

บทที่ 2

การเกิดสัญญาตามกฎหมายไทย

1. หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาตามกฎหมายไทย

1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

หากพิจารณาในทางประวัติศาสตร์พบว่าสัญญาเกิดขึ้นจากการที่บุคคลอยากได้ทรัพย์สินหรือแรงงานของบุคคลอื่น แต่ไม่สามารถเอามาหรือบังคับตามใจตัวเองได้เนื่องจากการขัดต่อกฎหมาย จึงได้มีการตกลงส่งมอบทรัพย์สินหรือทำงานให้แก่กันและเกิดเป็นสัญญาขึ้น สัญญามีความหมายกว้าง การกระทำบางอย่างเช่นการสมรส การรับบุตรบุญธรรม แม้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางหนี้ แต่ก็ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในกฎหมายครอบครัว ก็ถือว่าเป็นสัญญาเช่นกัน¹ อาจกล่าวได้ว่า สัญญาเป็นมูลสำคัญในการก่อให้เกิดหนี้ สัญญาจึงเป็นความตกลงซึ่งก่อให้เกิดมีหนี้ระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งจะต้องกระทำการหรือละเว้นการกระทำให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เสด็จในกรมหลวงราชบุรีฯ ทรงอธิบายไว้ว่า “สัญญานั้นแปลว่า ความยินยอมทั้ง ๒ ฝ่าย ฤมากกว่า ๒ ฝ่าย ในการที่จะทำ ฤละเว้นทำอย่างใดอย่างหนึ่ง”²

มีข้อสังเกตว่า ความหมายของสัญญาในสมัยโรมันแตกต่างจากในปัจจุบัน โดยในสมัยโรมันความสำคัญของสัญญาได้อยู่ที่กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา เสรีภาพในการทำสัญญา หรือเจตนา เนื่องจากสัญญาทุกประเภทที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบที่เป็นสัญญาเหมือนกัน แต่สาระหรือความสำคัญของสัญญาอยู่ที่หนี้ที่สัญญานั้นๆจะก่อให้เกิดขึ้น³ กฎหมาย

¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2505), น. 437.

² กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ฉบับพิมพ์ของกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2468, น. 192. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น. 4.

³ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551), น. 248.

โรมันไม่ได้อธิบายการเกิดขึ้นของสัญญาผ่านทางหลักเกณฑ์ที่เป็นนามธรรม มีคำกล่าวว่า “กฎหมายสัญญาโรมันมีหลักเฉพาะ แต่ไม่มีหลักทั่วไป” เนื่องจากกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญาของโรมันนั้นแตกต่างไปตามประเภทของสัญญาซึ่งคู่สัญญาได้ทำขึ้นนั่นเอง⁴

1.2 องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

ตามกฎหมายไทยนั้นสัญญาถือเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง โดยนิติกรรม หมายถึง “การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” (มาตรา 149 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) นักกฎหมายได้แบ่งนิติกรรมออกเป็นหลายประเภท ทั้งนิติกรรมฝ่ายเดียว นิติกรรมสองฝ่าย นิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งสัญญานั้นก็เป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปนั่นเอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 2 ว่าด้วยสัญญา มิได้ให้คำจำกัดความของสัญญาว่าคืออะไร แต่ก็มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่าสัญญาไว้ โดยอาจสรุปได้ว่า สัญญาหมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งมุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์⁵ โดยสัญญาต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1.2.1 บุคคล

บุคคลซึ่งเป็นองค์ประกอบในการทำสัญญา เรียกว่า คู่สัญญา โดยสัญญาต้องมีบุคคลที่เป็นคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้คู่สัญญาต้องไม่เป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรม มิฉะนั้นก็อาจทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะได้⁶ เช่น กรณีของผู้เยาว์ทำสัญญาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือกรณีคนไร้ความสามารถทำสัญญา

1.2.2 เจตนา

กล่าวคือ ต้องมีการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาทำคำเสนอและอีกฝ่ายแสดงเจตนาทำคำสนอง ซึ่งเมื่อเจตนาที่ทั้งสองฝ่ายแสดงออกมามี

⁴ James Gordley, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p. 413.

⁵ ศนันทกรรณ์ (จำปี) โสคติพันธ์ุ, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 3*, น. 247.

⁶ มาตรา 153 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื้อหาต้องตรงกันก็ทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นมา ทั้งนี้เจตนาต้องตรงกันไม่ได้หมายความว่าเนื้อหาของเจตนาทั้งสองฝ่ายต้องเหมือนกันทุกประการ แต่หมายความว่าเจตนาของทั้งสองฝ่ายต้องมุ่งต่อผลทางกฎหมายโดยมีเนื้อหาอย่างเดียวกัน⁷ นอกจากนี้ การแสดงเจตนาต้องไม่มีความบกพร่อง มิฉะนั้นก็อาจทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ⁸ หรือโมฆียะ⁹ ได้เช่นกัน

1.2.3 วัตถุประสงค์

หากไม่มีวัตถุประสงค์ก็เท่ากับไม่มีจุดประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำสัญญา สัญญาย่อมจะเกิดขึ้นไม่ได้ วัตถุประสงค์นั้นก็คือเป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่จะได้จากสัญญาในสัญญาทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ สัญญาใดที่ไม่มีวัตถุประสงค์ก็เหมือนเป็นเรื่องลอยๆไม่จริงจังอะไร¹⁰ โดยวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่เป็นการฝ่าฝืน และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ดีในประเด็นของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะเพราะวัตถุประสงค์ตามมาตรา 150 นี้ (รวมถึงการตกเป็นโมฆะโดยเหตุอื่น เช่น แบบ หรือเจตนา) มีปัญหาในทางทฤษฎีว่า สัญญาดังกล่าวมีผลทางกฎหมายอย่างไร โดยมีทฤษฎีที่อาจอธิบายได้ 2 ประการคือ ความเห็นแรกถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง หากแต่สัญญาตกเป็นโมฆะโดยผลของกฎหมาย ในขณะที่อีกแนวความเห็นอาจถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นเลยเนื่องจากสัญญาตกที่เป็นโมฆะคือสัญญาที่ไม่มีผลใดๆเลยมาตั้งแต่ต้น ซึ่งปัญหาในประเด็นนี้จะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 4 อีกครั้ง

1.2.4 แบบ

โดยหลักแล้วกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบในการทำสัญญาไว้แต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายมุ่งให้คู่สัญญามีความสะดวกในการก่อนินติสัมพันธ์ระหว่างกัน¹¹ จึงได้กำหนดแบบไว้เฉพาะนิติกรรมสัญญาซึ่งมีความสำคัญเท่านั้น ซึ่งแบบที่กฎหมายกำหนดไว้อาจเป็นการทำเป็น

⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101) (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 7.

⁸ เช่น การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญตามมาตรา 156 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁹ เช่น การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินตามมาตรา 157 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁰ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 136-137.

¹¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 8.

หนังสือ การทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ได้ ทั้งนี้ หากสัญญาใดที่กฎหมายกำหนดแบบไว้แล้วคู่สัญญาไม่ทำตามแบบนั้น แม้จะมีคำเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา สัญญาก็จะตกเป็นโมฆะโดยผลของมาตรา 152 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเด็นหนึ่งในเรื่องแบบที่เป็นปัญหาในทางทฤษฎีก็คือ การส่งมอบในสัญญาให้ถือว่าเป็นแบบของนิติกรรมสัญญาหรือไม่ โดยในสัญญาให้สังหาริมทรัพย์ กฎหมายได้วางหลักไว้ว่าสัญญาให้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบ (มาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ซึ่งนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การส่งมอบถือว่าเป็นแบบที่กฎหมายกำหนด หากไม่มีการส่งมอบสัญญาให้ก็จะไม่สมบูรณ์ (หรืออาจตกเป็นโมฆะ ซึ่งผลของการไม่ส่งมอบยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ในกลุ่มนักกฎหมายที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบ) ในขณะที่นักกฎหมายอีกฝ่ายเห็นว่า การส่งมอบไม่ใช่แบบของสัญญา หากแต่เป็นองค์สมบูรณ์ของเจตนา โดยประเด็นการส่งมอบในสัญญาให้ถือเป็นแบบแห่งนิติกรรมสัญญาหรือไม่นี้จะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 4 เช่นเดียวกับประเด็นในเรื่องผลของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ

1.3 ประเภทของสัญญา

หลักเกณฑ์ในการแบ่งประเภทของสัญญานั้นสามารถแบ่งได้หลายรูปแบบ ซึ่งนักกฎหมายได้แบ่งแยกประเภทของสัญญาแตกต่างกันไป โดยอาจสรุปประเภทของสัญญาตามหลักเกณฑ์ต่างๆได้ดังนี้

1.3.1 แบ่งตามชื่อของสัญญา

หากใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องชื่อของสัญญาจะสามารถแบ่งสัญญาได้เป็น 2 ประเภทได้แก่ สัญญามีชื่อหรือเอกเทศสัญญากับสัญญาไม่มีชื่อ

(1) เอกเทศสัญญา ได้แก่สัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เป็นเอกเทศในบรรพ 3 รวมทั้งสิ้น 22 ลักษณะ ตั้งแต่มาตรา 453 ถึง 1273 โดยกำหนดชื่อสัญญา กำหนดลักษณะแห่งสัญญาและวัตถุประสงค์ ตลอดจนบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้ด้วย¹² เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาขายฝาก สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาให้ สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น

¹² ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น. 341-342.

(2) สัญญาไม่มีชื่อ เป็นสัญญาซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา โดยกฎหมายให้เสรีภาพแก่บุคคลอย่างกว้างขวางที่จะอาศัยนิติกรรมสร้างสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันได้ตามความสมควรใจ แม้จะเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ถ้าทำถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรม กฎหมายก็ยอมรับบังคับให้ตามเจตนานั้น เช่น สัญญาเล่นแชร์เปียฮวย สัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าการเช่าธรรมดา สัญญาฝากขายหนังสือของสำนักพิมพ์ เป็นต้น

1.3.2 แบ่งตามค่าตอบแทน

การแบ่งประเภทของสัญญาตามค่าตอบแทนที่คู่สัญญาสัญญาได้รับ สามารถแบ่งได้ 2 ประเภทได้แก่สัญญามีค่าตอบแทนและสัญญาไม่มีค่าตอบแทน

(1) สัญญามีค่าตอบแทน หมายถึงสัญญาที่คู่สัญญาที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนโดยค่าตอบแทนนั้นอาจเป็นประโยชน์หรือทรัพย์สิน หรือเป็นการชำระหนี้ตอบแทนก็ได้ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น

(2) สัญญาไม่มีค่าตอบแทน คือสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้รับประโยชน์ในทางทรัพย์สิน โดยไม่ต้องเสียอะไรตอบแทน¹³ เช่น สัญญาเยี่ยมใช้คงรูป สัญญาเยี่ยมใช้สิ้นเปลือง สัญญาให้โดยเสน่หา เป็นต้น

1.3.3 แบ่งตามการตอบแทนในทางทรัพย์สิน

การแบ่งประเภทของสัญญาตามการตอบแทนในทางทรัพย์สินได้แก่สัญญาต่างตอบแทนและสัญญาไม่ต่างตอบแทน

(1) สัญญาต่างตอบแทน คือสัญญาซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องชำระหนี้ตอบแทนในทางทรัพย์สินซึ่งกันและกัน¹⁴ คู่สัญญาแต่ละแต่ละฝ่ายจึงเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ในเวลาเดียวกัน เช่น สัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องชำระราคาให้แก่ผู้ขาย ผู้ขายมีหน้าที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ

(2) สัญญาไม่ต่างตอบแทน เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดการปฏิบัติชำระหนี้จากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว¹⁵ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเดียวเป็นลูกหนี้ หรือเป็นเจ้าหนี้แล้วแต่กรณี เช่น สัญญาเยี่ยมใช้คงรูป สัญญาให้โดยเสน่หา เป็นต้น

¹³ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 266-267.

