



การเกิดของสัญญากรณ์คำสอนแตกต่างจากคำเสนอ

โดย

นายภัทร ขวณานนท์

การค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีการศึกษา 2556
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

การเกิดของสัญญากรณ์คำสอนแตกต่างจากคำเสนอ



การค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

FORMATION OF CONTRACT IN THE CASE OF MODIFIED ACCEPTANCES



AS INDEPENDENT STUDY SUBMITTED IN PARTIAL FULFILMENT OF

THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

GRADUATE SCHOOL OF LAW

AUASSUMPTION UNIVERSITY

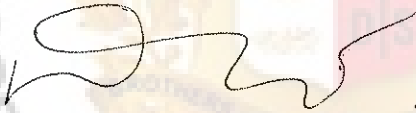
SEPTEMBER 2013

ชื่อเรื่องการค้นคว้าอิสระ : การเกิดของสัญญากรณีคำสนองแตกต่างจากคำเสนอ
(FORMATION OF CONTRACT IN THE CASE OF
MODIFIED ACCEPTANCES)
ชื่อผู้เขียน : นายภัทร ชวนานนท์
ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)
ที่ปรึกษาการค้นคว้าอิสระ : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พินัย ณ นคร

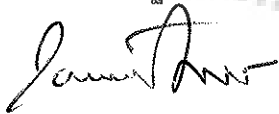
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ อนุมัติให้การค้นคว้าอิสระฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต


..... ผู้อำนวยการบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ธีรพงศ์ โปษะบุตร)

คณะกรรมการสอบการค้นคว้าอิสระ


..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ธีรพงศ์ โปษะบุตร)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พินัย ณ นคร)

ชื่อเรื่องการค้นคว้าอิสระ	:	การเกิดของสัญญากรณีที่คำสนองแตกต่างจากคำเสนอ
ชื่อผู้เขียน	:	นายภัทร ชวนานนท์
ชื่อปริญญา	:	นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)
ปีการศึกษา	:	2556
อาจารย์ที่ปรึกษาการค้นคว้าอิสระ	:	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พินัย ณ นคร

บทคัดย่อ

การค้นคว้าอิสระฉบับนี้มุ่งศึกษาเรื่องการเกิดสัญญากรณีที่คำสนองแตกต่างจากคำเสนอในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างใช้ “แบบสัญญา” ซึ่งมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง โดยแต่ละฝ่ายต่างยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบสัญญาของตนโดยมิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง ในสถานการณ์เช่นนี้ (ซึ่งมักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือ Battle of the Forms) การปรับใช้มาตรา 359 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งยังคงใช้หลักดั้งเดิมที่ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ (หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” หรือ Mirror Image Rule) ย่อมนำไปสู่ผลทางกฎหมายว่าสัญญามีได้เกิดขึ้นเลยทั้งที่คู่กรณีบางฝ่ายอาจมีการปฏิบัติชำระหนี้ไปบ้างแล้วตามข้อสัญญาของตน

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศในเรื่องนี้พบว่ามีแนวทาง 4 แนวทาง ดังนี้ (1) แนวดั้งเดิมซึ่งยึดหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (2) แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่าการตอบรับคำเสนอมีข้อแตกต่างที่มีใช่เป็นข้อสาระสำคัญ (3) แนว Knock-Out ซึ่งให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น โดยถือว่าข้อสัญญาที่แตกต่างกันได้ถูกคัดออกไป และ (4) แนวผสม ซึ่งจำแนกกรณีออกเป็นกรณีทั่วไปและกรณีที่คู่กรณีต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนโดยมิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งเลย ในกรณีทั่วไป แนวผสมยึดหลักให้สัญญาเกิดขึ้นได้แม้คำสนองจะแตกต่างจากคำเสนอหากเป็นข้อแตกต่างที่มีใช่เป็นสาระสำคัญ ส่วนในกรณีที่คู่กรณีต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนโดยมิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งเลยนั้น แนวผสมให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่มีเนื้อหาตรงกันในแบบสัญญาของทั้งสองฝ่าย

การค้นคว้าอิสระฉบับนี้นำไปสู่ข้อเสนอแนะว่าในกรณีที่คู่กรณีต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนโดยมิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งเลย กฎหมายไทยควรได้รับการแก้ไขโดยรับเอาแนว Knock-Out กล่าวคือ สัญญาควรเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันในแบบสัญญา อย่างไรก็ตาม ในส่วนของข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบสัญญาของทั้งสองฝ่ายนั้นควรให้ข้อสัญญาในแบบสัญญาที่เป็นคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วยหากมิได้เปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ แนวทางดังกล่าวจะสอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบัน การแก้ไขตามแนวทาง

ดังกล่าวอาจกระทำโดยการเพิ่มมาตรา 359/1 เข้าไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในขณะที่ยังมิได้แก้ไขกฎหมายศาลก็ควรอาศัยหลักการตีความกฎหมายและสัญญาเพื่อให้สัญญาเกิดขึ้นตามหลัก Knock Out ดังเช่นที่เคยปรากฏในการตีความของศาลของประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส



Independent Study Title : Formation of Contract in The Case of Modified Acceptances
 Author Name : Mr. Pat Chavananont
 Degree : Master of Laws (Business Law)
 Academic Year : 2013
 Advisory : Assoc.Prof. Dr. Pinai Nanakorn

ABSTRACT

This independent study seeks to explore the formation of contract in the case where an acceptance of an offer differs from the original offer in the situation where both parties use “forms” containing their own terms, with each party failing to peruse conflicting terms in the form of the other party but subsequently insisting formation of the contract on the basis of the terms on its own form. In this situation (usually known as the “Battle of the Forms”), strict application of the traditional “Mirror Image” rule embodied in Section 359 paragraph two of the Civil and Commercial Code – the rule that a contract can only be formed when terms of an acceptance completely correspond to those of an offer – will simply lead to the legal consequence that no contract is formed despite certain performance on the basis of the terms on their forms.

Thorough exploration into foreign laws as well as principles introduced at an international level with respect to legal consequences in the situation above reveals 4 legal approaches as follows. The first approach essentially adheres to the traditional “Mirror Image” rule. The second approach holds that a contract is formed when a modified acceptance does not materially alter the terms of an offer. The third approach (so-called “Knock-Out” approach) holds that a contract is formed to the extent of the matching terms on both parties’ forms whilst the conflicting terms are treated as knocked out. The final approach is the mixed approach, which distinguishes between cases in general and cases where the parties use general conditions contained in their own forms without perusing the terms on the other party’s form. In general cases, a contract is treated as formed where a modified acceptance does not materially alter the terms of an offer. But, in the case where the parties use general conditions contained in their own forms without perusal of the terms on the other’s form, a contract is treated as formed on the terms which are common in substance on the basis of the “knock-out” rule.

The critical analysis by this study leads to a recommendation that in the case where both parties use general conditions contained in their forms, the “knock-out” approach as developed in the foreign law should be adopted into Thai law. A contract should be formed on the terms which are common in substance.

However, with respect to the conflicting terms contained in the forms, conflicting terms in a modified acceptance should be treated as part of the contract as well if they do not materially alter the terms of the offer. Such treatment should serve business efficacy and practices of the present time. For this purpose, a new provision – Section 359/1 – should be inserted into the Civil and Commercial Code of Thailand. However, pending such amendment, Thai Courts should achieve such legal treatment by way of interpretation of law and contracts, as envisioned in the interpretation by German and French Courts.



กิตติกรรมประกาศ

ในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้ ผู้เขียนได้รับความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พินัย ฦ นกร ซึ่งกรุณาใช้เวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและคอยให้คำปรึกษา คำแนะนำ ความรู้ แนวคิด ตลอดจนชี้แนะและแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่มีขึ้นในระหว่างการค้นคว้าอิสระฉบับนี้ จนกระทั่งการค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หราชขจร และรองศาสตราจารย์ ญัฐพงศ์ โปษกะบุตร ที่ได้กรุณามาเป็นคณะกรรมการสอบการค้นคว้าอิสระและได้ให้ข้อคิดเห็นและคำแนะนำเพิ่มเติมจนทำให้การค้นคว้าอิสระฉบับนี้มีเนื้อหาสาระครบถ้วนและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ เจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญที่ได้ให้ความอนุเคราะห์ประสานงานในด้านต่างๆ และเจ้าหน้าที่บรรณรักษ์ห้องสมุด มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ที่ช่วยให้ข้อมูลต่างๆ ที่สำคัญ รวมถึงเพื่อนๆ ทุกคนซึ่งได้ให้กำลังใจและสนับสนุนในการจัดทำารค้นคว้าอิสระฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณสมาชิกในครอบครัวชวณานนท์ทุกท่าน โดยเฉพาะคุณพ่อเผด็จ และคุณแม่ ประภัสสร ชวณานนท์ ที่เป็นกำลังใจ และแรงบันดาลใจ รวมถึงคอยสอบถามความคืบหน้าในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้ด้วยความเป็นห่วงเป็นใยเสมอมา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังว่าการค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะมีประโยชน์ในทางวิชาการอยู่บ้างไม่มากนักน้อย และหากการค้นคว้าอิสระฉบับนี้ ได้สร้างคุณค่า และคุณประโยชน์แก่ผู้ใด ผู้เขียนขอขอบคุณความดีนั้นให้แก่บิดา มารดา และทุกคนในครอบครัว ครูอาจารย์ที่ได้ให้การศึกษาและอบรมสั่งสอนตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากการค้นคว้าอิสระฉบับนี้มีข้อบกพร่องหรือขาดตกบกพร่องประการใดก็ตาม ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นายภัทร ชวณานนท์

อภิธานศัพท์

ในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้ คำย่อดังต่อไปนี้มีความหมาย ดังนี้

คำย่อ	ความหมาย
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
PECL	Principles of European Contract Law
UCC	Uniform Commercial Code
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT Principles	UNIDRIOT Principles of International Commercial Contracts

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
อภิธานศัพท์.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.4 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 แนวความคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา.....	7
2.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา.....	7
2.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา.....	11
2.3 หลักความเข้าใจถูกต้องตรงกัน.....	13
2.4 ทฤษฎีการเกิดสัญญา.....	15
2.5 ทฤษฎีผลผูกพันของคำเสนอ.....	16
2.6 หลักเกณฑ์ในการก่อให้เกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	26
2.7 หลักทั่วไปเกี่ยวกับคำเสนอ-คำสนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	30
2.7.1 ความหมายของคำเสนอ.....	31

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.7.2 ลักษณะของคำเสนอ.....	31
2.7.3 ผลของคำเสนอ.....	32
2.7.4 ความหมายของคำสนอง.....	36
2.7.5 ลักษณะของคำสนอง.....	36
2.7.6 ผลของคำสนอง.....	36
2.7.7 การเกิดสัญญา.....	37
2.8 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์.....	40
2.9 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทั่วไปกับสัญญาในทางพาณิชย์.....	43
2.9.1 การใช้แบบสัญญา.....	44
2.9.2 การกำหนดเนื้อหา.....	45
2.10 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทั่วไปกับสัญญาในทางพาณิชย์.....	46
2.11 หลักการตีความสัญญาในบริบทของการเกิดสัญญา.....	54
บทที่ 3 กฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญา.....	61
3.1 กฎหมายประเทศอังกฤษ.....	61
3.1.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา.....	62
3.1.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ.....	76
3.2 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา.....	78
3.2.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา.....	79
3.2.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ.....	84
3.3 กฎหมายประเทศเยอรมัน.....	89
3.3.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา.....	90
3.3.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ.....	93
3.4 กฎหมายประเทศฝรั่งเศส.....	97
3.4.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา.....	98
3.4.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ.....	102

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.5 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ.....	103
3.5.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา.....	105
3.5.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ.....	108
3.6 หลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ.....	115
3.6.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา.....	116
3.6.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ.....	118
3.7 หลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป.....	121
3.7.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา.....	121
3.7.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ.....	123
3.8 สรุปสาระสำคัญของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมาย ต่างประเทศและระหว่างประเทศ.....	126
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหา.....	135
4.1 ปัญหาของความตกลงยินยอมในการทำสัญญา.....	135
4.1.1 ปัญหาการใช้แบบสัญญาในการทำคำเสนอคำสนองในทางพาณิชย์....	136
4.1.2 ปัญหาที่เกิดจากการที่กฎหมายไม่ได้แยกสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ กับสิ่งที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญา.....	138
4.2 แนวทางใหม่ที่ควรรับมาใช้ในกฎหมายไทย.....	139
4.2.1 แนวคิดเดิม.....	140
4.2.2 แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่าการตอบรับคำเสนอมีข้อ แตกต่างที่มีใจเป็นข้อสาระสำคัญ.....	141
4.2.3 แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญา ที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป.....	143
4.2.4 แนวผสม.....	149
4.3 แนวทางในการตีความการเกิดสัญญาในกรณีที่แก้กฎหมายไม่สำเร็จ.....	159
บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ.....	163
5.1 สรุป.....	163

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	164
บรรณานุกรม.....	167
ประวัติผู้เขียน.....	170



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันนี้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารให้เจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญาทางธุรกิจมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก อีกทั้งความพยายามในการเปิดเสรีทางการค้าในปัจจุบันยังทำให้มีการแข่งขันกันสูงมาก และส่งผลให้มีการทำสัญญาทางธุรกิจมากขึ้น การทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มักมีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความถูกต้องตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของฝ่ายตน โดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่า ข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจในปัจจุบันลักษณะเช่นนี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms”¹ ในสถานการณ์เช่นนี้โอกาสที่คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก หากนำเอาหลักกฎหมายสัญญาดั้งเดิมที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) มาปรับใช้กับสถานการณ์ทางธุรกิจเช่นว่านี้ก็จะได้ว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น เพราะคำสนองของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความต่างจากคำเสนอ (ไม่ว่าแตกต่างเพียงเล็กน้อยหรือแตกต่างในสาระสำคัญ) จึงเป็นการบดบังไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ทั้งจะถือว่าการที่ผู้เสนอเดิมได้ปฏิบัติชำระหนี้ใดไปบ้างแล้วเป็นการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้นก็ไม่ได้ เนื่องจากผู้เสนอเดิมยังคงเชื่อว่าตนปฏิบัติชำระหนี้บนพื้นฐานของคำเสนอเดิมของตน มิใช่บนพื้นฐานของคำสนองที่มีข้อความที่แตกต่างจากคำเสนอเดิมของตน

หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” แม้ยังเป็นหลักที่ยังเหมาะสมอยู่ในบริบทของการทำสัญญาระหว่างบุคคลทั่วไป แต่ในบริบททางธุรกิจนั้น การปรับใช้หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” ซึ่งนำไปสู่ผลที่ว่าสัญญาไม่เกิดขึ้นเมื่อเอกสารการติดต่อของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความที่แตกต่างไปจากเอกสารคำเสนอ นั้นย่อมไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจ เนื่องจากในความเป็นจริงทางธุรกิจนั้นหลังจากที่คู่สัญญาได้ติดต่อการค้ากันและแลกเปลี่ยนเอกสารการติดต่อในรูปของ “แบบสัญญา” กันแล้วคู่สัญญาก็ได้ปฏิบัติชำระหนี้ไปแล้ว การยึดถือว่าสัญญาไม่เกิดตาม หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” จึงเกิดผล

¹ Farnsworth E. Allan, *Contracts*, 3rd ed. (New York: Aspen Publishers, 1999), p. 166 และ *Legal Dictionary*, at www.duhaime.org/LegalDictionary/B/BattleoftheForms.aspx, (last visited 3 January, 2013).

ประหลาด ทั้งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาอีกต่อไปในภายหลังอาจนำเอาหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” มาอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญาต่างๆ ที่ก่อนหน้านี้ตนพร้อมที่จะผูกพันตนตามสัญญาเรื่อยมา ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อได้ส่งคำสั่งซื้อโดยอาศัยแบบคำสั่งซื้อของผู้ซื้อ (ซึ่งมีสถานะเป็น “คำเสนอ”) และผู้ขายได้ส่งคำตอบรับคำสั่งซื้อโดยใช้แบบเอกสารของผู้ขาย (ซึ่งมีสถานะเป็น “คำสนอง”) โดยมีข้อความบางประการที่แตกต่างไปจากคำเสนอเดิมของผู้ซื้อ และต่อมาผู้ขายก็ได้เตรียมส่งสินค้าให้ผู้ซื้อแล้ว แต่เมื่อมีสินค้าจากแหล่งอื่นในราคาต่ำกว่า ผู้ซื้อก็พยายามหลุดพ้นจากความผูกพันทางสัญญาโดยอ้างว่าตามหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” นั้นสัญญาไม่เกิดขึ้นตั้งแต่แรก

ในกฎหมายไทย หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว” และเมื่อได้ศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยแล้วพบว่าศาลไทยค่อนข้างเคร่งครัดกับหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” ตามมาตรา 359 วรรคสอง อย่างมาก²

² ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2639/2515 (โจทก์เสนอขายและติดตั้งเครื่องปรับอากาศแก่จำเลย จำเลยมีหนังสือถึงโจทก์แสดงความประสงค์จะทำสัญญากับโจทก์ แต่โจทก์จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ โดยโจทก์จะต้องยื่นแบบรูปเครื่องปรับอากาศและการติดตั้งพร้อมด้วยร่างสัญญาเพื่อให้จำเลยพิจารณาเห็นชอบเสียก่อน ถ้าโจทก์ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวได้จึงให้โจทก์ส่งคำสั่งไปยังตัวการผู้ขายเครื่องปรับอากาศ คำสนองของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นคำสนองอันมีข้อจำกัด ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง แต่โจทก์มิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของจำเลย แม้จำเลยเพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่า เงื่อนไขในสัญญาเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อ แต่เมื่อโจทก์จำเลยยังไม่ตกลงกันหมดทุกข้อ จึงถือว่าโจทก์จำเลยยังมิได้มีสัญญาต่อกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2474/2541 (จำเลยได้มีหนังสือเชิญชวน ให้บริษัทต่าง ๆ รวมทั้งโจทก์ให้ยื่นประกวดราคาก่อสร้างซึ่งหนังสือดังกล่าวเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้นต่อมาโจทก์ทำคำเสนอประสงค์จะเข้าทำสัญญาก่อสร้างให้จำเลย การที่จำเลยมีหนังสือเอกสารหมายเลข 27 แจ้งให้โจทก์ ทราบว่าโจทก์ได้รับเลือกให้เป็นผู้รับเหมาก่อสร้างและแจ้งต่อไปว่า ปริมาณงานและราคาเดิมนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของการคิดจำนวนและคิดคำนวณราคาใหม่โดยที่ปรึกษาด้านราคา คือ บริษัท พ. ดังนั้น หนังสือดังกล่าวขอจำเลยจึงเป็นคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไข อย่างอื่นประกอบด้วย ซึ่งถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอ บางส่วนของโจทก์ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง) และดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3249/2537 ด้วย

เพื่อมิให้เกิดผลประหลาดในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ได้มีการพัฒนาความคิดทางกฎหมายเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” โดยยึดถือว่าหากสิ่งที่ประสงค์จะให้เป็นการค้านอนได้มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ก็ต้องพิจารณาว่าข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอนั้นเป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ (Material Alteration) หรือไม่ หากมิใช่เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ เอกสารหรือสิ่งที่ประสงค์จะให้เป็นการค้านอนนั้นก็ยังถือว่ามิใช่สถานะเป็นคำเสนออยู่เช่นเดิมและทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ ส่วนข้อความที่แตกต่างไปจากคำเสนอเดิมจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่นั้นเป็นประเด็นที่ถกเถียงกัน กฎหมายของบางประเทศถือว่าข้อความที่แตกต่างไปจากคำเสนอเดิมเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย แนวความคิดดังกล่าวได้ปรากฏในหลายประเทศ บางประเทศก็ใช้แนวความคิดนี้เฉพาะในสัญญาบางสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งมักกำหนดให้ใช้ในสัญญาซื้อขาย³ แต่ก็พบความพยายามในการใช้แนวความคิดนี้ในสัญญาทางพาณิชย์ทั่วไป⁴ หรือแม้กระทั่งกับสัญญาทั่วไปแม้จะมีสัญญาในเชิงพาณิชย์⁵

³ เช่น ใน Article 19 ของ UN Convention on Contracts for International Sale of Goods 1980;

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

⁴ UNIDRIOT Principles of International Commercial Contracts 2010.

⁵ Principles of European Contract Law, Article 2:208: Modified Acceptance;

(1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which would materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.

(2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.

(3) However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if:

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or

(b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or

สำหรับประเทศไทยยังไม่ปรากฏการยอมรับหลักการที่ว่าคำสนองก็ยังคงถือว่ามีสถานะเป็นคำสนองอยู่เช่นเดิมแม้จะมีข้อความที่แตกต่างไปจากคำเสนอเดิมหากมิใช่ข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความประสงค์ที่จะเข้าทำสัญญากันแล้ว แต่มีอุปสรรคตรงที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้แบบสัญญาที่แตกต่างกันในการก่อให้เกิดสัญญา โดยต่างฝ่ายมีแบบสัญญาของตัวเอง เช่น ผู้ซื้อมีแบบคำสั่งซื้อของตน โดยระบุชื่อสัญญาไว้ในแบบคำสั่งซื้อนั้น (ซึ่งอาจจะระบุไว้ด้านหลังของเอกสาร เป็นต้น) ในขณะที่ผู้ขายก็ใช้แบบสัญญาของผู้ขายที่เว้นว่างให้กรอกข้อความที่จำเป็นเกี่ยวกับสินค้า หรือความต้องการพิเศษอื่นๆ ในตัวสินค้า ส่วนเงื่อนไขอื่น นั้นผู้ขายระบุไว้ด้านหลังเอกสารเช่นกัน ทำให้ข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบสัญญาระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายนั้นแตกต่างกัน ผลทางกฎหมายตามกฎหมายไทยก็คือคำเสนอและคำสนองยังไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการ สัญญาจึงไม่สามารถเกิดขึ้นได้ แม้ว่าคู่สัญญาจะได้ปฏิบัติชำระหนี้ไปบ้างแล้วก็ตาม และเมื่อสัญญาไม่เกิดขึ้นก็ต้องให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงหรือทางปฏิบัติในทางธุรกิจการค้า ทั้งยังเป็นความสูญเสียในทางเศรษฐกิจเนื่องจากเมื่อสัญญาหนึ่ง เช่น สัญญาซื้อขายได้รับการวินิจฉัยว่าไม่เกิดขึ้นก็จะทำให้สัญญาอื่น เช่น สัญญาขนส่ง สัญญาประกันภัย เป็นต้น ได้รับผลกระทบไปด้วย ดังนั้น จึงควรศึกษาว่าสมควรที่จะแก้ไขกฎหมายไทยโดยรับเอาหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในต่างประเทศมาใช้เพื่อให้มีผลว่าสิ่งที่ประสงค์จะให้ป็นคำสนองยังคงมีสถานะเป็นคำสนองอยู่แม้จะมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ หากมิใช่เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ (Material Alteration) หรือไม่ โดยอาจศึกษาต่อไปด้วย หากสมควรรับหลักนี้มาใช้ สมควรใช้เป็นการทั่วไป หรือสมควรจำกัดใช้เฉพาะในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าด้วยกันเท่านั้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาหลักทั่วไปของการเกิดสัญญาตามกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ
3. เพื่อศึกษาปัญหาผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายไทย
4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุงกฎหมายและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายไทย

(c) the offeree makes its acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งที่จะศึกษาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของคำสอนที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับหลัก คำสอนที่แตกต่างจากคำเสนอของกฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายไทยให้เกิดความเหมาะสมสอดคล้องในทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบันและเป็นสากล

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

หลักกฎหมายไทยที่ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำสนองต้องถูกต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ ซึ่งเป็นหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง ยังไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงและทางปฏิบัติในทางธุรกิจในสถานการณ์ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยแต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบสัญญาของฝ่ายตน โดยมีได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด การปรับใช้หลักตามมาตรา 359 วรรคสอง เป็นช่องทางทำให้คู่กรณีอ้างว่าสัญญาไม่เกิดขึ้นแม้ว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญาไปบ้างแล้วก็ตาม โดยอ้างว่าคำสนองของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความต่างจากคำเสนอ (ไม่ว่าแตกต่างเพียงเล็กน้อยหรือแตกต่างในสาระสำคัญ) จึงเป็นการบดบังไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ทั้งจะถือว่าการที่ผู้เสนอเดิมได้ปฏิบัติชำระหนี้ไปบ้างแล้วเป็นการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้นก็ไม่ได้ เนื่องจากผู้เสนอเดิมยังคงเชื่อว่าตนปฏิบัติตามชำระหนี้บนพื้นฐานของคำเสนอเดิมของตน มิใช่บนพื้นฐานของคำสนองที่มีข้อความที่แตกต่างจากคำเสนอเดิมของตน ดังนั้น จึงสมควรแก้ไขมาตรา 359 วรรคสอง โดยยอมรับให้สัญญาเกิดขึ้นได้หากคำสนองที่ต่างจากจากคำเสนอนั้นมิได้มีข้อแตกต่างในสาระสำคัญ แต่สมควรจำกัดแนวความคิดนี้ให้ใช้เฉพาะในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้าเท่านั้น

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การค้นคว้าอิสระฉบับนี้ เป็นการวิจัยทางกฎหมาย (Legal Research) ทำการศึกษาและดำเนินการโดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลในลักษณะการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยอาศัยข้อมูลจากบทบัญญัติกฎหมาย แนวคำพิพากษาของศาล หนังสือ ตำรา บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ และสื่อสิ่งพิมพ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนแหล่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ที่ปรากฏอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต แล้วนำเสนอโดยวิธีการ

พรรณนาและวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้รับจากการศึกษาวิจัย (Descriptive and Analytical Method) สรุปและเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาที่เหมาะสมในการนำไปบังคับใช้ต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักทั่วไปของการเกิดสัญญาตามกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ
2. ทำให้ทราบถึงกฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับคำสอนที่แตกต่างจากคำเสนอ
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาผลของคำสอนที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายไทย
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุงกฎหมายและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาผลของคำสอนที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายไทย

บทที่ 2

แนวความคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา

ในบทนี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หลักความเข้าใจถูกต้องตรงกัน ทฤษฎีการเกิดสัญญา ทฤษฎีผลผูกพันของคำเสนอ หลักเกณฑ์ในการก่อสัญญา หลักทั่วไปเกี่ยวกับคำเสนอ-คำสนอง และผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความแตกต่างระหว่างสัญญาทั่วไปกับสัญญาในทางพาณิชย์ โครงสร้างของสัญญา และหลักการตีความสัญญาในบริบทของการเกิดสัญญา ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขปดังนี้

2.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) คือ หลักเกณฑ์ซึ่งบุคคลแต่ละบุคคลนั้นสามารถก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางสัญญาขึ้น โดยอิสระตามเจตนาของตน⁶

เสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นเสรีภาพของบุคคลในการคิดที่จะทำสัญญา เมื่อคิดรอบคอบแล้วก็มาสู่เสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่ ถ้าตัดสินใจว่าจะทำก็มีเสรีภาพที่จะเลือกทำสัญญากับใคร ทำสัญญาอะไร มีวัตถุประสงค์หรือมีเนื้อหาของสัญญาอย่างไร เมื่อตัดสินใจแล้ว ก็มีเสรีภาพที่จะแสดงเจตนาออกมาด้วยวิธีการที่ต้องการ และมีเสรีภาพในการกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นก่อให้เกิดผลตามที่ตนประสงค์ ซึ่งเสรีภาพทั้งหลายเหล่านี้ได้รับการรองรับจากบทบัญญัติมาตรา 151⁸

หลักเสรีภาพในการทำสัญญามีอยู่ 2 ความหมาย⁹

1. เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา หมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้น ดำเนินต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งในความหมายนี้อาจพิจารณาได้ 2 ด้าน คือ ด้านกระทำ (positive sense) อันหมายถึง การเริ่มต้น ดำเนินต่อไปและตกลงเข้าทำสัญญา และด้านไม่กระทำ (negative sense)

⁶ ไชยศ เหมะระชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 81.

⁷ ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553), หน้า 271.

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

⁹ ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 265.

อันหมายถึง การไม่เข้าทำสัญญาหรือการระงับกระบวนการในการเจรจา ด้วยการถอนคำเสนอหรือยกเลิกการเจรจา

2. เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาเกิดแล้ว หมายถึง เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม เพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนตั้งแต่ขั้นต้นก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้นเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วรัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้เพราะหากปล่อยให้ทำเช่นนั้นได้ เสรีภาพของปัจเจกชนก็จะถูกทำลายไป

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเกิดจากความคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในศตวรรษที่ 18 ที่เน้นเสรีภาพของมนุษย์โดย Adam Smith ได้เขียนไว้ในผลงานที่มีชื่อของเขาคือ *The Wealth of Nations* ว่า “บุคคลทุกคนควรที่จะมีอิสระในการจัดการผลประโยชน์ของตนเองด้วยวิถีทางของตนเอง” (Every man should be free to pursue his own interest in his own way) เป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะต้องให้ความสำคัญเป็นผลต่อเจตนาของคู่สัญญา และมีการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อส่งเสริมความเจริญในทางเศรษฐกิจภายใต้ความคิดลัทธิเสรีนิยมที่มองว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญา ดังนั้นจึงหมายความว่า เสรีภาพจะมีอยู่รอบเท่าที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ นักปรัชญากฎหมายในสมัยที่ศตวรรษที่ 18 นี้มีความประสงค์จะให้เสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลถูกจำกัดลงน้อยที่สุด โดยเห็นว่าเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลนี้ควรจะถูกจำกัดโดยความสมัครใจของบุคคลเท่านั้น จากแนวความคิดดังกล่าว ทำให้ปัจจุบันหลักเสรีภาพในการทำสัญญายังเป็นเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งนานาประเทศยอมรับ และบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา กล่าวคือ สำหรับบุคคลที่มีอายุและความเข้าใจตามควรนั้นย่อมมีเสรีภาพเต็มที่ในการทำสัญญา และเมื่อได้กระทำการโดยอิสระและด้วยความสมัครใจ หากสัญญาดังกล่าวนั้นไม่ขัดกับหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) สัญญานั้นย่อมมีผล¹⁰

กฎหมายไทยได้ยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงมีบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่ในมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” และหากจะพิจารณาให้เป็นรูปธรรมอาจพิจารณาได้ ดังนี้¹¹

1) หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับองค์ประกอบของสัญญา

(1) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม

(2) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างไรก็ได้

¹⁰ ไซยศ เหมระชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 84.

¹¹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 269.

(3) คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญา ไม่ว่าจะด้วยวาจา กริยา อากาหร หรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม

(4) คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะคิด ตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่อย่างไรก็ได้ และมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาออกมาตามที่ตนได้ตัดสินใจไว้ หากการตัดสินใจผิดพลาดเพราะคู่กรณีอีกฝ่ายมาทำการหลอกลวง ช่มชู้ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกกลั่นแกล้ง ช่มชู้จะเสียเสรีภาพในการตัดสินใจจะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย โดยกฎหมายจะให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆียะ หากคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับที่ตัดสินใจไว้เช่นเพราะความสำคัญผิดในสาระสำคัญ กฎหมายก็จะคุ้มครองเจตนาที่แท้จริงอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยการกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นเป็นโมฆะไป

2) หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับเนื้อหาของสัญญา

กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ แม้ในเนื้อหาที่กำหนดอาจแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด หากมิใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นก็ไม่เป็นโมฆะ

3) หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับผลของสัญญา

กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้ และเมื่อกำหนดไว้แล้ว กฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนา นั่นคือสัญญาต้องเป็นสัญญาตามหลัก pacta sunt servanda

อย่างไรก็ตาม แม้คู่สัญญาจะมีเสรีภาพมากมายในการทำสัญญา แต่เสรีภาพดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตอันสมควรด้วย เพื่อมิให้การใช้เสรีภาพในการทำสัญญาในการทำสัญญาของบุคคลบางคนต้องไปกระทบหรือก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม เสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจถูกจำกัดได้ดังนี้¹²

1. การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับองค์ประกอบของสัญญา

1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาอาจถูกจำกัดได้ หากคู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินการในลักษณะผูกขาด เขาย่อมไม่มีเสรีภาพในการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วย เพราะกฎหมายบังคับให้ต้องทำสัญญากับบุคคลทุกคนโดยเสมอภาคกัน

2) เสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หากวัตถุประสงค์ดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 150¹³

¹² ศนันกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 269-271.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพนันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

3) เสรีภาพในการเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญานั้นอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมาย¹⁴ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางชนิดต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ¹⁵ เป็นต้น

4) เสรีภาพในการตัดสินใจอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ดังเช่น กรณีของการแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งโดยบุคคลภายนอก แทนที่กฎหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้ถูกกลั่นแกล้ง กฎหมายกลับไปคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาทำสัญญาโดยไม่รู้หรือไม่ควรรู้ถึงกลั่นแกล้งของบุคคลภายนอก¹⁶ โดยให้สัญญาที่เกิดจากกลั่นแกล้งของบุคคลภายนอกนั้นสมบูรณ์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการตัดสินใจถูกจำกัดจากหลักการคุ้มครองความไว้วางใจของคู่กรณีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

2. เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดย

1) การใช้เสรีภาพของคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่าไม่มีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

2) กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ได้แก่ การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา เป็นต้น

3) กฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายกำหนดราคาคงสำหรับสินค้าบางประเภท เป็นต้น

4) ด้วยข้อตกลงของสหภาพแรงงานนายจ้างและสหภาพแรงงานลูกจ้างซึ่งส่งผลให้นายจ้างและลูกจ้างที่เป็นสมาชิกของสหภาพไม่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาเป็นประการอื่น

3. เสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญาตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) อาจถูกจำกัดด้วยหลัก Rebus Sic Stantibus อันเป็นหลักที่ขกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) โดยถือว่าคู่สัญญาไม่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้อันอันเป็นผลของสัญญาอีกต่อไป หากมีสภาวะการณ์หรือเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หรือมีเหตุแทรกแซงใดๆ ที่ไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำ

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

¹⁵ มาตรา 456 บัญญัติว่า “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย”

¹⁶ มาตรา 159 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งโดยบุคคลภายนอก การแสดงเจตนาอันนั้นจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะรู้ถึงกลั่นแกล้งนั้น”

สัญญาและทำให้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ตามสัญญาได้อีกต่อไป ดังนั้น หากคู่สัญญายังคงต้องไปปฏิบัติการชำระหนี้กันต่อไปเพื่อให้เกิดผลของสัญญา ย่อมก่อความไม่ยุติธรรม ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมากเกินไปและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมากเกินไปจนสมควร ทำให้ ณ เวลาที่มีการชำระหนี้ การปฏิบัติการชำระหนี้และการปฏิบัติการชำระหนี้ตอนแทนจะไม่สมดุลกันสัญญาจึงไม่ควรเป็นสัญญาอีก ตามหลักที่ว่าเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus)

2.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will)

ความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) คือ หลักเกณฑ์ที่ทำให้เอกชนสามารถกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันโดยอิสระ¹⁷

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) เป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนึ่งว่าอยู่บนรากฐานเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การที่กล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นี้ไม่ได้หมายความว่า เจตนาเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ต่างๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า ที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นก็ไม่มีสิทธิด้วย บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญา เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา และเป็นตัวกำหนดที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญาตลอดจนปัญหาการตีความสัญญา และหากจะพิจารณาบทบาทของเจตนาในทางข้อเท็จจริงอาจพิจารณาได้ดังนี้¹⁸

1. “เจตนา” ตัวก่อให้เกิดสัญญา

เจตนาเป็นกลไกสำคัญในขั้นตอนของการเจรจาตกลงทำสัญญา ตลอดจนการกำหนดเนื้อหาของข้อตกลง สัญญาเกิดขึ้นตามหลักของคำเสนอคำสนองต้องตรงกัน การตกลงยินยอมร่วมกันที่จะผูกพันกันตามสัญญาเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่จะให้สัญญาเกิดขึ้น ซึ่งจะต้องมีการแสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏภายนอกว่ามีความต้องการเช่นไร ไม่ว่าด้วยท่าทาง วาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษร เจตนาต้องประกอบด้วยความยินยอมสมัครใจที่บุคคลแสดงออกมาซึ่งจะต้องไม่มีความสำคัญผิดหรือความบกพร่องของเจตนา เช่น ในกรณีของการสำคัญผิด การข่มขู่ การหลอกลวงจะทำให้เจตนาไม่สมบูรณ์

2. “เจตนา” ตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา

คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญาที่ตนสมัครใจเข้าสู่ผูกมัดตนโดยสามารถกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงต่างๆ ไว้ในสัญญาเท่าที่เห็นว่าเหมาะสม แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนด

¹⁷ ไซยศ เหมะระชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 81.

¹⁸ คาราวร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญาฐานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 12-14.

หลักเกณฑ์พื้นฐานในการทำสัญญาไว้บ้าง เช่น แบบของสัญญาบางประเภท ข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่ตามประเภทสัญญาต่างๆ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเพียงหลักพื้นฐานไว้เท่านั้น คู่สัญญาอาจจะกำหนดรายละเอียดอื่นๆ เพื่อผูกพันระหว่างกันเพิ่มขึ้นหรือแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ก็ได้ ถ้าข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁹

3. “เจตนา” ตัวกำหนดผลของสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว สัญญามีผลผูกพันคู่สัญญาตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามข้อผูกพันดังกล่าว เมื่อมีกรณีเป็นที่สงสัยว่า สัญญามีผูกพันอย่างไร การตีความสัญญาตามหลักมาตรา 171²⁰ และมาตรา 368²¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ตีความไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา โดยถือว่าเจตนาเป็นกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมด้วย

เมื่อได้พิจารณาบทบาทของเจตนาในการก่อให้เกิดสัญญาจะเห็นได้ว่า เจตนา มีความสำคัญสิทธิเป็นหลักพื้นฐานของเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ในการก่อให้เกิดสัญญา หลักนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปรัชญาในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นผลจากความคิดทางการเมืองที่ต้องการยืนยันหลักปัจเจกชนนิยมต่อผู้กับรัฐ โดยยืนยันหลักที่ว่ารัฐจะต้องรับรู้สิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รัฐจะต้องรับรองเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งมนุษย์ทุกคนมีอยู่ตามธรรมชาติ รัฐจะต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล บุคคลทุกคนมีเสรีภาพ เว้นแต่ในบางเรื่องที่เป็นกรณีอันสมควร จึงจะมีข้อจำกัดเสรีภาพได้ นอกจากนั้นแล้วเสรีภาพของบุคคลจะถูกจำกัดลงได้ก็ด้วยความสมัครใจของบุคคลเองเท่านั้น ดังนั้นเจตนาของบุคคลจึงมีความสำคัญสิทธิและอิสระ บุคคลจะไม่ถูกผูกพันในหนี้ใดที่เขาไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย และในทางกลับกันหนี้ที่เกิดจากเจตนาของบุคคลนี้จะผูกมัดบังคับแก่ผู้ที่ตกลงนั้น” กล่าวคือบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ก็ได้ จะก่อนหรือ ไม่ก็แล้วแต่ความสมัครใจของบุคคลนั้น

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

²⁰ มาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนาอันให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

²¹ มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

²² คาราพร ธีระวัฒน์, เรื่องเดิม, หน้า 15.

สัญญาที่เกิดขึ้นตามเจตนาของคู่สัญญาย่อมเป็นของศักดิ์สิทธิ์ เมื่อสัญญาเป็นถึงศักดิ์สิทธิ์ องค์การของรัฐซึ่งรวมถึงศาลด้วย จะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับแทรกแซง ศาลจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับยอมบังคับบัญชาให้ตามคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ก็ต่อเมื่อเกิดกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นเท่านั้น²³ ดังนั้น หนี้จึงเกิดขึ้นโดยอำนาจของการกระทำที่สมัครใจของบุคคลนั้น มิใช่เกิดโดยอำนาจภายนอกอื่นใด สัญญาไม่ได้มีสภาพบังคับโดยอำนาจของกฎหมาย แต่โดยอำนาจของความสมัครใจที่คู่สัญญายินยอมผูกพันกัน กฎหมายต้องยอมรับผลผูกพันนั้นและบังคับการให้ กฎหมายเป็นผู้กำหนดบทลงโทษคือความรับผิดชอบเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น ความผูกพันตามสัญญาที่ได้ตกลงกันนี้จะไม่ถูกระทบด้วยการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายใหม่ กล่าวคือ แม้จะมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ออกมาใช้บังคับ ซึ่งอาจมีหลักเกณฑ์จำกัดหรือขัดกับสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนก็ตาม สัญญานั้นยังมีผลผูกพันตามเจตนาของคู่สัญญาที่ก่อให้เกิดขึ้น โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Will) เพราะถ้ายอมรับให้สัญญาต้องถูกบังคับไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายใหม่แล้ว เท่ากับกรณีเช่นนี้มีการแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาโดยทางอ้อมที่ไม่ได้เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตามอาจมีกรณีข้อยกเว้น ถ้ากฎหมายใหม่นั้นเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน สัญญานั้นจะต้องถูกบังคับตามกฎหมายใหม่ที่ออกมาภายหลังที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ยกเว้นจะมีบทบัญญัติยกเว้นไว้เป็นพิเศษว่าไม่ให้มีผลย้อนหลังบังคับแก่สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนจะมีกฎหมายนั้นๆ

2.3 หลักความเข้าใจถูกต้องตรงกัน (Consensus Ad Idem)

สัญญาย่อมเกิดขึ้นได้ด้วยการแสดงเจตนาตรงกันระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองตรงกัน การแสดงเจตนาจึงหมายความว่า กระบวนการของการแสดงออกซึ่งเจตนาภายในให้ปรากฏออกมาภายนอก เพื่อเป็นการแสดงความประสงค์อันสามารถกำหนดผลทางกฎหมายได้²⁴

Consensus Ad Idem เป็นคำมาจากภาษาละติน แปลได้ว่า “การแสดงเจตนาตรงกัน”²⁵ หลักความเข้าใจถูกต้องตรงกันหรือการแสดงเจตนาตรงกันของคู่กรณี (Consensus Ad Idem) เป็นหลักสำคัญอีกหลักหนึ่งที่เป็นพื้นฐานในเรื่องของการเกิดสัญญา เมื่อได้มีการแสดงเจตนาตรงกัน จนเกิดความเข้าใจถูกต้องตรงกัน และเกิดจากความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยมีการเสนอ

²³ คณิง ภาไชย, เอกสารประกอบการสอน วิชาทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจ (หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 15 มิถุนายน 2547), หน้า 10-11.

²⁴ ไชยยศ เหมระตะ, คู่มือศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 27.

²⁵ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายละติน-ไทย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 160.

คำเสนอไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง โดยทางกิริยา ท่าทาง หรือคำพูด หรือทำเป็นหนังสือก็ได้ เพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบความประสงค์ ซึ่งเรียกว่า “คำเสนอ” แล้วบุคคลอีกฝ่ายยอมรับหรือตกลงโดยแสดงความประสงค์ตอบรับ ซึ่งเรียกว่า “คำสนอง” ไปยังบุคคลฝ่ายแรก สัญญาจะเกิดขึ้นทันที เพราะถือว่าคู่กรณีมีเจตนาตรงกันในเรื่องตกลงดังกล่าวแล้ว นอกจากนั้นยังเป็นที่ยอมรับว่าในเรื่องการแสดงเจตนาที่แท้จริงจะมีผลสมบูรณ์เพื่อก่อให้เกิดสัญญา ก็ต่อเมื่อเจตนากับการแสดงออกซึ่งเจตนาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นถูกต้องตรงกัน²⁶

ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายโรมันพื้นฐานให้ความสำคัญกับหลักความเข้าใจถูกต้องตรงกันของคู่สัญญา โดยเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า “ก่อนที่จะเกิดหนี้ผูกพันกัน (Binding obligation) คู่กรณีจะต้องมีเจตนาที่จะก่อนิติสัมพันธ์กัน”²⁷ การแสดงเจตนาที่จะก่อนิติสัมพันธ์กันหรือเข้าทำสัญญากันที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาขึ้น จะคำนึงถึงแต่เสรีภาพของตนและทำอะไรตามใจตนเท่านั้นไม่ได้ แต่ต้องคำนึงถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยเสมอว่า เขาจะเข้าใจอย่างไรด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองให้เกิดสัญญาอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมและสอดคล้องกับหลักการของสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญาและต้องมืออย่างเท่าเทียมกันด้วย เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความเข้าใจไม่ถูกต้องตรงกัน การแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ย่อมออกมาไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงที่มีอยู่ในใจของเขาโดยไม่รู้ตัว จึงอาจเป็นการแสดงเจตนาไปโดยสำคัญผิด²⁸ ซึ่งมีผลทำให้การแสดงเจตนาขึ้นไม่มีผลสมบูรณ์ ทำให้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น เนื่องจากสัญญาจะเกิดขึ้นได้ เจตนาในการทำสัญญาคือคำเสนอสนองต้องตรงกัน เจตนาในการทำสัญญาจะต้องเป็นเจตนาที่ไม่วิปริตเพราะความสำคัญผิด เพราะกลฉ้อฉลหรือเพราะการข่มขู่ และต้องแสดงเจตนาออกมาตรงกับในใจจริง นั่นก็คือกระบวนการในการก่อเจตนาทำคำเสนอที่ดี หรือทำคำสนองที่ดีจะต้องเกิดจากกระบวนการที่สมบูรณ์ ซึ่งหากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเจตนาต้องตรงกัน จนเกิดความเข้าใจถูกต้องตรงกัน และเกิดจากความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้น²⁹

กล่าวโดยสรุป คือ หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความเข้าใจถูกต้องตรงกัน (Consensus Ad Idem) แล้ว การแสดงเจตนาของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็ย่อมออกมาตรงกับเจตนาที่แท้จริงของตน ซึ่งหากเจตนาทั้งสองฝ่ายนั้นได้มีการหล่อหลอมรวมกันเป็นเจตนาเดียวแล้ว ก็เป็นเจตนาของสัญญาและไม่อาจแยกจากกันได้อีกต่อไป กระบวนการก่อให้เกิดสัญญาจึงสมบูรณ์

²⁶ ไชยยศ เหมระชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 88-89.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

²⁸ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550), หน้า 103.

²⁹ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 277.

2.4 ทฤษฎีการเกิดสัญญา

สัญญาเกิดจากการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน แนวความคิดที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใด (Conclusion of Contract) นั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1. การก่อให้เกิดสัญญาที่พำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า

ในกรณีที่สัญญาพำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า แนวความคิดและทฤษฎีที่รองรับในเรื่องการก่อให้เกิดสัญญาของแต่ละประเทศจะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน คือ ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นทันที (Immediately) เมื่อผู้เสนอได้รับทราบคำสนองที่อยู่ต่อหน้ากัน³⁰

2. การก่อให้เกิดสัญญาที่พำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า สัญญาสัญญาเกิดจากการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน แนวความคิดที่ว่า สัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดนั้นแตกต่างกันในระหว่างระบบกฎหมายของ ฝรั่งเศส เยอรมัน และระบบคอมมอนลอว์ มีทฤษฎีซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอยู่ 4 ทฤษฎี³¹ .ในเรื่องนี้คือ

1) ทฤษฎีเจตนาเผยเจตนา (Theory of emission) ทฤษฎีนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้สนองได้แสดงเจตนาตกลงยอมรับคำเสนอทันทีเมื่อมีการแสดงเจตนาออกมา แม้ยังไม่มี การส่งเจตนา นั้นออกไปเลยก็ตาม

2) ทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of dispatch) ทฤษฎีนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้สนองได้ส่งคำสนองรับให้แก่ผู้เสนอ

3) ทฤษฎีรับเจตนา (Theory of reception) ทฤษฎีนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำบอกกล่าวสนองรับของผู้สนองไปถึงผู้เสนอ

4) ทฤษฎีรับทราบเจตนา (Theory of information) ทฤษฎีนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอได้ทราบคำสนองแล้ว ความรับรู้ของผู้เสนอเป็นสาระสำคัญที่ก่อให้เกิดสัญญา

ในระบบคอมมอนลอว์ ศาลอังกฤษและอเมริกันยึดถือทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of dispatch) ที่เกิดขึ้นจากคดี *Adam V. Lindsell*³² ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้น “mailbox rule” ตามหลักนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้สนองส่งจดหมายสนองรับลงตู้ไปรษณีย์ โดยมีเหตุผลที่อ้างคือ ผู้สนองรับได้มอบอำนาจโดยปริยายให้แก่พนักงานไปรษณีย์ไปส่งคำสนองแทน สัญญาจึงเกิดขึ้นทันทีที่ส่งจดหมาย โดยถือเสมือนว่า

³⁰ ฌูฟฟร็อง โปยกะบุตร, เอกสารประกอบการสอน วิชาทฤษฎีหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (LA 5003) ชุดที่ 2 (หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 12 ธันวาคม 2551), หน้า 47.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

³² B. & Ald 681, 106 Eng. Rep. 250 (1818).

คำสนอนนั้นได้ส่งไปถึงมือผู้เสนอแล้ว” ดังนั้นในระบบคอมมอนลอว์ สัญญาจึงเกิดขึ้นแม้ผู้เสนอจะยังไม่ทราบคำสนอง หรือแม้กระทั่งคำเสนอจะหายไประหว่างทางก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า เหตุผลที่แท้ในเรื่องนี้อยู่ที่ความต้องการที่จะจำกัดเวลาในการใช้สิทธิถอนคำเสนอของผู้เสนอให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

ในระบบซีวิลลอว์ สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น นำเอาทฤษฎีรับเจตนา (Theory of reception) และทฤษฎีรับทราบเจตนา (Theory of information) มาผสมกัน ศาลฝรั่งเศสถือหลักว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใดนั้นขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมเป็นกรณีๆไป โดยคำนึงถึงเจตนาของคู่กรณีเป็นหลัก

สำหรับกฎหมายเยอรมันนั้น คำเสนอ คำสนองและการแสดงเจตนาในกรณีอื่นๆ มีผลเมื่อไปถึง (Reach) จุดหมายปลายทางแล้ว การแสดงเจตนาโดยการส่งทางไปรษณีย์ยังไม่มีผลเกิดเป็นสัญญาขึ้นและผู้รับจะเปิดออกอ่านและรับทราบหรือไม่ก็ไม่ใช้สาระสำคัญ เพียงให้มีการส่งและการรับให้ถูกต้องตามปกติเท่านั้นก็พอแล้ว

สำหรับกฎหมายไทย³⁴ ใช้หลักการเดียวกันกับประเทศเยอรมัน คือสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำสนองส่งไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว (Theory of reception)

เมื่อเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญาในระหว่างระบบกฎหมายทั้งสองระบบแล้วทำให้เห็นว่า ในระบบซีวิลลอว์ หลักเกณฑ์ของประเทศเยอรมันที่กำหนดให้สัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำสนองไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นหลักเกณฑ์ที่ดีและยุติธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย หลักเกณฑ์ของประเทศฝรั่งเศสมีข้อเสียตรงที่พิสูจน์ได้ยากและเป็นภาระหนักของศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือยัง ส่วน Mailbox rule ของระบบคอมมอนลอว์ ก็มีข้อเสียตรงที่แน่นอนและจดหมายอาจหายระหว่างทางรวมทั้งอาจมีการส่งโทรเลขหรือ Fax ปฏิเสธสัญญาก่อนที่คำสนองไปถึงผู้เสนอก็ได้ ข้อโต้แย้งที่สำคัญคือองค์การไปรษณีย์ของบางประเทศอนุญาตให้ขอคืนจดหมายได้ก่อนที่จะมีการส่งให้ถึงมือผู้รับได้อีกด้วย³⁵

2.5 ทฤษฎีผลผูกพันของคำเสนอ

ในกฎหมายทุกระบบ เป็นที่ยอมรับตรงกันว่า สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีที่เข้าทำสัญญาได้ทำคำเสนอคำสนองต้องตรงกัน คือต่างมีเจตนาต้องตรงกันในอันที่จะผูกพันกันตามคำเสนอและคำสนอง

³³ Zweigert & Kotz, *Introduction to Comparative Law*, Volume 2 (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 30.

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้น ย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ”

³⁵ ญัฐพงศ์ โปษกะบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 46.

ของที่แต่ละฝ่ายได้ให้ไว้แก่กันนั่นเอง เป็นที่เข้าใจกันดีว่า สัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่าย กล่าวคือ เป็นนิติกรรมที่มีคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปแสดงเจตนาผูกพันกันและกัน สัญญาต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวตรงที่ นิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลคนเดียว แต่สัญญาก็มิใช่นิติกรรมฝ่ายเดียว กล่าวคือเป็นนิติกรรมสองฝ่ายมารวมกันเป็นนิติกรรมเดียว เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำคำเสนอและคำสนองแก่กันนั้น กรณีจะเกิดสัญญาขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ ต่างฝ่ายต่างประสงค์จะผูกพันกันด้วยเจตนาต้องตรงกันในนิติกรรมเดียวกัน ในระบบกฎหมายส่วนใหญ่รับกันอยู่ว่า ตัวการที่แท้จริงที่ก่อให้เกิดสัญญานั้น ไม่ใช่การที่ต่างฝ่ายต่างทำนิติกรรมฝ่ายเดียวให้ไว้แก่กัน แต่ที่เกิดสัญญาขึ้นก็เพราะคู่สัญญามีเจตนาต้องตรงกันที่จะผูกพันกันในนิติกรรมเดียวกันนั่นเอง¹⁶

ประเด็นสำคัญอีกข้อหนึ่งก็คือ ปัญหาว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นเมื่อไร ซึ่งปัญหานี้ก็ไม่ใช่ปัญหาในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างอยู่ต่อหน้ากัน ในสถานที่เดียวกัน สามารถทำความเข้าใจตกลงกันได้ทันที หรือเมื่ออยู่ห่างไกลกัน หากสามารถทำความเข้าใจตกลงกันได้ทันที เช่น ติดต่อกันโดยทางโทรศัพท์ กล่าวคือ ระบบกฎหมายต่างๆ ในโลกนี้ ต่างก็รับกันเป็นเสียงเดียวกันว่า ในกรณีที่คู่กรณีอาจติดต่อทำความเข้าใจตกลงกันได้ทันที ถ้าตกลงกันได้สัญญาก็เกิดขึ้นทันที ถ้าไม่ได้ตกลงกันทันที สัญญาก็ไม่เกิด เพราะถ้าฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ และอีกฝ่ายหนึ่งไม่สนองรับทันที คำเสนอนั้นเป็นอันสิ้นผลไป เมื่อไม่มีคำเสนออีกต่อไป ดังนั้นสัญญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

ส่วนปัญหาสัญญาเกิดเมื่อใดนี้ มักจะเกิดเป็นปัญหา ในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายห่างจากกันโดยระยะทางได้แก่ กรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมิได้อยู่ต่อหน้ากัน ไม่สามารถติดต่อทำความเข้าใจกันได้ทันที จำเป็นต้องอาศัยสื่อแสดงเจตนาที่ต้องใช้เวลาเดินทางกว่าจะไปถึงกัน เช่น จดหมาย หรือสื่ออย่างอื่นที่ต้องกินเวลาในการสื่อสารทำนองเดียวกับจดหมาย ในกรณีเช่นนี้เมื่อมีการส่งคำเสนอไปยังผู้รับกว่าผู้รับคำเสนอจะได้รับและทำคำสนองส่งกลับมาได้ก็ต้องกินเวลาอีกช่วงระยะหนึ่ง ดังนั้นจึงเป็นที่รับกันว่าเมื่อได้ทำคำเสนอแล้ว คำเสนอนั้นย่อมไม่สิ้นผลไปทันที แต่จะยังมีผลต่อไปอีกระยะหนึ่ง พอสมควรแก่การที่อีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาทำคำสนองต่อคำเสนอนั้นให้เกิดเป็นสัญญาผูกพันทั้งสองฝ่ายต่อไปปัญหาก็คือการแสดงเจตนาต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทางนี้ ในเมื่อยอมให้มีผลต่อไปอีกระยะหนึ่งแล้วจะยอมให้มีผลต่อไปอีกนานเพียงใด เรียกได้ว่าเป็น “ปัญหาว่าด้วยผลผูกพันของคำเสนอว่ามีผลผูกพันผู้เสนอไปนานเพียงใด” นั่นเอง

ในปัญหานี้ นับว่าระบบกฎหมายสแกนดิเนเวียมีหลักที่แปลกกว่าระบบอื่น คือยอมรับทฤษฎีที่เรียกว่า *Loefte - Theory* ในขณะที่ระบบกฎหมายต่างๆ ถือว่าหนี้ตามสัญญานั้นย่อมเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาผูกพันกันต้องตรงกันทั้งสองฝ่ายแล้ว คือเกิดสัญญาขึ้นแล้วเท่านั้น ปรากฏว่าตาม

¹⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ผลของคำเสนอ-สนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ 24,1 (มีนาคม 2537) : 70-71.

Loefte – Theory นี้ถือว่า เมื่อได้แสดงเจตนาไปแล้ว ผู้แสดงเจตนาที่ยอมผูกพันต่ออีกฝ่ายหนึ่งตามเจตนาของตัวทันที ตามทฤษฎีนี้ ผู้ขายย่อมมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายแก่ผู้ซื้อ ไม่ใช่เพราะมูลสัญญา แต่เป็นเพราะมูลแห่งการแสดงเจตนาขายทรัพย์สินของตนและทำนองเดียวกัน ผู้ซื้อย่อมมีหน้าที่ชำระราคา เพราะได้แสดงเจตนาไว้เช่นกันกล่าวคือต่างฝ่ายต่างผูกพันตามเจตนาฝ่ายของตน มิใช่ผูกพันเพราะมีเจตนาผูกพันต้องตรงกัน อย่างไรก็ดี ความผูกพันตามเจตนาของตนฝ่ายเดียวตามทฤษฎีนี้เป็นความผูกพันที่มี “เงื่อนไขบังคับหลัง” กล่าวคือ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งไม่เข้าผูกพันด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในทำนองเดียวกัน ความผูกพันของฝ่ายแรกก็ย่อมระงับสิ้นลง ทฤษฎีนี้มีข้อคิดข้อหนึ่ง คือใช้อธิบายได้ว่า เมื่อทำคำเสนอ คำเสนอย่อมมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอทันทีและเมื่อมีการสนองรับคำเสนอนั้นภายในเวลาอันควร ทฤษฎีนี้ก็คือว่าคำเสนอย่อมมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำเสนอไปถึงผู้รับด้วย

ปัญหาความมีผลของคำเสนอนี้ นอกจากระบบสแกนดิเนเวียซึ่งเป็นระบบที่แปลกไปจากระบบอื่นๆ แล้ว ในระบบกฎหมายต่างๆ มีหลักเกณฑ์สำคัญๆ ทำนองเดียวกัน ซึ่งพอจะแยกออกได้เป็น 3 ระบบใหญ่ๆ ด้วยกัน คือ

1. ผลของคำเสนอในระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน¹⁷

ในระบบกฎหมายแองโกลแซกซอนนั้น ในกรณีมีกำหนดเวลาให้ทำคำเสนอ คำเสนอย่อมมีผลครบเท่าที่ยังไม่พ้นเวลาที่กำหนด ส่วนในกรณีไม่มีกำหนดเวลา คำเสนอย่อมมีผลครบเท่าที่ยังไม่มีพฤติการณ์ใดมาเป็นเหตุให้คำเสนอสิ้นสุดไป อย่างไรก็ดีตาม คำเสนอนี้อาจสิ้นสุดไปทันทีที่ผู้เสนอบอกถอนคำเสนอนั้น และลักษณะพิเศษของคำเสนอในกฎหมายแองโกลแซกซอนก็คือ ผู้เสนอไม่มีสิทธิถอนคำเสนอได้ทุกเมื่อ ครบเท่าที่ยังไม่มีการสนองรับคำเสนอนั้น ด้วยเหตุนี้เราจึงกล่าวว่าคำเสนอในระบบแองโกลแซกซอนมีผลผูกพันอ่อนมาก

เหตุผลสำคัญที่ระบบแองโกลแซกซอนถือว่า คำเสนออาจถูกบอกถอนได้เสมอนี้เป็นผลมาจากคำสอนเรื่อง consideration ซึ่งเป็นหลักสำคัญของกฎหมายอังกฤษมาแต่โบราณตามหลักคอมมอนลอว์นั้น ความผูกพันทางหนึ่งจะเกิดขึ้น ก็ต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้ consideration หรือที่ไทยเราเคยเรียกว่า “สินจ้าง” เป็นการตอบแทนแก่ผู้ให้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ซึ่งอาจได้แก่การให้สิ่งตอบแทนหรือให้คำมั่นสัญญาตกลงผูกพัน หรือได้มีการทำตราสาร (under seal) ให้ไว้แก่กันแล้ว แต่โดยที่การทำคำเสนอนั้นมักทำกันโดยมิได้มีการรับสิ่งตอบแทนในทันที และมักมิได้ทำกันเป็นตราสาร ดังนั้นในระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันจึงถือหลักว่า เมื่อยังไม่มีการสนอง ผู้ทำคำเสนอก็ไม่ต้องผูกพันตามคำเสนอนั้น

ในกรณีที่มีการทำคำเสนอ แล้วผู้รับคำเสนอมิได้ตกลงกับผู้ทำคำเสนอให้ผูกพันตามคำเสนอนั้น ด้วยการให้คำตอบแทนอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ผู้เสนอ เพื่อให้คำเสนอนั้นมีผลผูกพันในรูปของสัญญาให้คำมั่น(option contract) ผู้รับคำเสนอก็จะอยู่ในฐานะที่ขาดความแน่นอนอย่างยิ่ง เพราะในเมื่อยังไม่มี การ

¹⁷ กิตติศักดิ์ ปกติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 72-74.

