

ผลของคำเสนอ – สนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ

กิตติศักดิ์ ปรกติ*

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ (UN – Convention on the international Sale of Goods) ซึ่งมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2531 เป็นอนุสัญญาที่ได้ชื่อว่า สามารถประสานหลักกฎหมายที่แตกต่างกันในระบบกฎหมายต่าง ๆ ให้เข้ากันได้ดีที่สุดในยุคสมัยประวัติศาสตร์¹ อนุสัญญานี้ได้วางหลักเกี่ยวกับความมีผลผูกพันของคำเสนอ – สนองไว้ในมาตรา 16 ของอนุสัญญาในทำนองว่า

คำเสนอที่อาจถอนเสียได้เสมอ ตราบเท่าที่ผู้รับคำเสนอยังไม่ได้ส่งคำสนองกลับมายังผู้ทำคำเสนอ แต่หากคำเสนอนั้นเป็นคำเสนอที่บ่งไว้โดยแจ้งชัด หรือโดยพฤติการณ์อื่นใดว่าจะถอนเสียมิได้ ดังนี้ผู้ทำคำเสนอจะถอนคำเสนอนั้นมิได้ เช่นเป็นคำเสนอที่ระบุระยะเวลาให้ทำคำสนองเอาไว้ หรือเป็นคำเสนอที่ผู้รับคำเสนอมีความเชื่อได้ว่าเป็นคำเสนอที่ไม่อาจถอนเสียได้จนเป็นเหตุให้ผู้รับคำเสนอเช่นนั้นได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินไปเพื่อประโยชน์ในการเข้าทำคำสนองแล้ว

หลักข้างต้นเป็นหลักกฎหมายลูกผสมระหว่างหลักคอมมอนลอว์ และหลักซีวิลลอว์ สำหรับนักกฎหมายไทยที่คุ้นกับหลักในมาตรา 355 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่า “คำเสนอต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทางนั้น หากมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ จะบอกถอนเสียก่อนเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนองมิได้” แม้จะรู้สึกแปลกอยู่บ้าง แต่ก็ยังไม่รู้สึกตะขิดตะขวงใจที่จะใช้หลักกฎหมายข้างต้น เพราะดูเหมือนว่าหลักดังกล่าวจะให้ผลไม่ต่างจากหลักกฎหมายไทยเท่าใดนัก

อย่างไรก็ดี โดยที่หลักดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักที่มีที่มาจาก การผสมหลักกฎหมายในระบบกฎหมายที่ต่างกันเข้าด้วยกัน การจะปรับใช้หลักข้อนี้จึงต้องทำความเข้าใจหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังของหลักเกณฑ์ข้อนี้

* น.บ. , น.ม., M. jur. comp., Dr. jur. (summa cum laude-Bonn), อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ โปรดดู กิตติศักดิ์ ปรกติ “อนุสัญญาว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ” ใน วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2530 หน้า 91 - 110

ให้อ่องแพ้เสียก่อน บทความนี้จะพยายามแจกแจงให้ผู้อ่านเห็นถึงพื้นฐานของหลักกฎหมายข้อนี้ในแง่กฎหมายเปรียบเทียบต่อไป²

1. ปัญหาเบื้องต้นว่าด้วยการเกิดขึ้นของสัญญา

ในกฎหมายทุกระบบ เป็นที่ยอมรับตรงกันว่า สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีที่ทำสัญญาได้ทำคำเสนอ – สอนต้องตรงกัน คือต่างมีเจตนาต้องตรงกันในอันที่จะผูกพันกันตามคำเสนอและคำสนองของที่แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไว้แก่กันนั่นเอง เป็นที่เข้าใจกันว่า สัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่าย กล่าวคือ เป็นนิติกรรมที่มีคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปแสดงเจตนาผูกพันกันและกัน สัญญาต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวตรงที่ นิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลคนเดียว และสัญญาก็มิใช่นิติกรรมฝ่ายเดียว 2 นิติกรรมรวมกัน สัญญาเป็นอะไรที่ยิ่งกว่านั้น ก็เป็นนิติกรรมสองฝ่ายนิติกรรมเดียว เมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำคำเสนอและคำสนอง³ แก่กันนั้น กรณีจะเกิดสัญญาขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ ต่างฝ่ายต่างประสงค์จะผูกพันกันด้วยเจตนาต้องตรงกันในนิติกรรมเดียวกัน ในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ที่รับกันอยู่ว่า ตัวการที่แท้จริงที่ก่อให้เกิดสัญญานั้น ไม่ใช่การที่ต่างฝ่ายต่างทำนิติกรรมฝ่ายเดียวให้ไว้แก่กัน แต่ที่เกิดสัญญาขึ้นก็เพราะคู่สัญญามีเจตนาต้องตรงกันที่จะผูกพันกันในนิติกรรมเดียวกันนั่นเอง

นอกจากคำถามว่า สัญญาเกิดขึ้นอย่างไรแล้ว ประเด็นสำคัญอีกข้อหนึ่งก็คือ ปัญหาว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นเมื่อไร ได้กล่าวแล้วว่า สัญญาเกิดขึ้นเพราะคู่กรณีมีเจตนาต้องตรงกันในอันที่จะผูกพันตนตามคำเสนอและคำสนอง ดังนั้นในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างอยู่ต่อหน้ากัน ในสถานที่เดียวกัน สามารถทำความเข้าใจตกลงกันได้ทันที หรือแม้อยู่ห่างไกลกัน หากสามารถทำความเข้าใจตกลงกันได้ทันที เช่น ติดต่อกันโดยทางโทรศัพท์ ดังนั้นเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดก็ไม่ใช่อปัญหา เพราะระบบกฎหมายทั้งหลายต่างก็รับกันเป็นเสียงเดียวว่าในกรณีที่คู่กรณีอาจติดต่อทำความเข้าใจตกลงกันได้ทันที ถ้าตกลงกันได้สัญญาก็เกิดขึ้นทันที ถ้าไม่ได้ตกลงกัน สัญญาก็ไม่เกิด ถ้าฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอแนะอีกฝ่ายหนึ่งไม่สนองรับทันที คำเสนอนั้นเป็นอันสิ้นผลไป เมื่อไม่มีคำเสนออีกต่อไป ดังนั้นสัญญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

² บทความนี้ ปรับปรุงขึ้นจากคำบรรยายส่วนหนึ่งของผู้เขียนในวิชา ทฤษฎีและหลักกฎหมายแพ่ง คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ภาค 1/2536 เนื้อหาส่วนใหญ่ในบทความนี้ เรียบเรียงขึ้นโดยอาศัยบทความเรื่อง Offerte und Annahme จากตำรากฎหมายเปรียบเทียบของ Zweigert/Kotz, Einführung in die Rechtsvergleichung II (1984), S 3, S. 41 – 53.

³ ควรเข้าใจว่า คำเสนอนั้นเป็นเพียงการแสดงเจตนา มิใช่นิติกรรม เพราะการทำคำเสนอไม่ได้ก่อให้เกิด โอนไป หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิ การเกิด โอนไป หรือ เปลี่ยนแปลงสิทธิจะเกิดขึ้นเมื่อได้รวมกับคำสนอง เกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว ดังนั้นคำเสนอจึงมีฐานะเป็นแต่เพียงการแสดงเจตนาที่เป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรม (ในที่นี้คือ สัญญา) เท่านั้นโปรดดู Lange, BGB Allgemeiner Teil, 1974, S 36. IV. 3.

