

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

สัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งประการหนึ่งซึ่งมีความสำคัญ และการทำสัญญาเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของบุคคลโดยทั่วไป เวลาที่มีข้อพิพาทระหว่างบุคคลในทางกฎหมายเกิดขึ้นส่วนหนึ่งก็เป็นข้อพิพาทซึ่งมีที่มาจากสัญญา และในการตัดสินคดีเกี่ยวกับสัญญา ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาก็คือการเกิดสัญญา ซึ่งหลักการสำคัญในการพิจารณาว่ามีสัญญาระหว่างคู่สัญญาเกิดขึ้นหรือไม่โดยหลักก็คือพิจารณาจากคำเสนอ และคำสนอง หากมีคำเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกันระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและไม่มีเหตุบกพร่องตามที่กฎหมายกำหนดก็ทำให้เกิดสัญญา มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาบางประการเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดขึ้นของสัญญา ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังนี้

##### 1.1 ลักษณะของคำเสนอและคำเชิญให้ทำคำเสนอ

คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาที่ผู้เสนอได้ทำต่อผู้รับคำเสนอซึ่งอาจเป็นบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงหรือทำต่อสาธารณะก็ได้ โดยมีความประสงค์ว่าต้องการผูกพันให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นตามเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่ได้ระบุไว้ในคำเสนอ และมีสัญญาเกิดขึ้นได้เพียงแต่ผู้รับคำเสนอตอบรับกลับมา โดยไม่ต้องมีการเจรจาติดต่อไปอีก ซึ่งคำเสนอนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากคำเชิญให้ทำคำเสนอ เนื่องจากหากเป็นการเชิญแล้ว ผู้แสดงเจตนาเพียงแต่ต้องการให้คู่กรณีอีกฝ่ายเข้ามาทำการเจรจา เพื่อจะได้ตกลงทำสัญญาต่อไป แต่ไม่เป็นที่แน่นอนว่าจะต้องมีสัญญาเกิดขึ้น ทั้งนี้ แม้ลักษณะของคำเสนอและคำเชิญให้ทำคำเสนอจะแตกต่างกัน แต่เมื่อพิจารณากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น พบว่ามีบางกรณีที่นักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น ในกรณีสินค้าที่แสดงขายในร้านค้าโดยมีราคาติดไว้ หรือสินค้าในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเอง ซึ่งประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อย่างประเทศอังกฤษและประเทศที่กฎหมายสัญญาได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษอย่างประเทศสกอตแลนด์ถือว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น ในขณะที่ประเทศในระบบประมวล

กฎหมายส่วนใหญ่ต่างมีความเห็นว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอแล้ว โดยบางประเทศเป็นการตีความโดยศาลและนักกฎหมาย เช่นประเทศฝรั่งเศสและอิตาลี และในบางประเทศได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายโดยตรง เช่นประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ยกเว้นประเทศเยอรมนีที่นักกฎหมายเยอรมันมีความเห็นที่คล้ายคลึงกับประเทศในระบบคอมมอนลอว์ว่าสินค้าที่แสดงขายในร้านค้าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการแสดงสินค้าในร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเองก็ได้มีความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันส่วนหนึ่งที่เห็นว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวชัดเจนแน่นอนที่จะเป็นคำเสนอแล้ว นอกจากนี้ ใน Draft Common Frame of Reference (DCFR) ซึ่งเป็นแนวทางว่าด้วยกฎหมายเอกชนของประเทศในสหภาพยุโรป ก็ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับประเด็นนี้ไว้ว่า การเสนอขายสินค้า (หรือบริการ) ในร้านค้า หรือแม้แต่การประกาศในประกาศโฆษณาหรือรายการแสดงสินค้า (แคตาล็อก) ซึ่งได้ระบุราคาไว้ นั่น ถือว่ามีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นคำเสนอแล้ว ส่วนตามกฎหมายไทยนั้น ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้ในกฎหมายโดยตรง จึงขึ้นอยู่กับการตีความของนักกฎหมายและความเห็นของนักกฎหมายได้แบ่งเป็นสองความเห็น คือมีทั้งนักกฎหมายที่เห็นว่าเป็นคำเสนอและเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

## 1.2 ลักษณะและผลทางกฎหมายของคำเสนอและคำมั่นจะทำสัญญา

คำมั่นจะทำสัญญาเป็นการแสดงเจตนาว่าผู้ให้คำมั่นต้องการผูกพันทำสัญญา ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับคำเสนอในแง่ที่ว่า หากฝ่ายผู้รับคำมั่นตอบรับมาก็ทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ เช่นเดียวกับที่ผู้ส่งของได้ตอบรับตามคำเสนอก็ทำให้เกิดสัญญาขึ้นเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องคำมั่นตามกฎหมายไทยยังไม่มี ความชัดเจนแน่นอน ว่าสถานะในทางกฎหมายเป็นอย่างไร โดยมีทั้งนักกฎหมายที่เห็นว่าคำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา และเป็นสัญญาฝ่ายเดียว นอกจากนี้ คำมั่นที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ เช่น คำมั่นจะซื้อจะขายนั้น ก็มีผลในเรื่องระยะเวลาของความผูกพันทางกฎหมายที่แตกต่างจากคำเสนอ กล่าวคือ ระยะเวลาที่ผู้ให้คำมั่นต้องผูกพันยาวนานกว่าระยะเวลาที่ผู้เสนอผูกพันตามคำเสนอ ซึ่งเป็นไปตามคำพิพากษาฎีกาที่ศาลได้ตัดสินไว้ว่า กรณีคำมั่นไม่บ่งเวลา ผู้ให้คำมั่นต้องผูกพันตามคำมั่นนั้นแม้เวลาจะผ่านไปนานนับสิบปี ในขณะที่คำเสนอไม่บ่งเวลา ตามกฎหมายแล้วผู้เสนอจะผูกพันเพียงระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนองเท่านั้น

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ในเรื่องคำมั่นจะขายและจะซื้อ โดยแยกเป็นคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะขายกับคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะซื้อ ส่วนคำมั่นจะทำ

สัญญาที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติก็มีได้ โดยแบ่งเป็นคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญาและคำมั่นต่างตอบแทนว่าจะทำสัญญา ตามกฎหมายสกอตแลนด์มีหลักคำมั่นสัญญา (Promises) ซึ่งแตกต่างจากคำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายไทยเนื่องจากหลักคำมั่นสัญญาของสกอตแลนด์นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาฝ่ายเดียวไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา มีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นโดยที่ผู้รับคำมั่นไม่จำเป็นต้องรับหรือรู้ ส่วนคำมั่นสัญญาในกฎหมายสัญญาของอังกฤษ มีลักษณะอย่างเดียวกับสัญญา เนื่องจากในอังกฤษมีหลักคำตอบแทนที่คู่สัญญาต้องให้ค่าตอบแทนซึ่งกันและกัน จึงทำให้ในทางกฎหมายคำมั่นสัญญาไม่แตกต่างจากสัญญา และหลักคำตอบแทนนี้เองที่ทำให้คำมั่นสัญญาในกฎหมายอังกฤษมีสถานะที่แตกต่างจากคำมั่นสัญญาในกฎหมายสกอตแลนด์