¹⁴ เพิ่งอ้าง

¹⁵ เพิ่งอ้าง

1.3.4 แบ่งตามความผูกพันของคู่สัญญา

ได้แก่ สัญญาซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญากับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

(1) สัญญาซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา คือสัญญาที่ทำต่อกันนั้นที่มีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาด้วยกันเท่านั้น¹⁶

(2) สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก คือสัญญาซึ่งบุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นเจ้าของหรือเป็นคู่สัญญามีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ เช่นสัญญาประกันชีวิตตามมาตรา 889 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁷

1.3.5 แบ่งตามลักษณะของสัญญา

ได้แก่ สัญญาประธานกับสัญญาอุปกรณ์

(1) สัญญาประธาน คือ สัญญาที่อาศัยความสมบูรณ์เป็นอยู่โดยลำพังตัวเอง¹⁸ เป็นสัญญาแรกที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้แสดงเจตนาทำกันไว้¹⁹

(2) สัญญาอุปกรณ์ นอกจากสัญญาอุปกรณ์ต้องสมบูรณ์ตามหลักความสมบูรณ์ของตัวเองแล้ว ยังขึ้นอยู่แก่ความสมบูรณ์ของสัญญาประธานอันตนเป็นอุปกรณ์ด้วย²⁰ กล่าวคือ แม้สัญญาอุปกรณ์จะสมบูรณ์ แต่ถ้าสัญญาประธานไม่สมบูรณ์ สัญญาอุปกรณ์ย่อมไม่สมบูรณ์ เช่นเดียวกัน (มาตรา 384 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรือสิทธิเรียกร้องในส่วนที่เป็นประธานขาดอายุความสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ส่วนที่เป็นอุปกรณ์อันต้องอาศัยส่วนที่เป็นประธานนั้นย่อมตกเป็นอันขาดอายุความตามกันไปด้วย (มาตรา 193/26 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) สัญญาอุปกรณ์ดังกล่าวได้แก่สัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาเดิมซึ่งเป็นสัญญาประธาน สัญญากำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับมัดจำหรือเบี้ยปรับ สัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง สัญญาจำนำ เป็นต้น

¹⁶ อธิราช มณีภาค, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรมและสัญญา และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), น. 289.

¹⁷ เฟิงอ้าง

¹⁸ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 485.

¹⁹ อธิราช มณีภาค, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น. 291.

²⁰ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 279.

นอกจากประเภทของสัญญาต่างๆข้างต้นแล้ว ยังมีความเห็นของนักกฎหมายที่แบ่งประเภทของสัญญาโดยใช้เกณฑ์อื่นๆอีกด้วย เช่น แบ่งตามบุคคลที่เป็นคู่สัญญา ได้แก่ สัญญาสองฝ่ายและสัญญาหลายฝ่าย²¹ แบ่งตามแบบ ได้แก่ สัญญาที่ต้องทำตามแบบเฉพาะ กับสัญญาที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ²² แบ่งตามความสมบูรณ์ของสัญญา ได้แก่ สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม กับ ทรัพย์สัญญาที่นอกจากจะต้องการความยินยอมของคู่สัญญา ยังต้องการ “การส่งมอบ” ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุของสัญญาอีกด้วย เป็นต้น

2. คำเสนอ คำมั่นและคำสนอง

2.1 คำเสนอ

2.1.1 ความหมายและลักษณะของคำเสนอ

คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่ง แจ้งให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่า ตนมีความประสงค์จะผูกพันทำสัญญาด้วยประการใดๆ ขอให้อีกฝ่ายหนึ่งนั้นร่วมความประสงค์ทำสัญญาด้วยตามที่เสนอไปนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า คำเสนอเป็นคำขอให้ทำสัญญา²³ นั้นเอง

ซึ่งคำเสนอนั้นแตกต่างจากคำถามทาบถามหรือคำเชื้อเชิญชักชวน กล่าวคือคำเสนอนั้นผู้เสนอมีความประสงค์ต้องการให้มีสัญญาเกิดขึ้นแน่นอน ส่วนคำถามทาบถามเป็นเพียงการถามเพียงหยังดูเพื่อรู้ว่าประโยชน์ในการที่จะขอให้เขาทำสัญญาด้วยจะเป็นประการใด ส่วนคำเชื้อเชิญชักชวนเป็นเพียงการขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายเป็นผู้ทำคำเสนอขึ้นมาและหากพอใจในคำเสนอนั้นก็จะทำสัญญาด้วย²⁴ บางครั้งคำถามทาบถามอาจใกล้เคียงกับคำเสนอ เช่น การที่บุคคลถามเพื่อต้องการซื้อสิ่งของอย่างใดอย่างหนึ่งต่อเจ้าของทรัพย์ ไม่ได้หมายความว่าบุคคลนั้นทำคำเสนอเพื่อขอซื้อเสมอไป อาจเป็นเพียงการถามทาบถามเพื่อให้รู้ว่าเจ้าของจะขายหรือไม่ การเชื้อเชิญก็มีลักษณะในทำนองเดียวกัน เช่นการเอาของวางขายโดยไม่ได้ปิดราคาไว้ ไม่ได้หมายความว่า

²¹ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น. 268.

²² *เพ็ญอ้าง*

²³ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 445.

²⁴ *เพ็ญอ้าง*

เจ้าของทรัพย์สินเสนอขายของสิ่งนั้นเป็นแต่เพียงการประกาศโฆษณาเชื้อเชิญให้เข้ามาทำข้อเสนอเท่านั้น²⁵ โดยอาจสรุปลักษณะของคำเสนอได้ดังนี้

2.1.1.1 คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญา

คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องของการแสดงเจตนาและการถอนการแสดงเจตนา²⁶ ด้วย กล่าวคือ ถ้าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอจะมีผลต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้น²⁷ ส่วนถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า จะมีผลเป็นคำเสนอต่อเมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา²⁸ โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้รับการแสดงเจตนาจะได้ทราบหรือไม่

ส่วนประเด็นที่ว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมหรือไม่นั้นเป็นประเด็นที่นักกฎหมายไทยยังเห็นแตกต่างกันอยู่ โดยมีนักกฎหมายกลุ่มหนึ่งอธิบายว่าคำเสนอเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว²⁹ และมีนักกฎหมายเห็นเพิ่มเติมว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา³⁰ แต่ก็มีความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายที่เห็นว่า คำเสนอไม่ใช่นิติกรรมแต่เป็นการกระทำที่มีมาก่อนจะเกิดนิติกรรม³¹ ซึ่งแม้คำเสนอจะก่อให้เกิดความผูกพันแต่ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิใดๆ³² จึงไม่ถือว่าเป็นนิติกรรม

²⁵ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (นครหลวง: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), น. 372.

²⁶ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 273.

²⁷ มาตรา 168 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁸ มาตรา 169 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁹ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น. 203

³⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 345.

³¹ อัคราท จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2531), น. 117. อ้างถึงใน ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 271.

³² ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 279.

2.1.1.2 คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้ง

วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอาจแบ่งได้ 3 วิธีคือการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง การแสดงเจตนาโดยปริยาย และการแสดงเจตนาโดยการนิ่ง แต่คำเสนอนั้นต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาด้วยวาจา หรือลายลักษณ์อักษรหรือกิริยาอาการก็ตาม แต่คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้งเท่านั้น คำเสนอโดยปริยายไม่อาจมีได้³³ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ศาลเคยวินิจฉัยว่าอาจทำคำเสนอโดยปริยายได้³⁴

คำพิพากษาฎีกาที่ 1013/2498 ณ. ผู้รับสัมปทานตั้งโรงไฟฟ้า ย่อมถือได้ว่าได้ทำคำเสนอแสดงออกต่อประชาชนทั่วไปว่า จะรับบริการต่อประชาชนภายในเขตสัมปทานภายในเงื่อนไขข้อบังคับสัมปทาน เมื่อมีผู้ขอใช้โดยรับปฏิบัติการเสียเงินให้ตามสัมปทานแล้ว ก็ถือว่าสนองรับคำเสนอ ก่อให้เกิดนิติกรรมสัญญาผูกพันกัน ต่างมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัมปทาน

2.1.1.3 คำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอน

คำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิดได้หากผู้รับคำเสนอตอบรับกลับมา กล่าวคือ คำเสนอต้องมีลักษณะชัดเจนแน่นอนถึงขนาดที่หากฝ่ายผู้รับคำเสนอตอบตกลง สัญญาย่อมเกิดขึ้นทันที³⁵ ข้อความชัดเจนแน่นอนไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาเป็นหนังสือเสมอไป อาจแสดงเจตนาด้วยวาจา หรือกิริยาอาการอื่นๆก็ได้ เช่นโรงแรมหลวมเปิดแสดงและกำหนดราคาในการเข้าชมไว้ ถือเป็นคำเสนอที่มีข้อความชัดเจนแน่นอนแล้ว³⁶ หรือรถโดยสารที่วิ่งให้บริการตามปกติถือเป็นคำเสนอว่าจะรับส่งคนโดยสารตามอัตราค่าโดยสารที่กำหนดไว้ ผู้โดยสารเป็นผู้ทำคำสนอง³⁷ หากเป็นคำเสนอซื้อหรือคำเสนอขายการพิจารณาว่าชัดเจนแน่นอนเพียงพอก็คือต้องระบุชนิดและประเภทของทรัพย์สินที่ซื้อขาย ราคาที่จะซื้อขาย และจำนวนที่ต้องการจะซื้อขาย³⁸ เป็นต้น หรือมิฉะนั้นก็ต้องเป็นกรณีที่สามารถกำหนดราคาได้ตามสมควรหรือโดยปริยาย เช่นมีราคาตลาดหรือปกติประเพณีที่ใช้เป็นฐานในการคำนวณราคาได้³⁹ แต่ถ้าหาก

³³ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 266.