ปัญหาสัญญาเกิดเมื่อใดนี้ จะเกิดเป็นปัญหาขึ้นในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายห่างจากกันโดยระยะทางได้แก่ กรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมิได้อยู่ต่อหน้ากัน ไม่สามารถติดต่อทำความเข้าใจกันได้ทันที จำเป็นต้องอาศัยสื่อแสดงเจตนาที่ต้องใช้เวลาเดินทางกว่าจะไปถึงกัน เช่นจดหมาย หรือสื่ออย่างอื่นที่ต้องกินเวลาในการสื่อสารทำนองเดียวกับจดหมาย ในกรณีเช่นนี้เมื่อมีการส่งคำเสนอไปยังผู้รับ กว่าผู้รับคำเสนอจะได้รับและทำคำสนองส่งกลับมาได้ก็ต้องกินเวลาอีกช่วงระยะหนึ่ง ดังนั้นจึงเป็นที่รับกันว่าเมื่อได้ทำคำเสนอแล้ว คำเสนอนั้นย่อมไม่สิ้นผลไปทันที แต่จะยังมีผลต่อไปอีกระยะหนึ่ง พอสมควรแก่การที่อีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาทำคำสนองต่อคำเสนอนั้นให้เกิดเป็นสัญญาผูกพันทั้งสองฝ่ายต่อไป

ปัญหาที่คือ การแสดงเจตนาต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทางนี้ ในเมื่อยอมให้มีผลต่อไปอีกระยะหนึ่งแล้ว จะยอมให้มีผลต่อไปอีกนานเพียงใด เรียกได้ว่าเป็น “ปัญหาว่าด้วยผลผูกพันของคำเสนอว่ามีผลผูกพันผู้เสนอไปนานเพียงใด” นั่นเอง

ในปัญหานี้ นับว่าระบบกฎหมายสแกนดิเนเวียมีหลักที่แปลกกว่าระบบอื่น คือยอมรับทฤษฎีที่เรียกว่า Loeftte – Theory ในขณะที่ระบบกฎหมายต่าง ๆ ถือว่าหนึ่งตามสัญญานั้นย่อมเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาผูกพันกันต้องตรงกันทั้งสองฝ่ายแล้ว คือเกิดสัญญาขึ้นแล้วเท่านั้น ปรากฏว่าตาม Loeftte – Theory นี้ถือว่า เมื่อได้แสดงเจตนาไปแล้ว ผู้แสดงเจตนา นั้นย่อมผูกพันต่ออีกฝ่ายหนึ่งตามเจตนาของตัวเองทันที ตามทฤษฎีนี้ ผู้ขายย่อมมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายแก่ผู้ซื้อ ไม่ใช่เพราะมูลสัญญา แต่เป็นเพราะมูลแห่งการแสดงเจตนาขายทรัพย์สินของตน และทำนองเดียวกัน ผู้ซื้อย่อมมีหน้าที่ชำระราคาเพราะได้แสดงเจตนาไว้เช่นกัน กล่าวคือต่างฝ่ายต่างผูกพันตามเจตนาฝ่ายของตน มิใช่ผูกพันเพราะมีเจตนาผูกพันต้องตรงกัน อย่างไรก็ตาม ไรก็ดี ความผูกพันตามเจตนาของตนฝ่ายเดียวตามทฤษฎีนี้ เป็นความผูกพันที่มี “เงื่อนไขบังคับหลัง” กล่าวคือ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งไม่เข้าผูกพันด้วยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในทำนองเดียวกัน ความผูกพันของฝ่ายแรกก็ย่อมระงับสิ้นลง ทฤษฎีนี้มีข้อดีข้อหนึ่ง คือใช้อธิบายได้ว่า เมื่อทำคำเสนอ คำเสนอย่อมมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอทันที และเมื่อมีการสนองรับคำเสนอนั้นภายในเวลาอันควร ทฤษฎีนี้ก็ถือว่าคำสนองย่อมมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำเสนอไปถึงผู้รับด้วย

ต่อปัญหาความมีผลของคำเสนอนี้ นอกจากระบบสแกนดิเนเวียซึ่งเป็นระบบที่แปลกไปจากระบบอื่น ๆ แล้ว ในระบบกฎหมายต่าง ๆ มีหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ทำนองเดียวกัน ซึ่งพอจะแยกออกได้เป็น 3 ระบบใหญ่ ๆ ด้วยกัน⁴ คือ

⁴ ตำรากฎหมายเปรียบเทียบฉบับสำคัญในหัวข้อปัญหาเรื่อง คำเสนอ – คำสนองนี้ เห็นจะได้แก่หนังสือของ Schlesinger & others, Formation of Contracts, A Study of the Common core of Legal Systems, 2 Vol. (1968) ซึ่งมีนักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นนำ 9 ท่านมารวมกันเขียน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำเสนอ – คำสนองนั้นมีกรายกปัญหาสำคัญ ๆ กว่า 20 ปัญหามาพิจารณา โดยผู้เขียนได้นำผลการศึกษาวិธีแก้ปัญหาเหล่านี้ในแต่ละประเทศมาวิเคราะห์แยกแยะ แล้วจัดทำเป็นรายงานส่วนกลางนำเสนอต่อผู้อ่านว่ามีประเด็นใดที่ระบบกฎหมายต่าง ๆ มีวิธีแก้เหมือนกันและประเด็นใดที่ต่างกัน นอกจากนี้ยังมีบทความสำคัญที่กล่าวถึงวิธีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายทำนองนี้อีกคือ Schlesinger, The Common Core of

1. ระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน ซึ่งเป็นระบบที่คำเสนอมีผลผูกพันน้อยที่สุด
2. ระบบกฎหมายตระกูลเยอรมัน เป็นระบบที่คำเสนอ มีผลผูกพันแน่นแฟ้นที่สุด
3. ระบบกฎหมายตระกูลโรมานิก คำเสนอ มีผลผูกพันปานกลาง

2. ผลของคำเสนอในระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน

ในระบบกฎหมายแองโกลแซกซอนนั้น ในกรณีมีกำหนดเวลาให้ทำคำสนอง คำเสนอย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่พ้นเวลาที่กำหนด ส่วนในกรณีไม่มีกำหนดเวลา คำเสนอย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีพฤติการณ์ใดมาเป็นเหตุให้คำเสนอสิ้นผลไป อย่างไรก็ตาม คำเสนอนี้อาจสิ้นผลไปทันทีที่ผู้เสนอบอกถอนคำเสนอนั้น และลักษณะพิเศษของคำเสนอในกฎหมายแองโกลแซกซอนก็คือ ผู้เสนอมีสิทธิถอนคำเสนอได้ทุกเมื่อ ตราบเท่าที่ยังไม่มีการสนองรับคำเสนอนั้น ด้วยเหตุนี้เราจึงกล่าวว่าคำเสนอในระบบแองโกลแซกซอนมีผลผูกพันอ่อนมาก

เหตุผลสำคัญที่ระบบแองโกลแซกซอนถือว่า คำเสนออาจถูกบอกถอนได้เสมอนี้เป็นผลมาจากคำสอนเรื่อง consideration ซึ่งเป็นหลักสำคัญของกฎหมายอังกฤษมาแต่โบราณ ตามหลักคอมมอนลอว์นั้น ความผูกพันทางหนึ่งจะเกิดขึ้น ก็ต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ให้ consideration หรือที่ไทยเราเคยเรียกว่า “สินจ้าง” เป็นการตอบแทนแก่ผู้ให้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ซึ่งอาจได้แก่การให้สิ่งตอบแทน หรือให้คำมั่นสัญญาตกลงผูกพัน หรือได้มีการทำตราสาร (under seal) ให้ไว้แก่กันแล้ว แต่โดยที่การทำคำเสนอนั้นมักทำกันโดยมิได้มีการรับสิ่งตอบแทนในทันที และมักมิได้ทำกันเป็นตราสาร ดังนั้นในระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันจึงถือหลักว่า เมื่อยังไม่มีการสนอง ผู้ทำคำเสนอก็ไม่ต้องผูกพันตามคำเสนอนั้น

