าอยู่นั้น กรมสรรพากรเคยมีหนังสือตอบข้อหารือวินิจฉัยเรื่องภาษีของธุรกิจรับซื้อมูลหนี้และการรับโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งระบุรายละเอียดของสภาพกิจการ ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับการทำแพคเตอริง โดยแยกวินิจฉัยเป็นการรับซื้อมูลหนี้โดยเด็ดขาด (ไม่มีสิทธิไล่เบียด) กับการรับโอนสิทธิเรียกร้องหรือซื้อลดลูกหนี้ การค้า ซึ่งมีภาระกันเงินค่าซื้อลูกหนี้นั้นเป็นประกกัน ในการเรียกเก็บเงินจากลูกหนี้ (คือ มีสิทธิไล่เบียดได้) ดั่งนั้นเพื่อจะได้เทียบเคียงกับหลักวินิจฉัยของกรมสรรพากรจึงขอแยกพิจารณาว่าสัญญาแพคเตอริงเป็นสัญญาตัวแทนหรือไม่ เป็นกรณีของแพคเตอริงชนิดที่ไม่มีสิทธิไล่เบียด และชนิดมีสิทธิไล่เบียด

-แพคเตอริงชนิดที่ไม่มีสิทธิไล่เบียด หากผู้ซื้อบัญชีรับซื้อบัญชีลูกหนี้ รายใดไปแล้ว ต่อมาเมื่อเห็นครบกําหนดไม่อาจเรียกเก็บเงินตามหนี้นั้นได้ จะไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้ขายบัญชีคืนเงินหรือชำระหนี้นั้นให้กับผู้ซื้อบัญชีได้ กรมสรรพากร เคยมีแนววินิจฉัย ตามหนังสือตอบข้อหารือที่ กค. 0802/4295 ลงวันที่ 8 เมษายน 2531 โดยวินิจฉัยว่า กิจการรับซื้อมูลหนี้จากบุคคลภายนอกทั่วไป โดยรับซื้อขาดเพื่อดำเนินการบังคับชำระหนี้ด้วยตนเอง หากยอดเงินที่บังคับได้มากกว่ารายจ่ายก็จะมีกำไรและมีบางรายไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้เลยนั้น เป็นกิจการที่ไม่เข้าลักษณะการค้าประเภทใด แห่งบัญชีอัตราภาษีการค้า^๔ ซึ่งตาม บัญชีอัตราภาษีการค้า ประเภทที่ 4

^๔ บัณฑิต บุญยะปานะ, หนังสือตอบข้อหารือ กรมสรรพากร, ที่ กค 0802/4295 วันที่ 8 เมษายน 2531.

คือการรับจ้างทำของ ประเภทที่ 10 คือ นายหน้าและตัวแทน แสดงว่ากรมสรรพากรวินิจฉัยว่า
 กิจการลักษณะนี้ไม่ใช่ทั้งการรับจ้างทำของ และกิจการตัวแทน เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของ
 ธุรกิจแล้ว ผู้ซื้อบัญชีซึ่งรับซื้อบัญชีลูกหนี้ จะเข้าสรวมลสิทธิทั้งหมดของผู้ขายบัญชีในทันที การติดตาม
 เรียกเก็บหนี้หรือการดำเนินการอย่างอื่น หลังจากนั้นเป็นการทำในทางธุรกิจของตนเอง และทำ
 เพื่อตนเอง มิได้ทำการแทนผู้ขายบัญชีแต่อย่างใด ดังนั้น การทำสัญญาแพคเดอริงชนิดที่ไม่มีสิทธิ
 ไล่เบี้ยจึงมิใช่สัญญาตัวแทนแต่อย่างใด และเมื่อมีใช้ตัวแทนแล้วจึงไม่ใช่ตัวแทนค้าต่างด้วย
 เพราะตัวแทนค้าต่างนั้นก็เป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง เพียงแต่ทำกิจการของตัวเองการในนามของตนเอง
 เท่านั้น

-สัญญาแพคเดอริงชนิดมีสิทธิไล่เบี้ย กล่าวคือ หากผู้ซื้อบัญชีไม่อาจติดตามเรียกเก็บ
 หนี้ตามบัญชีลูกหนี้ที่รับซื้อมานั้น ผู้ซื้อบัญชีมีสิทธิเรียกให้ผู้ขายบัญชีชดใช้เงินหรือหนี้หนี้ให้กับตนได้
 กรมสรรพากรเคยตอบข้อหารือเกี่ยวกับภาษีการค้า ของการรับโอนสิทธิเรียกร้อง โดยวางแนว
 วินิจฉัยไว้ว่า บริษัทฯ ประกอบกิจการรับโอนสิทธิเรียกร้องหรือซื้อลดลูกหนี้การค้าจากผู้ประกอบ
 การค้าต่าง ๆ โดยคิดค่าตอบแทนเป็นส่วนลด และคิดค่าใช้จ่ายในการทำเอกสารสัญญาซื้อลดอีก
 จำนวนหนึ่งด้วย เมื่อครบกำหนดหนี้หนี้บริษัทฯ จะนำใบเสร็จรับเงินของลูกหนี้ไปเรียกเก็บเงิน
 จากลูกหนี้ และกันเงินที่ต้องจ่ายเป็นค่าตอบแทนให้กับลูกค้าไว้เพื่อประกันการเรียกเก็บเงินจาก
 ลูกหนี้ (แสดงว่ามีสิทธิเรียกให้ผู้ขายบัญชีใช้หนี้หนี้ได้หากไม่สามารถติดตามเรียกเก็บหนี้ได้) การ
 ประกอบกิจการดังกล่าวเป็นการค้าประเภทการค้า 10 นายหน้าและตัวแทน แห่งบัญชีอัตราภาษี
 การค้า²⁵ เพราะในการเรียกเก็บเงินนี้บริษัทฯ มิได้ดำเนินการในนามของตนเอง หากแต่
 ต้องใช้ใบเสร็จรับเงินของลูกค้าไปเรียกเก็บเงินจากลูกหนี้

การทำสัญญาแพคเดอริงชนิดมีสิทธิไล่เบี้ยได้ใน ทางปฏิบัติผู้ขายบัญชีโอนสิทธิเรียก
 ร้องในหนี้ตามบัญชีลูกหนี้ให้ผู้ซื้อบัญชี บางครั้งจะยังไม่มีการแจ้งให้ลูกหนี้รับทราบถึงการโอนสิทธิ

