

บทที่ 3

การเกิดสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ

1. กฎหมายอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ (England)¹ เป็นประเทศต้นแบบแห่งระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน (Anglo-American) หรือระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบดังกล่าวคือคำพิพากษาของศาล โดยหลักเวลาที่ตัดสินคดีศาลจะค้นหาหลักกฎหมายจากหลักในคดีก่อนๆ ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน (The Doctrine of Precedent)² อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษก็มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งออกโดยรัฐสภาเช่นกัน ซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ (Act) หรือคำสั่ง (Directive) หรือระเบียบ (Regulation) และเนื่องจากอังกฤษเป็นส่วนหนึ่งของประเทศสหราชอาณาจักร (United Kingdom) ซึ่งเป็นสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป (European Union) ดังนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรของสหภาพยุโรปจึงมีผลใช้บังคับในอังกฤษ (สหราชอาณาจักร) ได้โดยตรง เช่นคำสั่งว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์ (Directive 2000/31/EC on electronic commerce) คำสั่งว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Directive 1999/93/EC on electronic signature) เป็นต้น

¹ ปัจจุบันมีสถานะเป็นเขตการปกครองหนึ่งของประเทศสหราชอาณาจักร (United Kingdom or The United Kingdom of Great Britain and North Ireland) อันประกอบด้วย อังกฤษ (England) สกอตแลนด์ (Scotland) เวลส์ (Wales) และไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland), ราชบัณฑิตยสถาน, ชื่อประเทศ ดินแดน เขตการปกครอง และเมืองหลวง from http://www.royin.go.th/upload/246/FileUpload/419_1494.pdf โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงประเทศอังกฤษในบริบทที่ประเทศหนึ่งซึ่งมีระบบกฎหมายของตนเองอันเป็นต้นแบบแห่งระบบกฎหมาย Common Law

² Catherine Ellinton and Frances Quinn, English Legal System, 6th ed. (Essex: Pearson Longman, pp. 15-19.; Erika Kirk, English Legal Method: Text, cases and Materials, 2nd ed. (London: Balckstone Press, 1998), pp. 96-99.

ในส่วนของกฎหมายสัญญานั้น หลักกฎหมายสัญญาเกือบทั้งหมดรวมถึงกระบวนการในการเกิดสัญญาเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ในกฎหมายสัญญาอังกฤษ มีคำกล่าวที่ว่าสัญญามีพื้นฐานมาจากข้อตกลง (Agreement) ซึ่งคำกล่าวนี้ก่อให้เกิดปัญหาในทางวิชาการสองประการ คือ ปัญหาว่าใครเป็นผู้ตัดสินว่าคู่สัญญาได้บรรลุข้อตกลงร่วมกันนั้นแล้ว ศาลหรือคู่สัญญา และอีกประการคือ การตัดสินว่าคู่กรณีได้บรรลุข้อตกลงนั้นแล้วใช้วิธีการอย่างไร³

การพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาในกฎหมายอังกฤษพิจารณาจากหลักคำเสนอและคำสนองเช่นเดียวกับหลักกฎหมายสัญญาของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย เนื่องจากประเทศอังกฤษได้รับหลักการของคำเสนอและคำสนองมาจากระบบประมวลกฎหมายนั่นเอง หากพิจารณาในทางประวัติศาสตร์จะพบว่าหลักคำเสนอและคำสนองไม่ปรากฏในกฎหมายอังกฤษจนกระทั่งช่วงปลายศตวรรษที่ 18 และต้นศตวรรษที่ 19 ที่เริ่มคดีเกี่ยวกับคำเสนอและคำสนองเกิดขึ้น⁴

1.1 คำเสนอ (Offer)

เมื่อต้องตัดสินคดีในประเด็นที่ว่า มีสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ โดยทั่วไปแล้วศาลอังกฤษมักจะพิจารณาจากคำเสนอซึ่งทำขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และคำเสนอนั้นจะต้องถูกสนองโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายจึงจะทำให้เกิดสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาการเกิดสัญญาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ถูกโต้แย้งว่า ศาลไม่อาจพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาจากคำเสนอและคำสนองได้เสมอไป เพราะในบางครั้งคู่กรณีได้ตกลงทำสัญญากันขึ้นโดยไม่มีคำเสนอหรือคำสนองต่อกันเลย เช่น กรณีของสัญญาสำเร็จรูปซึ่งคู่กรณีเพียงแต่ลงชื่อในสัญญาโดยไม่ได้ทำการเสนอต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายก่อน นอกจากนี้ การพิจารณาการเกิดสัญญาจากหลักคำเสนอและคำสนองนั้นถูกวิจารณ์ว่าไม่มีความยืดหยุ่นและไม่เหมาะสมกับการทำสัญญาในทางธุรกิจการค้า ซึ่งต้องการความคล่องตัวและในบางครั้งคู่สัญญาไม่ได้เริ่มต้นทำสัญญาโดยการทำคำเสนอแต่อย่างใด⁵

³ Ewan Mckendrick, Contract Law, 7th ed. (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007), p. 21.

⁴ Laura Macgregor, Contract Law in Europe, Handouts seminar 1-3 (2008), School of Law, The University of Edinburgh, 2008, p. 7.

⁵ Ewan Mckendrick, Contract Law: Texts, Cases, and Materials, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 50.

1.1.1 ความหมายและลักษณะของคำเสนอ

คำเสนอ คือคำขอโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งประสงค์จะผูกพันเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดซึ่งได้ระบุไว้ในคำขอนั้น โดยคำขอดังกล่าวจะถูกตอบรับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือจากบุคคลซึ่งผู้เสนอได้ระบุไว้ กฎหมายอังกฤษไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเป็นพิเศษว่าคำเสนอจะต้องทำในรูปแบบใด ดังนั้น ผู้เสนออาจจะทำคำเสนอด้วยวาจา โดยลายลักษณ์อักษร หรือโดยการกระทำอื่นๆก็ได้⁶

คำเสนอ (Offer) นั้นแตกต่างจากคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ (Invitation to treat)⁷ โดยคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอนั้นเป็นการแสดงเจตนาเพื่อประสงค์จะเข้าทำการ “เจรจา” ระหว่างคู่สัญญาโดยมีความมุ่งหวังว่าอาจจะมีการทำสัญญาต่อกันในภายหลัง ความแตกต่างระหว่างคำเสนอและคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอจึงใช้เกณฑ์แบ่งแยกได้จาก “เจตนา” กล่าวคือ หากผู้แสดงเจตนามีเจตนาที่จะถูกผูกพันเพียงแค่อีกฝ่ายตอบรับกลับมา โดยไม่ประสงค์จะให้มีการเจรจาทันทีต่อไป ถือว่าเป็นคำเสนอ แต่หากผู้แสดงเจตนาเพียงต้องการให้การแสดงเจตนาของตนเป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาซึ่งจะต้องมีการเจรจาตกลงต่อกันก่อนจึงจะมีสัญญาเกิดขึ้น ถือว่าเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ⁸ อย่างไรก็ดี แม้ในบางกรณีที่ผู้แสดงเจตนาได้ระบุว่าตนทำคำเสนอ แต่ผลทางกฎหมายก็อาจไม่จำเป็นต้องเป็นคำเสนอเสมอไป เช่นในคดี *Clifton v. Palumbo*⁹ โดยมีประเด็นให้พิจารณาว่า กรณีดังกล่าวต่อไปนี้เป็นคำเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

1.1.1.1 การแสดงสินค้าเพื่อขายในร้านค้า (Display of goods for sale in a shop)

การแสดงสินค้าเพื่อขายในร้านค้าถือว่าเป็นคำเสนอหรือไม่นั้น อาจแยกพิจารณาได้สามแนวคิด¹⁰ ดังนี้

(1) ความเห็นแรก เห็นว่าสินค้าที่แสดงเพื่อขายในร้านค้านั้นเป็นคำเสนอ ซึ่งจะถูกลบออกเมื่อผู้ซื้อหยิบสินค้าใส่ตะกร้า อย่างไรก็ตาม ความเห็นนี้ถูกโต้แย้งว่าผู้ซื้ออาจไม่ต้องการที่จะถูกผูกพันในทันทีที่ตนหยิบสินค้าใส่ตะกร้า เพราะฉะนั้น ผู้ซื้อย่อมไม่สามารถเปลี่ยนใจในภายหลังได้

⁶ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 33.

⁷ Ewan Mckendrick, *supra note 5*, p. 50.

⁸ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 33.

⁹ (1944) 2 All ER 497.

¹⁰ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 35.

(2) ความเห็นที่สอง เห็นว่าสินค้าที่แสดงในร้านค้าเป็นคำเสนอและคำเสนอ ดังกล่าวถูกสนองเมื่อผู้ซื้อนำสินค้าไปจ่ายเงินที่โต๊ะชำระเงิน ความเห็นนี้หลีกเลี่ยงจุดบกพร่องของ ความเห็นแรกที่ถูกโต้แย้งว่าขัดกับความประสงค์ของผู้ซื้อนั่นเอง

(3) ความเห็นที่สามเกิดขึ้น โดยโต้แย้งสองความเห็นแรก 2 ประการ กล่าวคือ

ก. ประการแรกคือโต้แย้งว่าร้านค้าคือสถานที่ที่ซึ่งบุคคลไปเจรจาต่อรองเพื่อซื้อ ขายสินค้ากัน และไม่บังคับว่าจะต้องมีการซื้อขายเกิดขึ้น ดังนั้นการถือว่าสินค้าที่วางขายในร้าน เป็นคำเสนอจึงทำให้อิสระในการเจรจาต่อรองเพื่อซื้อขายสินค้าของเจ้าของร้านหายไป อย่างไรก็ตาม ข้อโต้แย้งนี้อาจถูกโต้แย้งได้เช่นกันเนื่องจากในปัจจุบันนี้ การเจรจาต่อรองซื้อขายสินค้าไม่ใช่ สถานการณ์ที่เกิดขึ้นในร้านขายสินค้าแต่อย่างใด (ยกเว้นร้านขายสินค้ามือสอง)

ข. ประการที่สองคือทำให้ผู้ขายไม่มีอิสระที่จะเลือกขายสินค้าให้กับบุคคลใด บุคคลหนึ่งโดยเฉพาะหรือไม่

ค. ประการที่สาม การถือว่าสินค้าในร้านค้าเป็นคำเสนอทำให้ผู้ขายถูกผูกพันตาม สัญญาซื้อขาย ซึ่งบางครั้งผู้ขายอาจไม่มีความสามารถที่จะชำระหนี้ตามสัญญานั้นได้ (เช่นกรณี สินค้าในร้านหมด)

ดังนั้น แนวความเห็นนี้จึงถือว่า สินค้าที่วางขายในร้านค้านั้นเป็นเพียงคำเชื้อเชิญ ให้ทำคำเสนอเท่านั้น และคำเสนอเกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้อนำสินค้าไปที่โต๊ะชำระเงิน ซึ่งจะถูกลงโดย ผู้ขาย มีข้อสังเกตว่า ความเห็นนี้รักษาสติธิของฝ่ายในการที่จะเลือกขายสินค้าให้กับบุคคลใด บุคคลหนึ่งหรือไม่ แต่ในทางตรงกันข้ามก็จำกัดสิทธิของผู้ซื้อ ตัวอย่างที่อาจเกิดขึ้นได้เช่น เมื่อผู้ซื้อ นำสินค้าไปที่โต๊ะชำระเงิน ผู้ขายอาจบอกว่าสินค้านั้นมีราคาสูงกว่าป้ายราคาที่ติดไว้ ซึ่งกรณี ดังกล่าวผู้ซื้อไม่อาจบังคับให้ผู้ขายขายสินค้าให้ตนในราคาที่ติดไว้ได้เลย¹¹

ทั้งนี้ แนวความเห็นที่ว่าสินค้าที่แสดงขายในร้านค้าเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ นี้เป็นความเห็นที่ศาลอังกฤษและนักกฎหมายอังกฤษส่วนใหญ่ยอมรับ ตัวอย่างเช่นในคดี *Pharmaceutical Society of G.B. v. Boots Cash Chemists*¹² ร้านขายยาแบบผู้ซื้อให้บริการ ตนเอง ถือว่าร้านขายยาเป็นผู้ทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอและการที่ผู้ซื้อได้หยิบสินค้าที่ต้องการ ซื้อไปที่โต๊ะชำระเงิน ก็ยังไม่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น และคดี *Fisher v. Bell*¹³ ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลย ถูกจับเนื่องในข้อหาเสนอขายมีดซึ่งต้องห้ามตามพระราชบัญญัติควบคุมอาวุธ ค.ศ. 1959 (The

¹¹ *Ibid.* p. 35.

¹² (1952) 2 Q.B. 785.

¹³ (1961) 1 Q.B. 394.

Restriction of Offensive Weapon Act 1959) โดยจำเลยได้วางขายมีดไว้ในร้านค้าโดยติดป้ายราคาไว้ ศาลตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเนื่องจากการแสดงสินค้าที่หน้าร้าน แม้แสดงโดยปิดป้ายบอกราคาไว้ก็ตาม ถือว่าเป็นการเชิญชวนให้เสนอขอซื้อสินค้าดังกล่าว ไม่อาจถือเป็นคำเสนอได้

1.1.1.2 ประกาศโฆษณา (Advertisements)

โดยทั่วไปนักกฎหมายอังกฤษถือว่าประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์เป็นคำเชิญให้ทำคำเสนอ รวมถึงความเห็นของศาลอังกฤษด้วยเช่นกัน¹⁴ เหตุผลที่กฎหมายอังกฤษถือว่าประกาศโฆษณาเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอนั้นเนื่องจากการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายผู้ทำการประกาศจากความรับผิดในสัญญาที่อาจเกิดขึ้นได้หากมีผู้ต้องการทำคำเสนอของหลายคน¹⁵

คดี *Partridge v. Crittenden*¹⁶ ผู้อุทธรณ์ ได้โฆษณาขายนกป่าพันธุ์ Bramblefinch โดยกำหนดราคาขายไว้ชัดเจน ผู้อุทธรณ์ถูกจับในการกระทำผิดอาญาข้อหา “เสนอขายนกป่าที่ยังมีชีวิตอยู่” ซึ่งเป็นกรกระทำที่ขัดกับพระราชบัญญัติคุ้มครองนก ค.ศ. 1954 (Protection of Birds Act 1954) ศาลตัดสินว่าประกาศโฆษณานี้เป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอ ไม่ใช่คำเสนอ ดังนั้นผู้อุทธรณ์จึงไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีซึ่งประกาศโฆษณาอาจถูกตีความว่าเป็นคำเสนอได้ เช่นในคดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co*¹⁷ จำเลยซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตยา Carbolic smoke ball ลงประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์ว่าเสนอจะจ่ายเงิน 100 ปอนด์ให้แก่บุคคลใดก็ตามซึ่งป่วยเป็นโรคไข้หวัดใหญ่หลังจากใช้ Carbolic smoke ball ตามวิธีที่ระบุไว้ และจำเลยได้ฝากเงิน 1000 ปอนด์ไว้ในธนาคารเพื่อแสดงความสุจริต โจทก์ป่วยเป็นโรคไข้หวัดใหญ่หลังจากใช้ Carbolic smoke ball ตามวิธีที่ระบุไว้ดังกล่าว จึงฟ้องเรียกร้องเงิน 100 ปอนด์จากจำเลย ศาลตัดสินว่าประกาศโฆษณาดังกล่าวมิใช่คำเชิญให้ทำคำเสนอแต่ถือเป็นคำเสนอต่อสาธารณะและมีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างจำเลยและบุคคลใดก็ตามที่ทำให้เกิดเงื่อนไขตามที่จำเลยระบุไว้ในคำเสนอ ดังนั้น โจทก์จึงมีสิทธิได้รับชดเชยค่าเสียหาย 100 ปอนด์

¹⁴ Ewan Mckendrick, *supra* note 3, p. 37.

¹⁵ Ewan Mckendrick, *supra* note 5, p. 63.

¹⁶ (1968) 1 WLR 1204.

¹⁷ (1893) QB 256.

นอกจากนี้ ยังมีอีกคดีหนึ่งซึ่งประกาศโฆษณาและสินค้าที่ขายในร้าน ถือเป็นคำเสนอ คือในคดี *Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Stores Inc*¹⁸ ซึ่งจำเลยได้ประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์ว่า เสนอขายเสื้อขนสัตว์ยี่ห้อใหม่มูลค่า 100 ดอลลาร์ แต่หากมาก่อนจะได้สิทธิก่อนในราคา 1 ดอลลาร์ พร้อมทั้งระบุเวลาและสถานที่ตั้งของร้านค้า และยังมีประกาศอีกฉบับซึ่งจำเลยประกาศและมีข้อความในลักษณะเดียวกัน คดีนี้ศาลตัดสินว่า ประกาศโฆษณาของจำเลยถือเป็นคำเสนอ แต่ทั้งนี้ หลักทั่วไปของกฎหมายอังกฤษคือถือว่า การแสดงขายสินค้าในร้าน เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

1.1.1.3 การขายทอดตลาด (Auction sales)

ในช่วงศตวรรษที่ 19 ได้มีคดีจำนวนมากเกี่ยวกับการขายทอดตลาดที่อยู่อาศัย แต่หลักที่ศาลตัดสินในคดีเหล่านั้นยังไม่มีคำแนะนำชัดเจนว่าการขายทอดตลาดมีผลทางกฎหมายอย่างไร ผลทางกฎหมายจะชัดเจนก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีการขายทอดตลาดได้มีการสงวนราคา (reserve price) ไว้เท่านั้น โดยกรณีเช่นนี้ถือว่าผู้ทอดตลาดทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ ซึ่งผู้สุ่ราคาจะเป็นผู้ทำคำเสนอ และผู้ทอดตลาดจะเป็นผู้ทำคำสนองโดยการเคาะไม้ ตัวอย่างเช่นในคดี *British Car Auctions v. Wright*¹⁹ แต่ในกรณีของการขายทอดตลาดโดยไม่มีการสงวนราคาไว้ ก่อให้เกิดปัญหาว่าผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร ในคดี *Warlow v. Harrison*²⁰ และ *Barry v. Davies (Trading as Heathcote Ball & Co)*²¹ ศาลตัดสินว่าหากผู้ทอดตลาดไม่ได้สงวนราคาไว้ ถือว่าผู้ทอดตลาดเป็นผู้ทำคำเสนอและผู้เสนอราคาสูงสุดเป็นผู้ทำคำสนอง มีข้อสังเกตว่า ผู้ทอดตลาด (the auctioneer) ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สิน (the owner of the goods) เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ผู้ทอดตลาดเป็นตัวแทนของผู้ขายทรัพย์สิน²²

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่า การขายทอดตลาดเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ คำเสนอถูกทำโดยผู้เสนอราคาและจะถูกสนองเมื่อผู้ขายทอดตลาดเคาะโต๊ะด้วยค้อน

¹⁸ (1957) 86 NW2d 689.

¹⁹ (1972) 1 WLR 1519.

²⁰ (1958) 1 E & B 309.

²¹ (2000) 1 WLR 1962.

²² Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 38.

ของตน ประกาศโฆษณาขายทอดตลาดโดยทั่วไปจึงถือว่าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น²³ เช่นในคดี *Harris v. Nickerson*²⁴

1.1.1.4 การประมูลราคา (Tenders)²⁵

เมื่อได้มีการเชื้อเชิญให้มีการประมูลราคา เช่น ในโครงการก่อสร้าง ผู้ว่าจ้างได้เชื้อเชิญให้ผู้รับเหมาหลายบริษัทมาเสนอราคาแก่ตนนั้น ถือว่าคำเชื้อเชิญให้ประมูลราคานั้นมีผลทางกฎหมายอย่างไร ในประเด็นปัญหาการประมูลราคานี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าการเชื้อเชิญให้ประมูลราคาเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น²⁶ บุคคลผู้ส่งมอบใบประมูลราคาเป็นผู้ทำคำเสนอ และผู้เชื้อเชิญให้มีการประมูลราคาจะเป็นผู้สนองรับ²⁷ ตัวอย่างเช่นในคดี *Spencer v. Harding*²⁸ อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่มีข้อยกเว้นที่เดียว เพราะในบางกรณีศาลก็ได้ตัดสินว่าการเชื้อเชิญให้ประมูลราคาเป็นการทำคำเสนอ เช่นในคดี *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd v. Blackpool Borough Council*²⁹

1.1.1.5 ตารางเวลาให้บริการรถโดยสารประจำทางหรือรถไฟ

ในประเด็นของการให้บริการรถโดยสารประจำทางหรือรถไฟ ถือเป็นคำเสนอหรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้ดังนี้

²³ Ewan Mckendrick, *Ibid.* p. 39.; Edwin Peel, *The Law of Contract*, 12nd ed., (London: Sweet & Maxwell, 2007), p. 13.

²⁴ (1873) LR 8 QB 286.

²⁵ การประมูลราคาในที่นี้ พิจารณาในขอบเขตของคำพิพากษาของศาลอังกฤษ (Common Law) เท่านั้น เนื่องจากในปัจจุบัน รัฐสภาได้ออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประมูลราคาไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะการประมูลราคาที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐด้วย ตัวอย่างเช่น มาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติรัฐบาลท้องถิ่น ค.ศ. 1999 (The Local Government Act 1999)

²⁶ Ewan Mckendrick, *supra note 5*, p. 78.

²⁷ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 39.

²⁸ (1870) LR 5 CP 561.

²⁹ (1990) 1 WLR 1195.

(1) นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ตารางเวลา (Time-tables) ของรถโดยสารประจำทางซึ่งติดไว้ที่ป้ายรถประจำทาง³⁰ และการวิ่งให้บริการของรถโดยสารประจำทาง หรือกรณีของรถไฟนั้น ถือเป็นคำเสนอของบริษัทรถโดยสารประจำทางหรือรถไฟแล้ว และคำเสนอดังกล่าวถูกสนองเมื่อผู้โดยสารได้ขึ้นไปบนรถโดยสาร Lord Greene ได้กล่าวไว้ในคดี *Wilkie v. London Transport Board*³¹ ว่าคำเสนอทำโดยบริษัทให้บริการรถโดยสาร และเมื่อผู้โดยสารได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะขึ้นไปยืนรอบบนชานชาลา (platform) หรือเข้าไปในรถโดยสาร ก็ถือว่าเป็นการทำคำสนองแล้ว³²

(2) นักกฎหมายอีกกลุ่มเห็นว่า การให้บริการรถโดยสารประจำทางหรือรถไฟเป็นคำเสนอเช่นกัน แต่มีความเห็นแตกต่างกับความเห็นแรกเล็กน้อยในประเด็นเวลาที่ผู้เสนอทำคำเสนอ กล่าวคือ ตามความเห็นนี้เห็นว่า คำเสนอเกิดขึ้นเมื่อผู้โดยสารออกตัวโดยสารให้³³ ซึ่งจะถูกสนองเมื่อผู้โดยสารจ่ายค่าโดยสารและรับตั๋วโดยสารไป³⁴

(3) มีอีกความเห็นที่ว่า ตารางเวลาให้บริการและการวิ่งให้บริการของรถโดยสารประจำทางหรือรถไฟเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ คำเสนอเกิดขึ้นเมื่อผู้โดยสารขึ้นไปบนรถโดยสารประจำทาง และสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้ขึ้นรถโดยสารได้รับชำระเงินค่าโดยสารและออกตั๋วโดยสารให้ผู้โดยสารแล้ว³⁵

³⁰ ในประเทศอังกฤษนั้น ที่ป้ายรถโดยสารประจำทางโดยทั่วไปจะมีตารางแสดงเวลาให้บริการของรถโดยสารประจำทางติดไว้

³¹ (1947) 1 ALL E.R. 258 at 259.

³² Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 42.; Edwin Peel, *supra note 23*, p. 16.

³³ Ewan Mckendrick, *Ibid.*; Edwin Peel, *Ibid.*

³⁴ Ewan Mckendrick, *Ibid.*

³⁵ ลักษณะของรถโดยสารประจำทางในประเทศอังกฤษจะแตกต่างจากรถโดยสารประจำทางในประเทศไทย กล่าวคือ รถโดยสารประจำทางของอังกฤษ จะไม่มีกระเป๋าโดยสาร ซึ่งผู้ขึ้นรถโดยสารจะเป็นผู้เก็บค่าโดยสารและออกตั๋วโดยสารให้แก่ผู้โดยสารโดยตรง โดยผู้โดยสารต้องซื้อตั๋วตั้งแต่ตอนขึ้นไปบนรถก่อนแล้วจึงไปเลือกที่นั่ง และผู้ขึ้นจะไม่ออกรถจนกว่าผู้โดยสารจะซื้อตั๋วโดยสารครบทุกคนแล้ว ส่วนกรณีรถไฟ โดยหลักผู้โดยสารจะซื้อตั๋วที่พนักงานขายตั๋ว ณ สถานีรถไฟหรือซื้อจากตู้จำหน่ายตั๋วอัตโนมัติ

1.1.1.6 ตู้ขายสินค้าอัตโนมัติ (Vending machines)

กรณีของตู้ขายสินค้าอัตโนมัติในในอดีตศาลอังกฤษเคยตัดสินว่าตู้ขายสินค้าอัตโนมัติเป็นเพียงคำซื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ แต่อย่างไรก็ดี ในปีค.ศ. 1971 จากคดี *Thornton v. Shoe Land Parking Ltd*³⁶ Lord Denning ได้ตัดสินว่าเครื่องขายตัวอัตโนมัติสำหรับที่จอดรถถือเป็นข้อเสนอแล้ว และมีการทำคำสนองเมื่อผู้ซื้อตัวได้ขั้บรถยนต์ไปยังลานจอดรถซึ่งระบุไว้ในตัวนั้น³⁷

1.1.2 การมีผลของคำเสนอ

ในกฎหมายอังกฤษ คำเสนอจะมีผลเมื่อคำเสนอนั้นได้ถูกส่งไปยังผู้รับคำเสนอและผู้รับคำเสนอได้รับรู้ถึงคำเสนอนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ จะต้องมีการสื่อสารคำเสนอไปยังผู้รับคำเสนอ³⁸ เหตุผลก็คือ เนื่องจากช่วงเวลาก่อนที่ผู้รับคำเสนอจะได้รับรู้ถึงคำเสนอนั้น ผู้รับคำเสนอไม่อาจกระทำการใดๆเกี่ยวกับคำเสนอนั้นได้เลย ดังนั้น จึงไม่ถือว่าคำเสนอมีผลในช่วงเวลาก่อนที่ผู้รับคำเสนอจะได้รับรู้ถึงคำเสนอ แต่จะมีผลเมื่อผู้รับคำเสนอได้รับรู้ถึงคำเสนอนั้น อันเป็นเวลาแรกที่ผู้รับคำเสนอสามารถกระทำการเกี่ยวกับคำเสนอได้ เช่น ตอรับหรือปฏิเสธคำเสนอ³⁹

1.1.3 การสิ้นสุดของคำเสนอ

ตามหลักกฎหมายอังกฤษคำเสนออาจสิ้นสุดได้ 5 กรณีดังนี้

1.1.3.1 การบอกถอนคำเสนอ (Withdrawal)

ผู้เสนออาจบอกถอนคำเสนอของตนในเวลาใดๆก็ได้ก่อนที่คำเสนอนั้นจะถูกสนองรับ แม้ว่าคำเสนอนั้นจะเป็นคำเสนอที่บ่งเวลาไว้ก็ตาม⁴⁰ แต่มีข้อยกเว้นว่า กรณีคำเสนอช่วงเวลา ถ้าผู้รับคำเสนอได้ให้ค่าตอบแทน (Consideration) แก่ผู้เสนอ ผู้เสนอจะไม่อาจบอกถอนคำเสนอได้⁴¹

การบอกถอนคำเสนอนั้นจะต้องแจ้งเจตนาถอนนั้นไปยังผู้รับคำเสนอ และคำถอนต้องไปถึงผู้รับคำเสนอจริงๆ การถอนจึงจะมีผล ตัวอย่างเช่นในคดี *Byrne v. Van Tienhoven*⁴² ซึ่ง

³⁶ (1971) 2 QB 163.