เสนอรับคำเสนอ ผู้ทำคำเสนออาจจะบอกถอนคำเสนอเสียเมื่อใดก็ได้ กรณีจะเป็นปัญหาอย่างยิ่งถ้าผู้รับคำเสนอวางใจเชื่อถือในผลแห่งคำเสนอนั้นว่ายังมีผลต่อไป แล้วไปจัดการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน หรือไปเข้าผูกพันตนกับผู้อื่นในระหว่างนั้น ในกฎหมายอเมริกัน ปรากฏว่ามีคดีหลายคดีที่ศาลอเมริกัน พยายามหลีกเลี่ยงการเดินตามหลัก consideration อย่างเคร่งครัด แล้วตัดสินว่าในกรณีทำนองนี้ ผู้เสนอจะถอนคำเสนอเสียมิได้ ตัวอย่างเช่นถ้าผู้ประกอบการรับเหมาก่อสร้างเข้าแข่งประมูลราคาค่าก่อสร้าง และได้เสนอราคาค่าก่อสร้างโดยอาศัยฐานราคาที่ผู้รับเหมาช่วงของตนได้เสนอไว้เป็นเกณฑ์ หากผู้รับเหมารายนี้ชนะการประมูลแล้ว เกิดผู้รับเหมาช่วงของผู้รับเหมารายนี้บอกถอนคำเสนอราคาที่ให้ไว้เข้ามา ผู้รับเหมาผู้ชนะการประมูลก็จะได้รับความเสียหายอย่างยิ่ง ในคดีทำนองนี้ ปรากฏว่าศาลมักจะเดินตามแนวที่ถือว่า คำเสนอจะถอนเสียมิได้ โดยอ้างเหตุผลต่าง ๆ กันทำนองว่า ในกรณีเช่นนี้ ผู้รับเหมาช่วงเอง ได้ทำคำเสนอโดยรู้ หรือประสงค์ให้ผู้รับเหมาเข้าแข่งประมูลราคา

ในปัจจุบันมีกฎหมาย The Restatement Contracts 2d (1981) รับรองหลักที่พัฒนามาตามคำพิพากษาของศาลไว้ในมาตรา 87 วรรค 2 ว่า “ถ้าผู้เสนอได้ทำคำเสนอโดยรู้หรือควรได้รู้ว่าผู้รับคำเสนอจะจัดการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดไปด้วยความเชื่อถือในคำเสนอนั้น และหากต่อมา มีการจัดการเช่นนั้นจริง และการเช่นนั้นไม่ใช่เรื่องเล็กน้อย ดังนี้ ผู้เสนอจะบอกถอนคำเสนอเสียมิได้” อย่างไรก็ตามก็ถือว่าการถือว่าคำเสนอข่มผูกพันนี้ ต้องอยู่ในขอบเขตเฉพาะเท่าที่จำเป็น เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดความยุติธรรม (to the extent necessary to avoid injustice) เท่านั้น The Uniform Commercial Code (UCC) ซึ่งมีผลใช้บังคับแก่รัฐต่างๆ ในอเมริกา ยกเว้นมลรัฐลุยเซียน่า ได้นำหลักทำนองนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 2-205 ว่า “ในกรณีการซื้อขายระหว่างพ่อค้านั้น คำเสนอที่เป็นลายลักษณ์อักษรย่อมมีผลผูกพันผู้เสนอตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ หรือในกรณีไม่มีกำหนดเวลาก็ให้มีผลผูกพันเป็นเวลาพอสมควรแต่ทั้งนี้ไม่เกิน 3 เดือน” ส่วนในประเทศอังกฤษ คณะกรรมการชำระสะสางตามกฎหมายของอังกฤษได้เคยเสนอไว้ตั้งแต่ปี 1937 ให้ยอมรับหลักกฎหมายที่ควรจะเป็น (lege ferenda) ว่าคำเสนอที่มีกำหนดระยะเวลาหรือมีกำหนดให้ทำคำเสนอได้จนกว่าจะมีเหตุการณ์อย่างใดเกิดขึ้นนั้น ไม่ควรจะใช้บังคับไม่ได้เพียงเพราะเหตุไม่มี consideration อย่างไรก็ตามข้อเสนอนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับในอังกฤษ

กรณีข้างต้นนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติรับรองให้คำเสนอมีผลผูกพันผู้เสนอ ซึ่งถือว่าเป็นกรณียกเว้น ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะ ความมีผลผูกพันของคำเสนอข่มเป็นไปตามหลัก Common Law กล่าวคือ ถ้าผู้รับคำเสนอยังไม่ทำคำเสนอ ผู้เสนอข่มบอกถอนคำเสนอได้เสมอ อย่างไรก็ตามในกฎหมายอังกฤษมีหลัก Mailbox Theory มาตัดทอนผลของหลักบอกถอนคำเสนอได้เสมอนี้ไว้ไม่ให้รุนแรงเกินไป

ตามหลัก Mailbox Theory ของอังกฤษ สัญญาข่มเกิดขึ้นทันทีที่ผู้รับคำเสนอได้ส่งคำเสนอไปทางไปรษณีย์ ไม่ว่าจะได้โดยวิธีห่อคำเสนอลงตู้ไปรษณีย์ หรือโดยส่งมอบคำเสนอให้แก่การไปรษณีย์

แล้วด้วยวิธีอื่นใด โดยเหตุนี้สัญญาจึงเกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนเวลาที่คำสนองไปถึงมือผู้ทำคำเสนอ หลักข้อนี้เป็นหลักที่ศาลอังกฤษได้วางเป็นแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1818³⁸

ในการอธิบายหลัก Mailbox Theory นี้ได้มีการอ้างเหตุผลต่างๆ มาอธิบายหลายแบบ แรกเริ่มเดิมทีเดียวนั้น ได้มีการอธิบายว่า ตามปกติผู้ทำคำเสนอขอมติตั้งไปรษณีย์เป็นตัวแทนโดยปริยายในการส่งคำเสนอ ดังนั้น เมื่อผู้รับคำเสนอทำคำสนองทางไปรษณีย์ ก็ต้องถือเสมือนว่าคำสนอนั้นได้ส่งถึงมือผู้ทำคำเสนอแล้วโดยตรง อย่างไรก็ตาม โดยที่คำอธิบายเช่นนี้ยากที่จะสอดคล้องกับเจตนาของคู่กรณีตามความเป็นจริง ดังนั้นจึงนับว่ารับฟังได้ยาก เหตุผลที่แท้จริงน่าจะเป็นผลมาจากความต้องการทางเศรษฐกิจที่จะจำกัดโอกาสของผู้ทำคำเสนอในการใช้สิทธิถอนคำเสนอให้มีน้อยที่สุดนั่นเอง ตามหลัก Mailbox Theory นี้ เมื่อผู้รับคำเสนอได้ส่งคำสนองไปทางไปรษณีย์แล้ว สัญญาที่เกิดขึ้น โดยไม่คำนึงถึงว่าคำสนอนั้นจะไปถึงผู้ทำคำเสนอแล้วหรือไม่ ดังนั้น นับแต่ได้ส่งคำสนองไปทางไปรษณีย์ ผู้ทำคำเสนอก็ไม่สามารถถอนคำเสนอได้อีกต่อไป กล่าวคือเป็นการช่วยลดความเสี่ยงของผู้รับคำเสนอในกรณีที่มีการบอกถอนคำเสนอตามใจชอบนั่นเอง

ปัญหาสำคัญของ Mailbox Theory ก็คือ ทฤษฎีนี้จะเข้ากับหลักที่ว่าสัญญาขอมติผูกพันคู่กรณี เพราะต่างฝ่ายต่างมีเจตนาผูกพันต้องตรงกัน (consensual nature of contract) ได้ยาก ตามหลักของ Common Law นั้น การแสดงเจตนาอย่างอื่น (นอกจากคำสนอง) เช่น การส่งคำเสนอ การบอกถอนคำเสนอ การบอกเลิกสัญญา ฯลฯ ล้วนแต่มีผลเมื่อเจตนา “ไปถึง” ผู้รับทั้งสิ้น แต่สำหรับการเกิดขึ้นของสัญญานั้น โดยที่คำสนอนั้นมีผลตาม Mailbox Theory ดังนั้น คำสนอนั้นจึงมีผลเมื่อส่งคำสนอนั้นไปทางไปรษณีย์ ไม่ใช่เมื่อคำสนอนั้น “ไปถึง” ผู้รับสัญญาจึงอาจเกิดขึ้นได้ แม้ว่าคำสนอนั้นจะเดินทางไปไม่ถึงผู้รับเลยก็ตาม อาทิเช่น กรณีที่บุรุษไปรษณีย์นำคำสนอนั้นไปส่งผิดที่หรือทำคำสนอนั้นหายไป เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กรณีที่จดหมายไปไม่ถึงผู้รับนี้ ในทางปฏิบัติไม่เป็นปัญหาใหญ่อะไรนัก เพราะแม้กฎหมายอังกฤษจะถือว่าสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ทั้งๆ ที่คำสนอนั้นไปไม่ถึงผู้รับ แต่ในทางคดี ผู้ทำคำสนอนั้นก็มีภาระในการพิสูจน์ว่า ตนได้ส่งคำสนอนั้นไปทางไปรษณีย์แล้ว

นอกจากนี้ Mailbox Theory ยังมีจุดอ่อนตรงที่ เจตนาที่ส่งไปทางไปรษณีย์นั้น โดยทั่วไปย่อมจะเรียกคืนมายังผู้ส่งได้ และด้วยเหตุนี้เอง Court of Claims ของอเมริกัน (ซึ่งมีเขตอำนาจในคดีพิพาทที่รัฐตกเป็นจำเลย) จึงยกเหตุผลขึ้นอ้างเพื่อเลี่ยงหลัก Mailbox Theory 7 อย่างไรก็ดี ความพยายามดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับ และได้รับการโต้แย้งจากแวดวงตำรา 8 นอกจากนี้ใน Restatement Contracts 2d (1981) ก็ยังคงวางบทบัญญัติรับรองหลัก Mailbox ที่สืบทอดมาเอาไว้ต่อไป ตามกฎหมายนี้ คำสนอนั้นที่ได้ส่งไปยังผู้รับตามวิธีที่ผู้ทำคำสนอนั้นได้กำหนดไว้ ย่อมทำให้สัญญาสำเร็จลงในทันทีที่ผู้ทำคำสนอนั้นได้ส่งคำสนอนั้นไปยังผู้รับ (“an acceptance made in a manner and by a medium invited by an offer is

³⁸ คดี *Adam V. Lindsell* [1818] B. & Ald 681, 106 Eng. Rep. 250.

operative....as soon as put out of the offeree's possession, without regard to whether it ever reaches the offeror")

2. ผลของคำเสนอในระบบกฎหมายชีวิลลอว์¹⁹

คำเสนอในระบบกฎหมายชีวิลลอว์ เช่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ในอิตาลี และสเปน มีผลผูกพันแน่นอนกว่าคำเสนอในระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักอยู่ว่า “คำเสนออาจถูกเพิกถอนเสียได้ ตราบเท่าที่ผู้รับคำเสนอยังมิได้สนองรับคำเสนอนั้น” อย่างไรก็ตาม ศาลได้จำกัดผลของหลักนี้ให้แคบลง โดยวางหลักว่า “ถ้าผู้เสนอได้ทำคำเสนอโดยกำหนดเวลาให้ทำคำสนอง แม้ผู้เสนอจะมีสิทธิบอกถอนคำเสนอได้ก็ตาม แต่การบอกถอนคำเสนอก่อนพ้นกำหนดเวลาที่ได้กำหนดไว้ย่อมทำให้ผู้เสนอต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน”²⁰ หนึ่ง ที่ว่าคำเสนอมีกำหนดเวลานี้ ยังรวมไปถึงกรณีที่มีได้มีการกำหนดเวลาไว้โดยชัดแจ้ง แต่มีปกติประเพณีทางการค้าหรือพฤติการณ์อย่างอื่น เป็นเหตุให้ควรคาดหมายได้ว่าคำเสนอนั้นเป็นคำเสนอที่อาจสนองรับได้ภายในกำหนดระยะเวลาพอสมควรด้วย” ส่วนปัญหาว่า กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่มีการตกลงกำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนองโดยปริยายหรือไม่ และกำหนดเวลาดังกล่าวมีระยะเวลานานเพียงใด เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ในกรณีเช่นนี้ หากมีการบอกถอนคำเสนอ ผู้รับคำเสนอย่อมไม่อาจทำคำสนองและสัญญาข้อม ไม่อาจสำเร็จลงได้ แต่ผู้รับคำเสนอย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย อันเกิดจากการบอกถอนคำเสนอได้

ตัวอย่างเช่น กรณีที่เจ้าของบ้านและที่ดิน บอกขายบ้านและที่ดินของตน โดยกำหนดวันให้ผู้สนใจซื้อเข้ามาดูบ้านในสัปดาห์ถัดมา ในกรณีเช่นนี้ย่อมถือได้ว่า มีการตกลงกันโดยปริยายว่าคำเสนอของผู้ขาย ย่อมมีผลผูกพัน อย่างน้อยนับแต่วันเสนอขายไปจนถึงวันที่กำหนดดูบ้านที่จะซื้อขายกัน ถ้าหากมีการบอกถอนคำเสนอก่อนกำหนดดังกล่าว ผู้ขายย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน หนึ่ง ค่าเสียหายนั้น อาจมีลักษณะเป็นการชดใช้ทรัพย์ โดยวิธีให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินที่เสนอขายเป็นการชดใช้ความเสียหายก็ได้

ปัญหาว่าจะอะไรเป็นมูลที่ทำให้ผู้ทำคำเสนอต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีบอกถอนคำเสนอ เป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันมา ฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า ผู้เสนอต้องรับผิดชอบตามหลักละเมิดตามมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กล่าวคือการเพิกถอนคำเสนอเป็นการกระทำที่กฎหมายยอมให้ทำได้ แต่การเพิกถอนเช่นนั้นบางกรณีอาจเป็นการใช้สิทธิในทางที่ผิด ดังนั้น ผู้บอกถอนคำเสนอจึงต้องรับผิดชอบ ส่วนนักกฎหมายฝรั่งเศสอีกฝ่ายหนึ่ง มีความเห็นว่า ในการทำคำเสนอนั้น นอกจากข้อเสนอเข้าทำสัญญาในสัญญาหลักแล้ว ผู้ทำคำเสนอยังเสนอตนเข้าสู่ผูกพันในสัญญารองอีกฉบับหนึ่ง เข้าทำนองสัญญาจะเข้าทำสัญญา ตามสัญญานี้ ผู้ทำคำเสนอย่อมผูกพันตามคำเสนอมีกำหนดตามที่ตกลงกัน สัญญาจะเข้าทำสัญญาที่ว่านี้ย่อมเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้รับคำเสนอ และเป็นสัญญาที่ถือว่าเกิดขึ้นโดยฝ่ายผู้รับคำเสนอ

¹⁹ กิตติศักดิ์ ปรัตติ, เรื่องเดิม, หน้า 75-79.

ได้เสนอรับโดยปริยาย ดังนั้นเมื่อผู้เสนอบอกถอนคำเสนอในสัญญา ผู้เสนอย่อมต้องรับผิดชอบผิดสัญญา จะเข้าทำสัญญานี้เอง

ทฤษฎีว่าผู้ทำคำเสนอย่อมผูกพันตามสัญญาจะเข้าทำสัญญานี้ เคยได้รับการยอมรับจากศาลอุทธรณ์แห่งเมือง Colmar ประเทศฝรั่งเศสในคดีเรื่องหนึ่ง ในคดีดังกล่าว ผู้ขายสินค้ารายหนึ่งได้เสนอราคาสินค้าแก่ลูกค้า แล้วลูกค้าได้อาศัยราคาที่เสนอมานั้นเป็นฐานราคาในการเข้าแข่งประมูลขายสินค้า และชนะประมูลนั้น แต่ก่อนที่จะมีการทำสัญญากัน ปรากฏว่าผู้ทำคำเสนอบอกถอนคำเสนอโดยชี้แจงว่า ตนคำนวณราคาผิดพลาด ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์เมือง Colmar วางหลักว่า คำเสนอย่อมมีผลผูกพันผู้เสนอ แต่โดยที่ในคดีนี้ไม่ปรากฏหลักฐานว่าผู้เสนอรู้ยั่ว ผู้รับคำเสนอจะอาศัยราคาที่เสนอเป็นฐานราคาในการเข้าแข่งประมูล ดังนั้นในคดีนี้ผู้เสนอจึงไม่ต้องรับผิดชอบ

หลักข้อที่กล่าวแล้วนี้ นับว่าอาจจะแปลกอยู่ เพราะการถือว่ามีสัญญาระหว่างผู้ทำคำเสนอกับผู้รับคำเสนอนั้น กล่าวได้ว่าเป็นเรื่องสมมติเจตนาของคู่กรณีขึ้นโดยแท้ อนึ่ง ยังมีทฤษฎีอีกทฤษฎีหนึ่ง ซึ่งอธิบายว่า กรณีนี้ผู้ทำคำเสนอย่อมผูกพันตามคำเสนอของตน เพราะคำเสนอมีฐานะเป็นการแสดงเจตนาผูกพันตนฝ่ายเดียว (engagement unilateral) แต่ทฤษฎีนี้ก็ถูกโจมตีว่าเป็นทฤษฎีแหวกแนว เพราะกฎหมายฝรั่งเศสไม่รู้จักและไม่รับรองหลักที่ว่านี้

การที่ไม่สามารถตกลงกันได้ว่า ผู้ทำคำเสนอต้องรับผิดชอบเพราะเหตุใดนี้ ทำให้มีปัญหาในเรื่องการกำหนดค่าเสียหายต่อไปอีกชั้นหนึ่ง คือศาลไม่สามารถวางหลักแน่นอนลงไปได้ว่าจะกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในอัตราสูงต่ำอย่างไร สาเหตุสำคัญประการหนึ่งอยู่ที่หลักการกำหนดค่าเสียหายในกฎหมายฝรั่งเศสเอง ซึ่งออกจะเป็นเรื่องดุลพินิจของศาลอยู่มาก ค่าเสียหายตามหลักเรื่องการใช้สิทธิในทางที่ผิดตามมูลแห่งมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น ศาลจะกำหนดให้ชดเชยกันเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพราะเหตุที่เชื่อถือว่าคำเสนอจะมีผลต่อไปเท่านั้น อย่างไรก็ตามถ้าเราเห็นกันว่า ผู้เสียหายควรรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีเต็มจำนวน เสมือนเป็นค่าเสียหายเพื่อการไม่ชำระหนี้เลยทีเดียว

อย่างไรก็ดีประเทศฝรั่งเศส คณะกรรมการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งได้เสนอหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความมีผลผูกพันของคำเสนอขึ้นใหม่ โดยให้ถือว่าคำเสนออันบ่งเวลาให้ทำคำเสนอนั้นจะบอกถอนก่อนสิ้นสุดระยะเวลาที่บ่งไว้มิได้ เว้นเสียแต่ว่า การบอกถอนคำเสนอนั้นไปถึงผู้รับก่อนที่คำเสนอจะไปถึง หลักทำนองเดียวกันนี้ ควรใช้แก่กรณีที่มีได้มีการบ่งระยะเวลาไว้โดยแจ้งชัด แต่มีพฤติการณ์ใดที่บ่งว่าคำเสนอนั้นเป็นคำเสนอที่มีกำหนดเวลาด้วย (มาตรา 11 ใน Avant-Projet) นอกจากข้อเสนอดังกล่าวแล้ว ยังมีหลักในมาตรา 2 ของร่างกฎหมายลักษณะหนี้ฝรั่งเศส อิตาลี ซึ่งจนทุกวันนี้ก็ยังไม่ได้รับการบัญญัติให้เป็นกฎหมายสักที ก็เดินตามหลักเดียวกัน

กฎหมายแพ่งอิตาลีนั้นไปไกลกว่ากฎหมายฝรั่งเศสอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ ตามมาตรา 1328 แห่งประมวลกฎหมายอิตาลี คำเสนอที่บ่งระยะเวลาให้ทำคำเสนอจะถอนเสียก่อนสิ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้มิได้ แต่ในกรณีไม่บ่งระยะเวลาให้ทำคำเสนอ ย่อมบอกถอนคำเสนอได้ตลอดเวลาตราบเท่าที่ยังไม่มีการ

สนองรับคำเสนอ แต่ถ้าผู้รับคำเสนอได้จัดการสิ่งหนึ่งสิ่งใดลงไป เพราะเหตุแห่งความเชื่อถือในคำเสนอ นั้นโดยสุจริต ดังนั้นผู้ทำคำเสนอก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเกิดขึ้นแก่ผู้รับคำเสนอ ซึ่งได้บอก ค่าใช้จ่ายเตรียมการหรือได้ปฏิบัติการอย่างใด ๆ เพื่อเตรียมชำระหนี้แล้ว

เพื่อให้การพิจารณาแก้ปัญหาในระบบกฎหมายชีวิตลอร์ เป็นไปอย่างรอบด้าน นอกจากการ พิจารณาความมีผลผูกพันของคำเสนอแล้ว เราจะต้องพิจาระห์ถึงปัญหาว่า คำเสนอจะมีผลเมื่อใด และ สัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดประกอบไปด้วย ทำนองเดียวกับที่ได้พิจารณามาแล้วในตอนที่กำลังถึง Common Law ปัญหาว่าคำเสนอจะมีผลเมื่อใด หรือสัญญาสำเร็จลงเมื่อใดเป็นปัญหาสำคัญทางปฏิบัติ เพราะเมื่อ สัญญาสำเร็จลง ผู้ทำคำเสนอก็ไม่อาจบอกถอนคำเสนอได้อีกต่อไป นอกจากนี้เมื่อสัญญาสำเร็จลง ผู้ซื้อ ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งยังได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตกลงซื้อตามมาตรา 1138, 1583 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส และส่งผลให้ต้องรับภาระเสี่ยงภัยในการที่ทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปเพราะพฤติการณ์ที่ผู้ซื้อ ไม่ต้องรับผิดชอบปัญหาว่าสัญญาเกิดขึ้น ณ ที่ใดยังเป็นปัญหาสำคัญในการวินิจฉัยว่า ศาลใดมีเขตอำนาจ ในการพิจารณาคดีสัญญาอีกด้วย (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 420)

ปัญหาว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น ศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาเป็นรายๆ ไป โดยจะต้องพิจาระห์ถึงพฤติการณ์ต่างๆ แห่งคดี ต้องพิจาระห์เจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีเมื่อเป็น ปัญหาข้อเท็จจริงศาลสูงก็ไม่อาจจะก้าวเข้าไปทบทวนตรวจสอบได้ หลักที่ศาลสูงฝรั่งเศสใช้เป็นหลักที่ ยากแก่การเข้าใจสำหรับนักกฎหมายในประเทศที่มีการวางบทบัญญัติเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาไว้ โดยแจ่มแจ้ง เพราะการเดินตามหลักแบบฝรั่งเศสจะนำไปสู่ปัญหาวงกตทาง เช่น ถ้าจะต้องพิจาระห์ เจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี ก็ย่อมต้องพิจาระห์เสียก่อนว่า คู่กรณีมีเจตนาต้องตรงกันหรือไม่ คือพิจาระห์ ปัญหาว่าเกิดสัญญาแล้วหรือไม่นั่นเอง อย่างไรก็ตามก็ดี จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลชั้นต้นของ ฝรั่งเศส พบว่าแม้ศาลชั้นต้นจะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลสูง แต่โดยทั่วไปแล้ว นับได้ว่าคำพิพากษาก็อยู่ใน เกณฑ์ที่เป็นธรรม

3. ผลของคำเสนอในกฎหมายเยอรมัน⁴⁰

ตามกฎหมายเยอรมัน ผู้เสนอย่อมผูกพันตามคำเสนอของตัวภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ในคำเสนอ ในกรณีที่คำเสนอโดยมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำเสนอ ผู้เสนอย่อมผูกพันตามคำเสนอของตัวภายใน ระยะเวลาอันควรคาดหมายได้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะทำคำเสนอ (ทำนองเดียวกับหลักในมาตรา 355 ของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย) ในระหว่างที่ยังไม่พ้นกำหนดที่กล่าวนี้ ผู้เสนอจะบอกถอน คำเสนอของตนมิได้ คำว่า “ผูกพัน” ในที่นี้ มิได้หมายความว่า ผู้เสนอมี “หน้าที่” ที่จะดเว้นไม่ถอน คำเสนอ แต่หมายความว่าผู้ทำคำเสนอจะบอกถอนคำเสนอโดยฝ่าฝืนหลักในบทบัญญัติเรื่องนี้มิได้ ดังนั้น หากผู้ทำคำเสนอฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ด้วยการบอกถอนคำเสนอ การกระทำเช่นนั้นย่อมไม่เป็นเหตุให้ผู้บอก ถอนคำเสนอต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่การบอกถอนคำเสนอโดยฝ่าฝืนหลักในบทบัญญัติที่ว่านี้ย่อม

⁴⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 79-80.

ปราศจากผลในทางกฎหมายใด ๆ คือกฎหมายถือว่าไม่มีการบอกถอนคำเสนอเลย นั่นเอง หลักกฎหมายทำนองเดียวกันนี้เป็นที่เห็นได้ในประมวลกฎหมายแพ่งของบราซิล กรีซ และในประมวลกฎหมายลักษณะหนึ่งของสวิส (มาตรา 3 และ 5) ด้วย

หากผู้ทำคำเสนอไม่ต้องการผูกพันต่อคำเสนอของตน ผู้ทำคำเสนอก็อาจเลือกใช้ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นว่าตนไม่ประสงค์ผูกพันตามคำเสนอก็ได้ เช่น ใช้คำว่า “without obligo” เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้การแสดงเจตนานั้นๆ ย่อมไม่มีสภาพเป็น “คำเสนอ” โดยนิรนัย แต่มีฐานะเป็นคำเชิญชวนให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ (invitatio offerendi) เท่านั้น ในกรณีหลังนี้ หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาดำเนินการตามคำเชิญชวนนั้น การแสดงเจตนาดำเนินการเช่นนั้นย่อมมีฐานะเป็น “คำเสนอ” เท่านั้น สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการทำ “คำเสนอ” จากฝ่ายที่เชิญชวนให้ทำคำเสนอเสียก่อน อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันยอมรับหลักว่า หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอมาตามคำเชิญชวนแล้ว ฝ่ายที่ทำการเชิญชวนให้ทำคำเสนอนั้นกลับเพิกถอนหรือฉ้อโกง ดังนี้ ถือได้ว่าฝ่ายที่เชิญชวนให้ทำคำเสนอแล้วกลับฉ้อโกงนั้นตกลงสนองรับคำเสนอแล้วตามหลักการใช้สิทธิโดยสุจริต หากผู้ทำคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอไม่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาก็ย่อมมีหน้าที่ตอบปฏิเสธคำเสนอของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อไม่บอกกล่าวปฏิเสธไป การนิ่งในกรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็น “การยอมรับ”

ในปัญหาว่า คำเสนอมีผลเมื่อใดนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด กรณีเช่นนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเดินตามหลักทั่วไปว่า การแสดงเจตนาชนิดที่ต้องมีผู้รับทั้งปวงย่อมมีผลเมื่อการแสดงเจตนานั้น “ไปถึง” ผู้รับ หลักการที่อยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์ข้อนี้ก็คือหลักเฉลี่ยภาระความเสี่ยงอันอาจเกิดแก่เจตนาที่กำลังอยู่ระหว่างทางที่ส่งไปนั้น โดยให้ฝ่ายผู้แสดงเจตนาและผู้รับเจตนาได้รับภาระเสี่ยงภัยเท่า ๆ กัน หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักใหญ่ที่อยู่ระหว่างหลักเดิม 2 หลักคือ ระหว่างหลักที่ถือว่าการแสดงเจตนามีผลทันทีที่ส่งไป กับหลักที่ถือว่าการแสดงเจตนามีผลเมื่อผู้รับรู้ถึงการแสดงเจตนาแล้ว อันเป็นหลักที่ยังปรากฏร่องรอยให้เห็นได้ในกฎหมายฝรั่งเศส ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 130 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การแสดงนี้ย่อมหมายถึงคำเสนอด้วย ซึ่งมีผลเมื่อเจตนาไปถึงผู้รับ คือได้ตกไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับแล้ว โดยหลักเช่นนี้ ความเสี่ยงที่อาจเกิดแก่การแสดงเจตนาในระหว่างทางที่เจตนาถูกส่งไปนั้น จะถูกแบ่งเฉลี่ยแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเหมาะสม ผู้แสดงเจตนาและส่งการแสดงเจตนาจะยอมเป็นผู้เลือกวิธีและเส้นทางการส่งเจตนา ดังนั้น จึงควรเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างที่เจตนาเดินทางไปถึง ส่วนฝ่ายผู้รับเจตนาจะยอมต้องรับภาระความเสี่ยงที่อาจเกิดแก่เจตนาที่เดินทางมาอยู่ในเงื้อมมือของตนแล้ว กล่าวคือ ถ้าฝ่ายผู้รับเจตนาไม่เปิดตู้ไปรษณีย์ของตนออกตรวจสอบ หรือปล่อยให้กลายเป็นรังนกไปเสีย เขาผู้นั้นก็ย่อมต้องรับเสี่ยงภัยในผลที่เกิดจากการที่เจตนาไม่ได้มาถึงตู้ไปรษณีย์ของตนและมีผลทางกฎหมายแล้วตามมาตรา 1326 และมาตรา 1335 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น สัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอ “รับรู้” การแสดงเจตนาสนองคำเสนอแล้ว อย่างไรก็ตาม ก็มีหลักสันนิษฐานว่าผู้เสนอย่อมรับรู้คำเสนอทันทีที่คำเสนอไปถึงถิ่นที่

อยู่ตามปกติของผู้ทำคำเสนอ เว้นเสียแต่ว่า ผู้เสนอจะพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่อาจรับรู้คำสนองเช่นนั้นได้เพราะเหตุการณ์ที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบ

กล่าวโดยสรุปคือ ในระบบคอมมอน ลอว์นั้น คำเสนอไม่มีผลผูกพันเลย และไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ใด ๆ แก่ผู้ทำคำเสนอเลย ในระบบกฎหมายตระกูลโรมานิกนั้น คำเสนอที่บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้โดยแจ้งชัดย่อมมีผลและก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายผู้ทำคำเสนอเสมอ และคำเสนอที่ไม่บ่งระยะเวลานั้นโดยทั่วไปก็ก่อให้เกิดหน้าที่เช่นกัน หากผู้ทำคำเสนอบอกถอนคำเสนอก่อนสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดให้ทำคำสนอง ผู้ทำคำสนองต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน คำเสนอไม่ว่าจะบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองหรือไม่ ย่อมบอกถอนเสียมิได้ การบอกถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาย่อมไม่มีผลทางกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่า ผู้แสดงเจตนาได้แสดงว่าไม่ประสงค์จะผูกพันไว้โดยชัดแจ้งแล้วในการแสดงเจตนานั้นๆ

เมื่อได้พิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้ว กล่าวได้ว่าระบบความผูกพันของคำเสนอในกฎหมายเยอรมันมีข้อดีกว่าในระบบอื่น แม้ว่าในทางปฏิบัติระบบอังกฤษกับระบบเยอรมันจะมีข้อแตกต่างกันน้อยกว่าที่คิดกันตามทฤษฎีก็ตาม เรายังกล่าวได้ว่าระบบเยอรมันมีข้อดีมากกว่าอยู่นั่นเอง ตามกฎหมายเยอรมัน คำเสนอย่อมบอกถอนเสียได้ตราบเท่าที่คำเสนอยังมิได้ไปถึงผู้รับ แต่ในอีกด้านหนึ่ง กฎหมายอังกฤษก็ถือว่า หากผู้รับคำเสนอได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอและได้ส่งคำสนองให้แก่ไปรษณีย์หรือผู้ประกอบกิจการที่ทำหน้าที่ส่งเจตนา นั้นไปยังผู้รับแล้ว คำเสนอย่อมไม่อาจบอกถอนเสียได้อีกต่อไป นั่นหมายความว่า ในระบบคอมมอนลอว์ ผู้รับเจตนาย่อมรับภาระความเสี่ยงว่าคำเสนออาจถูกเพิกถอนได้ ในระหว่างที่ได้รับคำเสนอแล้วแต่ยังไม่ทันจะส่งคำสนองไปยังผู้ทำคำเสนอ ในขณะที่ผู้รับคำเสนอในระบบกฎหมายเยอรมันแน่ใจได้ว่าจะไม่ถูกถอนคำเสนอจนกว่าจะพ้นระยะเวลา กล่าวได้ว่า ผู้รับคำเสนอในระบบคอมมอนลอว์ รับภาระเสี่ยงนานกว่าผู้รับคำเสนอในระบบเยอรมันเท่ากับชั่วระยะเวลาที่ตนได้ร่ำรองว่าจะทำคำสนองหรือไม่นั่นเอง ระยะเวลารับภาระเสี่ยงต่อการถูกถอนคำเสนอที่ว่านี้ หากเป็นกรณีที่คำเสนอนั้นเป็นคำเสนอที่มีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอง โดยปกติเวลารับภาระเสี่ยงก็กินเวลาสั้นมาก ในแง่ปฏิบัติหลักกฎหมายเยอรมันให้ผลที่เป็นธรรมกว่าระบบอื่น เพราะเมื่อฝ่ายผู้รับการแสดงเจตนา คือผู้รับคำเสนอแน่ใจได้ว่าหากตนทำคำสนองภายในกำหนด สัญญาย่อมเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ดังนั้นตัวก็ย่อมจะจัดการทรัพย์สินของตนได้ด้วยความมั่นใจมากกว่า⁴¹

⁴¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 80-81.

2.6 หลักเกณฑ์ในการก่อให้เกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพ 2 ลักษณะ 2 หมายความว่าด้วยสัญญานั้น มิได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า “สัญญา” เอาไว้ ดังนั้น พจนานุกรมและนักนิติศาสตร์ได้ให้คำนิยามความหมายของคำว่า “สัญญา” ไว้แตกต่างกันดังต่อไปนี้⁴²

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานและพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย (ฉบับราชบัณฑิตยสถาน) ให้คำนิยามเหมือนกันว่า “สัญญา หมายถึง ข้อตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่าย หรือหลายฝ่ายว่าจะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง”

Black’s Law Dictionary (7th ed.) ได้ให้คำนิยามว่า “สัญญา คือข้อตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่ายขึ้นไปในอันที่จะก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย”⁴³

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า “สัญญา คือ การที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมคำเสนอคำสนองรับ มีความประสงค์ตกลงตรงกัน และร่วมมือกันในอันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น”⁴⁴

ศาสตราจารย์ จิต เศรษฐบุตร กล่าวว่า “สัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่ายเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ดังนั้น สัญญาจึงเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง แต่เป็นประเภทที่สำคัญเพราะก่อหนี้มากกว่านิติกรรมประเภทที่เรียกว่า นิติกรรมฝ่ายเดียว”⁴⁵

ศาสตราจารย์ ศักดิ์ สอนองชาติ กล่าวว่า “สัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปอันต่างกับนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว”⁴⁶

จากคำนิยามข้างต้น หลักเกณฑ์ในการก่อสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมีองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้ คือ

⁴² อรรถา สังห์สงบ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546), หน้า 15.

⁴³ An agreement between two or more parties creating obligations that are enforceable or otherwise recognizable at law.

⁴⁴ เสนีย์ ปราโมช, (ม.ร.ว.), กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 336.

⁴⁵ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 247-248.

⁴⁶ ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545), หน้า 312.

1. บุคคล ซึ่งเรียกว่า คู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป (กล่าวคือ เป็นผู้ทำสัญญา เพื่อที่จะสร้างนิติสัมพันธ์และให้ผลของสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นตกแก่ตน) ซึ่งได้แก่ผู้เสนอและสนอง โดยไม่จำกัดว่าคู่สัญญาจะมีฝ่ายละกี่คน⁴⁷

คู่สัญญานี้อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ถ้าเป็นบุคคล ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาการที่สัญญาที่สร้างขึ้นจะมีความสมบูรณ์ได้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถไว้ มาตรา 153⁴⁸ กล่าวคือ โดยหลักต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมาย กล่าวคือ “ไม่เป็นผู้เยาว์” (เว้นแต่จะเป็นกรณีเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 22 ถึงมาตรา 27 เช่น การทำสัญญาใดๆ หากเป็นเพียงเพื่อจะได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่ง หรือเป็นการเพื่อหลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง หรือเป็นการทำสัญญาใดๆ ซึ่งเป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว เป็นต้น) คนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ⁴⁹ คนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ (ในบางกรณี⁵⁰) หรือต้องไม่เป็นคน

⁴⁷ อรรถา สังหิสงบ, เรื่องเดิม, หน้า 17.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 บัญญัติว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ”

⁴⁹ มาตรา 21 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นนั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

⁵⁰ มาตรา 29 บัญญัติว่า “การใดๆ อันบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้กระทำการนั้นเป็นโมฆียะ”

⁵¹ มาตรา 34 บัญญัติว่า “คนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อนแล้วจึงจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ได้

- (1) นำทรัพย์สินไปลงทุน
- (2) รับคืนทรัพย์สินที่ไปลงทุน ดันเงินหรือทุนอย่างอื่น
- (3) ยืมหรือให้ยืมเงิน ยืมหรือให้ยืมสังหาริมทรัพย์อันมีค่า
- (4) รับประกันโดยประการใดๆ อันมีผลให้ตนต้องถูกบังคับชำระหนี้
- (5) เช่าหรือให้เช่าสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่าหกเดือนหรืออสังหาริมทรัพย์กำหนดระยะเวลาเกินกว่าสามปี
- (6) ให้โดยเสน่หา เว้นแต่การให้ที่พอควรแก่ฐานะรูป เพื่อการกุศล การสังคม หรือตามหน้าที่ธรรมจรรยา
- (7) รับการให้โดยเสน่หาที่มีเงื่อนไขหรือค่าภาระติดพัน หรือไม่รับการให้โดยเสน่หา
- (8) ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจะได้มาหรือปล่อยไปซึ่งสิทธิในอสังหาริมทรัพย์หรือในสังหาริมทรัพย์อันมีค่า

วิกลจริตที่ทำนิติกรรมในขณะที่วิกลจริตโดยคู่กรณีอีกฝ่าย⁵² ส่วนคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลนั้น ต้องทำสัญญาโดยผ่านตัวแทนนิติบุคคล และสัญญาที่ทำนั้นต้องอยู่ภายในกรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลอีกด้วย⁵³

2. วัตถุประสงค์ นิติกรรมต่างๆ ต้องมีวัตถุประสงค์ (Object or Cause) ถ้าไม่มีวัตถุประสงค์การแสดงออกซึ่งเจตนาของคู่กรณีก็เป็นเรื่องเหลวไหลเพราะคู่กรณีต่างฝ่ายต่างไม่มุ่งประสงค์ประโยชน์อะไรกันเลย ไม่มีนิติสัมพันธ์ การแสดงเจตนาขึ้นก็จะไม่เรียกว่า “นิติกรรม” ดังนั้น “วัตถุประสงค์” จึงหมายถึง “ประโยชน์อันเป็นผลสุดท้าย ที่ผู้แสดงเจตนาออกซึ่งเจตนาเพื่อสิ่งที่เขาได้พึงประสงค์” (Declaration of Intention) ประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินเงินทองเสมอไป อาจจะเป็นความรู้สึก ความภูมิใจ หรือศีลธรรมอันดีก็ได้⁵⁴

ในสัญญาทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ สัญญาใดที่ไม่มีวัตถุประสงค์ก็เหมือนเป็นเรื่องลอยๆ ไม่จริงจางอะไร ส่วนวัตถุประสงค์นั้นจะมีลักษณะที่ค่อนข้างจะแน่นอนสำหรับเอกเทศสัญญา ยกตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขาย วัตถุประสงค์ก็คือกรรมสิทธิ์กับราคา ไม่ว่าจะทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินใด

(9) ก่อสร้างหรือดัดแปลงโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น หรือซ่อมแซมอย่างใหญ่

(10) เสนอคดีต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ เว้นแต่การร้องขอตามมาตรา ๓๕ หรือการร้องขอถอนผู้พิทักษ์

(11) ประนีประนอมยอมความหรือมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย”

“ถ้ามีกรณีอื่นใดนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งคนเสมือนไร้ความสามารถอาจจัดการไปในทางเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว ในการสั่งให้บุคคลใดเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือเมื่อผู้พิทักษ์ร้องขอในภายหลัง ศาลมีอำนาจสั่งให้คนเสมือนไร้ความสามารถนั้นต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อนจึงจะทำการนั้นได้”

“ในกรณีที่คนเสมือนไร้ความสามารถไม่สามารถจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่กล่าวมาในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองได้ด้วยตนเอง เพราะเหตุมีภัยพิบัติหรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ศาลจะสั่งให้ผู้พิทักษ์เป็นผู้มีอำนาจกระทำการนั้นแทนคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับผู้อนุบาลมาใช้บังคับแก่ผู้พิทักษ์โดยอนุโลม”

“คำสั่งของศาลตามมาตรา นี้ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

“การใดกระทำได้โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา นี้ การนั้นเป็นโมฆียะ”

⁵² มาตรา 30 บัญญัติว่า “การใดๆ อันบุคคลวิกลจริตซึ่งศาลยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้กระทำได้ การนั้นจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อได้กระทำในขณะที่บุคคลนั้นจรดวิกลอยู่ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้แล้วด้วยว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต”

⁵³ สนันทภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 274.

⁵⁴ ไชยยศ เหมะระชตะ, คู่มือศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 24-25.

ก็ตาม วัตถุประสงค์ก็ยังเป็นกรรมสิทธิ์กับราคานั้นเองหรือสัญญาเช่าทรัพย์สิน วัตถุประสงค์ก็คือการได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินคือค่าเช่า ฉะนั้นไม่ว่าจะทำสัญญาเช่าทรัพย์สินประเภทใด วัตถุประสงค์ก็ยังคงเดิม อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์อาจมีลักษณะแปรเปลี่ยนไปตามสัญญาในกรณีของสัญญาที่ไม่มีชื่อก็ได้

สาระสำคัญก็คือสัญญานั้นต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ ส่วนวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจแปรเปลี่ยนหลากหลายไปตามสัญญาโดยอาศัยหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาก็ได้ซึ่งจะมีข้อจำกัดแต่เพียงว่า วัตถุประสงค์นั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่พันวิสัย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵⁵ เท่านั้น⁵⁶ อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151)

3. ความยินยอมของคู่สัญญา ในการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาผู้มีความสามารถในการทำสัญญา จะต้องมีความตกลงยินยอมร่วมกันในการทำสัญญาด้วยกล่าวคือต้องมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองตรงกันทั้งสองฝ่ายจึงจะเกิดสัญญาได้⁵⁷ นอกจากนี้สัญญาจะเกิดขึ้นได้ เจตนาในการทำสัญญาจะต้องเป็นเจตนาที่ไม่วิปริตเพราะความสำคัญผิดในบุคคลหรือทรัพย์สิน เพราะกลฉ้อฉลหรือเพราะการข่มขู่ และต้องแสดงเจตนาออกมาตรงกับในใจจริง นั่นก็คือกระบวนการในการก่อเจตนาทำคำเสนอที่ดีหรือทำคำสนองที่ดีจะต้องเกิดจากกระบวนการที่สมบูรณ์ ซึ่งหากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเจตนาต้องตรงกัน จนเกิดความเข้าใจถูกต้องตรงกัน และเกิดจากความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้น⁵⁸ ส่วนรายละเอียดในเรื่องคำเสนอและคำสนอง ผู้เขียนก็จะกล่าวโดยละเอียดไว้ในหัวข้อต่อไป

4. แบบหรือวิธีการแสดงเจตนา ซึ่งอาจจะเป็นวิธีใดก็ได้ไม่ว่าด้วยวาจา กิริยาอาการหรือลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนหรือด้วยการกระทำที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาก็ได้ อย่างไรก็ตามแบบหรือวิธีการแสดงเจตนา อาจไม่ใช่องค์ประกอบที่สำคัญหรือจำเป็นในการก่อให้เกิดสัญญา ยกเว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องทำตามแบบเฉพาะ มิฉะนั้นสัญญาจะตกเป็น

⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

⁵⁶ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 277.

⁵⁷ ไชยยศ เหมระชตะ, คู่มือศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 24.

⁵⁸ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 278.

โมฆะ⁵⁹ ก็ต้องทำตามนั้น ตัวอย่างแบบที่กฎหมายบังคับไว้สำหรับเรื่องการทำสัญญา ได้แก่การซื้อขาย
อสังหาริมทรัพย์⁶⁰ หรือจำนอง⁶¹ เป็นต้น

นอกจากนี้การก่อให้เกิดสัญญาอาจมีองค์ประกอบเสริมของสัญญาซึ่งเป็นองค์ประกอบที่เข้ามา
เพิ่มเติมสัญญา มิใช่องค์ประกอบที่จำเป็นเพื่อความมีอยู่ของสัญญา องค์ประกอบเสริมของสัญญาที่
คู่สัญญาสามารถกำหนดได้ในการก่อสัญญาก็คือ เงื่อนไข เงื่อนไขเวลา มัดจำ หรือเบี้ยปรับ แล้วแต่กรณี⁶²

2.7 หลักทั่วไปเกี่ยวกับคำเสนอ-คำสนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว องค์ประกอบที่สำคัญที่จะทำให้เกิดสัญญานั้น โดยหลักแล้วมี 3 ประการ
ดังต่อไปนี้ ประการแรกคือต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งเรียกว่าคู่สัญญา ประการที่สองคือ
วัตถุประสงค์ คู่สัญญาต้องแสดงเจตนาโดยมีความประสงค์จะให้การแสดงเจตนาที่มีความผูกพันตาม
กฎหมาย ประการที่สามคือเจตนา คู่สัญญาจะต้องมีการแสดงเจตนาที่เป็นคำเสนอและคำสนอนั้นต้อง
ตรงกัน สำหรับการ “ต้องตรงกัน”⁶³นี้ หมายความว่าเจตนาทั้งสองนั้นได้มีการหลอมหลอมรวมกันเป็น
เจตนาเดียวกัน คือเป็นเจตนาของสัญญา และไม่อาจแยกจากกันได้อีกต่อไป ซึ่งเกิดเมื่อคำสนอนั้นมาถึง
ภายในเวลาและมีได้เปลี่ยนแปลงแก้ไข จำกัด ตัดทอนหรือเพิ่มเติมคำเสนอแม้แต่น้อยตามนัยแห่งมาตรา
359⁶⁴ ดังนั้นคำเสนอ-คำสนอนจึงมีความสำคัญเป็นเบื้องต้นในอันที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้น

จากความสำคัญของคำเสนอ-สนอนในอันที่จะก่อให้เกิดสัญญานี้เองทำให้จะต้องศึกษา
ความหมายของคำเสนอและคำสนอง

⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่
กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

⁶⁰ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจด
ทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพ
และสัตว์พาหนะด้วย”

⁶¹ มาตรา 714 บัญญัติว่า “อันสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อ
พนักงานเจ้าหน้าที่”

⁶² ศนันทกรณ (เจ้าปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 279.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 278.

⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 บัญญัติว่า “ถ้าคำสนอนมาถึงล่วงเวลา ท่านให้
ถือว่าคำสนอนนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่”

“คำสนอนอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่า
เป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว”

2.7.1 ความหมายของคำเสนอ

คำเสนอ⁶⁵ หมายถึง การแสดงเจตนาแสดงความประสงค์ของผู้แสดงเจตนาต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจจะเป็นบุคคลคนหนึ่งหรือหลายคนก็ได้ เพื่อขอให้ทำสัญญาด้วยตามข้อความที่กำหนดไว้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาและนิติกรรมนี้มีผลผูกพันผู้เสนอ คำเสนอจะเป็นการแสดงเจตนา ต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อบุคคลทั่วไปก็ได้

2.7.2 ลักษณะของคำเสนอ

คำเสนอมีลักษณะสำคัญอยู่ 5 ประการ

1. คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาจะมีผลเป็นคำเสนอต่อเมื่อมีผู้รับการแสดงเจตนาที่แน่นอนแบ่งได้ 2 กรณีคือ⁶⁶

1) ถ้าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นก็จะมีผลต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ “ทราบ” การแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้น ตามมาตรา 168⁶⁷

2) ถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นจะมีผลเป็นคำเสนอต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอได้ไป “ถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา ตามมาตรา 169 วรรคหนึ่ง⁶⁸

แต่ถ้ามีการแสดงเจตนาทำคำเสนอไป แต่ผู้รับคำเสนอซึ่งเป็นบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า ไม่ได้ยินหรือผู้รับคำเสนอซึ่งเป็นบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นยังไม่ไปถึงหรือไม่ได้ส่งไป กรณีเช่นนี้การแสดงเจตนาที่ส่งไปก็ยังไม่เป็นคำเสนอตามหลักเรื่องการแสดงเจตนา

2. คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมต่างๆ ไปนั้นอาจจะเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือแสดงเจตนาโดยการนิ่งก็ได้ แต่ถ้าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอจะต้องทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น เพราะคำเสนอคือคำขอให้ทำสัญญาจะไปแสดงเจตนาโดยปริยายหรือโดยการนิ่งไม่ได้

⁶⁵ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 225-228.

⁶⁶ ศนันท์กรณ์ (เจ้าปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 289.

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน”

⁶⁸ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่า มีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกออกไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น ก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนา นั้นตกเป็นอันไร้ผล”

3. คำเสนอต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอน ซึ่งเมื่อเสนอไปแล้วถ้ามีคำสนองรับมาตามคำเสนอ สัญญาจะเกิดขึ้นที่ หากสนองตอบรับแล้วสัญญาไม่เกิดข้อความที่เสนอไปนั้นก็จะไม่ใช่คำเสนอ อาจจะเป็นเพียงคำปรารภ คำทาบถามหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

4. คำเสนออาจจะแสดงต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้

5. เมื่อมีคำเสนอไปแล้วผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติ ถ้าเป็นการเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงก็ไม่มีปัญหา เพราะเมื่อผู้ทำคำเสนอทำคำเสนอไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง บุคคลที่เป็นผู้รับคำเสนอคนนั้นก็คนเดียวที่มีสิทธิจะสนองรับคำเสนอได้ ถ้าคนอื่นมาสนองรับสัญญาก็ไม่เกิด แต่หากเป็นการทำคำเสนอต่อสาธารณชน คำเสนอในกรณีนี้ ผู้แสดงเจตนาไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้ที่จะเข้าทำสัญญาด้วย เช่น โรงภาพยนตร์ปิดป้ายแสดงอัตราค่าชม ถือว่าเป็นกรณีที่โรงภาพยนตร์ทำคำเสนอต่อสาธารณชน ถ้าประชาชนคนไหนซื้อตั๋วเข้าชมภาพยนตร์ เจ้าของโรงภาพยนตร์ก็ไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติได้ สัญญาย่อมเกิดขึ้นระหว่างเจ้าของภาพยนตร์กับประชาชนคนนั้น แต่ถ้าผู้แสดงเจตนามีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้ที่จะเข้าทำสัญญา การแสดงเจตนาที่แสดงต่อสาธารณชนไปก็ไม่ถือว่าเป็นคำเสนอ

2.7.3 ผลของคำเสนอ⁹⁹

คำเสนอนั้นเมื่อมีผลแล้วเป็นคำเสนอแล้ว ถ้าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นก็จะมีผลต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ “ทราบ” การแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นตามมาตรา 168 กดี หรือถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นจะมีผลเป็นคำเสนอก็ต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอได้ไป “ถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา ตามมาตรา 169 วรรคหนึ่ง กดี ผลของการเป็นคำเสนอจะมีดังนี้ คือ

1. คำเสนอนั้นไม่อาจบอกถอนได้อีกต่อไป ซึ่งจะแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี (แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าทราบใดที่คำเสนอยังไม่มี“ผล” เป็นคำเสนอ ผู้ทำคำเสนอสามารถที่จะบอกถอนคำเสนอนั้นได้ตามหลักของการถอนการแสดงเจตนาทั่วไป)

1) บอกถอนไม่ได้โดยชัดแจ้ง ตามมาตรา 354 ซึ่งบัญญัติว่า “คำเสนอจะทำสัญญาอันบังระยะเวลาให้ทำคำเสนอนั้น ท่านว่าไม่อาจจะถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้” ซึ่งหมายความว่า ได้มีการกำหนดระยะเวลาไว้ในคำเสนอแล้วว่าผู้เสนอจะไม่ถอนคำเสนอภายในระยะเวลานั้น ซึ่งกรณีนี้ อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในการทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า และทั้งการทำคำเสนอต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าหรืออยู่ห่างโดยระยะทาง ซึ่งสาระสำคัญอยู่ที่การกำหนดเวลาผูกพันไว้แล้วเท่านั้นซึ่งก็ต้องเป็นไปตามเจตนา เช่น นาย ก.เสนอขายรถยนต์ TOYOTA เลขทะเบียน 1ก 9999 ให้ นาย ข. ราคา 500,000 บาท ในคำเสนอระบุด้วยว่า ถ้านาย ข. จะซื้อจะต้องตอบรับมาภายใน 1 เดือน ฉะนั้น ในระหว่าง 1 เดือน คำ

⁹⁹ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 291-295.

เสนอนั้นไม่อาจบอกถอนได้ ไม่ว่าคำเสนอขายไปยังนาย ข. เป็นกรณีซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือเขียนจดหมายไปเสนอขายซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางก็จะมีผลเหมือนกัน

2) บอกถอนไม่ได้โดยปริยาย ตามมาตรา 355 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลทำคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอง จะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่” กล่าวคือ คำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทางหรือบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า⁷⁰ ถ้าไม่ได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองแล้ว เมื่อคำเสนอที่ส่งไปยังผู้รับที่อยู่ห่างโดยระยะทางไปถึงผู้รับคำเสนอเรียบร้อยแล้วมีผลเป็นคำเสนอแล้ว ผู้เสนอจะถอนคำเสนอของตนภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองไม่ได้ แต่ถ้าทราบโดยการแสดงเจตนาขึ้นยังไม่ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา ผู้ทำคำเสนอก็สามารถถอนการแสดงเจตนาที่แสดงไปแล้วได้เพื่อไม่ให้มีผล โดยต้องบอกถอนไปให้ถึงก่อนหรืออย่างช้าที่สุดที่พร้อมกับการแสดงเจตนาที่ตนแสดงไป เนื่องจากการที่ผู้เสนอถอนเช่นนั้นอาจจะทำให้ผู้ได้รับความเสียหาย เพราะหลังจากเขาได้รับคำเสนอแล้วอาจจะไปเตรียมการบางอย่างเพื่อจะตกลงทำสัญญาตามที่ได้มีการเสนอมา ถ้ายังอยู่ในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอง กฎหมายจึงไม่ยอมให้ผู้เสนอนั้นถอนคำเสนอได้ การบอกถอนคำเสนอโดยปริยายไม่ได้นี้ ใช้เฉพาะกับคำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางเท่านั้น จะไม่ใช่กับคำเสนอที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า เพราะคำเสนอแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าโดยมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองนั้น มาตรา 356 บัญญัติว่า “คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า โดยมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้ แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย” ฉะนั้นถ้าเสนอต่อบุคคลเฉพาะหน้า คนที่รับคำเสนอจะตกลงด้วยก็ต้องตอบตกลงทันที ถ้าพ้นเวลานั้นแล้วคำเสนอก็สิ้นผล ดังนั้นการบอกถอนคำเสนอจึงไม่ต้องกระทำ

2. คำเสนอสิ้นความผูกพัน⁷¹ คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลที่แสดงไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อขอให้เข้าทำสัญญาด้วยตามข้อกำหนดไว้ เมื่อมีผลเป็นคำเสนอแล้วจะถอนไม่ได้ แต่ไม่ใช่ว่าจะมีผลอยู่ตลอดไป คำเสนอนั้นจะสิ้นความผูกพันได้ 3 กรณี คือ

1) เมื่อมีการบอกปิดคำเสนอ ตามมาตรา 357⁷² คือผู้รับคำเสนอไม่ตกลงด้วยตามที่มีการเสนอมา คำเสนอสิ้นความผูกพันโดยการบอกปิดนั้น ไม่ว่าเป็นคำเสนอที่บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองตอบมาหรือไม่ได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองก็ตาม เมื่อผู้รับคำเสนอบอกปิดคำเสนอมาแล้ว

⁷⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 229-230.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 231-235.

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357 บัญญัติว่า “คำเสนอใดเขาบอกปิดไปยังผู้เสนอแล้วก็ดี หรือมิได้สนองรับภายในเวลากำหนดดังกล่าวมาในมาตราทั้งสามก่อนนี้ก็ดี คำเสนอนั้นท่านว่าเป็นอันสิ้นความผูกพันแต่บัดนั้นไป”

คำเสนอนั้นก็จะสิ้นสุดผลความผูกพันทันที โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าระยะเวลาที่ได้มีการบ่งไว้ให้ทำคำสนอนนั้นล่วงพ้นไปแล้วหรือไม่ หรือคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอน เมื่อมีการบอกปิดแม้จะยังไม่พ้นระยะเวลาที่ควรคาดหมายได้ว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอน คำเสนอก็สิ้นสุดผล การบอกปิดคำเสนอตามมาตรา 357 จะต้องเป็นการบอกปิดโดยสิ้นเชิงไม่มีเงื่อนไขและการบอกปิดต้องบอกปิดไปยังผู้เสนอเท่านั้น

2) เมื่อไม่มีการสนอนรับคำเสนอ ตามมาตรา 357 กล่าวคือคำเสนอนั้นจะเกิดเป็นสัญญาได้จะต้องมีการสนอนรับ จึงจะเกิดสัญญาผูกพันกัน ถ้ายังอยู่ในระยะเวลาที่คำเสนอยังมีผลผูกพัน เมื่อมีการสนอนรับมาเมื่อไร ก็จะเกิดสัญญาขึ้น แบ่งได้ 3 กรณี คือ

(1) ถ้าเป็นคำเสนอที่มีการบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอน ตามมาตรา 354⁷³ คำเสนอจะผูกพันผู้เสนอชั่วระยะเวลาที่บ่งเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าหรือต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทางก็ตาม ถ้ามีการบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนแล้ว ระยะเวลาที่ล่วงพ้นไปโดยไม่มีการสนอนรับคำเสนอก็จะสิ้นสุดผล

(2) ถ้าเป็นคำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง ตามมาตรา 355⁷⁴ หากไม่มีการสนอนรับภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายรับคำเสนอ ก็จะสิ้นสุดผล

(3) ถ้าเป็นคำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าและคำเสนอที่ทำโดยทางโทรศัพท์ ตามมาตรา 356⁷⁵ หากไม่มีการสนอนรับในขณะที่มีคำเสนอ รับคำเสนอ ก็จะสิ้นสุดผล

อย่างไรก็ตามหลังจากคำเสนอสิ้นสุดความผูกพันไป ปรากฏว่ามีการสนอนรับคำเสนอมาโดยเป็นที่ประจักษ์ว่าการสนอนรับนั้น ได้ส่งตามวิถีทางหรือทางการซึ่งตามปกติควรจะมาถึงภายในกำหนดระยะเวลาที่บ่งเอาไว้ให้ทำคำสนอน หรือภายในระยะเวลาที่ควรคาดหมายได้ว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอน กล่าวคือคำสนอนมาถึงล่วงเวลาตามมาตรา 358⁷⁶ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่

⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 บัญญัติว่า “คำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนนั้น ท่านว่าไม่อาจจะถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้”

⁷⁴ มาตรา 355 บัญญัติว่า “บุคคลทำคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอน จะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอนนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่”

⁷⁵ มาตรา 356 บัญญัติว่า “คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนอนรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย”

⁷⁶ มาตรา 358 บัญญัติว่า “ถ้าคำบอกกล่าวสนอนมาถึงล่วงเวลา แต่เป็นที่เห็นประจักษ์ว่าคำบอกกล่าวนั้นได้ส่งโดยทางการ ซึ่งตามปกติควรจะมาถึงภายในกำหนดไซ้ ผู้เสนอต้องบอกกล่าวแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยพลันว่าคำสนอนนั้นมาถึงเกินช้า เว้นแต่จะได้บอกกล่าวเช่นนั้นก่อนแล้ว”

ของผู้เสนอที่จะต้องบอกกล่าวกลับไปยังผู้สนองทันทีว่า คำบอกกล่าวสนองของเขานั้นมาถึงช้า ถ้าหากผู้ทำคำเสนอเพิกเฉยไม่แจ้ง ไปยังผู้สนอง กฎหมายจะถือว่าคำสนอนั้นไม่ได้มาถึงล่วงหน้า คือมาถึงตามเวลา สัญญาก็จะเกิด

3) เมื่อผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ตามมาตรา 169 วรรคสอง บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่ได้ส่งออกไปแล้วย่อมไม่เสื่อมเสียไป แม้ภายหลังการแสดงเจตนา นั้นผู้แสดงเจตนาจะถึงแก่ความตาย หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ” กล่าวคือ ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่างๆ ไปต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง หลังจากแสดงเจตนาไปแล้ว ผู้แสดงเจตนาถึงแก่ความตาย หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ การแสดงเจตนา นั้นยังคงสมบูรณ์ไม่เสื่อมเสีย แต่มีข้อยกเว้นซึ่งบัญญัติเป็นพิเศษถ้าหากการแสดงเจตนาที่เป็นคำเสนอคือ มาตรา 360 บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งมาตรา 169 วรรคสอง นั้น ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหากว่าขัดกับเจตนาอันผู้เสนอได้แสดง หรือหากว่าก่อนจะสนองรับนั้น คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้อยู่แล้วว่าผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ” กล่าวคือการแสดงเจตนาที่เป็นคำเสนอต่อบุคคล ซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้าจะสิ้นความผูกพันในกรณีที่ผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถหลังจากที่ผู้เสนอส่งคำเสนอไปให้ผู้รับคำเสนอแล้ว คำเสนอนั้นจะสิ้นความผูกพันในเหตุ 2 ประการ คือ

(1) คำสนองรับนั้นขัดกับเจตนาที่ผู้เสนอได้แสดงไว้ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย ว่าถ้าตนตาย หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถแล้ว คำเสนอนั้นเป็นอันสิ้นผล

(2) ผู้สนองรู้แล้วว่าผู้เสนอตายหรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ถึงแม้จะสนองรับสัญญาก็จะไม่เกิด เพราะมาตรา 360 ไม่ให้ใช้บทบัญญัติแห่งมาตรา 169 วรรคสองบังคับ เพื่อต้องการให้คำเสนอนั้นเสื่อมเสีย

2.7.4 ความหมายของคำสนอง⁷⁷

คำสนอง หมายถึง การแสดงเจตนาของบุคคลผู้ได้รับคำเสนอ เป็นการตอบรับคำเสนอเพื่อผูกพันตนเข้าเป็นคู่สัญญากับผู้ทำคำเสนอ

“ถ้าผู้เสนอละเลยไม่บอกกล่าวดังว่ามาในวรรคต้น ท่านให้ถือว่าคำบอกกล่าวสนอนั้นมิได้ล่วงหน้า”

⁷⁷ อักษราทร จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร:คณะกรรมการสัมมนาวิจัยและห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 144.

2.7.5 ลักษณะของคำเสนอ⁷⁸

คำเสนอจะมีลักษณะที่สำคัญ 4 ประการ คือ

1. คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาของผู้เสนอนั้นจะต้องแสดงเจตนาต่อผู้เสนอ หากแสดงต่อคนอื่นก็จะไม่เกิดผล ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้เสนอซึ่งไม่ได้เป็นบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าจะเกิดผลต่อเมื่อการแสดงเจตนาไปถึงผู้เสนอ ถ้าเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้เสนอซึ่งอยู่เฉพาะหน้ามีผลเมื่อผู้เสนอได้รับทราบการแสดงเจตนา
2. คำเสนอจะต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ก็จะต้องแสดงเจตนาต่อผู้เสนอจะแสดงต่อคนอื่นไม่ได้ เว้นแต่ผู้เสนอระบุไว้ให้แสดงเจตนาไปยังบุคคลที่กำหนด
3. คำเสนอจะต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนปราศจากข้อความเพิ่มเติมแก้ไขข้อความของคำเสนอจะต้องถูกต้องตรงกับคำเสนอจึงจะทำให้เกิดสัญญาขึ้น ถ้ามีข้อ เพิ่มเติม ข้อจำกัด ข้อแก้ไขที่เปลี่ยนแปลงคำเสนอก็จะถือเป็นข้อต่อรองเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอไม่ทำให้เกิดสัญญาขึ้น ในขณะเดียวกันก็จะกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ในตัว⁷⁹
4. คำเสนอนั้นอาจจะเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยการนิ่งก็ได้

2.7.6 ผลของคำเสนอ⁸⁰

คำเสนอที่แสดงเจตนาออกไปจะมีผล 5 ประการ คือ

1. เมื่อคำเสนอ “ต้องตรงตามคำเสนอ” ทุกประการแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้นระหว่างผู้เสนอและผู้สนอง
2. คำเสนอนั้นถอนไม่ได้ เพราะเมื่อผู้เสนอได้แสดงเจตนาคำเสนอไปถูกต้องตรงกับคำเสนอแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้น เพราะถ้ายอมให้ถอนคำเสนอได้ก็เท่ากับเป็นการยอมให้เลิกสัญญาได้โดยไม่มีเหตุที่จะเลิกสัญญาตามกฎหมาย
3. คำเสนอนั้นไม่สิ้นความผูกพันเพราะเหตุที่ผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ทั้งนี้เนื่องจากการแสดงเจตนาโดยสมบูรณ์แล้วของผู้ทำคำเสนอ⁸¹

⁷⁸ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 239-240.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง บัญญัติว่า “คำเสนออันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว”

⁸⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 241-242.

⁸¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 วรรคสอง บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่ได้ส่งออกไปแล้วย่อมไม่เสื่อมเสียไป แม้ภายหลังการแสดงเจตนาผู้นั้นผู้แสดงเจตนาจะถึงแก่ความตาย หรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ”

4. คำเสนอที่มาล่วงเวลา แม้จะเป็นคำเสนอที่มีความชัดเจนแน่นอน ไม่มีเงื่อนไขก็ตาม ก็ไม่ทำให้เกิดสัญญา แต่ให้ถือว่าคำเสนอนั้นเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่⁸²

5. คำเสนอที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข ตัดทอนคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับ คำเสนอและในขณะเดียวกันก็ให้ถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่⁸³

2.7.7 การเกิดสัญญา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น สัญญาย่อมเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการแสดงเจตนา ของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและอีกฝ่ายแสดงเจตนาคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกันแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้น ซึ่งหากฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่าย หนึ่งย่อมฟ้องร้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา หรือเรียกร้องค่าเสียหายได้

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจแยกออกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี⁸⁴ คือ

1. สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา 356⁸⁵ กำหนดให้การทำคำเสนอ ต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าจะต้องมีการสนองรับทันที ในเวลาและสถานที่นั้น เพราะฉะนั้นเมื่อผู้รับ คำเสนอที่อยู่เฉพาะหน้า “ทราบ” ถึงคำเสนอแล้วตอบรับคำเสนอทันที สัญญาที่เกิดขึ้นได้ในขณะนั้นทันที ที่ผู้เสนอ “ได้ทราบ” ถึงคำเสนอนั้นนั่นเอง⁸⁶ โดยสัญญาที่ทำระหว่างบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้านี้ ให้ หมายรวมรวมถึงกรณีที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย โดยถือว่า สัญญาเกิดขึ้น ณ ที่ผู้เสนอได้รับคำเสนอนั้นทางโทรศัพท์⁸⁷

⁸² มาตรา 359 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าคำเสนอมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำเสนอนั้น กลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่”

⁸³ มาตรา 359 วรรคสอง บัญญัติว่า “คำเสนออันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไข อย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วยในตัว”

⁸⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545), หน้า 338-340.

⁸⁵ มาตรา 356 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำเสนอนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย”

⁸⁶ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 306.

⁸⁷ ไชยยศ เหมะราชตะ, คู่มือศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 89.

2. สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง ตามมาตรา 361 วรรคหนึ่ง⁸⁸ ได้กำหนดให้สัญญาเกิดเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอซึ่งเป็นหลักทั่วไปสำหรับการเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง เพราะฉะนั้น คำสนองไปถึงผู้เสนอเมื่อใด สัญญาเกิดเมื่อนั้น และในสถานที่นั้น

3. สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาสนองรับโดยปริยาย หรือการแสดงเจตนาสนองรับตามวิธีการที่ผู้เสนอกำหนดหรือโดยการนิ่ง ตามมาตรา 361 วรรคสอง⁸⁹ หมายความว่า เป็นกรณีที่แม้คำเสนอจะชัดแจ้งแน่นอนว่าผู้ทำคำเสนอประสงค์จะขอทำสัญญาด้วย แต่ในการสนองรับนั้น การสนองโดยลำพังอาจไม่ชัดเจนแน่นอนว่าเป็นคำสนองเพราะอาจเกิดจากการกระทำของผู้รับคำเสนอ ซึ่งโดยลำพังการกระทำนั้นไม่ชัดแจ้งว่าเป็นการสนอง จึงต้องอาศัยการพิจารณาประกอบว่าในกรณีนั้นๆ ผู้เสนอได้ระบุในคำเสนอหรือไม่ว่าผู้รับคำเสนอไม่ต้องสนอง แต่ให้ปฏิบัติการบางอย่างได้โดยซึ่งหากมีการระบุไว้เช่นนั้นก็ดี หรือแม้ไม่มีการระบุไว้แต่ตามประเพณีถือว่าไม่ต้องมีการสนอง เช่นนี้การกระทำของผู้รับคำเสนอประกอบกับปัจจัยเหล่านี้ทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่าการกระทำของผู้รับคำเสนอเป็นการสนองรับคำเสนอแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้นในเวลาที่มีการกระทำดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องมีคำสนองและไม่จำเป็นต้องรอให้คำสนองไปถึงแต่อย่างใด กล่าวคือ สนองรับ ณ ที่ใด สัญญาย่อมเกิดขึ้น ณ ที่นั้น⁹⁰

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบางกรณีที่ถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้น แม้คำเสนอและคำสนองจะตรงกันแล้วก็ตาม สัญญาก็ยังไม่เกิดขึ้น ดังเหตุต่อไปนี้ คือ⁹¹

1) สัญญาไม่เกิดเพราะไม่ได้ตกลงกันทุกข้อ ตามมาตรา 366 วรรคหนึ่ง⁹² กล่าวคือ ถ้าหากมีข้อความหรือสัญญาบางข้อที่คู่สัญญาเคยแสดงเจตนาไว้ว่าเป็นสาระสำคัญที่จะต้องตกลงกันหมดทุกข้อก่อน ถ้าคู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันหรือยังตกลงกันไม่ได้ แม้ข้อตกลงที่ตกลงกันได้นั้นจะได้จัดบันทึกไว้ก็

⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้น ย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ”

⁸⁹ มาตรา 361 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าตามเจตนาอันผู้เสนอได้แสดง หรือตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองไซ้ ทานว่าสัญญานั้นเกิดเป็นสัญญาขึ้นในเวลาเมื่อมีการอันใดอันหนึ่งขึ้น อันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ”

⁹⁰ สนันท์กรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 307.

⁹¹ อริราช มณีภาค, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541), หน้า 267-268.