ในกรณีที่มีการทำคำเสนอ แล้วผู้รับคำเสนอมิได้ตกลงกับผู้ทำคำเสนอให้ผูกพันตามคำเสนอนั้น ด้วยการให้คำตอบแทนอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ผู้เสนอ เพื่อให้คำเสนอนั้นมีผลผูกพันในรูปของสัญญาให้คำมั่น (option contract) ผู้รับคำเสนอก็จะอยู่ในฐานะที่ขาดความแน่นอนอย่างยิ่ง เพราะในเมื่อยังไม่มีการสนองรับคำเสนอ ผู้ทำคำเสนออาจจะบอกถอนคำเสนอเสียเมื่อใดก็ได้ กรณีจะเป็นปัญหาอย่างยิ่งถ้าผู้รับคำเสนอวางใจเชื่อถือในผลแห่งคำเสนอนั้นว่ายังมีผลต่อไป แล้วไปจัดการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน หรือไปเข้าผูกพันตนกับผู้อื่น ในระหว่างนั้น ในกฎหมายอเมริกัน ปรากฏว่ามีคดีหลายคดีที่ศาลอเมริกันพยายามหลีกเลี่ยงการเดินตามหลัก consideration อย่างเคร่งครัด แล้วตัดสินว่าในกรณีทำนองนี้ ผู้เสนอจะถอนคำเสนอเสียมิได้ ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้ประกอบการรับเหมาก่อสร้างเข้าแข่งประมูลราคาค่าก่อสร้าง และได้เสนอราคาค่าก่อสร้างโดยอาศัยฐานราคาที่ได้รับเหมาช่วงของตนได้เสนอไว้เป็นเกณฑ์ หากผู้รับเหมารายนี้ชนะการประมูลแล้ว เกิดผู้รับเหมาช่วงของผู้รับเหมารายนี้บอกถอนคำเสนอราคาที่เขาให้ไว้ขึ้นมา ผู้รับเหมาผู้ชนะการประมูลก็จะได้รับความเสียหายอย่าง

ยิ่ง ในคดีทำนองนี้ ปรากฏว่าศาลมักจะเดินตามแนวที่ถือว่า คำเสนอจะถอนเสียมิได้ โดยอ้างเหตุผลต่าง ๆ กันทำนองว่า ในกรณีเช่นนี้ ผู้รับเหมาช่วงเองได้ทำคำเสนอโดยรู้ หรือประสงค์ให้ผู้รับเหมาเข้าแข่งประมูล ราคา⁵ ในปัจจุบันมีกฎหมาย **The Restatement Contracts 2d (1981)** รับรองหลักที่พัฒนามาตามคำพิพากษาของศาลไว้ในมาตรา 87 วรรค 2 ว่า ถ้าผู้เสนอได้ทำคำเสนอโดยรู้หรือควรได้รู้ว่าผู้รับคำเสนอจะจัดการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดไปด้วยความเชื่อถือในคำเสนอนั้น และหากต่อมาเกิดการจัดการเช่นนั้นจริง และการเช่นนั้นไม่ใช่เรื่องเล็กน้อยดังนี้ ผู้เสนอจะบอกถอนคำเสนอเสียมิได้ อย่างไรก็ตามการถือว่าการเสนอของผูกพันนี้ ต้องอยู่ในขอบเขตเฉพาะเท่าที่จำเป็น เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดความยุติธรรม (to the extent necessary to avoid injustice) เท่านั้น The Uniform Commercial Code (UCC) ซึ่งมีผลใช้บังคับแก่มลรัฐต่าง ๆ ในอเมริกา ยกเว้นมลรัฐลูเซียนา ได้นำหลักทำนองนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 – 205 ว่า ในกรณีการซื้อขายระหว่างพ่อค้านั้น คำเสนอที่เป็นลายลักษณ์อักษรย่อมมีผลผูกพันผู้เสนอตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ หรือในกรณีไม่มีกำหนดเวลาก็ให้มีผลผูกพันเป็นเวลาพอสมควรแต่ทั้งนี้ไม่เกิน 3 เดือน ส่วนในประเทศไทย คณะกรรมการชำระสะสางตามกฎหมายของอังกฤษได้เคยเสนอไว้ตั้งแต่ปี 1937 ให้ยอมรับหลักกฎหมายที่ควรจะเป็น (lege ferenda) ว่าคำเสนอที่มีกำหนดระยะเวลาหรือมีกำหนดให้ทำคำเสนอได้จนกว่าจะมีเหตุการณ์อย่างใดเกิดขึ้นนั้น ไม่ควรจะใช้บังคับไม่ได้เพียงเพราะเหตุไม่มี consideration อย่างไรก็ตามข้อเสนอนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับในอังกฤษ

กรณีข้างต้นนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติรับรองให้คำเสนอมีผลผูกพันผู้เสนอ ซึ่งถือว่าเป็นกรณียกเว้น ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะ **ความมีผลผูกพันของคำเสนอย่อมเป็นไปตามหลัก Common Law** กล่าวคือ ถ้าผู้รับคำเสนอยังไม่ทำคำเสนอ ผู้เสนอย่อมบอกถอนคำเสนอได้เสมอ อย่างไรก็ตามในกฎหมายอังกฤษมีหลัก Mailbox Theory มาตัดทอนผลของหลักบอกถอนคำเสนอได้เสมอนี้ไว้ไม่ให้รุนแรงเกินไป

ตามหลัก **Mailbox Theory** ของอังกฤษ สัญญาจะเกิดขึ้นทันทีที่ผู้รับคำเสนอได้ส่งคำสนองไปทางไปรษณีย์ ไม่ว่าจะโดยวิธีห่อซองคำสนองลงตู้ไปรษณีย์ หรือโดยส่งมอบคำสนองให้แก่การไปรษณีย์แล้วด้วยวิธีอื่นใด โดยเหตุนี้สัญญาจึงเกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนเวลาที่คำสนองไปถึงมือผู้ทำคำเสนอ หลักข้อนี้เป็นหลักที่ศาลอังกฤษได้วางเป็นแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1818⁶

ในการอธิบายหลัก Mailbox Theory นี้ได้มีการอ้างเหตุผลต่าง ๆ มาอธิบายหลายแบบ แรกเริ่มเดิมทีเดิยวนั้น ได้มีการอธิบายว่า ตามปกติผู้ทำคำเสนอย่อมตั้งไปรษณีย์เป็นตัวแทนโดยปริยายในการส่งคำเสนอ ดังนั้นเมื่อผู้รับคำเสนอทำคำสนองทางไปรษณีย์ ก็ต้องถือเสมือนว่าคำสนองนั้นได้ส่งถึงมือผู้ทำคำเสนอแล้วโดยตรง อย่างไรก็ตาม โดยที่คำอธิบายเช่นนี้ยากที่จะสอดคล้องกับเจตนาของคู่กรณีตามความเป็นจริง ดัง

⁵ โปรดดูคดี Northwestern Engineering Co. v. Ellermann, 69 S.D. 397, 10 N.W. 2d 879 (1943); Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958) และโปรดดู Colum. L. Rev. 59 (1959) 355, แต่ขอให้อ่าน James Baird Co. v. Gimble Bros., Inc., 64 F. 2d 344 (2d Cir., 1933) และ Va. L. Rev. 20 (1933/34) 214 ประกอบด้วย

⁶ ในคดี Adams v. Lindsell, B. & Ald. 681, 106 Eng. Rep. 250.

นั้นจึงนับว่ารับฟังได้ยาก เหตุผลที่แท้จริงน่าจะเป็นผลมาจากความต้องการทางเศรษฐกิจที่จะจำกัดโอกาสของผู้ทำข้อเสนอในการใช้สิทธิถอนคำเสนอให้มีน้อยที่สุดนั่นเอง ตามหลัก Mailbox Theory นี้ เมื่อผู้รับคำเสนอได้ส่งคำสนองไปทางไปรษณีย์แล้ว สัญญาก็เกิดขึ้น โดยไม่คำนึงถึงว่าคำสนองจะไปถึงผู้ทำคำเสนอแล้วหรือไม่ ดังนั้น นับแต่ได้ส่งคำสนองไปทางไปรษณีย์ ผู้ทำคำเสนอก็ไม่อาจบอกถอนคำเสนอได้อีกต่อไป กล่าวคือเป็นการช่วยลดความเสี่ยงของผู้รับคำเสนอในกรณีมีการบอกถอนคำเสนอตามใจชอบนั่นเอง