³⁴ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 200.

³⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 61.

³⁶ ศักดิ์ สมองชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 346.

³⁷ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 200.

³⁸ ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 274.

³⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 61.

ข้อเสนอของบุคคลไม่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอ ก็อาจจะยังไม่เข้าลักษณะของคำเสนอในทางกฎหมาย แม้ผู้แสดงเจตนาจะใช้คำว่า คำเสนอ ในการแสดงเจตนาของตนก็ตาม แต่อาจมีลักษณะทางกฎหมายอย่างอื่น เช่น เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

คำพิพากษาฎีกาที่ 748/2544 เล่มที่ 2 หน้า 96 (สำนักงานส่งเสริมตุลาการ) แผ่นพับโฆษณาโครงการอาคารเช่าระบุถึงการจัดหาแหล่งเงินทุน เป็นเพียงหนังสือเชิญชวนให้บุคคลทั่วไปจองห้องเช่า เพราะได้มีการเสนอเป็นเอกสารแก่บุคคลทั่วไป จึงไม่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะถือเป็นคำเสนอ

คำพิพากษาฎีกาที่ 927/2498 หนังสือของผู้ซื้อถึงผู้ขายมีข้อความว่า ขอรับซื้อไม้สักรายนี้ ส่วนราคานั้นผู้ขายจะขายเท่าใดแล้วแต่จะเห็นสมควร ดังนั้นเป็นคำแสดงความประสงค์ใคร่จะขอรับซื้อ โดยขอให้อีกฝ่ายกำหนดราคามาก่อน หากมีลักษณะเป็นคำเสนอไม่

อย่างไรก็ดี แม้ในทางทฤษฎีจะเป็นที่ยอมรับกันว่าคำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอน แต่เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วพบว่า มีหลายกรณีที่นักกฎหมายตีความแตกต่างกัน เช่น กรณีของสินค้าที่วางขายในร้านค้าโดยมีป้ายราคาติดไว้ มีทั้งนักกฎหมายที่เห็นว่ามี ความแน่นอนชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิดแล้ว จึงถือว่าเป็นคำเสนอและเกิดเป็นสัญญาเมื่อฝ่ายผู้ซื้อแสดงเจตนาซื้อ แต่ก็มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นยังไม่มี ความชัดเจนแน่นอนเพียงพอจึงถือว่าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น ซึ่งประเด็นนี้จะได้อธิบายเพิ่มเติมอีกครั้งโดยเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 4

2.1.1.4 ผู้รับคำเสนออาจเป็นบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงหรือสาธารณชนก็ได้

การจะถือว่าคำเสนอมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอได้ ยังต้องพิจารณาจาก คู่กรณีด้วยว่าแต่ละฝ่ายรู้หรือไม่ว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นใคร เนื่องจากการทำสัญญาเป็นการที่บุคคล ประสงค์จะผูกพันกับบุคคลอีกฝ่าย จึงย่อมประสงค์จะรู้ตัวคู่สัญญาและถือว่าคุณสมบัติเฉพาะตัวของคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นสาระสำคัญ เช่นกรณีของสัญญาเช่าทรัพย์สิน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้เสนอก็ไม่ถือว่าคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญและไม่ประสงค์จะคัดเลือกบุคคลเฉพาะ รายเป็นคู่สัญญา เช่นกรณีประกาศขายของในตลาดสาธารณะ⁴⁰ ดังนั้น ในการทำคำเสนอ ผู้เสนอ จึงอาจคำเสนออาจทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือต่อสาธารณชนก็ได้

ประเด็นที่ควรพิจารณาก็คือ คำเสนอต่อสาธารณชนนั้น ในบางครั้งอาจสับสนกับ คำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอได้ เช่น กรณีของการโฆษณาขายบ้าน ทาวเฮาส์ หรือคอนโดมิเนียม ซึ่ง

⁴⁰ กิตติศักดิ์ ปกรติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 62.

กรณีเหล่านี้ตามแนวคำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักกฎหมายไทยไม่ถือว่าเป็นคำเสนอ แต่อย่างไร⁴¹

คำพิพากษาฎีกาที่ 748/2544 แผ่นพับโฆษณาที่มีข้อความกล่าวถึงขนาดเนื้อที่ อาคาร ราคาเช่าต่อห้อง การผ่อนชำระเงิน วันจอง ทำสัญญาผ่อนชำระ ชำระวันโอนสิทธิ การผ่อนชำระแก่สถาบันการเงิน อัตราดอกเบี้ยซึ่งหากผู้ใดสนใจจะจองห้องเช่าที่ขนาดใดต้องติดต่อขอทำสัญญากับโจทก์นั้น เป็นการเชิญชวนให้จำเลยเป็นฝ่ายทำคำเสนอ ไม่ชัดเจนแน่นอนพอที่จะถือเป็นคำเสนอ

2.1.1.5 ผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติ

โดยปกติคำเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงย่อมไม่มีปัญหาในประเด็นดังกล่าว เนื่องจากผู้เสนอต้องยอมรับคำสนองจากบุคคลที่ตนทำคำเสนอต่ออยู่แล้ว แต่คำเสนอต่อสาธารณชนอาจมีปัญหาในประเด็นว่าผู้เสนออาจใช้สิทธิปฏิเสธไม่ยอมรับคำสนอง แต่หลักในการทำคำเสนอก็คือผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติว่าจะไม่รับคำสนองหากตนได้แสดงเจตนาทำคำเสนอต่อสาธารณชน ถ้าผู้แสดงเจตนามีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติแล้ว การแสดงเจตนาที่ย่อมมิใช่คำเสนอ แต่จะเป็นคำเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น⁴² เช่น ประกาศรับสมัครงาน ประกาศให้ยื่นซองประกวดราคาต่างๆ แต่กรณีต่อไปนี้ถือว่าเป็นคำเสนอ เช่น ร้านอาหารหรือโรงแรมรพปิดป้ายบอกราคาอาหารหรือค่าเข้าชมรพ ผู้จัดจะปฏิเสธคำสนองไม่ได้หากยังมีที่นั่งสำหรับเข้าชมการแสดง

2.1.2 การมีผลและผลของคำเสนอ

2.1.2.1 การมีผลของคำเสนอ

คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา กล่าวคือ คำเสนอที่ย่อมมีผลเป็นคำเสนอเมื่อการแสดงเจตนาที่น้อยน้อยได้ไปถึงผู้รับคำเสนอแล้ว⁴³ ดังนั้น จึงต้องนำหลักในเรื่องการแสดงเจตนามาใช้บังคับว่าคำเสนอจะมีผลเมื่อใด โดยถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า (รวมถึงวิธีการทางโทรศัพท์และการสื่อสารอื่นๆที่สามารถติดต่อกันได้ทันที) คำเสนอนั้นก็จะมีผลเมื่อผู้รับคำเสนอทราบ และหากเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า ก็จะมีผลเมื่อคำเสนอนั้นได้ไปถึงผู้รับคำเสนอ

⁴¹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 275.

⁴² ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 346.

⁴³ กิตติศักดิ์ ปรัตติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 61.

2.1.2.2 ผลของคำเสนอ

โดยเมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอมีผลตาม 168 หรือ 169 แล้วก็ดี จะทำให้คำเสนอ มีผลทางกฎหมายดังต่อไปนี้

(1) คำเสนอนั้นไม่อาจบอกถอนได้

กล่าวคือ เมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอ มีผลแล้ว ผู้ทำคำเสนอ ก็จะไม่สามารถบอกถอนคำเสนอนั้นได้อีกต่อไป ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณีคือ

ก. คำเสนอบอกถอนไม่ได้โดยชัดแจ้ง

คือกรณีที่ผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาไว้ในการทำคำเสนอไว้ ผู้เสนอจะไม่อาจถอนคำเสนอของตนได้ภายในเวลานั้น⁴⁴ ซึ่งอาจเกิดได้ทั้งการทำคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า และบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง

ข. คำเสนอบอกถอนไม่ได้โดยปริยาย

เป็นกรณีทำคำเสนอต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าและผู้เสนอไม่ได้กำหนดเวลาในการทำคำเสนอไว้ กฎหมายถือว่าผู้เสนอไม่อาจถอนคำเสนอของตนได้ภายในเวลาอันควร คาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง⁴⁵ เนื่องจากกรณีดังกล่าวจำเป็นต้องให้ระยะเวลาแก่ผู้รับคำสนอง เพราะไม่สามารถติดต่อเข้าใจกันได้ทันที⁴⁶ โดยคำว่า “เวลาอันสมควรคาดหมาย” นั้นเป็นคำที่มีความหมายกว้าง จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆไป⁴⁷

คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2480⁴⁸ จำเลยได้ยื่นประกวดราคา รับเหมาก่อสร้างตาม คำเชื้อเชิญของโจทก์ ดังนี้เรียกว่าเป็นคำเสนอ และเมื่อมีวิธีการให้ยื่นประกวดเป็นลายลักษณ์อักษรและโจทก์ก็มีกรรมการพิจารณาประกวดภายหลัง ดังนี้ เรียกไม่ได้ว่าเป็นการทำคำเสนอต่อผู้ อยู่เฉพาะหน้า จึงเป็นการทำคำเสนอต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง ต้องให้ระยะเวลาพอสมควรแก่การ สนองรับตามมาตรา 355 ปรากฏว่าโจทก์ตอบรับคำเสนอภายในเวลาอันสมควร จึงเกิดเป็นสัญญา ประกวดขึ้น จำเลยจะถอนเสียไม่ได้

⁴⁴ มาตรา 354 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁴⁵ มาตรา 355 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁴⁶ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น. 207.

⁴⁷ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 277.