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ข้อความใดๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ทานนับว่ายังมีให้มีสัญญาต่อการที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้จัดลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่”

ตาม ก็คือว่ายังไม่มีสัญญาต่อกันหรือสัญญายังไม่เกิด เว้นแต่พฤติการณ์เป็นที่เห็นได้ว่า คู่สัญญามีเจตนาผูกพันกันในเรื่องที่ตกลงกันแล้วจึงจะถือว่าสัญญาต่อกัน ถ้ากรณียังเป็นที่ยสงสัยว่าคู่สัญญามีเจตนาผูกพันกันในเรื่องที่ตกลงกันแล้วหรือไม่ ต้องถือว่ายังไม่มีสัญญาต่อกันเลย เช่น ในการซื้อขายทรัพย์สิน แม้คู่สัญญาจะพอใจในทรัพย์สินและราคาตามที่เสนอสนองกัน แต่ยังไม่ได้ตกลงในเรื่องเงื่อนไขเวลาชำระหนี้ ซึ่งคู่สัญญาถือว่าเป็นสาระสำคัญ ดังนั้นจะถือว่าสัญญาเกิดแล้วไม่ได้⁹³

แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีข้อยกเว้นของหลักที่ว่า “สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกันทุกข้อ ข้อความของสัญญา” เพราะในทางปฏิบัติคู่สัญญาย่อมมุ่งตกลงเฉพาะบางข้อที่ตนถือว่าเป็นสาระสำคัญเท่านั้น เช่น สัญญาเช่าบ้าน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือผู้เช่า ย่อมมุ่งถึงทรัพย์สินที่เช่าว่าเป็นลักษณะอย่างไร ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ให้เช่า ย่อมมุ่งถึงราคาว่าผู้เช่าจะตกลงจ่ายเงินเท่าใด ส่วนข้อความอื่นๆ ของสัญญา เช่น เช่าเป็นระยะเวลาานเท่าใด การซ่อมแซมบ้านที่เช่าใครเป็นผู้ต้องซ่อมแซม ฯลฯ นั้น คู่สัญญาอาจไม่นึกถึงด้วยซ้ำ คำเสนอคำสนองในข้อนี้จึงไม่ได้ตกลงกันก็ได้ ดังนั้นหากคู่สัญญาได้ตกลงในข้อความที่แต่ละฝ่ายถือว่าเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 366 วรรคหนึ่ง แล้ว สัญญาจะเกิดขึ้น⁹⁴

กล่าวคือสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ แม้คู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อ ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 367 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริงยังมีได้ตกลงกันในเรื่องข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในเรื่องนี้ได้ สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไว้ ทว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”

ในกรณีนี้หมายความว่า ข้อสัญญาข้อที่ยังไม่ได้ตกลงกันนั้น เป็นข้อสัญญาที่มีใช้สาระสำคัญแห่งสัญญา และคู่สัญญาได้แสดงเจตนาไว้ว่าเป็นสาระสำคัญ หรือมีบทบัญญัติกฎหมายใดได้สันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญาเอาไว้แล้ว เช่น คู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันเรื่องค่าขนส่งทรัพย์สินที่ซื้อขายตามมาตรา 464⁹⁵ ดังนั้น แม้จะยังไม่ตกลงกันในเรื่องเหล่านี้ แต่ได้ตกลงกันในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญหมดทุกข้อแล้ว ย่อมถือว่าสัญญาเกิดหรือมีสัญญาต่อกันแล้วแม้คู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อก็ตาม⁹⁶ หรือในกรณีที่ข้อสัญญาซึ่งมิได้ตกลงกันไว้นั้น เป็นข้อสาระสำคัญอันเป็นลักษณะประจำของสัญญาอันจะขาดเสียมิได้ แต่คู่สัญญาก็ได้ปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่ได้ตกลงกันแล้ว ก็ต้องถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เช่น

⁹³ ศักดิ์ สนองชาติ, เรื่องเดิม, หน้า 341.

⁹⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 215.

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 464 บัญญัติว่า “ค่าขนส่งทรัพย์สินซึ่งได้ซื้อขายกันไปอยู่ที่แห่งอื่นนอกจากสถานที่อันพึงชำระหนี้ นั้น ผู้ซื้อพึงออกใช้”

⁹⁶ ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 310.

สัญญาจ้างให้ว่าความ แม้คู่สัญญายังไม่ได้ตกลงเรื่องค่าจ้างว่าความอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของ แต่ผู้ว่าจ้างก็ได้เข้าว่าความให้ตามที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว ดังนี้ สัญญาจ้างว่าความย่อมเป็นอันสมบูรณ์ เพราะได้มีการปฏิบัติตามสัญญากันไปเพราะได้มีการปฏิบัติตามสัญญากันไปแล้ว ส่วนปัญหาว่าจะกำหนดค่าว่าความกันเท่าใดนั้น ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดให้ตามจำนวนที่สมควร⁹⁷

2) สัญญาไม่เกิดเพราะไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ตามมาตรา 366 วรรคสอง⁹⁸ กล่าวคือ แม้คู่สัญญาจะได้แสดงเจตนาทำคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการแล้ว แต่ถ้าได้ตกลงกันก่อนแล้วว่า สัญญาที่จะทำระหว่างกันนั้นต้องทำเป็น “หนังสือ” ถ้ายังไม่ทำ แล้วกรณีเป็นที่สงสัยว่าสัญญาเกิดหรือไม่ ก็ต้องถือว่าสัญญายังไม่เกิดเช่น นาย ก. มีความประสงค์จะซื้อรถยนต์ นาย ข. ทราบความประสงค์ของนาย ก. จึงเสนอขายรถยนต์คันหนึ่งให้ในราคา 800,000 บาท นาย ก. ตอบตกลงซื้อแต่จะต้องมาทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือกันก่อนและจะชำระราคาให้ในวันนั้น ฉะนั้น ในกรณีที่ทราบแต่ที่ยังไม่มีการทำสัญญาซื้อขาย แม้จะตกลงกันแล้ว สัญญาก็ยังไม่เกิด⁹⁹

2.8 ผลทางกฎหมายของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง บัญญัติว่า “คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว”

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยเคารพต่อหลักการที่คำสนองต้องถูกต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก”) (Mirror Image Rule) สัญญาจึงจะเกิดขึ้น แต่หากคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม จำกัดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากคำเสนอเดิม ต้องถือว่าเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้น จะได้ออกรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้วและเมื่อได้ศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย พบว่าศาลไทยค่อนข้างเคร่งครัดกับหลักการที่คำสนองต้องถูกต้องตามคำเสนอทุกประการสัญญาจึงจะเกิดขึ้น ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น

⁹⁷ ไชยยศ เหมะระชตะ, คู่มือศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 96.

⁹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ”

⁹⁹ สนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 308-309.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3614/2542 โจทก์: บริษัท ช้างเกียร์ (ไทย) จำกัด และจำเลย: บริษัท เจ้าคุณเกษรพืชผล จำกัด

คดีนี้โจทก์ได้ทำหนังสือเสนอราคาเป็นผู้ดำเนินการออกสินค้าและขนส่งสินค้าไปยังโรงงานของจำเลยตามเอกสารหมายเลข จ.4 จึงถือเป็นคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 ส่วนการที่จำเลยทำหนังสือแต่งตั้งและว่าจ้างโจทก์ให้ดำเนินการพิธีการทางศุลกากรและนำเครื่องจักรไปส่งให้จำเลยที่จำเลยมีไปถึงโจทก์หลังได้รับคำเสนอแล้ว แม้จะไม่ได้อ้างถึงหนังสือเสนอราคาตามเอกสารหมายเลข จ.4 แต่ก็มิได้มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยแต่อย่างใดจึงย่อมเป็นคำสนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง และเมื่อคำบอกกล่าวสนองของจำเลยไปถึงโจทก์ผู้เสนอแล้วย่อมเป็นสัญญาขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคแรก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2474/2541 โจทก์: บริษัท บางกอก เทคโนโลยี วิศวกรรม และธุรกิจ จำกัด และจำเลย: บริษัท บางกอก กลาส จำกัด

คดีนี้ในการก่อสร้างโรงงานอาคารเตา จำเลยได้มีหนังสือเชิญชวน ให้บริษัทต่าง ๆ รวมทั้งโจทก์ให้ยื่นประกวดราคาก่อสร้าง ซึ่งหนังสือดังกล่าวเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้นต่อมาโจทก์ทำคำเสนอประสงค์จะเข้าทำสัญญาก่อสร้างให้จำเลย การที่จำเลยมีหนังสือเอกสารหมายเลข ล.27 แจ้งให้โจทก์ทราบว่าโจทก์ได้รับเลือกให้เป็นผู้รับเหมาก่อสร้างและแจ้งต่อไปว่า ปริมาณงานและราคาเดิมนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของการคิดจำนวนและคิดคำนวณราคาใหม่โดยที่ปรึกษาด้านราคา คือ บริษัท พ. ดังนั้นหนังสือดังกล่าวของจำเลยจึงเป็นคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไข อย่างอื่นประกอบด้วย ซึ่งถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอ บางส่วนของโจทก์ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3249/2537 โจทก์: นายสิงห์ ทองสุกราช และจำเลย: การเคหะแห่งชาติ

คดีนี้จำเลยได้ประกาศเสนอให้ประชาชนทั่วไปประกวดราคาใช้สิทธิเช่าซื้อที่ดินของจำเลย โจทก์ทำหนังสือประกวดราคา อันนับว่าเป็นคำเสนอของโจทก์ที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาเช่าซื้อที่ดินพิพาทกับจำเลย ส่วนที่จำเลยมีหนังสือแจ้งให้ทราบว่าโจทก์เป็นผู้มีสิทธิเช่าซื้อที่ดินพิพาทได้ โดยโจทก์ต้องนำหลักฐานแสดงการตกลงระหว่างโจทก์กับผู้อยู่อาศัยในที่ดินพิพาทที่ว่าจะขนย้ายทรัพย์สินออกจากที่ดินโดยไม่เรียกร้องใด ๆ จากจำเลยมาแสดงภายใน 30 วัน หนังสือของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วย ซึ่งถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอบางส่วน of โจทก์ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในคดี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง เมื่อโจทก์ไม่ได้ดำเนินการสนองตามคำเสนอของจำเลยภายในเวลาที่กำหนดไว้ สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยจึงยังไม่เกิดขึ้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิบังคับให้จำเลยทำสัญญาเช่าซื้อที่ดินพิพาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2639/2515 โจทก์: บริษัท ไทยบริติชพานิช จำกัด โดยนายกมล สุโกศล และนางสาวลออ เชียรประสิทธิ์ กรรมการ และจำเลย: บริษัท นารายณ์โฮเต็ล จำกัด

คดีนี้ โจทก์เสนอขายและติดตั้งเครื่องปรับอากาศแก่จำเลย จำเลยมีหนังสือถึงโจทก์แสดงความประสงค์จะทำสัญญากับโจทก์ แต่โจทก์จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ โดยโจทก์จะต้องยื่นแบบรูปเครื่องปรับอากาศและการติดตั้งพร้อมด้วยร่างสัญญาเพื่อให้จำเลยพิจารณาเห็นชอบเสียก่อน ถ้าโจทก์ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวได้จึงให้โจทก์ส่งคำสั่งไปยังตัวการผู้ขายเครื่องปรับอากาศ คำสนองของจำเลยดังกล่าวจึงเป็นคำสนองอันมีข้อจำกัด ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง แต่โจทก์มิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของจำเลย แม้จำเลยเพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่า เงื่อนไขในสัญญาเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อ แต่เมื่อโจทก์จำเลยยังไม่ตกลงกันหมดทุกข้อ จึงถือว่าโจทก์จำเลยยังมิได้มีสัญญาต่อกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366

จากการที่ได้ศึกษาหลักกฎหมายไทย กล่าวคือผลทางกฎหมายของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง จะเห็นได้ว่าการเกิดสัญญาตามกฎหมายไทยนั้น ก่อนข้างเครื่องครัดต่อหลักการที่คำสนองต้องถูกต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) สัญญาจึงจะเกิดขึ้น

แต่เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันที่มีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารให้เจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญาทางธุรกิจมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก อีกทั้งความพยายามในการเปิดเสรีทางการค้าในปัจจุบันยังทำให้มีการแข่งขันกันสูงมาก และส่งผลให้มีการทำสัญญาทางธุรกิจมากขึ้น การทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมักมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของฝ่ายตนโดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่า ข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจในปัจจุบันเช่นนี้นักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms”¹⁰⁰ ซึ่งหากนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยในสถานการณ์เช่นนี้ก็จะส่งผลว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น แม้ว่าคู่สัญญาจะได้ปฏิบัติการชำระหนี้ไปบ้างแล้วก็ตาม เพราะคำสนองของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความต่างจากคำเสนอ จึงเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ทั้งจะถือว่าการที่ผู้เสนอเดิมได้ปฏิบัติการชำระหนี้ใดไปบ้างแล้วเป็นการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้นก็ไม่ได้ เนื่องจากผู้เสนอเดิมยังคงเชื่อว่าตน

¹⁰⁰ Farnsworth E. Allan, Contracts, 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 1999), p. 166 และ Legal Dictionary, at www.duhaine.org/LegalDictionary/B/BattleoftheForms.aspx, (last visited 3 January, 2013)

ปฏิบัติการชำระหนี้บนพื้นฐานของคำเสนอเดิมของตน มิใช่บนพื้นฐานของคำสนองที่มีข้อความที่แตกต่างจากคำเสนอเดิมของตน

ดังนั้น จากการที่หลักกฎหมายไทย คือผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสองนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายไทยยึดหลักการที่คำสนองต้องถูกต้องตรงกับคำเสนอทุกประการเหมือนกับเงาสะท้อนในกระจก (Mirror image rule) สัญญาจึงจะเกิดขึ้นนั้น เคร่งครัดมากเกินไป ทำให้การเกิดสัญญาต่างๆ เกิดขึ้นยาก จึงไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงหรือทางปฏิบัติในทางธุรกิจการค้าในปัจจุบันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ในการเข้าทำสัญญาในทางธุรกิจ ทั้งยังเป็นความสูญเสียในทางเศรษฐกิจเนื่องจากเมื่อสัญญาหนึ่ง เช่น สัญญาซื้อขายได้รับการวินิจฉัยว่าไม่เกิดขึ้นก็จะทำให้สัญญาอื่น เช่น สัญญาขนส่ง สัญญาประกันภัย เป็นต้น ได้รับความกระทบไปด้วย ซึ่งก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมากแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าวหากสัญญาซื้อขายมิได้เกิดขึ้น

2.9 ความแตกต่างระหว่างสัญญาทั่วไปกับสัญญาในทางพาณิชย์

สัญญาทั่วไป คือ สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกัน เพื่อกำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ของบุคคลในฐานะเอกชนทั่วไปให้มีผลผูกพันตามกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวกับ บุคคล ครอบครัว หนี้ มรดก ทรัพย์สิน โดยมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรในทางพาณิชย์หรือการค้าดังเช่นผู้ประกอบการค้าพาณิชย์¹⁰¹ เช่น การทำสัญญาซื้อขาย เช่าทรัพย์สิน ให้เช่าซื้อ จำนอง จำนำ ขายฝาก ค้ำประกัน จ้างทำของ และ จ้างแรงงาน เป็นต้น

สัญญาในทางพาณิชย์ คือ สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่เป็นผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ เพื่อบ่มงูณนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ด้วยกันในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์และการค้า เช่น ซื้อขาย เช่า แลกเปลี่ยนสินค้า การให้บริการต่างๆ รวมถึงกิจการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเช่น การธนาคาร การค้าหลักทรัพย์ เป็นต้น¹⁰²

¹⁰¹ ผู้ประกอบการกิจการค้าพาณิชย์ หมายความว่า นิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรมาแบ่งปันกัน ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย หรือกฎหมายต่างประเทศ ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน กลุ่มบุคคลในกิจการร่วมค้า และผู้ที่ได้จดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มหรือภาษีมูลค่าเพิ่มชั่วคราวตามประมวลรัษฎากร (มาจากมาตรา 4 แห่งร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศ พ.ศ.)

¹⁰² สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, โครงการวิจัย เรื่องการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง, ศูนย์สำนักงานศาลยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550), หน้า 6-4 (รายงานฉบับสมบูรณ์ สิงหาคม 2550)

จากการที่ได้ศึกษาสัญญาทั่วไปและสัญญาทางพาณิชย์ สามารถแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั่วไปกับสัญญาในทางพาณิชย์ ได้ ดังนี้

2.9.1 การใช้แบบสัญญา

เนื่องจากสัญญาในทางพาณิชย์ เป็นการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ หรือพ่อค้าด้วยกัน ซึ่งในสภาพทางการค้าทางพาณิชย์มักจะเป็นการที่ผู้ประกอบการค้าพาณิชย์มีสถานประกอบการ (Place of Business) ตั้งอยู่ห่างไกลกัน ทำให้โอกาสที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมานั่งเจรจาทางธุรกิจอย่างจริงจังต่อหน้ากันเพื่อให้เกิดความพอใจด้วยกันทั้งสองฝ่ายนั้นมีน้อยมากซึ่งไม่สะดวกและเกิดความล่าช้าในการติดต่อการค้าหรือการค้าเนินธุรกิจ อีกทั้งปัจจุบันระบบเศรษฐกิจโลกได้เปลี่ยนแปลงเป็นระบบเศรษฐกิจแบบไร้พรมแดนหรือที่เรียกว่า ยุค โลกาภิวัตน์ (globalization) ทำให้สภาพการค้าในธุรกิจทางการค้าในปัจจุบันมีการเปิดเสรีทางการค้ามากขึ้น ธุรกิจการค้าในปัจจุบันจึงมีการแข่งขันกันตลอดเวลาและสูงมากในเชิงธุรกิจ การเจรจาต่อรองเพื่อทำธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์หรือพ่อค้าด้วยกันจึงจำเป็นต้องอาศัยความรวดเร็วเพื่อทำกำไร ให้มากที่สุด ดังนั้นการติดต่อการค้าหรือการค้าเนินธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ด้วยกันจึงมีอุปสรรคไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจ

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันมีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารเจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารหรือเจรจาทางธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ด้วยกันมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก โดยคู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ได้ เช่น แฟกซ์ หรือ อีเมลล์ หรือจะส่งจดหมายทางไปรษณีย์ในปัจจุบันก็มีความสะดวกและรวดเร็วขึ้นกว่าสมัยก่อนมาก การทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์ด้วยกันในปัจจุบันส่วนใหญ่จึงมีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายก็จะมีแบบสัญญาสำเร็จรูปของตนเอง โดยในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายก็จะมีข้อสัญญาที่จำเป็นในการเจรจาทำธุรกิจตามความต้องการของแต่ละฝ่ายในการทำสัญญาปรากฏอยู่ในแบบสัญญาของแต่ละฝ่าย ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากความจำเป็นทางธุรกิจของผู้ประกอบการค้าพาณิชย์แต่ละรายซึ่งจะเกิดขึ้นแบบต่อเนื่องและในช่วงระยะเวลาห่างกันแต่ละช่วงค่อนข้างถี่จะขึ้น¹⁰³ ประกอบกับความสัมพันธ์ระหว่างพ่อค้าและประเพณีทางการค้า ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้การทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้าพาณิชย์หรือพ่อค้าด้วยกันเกิดขึ้นโดยง่าย สะดวกและรวดเร็วเพื่อทำกำไร ให้มากที่สุดให้สอดคล้องกับธุรกิจการค้าแบบแข่งขันกันในโลกยุคปัจจุบัน

แต่สำหรับสัญญาทั่วไปนั้น เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกัน เพื่อกำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ของบุคคลในฐานะเอกชนทั่วไปให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย ในเรื่องที่

¹⁰³ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-52.

เกี่ยวกับ บุคคล ครอบครัว หนี้ มรดก ทรัพย์สิน เป็นต้น โดยปกติการทำสัญญาทั่วไปจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมานั่งเจรจาทำสัญญากันอย่างจริงจังต่อกัน เพื่อให้เกิดความพอใจด้วยกันทั้งสองฝ่ายหรือจนกว่าคำเสนอ-คำสนอง จะถูกต้องตรงกันทุกประการ และเพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันถึงสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของตนได้ถูกต้องตรงกัน อีกทั้งในสัญญาทั่วไปคู่สัญญามีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหาทำไร จึงไม่จำเป็นต้องใช้ความรวดเร็วในการก่อสัญญาเหมือนกับสัญญาทางพาณิชย์ที่จะต้องสะดวกและรวดเร็วเพื่อหาทำไรให้มากที่สุด ดังนั้นสัญญาทั่วไปจึงไม่มีการใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญาเหมือนกับสัญญาทางพาณิชย์

2.9.2 การกำหนดเนื้อหา

สัญญาทางพาณิชย์ วัตถุประสงค์ของการทำสัญญา ก็เพื่อแสวงหาทำไรเป็นที่ตั้ง การกำหนดเนื้อหาของสัญญาทางพาณิชย์จึงมีรายละเอียดที่ซับซ้อนกว่าสัญญาทางแพ่ง เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็มีความมุ่งหมายที่จะตกลงผลประโยชน์ให้แก่ตนมากที่สุด คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจึงจะกำหนดเนื้อหาซึ่งเป็นเงื่อนไขของสัญญาไว้ใน “แบบสัญญา” ของแต่ละฝ่าย ไว้มากมายเพื่อให้ฝ่ายคนได้รับผลประโยชน์มากที่สุด

แต่เนื่องจากสภาพความจำเป็นทางธุรกิจของผู้ประกอบกิจการค้าพาณิชย์ที่ต้องแข่งขันกันตลอดเวลา การก่อสัญญาในทางพาณิชย์จึงต้องอาศัยสะดวกและรวดเร็วเพื่อหาทำไรให้มากที่สุด ในทางปฏิบัติการทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มักมีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” การก่อสัญญาทางพาณิชย์คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีได้พิเคราะห์อย่างแท้จริงว่าข้อตกลงในสัญญาทุกข้อนั้นมีเงื่อนไขเช่นไรอย่างละเอียด คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะพิเคราะห์เพียงแต่ข้อสัญญาในส่วนที่จำเป็นหรือความต้องการของฝ่ายตนในสัญญาทางพาณิชย์แต่ละประเภทเท่านั้น ดังนั้นการกำหนดเนื้อหาของสัญญาทางพาณิชย์ คู่สัญญาจึงมักจะกำหนดเนื้อหาเฉพาะเพียงแต่ข้อสัญญาในส่วนที่จำเป็นในการก่อสัญญาในทางพาณิชย์ในแต่ละประเภทเท่านั้นไว้ที่ด้านหลังของ “แบบสัญญา” ของแต่ละฝ่าย ส่วนรายละเอียดข้อสัญญาเงื่อนไขต่างๆ ที่เป็นปลีกย่อยมากมาย ก็จะกำหนดเนื้อหาไว้ที่ด้านหลังของ “แบบสัญญา” เช่น ผู้ขายก็ใช้แบบสัญญาที่เว้นว่างให้กรอกข้อความที่จำเป็นเกี่ยวกับสินค้า หรือความต้องการพิเศษอื่นๆ ในตัวสินค้า ส่วนเงื่อนไขของการซื้อขายอื่นนั้นผู้ขายจะใส่ไว้ด้านหลังแบบสัญญา ส่วนผู้ซื้อจะมีแบบสัญญาที่ใช้เพื่อตอบรับเมื่อผู้ขายส่งสินค้ามาให้ โดยจะมีข้อสัญญาของผู้ซื้ออยู่ด้านหลังแบบสัญญาเช่นกัน ดังนั้นการกำหนดเนื้อหาในสัญญาในทางพาณิชย์จึงเป็นการกำหนดเนื้อหาข้อสัญญาที่ไม่มีการเจรจาเฉพาะราย หรือระบุตัวบุคคลในการเจรจา (Not individually negotiated) เป็นการกำหนดเนื้อหาข้อสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวและล่วงหน้าไว้ใน “แบบสัญญา” ของแต่ละฝ่าย อีกทั้งจะมีการกำหนดข้อสัญญาที่อ่านไม่เข้าใจหรือกระทบต่อความรับรู้ถึงการมีอยู่ของสัญญา เช่น การเขียนอักษรตัวเล็ก (small print) ซึ่งอ่านไม่รู้เรื่องหรือไปซ่อนในที่มิอาจคาดหมายได้

สัญญาทั่วไป วัตถุประสงค์ของการทำสัญญาก็เพื่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายหรือก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือหนี้ต่อกันตามที่คู่สัญญาประสงค์ในฐานะเอกชนทั่วไป ดังนั้นการกำหนดเนื้อหาของสัญญาทั่วไปจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับข้อตกลงในการปฏิบัติตามกรอบสัญญาของคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันถึงสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สัญญาในการปฏิบัติชำระหนี้ต่อกันตามสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรในทางพาณิชย์หรือการค้าเหมือนกับสัญญาทางพาณิชย์ การกำหนดเนื้อหาในสัญญาทั่วไปจึงไม่ค่อยมีข้อตกลงในสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกันที่มีเงื่อนไขรายละเอียดที่มากหรือซับซ้อน เพราะในทางปฏิบัติการก่อสร้างสัญญาทั่วไปมักจะเป็นการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมานั่งเจรจาทำสัญญากันอย่างจริงจังต่อหน้ากัน เพื่อให้เกิดความพอใจด้วยกันทั้งสองฝ่ายหรือจนกว่าคำเสนอ-คำสนอง จะถูกต้องตรงกันทุกประการ จากนั้นจึงทำสัญญาต่อกัน ดังนั้นการกำหนดเนื้อหาในสัญญาทั่วไปจึงเป็นการเจรจาเฉพาะรายหรือเจาะจงตัวบุคคล เป็นการกำหนดเนื้อหาในสัญญาด้วยกันทั้งสองฝ่าย จึงไม่มีข้อสัญญาที่อ่านไม่เข้าใจหรือกระทบต่อความรับรู้ถึงการมีอยู่ของสัญญาระหว่างคู่กรณี

กล่าวโดยสรุปคือ การกำหนดเนื้อหาในการก่อสร้างสัญญาของสัญญาทางพาณิชย์จึงมีรายละเอียดและวิธีการที่ซับซ้อนกว่าสัญญาทั่วไป

2.10 โครงสร้างของสัญญา

เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันนี้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารให้เจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญาทางธุรกิจมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก อีกทั้งความพยายามในการเปิดเสรีทางการค้าในปัจจุบันยังทำให้มีการแข่งขันกันสูงมาก และส่งผลให้มีการทำสัญญาทางธุรกิจมากขึ้น การทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงจำเป็นต้องศึกษาโครงสร้างของสัญญาเพื่อให้เข้าใจถึงรูปแบบและเนื้อหาของสัญญาในการเจรจาทำสัญญาทางธุรกิจในปัจจุบัน

โครงสร้างของสัญญาอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน ดังนี้

1. ส่วนที่เป็นบทนำ (Introduction)

ส่วนที่เป็นบทนำ นับว่ามีความสำคัญในเบื้องต้นของการร่างสัญญาเพราะจะเป็นส่วนที่แสดงว่า ใคร ทำอะไร ที่ไหน เมื่อไร และมีเจตนาอย่างไร เป็นต้น¹⁰⁴ ส่วนที่เป็นบทนำ ของสัญญาอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

¹⁰⁴ จุมพต สายสุนทร, การร่างสัญญา ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), หน้า 46.

1) ชื่อของสัญญา (Title of contract)

ชื่อของสัญญานี้ถือเป็นบทนำหรือส่วนแรกที่จะแนะนำให้ผู้อ่าน ไม่ว่าจะเป็นผู้เกี่ยวข้องกับการเจรจาทำสัญญาหรือจะเป็นบุคคลนอกสัญญาที่ไม่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการ หรือผู้พิพากษา ที่มีหน้าที่ต้องอ่านสัญญานี้จะสามารถเข้าใจเจตนาของคู่สัญญาในการทำเอกสารฉบับนี้ได้ทันทีที่มีความประสงค์ที่จะทำธุรกรรมใด เช่น ทำเอกสารนี้เป็นคำเสนอ คำสนอง หนังสือเจตนาที่ทำสัญญา หรือจะทำขึ้นเป็นสัญญาเพื่อการอย่างใด เป็นต้น¹⁰⁵

2) วันและสถานที่ทำสัญญา (Date and Place)

ความสำคัญของการลงวันที่ในสัญญานั้นจะมีผลทางกฎหมายหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะทำให้คู่สัญญาทราบถึงวันเริ่มต้นของการมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน หรือเป็นวันเริ่มต้นการนับระยะเวลา (Term) ของสัญญาว่าจะใช้บังคับกันเป็นระยะเวลาเท่าใดหรืออาจเป็นวันเริ่มต้นในการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเริ่มกระทำการใดๆ อันเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน (condition precedent) ของการมีผลบังคับตามสัญญา เป็นต้น

ส่วนสถานที่ทำสัญญานั้น จะมีผลในทางกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่า สัญญานั้นเกิดขึ้นที่ใดซึ่งจะมีผลในกรณีที่สัญญานั้นมีลักษณะระหว่างประเทศ เช่น คู่สัญญาอยู่กันคนละประเทศ หรือมีสัญชาติต่างกันหรือการปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่งและคู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา (applicable law) กันไว้ เพราะตามหลักกฎหมายขัดกัน สถานที่ที่ทำสัญญาจะเป็นตัวชี้ว่ากฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สาระสำคัญและผลแห่งสัญญา

3) คู่สัญญา (Parties)

การระบุตัวสัญญาก็เพื่อกำหนดตัวผู้ที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้ชัดเจน เพื่อมิให้มีการสับสนหรือผิดพลาด¹⁰⁶ นอกจากนี้การระบุที่อยู่หรือสำนักงานของคู่สัญญาก็มีความสำคัญในกฎหมายก็คือเรื่องเขตอำนาจศาล (Court jurisdiction) ในการฟ้องร้องคดีตามสัญญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰⁷

4) อารัมภบท (Recitals)

อารัมภบท คือส่วนที่บรรยายถึงเหตุผลที่คู่สัญญาเข้าทำสัญญาและสิ่งที่คู่สัญญามุ่งหวังจะให้สำเร็จผล มักจะมีข้อสัญญาที่กล่าวถึงที่มา หรือเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในการเข้าทำสัญญามีการใช้อารัมภบททั่วไปในสัญญาเกือบทุกประเภท แต่จะมีข้อความแตกต่างกันไปในแต่ละธุรกรรม เช่น

¹⁰⁵ อธิก อัสวานันท์, เจรจาและร่างสัญญาธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555), หน้า 25.

¹⁰⁶ อธิก อัสวานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

¹⁰⁷ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 47.

สัญญาซื้อขาย สัญญาจัดจำหน่าย สัญญาโอน และสัญญาเช่า เป็นต้น ซึ่งอาร์มภพนั้นมีความสำคัญในการช่วยตีความภาระผูกพันของคู่สัญญาและสามารถใช้เป็นที่บรรยายการเข้าทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาและบทสรุปของสัญญา¹⁰⁸

2. ส่วนที่เป็นเนื้อหา (Contents)

ส่วนที่เป็นเนื้อหาของสัญญาหรือส่วนที่เป็นข้อกำหนด (terms) และเงื่อนไข (conditions) แห่งสัญญานี้มีความสำคัญที่สุดในสัญญาเพราะเป็นส่วนหนึ่งที่แสดงถึง สิทธิ (rights) หน้าที่ (duties) หรือหนี้ (obligations) และความรับผิด (liabilities) ของคู่สัญญาโดยตรง โดยส่วนที่เป็นเนื้อหาของสัญญาหรือเงื่อนไขแห่งสัญญานี้อาจจำแนกได้เป็น 2 ส่วนสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) ข้อกำหนดและเงื่อนไขเฉพาะของสัญญา (Specific terms and conditions)¹⁰⁹

เนื่องจากสัญญาแต่ละประเภทนั้นจะมีลักษณะเฉพาะ (specific nature) แตกต่างกันไป หรือแม้แต่สัญญาประเภทเดียวกันก็อาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาว่าต้องการที่จะผูกพันมากน้อยเพียงใด เช่นสัญญาเช่าพื้นที่สำนักงาน (lease of office space contract) แต่ละฉบับก็อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันไป

อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปแล้ว สัญญาประเภทเดียวกันนั้นก็จะมีข้อสัญญาหรือข้อกำหนดเงื่อนไขแห่งสัญญาลักษณะคล้ายๆ กันซึ่งถือว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญหรือบ่งบอกลักษณะของสัญญาแต่ละประเภท เช่นในกรณีสัญญาซื้อขายก็จะมีข้อกำหนดและเงื่อนไขเฉพาะของสัญญาซื้อขาย ได้แก่ ทรัพย์สินหรือสินค้าที่จะซื้อขายกัน (property or goods to be sold) ราคาขาย (sale price) การรับประกัน (warranty) การส่งมอบ (delivery) การชำระราคา (payment) เป็นต้น หรือในกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า ข้อกำหนดและเงื่อนไขเฉพาะของสัญญาดังกล่าว ได้แก่ การรับประกันและการแสดงตน (warranty and representation) ว่าผู้อนุญาตมีสิทธิให้อนุญาต การให้อนุญาต (licensing) การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า (registration of the trademark) การใช้เครื่องหมายการค้า (use of the trademark) ค่าอนุญาต (royalty) ที่ผู้รับอนุญาตจะต้องชำระให้แก่ผู้ให้อนุญาต การละเมิดเครื่องหมายการค้า (trademark infringement) และการให้อนุญาตเข้าช่วง (sublicensing) เป็นต้น

ดังนั้น โดยสรุปแล้ว ข้อกำหนดและเงื่อนไขเฉพาะของสัญญานั้นอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับประเภทของสัญญา ทั้งนี้ รายละเอียดเช่นว่านั้นก็จะเป็นไปตามที่คู่สัญญาดกลงกันเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม หากจะพิจารณาในลักษณะภาพรวมของข้อกำหนดและเงื่อนไขเฉพาะแล้วอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

¹⁰⁸ อธิก อิศวานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 65-67.

¹⁰⁹ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 51-57.

(1) วัตถุประสงค์ของสัญญา (Object of the contract)

วัตถุประสงค์ของสัญญาจะเป็นตัวกำหนดลักษณะของสัญญาว่าเป็นสัญญาประเภทใด เช่น สัญญาเช่า (lease contract) สัญญาซื้อขาย (sale contract) สัญญาจ้างทำของ (hire of work) หรือสัญญาอื่นใด ซึ่งอาจพิจารณาได้จากชื่อของสัญญา หรือจากข้อสัญญาเฉพาะ

(2) ประโยชน์หรือสิ่งตอบแทนแลกเปลี่ยนในการทำสัญญา (Consideration)

การร่างสัญญาตามระบบ Common Law ซึ่งเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้น มักจะมีการกล่าวถึง “consideration” ซึ่งหมายถึงประโยชน์หรือสิ่งตอบแทนแลกเปลี่ยนหรือสิ่งจูงใจที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อเป็นการตอบแทนการที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ตน เช่น การชำระราคาสินค้าเพื่อตอบแทนการส่งมอบสินค้า เป็นต้น ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการทำสัญญาและเป็นข้อกำหนดและเงื่อนไขเฉพาะที่คู่สัญญาดกตกลงกัน

(3) การรับประกันและการแสดงตน (Warranty and representation)¹¹⁰

ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการรับประกัน (warranty) และการแสดงตน (representation) นี้มักจะนำมาใช้เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้รับบริการ หรือผู้ได้รับอนุญาตนั้นมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของหรือใช้สินค้าหรือบริการหรือทรัพย์สินทางปัญญาเช่นว่านั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และชอบด้วยข้อสัญญา และหากมีการรบกวนสิทธิเกิดขึ้น ผู้ที่ให้การรับประกัน (warranty) และแสดงตน (representation) เช่นว่านั้นจะต้องรับผิดชอบต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย แต่การผิดข้อสัญญาเกี่ยวกับการรับประกันนี้ไม่มีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอ้างเหตุในการเลิกสัญญา (termination of contract) เพียงแต่สามารถเรียกร้องให้แก้ไขเยียวยาหรือรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เท่านั้น ซึ่งต่างจากการผิดเงื่อนไข (conditions) แห่งสัญญาซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ อย่างไรก็ดี การเลิก

¹¹⁰ คำว่า “Warranty” ที่ใช้ในต่างประเทศโดยเฉพาะในกฎหมาย Common Law นั้น มีหลายความหมาย เช่น (1) การรับประกันเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าที่จะส่งมอบ โดยกำหนดให้สินค้าต้องมีคุณภาพที่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ในการใช้ ดังที่ปรากฏใน UCC § 2-314 Warranty of Merchantability (2) Warranty ในความหมายที่ตรงกันข้ามกับ Condition กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายสัญญาในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ได้มีการจัดประเภทข้อสัญญาออกเป็นสอง ประเภทคือ (1) condition ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่หากมีการไม่ปฏิบัติตามแล้วจะให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเลิกสัญญาได้ทันทีโดยมิพักต้องพิจารณาถึงผลร้ายแรงของผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดข้อสัญญานั้น (2) warranty ซึ่งเป็นข้อสัญญาทั่วไปที่หากมีการไม่ปฏิบัติตามแล้ว จะไม่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเลิกสัญญาได้ทันที แต่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น ส่วนข้อสัญญาประเภทใดเป็น condition หรือ warranty เป็นสิ่งขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณีและในบางกรณีคู่สัญญาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามุ่งหมายให้ข้อสัญญานั้นเป็น Condition หรือ Warranty

สัญญาเพราะเหตุแห่งการผิดข้อสัญญาว่าด้วยการรับประกันหรือการแสดงตนนี้ก็จะอาจกระทำกันได้หากคู่สัญญาคกลงเช่นนั้น

(4) อายุสัญญา (Duration)

สัญญาส่วนใหญ่มักจะกำหนดอายุของสัญญาไว้ เช่น สัญญาซื้อขายในลักษณะการจัดส่งสินค้าเป็นเวลานานๆ เช่น 2-3 ปี ในรูปของสัญญาจัดหา (supply contract) หรือสัญญาจัดจำหน่าย (distributorship contract) อย่างไรก็ตาม สัญญาบางประเภทก็ไม่ได้มีการกำหนดอายุหรือระยะเวลาของสัญญากันไว้ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่สัญญา

(5) ข้อสัญญาอื่นๆ (Other covenants)

ข้อสัญญาในที่นี้ หมายถึง ข้อตกลงที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะปฏิบัติเพิ่มเติมจากข้อสัญญาต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น

2) ข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปของสัญญา (General terms and conditions)¹¹¹

ข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปของสัญญานี้ หมายถึง ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ปรากฏอยู่เป็นการทั่วไปในสัญญาทุกประเภทนอกเหนือจากข้อกำหนดและเงื่อนไขเฉพาะของสัญญานั้นๆ ข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปของสัญญาจะมีการระบุไว้ในทุกสัญญาเสมอ ผู้ร่างสัญญาในระบบกฎหมาย Common Law นิยมที่จะรวบรวมหรือจัดระเบียบเอาข้อตกลงประเด็นต่างๆ ที่ไม่มีลักษณะเด่นชัด แต่เป็นส่วนประกอบที่สำคัญที่จำเป็นต้องมีอยู่ใส่ไว้ในตอนท้ายของสัญญาเพื่อกันลิม ข้อตกลงในประเด็นต่างๆ เหล่านี้ นักกฎหมายผู้ร่างสัญญาเรียกว่า “Boilerplate” หรือบทเบ็ดเตล็ด (Miscellaneous) หรือ หรือข้อสัญญามาตรฐานที่ทุกสัญญาต้องมี Standard Clause¹¹² ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

(1) เหตุสุดวิสัย (Force Majeure)

เหตุสุดวิสัยในสัญญาจัดเป็นข้อยกเว้นของการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาในส่วนของตนได้ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญา เพราะมีเหตุสุดวิสัยอยู่นอกเหนืออำนาจควบคุมของคู่สัญญานั้นเกิดขึ้น โดยเหตุสุดวิสัย อาจเป็นเหตุการณ์ธรรมชาติ (Act of God) เช่น น้ำท่วม (flood) อัคคีภัย (ครุฑ) ภูเขาไฟระเบิด (eruption) พายุ (storm) หรือ อาจเป็นเหตุที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ก็ได้ เช่น สงคราม (war) การนัดหยุดงาน (strike) การก่อความไม่สงบ (civil disturbance) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ถึงแม้เหตุสุดวิสัยจะเป็นข้อยกเว้นในการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาก็ตามคู่สัญญาอาจตกลงกันในสัญญาได้ว่า หากเหตุสุดวิสัยนั้นมีอยู่เป็นเวลานานเกินสมควร เช่น 30 วัน หรือ 60 วัน ก็ให้สัญญาเป็นอันเลิกกันโดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่มีสิทธิเรียกร้องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

¹¹¹ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 58-66.

¹¹² อธิก อิศวานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 226.

(2) การผิดสัญญาและการบอกเลิกสัญญา (Breach and Termination)

การผิดสัญญา (breach) และการบอกเลิกสัญญา (termination) เป็นข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปของสัญญาที่จะระบุถึงเหตุแห่งการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น การไม่ชำระราคาสินค้าภายในกำหนดระยะเวลาที่ระบุไว้ในสัญญาซื้อขาย ตลอดทั้งการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ผลของการผิดสัญญาดังกล่าวข้างต้นนี้ คู่สัญญาอาจตกลงกันให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาบอกเลิกสัญญาได้ หรืออาจให้โอกาสแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาแก้ไขการประพฤติดังกล่าวผิดสัญญา เช่นว่านั้นภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำบอกกล่าวก็ได้ หากไม่มีการแก้ไขการผิดสัญญาเช่นนั้นจึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา เป็นต้น

(3) การแก้ไขเพิ่มเติมและการสละสิทธิ (Amendment and Waiver)

ในกรณีการแก้ไข (amendment) สัญญานั้น คู่สัญญามักตกลงกันว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาหรือตัวสัญญาจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อคู่สัญญาเป็นสำคัญ มิเช่นนั้น จะไม่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ส่วนในกรณีการสละสิทธิ (waiver) นั้น คู่สัญญามักตกลงกันว่า จะต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเสียก่อนและการสละสิทธิเรียกร้องครั้งใดครั้งหนึ่งหากพินิจนั้นก็จะไม่รวมถึงการสละสิทธิเรียกร้องครั้งต่อๆ มาหรือการสละสิทธิเรียกร้องในเรื่องอื่นๆ ด้วย เป็นต้น ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเข้าใจตรงกันของคู่สัญญา หากมีการแก้ไขหรือการสละสิทธิข้อสัญญาต่างๆ ว่าสามารถแก้ไขหรือสละสิทธิได้อย่างไรหรือไม่ และถ้าจะแก้ไขหรือการสละสิทธิจะต้องทำอย่างไร

(4) การโอนสิทธิเรียกร้อง (Assignment)

การโอนสิทธิเรียกร้อง มิได้หมายความว่าถึงการโอนสิทธิเพียงอย่างเดียว แต่มีความหมายถึงการโอนหน้าที่หรือหนี้ (duties or obligations) โดยไม่จำกัดว่าการโอนสิทธินั้นจะกระทำในรูปแบบใดหรือลักษณะใด เช่น โอน ขายหรือจำหน่ายโอน ด้วยประการใดๆ ก็ตาม อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงกันห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโอนสิทธิหน้าที่ตามสัญญาให้แก่บุคคลที่สาม เว้นแต่จะได้รับความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก่อน และในกรณีที่มีการโอนสิทธิโดยได้รับความยินยอมโดยชอบ สัญญาที่ผูกพันผู้รับโอนสิทธิเช่นนั้นด้วย

(5) ความลับ (Confidentiality)

สัญญาบางประเภทโดยเฉพาะสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้วิทยาการ (know-how) หรือกรรมวิธี (process) หรือสูตร (formula) หรือแบบ (designs) ในการผลิตและมีการร่วมทุนระหว่างคู่สัญญาหรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอนุญาตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายใช้ก็มักจะมีข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการรักษาความลับนั้นเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในสัญญาและมีหน้าที่ในการรักษาความลับในระหว่างอายุของสัญญา และจะต้องคืนบรรดาเอกสาร ข้อมูลหรือสื่อวัสดุต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความลับเช่นนั้นให้แก่คู่สัญญาเจ้าของวิทยาการ กรรมวิธีหรือสูตรหรือแบบเช่นนั้น ทั้งนี้คู่สัญญาก็อาจจะกำหนดข้อยกเว้นบางประการ

ในการรักษาความลับดังกล่าว เช่น กรณีที่ความลับเช่นนั้นกลายเป็นเรื่องที่ทราบกันโดยทั่วไปแล้ว (public domain)

(6) ความไม่สมบูรณ์หรือการไม่สามารถใช้บังคับได้ของข้อสัญญาหรือการแยกข้อสัญญา (Invalidity or Unenforceability or Severability)

เนื่องจากสัญญาที่ได้รับอิทธิพลจากระบบ Common Law จะมีการร่างข้อกำหนดและเงื่อนไขไว้ก่อนข้างละเอียดเพื่อสามารถใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาไม่ว่ากฎหมายใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาไม่ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับ (applicable law) แก่สัญญานั้น จะเป็นกฎหมายในระบบ Common Law หรือ Civil Law ก็ตาม ในกรณีเช่นนั้น จึงเป็นไปได้ว่า ข้อสัญญาในสัญญานั้นอาจขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่หรือเป็นไปได้ว่า ในขณะที่ทำสัญญานั้น ไม่มีข้อสัญญาใดที่ขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ดังนั้น เพื่อมิให้สัญญาต้องตกเป็นอันไม่สมบูรณ์หรือใช้บังคับไม่ได้ทั้งหมด คู่สัญญาจึงระบุข้อสัญญาที่มีให้ข้อสัญญาที่ตกเป็นอันไม่สมบูรณ์หรือใช้บังคับมิได้นั้นกระทบกระเทือนข้อสัญญาอื่นมิให้ต้องมีผลไม่สมบูรณ์หรือใช้บังคับไม่ได้ตามไปด้วย

(7) สัญญาเบ็ดเสร็จ (Entire Agreement)

ข้อสัญญาในลักษณะนี้จะกำหนดให้ชัดเจนว่า ความตกลงระหว่างคู่สัญญานั้นมีเพียงเท่าที่กำหนดไว้ในสัญญานี้เท่านั้น โดยจะถือว่าสัญญานี้จะยกเลิกความตกลงทั้งหมดที่ทำไว้ก่อนหน้านี้ไม่ว่าจะทำด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ทั้งนี้เว้นแต่จะระบุไว้เป็นประการอื่น ทั้งนี้ข้อสัญญาเบ็ดเสร็จกำหนดไว้เพื่อป้องกันความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่อ้างอิงสัญญาต่างฉบับหรือต่างโอกาสกัน

(8) หัวข้อของสัญญา (Headings)

สัญญาที่ได้รับอิทธิพลจากระบบ Common Law มักจะมีข้อสัญญาที่ระบุหัวข้อต่างๆ ของสัญญานั้นใส่ไว้เพื่อความสะดวกในการอ้างอิงเท่านั้น โดยจะไม่มีผลกระทบต่อการศึกษาข้อสัญญาใดๆ ทั้งสิ้น

(9) การบอกกล่าว (Notices)

“การบอกกล่าว” นับเป็นข้อสัญญาอีกข้อหนึ่งที่จัดว่าเป็นข้อสัญญาทั่วไปที่มีความสำคัญต่อการกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องของคู่สัญญา ซึ่งโดยปกติคู่สัญญาจะตกลงกันว่า “การบอกกล่าว” เช่นว่านั้นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และส่งให้แก่กันโดยวิธีใดๆ ตามแต่จะตกลงกัน เช่น ส่งด้วยมือ (by hand) ส่งด้วยตนเอง (in person) ส่งโดยโทรสาร (facsimile) หรือ โดยไปรษณีย์ (registered mail) เป็นต้น และจะกำหนดเวลาให้ถือว่าผู้รับคำบอกกล่าวได้รับคำบอกกล่าวโดยชอบไว้ด้วย

(10) กฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law)

โดยปกติแล้ว สัญญาที่ไม่มีลักษณะหรือองค์ประกอบในทางระหว่างประเทศก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อสัญญาที่ระบุถึงกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาเพราะ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาเช่นนั้นก็คือกฎหมายแห่งดินที่ทำสัญญา แต่ถ้าหากเป็นสัญญามีลักษณะหรือองค์ประกอบในทางระหว่าง

ประเทศ เช่น คู่สัญญาที่มีสัญชาติต่างกัน คู่สัญญาก็มักจะระบุกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา แต่หากไม่มีการระบุข้อสัญญาเช่นว่านี้ กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาก็จะเป็นไปตามกฎหมายขัดกัน เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481¹¹³

(11) การระงับข้อพิพาท (Settlement of Dispute)

เมื่อทำสัญญากันแล้ว ก็มีโอกาสเสมอที่คู่สัญญาจะมีความเห็นแตกต่างกันในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เมื่อความเห็นแตกต่างกันระหว่างคู่สัญญาไม่สามารถยุติลงกันได้¹¹⁴ ทางออกของคู่สัญญาในการระงับข้อพิพาท ก็ คือ การเจรจาระงับข้อพิพาทระหว่างกันฉันมิตร (negotiation) การใช้คนกลางมาช่วยในการไกล่เกลี่ย (mediation) การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (arbitration) หรือ การนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล (court) ซึ่งคู่สัญญามีเสรีภาพในการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างกันเช่นไรก็ได้

3. ส่วนที่เป็นข้อสรุปหรือลงท้ายของสัญญา (Conclusion)¹¹⁵

ส่วนที่เป็นข้อสรุปหรือลงท้ายของสัญญานี้ แม้จะมีเนื้อหาไม่มากนัก แต่ก็มี ความสำคัญมากต่อการเกิดสัญญาเพราะเป็นส่วนที่ก่อให้เกิดสัญญาโดยการลงลายมือชื่อหรือตราประทับของคู่สัญญาตลอดจนลายมือชื่อของพยาน โดยส่วนที่เป็นข้อสรุปจะแสดงถึงการรับรู้และเข้าใจของคู่สัญญาถึงข้อสัญญาต่างๆ ว่าถูกต้องตรงกับเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายเพื่อแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญานั้นมิได้เกิดจากการฉ้อฉล (fraud) หรือสำคัญผิด (mistakes) และคู่สัญญาได้ลงลายมือชื่อและตราประทับ (ในกรณีที่เป็นการนิติบุคคล) ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงความเข้าใจผิดและการโต้แย้งในรายละเอียดของเงื่อนไขต่างๆ ของสัญญา และเป็นหลักฐานว่าได้มีการสนองก่อให้เกิดเป็นสัญญาตามเงื่อนไขต่างๆ ที่ได้บรรยายไว้ในสัญญาแล้ว

2.11 หลักการตีความสัญญาในบริบทของการเกิดสัญญา

การตีความสัญญา คือ การตีความตามตัวอักษรหรือเจตนารมณ์ของสัญญานั้น ตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้นเอง¹¹⁶ การตีความสัญญานั้นถือเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจาก

¹¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือ ผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่มีเจตนาชัดแจ้งหรือ โดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติ อันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายแห่งดินที่สัญญานั้น ได้ทำขึ้น”

¹¹⁴ อธิก อัสวานนท์, เรื่องเดิม, หน้า 281.

¹¹⁵ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 67.

บางครั้งสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นนั้นมีเนื้อหาหรือข้อความที่ไม่ชัดเจน กำกวม หรือมีความหมายได้หลายนัย จึงทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าคู่สัญญานั้นมีความประสงค์ที่แท้จริงให้สัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ อย่างไร ดังนั้น จึงมีความจำเป็นจะต้องอาศัยการตีความเพื่อช่วยให้เข้าใจในเนื้อหาของสัญญานั้นได้ถูกต้อง ซึ่งในการตีความสัญญานี้ เราจะต้องอาศัยกฎหมายเป็นหลักของการตีความ

สำหรับการตีความนั้นจะต้องมีการแสวงหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งเจตนารมณ์ของคู่สัญญานี้โดยปกติ ได้แก่ เจตนารมณ์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในขณะทำสัญญานั้นเอง แต่มีบางกรณีที่ศาลอาจพิจารณาจากการปฏิบัติของคู่สัญญาที่มีต่อกันภายหลังจากที่ทำสัญญานั้นแล้ว เพื่อแสวงหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญาในขณะทำสัญญาว่ามีความประสงค์ที่จะเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขประการใดบ้าง¹¹⁷ สำหรับการแสวงหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้น มักจะแสวงหาจากตัวสัญญานั้นเอง แต่ถ้าทำไม่ได้ก็ต้องหาเจตนารมณ์ทางอื่นซึ่งต้องถือว่าเป็นข้อเท็จจริง เมื่อได้ข้อเท็จจริงมาเป็นประการใดแล้วจึงจะปรับเข้าหากันเพื่อตีความอีกชั้นหนึ่ง การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับการตีความถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมาย¹¹⁸

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการตีความสัญญานั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถแบ่งแยกได้ ดังนี้

1. หลักการตีความสัญญาโดยพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา

สัญญาเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง กล่าวคือเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ดังนั้น การตีความสัญญาจึงอยู่ในบังคับของ มาตรา 171 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตีความการแสดงเจตนาหรือการตีความนิติกรรมด้วย¹¹⁹ ซึ่งมาตรา 171 ได้วางหลักในการตีความการแสดงเจตนาว่า “ในการตีความการแสดงเจตนา นั้นให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้แสดงเจตนาซึ่งกว่าที่จะดูจากถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

การตีความการแสดงเจตนา หมายถึงการค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนาซึ่งจะต้องทำต่อเมื่อเจตนาที่ผู้แสดงเจตนาได้แสดงออกมานั้นมีความเคลือบคลุมไม่ชัดเจน มีข้อสงสัย หรือ

¹¹⁶ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, การตีความกฎหมายสัญญา และกรรมธรรม์ประกันภัย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538), หน้า 14.

¹¹⁷ อรรถา สังห์สงบ, เรื่องเดิม, หน้า 73.

¹¹⁸ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 525.

¹¹⁹ สิริพรรณ กองแก้ว, “การตีความสัญญา : วิเคราะห์จากหลักเกณฑ์ของ UNIDROIT เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย,” (สารนิพนธ์ปริญาญมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 57.

อาจจะตีความได้หลายอย่าง ซึ่งจะเป็นปัญหาว่าเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนาเป็นอย่างไร มีความหมายอย่างไร แต่ถ้าหากเจตนาที่ผู้แสดงเจตนาออกมานั้นมีความหมายชัดเจน ไม่มีข้อสงสัย มีความหมายอย่างเดียวกันนั้น ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตีความการแสดงเจตนาขึ้นอีก¹²⁰

การแสดงเจตนาที่จะจะต้องตีความนี้ไม่จำกัดว่าจะต้องตีความการแสดงเจตนาเฉพาะเจตนาที่ได้มีการแสดงเจตนาออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร อาจจะเป็นเรื่องที่แสดงเจตนาออกมาด้วยวาจาก็ได้ ทั้งไม่จำเป็นว่านิติกรรมที่จะต้องตีความนั้นเป็นนิติกรรมสองฝ่าย นิติกรรมหลายฝ่าย หรือนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา แม้กระทั่งนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา เช่น พินัยกรรมก็อาจจะต้องมีการตีความ ฉะนั้น การตีความอาจจะเกิดขึ้นในนิติกรรมทุกอย่าง¹²¹

สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องการตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 วางหลักไว้ว่า การตีความสัญญาต้องไม่ยึดถือถ้อยคำสำนวนที่ใช้หรือตัวอักษรที่เขียนแสดงเจตนาขึ้น แต่ให้พิจารณาจากความมุ่งหมายของผู้แสดงเจตนาแล้วก็ดูเหตุผลอื่นๆ ประกอบด้วย โดยไม่ยึดถือถ้อยคำสำนวนที่เข้าใจหรือตัวอักษรที่เข้าเขียนแสดงเจตนาออกมาเป็นสิ่งสำคัญ เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะว่า คนเราไม่ใช่นักกฎหมายทุกคน จะไปหวังให้ผู้แสดงเจตนาใช้ถ้อยคำที่กฎหมายใช้อยู่เป็นไปไม่ได้ ฉะนั้น แม้ผู้แสดงเจตนาจะใช้ถ้อยคำที่ผิดเพี้ยนไปจากถ้อยคำของกฎหมาย แต่ถ้าหากปรากฏจากเจตนาของเขาว่าเขาทำนิติกรรมอะไร ก็ต้องถือว่าเขาได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้น เช่น แม้จะระบุสัญญาที่ทำว่าเป็นสัญญาเช่าซื้อ แต่ความจริงแล้ว ถ้าอ่านสัญญาโดยตลอดแล้วปรากฏว่าเป็นเรื่องสัญญาซื้อขายก็ต้องปรับเข้ากับหลักในเรื่องซื้อขายดังนั้น การตีความสัญญาจึงเป็นการตรวจสอบค้นหาความหมายของสิ่งที่คู่สัญญากำหนด การตีความจึงมิใช่แต่เพียงการค้นหาความหมายจากเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว แต่เป็นการค้นหาความหมายจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญาและต้องเป็นเจตนาที่ได้แสดงออกมาตามเนื้อหาของสัญญานั้นด้วย

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาตามหลักการตีความสัญญาโดยพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6563/2545 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 ที่บัญญัติว่า ในการตีความการแสดงเจตนาขึ้น ให้พึงเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษรนั้น หมายถึง กรณีนิติกรรมที่ทำกันไว้มีข้อความไม่ชัดเจน หรือมีข้อความขัดแย้งกันหรืออาจแปลความหมายได้เป็นหลายนัย แต่ถ้าข้อความในสัญญาชัดเจนแล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นอย่างไรที่จะต้องตีความการแสดงเจตนา

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้ความว่าสัญญาจ้างของพร้อมข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้างของมีข้อความระบุไว้ชัดเจนว่าทำสัญญาจ้างเป็นประกันหนึ่งของจำเลยที่ 2 ที่มีต่อโจทก์ ดังนี้ จึงนำ

¹²⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 15.

¹²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 มาบังคับให้ต้องสืบพยานบุคคลประกอบเพื่อตีความถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาหาได้ไม่ เพราะต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94(ข) คดีจึงฟังได้ว่า สัญญาจำนองที่ดินพร้อมข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นการทำสัญญาจำนองเป็นประกันหนี้ของจำเลยที่ 2 ที่มีต่อโจทก์ จำเลยที่ 2 จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้ของจำเลยที่ 1 ที่มีต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1686/2512 การตีความแสดงเจตนา นั้น กฎหมายให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร ในการแบ่งที่ดินระหว่างเจ้าของรวมซึ่งมีกรรมสิทธิ์คนละส่วนเท่าๆ กัน แม้ฝ่ายหนึ่งจะตกลงให้อีกฝ่ายหนึ่งเลือกเอาก่อน โดยมีได้กำหนดวิธีการรังวัดแบ่งแยกไว้ชัดเจน ก็มีได้หมายความว่า ฝ่ายที่มีสิทธิเลือก จะเลือกซึ่งแบ่งเอาได้ตามใจชอบเมื่อมีปัญหาว่าจะแบ่งอย่างไรจึงจะถูกต้องตรงตามเจตนาศาลย่อมต้องพิจารณาถึงสภาพของที่ดินประกอบ เพื่อหยั่งทราบถึงเจตนาอันแท้จริง โจทก์ 2 คนและจำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลยอมแบ่งที่ดินกันคนละส่วนเท่าๆ กัน ที่ดินนั้นด้านตะวันออกติดทะเล และด้านตะวันตกมีทางออก ทางทิศเหนือสุดมีบ้านจำเลยปลูกอยู่ และทิศใต้สุดมีบ้านโจทก์ที่ 1 ปลูกอยู่ โจทก์ที่ 1 ได้ส่วนแบ่งของตนไปแล้ว โดยได้ที่ดินด้านทิศใต้สุดยาวจากทิศตะวันออกไปตะวันตก ส่วนที่เหลือ โจทก์ที่ 2 แลงต่อศาลว่า ให้จำเลยเลือกเอาก่อนตามสภาพของที่ดิน หากแบ่งเป็นส่วนๆ เรียงต่อจากโจทก์ที่ 1 ยาวจากทิศตะวันออกไปตะวันตก ที่ดินจะมีทางออกและติดทะเลด้วยกันทุกแปลงหากแบ่งยาวจากทิศเหนือไปได้ แปลงที่อยู่ติดทะเลจะถูกที่ดินผู้อื่นล้อมขนาบไม่มีทางออก ย่อมเสี่ยงเห็นเจตนาของโจทก์ที่ 2 ได้ว่า ประสงค์ให้แบ่งที่ดินเป็น 2 ส่วน ยาวจากทิศตะวันออกไปตะวันตกเรียงกันไป และติดทะเลด้วยกันทุกแปลง แล้วให้จำเลยเลือกเอาก่อนแปลงใดแปลงหนึ่ง ซึ่งได้เดือดร้อนด้วยกันทุกฝ่าย จำเลยจะเลือกแบ่งให้โจทก์ที่ 2 ได้ที่ดินด้านติดทะเลแต่ถูกล้อมขนาบไม่มีทางออกหาได้ไม่

2. หลักการตีความสัญญาตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิจารณาถึงปกติประเพณีด้วย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า สัญญาเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคล การตีความสัญญาจึงต้องอยู่ในบังคับของเรื่องการตีความการแสดงเจตนาที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 171 ด้วย โดยให้มุ่งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร และเมื่อสัญญาเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป กฎหมายจึงกำหนดหลักในการตีความสัญญาเพิ่มขึ้นในมาตรา 368¹²² ว่าให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิจารณาถึงปกติประเพณีด้วย

การตีความตามความประสงค์ คือการตีความตามเจตนาที่แท้จริง และเนื่องจากสัญญาเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ดังนั้น ความประสงค์ที่แท้จริงจะดูจากความประสงค์ของ

¹²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิจารณาถึงปกติประเพณีด้วย”

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นไม่ได้ ต้องถือตามเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่าย โดยคาดหมายว่า ถ้าคู่สัญญาทุกฝ่ายตกลงกันโดยสุจริตแล้ว เขาจะตกลงกันอย่างไร ถ้าคาดหมายได้อะไรก็ถือได้ว่าอย่างนั้นเป็นเจตนาของคู่สัญญา

นอกจากตีความไปในความประสงค์โดยสุจริตตามเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่าย แล้วยังต้องตีความตามความประสงค์โดยอาศัยปกติประเพณีประกอบด้วย คือดูด้วยว่าในกรณีที่ปัญหาให้ต้องตีความนั้นมีปกติประเพณีให้ปฏิบัติอย่างไรหรือไม่ ถ้ามีเช่นนั้นแล้วคู่สัญญาไม่ได้แสดงไว้เป็นอย่างอื่น ก็ย่อมเป็นที่คาดหมายได้ว่าคู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญาหรือตกลงกันอย่างนั้น¹²³ ซึ่งในเรื่องประเพณีตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 368 อาจแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี ด้วยกัน คือ 1. จารีตประเพณีโดยทั่วๆ ไป 2. จารีตประเพณีกับวิธีการปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ และ 3. สิ่งที่คู่สัญญานั้นเคยประพฤติปฏิบัติต่อกัน¹²⁴

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาตามหลักการตีความสัญญาตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1519/2517 การตีความสัญญาค้ำประกันจำเลยที่ 2 ค้ำประกันการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายของจำเลยที่ 1 การตีความสัญญาค้ำประกันต้องตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี และถ้าตีความได้เป็นสองนัย ก็ต้องถือตามนัยที่ทำให้เป็นผลบังคับได้ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติของมาตรา 368 และมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการที่จะทราบความประสงค์ของคู่สัญญาจะต้องพิจารณาถึงสัญญาซื้อขายซึ่งเป็นสัญญาประธานและสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ด้วย เมื่อสัญญาซื้อขายระบุว่า จำเลยที่ 1 ต้องชำระราคายางแอสฟัลท์ให้โจทก์ ภายใน 60 วัน นับแต่วันส่งมอบ โดยจำเลยที่ 1 ต้องนำจำเลยที่ 2 มาเป็นผู้ค้ำประกันการชำระราคา แต่สัญญาค้ำประกันมีข้อความว่า สัญญาค้ำประกันมีกำหนดระยะเวลา 120 วัน หากเกิดการเสียหายขึ้นภายในระยะเวลาดังกล่าวต้องแจ้งให้จำเลยที่ 2 ทราบภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเสียหาย ดังนั้น ระยะเวลา 120 วันตามสัญญาค้ำประกันย่อมต้องหมายความว่าถึง ระยะเวลาที่โจทก์อาจส่งมอบยางแอสฟัลท์ให้จำเลยที่ 1 เท่านั้น มิได้หมายความว่าตลอดถึงระยะเวลาที่จำเลยที่ 2 จะต้องได้รับคำบอกกล่าวจากโจทก์ให้ชำระหนี้แทนจำเลยที่ 1 ด้วย ดังนั้น เมื่อโจทก์ส่งมอบยางแอสฟัลท์ทั้งหมดสุดท้ายให้จำเลยที่ 1 ภายใน 120 วันแล้วจำเลยที่ 1 ยังมีโอกาสชำระหนี้ค่ายางแอสฟัลท์ได้ภายใน 60 วัน นับจากวันที่โจทก์ส่งมอบยางแอสฟัลท์ครั้งสุดท้าย และหากจำเลยที่ 1 ไม่ชำระโจทก์ย่อมเรียกร้องให้จำเลยที่ 2 ชำระได้ภายใน 7 วัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 804/2500 สัญญานั้นต้องตีความในทางที่คู่กรณีอาจปฏิบัติได้ การปฏิบัติของคู่สัญญาอาจประกอบให้เห็นเจตนาแท้จริงได้ สัญญาค้ำประกันมีว่า "ใช้สำหรับระหว่าง 2

¹²³ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 254.

¹²⁴ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, เรื่องเดิม, หน้า 16.