²⁵ เหลือ สงวนพงษ์, หนังสือตอบข้อหารือ กรมสรรพากร, ที่ กค 0802/8390

เรียกร้องนั้น เพราะเป็นความประสงค์ของผู้ขายบัญชี หากปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง แล้วตาม ม. 306 การโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีการแจ้งเป็นหนังสือให้ลูกหนี้รับทราบหรือยินยอมด้วยนั้น จะใช้บังคับกับลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกไม่ได้เท่านั้น แต่ผลของการโอนสิทธินั้นย่อมบังคับได้ในระหว่าง ผู้ขายบัญชีกับผู้ซื้อบัญชี คือในแง่ของผู้ขายบัญชีแล้ว สิทธิเรียกร้องตามบัญชีลูกหนี้นั้นได้ตกเป็นของผู้ซื้อบัญชีแล้ว ดังนั้นการติดตามเรียกเก็บเงินของผู้ซื้อบัญชีจึงเป็นการเรียกเก็บเงินตามสิทธิที่ตนได้รับโอนมาแล้ว จากผู้ขายบัญชี มิใช่เป็นการกระทำการแทนผู้ขายบัญชีแต่อย่างใด และการที่ใช้ใบเสร็จรับเงินของผู้ขายบัญชีมอบให้ลูกหนี้นั้นก็ เป็นวิธีการในการปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างผู้ซื้อบัญชีและผู้ขายบัญชีที่ไม่ต้องการให้ลูกหนี้รับทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ เหตุที่ยังจำเป็นต้องใช้ใบเสร็จรับเงินของผู้ขายบัญชีอยู่เพราะลูกหนี้ไม่ได้รับรู้หรือให้ความยินยอมด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ ทำให้ผู้ซื้อบัญชีไม่อาจออกไปเสร็จรับเงินในนามของตนเองมอบให้กับลูกหนี้ได้ ดังนั้นการใช้ใบเสร็จรับเงินของผู้ขายบัญชี จึงไม่ใช่เป็นการกระทำการแทนผู้ขายบัญชีแต่อย่างใด ผู้เขียนมีความเห็นว่า แผลงแต่จริงชนิดไม่มีสิทธิไต่เบี่ยงที่ไม่ได้แจ้งถึงการทำแผลงแต่จริงและการโอนสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้แห่งสิทธิรับทราบหรือยินยอมด้วยนี้ ก็ไม่อาจถือได้ว่า ผู้ซื้อบัญชีกระทำการแทนผู้ขายบัญชี เพราะผู้ซื้อบัญชีกระทำการของตนเองตามสิทธิที่ได้รับโอนมาแล้ว จึงไม่อาจปรับใช้ได้กับลักษณะตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ และกรณีก็ไม่ใช่ตัวแทนค่าต่าง เพราะกิจการนี้เป็นกิจการของผู้ซื้อบัญชีเอง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สัญญาแผลงแต่จริงไม่ว่าจะเป็นชนิดไม่มีสิทธิไต่เบี่ยง มีสิทธิไต่เบี่ยง หรือไม่ว่าจะมีการแจ้งการทำแผลงแต่จริงหรือโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ให้กับลูกหนี้รับทราบหรือไม่ก็ตาม ไม่อาจปรับใช้ได้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะตัวแทนได้

7. การปรับกฎหมายใช้กับสัญญาแผลงแต่จริง

จากที่ได้วิเคราะห์และอธิบายในหัวข้อที่ 6 ของบทนี้จะเห็นว่า สัญญาแผลงแต่จริงไม่อาจจัดเข้าได้ในลักษณะใดของเอกเทศสัญญาตาม บรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัจจุบันนี้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ปรับใช้กับสัญญาแผลงแต่จริงคือบทบัญญัติลักษณะ 4 ของบรรพ 1 เรื่องนิติกรรม ตามมาตรา 149-193 และลักษณะ 2 บรรพ

2 เรื่อง สัญญา ตามมาตรา 354-394 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับการทำสัญญาทุกชนิด ล่าช้า เฉพาะการบังคับตามบทบัญญัติ เรื่องนิติกรรมและสัญญาที่ครอบคลุม เฉพาะหลักการทำสัญญาเท่านั้น แต่สัญญาแพคเตอริงยังมีเรื่องหลักที่สำคัญอยู่อีกประการหนึ่งคือ เนื่องจากเป็นสัญญาที่ผู้ขายบัญชี ตกลงขายหรือจะขายบัญชีลูกหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชี บัญชีลูกหนี้ในที่นี้ก็คือหนี้ หรือสิทธิเรียกร้องในการ เรียกว่าให้ลูกหนี้ชำระ เงินค่าสินค้าหรือบริการที่ได้รับไปแล้ว สิทธิเรียกร้องนี้เป็นของผู้ขายบัญชี อัน เป็นทรัพย์สินประเภทบุคคลสิทธิการที่จะทำให้สิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธินี้ถูกโอนจาก ผู้ขาย บัญชีไปยังผู้ซื้อบัญชานั้น ก็ไม่อาจปรับใช้กับบทบัญญัติลักษณะ 1 ข้อขาย ในเอกเทศสัญญาได้ ดังอธิบาย แล้วในหัวข้อที่ 6.2.1 และบัญชีลูกหนี้หรือสิทธิเรียกร้องนี้ก็ไม่สามารถจำหน่ายหรือจำหน่ายได้ตามราย ละเอียดที่อธิบายในหัวข้อที่ 6.2.3 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั้งหมดตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาดินรัย แล้วพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาดินรัยของไทยได้วางบทบัญญัติ เฉพาะสำหรับการ โอนสิทธิเรียกร้องไว้ใน หมวด 4 ลักษณะ 1 ของ บรรพ 2 ตั้งแต่ มาตรา 303-313 ดังนั้น วงการธุรกิจแพคเตอริงของประเทศไทยในปัจจุบันนี้เมื่อมีการทำสัญญาแพคเตอริงนอกเหนือจาก บังคับตามหลักทั่วไปว่าด้วยนิติกรรมสัญญาแล้ว ในส่วนที่เกี่ยวกับการขายบัญชีลูกหนี้หรือสิทธิเรียก ร้องนั้นจึงปรับใช้ตามหลักการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาดินรัยแต่เนื่องจาก การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาแพคเตอริงมีลักษณะพิเศษเฉพาะบางอย่างของตนเอง ซึ่งเป็นไป ตามสภาพของธุรกิจ การปรับใช้การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาแพคเตอริงกับประมวลกฎหมาย แพ่งและพาดินรัยว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องจึงมีปัญหาหลายประการที่ยังไม่มีข้อยุติทั้งปัญหาจาก การตีความของบทบัญญัติของกฎหมาย และปัญหาจากวิธีการปฏิบัติในการทำธุรกิจแพคเตอริง และ เนื่องจากธุรกิจแพคเตอริงในประเทศไทยเพิ่งเริ่มต้นไม่นานนัก ข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นยังไม่ มากและมักจะตกลงกันได้ระหว่างผู้ซื้อบัญชีกับผู้ขายบัญชีโดยยังไม่เคยมีคดีฟ้องร้องต่อศาล ฉะนั้น ปัจจุบันจึงไม่มีข้อวินิจฉัยของศาลในปัญหาเกี่ยวกับสัญญาแพคเตอริงโดยตรงเลย