ทั้งนี้ แม้ในทางทฤษฎีแล้ว คำมั่นจะทำสัญญาตามกฎหมายไทย จะมีลักษณะที่แตกต่างจากคำเสนอ แต่หากนำหลักดังกล่าวมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจะพบว่า เป็นการยากที่จะแยกได้ว่า การแสดงเจตนาเช่นใดถือเป็นการให้คำมั่นว่าจะทำสัญญา และการแสดงเจตนาอย่างใดถือเป็นการทำคำเสนอ

### 1.3 เวลาที่สัญญาเกิด

ตามหลักกฎหมายไทย และกฎหมายอื่นๆทุกระบบ พิจารณาการเกิดขึ้นของสัญญาจากหลักคำเสนอคำสนอง ดังนั้นโดยหลักสัญญาจึงเกิดขึ้นเมื่อเสนอสนองต้องตรงกัน โดยในกฎหมายไทยคือเวลาที่การแสดงเจตนาทำคำสนองมีผล ซึ่งต้องนำหลักเกี่ยวกับการแสดงเจตนามาใช้บังคับเนื่องจากคำสนองถือเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง โดยหากเป็นสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า รวมถึงการทำคำเสนอทางโทรศัพท์ (มาตรา 356) สัญญาจะเกิดเมื่อผู้เสนอได้รับทราบคำสนองนั้น อันเป็นเวลา คำสนองมีผล (มาตรา 168) โดยต้องสนอง ณ ที่นั้น เวลานั้น และหากเป็นสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง(หรือต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า) สัญญาจะเกิดเมื่อคำสนองไปถึงผู้เสนอ (มาตรา 361 วรรคแรก) ซึ่งถ้าเป็นการสนองทางไปรษณีย์ ระยะเวลาที่ไปถึงคือเมื่อคำสนองนั้นไปถึงที่อยู่ของผู้เสนอโดยไม่คำนึงถึงว่าผู้เสนอจะทราบถึงคำสนองนั้นหรือไม่ นอกจากนี้ สัญญาอาจเกิดขึ้นได้โดยพฤติการณ์ที่ผู้สนองได้กระทำการบางอย่าง หากตามเจตนาที่ผู้เสนอได้แสดงหรือตามปรกติประเพณีไม่ต้องมีคำบอกกล่าวสนอง โดยถือว่าสัญญาเกิดในเวลาที่มีการกระทำการซึ่งสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ (มาตรา 361 วรรคสอง) ซึ่งหลักดังที่อธิบายข้างต้นสอดคล้องกับการเกิดสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน ที่นำหลักการมีผลของการแสดงเจตนามาใช้บังคับกับการมีผลของคำสนองเช่นกัน และ

ใน DCFR ก็ได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสัญญาเกิดขึ้นในเวลาใด ซึ่งเป็นเวลาที่คำสนองไปถึงผู้เสนอนั่นเอง

ประเด็นเรื่องเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นตามกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์จะแตกต่างกันออกไป เนื่องจากกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์ไม่มีหลักเกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยเฉพาะ หากแต่หลักที่ศาลได้วางหลักไว้เกี่ยวกับเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นคือหลักการสื่อสารของคำสนอง กล่าวคือต้องมีการสื่อสารคำสนอนนั้นๆ ไปยังผู้เสนอจึงจะถือว่าสัญญาเกิดขึ้น แต่หากเป็นการทำคำสนองทางไปรษณีย์สัญญาจะเกิดตั้งแต่เวลาที่ผู้สนองได้ส่งคำสนอนนั้นทางไปรษณีย์แล้ว ไม่ต้องรอให้คำสนอนนั้นไปถึงผู้เสนอซึ่งแตกต่างจากกฎหมายสัญญาไทยและเยอรมัน ส่วนในกรณีของประเทศฝรั่งเศส เวลาในการเกิดสัญญาจะคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายของอังกฤษและสกอตแลนด์มากกว่า กล่าวคือ ในฝรั่งเศสไม่จำเป็นต้องสื่อสารคำสนองไปยังผู้เสนอ และการทำคำสนองทางไปรษณีย์ก็มีผลตั้งแต่วันที่ส่งไปรษณีย์นั้นแล้ว

#### 1.4 การเกิดสัญญาในการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ

สัญญาขายทอดตลาดเป็นสัญญาซื้อขายเฉพาะอย่าง ซึ่งในทางกฎหมายยอมรับชัดเจนว่าผู้ผู้ราคาเป็นผู้ทำคำเสนอ ส่วนการนำสินค้าออกขายของผู้ทอดตลาดเป็นเพียงการทำคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น และถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้ทอดตลาดตกลงเคาะไม้ ซึ่งกฎหมายต่างประเทศอย่างกฎหมายอังกฤษและเยอรมันก็มีหลักในทำนองเดียวกัน โดยในประเด็นปัญหาว่าการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษต้องตกอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องแบบและหลักเกณฑ์ในการซื้อขาย มาตรา 456 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยหรือไม่ เพราะมาตรา 509 ได้กำหนดเพียงว่า การขายทอดตลาดย่อมบริบูรณ์เมื่อผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้ หรือด้วยกิริยาอื่นอย่างใด ในประเด็นนี้นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่าการตกลงเคาะไม้ยังไม่ทำให้การซื้อขายสำเร็จ และยังไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน จนกว่าจะได้มีการทำให้ถูกต้องตามแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน ซึ่งตรงข้ามกับแนวที่ศาลฎีกาตัดสิน เนื่องจากศาลได้ตัดสินว่าผู้ซื้อทรัพย์สินจากการทอดตลาดได้รับความคุ้มครองแม้ยังไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดก็ตาม

#### 1.5 การเกิดสัญญากรณีคู่สัญญาตกลงว่าต้องทำสัญญาเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรคสอง

กฎหมายกำหนดบทสันนิษฐานการไม่เกิดของสัญญาไว้ประการหนึ่งในมาตรา 366 วรรคสองว่า กรณีที่คู่สัญญาตกลงว่าสัญญาต้องทำเป็นหนังสือ ตราบใดที่ยังไม่มีการทำเป็นหนังสือ

เมื่อเป็นกรณีที่สงสัยถือว่ายังไม่มีความชัดเจน โดยในการพิจารณากรณีว่ากรณีตัวอย่างต้องด้วย บทบัญญัติมาตรา 366 วรรคสองหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี หากไม่ ต้องตรงกันก็ต้องใช้การตีความเพื่ออุดช่องว่างของสัญญา ทั้งนี้ หากนำไปวิเคราะห์กับกรณีปัญหา ของสัญญาจ้างแรงงานที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันโดยชัดแจ้งว่าสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ ก็ย่อมไม่ อาจตีความครอบคลุมไปถึงการตกลงโดยปริยาย ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายนายจ้าง จึงไม่อาจอ้างว่า ตนเป็นผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ ลูกจ้างจึงควรรู้ว่าสัญญาจ้างแรงงานของธุรกิจขนาดใหญ่ต้อง ทำเป็นหนังสือ เพราะเมื่อมีได้มีการตกลงกันไว้อย่างชัดแจ้งว่าต้องทำเป็นหนังสือ ก็ไม่ใช่กรณีตาม มาตรา 366 วรรคสอง แต่ต้องพิจารณาจากหลักทั่วไปซึ่งสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอสนองต้อง ตรงกัน แม้ทำด้วยวาจาก็ตาม