เดือน" หมายความว่า ผู้ค้าประกันรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างเวลานั้น แม้จะค้างชำระอยู่จนพ้นกำหนดนั้นไปก็ตาม ไม่ใช่ว่าถ้ายังไม่ชำระหนี้ให้เสร็จภายใน 2 เดือน ผู้ค้าประกันไม่รับผิดชอบ

ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า ถ้าตีความว่าจำกัดความรับผิดชอบช่วงเวลา 2 เดือน สัญญา ก็ไม่มีประโยชน์ ด้วยไม่มีทางที่จะปฏิบัติเป็นผลได้ เพราะหนี้ที่เกิดขึ้นในระยะเวลา 2 เดือน นั้นไม่มีทางที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ชำระเสร็จภายใน 2 เดือน

กล่าวโดยสรุปคือ หลักสุจริต (Good Faith) คือหลักของความซื่อสัตย์และไว้วางใจของคู่สัญญาที่ควรมีต่อกัน "สุจริต" ในความหมายของความเป็นธรรม (fairness) ที่คู่สัญญาควรได้รับในการทำสัญญา สัญญาควรมีข้อสัญญาที่กำหนดความผูกพันที่ถูกต้องเป็นธรรมในระหว่างคู่สัญญาด้วย

หลักปกติประเพณี (Ordinary Usage) การตีความสัญญานอกจากต้องตีความไปตามความประสงค์โดยสุจริตเป็นธรรมที่คู่กรณีพึงคาดหมายได้จากกันและกันแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงหลักปกติประเพณี (Ordinary Usage) ซึ่งเป็นทางปฏิบัติที่คาดหมายได้ว่าคู่กรณีย่อมทำสัญญากันโดยยึดถือทางปฏิบัติที่ทำกันเป็นปกติเป็นหลักอีกด้วย

การปรับหลักปกติประเพณีเป็นหลักสำคัญที่ต้องปรับใช้ประกอบกับหลักสุจริต เพื่อทำให้เกิดความเป็นเหตุเป็นผลเป็นธรรมที่ได้เหมาะสมจะเหมาะสมกับพฤติการณ์ในการทำสัญญาที่เกิดขึ้นด้วย โดยเฉพาะข้อสัญญาที่ใช้ในทางการค้าหรือธุรกิจที่ใช้กันเป็นปกติอยู่ในวงการค้านั้นๆ อยู่แล้วก็ย่อมเป็นที่คาดหมายได้ว่าคู่กรณีที่กันเป็นพ่อค้าหรือผู้ประกอบการด้วยกันย่อมเข้าใจ แต่ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ได้อยู่ในวงการค้าหรือธุรกิจด้วย การจะนำข้อสัญญาที่ใช้อยู่เป็นปกติในทางการค้านั้นๆ ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมาใช้ในกรณีนี้จะเกิดปัญหาทางข้อเท็จจริงที่สำคัญ คือปัญหาของความรู้เรื่องความเข้าใจที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาที่จะเกิดเป็นปัญหาข้อกฎหมายสำหรับการใช้ข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการได้ใช้อยู่ในการประกอบกิจการที่ตนดำเนินการอยู่เป็นปกติเป็นประจำ จะมีผลบังคับได้อย่างเป็นธรรมและพอสมควรกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีความด้อยกว่าเนื่องจากไม่ได้เป็นพ่อค้าหรือผู้ประกอบการหรือไม่ เช่น ในการขายสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าซึ่งปกติมีคู่มือการใช้สินค้าอยู่กับตัวสินค้าที่มีคำแนะนำการใช้สินค้าพร้อมกับสัญญารับประกันสินค้าซึ่งผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าจะรับประกันความชำรุดบกพร่องไว้และมักจะพบข้อความที่ปรากฏอยู่ในสัญญารับประกันหรือในคู่มือการใช้สินค้าโดยทั่วไปว่า "ไม่รับประกันความชำรุดบกพร่องในการใช้สินค้าที่ไม่ถูกต้อง" ในกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเนื่องจากการที่ผู้ซื้อมาเรียกร้องให้ผู้ขายรับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่องที่เกิดกับตัวสินค้า ผู้ขายจะอ้างว่าความชำรุดบกพร่องเกิดจากการที่ผู้ซื้อสินค้าใช้สินค้าไม่ถูกต้องขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิด เช่นนี้เป็นปัญหาที่ต้องตีความข้อสัญญาดังกล่าวความหมายของความชำรุดบกพร่องในการใช้สินค้าที่ไม่ถูกต้อง ที่กำหนดไว้ในสัญญารับประกันสินค้านั้นจะมีความหมายเช่นไร ปัญหาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้สินค้าอย่างไม่ถูกต้องนั้น เป็นปัญหาข้อเท็จจริงว่าผู้ซื้อมีความรู้ถึงวิธีการใช้ที่ถูกต้องหรือไม่ อาจพิจารณาได้จากผู้ซื้อที่ดีในระดับธรรมดาทั่วไปหรือที่กฎหมายเรียกว่า "ระดับวิญญูชน" ว่าสามารถมีความรู้เรื่องเพียงพอในการใช้เครื่องใช้ไฟฟ้าประเภทนั้นหรือไม่เพียงใด

ถ้าพิจารณาถึงแนวปฏิบัติในทางการค้าปกติที่ทราบว่าสินค้าทุกชิ้นมีรายการในฉลากที่มีคำแนะนำเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนแล้ว ถือเอาโดยรวมน่าบุคคลที่ซื้อสินค้ารับรู้หรือกล่าวได้ว่า “ผู้ซื้อแล้ว” ทั้งที่ในทางซื้อเท็จจริงผู้ซื้ออาจไม่ได้อ่านหรือไม่เข้าใจคำแนะนำทั้งหมดที่มีอยู่ในคู่มือการใช้ จะเอาโทษแก่ผู้ซื้อได้หรือไม่ เพราะคำแนะนำในคู่มือนั้นปกติก็มีรายละเอียดมากและเป็นรายละเอียดการใช้ทางเทคนิคที่อาจไม่เหมาะสมกับระดับความรู้ของผู้ซื้อสินค้าที่เป็นผู้บริโภคทุกคน เนื่องจากระดับความรู้ของผู้บริโภคมีหลายระดับ ดังนั้นข้อสัญญามาตรฐานที่ใช้กันทั่วไปในทางการค้าที่ปรากฏอยู่ในสัญญารับประกันหรือในคู่มือการใช้สินค้าว่า “ไม่รับประกันความชำรุดบกพร่องในการใช้สินค้าที่ไม่ถูกต้อง” จะปรับใช้กับผู้ซื้อสินค้าโดยทั่วไปทุกคนไม่ได้¹²⁵

ดังนั้น หลักการตีความสัญญาเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงหรือเจตนาร่วมกันที่คู่สัญญาตกลงกันก่อนนี้ผูกพันกันนั้น เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญานั้นจะต้องเป็นเจตนาตามกฎหมาย ต้องวินิจฉัยปรับสิทธิและหน้าที่ตามหลักความผูกพันในหนี้ตามกฎหมายสัญญาพร้อมกับหลักสุจริตและหลักปกติประเพณีประกอบกัน เพื่อให้สัญญามีผลที่สอดคล้องกับความตกลงเสนอสนองที่ตรงกันเนื่องจากคู่สัญญาต่างได้เข้ามาแลกเปลี่ยนเจตนาได้อย่างเป็นธรรมจนก่อให้เกิดสัญญาขึ้น

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยลักษณะทั่วไป ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเกิดปัญหาในการตีความนิติกรรมและสัญญา ซึ่งจะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย คือ¹²⁶

1) หลักการตีความสัญญาโดยถือตามนัยที่จะทำให้สัญญามีผลบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 10 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อความข้อใดข้อหนึ่งในเอกสารอาจตีความได้สองนัย นัยไหนจะทำให้เป็นผลบังคับได้ ให้ถือเอาตามนัยนั้นดีกว่าที่จะถือเอา นัยที่ไร้ผล”

2) หลักการตีความสัญญาเป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น บังคับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณ แก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้”

3) หลักการตีความสัญญากรณีหรือจำนวนหรือปริมาณไม่ตรงกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 12 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่จำนวนเงินหรือปริมาณในเอกสารแสดงไว้ ทั้งตัวอักษรและตัวเลข ถ้าตัวอักษรกับตัวเลขไม่ตรงกัน และมีอาจ ยังทราบเจตนาอันแท้จริงได้ ให้ถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณที่เป็นตัวอักษรเป็นประมาณ” และตามมาตรา 13 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าจำนวนเงินหรือปริมาณในเอกสารแสดงไว้เป็น ตัวอักษรหลายแห่ง หรือเป็น

¹²⁵ คาราวร ภิระวัฒน์, หน่วยที่ 5 การก่อให้เกิดสัญญาและการบังคับของสัญญา: การตีความสัญญา, ใน <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.40701-5.pdf>, (last visited 28 July, 2013).

¹²⁶ อรรถา สังห์สงบ, เรื่องเดิม, หน้า 74-75.

ตัวเลขหลายแห่ง แต่ที่แสดงไว้หลาย แห่งนั้นไม่ตรงกันและมีอาจยังทราบเจตนาอันแท้จริงได้ ให้ถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณน้อยที่สุดเป็นประมาณ”

4) หลักการตีความสัญญากรณีมีความแตกต่างกันด้านภาษาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 14 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่เอกสารทำขึ้นไว้หลายภาษา ไม่ว่าจะเป็น ฉบับเดียวกันหรือหลายฉบับก็ตามโดยมีภาษาไทยด้วย ถ้าข้อความ ในหลายภาษานั้นแตกต่างกัน และมีอาจยังทราบเจตนาของคู่กรณี ได้ว่าจะใช้ภาษาใดบังคับให้ถือตามภาษาไทย”



บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญา

ในบทนี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญาและผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายประเทศอังกฤษ กฎหมายประเทศเยอรมัน กฎหมายประเทศฝรั่งเศส อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ หลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป และสรุปผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

3.1 กฎหมายประเทศอังกฤษ¹²⁷

ประเทศอังกฤษเป็นต้นกำเนิดระบบกฎหมายที่สำคัญระบบหนึ่ง คือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือบางตำราเรียกว่า ระบบกฎหมายจารีตประเพณี เป็นกฎหมายที่วิวัฒนาการมาจากคำพิพากษาของศาลพระมหากษัตริย์หรือศาลหลวง (King's Court) อันเนื่องมาจากการพิจารณาคดีของศาลในแคว้นต่างๆ มีการพิจารณาคดีตามจารีตประเพณีของแคว้นหรือชนเผ่าตนเองทำให้เกิดปัญหาเมื่อมีการกระทำความผิดหรือมีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันเกิดขึ้นต่างแคว้นกัน ศาลในแต่ละแคว้นตัดสินแตกต่างกัน ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น ดังนั้น พระเจ้าวิลเลียม จึงจัดตั้งศาลพระมหากษัตริย์หรือศาลหลวง (King's Court) โดยมีการคัดเลือกผู้พิพากษาที่มีความรู้ ความสามารถจากส่วนกลางหมุนเวียนออกไปพิจารณาคดีในศาลท้องถิ่นทั่วทุกแคว้น มีการพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) แทนการพิจารณาคดีแบบเดิม โดยถือว่าเมื่อศาลหลวงมีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอย่างใดแล้วศาลอื่นๆ ต้องผูกพันพิพากษาคดีตามศาลหลวง ซึ่งในระยะต้นๆ มีปัญหาขัดแย้งในการพิพากษาคดีมาก เพราะแต่ละแคว้นก็มีจารีตประเพณีเป็นของตนเอง การใช้กฎหมายบังคับจึงต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่น แต่ในระยะต่อมาความขัดแย้งเหล่านี้ค่อยๆ หดไป เกิดเป็นจารีตประเพณีที่ถือเป็นหลักเกณฑ์และข้อบังคับที่มีลักษณะเป็นสามัญ (Common) และใช้กันทั่วไปในศาลทุกแคว้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายคอมมอนลอว์ จึงเริ่มเกิดขึ้นประเทศอังกฤษนับแต่นั้น เป็นต้นมา

แต่เนื่องจากจารีตประเพณีที่ใช้บังคับมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลจึงเป็นผู้นำจารีตประเพณีมาใช้และพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยประเพณีดังกล่าว คำพิพากษาศาลได้มีการบันทึก

¹²⁷ คำธร คำประเสริฐ และสุเมธ จานประดับ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 146-156.

เอาไว้เพื่อเป็นบรรทัดฐานให้ผู้พิพากษาคนต่อๆ มาใช้เป็นแบบอย่าง (Precedent) กล่าวคือ เมื่อศาลใดได้วินิจฉัยปัญหาใดไว้ครั้งหนึ่งแล้วศาลต่อๆ มาซึ่งพิจารณาคดี ซึ่งมีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันย่อมต้องผูกพันในอันที่จะต้องพิพากษาคำพิพากษาก่อน ๆ ซึ่งถือเป็นแบบอย่างนั้นด้วยคำพิพากษาของศาลจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง แม้ว่าศาลจะนำกฎหมายคอมมอนลอว์ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อให้เป็นระเบียบเดียวกันทั่วประเทศแล้วก็ตามแต่กฎหมายคอมมอนลอว์ ก็ยังมีช่องว่างและไม่สามารถให้ความยุติธรรมได้ทุกเรื่อง อันเนื่องจากสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและความซับซ้อนของเศรษฐกิจ คำพิพากษาของศาลที่มีอยู่ไม่อาจใช้บังคับกับข้อเท็จจริงบางเรื่องได้ส่งผลให้ไม่อาจจะนำกฎหมายคอมมอนลอว์ มาใช้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมได้ ครั้นต่อมาเมื่อรัฐสภาอังกฤษมีอำนาจมากขึ้นได้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Law) ขึ้นใช้บังคับอย่างแพร่หลาย โดยถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องและเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นหลักทั่วไป

ดังนั้น การศึกษาหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา และผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายประเทศอังกฤษ จึงต้องเริ่มต้นศึกษาจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษซึ่งได้วางบรรทัดฐานในเรื่องดังกล่าวนี้ เป็นสำคัญ

3.1.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา

หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญาดำเนินการตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ โดยหลักทั่วไปแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้ตามกฎหมายจะต้องประกอบด้วย 4 หลักเกณฑ์ใหญ่ๆ ดังต่อไปนี้ คือ

1. คู่สัญญาจะต้องมีความสามารถ (Capacity) ที่จะทำสัญญาได้ตามกฎหมาย¹²⁸

กล่าวคือ การก่อให้เกิดสัญญา (Formation of Contract) นั้น ต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายหรือกว่านั้นขึ้นไปเป็นคู่สัญญา โดยแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองสอดคล้องตรงกันทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้น นอกจากนี้ คู่สัญญาจะต้องมีความสามารถในการทำสัญญาด้วยจึงจะทำให้สัญญามีผลผูกพันตามกฎหมาย หลักเกณฑ์ในเรื่องความสามารถของคู่สัญญา เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายเกือบทุกระบบในโลกนี้ ที่จะต้องมีบทบัญญัติที่จำกัดความสามารถในการทำสัญญาของบุคคลบางประเภท เช่น ผู้เยาว์ (minors) คนวิกลจริต (Lunatics) และคนไร้ความสามารถ (incompetent)

กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษก็เช่นเดียวกัน ศาลอังกฤษได้วางหลักว่า “ผู้เยาว์” (ตาม Family Reform Act 1969, 17 Statute 792 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์”) จะทำสัญญาขึ้นเองโดยลำพังไม่ได้ จะต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นว่านั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่ในกรณีที่เป็นเรื่อง “ความจำเป็น” (necessaries) ศาลอังกฤษยอมให้ผู้เยาว์มีผลผูกพันตามสัญญาในกรณีที่

¹²⁸ ฉันทพงศ์ โปษกะบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 35-39.

ผู้เยาว์ทำสัญญาขึ้นเองโดยลำพัง เฉพาะแต่สิ่งที่จำเป็นเหมาะสมและเป็นประโยชน์สำหรับผู้เยาว์ เช่น ซื้ออาหาร เสื้อผ้า และยารักษาโรค เป็นต้น และราคาและผู้เยาว์ชำระไปนั้นจะต้องเป็นราคาที่สมควรคือตามราคาที่ซื้อขายกันตามท้องตลาดเท่านั้น หากผู้เยาว์สั่งซื้อสินค้าที่ไม่มีความจำเป็น สัญญานั้นก็เป็นโมฆียะ ซึ่งผู้เยาว์สามารถบอกล้างสัญญาและสามารถเรียกเงินคืนจากผู้ขายได้ หากผู้เยาว์มิได้รับสิ่งตอบแทน (Consideration) จากการทำสัญญานั้นเลย แต่ถ้าหากผู้เยาว์ได้ใช้ทรัพย์สินนั้นไปแล้ว ก็จะเรียกเงินคืนจากผู้ขายไม่ได้¹²⁹

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษได้แยกหลักเกณฑ์ในเรื่องการทำสัญญาของคนวิกลจริตและคนไร้ความสามารถออกจากกันตาม The Mental Health Act, 1959 ได้กำหนดประเภทของบุคคลวิกลจริตแตกต่างกันไปแล้วแต่ลักษณะอาการที่ปรากฏ หากวิกลจริตร้ายแรง (lunatics so found) แล้วก็จะทำสัญญาใดๆ ไม่ได้เลยมีผลเป็นโมฆะบุคคลประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของศาล แต่ถ้าหากวิกลจริตนั้นไม่ร้ายแรง (lunatics not so found) สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆียะ สามารถร้องขอให้เพิกถอนได้ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าสัญญาได้กระทำลงในขณะที่วิกลจริตและคู่กรณีอีกฝ่ายทราบถึงการวิกลจริตนั้น¹³⁰

2. ต้องมีคำเสนอ (offer) คำสนอง (acceptance) ถูกต้องตรงกัน

ในประเทศอังกฤษมิได้มีประมวลกฎหมายเหมือนบ้านเรา หลักกฎหมายเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา (เรื่องคำเสนอ คำสนอง เวลาที่คำสนองมีผล ฯลฯ) เป็นหลักที่ศาลสร้างขึ้นมาจากคำพิพากษา (จึงเรียกกันว่า judge-made law)

คำเสนอ (Offer)¹³¹

แน่นอนว่าในการเจรจาระหว่างบุคคลนั้น จะมีการซักถาม การให้ข้อมูล หรือแม้กระทั่งการให้คำมั่นสัญญาต่างๆ มากมาย จึงต้องมาพิจารณาว่าการกระทำขึ้นนี้จะถือว่าเป็นการให้คำเสนอ ตามบรรทัดฐานคดีที่ศาลเคยตัดสินไว้นั้น (ที่เราเรียกกันว่า precedent หรือ authority) สิ่งที่จะเป็นคำเสนอได้ต้องถึงขั้นที่แน่ชัดว่าผู้ให้ถ้อยคำหรือผู้แสดงเจตนานั้นพร้อมที่จะผูกพันตามสิ่งที่ตนแสดงออกไป หากไม่ถึงขั้นนั้น ก็ยังไม่เป็นคำเสนอ แต่อาจเป็นเพียงคำเชิญชวน (invitation to treat) ส่วนบุคคลที่เราสามารถทำคำเสนอได้นั้นมิได้ทั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะหรือสาธารณะชนทั่วไปก็ได้ ดังเช่นในคดีดังคดีหนึ่งที่ชื่อว่าคดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*¹³² ที่บริษัทผลิตยาแก้หวัดโฆษณา

¹²⁹ คดี *Valentini V. Gray*, [1889] 24 Q.B.D. 166; *Pearce V. White City Stadium, Ltd.*, [1935] 1 K.B.1.

¹³⁰ ญัฐพงศ์ โปษะบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 42.

¹³¹ พินัย ณ นคร, หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทยในอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ อาจารย์ณกุล ณ นคร (กรุงเทพมหานคร: บริษัท เพรส มีเดีย จำกัด, 2542), หน้า163-165.

¹³² คดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* [1892] 2 Q.B. 484.

ในหนังสือพิมพ์ว่าจะให้รางวัล 100 ปอนด์แก่ผู้ที่ซื้อยาแก้หวัดไปทานแล้วยังเป็นหวัดอยู่อีกหลังจากที่ทานยาเป็นระยะเวลาตามที่ระบุในโฆษณา บริษัทผลิตยาก็กล่าวด้วยว่าได้จ่ายเงินจำนวน 1000 ปอนด์ไปฝากไว้ที่ธนาคารเพื่อเป็นเงินที่จะจ่ายตามที่โฆษณาแล้ว ศาลจึงตัดสินว่าคำโฆษณาดังกล่าวเป็นคำเสนอแล้ว เพราะข้อเท็จจริงที่ว่าทางบริษัทได้จ่ายเงิน 1,000 ปอนด์ไปฝากไว้ที่ธนาคารแล้วนั้นแสดงถึงความพร้อมที่จะเข้าสู่ผูกพันตามสิ่งที่แสดงเจตนาออกไปและผู้รับคำเสนออาจเป็นบุคคลทั่วไปก็ได้¹³³

ในทางตรงข้าม การแสดงเจตนาใดที่ยังไม่ถึงขั้นที่พร้อมจะผูกพันแล้วแต่เป็นเพียงคำเชิญชวน เช่น การเชิญให้เข้าร่วมประกวดราคา (Tender or Bid)¹³⁴ คำโฆษณาว่าจะมีการขายทอดตลาดในวันทีระบุในคำโฆษณา¹³⁵ แคตตาล็อกโฆษณาขายสินค้า¹³⁶ การวางสินค้าจำหน่ายในห้างร้านโดยมีป้ายแสดงราคาที่แน่นอน¹³⁷ คดีที่แสดงให้เห็นถึงจุดแบ่งแยกระหว่างคำเสนอและคำเชิญชวนอีกคดีหนึ่งคือคดี *Gibson v. Manchester City Council*¹³⁸ ที่องค์การปกครองท้องถิ่นในระดับ City Council มีโครงการจะขายบ้านซึ่งให้ราษฎรในท้องถิ่นเช่าอยู่ ฝ่ายการคลังของ City Council มีหนังสือแจ้งว่าองค์การฯ จะมีแผนการที่จะขายบ้านในราคา 2180 ปอนด์ ("City Council may be prepared to sell the house to you at the purchase price of ... £2,180 (freehold)") และเชิญนาย Gibson ยื่นใบสมัครเป็น

¹³³ "It is an offer made to all the world; ... Although the offer is made to the whole world, the contract is made with that limited portion of the public who come forward and perform the condition on the faith of the advertisement."

¹³⁴ คดี *Payne v. Cave* (1789) 3 Term Rep 148

¹³⁵ คดี *Harris v. Nickerson* (1873) L.R. 8 Q.B. 286 ซึ่งมีการฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปยังสถานที่ที่ประกาศว่าจะมีการขายทอดตลาด ศาลปฏิเสธให้โจทก์ได้รับค่าใช้จ่ายที่ฟ้องเรียกร้อง

¹³⁶ คดี *Grainger & Son v. Gough* [1896] A.C. 325 (H.L.) ในคดีนี้ศาลให้เหตุผลว่าหากจะถือว่าโฆษณาในแคตตาล็อกเป็นคำเสนอไปหมด ผู้โฆษณาก็จะผิดสัญญาโดยไม่ได้ตั้งใจในกรณีที่มีผู้สั่งซื้อสินค้ามากกว่าจำนวนสินค้าที่มีอยู่ในสต็อก ในประเด็นนี้ Art.2:201(3) ของ The Principles of European Contract Law กำหนดให้สันนิษฐานว่าคำโฆษณาแบบดังกล่าวที่โฆษณาโดยผู้ประกอบการค้าและที่มีการระบุราคาที่แน่นอนเป็นคำเสนอจนกว่าสินค้าในสต็อกจะหมดลง: "A proposal to supply goods or services at stated prices made by a professional supplier in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is presumed to be an offer to sell or supply at that price until the stock of goods, or the supplier's capacity to supply the service, is exhausted."

¹³⁷ คดี *Pharmaceutical Society of GB v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd.* [1952] 2 All E.R. 456 (CA) ซึ่งมีการฟ้องเกี่ยวกับความผิดตามมาตรา 18 แห่ง Pharmacy and Poisons Act 1933.

¹³⁸ คดี *Gibson v. Manchester City Council* [1979] 1 All E.R. 972 (H.L.).

ทางการ นาย Gibson ยื่นใบสมัครและใช้จ่ายเงินในการปรับปรุงสถานที่เช่าไปเป็นจำนวนมากโดยเชื่อว่าการซื้อขายจะดำเนินไปโดยเรียบร้อยในที่สุด ต่อมาผู้บริหารท้องถิ่นคณะใหม่ซึ่งเข้ามาบริหารหลังจากที่ชนะการเลือกตั้งได้เปลี่ยนนโยบายโดยไม่ขายบ้านขององค์กรฯ ให้ผู้เช่าอีกต่อไป นาย Gibson จึงฟ้องว่าองค์กรฯ ผิดสัญญา ศาลพิพากษาว่าหนังสือแจ้งดังกล่าวเป็นเพียงคำเชิญชวนเพราะใช้คำว่า "อาจ" เท่านั้น การยื่นใบสมัครโดยนาย Gibson จึงเป็นคำเสนอซึ่งยังไม่ได้มีการสนองรับจากองค์กรฯ เลย สัญญาจึงยังไม่เกิด

คำสนอง (Acceptance)¹³⁹

คำสนองต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ (unqualified) มิฉะนั้นจะเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ (counter-offer) ซึ่งทำให้คำเสนอเดิมตกไป¹⁴⁰ แต่การเพียงสอบถามหลังจากที่ได้รับคำเสนอไม่ถือเป็น counter-offer¹⁴¹ และเช่นเดียวกับคำเสนอ คำสนองต้องแสดงความพร้อมที่จะเข้าผูกพันตามสัญญา หากมีข้อความในลักษณะระบุว่า "subject to contract" ศาลมักตีความว่ายังไม่เป็นคำสนองเช่นเดียวกับ มาตรา 366 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราที่บัญญัติว่า "ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ"

ในกฎหมายอังกฤษ คำสนองจะต้องมีการ "สื่อคำสนอง" (Communication of Acceptance) ไปยังผู้เสนอ การเงียบจึงไม่ถือเป็นการสื่อคำสนอง¹⁴² แต่ในกรณีที่เป็นการเสนอว่าจะให้รางวัลดังเช่นในคดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*¹⁴³ ข้างต้น ศาลเห็นว่าเป็นกรณีที่เข้าใจได้ว่าผู้เสนอยกเว้นให้ไม่ต้องสื่อคำสนอง (Waiver of Communication of Acceptance) ดังนั้น เมื่อมีการกระทำการตามที่โฆษณาแล้วก็ถือว่าสนองรับแล้ว

เมื่อกล่าวถึง กรณีการแสดงเจตนาไปยังบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าและกรณีการแสดงเจตนาไปยังบุคคลที่อยู่ห่างไกลโดยระยะทาง ทั้งสองกรณีจะมีประเด็นข้อกฎหมายว่า การแสดงเจตนาจะมีผลเมื่อใด กฎหมาย Common Law ของอังกฤษก็มีหลักทำนองเดียวกันนี้ แต่จะใช้พิเคราะห์ว่า คำสนองมีผลเมื่อใดเท่านั้น

ก. การสื่อคำสนองในกรณีที่คู่สัญญาอยู่เฉพาะหน้า (Interpraesentes) หรือกรณีที่สามารรถโต้ตอบกันได้ทันทีทันใด (Instantaneous communication)

¹³⁹ พินัย ณ นคร, เรื่องเดิม, หน้า 166-169.

¹⁴⁰ คดี *Hyde v. Wrench* (1840) 3 Beav 334, 49 E.R. 132.

¹⁴¹ คดี *Stevenson v. McLean* (1880) 5 QDB 346).

¹⁴² คดี *Felthouse v. Bindley* (1862) 11 CBNS 869 และดู Unsolicited Goods and Services Act 1971, ss. 1 และ 2.

¹⁴³ คดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* [1892] 2 Q.B. 484.

ในกรณีนี้คำสนองมีผลเมื่อผู้เสนอได้รับคำสนองนั้น หลักดังกล่าวใช้กับการส่งคำสนองโดยวิธีการติดต่อที่คู่กรณีอยู่ในสถานะเสมือนกับกรณีที่สามารถโต้ตอบกันได้อย่างทันทีทันใดด้วย เช่น การติดต่อทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเคยมีคำพิพากษาคัดสินเป็นบรรทัดฐานไว้¹⁴⁴ ในปัจจุบันย่อมเป็นที่เข้าใจว่าหลักการนี้นำมาใช้กับการสื่อสารทางโทรสารด้วย อันที่จริงในการค้าระหว่างประเทศ คู่กรณีมักอยู่คนละประเทศ เวลาของแต่ละประเทศก็แตกต่างกัน ก็มีประเด็นน่าคิดว่าหากบริษัทในลอนดอนส่งคำสนองทางโทรสารจากลอนดอนในตอนบ่ายสามโมงมายังบริษัทในกรุงเทพฯ ขณะนั้นเวลาในเมืองไทยก็สามทุ่มไปแล้ว พนักงานของบริษัทคงไม่ได้อยู่ที่สถานประกอบการแล้ว ดังนั้น คงไม่มีใครคอยเฝ้าติดตามข้อความจากเครื่องโทรสารอยู่ในเวลานั้นแม้เครื่องโทรสารยังคงเปิดให้ทำงานได้อยู่ตลอดเวลา หากคำสนองจากลอนดอนมาถึงกรุงเทพฯ จะถือว่าคำสนองมีผลและสัญญาเกิดในเวลาที่ได้รับข้อความโทรสารหรือเวลาที่พนักงานบริษัทรับทราบข้อความในวันรุ่งขึ้น ในอังกฤษยังไม่มีคำพิพากษาคัดสินในประเด็นนี้ไว้โดยตรงเลย แต่ก็มี dicta¹⁴⁵ ของ Lord Wilberforce ในคดี *Brinkibon v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft MBH*¹⁴⁶ ที่กล่าวว่าต้องพิจารณาเจตนาของคู่กรณีและประเพณีทางการค้าประกอบด้วย ผู้เขียนเองเห็นว่าน่าจะเป็นที่ยอมรับกันในทางปฏิบัติทางการค้าในปัจจุบันว่าการเปิดเครื่องมือสื่อสารรับข้อความไว้ก็เพียงพอที่จะทำให้คำสนองที่มาถึงเครื่องรับนั้นมีผลแล้ว ถ้าจะคิดให้ไกลไปอีกก็อาจจะคิดกันเกี่ยวกับการติดต่อทางอินเทอร์เน็ตหรือไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (Email) เมื่อมีการส่งคำสนองทาง email ข้อความก็จะไปปรากฏใน mail box ของผู้รับ email ซึ่งหากผู้รับยังไม่ได้ log on เข้าไปเปิดดูข้อความใน email ของตนก็ยังไม่ทราบเนื้อหาสาระของคำสนอง ในกรณีเช่นนี้จะถือว่าคำสนองมีผลในเวลาใด นับเป็นปัญหาอันชวนให้ครุ่นคิดอยู่มาก

2. การสื่อสารคำสนองไปยังบุคคลซึ่งอยู่ห่างไกลโดยระยะทาง

ศาลอังกฤษได้พัฒนาหลักที่เรียกกันว่า Postal Rule กล่าวคือ คำสนองที่ส่งไปยังคู่กรณีที่อยู่

¹⁴⁴ คดี *Entores Ltd. v. Miles Far East Corp.* [1955] 2 All E.R. 493 (CA).

¹⁴⁵ คำว่า Dicta ก็คือ ข้อความในคำพิพากษาที่มีได้เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีโดยตรง แต่เป็นส่วนที่ศาลกล่าวเกินเลยไป อาจกล่าวเป็นเชิงเปรียบเทียบหรือแสดงความเห็น หรือแม้กระทั่งกล่าวในลักษณะที่ภาษาพาไปก็มี ถ้าจะกล่าวกันโดยเรียกคำเต็ม ก็ต้องเรียกว่า *obiter dicta* ซึ่งตรงข้ามกับ *ratio decidendi* ซึ่งเป็นข้อความที่เป็นเหตุผลโดยตรงของประเด็นข้อพิพาท ตามหลักบรรทัดฐานของคำพิพากษาเฉพาะส่วนที่เป็น *ratio decidendi* จะผูกพันศาลในคดีหลัง ส่วน *obiter dicta* แม้จะไม่มีผลผูกพันศาลในคดีหลัง แต่ก็อาจจูงใจให้ศาลในคดีหลังคล้อยตามไปก็ได้ (เรียกว่ามี *persuasive value*).

¹⁴⁶ คดี *Brinkibon v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft MBH* [1982] 1 All E.R. 293, [1983] 1 A.C. 34.

ห่างไกลโดยระยะทางนั้นมีผลเมื่อ “ได้ส่ง” ไปโดยที่ไม่จำเป็นว่าผู้รับจะได้รับหรือไม่ หลักการเก่าแก่เกือบสองร้อยปีนี้มาจากบรรทัดฐานคดี *Adams v. Lindsell*¹⁴⁷ อาจจะรู้สึกกันว่าหลักการนี้ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ทำคำเสนอเพราะผู้เสนออาจต้องผูกพันแม้ในกรณีที่ตนไม่เคยได้รับคำสนองเลย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำสนองที่ส่งทางไปรษณีย์สูญหายไประหว่างทาง) กฎหมายอังกฤษถือว่าผู้เสนอต้องรับความเสี่ยงและหากประสงค์จะลดความเสี่ยงก็อาจกำหนดวิธีการส่งคำสนองเป็นพิเศษเสียตั้งแต่ต้น ดังเช่นในคดี *Hotwell Securities Ltd. v. Hughes*¹⁴⁸ ในคดีนี้ สัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยกำหนดให้โจทก์มีสิทธิเลือกซื้อทรัพย์สินจากจำเลย (option) ข้อสัญญากำหนดว่า “การใช้สิทธิเลือกซื้อดังกล่าวต้องกระทำโดยการแจ้งให้ [จำเลย] ทราบเป็นหนังสือในเวลาใดภายในหกเดือนนับแต่วันทำสัญญานี้” (“exercisable by notice in writing to the defendant at any time within six months from the date hereof ...” โจทก์ (โดยทนายความของโจทก์) มีหนังสือบอกกล่าวให้จำเลยทราบว่าโจทก์ประสงค์จะใช้สิทธิดังกล่าว หนังสือดังกล่าวส่งไปโดยทางไปรษณีย์แต่ไม่ถึงจำเลย ต่อมาระยะเวลาหกเดือนล่วงพ้นไปแล้ว โจทก์ฟ้องบังคับให้จำเลยขายทรัพย์สินให้โจทก์ตามสัญญาโดยอ้าง Postal Rule ศาลพิพากษาว่า Postal Rule ไม่ใช้บังคับในคดีนี้เนื่องจากคำว่า “Notice ... to” ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้เสนอว่าผู้เสนอประสงค์ให้คำสนองต้องมาถึงผู้เสนอ

3. คู่สัญญาที่มีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย (Intention to create legal relations)¹⁴⁹

ในระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ ความมุ่งหมายในการก่อนิติสัมพันธ์เป็นองค์ประกอบในการก่อให้เกิดสัญญาเช่นเดียวกัน ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป โดยดูจากแนวคำพิพากษาของศาลเป็นตัวอย่าง เช่น คดี *Balfour V. Balfour*¹⁵⁰ คดีนี้เป็นคดีระหว่างสามีภรรยา ซึ่งไปทำงานที่ศรีลังกา และได้เดินทางกลับมาเยี่ยมบ้านที่ประเทศอังกฤษ เมื่อครบกำหนดที่จะต้องเดินทางกลับประเทศศรีลังกา สามีก็บอกกลับภรรยาว่าภรรยาไม่ต้องกลับไปทำงานที่ประเทศศรีลังกา ให้อยู่ที่ประเทศอังกฤษโดยสามีจะจ่ายเงินให้ ต่อมาปรากฏว่าสามีไม่ยอมจ่ายเงินดังกล่าวให้ภรรยา ภรรยาจึงไปฟ้องต่อศาล ศาลอังกฤษตัดสินว่าการที่สามีตกลงกับภรรยาดังกล่าวนั้นไม่มี Intention to create legal relations ถือว่าสามีไม่มีเจตนาจะก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย จึงไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

แต่ในคดีระหว่าง *Meritt V. Meritt*¹⁵¹ ซึ่งเป็นคดีระหว่างสามีภรรยาเช่นเดียวกัน คดีนี้สามีจะทิ้งภรรยาไปอยู่กับหญิงอื่น ภรรยาจึงขอตกลงกับสามีว่าบ้านที่สามีนำไปจำนองกับธนาคาร ภรรยา

¹⁴⁷ คดี *Adams v. Lindsell* [1818] B & Ald 681.

¹⁴⁸ คดี *Hotwell Securities Ltd. v. Hughes* [1974] 1 All E.R. 161 (CA).

¹⁴⁹ ฌ็องฟร็องส์ โปษกะบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 50-51.

¹⁵⁰ คดี *Balfour V. Balfour* [1919].

¹⁵¹ คดี *Meritt V. Meritt* [1970].

จำนำเงินไปไถ่ถอนและให้สามีโอนมาให้เป็นชื่อของภรรยาและบุตร ปรากฏว่าภายหลังจากการไถ่ถอน จำนองแล้วสามีไม่ปฏิบัติตามสัญญา ภรรยาจึงไปฟ้องต่อศาล ศาลอังกฤษตัดสินว่าสามีจะต้องผูกพันตาม ข้อตกลงดังกล่าว เพราะมีผลผูกพันในทางกฎหมายระหว่างสามีภรรยาแล้ว

กล่าวโดยสรุปคือคดีที่ยกมาเป็นตัวอย่างทำให้เห็นบรรทัดฐานของศาลอังกฤษว่าศาล จะพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป ถ้าเรื่องใดคู่กรณีต่างมีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันทาง กฎหมายจริงๆ แล้ว ก็จะตัดสินให้มีผลผูกพันกันได้ตามเจตนา แต่ถ้าเป็นการพูดเล่นๆ หรือไม่ตั้งใจจะ ผูกพันกันตามกฎหมาย ศาลก็จะไม่บังคับให้

4. “สิ่งตอบแทน” (Consideration)¹⁵²

ในกฎหมายสัญญาของอังกฤษและประเทศในระบบ Common Law “ถ้าพึงแต่เจตนา สอดคล้องตรงกันอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะทำให้ฝ่ายใดบังคับสัญญาเอาจากอีกฝ่ายหนึ่งได้ หากจะบังคับ สัญญาได้ ฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับสัญญาต้องแสดงว่าได้ให้สิ่งที่กฎหมายเรียกว่า consideration แก่อีกฝ่าย หนึ่งด้วย” คงมีข้อยกเว้น เฉพาะแต่สัญญาที่ทำตามแบบพิธีที่มีการลงตราอย่างเป็นทางการ ซึ่งเรียกกันว่า contract under seal เท่านั้นที่ไม่ต้องอาศัย Consideration เป็นองค์ประกอบของการบังคับสัญญา แต่ทว่า contract under seal มีอยู่น้อยมากเดิมที สัญญาที่ทำกันนั้นล้วนเป็นสัญญาทั่วไป (not under seal) แทบทั้งสิ้น จึงกล่าวกันเป็นหลักทั่วไปว่าสัญญาตามระบบ Common Law ต้องมี Consideration จึงจะทำให้ สัญญา มีผลบังคับกันระหว่างคู่สัญญา

หลักกฎหมายเรื่อง Consideration เป็นหลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษและของ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) Consideration คือ “สิ่งตอบแทน” ที่ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำให้คำสัญญา (Promise) ของอีกฝ่ายหนึ่งใช้บังคับได้ (Enforceable) ในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ การบังคับสัญญากันได้หรือไม่ (Enforceability) มิได้ ขึ้นอยู่กับว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนกัน แต่ในกฎหมายสัญญาของอังกฤษและของ ประเทศในระบบ Common Law นั้น ฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับสัญญาต้องให้สิ่งตอบแทน (Consideration) แก่อีกฝ่ายหนึ่งด้วย มิฉะนั้นจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ สัญญาที่ทำกันระหว่าง คู่กรณีโดยที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งให้สิ่งตอบแทนแก่อีกฝ่ายหนึ่งโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งนั้นมิได้ให้สิ่งตอบแทนแก่ ฝ่ายแรกนั้นเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยชอบ แต่หากมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้ให้สิ่งใด ตอบแทนฝ่ายแรกก็ไม่สามารถจะฟ้องร้องบังคับเอาจากฝ่ายแรกได้เลย เช่น การที่ ก. ตกลงก่อสร้างบ้านให้ ข. โดยไม่คิดค่าจ้าง หาก ก. ไม่ดำเนินการก่อสร้างบ้านให้ ข. ตามที่ได้ตกลงไว้ ข. ก็ไม่สามารถ ฟ้องร้องบังคับตามสัญญาได้เลย

¹⁵² พินัย ณ นคร, กฎหมายเปรียบเทียบ : หน่วยที่ 6 หลักกฎหมายเกี่ยวกับ Consideration (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2553), หน้า 1-30.

อย่างไรก็ตาม ต้องกล่าวเพื่อความชัดเจนว่า Consideration มิใช่องค์ประกอบของการเกิดสัญญา (Formation of Contract) แต่เป็นสิ่งที่ทำให้สัญญามีผลบังคับกันได้ สัญญาที่ทำกันระหว่างคู่กรณี โดยที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งให้สิ่งตอบแทนแก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งนั้นมิได้ให้สิ่งตอบแทนแก่ฝ่ายแรก นั้นเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยชอบหากเกิดจากคำเสนอคำสนองที่ถูกต้องตรงกันและคู่สัญญาทุกฝ่ายมีเจตนาผูกพันสัมพันธต่อกัน แต่หากฝ่ายที่ตกลงจะปฏิบัติการใด ไม่ปฏิบัติการนั้น อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้ให้สิ่งใดตอบแทนฝ่ายแรกก็ไม่สามารถจะฟ้องร้องบังคับให้ฝ่ายแรกปฏิบัติการนั้นหรือเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายแรกไม่ปฏิบัติการนั้นได้เลย แต่หากฝ่ายแรกได้ปฏิบัติการตามที่ได้ตกลงไว้แล้วก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติตามสัญญาที่ถูกต้องเนื่องจากสัญญาได้เกิดขึ้นโดยชอบตั้งแต่แรก ฝ่ายที่ได้ปฏิบัติการนั้นไปแล้วจะเรียกเอาสิ่งที่ได้ปฏิบัติไปแล้วคืนไม่ได้ เช่น การที่ ก. ตกลงก่อสร้างบ้านให้ ข. โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย หาก ก. ไม่ดำเนินการก่อสร้างบ้านให้ ข. ตามที่ได้ตกลงไว้ ข. ก็ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับตามสัญญาได้ แต่หาก ก. ดำเนินการก่อสร้างบ้านให้ ข. ตามที่ได้ตกลงแล้ว ก. จะรื้อถอนบ้านหลังนั้นคืนจาก ข. โดยอ้างว่าไม่เคยมีสัญญาต่อกันไม่ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากสัญญาระหว่าง ก. และ ข. เกิดขึ้นโดยชอบโดยการที่มีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน โดยที่ทั้ง ก. และ ข. มีเจตนาที่จะผูกพันสัมพันธต่อกันนั่นเอง

ปัจจุบันได้มีการนิยามคำว่า Consideration เสียใหม่โดยปรากฏในคดี *Dunlop v. Selfridge*¹⁵³ ซึ่งศาลอังกฤษนิยามคำว่า Consideration ว่าเป็น “ราคา” (Price) ซึ่งฝ่ายที่รับคำสัญญาชำระให้แก่ฝ่ายที่ให้คำสัญญา ทั้งนี้ ฝ่ายที่รับคำสัญญาต้องชำระ “ราคา” โดย “การกระทำการหรือการงดเว้นการกระทำการใดการหนึ่ง หรือสัญญาว่าจะกระทำการหรือจะงดเว้นการกระทำการ” จะเห็นว่า Consideration มี 4 รูปแบบ คือ (1) การกระทำการ (2) การงดเว้นการกระทำการ (3) การสัญญาว่าจะกระทำการ และ (4) การสัญญาว่าจะงดเว้นการกระทำการ เราเรียก Consideration ใน 2 รูปแบบแรกว่า executed consideration เพราะเป็นการกระทำที่ต้องกระทำในขณะที่มีการให้คำสัญญาเลย และเรียก consideration ใน 2 รูปแบบหลังว่า executory consideration เพราะยังไม่ได้กระทำการนั้นแต่สัญญาว่าจะกระทำการนั้นในภายหลัง ดังนั้น เมื่อ ก. จ้าง ข. สร้างสระว่ายน้ำโดยชำระค่าจ้างให้ ข. ในวันทำสัญญา และ ข. ตกลงจะเริ่มงานก่อสร้างใน 1 สัปดาห์ข้างหน้า ก็ถือได้ว่า consideration ของ ก. ที่ให้แก่ ข. (การให้เงินแก่ ข.) เป็น executed consideration และ consideration ของ ข. ที่ให้แก่ ก. (สัญญาว่าจะสร้างสระว่ายน้ำ) เป็น executory consideration

“สิ่งตอบแทน” Consideration จะต้องมียุทธปัจจัยประกอบที่เป็นสาระสำคัญ 4 ข้อ ดังต่อไปนี้

1. “สิ่งตอบแทนต้องมาจากฝ่ายที่ประสงค์บังคับสัญญา” (Consideration must move from the promisee)

¹⁵³ คดี *Dunlop v. Selfridge* [1915] AC 847.

ตาม “ทฤษฎีเจรจาต่อรองแลกเปลี่ยนผลประโยชน์” (Bargain Theory) consideration จะต้องมาจากฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับสัญญาเอง ไม่ใช่มาจากบุคคลภายนอก ดังนั้น ในคดี *Price v. Easton*¹⁵⁴ จำเลยสัญญากับ ก. ที่จะจ่ายเงินตอบแทนให้โจทก์หาก ก. กระทำการอย่างหนึ่งให้จำเลยและต่อมา ก. ได้กระทำการนั้นแต่จำเลยไม่จ่ายเงินให้โจทก์ตามสัญญา โจทก์ไม่สามารถฟ้องให้จำเลยชำระเงินได้ ทั้งนี้เพราะ consideration ในรูปของการทำางานที่ระบุในสัญญานั้นไม่ได้มาจากโจทก์ซึ่งเป็นฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับสัญญา หากแต่มาจาก ก. ซึ่งมีได้เป็นผู้ที่ฟ้องบังคับสัญญา

2. “สิ่งตอบแทนต้องไม่เป็นอดีต” (Consideration must not be past)

สิ่งตอบแทนที่เสนอแก่กันนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในเวลาที่ทำสัญญาเป็นต้นไป มิใช่สิ่งที่ผ่านไปแล้วในอดีต การกระทำการหรืองดเว้นการกระทำก่อนเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นเป็นเพียง past consideration และ ไม่สามารถเป็น consideration ที่ทำให้สัญญามีผลบังคับได้ คงจะต้องยกคดีหนึ่งที่พอจะเข้าใจหลักนี้ได้ คดีนี้ก็คือนคดี *Eastwood v. Kenyon*¹⁵⁵ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าเมื่อบิดาเสียชีวิต ฆาราทซึ่งยังอยู่ในวัยเยาว์เป็นทายาทผู้สืบมรดกคนเดียว โจทก์ได้เลี้ยงดูและปกครองฆาราทมาโดยตลอด โดยได้ออกค่าใช้จ่ายเพื่อการศึกษาของฆาราทและเพื่อประโยชน์แก่ทรัพย์สินมรดก เมื่อฆาราทบรรลุนิติภาวะแล้ว ฆาราทได้สัญญาที่จะจ่ายเงินคืนให้โจทก์ ต่อมาเมื่อฆาราทได้สมรสกับจำเลย จำเลยก็ได้สัญญาที่จะจ่ายเงินให้โจทก์ด้วยเช่นกัน โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้จ่ายเงินตามสัญญาโดยอ้างว่าหน้าที่ทางศีลธรรมเป็น consideration สำหรับคำสัญญาของจำเลย ศาลได้ยกฟ้องคดีของโจทก์เนื่องจากการที่โจทก์ได้เลี้ยงดูฆาราทนั้นเป็นเหตุการณ์ในอดีต จึงเป็นเพียง past consideration คำสัญญาดังกล่าวนี้เป็นเพียงการแสดงความสำนึกในบุญคุณหรือในความกรุณาของโจทก์เท่านั้น

อีกคดีหนึ่งคือ คดี *Re McArdle*¹⁵⁶ บรรดาบุตรของเจ้ามรดกมีสิทธิในโรงเรียนของบิดาในฐานะทายาทตามพินัยกรรม พินัยกรรมกำหนดให้ทายาทเหล่านี้รับโรงเรียนภายหลังจากที่มารดาเสียชีวิตไปแล้ว บุตรคนหนึ่งและ ก. (ภรรยา) ได้อาศัยอยู่ในโรงเรียนดังกล่าวกับมารดาในระหว่างที่มารดายังมีชีวิตอยู่ ก. ได้ออกค่าใช้จ่ายปรับปรุงโรงเรียน ต่อมา บรรดาบุตรผู้เป็นทายาททุกคนได้เซ็นเอกสารยินยอมให้ผู้จัดการมรดกจ่ายเงินให้ ก. จำนวน £488 เป็นการตอบแทนการที่ ก. ได้ออกค่าใช้จ่ายปรับปรุงทรัพย์สินโรงเรียน ศาลพิพากษาว่า ก. ไม่สามารถบังคับคำสัญญาของบรรดาทายาทเหล่านั้นได้ เนื่องจากการปรับปรุงโรงเรียนเกิดขึ้นก่อนที่บรรดาทายาทได้เซ็นตกลงให้ค่าตอบแทนแก่ ก.¹⁵⁷

¹⁵⁴ คดี *Price v. Easton* [1833] 4 B & Ad 433.

¹⁵⁵ คดี *Eastwood v. Kenyon* [1840] 11 Ad & El 438.

¹⁵⁶ *Re McArdle* [1951] 1 All E.R. 905.

¹⁵⁷ นอกจากนี้ คดี *Hunt v. Bate* (1568) 3 Dyer 272a การที่จำเลยได้สำนึกในความกรุณาของโจทก์ที่ได้ประกันตัวลูกจ้างของโจทก์ออกมา และต่อมาจำเลยได้ให้สัญญาต่อโจทก์ว่าจะชดใช้ค่าใช้จ่ายที่

3. “สิ่งตอบแทนไม่จำเป็นต้องมีค่าเท่ากัน” (Consideration need not be adequate, but must have some value)

ตาม Common Law คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องให้ consideration แก่กันและกัน แต่ศาลจะไม่ก้าวล่วงไปพิจารณาว่าสิ่งที่แต่ละฝ่ายให้หรือตกลงจะให้ตอบแทนกันนั้นมีความเท่าเทียมกันหรือไม่ ศาลถือว่าการพิจารณาว่าสิ่งตอบแทนที่ให้แก่กันนั้นคุ้มค่าหรือไม่เป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของแต่ละฝ่าย ซึ่งมีความเป็นอัตวิสัย (subjective) หากศาลก้าวล่วงไปพิจารณาในเรื่องนี้ก็จะเป็นการตัดสินใจแทนคู่กรณีไปเสีย หลักการนี้มีมาตั้งแต่สมัย *assumpsit* แล้ว คดีแรกเริ่มที่มักจะอ้างกันมากเมื่อกล่าวถึงหลักนี้คือคดี *Sturlyn v. Albany*¹⁵⁸ แต่หากจะศึกษาคดีในศตวรรษที่ 20 ก็มีหลายคดี เช่น คดี *Chappell & Co. Ltd. v. Nestlé Co. Ltd.*¹⁵⁹ ซึ่งบริษัท Nestlé ตกลงจะให้แผ่นเสียงแก่ผู้ที่ส่งกระดาดห่อช็อคโกแลต 3 ชิ้นพร้อมด้วยเงินจำนวนเพียง 1 ชิลลิงกว่า House of Lords ตัดสินว่าการส่งกระดาดห่อช็อคโกแลตนั้นเป็น consideration (แม้จะมีมูลค่าน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับมูลค่าของแผ่นเสียง)

4. “สิ่งตอบแทนจะต้องเป็นการเพียงพอ” (Consideration must be sufficient)

แม้หลัก Common Law จะถือว่า consideration ไม่จำเป็นต้องมีค่าทัดเทียมกัน

โจทก์ได้ใช้ไปในการประกันครั้งนั้น โจทก์ไม่สามารถเรียกร้องเอาจากจำเลยได้เนื่องจากการประกันตัวลูกจ้างของจำเลยเป็นเพียง past consideration

¹⁵⁸ (1587) Cro Eliz 67 ในคดีนี้ ผู้รับโอนสิทธิการเช่าจากผู้เช่าเดิมตกลงจะจ่ายค่าเช่าให้ผู้ให้เช่าตาม que ผู้ให้เช่าเรียกร้องหากผู้ให้เช่าสามารถนำตราสารที่เป็นหลักฐานแห่งหนี้และหนังสือการเช่ามาแสดงต่อผู้รับโอนสิทธิการเช่า เมื่อผู้ให้เช่าได้นำตราสารและหลักฐานดังกล่าวมาแสดง ผู้รับโอนสิทธิปฏิเสธที่จะจ่ายค่าเช่าโดยต่อว่าคำสัญญาของตนไม่สามารถบังคับได้เพราะผู้ให้เช่าไม่ได้ให้ consideration แก่ตน และการนำตราสารตลอดจนหลักฐานเหล่านั้นมาแสดงมิใช่สิ่งที่มีค่าเพียงพอที่จะเป็น consideration ตามกฎหมายได้ ศาลพิพากษาว่า เมื่อโจทก์จะทำการใด สิ่งนั้นจะไม่เป็นสิ่งที่เล็กน้อย (ในสายตาของกฎหมาย) เลย สิ่งนั้นย่อมเป็น consideration ที่เพียงพอที่จะฟ้องร้องได้เสมอ (“where a thing is to be done by the plaintiff, be it never so small, this is a sufficient consideration to ground an action.”)

นอกจากนี้ คดี *Thomas v. Thomas* (1842) 2 QB 851 คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าในระหว่างที่สามียังมีชีวิตอยู่นั้น สามีได้แสดงความประสงค์ให้ภรรยาของตนอาศัยอยู่ในโรงเรือนของสามีได้โดยให้เสียค่าตอบแทนเพียงปีละ £1 เมื่อสามีมรณะลง ผู้จัดการทรัพย์สินของสามีจึงได้ตกลงให้ภรรยาอาศัยอยู่ในโรงเรือนของสามีได้โดยให้เสียค่าตอบแทนเพียงปีละ £1 ข้อตกลงนี้เป็นข้อตกลงที่ใช้บังคับได้ แม้ consideration จะมีน้อยเพียงใด ศาลก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุที่จะทำให้ข้อตกลงบังคับกันไม่ได้

¹⁵⁹ คดี *Chappell & Co. Ltd. v. Nestlé Co. Ltd.* [1960] AC 87, [1959] 2 All E.R. 701 (H.L.).

แต่ศาลก็ได้วางหลักหลายหลักที่ว่าสิ่งบางสิ่งไม่เพียงพอที่จะเป็น consideration ในสายตาของกฎหมายได้ ที่สำคัญพอจะสรุปได้ดังนี้

1) การปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติอยู่แล้วตามกฎหมาย

เนื่องจากคู่สัญญาต้องให้สิ่งใดแลกเปลี่ยนกัน การปฏิบัติหน้าที่ที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายจึงมิใช่สิ่งตอบแทนใหม่อันใดเลย ศาลจึงไม่ถือว่าเป็น Consideration ที่ทำให้คำสัญญาบังคับกันได้ อันที่จริงแล้ว ถ้าจะวิเคราะห์จาก Bargain Theory แล้วก็จะเข้าใจหลักนี้ดี หลักดังกล่าวนี้ปรากฏจากหลายคดี เช่นคดี *Collins v. Godefroy*¹⁶⁰ ศาลตัดสินว่าการที่โจทก์มาเป็นพยานในศาลให้จำเลยตามหมายเรียกของศาลไม่เป็น consideration เพราะเป็นหน้าที่ที่โจทก์มีตามกฎหมายอยู่แล้ว (กล่าวคือ เมื่อศาลมีหมายเรียกผู้ใดให้มาเป็นพยาน ผู้นั้นก็มีหน้าที่ต้องมาเป็นพยาน) แม้จำเลยตกลงจะจ่ายเงินให้โจทก์เป็นการตอบแทน จำเลยก็หาไม่มีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทนตามที่ตกลงไม่¹⁶¹

2) การปฏิบัติหน้าที่หรือชำระหนี้ตามสัญญาที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ในทำนองเดียวกันกับการปฏิบัติหน้าที่ที่มีอยู่แล้วตามกฎหมาย การปฏิบัติหน้าที่ที่มีอยู่แล้วตามสัญญาก็ไม่ถือว่าเป็น consideration ตามกฎหมาย เช่น ในคดี *Stilk v. Myrick*¹⁶² ลูกเรือสองคนได้ผลจากการปฏิบัติงานในเรือ กับต้นจึงตกลงจะจ่ายค่าจ้างเพิ่มขึ้นให้ลูกเรือที่เหลืออยู่หากลูกเรือยังคงอยู่ปฏิบัติงานในเรือต่อไป ลูกเรือจึงเรียกร้องเงินดังกล่าว ศาลพิพากษาว่าการปฏิบัติงานในเรือเป็นหนี้ตามสัญญาที่มีอยู่ก่อนแล้ว จึงมิใช่เป็น consideration หากจะเป็น consideration ได้ ก็ต้องมีเหตุการณ์หรือเหตุฉุกเฉินถึงขนาดที่ลูกเรือต้องอยู่ปฏิบัติงานเพิ่มขึ้นอย่างมากโดยที่สัญญาจ้างไม่ได้คาดหมายให้ลูกเรือต้องปฏิบัติถึงขนาดนั้น (ในกรณีนี้ การปฏิบัติงานเพิ่มขึ้นอย่างมาเช่นนั้นมิใช่หนี้ตามสัญญาที่มีกันอยู่ก่อน) แต่ในคดีนี้ การที่ต้องทำงานหนักขึ้นเนื่องจากลูกเรือสองคนผละออกจากงานไป เป็นเพียงเหตุฉุกเฉินธรรมดาที่สัญญาจ้างมุ่งหมายให้ลูกเรือต้องอยู่ปฏิบัติหน้าที่นั้นอยู่แล้ว¹⁶³

¹⁶⁰ คดี *Collins v. Godefroy* [1831] 1 B & Ad 950.

¹⁶¹ นอกจากนี้ ดูคดี *Glasbrook Brothers v. Glamorgan County Council* [1925] AC 270 เกิดการนัดหยุดงานและเหตุโกลาหลในเมือง เจ้าของเมืองจึงขอให้ตำรวจมารักษาความปลอดภัยในเมือง ตำรวจเห็นว่าการจัดกำลังรักษาการณ์โดยปกติเป็นการรักษาความปลอดภัยที่เพียงพอตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เจ้าของเมืองขอให้เจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่รักษาการณ์ประจำอยู่ที่เมืองโดยตรงโดยจะจ่ายค่าตอบแทนให้ ศาลพิพากษาว่าการอยู่คุ้มกันหรือรักษาความปลอดภัยถึงขนาดนั้นเป็นการกระทำที่เกินไปจากระดับการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย จึงเป็น consideration ที่ตำรวจจะเรียกร้องค่าตอบแทนได้จากเจ้าของเมืองได้

¹⁶² คดี *Stilk v. Myrick* [1809] 2 Camp 317.

¹⁶³ กรณีที่มีเหตุฉุกเฉินในลักษณะดังกล่าว ดูคดี *Hartley v. Ponsonby* (1857) 7 E&B 872 เป็นต้น

เมื่อก้าวถึงเรื่องการปฏิบัติหน้าที่หรือหนี้ที่มีอยู่แล้วตามสัญญา ก็จะต้องกล่าวถึงคดีที่น่าสนใจมากคดีหนึ่ง คือคดี *Williams v. Roffrey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd.*¹⁶⁴ ในคดีนี้ผู้รับเหมาทำสัญญากับผู้ว่าจ้างเพื่อปรับปรุงแฟลต 27 หลัง สัญญาก่อสร้างมีข้อสัญญาให้ผู้รับจ้างเป็นจำนวนเงินสูงมากหากงานที่รับเหมาไม่เสร็จตามเวลา ผู้รับเหมาได้จ้างผู้รับเหมาช่วง (sub-contractor) เพื่อทำงานไม้ โดยตกลงจ่ายค่าจ้างเป็นเงิน £20,000 (ทั้งนี้ มิได้ระบุว่าจ่ายกันตามอัตราปริมาณงานที่ทำสำเร็จ) หลังจากผู้รับเหมาช่วงทำงานที่รับเหมาช่วงเสร็จไปในแฟลต 9 หลังแล้วก็มีปัญหาทางการเงินซึ่งมีสาเหตุจากการควบคุมงานไม่ดีและการคำนวณราคารับเหมาต่ำเกินไปด้วยความผิดพลาด ผู้รับเหมาเกรงว่าผู้รับเหมาช่วงจะทำงานที่รับเหมาช่วงไปไม่เสร็จ จึงตกลงจ่ายเงินให้ผู้รับเหมาช่วงอีก £10,300 โดยตกลงจ่ายกันตามอัตรางานที่ทำสำเร็จ ซึ่งกำหนดเป็นอัตรา £575 ทุกๆ แฟลตที่ผู้รับเหมาช่วงทำงานเสร็จ ต่อมาผู้รับเหมาบอกจ่ายเงินให้ผู้รับเหมาช่วงตามที่ได้ตกลงกัน ผู้รับเหมาช่วงจึงฟ้องให้ผู้รับเหมาชำระหนี้ ผู้รับเหมาต่อสู้ว่าผู้รับเหมาช่วงไม่ได้ให้ consideration ตอบแทนค่าสัญญาจ่ายเงินเพิ่ม (โดยอ้าง *Stilk v. Myrick* เป็นบรรทัดฐาน) ศาลพิพากษาว่าผู้รับเหมาช่วงได้ให้ consideration แก่ผู้รับเหมาแล้ว ศาลเห็นว่าผู้รับเหมาได้รับประโยชน์จากผู้รับเหมาช่วง ประโยชน์ดังกล่าวก็คือการที่ผู้รับเหมาไม่ต้องเสียค่าปรับตามสัญญาก่อสร้างที่ทำกับผู้ว่าจ้างชั้นต้นในกรณีทำงานไม่เสร็จตามสัญญา

อันที่จริงแล้ว หากจะวิเคราะห์หลัก consideration ดังเดิมโดยยึดถือบรรทัดฐานคดี *Stilk v. Myrick* อย่างเคร่งครัดแล้ว จะเห็นว่าผู้รับเหมาช่วงในคดีนี้มีได้ให้สิ่งตอบแทนอันใดใหม่แก่ผู้รับเหมาเลย การที่ศาลพยายามที่จะหาสิ่งที่ดูเหมือนจะเป็น “ประโยชน์ทางอ้อม” มาเป็น Consideration ในคดีนี้จึงเสมือนกับการยกเลิกหรือไม่ยึดถือหลักดังเดิมนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาคดีนี้ ศาลยังยืนยันว่าหลักกฎหมายในคดี *Stilk v. Myrick* ยังเป็นบรรทัดฐานที่ใช้บังคับอยู่ แต่โดยเนื้อหาแล้ว เห็นได้ชัดว่าคำพูดดังกล่าวไม่ค่อยจะเป็นความจริงนัก คดีนี้จึงแสดงถึงความเสื่อมคลายของหลัก consideration ได้เป็นอย่างดี จึงชวนให้คิดว่าหากในอนาคตศาลอังกฤษพิพากษาไปในแนวทางนี้อยู่บ่อยครั้ง หลัก consideration จะหายไปจาก common law หรือไม่ (ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็จะมิผลว่าสัญญาบังคับกันได้โดยอาศัยหลักเจตนาเป็นสำคัญดังเช่นหลักกฎหมายสัญญาของประเทศระบบชีวิตลอร์นั่นเอง)¹⁶⁵

3) การประนอมหนี้โดยการตกลงชำระหนี้จำนวนน้อยกว่าจำนวนตามสัญญา

ในกรณีที่ลูกหนี้ประนอมหนี้กับเจ้าหนี้โดยตกลงว่าเมื่อเจ้าหนี้รับชำระหนี้จำนวนน้อยกว่าตามสัญญาแล้ว ถือว่าเป็นการชำระเต็มจำนวนตามสัญญา หากต่อมาเจ้าหนี้ยังเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ส่วนที่เหลือ ลูกหนี้จะอ้างว่าหนี้ระงับแล้วโดยสัญญาประนอมหนี้ไม่ได้ ทั้งนี้ ศาลเคยพิพากษาว่า

¹⁶⁴ คดี *Williams v. Roffrey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd.* [1990] 1 All E.R. 512 (CA).

¹⁶⁵ ใน Letter of Credit (irrevocable credit) ศาลกล่าวว่าสัญญาทางธุรกิจที่ไม่ต้องอาศัย consideration การตัดสินใจเช่นนี้ก็อาจเป็นจุดเริ่มว่าในอนาคตความเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจจะทำให้หลัก consideration เสื่อมคลายลงเรื่อยๆ ก็เป็นไปได้

การชำระหนี้จำนวนน้อยกว่าหนี้เดิมไม่อาจเป็น Consideration สำหรับสัญญาประนอมหนี้ได้¹⁶⁶ เว้นแต่เป็นกรณีที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้โดยมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่เป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ (some new elements) เช่น การชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่น การชำระหนี้ในสถานที่นอกเหนือจากที่ระบุในสัญญา การชำระหนี้ก่อนหนี้ถึงกำหนด ศาลเห็นว่าสิ่งใหม่ๆ เหล่านี้เป็นสิ่งที่เจ้าหนี้เล็งเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้มากกว่าการรับชำระหนี้เต็มจำนวนและศาลจะไม่ก้าวล่วงไปพิเคราะห์ว่าเป็นประโยชน์ที่คุ้มค่ากันหรือไม่¹⁶⁷

4) การชำระหนี้ให้บุคคลภายนอกโดยที่มีความผูกพันตามสัญญาให้ต้องชำระอยู่แล้ว

มีบรรทัดฐานจากคดีหลายคดีว่าการชำระหนี้ให้บุคคลภายนอกโดยที่ผู้ชำระมีความผูกพันตามสัญญาต้องชำระอยู่แล้วเป็น Consideration ได้ เช่น ในคดี *Shadwell v. Shadwell*¹⁶⁸ หลานได้หมั้นกับคู่หมั้นอยู่แล้ว (ในสมัยนั้น คู่หมั้นมีหน้าที่ตามสัญญาต้องแต่งงานกับคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง) ต่อมาลุงเขียนจดหมายถึงหลานตกลงว่าหากหลานแต่งงานตามที่ได้หมั้นไว้ก็จะจ่ายเงินให้หลานปีละ 150 ปอนด์ จนกว่าหลานจะมีรายได้ ศาลตัดสินว่าหลานเรียกร้องให้ลุงชำระเงินตามสัญญาได้ การที่หลานแต่งงานกับคู่หมั้น (ซึ่งเป็นการชำระหนี้ตามสัญญาที่มีกับบุคคลภายนอก) เป็น consideration สำหรับคำสัญญาของลุงนั่นเอง¹⁶⁹

อย่างไรก็ตาม หลัก Consideration เป็นเพียงหลักทั่วไป ฝ่ายที่ไม่ได้ให้ Consideration แก่อีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถฟ้องบังคับคำสัญญาได้ ต่อมาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ศาลอังกฤษได้สร้าง “หลักกฎหมายปิดปากในการให้คำสัญญา” (Promissory Estoppel) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอ็กควิตี้ (Equitable Rule) เพื่อผ่อนคลายนัยหลัก Common Law และเป็นดุลพินิจของศาลที่จะยกหลักกฎหมายปิดปากในการให้คำสัญญาขึ้นมา และศาลจะยกหลักดังกล่าวในพฤติการณ์ที่ศาลเห็นว่าการยอมให้ฝ่ายที่ให้คำสัญญาถ่วงคำสัญญาจะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความไม่เป็นธรรมอย่างมากเท่านั้น ในพฤติการณ์เช่นนั้นศาลจึง “ปิดปาก” มิให้ฝ่ายที่ให้คำสัญญาถ่วงคำสัญญาโดยอ้างว่าอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ให้ Consideration ใดแก่ตน

¹⁶⁶ คดี *Pinnel's Case* [1602] 5 Co. Rep. 117a.

¹⁶⁷ แต่การชำระหนี้จำนวนน้อยกว่าด้วยเช็คไม่ถือว่าเป็นการให้สิ่งใหม่ที่เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ จึงไม่เป็น consideration: คดี *D & C Builders Ltd. v. Rees* [1966] 2 Q.B. 617 (CA).

¹⁶⁸ คดี *Shadwell v. Shadwell* [1860] 9 CBNS 159.

¹⁶⁹ นอกจากนี้ คดี *Scotson v. Pegg* (1861) 6 H & N 295; *The Eurymedon (New Zealand Shipping Co. v. AM Satterthwaite & Co.)* [1974] 1 All E.R. 1015 และ *Pao On v. Lau Yiu Long* [1980] AC 614, [1979] 3 All E.R. 65.