³⁷ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 42.

³⁸ *Taylor v. Laird* (1856) 25 LJ Ex 329.

³⁹ Edwin Peel, *supra note 23*, p. 18.

⁴⁰ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, pp. 52-53.

⁴¹ *Routledge v. Grant* (1828) 4 Bing 653, 130 ER 920.

⁴² (1880) 5 CPD 344.

จดหมายบอกถอนคำเสนอที่ผู้เสนอส่งไปยังผู้รับคำเสนอใช้เวลา 12 วัน ซึ่งช่วงเวลานั้นผู้รับคำเสนอได้ส่งคำสนองทางโทรเลขแล้ว ศาลตัดสินว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว การบอกถอนคำเสนอไม่มีผล

อย่างไรก็ตาม ไม่จำเป็นว่าผู้เสนอจะต้องแจ้งเจตนาบอกถอนคำเสนอนั้นด้วยตนเองแต่อย่างใด⁴³ ในคดี *Dickinson v. Dodds*⁴⁴ จำเลยเสนอขายบ้านแก่โจทก์ในราคา 800 ปอนด์ คำเสนอบ่งเวลาให้สนองภายในวันศุกร์ แต่ในวันพฤหัสบดี จำเลยได้ขายบ้านให้แก่บุคคลอื่นและโจทก์ได้รับแจ้งโดยผู้ซื้อบ้านว่าจำเลยได้ขายบ้านหลังดังกล่าวแล้ว โจทก์ส่งจดหมายสนองรับในวันศุกร์ซึ่งเป็นเวลาที่จำเลยบ่งไว้ ศาลตัดสินว่าไม่มีสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยเกิดขึ้นเนื่องจากคำเสนอถูกถอนก่อนที่จะมีการทำคำสนองแล้ว⁴⁵

1.1.3.2 การบอกปัดโดยผู้รับคำเสนอ (A rejection by the offeree)

นอกจากการบอกถอนคำเสนอแล้ว คำเสนอยังสิ้นผลโดยการบอกปัดจากผู้รับคำเสนอ⁴⁶ การบอกปัดนี้ยังรวมถึงกรณีที่ผู้รับคำเสนอตอบรับคำเสนอ แต่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขที่สำคัญแห่งคำเสนอนั้นด้วย⁴⁷ เช่นในคดี *Hyde v. Wrench*⁴⁸ จำเลยเสนอขายที่ดินแก่โจทก์ในราคา 1,000 ปอนด์ และโจทก์ได้ตอบกลับโดยเสนอว่าจะซื้อที่ดินดังกล่าวในราคา 950 ปอนด์ จำเลยปฏิเสธที่จะขายในราคา 950 ปอนด์ ดังนั้นโจทก์จึงได้เขียนจดหมายไปยังจำเลยอีกครั้งว่าตกลงซื้อในราคา 1,000 ปอนด์ แต่จำเลยยังคงปฏิเสธที่จะขาย ศาลตัดสินว่าไม่มีสัญญาระหว่างคู่กรณีเกิดขึ้น คำเสนอของโจทก์ที่จะซื้อในราคา 950 ปอนด์เป็นการทำคำเสนอกลับ (Counter-offer) ซึ่งมีผลทำให้คำเสนอเดิมของจำเลยสิ้นผลดังนั้นคำเสนอเดิมของจำเลยจึงไม่อาจถูกสนองได้

1.1.3.3 คำเสนอสิ้นผลเมื่อพ้นเวลา (Lapse of time)

คำเสนอพ้นเวลาอาจแยกได้เป็นสองกรณีคือ กรณีแรก หากเป็นคำเสนอที่ผู้เสนอระบุเวลาให้ทำคำสนอง คำเสนอดังกล่าวจะมีผลภายในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้เท่านั้น คำเสนอ

⁴³ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, pp. 52-53.; Edwin Peel, *supra note 23*, p. 44.

⁴⁴ (1876) 2 Ch D 463.

⁴⁵ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, pp. 52-53.

⁴⁶ Ewan Mckendrick, *Ibid.*; Edwin Peel, *supra note 23*, p. 45.

⁴⁷ Raymond Youngs, *English French and German Comparative Law*, 2nd ed.

(London: Routledge/Cavendish, 2007), p. 516.

⁴⁸ (1840) 3 Beav 334.

ดังกล่าวจึงไม่อาจถูกสนองได้หลังจากพ้นระยะเวลาอันสมควรไปแล้ว ส่วนกรณีของคำเสนอที่ไม่ได้มีการบ่งเวลาไว้ จะสิ้นผลเมื่อพ้นเวลาอันสมควรคาดหมาย (Reasonable period of time)⁴⁹ ในคดี *Ramsgate Victoria Hotel Co v. Montefiore*⁵⁰ ศาลตัดสินว่าเวลา 5 เดือน ไม่ใช่เวลาอันสมควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนองในกรณีคำเสนอขายหุ้น

1.1.3.4 คำเสนอสิ้นผลหากเกิดเหตุการณ์หรือเงื่อนไขตามที่ผู้เสนอกำหนดไว้ (If a certain event occurs or occurrence of condition)

ในกรณีที่ผู้เสนอได้ระบุว่าคำเสนอจะสิ้นผลหากเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งได้เกิดขึ้น หากภายหลังเหตุการณ์ดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้ว ถือว่าคำเสนอนั้นได้สิ้นผล และผู้รับคำเสนอไม่อาจทำคำสนองต่อคำเสนอนั้นได้อีก⁵¹ เช่นคำเสนอซื้อหรือเช่าซื้อสินค้า ซึ่งผู้ซื้อทำคำเสนอหลังจากที่ตนพิจารณาคูสภาพของทรัพย์สินนั้นแล้ว หากต่อมาทรัพย์สินนั้นเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ถือว่าคำเสนอสิ้นผล เนื่องจากย่อมถือได้ว่าผู้ซื้อประสงค์จะซื้อทรัพย์สินตามสภาพที่ตนได้ตรวจสอบก่อนจะทำคำเสนอนั้น⁵²

1.1.3.5 ความตายของผู้เสนอ (The death of the offeror)

กฎหมายในประเด็นนี้ยังไม่ชัดเจนแน่นอน มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ความตายของผู้เสนอทำให้คำเสนอสิ้นผลเสมอ เนื่องจากหลักกฎหมายสัญญาอังกฤษถือว่าการตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญ ดังนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตายจึงไม่มีทางที่ความตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาจะเกิดขึ้นได้⁵³ ส่วนคดีที่ศาลตัดสินนั้น ส่วนมากจะเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกัน โดยศาลตัดสินในทำนองว่า สัญญาค้ำประกันไม่สิ้นสุดเพียงแคเหตุที่ผู้ค้ำประกันถึงแก่ความตาย แต่จะสิ้นสุดหากธนาคาร (เจ้าหนี้) รู้ว่าผู้ค้ำประกันถึงแก่ความตายและผู้แทนของผู้ตายไม่มีอำนาจที่จะค้ำประกันต่อไป⁵⁴

⁴⁹ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, pp. 52-53.

⁵⁰ (1866) LR 1 Ex 109.

⁵¹ Edwin Peel, *supra note 23*, p. 45.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, pp. 52-53.

⁵⁴ *Coulthart v. Clementson* (1879) 5 Q.B.D. 42.

1.2 คำมั่นสัญญา (Promises)

1.2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ในอดีตคำว่า สัญญา (Contract) ไม่ปรากฏในกฎหมายอังกฤษ โดยหลักว่าด้วยสัญญา เพิ่งจะปรากฏแพร่หลายในช่วงศตวรรษที่ 19 หลังจากที่อังกฤษได้รับแนวคิดดังกล่าวมาจากระบบประมวลกฎหมายแล้ว ทั้งนี้ ในสมัยก่อนกฎหมายอังกฤษรู้จักเพียงคำว่า คำมั่นสัญญา (Promise) ซึ่งมีลักษณะเป็นคำมั่นสัญญาที่บุคคลให้ไว้ต่อผู้อื่นในชีวิตประจำวัน เช่น คำมั่นสัญญาว่าจะชำระเงินที่ยืมจากบุคคลอื่นคืนให้แก่ผู้ยืม ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตาม ผู้รับคำมั่นสัญญาก็จะฟ้องบังคับผู้ให้คำมั่นสัญญาให้ปฏิบัติตามคำมั่นสัญญานั้น โดยรูปแบบการฟ้องคดีเรียกว่า *assumpsit* ทั้งนี้ ผู้รับคำมั่นสัญญาที่ประสงค์จะฟ้องคดีจะต้องแสดงว่าตนได้ให้ค่าตอบแทน หรือภาษาอังกฤษเรียกว่า *consideration*⁵⁵ แก่ผู้ให้คำมั่นสัญญาด้วย⁵⁶

ในเวลาต่อมา เมื่อกฎหมายอังกฤษได้รับแนวคิดเรื่องค่าเสนอของมากจากระบบประมวลกฎหมาย การพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาจึงพิจารณาจากหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำเสนอและคำสนอง และเจตนาของคู่สัญญา รวมถึงค่าตอบแทน (Consideration) ก็ยังเป็นหลักเกณฑ์ที่กฎหมายอังกฤษกำหนดว่าต้องมี มิฉะนั้น จะฟ้องบังคับคดีให้ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้⁵⁷

ในกรณีของค่าตอบแทนนี้ หากพิจารณาในทางประวัติศาสตร์ พบว่ากฎหมายอังกฤษได้พัฒนาหลักค่าตอบแทน (The Doctrine of Consideration) เพื่อปรับใช้ในกฎหมายสัญญาแทนหลักกฎหมายในเรื่องแบบของสัญญา ซึ่งระบบกฎหมายส่วนใหญ่จะกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องแบบเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดใช้บังคับได้หรือไม่ ทั้งนี้ในอังกฤษเองแต่เดิมก็มีระเบียบว่าด้วยการฉ้อฉล ค.ศ. 1677 (The Statute of Frauds 1677) ซึ่งกำหนดว่าสัญญาบางประเภทต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ระเบียบดังกล่าวก็ได้ถูกแก้ไขในปี ค.ศ. 1954 และหลังจากนั้นแบบของสัญญาก็ไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดว่าต้องมีอีกต่อไป ยกเว้นแบบของสัญญาเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย⁵⁸ และจากการปฏิเสธหลักเกณฑ์เรื่องแบบของสัญญาตัวเอง กฎหมายอังกฤษจึงได้พัฒนาหลักค่าตอบแทนขึ้นมาแทน

⁵⁵ คำว่า *consideration* มีนักกฎหมายบางท่านแปลว่า สินจ้าง และสิ่งตอบแทน โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนได้แปลว่า ค่าตอบแทน

⁵⁶ ธิวากร ยอดชาญ, “คำมั่นจะทำสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 97.

⁵⁷ เพิ่งอ้าง

⁵⁸ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, pp. 78-79.

การตีความดั้งเดิมของหลักดังกล่าวคือถือว่าค่าตอบแทนมีที่มาจากพื้นฐานของความคิดเรื่องการตอบแทนซึ่งกันและกัน (Reciprocity) กล่าวคือ ผู้รับคำมั่นสัญญา (Promisee) ไม่ควรที่จะบังคับคำมั่นสัญญาได้เว้นแต่เขาจะได้ให้ หรือได้สัญญาเช่นกันว่าจะให้บางอย่างเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนสำหรับคำมั่นสัญญานั้น หรือเว้นแต่ผู้ให้คำมั่นสัญญา (Promiser) จะได้รับบางอย่าง (หรือได้รับคำมั่นสัญญา) ตอบแทนกลับมาเช่นกัน ตัวอย่างดังกล่าวอาจพิจารณาได้จากคดี *Currie v. Misa*⁵⁹ ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ว่า “ค่าตอบแทนซึ่งมีค่าตามกฎหมายนั้น อาจเป็นสิทธิ (Right) ดอกเบี้ย (Interest) ผลกำไร (Profit) หรืออาจเป็นผลประโยชน์ (Benefit) ที่ออกแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายก็ได้ หรืออาจเป็นการงดใช้สิทธิเรียกร้อง (Forbearance) ความเสียหาย (Detriment) การสูญเสีย (Loss) หรือความรับผิดชอบ (Responsibility) ซึ่งได้รับหรือเกิดจากการกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่าย”

Atiyah เห็นแย้งกับคำกล่าวข้างต้น โดยอธิบายว่า ศาลมิได้สร้างหลักค่าตอบแทนขึ้นมาแต่อย่างใด ครั้งแรกที่ศาลใช้คำว่า “ค่าตอบแทน” นั้น ไม่ได้มีความหมายใดมากไปกว่าการหาเหตุผลที่จะบังคับคำมั่นสัญญา กล่าวคือ หากค่าตอบแทนเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผล ก็หมายความว่าศาลได้ค้นพบเหตุผลซึ่งเพียงพอที่จะใช้บังคับคำมั่นสัญญา⁶⁰ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ Treitel ได้โต้แย้งความเห็นของ Atiyah เช่นกันว่า กฎหมายอังกฤษได้รับรู้ถึงความมีอยู่ของหลักค่าตอบแทน และปฏิเสธคำกล่าวที่ว่าค่าตอบแทนเป็นเพียงเหตุผลที่ใช้ในการบังคับคำมั่นสัญญา⁶¹

ความแตกต่างระหว่างสองความเห็นดังกล่าวก็คือ Treitel ถือว่าค่าตอบแทนต้องพิจารณาจากวิเคราะห์ผลประโยชน์หรือความเสียหาย (ดังที่ศาลอธิบาย) ในขณะที่ Atiyah เห็นว่ายังมีเหตุผลที่เหมาะสม (good reasons) อื่นๆที่ใช้ในการบังคับคำมั่นสัญญาได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นหลักค่าตอบแทนเท่านั้น⁶²

⁵⁹ (1875) LR 10 EX 153.

⁶⁰ Atiyah, “Consideration: A Restatement,” *Atiyah, Essays on Contract*, OUP. in Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 86.

⁶¹ Guenter Heinz Treitel, *The Law of Contract*, 11th ed. (Sweet and Maxwell, 2003) in *Ibid.*

⁶² Ewan Mckendrick, *supra note 3*, pp. 86-87.

1.2.2 ความหมายและประเภทของคำมั่นสัญญา

มีผู้ให้ความเห็น⁶³ว่า คำมั่นสัญญาในกฎหมายอังกฤษ เป็น “การแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ที่ประกอบอยู่ในคำเสนอและคำสนอง” นั่นเอง โดยอธิบายว่า ฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นสัญญาที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ และอีกฝ่ายหนึ่งก็สนองรับคำมั่นสัญญาของผู้เสนอ และได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเป็นการตอบแทนคำมั่นสัญญาของผู้เสนอ เมื่อคำมั่นสัญญาของแต่ละฝ่ายถูกต้องตรงกันก็เกิดเป็น “สัญญา” ขึ้นมา โดยศาลหรือนักเขียนตำรา ก็ยังกล่าวถึงคำเสนอหรือคำสนอง โดยใช้คำมั่นสัญญาอยู่ เช่น เมื่ออธิบายถึงหลัก consideration ก็มักอธิบายว่า “คำมั่นสัญญาจะใช้บังคับมิได้หากไม่มีค่าตอบแทน” (A promise is unenforceable if not supported by consideration.) จึงถือว่า คำมั่นสัญญาในระบบ Common Law มิได้มีความหมายพิเศษในลักษณะที่แตกต่างจากคำเสนอหรือคำสนองอย่างเช่นในกฎหมายของระบบ Civil Law

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนใคร่ขออธิบายเพิ่มเติม เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น ดังนี้

(1) คำอธิบายดั้งเดิมเกี่ยวกับหนี้ตามสัญญาในกฎหมายอังกฤษนั้น สัญญาหมายถึงหนี้ที่บังคับได้ในตัวเอง (ต่างจากละเมิด หรือลาภมิควรได้ ซึ่งเป็นหนี้ที่บังคับโดยกฎหมาย) หรือหากกล่าวโดยละเอียดก็คือ สัญญา (Contracts) หมายถึง คำมั่นสัญญา (Promises) หรือหากไม่ใช่คำมั่นสัญญา ก็หมายถึงข้อตกลงหรืออย่างอื่นที่คล้ายคลึงกัน (Agreements or something similar)⁶⁴

โดยหากอธิบายความหมายของสัญญา จากคำมั่นสัญญา จะอธิบายได้ว่า “สัญญาหมายถึง การแลกเปลี่ยนแห่งคำมั่นสัญญาระหว่างคู่สัญญา หรือคำมั่นสัญญาซึ่งผู้รับคำมั่นสัญญาได้ให้ค่าตอบแทนไว้” ซึ่งการพิจารณาจากหลักเกณฑ์นี้ จะไม่มีความแตกต่างระหว่างสัญญาและคำมั่นสัญญา แต่อย่างใด ยกเว้นกรณีของคำมั่นสัญญาฝ่ายเดียวซึ่งเป็นการให้เปล่าที่กฎหมายอังกฤษถือว่าไม่ใช่สัญญาและไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย⁶⁵ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า

⁶³ ริวกร ยอดชาญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 56, น. 97-98 และ 110-111.

⁶⁴ Stephen A. Smith, *Contract Theory*, (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 168.

⁶⁵ Hector MacQueen, <hector.macqueen@ed.ac.uk>, “Question about Promises in English Law,” private e-mail message to Korrasut Khopuangklang, <K.Khopuangklang@sms.ed.ac.uk>, 3 April 2009. Details as the following: “The English have traditionally defined contract as an exchange of promises by the party, or as a

คำมั่นสัญญาและสัญญาในกฎหมายอังกฤษ ก็คือสิ่งเดียวกัน โดยเป็นผลมาจากหลักค่าตอบแทนนั่นเอง ที่ทำให้ทั้งคำมั่นสัญญาและสัญญา จะต้องมีการให้ค่าตอบแทนระหว่างคู่กรณี คำมั่นสัญญาหรือสัญญานั้นจึงจะสามารถบังคับกันได้ตามกฎหมาย

(2) ดังนั้น จึงทำให้เห็นว่าบางครั้ง นักกฎหมายหรือศาลอังกฤษได้อธิบายการเกิดขึ้นของสัญญาจากหลักคำมั่นสัญญา เนื่องจากเป็นธรรมเนียมในการอธิบายความหมายของสัญญาตั้งแต่ในอดีตนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้ การพิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญา นักกฎหมายหรือศาลอังกฤษจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของ “ข้อตกลง” (Agreement) ที่เกิดจากคำเสนอสนองมากกว่าพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของคำมั่นสัญญา โดยเริ่มตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ที่อังกฤษได้รับแนวคิดเรื่องคำเสนอสนองมาจากระบบประมวลกฎหมาย การพิจารณาการเกิดสัญญาจึงถือตามหลักเกณฑ์ของคำเสนอและคำสนอง โดยมีคำอธิบายว่า ลำพังเพียงคำมั่นสัญญาและค่าตอบแทนนั้น ไม่ถือว่าเพียงพอที่จะทำให้เกิดสัญญาได้ จำต้องมีการสนองรับของคำมั่นสัญญานั้นด้วย โดยในตัวของคำมั่นสัญญาเองก็ถือเป็นคำเสนอด้วย⁶⁶ ดังนั้น ความเข้าใจที่ว่า คำมั่นสัญญา เป็นการกระทำของผู้ให้คำมั่นสัญญาเพียงลำพัง จึงไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากอันที่จริงแล้ว จะต้องมีการกระทำของผู้รับคำมั่นสัญญาด้วย ดังนั้น การที่ผู้ให้คำมั่นสัญญาได้ให้คำมั่นสัญญา แต่ยังไม่มีการกระทำใดๆจากผู้รับคำมั่นสัญญา ก็ถือว่าการกระทำของผู้ให้คำมั่นสัญญา เป็นเพียงคำเสนอเท่านั้น ไม่ใช่คำมั่นสัญญา⁶⁷

(3) อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่คำมั่นสัญญาอาจไม่จำเป็นต้องมีคำสนองหรือไม่จำเป็นต้องมีผู้รับสนองคำมั่นสัญญา คำมั่นสัญญาก็เกิดขึ้นได้ ได้แก่ คำมั่นสัญญาตราสารที่มีผลบังคับแม้ว่าผู้รับประโยชน์ในตราสารจะไม่ได้รู้ถึงคำมั่นสัญญานั้นเลยก็ตาม นอกจากนี้ คำมั่นสัญญาตราสาร แม้ไม่มีค่าตอบแทนก็มีผลบังคับได้ โดยคำมั่นสัญญาตราสารบางกรณีต้องมีการลงตราประทับ แต่กรณีที่ทำคำมั่นสัญญาตราสารต่อบุคคล ไม่จำเป็นต้องลงตราประทับ เพียงลง

promise for which consideration is given by the promisee. In this view there is no difference between contract and promise unless the promise is wholly unilateral and gratuitous - in which case it is not a contract and not binding in law.”

⁶⁶ Peter David Victor Marsh, Comparative Contract Law: England. France. Germany, (Aldershot: Gower, 1994), p. 22.

⁶⁷ C. C. Langdell, A Summary of the Law of Contract, 2nd ed. (Boston: Rothman, 1980 [1880]), p. 1.

นามก็มีผล⁶⁸ ซึ่งคำมั่นสัญญาที่ผู้รับคำมั่นสัญญาไม่ต้องกระทำการสนองรับนี้ ถือเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น

1.2.3 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นสัญญา

คำมั่นสัญญา ก็คืออย่างเดียวกับสัญญา โดยคำมั่นสัญญา มีลักษณะที่เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งที่อยู่ในคำเสนอสนอง กล่าวคือ การให้คำมั่นสัญญาของผู้ให้คำมั่นสัญญาเพียงลำพัง ไม่ได้ทำให้คำมั่นสัญญานั้น มีผลผูกพัน (เป็นสัญญา) ได้ หากแต่ต้องมีการกระทำบางอย่างจากผู้รับคำมั่นสัญญานั้นด้วย ซึ่งโดยทั่วไปก็คือการให้ค่าตอบแทน หรือ consideration⁶⁹ กล่าวโดยสรุปแล้ว คำมั่นสัญญาในกฎหมายอังกฤษที่มีผลบังคับระหว่างผู้ให้คำมั่นสัญญาและผู้รับคำมั่นสัญญาได้ มีสถานะเป็นสัญญานั้นเอง

1.3 คำสนอง (Acceptance)

1.3.1 ความหมายและลักษณะของคำสนอง

คำสนอง หมายถึง การแสดงออกซึ่งความยินยอมอย่างเด็ดขาดและไม่มีเงื่อนไขต่อข้อกำหนดของคำเสนอ (A final and unqualified expression of assent to the terms of an offer)⁷⁰ ตามกฎหมายอังกฤษไม่มีกฎเกณฑ์ว่าคำสนองจะต้องทำโดยวาจา ดังนั้น จึงอาจมีการสนองโดยการกระทำก็ได้ ทั้งนี้ กรณีทำคำสนองโดยการกระทำนั้นจะถือว่าเป็นคำสนองเฉพาะในกรณีที่ผู้สนองกระทำการโดยไม่มีข้อสงสัยว่าผู้สนองมีความตั้งใจจะตอบรับคำเสนอนั้น⁷¹

ลักษณะสำคัญของคำสนองก็คือ คำสนองต้องไม่มีเงื่อนไขใดๆแตกต่างจากคำเสนอ⁷² เช่น คำเสนอขายเหล็กจำนวน 1,200 ตัน ไม่อาจสนองรับโดยการขอลดเหลือ 800 ตัน⁷³

⁶⁸ Stephen A. Smith, *supra* note 64, pp. 171-173.

⁶⁹ ในประเด็นนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในกฎหมายสกอตแลนด์นั้น คำมั่นสัญญา (ซึ่งเป็นคนละกรณีกับคำเสนอคำสนองอย่างชัดเจน) ใช้บังคับได้ แม้ผู้รับคำมั่นสัญญาจะไม่ได้ให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ให้คำมั่นสัญญาเลยก็ตาม ซึ่งจะได้อธิบายอีกครั้งในหัวข้อคำมั่นสัญญาของกฎหมายสกอตแลนด์

⁷⁰ Joseph Chitty, *Chitty on Contracts*, 30th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2008), p. 158.

⁷¹ Ewan Mckendrick, *supra* note 3, p. 42.

⁷² Edwin Peel, *supra* note 23, p. 20.

⁷³ *Tinn v. Hoffmann & Co* (1873) 29 L.T.D. 271.

