

บทที่ 3

การก่อให้เกิดคำมั่น



### คำมั่นเสนอต่อผู้ใดและมีผลเมื่อใด

ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ว่า คำมั่นเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นอาจแบ่งแยกออกได้เป็นหลายประเภทคือ<sup>1</sup>

1. การแสดงเจตนาโดยตรง การแสดงเจตนาโดยปริยาย และการแสดงเจตนาโดยการกระทำให้เป็นไปตามเจตนา

2. การแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับและการแสดงเจตนาที่ไม่มีผู้รับ

3. การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง

4. การแสดงเจตนาโดยกฎหมายสันนิษฐาน

5. การแสดงเจตนาเป็นถาวรป้องกันและการแสดงเจตนาเป็นข้อสงวน

1. การแสดงเจตนาโดยตรง ได้แก่การแสดงเจตนาซึ่งสิ่งที่บุคคลเจตนาจะแสดงออกให้ปรากฏชัดจากถ้อยคำโดยตรง

ตัวอย่าง ก. ต้องการยืมเงินจาก ข. 50 บาท จึงพูดกับ ข. ว่า "ขอยืมเงิน 50 บาท"

การแสดงเจตนาโดยทางปริยาย ได้แก่ การแสดงเจตนาที่บุคคลมิได้แสดงให้ปรากฏชัดจากถ้อยคำ แต่เป็นการแสดงให้ปรากฏโดยพฤติการณ์หรือการกระทำ

---

<sup>1</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 66 .

ตัวอย่าง ก. เข้าไปในร้านขายอาหาร แล้วหยิบขนมมารับประทาน

การแสดงเจตนาโดยการกระทำให้เป็นไปตามเจตนา ได้แก่ การแสดงการกระทำหรือพฤติกรรมที่สื่อให้เห็นว่ามีเจตนาที่จะทำสัญญาด้วย

ตัวอย่าง ร้านขายหนังสือส่งหนังสือกฎหมายมาให้ ก. โดย ก. ไม่ได้สั่งซื้อ ก. มิได้ยอมรับหรือปฏิเสธกลับมาหนังสือนั้นมาใช้จนชำรุดเสียหาย ทั้งนี้ถือว่า การกระทำ เช่นนี้เป็นการแสดงเจตนาโดยการกระทำให้เป็นไปตามเจตนาที่จะซื้อหนังสือแล้ว

2. การแสดงเจตนาโดยมีผู้รับและการแสดงเจตนาโดยไม่มีผู้รับ

การแสดงเจตนาโดยมีผู้รับ (Empfangsbeduerftige willenerklarung) ได้แก่ การแสดงเจตนาซึ่งจะมีผลเมื่อได้กระทำต่อผู้รับคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ

การแสดงเจตนาโดยไม่มีผู้รับ (Nichtempfangsbeduerftige Willenserklaerung) กล่าวคือเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่ต้องแสดงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ

3. การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง

ตามหลักทั่วไป การนิ่งมิใช่การแสดงเจตนา แต่มีข้อยกเว้นว่า การนิ่งอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายได้ซึ่งมีได้ใน 2 กรณี คือ

ก. กฎหมายบัญญัติไว้ว่า การนิ่งให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนายอมรับ เช่น ในกรณีการขายเพื่อชอตามมาตรา 508 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ขายได้ส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ซื้อเพื่อตรวจดู ผู้ซื้อมิได้บอกกล่าวว่า

ไม่ยอมรับซื้อภายในเวลาที่กำหนดไว้ โดยสัญญาหรือโดยประเพณีหรือโดยบอกกล่าว หรือผู้ซื้อไม่ส่งทรัพย์สินหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้นเชิงหรือบางส่วนหรือผู้ซื้อจำหน่าย ทรัพย์สินนั้น หรือทำประการอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นปรียายว่ารับซื้อของนั้น กฎหมายถือว่าการซื้อขายนั้นยอมเป็นอันบริบูรณ์

ข. เมื่อผู้หนึ่งได้รู้ว่าตามหลักความสัตย์ซื่อและความเชื่อถือ การนิ่ง นั้นถือเสมือนการแสดงเจตนาอันมีข้อความอันใดอันหนึ่ง และก็ได้ถือว่ามิใช่ข้อความ เช่นนั้น เช่น เมื่อพ่อค้าได้ตกลงทำสัญญากันปากเปล่าแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ชาย ได้เขียนหนังสือยืนยันมา ถ้าผู้ซื้อหนึ่งเสียไม่ปฏิเสธหรือโต้แย้งหนังสือนั้น การนิ่ง ก็ถือว่าให้เห็นชอบกับข้อความในหนังสือยืนยันนั้น

#### 4. การแสดงเจตนาโดยกฎหมายสันนิษฐาน

ในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้ถือว่าการกระทำอันใดอันหนึ่ง เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลผู้นั้นซึ่งต้องเป็นไปตามกฎหมาย กรณีที่กฎหมายสันนิษฐาน การแสดงเจตนานี้อาจจะแยกได้เป็น 2 กรณี

ก. ในบางกรณีกฎหมายยอมให้พิสูจน์หักล้างได้ว่า ที่กฎหมาย กำหนดให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนา ไม่ใช่เจตนาที่แท้จริง ซึ่งเรียกว่าเป็น ข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ไม่เด็ดขาด

ตัวอย่าง มาตรา 1683 บัญญัติว่า "พินัยกรรมที่บุคคลทำให้ แก่เจ้าหนี้คนใดของคนนั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า มิได้ทำขึ้นเพื่อชำระหนี้อัน ค้างชำระแก่เจ้าหนี้คนนั้น"

แสดงว่ากฎหมายเปิดช่องให้มีการตีความพินัยกรรมเป็นอย่างอื่น ได้ เช่น เจ้ามรดกประสงค์จะให้ส่วนที่ให้แก่เจ้าหนี้เป็นการชำระหนี้และที่เหลือ เป็นส่วนมรดกให้แก่เจ้าหนี้ก็ได้

ข. ในบางกรณีกฎหมายไม่ยอมให้พิสูจน์หักล้างเลย คือกฎหมายบัญญัติไว้อย่างไร ให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาอย่างนั้น ซึ่งเรียกว่าเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายอย่างเด็ดขาด

ตัวอย่าง มาตรา 570 บัญญัติว่า "ในเมื่อสิ้นกำหนดเวลาเช่าซึ่งไต่ตกลงกันไว้แล้ว ถ้าผู้เช่ายังคงครอบทรัพย์สินอยู่ และผู้ให้เช่ารู้ความนั้นแล้วไม่ทักท้วงไซ้ ท่านให้ถือว่าผู้สัญญาเป็นอันได้ทำสัญญาใหม่ต่อไปไม่มีกำหนดเวลา"

แสดงว่าถ้าผู้ให้เช่าไม่ทักท้วงในการที่ผู้เช่าครอบครองทรัพย์สินต่อไปก็ให้ถือว่าแสดงเจตนาที่จะให้มีสัญญาเช่าใหม่มีข้อความตามสัญญาเช่าเดิม เป็นแต่สัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดเวลาเท่านั้น

5. การแสดงเจตนาเป็นการป้องกันและการแสดงเจตนาเป็นข้อสงวน (Verwahrung, protestation; Vorbehalt, reservation)

ก. การแสดงเจตนาเป็นการป้องกัน (Verwahrung, protestation) เป็นการแสดงเจตนาซึ่งบุคคลกระทำเพื่อเป็นการประท้วงต่อการตีความการแสดงเจตนาที่จะพึงมีในเวลาภายหลัง

ตัวอย่าง ลูกหน้าของมาส่งมอบแก่เจ้าหนี้ในเวลากลางคืน เจ้าหนี้แจ้งให้ลูกหน้าทราบว่า การรับของวันนี้ยังไม่ถือเป็นการชำระหนี้ เพราะเจ้าหนี้ยังไม่ได้ตรวจดูของนั้นว่าจะถูกต้องตามสัญญาซื้อขายหรือไม่

ข. การแสดงเจตนาเป็นข้อสงวน (Vorbehalt, reservation) เป็นการแสดงเจตนาเพื่อมิให้ถือว่าการกระทำอันใดอันหนึ่งเป็นการสละสิทธิของตนเองหรือเป็นการรับ ร้องสิทธิของบุคคลอื่น

ตัวอย่าง ก.อ้างว่า ข.เป็นลูกหนี้ ก. เนื่องจากสัญญาซื้อขาย  
ที่ ก.กับ ข. กระทำติดต่อกันมาเป็นเงิน 1,000 บาท ข.รำคาญจึงแสดง  
เจตนาต่อ ก. ว่าจะชำระหนี้ให้ก่อนแต่ภายใต้ข้อสงวนที่ว่า ข. จะไปตรวจดู  
หลักฐานการซื้อขายระหว่าง ก. กับ ข. ว่าเป็นจริงตามคำอ้างของ ก.  
หรือไม่ ถ้าภายหลัง ข. ไปตรวจดูหลักฐานแล้วปรากฏว่า ข. มิได้เป็นหนี้จริง  
หรือเป็นหนี้น้อยกว่าจำนวนเงิน 1,000 บาท ข. ก็เรียกเงิน 1,000 บาท  
หรือเงินที่ชำระเกินให้ ก. คืนได้ตามข้อสงวนนั้น

ในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมดังกล่าวมาข้างต้น จะมีผลผูกพัน  
ผู้แสดงเจตนาต่อเมื่อการแสดงเจตนานั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งมีข้อพิจารณา  
ดังต่อไปนี้

1. การแสดงเจตนาที่ไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา (Die rein  
einseitige Willenserklärung) การแสดงเจตนาประเภทนี้ ไม่ต้อง  
มีผู้รับการแสดงเจตนา แต่ต้องมีการแสดงออกจึงจะมีผลสมบูรณ์ การแสดง  
เจตนาในกรณีนี้มีข้อพิจารณา 2 ประการ

ก. การแสดงเจตนาที่บุคคลภายนอกจะทราบหรือไม่ไม่สำคัญ

ได้แก่ การทำพินัยกรรมเขียนเองทั้งฉบับ ตามมาตรา 1657  
เมื่อเขียนพินัยกรรมขึ้นแล้วแม้ไม่มีผู้ใดทราบ การแสดงเจตนา ก็มีผลสมบูรณ์

มาตรา 1657 บัญญัติว่า "พินัยกรรมนั้นจะทำเป็นเอกสารเขียน  
เองทั้งฉบับก็ได้ กล่าวคือ ผู้ทำพินัยกรรมต้องเขียนด้วยมือตนเองซึ่งข้อความ  
ทั้งหมดวันเดือนปีและลายมือชื่อของตน การขูดลบคกเติมหรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลง  
อย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรมจะทำได้ทำ  
ด้วยมือตนเองและลงลายมือชื่อกำกับไว้ บทบัญญัติมาตรา 9 แห่งประมวล  
กฎหมายนี้ มิให้ใช้บังคับแก่พินัยกรรมที่สร้างขึ้นตามมาตรานี้"

ข. การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่ต้องทำหนังสือยอมมีผลด้วยการลงลายมือชื่อของผู้แสดงเจตนาในหนังสือนั้น ตามมาตรา 9 ซึ่งมีบัญญัติว่า "เมื่อมีกิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือไว้ ท่านว่าบุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไปจำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น

ถ้าบุคคลผู้ใดใช้ตราประทับแทนลงลายมือชื่ออยู่เป็นปกติ การประทับตราเช่นนั้น ท่านว่าเสมือนกับลงลายมือชื่อ

ลายพิมพ์นิ้วมือ แงงใจ หรือเครื่องหมายอื่นที่ท่านองเห็นว่านั้นก็ทำลงในเอกสารหากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนแล้ว ท่านว่าเสมือนกับลงลายมือชื่อ"

2. การแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับ (Die empfangsbeuerftige Willenserklaerung)

การแสดงเจตนาในกรณีนี้ต่างกับการแสดงเจตนาที่ไม่ต้องมีผู้รับในแง่ที่การแสดงเจตนาที่ไม่ต้องมีผู้รับนั้น ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาจะเป็นผลก่อนเมื่อแสดงให้ปรากฏออกมาภายนอก แต่การแสดงเจตนาซึ่งต้องมีผู้รับนี้เพียงแต่แสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาเพียงอย่างเดียวไม่เป็นการเพียงพอ เพราะมีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ปัญหาว่าการแสดงเจตนาจะสมบูรณ์เมื่อใด มีข้อพิจารณาจากทฤษฎีของความสมบูรณ์แห่งการแสดงเจตนาอยู่ 4 ทฤษฎีด้วยกัน ดังนี้

### 1. ทฤษฎีเผยแพร่เจตนาออก (Aeusserungstheorie)

ทฤษฎีนี้ถือว่าผู้แสดงเจตนาได้เผยแพร่เจตนาของเขาให้ปรากฏออกมาเมื่อใดก็ว่าการแสดงเจตนาย่อมมีผลสมบูรณ์แล้ว

### 2. ทฤษฎีส่งเจตนา (Absendungstheorie)

ทฤษฎีนี้ถือเอาเวลาที่ส่งการส่งเจตนาเป็นเวลาที่การส่งเจตนาสมบูรณ์ แม้ผู้กรณีกฝ่ายหนึ่งจะยังไม่ได้รับการส่งเจตนา

ตัวอย่าง ส่งจดหมายแสดงเจตนาโดยทางไปรษณีย์ พอส่งไปที่ตู้ไปรษณีย์ (ผู้ส่ง) ก็ถือว่า การส่งเจตนาอันสมบูรณ์

### 3. ทฤษฎีรับเจตนา (Empfangstheorie)

ทฤษฎีนี้ถือเอาเวลาที่แสดงเจตนาไปถึงผู้รับ เป็นเวลาที่การส่งเจตนาอันสมบูรณ์

ตัวอย่าง เมื่อผู้รับไปรษณีย์นำเอาจดหมายที่มีการส่งเจตนาไปส่งที่บ้านผู้รับ ถือว่าการส่งเจตนาอันมีผลสมบูรณ์ แม้ผู้รับจะไม่ได้อ่านข้อความในจดหมาย

### 4. ทฤษฎีรับทราบการส่งเจตนา (Vernehmungstheorie)

ทฤษฎีนี้ถือเอาเวลาที่ผู้กรณีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบการส่งเจตนาเป็นเวลาที่การส่งเจตนาสมบูรณ์

ตัวอย่าง เมื่อผู้รับการส่งเจตนาได้อ่านข้อความในจดหมาย ถือว่าเป็นเวลาที่การส่งเจตนาอันมีผลสมบูรณ์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง เพียงทฤษฎีเดียว แต่ได้ใช้ทฤษฎีโดยได้แยกการส่งเจตนาออกเป็น 2 ประเภทคือ

- ก. การส่งเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า
- ข. การส่งเจตนาต่อผู้อยู่ห่างไกลระยะทาง

ก. การส่งเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า ได้แก่ การส่งเจตนาที่สามารถเข้าใจกันได้ทันที ไม่จำเป็นต้องเห็นหน้ากันจะอยู่

ห่างกันหรือใกล้กันเพียงไรไม่สำคัญ

การแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าอาจแยกพิจารณาได้เป็น  
การแสดงเจตนาด้วยวาจาและการแสดงเจตนาเป็นหนังสือ

การแสดงเจตนาด้วยวาจา ถือว่าการแสดงเจตนามีผลสมบูรณ์ต่อ  
เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ตามนัยมาตรา 356 ซึ่ง  
บัญญัติว่า "คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าโดยมิไต่ถามระยะเวลาให้ทำ  
คำสนองนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น  
ความข้อนั้นทำให้ใช้บังคับตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีก  
คนหนึ่งทางโทรศัพทด้วย"

ตัวอย่าง ก. เข้าไปในร้านขายกาแฟสั่งกาแฟหนึ่งถ้วย การแสดง  
เจตนาของ ก. สมบูรณ์เมื่อผู้ขายได้ยินการสั่งกาแฟนั้น

การแสดงเจตนาเป็นหนังสือต่อผู้อยู่เฉพาะหน้า ซึ่งกระทำโดยการ  
มอบหนังสือให้แก่กัน ต้องนำบทบัญญัติเรื่องการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่  
ห่างโดยระยะทางมาใช้โดยอนุโลม ตามมาตรา 130 วรรคแรก

ข. การแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง การ  
แสดงเจตนาในกรณีนี้อาจแยกพิจารณาออกเป็น 2 ขั้นตอนคือ

ขั้นแรก คือ การเผยแพร่เจตนาให้ปรากฏขึ้น

ขั้นที่สอง คือ ความมีผลอย่างสมบูรณ์ในการเผยแพร่เจตนา นั้น

ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 130 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า "การแสดงเจตนา  
ทำให้แก่บุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง ย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ไปถึงคู่กรณีอีกฝ่าย  
หนึ่งเป็นต้นไป แต่ถ้ายกออกไปถึงผู้นั้นก่อนแล้วหรือพร้อมกันไซ้ การแสดง  
เจตนา นั้นก็ย่อมตกเป็นอันไร้ผล"



ปัญหาว่า การแสดงเจตนาไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อใดนั้น มีแนว  
 วิจัยว่า ถ้าการแสดงเจตนาขึ้นอยู่กับใจมือของผู้รับการแสดงเจตนา ใน  
 ลักษณะที่ว่าผู้รับการแสดงเจตนาได้พบเหตุการณ์ปกติกู้ยู่ในฐานะที่จะทราบการ  
 แสดงเจตนาได้ แม้ผู้รับการแสดงเจตนาจะยังไม่ได้ทราบการแสดงเจตนานั้นก็  
 ถือว่าได้ไปถึงแล้ว

ตัวอย่าง กรณีที่ได้แสดงเจตนาโดยหนังสือส่งทางไปรษณีย์ จะถือว่า  
 การแสดงเจตนาไปถึงผู้รับเมื่อได้มีการส่งหนังสือนั้นให้แก่ผู้รับการแสดง  
 เจตนา หรือเอาหนังสือถึงลงในตู้รับจดหมายของผู้รับการแสดงเจตนา

### คำมั่นเสนอต่อผู้ใด

การทำคำมั่นเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ  
 พณิชย์แล้ว อาจจักแยกลักษณะของการแสดงเจตนาในทำนองเดียวกับคำเสนอ  
 ได้ดังต่อไปนี้

#### 1. คำมั่นเสนอต่อบุคคลทั่วไป

คำมั่นในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่ต้องมีผู้รับการแสดง  
 เจตนา กล่าวคือไม่ต้องแสดงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่เป็นการแสดง  
 ต่อบุคคลโดยทั่วไป ได้แก่คำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอันใดอันหนึ่ง  
 ตามมาตรา 362 และคำมั่นจะให้รางวัลแก่ผู้ชนะการประกวดตามมาตรา 365  
 วรรคแรก

มาตรา 362 บัญญัติว่า "บุคคลออกโฆษณาให้คำมั่นว่าจะให้รางวัล  
 แก่ผู้ซึ่งกระทำการอันใด ท่านว่าจำต้องให้รางวัลแก่บุคคลใด ๆ ผู้ใดกระทำการ  
 อันนั้น แม้ถึงมีใชว่าผู้นั้นจะใดกระทำให้เพราะเห็นแก่รางวัล"