### 1.6 ผลของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ

กรณีสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความ สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือสัญญาที่มีเหตุบกพร่องจากการแสดงเจตนา เช่นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญ สัญญาดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ ซึ่งสัญญาที่ ตกเป็นโมฆะนี้หมายความว่า สัญญาได้เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง เนื่องจากคู่กรณีมีคำเสนอสนอง ที่ต้องตรงกันแล้ว หากแต่สัญญานั้นไม่มีผลสมบูรณ์ในสายตาของกฎหมาย เพราะขาด องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญนั่นเอง นอกจากนี้ มิได้หมายความว่า สัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น จะไม่ก่อให้เกิดผลใดๆในทางกฎหมายเลย เพียงแต่หมายความว่า สัญญานั้น ไม่ก่อให้เกิดผลตาม ความมุ่งประสงค์ของคู่สัญญาเท่านั้น

### 1.7 แบบของการส่งมอบในสัญญาให้

สัญญาให้ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบ นักกฎหมายไทยเห็นแตกต่าง กันว่าการส่งมอบในสัญญาให้ นั้นเป็นแบบแห่งนิติกรรมสัญญาหรือไม่ โดยฝ่ายที่เห็นว่าการส่ง มอบไม่ใช่แบบนี้อธิบายว่าการส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์แห่งการแสดงเจตนา กล่าวคือ ถ้าไม่มีการส่งมอบ การแสดงเจตนาก็ไม่สมบูรณ์ ในขณะที่นักกฎหมายอีกกลุ่มเห็นว่าการส่งมอบนั้นเป็น แบบประการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่นเดียวกับกรณีของการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือการทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณี ซึ่งหากไม่ทำตาม สัญญา ก็จะตกเป็น โมฆะ หรือไม่สมบูรณ์ (ซึ่งนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบ ยังมีความเห็นแตกต่าง กันอยู่)

## 2. ข้อเสนอแนะ

### 2.1 การใช้การตีความกฎหมายปัจจุบัน

#### 2.1.1. ประเด็นข้อเสนอและคำชี้แจงให้ทำข้อเสนอ

ในประเด็นปัญหาเรื่องลักษณะของข้อเสนอและคำชี้แจงให้ทำข้อเสนอ นั้น ยังไม่มีความแน่นอนชัดเจนในกฎหมายไทย แม้นักกฎหมายจะเห็นค่อนข้างตรงกันในนิยามของข้อเสนอและคำชี้แจงให้ทำข้อเสนอว่า ข้อเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดเจนแน่นอนที่จะทำให้สัญญาเกิดได้หากผู้รับการแสดงเจตนาตอบสนองกลับมา แต่คำชี้แจงให้ทำเสนอนั้นเป็นเพียงการเจรจาเบื้องต้นเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายเป็นผู้ทำข้อเสนอ แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในหลายกรณีแล้ว พบว่านักกฎหมายไทยยังมีความเห็นแตกต่างกันว่ากรณีการวางขายสินค้าในร้านค้าโดยติดป้ายราคาไว้เป็นเพียงคำชี้แจงให้ทำข้อเสนอหรือมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นข้อเสนอแล้ว และในประเด็นดังกล่าวก็ยังมีได้มีการตีความของศาลออกมาเนื่องจากยังไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล

แต่หากพิจารณาตามหลักกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่ากรณีต่างๆเหล่านั้นเป็นประเด็นทางกฎหมายที่มีความสำคัญ ซึ่งตำรากฎหมายต่างประเทศยกมาอธิบายอยู่เสมอๆ นอกจากนี้ ยังพบว่าได้มีคดีขึ้นสู่ศาลจำนวนมาก และศาลก็ได้วางหลักเกี่ยวกับกรณดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน (สำหรับประเทศซึ่งคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมาย) ส่วนในประเทศระบบประมวลกฎหมาย หลายประเทศก็ได้มีการตัดสินโดยคำพิพากษาของศาลและในบางประเทศก็ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งโดยตรงว่ามีผลทางกฎหมายอย่างไร รวมถึงใน DCFR ซึ่งเป็นแนวทางเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งในทวีปยุโรป ก็ได้บัญญัติผลทางกฎหมายกรณีการแสดงสินค้าเพื่อขายโดยติดราคาไว้เช่นกัน

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอเกี่ยวกับการตีความกฎหมายสัญญาไทยว่า กรณีที่มีการแสดงขายสินค้าโดยมีราคาติดไว้ชัดเจนแน่นอนในร้านค้า ไม่ว่าจะร้านค้าทั่วไปหรือร้านค้าแบบผู้ซื้อบริการตนเองควรถือว่าเป็นการทำข้อเสนอแล้ว เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีความชัดเจนแน่นอนที่จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นมาได้เพียงแต่ผู้ซื้อแสดงเจตนาทำคำสั่งซื้อโดยการหยิบสินค้าไปชำระเงิน เพราะเหตุที่ลักษณะของร้านค้าในปัจจุบันมิใช่สถานที่ซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายจะมาต่อรองราคากันแต่อย่างใด โดยเฉพาะในร้านค้าขนาดใหญ่เช่นห้างสรรพสินค้าหรือซูเปอร์มาร์เก็ตซึ่งผู้ขายจะแสดงสินค้าและติดราคาไว้อย่างชัดเจนและจะขายสินค้านั้นเสมอเมื่อผู้ซื้อต้องการซื้อ (เว้นแต่จะมีการยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่นเช่นกรณีสินค้าหมดหรือไม่ขายสินค้าที่แสดงไว้แต่จะขาย

สินค้าในสต็อกแทน) โดยเมื่อพิจารณาจากแนวความเห็นของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย ส่วนใหญ่ก็จะมีความเห็นในทำนองเดียวกันคือถือเป็นคำเสนอแล้ว โดยเฉพาะหากพิจารณาใน DCFR ซึ่งเพิ่งประกาศใช้เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2552 ก็ได้มีบัญญัติว่าการกระทำในลักษณะ ดังกล่าวมีความชัดเจนแน่นอนถือเป็นคำเสนอแล้ว