ศาลอังกฤษได้สร้างหลักกฎหมายปิดปากขึ้นซึ่งมีที่มาจากคดี *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*¹⁷⁰ (ซึ่งมักเรียกสั้นๆ กันว่าคดี *High Trees*) ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่าในปี ค.ศ. 1939 โจทก์ให้อำนาจเช่าแฟลตโดยคิดค่าเช่ารายปี ปีละ 2,500 ปอนด์ ต่อมาในปี ค.ศ. 1940 ซึ่งเป็นช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ผู้คนประสบวิกฤติทางการเงินอย่างหนักและไม่ค่อยมีผู้เช่าโรงเรือน โจทก์ตกลงเป็นหนังสือลดค่าเช่าให้อำนาจเช่าหนึ่งปีเป็นปีละ 1,250 ปอนด์ โดยไม่กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนว่าการลดค่าเช่าครั้งหนึ่งนั้นมีระยะเวลาเท่าใด แต่พอจะตีความได้ว่าโจทก์ประสงค์ให้มีผลชั่วคราวเท่านั้น โดยประสงค์จะกลับมาเรียกค่าเช่าอัตราเดิมเมื่อสงครามสงบ ในช่วงสงครามจำเลยจึงชำระค่าเช่าในอัตราปีละ 1,250 ปอนด์ ตลอดมา ต่อมาในปี ค.ศ. 1945 สงครามก็สงบลง แฟลตจึงมีผู้เช่าตามปกติอีกครั้ง ผู้จัดการทรัพย์สินของโจทก์จึงบอกกล่าวเรียกให้อำนาจชำระค่าเช่าในอัตราเดิม คืออัตราปีละ 2,500 ปอนด์ โดยเรียกร้องให้ชำระค่าเช่าอัตราดังกล่าวย้อนหลังไปจนถึงช่วงก่อนการบอกกล่าวด้วย

เมื่อข้อตกลงใหม่ที่ลดค่าเช่าให้นั้นมีผลชั่วคราวตลอดระยะเวลาที่ยังมีสงคราม โจทก์จึงมีสิทธิบอกกล่าวให้อำนาจชำระค่าเช่าในอัตราเดิมได้เสมือนนับแต่ที่ได้บอกกล่าว จำเลยจึงต้องชำระค่าเช่าอัตราเดิมเมื่อโจทก์ให้คำบอกกล่าวเช่นนั้น ปัญหาที่มีอยู่ว่าโจทก์จะเรียกร้องให้อำนาจชำระค่าเช่าอัตราเดิมระหว่างเวลาก่อนที่จะบอกกล่าวโดยอ้างว่าคำสัญญาลดค่าเช่าไม่มีผลบังคับเนื่องจากจำเลยไม่ได้ให้ Consideration แก่โจทก์ได้หรือไม่ แม้จะเห็นได้ชัดว่าจำเลยมิได้ให้ Consideration อันใดตอบแทนข้อตกลงของโจทก์ที่ลดค่าเช่าให้อำนาจ แต่ Lord Denning ก็ได้นำหลัก Equity มาตัดสินคดีนี้ ให้คู่สัญญาสามารถบังคับคำสัญญาได้แม้จะไม่ได้ให้ Consideration

กล่าวโดยสรุปคือ หลักกฎหมายปิดปากในการให้คำสัญญา (Promissory Estoppel) ตามหลักนี้ คู่สัญญาสามารถบังคับคำสัญญาได้แม้จะไม่ได้ให้ Consideration แก่ฝ่ายที่ให้คำสัญญาถ้าหากปรากฏว่า มีการให้คำสัญญาที่ชัดเจน (clear and unambiguous promise) และการให้คู่สัญญาที่ให้คำสัญญากลับคำสัญญาได้จะไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับคำสัญญา เช่น ทำให้ผู้รับคำสัญญาเปลี่ยนแปลงสถานะบางอย่างอย่างมาก (alteration of position)¹⁷¹

แม้จะมีหลัก หลักกฎหมายปิดปากในการให้คำสัญญาแต่ก็เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้นและศาลก็ได้วางหลักไว้ว่า หลักกฎหมายปิดปากในการให้คำสัญญาใช้เป็นข้อต่อสู้เท่านั้น จะใช้บังคับสิทธิโดยตรง

¹⁷⁰ คดี *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* [1947] KB 130.

¹⁷¹ ส่วนหลัก Estoppel ในกรณีทั่วไปนั้นมีสาระสำคัญว่าเมื่อบุคคลได้ให้ถ้อยคำหรือคำรับรอง (Representation) แก่บุคคลอื่นแล้ว หากถ้อยคำหรือคำรับรองนั้นเป็นเท็จ ผู้ให้ถ้อยคำหรือคำรับรองจะถูกปิดปากมิให้ปฏิเสธว่าถ้อยคำหรือคำรับรองนั้นไม่เป็นความจริง หากปรากฏว่าผู้ได้รับการให้ถ้อยคำหรือผู้ได้รับคำรับรองได้เชื่อถือในความเป็นจริงของถ้อยคำหรือคำรับรองนั้นและได้กระทำการใดเนื่องจากได้เชื่อถือเช่นนั้น ซึ่งหากจะให้ผู้ให้ถ้อยคำหรือคำรับรองปฏิเสธแล้ว ผู้ได้รับการให้ถ้อยคำหรือผู้ได้รับคำรับรองจะเสียหาย

ไม่ได้ กล่าวคือ ในกรณีที่เจ้าหนี้เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ลูกหนี้สามารถนำคำสัญญาที่เจ้าหนี้ได้ให้แก่ลูกหนี้มาเป็นข้อต่อสู้เพื่อหลุดพ้นจากหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนได้ (เช่นในคดี *High Trees* หรือ *Brikom Investments* ข้างต้น) แม้ว่าลูกหนี้จะไม่ได้ให้ consideration ตอบแทนเจ้าหนี้สำหรับคำสัญญาของเจ้าหนี้ก็ตาม แต่ถ้าเป็นกรณีที่บุคคลใดได้ให้คำสัญญาแก่ผู้อื่นโดยที่ผู้รับคำสัญญานั้นมิได้ให้ consideration แก่ฝ่ายที่ให้คำสัญญา ผู้รับคำสัญญาก็จะใช้สิทธิฟ้องร้องให้ผู้ที่ให้คำสัญญาปฏิบัติตามคำสัญญานั้นโดยตรงไม่ได้ ในคดี *Combe v. Combe*¹⁷² จึงมีการกล่าวว่า หลัก หลักกฎหมายปิดปากในการให้คำสัญญา “ใช้เป็นโล่กำบัง มิใช่เป็นกระบี่” (“used as a shield and not as a sword”) ด้วยเหตุนี้ หลัก Consideration ก็ยังคงมีความสำคัญอยู่ (แต่ก็เสื่อมคลายลงไปบ้าง)¹⁷³

3.1.2 ผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอ

การก่อให้เกิดสัญญา (Formation of Contract) ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีที่เข้าทำสัญญาได้ทำคำเสนอ คำสนองต้องตรงกันทุกประการ กล่าวคือ กรณีทั้งสองฝ่ายต่างมีเจตนาต้องตรงกัน (Meeting of the minds) ในอันที่จะผูกพันกันตามคำเสนอและคำสนองของที่แต่ละฝ่ายได้ให้ไว้แก่กันนั่นเอง แต่หากผู้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอด้วยการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขของคำเสนอ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ก็ตาม ก็จะถือว่าเป็นการทำคำเสนอใหม่ (Counter-offer) ทุกกรณี

สำหรับประเทศอังกฤษ¹⁷⁴ Battle of Forms หมายถึงสงครามแบบฟอร์มซึ่งเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมักจะมีแบบฟอร์มในการติดต่อการค้าของตนเองและต่างฝ่ายต่างก็ระบุว่าให้สัญญาที่จะเกิดเป็นไปตามข้อสัญญาในแบบฟอร์มของตน ปัญหาที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปจะเกิดจากการที่แต่ละฝ่ายมิได้สนใจในการตรวจตราความแตกต่างระหว่างข้อเสนอของตนกับข้อเสนอของอีกฝ่าย และต่างฝ่ายต่างก็เชื่อและยืนยันว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาของฝ่ายตน ซึ่งตามกฎหมาย Common Law ของอังกฤษที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น หากคู่กรณีฝ่ายใดมีการทำคำเสนอโดยมีการเพิ่มเติม หรือแก้ไขข้อความในคำเสนอเดิมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ถือว่าคำเสนอเดิมนั้นตกไป ทั้งให้เป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่

¹⁷² คดี *Combe v. Combe* [1951] 1 All E.R. 767.

¹⁷³ สำหรับหลัก Promissory Estoppel ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มาตรการ 90 ของ Restatement (second) of Contract: “A Promise which the promisor should reasonably expect to introduce action or forbearance on the part of the promisee ... and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires ... ”

¹⁷⁴ พินัย ฒ นคร, หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทยในอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ อาจารย์บุญกุล ฒ นคร, หน้า 169-172.

(Counter-Offer) ดังปรากฏในคดี *Trollope & Colls Ltd v. Atomic Power Constructors Ltd.*¹⁷⁵ ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินว่า “The counter offer kills the original offer” ซึ่งหมายความว่า หากมีการทำคำเสนอโดยมีการเพิ่มเติม หรือแก้ไขข้อความในคำเสนอเดิมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ถือว่าคำเสนอเดิมนั้นตกไป ดังนั้นเมื่อข้อสัญญาในแบบฟอร์มของแต่ละฝ่ายแตกต่างกันจึงมักมีปัญหาพิพาทกันบ่อยว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่และหากเกิดขึ้นจะเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายใด

อย่างไรก็ตาม Common Law ของอังกฤษก็ได้ยึดถือหลัก Last Shot Rule (ผู้ยิงกระสุนนัดสุดท้าย) อยู่อย่างเคร่งครัด หากมีปัญหาสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) เกิดขึ้น โดยศาลจะพิจารณาว่าคู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) โดยคู่กรณีอีกฝ่ายยอมรับ คู่กรณีฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) ก็จะเป็นฝ่ายที่ชนะสงครามแบบฟอร์มนั้นและให้ถือว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในการทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer)

คดีที่ถือว่าเป็นบรรทัดฐานเรื่อง “Battle of Forms” ของอังกฤษ คือคดี *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation*¹⁷⁶ ซึ่งคดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า

ผู้ซื้อได้ติดต่อสอบถามผู้ขายเกี่ยวกับเครื่องจักรที่ตนต้องการ ในวันที่ 23 พฤษภาคม 1969 ผู้ขายจึงเสนอเครื่องจักรดังกล่าวโดยการส่งใบเสนอราคา (Price Quotation) โดยระบุให้คำเสนอเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในด้านหลังของใบเสนอราคานั้น และยังระบุด้วยว่าให้ข้อสัญญาดังกล่าว “มีผลเหนือข้อสัญญาใดๆ ที่ผู้ซื้อจะกำหนดในใบสั่งซื้อ” (“shall prevail over any terms and conditions in the Buyer’s order”) ข้อสัญญาในใบเสนอราคาดังกล่าวมีข้อสัญญาปรับราคา (Price Variation Clause หรือ Price Escalation Clause) ซึ่งให้ผู้ขายปรับราคาโดยคิดราคาที่เพิ่มขึ้นในเวลาส่งมอบโดยคำเสนอ กำหนดให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าภายใน 10 เดือน

ในวันที่ 27 พฤษภาคม 1969 ผู้ซื้อรับที่จะซื้อเครื่องจักรดังกล่าวแต่ใช้แบบฟอร์มใบสั่งซื้อของผู้ซื้อเอง ซึ่งมีข้อสัญญาที่แตกต่างจากใบเสนอราคาของผู้ขาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมิได้มีข้อสัญญาหรือเงื่อนไขที่อนุญาตให้ผู้ขายปรับราคาเครื่องจักรได้ นอกจากนี้ท้ายใบสั่งซื้อยังมีแบบตอบรับที่กำหนดให้ผู้ขายต้องลงนามและฉีกส่งกลับมายังผู้ซื้อ (tear-off acknowledge slip) ซึ่งระบุข้อความว่า “ผู้ขายยอมรับคำสั่งซื้อตามข้อสัญญาที่ปรากฏในใบสั่งซื้อนี้” (“We accept your order on the Terms and Conditions stated thereon”)

หลังจากได้รับใบสั่งซื้อแล้ว วันที่ 5 มิถุนายน 1969 ผู้ขายได้ลงนามในใบตอบรับและฉีกใบตอบรับดังกล่าวส่งไปยังผู้ซื้อ พร้อมกับแนบจดหมายของผู้ขายไปด้วยซึ่งระบุว่า “ได้รับใบสั่งซื้อแล้ว โดยคำสั่งซื้อให้เป็นไปตามใบเสนอราคาคำเสนอขายของผู้ขายลงวันที่ 23 พฤษภาคม 1969 หลังจากนั้นปรากฏว่าเมื่อมีการส่งมอบสินค้า ปรากฏว่าราคาสินค้า (เครื่องจักร) มีราคาสูงขึ้น ผู้ขายขอคิดราคาเพิ่มขึ้น

¹⁷⁵ คดี *Trollope & Colls Ltd v. Atomic Power Constructors Ltd.* [1962] 3 All ER 1035.

¹⁷⁶ *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* [1979] 1 All ER 965.

แต่ผู้ซื้อปฏิเสธชำระราคาในส่วนดังกล่าวโดยอ้างว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในคำเสนอ (Counter-Offer) ของตน

ในคดี *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation*¹⁷⁷ ศาลได้พิพากษาว่า สัญญาเกิดตามข้อสัญญาของผู้เสนอซื้อ (Counter-Offer) เนื่องจากการที่ผู้ขายได้ส่งใบตอบรับ (tear-off acknowledge slip) ไปยังผู้ซื้อเป็นการตอบรับ Counter-Offer ของผู้ซื้อแล้ว ส่วนการที่ผู้ขายแนบจดหมายไปโดยระบุว่าจะรับใบสั่งซื้อของผู้ซื้อ “ตามใบเสนอราคาที่เคยเสนอไปในวันที่ 23 พฤษภาคม 1969” มีความหมายเพียงว่าผู้ขายต้องการยืนยันราคาเดิมและเครื่องจักรอันเดิม ผู้ขายมิได้หมายถึงข้อสัญญาปรับราคาแต่อย่างใด ดังนั้น จดหมายที่ผู้ขายแนบไปจึงมิได้มีข้อความใดที่ต่างกับ Counter-Offer ของผู้ซื้อ กล่าวโดยสรุปคือ ผู้ทำ Counter-Offer ครั้งสุดท้ายโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้แย้งเป็นผู้ชนะ (The person party who sends the last counter-offer) และสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในการทำคำเสนอครั้งสุดท้ายในกรณีที่เกิดสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) ตามหลักทฤษฎี Last Shot Rule (ผู้ยิงกระสุนนัดสุดท้าย)

อย่างไรก็ตาม Common Law ของอังกฤษก็ยังไม่เป็นข้อยุติเสมอไปว่า ผู้ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) จะเป็นฝ่ายที่ชนะในกรณีที่เกิดสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) เสมอไป ศาลอังกฤษจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไปโดยใช้เอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างผู้ทำคำเสนอกับผู้ทำคำสนอง หรือพฤติการณ์อื่นๆ มาประกอบการพิจารณาคดีด้วย ดังนั้นวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงความขัดแย้งของคู่สัญญา ในกรณีที่เกิดสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) ได้ก็คือ ให้ผู้ทำคำเสนอระบุไว้ในคำเสนอโดยชัดเจนว่าเป็นเพียงข้อเสนอ (proposal) และให้มีการเจรจาต่อรองกันได้จนกว่าจะไม่มีคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) จากอีกฝ่ายหนึ่ง จึงจะถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งศาลอังกฤษก็ได้ยอมรับหลักการนี้ไว้ในคดี *Nissan UK Ltd. v. Nissan Motor Manufacturing (UK) Ltd.*¹⁷⁸ ดังนั้นหากจะมีการสงวนมิให้มีการแก้ไขสัญญาบางข้อโดยให้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญา ก็จะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในสัญญานั้น ว่าเป็น prevail clause (ข้อสัญญาที่มีอำนาจเหนือกว่า)

3.2 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ระบบกฎหมายของอเมริกาเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีรากฐานและแนวคิดมาจากอังกฤษ โดยได้นำส่วนที่ดีมาใช้ แต่ยังคงความเป็นเอกภาพทางศาลไว้ โดยถือหลักว่าระบบตุลาการจะต้องปลอดจากอำนาจทางการเมือง สภาคอนเกรสหรือฝ่ายบริหารกฎหมายคอมมอนลอว์

¹⁷⁷ คดี *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* [1979] 1 All ER 965.

¹⁷⁸ คดี *Nissan UK Ltd. v. Nissan Motor Manufacturing (UK) Ltd.* [1994] Independent, 26 October.

(Common Law) ซึ่งมาจากคำในภาษาฝรั่งเศสโบราณว่า *Comuneley* หมายถึงกฎหมายที่ใช้เป็นหลักสามัญร่วมกันทั่วพระราชอาณาจักร (law Common to all English) คำสำคัญในที่นี้คือคำว่า “Common” (สามัญร่วมกัน) เพราะเป็นการสร้างความเป็นเอกภาพทางกฎหมายในอังกฤษ โดยเน้นความยุติธรรม เฉพาะคดีมากกว่าที่จะสร้างกฎเกณฑ์สำหรับใช้ในอนาคต คำพิพากษาของศาลในคดีหนึ่งจะเป็นบรรทัดฐาน มัดศาลในคดีต่อไปในอนาคต โดยนำเอาหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นในคดีก่อนที่เคยเกิดขึ้นแล้วมาใช้ และเน้นให้ความสำคัญในเรื่องวิธีพิจารณา มากกว่าเนื้อหาในทางสารบัญญัติ เพราะเชื่อว่าความยุติธรรมส่วนใหญ่อยู่ที่ระบบวิธีการพิจารณาพิพากษาคดี จึงทำให้เกิดระบบคณะลูกขุนหรือจюри (Jury) ซึ่งเป็นราษฎรด้วยกัน นอกจากนั้นยังมีการใช้ระบบหมาย (writ) เข้ามาให้ความสะดวกแก่การดำเนินคดี กฎหมายและวิธีพิจารณาเหล่านี้บางทีก็เรียกกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

3.2.1 หลักเกณฑ์ในการก่อให้เกิดสัญญา

องค์ประกอบของการเกิดสัญญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นไปในทำนองเดียวกันกับหลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษ ทั้งนี้ เนื่องจากหลักกฎหมายอังกฤษก็ถูกนำไปใช้ในกฎหมายอเมริกันตั้งแต่สมัยที่คนจากเกาะอังกฤษซึ่งไม่สามารถทนรับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมต่อผู้นับถือนิกายในศาสนาต่างกัน ได้อพยพไปตั้งรกรากในดินแดนใหม่ในทวีปอเมริกา คนเหล่านั้นก็ได้นำเอากฎหมายอังกฤษไปเป็นกฎหมายที่ตัดสินคดีความในดินแดนใหม่ของตนอีกด้วย จนกระทั่งได้มีการตั้งมลรัฐต่าง ๆ และรวมมลรัฐทุกมลรัฐกันเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาในทุกวันนี้ อย่างก็ตาม ศาลในแต่ละมลรัฐนำเอาหลักกฎหมายสัญญาที่รับมาจากกฎหมายอังกฤษนั้นไปตัดสินคดีในแนวทางที่ไม่สอดคล้องกันนัก จึงมีความพยายามที่จะประมวลหลักกฎหมายเหล่านั้นเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเรียบเรียงเป็นหมวดหมู่ โดยเรียงลำดับเป็นมาตราต่างๆ อย่างเป็นระบบ เอกสารที่ประมวลหลักกฎหมายเช่นนั้นเรียกว่า *Restatement of Contracts* ซึ่งแม้จะมีได้มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่ก็สร้างความสะดวกให้แก่ศาลในการใช้และการตีความกฎหมาย และในทางปฏิบัติ *Restatement of Contracts* ก็จงใจให้ผู้ตัดสินคดีคล้อยตาม

ตามหลักกฎหมายสัญญาอเมริกันนั้น องค์ประกอบของสัญญาประกอบด้วยองค์ประกอบเกี่ยวกับความตกลงร่วมกัน (Mutual Assent) และองค์ประกอบเกี่ยวกับการบังคับใช้ได้ของสัญญา (Enforceability)

1. องค์ประกอบเกี่ยวกับความตกลงร่วมกัน (Mutual Assent)

องค์ประกอบเกี่ยวกับความตกลงร่วมกันเป็นองค์ประกอบในการเกิดสัญญา (Formation of Contract) ทั้งนี้ สัญญาเกิดจากความตกลงร่วมกัน โดยฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ (Offer) และอีกฝ่ายหนึ่งทำคำสนอง (Acceptance)

1) คำเสนอ (Offer)

คำเสนอเป็นการแสดงออกไปยังอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งความตกลง (Assent) ที่จะเข้าทำสัญญาหากอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้รับการแสดงออกความตกลงของฝ่ายแรกได้แสดงความตกลงรับเอาสัญญา

นั้นด้วย Restatement (Second) of Contracts ได้กำหนดบทนิยามของคำเสนอไว้ใน section 24 ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

“คำเสนอคือการแสดงความเต็มใจที่จะเข้าแลกเปลี่ยนประโยชน์กัน ซึ่งได้แสดงออกไปในลักษณะที่ทำให้บุคคลอีกคนหนึ่งควรเข้าใจว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้น ได้ถูกเชื่อเชิญให้ตกลงตามการแลกเปลี่ยนประโยชน์กันนั้นและจะตกลงตามนั้น”¹⁷⁹

การทำคำเสนอมิได้มีแบบแน่นอน คำเสนออาจกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยวาจา หรือแม้กระทั่งสามารถอนุมานได้โดยปริยายจากการกระทำของบุคคลในพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง (Implied by conduct) แต่ในทางธุรกิจแล้วการทำคำเสนอมักกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเอกสารที่ได้ตอบกันจะสื่อความหมายที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการแสดงออกไปยังอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งความตกลง (Assent) ที่จะเข้าทำสัญญาโดยเชื่อเชิญให้อีกฝ่ายหนึ่งตอบตกลงตามสิ่งที่ฝ่ายแรกแสดงออกไปนั้น อย่างไรก็ตาม หากสิ่งที่แสดงออกไปนั้นมีได้สื่อความหมายว่าเป็นการที่บุคคลแสดงความเต็มใจที่จะเข้าแลกเปลี่ยนประโยชน์กันโดยเชื่อเชิญให้อีกบุคคลหนึ่งเข้าตกลงด้วย สิ่งที่ได้แสดงออกไปนั้นก็มิใช่คำเสนอแต่อาจเป็นคำเชิญชวนให้เข้ามาติดต่อบริษัท (Invitation to Treat) หรือเป็นเพียงการสอบถามหรือการตอบข้อสอบถาม (Inquiry)

2) คำสนอง (Acceptance)

Restatement (Second) of Contracts ได้กำหนดบทนิยามของคำเสนอไว้ใน section 50 ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) การสนองรับคำเสนอ คือการแสดงออกซึ่งการตกลงตามข้อเสนอมือของคำเสนอ ซึ่งเป็นการแสดงออกไปของผู้รับคำเสนอในประการที่ผู้รับคำเสนอได้รับการเชื่อเชิญในคำเสนอให้ตอบตกลงหรือได้ถูกกำหนดในคำเสนอให้ตอบตกลง¹⁸⁰

¹⁷⁹ Offer Defined § 24; : An offer is the manifestation of willingness to enter into a bargain, so made as to justify another person in understanding that his assent to that bargain is invited and will conclude it.

¹⁸⁰ Acceptance of Offer Defined; Acceptance by Performance; Acceptance by Promise, § 50;

(1) Acceptance of an offer is a manifestation of assent to the terms thereof made by the offeree in a manner invited or required by the offer.

(2) Acceptance by performance requires that at least part of what the offer requests be performed or tendered and includes acceptance by a performance which operates as a return promise.

(3) Acceptance by a promise requires that the offeree complete every act essential to the making of the promise.

(2) การสนองรับโดยการปฏิบัติกรต้องกระทำโดยปฏิบัติตามที่คำเสนอขอให้ปฏิบัติกร โดยอย่างน้อยต้องปฏิบัติกรเช่นนั้นบางส่วน และรวมถึงการสนองรับโดยการปฏิบัติกรซึ่งมีลักษณะเป็นการให้คำมั่นสัญญาว่าจะปฏิบัติกรตอบแทน

(3) การสนองรับโดยการให้คำมั่นสัญญาต้องกระทำโดยผู้รับคำเสนอกระทำการอันจำเป็นทุกประการ ในการให้คำมั่นสัญญานั้น

ทั้งนี้ เมื่อสรุปสาระสำคัญหรือลักษณะสำคัญของคำสนองแล้วก็อาจกล่าวได้ว่าคำสนองก็คือการแสดงออกถึงการตกลงตามข้อเสนอของผู้เสนอนั่นเอง ทั้งนี้ การตอบตกลงดังกล่าวการเป็นการตกลงโดยการกระทำตามที่ผู้เสนอประสงค์ให้กระทำ (by performance) หรือโดยการตกลงที่จะกระทำ (by a return promise)

การสนองรับอาจกระทำทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย แต่การนิ่งไม่ถือว่าเป็นการสนองรับ เช่น กรณีกรรมประกันภัยที่มีข้อความว่าหากผู้เอาประกันมิได้ตอบรับให้ถือว่ารับเอาข้อเสนอตามกรรมธรรม์ยอมไม่อาจถือเป็นการสนองรับข้อเสนอในกรรมธรรม์ได้เลย¹⁸¹

2. องค์ประกอบเกี่ยวกับการบังคับใช้ได้ของสัญญา (Enforceability)

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วจากการที่มีคำเสนอและคำสนอง ก็มีได้หมายความว่าสัญญานั้นจะบังคับเรียกร้องหรือฟ้องร้องกันได้เสมอไป กฎหมายอเมริกันได้ยึดถือแนวความคิดเช่นเดียวกับหลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องการบังคับใช้ได้ของสัญญา (Enforceability of Contracts) โดยกำหนดให้สัญญาบังคับกันได้ก็ต่อเมื่อต่างฝ่ายต่างให้สิ่งตอบแทน (Consideration) ซึ่งกันและกัน นอกจากนั้นสัญญาจะบังคับกันได้ก็ต่อเมื่อได้กระทำขึ้นโดยคู่สัญญามีเจตนาที่จะผูกพันกันอีกด้วย ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบเกี่ยวกับการบังคับใช้ได้ของสัญญามี 2 ประการ คือ (1) การให้สิ่งตอบแทน (Consideration) และ (2) เจตนาที่จะผูกพันกัน (Intention to be Legally Bound)

1) การให้สิ่งตอบแทน (Consideration)¹⁸²

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นก็รับหลัก Consideration และหลักกฎหมายปิดปากในการให้คำสัญญาของอังกฤษไปใช้เช่นเดียวกันตั้งแต่ในครั้งที่ได้มีการอพยพจากเกาะอังกฤษไปตั้งเมืองใหม่ในรัฐบุกเบิก (Pioneer States) ในทวีปอเมริกาจนเกิดเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการนำเอาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่กระจัดกระจายอยู่นั้นมาเรียบเรียงและจัดหมวดหมู่เป็นมาตราต่าง ๆ ในลักษณะที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ซึ่งปรากฏอยู่ใน Restatement of Contracts โดยมีการปรับปรุงเป็นครั้งคราว ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา หลัก Consideration ปรากฏในมาตรา 71 ของ Restatement (Second) of Contracts ซึ่งบัญญัติดังนี้

¹⁸¹ *J.C. Durick Ins. v. Andrus*, 424 A. 2d 249 (Vt. 1980).

¹⁸² พินัย ฌ นคร, กฎหมายเปรียบเทียบ : หน่วยที่ 6 หลักกฎหมายเกี่ยวกับ Consideration, หน้า 6-33 ถึง 6-43.

“มาตรา 71 ข้อกำหนดให้มีการแลกเปลี่ยนประโยชน์ตอบแทน; ประเภทของการแลกเปลี่ยนประโยชน์ตอบแทน

(1) ในการก่อให้เกิดสิ่งตอบแทนจะต้องมีการแลกเปลี่ยนด้วยการปฏิบัติการหรือด้วยการให้คำสัญญาตอบแทน

(2) การปฏิบัติการหรือการให้คำสัญญาตอบแทนมีการแลกเปลี่ยนกันเมื่อผู้ให้คำสัญญาได้เรียกร้องให้มีการปฏิบัติการหรือเรียกร้องคำสัญญาตอบแทนเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของตนและผู้รับคำสัญญาก็ได้ปฏิบัติการหรือให้คำสัญญาตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับคำสัญญานั้น

(3) การปฏิบัติการอาจประกอบด้วย

ก. การกระทำการนอกเหนือจากคำสัญญา

ข. การงดเว้นการกระทำการ

ค. การก่อ เปลี่ยนแปลง หรือทำลายนิติสัมพันธ์

(4) การปฏิบัติการหรือการให้คำสัญญาตอบแทนอาจให้แก่ผู้ให้คำสัญญาหรือบุคคลอื่น การปฏิบัติการหรือการให้คำสัญญาตอบแทนอาจดำเนินการ โดยผู้รับคำสัญญาหรือบุคคลอื่น”¹⁸³

จะเห็นว่าความในวรรคหนึ่งของ §71 แสดงให้เห็นถึงทฤษฎี “การต่อรองแลกเปลี่ยนประโยชน์ตอบแทน” โดยว่าหลักว่า ในการก่อให้เกิดสิ่งตอบแทนจะต้องมีการแลกเปลี่ยนด้วย “การปฏิบัติการ” (Performance) หรือด้วย “การให้คำสัญญาตอบแทน” (Return Promise) และความในวรรคสองก็ได้กล่าวขยายความต่อไปว่าการ “แลกเปลี่ยน” (bargained for) จะมีขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ให้คำสัญญา (Promisor) ได้เรียกร้องให้มีการปฏิบัติการหรือเรียกร้องคำสัญญาตอบแทนเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของตนและผู้รับคำสัญญาก็ได้ปฏิบัติการหรือให้คำสัญญาตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของผู้ให้คำสัญญาเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ความในวรรคสามยังกล่าวว่า “การปฏิบัติการ” (Performance) ในที่นี้นั้นอาจอยู่ในรูปของทั้งการกระทำการ (Act) หรือ การงดเว้นการ

¹⁸³ Requirement of Exchange; Types of Exchange, §71.

(1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for.

(2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.

(3) The performance may consist of

(a) an act other than a promise, or

(b) a forbearance, or

(c) the creation, modification, or destruction of a legal relation.

(4) The performance or return promise may be given to the promisor or to some other person.

It may be given by the promisee or by some other person.

กระทำการ (Forbearance) ซึ่งก็เป็นไปในทำนองเดียวกันกับรูปแบบของ Consideration ที่ศาลอังกฤษได้จำแนกไว้ในคดี *Dunlop v. Selfridge*¹⁸⁴ นั่นเอง แต่สิ่งหนึ่งที่แตกต่างจากหลักกฎหมายที่ศาลอังกฤษสร้างขึ้นก็คือ Consideration ไม่จำเป็นต้องมาจากฝ่ายที่บังคับคำสัญญาเอง¹⁸⁵ แต่อาจมาจากบุคคลภายนอกได้ หลักที่ว่าการปฏิบัติกรหรือการให้คำสัญญาตอบแทนแก่ผู้ให้คำสัญญานั้นไม่ต้องมาจากฝ่ายที่รับคำสัญญานั้นปรากฏอยู่ในความในวรรคสี่ของ §71 ที่ว่า “การปฏิบัติกรหรือการให้คำสัญญาตอบแทนอาจให้แก่ผู้ให้คำสัญญาหรือบุคคลอื่น การปฏิบัติกรหรือการให้คำสัญญาตอบแทนอาจดำเนินการโดยผู้รับคำสัญญาหรือบุคคลอื่น” เช่น เมื่อ ก. ตกลงกับ ข. ว่าจะให้หนังสือแก่ ข. เมื่อ ก. ชำระเงินให้ ก. ในกรณีนี้ ข. ก็สามารถบังคับคำสัญญาของ ก. ได้แม้ว่าการกระทำตอบแทน ก. นั้นมิได้มาจาก ข. แต่มาจากบุคคลอื่น คือ ค.

ส่วนหลัก หลักกฎหมายปิดปากในการให้คำสัญญาปรากฏใน § 90 ของ Restatement (Second) of Contract ซึ่งบัญญัติดังนี้

“มาตรา 90 คำสัญญาอันจูงใจให้เกิดการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำ

(1) คำสัญญาซึ่งผู้ให้คำสัญญาควรคาดหมายได้ตามสมควรว่าจะจูงใจให้ผู้รับคำสัญญาหรือบุคคลภายนอกกระทำหรืองดเว้นการกระทำและได้จูงใจให้เกิดการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำเป็นอันมีผลผูกพันหากสามารถหลีกเลี่ยงความไม่ยุติธรรมได้ด้วยการบังคับคำสัญญานั้นเท่านั้น ทั้งนี้ ทางเหี่ยวยาที่จะให้สำหรับการผิดคำสัญญานั้นจะจำกัดเพียงเท่าที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรม”¹⁸⁶

บทบัญญัติข้างต้นก็แสดงถึงสถานะของหลักนี้ว่าใช้ตามดุลพินิจของศาลในกรณีที่จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเช่นเดียวกับหลักที่ศาลอังกฤษวางไว้ในคดี *High Trees*¹⁸⁷ นั่นเอง

2) เจตนาที่จะผูกพันกัน (Intention to be Legally Bound)

สัญญาจะสามารถบังคับเรียกร้องกันได้ก็ต้องปรากฏว่าคู่สัญญามีเจตนาที่จะผูกพันกัน โดยทั่วไปแล้วในการทำคำเสนอหรือคำสนอง ผู้เสนอหรือผู้สนองก็ประสงค์ที่จะผูกพันตามสิ่ง

¹⁸⁴ คดี *Dunlop v. Selfridge* ในเรื่อง Consideration ของประเทศอังกฤษ, หน้า 75.

¹⁸⁵ เรื่อง “Consideration must move from the promisee.” ของประเทศอังกฤษ, หน้า 76.

¹⁸⁶ PROMISE REASONABLY INDUCING ACTION OR FORBEARANCE, §90;

(1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.

¹⁸⁷ คดี *High Trees* ในเรื่อง Consideration ของประเทศอังกฤษ, หน้า 81-82.

ที่ตนแสดงออกไป แต่ในบางกรณี คู่กรณีอาจไม่ประสงค์ที่จะผูกพันกัน เช่น เอกสารที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะที่แสดงออกถึงความตกลงกันนั้นอาจจะระบุว่าเป็นเพียงสัญญาสุภาพบุรุษ (Gentlemen's Agreement) เช่น บันทึกความตกลง (Memorandum of Understanding) ที่มีข้อความในทำนองที่ว่าคู่กรณีไม่ประสงค์จะให้ข้อความใดบังคับกันได้ในทางกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้ ในความตกลงที่ทำกันระหว่างบุคคลในครอบครัว กฎหมายอเมริกันก็รับหลักมาจากกฎหมายอังกฤษว่าสันนิษฐานว่าเป็นความตกลงที่คู่กรณีมิได้มีเจตนาที่จะผูกพันกัน เว้นแต่พฤติการณ์แห่งกรณีจะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

3) คู่สัญญาจะต้องมีความสามารถ (Capacity) ที่จะทำสัญญาได้ตามกฎหมาย

หลักเกณฑ์ในเรื่องความสามารถของคู่สัญญา เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายเกือบทุกระบบในโลกนี้ ที่จะต้องมีบทบัญญัติที่จำกัดความสามารถในการทำสัญญาของบุคคลบางประเภท เช่น ผู้เยาว์ (minors) คนวิกลจริต (Lunatics) และคนไร้ความสามารถ (incompetent) กฎหมายของอเมริกา ก็เช่นเดียวกัน โดยศาลอเมริกาวางหลักว่า “คู่สัญญาจะต้องมีความสามารถในการทำสัญญาจึงจะทำให้สัญญามีผลผูกพันตามกฎหมาย” ในเรื่องหลักเกณฑ์ความสามารถของคู่สัญญาที่จะทำสัญญาได้ตามกฎหมายอเมริกันนั้น เป็นไปในทำนองเดียวกันกับกฎหมายคอมมอน ลอว์ของอังกฤษ ซึ่งจำกัดความสามารถในการทำสัญญาของบุคคลบางประเภท เช่น ผู้เยาว์ (minors) คนวิกลจริต (Lunatics) และคนไร้ความสามารถ (incompetent) ซึ่งมีหลักการคล้ายคลึงกัน ดังได้อธิบายมาแล้ว¹⁸⁸

3.2.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ

แต่เดิมนั้นศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการเกิดขึ้นสัญญาว่า คำเสนอและคำสนองจะต้องมีข้อความถูกต้องตรงกันเท่านั้นจึงจะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ซึ่งหมายความว่า คำเสนอและคำสนองจะต้องถูกต้องตรงประการกับคำเสนอเสมือนภาพสะท้อนในกระจก สัญญาจึงจะเกิดขึ้น ส่วนคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือว่าเป็นการบอกปิด ทั้งให้เป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ โดยศาลสหรัฐอเมริกาถือหลักการนี้อย่างเคร่งครัด ดังปรากฏในคดี *In re Pago Pago Aircrash*¹⁸⁹ ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ว่า “คำสนองที่จะก่อให้เกิดสัญญาจะต้องมีถ้อยคำที่เหมือนกับคำเสนอโดยไม่มีการสร้างเงื่อนไข หรือเปลี่ยนแปลงข้อความอย่างใดๆ” ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ เครื่องบินของสายการบินแพนอเมริกัน Pan American World Airways, Inc. (Pan Am) เกิดอุบัติเหตุตกใกล้กับเมืองพาร์โก พาร์โก (Pago Pago) ซึ่งอยู่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ปรากฏว่ามีผู้โดยสารเสียชีวิตด้วยจากอุบัติเหตุดังกล่าว และต่อมามีการฟ้องร้องคดีกัน

¹⁸⁸ หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญาตามกฎหมายประเทศอังกฤษ (ในเรื่องคู่สัญญาจะต้องมีความสามารถ (Capacity) ที่จะทำสัญญาได้ตามกฎหมาย), หน้า 67-68.

¹⁸⁹ *In re Pago Pago Aircrash*, 637 F.2d 704 (9th Cir. 1981).

ระหว่างญาติของ จอห์น เด็บบรี (John Dibley) ผู้โดยสารที่เสียชีวิตกับสายการบิน Pan Am หน่วยงานของฝ่ายผู้เสียหายชื่อนายแคทคาร์ท (Cathcart) ได้เข้าทำการตกลงกับ นายอัลเพิร์ต (Alpert) หน่วยงานของสายการบินในเรื่องค่าชดเชยและค่าเสียหายจากการเสียชีวิตของผู้โดยสาร โดยนายแคทคาร์ท (Cathcart) หน่วยงานของฝ่ายผู้เสียหายได้เสนอให้สายการบินจ่ายค่าชดเชยและค่าเสียหายจากการเสียชีวิตของผู้โดยสารในจำนวนหนึ่งที่ค่อนข้างสูง แต่นายอัลเพิร์ต (Alpert) หน่วยงานของสายการบิน ตกลงยอมที่จะจ่ายค่าเสียหายจำนวนหนึ่งตามที่นายแคทคาร์ท (Cathcart) หน่วยงานของฝ่ายผู้เสียหายเรียกร้อง โดยมีเงื่อนไขเพิ่มเติมในการจ่ายค่าเสียหายให้กับผู้เสียชีวิตคือสายการบินจะจ่าย ค่าชดเชยการเสียชีวิตรวมเข้ากับค่าเสียหายในทรัพย์สินของผู้เสียชีวิตด้วย แต่นายแคทคาร์ท (Cathcart) หน่วยงานของฝ่ายผู้เสียหายปฏิเสธข้อเสนอแนะ ศาลได้ตัดสินว่าการที่สายการบินตกลงยอมที่จะจ่ายค่าชดเชยการเสียชีวิตของผู้เสียหายให้กับญาติของผู้เสียหาย โดยมีเงื่อนไขเพิ่มเติมในการจ่ายคือให้คำนวณค่าชดเชยการเสียชีวิตรวมเข้ากับค่าเสียหายในทรัพย์สินของผู้เสียชีวิตด้วย จึงเป็นการทำคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติมไปจากคำเสนอ ดังนั้นสัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นนับตั้งแต่ทนายของฝ่ายผู้เสียหายปฏิเสธข้อเสนอที่จะรับค่าเสียหายตามที่หน่วยงานของสายการบินเสนอ¹⁹⁰

นอกจากนี้ศาลสหรัฐอเมริกายังยึดถือหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) อย่างเคร่งครัดอีก หากคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงประการกับคำเสนอเสมือนภาพสะท้อนในกระจกแล้ว แม้การตอบรับคำสนองจะเกิดขึ้นอย่างไม่ตั้งใจหรือเกิดจากการพิมพ์ผิดพลาดโดยไม่ตั้งใจของผู้ทำคำสนองก็ตาม ให้ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ดังปรากฏในคดี *United States v. Braunstein*¹⁹¹ ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินไว้ว่า หากเป็นเพียงความไม่ตรงกันของถ้อยคำแต่ความเข้าใจของผู้ทำคำเสนอกับผู้ทำคำสนองตรงกัน ก็ไม่ให้ถือว่าขัดกับหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” ถือได้ว่ากรณีนี้สัญญาเกิดขึ้นแล้ว ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ผู้ขายเสนอขายลูกเกด 9,599 กล่อง ในราคาปอนด์ละ 10 เซนต์ ซึ่งผู้ซื้อตกลงซื้อลูกเกด 9,599 กล่อง ในราคากล่องละ 10 เซนต์ แต่ลูกจ้างของผู้เสนอขายคำนวณตัวเลขผิดพลาดเพราะลูกเกด 1 กล่อง ไม่ได้มีน้ำหนัก 10 ปอนด์ และเกิดความผิดพลาดไม่ได้ดูคำเสนอซื้ออย่างละเอียดจึงตกลงขายลูกเกด 9,599 กล่อง ในราคากล่องละ 10 เซนต์ แม้ต่อมาผู้เสนอขายจะแจ้งราคาใหม่แล้วก็ตาม ศาลตัดสินว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เมื่อตัวแทนของผู้เสนอขายตกลงลดราคาสินค้าลง

แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาศาลสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนาความคิดทางกฎหมายเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ในการตีความข้อความของผู้ทำคำสนองที่มีการเปลี่ยนแปลงหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ เป็น “เพียงข้อเสนอแนะ” (Mere Suggestion) วิธีการหนึ่งก็คือ ให้ผู้ทำคำสนองเขียนข้อความย้ำความเข้าใจของตนในคำเสนอด้วยข้อความที่แตกต่าง

¹⁹⁰ พินประภัสร์ จาติกวณิช, “ปัญหาการขัดกันของคำเสนอ-สนองในการซื้อขายระหว่างประเทศ,” (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 24-25.

¹⁹¹ *United States v. Braunstein*, 75 F. Supp. 137 (S.D.N.Y. 1947).

ออกไปลงในคำสนอง และกำหนดให้ผู้ทำคำเสนอมีการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอนั้นด้วย หากผู้ทำคำเสนอยอมรับ ก็ให้ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว¹⁹² วิธีการที่สองคือ ให้ผู้ทำคำสนองเขียนข้อความในคำเสนอและเพิ่มเติมข้อความที่จะขอเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเงื่อนไขแตกต่างจากคำเสนอ หากผู้ทำคำเสนอยอมรับก็ให้ถือว่าสัญญาเกิด¹⁹³ แต่ท้ายที่สุดวิธีการดังกล่าวนี้ก็ยังไม่เป็นที่เหมาะสมในการแก้ปัญหากรณีที่ข้อความในคำสนองมีการเปลี่ยนแปลงหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ โดยเฉพาะเรื่องการต่อรองราคาสินค้า เนื่องจากวิธีการแก้ปัญหาดังกล่าวทำให้ผู้ทำคำเสนอเป็นฝ่ายได้ประโยชน์¹⁹⁴

แม้ว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) จะถูกทำให้อ่อนลงโดยการวางแนวทางของศาลสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ก็ยังถือบังคับใช้อยู่อย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาซื้อขาย เนื่องจากสัญญาซื้อขายระหว่างพ่อค้าส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจลักษณะเช่นนี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms”¹⁹⁵ ซึ่งทำให้แบบสัญญาของผู้ขายและแบบสัญญาของผู้ซื้อไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการ กล่าวคือคำเสนอและคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการ ตามหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น ดังนั้นศาลสหรัฐอเมริกาจึงได้พัฒนาวิธีการที่จะบรรเทาความร้ายแรงของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) โดยวางหลักว่า ในกรณีที่ผู้ขายทำแบบสัญญาเสนอขายสินค้าไปยังผู้ซื้อ โดยกำหนดให้ผู้ซื้อทำคำสนองส่งกลับมายังผู้ขาย หากผู้ซื้อได้ทำคำสนองกลับมาโดยมีการเปลี่ยนแปลงข้อความในแบบสัญญาตอบรับไม่ตรงกับแบบสัญญาของผู้ขายเพียงเล็กน้อย โดยผู้ขายมิได้ตรวจเช็คแบบสัญญาตอบรับของผู้ซื้ออย่างละเอียดถี่ถ้วนและไม่ได้โต้แย้งถึงการที่มีข้อความที่แตกต่างจากแบบสัญญาของผู้ขาย ถือว่าสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้ว โดยยึดถือข้อความในแบบสัญญาที่ผู้ซื้อตอบกลับมาเป็นสัญญาระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย ตามหลัก Last Shot Rule (ผู้ยิงกระสุนนัดสุดท้าย) หากมีปัญหาพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา (Battle of Forms) เกิดขึ้น โดยศาลจะพิจารณาว่า คู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) โดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้โต้แย้ง หรือยอมรับ คู่กรณีฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) ก็จะเป็นฝ่ายที่ชนะสงครามแบบฟอร์มนั้น และให้ถือว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในการทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer)¹⁹⁶

¹⁹² คดี *Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co.*, 110 N.E. 619 (N.Y. 1915).

¹⁹³ คดี *Valashinas v. Koniuto*, 124 N.E.2d 300 (N.Y. 1954).

¹⁹⁴ Farnsworth E. Allan, op.cit., p. 167.

¹⁹⁵ Fomsworth E. Allan, Ibid., 166-169.

¹⁹⁶ พินประภัสร์ จาติกวณิช, เรื่องเดิม, หน้า 26.

อย่างไรก็ดี ปัญหาพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา (Battle of Forms) ก็ยังเกิดขึ้นและมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลในประเด็นนี้เสมอ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้พยายามแก้ไขปัญหานี้โดยนำหลักการเหล่านี้มาบัญญัติไว้ใน กฎหมายเอกรูปทางการค้าของสหรัฐอเมริกา หรือ Uniform Commercial Code (ซึ่งต่อไปในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเรียกว่า UCC) เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางพาณิชย์ระหว่างพ่อค้าด้วยกันหรือสัญญาในเชิงพาณิชย์ซึ่งเกิดจากการรวบรวมแนวคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาและหลักปฏิบัติและจารีตประเพณีประเพณีทางการค้ามาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้คู่สัญญามีความเข้าใจถูกต้องตรงกันต่อผลทางกฎหมาย

หลักคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 2-207 UCC¹⁹⁷ ในเรื่องข้อกำหนดเพิ่มเติมในการยอมรับหรือการยืนยัน (Additional Terms in Acceptance or Confirmation) ซึ่งบัญญัติว่า

(1) คำสนองที่มาถึงภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร ถึงแม้ว่าจะมีข้อความเพิ่มเติม หรือมีข้อความที่แตกต่างจากคำเสนอ ให้ถือว่าเป็นคำสนองที่ชอบ และสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เว้นแต่ผู้ทำคำสนองจะได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้ผู้ทำคำเสนอมีการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอเดิม สัญญาจึงจะเกิดขึ้น

¹⁹⁷ Additional Terms in Acceptance or Confirmation, UCC 2-207;

(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

(2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract between merchants such terms become part of the contract unless:

- (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
- (b) they materially alter it; or
- (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

(3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

(2) กรณีที่มีข้อความเพิ่มเติมหรือต่างจากคำเสนอในสัญญาระหว่างพ้อคำ ให้ถือว่าข้อที่แตกต่างนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เว้นแต่

(a) กรณีที่ผู้ทำคำเสนอได้ระบุไว้แล้วในคำเสนอว่าจะยอมผูกพันตามข้อเสนอที่ปรากฏในคำเสนอเท่านั้น หรือ

(b) กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ หรือ

(c) กรณีที่ผู้ทำคำเสนอได้แจ้งคัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ให้ผู้ทำคำเสนอทราบนับตั้งแต่นั้นได้รับคำเสนอนั้น ภายในเวลาอันสมควร

(3) การยอมรับโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายถึงการมีอยู่ของสัญญา สามารถทำให้สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นได้ ถึงแม้ว่าเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรของคู่กรณีจะไม่ก่อให้เกิดสัญญาก็ตาม ในกรณีดังกล่าวนี้ให้ข้อสัญญาเป็นไปตามเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่คู่กรณีตกลงกันได้ และให้เป็นไปตามเงื่อนไขอย่างอื่น ๆ ที่จะทำให้เกิดสัญญาตามข้อกำหนดใน UCC มาตราอื่นๆ

หลักคำสอนที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ใน UCC 2-207 สามารถสรุปหลักการสำคัญได้ ดังนี้¹⁹⁸

1. คำเสนอที่มาจากต้องตามเวลาที่กำหนด และคำเสนอนั้นไม่ถึงกับขัดกับคำเสนอเสียทีเดียว เพียงแต่มีข้อความไม่ตรงกัน ก็ให้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว (ตามหลัก Knock Out Rule) อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าคำเสนอนั้นผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้ผู้ทำคำเสนอมีการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอก่อน สัญญาจึงจะเกิดขึ้น เช่นนี้ ตราบใดที่ผู้ทำคำเสนอยังไม่ได้มีการแสดงเจตนายอมรับเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นมาใหม่ในคำเสนอไปยังผู้ทำคำเสนอ สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น เช่นนี้ ตราบใดที่ผู้ทำคำเสนอยังไม่ได้มีการแสดงเจตนายอมรับเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นมาใหม่ในคำเสนอไปยังผู้ทำคำเสนอ สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น

2. ในกรณีที่สัญญาเป็นสัญญาระหว่างพ้อคำด้วยกันหรือที่เรียกว่าสัญญาในทางพาณิชย์ หากคำเสนอได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือแตกต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอ ก็ให้ถือว่าข้อที่เพิ่มเติมหรือต่างจากนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย แต่อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นอยู่ 3 กรณี ที่มีให้ถือว่าข้อที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ดังนี้คือ (a) กรณีที่ผู้ทำคำเสนอได้ระบุไว้แล้วในคำเสนอว่าจะยอมผูกพันตามข้อเสนอที่ปรากฏในคำเสนอเท่านั้น ดังนั้นหากผู้ทำคำเสนอนั้นได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือแตกต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอ ผลของคำเสนอที่จะทำให้เกิดสัญญาคือส่วนที่คำเสนอตรงกับคำเสนอเท่านั้น ส่วนที่เพิ่มเติมหรือแก้ไขไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือ (b) กรณีที่คำเสนอได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอ ซึ่งส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ ดังนั้นข้อความส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ ก็ไม่ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ส่วนการที่จะพิจารณาว่าสัญญาเกิดขึ้น

¹⁹⁸ พินประภัสร์ จาติกวณิช, เรื่องเดิม, หน้า 27-28.

หรือไม่นั้น จะต้องดูข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับการวิเคราะห์เอกสารทั้งหมดของคู่กรณีที่ตอบโต้กัน หรือ(c) กรณีที่ผู้ทำคำสนอนั้นได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือแตกต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอไปยังผู้ทำคำเสนอ และผู้ทำคำเสนอได้แจ้งคัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ให้ผู้ทำคำเสนอทราบนับตั้งแต่ต้นได้รับคำสนอนั้น ภายในเวลาอันสมควร ดังนั้น ส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปจากคำเสนอเดิมแม้ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ ก็ไม่ให้อถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่ในทางตรงกันข้าม หากผู้ทำคำเสนอไม่ได้แจ้งคัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ให้ผู้ทำคำเสนอทราบนับตั้งแต่ต้นได้รับคำสนอนั้น ภายในเวลาอันสมควร และส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปจากคำสนอนั้นไม่ได้เป็น การเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอแล้ว ให้ถือว่าเป็นข้อที่เพิ่มเติมหรือต่างจากนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย

3. ในกรณีเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ทำร่วมกันนั้นจะไม่ก่อให้เกิดสัญญาขึ้น แต่หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มีการยอมรับการมีอยู่ของสัญญา ก็ให้ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว โดยข้อสัญญาให้เป็นไปตามเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่คู่กรณีตกลงกันได้ รวมทั้งให้เป็นไปตามเงื่อนไขอย่างอื่น ๆ ที่จะทำให้เกิดสัญญาตามข้อกำหนดใน UCC มาตราอื่นๆ ด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักการตีความการแสดงเจตนา ที่ให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญายิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษรในสัญญา

3.3 กฎหมายประเทศเยอรมัน

ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันจัดอยู่ในกลุ่มหรือตระกูล ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) หรือระบบประมวลกฎหมาย (Code Law) ซึ่งลักษณะพื้นฐานของซีวิลลอว์ คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและเพื่อให้กฎหมายมีความเป็นเอกภาพ จึงนำเอากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่างๆ มารวบรวมจัดเป็นระบบประมวลกฎหมาย ในกฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) นี้ถือว่ากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีความสำคัญกว่าคำพิพากษาของศาล และจารีตประเพณี กฎหมายระบบนี้ คำพิพากษาของศาลไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย แต่เป็นเพียงบรรทัดฐานแบบอย่างของการตีความหรือการใช้กฎหมายของศาลเท่านั้น

ดังนั้น การศึกษาหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา และผลของคำสนอนที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายประเทศเยอรมันจึงต้องเริ่มต้นจากตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญจะถือเอาคำพิพากษาศาล หรือความเห็นของนักกฎหมายเป็นหลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายไม่ได้ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมันที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ก็คือประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งเรียกว่า *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁹⁹

¹⁹⁹ ญัตติพงศ์ โปษกะบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 8.

(ซึ่งต่อไปในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเรียกว่า BGB) มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ.1900 มีจำนวน 2,385 มาตรา แบ่งออกเป็น 5 บรรพ คือ บทเปิดเสร็จทั่วไป บททรัพย์สิน ครอบครัวและมรดก

3.3.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา

หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน BGB โดยหลักทั่วไปแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้ตามกฎหมายจะต้องประกอบด้วย 3 องค์ประกอบที่สำคัญ ดังต่อไปนี้ คือ

1. ความสามารถของผู้สัญญา (Capacity)²⁰⁰

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน BGB กฎเกณฑ์ในเรื่องอายุซึ่งจะทำให้บุคคลพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์²⁰¹

ในเรื่องหลักเกณฑ์ความสามารถของบุคคลในการทำสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน BGB ได้แยกบุคคลออกเป็นประเภทต่างๆ ดังนี้

1) บุคคลซึ่งไม่สามารถทำสัญญาได้เลย ได้แก่²⁰²

- (1) บุคคลซึ่งมีอายุไม่ครบ 7 ปีบริบูรณ์
- (2) บุคคลซึ่งมีจิตฟั่นเฟือนไม่สามารถแสดงเจตนาได้ด้วยสติสัมปชัญญะ ซึ่งไม่ได้เป็นเพียงครั้งคราว

(3) บุคคลซึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ เพราะความผิดปกติของจิตใจ

2) บุคคลซึ่งถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรม ได้แก่

- (1) ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุเกิน 7 ปี ขึ้นไป จะถูกจำกัดความสามารถในการทำสัญญาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 107-113²⁰³ เช่น ผู้เยาว์จะทำสัญญาได้จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม (บิดา มารดา หรือผู้ปกครอง) เสียก่อน สัญญาที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นว่านั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่ ผู้แทนโดยชอบธรรมจะให้สัตยาบันแก่สัญญาที่ผู้เยาว์ทำไปในภายหลัง สัญญาจึงจะมีผล

²⁰⁰ ฌูฟงส์ โปษกะบุตร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 37-38.

²⁰¹ German Civil Code BGB, Article 2 “Majority begins at the age of eighteen.”

²⁰² Article 104 “person is incapable of contracting if

(1) he is not yet seven years old,

(2) he is in a state of pathological mental disturbance, which prevents the free exercise of will, unless the state by its nature is a temporary one.”

²⁰³ Article 106 “A minor who has reached the age of seven has limited capacity to contract under sections 107 to 113.”

สมบูรณ์²⁰⁴ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นบางประการตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้ผู้เยาว์อาจทำนิติกรรมได้ลำพังเอง โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน เช่น สัญญาที่ผู้เยาว์ได้เปรียบเพียงฝ่ายเดียว²⁰⁵ (เช่น การรับของที่มีผู้ให้โดยเสน่หา) เป็นต้น

(2) บุคคลซึ่งถูกศาลสั่งให้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองเพราะเหตุปัญญาอ่อน สรุ่ยสุร่าย หรือจิตสลายมา ถูกจำกัดความสามารถในการทำสัญญา การจะทำสัญญาได้จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนตามกฎหมายของบุคคลเหล่านี้ จึงจะมีผลสมบูรณ์

(3) บุคคลซึ่งถูกศาลสั่งให้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองชั่วคราวเพื่อรอการสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ถูกจำกัดความสามารถในการทำสัญญา การจะทำสัญญาได้จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนตามกฎหมายของบุคคลเหล่านี้ จึงจะมีผลสมบูรณ์

2. ความมุ่งหมายที่จะก่อนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญา (Intention to create legal relations)²⁰⁶

ความมุ่งหมายที่จะก่อนิติสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาเป็นองค์ที่สำคัญอย่างหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญา ตามกฎหมายเยอรมันมีหลักเกณฑ์เรื่องนิติกรรม (Rechtsgeschäft) เป็นสิ่งที่กำหนดว่าคู่สัญญาที่มีความมุ่งหมายที่จะก่อนิติสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างกันหรือไม่ นิติกรรมเป็นทฤษฎีที่นักกฎหมายเยอรมันสร้างขึ้น ซึ่งมีส่วนประกอบที่สำคัญคือ การแสดงเจตนา (Willenserklärung) อาจเกิดได้จากการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียว เช่น การทำพินัยกรรม การบอกเลิกสัญญาเช่า การบอกล้างโมฆียกรรม ฯลฯ หรือเกิดจากการแสดงเจตนาโดยบุคคลสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย เกิดเป็นสัญญาขึ้นก็ได้ เช่น สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ ประกอบด้วยการแสดงเจตนาของผู้ซื้อโดยกระทำการชำระราคา และการแสดงเจตนาของผู้ขายโดยกระทำการส่งมอบทรัพย์สิน เป็นต้น แต่ที่สำคัญคือ การแสดงเจตนาจะต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญา และ ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งมีความมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันอย่างแท้จริง เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ สัญญาจึงจะมีผลสมบูรณ์

3. ต้องมีคำเสนอ (offer) คำสนอง (acceptance) ถูกต้องตรงกัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน สัญญาย่อมเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและอีกฝ่ายแสดงเจตนาคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองสอดคล้องตรงกันแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้น

²⁰⁴ German Civil Code BGB, Article 108 (1) "If the minor enters into a contract without the necessary consent of the legal representative, the effectiveness of the contract is subject to the ratification of the legal representative."

²⁰⁵ Article 107 "For a declaration of intent as a result of which he does not receive only a legal benefit, a minor requires the consent of his legal representative"

²⁰⁶ ฌูว์ฟงส์ โปยกะบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 47.

ตามกฎหมายเยอรมันในเรื่องคำเสนอนั้น เมื่อผู้ทำคำเสนอส่งคำเสนอไปยังบุคคลอื่น ผู้รับคำเสนอแล้ว ผู้ทำคำเสนอย่อมจะต้องผูกพันคำเสนอนั้น เว้นแต่ผู้ทำคำเสนอจะแสดงเจตนาว่าไม่ประสงค์จะผูกพัน²⁰⁷ เช่น ในกรณีที่ผู้เสนอได้ทำคำเสนอระบุว่าคำเสนอของตนตกเป็น “Friebleibend” ซึ่งหมายความว่า “ไม่ผูกพัน” หรือมีลักษณะเป็นคำชี้ชวน (invitation to treat) เท่านั้น โดยปกติคำเสนอจะสิ้นผลผูกพัน เมื่อผู้สนองปฏิเสธคำเสนอนั้น หรือมิได้มีการสนองรับคำเสนอภายในกำหนดระยะเวลาที่ระบุให้ทำคำสนอง²⁰⁸ ในกรณีที่คำเสนอที่ส่งไปยังบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือโดยทางโทรศัพท์จะต้องมีการสนองรับคำเสนอทันที มิฉะนั้นคำเสนอสิ้นผลผูกพัน²⁰⁹ ส่วนกรณีที่คำเสนอที่ส่งไปยังบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและมีได้กำหนดเวลาให้สนองรับคำเสนอ จะต้องสนองรับคำเสนอภายในเวลาอันสมควร²¹⁰ แต่ถ้าหากได้ระบุระยะเวลาในการทำคำสนองไว้ก็ต้องสนองรับภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้ทำคำสนอง²¹¹ ในกรณีที่คำเสนอที่ได้ส่งไปแล้ว ปรากฏว่าผู้เสนอตายหรือตกเป็นคนที่ไร้ความสามารถ คำเสนอก็ยังมีผลผูกพันอยู่ เว้นแต่ผู้ทำคำเสนอจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นว่าไม่ให้มีผลผูกพัน²¹² ดังนั้น เมื่อผู้เสนอมีความผูกพันตามคำเสนอที่ได้ส่งไปแล้ว ผู้ทำคำเสนอจึงถอน (Revoke) คำเสนอของตนก่อนกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายบังคับไว้ไม่ได้ และคำเสนอที่มีผลผูกพันผู้เสนอแล้ว หากมีการสนองรับที่ชอบตามกฎหมายแล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้นทันที ซึ่งจะได้อธิบายในเรื่องคำสนองต่อไป

ในเรื่องคำสนองตามกฎหมายเยอรมัน คำสนองมีผลเมื่อใดนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด กรณีเช่นนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเดินตามหลักทั่วไป

²⁰⁷ German Civil Code BGB, Article 145 “Any person who offers to another to enter into a contract is bound by the offer, unless he has excluded being bound by it.”

²⁰⁸ Article 146 “An offer expires if a refusal is made to the offeror, or if no acceptance is made to this person in good time in accordance with sections 147 to 149.”

²⁰⁹ Article 147 (1) “An offer made to a person who is present may only be accepted immediately. This also applies to an offer made by one person to another using a telephone or another technical facility.”

²¹⁰ Article 147 (2) “An offer made to a person who is absent may be accepted only until the time when the offeror may expect to receive the answer under ordinary circumstances.”

²¹¹ Article 148 “If the offeror has determined a period of time for the acceptance of an offer, the acceptance may only take place within this period”

²¹² Article 153 “The coming into existence of the contract is not prevented by the offeror dying or losing capacity to contract before acceptance, unless a different intention of the offeror is to be presumed.”

ว่า การแสดงเจตนาชนิดที่ต้องมีผู้รับทั้งปวงย่อมมีผลเมื่อการแสดงเจตนาขึ้น “ไปถึง” ผู้รับ²¹³ ลักษณะคำสนองที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้นั้น ตามกฎหมายเยอรมันวางหลักไว้ว่า “คำสนองที่ทำให้เกิดสัญญาได้นั้น จะต้องไม่เป็นคำสนองที่มาถึงล่วงเวลาตามที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นถือว่า เป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่”²¹⁴ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คำสนองมาถึงล่วงเวลา ทั้งที่ส่งมาตามปกติและควรจะต้องถึงภายในเวลาที่กำหนดไว้ เมื่อได้รับคำเสนอนั้นแล้ว ผู้เสนอจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้สนองทราบการมาถึงล่วงเวลาของคำสนองโดยมิชักช้า มิฉะนั้นจะถือว่าคำสนอนั้นมาทันเวลา²¹⁵ และคำสนองที่ทำให้เกิดสัญญาได้นั้น จะต้องเป็นคำสนองที่ไม่มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นไปจากคำเสนอ มิฉะนั้นถือว่า เป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอ และให้คำสนอนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่²¹⁶

3.3.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ตามกฎหมายเยอรมันสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ²¹⁷ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) สัญญาจึงจะเกิดขึ้น แต่หากคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม จำกัดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากคำเสนอเดิม ต้องถือว่าเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้นจะได้ออกรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้ว ซึ่งเห็นได้ว่าในเรื่องผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายเยอรมันนั้นมีหลักการเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 359 วรรคสอง (ซึ่งไทยได้เทียบเคียงเอามาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน BGB มาตรา 150)

²¹³ German Civil Code BGB, Article 130 (1) “A declaration of intent that is to be made to another becomes effective, if made in his absence, at the point of time when this declaration reaches him. It does not become effective if a revocation reaches the other previously or at the same time.”

²¹⁴ Article 150 (1) “The late acceptance of an offer is considered to be a new offer.”

²¹⁵ Article 149 “If a declaration of acceptance received late by the offeror was sent in such a way that it would have reached him in time if it had been forwarded in the usual way, and if the offeror ought to have recognised this, he must notify the acceptor of the delay after receipt of the declaration without undue delay, unless this has already been done. If he delays the sending of the notification, the acceptance is deemed not to be late.”

²¹⁶ Article 150 (2) “An acceptance with expansions, restrictions or other alterations is deemed to be a rejection combined with a new offer.”

²¹⁷ Article 150 (2).

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองโดยมิได้พิเคราะห์ข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและต่างฝ่ายก็อ้างว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายตนนั้น ศาลในประเทศเยอรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายเป็นลำดับ โดยอาจอธิบายได้ดังนี้²¹⁸

1. แนวความคิดทางกฎหมายก่อน ค.ศ. 1980

ก่อน ค.ศ. 1970 ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองโดยมิได้พิเคราะห์ข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและต่างฝ่ายก็อ้างว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายตน ศาลเยอรมันยังคงยึดหลัก “ภาพสะท้อนกระจก” (Mirror Image Rule) หรือหลัก “การยิงครั้งสุดท้าย” (Last-Shot Rule) อย่างเคร่งครัด ในประเทศเยอรมันหลัก Last-Shot มักเรียกกันว่า “หลักคำพูดครั้งสุดท้าย” (Theory of the Last Word หรือ “Theorie des Letzten Wortes”) ทั้งนี้ มาตรา 150 (2)²¹⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดหลักว่าคำสนองที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไขเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ตามหลักกฎหมายในมาตรา 150(2) ดังกล่าวศาลเยอรมันมักตัดสินคดีที่เกี่ยวกับต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองในทางที่มีผลว่าสัญญาเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเนื้อหาสาระของข้อสัญญาในคำเสนอและคำสนองสอดคล้องตรงกันทั้งหมด²²⁰

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ซื้อเป็นฝ่ายทำคำเสนอโดยส่งแบบคำสั่งซื้อไปยังผู้ขายโดยระบุข้อสัญญาอยู่ในแบบสั่งซื้อและผู้ขายก็ตอบรับคำสั่งซื้อโดยใช้แบบเอกสารของผู้ขายโดยระบุข้อสัญญาในแบบเอกสารของผู้ขาย ศาลตัดสินว่าแบบเอกสารของผู้ขายเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ครั้นเมื่อผู้ขายได้ส่งสินค้าไปให้ผู้ซื้อและผู้ซื้อก็ได้รับสินค้าไว้ก็ย่อมเป็นการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่ของผู้ขาย อันเป็นผลให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของผู้ขายนั่นเอง ดังนั้น ผู้ขายจึงชนะสงครามการใช้แบบเอกสาร (Battle of the Forms)

2. แนวความคิดทางกฎหมายตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา

ตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองโดยมิได้พิเคราะห์ข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและต่างฝ่ายก็อ้างว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายตนนั้น ศาลเยอรมันมิได้ตัดสินข้อพิพาทในกรณีเช่นนี้โดยใช้หลักภาพสะท้อนกระจกอย่างเคร่งครัด หากแต่ศาลได้เห็นความจำเป็นของการพัฒนาหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับความจำเป็น

²¹⁸ พินัย ณ นคร, หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทยอังกฤษ : เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของภาคพื้นยุโรป, หน้า 17 (เอกสารอัดสำเนา, 2554).

²¹⁹ German Civil Code BGB, Article 150(2) “An acceptance with expansions, restrictions or other alterations is deemed to be a rejection combined with a new offer.”