มาตรา 365 วรรคแรก บัญญัติว่า "คำมั่นจะให้รางวัลอันมีความ  
 ประสงค์เป็นการประกวดชิงรางวัลนั้น จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้กำหนดระยะเวลา  
 ไว้ในคำโฆษณาด้วย"

เมื่อการแสดงเจตนาดังกล่าวไปต้องมีผู้รับซึ่งการแสดงเจตนา คำมั่น  
ในกรณีเช่นนี้จึงมีผลผูกพันผู้ทำคำมั่นทันทีที่ได้แสดงเจตนาออกมาถูกต้องตามวิธีการ  
ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ผู้ทำคำมั่นต้องแสดงเจตนาด้วยวิธีการโฆษณา

คำว่า "โฆษณา" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525  
ได้ให้ความหมายว่าหมายถึง การเผยแพร่หนังสือออกไปยังสาธารณชน การป่าว  
ร้อง การป่าวประกาศ เช่น โฆษณาสินค้า<sup>1</sup>

ส่วนวิธีการโฆษณาให้คำมั่น ตามบทบัญญัติมิได้จำกัดไว้ว่าต้องกระทำ  
ด้วยวิธีใด ทั้งนี้จะโฆษณาด้วยวิธีการอย่างใดก็ได้ เช่น โฆษณาทางหนังสือพิมพ์  
รายวัน รายสัปดาห์ หรือปิดประกาศ หรือโฆษณาทางโทรทัศน์หรือวิทยุ หรือโดย  
ใช้ใบปลิว หรือใช้คนถือป้ายบอกโฆษณา หรือใช้รถยนต์ออกกระจายเสียงป่าว  
ประกาศ เป็นต้น

ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ต้องการให้กระทำด้วยวิธีโฆษณาก็เพื่อให้  
ประชาชนทั่วไปได้ทราบไม่เป็นการเจาะจง แต่อย่างไรก็ดีผู้ให้คำมั่นก็อาจจะ  
กำหนดคุณสมบัติเฉพาะของผู้ที่จะเข้ากระทำการหรือผู้เข้าประกวดได้ เช่น  
จำกัดว่าผู้เข้าประกวดหรือผู้เข้ากระทำการต้องเป็นเพศหญิงอายุระหว่าง 17 ปี  
ถึง 25 ปีบริบูรณ์ เป็นต้น ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็ยังคงถือว่า เป็นการให้คำมั่นแก่บุคคล  
ทั่วไปอยู่นั่นเอง มิใช่คำมั่นอันเป็นการเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง เพียง  
แต่ว่าการจำกัดคุณสมบัติดังกล่าวเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งในการให้คำมั่นเท่านั้น

ในเรื่องการโฆษณาให้คำมั่นนี้ ได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวาง  
แนววินิจฉัยไว้ว่า ระเบียบการจ่ายเงินรางวัลที่ดินของกรมสรรพสามิตที่มีข้อความ  
ระบุให้ชาหลวงประจำจังหวัดผู้บังคับการตำรวจ ผู้กำกับการตำรวจ นายอำเภอ

<sup>1</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 พิมพ์ครั้งที่ 1,  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2525) หน้า 201

หรือปลักกิ่งอำเภอมืออำนาจรับแจ้งความจากผู้ขอรับเงินรางวัลนำจับได้นั้น เมื่อได้ส่งไปยังกรมศุลกากรและกรมตำรวจจนกระทั่งกรมตำรวจได้ออกแจ้งความต่อไปอีกนั้น ไม่เพียงแต่เป็นระเบียบภายในเท่านั้น แต่เป็นการออกโฆษณาภายนอก ซึ่งคำมั่นที่จะจ่ายเงินรางวัลตอบแทนให้แก่ผู้ช่วยเหลือราชการในการจับผิดเข้าลักษณะออกโฆษณาให้คำมั่นจะให้รางวัลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 362 แล้ว<sup>1</sup>

ในเรื่องคำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลอันเป็นการเสนอต่อบุคคลโดยทั่วไปนี้ ความตำรากฎหมายต่างประเทศมีแนวความคิดแบ่งแยกออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ

แนวที่ 1 มีความเห็นว่า คำมั่นจะให้รางวัลนี้ก็คือคำเสนอธรรมดานั้นเอง ซึ่งอาจอธิบายได้ในรูปของ offer

แนวที่ 2 มีความเห็นว่า คำมั่นจะให้รางวัลนี้แตกต่างจากคำเสนอต่อสาธารณชน และไม่ถือว่าเป็นเพียงคำเสนอธรรมดา แต่จะยึดหลักของทฤษฎี Unilateral Jural Act ซึ่งมีผลให้คำมั่นในกรณีนี้มีผลผูกมัดตัวผู้ให้คำมั่นโดยปราศจากการตกลงรับ และใครก็ตามที่ทำตามข้อกำหนดมีสิทธิจะได้รับรางวัล

ในกฎหมายเยอรมันเป็นเช่นเดียวกับกฎหมายออสเตรเลีย คือได้วางบทกำหนดของคำมั่นจะให้รางวัลไว้โดยเฉพาะในรูปของ Unilateral Jural Act กล่าวคือ กฎหมายเยอรมันถือว่าการกระทำฝ่ายเดียวในกฎหมายก่อให้เกิดข้อผูกพันได้โดยไม่ต้องมีการสนองรับจากอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>2</sup>

<sup>1</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153/2508

<sup>2</sup> Schuster, The Principle of German Civil Law,

ในกฎหมายอเมริกันและอังกฤษยอมรับว่าการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อสาธารณชนมีได้ และถือว่าคำนั้นจะให้รางวัลก็คือ คำเสนอธรรมดารูปหนึ่งเท่านั้นเพียงแต่เป็นคำเสนอต่อสาธารณชน (offer to the public)

ในกฎหมายฝรั่งเศส หลักเกณฑ์เรื่องคำเสนอต่อสาธารณชนนั้นเป็นที่ถกเถียงกันในหมู่นักกฎหมายด้วยกัน ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 19 ทั้งนี้เพราะเขามีความรู้ดีกว่า ในเมื่อไม่ได้เจาะจงตัวผู้รับคำเสนอให้แน่นอน สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของคำเสนอยอมขาดไป ดังนั้นคำเสนอต่อบุคคลโดยไม่เจาะจงจึงเป็นไปไม่ได้ จะเป็นได้ก็แต่เพียงคำเชื้อเชิญให้ทำการเจรจา<sup>1</sup> แต่อย่างไรก็ดี ข้อคิดเห็นที่แตกต่างนี้ได้สูญหายไปเป็นที่สุด ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปสำหรับนักกฎหมายว่า คำเสนออาจเสนอต่อสาธารณชนได้<sup>2</sup> แต่ในการตัดสินคดีศาลฝรั่งเศสก็ยังคงไม่ยอมรับทฤษฎี *Unilateral declaration of will* กล่าวคือ จากกรวเคราะห์คดีตัดสินของศาลสรุปได้ว่า ศาลไม่นำทฤษฎี *Unilateral declaration of will* มาใช้ แม้ว่าจะเป็นประโยชน์เมื่อจะทำเช่นนั้นก็ตาม และอย่างน้อยที่สุดครั้งหนึ่งทฤษฎีดังกล่าวได้ถูกคำหัตถ์เขียนโดยศาล การที่ศาลไม่ยอมรับทฤษฎี *Unilateral declaration of will* มาใช้เห็นได้ชัดแจ้งในกรณีที่มีคำเสนอเข้ามาเกี่ยวข้องดังจะเห็นได้จากการยึดถือในกฎหมายฝรั่งเศสที่ว่า แม้ว่าคำเสนอซึ่งโดยทั่วไปสามารถถอนคืนได้ ผู้เสนอก็คงมีความผูกพันที่จะให้คำเสนอคงอยู่ชั่วระยะเวลาอันพอสมควรที่จะให้ผู้รับคำเสนอพิจารณาคำเสนอ แต่ศาลก็ไม่ยึดถือความผูกพันของผู้เสนอตามหลักของ *Unilateral declaration of will* บางครั้งศาลได้ยึดถือความผูกพันดังกล่าวในแง่ของ *pre-contract* ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างผู้เสนอและผู้สนองในขณะที่คำเสนอได้ไปถึงผู้สนอง คำตัดสินของศาลที่ปฏิเสธ

<sup>1</sup> Pardessus, *Droit Commercial* 289 (1831) p. 289.

<sup>2</sup> Rudolf B. Schlesinger, *Formation of Contracts*. Volume I, (New York: Oceana Publication, Inc; 1968), p. 662

ทฤษฎี Unilateral declaration of will ได้แก่ คำตัดสินของ The Paris Court เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1959 (Paris 20 March 1959, D. 1959. 268)<sup>1</sup>

ปัญหาในเรื่องคำมั่นจะให้รางวัลมักมีอยู่ว่าบุคคลที่กระทำตามคำมั่น โดยไม่รู้ถึงรางวัลจะได้รับรางวัลหรือไม่ ซึ่งในทุกระบบกฎหมายจะยอมรับว่าบุคคลผู้กระทำตามคำมั่นมีสิทธิเรียกร้องเอารางวัลใดตามคำมั่นจะให้รางวัลนั้น แม้ว่าเขาจะไม่ทราบถึงคำมั่นนั้น หรือแม้แต่ในกรณีที่เขาได้กระทำตามที่กำหนดในคำมั่นก่อนที่คำมั่นนั้นจะประกาศออกมา<sup>2</sup>



ศูนย์วิทย์ทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>1</sup> Ibid, pp. 665-666

<sup>2</sup> Ibid, p. 670

## 2. คำมั่นเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง

คำมั่นในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาที่คงมีผู้รับการแสดงเจตนา ซึ่งผู้รับการแสดงเจตนา นั้น อาจจะเป็นผู้อยู่ห่างกัน โดยระยะทางหรือผู้อยู่เฉพาะหน้าก็ได้

ตัวอย่างเช่น คำมั่นในการซื้อขายตามบทตรา 454 ซึ่งมีบัญญัติว่า "การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นไว้ก่อนว่าจะซื้อหรือขายนั้น จะมีผลเป็นการซื้อขายต่อเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งได้บอกกล่าวความจำนองว่าจะทำการซื้อขายนั้นให้สำเร็จตลอดไป และคำบอกกล่าวเช่นนั้นได้ไปถึงบุคคลผู้ให้คำมั่นแล้ว

ถ้าในคำมั่นมิได้กำหนดเวลาไว้เพื่อการบอกกล่าวเช่นนั้นไซ้ ท่านว่าบุคคลผู้ให้คำมั่นจะกำหนดเวลาพอสมควร และบอกกล่าวไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้ตอบมาเป็นแน่นอนภายในเวลากำหนดนั้นก็ได้ว่าจะทำการซื้อขายให้สำเร็จตลอดไปหรือไม่ ถ้าและไปตอบเป็นแน่นอนภายในกำหนดเวลานั้นไซ้ คำมั่นซึ่งได้ให้ไว้ก่อนนั้นก็เป็นอันไร้ผล"

คำมั่นในการซื้อขายนี้ ถ้าเป็นการทำต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าและกระทำควยวาวจา คำมั่นนี้ย่อมมีผลผูกพันผู้ทำคำมั่นทันทีที่ผู้รับคำมั่นได้เข้าใจความหมาย แต่ถาเป็นการทำคำมั่นต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง คำมั่นจะมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นต่อเมื่อการแสดงเจตนาได้ไปถึงผู้รับซึ่งการแสดงเจตนาแล้ว

มีข้อพิจารณาว่า เมื่อทำคำมั่นต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว บุคคลที่จะสนองรับคำมั่นได้นั้น จำเป็นหรือไม่ว่าจะต้องเป็นบุคคลที่ถูกกำหนดโดยเจาะจงนั้นเท่านั้น

เมื่อพิจารณาถึงหลักทั่วไปของคำเสนอแล้วจะเห็นได้ว่า ผู้ที่จะทำคำสนองรับคำเสนอได้ต้องเป็นบุคคลที่ถูกเชื่อเชิญให้ทำการสนองเท่านั้น

หลักนี้เป็นที่ยอมรับใน The Second Restatement มาตรา 54 ซึ่งระบุว่า "คำเสนอนั้น สามารถสนองรับได้เฉพาะแต่โดยบุคคลผู้ซึ่งคำเสนอนั้นเชิญให้ บุคคลนั้นเข้ากระทำการเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนตอบแทน (An offer can be accepted only by a person whom it invites to furnish the consideration) ดังนั้นการหาคำมั่นต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง บุคคลที่จะสนองรับคำมั่นได้จึงต้อง เป็นบุคคลที่ถูกกำหนดเท่านั้น

มีปัญหาว่า 1. ในกรณีที่มิบุคคลที่ 3 ใ้รู้ถึงคำมั่นนั้น และได้ทำการสนองรับ การสนองรับของบุคคลที่ 3 จะมีผลหรือไม่

เมื่อพิจารณาตามหลักของการก่อให้เกิดสัญญาจำเป็นต้องมีการแสดง ความตกลงยินยอมต่อกันทั้ง 2 ฝ่ายถูกต้องตรงกัน ในเมื่อการสนองรับจาก บุคคลที่ 3 เป็นการนอกเหนือเจตนาของผู้ทำคำมั่นแล้ว การสนองรับในกรณี เช่นนี้จึงไม่ก่อให้เกิดผลและไม่ก่อให้เกิดสัญญาแต่อย่างใด

ท่านองเกี่ยวกับคำเสนอในกรณีที่มิบุคคลที่ 3 ใ้รู้ถึงคำเสนอนั้นและ ทำการสนองรับ การสนองรับดังกล่าวไม่มีผล<sup>1</sup>

ในการตัดสินคดีของศาลประเทศออสเตรเลีย ข้อเท็จจริงได้ความว่า เอโดสส่งคำเสนอถึงบี และคำเสนอนั้นสนองรับโดยบีและซี หรือสนองรับโดยบี ในฐานะตัวแทนของบีและซี Sir Samuel Griffiths ซึ่งเป็นผู้พิพากษา หัวหน้าศาลสูงของประเทศออสเตรเลียได้ตัดสินคดีนี้ว่า การสนองรับคำเสนอนั้นไม่มีผล และถือเป็นคำเสนอใหม่ ซึ่งถ้าคำเสนอนั้นสนองรับโดยเอ ก็จะเป็นสัญญาที่มีผล<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Rudolf B. Schlesinger, Formation of Contracts, Volume II, (Newyork: Oceana Publication, Inc., 1968), p.919.

<sup>2</sup> Lang V. James Marrison & Co., Ltd., (1911) 13 C.L.R. 1, 6.

2. ถ้าผู้ทำคำมั่นได้ระบุให้บุคคลอื่นสามารถสนองรับคำมั่นได้ด้วย บุคคลนั้นจะมีสิทธิสนองรับคำมั่นแทนผู้รับคำมั่นได้หรือไม่

เมื่อคำนึงถึงหลักว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาแล้ว บุคคลย่อมมีอิสระที่จะแสดงเจตนามุ่งผลในกฎหมายได้ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการทำคำมั่นโดยระบุถึงนี้ย่อมมีผลให้บุคคลอื่นสามารถสนองรับแทนผู้รับคำมั่นได้

3. ในกรณีที่ผู้ทำคำมั่นมีใ้กำหนดแน่ชัดในคำมั่นว่า การสนองรับคำมั่นอาจทำได้โดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้รับคำมั่น กรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าตามกฎหมายไทยแล้วการทำคำมั่นโดยเฉพาะเจาะจงยอมแสดงให้เห็นเจตนาถึงผู้ให้คำมั่นอย่างชัดแจ้งแล้วว่าประสงค์จะทำสัญญากับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ดังนั้นในกรณีเช่นนี้บุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้รับคำมั่นจึงไม่อาจทำการสนองรับคำมั่นได้

ตามกฎหมาย Common Law ถ้าผู้เสนอมิได้ระบุอย่างแน่ชัดในคำเสนอของเขาว่า การสนองรับอาจจะกระทำโดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้รับคำเสนอ การที่จะมองว่า การสนองรับคำเสนอโดยมอบหมาย (assign) ให้บุคคลอื่นกระทำแทนผู้รับคำเสนอนั้น กระทำได้หรือไม่เพียงใด ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

1. คำเสนอที่มุ่งถึงคุณสมบัติเฉพาะตัว (intuitu personae)  
 ผู้ที่จะสนองรับคำเสนอนี้ได้จักต้องเป็นผู้รับคำเสนอเท่านั้น ตัวอย่างเช่น คำเสนอที่เกี่ยวกับการบริการ (offer for service) ซึ่งการบริการนี้อาจมีได้หลายรูปแบบ เช่น นาย ก. เสนอให้นาย ข. ซึ่งเป็นสถาปนิกออกแบบแปลนเพื่อปลูกสร้างบ้านให้นาย ก. จะเห็นว่าคำเสนอของนาย ก. นี้มุ่งถึงการบริการของนาย ข. อันต้องใช้คุณสมบัติเฉพาะตัวของนาย ข. เท่านั้น ดังนั้นผู้จะสนองรับคำเสนอกรณีนี้ได้ต้องเป็นนาย ข. เท่านั้น ไม่อาจมีการมอบหมายให้บุคคลอื่นสนองรับแทนได้



2. คำเสนอที่มีลักษณะถอนคืนได้ (Revocable offer) ในสมัยก่อนนั้น ความกฎหมายอเมริกัน สัญญาทุกสัญญา ความผูกพันระหว่างคู่สัญญานั้นเข้มงวดมาก คือคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่อาจที่จะมอบหมาย (assign) ให้บุคคลอื่นรับภาระผูกพัน ความสัญญาแทนกันได้ แต่ในปัจจุบันได้มีการยอมรับถึงการมอบหมายให้บุคคลอื่นรับ สิทธิและหน้าที่ (right and duty) แทนคู่สัญญาได้ ในการที่จะกระทำหรือ ปฏิบัติความสัญญา<sup>1</sup>

อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักการนี้ดูเหมือนจะใช้ได้ แต่ในการตัดสินคดี ของศาลในประเทศต่าง ๆ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา<sup>2</sup> อังกฤษ ฝรั่งเศส ศาลก็มีได้ นำหลักการนี้มาใช้

3. คำเสนอที่มีลักษณะเลือกได้ (option) ในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการยอมรับว่า option นั้น สามารถมอบหมาย (assign) ให้บุคคลอื่น สนองรับได้ ดังเช่นการตัดสินคดีระหว่าง Chameroy V. Charbonniere เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1863<sup>3</sup> ข้อเท็จจริงได้ความว่า Chameroy ได้มอบหมายให้ Roure ทำการสนองรับคำสัญญาซื้อ (Unilateral Promise for sale) ซึ่งเขาได้รับจาก Charbonniere Court of appeal ได้ตัดสินคดีนี้ว่า การมอบหมาย (assign) option ให้แก่บุคคลอื่นนั้นกระทำ ไม่ได้ ดังนั้นการสนองรับ option โดย Roure แทน Chameroy จึงไม่มีผล และไม่ทำให้เกิดเป็นสัญญา แต่ในการตัดสินความของศาลสูงสุด (Court of Cassation) ได้ตัดสินตรงข้ามกับการตัดสินของศาลล่าง โดยสรุปว่าไม่ว่าจะ

<sup>1</sup> Schlesinger, Formation of Contracts, Volume II, p. 915.