มีข้อสังเกตว่า การตีความเช่นนี้จะคุ้มครองผู้ซื้อมากกว่าการตีความว่าการกระทำ ดังกล่าวเป็นคำซื้อเชิญให้ทำคำเสนอ เนื่องจากหากตีความเช่นนั้น ผู้ขายก็ยอมปฏิเสธไม่ขาย สินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้ หรือไม่ขายตามราคาที่ตนระบุไว้ อย่างไรก็ตาม การแสดงสินค้าเพื่อขายโดย ตีตราเอาไว้แล้ว ให้ถือว่าเป็นคำเสนอขายสินค้าตามจำนวนสินค้าที่มีอยู่เท่านั้น เพื่อป้องกันปัญหา กรณีมีการทำคำสนองมากกว่าปริมาณสินค้า จึงเป็นการคุ้มครองผู้ขายด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม การซื้อขายสินค้าบางอย่างซึ่งตามปกติประเพณีทางการค้าของประเทศ ไทยไม่จำเป็นต้องมีการตีตรา เช่น ในร้านค้าขนาดเล็ก ร้านขายของชำ แผงลอย ร้านค้าตาม ตลาดสด เป็นต้น ซึ่งผู้ขายจะไม่ได้ตีตราสินค้าไว้ แต่ผู้ขายก็ประสงค์จะขายสินค้าให้กับผู้ซื้อ อย่างแน่นอน ผู้เขียนเห็นว่าอาจถือเป็นข้อยกเว้นว่าการแสดงขายสินค้านั้นถือเป็นคำเสนอเช่นกัน แม้ไม่มีการตีตราก็ตาม โดยเป็นข้อยกเว้นตามปกติประเพณีทางการค้า

### 2.1.2 ประเด็นคำมั่นจะทำสัญญา

ในประเด็นของคำมั่นจะทำสัญญานั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในทางทฤษฎีแล้ว คำมั่นจะทำ สัญญามีความแตกต่างจากคำเสนอในแง่ที่ว่า คำมั่นมีลักษณะที่ผู้ให้คำมั่นต้องการจะผูกพันตาม คำมั่นนั้นยิ่งกว่าที่ผู้เสนอต้องการผูกพันตามคำเสนอ แต่เนื่องจากตามกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียน เห็นว่า คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงความ มิใช่สัญญาฝ่ายเดียว จึง ค่อนข้างคล้ายคลึงกับคำเสนอ ที่เป็นการแสดงความเจตนาฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงความ เจตนา เช่นกัน (หากแต่คำเสนอเป็นนิติกรรมด้วยหรือไม่นั้น ยังเป็นประเด็นปัญหาในทางทฤษฎีอยู่) นอกจากนี้ โดยลักษณะในตัวของคำมั่นเอง ก็ถือเป็นคำเสนอประการหนึ่ง เนื่องจากคำมั่นอาจ ก่อให้เกิดเป็นสัญญาได้ เพียงผู้รับคำมั่นแสดงความสนองรับ ในทำนองเดียวกับคำเสนอก็เกิด เป็นสัญญาได้ หากผู้รับคำเสนอสนองรับ หากแต่คำเสนอ ไม่จำเป็นต้องเป็นคำมั่นเสมอไป

ดังนั้น การใช้การตีความกฎหมายในประเด็นของคำมั่นและคำเสนอนี้ ต้องพิจารณา อย่างรอบคอบ เนื่องจากคำมั่นและคำเสนอ ไม่ได้ส่งผลในทางกฎหมายที่เหมือนกันเสียทีเดียว เช่นกรณีของคำเสนอที่ไม่บ่งเวลาจะสิ้นผลเมื่อพ้นเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง (ตามมาตรา 357 ประกอบ 355 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ในขณะที่คำมั่นว่าจะซื้อจะ ขายซึ่งมิได้บ่งเวลาไว้ และผู้ให้คำมั่นมิได้กระทำการเพื่อให้คำมั่นสิ้นผลตามมาตรา 454 คำมั่นนั้น

ไม่สิ้นผลแม้เวลาจะผ่านไปนานนับสิบปี (ตามแนวคำพิพากษาที่ศาลตัดสิน) ซึ่งก็น่าสงสัยว่าการตีความกฎหมายเช่นนี้เป็นธรรมต่อกฎหมายและชอบด้วยหลักกฎหมายหรือไม่ เพราะแม้จะเป็นความจริงที่ว่า คำมั่น โดยลักษณะของตัวมันเอง ผู้ให้คำมั่นต้องการจะผูกพันยิ่งกว่าคำเสนอ แต่ก็ไม่น่าจะหมายความว่า ผู้ให้คำมั่นประสงค์จะผูกพันตามคำมั่นนั้นตลอดไป

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การแบ่งแยกระหว่างคำเสนอและคำมั่นนั้นในทางปฏิบัติทำได้ยาก แม้ในทางทฤษฎีจะอธิบายได้ว่า คำมั่นต้องมีลักษณะที่ผู้ให้คำมั่นมุ่งจะผูกพันยิ่งกว่าคำเสนอ แต่เป็นการยากที่จะพิจารณาว่า การแสดงเจตนาในลักษณะใดที่จะแยกได้ว่าบุคคลนั้นประสงค์จะทำคำมั่นหรือเพียงแต่ทำคำเสนอ

### 2.1.3 ประเด็นเวลาที่สัญญาเกิด

#### (1) เวลาที่สัญญาเกิดกรณีแสดงขายสินค้าในร้านค้า

สัญญาอาจเกิดได้ทั้งโดยชัดแจ้งและสัญญายังเกิดขึ้นได้โดยปริยาย ซึ่งการเกิดสัญญาโดยปริยายคือตามปกติประเพณีไม่ต้องมีการทำคำสนอง ดังนั้นในการซื้อขายสินค้าในร้านค้าหรือห้างสรรพสินค้า สัญญาจึงเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่ผู้ซื้อหยิบสินค้าใส่ตะกร้าหรือรถเข็นของตน อันเป็นเวลาที่ยึดได้ว่าผู้ซื้อประสงค์จะซื้อสินค้านั้นแล้ว การตีความเช่นนี้ จะเป็นการคุ้มครองประโยชน์แก่ผู้ซื้อมากที่สุด เพราะหากถือว่าสัญญาเกิดในเวลาที่ผู้ซื้อนำสินค้าไปชำระเงิน ก็จะทำให้ปัญหากรณีบุคคลอื่นสามารถหยิบสินค้าในตะกร้าหรือรถเข็นของผู้ซื้อไปได้

#### (2) เวลาที่สัญญาเกิดกรณีประกาศโฆษณาทางเว็บไซต์

เนื่องจากตามหลักทั่วไปแล้ว นักกฎหมายไทยถือว่าประกาศโฆษณาเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีประกาศโฆษณาทางเว็บไซต์ควรถือตามหลักทั่วไป คือให้เป็นการแสดงเจตนาเพื่อทำคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น เว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงที่แจ้งชัดตามลักษณะของคำเสนอ ดังนั้น การพิจารณาการเกิดสัญญากรณีประกาศโฆษณาทางเว็บไซต์ จึงต้องพิจารณาจากหลักทั่วไป ซึ่งพ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ก็ได้รับรองไว้แล้วว่า คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ ส่วนเวลาที่คำสนองมีผล อันเป็นเวลาที่ยกขึ้น ก็ถือตามหลักทั่วไปของการมีผลของการแสดงเจตนาตนเอง