ปัญหาสำคัญของ Mailbox Theory ก็คือ ทฤษฎีนี้จะเข้ากับหลักที่ว่าสัญญาข่มผูกพันคู่กรณี เพราะต่างฝ่ายต่างมีเจตนาผูกพันต้องตรงกัน (consensual nature of contract) ได้ยาก ตามหลักของ Common Law นั้น การแสดงเจตนาอย่างอื่น (นอกจากคำสนอง) เช่น การส่งคำเสนอ การบอกถอนคำเสนอ การบอกเลิกสัญญา ฯลฯ ล้วนแต่มีผลเมื่อเจตนา “ไปถึง” ผู้รับทั้งสิ้น แต่สำหรับการเกิดขึ้นของสัญญานั้น โดยที่คำสนองมีผลตาม Mailbox Theory ดังนั้น คำสนองจึงมีผลเมื่อส่งคำสนองนั้นไปทางไปรษณีย์ ไม่ใช่เมื่อคำสนองนั้น “ไปถึง” ผู้รับสัญญาจึงอาจเกิดขึ้นได้ แม้ว่าคำสนองนั้นจะเดินทางไปไม่ถึงผู้รับเลยก็ตาม อาทิเช่น กรณีที่บุรุษไปรษณีย์นำคำสนองไปส่งผิดที่หรือทำคำสนองหายไป เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กรณีที่จดหมายไปไม่ถึงผู้รับนี้ ในทางปฏิบัติไม่เป็นปัญหาใหญ่อะไรนัก เพราะแม้กฎหมายอังกฤษจะถือว่าสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ทั้งๆ ที่คำสนองไปไม่ถึงผู้รับ แต่ในทางคดี ผู้ทำคำสนองก็มีภาระในการพิสูจน์ว่า ตนได้ส่งคำสนองไปทางไปรษณีย์แล้ว

นอกจากนี้ Mailbox Theory ยังมีจุดอ่อนตรงที่ จดหมายที่ส่งไปทางไปรษณีย์นั้น โดยทั่วไปย่อมจะเรียกคืนมายังผู้ส่งได้ และด้วยเหตุนี้เอง Court of Claims ของอเมริกัน (ซึ่งมีเขตอำนาจในคดีพิพาทที่รัฐตกเป็นจำเลย) จึงยกเหตุผลขึ้นอ้างเพื่อเลี่ยงหลัก Mailbox Theory⁷ อย่างไรก็ดี ความพยายามดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับ และได้รับการโต้แย้งจากแควดวงตำรา⁸ นอกจากนั้นใน Restatement Contracts 2d (1981) ก็ยังคงวางบทบัญญัติรับรองหลัก Mailbox ที่สืบทอดมาเอาไว้ต่อไป ตามกฎหมายนี้ คำสนองที่ได้ส่งไปยังผู้รับตามวิธีที่ผู้ทำคำสนองได้กำหนดไว้ ย่อมทำให้สัญญาสำเร็จลงในทันทีที่ผู้ทำคำสนองได้ส่งคำสนอนั้นไปยังผู้รับ (“an acceptance made in a manner and by a medium invited by an offer is operative....as soon as put out of the offeree’s possession, without regard to whether it ever reaches the offeror”)

3. ผลของคำเสนอในระบบกฎหมายโรมานิก

⁷ เช่นในคดี Dick v. United States, 82 F. Supp. 326 (Ct. Cl. 1949); Rhode Island Tool Co. v. United States, 128 F. Supp. 417 (Ct. Cl. 1955)

⁸ โปรดดู Cornell L.Q. 34 (1949) 632; Harv. L. Rev. 62 (1949) 1231 ; Yale L.J. 59 (1950) 374 ; Mich. L. Rev. 54 (1956) 557

ข้อเสนอในระบบกฎหมายตระกูลโรมานิก เช่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ในอิตาลี และสเปน มีผลผูกพันแน่นอนกว่าข้อเสนอในระบบกฎหมายเองโคลอมอเมริกัน ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักอยู่ว่า ข้อเสนออาจถูกเพิกถอนเสียได้ ทรานแท่ที่ผู้รับคำเสนอยังมีได้สนองรับคำเสนอนั้น อย่างไรก็ดี ศาลได้จำกัดผลของหลักนี้ให้แคบลง โดยวางหลักว่า ถ้าผู้เสนอได้ทำคำเสนอโดยกำหนดเวลาให้ทำคำสนอง แม้ผู้เสนอมีสหิทธิบอกถอนคำเสนอได้ก็ตาม แต่การบอกถอนคำเสนอก่อนพ้นกำหนดเวลาที่ได้กำหนดไว้ย่อมทำให้ผู้เสนอต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทน⁹ อนึ่ง ที่ว่าคำเสนอมีกำหนดเวลานี้ ยังรวมไปถึงกรณีที่มีได้มีการกำหนดเวลาไว้โดยชัดแจ้ง แต่มีปกติประเพณีทางการค้าหรือพฤติกรรมอย่างอื่น เป็นเหตุให้ควรคาดหมายได้ว่าคำเสนอนั้นเป็นคำเสนอที่อาจสนองรับได้ภายในกำหนดระยะเวลาพอสมควรด้วย ส่วนปัญหาว่า กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่มีการตกลงกำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนองโดยปริยายหรือไม่ และกำหนดเวลาดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นเพียงใด เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป¹⁰ ในกรณีเช่นนี้ หากมีการบอกถอนคำเสนอ ผู้รับคำเสนอย่อมไม่อาจทำคำสนองและสัญญาข้อมไม่อาจสำเร็จลงได้ แต่ผู้รับคำเสนอย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย อันเกิดจากการบอกถอนคำเสนอได้

ตัวอย่างเช่น กรณีที่เจ้าของบ้านและที่ดิน บอกขายบ้านและที่ดินของตัวเอง โดยกำหนดวันให้ผู้สนใจซื้อ มาดูบ้านในสัปดาห์ถัดมา ในกรณีเช่นนี้ย่อมถือได้ว่า มีการตกลงกันโดยปริยายว่าคำเสนอของผู้ขาย ข้อมมีผลผูกพัน อย่างน้อยนับแต่วันเสนอขายไปจนถึงวันที่กำหนดดูบ้านที่จะซื้อขายกัน ถ้าหากมีการบอกถอนคำเสนอ ก่อนกำหนดดังกล่าว ผู้ขายย่อมต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทน อนึ่ง ค่าเสียหายนั้น อาจมีลักษณะเป็นการชดเชยทรัพย์ โดยวิธีให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์ที่เสนอขายเป็นการชดเชยความเสียหายก็ได้¹¹

ปัญหาว่าอะไรเป็นมูลที่ทำให้ผู้ทำคำเสนอต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนในกรณีบอกถอนคำเสนอ เป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันมา ฝ่ายหนึ่ง¹² เห็นว่า ผู้เสนอต้องรับผิดชอบตามหลักละเมิดตามมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กล่าวคือการเพิกถอนคำเสนอเป็นการกระทำที่กฎหมายข้อมให้ทำได้ แต่การเพิกถอนเช่นนั้นในบางกรณีอาจเป็นการใช้สิทธิในทางที่ผิด ดังนั้น ผู้บอกถอนคำเสนอจึงต้องรับผิดชอบ ส่วนนักกฎหมายฝรั่งเศสอีกฝ่ายหนึ่ง¹³ มีความเห็นว่า ในการทำคำเสนอนั้น นอกจากข้อเสนอเข้าทำสัญญาในสัญญาหลักแล้ว ผู้ทำคำเสนอข้อมเสนอตนเข้าผูกพันในสัญญารองอีกฉบับหนึ่ง เข้าทำนอง สัญญาจะเข้าทำสัญญาดำเนินตามสัญญา ผู้ทำคำเสนอข้อมผูกพันตามคำเสนอมีกำหนดตามที่ตกลงกัน สัญญาจะเข้าทำสัญญาที่ข้อมเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้รับคำเสนอ และเป็นสัญญาที่ถือว่าเกิดขึ้นโดยฝ่ายผู้รับคำเสนอได้สนองรับโดยปริยาย ดังนั้นเมื่อผู้เสนอบอกถอนคำเสนอในสัญญา ผู้เสนอข้อมต้องรับผิดชอบฐานผิดสัญญาจะเข้าทำสัญญานี้เอง

ทฤษฎีว่าผู้ทำคำเสนอข้อมผูกพันตามสัญญาจะเข้าทำสัญญานี้ เคยได้รับการยอมรับจากศาลอุทธรณ์แห่งเมือง Colmar ประเทศฝรั่งเศสในคดีเรื่องหนึ่ง ในคดีดังกล่าว ผู้ขายสินค้ารายหนึ่งได้เสนอราคาสินค้าแก่

⁹ Civ. 10.5.1968, Bull, civ. 1968. III. 162.