1.3.2 ผลของคำสนอง

ผลของคำสนองในกฎหมายอังกฤษ อาจพิจารณาในประเด็นต่างๆได้ดังนี้

1.3.2.1 ผลของคำสนองกรณีที่ผู้สนองไม่ทราบถึงคำเสนอ (Acceptance in ignorance of the offer)

โดยทั่วไปคำเสนอย่อมมีผลเมื่อคำเสนอได้ถูกสื่อสารไปยังผู้รับคำเสนอ อย่างไรก็ตามก็ มีปัญหาเกี่ยวกับคำเสนอในกรณีที่ผู้สนองไม่ทราบถึงคำเสนอว่าคำเสนอนั้นมีผลทางกฎหมายหรือไม่ อย่างไร เช่น X เสนอให้เงิน 1,000 ปอนด์แก่ผู้ที่นำสุนัขของตนที่พลัดหายไปมาคืน Y นำสุนัขมาคืนให้ X โดยที่ Y ไม่ได้รับรู้เกี่ยวกับคำเสนอของ X เลย ดังนี้ถือว่า Y มีสิทธิที่จะได้รับเงินจาก X หรือไม่ กรณีนี้มีความเห็นของนักกฎหมายว่า Y ควรจะมีสิทธิได้รับเงินเนื่องจาก X ได้รับในสิ่งที่ตนต้องการและไม่มีเหตุผลที่ X จะปฏิเสธความผูกพันในการจ่ายเงิน ในขณะที่เดียวกัน Y ก็ได้กระทำการที่ถือว่ามีประโยชน์ต่อส่วนรวมในการคืนสุนัขให้เจ้าของซึ่งเขาก็ควรจะได้รับรางวัลจากการกระทำนั้น⁷⁴

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของสัญญาต่างตอบแทนซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต้องกระทำการต่อกัน คำตอบจะแตกต่างกันออกไป เช่นหากข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่า X เสนอขายสุนัขในราคา 50 ปอนด์แก่บุคคลแรกซึ่งนำสุนัขมาคืนให้ตน Y ผู้นำสุนัขมาคืนไม่ได้รับรู้ถึงคำเสนอนั้น Y จึงไม่ควรจะผูกพันในคำเสนอขายสุนัขในราคา 50 ปอนด์ของ X ซึ่งคำตอบเช่นนี้มาจากหลักการที่ว่า คู่กรณีไม่จำเป็นต้องรับรู้เกี่ยวกับคำเสนอหากเป็นคำเสนอเกี่ยวกับการให้รางวัล แต่ในกรณีของสัญญาต่างตอบแทน คู่กรณีต้องทราบถึงคำเสนอนั้น⁷⁵

1.3.2.2 คำสนองกรณีผู้เสนอระบุวิธีการทำคำสนองไว้โดยเฉพาะเจาะจง (Prescribed method of acceptance)

ผู้เสนออาจจะระบุเงื่อนไขในคำเสนอของตนว่าการทำคำสนองต้องทำโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือต้องส่งคำสนองจากสถานที่ใดสถานที่หนึ่งก็ได้⁷⁶ ดังนั้น หากผู้เสนอได้ระบุวิธีการทำคำสนองไว้โดยเฉพาะเจาะจง ผลก็คือผู้เสนอไม่มีความผูกพันตามสัญญาจนกว่าผู้รับคำเสนอจะได้กระทำการตามเงื่อนไขที่ผู้เสนอได้ระบุไว้⁷⁷

⁷⁴ Ewan Mckendrick, *supra* note 3, p. 44.

⁷⁵ Hudson, "Mental Incapacity Revisited," *The Conveyancer and Property Lawyer* p. 178. (1986).

⁷⁶ Ewan Mckendrick, *supra* note 5, p. 113.

⁷⁷ Ewan Mckendrick, *supra* note 3, p. 45.

1.3.2.3 คำสนองที่บอกปัดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ (Counter-offer)

คำสนองที่บอกปัดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ นอกจากจะทำให้คำเสนอเดิมสิ้นผลแล้ว ยังอาจถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ (Counter-offer) เช่นในคดี *Hyde v. Wrench*⁷⁸ อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ การแสดงเจตนาของผู้สนอง อาจเป็นเพียงการสอบถามข้อสงสัย⁷⁹ หรือเป็นคำขอรับรองข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เสนอ โดยไม่มีเจตนาที่จะปฏิเสธคำเสนอ กรณีเหล่านี้ ไม่ถือว่าเป็นการทำคำเสนอขึ้นใหม่⁸⁰

1.3.2.4 คำสนองโดยการนิ่ง (Acceptance by silence)

หลักทั่วไปถือว่าการนิ่งของผู้รับคำเสนอไม่ทำให้เกิดคำสนองแต่อย่างใด⁸¹ ผู้เสนอไม่อาจกำหนดหน้าที่แก่ผู้รับคำเสนอว่า “หากไม่ปฏิเสธคำเสนอ จะถือว่าเป็นการตอบรับ”⁸² เพราะไม่เช่นนั้น ผู้ประกอบธุรกิจก็จะหาประโยชน์โดยการส่งสินค้าเสนอขายไปยังลูกค้าและกำหนดว่า หากไม่มีการแจ้งปฏิเสธถือว่าตอบรับตามคำเสนอนั้น⁸³ เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังหลักการนี้ไม่ถือเป็นคำสนองก็คือ เป็นการไม่ยุติธรรมหากจะกำหนดให้ผู้รับคำเสนอต้องเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการบอกปฏิเสธคำเสนอหากตนไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญา⁸⁴ ตัวอย่างเช่นในคดี *Felthouse v. Bindley*⁸⁵

อย่างไรก็ดี การนิ่งอาจถือเป็นคำสนองได้ในบางกรณี ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่งคือเฉพาะในกรณีการต่อสัญญาหรือสัญญาที่มีลักษณะต่อเนื่อง เช่นในสัญญาประกันภัยหรือสัญญาเช่า ซึ่งการนิ่งของคู่สัญญาอาจถือเป็นการสนองรับได้⁸⁶

⁷⁸ *Hyde v. Wrench* (1840) 3 Beav. 334.

⁷⁹ *Stevenson Jacques & Co. v. Maclean* (1880) 5 Q.B.D. 346 at 349.

⁸⁰ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 45.

⁸¹ Ewan Mckendrick, *supra note 5*, p. 114.

⁸² Edwin Peel, *supra note 23*, p. 34.

⁸³ Ewan Mckendrick, *supra note 5*, p. 114.

⁸⁴ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 45.

⁸⁵ (1862) 11 CB (NS) 869. รายละเอียดของข้อเท็จจริงในคดี โปรดดูหัวข้อคำสนองโดยการนิ่งของกฎหมายสัญญาสกอตแลนด์

⁸⁶ *Palmer v. Sandwell MBC* (1987) 284 EG 1487.

1.3.2.5 ผลของคำสั่งนอกรณีส่งคำสั่งนอทางไปรษณีย์ (Postal Rule)

การพิจารณาว่าคำสั่งนอที่ส่งทางไปรษณีย์หรือทางจดหมายมีผลเมื่อใดนั้น หากพิจารณาจากทฤษฎีที่อธิบายผลของการแสดงเจตนาในลักษณะดังกล่าว พบว่ามี 4 ทฤษฎี⁸⁷ ที่อาจเป็นไปได้ กล่าวคือ

- (1) คำสั่งนอมีผลตั้งแต่วันที่คำสั่งนอถูกส่งทางไปรษณีย์
- (2) คำสั่งนอมีผลในเวลาที่ยังคำสั่งนอนั้นไปถึงที่อยู่ของผู้เสนอ
- (3) คำสั่งนอมีผลผู้เสนอได้รับรู้ถึงคำสั่งนอนั้น และ
- (4) คำสั่งนอมีผลเมื่อคำสั่งนอควรไปถึงผู้เสนอเมื่อส่งโดยวิธีการตามปกติ

ซึ่งทฤษฎีที่กฎหมายอังกฤษรับมาใช้ อาจพิจารณาได้จากคดี *Adams v. Lindsell*⁸⁸ โดยในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่า การทำคำสั่งนอทางไปรษณีย์นั้น คำสั่งนอมีผลตั้งแต่วันที่ผู้รับคำสั่งนอได้ส่งคำสั่งนอนั้นทางไปรษณีย์แล้ว เหตุผลที่สนับสนุนแนวคิดนี้มีสองประการ คือ ประการแรก การไปรษณีย์ถือเป็นตัวแทนของผู้เสนอ ดังนั้นการได้รับจดหมายโดยตัวแทนจึงถือว่ามีผลเท่ากับได้รับโดยผู้เสนอแล้ว⁸⁹ เหตุผลอีกประการคือเมื่อผู้เสนอได้เลือกวิธีการเจรจาทำสัญญา เริ่มต้นโดยวิธีการทางไปรษณีย์ ดังนั้นความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการล่าช้าหรือสูญหายของไปรษณีย์ จึงควรตกเป็นของผู้เสนอ⁹⁰ การทำคำสั่งนอทางไปรษณีย์จึงถือเป็นข้อยกเว้นจากหลักการที่ว่าคำสั่งนอต้องถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอ (Communication of the acceptance) เนื่องจากตามหลักการทำคำสั่งนอทางไปรษณีย์ (Postal rule or Posting rule) นั้น แม้คำสั่งนอจะไม่ได้ถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอก็ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นได้

อย่างไรก็ตาม หลัก Postal Rule ก็มีข้อจำกัด เช่นในคดี *Henthorn v. Fraser*⁹¹ ศาลได้ตัดสินว่าหลัก Postal Rule ใช้บังคับเฉพาะสถานการณ์ที่เหมาะสมที่จะทำคำสั่งนอทางไปรษณีย์เท่านั้น เช่นหากคู่สัญญาอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และไม่จำเป็นว่าผู้เสนอต้องเป็นผู้เริ่มต้นการเจรจาโดยไปรษณีย์แต่อย่างใด ดังนั้น จึงเป็นการไม่ถูกต้องเสียทีเดียวสำหรับข้อโต้แย้ง

⁸⁷ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 47.

⁸⁸ (1818) 1 B & Ald 681.

⁸⁹ แต่เหตุผลนี้ก็ถูกโต้แย้งเช่นกันว่า การไปรษณีย์ไม่อาจถือเป็นตัวแทนของผู้เสนอได้ เนื่องจากการไปรษณีย์ไม่มีอำนาจเพียงพอที่จะทำสัญญาในนามของผู้เสนอ

⁹⁰ ซึ่งในประเด็นนี้ก็อาจโต้แย้งได้เช่นกันว่า ไม่จำเป็นที่ผู้เสนอจะต้องเริ่มต้นการเจรจาโดยวิธีการทางไปรษณีย์ อาจจะเป็นไปได้ว่าผู้ส่งเองเป็นผู้เริ่มต้นการเจรจาทางไปรษณีย์ก่อนก็ได้

⁹¹ (1892) 2 Ch 27.

ที่กล่าวว่าผู้เสนอเป็นผู้เริ่มต้นการเจรจาทางไปรษณีย์จึงต้องรับความเสี่ยงหากคำสั่งของที่ส่งทางไปรษณีย์ล่าช้า แต่เหตุผลที่สำคัญก็คือเนื่องจากผู้ส่งเองไม่ควรได้รับความเสียหายหากเขาได้ส่งคำสั่งของของตนแล้ว และเขาควรจะเชื่อมั่นได้ว่าการทำคำสั่งของของตนจะมีผลบังคับ⁹²

1.4 เวลาที่สัญญาเกิด

เวลาที่สัญญาเกิดในกฎหมายอังกฤษนั้น อาจพิจารณาได้ดังนี้

1.4.1 การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง

ในการทำคำสั่งนั้น กฎหมายอังกฤษมีหลักทั่วไปว่าด้วย “การสื่อสารของคำสั่ง” (Communication of the acceptance) กล่าวคือ การทำคำสั่งจะต้องมีการสื่อสารระหว่างผู้ส่งและผู้เสนอ หลักทั่วไปถือว่าการส่งคำสั่งจะมีผลเฉพาะในกรณีที่คำสั่งถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอ⁹³ และผู้เสนอต้องได้รับรู้ถึงคำสั่งนั้นแล้วเท่านั้น⁹⁴

หลักดังกล่าวอธิบายไว้โดย Lord Denning ในคดี *Entores v. Miles Far East Corporation*⁹⁵ คำสั่งด้วยวาจาซึ่งถูกกลบด้วยเสียงเครื่องบินที่กำลังบินผ่านทำให้ผู้เสนอไม่ได้ยินคำสั่งนั้น ถือว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้นจนกว่าผู้ส่งจะได้บอกกล่าวคำสั่งของตนอีกครั้ง หลังจากที่เครื่องบินได้บินผ่านไปแล้ว เช่นเดียวกันกับกรณีที่บุคคลสองคนทำสัญญาโดยการสื่อสารทางโทรศัพท์และสัญญาทางโทรศัพท์ได้ขาดหายไป ถือว่าคำสั่งไม่สมบูรณ์ ผู้ส่งจะต้องโทรศัพท์กลับไปยังผู้เสนออีกครั้งเพื่อให้แน่ใจว่าผู้เสนอได้รับทราบคำสั่งนั้นแล้ว

1.4.2 การเกิดสัญญาโดยปริยาย

อย่างไรก็ตาม หลักที่ว่าคำสั่งจะต้องมีการสื่อสารไปยังผู้เสนอนั้นไม่ใช่หลักที่ตายตัว จึงมีข้อยกเว้นในบางกรณีที่คำสั่งไม่จำเป็นต้องสื่อสารไปยังผู้เสนอ คำสั่งนั้นก็จะมีผล ได้แก่ การทำคำสั่งต่อตัวแทนของผู้เสนอ⁹⁶ หรือกรณีที่ผู้เสนอกำหนดไว้ในคำสั่งว่าไม่จำเป็นต้องมีการสื่อสารคำสั่งไปยังผู้เสนอ⁹⁷ รวมถึงกรณีการทำคำสั่งทางไปรษณีย์นั้น ตามหลัก *Postal*

⁹² Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 48.

⁹³ Ewan Mckendrick, *supra note 5*, p. 110.; Edwin Peel, *supra note 23*, p. 24.

⁹⁴ Ewan Mckendrick, *supra note 3*, p. 43.

⁹⁵ (1955) 2 QB 327.

⁹⁶ Edwin Peel, *supra note 23*, p. 25.

⁹⁷ Ewan Mckendrick, *supra note 5*, p. 110.; Edwin Peel, *supra note 23*, p. 25. ;

Henthorn v. Fraser (1982) 2 Ch. 27 at 33.

Rule ซึ่งคำสนองมีผลตั้งแต่วันที่ผู้สนองได้ส่งจดหมายสนองรับแล้ว⁹⁸ สัญญาจึงเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่เวลานั้น ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 1.3.2.5

2. กฎหมายสกอตแลนด์

ประเทศสกอตแลนด์ (Scotland)⁹⁹ แม้จะเป็นส่วนหนึ่งของสหราชอาณาจักร เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ระบบกฎหมายของสกอตแลนด์ไม่ได้เหมือนระบบกฎหมายอังกฤษ เสียทีเดียว ประเทศสกอตแลนด์มีระบบกฎหมายเป็นของตนเอง ซึ่งภาษาอังกฤษเรียกว่า Scots Law โดยได้รับอิทธิพลบางส่วนจากระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษ และได้รับอิทธิพลบางส่วนจากระบบประมวลกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศสกอตแลนด์เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบผสม อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายสัญญานั้น ค่อนข้างคล้ายคลึงกับกฎหมายสัญญาอังกฤษ โดยการเรียนการสอนวิชากฎหมายสัญญาในสกอตแลนด์ บางครั้งก็ได้อ้างอิงตำรากฎหมายและคำพิพากษาของศาลอังกฤษ นอกจากนี้ ในการตัดสินคดีบางครั้งศาลสกอตแลนด์ก็ได้ตัดสินตามคำพิพากษาของศาลอังกฤษด้วยเช่นกัน¹⁰⁰

ในสกอตแลนด์ การเกิดสัญญาสามารถพิจารณาได้จากข้อตกลง (Agreement) ซึ่งจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อตัดสินว่าข้อตกลงดังกล่าวได้เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งสัญญาเกือบทั้งหมดสามารถวิเคราะห์ได้จากหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำเสนอคำสนอง โดยมีคำกล่าวที่ว่า “คำเสนอที่ถูกรับคือสัญญา” (an offer accepted is a contract)¹⁰¹

⁹⁸ Edwin Peel, *Ibid.* p. 26.

⁹⁹ ปัจจุบันเป็นเขตการปกครองหนึ่งของประเทศสหราชอาณาจักร (โปรดดูเชิงอรรถที่ 1 ประกอบ) โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงประเทศสกอตแลนด์ในบริบทที่ประเทศหนึ่งซึ่งมีระบบกฎหมายของตนเอง (Scots Law)

¹⁰⁰ ในคดีแพ่งนั้น ศาลชั้นต้นของสกอตแลนด์และอังกฤษแยกจากกัน แต่ศาลสูงสุด (House of Lords) เป็นศาลร่วมกันระหว่างเขตการปกครองต่างๆในสหราชอาณาจักร; Catherine Ellition and Frances Quinn, *supra note 2*, pp. 11-15.

¹⁰¹ Stephen Woolman and Jonathan Lake, *Contract*, (Edinburgh: W. Green/Sweet & Maxwell, 2001), p. 17.

2.1 คำเสนอ (Offer)

การเกิดสัญญาโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของคำเสนอคำสนองในกฎหมายสัญญาสกอตแลนด์นั้น ได้วิเคราะห์ไว้โดย Stair นักกฎหมายที่สำคัญคนหนึ่งของสกอตแลนด์ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1681¹⁰² และก่อนหน้านั้นในปี ค.ศ. 1664 Stair ก็ได้อ้างอิงถึงหลักคำเสนอคำสนองไว้ในคดีที่เขาตัดสินด้วยเช่นกัน¹⁰³

2.1.1 ความหมายและลักษณะของคำเสนอ

คำเสนอหมายถึง คำกล่าวซึ่งมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ผู้เสนอได้แสดงต่อผู้รับคำเสนอเป็นฐานของความตกลง หรือคำมั่นสัญญา ซึ่งได้แสดงออกหรือบอกเป็นนัยว่าจะผูกพันตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเหล่านั้น หากคำกล่าวนั้นถูกตอบรับ¹⁰⁴ โดยหากเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง เฉพาะผู้รับคำเสนอที่ถูกระบุไว้เท่านั้นจึงจะทำการตอบรับคำเสนอนั้นได้ในทางตรงกันข้าม คำเสนออาจทำต่อกลุ่มบุคคลหรืออาจกล่าวว่า เสนอต่อบุคคลทั้งโลกก็สามารถทำได้ หากเป็นกรณีนี้คำเสนอก็อาจถูกสนองโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ได้¹⁰⁵

การพิจารณาว่าคำกล่าวที่บุคคลหนึ่งทำขึ้นมานั้นเป็นคำเสนอหรือไม่ อาจใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า หากมีการตอบรับคำกล่าวนั้นโดยไม่มีการแก้ไข จะมีสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งแตกต่างจากคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ (Invitation to treat) ซึ่งคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเชิญชวนผู้อื่นเข้ามาทำคำเสนอเท่านั้น ดังนั้น คำเสนอจะต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ตั้งใจจะให้เกิดสัญญา ไม่ใช่เพียงแค่เกิดข้อตกลง (Agreement) ซึ่งไม่ใช่สัญญา¹⁰⁶ โดยมีประเด็นให้พิจารณาว่ากรณีต่างๆดังต่อไปนี้ ตามกฎหมายสัญญาสกอตแลนด์ถือเป็นคำเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

¹⁰² มีข้อสังเกตว่า หลักคำเสนอคำสนองปรากฏในกฎหมายสกอตแลนด์ก่อนกฎหมายอังกฤษ โดยในกฎหมายอังกฤษเพิ่งปรากฏหลักคำเสนอสนองเมื่อปลายศตวรรษที่ 18

¹⁰³ Laura Macgregor, *supra note* 4, p. 7.

¹⁰⁴ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, Contract Law in Scotland, 2nd ed. (Edinburgh: Butterworths, 2007), p. 42.; John A. K. Huntley, John Blackie and Craig Cathcart, Contract: Cases and Materials, 2nd ed. (Edinburgh: Thomson/ W. Green, 2003), p. 73.

¹⁰⁵ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *ibid.* p. 46. ; John A. K. Huntley, John Blackie and Craig Cathcart, *Ibid.*

¹⁰⁶ William W. McBryde, Law of Contract in Scotland, 3rd ed., (Edinburgh: W. Green & Son Ltd, 2007), pp. 145-146.

2.1.1.1. การแสดงสินค้าเพื่อขายในร้านค้าโดยติดป้ายราคาไว้ (Display of goods in a shop with prices attached)

ในกฎหมายสกอตแลนด์ ไม่มีการให้ความเห็นหรือคำอธิบายใหม่ๆเกี่ยวกับกรณีสินค้าที่วางขายในร้านค้า¹⁰⁷ มีเพียงคดีเก่าคดีหนึ่งซึ่งสกอตแลนด์เคยยอมรับว่าการแสดงสินค้าเพื่อขายในร้านค้าเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ¹⁰⁸ คำอธิบายโดยมากจึงอ้างอิงจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ซึ่งในกฎหมายอังกฤษถือว่าสินค้าที่แสดงขายในร้านค้า (ไม่ว่าจะมีราคาติดไว้หรือไม่) เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ โดยลูกค้าจะเป็นผู้ทำข้อเสนอต่อผู้ขาย¹⁰⁹ ปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ศาลอังกฤษถือว่าการแสดงขายสินค้าไม่ใช่คำเสนอก็คือ ร้านค้าเป็นสถานที่ในการเจรจาต่อรอง ไม่ใช่สถานที่ซึ่งบังคับว่าต้องมีการซื้อขาย¹¹⁰

อย่างไรก็ตาม มีคดีหนึ่งศาลได้ตัดสินว่า การแสดงขายสินค้าเป็นคำเสนอ คือในคดี *Chapelton v. Barry U.D.C.*¹¹¹ โจทก์ได้นำเก้าอี้สำหรับนั่งชายหาดไปนั่งแล้วได้รับบาดเจ็บเนื่องจากเก้าอี้ดังกล่าวชำรุดบกพร่อง ศาลตัดสินว่า การที่จำเลยได้แสดงเก้าอี้ชายหาดถือเป็นคำเสนอแล้ว เมื่อโจทก์ได้นำเก้าอี้ไปนั่งถือเป็นการสนองรับ จึงเกิดสัญญาขึ้น แต่ก็มีข้อสังเกตว่า การที่ศาลตัดสินเช่นนี้เป็นเพราะมีปัจจัยเรื่องการได้รับบาดเจ็บของบุคคลมาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งในกรณีทั่วไปศาลอาจจะยังถือว่าการแสดงขายสินค้าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอเท่านั้น

2.1.1.2 การแสดงสินค้าเพื่อขายในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเอง (Self-service displays)

การแสดงขายสินค้าแบบผู้ซื้อให้บริการตนเองนั้นถือว่าเป็นการทำคำเชื้อเชิญให้ลูกค้าเข้าทำทำข้อเสนอเท่านั้น ไม่ใช่คำเสนอขายสินค้า¹¹² เช่นในคดี *Pharmaceutical Society of G.B. v. Boots Cash Chemists*¹¹³ ซึ่งได้อธิบายแล้วในกฎหมายอังกฤษ

¹⁰⁷ Stephen Woolman and Jonathan Lake, *supra note 101*, p. 22.

¹⁰⁸ *Campbell v. Ker*, 24 Feb. 1810, F.C.

¹⁰⁹ *Timothy v. Simpson* (1834) 6 C. & P. 499; *Fisher v. Bell* (1961) 1 Q.B/ 394.

¹¹⁰ Stephen Woolman and Jonathan Lake, *supra note 101*, p. 22.

¹¹¹ (1940) 1 K.B. 532.

¹¹² Scottish Memorandum, No. 36, Constitution and proof of voluntary obligations: Formation of Contract, (Edinburgh: Scottish Law Commission, 1977), p. 11.

¹¹³ (1952) 2 Q.B. 785.

2.1.1.3 ตู้ขายสินค้าอัตโนมัติ (Vending machines)

ในการพิจารณาว่าตู้ขายสินค้าอัตโนมัติมีผลทางกฎหมายอย่างไรนั้น มีแนวความเห็นที่อาจเป็นไปได้ ดังนี้

(1) ตู้ขายสินค้าอัตโนมัติเป็นคำเสนอโดยเจ้าของหรือผู้ดำเนินการติดตั้งตู้ขายสินค้านั้น และบุคคลใดก็ตามที่หยอดเหรียญตามที่ระบุไว้บนตู้ถือเป็นผู้ทำคำเสนอ¹¹⁴

(2) ตู้ขายสินค้าเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ บุคคลที่หยอดเหรียญเพื่อซื้อสินค้าเป็นผู้ทำคำเสนอ ซึ่งถือว่ามีกรสนองรับเมื่อตู้ขายสินค้านั้นได้เก็บเงินนั้นเอาไว้ (หรืออีกนัยหนึ่ง โดยการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ) และตู้ขายสินค้านั้นปฏิเสธที่จะคืนเงิน (หรืออีกนัยหนึ่ง เมื่อเกิดความล้มเหลวในการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ)

หากถือตามความเห็นแรก การที่ตู้ขายสินค้าเกิดข้อผิดพลาดไม่อาจส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้ ย่อมถือว่าเป็นการผิดสัญญา แต่หากถือตามความเห็นที่สองที่ว่าตู้ขายสินค้าอัตโนมัติไม่ใช่คำเสนอ ดังนี้ การผิดสัญญาจะเกิดขึ้นก็เฉพาะกรณีที่ตู้ขายสินค้านั้นเก็บเงินเอาไว้โดยไม่มีการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ซื้อเท่านั้น ส่วนกรณีที่ตู้ขายสินค้าปฏิเสธที่จะรับเงิน ย่อมไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาแต่อย่างใด¹¹⁵

ทั้งนี้ จากคดีที่ศาลอังกฤษตัดสิน¹¹⁶ ความเห็นของศาลอังกฤษโน้มเอียงไปในแนวความเห็นที่ว่าตู้ขายสินค้าอัตโนมัติเป็นถือเป็นคำเสนอ โดยนักกฎหมายสกอตแลนด์ก็เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว¹¹⁷

2.1.1.4 ประกาศโฆษณา (Advertisements)

ในกฎหมายสัญญาของสกอตแลนด์ถือว่าประกาศโฆษณาไม่ว่าโดยวิธีการใดๆ เช่น ทางโทรทัศน์ ป้ายประกาศ หนังสือพิมพ์ จดหมายเวียน ถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

¹¹⁴ Scottish Memorandum, No. 36, *supra note 112*, pp. 12-13.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ เนื่องจากประเด็นดังกล่าว ยังไม่มีคดีที่ตัดสินโดยศาลสกอตแลนด์ และดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่า กฎหมายสัญญาสกอตแลนด์มีความใกล้เคียงกับกฎหมายอังกฤษ ในตำรากฎหมายสัญญาของสกอตแลนด์ก็ได้อ้างอิงคำพิพากษาของศาลอังกฤษในการอธิบายด้วยเช่นกัน

¹¹⁷ Stephen Woolman and Jonathan Lake, *supra note 101*, p. 23; โปรดดูรายละเอียดในคดี *Thornton v. Shoe Land Parking Ltd* ซึ่งอ้างไว้ในหัวข้อ 1.1.1.6 ในส่วนของกฎหมายอังกฤษ

เท่านั้น แม้ว่าประกาศโฆษณานั้นจะได้ระบุไว้ว่าประกาศดังกล่าวเป็นคำเสนอและมีราคาติดไว้ก็ตาม¹¹⁸

ตัวอย่างเช่น หาก A ประกาศขายหนังสือราคา 100 ปอนด์ ถือว่าเขาเพียงทำคำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น หาก B ประสงค์จะซื้อ B ต้องทำคำเสนอไปยัง A ซึ่ง A มีอิสระที่จะตอบรับหรือปฏิเสธก็ได้ หาก A ตอบรับ สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำสนองโดยไม่มีเงื่อนไขของ A ได้ถูกสื่อสารไปยัง B การพิจารณาว่าประกาศโฆษณาเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอมีความสำคัญในกรณีที่หากทั้ง B และ C ตอบรับตามประกาศโฆษณานั้น A ย่อมมีอิสระที่จะเลือกตอบรับหรือปฏิเสธก็ได้ หาก A ตอบรับคำเสนอของ B เขาก็ไม่มีความรับผิดชอบ C เนื่องจากไม่มีสัญญาระหว่าง A และ C เกิดขึ้น แต่หากถือว่าประกาศโฆษณาเป็นคำเสนอ อาจมีสองสัญญาเกิดขึ้นพร้อมกันหาก A ได้รับคำสนองทั้งจาก B และ C ซึ่งจะทำให้ A ผิดสัญญาต่อ C หากเลือกที่จะทำสัญญากับ B¹¹⁹

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนี้ มีบางกรณีเช่นกันที่ศาลถือว่าเจตนาขายหรือหนังสืออ้างอิงราคาถือว่าเป็นคำเสนอต่อผู้รับตามเจตนา¹²⁰

2.1.1.5 กรณีอื่นๆ

นอกจากนี้ ยังมีอีกหลายกรณีที่กฎหมายสกอตแลนด์ถือว่าเป็นคำเชิญให้ทำคำเสนอ ได้แก่ รายการแสดงสินค้า (Catalogue) รายชื่อแสดงราคาสินค้า (Price list) การแสดงนิทรรศการ (Exhibitions) การขายทอดตลาด (Auction sales) ข้อความว่า “ประสงค์จะทำการขายอย่างสมบูรณ์ในราคา ปอนด์บวกภาษีมูลค่าเพิ่ม” (“I am willing to make an outright sale for £.... plus VAT” โทรศัพท์สอบถามเกี่ยวกับสินค้า (A telephone inquiry about goods) เป็นต้น¹²¹

¹¹⁸ Stephen Woolman and Jonathan Lake, *Ibid.* pp. 22-23; *Fenwick v. Macdonald, Fraser & Co.* (1904) 6F. 850; *Grainger v. Gough* (1896) A.C. 325 *Partridge v. Crittenden* (1968) 1 W.L.R. 1204.

