

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและสาเหตุของปัญหา

การทำสัญญาเป็นนิติกรรมทางกฎหมายประการหนึ่งซึ่งบุคคลโดยทั่วไปแม้มิใช่ผู้ศึกษาหรือทำงานเกี่ยวข้องกับกฎหมายประสมในชีวิตประจำวัน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาให้โดยเสนาหา สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญารับขน เป็นต้น กฎหมายสัญญาจึงเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญและเกี่ยวข้องกับบุคคลเกือบทุกคน ตั้งแต่เรื่องทั่วไปในชีวิตประจำวันที่ค่าตอบแทนหรือราคาไม่มากเช่น การทำสัญญาซื้อขายอาหาร การทำสัญญาใช้บริการรถโดยสารประจำทาง การทำสัญญาจ้างถ่ายเอกสาร เป็นต้น ไปจนถึงเรื่องที่ค่าตอบแทนหรือราคาสูง เช่น การทำสัญญาซื้อขายบ้านและที่ดิน การทำสัญญารับจ้างก่อสร้างอาคาร การทำสัญญาเช่าที่อยู่อาศัย การทำสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น โดยเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงทำสัญญาระหว่างกันขึ้นมาแล้ว หากทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้ตอบแทนตามหน้าที่ของตนก็ย่อมไม่มีปัญหาอะไร แต่หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาหรือปฏิบัติแต่ไม่ถูกต้อง ทำให้มีข้อพิพาทเกิดขึ้น และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล ประเด็นหนึ่งที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับข้อพิพาทนั้นก็คือ ระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นมีสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ในทางกฎหมาย เพราะหากไม่มีสัญญาเกิดขึ้นหรือสัญญาไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เช่นสัญญาตกเป็นโมฆะแล้ว คู่กรณีก็ย่อมไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีกันได้

ในการพิจารณาว่าสัญญาที่เกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ต้องพิจารณาจากองค์ประกอบหลายประการ กล่าวคือ ความสามารถของคู่สัญญา แบบของสัญญาหากกฎหมายกำหนดแบบไว้ การแสดงเจตนาของคู่สัญญา และวัตถุประสงค์ของสัญญา โดยหลักการพื้นฐานประการหนึ่งที่ใช้พิจารณากระบวนการในการเกิดสัญญาก็คือหลักคำเสนอคำสนอง กล่าวคือ เมื่อมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาก็จะเกิดขึ้น ทั้งนี้ ในประเด็นเรื่องกระบวนการในการเกิดขึ้นของสัญญานั้น มีปัญหาหลายประการซึ่งยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนแน่นอน และยังเป็นที่ยกเถียงกันในทางวิชาการว่าผลทางกฎหมายควรจะเป็นอย่างไร โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้เสนอประเด็นปัญหาขึ้นมาเพื่อศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์เกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดขึ้นของสัญญาในประเด็นปัญหาต่างๆดังต่อไปนี้

1.1 ลักษณะของคำเสนอและคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้นิยามความหมายของคำเสนอไว้ แม้จะมีหลักซึ่งเป็นที่ยอมรับของนักกฎหมายโดยทั่วไปว่าคำเสนอต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้หากมีการสนองกลับมา แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ พบว่านักกฎหมายได้ตีความข้อเท็จจริงในกรณีต่างๆแตกต่างกัน ซึ่งยังมีหลายกรณีที่มีความไม่ชัดเจนแน่นอนว่ากรณีต่างๆเหล่านั้นถือเป็นคำเสนอในทางกฎหมายหรือไม่ นักกฎหมายจึงมีความเห็นที่แตกต่างกันว่า กรณีสินค้าที่วางขายในร้านค้าโดยมีราคาติดไว้ไม่ว่าร้านค้าโดยทั่วไปหรือร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเอง ตู้ขายสินค้าอัตโนมัติ การลงประกาศโฆษณา การเสนอขายสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์ เหล่านี้เป็นต้น ถือเป็นคำเสนอหรือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น ซึ่งจะส่งผลที่แตกต่างกันในทางกฎหมาย เนื่องจากคำเสนอนั้น ผู้กัณฑ์ผู้แสดงเจตนาทำคำเสนอ โดยหากมีการสนองรับกลับมาก็จะเกิดเป็นสัญญาขึ้น แต่คำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ ไม่ได้ผู้กัณฑ์ผู้แสดงเจตนา หากแต่เป็นผลให้คู่กรณีอีกฝ่ายเข้ามาทำคำเสนอเพื่อที่ตนตัดสินใจว่าจะสนองรับหรือไม่เท่านั้น

1.2 ลักษณะและผลทางกฎหมายของคำเสนอและคำมั่น

คำมั่นอาจแบ่งได้เป็นคำมั่นว่าจะให้รางวัลและคำมั่นว่าจะทำสัญญาซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะคำมั่นว่าจะทำสัญญาเนื่องจากเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาการเกิดสัญญาและมีความคล้ายคลึงกับคำเสนอ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำมั่นว่าจะทำสัญญาไว้ในหลายมาตรา เช่นคำมั่นว่าจะซื้อหรือจะขายตามมาตรา 454 และคำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินตามมาตรา 526 เป็นต้น ซึ่งลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นนั้นตามกฎหมายไทยยังไม่มีข้อความชัดเจนว่าคำมั่นถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา หรือเป็นสัญญาฝ่ายเดียว นอกจากนี้กรณีของคำมั่นยังคล้ายคลึงกับคำเสนอในแง่ที่ว่า ก่อให้เกิดสัญญาได้หากผู้รับคำมั่นสนองรับตามคำมั่นนั้น หากแต่คำมั่นนั้นส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างจากคำเสนอ คือหากเป็นคำเสนอที่มีได้บ่งเวลาไว้ คำเสนอจะสิ้นผลไปเมื่อล่วงเวลาอันควรคาดหมายว่าควรได้รับคำสนองกลับมา (มาตรา 357 ประกอบ 355 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) แต่คำมั่นที่มีได้บ่งเวลาไว้และผู้ให้คำมั่นไม่ได้บอกถอนคำมั่นนั้น คำมั่นจะมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นไปตลอด(ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1004/2485) อย่างไรก็ตาม แม้คำมั่นและคำเสนอจะมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ทั้งคำมั่นและคำเสนอต่างมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันอย่างมาก ในบางครั้งอาจเกิดปัญหาว่า หากผู้แสดงเจตนามิได้ระบุไว้อย่าง

ชัดเจนว่าต้องการให้คำมั่นหรือต้องการทำข้อเสนอ จะสามารถแยกได้อย่างไรว่าการแสดงเจตนา
อย่างไรถือเป็นคำมั่น อย่างไรถือเป็นข้อเสนอ

1.3 เวลาที่สัญญาเกิด

เนื่องจากข้อเสนอและคำสนองถือเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งจึงต้องนำหลัก
กฎหมายในเรื่องการแสดงเจตนามาใช้บังคับ โดยหลักทั่วไปสัญญาย่อมเกิดเมื่อคำเสนอคำสนอง
ถูกต้องตรงกัน โดยสัญญาอาจเกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า หรือบุคคลที่อยู่ห่างโดย
ระยะทางก็ได้ ในกรณีการเกิดสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า สัญญาเกิดเมื่อผู้เสนอทราบ
ถึงการแสดงเจตนาทำคำสนอนั้น ส่วนการเกิดสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางนั้น
การแสดงเจตนาจะมีผลเมื่อไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาและสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคำสนอนไปถึงผู้
เสนอ อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่าในบางกรณี ถือว่าเวลาใดที่การแสดงเจตนาทำคำเสนอจะมีผลทำให้
สัญญาเกิดขึ้น เช่น การทำคำสนอนโดยการส่งโทรสารไปถึงผู้ทำคำเสนอซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจ
โดยเวลาที่โทรสารไปถึงเป็นเวลานานกว่าเวลาทำการของผู้ประกอบธุรกิจ จะถือว่าการแสดงเจตนาทำ
คำสนอนมีผลตั้งแต่วันที่โทรสารไปถึง หรือต้องรอจนถึงเวลาเปิดทำการของผู้เสนอในเวลาทำการ
ถัดไป เป็นต้น

นอกจากนี้ สัญญายังอาจเกิดขึ้นได้ทั้งโดยชัดแจ้ง และโดยปริยาย โดยมีปัญหาบาง
ประการว่า การกระทำบางอย่างในสัญญาซื้อขาย เช่น หากยึดตามความเห็นที่สินค้าที่วางขาย
ในร้านค้าโดยมีราคาติดไว้เป็นการทำคำเสนอ จะถือว่าการหยิบสินค้าจากเป็นการกระทำคำสนอน
โดยปริยาย และสัญญาเกิดตั้งแต่วันที่มีการกระทำเหล่านั้นหรือไม่ หรือเป็นเพียงการแสดง
เจตนาตามปกติทั่วไปที่จะมีผลเมื่อการแสดงเจตนาไปถึงคู่กรณีอีกฝ่าย หรือกรณีของประกาศ
โฆษณาทางเว็บไซต์ ซึ่งยังมีความไม่แน่นอนชัดเจนว่าระหว่างผู้เสนอขายหรือให้บริการทางเว็บไซต์
กับผู้บริโภค ว่าใครเป็นผู้ทำคำเสนอ และสัญญาเกิดขึ้นในเวลาใด ซึ่งช่วงเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นถือ
ว่ามีความสำคัญเนื่องจากจะส่งผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น ในประเด็นการบอกถอนการ
แสดงเจตนาทำคำสนอนว่าสามารถบอกถอนได้หรือไม่ เนื่องจากหากคำสนอนยังไม่มีผลผู้ทำคำ
สนอนก็อาจบอกถอนได้ตามหลักทั่วไปของการแสดงเจตนา แต่หากคำสนอนมีผลตั้งแต่วันที่
กระทำการนั้นก็ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ไม่อาจบอกถอนได้ หรือในประเด็นเรื่องการรับความ
เสี่ยงภัยพิบัติในกรณีที่ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาสูญหรือเสียหาย ว่าภัยพิบัติจะตกเป็นบาป
เคราะห์แก่คู่กรณีฝ่ายใด เป็นต้น

1.4 การเกิดสัญญาในการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ

การขายทอดตลาดเป็นการซื้อขายกรณีพิเศษซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติของการขายทอดตลาดไว้โดยเฉพาะ โดยหลักทั่วไปนักกฎหมายเห็นตรงกันว่ากรณีที่ผู้ขายทอดตลาดนำทรัพย์สินออกขายถือเป็นการทำคำซื้อเชิญให้ทำคำเสนอ และผู้เสนอราคาเป็นผู้ทำคำเสนอ สัญญาจะเกิดเมื่อผู้ทอดตลาดตกลงเคาะไม้ อันถือว่าการทำคำสนอง ประเด็นที่ยังเป็นปัญหาให้พิจารณาก็คือ การขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องแบบและหลักเกณฑ์ในการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 ด้วยหรือไม่ เพราะมาตรา 509 ได้กำหนดเพียงว่า การขายทอดตลาดย่อมบริบูรณ์เมื่อผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้ หรือด้วยกริยาอื่นอย่างใด ดังนั้นหากมีการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ซึ่งบริบูรณ์ตามมาตรา 509 แต่มิได้มีการกระทำการตามมาตรา 456 ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร

1.5 การเกิดสัญญากรณีคู่สัญญาตกลงว่าต้องทำสัญญาเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรคสอง

กฎหมายกำหนดบทสันนิษฐานการไม่เกิดของสัญญาไว้ว่า ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงว่าสัญญาต้องทำเป็นหนังสือ ตราบใดที่ยังไม่มีการทำเป็นหนังสือถือว่ายังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น มีปัญหาในการพิจารณาประเด็นนี้ว่า ในการตีความบทบัญญัติมาตรา 366 วรรคสอง ควรต้องตีความอย่างไร หากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงโดยชัดแจ้ง จะถือว่ามี การตกลงโดยปริยายได้หรือไม่ เช่นกรณีของสัญญาจ้างแรงงานซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาไว้ หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันโดยชัดแจ้งว่าสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ จะสามารถตีความครอบคลุมถึงการตกลงโดยปริยายได้หรือไม่ เช่น หากคู่สัญญาฝ่ายนายจ้างอ้างว่าตนเป็นผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ ลูกจ้างจึงควรรู้ว่าสัญญาจ้างแรงงานของธุรกิจขนาดใหญ่ต้องทำเป็นหนังสือ ดังนี้ นายจ้างจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างว่าสัญญาจ้างแรงงานยังไม่เกิดขึ้นเพื่อไม่รับลูกจ้างเข้าทำงานได้หรือไม่

1.6 ผลของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ

สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 หรือสัญญาที่ไม่ทำตามแบบยอมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 หรือกรณีแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญ การแสดงเจตนาที่ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 156 เป็นต้น ปัญหาในทางทฤษฎีก็

คือ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ตามมาตรา 150 สัญญาที่ไม่ทำตามแบบตามมาตรา 152 หรือสัญญาที่มีกระบวนการในการเกิดขึ้นโดยมีเจตนาบกพร่องและกฎหมายกำหนดให้มีผลเป็นโมฆะ จะมีผลทางกฎหมายอย่างไร กล่าวคือจะถือว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง แต่ตกเป็นโมฆะในทางกฎหมาย หรือถือว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้นต่อกันเลย

1.7 แบบของการส่งมอบในสัญญาให้

สัญญาให้นั้นกฎหมายกำหนดว่าสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบ โดยมีปัญหาในทางทฤษฎีว่าการส่งมอบในสัญญาให้นั้นถือเป็นแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาหรือไม่ โดยมีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การส่งมอบนั้นเป็นแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ประการหนึ่ง สัญญาให้ที่ไม่มีการส่งมอบจึงไม่สมบูรณ์(หรือตกเป็นโมฆะ)เพราะไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ และนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การส่งมอบในสัญญาให้เป็นองค์ประกอบหนึ่งของการแสดงเจตนา เมื่อไม่มีการส่งมอบ การแสดงเจตนาจึงไม่สมบูรณ์ ถือว่าไม่มีการแสดงเจตนาเกิดขึ้น แต่มีใช้แบบที่กฎหมายกำหนด

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาถึงวิวัฒนาการ แนวคิดและทฤษฎีของกระบวนการในการเกิดสัญญา

2.2 เพื่อศึกษาหลักกฎหมายสัญญาตามระบบกฎหมายไทย ในประเด็นกระบวนการในการเกิดขึ้นของสัญญา โดยเน้นศึกษาในประเด็นลักษณะและผลทางกฎหมายของคำเสนอ คำมั่น คำสนอง ช่วงเวลาที่สัญญาเกิด การขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ การตีความกรณีคู่สัญญาประสงค์ให้ทำสัญญาเป็นหนังสือ ผลทางกฎหมายกรณีสัญญาตกเป็นโมฆะ และแบบของการส่งมอบในสัญญาให้

2.3 เพื่อศึกษาหลักกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดขึ้นของสัญญา ตามกฎหมายต่างประเทศว่าเป็นอย่างไร รวมทั้งเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยว่ามีความเหมือนและแตกต่างกันในประเด็นใดบ้าง

2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางการใช้การตีความกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดสัญญาในบางประเด็นที่ยังเป็นปัญหาให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

3. ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดขึ้นของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยทั้งระบบ รวมทั้งศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายการเกิดสัญญาของต่างประเทศ ทั้งประเทศในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกันหรือคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายผสมซึ่งได้รับอิทธิพลทั้งจากระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศสกอตแลนด์ รวมถึงศึกษาหลักกฎหมายสัญญาที่กลุ่มองค์กรในทวีปยุโรปได้ร่างเป็นแนวทางเพื่อให้ประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรปมีหลักกฎหมายสัญญาที่ใช้ร่วมกัน คือ Draft Common Frame of Reference (DCFR) โดยศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดและหลักตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยว่ามีความแตกต่างหรือคล้ายคลึงกันอย่างไร รวมถึงศึกษาถึงการใช้การตีความกฎหมายสัญญาของกฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาเทียบเคียงและปรับใช้กับกฎหมายไทย

4. วิธีการศึกษา

ใช้วิธีการศึกษาค้นคว้าในทางเอกสาร โดยหลักกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดสัญญาของประเทศไทยศึกษาจากตำราคำอธิบายกฎหมาย บทความทางวิชาการ คำพิพากษาของศาลฎีกา รวมถึงความเห็นของนักวิชาการ ส่วนหลักกฎหมายตามกฎหมายต่างประเทศ ศึกษาจากตำรา บทความ และคำพิพากษาของศาล โดยตำรา บทความและคำพิพากษาทั้งหมด ศึกษาจากตำราและบทความภาษาอังกฤษ ในส่วนของกฎหมายสัญญาของประเทศเยอรมนีโดยหลักศึกษาจากตำราภาษาอังกฤษ แต่มีการอ้างอิงจากตำราภาษาเยอรมันในบางประเด็น โดยนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษาทั้งหมดมารวบรวมให้เป็นระบบ เพื่อศึกษาเปรียบเทียบ วิเคราะห์ หาข้อสรุป และข้อเสนอแนะต่อไป

5. ผลที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

- 5.1 ทราบถึงวิวัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎีต่างๆเกี่ยวกับกฎหมายสัญญา
- 5.2 ทราบถึงแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดสัญญาตามระบบกฎหมายไทย

5.3 ทราบถึงแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดสัญญาของกฎหมายต่างประเทศว่าเป็นอย่างไร มีความเหมือนหรือแตกต่างจากกฎหมายไทยอย่างไร

5.4 สามารถใช้หลักกฎหมายสัญญาของต่างประเทศมาช่วยตีความกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดสัญญาของไทย ในบางประเด็นให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น