#### (3) เวลาที่สัญญาเกิดกรณีทำคำสนองต่อผู้ประกอบการธุรกิจ

หากเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าต้องพิจารณาตามมาตรา 168 คือสัญญาเกิดเมื่อผู้เสนอทราบถึงคำสนอง และหากเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง ย่อมเป็นไปตามมาตรา 361 วรรคแรก ซึ่งสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำสนองไปถึงผู้เสนอ โดยการตีความคำว่า “ไปถึง” นั้น ใช้หลักการเดียวกับการตีความคำว่า “ไปถึง” ในกรณีการแสดง

เจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าตามมาตรา 169 กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าผู้เสนอซึ่งเป็นผู้รับ การแสดงเจตนา นั้นสามารถรับเนื้อหาแห่งการแสดงเจตนา นั้นได้หรือไม่ มิใช่พิจารณาเพียง ข้อเท็จจริงว่าคำสนอนั้นไปถึงในทางกายภาพเท่านั้น เช่น หากส่งคำสนองทางไปรษณีย์ และ จดหมายดังกล่าวไปถึงผู้รับจดหมายของผู้เสนอในเวลากลางคืน มิได้หมายความว่าคำสนองมีผล ตั้งแต่เวลาที่จดหมายไปถึงผู้ไปรษณีย์ แต่คำสนองจะมีผลในเวลาเช้าของวันรุ่งขึ้นในเวลาอันควร คาดหมายได้ว่าวิญญูชนย่อมเข้าใจผู้จดหมายของตน ดังนั้น ในกรณีการทำคำสนองต่อผู้ประกอบ ธุรกิจโดยวิธีการฝากข้อความอัตโนมัติทางโทรศัพท์ที่ดี หรือโดยโทรสารที่ดี หากคำสนองไปถึงนอก เวลาทำการของบริษัท มิได้หมายความว่าสัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่เวลานั้น แต่จะมีผลในเวลาทำการ ถัดไป

#### 2.1.4 ประเด็นการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ

ในการตีความการขายทอดตลาดตามมาตรา 509 ที่ว่าการขายทอดตลาดย่อมบริบูรณ์ เมื่อผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้ นั่น หมายถึงสัญญาซื้อขายได้เกิดขึ้นและกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์ได้โอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่เวลาที่ผู้ทอดตลาดเคาะไม้แล้ว ในทำนองเดียวกับสัญญาเช่าซื้อ หรือสัญญาขายฝาก ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่เช่าซื้อหรือทรัพย์ที่ขายฝาก ได้โอนไปยังผู้เช่าซื้อหรือผู้ ใถ่ ตั้งแต่เวลาที่ชำระค่าเช่าซื้อครบ หรือเวลาไถ่ แล้วแต่กรณี แม้จะเป็นกรณีของอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ และยังมีได้ทำการโอนทางทะเบียนก็ตาม อย่างไรก็ตาม หากจะใช้ ยันบุคคลภายนอกจะต้องมีการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 456 วรรคแรกเสียก่อน ซึ่งการตีความเช่นนี้ก็จะมีข้อดีคือช่วยคุ้มครองผู้ซื้อทรัพย์จากการขายทอดตลาด แต่ใน ขณะเดียวกันก็คุ้มครองบุคคลภายนอกด้วยเช่นกัน

#### 2.1.5 ประเด็นคู่สัญญาตกลงว่าต้องทำสัญญาเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรค สอง

ในการตีความบทสันนิษฐานการไม่เกิดของสัญญา กรณีคู่สัญญามุ่งประสงค์จะต้องทำ เป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรคสองนั้น ควรตีความอย่างเคร่งครัด เนื่องจากบทบัญญัติ ดังกล่าวเป็นบทยกเว้น จากหลักทั่วไปซึ่งสัญญาเกิดขึ้นได้เพียงคู่กรณีแสดงเจตนาเสนอสนองต้อง ตรงกัน แม้จะทำด้วยวาจา ดังนั้น กรณีที่คู่กรณีตกลงว่าต้องทำเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรค สอง ซึ่งจะมีผลให้สัญญายังไม่เกิดขึ้นจนกว่าจะทำเป็นหนังสือนั้น ต้องเป็นการที่คู่กรณีได้ตกลง กัน “โดยชัดแจ้ง” มิใช่การตกลงโดยปริยาย ทั้งนี้ สามารถใช้หลักการตีความการแสดงเจตนาตาม มาตรา 171 และการตีความสัญญาตามมาตรา 368 ประกอบได้ โดยต้องตีความเพื่อค้นหาเจตนา ที่แท้จริงของคู่กรณีตามมาตรา 171 ก่อนเสมอ ซึ่งเจตนาที่แท้จริงนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นเจตนาในใจ ของคู่กรณีเสมอไป เพราะบางครั้งก็ต้องถือตามเจตนาที่แสดงออก เพื่อคุ้มครองผู้รับการแสดง

เจตนา แต่หากค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีไม่ได้ ก็ต้องตีความเพื่ออุดช่องว่างของสัญญาตามมาตรา 368 โดยพิเคราะห์ถึงหลักสุจริตและปรกติประเพณี

### 2.1.6 ประเด็นผลของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ

การตีความสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น ควรตีความว่าสัญญาได้เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงแล้ว หากแต่มีเหตุบกพร่องบางอย่างทำให้สัญญานั้นไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย คู่สัญญาจึงไม่อาจบังคับความผูกพันตามสัญญาตามที่ตนมุ่งประสงค์ได้ แต่มิได้หมายความว่าสัญญาที่เป็นโมฆะนั้นไม่ก่อให้เกิดผลใดๆในทางกฎหมายเลย ซึ่งการตีความผลของสัญญาเช่นนี้จะทำให้ไม่ขัดแย้งกับผลของโมฆะกรรมที่คู่กรณีอาจต้องคืนทรัพย์สินตามหลักลาภมิควรได้ หรืออาจมีข้อยกเว้นว่าโมฆะกรรมยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกที่สุจริตและเสียหายไม่ได้ ซึ่งเป็นผลตามกฎหมายของโมฆะกรรม

### 2.1.7 ประเด็นแบบของการส่งมอบในสัญญาให้

การส่งมอบในสัญญาให้นั้น ถือเป็นแบบของสัญญาประการหนึ่ง เนื่องจากการไม่ส่งมอบ ไม่มีผลกระทบต่อการแสดงเจตนาของคู่กรณี กล่าวคือถึงไม่มีการส่งมอบ ก็มีคำเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างคู่กรณี ซึ่งเกิดสัญญาขึ้นในทางข้อเท็จจริงแล้ว หากแต่เมื่อพิจารณาในข้อกฎหมาย กฎหมายกำหนดว่าสัญญาให้ต้องมีการส่งมอบ ดังนั้น เมื่อคู่กรณีไม่ส่งมอบ สัญญาให้นั้นจึงไม่สมบูรณ์และไม่อาจบังคับได้ การส่งมอบ จึงมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับแบบที่กฎหมายกำหนดมากกว่าจะถือเป็นองค์สมบูรณ์ของเจตนา และผลของการไม่ส่งมอบนั้น ควรจะถือว่าสัญญาให้ไม่สมบูรณ์ มากกว่าถือว่าตกเป็นโมฆะ เนื่องจากแม้จะถือว่าการส่งมอบเป็นแบบ ซึ่งโดยหลักการไม่ทำตามแบบสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะตามบททั่วไปว่าด้วยแบบในมาตรา 152 แต่ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องแบบไว้โดยเฉพาะ ก็ควรจะถือผลตามบทบัญญัตินั้นๆ เช่น การสมรสที่กฎหมายกำหนดแบบว่าต้องมีการจดทะเบียน หากคู่สมรสมีเจตนาสมรสแต่ไม่มีการจดทะเบียนก็ย่อมถือว่าไม่มีการสมรสเกิดขึ้น มิได้หมายถึงการสมรสตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกับการให้ ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าสัญญาให้สมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบ ดังนั้น หากคู่สัญญามีเจตนาจะทำสัญญาให้ แต่ไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน สัญญาให้จึงไม่สมบูรณ์