¹¹⁹ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 43.

¹²⁰ *Liquidators of Edinburgh Employer Co. V. Griffiths* (1892) 19 R. 550; *Philp v. Knoblauch* (1907) S.C. 994.

¹²¹ William W. McBryde, *supra note 106*, pp. 145-146.

2.1.2 การมีผลของคำเสนอ

คำเสนอจะไม่มีผลทางกฎหมายจนกว่าคำเสนอจะถูกสื่อสารไปยังผู้สนอง¹²² (Communication of an Offer) หมายความว่าคำเสนอไม่อาจถูกสนองได้จนกว่าคำเสนอนั้นจะได้ถูกสื่อสารไปยังผู้รับคำเสนอแล้ว การสื่อสารจากผู้ทำคำเสนอไปยังผู้รับคำเสนอจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่กฎหมายกำหนดว่าต้องมี¹²³ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับกฎหมายอังกฤษนั่นเอง โดยหากเป็นการทำคำเสนอทางไปรษณีย์ ผู้รับคำเสนอจะต้องได้รับคำเสนอนั้นแล้วจึงจะถือว่าคำเสนอมีผล หากคำเสนอสูญหายระหว่างทางก็ถือว่าคำเสนอไม่มีผล Lord President Mcneill ได้กล่าวไว้ว่า “คำเสนอไม่มีผลใดๆทั้งสิ้น จนกว่าคำเสนอนั้นจะได้ถูกสื่อสารไปยังคู่กรณีซึ่งจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะตอบรับคำเสนอนั้นหรือไม่”¹²⁴

2.1.3 การสิ้นผลของคำเสนอ

คำเสนอสิ้นผลในกรณีต่างๆดังต่อไปนี้

2.1.3.1 การบอกถอนคำเสนอ (Revocation by the offeror)

คำเสนอในตัวเองไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ตามกฎหมาย ดังนั้นคำเสนอจึงอาจถูกถอนได้โดยผู้เสนอไม่ว่าเวลาใดๆก่อนคำสนองของผู้รับคำเสนอจะถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอ¹²⁵ หลักดังกล่าวเป็นที่รู้จักในนาม *locus poenitentiae* ซึ่งหมายถึงโอกาสในการบอกถอนคำเสนอ (the opportunity of withdrawing)¹²⁶ และดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า คำเสนอต้องถูกสื่อสารไปยังผู้รับคำเสนอก่อน คำเสนอนั้นจึงจะถูกสนองได้ ดังนั้น การบอกถอนคำเสนอจึงต้องแสดงเจตนาไปยังผู้รับคำเสนอ(ผู้ที่จะทำคำสนอง)ด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น A เสนอขายรูปภาพไปยัง B และแสดงเจตนาบอกถอนคำเสนอไปยัง B ก่อนที่ B จะทำการสนองต่อ A ถือว่าการบอกถอนคำเสนอของ A มีผล

นอกจากนี้ การบอกถอนคำเสนอไม่จำเป็นต้องทำโดยวิธีการเดียวกับการทำคำเสนอ ตัวอย่างเช่น คำเสนอขายที่ดินเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรและวางอยู่บนโต๊ะ หากผู้เสนอ

¹²² *Ibid.* p. 151.

¹²³ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 46.

¹²⁴ *Thomson v. James* (1855) 18 D. 1 at 10.

¹²⁵ คำเสนอ (Offer) แตกต่างจากคำมั่นสัญญา (Promises) ซึ่งตามกฎหมายสกอตแลนด์ คำมั่นสัญญาไม่อาจถอนได้ โปรดดูหัวข้อ 2.2 คำมั่นสัญญา

¹²⁶ Stephen Woolman and Jonathan Lake, *supra note 101*, p. 24.

บอกถอนคำเสนอด้วยวาจาแก่ผู้รับคำเสนอ การถอนนั้นก็มีผลแล้ว ดังนั้น แม้ผู้รับคำเสนอจะได้ลงชื่อในคำเสนอตั้งกล่าวหลังจากผู้เสนอถอนด้วยวาจาแล้วก็ไม่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น¹²⁷

คดี *J.M. Smith Ltd v. Colquhoun's Tr*¹²⁸ คำเสนอขายหุ้นถูกถอนก่อนที่จะมีการสนองรับ การที่จัดหมายทำคำเสนอและจดหมายแจ้งคำถอนไปถึงผู้ไปรษณีย์เดียวกัน ถือว่าทั้งคำเสนอและคำถอนเป็นเอกสารเดียวกัน จึงไม่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น

มีข้อสังเกตว่า ในประเด็นเรื่องการบอกถอนคำเสนอนี้ ศาลอังกฤษได้วางหลักการแจ้งเจตนาบอกถอนไปยังผู้รับคำเสนอนั้น ไม่จำเป็นต้องกระทำโดยผู้เสนอแต่ทำโดยบุคคลอื่นก็มีผลเป็นการถอนได้เช่นกัน¹²⁹ ซึ่งการตัดสินเช่นนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่เหมาะสมเนื่องจากทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแก่ผู้รับคำเสนอว่าเมื่อใดที่จะถือว่าผู้รับคำเสนอไม่สามารถตอบรับคำเสนอนั้นได้อย่างแน่นอน ซึ่ง McBryde นักกฎหมายของสกอตแลนด์ก็ได้ให้ความเห็นไว้ว่า หลักการที่ว่าบุคคลภายนอกอาจเป็นผู้แสดงเจตนาบอกถอนคำเสนอได้นั้น ไม่ควรจะนำมาใช้ในสกอตแลนด์¹³⁰

2.1.3.2 การบอกปิดโดยผู้รับคำเสนอ (Rejection by the offeree)

เป็นหลักการที่ยอมรับว่าหากผู้รับคำเสนอได้ระบุว่าตนไม่ประสงค์ที่จะตอบรับคำเสนอยอมทำให้คำเสนอนั้นสิ้นผล โดยผู้รับคำเสนออาจปฏิเสธคำเสนอหรืออาจตอบกลับโดยทำคำเสนอขึ้นมาใหม่ก็ได้ แต่ทั้งสองประการถือว่าเป็นการบอกปิดและทำให้คำเสนอสิ้นผล¹³¹

2.1.3.3 คำเสนอสิ้นผลเมื่อพ้นเวลา (Lapse of time)

กรณีที่คำเสนอจะสิ้นผลเมื่อพ้นเวลา อาจแบ่งได้ 2 ประการคือ

(1) คำเสนอที่บ่งเวลาไว้ (Time specified) คำเสนอยอมสิ้นผลเมื่อพ้นเวลาที่ระบุไว้ในให้ทำคำสนอง เช่นในคดี *Stein v. Farries*¹³² ทั้งนี้ คำสนองที่สนองภายหลังจากเวลาที่บ่งไว้พ้นไปแล้วยอมไม่อาจก่อให้เกิดสัญญาได้

(2) คำเสนอที่ไม่บ่งเวลาไว้ คำเสนอจะสิ้นผลเมื่อพ้นเวลาอันควร คาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง (Reasonable time) Professor Belle ได้อธิบายว่าคำเสนอ

¹²⁷ *Littlejohn v Hadwen* (1882) 20 SLR 5; *A & G Paterson Ltd v Highland Railway Co* (1927) SC (HL) 32 at 38.

¹²⁸ (1901) 3 F. 981.

¹²⁹ *Dickinson v Dodds* (1876) 2 Ch D 463.

¹³⁰ William W. McBryde, *supra note 106*, p. 160.

¹³¹ *Ibid.* p. 153.

¹³² (1800) 4 Paton 131.

สามารถสนองได้จนกว่าคำเสนอนั้นจะถูกถอนยกเว้นในกรณีเกี่ยวกับธุรกรรมการค้าซึ่งต้องสนองโดยไม่ชักช้า¹³³ แต่ก็มีหลายคดีที่ศาลตัดสินตรงข้ามกับหลักการข้างต้นเนื่องจากศาลได้วางหลักว่าคำเสนอที่ไม่บ่งเวลาจะสนองได้แต่ภายในเวลาอันควรคาดหมายเท่านั้น ไม่ใช่จนกว่าจะมีการบอกถอนคำเสนอ เช่นในคดี *Glasgow Steam Shippin co. V. Watson*¹³⁴ ที่ Lord President ได้กล่าวว่า “ทุกคำเสนอต้องสนองภายในเวลาอันพอเหมาะ” โดยเวลาอันควรคาดหมายนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆไป

2.1.3.4 กรณีพฤติการณ์ที่เป็นสาระสำคัญเปลี่ยนแปลงไป (Material change of circumstances)

นอกจากคำเสนอจะสิ้นผลเมื่อเวลาอันควรคาดหมายได้ผ่านพ้นไปแล้ว กรณีที่พฤติการณ์ที่เป็นสาระสำคัญได้เปลี่ยนแปลงไป ก็อาจทำให้คำเสนอสิ้นผลได้เช่นกัน¹³⁵ Lord President ได้วางหลักไว้ในคดี *Macrae v. Edinburgh Street Tramways Co.*¹³⁶ ว่าหากคำเสนอทำขึ้นโดยไม่บ่งเวลาไว้ คำเสนอนั้นอาจสิ้นผลเนื่องจากพฤติการณ์ที่เป็นสาระสำคัญได้เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งกรณีที่พฤติการณ์ที่เป็นสาระสำคัญได้เปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างเช่น กรณีคำเสนอซื้อสินค้า ถือว่าคำเสนอนั้นสิ้นผลหากเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่สินค้านั้น¹³⁷ คำเสนอทำสัญญาประกันชีวิตสิ้นผลหากบุคคลที่จะเอาประกันได้รับบาดเจ็บอย่างรุนแรงจากการตกหน้าผา¹³⁸ หรือเมื่อป่วยเป็นโรคปอดอักเสบจนเกือบจะเสียชีวิต¹³⁹ เป็นต้น

2.1.3.5 ผู้เสนอตายหรือวิกลจริต (Death and insanity)

ความตายหรือการตกเป็นคนวิกลจริตของผู้เสนออาจทำให้คำเสนอสิ้นผลได้เช่นกัน จากหลักที่ว่าได้ทำให้พฤติการณ์ที่เป็นสาระสำคัญเปลี่ยนแปลงไปนั่นเอง¹⁴⁰

¹³³ William W. McBryde, *supra note 106*, p. 156.

¹³⁴ (1873) 1 R. 189 at 193.

¹³⁵ William W. McBryde, *supra note 106*, p. 161.

¹³⁶ (1885) 13 R. 265 at 269.

¹³⁷ *Financings Ltd v. Stimson* (1962) 1 W.L.R. 1184.

¹³⁸ *Canning v. Farquhar* (1885) 16 Q.B.D. 727.

¹³⁹ *Looker v. Law Union and Rock Insurance Co* (1928) 1 K.B. 554.

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 72.

2.2 คำมั่นสัญญา (Promises)

2.2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

กฎหมายสกอตแลนด์ยอมรับว่า หนี้ซึ่งผูกพันบุคคลอาจปรากฏใน 2 รูปแบบคือ ในรูปแบบของสัญญา (Contract) และในรูปแบบสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral Contract)¹⁴¹ ซึ่งกรณีสัญญาฝ่ายเดี่ยวนี้ในกฎหมายสกอตแลนด์เรียกว่า คำมั่นสัญญา (Promises)

2.2.2 ความหมายและประเภทของคำมั่นสัญญา

คำมั่นสัญญา เป็นการแสดงเจตนาที่สร้างขึ้นโดยผู้ให้คำมั่นสัญญา (Promiser) ซึ่งประสงค์จะถูกผูกพันตามกฎหมาย มีลักษณะเป็นหนี้ฝ่ายเดียว ไม่ใช่หนี้ต่างตอบแทนจึงมีเพียงผู้ให้คำมั่นสัญญาเท่านั้นที่รับจะกระทำหน้าที่บางอย่างในเวลาที่เกิดขึ้น¹⁴² ผู้รับคำมั่นสัญญา (Promisee) ไม่มีความผูกพันต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการใดๆ ตัวอย่างเช่น A สัญญาต่อ B ว่าจะให้เงิน 100 ปอนด์ ถือว่า A ได้ทำคำมั่นสัญญาต่อ B และมีผลบังคับตามกฎหมายแล้ว¹⁴³ ในประเด็นของประเภทคำมั่นสัญญานี้ กฎหมายสกอตแลนด์ไม่ได้แบ่งประเภทของคำมั่นสัญญาแต่อย่างใด เนื่องจากคำมั่นสัญญามีใช้ลักษณะของการเสนอเพื่อทำสัญญาตามกฎหมายไทย หากแต่มีผลเป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่ใช้บังคับตามกฎหมายได้แล้ว

2.2.3 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นสัญญา

คำมั่นสัญญาในกฎหมายสกอตแลนด์ มีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว¹⁴⁴ ซึ่งไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา และเนื่องจากหนี้ดังกล่าวเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของผู้ให้คำมั่นสัญญา จึงไม่มีความจำเป็นที่ผู้รับคำมั่นสัญญาจะต้องตอบรับคำมั่นสัญญานั้นก่อนที่ผู้ให้คำมั่นสัญญาจะกระทำการดังกล่าว ดังนั้น ผู้รับคำมั่นสัญญาจึงไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวในเวลาที่เกิดขึ้น และผู้รับคำมั่นสัญญาไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนารับรู้ถึงคำมั่นสัญญานั้น คำมั่นสัญญาที่มีผลบังคับได้¹⁴⁵ ซึ่งผู้รับคำมั่นสัญญาสามารถปฏิเสธที่จะตอบรับคำมั่นสัญญานั้นก็ได้เช่นกัน¹⁴⁶

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า คำมั่นสัญญามีความแตกต่างจากคำเสนอ ในแง่ที่ว่า หากเป็นคำเสนอ ผู้รับคำเสนอจะต้องสนองรับตามคำเสนอนั้น จึงจะเกิดเป็นสัญญาผูกพันผู้ทำคำเสนอได้ แต่

¹⁴¹ Scottish Memorandum, No. 36, *supra note 112*, p. 2.

¹⁴² Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 66.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Scottish Memorandum, No. 36, *supra note 112*, p. 2.

¹⁴⁵ *Cawdor v. Cawdor* (2007) SLT 152.

¹⁴⁶ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 66.

คำมั่นสัญญาไม่จำเป็นต้องมีการตอบรับจากผู้รับคำมั่นสัญญา คำมั่นสัญญาก็ใช้บังคับได้ ดังนั้น คำมั่นสัญญา ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว จึงจะสิ้นผลต่อเมื่อผู้รับคำมั่นสัญญาไม่ประสงค์ จะผูกพันตามคำมั่นสัญญานั้น หรือคู่กรณีได้ตกลงยกเลิกคำมั่นสัญญาเท่านั้น

ในสกอตแลนด์ สถานะทางกฎหมายของคำมั่นสัญญาจึงแตกต่างจากหลักคำมั่นสัญญาในกฎหมายอังกฤษ โดยในสกอตแลนด์ถือว่าคำมั่นสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งแม้จะมีลักษณะ เป็นการให้เปล่าก็บังคับตามกฎหมายได้ และในการอธิบายความหมายของสัญญา ในสกอตแลนด์ จะอธิบายในรูปแบบของ “ข้อตกลง” (Agreement) จากคำเสนอสนอง มากกว่าในรูปแบบของ คำมั่นสัญญา จึงทำให้ในสกอตแลนด์นี้ คำมั่นสัญญาและสัญญามีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่าง กัน¹⁴⁷

มีข้อสังเกตว่า หลักคำมั่นสัญญานี้เอง ที่ทำให้กฎหมายสัญญาของสกอตแลนด์แตกต่าง จากกฎหมายสัญญาของอังกฤษ¹⁴⁸ เนื่องจากในสกอตแลนด์ คำมั่นสัญญาบังคับตามกฎหมายได้ และคำมั่นสัญญา เป็นคนละกรณีกับสัญญา (ซึ่งเกิดขึ้นจากคำเสนอสนอง) แต่ในกฎหมายอังกฤษ คำมั่นสัญญาที่ไม่มีการให้ค่าตอบแทนบังคับไม่ได้ ทำให้ในทางกฎหมาย คำมั่นสัญญาไม่มีความแตกต่างจากสัญญา (ซึ่งเกิดจากคำเสนอสนอง) และความแตกต่างอีกประการก็คือ หลักค่าตอบแทน (consideration) ไม่ปรากฏในกฎหมายสัญญาสกอตแลนด์แต่อย่างใด

2.3 คำสนอง (Acceptance)

คำสนองเป็นการแสดงเจตนาตกลงยินยอมของผู้รับคำเสนอต่อผู้เสนอเพื่อทำให้เกิด สัญญาขึ้น¹⁴⁹ แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วคำสนองมักจะกระทำโดยคำพูด แต่คำสนองก็อาจเกิดขึ้นโดย

¹⁴⁷ Hector MacQueen, *supra note 65*, Details as the following; “In Scotland the position is different. We hold that a unilateral gratuitous promise is enforceable. Contract we define as agreement, therefore, rather than in terms of promises; promise and contract are distinct legal institutions.”

¹⁴⁸ ทั้งนี้ หลักกฎหมายประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดขึ้นของสัญญา เช่น การแบ่งแยก ระหว่างคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอและคำเสนอ การมีผลของคำเสนอ การบอกถอนคำเสนอ การมีผลของคำสนอง เป็นต้น ของสกอตแลนด์มีความคล้ายคลึงจนอาจจะเรียกได้ว่าเป็นหลักการ เดียวกันกับกฎหมายอังกฤษ

¹⁴⁹ William W. McBryde, *supra note 106*, p. 163.

พฤติการณ์จากการกระทำบางอย่างของผู้รับคำเสนอที่ถือว่าเป็นการสนองก็ได้เช่นกัน¹⁵⁰ และเฉพาะในกรณียกเว้นเท่านั้นที่การนิ่งหรือการไม่กระทำถือเป็นการสนอง¹⁵¹

2.3.1 ความหมายและลักษณะของคำสนอง

คำสนอง (Acceptance) หมายถึง ความยินยอมอย่างเด็ดขาดและไม่มีเงื่อนไขของผู้รับคำเสนอต่อข้อกำหนดที่กำหนดไว้ในคำเสนอ (The final and unqualified assent by the offeree to the terms stipulated in the offer)¹⁵²

2.3.2 ผลของคำสนอง

ผลของคำสนองอาจพิจารณาได้ดังนี้

2.3.2.1 คำสนองที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ (Counter-offer)

คำสนองต้องมีลักษณะเป็นความยินยอมที่ไม่มีเงื่อนไขใดๆต่อคำเสนอ หากคำสนองกำหนดเงื่อนไขใดๆเพิ่มเติมไปจากคำเสนอ เช่นกล่าวว่า "...ยอมรับ แต่..." จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้น 2 ประการคือ ถือว่าคำสนองที่มีข้อแก้ไขหรือเงื่อนไขนั้นเป็นการปฏิเสธคำเสนอเดิมซึ่งทำให้คำเสนอนั้นสิ้นผล และถือว่าคำสนองที่มีข้อแก้ไขหรือเงื่อนไขนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-offer) ต่อผู้เสนอเดิมและอาจถูกสนองได้โดยผู้เสนอเดิมนั้นเอง¹⁵³

2.3.2.2 คำสนองโดยการนิ่ง (Acceptance by silence)

การนิ่งไม่ถือว่าเป็นการทำคำสนอง แม้ผู้เสนอจะมีสิทธิกำหนดวิธีการในการสนองรับต่อผู้รับคำเสนอ แต่ผู้เสนอไม่อาจกำหนดว่าการนิ่งของผู้รับคำเสนอถือเป็นการทำคำสนอง ตัวอย่างเช่น หาก A เสนอขายสินค้าแก่ B ในราคา 1,000 ปอนด์และกำหนดเงื่อนไขว่าหากตนไม่ได้รับการตอบรับใดๆจาก B ภายในหนึ่งสัปดาห์ ถือว่า B ประสงค์จะซื้อสินค้า กรณีนี้ถือว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้น¹⁵⁴

ในอดีต นักกฎหมายสกอตแลนด์เคยถือว่าการนิ่งเป็นคำสนอง Oliver Goldsmith ได้กล่าวไว้ว่า "การนิ่งถือเป็นความยินยอม"¹⁵⁵ และในหลายคดีระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน

¹⁵⁰ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 48.

¹⁵¹ William W. McBryde, *supra note 106*, p. 163.

¹⁵² Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 48.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, pp. 50-51.

¹⁵⁵ William W. McBryde, *supra note 106*, p. 166.

ศาลตัดสินว่าการนี้เป็นการทำคำสั่ง¹⁵⁶ ในปีค.ศ.1817 Lord President Hope ได้กล่าวไว้ในคดี *Serruys & Co v. Watt*¹⁵⁷ ว่า “หากบุคคลไม่ตอบรับจดหมายที่ส่งมาจากผู้ประกอบการธุรกิจ ถือว่าบุคคลนั้นได้ตกลงตามข้อเสนอในจดหมายนั้นแล้ว ซึ่งหลักการนี้เป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนทั้งในทางกฎหมายและทางปฏิบัติในประเทศอังกฤษ และควรจะเป็นที่ยอมรับในประเทศนี้ (สกอตแลนด์) ด้วยเช่นกัน”

อย่างไรก็ตาม หลักจากนั้นหลักที่ถือว่าการนี้ถือเป็นคำสั่งก็ไม่ปรากฏในกฎหมายสัญญาของสกอตแลนด์ (รวมทั้งอังกฤษ) อีกต่อไป ในคดี *Felthous v. Bindley*¹⁵⁸ โจทก์ได้เสนอซื้อม้าจากหลานชายของตน และได้ระบุในคำเสนอว่า “หากไม่มีการตอบรับใดๆ ถือว่าม้าตกเป็นของตนในราคา 30.15 ปอนด์ตามที่ได้เสนอไป” ข้อเท็จจริงปรากฏว่าไม่มีการตอบรับใดๆ จากหลานชายของโจทก์ ดังนี้ไม่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น แม้ว่าในคดีนี้หลานชายของโจทก์จะประสงค์ให้โจทก์ได้เป็นเจ้าของม้าตามราคาในคำเสนอก็ตาม แต่เมื่อความประสงค์ดังกล่าวไม่ได้ถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอ จึงไม่มีสัญญาเกิดขึ้น คดีนี้จึงแสดงให้เห็นว่าผู้เสนอไม่อาจกำหนดให้ถือว่าการนี้ของผู้รับคำเสนอเป็นการทำคำสั่งได้¹⁵⁹

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้เสนอไม่อาจบังคับว่ามีสัญญาเกิดขึ้นจากการนี้ของผู้รับคำเสนอ แต่หากผู้รับคำเสนอประสงค์จะผูกพันตามสัญญานั้น ผู้รับคำเสนอจะมีสิทธิยกเงื่อนไขในเรื่องการนี้ที่ผู้เสนอกำหนดไว้ขึ้นอ้างได้ ดังนั้นในกรณีที่ผู้เสนอได้ระบุว่า การนี้ถือเป็นการทำคำสั่ง ก็ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแม้ผู้รับคำเสนอจะไม่ได้ทำคำสั่งไปยังผู้เสนอก็ตาม¹⁶⁰

มีข้อสังเกตว่าในปัจจุบัน สหราชอาณาจักรได้ออกระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (การขายตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง) (the Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000) ซึ่งระเบียบดังกล่าวใช้บังคับทั้งในอังกฤษและสกอตแลนด์ โดยในระเบียบได้กำหนดว่า ในกรณีที่มีการส่งสินค้าไปให้ผู้รับ (the recipient) โดยที่ผู้รับไม่ได้ร้องขอ และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าตนได้รับสินค้าเนื่องจากวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ และผู้รับไม่เคยตกลงเพื่อขอรับสินค้าหรือตกลงว่าจะส่งสินค้ากลับคืน กรณีเช่นนี้กฎหมายถือว่าผู้รับสามารถใช้สินค้านั้นได้

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ February 12, 1817, FC.