<sup>2</sup> Jordan-Marsh. Co.V. Beals, 201 Mass. 163, 87 N.E. 471 (1909).

<sup>3</sup> Cass., 31 Jan. 1866 (reversal), p. 1866.1. 69, S. 1866.1.152.

มีการตกลงกันอย่างไรระหว่าง assignor และ assignee เมื่อ assignee ได้สนองรับ option แล้ว assignor ก็ยังคงต้องมีการผูกพันต่อผู้ที่ให้ option (optionor) โดย assignor ไม่อาจจะอ้างว่า เขาได้มอบหมายภาระทุกอย่างให้แก่ assignee

ศาลได้ระบุแน่ชัดว่าไม่มีเหตุผลใดที่การสนองรับ option จะมอบหมายให้บุคคลอื่นสนองรับแทนไม่ได้ การตัดสินของศาลครั้งนี้ได้ถือเป็นบรรทัดฐานต่อมาว่า option ทั้งหมดสามารถมอบหมายได้ (assignable) และได้คุ้มครองถึงสัญญาให้สิทธิเลือกก่อน (preference agreement) ด้วย

ซึ่งสัญญาให้สิทธิเลือกก่อน (preference agreement) นั้น ศาลสูงของฝรั่งเศส (Court of Cassation) ได้ตัดสินเมื่อวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 1955<sup>1</sup> ว่า ให้ตกทอดถึงทายาทด้วย

ต่อมาก็ได้มีการตัดสินคดีเป็นทำนองเดียวกันอีกว่า การมอบหมายนั้นให้คุ้มครองถึงคำสัญญาให้สิทธิเลือกก่อน (promise of preference) ข้อเท็จจริงได้ความว่า เจ้าของที่ดินให้คำสัญญา (Unilateral promise) แก่ผู้เช่าที่ดินว่า เขาจะให้ผู้เช่าได้เช่าที่ดินในบริเวณใกล้เคียงกับที่เขาอาศัยอยู่นั้นหากว่าเขาย้ายไปอยู่ที่อื่น ซึ่ง Court of Cassation ได้ตัดสินคดีนี้ แบบเดียวกับที่ Court of Aix-en-Provence ตัดสิน คือสรุปว่า Unilateral Promise นี้สามารถมอบหมายได้ นั่นคือผู้ที่ได้รับมอบหมาย (assign) จากสัญญาเช่าเดิม สามารถที่จะบังคับให้เจ้าของที่ดินกระทำตามที่เขาได้ให้คำสัญญาไว้ ซึ่งคำสัญญานี้จะอยู่ในรูปของสัญญาให้สิทธิเลือกก่อน (preference agreement) มากกว่าจะอยู่ในรูปของ option

1

Cass., 14 Jan. 1955, J.C.P. 1961. II 12106.

ไม่ได้ ก็ย่อมสามารถที่จะมอบหมายได้ แต่ถ้ามองว่าเป็นคำเสนอทั่วไป ก็ถือว่าไม่อาจมอบหมายได้ ยกเว้นจะได้มีการระบุแน่ชัดในคำเสนอนั้นว่าให้มอบหมายได้

ในระบบกฎหมายอื่น เช่น ในระบบกฎหมาย Common Law การแสดงเจตนาทำสัญญาจะมีหลักเกณฑ์พิเศษที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายไทยนั่นคือ รูปแบบของการทำสัญญาจะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ของ Consideration เสมอ

ในกฎหมายลักษณะสัญญาของ Common Law นอกจากสาระสำคัญ 2 ประการ คือ มีบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันตามฐานะแห่งกฎหมายที่เรียกว่า คำเสนอ และคำสนองแล้ว ยังต้องมีสาระสำคัญบางอย่างที่กฎหมายต้องการให้เพิ่มอีก 2 ประการคือ<sup>1</sup>

1. แบบ (Form)
2. สิ่งตอบแทน (consideration)

กฎหมายอังกฤษรับรู้อธิบายใน 2 รูปแบบนี้เท่านั้น คือ สัญญาตามแบบ (Formal Contract) ซึ่งจะต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร ทำพิธีประทับตรา หรือเครื่องหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นสิ่งสำคัญ สัญญาอย่างนี้เรียกว่า สัญญากรมธรรม์ (Contract under seal หรือ Speciality Contract) สัญญาอีกอย่างหนึ่งคือสัญญาธรรมดาที่ไม่ต้องทำตามแบบเรียกว่า Simple Contract หรือ Parol Contract สัญญาชนิดนี้จะได้ตกลงผูกพันด้วยปากเปล่าหรือขีดเขียนไว้

---

<sup>1</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, เอกสารคำบรรยายกฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญา, ม.ป.ท. ม.ป.ป., หน้า 7

เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม จะมีผลผูกพันเป็นสัญญาที่ก่อเมื่อมีสิ่งตอบแทน ข้อตกลง  
ใด ๆ ที่ไม่ได้ทำเป็นสัญญากรรมธรรมและมีได้มีสิ่งตอบแทนต่อกัน ข้อตกลงนั้นหา  
มีผลเป็นสัญญาไม่

ฉะนั้นเมื่อกล่าวถึงสัญญาในกฎหมายอังกฤษ จึงควรต้องเข้าใจว่า  
ถ้าไม่เป็นสัญญากรรมธรรมก็ต้องเป็นสัญญาธรรมคาอย่างใดอย่างหนึ่ง และเมื่อ  
เป็นสัญญาธรรมคาแต่ไม่มีสิ่งตอบแทนต่อกัน ก็ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาอย่างใดเสียเลย

สิ่งตอบแทน (Consideration) ไม่ใช่หลักฐานในการพิสูจน์สัญญา  
ธรรมคา แต่เป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งในสัญญา ซึ่งถ้าไม่มีอยู่เป็นการตอบแทน  
กันแล้ว สัญญาก็ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ ตามธรรมดาสัญญาทุกชนิดจะต้องมีสิ่งตอบแทน  
ส่วนสัญญากรรมธรรมนั้นเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ ถึงแม้จะไม่มีสิ่งตอบแทนต่อกัน  
ก็อาจจะฟ้องร้องบังคับกันได้ โดยอำนาจพิเศษของแม่บทนั่นเอง<sup>1</sup>

เหตุที่กฎหมายอังกฤษถือสิ่งตอบแทนเป็นสาระสำคัญเพราะต้องการให้มี  
สิ่งใดสิ่งหนึ่งมาแสดงให้เห็นชัดว่า คู่สัญญามีเจตนาจะผูกพันกันโดยแน่แท้เสียก่อน  
ถ้าไม่มีประโยชน์ส่วนใดเสียกันอย่างจริงจังแล้วใครเลยจะสมัครใจเข้าทำสัญญา

โดยทั่วไปเมื่อบุคคลใดได้ทำสัญญา บุคคลนั้นมักจะยอมสละสิ่งใด  
สิ่งหนึ่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อชักจูงให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นทำประโยชน์ตอบแทน  
ให้แก่ตน ฉะนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างตกอยู่ในฐานะเดียวกันที่จะต้องเป็นผู้เสีย  
ประโยชน์ คือเป็นฝ่ายให้คำสัญญา (promisor) และเป็นผู้ที่จะได้รับประโยชน์  
ในฐานะเป็นฝ่ายรับคำสัญญา (promisee) สิ่งตอบแทนเกิดจากการได้ประโยชน์  
เสียประโยชน์ระหว่างคู่สัญญานั้นเอง เมื่อฝ่ายใดมาเรียกร้องขอให้บังคับตาม  
สัญญา ฝ่ายนั้นจะต้องแสดงว่าตนเองในฐานะที่จะเป็นผู้รับประโยชน์ได้เสียสละ  
สิทธิหรือทรัพย์สินของเงินทองอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้ว หรือว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย  
หนึ่งซึ่งจะเป็นผู้เสียประโยชน์ในการจะต้องถูกบังคับให้ทำตามสัญญาได้รับประโยชน์  
อย่างหนึ่งอย่างใดตอบแทนไปแล้วจากตน ถึงแม้จะแสดงไม่ได้ว่าฝ่ายที่ตนขอให้

<sup>1</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

บังคับตามสัญญาได้รับประโยชน์อะไรก็ตาม เพียงแต่แสดงว่าตนเองได้เสียประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้วก็เป็นการเพียงพอ เพราะการที่อีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับประโยชน์อย่างใดหรือไม่เป็น เรื่องส่วนตัวของเขาเองที่จะคิดสิ่งใดที่คนธรรมดาไม่คิดว่าจะได้รับประโยชน์ คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจจะคิดว่าเป็นประโยชน์แก่ตัวของเขาเองก็ได้

### ลักษณะสำคัญของสิ่งตอบแทน (Consideration)

ในหลักกฎหมายสัญญาของอเมริกา มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษในเรื่องของ Consideration ซึ่งศาลได้วางแนววินิจฉัยไว้ว่า Consideration นั้นจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 3 ประการคือ<sup>1</sup>

1. ผู้รับคำสัญญา (The promisee) จะต้องได้รับความเสียหายในทางกฎหมาย (legal detriment)<sup>2</sup> ความเสียหายในทางกฎหมายคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่บุคคลกระทำหรือให้คำสัญญาว่าจะกระทำในสิ่งที่เขาไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือละเว้นจากการกระทำ หรือให้คำสัญญาว่าจะละเว้นจากการกระทำในสิ่งที่เขาไม่มีหน้าที่ตามกฎหมาย

<sup>1</sup> Cardozo, C.J., in Allegheny College V. Nat'l Chautau au County Bank, 246 N.Y. 369, 159 N.E. 173 (1927).

<sup>2</sup> Currie V. Misa, L.R. 10 Ex. 153, 162(1875), Stone Street V. Southern Oil Co., 226 N.C. 261, 37 S.E. 2d 676 (1946); Wells V. Houtford Accident & Indem. Co., 459 S.W. 2d 253 (Mo. 1970).

2. ความเสียหาย (detriment) ต้องทำให้เกิดเป็นคำสัญญา กล่าวคือ ผู้ให้คำสัญญามีความตั้งใจที่จะให้คำสัญญาของเขาเพื่อแลกเปลี่ยนกับความเสียหายของผู้รับคำสัญญา

3. คำสัญญา (The promise) ต้องทำให้เกิดความเสียหาย กล่าวคือ ผู้รับคำสัญญาได้รู้ถึงคำสัญญาและตั้งใจที่จะตอบรับคำสัญญา

จากองค์ประกอบทั้ง 3 ประการของหลัก Consideration อาจสรุปเป็นหลักเกณฑ์สั้น ๆ ได้ความดังนี้ คำสัญญา (The promise) จะมีผลผูกพันผู้ให้คำสัญญาต่อเมื่อมี Consideration คือ มีความเสียหายในทางกฎหมายเกิดขึ้นแก่ผู้รับคำสัญญาและมีการต่อรองแลกเปลี่ยนระหว่างคำสัญญาของผู้ให้คำสัญญา (The Promiser) กับความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้รับคำสัญญา เนื่องจากคำสัญญานั้น

ตามระบบกฎหมาย Common Law คำมั่นหรือคำสัญญา (promise)

มีผลเมื่อใด

- คำสัญญาต้องมี Consideration
- คำสัญญาที่มีผลโดยไม่ต้องมี Consideration

คำสัญญาต้องมี Consideration

1. คำสัญญาว่าจะให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นของขวัญ (Gift promise)

คำสัญญาว่าจะให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นของขวัญไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย ทั้งนี้เพราะคำสัญญานั้นไม่ประกอบไปด้วยหลักของ Consideration คือ ไม่มีความเสียหายทางกฎหมายเกิดแก่ผู้รับคำสัญญาและไม่มีการต่อรองแลกเปลี่ยน คำสัญญาของผู้ให้คำสัญญากับความเสียหายที่เกิดแก่ผู้รับคำสัญญา

ตัวอย่าง นาย ก. ได้ให้คำสัญญาแก่นาย ข. ว่าจะให้เงินนาย ข. เป็นจำนวน 1,000 บาท ในปีหน้า คำสัญญาของนาย ก. ไม่มีผลผูกพันนาย ข. เพราะไม่ครบองค์ประกอบของหลักที่ว่าด้วย Consideration กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง นาย ก. ไม่ได้ให้คำสัญญาเพื่อเป็นการต่อรองกับนาย ข.

ประการที่สอง นาย ข. ไม่ได้รับความเสียหายใด ๆ อันเกิดจากคำสั่งญาของ นาย ก.

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่า คำสั่งญาว่าจะให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นของขวัญไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แม้ว่าคำสั่งญานี้จะทำให้ผู้รับคำสั่งญาต้องเสียหายแต่ก็ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งญาที่มีผลเพราะไม่มีการต่อรองเพื่อแลกเปลี่ยนคำสั่งญาของผู้ให้คำสั่งญา กับความเสียหายที่เกิดแก่ผู้รับคำสั่งญา

คดี Kirksey V. Kirksey<sup>1</sup>

คดีนี้ขอเท็จจริงไต่ความว่า เอได้ให้คำสั่งญากับบี ซึ่งเป็นน้องสะใภ้ว่าจะจัดหาที่อยู่ให้แก่มิ ถ้าบีเดินทางมาอยู่กับเอ บีได้เสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการเดินทาง เอปฏิเสธที่จะจัดหาที่อยู่ให้บีตามที่เอให้คำสั่งญาไว้ บีจึงได้ฟ้องร้องต่อศาล

ศาลตัดสินว่า คำสั่งญาของเอไม่มีผลผูกมัดเอตามกฎหมาย เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่มิ (ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง) ไม่ได้เกิดจากการต่อรองแลกเปลี่ยนกับคำสั่งญาของเอ แต่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งเงื่อนไขของคำสั่งญาของเอ

อย่างไรก็ตามในรูปคดีแบบนี้ บีอาจจะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย (ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง) จากเอ โดยใช้หลักที่ว่าด้วย promissory estoppel ซึ่งจะกล่าวในภายหลัง

จากคดีข้างต้น ถ้าขอเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่า เอให้คำสั่งญาแก่มิที่จะจัดหาที่อยู่ให้แก่มิ ถ้าบีเดินทางมาอยู่กับเอในฐานะแม่บ้าน ผลของคดีจะเปลี่ยนไป คือ คำสั่งญาของเอมีผลผูกพันเอที่จะต้องจัดหาที่อยู่ให้แก่มิ ทั้งนี้

<sup>1</sup> 8 Ala., 131 (1845).

เพราะคำสัญญาของเอประกอบด้วยหลักของ Consideration คือ บีได้รับความเสียหาย (ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทาง) และความเสียหายนั้นเป็นการกระทำเพื่อการต่อรองและแลกเปลี่ยนอันเกิดจากคำสัญญาของเอ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เอได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการต่อรองนี้ด้วย

การต่อรองแลกเปลี่ยนคำสัญญาของผู้ให้คำสัญญา กับความเสียหายที่เกิดแก่ผู้รับคำสัญญา ปกติแล้วผลประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ให้คำสัญญาได้รับไม่จำเป็นจะต้องเป็นในรูปตัวเงินเสมอไป แต่อาจจะเป็นในรูปอื่นก็ได้ เช่น ทรัพย์สินของ สิทธิ หรือการละเว้นการกระทำอย่างใด ๆ ดังเช่น

คดี Hamer V. Sidway<sup>1</sup>

คดีนี้ขอเท็จจริงไว้ความว่า เอให้คำสัญญาแก่บีซึ่งเป็นหลานชายว่าจะให้เงินจำนวน 5,000 ดอลลาร์ ถ้าบีจะเลิกสูบบุหรี่ ดื่มเหล้า และการพนัน จนกว่าบีจะอายุ 21 ปี บีได้กระทำตามคำสัญญาของเอ ซึ่งคำสัญญาของเอมีผลผูกพันให้เอต้องจ่ายเงินแก่บี จำนวน 5,000 ดอลลาร์ ทั้งนี้เพราะเอได้ต่อรองเพื่อแลกเปลี่ยนกับความเสียหายของบี แม้ว่าผลประโยชน์ที่เอจะได้รับไม่ได้อยู่ในรูปตัวเงิน แต่อยู่ในรูปของการที่ทำความประพฤติของบีเป็นไปในแบบที่เอต้องการ

คดีที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่งได้แก่ คดี Bard V. Kent<sup>2</sup> ขอเท็จจริงไว้ความว่า เอซึ่งเป็นเจ้าของบ้านได้ให้คำสัญญาแก่บี ซึ่งเป็นผู้เช่าบ้านเลือกที่จะทำการต่อสัญญาเช่า ด้วยความเชื่อถือในคำสัญญาที่จะให้เลือกทำการต่อสัญญาเช่า บีได้จ้างสถาปนิกมาทำการตกแต่งบ้านและได้เสียค่าใช้จ่ายในการ

<sup>1</sup> 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256, 12 L.R.A. 463 (1891).

<sup>2</sup> 19 Cal. 2d 449, 122 p. 2d 8 (1942).



กระนั้น คำสัญญาของเอที่จะให้มีต่อสัญญาเขานั้นไม่มีผล เนื่องจากคำสัญญาไม่ได้ประกอบด้วยหลักว่าด้วย Consideration แม้จะได้รับความสะดวกเสียหายจากการเชื่อถือในคำสัญญาของเอ คือได้เสียค่าใช้จ่ายในการจ้างสถาปนิก แต่คำสัญญาของเอไม่ได้เป็นการต่อรองเพื่อแลกเปลี่ยนกับความเสียหายนั้น

## 2. คำสัญญาที่ให้ไว้ภายหลังที่ได้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสัญญาแล้ว

(Past Consideration)

คำสัญญาที่ให้ไว้ภายหลังที่ได้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสัญญาแล้ว เรียกว่า Past Consideration จะไม่มีผลผูกพันผู้ให้คำสัญญา เนื่องจากไม่ได้ประกอบด้วยหลักของ Consideration ทั้งนี้เพราะผู้ให้คำสัญญาไม่ได้ต่อรองเพื่อแลกเปลี่ยนคำสัญญากับความเสียหายที่ผู้รับคำสัญญาจะได้รับจากการกระทำตามคำสัญญา

ในคดีเรื่องหนึ่งข้อเท็จจริงได้ความว่า เอได้ให้คำสัญญาแก่บีซึ่งเป็นลูกจ้างว่าจะให้เงินบำนาญแก่บี เป็นเงิน 100 ดอลลาร์ต่อเดือน ในฐานะที่บีมีชื่อเสียงและอุทิศตัวเพื่องานมาเป็นเวลา 20 ปี คำสัญญาของเอไม่มีผลผูกพันเอที่จะต้องจ่ายเงินบำนาญ 100 ดอลลาร์ต่อเดือนให้กับบี เพราะบีมีความเสียหายมาเป็นเวลา 20 ปีแล้วก่อนที่จะเอจะให้คำสัญญาเพื่อต่อรอง จึงไม่เป็นไปตามหลักว่าด้วย Consideration ที่ผู้ให้คำสัญญาทำคำสัญญาเพื่อต่อรองแลกเปลี่ยนกับความเสียหายของผู้รับคำสัญญาที่จะเกิดขึ้น<sup>1</sup>

ในทางตรงกันข้าม ถ้าเอให้คำสัญญากับบีซึ่งเป็นลูกจ้างว่าจะให้เงินบำนาญแก่บี เป็นเงิน 2,000 ดอลลาร์เพื่อเป็นของขวัญในการที่บีได้ทำงานมาด้วยความมีชื่อเสียง (บียังคงทำงานกับเอขณะที่เอให้คำสัญญา) คำสัญญาของเอมีผลผูกพันเนื่องจากเอได้ทำคำสัญญาเพื่อแลกเปลี่ยนและต่อรองกับความ

<sup>1</sup> Perreult v. Hall, 94 N.H. 191, 49 A. 2d 812 (1946).

เสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่บี กล่าวคือ เพื่อให้บีทำงานกับเอต่อไป และคำสัญญาของ เอยังคงมีผลที่จะต้องจ่ายเงินมาให้บีจนกระทั่งนายทนายรับมรดกของบี กรณีที่บีได้ถึงแก่กรรมในภายหลัง<sup>1</sup>

### 3. คำสัญญาจะทำในหน้าที่ซึ่งมีอยู่ก่อนแล้ว (The Pre-Existing Duty Rule)

คำสัญญาที่บุคคลได้ให้ไว้เพื่อจะกระทำหรือให้คำสัญญาว่าจะทำในสิ่งที่เขามีสิทธิภาระหน้าที่ซึ่งจะต้องกระทำอยู่แล้วตามกฎหมาย หรือจะละเว้นจากการกระทำหรือให้คำสัญญาว่าจะละเว้นจากการกระทำในสิ่งที่เขามีสิทธิภาระหน้าที่ซึ่งจะต้องละเว้นจากการกระทำนั้นอยู่แล้วตามกฎหมาย

ดังตัวอย่างคดี Ruffin V. Mercury Record Production, Inc.,<sup>2</sup> คดีนี้ขอเท็จจริงได้ความว่า เอได้ว่าจ้างบีเป็นเวลา 1 ปี เพื่อทำงานในอัตราค่าจ้าง 100 ดอลลาร์ต่อสัปดาห์ หลังจากเริ่มทำงานบีได้เจรจากับเอเพื่อขอขึ้นค่าจ้างอีก 50 ดอลลาร์ต่อสัปดาห์ ถ้าไม่ขึ้นค่าจ้างให้บีจะลาออก เอได้ให้คำสัญญาว่าจะขึ้นค่าจ้างให้อีก 50 ดอลลาร์ต่อสัปดาห์ ต่อมาเอปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสัญญา บีได้ฟ้องร้องต่อศาล ศาลตัดสินว่า คำสัญญาของเอที่จะขึ้นค่าจ้างให้บีอีก 50 ดอลลาร์ต่อสัปดาห์ ไม่มีผลบังคับ เพราะบีมีภาระหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างอยู่แล้ว (ทำงานด้วยค่าจ้าง 100 ดอลลาร์ต่อสัปดาห์) คำสัญญาของเอเพื่อต่อรองแลกเปลี่ยนกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่บี จึงไม่ถือว่าประกอบไปด้วย Consideration

จากคดีตัวอย่างข้างต้น ถ้าขอเท็จจริงในคดีเปลี่ยนแปลงไป โดยเอให้คำสัญญากับบีว่าจะเพิ่มค่าจ้าง 50 ดอลลาร์ต่อสัปดาห์ ให้บีโดยบีจะต้องทำงานเพิ่มขึ้น คำสัญญาของเอมีผลผูกพันเอ เพราะเอได้ต่อรองเพื่อแลกเปลี่ยนกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่บี คือ บีต้องทำงานเพิ่มขึ้น ดังนั้นคำสัญญาของเอ

<sup>1</sup> Mabley Co. V. Borden, 129 Ohio St. 375 (1935).

<sup>2</sup> 513 F. 2d 222 (6th Cir. 1975).

จึงประกอบไปด้วยหลักของ Consideration <sup>1</sup>

#### 4. คำสัญญาที่ลวงตา (Illusory Promise)

คำสัญญาที่ลวงตา (Illusory Promises) เป็นคำสัญญาที่ใบมีผลผูกพันผู้ให้คำสัญญา

ตัวอย่าง เอได้เสนอขายข้าวสารในราคา 2 ดอลลาร์ต่อกระสอบ ให้แก่บีตามจำนวนเล็กน้อยแล้วแก้มิจะเลือกสั่งซื้อภายในกำหนดเวลา 30 วัน บีได้ตอบตกลง ต่อมาภายหลังมิได้จัดทำใบสั่งซื้อส่งไปให้เอ เอปฏิเสธที่จะขายข้าวสารตามราคาเดิม บีฟ้องร้องต่อศาล ผลของคดีให้ความว่า คำสัญญาของบีเข้าลักษณะคำสัญญาที่ลวงตา เพราะว่ามีไม่ได้ผูกมัดตัวเองที่จะกระทำการใดจากการให้คำสัญญาของเขาไม่เข้าหลักเกณฑ์ของ Consideration

แต่ถ้าในกรณีดังกล่าว บีได้ให้คำสัญญาสนองรับคำเสนอของเอว่า ถ้าบีจะซื้อข้าวสารภายในเวลา 30 วันนี้ บีจะซื้อจากเอเท่านั้น การให้คำสัญญาของบีในลักษณะนี้จะประกอบด้วยหลักของ Consideration เพื่อต่อรองแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของเอ ดังนั้นคำสัญญาของเอจะมีผลผูกพันที่จะขายข้าวสารให้แก่บี และคำสัญญาของบีจะมีผลผูกพันที่จะรับซื้อข้าวสารจากเอ

#### 5. Alternative Promise

คำสัญญาเมื่อเลือก คือคำสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้คำสัญญามีทางเลือกหลาย ๆ ทาง ที่จะให้ผู้รับคำสัญญาสนองรับคำสัญญานั้น โดยมีเงื่อนไขว่าทางเลือกแต่ละทางนั้นต้องประกอบด้วยหลักของ Consideration

<sup>1</sup> Gray V. Martino, 91 N.J. Law 462, 103 A. 24 (1918); Restatement, Contracts (2d) Sec. 76 A, Ills.1.2.

ตัวอย่าง เอเสนอขายหนังสือเล่มหนึ่งให้แก่บี โดยให้บีเลือกสนองรับด้วยการให้คำสัญญาว่าจะให้หนังสืออีกเล่มหนึ่งแก่เอเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยน หรือให้คำสัญญาว่าจะจ่ายเงิน 5 ดอลลาร์ ซึ่งมีเป็นหนี้เออยู่ให้กับเอ บีสนองรับคำเสนอของเอ โดยให้คำสัญญาว่าจะแลกเปลี่ยนหนังสือกัน แต่เอเปลี่ยนใจและปฏิเสธในคำสัญญาของบี

ในกรณีเช่นนี้ถือว่าคำสัญญาของบีไม่ได้ประกอบไปด้วยหลักของ Consideration ที่จะเป็นการต่อรองแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของเอ ทั้งนี้เพราะทางเลือกโดยการให้คำสัญญาว่าจะจ่ายเงิน 5 ดอลลาร์ ซึ่งมีเป็นหนี้ให้แก่เอนั้น ไม่ได้เป็นไปตามหลักของ Consideration แม้ว่าบีจะสนองรับด้วยการให้คำสัญญาที่จะแลกเปลี่ยนหนังสือกับเอก็ตาม

จากตัวอย่างที่ยกเป็นอุทธาหรณ์ข้างต้นนี้ ถ้าบีได้สนองรับคำเสนอของเอโดยการนำหนังสือมาแลกเปลี่ยนกับเอ (แทนที่จะสนองรับด้วยการให้คำสัญญาว่าจะแลกเปลี่ยนหนังสือกับเอ) และหากเอรับหนังสือไว้การสนองรับโดยการกระทำของบี ถือว่าเข้าหลักเกณฑ์ของ Consideration คือเป็นการต่อรองเพื่อแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของเอ และผูกพันเอที่จะต้องให้หนังสือแก่บี กรณีเช่นนี้เป็นการเปลี่ยนรูปจาก สัญญาสองฝ่าย (bilateral contract) ซึ่งไม่มีผล เป็นสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract) ที่มีผล

#### 6. Conditional promises (คำสัญญาที่มีเงื่อนไข)

ถ้าบุคคลได้ให้คำสัญญาสำหรับเหตุการณ์อื่นจะเกิดขึ้นในอนาคต อย่างมีเงื่อนไข คำสัญญานั้นถือว่าไม่มี Consideration และเป็นคำสัญญาที่ไม่มีผล

เหตุการณ์อันจะเกิดขึ้นในอนาคตที่กล่าวมานี้ อาจจะอยู่ในอำนาจที่  
 ผู้ให้คำสัญญาสามารถบังคับได้ทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนก็ได้ หรือไม่อาจบังคับ  
 ได้เลยก็ได้

ตัวอย่างสำหรับกรณีคำสัญญาที่มีเงื่อนไขซึ่งอยู่นอกอำนาจบังคับของ  
 ผู้ให้คำสัญญา เช่น เอและบีเป็นพี่น้องกันตามกฎหมาย ทั้งสองคนได้ตกลงกันและ  
 ให้คำสัญญาต่อกันว่าจะแบ่งทรัพย์สินอันเป็นมรดกคนละครึ่ง ทรัพย์สินมรดกนั้นจะเป็น  
 อะไรก็ตามที่เขาแต่ละคนได้รับจากเจ้ามรดก เอได้รับเงิน 10,000 ดอลลาร์  
 ในขณะที่บีไม่ได้รับอะไรเลย เอปฏิเสธที่จะแบ่งเงินจำนวนนั้นครึ่งหนึ่งให้กับบี  
 บีได้ฟ้องร้องต่อศาล ศาลตัดสินว่าคำสัญญาของบีถือว่ามี Consideration  
 และย่อมมีผลในการที่จะฟ้องร้องแลกเปลี่ยนเพื่อคำสัญญาของเอ ถึงแม้ว่าตาม  
 ความเป็นจริงแล้วบีไม่ได้กระทำให้สิ่งใดเพื่อแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของเอ แต่  
 คำสัญญาของบีเป็นคำสัญญาที่มีเงื่อนไข และเงื่อนไขนั้นอยู่นอกอำนาจบังคับ  
 ของบี<sup>1</sup>

ข้อสังเกต คำสัญญาของเอและบียังคงมีผล แม้ว่าพันธกรรมได้ถูก  
 เตียนก่อนที่เอและบีจะให้คำสัญญาต่อกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคราวใดที่เอและบี  
 คิดว่ามีทางเป็นไปได้ที่เขาทั้งสองจะกระทำตามคำสัญญา (แบ่งทรัพย์สินมรดกกัน  
 คนละครึ่ง) คำสัญญานั้นก็ประกอบด้วย Consideration และมีผล แม้ว่า  
 ความเป็นจริงแล้วบีไม่ได้กระทำให้สิ่งใดเลยตามคำสัญญาของเขา

ตัวอย่างสำหรับกรณีคำสัญญาที่มีเงื่อนไขส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดอยู่ใน  
 อำนาจบังคับของผู้ให้คำสัญญา

<sup>1</sup> Beckley V. Newman, 24 Eng. Rep. 691 (ch. 1723).

เอเสนอขายที่ดินให้กับบี โดยทั้งสองได้ตกลงว่า บีจะรับซื้อที่ดินนั้น เมื่อเขาหาเงินได้ บีหาเงินได้และซื้อที่ดินนั้นจากเอ เอปฏิเสธที่จะขายที่ดิน โดยอ้างว่าคำสัญญาของบีในการที่จะพยายามหาเงินมาซื้อที่ดิน เป็นคำสัญญาที่ลวงตา (illusory promises) ดังนั้นจึงไม่มีผลที่จะเป็น Consideration ในการต่อรองแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของเอ ข้ออ้างของเอไม่ถูกต้องเพราะ คำสัญญาของบีไม่ใช่คำสัญญาที่ลวงตา แต่เป็นคำสัญญาโดยปริยาย (implied promises) ที่มีเงื่อนไขว่าบีต้องพยายามอย่างดีที่สุดที่จะหาเงินมาซื้อที่ดิน ซึ่งเงื่อนไขนี้อยู่ในอำนาจบังคับของผู้ให้คำสัญญา ดังนั้นคำสัญญาจึงมีผลที่จะเป็น consideration เพื่อต่อรองกับคำสัญญาของเอ

### 7. คำสัญญาที่เป็นโมฆะ (Voidable Promise)

ในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแลกเปลี่ยนคำสัญญากัน แต่ผู้ให้คำสัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะหลีกเลี่ยง หรือทำให้คำสัญญาของเขาเป็นโมฆะได้ ดังนั้นจึงดูเหมือนว่าผู้ให้คำสัญญาไม่ได้ผูกพันตนเองกับสิ่งใด ๆ ในการที่จะทำให้คำสัญญาของเขามีผลและมี Consideration เพื่อต่อรองแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่เพราะว่าผู้ให้คำสัญญานั้นมีอำนาจและสิทธิที่จะเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ เขาสามารถหลีกเลี่ยงและทำให้คำสัญญานั้นเป็นโมฆะได้ หรือเขาสามารถที่จะกระทำตามคำสัญญานั้น จึงถือว่าคำสัญญานั้นทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้คำสัญญา และมี Consideration

ตัวอย่าง เอทำสัญญาขายรถยนต์ให้แก่บีซึ่งเป็นผู้เยาว์ บียอมมีสิทธิที่จะให้คำสัญญาของเขาเป็นโมฆะได้ตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามบีได้ตกลงใจที่จะซื้อรถยนต์จากเอ เอปฏิเสธที่จะขายรถยนต์ให้กับบี บีจึงฟ้องร้องต่อศาล ผลของคดีได้ความว่า เนื่องจากบีมีสิทธิตามกฎหมายเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ จึงมีสิทธิที่จะเลือกปฏิบัติในคำสัญญาของเขา คือ มีสิทธิยกเลิกคำสัญญาเนื่องจากเป็นคำสัญญาที่โมฆะ หรือมีสิทธิที่จะปฏิบัติตามคำสัญญา คือ ซื้อรถยนต์จากเอ

และมีได้เลือกที่จะปฏิบัติตามคำสัญญาคือซื้อรถยนต์จากเอ จึงถือว่าคำสัญญาของบี มี Consideration และมีผลที่จะตรงกับคำสัญญาของเอ

คำสัญญาที่มีผลได้โดยไม่ต้องประกอบไปด้วยหลักของ Consideration

1. คำสัญญาที่จะจ่ายหนี้เดิม (Promises to pay past debts)

1.1 Promises to pay past debts that are no longer legally enforceable หรือคำสัญญาที่จะชดใช้หนี้เก่า นั้น ไม่มีผลบังคับตามกฎหมายแล้ว

คำสัญญาชนิดนี้แม้จะไม่มีหลักของ Consideration แต่ศาลส่วนมากก็ถือว่าคำสัญญานี้มีผลผูกพัน กล่าวคือ ในกรณีที่หนี้ซึ่งถูกหนี้เป็นหนี้เก่า และหนี้นั้นได้หมดสภาพบังคับตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นกรณีหมดสภาพบังคับในรูปของการล้มละลาย หรือในรูปของการจำกัดหนี้ ถ้าถูกหนี้ได้ให้คำสัญญาเฉย ๆ ว่าจะชดใช้หนี้ไม่ได้ เรียกร้องสิ่งตอบแทน ดังนั้นถือว่าคำสัญญาที่จะชดใช้หนี้เป็นคำสัญญาที่มีผล แม้จะไม่มีหลักของ Consideration <sup>1</sup>

1.2 Moral Consideration

ศาลโดยทั่วไปถือว่าคำสัญญาในการที่จะชดใช้หนี้เดิมนั้น มีผล เพราะมีหลักของ Moral Consideration แต่หลักที่วางนี้แตกต่างจากหลักเกณฑ์ของ Consideration ในด้านที่ว่าไม่มีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการต่อรอง แต่ศาลถือว่ามิมีผลผูกพันทางคันบังคับ

---

<sup>1</sup> Stanek V. White, 172 Minn. 390, 215 N.W. 784 (1927).

ใน Restatement Contracts (2d) Sec. 87, Comment a ได้วางหลักไว้ว่า คำสัญญาที่จะชดใช้หนี้ซึ่งถูกยกเลิกโดยข้อกำหนดว่าด้วยการจำกัดหนี้ หรือโดยการล้มละลาย เป็นคำสัญญาที่มีผล แม้ว่าจะไม่มีหลักของ Consideration และศาลส่วนมากในสหรัฐอเมริกาได้ระบุในข้อกำหนดว่า คำสัญญาจะมีผลที่จะชดใช้หนี้ซึ่งถูกยกเลิกโดยข้อกำหนดว่าด้วยการจำกัดหนี้ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>1</sup>

1.3 คำสัญญาที่จะชดใช้หนี้มีผลบังคับได้เพียงสิ่งที่ได้ระบุไว้ใน คำสัญญาเท่านั้น และผู้ให้คำสัญญาก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการกระทำอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากที่ระบุ เช่น ถ้าผู้ให้คำสัญญาจะชดใช้หนี้ให้เพียงบางส่วน จากหนี้ทั้งหมด เขาก็ผูกพันเพียงการชำระในส่วนที่ได้ให้คำสัญญาไว้ และถ้า เขาให้คำสัญญาว่าจะชดใช้หนี้ให้ตามจำนวนที่เขาจะสามารถหาชดใช้ได้ คำสัญญาก็ผูกพันที่จะชดใช้หนี้ตามที่เขาระบุเท่านั้น และถ้าผู้ให้คำสัญญาได้แสดง การรับรู้ถึงหนี้ค้างชำระ แต่เขาได้กล่าวว่าเขาไม่ต้องการที่จะชดใช้หนี้อีก ต่อไปแล้ว ดังนั้นการแสดงการรับรู้ถึงหนี้ที่ยังค้างชำระนั้นไม่สามารถที่จะแปล ความว่าเป็นคำสัญญาที่จะชดใช้หนี้ได้ เนื่องจากผิดกับสิ่งที่เขาได้กล่าวมา

2. คำสัญญาที่จะจ่ายเงินสำหรับผลประโยชน์ที่เคยได้รับ (Promise to pay for benefit received)

คำสัญญาชนิดนี้อาจอธิบายได้โดยอุทธรณ์ดังต่อไปนี้

ตัวอย่าง ถ้าเอได้กระทำการบริการอะไรสักอย่างหนึ่งให้กับบี โดยปราศจากการตกลงซึ่งกันและกันก่อนที่จะลงมือกระทำการนั้น เช่น เอช่วย ชีวิตบีเอาไว้ และเหตุการณ์นั้นผ่านพ้นไปแล้ว บีได้ให้คำสัญญาต่อเอว่าจะจ่าย

<sup>1</sup> E.g., Mckinney's N.Y. Gen'l Obl. Law Sec. 5-701.



เงินให้เอ ดังนั้นจะถือว่าคำสัญญาของบีมีผลหรือไม่ จะเห็นได้ว่าคำสัญญานี้ไม่ได้ประกอบด้วยหลักของ Consideration ทั้งนี้เพราะคำสัญญายังไม่เกิดขึ้นจนกระทั่งการบริการนั้นสำเร็จลุล่วงไป และคำสัญญานี้ก็ไม่ได้เป็นการต่อรอง การที่จะถือว่าคำสัญญาในการที่จะจ่ายเงินเพื่อตอบแทนกับการบริการซึ่งลุล่วงไปแล้วว่ามีผลหรือไม่ ขึ้นอยู่กับหลายประเด็น เช่น ประเด็นที่ว่า ผู้รับการบริการนั้นต้องการการบริการหรือไม่ หรือผู้ที่อุทิศตนสำหรับการบริการมีการ คาคหมายที่จะได้รับการจ่ายหลังจากที่ได้ทำการบริการลุล่วงแล้วหรือไม่

## 2.1 ในกรณีที่มีการเรียกร้องการบริการนั้น

ถ้าเอเรียกร้องให้บีกระทำการบริการเพื่อเขา โดยที่บีไม่ได้มีการตกลงราคากันก่อน บีได้ทำการบริการลุล่วงไปแล้ว ในกรณีนี้มีมีสิทธิที่จะได้ ค่าจ้างตอบแทนในอัตราที่มีเหตุมีผล ถ้าปรากฏหลักฐานว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีความตั้งใจที่จะทำสัญญากัน แต่ปรากฏว่าไม่มีหลักฐานดังกล่าวว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงความตั้งใจที่จะทำสัญญากัน บีก็ยังคงสามารถที่จะได้รับค่าจ้างตอบแทนในอัตราที่สมเหตุสมผล โดยใช้หลักของ quasi contract จากกรณีนี้จะสังเกตเห็นได้ว่าคำสัญญาของเอดูเหมือนจะไม่ค่อยสำคัญเนื่องจากบีสามารถได้รับค่าตอบแทนในอัตราที่สมเหตุสมผลว่าด้วยหลักฐานความตั้งใจที่คู่กรณีตั้งใจทำสัญญากัน (implied in fact) หรือว่าด้วยหลักของ quasi contract แต่คำสัญญาของเอจะมีความสำคัญมาก ถ้าเกิดขึ้นในกรณีที่ค่าตอบแทนในการบริการนั้นสูงกว่าที่บีจะได้รับจากอัตราสมเหตุสมผล

ก. majority view ศาลส่วนใหญ่จะยอมรับว่าคำสัญญาของเอนั้นมีผลที่จะต้องจ่ายเงินให้บีตามที่ได้ตกลงกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีหลัก Consideration แม้ว่าราคาที่ตกลงกันนั้นจะมากกว่าราคาที่สมเหตุสมผลสำหรับการบริการแบบเดียวกัน

ข. The Restatement(Second) ได้ยอมรับว่าคำสัญญาที่จะจ่ายเงินให้สำหรับการบริการที่ได้มีการเรียกร้องให้กระทำ จะมีผลผูกพันเฉพาะจำนวนที่ถือว่าเป็นอัตราที่สมเหตุสมผล ส่วนจำนวนที่มากเกินไปกว่าที่จะมีเหตุผล คำสัญญานั้น จะไม่มีผลผูกพันถึง<sup>1</sup>

ตัวอย่าง เอได้ขอให้บีซึ่งเป็นช่างทาสีมืออาชีพ ทำการทาสีบ้านให้ เอ แต่คูกรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีการตกลงเรื่องราคา ดังนั้นเอย่อมมีความผูกพันที่จะต้องจ่ายเงินตามหลักของ implied in fact contract ด้วยอัตราที่ยุติธรรม บีได้ทำการทาสีบ้านจนเสร็จ โดยคำนวณค่าจ้างทาสีตามหลักความเป็นจริง ซึ่งคิดเป็นเงิน 500 ดอลลาร์ หลังจากทาสีเสร็จ เอได้ให้คำสัญญาว่าจะจ่ายเงินให้บีเป็นจำนวน 2,000 ดอลลาร์ โดยใช้หลักของ majority view ในข้อ ก. บีสามารถฟ้องเรียกค่าจ้างทาสีจำนวน 2,000 ดอลลาร์ได้เนื่องจากเอได้ให้คำสัญญาว่าจะจ่ายค่าทาสี แม้คำสัญญานั้นจะไม่ได้ประกอบด้วยหลัก consideration แต่ถ้ายึดถือตามหลักในข้อ ข. คือ Restatement Second บีจะได้รับค่าจ้างในอัตราที่ยุติธรรม กล่าวคือ 500 ดอลลาร์

ค. การบริการเพื่อเป็นของขวัญ จากที่กล่าวในข้างต้นสมมติว่าถ้าเอขอให้บีทาสีบ้านให้ โดยมีความคาดหวังว่าจะได้รับค่าจ้างในการทาสีเป็นการตอบแทน แต่ถ้าต่อมาบีเปลี่ยนใจ โดยทาสีบ้านให้เอฟรี ๆ โดยตั้งใจเพื่อจะให้ เป็นของขวัญแก่เอ และต่อมาถ้าเอให้คำสัญญาว่าจะจ่ายค่าทาสีให้ศาลส่วนใหญ่รวมทั้ง Restatement(Second)Sec. 89A (2)(b)ไม่ถือว่าคำสัญญานั้นมีผล

<sup>1</sup> Restatement, Contracts(2d) Sec 89A (2)(b) .

## 2.2 การได้รับประโยชน์หรือการบริการโดยมิได้มีการเรียกร้อง (benefits recieved but not requested)

ถ้าเอให้การบริการแก่บี โดยที่บีไม่ได้อำนาจ และต่อมาบีให้คำสัญญาว่าจะจ่ายเงินตอบแทน

ศาลส่วนใหญ่ถือว่าคำสัญญาของบีไม่มีผล

ก. ศาลส่วนน้อย (minority view) ถือว่าคำสัญญาที่จะจ่ายเงินให้สำหรับการบริการที่ไม่ได้มีการร้องขอให้กระทำนั้นมีผลผูกพัน ถ้าผู้รับบริการได้รับผลประโยชน์จากการบริการนั้น

ตัวอย่าง เอได้ช่วยชีวิตบีในภาวะฉุกเฉิน และบีได้ให้คำสัญญาว่าจะจ่ายเงินให้แก่เออาทิตย์ละ 15 ดอลลาร์ตลอดไป และบีได้จ่ายเงินให้เอ เช่นนี้เป็นประจำตลอด 8 ปี จนกระทั่งบีถึงแก่กรรม ต่อมาทายาทของบีได้ปฏิเสธที่จะจ่ายเงินให้เอต่อไป เอจึงได้ฟ้องร้องต่อศาลให้มีการจ่ายเงินตามคำสัญญาของบี ศาลตัดสินว่า คำสัญญาของบีมีผลบังคับ แม้จะไม่ได้ประกอบด้วยหลัก Consideration ทั้งนี้เพราะบีได้รับผลประโยชน์ในการบริการของเอ ซึ่งแม้การบริการนั้นบีจะไม่ได้อำนาจก็ตาม<sup>1</sup>

ข. การชดเชยค่าเสียหาย (Restitution possibility)

ตามที่ไต่ถามแล้วข้างต้นว่า ศาลส่วนใหญ่จะไม่สรุปว่า คำสัญญาที่มีผลผูกพันในกรณีที่การบริการนั้นไม่มีการร้องขอ แต่อย่างไรก็ตามในกรณีเช่นนี้ กฎหมายว่าด้วยหลักของ quasi contract หรือ restitution ก็เปิดโอกาส

<sup>1</sup> Webb V. McGowin, 232 Ala. 374, 168 So. 199(1936)

ให้ผู้บริการนั้นได้รับสิ่งตอบแทนตามอัตราที่ยุติธรรม เพราะอย่างน้อยค่าสัญญา ซึ่งผู้รับบริการได้ให้ ก็เป็นหลักฐานที่บ่งให้มีการชดใช้การตอบแทนนั้น แม้ค่าสัญญา จะไม่มีผล

### 3. สัญญาในรูปอื่น ๆ ซึ่งมีผลผูกพันโดยปราศจากหลักของ

Consideration (Other contract binding without Consideration)

ก. คำสัญญาที่จะกระทำหน้าที่ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว (Promise to perform a voidable duty)

สมมติว่า เอมีภาระผูกพันกับบี แต่ภาระของเอนั้นอาจจะยกเลิกได้ถ้าเขาเลือกที่จะยกเลิก กรณีเช่นนี้ก็คือกรณีที่เอได้ทำคำสัญญาตามหลักของการฉ้อฉล หรือการข่มขู่ หรือในขณะที่เป็นผู้เยาว์ และถ้าต่อมาเขาพบว่าเขามีทางเลือกที่จะละเว้นหรือยกเลิกภาระอันนั้น แต่เขากลับไม่เลือก แต่กลับยืนยันที่จะกระทำตามคำสัญญา คำสัญญานี้ถือว่ามีผลแม้ว่าไม่มี Consideration

ตัวอย่าง บีได้พยายามขอร้องชวนเอเพื่อขอกู้เงินเอ 10,000 ดอลลาร์ โดยที่บีไม่ได้บอกเอถึงการที่เขาไม่สามารถหาเงินมาคืนเอได้ เอกกลงใจที่จะให้บียืมเงิน 10,000 ดอลลาร์ แต่คนที่เอจะให้ยืมเงิน เอได้รู้ความจริงว่าบีไม่สามารถที่จะหาเงินมาคืนเอได้ในภายหลังอย่างแน่นอน กรณีเช่นนี้เอย่อมมีสิทธิที่จะยกเลิกการกู้ยืมครั้งนี้ โดยใช้หลักว่าด้วยการแสดงเจตนาฉ้อฉล แต่อย่างไรก็ตามเอได้ให้คำสัญญาที่จะให้ยืมเงินในที่สุด ดังนั้นคำสัญญาของเอมีผลแม้จะไม่ได้ประกอบด้วย Consideration

### ข. การแก้ไขสัญญา (Modification of Contract)

ในเรื่องของ consideration จะเห็นได้ว่าศาลส่วนใหญ่จะยึดถือว่าการแก้ไขปรับปรุงสัญญาที่จะเป็นการให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว ไม่มีผล เพราะไม่มีหลักของ Consideration

แต่ตามข้อบัญญัติของ The Uniform Commercial Code Sec. 2-209 (1) ใ้ระบุว่า การแก้ไขปรับปรุงสัญญาไม่จำเป็นต้องมี consideration และให้ถือว่า มีผลผูกพัน (An agreement modifying a contract within this Article needs no consideration to be binding)

ตัวอย่าง ผู้ขายได้ขายเครื่องบินให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ขายทราบว่าผู้ซื้อ มีเจตนาจะนำเครื่องบินนั้นไปทำธุรกิจ ต่อมา เครื่องยนต์ของเครื่องบินเกิดขัดข้อง และไม่สามารถเรียกค่าเสียหายจากใบรับประกันของผู้ขายได้ ผู้ซื้อได้แจ้งให้ผู้ขายทราบว่าผู้ซื้อไม่สามารถจ่ายเงินค่าเครื่องบินที่ยังค้าง และได้ทำการซ่อมเครื่องบินดังกล่าว ผู้ซื้อได้เสนอที่จะคืนเครื่องบินให้แก่ผู้ขายเพื่อแลกกับการที่จะต้องจ่ายเงินค่าเครื่องบินที่ค้างชำระ แต่แทนที่ผู้ขายจะรับข้อเสนอ ผู้ขายได้เสนอให้การชำระเงินแต่ละเดือนลดจำนวนเงินลง แต่เพิ่มจำนวนเดือนที่จะต้องจ่ายเงินมากขึ้น ผู้ซื้อตกลงในหลักการและต่อมาผู้ขายกลับเปลี่ยนใจ และขอให้ผู้ซื้อจ่ายเงินแต่ละเดือนตามอัตราเดิมดังที่ตกลงในสัญญา ผู้ซื้อปฏิเสธ ผู้ขายได้ยึดเครื่องบินคืน ผู้ซื้อได้ฟ้องร้องว่าการแก้ไขปรับปรุงสัญญานั้นมีผลบังคับ แม้จะไม่มี consideration ศาลตัดสินว่าการแก้ไขปรับปรุงสัญญานั้นมีผล<sup>1</sup>

#### ค. สัญญาเลือกปฏิบัติ (Option Contract)

ศาลส่วนใหญ่จะไม่กำหนดให้ มี consideration ใน irrevocable offer กรณีที่เป็น option contract เพื่อจะทำให้ irrevocable offer นั้นมีผล

(1) ตามหลัก The Second Restatement Sec. 89B ใ้ระบุว่า option contract มีผลผูกพันถ้าได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยผู้เสนอ และมีความหมายที่แน่ชัดว่าเป็นคำเสนอมีจุดประสงค์ที่จะทำ

<sup>1</sup> Skinner V. Tober Foreign Motors, Inc., 345 Mass. 429 (1963).

การแลกเปลี่ยนด้วยเงื่อนไขที่ยุติธรรมภายในเวลาพอสมควร (it is in writing and is signed by the offeror, recites a purported consideration for the making of the offer, and proposes, an exchange on fair terms within a reasonable time...)

จากข้อกำหนดใน The Second Restatement ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ใ้มีการระบุว่าไม่จำเป็นต้องมี "true consideration" ทรายใดที่เงื่อนไขในการตกลงอยู่ในลักษณะที่ยุติธรรม ดังนั้นจึงไม่มีความหมายเลยว่า recited consideration จะอยู่ในรูปของการคอรองหรือไม่

นอกจากนี้ศาลทั้งหลายจะมองรูปคดีในด้านความยุติธรรมของเงื่อนไขที่ตกลงกันในสัญญา ถ้าเงื่อนไขนั้นไม่มีความยุติธรรม option contract ก็ไม่มีผลผูกพัน

**ตัวอย่าง** บีจ่ายเงิน 1 ดอลลาร์ให้กับเอเพื่อเป็นเงินตอบแทน (consideration) ที่เอจะให้บีเลือกว่าจะทำเหมืองแร่ออสเฟดเป็นเวลา 10 ปี ในที่ดินของเอ โดยบีจะต้องจ่ายค่า royalty 0.25 ดอลลาร์ต่อตันของแร่ที่ผลิตได้ ซึ่งค่า royalty นี้ บีได้ทราบว่าราคาควรจะมากกว่า 1 ดอลลาร์ต่อตัน (ในขณะที่เอไม่ทราบถึงเรื่องนี้) ตาม The Second Restatement จะถือว่าการเลือก (option) เช่นนี้ไม่มีผล ไม่ใช่เพราะว่าขาด consideration แต่เป็นเพราะว่าเป็นเงื่อนไขที่ไม่ยุติธรรม

(2) ตามหลัก The Second Restatement Sec. 39B (2) ใ้ระบุว่า คำเสนอซึ่งทำให้เกิดความเชื่อถือแก่ผู้รับคำเสนอ (Offer which induce reliance) จะถือว่าคำเสนอนี้เป็น option contract โดยไม่จำเป็นต้องมีหลัก Consideration (an offer which the offeror should reasonably expect to induce action or forbearance of a substantial character on the part of the offeree

before acceptance and which does induce such action or forbearance is binding as an option contract to the extent necessary to avoid injustice)

(3) ตามข้อบัญญัติของ The Uniform Commercial Code Sec.2-205 ว่าด้วย Firm offer ได้ระบุว่า Firm offer นี้เป็น option contract. โดยไม่ต้องมีหลัก consideration และ Firm offer นี้จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยพ่อค้าซึ่งมีความประสงค์จะซื้อหรือขายสินค้าตามที่ระบุไว้ในคำเสนอนั้น ซึ่งมีข้อความระบุว่า เป็น irrevocable offer และคำเสนอนี้จะถ่วงคืนไม่ได้ แม้ว่าจะไม่ได้มีหลักของ consideration อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์นี้ ได้กำหนดเวลาไว้ให้มากที่สุดคือ 3 เดือนสำหรับการที่จะไม่ถ่วงคืนคำเสนอ

### ง. การประกัน (Guaranties)

ใบรับประกันเป็นคำสัญญาที่ให้โดยบุคคลคนหนึ่ง (ผู้ให้ประกัน) ที่จะจ่ายหนี้ที่เกิดขึ้นจากบุคคลอีกคนหนึ่ง (ผู้ที่ก่อหนี้) ให้แก่บุคคลที่สาม (ผู้รับ) อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี

(1) ถ้าผู้ให้ประกันได้ให้การประกันไว้ในขณะเดียวกับที่หนี้ซึ่งเขาได้ประกันไว้ได้เกิดขึ้น (Guarantee given simultaneously with creation of debt) กรณีเช่นนี้จะไม่มีปัญหาเรื่อง consideration เพราะผู้ให้ประกันได้สำรองเพื่อความเสียหายของผู้รับ (creditor) กล่าวคือ การให้ยืมเงินแก่ลูกหนี้ (หลักของ Consideration นั้น ไม่จำเป็นที่ผลประโยชน์จะต้องตกอยู่กับบุคคลที่ทำการสำรอง อย่างเช่นในการยืมเงินผลประโยชน์ตกอยู่ที่ลูกหนี้ผู้ยืมเงิน ไม่ใช่ตกอยู่ที่ผู้รับประกัน)

ตัวอย่าง ลูกชายต้องการซื้อรถจากผู้ขายซึ่งผู้ขายยินยอมให้ลูกชายซื้อรถโดยการผ่อนส่ง ถ้าผู้เป็นพ่อจะรับประกันที่จะจ่ายเงิน ถ้าผู้เป็นพ่อได้ให้การประกันในสัญญาซื้อขายนี้ การประกันของผู้เป็นพ่อถือว่าเป็นการยกเว้นหลักของ Consideration ทั้งนี้เพราะว่าการประกันนั้นทำเพื่อการแลกเปลี่ยน (หรือทำเพื่อการค้ำรอง) โดยผู้เป็นพ่อในการที่จะให้ผู้ขายทำสัญญาขายรถให้แก่ลูกชาย โดยวิธีผ่อนส่ง

(2) ในกรณีที่ไม่มีการประกันจนกระทั่งหลังจากหนี้ได้เกิดขึ้น (Guaranty given after underlying debt has arisen) หลักของ consideration จะไม่มีความจำเป็น และคำสัญญาในการรับประกันไม่ต้องประกอบด้วยหลัก consideration จากตัวอย่างในข้อ (1) ข้างต้น ถ้าผู้ขายได้ไปพบพ่อของลูกชายหลังจากที่เขาได้ขายรถให้แก่ลูกชายแล้ว และถามว่า "คุณจะรับประกันในการจ่ายเงินของลูกชายหรือไม่?" การรับประกันของพ่อครั้งนี้จะเห็นว่าไม่ได้ประกอบด้วยหลักของ consideration (อย่างไรก็ตาม อาจจะมี consideration อันใหม่ก็ได้ ถ้าสมมติว่าผู้ขายให้คำสัญญาว่าจะไม่ยึดรถคืน ถ้าลูกชายไม่จ่ายเงินค่างวดหรือการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขที่ได้ทำขึ้น)

ตามหลัก The Second Restatement Sec. 89c(1) ได้ระบุว่า การประกันนั้นมีผลผูกพันถ้าคำสัญญานั้นได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร และมีการลงนามโดยผู้ให้คำสัญญา (a guaranty is binding if "the promise is in writing and signed by the promisor and recites a purported consideration...")

จะเห็นว่า The Second Restatement ได้กำหนดหลักการของการประกันเหมือนกับเรื่อง option (ดูข้อ 3 ค) ในประเด็นที่ว่า ทั้งสองอย่างมีผลผูกพัน โดยไม่ต้องมีหลัก consideration ครอบคลุมเท่าที่ได้มีการทำกัน เป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยผู้สัญญา



ตามหลักของ The Uniform Commercial Code ก็เช่นเดียวกันถึง  
เช่นใน Sec.3-408 ซึ่งระบุว่าไม่จำเป็นต้องมี consideration ในการที่  
จะประกันการจ่ายหนี้... (...no consideration is necessary for  
an instrument given in payment of or as security for an  
antecedent obligation of any kind) จากหลักนี้หมายความว่า  
การประกันไม่ต้องมี consideration ก็สามารถมีผลผูกพัน ฉะนั้นในหลักนี้  
recital of a purported consideration ก็ไม่จำเป็นต้องมีในการ  
ประกัน แต่ในหลักของ The Second Restatement recited of a  
purported consideration จำเป็นต้องมี

#### จ. สัญญากรรมกรรม (Contract under seal)

ในระบบกฎหมาย Common Law การทำความตกลงโดยมีการ  
ประทับตรา ถือว่ามีผลผูกพัน แม้ไม่มี consideration ตราที่ประทับนี้ถือว่า  
คู่สัญญาที่มีความประสงค์จะให้คำสัญญาหรือตกลงที่จะผูกพัน

แต่อย่างไรก็ดี รัฐหลาย ๆ รัฐก็ได้ร่างข้อกำหนดขึ้นใหม่ เพื่อปรับปรุง  
หรือยกเลิกการประทับตราแบบนี้

ในข้อบัญญัติของ The Uniform Commercial Code Sec.2-203  
ได้ระบุว่าในการตกลงทำสัญญาซื้อขายสินค้าจะไม่นำเอาข้อบัญญัติที่เกี่ยวกับเอกสาร  
ปิดผนึกมาใช้บังคับตราที่ประทับนั้นทั้งสิ้น (The Law with respect to sealed  
instruments does not apply to ..a contract (for goods))

#### 4. คำสัญญาปิดปาก (Promissory estoppel)

หลักของ consideration ขึ้นปกติจะใช้กับคำสัญญาที่มีการต่อรอง  
แต่ก็มีคำสัญญาบางอย่างที่ผู้ให้คำสัญญาไม่มีจุดประสงค์ที่จะทำการต่อรอง เพื่อแลกเปลี่ยนกับสิ่งใด แต่คำสัญญานั้นก็ทำให้ผู้รับคำสัญญาเกิดความเชื่อถือในคำสัญญานั้น

ดังนั้นศาลจึงใช้หลักของ promissory estoppel เพื่อจะใช้บังคับคำสัญญาประเภทนี้ ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีหลักของ consideration ในคำสัญญาประเภทนี้ แต่คำสัญญานี้ก็ก่อให้เกิดความเชื่อถือและความเสียหายแก่ผู้รับคำสัญญาจึงผูกพันผู้ให้คำสัญญา

หลักนี้ได้ปรากฏใน The Second Restatement Sec. 90(1) ซึ่งระบุไว้ว่า คำสัญญาซึ่งผู้ให้คำสัญญามีความคาดหมายที่จะทำให้เกิดการกระทำหรือความเชื่อถือว่า คำสัญญานั้นมีผลผูกพัน ถ้าตามความยุติธรรมแล้วก็ควรที่จะผูกพันคำสัญญานั้น ในการที่จะช่วยเหลือจากการที่ได้ผิดคำสัญญา ศาลถือว่าให้ได้รับชดเชยค่าเสียหายเพื่อความเสียหายตามที่เห็นควร (A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy for breach may be limited as justice requires)

หลักของ Promissory estoppel ใช้กับคำสัญญาดังต่อไปนี้

1. คำสัญญาให้ของขวัญ (Promise to make gift) ซึ่งทำให้เกิดความเชื่อถือและความเสียหายแก่ผู้รับคำสัญญา

2. คำสัญญาที่เกิดขึ้นในระหว่างสมาชิกในครอบครัว ถ้าคำสัญญานั้นทำให้ผู้รับคำสัญญาเกิดความเสียหายจากการเชื่อถือในคำสัญญานั้น

คดีหนึ่งข้อเท็จจริงได้ความว่า ปู่ไม่สบายใจที่หลานสาวต้องทำงานในบ้านขายของ จึงได้ให้คำสัญญาที่จะจ่ายเงินให้แก่หลานสาวเพื่อหลานจะได้ไม่ต้องทำงานต่อไป หลานสาวจึงลาออกจากงาน ปู่ตายลง และทายาทผู้รับมรดกได้ปฏิเสธที่จะจ่ายเงินตามคำสัญญา ศาลได้ตัดสินว่า หลานสาวมีความเชื่อถือใน

คำสัญญาของปู่ ดังนั้นจึงไถ่ลาออก ซึ่งความเชื่อถือนี้ทำให้มีผลบังคับแก่คำสัญญาของปู่ ทายาทผู้รับมรดกของปู่จึงไม่อาจปฏิเสธในการที่จะต้องจ่ายเงินแก่หลานสาวได้<sup>1</sup>

3. คำสัญญาที่ว่าจว่าจะยกที่ดินให้เปล่าหากเกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสัญญา คำสัญญานั้นย่อมมีผลผูกพันผู้ให้คำสัญญา<sup>2</sup> แม้ว่าตาม The Statute of Frauds สัญญาว่าจะยกที่ดินให้นั้นจะเป็นผลต่อเมื่อได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

4. คำสัญญาว่าจะอุทิศเงินจำนวนหนึ่งให้เป็นการกุศล ย่อมมีผลผูกพันผู้ให้คำสัญญา โดยหลักของ Promissory estoppel แม้จะเป็นกรณีที่ไม่ได้มีความเชื่อถือนหรือเกิดความเสียหายก็ตาม<sup>3</sup>

5. Gratuitous bailment and agencies ได้แก่

5.1 การให้คำสัญญาว่าจะคอยดูแลรักษาทรัพย์สินของบุคคลอื่น โดยไม่มี consideration กรณีนี้ถ้าเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้รับคำสัญญา ผู้ให้คำสัญญาจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ให้พิจารณาจากว่าผู้ให้คำสัญญาได้เริ่มลงมือกระทำการตามคำสัญญาที่ให้ไว้แล้วหรือไม่ ถ้ายังไม่มี การเริ่มลงมือกระทำการก็ไม่มี ความรับผิดชอบอย่างใด แต่ในระยะหลังนี้ศาลมักใช้หลัก promissory estoppel กับกรณีดังกล่าวนี้

5.2 การให้คำสัญญาว่าจะเป็นตัวแทนของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ถ้าเอให้คำสัญญาก็มีว่าจะจัดการหาประกันภัยให้ และได้จัดการหาประกันภัย

<sup>1</sup> Ricketts v. Scothorn, 57 Neb. 51 (1898).

<sup>2</sup> Seavey v. Drake, 62 N.H. 393 (1882).

<sup>3</sup> Restatement, Contracts(2d) Sec. 90 (2).

ที่ผิดไปจากที่บ่งบอกการ ดังนั้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่มี แต่ถ้า  
 เอมไม่ได้จัดการหาประกันภัยให้มิได้เลย แต่เดิมศาลถือว่าเอมิไม่ต้องรับผิดชอบ แต่  
 ต่อมาศาลจะใช้หลัก promissory estoppel

#### 6. คำสัญญาว่าจะจ่ายบำเหน็จให้แก่ลูกจ้างที่เกษียณอายุ

ข้อเท็จจริงในคดีหนึ่งได้ความว่า คนงานหญิงคนหนึ่ง นายจ้างได้ให้  
 คำสัญญาว่าจะจ่ายบำเหน็จให้เมื่อออกจากงาน เธอผู้นั้นจึงไม่ได้ไปหางานที่อื่นทำ  
 ศาลตัดสินว่าคำสัญญานี้มีผลผูกพันผู้ให้คำสัญญาตามหลัก Promissory  
 estoppel<sup>1</sup>

สรุป คำมั่นตามกฎหมายไทยถือถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม  
 อย่างหนึ่งที่อาจเสนอต่อบุคคลโดยทั่วไป หรือเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง  
 ได้ การแสดงเจตนาทำคำมั่นย่อมมีผลผูกพันผู้ทำคำมั่นทันทีเมื่อการแสดงเจตนา  
 นั้นถูกต้องตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย โดยไม่ต้องนำหลักเกณฑ์ในเรื่อง  
 Consideration เข้ามาเกี่ยวข้องดังเช่นหลักกฎหมายของระบบ Common  
 Law ซึ่งนอกเหนือจากการแสดงเจตนาแล้ว การแสดงเจตนา นั้น จะมีผลผูกพัน  
 ทางสัญญาต่อเมื่อประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ของ Consideration

#### คำมั่นต้องมีแบบหรือใบ

แบบในที่นี้หมายถึง แบบแห่งนิติกรรม ซึ่งอาจแยกพิจารณาความหมาย  
 ของคำว่า "แบบ" และคำว่า "นิติกรรม" ได้ดังนี้

<sup>1</sup> Feinberg V. Pfeiffer Co., 322 S.W. 2d 163 .

"แบบ" ความพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า "แบบ" หมายถึง สิ่งที่กำหนดให้ถือเป็นหลักหรือเป็นแนว  
 คำเนิน ตัวอย่างเช่น ลอกแบบ เลียนแบบ อย่างเช่น คนแบบนี้ คำรา เช่น  
 แบบเรียน รูปลักษณะ เช่น แบบเสื้อ แบบบ้าน<sup>1</sup>

ความพจนานุกรมไทยใหม่ทันสมัยที่สุด ได้ให้ความหมายของคำว่า  
 "แบบ" หมายถึง ตัวอย่าง อย่าง คำรา แผน ฉบับรูป ชนิด โครงสร้าง  
 แม่พิมพ์<sup>2</sup>

ความพจนานุกรมฉบับทันสมัย ได้ให้ความหมายของคำว่า "แบบ"  
 หมายถึง ฉบับ แผน ตัวอย่าง คำรา<sup>3</sup>

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้บัญญัตินิยามหรือความหมาย  
 ของคำว่า "แบบ" ไว้ เพียงแต่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำว่า "แบบ" ไว้ในมรรพ 1  
 หลักทั่วไป ลักษณะ 4 นิตุกรม หมวดที่ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 115  
 ความว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นท่านว่า  
 เป็นโมฆะ"

<sup>1</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 พิมพ์ครั้งที่ 1,  
 หน้า 483.

<sup>2</sup> พจนานุกรมไทยใหม่ทันสมัยที่สุด, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร:  
 โรงพิมพ์สยามการพิมพ์, 2519), หน้า 541.

<sup>3</sup> เปลื้อง ณ นคร, พจนานุกรมฉบับทันสมัย เล่ม 1  
 พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2518),  
 หน้า 257.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 4  
 นิติกรรม หมวดที่ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 112 ไข้บัญญัติความหมายของ  
 คำว่า "นิติกรรม" ไว้ว่า "อันว่านิติกรรมนั้นได้แก่การใด ๆ อันทำลงโดยชอบ  
 ด้วยกฎหมาย และด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล  
 เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ"

จากความหมายของคำว่า "แบบ" และ "นิติกรรม" ดังกล่าวมาข้างต้น  
 จึงอาจให้ความหมายหรือนิยามของคำว่า "แบบแห่งนิติกรรม" ได้ว่า "แบบแห่ง  
 นิติกรรม" คือ ฉบบ รูป แขน หรือระเบียบแห่งการใดอันทำลงโดยชอบด้วย  
 กฎหมาย และด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล  
 เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ซึ่งกฎหมายกำหนดว่า  
 จะต้องเป็นไปตามนั้น มิฉะนั้นการนั้นจะตกเป็นโมฆะ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติแยกให้เห็นโดย  
 เฉพาะว่า แบบแห่งนิติกรรมมีชนิดใดบ้าง จึงต้องอาศัยการตีความจากบทมาตรา  
 115 ซึ่งมีบัญญัติว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้ การนั้น  
 ท่านว่าเป็นโมฆะ" ซึ่งเข้าใจได้ว่า ถ้าการใดมีกฎหมายบังคับไว้ให้ต้องทำนิติกรรม  
 เป็นอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว ถ้าไปปฏิบัติตามจะยังผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะเสียเปล่า  
 ดังนั้นชนิดของแบบแห่งนิติกรรมจึงอาจกล่าวได้ว่ามีดังต่อไปนี้<sup>1</sup>

1. แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน  
 เจ้าหน้าที

<sup>1</sup> ไกรสร บารมีอวยชัย, "แบบแห่งนิติกรรม", (วิทยานิพนธ์ปริญญา  
 มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522),  
 หน้า 65-66 .

2. แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดย  
ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ

3. แบบแห่งนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ โดยไม่ต้องจดทะเบียนต่อ  
พนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ

3.1 แบบทำเป็นหนังสือประเภทคู่กรณีทำหนังสือกันเอง

3.2 แบบทำเป็นหนังสือประเภทพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือนายความ  
ทำหนังสือให้

เหตุที่กฎหมายต้องบัญญัติแบบแห่งนิติกรรมขึ้นก็ด้วยมีวัตถุประสงค์ดังนี้

1. ความจำเป็นเกี่ยวกับทรัพย์สินบางประเภทที่ไม่อาจปล่อยให้เอกชน  
ทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินได้โดยอิสระ ปราศจากการควบคุมดูแลของรัฐ  
ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวได้แก่

1.1 ทรัพย์สินที่เป็นส่วนหนึ่งในองค์ประกอบแห่งความเป็นรัฐ  
อันได้แก่ ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับที่ดิน

1.2 ทรัพย์สินที่มีราคามาก ๆ ในการทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับ  
ทรัพย์สินที่มีราคามาก ๆ อาจมีผลกระทบต่อภาวะเศรษฐกิจของประเทศ  
ได้ และอาจเป็นช่องทางของการฉ้อโกงระหว่างคู่สัญญาได้

1.3 ทรัพย์สินบางประเภทซึ่งโดยสภาพของทรัพย์สินนั้นเอง  
เอกชนอาจไม่สามารถครอบครองกันได้โดยพลคินัยจึงยากที่จะทราบได้ว่า  
กรรมสิทธิ์เป็นของผู้ใด เช่น ที่ดิน สัตว์พาหนะ เป็นต้น

1.4 นิติกรรมสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหลาย ๆ ฝ่าย ซึ่งอาจ  
ทำให้บุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอกที่จะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องเกิดการ  
เสียเปรียบกันได้ ถ้าไม่ทราบถึงสถานะของบุคคลที่ตนได้เข้าติดต่อก่อนนิติกรรมสัญญา

ร่วมด้วย เช่น บุคคลที่จะเข้าทำนิติกรรมสัญญากับบริษัทจำกัด บุคคลทั้งกล่าวควร จะได้ทราบถึงฐานะของบริษัทจำกัด เช่น เรื่องขอบเขตอำนาจของผู้ทำการแทน บริษัทจำกัด ทุนของบริษัทจำกัด เป็นต้น

2. เพื่อประโยชน์ของรัฐที่จะเข้าควบคุมดูแล เช่น นิติกรรมสัญญาที่ เกี่ยวข้องกับฐานะของบุคคล เช่น ความเป็นสามีภริยา ความเป็นนิติบุคคล เป็นต้น และเพื่อที่รัฐจะได้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนอันเป็นรายได้ทางหนึ่ง แก่รัฐ

3. เพื่อประโยชน์ของบุคคลทั่ว ๆ ไป สามารถตรวจสอบความมีอยู่ แห่งนิติกรรมสัญญา เพื่อที่จะทราบถึงสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับ นิติกรรมสัญญาที่ได้มีการทำตามแบบแห่งนิติกรรม เช่น นิติกรรมสัญญาการสมรส ก็จะได้ทราบความเป็นสามีภริยา นิติกรรมสัญญาจัดตั้งนิติบุคคลก็จะได้ทราบถึง ฐานะของนิติบุคคล วัตถุประสงค์ของนิติบุคคล

4. เพื่อให้เป็นพยานหลักฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อความที่ได้มีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่ามีความถูกต้อง เช่น ปัญหาเกี่ยวกับบุคคลใดเป็นผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลได้บ้าง อำนาจของบุคคลผู้มีอำนาจทำการแทน นิติบุคคลนั้นมีแค่ไหนเพียงไร เมื่อข้อความที่จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ระบุ ไว้ว่าอย่างไร ก็ต้องเป็นไปตามข้อความนั้น ๆ โดยถือว่า ข้อความที่ได้จดลงใน ทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นการถูกต้อง ทั้งนี้ยังผลมิให้เกิดปัญหาข้อโต้แย้ง กันขึ้นได้

5. เพื่อประโยชน์ของผู้ทำนิติกรรมสัญญาเอง ให้ผู้ทำนิติกรรมสัญญา มีเวลาขบคิดขังใจ ก่อนที่จะเข้าทำนิติกรรมสัญญาโดยไม่ให้เกิดข้อเสียเปรียบ ขึ้นได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้นิติกรรมสัญญาบาง ประเภทต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรม ตัวอย่างเช่น



(4) ชื่อและที่สำนักกับทั้งอาชีพของผู้เป็นหุ้นส่วนทุก ๆ คน ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดมีชื่อย่อ ก็ให้ลงทะเบียนทั้งชื่อและย่อด้วย

(5) ชื่อหุ้นส่วนผู้จัดการ ในเมื่อได้แต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการแต่เพียงบางคน

(6) ถ้ามีข้อจำกัดอำนาจของหุ้นส่วนผู้จัดการประการใดให้ลงไว้ด้วย

(7) ตราซึ่งใช้เป็นสำคัญของห้างหุ้นส่วน

ข้อความซึ่งลงทะเบียนนั้น จะลงรายการอื่น ๆ อีกอันคู่สัญญาเห็นสมควรจะให้ประชาชนทราบด้วยก็ได้

การลงทะเบียนนั้น ต้องลงลายมือชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคน และต้องประทับตราของห้างหุ้นส่วนนั้นด้วย

ให้พนักงานทะเบียนทำใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนส่งมอบให้แก่ห้างหุ้นส่วนนั้นฉบับหนึ่ง"

มาตรา 1078 บัญญัติว่า "อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ท่านบังคับว่าต้องจดทะเบียน

การลงทะเบียนนั้น ต้องมีรายการดังต่อไปนี้คือ

.....  
 มาตรา 1457 บัญญัติว่า "การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้ จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น"

มาตรา 1515 บัญญัติว่า "เมื่อได้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายนี้ การหย่าโดยความยินยอมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อสามีและภริยาได้จดทะเบียนการหย่านั้นแล้ว"

3. แบบแผนนิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ โดยไม่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

### 3.1 คู่กรณีทำหนังสือได้โดยอิสระ ตัวอย่างเช่น

มาตรา 172 บัญญัติว่า "ถ้าลูกหนี้รับสภาพต่อเจ้าหนี้ตามสิทธิเรียกร้อง ค้ำยทำหนังสือรับสภาพให้ก็ตาม ค้ำยใช้เงินให้บางส่วน ค้ำยส่งดอกเบี้ย หรือ ค้ำยให้ประกันก็ตาม หรือทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันปราศจากเคลือบคลุมสงสัย ตระหนักเป็นปริยายว่ายอมรับสภาพตามสิทธิเรียกร้องนั้นก็ตาม ท่านว่าอายุความ ย่อมระงับทุกเหตุยกตั้ง"

มาตรา 572 บัญญัติว่า "อันว่าเจ้าชู้ฉนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเขา ทรัพย์สินออกให้เขา และให้ค้ำยนั้นว่าจะขายทรัพย์สินนั้น หรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้น ตกเป็นสิทธิแก่ผู้เขา โดยเงื่อนไขที่ผู้เขาได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว สัญญาเจ้าชู้ฉนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ"

3.2 คู่กรณีทำหนังสือได้โดยระบุข้อความรายละเอียดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ตัวอย่างเช่น

มาตรา 982 บัญญัติว่า "อันว่าตัวสัญญาใช้เงินนั้น คือหนังสือตราสาร ซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ออกตัวให้ค้ำยนั้นสัญญาว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งให้แก่บุคคล อีกคนหนึ่ง หรือใช้ให้ตามคำสั่งของบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับเงิน"

มาตรา 983 บัญญัติว่า "ตัวสัญญาใช้เงินนั้น ต้องมีรายการดังจะ กล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) คำบอกชื่อว่าเป็นตัวสัญญาใช้เงิน
- (2) คำมั่นสัญญาอันปราศจากเงื่อนไขว่าจะใช้เงินเป็นจำนวนแน่นอน
- (3) วันถึงกำหนดใช้เงิน

- (4) สถานที่ใช้เงิน
- (5) ชื่อหรือชื่อของผู้รับเงิน
- (6) วันและสถานที่ออกตั๋วสัญญาใช้เงิน
- (7) ลายมือชื่อผู้ออกตั๋ว

### ผลของการไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรม

สภาพบังคับของการไม่ทำตามแบบแห่งนิติกรรมเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 115 ความว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่มีกฎหมายบังคับไว้การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ"

นิติกรรมที่เป็นโมฆะก็คือ นิติกรรมที่เสียเปล่าไม่เกิดผลในกฎหมาย ในสายตาของกฎหมายเท่ากับว่า ไม่ได้ทำกิจการนั้นเลย ไม่มีความผูกพันในกฎหมายเกิดขึ้น ไม่มีผลในกฎหมายแต่อย่างใด สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่เกิดจากโมฆะกรรมจึงไม่สามารถอ้างกฎหมายได้ บุคคลที่ได้ปฏิบัติหรือรับการปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่นั้น ถ้าเป็นเหตุให้ไถ่มาซึ่งทรัพย์สินใดโดยการรับชำระหนี้หรือโดยประการอื่น จากผลของโมฆะกรรมก็ดี ย่อมถือว่าเป็นการรับมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้ผู้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามโมฆะกรรมนั้นเสียเปรียบ บุคคลผู้นั้นก็จำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขาไป ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยดาวณิศวรรได้ความมาตรา 406 ถึงมาตรา 419 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 406 บัญญัติว่า "บุคคลใดไถ่มาซึ่งทรัพย์สินใด เพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชำระหนี้ก็ดี หรือไถ่มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขา อนึ่ง การรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือหาไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย

บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์มาเพราะเหตุ  
 อย่างไม่ชอบอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มี ใดเป็นชิ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้ว  
 นั้นด้วย"

สำหรับกรณีค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้  
 หลายมาตราดังต่อไปนี้

มาตรา 362 บัญญัติว่า "บุคคลออกโฉนดให้ค้ำประกันว่าจะให้รางวัล  
 แก่ผู้ซึ่งกระทำการอันใด ท่านว่าจำต้องให้รางวัลแก่บุคคลใด ๆ ผู้ใดกระทำการ  
 อันนั้น แม้ถึงมิใช่ว่าผู้นั้นจะได้กระทำเพราะเห็นแก่รางวัล"

มาตรา 363 บัญญัติว่า "ในกรณีดังกล่าวมาในมาตราก่อนนี้ เมื่อยังไม่มี  
 ใครทำการสำเร็จถึงบ่งไว้ผู้นั้นอยู่คราวใด ผู้ให้ค้ำประกันจะถอนค้ำประกันของตนเสียโดย  
 วิธีเกี่ยวกับที่โฉนดนั้นก็ได้ เว้นแต่จะได้แสดงไว้ในโฉนดนั้นว่าจะไม่ถอน

ถ้าค้ำประกันนั้นไม่อาจจะถอนโดยวิธีดังกล่าวมาก่อน จะถอนโดยวิธีอื่น  
 ก็ได้ แต่ถ้าเช่นนั้นการถอนจะเป็นอันสมบูรณ์ใช้ได้เพียง เฉพาะต่อบุคคลที่รู้

ถ้าผู้ให้ค้ำประกันได้กำหนดระยะเวลาให้ช่วยเพื่อทำการอันบ่งนั้นไซ้  
 ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ให้ค้ำประกันได้สละสิทธิที่จะถอนค้ำประกันนั้นเสียแล้ว"

มาตรา 364 บัญญัติว่า "ถ้าบุคคลหลายคนกระทำการอันบ่งไว้ในโฉนด  
 ท่านว่าเฉพาะแต่คนที่ทำได้ก่อนใครหมกเข้านั้นมีสิทธิจะได้รับรางวัล

ถ้าบุคคลหลายคนกระทำการอันนั้นได้พร้อมกัน ท่านว่าแต่ละคนมีสิทธิ  
 จะได้รับรางวัลเป็นส่วนแบ่งเท่า ๆ กัน แต่ถ้าวางวัลนั้นมีสภาพแบ่งไม่ได้ก็ดี  
 หรือถ้าตามข้อความแห่งค้ำประกันนั้น บุคคลแต่ละคนเดียวจะพึงรับรางวัลก็ดี ท่านให้  
 วินิจฉัยด้วยวิธีจับสลาก

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคทั้งสองข้างต้นนั้น ท่านมิให้บังคับ ถ้าใน โฆษณานั้นแสดงเจตนาไว้เป็นอย่างอื่น"

มาตรา 365 บัญญัติว่า "คำมั่นจะให้รางวัลอันมีความประสงค์เป็น การประกวดชิงรางวัลนั้น จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้กำหนดระยะเวลาไว้ในคำโฆษณา กว"

การที่จะตัดสินว่า ผู้ประกวดคนไหนได้กระทำสำเร็จตามเงื่อนไขใน คำมั่นภายในเวลากำหนดหรือไม่ก็ หรือตัดสินในระหว่างผู้ประกวดหลายคน นั้น ว่าคนไหนดีกว่ากันอย่างไรก็ดี ให้ผู้ซึ่งได้ระบุชื่อไว้ในโฆษณานั้น เป็นผู้ตัดสิน หรือถ้ามิได้ระบุชื่อผู้ซึ่งได้ ก็ให้ผู้ให้คำมั่นเป็นผู้ตัดสิน คำตัดสินอันนี้ย่อมผูกพัน ผู้ที่เกี่ยวข้องของทุกฝ่าย

ถ้าได้คะแนนเท่าเทียมกัน ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 364 วรรค 2 มาใช้บังคับแล้วแต่กรณี

การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เข้าขึ้นประกวดนั้น ผู้ให้คำมั่นจะเรียกให้ โอนแก่ตนได้ต่อเมื่อระบุไว้ในโฆษณาว่าจะพึงโอนเช่นนั้น"

มาตรา 456 บัญญัติว่า "การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็น หนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไซ้ ท่านว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ ถึงซื้อขายเรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์ มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย

อนึ่งสัญญาจะขายหรือจะซื้อทรัพย์สินอย่างใด ๆ ทั้งว่ามานี้ก็ คำมั่น ในการซื้อขายทรัพย์สินเช่นว่านั้นก็ ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้รองรับเป็นสำคัญ หรือได้วางประจำไว้ หรือได้ชำระหนี้ บางส่วนแล้ว ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านให้ใช้บังคับถึงสัญญาซื้อขาย  
สังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาห้ำห้อยบาท หรือกว่านั้นขึ้นไปด้วย"

มาตรา 526 บัญญัติว่า "ถ้าการให้ทรัพย์สิน หรือให้ค้ำประกันว่าจะให้  
ทรัพย์สินนั้นได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว และผู้ให้  
ไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับไซ้ ท่านว่าผู้รับชอบที่จะเรียกให้ส่งมอบตัวทรัพย์สิน  
หรือราคาแทนทรัพย์สินนั้นได้ แต่ไม่ชอบที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนอย่างหนึ่ง  
อย่างใดด้วยอีกได้"

มาตรา 572 บัญญัติว่า "อันว่าเขาซื้ออันนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอา  
ทรัพย์สินออกให้เขา และให้ค้ำประกันว่าจะขายทรัพย์สินนั้น หรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้น  
ตกเป็นสิทธิแก่ผู้เขา โดยเงื่อนไขที่ผู้เขาได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว

สัญญาเขาซื้ออันนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ"

มาตรา 576 บัญญัติว่า "ถ้าความพฤติการณ์ไม่อาจจะคาดหมายได้ว่า  
งานนั้นจะพึงทำให้เปล่าไซ้ ท่านยอมถือเอาโดยปริยายว่ามีค้ำประกันให้สินจ้าง"

มาตรา 825 บัญญัติว่า "ถ้าตัวแทนเขาทำสัญญากับบุคคลภายนอก  
โดยเห็นแก่อำิสสินจ้างเป็นทรัพย์สินอย่างใด ๆ หรือประโยชน์อย่างอื่นอันบุคคล  
ภายนอกได้ให้เป็นलगส่วนตัวก็ดี หรือให้ค้ำประกันว่าจะให้ก็ได้ ท่านว่าตัวการหาต้อง  
ผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้นิยมนด้วย"

มาตรา 847 บัญญัติว่า "ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดี  
หรือได้รับค้ำประกันแก่บุคคลภายนอก เช่นนั้นว่าจะให้ค้ำประกันเห็นจันไม่ควรแก่นายหน้า  
ผู้กระทำการโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อกรณีที่ตนเข้ารับทำหน้าที่ไซ้ ท่านว่า  
นายหน้าหาบิสิทธิจะได้รับค้ำประกัน หรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปไม่"

มาตรา 1724 บัญญัติว่า "ทายาทย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอก  
ในกิจการทั้งหลายอันผู้จัดการมรดกได้ทำไปภายในขอบอำนาจในฐานะที่เป็น  
ผู้จัดการมรดก

ถ้าผู้จัดการมรดกเข้าทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอกโดยเห็นแก่ทรัพย์สิน  
อย่างใด ๆ หรือประโยชน์อย่างอื่นใด อันบุคคลภายนอกได้ให้ หรือได้ให้คำมั่น  
ว่าจะให้เป็นलगส่วนตัว ทายาทหาก้องผูกพันไม่ เว้นแต่ทายาทจะได้อินยอมด้วย"

จากบทมาตราทั้งหลายที่กล่าวมานี้ เมื่อนำมาพิจารณาวินิจฉัยประกอบ  
กับหลักเกณฑ์ในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมซึ่งได้กล่าวถึงข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็น  
ดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### คำมั่นโฆษณาจะให้รางวัล (ตามมาตรา 362-365)

เป็นบทบัญญัติที่วางกฎเกณฑ์พิเศษเพื่อให้ต่างกับคำเสนอธรรมคา  
เพราะเป็นการเสนอแพร่หลายต่อประชาชนทั่วไป จึงอาจมีกรณีที่จะเกิดความ  
เสียหายแก่ผู้ตกลงเชื่อกระทำการใด ๆ ลงไปโดยหวังว่าจะได้รางวัลจากคำมั่น  
โฆษณาที่ได้ประกาศโฆษณาไปแล้ว ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเพียงแต่กำหนดวิธีการ  
ถอนคำมั่น หลักเกณฑ์ในการให้รางวัล เพื่อไม่ให้เป็นการผูกพันกันเกินไป  
จึงไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม ตามนัยมาตรา 115 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ  
พาณิชย์

#### คำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สิน (มาตรา 456 วรรคสอง)

มีในบทบัญญัติที่เป็นการบังคับว่าในการให้คำมั่นในการซื้อขายกันนั้น  
จะต้องทำอย่างหนึ่งอย่างใดและถ้าไม่ทำตามแล้วจะตกเป็นโมฆะ เพียงแต่มี  
ข้อกำหนดว่า ในการให้คำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สินกันนั้น จะต้องมีการหลักฐาน  
เพื่อประโยชน์ในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่แบบแห่งนิติกรรม

หลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีสำหรับคำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สิน  
กฎหมายกำหนดไว้ 3 กรณี ดังนี้

1. หลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบ  
เป็นสำคัญ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 9 บัญญัติว่า "เมื่อมี  
กิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือไว้ ท่านว่าบุคคลผู้จะต้องทำ  
หนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น

ถ้าบุคคลผู้ใดใช้ตราประทับแทนลงลายมือชื่ออยู่เป็นปกติ การประทับ  
ตราเช่นนั้น ท่านว่าเสมือนกับลงลายมือชื่อ

ลายพิมพ์นิ้วมือ แงงใจ หรือเครื่องหมายอื่นทำนอง เช่นว่านั้นก็ดี ทำลง  
ในเอกสาร หากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนแล้ว ท่านว่าเสมือนกับ  
ลงลายมือชื่อ

ความในวรรคก่อนนี้ไม่ใช้บังคับกับการลงลายพิมพ์นิ้วมือ แงงใจ หรือ  
เครื่องหมายอย่างอื่นทำนอง เช่นว่ามานั้น ซึ่งทำลงในเอกสารที่ทำต่อหน้าพนักงาน  
เจ้าหน้าที่ "

ความในมาตรา 9 วางหลักว่า การใดที่กฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็น  
หนังสือ บุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเอง เพียงแต่ต้องลงลายมือชื่อ  
ในหนังสือในฐานะเป็นฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว และหากผู้ใดเคยใช้  
ประทับตราแทนลงลายมือชื่อก็ให้ใช้การประทับตรานั้นได้ หรือมิฉะนั้นจะใช้วิธีลง  
แกงใจ ลายพิมพ์นิ้วมือ หรือทำเครื่องหมายอย่างอื่นแทนก็ได้แต่จะต้องมีพยานลง  
ลายมือชื่อรับรองสองคน



การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคสอง บัญญัติว่า ".....หลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด....." ก็เพราะต้องการเพียงหลักฐานที่สามารถใช้ในการพิสูจน์ความมีอยู่ของนิติกรรมสัญญาเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นในรูปของใบเสร็จรับเงิน บันทึกประจำวันของเจ้าหน้าที่ตำรวจ จดหมาย ฯลฯ หลักฐานเป็นหนังสือดังกล่าวไม่จำเป็นต้องทำขึ้นในขณะที่ให้คำมั่น ดังนั้นจึงอาจทำขึ้นเมื่อไรก็ได้ แต่ต้องก่อนการฟ้องร้องบังคับคดี

## 2. การวางประจำ

คำว่า "วางประจำ" ไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์หรือหมินยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ความหมายที่เข้าใจกันหมายถึง การวางมัดจำนั่นเอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 377 และมาตรา 378 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 377 บัญญัติว่า "เมื่อเข้าทำสัญญา ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ท่านให้ถือว่า การที่ให้มัดจำนั้นยอมเป็นพยานหลักฐานว่า สัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว อนึ่ง มัดจำนั้นยอมเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย"

มาตรา 378 บัญญัติว่า "มัดจำนั้น ถ้ามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ท่านให้เป็นไปดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) ให้ส่งคืน หรือจัดเอาเป็นเงินบางส่วนในเมื่อชำระหนี้
- (2) ให้ริบ ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ ตกเป็นหนี้วิสัย เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ หรือถ้ามีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของฝ่ายนั้น
- (3) ให้ส่งคืน ถ้าฝ่ายที่ริบมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ ตกเป็นหนี้วิสัย เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ "

ตามมาตรา 377 บัญญัติแต่เพียงว่า "ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ" โดยมีได้จำกัดว่า ต้องเป็นอะไร และจะต้องกระทำในขณะใด ดังนั้น สิ่งที่ใช้ในการวางประจำหรือวางมัดจำจึงเป็นอะไรก็ได้ เช่น เป็นตัวเงินหรือทรัพย์สินสิ่งของ และการวางประจำจะกระทำในเวลาใดก็ได้ แต่ต้องก่อนที่จะทำการฟ้องร้องบังคับคดี

สำหรับผู้ที่วางประจำจะเป็นคู่สัญญาเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายก็ได้ ซึ่งเมื่อเกิดข้อโต้แย้งสิทธิกันขึ้นเมื่อไร คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ เพราะถือว่าการที่ได้วางประจำกันไว้แล้วย่อมเป็นหลักฐานว่าได้มีการให้คำมั่นในการซื้อขายต่อกันแล้ว แม้จะมีการวางประจำกันเพียงฝ่ายเดียวก็ตาม

ตามมาตรา 378 เป็นเรื่องผลของการวางประจำว่าถ้ามิได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นแล้ว ท่านให้เป็นดังต่อไปนี้

1. ให้สิ่งคืนหรือจัดเอาเป็นค่าใช้จ่ายบางส่วนในเมื่อชำระหนี้ ทั้งนี้ก็เพราะเมื่อได้ปฏิบัติตามคำมั่น สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อต่างได้ชำระหนี้กันแล้ว มัดจำที่ให้ไว้ย่อมพ้นจากการเป็นหลักฐานว่าได้มีการให้คำมั่นในการซื้อขายต่อกัน

2. มัดจำนั้นท่านให้รับเป็นของผู้รับมัดจำ ถ้าผู้วางมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งผู้วางมัดจำจะต้องรับผิดชอบ หรือถ้ามีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของผู้วางมัดจำ ทั้งนี้เพราะเมื่อมัดจำเป็นหลักประกันในการที่จะปฏิบัติตามคำมั่นที่ได้ให้ไว้ต่อกัน เมื่อไม่ปฏิบัติตามคำมั่นโดยเหตุที่เรียกได้ว่าเป็นความผิดของผู้วางมัดจำแล้ว หลักประกันนั้นก็ตกเป็นของผู้รับมัดจำ

3. แต่ถ้าฝ่ายที่รับมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งตนต้องรับผิดชอบ จึงต้องคืนมัดจำให้อีกฝ่ายหนึ่ง

### 3. การชำระหนี้บางส่วน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้มีบทบัญญัติว่าการชำระหนี้บางส่วนต้องทำอย่างไร และเป็นหน้าที่ของผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาแล้ว การชำระหนี้บางส่วนน่าจะเป็นได้ทั้งผู้ทำค้ำประกันเอง และผู้รับค้ำประกัน อย่างไรก็ตาม หากค้ำประกันถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับแล้ว กรณีที่จะมีการชำระหนี้บางส่วนควรจะเป็นฝ่ายผู้รับค้ำประกันซึ่งจะได้ประโยชน์มากกว่า สำหรับในเรื่องสิ่งที่จะใช้ในการชำระหนี้บางส่วนก็จะต้องเป็นวัตถุแห่งหนี้ค้ำประกันที่กระทำขึ้น และต้องกระทำก่อนที่จะมีการฟ้องร้องบังคับคดี ซึ่งอาจกระทำในขณะที่ให้ค้ำประกัน หรือก่อนหรือภายหลังการให้ค้ำประกันก็ได้

#### ค้ำประกันว่าจะให้ทรัพย์สิน (ตามมาตรา 526)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 526 บัญญัติว่า "ถ้าการให้ทรัพย์สิน หรือให้ค้ำประกันว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว และผู้ให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับไซ้ ท่านว่าผู้รับชอบที่จะเรียกให้ส่งมอบตัวทรัพย์สินหรือราคาแทนทรัพย์สินนั้นได้ แต่ไม่ชอบที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยอีกได้"

มาตรา 525 บัญญัติว่า "การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกัน จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่ายอมสมบูรณ์คือเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณีเช่นนี้การให้ยอมเป็นอันสมบูรณ์โดยมีพักต้องส่งมอบ"

จากความในมาตราทั้งสองข้างค้ำประกันหมายความว่า ค้ำประกันว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นจะบังคับกันได้ก็ต่อเมื่อมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งถือได้ว่าเป็นแบบของนิติกรรมอย่างหนึ่ง แม้ว่าความในมาตรา 526 จะมีได้บัญญัติไว้ว่า ถ้าไม่ทำตามแล้วจะตกเป็นโมฆะก็ตาม ก็คงถือได้ว่าโดยผล

ของมาตรา 115 ที่บัญญัติว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่บัญญัติมายังคับไว้ การนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ" อันเป็นบทเบ็ดเสร็จทั่วไปแห่งเรื่องนิติกรรม ย่อมจะเข้ามารองรับมาตรา 526 นี้

ตามแนววินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับคำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สินมีดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1374/2493 คำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สิน ตามมาตรา 526 ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

คำพิพากษาฎีกาที่ 999/2508 คำมั่นหรือคำรับรองว่าจะให้ที่ดิน เมื่อมีใจจดทะเบียนไว้ก็ไม่เข้าเกณฑ์ ตามมาตรา 526 ผู้รับไม่มีสิทธิเรียกร้องจากผู้ให้แต่ประการใด

คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินในสัญญาเช่าซื้อ (ตามมาตรา 572)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572 บัญญัติว่า "อันว่าเช่าซื้อนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่า และให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้น หรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว

สัญญาเช่าซื้อนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าเป็นโมฆะ"

ลักษณะคำมั่นที่ปรากฏในมาตรา 572 เป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญาเช่าซื้อเท่านั้น เพราะสาระสำคัญของสัญญาเช่าซื้อ คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่า และให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สิน หรือว่าจะให้ทรัพย์สินตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว และตามวรรคสองของมาตรา 572 ที่กำหนดให้สัญญาเช่าซื้อต้องทำเป็นหนังสือ หากไม่ทำเป็นหนังสือท่านว่าเป็นโมฆะ ก็เป็นแบบของสัญญาเช่าซื้อที่จะต้องทำเป็นหนังสือ ไม่น่าที่จะตีความเลยไปถึงว่า แบบของสัญญาเช่าซื้อ

กึ่งกล่าวคลุมไปถึงคำนั้นว่าจะขายทรัพย์สินในสัญญาเช่าซื้อด้วย

ดังนั้นแบบที่ควรทำเป็นหนังสือตามมาตรา 572 นี้ จึงหมายความว่าถึงแบบของสัญญาเช่าซื้อเท่านั้น มีใช้แบบของคำนั้นว่าจะขายทรัพย์สินในสัญญาเช่าซื้อ

คำนั้นจะให้สินจ้าง (ตามมาตรา 576)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 576 บัญญัติว่า "ถ้าตามพฤติการณ์ไม่อาจจะคาดหมายได้ว่างานนั้นจะพึงทำให้เปล่าไซ้ ท่านย่อมถือเอาโดยปริยายว่ามีคำนั้นจะให้สินจ้าง"

จากความในมาตรา 576 นี้ มีข้อพิจารณาดังนี้

1. การที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า "ท่านย่อมถือเอาโดยปริยายว่า..." เป็นเรื่องที่ถูกหมายสันนิษฐานขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้เพราะตามหลักของสัญญาจ้างแรงงานจะต้องมีสินจ้างเสมอ ตามนี้มาตรา 575 ซึ่งบัญญัติว่า "อันว่าจ้างแรงงานนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้" ดังนั้นเมื่อเป็นเพียงข้อสันนิษฐานของกฎหมายจึงเห็นได้ว่า คำนั้นจะให้สินจ้างในกรณีนี้เกิดขึ้น โดยที่คู่สัญญามิได้แสดงเจตนาเองหากแต่เกิดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

2. ความในมาตรา 576 นี้ มิได้มีบทบังคับในเรื่องแบบเลย จึงเป็นเรื่องที่ถูกหมายไม่ประสงค์

คำนั้นจะให้ประโยชน์อย่างอื่นแก่ตัวแทน (ตามมาตรา 825)

คำนั้นจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้า (ตามมาตรา 847) คำนั้นว่า

จะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์แก่ผู้จัดการมรดก (ตามมาตรา 1724)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 825 "ถ้าตัวแทนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยเห็นแก่  
 อามิสสินจ้างเป็นทรัพย์สินอย่างใด ๆ หรือประโยชน์อย่างอื่นอันบุคคลภายนอก  
 ใ้ให้เป็นलगส่วนตัวก็ดี หรือให้คำมั่นว่าจะให้ก็ดี ท่านว่าตัวแทนต้องผูกพัน  
 ในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ถ้าทนายจะไต่ยืนยันยอมด้วย"

มาตรา 847 "ถ้านายหน้าทำการให้แก่บุคคลภายนอกด้วยก็ดี หรือไ้  
 รับคำมั่นแก่บุคคลภายนอกเช่นนั้นว่าจะให้คำบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้าผู้กระทำ  
 การโดยสุจริตก็ดี เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตนเข้ารับหน้าที่ไซ้ ท่านว่านายหน้า  
 หากมีสิทธิจะไ้รับคำบำเหน็จหรือรับชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ไ้เสียไปไม่"

มาตรา 1724 "ทนายทนายมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการ  
 ทั้งหลายอันผู้จัดการมรดกไ้ทำไปภายในขอบอำนาจในฐานะที่ไ้เป็นผู้จัดการมรดก

ถ้าผู้จัดการมรดกเข้าทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอก โดยเห็นแก่ทรัพย์สิน  
 อย่างใด ๆ หรือประโยชน์อย่างอื่นใด อันบุคคลภายนอกไ้ให้ หรือไ้ให้คำมั่นว่า  
 จะไ้เป็นलगส่วนตัว ทนายทนายต้องผูกพันไม่ เว้นแต่ทนายจะไ้ยืนยันยอมด้วย"

คำมั่นดังปรากฏในทั้งสามมาตราข้างต้น ไ้แก่ คำมั่นว่าจะให้ประโยชน์  
 อย่างอื่นแก่ตัวแทน คำมั่นว่าจะให้คำบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้า คำมั่นว่าจะ  
 ให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์แก่ผู้จัดการมรดก มิไ้มีข้อความใดที่จะแสดงไ้เห็นใน  
 แต่ละมาตราเลย ว่า คำมั่นจะต้องกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะเข้าลักษณะเป็น  
 แบบแห่งนิติกรรม เมื่อไ้ไม่มีกฎหมายบังคับไว้ การทำคำมั่นจะไ้ให้ประโยชน์อย่างอื่น  
 แก่ตัวแทน คำมั่นว่าจะให้คำบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้า คำมั่นว่าจะให้ทรัพย์สิน  
 หรือประโยชน์แก่ผู้จัดการมรดก จึงเพียงแต่แสดงเจตนาออกมาอาจจะไ้โดยตรง  
 หรือไ้โดยปริยายตามหลักความมีผลแห่งการแสดงเจตนา ก็ต้องถือว่าไ้มีผลผูกพัน  
 ผู้ทำคำมั่นแล้ว

### การถอนคืนคำมั่น

เหตุที่ผู้เขียนนำหัวข้อเรื่องการถอนคืนคำมั่นมาไว้ในบทที่ว่าด้วยการก่อให้เกิดคำมั่นก็เพราะว่า มีข้อที่น่าพิจารณาในแง่ที่ว่า ก่อนที่คำมั่นนั้นจะเกิดผลผูกพันผู้ให้คำมั่นตามหลักที่ว่าด้วยความเป็นผลแห่งการแสดงเจตนา ผู้ให้คำมั่นจะถอนคำมั่นของตนเสียก่อนที่จะเกิดความผูกพันได้หรือไม่ ทั้งนี้เพราะตามหลักเกณฑ์ของเรื่องคำเสนอนั้น ผู้ทำคำเสนอแก่บุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง การแสดงเจตนาจะมีผลก่อนเมื่อไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอันไป แต่ถ้าได้มีการบอกถอนและคำบอกถอนนั้นไปถึงก่อนหรือพร้อมกับคำเสนอ คำเสนอนั้นย่อมสิ้นผลไป ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 130 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 130 วรรคแรก การแสดงเจตนาทำให้แก่บุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทางย่อมมีผลนับแต่เวลาไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นอันไป แต่คำบอกถอนไปถึงผู้นั้นก่อนแล้วหรือพร้อมกันไซ้ การแสดงเจตนานั้นก็ย่อมตกเป็นอันไร้ผล

สำหรับการถอนคำมั่นซึ่งมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นแล้ว ผู้เขียนจะไต่ถลาว่าถึงในบทที่ 5 ว่าด้วยการสิ้นสุดของคำมั่น

เหตุที่กฎหมายยอมให้ถอนคืนคำเสนอได้ ก่อนเกิดความผูกพันก็เพราะการแสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องเกิดจากความสมัครใจอย่างแท้จริง เมื่อไม่สมัครใจก่อนการแสดงเจตนามีผลจึงยอมให้ถอนได้ แต่จะต้องถอนก่อนหรือพร้อมกัน ถ้าการแสดงเจตนามีผลแล้วจะถอนหาได้ไม่

ตัวอย่าง นายคำอยู่กรุงเทพฯ ส่งจดหมายเสนอขายรถยนต์ต่อ นายแดงซึ่งอยู่จังหวัดเชียงใหม่ โดยให้สนองตอบภายใน 15 วัน ถ้าจดหมายถึงนายแดงภายใน 15 วันแล้ว นายคำจะถอนคำเสนอไม่ได้ แต่ถ้าในระหว่างที่จดหมายเสนอขายรถยนต์ยังไปส่งไปถึงนายแดง กรณีนี้ถือว่าการแสดงเจตนา

ยังไม่มีผลเป็นคำเสนอที่จะผูกพันนายคำ นายคำจึงถอนคำเสนอได้ โดยจะต้อง  
ส่งคำบอกถอนให้ไปถึงก่อนหรือพร้อมกับคำเสนอนั้น จึงจะมีผลทำให้คำเสนอสิ้น  
ผลไป

ในกฎหมายอังกฤษ อเมริกัน ฝรั่งเศส เยอรมัน ออสเตรเลีย และสวิส  
มีหลักเรื่องการถอนคำเสนอก่อนมีผลผูกพันเช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ ผู้เสนอ  
สามารถถอนคำเสนอได้ครบจนกระทั่งคำเสนอนั้นได้ไปถึงผู้รับคำเสนอ<sup>1</sup>

การตัดสินคดีของศาลฝรั่งเศส Toulouse Court of Appeals  
เมื่อวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ. 1901<sup>2</sup> ข้อเท็จจริงได้ความว่า ฟิงซ์ เป็นคนขาย  
เนื้อ ไขมัน แกรับเบ็ญคือบี ซึ่ง เป็นตัวแทนผู้ผลิตเนื้อกระป๋อง จากการเจรจา  
ระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย บีได้สั่งซื้อเนื้อเพื่อนำไปทำการผลิตเนื้อกระป๋อง จำนวน  
1,200 กระป๋อง แต่การสั่งซื้อของเขาจะต้องได้รับการอนุมัติจากสำนักงานใหญ่  
ของบีก่อน ดังนั้น ฟิงซ์ถูกร้องขอให้เสนอเรื่องการสั่งซื้อไปสำนักงานใหญ่ และ  
เขาได้ทำตามนั้นแล้ว และวันรุ่งขึ้นฟิงซ์ส่งจดหมายยืนยันที่จะขายเนื้อไปยังบี  
ฟิงซ์ได้เปลี่ยนใจและถอนคำเสนอนั้นทางโทรเลข ซึ่งการถอนคำเสนอและคำเสนอ  
เดิมได้ไปถึงบีในเวลาเดียวกัน ศาลได้ตัดสินว่าการถอนคำเสนอของฟิงซ์มีผล นั่นคือ  
การถอนคำเสนออาจจะกระทำไ้ครบจนกว่าคำเสนอนั้นจะไปถึงผู้รับคำเสนอ

จากหลักกฎหมายและการตัดสินคดีของศาลดังกล่าว อาจกล่าวอีกนัย  
หนึ่งได้ว่า คำเสนอนั้นมีผลและก่อให้เกิดอำนาจการสนองรับเมื่อคำเสนอนั้นไป

<sup>1</sup> Schlesinger, Formation of Contracts.

Volume II, pp. 714, 719, 725, 855 .

<sup>2</sup> Toulouse, 13 June 1901, D. 1902.2.16.S 1902.2.174.



ถึงผู้รับคำเสนอ<sup>1</sup> แต่ถ้าคำเสนอนั้นเมื่อไม่มีผลเป็นคำเสนอแล้ว คือคำเสนอถูก  
ถอนคืนเสียก่อนที่จะมีการสนองรับ จึงไม่อาจก่อให้เกิดอำนาจในการสนองรับได้

มีปัญหาที่น่าพิจารณาอยู่ว่า หากคำเสนอได้ถูกส่งไปถึงผู้รับคำเสนอใน  
วันที่ 1 มีนาคม แต่จดหมายแจ้งการถอนคำเสนอได้ส่งไปถึงวันที่ 2 มีนาคม ผู้รับ  
คำเสนอไม่อยู่บ้านไปค้างจังหวัด และผู้รับคำเสนอกลับจากต่างจังหวัดมาพบ  
จดหมายทั้ง 2 ฉบับ ในคู่จดหมายของวันที่ 3 มีนาคม กรณีเช่นนี้จะถือว่าการ  
ถอนคืนคำเสนอมีผลหรือไม่

ถ้าพิจารณาจากกฎหมายไทยแล้ว มาตรา 130 วรรคแรก บัญญัติว่า  
การถอนคืนคำเสนอจะต้องไปถึงก่อนหรือพร้อมกับคำเสนอ กรณีนี้คงถือว่าการ  
ถอนคืนคำเสนอไม่มีผล เนื่องจากการถอนคืนคำเสนอไปถึงหลังจากคำเสนอซึ่งมี  
ผลผูกพันแล้ว

ในกฎหมายสวิส แม้จะมีหลักการเดียวกับกฎหมายไทย แต่ในเรื่อง  
ความมีผลของการถอนคืนคำเสนอ (Swiss Law of Obligation (art.9))  
ได้ระบุว่า การถอนคืนคำเสนอจะมีผลถ้าผู้รับคำเสนอได้อ่านจดหมายซึ่งแจ้งการ  
ถอนคืน ก่อนที่จะได้รับทราบถึงคำเสนอ และภาระหน้าที่การพิสูจน์ตกเป็นของผู้  
เสนอ<sup>2</sup> ดังนั้นกรณีตามปัญหานี้ตามกฎหมายสวิสจึงขึ้นอยู่กับภาระการพิสูจน์ของ  
ผู้เสนอว่าได้อ่านจดหมายแจ้งการถอนคำเสนอก่อนที่จะได้รับทราบถึงคำเสนอ  
หรือไม่

<sup>1</sup> ยังมีทฤษฎีการแสดงเจตนาอื่น ๆ อีก เช่น ทฤษฎีส่งเจตนา  
(Theory of Dispatch) ทฤษฎีรับทราบเจตนา (Theory of perception)  
ซึ่งการแสดงเจตนาจะมีผลตั้งแต่เมื่อมีการส่งเจตนาหรือเมื่อได้รับทราบข้อความ  
แห่งการแสดงเจตนาแล้ว

<sup>2</sup> Schlesinger, Formation of Contracts,  
Volume I., p. 856.

สำหรับการแสดงเจตนาทำคำมั่น ก็ต้องอาศัยความยินยอมสมัครใจของผู้แสดงเจตนาเช่นกัน ดังได้กล่าวในบทที่ 2 แล้วว่า คำมั่นและคำเสนอมีลักษณะรวมกันอยู่บางประการ นั่นคือมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งต้องกระทำด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การถอนคำมั่นในกรณีที่ยังไม่เกิดความผูกพันจะนำหลักเกณฑ์ในเรื่องคำเสนอ ตามมาตรา 130 วรรคแรก มาใช้โดยอนุโลม

ดังที่ได้พิจารณาไปแล้วถึงคำมั่น โฆษณาจะให้รางวัลว่าการแสดงเจตนาจะมีผลต่อเมื่อได้ประกาศโฆษณา ตามมาตรา 362 และมาตรา 365 ดังนั้นในกรณีที่จะถอนคำมั่น โฆษณาจะให้รางวัลให้มีผลผูกพันผู้ให้คำมั่น ผู้ให้คำมั่นก็จะต้องถอนคำมั่นเสียก่อนที่จะได้มีการประกาศ โฆษณาออกไป หากได้มีการประกาศโฆษณาไปแล้ว การถอนก็ต้องเป็นเรื่องของการถอนคำมั่นซึ่งมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นแล้ว ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติในมาตรา 363-364 คือถอนด้วยวิธีเดียวกับที่ โฆษณา รายละเอียดโปรดดูบทที่ 5 เรื่องการสิ้นสุดของคำมั่นด้วยการถอน

สำหรับคำมั่นในกรณีอื่น เป็นเรื่องการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ดังนั้นหลักเกณฑ์ในเรื่องความมีผลแห่งการแสดงเจตนา ก็คงเป็นเช่นเดียวกับเรื่องคำเสนอ คือการแสดงเจตนาจะมีผลเมื่อไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง การถอนคำมั่นจึงต้องกระทำก่อนหรือพร้อมกับ คำมั่นที่ได้ส่งออกไปครั้งแรก

ตัวอย่าง นายชาวอยุธยากรุงเทพฯ ให้คำมั่นว่าจะขายรถยนต์แก่ นายเหลือ โดยเขียนเป็นจดหมายส่งทางไปรษณีย์ถึงนายเหลือซึ่งอยู่จังหวัดนครสวรรค์ ให้ครบรับภายใน 7 วัน นับแต่วันได้รับจดหมาย ต่อมา นายชาวเกิดเปลี่ยนใจ ไม่อยากขาย จึงเขียนจดหมายไปถอนคืนคำมั่นที่จะขายรถยนต์คันนั้น ถ้าจดหมายถอนคืนคำมั่นไปถึง ก่อนหรือพร้อมกับจดหมายที่ส่งคำมั่นไป คำมั่นที่ให้ไว้ย่อมสิ้นสุดไป ทั้งนี้ โดยนำหลักเกณฑ์ในเรื่องคำเสนอมาใช้โดยอนุโลมกับเรื่องคำมั่น