⁴⁸ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น. 207

ส่วนคำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าอันมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ ผู้รับคำเสนอจะต้องสนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้น⁴⁹ หากไม่สนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้น คำเสนอย่อมสิ้นความผูกพันโดยไม่จำเป็นต้องถอนแต่อย่างใด แต่มีปัญหาว่าในระหว่างที่ผู้รับคำเสนอกำลังไตร่ตรองก่อนจะตัดสินใจทำคำสนอนั้น ผู้เสนอจะถอนคำเสนอของตนได้หรือไม่ มีนักกฎหมายเห็นว่าผู้เสนอถอนคำเสนอได้เสมอก่อนที่จะมีคำสนองขึ้นในเวลานั้น ถ้าผู้รับคำเสนอต้องการสนองรับก็ต้องทำคำสนองเสียในระหว่างเวลาที่เจรจกันอยู่ตามที่มีคำเสนอขึ้นมานั้นก่อนที่ผู้เสนอจะถอนคำเสนอเสีย⁵⁰ เหตุผลคือเนื่องจากกรณีดังกล่าวไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามถอนคำเสนอไว้เหมือนคำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางตามมาตรา 355 จึงเป็นอิสระของผู้เสนอที่จะถอนคำเสนอของตนเสียก็ได้

(2) เมื่อมีการสนองรับตามคำเสนอ สัญญาย่อมเกิดขึ้น

ผลอีกประการของคำเสนอก็คือ หากผู้รับคำเสนอได้สนองรับตอบกลับมาตามที่ผู้เสนอได้เสนอไป สัญญาก็จะเกิดขึ้น โดยนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่า เมื่อคำเสนอถอนไม่ได้ การที่อีกฝ่ายสนองรับมาย่อมก่อให้เกิดสัญญาเสมอ⁵¹ และหากผู้ทำคำเสนอซึ่งกลายเป็นคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนฐานผิดสัญญา⁵² อาจกล่าวได้ว่านักกฎหมายไทยยอมรับว่า การฟ้องร้องโดยอาศัยฐานจากคำเสนอโดยลำพังไม่อาจทำได้ โดยคำเสนอนั้นต้องกลายเป็นสัญญาแล้วเท่านั้นจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีหรือเรียกร้องได้⁵³

2.1.3 การสิ้นสุดผลของคำเสนอ

เมื่อผู้เสนอแสดงเจตนาทำคำเสนอแล้ว ไม่จำเป็นว่าผู้ทำคำเสนอจะต้องผูกพันตามการแสดงเจตนาของตนเสมอไป โดยคำเสนออาจสิ้นสุดผลได้หลายประการโดยอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

2.1.3.1 การถอนคำเสนอ

คำเสนอนั้นถอนไม่ได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น การถอนคำเสนอจึงไม่ทำให้คำเสนอสิ้นสุดผลแต่อย่างใด เว้นแต่ผู้รับคำเสนอจะยินยอมด้วย กรณีที่ผู้รับคำเสนอได้สนองรับคำ

⁴⁹ มาตรา 356 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵⁰ จิตติ ติงศภัทย์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 2, น. 27.

⁵¹ นักกฎหมายที่เห็นเช่นนี้ คือ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตตร, ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ อ่างถึงใน ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 3, น. 276-277.

⁵² เฟิงอ่าง

⁵³ เฟิงอ่าง

เสนอนั้น โดยเหตุที่ผู้เสนอไม่มีสิทธิถอนคำเสนอ การถอนคำเสนอจึงไม่มีผลแต่อย่างใด ถือว่าคำ เสนอยังมีผลผูกพันอยู่ ดังนั้น เมื่อผู้รับคำเสนอได้สนองรับคำเสนอ สัญญาจึงเกิดขึ้นเหมือนไม่มี การถอนคำเสนอเลย หากผู้เสนอไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา ย่อมเป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องรับผิดชอบ ใช้ค่าเสียหาย⁵⁴

2.1.3.2 คำเสนอถูกบอกรับ

คำเสนอนั้นไม่ว่าเป็นคำเสนออันบ่งระยะเวลาหรือมิได้บ่งระยะเวลาไว้ก็ตาม เมื่อ ผู้รับคำเสนอบอกรับคำเสนอนั้น คำเสนอนั้นย่อมสิ้นความผูกพันทันทีโดยไม่คำนึงว่าระยะเวลาอัน บ่งไว้จะยังมีเหลืออยู่มากน้อยเท่าใด⁵⁵ ซึ่งการบอกรับคำเสนอ มี 2 กรณีคือ

(1) การบอกรับโดยไม่มีข้อแก้ไข คือการปฏิเสธคำเสนอโดยสิ้นเชิงซึ่งอาจทำได้ทั้ง ต่อผู้อยู่เฉพาะหน้าหรือไม่เฉพาะหน้า⁵⁶

(2) การบอกรับโดยมีข้อแก้ไข ในกรณีของคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัดหรือข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยซึ่งเป็นการต่อรองคำเสนอ จะถือว่าเป็นคำสนองรับ ตามคำเสนออันทำให้สัญญาเกิดขึ้นยังไม่ได้ เพราะมิได้สนองรับตรงตามคำเสนออย่างสิ้นเชิง กฎหมายจึงให้ถือว่าเป็นการบอกรับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว⁵⁷

2.1.3.3 คำเสนอที่ผู้รับคำเสนอไม่ได้สนองรับภายในเวลา

คำเสนอนั้นจะต้องมีการสนองรับเพื่อให้เกิดสัญญาผูกพันกันตามเจตนา การที่จะ ให้คำเสนอให้มีผลผูกพันผู้เสนอตลอดไปโดยไม่มีวันสิ้นสุดย่อมไม่เป็นธรรมดาแก่ผู้เสนอ กฎหมายจึง บัญญัติให้คำเสนอสิ้นความผูกพัน เมื่อไม่มีการสนองรับคำเสนอ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 357 ว่า “คำเสนอใด ... มิได้สนองรับภายในเวลาที่กำหนดดังกล่าวมาในมาตราทั้งสามก่อนนี้ก็ดี คำเสนอ นั้นท่านว่าเป็นอันสิ้นความผูกพันแต่นั้นไป”⁵⁸ โดยอธิบายได้ดังนี้

(1) คำเสนออันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ (ตามมาตรา 354 ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ไม่ว่าจะ เป็นคำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่าง โดยระยะทางก็ตาม เมื่อไม่มีการสนองรับภายในเวลาที่กำหนด คำเสนอย่อมสิ้นความผูกพัน

⁵⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 355-356.

⁵⁵ มาตรา 357 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵⁶ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 278.

⁵⁷ มาตรา 359 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵⁸ มาตรา 357 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1809/2511 ฎ. 1984) ใบประกวดราคาที่กำหนดให้ราคาที่เสนอขายยื่นอยู่ 45 วัน คำตอบรับในวันที่ 46 ไม่ผูกพันผู้ประกวดราคา

(2) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าอันมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้เสนอ ณ ที่ใดเวลาใด ก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น (ตามมาตรา 356 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ดังนั้น ถ้าผู้รับคำเสนอไม่สนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้น คำเสนอก็ย่อมจะสิ้นความผูกพัน

ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 3641/2532 การทำคำเสนอของ จ. ที่จะโอนหุ้นให้โจทก์ตั้งแต่ปี 2518 โดยโจทก์มิได้สนองรับจนเวลาได้ล่วงเลยมาจนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2525 อันเป็นวันที่ จ. ถึงแก่กรรมนั้น อาจถือว่าคำเสนอนั้นสิ้นความผูกพันไปแล้ว โจทก์จึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องใดๆจากกองมรดกของ จ. ได้

(3) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางอันมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ (ตามมาตรา 355) เมื่อไม่มีการสนองรับภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอง คำเสนอก็ย่อมสิ้นความผูกพัน

ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 5134/2533 การทำคำเสนอของ จ. ที่จะโอนหุ้นให้โจทก์ตั้งแต่ปี 2518 โดยโจทก์มิได้สนองรับจนเวลาได้ล่วงเลยมาจนถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2525 อันเป็นวันที่ จ. ถึงแก่กรรมนั้น อาจถือว่าคำเสนอนั้นสิ้นความผูกพันไปแล้ว โจทก์จึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องใดๆจากกองมรดกของ จ. ได้

2.2 คำมั่น

2.2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ในสมัยโรมัน คำมั่นถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเรียกว่า *stipulation* (Stipulation) ซึ่งลักษณะของสัญญาประเภทนี้คือ คู่สัญญาฝ่ายที่จะเป็นเจ้าหนี้ในอนาคต (Promisee or Creditor) เป็นฝ่ายตั้งคำถามด้วยวาจาตามแบบขึ้นก่อน เพื่อขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งจะเป็นลูกหนี้ในอนาคต (Promisor or Debtor) ว่าจะให้หรือทำอะไรบางอย่างตามที่ถูกถามหรือไม่ โดย promisor ต้องตอบคำถามดังกล่าวด้วยวาจาตามแบบที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน⁵⁹ promise จึงถือเป็นการแสดง

⁵⁹ Borkowski J. Andrew, *Textbook on Roman Law* (London: Blackstone Press, 1994), p. 277 อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, “คำมั่นจะทำสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 6-7.

เจตนาอย่างหนึ่ง ไม่มีความหมายพิเศษ ทั้งนี้ ค้ำมั่นว่าจะทำสัญญาในสมัยโรมันโดยหลักไม่อาจใช้บังคับได้ หากบุคคลต้องการผูกพันตามสัญญาต้องทำตามที่กฎหมายโรมันกำหนดไว้เท่านั้น⁶⁰

ตามกฎหมายเก่าของไทยก่อนจะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การตกลงทำค้ำมั่นก่อนจะมีสัญญาเกิดขึ้นไม่อาจใช้บังคับได้ เนื่องจากสัญญาต้องทำตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด (สัญญาตามแบบพิธี) หรือโดยการส่งมอบทรัพย์สินแล้วบังคับให้อีกฝ่ายส่งคืนหรือกระทำการอื่นตอบแทน (ทรัพย์สินสัญญา)⁶¹

ส่วนค้ำมั่นจะทำสัญญาในระยะจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากความเข้าใจของผู้ร่างมาตรา 454 ในเรื่องค้ำมั่นว่าจะซื้อจะขายนั้น ได้นำแบบมาจากมาตรา 1589 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในเรื่อง promise to sell และมาตรา 556 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นในเรื่อง promise to buy and sell⁶² ซึ่งในร่างดังกล่าวได้ใช้คำว่า promise และตามความเข้าใจของผู้ร่างมองว่ามีลักษณะในทางกฎหมายเป็น unilateral contract ไม่ใช่จะซื้อหรือขายที่เป็นสัญญาที่ตกลงยินยอมกัน⁶³

2.2.2 ความหมายและประเภทของค้ำมั่น

ค้ำมั่นเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลซึ่งยอมผูกพันตนเองที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง⁶⁴ เป็นการให้ความแน่นอนว่าตนจะทำการใดสิ่งหนึ่งนั้น⁶⁵ โดยในระบบกฎหมายไทย ค้ำมั่นอาจแบ่งได้ 2 ประเภทคือ

2.2.2.1 ค้ำมั่นจะให้รางวัล

ซึ่งค้ำมั่นประเภทนี้ยังแบ่งออกได้อีก 2 ชนิดคือ ค้ำมั่นจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอันใดอันหนึ่ง (มาตรา 362 ถึง 364) และค้ำมั่นจะให้รางวัลแก่ผู้ชนะการประกวด (มาตรา 365)

⁶⁰ ธิวากร ยอดชาญ, *เพ็งอ้าง*

⁶¹ ร. แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2626), เล่ม 2 น. 163-164 และ 166. อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, *เพ็งอ้าง*, น. 19.

⁶² รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 21 พฤษภาคม 2467, น. 1176. อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, *เพ็งอ้าง*, น. 21.

⁶³ รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 2 มิถุนายน 2467, น. 1213. อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, *เพ็งอ้าง*, น. 23.

⁶⁴ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 3*, น. 283.

⁶⁵ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 20*, น. 221.