## 2.2. การเสนอแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย

ผู้เขียนขอเสนอแนะการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้ปัญหาในประเด็นต่างๆเกี่ยวกับกระบวนการในการเกิดสัญญามีความชัดเจนมากขึ้น ดังนี้

### 2.2.1 บทบัญญัติว่าด้วยหลักทั่วไปของคำเสนอ

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้นิยามความหมายและลักษณะของคำเสนอไว้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เพื่อให้ประเด็นเกี่ยวกับลักษณะของคำเสนอมีความชัดเจนแน่นอนมากยิ่งขึ้น จึงควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับความหมายของคำเสนอ โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 354<sup>1</sup> ซึ่งเป็นมาตราแรกแห่งคำเสนอ ความว่า

มาตรา 354 “การแสดงเจตนาที่ผู้แสดงเจตนาตั้งใจให้เกิดผลเป็นสัญญาขึ้นหากผู้รับการแสดงเจตนาสนองกลับมา และการแสดงเจตนาอันนั้นมีรายละเอียดเพียงพอที่จะทำให้เกิดสัญญาได้ ถือเป็นคำเสนอ

คำเสนอนั้น จะเป็นคำเสนอต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณะก็ได้

ส่วนความในมาตรา 354 เดิม ให้เปลี่ยนเป็นมาตรา 354/1 โดยคงบทบัญญัติเดิมไว้ คือ “คำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น ท่านว่าไม่อาจจะถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้”

### 2.2.2 บทบัญญัติว่าด้วยคำเสนอในการแสดงขายสินค้า

เนื่องจากการแสดงขายสินค้าโดยติดราคาไว้ ตามกฎหมายไทยยังไม่มีมีความชัดเจนแน่นอนว่าผลทางกฎหมายเป็นอย่างไร เพื่อให้การแสดงเจตนาในลักษณะดังกล่าวมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ไม่เกิดปัญหาในการตีความ จึงมีข้อเสนอให้การแสดงขายสินค้าโดยติดราคาไว้ ถือเป็นคำเสนอตามกฎหมายแล้ว โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 453/1 ในส่วนของเอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ชื่อขาย ความดังนี้

“ข้อเสนอที่จะจัดหาสินค้าซึ่งระบุราคาไว้ หากทำโดยการแสดงสินค้า ถือเป็นคำเสนอขายตามราคาที่ระบุไว้ จนกว่าสินค้านั้นจะหมด เว้นแต่จะได้ระบุเป็นอย่างอื่น<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ร่างดังกล่าว นำแนวคิดมาจาก DCFR, Article II. – 4:201 (1) (2) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยนิยามของคำเสนอ

<sup>2</sup> ร่างดังกล่าว นำแนวคิดมาจาก DCFR, Article II. – 4:201 (3)

ความในวรรคก่อนให้ใช้บังคับกับการแสดงสินค้าซึ่งไม่ได้ระบุราคา หากตามปกติ ประเพณีไม่จำเป็นต้องมีการระบุราคา”

ทั้งนี้ แนวความคิดในวรรคแรก มีต้นแบบมาจาก DCFR แต่มีความแตกต่างในบาง ประเด็น ดังนี้

(1) ใน DCFR จะใช้บังคับทั้งกรณีการแสดงขายสินค้าในร้านค้า ประกาศโฆษณา หรือ รายการแสดงสินค้า (แคตาล็อก) แต่ในวิถยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเสนอให้ใช้บังคับกับการแสดง ขายสินค้าในร้านค้าเท่านั้น เนื่องจากแนวคิดตามกฎหมายไทยนั้น กรณีประกาศโฆษณาหรือ รายการแสดงสินค้านั้นเป็นที่ยอมรับค่อนข้างชัดเจนว่าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น ในขณะที่การวางขายสินค้าในร้านค้าจะมีความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นว่าเป็นคำเสนอ อย่างไรก็ตาม หากประกาศโฆษณาหรือรายการแสดงสินค้ามีลักษณะครบถ้วนตามความหมายของคำ เสนอในหลักทั่วไป ก็ถือว่าเป็นคำเสนอได้เช่นกัน

(2) ใน DCFR ใช้บังคับเฉพาะกรณีการแสดงสินค้าเพื่อขายโดยร้านค้าหรือผู้ประกอบการ ธุรกิจเท่านั้น ไม่รวมถึงการแสดงขายสินค้าโดยบุคคลทั่วไป ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า หากนำมา ปรับใช้กับกฎหมายไทย จะไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจ เนื่องจากในประเทศไทยนั้น ผู้ที่ทำการแสดงสินค้าเพื่อขายมิได้มีเฉพาะร้านค้าหรือผู้ประกอบการธุรกิจเท่านั้น แต่ยังรวมถึงบุคคล ทั่วไปซึ่งอาจนำสินค้าของตนมาวางขายยังสถานที่ต่างๆ ซึ่งหากกำหนดไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกับ แนวทางของ DCFR ก็จะทำให้การแสดงสินค้าที่เป็นคำเสนอถูกจำกัดอยู่เฉพาะการแสดงสินค้า โดยร้านค้าหรือผู้ประกอบการธุรกิจเท่านั้น จึงมีความเห็นว่า ควรตัดคำว่า โดยร้านค้าหรือผู้ประกอบการ ธุรกิจออก เพื่อให้ครอบคลุมถึงทุกกรณี

มีข้อสังเกตว่า การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังข้อความข้างต้น จะทำให้การตีความ กฎหมายในกรณีของการแสดงสินค้าเพื่อขายและมีการติดราคาไว้ มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ไม่ ต้องเกิดปัญหาในการตีความว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวมีผลทางกฎหมายอย่างไร แต่เพื่อ ป้องกันข้อบกพร่องของแนวความเห็นที่ถือว่าการแสดงสินค้าเพื่อขายเป็นคำเสนอ ในประเด็นที่ว่า ผู้ขายอาจต้องรับผิดชอบผิดฐานผิดสัญญากรณีมีการทำคำสนองมากกว่าปริมาณสินค้า จึงให้ถือว่า คำ เสนอของการแสดงสินค้าโดยระบุราคาไว้ นั้น เป็นคำเสนอขายตามจำนวนสินค้าที่ผู้ขายมีอยู่ เท่านั้น ซึ่งจำนวนสินค้าที่ผู้ขายมีอยู่นี้ รวมถึงสินค้าที่อยู่ในสต็อกด้วย ไม่ได้หมายถึงสินค้าที่แสดง เป็นตัวอย่างเพียงอย่างเดียว