ปัญหาในการปรับบทกฎหมายกับสัญญาแพคเตอริงมีดังต่อไปนี้

7.1 ปัญหาจากการปรับใช้สัญญาแพคเตอริงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาดินรัยว่าด้วย การโอนสิทธิเรียกร้อง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง ไว้ในลักษณะ 1 บรรพ 2 ตั้งแต่ มาตรา 303-313 บทบัญญัติเหล่านี้ใช้กับการโอนสิทธิเรียกร้องทุก ๆ ประเภท ไม่ว่าสิทธิเรียกร้องนั้นจะเกิดจากมูลสัญญา จัดการงานนอกสั่ง ลามมีควรวได้ ละเมิด หรือตาม บทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ เว้นแต่สิทธิเรียกร้องนั้น ๆ จะมีการกำหนดห้ามโอนเอาไว้ตามมาตรา 303 และ 304²⁶ ปัญหาการปรับใช้สัญญาแพคเตอริงกับบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง มีทั้งจากตัวบทบัญญัติของกฎหมายเอง* และจากลักษณะพิเศษของการทำการแพคเตอริง ดังต่อไปนี้

7.1.1 แบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 กำหนดว่า "การโอนหนี้หนึ่งจะต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถ้าไม่ทำเป็น หนังสือท่านว่าไม่สมบูรณ์..." จะเห็นว่าตามบทบัญญัติมิได้ระบุให้ชัดเจนว่า การทำเป็นหนังสือนี้ จะให้ฝ่ายใดลงลายมือชื่อหรือจะต้องลงชื่อทั้งฝ่ายผู้โอนกับผู้รับโอนปรากฏว่าในการตีความมีความ เห็นแตกต่างกันสองประการคือ ศาลฎีกาได้เคยตีความไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1893/2512 และ 1947-1950/2524 ว่าลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวก็สมบูรณ์ แต่อาจารย์จิตติ ตังศภัทย์ ได้แสดงความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1947-1950/2524 ว่าเนื่องจากเป็นนิติกรรม สองฝ่ายต้องลงลายมือชื่อทั้งของผู้โอนกับผู้รับโอน

เพื่อแก้ปัญหาจากการตีความแตกต่างกันจึงควรบัญญัติให้ชัดเจนว่าควรให้ใครเป็นผู้ลง ลายมือชื่อและในกรณีของกิจการแพคเตอริงแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดเรื่องของการโอน

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ กรุงเทพฯ, 2505) หน้า 1240-1244.

*รายละเอียดของปัญหากฎหมายในการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ได้จาก ไกวัล ชุ่มวัฒนะ "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง" วิทยานพนธ์ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2528.

สิทธิเรียกร้องในกิจการแพคเตอริงให้ชัดเจน โดยให้เฉพาะผู้โอนคือผู้ขายบัญชีลงลายมือชื่อเพียงฝ่ายเดียวก็สมบูรณ์เพราะเป็นการแสดงเจตนาโอนสิทธิให้แก่ผู้ซื้อบัญชี และทำให้สะดวกแก่การประกอบธุรกิจในการที่ผู้โอน (ผู้ขายบัญชี) กับผู้รับโอน (ผู้ซื้อบัญชี) อยู่คนละประเทศกัน

7.1.2 การบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้อง: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 กำหนดให้บอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้โดยทำเป็นหนังสือหรือให้ลูกหนี้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือ มิฉะนั้นการโอนสิทธิเรียกร้องนี้จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้

ปัญหาคือ ใครเป็นผู้บอกกล่าวและต้องลงลายมือชื่อใคร มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 228/2482 วินิจฉัยว่า การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเพียงแต่ผู้รับโอนบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ก็ใช้ได้แล้ว การที่ศาลวินิจฉัยออกมาเช่นนั้นยังไม่อาจถือได้ว่าปัญหานั้นยุติลงเพราะหลักการวินิจฉัยของศาลอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ อันเป็นเรื่องของการตีความกฎหมาย ส่วนในธุรกิจแพคเตอริง การบอกกล่าวบางครั้ง เพื่อความรวดเร็วในการประกอบธุรกิจมักจะใช้วิธีการพิมพ์หรือประทับตราข้อความหรือติดแผ่นข้อความไปกับใบส่งของหรือใบเรียกเก็บเงินแจ้งให้ลูกหนี้ทราบว่ามันได้โอนไปยังผู้ซื้อบัญชีแล้ว ข้อความนี้มักไม่มีการลงชื่อเพราะเป็นการพิมพ์หรือประทับตราลงไป การทำเช่นนั้นหากพิจารณาตามอนุสัญญาแพคเตอริงระหว่างประเทศแล้วนับว่าเป็นการบอกกล่าวการโอนโดยถูกต้องเพราะอนุสัญญาดังกล่าวระบุไว้ชัดเจนดังที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อที่ 6.2 ของบทที่ 1 แต่ตามกฎหมายของประเทศไทยไม่น่าจะถือคำว่าเป็นการบอกกล่าวการโอนที่ถูกต้องเพราะตาม ม. 9 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่าการทำเป็นหนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของผู้ทำ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าในกรณีของแพคเตอริงน่าจะมิชอบบัญญัติให้ชัดเจนโดยยึดหลักการอำนวยความสะดวกแก่ธุรกิจ และน่าจะบัญญัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาแพคเตอริงระหว่างประเทศ คือ ให้การบอกกล่าวนั้นทำได้โดยผู้โอนหรือผู้รับโอนโดยอาศัยอำนาจของผู้โอนและไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อ และให้แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะใช้วิธีใดก็ได้

7.1.3 การยกข้อต่อสู้ที่มีอยู่ระหว่างลูกหนี้กับผู้โอนชั้นต่อสู้กับผู้รับโอนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 308 วรรคสองกำหนดว่า "ถ้าลูกหนี้เป็นแต่ได้รับคำบอกกล่าวการโอน ท่านว่าลูกหนี้มีข้อต่อสู้ผู้โอนก่อนเวลาที่ได้รับคำบอกกล่าวฉันใด ก็ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับผู้รับโอนได้ฉันนั้น..."