²²⁰ Giesela Ruhl, “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observation” 24, 1 U. Pa International Economic Law (2003): 189.

ในทางธุรกิจ โดยใช้หลักว่าแม้คำเสนอจะมีข้อสัญญาที่แตกต่างจากคำเสนอ สัญญาที่เกิดขึ้นได้โดยประกอบด้วยข้อสัญญาเฉพาะที่สอดคล้องกันเท่านั้น กล่าวคือ มิได้ยึดหลักที่ว่าคำเสนอที่มีข้อสัญญาแตกต่างไปจากคำเสนอเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่และจะเป็นสัญญาได้ก็ต่อเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งรับเอาคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้น โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่ผิดแผกแตกต่างไป แต่ศาลยึดถือหลักการที่ว่าแบบเอกสารที่ตอบสนองคำเสนอโดยมีข้อความที่แตกต่างไปจากคำเสนอนั้นยังคงมีสถานะเป็นคำเสนออยู่ และสัญญาที่เกิดขึ้นได้เฉพาะที่มีข้อสัญญาที่สอดคล้องกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายนั้นถือว่าได้ถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ทั้งนี้เมื่อข้อสัญญาที่กำหนดสาระที่แตกต่างกันในเรื่องใดหรือประเด็นใดนั้นมิได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเรื่องนั้นหรือประเด็นนั้นก็ต้องว่ากล่าวกันตามหลักกฎหมายที่กฎหมายกำหนด (Default Rules of Law) เช่น เรื่อง ความรับผิดชอบในค่าธรรมเนียม หรือกำหนดเวลาสำหรับการบอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่อง เป็นต้น

ในกรณีที่ผู้ซื้อเป็นฝ่ายทำคำเสนอโดยส่งแบบคำสั่งซื้อไปยังผู้ขายโดยระบุข้อสัญญาอยู่ในแบบสั่งซื้อและผู้ขายก็ตอบรับคำสั่งซื้อโดยใช้แบบเอกสารของผู้ขายโดยระบุข้อสัญญาในแบบเอกสารของผู้ขายและจากนั้นผู้ซื้อก็ได้รับมอบสินค้าที่ผู้ขายส่งไปนั้น ศาลได้ตัดสินว่าการรับมอบสินค้าที่ผู้ขายส่งไปให้ผู้ซื้อนั้นมิได้แสดงถึงการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่ของผู้ขายตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของผู้ขาย ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ซื้อได้ระบุอย่างชัดเจนในแบบสัญญาของผู้ซื้อว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นจะต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่ระบุในแบบเอกสารของผู้ขายเท่านั้น²²¹ แนวทางการตัดสินใจดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลมิได้ใช้หลัก Last-Shot ตามทฤษฎีกฎหมายสัญญาดั้งเดิม แต่ในการตัดสินใจตามแนวทางใหม่นี้อาจจะดูว่าเป็นการขัดกับหลัก Last-Shot ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 150(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนั้น ศาลจึงพยายามที่จะหาเหตุผลที่ใช้ในการตัดสินใจโดยไม่ขัดต่อมาตรา 150 (2) ดังกล่าว ในการนี้ศาลได้ใช้หลักการตีความมาตรา 150 (2) ในทางที่สอดคล้องกับหลักสุจริตและการปฏิบัติต่อกันอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 242²²² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั่นเอง

ในพฤติการณ์ “สงครามแบบเอกสาร” (Battle of the Forms) หลักสุจริตและการปฏิบัติต่อกันอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถูกนำมาใช้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ในลักษณะแรก ศาลตีความว่าในพฤติการณ์ที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองโดยมิได้พิจารณาข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและต่างฝ่ายก็กำหนดหรือมุ่งหมายให้สัญญาต้องเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของผู้ขายนั้น การที่ผู้ซื้อที่ส่งคำสั่งซื้อไปโดยใช้แบบคำสั่งซื้อของตนได้ยอมรับสินค้าที่ผู้ขายจัดส่งไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของผู้ขายนั้นย่อมไม่สามารถตีความโดยสุจริตได้ว่าเป็นการที่ผู้ซื้อรับเอาข้อสัญญาตามแบบเอกสารของผู้ขาย นอกจากนั้น ในลักษณะที่สอง การใช้หลัก

²²¹ Giesela Ruhl, *op. cit.*, p. 203.

²²² German Civil Code BGB, Article 242 “An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.”

สุจริตก็นำไปสู่ผลการวินิจฉัยว่าในพฤติการณ์เช่นนี้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็ไม่สามารถอ้างว่าสัญญาไม่เกิดเนื่องจากข้อสัญญาตามแบบเอกสารของแต่ละฝ่ายไม่ถูกต้องตรงกัน เมื่อนำเอาหลักสุจริตมาใช้ในการตัดสินคดีแล้วศาลได้ตัดสินให้มีผลว่าเมื่อต่างฝ่ายต่างก็มุ่งหมายให้สัญญาเกิดขึ้นและในพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นต่างฝ่ายต่างก็ยอมรับว่าสัญญาได้เกิดขึ้น (เพียงแต่ต่างฝ่ายต่างยืนยันว่าสัญญาก่อขึ้นตามข้อสัญญาตามที่ระบุในแบบเอกสารของตนเท่านั้น) จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะตัดสินในทางที่ว่าสัญญาไม่เกิดขึ้นตามหลัก Last-Shot โดยเคร่งครัด อนึ่ง เมื่อศาลตัดสินว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมต้องวินิจฉัยด้วยว่าจะยึดถือตามข้อสัญญาของฝ่ายใด ในประเด็นข้อสัญญานั้นศาลได้ยึดหลักว่าสัญญาเกิดขึ้นโดยมีข้อสัญญาที่สอดคล้องกันระหว่างเอกสารแบบสัญญาของทั้งสองฝ่าย ส่วนเนื้อหาข้อสัญญาที่ไม่ตรงกันนั้นถือว่าถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นเอง

คดีแรกๆ ที่ศาลเยอรมันตัดสินตามแนวทางนี้คือคดีในศาลอุทธรณ์แห่งโคโลญน์ (The Court of Appeals of Cologne) ซึ่งมีข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อสัญญาซึ่งกำหนดให้นำข้อพิพาทไปสู่ศาลใดศาลหนึ่งเป็นการเฉพาะ²²³ เมื่อแบบเอกสารที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้นั้นได้กำหนดข้อสัญญาในเรื่องนี้ไว้แตกต่างกัน ศาลจึงตัดสินว่าสัญญาก่อขึ้นโดยไม่ถือว่ามีข้อสัญญาเรื่องนี้อยู่เลย และเรื่องนั้นหรือประเด็นนั้นก็ถือว่ากล่าวกันโดยใช้หลักที่กฎหมายกำหนดนั่นเอง ในการนี้ศาลได้เทียบเคียงกับหลักกฎหมายในมาตรา 6 (2) ของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมข้อสัญญามาตรฐาน (Gesetz zur Regelung des Rechts Allgemeinen Geschäftsbedingungen) ซึ่งกำหนดว่าข้อสัญญามาตรฐานซึ่งมิได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเนื่องจากเป็นข้อสัญญาที่บังคับกันไม่ได้ตามกฎหมายนี้ต้องถือว่าถูกแทนที่ด้วยหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดในเรื่องนั้น ๆ (Default Rules of Law) ศาลเห็นว่าหลักการเช่นนี้เป็นหลักการที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปแทนที่จะบังคับเฉพาะแก่ข้อสัญญาที่ระบุในกฎหมายว่าด้วยการควบคุมข้อสัญญามาตรฐานเท่านั้น ต่อมาหลักการที่ศาลอุทธรณ์แห่งโคโลญน์ (The Court of Appeals of Cologne) ใช้ก็ได้รับการยอมรับโดยศาลอื่น ๆ ของเยอรมันด้วย และศาลสูงสุดของเยอรมัน (The German Supreme Court) ก็ได้ยอมรับแนวทางการตัดสินเช่นนี้ในปี ค.ศ. 1985 ทั้งยังปรากฏว่าแนวทางการตัดสินเช่นนี้ได้รับการยอมรับในทางวิชาการอีกด้วย²²⁴

ควรสังเกตว่าศาลได้พัฒนาหลัก Knock-Out Rule ข้างต้นมาใช้เพื่อตอบสนองรูปแบบการทำสัญญาในทางธุรกิจสมัยใหม่ และศาลใช้หลักนี้เฉพาะในกรณีที่แบบเอกสารของ

²²³ Giesela Ruhl, *op. cit.*, p. 204.

²²⁴ Peter Ulmar *et al.*, AGB-Gesetz-Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen S. 2, para 98-105, at 258-262 (9th ed. 2001); Manfred Wolf *et al.* AGB-Gesetz-Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen S. 2, para. 73-80, at 129-132, 13th ed. 1996) อ้างใน Giesela Ruhl, *op. cit.*, p. 192.

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายกำหนดชัดเจนว่าสัญญาจะเป็นไปตามข้อสัญญาในแบบสัญญาของฝ่ายตนเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีที่คู่สัญญามีได้ระบุเช่นนั้นศาลก็ยังคงใช้หลัก Last Shot หรือ Last Word (“Theorie des Letzten Wortes”) ซึ่งเป็นทฤษฎีดั้งเดิมในมาตรา 150 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันอยู่เช่นเดิม

3.4 กฎหมายประเทศฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายของฝรั่งเศสจัดอยู่ในกลุ่มหรือตระกูล ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) หรือระบบประมวลกฎหมาย (Code Law) เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของประเทศเยอรมัน ซึ่งลักษณะพื้นฐานของซีวิลลอว์ คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและเพื่อให้กฎหมายมีความเป็นเอกภาพ จึงนำเอากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่างๆ มารวบรวมจัดเป็นระบบประมวลกฎหมาย ประเทศฝรั่งเศสถือได้ว่าเป็นประเทศผู้นำในการจัดทำกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) หรือประมวลกฎหมาย โดยถือว่ากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีความสำคัญกว่าคำพิพากษาของศาล และจารีตประเพณี กฎหมายระบบนี้ คำพิพากษาของศาลไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย แต่เป็นเพียงบรรทัดฐานแบบอย่างของการตีความหรือการใช้กฎหมายของศาลเท่านั้น

ดังนั้น การศึกษาหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา และผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงต้องเริ่มต้นจากตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ จะถือเอาคำพิพากษาศาล หรือความเห็นของนักกฎหมายเป็นหลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายไม่ได้ ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ก็คือ “ประมวลกฎหมายแพ่ง” ซึ่งเรียกว่า “Code Civile” ของฝรั่งเศส มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ.1804 นับว่าเป็นประมวลกฎหมายแพ่งที่เก่าแก่ที่สุดในโลกเท่าที่ยังใช้สืบมาจนทุกวันนี้²²⁵ ซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน แต่กฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ผสมผสานกับหลักการปฏิวัติในเรื่องเสรีภาพ ความเสมอภาคและภราดรภาพรวม รวมทั้งความต้องการที่จะมีกฎหมายของตนเอง จึงทำให้ได้รับการสนับสนุนจนเกิดเป็นกฎหมายนโปเลียน (Code Napoléon) ขึ้น ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งฉบับนี้ มีจำนวน 2,283 มาตรา แบ่งออกได้เป็น 3 บรรพ คือ บรรพ 1 บุคคลและครอบครัว เช่นเรื่องสภาพบุคคล ความสามารถ ความสัมพันธ์ในทางครอบครัว บรรพ 2 ทรัพย์สิน เช่น เรื่องกรรมสิทธิ์ และ บรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ และสิทธิต่างๆ เช่น เรื่องหนี้ สัญญา มรดก เป็นต้น

²²⁵ วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545), หน้า 15.

3.4.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (French Civil Code) สัญญา หมายถึง “ความตกลงซึ่งบุคคลคนหนึ่งหรือหลายคนผูกพันต่อบุคคลอื่นเพื่อที่จะให้ กระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด”²²⁶

หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยหลักแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้ตามกฎหมายจะต้องประกอบด้วย 4 องค์ประกอบที่สำคัญของสัญญา²²⁷ ดังต่อไปนี้ คือ

1. ความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเอง (The consent of the party who binds himself)

ตามกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาย่อมเกิดจากความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเองในการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างกัน²²⁸ ซึ่งก็คือการแสดงเจตนาต้องตรงกัน จนเกิดความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกัน และเกิดจากความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยมีการเสนอคำเสนอไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง โดยทางกิริยา ท่าทาง หรือคำพูด หรือทำเป็นหนังสือก็ได้ เพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบความประสงค์ ซึ่งเรียกว่า “คำเสนอ” แล้วบุคคลอีกฝ่ายยอมรับหรือตกลงโดยแสดงความประสงค์ตอบรับ ซึ่งเรียกว่า “คำสนอง” ไปยังบุคคลฝ่ายแรก สัญญาที่จะเกิดขึ้นทันที ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้อีกนัยหนึ่งได้ว่า สัญญาย่อมเกิดจากการที่มีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) คำสนองที่มีเงื่อนไขหรือข้อสงวนใดๆ ต่างไปจากคำเสนอ จะถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (counter-offer)²²⁹

²²⁶ French Civil Code, Article 1011 “A contract is an agreement which binds one or more persons, towards another or several others, to give, to do, or not to do something.”

²²⁷ Article 1008 “Four conditions are essential to the validity of an agreement:

- (1) The consent of the party who binds himself;
- (2) His capacity to contract;
- (3) A certain object forming the matter of the contract;
- (4) A lawful cause in the bond.”

²²⁸ French Civil Code, Article 1011.

²²⁹ George A. Bermann And Etienne Picard, Introduction to French Law (Netherlands: Walters

นักกฎหมายของฝรั่งเศสได้ให้ความหมายของคำเสนอไว้ว่า คือ การแสดงเจตนาของบุคคลที่เป็นผู้ริเริ่มที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้น²³⁰ ส่วนคำสนอง คือ การแสดงเจตนาอย่างหนึ่งไม่ว่าจะแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย คำสนองต้องได้ทำขึ้นก่อนคำเสนอนั้นจะสิ้นผล หรือก่อนที่จะมีการถอนคำเสนอ และข้อความในคำสนอนั้นจะต้องไม่เคลือบคลุม และเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับคำเสนอ ซึ่งเป็นการยอมรับคำเสนอโดยไม่มีเงื่อนไข²³¹

นอกจากนั้น เรื่องการให้ความยินยอมหรือการแสดงเจตนาของคู่สัญญาจะต้องเป็นการให้ความยินยอมหรือแสดงเจตนาในการเข้าทำสัญญาที่ไม่วิปริตเพราะความสำคัญผิด เพราะถูกกลลวง หรือเพราะการข่มขู่ ทั้งยังต้องเป็นเจตนาที่แท้จริงด้วย จึงจะทำให้สัญญาเกิดขึ้น มีผลสมบูรณ์ และใช้บังคับได้ตามกฎหมาย²³²

2. ความสามารถของบุคคลในการเข้าทำสัญญา (His capacity to contract)²³³

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กฎเกณฑ์ในเรื่องอายุซึ่งจะทำให้บุคคลพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 21 ปีบริบูรณ์²³⁴ ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บุคคลอาจทำสัญญาได้ ถ้าหากมีความสามารถตามกฎหมาย²³⁵ ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะถูกจำกัดความสามารถในการทำสัญญา โดยหลักคือ ผู้เยาว์ไม่สามารถทำสัญญาได้โดยลำพังเอง จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม (บิดา มารดา หรือผู้ปกครอง) เสียก่อน สัญญาที่ผู้เยาว์ทำโดยลำพังเอง จึงมีผลไม่สมบูรณ์²³⁶ เว้นแต่จะมีขอ

²³⁰ อุกฤษ มงคลนาวิน, คำอธิบายกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, หน้า 30-31 อ้างถึงใน ไชยศ เหมะระชตะ กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 134.

²³¹ ไชยศ เหมะระชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 117.

²³² French Civil Code, Article 1109 “There can be no valid consent if such consent have been given through mistake, or have been extorted through violence or surreptitiously obtained by fraud.”

²³³ ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 36-37.

²³⁴ French Civil Code, Article 388 “A minor is an individual of either sex who has not yet accomplished the age of twenty-one years.”

²³⁵ Article 1123 “Every person may contract who has not been declared by the law incapable of doing so.”

²³⁶ Article 1124 “Incapable of contracting are, Minors, Interdicted persons, Married women in the cases expressed by the law, And all those generally to whom the law has forbidden certain contracts.”

ยกเว้นตามกฎหมาย เช่น การทำพินัยกรรมเมื่อมีอายุ ครบ 16 ปีบริบูรณ์²³⁷ หรือสัญญาที่ผู้เยาว์กระทำเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเอง เช่น การทำหนังสือสัญญารับสภาพหนี้ เพื่อให้อายุความสะดุดหยุดลง การทำสัญญาจ้างองอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ได้ชำระหนี้ก่อน หรือ สัญญาที่ผู้เยาว์กระทำเพื่อป้องกันอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้น เช่น สัญญาซ่อมแซมบ้านที่กำลังจะพัง เป็นต้น

กรณีคนวิกลจริต (Lunatics) จะถูกจำกัดความสามารถในการทำสัญญา ตามมาตรา 489 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งวางหลักไว้ว่า “การทำสัญญาที่สมบูรณ์นั้น จะต้องทำในขณะที่มีจิตใจปกติ และบุคคลที่ต้องการบอกเลิกสัญญาเพราะเหตุดังกล่าว จะต้องพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นมีความผิดปกติของจิตใจในขณะที่มีการทำสัญญา”²³⁸ ส่วนบุคคลซึ่งถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ (Incompetents) ภายใต้ความอนุบาลไม่สามารถทำสัญญาใดๆ ได้เลย สัญญาที่กระทำโดยบุคคลดังกล่าวภายหลังที่ศาลสั่งให้อยู่ภายใต้ผู้อนุบาลแล้ว มีผลเป็นโมฆะ²³⁹ จะต้องให้ผู้อนุบาลทำแทน

3. วัตถุแห่งหนี้ที่แน่นอนซึ่งเป็นวัตถุแห่งการผูกมัด (A certain object forming the matter of the contract)

ตามมาตรา 1126 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้วางหลักไว้ว่า สัญญาทุกสัญญาจะต้องมีวัตถุแห่งหนี้ที่แน่นอนซึ่งเป็นวัตถุแห่งการผูกมัดให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผูกพันตนเองต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อที่จะให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด²⁴⁰ กล่าวคือ การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องหรือมีความเกี่ยวพันทางกฎหมายที่สามารถเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญานั้นๆ เช่น การกระทำการ การงดเว้นการกระทำ และการส่งมอบทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น ในกรณีสัญญาซื้อขายก็จะต้องมีวัตถุแห่งหนี้ที่แน่นอนซึ่งเป็นวัตถุแห่งการผูกมัดในการก่อให้เกิดสัญญาของคู่สัญญา นั่นก็คือการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ผู้ขาย) ในการโอนกรรมสิทธิ์ และส่งมอบทรัพย์สินหรือสินค้าที่จะซื้อขายกัน

²³⁷ French Civil Code, Article 904 “A minor who has reached the age of sixteen years can make disposition by will only, and to the amount of not more than half the property of which the law permits an adult to dispose.”

²³⁸ Article 489 “An adult, who is in an habitual state of idiocy, of insanity, or madness, must be interdicted, even though such state present some lucid intervals.”

²³⁹ Article 502 “Interdiction on the nomination of an adviser shall have its effect from the day of the judgment. All acts past subsequently by the interdicted person, or without the assistance of the adviser, shall be void in law.”

²⁴⁰ Article 1126 “Every contract has for its object a thing which one party binds himself to give, or which one party binds himself to do or not to do.”

(property or goods to be sold) และการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้ซื้อ) ในการชำระราคา (payment) ทรัพย์สินหรือสินค้าที่จะซื้อขายกัน เป็นต้น

4. วัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายของนิติสัมพันธ์ทางหนี้ (A lawful cause in the bond)²⁴¹

เงื่อนไขหนึ่งของความสมบูรณ์ของข้อตกลงตามสัญญา ตามกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ก็จะต้องมีวัตถุประสงค์ หรือมูลเหตุทางกฎหมาย (Cause) ที่จะก่อให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมาย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้บัญญัติหลักของ Cause ไว้ในมาตรา 1108 และ 1131-1133 มาตราทั้ง 4 นี้ได้บัญญัติถึงความสำคัญของ Cause ว่าเป็นเงื่อนไขหนึ่งของความสมบูรณ์ของข้อตกลงตามสัญญา ส่วนบทวิเคราะห์ศัพท์ของ Cause นั้นไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายของนิติสัมพันธ์ทางหนี้ (A lawful cause in the bond) ไว้ว่า “หน้าที่ปราศจากวัตถุประสงค์ หรือมีวัตถุประสงค์ที่ผิด หรือวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้”²⁴² ข้อตกลงของสัญญาจะไม่มีผลสมบูรณ์ ถ้าวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นไม่ได้ปรากฏชัดเจน²⁴³ และวัตถุประสงค์ใดขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว วัตถุประสงค์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁴⁴

นักกฎหมายฝรั่งเศสคนแรกที่ทำการศึกษา เสนอแนวคิดเกี่ยวกับ Cause อย่างมีระบบ คือ Jean Domat ซึ่งได้อธิบายหลักของ Cause แยกตามประเภทของสัญญา ดังนี้²⁴⁵

1. Causa Donadi คือ มูลเหตุในการโอนทรัพย์สินให้อีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีค่าตอบแทน เป็นมูลเหตุของสัญญาให้โดยเสน่หา

2. Causa Obligation คือ มูลเหตุในการก่อให้เกิดหนี้ผูกพันแต่เพียงฝ่ายเดียว เช่น การทำสัญญาเช่า ก่อให้เกิดหน้าที่ของผู้ยืมต้องนำทรัพย์สินมาคืนเมื่อใช้ทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว

²⁴¹ คาราวร เตชะกำพูน, “แนวความคิดและหลักของ Cause ตามหลักกฎหมายสัญญาฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ 15, 1(มีนาคม 2530) : 33-43.

²⁴² French Civil Code, Article 1131 “An obligation without a cause, or upon a false cause, or upon an unlawful cause, can have no effect.”

²⁴³ Article 1132 “The agreement is not less valid, although the cause be not expressed therein.”

²⁴⁴ Article 1133 “The cause is unlawful when it is prohibited by the law, when it is contrary to good morals or to public order.”

²⁴⁵ ฌ็องฟองส์ โปษกะบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 50.

3. Causa Solvendi คือ มูลเหตุในการก่อให้เกิดการต่างตอบแทน เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อตอบแทนกับการชำระเงิน เป็นมูลเหตุของสัญญาซื้อขายและสัญญาต่างตอบแทนทั้งหลาย

กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำที่ไม่มีวัตถุประสงค์ (Cause) เช่น การกระทำในทางสังคม หรือการกระทำใดที่มีวัตถุประสงค์ (Cause) แต่วัตถุประสงค์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว จึงไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมายที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้

3.4.2 ผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเอง (The consent of the party who binds himself) ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญาและทำให้สัญญามีผลบังคับสมบูรณ์ตามกฎหมายได้²⁴⁶ ความตกลงยินยอมของคู่สัญญาจะต้องเกิดจากการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันเท่านั้น เพื่อเป็นการแสดงความประสงค์ของคู่สัญญาอันสามารถกำหนดผลทางกฎหมายได้ คำสนองที่แตกต่าง มีเงื่อนไขหรือข้อสงวนใดๆ ต่างไปจากคำเสนอ ตามแนวทางของศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-Offer)²⁴⁷ ดังนั้น คำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ จึงมีอาจทำให้เกิดสัญญาได้ เพราะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ทั่วไปว่า “หนึ่งเกิดจากความตกลงเท่านั้น” เมื่อยังตกลงกันไม่ได้ สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น ส่วนสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น ตามกฎหมายฝรั่งเศสได้ยึดถือตามหลักทฤษฎีรับทราบเจตนา (Theory of information) ทฤษฎีนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอได้ ทราบ คำสนองแล้ว ความรับรู้ของผู้เสนอเป็นสาระสำคัญที่ก่อให้เกิดสัญญา ดังนั้น ผู้เสนอจึงไม่ต้องผูกพันในคำเสนอที่ได้ส่งไปและจะถอนคำเสนอของตนได้ทุกเมื่อก่อนที่จะมีการสนองรับ

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว การเกิดสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงต้องพิจารณาถึงเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีเสียก่อนว่า คู่กรณีมีเจตนาต้องตรงกัน กล่าวคือมีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันหรือไม่ สัญญาจึงเกิดขึ้น ซึ่งศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาเป็นรายๆ ไป โดยจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ต่างๆ แห่งคดีด้วย²⁴⁸

แต่ในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองโดยมิได้พิจารณาข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและต่างฝ่ายก็อ้างว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายตน ศาลในประเทศฝรั่งเศสก็ยึดถือแนวทางการวินิจฉัยเช่นเดียวกับแนวทางที่ศาลในประเทศเยอรมันใช้ กล่าวคือ มิได้ยึดถือหลัก “ภาพสะท้อนกระจก” หรือ Last-Shot โดยเคร่งครัด แต่ยึดถือหลักว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่แบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายมีตรงกัน ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันก็จะถูกคัดออกไป (Knock Out) เหตุผลที่

²⁴⁶ French Civil Code, Article 1008 (1).

²⁴⁷ George A. Bermann And Etienne Picard, op.cit., p. 212.

²⁴⁸ กิตติศักดิ์ ปกติ, เรื่องเดิม, หน้า 78.

ศาลในประเทศฝรั่งเศสถือเช่นนั้นก็เป็นเหตุผลทำนองเดียวกันกับที่ศาลในประเทศเยอรมันใช้ กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งติดต่อสื่อสารกันโดยใช้แบบเอกสารนั้นต่างก็มีเจตนาให้สัญญาเกิด (เพียงแค่พิพาทกันว่าข้อสัญญาตามแบบเอกสารของฝ่ายใดที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างกัน) ก็ไม่มีเหตุผลที่จะวินิจฉัยว่าสัญญาไม่เกิดเนื่องจากคำเสนอและคำสนองในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายไม่ถูกต้องตรงกัน ศาลจึงวินิจฉัยให้สัญญาเกิดโดยมีข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญที่สอดคล้องกัน ส่วนข้อสัญญาที่มีเนื้อหาต่างกันก็ถือว่าไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

มีข้อสังเกตว่าศาลในประเทศฝรั่งเศสได้ยึดถือแนวการวินิจฉัยดังอธิบายข้างต้นอย่างกว้างขวางกว่าศาลในประเทศเยอรมันด้วยซ้ำ กล่าวคือ ในขณะที่ศาลในประเทศเยอรมันยึดถือแนวทางดังกล่าวเฉพาะเมื่อแบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นมีข้อความระบุอย่างชัดเจนในทำนองที่ว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่มีในแบบเอกสารของตนเท่านั้น (Defensive Clause) แต่ศาลในประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลัก Knock Out ทั้งในกรณีที่แบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นมีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของตนเท่านั้นและกรณีที่แบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นไม่มีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของตนเท่านั้น²⁴⁹

3.5 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หรือ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (ซึ่งต่อไปในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเรียกว่า CISG)²⁵⁰ เกิดขึ้นจากความพยายามของนักนิติศาสตร์ที่ปรารถนาจะให้เห็นกฎหมายเอกชนของชาติต่างๆ กล่าวคือ กฎหมายซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ ที่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันนั้น ลงรอยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เนื่องจากปัจจุบันการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้พัฒนาเจริญเติบโตไปอย่างรวดเร็วและก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อประเทศเป็นจำนวนมาก อีกทั้งนานาประเทศได้มีความพยายามจะลดอุปสรรคต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ซึ่งอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งก็คือ กฎหมายสารบัญญัติที่นำมาใช้กับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เพราะสภาพของการค้าระหว่างประเทศที่ต้องมีความเกี่ยวพันระหว่างรัฐต่างๆ มากกว่า 1 รัฐขึ้นไป ซึ่งอาจเป็นเพราะคู่สัญญามีสัญชาติที่แตกต่างกัน หรือมีภูมิลำเนาอยู่กันคนละประเทศ หรืออาจเป็น

²⁴⁹ Giesela Ruhl, *op. cit.*, p. 205.

²⁵⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “อนุสัญญาว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ,” *วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์* (2530): 91.

เพราะวัตถุแห่งสัญญาที่ต้องการส่งสินค้าหรือบริการข้ามพรมแดน การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาจึงต้องทำในประเทศอื่นที่มีใช้เงินที่มีการทำสัญญา อันทำให้มีกฎหมายหลายรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมมีเนื้อหาสาระแตกต่างกันออกไปเล็กน้อยแล้วแต่กรณี เนื่องจากแต่ละประเทศก็จะมีระบบกฎหมาย สภาพสังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อมแตกต่างกันออกไป จึงทำให้เกิดความไม่สะดวก ยุ่งยาก สับสน ในระหว่างพ่อค้าที่เกี่ยวข้องในการค้าระหว่างประเทศ²⁵¹

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ United Nations Commission on International Trade Law (ซึ่งต่อไปในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเรียกว่า UNCITRAL) จึงมีความพยายามมาโดยตลอดที่จะทำให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Unification Law) กล่าวคือทำให้กฎหมายมีเนื้อหาสาระที่ตรงกันซึ่งทำให้พ่อค้าไม่ว่าอยู่ ณ ประเทศใดก็เข้าใจถึงสิทธิและความรับผิดชอบของตนได้ถูกต้องตรงกัน เพื่อลดอุปสรรคทางกฎหมายในทางการค้าระหว่างประเทศและส่งเสริมการพัฒนาการค้าระหว่างประเทศ และในปี ค.ศ. 1980 UNCITRAL ก็ได้จัดให้มีการประชุมพิจารณา และลงคะแนนรับรอง ร่าง CISG ที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ซึ่งปัจจุบันมีประเทศที่เข้าร่วมภาคีแล้วทั้งสิ้น 79 ประเทศ²⁵² (แต่ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญานี้)

อนุสัญญานี้ ใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศซึ่งคู่สัญญามีสถานประกอบการอยู่ในประเทศภาคีที่ต่างกัน ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ทั้งสองประเทศนั้นเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ หรือประเทศของคู่สัญญาประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฯ และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลชี้ให้ไปใช้กฎหมายของประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาฯ ทั้งนี้อนุสัญญาฯ มุ่งพิจารณาถึงเฉพาะสถานประกอบการธุรกิจของคู่สัญญาเท่านั้น โดยไม่ได้ให้ความสนใจต่อสัญชาติของคู่สัญญาหรือลักษณะทางแพ่งและพาณิชย์ของคู่กรณีหรือลักษณะทางแพ่งและพาณิชย์ของสัญญาแต่อย่างใด²⁵³ และจะ

²⁵¹ คำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 61.

²⁵² เช่น แอลเบเนีย อาร์เจนตินา อาร์เมเนีย ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลารุส เบลเยียม บัลแกเรีย บรูไน แคนาดา ชิลี จีน โคลัมเบีย คอสตาริกา คิวบา ไซปรัส เดนมาร์ก เอกวาดอร์ อียิปต์ เอลซัลวาดอร์ บราซิล เดนมาร์ก สาธารณรัฐโดมินิกัน อียิปต์ ฝรั่งเศส เยอรมัน ฮังการี อิตาลี ญี่ปุ่น ลักเซมเบิร์ก เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ เปรู โปแลนด์ สาธารณรัฐเกาหลี รัสเซีย สิงคโปร์ สเปน สวีเดน สวิสเซอร์แลนด์ ตุรกี อุกันดา แชมเบีย สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ใน http://www.uncitral.org/uncitral/cn/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, (last visited 13 April, 2013).

²⁵³ CISG, Article 1;

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

(a) when the States are Contracting States; or

ไม่ใช่บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้สอยส่วนบุคคลหรือใช้สอยในครัวเรือน และสัญญาซื้อขายที่มีวิธีการพิเศษ เช่น การซื้อขายโดยการทอดตลาด หรือการซื้อขายในการบังคับคดี เป็นต้น และสัญญาซื้อขายที่ลักษณะพิเศษบางประการ เช่น หุ่น หรือเครื่องบิน เป็นต้น²⁵⁴

3.5.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา

การก่อให้เกิดสัญญา (Formation of Contract) ตาม CISG สัญญาย่อมเกิดขึ้นได้โดยผ่านกระบวนการการให้คำแนะนำและคำสนองต่อกันระหว่างคู่สัญญา การทำสัญญาซื้อขายตามอนุสัญญาฉบับนี้ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ และไม่อยู่ภายใต้บังคับเรื่องแบบของสัญญา การพิสูจน์สัญญาซื้อขายสามารถพิสูจน์ด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้รวมถึงการพิสูจน์โดยพยานบุคคล²⁵⁵ ส่วนเรื่องความสามารถในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายซึ่งมีผลถึงควมมีผลของสัญญานั้น อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ²⁵⁶

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.”

²⁵⁴ CISG, Article 2 “This Convention does not apply to sales:

(a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;

(b) by auction;

(c) on execution or otherwise by authority of law;

(d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;

(e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft;

(f) of electricity.”

²⁵⁵ Article 11 “A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.”

²⁵⁶ Article 4 “This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as

กล่าวโดยสรุปคือ หลักเกณฑ์การเกิดสัญญาตาม CISG จึงมีเพียงหลักเกณฑ์เดียวในการก่อให้เกิดสัญญา คือกระบวนการให้คำเสนอและคำสนองต่อกันระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น เมื่อคู่สัญญาได้ทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันแล้ว สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้น โดยอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะของคำเสนอและคำสนอง และผลของคำเสนอและคำสนองไว้โดยเฉพาะ ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญ ได้ดังนี้

1. คำเสนอ (Offer)

ตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ คำเสนอ หมายถึงการแสดงเจตนาเพื่อการก่อสัญญาที่แสดงต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคนโดยเฉพาะเจาะจง คำเสนอจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอและบ่งชี้ถึงตัวสินค้า และมีการกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายถึงราคาและปริมาณของสินค้าหรือมีข้อกำหนดถึงวิธีการในการกำหนดราคาหรือปริมาณของสินค้านั้น²⁵⁷ ดังนั้น คำเสนอตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ จึงต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ข้อ คือ ต้องเป็นการแสดงต่อบุคคลคนเดียวหรือหลายคนโดยเฉพาะเจาะจง ต้องมีเจตนาที่จะผูกพันให้เกิดสัญญาขึ้นในกรณีที่มีการสนองรับคำเสนอนั้น และประการสุดท้ายต้องมีความชัดเจนเพียงพอโดยอย่างน้อยที่สุดคำเสนอนั้นจะต้องมีการบ่งชี้ตัวสินค้า มีข้อกำหนดเกี่ยวกับปริมาณหรือราคาของสินค้าไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย²⁵⁸

ส่วนความผูกพันของคำเสนอตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ กำหนดให้คำเสนอจะมีผลเมื่อได้ “ไปถึง” ผู้รับคำเสนอ²⁵⁹ และเมื่อคำเสนอจะมีผลแล้ว ผู้ทำคำเสนอย่อมผูกพันตามคำเสนอนั้น อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฯ นี้ได้กำหนดหลักการทั่วไปในเรื่องการถอนคำเสนอไว้ โดยวางหลักว่า “คำเสนอสามารถบอกถอนได้เสมอตราบเท่าที่ยังไม่เกิดสัญญา เว้นแต่จะได้มีการระบุว่าคำเสนอนั้นถอนไม่ได้ หรือมีการกำหนดระยะเวลาสำหรับการสนองรับหรือมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”²⁶⁰ และคำเสนอเป็นอันสิ้นความผูกพันเมื่อการบอกปิดคำเสนอส่งไปถึงผู้เสนอแล้ว²⁶¹

otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with: (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage”

²⁵⁷ CISG, Article 14 (1) “A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.”

²⁵⁸ ปฏิญาพร เอ็มโอฐ, “ความเหมาะสมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 16.

²⁵⁹ Article 15 CISG, Article 15 (1) “An offer becomes effective when it reaches the offeree.”

²⁶⁰ Article 16;

2) คำสนอง (Acceptance)

ตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ คำสนอง หมายถึงการแสดงข้อความหรือการกระทำอื่นซึ่งแสดงให้เห็นถึงการตกลงตามคำเสนอ²⁶² เช่น การที่ผู้ขายยอมรับส่งมอบสินค้าโดยมิได้อัดเงื่อนไขและได้รับเงินชำระราคาสินค้านั้น อย่างไรก็ตาม การสนองโดยการกระทำนั้นจะต้องมีการกระทำหรือการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง การนิ่งหรือการไม่กระทำการใดๆ เลยนั้นโดยลำพังไม่อาจถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอ²⁶³ ส่วนการถอนคำสนอนั้น อนุสัญญาฯ นี้ได้กำหนดเรื่องการถอนคำสนองเหมือนกับคำเสนอโดยวางหลักไว้ว่า “ผู้ทำคำสนองสามารถถอนคำสนองของตนได้เสมอ หากการแสดงเจตนาบอกถอนคำสนองหรือบอกเลิกคำสนองได้ไปถึงผู้ทำคำเสนอก่อนหรืออย่างน้อยพร้อมกับคำสนอนั้น”²⁶⁴ ส่วนความมีผลของคำสนองตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ กำหนดให้ “คำสนองรับมีผลเมื่อเวลาที่ได้ไปถึงผู้ทำคำเสนอ และในกรณีที่คำเสนอที่กำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนอง คำสนองจะต้องไปถึงผู้เสนอภายในเวลาอันสมควร ทั้งนี้โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมในธุรกรรมนั้นๆ รวมทั้งความรวดเร็วของวิธีการสื่อสารที่ใช้ด้วย”²⁶⁵

(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked:

(a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or

(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

²⁶¹ CISG, Article 17 “An offer, even if it is irrevocable, is terminated when a rejection reaches the offeror.”

²⁶² ปฏิญาพร เอมโอฐ, เรื่องเดิม, หน้า 21.

²⁶³ CISG, Article 18 (1) “A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.”

²⁶⁴ Article 22 “An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.”

²⁶⁵ Article 18 (2) “An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent reaches the offeror. An acceptance is not effective if the indication of assent does not reach the offeror within the time he has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication

นอกจากนี้ อนุสัญญาฉบับนี้ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ คำสนองที่จะมีผลให้เกิดเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเอาไว้ 2 ประการ ดังนี้ ประการแรก คือคำสนอนั้นจะต้องไปถึงผู้ทำคำเสนอภายในเวลากำหนดไว้ในคำเสนอ หรือหากคำเสนอไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ ก็ต้องไปถึงผู้ทำคำเสนอภายในเวลาอันสมควร หากคำสนองมาถึงล่าช้า หรือพ้นเวลาอันสมควรแล้ว คำสนอนั้นจะไม่มีผลทางกฎหมาย เว้นแต่ผู้เสนอที่ได้รับคำสนองที่มალ่วงเวลานั้นได้แจ้งให้ผู้สนองทราบโดยไม่ชักช้าด้วยวาจาหรือหนังสือว่าคำสนองมีผล²⁶⁶ ประการที่สอง คือคำสนองจะต้องไม่มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ มิฉะนั้นให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอ และให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่แทน²⁶⁷ ตามหลักกฎหมายสัญญาดั้งเดิมที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฯ นี้ได้มีการพัฒนาความคิดทางกฎหมายเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบัน แม้ว่าคำสนองได้มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ก็อาจทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

3.5.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ

โดยหลักการทางกฎหมายแล้ว การเกิดขึ้นของสัญญาในกฎหมายทุกระบบ เป็นที่ยอมรับตรงกันว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ ตามหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ซึ่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ก็เช่นเดียวกัน หลักการดังกล่าวสะท้อนอยู่ในตามมาตรา 19 (1) CISG ซึ่งกำหนดให้คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่²⁶⁸ ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้น จะได้ตอบรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้ว ดังนั้น ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามมาตรา 19(1) CISG นี้ จึงไม่ทำให้เกิดสัญญาขึ้น

แต่เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันนี้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารให้เจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญาทางธุรกิจมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก

employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.

²⁶⁶ CISG, Article 21 (1) “A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without delay the offeror orally so informs the offeree or dispatches a notice to that effect.”

²⁶⁷ Article 19 (1).

²⁶⁸ Article 19 (1) “A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.”

อีกทั้งความพยายามในการเปิดเสรีทางการค้าในปัจจุบันยังทำให้มีการแข่งขันกันสูงมาก และส่งผลให้มีการทำสัญญาทางธุรกิจมากขึ้น การทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของฝ่ายตน โดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจในลักษณะเช่นนี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาก็คือว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่และหากเกิดขึ้นจะเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายใด

จากปัญหาดังกล่าวจึงทำให้คณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้ตระหนักและพยายามจะแก้ไขปัญหา “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” และให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจของโลกยุคปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ก็ยังเคารพต่อหลักการ “สัญญานเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ” ตามหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) อยู่ จึงได้บัญญัติหลักการแก้ไขปัญหา “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ไว้ใน มาตรา 19 CISG โดยให้ถือเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ตามอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ ในเรื่องกระบวนการการให้คำเสนอคำสนองต่อกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งมีผลให้ใช้บังคับทั้งกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย “ใช้แบบสัญญา” และ “ไม่ใช้แบบสัญญา” ในการเจรจาทำสัญญาหรือการให้คำเสนอคำสนองต่อกันระหว่างคู่สัญญา

ตาม มาตรา 19 แห่ง CISG²⁶⁹ บัญญัติว่า

²⁶⁹ CISG, Article 19 (1) “A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.”

(1) การตอบรับคำเสนอที่ตั้งใจจะให้เป็นการเสนอ ซึ่งมีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่น เท่ากับเป็นการปฏิเสธคำเสนอนั้น และให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่

(2) อย่างไรก็ตาม การตอบคำเสนอที่ตั้งใจจะให้เป็นการเสนอ แต่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมหรือแตกต่างกันซึ่งไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของคำเสนอในสาระสำคัญ ให้ถือเป็นคำเสนอ เว้นแต่ผู้เสนอจะได้คัดค้านด้วยวาจาถึงถ้อยคำที่แตกต่างนั้น หรือส่งหนังสือแจ้งถึงเรื่องดังกล่าวโดยไม่ชักช้า แต่ถ้าผู้เสนอไม่คัดค้านเช่นนั้น เงื่อนไขของสัญญาจะเป็นไปตามเงื่อนไขของคำเสนอที่มีข้อความแตกต่างแก้ไข เพิ่มเติมจากคำเสนอ

(3) เงื่อนไขเพิ่มเติมหรือแตกต่างที่เกี่ยวข้องกับเรื่องต่างๆ เช่น ราคา วิธีการชำระหนี้ คุณภาพและปริมาณของสินค้า สถานที่และเวลาส่งมอบ ข้อจำกัดความรับผิดชอบคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการจัดซื้อพิพาท ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขคำเสนอในสาระสำคัญ

มาตรา 19 CISG สามารถสรุปหลักการสำคัญได้ดังนี้

มาตรา 19 (1) CISG กำหนดให้คำเสนออันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ซึ่งสอดคล้องกับหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาทางปฏิบัติของคู่กรณีด้วย หากปรากฏว่าแม้มีการเพิ่มเติมข้อความเข้ามาแต่ในทางปฏิบัติของคู่กรณี ให้ถือเป็นการทำคำเสนอ ก็ต้องถือเป็นคำเสนอ มิให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ สัญญาจึงเกิดขึ้น ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการใช้ประเพณีทางการค้าประกอบการตีความสัญญาตามมาตรา 9 (1) CISG²⁷⁰ ซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาจะต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าที่ตนได้ตกลงกันและแนวปฏิบัติที่คู่สัญญาได้สร้างขึ้นระหว่างกัน” อย่างไรก็ตาม มาตรา 19 CISG ก็มีข้อยกเว้นบัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) และ (3) ซึ่งจะอธิบายต่อไป ดังนี้

มาตรา 19 (2) CISG เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักการผ่อนคลายความเคร่งครัดของ มาตรา 19(1) ลง โดยให้คำเสนออันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม แต่ความแตกต่างนั้นไม่ใช่ความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญของคำเสนอ แล้ว คำเสนอดังกล่าวจึงถือเป็นคำเสนอได้และสัญญาสามารถเกิดขึ้นตามเงื่อนไขของคำเสนอนั้นได้ เว้นแต่ผู้ทำคำเสนอจะได้คัดค้านด้วยวาจาถึงถ้อยคำที่แตกต่างนั้น หรือส่งหนังสือแจ้งถึงเรื่องดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ซึ่งเท่ากับว่าผู้ทำคำเสนอได้ปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขที่มีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมแล้ว ในทางกลับกัน หากคำเสนออันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญแล้ว ก็ต้องถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอ และถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วยตามมาตรา 19 (1) สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น และ

²⁷⁰ CISG, Article 9 (1) “The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.”

มาตรา 19 (3) CISG ได้กำหนดตัวอย่างความแตกต่างเรื่องใดบ้างอันถือเป็นสาระสำคัญของคำเสนอไว้ เพื่อให้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่าเรื่องใดบ้างเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญของคำเสนอ ซึ่งก็ได้แก่ เรื่องราคา วิธีการชำระหนี้ คุณภาพและปริมาณของสินค้า สถานที่และเวลาส่งมอบ ข้อจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการขจัดข้อพิพาท ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขคำเสนอในสาระสำคัญ ดังนั้นหากมีความแตกต่างกันในเรื่องเหล่านี้ก็ให้ถือเป็นความแตกต่างกันในสาระสำคัญ สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น เว้นแต่ในทางปฏิบัติของคู่สัญญา มิได้ถือกรณีตามมาตรา 19 (3) เป็นความแตกต่างกันในสาระสำคัญแล้ว ก็ให้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการใช้ประเพณีทางการค้าประกอบการตีความสัญญาตามมาตรา 9 (1) CISG

ตัวอย่างคำพิพากษาที่ตัดสินตามมาตรา 19 CISG²⁷¹

1) คดี *Les Verreries de Saint Gobain, SA v. Martinswerk GmbH*²⁷²

คดีนี้โจทก์คือ *Les Verreries de Saint Gobain, SA v. Martinswerk GmbH* เป็นบริษัทสัญชาติฝรั่งเศส และจำเลยคือ *Martinswerk GmbH* เป็นบริษัทสัญชาติเยอรมัน

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ โจทก์ *Les Verreries de Saint Gobain, SA* ได้ทำคำสั่งซื้อสินค้าคืออลูมิเนียมไฮดรต (Aluminium Hydrate) เพื่อนำไปใช้ในการผลิตกระจกโดยใช้แบบฟอร์มคำสั่งซื้อของตนสินค้า โดยมีเงื่อนไขระบุในแบบฟอร์มคำสั่งซื้อให้ ศาลในประเทศฝรั่งเศสเป็นศาลที่จะพิจารณาคดีในกรณีที่ข้อพิพาทกันในสัญญาซื้อขายหรือการส่งสินค้า จากจำเลยคือ *Martinswerk GmbH* ผู้ขาย ต่อมาคือ *Martinswerk GmbH* ผู้ขาย ได้ลงนามในแบบฟอร์มคำสั่งซื้อและส่งกลับไปยังผู้ซื้อ พร้อมจัดส่งสินค้าทางรถบรรทุก (tanker lorry) ไปยังท่าเรือรับขนส่งสินค้าที่ผู้ซื้อจัดหาและได้ส่งใบกำกับสินค้า (invoice) ซึ่งด้านหลังแบบฟอร์มคำสั่งซื้อมีเงื่อนไขที่เกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลและสถานที่ส่งสินค้าแตกต่างไปจากในแบบฟอร์มคำสั่งซื้อของผู้ซื้อระบุเอาไว้

ต่อมา หลังจากที่ ผู้ซื้อ *Les Verreries de Saint Gobain, SA* ได้รับสินค้าแล้ว ปรากฏว่าสินค้ามีข้อบกพร่องและฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายที่ศาลพาณิชย์ออร์เลออง (the Commercial Court of Orleans) ในประเทศฝรั่งเศส *Martinswerk GmbH* ผู้ขายให้การต่อสู้คดีว่าตามมาตรา 19 (3)²⁷³ จะพบว่าเรื่อง เขตอำนาจศาล และสถานที่ส่งสินค้าเป็นเรื่องที่ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขคำเสนอในสาระสำคัญ ดังนั้นการที่ *Martinswerk GmbH* ผู้ขายระบุข้อความที่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญของสัญญาในใบกำกับสินค้า (invoice) หากผู้ซื้อไม่ต้องการผูกพันตามสัญญา ผู้ซื้อควรจะต้องปฏิเสธหรือบอกปิดไม่รับสินค้า แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า *Les Verreries de Saint Gobain, SA* ผู้ซื้อได้รับสินค้าไว้และ

²⁷¹ วัฒนประภัทร์ จาติกวณิช, เรื่องเดิม, หน้า 55-62.

²⁷² *Les Verreries de Saint Gobain, SA v. Martinswerk GmbH* at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980716fl.html>, (last visited 15 May, 2013).

²⁷³ CISG, Article 19 (3).

ชำระราคาให้แก่ *Martinswerk GmbH* ผู้ขาย ซึ่งเท่ากับผู้ซื้อยอมรับว่าเงื่อนไขในใบกำกับสินค้า (invoice) ของผู้ขายที่ส่งกลับมาแล้ว จะถือว่าผู้ขายยอมรับข้อสัญญาทั้งหมดทุกข้อที่ปรากฏด้านหลังแบบฟอร์มคำสั่งซื้อของผู้ซื้อไม่ได้ การลงนามของผู้ขายเสมือนการลงนามทราบคำสั่งซื้อเท่านั้น

Les Verreries de Saint Gobain, SA ผู้ซื้อยกข้อต่อสู้ว่า การที่ *Martinswerk GmbH* ผู้ขายได้รับคำสั่งซื้อและไม่ได้แย้งเงื่อนไขในคำสั่งซื้อเท่ากับเป็นการยอมรับเงื่อนไขคำสั่งซื้อ ซึ่งมีข้อสัญญาระบุให้ ศาลในประเทศฝรั่งเศสเป็นศาลที่จะพิจารณาคดีในกรณีที่มีข้อพิพาทกันในสัญญาซื้อขายหรือการส่งสินค้า หากผู้ขายต้องการปฏิเสธจะต้องแจ้งข้อแก้ไขเงื่อนไขในคำสั่งซื้อ การที่ผู้ขายปฏิบัติตามสัญญาโดยการส่งสินค้ามาให้ผู้ซื้อเท่ากับยอมรับเงื่อนไขในคำสั่งซื้อของผู้ซื้อแล้วตามมาตรา 18 (3) CISG²⁷⁴ จึงต้องถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เมื่อผู้ขายยอมส่งสินค้าให้กับผู้ซื้อ

ศาลพาณิชย์ออร์เลออง (the Commercial Court of Orleans) ได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1996 ตัดสินให้ผู้ขาย คือ *Martinswerk GmbH* เป็นฝ่ายชนะคดี ดังนั้นผู้ซื้อ *Les Verreries de Saint Gobain, SA* พึงอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ Cour de Cassation ได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 ตัดสินให้ผู้ขาย คือ *Martinswerk GmbH* เป็นฝ่ายชนะคดี โดยให้เหตุผลว่าศาลประเทศฝรั่งเศสไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีโดยยึดเงื่อนไขในใบกำกับสินค้า (invoice) ของผู้ขายเป็นข้อสัญญาระหว่างคู่กรณี

กล่าวโดยสรุปคือ หลัก “Battle of the Forms” ตามมาตรา 19 CISG นั้น จะต้องนำหลัก Last Shot Rule (ผู้ยิงกระสุนนัดสุดท้าย) มาใช้ในการพิจารณา หากมีปัญหาสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) เกิดขึ้น โดยศาลจะพิจารณาว่าคู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) โดยหากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) คู่กรณีฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) ก็จะเป็นฝ่ายที่ชนะสงครามแบบฟอร์มนั้นและให้ถือว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในการทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer)

2) คดี *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabate USA Inc., Sabate S.A.*²⁷⁵ โจทก์ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกา (United States Court of Appeals, Ninth Circuit) เมื่อวันที่ 31

²⁷⁴ CISG, Article 18 (3) “However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act, such as one relating to the dispatch of the goods or payment of the price, without notice to the offeror, the acceptance is effective at the moment the act is performed, provided that the act is performed within the period of time laid down in the preceding paragraph.”

²⁷⁵ *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabate USA Inc., Sabate S.A.*, at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030505u1.htm>, (last visited 15 May, 2013).

มีนาคม 2003 อุทธรณ์จากศาลแขวงในเขตภาคเหนือของรัฐแคลิฟอร์เนีย (Appeal from the United States District Court for the Northern District of California) ซึ่งได้ตัดสินยกฟ้อง และได้รับการพิจารณาจากศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2003 คดีนี้โจทก์คือ *Chateau des Charmes Wines Ltd* เป็นบริษัทสัญชาติแคนาดา ส่วนจำเลยมี 2 คน คือ *Sabate USA Inc* เป็นบริษัทสัญชาติอเมริกัน กับ *Sabate S.A.* เป็นบริษัทสัญชาติฝรั่งเศส

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า *Sabate S.A.* เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายฝาจุกขวดไวน์ (wine corks) ชนิดพิเศษ ที่จะไม่ทำให้รสชาติของไวน์เปลี่ยนไปเหมือนกับฝาจุกขวดไวน์โดยทั่วไป *Sabate S.A.* ได้ทำการขายฝาจุกขวดไวน์นี้ผ่านตัวแทนจำหน่ายของตนในแคลิฟอร์เนีย คือ *Sabate USA Inc*

ในเดือนกุมภาพันธ์ 2000 *Chateau des Charmes Wines Ltd.* ผู้ผลิตไวน์จากออนตาริโอ ประเทศแคนาดา (Ontario, Canada) หลังจากได้รับทราบการโฆษณาจาก *Sabate USA Inc* ในประเทศสหรัฐอเมริกาถึงคุณสมบัติพิเศษของฝาจุกขวดไวน์นี้แล้ว *Chateau des Charmes Wines Ltd.* ได้ติดต่อทางโทรศัพท์กับ *Sabate USA Inc* เพื่อจะขอซื้อฝาจุกไวน์จำนวนหนึ่งในราคาพิเศษ โดยตกลงจะชำระราคาแบบการจัดส่งสินค้าทางเรือ (shipping term) แต่ไม่ได้มีการตกลงในรายละเอียดของสัญญาในเรื่องอื่นๆ และไม่ปรากฏว่ามีทางปฏิบัติทางการค้าระหว่างกันมาก่อน หลังจากนั้น *Chateau des Charmes Wines Ltd* ได้โทรศัพท์สั่งสินค้าชนิดเดียวกันอีกเป็นจำนวน 1-2 ล้านอัน โดยกำหนดให้ชำระเงินแบบการจัดส่งสินค้าทางเรือ (shipping term) เหมือนเดิม

ต่อมา *Sabate S.A* หลังจากได้รับการแจ้งการสั่งซื้อสินค้าจาก *Sabate USA Inc* ได้จัดส่งสินค้าไปยังประเทศแคนาดาโดยทางเรือ 11 ครั้ง และทุกครั้งที่มีการส่งสินค้า *Sabate S.A* ได้ส่งใบกำกับสินค้า (invoice) ไปด้วยทุกครั้ง ซึ่งจะถึงก่อนหลัง หรือพร้อมกับตัวสินค้า และด้านหน้าใบกำกับสินค้า (invoice) จะมีข้อความระบุเป็นภาษาฝรั่งเศสแปลได้ว่า “ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาปัจจุบันใดๆ อยู่ภายใต้อำนาจ แต่เพียงผู้เดียวของศาลพาณิชย์ของเมืองเปอร์ปีแนง” (Any dispute arising under the present contract is under the sole jurisdiction of the Court of Commerce of the City of Perpignan) และปรากฏข้อความด้านหลังระบุเป็นภาษาฝรั่งเศสแปลได้ว่า “ข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงนี้จะต้องนำมาขึ้นต่อศาลที่มีเขตอำนาจหรือพยายามยื่นพิจารณาต่อศาลที่มีเขตอำนาจที่สำนักงานผู้ขายตั้งอยู่” any disputes arising out of this agreement shall be brought before the court with jurisdiction to try the matter in the judicial district where Seller's registered office is located.” ซึ่ง *Chateau des Charmes Wines Ltd* เมื่อได้รับสินค้าแล้วก็จะชำระราคาทุกครั้ง ซึ่ง *Chateau des Charmes Wines Ltd* ก็ได้ใช้ฝาจุกไวน์กับไวน์ที่ได้ผลิตจาก *Chateau des Charmes Wines Ltd* ทุกขวด

ในปี 2001 *Chateau des Charmes Wines Ltd* ได้ฟ้องคดี *Sabate S.A* และ *Sabate USA Inc* เป็นจำเลยต่อศาลแขวงในเขตภาคเหนือของรัฐแคลิฟอร์เนีย (United States District Court for the Northern District of California) กล่าวหาว่า ฝาจุกไวน์ที่ผลิตโดย *Sabate S.A* ทำให้รสชาติของไวน์ที่ *Chateau des Charmes Wines Ltd* ผลิต มีรสชาติผิดเพี้ยนไป โดยขอให้ *Sabate S.A* และ *Sabate USA Inc*

รับพิจารณาพิศัญญาและคำรับรองการโฆษณาเท็จความจริงและก่อให้เกิดการค้าที่ไม่เป็นธรรม *Sabate S.A* และ *Sabate USA Inc* ให้การต่อสู้คดีขอให้ยกฟ้อง ให้เหตุผลว่าศาลแขวงในเขตภาคเหนือของรัฐแคลิฟอร์เนียไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนี้ตามหลัก forum selection clause และศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนี้ก็คือศาลฝรั่งเศสที่มีเขตอำนาจที่สำนักงานผู้ขาย *Sabate S.A* ตั้งอยู่ หรือศาลพาณิชย์ของเมืองเปร์ปีแนง (the Court of Commerce of the City of Perpignan) ที่ได้ปรากฏข้อความในใบกำกับสินค้า (invoice) คดีนี้ ศาลแขวงในเขตภาคเหนือของรัฐแคลิฟอร์เนีย ตัดสินให้ยกฟ้องตามคำให้การต่อสู้คดีของ *Sabate S.A* และ *Sabate USA Inc* โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ เงื่อนไขเรื่องการเลือกศาลในการระงับข้อพิพาทในคดีนี้ (Forum selection clause) ตามที่ *Sabate S.A* ระบุไว้ในใบกำกับสินค้า (invoice) เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาคดีโดยใช้ CISG เนื่องจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นภาคีสัญญานี้ ตาม Article 1²⁷⁶ และพฤติการณ์การซื้อขายระหว่างคู่กรณีเป็นการซื้อขายระหว่างประเทศกล่าวคือเป็นสัญญาจ้างทำของที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระซึ่งตามอนุสัญญานี้ ถือเสมือนสัญญาซื้อขายตามมาตรา 3 (2)²⁷⁷ และปรากฏว่าสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศตามอนุสัญญานี้ คู่กรณีสามารถทำได้โดยไม่ต้องมีแบบหรือต้องทำเป็นหนังสือตามมาตรา 11²⁷⁸ แต่อย่างน้อยที่สุดจะต้องมีความแน่นอนพอสมควรในการแสดงเจตนาเข้าสู่กพันในการทำสัญญา เช่น จะต้องมีการระบุตัวสินค้า ปริมาณ และราคาสินค้าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย นอกจากนี้ยังต้องพิจารณา มาตรา 19 CISG²⁷⁹ ว่าคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ ทำให้สัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ หรือมีคำสนองที่มีการแจ้งเงื่อนไขใหม่ในสัญญาหรือไม่ หากมีเงื่อนไขนั้นเป็นเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่

ศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกา (United States Court of Appeals, Ninth Circuit) ได้พิพากษากลับ ยกคำพิพากษาของศาลแขวงในเขตภาคเหนือของรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยให้เหตุผลว่า สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วจากการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทางโทรศัพท์ของคู่กรณี และปฏิเสธข้อต่อสู้คดีของ *Sabate S.A* และ *Sabate USA Inc* ในเงื่อนไขเรื่องการเลือกศาลในการระงับข้อพิพาท (Forum selection clause) ตามที่ *Sabate S.A* ระบุไว้ในใบกำกับสินค้า (invoice) แต่ *Chateau des Charmes Wines Ltd* ไม่ได้คัดค้าน โดยให้เหตุผลว่าแม้ผู้ขายจะได้แจ้งเงื่อนไขที่ตนถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาคือการ

²⁷⁶ CISG, Article 1.

²⁷⁷ Article 3 (2) "This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services."

²⁷⁸ Article 11 "A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses."

²⁷⁹ Article 19

เลือกศาลในการระงับข้อพิพาทไปในใบกำกับสินค้า (invoice) ภายหลังจากที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ก็ไม่มีผล
 อย่างไรต่อสัญญาที่เกิดขึ้นแล้ว

กล่าวโดยสรุปคือ หลัก “Battle of the Forms” ตามมาตร 19 CISG นั้นจะนำมา
 พิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญา หากมีคำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำ
 เสนอเดิม เฉพาะกรณีก่อนที่คำเสนอคำสนองจะถูกต้องตรงกัน จนเกิดสัญญาแล้วเท่านั้น หากภายหลังจาก
 สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ก็จะไม่นำหลัก “Battle of the Forms” ตามมาตร 19 CISG มาพิจารณา

3.6 หลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)

หลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ หรือ UNIDRIOT Principles of International Commercial Contracts (ซึ่งต่อไปในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเรียกว่า UNIDRIOT Principles) เป็นหลัก
 ที่จัดทำโดยองค์การระหว่างรัฐบาลที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อจัดทำกฎหมายเอกชนให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หรือ
 International Institute for the Unification of Private Law (ซึ่งต่อไปในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเรียกว่า
 UNIDRIOT) มีสมาชิกกว่า 60 ประเทศ โดย UNIDROIT ได้จัดทำกฎหมายในระดับระหว่างประเทศ
 มากมาย ซึ่งทำให้กฎหมายทางกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กฎหมายหลายฉบับที่จัดทำโดย
 UNIDROIT ก็มีสถานะเป็นอนุสัญญาโดยประเทศสมาชิกจัดให้มีการประชุมทางการทูตเพื่อรับเอา
 กฎหมายที่ UNIDROIT จัดทำขึ้น แต่หลักกฎหมายในบางเรื่องที่ UNIDROIT จัดทำขึ้นมิได้ประสงค์ให้
 เป็นกฎหมายแท้ๆ แต่เป็นเพียงแนวทาง หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาประมวลไว้เพื่อให้ประเทศ
 ต่างๆ นำไปเป็นแนวทาง

หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ เป็นหลักที่นำมาประมวลเขียนไว้และมุ่ง
 หมายให้ใช้บังคับแก่สัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ สัญญาที่มีลักษณะทางพาณิชย์และมี
 ลักษณะระหว่างประเทศ หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT มิได้มีสถานะ
 เป็นอนุสัญญา แต่เป็นเพียงแนวทาง อย่างไรก็ตาม หลักที่นำมาประมวลไว้ใน UNIDRIOT Principles นี้
 สะท้อนให้เห็นถึงความเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” (General Principles of Law) เนื่องจากเป็นหลักการ
 ที่หลายประเทศในหลายทวีปได้ใช้อยู่ก่อนที่จะนำมาประมวลเขียนไว้ใน UNIDRIOT Principles ดังกล่าว
 นักกฎหมายสัญญา (ซึ่งประกอบด้วยทั้งนักวิชาการและผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมายจากระบบกฎหมาย
 สำคัญของโลก) เพียงแต่ประมวลมาไว้ในเอกสารฉบับนี้เท่านั้น²⁸⁰

²⁸⁰ Michael Joachim Bonell, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Why? What? How?”, 69 TUL. L. Rev. 1121 (1995); E. Allan Farnsworth, “An International

หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT ได้มีการปรับปรุงเป็นระยะ หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT ฉบับที่ปรับปรุงครั้งล่าสุดคือ หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT 2010 ซึ่งปรับปรุงจากฉบับปี ค.ศ. 2004 ทั้งนี้ ก่อนหน้านั้นก็มีหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT ฉบับปี ค.ศ. 1994 เป็นฉบับแรก

3.6.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา

หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT ฉบับปี ค.ศ. 2010 (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010) กำหนดองค์ประกอบของการเกิดสัญญาเพียงสั้นๆ ว่าสัญญานี้เกิดจากการสนองรับคำเสนอ หรือเกิดจากการกระทำ (conduct) ที่เพียงพอจะแสดงให้เห็นถึงการตกลงของคู่กรณี ข้อความในหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT เกี่ยวกับการเกิดสัญญานี้ปรากฏใน Article 2.1.1 ดังนี้

“Manner of Formation, Article 2.1.1

A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.”

ทั้งนี้ อาจถอดความได้ดังนี้

“ลักษณะของการเกิดสัญญา มาตรา 2.2.1

สัญญาอาจทำขึ้นโดยการสนองรับคำเสนอหรือโดยการกระทำของคู่กรณีอันเพียงพอที่จะแสดงถึงความตกลงกัน”

1. กรณีที่สัญญานี้เกิดขึ้นได้ : กรณีการทำคำเสนอและคำสนองอย่างเป็นทางการ และกรณีความตกลงโดยพฤติการณ์

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นว่า หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT ก็ยังยึดหลักให้สัญญานี้เกิดจากคำเสนอและคำสนองที่เป็นทางการนั่นเอง แต่ในบางกรณีอาจเป็นไปได้ว่าการติดต่อเจรจากันนั้นใช้เวลานานและมีการเจรจากันหลายครั้งหลายรอบ (ซึ่งมักเกิดขึ้นในการเจรจาทางธุรกิจที่ซับซ้อน) จนไม่สามารถระบุได้ชัดเจนว่าคำเสนอหรือคำสนองที่เป็นทางการเกิดขึ้นตอนใด หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT จึงกำหนดหลักให้มีความ

ยึดหยุ่นขึ้น โดยกำหนดให้สัญญาเกิดขึ้นได้เมื่อคู่กรณีได้กระทำการในลักษณะที่แสดงได้อย่างเพียงพอว่าได้มีการตกลงกัน (Agreement)²⁸¹

คำอธิบายประกอบหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT ได้ยกตัวอย่างกรณีที่สัญญาเกิดจากพฤติการณ์หรือการกระทำในลักษณะที่แสดงได้อย่างเพียงพอว่าได้มีการตกลงกันดังนี้ ในกรณีที่คู่กรณีเจรจาเพื่อทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) กัน คู่กรณีได้ดำเนินการเจรจากันมานานโดยมิได้มีคำเสนอหรือคำสนองอย่างเป็นทางการ แต่ต่อมาทั้งสองฝ่ายก็ได้ดำเนินการปฏิบัติงานพื้นฐานของความเข้าใจสำคัญจากการเจรจา ในพฤติการณ์เช่นนี้สัญญาก็เกิดขึ้นได้เนื่องจากคู่กรณีได้กระทำการที่แสดงให้เห็นอย่างเพียงพอว่าได้มีการตกลงร่วมกันแล้ว

2. ลักษณะของคำเสนอและคำสนอง

ส่วนใหญ่แล้วคู่กรณีมักทำคำเสนอและคำสนองอย่างเป็นทางการ หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT จึงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำเสนอว่าข้อเสนอใด (Proposal) จะเป็นคำเสนอ (Offer) ได้ก็ต่อเมื่อมีความชัดเจนเพียงพอและแสดงถึงเจตนาของผู้เสนอที่จะผูกพันตามนั้นหากมีคำสนองรับคำเสนอนั้น²⁸²

ข้อเสนอที่จะเป็นคำเสนอได้ต้องมีความชัดเจนเพียงพอ การมีความชัดเจนเพียงพอนั้นมิได้หมายความว่าต้องระบุข้อความหรือข้อตกลงสำคัญทุกข้อ ข้อความหรือข้อตกลงบางข้อถึงแม้มิได้อยู่ในคำเสนอ แต่ก็อาจระบุได้โดยอาศัยการตีความสัญญาหรือการพิเคราะห์ถึงทางปฏิบัติระหว่างกันเป็นต้น

ในส่วนของเจตนาของผู้เสนอที่จะผูกพันตามข้อเสนอนั้น ข้อเสนอจะเป็นคำเสนอได้ก็ต้องปรากฏว่าผู้ทำข้อเสนอนั้นแสดงเจตนาที่จะผูกพันตามข้อเสนอนั้นด้วย เจตนาดังกล่าวอาจพิเคราะห์เป็นรายกรณีไป การที่ผู้ทำข้อเสนอระบุข้อเสนอโดยใช้คำว่า “คำเสนอ” ก็อาจเป็นสิ่งแสดงถึงเจตนาที่จะผูกพันตามนั้นมากกว่ากรณีที่ใช้อ้อยคำอื่นที่ประสงค์ไม่ให้มีผลผูกพัน นอกจากนี้ การทำข้อเสนอไปยังบุคคลใดเป็นการเฉพาะก็แสดงถึงเจตนาที่จะผูกพันตามนั้นมากกว่ากรณีของข้อเสนอในลักษณะของการโฆษณาไปยังสาธารณะชน²⁸³

²⁸¹ คำอธิบายประกอบของหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT Article 2.1.1, para. 2.