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการซื้อขายสินค้าบางอย่าง มีปกติประเพณีทางการค้าที่ไม่ จำเป็นต้องมีการติดราคา เช่นในร้านค้าขนาดเล็ก หรือแผงขายสินค้า แต่ผู้ขายก็ประสงค์จะขาย

สินค้าเช่นกัน จึงได้เสนอให้มีบทบัญญัติในวรรคสองว่าการแสดงขายสินค้านั้นก็ถือเป็นคำเสนอเช่นกัน แม้ไม่มีการติดราคาก็ตาม โดยถือเป็นข้อยกเว้นตามปกติประเพณีทางการค้า

### 2.2.3 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคำมั่นจะทำสัญญา<sup>3</sup>

เนื่องด้วยคำมั่นจะทำสัญญานั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับคำเสนออย่างมากและตามกฎหมายไทยมิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะของคำมั่น จึงทำให้เกิดความสับสนในการใช้การตีความกฎหมาย ทั้งในประเด็นว่า คำมั่นจะทำสัญญาอื่น ๆ ที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ มีได้หรือไม่ และในประเด็นว่า คำมั่นมีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร และโดยที่คำมั่นในตัวเอง ก็ถือเป็นคำเสนออย่างหนึ่ง ทำให้เกิดปัญหาว่า จะสามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยคำเสนอมาใช้กับคำมั่นได้มากน้อยเพียงใด รวมถึงประเด็นปัญหาในเรื่องของคำมั่นที่ไม่บ่งเวลาไว้ ที่จะผูกพันผู้ให้คำมั่นไปตลอด ซึ่งก็มีปัญหาว่าการตีความเช่นนั้นจะเป็นธรรมต่อคู่กรณีหรือขอด้วยหลักกฎหมายหรือไม่ ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่น ใน 2 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ

#### 2.2.3.1 แนวทางที่ 1 เสนอให้ยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคำมั่นจะทำสัญญา

เนื่องจากหากพิจารณาข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติแล้ว พบว่าการแยกว่าการแสดงเจตนาแบบใดถือเป็นกรให้คำมั่น และการแสดงเจตนาแบบใดถือเป็นคำเสนอนั้น ทำได้ยากอย่างยิ่งและบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นนั้น ขาดความแน่นอนชัดเจน และทำให้เกิดความสับสนแก่ผู้ใช้กฎหมาย และไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เช่น คำมั่นว่าจะซื้อหรือจะขายตามมาตรา 454 ซึ่งมาตรา 456 วรรคสองก็ได้บัญญัติว่า คำมั่นว่าจะซื้อหรือจะขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนั้น หากจะบังคับได้จะต้องมีการวางประจำ มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ หรือมีการชำระหนี้บางส่วน ซึ่งโดยหลักแล้ว คำมั่นนั้นมิใช่สัญญา จึงเป็นไปได้ยากที่ทางปฏิบัติ ระหว่างคู่สัญญาจะมีการวางประจำหรือชำระหนี้บางส่วน (แม้อาจมีความเป็นไปได้ที่คู่สัญญาจะทำหลักฐานเป็นหนังสือ) เพราะโดยปกติแล้ว คู่สัญญาย่อมจะวางประจำ หรือชำระหนี้บางส่วนเฉพาะมีกรณีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เช่นกรณีของสัญญาจะซื้อจะขาย

ผู้เขียนจึงเสนอให้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นจะทำสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ หากยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นจะทำสัญญา ก็มิได้กระทบกับหลักกฎหมายว่าด้วยกระบวนการในการเกิดขึ้นของสัญญาแต่อย่างใด เพราะสามารถพิจารณาจาก

<sup>3</sup> การเสนอแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นในที่นี้ เสนอแก้ไขเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับคำมั่นจะทำสัญญา ไม่รวมถึงคำมั่นในการโฆษณาว่าจะให้รางวัล ซึ่งมีลักษณะบางประการแตกต่างกับคำมั่นจะทำสัญญา

หลักคำเสนอ คำสนองได้ ทั้งนี้ หากกรณีใดที่ศาลเห็นว่า ผู้เสนอ มีเจตนาประสงค์จะผูกพันตามคำเสนอนั้นเป็นอย่างยิ่ง ก็อาจตีความคำว่า “เวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอง” ได้อยู่แล้ว เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวเป็นบทกฎหมายยุติธรรม<sup>4</sup> ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้อย่างแน่ชัด ในการใช้หรือการตีความ จำต้องใช้ดุลยพินิจประกอบโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีอยู่แล้ว นอกจากนี้ หากยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นจะทำสัญญา ก็จะทำให้ปัญหาความไม่แน่นอนชัดเจนของคำมั่นจะทำสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หมดไป

ทั้งนี้ เมื่อเสนอให้ตัดบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นจะทำสัญญาออกไปแล้ว ก็จำเป็นต้องแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่เกี่ยวข้องกับคำมั่นจะทำสัญญาทั้งหมด ซึ่งมี 5 มาตรา ได้แก่ คำมั่นจะซื้อจะขาย ตามมาตรา 454 และมาตรา 456 คำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สิน ตามมาตรา 526 คำมั่นว่าจะขายในสัญญาเช่าซื้อ ตามมาตรา 572 และคำมั่นจะให้สินจ้าง ตามมาตรา 576 ทั้งนี้ ในกรณีของมาตรา 454 ก็ได้เสนอให้ยกเลิกทั้งมาตรา และกรณีของมาตรา 456 ก็ได้เสนอให้ตัดคำว่า “คำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สินเช่นว่านั้นก็ดี” ทิ้ง คงเหลือไว้แต่เรื่องสัญญาจะซื้อจะขาย

ส่วนในกรณีของมาตรา 526 มาตรา 572 และ 576 นั้น ไม่สามารถยกเลิกทั้งมาตรา หรือตัดคำว่า “คำมั่น” ออกไปเพียงอย่างเดียวได้ เพราะจะกระทบต่อความหมายของบทบัญญัติในมาตราเหล่านั้น ผู้เขียนจึงได้เสนอให้ในสามกรณีดังกล่าว มีการแก้ไขดังนี้

(1) กรณีของมาตรา 526 และ 576 เสนอให้เปลี่ยนถ้อยคำจาก “คำมั่น” มาเป็น “คำเสนอ” เพราะเมื่อมีการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นแล้ว ตามหลักทั่วไป การเกิดสัญญาก็ต้องพิจารณาจากคำเสนอคำสนอง ผู้เขียนจึงเสนอ ให้ใช้คำว่า “คำเสนอ” แทนคำว่า “คำมั่น” ในสองมาตราดังกล่าว

(2) กรณีของสัญญาเช่าซื้อ ในมาตรา 572 เนื่องจากหากใช้คำว่า “คำเสนอ” แทนคำว่า “คำมั่น” ในบทบัญญัติมาตราดังกล่าว จะทำให้ความมุ่งหมายของสัญญาเช่าซื้อเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากสัญญาเช่าซื้อนั้นเป็นสัญญาเช่าซึ่งมีลักษณะพิเศษซึ่งผู้ขายประสงค์จะขายทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้เช่าอย่างแน่นอนหากมีการชำระเงินค่าเช่าครบ ซึ่งหากใช้คำว่า “คำเสนอ” ก็อาจเกิดปัญหาเนื่องจากโดยหลักแล้ว คำเสนอนั้น จะต้องมีการสนองรับอีกครั้งหนึ่งจึงจะทำให้เกิดเป็นสัญญาได้ ในขณะที่สัญญาเช่าซื้อ จะมีการทำสัญญาเพียงครั้งเดียวในครั้งแรก และเมื่อผู้เช่าซื้อชำระค่าเช่า

<sup>4</sup> สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 128-132.