2.2.2.2 คำมั่นจะทำสัญญา

ซึ่งเกิดขึ้นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในฐานะที่คำมั่นเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญา ดังนี้

(1) คำมั่นที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ในเอกเทศสัญญาบางลักษณะ คือคำมั่นจะซื้อและคำมั่นจะขายตามมาตรา 454 และ 456 คำมั่นว่าจะให้ตามมาตรา 526 คำมั่นว่าจะขายในสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 และคำมั่นจะให้สินจ้างตามมาตรา 576 เป็นต้น

(2) คำมั่นอื่นๆที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ มีประเด็นว่าคำมั่นจะทำสัญญาอื่นๆซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้ จะมีผลบังคับได้เพียงใด ประเด็นนี้มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่าถ้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประสงค์จะให้บุคคลแสดงเจตนาให้คำมั่นจะทำสัญญาได้ในสัญญาทุกประเภท ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้ในเอกเทศสัญญาเพียงบางลักษณะ การที่บัญญัติไว้เช่นนั้นน่าจะแสดงว่าเอกเทศสัญญาลักษณะใดหรือสัญญาประเภทใดที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นไว้ย่อมไม่อาจให้คำมั่นผูกพันกันได้⁶⁶

แต่อย่างไรก็ดี ในเอกเทศสัญญาลักษณะเช่าทรัพย์สินแม้จะไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่น ศาลฎีกาก็วินิจฉัยคำมั่นจะให้เช่าทรัพย์สินนั้นใช้บังคับกันได้ ในสัญญาเช่าทรัพย์สินซึ่งกำหนดระยะเวลาเช่า 2 ปีนั้นได้ตกลงกันว่าเมื่อครบกำหนดนี้ ผู้เช่ามีสิทธิจะเช่าต่อไปอีก 2 ปี โดยแจ้งความจำนงให้ผู้ให้เช่ารู้ ดังนี้เป็นคำมั่นจะให้เช่าทรัพย์สินอันใช้บังคับได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 626/2490) ถ้าไม่แสดงความจำนงขอเช่าตามคำมั่นก่อนสัญญาเช่าสิ้นอายุ การขอเช่าหลังจากนั้นไม่มีผล (คำพิพากษาฎีกาที่ 1051/2514)⁶⁷ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยตามหลักทั่วไปว่าด้วยคำเสนอคำสนอง เมื่อถูกต้องตรงกันก็ก่อให้เกิดสัญญา⁶⁸

2.2.3 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่น

ในประเด็นเรื่องลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นนั้น กฎหมายไทยขาดความชัดเจนเนื่องจากมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายและนักกฎหมายก็มีความเห็นที่แตกต่างกัน โดยมีนักกฎหมายที่เห็นว่าคำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียวผูกพันตนว่า จะทำสัญญาหรือจะให้รางวัลแก่ผู้ทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง⁶⁹ และมีนักกฎหมาย

⁶⁶ เฟื่องอ้าง, น. 222.

⁶⁷ เฟื่องอ้าง

⁶⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 399.

⁶⁹ ความเห็นของศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 4 หัวข้อ 1.2.1

เห็นว่าคำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา⁷⁰ นอกจากนี้ยังแนวความเห็นเห็นว่าในตัวของคำมั่นเองเป็นคำเสนออย่างหนึ่ง เพียงแต่มีความผูกพันยิ่งกว่าคำเสนอ จึงสามารถนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำเสนอมาใช้บังคับได้⁷¹ รวมถึงแนวความเห็นที่ว่าคำมั่นมีลักษณะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือเป็นสัญญา⁷² ซึ่งประเด็นเรื่องลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นจะได้วิเคราะห์โดยเปรียบเทียบกับลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นตามกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 4 ต่อไป ทั้งนี้เพื่อเป็นการเปรียบเทียบคำมั่นกับคำเสนอในประเด็นการเกิดขึ้นของสัญญา ต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะกล่าวถึงเฉพาะในส่วนของคำมั่นจะทำสัญญาเท่านั้น

2.2.4 การมีผลและผลของคำมั่น

โดยที่คำมั่นเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ดังนั้นการมีผลของคำมั่นจึงใช้หลักทั่วไปในการแสดงเจตนาตามมาตรา 168 และ 169 ดังที่ได้อธิบายมาในเรื่องคำเสนอนั้นเอง รศ.ดร.ศรินทร์กมล โสติพิพันธุ์⁷³ให้ความเห็นว่า คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องการผู้รับการแสดงเจตนา ไม่ว่าจะรับด้วยการรู้ (คำมั่นต่อผู้อยู่เฉพาะหน้า) หรือรับด้วยการที่การแสดงเจตนาให้คำมั่นนั้นไปถึง (คำมั่นต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า) ซึ่งคำมั่นก็จะมีผลเป็นคำมั่นคือผูกพันผู้ให้คำมั่นทันทีโดยผู้รับคำมั่นไม่ต้องแสดงเจตนารับเพื่อแสดงว่าตนรู้ว่าคำมั่นนั้น

2.2.4.1 คำมั่นต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า

(1) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าบ่งเวลา คือกรณีที่ผู้ให้คำมั่นได้ให้คำมั่นว่าจะทำสัญญาต่อผู้รับคำมั่นโดยที่ผู้รับคำมั่นสามารถรับรู้ถึงคำมั่นนั้นได้ทันที คำมั่นจึงมีผลสมบูรณ์เป็นการแสดงเจตนาทันที แต่ระยะเวลาแห่งความผูกพันย่อมเป็นไปตามที่ผู้ให้คำมั่นกำหนดไว้⁷⁴

(2) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าไม่บ่งเวลา จากหลักทั่วไปของการแสดงเจตนา คำมั่นต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าย่อมมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นทันทีที่ผู้รับคำมั่นทราบถึงการแสดงเจตนาทำคำมั่นนั้น แต่มีปัญหาว່ว่าผู้ให้คำมั่นจะผูกพันผู้รับคำมั่นเนิ่นนานเพียงใดในเมื่อผู้ให้

⁷⁰ ความเห็นของรศ.ดร. ศรินทร์กมล โสติพิพันธุ์ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 4 หัวข้อ 1.2.1

⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 4995-4996/2538 ศาลตัดสินโดยใช้หลักเกณฑ์ของคำเสนอ ในลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

⁷² ความเห็นของศาสตราจารย์เสริม วิจิฉัยกุล, ศาสตราจารย์ดร.หยุด แสงอุทัย, ผศ.ดร. กิตติศักดิ์ ปกติ โปรดดูเพิ่มเติมในบทที่ 4 หัวข้อ 1.2.1

⁷³ จำปี โสติพิพันธุ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 18.

⁷⁴ เพิ่งอ้าง, น. 20.

คำมั่นมิได้มีเจตนากำหนดไว้ หากใช้หลักเกณฑ์เดียวกับคำเสนอตามมาตรา 356 ก็จะหมายความว่าคำมั่นนั้นย่อมสิ้นความผูกพันไปทันทีหากผู้รับคำมั่นไม่สนองรับในขณะนั้น ซึ่งก็จะพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องแปลกเพราะโดยลักษณะทางกฎหมายและความมุ่งหมายของคำมั่นแล้วย่อมผูกพันผู้ให้คำมั่นมากกว่าคำเสนอ กรณีนี้มีนักกฎหมายเห็นว่า เมื่อมิได้บ่งเวลาแห่งความผูกพันนั้นไว้ย่อมแสดงเป็นปริยายว่าความผูกพันตามคำมั่นนั้นผู้ให้คำมั่นไม่ประสงค์จะจำกัดเวลา แต่อาจถอนคำมั่นตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดได้⁷⁵

2.2.4.2 คำมั่นต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า

(1) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้าบ่งเวลา โดยเมื่อผู้ให้คำมั่นได้กำหนดเวลาไว้ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้ให้คำมั่นประสงค์จะผูกพันตามเวลาที่บ่งไว้ ดังนั้นผู้ให้คำมั่นจึงต้องผูกพันตามเวลาที่ตนกำหนดไว้

(2) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้าไม่บ่งเวลา กรณีของคำมั่นต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้าที่มิได้บ่งเวลาไว้ อาจมีปัญหาได้ว่าเมื่อคำมั่นมีผลสมบูรณ์เป็นการแสดงเจตนาคือไปถึงผู้รับคำมั่นแล้ว ผู้ให้คำมั่นจะต้องผูกพันตามคำมั่นนั้นนานเพียงใด โดยมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ของการสิ้นความผูกพันเช่นเดียวกับคำเสนอในมาตรา 357 ได้หรือไม่

รศ.ดร.ศรินทร์ภรณ์ โสติพิพันธุ์ อธิบายว่า หากพิจารณาโดยผิวเผิน อาจคิดว่าสามารถใช้หลักเกณฑ์ของคำเสนอต่อคำมั่นได้ เพราะคำมั่นก็มีลักษณะเป็นการขอทำสัญญาทำนองเดียวกับคำเสนอ และในคำมั่นต้องเป็นคำเสนอคือต้องมีความชัดเจนแน่นอนอยู่ด้วย⁷⁶ โดยอาจใช้หลักเกณฑ์ของคำเสนอในลักษณะของการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ดังเช่นที่เคยมีคำพิพากษาฎีกาบางฉบับวินิจฉัยไว้ (เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 4995-4996/2538) แต่ตามความเห็นของรศ.ดร.ศรินทร์ภรณ์นั้นเห็นว่า ไม่อาจใช้หลักเกณฑ์ของคำเสนอต่อคำมั่นได้ เพราะโดยสภาพ ลักษณะทางกฎหมายและความมุ่งหมายของคำมั่นกับคำเสนอนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ โดยลักษณะและความมุ่งหมายของคำมั่นแล้วผู้ให้คำมั่นย่อมประสงค์ที่จะผูกพันตนเองตามคำมั่นนั้นยิ่งกว่าคำเสนอ ซึ่งความผูกพันดังกล่าวเกิดจากเสรีภาพของผู้ให้คำมั่นจึงมีลักษณะของการที่ผู้ให้คำมั่นใช้เสรีภาพในการให้คำมั่นและใช้เสรีภาพนั้นจำกัดเสรีภาพของตนเองที่จะไม่ถอนคำมั่นนั้น⁷⁷

⁷⁵ เฟิงอ๋าง

⁷⁶ เฟิงอ๋าง, น. 21.