²⁸² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, Article 2.1.2 (Definition of offer);

“A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.”

²⁸³ คำอธิบายประกอบของหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT Article 2.1.2, paras. 1 และ 2.

ส่วนคำสนอนั้น Article 2.1.6 ของหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ กำหนดให้ทำคำสนองกันเป็นทางการหรือทำคำสนองโดยพฤติการณ์หรือการกระทำ (Conduct) ก็ได้ โดยต้องแสดงถึงการรับเอาคำเสนอ (Assent to an Offer) แต่การนิ่งไม่ถือเป็นคำสนอง²⁸⁴

3.6.2 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ

ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ (Modified acceptance) ในหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) ได้ปรากฏอยู่ใน Article 2.1.11 ดังนี้

(1) การตอบรับคำเสนอที่ตั้งใจจะให้ป็นคำสนอง แต่มีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่น เท่ากับเป็นการปฏิเสธคำเสนอนั้น และให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่

(2) อย่างไรก็ตาม การตอบคำเสนอที่ตั้งใจจะให้ป็นคำสนอง แต่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมหรือแตกต่างกันซึ่งไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของคำเสนอในสาระสำคัญ ให้ถือเป็นคำสนอง เว้นแต่ผู้เสนอจะได้คัดค้านด้วยวาจาถึงถ้อยคำที่แตกต่างนั้น หรือส่งหนังสือแจ้งถึงเรื่องดังกล่าว โดยไม่ชักช้า แต่ถ้าผู้เสนอไม่คัดค้านเช่นนั้น เงื่อนไขของสัญญาก็จะเป็นไปตามเงื่อนไขของคำสนองที่มีข้อความแตกต่างแก้ไขเพิ่มเติมจากคำเสนอ²⁸⁵

ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.11 สามารถสรุปหลักการสำคัญได้ดังนี้

UNIDROIT Principles Article 2.1.11 (1) คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ซึ่งสอดคล้องกับหลัก “ภาพ

²⁸⁴ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, Article 2.1.6 (Mode of acceptance);

(1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(2) An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror.

²⁸⁵ Article 2.1.11 (Modified acceptance);

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

สะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ อย่างไรก็ตาม UNIDROIT Principles ARTICLE 2.1.11 ก็มีข้อยกเว้นบัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2)

ของ UNIDROIT Principles Article 2.1.11 (2) เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักการผ่อนคลายความเคร่งครัดของ ของ UNIDROIT Principles Article 2.1.11 (1) ลง โดยให้คำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม แต่ความแตกต่างนั้นไม่ใช่ความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญของคำเสนอ แล้ว คำสนองดังกล่าวจึงถือเป็นคำสนองอยู่ และสัญญาสามารถเกิดขึ้นได้ตามเงื่อนไขของคำสนอนั้นได้ เว้นแต่ผู้ทำคำเสนอจะได้คัดค้านด้วยวาจาถึงถ้อยคำที่แตกต่างนั้น หรือส่งหนังสือแจ้งถึงเรื่องดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ซึ่งเท่ากับว่าผู้ทำคำเสนอได้ปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขที่มีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมแล้ว ในทางกลับกัน หากคำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญแล้ว ก็ต้องถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วยตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.11 (1) สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น

แต่เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันนี้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารให้เจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญาทางธุรกิจมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก อีกทั้งความพยายามในการเปิดเสรีทางการค้าในปัจจุบันยังทำให้มีการแข่งขันกันสูงมาก และส่งผลให้มีการทำสัญญาทางธุรกิจมากขึ้น การทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมักมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของฝ่ายตน โดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจในลักษณะเช่นนี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาก็คือว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่และหากเกิดขึ้นจะเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายใด

จากปัญหาดังกล่าวจึงทำให้ UNIDROIT ซึ่งเป็นองค์การระหว่างรัฐบาลที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อจัดทำกฎหมายเอกชนให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ตระหนักและพยายามจะแก้ไขปัญหา “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจโลกยุคปัจจุบัน จึงบัญญัติหลักการแก้ไขปัญหา “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ไว้ใน หลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ Article 2.1.22 ซึ่งบัญญัติดังนี้

“ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ข้อสัญญามาตรฐานและได้ตกลงกันโดยมิได้เห็นพ้องต้องกันตามข้อสัญญามาตรฐานนั้น สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันนั้นและตามข้อสัญญามาตรฐานที่มี

เนื้อหาสอดคล้องกัน เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งระบุชัดเจนล่วงหน้าว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันโดยสัญญานั้นหรือระบุชัดเจนเช่นนั้นในภายหลังโดยแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้า”²⁸⁶

อันที่จริงแล้ว ความใน หลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ Article 2.1.22 ของ UNIDROIT ฉบับปี ค.ศ. 2010 ก็เหมือนกับความเดิมในหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT ฉบับปี ค.ศ. 1994 และฉบับปี ค.ศ. 2004 นั่นเอง เมื่อพิจารณาที่ Article 2.1.22 ข้างต้นย่อมเห็นได้ว่า UNIDROIT ได้ยึดหลัก Knock Out เช่นเดียวกับในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ยึดหลักที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันระหว่างแบบเอกสารของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ควรสังเกตว่าหลักดังกล่าวใช้เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างฝ่ายต่างใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Terms) เท่านั้น ซึ่งก็คือกรณีที่ต่างฝ่ายต่างใช้แบบเอกสารนั่นเอง หากเป็นกรณีอื่นที่มีได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (กล่าวคือใช้แบบเอกสาร) หลัก Battle of Forms ซึ่งยึดหลัก Knock Out ตาม Article 2.1.22 ก็จะไม่ใช้บังคับและต้องวินิจฉัยกันตามหลักภาพสะท้อนกระຈກ (Last Shot) ตามปกตินั่นเอง นอกจากนี้ หลัก Knock Out ตาม Article 2.1.22 ใช้เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งต่างฝ่ายต่างก็ใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (กล่าวคือ แบบเอกสาร) นั้นได้ติดต่อโต้ตอบกันโดยต่างฝ่ายต่างก็ได้พิเคราะห์ข้อสัญญามาตรฐานของอีกฝ่ายหนึ่งเลย แต่ทั้งสองฝ่ายก็ได้ติดต่อกันจนต่างฝ่ายต่างเชื่อว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว (“reach agreement except on those terms”) เช่น กรณีที่คู่สัญญาได้ระบุข้อสัญญาไว้ด้านหลังของแบบเอกสารที่ใช้ติดต่อกันโดยฝ่ายหนึ่งอาจใช้แบบเอกสารนั้นเพื่อสั่งซื้อและอีกฝ่ายหนึ่งได้ตอบรับคำสั่งซื้อโดยใช้แบบการตอบรับคำสั่งซื้อของตนเองซึ่งระบุข้อสัญญาไว้ด้านหลังของเอกสารเช่นกัน หากเป็นกรณีที่ต่างฝ่ายได้พิเคราะห์แบบเอกสารสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและเปรียบเทียบข้อสัญญาแล้ว ก็มีใช้กรณีตาม Article 2.1.22 แต่เป็นกรณีที่ต้องปรับใช้หลักภาพสะท้อนกระຈກหรือหลักคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ (Modified acceptance) ตาม Article 2.1.11 ตามปกติ

คำอธิบายประกอบ Article 2.1.22 ซึ่งเป็นคำอธิบายที่จัดทำขึ้นโดย UNIDROIT ได้ยกตัวอย่างประกอบ Article 2.1.22 ดังนี้ ก. ได้สั่งซื้อเครื่องจักรจาก ข. โดยระบุประเภทของเครื่องจักร ราคา วิธีการชำระเงิน ตลอดจนวันและสถานที่ส่งมอบสินค้า โดยใช้แบบคำสั่งซื้อของ ก. ซึ่งได้มีข้อสัญญามาตรฐาน (General Conditions for Purchase) ระบุไว้ด้านหลังของเอกสารนั้น ต่อมา ข. ก็ได้ตอบรับคำสั่งซื้อของ ก.

²⁸⁶ UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts 2010, Article 2.1.22 (Battle of forms);

“Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract..”

โดยใช้แบบตอบรับคำสั่งซื้อ (Acknowledgement of Order Form) ซึ่งระบุข้อสัญญามาตรฐานของ ข. (General Conditions for Sale) ไว้ด้านหลังแบบตอบรับคำสั่งซื้อนั้น ทั้ง ก. และ ข. ก็ได้ดำเนินการตามที่ได้ติดต่อระหว่างกัน แต่ต่อมากลับปรากฏว่า ก. ประสงค์จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา โดยอ้างว่าสัญญาไม่เกิดเนื่องจากข้อสัญญาในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายไม่สอดคล้องตรงกัน ในกรณีเช่นนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นโดยมีข้อสัญญาที่แบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายมีสอดคล้องกันเท่านั้น (กล่าวคือ ข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกเอาออกไปจากสัญญา (Knock Out) นั้นเอง

3.7 หลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (Principles of European Contract Law)

หลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรป หรือ Principles of European Contract Law (ซึ่งต่อไปในการค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเรียกว่า PECL) หรือเป็นหลักกฎหมายสัญญาที่ถูกนำมาประมวลไว้โดยมุ่งหวังให้ประเทศในสหภาพยุโรปมีหลักกฎหมายสัญญาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทั้งนี้ ได้มีการตั้งคณะกรรมการเพื่อร่างหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ (Commission on European Contract Law) คณะกรรมการดังกล่าวมีศาสตราจารย์โอเล แลนด์ (Ole Lando) เป็นประธานคณะกรรมการ และมีกรรมการอื่นซึ่งเป็นนักวิชาการในสาขากฎหมายสัญญาของยุโรปมากมาย โดยกรรมการมาจากประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทุกประเทศ การจัดทำหลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปเป็นส่วนหนึ่งของความพยายามที่จะให้กฎหมายเอกชนของยุโรปมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันตามมติของสภาแห่งยุโรป (European Parliament) หลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปได้กร่างเสร็จสิ้นแล้วในปี ค.ศ. 2002 และในปัจจุบันงานชิ้นนี้ก็ได้ดำเนินการต่อโดยคณะศึกษาเรื่องประมวลกฎหมายแพ่งแห่งยุโรป (Study Group on European Civil Code) ซึ่งตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 2005 อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปมิได้มีสถานะเป็นกฎหมาย เช่น Directives ของสหภาพยุโรป แต่มีสถานะเป็นแนวทางหรือ Soft Law เช่นเดียวกับหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT Principles ซึ่งอธิบายแล้วข้างต้น

3.7.1 หลักเกณฑ์การก่อให้เกิดสัญญา

หลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรป (PECL) กำหนดเงื่อนไขของการเกิดสัญญาไว้ 2 ประการ คือ (1) เจตนาที่จะผูกพันกันทางกฎหมาย (Intention to be legally bound) และ (2) คู่กรณีได้ตกลงกันอย่างเพียงพอ (Reaching a sufficient agreement) ทั้งนี้ ปรากฏใน Article 2:101 ซึ่งบัญญัติดังนี้

“มาตรา 2 : 101 เงื่อนไขการทำสัญญา

(1) สัญญาทำกันขึ้นถ้า

(ก) คู่กรณีเจตนาที่จะผูกพันกันตามกฎหมาย และ

(ข) คู่กรณีบรรลุความตกลงกันอย่างเพียงพอ

ทั้งนี้ โดยไม่มีข้อกำหนดอื่นใด

(2) สัญญาไม่จำเป็นต้องทำกันเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดอื่นใดเกี่ยวกับแบบ สัญญาอาจพิสูจน์ด้วยวิธีใดๆ ได้ว่าทำขึ้น รวมทั้งโดยการสืบพยานบุคคล”²⁸⁷

ในที่นี้อาจอธิบายเงื่อนไขทั้งสองประการได้ ดังนี้

1. เจตนาที่จะผูกพันกันทางกฎหมาย

เจตนาที่จะผูกพันกันทางกฎหมายอาจพิจารณาได้จากข้อความของคู่กรณีหรือจากการกระทำในพฤติการณ์นั้น ๆ อันเป็นการกระทำที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะผูกพันกันทางกฎหมาย²⁸⁸

2. คู่กรณีตกลงกันอย่างเพียงพอ

การตกลงกันอย่างเพียงพอ (Sufficient Agreement) ก็คือการเข้าใจถูกต้องตรงกันนั่นเอง Article 2:103²⁸⁹ ได้บัญญัติขยายความว่าการตกลงกันอย่างเพียงพอมีขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้ (1) บรรดาคู่กรณีได้กำหนดข้อความของสัญญาอย่างเพียงพอเพื่อให้สัญญาสามารถบังคับกันได้ หรือ (2) ข้อความของสัญญาสามารถกำหนดได้ตามหลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปนี้ กรณีที่ (1) ก็คือกรณีที่คู่สัญญาได้ทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันนั่นเอง ส่วนกรณีที่ (2) ก็คือกรณีที่แม้คู่กรณีไม่ได้ทำคำ

²⁸⁷ Principles of European Contract Law, Article 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract);

(1) A contract is concluded if:

(a) the parties intend to be legally bound, and

(b) they reach a sufficient agreement without any further requirement.

(2) A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses.

²⁸⁸ Principles of European Contract Law, Article 2:102 (Intention) : The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party

²⁸⁹ Article 2:103 (Sufficient Agreement);

(1) There is sufficient agreement if the terms:

(a) have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced, or

(b) can be determined under these Principles.

(2) However, if one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached.

เสนอหรือคำสนองถูกต้องตรงกันตามปกติแต่ก็สามารถทราบถึงสาระของสัญญาได้โดยอาศัยหลักต่างๆ ตามหลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปนี้ เช่น หลักการตีความสัญญา หรือหลักข้อสัญญาโดยปริยาย เป็นต้น

โดยที่การกำหนดข้อความของสัญญาอย่างเพียงพอเพื่อให้สัญญาสามารถบังคับกันได้ในส่วนใหญ่แล้วกระทำโดยการทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ดังนั้นหลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปจึงบัญญัติเกี่ยวกับคำเสนอและคำสนองไว้ ทั้งนี้ในส่วน of คำเสนอ นั้น หลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปกำหนดให้ข้อเสนอมิได้มีสถานะเป็นคำเสนอถ้าปรากฏว่าผู้ทำข้อเสนอนั้นประสงค์ให้เกิดสัญญา หากอีกฝ่ายหนึ่งรับเอาข้อเสนอนั้นและข้อเสนอนั้นมีข้อความแน่นอนเพียงพอที่จะก่อให้เกิดสัญญา ทั้งนี้ คำเสนอจะมุ่งเสนอไปยังบุคคลใดเป็นการเฉพาะหรือมุ่งเสนอไปยังบุคคลทั่วไปหรือสาธารณชนก็ได้ ส่วนคำสนอนั้น หลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปกำหนดให้ข้อความใดหรือการกระทำใดเป็นคำสนอนถ้าแสดงถึงการเห็นพ้องด้วยกับคำเสนอ (Assent to the Offer) และการนี้ไม่ถือว่าเป็นคำสนอง²⁹⁰

3.7.2 ผลของคำสนอนที่แตกต่างจากคำเสนอ

ผลของคำสนอนที่แตกต่างจากคำเสนอ (Modified acceptance) ในหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ได้ปรากฏอยู่ใน Article 2:208: ซึ่งบัญญัติดังนี้

(1) การตอบรับโดยผู้สนอง ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งมีเงื่อนไขเพิ่มเติมหรือแตกต่างกันซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของคำเสนอในสาระสำคัญ ให้ถือเป็นการปฏิเสธคำเสนอนั้น และให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่

(2) การตอบรับซึ่งได้ตกลงตามคำเสนอยังคงเป็นคำสนองอยู่ แม้ว่าจะได้ระบุหรือโดยปริยายซึ่งข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ทั้งนี้หากข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอมิได้เป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของคำเสนอในสาระสำคัญข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย

(3) แต่อย่างไรก็ตาม การตอบรับดังต่อไปนี้ ให้ถือเป็นการปฏิเสธคำเสนอ ถ้า

(a) คำเสนอได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่าการยอมรับเงื่อนไขของคำเสนอตามข้อเสนอนั้นที่ปรากฏในคำเสนอเท่านั้น หรือ

(b) ผู้ทำคำเสนอได้คัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไป โดยไม่ชักช้า หรือ

²⁹⁰ Principles of European Contract Law, Article 2:204 (Acceptance);

(1) Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.

(2) Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(c) ผู้ทำคำสนองได้ทำคำสนองโดยกำหนดให้ผู้ทำคำสนองยอมรับข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ สัญญาจึงจะเกิดขึ้น และการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกันจากคำเสนอเดิมนั้น ไม่ได้มาถึงผู้ทำคำสนองภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร²⁹¹

หลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) Article 2:208 สามารถสรุปหลักการสำคัญได้ดังนี้

ตาม Article 2:208 (1) คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปัดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ หากข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไป จากคำเสนอ เป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของคำเสนอในสาระสำคัญ

ตาม Article 2:208 (2) แต่อย่างไรก็ตาม หากคำสนองได้มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ก็ต้องพิจารณาว่าข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอนั้นเป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ (Material Alteration) หรือไม่ หากมิใช่เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ เอกสารหรือสิ่งที่ประสงค์จะให้ป็นคำสนองนั้นก็ยังคงถือว่ามีสถานะเป็นคำสนองอยู่เช่นเดิม และทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ ส่วนข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ก็ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย

ตาม Article 2:208 (3) ให้ถือว่าคำสนองที่มีมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอในกรณีตาม (a) (b) และ (c) เป็นการปฏิเสธคำเสนอ เช่น (a) คำเสนอได้กำหนดโดยชัด จ้ากักการยอมรับเงื่อนไขของคำเสนอตามข้อเสนที่ปรากฏในคำเสนอเท่านั้น หรือ (b) ผู้ทำคำเสนอได้คัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน โดยไม่ชักช้า หรือ (c) ผู้ทำคำสนองได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้ผู้ทำคำเสนอมีการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอ สัญญาจึง

²⁹¹ Principles of European Contract Law, Article 2:208 (Modified Acceptance);

(1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which would materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.

(2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.

(3) However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if:

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or

(b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or

(c) the offeree makes its acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

จะเกิดขึ้น และการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอเดิมนั้น ไม่ได้มาถึงผู้ทำคำสนองภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร

นอกจากนี้หลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ยังมีหลักที่ใช้บังคับแก่กรณีนี้ที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบเอกสารที่มีข้อสัญญาแตกต่างกันไว้โดยเฉพาะเพื่อให้สอดคล้องกับการทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของตนโดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจในลักษณะเช่นนี้นี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ปรากฏใน Article 2:209 ซึ่งบัญญัติดังนี้

“(1) ถ้าคู่สัญญาได้บรรลุความตกลงกันโดยที่คำเสนอและคำสนองได้กล่าวถึงข้อสัญญามาตรฐาน (General Conditions) ที่ขัดแย้งกัน สัญญา ยังคงเป็นอันเกิดขึ้น ข้อสัญญามาตรฐานนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเท่าที่สาระของข้อสัญญาตรงกันเท่านั้น

(2) อย่างไรก็ตาม สัญญาไม่เกิดขึ้นหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง

(ก) ระบุล่วงหน้าโดยชัดแจ้งว่าตนไม่ประสงค์ผูกพันตามสัญญาตามวรรค (1) ทั้งนี้ การระบุเช่นว่านั้นต้องมิใช่เป็นการระบุในข้อสัญญามาตรฐานเอง หรือ

(ข) แจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้าว่าตนไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญานั้น

(3) ข้อสัญญามาตรฐานคือข้อสัญญาซึ่งได้จัดทำขึ้นล่วงหน้าเพื่อใช้ทำสัญญาโดยไม่จำกัดจำนวน และซึ่งมิได้เจรจากันระหว่างคู่กรณีโดยตรง”²⁹²

²⁹² Principles of European Contract Law, Article 2:209 (Conflicting General Conditions);

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party:

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

(b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.

(3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between the parties.

จากความรู้ที่ใช้ใน Article 2:209 จะเห็นว่าหลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปก็มีแนวความคิดเช่นเดียวกันกับแนวความคิดในหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างก็ใช้แบบสัญญาโดยมีข้อสัญญามาตรฐาน และได้บรรลุความตกลงกัน โดยที่ข้อสัญญามาตรฐานในแบบสัญญาของทั้งสองฝ่ายไม่ตรงกัน ก็ยังถือว่าสัญญาเกิดขึ้น โดยประกอบด้วยข้อสัญญามาตรฐานส่วนที่มีเนื้อหาตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญามาตรฐานที่มีเนื้อหาไม่ตรงกันก็จะถูกตัดออกไป (Knock Out)

ทำนองเดียวกับหลักกฎหมายสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของ UNIDROIT ซึ่งได้อธิบายข้างต้น Article 2 : 209 ของหลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปกำหนดให้สัญญาไม่เกิดหากคู่สัญญาได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งในการทำคำเสนอหรือคำสนองว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาที่เกิดขึ้นตามหลัก Knock Out .แต่ Article 2 : 209 ของหลักกฎหมายสัญญาแห่งยุโรปได้วางข้อกำหนดเคร่งครัดขึ้นว่า การระบุเช่นนั้นต้องกระทำในขั้นตอนของการทำคำเสนอหรือคำสนอง มิใช่เพียงแต่ระบุไว้ในข้อสัญญามาตรฐานที่ปรากฏในแบบสัญญาเท่านั้น การระบุเช่นนั้นอาจจะระบุในหนังสือติดต่อ เป็นต้น แต่หากมิได้ระบุชัดแจ้งไว้ล่วงหน้า คู่สัญญาที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาที่เกิดขึ้นตามหลัก Knock Out ก็อาจจะแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบในภายหลังก็ได้ แต่ต้องแจ้งโดยมิชักช้า หากปล่อยให้ระยะเวลาล่วงผ่านไปโดยไม่แจ้งเช่นนั้นคู่สัญญาก็ต้องผูกพันตามสัญญาที่เกิดขึ้นตามหลัก Knock Out

3.8 สรุปสาระสำคัญของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษาผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามแนวทางที่ใช้ในกฎหมายต่างประเทศและระหว่างประเทศ พบว่ามีอยู่ 4 แนวทาง ดังนี้

1. แนวดั้งเดิม คือ หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ตามกฎหมายอังกฤษ

ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ตามกฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้นยึดหลักดั้งเดิมที่ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ก็จะถือว่าเป็นการทำคำเสนอใหม่ (Counter-offer) ดังจะเห็นได้จากคดี *Trollope & Colls Ltd v. Atomic Power Constructors Ltd*. ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินว่า “The counter offer kills the original offer” ซึ่งหมายความว่า หากมีการทำคำสนองโดยมีการเพิ่มเติม หรือแก้ไขข้อความในคำเสนอเดิมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ถือว่าคำเสนอเดิมนั้นตกไป

สำหรับในสถานการณ์ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะมีแบบฟอร์มในการติดต่อการค้าของตนเอง และต่างฝ่ายต่างก็ระบุไว้ให้สัญญาที่จะเกิดเป็นไปตามข้อสัญญาในแบบฟอร์มของตน ปัญหาที่เกิดขึ้น

โดยทั่วไปจะเกิดจากการที่แต่ละฝ่ายมิได้สนใจในการตรวจตราความแตกต่างระหว่างข้อเสนอของตนกับข้อเสนอของอีกฝ่าย และต่างฝ่ายต่างก็เชื่อและยืนยันว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาของฝ่ายตน ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษ เรียกว่า ปัญหาสงครามแบบฟอร์ม “Battle of Forms” สำหรับปัญหาดังกล่าวนี้นักนิติศาสตร์อังกฤษก็ยังคงใช้แนวทางดั้งเดิม คือหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ในการตัดสินคดี โดยให้สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ หากมีการทำคำสนองโดยมีการเพิ่มเติม หรือแก้ไขข้อความในคำเสนอเดิมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ถือว่าคำเสนอเดิมนั้นตกไป ทั้งให้เป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-Offer) ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าจะมีการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้น และหากสัญญาเกิดขึ้นแล้วจะเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายใด ซึ่งศาลอังกฤษก็ได้ยึดถือหลัก Last Shot Rule (ผู้ยิงกระสุนนัดสุดท้าย) อย่างเคร่งครัด หากมีปัญหาสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) เกิดขึ้น โดยศาลจะพิจารณาว่าคู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) โดยคู่กรณีอีกฝ่ายยอมรับ คู่กรณีฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) ก็จะเป็นฝ่ายที่ชนะสงครามแบบฟอร์มนั้นและให้ถือว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในการทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) คดีที่ถือเป็นบรรทัดฐานเรื่อง “Battle of Forms” ของอังกฤษ คือคดี *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation* ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินว่า ผู้ทำ Counter-Offer ครั้งสุดท้าย โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้แย้งเป็นผู้ชนะ (The person party who sends the last counter-offer) และสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในการทำคำเสนอครั้งสุดท้ายในกรณีที่เกิดสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) ตามหลักทฤษฎี Last Shot Rule (ผู้ยิงกระสุนนัดสุดท้าย)

อย่างไรก็ตาม Common Law ของอังกฤษก็ยังไม่เป็นข้อยุติเสมอไปว่า ผู้ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Offer) จะเป็นฝ่ายที่ชนะในกรณีที่เกิดสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) เสมอไป ศาลอังกฤษจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไปโดยใช้เอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างผู้ทำคำเสนอกับผู้ทำคำสนอง หรือพฤติการณ์อื่นๆ มาประกอบการพิจารณาตัดสินคดีด้วย

2. แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมีข้อแตกต่างที่มีใช่เป็นข้อสาระสำคัญ ตาม CISG

ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ตาม CISG นั้น ยังคงยอมรับต่อหลักการที่คำสนองต้องถูกต้องกับเสนอ ตามหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) อยู่มาก ซึ่งหลักการดังกล่าวสะท้อนอยู่ในตามมาตรา 19 (1) CISG ซึ่งกำหนดให้คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้น จะได้ตอบรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้ว ดังนั้น ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามมาตรา 19 (1) CISG นี้ จึงไม่ทำให้เกิดสัญญาขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมาย เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจของโลกยุคปัจจุบันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ไว้ในมาตรา 19 (2) CISG “โดยให้คำสนองอันมีข้อความให้คำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม แต่ความแตกต่างนั้นไม่ใช่ความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญของคำเสนอแล้ว คำสนองดังกล่าวอาจถือเป็นคำสนองได้และสัญญาสามารถเกิดขึ้นตามเงื่อนไขของคำสนอนั้นได้ เว้นแต่ผู้ทำคำเสนอจะได้คัดค้านด้วยวาจาถึงข้อคำที่แตกต่างนั้น หรือส่งหนังสือแจ้งถึงเรื่องดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ซึ่งเท่ากับว่าผู้ทำคำเสนอได้ปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขที่มีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมแล้ว” ในทางกลับกัน หากคำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญแล้ว ก็ต้องถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วย ตามมาตรา 19 (1) สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น

นอกจากนี้คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ยังได้กำหนดตัวอย่างความแตกต่างเรื่องใดบ้างอันถือเป็นสาระสำคัญของคำเสนอไว้เพื่อให้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่าเรื่องใดบ้างเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญของคำเสนอ ซึ่งก็ได้แก่ เรื่องราคา วิธีการชำระหนี้ คุณภาพและปริมาณของสินค้า สถานที่และเวลาส่งมอบ ข้อจำกัดความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการจัดซื้อจัดหา ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขคำเสนอในสาระสำคัญ ดังนั้น หากมีความแตกต่างกันในเรื่องเหล่านี้ก็ให้ถือเป็นความแตกต่างกันในสาระสำคัญ สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น เว้นแต่ในทางปฏิบัติของคู่สัญญา มิได้ถือการผิดตาม มาตรา 19(3) เป็นความแตกต่างกันในสาระสำคัญแล้ว ก็ให้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการใช้ประโยชน์ทางการค้าประกอบการตีความสัญญาตาม มาตรา 9 (1) CISG

3. แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป หรือ Knock-Out

แนว Knock-Out คือหลักการที่ว่า คำสนองแม้จะมีข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากคำเสนอ ข้อความที่แตกต่างไปจากคำสนอนั้น ก็ยังคงมีสถานะเป็นคำสนองอยู่และสัญญาก็เกิดขึ้นได้โดยประกอบด้วยข้อสัญญาเฉพาะที่สอดคล้องตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) กล่าวคือ แนว Knock-Out มิได้ยึดหลักที่ว่าคำสนองที่มีข้อสัญญาแตกต่างไปจากคำเสนอเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่และจะเป็นสัญญาได้ก็ต่อเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งรับเอาคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้น โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่ผิดแผกแตกต่างไป

แนว Knock-Out ได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาตามกฎหมายประเทศต่างๆ เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างในการนำแนวทาง Knock-Out มาใช้ในการวิเคราะห์การเกิดขึ้นของสัญญา ดังนี้

1) แนว Knock-Out ตามกฎหมายเยอรมัน

โดยก่อน ค.ศ. 1980 ศาลเยอรมันได้ตัดสินข้อพิพาทในกรณีปัญหาเกี่ยวกับผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอ โดยใช้หลักภาพสะท้อนกระจกอย่างเคร่งครัดตามแนวความคิดทางกฎหมายดั้งเดิมทั้งนี้ มาตรา 150 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดหลักว่า "คำเสนอที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไขเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่" จากหลักกฎหมายในมาตรา 150 (2) ดังกล่าวนี้อันตามกฎหมายเยอรมัน สัญญาจึงเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการเท่านั้น ซึ่งศาลเยอรมันมักตัดสินคดีโดยใช้หลักภาพสะท้อนกระจก (Mirror Image Rule) อย่างเคร่งครัดทั้งในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองและกรณีไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ทำให้มีผลว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเนื้อหาของสาระของข้อสัญญาในคำเสนอและคำสนองสอดคล้องตรงกันทั้งหมดเท่านั้น

แต่ต่อมาศาลเยอรมันได้เห็นความจำเป็นของการพัฒนาหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับความจำเป็นในทางธุรกิจ โดยใช้หลัก Knock-Out มาตัดสินคดีตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา โดยจำกัดนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองในการก่อสัญญา โดยมีได้พิเคราะห์ข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและแต่ละฝ่ายกำหนดชัดเจนว่าสัญญาจะเป็นไปตามข้อสัญญาในแบบสัญญาของฝ่ายตนเท่านั้น โดยศาลเยอรมันวางหลักว่าแม้คำสนองจะมีข้อสัญญาที่แตกต่างจากคำเสนอ สัญญาที่เกิดขึ้นได้โดยประกอบด้วยข้อสัญญาเฉพาะที่สอดคล้องกันเท่านั้น ศาลเยอรมันได้ยึดถือหลักการที่ว่าแบบเอกสารที่ตอบสนองคำเสนอโดยมีข้อความที่แตกต่างไปจากคำเสนออันนั้นยังคงมีสถานะเป็นคำสนองอยู่ และสัญญาเกิดขึ้นได้เฉพาะที่มีข้อสัญญาที่สอดคล้องกันเท่านั้น ส่วนเนื้อหาข้อสัญญาที่ไม่ตรงกันนั้นถือว่าถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นเอง

ส่วนในเรื่องข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายนั้นถือว่าได้ถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ทั้งนี้ เมื่อข้อสัญญาที่กำหนดสาระที่แตกต่างกันในเรื่องใดหรือประเด็นใดนั้นมิได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เรื่องนั้นหรือประเด็นนั้นก็ถือว่ากล่าวกันตามหลักกฎหมายที่กฎหมายกำหนด (Default Rules of Law) เช่น เรื่อง ความรับผิดชอบ หรือกำหนดเวลาสำหรับการบอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่อง เป็นต้น

2) แนว Knock-Out ตามกฎหมายฝรั่งเศส

ศาลฝรั่งเศสได้นำหลัก Knock-Out มาตัดสินคดี โดยจำกัดนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเอง โดยมีได้พิเคราะห์ข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและต่างฝ่ายก็อ้างว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายตน ศาลในประเทศฝรั่งเศสก็ยึดถือแนวทางการวินิจฉัยเช่นเดียวกับแนวทางที่ศาลในประเทศเยอรมันใช้ กล่าวคือ มิได้ยึดถือหลัก "ภาพสะท้อนกระจก" หรือ Last-Shot โดยเคร่งครัด แต่ยึดถือหลักว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่แบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายมีตรงกัน ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันก็จะถูกคัดออกไป (Knock Out) ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

แต่ข้อที่แตกต่าง คือศาลในประเทศฝรั่งเศสได้ยึดถือแนวการวินิจฉัยดังอธิบายข้างต้นอย่างกว้างขวางกว่าศาลในประเทศเยอรมัน กล่าวคือ ในขณะที่ศาลในประเทศเยอรมันยึดถือแนวทางดังกล่าวเฉพาะเมื่อแบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นมีข้อความระบุอย่างชัดเจนในทำนองที่ว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่มีในแบบเอกสารของคนที่ตน (Defensive Clause) แต่ศาลในประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลัก Knock Out ทั้งในกรณีที่แบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นมีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของคนที่ตนและกรณีที่แบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นไม่มีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของคนที่ตน

ส่วนในกรณีที่สัญญาที่สร้างขึ้นโดยทั่วไปหรือกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ศาลฝรั่งเศสก็ยังคงยึดแนวทางในการตัดสินคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ในเรื่องความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเอง (The consent of the party who binds himself) ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญาและทำให้สัญญามีผลบังคับสมบูรณ์ตามกฎหมายได้ ความตกลงยินยอมของคู่สัญญาจะต้องเกิดจากการทำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันเท่านั้น สัญญาจึงจะเกิดขึ้น ส่วนคำสนองที่แตกต่างกัน มีเงื่อนไขหรือข้อสงวนใดๆ ต่างไปจากคำเสนอนั้น ตามแนวทางของศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-Offer) ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้น จะได้ออกรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้ว

3) แนว Knock-Out ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น ศาลสหรัฐอเมริกาได้ยึดแนว Knock-Out ในการตัดสินคดีซึ่งแนวทางดังกล่าวสะท้อนอยู่ในมาตรา 2-207 UCC ในเรื่องข้อกำหนดเพิ่มเติมในการยอมรับหรือการยืนยัน (Additional Terms in Acceptance or Confirmation) โดย UCC 2-207 (1) วางหลักไว้ว่า คำสนองที่มาถึงภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร แม้คำสนองนั้นจะมีข้อความเพิ่มเติม หรือมีข้อความที่แตกต่างจากคำเสนอ ก็ให้ถือว่าเป็นคำสนองที่ขออนุญาต และให้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว อย่างไรก็ตาม กฎหมายสหรัฐอเมริกาก็มีข้อยกเว้น หากปรากฏว่าคำสนองนั้นผู้ทำคำสนองได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้ผู้ทำคำเสนอมีการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอก่อน สัญญาจึงจะเกิดขึ้น เช่นนี้ คราบใดที่ผู้ทำคำเสนอยังไม่ได้มีการแสดงเจตนายอมรับเงื่อนไขที่กำหนดขึ้นมาใหม่ในคำสนองนั้นไปยังผู้ทำคำเสนอ สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น

นอกจากนี้ ในกรณีที่สัญญาระหว่างพ่อค้าด้วยกันหรือที่เรียกว่าสัญญาในทางพาณิชย์ตาม UCC 2-207 (2) วางหลักไว้ว่า หากคำสนองได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือแตกต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอ ก็ให้ถือว่าข้อที่เพิ่มเติมหรือต่างจากนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย แต่อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นอยู่ 3 กรณี ที่มีให้ถือว่าข้อที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาดังนี้คือ (a) กรณีที่ผู้ทำคำเสนอได้ระบุไว้แล้วในคำเสนอว่าจะยอมรับผูกพันตามข้อเสนอที่ปรากฏในคำเสนอ

เท่านั้น ดังนั้นหากผู้ทำคำเสนอนั้นได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือแตกต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอ ผลของคำเสนอที่จะทำให้เกิดสัญญาคือ ส่วนที่คำเสนอตรงกับคำเสนอเท่านั้น ส่วนที่เพิ่มเติมหรือแก้ไขไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือ(b) กรณีที่คำเสนอได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือแตกต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอ ซึ่งส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ ดังนั้นข้อความส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ ก็ไม่ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือ(c) กรณีที่ผู้ทำคำเสนอนั้นได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือแตกต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอไปยังผู้ทำคำเสนอ และผู้ทำคำเสนอได้แจ้งคัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ให้ผู้ทำคำเสนอทราบนับตั้งแต่ต้นได้รับคำเสนอนั้น ภายในเวลาอันสมควร ดังนั้นส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปจากคำเสนอเดิมแม้ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอก็ไม่ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่ในทางตรงกันข้าม หากผู้ทำคำเสนอไม่ได้แจ้งคัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ให้ผู้ทำคำเสนอทราบนับตั้งแต่ต้นได้รับคำเสนอนั้น ภายในเวลาอันสมควร และส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปจากคำเสนอนั้นไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอแล้ว ให้ถือว่าเป็นข้อที่เพิ่มเติมหรือต่างจากนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย

4) แนวผสม ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL)

การวิเคราะห์ผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอโดยใช้แนวผสม ในการเกิดขึ้นของสัญญาตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) นั้นแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่เป็นสัญญาที่ทำการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา หรือต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างได้พิจารณาตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายแล้ว กับกรณีที่ต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างมิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายเลย ซึ่งสามารถแบ่งแยกแนวทางการวิเคราะห์ผลทางกฎหมายของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอโดยใช้แนวผสม ได้ ดังนี้

(1) ในกรณีที่เป็นการสัญญาที่ทำการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา หรือต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายแล้ว ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ซึ่งหลักกฎหมายทั้งสองดังกล่าว ต่างก็ใช้แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมีข้อแตกต่างที่มีใหม่เป็นข้อสาระสำคัญ ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้เป็นแนวเดียวกันกับที่ CISG ใช้ในการวิเคราะห์ผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวที่แตกต่างกัน ดังนี้

สำหรับหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) หลักการดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ใน Article 2.1.11 ซึ่งวางหลักไว้ว่า คำเสนออันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ซึ่งสอดคล้อง

กับหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ แต่ UNIDROIT Principles Article 2.1.11 ก็มีข้อยกเว้นบัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) โดยให้คำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม แต่ความแตกต่างนั้นไม่ใช่ความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญของคำเสนอแล้ว คำสนองดังกล่าวก็ยังถือเป็นคำสนองอยู่ และสัญญาสามารถเกิดขึ้นได้ตามเงื่อนไขของคำสนอนั้นได้ เว้นแต่ผู้ทำคำเสนอจะได้คัดค้านด้วยวาจาถึงถ้อยคำที่แตกต่างนั้น หรือส่งหนังสือแจ้งถึงเรื่องดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ซึ่งเท่ากับว่าผู้ทำคำเสนอได้ปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขที่มีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมแล้ว ในทางกลับกัน หากคำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญแล้ว ก็ต้องถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วย ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.11 (1) สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น

ส่วนหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) หลักการดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ใน Article 2:208 ซึ่งวางหลักไว้ว่า คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ หากข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของคำเสนอในสาระสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม หากคำสนองได้มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ก็ต้องพิจารณาว่าข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำสนอนั้นเป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ (Material Alteration) หรือไม่ หากมิใช่เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ เอกสารหรือสิ่งที่ประสงค์จะให้ป็นคำสนอนั้นก็ยังคงถือว่ามีสถานะเป็นคำสนองอยู่เช่นเดิมและทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ ส่วนข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ก็ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย นอกจากนั้นหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ก็กำหนดข้อยกเว้นให้ถือว่าคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอในกรณีตาม Article 2:208 (3) (a) (b) และ (c) เป็นการปฏิเสธคำเสนอ เช่น (a) คำเสนอได้กำหนดโดยชัดแจ้งการยอมรับเงื่อนไขของคำเสนอตามข้อเสนอที่ปรากฏในคำเสนอเท่านั้น หรือ (b) ผู้ทำคำเสนอได้คัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน โดยไม่ชักช้า หรือ (c) ผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้ผู้ทำคำเสนอมีการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอ สัญญาจึงจะเกิดขึ้น และการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกันจากคำเสนอเดิมนั้น ไม่ได้มาถึงผู้ทำคำสนองภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร

อย่างไรก็ตาม ของหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles Article 2.1.11) และ Article 2:208 ของหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ก็ไม่ได้กำหนดตัวอย่างความแตกต่างเรื่องใดบ้างอันถือเป็นสาระสำคัญของคำเสนอไว้ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าเรื่องใดบ้างเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญของคำเสนอ เหมือนดังเช่น Article 19 (3) แห่ง

CISG ซึ่งได้กำหนดกรณีใดบ้างเป็นความแตกต่างอันถือเป็นสาระสำคัญไว้ ดังนั้น ความแตกต่างเรื่องใดบ้างอันถือเป็นสาระสำคัญของคำเสนอ ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.11 และ Article 2:208 PECL จึงต้องอาศัยการตีความข้อแตกต่างเรื่องใดบ้างที่ถือเป็นสาระสำคัญ

(2) ในกรณีที่ต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างมิได้พิจารณาที่ข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายเลย ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ซึ่งหลักกฎหมายทั้งสองดังกล่าว ต่างก็ใช้แนว Knock-Out คือ สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้หลักการดังกล่าวที่แตกต่างกัน ดังนี้

สำหรับหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) หลักการดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ใน Article 2.1.22 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ข้อสัญญามาตรฐานและได้ตกลงกันโดยมิได้เห็นพ้องต้องกันตามข้อสัญญามาตรฐานนั้น สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันนั้นและตามข้อสัญญามาตรฐานที่มีเนื้อหาสอดคล้องกัน เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งระบุดังกล่าวหาว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันโดยสัญญานั้นหรือระบุดังกล่าวนั้นในภายหลังโดยแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้า”

ตาม Article 2.1.22 ข้างต้นย่อมเห็นได้ว่า UNIDROIT Principles ได้ยึดหลัก Knock Out เช่นเดียวกับในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส โดยหลักดังกล่าวของ UNIDROIT Principles จำกัดใช้เฉพาะกรณีเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Terms) เท่านั้น หากเป็นกรณีอื่นที่มิได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (กล่าวคือใช้แบบเอกสาร) หลัก Battle of Forms ซึ่งยึดหลัก Knock Out ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.22 ก็จะไม่ใช้บังคับและต้องวินิจฉัยกันตามหลักภาพสะท้อนกระจก (Last Shot) ตามปกติ นั่นเอง นอกจากนี้ หลัก Knock Out ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.22 ใช้เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งต่างฝ่ายต่างก็ใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (กล่าวคือ แบบเอกสาร) นั้นได้ติดต่อโต้ตอบกันโดยต่างฝ่ายต่างก็ได้พิจารณาข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งเลย แต่ทั้งสองฝ่ายก็ได้ติดต่อกันจนต่างฝ่ายต่างเชื่อว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว (“reach agreement except on those terms”) หากเป็นกรณีที่ต่างฝ่ายได้พิจารณาแบบเอกสารสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและเปรียบเทียบข้อสัญญาแล้ว ก็มีใช้กรณีตาม Article 2.1.22 UNIDROIT Principles แต่เป็นกรณีที่ต้องปรับใช้หลักภาพสะท้อนกระจกหรือหลักคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ (Modified acceptance) ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.11 ตามปกติ

ส่วนหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) หลักการดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ใน Article 2:209 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “ถ้าคู่สัญญาได้บรรลุความตกลงกันโดยที่คำเสนอและคำสนองได้กล่าวถึงข้อสัญญามาตรฐาน (General Conditions) ที่ขัดแย้งกัน สัญญายังคงเป็นอันเกิดขึ้น ข้อสัญญามาตรฐานนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเท่าที่สาระของข้อสัญญาตรงกันเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาจะไม่เกิดขึ้นหากคู่สัญญาได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งในการทำคำเสนอหรือคำสนองว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพัน

ตามสัญญาที่เกิดตามหลัก Knock Out ทั้งนี้ การระบุเช่นนั้นต้องมิใช่เป็นการระบุในข้อสัญญามาตรฐานเอง หรือคู่สัญญาได้แจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้าว่าตนไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญานั้น”



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายไทย

ในบทนี้ ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ แนวทางใหม่ที่ควรรับมาใช้ในกฎหมายไทย และแนวทางในการตีความการเกิดสัญญาในกรณีที่แก้กฎหมายไม่สำเร็จ ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

4.1 ปัญหาของความตกลงยินยอมในการทำสัญญา

การตกลงยินยอมหรือการแสดงเจตนาตรงกันของคู่กรณี (Mutual Assent) เป็นหลักสำคัญอีกหลักหนึ่งที่เป็นพื้นฐานในเรื่องของการเกิดสัญญา กล่าวคือ เมื่อได้มีการแสดงเจตนาต้องตรงกันจนเกิดความเข้าใจถูกต้องตรงกัน และเกิดจากความยินยอมพร้อมใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยมีการเสนอความต้องการไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง โดยทางกิริยา ท่าทาง หรือคำพูด หรือทำเป็นหนังสือก็ได้ เพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบความประสงค์ ซึ่งเรียกว่า “คำเสนอ” แล้วบุคคลอีกฝ่ายยอมรับหรือตกลงโดยแสดงความประสงค์ตอบรับ ซึ่งเรียกว่า “คำสนอง” ไปยังบุคคลฝ่ายแรก สัญญา ก็จะเกิดขึ้นทันที เพราะถือว่าคู่กรณีมีเจตนาตรงกันในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว นอกจากนั้นยังเป็นที่ยอมรับว่าในเรื่องการแสดงเจตนาที่แท้จริงจะมีผลสมบูรณ์เพื่อก่อให้เกิดสัญญา ก็ต่อเมื่อเจตนากับการแสดงออกซึ่งเจตนาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นถูกต้องตรงกัน

จากการที่ได้ศึกษาการเกิดขึ้นของสัญญาตามกฎหมายไทยในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยยังคงเคารพต่อแนวคิดเดิมคือ หลักการที่คำสนองต้องถูกต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) สัญญาจึงจะเกิดขึ้น แต่หากคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติมจำกัดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากคำเสนอเดิม ต้องถือว่าเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้นจะได้ออกรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้วซึ่งหลักการดังกล่าวสะท้อนอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง และเมื่อได้ศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย พบว่าศาลไทยค่อนข้างเคร่งครัดกับหลักการที่คำสนองต้องถูกต้องตามคำเสนอทุกประการสัญญาจึงจะเกิดขึ้นอย่างมาก ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

แต่เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันนี้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารให้เจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญาทางธุรกิจมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก อีกทั้งความพยายามในการเปิดเสรีทางการค้าในปัจจุบันยังทำให้มีการแข่งขันกันสูงมาก และส่งผลให้มีการทำสัญญาทางธุรกิจมากขึ้น การทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้

“แบบสัญญา” โดยมักมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของฝ่ายตน โดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่า ข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจ ลักษณะเช่นนี้นี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ในสถานการณ์เช่นนี้โอกาสที่คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก

ดังนั้น จากการที่กฎหมายไทยยังคงวิเคราะห์ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอในการเกิดขึ้นของสัญญาตามแนวคั้งเดิมคือ หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) อยู่ จึงก่อให้เกิดปัญหา ดังนี้

4.1.1 ปัญหาการใช้แบบสัญญาในการทำคำเสนอคำสนองในทางพาณิชย์

จากการที่ได้ศึกษาผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายไทยยังไม่มีการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องการทำสัญญาในทางธุรกิจกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ในการทำธุรกิจ โดยกฎหมายไทยยังคงวิเคราะห์ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอในการเกิดขึ้นของสัญญาตามแนวคั้งเดิมตามกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษที่ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ก็จะถือว่าเป็นการทำคำเสนอใหม่ (Counter-offer) ซึ่งหลักการดังกล่าวสะท้อนอยู่ในตามมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว” และเมื่อได้ศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยแล้วพบว่าศาลไทยค่อนข้างเคร่งครัดกับหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” ตามมาตรา 359 วรรคสอง อย่างมาก ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2²⁹³

ดังนั้น การที่กฎหมายไทยยังคงวิเคราะห์ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอในการเกิดขึ้นของสัญญาตามแนวคั้งเดิม คือหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) อยู่ จึงทำให้หลักกฎหมายของไทยยังไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบัน เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันนี้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารให้เจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญาทางธุรกิจมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก อีกทั้งความพยายามในการเปิดเสรีทางการค้าในปัจจุบันยิ่งทำให้มีการแข่งขันกันสูงมาก และส่งผลให้มีการทำสัญญาทางธุรกิจมากขึ้น การทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มักมีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมักมีข้อความที่ไม่

²⁹³ ดูหัวข้อ 2.8 ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 40-43.

สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของฝ่ายตนโดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจในลักษณะเช่นนี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms”²⁹⁴ ในสถานการณ์เช่นนี้โอกาสที่คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก

หากกฎหมายไทยยังคงนำเอาหลักกฎหมายสัญญาดั้งเดิมที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงกันทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) มาปรับใช้กับสถานการณ์ทางธุรกิจเช่นว่านี้ก็จะถือว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น เพราะคำสนองของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความต่างจากคำเสนอ (ไม่ว่าแตกต่างเพียงเล็กน้อยหรือแตกต่างในสาระสำคัญ) จึงเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ซึ่งจะถือว่าการที่ผู้เสนอเดิมได้ปฏิบัติชำระหนี้ไปบ้างแล้วเป็นการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้นก็ไม่ได้ เนื่องจากผู้เสนอเดิมยังคงเชื่อว่าตนปฏิบัติการชำระหนี้บนพื้นฐานของคำเสนอเดิมของตน มิใช่บนพื้นฐานของคำสนองที่มีข้อความที่แตกต่างจากคำเสนอเดิมของตน ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อมีแบบคำสั่งซื้อของตน โดยระบุข้อสัญญาไว้ในแบบคำสั่งซื้อนั้น (ซึ่งอาจจะระบุไว้ด้านหลังของเอกสาร เป็นต้น) ในขณะที่ผู้ขายก็ใช้แบบสัญญาของผู้ขายที่เว้นว่างให้กรอกข้อความที่จำเป็นเกี่ยวกับสินค้า หรือความต้องการพิเศษอื่นๆ ในตัวสินค้า ส่วนเงื่อนไขอื่น นั้นผู้ขายระบุไว้ด้านหลังเอกสารเช่นกัน ทำให้ข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบสัญญาระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายนั้นแตกต่างกัน ผลก็คือคำเสนอและคำสนองยังไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการ แม้ว่าคู่สัญญาจะได้ปฏิบัติการชำระหนี้ไปบ้างแล้วก็ตาม ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้นจะได้ตอบรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้ว

นอกจากนี้ การที่กฎหมายไทยยังคงยึดหลักการที่คำสนองต้องถูกต้องตรงกับคำเสนอทุกประการเหมือนกับเงาสะท้อนในกระจก (Mirror image rule) สัญญาจึงจะเกิดขึ้นนั้น มีความเคร่งครัดมากเกินไป ทำให้การเกิดสัญญาต่างๆ เกิดขึ้นยากซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงหรือทางปฏิบัติในทางธุรกิจการค้าในปัจจุบันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งถือเป็นความสูญเสียในทางเศรษฐกิจอีกด้วย เนื่องจากเมื่อสัญญาหนึ่ง เช่น สัญญาซื้อขายได้รับการวินิจฉัยว่าไม่เกิดขึ้นก็จะทำให้สัญญาอื่น เช่น สัญญาขนส่ง สัญญาประกันภัย เป็นต้น ได้รับผลกระทบไปด้วย ซึ่งก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมากแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว หากสัญญาซื้อขายมิได้เกิดขึ้น ทั้งยังอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เชื่อโดยสุจริตว่าสัญญาเกิดขึ้นและได้เตรียมการปฏิบัติชำระหนี้ในส่วนของตนแล้ว กล่าวคือ คู่สัญญาที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาอีกต่อไปในภายหลังอาจนำเอาหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” มาอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความผูกพันตาม

²⁹⁴ Farnsworth E. Allan, op. cit., p. 166 และ [Legal Dictionary at www.duhaime.org/LegalDictionary/B/BattleoftheForms.aspx](http://www.duhaime.org/LegalDictionary/B/BattleoftheForms.aspx), (last visited 13 January, 2013).

สัญญา ใดๆ ที่ก่อนหน้านั้นตนพร้อมที่จะผูกพันตนตามสัญญานั้นเรื่อยมาได้ ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อได้ส่งคำสั่งซื้อโดยอาศัยแบบคำสั่งซื้อของผู้ซื้อ (ซึ่งมีสถานะเป็น “คำเสนอ”) และผู้ขายได้ส่งคำตอบรับคำสั่งซื้อโดยใช้แบบเอกสารของผู้ขาย (ซึ่งมีสถานะเป็น “คำสนอง”) โดยมีข้อความบางประการที่แตกต่างไปจากคำเสนอเดิมของผู้ซื้อ และต่อมาผู้ขายก็ได้เตรียมส่งสินค้าให้ผู้ซื้อแล้ว แต่เมื่อมีสินค้าจากแหล่งอื่นในราคาต่ำกว่า ผู้ซื้อก็พยายามหลุดพ้นจากความผูกพันทางสัญญาโดยอ้างว่าตามหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” นั้นสัญญาไม่เกิดขึ้นตั้งแต่แรก

4.1.2 ปัญหาที่เกิดจากการที่กฎหมายไม่ได้แยกสิ่งที่เป็นสาระสำคัญกับสิ่งที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญา

เนื่องจากการเกิดสัญญาตามกฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง ยึดหลักการที่ว่าคำสนองต้องถูกต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) สัญญาจึงจะเกิดขึ้น แต่หากคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติมจำกัดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากคำเสนอเดิม ต้องถือว่าเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ โดยกฎหมายไทยไม่ได้มีการแยกสิ่งที่เป็นสาระสำคัญกับสิ่งที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญาออกจากกัน เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” โดยให้ยึดถือว่าหากสิ่งที่ประสงค์จะให้ เป็นคำสนองได้มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ก็ต้องพิจารณาว่าข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอนั้นเป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ (Material Alteration) หรือไม่ หากมิใช่เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ เอกสารหรือสิ่งที่ประสงค์จะให้ เป็นคำสนอนั้นก็ยังคงถือว่าเป็นคำสนองอยู่เช่นเดิมและทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ แม้คู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงยินยอมหรือแสดงเจตนาตรงกันในทุกข้อของสัญญา

จากปัญหาดังกล่าว จึงทำให้กฎหมายไทยมาตรา 359 วรรคสอง ยังไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจของโลกยุคปัจจุบันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมีได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายในการก่อสัญญาว่ามีการกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาต่างๆ ที่ได้แบ่งแยกออกมาเป็นข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเฉพาะของสัญญานั้นๆ (Specific terms and conditions) ซึ่งเป็นสิ่งที่ เป็นสาระสำคัญของสัญญานั้น (เช่น ในกรณีสัญญาซื้อขายก็จะมีข้อกำหนดและเงื่อนไขเฉพาะที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย ได้แก่ ทรัพย์สินหรือสินค้าที่จะซื้อขายกัน (property or goods to be sold) ราคาขาย (sale price) การรับประกัน (warranty) การส่งมอบ (delivery) และการชำระราคา (payment) เป็นต้น) หรือข้อกำหนดหรือเงื่อนไขทั่วไปที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งนักกฎหมายผู้ร่างสัญญาเรียกข้อตกลงในประเด็นต่างๆ เหล่านี้ ว่า “Boilerplate” หรือบทเบ็ดเตล็ด (เช่น เหตุสุดวิสัย (Force Majeure) การผิดสัญญาและการบอกเลิกสัญญา (Breach and Termination) กฎหมายที่ใช้บังคับ (Applicable Law) และการระงับข้อพิพาท (Settlement of Dispute) เป็นต้น) นั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้อง

ตรงกันหรือไม่ ทำให้ในสถานการณ์เช่นนี้โอกาสที่คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก หากนำเอาหลักกฎหมายมาตรา 359 วรรคสอง มาปรับใช้กับสถานการณ์ทางธุรกิจเช่นนี้ก็จะพบว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น เพราะคำสนองของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความต่างจากคำเสนอ (ไม่ว่าแตกต่างในสิ่งที่เป็นเพียงเล็กน้อยหรือแตกต่างในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา) จึงเป็นการบดปัดไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง เนื่องจากการตกลงยินยอมของคู่สัญญาในการเข้าทำสัญญา คู่สัญญามักจะพิจารณาข้อความในแบบสัญญาเฉพาะสิ่งที่เป็นการกำหนดหรือเงื่อนไขเฉพาะที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาเท่านั้น โดยมีได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายในข้อกำหนดหรือเงื่อนไขทั่วไปของสัญญาซึ่งไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญานั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้องตรงกันหรือไม่ เนื่องจากในแบบสัญญาคู่สัญญามักจะกำหนดเนื้อหาเฉพาะเพียงแต่ข้อสัญญาในส่วนที่จำเป็นซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาเท่านั้นไว้ที่ด้านหน้าของ “แบบสัญญา” ของแต่ละฝ่าย ส่วนรายละเอียดข้อสัญญาเงื่อนไขต่างๆ ที่เป็นปลีกย่อยมากมายซึ่งไม่ได้เป็นสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ก็จะกำหนดเนื้อหาไว้ที่ด้านหลังของ “แบบสัญญา” เช่น ผู้ขายก็ใช้แบบสัญญาที่เว้นว่างให้กรอกข้อความที่จำเป็นเกี่ยวกับสินค้า หรือความต้องการพิเศษอื่นๆ ในตัวสินค้า ส่วนเงื่อนไขของการซื้อขายอื่นนั้นผู้ขายจะใส่ไว้ด้านหลังแบบสัญญา ส่วนผู้ซื้อก็จะมีแบบสัญญาที่ใช้เพื่อตอบรับเมื่อผู้ขายส่งสินค้ามาให้ โดยจะมีข้อสัญญาของผู้ซื้ออยู่ด้านหลังแบบสัญญาเช่นกัน จึงทำให้ในสถานการณ์เช่นนี้โอกาสที่คู่สัญญาจะตกลงยินยอมหรือทำคำเสนอและคำสนองให้ถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก

ดังนั้น การที่กฎหมายไทยมาตรา 359 วรรคสอง ไม่ได้แยกข้อแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญกับสิ่งที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญาในการเกิดขึ้นของสัญญาออกจากกัน โดยยังไม่มีการพัฒนาหลักการเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” จึงทำให้สัญญาต่างๆ นั้นเกิดขึ้นยาก

4.2 แนวทางใหม่ที่ควรรับมาใช้ในกฎหมายไทย

จากปัญหาความไม่สอดคล้องของหลักกฎหมายเดิมกับทางปฏิบัติทางธุรกิจที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายไทยมีความจำเป็นที่จะต้องรับเอาหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในต่างประเทศและระหว่างประเทศมาใช้เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์แนวทางที่พัฒนาขึ้นในต่างประเทศที่ควรรับมาใช้ในกฎหมายไทยในเรื่องผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอในการเกิดขึ้นของสัญญา ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

4.2.1 แนวดั้งเดิม

แนวดั้งเดิม หรือหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ตามกฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้นยึดหลักดั้งเดิมที่ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ก็จะถือว่าเป็นการทำคำเสนอใหม่ (Counter-offer) ดังจะเห็นได้จากคดี *Trollope & Colls Ltd v. Atomic Power Constructors Ltd.*²⁹⁵ ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินว่า “The counter offer kills the original offer” ซึ่งหมายความว่า หากมีการทำคำสนองโดยมีการเพิ่มเติม หรือแก้ไขข้อความในคำเสนอเดิมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ถือว่าคำเสนอเดิมนั้นตกไป

สำหรับปัญหาในสถานการณ์ที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมักจะมีแบบฟอร์มในการติดต่อการค้าของตนเองและต่างฝ่ายต่างก็ระบุไว้ให้สัญญาที่จะเกิดเป็นไปตามข้อสัญญาในแบบฟอร์มของตน ปัญหาที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปจะเกิดจากการที่แต่ละฝ่ายมิได้สนใจในการตรวจสอบความแตกต่างระหว่างข้อเสนองของตนกับข้อเสนองของอีกฝ่าย และต่างฝ่ายต่างก็เชื่อและยืนยันว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาของฝ่ายตน ศาลอังกฤษก็ยังใช้แนวทางดั้งเดิม คือหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ในการตัดสินคดี โดยให้สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ หากมีการทำคำสนองโดยมีการเพิ่มเติม หรือแก้ไขข้อความในคำเสนอเดิมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ถือว่าคำเสนอเดิมนั้นตกไป ทั้งให้เป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-Officer) ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าจะมีการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้น ส่วนหากสัญญาเกิดขึ้นแล้วจะเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายใด ซึ่งศาลอังกฤษก็ได้ยึดถือหลัก Last Shot Rule (ผู้ยิงกระสุนนัดสุดท้าย) อย่างเคร่งครัด หากมีปัญหาสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) เกิดขึ้น โดยศาลจะพิจารณาว่าคู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Officer) โดยคู่กรณีอีกฝ่ายยอมรับ คู่กรณีฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Officer) ก็จะเป็นฝ่ายที่ชนะสงครามแบบฟอร์มนั้นและให้ถือว่าสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในการทำคำเสนอครั้งสุดท้าย (Counter-Officer) คดีที่ถือเป็นบรรทัดฐานเรื่อง “Battle of Forms” ของอังกฤษ คือคดี *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation*²⁹⁶ ซึ่งศาลอังกฤษตัดสินว่า ผู้ทำ Counter-Officer ครั้งสุดท้ายโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้แย้งเป็นผู้ชนะ (The person party who sends the last counter-offer) และสัญญาเกิดตามข้อสัญญาในการทำคำเสนอครั้งสุดท้ายในกรณีที่เกิดสงครามแบบฟอร์ม (Battle of Forms) ตามหลักทฤษฎี Last Shot Rule (ผู้ยิงกระสุนนัดสุดท้าย)

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า แนวดั้งเดิมตามกฎหมายอังกฤษนั้นได้วิเคราะห์ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอในการเกิดขึ้นของสัญญา เป็นแนวทางเดียวกันกับกฎหมายไทยซึ่งหลักการดังกล่าวสะท้อนอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง คือ สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ

²⁹⁵ คดี *Trollope & Colls Ltd v. Atomic Power Constructors Ltd.* [1962] 3 All ER 1035.

²⁹⁶ *Butler Machine Tool Co. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* [1979] 1 All ER 965.

คำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ส่วนคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ก็จะถือว่าเป็นการทำคำเสนอใหม่ (Counter-offer) จากหลักกฎหมายดั้งเดิมนี้นี้ จึงเห็นได้ว่า สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ทำคำเสนอ คำสนองตรงตรงกันทุกประการ หรือต่างมีเจตนาต้องตรงกัน (Meeting of the minds) ในอันที่จะผูกพันกันตามคำเสนอและคำสนองของที่แต่ละฝ่ายได้ให้ไว้แก่กันนั่นเอง แต่หากผู้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอด้วยการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขของคำเสนอ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ก็ตาม ก็จะถือว่าเป็นการทำคำเสนอใหม่ (Counter-offer) ทุกกรณี ซึ่งยังไม่สอดคล้องกับการทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” หากนำเอาหลักกฎหมายสัญญาดั้งเดิมที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการมาปรับใช้กับสถานการณ์ทางธุรกิจเช่นว่านี้ ก็จะมีผลว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น เพราะคำสนองของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความต่างจากคำเสนอ (ไม่ว่าแตกต่างเพียงเล็กน้อยหรือแตกต่างในสาระสำคัญ) จึงเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและเป็นการเสนอขึ้นมาใหม่ ทั้งจะถือว่าการที่ผู้เสนอเดิมได้ปฏิบัติการชำระหนี้ใดไปบ้างแล้วเป็นการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้นก็ไม่ได้ เนื่องจากผู้เสนอเดิมยังคงเชื่อว่าตนปฏิบัติการชำระหนี้บนพื้นฐานของคำเสนอเดิมของตน มิใช่บนพื้นฐานของคำสนองที่มีข้อความที่แตกต่างจากคำเสนอเดิมของตน และอาจเป็นช่องว่างทางกฎหมายให้กับคู่สัญญาที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาในภายหลัง นำเอาหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” มาอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญาต่างๆ ที่ก่อนหน้านั้นตนพร้อมที่จะผูกพันตนตามสัญญาเรื่อยมาซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

4.2.2 แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่าการตอบรับคำเสนอ มีข้อแตกต่างที่มีใช่เป็นข้อสาระสำคัญ

ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) นั้น ยังคงยอมรับต่อหลักการที่คำสนองต้องถูกต้องกับเสนอ ตามหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) อยู่มาก ซึ่งหลักการดังกล่าวสะท้อนอยู่ในตามมาตรา 19 (1) CISG ซึ่งกำหนดให้คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็น การบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่²⁹⁷ ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้น จะได้ตอบรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้ว ดังนั้น ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามมาตรา 19 (1) CISG นี้ จึงไม่ทำให้เกิดสัญญาขึ้น

²⁹⁷ CISG, Article 19 (1) “A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.”

แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมาย เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจของโลกยุคปัจจุบันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ไว้ในมาตรา 19 (2) CISG “โดยให้คำสนองอันมีข้อความให้คำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม แต่ความแตกต่างนั้นไม่ใช่ความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญของคำเสนอแล้ว คำสนองดังกล่าวอาจถือเป็นคำสนองได้และสัญญาสามารถเกิดขึ้นตามเงื่อนไขของคำสนองนั้นได้ เว้นแต่ผู้ทำคำเสนอจะได้คัดค้านด้วยวาจาถึงถ้อยคำที่แตกต่างนั้น หรือส่งหนังสือแจ้งถึงเรื่องดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ซึ่งเท่ากับว่าผู้ทำคำเสนอได้ปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขที่มีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมแล้ว”²⁹⁸ ในทางกลับกัน หากคำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญแล้ว ก็ต้องถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วยตามมาตรา 19 (1) สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น

นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ยังได้กำหนดตัวอย่างความแตกต่างเรื่องใดบ้างอันถือเป็นสาระสำคัญของคำเสนอไว้เพื่อให้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่าเรื่องใดบ้างเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญของคำเสนอ ซึ่งก็ได้แก่ เรื่องราคา วิธีการชำระหนี้ คุณภาพและปริมาณของสินค้า สถานที่และเวลาส่งมอบ ข้อจำกัดความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการจัดซื้อพิพาท ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขคำเสนอในสาระสำคัญ²⁹⁹ ดังนั้น หากมีความแตกต่างกันในเรื่องเหล่านี้ก็ให้ถือเป็นความแตกต่างกันในสาระสำคัญ สัญญาจึงไม่เกิดขึ้น เว้นแต่ในทางปฏิบัติของคู่สัญญา มิได้ถือกรณีตาม มาตรา 19 (3) เป็นความแตกต่างกันในสาระสำคัญแล้ว ก็ให้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการใช้ประเพณีทางการค้าประกอบการตีความสัญญาตาม มาตรา 9(1) CISG³⁰⁰

²⁹⁸ CISG, Article 19 (2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

²⁹⁹ Article 19 (3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.”

³⁰⁰ Article 9 (1) “The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.”

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมิมีข้อแตกต่างที่มีใช้เป็นข้อสาระสำคัญ ตามมาตรา 19 (2) และ (3) ของCISG นั้น เป็นหลักการที่ถูกสร้างขึ้นใหม่เพื่อผ่อนคลายหลักการดั้งเดิม (Mirror Image Rule) ทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ง่ายขึ้น ซึ่งสามารถนำมาช่วยแก้ปัญหา เรื่องปัญหาสงครามแบบฟอร์ม “Battle of Forms” ได้ หากนำมาใช้พิจารณาในกรณีคู่สัญญาที่ต่างฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ของตนในการก่อสัญญานั้น ก็ต้องดูว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายให้คำเสนอมาก่อน ฝ่ายที่ทำคำสนองกลับไปแม้จะมีข้อความแตกต่างจากคำเสนอเดิม แต่หากไม่ใช่ข้อแตกต่างในสาระสำคัญแล้ว และผู้ให้คำเสนอไม่ได้หักทวง สัญญาก็เกิดขึ้นโดยมีเงื่อนไขตามคำสนองที่มีข้อความแตกต่าง แก้ไขเพิ่มเติมจากคำเสนอ

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนก็เห็นว่าแนวทางนี้อาจก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ทำคำเสนอคนแรกที่จะต้องทำการคัดค้านหรือปฏิเสธคำสนองที่มีข้อความแตกต่าง แก้ไข เพิ่มเติมขึ้นมาโดยไม่ชักช้า มิฉะนั้นผู้ทำคำเสนอคนแรกอาจถูกผูกพันเป็นสัญญาอันมีเงื่อนไขตามคำสนองที่มีข้อความแตกต่าง แก้ไขเพิ่มเติมขึ้น ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อีกทั้งการที่มาตรา 19 (3) CISG ได้กำหนดกรณีใดบ้างเป็นความแตกต่างอันถือเป็นสาระสำคัญ ซึ่งความแตกต่างที่กำหนดไว้นั้นค่อนข้างจะครอบคลุมเกือบทุกประเด็นในปัญหาข้อแตกต่างอันถือเป็นข้อสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแล้ว จึงเป็นการบั่นทอนผลของแนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมิมีข้อแตกต่างที่มีใช้เป็นข้อสาระสำคัญตามมาตรา 19 (2) CISG ลง ดังนั้นจึงส่งผลให้แนวดั้งเดิม คือ หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ตามมาตรา 19 (1) CISG ถูกบังคับใช้อย่างกว้างขวาง แต่แนวแนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมิมีข้อแตกต่างที่มีใช้เป็นข้อสาระสำคัญตามมาตรา 19 (2) CISG จึงมีกรณีที่สามารถนำไปใช้น้อยมาก ทำให้ไม่อาจแก้ไขปัญหา “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ได้อย่างแท้จริง

4.2.3 แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่ แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป

แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป หรือ Knock-Out นั้น เป็นหลักการที่ว่า คำสนองแม้จะมีข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากคำเสนอ ข้อความที่แตกต่างไปจากคำเสนอนั้น ก็ยังคงมีสถานะเป็นคำสนองอยู่และสัญญาก็เกิดขึ้นได้โดยประกอบด้วยข้อสัญญาเฉพาะที่สอดคล้องตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) ซึ่งแนว Knock-Out นี้ได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาตามกฎหมายประเทศต่างๆ เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างในการนำแนวทาง Knock-Out มาใช้ในการวิเคราะห์การเกิดขึ้นของสัญญา ดังนี้

1. แนว Knock-Out ตามกฎหมายเยอรมัน

โดยก่อน ค.ศ. 1980 ศาลเยอรมันได้ตัดสินข้อพิพาทในกรณีปัญหาเกี่ยวกับผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ โดยใช้หลักภาพสะท้อนกระจกอย่างเคร่งครัดตามแนวความคิดทางกฎหมายดั้งเดิมทั้งนี้ มาตรา 150 (2)³⁰¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดหลักว่า “คำสนองที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไขเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่” จากหลักกฎหมายในมาตรา 150 (2) ดังกล่าวนี้นี้ ตามกฎหมายเยอรมัน สัญญาจึงเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการเท่านั้น ซึ่งศาลเยอรมันมักตัดสินคดีโดยใช้หลักภาพสะท้อนกระจก (Mirror Image Rule) อย่างเคร่งครัดทั้งในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองและกรณีไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ทำให้มีผลว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเนื้อหาของข้อสัญญาในคำเสนอและคำสนองสอดคล้องตรงกันทั้งหมดเท่านั้น

แต่ต่อมาศาลเยอรมันได้เห็นความจำเป็นของการพัฒนาหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับความจำเป็นในทางธุรกิจ โดยใช้หลัก Knock-Out มาตัดสินคดีตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา โดยจำกัดนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองในการก่อสัญญา โดยมีได้พิจารณาข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและแต่ละฝ่ายกำหนดชัดเจนว่าสัญญาจะเป็นไปตามข้อสัญญาในแบบสัญญาของฝ่ายตนเท่านั้น โดยศาลเยอรมันวางหลักว่าแม้คำสนองจะมีข้อสัญญาที่แตกต่างจากคำเสนอ สัญญาที่เกิดขึ้นได้โดยประกอบด้วยข้อสัญญาเฉพาะที่สอดคล้องกันเท่านั้น ศาลเยอรมันได้ยึดถือหลักการที่ว่าแบบเอกสารที่ตอบสนองคำเสนอโดยมีข้อความที่แตกต่างไปจากคำเสนอนั้นยังคงมีสถานะเป็นคำสนองอยู่ และสัญญาเกิดขึ้นได้เฉพาะที่มีข้อสัญญาที่สอดคล้องกันเท่านั้น ส่วนเนื้อหาข้อสัญญาที่ไม่ตรงกันนั้นถือว่าถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นเอง

ส่วนในเรื่องข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายนั้นถือว่าได้ถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ทั้งนี้ เมื่อข้อสัญญาที่กำหนดสาระที่แตกต่างกันในเรื่องใดหรือประเด็นใดนั้นมิได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เรื่องนั้นหรือประเด็นนั้นก็ต้องว่ากล่าวกันตามหลักกฎหมายที่กฎหมายกำหนด (Default Rules of Law) เช่น เรื่อง ความรับผิดชอบ ค่าธรรมเนียม หรือกำหนดเวลาสำหรับการบอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่อง เป็นต้น

2. แนว Knock-Out ตามกฎหมายฝรั่งเศส

ศาลฝรั่งเศสได้นำหลัก Knock-Out มาตัดสินคดี โดยจำกัดนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองโดยมิได้พิจารณาข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและต่างฝ่ายก็อ้างว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายตน ศาลในประเทศฝรั่งเศสก็ยึดถือแนวทางการวินิจฉัยเช่นเดียวกับแนวทางที่ศาลในประเทศเยอรมันใช้ กล่าวคือ มิได้ยึดถือหลัก “ภาพสะท้อนกระจก” หรือ

³⁰¹ German Civil Code BGB, Article 150 (2) “An acceptance with expansions, restrictions or other alterations is deemed to be a rejection combined with a new offer.”

Last-Shot โดยเคร่งครัด แต่ยึดถือหลักว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่แบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายมีตรงกัน ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันก็จะถูกคัดออกไป (Knock Out) ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

แต่ข้อที่แตกต่าง คือศาลในประเทศฝรั่งเศสได้ยึดถือแนวการวินิจฉัยดังอธิบายข้างต้นอย่างกว้างขวางกว่าศาลในประเทศเยอรมัน กล่าวคือ ในขณะที่ศาลในประเทศเยอรมันยึดถือแนวทางดังกล่าวเฉพาะเมื่อแบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นมีข้อความระบุอย่างชัดเจนในทำนองที่ว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่มีในแบบเอกสารของตนเท่านั้น (Defensive Clause) แต่ศาลในประเทศฝรั่งเศสยึดถือหลัก Knock Out ทั้งในกรณีที่แบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นมีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของตนเท่านั้นและกรณีที่แบบเอกสารที่คู่สัญญาใช้นั้นไม่มีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาที่จะเกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของตนเท่านั้น³⁰²

ส่วนในกรณีที่สัญญาที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปหรือกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ศาลฝรั่งเศสก็ยังยึดแนวทางในการตัดสินใจคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสในเรื่องความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเอง (The consent of the party who binds himself) ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญาและทำให้สัญญามีผลบังคับสมบูรณ์ตามกฎหมายได้³⁰³ ความตกลงยินยอมของคู่สัญญาจะต้องเกิดจากการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันเท่านั้น สัญญาจึงจะเกิดขึ้น ส่วนคำสนองที่แตกต่าง มีเงื่อนไขหรือข้อสงวนใดๆ ต่างไปจากคำเสนอนั้น ตามแนวทางของศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-Offer)³⁰⁴ ในชั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้ทำคำเสนอคนแรกนั้น จะได้ตอบรับการสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมแล้ว

3. แนว Knock-Out ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น ศาลสหรัฐอเมริกาได้ยึดแนว Knock-Out ในการตัดสินใจคดีซึ่งแนวทางดังกล่าวสะท้อนอยู่ในมาตรา 2-207 UCC ในเรื่องข้อกำหนดเพิ่มเติมในการยอมรับหรือการยืนยัน (Additional Terms in Acceptance or Confirmation) โดย UCC 2-207 (1)³⁰⁵ วางหลักไว้ว่า คำสนองที่มาถึงภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร

³⁰² Giesela Ruhl, *op. cit.*, p. 205.

³⁰³ French Civil Code, Article 1008 (1).

³⁰⁴ George A. Bermann And Etienne Picard, *Introduction to French Law* (Netherlands: Walters Kluwer Law and Business, 2008), p. 212.

³⁰⁵ UCC 2-207 (1) "A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states

ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอแล้ว ให้ถือว่าข้อที่เพิ่มเติมหรือต่างจากนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การวิเคราะห์ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอโดยใช้แนว Knock-Out ในการเกิดขึ้นของสัญญา ไม่ว่าตามกฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส หรือกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้น ต่างก็ถูกพัฒนามาเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ให้ตอบสนองต่อความจำเป็นในทางธุรกิจ เนื่องจากการทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมักมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของตน โดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด ในสถานการณ์เช่นนี้ทำให้โอกาสที่คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก หากนำเอาหลักกฎหมายสัญญาดั้งเดิมที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงกันทุกประการ ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) มาปรับใช้กับสถานการณ์ทางธุรกิจเช่นนี้ ก็จะมีผลว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น เพราะคำสนองของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความต่างจากคำเสนอ

ดังนั้น การพิจารณาการเกิดสัญญาตามแนว Knock-Out ที่ให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไปจากสัญญา จึงสามารถนำมาช่วยแก้ปัญหา เรื่องปัญหาสงครามแบบฟอร์ม “Battle of Forms” ได้ เนื่องจากจะทำให้สัญญาที่ทำขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองในการก่อสัญญา โดยมีได้พิจารณาข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและแต่ละฝ่ายกำหนดชัดเจนว่าสัญญาจะเป็นไปตามข้อสัญญาในแบบสัญญาของฝ่ายตนเท่านั้น เกิดขึ้นโดยง่าย สะดวกและสอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบันมากกว่าแนวดั้งเดิม คือ หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule)

ส่วนคำสนองที่แตกต่างไปจากคำเสนอจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่นั้น จากการที่ได้ศึกษาแนว Knock-Out ตามกฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายสหรัฐอเมริกา พบว่ามีการปฏิบัติเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่ 1 ตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส คือ ให้ข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายนั้นถือว่าได้ถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ทั้งนี้ เมื่อข้อสัญญาที่กำหนดสาระที่แตกต่างกันในเรื่องใดหรือประเด็นใดนั้น มิให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เรื่องที่ต่างต่างนั้นหรือประเด็นที่ต่างต่างนั้นก็ต้องว่ากล่าวกันตามหลักหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดในเรื่องนั้น ๆ (Default Rules of Law) โดยศาลเยอรมันและฝรั่งเศส ได้พัฒนาหลัก Knock-Out Rule ข้างต้นมาใช้เพื่อตอบสนองรูปแบบการทำสัญญาในทางธุรกิจในสมัยใหม่เท่านั้น

แนวทางที่ 2 ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา คือ หากเป็นสัญญาระหว่างพ่อค้าด้วยกัน หรือที่เรียกว่าสัญญาในทางพาณิชย์ ให้ถือว่าคำเสนอที่เพิ่มเติมหรือต่างจากคำเสนอนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หากส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปนั้นไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ โดยไม่จำกัดว่า เป็นกรณีที่คู่สัญญาใช้แบบสัญญา หรือกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา (แต่ในบางประเทศมีการจำกัดใช้เฉพาะกรณีที่ใช้แบบสัญญา)

โดยผู้เขียนเห็นว่า แนวทางที่ 1 ให้ใช้หลักกฎหมายที่มีอยู่ในเรื่องนั้น (Default Rules of Law) แทนข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายนั้น ไม่สอดคล้องกับสภาพการค้าในปัจจุบันและความยืดหยุ่นทางเศรษฐศาสตร์ เพราะบางครั้งเรื่องที่แตกต่างหรือประเด็นที่แตกต่างในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายนั้น อาจเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญา และเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนายอมรับในข้อแตกต่างนั้นแล้ว ก็ไม่ควรจะนำกฎหมายในเรื่องนั้นๆ มา กำหนดผลของสัญญา อีกทั้งหลักกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ก็อาจไม่ได้กำหนดเรื่องที่แตกต่างกันนั้น ครอบคลุมทุกประเด็น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางที่ 2 น่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพธุรกิจมากกว่าแนวทางที่หนึ่ง โดยผู้เขียนเห็นว่า แนวทางที่ 2 ที่ให้ถือว่าคำเสนอที่เพิ่มเติมหรือต่างจากคำเสนอนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หากส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปนั้นไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอนั้นเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการค้าในปัจจุบันและความยืดหยุ่นทางเศรษฐศาสตร์ เพราะทำให้สัญญาเกิดขึ้นโดยง่าย เนื่องจากปัจจุบันการเจรจาทำธุรกิจส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมักมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง ในสถานการณ์เช่นนี้โอกาสที่คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก ดังนั้น หากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนายอมรับในข้อความแตกต่างที่เป็นเพียงเรื่องเล็กน้อย ซึ่งไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญานั้นแล้ว ก็ควรให้ข้อสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นไปตามนั้น

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางที่ 2 ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ควรจำกัดเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาของตนในการก่อสัญญาเท่านั้น เพื่อมิให้หลักการนี้มีผลใช้บังคับกว้างเกินไป ทำให้สัญญาอาจเกิดขึ้นเสมอไม่ว่ากรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ซึ่งผลของคำสนองที่แตกต่างไปจากคำเสนอตามแนวทางนี้น่าจะไม่มีผลบังคับกับสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา เนื่องจากโดยปกติการทำสัญญาทั่วไปจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมานั่งเจรจาทำสัญญากันอย่างจริงจังต่หน้ากัน เพื่อให้เกิดความพอใจด้วยกันทั้งสองฝ่ายหรือจนกว่าคำเสนอคำสนอง จะถูกต้องตรงกันทุกประการ จากนั้นจึงทำสัญญาต่อกัน สัญญาจึงจะมีผลผูกพันคู่สัญญา

4.2.4 แนวผสม

การวิเคราะห์ผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอโดยใช้แนวผสม ในการเกิดขึ้นของสัญญาตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) นั้นแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่เป็นสัญญาที่ทำการขึ้นเป็นการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา หรือต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างได้พิจารณาตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายแล้ว กับกรณีที่ต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างมิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายเลย ซึ่งสามารถแบ่งแยกแนวทางการวิเคราะห์ผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอโดยใช้แนวผสม ได้ ดังนี้

1. ในกรณีที่เป็นการขึ้นเป็นการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา หรือต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายแล้ว ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ซึ่งหลักกฎหมายทั้งสองดังกล่าว ต่างก็ใช้แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมีข้อแตกต่างที่มีใช่เป็นข้อสาระสำคัญ ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้เป็นแนวเดียวกันกับที่อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) ใช้ในการวิเคราะห์ผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอโดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวที่แตกต่างกัน ดังนี้

สำหรับหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) หลักการดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ใน Article 2.1.11³⁰⁷ ซึ่งวางหลักไว้ว่า “คำเสนออันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่” ซึ่งสอดคล้องกับหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ แต่ Article 2.1.11 UNIDROIT Principles ก็มีข้อยกเว้นบัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก”

³⁰⁷ UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts 2010, Article 2.1.11 (Modified acceptance);

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(Mirror Image Rule) โดยให้คำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม แต่ความแตกต่างนั้นไม่ใช่ความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญของคำเสนอแล้ว คำสนองดังกล่าวก็ยังถือเป็น คำสนองอยู่ และสัญญาสามารถเกิดขึ้นได้ตามเงื่อนไขของคำสนอนั้นได้ เว้นแต่ผู้ทำคำเสนอจะได้ คัดค้านด้วยวาจาถึงถ้อยคำที่แตกต่างนั้น หรือส่งหนังสือแจ้งถึงเรื่องดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ซึ่งเท่ากับว่า ผู้ทำคำเสนอได้ปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขที่มีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไป จากคำเสนอเดิมแล้ว ในทางกลับกัน หากคำสนองอันมีข้อความเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแตกต่างไปจาก คำเสนอเดิม เป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญแล้ว ก็ต้องถือเป็นการบอกปิดไม่รับ คำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วย ตาม Article 2.1.11 UNIDROIT Principles (1) สัญญาจึงไม่ เกิดขึ้น

ส่วนหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) หลักการดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ใน Article 2:208 ซึ่งวางหลักไว้ว่า³⁰⁸ “คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ให้ถือ เป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ หากข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจาก คำเสนอเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของคำเสนอในสาระสำคัญ” แต่อย่างไรก็ตาม หากคำสนองได้มี ข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ก็ต้องพิจารณาว่าข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจาก คำสนอนั้นเป็นข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ (Material Alteration) หรือไม่ หากมิใช่เป็น ข้อแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญ เอกสารหรือสิ่งที่ประสงค์จะให้ป็นคำสนอนั้นก็ยังถือ ว่าเป็นสถานะเป็นคำสนองอยู่เช่นเดิมและทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ ส่วนข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไป จากคำเสนอ ก็ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย นอกจากนี้หลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป

³⁰⁸ UNIDROIT Principle of International Commercial Contract 2010, Article 2:208 (Modified Acceptance);

(1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which would materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.

(2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.

(3) However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if:

- (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or
- (b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or
- (c) the offeree makes its acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

ยอมรับเงื่อนไขของคำเสนอตามข้อเสนอที่ปรากฏในคำเสนอเท่านั้น หรือ (b) ผู้ทำคำเสนอได้คัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน โดยไม่ชักช้า หรือ (c) ผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้ผู้ทำคำเสนอมีการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอสัญญาจึงจะเกิดขึ้น และการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกันจากคำเสนอเดิมนั้น ไม่ได้มาถึงผู้ทำคำเสนอภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร

อย่างไรก็ตาม Article 2.1.11 ของหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และ Article 2:208 ของหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ก็ไม่ได้กำหนดตัวอย่างความแตกต่างเรื่องใดบ้างอันถือเป็นสาระสำคัญของคำเสนอไว้ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าเรื่องใดบ้างเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญของคำเสนอ เหมือนดังเช่น Article 19 (3) แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) ซึ่งได้กำหนดกรณีใดบ้างเป็นความแตกต่างอันถือเป็นสาระสำคัญไว้ ดังนั้น ความแตกต่างเรื่องใดบ้างอันถือเป็นสาระสำคัญของคำเสนอ ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.11 และ Article 2:208 PECL จึงต้องอาศัยการตีความข้อแตกต่างเรื่องใดบ้างที่ถือเป็นสาระสำคัญ

2. ในกรณีที่ต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างมิได้พิเคราะห์ข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายเลย ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ซึ่งหลักกฎหมายทั้งสองดังกล่าว ต่างก็ใช้แนว Knock-Out คือ สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้หลักการดังกล่าวที่แตกต่างกัน ดังนี้

สำหรับหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) หลักการดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ใน Article 2.1.22³⁰⁹ ซึ่งวางหลักไว้ว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ข้อสัญญามาตรฐานและได้ตกลงกันโดยมิได้เห็นพ้องต้องกันตามข้อสัญญามาตรฐานนั้น สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันนั้นและตามข้อสัญญามาตรฐานที่มีเนื้อหาสอดคล้องกัน เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งระบุชัดแจ้งล่วงหน้าว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันโดยสัญญานั้นหรือระบุชัดแจ้งเช่นนั้นในภายหลังโดยแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้า”

³⁰⁹ UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts 2010, Article 2.1.22 (Battle of forms)

“Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract..”

ขัดแย้งล่วงหน้าว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันโดยสัญญานั้นหรือระบุมัดแน่นเช่นนั้นในภายหลังโดยแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้า”

ตาม Article 2.1.22 ข้างต้นย่อมเห็นได้ว่า UNIDROIT Principles ได้ยึดหลัก Knock Out เช่นเดียวกับในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส โดยหลักดังกล่าวของ UNIDROIT Principles จำกัดใช้เฉพาะกรณีเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างฝ่ายต่างใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Terms) เท่านั้น หากเป็นกรณีอื่นที่มีได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (กล่าวคือใช้แบบเอกสาร) หลัก Battle of Forms ซึ่งยึดหลัก Knock Out ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.22 ก็จะไม่ใช้บังคับและต้องวินิจฉัยกันตามหลักภาพสะท้อนกระจก (Last Shot) ตามปกตินั่นเอง นอกจากนี้ หลัก Knock Out ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.22 ใช้เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งต่างฝ่ายต่างก็ใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (กล่าวคือ แบบเอกสาร) นั้นได้ติดต่อกันโดยต่างฝ่ายต่างก็ได้พิเคราะห์ข้อสัญญามาตรฐานของอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว แต่ทั้งสองฝ่ายก็ได้ติดต่อกันจนต่างฝ่ายต่างเชื่อว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว (“reach agreement except on those terms”) หากเป็นกรณีที่ต่างฝ่ายได้พิเคราะห์แบบเอกสารสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและเปรียบเทียบข้อสัญญาแล้ว ก็มีใช้กรณีตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.22 แต่เป็นกรณีที่ต้องปรับใช้หลักภาพสะท้อนกระจกหรือหลักคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ (Modified acceptance) ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.11 ตามปกติ

ส่วนหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) หลักการดังกล่าวได้สะท้อนอยู่ใน Article 2:209³¹⁰ ซึ่งวางหลักไว้ว่า “ถ้าคู่สัญญาได้บรรลุความตกลงกันโดยที่คำเสนอและคำสนองได้กล่าวถึงข้อสัญญามาตรฐาน (General Conditions) ที่ขัดแย้งกัน สัญญา ยังคงเป็นอันเกิดขึ้น ข้อสัญญา

³¹⁰ UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts 2010, Article 2: 209: Conflicting General Conditions;

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party:

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

(b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.

(3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between the parties.

ตามสัญญาที่เกิดขึ้นหลัก Knock Out ทั้งนี้ การระบุเช่นนั้นต้องมีไว้เป็นการระบุในข้อสัญญามาตรฐานเอง หรือคู่สัญญาได้แจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้าว่าตนไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญานั้น”

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การวิเคราะห์ผลของคำเสนอที่แตกต่างจากคำเสนอโดยใช้แนวผสม ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) โดยแบ่งแยกออกเป็น 2 กรณีนั้น มีความเหมาะสมสอดคล้องกับความจำเป็นของธุรกิจ เนื่องจากการใช้แนวผสมโดยแบ่งออกเป็น 2 กรณีนี้ ก็เพื่อมิให้หลักการพัฒนาความคิดทางกฎหมายเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) นี้มีผลใช้บังคับกว้างเกินไป ทำให้สัญญาอาจเกิดขึ้นเสมอไม่ว่ากรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา

สำหรับกรณีแรก คือกรณีที่สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญา หรือต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญา โดยต่างฝ่ายได้มีโอกาสตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ตาม Article 2.1.11 ของหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และ Article 2:208 ของหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ซึ่งให้ใช้แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมีข้อแตกต่างที่มีไว้เป็นข้อสาระสำคัญนั้น

ผู้เขียนเห็นว่า แนวดังกล่าวนี้จะทำให้สัญญาเกิดง่ายขึ้นและสอดคล้องกับสภาพธุรกิจในปัจจุบัน เพราะเป็นหลักการที่ถูกสร้างขึ้นใหม่เพื่อผ่อนคลายหลักการดั้งเดิม (Mirror Image Rule) และการที่ให้ใช้แนวดังกล่าวนี้เฉพาะกรณีที่สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญา หรือต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาแต่ได้มีโอกาสตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายนั้น มีความเหมาะสมดีแล้ว เนื่องจากหากเป็นกรณีที่สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญา หรือคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาโดยแต่ได้มีโอกาสตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายแล้ว ปรากฏว่ามีข้อความแตกต่างกันในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายก็น่าจะถือว่าต่างฝ่ายต่างมีเจตนาที่จะยังไม่ผูกพันกันตามข้อสัญญาของอีกฝ่าย ดังนั้น เพื่อให้คู่สัญญามีเสรีภาพเต็มที่ในการทำสัญญา ตามแนวทางนี้ก็มีบทบาทยุติให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีการยอมรับหรือคัดค้านข้อความต่างนั้นก่อน สัญญาจึงจะเกิดขึ้น อีกทั้งหากเป็นกรณีที่คู่สัญญามีโอกาสตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็ไม่สมควรต้องไปคุ้มครองเพื่ออุดช่องว่างให้สอดคล้องกับทางเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากแนว Knock-Out นี้ถูกสร้างขึ้นมาก็เพื่อจะแก้ไขปัญหา “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ในกรณีที่คู่สัญญาที่ต่างฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ของตนในการก่อสัญญาโดยต่างฝ่ายต่างก็ได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายแล้วไว้โดยเฉพาะ

ส่วนกรณีที่สอง คือกรณีที่ต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญาตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.22 และ Article 2:209 ของ PECL นั้นให้ใช้แนว Knock-Out คือ สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป

ผู้เขียนเห็นว่า แนวดังกล่าวนี้ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” ในการแก้ไขปัญหา “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ไว้โดยเฉพาะ ทำให้สัญญาเกิดได้ง่ายขึ้นสอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจของโลกยุคปัจจุบัน ซึ่งสามารถนำมาช่วยแก้ปัญหา เรื่องปัญหาสงครามแบบฟอร์ม “Battle of Forms” ได้ หากนำมาใช้พิจารณาในกรณีคู่สัญญาที่ต่างฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ของตนในการก่อสัญญาโดยต่างฝ่ายต่างก็มิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายเลย โดยให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป ซึ่งก่อให้เกิดความเป็นธรรมในทางธุรกิจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เชื่อโดยสุจริตว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว และได้เตรียมการปฏิบัติชำระหนี้ในส่วนของตนแล้ว กล่าวคือ คู่สัญญาที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาอีกต่อไปในภายหลังไม่อาจนำเอาหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” มาอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญา ทั้งๆ ที่ก่อนหน้านี้ตนพร้อมที่จะผูกพันตนตามสัญญานั้นเรียบร้อยแล้ว

อย่างไรก็ตาม UNIDROIT Principles Article 2.1.22 และ Article 2:209 ของ PECL ก็ยังมีประเด็นที่เป็นปัญหาอยู่ คือการที่ไม่ได้กำหนดเรื่องข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งได้ถูกคัดออกไปนั้น ว่าจะให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ หากข้อความแตกต่างนั้นไม่ใช่ข้อแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ (ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) หรือจะต้องไปว่ากล่าวกันตามหลักหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดในเรื่องนั้นๆ (Default Rules of Law ตามกฎหมายเยอรมันหรือฝรั่งเศส) ซึ่งการที่ UNIDROIT Principles Article 2.1.22 และ Article 2:209 ของ PECL ไม่ได้กำหนดเรื่องข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งได้ถูกคัดออกไปนั้น จึงทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าในส่วนข้อความที่คัดออกไปจากแบบเอกสารของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้น จะให้มีผลต่อไปเป็นเช่นไร

จากปัญหาความไม่สอดคล้องของหลักกฎหมายเดิมของไทยกับทางปฏิบัติทางธุรกิจที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายไทยมีความจำเป็นที่จะต้องรับเอาหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในต่างประเทศมาใช้เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์แนวทางใหม่ที่จะควรรับมาใช้ในกฎหมายไทย ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือกรณีไม่ใช้แบบสัญญา และกรณีใช้แบบสัญญา โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) กรณีที่เป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา จากการที่ได้ศึกษาผลของคำสอนที่แตกต่างจากคำเสนอตามแนวทางที่ใช้ในกฎหมายไทย ผู้เขียนเห็นว่าผลของคำสอนที่แตกต่างจากคำเสนอ ตามกฎหมายของไทยซึ่งยึดหลักดั้งเดิมที่ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงกันทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ส่วนคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ก็จะ

ถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-offer)³¹¹ ยังไม่มีความจำเป็นมากนักที่จะต้องรับเอาหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในต่างประเทศมาใช้สำหรับกรณีที่เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยทั่วไปหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา เช่น แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมีข้อแตกต่างที่มีใช่เป็นข้อสาระสำคัญ หรือ แนว Knock-Out ที่ให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไป เนื่องจากสัญญาที่สร้างขึ้นโดยทั่วไปนั้นเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกัน เพื่อกำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ของบุคคลในฐานะเอกชนทั่วไปให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย ในเรื่องเกี่ยวกับ บุคคล ครอบครัว หนี้ มรดก ทรัพย์สิน เป็นต้น โดยปกติการทำสัญญาทั่วไปจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมานั่งเจรจาทำสัญญากันอย่างจริงจังต่อหน้ากัน เพื่อให้เกิดความพอใจด้วยกันทั้งสองฝ่ายหรือจนกว่าคำเสนอ-คำสนอง จะถูกต้องตรงกัน ทุกประการ และเพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันถึงสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของตนได้ถูกต้องตรงกัน อีกทั้งสัญญาที่สร้างขึ้นโดยทั่วไปคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร จึงไม่จำเป็นต้องใช้ความรวดเร็วในการก่อสัญญาเหมือนกับสัญญาทางพาณิชย์ที่คู่สัญญาเป็นผู้ประกอบกิจการค้าพาณิชย์ด้วยกันในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์และการค้าที่จะต้องอาศัยความสะดวกและรวดเร็วเพื่อหากำไรให้มากที่สุด ดังนั้นสัญญาทั่วไปจึงไม่มีการใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญาเหมือนกับสัญญาทางพาณิชย์ อีกทั้งการกำหนดเนื้อหาของสัญญาทั่วไปจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับข้อตกลงในการปฏิบัติตามกรอบสัญญาของคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันถึงสิทธิและความรับผิดชอบของคู่สัญญาในการปฏิบัติชำระหนี้ต่อกันตามสัญญา โดยมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรในทางพาณิชย์หรือการค้าเหมือนกับสัญญาทางพาณิชย์ การกำหนดเนื้อหาในสัญญาทั่วไปจึงไม่ค่อยมีข้อตกลงในสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนด้วยกันที่มีเงื่อนไขรายละเอียดที่มากหรือซับซ้อน เพราะในทางปฏิบัติการก่อสัญญาทั่วไปมักจะเป็นการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมานั่งเจรจาทำสัญญากันอย่างจริงจังต่อหน้ากัน เพื่อให้เกิดความพอใจด้วยกันทั้งสองฝ่ายหรือจนกว่าคำเสนอ-คำสนอง จะถูกต้องตรงกันทุกประการ จากนั้นจึงทำสัญญาต่อกันสัญญาจึงจะมีผลผูกพันคู่สัญญา อีกทั้งการกำหนดเนื้อหาในสัญญาทั่วไปจะเป็นการเจรจาเฉพาะรายหรือเจาะจงตัวบุคคล เป็นการกำหนดเนื้อหาในสัญญาด้วยกันทั้งสองฝ่าย จึงไม่มีข้อสัญญาที่อ่านไม่เข้าใจหรือกระทบต่อความรู้ถึงการมีอยู่ของสัญญาระหว่างคู่กรณี

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามมาตรา 359 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ยังไม่มีความจำเป็นที่ต้องรับเอาหลักกฎหมายผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามที่พัฒนาขึ้นตามแนวทางที่ใช้ในต่างประเทศมาใช้ เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” กระจก (Mirror Image Rule) เพราะ

³¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง บัญญัติว่า “คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วยในตัว”

จากการที่ได้ศึกษาแนวทางที่พัฒนาขึ้นตามแนวทางที่ใช้ในต่างประเทศนั้น พบว่าต่างถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้ตอบสนองต่อความจำเป็นในทางธุรกิจในปัจจุบันซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” มากกว่า ในกรณีที่คู่สัญญาที่สร้างขึ้นโดยทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา หากกฎหมายไทยรับเอาหลักการที่พัฒนาขึ้นตามแนวทางที่ใช้ในต่างประเทศนี้มาใช้ก็จะทำให้ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามมาตรา 359 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีผลใช้บังคับกว้างเกินไป ทำให้สัญญาอาจเกิดขึ้นเสมอไม่ว่ากรณีที่คู่สัญญาดังกล่าวใช้แบบสัญญาหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ซึ่งยังไม่มี ความจำเป็นกับสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการทั่วไปหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญา เนื่องจากโดยปกติการทำสัญญาทั่วไปจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะมานั่งเจรจาทำสัญญากันอย่างจริงจังต่อกัน เพื่อให้เกิดความพอใจด้วยกันทั้งสองฝ่ายหรือจนกว่าคำเสนอ-คำสนอง จะถูกต้องตรงกันทุกประการ จากนั้นจึงทำสัญญาต่อกันสัญญาจึงจะมีผลผูกพันคู่สัญญา อีกทั้งก็เพื่อไม่ให้หลักกฎหมายไทย ในเรื่องมาตรา 359 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปลี่ยนแปลงไปมากอีกด้วย

2) ในกรณีที่คู่สัญญาดังกล่าวใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา กฎหมายไทยยังคงวิเคราะห์ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอในการเกิดขึ้นของสัญญาตามแนวเดิม คือหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) อยู่ จึงทำให้หลักกฎหมายของไทยยังไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบัน เนื่องจากโลกยุคปัจจุบันนี้มีการพัฒนาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารให้เจริญก้าวหน้ามาก ทำให้การติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญาทางธุรกิจมีความสะดวก รวดเร็วและง่ายขึ้นกว่าเมื่อก่อนมาก อีกทั้งความพยายามในการเปิดเสรีทางการค้าในปัจจุบันยิ่งทำให้มีการแข่งขันกันสูงมาก และส่งผลให้มีการทำสัญญาทางธุรกิจมากขึ้น การทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของฝ่ายตนโดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใดสถานการณ์ทางธุรกิจมีลักษณะเช่นนี้นี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ในสถานการณ์เช่นนี้โอกาสที่คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก

ดังนั้น เพื่อเป็นการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ให้ตอบสนองต่อความจำเป็นในทางธุรกิจ ซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ในการก่อสัญญา ผู้เขียนจึงเห็นว่า การวิเคราะห์ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอในการเกิดขึ้นของสัญญาตามกฎหมายไทยควรรับเอาหลักการที่พัฒนาขึ้นตามแนวทางที่ใช้ในต่างประเทศนี้มาใช้

คือ แนว Knock-Out ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles)³¹² และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL)³¹³ ซึ่งทั้งสองหลักกฎหมายดังกล่าว ต่างมีหลักการว่า “แบบเอกสารที่ตอบสนองคำเสนอโดยมีข้อความที่แตกต่างไปจากคำเสนอนั้นยังคงมีสถานะเป็นคำสนองอยู่ และสัญญาเกิดขึ้นได้เฉพาะที่มีข้อสัญญาที่สอดคล้องกันเท่านั้น ส่วนเนื้อหาข้อสัญญาที่ไม่ตรงกันนั้นถือว่าถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นเอง เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ระบุชัดแจ้งล่วงหน้าว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันโดยสัญญาที่เกิดตามหลัก Knock Out นั้นหรือระบุชัดแจ้งเช่นนั้นในภายหลังโดยแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้า” เนื่องจากแนว Knock-Out จะทำให้สัญญาที่สร้างขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาดังกล่าวต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองในการก่อสัญญาเกิดขึ้น โดยง่าย สะดวกและสอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบันมากกว่าแนวดั้งเดิม คือ หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule)

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่สัญญาดังกล่าวต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีข้อจำกัดให้ใช้เฉพาะกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งต่างฝ่ายต่างก็ใช้ข้อสัญญามาตรฐาน (กล่าวคือ แบบเอกสาร) ได้ติดต่อโต้ตอบกันโดยต่างฝ่ายต่างก็ได้พิเคราะห์ข้อสัญญามาตรฐานของอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว แต่

³¹² UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts 2010, Article 2.1.22 (Battle of forms)

“Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract..”

³¹³ Article 2:209: Conflicting General Conditions;

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party:

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

(b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.

(3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between the parties.

ทั้งสองฝ่ายก็ได้ติดต่อกันจนต่างฝ่ายต่างเชื่อว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว (“reach agreement except on those terms”) เท่านั้น หากเป็นกรณีที่ต่างฝ่ายได้พิจารณาแบบเอกสารสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและเปรียบเทียบข้อสัญญาแล้ว ก็มีให้ใช้แนว Knock Out นี้ แต่เป็นกรณีที่ต้องปรับใช้หลักการดั้งเดิม คือหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ตามมาตรา 359 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากหากเป็นกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาโดยได้มีโอกาสตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายแล้ว ปรากฏว่ามีข้อความแตกต่างกันในแบบสัญญาของแต่ละฝ่าย ก็น่าจะถือว่าต่างฝ่ายต่างมีเจตนาที่จะยังไม่ผูกพันกันตามข้อสัญญาของอีกฝ่าย ดังนั้น จึงควรให้อีกฝ่ายมีการยอมรับเงื่อนไขในแบบสัญญาของอีกฝ่ายก่อน สัญญาจึงจะเกิดขึ้น ตามหลักการดั้งเดิม คือหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ตามมาตรา 359 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ให้สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ หากมีการทำคำสนองโดยมีการเพิ่มเติม หรือแก้ไขข้อความในคำเสนอเดิมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ถือว่าคำเสนอเดิมนั้นตกไป ทั้งให้เป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-Offer) ในขั้นตอนนี้สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าจะมีการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้น ซึ่งในกรณีนี้หลักการตามมาตรา 359 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ น่าจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมมากกว่าแนว Knock-Out

ส่วนเรื่องข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งได้ถูกคัดออกไป จะให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่นั้น เนื่องจากตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ไม่ได้กำหนดเรื่องนี้เอาไว้ โดยเฉพาะ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำเอาแนวทางตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา คือ UCC 2-207 (2)³¹⁴ ซึ่งให้อธิบายว่าคำสนองที่เพิ่มเติมหรือต่างจากคำเสนอนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หากส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปนั้นไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ เว้นแต่ หากเป็นกรณีที่ผู้ทำคำเสนอได้ระบุไว้แล้วในคำเสนอว่าจะยอมผูกพันตามข้อเสนอนั้นที่ปรากฏในคำเสนอเท่านั้น หรือกรณีที่คำสนองได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอ ซึ่งส่วนที่เพิ่มเติมหรือต่างไปนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำเสนอ หรือกรณีที่ผู้ทำคำเสนอนั้นได้มีการเสนอเงื่อนไขขึ้นมาใหม่หรือแตกต่างไปจากเงื่อนไขในคำเสนอไปยังผู้ทำคำเสนอ และผู้ทำคำเสนอได้แจ้งคัดค้านว่าไม่ประสงค์จะผูกพันถึงข้อความ

³¹⁴ UCC 2-207 (2) “The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract between merchants such terms become part of the contract unless:

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

(b) they materially alter it; or

(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.”

ที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ให้ผู้ทำคำสนองทราบนับตั้งแต่ตนได้รับคำสนอนั้น ภายในเวลาอันสมควร ก็จะมีให้ถือว่าข้อที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำสนอนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาคือ UCC 2-207 (2) เป็นแนวทางที่เหมาะสมสอดคล้องกับความเป็นไปทางธุรกิจ และความยืดหยุ่นทางเศรษฐศาสตร์เพราะทำให้สัญญาเกิดขึ้นโดยง่าย เนื่องจากบางครั้งเรื่องที่แตกต่างหรือประเด็นที่แตกต่างในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่ายนั้น อาจเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยไม่ได้เป็นสาระสำคัญของสัญญา และเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนายอมรับในข้อแตกต่างนั้นแล้ว ก็ควรให้ข้อสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นไปตามนั้น ไม่ควรจะนำกฎหมายในเรื่องนั้นๆ มาเป็นตัวกำหนดผลของสัญญา (Default Rules of Law) แทนข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของทั้งสองฝ่าย อีกทั้งหลักกฎหมายในเรื่องนั้นๆอาจไม่ได้กำหนดเรื่องที่แตกต่างกันนั้นครอบคลุมทุกประเด็น

กล่าวโดยสรุปคือ ในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ผู้เขียนเห็นว่าการวิเคราะห์ผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอในการเกิดขึ้นของสัญญาตามกฎหมายไทยควรรับเอาหลักการที่พัฒนาขึ้นตามแนวทางใช้ในต่างประเทศนี้มาใช้ คือ แนว Knock-Out ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ส่วนเรื่องข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งได้ถูกคัดออกไป จะให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ ให้นำเอาแนวทางตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาคือ UCC 2-207 (2) มาเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักกฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ผู้เขียนขอจำกัดให้ใช้เฉพาะกับกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างได้ตอบกันโดยใช้แบบสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างมิได้ตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายเท่านั้น

4.3 แนวทางในการตีความการเกิดสัญญาในกรณีที่แก้กฎหมายไม่สำเร็จ

เนื่องจากกระบวนการในการตรากฎหมาย (กล่าวคือพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) โดยเฉพาะประเทศไทยนั้นมีขั้นตอนที่ยู่งยาก เนื่องจากรูปแบบรัฐสภาของประเทศไทยใช้ระบบสองสภาหรือสภาคู่³¹⁵ ดังนั้น การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจะต้องเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อน ถ้าลงมติไม่เห็นชอบร่างพระราชบัญญัตินั้นก็เป็นอันตกไป ถ้าลงมติเห็นชอบก็จะส่งต่อไปยังวุฒิสภาให้พิจารณา โดยกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของทั้งสองสภากำหนดเป็น 3 วาระตามลำดับเช่นเดียวกัน วาระที่หนึ่งคือ ขึ้นรับหลักการ วาระที่สองคือ การพิจารณาในรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัติ และวาระที่สามคือ ขึ้นลงมติเห็นชอบ หากทั้งสองสภาเห็นชอบแล้วก็

³¹⁵ ระบบสองสภาหรือสภาคู่ หมายถึง สมาชิกทั้งหมดในประเทศนั้นแยกกันประชุมเป็น 2 กลุ่ม แต่ละกลุ่มมีสภาพและอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญจะกำหนดไป โดยที่สถานที่ประชุมอาจจะใช้สถานที่เดียวกันแต่เวลาแตกต่างกันได้ ยกเว้นในบางคราวที่อาจประชุมพร้อมกันเพื่อพิจารณาปัญหาที่สำคัญ

จะให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็ให้บังคับใช้เป็นกฎหมายได้ อีกทั้งการที่จะพุดจูงใจหรืออธิบายให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภายอมรับหรือลงมติเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้หลักกฎหมายไทยในเรื่องผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอสอดคล้องกับความเป็นจริงหรือทางปฏิบัติในทางธุรกิจการค้าในปัจจุบันซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์และเสนอแนวทางใหม่ที่ควรนำมาใช้ในกฎหมายไทยตามหัวข้อ 4.2 แล้วนั้น เป็นเรื่องที่ยากมาก เนื่องจากหลักการดังกล่าวที่ผู้เขียนได้เสนอนั้นเป็นหลักกฎหมายที่ค่อนข้างใหม่ซึ่งยังไม่เป็นที่ทราบกันอย่างแพร่หลาย ดังนั้น จึงต้องใช้ความพยายามเป็นอย่างมากในการที่จะอธิบายให้กับสมาชิกทั้งสองสภาซึ่งมีจำนวนสมาชิกที่มาก เข้าใจถึงหลักการ เหตุผล และยอมรับในหลักกฎหมายใหม่นี้ เพื่อให้มีการเพิ่มบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น จากปัญหาความยุ่งยากในกระบวนการในการตรากฎหมาย (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หากเกิดกรณีที่ไม่สามารถออกกฎหมายเพื่อให้มีการเพิ่มบทบัญญัติในเรื่องผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์และเสนอแนวทางใหม่ที่ควรนำมาใช้ในกฎหมายไทยตามหัวข้อ 4.2 แล้วนั้น ผู้เขียนก็ขอเสนอให้ศาลใช้หลักการตีความสัญญา ดังเช่นแนวทางที่ศาลของประเทศเยอรมันได้นำมาใช้ในการตีความการเกิดสัญญาเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับความจำเป็นในทางธุรกิจ โดยศาลเยอรมันได้ใช้หลักการตีความมาตรา 150 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³¹⁶ (ซึ่งได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกับมาตรา 359 วรรคสอง³¹⁷) โดยใช้หลักการตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 133 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³¹⁸ (ซึ่งเทียบได้กับมาตรา 171³¹⁹) และหลักการตีความสัญญาตามความประสงค์ในทางธุรกิจ โดยคำนึงถึงปกติประเพณีตามมาตรา

³¹⁶ German Civil Code BGB, Article 150 (2) “An acceptance with expansions, restrictions or other alterations is deemed to be a rejection combined with a new offer.”

³¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง บัญญัติว่า “คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว”

³¹⁸ German Civil Code BGB, Article 133 “When a declaration of intent is interpreted, it is necessary to ascertain the true intention rather than adhering to the literal meaning of the declaration”

³¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนาอันให้ฟังถึงเจตนา อันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³²⁰ (ซึ่งเทียบได้กับมาตรา 368³²¹) ในทางที่สอดคล้องกับหลักสุจริตและการปฏิบัติต่อกันอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³²² นั่นเอง

โดยหลักสุจริตและการปฏิบัติต่อกันอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ถูกนำมาใช้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ในลักษณะแรก ศาลตีความว่าในพฤติการณ์ที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองโดยมิได้พิจารณาถึงข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและต่างฝ่ายก็กำหนดหรือมุ่งหมายให้สัญญาต้องเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายตนนั้น การที่ผู้ซื้อที่ส่งคำสั่งซื้อไปโดยใช้แบบคำสั่งซื้อของตนได้ยอมรับสินค้าที่ผู้ขายจัดส่งไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของผู้ขายนั้นย่อมไม่สามารถตีความโดยสุจริตได้ว่าเป็นการที่ผู้ซื้อได้รับเอาข้อสัญญาตามแบบเอกสารของผู้ขาย นอกจากนั้น ในลักษณะที่สอง การใช้หลักสุจริตก็นำไปสู่ผลการวินิจฉัยว่าในพฤติการณ์เช่นว่านี้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็ไม่สามารถอ้างว่าสัญญาไม่เกิดเนื่องจากข้อสัญญาตามแบบเอกสารของแต่ละฝ่ายไม่ถูกต้องตรงกัน เมื่อนำเอาหลักสุจริตมาใช้ในการตัดสินคดีแล้วศาลได้ตัดสินให้มีผลว่าเมื่อต่างฝ่ายต่างก็มุ่งหมายให้สัญญาเกิดขึ้นและในพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นต่างฝ่ายต่างก็ยอมรับว่าสัญญาได้เกิดขึ้น (เพียงแต่ต่างฝ่ายต่างยืนยันว่าสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาตามที่ระบุในแบบเอกสารของตนเท่านั้น) จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะตัดสินในทางที่ว่าสัญญาไม่เกิดขึ้นตามหลัก Last-Shot โดยเคร่งครัด อนึ่ง เมื่อศาลตัดสินว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมต้องวินิจฉัยด้วยว่าจะยึดถือตามข้อสัญญาของฝ่ายใด ในประเด็นข้อสัญญานั้นศาลได้ยึดหลักว่าสัญญาเกิดขึ้นโดยมีข้อสัญญาที่สอดคล้องกันระหว่างเอกสารแบบสัญญาของทั้งสองฝ่าย ส่วนเนื้อหาข้อสัญญาที่ไม่ตรงกันนั้นถือว่าถูกคัดออกไป (Knock-Out Rule) โดยไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นเอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 และ 368 ของไทยก็ได้เปิดช่องให้ศาลสามารถนำหลักการตีความสัญญา³²³ ดังเช่นแนวทางที่ศาลของประเทศเยอรมันมาใช้เพื่อตีความการเกิดสัญญาได้ โดยผู้เขียนขอเสนอแนวทางให้ศาลตีความการเกิดสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างได้ตอบกันโดยใช้แบบสัญญา และต่างฝ่ายต่างมิได้ตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่าย โดยพิจารณาให้สัญญาเกิดขึ้นได้โดยประกอบด้วยเฉพาะข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น โดยให้ศาลพึงเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาซึ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตัวอักษรในเอกสารแบบสัญญา และให้พึงเล็งถึงความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิจารณาถึงปกติประเพณีทางการค้าและวิธีปฏิบัติทางการค้าระหว่างคู่กรณี

³²⁰ German Civil Code BGB, Article 157 “Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration.”

³²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทาง สุจริตโดยพิจารณาถึงปกติประเพณีด้วย”

³²² German Civil Code BGB, Article 242 “An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.”

³²³ หัวข้อ 2.11 หลักการตีความสัญญาในบริบทของการเกิดสัญญา, หน้า 54-60.

เป็นสำคัญด้วย³²⁴ ทั้งนี้ในการตีความการเกิดสัญญาให้ศาลคำนึงถึงหลักในเรื่องการใช้สิทธิโดยสุจริตระหว่างคู่สัญญาตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³²⁵ ด้วย เพราะเมื่อบุคคลหนึ่งได้ตกลงทำสัญญาเพื่อก่อหนี้ผูกพันกับอีกบุคคลหนึ่ง นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้จะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจต่อกันและกัน (TREU UND GLAUBEN) ดังนั้นในการตีความการเกิดสัญญาจึงต้องใช้หลักสุจริตเข้ามาช่วยในการตีความการเกิดสัญญา เพื่อเป็นหลักที่จะมาขัดเกลาความสัมพันธ์ทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจพร้อมทั้งประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น³²⁶ ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงปกติประเพณี ก็โดยเหตุที่คู่สัญญามักทำสัญญานบนพื้นฐานปกติประเพณีที่พึงปฏิบัติต่อกันหรือเป็นที่ยอมรับในกิจการอันเกี่ยวข้องกับสัญญาที่ทำนั้น มิฉะนั้นก็คงจะแสดงเจตนาไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้งแล้ว การตีความสัญญาจึงต้องคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย³²⁷

³²⁴ นำมาจากมาตรา 6 แห่งร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างประเทศ พ.ศ.)

³²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคน ต้องกระทำโดยสุจริต”

³²⁶ คาราวร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญาฐานใหม่ของสัญญาปัจจุบันและข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 58-59.

³²⁷ อภิชาติ คงชาติ, “หลักการตีความสัญญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545), หน้า 88.

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้ศึกษาและวิเคราะห์การเกิดของสัญญากรณีที่คำสนองแตกต่างจากคำเสนอมาแล้ว ในบทที่ 1 ถึง บทที่ 4 นั้น สามารถสรุปและให้ข้อเสนอแนะได้ดังนี้

5.1 สรุป

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายไทยในเรื่องผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามมาตรา 359 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่เหมาะสมสอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบัน เนื่องจากการทำสัญญาในทางธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” โดยมักมีข้อความที่ไม่สอดคล้องตรงกันอยู่บ้าง แต่ละฝ่ายต่างก็ยืนยันความผูกพันตามข้อสัญญาที่ปรากฏในเอกสารที่ใช้เป็นแบบสัญญาของฝ่ายตน โดยที่แต่ละฝ่ายมิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่าข้อความในแบบสัญญาของแต่ละฝ่ายมีความแตกต่างกันหรือไม่ ประการใด สถานการณ์ทางธุรกิจมีลักษณะเช่นนี้มักเรียกกันว่า “การพิพาทกันเกี่ยวกับแบบสัญญา” หรือเรียกกันว่า “Battle of the Forms” ในสถานการณ์เช่นนี้โอกาสที่คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นมีน้อยมาก ซึ่งหากกฎหมายไทยมาตรา 359 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังคงใช้หลักกฎหมายสัญญาเดิมที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกตรงตรงกันทุกประการ (ซึ่งเรียกว่าหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) มาปรับใช้กับสถานการณ์ทางธุรกิจเช่นนี้ก็จะส่งผลว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น เพราะคำสนองของอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อความต่างจากคำเสนอ (ไม่ว่าแตกต่างเพียงเล็กน้อยหรือแตกต่างในสาระสำคัญ) จึงเป็นการบดบังไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ทั้งจะถือว่าการที่ผู้เสนอเดิมได้ปฏิบัติการชำระหนี้ใดไปบ้างแล้วเป็นการสนองรับคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้นก็ไม่ได้ เนื่องจากผู้เสนอเดิมยังคงเชื่อว่าตนปฏิบัติการชำระหนี้บนพื้นฐานของคำเสนอเดิมของตน มิใช่บนพื้นฐานของคำสนองที่มีข้อความที่แตกต่างจากคำเสนอเดิมของตน

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีการพัฒนาให้สอดคล้องกับความเป็นจริงหรือทางปฏิบัติในทางธุรกิจการค้าในปัจจุบันที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” ในการเข้าทำสัญญา ทำให้การเกิดสัญญาต่างๆ เกิดขึ้นยากซึ่งอาจก่อให้เกิดความสูญเสียในทางเศรษฐกิจเนื่องจากเมื่อสัญญาหนึ่ง เช่น สัญญาซื้อขายได้รับการวินิจฉัยว่าไม่เกิดขึ้นก็จะทำให้สัญญาอื่น เช่น สัญญาขนส่ง สัญญาประกันภัย เป็นต้น ได้รับผลกระทบไปด้วย ซึ่งก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมากแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าวหากสัญญาซื้อขายมิได้เกิดขึ้น ทั้งยังอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในทางธุรกิจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เชื่อโดยสุจริตว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วและได้เตรียมการปฏิบัติชำระหนี้ในส่วนของตนแล้ว กล่าวคือ คู่สัญญาที่ไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาอีกต่อไปในภายหลังไม่อาจนำเอาหลัก

“ภาพสะท้อนในกระจก” มาอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความผูกพันตามสัญญา ทั้งๆ ที่ก่อนหน้านี้ตนพร้อมที่จะผูกพันตนตามสัญญานั้นเรื่อยมาได้

จากการที่ได้ศึกษาผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามแนวทางที่ใช้ในกฎหมายต่างประเทศ พบว่ามีอยู่ 4 แนวทาง ดังนี้ (1) แนวดั้งเดิม คือ หลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” (Mirror Image Rule) ตามกฎหมายอังกฤษ (2) แนวที่ให้สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่ปรากฏว่า การตอบรับคำเสนอมิมีข้อแตกต่างที่มีใช่เป็นข้อสาระสำคัญ ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) (3) แนว Knock-Out คือ สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ส่วนข้อสัญญาที่แตกต่างกันถือว่าได้ถูกคัดออกไปตามกฎหมายประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา (4) แนวผสม ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ซึ่งเมื่อผู้เขียนได้วิเคราะห์แนวทางที่ใช้ในกฎหมายต่างประเทศ ในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางที่กฎหมายไทยควรรับเอาหลักการที่พัฒนาขึ้นตามแนวทางที่ใช้ในต่างประเทศมาใช้ คือ แนว Knock-Out ตาม Article 2.1.22 ของหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และ Article 2:209 ของหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ส่วนเรื่องข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งได้ถูกคัดออกไปจะให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ ควรนำเอาแนวทางตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาคือ UCC 2-207 (2) มาเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักกฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ผู้เขียนขอจำกัดให้ใช้เฉพาะกับกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างได้ตอบกันโดยใช้แบบสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างมิได้ตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายเท่านั้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

ปัญหาความไม่สอดคล้องของหลักกฎหมายของไทย ในเรื่องผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบันซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา” นั้น ไม่อาจนำตามมาตรา 359 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้เพื่อให้เกิดสัญญาต่างๆ เกิดขึ้นโดยง่ายสอดคล้องกับความเป็นจริงหรือทางปฏิบัติในทางธุรกิจการค้าในปัจจุบันได้ ดังนั้น เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก “ภาพสะท้อนในกระจก” ของมาตรา 359 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการค้าในปัจจุบันและความยืดหยุ่นทางเศรษฐศาสตร์ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการนำแนวทางใช้ในต่างประเทศมาใช้ในการแก้ปัญหา คือ แนว Knock-Out ตาม Article 2.1.22 ของหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และ Article 2:209 ของหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) ส่วนเรื่องข้อสัญญาที่แตกต่างกันในแบบเอกสารของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งได้ถูกคัดออกไป จะให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

หรือไม่ ให้นำเอาแนวทางตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาคือ UCC 2-207 (2) มาเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักกฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติทางธุรกิจในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้หลักการนี้มีผลใช้บังคับกว้างเกินไป ทำให้สัญญาอาจเกิดขึ้นเสมอไม่ว่ากรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายใช้แบบสัญญาหรือไม่ได้ใช้แบบสัญญาในการก่อสัญญา และเพื่อไม่ให้กฎหมายไทยในเรื่องผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอตามมาตรา 359 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปลี่ยนแปลงไปมาก ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอจำกัดหลักการดังกล่าวนี้ให้ใช้เฉพาะกับกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างได้ตอบกันโดยใช้แบบสัญญา โดยต่างฝ่ายต่างมิได้ตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายเท่านั้น ส่วนการจะพิสูจน์ว่าคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างมิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายก็ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป เช่น คู่สัญญาไม่ได้ตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายกันอย่างจริงจัง ซึ่งดูได้จากเวลาการตอบรับแบบสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่าได้ส่งตอบรับกันไปมาทันทีหรือไม่ เป็นต้น

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นสมควรให้มีการเพิ่มบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็น มาตรา 359/1 โดยให้ปรากฏข้อความ ดังนี้

มาตรา 359/1 “ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้แบบสัญญาและได้ตกลงกันโดยต่างฝ่ายต่างมิได้พิจารณาข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง ให้สัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่มีเนื้อหาสอดคล้องกันในแบบสัญญานั้น เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งระบุชัดแจ้งล่วงหน้าว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันโดยสัญญานั้นหรือระบุชัดแจ้งเช่นนั้นในภายหลังโดยแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยมิชักช้า

ในบรรดาข้อสัญญาที่มีเนื้อหาแตกต่างกันในแบบสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากข้อแตกต่างในคำสนองที่มีไปยังผู้เสนอนั้นมิใช่เป็นข้อแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ ให้ถือว่าข้อแตกต่างในคำสนองนั้นเป็นส่วนของสัญญา เว้นแต่

(1) ผู้ทำคำเสนอได้ระบุไว้แล้วในแบบสัญญาของตนว่าจะยอมผูกพันตามข้อเสนอที่ปรากฏในแบบสัญญาของตนเท่านั้น หรือ

(2) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามข้อสัญญาที่มีเนื้อหาแตกต่างจากแบบสัญญาของตนภายในเวลาอันสมควรนับแต่ได้ทราบถึงข้อแตกต่างในข้อสัญญา”

เหตุผลที่ผู้เขียนเสนอให้มีการเพิ่มบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็น มาตรา 359/1 ก็เพื่อทำให้หลักกฎหมายไทยในเรื่องผลของคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอสอดคล้องกับความเป็นจริงหรือทางปฏิบัติในทางธุรกิจการค้าในปัจจุบันซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายใช้ “แบบสัญญา”

แต่อย่างไรก็ตาม หากเกิดกรณีที่ไม่สามารถออกกฎหมาย (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) เพื่อให้มีการเพิ่มบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนก็ขอเสนอให้ศาลใช้หลักการตีความสัญญา ดังเช่นแนวทางที่ศาลของประเทศเยอรมันได้นำมาใช้ในการตีความการเกิดสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างได้ตอบกันโดยใช้แบบสัญญา และต่างฝ่ายต่าง

มิได้ตรวจสอบข้อความในแบบสัญญาของอีกฝ่าย โดยพิเคราะห์ให้สัญญาเกิดขึ้นได้โดยประกอบด้วย เฉพาะข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 และ 368 ก็ได้เปิดช่องให้ศาลสามารถนำมาใช้เพื่อตีความการเกิดสัญญาได้ ทั้งนี้ในการตีความการเกิดสัญญาให้ศาลพึงเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญายิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตัวอักษรในเอกสารแบบสัญญา และให้พึงเล็งถึงความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีทางการค้าและวิธีปฏิบัติทางการค้าระหว่างคู่กรณีเป็นสำคัญ อีกทั้งให้ศาลคำนึงถึงหลักในเรื่องการใช้สิทธิโดยสุจริตระหว่างคู่สัญญาตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย



บรรณานุกรม

หนังสือ

- คำธร คำประเสริฐ และสุเมธ จานประดับ. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.
- กนิง ภาไชย. เอกสารประกอบการสอน วิชาทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจ .หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 15 มิถุนายน 2547.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- จุมพต สายสุนทร. การร่างสัญญา ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. คู่มือศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542.
- ฉัฐพงศ์ โปษะบุตร. เอกสารประกอบการสอน วิชาทฤษฎีหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (LA 5003) ชุดที่ 2. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 12 ธันวาคม 2551.
- คาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญาฐานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและข้อสัญญาไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- คาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญาฐานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและข้อสัญญาไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- ประสิทธิ์ โหมวิไลกุล. การตีความกฎหมายสัญญา และกรรมธรรม์ประกันภัย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538.
- พิชัยศักดิ์ ทรายากร. รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน-ไทย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- พินัย ณ นคร. กฎหมายเปรียบเทียบ : หน่วยที่ 6 หลักกฎหมายเกี่ยวกับ Consideration. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.

- พินัย ฌ นคร. หลักกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษในอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ อาจารย์ณุก ฌ นคร. กรุงเทพมหานคร: บริษัท เพรส มีเดีย จำกัด, 2542.
- วิญญู เครื่องงาม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545.
- สนั่นทกรณ (จำปี) โสตถิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545.
- เสนีย์ ปราโมช, (ม.ร.ว.). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527.
- อริราช มณีภาค. คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติ บรรณาการ, 2541.
- อริก อัสวานันท์. เจรจาและร่างสัญญาธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555.
- อรรษา สิงห์สงบ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546.
- อักษราทร จุฬารัตน. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการสัมมนาวิจัยและห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- อัศววิทย์ สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. คำอธิบายกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, หน้า 30-31. อ้างถึงใน ไชยยศ เหมะระชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- Allan, F., E. Contracts. 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 1999.
- Bermann, G., A. And Picard, P. Introduction to French Law. Netherlands: Walters Kluwer Law and Business, 2008.
- Zweigert & Kotz. Introduction to Comparative Law. Volume 2. Oxford: Clarendon Press, 1998.

บทความ

- กิตติศักดิ์ ประกติ. “ผลของคำเสนอ-สนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ.” วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ 24,1 (มีนาคม 2537) : 70-71.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “อนุสัญญาว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ.” วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ (2530): 91.

คาราพร เตชะกำฟู. “แนวความคิดและหลักของ Cause ตามหลักกฎหมายสัญญาฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ 15, 1 (มีนาคม 2530) : 33-43.

วิทยานิพนธ์

ปริญญพร เอมโอฐ. “ความเหมาะสมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

สิริพรรณ กองแก้ว. “การตีความสัญญา : วิเคราะห์จากหลักเกณฑ์ของ UNIDROIT เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย.” สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

อภิชาติ คงชาติ. “หลักการตีความสัญญา.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

รายงานการวิจัย

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. โครงการวิจัย เรื่องการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง. ศูนย์สำนักงานศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550. (รายงานฉบับสมบูรณ์ สิงหาคม 2550)

เอกสารอัดสำเนาและเอกสารที่ไม่ได้ตีพิมพ์

พินัย ณ นคร. หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทย : เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของภาคพื้นยุโรป. 2554. (เอกสารอัดสำเนา)

เอกสารข้อมูลสารสนเทศในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์

คาราพร ธีระวัฒน์. หน่วยที่ 5 การก่อให้เกิดสัญญาและการบังคับของสัญญา: การตีความสัญญา. ใน <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.40701-5.pdf>. (last visited 28 July, 2013).

Legal Dictionary. At www.duhaime.org/LegalDictionary/B/BattleoftheForms.aspx. (last visited 3 January, 2013).

ประวัติผู้เขียน

- ชื่อ-สกุล : นายภัทร ชวนานนท์
- วันเดือนปีเกิด : 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2530
- สถานที่เกิด : จังหวัดนครสวรรค์
- วุฒิการศึกษา : สำเร็จการศึกษา ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม)
จากมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ปีการศึกษา 2552
สำเร็จการศึกษา เนติบัณฑิตไทย (ลำดับที่ 16)
จากเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 63 ปีการศึกษา 2553
สำเร็จการศึกษา หลักสูตรวิชาว่าความ จากสภาทนายความ
รุ่นที่ 35 ปีการศึกษา 2553
- ประวัติการทำงาน : 16 มิถุนายน พ.ศ. 2554 – 30 กันยายน พ.ศ. 2554
นิติกร สำนักงานคดีกิจการอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการสูงสุด
1 ตุลาคม พ.ศ. 2554 – 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555
นิติกร สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายพัฒนากฎหมาย
สำนักงานวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด

SINCE 1969

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