ซื้อครบ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็จะโอนไปยังผู้เช่าซื้อ โดยที่ผู้เช่าซื้อไม่ต้องทำค้ำนองอีก จึงได้เสนอให้แก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวว่า “อันว่าเช่าซื้อนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่า และตกลงว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านี้คร่าว”

มีข้อสังเกตว่า การเสนอให้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยค้ำนองจะทำสัญญาจะช่วยแก้ปัญหาความสับสนของการใช้การตีความในเรื่องค้ำนองจะทำสัญญา อย่างไรก็ตาม การยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยค้ำนองจะทำสัญญา ก็มิได้กระทบถึงเสรีภาพในการทำสัญญาแต่อย่างใด เนื่องจากโดยหลักอิสระในการแสดงเจตนาคู่สัญญาย่อมสามารถกำหนดเจตนาของตนอย่างใดก็ได้ ดังนั้น แม้จะยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับค้ำนองจะทำสัญญาแล้ว บุคคลก็อาจกำหนดให้การแสดงเจตนาของตนเป็นค้ำนองได้ ซึ่งหากมีการกำหนดเช่นนั้นก็เป็นหน้าที่ที่ศาลต้องตีความว่า ค้ำนองจะผูกพันผู้ให้ค้ำนองนานเท่าใด ซึ่งโดยหลักก็จะผูกพันนานกว่าการให้ค้ำนอง แต่ก็จะไม่ผูกพันตลอดไปดังเช่นที่ศาลเคยตัดสินในอดีต

#### 2.2.3.2 แนวทางที่ 2 เสนอให้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับค้ำนองจะซื้อจะขาย

หากไม่แก้ไขโดยการยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับค้ำนองจะทำสัญญาตามแนวทางที่ 1 ผู้เขียนเห็นว่า ก็ควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับค้ำนองจะซื้อจะขาย เนื่องจากตามหลักกฎหมายปัจจุบัน ค้ำนองจะซื้อจะขายที่ไม่บ่งเวลาจะผูกพันผู้ให้ค้ำนองไปตลอด แม้เวลาผ่านไปนานเกินสิบปี แต่ค้ำนองที่ไม่บ่งเวลาจะสิ้นสุดไปเมื่อพ้นเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับค้ำนอง ซึ่งในทางปฏิบัติการแบ่งแยกระหว่างค้ำนองและค้ำนองจะซื้อจะขายก็ทำได้ยาก แต่ผลทางกฎหมายของค้ำนองและค้ำนองที่ไม่บ่งเวลานั้นแตกต่างกันอย่างมาก จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้ค้ำนอง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นให้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับผลของค้ำนองว่าจะซื้อจะขายในมาตรา 454 เพิ่มเติมในวรรคท้ายมีความว่า “หากไม่ปรากฏกรณีตามวรรคสอง ให้ค้ำนองสิ้นสุดเมื่อระยะเวลาผ่านไปเป็นเวลาอันสมควร” โดยการตีความคำว่า “เวลาอันสมควร” ในเรื่องค้ำนองนี้จะต้องตีความตามเจตนาของผู้ให้ค้ำนอง กล่าวคือ ผู้ให้ค้ำนองมีเจตนาที่ต้องการจะผูกพันในค้ำนองจะซื้อหรือจะขายของตนยิ่งกว่าเจตนาเสนอซื้อหรือเสนอขาย ซึ่งการแก้ไขตามแนวทางนี้ ก็จะมีข้อดีคือ ทำให้การตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับผลของค้ำนองจะซื้อหรือจะขายมีความชัดเจนและเป็นธรรมมากขึ้น อย่างไรก็ตาม การแก้ไขกฎหมายตามแนวทางนี้ ก็จะมีข้อเสียคือ ไม่สามารถแก้ไขปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของค้ำนองจะทำสัญญาทั้งระบบได้ และการแบ่งแยกระหว่างค้ำนองและค้ำนองในทางปฏิบัติก็จะยังไม่มีความแน่นอนชัดเจนเช่นเดิม

## 2.2.4 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาขายทอดตลาด

เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความมาตรา 509 ว่า คำว่าบริบูรณ์ของสัญญาขายทอดตลาดหมายความว่าอย่างไร และการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษยังต้องทำตามบทบัญญัติของมาตรา 456 หรือไม่ จึงเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 509 วรรคสอง และวรรคสาม ความว่า

“ความสมบูรณ์ของการขายทอดตลาดตามวรรคแรก ไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 456

ความสมบูรณ์ของการขายทอดตลาดสำหรับทรัพย์ระบุไว้ในมาตรา 456 วรรคแรก หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จะใช้ยื่นบุคคลภายนอกมิได้”

โดยการแก้ไขกฎหมายเช่นนี้ก็จะทำให้การตีความคำว่า “บริบูรณ์” ของสัญญาขายทอดตลาดตามมาตรา 509 มีความชัดเจนมากขึ้น กล่าวคือ หมายถึงความบริบูรณ์ดังกล่าว ทำให้สัญญาขายทอดตลาดมีความสมบูรณ์ตามหลักของสัญญาซื้อขายแล้ว ซึ่งกรณีของการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ก็ไม่ต้องทำตามแบบที่บัญญัติไว้ในมาตรา 456 วรรคแรก หรือกรณีของสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาสูงกว่าสองหมื่นบาทขึ้นไป ก็ไม่ต้องมีการวางประจำชำระหนี้บางส่วน หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบก็ได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกรณีของอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนั้น เป็นทรัพย์ทางทะเบียน ดังนั้น แม้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ดังกล่าวจะโอนไปยังผู้ซื้อแล้ว แต่หากไม่มีการแก้ไขทางทะเบียน บุคคลภายนอกก็ย่อมไม่ทราบว่าทรัพย์ดังกล่าวโอนไปยังผู้ใด ดังนั้น จึงควรมีบทบัญญัติในวรรคท้ายซึ่งเป็นข้อยกเว้นว่า การซื้อทรัพย์จากการขายทอดตลาด แม้จะไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 456 แต่กรณีของอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษจะยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ก็ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนแล้ว เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอก