

บทที่ 4

บทเปรียบเทียบและวิเคราะห์

1. เปรียบเทียบกระบวนการในการเกิดสัญญาตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายสัญญาไทยและกฎหมายสัญญาต่างประเทศทั้งประเทศในระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ อาจสรุปความเหมือนและความแตกต่างรวมถึงข้อดีและข้อเสียของกฎหมายสัญญาไทยและกฎหมายสัญญาต่างประเทศในประเด็นต่างๆที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการเกิดสัญญาได้ดังนี้

1.1 คำเสนอ (Offer)

สัญญาเกิดจากเจตนาประสงค์ต้องตรงกัน (The consensus ad idem) ซึ่งหลักที่ใช้ในการพิจารณาการเกิดสัญญาก็คือพิจารณาจากคำเสนอซึ่งทำโดยคู่สัญญาฝ่ายผู้เสนอ และได้รับการตอบรับจากคู่สัญญาฝ่ายผู้สนอง ซึ่งการต้องตรงกันระหว่างคำเสนอและคำสนองนี้ทำให้เกิดสัญญาขึ้นมา หลักดังกล่าวเป็นหลักที่ใช้ทั้งในประเทศในระบบคอมมอนลอว์และประมวลกฎหมาย เนื่องจากเป็นหลักที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์รับมาจากกฎหมายระบบประมวลกฎหมายโดยตรง¹

1.1.1 ความหมายและลักษณะของคำเสนอ

ความหมายและลักษณะของคำเสนอในกฎหมายแต่ละระบบค่อนข้างมีความคล้ายคลึงกัน โดยอาจสรุปได้ว่าคำเสนอ หมายถึงการแสดงเจตนาของบุคคลต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงหรือสาธารณะชนก็ได้ เพื่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายขึ้นมา ซึ่งคำเสนออาจเกิดเป็นสัญญาขึ้นได้เพียงแต่ผู้รับคำเสนอได้สนองรับกลับมาโดยไม่ต้องมีการเจรจาต่อกันอีก อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่น่าพิจารณาและทำให้การตีความ

¹Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz and Denis Tallon, Cases, Materials and Text on Contract Law, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002), p. 177.

ของกฎหมายแต่ละระบบแตกต่างกันก็คือ การแบ่งแยกระหว่างคำเสนอ (Offer) และคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ (Invitation to treat)²

1.1.2 การมีผลของคำเสนอ

(1) หลักตามกฎหมายไทยและเยอรมัน

กฎหมายไทยมีหลักเกี่ยวกับการมีผลของการแสดงเจตนาซึ่งนำมาปรับใช้กับคำเสนอ ด้วยเนื่องจากคำเสนอถือเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง โดยแยกเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าซึ่งจะมีผลเมื่อผู้รับคำเสนอได้ทราบถึงคำเสนอนั้น³ และการทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางซึ่งจะมีผลเมื่อคำเสนอไปถึงผู้รับคำเสนอ⁴ ซึ่งหลักดังกล่าวสอดคล้องกับหลักกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนาในกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ กฎหมายเยอรมันมีหลักการแสดงเจตนาซึ่งปรับใช้กับคำเสนอเช่นกัน แต่มีความแตกต่างกับกฎหมายไทยเล็กน้อยในประเด็นที่ว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีเฉพาะบทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าเท่านั้น ส่วนการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ หากแต่เป็นหลักทั่วไปซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า (รวมถึงวิธีการทางโทรศัพท์) ย่อมเป็นที่คาดหมายได้ว่าผู้รับการแสดงเจตนาสามารถรับทราบการแสดงเจตนา นั้นได้โดยการได้ยินและมีผลเมื่อนั้น

(2) หลักตามกฎหมายฝรั่งเศส อังกฤษ และสกอตแลนด์

กรณีของกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ไม่มีหลักว่าด้วยการมีผลของการแสดงเจตนา โดยคำเสนอจะมีผลเมื่อผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาของตนออกมา และผู้รับคำเสนอได้รับรู้ถึงคำเสนอนั้น ส่วนในกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์ มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ ไม่มีหลักเกี่ยวกับการมีผลของการแสดงเจตนาโดยเฉพาะ โดยศาลจะถือว่าคำเสนอจะมีผลเมื่อได้มีการสื่อสารคำเสนอนั้นไปยังผู้รับคำเสนอและผู้รับคำเสนอได้รับรู้ถึงคำเสนอนั้นแล้ว

(3) หลักใน DCFR

ใน DCFR มีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการมีผลของการประกาศแจ้ง (Notices) ซึ่งนำมาใช้กับคำเสนอด้วย โดยจากหลักดังกล่าวจะถือว่าคำเสนอจะมีผล เมื่อคำเสนอได้ไปถึงผู้รับคำเสนอ

² ประเด็นนี้ จะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในในกรณีของการแสดงขายสินค้าในร้านค้า โปรดดูหัวข้อ 2.1

³ มาตรา 168 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁴ มาตรา 169 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(4) ข้อสังเกต

มีข้อสังเกตว่า ในประเด็นเรื่องเวลาที่คำเสนอมีผลนี้มีความสำคัญในกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากหากการแสดงเจตนายังไม่เป็นผลเป็นคำเสนอ ผู้เสนอย่อมถอนการแสดงเจตนาได้ แต่หากการแสดงเจตนาเป็นผลเป็นคำเสนอแล้ว ผู้เสนอก็ไม่อาจบอกถอนคำเสนอของตนได้ แต่ในกฎหมายอังกฤษ สกอตแลนด์ และฝรั่งเศส ผู้เสนอสามารถบอกถอนคำเสนอของตนได้เสมอ ก่อนสัญญาจะเกิด ดังนั้น ช่วงเวลาที่คำเสนอมีผลจึงไม่มีความสำคัญมากนัก (โปรดดูรายละเอียดอีกครั้ง ในหัวข้อ 1.1.3.3 การบอกถอนคำเสนอ)

1.1.3 การสิ้นสุดผลของคำเสนอ

คำเสนออาจสิ้นสุดผลได้ในหลายกรณีซึ่งมีความคล้ายคลึงกันในกฎหมายแต่ละระบบ ดังนี้

1.1.3.1 การบอกปิดหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำเสนอ

กฎหมายสัญญาทุกระบบยอมรับว่า คำเสนอจะสิ้นสุดผลเมื่อคำเสนอนั้นถูกบอกปิดโดยผู้รับคำเสนอ หรือมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอนั้น ซึ่งคำเสนอที่แก้ไขเพิ่มเติมคำเสนอนั้น อาจกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ (Counter-offer) ได้หากมีลักษณะที่ครบถ้วนตามลักษณะของคำเสนอ

1.1.3.2 คำเสนอพ้นเวลา

กรณีคำเสนอนั้นบ่งเวลาไว้ แล้วไม่มีการสนองภายในเวลาที่กำหนดไว้ กฎหมายทุกระบบถือว่าคำเสนอนั้นสิ้นสุดผลเช่นกัน ส่วนกรณีคำเสนอที่ไม่บ่งเวลาไว้ คำเสนอจะสิ้นสุดผลเมื่อพ้นเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง

1.1.3.3 การบอกถอนคำเสนอ

นอกจากการบอกปิดหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำเสนอ และการไม่สนองภายในเวลาที่กำหนดหรือเวลาอันควรคาดหมายแล้ว คำเสนอยังอาจสิ้นสุดผลได้โดยการบอกถอนคำเสนอ โดยอธิบายได้ดังนี้

(1) หลักทั่วไปของการบอกถอนคำเสนอ

ประเด็นในเรื่องการบอกถอนคำเสนอนี้ มีความแตกต่างกันในกฎหมายแต่ละระบบ โดยในกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันถือว่า คำเสนอต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง อาจถูกถอนได้ ก่อนที่คำเสนอนั้นจะไปถึงหรือในเวลาเดียวกับที่คำเสนอนั้นไปถึงผู้รับคำเสนอ ซึ่งมาจากหลักที่ว่า การแสดงเจตนาย่อมถอนได้ก่อนการแสดงเจตนาที่มีผล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ก่อนที่การแสดงเจตนาทำคำเสนอจะมีผล(เป็นคำเสนอ) ผู้เสนอสามารถถอนได้ แต่หากการ

แสดงเจตนาที่มีผลเป็นคำเสนอแล้ว ไม่อาจถอนได้ (โดยแยกเป็นคำเสนอบ่งเวลา และคำเสนอไม่บ่งเวลา แล้วแต่กรณี)

แต่ตามกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์ ระยะเวลาในการบอกถอนคำเสนอจะมีความยืดหยุ่นมากกว่ากฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน โดยยอมให้ผู้เสนอบอกถอนคำเสนอในเวลาใดๆก็ได้ก่อนที่จะมีการทำคำสนอง ดังนั้นในกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์แม้คำเสนอจะไปถึงผู้รับคำเสนอแล้ว (หมายถึงมีผลเป็นคำเสนอแล้ว) ผู้เสนอยังอาจบอกถอนได้ หากผู้เสนอยังไม่ได้ตอบรับคำเสนอนั้น ซึ่งกรณีของกฎหมายฝรั่งเศสก็คล้ายคลึงกัน คือผู้เสนอบอกถอนคำเสนอได้แม้คำเสนอจะมีผลแล้ว

ส่วนใน DCFR มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างออกไปคือ แม้คำเสนอจะมีผลแล้ว ก็อาจถอนได้ หากผู้รับคำเสนอยังไม่ได้ส่งคำสนอง (โดยไม่คำนึงว่าคำสนองมีผลแล้วหรือไม่) ยกเว้นกรณีคำเสนอบ่งเวลา กรณีผู้เสนอระบุว่าไม่อาจบอกถอนคำเสนอ และกรณีที่มีพฤติการณ์ให้ผู้รับคำเสนอเชื่อว่าจะไม่มีการบอกถอนคำเสนอ กรณีเหล่านี้ ผู้เสนอไม่อาจบอกถอนคำเสนอได้

(2) Withdrawal and Revocation

ในประเด็นระยะเวลาในการบอกถอนคำเสนอนี้ หากพิจารณาจากถ้อยคำภาษาอังกฤษ การบอกถอนคำเสนอตามกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน จะใช้คำว่า “Withdrawal” ซึ่งตรงกับถ้อยคำใน PECL (Principle of European Contract), CISG (The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) และ the Unidroit Principle (International Institute for the Unification of Private Law)⁵ แต่การบอกถอนคำเสนอตามกฎหมายอังกฤษ⁶ สกอตแลนด์ ฝรั่งเศส และ DCFR จะใช้คำว่า “Revocation” โดยความแตกต่างก็คือ Withdrawal เป็นลักษณะการถอนก่อนการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นมีผล ส่วน Revocation เป็นการถอนหลังจากการแสดงเจตนาคำเสนอนั้นมีผลแล้ว⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่ง

⁵ Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz and Denis Tallon, *supra note 1*, pp. 196-197.

⁶ ทั้งนี้ ในตำรากฎหมายอังกฤษ กลับใช้คำว่า Withdrawal เมื่ออธิบายถึงการบอกถอนคำเสนอ ในขณะที่ตำรากฎหมายสกอตแลนด์ ใช้คำว่า Revocation ซึ่งในที่นี้ ผู้เขียนเห็นว่า การบอกถอนคำเสนอของกฎหมายอังกฤษ เป็นลักษณะเดียวกับ Revocation จึงได้จัดอยู่ในประเภทเดียวกับการบอกถอนคำเสนอตามหลักกฎหมายสกอตแลนด์ ฝรั่งเศส และ DCFR

⁷ Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz and Denis Tallon, *supra note 1*, pp. 196-197.

Withdrawal ก็คือการถอนการแสดงเจตนาทำคำเสนอที่ยังไม่มีผลทางกฎหมายเป็นคำเสนอ ในขณะที่ Revocation เป็นการถอนการแสดงเจตนาทำคำเสนอที่มีผลเป็นคำเสนอในทางกฎหมายแล้วนั่นเอง

ทั้งนี้ ในประเด็น Revocation ซึ่งเป็นการถอนหลังจากคำเสนอมีผลแล้วนั้น ตามกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันมีหลักว่า หากเป็นคำเสนอบ่งเวลา ผู้ทำคำเสนอไม่อาจบอกถอนคำเสนอนั้นก่อนเวลาที่บ่งไว้ได้ และหากเป็นคำเสนอที่ไม่บ่งเวลาต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางจะถอนก่อนเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำเสนอนั้นไม่ได้ หรืออาจกล่าวได้ว่า การบอกถอนคำเสนอแบบ Revocation ตามกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันไม่อาจทำได้นั่นเอง

ส่วนตามกฎหมายฝรั่งเศส หากเป็นคำเสนอที่ไม่บ่งเวลาไว้ โดยหลักผู้เสนอจะบอกถอนคำเสนอได้เสมอ แต่ในทางปฏิบัติศาลได้ตีความการบอกถอนคำเสนออย่างเคร่งครัดและพัฒนาหลักขึ้นมาว่าแม้เป็นคำเสนอที่ไม่บ่งเวลา ผู้เสนอก็ไม่อาจบอกถอนคำเสนอในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนอง และตามกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์ การบอกถอนคำเสนอจะมีความยืดหยุ่นยิ่งกว่าหลักของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย กล่าวคือผู้เสนอบอกถอนคำเสนอของตนได้เสมอ แม้แต่คำเสนอที่มีการบ่งเวลาไว้ ผู้เสนอก็ยังอาจบอกถอนคำเสนอได้ ตราบใดที่ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น

สำหรับเหตุผลที่ว่าทำไมหลักในเรื่องการบอกถอนคำเสนอของกฎหมายอังกฤษและกฎหมายสกอตแลนด์มีความยืดหยุ่นมากกว่าระบบประมวลกฎหมาย (โดยเฉพาะกฎหมายไทยและเยอรมัน) นั้น อาจพิจารณาได้ว่า เป็นเพราะช่วงเวลาที่ถือว่าคำเสนอจะมีผลแตกต่างกันนั่นเอง⁸ เนื่องจากตามกฎหมายไทยและเยอรมันถือตามหลักการแสดงเจตนา ในกรณีทำคำเสนอทางไปรษณีย์ คำเสนอจะมีผลก็ต่อเมื่อคำเสนอนั้นไปถึงผู้เสนอแล้ว ในขณะที่อังกฤษและสกอตแลนด์ถือว่าการทำคำเสนอทางไปรษณีย์มีผลและสัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ผู้เสนอส่งคำเสนอนั้นทางไปรษณีย์ แม้คำเสนอนั้นจะไม่ไปถึงผู้เสนอก็ตาม ซึ่งก็อาจเป็นไปได้ที่ผู้เสนอจะไม่ทราบว่าคำเสนอของตนเกิดสัญญาตั้งแต่วันที่ใด ดังนั้น ศาลอังกฤษและสกอตแลนด์จึงได้หาหลักที่คุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือคุ้มครองผู้เสนอในแง่ที่ว่าคำเสนอจะมีผลตั้งแต่วันที่ส่งคำเสนอทางไปรษณีย์แล้ว และในขณะเดียวกันก็คุ้มครองผู้เสนอ คือให้ผู้เสนอสามารถบอกถอนคำเสนอของตนในเวลาใดๆก็ได้ ก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น ซึ่งในกฎหมายฝรั่งเศส ก็มีหลักที่ค่อนข้างคล้ายคลึงหลักของ Common Law มากกว่าหลักของ Civil Law ทำให้การบอกถอนคำเสนอในกฎหมายฝรั่งเศส มีอิสระและยืดหยุ่นมากกว่าการบอกถอนคำเสนอในกฎหมายไทยและเยอรมัน

⁸ ประเด็นนี้โปรดดูหัวข้อ 1.3 ประกอบ

1.2 คำมั่นจะทำสัญญา

1.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ว่าลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายไทยขาดความชัดเจนว่าผลทางกฎหมายเป็นอย่างไร และนักกฎหมายก็มีความเห็นที่แตกต่างกัน โดยขอยกมาอธิบายดังนี้

(1) ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช⁹ อธิบายว่าคำมั่นเป็นการแสดงเจตนาที่ยังไปกว่าคำเสนอขอทำสัญญา เป็นการผูกมัดตนเองคล้ายกับสนองรับไว้ก่อนคอยรับทำสัญญา และเป็นนิติกรรม

(2) ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นในกรณีคำมั่นจะซื้อจะขายว่า “คือสัญญาระหว่างคู่สัญญา แต่เป็นสัญญาที่ผูกพันผู้ซื้อหรือผู้ขายเพียงฝ่ายเดียว”¹⁰

(3) ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ เห็นว่า “คำมั่นอาจมีหรือไม่มีผู้รับการแสดงเจตนารับรู้ก็ได้ อันเป็นความผูกพันก่อนเกิดสัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำในระหว่างกัน คำมั่นเหล่านี้เกิดโดยการแสดงเจตนาของผู้ให้คำมั่น เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว การแสดงเจตนารับรู้คำมั่นนั้นไม่จำเป็นแก่การก่อให้เกิดคำมั่นแต่อย่างใด”¹¹

(4) ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม อธิบายว่า คำมั่นจะซื้อจะขาย เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งผู้ให้คำมั่นผูกพันตนว่าจะทำตามคำมั่นนั้น หากผู้รับคำมั่นสนองรับ ก็จะเป็นสัญญาขึ้น¹²

⁹ เสณีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2505), น. 445-447.

¹⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, น. 219. อ้างถึงใน ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2551), น. 287-288.

¹¹ จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น. 27.

¹² วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), น. 97-98.

(5) ศาสตราจารย์ประพนธ์ ศาตะมานและศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ เห็นว่า คำมั่นจะซื้อหรือจะขาย เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว¹³

(6) ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริต์ เอกจริยกร ให้ความเห็นในเรื่องคำมั่นจะซื้อจะขายไว้ว่า “เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งจะรับเอาคำมั่นหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าฝ่ายนี้รับเอาคำมั่น สัญญาก็จะเกิดขึ้นตามที่ได้ให้คำมั่นไว้”¹⁴

(7) รองศาสตราจารย์ ดร.ศรินทร์กรณ์ โสทธิพันธุ์ ให้ความเห็นว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา¹⁵

(8) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ¹⁶ เห็นว่า คำมั่นเกิดจากการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ผู้ให้คำมั่นฝ่ายเดียวเมื่อทำคำมั่นขึ้นมา โดยที่ผู้รับคำมั่นไม่ต้องแสดงเจตนาผูกพันด้วย คำมั่นโดยนิตินัยจึงเป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน คือเมื่อเงื่อนไขสำเร็จลง สัญญาย่อมมีผลและผู้ให้คำมั่นต้องปฏิบัติตาม และคำมั่นแตกต่างจากคำเสนอ เนื่องจากคำเสนอต้องมีการสนองรับจึงจะเกิดสัญญา แต่คำมั่นไม่ต้องมีการแสดงเจตนาสนอง คำมั่นก็เกิดขึ้น และหากมีการกระทำตามเงื่อนไขในคำมั่น ผู้รับคำมั่นก็ย่อมมีสิทธิตามคำมั่นนั้น

1.2.2 ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นจะทำสัญญาและคำมั่นสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ

(1) กฎหมายอังกฤษ ไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำมั่นจะทำสัญญา แต่มีหลักคำมั่นสัญญา (Promises) ซึ่งโดยหลักแล้ว คำมั่นสัญญา ไม่มีผลบังคับ เนื่องจากกฎหมายอังกฤษมีหลักค่าตอบแทน (consideration) กล่าวคือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องได้ให้ค่าตอบแทนซึ่งกันและกันจึงจะบังคับสัญญาได้ ดังนั้น ในกรณีของคำมั่นสัญญา หากผู้ให้คำมั่นสัญญาเพียงฝ่ายเดียวที่มีหน้าที่กระทำการ แต่ผู้รับคำมั่นสัญญา ไม่มีหน้าที่ (กล่าวคือ ไม่ได้ให้ค่าตอบแทน) อะไรเลย คำมั่นสัญญานั้นก็ไม่อาจบังคับได้ แต่หากผู้รับคำมั่นสัญญาได้ให้ค่าตอบแทนไว้ด้วย สัญญาก็จะ

¹³ ประพนธ์ ศาตะมานและไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น. 28.

¹⁴ ไพฑูริต์ เอกจริยกร, คำอธิบายกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น.65.

¹⁵ ศรินทร์กรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 288.

¹⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101) (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 77.

บังคับได้ ซึ่งในกรณีนี้ทำให้เห็นได้ว่าคำตอบแทน ได้ทำให้คำมั่นสัญญาและสัญญา ในกฎหมายอังกฤษไม่มีความแตกต่างกัน กล่าวคือคำมั่นสัญญาที่บังคับได้ จะมีสถานะเช่นเดียวกับสัญญานั้นเอง

(2) กฎหมายสกอตแลนด์ มีหลักคำมั่นสัญญา (Promises) เช่นกัน แต่หลักดังกล่าวจะตรงกันข้ามกับกฎหมายอังกฤษ คือนักกฎหมายสกอตแลนด์ยอมรับว่า คำมั่นสัญญามีผลบังคับตามกฎหมาย โดยคำมั่นสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่ผู้ให้คำมั่นสัญญาได้แสดงเจตนาว่าจะกระทำการนั้นๆ โดยที่ผู้รับคำมั่นสัญญาไม่มีหน้าที่จะต้องทำอะไรหรือไม่ต้องตอบแทนอะไรเลย และผู้รับคำมั่นสัญญาไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนารับรู้ถึงคำมั่นสัญญานั้น

(3) กฎหมายเยอรมัน บัญญัติเกี่ยวกับคำมั่นจะให้ทรัพย์สินเอาไว้ แต่ไม่ชัดเจนว่าผลทางกฎหมายของคำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวหรือสัญญา ส่วนคำมั่นที่กฎหมายมิได้รับรองไว้ ก็มีความเห็นว่ามีได้ เนื่องจากกฎหมายเยอรมันถือหลักอิสระในการแสดงเจตนาเป็นสำคัญนั่นเอง

(4) กฎหมายฝรั่งเศส บัญญัติรับรองในกรณีคำมั่นจะขายและจะซื้อ โดยแยกเป็นคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะขายกับคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะซื้อ คำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะขายมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้รับคำมั่นมีสิทธิเลือกที่จะรับเอาคำมั่นหรือจะปฏิเสธการซื้อขายภายในระยะเวลาหนึ่ง โดยผู้ให้คำมั่นต้องผูกพันตามคำมั่นนั้น ไม่อาจถอนได้¹⁷ โดยคำมั่นในกฎหมายฝรั่งเศสมีสถานะเป็นสัญญา มิใช่นิติกรรมฝ่ายเดียว ส่วนคำมั่นที่กฎหมายมิได้รับรอง นักกฎหมายเห็นว่าใช้บังคับได้โดยแบ่งเป็นคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญา และคำมั่นต่างตอบแทนว่าจะทำสัญญา

(5) ใน DCFR คำมั่นสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว ไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา และมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นสัญญาแม้จะไม่มี การสนองรับ

1.3 คำสนอง (Acceptance)

1.3.1 ความหมายและลักษณะของคำสนอง

คำสนองในกฎหมายแต่ละระบบมีลักษณะคล้ายคลึงกัน อาจกล่าวได้ว่าคำสนองเป็นการแสดงเจตนาของผู้รับคำเสนอ โดยได้แสดงความยินยอมตอบรับตามเงื่อนไขที่ผู้เสนอได้เสนอมาน โดยไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือกำหนดเงื่อนไขใดๆ ที่แตกต่างไปจากคำเสนอนั้น ซึ่งเมื่อคำสนองถูกต้องตรงกันกับคำเสนอก็จะทำให้สัญญาเกิดได้ โดยคำสนองอาจกระทำด้วยวาจาหรือโดยการกระทำอื่นๆ ที่เป็นการสนองรับก็ได้

¹⁷ ไพทิต เอกจรรย์กร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14, น. 65.

1.3.2 ผลของคำสนอง

ผลของคำสนองอาจพิจารณาได้ดังนี้

1.3.2.1 คำสนองที่กลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่

ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ว่า คำสนองที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ ให้ถือเป็นคำบอกปิด และกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ (Counter-offer) โดยในกฎหมายฝรั่งเศสมีความแตกต่างออกไปว่า คำสนองที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอนั้น ไม่จำเป็นต้องกลายเป็นคำบอกปิดและกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ในทุกกรณี หากแต่ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้ทำคำสนองเป็นสำคัญ เช่นเดียวกับใน DCFR ที่มีข้อยกเว้นว่า หากผู้สนองแสดงเจตนายินยอมอย่างชัดแจ้งว่าต้องการทำคำสนอง แม้คำสนอนั้นจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ ก็ไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญ จึงไม่ใช่การบอกปิดคำเสนอ

1.3.2.2 คำสนองล่วงเวลา

คำสนองต้องสนองภายในเวลาที่กำหนดเท่านั้น มิฉะนั้นจะกลายเป็นคำสนองล่วงเวลา โดยตามกฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และ DCFR มีข้อยกเว้นว่า คำสนองที่ส่งโดยทางการปกติและควรจะได้รับในเวลาปกตินั้น หากไปถึงล่าช้า ผู้เสนอมีหน้าที่ต้องแจ้งผู้สนองโดยไม่ชักช้าว่าคำสนองมาถึงล่วงเวลา มิฉะนั้นจะถือว่าคำสนองไม่ได้ล่วงเวลา

1.3.2.3 คำสนองโดยการนิ่ง

กฎหมายทุกระบบถือว่า การนิ่งไม่ถือเป็นการทำคำสนอง โดยในกฎหมายไทย และเยอรมัน มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่าการนิ่งเป็นการทำคำสนอง ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศส ศาลก็เคยตัดสินในบางกรณีที่เป็นข้อยกเว้นว่าการนิ่งเป็นการทำคำสนองได้เช่นกัน

มีข้อสังเกตว่าในปัจจุบัน สหภาพยุโรป (European Union) ได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าต่อผู้ซื้อซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง (Directive 97/7/EC on consumer protection and distance contracts) ไม่ว่าจะโดยวิธีการทางจดหมาย โทรศัพทน์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรืออินเทอร์เน็ต โดยได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้ซื้อซึ่งมีหลักว่า การไม่สนองรับหรือการนิ่งของผู้ซื้อ ไม่ถือเป็นการทำคำสนอง¹⁸ ซึ่งทั้งเยอรมนี ฝรั่งเศส และสหราชอาณาจักร (อังกฤษและสกอตแลนด์) เป็นสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป จึงมีความผูกพันต้องออกกฎหมายภายในให้เป็นไปตามคำสั่งดังกล่าว

¹⁸ Raymond Youngs, English French and German Comparative Law, 2nd ed. (London: Routledge/Cavendish, 2007), p. 519.

1.4 เวลาที่สัญญาเกิด (Time of conclusion of the contract)

กฎหมายทุกระบบพิจารณาการเกิดสัญญาจากหลักคำเสนอและคำสนอง ดังนั้น สัญญาจึงย่อมเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอสนองถูกต้องตรงกัน โดยการพิจารณาว่าสัญญาเกิดขึ้นในเวลาใดนั้น ก็ต้องพิจารณาจากเวลาที่คำสนองมีผล โดยตามกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน จะนำหลักของการแสดงเจตนา (Declaration of intent) มาใช้บังคับ เนื่องจากคำสนองถือเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับที่นำมาใช้กับคำเสนอ ดังนั้น หากทำคำสนองต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าก็จะมีผลเมื่อผู้เสนอได้ทราบถึงคำสนองนั้น แต่หากเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า คำสนองก็จะมีผลเมื่อได้ไปถึงผู้เสนอ¹⁹ โดยการพิจารณาว่า “ไปถึง” เมื่อใดให้พิจารณาว่าคำสนองนั้นอยู่ในขอบเขตที่ผู้รับการแสดงเจตนาสามารถรับรู้ได้หรือไม่

ส่วนกฎหมายอังกฤษและกฎหมายสกอตแลนด์มีหลักการสื่อสารของคำสนอง (Communication of the Acceptance) ที่ศาลวางหลักไว้ว่า ต้องมีการสื่อสารของคำสนองไปยังผู้เสนอ คำสนองจึงจะมีผล ส่วนเวลาที่คำสนองมีผลนั้น หากเป็นการทำคำสนองทางไปรษณีย์ศาลจะใช้หลัก Postal Rule ซึ่งถือว่าคำสนองมีผลตั้งแต่วันที่ผู้ส่งคำสนองนั้นทางไปรษณีย์แล้ว ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสก็ใช้หลักในทำนองเดียวกัน ส่วนใน DCFR คำสนองมีผลเมื่อใดนั้น ใช้หลักการเดียวกับการมีผลของคำเสนอ เนื่องจากคำสนองถือเป็นการประกาศแจ้งอย่างหนึ่ง จึงต้องนำหลัก Notices มาใช้

ทั้งนี้ ตามกฎหมายไทยถือว่าสัญญาอาจเกิดได้ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้งคือกรณีที่ผู้รับคำเสนอได้แสดงเจตนาทำคำสนองของตนไปยังผู้เสนอ แล้วผู้เสนอทราบ หรือคำสนองได้ไปถึงผู้เสนอ (แล้วแต่กรณี) ส่วนการเกิดสัญญาโดยปริยายคือเมื่อมีการกระทำการบางอย่างที่สันนิษฐานได้ว่าผู้เสนอได้ตกลง ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายสัญญาเยอรมันที่สัญญาอาจเกิดขึ้นได้ทั้งโดยชัดแจ้ง (คำสนองไปถึงผู้เสนอ) และโดยปริยาย (เมื่อมีการกระทำการบางอย่าง)²⁰ รวมถึงใน DCFR ก็มีหลักในทำนองเดียวกัน แต่ใน DCFR จะมีความแตกต่างเล็กน้อยในประเด็นที่ว่า การสนองโดยการกระทำนั้น โดยหลักสัญญาจะยังไม่เกิดในเวลาที่มีการกระทำนั้น แต่จะเกิดในเวลาของผู้เสนอได้แจ้งการกระทำนั้นไปยังผู้เสนอ ยกเว้นกรณีตามปกติประเพณีหรือทางปฏิบัติของคู่สัญญา ไม่จำเป็นต้องมีการแจ้ง จึงจะถือว่าสัญญาเกิดตั้งแต่วันที่มีการกระทำนั้น

¹⁹ มาตรา 168 และ 169 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 130 BGB

²⁰ มาตรา 151 BGB

ตามกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์นั้น มีหลักว่า คำสนองต้องสื่อสารไปยังผู้เสนอ ดังนั้น จึงต้องมีการสื่อสารคำสนองไปยังผู้เสนอแล้วสัญญาจึงจะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามที่ได้อ้างไว้ข้างต้นว่า อังกฤษและสกอตแลนด์มีหลัก Postal Rule ซึ่งถือว่าคำสนองมีผลตั้งแต่วันที่ผู้เสนอได้ส่งคำสนองนั้นทางไปรษณีย์ ดังนั้น ตามกฎหมายสัญญาอังกฤษและสกอตแลนด์หากมีการทำคำสนองทางไปรษณีย์ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ผู้เสนอได้ส่งคำสนองนั้นทางไปรษณีย์แล้ว แม้ว่าอาจเกิดเหตุการณ์ที่ทำให้ผู้เสนอไม่ได้รับคำสนองนั้นก็ตาม ส่วนตามกฎหมายฝรั่งเศส ไม่จำเป็นต้องมีการสื่อสารคำสนองไปยังผู้เสนอ ทำให้ช่วงเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นมีความคล้ายคลึงกับหลักในกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์

2. วิเคราะห์กรณีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการเกิดสัญญา

2.1 ลักษณะของคำเสนอและคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ

ในกรณีของการแบ่งแยกระหว่างคำเสนอและคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอนั้น แม้จะมีหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่า คำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอนทำให้เกิดสัญญาได้ เพียงแต่ผู้รับคำเสนอสนองรับกลับมา ส่วนคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ เป็นเพียงการเชิญชวนให้อีกฝ่ายเข้ามาทำคำเสนอเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อนำไปปรับกับข้อเท็จจริงในบางกรณี พบว่านักกฎหมายมีความเห็นที่แตกต่างกัน ซึ่งในประเด็นนี้ จะขอยกกรณีการแสดงขายสินค้าในร้านค้ามาวิเคราะห์เป็นกรณีตัวอย่าง ซึ่งสินค้าที่ผู้ขายวางขายในร้านค้าโดยติดราคาไว้ ไม่ว่าจะร้านค้าแบบปกติ หรือแบบที่ผู้ซื้อให้บริการตนเองก็ตาม เป็นการแสดงเจตนาที่นักกฎหมายแต่ละระบบ หรือแม้แต่ นักกฎหมายในระบบเดียวกัน มีความเห็นแตกต่างกันว่ามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นคำเสนอหรือเป็นเพียงคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ เท่านั้น โดยอาจพิจารณาได้ดังนี้

2.1.1 แนวความเห็นตามกฎหมายต่างประเทศ

(1) กฎหมายอังกฤษ ตามหลักทั่วไป สินค้าที่แสดงในร้านค้าไม่ว่าจะมีการปิดป้ายราคา บอกราคาไว้ด้วยหรือไม่ ถือเป็น การเชิญชวนให้คำเสนอ ไม่ใช่คำเสนอ ดังเช่นคดี *Fisher v. Bell*²¹ และสินค้าในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเองก็ถือเป็นคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอเช่นกัน เช่นคดี *Pharmaceutical Society of GB v. Boots Cash Chemists*²²

²¹ (1961) 1 Q.B. 394. โปรดดูรายละเอียดของคดีในบทที่ 3 เชนเจอร์รี่ที่ 13

²² (1952) 2 Q.B. 785. โปรดดูรายละเอียดของคดีในบทที่ 3 เชนเจอร์รี่ที่ 12

(2) กฎหมายสกอตแลนด์ มีแนวคิดในทำนองเดียวกันกับกฎหมายอังกฤษ คือถือว่าการแสดงสินค้าในร้านค้าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้อีกฝ่ายเข้าสู่การเจรจาที่จะทำสัญญาต่อไป ไม่ใช่การทำคำเสนอ ทั้งนี้ ตำรากฎหมายสัญญาของสกอตแลนด์ก็ได้อ้างอิงคำพิพากษาที่ตัดสินจากคดีของประเทศอังกฤษในการอธิบายประเด็นนี้ด้วย

(3) กฎหมายเยอรมัน โดยทั่วไปยอมรับว่าสินค้าที่แสดงขายในร้านค้านั้นเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ อย่างไรก็ตาม กรณีสินค้าในร้านค้าแบบบริการตนเอง มีข้อถกเถียงของนักกฎหมายเยอรมันว่าผลทางกฎหมายควรถือเป็นอย่างไร โดยนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าเป็นคำเสนอและถูกสนองเมื่อลูกค้าได้แสดงออกมาว่าประสงค์จะซื้อสินค้านั้นที่โต๊ะชำระเงิน นักกฎหมายอีกกลุ่มเห็นว่าการที่ลูกค้าได้นำสินค้าที่ตนต้องการซื้อไปที่โต๊ะชำระเงินเป็นการทำคำเสนอ เนื่องจากนักกฎหมายเหล่านั้นต้องการรักษาสีทธิของผู้ขายในการที่จะปฏิเสธไม่ทำสัญญาดังนั้น ในกฎหมายเยอรมันจึงมีข้อโต้แย้งว่า หากสินค้าที่วางขายในร้านค้าไม่ถือว่าเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ ก็จะทำให้เกิดปัญหากรณีค้าสนงมีมากกว่าปริมาณสินค้าที่มีขาย²³

(4) กฎหมายฝรั่งเศส แนวคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสกลับเห็นแตกต่างออกไป โดยมองว่า การที่ร้านค้าวางสินค้าแสดงไว้โดยปิดป้ายราคาถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอแล้ว เนื่องจากมีความชัดเจนแน่นอนที่จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีของการวางสินค้าที่ผู้ขายมีจุดประสงค์เพื่อแสดงสินค้าของตนเท่านั้น

(5) ประเทศอื่นๆในทวีปยุโรป เช่นประเทศอิตาลี²⁴ ยอมรับว่า สินค้าที่วางไว้ในห้างสรรพสินค้าหรือตามซูเปอร์มาร์เก็ตที่ผู้ซื้อสามารถช่วยตนเองด้วยการเลือกหยิบสินค้าใส่รถได้เลยนั้นมีลักษณะในทางกฎหมายเป็นคำเสนอแล้ว และเป็นคำเสนอประเภทเสนอต่อสาธารณชน มิใช่ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องเวลาของการเกิดสัญญา กล่าวคือ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้ซื้อเข้าครอบครองสินค้าในขณะที่เขาหยิบใส่รถเข็นแล้ว เพราะถือว่าการหยิบใส่รถเข็นนั้นเป็นการทำคำสนง สัญญาจึงเกิดทันที แม้จะยังไม่ได้ชำระราคาก็ตาม ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผู้ซื้อเข้าครอบครองสินค้าเมื่อมีการชำระราคาซึ่งหมายความว่าสัญญาเกิดเมื่อมีการชำระราคาแล้วนั่นเอง และย่อมหมายความว่า

²³ Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz and Denis Tallon, *supra* note 1, p.191.

²⁴ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), น. 239.

รวมถึงการที่กรรมสิทธิ์โอนเมื่อมีการชำระราคาเช่นกัน เพราะจะมีปัญหาตามมาในเรื่องของภัยพิบัติด้วยว่าใครจะเป็นคนรับความเสี่ยงในภัยพิบัติที่เกิดขึ้น

ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประมวลกฎหมายหนี้สวิส (Swiss Code of Obligation) ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้ชัดเจนว่า “สินค้าที่แสดงโดยระบุราคาถือเป็นคำเสนอ”²⁵

(6) หลักใน DCFR ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า การแสดงขายสินค้าโดยมีราคาติดไว้ถือว่าเป็นคำเสนอขายตามราคาที่ระบุไว้จนกว่าสินค้านั้นจะหมด เว้นแต่จะได้ระบุไว้เป็นอย่างอื่น²⁶

2.1.2 แนวความเห็นตามกฎหมายไทย

สำหรับในระบบกฎหมายไทย ก็มีปัญหาเช่นเดียวกันกับกฎหมายในบางประเทศที่นักกฎหมายมีความเห็นที่แตกต่างกันเนื่องจากการไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย และยังไม่มีแนวความเห็นของศาลซึ่งตัดสินเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว โดยอาจแยกความเห็นของนักกฎหมายไทยได้ 2 กลุ่ม ดังนี้

2.1.2.1 ความเห็นแรก เห็นว่าการแสดงสินค้าต่างๆ ในร้านค้าหรือห้างสรรพสินค้า นั้น เป็นเพียงการทำคำเชิญชวนให้ลูกค้าซื้อสินค้าเท่านั้น เพราะโดยสภาพของสินค้าต่างๆ ในห้างสรรพสินค้า นั้นจะต้องมีการ “เลือก” เสียก่อน โดยนักกฎหมายที่มีความเห็นเช่นนี้ ดังเช่น รศ.ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์ ซึ่งเห็นว่า ถ้าฟังการหยิบสินค้าจากชั้นนั้น แม้จะถือว่าเป็นเรื่องที่ชัดเจนปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ซื้อประสงค์จะซื้อสินค้านั้นจริงแต่เนื่องจากโดยจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับกันในสังคมนั้น ผู้ซื้ออาจเปลี่ยนใจได้ และโดยจารีตประเพณีของการซื้อขายแบบนี้ ทางห้างสรรพสินค้าเองย่อมไม่ถือว่าสินค้าที่ผู้ซื้อยังมีได้ชำระราคาเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อแล้ว แต่กรรมสิทธิ์จะตกเป็นของผู้ซื้อก็ต่อเมื่อมีการชำระราคาเรียบร้อยแล้ว เสมือนกับการชำระราคาเป็นเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์นั่นเอง²⁷

²⁵ มาตรา 7 วรรคสาม ประมวลกฎหมายหนี้สวิส (Swiss Code of Obligation) อ้างถึงใน จิตติ ติงศภัทย์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 7.

²⁶ 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 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.

²⁷ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, น. 240.

2.1.2.2 ความเห็นที่สอง เห็นว่าการแสดงสินค้าต่างๆในห้างสรรพสินค้าหรือร้านค้า โดยที่มีป้ายราคาติดไว้กับสินค้าที่วางขายแต่ละชั้นโดยชัดเจนนั้นถือเป็นคำเสนอแล้ว โดยนักกฎหมายที่มีความเห็นเช่นนี้ ได้แก่

(1) ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร อธิบายโดยอ้างอิงจากตำราต่างประเทศว่าการประกาศเปิดเผยอย่างแน่นอนแก่ประชาชนทั่วไป ขอให้ทำสัญญา เช่น ร้านขายของเอาสินค้าออกมาวางให้ประชาชนดูพร้อมทั้งปิดป้ายบอกราคา (รวมถึงกรณีร้านอาหารหรือโรงแรมสหปิดป้ายบอกราคาค่าเช่าดู) ควรถือเป็นคำเสนอ เพราะหากถือว่าผู้ซื้อเป็นผู้ทำคำเสนอ ก็จะขัดกับความจริงที่ว่า การริเริ่มในการทำสัญญาได้มาจากร้านอาหารนั้น²⁸

(2) ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ อธิบายว่า แต่เดิมถือว่า การที่ห้างร้านวางของแสดงโดยปิดราคาไม่ถือเป็นคำเสนอ เป็นแต่เพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น แต่ปัจจุบันถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นคำเสนอแล้ว (โดยยกตัวอย่างกรณีของกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายลักษณะหนี้สวิส) และถือเป็นคำเสนอขายสินค้าซึ่งมีจำนวนจำกัด กล่าวคือ เสนอขายให้แก่ผู้สนองที่มาตามลำดับจนกว่าสินค้าจะหมดเท่านั้น²⁹

(3) ศาสตราจารย์เสริม วินิจฉัยกุล³⁰ อธิบายว่า ลักษณะคำเสนออีกอย่างหนึ่งซึ่งใกล้เคียงกับคำเชื้อเชิญมาก คือการที่ห้างร้านขายของเอาของออกวางขายโดยปิดราคาไว้ การกระทำเช่นนี้จะถือว่าเป็นคำเชื้อเชิญหรือเป็นคำเสนอนั้นต้องพิจารณาถึงประเพณีในการค้าขายด้วย โดยปกติการที่ห้างร้านใหญ่ๆปิดราคาไว้ที่สินค้าแสดงว่ายินยอมขายสินค้านั้นตามราคาที่ปิดไว้นั้น เป็นการเสนอแก่ผู้ใดที่ต้องการทุกคน ถ้าต้องการก็เข้ามาสนองรับและห้างก็ยินดีขายให้ตามนั้น

²⁸ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 201-202.

²⁹ จิตติ ติงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 11, น. 7.

³⁰ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), น. 373.

(4) ศาสตราจารย์ศักดิ์ สมองชาติ³¹ ได้อธิบายถึงประเด็นนี้โดยยกตัวอย่างว่า ร้านค้านำสินค้าออกวางขายและปิดป้ายบอกราคา ถือเป็นคำเสนอ จะปฏิเสธคำเสนองมิได้ สินค้าใดที่ขายแล้วหรือวางขายเพื่อโฆษณาโดยไม่ต้องการขายต้องปิดป้ายบอกให้ทราบ

(5) รศ.ดร. กำชัย จงจักรพันธุ์³² เห็นว่า สินค้าแต่ละชิ้นที่วางขายไว้นั้นต้องการขายทั้งสิ้นและมีราคาบ่งบอกไว้ชัดเจนว่า สินค้าแต่ละอย่างแต่ละชิ้นมีราคาเท่าใด ดังนั้น จึงครบถ้วนตามลักษณะของคำเสนอแล้ว กล่าวคือมีการแสดงเจตนาขายต่อสาธารณชนโดยทั่วไป และมีข้อความชัดเจนแน่นอนแล้ว กล่าวคือมีการแสดงเจตนาขายต่อสาธารณชนโดยทั่วไป และมีข้อความชัดเจนแน่นอนแล้ว ส่วนปัญหาว่าต้องการ “เลือก” สินค้าก่อนนั้น รศ.ดร.กำชัยเห็นว่าการเลือกสินค้ามิได้เป็นข้อสำคัญอันจะมาตอบปัญหาว่าการแสดงสินค้าเช่นนั้นของห้างสรรพสินค้าเป็นคำเสนอหรือคำเชิญชวน ตรงกันข้าม การเลือกสินค้านั้นเป็นวิธีการหรือขั้นตอนในการตัดสินใจทำคำเสนอมากกว่า กล่าวคือ การที่มีสินค้าประเภทเดียวกันหลายๆชิ้นวางไว้นั้นโดยปกติก่อนที่ผู้ซื้อจะตัดสินใจซื้อ ผู้ซื้อก็คงต้องหยิบสินค้านั้นขึ้นมาหลายๆชิ้นเพื่อคัดเลือกชิ้นใดชิ้นหนึ่งที่ดีที่สุด ใหม่มากที่สุด เมื่อเลือกได้แล้วก็นำสินค้านั้นไปชำระราคาก็เท่ากับว่าได้ทำคำเสนอแล้ว แต่ถ้าพิจารณาดูแล้วรู้สึกไม่พอใจก็สามารถวางสินค้านั้นกลับที่เดิมได้ เพราะเท่ากับเรายังไม่ได้ตัดสินใจทำคำเสนอนั่นเอง

(6) ผศ.ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี เห็นว่า สินค้าที่วางขายในร้านค้าหรือห้างสรรพสินค้าที่มีการติดราคาไว้แน่นอน ถือเป็นคำเสนอแล้ว เนื่องจากผู้ขายประสงค์จะขายสินค้านั้นอย่างแน่นอน³³

ในประเด็นนี้ จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นตามแนวความเห็นที่ว่า การว่าสินค้าที่แสดงขายในร้านค้าหรือห้างสรรพสินค้าโดยมีราคาติดไว้นั้น ถือเป็น “เป็นคำเสนอ” แล้ว เหตุผลคือ เนื่องจากการกระทำ

³¹ ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น. 345.

³² กำชัย จงจักรพันธุ์, คู่มือกฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 314-315.

³³ สัมภาษณ์ สุรศักดิ์ มณีศรี, ผศ.ดร. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์, 7 มกราคม 2552.

ดังกล่าวมีความชัดเจนแน่นอนว่าผู้ขายประสงค์จะผูกพันตามสัญญา และได้แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้ขายประสงค์จะขายสินค้าชนิดใด สภาพเป็นอย่างไร ในราคาเท่าไร และสัญญาก็เกิดขึ้นได้อย่างง่ายดายเพียงแค่ผู้ซื้อตกลงซื้อ โดยไม่จำเป็นต้องเจรจาต่อรองอย่างใดกันอีก นอกจากนี้ในปัจจุบันนี้ ลักษณะของร้านค้าโดยทั่วไป จะมีโชสดานที่ซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายไปทำการเจรจาต่อรองเพื่อซื้อสินค้าแต่อย่างใด แต่เป็นสถานที่ซึ่งผู้ขายได้จัดสินค้าไว้เพื่อจำหน่าย โดยมีราคาติดไว้อย่างชัดเจน และหากผู้ซื้อประสงค์จะซื้อ ก็เพียงหยิบสินค้าไปที่จุดชำระเงิน โดยไม่มีลักษณะของการต่อรองเพื่อลดราคา และผู้ขายก็ได้เลือกที่จะขายให้ผู้ซื้อแต่ละคนเป็นกรณีพิเศษหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากร้านค้าสะดวกซื้อ เช่น เซเว่นอิเลฟเว่น (7-11) แฟมิลี่มาร์ท (Family Mart) ร้านบูทส์ (Boots) หรือซูเปอร์มาร์เก็ต เช่น ท็อป ซูเปอร์มาร์เก็ต (Tops Supermarket) หรือห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ เช่น ห้างสรรพสินค้าเดอะมอลล์ (The Mall) ห้างสรรพสินค้าเซ็นทรัล (Central Department Store) เป็นต้น ซึ่งเมื่อผู้ซื้อเข้ามาซื้อ ผู้ขายก็จะขายสินค้านั้นให้ผู้ซื้ออย่างแน่นอน และผู้ซื้อก็ได้ต่อรองเพื่อขอลดราคา เนื่องจากปกติประเพณีในการซื้อขายจะไม่มี การต่อรองราคาจากร้านค้าในลักษณะนั้น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ทำให้มีความเห็นว่าการแสดงขายสินค้าโดยมีราคาติดไว้รวมถึงในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเองนั้น มีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิดได้ อันเป็นลักษณะของคำเสนอทุกประการแล้ว

2.2 ลักษณะและผลทางกฎหมายของคำเสนอและคำมั่นจะทำสัญญา

2.2.1 ลักษณะของคำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายไทย

คำมั่นในกฎหมายแต่ละระบบจะมีความคล้ายคลึงกันก็แต่เฉพาะประเด็นของคำมั่น โฆษณาจะให้รางวัลเท่านั้น ส่วนคำมั่นว่าจะทำสัญญาหรือคำมั่นสัญญานั้น มีความแตกต่างกัน และมีลักษณะเฉพาะที่เป็นของตนเอง โดยจากการศึกษาวิเคราะห์แล้วพบว่า คำมั่นตามกฎหมายไทยขาดความชัดเจนตั้งแต่ตั้งต้นในชั้นความหมาย ลักษณะทางกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของคำมั่น ในประเด็นลักษณะทางกฎหมายก็มีนักกฎหมายเห็นแตกต่างกัน ทั้งที่เห็นว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา หรือเป็นสัญญาฝ่ายเดียว และในตัวของคำมั่นนั้นเองถือเป็นคำเสนอด้วยหรือไม่ และจะนำหลักเกณฑ์ของคำเสนอมาใช้บังคับได้มากน้อยเพียงใด โดยอาจแยกความเห็นของนักกฎหมายเป็น 3 กลุ่มคือ

(1) คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว นักกฎหมายที่เห็นเช่นนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภิทัย³⁴ ศาสตราจารย์ประพนธ์ ศาตะมานและศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์³⁵

³⁴ จิตติ ดิงศภิทัย อ่างแล้ว เริงอรุณที่ 11, น. 27.

(2) คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา นักกฎหมายที่เห็นเช่นนี้ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์³⁶

(3) คำมั่นเป็นสัญญา นักกฎหมายที่เห็นเช่นนี้ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย³⁷ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ³⁸

2.2.2 ลักษณะของคำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่า คำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายไทย เป็นคนละกรณีกับคำมั่นสัญญา (Promises) ที่ปรากฏในกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์และกฎหมายสกอตแลนด์ เนื่องจากในกฎหมายอังกฤษ คำมั่นสัญญา (ที่มีการให้คำตอบแทน) ก็คือสิ่งเดียวกับสัญญา ส่วนในสกอตแลนด์ คำมั่นสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียว ไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ไม่ต้องมีการให้คำตอบแทน

ส่วนคำมั่นตามกฎหมายไทยนั้น มีความคล้ายคลึงกับคำมั่นจะทำสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศส ในแง่ที่ว่า กฎหมายบัญญัติรับรองเรื่องคำมั่นจะทำสัญญาไว้เฉพาะบางกรณีเท่านั้น แต่กรณีที่กฎหมายไม่รับรองไว้ นักกฎหมายก็เห็นว่ามีได้ แต่ความแตกต่างอยู่ที่ คำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศส มีลักษณะเป็นสัญญา ในขณะที่คำมั่นตามกฎหมายไทย น่าจะถือว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวมากกว่าจะถือว่าเป็นสัญญา เนื่องจากคำมั่นจะทำสัญญามีลักษณะที่ก่อให้เกิดสัญญาขึ้นได้หากมีการสนองรับคำมั่นนั้น แต่ในตัวคำมั่นเอง มิได้เป็นสัญญา รศ.ดร.ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์³⁹ ให้ความเห็นว่า “คำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายไทยนั้น แท้จริงแล้วก็คือคำเสนอที่ถอนไม่ได้ตามนัยของกฎหมายอิตาลี มาตรา 1329” (โดยตามกฎหมายอิตาลีกล่าวถึงคำมั่นเฉพาะกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น คำมั่นตามหลักเสรีภาพหรือคำมั่นว่าจะทำสัญญาที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ก็จะมีไม่ได้) โดยมีนักกฎหมายต่างประเทศได้ให้ความเห็นสนับสนุนแนวความเห็นที่ว่า คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวไว้ว่า “คำมั่นฝ่ายเดียวก็คือนิติกรรมฝ่ายเดียว และประกอบอยู่ในการแสดงเจตนาของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งได้ผูกพันตนเองที่จะ

³⁵ ประพนธ์ ศาตะมานและไพจิตร ปุณฺณพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13*, น. 28.

³⁶ ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 288.

³⁷ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง*, น. 221 อ้างถึงใน ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 288.

³⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16*, น. 76.

³⁹ ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 289.

ปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น คำมั่นมิใช่บ่อเกิดทั่วไปในเรื่องหนึ่งดังเช่นสัญญาแต่เป็นรูปเฉพาะของบ่อเกิดแห่งหนึ่ง ซึ่งจะมีจำนวนที่แน่นอน และไม่อาจก่อให้เกิดผลนอกเหนือจากกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนด”⁴⁰

2.2.3 คำมั่นจะทำสัญญาและคำเสนอ

คำมั่นถือเป็นคำเสนอ เพราะคำมั่นต้องมีข้อความแน่นอนชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิดได้ หากผู้รับคำมั่นสนองรับ⁴¹ แต่คำเสนออาจมิใช่คำมั่นก็ได้ อย่างไรก็ตาม คำมั่นก็มีความแตกต่างจากคำเสนอในแง่ที่ว่า คำมั่นเป็นคำเสนอว่าจะทำสัญญา แต่คำมั่นก็มีความผูกพันยิ่งกว่าคำเสนอ ดังที่เห็นได้จากการที่กฎหมายกำหนดไว้ในคำมั่นจะซื้อจะขายตามมาตรา 454 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า กรณีคำมั่นไม่บ่งเวลานั้น ผู้ให้คำมั่นอาจถอนคำมั่นได้โดยการกำหนดเวลาพอสมควรและบอกกล่าวไปยังผู้รับคำมั่นให้ตอบมาเป็นแน่นอนภายในเวลาที่กำหนด หากผู้รับคำมั่นไม่ตอบกลับมายภายในเวลานั้น ก็ถือว่าคำมั่นเป็นอันสิ้นผล ซึ่งแสดงให้เห็นว่า คำมั่นมีลักษณะที่ผูกพันยิ่งกว่าคำเสนอ เพราะโดยหลักแล้ว คำเสนอที่ไม่บ่งเวลา ย่อมสิ้นความผูกพันไปเอง เมื่อพ้นเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง ในขณะที่คำมั่นที่ไม่บ่งเวลานั้น จะไม่สิ้นผลไปเอง เว้นแต่จะมีการกำหนดเวลาพอสมควรบอกกล่าวไปยังผู้รับคำมั่นและผู้รับคำมั่นไม่ได้ตอบภายในเวลานั้น ตามมาตรา 454 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งก็ทำให้ศาลฎีกาเคยตัดสินคดีว่า คำมั่นไม่บ่งเวลา และไม่มีการบอกกล่าวกำหนดเวลาตามมาตรา 454 วรรคสองยังผูกพันผู้ให้คำมั่นแม้เวลาจะผ่านไปเกินสิบปี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1004/2485 (ป) ฎ.น. 291) ซึ่งการตีความเช่นนี้ก็เกิดปัญหาน่าสงสัยว่าเป็นการตัดสินที่เป็นธรรมและชอบด้วยหลักกฎหมาย หรือขัดกับหลักเสรีภาพหรือไม่ แม้ว่าโดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา แต่บุคคลจะสามารถใช้เสรีภาพนั้นจำกัดเสรีภาพของตนเองโดยไม่จำกัดเวลาได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องคำมั่นที่ผูกพันผู้ให้คำมั่นไปตลอดนี้ ยังมีผลกระทบต่อการหมุนเวียนเปลี่ยนมือของทรัพย์สินซึ่งได้ให้คำมั่นไว้อีกด้วย⁴²

⁴⁰ Torrente A. & Schelsinger P., *Manuale di Diritto Privato*, p. 621. อ้างถึงใน ศนันทกรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *เพ็งอ้าง*

⁴¹ *เพ็งอ้าง*, น. 78.

⁴² Tamburrino G., *I Vincoli Unilaterali Nella Formazione Progressiva Del Contratto* (Giuffrè : Milano) 1991, pp. 64-65. อ้างถึงใน ศนันทกรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24*, น. 77.

นอกจากนี้ แม้โดยลักษณะและผลทางกฎหมายของคำมั่นและคำเสนอ จะไม่เหมือนกันเสียทีเดียว แต่เมื่อนำหลักคำมั่นและคำเสนอมาปรับกับข้อเท็จจริง พบว่า เป็นการยากลำบากที่จะพิจารณาว่า การแสดงเจตนาในลักษณะใดที่จะถือเป็นคำมั่น และการแสดงเจตนาลักษณะใดที่จะถือเป็นคำเสนอ เพราะลำพังแต่เพียงการที่คู่สัญญาใช้ถ้อยคำว่า “ขอเสนอ” หรือ “ขอให้คำมั่น” คงไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะพิจารณาว่าการแสดงเจตนา นั้นเป็นคำมั่นหรือคำเสนอ เพราะการพิจารณาผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนา นั้น ย่อมต้องพิจารณาจากเจตนาที่แท้จริง มิใช่พิจารณาจากถ้อยคำที่เป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติแล้ว คู่สัญญา คงมิได้เข้าทำสัญญาโดยการใช้อ้างว่า ประสงค์จะทำคำเสนอ หรือประสงค์จะทำคำมั่น ซึ่งเป็นคำศัพท์ทางกฎหมาย แต่อาจจะใช้ถ้อยคำทั่วไปซึ่งบุคคลทั่วไปที่มีได้อยู่ในแวดวงกฎหมายใช้ เช่น อาจจะแสดงเจตนาเพียงว่า ประสงค์จะซื้อ หรือประสงค์จะขาย เป็นต้น ทำให้การตีความว่าการแสดงเจตนาแบบใดบ้าง เป็นคำมั่น แบบใดบ้าง เป็นคำเสนอ ทำได้ค่อนข้างยาก ซึ่งในประเด็นนี้ ผศ.ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี⁴³ ก็ได้ให้ความเห็นว่า ในทางปฏิบัติแล้วไม่สามารถอธิบายหรือยกตัวอย่างได้ชัดเจนว่าลักษณะของคำมั่นกับคำเสนอแตกต่างกันอย่างไร และกรณีแบบใดถือเป็นคำมั่น กรณีแบบใดถือเป็นคำเสนอ และเห็นว่าควรยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับคำมั่นว่าจะทำสัญญา เพราะทำให้เกิดความสับสนในการใช้การตีความกฎหมาย

2.3 เวลาที่สัญญาเกิด

โดยหลักแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอสนองต้องตรงกัน หรือเกิดขึ้นในเวลา คำสนองมีผลตามกฎหมายนั่นเอง โดยอาจเป็นการการเกิดสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนประสงค์จะยกปัญหาบางประการขึ้นมาพิจารณาถึงช่วงเวลาที่ยกเกิดขึ้น เพื่อให้การตีความกฎหมายในกรณีปัญหาดังกล่าวมีความชัดเจนมากขึ้น โดยจะพิจารณาใน 3 กรณีคือ กรณีสินค้าที่แสดงขายในร้านค้า กรณีประกาศโฆษณาทางเว็บไซต์ และกรณีทำคำเสนอต่อผู้เสนอซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจนอกเวลาทำการ

⁴³ สัมภาษณ์ สุรศักดิ์ มณีศรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33.

2.3.1 เวลาที่สัญญาเกิดกรณีแสดงขายสินค้าในร้านค้า

สำหรับปัญหากรณีนี้ เป็นผลต่อเนื่องมาจากแนวความเห็นที่ว่า การแสดงสินค้าเพื่อวางขายในร้านค้าถือเป็นคำเสนอแล้ว⁴⁴ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า สัญญาจะเกิดขึ้นในเวลาใด โดยอาจมีความเป็นไปได้ 2 ประการคือ

2.3.1.1 สัญญาเกิดตั้งแต่เวลาที่ผู้ซื้อหยิบสินค้าจากจุดแสดงสินค้า หรือชั้นวางสินค้าใส่ตะกร้าหรือรถเข็น ตัวอย่างเช่น การที่ผู้ซื้อเข็นรถเข็นของซูเปอร์มาร์เก็ตไปตามชั้นวางสินค้าต่างๆ แล้วหยิบสินค้าใส่รถเข็น ก็ถือได้ว่าเป็นการสนองรับแล้ว เพราะเป็นการกระทำที่ชัดเจนปราศจากข้อสงสัยว่าประสงค์จะซื้อ ดังนั้น สัญญาจึงเกิดขึ้นในขณะนั้นทันที โดยนักกฎหมายที่มีความเห็นเช่นนี้ได้แก่ ผศ.ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี⁴⁵

ในประเด็นนี้มีนักกฎหมายอธิบายโต้แย้งไว้ว่า หากสัญญาซื้อขายเกิดตั้งแต่ผู้ซื้อหยิบสินค้า ปัญหาก็คือ ผู้ซื้อจะเปลี่ยนใจไม่ซื้อหยิบของออกมาคืนที่ชั้นวางของไม่ได้แล้ว เพราะเมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น กรรมสิทธิ์ในสินค้าย่อมโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อแล้วทันที ซึ่งไม่ตรงกับหลักปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริงที่ผู้ซื้อสามารถเปลี่ยนใจนำสินค้าไปคืนที่ชั้นได้เสมอ⁴⁶ ซึ่งในประเด็นนี้ ผศ.ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี⁴⁷ อธิบายว่า การที่ผู้ซื้อเปลี่ยนใจนำสินค้าไปคืนนั้นสามารถทำได้ โดยการใช้สิทธิเลิกสัญญา ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาตามมาตรา 386 โดยข้อสัญญาซึ่งถือว่าเป็นจารีตประเพณีซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าผู้ซื้อจะเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้

2.3.1.2 สัญญาเกิดเมื่อผู้ซื้อนำสินค้าไปชำระเงิน

อีกแนวความเห็นหนึ่งคือเห็นว่า สัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้อนำสินค้าไปชำระเงิน รศ.ดร.กำชัย จงจักรพันธุ์ อธิบายในประเด็นนี้ว่า การนำสินค้าไปชำระราคาที่โต๊ะชำระเงิน เท่ากับการแสดงเจตนาทำคำสนอง และได้นำคำสนองไปให้แก่ผู้ทำคำเสนอ ซึ่งในที่นี้คือพนักงานคิดเงินจึงถือเป็นตัวแทนของผู้ทำคำเสนอนั่นเอง คำสนองจึงมีผลตามกฎหมาย⁴⁸

⁴⁴ ทั้งนี้ สำหรับความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่า การวางขายสินค้าในร้านค้าแม้จะมีราคาติดไว้ เป็นเพียงคำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอ เท่ากับเห็นว่า การที่ผู้ซื้อนำสินค้าไปชำระเงินเป็นการทำคำเสนอ และการที่ผู้ขายตกลงขายให้ เป็นการทำคำสนอง ดังนั้น สัญญาจึงเกิดเมื่อผู้ขายตกลงขายสินค้าให้

⁴⁵ สัมภาษณ์ สุรศักดิ์ มณีศรี, อ่างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 33.

⁴⁶ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ่างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 24, น.239-240.

⁴⁷ สัมภาษณ์ สุรศักดิ์ มณีศรี, อ่างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 33.

⁴⁸ กำชัย จงจักรพันธุ์, อ่างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 32, น.314-315.

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นในทำนองเดียวกับผศ.ดร.สุรศักดิ์ มณีศรีคือเห็นว่าสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่ผู้ซื้อนำสินค้าไปจ่ายเงิน โดยอาจอธิบายได้ว่าเป็นการเกิดสัญญาโดยพฤติการณ์ตามมาตรา 361 วรรคสองนั่นเอง กล่าวคือ หากตามปกติประเพณีไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวสนอง ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นในเวลาที่มีการอันใดอันหนึ่งเกิดขึ้นอันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการสนองรับ ซึ่งในกรณีสินค้าที่แสดงขายในร้านค้าานั้น ถือได้ว่าเป็นปกติประเพณีที่ไม่ต้องมีการบอกกล่าวสนอง และการที่ผู้ซื้อหยิบสินค้าใส่รถเข็นหรือใส่ตะกร้า ก็สันนิษฐานได้ว่าผู้ซื้อประสงค์จะสนองรับ คือประสงค์จะซื้อสินค้านั้นๆ สัญญาจึงเกิดขึ้นตั้งแต่นั้นแล้ว และการตีความเช่นนี้ ก็ช่วยแก้ปัญหาบางประการ เช่น กรณีที่ผู้ซื้ออาจรับประทานอาหารตั้งแต่เวลาที่หยิบสินค้า และตอนที่ชำระเงินก็น่าเพียงพอขณะที่บรรจุกินอาหารไปให้ผู้ขายคิดราคาเท่านั้น (เช่นในร้านค้าสะดวกซื้อหรือซูเปอร์มาร์เก็ต ซึ่งมีสินค้าประเภทอาหารหรือเครื่องดื่มจำหน่ายด้วย และพบว่า บางครั้งลูกค้าอาจรับประทานอาหารหรือเครื่องดื่มตั้งแต่ระหว่างเลือกซื้อสินค้าอื่นๆ หรือระหว่างรอเข้าแถวเพื่อชำระราคา) ซึ่งหากถือตามความเห็นที่สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นในเวลาที่ผู้ซื้อนำสินค้าไปชำระราคา ก็เท่ากับว่าในขณะที่ผู้ซื้อรับประทานอาหารนั้น สัญญาซื้อขายยังไม่เกิดขึ้น กรรมสิทธิ์ในสินค้ายังไม่ตกเป็นผู้ซื้อ ผู้ซื้อจึงไม่น่าจะมีสิทธิรับประทานอาหารได้ การตีความว่าสัญญาซื้อขายได้เกิดขึ้นโดยพฤติการณ์ตามมาตรา 361 วรรคสองจึงช่วยแก้ปัญหานี้ได้ เนื่องจากสัญญาซื้อขายได้เกิดขึ้นแล้ว

นอกจากนี้ หากถือตามความเห็นที่สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นในเวลาที่ผู้ซื้อนำสินค้าไปชำระเงิน ดังนั้นหากมีบุคคลอื่นมาหยิบสินค้าในรถเข็นของผู้ซื้อไป จึงย่อมไม่เป็นการแย่งชิงกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อ บุคคลนั้นย่อมไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญาฐานลักทรัพย์ การตีความเช่นนี้จึงไม่เป็นการรักษาสิทธิของผู้ซื้อเท่าที่ควร แต่หากถือว่าสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่ผู้ซื้อหยิบสินค้า ก็เท่ากับว่าผู้ซื้อกรรมสิทธิ์แล้ว ดังนั้น บุคคลอื่นจะมาเอาสินค้าไปจากรถเข็นหรือตะกร้าของผู้ซื้อไม่ได้

ส่วนในประเด็นปัญหาเรื่องการที่ผู้ซื้อเปลี่ยนใจไม่ซื้อสินค้า โดยการคืนสินค้านั้นก็สามารถทำได้ โดยการใช้สิทธิเลิกสัญญา ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาตามมาตรา 386 โดยข้อสัญญาซึ่งถือว่าเป็นจารีตประเพณีซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าผู้ซื้อจะเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ เนื่องจากผู้ขายไม่ได้ประสงค์จะบังคับสัญญาจากผู้ซื้อที่เปลี่ยนใจไม่ซื้อสินค้าที่ตนได้หยิบใส่ตะกร้าหรือรถเข็น เพราะผู้ขายยังสามารถนำสินค้าไปขายให้ลูกค้าคนอื่น หรือนำไปคืนผู้ผลิตได้อยู่แล้ว ซึ่งผู้ซื้ออาจแสดงเจตนาเลิกสัญญาได้โดยการนำสินค้าไปวางคืนที่ชั้น หรือแม้แต่ตอนเข้าแถวชำระราคา ก็อาจบอกผู้ขาย (หรือตัวแทนของผู้ขาย) ว่าตนไม่ประสงค์จะซื้อสินค้านั้นแล้ว ก็สามารถทำได้

การเลิกสัญญา นั้น มาตรา 386 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ว่าต้องแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งหากผู้ซื้อบอกผู้ขาย ณ ไ้ชำระราคาว่าตนไม่ประสงค์จะซื้อ ก็ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว แต่มีปัญหาว่า การนำสินค้ากลับไปวางคืนที่ชั้น จะถือเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้ขายได้หรือไม่ เนื่องจากดูเหมือนไม่ได้มีการแสดงเจตนาเลิกสัญญาต่อคู่สัญญาฝ่ายผู้ขาย

ในประเด็นนี้ อาจอธิบายได้ว่า ถือว่าการที่ผู้ซื้อนำสินค้ากลับไปวางคืนที่ชั้นเป็นการแสดงเจตนาแล้ว โดยเป็นการตีความสัญญาจากหลักสุจริตตามปกติประเพณีทางการค้า ซึ่งผู้ขายยอมรับว่าการที่ผู้ซื้อนำสินค้าไปวางคืนที่ชั้นก็เท่ากับผู้ซื้อเปลี่ยนใจไม่ต้องการซื้อสินค้า อันมีลักษณะเป็นการเลิกสัญญา โดยไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาที่ชัดแจ้งต่อตัวผู้ขายโดยตรงแต่อย่างใด

มีข้อสังเกตว่า การตีความตามความเห็นดังกล่าวจะมีข้อบกพร่องน้อยที่สุดในขณะที่การตีความตามแนวความเห็นอื่น จะก่อให้เกิดปัญหาตามมา เช่น หากถือว่าสัญญาเกิดในเวลาที่ผู้ซื้อนำสินค้าไปชำระเงิน ก็จะทำให้เกิดปัญหาในกรณีผู้ซื้อรับประทานสินค้านั้นก่อนสัญญาเกิด หรือกรณีผู้อื่นมาหยิบสินค้าไปได้โดยไม่มีคามผิด หรือหากถือว่า การวางขายสินค้าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ ก็จะเป็นการไม่คุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อเท่าที่ควร เนื่องจากผู้ขายอาจปฏิเสธไม่ขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อในราคาที่ระบุไว้

2.3.2 เวลาที่สัญญาเกิดกรณีประกาศโฆษณาทางเว็บไซต์

ประกาศโฆษณาในหนังสือพิมพ์ หรือโดยวิธีการอื่นๆ ในกฎหมายอังกฤษ สกอตแลนด์ และเยอรมัน มีความเห็นที่คล้ายคลึงกันว่าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายฝรั่งเศสที่ศาลฝรั่งเศสได้ตัดสินในหลายคดีว่า ประกาศโฆษณาต่อสาธารณะถือเป็นการทำคำเสนอแล้ว ส่วนใน DCFR ก็ได้มีบทบัญญัติว่าประกาศโฆษณาสำหรับเสนอขายสินค้าหรือจัดหาบริการถือเป็นคำเสนอ เว้นแต่ผู้แสดงเจตนาจะได้ระบุเป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้ ในยุคปัจจุบันซึ่งอินเทอร์เน็ตได้เข้ามาบทบาทต่อบุคคลคนอย่างกว้างขวาง รวมถึงการทำสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการระหว่างบุคคลก็ได้มีการเปลี่ยนรูปแบบจากการติดต่อหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการทางร้านค้า ประกาศโฆษณา โดยวิธีการทางวาจา หรือทางไปรษณีย์ มาเป็นรูปแบบของการเสนอขายสินค้าหรือเสนอให้บริการทางเว็บไซต์แทน ซึ่งประเทศไทยก็ได้ตระหนักถึงความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อมารองรับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น คือ พ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่ง พ.ร.บ. ฉบับดังกล่าวได้รับรองเกี่ยวกับการเกิดสัญญาโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 13 ไว้ว่า “คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูล

อิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำข้อเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์" ดังนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่า การที่บุคคลติดต่อสื่อสารกันทางเว็บไซต์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ก็ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งซึ่งมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเช่นเดียวกับการแสดงเจตนาโดยวิธีอื่น ๆ

อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ก็มีได้ระบุไว้ชัดเจนว่า กรณีที่เว็บไซต์ต่างๆได้เสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยมีราคาระบุไว้แน่นอนนั้น ถือเป็นข้อเสนอหรือไม่ หรือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายไทยนั้น โดยทั่วไปนักกฎหมายถือว่าประกาศโฆษณาเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอเท่านั้น

ในประเด็นนี้ หากพิจารณาตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร ใช้บังคับทั้งในอังกฤษและสกอตแลนด์ พบว่ามีระเบียบว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2002 (The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002) ซึ่งระเบียบฉบับดังกล่าวได้ออกตามความในคำสั่งที่ 2000/31/ประชาคมยุโรป ว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์ (Directive 2000/31/EC on electronic commerce) ซึ่งใช้บังคับในสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักรซึ่งเป็นภาคีสมาชิกจึงมีความผูกพันต้องออกกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับคำสั่งดังกล่าว

ในระเบียบว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2002 ไม่ได้มีบทบัญญัติว่า สินค้าหรือบริการที่เสนอทางเว็บไซต์ถือเป็นข้อเสนอหรือไม่ แต่ได้กำหนดให้ผู้เสนอสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์มีหน้าที่ต้องระบุเกี่ยวกับขั้นตอนในการเกิดสัญญาอย่างชัดเจนในเว็บไซต์ที่ตนเสนอขายสินค้าหรือบริการ หรืออีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าเวลาใดที่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น แต่ให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการเว็บไซต์เป็นผู้กำหนด⁴⁹ ทำให้พิจารณาได้ว่า มีความ

⁴⁹ The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002

Regulation 9 Information to be provided where contracts are concluded by electronic means

(1) Unless parties who are not consumers have agreed otherwise, where a contract is to be concluded by electronic means a service provider shall, prior to an order being placed by the recipient of a service, provide to that recipient in a clear, comprehensible and unambiguous manner the information set out in (a) to (d) below -

(a) the different technical steps to follow to conclude the contract;

เป็นไปได้หลายประการเกี่ยวกับเวลาที่ธุรกรรมต่างๆที่กระทำผ่านทางเว็บไซต์เกิดเป็นสัญญาขึ้น โดยอาจสรุปได้ตามตารางดังนี้⁵⁰

ลักษณะของการกระทำ	ผลทางกฎหมายที่อาจเป็นไปได้		
	ประการที่ 1	ประการที่ 2	ประการที่ 3
การประกาศในเว็บไซต์เพื่อเสนอขายสินค้า	คำเชิญเชิญให้ทำคำสั่งเสนอ	คำเชิญเชิญให้ทำคำสั่งเสนอ	คำสั่งเสนอ
ผู้บริโภคสั่งซื้อสินค้า	คำสั่งเสนอ	คำสั่งเสนอ	(1) คำสนอง (2) สัญญาเกิด
ผู้ขายได้รับข้อมูลการสั่งซื้อ	(1) คำสนอง (2) สัญญาเกิด	-	-
ผู้ขายได้กระทำการบางอย่าง เช่น รับชำระเงินและจัดส่งสินค้า	-	(1) คำสนอง (2) สัญญาเกิด	-

จากตารางดังกล่าว ทำให้เห็นว่า กรณีการเสนอขายสินค้าหรือเสนอให้บริการทางเว็บไซต์ในสหราชอาณาจักรนั้น คำเสนออาจเกิดขึ้นโดยการเสนอของผู้ขาย หรือโดยการสั่งซื้อ

(b) whether or not the concluded contract will be filed by the service provider and whether it will be accessible;

(c) the technical means for identifying and correcting input errors prior to the placing of the order; and

(d) the languages offered for the conclusion of the contract.

⁵⁰ Gillian Black, "Ecommerce," Chapter 7, Business Law in Scotland, (Edinburgh: Thomson/W. Green, 2008), p. 234, paras 7-06.

(สินค้าหรือบริการ) ของลูกค้าก็ได้ ซึ่งมีผลทำให้ สถานะทางกฎหมายในประเด็นดังกล่าวยังไม่มี ความแน่นอนชัดเจนว่า สินค้าที่เสนอขายบนเว็บไซต์หรือการเสนอให้บริการนั้น เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอหรือเป็นคำเสนอ และคำสั่งซื้อของลูกค้าถือเป็นคำเสนอ หรือคำสนอง หากแต่ ขึ้นอยู่กับการกำหนดของผู้ประกอบการ ซึ่งในสหราชอาณาจักรเองก็มีการวิพากษ์วิจารณ์ระเบียบดังกล่าวว่าไม่ได้ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเท่าที่ควร เนื่องจากผลทางกฎหมายไม่มีความแน่นอนว่าการเสนอขายสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์นั้นเป็นคำเสนอหรือไม่ และเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นคือ เวลาใด⁵¹ นอกจากนี้ แม้กฎหมายจะได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการที่ต้องระบุขั้นตอนเกี่ยวกับการเกิดสัญญาอย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติก็พบว่า มีหลายกรณีที่ผู้เสนอขายสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์ ไม่ได้แจ้งให้ผู้บริโภคทราบอย่างชัดเจนเกี่ยวกับเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่นในเว็บไซต์ของเทสโก้ (Tesco.com - entertainment Warehouse / DVDs) ในส่วนเกี่ยวกับการทำคำสนอง (Acceptance) ซึ่งกล่าวเพียงว่า “จะไม่มีสัญญาระหว่างผู้บริโภคและเทสโก้ จนกว่าทางเทสโก้จะได้ส่งสินค้าไปยังผู้บริโภค”⁵² โดยไม่มีการระบุเกี่ยวกับขั้นตอนของการเกิดคำเสนอ คำสนองแต่อย่างใด

ส่วนใน DCFR นั้น แม้จะมีบทบัญญัติซึ่งเป็นหลักทั่วไปว่า การประกาศโฆษณาขายสินค้าหรือบริการโดยแจ้งราคาไว้ ถือเป็นคำเสนอ แต่กรณีของการเกิดสัญญาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็มีบทบัญญัติโดยเฉพาะ ซึ่งมีหลักการที่คล้ายคลึงกับระเบียบว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2002 ของสหราชอาณาจักร ที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ให้บริการสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์ต้องระบุขั้นตอนในการเกิดสัญญา ก่อนที่ผู้บริโภคจะทำคำเสนอ หรือคำสนอง

⁵¹ *Ibid.*

⁵² There will be no contract of any kind between you and us unless and until we actually dispatch the goods to you. Your order is an offer to buy from us. Nothing that we do or say will amount to any acceptance of that offer until we actually dispatch the goods to you. At any point up until then, we may decline to supply the goods to you without giving any reason. At the moment that the goods are dispatched (and not before), a contract will be made between you and us, and you will be charged for the goods. Tesco PLC. (n.d.). *Grocery Store Product Terms & Conditions*. Retrieved May 18, 2009 from <http://www.tesco.com/termsandconditions/termsconditionsGroc.htm>

แต่ DCFR ก็มีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการเสนอขายสินค้าทางเว็บไซต์นั้น เป็นคำเสนอหรือไม่⁵³

ส่วนในกฎหมายเยอรมันนั้น แม้โดยทั่วไปจะถือว่าประกาศโฆษณาเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ แต่การเสนอขายสินค้าทางเว็บไซต์โดยวิธีการขายทอดตลาด ซึ่งผู้ขายกำหนดเงื่อนไขว่าจะเสนอขายสินค้าให้แก่ผู้ที่เสนอราคาสูงสุดภายในเวลาที่กำหนดไว้ถือว่าเป็นการทำคำเสนอ⁵⁴

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีข้อสงสัยว่า ในหลักกฎหมายไทยนั้นเป็นที่ยอมรับว่าประกาศโฆษณาเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น และหากจะมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้กรณีของการเสนอขายสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์โดยใช้แนวทางของหลักเกณฑ์ในสหราชอาณาจักรและ DCFR ก็จะทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับผลทางกฎหมายว่าการเสนอขายสินค้าทางเว็บไซต์เป็นคำเสนอหรือไม่ แต่หากจะกำหนดว่าการแสดงเจตนาในลักษณะดังกล่าวเป็นคำเสนอ ก็จะขัดกับความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นมาตลอดว่าประกาศโฆษณาเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

⁵³ DCFR, Article II. – 3:105: Formation by electronic means;

(1) If a contract is to be concluded by electronic means and without individual communication, a business has a duty to provide information about the following matters before the other party makes or accepts an offer:

(a) the technical steps to be taken in order to conclude the contract;

(b) whether or not a contract document will be filed by the business and whether it will be accessible;

(c) the technical means for identifying and correcting input errors before the other party makes or accepts an offer;

(d) the languages offered for the conclusion of the contract;

(e) any contract terms used.

⁵⁴ Raymond Youngs, *supra note 18*, pp. 514-515.

2.3.3 เวลาที่สัญญาเกิดกรณีทำคำสนองต่อผู้ประกอบธุรกิจ⁵⁵

ในประเด็นปัญหาว่า การแสดงเจตนาทำคำสนองต่อคู่กรณีซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีเวลาทำการที่แน่นอนชัดเจน หากผู้สนองส่งคำสนอง นอกเวลาทำการ เช่นทำคำสนองโดยการโทรศัพท์และฝากข้อความบันทึกเสียงไว้หรือโดยวิธีการโทรสารก็ดี จะถือว่าการทำคำสนองมีผลทำให้สัญญาเกิดขึ้นในเวลาเมื่อใด ตั้งแต่เวลาที่มีการทำคำสนอง หรือมีผลในเวลาทำการแรกของวันถัดไป ตัวอย่างเช่น บริษัทผู้เสนอเปิดทำการตั้งแต่เวลา 8.00 - 16.00 น. แต่ผู้สนองส่งโทรสารไปถึงในเวลา 17.00 น. กรณีเช่นนี้จะถือว่าคำสนองมีผลเมื่อใดและสัญญาเกิดขึ้นเวลาใด

จากการศึกษาพบว่า นักกฎหมายไทยไม่ได้อธิบายถึงประเด็นดังกล่าวโดยตรงมากนัก โดยส่วนมากจะอธิบายเพียงหลักทั่วไปว่า การแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าจะมีผลเมื่อไปถึง กล่าวคือ ไปถึงที่อยู่อาศัยหรือสำนักงานของผู้รับการแสดงเจตนาโดยไม่คำนึงว่าผู้ใดจะเป็นผู้รับไว้ หรือผู้รับจะรับรู้หรือไม่⁵⁶

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ ผศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ⁵⁷ ได้อธิบายไว้โดยตรงว่า การไปถึงของการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้านั้น ต้องปรากฏพฤติการณ์ตามปกติด้วยว่าผู้รับการแสดงเจตนาอยู่ในฐานะที่จะรับรู้การแสดงเจตนา นั้นได้ ดังนั้น ความมีผลของเจตนา จึงเป็นไปในลักษณะเดียวกับการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า กล่าวคือ มีผลเมื่อผู้รับแสดงเจตนาควรได้รู้ถึงเจตนาที่ส่งเข้ามาอยู่ในเงื้อมมือของตน นับแต่เวลาที่เจตนา นั้นไปถึงในลักษณะที่ผู้รับการแสดงเจตนาควรได้รู้ ดังนั้น การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยการโทรศัพท์ไปยังสถานประกอบการหลังนอกเวลาทำการโดยบันทึกเสียงไว้ในเครื่องตอบรับโทรศัพท์ หรือโดยการส่งโทรสารที่เป็นเครื่องตอบรับอัตโนมัติ ตามพฤติการณ์ปกติย่อมคาดหมายได้ว่า เจตนาที่แสดงออกย่อมไปถึงผู้รับในลักษณะที่เขาอาจรับรู้ได้ตามปกติในวันทำการถัดไป

ซึ่งความเห็นดังกล่าวก็สอดคล้องกับหลักในกฎหมายเยอรมัน โดยมีคดีหนึ่ง⁵⁸ ซึ่งศาลชั้นต้นเยอรมันตัดสินว่า การแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า มีผลเมื่อการแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับ กล่าวคือ ในพฤติการณ์ปกติ ผู้รับอยู่ในฐานะที่จะรับรู้ถึงการแสดงเจตนา นั้นได้

⁵⁵ ประเด็นนี้วิเคราะห์เฉพาะกรณีผู้ทำคำสนอง เป็นผู้ประกอบธุรกิจหรือนิติบุคคลเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่ผู้เสนอเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งมีที่อยู่ทั้งที่อยู่อาศัยและสถานที่ทำงาน

⁵⁶ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 136.

⁵⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16*, น. 52.

⁵⁸ Oberlandesgericht Rostock, NJW-RR 1998, 526, p. 527.

กรณีของการส่งโทรสารไปยังผู้ประกอบการธุรกิจจึงต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่าโทรสารนั้นได้ส่งในเวลาทำการปกติของผู้ประกอบการธุรกิจด้วย ดังนั้น ในคดีนี้ซึ่งผู้แสดงเจตนาได้ส่งโทรสารไปในวันศุกร์ เวลา 16.13 น. ถือว่า การแสดงเจตนามีผลในวันอังคารของสัปดาห์ถัดไป เนื่องจากโดยธรรมเนียมปกติแล้ว เวลาทำการของธุรกิจ คือเวลา 8.00 -16.00 น. (หมายเหตุ ข้อเท็จจริงในคดีนี้วันจันทร์เป็นวันหยุดแห่งชาติ

นอกจากนี้ ในอังกฤษศาลก็เคยมีคำตัดสินที่เกี่ยวข้องถึงประเด็นที่พิจารณานี้ โดยศาลได้ตัดสินว่า การส่งข้อความไปยังผู้ประกอบการธุรกิจนอกเวลาทำการ ถือว่าการส่งข้อความนั้นมีผลในเวลาแรกของเวลาทำการในวันถัดไป⁵⁹

ผู้เขียนเห็นว่า การตีความตามแนวความเห็นดังกล่าวข้างต้นมีเหตุผลที่น่ารับฟังเนื่องจาก การ “ไปถึง” ตามหลักของการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่มีได้อยู่เฉพาะหน้านั้น มิได้หมายถึงการไปถึงในทางข้อเท็จจริงว่า การแสดงเจตนาทำคำสั่งอนงั้นถูกส่งในเวลาใด แต่ต้องพิจารณาตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตรา 361 (ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับมาตรา 169) ว่า การไปถึงต้องเป็นการไปถึงในลักษณะที่อยู่ในเขตอำนาจแห่งการรับรู้ของผู้รับการแสดงเจตนาได้ ดังนั้น การส่งโทรสารหรือโทรศัพท์นอกเวลาทำการของผู้รับการแสดงเจตนาซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ จึงอยู่นอกเขตอำนาจที่ผู้รับการแสดงเจตนาจะรับรู้เนื้อหาแห่งคำสั่งอนงั้นได้ จึงควรถือว่าคำสั่งอนงั้นมีผลในเวลาทำการถัดไป โดยอาจเป็นเวลาทำการในวันเดียวกันก็ได้ เช่น กรณีบริษัทเปิดทำการในเวลา 8.00 – 16.00 น. โดยมีเวลาพักระหว่าง 12.00 – 13.00 น. หากส่งคำสั่งอนงั้นในเวลา 12.30 น. ก็จะได้ถือว่าคำสั่งอนงั้นมีผลในเวลา 13.01 น. และหากส่งคำสั่งอนงั้นในเวลา 17.00 น. ก็จะได้ถือว่าคำสั่งอนงั้นมีผลในเวลา 08.00 น. ของวันทำการถัดไป เป็นต้น

ทั้งนี้ ในกรณีที่ธุรกิจบางอย่างเปิดทำการตลอด 24 ชั่วโมง หรือไม่มีเวลาปิดทำการ ก็จะได้ถือว่า คำสั่งอนงั้นมีผลตั้งแต่วันที่ผู้ส่งคำสั่งอนงั้นแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการส่งคำสั่งอนงั้นนั้นอยู่ในเวลาทำการหรือไม่

2.4 การเกิดสัญญาในการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ

2.4.1 ลักษณะทั่วไปของการขายทอดตลาด

การขายทอดตลาด คือการที่ผู้ขายนำทรัพย์ออกเสนอขายโดยให้ผู้ซื้อสู้ราคากัน การขายทอดตลาดเป็นการขายโดยเปิดเผย คือคนขายไม่ได้ติดต่อกับคนซื้อเป็นรายตัวอย่างใน

⁵⁹ The Pamela (1995) 2 Lloyds Rep. 249 at 252; The petr Schmidt (1998) 2 Lloyd's Rep. 1.

สัญญากรรมดา แต่ได้เปิดการขายโดยให้คนซื้อหลายคนแข่งขันประมูลให้ราคา ถ้าใครให้ราคาสูงก็ขายให้ผู้นั้น การขายทอดตลาดจะบริบูรณ์เมื่อผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้หรือแสดงความตกลงด้วยกิริยาอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด⁶⁰

ลักษณะของการขายทอดตลาดนั้นมีลักษณะเป็นการซื้อขายที่เกิดด้วยกระบวนการพิเศษกล่าวคือต้องมีการโฆษณากำหนดวันที่จะขายทอดตลาด ทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดและเงื่อนไขในการขายทอดตลาดเพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนหรือว่าที่ผู้ซื้อทั้งหลายมาร่วมประมูลหรือร่วมกันเสนอราคา ใครที่เสนอราคาสูงที่สุดจนได้รับการเคาะไม้ บุคคลนั้นก็จะมีฐานะเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินชิ้นนั้น

ส่วนการพิจารณาว่า การทอดตลาดซึ่งดำเนินการโดยผู้ทอดตลาดมีผลทางกฎหมายเป็นคำเสนอไม่นั้น เป็นที่ยอมรับอย่างชัดเจนโดยนักกฎหมายไทยว่า การแสดงเจตนาทอดตลาดเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น เพราะขาดความชัดเจนแน่นอนในเรื่องของราคาที่จะขายว่าจะเป็นที่ใดแน่ การทอดตลาดจึงมิใช่คำเสนอ และเมื่อไม่ใช่คำเสนอ ผู้ทอดตลาดจึงถอนทรัพย์สินที่ทอดตลาดออกจากการทอดตลาดได้⁶¹ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศอย่างกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์ รวมถึงกฎหมายเยอรมัน ซึ่งการขายทอดตลาด (Auction sales) เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

ส่วนการที่ประชาชนหรือผู้เข้ามาร่วมเสนอราคาในการทอดตลาดได้เสนอราคาเข้ามามีลักษณะเป็นคำเสนอแล้วเพราะมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอแล้วที่จะเป็นคำเสนอ แต่ก่อนที่จะมีการเคาะไม้หรือการสนองรับคำเสนอนั้น ในเรื่องของการขายทอดตลาดกำหนดหลักเกณฑ์พิเศษที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ทั่วไปในการบอกถอนคำเสนอ กล่าวคือ คำเสนอในการขายทอดตลาดหรือการสู้ราคานี้สามารถที่จะถอนได้⁶² แต่ในหลักของการทำคำเสนอทั่วไปตามมาตรา 354, 355, 356 ที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น เมื่อคำเสนอมีผลเป็นคำเสนอแล้วจะถอนไม่ได้ แต่คำเสนอนั้นจะสิ้นความผูกพันหากมีการบอกปิด แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเมื่อพ้นเวลาตามมาตรา 357 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งกรณีที่ผู้สู้ราคาได้ถอนคำสู้ราคา แต่ปรากฏว่ามีผู้อื่นสู้ราคาหรือทำคำเสนอราคาที่สูงกว่า ผู้สู้ราคาในลำดับต้นก็พ้นความผูกพันในราคาที่ตนเสนอไว้

⁶⁰ ไผทชิต เอกจริยกร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 14*, น. 282.

⁶¹ มาตรา 513 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶² มาตรา 509 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยอัตโนมัติเช่นกัน⁶³ คำสนองจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ทอดตลาดทำการเคาะไม้ อันเป็นสัญลักษณ์สื่อแสดงว่าได้ตกลงขายทรัพย์สินนั้นตามราคาและผู้เสนอหรือผู้สุ่ราคาผู้นั้นได้เสนอ เพราะถือว่าเป็นราคาที่ผู้ทอดตลาดพอใจ การซื้อขายก็จะเกิดขึ้น ผู้ซื้อจึงมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

คำพิพากษาฎีกาที่ 4703/2533 ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่มีการขายทอดตลาดและมีการคัดค้านเกิดขึ้น เจ้าพนักงานบังคับคดีจึงหยุดการขายชั่วคราว เพื่อให้ผู้อำนวยการกองฯพิจารณา ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วอนุมัติให้ขายแก่ผู้คัดค้าน เจ้าพนักงานบังคับคดีเดินเข้ามาในบริเวณขายทอดตลาดและทำการเคาะไม้โดยไม่ให้ออกาสผู้ยื่นสุ่ราคา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การขายทอดตลาดไม่บริบูรณ์ตามมาตรา 509 ถือว่าการขายทอดตลาดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกฎหมายเยอรมัน ก็มีบทบัญญัติว่าด้วยเวลาที่สัญญาขายทอดตลาดเกิดขึ้น ในทำนองเดียวกับกฎหมายไทย กล่าวคือกรณีการขายทอดตลาด สัญญาจะเกิดขึ้นในเวลาที่ยุ่ทอดตลาดจนทูปค้อน⁶⁴ เช่นเดียวกับหลักในกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์ ซึ่งแม้มิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการขายทอดตลาดเป็นลายลักษณ์อักษร แต่จากหลักในคำพิพากษาของศาล สัญญาก็เกิดขึ้นในเวลาผู้ทอดตลาดทูปค้อนเช่นกัน กล่าวคือ การขายทอดตลาด ถือว่าคำเสนอทำโดยผู้สุ่ราคา (Bidder) และสนองรับโดยผู้ทอดตลาด (Auctioneer) โดยวิธีการตามปกติประเพณี เช่นโดยการทูปค้อน⁶⁵

2.4.2 ประเด็นปัญหาและความเห็นของนักกฎหมาย

ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ การขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนี้ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องแบบและหลักเกณฑ์ในการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 ด้วยหรือไม่ เพราะมาตรา 509 ได้กำหนดเพียงว่า การขายทอดตลาดย่อมบริบูรณ์เมื่อผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้ หรือด้วยกิริยาอื่นอย่างใด

ในประเด็นนี้ นักกฎหมายหลายท่านเห็นว่า การขายทอดตลาดเป็นคนละกรณีกับเรื่องแบบที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การบริบูรณ์ตามบทบัญญัติว่าด้วยการขายทอดตลาด มิได้หมายความว่าสมบูรณ์ในเรื่องแบบด้วย ดังนั้น คู่สัญญาจึงยังมีความผูกพันต้องทำตามแบบที่กฎหมาย

⁶³ มาตรา 514 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶⁴ BGB, Section 156 Conclusion of contracts at auctions;

At an auction, a contract is not concluded until the fall of the hammer. A bid expires if a higher bid is made, or if the auction is closed without the fall of the hammer.

⁶⁵ Edwin Peel, The Law of Contract, (London: Sweet & Maxwell, 2007), p. 13.

กำหนด หากเป็นทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดว่าต้องทำตามแบบหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือในการบังคับคดี ดังนี้

ศาสตราจารย์ประพนธ์ ศาตะมาน และศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁶⁶ ให้ความเห็นว่า การขายทอดตลาดบริบูรณ์นั้น จะต้องไม่นำไปปะปนกับการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งอาจเป็นคนละขั้นตอนกัน มิได้หมายความว่า การขายทอดตลาดบริบูรณ์แล้วกรรมสิทธิ์โอนไปที่ทันทีแต่อย่างใด การโอนกรรมสิทธิ์จึงย่อมต้องเป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายลักษณะซื้อขาย

ศาสตราจารย์โพยม เลขยานนท์ เห็นว่าการตกลงเคาะไม้ยังไม่ทำให้การซื้อขายสำเร็จ และมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน จนกว่าจะได้มีการทำให้ถูกต้องตามแบบ เช่น การขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนด้วย และก่อนการไปทำหนังสือและจดทะเบียนก็อาจจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การวางประจำ หรือการชำระหนี้บางส่วนด้วย โดยทำเป็นสัญญาจะซื้อขายเพื่อให้มีผลฟ้องร้องบังคับกันได้ และวิธีการนี้ใช้ถึงการจะซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาว่า 20,000 บาทขึ้นไปด้วย⁶⁷

ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม⁶⁸ อธิบายว่า คำว่าบริบูรณ์จะเอาไปปนกับการโอนกรรมสิทธิ์ไม่ได้ เพราะบริบูรณ์หมายความว่า การขายทอดตลาดสำเร็จลง และต้องผูกพันตามสัญญาขายทอดตลาดเท่านั้น ส่วนกรรมสิทธิ์จะโอนเมื่อใดเป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปของสัญญาซื้อขาย

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ⁶⁹ ให้ความเห็นว่า การซื้ออสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษจากการขายทอดตลาด ไม่ว่าจะเป็นการขายทอดตลาดของผู้ใด ไม่มีกฎหมายยกเว้นว่าไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องแบบตามมาตรา 456

⁶⁶ ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร ปุญญพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น. 148.

⁶⁷ โพยม เลขยานนท์, *คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2499 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้*, (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499), น. 86-87.

⁶⁸ วิษณุ เครืองาม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น. 254-255.

⁶⁹ บัญญัติ สุชีวะ, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง ประเทศไทย, 2551), น. 185.

ปรีชา สุมาวงศ์⁷⁰ อธิบายว่า แม้การขายทอดตลาดจะบริบูรณ์ตามมาตรา 509 ก็ต้องมี การโอนโอนดหรือแก่ทะเบียนกันอีก ถ้าปรากฏว่าทรัพย์สินที่ทำการขายทอดตลาดเป็น อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดที่ต้องมีการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์

ส่วนความเห็นที่ศาลฎีกาตัดสินนั้น ในอดีตศาลได้วางหลักว่า “การซื้ออสังหาริมทรัพย์ โดยการทอดตลาดตามคำสั่งศาล ผู้ซื้อทรัพย์สินยอมได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว ส่วน การจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเพียงวิธีการอย่างหนึ่งเท่านั้น ไม่ได้ทำให้การซื้อ อสังหาริมทรัพย์ตกเป็นโมฆะแต่ประการใด”⁷¹ (คำพิพากษาฎีกาที่ 132/2477, 230/2485, 960/2485, 1166/2492 และ 508/2506) แต่หลังจากนั้น ศาลได้วินิจฉัยในทำนองที่กลับหลักคำ วินิจฉัยเดิมว่า ความคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลเป็นคนละ เรื่องกับแบบแห่งนิติกรรม⁷² (คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2509) อย่างไรก็ตาม หลังจากนั้น ศาลก็ได้กลับหลัก โดยกลับไปวินิจฉัยตามแนวเดิมอีก คือในคำพิพากษาฎีกาที่ 5137/2537 (งาน ส่งเสริมตุลากร เล่ม 11 หน้า 149-145) ซึ่งศาลตัดสินว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1330 ได้กำหนดเรื่องการขายทอดตลาดทรัพย์สินตามคำสั่งศาลหรือคำสั่งของเจ้า พนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินไว้เป็นกรณีพิเศษไม่อยู่ในข่ายของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ทั่วไปดังที่ บัญญัติเรื่องแบบนิติกรรมไว้ตามมาตรา 456 แม้จำเลยกับพวกเป็นผู้ซื้อที่ดินและตึกแถวพิพาท มาจากห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. แต่เมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินเด็ดขาดก่อน จดทะเบียนการโอนที่ดินและตึกแถวพิพาทให้แก่จำเลยกับพวก กรรมสิทธิ์ในที่ดินและตึกแถว พิพาทยังเป็นของห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. อยู่ โจทก์ได้ที่ดินและตึกแถวพิพาทโดยการขายทอดตลาด ตามคำสั่งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1330 โจทก์จึงมีสิทธิในที่ดินและตึกแถวพิพาทดีกว่าจำเลยและมีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยได้ และคำ พิพากษาฎีกาที่ 7822/2547 (งานส่งเสริมตุลากร เล่ม 12 หน้า 124-126) “...โจทก์ประมูลซื้อ ทรัพย์สินพิพาทจากการขายทอดตลาดของเจ้าพนักงานบังคับคดีตามคำสั่งศาล ดังนั้น นับแต่เจ้า

⁷⁰ ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532), น. 668.

⁷¹ วันดี เอื้อสกุลพิพัฒน์, “การขายทอดตลาด,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 128.

⁷² เพิ่งอ้าง, น. 129.

พนักงานบังคับคดีผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยการเคาะไม้ โจทก์ยอมมีสิทธิในทรัพย์สินพิพาท โดยบริบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1330 อันเป็นกฎหมายสารบัญญัติ แม้ภายหลังการขายทอดตลาดจำเลยได้ยื่นคำร้องคัดค้านการขายทอดตลาดตามป.วิ.พ.มาตรา 309 ทวิ ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติและคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลก็ตาม คงเป็นเพียงการร้องขอให้เพิกถอนการขายทอดตลาดเท่านั้น หาใช่เรื่องการขายทอดตลาดตกเป็นโมฆะไม่”⁷³

สำหรับปัญหาในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า คำว่าบริบูรณ์ในสัญญาขายทอดตลาดตาม มาตรา 509 นั้น หมายถึงสัญญาได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ได้โอนไปยัง ผู้ซื้อตั้งแต่วันที่เคาะไม้แล้ว ตามหลักในมาตรา 453 ประกอบ 458 ประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ ไม่ว่าจะป็นกรณีอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ตาม ในทำนองเดียวกับกรณีของ สัญญาเช่าซื้อหรือขายฝาก ซึ่งแม้เป็นอสังหาริมทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ได้โอนไปตั้งแต่วันที่ ชำระราคาเช่าซื้อครบหรือเวลาที่ไถ่ทรัพย์สิน แล้วแต่กรณี แม้จะยังมีได้โอนทางทะเบียนก็ตาม อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอก จึงเห็นว่า กรณีของการขายทอดตลาด อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์พิเศษนั้น หากจะใช้ยันบุคคลภายนอกได้ จะต้องมีการทำเป็น หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามความในมาตรา 456 วรรคแรกเสียก่อน หากแต่ ในระหว่างคู่กรณีนั้น สัญญาขายทอดตลาดใช้ยันกันได้ แม้ไม่มีการทำเป็นหนังสือและจด ทะเบียน เนื่องจากสัญญามีความบริบูรณ์ตามมาตรา 509 แล้วนั่นเอง

2.5 การเกิดสัญญากรณีคู่สัญญาตกลงว่าต้องทำสัญญาเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรคสอง

2.5.1 ลักษณะของปัญหา

ประเด็นปัญหาที่ต้องการยกขึ้นมาวิเคราะห์ในกรณีการตีความมาตรา 366 วรรคสองก็คือ กรณีของการทำสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งโดยหลักกฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาจ้าง แรงงานไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น การทำสัญญาจ้างจึงสมบูรณ์จากการตกลงด้วยวาจาของ นายจ้างลูกจ้าง แต่หากมีข้อเท็จจริงว่า นายจ้างซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ซึ่งได้ตกลงจ้าง ลูกจ้างเข้าทำงานด้วยวาจา ต่อมาภายหลังนายจ้างเกิดเปลี่ยนใจไม่ต้องการจ้าง จึงอ้างว่าสัญญา จ้างยังไม่เกิดขึ้น เนื่องจากยังไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือ ซึ่งแม้จะมีได้ตกลงกันไว้ว่าต้องทำ เป็นหนังสือ แต่กรณีนี้ นายจ้างเป็นผู้ประกอบธุรกิจ โดยหลักลูกจ้างควรทราบว่าเป็นธุรกิจขนาด

⁷³ เฟิงอ้าง, น. 130.

ใหญ่การทำสัญญาจ้างแรงงานต้องทำเป็นหนังสือ เมื่อยังไม่ได้ทำจึงยังไม่ถือว่ามีสัญญาจ้างแรงงานเกิดขึ้น⁷⁴ กรณีปัญหาตามตัวอย่างเช่นนี้ นายจ้างจะสามารถอ้างได้หรือไม่ว่าสัญญาจ้างแรงงานยังไม่เกิดตามมาตรา 366 วรรคสอง

ประเด็นการวิเคราะห์ก็คือ ในการตีความมาตรา 366 วรรคสอง ควรใช้หลักในการตีความอย่างไร ที่ว่าคู่สัญญาตกลงว่าต้องทำเป็นหนังสือนั้น ต้องเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งเท่านั้น หรือการตกลงโดยปริยายก็มีได้

2.5.2 แนวความเห็นของศาลฎีกาและนักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ศาลฎีกา ได้ตัดสินเกี่ยวกับประเด็นการเกิดขึ้นของสัญญาตามมาตรา 366 วรรคสอง ไว้ในกรณีสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะนำไปเปรียบเทียบกับประเด็นปัญหาที่ยกขึ้นมาได้ ข้อเท็จจริงกรณีที่มีการทำสัญญาซื้อขายเป็นลายลักษณ์อักษร แต่เฉพาะผู้ซื้อเท่านั้นที่ลงชื่อในช่องผู้ซื้อ ส่วนผู้ขายไม่ได้ลงชื่อในช่องผู้ขาย และไม่มีรายละเอียดสำคัญอื่นๆ เช่น วันเดือนปีที่ทำสัญญา ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า เป็นกรณีที่คู่สัญญามีเจตนาทำสัญญาเป็นหนังสือ และมีความสงสัยว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ตามมาตรา 366 วรรคสอง ดังนั้น สัญญาที่สร้างขึ้นโดยการลงชื่อผู้ซื้อเพียงฝ่ายเดียว จึงไม่มีผลสมบูรณ์และไม่ผูกพันผู้ขาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3399/2548) และแม้การทำสัญญาจะซื้อจะขายกฎหมายกำหนดไว้หลายวิธี แต่เมื่อคู่สัญญาตกลงทำโดยการทำเป็นหนังสือให้มีข้อตกลงทุกข้อตามที่พูดกัน ก็ต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา จะนำเอาวิธีอื่นเช่นการวางเงินมัดจำมาวินิจฉัยว่าเป็นข้อตกลงจะซื้อจะขายกันแล้วไม่ได้ สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นตามมาตรา 366 วรรคสอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1541/2509)

กรณีที่คู่สัญญาซื้อขายที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาด้วยวาจา โดยผู้ขายกำหนดให้ผู้ซื้อวางมัดจำไว้ตามจำนวนเงินที่ผู้ขายระบุในใบเสร็จรับเงิน และไม่มีการทำเป็นหนังสือสัญญาใดๆ ต่อกันไว้ ศาลได้ตัดสินว่า ไม่ใช่กรณีตามมาตรา 366 วรรคสอง แต่เป็นการวางมัดจำตามมาตรา 456 วรรคสอง แม้จะมีได้มีการทำเป็นหนังสือต่อกัน ก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว และเมื่อโจทก์ได้วางมัดจำไว้ตามใบเสร็จรับเงิน จึงฟ้องบังคับคดีได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคสอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6102/2537)⁷⁵

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นพาดพิงถึงกรณีนี้ไว้ว่า กรณีที่มีการทำสัญญาซื้อขาย และผู้ขายได้มอบสัญญาไว้แก่ผู้ซื้อ แต่คู่สัญญาไม่ได้ลงชื่อในสัญญานั้นเลย

⁷⁴ สัมภาษณ์ สุรศักดิ์ มณีศรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33.

⁷⁵ พรพลอง มั่นดี, รวมคำพิพากษาศาลฎีกาประเด็นสำคัญข้อพิพาทสัญญาซื้อขาย, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรดิวเซอร์, 2545), น. 79-80.

และไม่มีช่องลงชื่อสำหรับคู่สัญญา อาจถือได้ว่า หนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสิ่งที่คู่กรณีได้ทำความเข้าใจกันโดยจดลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยประสงค์จะทำขึ้นเป็นหลักฐานในการที่จะทำสัญญาต่อกันในภายหลัง แต่ไม่ได้หมายความว่าได้มีสัญญาต่อกันเกิดขึ้นแล้ว⁷⁶

นอกจากนี้ ในการพิจารณาการตีความมาตรา 366 วรรคสอง อาจต้องพิจารณาหลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญาประกอบ ซึ่งหลักของการตีความสัญญาก็คือ มีมาตราที่ใช้ในการตีความ 2 มาตราคือมาตรา 171 ในเรื่องการแสดงเจตนา และมาตรา 368 ในเรื่องสัญญา อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ว่า หากเป็นเรื่องการแสดงเจตนาจะต้องใช้มาตรา 171 แล้วเป็นเรื่องสัญญาจะต้องใช้มาตรา 368 เสมอไป เนื่องจากสัญญา ก็คือการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ดังนั้นในการตีความจึงมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตามลำดับดังนี้⁷⁷

(1) ตีความตามเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีก่อนเสมอ (มาตรา 171) ในกรณีที่ เป็นสัญญา การจะถือเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีนั้น หมายความว่า เจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องตรงกันหรือเหมือนกัน จึงจะใช้มาตรา 171 ได้ ซึ่งบางกรณีต้องถือเอาเจตนาที่แสดงออก (แม้ไม่ตรงกับเจตนาภายใน) เป็นเจตนาที่แท้จริง เพื่อคุ้มครองผู้รับการแสดงเจตนาในบางสถานการณ์

(2) ตีความโดยคำนึงถึงความประสงค์ในทางสุจริตและปกติประเพณี (มาตรา 368)

กรณีที่ไม้อาจค้นพบเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี คือ เจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีไม่ตรงกัน ก็ไม่อาจใช้มาตรา 171 ในการตีความได้ ต้องตีความโดยใช้มาตรา 368 คือ ตีความตามความประสงค์ในทางสุจริต (ซึ่งในที่นี้หมายถึง หลักสุจริตทั่วไป) และตีความตามปกติประเพณีในเรื่องนั้นๆ

ทั้งนี้ ปัจจัยที่ช่วยในการค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี ได้แก่ (1) พฤติกรรมทั้งหมดของผู้แสดงเจตนา (2) การปฏิบัติครั้งก่อนๆของผู้แสดงเจตนา (3) จารีตประเพณี ขนบธรรมเนียม (4) สัญญาที่ฉบับ และ (5) มูลเหตุจูงใจในการแสดงเจตนา

2.5.3 แนวความเห็นตามกฎหมายต่างประเทศ

ในประเด็นนี้ หากพิจารณาในกฎหมายเยอรมัน จะพบว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 366 วรรคสองของไทย คือในมาตรา 154 (2)

⁷⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527), น. 490-491.

⁷⁷ สุรศักดิ์ มณีศรี, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551 (อัดสำเนา)

BGB⁷⁸ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่เหมือนกับมาตรา 366 วรรคสองแห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีหลักว่า “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ร เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ”⁷⁹ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของสัญญาจ้างแรงงานนั้น กฎหมายเยอรมันก็ถือหลักเดียวกันกับกฎหมายไทยคือสัญญาจ้างแรงงานไม่มีแบบ สัญญาจ้างแรงงานจึงเกิดขึ้นโดยการตกลงด้วยวาจาเช่นกัน

ส่วนกรณีที่มีการตกลงกันว่าจะทำสัญญาเป็นหนังสือ หากตกลงที่จะทำสัญญากัน ข้อตกลงก็มีผลผูกพันคู่กรณีคือต้องทำสัญญาเป็นหนังสือสัญญาจึงจะสมบูรณ์ แต่แม้ว่าจะมีการตกลงกันไปแล้ว แต่คู่สัญญาอาจจะตกลงยกเลิกข้อตกลงที่จะมีการทำสัญญาเป็นหนังสือก็ได้ หรือแม้ว่าได้มีการตกลงทำสัญญาเป็นหนังสือ แต่ถ้าในทางปฏิบัตินายจ้างรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยทำเหมือนว่าไม่มีการตกลงเรื่องการทำสัญญาเป็นหนังสือ แล้วลูกจ้างก็ทำงานเรื่อยมาแบบไม่มีสัญญา ก็ถือว่าข้อตกลงเรื่องหนังสือตกไป ดังนั้น ในประเทศเยอรมนี ข้อตกลงเรื่องหนังสือจึงมีผลน้อยมากในทางปฏิบัติ⁸⁰

⁷⁸ มีข้อสังเกตว่า นอกจากมาตรา 154 (2) BGB จะมีหลักในทำนองเดียวกับมาตรา 366 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว มาตรา 154 (1) BGB ก็มีหลักการเหมือนกับมาตรา 366 วรรคแรก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีสัญญาไม่เกิดขึ้นเพราะคู่กรณียังไม่ได้ตกลงในข้อที่เป็นสาระสำคัญนั่นเอง

BGB, Section 154 Clear lack of agreement; lack of notarial recording;

(1) Until the parties have agreed on all points of a contract on which an agreement was required to be reached according to the declaration of even only one party, the contract is, in case of doubt, not entered into. An agreement on individual points is not legally binding, even if they have been recorded.

⁷⁹ BGB, Section 154 Clear lack of agreement; lack of notarial recording;

(2) If notarial recording of the contract contemplated has been arranged, the contract is, in case of doubt, not concluded until the recording has taken place.

⁸⁰ Brox/Rüther/Henssler, Arbeitsrecht, S. pp. 59-60.

2.5.4 วิเคราะห์กรณีปัญหา

2.5.4.1 ปัญหาการเกิดขึ้นของสัญญา

หากนำปัญหาเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานที่ยกตัวอย่างข้างต้น มาปรับกับการตีความมาตรา 366 วรรคสองแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่ใช่กรณีตามมาตรา 366 วรรคสองแต่อย่างใด โดยมีเหตุผลดังนี้

(1) มาตรา 366 วรรคสองนั้น เป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับบทสันนิษฐานการไม่เกิดสัญญา จากหลักทั่วไปซึ่งสัญญาเกิดได้โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น การตีความกฎหมายบทยกเว้นจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด คือต้องเป็นการตกลงร่วมกันอย่างชัดแจ้งระหว่างคู่กรณี มิใช่การตกลงโดยปริยาย และหากพิจารณาเทียบเคียงกับคดีที่ศาลเคยตัดสินซึ่งได้กล่าวถึงข้างต้น กรณีตามมาตรา 366 วรรคสองนั้นต้องเป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้มีการลงลายมือชื่อในสัญญาไว้ และอีกฝ่ายยังไม่ได้ลงชื่อในสัญญา แต่ตามประเด็นปัญหาที่ยกขึ้นมาพิจารณา จะไม่มีการลงลายมือชื่อในสัญญา ไม่ว่าจะโดยคู่สัญญาฝ่ายนายจ้างหรือลูกจ้าง

(2) หากใช้หลักการตีความสัญญาประกอบเพื่อค้นหาเจตนาของคู่กรณีว่าต้องการทำสัญญาเป็นหนังสือในอนาคตหรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจใช้มาตรา 171 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการตีความได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ของผู้แสดงเจตนาแล้ว ต้องถือตามเจตนาที่นายจ้างแสดงออกว่าเป็นเจตนาที่แท้จริงของนายจ้าง เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง เนื่องจากการแสดงเจตนาของนายจ้างทำให้ลูกจ้างเข้าใจว่าการจ้างงานไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เพราะหากนายจ้างประสงค์จะให้ลูกจ้างทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือ นายจ้างก็ควรจะต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบตั้งแต่ตอนตกลงทำสัญญาแล้ว

(3) เหตุผลอีกประการหนึ่งคือ ในกฎหมายจ้างแรงงานนั้น โดยหลักต้องตีความเพื่อคุ้มครองลูกจ้าง ซึ่งเป็นคู่กรณีฝ่ายที่เสียเปรียบ

2.5.4.2 ปัญหาการบังคับสัญญา

นอกจากนี้ ในกรณีตัวอย่างปัญหาที่ยกขึ้นมา นอกจากประเด็นว่ามีสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่แล้ว (ซึ่งความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า มีสัญญาเกิดขึ้น) ยังมีอีกประเด็นที่น่าพิจารณา และอาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติคือ เรื่องการบังคับตามสัญญา กล่าวคือ กรณีที่ยังไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือ แม้สัญญาจะเกิดแล้ว แต่การจะบังคับให้เป็นไปตามสัญญาก็อีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสับสน เช่นกรณีลูกจ้างกล่าวอ้างการเกิดขึ้นของสัญญา ลูกจ้างก็ต้องมีหลักฐานมายืนยันว่าตนได้ทำงานจริง เช่นหลักฐานการจ่ายเงินเดือน แต่กรณีที่ยังไม่มีการจ่ายเงินเดือน

เลย ลูกจ้างจะใช้หลักฐานใดในการนำสืบเพื่อฟ้องร้องบังคับคดี อาจต้องใช้พยานบุคคลที่รู้เห็น การเกิดขึ้นของสัญญา ซึ่งก็อาจเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากพยานบุคคลที่รู้เห็นก็จะเป็น ลูกจ้างคนอื่นๆของนายจ้าง ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว อาจไม่มีลูกจ้างอื่นๆกล้าไปเป็นพยานให้

โดยในประเด็นปัญหาเรื่องการนำสืบการเกิดขึ้นของสัญญานั้น ในประเทศ เยอรมนี มีกฎหมายฉบับหนึ่งที่เอื้อประโยชน์ต่อลูกจ้างคือ กฎหมายว่าด้วยด้วยพยานหลักฐาน (NachwG) ที่ให้ลูกจ้างมีสิทธิเรียกร้องเอกสารการจ้างงาน ถ้าหากนายจ้างไม่ออกให้ แล้วลูกจ้าง เกิดความเสียหายที่หลัง นายจ้างต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดแก่ลูกจ้าง แต่ถ้าลูกจ้างไม่ เรียกร้อง ก็ถือว่าไม่มีผลต่อสัญญา เพราะหลักคือสัญญาเกิดแล้วและไม่ต้องการแบบ กฎหมายนี้ มีขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่กรณีที่จะเสียเปรียบเท่านั้นเอง⁸¹

2.6 ผลของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ

ในการพิจารณาการเกิดสัญญา นอกจากว่ามีคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันแล้ว ยังต้อง พิจารณาจากองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญอื่นๆ ได้แก่ ความสามารถของคู่สัญญา เจตนาของ คู่สัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญา และแบบของสัญญา ว่าเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เพราะไม่เช่นนั้น ก็อาจมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญา คือทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะหรือ โมฆียะได้

2.6.1 ประเด็นปัญหา

ประเด็นปัญหาที่ยกขึ้นมาในกรณีนี้ก็คือ กรณีสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตก เป็นโมฆะตามมาตรา 150 กรณีสัญญาไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ย่อมตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 152 หรือกรณีการแสดงเจตนาบกพร่องบางประการกฎหมายก็ได้กำหนดว่าตกเป็นโมฆะ เช่นกัน เช่น เจตนาซ่อนเร้นตามมาตรา 154 เจตนาหลงตามมาตรา 155 เจตนาโดยสำคัญผิดใน สาระสำคัญ ตามมาตรา 156 เป็นต้น ซึ่งมีปัญหาในทางทฤษฎีให้พิจารณาว่า สัญญาในกรณี ดังกล่าวนี้ จะมีผลทางกฎหมายอย่างไร โดยอาจมีคำตอบที่เป็นไปได้สองประการคือ คำตอบแรก ถือว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง แต่ตกเป็นโมฆะในทางกฎหมาย และคำตอบอีก ประการคือ ถือว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้นเลย และปัญหาที่อาจพิจารณาเพิ่มเติมอีกก็คือ คำตอบทั้ง สองประการนี้ ส่งผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันหรือไม่ อย่างไร

⁸¹ *Ibid.*

2.6.2 แนวความเห็นของนักกฎหมาย

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ยกขึ้นมาศึกษานี้ ไม่พบว่านักกฎหมายไทยได้อธิบายในประเด็นนี้ไว้โดยตรงมากนัก โดยขอยกความเห็นของนักกฎหมายที่อธิบายเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวมาวิเคราะห์ ดังนี้

(1) รศ.ดร.ศรินทร์ทิพย์ โสทธิพันธุ์ ได้อธิบายความเห็นซึ่งเกี่ยวข้องในประเด็นนี้ แต่เป็นความเห็นในส่วนของนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะว่า การพิจารณาความหมายของนิติกรรมตามมาตรา 149 นั้น ในขั้นต้น ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเข้าลักษณะของนิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงเท่านั้น เพราะการพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของนิติกรรม ต้องพิจารณาตามข้อกฎหมาย ดังนั้น นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะจึงถือว่าเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นแล้วในทางข้อเท็จจริง แต่ไม่ได้เกิดขึ้นในสายตาของกฎหมาย เพราะหากพิจารณาว่านิติกรรมที่เป็นโมฆะ ไม่เกิดเป็นนิติกรรมเลย ก็อาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับกรณีนี้ที่กฎหมายได้เข้าไปคุ้มครองผลบางอย่างของนิติกรรมนั้น เช่น กรณีของโมฆะแยกส่วน โมฆะแปลงรูป ซึ่งหากถือว่าไม่มีนิติกรรมเกิดขึ้น (แม้ในทางข้อเท็จจริง) เลย ก็ดูจะเป็นการแปลกที่กฎหมายจะเข้าไปคุ้มครองได้⁸² โดยหากนำความเห็นดังกล่าวมาปรับกับเรื่องสัญญา เนื่องจากสัญญาก็ถือเป็นนิติกรรมประการหนึ่ง จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาที่ตกเป็นโมฆะ เพราะวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ไม่ทำตามแบบ หรือการแสดงเจตนาบกพร่องก็ดี ถือเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วในทางข้อเท็จจริง แต่ไม่สมบูรณ์ในทางข้อกฎหมาย

(2) ผศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปรกิติ ได้ให้ความเห็นที่พาดพิงถึงประเด็นนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะว่า นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะหมายถึงนิติกรรมที่เสียเปล่า โดยเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงนิติกรรมที่เสมือนมิได้ทำขึ้นเลย หรือเป็นอันไม่มีเลย หรือไม่เกิดผลอย่างใดในกฎหมาย และที่ว่านิติกรรมไม่มีผล หมายถึง ไม่มีผลมาแต่เริ่มแรกที่ทำนิติกรรมเลย แต่ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะไม่มีผลทางกฎหมายใด หรือไม่เกิดผลใดๆเลย เพราะแม้นิติกรรมไม่มีผลตามความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรม ก็อาจมีผลทางกฎหมายอย่างอื่นจากการแสดงเจตนาหรือการกระทำทางข้อเท็จจริงของผู้ทำนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้นก็ได้⁸³ โดยผศ.ดร.กิตติศักดิ์ มิได้อธิบายเสียทีเดียวว่า นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้น หมายถึงนิติกรรมที่เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง หากแต่อธิบายว่า นิติกรรมนั้น ไม่มีผลตามความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรม แต่มิได้หมายความว่า ไม่มีผลในทางกฎหมาย ซึ่งหากนำมาปรับกับกรณีสัญญาที่ตกเป็นโมฆะก็คือ กรณีของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ

⁸² ศรินทร์ทิพย์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 38-39.

⁸³ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 153-154.

นั้น หมายถึงสัญญาไม่มีผลบังคับตามความมุ่งหมายของสัญญาที่ตั้งต้น แต่ไม่ได้หมายความว่า สัญญานั้นไม่เกิดผลใดๆในทางกฎหมายเลย

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตามความเห็นของรศ.ดร.ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธ์และผศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปกรตินัน เป็นความเห็นที่น่ารับฟัง ซึ่งแม้จะมีได้อธิบายตรงกันเสียทีเดียว แต่ก็เป็นไปได้ในทางเดียวกัน คือสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น มิได้หมายความว่า สัญญาไม่เกิดผลใดๆในทางกฎหมายเลย เพียงแต่หมายความว่า นิติกรรมสัญญานั้น ไม่มีผลตามที่คู่สัญญาประสงค์ให้เป็นตามเจตนาของตนเอง แต่นิติกรรมสัญญานั้น อาจส่งผลบางอย่างทางกฎหมาย เช่นกรณีของการแสดงเจตนาหลง ที่ตกเป็นโมฆะ แต่ไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกที่สุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงได้⁸⁴ หรือกรณีของการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดตามมาตรา 156 ซึ่งการแสดงเจตนาตกเป็นโมฆะ แต่หากเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้สำคัญผิดก็ไม่อาจอ้างโมฆะกรรมนั้นขึ้นเป็นประโยชน์แก่ตนได้⁸⁵ และกรณีของทรัพย์สินที่ได้ไว้เพราะโมฆะกรรม ก็ต้องคืนตามหลักกลาภมิควรรได้ แต่หากคู่กรณีส่งมอบหรือชำระหนี้ไปทั้งที่รู้ว่าตนไม่ผูกพันต้องชำระ หรือเป็นการชำระหนี้โดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ก็เรียกทรัพย์สินคืนไม่ได้⁸⁶ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น ผลของสัญญาก็คือถือว่า สัญญาได้เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง แต่มีเหตุบกพร่องตามกฎหมาย ทำให้สัญญาไม่มีผลตามความประสงค์ของคู่สัญญา แต่ไม่ได้หมายความว่าสัญญาที่เป็นโมฆะนั้นไม่มีผลใดๆในทางกฎหมายเลย

2.7 แบบของการส่งมอบในสัญญาให้

2.7.1 ประเด็นปัญหา

นักกฎหมายไทยเห็นตรงกันว่า การที่กฎหมายกำหนดว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ดี ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ดี ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ดี ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีก็ดี เป็นแบบของนิติกรรมซึ่งจะมีผลตกเป็นโมฆะหากคู่กรณีไม่ทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่มีประเด็นปัญหาที่นักกฎหมายยังเห็นไม่ตรงกันในเรื่องของการส่งมอบทรัพย์สิน คือมีทั้งนักกฎหมายเห็นว่าเป็นแบบของนิติกรรมประเภทหนึ่ง กับนักกฎหมายที่เห็นว่า ไม่ใช่แบบของนิติกรรม แต่เป็นองค์สมบูรณ์ในการแสดงเจตนา

⁸⁴ เฟื่องอ้าง

⁸⁵ เฟื่องอ้าง

⁸⁶ เฟื่องอ้าง

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดนิติกรรมที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินไว้
 ในบางกรณี เช่น สัญญาให้ (มาตรา 523) สัญญาเช่าใช้คงรูป (มาตรา 641) สัญญาเช่าใช้
 สิ้นเปลือง (มาตรา 650) สัญญาฝากทรัพย์สิน (มาตรา 657)⁸⁷ เป็นต้น ซึ่งในที่นี้จะพิจารณาเฉพาะ
 การส่งมอบทรัพย์สินในสัญญาให้เท่านั้น เนื่องจากกฎหมายมีหลักว่า สัญญาให้สมบูรณ์เมื่อมีการส่ง
 มอบ ในขณะที่การส่งมอบในทรัพย์สินสัญญาอื่นๆ เช่น สัญญาเช่า กฎหมายใช้คำว่า “ไม่ส่งมอบ”
 สัญญานั้น “ไม่บริบูรณ์” กรณีนี้ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วแต่ยังขาดบางส่วนที่จะทำให้สัญญา
 นั้นมีผลบังคับกันได้ เพราะฉะนั้นเมื่อไรที่มีการเติมส่วนที่ขาดนั้นให้เต็ม สัญญานั้นก็ย่อมบริบูรณ์
 คือมีผลบังคับกันได้⁸⁸

2.7.2 แนวความเห็นของนักกฎหมาย

โดยในประเด็นว่าการส่งมอบในสัญญาให้ถือเป็นแบบหรือไม่ นักกฎหมายไทยยังม
 ความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ พิจารณาได้ดังนี้

2.7.2.1 การส่งมอบทรัพย์สินไม่เป็นแบบของนิติกรรมสัญญา

นักกฎหมายที่มีความเห็นว่า การส่งมอบไม่ถือเป็นแบบของนิติกรรมสัญญา
 ได้แก่

(1) ศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช⁸⁹ อธิบายไว้ว่า การส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของ
 การแสดงเจตนา ไม่ใช่แบบ เช่น มาตรา 650 วรรค 2 สัญญาเช่าใช้สิ้นเปลืองจะบริบูรณ์ต่อเมื่อมี
 การส่งมอบทรัพย์สินที่เช่ากันนั้น ความจริงไม่ใช่แบบ ควรจัดว่าอยู่ในขั้นตอนแสดงเจตนา คือ
 กฎหมายถือว่า ถ้าผู้ให้เช่ายังไม่ส่งมอบ ยังถือไม่ได้ว่าเขามีเจตนาบริบูรณ์จะให้เช่า อีกนัยหนึ่ง
 ตรรกะที่เขายังไม่ส่งมอบ ผู้ให้เช่าเปลี่ยนใจไม่ให้เช่าได้ ไม่ต่างกับหลักที่ว่า การแสดงเจตนา
 ต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง ตรรกะที่ยังไม่ถึง ผู้แสดงเปลี่ยนใจถอนคืนได้ พูดถึงแบบจึงเข้าใจได้
 ว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรม ไม่ใช่แบบในการแสดงเจตนา การแสดงเจตนามีแต่หลักเกณฑ์บังคับไว้
 ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ไม่มีแบบอย่างใดเลย

แบบองค์สมบูรณ์ของนิติกรรมไม่กระทบถึงหลักแห่งความสมบูรณ์ของการแสดง
 เจตนา และมีได้หมายความว่า ถ้าทำไม่ถูกต้องตามแบบของนิติกรรมที่ต้องการจะทำนั้นแล้ว
 แสดงเจตนาจะเสื่อมเสียไปทั้งสิ้น ถ้าไม่ทำตามแบบสำหรับนิติกรรมที่ต้องการมีแบบนั้นอย่างใด

⁸⁷ มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า การส่งมอบในสัญญาอื่นๆนอกจากสัญญาให้ก็ถือเป็น
 แบบเช่นกัน พวงภา บุญโสภาคย์, อ่างไว้ *เชิงอรรถที่ 96*, น.93-94

⁸⁸ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 10*, น. 84-85.

⁸⁹ เสนีย์ ปราโมช, อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 9*, น. 160.

แสดงเจตนาที่คงเป็นอันไร้ผลในส่วนที่จะให้เกิดเป็นนิติกรรมที่จะต้องทำตามแบบอย่างนั้นเท่านั้น แต่ผลสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาอาจมีอยู่ โดยอาจปรับเป็นนิติกรรมชนิดอื่นที่ไม่มีความจำเป็นต้องทำตามแบบอย่างใดก็ได้

(2) ท่านอาจารย์อัศววิทย์ สุมาวงศ์ เห็นว่าการส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์หรือ ส่วนประกอบของเจตนา ไม่ใช่แบบ ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบ การแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้น ไม่สมบูรณ์ นิติกรรมยังไม่เกิด แต่มีใช้โมฆะเพราะผิดแบบ⁹⁰

(3) ไกรสร บารมีอวยชัยให้ความเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์ น่าจะมีใช้แบบแห่ง นิติกรรม คงเป็นเพียงข้อกำหนดแห่งนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งยังผลให้นิติกรรมสัญญาที่ไม่ปฏิบัติ ตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนี้แล้ว นิติกรรมสัญญาจะไม่สมบูรณ์หรือไม่บริบูรณ์เท่านั้น⁹¹ โดย อธิบายว่า ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมได้ถ้าไม่ทำตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมนั้น นิติกรรมสัญญาไม่ มีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 152 แล้ว ข้อกำหนดแห่งนิติกรรมเช่นว่านี้ ก็ย่อมมีใช้แบบแห่งนิติกรรม และการส่งมอบทรัพย์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติให้ผลแห่งนิติกรรมสัญญา นั้นเป็นโมฆะแต่อย่างไร คงบัญญัติให้นิติกรรมสัญญานั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่บริบูรณ์ มิได้ตกเป็น โมฆะตามมาตรา 152

(4) ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่าการส่งมอบทรัพย์ไม่ใช่แบบของนิติ กรรมเช่นกัน โดยให้เหตุผลว่า การส่งมอบทรัพย์มิใช่พิธีการเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม แต่ เป็นเพียงส่วนประกอบของการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมบางประเภทซึ่งต้องมีการส่งมอบ ทรัพย์ด้วย ถ้าไม่มีการส่งมอบทรัพย์ ถือว่าการแสดงเจตนายังไม่สมบูรณ์ นิติกรรมจึงยังไม่เกิด แต่ ไม่ตกเป็นโมฆะ ถ้ามีการส่งมอบทรัพย์เมื่อไร นิติกรรมก็สมบูรณ์ การจำหน่ายสิทธิซึ่งมีตราสาร ถ้าไม่ ส่งมอบตราสาร การจำหน่ายนั้นเป็นโมฆะ⁹²

(5) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติอธิบายว่า นักกฎหมายส่วนใหญ่ เห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบ เนื่องจากกฎหมายกฎหมายมุ่งให้การส่งมอบเป็นองค์ประกอบทาง

⁹⁰ อัศววิทย์ สุมาวงศ์, บันทึกคำบรรยายกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรม-สัญญา ครั้งที่ 3, มิถุนายน 2535, น.158-159. อ้างถึงใน ศันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 84.

⁹¹ ไกรสร บารมีอวยชัย, “แบบแห่งนิติกรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชา นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), น. 213.

⁹² ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 84.

เนื้อหาของนิติกรรม และไม่ได้มุ่งหมายให้นิติกรรมที่ไม่ส่งมอบตกเป็นโมฆะไปเลย เพราะหากภายหลังคู่กรณีส่งมอบแก่กัน นิติกรรมนั้นก็ครบองค์ประกอบและมีผลใช้บังคับได้⁹³

กล่าวโดยสรุปก็คือ ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบของนิติกรรม โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนการแสดงเจตนา หากไม่มีการส่งมอบ ก็ถือว่าการแสดงเจตนาไม่สมบูรณ์ แต่ไม่ใช่นิติกรรมตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามแบบ

2.7.2.2 การส่งมอบทรัพย์สินเป็นแบบของนิติกรรม

นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การส่งมอบทรัพย์สินถือเป็นแบบของนิติกรรมประการหนึ่ง โดยพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของการส่งมอบทรัพย์สินตามกฎหมายโรมัน สัญญาที่ต้องทำโดยการส่งมอบทรัพย์สินมีมาก การส่งมอบทรัพย์สินต่อกันเป็นแบบพิธีอันเป็นหลักฐานอย่างหนึ่ง แต่ในสมัยปัจจุบันนี้ ซึ่งต้องการความรวดเร็วในการดำเนินชีวิต แบบพิธีนี้ก็ค่อยๆ หายไป ยังคงเหลือแต่นิติกรรมหรือสัญญาบางประเภท ซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำตามแบบโดยการส่งมอบทรัพย์สิน⁹⁴ โดยมีนักกฎหมายที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบ ดังนี้

(1) ศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร⁹⁵ เห็นว่า ถ้าไม่ส่งมอบเป็นเรื่องผิดแบบ นิติกรรมตกเป็นโมฆะ ถ้าการส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของเจตนา ย่อมหมายความว่า ถ้าไม่มีการส่งมอบ องค์ประกอบของนิติกรรมในส่วนของเจตนาไม่สมบูรณ์ แต่ถ้าการส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรม หรือเป็น “แบบที่กฎหมายบังคับ” ถ้าไม่ส่งมอบ องค์ประกอบของนิติกรรมในส่วนของแบบที่จะไม่สมบูรณ์ แต่เจตนาอันคงสมบูรณ์แล้วทุกประการ

(2) ผู้ช่วยศาสตราจารย์พวงผกา บุญโสภาคย์⁹⁶ มีความเห็นว่า การส่งมอบในทุกรณี ได้แก่ การส่งมอบในสัญญาให้ (มาตรา 523) สัญญาเช่าใช้คงรูป (มาตรา 641) สัญญาเช่าใช้สั้นเปลี่ยน (มาตรา 650) สัญญาฝากทรัพย์สิน (มาตรา 657) สัญญาจำนำ (มาตรา 747) สัญญาเก็บของในคลังสินค้า (มาตรา 771) และการโอนตัวเงิน (มาตรา 917, 918, 985, 989) เป็นแบบแห่งนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้

⁹³ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16*, น. 118-119.

⁹⁴ จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28*, น. 46.

⁹⁵ *เฟิงอ้าง*

⁹⁶ พวงผกา บุญโสภาคย์, *คำบรรยาย วิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรม และสัญญา*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), น. 93-94.

(3) รองศาสตราจารย์ดร.ศรินทร์ภรณ์ โสทธิพันธ์⁹⁷ อธิบายว่า การส่งมอบ เป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม โดยในสัญญาให้ ถ้อยคำในตัวบทภาษาไทยใช้คำว่า “สมบูรณ์” และถ้อยคำในตัวบทภาษาอังกฤษก็ใช้ถ้อยคำที่สอดคล้องกันว่า “not valid” ซึ่งให้เห็นว่าถ้าไม่ส่งมอบสัญญาให้ นั่นคงใช้ไม่ได้ไปเลยมากกว่า และจะมาส่งมอบกันภายหลังก็ไม่ทำให้สัญญาให้ นั้นกลับสมบูรณ์ขึ้นมาได้ นอกจากจะต้องมีการทำสัญญาให้กันใหม่ และส่งมอบกันเลย อาจเป็นเพราะสัญญาให้โดยเสนหานั้นเป็นสัญญาที่ไม่ก่อให้เกิดหนี้ก็ได้

(4) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี เห็นว่า การส่งมอบในสัญญาให้เป็นแบบของนิติกรรมสัญญาประการหนึ่ง เช่นเดียวกับแบบประการอื่น เช่นการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การทำหนังสือระหว่างคู่กรณี เป็นต้น ซึ่งหากไม่ทำตามแบบสัญญาก็ย่อมตกเป็นโมฆะ โดยในกรณีของการส่งมอบในสัญญาให้ ผศ.ดร.สุรศักดิ์ก็เห็นว่า หากไม่ส่งมอบก็ถือว่าสัญญาให้ตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามแบบนั่นเอง⁹⁸

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนมีความเห็นตามนักกฎหมายกลุ่มหลัง ที่ถือว่าการส่งมอบในสัญญาให้ถือเป็นแบบของนิติกรรมเช่นกัน เนื่องจาก หากพิจารณาว่าการส่งมอบเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนาของบุคคล ก็น่าจะเป็นเรื่องที่ค่อนข้างแปลก เพราะโดยปกติแล้ว การแสดงเจตนาของบุคคลย่อมมีผลตั้งแต่แสดงเจตนาออกมาแล้ว เช่นในการทำสัญญา เจตนาของบุคคลก็คือการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนอง ซึ่งถ้าต้องตรงกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น(ในทางข้อเท็จจริง) แต่สัญญาที่ทำขึ้นนั้น จะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งการส่งมอบในสัญญาให้ก็มีลักษณะในการทำงานเดียวกับกรณีในสัญญาอื่นที่กฎหมายกำหนดว่าไม่ทำตามแบบแล้วสัญญาก็ตกเป็นโมฆะ ไม่ว่าจะเป็นการทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีในสัญญาเช่าซื้อ หรือการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ซึ่งกรณีเหล่านี้ หากคู่สัญญาตกลงเสนอสนองด้วยวาจา ก็ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้น แต่เมื่อไม่ทำตามแบบที่กฎหมายสัญญานั้นจึงไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เช่นเดียวกับสัญญาให้ ซึ่งเมื่อผู้ให้และผู้รับเสนอสนองว่าจะทำสัญญาให้โดยเสนหากันด้วยวาจา สัญญาก็เกิดขึ้น แต่เมื่อไม่มีการส่งมอบ สัญญาก็ไม่มีผลสมบูรณ์เพราะไม่ทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมีได้เกี่ยวกับการแสดงเจตนา เพราะ

⁹⁷ ศรินทร์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 84-85.

⁹⁸ สุรศักดิ์ มณีศรี, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายเอกเทศสัญญา 1 (น. 230), คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551 (อัดสำเนา)

ไม่เช่นนั้นก็จะถือว่า ถ้าไม่มีการส่งมอบเท่ากับไม่มีการแสดงเจตนาทำคำเสนอสนองให้โดยเสนห์หาเลย ซึ่งดูจะขัดกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้ อาจมีข้อโต้แย้งว่า หากการส่งมอบถือเป็นแบบอย่างหนึ่ง ทำไม่กฎหมายจึงกำหนดในเรื่องสัญญาให้ โดยใช้คำว่า การให้ “สมบูรณ์” เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งไม่ตรงกับบทบัญญัติในเรื่องแบบตามมาตรา 152 ซึ่งกำหนดว่านิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบมีผลเป็น “โมฆะ” การส่งมอบและแบบของนิติกรรม จึงไม่น่าใช้กรณีเดียวกัน

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักกฎหมายในเรื่องแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 152 นั้น เป็น “บทกฎหมายทั่วไป” ว่าด้วยแบบของนิติกรรม และยังมีบทบัญญัติของบทกฎหมายเฉพาะอีกหลายมาตรา ซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่อง “แบบ” ไว้โดยเฉพาะเจาะจง เช่น กรณีของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามมาตรา 456 กรณีของสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 ซึ่งหากไม่ทำตามแบบ ก็มีผลเป็นโมฆะในทำนองเดียวกับมาตรา 152

นอกจากนี้แล้ว ยังมีบทบัญญัติในเรื่องอื่นที่กำหนดเกี่ยวกับแบบของนิติกรรม แต่ไม่ได้กำหนด “ผล” ของการไม่ทำตามแบบเอาไว้ เช่นกรณีของการจดทะเบียนตั้งห้างหุ้นส่วน (มาตรา 1015-1017) การสมรส (มาตรา 1457, 1458) เป็นต้น ซึ่งนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ก็ยอมรับว่าเป็น “แบบ” ที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน⁹⁹ หากแต่มีความเห็นที่แตกต่างในเรื่องผลของการไม่ทำตามแบบ โดยนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หากไม่ทำตามแบบ ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ซึ่งเป็นหลักทั่วไป¹⁰⁰ และอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เมื่อกฎหมายไม่กำหนดผลไว้ จึงใช้ผลของมาตรา 152 ไม่ได้ แต่จะมีผลไปตามแต่ละกรณี¹⁰¹ เช่น การสมรส หากไม่จดทะเบียน ก็ถือว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้น มิใช่การสมรสตกเป็นโมฆะ แต่ทั้งนี้ นักกฎหมายก็เห็นตรงกันว่า กรณีเหล่านี้ถือเป็นแบบของนิติกรรม แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดผลว่าเป็นโมฆะก็ตาม ดังนั้น เมื่อนำมาเทียบกับกรณีของสัญญาให้ ซึ่งแม้กฎหมายจะมีได้กำหนดว่า ถ้าไม่ส่งมอบ สัญญาให้ตก

⁹⁹ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10*, น. 83-85.

¹⁰⁰ จี๊ด เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้*, น. 34. อ้างถึงใน ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *เพิ่งอ้าง*

¹⁰¹ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง*, น. 131, อ้างถึงใน ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, *เพิ่งอ้าง*

เป็นโมฆะ แต่ใช้คำว่า “สมบูรณ์” ก็ได้หมายความว่า สัญญาให้จะมีใช่แบบเพราะกฎหมายมิได้บัญญัติคำว่า “โมฆะ” แต่อย่างไร

กล่าวโดยสรุปแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การส่งมอบในสัญญาให้เป็นเรื่องแบบ เพราะถือเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่กฎหมายกำหนดให้ทำตาม ซึ่งถ้าไม่ทำตาม การแสดงเจตนาทำสัญญาให้ก็จะไม่มีผลสมบูรณ์