¹⁰ Civ. 10.5.1972, Bull, civ. 1972. III. 214

¹¹ โปรดดู Civ. 17.12.1958, 33 ; 10.5.1968, Bull, civ. 1968. III. 162.

¹² เช่น Mazeaud/Tunc, I Nr. 116 ff; Ripert/Boulanger, II Nr. 329.

¹³ เช่น Planiol/Ripert, VI. Nr. 131 ; Mazeaud, II Nr. 365.

ลูกค้า แล้วลูกค้าได้อาศัยราคาที่เสนอมานั้นเป็นฐานราคาในการเข้าแข่งประมูลขายสินค้า และชนะประมูลนั้น แต่ก่อนที่จะมีการทำสัญญากัน ปรากฏว่าผู้ทำคำเสนอบอกถอนคำเสนอโดยชี้แจงว่าตนคำนวณราคาผิดพลาด ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์เมือง Colmar วางหลักว่า คำเสนอข้อมีผลผูกพันผู้เสนอ แต่โดยที่ในคดีนี้ไม่ปรากฏหลักฐานว่าผู้เสนอรู้อยู่ว่า ผู้รับคำเสนอจะอาศัยราคาที่เสนอเป็นฐานราคาในการเข้าแข่งประมูล ดังนั้นในคดีนี้ผู้เสนอจึงไม่ต้องรับผิดชอบ¹⁴

หลักข้อที่กล่าวแล้วนี้ นับว่าออกจะแปลกอยู่ เพราะการถือว่ามีสัญญาระหว่างผู้ทำคำเสนอกับผู้รับคำเสนอนั้น กล่าวได้ว่าเป็นเรื่องสมมติเจตนาของกลุ่มขึ้นโดยแท้ อนึ่ง ยังมีทฤษฎีอีกทฤษฎีหนึ่ง¹⁵ ซึ่งอธิบายว่า กรณีนี้ผู้ทำคำเสนอข้อมีผลผูกพันตามคำเสนอของตน เพราะคำเสนอมิใช่เป็นการแสดงเจตนาผูกพันคนฝ่ายเดียว (engagement unilateral) แต่ทฤษฎีนี้ก็ถูกโจมตีว่าเป็นทฤษฎีแหวกแนว เพราะกฎหมายฝรั่งเศสไม่รู้จักและไม่รับรองหลักที่ว่านี้

การที่ไม่สามารถตกลงกันได้ว่า ผู้ทำคำเสนอต้องรับผิดชอบเพราะเหตุใดนี้ ทำให้มีปัญหาในเรื่องการกำหนดค่าเสียหายต่อไปอีกชั้นหนึ่ง คือศาลไม่สามารถวางหลักแน่นอนลงไปได้ว่าจะกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในอัตราสูงต่ำอย่างไร สาเหตุสำคัญประการหนึ่งอยู่ที่หลักการกำหนดค่าเสียหายในกฎหมายฝรั่งเศสเอง ซึ่งออกจะเป็นเรื่องดุลพินิจของศาลอยู่มาก ค่าเสียหายตามหลักเรื่องการใช้สิทธิในทางที่ผิดตามมูลแห่งมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น ศาลจะกำหนดให้ชดใช้กันเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพราะเหตุที่เชื่อถือว่าคำเสนอจะมีผลต่อไปเท่านั้น¹⁶ อย่างไรก็ตามในทางตำราเห็นกันว่า ผู้เสียหายควรรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่กลุ่มเต็มจำนวน เสมือนเป็นค่าเสียหายเพื่อการไม่ชำระหนี้เลยทีเดียว¹⁷

ในฝรั่งเศสนั้น คณะกรรมการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งได้เสนอหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความมีผลผูกพันของคำเสนอขึ้นใหม่ โดยให้ถือว่าคำเสนออันบ่งเวลาให้ทำคำสนองนั้นจะบอกถอนก่อนสิ้นสุดระยะเวลาที่บ่งไว้มิได้ เว้นเสียแต่ว่า การบอกถอนคำเสนอนั้นไปถึงผู้รับก่อนที่คำเสนอจะไปถึง หลักทำนองเดียวกันนี้ ควรใช้แก่กรณีที่มีได้มีการบ่งระยะเวลาไว้โดยแจ้งชัด แต่มีพฤติการณ์ใดที่บ่งว่าคำเสนอนั้นเป็นคำเสนอที่มีกำหนดเวลาด้วย (มาตรา 11 ใน Avant-projet) นอกจากข้อเสนอดังกล่าวแล้ว ยังมีหลักในมาตรา 2 ของร่างกฎหมายลักษณะหนี้ฝรั่งเศส - อิตาลี ซึ่งจนทุกวันนี้ก็ยังมิได้รับการบัญญัติให้เป็นกฎหมายสักที ก็เดินตามหลักเดียวกัน

กฎหมายแพ่งอิตาลีนั้นไปไกลกว่ากฎหมายฝรั่งเศสอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ ตามมาตรา 1328 แห่งประมวลกฎหมายอิตาลี คำเสนอที่บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองจะถอนเสียก่อนสิ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้มิได้ แต่ในกรณีไม่บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอง ข้อมบอกถอนคำเสนอได้ตลอดเวลาตราบเท่าที่ซึ่งไม่มีการสนองรับคำเสนอ แต่ถ้าผู้รับคำเสนอได้จัดการสิ่งหนึ่งสิ่งใดลงไป เพราะเหตุแห่งความเชื่อถือในคำเสนอนั้นโดยสุจริต ดัง

¹⁴ Colmar 4.2.1936, D.H. 1936, 187.

¹⁵ Collin / Capitant, Cours elementaire de droit civil francais, II (1924), pp. 220.

¹⁶ โปรดดู Bordeaux 17.1.1870. S.1870, 2.219.

¹⁷ โปรดดู Planiol/Ripert, VI. Nr. 132.

นี้ผู้ทำคำเสนอก็ต้องรับผิดชอบใช้คำเสียหายอันเกิดขึ้นแก่ผู้รับคำเสนอ ซึ่งได้บอกค่าใช้จ่ายเตรียมการหรือได้ปฏิบัติกรอย่างใด ๆ เพื่อเตรียมชำระหนี้แล้ว

เพื่อให้การพิจารณาแก้ปัญหาในระบบกฎหมายโรมานิกเป็นไปอย่างรอบด้าน นอกจากการพิจารณาความมีผลผูกพันของคำเสนอแล้ว เราจะต้องพิจาระห์ถึงปัญหาว่า คำสนองมีผลเมื่อใด และสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดประกอบไปด้วย ทำนองเดียวกับที่ได้พิจารณามาแล้วในตอนทีกล่าวถึง Common Law ปียหาว่าคำสนองมีผลเมื่อใด หรือสัญญาสำเร็จลงเมื่อใดเป็นปัญหาสำคัญทางปฏิบัติ เพราะเมื่อสัญญาสำเร็จลง ผู้ทำคำเสนอก็ไม้อาจบอกถอนคำเสนอได้อีกต่อไป นอกจากนี้เมื่อสัญญาสำเร็จลง ผู้ซื้อทรัพย์สินเฉพาะสิ่งยังได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตกลงซื้อตามมาตรา 1138, 1583 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และส่งผลให้ต้องรับภาระเสี่ยงภัยในการที่ทรัพย์สินสูญหรือเสียหายไปเพราะเหตุการณ์ที่ผู้ซื้อไม่ต้องรับผิดชอบปัญหาว่าสัญญาเกิดขึ้น ณ ที่ใดยังเป็นปัญหาสำคัญในการวินิจฉัยว่า ศาลใดมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีสัญญาอีกด้วย (มาตรา 420 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส)

ต่อปัญหาว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น ศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ไป โดยจะต้องพิจาระห์ถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ แห่งคดี ต้องพิจาระห์เจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีเมื่อเป็นปัญหาข้อเท็จจริงศาลสูงก็ไม่อาจจะก้าวเข้าไปทบทวนตรวจสอบได้ หลักที่ศาลสูงฝรั่งเศสใช้นี้เป็นหลักที่ยากแก่การเข้าใจสำหรับนักกฎหมายในประเทศที่มีการวางบทบัญญัติเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาไว้ โดยแจ่มแจ้ง เพราะการเดินทางตามหลักแบบฝรั่งเศสจะนำไปสู่ปัญหาอุกฤษฏ์ เช่น ถ้าจะต้องพิจาระห์เจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี ก็ย่อมต้องพิจาระห์เสียก่อนว่า คู่กรณีมีเจตนาต้องตรงกันหรือไม่ ก็คือพิจาระห์ปัญหาว่าเกิดสัญญาแล้วหรือไม่ นั่นเอง อย่างไรก็ดี จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลชั้นต้นของฝรั่งเศส พบว่าแม้ศาลชั้นต้นจะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลสูง แต่โดยทั่วไปแล้ว นับได้ว่าคำพิพากษาก็อยู่ในเกณฑ์ที่เป็นธรรม

ตามมาตรา 1326, 1335 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น สัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอ “รับรู้” การแสดงเจตนาสนองคำเสนอแล้ว อย่างไรก็ดี ก็มีหลักสันนิษฐานว่าผู้เสนอย่อมรับรู้คำสนองทันทีที่คำเสนอไปถึงถิ่นที่อยู่ตามปกติของผู้ทำคำเสนอ เว้นเสียแต่ว่า ผู้เสนอจะพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่อาจรับรู้คำสนองเช่นนั้นได้ เพราะพฤติการณ์ที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบ

4. ผลของคำเสนอในกฎหมายเยอรมัน

ตามกฎหมายเยอรมัน ผู้เสนอย่อมผูกพันตามคำเสนอของตัวภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ในคำเสนอ ในกรณีที่คำเสนอโดยมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอง ผู้เสนอย่อมผูกพันตามคำเสนอของตัวภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายได้อีกฝ่ายหนึ่งจะทำคำสนอง (ทำนองเดียวกับหลักในมาตรา 355 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย) ในระหว่างที่ยังไม่พ้นกำหนดที่กล่าวนี้ ผู้เสนอจะบอกถอนคำเสนอของตนมิได้ คำว่า “ผูกพัน” ในที่นี้ มิได้หมายความว่า ผู้เสนอมี “หน้าที่” ที่จะควั่นไม่ถอนคำเสนอ แต่หมายความว่าผู้ทำคำเสนอจะบอกถอนคำเสนอโดยฝ่าฝืนหลักในบทบัญญัติเรื่องนี้มิได้ ดังนั้น หากผู้ทำคำเสนอฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้

ด้วยการบอกถอนคำเสนอ การกระทำเช่นนั้นย่อมไม่เป็นเหตุให้ผู้บอกถอนคำเสนอต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่การบอกถอนคำเสนอโดยฝ่าฝืนหลักในบทบัญญัติที่ว่านี้ย่อมปราศจากผลในทางกฎหมายใด ๆ คือกฎหมายถือว่าไม่มีการบอกถอนคำเสนอเลย นั่นเอง หลักกฎหมายทำนองเดียวกันนี้เป็นที่เห็นได้ในประมวลกฎหมายแพ่งของบราซิล กรีก และในประมวลกฎหมายลักษณะหนึ่งของสวิส (มาตรา 3, 5) ด้วย

หากผู้ทำคำเสนอไม่ต้องการผูกพันต่อคำเสนอของตน ผู้ทำคำเสนอก็อาจเลี่ยงใช้ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นว่าตนไม่ประสงค์ผูกพันตามคำเสนอก็ได้ เช่นใช้คำว่า “without obligo” เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้การแสดงเจตนาอื่น ๆ ย่อมไม่มีสภาพเป็น “คำเสนอ” โดยนิคินัย แต่มีฐานะเป็นคำเชิญชวนให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ (invitatio offerendi) เท่านั้น ในกรณีหลังนี้ หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาตอบรับคำเชิญชวนนั้น การแสดงเจตนาตอบรับเช่นนั้นย่อมมีฐานะเป็น “คำเสนอ” เท่านั้น สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการทำ “คำสนอง” จากฝ่ายที่เชิญชวนให้ทำคำเสนอเสียก่อน อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันยอมรับหลักว่าหากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอมาตามคำเชิญชวนแล้ว ฝ่ายที่ทำคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอนั้นกลับเพิกถอนหรือนิ่งเสีย ดังนี้ ถือได้ว่าฝ่ายที่เชิญชวนให้ทำคำเสนอแล้วกลับนิ่งเสียนั้นตกลงสนองรับคำเสนอแล้วตามหลักการใช้สิทธิโดยสุจริต หากผู้ทำคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอไม่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาที่ย่อมมีหน้าที่ตอบปฏิเสธคำเสนอของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อไม่บอกกล่าวปฏิเสธไป การนิ่งในกรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็น “การยอมรับ”

ในปัญหาว่า คำสนองมีผลเมื่อใดนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด กรณีเช่นนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเดินตามหลักทั่วไปว่า การแสดงเจตนาชนิดที่ต้องมีผู้รับทั้งปวงย่อมมีผลเมื่อการแสดงเจตนาอื่น “ไปถึง” ผู้รับ หลักการที่อยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์ข้อนี้ก็คือหลักเฉลี่ยภาระความเสี่ยงอันอาจเกิดแก่เจตนาที่กำลังอยู่ระหว่างทางที่ส่งไปนั้น โดยให้ฝ่ายผู้แสดงเจตนา และผู้รับเจตนาได้รับภาระเสี่ยงภัยเท่า ๆ กัน หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักใหญ่ที่อยู่ระหว่างหลักเดิม 2 หลัก คือ ระหว่างหลักที่ถือว่าการแสดงเจตนามีผลทันทีที่ส่งไป กับหลักที่ถือว่าการแสดงเจตนามีผลเมื่อผู้รับรู้ถึงการแสดงเจตนาแล้ว อันเป็นหลักที่ยังปรากฏร่องรอยให้เห็นได้ในกฎหมายฝรั่งเศส ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 130 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การแสดงเจตนา – อันยอมหมายถึงคำสนองด้วย – ย่อมมีผลเมื่อเจตนาอื่นไปถึงผู้รับ ก็ได้ตกไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับแล้ว โดยหลักเช่นนี้ ความเสี่ยงที่อาจเกิดแก่การแสดงเจตนาในระหว่างทางที่เจตนาถูกส่งไปนั้น จะถูกแบ่งเฉลี่ยแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างเหมาะสม ผู้แสดงเจตนาและส่งการแสดงเจตนาอื่นยอมเป็นผู้เลือกวิธีและเส้นทางการส่งเจตนา ดังนั้นจึงควรเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างที่เจตนาอื่นเดินทางไป ส่วนฝ่ายผู้รับเจตนาที่ย่อมต้องรับภาระความเสี่ยงที่อาจเกิดแก่เจตนาที่เดินทางมาอยู่ในเงื้อมมือของตนแล้ว กล่าวคือ ถ้าฝ่ายผู้รับเจตนาไม่เปิดตู้ไปรษณีย์ของตนออกตรวจสอบ หรือปล่อยให้กลายเป็นรังนกไปเสีย เขาผู้นั้นก็ย่อมต้องรับเสี่ยงภัยในผลที่เกิดจากการที่เจตนาอื่นได้มาถึงตู้ไปรษณีย์ของตนและมีผลทางกฎหมายแล้ว

5. ข้อพิจารณาในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ

จากการพิจารณาในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ เราจะเห็นได้ว่าระบบความมีผลของคำเสนอนั้นมีอยู่ด้วยกัน 3 แบบ โดยการทำคำเสนอมีผลทางกฎหมายแตกต่างกัน

ในระบบคอมมอนลอว์นั้น คำเสนอไม่มีผลผูกพันเลย และไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ใด ๆ แก่ผู้ทำคำเสนอเลย ในระบบกฎหมายตระกูลโรมานิกนั้น คำเสนอที่บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้โดยเจตน์ย่อมมีผลและก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายผู้ทำคำเสนอเสมอ และคำเสนอที่ไม่บ่งระยะเวลานั้น โดยทั่วไปก็ก่อให้เกิดหน้าที่เช่นกัน หากผู้ทำคำเสนอบอกถอนคำเสนอก่อนสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดให้ทำคำสนอง ผู้ทำคำสนองต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน คำเสนอไม่ว่าจะบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองหรือไม่ ย่อมบอกถอนเสียมิได้ การบอกถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาย่อมไม่มีผลทางกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่า ผู้แสดงเจตนาได้แสดงว่าไม่ประสงค์จะผูกพันไว้โดยชัดแจ้งแล้วในการแสดงเจตนา นั้น ๆ

เมื่อได้พิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนแล้ว กล่าวได้ว่าระบบความผูกพันของคำเสนอในกฎหมายเยอรมันมีข้อดีกว่าในระบบอื่น แม้ว่าในทางปฏิบัติระบบอังกฤษกับระบบเยอรมันจะมีข้อแตกต่างกันน้อยกว่าที่คิดกันตามทฤษฎีก็ตาม เรายังกล่าวได้ว่าระบบเยอรมันมีข้อดีมากกว่าอยู่นั่นเอง ตามกฎหมายเยอรมัน คำเสนอย่อมบอกถอนเสียได้ตราบเท่าที่คำเสนอยังมีได้ไปถึงผู้รับ แต่ในอีกด้านหนึ่ง กฎหมายอังกฤษก็ถือว่า หากผู้รับคำเสนอได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอและได้ส่งคำสนองให้แก่ประณีย์หรือผู้ประกอบการที่ทำหน้าที่ส่งเจตนา นั้น ไปยังผู้รับแล้ว คำเสนอย่อมไม่อาจบอกถอนเสียได้อีกต่อไป นั้นหมายความว่า ในระบบคอมมอนลอว์ ผู้รับเจตนาย่อมรับภาระความเสี่ยงว่าคำเสนออาจถูกเพิกถอนได้ในระหว่างที่ได้รับคำเสนอแล้วแต่ยังไม่ทันจะส่งคำสนองไปยังผู้ทำคำเสนอ ในขณะที่ผู้รับคำเสนอในระบบกฎหมายเยอรมันแน่ใจได้ว่าจะไม่ถูกถอนคำเสนอจนกว่าจะพ้นระยะเวลา กล่าวได้ว่า ผู้รับคำเสนอในระบบคอมมอนลอว์รับภาระเสี่ยงนานกว่าผู้รับคำเสนอในระบบเยอรมันเท่ากับชั่วระยะเวลาที่ตนได้ตรงว่าจะทำคำสนองหรือไม่นั่นเอง ระยะเวลารับภาระเสี่ยงต่อการถูกถอนคำเสนอที่ว่านี้ หากเป็นกรณีที่คำเสนอนั้นเป็นคำเสนอที่มีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอง โดยปกติเวลา รับภาระเสี่ยงก็กินเวลาสั้นมาก ในแง่ปฏิบัติ หลักกฎหมายเยอรมันให้ผลที่เป็นธรรมกว่าระบบอื่น เพราะเมื่อฝ่ายผู้รับการแสดงความเจตนา คือผู้รับคำเสนอแน่ใจได้ว่าหากตนทำคำสนองภายในกำหนด สัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ดังนี้ตัวก็จะจัดการทรัพย์สินของตนได้ด้วยความมั่นใจมากกว่า นอกจากนี้ในกรณีที่ราคาสินค้าหรืออัตราแลกเปลี่ยนเงินตราเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายผู้เสนอจะต้องผูกพันตามคำเสนอของตนต่อไป ที่ภาระความเสี่ยงตกแก่ผู้ทำคำเสนอเช่นนี้ นับว่ามีเหตุผลน่าฟังอยู่ เพราะผู้ทำคำเสนอเป็นผู้ริเริ่มก่อความผูกพันขึ้น และเป็นผู้ก่อให้เกิดอีกฝ่ายหนึ่งเกิดเชื่อถือไว้วางใจตน ดังนั้นจึงเป็นเรื่องของฝ่ายผู้ทำคำเสนอเอง ที่ควรจะได้ทำคำเสนอโดยบ่งระยะเวลา หรือแสดงเจตนาให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าตนไม่ประสงค์จะผูกพันตามที่ได้แสดงเจตนาไว้ในเมื่อฝ่ายผู้ทำคำเสนอมิได้จำกัดความผูกพันไว้แต่ต้นทั้ง ๆ ที่มีโอกาส ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่จะให้เขาเป็นฝ่ายที่ต้องผูกพันตามคำเสนอของตน จึงนับเป็นหลักเกณฑ์ที่ชอบแล้ว

ปัญหาใหญ่ในการประสานหลักกฎหมายว่าด้วยผลของคำเสนอเข้าด้วยกันก็คือการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในระบบกฎหมายเอง โกล-อเมริกันให้คล้อยตามหลักของเยอรมัน หลักเรื่อง Consideration หรือที่เราเรียกกันว่าหลัก “สินจ้าง” เป็นหลักที่ฝังรากลึกอย่างยิ่งในกฎหมายลักษณะสัญญาของอังกฤษเป็นหลักที่เป็นปฎิบัติต่อหลักความผูกพันของคำเสนอเป็นอย่างยิ่ง นักกฎหมายในภาคพื้นยุโรปย่อมรู้สึกอึดอัดไม่น้อยเลย

เมื่อได้ทราบว่าผู้ทำคำเสนอในกฎหมายอังกฤษไม่อาจจะผูกพันตามคำเสนอของตนได้ แม้เขาจะประสงค์ผูกพันตามคำเสนอของเขาเพียงใดก็ตาม ข้อยกเว้นของหลักนี้เท่าที่มี คือการทำคำเสนอในรูปของสัญญาให้ค้ำประกัน (Option Contract) ก็เป็นเรื่องอ้อมค้อมยุ่งยากซับซ้อนและไม่น่าปฏิบัติเอาเสียเลย อย่างไรก็ตามในอเมริกา กฎหมายกำลังพัฒนาไปในทิศทางที่น่ายินดี คือมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นในมลรัฐต่าง ๆ มากขึ้นเรื่อยๆ โดยกำหนดให้คำเสนอผูกพัน ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ดูเหมือนว่า การใช้สิทธิในการถอนคำเสนอตามอำเภอใจกำลังถูกจำกัดมากขึ้นทุกที ๆ โดยมีการอ้างปกติประเพณีมาเป็นข้อจำกัดมากขึ้นเรื่อยๆ แม้ว่า จะยอมรับกันว่า การถอนคำเสนอเป็นสิทธิตามกฎหมายแต่ในหมู่พ่อค้าก็ถือว่าการใช้สิทธิเช่นนั้นเป็นการใช้สิทธิที่ไม่ชอบธรรมและเป็นสิ่งที่ไม่ควรทำ

นอกจากหลักกฎหมายเยอรมันในส่วนที่เกี่ยวกับความผูกพันของคำเสนอจะมีข้อดีกว่าหลักกฎหมายในระบบอื่นแล้ว ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการแสดงเจตนาต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทางที่ถือว่ายอมมีผลเมื่อเจตนา นั้น “ไปถึง” ผู้รับ ก็นับว่าหลักของเยอรมันมีข้อดีกว่าในระบบอื่นเช่นกัน

ตามหลัก Mailbox นั้น สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ส่งคำเสนอส่งคำเสนอไปทางไปรษณีย์ หากคำเสนอสูญหายไประหว่างทางที่ไปรษณีย์จัดส่งคำเสนอไป หรือหากมีการแสดงเจตนาเพิกถอนการทำคำเสนอที่ส่งไปนั้นโดยเพิกถอนทางโทรเลข และโทรเลขนั้นไปถึงก่อนจดหมาย ดังนั้นก็ย่อมต้องถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว หลักข้อนี้เป็นหลักที่ก่อให้เกิดผลที่ยากแก่การยอมรับ ทั้งหลัก Mailbox นี้ยังไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายไปรษณีย์โลก เพราะตามหลักไปรษณีย์โลกนั้น ไปรษณีย์ใดที่ยังมิได้ส่งถึงมือผู้รับ อาจถูกเรียกเก็บกลับคืนมายังผู้ส่งได้เสมอ ส่วนหลักกฎหมายเดิมที่ถือหลักเจตนาเมื่อ “รับรู้” นั้น กล่าวได้ว่าเป็นทฤษฎีที่อิงอยู่กับหลักเจตนาภายในซึ่งเป็นเรื่องที่ยากแก่การนำสืบเป็นอย่างยิ่ง และนับเป็นหลักที่ศาลพึงหลีกเลี่ยงไม่นำมาใช้ หลักกฎหมายเยอรมันที่ถือว่า เจตนาเมื่อ “ไปถึง” ผู้รับ คือมีผลในเวลาที่มีการแสดงเจตนาตกไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับในลักษณะที่ตามพฤติการณ์ปกติผู้รับย่อมรับรู้เจตนา นั้น ๆ ได้ จึงเป็นหลักที่มีเพียงใช้ได้กับคำเสนอและคำสนองเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักที่ใช้ได้กับการแสดงเจตนาต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทางโดยทั่วไปอีกด้วย โดยหลักข้อนี้ การแบ่งภาระความเสี่ยงของการแสดงเจตนาระหว่างผู้ส่งเจตนากับผู้รับเจตนาย่อมเป็นไปอย่างได้สัดส่วน ทั้งการที่การแสดงเจตนา “ไปถึง” หรือไม่ยังเป็นสิ่งที่อาจควบคุม และนำสืบให้เห็นได้ง่ายอีกด้วย

6. การประสานหลักกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

ความแตกต่างระหว่างหลักเกณฑ์ในระบบกฎหมายต่าง ๆ ที่ได้กล่าวถึงข้างต้นนี้ ทำให้เชื่อกันไปว่าการประสานหลักกฎหมายเหล่านี้เข้าด้วยกันเป็นสิ่งที่ไม่มีทางสำเร็จลงได้ แต่ทว่าเมื่อได้มีการจัดทำกฎหมายเอกภาพว่าด้วยการทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ระหว่างประเทศขึ้น กฎหมายนี้ก็ถือเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นว่าข้อสมมติฐานข้างต้นเป็นสิ่งที่คลาดเคลื่อน ในหลักกฎหมายเอกภาพว่าด้วยการเข้าทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ระหว่างประเทศ (the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International

Sale of Goods ซึ่งมีผลในเยอรมันเมื่อปี ค.ศ. 1974) ได้มีการประสานหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเกิดขึ้นของสัญญาของระบบกฎหมายต่าง ๆ เข้าเป็นหลักเกณฑ์อันหนึ่งอันเดียวกัน แม้ว่าตามหลักเกณฑ์ใหม่นี้ ไม่มีการรับรองว่า “คำเสนอข้อมผูกพัน” ให้ชัดเจนลงไป ชำ้ยังวางหลักไว้ว่าคำเสนออาจถอนเสียได้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาให้ถี่ถ้วนจะพบว่า มาตรา 5 วรรค 2 วรรค 3 ได้วางข้อยกเว้นสำคัญเอาไว้ ซึ่งส่งผลทำให้ผลทางปฏิบัติของกฎหมายนี้ไม่ต่างจากผลของมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันสักเท่าใด กล่าวคือ แม้คำเสนอจะถอนเสียได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นไว้ว่า ถ้ามีการกำหนดเวลาให้ทำคำสนองเอาไว้ หรือมีการระบุไว้ว่าคำเสนอจะถอนเสียได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นไว้ว่า ถ้ามีการกำหนดเวลาให้ทำคำสนองเอาไว้ หรือมีการระบุไว้ว่าคำเสนอผูกพันหรือเพิกถอนไม่ได้ คำเสนอเช่นนั้นย่อมไม่อาจจะเพิกถอนได้ ทั้งคำเสนอยังอาจมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอตามพฤติการณ์ได้ด้วย พฤติการณ์เช่นนั้นอาจได้แก่ การบอกถอนคำเสนอยังกระทำมิได้ ถ้าการบอกถอนนั้นขัดต่อหลักความสุจริต หรือหลักเชื่อถือและไว้วางใจต่อกันหรือขัดต่อหลักปฏิบัติทางการค้าที่เป็นธรรม อีกด้วย (“is not made in good faith or in conformity with fair dealing”)¹⁸

ในกรณีที่คำเสนอนั้นอาจบอกถอนเสียได้ มาตรา 5 วรรค 4 แห่งสนธิสัญญาดังกล่าวนี้ก็ได้วางข้อจำกัดไว้ โดยกำหนดให้การบอกถอนคำเสนอจะต้องไปถึงผู้รับคำเสนอก่อนที่ผู้รับคำเสนอจะได้ส่งคำสนองมายังผู้ทำคำเสนอ ตรงนี้นับว่าที่ประชุมกรรมการร่างสนธิสัญญาได้นำเอา Mailbox Theory มาใช้ได้อย่างเหมาะสม โดยเปิดโอกาสให้ผู้รับคำเสนอ มีโอกาสขจัดภาวะแห่งความไม่แน่นอนอันให้สิ้นไปโดยการส่งคำสนองไปยังผู้ทำคำเสนอโดยเร็ว อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการส่งคำสนองไปแล้ว สัญญาก็มิได้เกิดขึ้นทันที ที่มีการส่งคำสนองไปยังผู้ทำคำเสนอตาม Mailbox Theory ตามสนธิสัญญานี้ การส่งคำสนองไปยังผู้ทำคำเสนอเพียงแต่มีผลทำให้โอกาสที่ผู้ทำคำเสนอจะบอกถอนคำเสนอสิ้นสุดลง แต่ยังไม่ทำให้สัญญาเกิดขึ้นแต่ประการใดที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะที่ประชุมได้วางหลักว่าด้วยการเกิดขึ้นของสัญญาตามแนวของหลักกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือในมาตรา 5, 6, 8, 10 และ 12 นั้น การแสดงเจตนาทั้งหลายในสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการทำคำเสนอ คำสนอง หรือการบอกถอนการแสดงเจตนาจะมีผลก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนา นั้น ๆ ได้ไปถึงผู้รับแล้ว ทั้งนี้โดยถือว่า เจตนา นั้นไปถึงเมื่อมีการส่งเจตนา นั้นไปถึงสถานที่อยู่ของผู้รับแล้ว

หลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันนี้ได้รับการรับรองจากบทบัญญัติมาตรา 16 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการซื้อขายระหว่างประเทศ (UN - Convention on the International Sale of Goods) ซึ่งได้ยกมากล่าวไว้ในตอนต้นของบทความนี้แล้ว ในที่สุด เมื่อเราได้ทำความเข้าใจภูมิหลังของหลักความมีผลของคำเสนอ สอนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบแล้ว เราข้อมเห็นได้ว่าหลักกฎหมายที่แฝงอยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาว่าด้วยการซื้อขายระหว่างประเทศฉบับนี้ก็คือหลักกฎหมายเยอรมัน กล่าวได้ว่า หลักของเยอรมันได้รับการยอมรับโดยทางอ้อม ในแง่รูปแบบนั้น คุณนิ ๆ เหมือนกับมีการนำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาตั้งเป็นหลัก คือเริ่มด้วยการยอมรับหลักให้ถอนคำเสนอได้โดยเสรี แต่ก็มีกรวางข้อยกเว้นเฉพาะกรณีมากมาย จนหลักแบบอังกฤษไม่เหลือความสำคัญอะไรอีกต่อไป ในที่สุดต้องรับว่าหลักที่แท้จริงคือ คำเสนอข้อมผูกพันผู้เสนอตามแบบ

¹⁸ สำหรับการศึกษาเปรียบเทียบหลักนี้ในระบบกฎหมายต่าง ๆ โปรดดูบทความของ Caemmerer, Fie Ergebnisse der Haager Kaufrechtskonferenz hinsichtlich der Vereinheitlichung des Rechts des Abschlusses von Kaufverträgen, *RechtZ* 29 (1965), 101, 119ff.

เยอรมันนั่นเอง โดยนัยนี้ หลักการเกิดขึ้นของสัญญาในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวจึงนับว่าไม่ขัดต่อหลักการสำคัญของกฎหมายไทย ซึ่งได้เดินตามหลักกฎหมายแพ่งเยอรมันมากกว่าหกสิบปีแล้ว และการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวในการซื้อขายระหว่างประเทศ ก็คงไม่เป็นเรื่องยุ่งยากใจสำหรับนักกฎหมายไทยเลย