ตามวรรคสองของมาตรานี้ได้กำหนดกรณีที่ลูกหนี้เพียงแต่ได้รับคำบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้อง โดยมีได้ให้ความยินยอมด้วย ลูกหนี้อยอมยกข้อต่อสู้ที่ตนมีต่อผู้โอนชั้นต่อสู้กับผู้รับโอนได้

หลักการนี้เป็นการรักษาสหสิทธิของลูกหนี้ ในกรณีของแพคเตอริงนั้นหากผู้ขายบัญชีได้โอนสิทธิเรียกร้องที่มีข้อต่อสู้ให้กับผู้ซื้อบัญชีก็ต้องเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาแพคเตอริง คือเป็นการผิดสัญญาจึงต้องรับผิดชอบ ข้อต่อสู้ที่ลูกหนี้จะยกขึ้นต่อสู้กับผู้ซื้อบัญชีได้ไม่ต้องเป็นข้อต่อสู้ที่มีอยู่ก่อนได้รับคำบอกกล่าว เพราะหลังจากได้รับคำบอกกล่าวแล้วความสัมพันธ์ระหว่างผู้โอนกับลูกหนี้สิ้นสุดลงแล้ว จึงไม่อาจนำมาอ้างอิงกับผู้ซื้อบัญชีได้ สิทธิยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้อ่อนสัญญาแพคเตอริงระหว่างประเทศก็ได้บัญญัติรับรองไว้เช่นกันในมาตรา 8 วรรค 1 ดังรายละเอียดในหัวข้อที่ 6.5 ของบทที่ 1

7.1.4 การหักกลบลบหนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 308 กำหนดการหักกลบลบหนี้กรณีโอนสิทธิเรียกร้องว่า "...ถ้าลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องจากผู้โอน แต่สิทธินั้นยังไม่ถึงกำหนดในเวลาบอกกล่าวไซ้ ท่านว่าจะเอาสิทธิเรียกร้องนั้นมาหักกลบลบหนี้กันก็ได้ หากว่าสิทธินั้นจะได้ถึงกำหนดไม่ช้ากว่าเวลาถึงกำหนดแห่งสิทธิเรียกร้อง อันได้โอนไปนั้น" ซึ่งหมายถึงกรณีที่ลูกหนี้อาจนำเอาสิทธิเรียกร้องของตนที่มีต่อผู้โอนมาหักกลบลบหนี้กับผู้รับโอนได้แต่ต้องเป็นสิทธิเรียกร้องที่ถึงกำหนดไม่ช้ากว่าเวลาถึงกำหนดแห่งสิทธิเรียกร้องนั้น เช่น แดงเป็นลูกหนี้เงินกู้ยืมของดำจำนวนเงิน 8,000 บาท โดยครบกำหนดชำระเงินวันที่ 31 ตุลาคม ขณะเดียวกันดำก็เป็นลูกหนี้ค่าซื้อสินค้าของแดงจำนวน 10,000 บาท โดยครบกำหนดชำระเงินวันที่ 10 ตุลาคม ดังนั้นหากดำโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ของตนที่มีต่อแดงให้เขียวแล้ว แดงใช้สิทธิเรียกร้องในหนี้ค่าสินค้าของตนที่มีต่อแดงมาหักกลบลบหนี้ได้ ฉะนั้นแดงจึงไม่ต้องชำระเงินใดๆ ให้เขียว แต่ดำยังต้องชำระเงินให้แดงอีก 2,000 บาท ซึ่งเป็นส่วนที่เหลือหลังจากหักกลบลบหนี้กันแล้ว

การคุ้มครองสิทธิลูกหนี้เช่นนี้ในธุรกิจแพคเตอริงควรรับรองเช่นกัน เพราะหากมีการหักกลบลบหนี้กันขึ้นเช่นนี้แล้ว ผู้ซื้อบัญชียังใช้สิทธิเรียกร้องในความเสียหายจากลูกค้าได้

7.1.5 สิทธิอุปกรณในสิทธิเรียกร้องที่โอน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 305 กำหนดว่า "เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวพันกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ ย่อมตกไปได้แก่ผู้โอนด้วย

อนึ่ง ผู้รับโอนจะใช้สิทธิใด ๆ ที่ตนมีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในกรณีบังคับยึดทรัพย์ หรือล้มละลายนั้นก็ได้"

ตามบทบัญญัติใน ม. 305 นี้ กฎหมายมิได้กำหนดว่าการการโอนไปนั้นจะต้องมีแบบพิธีใด ๆ เป็นพิเศษอีกหรือไม่ เช่น ถ้าหากสิทธิอุปกรณนั้นเป็นสิทธิจำนองจะต้องมีการจดทะเบียนการจำนองต่อผู้รับโอนหรือไม่ เพราะการจำนองตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น ม.714 กำหนดแบบของสัญญาจำนองและบังคับให้มีการจดทะเบียนในเรื่องจำนองนี้ อาจารย์จตุตา กุลบุศย์ เห็นว่าการณสิทธิจำนองโอนไปกับการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นไปโดยผลของกฎหมาย และเป็น การอาศัยสิทธิของผู้โอนเดิม จึงไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนแก้ไข²⁷ และหากพิจารณามาตรา 305 ทั้งหมดแล้วจะเห็นว่าสิทธิอุปกรณต่าง ๆ ที่ตกติดไปกับสิทธิเรียกร้องที่โอนนั้นเป็นไปตามผลของกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องมีแบบพิธีใด ๆ อีก แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของแพคเตอริงแล้ว เห็นว่าน่าจะมีการระบุให้ชัดเจนโดยกำหนดให้มีต้องดำเนินการอะไรขึ้นใหม่อีก เพราะเป็นสิทธิอุปกรณดังอธิบายแล้ว และควรบัญญัติให้ครอบคลุมทุกๆ กรณีทั้งการจำนอง จำนำ บุริมสิทธิ์หรือสิทธิยึดเหนี่ยว ซึ่งจะเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับการทำธุรกิจมากขึ้นเพราะเมื่อกฎหมายระบุไว้ให้ชัดเจนแล้วก็จะไม่มีปัญหาเรื่องความเห็นในการตีความแตกต่างกัน อนุญาตาแพคเตอริงระหว่างประเทศก็ได้

²⁷ จตุตา กุลบุศย์, สัมภาษณ์, อ้างถึงใน ไกวัล ษุ์วัฒนะ, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง หน้า 111.

วางหลักเกณฑ์ การโอนสิทธิอุปกรณไว้ ใน มาตรา 7 โดยให้สิทธิคู่สัญญาคือผู้ซื้อบังคับกับผู้ขายบัญชี ในการตกลงโอนสิทธิอุปกรณกันโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดวิธีการ รายละเอียดใด ๆ ซึ่งหมายถึง สิทธิอุปกรณโอนไปพร้อมกับการโอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่ต้องดำเนินการอะไรอีก ดังรายละเอียด ใน หัวข้อที่ 6.3 ของบทที่ 1

7.1.6 กรณีข้อกำหนดห้ามโอนสิทธิเรียกร้อง

ในกรณีที่คู่สัญญาซื้อขายสินค้า คือ ผู้ขายบัญชี (Supplier) กับลูกหนี้ (Debtor) มีข้อตกลงกันไว้ว่า สิทธิเรียกร้องในหนี้ค่าสินค้าจะโอนให้กับบุคคลภายนอกไม่ได้นั้น ผลจากข้อกำหนดนี้จะเป็นเช่นไร หากพิจารณาจากอนุสัญญาแฟคเตอริงระหว่างประเทศในมาตรา 6 วรรค 1 ซึ่งวางหลักให้การโอนสิทธิเรียกร้องมีผลผูกพันบังคับกันได้แม้ว่าจะมีข้อกำหนดห้ามโอน เอาไว้ก็ตาม ส่วนผลตามกฎหมายไทยนั้นพิจารณาได้จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 303 ซึ่งบัญญัติว่า

"สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองไม่เปิดช่อง ให้โอนกันได้

ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น การแสดง เจตนาเช่นว่านี้ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต" มาตรา 303 นี้ ได้วางหลักทั่วไปว่าสิทธิเรียกร้องทุกชนิดยอมโอนได้ ไม่ว่าจะ เป็นสิทธิเรียกร้องที่มี เงื่อนไข เงื่อนไขเวลา (คำพิพากษาฎีกาที่ 652/2508, 1893/2512) ไม่ว่าจะ เป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสัญญา หรือสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากละเมิด หรือเหตุอื่นใดและไม่ได้จำกัดว่าสิทธิ เรียกร้องที่เกิดจากสัญญาต่างตอบแทนโอนไม่ได้ จะมีข้อห้ามอยู่ที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ กับ มาตรา 304 เท่านั้น สิทธิเรียกร้องที่ห้ามโอนจึงมี 3 กรณี คือ

1. กรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอนกันได้
2. คู่กรณีได้มีข้อตกลงห้ามโอนไว้

3. สิทธิเรียกร้องที่ศาลยุติไม่ได้²⁸

แสดงว่าตามหลักกฎหมายไทยถ้าตกลงกันห้ามโอนเอาไว้ก็ต้องเป็นไปตามนั้น คือ โอนกันไม่ได้เว้นแต่จะนำเรื่องนั้นไปใช้ยื่นบุคคลภายนอกผู้สุจริตไม่ได้เท่านั้น²⁹ แต่ในธุรกิจแพคเตอริงหากบังคับตามหลักในมาตรานี้ โดยตรงเมื่อผู้ซื้อบัญชี (Factor) เป็นผู้มีกิจการค้าเป็นอาชีพก็เท่ากับบังคับให้มีหน้าที่ตรวจสอบว่าสัญญาระหว่างผู้ขายบัญชี (Supplier) กับลูกหนี้ นั้นมีข้อสัญญาห้ามโอนไว้หรือไม่ ซึ่งเป็นอุปสรรคแก่การดำเนินกิจการของแพคเตอริงเป็นอย่างมาก³⁰ เพราะไม่สะดวกอย่างยิ่งต่อการประกอบธุรกิจ ยิ่งในกรณีของแพคเตอริงระหว่างประเทศแล้วจะทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายมาก แต่ถ้าหากจะส่งเสริมการทำธุรกิจแพคเตอริงโดยยกเว้นเป็นการเฉพาะว่าในธุรกิจแพคเตอริงนั้นแม้จะมีการโอนสิทธิเรียกร้องโดยฝ่าฝืนข้อกำหนดห้ามโอนก็ให้มีผลผูกพันบังคับกันได้ ก็จะทำให้ผู้ซื้อบัญชี (Factor) ได้รับความคุ้มครองสูงกว่าบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไป ทั้ง ๆ ที่เป็นผู้ประกอบกิจการค้านี้เป็นอาชีพซึ่งควรจะเข้มงวดได้กว่าบุคคลทั่ว ๆ ไป ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักการคุ้มครองหรือสนับสนุนนี้ น่าจะกำหนดมิให้สูงกว่าบุคคลอื่น ๆ เช่น อาจมีบทบัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่า ผู้ซื้อบัญชีไม่มีหน้าที่ต้องตรวจสอบก่อนว่าสัญญาระหว่างผู้ขายบัญชีกับลูกหนี้มีข้อกำหนดห้ามโอนสิทธิเรียกร้องหรือไม่ เช่นนี้แล้วหากผู้ซื้อบัญชีกระทำการโดยสุจริตก็จะได้ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 303 นี้ เช่นกัน

7.1.7 กรณีการโอนสิทธิเรียกร้องช่วง

เมื่อมีการรับโอนสิทธิเรียกร้องมาแล้ว และผู้รับโอนประสงค์จะโอนสิทธิเรียกร้องนั้นต่อไปอีกกรณีเช่นนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุถึงแต่ก็มีได้มีบทบัญญัติใด

²⁸ โสภณ รัตนกร, คอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, หน้า 355.

²⁹ เกริก วนิกกุล, อนุสัญญาว่าด้วยตัวแทนทางการเงินระหว่างประเทศ, บทบัญญัติ, เล่มที่ 44 ตอน 2, มิถุนายน 2531 : หน้า 118.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 118.

ห้ามไว้ก็ทั้งน่าจะถือได้ว่าผู้รับโอนสิทธินั้นเป็นเจ้าของสิทธิเรียกร้องแล้วจึงน่าจะมีสิทธิโอนต่อไปอีกได้โดยบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องเสมือนหนึ่งผู้รับโอนสิทธินั้น ๆ เป็นผู้รับโอน

ในกรณีของธุรกิจแฟคเตอริง ความจำเป็นในการโอนสิทธิเรียกร้องช่วงนั้นมิได้เสมอ เช่น ผู้ซื้อบัญชีกับลูกหนี้อยู่ห่างไกลกันมาก อาจคนละเมืองหรือคนละประเทศไม่สะดวกต่อการติดตามเรียกเก็บหนี้ ผู้ซื้อบัญชีจึงอาจโอนสิทธิเรียกร้องนั้นต่อไปอีก เพื่อให้ผู้ซื้อบัญชีรายอื่น หรือบุคคลอื่นเรียกเก็บเงินตามหนี้นั้นเมื่อเป็นเช่นนั้นน่าจะมีบทบัญญัติระบุเกี่ยวกับการโอนสิทธิสิทธิเรียกร้องช่วงให้ชัดเจนว่าสามารถกระทำได้และอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดา
นั่นเอง

7.1.8 ปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไขและเวลา

แม้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนรองรับ แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่ห้ามโอนสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา ดังนั้นจึงต้องเป็นไปตามบททั่วไปของการโอนสิทธิเรียกร้องในมาตรา 303 ซึ่งวางหลักให้สิทธิเรียกร้องย่อมโอนได้เสมอเว้นแต่จะมีข้อยกเว้นไว้ตามมาตรา 303 และ 304 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น นอกจากนี้ศาลฎีกาเคยวางแนววินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1893/2512 ว่าการโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา ย่อมโอนกันได้ หากต้องห้ามตามกฎหมายไม่เพราะสิทธิที่โอนมีอยู่อย่างไรเท่าใดผู้รับโอนก็รับโอนไปเพียงนั้นเท่านั้น

ในกรณีของธุรกิจแฟคเตอริงแล้วควรจะให้มีการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาได้เช่นกัน เช่นการโอนสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเพื่อความชัดเจนแน่นอนของการทำธุรกิจเกี่ยวกับการทำแฟคเตอริงน่าจะมีบัญญัติรับรองเรื่องนี้ให้ชัดเจน

7.1.9 การโอนสิทธิเรียกร้องต่างราย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีการโอนสิทธิเรียกร้องไปให้แก่ผู้รับโอนหลายราย โดยกำหนดให้การโอนรายใดที่ได้บอกกล่าวก่อนมีสิทธิดีกว่ารายอื่น ตามมาตรา 307

ปัญหาการโอนสิทธิเรียกร้องต่างรายในธุรกิจแพคเตอริงมีโอกาสเกิดขึ้นได้ แม้ว่าจะน้อย แต่เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาคควรจะมีบทบัญญัติกำหนดถึงกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องต่างรายในธุรกิจแพคเตอริงว่ามีผลเช่นใด ให้ชัดเจนเช่นกัน

7.1.10 การโอนสิทธิเรียกร้องแต่เพียงบางส่วน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติระบุดังการโอนสิทธิเรียกร้องแต่เพียงบางส่วนไว้แต่อย่างใด ในทางปฏิบัติแล้ว สภาพของสิทธิเรียกร้องบางอย่าง เช่น สิทธิรับจ้างทำของที่มีกำหนดชำระค่าจ้างเป็นงวด หากมีการโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินบางส่วน (บางงวด) เช่นนั้นก็น่าจะทำได้ เพราะถ้าหากพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 303 และ 304 ซึ่งวางหลักทั่วไปให้สิทธิเรียกร้องกันได้โดยมีข้อยกเว้นเพียงสามประการ คือสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอน คู่กรณีตกลงห้ามโอน และสิทธิเรียกร้องนั้นศาลสั่งยึดไม่ได้ ดังอธิบายในหัวข้อที่ 7.1.6 การโอนสิทธิเรียกร้องในเงินค่าจ้างในแต่ละงวดนั้นในเมื่อไม่เข้าตามข้อยกเว้นทั้งสามประการจึงควรโอนกันได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของธุรกิจแพคเตอริง ซึ่งเป็นเรื่องทางการพาณิชย์ เพื่อมิให้มิข้อโต้แย้งเป็นประการอื่นน่าจะให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องแต่เพียงบางส่วนให้ชัดเจน

7.2 ปัญหากฎหมายอื่น ๆ

7.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับภาษีของธุรกิจแพคเตอริงตามประมวลรัษฎากร

ขณะที่ยังใช้ระบบภาษีการค้าอยู่นั้นกรมสรรพากรได้เคยมีแนววินิจฉัยเกี่ยวกับธุรกิจรับซื้อบับชีลูกหนี้ ตามหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร ฉบับที่ กค 0802/4295 ลงวันที่ 8 เมษายน 2531 วินิจฉัยว่า การประกอบกิจการรับซื้อลูกหนี้โดยรับ โอนสิทธิเรียกร้องมาจากเจ้าหนี้ ชำระราคาแล้วแต่จะตกลงกัน แล้วดำเนินการบังคับชำระหนี้ด้วยตนเอง หากยอดเงินที่บังคับได้มากกว่ารายจ่ายก็จะได้กำไรนั้น ไม่เข้าลักษณะการค้าประเภทใดไม่ต้องเสียภาษีการค้าและเงินได้ลักษณะนี้เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(8) แห่งประมวลรัษฎากร และเคยมีแนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือที่ กค 0802/8380 ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2531 วินิจฉัยว่าภาษีการค้า เกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง ในกรณีที่บริษัทประกอบกิจการเป็นผู้รับการโอนสิทธิเรียกร้องหรือซื้อลดลูกหนี้การค้าจากผู้ประกอบการค้า โดยบริษัทคิดค่าตอบแทนเป็นส่วนลดตามอัตราที่กำหนด และคิดค่าใช้จ่ายในการจัดทำเอกสารสัญญาอีกส่วนหนึ่งด้วย บริษัทนำไปเสร็จรับเงินของลูกค้าไปเรียกเก็บหนี้นั้น ถือเป็นการค้าตามประเภทการค้านายหน้าและตัวแทนแห่งบัญชีอัตราภาษีการค้า ดังรายละเอียดในหัวข้อที่ 6 ในการจำแนกวินิจฉัยนี้กรมสรรพากรได้แยกการทำธุรกิจรับซื้อลดหนี้การค้า ในลักษณะที่ไม่มีสิทธิไล่เบี่ยเอาจากผู้ขายบัญชี กับชนิดที่มีสิทธิไล่เบี่ยกับผู้ขายบัญชี หากติดตามเรียกเก็บจากหนี้ไม่ได้หรือได้ไม่ครบ ให้เป็นธุรกิจต่างประเภทกันกับบัญชีอัตราภาษีการค้า ซึ่งมีผลให้อัตราภาษีแตกต่างกัน ทั้ง ๆ ที่เป็นธุรกิจชนิดเดียวกัน ผลจากคำวินิจฉัยเช่นนี้ก่อปัญหาความยุ่งยากในด้านความซับซ้อนของภาระภาษีแก่ผู้ประกอบการ และแม้ว่าปัจจุบันระบบภาษีการค้าถูกยกเลิกไปแล้ว โดยมีระบบภาษีมูลค่าเพิ่มเข้ามาแทนก็ตาม แต่แนวความคิดในการวินิจฉัยโดยแบ่งแยกประเภทธุรกิจชนิดเดียวกันแต่มีวิธีปฏิบัติต่างกันในส่วนกรณีให้มีหน้าที่ชำระภาษีอัตราที่แตกต่างกัน ยังส่งผลอยู่กล่าวคือ ในระบบภาษีมูลค่าเพิ่มบริษัทที่ประกอบกิจการแพคเตอริงต้องจดทะเบียนเสียภาษีมูลค่าเพิ่มตามประเภทของรายได้ คือรายได้จากการให้บริการทางการเงิน คือส่วนลดจากการจ่ายเงินสดให้ลูกค้าก่อนและรายได้จากการค้าประกันหนี้สูญนั้นกรมสรรพากรถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ต้องจดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะ ส่วนรายได้จากการจัดทำเอกสารสัญญา และการเรียกเก็บหนี้

นั่นถือเป็นการให้บริการต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม ผู้เขียนเห็นว่าการวินิจฉัยหรือตีความโดยแยกการทำธุรกิจออกตามวิธีการอันเป็นรายละเอียดในการทำธุรกิจให้เป็นกิจการคนละประเภท เช่นนี้ไม่น่าจะถูกต้อง เพราะความเป็นจริงแล้วก็คือ รายได้ของกิจการที่ประกอบธุรกิจ แผลคเตอริงไม่ว่าจะเป็นค่าข้อบัญญัติลูกหนี้ การคิดค่าใช้จ่ายในการทำเอกสารสัญญา โดยรวมก็คือ ค่าบริการในการทำแผลคเตอริงนั่นเอง ดังนั้นหากไม่ต้องแยกประเภทของรายได้โดยถือเป็นรายได้ในการทำแผลคเตอริงทั้งหมด จึงน่าจะถูกต้องตามความเป็นจริงมากกว่า และสะดวกทั้งต่อผู้ประกอบการและกรมสรรพากรเอง

7.2.2 ปัญหาตาม พ.ร.บ. การธนาคารพาณิชย์ และ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

ตาม พ.ร.บ. การธนาคารพาณิชย์ ธนาคารพาณิชย์ไม่อาจประกอบธุรกิจ แผลคเตอริงได้โดยตรงเพราะธุรกิจแผลคเตอริงมิใช่ "การธนาคารพาณิชย์" ตามบทนิยามของกฎหมายดังกล่าวและตาม พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ บริษัทเงินทุน ในบทนิยามมาตรา 4 บริษัทเงินทุน สามารถประกอบกิจการ "รับโอนโดยมีค่าตอบแทนซึ่งสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการจำหน่ายสินค้า" แต่ก็ถูกจำกัดและควบคุมโดยกฎหมาย และระเบียบของธนาคารแห่งประเทศไทย ในปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากเงินทุนของธนาคารพาณิชย์กับบริษัทเงินทุนได้มาจากเงินฝากของประชาชนทั่วไป ดังนั้นจึงต้องมีหน้าที่ระมัดระวังการใช้เงินนั้น ๆ ในการหารายได้ด้วยความรับผิดชอบเงินอย่างสูง การซื้อบัญชียูกหนี้ในธุรกิจแผลคเตอริงโดยขาดหลักประกันอย่างอื่นจากผู้ขายบัญชีเป็นกิจการที่มีความเสี่ยงสูงมาก ประกอบกับปัจจุบันธนาคารพาณิชย์และบริษัทเงินทุนก็มีเครือข่ายของธุรกิจที่กว้างขวางมากเพียงพออยู่แล้วไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องขยายประเภทธุรกิจให้ครอบคลุมถึงการทำแผลคเตอริงอีก ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะให้ธนาคารพาณิชย์และบริษัทเงินทุนทำธุรกิจนี้ได้โดยตรง เว้นแต่จะทำธุรกิจ ซึ่งลดบัญชีลูกหนี้โดยมีหลักทรัพย์อื่นค้ำประกันเช่นเดียวกับที่เคยปฏิบัติอยู่แล้วเท่านั้น

8. การสิ้นสุดของสัญญาแพคเตอริง

การสิ้นสุดของสัญญาแพคเตอริง หรือการเลิกสัญญาแพคเตอริง เมื่อศึกษาและวิเคราะห์สัญญาแพคเตอริงตามบทบัญญัติ เรื่อง สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งระบุเกี่ยวกับการเลิกสัญญาไว้ใน มาตรา 386-394 นั้นมีหัวข้อที่ควรศึกษาในส่วนที่เกี่ยวกับการเลิกสัญญา ดังนี้

- กรณีที่มีสิทธิเลิกสัญญาได้
- การใช้สิทธิเลิกสัญญา
- ผลแห่งการเลิกสัญญา

การศึกษาถึงหัวข้อเหล่านี้ จะศึกษาเฉพาะหลักที่สำคัญเท่านั้น โดยจะไม่ศึกษาลงไปในรายละเอียดของแต่ละสัญญา

8.1 กรณีที่มีการเลิกสัญญาได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 ระบุถึงการเลิกสัญญาว่า อาจเกิดขึ้นได้ สองกรณีด้วยกัน คือ โดยข้อสัญญา และโดยบทบัญญัติกฎหมาย

8.1.1 การเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา หมายถึง ในสัญญาระบุถึงเหตุที่จะยกเลิกสัญญาได้ เมื่อพิจารณาจากสัญญาแพคเตอริงแล้ว ในสัญญาแพคเตอริงบางฉบับจะมีข้อกำหนดระบุถึงสิทธิในการเลิกสัญญา ข้อกำหนดเหล่านี้เช่น กำหนดให้แต่ละฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ โดยไม่ต้องมีสาเหตุ โดยการบอกกล่าวล่วงหน้าให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ หรือระบุไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำผิดเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งของสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เป็นต้น ข้อกำหนดให้มีการเลิกสัญญาได้นี้ หากคู่สัญญาตกลงระบุเอาไว้ในสัญญา และฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดำเนินการเลิกสัญญาโดยปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าว ย่อมทำให้สัญญาเลิกกัน โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเหตุผลอื่นใดอีก เพราะถือว่า เป็นข้อตกลงของคู่สัญญาใน

การให้สิทธิแต่ละฝ่ายบอกเลิกสัญญาได้ การเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้เป็นสิทธิ กล่าวคือ แม้มีเหตุ การที่ระบุไว้ให้เลิกสัญญาได้เกิดขึ้นแต่ คู่สัญญาไม่ใช้สิทธิเลิกสัญญา สัญญาแพคเตอริงนั้นก็ยังคง บังคับผูกพันกันได้ต่อไป

8.1.2 การเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

หมายถึงกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ มีอยู่สอง กรณีคือ

(1) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 387 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ระบุว่า "ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่ง จะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้า ฝ่ายนั้นไม่ชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้" หมายความว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้ โดยหลักการแล้วหากคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิฟ้องต่อศาลบังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญาได้ และกฎหมาย ให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ด้วย

สำหรับในสัญญาแพคเตอริง หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ ผู้ซื้อบัญชีหรือผู้ขายบัญชีไม่ชำระ หนี้ตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น ผู้ซื้อบัญชีไม่ชำระเงินให้กับผู้ขายบัญชี หรือผู้ขายบัญชีไม่ดำเนินการโอนสิทธิเรียกร้องตามบัญชีลูกหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชี อีกฝ่ายหนึ่งย่อมบอก เลิกสัญญาได้ แต่ข้อที่น่าพิจารณาคือ หากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญานั้นเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อ กำหนดที่เห็นได้ว่าไม่สำคัญมากนัก เช่น ในข้อสัญญากำหนดให้ผู้ขายบัญชี จัดทำสมุดบันทึกไว้ให้ถูกต้องตลอด แต่ผู้ขายบัญชีมิได้จัดทำไว้ เหตุเช่นนั้น ผู้ซื้อบัญชีจะบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็น ว่าการเลิกสัญญาในลักษณะนี้ต้องเป็นการไม่ชำระหนี้หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่มีความสำคัญพอสมควร ดังนั้นหากคู่สัญญา คือ ผู้ขายบัญชีมิได้จัดทำบันทึก ซึ่งไม่ใช่เรื่องที่มีความสำคัญมากนัก เช่นนี้ ผู้ซื้อ บัญชีจะใช้สิทธิเลิกสัญญาไม่ได้ หากมีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นกับผู้ซื้อบัญชี ก็มีสิทธิเรียกร้อง ให้ผู้ขายบัญชีชดเชยความเสียหายนั้นได้

(2) การชำระหนี้เป็นพันธวิสัย เป็นไปตามมาตรา 389 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน กลายเป็นพันธวิสัย เพราะเหตุใดเหตุหนึ่ง อันจะโทษลูกหนี้ได้ไซ้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญาหนี้เสียก็ได้" หมายถึง การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยทั้งหมดหรือบางส่วนเพราะเหตุที่จะโทษฝ่ายซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งเลิกสัญญาได้

ในสัญญาแพคเตอริง หากผู้ขายบัญชีไม่อาจโอนสิทธิเรียกร้องตามบัญชีลูกหนี้ให้กับผู้ซื้อบัญชีได้ โดยเหตุที่เป็นข้อบกพร่องในส่วนของตน เช่น ไม่อาจจัดขายสินค้าให้ลูกค้าได้จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ เกิดขึ้น ดังนี้ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย ผู้ซื้อบัญชีใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ เป็นต้น

8.2 การใช้สิทธิเลิกสัญญา

เมื่อมีเหตุให้เลิกสัญญาได้ ดังอธิบายในหัวข้อที่ 8.1 แล้ว คือ การที่คู่สัญญามีข้อตกลงให้เลิกสัญญาได้ หรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย เหตุเหล่านี้ไม่ทำให้สัญญาเลิกไปได้โดยอัตโนมัติ เว้นแต่ อีกฝ่ายหนึ่งจะใช้สิทธิเลิกสัญญา และวิธีการในการใช้สิทธิเลิกสัญญานี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 386 วรรค 1 บัญญัติว่า "... การเลิกสัญญาเช่นนั้น ย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง..."

ในสัญญาแพคเตอริง เมื่อมีสาเหตุให้เลิกสัญญาได้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ โดยแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ และการแจ้งให้ทราบนี้ อาจแจ้งได้ทั้งโดยลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจาก็ได้

8.3 ผลแห่งการเลิกสัญญา

มาตรา 381 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ระบุถึงผลแห่งการเลิกสัญญาไว้ดังนี้ "เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีก

ฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอื่นจะต้องใช้คืน ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น การที่จะชดใช้คืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรของค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญาที่กำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิ เรียกร้องค่าเสียหายไม่"

ผลโดยทั่วไปหลังจากการเลิกสัญญา คือ ต้องกลับสู่ฐานะเดิม และขณะเดียวกัน การเลิกสัญญานี้ จะไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย

ในสัญญาแพค เตอริง เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญา ผลแห่งการเลิกสัญญานี้ จะทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม เช่น ผู้ซื้อบัญชีต้องส่งคืนเอกสาร เกี่ยวกับหนี้ให้กับผู้ขายบัญชี และผู้ซื้อบัญชีชำระเงินที่รับมาแล้วคืนให้กับผู้ขายบัญชี แต่เงินที่ต้องคืนกันนั้นจะต้องบวกดอกเบี้ยเข้าไปด้วย เพราะระหว่างระยะเวลาที่รับเงินไปนั้นอีกฝ่ายหนึ่งต้องขาดผลประโยชน์ในการใช้เงินนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามวรรค 2 ของมาตรา 391 การเลิกสัญญานี้หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายการผิดสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ด้วย

จากที่อธิบายมาในหัวข้อที่ 8 นี้เป็นหลักพื้นฐานอย่างกว้าง ๆ ของการเลิกสัญญาเท่านั้น หากพิจารณาหลักพื้นฐานเหล่านี้ประกอบกับสัญญาแพค เตอริงดังตัวอย่างในภาคผนวกแล้วผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้คู่สัญญาทราบ ว่า ข้อกำหนดข้อใดของสัญญาเป็นข้อสำคัญซึ่งจะต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตาม อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ในสัญญาแพค เตอริงน่าจะระบุเหตุแห่งการเลิกสัญญาไว้ให้ชัดเจน เพราะหากมีเหตุเช่น ๆ เกิดขึ้นและมีการบอกเลิกสัญญาแล้ว การโต้แย้งว่าเหตุแห่งการเลิกสัญญานั้นยังไม่พอสมควรที่จะเลิกสัญญาได้ อันจะทำให้กลายเป็นข้อพิพาทที่ต้องใช้เวลาในการพิจารณาต่อไปอีกได้