⁷⁷ เฟิงอ๋าง

สำหรับคำมั่นว่าจะซื้อหรือจะขายนี้มีบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 454 กำหนดไว้ชัดเจนว่าคำมั่นนี้จะก่อให้เกิดสัญญาได้อย่างไร ทั้งยังได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าในคำมั่นดังกล่าวอาจมีกำหนดเวลาผูกพันหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้ให้คำมั่นกำหนดเวลาผูกพันไว้แน่นอนก็เป็นคำมั่นที่มีกำหนดเวลา ผู้ให้คำมั่นผูกพันแค่นั้น แต่ถ้าคำมั่นไม่มีกำหนดเวลา ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1004/2485 ว่าคำมั่นนั้นย่อมผูกพันผู้ให้คำมั่นตลอดไปแม้เวลาจะผ่านไปนานสิบปี คำมั่นนั้นก็ยังคงผูกพันอยู่ และมีตัวอย่างคำพิพากษาเกี่ยวกับคำมั่นว่าจะให้เช่าคือ ทำสัญญาเช่าที่ดินโดยจดทะเบียนมีกำหนดเวลา 10 ปี สัญญามีข้อหนึ่งระบุว่าเมื่อครบอายุสัญญาเช่าแล้ว ผู้ให้เช่ายินยอมจดทะเบียนต่ออายุสัญญาเช่าให้แก่ผู้เช่าอีก 10 ปีตามสัญญาเดิม ข้อความดังกล่าวเป็นเพียงคำมั่น เมื่อผู้เช่าทราบว่าผู้ให้เช่าตายก่อนสัญญาเช่าเดิมครบกำหนด คำมั่นย่อมไม่มีผลใช้บังคับ ผู้เช่าจะฟ้องขอให้บังคับทายาทของผู้ให้เช่าจดทะเบียนต่ออายุสัญญาเช่าหาได้ไม่ (1213/25147 ญ., 163/2518) ทั้งนี้ประเด็นปัญหาต่างๆ ในเรื่องของคำมั่นจะทำสัญญานั้น ผู้เขียนจะวิเคราะห์โดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 4

2.3 คำสนอง

2.3.1 ความหมายและลักษณะของคำสนอง

คำสนองเป็นการแสดงเจตนาของผู้สนองรับต่อผู้เสนอตกลงรับทำสัญญา มีผู้อธิบายว่า คำสนองคือคำตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ⁷⁸ โดยต้องแสดงเจตนาทำคำสนองต่อผู้เสนอและเมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันก็จะเกิดเป็นสัญญาผูกพันทั้งสองฝ่าย โดยลักษณะของคำสนอง มีดังนี้

2.3.1.1 คำสนองมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาเช่นเดียวกับคำเสนอ จึงต้องทำหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องการแสดงเจตนาตามมาตรา 168 และ 169 มาใช้บังคับด้วยเช่นกัน

2.3.1.2 สำหรับประเด็นที่ว่า คำสนองเป็นนิติกรรมหรือไม่นั้น นักกฎหมายไทยยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่เช่นเดียวกับกรณีของคำเสนอ โดยศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตรเห็นว่า คำสนองเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา⁷⁹

2.3.1.3 การแสดงเจตนาทำคำสนองอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งต่างจากคำเสนอที่ต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเท่านั้น กล่าวคือ

⁷⁸ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 1, น. 462.

⁷⁹ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 20, น. 211.

(1) การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยชัดแจ้ง เป็นการแสดงกิริยาอาการออกมาโดยชัดแจ้งว่าต้องการสนองรับตามคำเสนอนั้น อาจแสดงด้วยวาจา เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือแสดงกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ชัดแจ้งว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับก็ได้

(2) การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยปริยาย ได้แก่ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิใช่เป็นการทำคำสนองโดยตรง แต่พฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่ามีเจตนาที่จะสนองรับ โดยการสันนิษฐานนี้ ต้องอาศัยการสันนิษฐานจากเจตนาผู้เสนอหรือตามปกติประเพณี⁸⁰

(3) การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยการนิ่ง ตามหลักทั่วไปการนิ่งไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนา เพราะมิได้มีการแสดงกิริยาอาการอย่างใดออกมา อันจะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนา การนิ่งที่จะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาได้นั้น จะต้องเป็นการนิ่งที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเจาะจงว่าเป็นการแสดงเจตนา⁸¹

2.3.1.4 คำสนองต้องมีข้อความชัดเจน แน่นนอนและไม่มีเงื่อนไข และไม่มีการแก้ไขจำกัด ตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอ⁸² กล่าวคือคำสนองนั้นจะต้องตรงตามคำเสนอของผู้เสนอ และมีผลก่อให้เกิดสัญญา ถ้ามีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัดหรือข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วย ซึ่งมีลักษณะเป็นการต่อรองคำเสนอ ถือว่าเป็นการบอกปิดคำเสนอทำให้คำเสนอสิ้นผล⁸³

2.3.1.5 คำสนองจะต้องสนองภายในเวลาที่ระบุในคำเสนอ (กรณีคำเสนอบ่งเวลา) หรือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะมีการบอกกล่าวสนองรับ (กรณีคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางโดยไม่บ่งเวลา) หรือขณะที่มีคำเสนอ (กรณีคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าโดยไม่บ่งเวลา)

2.3.1.6 คำสนองต้องกระทำต่อบุคคลที่เจาะจงตัว กล่าวคือทำต่อผู้ทำคำเสนอนั้นเอง⁸⁴ ต่างจากคำเสนอซึ่งอาจแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้⁸⁵ และโดยที่คำสนองต้องเป็นการแสดงเจตนาตกลงตามคำเสนอ คำสนองจึงต้องสนองโดยเชื่อมโยง

⁸⁰ ศนันทกรรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น. 280.

⁸¹ ศักดิ์ สนองชาติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น. 358.

⁸² ศนันทกรรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น. 280.

⁸³ มาตรา 359 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁸⁴ ศนันทกรรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น. 272.

⁸⁵ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20*, น. 211.

กับคำเสนอด้วย ดังนั้น หากต่างฝ่ายต่างแสดงเจตนาต้องตรงกันโดยเอกเทศ โดยมีได้เป็นการแสดงเจตนาเสนอสนองต่อกัน ดังนี้สัญญาย่อมไม่เกิดขึ้น⁸⁶

2.3.1.7 จากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาทำให้ผู้รับคำเสนอยอมมีสิทธิที่จะเลือกสนองหรือบอกปัดคำเสนอได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่ผู้รับคำเสนออาจมีหน้าที่ต้องทำคำสนอง กล่าวคือ

(1) กรณีทำสัญญาจะซื้อจะขาย เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงในสัญญาฉบับหนึ่งว่า ทั้งสองฝ่ายตกลงผูกพันจะไปทำสัญญาอีกฉบับในภายหลัง ต่อมาเมื่อฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ และอีกฝ่ายตกลงจะทำคำสนองเพื่อให้สัญญาฉบับหลังเกิดขึ้น โดยกรณีนี้ถือว่าผู้รับคำเสนอมีหน้าที่ต้องทำคำสนอง กรณีดังกล่าวได้แก่สัญญาจะซื้อขายที่ดินที่มีการตกลงเกี่ยวกับการโอนขายไว้ชัดเจนแล้ว⁸⁷

(2) หน้าที่ทำคำสนองโดยผลของกฎหมายในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการบางประเภทที่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้บริการสาธารณะมีหน้าที่ให้บริการต้องทำคำสนองเมื่อมีผู้ขอใช้บริการโดยไม่อาจเลือกปฏิบัติได้ เช่น บริการรถโดยสารส่วนบุคคลรับจ้าง (มาตรา 93 พ.ร.บ.จราจรทางบก พ.ศ. 2522) และบริการขนส่งมวลชน (มาตรา 104, 105 พ.ร.บ.ขนส่งทางบก พ.ศ. 2522)⁸⁸ เป็นต้น

2.3.2 ผลของคำสนอง

เมื่อคำสนองมีผลตามหลักการแสดงเจตนาแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายดังนี้

2.3.2.1 เมื่อคำสนองต้องตรงกับคำเสนอสัญญาที่เกิดขึ้น แต่ผู้สนองจะต้องสนองรับก่อนคำเสนอสิ้นความผูกพัน

2.3.2.2 เมื่อคำสนองเป็นผลให้เกิดสัญญาขึ้นแล้วแล้ว ย่อมถอนไม่ได้อีกต่อไป ในประเด็นนี้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าห้ามมิให้ผู้สนองรับถอนคำสนอง แต่โดยเหตุที่เมื่อมีการสนองรับตามคำเสนอสัญญาก็เกิดขึ้นตามมาตรา 361 ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าคำสนอนั้นถอนไม่ได้ เพราะถ้ายอมให้ถอนคำสนองได้ก็เท่ากับเป็นการเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุที่จะเลิกตามกฎหมาย ที่ว่าคำสนองถอนไม่ได้นั้น หมายความว่า การแสดงเจตนาได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนามี

⁸⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 71.

⁸⁷ เพิ่งอ้าง, น. 75-76.

⁸⁸ เพิ่งอ้าง

ผลเป็นคำสนองอันสมบูรณ์แล้ว ถ้าการแสดงเจตนายังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนา ผู้สนองรับยอมมิสิทธิถอนการแสดงเจตนาทำคำสนองได้ตามมาตรา 169 วรรคหนึ่ง⁸⁹

2.3.2.3 คำสนองไม่สิ้นความผูกพันเพราะเหตุที่ผู้สนองตายหรือตกเป็นผู้คนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ตามหลักในมาตรา 169 วรรคสอง โดยไม่คำนึงว่าการแสดงเจตนา นั้นจะได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาแล้วหรือไปยังไม่ถึงก็ตาม เนื่องจากผู้สนองได้ก่อเจตนาโดยสมบูรณ์และเป็นที่ยัดเจนแล้ว⁹⁰

2.3.2.4 คำสนองที่มาถึงล่วงเวลา แม้จะเป็นคำสนองที่มีข้อความชัดเจนแน่นอน ไม่มีเงื่อนไขก็ตาม แต่คำสนองนั้นก็ไม้อาจมีลักษณะของคำสนองได้อีกต่อไปเพราะการที่จะเป็นคำสนองได้นั้น คำเสนอจะต้องยังคงผูกพันอยู่ แต่เมื่อคำสนองมาถึงล่วงเวลา แสดงว่าคำเสนอนั้นได้สิ้นความผูกพันไปแล้ว ตามมาตรา 357 สัญญาจึงไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้ ดังนั้นมาตรา 359 วรรคหนึ่งจึงบัญญัติถึงผลของคำสนองที่มาถึงล่วงเวลาไว้ว่า ถ้าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำเสนอนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่

อย่างไรก็ตาม กรณีของคำสนองล่วงเวลานั้นต้องพิจารณาด้วยว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 358 หรือไม่ หากเป็นกรณีให้เห็นประจักษ์ว่าคำสนองล่วงเวลานั้นได้ส่งตามทางการซึ่งปกติควรจะมาถึงภายในเวลาที่กำหนด และผู้เสนอมิได้บอกกล่าวโดยพลันว่าคำสนองนั้นมาถึงล่าช้า ถือว่าคำสนองดังกล่าวไม่ล่วงเวลา⁹¹

2.3.2.5 คำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข ตัดทอนคำเสนอ ตามมาตรา 359 วรรคสองนั้นให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับและกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วย เนื่องจากเท่ากับว่าการแสดงเจตนาไม่เห็นต้องตรงกันกับคำเสนอนั้นทั้งหมด การบอกปิดคำเสนอในลักษณะเช่นนี้ ถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว และคู่กรณีอีกฝ่ายจะตอบรับคำเสนอที่เกิดขึ้นมาใหม่นั้นหรือไม่ก็ได้⁹²

คำพิพากษาฎีกาที่ 2639/2515 โจทก์เสนอราคาเครื่องปรับอากาศพร้อมค่าติดตั้งแก่จำเลย จำเลยมีหนังสือถึงโจทก์แสดงความประสงค์จะทำสัญญากับโจทก์ แต่โจทก์จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด คือจะต้องยื่นรูปแบบและการติดตั้งพร้อมทั้งร่างสัญญาให้จำเลยพิจารณาเห็นชอบเสียก่อน คำสนองเช่นนี้เป็นคำสนองที่มีข้อจำกัด

⁸⁹ ศักดิ์ สอนองชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 260.

⁹⁰ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 281.

⁹¹ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 74-75.

⁹² เฟิงอ้าง

3. เวลาที่สัญญาเกิด

3.1 เวลาที่สัญญาเกิด

ตามหลักทั่วไปของการเกิดสัญญา สัญญาจะเกิดก็ต่อเมื่อมีคำเสนอคำสนองต้องตรงกัน ปัญหาว่าเมื่อไรที่จะถือได้ว่า คำเสนอคำสนองนั้นต้องตรงกันทำให้เกิดสัญญาขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เวลาใดที่ถือว่าคำสนองนั้นมีผล พิจารณาได้ดังนี้

3.1.1 การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง

กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีคำเสนอคำสนองชัดเจนว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมุ่งจะทำสัญญาต่อกันโดยปราศจากข้อสงสัยอย่างใด⁹³ แยกได้เป็น

3.1.1.1 สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า

จากหลักในมาตรา 356 การทำคำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าต้องสนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้น ดังนั้นเมื่อสนองรับต่อหน้า ก็เกิดสัญญา ณ ที่สนองรับนั้น⁹⁴ แต่ถ้าเป็นคำเสนอคำสนองโดยทางโทรศัพท์ต้องถือว่าสัญญาเกิด ณ ที่ผู้เสนอได้รับคำสนองทางโทรศัพท์ เพราะถือว่าเป็นการสนองรับต่อหน้าผู้เสนอ ผู้เสนออยู่ ณ ที่ใด สัญญาย่อมเกิดขึ้นที่นั้น

3.1.1.2 สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง

จากหลักในมาตรา 361 วรรคหนึ่ง สัญญาเกิดเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปสำหรับการเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง เพราะฉะนั้น คำสนองไปถึงผู้เสนอเมื่อใด สัญญาก็เกิดเมื่อนั้น และในสถานที่นั้น⁹⁵ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับการมีผลของการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้ามีผลเมื่อการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงตามมาตรา 169 นั้นเอง

เจตนามีผลเมื่อไปถึงนั้น หมายความว่า การแสดงเจตนาที่ส่งไปนั้นอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับการแสดงเจตนาแล้ว กล่าวคือ อยู่ในอำนาจทางเขตแดนของผู้รับการแสดงเจตนาในลักษณะที่ผู้รับการแสดงเจตนาอยู่ในฐานะที่อาจรับรู้เนื้อหาแห่งการแสดงเจตนาได้ เช่น ส่งจดหมายไปยังผู้รับโดยหย่อนลงในตู้จดหมายในเวลากลางคืน ถือว่าจดหมายนั้นอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับในตอนเช้าวันรุ่งขึ้นในเวลาอันควรคาดหมายได้ว่า วิญญูชนยอมไขตู้จดหมายของตน⁹⁶ นอกจากนี้ การไปถึงต้องปรากฏด้วยว่าตามพฤติการณ์ปกติผู้รับการแสดงเจตนาย่อมอยู่ในฐานะที่

⁹³ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น. 290.

⁹⁴ *เพ็ญอ้าง*

⁹⁵ *เพ็ญอ้าง*

⁹⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น. 51.

จะรับรู้การแสดงเจตนาอันได้ ความมีผลของเจตนาจึงเป็นไปในทำนองเดียวกับการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คือมีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาควรได้รู้ถึงเจตนาที่มีผู้ส่งเข้ามาอยู่ในเงื้อมมือของตนแล้วนั่นเอง⁹⁷

มีประเด็นให้พิจารณาว่า การแสดงเจตนาทำคำสนองต่อคู่กรณีซึ่งเป็นผู้ประกอบการหลังเวลาเลิกงาน เช่นการโทรศัพท์และบันทึกเสียงไว้ก็ดี หรือโดยการโทรสารซึ่งไม่มีผู้รับทันทีก็ดี จะถือว่าการทำคำสนองมีผลและสัญญาเกิดขึ้นในเวลาเมื่อใด ตั้งแต่เวลาที่มีการบันทึกเสียงหรือเวลาส่งโทรสารที่เป็นเวลานานอกทำการ หรือมีผลในเวลาทำการของวันถัดไป⁹⁸

3.1.2 การเกิดสัญญาโดยปริยาย

แม้โดยหลักคำสนองจะมีผลเมื่อคำสนองได้ส่งไปถึงผู้รับเสียก่อน อันจะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ตามมาตรา 361 วรรคแรก แต่ก็มิใช่ข้อยกเว้นว่าสัญญาอาจเกิดขึ้นได้แม้มิได้มีคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้รับ ดังนี้

3.1.2.1 หากผู้เสนอได้แสดงเจตนาสละสิทธิที่จะเรียกให้คู่กรณีอีกฝ่ายทำคำบอกกล่าวสนอง โดยผู้เสนออาจจะระบุไว้ในคำเสนอว่าผู้รับคำเสนอไม่ต้องสนอง แต่ให้ปฏิบัติการบางอย่างได้เลย ก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำนั้นๆ แทนการบอกกล่าวสนอง เช่น บอกไปในคำสนองโดยวิธีที่กำหนดไว้ในคำเสนอ คือจุดพลุขึ้น สัญญาย่อมเกิดขึ้นในขณะนั้นโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสนอได้ทราบถึงการจุดพลุนั้นหรือไม่ ถ้าผู้รับคำเสนอทำคำสนองโดยวิธีอื่น แทนที่จะมีสัญญาเกิดขึ้น กลับจะมีผลให้คำสนองสิ้นความผูกพันไปเลย⁹⁹

หรือแม้กรณีที่ผู้เสนอไม่ได้ระบุไว้ว่าไม่ต้องสนอง แต่ตามปกติประเพณีถือว่าไม่จำเป็นต้องมีการสนอง กรณีเช่นนี้ การกระทำของผู้รับคำเสนอประกอบกับปัจจัยเหล่านี้สามารถสันนิษฐานได้ว่าการกระทำของผู้รับคำเสนอเป็นการสนองรับคำเสนอแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้นในเวลาที่มีการกระทำดังกล่าว เช่น การจองห้องพักของโรงแรม เพียงเจ้าหน้าที่ของโรงแรมรับคำจองไว้หรือจดบันทึกชื่อผู้จอง หรือจัดเตรียมห้องพักไว้ ก็เพียงพอที่จะถือว่าสัญญาจองห้องพักเกิดขึ้นแล้ว¹⁰⁰

⁹⁷ เพิ่งอ้าง, น. 52.

⁹⁸ โปรดดูการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 4

⁹⁹ จิต เศรษฐบุตตร, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 20, น. 212.

¹⁰⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 7, น. 72.

3.1.2.2 กรณีการขายทอดตลาด สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นเมื่อผู้ขายทอดตลาดเคาะไม้ ถือว่าการเคาะไม้เป็นการแสดงเจตนาทำค้ำสนองโดยที่ไม่จำเป็นต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาสนองนั้น ตามมาตรา 509¹⁰¹

นอกจากนี้ ในประเด็นของการขายทอดตลาดนั้นยังมีปัญหาให้พิจารณาเพิ่มเติมว่า เมื่อสัญญาซื้อขายทอดตลาดบริบูรณ์โดยการเคาะไม้ของผู้ทอดตลาดแล้ว หากทรัพย์ที่ขายทอดตลาดนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษซึ่งกฎหมายกำหนดว่าต้องทำตามแบบคือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือหากเป็นสัญญาจะซื้อจะขายก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีการวางมัดจำ หรือมีการลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ ดังนี้ สัญญาขายทอดตลาดทรัพย์ดังกล่าว จะอยู่ภายใต้บทบังคับในเรื่องแบบและหลักฐานเป็นหนังสือที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่¹⁰²

3.2 บทสันนิษฐานการเกิดและไม่เกิดของสัญญา

กฎหมายได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสันนิษฐานว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ ดังนี้

3.2.1 สัญญาเกิดแม้ไม่ได้ตกลงกันในข้อซึ่งมิใช่สาระสำคัญ

มาตรา 367 บัญญัติว่า “สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้วแต่ แท้จริงยังมีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใด อันจะต้องทำความตกลงให้ สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ ได้สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไว้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้ว ก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”

ในกรณีนี้หมายความว่า ข้อสัญญาที่ยังไม่ได้ตกลงกันนั้นเป็นข้อสัญญาที่มิใช่สาระสำคัญ ดังนั้นแม้จะยังไม่ได้ตกลงกันในเรื่องนี้ แต่ตกลงกันในข้ออื่นแล้วสัญญาก็เกิดได้¹⁰³ เช่น คู่สัญญาอาจไม่ได้ตกลงกันในเรื่องค่าฤชาธรรมเนียม เรื่องกำหนดเวลาในการชำระหนี้ เรื่องสถานที่ในการชำระหนี้ เรื่องค่าใช้จ่ายในการขนส่งทรัพย์สิน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่สำคัญหรือไม่ ต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ เพราะในบางครั้งคู่กรณีอาจเห็นว่า ค่าฤชาธรรมเนียม หรือกำหนดเวลาในการชำระหนี้เป็นเรื่องสำคัญก็อาจเป็นได้

¹⁰¹ เฟิงอ้วง

¹⁰² โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม ในส่วนของการวิเคราะห์ในบทที่ 4

¹⁰³ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 294.

ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่กรณีโดยอาศัยหลักการตีความการแสดงเจตนา¹⁰⁴ โดยพฤติการณ์ที่จะพึงอนุมานหรือคาดหมายได้ว่าสัญญาเกิดแม้ไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อมีดังนี้คือ¹⁰⁵

(1) ข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้น โดยลักษณะไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา และคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาไว้ว่าเป็นสาระสำคัญ ย่อมถือได้ว่าสัญญาเกิดหรือมีสัญญาต่อกัน

(2) ข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้น มีบทบัญญัติสันนิษฐานเจตนาไว้ในกฎหมายอยู่แล้ว เมื่อคู่สัญญามีได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็บังคับกันได้ตามกฎหมาย ย่อมถือได้ว่าสัญญาเกิดหรือมีสัญญาต่อกัน

(3) ข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้นเป็นสาระสำคัญเพราะเป็นลักษณะประจำของสัญญา อันจะขาดมิได้ แต่คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่ตกลงกันไปแล้ว ก็ต้องถือว่ามีสัญญาต่อกันหรือสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

ตัวอย่างเช่น นายก. ซื้อกล้วยปิ้งที่ทำพระจันทร์ 10 ลูกโดยไม่ได้ถามราคาผู้ขาย คนขายตกลงขายให้โดยไม่ได้แจ้งราคาแก่ผู้ซื้อ กรณีนี้ถือว่าสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้ว แม้ว่าคู่กรณีจะยังไม่ได้ตกลงกันเรื่องราคาก็ตาม เนื่องจากเจตนาของคู่สัญญาเห็นว่าในกรณีนี้ราคาไม่ใช่สาระสำคัญ กล่าวคือ ผู้ซื้อเห็นว่าราคากกล้วยปิ้งคงเท่าๆกับกล้วยปิ้งที่ขายทั่วไป จึงไม่ถือว่าราคาเป็นสาระสำคัญ¹⁰⁶

3.2.2 สัญญาไม่เกิดเพราะไม่ได้ตกลงกันในข้อซึ่งเป็นสาระสำคัญ

มาตรา 366 บัญญัติว่า “ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่าย เดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็น ที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกัน ไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่”

กล่าวคือ สัญญาใดมีข้อสาระสำคัญจะต้องตกลงกันหลายข้อ หากยังมีได้ตกลงกันทุกข้อ ในกรณีอันเป็นที่สงสัย ถือว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน เพราะสาระสำคัญอันเป็นประโยชน์มุ่งหมายอยู่ที่จะให้มีการตกลงกันแล้วทุกข้อ¹⁰⁷ เนื่องจากโดยหลักแล้วคำเสนอกับคำสนองซึ่งถูกต้องตรงกันอันก่อให้เกิดสัญญานั้นโดยปกติจะต้องถูกต้องตรงกันหมดทุกข้อ แต่บางกรณีคำเสนอคำ

¹⁰⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7*, น. 78/8.

¹⁰⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น. 369-370.

¹⁰⁶ ตัวอย่างของผศ.ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี จากการบรรยายวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา (น. 101) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

¹⁰⁷ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 487.

สนองอาจมีปัญหารายละเอียดปลีกย่อยมากมาย ข้อความใดๆแห่งสัญญาอันคู่สัญญาทุกฝ่ายหรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแม้เพียงฝ่ายเดียว ได้แสดงเจตนาไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อก่อน ถ้าคู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันหรือยังตกลงกันไม่ได้ ก็ถือว่าสัญญายังไม่เกิด เช่น ในการซื้อขายทรัพย์สิน แม้คู่สัญญาจะพอใจในทรัพย์สินและราคาตามที่เสนอสนองกัน แต่ยังไม่ได้ตกลงกันในเรื่องเงื่อนไขในการชำระหนี้และความรับผิดชอบเกี่ยวกับการขนส่งซึ่งคู่สัญญาถือว่าเป็นสาระสำคัญ ดังนี้จะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อมไม่ได้ จำเป็นที่จะต้องมีการเจรจาทำความเข้าใจหรือทำความเข้าใจความตกลงกันให้ครบทุกข้อก่อน ถ้าตกลงกันไม่ได้หมดทุกข้อเมื่อกรณีเป็นที่สงสัย มาตรา 366 วรรคแรกให้ถือว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน หรือสัญญายังไม่เกิด¹⁰⁸

คำพิพากษาฎีกาที่ 2905/2524 โจทก์จำเลยมีเจตนาที่จะทำสัญญาจองตึกแถวของโจทก์เป็นหนังสือ เมื่อข้อความแห่งสัญญาอันเป็นสาระสำคัญยังไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อและสัญญายังไม่ได้ทำเป็นหนังสือตามที่ตกลงกัน ย่อมนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 จำเลยจะอ้างว่ามีสัญญาจองอาคารพาณิชย์ระหว่างโจทก์และจำเลย และอ้างสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามสัญญานั้นหาได้ไม่

3.2.3 สัญญาไม่เกิดเพราะไม่ได้ทำเป็นหนังสือ

แม้คู่สัญญาจะได้แสดงเจตนาทำคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการแล้ว แต่หากคู่สัญญาได้ตกลงกันด้วยว่าสัญญานั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ トラบใดที่ยังไม่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่ตกลงกัน เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยต้องถือว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันหรือสัญญายังไม่เกิดจนกว่าจะได้ทำเป็นหนังสือ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 366 วรรคสอง “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ” แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงกรณีที่กฎหมายให้ทำตามแบบ หรือต้องการหลักฐาน แต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีต้องการจะให้มีความแน่นอนเอาไว้ใช้ยืนยันกันได้ โดยอาจพิจารณาได้ดังนี้¹⁰⁹

(1) หนังสือที่จะทำนั้น ต้องเป็นความตกลงของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่จะให้ทำ มิใช่เป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแต่เพียงฝ่ายเดียว

(2) หนังสือที่คู่สัญญาตกลงกันว่าจะทำนั้น มิได้หมายความว่าหนังสืออันเป็นแบบของนิติกรรมที่กฎหมายบังคับให้กระทำซึ่งถ้าไม่ทำนิติกรรมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152

(3) ถ้าตกลงกันว่าจะทำสัญญาเป็นหนังสือแล้วไม่ได้ทำตามที่ได้ตกลงกัน เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ถือว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันหรือสัญญายังไม่เกิด เช่น คู่สัญญาตกลงประนีประนอมยอม

¹⁰⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 366.

¹⁰⁹ เฟิงอ้าง, น. 368.

ความกัน โดยนัดไปทำสัญญาเป็นหนังสือที่ทำเนียบรัฐบาล เมื่อไม่ทำสัญญายังไม่เกิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 164/2519)

(4) ถ้ามีการชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาไปแล้ว โดยไม่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่ตกลงกัน พฤติการณ์อาจชี้เจตนาของคู่สัญญาได้ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 811/2482, 1231/2518 การวางมัดจำต่อกันแล้ว เป็นเพียงข้อสันนิษฐานว่ามีสัญญาต่อกัน ไม่ใช่ให้ถือโดยเด็ดขาดว่ามีสัญญาต่อกันแล้ว ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันจะทำสัญญาต่อกันเป็นหนังสือนั้น ถ้ายังไม่ได้เซ็นสัญญาก็กสันนิษฐานว่ายังไม่มีสัญญาต่อกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 5343/2542¹¹⁰ ผู้ขายมีคำเสนอขายข้าวสารจำนวนสองหมื่นเมตริกตัน ส่งมอบเดือนตุลาคม-ธันวาคมไปยังผู้ซื้อ โดยตกลงให้จำเลยเป็นผู้ส่งข้าวสารไปยังต่างประเทศแทนผู้ซื้อ คำเสนอและคำสนองดังกล่าวจึงถูกต้องตรงกัน ย่อมก่อให้เกิดสัญญาขึ้นแล้ว แต่เมื่อผู้ขายมีหนังสือขอเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการชำระราคาและเสนอราคาใหม่ไปยังผู้ซื้อ ถือว่าเป็นคำเสนอใหม่ เมื่อผู้ซื้อตอบตกลงซื้อข้าวสารตามราคาที่เสนอมาใหม่และให้ผู้ขายไปทำสัญญาซื้อขายกับผู้ซื้อ แสดงว่าคำเสนอใหม่ถูกต้องตรงกัน สัญญาเกิดขึ้นแล้ว มีผลให้เป็นการยกเลิกสัญญาเดิมและผูกพันกันตามสัญญาที่เกิดขึ้นใหม่ ต่อมาผู้ซื้อ มีหนังสือแจ้งให้ผู้ขายส่งมอบข้าวลงเรือในเดือนมิถุนายน 2537 โดยไม่มีข้อความให้ผู้ขายมาทำสัญญาเป็นหนังสือ แต่กลับเร่งรัดให้จำเลยส่งมอบข้าวให้ทันกำหนดเวลา แสดงว่าผู้ซื้อไม่ได้มีเจตนาที่จะให้สัญญามีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำสัญญาเป็นหนังสือก่อน การที่ผู้ขายได้รับหนังสือดังกล่าวแล้วมีหนังสือขอเลื่อนเวลาส่งมอบข้าวสารไปเดือนธันวาคม 2537 โดยไม่ได้ทักท้วงหรือโต้แย้งว่าสัญญายังไม่ได้ลงนาม เนื่องจากยังไม่ได้ตกลงกันในเรื่องค่าเสียหาย การค้าประกันและการส่งมอบ ทั้งปรากฏว่ากรรมการค้าต่างประเทศเคยซื้อข้าวสารจากผู้ขายโดยส่งประกาศรับซื้อไป ผู้ขายก็ตอบรับและหลังจากนั้นผู้ขายได้ส่งมอบข้าวโดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญาเป็นหนังสืออีก พฤติการณ์ของผู้ขายแสดงว่าตนเองมิได้มุ่งที่จะให้การซื้อขายข้าวดังกล่าวนั้นจะต้องทำสัญญากันเป็นหนังสือเช่นกัน ดังนั้นสัญญาซื้อขายรายนี้จึงมีผลบังคับกันได้ตามกฎหมายแล้ว หากได้มีกรณีเป็นที่สงสัยว่าสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือดังที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสองแต่อย่างใดไม่

มีประเด็นให้พิจารณาว่า ในสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งโดยหลักกฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาจ้างแรงงานไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือ แต่หากนายจ้างเป็นผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ซึ่งได้ตกลงจ้างลูกจ้างด้วยวาจาเข้าทำงานแล้ว หากภายหลังนายจ้างเกิดเปลี่ยนใจไม่ต้องการจ้าง จึง

¹¹⁰ อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 78/9.

อ้างว่าตนเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งโดยหลักลูกจ้างย่อมต้องทราบอยู่แล้วว่าในธุรกิจขนาดใหญ่การทำสัญญาจ้างแรงงานต้องทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือ เมื่อยังไม่ได้ทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือจึงยังไม่ถือว่ามีกิจการจ้างแรงงานเกิดขึ้น กรณีเช่นนี้ นายจ้างจะสามารถอ้างหลักตามมาตรา 366 วรรคสองต่อผู้ว่าสัญญาจ้างแรงงานยังไม่เกิดขึ้นได้หรือไม่ การตีความหลักในมาตรา 366 วรรคสอง ตีความอย่างไร กล่าวคือ ตีความโดยเคร่งครัดว่าคู่กรณีต้องตกลงชัดแจ้ง หรือหากเป็นการตกลงโดยปริยายก็ใช้บังคับได้¹¹¹

¹¹¹ โปรดดูบทวิเคราะห์ในบทที่ 4