¹⁵⁸ William W. McBryde, *supra note 106*, p. 166.

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 74.

¹⁶⁰ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 51.

โดยถือเป็นเรื่องของกานัลที่ผู้ส่งได้ส่งให้¹⁶¹ การนิ่งของผู้รับจึงไม่ถือว่าเป็นการทำคำสั่งในสัญญาซื้อขายแต่อย่างใด

2.3.2.3 คำสอนทางไปรษณีย์ (Postal acceptance rule)

ตามหลักทั่วไป ผู้เสนอจะต้องได้รับคำสั่ง คำสอนจึงจะมีผลและเกิดเป็นสัญญาขึ้น¹⁶² แต่หากเป็นการทำคำสั่งโดยวิธีการทางไปรษณีย์ มีข้อยกเว้นว่าคำสั่งมีผลตั้งแต่วันที่ผู้ทำคำสั่ง (หรือผู้รับคำสั่ง) ได้ส่งคำสั่งนั้นทางไปรษณีย์แล้ว¹⁶³

ในคดี *Thomson v. James*¹⁶⁴ วันที่ 1 ธันวาคม ผู้เสนอส่งคำสั่งทางไปรษณีย์ ณ เมืองเอดินเบอระ (Edinburgh) และในวันเดียวกันนั่นเอง ผู้เสนอก็ได้ส่งจดหมายบอกถอนคำสั่งที่เมืองเจดเบอระ (Jedburgh) ซึ่งข้อเท็จจริงไม่ปรากฏชัดเจนว่าจดหมายฉบับใดถูกส่งก่อนกัน จดหมายทั้งสองฉบับถูกนำส่งไปยังผู้รับแต่ละฝ่ายในวันถัดไป คดีนี้ศาลตัดสินว่ามีสัญญาเกิดขึ้น

จากคำตัดสินในคดีดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายหลายประการ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

(1) หากคำสั่งที่ส่งทางไปรษณีย์นั้นเกิดสูญหาย ผลจะเป็นเช่นไร

¹⁶¹ The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000

24. Inertia Selling

(1) Paragraphs (2) and (3) apply if -

(a) unsolicited goods are sent to a person ("the recipient") with a view to his acquiring them;

(b) the recipient has no reasonable cause to believe that they were sent with a view to their being acquired for the purposes of a business; and

(c) the recipient has neither agreed to acquire nor agreed to return them.

(2) The recipient may, as between himself and the sender, use, deal with or dispose of the goods as if they were an unconditional gift to him.

(3) The rights of the sender to the goods are extinguished.

¹⁶² William W. McBryde, *supra note 106*, p. 177.

¹⁶³ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 54.

¹⁶⁴ (1855) 18 D. 1.

Lord Fullerton ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ในคดี *Higgins & Sons v. Dunlop, Wilson & Co.*¹⁶⁵ ว่า “ข้าพเจ้าไม่แน่ใจที่ได้ค้นพบว่า กรณีที่จดหมายได้ส่งยังที่ทำการไปรษณีย์ แต่จดหมายนั้นไม่ถูกส่งไปยังผู้รับและถูกเก็บไว้เป็นเวลานานนับเดือนหรือเป็นปี แต่กลับทำให้เกิดสัญญาขึ้นและผู้เสนอถูกผูกพันตามสัญญาแม้ว่าเขาจะไม่เคยได้รับคำสั่งนั้นเลยก็ตาม”

ในคดี *Thomson v. James*¹⁶⁶ Lord President McNeill เห็นว่า มีกรณีเป็นพิเศษอย่างยิ่งที่ผู้เสนอจะไม่ถูกผูกพันตามสัญญา แม้ว่าจะได้มีการส่งคำสั่งทางไปรษณีย์แล้ว นั่นก็คือกรณีที่จดหมายเกิดสูญหายอย่างชัดเจน¹⁶⁷ Lord Shand ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า¹⁶⁸ คำสั่งของจำเป็นต้องไปถึงผู้เสนอ คำสั่งของจึงจะมีผล ซึ่งเป็นการตัดสินตามความเห็นของ Bramwell L.J.¹⁶⁹ อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวข้างต้นถูกพิพากษากลับโดยความเห็นส่วนใหญ่ของศาลอุทธรณ์ โดยศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินว่า สัญญาแบ่งหุ้นมีผลใช้บังคับ แม้ว่าจะจดหมายแบ่งหุ้นไม่เคยไปถึงผู้ถือหุ้นเลยก็ตาม ซึ่งในการตัดสินเช่นนี้ ศาลอุทธรณ์ได้ถือตามหลักของศาลสูงสุด (House of Lords) ในคดี *Higgins & Sons v. Dunlop, Wilson & Co.*¹⁷⁰ นั่นเอง

(2) หลักการทำคำสั่งทางไปรษณีย์ใช้บังคับกับการติดต่อสื่อสารโดยวิธีการอื่นๆ เช่น โทรเลข (Telegram) โทรพิมพ์ (Telex) โทรสาร (Fax) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ด้วยหรือไม่

หลักการทำคำสั่งทางไปรษณีย์ไม่ได้จำกัดอยู่แค่การส่งจดหมายเท่านั้น ในกฎหมายอังกฤษ ศาลได้ขยายหลักการทำคำสั่งทางไปรษณีย์ไปใช้กับกรณีการส่งโทรเลขด้วย¹⁷¹ แต่ไม่รวมถึงการสื่อสารที่ติดต่อกันได้ทันที เช่น โทรศัพท์¹⁷² ในกรณีของโทรพิมพ์นั้น ไม่ใช่เครื่องมือที่ติดต่อสื่อสารกันได้ทันที กล่าวคือ เมื่อข้อความถูกส่งไปแล้ว ต้องรอเป็นเวลาหลายชั่วโมง เวลาในการเกิดสัญญาจึงขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา ธรรมเนียมปฏิบัติในทางธุรกิจ และ

¹⁶⁵ (1847) 9 D. 1407.

¹⁶⁶ (1855) 18 D. 1.

¹⁶⁷ (1855) 18 D. 1, at 12.

¹⁶⁸ *Mason v. Benhar Coal Co* (1882) 9 R. 883.

¹⁶⁹ *Household Fire Insurance Co v. Grant.* (1979) L.R. 4 Ex. D. 216.

¹⁷⁰ (1847) 9 D. 1407.

¹⁷¹ *Bruner v. Moore* (1904) 1 Ch. 305.

¹⁷² *Entores Ltd v. Miles Far East Corp* (1955) 2 Q.B. 327; *Brinkibon Ltd v. Stahag Stahl etc.* (1983) 2 A.C. 34.

ในบางกรณีขึ้นอยู่กับคำตัดสินของศาลว่าจะเห็นเป็นอย่างไร ในกรณีของโทรสาร จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ และอินเทอร์เน็ตนั้น มีแนวโน้มว่าคำตัดสินของศาลน่าจะเป็นไปในแนวทางเดียวกับโทรพิมพ์¹⁷³

(3) หลักคำสอนของทางไปรษณีย์ใช้บังคับกับกรณีที่คำเสนอไม่ได้ส่งทางไปรษณีย์ด้วยหรือไม่

Lord President McNeill ได้กล่าวย้ำในคดี *Thomson v. James*¹⁷⁴ ว่าผู้เสนอซึ่งส่งคำเสนอทางไปรษณีย์เป็นผู้เชื่อเชิญให้ผู้รับคำเสนอตอบรับคำเสนอนั้นโดยวิธีการอย่างเดียวกัน Lord Ivory ได้อ้างถึงที่ทำการไปรษณีย์ว่าเป็นคนกลางระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย¹⁷⁵ อย่างไรก็ดี ตามหลักการเช่นนี้เกิดขึ้นในคดีที่ผู้เสนอได้เริ่มต้นส่งคำเสนอทางไปรษณีย์ก่อน ส่วนในกรณีที่ผู้เสนอไม่ได้เป็นผู้เริ่มต้นทำคำเสนอทางไปรษณีย์ เช่น ผู้เสนอส่งคำเสนอไปยังผู้รับคำเสนอด้วยตนเอง แต่เนื่องจากทั้งสองฝ่ายอาศัยอยู่ห่างกัน ทำให้ผู้รับคำเสนอทำคำสนองทางไปรษณีย์ กรณีเช่นนี้ก็ถือว่าอาจนำหลัก Postal Rule มาใช้บังคับได้เช่นกัน โดยถือว่าคำสนองมีผลทำให้เกิดสัญญาตั้งแต่วันที่ส่งคำสนองทางไปรษณีย์นั้นแล้ว¹⁷⁶

(4) คำสนองที่ส่งทางไปรษณีย์อาจถูกถอนได้หรือไม่

จากแนวความเห็นที่ศาลได้ตัดสินในคดี *Thomson v. James*¹⁷⁷ ทำให้เห็นได้ว่าการถอนคำสนองที่ส่งทางไปรษณีย์ไม่อาจทำได้ อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายโต้แย้งว่าคำสนองสามารถถูกถอนได้ หากการถอนนั้นเกิดขึ้นก่อนคำสนองไปถึงผู้เสนอ¹⁷⁸

มีข้อสังเกตว่า ในรายงานว่าด้วยการเกิดสัญญา: กฎหมายสกอตแลนด์และสนธิสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (Report on Formation Contract: Scottish Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) คณะกรรมาธิการกฎหมายสกอตแลนด์ (The Scottish Law Commission) ได้แนะนำให้ยกเลิกหลักการทำคำสนองทางไปรษณีย์ (Posting Rule) เนื่องจากคำ

¹⁷³ J.S.C. Zestafoni G. *Nikoladze Ferroalloy Plant v. Ronly Holdings Ltd* (2004) 2 Lloyd's Rep. 335 at 347.

¹⁷⁴ (1855) 18 D. 1 at 11.

¹⁷⁵ (1855) 18 D. 1 at 15.

¹⁷⁶ William W. McBryde, *supra note* 106, p. 180.

¹⁷⁷ (1855) 18 D. 1 at 10.

¹⁷⁸ A.H. Hudson, "Retraction of the Letter of Acceptance" (1966) 82 L.Q.R. 169.

สนองควรมีผลในเวลาที่ยินยอมตามคำสนอนนั้นไปถึงผู้เสนอ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวก็ไม่ได้มีการแก้ไขหลักกฎหมายตามข้อแนะนำของรายงานนี้แต่อย่างใด

2.4 เวลาที่สัญญาเกิด

2.4.1 การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง

กฎหมายสกอตแลนด์มีหลักการสื่อสารของคำสนอง (Communication of acceptance) กล่าวคือ คำสนองจะมีผลทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นก็ต่อเมื่อคำสนองดังกล่าวถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอแล้วเท่านั้น¹⁷⁹ และหากในคำเสนอ ผู้เสนอได้กำหนดวิธีการสำหรับทำคำสนองไว้ ผู้รับคำเสนอจะต้องปฏิบัติตามวิธีการนั้น ตัวอย่างเช่น หากผู้เสนอกำหนดว่าต้องสนองโดยลายลักษณ์อักษร การสนองด้วยวาจาถือว่าไม่เพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิด แต่หากผู้เสนอไม่ได้กำหนดวิธีการในการทำคำสนองไว้เป็นพิเศษ ผู้สนองอาจสนองด้วยวิธีการใดก็ได้ ในทำนองเดียวกัน ผู้เสนออาจกำหนดว่าผู้สนองต้องทำการสนองภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่น ภายใน 24 ชั่วโมงก็ได้¹⁸⁰

ทั้งนี้ สัญญาจะเกิดขึ้นได้ คำสนองจะต้องไม่มีเงื่อนไขที่ขัดต่อคำเสนอ ดังนั้น คำเสนอว่าจะจัดส่งเครื่องจักร จึงไม่อาจถูกสนองด้วยคำสนองว่าจะใช้บริการ¹⁸¹ ในคดี *Johnson v. Clark*¹⁸² ข้อเท็จจริงมีว่า รายงานการประชุมของข้อตกลงซื้อขายที่ดินซึ่งระบุเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะไม่ผูกพันตามสัญญา ยกเว้นผู้ซื้อจะได้แสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 14 วัน ต่อมาผู้ซื้อได้แสดงความประสงค์ว่าจะซื้อที่ดินเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้เพิ่มเติมว่า ตนสนองรับโดยเข้าใจว่าสัญญาดังกล่าวรวมถึงการขยายเนื้อที่ของที่ดินและหน้าที่ในการขนส่งแล้วด้วย ดังนี้ ถือว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้น ในคดี *Thomas v. Farquhar*¹⁸³ ผู้เสนอได้ทำคำเสนอ ซึ่งมีทั้งข้อกำหนดที่ชอบด้วยกฎหมายและขัดกฎหมาย ผู้สนองเลือกรับสนองเฉพาะเงื่อนไขที่ชอบด้วยกฎหมายและปฏิเสธเงื่อนไขที่ขัดกฎหมาย ดังนี้ ไม่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น คดี *McSkimming v. Sisterson*¹⁸⁴ คำเสนอ

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 50.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Mathieson Gee (Ayshire) Ltd v. Quigley*, 1952 S.C. (H.L.) 38.

¹⁸² (1853) 18 D. 70.

¹⁸³ (1934) S.L.T. (Sh.Ct.) 34.

¹⁸⁴ (1847) 9 D. 1407.

ขายวางและหมุดรถไฟ (rails and fish plates) ไม่อาจถูกสนองได้โดยคำสนองซื้อวางรถไฟเพียงอย่างเดียว

2.4.2 การเกิดสัญญาโดยปริยาย

อย่างไรก็ตาม คำสนองอาจเกิดขึ้นโดยพฤติการณ์ของผู้สนองก็ได้ เช่นเดียวกับที่การกระทำบางอย่าง เช่นการส่งสินค้าซึ่งไม่ได้เปิดใช้คืนผู้เสนอ แสดงถึงการปฏิเสธที่จะสนองรับ¹⁸⁵ ตัวอย่างของการทำคำสนองโดยพฤติการณ์ เช่น ลูกจ้างสนองรับเงื่อนไขของสัญญาจ้างโดยการทำงานต่อไปแม้ไม่ได้ลงนามในสัญญายอมรับเงื่อนไขนั้น บุคคลที่จอตกลงในที่จอตกลงว่าสนองรับที่จะจ่ายค่าบริการของที่จอตกลงนั้น¹⁸⁶ โดยเมื่อคำสนองต้องตรงกันกับคำเสนอจึงจะมีสัญญาเกิดขึ้น หากมีคำเสนอมากกว่าหนึ่งคำเสนอ จะต้องเป็นที่ประจักษ์ชัดเจนว่าคำเสนอใดที่ถูกสนองรับ¹⁸⁷

ทั้งนี้ หากเป็นการทำคำสนองทางไปรษณีย์ก็ คำสนองจะมีผลตั้งแต่เวลาส่งตามหลัก Postal acceptance rule ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อผลของคำสนอง อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวไม่ใช้ในกรณีบุคคลซึ่งสามารถติดต่อสื่อสารกันได้ทันที เช่นทางโทรศัพท์ กรณีนี้จะนำหลักทั่วไปมาใช้คือหลักที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำสนองถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอ นอกจากนี้ ศาลจะไม่ใช้หลักการทำคำสนองทางไปรษณีย์ หากการใช้หลักดังกล่าวจะทำให้คำตัดสินไม่สมเหตุผล ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีของการค้าระหว่างประเทศ เช่น คำเสนออาจจะถูกรับไว้โดยลูกจ้างซึ่งมีอำนาจจำกัด หรือคำสนองไปถึงนอกเวลาทำการปกติของผู้เสนอเนื่องจากเวลาที่ต่างกันของคู่สัญญาซึ่งอยู่คนละประเทศ¹⁸⁸

3. กฎหมายเยอรมัน

ประเทศเยอรมนี (Germany)¹⁸⁹ เป็นประเทศในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) โดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถือเป็นต้นแบบที่สำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁸⁵ William W. McBryde, *supra note 106*, p. 164.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 169.

¹⁸⁸ Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *supra note 104*, p. 55.

¹⁸⁹ ชื่อเป็นทางการคือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany) ส่วน เยอรมนี (Germany) คือชื่อที่เรียกกันอยู่แพร่หลายเป็นปกติ, ราชบัณฑิตยสถาน, อ้างแล้ว

ของไทย ตามกฎหมายเยอรมัน สัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีสองฝ่ายซึ่งประสงค์จะมีความผูกพันที่แน่นอนในทางกฎหมาย โดยในปัจจุบัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจมีมากกว่าหนึ่งบุคคล เช่นสามีและภรรยาทำสัญญาเช่าแฟลตร่วมกัน โดยการจะเข้าทำสัญญาเพื่อให้มีความผูกพันในทางกฎหมายนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องประกาศเจตนาของตนต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายว่าตนประสงค์จะผูกพันตามข้อตกลงโดยกำหนดเงื่อนไขที่แน่นอนไว้ในข้อเสนอของตน และคู่กรณีอีกฝ่ายต้องยอมรับตามข้อเสนอนั้น¹⁹⁰

3.1 คำเสนอ (ANTRAG, ANGEBOT)

3.1.1 ความหมายและลักษณะของคำเสนอ

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) ได้นิยามหลักของคำเสนอไว้ว่า “หากบุคคลใดเสนอต่อผู้อื่นให้เข้าทำสัญญากับตน บุคคลนั้นถูกผูกพันตามคำเสนอนั้น เว้นแต่จะได้แสดงเจตนายกเว้นว่าไม่ต้องการผูกพัน”¹⁹¹

มีคำกล่าวซึ่งเป็นหลักพื้นฐานว่า “คำเสนอต้องชัดเจนและชัดแจ้งในทุกองค์ประกอบของคำเสนอนั้น” (“an offer must be clear and obvious in all its components parts”)¹⁹² กล่าวคือ ต้องมีความแน่นอนและสมบูรณ์ตามองค์ประกอบสำคัญของสัญญา (*Essentialia negotii*) ซึ่งองค์ประกอบดังกล่าวขึ้นอยู่กับธรรมชาติและลักษณะของสัญญาแต่ละประเภท ตัวอย่างเช่น คำเสนอในการทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวันเริ่มต้นและวันสิ้นสุดของสัญญาเช่า ค่าเช่า

เชิงอรรถที่ 1 โดยต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า ประเทศเยอรมนี เมื่อพูดถึงประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

¹⁹⁰ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German law of contract: a comparative treatise*, 2nd ed. (Oxford: Hart Publishing, 2006), p. 57.; B.S. Markesinis, W. Lorenz and G and Dannemann, *The German Law of Obligations Vol 1. The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*. (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp. 47-48.

¹⁹¹ BGB, Section 145 Binding effect of an offer;

Any person who offers to another to enter into a contract is bound by the offer, unless he has excluded being bound by it.

¹⁹² Peter David Victor Marsh, *supra note 66*, p. 49.

และระบุทรัพย์สินที่เช่า ซึ่งสอดคล้องกับหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาเช่าตามมาตรา 535¹⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หากเป็นสัญญาซื้อขาย ต้องระบุทรัพย์สินและราคาที่ซื้อขายตามมาตรา 433¹⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นต้น

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีข้อยกเว้นสองประการคือ ประการแรก กฎหมายเยอรมันยอมรับว่า ข้อกำหนดที่ระบุในสัญญา ข้อเกี่ยวกับราคา หรือข้อตกลงอื่นๆ อาจทำการตกลงภายหลังก็ได้ ซึ่งอาจกระทำโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างอิสระ (*freies Ermessen*) หรืออย่างเป็นธรรม (*billiges Ermessen*) หรืออาจกระทำโดยบุคคลภายนอกก็ได้เช่นกัน¹⁹⁵ ประการที่สอง ในบางกรณีแม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้ระบุราคาที่เฉพาะเจาะจงไว้ และได้ละเว้นข้อตกลงเกี่ยวกับราคาให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ตัดสินใจ สัญญาก็ไม่ตกเป็นโมฆะด้วยเหตุที่วัตถุประสงค์ไม่สมบูรณ์แต่อย่างใด โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดราคานั้น¹⁹⁶ นอกจากนี้ ยังต้องสามารถค้นหาหน้าที่ของคู่สัญญาจากการเข้าทำสัญญานั้นว่าแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ใดได้ด้วย¹⁹⁷

¹⁹³ BGB, Section 535 Contents and main obligations of the lease agreement;

(1) With the lease agreement the lessor is put under an obligation to grant the lessee use of the leased property for the duration of the lease. The lessor must surrender the leased property to the lessee in a condition suitable for its contractually agreed use and to maintain it in such condition for the duration of the lease. He must bear all costs occasioned by the leased property.

(2) The lessee is obliged to pay the lessor the agreed rent.

¹⁹⁴ BGB, Section 433 Contractually typical obligations in a purchase agreement;

(1) By means of the purchase agreement the seller of a thing is bound to deliver the thing to the buyer and to convey title to the thing to the buyer. The seller must convey the thing to the buyer free from defects of quality and title.

(2) The buyer is bound to pay the seller the agreed purchase price and to accept delivery of the thing purchased.

¹⁹⁵ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note 190*, p. 59.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

หลักเกณฑ์ที่พบได้บ่อยในตำรากฎหมายเยอรมันซึ่งใช้อธิบายว่าการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอหรือไม่ก็คือ หากการแสดงเจตนาสามารถกลายเป็นสัญญาได้เมื่อมีการตอบรับโดยวิธีการอย่างง่ายเช่นเพียงตอบรับว่า “ใช่” หรือ “ยอมรับ” ถือว่าการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ¹⁹⁸

ในการแบ่งแยกระหว่างคำเสนอและคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ (Invitation to treat, *Invitatio ad offerendum*) ตามกฎหมายเยอรมันนั้น อาจพิจารณาได้ดังนี้

3.1.1.1 การแสดงสินค้าเพื่อขายในร้านค้า (Display of goods in a shop)

ทั้งศาลและนักกฎหมายเยอรมันถือว่า สินค้าที่แสดงขายในร้านค้าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ ไม่ใช่คำเสนอ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ มีข้อถกเถียงเกี่ยวกับกรณีสินค้าที่แสดงขายในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเอง (Self-service) ว่าเป็นคำเสนอหรือไม่ ซึ่งยังไม่ปรากฏคำตัดสินของศาลเยอรมันในประเด็นดังกล่าว *Münchener Kommentar* นักกฎหมายชาวเยอรมันให้ความเห็นว่า การแสดงสินค้าเพื่อขายควรถือว่าเป็นคำเสนอ ในขณะที่ *Dietrich* เห็นว่าเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ ซึ่งตรงกับแนวความเห็นของนักกฎหมายในระบบแองโกล-อเมริกัน¹⁹⁹

3.1.1.2 ประกาศโฆษณา (Advertisements)

กรณีของประกาศโฆษณานั้น นักกฎหมายเยอรมันเห็นว่าเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอโดยให้เหตุผลว่า ข้อเสนอซึ่งทำต่อบุคคลโดยไม่จำกัดจำนวนไม่อาจถือเป็นคำเสนอได้เนื่องจากบุคคลซึ่งทำข้อเสนอไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อบุคคลทุกคนที่ประสงค์จะทำสัญญา²⁰⁰ นอกจากนี้ กรณีของหนังสือเชิญชวนให้ซื้อหุ้น (Prospectuses) หนังสือแสดงรายการสินค้า (Merchandise catalogues) ศาลและนักกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเช่นกัน

3.1.1.3 ตู้ขายสินค้าอัตโนมัติ (Vending machines)

กฎหมายเยอรมันไม่ได้ปฏิเสธหลักการทำคำเสนอต่อสาธารณะเสียทีเดียว โดยนักกฎหมายเยอรมันยอมรับว่า ตู้ขายสินค้าอัตโนมัติเป็นคำเสนอซึ่งถูกสนองโดยการที่ผู้ซื้อหยอด

¹⁹⁸ RGZ 124, 81, case no 1.

¹⁹⁹ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note 190*, p. 62.

²⁰⁰ Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz and Denis Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002), p. 186.

เหรียญลงไป²⁰¹ ดังนั้น ในกรณีคำเสนอที่สร้างขึ้นผ่านผู้ขายสินค้าอัตโนมัติ จึงถือเป็นคำเสนอต่อบุคคลที่ไม่เฉพาะเจาะจง²⁰² ในกรณีผู้ขายสินค้าอัตโนมัติ คำเสนอจะผูกพันตราบเท่าที่มีสินค้าในผู้ขายสินค้านั้น และการทำคำสนองไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาต่อผู้เสนอ ตามหลักการแสดงเจตนาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 151 แต่อย่างไร²⁰³

3.1.1.4 การเสนอขายสินทางอินเทอร์เน็ต

แม้การเสนอขายสินค้าโดยทั่วไปกฎหมายเยอรมันไม่ถือว่าเป็นคำเสนอ แต่การเสนอขายสินทางอินเทอร์เน็ตอาจถือเป็นคำเสนอได้ ในกรณีที่มีการเสนอขายสินค้าโดยการทอดตลาดทางอินเทอร์เน็ต (Sale by auction over the Internet) และการทำคำสนองเป็นไปตามเงื่อนไขที่ผู้ให้บริการได้กำหนดไว้ เงื่อนไขดังกล่าวจะผูกพันคู่สัญญา หากเงื่อนไขดังกล่าวกำหนดในลักษณะว่า จะเสนอขายสินค้าให้แก่ผู้ที่เสนอราคาสูงสุดภายในเวลาที่กำหนดไว้ การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ กฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นการทำคำเสนอ²⁰⁴

3.1.2 การมีผลของคำเสนอ

กฎหมายเยอรมันมีหลักการแสดงเจตนา (Declaration of intent) ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับกฎหมายไทย ดังนั้น คำเสนอจะมีผลเมื่อใด จึงต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายว่าด้วยการมีผลของการแสดงเจตนาประกอบด้วย กล่าวคือ

3.1.2.1 คำเสนอต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า

การแสดงเจตนาทำคำเสนอต้องทำต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย หากทำต่อคู่สัญญาที่ไม่สามารถติดต่อสื่อสารได้ทันที คำเสนอจะมีผลเมื่อไปถึงบุคคลนั้น และการบอกถอนคำเสนอสามารถทำได้ หากถอนก่อนคำเสนอจะมีผล²⁰⁵ หากการแสดงเจตนาทำคำเสนอจะมีผลแล้ว การแสดงเจตนาดังกล่าวไม่ถูกกระทบแม้ภายหลังผู้แสดงเจตนาทำคำเสนอจะตายตกเป็นผู้ไร้ความสามารถในการ

²⁰¹ Larenz, AT at 518; Flume, Rechtsgeschäft at 636.

²⁰² Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note 190*, p. 62.

²⁰³ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อคำสนองโดยปริยาย

²⁰⁴ Raymond Youngs, *supra note 47*, pp. 514-515.

²⁰⁵ BGB, Section 130 Effectiveness of a declaration of intent to absent parties;

(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

ทำสัญญาก็ตาม²⁰⁶ หลักดังกล่าวใช้บังคับกับกรณีการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อสาธารณะด้วยเช่นกัน²⁰⁷

3.1.2.2 คำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีเฉพาะบทบัญญัติว่าด้วยการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าเท่านั้น ส่วนหลักความมีผลของการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง หากแต่เป็นหลักทั่วไปที่ถือว่า การแสดงเจตนาต่อบุคคลย่อมมีผลเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายทราบถึงการแสดงเจตนา นั้น ดังนั้น หากเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอย่อมมีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาทราบถึงคำเสนอนั้น²⁰⁸

3.1.3 การสิ้นผลของคำเสนอ

ตามกฎหมายเยอรมันคำเสนออาจสิ้นผลได้ในกรณีดังต่อไปนี้

3.1.3.1 คำเสนอสิ้นผลหากคำเสนอนั้นถูกปฏิเสธ²⁰⁹ เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายอื่น ๆ ที่ถือว่า การที่ผู้รับคำเสนอปฏิเสธคำเสนอนั้นย่อมทำให้คำเสนอสิ้นผล

3.1.3.2 คำเสนอสิ้นผลหากไม่สนองภายในเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ดังนี้

(1) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าต้องสนองทันที รวมถึงคำเสนอซึ่งทำโดยบุคคลหนึ่งต่อบุคคลอื่นทางโทรศัพท์หรือเครื่องมืออื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน (มาตรา 147(1))²¹⁰ ดังนั้น หากไม่มีการสนองรับทันที คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือโดยวิธีการทางโทรศัพท์จึงย่อมสิ้นผลทันที

²⁰⁶ BGB, Section 130 Effectiveness of a declaration of intent to absent parties;

(2) The effectiveness of a declaration of intent is not affected if the person declaring dies or loses capacity to contract after making a declaration

²⁰⁷ BGB, Section 130 Effectiveness of a declaration of intent to absent parties;

(3) These provisions apply even if the declaration of intent is to be made to a public authority.

²⁰⁸ เป็นหลักการเดียวกับ การมีผลของการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าตาม มาตรา 168 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกฎหมายเยอรมัน มิได้บัญญัติไว้ใน BGB

²⁰⁹ BGB, Section 146 Expiry of an offer;

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.

²¹⁰ BGB, Section 147 Period for acceptance;

(2) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้าต้องตอบรับภายในเวลาปกติอันควรคาดหมายได้ว่าผู้เสนอจะได้รับคำตอบ (มาตรา 147(2))²¹¹ ดังนั้น หากไม่มีการสนองรับภายในเวลาอันควรคาดหมาย คำเสนอที่ไม่บ่งเวลาจะยอมสิ้นผลเมื่อพ้นเวลาอันควรคาดหมายนั้น

(3) หากผู้เสนอกำหนดเวลาที่แน่นอนไว้ในการทำคำสนอง คำสนองต้องทำภายในเวลาที่กำหนดนั้น (มาตรา 148)²¹² กล่าวคือ เมื่อพ้นเวลาที่ผู้เสนอได้ระบุไว้ คำเสนอจะยอมสิ้นผล

(4) กรณีคำสนองที่มาถึงล่วงเวลา หากการแสดงเจตนาทำคำสนองมาถึงผู้เสนอล่วงเวลา แต่ได้ส่งโดยวิธีการปกติซึ่งควรจะถึงภายในเวลา ผู้เสนอต้องแจ้งไปผู้สนองถึงความล่าช้านี้โดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งไว้ก่อนแล้ว หากผู้เสนอไม่แจ้ง ถือว่าคำสนองนั้นไม่ได้ล่วงเวลา (มาตรา 149)²¹³

(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.

²¹¹ BGB, Section 147 Period for acceptance;

(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.

²¹² BGB, Section 148 Fixing a period for acceptance;

If the offeror has determined a period of time for the acceptance of an offer, the acceptance may only take place within this period.

²¹³ BGB, Section 149 Late receipt of a declaration of acceptance;

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.

3.2 คำมั่นจะทำสัญญา

3.2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำมั่นในลักษณะของคำมั่นที่ทำต่อบุคคลทั่วไป ได้แก่ คำมั่นจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และคำมั่นจะให้รางวัลแก่ผู้ชนะในการประกวดชิงรางวัลตามมาตรา 657 - 661 ซึ่งคำมั่นในลักษณะนี้ไม่ก่อให้เกิดสัญญาเมื่อกระทำการสำเร็จ แต่มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งก่อให้เกิดหนี้โดยไม่ต้องการคำสนองรับจากคู่กรณีอีกฝ่าย²¹⁴ จึงไม่ถือว่าเป็นคำมั่นจะทำสัญญาและอยู่นอกขอบเขตของการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ E. J Cohn ได้กล่าวถึง Promises ในลักษณะของความผูกพันของแต่ละฝ่ายที่เกิดจากการทำสัญญาในทุกสัญญา มิใช่การแสดงเจตนาเพื่อเข้าทำสัญญา²¹⁵ จึงมิใช่คำมั่นจะทำสัญญาตามที่ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เช่นกัน

3.2.2 ความหมายและประเภทของคำมั่นจะทำสัญญา

คำมั่นจะทำสัญญาในกฎหมายเยอรมัน มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาซึ่งก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นมาได้ หากมีผู้รับคำมั่น โดยคำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายเยอรมันอาจแบ่งได้ 2 ประเภทคือ

3.2.2.1 คำมั่นจะทำสัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้

กฎหมายเยอรมันมีบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นจะให้ทรัพย์สินตามมาตรา 518-520 BGB โดยสัญญาให้จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้มีการแสดงออกถึงคำมั่นสัญญาว่าจะให้นั้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่²¹⁶ ผู้ให้คำมั่นมีสิทธิปฏิเสธที่จะทำตามคำมั่นของตนได้หากพิจารณาถึงหนี้อื่น ๆ ซึ่งผู้ให้

²¹⁴ Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition (Johannesburg: Juta & Co., Ltd., 1992), p. 574. อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56, น. 88-89.

²¹⁵ E. J Cohn, Manual of German Law, Vol. 1 (London: Oceana publications, Inc., 1968), p. 101, 142 อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, เพิ่งอ้าง

²¹⁶ BGB, Section 518 Form for promise of a donation;

(1) For the validity of a contract by which performance is promised as a donation notarial recording of the promise is required. The same applies to the promise or the declaration of acknowledgement if the promise or acknowledgement of a debt is granted as a donation in the manner cited in sections 780 and 781.

(2) Want of form is cured by effecting the performance promised.

คำมั่นมี แล้วปรากฏว่าผู้ให้คำมั่นไม่อยู่ในฐานะที่จะกระทำการอย่างที่เคยให้คำมั่นได้ และหากมีผู้รับคำมั่นหลายคนอ้างถึงคำมั่น²¹⁷

ทั้งนี้ ในอดีตประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเคยมีบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นจะให้มีใช้สิ้นเปลือง ตามมาตรา 610 แต่ในปัจจุบันบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกแล้ว

3.2.2.2 คำมั่นจะทำสัญญาที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้

เนื่องจากกฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญกับหลักการแสดงออกซึ่งเจตนา หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่จะเกิดผลเป็นนิติกรรม ทำให้มีความเห็นว่า กรณีของคำมั่นจะทำสัญญาซึ่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองไว้สามารถใช้บังคับได้ โดยมีลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง²¹⁸

3.2.3 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นจะทำสัญญา

ตามกฎหมายเยอรมัน บ่อเกิดแห่งนี้อาจเกิดจากสัญญา ละเมิด หรือบทบัญญัติของกฎหมาย รวมถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวก็อาจก่อให้เกิดหนี้ได้เช่นกัน (an unilateral act-in-the-law or an unilateral declaration by one party) โดยต้องมีลักษณะเป็นหนี้เพื่อประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่าย และคู่กรณีฝ่ายนั้นไม่จำเป็นต้องรับรู้หรือสนองรับ²¹⁹ ส่วนคำมั่นจะทำสัญญานั้น กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งก่อให้เกิดหนี้ได้หรือไม่²²⁰

ทั้งนี้เมื่อคำมั่นจะทำสัญญาเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องนำหลักการมีผลของการแสดงเจตนามาใช้บังคับ เช่นเดียวกับคำเสนอ ดังนั้น การมีผลของคำมั่นจะทำสัญญาจึงเป็นไปในลักษณะเดียวกับการมีผลของคำเสนอ ดังที่ได้อธิบายในหัวข้อ 3.1.2

²¹⁷ Section 519 Defence of destitution;

(1) The giver is entitled to refuse fulfillment of his promise given as a donation to the extent that he, considering his other obligations, is not in a position to fulfil the promise without jeopardizing his appropriate maintenance or the fulfillment of duties of maintenance incumbent upon him by law.

(2) If the claims of several donees coincide the earlier claim takes precedence.

²¹⁸ ธิวากร ยอดชาญ, อ้างแล้ว เติงอรรถที่ 56, น. 91, 118.

²¹⁹ Ernest J. Schuste, *The Principle of German Law* (Oxford: Clarendon Press, 1907), p. 142. อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, เติงอ้าง น. 88-89.

²²⁰ เติงอ้าง

ส่วนการสิ้นสุดผลของคำมั่นจะทำสัญญา นั้น กฎหมายได้บัญญัติถึงการสิ้นสุดผลไว้เฉพาะ คำมั่นจะทำสัญญาซึ่งกฎหมายรับรองเท่านั้น โดยกรณีคำมั่นจะให้ยืมใช้สิ่งเคลื่อน ตามมาตรา 610 ซึ่งในปัจจุบันบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปแล้วนั้น ตามหลักกฎหมายก่อนจะยกเลิก ผู้ให้คำมั่นสามารถถอนคำมั่นได้หากผู้รับคำมั่นตกอยู่ในฐานะที่ไม่มั่นคง เนื่องจากหากมีการให้ยืม ย่อมเป็นการยากที่จะเรียกร้องให้ชำระคืน²²¹ ส่วนกรณีของคำมั่นจะให้เงินช่วยเหลือตามระยะเวลา ตามมาตรา 520 นั้น คำมั่นนั้นจะสิ้นสุดผลเมื่อผู้ให้คำมั่นถึงแก่ความตาย เว้นแต่จำกัดกับเจตนาของผู้ให้ คำมั่น²²² ส่วนกรณีคำมั่นจะทำสัญญาอื่นนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้และยังไม่มีข้อความชัดเจนว่า ผลเป็นอย่างไร

3. คำสนอง (Annahme)

3.3.1 ความหมายและลักษณะของคำสนอง

คำสนองจะต้องเป็นอิสระและไม่สงวนสิทธิใดๆ ต้องสอดคล้องตามเจตนาที่ผู้เสนอได้ แสดงมา และตามหลักทั่วไปของการเกิดสัญญา คำสนองจะต้องถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอ²²³ โดยอาจ สรุปลักษณะของคำสนองได้ดังนี้

3.3.1.1 คำสนองต้องเป็นอิสระ (Free)

หลักอิสระในการทำสัญญาคือหลักที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายสัญญา เยอรมันเช่นเดียวกับหลักในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้น จึงมีคดีจำนวนมากซึ่งศาลตัดสินใน ทำนองว่า ผู้รับคำเสนอไม่มีหน้าที่ที่จะต้องตอบรับคำเสนอ โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ขายส่งสินค้าไป ให้ผู้ซื้อโดยที่ผู้ซื้อไม่ได้ร้องขอ ศาลตัดสินว่าผู้ซื้อไม่มีหนี้หรือหน้าที่ต้องกระทำการใดๆเกี่ยวกับคำ เสนอนั้นเลย

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมสมัยใหม่ ทำให้เกิด ข้อยกเว้นจากหลักที่ว่าผู้รับคำเสนอไม่มีหน้าที่ต้องตอบคำเสนอ โดยอาจแบ่งข้อยกเว้นได้ 2 กรณี คือ

²²¹ เฟิ่งอ้วง

²²² BGB, Section 520 Expiry of an annuity promise;

If the giver promises maintenance consisting of recurrent performance the obligation expires with his death unless something else emerges from the promises.

²²³ Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *supra note 190*, p. 70.

(1) กรณีของการให้บริการสาธารณูปโภค เช่น ไฟฟ้า ก๊าซ รถไฟ การขนส่งอากาศยาน ถือว่าผู้บริโภคร (หรือผู้เดินทาง) ได้ทำคำเสนอขอใช้บริการ และผู้ให้บริการจะเป็นผู้ทำคำสนอง ทั้งนี้ ในกรณีต่างๆเหล่านี้ ผู้ให้บริการไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธคำเสนอ (กล่าวคือ ไม่มีสิทธิปฏิเสธการให้บริการนั่นเอง)²²⁴

(2) กรณีมาตรา 20 กฎหมายต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) กล่าวคือ ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant position in the market) เลือกลงปฏิบัติเพื่อมิให้ผู้ประกอบการขนาดเล็กเข้ามามีส่วนร่วมแบ่งในตลาด²²⁵

3.3.1.2 คำสนองต้องไม่มีข้อสงวนใดๆ (Unreserved Acceptance)

คำสนองจะต้องไม่มีข้อสงวนใดๆ และคำสนองนั้นจะต้องไม่ระบุเงื่อนไขใหม่ๆต่อคำเสนอ โดยในมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติว่า “คำสนองที่ขยาย จำกัด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงประการอื่นต่อคำเสนอ ให้ถือเป็นคำบอกปิดและกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่”²²⁶

3.3.2 ผลของคำสนอง

ในประเด็นเรื่องผลของคำสนอง พิจารณาได้ดังนี้

3.3.2.1 การสื่อสารของคำสนอง (Communication of the Acceptance)

เช่นเดียวกับนิติกรรมอื่นๆ (*Rechtsgeschäft*) ซึ่งคำสนองจะมีผลเมื่อได้ถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอแล้ว ผู้รับคำสนองจึงไม่ใช่เพียงตอบรับคำเสนอโดยเก็บไว้ในใจของตนเองเท่านั้น แต่จะต้องสื่อสารเจตนาของตนไปยังผู้เสนอด้วย และเนื่องจากคำสนองเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งจึงต้องนำหลักการแสดงเจตนามาใช้บังคับด้วยเช่นกัน ซึ่งหากเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า จะถือว่าคำสนองมีผลเมื่อการแสดงเจตนาของผู้สนองไปถึงผู้เสนอ²²⁷

²²⁴ *Ibid.* p. 71.

²²⁵ มีข้อสังเกตว่า หลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏในประเทศต่างๆซึ่งเป็นภาคีสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป (European Union) ด้วยเช่นกัน อันเป็นผลมาจากกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (EC Competition Law) ซึ่งสหภาพยุโรปออกมาใช้บังคับนั่นเอง

²²⁶ Section 150 Late and altered acceptance;

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

²²⁷ BGB, Section 130 Effectiveness of a declaration of intent to absent parties;

3.3.2.2 คำสนองที่ถือเป็นการบอกปัดคำเสนอ

การแสดงเจตนาทำคำสนอง อาจไม่มีผลทางกฎหมายเป็นคำสนองเสมอไป แต่ในบางกรณีจะมีผลเป็นการเป็นการปฏิเสธคำเสนอและกลายเป็นคำเสนอใหม่ ได้แก่ คำสนองที่มาถึงล่วงเวลา คำสนองที่มีการขยาย จำกัด หรือแก้ไขประการอื่น ๆ ต่อคำเสนอ²²⁸ ทั้งนี้ กรณีคำสนองล่วงเวลานั้น กฎหมายกำหนดว่า หากคำสนองไปถึงล่วงเวลา แต่ส่งโดยวิธีการซึ่งควรจะถึงในเวลาปกติและผู้เสนอได้ตระหนักถึงการนี้ ผู้เสนอต้องแจ้งไปยังผู้สนองถึงความล่าช้าดังกล่าวโดยไม่มีชักช้า เว้นแต่จะได้บอกกล่าวไว้ก่อนแล้ว หากไม่เช่นนั้น ถือว่าคำสนองไม่ได้ล่วงเวลา²²⁹

3.4 เวลาที่สัญญาเกิด

สัญญาย่อมเกิดเมื่อคำเสนอสนองถูกต้องตรงกัน และอาจเกิดขึ้นได้ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย ดังนี้

3.4.1 การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง

สัญญาเกิดขึ้นเมื่อการแสดงเจตนาทำคำสนองมีผลไปถึงผู้เสนอ โดยในกฎหมายเยอรมันไม่มีหลักการโดยเฉพาะเจาะจงว่าคำสนองมีผลเมื่อใด²³⁰ แต่จะนำหลักเกี่ยวกับการแสดง

(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

²²⁸ BGB, Section 150 Late and altered acceptance;

(1) The late acceptance of an offer is considered to be a new offer.

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

²²⁹ BGB, Section 149 Late and altered acceptance;

If a declaration of acceptance received late by the offeror was sent in such a way that it would have arrived in time with ordinary forwarding, and if the offeror must have recognized 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 sending the notification, the acceptance is deemed not to have been late.

²³⁰ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed. (translated from the German by Tony Weir) (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 362.

เจตนามาใช้บังคับเนื่องจากการสนองถือเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หากเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า สัญญาเกิดเมื่อผู้รับคำเสนอได้ทราบถึงคำสนอนนั้น แต่หากเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า สัญญาเกิดเมื่อคำสนองไปถึงผู้เสนอ

ทั้งนี้ ความหมายของคำว่า “ไปถึง” นั้น ได้แก่การแสดงเจตนาทำคำสนองอยู่ในขอบเขตที่ผู้รับการแสดงเจตนาสามารถควบคุมได้ กล่าวคือผู้รับการแสดงเจตนาสามารถ (หรือคาดหมายได้ว่าควรสามารถ) เข้าถึงเนื้อหาแห่งการแสดงเจตนา ในพฤติการณ์ปรกติ ตัวอย่างเช่น การส่งจดหมายทำคำสนองให้แก่ภรรยาของผู้เสนอ หรือใส่ตู้จดหมายของผู้เสนอย่อมถือว่าการแสดงเจตนาทำคำสนอนนั้น “ไปถึง” ผู้เสนอแล้ว²³¹

นอกจากนี้ ในกรณีของคำเสนอบ่งเวลา หากผู้รับคำเสนอได้ส่งคำสนองทางไปรษณีย์ และได้แจ้งไปยังผู้เสนอว่า จดหมายดังกล่าวอยู่ที่ไปรษณีย์ การบอกแจ้งดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะถือว่าคำสนอนนั้นไปถึงผู้เสนอแล้ว²³²

3.4.2 การเกิดสัญญาโดยปริยาย

โดยหลักทั่วไปจะต้องมีการสื่อสารคำสนองไปยังผู้เสนอจึงจะถือว่าสัญญาเกิดขึ้น แต่ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่สัญญาอาจเกิดขึ้นได้แม้คำสนองจะไม่ไปถึงยังผู้เสนอก็ตาม นั่นคือกรณีที่ตามธรรมเนียมผู้เสนอไม่ต้องการให้แจ้งคำสนองกลับไปยังตน หรือกรณีที่ผู้เสนอได้ยกเว้นไว้ว่าไม่ต้องมีคำสนองไปยังตน²³³ ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นได้แม้ผู้เสนอจะไม่ได้รับแจ้งเกี่ยวกับคำสนอง²³⁴

²³¹ Raymond Youngs, *supra note 47*, p. 522.

²³² *Ibid.*

²³³ BGB, Section 151 Acceptance without declaration to the offeror;

A contract comes into existence through the acceptance of the offer without the offeror needing to be notified of acceptance, if such a declaration is not to be expected according to customary practice, or if the offeror has waived it. The point of time when the offer expires is determined in accordance with the intention of the offeror, which is to be inferred from the offer or the circumstances.

²³⁴ Peter David Victor Marsh, *supra note 66*, p. 74.

4. กฎหมายฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส (France)²³⁵ การศึกษากฎหมายสัญญาถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนี้²³⁶ โดยถือว่าสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งประการหนึ่ง และหนึ่งถือว่าเป็นส่วนประกอบพื้นฐานที่สำคัญของทรัพย์สินมรดกของบุคคลที่ตายแล้ว²³⁷ หลักสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายสัญญาคือหลักความยินยอม (Consent) จากทฤษฎีอิสระของการแสดงเจตนา (The Doctrine of the Autonomy of the will) ซึ่งคู่สัญญาต่างมีอิสระที่จะเข้าผูกพันทำสัญญาหรือไม่ก็ได้

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Civil) ได้นิยามความหมายของสัญญาไว้ว่า “สัญญาคือข้อตกลงซึ่งบุคคลหนึ่งหรือหลายคนได้ผูกพันตนเองต่อบุคคลอีกคนหนึ่งหรือหลายคนว่าจะให้ กระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ²³⁸ นอกจากนี้กฎหมายยังได้บัญญัติองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาไว้ 4 ประการ²³⁹ ได้แก่ ความตกลงของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเอง ความสามารถของคู่สัญญา เนื้อหาที่ชัดเจนของสัญญา (Objet) และวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Cause)

²³⁵ ชื่อเป็นทางการคือสาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic) ส่วน ฝรั่งเศส (France) คือชื่อที่เรียกกันอยู่แพร่หลายเป็นปกติ, ราชบัณฑิตยสถาน, *อ่างแล้ว เจริญรุ่งเรืองที่ 1* โดยต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า ประเทศฝรั่งเศส เมื่อพูดถึงประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

²³⁶ Dickson Brice, *Introduction to French Law*, (London: Pitman Publishing, 1994), p. 137.

²³⁷ ในภาษาฝรั่งเศสคำว่า Patrimoine หมายถึง ประโยชน์ทางทรัพย์สินและความรับผิดชอบของบุคคล ซึ่งในกฎหมายอังกฤษก็คือ estate of a deceased person นั่นเอง

²³⁸ *Code Civil*, Article 1101

A contract is an agreement by which one or several persons bind themselves, towards one or several others, to transfer, to do or not to do something.

²³⁹ *Code Civil*, Article 1108

Four conditions are essential for the validity of an agreement: the consent of the party binding himself or herself; his or her capacity to contract; a definite subject-matter of the arrangement; a legitimate purpose for the binding obligations.

กฎหมายฝรั่งเศส ได้แยกสัญญาเป็นสองประเภท คือสัญญาสองฝ่าย²⁴⁰ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ผูกพันซึ่งกันและกัน และสัญญาฝ่ายเดียว²⁴¹ ซึ่งคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวมีหน้าที่ผูกพันในทางกฎหมายและสัญญาให้

4.1 คำเสนอ (*offre or pollicitation*)

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะได้บัญญัติชัดเจนว่าสัญญาเป็นข้อตกลงอย่างหนึ่ง แต่ไม่ได้บัญญัติว่าข้อตกลงดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นได้อย่างไร นักกฎหมายฝรั่งเศสจึงได้อธิบายว่าข้อตกลงดังกล่าวจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของคำเสนอและคำสนอง²⁴² อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำเสนอและคำสนองเอาไว้ หากแต่หลักดังกล่าวเป็นหลักที่พัฒนาขึ้นจากคำพิพากษาของศาล²⁴³

4.1.1 ความหมายและลักษณะของคำเสนอ

คำเสนอคือการแสดงเจตนาที่ได้ระบุรายละเอียดที่ชัดเจนและเพียงพอว่าต้องการทำสัญญา²⁴⁴ โดยคำเสนอต้องมีลักษณะที่สำคัญสองประการคือ ต้องมีความชัดเจนแน่นอนและต้องเคร่งครัดปราศจากข้อสงวนใดๆ²⁴⁵ หากเป็นคำเสนอซื้อขายสินค้า สิ่งที่ต้องระบุในคำเสนอก็คือวัตถุประสงค์แห่งการซื้อขายและราคา จึงจะถือว่ามี ความชัดเจนแน่นอนและเพียงพอที่จะเสนอทำสัญญาซื้อ

²⁴⁰ *Code Civil*, Article 1102

A contract is synallagmatic or bilateral where the contracting parties binds themselves mutually towards each other.

²⁴¹ *Code Civil*, Article 1102

It is unilateral where one or more persons are bound towards one or several others, without there being any obligation on the part of the latter.

²⁴² John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 302.

²⁴³ Raymond Youngs, *supra note 47*, p. 514.

²⁴⁴ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *supra note 242*, p. 302.

²⁴⁵ Raymond Youngs, *supra note 47*, p. 514.

ขายได้²⁴⁶ ทั้งนี้ คำเสนออาจทำได้โดยวิธีการใด ๆ ก็ได้ เช่น แท็กที่จอตกรอรับผู้โดยสารในสถานที่ที่เหมาะสมว่าเป็นการเสนอให้บริการ ถือว่าเป็นคำเสนอแล้ว²⁴⁷

ทั้งนี้ เมื่อคู่กรณีสองฝ่ายได้เข้าสู่กระบวนการเจรจาตกลงกัน จำเป็นต้องพิจารณาว่าข้อเสนอสั่งทำโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นคำเสนอแล้วหรือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น โดยอาจพิจารณาได้ดังนี้

4.1.1.1. การแสดงสินค้าเพื่อขายในร้านค้า (Display of goods)

ศาลฝรั่งเศสวางหลักว่า การแสดงสินค้าสำหรับขายในร้านค้า ถือเป็นการคำเสนอต่อสาธารณะ²⁴⁸ และยังรวมถึงกรณีแสดงขายสินค้าในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเอง (Self-service) ก็ถือเป็นคำเสนอด้วยเช่นกัน²⁴⁹

ตัวอย่างเช่นในคดีหนึ่งที่ศาลตัดสินว่าสินค้าในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเองเป็นคำเสนอ²⁵⁰ ข้อเท็จจริงมีว่าโจทก์เข้าไปในร้าน Supermage-Rennes' service store ซึ่งเป็นร้านค้าในลักษณะที่ผู้ซื้อบริการตนเอง โจทก์ได้หยิบขวดเบียร์และขวดโชดา "Vittel-Delices" ใส่ในตะกร้าซึ่งผู้ขายจัดไว้ให้ หลังจากนั้นโจทก์จึงได้ไปที่จุดชำระเงินซึ่งลูกจ้างของร้านค้าได้นำสินค้าออกจากตะกร้า ในขณะที่ยื่นรอใบเสร็จชำระเงิน ปรากฏว่าขวดโชดา "Vittel-Delices" ได้กระแทกกับขวดเบียร์ทำให้ขวดโชดานั้นระเบิด โจทก์ได้รับบาดเจ็บที่ตาต้านขวา และได้ฟ้องคดีต่อร้านค้าและต่อผู้ผลิตเพื่อเรียกค่าเสียหายฐานละเมิด คดีนี้ศาลตัดสินว่า โจทก์สามารถเรียกค่าเสียหายจากร้านค้าฐานสัญญาได้ แต่ไม่อาจเรียกค่าเสียหายจากผู้ผลิตโชดาในฐานละเมิด

จากคดีดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า ในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเองนั้น สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นสมบูรณ์เมื่อลูกค้าหยิบสินค้าใส่ตะกร้า ดังนั้นคดีนี้ซึ่งขวดโชดาระเบิดที่โต๊ะชำระเงิน

²⁴⁶ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *supra note 242*, p. 302.

²⁴⁷ Civ 2 December 1969.

²⁴⁸ Barry Nicholas, The French Law of Contract, 2nd. ed. (Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1992), pp. 63-64.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Cour d'appel de Paris 14 December 1961 and Cass. Civ. 1, 20 October 1964 DS 1965.62.

และลูกค้าได้รับบาดเจ็บ แม้เหตุการณ์ดังกล่าวจะเกิดขึ้นก่อนที่ผู้ขายจะคิดราคาสินค้า ก็ถือว่าเป็นสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ลูกค้าจึงมีสิทธิฟ้องร้องคดีจากร้านค้าในฐานะสัญญาได้²⁵¹

4.1.1.2. ประกาศโฆษณา (Advertisements)

ในกฎหมายฝรั่งเศส คำเสนอต่อสาธารณะมีผลสมบูรณ์ไม่น้อยไปกว่าคำเสนอต่อบุคคลเฉพาะเจาะจง ข้อเสนอที่ทำต่อสาธารณะโดยการประกาศโฆษณาจึงถือเป็นคำเสนออย่างแท้จริงและถูกสนองรับได้²⁵²

ในคดี Cass. Civ. 3e, 28 November 1968²⁵³ ข้อเท็จจริงมีว่า Maltzkorn ได้ทราบถึงประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์ *L'Ardennais* ฉบับวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1961 ว่า Mr. Braquet เสนอขายที่ดินแปลงหนึ่งในราคา 25,000 ฟรังก์ Maltzkorn จึงได้แจ้งต่อ Mr. Braquet ว่าประสงค์จะสนองรับคำเสนอนั้น แต่ผู้เสนอปฏิเสธว่าตนไม่มีความผูกพันตามคำเสนอชื่อของ Maltzkorn คดีนี้ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า กรณีคำเสนอซึ่งทำต่อสาธารณะ คำเสนอจะผูกพันระหว่างผู้เสนอและบุคคลแรกซึ่งสนองรับคำเสนอนั้น ในทำนองเดียวกับคำเสนอซึ่งทำต่อบุคคลเฉพาะเจาะจง

มีนักกฎหมาย²⁵⁴ ให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีข้างต้นว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นการกระทำที่มีความเคร่งครัดในการตกลงทำสัญญา ดังนั้นประกาศโฆษณาทรัพย์ดังกล่าวจึงควรถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้เข้าสู่การเจรจา (An invitation into negotiations) เท่านั้น

4.1.2 การมีผลของคำเสนอ

กฎหมายไม่ได้วางหลักไว้ว่าคำเสนอมีผลเมื่อใด แต่นักกฎหมายฝรั่งเศสอธิบายการมีผลของคำเสนอว่าคำเสนอจะถือว่ามีผลและใช้บังคับได้หากคำเสนอนั้นได้แสดงให้เห็นปรากฏชัดเจนว่ามี

²⁵¹ เนื่องจากในกฎหมายของฝรั่งเศสมีหลักที่ยกเว้นความรับผิดชอบจากร้านค้าจากความรับผิดชอบในฐานะเมิด

²⁵² Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz and Denis Tallon, *supra note 200*, p. 186.

²⁵³ Bull. Civ. III. 507; Gaz. Pal. 1969.1.95; JCP 1969.II.15797.

²⁵⁴ Malaurie and Aynes, para 387, note 29. in Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz and Denis Tallon, *supra note 200*, p. 186.

เจตนาจะถูกผูกพันตามเนื้อหาที่ผู้เสนอได้แสดงออกมา²⁵⁵ และผู้รับคำเสนอต้องรับรู้ถึงคำเสนอนั้น เพื่อที่ผู้รับคำเสนอจะสนองตอบได้

ในกรณีซึ่งคำเสนอกระทำโดยผู้ประกอบการธุรกิจโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ คำเสนอนั้น มีความผูกพันผู้เสนอเช่นเดียวกับการทำคำเสนอด้วยวาจาตราบเท่าที่คำเสนอนั้นปรากฏในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์²⁵⁶ ทั้งนี้ ตั้งแต่ช่วงปีค.ศ. 1999 ศาลฝรั่งเศสได้ยอมรับว่าคำเสนอซื้อขายสินค้าบนเว็บไซต์ถือเป็นคำเสนอซึ่งใช้บังคับได้²⁵⁷

มีข้อสังเกตว่า ในประเด็นเรื่องการมีผลของคำเสนอตามกฎหมายฝรั่งเศสนี้ ไม่ใช่ประเด็นที่มีความสำคัญนัก เพราะในกฎหมายฝรั่งเศส ผู้เสนอสามารถบอกถอนคำเสนอของตนในเวลาใดๆก็ได้ เนื่องจากการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral act) เช่นคำเสนอ ไม่อาจมีผลบังคับตามกฎหมายโดยลำพังได้นั่นเอง

4.1.3 การสิ้นผลของคำเสนอ

คำเสนออาจสิ้นผลได้ในกรณีดังต่อไปนี้

4.1.3.1 การบอกถอนคำเสนอ (Revocation)

หากผู้เสนอเปลี่ยนใจก่อนที่ผู้รับคำเสนอจะทำได้ทำคำสนอง ถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้นเนื่องจากขาดความยินยอมของคู่กรณี และเมื่อยังไม่มีช่วงเวลาใดที่ความประสงค์ของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายถูกต้องตรงกัน คำเสนอจึงอาจถูกถอนได้²⁵⁸ ซึ่งศาลฝรั่งเศสได้วางหลักในคดี Cass. Civ. 1re, 3 February 1919²⁵⁹ ว่า “คำเสนอในตัวเองไม่ผูกพันผู้เสนอ โดยหลักคำเสนอจึงถูกถอนได้ตราบใดที่คำสนองรับยังไม่ผล”²⁶⁰

²⁵⁵ DG ENTR/04/68 Country Report France, (19 September 2006). *Benchmarking of existing national legal e-business practices*, p. 7. Retrieved May 18, 2009, from European Commission Web site: <http://ec.europa.eu/enterprise/ict/policy/legal/2006-bm-cr/france.pdf>

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ CA Paris December 3, 1999 *Fragrance Counter v. Estee Lauder*, No. 1999/12186.

²⁵⁸ Barry Nicholas, *supra note 248*, p. 66.

²⁵⁹ D.P. 23.1.126.

²⁶⁰ ข้อสังเกต แนวความเห็นดังกล่าวอาจอธิบายในทางทฤษฎีได้จากข้อเท็จจริงที่ว่า ตามธรรมเนียมของกฎหมายฝรั่งเศสนั้นไม่มีการบังคับนี้จากการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral act)

แต่ก็มีข้อยกเว้นบางกรณีซึ่งผู้เสนอไม่อาจบอกถอนคำเสนอของตนได้ ได้แก่ กรณีที่ผู้เสนอได้ระบุว่าคำเสนอนั้นไม่อาจถอนได้ กรณีที่ผู้เสนอได้ระบุเวลาในการทำคำสนองไว้ และกรณีที่มีเหตุที่ทำให้ผู้รับคำเสนอเชื่อได้ว่าคำเสนอนั้นจะไม่ถูกถอนและผู้รับคำเสนอได้กระทำการซึ่งแสดงว่าเชื่อตามนั้น²⁶¹

อย่างไรก็ตาม แม้ตามกฎหมายฝรั่งเศส คำเสนออาจถอนได้เนื่องจากในตัวของคำเสนอเองไม่ได้ผูกพันผู้เสนอ แต่ในทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสได้วางหลักให้การบอกถอนคำเสนอทำได้ยากขึ้น กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้เสนอไม่ได้บ่งเวลาไว้ หากอนุমানได้ว่าผู้เสนอได้เปิดระยะเวลาในการทำคำสนองไว้ ผู้เสนอมีความผูกพันตามคำเสนอนั้นภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ไม่อาจบอกถอนคำเสนอภายในระยะเวลานั้นได้ ตัวอย่างเช่นในคดี Cass. Civ., 17 December 1958²⁶² นอกจากนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสยังได้เสนอความเห็นเพิ่มเติมจากแนวที่ศาลได้วางหลักไว้คือ กรณีคำเสนอที่ไม่ได้ระบุเวลาไว้และไม่อาจอนุমানได้ว่าผู้เสนอต้องผูกพันภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ก็ถือว่าผู้เสนอต้องผูกพันตามคำเสนอภายในช่วงระยะเวลาหนึ่งเช่นกัน²⁶³

4.1.3.2 คำเสนอสิ้นผลเมื่อพ้นเวลา (Lapse of offer)

เช่นเดียวกับระบบกฎหมายอื่นๆ คือกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับว่าคำเสนอจะสิ้นความผูกพันเมื่อพ้นระยะเวลา²⁶⁴ โดยแยกเป็นสองกรณีคือ หากเป็นคำเสนอบ่งเวลา คำเสนอสิ้นผลเมื่อพ้นเวลาที่บ่งไว้ หากเป็นคำเสนอไม่บ่งเวลา คำเสนอจะสิ้นผลเมื่อพ้นเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำเสนอ²⁶⁵ นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่า ในกฎหมายฝรั่งเศส คำเสนอไม่สิ้นผลเมื่อผู้เสนอถึงแก่ความตาย²⁶⁶

4.2 คำมั่นจะทำสัญญา (*promesse*)

4.2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ในกฎหมายฝรั่งเศส หากพิจารณาในเรื่องคำมั่น ในเบื้องต้นอาจแบ่งคำมั่นได้เป็น 2 ประเภทคือ คำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญา (*la promesse unilatérale de contrat*) หมายถึง

²⁶¹ Barry Nicholas, *supra note 248*, pp. 63-64.

²⁶² D. 1959. 1. 33.

²⁶³ Barry Nicholas, *supra note 248*, pp. 66-69.

²⁶⁴ *Ibid.* p. 69.

²⁶⁵ Raymond Youngs, *supra note 47*, p. 516.

²⁶⁶ Civ. 9 November 1983.

เฉพาะผู้ให้คำมั่นเท่านั้นที่ถูกบังคับว่าจะทำสัญญา และคำมั่นต่างตอบแทนว่าจะทำสัญญา (*la promesse reciproque de contrat or La promesse synallagmatique de contrat*) หมายถึง คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างผูกพันซึ่งกันและกันว่าจะทำสัญญา²⁶⁷

4.2.2 ความหมายและประเภทของคำมั่นจะทำสัญญา

ในกรณีของคำมั่นจะทำสัญญา ซึ่งเป็นลักษณะการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดเป็นสัญญา ขึ้นระหว่างคู่กรณีนั้น อาจแบ่งเป็นประเภทได้ดังนี้

4.2.2.1 คำมั่นจะทำสัญญาที่กฎหมายบัญญัติไว้

คำมั่นจะทำสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติไว้มีเพียงกรณีของ คำมั่นว่าจะซื้อหรือขาย (*la promesse unilaterale de vente*) เท่านั้น ตามมาตรา 1589²⁶⁸ 1590²⁶⁹ และ 1675²⁷⁰

²⁶⁷ ธิวากร ยอดชาญ, อ้างแล้ว เริงอรรถที่ 56, น. 75.

²⁶⁸ *Code Civil*, Article 1589

A promise of sale is the same as a sale, where there is reciprocal consent of both parties as to the thing and the price.

(Act of 30 July 1930) Where that promise relates to plots already in lots or to be in lots, its acceptance and the agreement that will result therefrom shall be established by the payment of an installment on the price, whatever the name given to that instalment may be, and by the vesting with possession of the plot.

The date of the agreement, even put into legal form afterwards, is that of the payment of the first instalment.

²⁶⁹ *Code Civil*, Article 1590

Where a promise to sell was made with an earnest, each contracting party is at liberty to withdraw.

The one who has given it, by losing it.

And the one who has received it, by returning twice the amount.

²⁷⁰ *Code Civil*, Article 1675

In order to ascertain whether there has been a loss of the seven-twelfths, the immovable must be appraised according to its conditions and its value at the time of the sale.

4.2.2.1 คำมั่นจะทำสัญญาที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้

ในทางตำราอธิบายคำมั่นจะทำสัญญาว่าเป็นความผูกพันก่อนสัญญา (Pre-contract) โดยอาจแยกประเภทของคำมั่นจะทำสัญญากรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองไว้ได้ ดังนี้

(1) คำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญา (*la promesse unilatérale de contrat*)

วัตถุประสงค์ของการทำคำมั่นเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการก่อให้เกิดสัญญาในขั้นสุดท้าย (*la contrat définitif*) ผู้รับคำมั่นมีสิทธิเลือกที่จะทำค้ำสนองเพื่อให้เกิดเป็นสัญญาหรือไม่ก็ได้ ซึ่งคำมั่นจะเกิดก่อนการทำสัญญาในขั้นสุดท้าย เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายในการเตรียมการเกี่ยวกับสัญญา เช่น ผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์อาจต้องหาแหล่งเงินทุนก่อน

คำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญา แตกต่างจากการกระทำอื่นๆ (ไม่ว่ามีผลตามกฎหมายหรือไม่) ดังนี้

ก. คำมั่นจะทำสัญญาแตกต่างจากการเจรจา ซึ่งในการเจรจานั้น เป็นเพียงแต่การปรึกษาหารือระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ยังไม่เกิดคำมั่น²⁷¹

ข. คำมั่นจะทำสัญญา แตกต่างจากคำเสนอ เนื่องจาก คำมั่นฝ่ายเดียวมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา เป็นข้อผูกมัดที่แน่นอน (*definitive engagement*)²⁷² ชัดเจนกว่าคำเสนอ เนื่องจากคำเสนอ ผลทางกฎหมายยังไม่มีที่แน่นอน ผู้เสนอสามารถบอกถอนคำเสนอได้ นอกจากนี้ คำมั่นยังเกิดจากความตกลงร่วมกันระหว่างผู้ให้คำมั่นและผู้รับคำมั่น จึงต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายที่แน่นอน ในขณะที่คำเสนอเกิดจากความตกลงของผู้เสนอฝ่ายเดียว ซึ่งอาจทำต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้²⁷³

(Act of 28 Nov. 1949) In the case of a unilateral promise of sale, the loss is appraised on the day of its execution.

²⁷¹ Jacques Ghestin, *Traite de Droit Civil Les Obligations le Contract Formation*, 2nd ed. (Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1988), pp. 788-789. อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่* 56, น. 80.

²⁷² *Ibid.* p. 789 อ้างถึงใน ธิวากร ยอดชาญ, *เพิ่งอ้าง*

²⁷³ *เพิ่งอ้าง*, น. 81.

ค. คำมั่นจะทำสัญญา แตกต่างจากสัญญาขั้นสุดท้าย (*du contrat définitif*) ที่มีเงื่อนไข²⁷⁴

(2) คำมั่นต่างตอบแทนว่าจะทำสัญญา (*la promesse reciproque de contrat or la promesse synallagmatique de contrat*)

คือคำมั่นจะทำสัญญาซึ่งมีลักษณะที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้ความผูกพันว่าจะทำสัญญากันในขั้นสุดท้าย เช่น ฝ่ายหนึ่งให้สัญญาว่าจะขาย และอีกฝ่ายหนึ่งให้สัญญาว่าจะซื้อ ซึ่งจะต่างจากคำมั่นฝ่ายเดียว เนื่องจากมีเพียงคู่กรณีฝ่ายเดียวเท่านั้นที่ให้คำมั่นว่าจะผูกพัน²⁷⁵

4.2.3 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นจะทำสัญญา

คำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญา มีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว (an unilateral contract) ตามมาตรา 1103 ซึ่งมีใช้ในนิติกรรมฝ่ายเดียว (unilateral juridical acts) คำมั่นฝ่ายเดียวที่พบได้บ่อยคือคำมั่นจะขาย (promise to sell) เป็นสัญญาที่บุคคลฝ่ายหนึ่งผูกมัดตนเองที่จะขายทรัพย์สินต่อบุคคลอีกฝ่าย โดยฝ่ายหลังไม่จำเป็นต้องตกลงซื้อในขณะนั้น โดยในที่นี้การซื้อขายหมายถึงสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดซึ่งจะเกิดขึ้นในอนาคต²⁷⁶ หากผู้ให้คำมั่นผิดคำมั่น ถือเป็นกรณไม่ปฏิบัติหรือละเลยต่อหนี้ ผู้รับคำมั่นมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือเพิกถอนการกระทำหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นการโอนไม่สุจริตตามมาตรา 1382 หรือ 1167²⁷⁷

กรณีของคำมั่นจะซื้อจะขาย กฎหมายเพียงแต่บัญญัติว่าคำมั่นจะกลายเป็นสัญญาซื้อขายได้ในกรณีใด แต่ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าจะสิ้นสุดผลเมื่อใด โดยอาจอธิบายถึงการสิ้นสุดผลของคำมั่นจะทำสัญญาได้ว่า คำมั่นสิ้นสุดผลหากผู้รับคำมั่นใช้สิทธิไม่สนองรับ และหากเป็นคำมั่นที่มีกำหนดเวลา คำมั่นย่อมสิ้นสุดผลเมื่อถึงเวลาที่กำหนดไว้

ส่วนกรณีคำมั่นที่ไม่กำหนดเวลานั้น ในทางตำราถือว่าผู้ให้คำมั่นอาจถอนคำมั่นได้ โดยต้องบอกกล่าวหรือกระทำการใดเพื่อให้ผู้รับคำมั่นยอมรับว่าผู้ให้คำมั่นจะหลุดพ้น หรืออาจเป็นการยกเลิกโดยปริยายก็ได้ แต่ทั้งนี้ คำมั่นจะไม่สิ้นสุดผลเพราะเหตุที่ผู้ให้คำมั่นถึงแก่ความตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ เนื่องจากคำมั่นมีสถานะเป็นสัญญานั่นเอง²⁷⁸

²⁷⁴ เฟ็งอ้าง, น. 84.

²⁷⁵ เฟ็งอ้าง

²⁷⁶ เฟ็งอ้าง, น. 76.

²⁷⁷ Marcel Fernand Planiol, *Treatise on the Civil Law*, Vol. 2 part 1, 11th ed.

Translated by the Louisiana State Law Institute, 1939, p. 791 อ้างถึงใน เฟ็งอ้าง, น. 76.

²⁷⁸ เฟ็งอ้าง

4.3 คำสนอง (Acceptance)

ในทางทฤษฎี การเกิดสัญญาต้องมีข้อตกลงที่ต้องตรงกันระหว่างคำเสนอและคำสนอง ในเงื่อนไขทุกข้อแห่งสัญญา แต่ในทางปฏิบัติ เฉพาะเงื่อนไขข้อสำคัญเท่านั้นที่จำเป็นต้องตกลง²⁷⁹ โดยในประเด็นของคำสนองตามกฎหมายฝรั่งเศส อาจพิจารณาได้ดังนี้

4.3.1 ความหมายและลักษณะของคำสนอง

คำสนองเป็นการแสดงเจตนายินยอมต่อคำเสนอโดยไม่มีข้อโต้แย้งหรือเงื่อนไขใดๆ²⁸⁰ ที่แตกต่างไปจากคำเสนอ ซึ่งมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับการบอกปิด หรือคำสนองที่กลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter-offer)²⁸¹ ซึ่งกรณีหลังนี้แม้ผู้รับคำเสนอจะได้ตั้งใจทำคำสนอง แต่ในทางกฎหมายไม่ถือว่าเป็นคำสนองแต่อย่างใด

4.3.2 ผลของคำสนอง

4.3.2.1 การมีผลของคำสนอง

กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดว่าคำสนองจะต้องถูกสื่อสารไปยังผู้เสนอ เนื่องจากในกฎหมายฝรั่งเศส เจตนาตกลงร่วมกันระหว่างคู่กรณีเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้นเมื่อเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องตรงกันแล้ว การสื่อสารคำสนองไปยังผู้เสนอก็ไม่มีผลทำให้เกิดอะไรขึ้นมาอีก (ในทางทฤษฎีเรียกว่า *emission*) สัญญาจึงอาจเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่ผู้สนองได้แสดงเจตนาทำคำสนองของตนหากเป็นการทำคำสนองทางไปรษณีย์ ซึ่งศาลฝรั่งเศสก็ได้ตัดสินตามแนวความเห็นดังกล่าว ตัวอย่างเช่นคดีหนึ่งในปีค.ศ.1981²⁸² ข้อเท็จจริงมีว่า A ทำคำเสนอต่อ C โดยระบุให้ตอบรับภายใน 30 วัน C ผู้รับคำเสนอได้ส่งคำสนองของตนเจ็ดวันล่วงหน้าก่อนจะครบเวลาตามที่ผู้เสนอกำหนด แต่ C ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าคำสนองของตนไปถึงผู้เสนอภายในเวลาดังกล่าว ศาลถือว่าคำสนองมีผลตั้งแต่วันที่ผู้สนองได้ส่งคำสนองแล้ว

4.3.2.2 คำสนองที่บอกปิดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ (Counter-offer)

คำสนองจะต้องเป็นการสนองรับโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆต่อคำเสนอ ดังนั้น คำสนองจึงมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับ คำสนองที่บอกปิดหรือคำสนองที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ (Counter-offer)

²⁷⁹ Peter David Victor Marsh, *supra note* 66, p. 70.

²⁸⁰ Raymond Youngs, *supra note* 47, p. 520; Civ 12 March 1985.

²⁸¹ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *supra note* 242, p. 303.

²⁸² Com. 7.1. 1981, RT (1981), 849.

อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น คำสนองที่บอกปิดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสนอง ไม่ทำให้เกิดคำสนองสิ้นผลโดยอัตโนมัติเสมอไป²⁸³ แต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี โดยเฉพาะเจตนาซึ่งแสดงออกของผู้รับคำสนอง²⁸⁴ ตัวอย่างเช่น หากผู้รับคำสนองแสดงออกชัดเจนว่า ไม่ว่าจะกรณีใดๆก็ตามตนจะไม่เข้าทำสัญญาตามราคาสินค้าซึ่งผู้เสนอได้เสนอมา ดังนี้ จะมีผลให้คำสนองสิ้นผล แม้ว่าผู้เสนอจะไม่ได้บอกถอน คำสนองก็สิ้นผล ซึ่งหลักการนี้ค่อนข้างตรงกันข้ามกับกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากในกฎหมายอังกฤษนั้น คำสนองที่บอกปิดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสนอง จะทำให้เกิดคำสนองขึ้นใหม่ ในขณะที่ตามกฎหมายฝรั่งเศส ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีเป็นสำคัญ²⁸⁵

4.3.2.3 คำสนองโดยการนิ่ง

และเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอื่นๆที่โดยหลักไม่ถือว่าการนิ่งเป็นการทำคำสนอง ดังนั้นการนิ่งของผู้รับคำสนองจึงไม่อาจก่อให้เกิดสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีซึ่งเป็นผลประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้รับคำสนอง การนิ่งอาจเป็นคำสนองรับได้ หลักดังกล่าวปรากฏก่อนการตัดสินของศาลฎีกาในปีค.ศ. 1938²⁸⁶ ข้อเท็จจริงมีว่า ผู้ให้เช่าได้แจ้งแก่ผู้เช่าว่าตนประสงค์จะลดค่าเช่าให้แก่ผู้เช่าตามราคาที่ระบุไว้ ต่อมาผู้เช่าไม่อาจชำระค่าเช่า ผู้ให้เช่าจึงฟ้องคดีเรียกค่าเช่าตามราคาเต็ม ไม่ใช่ตามราคาที่ลดให้ เนื่องจากผู้เช่าไม่เคยตอบรับว่าประสงค์จะรับค่าเช่าที่ผู้ให้เช่าลดราคาให้ แต่ศาลตัดสินว่า ในกรณีที่เป็นผลประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้รับคำสนอง การนิ่งของผู้รับคำสนองถือเป็นการทำคำสนองได้²⁸⁷

หลังจากนั้น ศาลฎีกาก็ได้ตัดสินว่าการนิ่งในกรณีต่อไปนี้เป็นการทำคำสนองเช่นกัน ได้แก่ กรณีของการต่อสัญญา²⁸⁸ กรณีที่การประพฤติปฏิบัติก่อนๆของคู่สัญญา หรือคู่สัญญาได้ตกลงกันเป็นพิเศษ²⁸⁹ หรือตามปกติประเพณีทางธุรกิจ จำเป็นต้องมีการบอกปิดคำสนองอย่างชัดเจน เป็นต้น

²⁸³ Peter David Victor Marsh, *supra note* 66, p. 70.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Req. 29.3.1938, S. 1938, DP 1939.1.5, Gaz. Pal, 1938.2.32, Sourcebook, 312.

²⁸⁷ Barry Nicholas, *supra note* 248, pp. 64-75.

²⁸⁸ Civ 15 March 2005.

²⁸⁹ Civ 12 January 1988.

4.4 เวลาที่สัญญาเกิด

การเกิดสัญญาอาจแบ่งได้สองกรณีคือ การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย ดังนี้

4.4.1 การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง

หากเป็นการทำคำสนองโดยวิธีการโทรศัพท์ ต้องมีการสื่อสารคำสนองไปยังผู้เสนอ²⁹⁰ ในกรณีของการสนทนาทางโทรศัพท์ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยืนยันต่ออีกฝ่ายโดยการเขียนบันทึก ข้อตกลงที่ทั้งสองได้สนทนากัน บันทึกดังกล่าวจะถือว่าเป็นสิ่งสำคัญในการพิสูจน์ว่าสัญญาได้เกิดขึ้นในเวลาทั้งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้สนทนาทางโทรศัพท์กันซึ่งเป็นเวลาที่คำเสนอได้ถูกสนอง²⁹¹

4.4.2 การเกิดสัญญาโดยปริยาย

หากเป็นการทำคำสนองโดยวิธีไปรษณีย์ ในกฎหมายฝรั่งเศสยังมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว โดยมีคำตอบที่อาจเป็นไปได้ 2 ประการคือ

(1) ทฤษฎีรับ (*reception*) คำสนองมีผลเมื่อจดหมายไปถึงผู้เสนอ²⁹²

(2) ทฤษฎีส่ง (*expedition*) คำสนองมีผลตั้งแต่วันที่ผู้เสนอส่งจดหมายทางไปรษณีย์²⁹³

ในประมวลกฎหมายแพ่งไม่มีบทบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้และศาลฎีกาก็ไม่เคยวินิจฉัย ในประเด็นนี้มากไปกว่า “ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี” และในทางปฏิบัติ ในอดีตทั้งสองทฤษฎีก็ถูกนำมาใช้ โดยศาลจะใช้ทฤษฎีส่งในการพิจารณาประเด็น “สถานที่ที่สัญญาเกิดขึ้น” และใช้ทฤษฎีรับ ในการอธิบายว่า “สัญญาเกิดขึ้นในเวลาใด”²⁹⁴ แต่ทั้งนี้ ในปัจจุบันศาลฎีกามีแนวความเห็นที่จะใช้ทฤษฎีส่งมากกว่า²⁹⁵ ซึ่ง Starck นักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นแย้งกับความเห็นของศาล²⁹⁶ ดังนั้น การเกิดสัญญาโดยปริยายจึงอาจมีได้ ตั้งแต่วันที่ผู้เสนอได้ส่งคำสนองนั้นแล้ว

²⁹⁰ Peter David Victor Marsh, *supra note* 66, p. 73.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*

5. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Draft Common Frame of Reference (DCFR) เป็นแนวทางว่าด้วยหลักกฎหมายเอกชนในทวีปยุโรป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประเทศต่างๆในยุโรปมีหลักกฎหมายเอกชนเพื่อใช้ร่วมกัน ดำเนินการร่างโดย กลุ่มศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งยุโรป (The Study Group on a European Civil Code) และกลุ่มวิจัยกฎหมายเอกชนที่ปรากฏในประเทศสมาชิกยุโรป (Research Group on Existing EC Private Law or the “Acquis Group”) ตั้งแต่ปีพ.ศ. 2546 โดยในช่วงแรกได้มีการจัดพิมพ์ร่างชั่วคราว (Interim Outline Edition) ของ DCFR เพื่อเผยแพร่และรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลภายนอก²⁹⁷ ส่วนร่างฉบับสมบูรณ์ (Outline Edition) ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2552

ใน DCFR ได้บัญญัติหลักการ คำอธิบายและกฎเกณฑ์ต้นแบบของกฎหมายแพ่งยุโรปเอาไว้²⁹⁸ ในส่วนของกฎหมายสัญญา นั้น บัญญัติไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วย “สัญญาและนิติกรรมอื่นๆ” (Contracts and other juridical acts) และได้นิยามความหมายของสัญญาว่าหมายถึง “ความตกลงอย่างหนึ่งซึ่งทำให้เกิดหรือตั้งใจให้เกิดความผูกพันในนิติสัมพันธ์ หรือมี หรือตั้งใจให้มีผลทางกฎหมายประการอื่น อาจเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือนิติกรรมหลายฝ่ายก็ได้”²⁹⁹ ส่วนนิติกรรมนั้นหมายถึง “ข้อเสนอหรือความตกลงหรือการแสดงเจตนาใดๆ ซึ่งแสดงออกมาหรือสันนิษฐานได้จาก

²⁹⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), edited by Christian Von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johny Herre, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano, Fryderyk Zoll, (Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009), pp. 3-4.

²⁹⁸ *Ibid.* ทั้งนี้ DCFR มิได้มีสถานะเป็นกฎหมาย หากแต่เป็นเพียงแนวทางของกฎหมายเอกชนในยุโรปเท่านั้น

²⁹⁹ DCFR, Article II. - 1:101: Meaning of “contract” and “juridical act”;

(1) A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.

การกระทำ ซึ่งมีหรือตั้งใจที่จะให้มีผลในทางกฎหมาย อาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว นิติกรรมสองฝ่ายหรือนิติกรรมหลายฝ่ายก็ได้³⁰⁰

5.1 คำเสนอ (Offer)

5.1.1 ความหมายและลักษณะของคำเสนอ

ใน DCFR ได้บัญญัติความหมายและลักษณะของคำเสนอไว้ โดยข้อเสนอดังกล่าวเป็นคำเสนอหากมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้³⁰¹

- (1) มีความตั้งใจที่จะให้เกิดผลเป็นสัญญา หากคู่สัญญาอีกฝ่ายตอบรับ และ
- (2) ข้อเสนอนั้นมีรายละเอียดที่เพียงพอที่จะทำให้เกิดสัญญา

โดยคำเสนอนั้น จะเป็นคำเสนอต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้³⁰²

และ DCFR ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีของการเสนอขายสินค้าหรือบริการไว้ว่า ข้อเสนอที่จะจัดหาสินค้าหรือบริการซึ่งระบุราคาที่ทำโดยร้านค้าหรือธุรกิจในประกาศโฆษณาสาธารณะหรือรายการแสดงสินค้า หรือโดยการแสดงสินค้า ถือว่าเป็นคำเสนอขายหรือเสนอจัดหาตามราคาที่ระบุจนกว่าสินค้านั้นจะหมดหรือจนกว่าความสามารถของร้านค้าหรือธุรกิจนั้นในการจัดหาบริการหมดไป เว้นแต่จะมีการระบุเป็นอย่างอื่น³⁰³

³⁰⁰ DCFR, Article II. - 1:101: Meaning of “contract” and “juridical act”;

(2) A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral.

³⁰¹ DCFR, Article II. - 4:201 : Offer;

- (1) A proposal amounts to an offer if:
 - (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it; and
 - (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract.

³⁰² DCFR, Article II. - 4:201 : Offer;

(2) An offer may be made to one or more specific persons or to the public.

³⁰³ DCFR, Article II. - 4:201 : Offer;

(3) A proposal to supply goods from stock, or a service, at a stated price made by business in public advertisement or a catalogue, or by a displays of goods, is

5.1.2 การมีผลของคำเสนอ

ใน DCFR ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการประกาศแจ้ง (Notice) ซึ่งการประกาศแจ้งนี้ครอบคลุมทั้งกรณี การสื่อสารของคำมั่นสัญญา คำเสนอ คำสนองและนิติกรรมอื่นๆ³⁰⁴ โดยหลักการประกาศแจ้งจะมีผลเมื่อไปถึงผู้รับ³⁰⁵ ซึ่งหากนำมาปรับใช้กับคำเสนอ จะถือว่าคำเสนอ มีผลเมื่อใดอาจแยกพิจารณาได้ในแต่ละกรณี ดังนี้³⁰⁶

5.1.2.1 คำเสนอจะมีผลเมื่อคำเสนอนั้นถูกส่งไปยังผู้รับคำเสนอ

5.1.2.2 คำเสนอจะมีผลเมื่อถูกส่งไปยังสถานที่ประกอบธุรกิจ (Place of business) ของผู้รับคำเสนอ แต่หากผู้รับคำเสนอไม่มีสถานที่ประกอบธุรกิจหรือไม่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ ให้ถือว่าผลเมื่อไปถึงที่อยู่อาศัยตามปกติของผู้รับคำเสนอ

treated, unless the circumstances indicate otherwise, as an offer to supply at the price until the stock of goods, or the business's capacity to supply the service, is exhausted.

³⁰⁴ DCFR, Article I. - 1:109 : Notice;

(1) This Article applies in relation to the giving of notice for any purpose under these rules. "Notice" includes the communication of information or of a juridical act.

³⁰⁵ DCFR, Article I. - 1:109 : Notice;

(3) The notice becomes effective when it reaches the addressee, unless it provides for a delayed effect.

³⁰⁶ DCFR, Article I. - 1:109 : Notice;

(4) The notice reaches the addressee:

(a) when it is delivered to the addressee;

(b) when it is delivered to the addressee's place of business or, where there is no such place of business or the notice does not relate to a business matter, to the addressee's habitual residence;

(c) in the case of a notice transmitted by electronic means, when it can be accessed by the addressee; or

(d) when it is otherwise made available to the addressee at such a place and in such a way that the addressee could reasonably be expected to obtain access to it without undue delay.

5.1.2.3 หากคำเสนอถูกส่งโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ คำเสนอจะมีผลผู้รับคำเสนอเข้าถึงคำเสนอนั้นได้

5.1.2.4 การทำคำเสนอโดยวิธีอื่นๆ ถือว่าคำเสนอจะมีผลเมื่อคาดหมายได้ว่าผู้รับคำเสนอจะสามารถเข้าถึงคำเสนอนั้นได้โดยไม่ชักช้า

5.1.3 การสิ้นสุดผลของคำเสนอ

ใน DCFR คำเสนอสิ้นสุดผลในกรณีต่างๆดังต่อไปนี้

5.1.3.1 การบอกปัดคำเสนอ (Rejection of offer)

กล่าวคือหากผู้รับคำเสนอปฏิเสธคำเสนอไปยังผู้เสนอถือว่าคำเสนอสิ้นสุดผล³⁰⁷

5.1.3.2 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ (Modified acceptance)

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอในสาระสำคัญ มีผลเป็นการบอกปัดทำให้คำเสนอสิ้นสุดผลเช่นกัน และอาจถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ได้³⁰⁸

5.1.3.3 การบอกถอนคำเสนอ (Revocation of offer)

คำเสนออาจถูกถอนหากคำถอนนั้นไปถึงผู้รับคำเสนอก่อนที่ผู้รับคำเสนอจะได้ส่งคำสนองหรือ ในกรณีที่สนองโดยการกระทำ ก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น³⁰⁹ โดยหากเป็นคำเสนอต่อสาธารณะอาจถอนได้โดยใช้วิธีการเดียวกับวิธีการในการทำคำเสนอ³¹⁰

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นว่าการบอกถอนคำเสนอไม่อาจทำได้ หากในคำเสนอระบุว่าไม่สามารถถอนได้ หรือคำเสนอระบุเวลาที่แน่นอนสำหรับการทำคำสนอง หรือมีเหตุผลสำหรับผู้รับคำเสนอที่เชื่อว่าคำเสนอจะถอนไม่ได้และผู้รับคำเสนอได้กระทำการตามความไว้ใจ

³⁰⁷ DCFR, Article II. - 4:203: Rejection of offer;

When a rejection of an offer reaches the offeror, the offer lapses.

³⁰⁸ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.3.3.3

³⁰⁹ DCFR, Article II. - 4:202 : Revocation of offer;

(1) An offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before the offeree has dispatched an acceptance or, in cases of acceptance by conduct, before the contract has been concluded.

³¹⁰ DCFR, Article II. - 4:202 : Revocation of offer;

(2) An offer made to the public can be revoked by the same means as were used to make the offer.

ตามคำเสนอนั้น³¹¹ แต่ข้อยกเว้นนี้ไม่ใช่บังคับหากผู้เสนอมีสิทธิยกเลิกสัญญาตามหลักที่บัญญัติไว้ในบรรพ 2 ถึงบรรพ 4³¹²

5.2 คำมั่นสัญญา (Promises)

5.2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

สำหรับหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำมั่นสัญญาที่บัญญัติรับรองใน DCFR ขอยกอธิบาย 2 กรณีคือ คำมั่นสัญญาในเค้าโครงฉบับชั่วคราว และในเค้าโครงฉบับสมบูรณ์ ดังนี้

5.2.1.1 DCFR เค้าโครงฉบับชั่วคราว (Interim Outline Edition)

ใน DCFR เค้าโครงฉบับชั่วคราวได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงคำมั่นสัญญา (Promises) ไว้สามกรณีคือ

(1) ในมาตรา II. - 1:103: (2) ว่าด้วยการมีผลบังคับ (Binding effect) มีหลักว่า คำมั่นสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral promises) หรือคำมั่นสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral

³¹¹ DCFR, Article II. - 4:202 : Revocation of offer;

(3) However, a revocation of an offer is ineffective if:

(a) the offer indicates that it is irrevocable;

(b) the offer states a fixed time for its acceptance; or

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

³¹² DCFR, Article II. - 4:202 : Revocation of offer;

(4) Paragraph (3) does not apply to an offer if the offeror would have a right under any rule in Books II to IV to withdraw from a contract resulting from its acceptance. The parties may not, to the detriment of the offeror, exclude the application of this rule to derogate from or vary its effects.

undertaking)³¹³ มีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นสัญญาซึ่งประสงค์จะผูกพันตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องมีการสนองรับ³¹⁴

(2) ในมาตรา IV.G. - 1:104: (2) ว่าด้วยคำสนองของเจ้าหนี้ (Creditor's acceptance) มีหลักว่า การค้าประกันด้วยบุคคลอาจเกิดขึ้นโดยการสันนิษฐานจากคำมั่นสัญญาฝ่ายเดียว (a unilateral promise) หรือคำมั่นสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral undertaking)³¹⁵ ว่าประสงค์จะผูกพันตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องมีการสนองรับ³¹⁶

(3) ในภาคผนวก ได้คำอธิบายคำว่า ประกาศแจ้ง (Notice) ว่า ประกาศแจ้งรวมถึงการแสดงเจตนาสื่อสารของคำมั่นสัญญา (a promise) คำเสนอ คำสนอง หรือนิติกรรมอื่นๆ (“Notice” includes the communication of a promise, offer, acceptance or other juridical act.)³¹⁷

5.2.1.2 DCFR ฉบับสมบูรณ (Outline Edition)

³¹³ หมายเหตุ ผู้เขียนแปลคำว่า Promises และ Undertaking ว่า “คำมั่นสัญญา” เหมือนกัน เนื่องจากทั้งสองคำมีความหมายในทำนองเดียวกัน ซึ่งในร่างฉบับสมบูรณก็ได้ตัดคำว่า Promises ทิ้ง คงไว้แต่คำว่า Undertaking โปรดดูหัวข้อ 5.2.2 เพิ่มเติม

³¹⁴ DCFR (Interim Outline Edition) Article II. - 1 : 103: Binding effect;

(2) A Valid unilateral promises or undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.

³¹⁵ ผู้เขียนแปลคำว่า Promises และ Undertaking ว่า “คำมั่นสัญญา” เหมือนกัน โปรดดูเชิงอรรถ 313 ข้างต้น

³¹⁶ DCFR (Interim Outline Edition) Article IV.G - 1 : 104: Creditors acceptance;

(2) A personal security can also be assumed by a unilateral promise or undertaking intended to be legally binding without acceptance. The rules of this Part apply with any appropriate adaptations.

³¹⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), edited by Christian Von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johny Herre, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano, Fryderyk Zoll, (Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008), p. 338.

โดยใน DCFR คำโครงฉบับสมบูรณ์ ที่ประกาศใช้เมื่อเดือนมกราคม 2552 ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในประเด็นเกี่ยวกับคำว่า “คำมั่นสัญญา” (Promises) ซึ่งบัญญัติไว้ในคำโครงฉบับชั่วคราว กล่าวคือ

(1) กรณีมาตรา II. – 1:103: (2) ว่าด้วยการมีผลบังคับ (Binding effect) ได้ตัดคำว่า Promises ออก เนื่องจากมีผู้วิจารณ์ว่า คำว่า promises และ undertaking เป็นการใช้คำซ้ำโดยไม่จำเป็น ในปัจจุบันจึงใช้คำว่า undertaking เพียงคำเดียว³¹⁸

(2) กรณีมาตรา IV.G. – 1:104: (2) ว่าด้วยคำสนองของเจ้าหนี้ (Creditor's acceptance) ได้เปลี่ยนเป็นมาตรา IV.G. – 1:103: (2) และตัดคำว่า Promises ทิ้ง คงไว้เพียงคำว่า undertaking เช่นเดียวกับกรณีในข้อ (1)³¹⁹

(3) ในภาคผนวก ซึ่งอธิบายคำว่าประกาศแจ้ง (Notices) ก็ได้ตัดคำว่า promises ออกเช่นกัน คงไว้เพียงว่า ประกาศแจ้งรวมถึงการแสดงเจตนาสื่อสารของข้อมูลหรือนิติกรรมอื่นๆ (“Notices” includes the communication of information or of a juridical act. (I. – 1:105)³²⁰

5.2.2 ความหมายและประเภทของคำมั่นสัญญา

กล่าวโดยสรุปแล้ว แม้ DCFR คำโครงฉบับสมบูรณ์จะได้ตัดคำว่า promises ออก แต่ไม่ได้หมายความว่า DCFR ไม่ยอมรับหลัก promises แต่อย่างใด DCFR ยอมรับว่า คำมั่นสัญญาฝ่ายเดียว (Unilateral Promises) ใช้บังคับได้ หากแต่ในบางมาตรา ได้ใช้คำว่า undertaking ซึ่งมีความหมายอย่างเดียวกับคำว่า promises คือคำมั่นสัญญา

หากพิจารณาในประเด็นของคำมั่นสัญญานั้น DCFR บัญญัติรับรองหลักการทั่วไปว่า ด้วยคำมั่นสัญญาไว้ในมาตรา II. – 1:103: (2) ว่าโดยหลักแล้วคำมั่นสัญญาฝ่ายเดียวใช้บังคับได้

³¹⁸ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, supra note 297, pp. 19-20.

³¹⁹ DCFR Article IV.G - 1 : 103: Creditors acceptance;

(2) A personal security can also be assumed by a unilateral undertaking intended to be legally binding without acceptance. The rules of this Part apply with any appropriate adaptations.

³²⁰ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, supra note 297, p. 560.

และได้บัญญัติไว้กรณีเฉพาะกรณีหนึ่งคือคำมั่นสัญญาค้ำประกันบุคคล ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อก่อน

5.2.3 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นสัญญา

คำมั่นสัญญาใน DCFR มีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งผูกพันผู้ให้คำมั่นสัญญา มีข้อสังเกตว่า ระบบกฎหมายของประเทศต่างๆในยุโรปจะมีประเด็นที่ต้องใช้คำว่า “นิติกรรม” มากกว่าคำว่า “สัญญา” ซึ่งตัวอย่างของนิติกรรมก็เช่น คำเสนอ (offer) คำสนอง (acceptance) การบอกเลิกสัญญา (notices of termination) การมอบอำนาจ (authorisations) การค้ำประกัน (guarantees) คำมั่นสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral promises) แต่ไม่ใช่ทุกกรณีที่ใช้ร่วมกันและอธิบายได้โดยหลักทั่วไป DCFR จึงได้ใช้คำกว้างๆ โดยรวมนิติกรรมทั้งหมดเหล่านี้ให้อยู่ในนิติกรรมอื่นๆ (other juridical acts)³²¹

ทั้งนี้ คำมั่นสัญญาที่รับรองใน DCFR จะมีผลเมื่อไปถึงผู้รับคำมั่นสัญญาตามหลัก Notices ซึ่งใช้บังคับกับทั้งคำเสนอ คำมั่นสัญญา และคำสนอง ดังนั้นการมีผลของคำมั่นสัญญาจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์เดียวกับการมีผลของคำเสนอ ดังที่ได้อธิบายในหัวข้อ 5.1.2 โดยคำมั่นสัญญามีผลเกิดเป็นสัญญาฝ่ายเดียว ใช้บังคับได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการสนองรับแต่อย่างใด

5.3 คำสนอง (Acceptance)

5.3.1 ความหมายและลักษณะของคำสนอง

คำสนองหมายถึงคำกล่าวหรือการกระทำใดๆก็ตามโดยผู้รับคำเสนอ หากคำกล่าวหรือการกระทำนั้นๆแสดงว่าผู้รับคำเสนอได้ตกลงยินยอมตามคำเสนอ ทั้งนี้ การนิ่ง หรือการไม่กระทำ การใดๆไม่ถือว่าเป็นคำสนอง³²²

5.3.2 ผลของคำสนอง

ผลของคำสนองอาจพิจารณาได้ดังนี้

³²¹ *Ibid.* pp. 19-20, p. 31

³²² DCFR Article II - 4:204: 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.

5.3.2.1 คำสนองต้องสนองภายในเวลา

DCFR มีบทบัญญัติว่าคำสนองต้องสนองภายในเวลาเท่านั้น จึงจะมีผล โดยแยกเป็นกรณีต่างๆดังต่อไปนี้³²³

- (1) หากเป็นคำเสนอข่งเวลา ต้องสนองภายในเวลาที่ผู้เสนอข่งไว้
- (2) หากผู้เสนอไม่ได้ข่งเวลาให้ทำสนอง คำสนองจะมีผลต่อเมื่อไปถึงผู้เสนอภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนองเท่านั้น
- (3) หากคำเสนออาจถูกสนองได้โดยการกระทำกร โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งผู้เสนอทราบ คำสนองจะมีผลต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวได้กระทำภายในเวลาที่ผู้เสนอข่งไว้ หรือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง แล้วแต่กรณี

5.3.2.2 คำสนองล่วงเวลา (Late acceptance)

ในกรณีของคำสนองล่วงเวลา อาจแบ่งได้สองกรณี กล่าวคือ คำสนองที่มาถึงล่วงเวลา ยังคงเป็นมีผลเป็นคำสนอง หากผู้เสนอแจ้งแก่ผู้รับคำเสนอโดยไม่ชักช้าว่าคำสนองมีผล³²⁴ และคำสนองโดยจดหมายหรือการสื่อสารโดยวิธีอื่นไปถึงล่วงเวลา แต่เป็นที่ประจักษ์ว่าคำบอกกล่าวนั้นได้ส่งโดยวิธีการซึ่งตามปกติควรจะมาถึงผู้เสนอในเวลาที่กำหนด หากผู้เสนอไม่แจ้งแก่ผู้รับคำเสนอว่าคำเสนอนั้นล่วงเวลาโดยไม่ชักช้า ถือว่าคำเสนอนั้นมีผล³²⁵

³²³ CFR Article II - 4:206: Acceptance;

(1) An acceptance of an offer is effective only if it reaches the offeror within the time fixed by the offeror.

(2) If no time has been fixed by the offeror the acceptance is effective only if it reaches the offeror within a reasonable time.

(3) Where an offer may be accepted by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective only if the act is performed within the time for acceptance fixed by the offeror or, if no such time is fixed, within a reasonable time.

³²⁴ DCFR, Article II. - 4:207: Late acceptance;

(1) A late acceptance is nonetheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror informs the offeree that it is treated as an effective.

³²⁵ DCFR, Article II. - 4:207: Late acceptance;

(2) If a letter or other communication containing a late acceptance shows that it has been dispatched in such circumstances that if its transmission had been normal it

5.3.2.3 คำสนองที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ

คำสนองที่มีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอในสาระสำคัญ ถือเป็นกรบอกรับและเป็นคำเสนอขึ้นใหม่³²⁶ แต่คำสนองที่แสดงความยินยอมชัดเจนต่อคำเสนอว่าต้องการทำคำสนอง ถือเป็นคำสนอง แม้จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแตกต่างจากข้อกำหนดในคำเสนอ ก็ไม่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงคำเสนอในสาระสำคัญ ดังนั้น จึงไม่ใช่กรบอกรับ และไม่ถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมดังกล่าวให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

อย่างไรก็ตาม กรณีต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นกรบอกรับคำเสนอ³²⁷

(1) หากคำเสนอมีข้อกำหนดอย่างชัดเจนว่าห้ามสนองรับโดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในคำเสนอ หรือ

(2) ผู้เสนอมิเจตนาได้คัดค้านการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นโดยไม่ชักช้า หรือ

would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that the offer is considered to have lapsed.

³²⁶ DCFR, Article II. - 4:208: 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.

³²⁷ DCFR, Article II. - 4:208: Modified acceptance;

(3) However, such a reply is treated as a rejection of the offer if;

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

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

(d) the offeree makes the 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.

(3) ผู้รับคำเสนอได้สนองรับโดยมีเงื่อนไขที่แตกต่างจากคำเสนอ โดยความยินยอมของผู้เสนอ แต่ความยินยอมดังกล่าวไม่ได้ไปถึงผู้รับคำเสนอในเวลาอันสมควร

5.4 เวลาที่สัญญาเกิด

DCFR มีบทบัญญัติว่าด้วยเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น (Time of conclusion of the contract) ไว้โดยเฉพาะ โดยอาจแบ่งเป็นการเกิดสัญญาโดยชัดแจ้งและปริยายได้เช่นเดียวกับระบบกฎหมายอื่น ดังนี้

5.4.1 การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง

หากคำสนองถูกส่งโดยผู้รับคำเสนอ ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำสนอนั้นไปถึงผู้เสนอ โดยคำสนองจะมีผลทำให้สัญญาเกิดได้เฉพาะกรณีที่คำสนอนั้นไปถึงผู้เสนอภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำเสนอเท่านั้น หากคำเสนอไม่ได้กำหนดเวลาไว้ คำสนองจะมีผลต่อเมื่อไปถึงผู้เสนอภายในเวลาตามสมควรเท่านั้น³²⁸

ส่วนเวลาที่คำสนองมีผลนั้น เนื่องจากคำสนองถือเป็นการประกาศแจ้ง (Notices) อย่างหนึ่ง จึงต้องนำหลักการมีผลของ Notices มาใช้ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับเวลาที่คำเสนอมีผลนั่นเอง³²⁹

ในกรณีที่คำสนองทำโดยการกระทำ (Conduct) นั้น DCFR มีหลักเกณฑ์ที่ต่างจากกฎหมายในระบบอื่นๆ ซึ่งในระบบกฎหมายอื่นถือว่าสัญญาเกิดตั้งแต่เวลาที่มีการกระทำนั้น แต่ใน DCFR มีหลักว่า สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีประกาศแจ้งการกระทำการนั้นไปถึงผู้เสนอ

5.4.2 การเกิดสัญญาโดยปริยาย

แม้การสนองโดยการกระทำจะไม่ทำให้สัญญาเกิดตั้งแต่เวลาที่มีการกระทำนั้น แต่ใน DCFR ก็ยอมรับว่าสัญญาอาจเกิดโดยปริยายได้เช่นกัน หากคำสนอนั้น โดยพฤติการณ์ปฏิบัติซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือโดยปกติประเพณี ผู้รับคำเสนออาจตอบรับคำเสนอโดยกระทำการ

³²⁸ DCFR, Article II. - 4:205: Time of conclusion of the contract;

(1) If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror.

(2) In the case of acceptance by conduct, the contract is concluded when notice of the conduct reaches the offeror.

³²⁹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.1.2

บางอย่างโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งไปยังผู้เสนอ ก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้รับคำเสนอได้เริ่มต้นกระทำการนั้นๆ³³⁰

³³⁰ DCFR, Article II. - 4:205: Time of conclusion of the contract;

(3) If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by doing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the offeree begins to do the act.