



ปัญหาการเกิดของสัญญาในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

โดย

นายศิวพล นกขุนทอง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัญหาการเกิดของสัญญาในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

โดย

นายศิวพล นกขุนทอง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

PROBLEMS ON FORMATION OF CONTRACT IN INTERNATIONAL
SALES OF GOODS

BY

MR. SIWAPHON NOKKHUNTONG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
INTERNATIONAL TRADE REGULATION
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2016
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSIT

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายศิวพล นกขุนทอง

เรื่อง

ปัญหาการเกิดของสัญญาในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์
(ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร
(รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

อาจารย์ ดร.ภาณุมาศ สิทธิเวคิน
(อาจารย์ ดร.ภาณุมาศ สิทธิเวคิน)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

อาจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส
(อาจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส)

คณบดี

ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต
(ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการเกิดของสัญญาในสัญญาการซื้อขายสินค้า ระหว่างประเทศ
ชื่อผู้เขียน	นายศิวพล นกขุนทอง
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ณ นคร
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

งานวิจัยเรื่อง “ปัญหาการเกิดของสัญญาในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ” นี้มุ่งหมายศึกษาปัญหาการเกิดของสัญญาในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ในประเด็นของคำเสนอและคำสนองที่ทำให้เกิดสัญญาและในประเด็นแบบของสัญญาหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ โดยเปรียบเทียบแนวความคิดและวิธีการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นของทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ รวมทั้งนำเสนอแนวความคิดตามหลักกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับหลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) หลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) หลักการคัดออก (Knock Out Rule) ตลอดจนหลักการยิงที่ดีที่สุดโดยคำนึงถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (Efficiency-based Best-shot Rule)

จากการศึกษาพบว่าหลักกฎหมายสัญญาของไทยยังไม่เหมาะสมที่จะมาปรับใช้แก่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในประเด็นการเกิดสัญญา โดยยังไม่สามารถให้สัญญาเกิดขึ้นได้ แม้คำสนองจะแตกต่างไปจากคำเสนอในเรื่องที่ไม่ใช่สาระสำคัญ นอกจากนี้กฎหมายไทยยังกำหนดเรื่องแบบของสัญญาและหลักฐานเป็นหนังสือ จึงไม่เอื้ออำนวยต่อการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงควรแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยกำหนดให้คำสนองที่มีได้เปลี่ยนแปลงจากคำเสนอเดิมในสาระสำคัญยังคงเป็นคำสนองได้และกำหนดให้มีให้นำมาตรา 456 มาใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ในขณะเดียวกันสมควรตรากฎหมายพิเศษเพื่อรองรับสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะ

คำสำคัญ: หลักการยิงครั้งสุดท้าย, แบบของสัญญา, คำเสนอ-คำสนอง

Thesis Title	PROBLEMS ON FORMATION OF CONTRACT IN INTERNATIONAL SALES OF GOODS
Author	Mr.Siwaphon Nokkhuntong
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	International Trade Regulation Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Pinai Nanakorn,Ph.D.
Academic Year	2016

ABSTRACT

The research on “Problems on Formation of Contract in International Sales of Goods” is intended to explore problematical issues concerning formation of contract in relation to contracts in international sales of goods. The study embraces discussions on offers and acceptances and requirements as to form as well as evidence in writing. For these purposes, legal concepts and approaches embodied in Thai Law and foreign laws are compared and contrasted. The comparative study also covers the concepts, in foreign laws, underlying the so-called “Last Shot Rule”, “Mirror-Image Rule”, “Knock-Out Rule” and “Efficiency-Based Best-Shot Rule”

The study reveals that principles of contract law in Thailand, in relation to formation of contract, remain inappropriate for application to contracts for international sale of goods. Under the Thai legal scheme, a contract may not be formed in the case where an acceptance differs from an offer even if the difference in question does not materially alter the terms of the original offer. In addition, Thai law imposes the requirements as to the form of a contract and written evidence. Such requirements do not facilitate international sales of goods. It is, therefore, recommended that the Civil and Commercial Code of Thailand be amended to the

effect that an acceptance which does not materially alter the terms of an original offer nonetheless operates as an acceptance. Also, the Civil and Commercial Code should contain an exception to the effect that section 456 shall not apply to contracts for international sale of goods. At the same time, a compelling need is felt for a move towards enactment of specific legislation on contracts for international sales of goods.

Keywords: Mirror-Image Rule, Formal Requirements, Offers and Acceptances



กิตติกรรมประกาศ

รายงานวิทยานิพนธ์ “ปัญหาการเกิดของสัญญาณในสัญญาณซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ” ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความเมตตาของรองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ณ นคร ที่ให้ความกรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยได้ให้คำปรึกษาแนะนำแก่ผู้เขียนเพื่อได้นำไปปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นและสำเร็จลุล่วงไปได้ รวมทั้งศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ที่ให้ความกรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจน ดร. ภาณุมาศ สิทธิเวคิน และ ดร. กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส ที่ให้ความกรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทำให้ผู้เขียนสามารถดำเนินการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

ผู้เขียนขอขอบคุณ บรรดาคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ที่ช่วยอบรมและชี้แนะแนวทางแสวงหาความรู้ให้แก่ผู้เขียน อันเป็นรากฐานสำคัญที่นำไปสู่ความสำเร็จลุล่วงของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณบรรดาเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ที่ชี้แนะแนวทางเกี่ยวกับระเบียบเอกสารและแนวทางเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลและการเปลี่ยนรูปแบบเอกสารเป็นรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์อันทำให้สามารถถ่ายโอนข้อมูลจากรูปแบบเอกสารปกติให้อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างราบรื่น

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณบิดา มารดาและญาติผู้ใหญ่ที่นับถือที่ได้ให้ความช่วยเหลือ และได้ให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมาจนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์และสำเร็จการศึกษาตามความคาดหวัง

นายศิวพล นกขุนทอง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(2)
กิตติกรรมประกาศ	(4)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.1.1 ความสำคัญของการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนาการทางเทคโนโลยีอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญา	1
1.1.2 ปัญหาเรื่องแบบของสัญญาและข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ	3
1.1.3 ปัญหาเรื่องคำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกัน	5
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.4 สมมติฐานของการศึกษา	6
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
บทที่ 2 หลักทั่วไปเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ	8
2.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาและความหมายของสัญญา	9
2.2 หลักเกี่ยวกับคำเสนอและคำสนองในการเกิดสัญญา	16
2.2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไป: หลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule)	16
2.2.2 หลักคำสนองที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไข	17
(ก) หลักการคัดออกของสัญญาที่ไม่ต้องตรงกัน (Knock Out Rule)	18

(ข) หลักการแบบผสม	21
(ค) หลักการยิงที่ดีที่สุดโดยการคำนึงถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (Efficiency-based Best-shot Rule)	29
2.2.3 การวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของหลักการต่างๆในมุมมองทางเศรษฐกิจ	31
(ก) ข้อดีข้อเสียทางเศรษฐกิจของหลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule)	31
(ข) ข้อดีข้อเสียทางเศรษฐกิจของหลักการคัดออกของสัญญา ที่ไม่ต้องตรงกัน (Knock Out Rule)	38
(ค) ข้อดีข้อเสียทางเศรษฐกิจของหลักการยิงที่ดีที่สุดโดยการคำนึงถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ(Efficiency-based Best-shot Rule)	44
2.3 หลักเกี่ยวกับแบบของสัญญาและการมีหลักฐานเป็นหนังสือ	48
2.3.1 แบบของสัญญา (Form of Contract)	49
2.3.2 การมีหลักฐานเป็นหนังสือ (Evidence by Writing)	51
บทที่ 3 หลักกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ	58
3.1 หลักกฎหมายตามอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ CISG	58
3.1.1 การเกิดของสัญญา	58
3.1.2 แบบของสัญญาตามอนุสัญญา CISG	60
3.1.3 คำสอนที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข	62
3.2 หลักเกณฑ์เรื่องคำเสนอและคำสนองในกฎหมายต่างประเทศ	65
3.2.1 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน	65
3.2.2 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส	69
3.2.3 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ	72
3.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับแบบของสัญญาและการมีหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมาย ต่างประเทศ	78
3.3.1 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน	78
3.3.2 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส	82
3.3.3 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ	84

บทที่ 4 หลักกฎหมายไทยและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในกฎหมายไทย	86
4.1 กฎหมายไทยเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขาย	86
4.1.1 การเกิดของสัญญา	87
4.1.2 คำสนองที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไข	89
4.1.3 แบบของสัญญาและการมีหลักฐานเป็นหนังสือ	92
4.2 วิเคราะห์ความไม่เหมาะสมของกฎหมายไทย	97
(ก) ความไม่เหมาะสมในด้านคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ	97
(ข) ความไม่เหมาะสมในเรื่องแบบของสัญญา	98
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	101
5.1 บทสรุป	101
5.2 ข้อเสนอแนะ	101
5.2.1 ข้อเสนอแนะเรื่องคำสนองที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข	101
5.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแบบของสัญญาและหลักฐานเป็นหนังสือ	106
(ก) การแก้ไขเรื่องสัญญาไม่จำเป็นต้องทำตามแบบ(Freedom from Form)	106
(ข) การแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม	109
(ค) การพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ	110
บรรณานุกรม	116
ประวัติผู้เขียน	120

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมีปัญหาในเรื่องของการเกิดขึ้นของสัญญา ทั้งในเรื่องของคำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันและเรื่องของหลักฐานที่เป็นหนังสือ อันมีผลต่อการเกิดขึ้นของสัญญา การเกิดของสัญญานั้นเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของคู่สัญญาที่มีผลต่อความกังวลของผู้ที่เข้าทำสัญญาว่าตนเองจะต้องรับผิดชอบหรือไม่จากสัญญานั้นและหากจะต้องรับผิดชอบนั้นรับผิดชอบเพียงใด ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในเรื่องของการคำนวณ “ความเสี่ยง” ที่เกิดขึ้นในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น

“ความเสี่ยง” นั้นเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งที่ทำให้นักธุรกิจตัดสินใจที่จะลงทุนอย่างไร ว่าจะมีความคุ้มค่าพร้อมที่จะลงทุนในด้านนั้นหรือไม่ รวมไปถึงเรื่องของความยุ่งยากในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศอันเป็นปัญหาเรื่องของ “เวลา” อันเป็นปัจจัยอีกประการหนึ่งในการพิจารณาในเรื่องของการลงทุนในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ การแก้ปัญหาเรื่องความเสี่ยงและสร้างความเชื่อมั่นให้กับการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ จะเป็นตัวช่วยในการสนับสนุนเศรษฐกิจของโลกในอีกทางหนึ่ง โดยแต่ละประเทศสามารถทำการค้าขายแลกเปลี่ยนทรัพยากรกันได้ อย่างสะดวกและแพร่หลายมากขึ้น การแก้ไขปัญหาในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ จึงมีส่วนช่วยเหลือในเรื่องของเศรษฐกิจโลกได้ในอีกทางหนึ่งเพราะมีการสนับสนุนให้สามารถมีการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้อย่างสะดวกมากขึ้น การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นส่วนประกอบสำคัญในการทำให้เศรษฐกิจโลกนั้นดำเนินไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น เพราะได้เป็นการแลกเปลี่ยนทรัพยากรระหว่างประเทศและช่วยให้มีการใช้ทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุดในการที่แต่ละประเทศจะสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนระหว่างกัน

1.1.1 ความสำคัญของการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนาทางเทคโนโลยีอันเกี่ยวข้องกับสัญญา

การค้าระหว่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ในโลกของเราทุกประเทศนั้นไม่สามารถพัฒนาความเชี่ยวชาญในการผลิตได้ทุกด้าน การแลกเปลี่ยนทรัพยากร สินค้าและบริการต่างๆจึงเป็นเรื่องที่จำเป็นต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจให้มีการไหลเวียนของสินค้าและบริการของประเทศต่างๆ ในระบบเศรษฐกิจนั้น แต่ละประเทศมีศักยภาพในการผลิตสินค้าที่แตกต่างกันทั้งในด้านแรงงานและเทคโนโลยีการผลิต รวมไปถึงความแตกต่างทาง

ภูมิศาสตร์และระยะทาง แต่เดิมการติดต่อสื่อสารอาจจะยังทำได้ในวงจำกัดด้วยขีดจำกัดของการเดินทางทั้งทางด้านข่าวสารและทรัพยากรต่างๆที่ต้องอาศัยการขนส่งที่ต้องผ่านระยะทาง แต่ ปัจจุบันสถานการณ์ในด้านการซื้อขายระหว่างประเทศได้เปลี่ยนแปลงไป ในด้านการติดต่อสื่อสารที่ทำให้ผู้คนจากต่างประเทศสามารถติดต่อสื่อสารกันได้ด้วยระยะเวลาอันรวดเร็ว และสามารถทำการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้อย่างสะดวกมากขึ้น การทำสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่แพร่หลายมากขึ้นเมื่อคนติดต่อสื่อสารทางไกลกันระหว่างซีกโลกหนึ่งถึงอีกซีกโลกหนึ่งได้ ทำให้เกิดสิ่งที่เรียกว่า สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้นเพราะความสะดวกในการติดต่อสื่อสารสู่ประเทศที่ห่างไกลกันโดยระยะทาง ด้วยการที่มีการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีและการสื่อสารที่ก่อให้เกิดการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น สัญญาและความซับซ้อนของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศก็เพิ่มขึ้นตามไปด้วยการเกิดขึ้นของสัญญาคือการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้มีภาระผูกพันและสิทธิหน้าที่ที่พึงมีต่อกันที่จะปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ได้ตกลงกันไว้ ความซับซ้อนและการพัฒนาที่มากขึ้นในเรื่องเทคโนโลยีด้านการสื่อสารได้ทำให้มีประเด็นปัญหาที่ต้องทำให้เกิดการพิจารณาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น การแก้ไขปัญหของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศทั้งในเรื่องของคำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการส่งเอกสารไปมาระหว่างกันและเรื่องของ พยานหลักฐานเป็นหนังสือที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการฟ้องคดีและการมีน้ำหนักพยานหลักฐาน ปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นได้ทั้งจากการที่คำเสนอ คำสนองไม่ถูกต้องตรงกันนั้นไม่ทำให้สัญญาเกิดขึ้นหากใช้หลักการเกิดของสัญญาตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่แต่เดิม แนวทางกฎหมายที่ใช้อยู่ของประเทศไทย ณ ปัจจุบันยังไม่สามารถปรับเข้ากับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป

การติดต่อสื่อสารต่อผู้ที่อยู่ห่างโดยระยะทางสามารถทำได้ง่ายมากขึ้น เช่นเดียวกับการสื่อสารทางโทรศัพท์ที่สามารถยื่นคำเสนอต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ในทันที การตอบสนองและการแก้ไขคำเสนอนั้นสามารถทำได้เกือบจะในทันทีแม้จะมีความห่างในระยะเวลา ต่างจากระบบการสื่อสารสมัยก่อนที่ติดต่อกันทางจดหมาย โทรเลข และการพัฒนาของการสื่อสารในระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ได้ในทันทีแม้จะอยู่ห่างไกลโดยระยะทาง แบบเดียวกับการโทรศัพท์ที่ไปถึงผู้รับอีกฝ่ายหนึ่งได้แทบจะในทันที เสมือนกับการพบทำสัญญากันต่อหน้า เพราะสามารถถ่ายทอดทั้งเสียง ท่าทางและภาษากายที่สามารถใช้กันได้ด้วยเทคโนโลยีในปัจจุบัน การช่วยในเรื่องของการติดต่อซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นช่วยในเรื่องของ comparative advantage ในทางเศรษฐกิจ ที่เป็นแนวความคิดเรื่องของการที่ประเทศหนึ่งมีการทำงานอย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า หากให้ประเทศนั้นผลิตสินค้าชนิดนั้นก็จะสามารถนำทรัพยากรทั้งแรงงาน คน และระยะเวลามาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าการนำทรัพยากรที่มีอยู่ไปผลิตในประเทศที่ไม่มี

ประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าสูงเทียบเท่ากับประเทศที่มีประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าชนิดนั้นมากกว่า การซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นการสนับสนุนให้มีการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น การแก้ไขปัญหาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นการช่วยเรื่องการปรับปรุงแนวทางของกฎหมายและช่วยในเรื่องการสนับสนุนการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในอนาคตต่อไปที่จะมาถึง ที่ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีและการติดต่อสื่อสารจะมีมากขึ้นเรื่อยๆ เพราะเทคโนโลยีไม่เคยหยุดนิ่งและจะทำให้เราสามารถผลิตสินค้าและแลกเปลี่ยนทรัพยากรได้ด้วยประสิทธิภาพสูงที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ ในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศนั้น กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องคือกฎหมายของประเทศของคู่สัญญา เนื่องจากความเป็นสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่คู่สัญญามีสถานที่ประกอบการอยู่ต่างรัฐกัน กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องจึงมีมากกว่าหนึ่งรัฐ

ปัญหาการเกิดขึ้นของสัญญาในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนี้หากสามารถแก้ไขได้จะเป็นแนวทางการวางรากฐานกฎหมายในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่จะมีมากขึ้นในอนาคตต่อไป เนื่องจากกฎหมายในปัจจุบันนั้นแม้จะมีการออกกฎหมายที่รองรับเอกสารอิเล็กทรอนิกส์แล้วแต่ก็ยังอยู่ในขอบเขตของความหมายของการเกิดของสัญญามีอยู่แต่เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย การแก้ปัญหาเรื่องนี้ได้จะเป็นการแก้ปัญหาเพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านเทคโนโลยีและทางด้านสังคมที่จะมีขึ้นมาในอนาคตต่อไป

1.1.2 ปัญหาเรื่องแบบของสัญญาและข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ

ปัญหาที่พบคือ แบบของสัญญา (Form of Contract) หรือ การมีผลผูกพันตามกฎหมายของสัญญา ที่บางประเทศอย่างเช่นประเทศไทยที่กำหนดเรื่องการมีแบบของสัญญาและข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือไว้ ไม่เช่นนั้นสัญญาจะไม่มีผลตามกฎหมายหรือจะมีการฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ เช่นการทำสัญญาปากเปล่า หรือการทำสัญญาด้วยเสียงทางอิเล็กทรอนิกส์ การแก้ปัญหาเรื่องแบบและข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือจะทำให้เกิดความคล่องตัวและความสะดวกในการทำสัญญาการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น หากผู้ทำการค้ามีความเชื่อมั่นว่าสัญญานั้นสามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ได้มีการวางแนวฎีกาที่ว่าสัญญาซื้อขายนั้นไม่ทำตามแบบไม่สามารถใช้บังคับได้ การมีเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลสามารถทำสัญญาได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เสรีภาพในการทำแบบของสัญญาโดยไม่มีข้อจำกัดว่าต้องทำตามแบบของสัญญาที่กฎหมายได้กำหนดไว้หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ เสรีภาพในเรื่องของแบบของสัญญา จะช่วยแก้ปัญหาในด้านความสับสนระหว่างสองประเทศที่ทำสัญญากันได้ ว่า ไม่ว่าสัญญาในรูปแบบใดก็จะมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมายเหมือนกัน อันเป็นการสร้างอิสระและความยืดหยุ่นในการทำสัญญาในระหว่างคู่สัญญา ที่จะมีวิธีการหลายวิธีในการที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้น ไม่จำเป็นต้องจำกัดอยู่แต่การทำสัญญาตามแบบเท่านั้น

ในแนวทางของนิติปรัชญา มีแนวความคิดเรื่อง เจตจำนงอิสระ (Free Will) ของมนุษย์ที่มีแนวความคิดเรื่องมนุษย์มีเสรีภาพที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆก็ได้ トラบเท่าที่ปรารถนา ถ้ามีข้อบกพร่องก็จะเป็นในเรื่องของเจตจำนงของมหาชน (Public Will) ที่มีแนวความคิดเรื่องสังคมส่วนใหญ่สำคัญกว่าสังคมส่วนน้อย โดยมีการออกกฎหมายและกติกาสังคมมาเป็นกฎหมายที่บังคับและจำกัดเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้อยู่ภายใต้กฎหมายข้อบังคับของสังคมหรือของรัสนั้นๆ ดังนั้นโดยหลักการคือบุคคลนั้นมีเสรีภาพที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด เว้นแต่ว่าจะมีกฎหมายมาห้ามไว้ ซึ่งแนวความคิดทางปรัชญาว่า รัสนี้จะมีการจำกัดเสรีภาพของประชาชนในด้านใดบ้างก็มีการถกเถียงกันต่อไปและขึ้นอยู่กับนโยบายของรัสนั้นๆในทางปฏิบัติ ซึ่งตามหลักการในปรัชญาความคิดเรื่องเสรีภาพของบุคคลได้มองว่า มนุษย์เรานั้นมีเสรีภาพในการทำสัญญาใดๆก็ได้ トラบเท่าที่ไม่มีกฎหมายจำกัดเสรีภาพของบุคคลเอาไว้ว่าห้ามมีการกระทำการที่ผิดกฎหมายนั้น เป็นเรื่องข้อตกลงที่มีอยู่ร่วมกันเพื่อความสงบสุขของสังคมนั้น ดังนั้นแนวความคิดเรื่องการรักษาเสรีภาพในการทำสัญญาของประชาชนจึงเป็นการสนับสนุนแนวความคิดเรื่องเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่รัฐควรเข้ามาเกี่ยวข้องในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลอย่างน้อยที่สุด แนวความคิดที่รัฐควรมีอยู่เพื่อรักษากติกาและความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้นและควรมีการเข้ามาเกี่ยวข้องเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชนที่น้อยที่สุด กล่าวคือ แนวคิดของรัฐและการควบคุมของรัสนั้นมีประโยชน์ที่ทำให้สามารถอยู่ร่วมกันเป็นสังคมได้โดยมีกฎหมายและกติการ่วมกัน แต่กฎหมาย ข้อบังคับนั้นเป็นการรุกรานสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สามารถอยู่ได้อย่างอิสระที่จะทำการใดๆ การมีข้อห้ามตามกฎหมายโดยรัสนั้นเป็นการจำกัดการกระทำและอิสระที่จะทำการใดๆก็ตามของปัจเจกบุคคลนั้น ดังนั้นแนวทางที่ดีที่สุดคือการที่กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพมากที่สุด トラบเท่าที่เสรีภาพของปัจเจกบุคคลนั้นไม่ล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น หรือ การไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนวุ่นวายในสังคมนั้น การแสวงหาความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็เป็นเรื่องแนวคิดที่ต้องถกเถียงกันทางนิติปรัชญาต่อไป

ในแนวความคิดเรื่องเสรีภาพของบุคคลเป็นแนวคิดที่นำมาสู่แนวความคิดของเสรีภาพในการทำสัญญาที่ปัจเจกบุคคลสามารถทำสัญญาแบบใดก็ได้ トラบเท่าที่ไม่มีกฎหมายมาห้ามหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลนั้นไว้ อันเป็นเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะมีการกระทำต่อกัน แนวทางของกฎหมายที่ใช้กันว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อส่งคำเสนอคำสนองหรือมีระยะเวลาการตอบรับหรือปฏิเสธกันอย่างไรก็คือปัญหาที่สามารถนำมาพิจารณาได้ในเรื่องความแตกต่างของรูปแบบของสัญญาในแต่ละประเทศที่มีหลักการตีความกฎหมายเรื่องเกิดขึ้นของสัญญานั้นต่างกัน เช่นเรื่องของการที่สัญญานั้นมีผลเมื่อไร เมื่อคำสนอนนั้นไปถึงผู้เสนอหรือเมื่อเพียง

แค่ผู้สนอนั้นตอบรับคำเสนอและส่งไปทางไปรษณีย์หรือวิธีการอื่นใด ก็ถือว่าคำสนอนั้นมีผลทำให้สัญญาขึ้นเกิดขึ้นแล้ว

1.1.3 ปัญหาเรื่องคำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกัน

ปัญหาอีกประการคือ ปัญหาเรื่องการที่คำเสนอ คำสนองไม่ตรงกันทำให้เป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ซึ่งเป็นแนวทางที่ไม่รักษาเจตนาในการทำสัญญาที่มีความตั้งใจที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้นของคู่สัญญา โดยหลักการที่เรียกว่าแนวภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) มีแนวความคิดเรื่องที่ว่าคำเสนอ คำสนองต้องถูกต้องตรงกัน ดังการสะท้อนภาพในกระจกที่ต้องมีความเหมือนกันทุกประการจึงถือว่าคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันและเกิดสัญญาได้ แนวทางเช่นว่านั้น ทำให้คำสนองที่ไม่ตรงกันกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ในหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ทำให้เป็นอุปสรรคในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ ว่า ไม่มีการเกิดขึ้นของสัญญาหรือ ไม่มีการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นเกิดขึ้น ที่ทำให้เป็นปัญหาข้อกฎหมายในการพิสูจน์ว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นเมื่อใด และใช้บังคับได้มากหรือน้อยเพียงใด ถ้ามีปัญหาเรื่องหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีแนวทางแตกต่างกัน การที่ทำให้สัญญานั้นมีผลบังคับใช้นั้นจะเป็นการทำการที่ตรงตามเจตจำนงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมากกว่าหรือไม่ ที่จะรักษาสภาพของสัญญาไว้ให้ยังคงมีผลอยู่ การพยายามรักษาความมีผลของสัญญาที่มีเจตนาต่อกันนั้นคือการรักษาหลักการของการแสดงเจตนาที่บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญาใดๆก็ได้ตราบไต่เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย การแสดงเจตนาที่คำเสนอ คำสนองไม่ตรงกันนั้น มีข้อห้ามที่กฎหมายกำหนดว่าให้ถือว่าทำคำเสนอขึ้นมาใหม่และคำเสนอเดิมสิ้นไป

การคงสภาพของสัญญาไว้นั้นจึงมีความเป็นธรรมทางกฎหมายมากกว่าที่การปล่อยให้คำเสนอ คำสนองนั้นสิ้นผลไปเสียทีเดียวตามที่แนวทางกฎหมายดั้งเดิมซึ่งผิดหลักภาพสะท้อนในกระจกโดยให้สัญญาต้องเกิดจากคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันทุกประการเท่านั้น หลักดั้งเดิมดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสภาพของเทคโนโลยีและความเปลี่ยนแปลงในด้านการทำสัญญาในปัจจุบัน และยังเป็นการทำเพื่อประโยชน์สูงสุดร่วมกันของคู่ความทั้งสองฝ่ายอีกด้วย การรักษาไว้ซึ่งความสมบูรณ์ของสัญญาสามารถช่วยสนับสนุนการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีขึ้นเพื่อศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์

- (1) เพื่อศึกษาทำความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของการเกิดสัญญา ความมีผลทางกฎหมายและความผูกพันระหว่างผู้เสนอและผู้สนองในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

- (2) เพื่อศึกษาถึงผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่มีต่อการก่อเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ
- (3) เพื่อศึกษาหาแนวทางแก้ปัญหาความไม่แน่นอนทางด้านกฎหมายของการทำสัญญาผ่านอุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นบางประการในเรื่องคำเสนอ คำสนองและการก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ความเกี่ยวพันของการเกิดสัญญาเมื่อคำเสนอและคำสนองนั้นไม่ตรงกันทุกประการจากการสื่อสารระหว่างประเทศ
- (4) เพื่อศึกษาแนวความคิดของการก่อให้เกิดสัญญาในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เพื่อสนับสนุนการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศให้มีความสะดวกเพิ่มมากขึ้น
- (5) เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายในประเด็นการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ในเรื่องของการเกิดสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศโดยมีการศึกษาจากหนังสือ สิ่งพิมพ์ เอกสารข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้ง United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) / CISG, United Nations Convention on the Use of electronic Communications in International Contracts ตัวอย่างคำพิพากษาและแนวทางการให้เหตุผลของการตัดสินคดีในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ และแนวทางการแก้ไขปัญหามาของต่างประเทศ ในปัญหาเรื่องการเกิดของสัญญาและข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักฐานเป็นหนังสือ โดยพิจารณาจากแนวทางการพิพากษาในอดีตและปัจจุบัน

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

หลักการตามกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมนั้นยังไม่สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติในเรื่องสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศของต่างประเทศที่กระทำอยู่ การศึกษาและทำความเข้าใจจะสามารถช่วยในการแก้ปัญหาและลดอุปสรรคของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมการค้าและเศรษฐกิจระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น การทำให้เรื่องคำเสนอคำสนองให้ชัดเจนจะทำให้สามารถสร้างความเชื่อมั่นในการทำสัญญาการซื้อขายระหว่างประเทศและการปรับปรุงเรื่องพยานหลักฐานเป็นหนังสือจะช่วยในเรื่องสิทธิการฟ้องคดีและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีได้ดีขึ้น

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ ฉบับนี้เป็นการค้นคว้าวิจัยทางกฎหมาย (Legal Research) รวบรวมข้อมูล เอกสารทางกฎหมาย บทความ และคำพิพากษาของกฎหมายไทย ในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ โดยศึกษาเปรียบเทียบทั้งกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ เป็นการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลในลักษณะของการวิจัยเอกสาร (Documentary Research)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากการดำเนินการศึกษา

- (1). มีความเข้าใจเรื่องการเกิดสัญญาความมีผลทางกฎหมายและความผูกพัน ระหว่างผู้เสนอและผู้สนองในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ
- (2). มีความเข้าใจถึงผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่มีต่อการก่อเกิด สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ
- (3). มีความเข้าใจแนวทางแก้ปัญหาความไม่แน่นอนทางด้านกฎหมายของการทำ สัญญาผ่านอุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นบาง ประการ ในเรื่องคำเสนอ คำสนองและการก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายสินค้า ระหว่างประเทศ ความเกี่ยวพันของการเกิดสัญญาเมื่อคำเสนอและคำสนอง นั้นไม่ตรงกันทุกประการจากการสื่อสารระหว่างประเทศ
- (4). มีความเข้าใจแนวความคิดของการก่อให้เกิดสัญญาในการซื้อขายสินค้า ระหว่างประเทศเพื่อสนับสนุนการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศให้มีความ สะดวกเพิ่มมากขึ้น
- (5). มีความเข้าใจแนวทางในการแก้ไขกฎหมายในประเด็นการเกิดสัญญาซื้อขาย สินค้าระหว่างประเทศ

บทที่ 2

หลักทั่วไปเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

การเกิดของสัญญานั้นเป็นสิ่งสำคัญในการพิจารณาว่าสัญญานั้นจะมีผลใช้บังคับหรือไม่ หรือถ้ามีแล้วแต่ละฝ่ายจะมีส่วนที่ต้องรับผิดชอบประการใด ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญที่คู่สัญญาคำนึงถึงในเรื่องของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเพราะเกี่ยวเนื่องกับหนี้ตามสัญญาว่ามีข้อผูกพันกันอย่างไรบ้าง ตามเนื้อหาของสัญญาอีกด้วย การเกิดของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาว่าคู่สัญญานั้นต้องมีหนี้ ภาระผูกพันต่อกันหรือไม่อย่างไรโดยอำนาจของสัญญา การเกิดของสัญญานั้นตามหลักการทั่วไปนั้นต้องมีการพิจารณาในหลายด้านทั้งเรื่องหลักความสามารถของบุคคลว่าบุคคลที่เข้าทำสัญญานั้นมีคุณสมบัติที่ทำสัญญาได้สมบูรณ์ตามกฎหมายความสามารถของบุคคลที่เข้าทำสัญญานั้นเป็นเงื่อนไขที่เราเห็นได้จากกฎหมายสัญญาของประเทศต่างเพราะการทำสัญญานั้นความผูกพันระหว่างบุคคลนั้นเป็นส่วนประกอบสำคัญของสัญญา

ด้วยแนวความคิดที่มาจากธรรมชาติการทำธุรกิจว่า “คู่สัญญามีความน่าเชื่อถือหรือไม่” หรือ “คู่สัญญามีความสามารถที่จะชำระหนี้และปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่” ในการประกอบธุรกิจมานับตั้งแต่การทำการค้าสมัยโบราณ ความเชื่อถือและความเสี่ยงนั้นคือสิ่งที่สามารถตัดสินใจหรือขาดทุนของพ่อค้านั้นๆได้ การพิจารณาว่า “สัญญานั้นเกิดขึ้นเมื่อใด” นั้นเป็นคำถามที่มีอยู่ตลอดเวลาเพราะเกี่ยวพันกับความรับผิดชอบของคู่สัญญา ซึ่งเป็นเรื่องของผลประโยชน์ กำไร ขาดทุน และในธุรกิจหากมองจากมุมมองนอกเหนือจากนั้นแล้ว การทำผิดสัญญาซื้อขาย ยังเป็นผลร้ายต่อความน่าเชื่อถือของการประกอบกิจการนั้นด้วย ในการทำธุรกิจ ความน่าเชื่อถือหรือชื่อเสียงนั้นมีราคา และอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของบริษัทนั้นและส่งผลกระทบต่อผลกำไรได้หากมีการกระทำที่กระทบต่อความน่าเชื่อถือของกิจการนั้นในการประกอบธุรกิจเช่น ในกรณีที่บริษัทที่ประกอบกิจการอาจสามารถชนะได้ด้วยเหตุอายุความ แต่การที่หากมีชื่อเสียงแพร่ออกไปว่าจะเป็นการทำให้บริษัทนั้นเสียชื่อเสียงว่ามีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา บริษัทนั้นจึงขอสู้คดีทั้งที่ฝ่ายตนเองนั้นมีความได้เปรียบด้านอายุความ แต่ก็ต้องต่อสู้ในเนื้อหาของสัญญาและความรับผิดชอบเพื่อปกป้องความน่าเชื่อถือเรื่องชื่อเสียงของบริษัทตนเองเอาไว้ การที่ต้องหาหนทางและความรับผิดชอบในสัญญาจึงเป็นสิ่งสำคัญในการประกอบธุรกิจการค้า การที่บริษัทอย่างโตโยต้า (Toyota) ที่ต้องอาศัยความน่าเชื่อถือนั้นออกมาขอโทษซ้ำและเรียกเก็บรถที่เกิดปัญหาซ้ำนั้น ก็ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของบริษัทเป็นอย่างมาก ความเชื่อถือนั้นเป็นหัวใจของการประกอบธุรกิจการค้า การค้าไม่สามารถเกิดขึ้นได้ถ้าทั้งสองฝ่ายไม่สามารถเชื่อถือกันในระดับหนึ่ง

2.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาและความหมายของสัญญา

คำว่าสัญญา(Contract) นั้นเรียกว่าเป็นหนึ่งในการกระทำที่ทำให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายระหว่างบุคคล ก่อให้เกิดขึ้นซึ่งสิทธิและหน้าที่ เป็นหัวใจสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีภาระผูกพันทางกฎหมายต่อกัน มีคำเสนอ คำสนองที่ตรงกัน,มีการทำการตกลงว่าจะกระทำตาม กำหนดหน้าที่ต่อกันและกำหนดมูลค่าของการกระทำที่ตอบแทนกัน,ช่วงเวลาหรือสถานการณ์,เงื่อนไขและข้อกำหนด ซึ่งอาจจะทำโดยปากเปล่าก็ได้ แล้วแต่กรณี (Oral Contract หรือ Verbal Agreement) สัญญาที่ตกลงกันปากเปล่า หรือการตกลงปากเปล่า ซึ่งเป็นการทำสัญญารูปแบบหนึ่งที่สามารถกระทำได้ เป็นวิธีการทำสัญญาที่สะดวกมากโดยเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าทำให้คู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางสามารถสื่อสารติดต่อกันได้ภายในทันทีความก้าวหน้าของเทคโนโลยีในด้านการติดต่อสื่อสาร ที่ทำให้ผู้ประกอบการที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางสามารถติดต่อกันได้โดยทันที แม้กระทั่งมีการถ่ายทอดภาพและเสียงเสมือนหนึ่งพบกันซึ่งหน้าแต่โดยทางปฏิบัติการทำสัญญาโดยปากเปล่านั้นจะมีการพิสูจน์เรื่องรายละเอียดและเนื้อหาของสัญญาได้ค่อนข้างยากกว่าการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ในบางครั้งการทำสัญญาด้วยปากเปล่าไม่สามารถใช้นำมาพิสูจน์ในชั้นศาลได้ เนื่องจากบางครั้งจะมีความเชื่อถือในพยานเอกสารมากกว่าพยานบอกเล่าด้วยปากเปล่า ในการนำมาเป็นพยานหลักฐานและการพิสูจน์ในชั้นศาล เนื่องจากสัญญาด้วยปากเปล่านั้นขาดหลักฐานที่เป็นรูปธรรม ที่จับต้องได้จึงมีความยากในการยกเป็นข้อพิสูจน์มากกว่า เอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะดั้งเดิมในแนวทางคำพิพากษาเดิมของประเทศไทยก่อนมีการแก้ไขกฎหมายนั้นก็ยังมีปัญหาเรื่องการพิสูจน์พยานหลักฐานของการทำสัญญา ว่าสัญญาปากเปล่านั้นสามารถพิสูจน์เป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้หรือไม่ และการทำสัญญา ด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์สามารถพิสูจน์ในชั้นศาลได้หรือไม่

การโต้แย้งและข้อพิพาทเกี่ยวกับแบบของสัญญา (Battle of the Forms) ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่อสู้ว่าเงื่อนไขและข้อกำหนดของตนเองได้รับรวมเข้าไปในสัญญาด้วย มักจะเกิดช่วงที่รูปแบบของสัญญาแลกเปลี่ยนไปมา ด้วยเอกสารหลายฉบับและเกิดขึ้นในขั้นตอนของการเจรจาเงื่อนไขของสัญญาในสังคมยุคปัจจุบันนั้นมีความก้าวหน้าในการสื่อสารและทางเทคโนโลยีมากกว่ายุคก่อน การติดต่อสื่อสารถึงผู้ที่อยู่ห่างโดยระยะทางจากที่กินเวลานาน สามารถทำได้เพียงพบตาเดียว แต่เทคโนโลยีการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ปัจจุบัน ยังมีความแตกต่างทางด้านระหว่างเวลาการติดต่อสื่อสารและเวลาผู้รับได้รับคำเสนอนั้น การติดต่อสื่อสารของผู้ที่ประกอบกิจการการค้าขายที่มีความประสงค์ที่จะกระทำสัญญากันนั้นอยู่ต่างรัฐกันและห่างกันโดยระยะทาง มีการใช้กฎหมายภายในของรัฐที่ต่างกัน การทำสัญญาอาจเป็นไปในลักษณะกระทำด้วยปากเปล่า การทำสัญญาทาง

ปากเปล่านี้ หรือการส่งคำเสนอ คำสนองด้วยเสียง ในปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่มีการพัฒนามากขึ้นที่เรียกว่า “วอยเมล์” (Voice Mail) หมายถึง เอกสารใช้ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ สามารถส่งเสียงออกไปได้แทนที่จะมีการส่งเพียงแค่ตัวอักษรทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างเดียว จะถือว่าเป็นการทำสัญญาโดยปากเปล่า ในทางกฎหมายหรือไม่ หากนำเรื่องแบบของการทำสัญญามาพิจารณาประกอบกับเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าขึ้นนี้หากจะเปรียบเทียบกับก็อาจเปรียบเทียบกับโทรศัพท์ที่สื่อสารข้อความระหว่างกันโดยใช้เสียง ลักษณะของการสื่อสารนั้นเรียกได้ว่าสามารถรับข้อความที่ผู้เสนอต้องการจะสื่อสารถึงได้แทบจะในทันทีเทียบได้กับการสื่อสารที่อยู่ต่อหน้าเลยทีเดียว

ข้อตกลงบนพื้นฐานของคำพูดที่สมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้โดยเงื่อนไขที่สามารถพิสูจน์ได้เข้ากับเงื่อนไขข้อกำหนดของรูปแบบสัญญาและไม่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่ห้ามการทำสัญญาปากเปล่า จากความหมายดังกล่าวนี้ กล่าวคือ ต้องมีความสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมาย มีความสามารถที่จะใช้บังคับได้ ซึ่งเป็นเรื่องของความสมบูรณ์ตามแบบของกฎหมายนั่นเองและการที่ไม่ขัดกับข้อกฎหมายที่มีการห้ามทำสัญญาปากเปล่า (Oral Contract) คือ กฎหมายห้ามการทำสัญญาปากเปล่าในสัญญาประเภทนั้นไว้ เป็นการทำสัญญาในแบบที่กฎหมายได้มีการห้ามไว้ เป็นหลักการแต่เดิมของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยที่ยึดหลัก หลักฐานที่เป็นหนังสือ หรือหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษร การทำสัญญาเป็นหนังสือคือการแสดงเจตนาได้ดีที่สุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ให้แสดงหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร หากพิจารณาเหตุผลทางกฎหมายก็เพราะหนังสือเป็นหลักฐานที่ชัดเจนและจับต้องได้ สามารถพิสูจน์ได้อย่างชัดเจน จึงเป็นสิ่งที่ทำให้สัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรมันมีความน่าเชื่อถือในกระบวนการพิสูจน์ความสมบูรณ์ของสัญญา ความขัดแย้งกันในเรื่องของแบบฟอร์มเป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการทำการตกลงและการส่งแบบฟอร์มของสัญญาไปมาระหว่าง คู่สัญญา ผู้ทำคำเสนอ คำสนอง ระหว่างกัน การต่อสู้กันระหว่างแบบฟอร์มสามารถเกิดขึ้นได้ในการตกลงรายละเอียดของสัญญาและแบบของสัญญาในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น มีความชัดเจนในเรื่องถ้อยคำและรายละเอียดเนื้อหาของสัญญา ที่มีความชัดเจนแน่นอนกว่าสัญญาที่ไม่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ปัจจุบันด้วยเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าไปทำให้มีแนวทางยอมรับสัญญาในรูปแบบต่างๆมากขึ้น

กฎหมายสัญญา (Contract Law) และความหมายของสัญญา

กฎหมายสัญญา¹ จากความหมายของ Black Law Dictionary คือ “กลุ่มของกฎหมายที่ควบคุมข้อตกลงไม่ว่าจะโดยปากเปล่าหรือเป็นลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและบริการ, กรรมสิทธิ์และเงินและเนื้อหาเกี่ยวภาระหน้าที่ตามสัญญาเกี่ยวกับคุณภาพสินค้า, ข้อห้ามการกระทำ, เสรีภาพของสัญญา, ความเป็นส่วนตัวของสัญญา, ความสมบูรณ์ของสัญญาและความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทน, เอกสารทางธุรกิจและสัญญาว่าจ้าง”

ตามความหมายของสัญญาที่ได้มีนักกฎหมายให้คำนิยามเอาไว้หลายท่าน โดยเสด็จในกรมหลวงราชบุรีได้ทรงอธิบายไว้ว่า “สัญญานั้นแปลว่าความยินยอมทั้ง ๒ ฝ่าย ฤมากกว่า ๒ฝ่ายในการที่จะทำ ฤละเว้นทำอย่างใดอย่างหนึ่ง”²

ท่าน ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช “สัญญาคือการที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมคำเสนอคำสนองรับมีความประสงค์ตกลงตรงกัน และร่วมใจกันในอนาคตที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กันอย่างไรอย่างหนึ่งขึ้น”³

ศาสตราจารย์ จิต เศรษฐบุตร “สัญญาคือนิติกรรมหลายฝ่ายเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ดังนั้นสัญญาจึงเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง แต่เป็นประเภทที่สำคัญเพราะก่อหนึ่มากกว่านิติกรรมที่เรียกว่านิติกรรมฝ่ายเดียว”⁴

¹ Contract Law “Group of laws that control oral or scripted agreements related to trade of commodities and services, properties and money. It also contains topics related to qualities of contractual duties, restriction of activities, liberty of contract, privacy of contract, conclusion of contract, and also contains agency relationships, business document, and deals of employment,” Black Law Dictionary สืบค้นเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2560, จาก <http://thelawdictionary.org/contract-law/>

² กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ฉบับพิมพ์ของกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2468 , น 192 อ้างถึงใน จิตติ ดิงศรัทย์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2523),น.4.

³ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1(ภาค1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505 (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์อักษรสาสน์,2509), น. 68.

และมีคำกล่าว “กฎหมายสัญญาโรมันนั้นมีหลักเฉพาะแต่ไม่มีหลักทั่วไป” เนื่องจากกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญาของโรมันนั้นแตกต่างไปตามประเภทของสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น⁵ แม้แต่ในนักวิชาการต่างประเทศเองก็มีการถกเถียงและวิจารณ์กันในเรื่องของสัญญา หรือแม้แต่นักกฎหมายไทยเองก็มีความเข้าใจเกี่ยวกับสัญญาที่แตกต่างกันไป ซึ่งยังมีความจำเป็นอยู่หรือไม่อันเป็นเรื่องของความสงสัยใคร่รู้ของบรรดานักกฎหมายที่มีมาช้านานในเรื่องของการกำหนดความหมายคำนิยามของสัญญา ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการกล่าวความหมายให้ครอบคลุมในทุกส่วนที่สัญญาสามารถเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องได้และใช้กันอย่างกว้างขวางมาก กฎหมายสัญญานั้นมีไว้เพื่อควบคุมเกี่ยวกับเรื่องของสัญญาในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญา หากพิจารณาโดยละเอียดจากเป็นสิ่งที่เริ่มมาจากคู่สัญญาที่เป็นปัจเจกบุคคลตกลงกันเอง การบังคับใช้การฟ้องคดี และการพิจารณา ก็เป็นส่วนที่รัฐสามารถเข้ามายุ่งเกี่ยวและได้ออกกฎเกณฑ์ที่สามารถควบคุมข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาไม่ให้ผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดได้เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ เป็นต้น ที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่ออกมาจากรัฐในฐานะรัฐธำมณิธิปัตย์นั้นมามีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญาหรือมีผลในการทำสัญญาหรือข้อตกลงบางประการที่รัฐได้ออกข้อห้ามไว้ นั่นคือเป็นสิ่งที่แสดงว่าอำนาจรัฐนั้นมีผลต่อสัญญาที่ทำโดยปัจเจกบุคคลนั่นเอง สิ่งที่พิจารณาได้จากแนวความคิดของนักกฎหมายหลายท่านคือ สัญญาไม่สามารถเกิดขึ้นได้จากเจตนาของตนเองฝ่ายเดียว จำต้องมีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายก็ได้ และจำต้องมีภาระผูกพันที่พึงต้องกระทำต่อกันจึงจะเรียกว่าเป็นสัญญาได้ ไม่สามารถเกิดขึ้นได้แต่เพียงฝ่ายเดียว แต่ความผูกพันหรือหน้าที่ที่ต้องกระทำก่อนที่จะเกิดสัญญาก็สามารถเกิดขึ้นได้เช่นกัน แต่ก็ยังไม่สามารถถือได้ว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นแล้ว

ประเภทของสัญญาหากแบ่งแยกตามแบบของกฎหมายมีอยู่สองกรณีคือ กรณีแรกคือสัญญาที่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด และกรณีที่สองสัญญาที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กรณีการแบ่งแยกเช่นนี้คือแนวความคิดที่มองเรื่องแบบเป็นสำคัญ หากมองในแง่หนึ่งคือการมอง

⁴ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) ,น. 247-248.

⁵ James Gordley, An Introduction to the Comparative Study of Private Law, (Cambridge:Cambridge University Press, 2006), p. 413 .

แบบสำนักปฏิธานนิยมทางกฎหมายหรือกฎหมายบ้านเมือง(Positive Law) ที่มองเรื่องของกฎหมายคือระเบียบ คำสั่งของรัฐอธิปัตย์ที่ใครไม่ทำตามต้องได้รับโทษการแบ่งเช่นนี้เป็นการแบ่งด้วยแนวความคิดที่ว่า หากกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นก็ต้องรับฟัง ซึ่งอาจจะไม่ตรงกับความจริงใน การที่มีกฎหมายไว้ ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวความคิดทางกฎหมายว่า “เคารพเชื่อฟังกฎหมายอย่างเด็ดขาด แต่ต้องมีการตรวจสอบกฎหมายอย่างเคร่งครัด” เช่นกันต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่มีอยู่และออกมาเป็นคำสั่งของรัฐบาลที่ 6 ทำให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามนั้น มีเหตุผล และความจำเป็นเพียงพอและเอื้อประโยชน์ให้เกิดความยุติธรรมและสนับสนุนจุดหมายของการออกกฎหมายนั้นอย่างแท้จริงหรือไม่ด้วย เราจึงควรปฏิบัติตามกฎหมายและควรที่จะวิพากษ์วิจารณ์กฎหมายไปพร้อมกันด้วย ไม่สามารถละเลยด้านใดด้านหนึ่งไปได้ แม้จะมีแนวความคิดที่จะมาต่อต้านแนวความคิดของประเทศตะวันตกด้วยคำกล่าวว่า “นมเนยไม่ควรเอามากินเป็นน้ำพริก” หรือระบบกฎหมายที่มีรากฐานและความเป็นมาที่ใช้ได้กับต่างประเทศนั้น ไม่สามารถเอามาใช้กับประเทศไทยที่มีแนวประวัติศาสตร์ความเป็นมาต่างก็อาจจะเกินไป แม้แนวความคิดเรื่อง “สิทธิที่ให้แก่โดยแต่กำเนิดโดยพระเจ้า” แนวความคิดเรื่องสิทธิธรรมชาติที่มีมาแต่กำเนิดนั้นมียุทธกฎหมายบ้านเมือง นั้นเป็นแนวคิดที่มีข้อต่อสู้กันมาหากวิเคราะห์จากประวัติศาสตร์คือแนวทางการเมืองของการแย่งอำนาจกันระหว่างทางโบสถ์กับทางอาณาจักรว่ากฎหมายข้อใดจะมีอยู่เหนือกว่า

ในการมองมุมมองประวัติศาสตร์ ประเทศไทยก็เคยมีการผ่านเหตุการณ์ที่แม้ไม่เหมือนกันแต่ก็มีแนวขัดแย้งเช่นปัญหาว่าพวกที่เข้ารีตทางศาสนาแล้วจำต้องถือน้ำพิพัฒน์สัตยา กับพระเจ้าแผ่นดินหรือไม่? พระเจ้าแผ่นดินของมนุษย์มีอำนาจเหนือกว่าพระเจ้าที่มีอยู่ตามธรรมชาติหรือไม่? การมองว่าสำนักและวัดเป็นศาสนสถานถิ่นของสงฆ์ที่ไม่รวมอยู่ในขอบเขตราชอาณาจักรของ

⁶ “รัฐอธิปัตย์นี้ (Sovereignty) ความหมายทางรัฐศาสตร์คือ:รัฐมีอำนาจอธิปไตย 2: อำนาจอธิปไตย: อำนาจสูงสุดในทางการเมืองที่ไม่มีฐานะอำนาจอื่นอยู่เหนืออำนาจนี้ในการตัดสินใจทางการเมือง ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐที่จะติดต่อสัมพันธ์กับรัฐอื่นได้ต้องมีอำนาจอธิปไตย อำนาจอธิปไตยนี้มีอยู่ในรัฐ อำนาจอธิปไตยของรัฐคือกรอบที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ,” พจนานุกรม, ศัพท์รัฐศาสตร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (ราชบัณฑิตยสถาน:กรุงเทพฯ. 2552), น. 158.

พระราชาก็เป็นเรื่องเล่าแต่เก่าก่อน มีการเล่าเรื่องเล่าแม้กระทั่งปัญหาความขัดแย้งทางศาสนาของประเทศไทยแม้จะไม่เกิดปัญหาที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งอย่างรุนแรงตามแบบของประเทศตะวันตกแต่เราก็สามารถนำมาศึกษาโดยการเปรียบเทียบได้ ซึ่งเหตุพิพาทระหว่างศาสนจักรและอาณาจักรจะเป็นจุดเริ่มแนวความคิดที่ขัดแย้งกันระหว่างสำนักกฎหมายธรรมชาติกับกฎหมายบ้านเมือง แต่ก็นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นของแนวความคิดและปรัชญาทางกฎหมายว่า เรามองกฎหมายได้อย่างมีวิวัฒนาการและวิเคราะห์ได้อย่างลึกซึ้งมากขึ้น

ผู้เขียนเห็นว่าแนวความคิดของต่างประเทศนั้นแม้ประเทศไทยจะไม่ได้ผ่านมาเหมือนกันเสียทีเดียวแต่ก็มีบางอย่างที่สามารถเอามาปรับใช้ให้เข้ากับสภาพการพัฒนาการทางกฎหมายของประเทศไทยได้ด้วย แม้ประเทศไทยจะไม่มี ความขัดแย้งแบบเดียวกับทางประเทศตะวันตกที่เกิดความขัดแย้งระหว่างศาสนจักรและอาณาจักรก็ตาม พิจารณาจากกฎหมายไทยแต่เดิมที่ใช้อยู่ก็เริ่มจากการค้าขาย เกษตรปкти จนมาถึงในช่วงที่มีอุตสาหกรรมมากขึ้น หรือการเปลี่ยนจากที่กิจการเป็นของพวกชนชั้นสูงที่มีสิทธิถือครองทรัพย์สิน เช่นพระมหากษัตริย์หรือขุนนาง ที่มีรูปแบบการการค้าแบบผูกขาด ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์และระบอบศักดินาถือครองที่ดินกลายมาเป็นรูปแบบธุรกิจที่ทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถประกอบธุรกิจได้ แม้กระทั่งคำว่า”หนี้”เองตามกฎหมายเก่าของประเทศไทยนั้นยอมรับกันได้เฉพาะว่ามีแต่ในสัญญาเท่านั้น การพิจารณาจากมุมมองของประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศไทยแม้ไม่เกี่ยวกับเรื่องของศาสนจักรและอาณาจักรแต่สามารถพิจารณาจากมุมมองของสังคมที่เปลี่ยนจากยุคเกษตรกรรมเป็นอุตสาหกรรม หรือการเปลี่ยนจากการค้าแบบผูกขาดเป็นแบบเสรี ที่ทำให้สามารถมองเรื่องกฎหมายสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในแง่มุมมองทางประวัติศาสตร์ที่ทำให้เราสามารถนำเอาสถานการณ์ของประเทศไทยมาเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นของต่างประเทศได้

ลักษณะของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศประกอบด้วยลักษณะสำคัญสามประการ⁷

(1) ประกอบด้วยสัญญาหลายประเภท

⁷ อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.27-28

โดยมีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นสัญญาหลักหรือสัญญาประธาน และมีสัญญาอื่นเป็นสัญญาประกอบ เช่น การมีสัญญาซื้อขายสินค้าผลไม้อะหว่างประเทศ แต่ก็มีสัญญาเรื่องของการรับขนส่งของทางทะเล ประกอบเข้าไปกับสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศด้วย อันเป็นธรรมชาติของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ที่จำต้องมีการขนส่งสินค้าเพราะสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่กระทำต่อกันนั้น มีลักษณะระหว่างประเทศที่ห่างกันโดยระยะทาง จึงต้องอาศัยการขนส่งที่จำต้องมีการกระทำต่อกัน มากไปกว่าการซื้อขายสินค้าและการชำระราคาและการที่กรรมสิทธิโอนกันอันเนื่องมาจากการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นแต่เพียงอย่างเดียว

(2) มีการขนส่งสินค้าจากประเทศหนึ่งยังอีกประเทศหนึ่ง

จากที่มีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เป็นสัญญาประธานก็มีสัญญาขนส่งสินค้าที่เป็นสัญญาอุปกรณ์ ไม่ว่าจะเป็นการขนส่งสินค้าทางทะเลหรือทางบก ก็ขึ้นอยู่กับสภาพของสถานที่ประกอบกิจการของทั้งสองฝ่ายที่อยู่ต่างรัฐกัน จำต้องมีการขนส่ง ไม่ทางทะเล ทางอากาศหรือแม้แต่ทางบกหรือทางน้ำในประเทศก็ตาม อันเป็นลักษณะที่จะเกิดขึ้นเนื่องมาจากคู่สัญญามีสถานที่ประกอบธุรกิจการค้าต่างรัฐกัน การขนส่งสินค้าจากต่างรัฐกันจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องเกิดขึ้นเพื่อปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เป็นสัญญาประธานนั้น

(3) อยู่ภายใต้กฎหมายมากกว่าสัญญาซื้อขายภายในประเทศ

กฎหมายที่มีผลบังคับเหนือสัญญาการค้าระหว่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายภายในประเทศของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศคู่สัญญานั้นผูกพันไว้ และประเพณีการค้าระหว่างประเทศของคู่สัญญานั้น ลักษณะของการซื้อขายระหว่างประเทศนั้นเมื่อมีความเกี่ยวพันกันมากกว่าหนึ่งประเทศกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการระบวนการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นก็มากขึ้นตามไปด้วยเพราะจำต้องพิจารณาจากกฎหมายภายในของทั้งสองประเทศและยังต้องพิจารณากฎหมายที่มีลักษณะระหว่างประเทศด้วย จึงเป็นการที่ต้องใช้กฎหมายในการพิจารณาว่าสัญญาซื้อขายภายในประเทศใดประเทศหนึ่งแต่เพียงประเทศเดียว เพราะสัญญาซื้อขายสินค้าภายในประเทศนั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือกฎหมายของประเทศนั้นหรืออนุสัญญาที่ประเทศนั้นผูกพันอยู่แต่เพียงประเทศเดียว ตัวอย่างของกฎหมายภายในประเทศของคู่สัญญาเช่น พระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 พระราชบัญญัติการส่งออกป็นอกและการนำเข้าซึ่ง

สินค้า พ.ศ. 2522 และกฎระเบียบอื่นๆภายในประเทศ อนุสัญญาระหว่างประเทศเช่น CISG อนุสัญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods) ค.ศ. 1980 ประเพณีการค้าระหว่างประเทศ เช่น ข้อสัญญามาตรฐาน (International Commercial Terms หรือ Incoterms⁸) ซึ่งจัดพิมพ์โดยสภาหอการค้านานาชาติ ณ กรุงปารีส ซึ่งประเพณีการค้านี้ไม่นับเป็นกฎหมายแต่ก็เป็นแนวทางประเพณีทางการค้าที่ประเทศสามารถใช้เป็นแนวทางในการเขียนลงในสัญญาเพื่อให้มีผลบังคับด้วยสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ผูกพันคู่สัญญาได้

2.2 หลักเกี่ยวกับคำเสนอและคำสนองในการเกิดสัญญา

ในการศึกษาเรื่องการเกิดสัญญานั้นเราต้องมีความเข้าใจในเรื่องคำเสนอคำสนองที่ทำให้เกิดสัญญา เจตนาของคู่สัญญาคือหลักการพื้นฐานของการทำสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นได้ก็มาจากการที่คู่สัญญานั้นมีเจตนาที่จะทำให้อสัญญานั้นเกิดขึ้นตั้งแต่แรก การพิจารณาว่าคำเสนอ คำสนองที่แตกต่างกันไปจากคำเสนอที่มันจะมีผลอย่างไรถือเป็นขั้นตอนสำคัญในการพิจารณาผลกระทบของกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ คำเสนอคำสนอนั้นเป็นองค์ประกอบสำคัญที่นำมาพิจารณาในเรื่องของการเกิดขึ้นของสัญญา แต่ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น ในการติดต่อสื่อสารกันไปมาและการเจรจากันนั้นอาจเกิดสถานการณ์ที่ทำให้คำเสนอ คำสนอนั้นไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการได้ในระหว่างคู่สัญญาที่ตกลงที่จะทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศต่อกัน

2.2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไป: หลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule)

หลักการนี้มีความน่าสนใจในการศึกษาเพราะเป็นหลักการพื้นฐานเดิมที่มีอยู่ในการเกิดขึ้นของสัญญา เป็นแนวความคิดเรื่อง สัญญาต้องมีคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาจึงจะสามารถเกิดขึ้นได้ การที่สัญญาจะเกิดขึ้นได้นั้นต้องเกิดจากเจตนาที่ประสงค์จะให้สัญญานั้นเกิดขึ้น ไม่สามารถเกิดขึ้นได้จากฝ่ายเดียวแต่ต้องเป็นเจตนาที่มีลักษณะร่วมกันของคู่สัญญา ซึ่งมีแนวคิดแบบเดียวกับแนวคิดที่ว่า “สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญามีความตกลงร่วมกัน” ซึ่ง

⁸ International Chamber of Commerce, Incoterms 2010, Paris, ICC 1999

เป็นหลักกฎหมายที่ ศึกษาตามหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่เดิมจะ เข้าใจกันได้ดี คือหลักการที่คำเสนอคำสนองต้องถูกต้องตรงกันทุกประการไม่เช่นนั้นสัญญาจะไม่ เกิดขึ้นนั่นเองเปรียบเสมือนภาพสะท้อนในกระจกที่ต้องมีคำเสนอมาอย่างหนึ่ง และคำสนองตอบ กลับไปเช่นเดียวกันทุกประการเหมือนกับภาพสะท้อนในกระจกมีเจตนาที่ถูกต้องตรงกันถึงจะ ก่อเกิด เป็นสัญญาขึ้นได้ หลักการที่ต้องอาศัยความเข้าใจถูกต้องตรงกันทุกประการที่จะก่อให้เกิดขึ้นของ สัญญานี้คือหลักการพื้นฐานของสัญญาที่มองเรื่องของเจตนาต้องถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา จุดตั้ง ภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) ที่ภาพสะท้อนไม่คลาดเคลื่อนเจตนาอันนี้ไม่มีความ ผิดเพี้ยนจากกัน มีข้อความถูกต้องตรงกันทุกประการเหมือนกับภาพสะท้อนในกระจก คือสัญญาที่ สมบูรณ์ตามแนวความคิดนี้ และเป็นขั้นตอนที่สัญญาเกิดขึ้นตามแนวความคิดนี้เมื่อมีเจตนาถูกต้อง ตรงกันดูภาพสะท้อนในกระจกเท่านั้น หากมีเจตนาผิดเพี้ยนไป สัญญาจะไม่เกิดขึ้นตามหลักภาพ สะท้อนในกระจก แนวทางของกฎหมายไทยแต่ดั้งเดิมนั้นได้รับแนวอิทธิพลความคิดมาจากหลักการ ภาพสะท้อนในกระจก ที่มีแนวคิดเรื่องสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีข้อความถูกต้องตรงกันทุก ประการเท่านั้น หากไม่ตรงกันทุกประการก็แสดงว่ามีความแตกต่างคลาดเคลื่อน ไม่ถูกต้องตรงกันทุก ประการ ก็ไม่ก่อให้เกิดเป็นสัญญาหากมีข้อความที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขแตกต่างไปจากคำเสนอที่มีอยู่ เดิมและสามารถกลายเป็นคำสนองที่เปลี่ยนเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ได้

ปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องหลักของภาพสะท้อนในกระจกนี้คือการที่หากมีคำสนองไม่ ถูกต้องตรงกันแล้วสัญญาก็จะเสียไปเลยเสียทีเดียว ไม่สามารถใช้บังคับได้หากยึดตามหลักการที่ว่าคำ เสนอคำสนองนั้นต้องมีความถูกต้องตรงกันทุกประการ ซึ่งอาจจะไม่ตรงกับเจตนาของคู่สัญญาเสีย ทีเดียวนัก หากคู่สัญญายังมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความผูกพันตามสัญญาที่มีอยู่ต่อไปการพิจารณา เพียงแต่ว่าหากผิดเพี้ยนไปไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการจะทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นนั้นเป็นหลักการที่มี ความเคร่งครัดในการตีความเรื่องการเกิดของสัญญาและความถูกต้องตรงกันทุกประการของสัญญา มากเกินไปจึงเป็นการไม่เหมาะสมที่จะมาใช้ในการตีความอย่างเคร่งครัดเช่นนั้นเสียทั้งหมดจึงควรมี แนวทางที่มีการผ่อนปรนหากสัญญานั้นไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย สินค้าระหว่างประเทศนั้น

2.2.2 หลักคำสนองที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไข

ในสัญญาเมื่อมีการที่คำเสนอ ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เปลี่ยนไปจากเดิม ผลทาง กฎหมายก็จะเปลี่ยนแปลงไปในการที่รายละเอียดของคำเสนอคำสนองนั้นไม่ถูกต้องตรงกัน ซึ่งการที่ คำเสนอคำสนองของคู่สัญญานั้นไม่ถูกต้องตรงกันนั้นมีแนวทางที่แตกต่างกันในการพิจารณาว่ายัง สามารถนับว่าสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศสัญญานั้นได้เกิดขึ้นหรือไม่ หรือมีการเกิดขึ้นแต่นับ

ส่วนใดบ้างเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้น การพิจารณาว่าคำเสนอคำสนองที่ไม่ถูกต้องตรงกันนั้นสามารถเกิดสัญญาขึ้นได้หรือไม่หรือมีเงื่อนไขข้อกำหนดใดบ้างจากคำเสนอคำสนองที่ไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการการได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา นั้นเกี่ยวพันกับเรื่องความหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่เป็นเรื่องที่ควรนำมาพิจารณาในปัญหาของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

(ก) หลักการคัดออกของสัญญาที่ไม่ต้องตรงกัน(Knock Out Rule)

หลักการคัดออก (Knock Out Rule) หลักการที่มองเรื่องของสัญญาที่เกิดขึ้นได้ค่อนข้างยืดหยุ่นกว่าหลักการ (Mirror Image Rule) หลักการภาพสะท้อนในกระจก ที่ต้องเคร่งครัดต่อหลักการของสัญญาต้องมีข้อความคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการจึงจะเกิดสัญญาได้ หลักการคัดออก (Knock Out Rule) นั้นต่างออกไปที่มีการยืดหยุ่นในการตีความเรื่องของการเกิดขึ้นของสัญญา ที่มองเรื่องเจตนาร่วมกันในการที่จะเกิดสัญญา แต่สามารถที่จะเอาส่วนที่เห็นพ้องต้องกันมาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้ โดยหลักการคัดออก (Knock Out Rule) นั้นได้นำสัญญาของทั้งสองฝ่ายมาพิจารณา และเอาส่วนที่เห็นตรงกันมาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาในขณะที่ส่วนที่เห็นไม่ตรงกันนั้นต้องถูกคัดออกไป คือใช้วิธีการคัดออก เอาส่วนที่ไม่เหมือนกันออกไปจากนั้นนำเฉพาะข้อความในส่วนที่เหมือนกันมาเป็นข้อความในสัญญา เป็นการรักษาไว้ซึ่งสัญญา เหมือนกับเอาเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของทั้งสองฝ่ายแม้จะไม่ตรงกันทุกประการแต่ก็พยายามที่จะรักษาสภาพของสัญญาไว้เท่าที่จะสามารถกระทำได้ โดยข้อความที่ถูกต้องตรงกัน นั่นคือคัดส่วนที่ต่าง Knock out ออกไปและเหลือส่วนที่เหมือนกันเอาไว้

หลักการคัดออก (Knock Out Rule) ตามหลักการของกฎหมายประเทศเยอรมันนั้น ในกรณีก่อนปี ค.ศ. 1980 ยังคงมีการใช้หลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) ตามประมวลกฎหมายมาตรา 150 (2)⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน” คำสนองที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไข ข้อจำกัดหรือการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ นั้น เป็นการปฏิเสธคำเสนอนั้นพร้อมกับเป็นข้อเสนอลงขึ้นมาใหม่” ตามหลักกฎหมายนี้ในกฎหมายเยอรมันสัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองนั้น

⁹150(2) An Acceptance with amplifications, limitations, or other alterations is deemed to be refusal coupled with a new offer. The German Civil Code, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2559 จาก

https://archive.org/stream/germancivilcode01germgoog/germancivilcode01germgoog_djvu.txt

ถูกต้องตรงกันทุกประการ ซึ่งศาลเยอรมันมักตัดสินคดีไปในหลักการ ภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) อย่างเคร่งครัดทั้งในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบของสัญญาของตนเอง และกรณีที่ผู้ใช้แบบของสัญญาในการก่อให้เกิดสัญญาขึ้น จึงเป็นหลักการที่มองว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเนื้อหาสาระนั้นได้มีการถูกต้องตรงกันทั้งหมด

ต่อมาหลังจากปี ค.ศ. 1980 ศาลเยอรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพความจำเป็นทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ได้นำหลักการ Knock Out Rule มาพิจารณาตัดสินคดีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา ศาลเยอรมันได้วางหลักการในการจำกัดการนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญาของตนเองในการก่อให้เกิดสัญญา โดยมีได้พิจารณาข้อสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งและแต่ละฝ่ายได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนว่าสัญญาจะต้องเป็นไปตามแบบสัญญาของฝ่ายตนเท่านั้น โดยศาลเยอรมันได้มีการวางหลักกฎหมายว่า แม้คำสนองจะมีข้อสัญญาที่แตกต่างจากคำเสนอ สัญญาที่เกิดขึ้นได้โดยประกอบด้วยข้อสัญญาเฉพาะที่สอดคล้องกันเท่านั้น ศาลเยอรมันยังยึดว่าแบบเอกสารที่ตอบสนองคำเสนอโดยที่มีข้อความแตกต่างไปจากคำเสนอนั้น ยังคงมีสถานะเป็นคำสนองอยู่ ไม่ได้เป็นการเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่อย่างเดียวกับแนวทางการพิจารณาก่อนปี ค.ศ. 1980 ส่วนเนื้อหาของสาระของสัญญาที่ไม่ตรงกันนั้นได้ถูกคัดออกไป อันเป็นไปตามหลักการ Knock Out Rule ของกฎหมายเยอรมัน เมื่อหลักที่คัดออกไปไม่นับว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เมื่อข้อสัญญาที่กำหนดเนื้อหาที่ต่างกันของสัญญาได้มีการแตกต่างกันในเรื่องใดหรือประเด็นใด ที่มีได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ที่ไม่ตรงกันนั้นก็ต้องว่ากันไปตามหลักกฎหมายที่กฎหมายกำหนด(Default Rules of Law) กล่าวคือ ถ้าในส่วนที่ตรงกันนั้นนับเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ที่ไม่ตรงกันระหว่างเนื้อหาสาระของสัญญานั้นว่ากันไปตามหลักกฎหมายที่กำหนดไว้

ส่วนหลักการคัดออก(Knock Out Rule)ตามหลักการของกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเป็นไปในแนวทางเดียวกับศาลเยอรมันคือไม่ได้ยึดถือหลักการเรื่องภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) และการยิงครั้งสุดท้าย(Last Shot) อย่างเคร่งครัด จะยึดถือหลักการของ Knock Out Rule ส่วนที่เอกสารทั้งสองฝ่ายตรงกันนั้นเกิดเป็นสัญญาส่วนที่แตกต่างกันก็จะมีการคัดออกไปไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่ที่ต่างไปจากศาลเยอรมันคือในทางประวัติศาสตร์นั้น ศาลฝรั่งเศสได้ยึดถือเรื่อง Knock Out Rule กว้างขวางกว่าศาลเยอรมัน โดยศาลเยอรมันได้ยึดถือหลักก็ต่อเมื่อมีข้อความระบุอย่างชัดแจ้งในสัญญาในทำนองที่ว่าสัญญาที่เกิดขึ้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่มีในแบบ

เอกสารของตนเท่านั้น ซึ่งต่างกับศาลฝรั่งเศสที่ยึดถือหลักเรื่อง Knock Out Rule ทั้งในกรณีที่แบบเอกสารของคู่สัญญามีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่าสัญญาจะเป็นไปตามที่ระบุไว้แบบเอกสารของตนเท่านั้น และกรณีที่แบบที่หากเอกสารของคู่สัญญาไม่มีข้อความระบุอย่างชัดเจนว่า อันสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นไปตามข้อสัญญาที่ปรากฏในแบบเอกสารของฝ่ายตนเท่านั้น แต่ในกรณีที่สัญญาที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปหรือกรณีที่ไม่ได้ใช้แบบของสัญญาในการก่อให้เกิดสัญญา ศาลฝรั่งเศสยังคงยึดถือในแนวทางตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ในเรื่องความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเอง (The consent of the party who binds himself) อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการเกิดขึ้นของสัญญาในกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ที่ทำให้สัญญามีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับใช้ตามกฎหมายได้ ความตกลงยินยอมนั้นต้องเกิดมาจากคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันสัญญาจึงจะเกิดขึ้น หากมีคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอหรือมีเงื่อนไข เปลี่ยนแปลง แก้ไขประการใดต่างไปจากข้อเสนอนั้น ตามหลักการพิจารณาของศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter Offer) สัญญาจึงจะยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้เสนอเดิมจะได้มีการให้คำสนองตอบรับข้อเสนอนี้ใหม่ที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว

ในลักษณะของสัญญาที่จะมีผลนั้นใช้ในหลักการของการยิงครั้งสุดท้าย (Fire the last shot) เป็นลักษณะของคำเสนอคำสนองที่หากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขก็จะเหมือนกับคำเสนอขึ้นมาใหม่ ส่งกลับไปมาจนกว่าจะตกลงกันตามคำเสนอคำสนองครั้งสุดท้ายที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้น เหมือนกับการยิงใส่กันไปมา จนนับผู้ยิงครั้งสุดท้ายเป็นสัญญาที่มีเจตนาคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันครั้งสุดท้ายที่ส่งกันไปมานั้น นับเป็นคำเสนอคำสนองที่ก่อให้เกิดสัญญาขึ้น มีผลมาจากการหลักการที่ว่า “หากคำสนองมีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไขก็จะกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่” คำเสนอคำสนองที่ส่งกลับไปมาจนเหมือนกับการยิงไปมา จึงต้องมีการใช้หลักการยิงครั้งสุดท้ายคือคำเสนอมีการทำขึ้นมาใหม่ได้เสมอแล้วแต่คู่สัญญาจะเจรจาและยื่นคำเสนอกันไปมา แต่จะมีผลก็ต่อเมื่อเป็นคำเสนอครั้งสุดท้ายหรือการยิงครั้งสุดท้ายที่คู่สัญญามีคำสนองตอบรับโดยไม่ได้มีคำเสนอขึ้นมาใหม่อีกนั่นเอง เป็นผลให้ผู้ที่สามารถส่งเงื่อนไขข้อกำหนดเป็นครั้งสุดท้ายและทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับจะกลายเป็นฝ่ายกำหนดเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญา

(ข) หลักการแบบผสม

เป็นหลักการที่ใช้ทั้งสองแบบรวมกันทั้งของ หลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image) และหลักการคัดออก (Knock Out Rule) แต่มีการเปลี่ยนแปลงการตีความผลของการเกิดขึ้นของสัญญาว่าเป็นสัญญาที่อ่านหรือไม่ได้อ่านเนื้อหาของสัญญานั้น ที่โดยสภาพของสัญญานั้นมีปริมาณเอกสารมาก ตรวจสอบขณะที่ต้องใช้เวลาในการแลกเปลี่ยนสัญญาอย่างรวดเร็วระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เนื่องจากสภาพของสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศนั้น มีการส่งสัญญาไปมาทั้งสองฝ่ายซึ่งมีปริมาณมากและการค้าขายระหว่างประเทศนั้นต้องการความรวดเร็วซึ่งไม่อาจตรวจสอบรายละเอียดได้ว่า สัญญาของทั้งสองฝ่ายนั้นเหมือนกัน สภาพความเป็นจริงของการค้าขายสินค้าระหว่างประเทศเช่นว่านั้น ทำให้สามารถใช้หลักว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นแม้ข้อความไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการตามหลัก ภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) ได้แต่ในกรณีที่มีการตรวจสอบเอกสารสัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว ก็จะไม่สามารถใช้การวินิจฉัยตามหลักการของ Knock Out Rule เพราะได้มีการตรวจสอบสัญญาดีแล้วในระหว่างที่มีการทำสัญญาและส่งเอกสารไปมาระหว่างคู่สัญญาที่มีการส่งเอกสารไปมาเมื่อมีการตรวจสอบได้ ตามวิธีแบบผสมจึงมีการแบ่งแยกหลักการปฏิบัติตามลักษณะของสัญญาที่เกิดขึ้น

หลักการแบบผสมตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป¹⁰ เป็นการพิจารณาในการแบ่งพิจารณาอยู่สองประเภท

1) กรณีที่เป็นสัญญาที่มีการทำขึ้นเป็นการทั่วไป หรือไม่ได้มีการใช้แบบของสัญญาในการก่อให้เกิดสัญญาหรือต่างฝ่ายต่างได้พิเคราะห์ข้อความในแบบของสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว ตามหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป (PECL) ทั้งสองแนวทางนั้นได้กำหนดให้สัญญานั้นเกิดขึ้นทันทีที่มีการปรากฏว่า คำสนองตอบรับคำเสนอนั้นมีความแตกต่างที่ไม่ใช่ข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา อันเป็นแนวทางเดียวกับของ CISG ที่

¹⁰ ภัทร์ ขวณานนท์, “การเกิดของสัญญากรณีคำสนองแตกต่างจากคำเสนอ”, (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2556), น. 131.

ใช้ในการวิเคราะห์คำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ โดยมีรายละเอียดแตกต่างกันในระหว่าง สัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ(UNIDROIT Principles) และ หลักกฎหมายของสหภาพยุโรป(PECL) ดังนี้คือ

กรณีหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) ตาม Article 2.1.11 วางหลักเรื่องคำสนองที่แตกต่างไปจากคำเสนอ อันเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและคำเสนอนั้นกลายเป็นคำสนองขึ้นมาใหม่อันเป็นแนวทางตามหลักการของ หลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) อันสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอคำสนองนั้นมีข้อความถูกต้องตรงกันทุกประการ เปรียบดังภาพสะท้อนในกระจก แต่ตาม Article 2.1.11 ก็มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ตามอนุมาตรา (2) ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ผ่อนนคลายจากหลักการภาพสะท้อนในกระจกที่ไม่จำเป็นต้องให้คำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ โดยหากคำสนองที่เปลี่ยนไปไม่ใช้มีข้อแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญของคำเสนอแล้ว คำสนองดังกล่าวก็ยังสามารถถือเป็นคำสนองต่อคำเสนอนั้นอยู่ และสัญญาสามารถเกิดขึ้นได้ตามเงื่อนไขของคำเสนอนั้นเว้นแต่ผู้ทำคำเสนอได้คัดค้านไม่ว่าด้วยวาจาหรือการส่งจดหมายแจ้งในการคัดค้านข้อแตกต่างที่วานั้นโดยไม่ชักช้า หมายความว่าผู้ทำคำเสนอได้ปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญาตามเงื่อนไขข้อกำหนดที่เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม แก้ไขแตกต่างไปจากคำเสนอเดิม และหากคำสนองนั้นมีข้อแตกต่างอันที่เป็นสาระสำคัญของคำเสนอก็ต้องถือว่าเป็นการบอกปิดไม่รับและกลายเป็นคำสนองขึ้นมาใหม่ตาม Article 2.1.11 ของ UNIDROIT Principles สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นหากยังไม่มีคำสนองรับคำสนองที่กลายเป็นคำสนองขึ้นมาใหม่นั้น

กรณีกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป(PECL) ตาม Article 2:208 ที่วางหลักเรื่องคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอให้ถือเป็นการปฏิเสธคำเสนอและกลายเป็นคำสนองขึ้นมาใหม่ หากข้อความเพิ่มเติมหรือที่เปลี่ยนแปลงไปเช่นว่านั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขข้อกำหนดของคำเสนอในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญ หากคำสนองนั้นแตกต่างไปจากคำเสนอต้องมีการพิจารณาว่าความต่างนั้นเป็นข้อแตกต่างในสาระสำคัญ(Material Alteration) หรือไม่ หากมิใช่ความแตกต่างในสาระสำคัญ ก็ยังถือว่าเป็นการเสนอหรือสิ่งที่ประสงค์จะให้คำสนอนั้นถือว่ายังมีสถานะเป็นคำสนองอยู่เช่นเดิมและทำให้สัญญาเกิดขึ้น ส่วนข้อความที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอก็ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย นอกจากนั้นหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป(PECL) ก็กำหนดข้อยกเว้นให้คำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอ ตาม Article 2:208 (3)

(a) (b) และ (c)¹¹ เป็นการปฏิเสธคำเสนอ โดยกรณี(a) คำเสนอได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง มีการจำกัดการยอมรับเงื่อนไขของคำเสนอตามข้อเสนอที่ปรากฏในคำเสนอเท่านั้น กรณี (b) ผู้ทำคำเสนอได้มีการคัดค้านว่าไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามข้อความที่เพิ่มเติมเงื่อนไขที่แตกต่างกัน โดยไม่ชักช้า (c) ผู้ทำคำเสนอได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้ผู้ทำคำเสนอมีการยอมรับเงื่อนไขข้อกำหนดเพิ่มเติมที่แตกต่างไปจากคำเสนอ สัญญาจึงจะเกิดขึ้นและการยอมรับข้อความเพิ่มเติมเงื่อนไขข้อกำหนดที่แตกต่างจากคำเสนอเดิมนั้นไม่ได้มาถึงผู้ทำคำเสนอภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร ก็จะถือว่าเป็นการปฏิเสธและกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่

ซึ่งทั้งสองหลักกฎหมาย ทั้งหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principle) ตาม Article 2.1.11 และหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป (PECL) ตาม Article 2:208 ก็ยังคงมีคำถามสำคัญที่ว่า “อะไรที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญา” ซึ่งต่างจาก CISG article 19 (3) ที่ได้กำหนดแนวทางว่าอะไรคือสาระสำคัญของสัญญา เช่นราคาของสินค้า เป็นต้น จึงต้องมีการอาศัยการตีความว่าอะไรคือสาระสำคัญของสัญญาในกรณีของหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principle) ตาม Article 2.1.11 และหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป (PECL) ตาม Article 2:208

2) กรณีที่ต่างฝ่ายใช้แบบของสัญญาในการก่อให้เกิดสัญญา โดยคู่สัญญาต่างฝ่ายมิได้พิจารณาข้อความในแบบของสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายเลย กรณีนี้ทั้ง (UNIDROIT Principles) และหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป (PECL) หลักกฎหมายทั้งสองอย่าง ต่างได้มีการใช้แนว Knock Out Rule คือสัญญาเกิดขึ้นตามข้อสัญญาที่ตรงกันเท่านั้น ในส่วนของข้อสัญญาที่แตกต่างกันก็จะถูกคัดออกไป สำหรับหลักสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles) ตาม Article

¹¹ (3) However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if:

- (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or
- (b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or
- (c) the offeree makes its acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

2.1.22¹²(Battle of Form) ได้วางหลักไว้ว่า “เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ใช้สัญญามาตรฐานและบรรลुข้อตกลงร่วมกันยกเว้นเงื่อนไขข้อกำหนดนั้น, สัญญานั้นสมบูรณ์บนพื้นฐานที่ว่าข้อตกลงที่เห็นตรงกันและของสัญญามาตรฐานใดที่ตรงกันในเนื้อหาสาระสำคัญ เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งล่วงหน้า, หรือภายหลังโดยไม่ชักช้าโดยการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับทราบว่าได้มีเจตนาที่จะผูกพันโดยสัญญาเช่นนั้น” จะเห็นได้ว่า UNIDROIT นั้นได้ยึดตามหลักการคัดออกเช่นเดียวกับประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส โดยหลัก UNIDROIT นี้ได้จำกัดว่าคู่สัญญาได้มีการใช้แบบสัญญามาตรฐาน(Standard Terms)ที่มีเงื่อนไขข้อกำหนดตามแบบของสัญญามาตรฐานในการรับส่งเอกสารระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หากเป็นกรณีอื่นที่มีได้ปรากฏว่าได้ใช้แบบของสัญญามาตรฐานและเปลี่ยนกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในกรณีสงครามแบบฟอร์ม(Battle of the form) ซึ่งได้มีการยึดหลักการคัดออก(Knock Out Rule)ตาม UNIDROIT Article 2.1.22 ก็จะไม่ใช้บังคับและได้กลับมาใช้หลักการภาพสะท้อนในกระจก(Mirror Image Rule) ที่สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอ คำสนองได้ถูกต้องตรงกันเท่านั้น ในลักษณะของการส่งเอกสารไปมา เท่ากับว่าเงื่อนไขข้อกำหนดในสัญญาที่บังคับใช้ในสัญญานั้นคือผู้ที่ส่งไปครั้งสุดท้ายและคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้ยอมรับโดยตามหลักการยิงครั้งสุดท้าย(Last Shot Rule) หลักการคัดออก(Knock Out Rule)ตาม UNIDROIT Article 2.1.22 นั้นใช้ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ใช้แบบสัญญามาตรฐาน(แบบเอกสารสัญญามาตรฐาน)ได้ติดต่อส่งเอกสารแลกเปลี่ยนตอบโต้ไปมาระหว่างคู่สัญญา โดยต่างฝ่ายก็ได้พิจารณาข้อสัญญามาตรฐานของอีกฝ่ายหนึ่งเลย แต่ทั้งสองฝ่ายก็ได้มีการติดต่อกันจนต่างฝ่ายเชื่อว่าสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้ว(reach agreement except on those terms) หากเป็นกรณีที่ต่างฝ่ายได้มีการพิจารณาเอกสารสัญญาของอีกฝ่ายและมีการเปรียบเทียบข้อสัญญา ก็มีใช้กรณีตาม UNIDROIT Article 2.1.22 แต่เป็นกรณีที่ต้องปรับใช้หลักการภาพสะท้อนในกระจกหรือหลักคำสนองที่แตกต่างจากคำเสนอ(Modified acceptance)ของ UNIDROIT Article 2.1.11 ตามปกติ

ส่วนหลักกฎหมายตามหลักกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรป(PECL) ตาม Article 2:208 ¹³ “ถ้าคู่สัญญาได้บรรลุความตกลงกันโดยที่คำเสนอและคำสนองได้มีการกล่าวถึงข้อสัญญา

¹³ Article 2:208: Modified Acceptance

มาตรฐาน(General Conditions)ที่ขัดแย้งกัน สัญญายังคงเป็นอันเกิดขึ้น ข้อสัญญามาตรฐานนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเท่าที่สาระของข้อสัญญาตรงกันเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามสัญญาจะไม่เกิดขึ้นหากคู่สัญญาได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งในการทำคำเสนอคำสนองว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญาที่เกิดขึ้นตามหลักการคัดออก(Knock Out Rule) ทั้งนี้การระบุเช่นนั้นต้องมีใช้การระบุในข้อสัญญามาตรฐานเองหรือคู่สัญญาได้แจ้งให้อีกฝ่ายทราบโดยมิชักช้าว่าตนไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตามสัญญานั้น”

2.1 UNIDROIT Principles (International Institute for the Unification of Private Law)หลักการคัดออก Knock Out Rule นั้นได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศเมื่อปี 1994 เมื่อคณะกรรมการUNIDROIT ได้รับเข้ามาในหลักการพื้นฐานของสัญญาธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ร่างขึ้นมาโดยนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญจากระบบกฎหมายหลักทั่วโลก UNIDROIT และพยายามสร้างหลักการพื้นฐานที่มองได้ว่าดีที่สุดขึ้นมา ถึงแม้ว่าจะยังไม่สามารถปรับใช้เป็นการทั่วไป หลักการพื้นฐานนี้ไม่ได้นำมาใช้เพื่อเป็นสนธิสัญญาหรือหลักการพื้นฐานทั่วไป แต่เป็นการก่อตั้งหลักการขึ้นใหม่ของสัญญาธุรกิจการค้าในโลกนี้ ถึงแม้จะขาดอำนาจผูกมัดผลกระทบและอิทธิพลก็ไม่ควรที่จะดูแคลน คำกล่าวนี้ได้มีรายชื่อปริมาณความเป็นไปได้ในการปฏิบัติของการใช้หลักการ UNIDROIT ตั้งแต่การปรับใช้ความขัดกันของกฎหมายไปถึงการปรับใช้เป็นตัวอย่างของกระบวนการ

(1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which would materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.

(2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.

(3) However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if:

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

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

(c) the offeree makes its acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

กฎหมายภายในและระหว่างประเทศ UNIDROIT ได้มีการกล่าวถึงสงครามแบบฟอร์ม ไว้ตามมาตรา 2.1.22¹⁴ โดยเฉพาะการออกแบบเพื่อครอบคลุมกรณีของสงครามแบบฟอร์ม มาตรา นี้นำมาใช้เมื่อ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ใช้สัญญามาตรฐานบรรลุความตกลงร่วมกันเว้นแต่เงื่อนไขดังกล่าว สัญญานั้น สมบูรณ์บนพื้นฐานของข้อตกลงร่วมกันและบนข้อตกลงพื้นฐานที่มีอยู่ทั่วไปในสาระสำคัญ เว้นแต่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งล่วงหน้าหรือภายหลังโดยไม่ชักช้าในการแจ้งแก่คู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่ง ว่าไม่ประสงค์ที่จะผูกพันโดยสัญญาเช่นนั้น หลักการนี้ได้พยายามสร้างขึ้นเพื่อบรรเทาผล ที่มีของ หลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ที่ผลของมาตรา 2.22 นี้คือให้ข้อตกลงที่มีการตกลง กันก่อนเท่านั้นที่จะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หลักการคัดออก (Knock Out Rule) ที่บรรจุอยู่ใน หลักการ UNIDROIT นั้นเหมือนกับที่ระบุไว้ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสเว้นความ แตกต่างสำคัญแต่เพียงสองอย่าง

อย่างแรกคือ UNIDROIT ไม่ได้ตอบคำถามของการว่าจะต้องทำอะไรถึงจะอุดช่องว่าง ในสัญญาที่เกิดจากการกำจัดเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งเยอรมันและฝรั่งเศสได้อุดช่องว่างโดย การปรับใช้ของกฎหมายภายในประเทศ

อย่างที่สอง ตามความคิดเห็นอย่างเป็นทางการ เจตนาที่จะไม่ผูกพันไม่สามารถ แสดงออกได้ล่วงหน้าในสัญญามาตรฐานภายใต้หลักการของ UNIDROIT ในทางตรงกันข้าม กฎหมาย ฝรั่งเศสและเยอรมัน การปฏิเสธต่อรูปแบบหรือเงื่อนไขของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สามารถใช้ในสัญญา

¹⁴ UNIDROIT article 2.1.22 “Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract. “

มาตรา 2.1.22 “เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ใช้สัญญามาตรฐานและบรรลุข้อตกลงร่วมกัน ยกเว้นเงื่อนไขข้อกำหนดนั้น สัญญานั้นสมบูรณ์บนพื้นฐานที่ว่าข้อตกลงที่เห็นตรงกันและของสัญญา มาตรฐานใดที่ตรงกันในเรื่องสาระสำคัญ เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งล่วงหน้า, หรือภายหลังโดยไม่ชักช้าโดยการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับทราบ, ว่าไม่ได้มีเจตนาที่จะผูกพัน โดยสัญญาเช่นนั้น”

มาตรฐานได้ ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส การปฏิเสชนั้นไม่จำเป็นต้องทำอย่างชัดแจ้ง การใช้สัญญา มาตรฐานนั้นเป็นการเพียงพอแล้ว

2.2 Principles of European Contract Law (1998)

หลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรปได้ปรับเอาหลักการคัดออก (Knock Out Rule) มาใช้ในกรณีการต่อสู้กันของแบบฟอร์ม ร่างโดยคณะกรรมการทางกฎหมาย สัญญาของสหภาพยุโรป ภายใต้ศาสตราจารย์ โอล แลนด์ (Ole Lando) เป็นประธานในปี 1995 และมีการแก้ไขในปี 1998 หลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาของสหภาพยุโรปได้ออกกฎเกณฑ์ กล่าวย้าของพื้นฐานของกฎหมายสัญญาในสหภาพยุโรปหลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาของ สหภาพยุโรปได้จัดการกับปัญหาการต่อสู้กันของแบบฟอร์มตามมาตรา 2.209¹⁵ เหมือนกับมาตรา

¹⁵ Article 2.209 - Conflicting General conditions

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party:

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

(b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.

(3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between the parties.

มาตรา 2.209 การขัดกันของเงื่อนไขข้อกำหนดทั่วไป

- (1) ถ้าคู่สัญญาได้บรรลุข้อตกลงร่วมกันยกเว้นคำเสนอและคำสนองที่อ้างถึงความขัดแย้งของ เงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญา,ถึงอย่างนั้นก็ตามสัญญาก็ได้เกิดขึ้น เงื่อนไขข้อกำหนดทั่วไป เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาไปจนถึงส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระสำคัญทั่วไป

2.22 ของ UNIDROIT โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการออกแบบขึ้นเพื่อควบคุมคดีการต่อสู้กันของแบบฟอร์ม มีการกำหนดว่าถ้าคู่สัญญานั้นมีความตกลงร่วมกัน เว้นแต่ในคำเสนอคำสนองนั้นมีการกล่าวอ้างถึงเงื่อนไขทั่วไปของสัญญาที่ขัดแย้งกัน สัญญานั้นถึงอย่างนั้นก็ตามก็ยังคงเกิดขึ้น เงื่อนไขทั่วไปจากส่วนหนึ่งของสัญญาจนถึงขั้นว่าเป็นเนื้อหาสำคัญที่มีอยู่ทั่วไป สัญญาจะไม่เกิดขึ้นถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดบ่งชี้ล่วงหน้า, อย่างชัดเจนและไม่ใช้โดยลักษณะของเงื่อนไขทั่วไปที่ไม่มีความประสงค์ที่จะผูกพันหรือโดยไม่ชักช้าแจ้งต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าไม่มีความประสงค์ที่จะผูกพันโดยสัญญาเช่นนั้น เช่นเดียวกับ UNIDROIT คำถามที่ว่าจะอุดช่องว่างอย่างไรในสัญญาก็ยังไม่ได้รับคำตอบ ถึงอย่างไรก็ตามมีการแสดงอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 2.209 ว่าความประสงค์ที่จะไม่ผูกพันนั้นไม่สามารถประกาศลงในสัญญามาตรฐานจะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนี้ที่เกิดขึ้นคือการขัดกันของเงื่อนไขที่อยู่ในสัญญา อันเกี่ยวพันกับการให้คำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาที่จะส่งเอกสารให้กันไปมาและต่างฝ่ายต่างใช้แบบสัญญามาตรฐานของฝ่ายตนเอง

ผลของคำเสนอสนองเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น หากพิจารณาจากหลักการเดิมคือพิจารณาเรื่องของคำเสนอคำสนองนั้นถูกต้องตรงกันเป็นเจตนาอันหนึ่งเดียวกันตั้งแต่เมื่อใดตั้งหลักภาพสะท้อนในกระจกที่กล่าวมาข้างต้น ก็ต้องพิจารณาเรื่องของกรณีที่คำสนองที่มีต่อคำเสนอนั้นถือว่ามีผลเมื่อใด การที่พิจารณาว่าคำสนองที่มีต่อคำเสนอจะมีผลเมื่อใดนี้ มีผลต่อความรับผิดชอบของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ และแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบประการใด ซึ่งผลจะต่างกันระหว่างการเกิดสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศและการที่สัญญานั้นยังไม่เกิด ประเทศต่าง ๆ นั้นมีความแตกต่างกันไปในเรื่องผล

(2) ถึงอย่างไรก็ตามจะไม่มีสัญญาเกิดขึ้นถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(a) ได้มีการแสดงออกล่วงหน้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ใช้แนวทางของเงื่อนไขข้อกำหนดทั่วไป, ที่ไม่มีเจตนาที่จะผูกพันโดยสัญญาบนพื้นฐานของย่อหน้า(1) หรือ

(b) โดยไม่ชักช้าแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบว่าไม่ได้มีเจตนาที่จะผูกพันด้วยสัญญาที่ว่านั้น

(3) เงื่อนไขข้อกำหนดทั่วไปของสัญญาที่ซึ่งแจ้งให้ทราบล่วงหน้าสำหรับสัญญาจำนวนมากของลักษณะบางประการและที่ซึ่งไม่ได้เป็นการเจรจาตัวต่อตัวกับคู่สัญญา

ของคำสนองในสัญญาการซื้อขายระหว่างประเทศต่อคู่กรณีที่อยู่ห่างโดยระยะทางสามารถแบ่งได้ดังนี้¹⁶

1) คำสนองมีผลตั้งแต่เมื่อส่งทางไปรษณีย์ (When the acceptance is posted)

2) ถือว่ามีผลเมื่อไปถึงผู้เสนอ(When it reaches the offeror)

3) ถือว่ามีผลเมื่อผู้เสนอได้รับรู้ถึงคำสนอง(When the acceptance is brought to the actual attention of the offeror) แต่ละประเทศนั้นมีประวัติศาสตร์ความเป็นมาของแนวคิดในเรื่องระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) หรือ กฎหมายตามคำพิพากษาของศาล (Common Law) แนวทางการวางหลักการในเรื่องการมีผลของคำสนองที่ไปถึงผู้ทำคำเสนอเมื่อใดนั้นจึงมีความแตกต่างกันไปด้วย

(ค) หลักการยิงที่ดีที่สุดโดยการคำนึงถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ

(efficiency-based best-shot rule)

ต่อมาได้มีแนวทางที่มีผู้เสนอถึงเรื่องการพิจารณาหลักการของกฎหมายและการแก้ไขของกฎหมายนั้น ควรจะมีการพิจารณาถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจด้วย จึงมีแนวคิด เรื่องหลักการยิงที่ดีที่สุดโดยการคำนึงถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ(efficiency-based best-shot rule)¹⁷ หรือเรียกโดยย่อว่าหลักการยิงที่ดีที่สุด(Best Shot Rule)ก็ได้ ซึ่งเป็นแนวทางที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจร่วมกันของคู่สัญญา เป็นแนวทางที่คำนึงถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ว่าการทำสัญญาเงื่อนไขข้อกำหนดและคำเสนอคำสนองของคู่สัญญา ควรจะเป็นเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทางเศรษฐกิจต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แนวทางที่ผ่านมาทั้งหลักการยิงครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออกยังไม่สามารถช่วยส่งเสริมแนวทางที่สามารถสนับสนุนผลประโยชน์สูงสุดร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ หลักการยิงที่ดีที่สุดได้เข้ามาช่วยแก้ปัญหา

¹⁶ อภิญา เลื่อนฉวี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 33

¹⁷ GIESELA RuHL, *THE BATTLE OF THE FORMS: COMPARATIVE AND*

ECONOMIC OBSERVATIONS, p. 221, สืบค้นเมื่อ 28 ตุลาคม 2559

<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=jil>

ข้อบกพร่องที่มีอยู่ในการช่วยสนับสนุน สร้างแรงจูงใจให้คู่สัญญาสามารถสร้างเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในการก่อให้เกิดผลประโยชน์ร่วมกันสูงสุดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

แนวความคิดที่ก่อให้เกิดในเรื่องของหลักการยิงที่ดีที่สุดเพื่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (efficiency-based best-shot rule) หรือหลักการยิงที่ดีที่สุด (Best Shot Rule) นี้เกิดขึ้นมาจากการพิจารณาหาข้อเสียของหลักแนวคิดที่มีอยู่เดิมทั้ง ข้อดีข้อเสียของแนวความคิดต่างๆ หากพิจารณาประกอบควบคู่กับมุมมองทางเศรษฐกิจ ในแนวทางหลักการยิงที่ดีที่สุด (Best Shot Rule) อาจนำเข้ามาใช้ในการช่วยเพิ่มผลประโยชน์ร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มากขึ้นจากหลักการที่มีอยู่เดิม แม้แนวทางนี้จะมีเพียงแนวคิดแต่ก็น่าที่จะนำมาพิจารณาประกอบกับการวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียต่างๆ ที่ปรากฏในหลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) และหลักการคัดออก (Knock Out Rule) ในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น ควรจะคำนึงถึงว่าเป็นแนวทางที่ช่วยในการส่งเสริมธุรกิจการค้าระหว่างประเทศอย่างดีที่สุดหรือไม่แบบเดียวกับคำกล่าวที่ว่ากฎหมายคือวิศวกรรมของสังคม¹⁸ ที่การออกกฎหมายใดต้องมีการพิจารณาว่าจะมีการส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างใดบ้างและมีการออกกฎหมายเพื่อบรรลุดุประสงค์ใดจึงได้มีการออกกฎหมายนั้นออกมา

ปัญหาที่นำมาพิจารณาในเรื่องของการเลือกการปรับใช้แนวทางของกฎหมายในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ปัญหาหนึ่งที่เป็นประเด็นสำคัญคือปัญหาเรื่องราคาและค่าใช้จ่ายในเรื่อง

¹⁸ Roscoe Pound 'Law is social engineering which means a balance between the competing interests in society' by Sai Abhipsa Gochhayat "Social Engineering by Roscoe Pound: Issues in Legal and Political Philosophy" West Bengal National University of Juridical Science 2010, p.2 ,สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2559, <https://ssrn.com/abstract=1742165>

รอสโก พาวด์ “กฎหมายคือวิศวกรรมของสังคมที่เป็นวิธีการที่รักษาสมดุลของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ในสังคม” ผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวคิดที่เหมาะสมในการนำมาพิจารณาในเรื่องของสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนี้ เนื่องจากการพิจารณาในเรื่องของผลประโยชน์ที่อาจเกิดความขัดแย้งกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว อาจจะมีการรวมไปถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางกฎหมายของกระบวนการยุติธรรมด้วย กฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ได้ดี ต้องเป็นแนวทางกฎหมายที่สามารถรักษาผลประโยชน์ของทุกฝ่ายได้

ของการดำเนินการแก้ไขปัญหาคำเสนอ คำสนอง และพยานหลักฐานเป็นหนังสือที่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจการค้าระหว่างประเทศธุรกิจเกิดขึ้นได้เพราะผลประโยชน์ การที่ผลประโยชน์ลดน้อยลงหรือมีความยุ่งยากมากขึ้น ก็เป็นเงื่อนไขที่ทำให้ผู้ประกอบการอาจจะตัดสินใจในการไม่ทำการค้าขายนั้นต่อไปก็ได้ ทั้ง “ความน่าเชื่อถือ” และ “เวลา” “แรงงาน” นับว่าเป็นสิ่งที่มีมูลค่าในการคำนวณเรื่องผลตอบแทนของธุรกิจการค้า การทำให้เกิดความสะดวกและค่าน่าเชื่อถือได้เป็นแนวทางหนึ่งที่สามารถทำได้ แต่การทำเช่นนั้นก็ต้องคำนึงถึง ค่าใช้จ่ายที่จะตามมาด้วยว่าเป็นอีกปัจจัยเช่นกันที่ทำให้ผู้ประกอบการตัดสินใจว่าจะมีความคุ้มค่ากับการทำสัญญาและการประกอบธุรกิจรายนั้นหรือไม่การแสวงหาหลักกฎหมายที่นำมาใช้กับการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศต้องอาศัยมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ด้วยหากเราทำการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์จากแนวทางที่มีอยู่เพื่อพิจารณาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ก็อาจพิจารณาข้อดีข้อเสียของหลักการต่างๆ จากมุมมองทางเศรษฐกิจที่ส่งผลต่อการตัดสินใจของคู่สัญญาได้ดียิ่งขึ้นตามการทำธุรกิจการค้าและการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศตามความเป็นจริง

2.2.3 การวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของหลักการต่างๆ ในมุมมองทางเศรษฐกิจ

(ก) ข้อดีข้อเสียทางเศรษฐกิจของหลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule)

แนวทางหลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ได้มีการวิจารณ์มากมาย ทั้งจากการที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ส่งคำเสนอมาเป็นครั้งสุดท้ายโดยปราศจากเหตุผล ,เป็นการสนับสนุนการหลีกเลี่ยงการเกิดขึ้นของสัญญาจนมีการปฏิบัติการเกิดขึ้น,เป็นเพียงกำหนดอย่างเป็นกลไกและเป็นทางการและไม่สนใจความเป็นจริงในปัจจุบันของการประกอบธุรกิจการค้า และเป็นการกระทำผิดไปจากเจตนาของคู่สัญญาและความคาดหวังในธุรกิจ ในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ หลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ยังมีส่วนที่ชวนเคลือบแคลงอยู่มาก เพราะไม่เป็นการบังคับใช้ข้อตกลงของทั้งสองฝ่ายและทำให้ค่าใช้จ่ายในการติดต่อทางธุรกิจนั้นสูงมากขึ้น จากมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ เพื่อให้เกิดความคุ้มค่ามากที่สุด กฎหมายสัญญา ควรจะสร้างสถานการณ์ที่มีการตกลงแลกเปลี่ยนโดยมีการบังคับใช้ข้อตกลงที่เข้าใจร่วมกัน พื้นฐานของข้อเสนอเริ่มจากแนวคิดที่ว่าปัจเจกบุคคลนั้นเป็นผู้ที่ตัดสินใจได้อย่างมีเหตุผลในการที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและจะไม่ตกลงจนกว่าสัญญาหรือการแลกเปลี่ยนนั้นจะทำให้ตนเองได้รับประโยชน์หรืออยู่ในสถานการณ์ที่ดีขึ้นกว่าเดิม ภายใต้ข้อสมมติฐานที่ว่า การแลกเปลี่ยนนั้นจะไม่ทำให้ลดคุณค่าความเป็นอยู่ของฝ่ายบุคคลที่สามเกินไปกว่าเพิ่มคุณค่าความเป็นอยู่ของคู่สัญญา แนวความคิดเช่นนี้มาจากความเชื่อเรื่อง โลกาภิวัตน์ (Globalization) ที่ว่าการซื้อขายแลกเปลี่ยนระหว่างประเทศ ไม่ใช่เรื่องของ เกมบอกลบเท่ากับศูนย์ (Zero Sum Game)แนวความคิดที่เชื่อว่าต้องมีคนได้และคนเสียที่จะทำให้ผลลัพธ์ครั้งสุดท้ายที่

ออกมานั้นเท่ากับ ศูนย์ ที่ต้องมีคนเสียผลประโยชน์เสมอ แต่เป็นเรื่องที่สามารถทำให้ทุกฝ่ายได้รับประโยชน์ได้จากการซื้อขายแลกเปลี่ยนนั้น แนวความคิด (Globalization) โลกาภิวัตน์นั้นต่างไปจากแนวความคิด เกมส่วกลบเท่ากับศูนย์ (Zero Sum Game) ที่มองว่าสามารถมีประโยชน์ให้กับทุกฝ่ายได้โดยไม่จำเป็นต้องจำกัดว่าต้องมีฝ่ายใดเสียประโยชน์จากการทำธุรกรรมร่วมกัน ทฤษฎีแนวคิดเรื่อง บวกลบเท่ากับศูนย์ (Zero Sum Game) นี้คือแนวความคิดที่มองว่ามีกำไรต้องมีขาดทุน แต่แนวความคิดที่จะสร้างผลประโยชน์ร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนี้คือแนวคิดที่เชื่อว่าผู้ประกอบการจะสามารถชนะไปด้วยกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพ่ายแพ้หรือขาดทุน ซึ่งเป็นแนวความคิดที่สามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องกับสัญญาและการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ หรืออาจจะกล่าวได้นำมาปรับใช้กับการเจรจาทั่วไปก็ได้ หากมีการตัดสินใจอย่างมีเหตุผลในการทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะเห็นได้ว่าสิ่งที่เรียกว่าการตัดสินใจอย่างมีเหตุผลเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนี้ไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นได้อย่างง่ายดายแต่ต้องมีการมุ่งใจคู่สัญญาโดยอาศัยหลักกฎหมายว่ายังสามารถมีแนวทางที่สามารถบรรลุประโยชน์สูงสุดร่วมกันทั้งสองฝ่ายได้ ไม่ใช่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเสียเปรียบแต่เพียงฝ่ายเดียว และต้องเป็นแนวทางที่ทั้งสองฝ่ายนั้นสามารถมีความตกลงร่วมกันที่จะทำการซื้อขายแลกเปลี่ยนกันได้โดยสมัครใจ

หลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาคือการสร้างสถานการณ์การแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจโดยบังคับใช้ข้อตกลงที่เข้าใจร่วมกัน การปรับใช้หลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ไม่ได้เป็นการบังคับในเรื่องของข้อตกลงที่เข้าใจร่วมกัน ภายใต้หลักการยิงครั้งสุดท้ายเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน หากมตรงกันแม้เพียงเล็กน้อยก็เป็นการทำให้สัญญานั้นไม่เกิดขึ้น ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะได้มีการเห็นตรงกันในข้อสำคัญของสัญญาอย่างอื่นก็ตาม ดังนั้นอาจจะเกิดสถานการณ์ที่ทำให้สัญญานั้นไม่เกิดขึ้นแม้คู่สัญญาจะมีความประสงค์ให้สัญญานั้นผูกพันคู่สัญญาก็ตาม ในรูปแบบดั้งเดิมของสงครามแบบฟอร์ม ยกตัวอย่างเช่นในกรณี การปรับใช้หลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ต่อการเกิดขึ้นของสัญญาในวันส่งสินค้าเมื่อผู้ซื้อได้ยอมรับสินค้า คู่สัญญาได้มีความเข้าใจข้อตกลงร่วมกันในเงื่อนไขที่สำคัญที่สุด ซึ่งโดยมากเป็นเรื่องของราคาและคุณภาพสินค้าและมีการแลกเปลี่ยนสัญญามาตรฐาน ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้เห็นตรงกันในทุกเงื่อนไขข้อกำหนดก็ตาม คู่สัญญาที่ต้องการที่จะผูกพันกันตามสัญญาตั้งแต่วันนั้นเป็นต้นไป แม้พวกเขายังไม่สามารถบังคับใช้ข้อตกลงเข้าใจร่วมกันจนกระทั่งถึงวันส่งสินค้า

ในกรณีอื่น อาจเกิดขึ้นได้เมื่อสัญญายังไม่เกิดขึ้นแม้กระทั่งถึงวันส่งสินค้าก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น ผู้ขายได้ขนส่งสินค้าและยื่นให้กับผู้ซื้อแล้วพร้อมกับแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่าการ

ชนสงนั้นทำภายใต้สัญญามาตรฐานของผู้ขาย และผู้ซื้อได้รับสินค้าแต่คืนใบเสร็จและบอกว่าการยอมรับสินค้าไม่ได้หมายความว่ายอมรับเงื่อนไขของผู้ขายและมีเพียงแต่สัญญามาตรฐานของผู้ซื้อเท่านั้นที่จะใช้ในสัญญาซื้อขายนี้ เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นได้แสดงเจตนาอย่างชัดเจนว่าจะใช้สัญญามาตรฐานของฝ่ายตนและปฏิเสธเงื่อนไขของอีกฝ่าย เป็นไปไม่ได้ที่จะตีความการประกาศหรือการปฏิบัติของคู่สัญญาว่าเป็นการยอมรับเงื่อนไขของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถึงอย่างไรก็ตามเป็นการชัดเจนว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้บรรลุความตกลงร่วมกันในเงื่อนไขข้อกำหนดที่สำคัญที่สุดและต้องการที่จะผูกพันกันโดยสัญญา หลักการยิงครั้งสุดท้าย (The Last Shot Rule) นั้นได้สร้างความลำบากหรือในบางครั้งได้ยับยั้งการเกิดขึ้นของสัญญาถึงแม้จะมีความเข้าใจข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาก็ตาม ประเด็นหนึ่งที่เรานำมาพิจารณาคือเรื่องของค่าใช้จ่ายในการทำธุรกิจ. ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ กฎหมายสัญญานอกจากเรื่องของสิ่งที่สร้างสถานการณ์ให้เกิดความเข้าใจในข้อตกลงร่วมกันของทั้งสองฝ่ายแล้ว กฎหมายสัญญาควรจะมีการสนับสนุนการสมัครใจแลกเปลี่ยนโดยการทำให้ค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ด้วยมีทฤษฎีที่เรียกว่า Coase Theorem¹⁹ นำเสนอโดย Ronald Coase ในปี 1960 จากบทความ The Problem of Social Cost ได้กล่าวว่าการจัดการทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพนั้นจะมีผลลัพธ์มาจากการต่อรองเป็นส่วนตัวไม่ว่าจะมีการจัดการโอนสิทธิก่อนหน้านั้นอย่างไรก็ตามถ้าค่าใช้จ่ายของการทำธุรกิจนั้นเป็นศูนย์หรือต่ำกว่า ด้วยเหตุนี้มันจึงเป็นกระบวนการทางเศรษฐกิจของกฎหมายสัญญาในการสนับสนุนการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจโดยการทำให้ค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจน้อยที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ หากมองอย่างผิวเผินการปรับใช้ของหลักการยิงครั้งสุดท้ายในสงครามแบบฟอร์มนี้ดูเหมือนสอดคล้องกับผลของกฎหมายสัญญา ผลเช่นนี้เกิดจากหลักการยิงครั้งสุดท้ายนี้ให้กฎเกณฑ์ที่เข้มงวดและชัดเจน ทั้งกับการเกิดขึ้นของสัญญาและการพิจารณาเงื่อนไขของสัญญา และอีกประการหนึ่งคือการปรับใช้กฎเกณฑ์ที่เข้มงวดแทนที่จะเป็นกฎเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นโดยมากจะทำให้ค่าใช้จ่ายดำเนินธุรกรรมนั้นต่ำ หลักการนี้ยังนำมาซึ่งแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนแก่นักธุรกิจที่สามารถที่จะทำเจตนาและการกระทำให้เข้ากับหลักการยิงครั้งสุดท้ายนั้น และการกระทำดังกล่าวนี้เปิดทางให้นักธุรกิจมั่นใจได้ว่าได้รับผลลัพธ์ที่พวกเขาปรารถนา กฎเกณฑ์ที่

¹⁹ Ronald Coase, The Problem of Social Cost, (Journal of Law and Economics, Vol. 3 Oct., The University of Chicago Press 1960), pp. 1-44, สืบค้นเมื่อ 25 ตุลาคม 2559, <http://www.jstor.org/stable/724810>

เคร่งครัดจะช่วยเสริมสร้างความแน่นอนและเพิ่มความคาดหวังได้ของกฎหมาย ถึงอย่างไรก็ตามหากพิจารณาอีกทางหนึ่ง หลักการยิ่งครัดสุดท้ายถึงแม้ว่าจะนำมาซึ่งกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนและเคร่งครัดแต่ก็อาจจะเป็นเพราะกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดนั่นเองที่ทำให้นำมาซึ่งค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจจำนวนไม่น้อย

อย่างแรก หลักการยิ่งครัดสุดท้ายนี้เป็นการสนับสนุนให้มีการแลกเปลี่ยนของสัญญามาตรฐานปริมาณมากเพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรู้ว่าสัญญามาตรฐานของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะควบคุมการประกอบธุรกรรมอย่างสิ้นเชิงถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายที่ยื่นคำเสนอครั้งสุดท้าย ดังความแตกต่างที่สำคัญระหว่างเงื่อนไขข้อกำหนดของคู่สัญญาจะทำให้เอกสารตอบรับกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ในเอกสารหรือใบเสร็จที่ยอมรับในการขนส่งสินค้านั้น คู่สัญญาที่มีเหตุจูงใจที่จะส่งเอกสารต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต่อไปเพื่อที่จะมั่นใจได้ว่าเอกสารที่ตนเองส่งต่อไปนั้นจะถึงเป็นฉบับสุดท้าย ก็ได้มีข้อโต้แย้งเช่นกันว่า คู่สัญญาไม่น่าที่จะส่งเอกสารสัญญามาตรฐานไปอย่างไม่สิ้นสุดตาม Baird and Weisberg²⁰ ผู้ประกอบการมีความสนใจเพียงน้อยนิดในการเล่นแง่ในด้านกฎหมาย เพราะพวกเขาตระหนักว่าการส่งเอกสารแบบใหม่จะทำให้พวกเขาพลาดโอกาสในการทำธุรกิจถึงแม้ว่าจะอยู่บนเงื่อนไขของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม ไม่มียุทธศาสตร์ใดที่จะรับประกันได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นคนที่ส่งแบบฟอร์มเป็นคนสุดท้าย และความพยายามที่จะส่งแบบฟอร์มเป็น

²⁰ “ The buyer and seller were content to leave their mutual right uncertain,because greater certainty would have come only with negotiations,the cost of which probably would have exceed the expected cost of leaving things open to dispute”

“ผู้ซื้อและผู้ขายนั้นพึงพอใจที่จะปล่อยสิทธิของทั้งสองฝ่ายในความไม่แน่นอน เพราะว่าความชัดเจนมากไปกว่านั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการเจรจา ซึ่งค่าใช้จ่ายในการเจรจานั้นเป็นไปได้ว่าที่สูงกว่าในการเปิดโอกาสให้สิทธินั้นมีความไม่แน่นอน”

Douglas G. Baird,Robert Weisberg, RULE STANDARD ,STANDARDS,AND THE BATTLE OF THE FORMS: A REASSESSMENT OF § 2-207 p.1219,สืบค้นเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2560

http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2034&context=journal_articles

คนสุดท้ายอาจจะมีผลร้ายกลับมาแก่ฝ่ายตนเองเพราะคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะตัดสินใจไม่ดำเนินธุรกิจต่อไปกับคู่สัญญาที่ไม่ยอมยืดหยุ่นในการที่จะยืนยันให้ใช้เงื่อนไขของฝ่ายตนเอง แต่ถึงอย่างไรก็ตามในความเป็นจริงนั้นได้ตรงกันข้ามกับที่เข้ามา การศึกษาพบว่าผู้ประกอบการธุรกิจได้พยายามที่จะ “เป็นผู้ยิงครั้งสุดท้าย” โดยการแนบเงื่อนไขและข้อกำหนดมาตรฐานลงไปในเอกสารลายลักษณ์อักษรที่ส่งไปให้แก่ลูกค้า แนวความคิดของ Baird and Weisberg นี้ เป็นเรื่องที่ควรนำมาพิจารณาในเรื่องของการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในแง่ความเป็นจริง เป็นการเห็นว่าคนเรานั้นเลือกโอกาสที่จะทำธุรกรรมทางการค้าต่อไปมากกว่าที่จะเสียโอกาสต่อรองในเรื่องเงื่อนไขของสัญญาที่อาจมีการส่งผลให้พวกผู้ประกอบการนั้นได้เสียโอกาสทางการค้าไป เพราะอย่างที่กล่าวมาแล้ว “เวลา” นั้นเป็นต้นทุนอย่างหนึ่ง การเจรจารายละเอียดมากขึ้นเป็นการทำให้เกิดการเสีย “เวลา” ที่จะนำ “เวลา” นั้นไปทำให้เกิดประโยชน์อย่างอื่นได้อีกในการทำซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ การเสียโอกาสในการลงทุนไปกับการเจรจารายละเอียดนั้นแม้จะดูสมเหตุสมผลในแง่ทฤษฎีว่าคนเราควรจะตรวจสอบรายละเอียดทุกอย่างและมีการเจรจาตกลงให้ได้เงื่อนไขที่ดีที่สุดสำหรับตนเอง แต่ความเป็นจริงในการทำธุรกรรมทางธุรกิจนั้นได้แตกต่างไปจากทฤษฎีในอุดมคติ

อีกประการหนึ่ง หลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ได้ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น เพราะว่าไม่ได้สนับสนุนการก่อให้เกิดเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุด ภายใต้หลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) นั้น สัญญาอยู่ภายใต้การควบคุมของเงื่อนไขและข้อกำหนดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างสิ้นเชิง คือจากเงื่อนไขของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ส่งมาครั้งสุดท้าย เงื่อนไขของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นไปได้อย่างที่จะเป็นเงื่อนไขและข้อกำหนดที่มีประสิทธิภาพสูงที่สุด คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนั้นได้รับรู้ว่ามีโอกาสที่สัญญามาตรฐานของฝ่ายตนจะควบคุมการประกอบธุรกรรมทั้งหมดถ้าฝ่ายตนเองเป็นผู้ยิงครั้งสุดท้าย .”Fire the Last Shot” ซึ่งได้สร้างแรงจูงใจให้ร่างสัญญามาตรฐานของตนเพื่อประโยชน์สูงสุดของฝ่ายตนเอง เงื่อนไขที่สร้างผลประโยชน์สูงสุดให้แก่ฝ่ายหนึ่ง ไม่ได้หมายความว่าเงื่อนไขที่ให้ผลประโยชน์สูงสุดร่วมกัน ยกตัวอย่างเช่น ถ้าสัญญานั้นเป็นเรื่องของการขายสินค้าประเภทหนึ่งที่มีความเสี่ยงในการขนส่งว่า สินค้าจะเสียหายหรือถูกทำลายก่อนมีการขนส่งเข้ามามีส่วนในการพิจารณา สมมติว่าผู้ขายสามารถลดความเสี่ยงสินค้าที่จะเสียหายได้ด้วยราคาที่น้อยกว่าที่ผู้ซื้อจะทำได้ วิธีการที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการจัดการเกี่ยวกับความเสี่ยงที่สินค้าจะถูกทำลายก่อนที่จะมีการขนส่งคือการกำหนดโอนความเสี่ยงให้อยู่กับฝ่ายผู้ขาย จะเป็นการทำให้

ค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเรื่องความเสี่ยงต่ำที่สุดเท่าที่จะทำได้และนั่นจะเป็นการทำให้เกิดผลประโยชน์ร่วมกันสูงสุดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ถ้าผู้ขายเป็นผู้ตัดสินใจในเรื่องของการโอนความเสี่ยง ผู้ขายจะโอนความเสี่ยงให้กับผู้ซื้อ โดยการพิจารณาจากการค้าขายแลกเปลี่ยนที่ยังเกิดขึ้น การโอนความเสี่ยงให้กับผู้ซื้อคือวิธีการที่ผู้ขายสามารถทำกำไรได้สูงสุด

ถึงอย่างไรก็ตามได้มีการโต้แย้งว่า ความเสี่ยงที่คู่สัญญาที่ไม่ได้ร่างสัญญาเพียงเพื่อประโยชน์สูงสุดของพวกเขาไม่ได้เป็นการสะท้อนภาพความจริง และหลักการยิ่งยวดที่สุดทำให้นั้นในความเป็นจริงแล้วเป็นหลักการที่ช่วยในเรื่องการสนับสนุนเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงที่สุด ตามความเห็นของ Baird and Weisberg พลังการตลาดจะช่วยจูงใจคู่สัญญาให้ร่างเงื่อนไขข้อกำหนดที่ช่วยสนับสนุนผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายเพราะคู่สัญญาฝ่ายที่ร่างสัญญาเพื่อผลประโยชน์ของตนเองแต่เพียงฝ่ายเดียวนั้นจะรับรู้ได้ว่าผู้ที่ได้รับข้อเสนอในเงื่อนไขเช่นว่านั้นจะเลือกที่จะไปประกอบธุรกิจที่อื่นแทนที่จะยอมรับเงื่อนไขเพื่อผลประโยชน์ฝ่ายเดียวของฝ่ายที่ยื่นคำเสนอนั้น ถึงอย่างไรก็ตาม เหตุผลนี้ชวนสงสัยอย่างน้อยในสองข้อ

ประการแรกคือ ตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ชวนสงสัยว่าเป็นความจริงหรือไม่ ว่าอย่างน้อยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะอ่านแบบของสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ภายใต้การสันนิษฐานอย่างเป็นเหตุเป็นผล(rational) ถึงอย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบกิจการไม่ได้มีแรงจูงใจในการอ่านสัญญามาตรฐานที่พวกเขาได้รับ ดังที่การประกอบธุรกรรมส่วนใหญ่ได้เกิดขึ้นโดยไม่เกิดปัญหาค้าง ซึ่งโดยมากเป็นการใช้เวลาและเงินไปโดยไม่มีประสิทธิภาพหากใช้เพื่อการอ่านและการเจรจาในเรื่องของแบบของสัญญามาตรฐาน สัญญาปากเปล่าและความไม่ชัดเจนเงื่อนไขก่อนที่จะพิมพ์ทำให้ค่าของการค้นหาและการอธิบายรายละเอียด ดังนั้นราคาของการตอรองนั้นจะสูงมากกว่าปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าความเป็นไปได้ของเงื่อนไขบางอย่างเข้ามามีผลหรือการปฏิบัตินั้นต่ำ ราคาของการค้นหาละเอียดและรอบคอบของเงื่อนไขก่อนพิมพ์ แม้จะไม่นับรวมมูลค่าของค่าปรึกษากฎหมายเกี่ยวกับความหมายและผลของเงื่อนไขข้อกำหนด เป็นเรื่องที่สร้างความลำบากใจในการที่จะเสียเวลาในการเจรจาเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับ ค่าใช้จ่ายที่เสียไปในการเจรจาที่ไม่ได้ผลคุ้มค่านี้นี้เราเรียกในการลงทุนว่า (diminishing returns) โดยมูลค่าค่าใช้จ่ายที่เสียไปนั้นไม่คุ้มค่างับผลประโยชน์ที่อาจจะได้รับหากเทียบกับทรัพยากรและเวลาที่อาจสูญเสียไปจากการคิดคำนวณอย่างละเอียดในเรื่องของเงื่อนไขของสัญญามาตรฐานนั้น ดังนั้นโดยส่วนใหญ่ผู้ประกอบการมักจะไม่นิยมนอ่านสัญญามาตรฐานของคู่สัญญา

อีกฝ่ายหนึ่ง การเจรจาที่มากกว่าปกติจะเปลืองค่าใช้จ่ายมากกว่าการปล่อยให้ยังคงมีความกังขาในเรื่องของสิทธิของคู่สัญญา การลงทุนที่เสียค่าใช้จ่ายในการเจรจาในมุมมองของผู้ประกอบธุรกรรมนั้นมองว่าไม่คุ้มค่าหากเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับจากการเจรจานั้น

ประการที่สอง ถึงแม้ผู้ประกอบการบางรายด้วยเหตุผลประการใดก็ตามที่อ่านสัญญามาตรฐานที่พวกเขาได้รับ พล้งของการตลาดมักไม่ได้ทำให้คู่สัญญาเปลี่ยนเงื่อนไขข้อกำหนดของคู่สัญญานั้น พล้งของการตลาดจะไม่ได้ผลเว้นแต่ผู้ประกอบการจำนวนมากจนถึงจำนวนหนึ่งได้อ่านสัญญามาตรฐานที่พวกเขาได้รับ อย่างไรก็ตามที่ได้อธิบายมาดังกล่าวข้างต้น การไม่รู้ตัวอย่างที่สาเหตุของผู้ประกอบการจะเป็นปัจจัยที่ขัดขวางผู้ประกอบการจำนวนมากจากการอ่านเงื่อนไขของสัญญามาตรฐาน และดังที่ผู้ประกอบการได้รู้ว่าผู้ประกอบการอื่นโดยมากมักจะไม้อ่านสัญญามาตรฐานของพวกเขา พวกเขาจึงไม่มีเหตุผลที่จะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขที่พวกเขายังเชื่อว่าข้อกำหนดเงื่อนไขที่ให้ประโยชน์สูงสุดแก่พวกเขาเองจะสามารถบังคับใช้ต่อคู่สัญญาที่ไม่รอบคอบในการอ่านรายละเอียดเนื้อหาข้อกำหนดเงื่อนไขของสัญญาได้ ดังนั้น หลักการยิงครั้งสุดท้ายอาจจะไม่ใช่ทางออกในการทำเงื่อนไขของสัญญาให้มีประสิทธิภาพสูงสุดและเกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจมากที่สุดต่อสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เราจะเห็นได้ว่ามีข้อเสียทางเศรษฐกิจอยู่สองประการในกรณีของหลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) กล่าวคือ

ข้อเสียประการแรกคือ ไม่ได้สนับสนุนการแลกเปลี่ยนอย่างสมัครใจเพราะมีความเสี่ยงที่การเกิดขึ้นของสัญญาจะไม่มีผลแม้คู่สัญญาจะต้องการที่จะผูกพันกันตามสัญญาก็ตาม เพราะจะนับเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญาจากผู้ที่ยิงหรือเสนอเป็นครั้งสุดท้าย ถ้าไม่ตรงกันทุกประการสัญญาก็จะไม่เกิดขึ้น

ข้อเสียประการที่สองเป็นการสร้างค่าใช้จ่ายที่สูงในการทำธุรกรรมทางธุรกิจเพราะเป็นการสนับสนุนการแลกเปลี่ยนเอกสารสัญญามาตรฐานระหว่างกันเป็นปริมาณมากและไม่ได้เป็นการสนับสนุนเงื่อนไขข้อกำหนดที่ทำให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด เอกสารที่ส่งกันไปมาเพื่อโอกาสที่เงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายตนเองจะได้ควบคุมการประกอบธุรกรรมระหว่างกัน ทำให้ค่าใช้จ่ายสูงขึ้นมากกว่าปกติและไม่มีหลักประกันว่าเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่ได้ควบคุมการประกอบธุรกรรมนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

และข้อดีทางเศรษฐกิจเพียงประการเดียวของหลักการยิงครั้งสุดท้ายนั้นคือการปรับใช้กฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดแทนที่จะเป็นหลักเกณฑ์ที่ยืดหยุ่น ซึ่งช่วยในการพิจารณาสัญญาได้เกิดขึ้นหรือไม่ และช่วยในการระบุเงื่อนไขของสัญญา ถึงอย่างไรก็ตามข้อดีนี้นั้นเกี่ยวข้องกับข้อเสียด้วย หลักการยิงครั้งสุดท้ายนั้นได้ขัดขวางการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจอย่างมากและได้สนับสนุนการแลกเปลี่ยนเอกสารสัญญามาตรฐานไปมาอย่างไร้ที่สิ้นสุดเพื่อที่จะได้เป็นผู้ชนะในหลักการยิงครั้งสุดท้ายและไม่ได้เป็นการสนับสนุนเงื่อนไขข้อกำหนดที่มีประสิทธิภาพที่สุดหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดที่ปรับใช้กับการเกิดของสัญญาและเงื่อนไขของสัญญา หากพิจารณาจากมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ แทนที่จะประหยัดค่าใช้จ่ายอาจมีข้อเสียที่ทำให้ค่าใช้จ่ายสูงขึ้นเสียอีก

(ข) ข้อดีข้อเสียทางเศรษฐกิจของหลักการคัดออกของสัญญาที่ไม่ต้องตรงกัน

(Knock Out Rule)

หลักการคัดออก(Knock Out Rule) หลักการนี้นั้นมีไว้เพื่อแก้ปัญหาที่เห็นได้จากหลักการ ยิงครั้งสุดท้ายทั้งในประเทศเยอรมันและรวมไปถึงสหรัฐอเมริกาด้วยเป็นหลักการที่ได้หลีกเลี่ยงสิ่งที่ไม่พึงประสงค์บางประการของหลักการยิงครั้งสุดท้าย(Last Shot Rule)ที่สามารถมองได้ว่าเป็นข้อเสียที่ไม่สามารถวางหลักกฎหมายที่สนับสนุนการตกลงร่วมกันเพื่อประโยชน์สูงสุดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ ประโยชน์สูงสุดร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือหลักการพื้นฐานของการพิจารณาหลักกฎหมายตามมุมมองทางเศรษฐกิจว่าจะก่อให้เกิดความคุ้มค่าประการใดและผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การพิจารณาเรื่องความสามารถในบังคับใช้ของข้อตกลงร่วมกันแนวหลักกฎหมายที่ใช้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หากเราพิจารณาจากแนวหลักกฎหมายอย่างหลักการยิงครั้งสุดท้าย(Last Shot Rule) จะเห็นได้ว่ามีข้อเสียเกิดขึ้นจากการใช้หลักการเช่นว่านั้น ข้อเสียของหลักการยิงครั้งสุดท้ายคือเป็นการขัดกับการแลกเปลี่ยนกันโดยสมัครใจ หลักการคัดออกนี้เป็นการแก้ข้อเสียที่เห็นได้ชัดของหลักการยิงครั้งสุดท้ายเพราะว่าหลักการนี้ได้ทำให้สัญญานั้นเกิดขึ้นถ้าเจตนาและการปฏิบัติของคู่สัญญามีข้อบ่งชี้ได้ว่าพวกเขาต้องการที่จะผูกพันกันโดยสัญญา ไม่มีความจำเป็นที่คำเสนอคำสนองจะต้องถูกต้องตรงกันทุกประการ ในรูปแบบดั้งเดิมของสงครามแบบฟอร์ม ตัวอย่างเช่น สัญญาเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้บรรลุข้อตกลงที่เข้าใจร่วมกันในเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดและมีความประสงค์ที่จะผูกพันกันโดยสัญญา

สำหรับการพิจารณาในเรื่องของค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมในกรณีของหลักการคัดออก(Knock Out Rule) ข้อเสียประการหนึ่งของหลักการยิ่งครั้งสุดท้ายคือก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นและไม่ได้สนับสนุนเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุด หลักการคัดออกได้ช่วยลดข้อเสียอย่างน้อยหนึ่งข้อของหลักการยิ่งครั้งสุดท้าย ภายใต้หลักการคัดออกนี้เป็นหลักการที่ไม่สนับสนุนหรือจูงใจให้แลกเปลี่ยนสัญญามาตรฐานกันอย่างไม่มีการสิ้นสุดเพื่อให้ฝ่ายตนเองได้เปรียบที่สุดในการที่จะได้ใช้เงื่อนไขและข้อกำหนดตามสัญญาที่ฝ่ายตนเองได้ร่างขึ้นมา เพราะว่าหลักการคัดออกนี้เพราะเงื่อนไขของสัญญาคือเงื่อนไขของสัญญามาตรฐานที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นและเห็นพ้องต้องกันจนถึงจุดหนึ่งจนสิ้นสุดด้วยกฎหมายแห่งกฎหมาย โดยที่ต่างไปจากหลักการยิ่งครั้งสุดท้าย หลักการคัดออกนี้จะป้องกันไม่ให้เงื่อนไขของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนั้นควบคุมสัญญาที่กระทำต่อกันระหว่างคู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับรู้ว่าไม่มีความเสี่ยงว่าเงื่อนไขของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นสิ่งที่ควบคุมสัญญาที่กระทำต่อกันอย่างสิ้นเชิง ก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะแลกเปลี่ยนเอกสารแบบของสัญญาไปมาโดยไร้ที่สิ้นสุดเพื่อให้เงื่อนไขของฝ่ายตนได้ควบคุมสัญญาที่กระทำต่อกันขึ้น

ถึงอย่างไรก็ตามการวิเคราะห์เช่นนี้ไม่ถูกต้องทั้งหมดตามมุมมองของ U.C.C. Section 2-207 (1)และ (2) U.C.C. Section 2-207 (1) นั้นอนุญาตให้ผู้ทำคำสนอนั้นเปลี่ยนคำสนอนของตนเป็นคำปฏิเสธพร้อมกับเป็นข้อเสนอขึ้นมาใหม่ ถ้าทำคำตอบรับอย่างชัดเจนว่ามีเงื่อนไขในการยินยอมต่อคำสนอนของผู้ทำคำสนอน ถ้าผู้ทำคำเสนอยอมรับ สัญญานั้นก็ถูกครอบคลุมโดยเงื่อนไขของสัญญามาตรฐานของผู้ทำคำสนอน ดังนั้นผู้ทำคำเสนอนั้นมีแรงจูงใจที่จะส่งแบบสัญญาของเขากลับไปต่อผู้สนอน ถึงแม้ว่าโอกาสที่เงื่อนไขข้อกำหนดของผู้ทำคำสนอนแต่เพียงผู้เดียวที่จะครอบคลุมสัญญานั้นมีการจำกัดอย่างมากโดยศาล ก็ยังคงมีโอกาสที่เงื่อนไขดังกล่าวนี้จะครอบคลุมสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว U.C.C. Section 2-207 (1)และ (2)นั้นได้สร้างแรงจูงใจต่อคู่สัญญาในการแลกเปลี่ยนแบบของสัญญา ถึงอย่างไรก็ตามแรงจูงใจนี้ก็มีไม่เท่ากับแรงจูงใจที่มีหากใช้หลักการยิ่งครั้งสุดท้ายในการพิจารณาเพราะความเสี่ยงในการประกอบธุรกรรมจะถูกควบคุมโดยเงื่อนไขข้อกำหนดของคู่สัญญา

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นได้ลดลงเป็นอย่างมาก ดังนั้น หลักการคัดออกภายใต้ U.C.C. Section 2-207 (1)²¹ นั้นได้ช่วยหลีกเลี่ยงการส่งแบบฟอร์มไปอย่างไม่มีการสิ้นสุด

ถึงอย่างไรก็ตาม ไม่มีหลักของการคัดออก(Knock Out Rule) แบบใดที่ช่วยกำจัดต้นเหตุอีกประการที่ทำให้ค่าใช้จ่ายในการประกอบกิจการนั้นเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งหลักการคัดออกนี้มีผลอย่างเดียวกับหลักการยิงครั้งสุดท้าย(Last Shot Rule)คือ ไม่ได้ส่งเสริมหรือจูงใจให้เกิดการร่างเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญาแบบมีประสิทธิภาพมากที่สุด ถ้าสัญญามาตรฐานมีเงื่อนไขขัดแย้งกัน เงื่อนไขนั้นก็จะยกเลิกกันและกันและถูกแทนที่โดยหลักกฎหมาย เงื่อนไขของสัญญาคือเงื่อนไขของสัญญามาตรฐานจนถึงจุดหนึ่งที่พวกเขาเห็นพ้องต้องกันร่วมไปกับหลักกฎหมาย(Default Rule) ดังนั้นคู่สัญญาในสัญญารับรู้ว่าถึงแม้ว่าพวกเขาไม่ได้ยืนยันที่จะใช้เงื่อนไขตามสัญญามาตรฐานของพวกเขา กรณีที่เลวร้ายที่สุดที่อาจเกิดขึ้นคือเงื่อนไขข้อกำหนดที่ขัดกันได้หักล้างกันและกันออกไปและถูกแทนที่โดยหลักกฎหมายทั่วไป(Default rule of the law) หากมองจากมุมมองของคู่สัญญาที่ส่งสัญญามาตรฐานไปก่อน มีสองอย่างที่อาจเกิดขึ้นคือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะส่งสัญญามาตรฐานกลับมาหรือไม่ก็ได้ ในมุมมองของเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญา นี่หมายความว่าไม่เงื่อนไขของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นตัวกำหนดสัญญาหรือถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายตอบสนองโดยการส่งสัญญาในแบบของพวกเขากลับมา

²¹ Additional Terms in Acceptance or Confirmation Section 2-207 (1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

เงื่อนไขเพิ่มเติมในการตอบรับหรือ หรือหรือยืนยันตามมาตรา 2-207 (1) การแสดงเจตนาที่ชัดเจนและเหมาะสมกับเวลาของการตอบรับหรือเป็นการยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรที่ซึ่งส่งมาภายในระยะเวลาที่เหมาะสมนั้นเป็นคำสนอง ถึงแม้เงื่อนไขเพิ่มเติมหรือเงื่อนไขแตกต่างไปจากข้อตกลงที่ได้ตกลงร่วมกันแล้วแต่คำสนอนั้นจะได้แสดงออกอย่างชัดเจนในการสร้างเงื่อนไขในการยอมรับเงื่อนไขข้อกำหนดเพิ่มเติมหรือเงื่อนไขข้อกำหนดที่แตกต่างไปนั้น

กฎหมายทั่วไปจะควบคุมสัญญาจนถึงขั้นแบบของสัญญาที่ขัดแย้งกันอยู่ ผลลัพธ์คือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีแรงจูงใจที่จะร่างสัญญาเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของฝ่ายตนเอง หากมองจากเรื่อง ทฤษฎีเกมและความเสี่ยงเป็นสถานการณ์ที่หากโชคไม่ดีและส่งแบบสัญญาของฝ่ายเราไปและคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ตอบสนองโดยส่งแบบของสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งกลับมา ข้อกำหนดและเงื่อนไขของ แบบฟอร์มจากฝ่ายของเราเอง ก็จะได้เป็นเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ใช้ในสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น ถ้าหาก ฝ่ายเราโชคไม่ดีและอีกฝ่ายได้ส่งแบบของสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายกลับมา สัญญานั้นก็จะถูกควบคุม

ด้วยเนื้อหาของสัญญาที่เห็นพ้องต้องกันและหลักกฎหมายทั่วไป การร่างเงื่อนไขของ สัญญาที่ไม่ได้ทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นไม่ได้มีความเสี่ยงแต่ประการใดเว้นแต่ ความเป็นไปได้ที่บางคนอาจจะอ่านเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญามาตรฐานและปฏิเสธที่จะ ประกอบธุรกรรมด้วยบนเงื่อนไขข้อกำหนดที่ปฏิเสธนั้น มิเพียงความเป็นไปได้เดียวเท่านั้นที่จะได้รับ ประโยชน์ คือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ได้ส่งแบบสัญญามาตรฐานของฝ่ายตนกลับมา ภายใต้ หลักการคัดออกคู่สัญญานั้นเสี่ยงไม่ได้ที่จะมีความเสี่ยงที่สัญญานั้นที่จะถูกควบคุมโดยเงื่อนไขและ ข้อกำหนดที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์สูงสุดของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถึงแม้ว่าจะไม่ใช่เงื่อนไขของคู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งแต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ควบคุมสัญญานั้น ก็เป็นไปได้น้อยที่หลักกฎหมายทั่วไปจะ เป็นไปเพื่อผลประโยชน์สูงสุดร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เหตุผลก็เพราะว่า หลักกฎหมายทั่วไปไม่ จำเป็นต้องเป็นกฎที่มีประสิทธิภาพสูงสุดที่ใช้สำหรับการประกอบกิจการใดก็ตาม

ประการแรกคือหลักกฎหมายทั่วไปอาจจะเป็นการทำลายจุดมุ่งหมายร่วมกันของ คู่สัญญาและการเจรจาต่อรองที่คู่สัญญามีความประสงค์ที่จะตกลงร่วมกัน ยกตัวอย่างเช่น เงื่อนไขของ สัญญามาตรฐานของทั้งสองฝ่ายมีการกำหนดเอาไว้ว่ามีข้อกำหนดในการแจ้งเตือนในกรณีที่สินค้า นั้นไม่สมบูรณ์ (Non-conformity of goods) มีข้อกำหนดหนึ่งระบุว่า การแจ้งเตือนนั้นต้องทำภายใน กำหนดสองเดือน อีกฉบับหนึ่งกำหนดว่าต้องทำภายในสองเดือนกับอีกสิบห้าวัน ภายใต้หลักการคัด ออก ผลลัพธ์คือข้อกำหนดที่แตกต่างกันได้อย่างเล็กซึ่งกันและกันและแทนที่ด้วยหลักกฎหมายทั่วไปของ กฎหมายที่นำมาปรับใช้กับสัญญานั้น และกฎหมายของแต่ละประเทศหลายประเทศที่นำมาปรับใช้นั้น มีกำหนดระยะเวลาการแจ้งเตือนสั้นกว่ากำหนดสองเดือนมาก การปรับใช้ด้วยหลักกฎหมายทั่วไปใน กรณีนี้นำไปสู่เงื่อนไขของสัญญาที่ไม่ตรงกับเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอย่างชัดเจน

อีกประการหนึ่ง ถึงแม้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะไม่ขัดแย้งกับเจตนาของคู่สัญญาแต่ก็อาจยังไม่มีประสิทธิภาพสูงสุดในการเป็นเงื่อนไขเพื่อประโยชน์สูงสุดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยธรรมชาติของกฎหมายทั่วไปนั้น เป็นการปรับใช้ในหลายสถานการณ์และในการทำธุรกรรมหลายอย่าง ดังนั้นเป็นเรื่องธรรมดาที่หลักกฎหมายทั่วไปเข้ากันได้ดีกว่ากับบางคู่สัญญาหรือธุรกรรมบางอย่าง สำหรับธุรกรรมบางอย่างหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีประสิทธิภาพดีแล้วในการทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่กับธุรกรรมบางอย่างหลักกฎหมายทั่วไปก็ยังทำได้ไม่ดีเท่าที่ควร ยกตัวอย่างกรณีสัญญาซื้อขายสินค้าที่ผู้ซื้อสามารถรับความเสี่ยงจากการที่สินค้าชำรุดเสียหายได้มากกว่าทางฝ่ายผู้ขาย ดังนั้นจะเป็นการมีประสิทธิภาพมากกว่าถ้าการซื้อขายสมบูรณ์โดยไม่มีใบรับประกันจากผู้ขาย ถึงอย่างไรก็ตามกฎหมายภายในของประเทศส่วนใหญ่ก็นักคาดหมายว่าผู้ขายอยู่ในสถานะที่ดีกว่าผู้ซื้อในการรับความเสี่ยงของสินค้าที่ชำรุดและนั่นนำมาซึ่งสถานการณ์ที่สินค้าโดยส่วนใหญ่ก็นักมีใบรับประกันด้วย แม้จะมีข้อเสียเปรียบในหลักการยิงครั้งสุดท้ายที่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายสูงขึ้นในการทำธุรกรรม แต่ก็มีข้อดีทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่งคือทำให้ค่าใช้จ่ายต่ำลงเพราะได้มีการนำกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดมาปรับใช้แทนที่จะเป็นกฎเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นในการพิจารณาว่าสัญญานั้นได้เกิดขึ้นหรือไม่และเนื้อหาของสัญญานั้นเป็นอย่างไรบ้าง เป็นเรื่องที่น่าเสียดายที่หลักการคัดออกนี้ไม่สามารถรักษาไว้ซึ่งข้อได้เปรียบทางเศรษฐกิจเรื่องนี้ของหลักการยิงครั้งสุดท้าย ภายใต้หลักการคัดออกปัญหาในเรื่องของสัญญานั้นว่าได้เกิดขึ้นหรือไม่นั้นได้มีการตอบปัญหานี้โดยการพิจารณาจากความตกลงเข้าใจร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แทนที่จะเป็นรูปแบบของคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญา การพิจารณาข้อดีข้อเสียของหลักการคัดออก(Knock Out Rule)ในมุมมองทางเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพในการก่อให้เกิดสัญญานั้น หลักการคัดออก(Knock Out Rule) นั้นเป็นการนำมาปรับใช้ที่มีความยืดหยุ่นแทนที่จะเป็นแบบเคร่งครัดอย่างหลักการยิงครั้งสุดท้าย(Last Shot Rule)ในการพิจารณาว่าสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ข้อได้เปรียบที่เห็นได้อย่างชัดเจนจากหลักการคัดออก(Knock Out Rule)นี้คือได้ผลลัพธ์จากเจตนาของคู่สัญญาซึ่งได้สนับสนุนหลักการสมัครใจในการแลกเปลี่ยนในการที่มีเจตนาในการก่อให้เกิดสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศเกิดขึ้น แต่ก็มีข้อเสียคือการพิจารณาว่าสัญญาจะเกิดขึ้นหรือไม่นั้นได้ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกรรมมากกว่าภายใต้หลักการยิงครั้งสุดท้าย

โดยพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นแล้ว หลักการคัดออก(Knock Out Rule)นั้นได้ทำให้เกิดข้อดีสองประการคือ

ประการแรก คือสนับสนุนการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจโดยการบังคับใช้ข้อตกลงที่เข้าใจร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยคู่กรณีมีแรงจูงใจที่จะผูกพันกันด้วยข้อตกลงเงื่อนไขต่างๆที่เงื่อนไขข้อตกลงกันนั้นยังสามารถที่จะบังคับใช้ได้แม้จะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขและข้อกำหนดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องการทุกประการก็ตามแต่ก็ยังสามารถมีการบังคับของสัญญาในส่วนที่สามารถเห็นพ้องต้องกันได้ระหว่างคู่สัญญา

ประการที่สอง คือประหยัดค่าใช้จ่ายมากขึ้นจากการที่ไม่ได้สนับสนุนในการที่จะแลกเปลี่ยนแบบฟอร์มกันอย่างไม่มีการสิ้นสุดแบบเดียวกับหลักการยิงครั้งสุดท้ายที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะพยายามทำให้ตนเองเป็นคนที่ยิงเป็นครั้งสุดท้ายและเป็นฝ่ายกำหนดเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาทั้งหมด ทำให้เกิดมีการส่งไปมาให้แก่กันอย่างไม่มีการสิ้นสุด ซึ่งอาจจะไม่เป็นเช่นนั้นทุกประการในทางปฏิบัติแต่ก็ก่อให้เกิดการส่งเอกสารไปมามากกว่าปกติในหลักการยิงครั้งสุดท้ายเพื่อให้ฝ่ายตนเองได้ประโยชน์สูงสุดจากเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ฝ่ายตนเองเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขทั้งหมดของการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น

แต่หลักการคัดออก(Knock Out Rule)นั้นมีข้อเสียคือ มีผลกระทบในการทำให้ค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกรรมนั้นสูงขึ้นเพราะการปรับใช้หลักการที่ยืดหยุ่นในการพิจารณาว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วหรือไม่และหลักการคัดออกนี้ไม่สามารถสนับสนุนการออกเงื่อนไขและข้อกำหนดที่มีประสิทธิภาพสูงสุดต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยลักษณะที่มีการหักล้างกันของคำเสนอ คำสนองที่ส่งไปมาระหว่างคู่สัญญาและกันถ้าเงื่อนไขข้อกำหนดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ตรงกัน ซึ่งเป็นผลลัพธ์ที่อาจจะไม่ตรงความต้องการของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเลย ซึ่งหากพิจารณาจากมุมมองทางเศรษฐกิจก็สามารถมองได้ว่ามีทั้งข้อดีและข้อเสียที่ช่วยลดในการส่งเอกสารไปมาอย่างไรที่สิ้นสุด แต่ก็อาจจะเกิดการลำบากในการตีความด้วยหลักการที่ยืดหยุ่นที่ทำให้ค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมนั้นเพิ่มมากขึ้นได้ ในการมองหาจุดสมดุลในการพิจารณาซึ่งน้ำหนักข้อดีข้อเสียทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในหลักการคัดออก เป็นที่เห็นชัดว่ามีข้อดีทางเศรษฐกิจมากกว่าหลักการยิงครั้งสุดท้ายในกรณีสงครามแบบฟอร์มของคู่สัญญา โดยเฉพาะในเรื่องของการที่ช่วยในเรื่องของการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจของคู่สัญญาและไม่สนับสนุนการแลกเปลี่ยนเอกสารแบบฟอร์มระหว่างคู่สัญญาไปอย่างไม่มี

ที่สิ้นสุด แม้จะมีข้อเสียในเรื่องของการที่บางครั้งเพราะการคัดออกกันเองของเงื่อนไขของคู่สัญญาที่ทำให้ตกอยู่ในหลักทั่วไปที่อาจจะทำให้มีผลผิดไปจากเจตนาของคู่สัญญาได้ และหากมองทางด้านค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกรรม ก็ยังไม่ใช่วิธีที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ในกรณีประเทศเยอรมันก็ไม่ได้ใช้หลักการยิงครั้งสุดท้ายโดยเคร่งครัดเทียบกับสมัยก่อนอีกแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายควรจะมีการปรับเปลี่ยนให้เข้ากับยุคสมัยและข้อเท็จจริงทางสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป การพิจารณาหาแนวทางของกฎหมายที่ทำให้สอดคล้องกับความต้องการทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปและมีขึ้นเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงเป็นเรื่องจำเป็นหากเราต้องการที่จะช่วยสนับสนุนสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศให้ตอบสนองความต้องการของคู่สัญญาและช่วยสนับสนุนการประกอบธุรกิจการค้าระหว่างประเทศได้ดีมากยิ่งขึ้น แนวทางแก้ไขปัญหานี้แนวทางหนึ่งที่มีผู้นำเสนอคือแนวคิดเรื่อง หลักการยิงที่ดีที่สุด (Best Shot Rule) ที่มีขึ้นเพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในทางเศรษฐกิจ เป็นแนวทางที่สามารถเรียกได้ว่าเกิดขึ้นเพื่อเป้าหมายในการทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการทำให้เกิดประโยชน์ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยมีเป้าหมายในการที่จะแก้ไขข้อบกพร่องของทั้งหลักการคัดออกและหลักการยิงครั้งสุดท้าย ที่ไม่ได้ตอบปัญหาเรื่องการที่ไม่ได้เป็นการสนับสนุนเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดเกี่ยวกับผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เป็นการแสวงหาระบบที่สามารถสร้างแรงจูงใจให้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้สามารถสร้างเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญามาตรฐานที่ใช้กันให้สามารถสร้างผลประโยชน์ร่วมกันสูงสุดแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้

(ค) ข้อดีข้อเสียทางเศรษฐกิจของหลักการยิงที่ดีที่สุดโดยการคำนึงถึงความเป็นประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (Efficiency-based Best-shot Rule)

หลักการยิงที่ดีที่สุดเพื่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ(Efficiency-based Best-shot Rule)นั้นมีความประสงค์ที่จะให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายที่ในกรณีที่พบกับปัญหาเรื่องสงครามแบบฟอร์มของคู่สัญญาเป็นหลักกฎหมายที่ใช้แนวทางเดียวกับหลักการคัดออกในเรื่องของการเกิดขึ้นของสัญญาแต่ใช้หลักการใหม่ในการพิจารณาเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญา ภายใต้หลักการที่เรียกว่า หลักการยิงที่ดีที่สุดเพื่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (efficiency-based best-shot rule) สัญญาได้เกิดขึ้นถึงแม้ว่าข้อเสนอคำสนองจะไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการ ถ้าคู่สัญญามี

ความต้องการที่แท้จริงที่จะผูกพันกันโดยสัญญา สัญญาที่จะเกิดขึ้น ในการพิจารณาเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น ก็ใช้หลักการยิงที่ดีที่สุดเพื่อประสิทธิภาพ (efficiency-based best-shot rule) เข้ามาในการพิจารณา โดยได้พิจารณาถึงข้อเสียของหลักการยิงครั้งสุดท้ายที่ไม่ได้เป็นหลักการที่จูงใจหรือสนับสนุนให้คู่สัญญานั้นร่างสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เมื่ออยู่ภายใต้หลักการยิงที่ดีที่สุดนี้ ศาลจะพิจารณาเลือกในกรณีที่เกิดสงครามแบบฟอร์มขึ้นในระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นแบบที่มีประสิทธิภาพสูงสุด แบบและเงื่อนไขที่มีประสิทธิภาพมากกว่าจะครอบคลุมการประกอบธุรกรรมทั้งหมด และแบบของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่ยอมรับทั้งหมด

ข้อดีของวิธีนี้ในการพิจารณาเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญา คือ คู่สัญญามีแรงจูงใจที่จะร่างเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพ เพราะไม่ว่าฝ่ายไหนก็ไม่ต้องการที่จะให้เงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายตนได้รับการปฏิเสธและไม่ยอมรับอย่างสิ้นเชิงถ้าไม่มีประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีแรงจูงใจในการร่างสัญญาที่ต้องมีประสิทธิภาพมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเลือกเงื่อนไขสัญญามาตรฐานของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยพิจารณาจากประสิทธิภาพโดยรวมของเงื่อนไขของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย หลักการยิงที่ดีที่สุดที่พิจารณาจากประสิทธิภาพเงื่อนไขของสัญญานี้จะช่วยสร้างแรงจูงใจให้คู่สัญญานั้นในการร่างเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่มีประสิทธิภาพ

ดังนั้นหลักการยิงที่ดีที่สุดนี้จะช่วยในการสร้างแรงจูงใจในการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจต่อข้อตกลงที่เข้าใจร่วมกันระหว่างคู่สัญญาแล้วยังช่วยในเรื่องของการสนับสนุนเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดด้วย ถึงแม้ว่ายังเป็นที่ยกย่องว่า หลักการยิงที่ดีที่สุดโดยพิจารณาจากประสิทธิภาพนี้จะได้ผลตามที่มุ่งหวังไว้หรือไม่ ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการขัดขวางหลักการยิงที่ดีที่สุดไม่ได้ผลตามที่มุ่งหวังไว้คือ การสันนิษฐานเบื้องต้นที่ว่า คู่สัญญาได้ร่างสัญญาเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ฝ่ายตนเองแต่เพียงอย่างเดียวนั้นไม่ถูกต้องทั้งหมด สภาพความเป็นจริงนั้นแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาแม้จะอยู่ภายใต้การปรับใช้หลักการแก้ไขปัญหาในสงครามแบบฟอร์มในปัจจุบัน ไม่ได้คิดถึงแต่เพียงผลประโยชน์ของตนเองในขณะที่ร่างเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญามาตรฐาน ดังนั้นคำถามมีอยู่ว่าคู่สัญญาจะต้องอาศัยการจูงใจทางกฎหมายจากหลักการยิงที่ดีที่สุดในการที่จะร่างเงื่อนไขของสัญญาเพื่อผลประโยชน์สูงสุดร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือไม่? เป็นคำถามที่ต้องมองสภาพความเป็นจริงของการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในการพิจารณา

คำตอบหนึ่งที่เป็นไปได้คือคู่สัญญาไม่ต้องการเพราะการสันนิษฐานอย่างมีเหตุผลด้วยหลักการพื้นฐานทางเศรษฐกิจดั้งเดิมในการวิเคราะห์กฎหมายนั้นไม่สามารถอธิบายการกระทำของมนุษย์ได้อย่างถูกต้อง มนุษย์เราตามทฤษฎีนั้นควรจะเป็นคนที่สามารถใคร่ครวญได้อย่างมีเหตุผลเพื่อประโยชน์ของตนเอง แต่ความจริงแล้วมนุษย์เราเป็นสิ่งที่ชีวิตที่ซับซ้อนมากกว่านั้น โดยเฉพาะ Cass R. Sunstein ให้ความคิดเห็นไว้ว่า การตัดสินใจของบุคคลนั้นไม่ได้เกิดมาจากการตัดสินใจที่เป็นเหตุเป็นผลเท่านั้นแต่บรรทัดฐานทางสังคมนั้นมีผลเป็นอย่างมาก เขาได้ระบุว่า บรรทัดฐานทางสังคม (Norm) นั้นคือ “Social attitudes of approval and disapproval, specifying what ought to be done and what ought not to be done” ซึ่งผู้เขียนแปลความได้ว่า “พฤติกรรมทางสังคมที่ได้รับการยอมรับหรือไม่ยอมรับ, โดยเฉพาะอย่างว่าสิ่งใดควรทำหรือไม่ควรทำ”

การปรับใช้แนวคิดเรื่องบรรทัดฐานของสังคมเข้ากับกรณีสงครามแบบฟอร์ม บรรทัดฐานทางสังคมอาจจะชัดเจนใจไม่คู่สัญญาร่างเงื่อนไขของสัญญาเพื่อประโยชน์สูงสุดของตนเองแต่เพียงฝ่ายเดียวเพราะพวกเขาไม่ต้องการให้มองว่าเป็นคนเห็นแก่ตัว อย่างไรก็ตาม แม้บรรทัดฐานทางสังคมจะยับยั้งไม่คู่สัญญาร่างเงื่อนไขของสัญญาแต่เพียงเพื่อผลประโยชน์ของตนเองแต่เพียงอย่างเดียวพวกเขาก็ไม่ได้ร่างเงื่อนไขของสัญญาที่สมบูรณ์พร้อมที่มีประสิทธิภาพในการสร้างผลประโยชน์สูงสุดร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและซึ่งเป็นการสนับสนุนความมีประสิทธิภาพ ดังนั้นแม้ว่าการที่สันนิษฐานว่าคู่สัญญาจะร่างเงื่อนไขของสัญญาเพื่อผลประโยชน์ของตนเองแต่เพียงฝ่ายเดียวจะไม่ถูกเสียทั้งหมด แต่ก็ถูกต้องมากพอที่จะใช้เพื่อเป็นเหตุผลสนับสนุนในการใช้หลักการยิงที่ดีที่สุดเพื่อประสิทธิภาพในการสร้างประโยชน์สูงสุดแก่ผลประโยชน์ที่มีร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ถึงอย่างไรก็ตามก็ยังคงมีความสงสัยอยู่ว่า หลักการยิงที่ดีที่สุดนั้นจะมีผลในการสนับสนุนผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ของเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพและค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกรรมที่เหมาะสมซึ่งตรงกันข้ามกับหลักการยิงครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออกที่ปรับใช้หลักการที่ยืดหยุ่นได้ในการปรับใช้กับเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาและโดยธรรมชาตินั้น หลักการที่ยืดหยุ่นได้นั้นมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมากกว่าหลักการที่เคร่งครัด โดยเฉพาะค่าใช้จ่ายในการดำเนินการกระบวนการทางกฎหมายที่สูงหากใช้หลักการยิงที่ดีที่สุด ศาลที่พิจารณาในเรื่องสงครามแบบฟอร์มต้องพิจารณาและเปรียบเทียบความมีประสิทธิภาพโดยรวมของเงื่อนไขข้อกำหนดสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในทุกกรณีที่มีอยู่ในเงื่อนไขของสัญญา ซึ่งต่างจากจากหลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot

Rule) และหลักการคัดออก (Knock Out Rule) ที่กำหนดแนวทางที่เคร่งครัดในการว่าจะพิจารณาเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาอย่างไรและนั่นเองที่ทำให้การปรับใช้หลักการยิ่งครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออกนั้นเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าหลักการยิ่งที่ดีที่สุดในแง่ของการปรับใช้หลักการยิ่งที่ดีที่สุดนั้นค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกรรมนั้นมากกว่าที่เกิดขึ้นภายใต้หลักการยิ่งครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออก ถึงอย่างไรก็ตามแนวทางการพิจารณาของหลักการยิ่งที่ดีที่สุดในเรื่องเงื่อนไขของสัญญานั้นได้ช่วยลดค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกรรมนั้น ถ้าหลักการยิ่งที่ดีที่สุดนั้นมีการทำงานอย่างสมบูรณ์ แบบของสัญญาจะมีความแตกต่างกันน้อยลง เงินประกันก็จะน้อยลง เมื่อเงินที่ประกันน้อยลง คู่สัญญาก็มีแรงจูงใจที่จะจ่ายค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางกฎหมายน้อยลงไปด้วย ซึ่งเป็นไปได้ว่าจะมีการทำให้คดีจบไปก่อนที่จะมีการขึ้นศาลมากกว่าเดิมจำนวนครั้งของการพิจารณาก็จะลดน้อยลงด้วยอีกสาเหตุหนึ่งคือเนื่องจากคู่สัญญารู้ว่าศาลจะเลือกเงื่อนไขของสัญญาจากแบบสัญญาที่มีเงื่อนไขของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีความเป็นไปได้มากที่คู่สัญญาจะพยายามเจรจาให้เรื่องยุตินอกศาลแทนที่จะก่อให้เกิดกระบวนการทางที่ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายสูงในการดำเนินการทางกฎหมาย ส่วนในเรื่องข้อวิจารณ์ว่าการยุติความขัดแย้งหากไปสู่ศาลพิจารณานั้นจะมีค่าใช้จ่ายที่สูงมากกว่าหลักการยิ่งครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออกที่มีค่าใช้จ่ายต่ำกว่าหลักการยิ่งที่ดีที่สุดนั้นมีข้อดีไม่เท่ากับการที่หลักการยิ่งที่ดีที่สุดนี้จะช่วยลดจำนวนการดำเนินการพิจารณาคดีที่ไปสู่ศาล โดยสรุปคือหลักการยิ่งที่ดีที่สุดโดยพิจารณาจากประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจนี้มีข้อดีอย่างมากสองข้อคือหนึ่งได้สนับสนุนการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจของคู่สัญญาและอย่างที่สองคือการที่สนับสนุนเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สิ่งที่แลกเปลี่ยนในการได้จากข้อได้เปรียบสองข้อนี้คือราคาของการดำเนินธุรกรรมที่เพิ่มสูงขึ้นจากการปรับใช้หลักการยิ่งที่ดีที่สุดนี้ เมื่อพิจารณาข้อดีและข้อเสียที่เกิดขึ้นของหลักการยิ่งที่ดีที่สุดนี้ ข้อดีนั้นมีมากกว่าข้อเสีย ข้อดีในเรื่องของการสนับสนุนการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจและการสนับสนุนเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดนั้นมีมากกว่าข้อเสียคือค่าใช้จ่ายที่เพิ่มสูงขึ้นจากการทำธุรกรรมนั้นและยังรวมไปถึงการที่ช่วยลดคดีที่จะนำไปสู่ศาลจากหลักการยิ่งที่ดีที่สุดนั้นที่ช่วยลดเงินประกันให้ต่ำลงและชักจูงให้คู่สัญญาเจรจาความขัดแย้งก่อนที่จะขึ้นสู่ศาล และหลักการยิ่งที่ดีที่สุดนั้นมีประสิทธิภาพในการสนับสนุนผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายทางเศรษฐกิจมากกว่าหลักการยิ่งครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออก

ในประเทศต่างๆทั่วโลกได้มีแนวทางการใช้ทั้งหลักการยั้งครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออก แต่จะเห็นได้ว่าก็ยังมีข้อดีข้อเสียให้ต้องพิจารณากันอยู่ทั้งหลักการยั้งครั้งสุดท้ายที่มีอิทธิพลในประเทศเยอรมันหรือหลักการคัดออกในฝรั่งเศสในการแก้ไขปัญหาสงครามแบบฟอร์ม แต่ทั้งสองหลักการก็ยังมีข้อโหว่อยู่ว่าไม่สามารถเป็นแนวทางที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดสำหรับประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้และรวมไปถึงในอังกฤษที่ยังใช้แนวทางหลักการยั้งครั้งสุดท้ายและCISGเป็นการไม่สนับสนุนแนวทางการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจของคู่สัญญาและไม่สามารถสนับสนุนเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพเพื่อประโยชน์สูงสุดของคู่ความทั้งสองฝ่ายได้และนำมาซึ่งค่าใช้จ่ายที่สูงในการทำธุรกรรมและหลักการคัดออกนั้นได้มีการปรับใช้ในสหรัฐอเมริกา, ฝรั่งเศสและเยอรมันภายใต้ UNIDROIT และ Principles of European Contract Law แม้จะเป็นหลักการที่ยืดหยุ่นแต่ก็ยังไม่สามารถสนับสนุนแนวทางที่ทำให้เกิดเงื่อนไขของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในการทำเพื่อประโยชน์ร่วมกันของคู่ความทั้งสองฝ่ายได้จึงควรจะมีแนวทางใหม่ที่สามารถสนับสนุนการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของคู่ความทั้งสองฝ่ายมากกว่าสองหลักการที่ใช้อยู่คือหลักการยั้งครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออก ซึ่งหลักการยั้งที่ดีที่สุดในขณะนี้เข้ามาแก้ไขข้อเสียที่มีอยู่ของหลักการเดิมทั้งสองอย่างภายใต้หลักการนี้ศาลจะเป็นผู้พิจารณาในการเกิดขึ้นของสัญญาโดยการมองหาข้อเท็จจริงในการต่อรองกันระหว่างคู่สัญญาและพิจารณาเงื่อนไขของสัญญาโดยการเลือกเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และหลักการยั้งที่ดีที่สุดในนี้มีความสำคัญคือการที่สนับสนุนการแลกเปลี่ยนโดยสมัครใจของคู่ความทั้งสองฝ่ายและเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่มีประสิทธิภาพสูงสุด เป็นการสร้างหลักการที่มีประสิทธิภาพในเรื่องสงครามแบบฟอร์มมากกว่าสองหลักการเดิมที่ใช้อยู่คือหลักการยั้งครั้งสุดท้ายและหลักการคัดออก

2.3 หลักเกี่ยวกับแบบของสัญญาและการมีหลักฐานเป็นหนังสือ

แบบของสัญญาและหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเป็นหลักกฎหมายที่มีมานานจนถึงกับมีคำกล่าวว่า “การทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรคือการแสดงเจตนาที่ดีที่สุด” การมีหลักฐานเป็นหนังสือเป็นพยานหลักฐานสำคัญที่บ่งบอกถึงการแสดงเจตนาของคู่สัญญา หลักฐานที่เป็นหนังสืออาจจะเป็นตัวที่บ่งบอกเหตุผลที่มาที่ไปของข้อความในสัญญาหรือเจตนาที่มีการเจรจาต่อรองเงื่อนไขระหว่างคู่สัญญาในตอนก่อนที่จะมีการเจรจาครั้งสุดท้ายและเหตุผลและที่มาของข้อตกลงต่างๆของสัญญาข้อ

ขายที่เกิดขึ้นนั้น แนวทางความเป็นมาของแบบของสัญญาและหลักฐานเป็นหนังสือเริ่มขึ้นมาตั้งแต่สมัยโบราณที่คู่สัญญาได้มีสัญญาซื้อขายต่อกันและได้มีการทำสัญญาไว้เป็นหลักฐาน อย่างตามกฎหมายโรมัน นั้นก็มีแนวคิดในเรื่องของแบบนิยมมาก ที่เรียกว่าหากไม่มีแบบก็ไม่สามารถรับการคุ้มครองได้ตามกฎหมาย

2.3.1 แบบของสัญญา (Form of Contract)

แบบของสัญญา (Form of Contract) เป็นการที่กฎหมายกำหนดรูปแบบของการทำสัญญาประเภทนั้นไว้โดยเฉพาะหากไม่ทำตามแบบก็ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ เช่น มาตรา ๑๕๒ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย “การใดที่มีได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” แบบของสัญญานั้นเป็นแนวทางที่กำหนดในข้อกำหนดว่ารูปแบบของสัญญาที่ต่างกันกฎหมายจะมีข้อกำหนดว่าต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หรือจะเป็นสัญญาที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ให้ต้องทำตามแบบ แบบของสัญญานั้นมีผลทางกฎหมายในเรื่องของความสมบูรณ์ของสัญญาและการที่จะสามารถใช้บังคับคดีตามกฎหมายได้ ในลักษณะของกฎหมายสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศนั้นเป็นการทำสัญญาที่มีลักษณะของ”ระหว่างประเทศ” ซึ่งแบบที่ใช้ในการทำสัญญาก็ใช้แบบสัญญาของประเทศที่ทำสัญญานั้นอันเป็นเรื่องของแบบของสัญญาในลักษณะระหว่างประเทศนั้น

ในสมัยก่อนได้มีแนวทางของการเคร่งครัดในเรื่องแบบ ในแนวคิดเรื่องรูปแบบ เป็นแนวคิดเรื่อง รูปแบบนิยม (Formalism) จากในสมัยโบราณที่การแสดงเจตนาอย่างเดียวนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย และต้องมีการกระทำอย่างอื่นประกอบตามที่สังคมนั้นยอมรับว่าการทำสัญญานั้นเกิดขึ้น อันเป็นการทำตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามประเพณีการค้าของคนในท้องถิ่นนั้น ซึ่งก็คือการทำตาม”แบบ”(Form) ที่ใช้บังคับกัน ณ ที่แห่งนั้นเอง ในแนวคิดที่แบบเป็นสำคัญนั้นแม้จะมีเจตนาแต่ถ้าไม่มีแบบก็จะมีผลตามกฎหมาย แต่ถ้ามีแบบแล้วแม้จะไม่มีเจตนา ก็จะมีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย เรียกได้ว่า เป็นแบบที่ทำให้นิติกรรมมีผลใช้บังคับ(Effective Form) มากกว่าที่จะเป็นแบบเพื่อพิสูจน์การเกิดขึ้นของสัญญา (Protective Form) ในยุคสมัยใหม่นั้นแบบคือวิธีการสื่อสารเจตนาเนื่องจากการแสดงเจตนาที่อยู่ภายในออกมาต้องอาศัยการสื่อสารที่สามารถแสดงออกมาให้บุคคลภายนอกนั้นได้รับรู้ทราบถึงเจตนาที่มีอยู่ภายในใจของเรา หากเปรียบกับเจตนาคือคน แบบก็คือรถที่เป็นเครื่องมือในการขนส่งคนจากที่หนึ่งไปสู่อีกที่หนึ่ง แบบคือพาหนะของเจตนา ในแนวทางการคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ(Natural Law)ได้มีแนวทางการเน้นเสรีภาพในการทำสัญญา และเจตนาของคู่สัญญาที่เป็นรากฐานแนวทางการคิดไปสู่เรื่องเสรีภาพในเรื่องแบบ เป็นแนวคิดของ

สำนักกฎหมายธรรมชาติที่มองต่างจากสำนักแนวคิดกฎหมายบ้านเมือง(Positive Law)ที่มองว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์ ที่มองว่ากฎหมายคือกฎระเบียบคำสั่งของรัฐบาลที่มีแนวทางในการมองเรื่องแบบที่ต่างไปกล่าวคือได้มองว่าแบบคือข้อกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ประชาชนนั้นต้องปฏิบัติตาม โดยสำนักกฎหมายธรรมชาตินั้นให้ความสำคัญกับแนวทางเจตนาภายในและหลักการเรื่องเสรีภาพมากกว่าเรื่องการปฏิบัติตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียว

ตามกฎหมายของประเทศไทย ตามมาตรา 152 ที่ว่าการนิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะที่ไม่ได้ทำตามแบบนั้นได้มีแนวคิดเป็นสองแนวคิด

แนวคิดแรกมีความเห็นว่า เมื่อกฎหมายได้มีการกำหนดวิธีการให้ทำไว้โดยเฉพาะแล้ว แม้จะมีได้มีการกำหนดผลว่าเป็นโมฆะเมื่อไม่ได้มีการกระทำตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แต่ผู้ที่ทำนิติกรรมนั้นมิได้มีการกระทำการตามที่กฎหมายได้กำหนดแล้ว นิติกรรมนั้นต้องตกเป็นโมฆะตามหลักทั่วไปของมาตรา 152 เสมอ แนวคิดนี้ได้มีการมองเรื่องแบบเป็นสาระสำคัญที่มีผลต่อการเกิดขึ้นของนิติกรรมสัญญา โดยสัญญานั้นจะมีผลถึงขั้นเป็นโมฆะเลยหากไม่มีการกระทำตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ยึดถือแนวคิดกฎหมายเป็นสาระสำคัญมากกว่าเจตนาของคู่สัญญาและหลักการเสรีภาพในการทำสัญญา จะมองว่าเป็นแนวคิดที่อิงหลักการตามสำนักแนวคิดกฎหมายบ้านเมืองมากกว่าสำนักกฎหมายธรรมชาติก็ได้

อีกแนวคิดหนึ่ง มีความคิดเห็นว่าเมื่อกฎหมายมิได้มีการกำหนดผลของการฝ่าฝืนในเรื่องการไม่ทำตามแบบและวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะแล้วจะอาศัยหลักเรื่องการตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ไม่ได้ต้องมีการพิจารณากันเป็นกรณีไป แนวคิดนี้จะยึดหยุ่นมากกว่าแนวคิดที่เน้นหลักของกฎหมายบ้านเมืองอย่างแนวความคิดแรก ทั้งที่เป็นเรื่องของ 1)แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ 2)แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และ3)แบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน

แบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นเป็นแนวคิดที่ว่าสัญญาจะมีผลก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินกันแล้ว เป็นหลักการที่ยึดแน่ว่าสัญญาจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินกันแล้ว ถ้อยคำในตัวบทภาษาไทยใช้คำว่าสมบูรณ์ ในศัพท์ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “invalid” ที่มองว่าหากไม่มีการส่งมอบก็ถือว่าไม่สมบูรณ์เลยและแม้จะมีการส่งมอบที่หลังก็ไม่เป็นการทำให้สัญญากลับมาสมบูรณ์ได้

อีกแนวทางหนึ่งคือการที่ถ้าไม่ส่งมอบกันนั้นแบบของสัญญาถือว่า “ไม่บริบูรณ์” เป็นการส่งมอบที่ถือว่าอยู่ในลักษณะทรัพย์สัญญา(real contract) ที่มีการใช้คำแตกต่างระหว่าง “ไม่สมบูรณ์” กับ “ไม่บริบูรณ์” นั้นต้องพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมาย ถ้าไม่ส่งมอบสัญญานั้นไม่บริบูรณ์ นั้นไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ เมื่อไรที่มีการส่งมอบสัญญานั้นก็บริบูรณ์ สามารถใช้บังคับกันได้ สาเหตุเพราะสัญญา ทรัพย์สัญญานี้ เป็นสัญญาที่ “หนี้” ตามสัญญาจะเกิดได้ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินกันตามสัญญา

ผลของนิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะตามหลักกฎหมายมาตรา 152 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย จากการที่ประเทศไทยยังมีการกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องกระทำตามแบบแสดงว่ายังมีแนวความคิดเรื่องของการยึดถือรูปแบบนิยมในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ซึ่งมองเรื่องของการที่มีแบบตามที่กฎหมายกำหนดสำคัญกว่าเจตนาที่มีอยู่ภายในของคู่สัญญาและการมีผลเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในแต่ละกรณีเช่นสัญญาฝากสินค้า สัญญาเช่าโกดังสิ่งของต่างๆซึ่งอาจเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักคือสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศและอาจมีสัญญาฝากทรัพย์ เช่าโกดังเป็นสัญญาอุปกรณ์ในบรรดาเอกสารที่มีมากมายในการที่คู่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ส่งไปมาระหว่างกันในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น อาจมีสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นสัญญาประธานและมีสัญญาอื่นๆประกอบเป็นสัญญาอุปกรณ์ แบบของสัญญานั้นคือสิ่งที่จำกัดว่าสัญญาชนิดนั้นได้ทำตามแบบที่กฎหมายรองรับและเป็นสัญญาที่สมบูรณ์มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายเท่านั้น

2.3.2 การมีหลักฐานเป็นหนังสือ (Evidence by Writing)

หลักฐานเป็นหนังสือนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญในกระบวนการพิจารณาคดีและรวมไปถึงการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่หากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็จะใช้บังคับไม่ได้หรือไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ หากเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๖๕๓ วรรคหนึ่ง เรื่องการกู้ยืมเงิน ถ้าไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง ก็จะไม่สามารถฟ้องร้องให้บังคับคดีได้หลักฐานเป็นหนังสืออาจจะเป็นเรื่อง ของเอกสารจดหมาย ที่สามารถอ่านเข้าใจและสื่อความหมายได้ว่า มีการกู้เงินหรือมีมูลหนี้ขึ้นอยู่กับที่กล่าวอ้างจริง การมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นต้องอยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าใจและสื่อความหมายของหลักฐานนั้นได้ กฎหมายของประเทศไทยที่แม้จะมีการแก้ไขแล้วก็ยัง

ยึดถือหลักการเรื่องการที่สามารถนำกลับมาและสื่อความหมายได้อย่างเดิมอยู่ ว่าสามารถที่จะกลับมาสื่อความหมายได้อย่างเดิมแม้จะมีการแปลงสภาพไปอยู่ในสถานะข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ตามเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นก็ตาม กฎหมายไทยได้มีการขยายขอบเขตไปในเรื่องของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถนับว่ามีเอกสารเป็นหนังสือได้

ในเรื่องเหตุผลและความจำเป็นของกฎหมายไทยที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เนื่องจากหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเป็นหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือ สามารถใช้ในกระบวนการพิจารณาในการพิจารณาความน่าเชื่อถือว่าสัญญาที่เป็นข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นจริงและมีเนื้อหารายละเอียดอย่างไรบ้าง (ร. แลงกา ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย หน้า 27) สัญญาลายลักษณ์อักษร ในกฎหมายสมัยเก่า พระอัยการลักษณะกึ่งหนับทที่ 46 ได้ระบุสัญญาไว้ 3 ชนิด ที่จะเป็นผลก็ต่อเมื่อได้มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ สัญญากู้ สัญญาขายคนลงเป็นทาส และสัญญาค้าประกัน จะเห็นได้ว่าหลักการที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะมีผลตามกฎหมายนั้นมามีตั้งแต่กฎหมายของไทยสมัยโบราณแล้ว

ในเรื่องของสัญญาซื้อขาย ในลักษณะของไทยโบราณนั้นเรียกว่าการใช้เงินซื้อขายยังไม่แพร่หลายการซื้อขายนั้นใช้ในลักษณะเอาทรัพย์สินต่อทรัพย์สินมาแลกเปลี่ยนกัน²² สิ่งนี้เรียกว่าระบบบาร์เตอร์ (Barter) เป็นการเอาทรัพย์สินต่อทรัพย์สินมาแลกเปลี่ยนกัน ซึ่งความนิยมในการชาระบบบาร์เตอร์นี้ได้ลดน้อยลงเมื่อการใช้เงินกระดาษที่เป็นสื่อกลางได้มีการใช้อย่างแพร่หลายมากขึ้นการซื้อขายนั้นเป็นสัญญาอันสำคัญเป็นอย่างมาก ในการซื้อขายที่แพร่หลายมากที่สุดและสำคัญก็คือการซื้อขายทาสนั่นเองนี่คือสิ่งที่เราต้องตระหนักอยู่เสมอว่าประวัติศาสตร์และสังคมนั้นเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา เรื่องที่ไม่สามารถรับได้อย่างการเอาคนลงเป็นทาสในสมัยนี้ แต่ในสมัยกรุงศรีอยุธยานั้นการซื้อขายทาสนับว่าเป็นสัญญาซื้อขายที่เป็นที่นิยมมาก ในความเห็นในเรื่องของเจตนาและเรื่องของการซื้อขาย ร. แลงการ์ด ไม่ใช้เรื่องของเจตนาที่สร้างขึ้นเพื่อการซื้อขายแต่เพียงอย่างเดียว²³ แต่เป็นหน้าที่ของการชำระราคาด้วยซึ่งการชำระราคาตามกฎหมายเก่าของประเทศไทยนั้น ไม่มีความจำเป็นต้องชำระราคาทั้งหมด จะชำระแต่บางส่วนก็ได้ “หากผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามวันที่ได้ตกลงกัน จะต้องคืนเงินให้แก่ผู้ซื้อเป็นจำนวนสองเท่าที่ตนได้รับมา “(กึ่งนี้ ๔๙)

²² ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2480), น. 118.

²³ เพ็งอ้ง, น. 123.

กฎหมายเก่าของประเทศไทยนี้เห็นว่าการชำระราคาไม่จำเป็นต้องทั้งหมดก็ทำให้สัญญาเกิดขึ้นและมีหน้าที่เกิดขึ้นแล้ว และยังได้มีส่วนในการที่กำหนดเบี้ยปรับไว้เป็นสองเท่าเป็นบทขดเซยค่าเสียหายจากการผิดสัญญาด้วย ซึ่งก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงส่วนที่ไม่เหมาะสมในเรื่องค่าปรับสองเท่านั้นในการพัฒนากฎหมายในภายหลัง

ในเรื่องของการที่เป็นเอกสารพยานหลักฐานนั้น ในสมัยก่อนก็มีลักษณะของการที่นำพยานบุคคลมาสืบ

“พระอัยการทาสบทที่ ๔๘ ความว่า กฎหมายเก่ายอมให้ลูกหนี้นำพยานสืบหักล้างกรรมธรรม ฝ่ายเจ้าหนี้จะฟ้องได้ก็แต่เมื่อหลักฐานกรรมธรรมได้ ถ้ากรรมธรรมที่อ้างนั้นได้ถูกต้องตามแบบแล้วยอมเป็นที่เชื่อถือได้ในเบื้องต้น(ตระลาการ ๖) แต่หากลูกหนี้ต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้ไปแล้ว ลูกหนี้อาจพิสูจน์ได้โดยอาศัยวิธีต่างๆซึ่งผู้ต่อสู้คดีธรรมดานำมาใช้ได้”²⁴

จะเห็นได้ว่าในลักษณะของกฎหมายเก่านั้น มีเรื่องของการยอมรับเรื่องแบบมาแต่ก่อน แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้มีการพิสูจน์ด้วยวิธีต่างๆอีกด้วย แม้ท่าน ร. แลงการ์ดจะเห็นว่าเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดการบิดพลิ้ว ข้อผลและเกิดความขัดแย้งระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ก็ตาม แต่แนวทางของการที่สามารถพิสูจน์ได้ด้วยวิธีอื่นแม้หลักฐานเป็นหนังสือจะเป็นการที่เชื่อถือได้ขั้นต้นก็ตาม ก็นับว่าเป็นแนวทางที่ยอมรับหลักการที่จะแสวงหาพยานหลักฐานอย่างอื่นนอกเหนือจากหลักฐานที่เป็นหนังสือถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

ต่อมาได้มีประกาศสองฉบับ ได้ลงวันที่ 5 เมษายน พ.ศ. 2403 ในสมัยพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเพื่อแก้ไขปัญหาการฟ้องร้องที่เพิ่มมากขึ้น โดยได้มีหลักการสองประการในการนำพยานบุคคลมาสืบหักล้างพยานเอกสารคือ

ประการแรก “ลูกหนี้ต่อสู้ว่าเอกสารที่เจ้าหนี้นำมาแสดงนี้เป็นเอกสารปลอม ตนมิได้ลงนาม เช่นนี้ย่อมจะต้องอาศัยคำพะยานและผู้ชำนาญเพื่อแสดงความจริงได้ แต่การต่อสู้เช่นนี้ลูกหนี้ต้องกล่าวอ้างตั้งแต่เริ่มแรกที่ถูกฟ้องทีเดียว”²⁵

ประการสอง “ลูกหนี้ต่อสู้ว่าตนถูกเจ้าหนี้ข่มขู่หรือเขียนตีจ้องจำบังคับให้ลงชื่อในกรรมธรรมโดยมิได้รับเงินตามจำนวนที่เขียนไว้ หรือให้ยอมรับใบรับที่มีจำนวนเงินน้อยกว่าเงินที่ได้

²⁴ เฟื่องอ้าง, น. 158.

²⁵ เฟื่องอ้าง, น. 160.

ชำระให้แล้ว ในกรณีนี้ลูกหนี้ต้องถวายฎีกา(หรือร้องต่อผู้สำเร็จราชการเมืองและกรรมการในหัวเมือง) ภายในเวลา 7 วัน นับแต่วันที่ถูกข่มขู่ ฎีกานี้จะได้รับบัญชาให้ไต่สวนโดยด่วน และลูกหนี้อย่อมจะนำ พยานมาพิสูจน์เพื่อสนับสนุนข้อความในฎีกาได้ แต่ถ้าลูกหนี้ปล่อยให้กำหนดเวลา ๗ วันผ่านพ้นไป แล้ว โดยมีได้ถวายฎีกา ลูกหนี้หมดสิทธิที่จะโต้แย้งข้อความในเอกสารซึ่งตนได้ลงนามไว้แล้วนั้นเลย”

ประกาศ พ.ศ. 2403 นี้ คงใช้อยู่จนถึงเวลาประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ซึ่งก็เป็นการเปลี่ยนแปลงแนวทางกฎหมายที่ใช้ในประเทศไทยในกาล ต่อมา ร. แลγκαต์ เห็นว่าการทำเช่นนี้ทำให้หลักการเรื่องพยานเอกสารมีน้ำหนักกว่าพยานบุคคลนั้นมี ผลจริง แต่ก็อาจทำให้ศาลนั้นต้องตกอยู่ในแบบพิธีที่เคร่งครัด จะเห็นได้ว่าความเคร่งครัดตามแบบนั้น ได้สร้างความกังวลให้กับผู้ศึกษากฎหมายของประเทศไทยมานับแต่โบราณแล้ว ซึ่งตอนหลังได้มีการ ผ่อนคลายมากขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกเช่นในเรื่องของ กรณีใบรับเงินที่ได้เกิดความสูญหายไป (ตามฎีกา 687/121, 537/123) เป็นต้น แม้แต่ในช่วงยุคสมัยเก่าในช่วงนั้นนั่นเองก็ยังคงมีการ วิเคราะห์และตระหนักถึงความเปลี่ยนแปลงของยุคสมัยที่จะมีสภาพของสัญญา ดังนั้นนักกฎหมายจึง ต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะกับยุคสมัยอยู่เสมอเพื่อให้สามารถตอบรับสภาพสังคมและชุมชน ที่เปลี่ยนแปลงไปให้ได้

“แต่โดยที่ได้มีเหตุเปลี่ยนแปลงทางชุมชนและเศรษฐกิจและโดยเฉพาะ เนื่องจากการค้า ได้เจริญขึ้น บรรดาสัญญาเก่า ซึ่งแม้จะดัดแปลงแก้ไขเข้ากับยุคสมัยอยู่บ้างดังกล่าวนานี้ก็หาเพียงพอ ต่อความต้องการของชุมชนไม่ จำเป็นต้องมีสัญญาใหม่ๆเพิ่มขึ้นอีก หลักกฎหมายสัญญาใหม่ซึ่งเพิ่ง แพร่หลายขึ้น เปิดทางให้มีสัญญาปรากฏขึ้นใหม่อย่างสะดวก”²⁶

นิติกรรม สัญญานั้นนอกจากเรื่องแบบแล้วยังมีเรื่องของหลักฐานเป็นหนังสือ ในลักษณะ ของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นได้มีเอกสารหลักฐานมากมายหลายชุด เอกสารหลักฐานเป็น หนังสือนั้นเป็นบางกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ให้ทำตามแบบ แต่ก็อาจจะมีการกำหนดให้มี หลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบสำคัญ จึงจะสามารถบังคับคดีได้ มิเช่นนั้นหากไม่มี หลักฐานเป็นหนังสือก็จะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการมีอำนาจฟ้องหรือไม่

²⁶ เฟื่องอ้าง, น. 203.

ตามหลักการที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ การไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือและไม่มีสิทธิในการฟ้องร้อง บังคับคดีนั้นเป็นคนละอย่างกับเรื่องที่ว่าสัญญานั้นได้เกิดขึ้นหรือไม่ สัญญาอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็สามารถที่จะเป็นไปได้ แค่ว่าสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีในเรื่องนั้นในกรณีที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือเท่านั้น และเมื่อมีหน้อยอยู่จริง การชำระหนี้ไปแล้วก็ไม่สามารถที่จะเรียกคืนได้ เพราะเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นอย่างถูกต้องตามกฎหมาย หลักฐานเป็นหนังสือจึงเป็นสิ่งสำคัญในเรื่องของสิทธิที่จะฟ้องคดี และหากพิจารณาตามข้อเท็จจริง หลักฐานเป็นหนังสือถือเป็นพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ได้โดยง่ายและสะดวก จึงเป็นที่นิยมในการพิจารณาคดีในศาล เป็นหลักการที่เห็นได้ในระบบกฎหมายของประเทศไทยเห็นได้จากแม้จะมีการแก้ไขด้วย

หลักฐานเป็นหนังสือนั้นได้มีการใช้มาตั้งแต่สมัยโบราณที่มองเรื่องการเป็นแบบพิธีในการทำสัญญา ต้องทำตามแบบสัญญาจึงจะมีผลขึ้นได้ และได้มีอิทธิพลมาตลอดจนถึงปัจจุบัน แต่ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย จนมาถึงยุคปัจจุบันที่แนวคิดเรื่องเสรีภาพของบุคคล เสรีภาพในการทำสัญญาต่างๆได้มีแนวโน้มเป็นที่นิยมเพิ่มมากขึ้น ทำให้แนวคิดเรื่องของการต้องทำตามแบบนั้นลดน้อยลงกว่าเดิมและเพิ่มความยืดหยุ่นมากขึ้นด้วยหลักของเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ตามกฎหมายของประเทศไทย หลักฐานเป็นหนังสือนั้นยังมีความสำคัญอยู่ในด้านการเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็จะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้แม้จะมีการแก้ไขในเรื่องของสัญญาในพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ก็เป็นเพียงแค่การแก้ไขในเรื่องสื่อกลางของสัญญาที่เกี่ยวข้องด้วยเทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการพัฒนาเพิ่มขึ้นเท่านั้น

หลักการเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือทำให้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ยังมีผลตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามแบบเดิมที่เคยใช้อยู่ ซึ่งเป็นการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ไม่ดีพอเนื่องจากมีแนวทางที่ทำให้ประชาชนถูกตัดสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีหากขาดหลักฐานเป็นหนังสือเป็นการขัดกับหลักการเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา ที่ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำสัญญาโดยเสรีภาพนั้นไม่ขัดกับเสรีภาพของผู้อื่นหรือขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชน แนวทางที่กล่าวว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนและเสรีภาพของบุคคลอื่นมีไว้เพื่อป้องกันเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่ให้ถูกละเมิดโดยการใช้เสรีภาพของอีกบุคคลหนึ่ง และศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจจะเป็นเรื่องของมาตรฐานศีลธรรมในสังคมนั้นซึ่งอาจเกี่ยวพันกับความเชื่อ แนวคิด ขนบธรรมเนียม

ประเพณี แต่หากเราพิจารณาในเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญาแล้วหากไม่ใช่เรื่องของการกระทำที่
 ทำละเมิดเสรีภาพของผู้อื่นหรือผิดศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลก็ควรที่จะมีเสรีภาพที่จะทำ
 สัญญาใดก็ได้และรัฐไม่ควรเข้าไปห้ามเสรีภาพในการทำสัญญาของประชาชนนั้น การที่รัฐออก
 กฎหมายห้ามหรือกำหนดเรื่องรูปแบบของสัญญาหรือหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเป็นการที่รัฐริดรอนสิทธิ
 เสรีภาพของประชาชนในการที่จะทำสัญญาหรือที่จะฟ้องร้องบังคับคดีหากมีการฉ้อโกงเกิดขึ้น ซึ่ง
 แนวทางของการออกกฎหมายที่ตั้นนั้นจะมีการพิจารณาว่าหลักการของกฎหมายข้อนี้ออกมาเพื่ออะไร
 และมีเป้าหมายอย่างไรในการออกคำกฎหมายข้อบังคับเช่นนั้นออกมา การที่ออกกฎหมายริดรอน
 สิทธิเสรีภาพของประชาชนในการฟ้องร้องคดีนี้หากมีข้อดีคือเป็นเพียงแค่การลดขั้นตอนความวุ่นวาย
 และเนื้อหาของงานของการดำเนินกระบวนการเอกสารเท่านั้น แต่ก็นั่นเท่ากับว่าไม่ได้อำนวยความสะดวก
 ยุติธรรมแก่ประชาชนอย่างทั่วถึงในโลกปัจจุบันที่ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเพิ่มมากขึ้นและพยาน
 เอกสารหลักฐานในรูปแบบเดิมนั้นน้อยลงและมีการใช้พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์หรือรูปแบบ
 อื่นเพิ่มมากขึ้น การคำนวณงบประมาณรายจ่ายนั้นสำคัญก็จริงแต่การพิจารณาว่าแนวทางของการทำ
 ธุรกิจเปลี่ยนไปจากเดิมและการทำธุรกรรมที่ใช้เอกสารจะน้อยลงและแนวทางของรัฐบาลก็มีแนวโน้ม
 ที่จะสนับสนุนการใช้จ่ายเงินเดือนทางอิเล็กทรอนิกส์อีกด้วยจึงเป็นเรื่องที่เราควรนำกลับมาพิจารณา
 ว่า กฎเกณฑ์ข้อบังคับที่ใช้อยู่แต่เดิมยังคงมีความเหมาะสมกับยุคสมัยที่เปลี่ยนไปหรือไม่ ซึ่งเราต้องมีการ
 การพิจารณาข้อดีข้อเสียอย่างรอบด้าน

ค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นในกระบวนการของหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่แม้จะมีความปลอดภัย
 และความน่าเชื่อถือที่สูงขึ้นจากการเข้ารหัสบุคคลของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์แต่เทคโนโลยีที่สูงขึ้น
 นั้นก็ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายและความซับซ้อนยุ่งยากที่เกิดขึ้นแก่บุคคลทั่วไปเช่นกัน แต่หากพิจารณาใน
 ยุคปัจจุบันที่เริ่มมีการสนับสนุนเปลี่ยนระบบเป็นการใช้เงินอิเล็กทรอนิกส์ การเข้าสู่ยุคของเอกสาร
 ทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ใช่คำถามว่าจะทำดีหรือไม่แต่เป็นคำถามว่าจะเริ่มทำเมื่อไรเท่านั้นเอง เพราะใน
 เรื่องของเทคโนโลยีและความเปลี่ยนแปลงของสังคม เราไม่สามารถหยุดความเปลี่ยนแปลงของสังคม
 และเทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์ที่แพร่หลายมากขึ้นได้ เราสามารถทำได้แค่การปรับเปลี่ยนไปตาม
 เทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์และรูปแบบทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไปจากเทคโนโลยีนั้นที่ทำให้แนวทาง
 ของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ค่าใช้จ่ายที่สูงมากขึ้นนั้นเป็นเรื่องที่
 ควรนำมาพิจารณาในเรื่องปัญหาความเหลื่อมล้ำทางสังคม แต่แนวทางแก้ไขเป็นเรื่องของมาตรการที่

สามารถรองรับความเปลี่ยนแปลงที่กำลังจะมาถึงได้ดียิ่งขึ้น หากแต่วิธีที่ดีควรจะเป็นแนวทางที่ยังรองรับการใช้รูปแบบเก่าแต่ก็มีการแก้ไขกฎหมายรองรับยานเอกสารและหลักฐานเป็นหนังสืออิเล็กทรอนิกส์หรือพยานหลักฐานที่ไม่ได้เป็นหนังสือตามความหมายที่มีอยู่แต่เดิมก็จะเป็นการช่วยแก้ปัญหาการเกิดของสัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

หากมองปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ อาจมองได้ทั้งอุดมคติที่ดีควรจะเป็นและสิ่งที่สามารถปฏิบัติได้ตามความเป็นจริง มันอาจจะมีความซับซ้อนหรือสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้นในการที่แก้ไขปัญหทั้งหมด แต่ในการแก้ไขกฎหมายเราควรจะต้องพิจารณาทั้งระบบและคาดการณ์สภาพการณ์ในอนาคตว่า การค้าไม่ได้คงอยู่ในรูปแบบอย่างในอดีตอีกต่อไปแล้ว กฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่างๆที่เกิดขึ้นในสภาพการณ์หนึ่งจึงควรที่จะมีการทำการแก้ไขเมื่อสภาพการณ์และปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่มีกฎหมายเดิมใช้อยู่เพราะเราไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพสังคมที่พัฒนาอย่างรวดเร็วได้ คดีนั้นมันแต่จะเพิ่มปริมาณมากขึ้นเพราะจำนวนคนและความสามารถติดต่อสื่อสารในระยะทางที่ห่างกันไป กฎหมายจึงควรจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้เข้ากับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ดังที่เห็นได้จากแนวความคิดแต่เริ่มแรกในการแก้ไขกฎหมายในเรื่องสัญญาตามประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในยุคดั้งเดิมนั้นก็มีการพิจารณาแก้ไขในการปรับเปลี่ยนไปตามสภาพการณ์สังคมที่แตกต่างกันเช่นกัน หากเราพิจารณาจากภาพรวมในการพัฒนาการและการขยายงานของทางราชการ สิ่งหนึ่งที่พบมาตลอดในการบริหารงานราชการคือ เราไม่สามารถมีงานพอดิบกับจำนวนคนได้ทั้งหมดในทางปฏิบัติ การปรับเปลี่ยนโยกย้ายกำลังคนนั้นมีอยู่ตลอดเวลาในการทำงานในระบบราชการ การใช้ข้อกล่าวอ้างว่าเป็นการเพิ่มภาระงานทางกฎหมายมากขึ้นนั้นอาจจะไม่ตรงกับปัญหาที่เกิดขึ้นนักเพราะเมื่อประชากรเพิ่มมากขึ้นปัญหาก็เพิ่มขึ้นตามมาเป็นสัดส่วนเช่นกัน การที่สร้างระบบอย่างมีประสิทธิภาพในการจัดการด้านกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นน่าจะเป็นการดีกว่าในระยะยาว เพราะพอถึงจุดหนึ่งระบบต้องมีการเปลี่ยนแปลงเสมอในการปรับให้เข้ากับยุคสมัย เพราะเอกสารนั้นจะไม่มีวันลดลงอย่างเด็ดขาดในระบบของข้าราชการถ้าปริมาณประชานั้นยังคงเพิ่มขึ้น

บทที่ 3

หลักกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

3.1 หลักกฎหมายตามอนุสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ CISG

ในการค้าระหว่างประเทศนั้นได้มีความพยายามที่จะแก้ไขข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นได้ในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ แนวทางของกฎหมาย CISG จึงเป็นเรื่องของการลดความขัดแย้งของคู่สัญญาในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเท่าที่จะเป็นไปได้ยังคงเคารพธรรมเนียมประเพณีทางการค้าของแต่ละประเทศไว้อยู่ เพื่อสร้างกฎเกณฑ์ที่ช่วยในเรื่องสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เป็นการเหมาะสมกับประเทศที่พยายามเปิดเสรีในด้านการค้าและประสบปัญหาเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่จะมาบังคับใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ได้กระทำขึ้น อันมีแนวทางหรือจุดมุ่งหมายในการลดความซับซ้อนและยุ่งยากในการเลือกกฎหมาย แต่ยังคงให้ความเคารพต่อระเบียบประเพณีทางการค้าที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศอันเป็นเป้าหมายของ CISG ที่พยายามช่วยลดความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นได้ CISG นั้นเป็นที่นิยมทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศยุโรป มีพยายามนำทั้งหลักกฎหมายของประเทศตนเองและแนวทางของ CISG มาบังคับใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น

3.1.1 การเกิดของสัญญา

การเกิดของสัญญาโดยตามหลักกฎหมายคือเกิดจากที่คู่สัญญามีเจตนาถูกต้องตรงกันจึงจะก่อให้เกิดสัญญาได้ทั้งตามหลักของหลักการภาพสะท้อนในกระจกและหลักการคัดออก (Knock Out Rule)ตามที่ได้กล่าวไว้เบื้องต้นในเรื่องของอนุสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ หรือ CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นจุดที่สำคัญอย่างหนึ่งในการพิจารณาคือการมีลักษณะระหว่างประเทศ สถานที่ประกอบกิจการของทั้งสองฝ่ายนั้นอยู่ต่างประเทศกัน จึงจะเข้าลักษณะของสัญญาการค้าระหว่างประเทศที่ต้องมีรัฐมาเกี่ยวข้องมากกว่าหนึ่งรัฐ จึงจะเป็นสัญญาการค้าระหว่างประเทศได้ การทำสัญญาระหว่างประเทศนั้นต้องเข้าเงื่อนไขของการทำสัญญาระหว่างประเทศที่มีสถานที่ประกอบกิจการต่างรัฐกันจึงจะสามารถเรียกได้ว่าเป็นสัญญาการค้าระหว่างประเทศได้ แม้จะอยู่ห่างจากแผ่นดินใหญ่หรือเป็นเกาะ ก็ยังนับว่าอยู่ในประเทศเดียวกัน เช่น สหรัฐอเมริกากับ มลรัฐฮาวาย หรือ กรุงเทพฯกับภูเก็ต ที่สภาพทางภูมิศาสตร์ ที่ห่างกันโดยระยะทาง ไม่มีส่วนที่เป็นพื้นดินติดต่อกันจะเป็นเรื่องหมายที่แสดงว่า ทั้งสองสถานที่ประกอบกิจการนั้นเป็นคนละรัฐกันซึ่งไม่รวมไปถึง รัฐที่มีหลายมลรัฐ เช่นสหรัฐอเมริกา ระหว่างมลรัฐเท็กซัส กับมลรัฐโอไฮโอ

เป็นต้นกล่าวคือ ต้องเป็นลักษณะของระหว่างประเทศ ที่อยู่ต่างรัฐกัน จึงจะเข้าลักษณะของ การมีความเป็นระหว่างประเทศของสัญญาซื้อขายนั้น หากมีลักษณะเป็นประเทศเดียวกันแม้จะห่างกันโดยระยะทางเช่น มลรัฐเท็กซัสกับ มลรัฐฮาวาย ก็ยังถือว่าไม่มีลักษณะระหว่างประเทศ ต้องมีสถานที่ประกอบกิจการต่างประเทศกันโดยไม่เกี่ยวเรื่องความห่างของระยะทางเพราะระยะห่างระหว่างรัฐหนึ่งในอเมริกาอาจจะมากกว่าความห่างของประเทศมาเลเซียกับประเทศสิงคโปร์ก็สามารถที่จะเป็นไปได้

หลักการของ CISG นั้นได้มีการวางมาตรการที่เคารพหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ หรือ ทำตามระเบียบประเพณีทางการค้าของตน โอกาสในทางเศรษฐกิจที่เกิดจากการที่สองประเทศมีการแลกเปลี่ยนทรัพยากรกันในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนี้ ทำให้เกิดประโยชน์ในการสนับสนุนเศรษฐกิจของทุกประเทศ ที่มีการไหลเวียนของทรัพยากรไปในแต่ละประเทศเพิ่มมากขึ้น ในหลักการของกฎหมายต่างประเทศนั้นมีแนวคิดที่แตกต่างกันในเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญา และการมีผลของสัญญา โดยแนวความคิดของแต่ละประเทศ จะมีแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกัน และแนวทางกฎหมายของแต่ละประเทศก็เปลี่ยนไปตามกาลเวลาและการพัฒนาการทางกฎหมายและสังคมของประเทศนั้น โดยเวลาที่ต่างกันพัฒนาการและแนวคิดทางกฎหมายก็ต่างกันไปด้วยแนวคิดชาตินิยม (nationalism) ได้เริ่มถูกแทนที่ด้วยแนวทางโลกาภิวัตน์ (Globalization) เช่นเดียวกับประเทศในทางยุโรปที่มีแนวคิดในการใช้หลักการกฎหมายเดียวกันและลดความขัดแย้งในการเดินทางและการค้าขายระหว่างกันเพื่อสร้างกลุ่มชุมชนของความเป็นยุโรป และการค้าจากกลุ่มของประเทศยุโรปที่มีทั้งความใกล้ชิดกันทางภูมิศาสตร์และทางวัฒนธรรม ที่มีแนวโน้มที่พยายามจะใช้กฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกันได้มากกว่าด้วยทั้งสภาพภูมิศาสตร์ที่อยู่ใกล้กัน สกูลเงิน การเดินทางไปมาหาสู่กันที่มันโยบาย “ไร้เขตแดน” การลดความขัดแย้งทางการเดินทางและการใช้กฎหมายแบบเดียวกันเป็นแนวทางที่สนับสนุนให้มีการรวมเครือประเทศยุโรปเป็นหนึ่งเดียวและมีความใกล้ชิดและความสะดวกในการค้าเพิ่มมากขึ้นนับเป็นแผนการระยะยาวที่ช่วยในเรื่องของเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศ แนวทางการแก้ไขปัญหาทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศไทยนอกจากคำนึงถึงตัวบทกฎหมายแล้วยังต้องคำนึงถึงนโยบายและท่าทีของประเทศไทยเราในปัจจุบันด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับการเกิดสัญญานั้น สัญญานั้นเกิดขึ้นด้วยเจตนาที่ถูกต้องตรงกัน (meeting of the mind) ที่ทำให้เกิดสัญญาเกิดขึ้น ตามหลักกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ

การจะใช้บังคับกันได้หรือไม่นั้นต้องมี consideration หรือเหตุจูงใจในการที่ทำให้ทำสัญญานั้นด้วย ส่วนประกอบของสัญญาคือ คำเสนอ และคำสนอง การพิจารณาว่าปัญหาของการเกิดสัญญาที่คำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันนั้น ต้องทำความเข้าใจกับแนวคิดของการเกิดสัญญาและคำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันเสียก่อน ซึ่งตามกฎหมาย Civil Law กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น มีการแนวทางเรื่องหลักเสนอสนองถูกต้องตรงกันถ้าไม่ตรงกันสัญญาดังกล่าวที่ทำไว้ก็จะไม่เกิดขึ้น เช่นเดียวกับหลักการของกฎหมายไทยแต่เดิมเรื่องคำเสนอ คำสนองต้องถูกต้องตรงกันสัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ แต่ในกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษยังมีรายละเอียดทางกฎหมายที่มากกว่าคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันแล้ว ยังต้องมี consideration เหตุจูงใจในการทำสัญญาประกอบด้วยอีกทางหนึ่งจึงจะมีการบังคับกันตามกฎหมายและชำระหนี้ตามสัญญาได้ ลักษณะของ Consideration คือการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการทำให้เกิดหน้าที่ผูกพันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย CISG มีแนวทางในการลดความขัดแย้งของหลักกฎหมายที่มีอยู่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ และมีแนวทางความพยายามที่จะทำให้สัญญานั้นใช้บังคับได้ไม่เสียไปเสียทีเดียวหากการแก้ไขในคำสนอนั้นไม่ใช้การแก้ไขในสาระสำคัญตามมาตรา 19 ของ CISG ที่หากไม่ใช้การแก้ไขในสาระสำคัญ คำเสนอที่ไปนั้นยังสามารถใช้บังคับได้ สัญญายังสามารถมีผลบังคับหากไม่ใช้การเปลี่ยนแปลงแก้ไขในข้อสำคัญของสัญญา

3.1.2 แบบของสัญญาตามอนุสัญญา CISG

ลักษณะแนวทางของ อนุสัญญา ของ CISG นั้นวางแนวทางการเคารพระเบียบธรรมเนียมประเพณีของท้องถิ่น ไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาที่เด่นชัดไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นการวางแนวหลักกฎหมายที่เปิดโอกาสให้กฎหมายภายในของประเทศที่มีแนวทางกฎหมายต่างกันอุดช่องว่างของกฎหมายในเรื่องรูปแบบของสัญญาของแต่ละประเทศที่มีแนวทางต่างกัน เช่น อาจจะมีสัญญาซื้อขายแยกต่างหากจากสัญญาโอนกรรมสิทธิ์และมีการกำหนดรูปแบบที่ถูกต้องของประเทศนั้นๆไว้แตกต่างกัน หลักการของ CISG นั้นแทบจะไม่มีกำหนดรูปแบบของสัญญาไว้หรือระบุไว้เพียงแค่เล็กน้อยเท่านั้นเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเป็นแนวทางที่ไม่ได้กำหนดไว้แน่ชัดเพื่อเปิดโอกาสให้แต่ละประเทศสามารถใช้ประเพณี ธรรมเนียมการค้าของประเทศตนเองได้ มีการกำหนดเรื่องแบบของสัญญาไว้ใน Article 11 ,12 ,96 ที่กำหนดเรื่องแบบของสัญญาและการแก้ไขของสัญญาในอนุสัญญา ของCISG ไว้

การก่อให้เกิดสัญญา (Formation of Contract) ในอนุสัญญา CISG นั้นไม่ได้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือและไม่อยู่ภายใต้บังคับเรื่องแบบของสัญญา การพิสูจน์สัญญาสามารถทำได้โดยวิธีใดก็ได้แม้แต่การสืบพยานบุคคลตาม article 11 ของ CISG แนวความคิดของ CISG นี้เป็นการสนับสนุนเสรีภาพเรื่องแบบว่าไม่ต้องถูกผูกมัดจากการทำหลักฐานเป็นหนังสือและเรื่องของแบบของสัญญา การฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ถูกจำกัดจากข้อกฎหมาย ในเรื่องที่ต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่เช่นนั้นสัญญาจะไม่สมบูรณ์หรือถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็จะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับได้ และในกระบวนการพิสูจน์สัญญา สามารถนำสืบด้วยพยานบุคคลได้ ในหลักการของ CISG นั้นได้รากฐานมาจาก กฎหมาย Common Law ที่ให้ความสำคัญกับเรื่องของแบบของสัญญา และการบังคับใช้ของสัญญา ซึ่ง CISG นี้ก็เป็นแนวทางในการประนีประนอมแนวความคิดทางกฎหมายที่ขัดกันแนวทางของ CISG มองเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีเจตนาเห็นพ้องต้องกันในการทำให้สัญญานั้นเกิดขึ้น ไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดรูปแบบของสัญญาโดยเฉพาะที่จะต้องกำหนดให้ทำตามรูปแบบของสัญญานั้นเพื่อให้สัญญานั้นเกิดขึ้นมีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย แต่ก็มีตัวอย่างของสัญญาที่เป็นรูปแบบที่สามารถใช้ได้ของ CISG เช่นกันในการช่วยให้สามารถทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้สะดวกมากขึ้น

สิ่งที่ต้องพิจารณาอีกประการหนึ่งคือในเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ต้องแยกออกจากกฎหมายสารบัญญัติที่เป็นส่วนของเนื้อหาของกฎหมายเป็นความแตกต่างที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในเรื่องของการที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดและวิธีพิจารณาความที่กฎหมายกำหนดเรื่องของระเบียบวิธีพิจารณาคดี ที่อาจจะมีการกำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับ ค่าฤชาธรรมเนียมเอาไว้ให้ทำตามที่กฎหมายกำหนดจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ เช่นการติดต่อการแสดมป้ตามมูลค่าหรือการส่งเอกสารตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ในกระบวนการพิจารณาความ ซึ่งเป็นแนวทางของวิธีสบัญญัติในกฎหมาย ไม่ใช่เนื้อหาสาระบัญญัติที่อาจจะมีความแตกต่างไปในแต่ละประเทศ

3.1.3 คำสนองที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข

คำสนองที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข ถ้าไม่ใช่ที่เปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญนั้นได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 19²⁷ จากหลักการของ CISG นั้นจะเห็นว่ามีความต้องการการคงสภาพของ

²⁷ มาตรา 19

- (1) การตอบรับคำเสนอซึ่งมีซึ่งมุ่งหมายที่จะสนองรับแต่มีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัดหรือการเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นให้ถือเป็นการบอกปัดไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่
- (2) การตอบรับคำเสนอซึ่งมีซึ่งมุ่งหมายที่จะสนองรับแต่มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมโดยมิได้เปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมในสาระสำคัญถือเป็นคำสนองรับคำเสนอเว้นแต่ผู้เสนอได้คัดค้านข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปนั้นโดยมิชักช้า โดยกระทำด้วยวาจาหรือส่งคำบอกกล่าวคัดค้านดังกล่าว หากมิได้มีคำคัดค้านเช่นนั้น ให้ถือว่าสัญญาเกิดโดยมีข้อความที่เพิ่มเติมและแตกต่างไปนั้นรวมอยู่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา.
- (3) เงื่อนไขเพิ่มเติมหรือเงื่อนไขที่เปลี่ยนแปลงไปที่เกี่ยวข้องนั้น, ท่ามกลางสิ่งอื่น, ต่อราคา, การชำระเงิน, คุณภาพและปริมาณของสินค้า และระยะเวลาของการขนส่ง, ขอบเขตความรับผิดชอบคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือการระงับข้อพิพาทนั้นถือว่าเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสาระสำคัญ

Article 19

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of

สัญญาไว้ ตามมาตรา 19 (1) แต่มีการกำหนดกรณียกเว้นไว้ ซึ่งเว้นแต่ในกรณีที่มีการแก้ไขในสาระสำคัญ เช่นเรื่องราคาหรือเรื่องของระยะเวลาการขนส่งสินค้า ซึ่งหากพิจารณาในการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศที่มีการขนส่งสินค้าที่ต่างกันโดยระยะทางแล้วช่วงเวลาของการขนส่งสินค้าและราคาจึงเป็นปัจจัยสำคัญในการประกอบธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ในสภาพของการทำสัญญาการซื้อขายระหว่างประเทศ อนุสัญญานี้ได้มีการช่วยเรื่องของการคงสภาพของสัญญาในลักษณะของคำเสนอคำสนอง ถ้าไม่มีการแก้ไขอย่างร้ายแรงหรือสิ้นเชิงก็ยังคงถือได้ว่ามีผลให้ใช้บังคับได้

ในลักษณะของคำสนองที่ไม่ใช่การปฏิเสธ แต่มีการเปลี่ยนแปลงรายละเอียด เป็นลักษณะของการที่ยอมรับบางส่วนและไม่รับบางส่วนของคำเสนอนั้น ผู้เสนอหากมีการปฏิเสธต้องบอกโดยปากเปล่าโดยไม่ชักช้าต่อการแก้ไขนั้น เงื่อนไขของสัญญาจะหมายถึงเงื่อนไขของผู้เสนอที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในคำสนองตอบรับคำเสนอนั้น ลักษณะของการที่ยอมรับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในคำสนองตอบรับที่ไม่ใช่การปฏิเสธแต่เป็นการตอบรับแต่มีการแก้ไขเงื่อนไขบางประการนี้ คือ หลักการคงสภาพของสัญญา(Preservation of Contract) ที่มีผลบังคับใช้หากผู้เสนอไม่คัดค้านโดยปากเปล่าในทันที หรือมีการยืนยันหมายแจ้งเตือนไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นข้อกำหนดที่ช่วยเปิดโอกาสให้ผู้ทำคำเสนอทำการคัดค้านได้ กล่าวคือในทางการเจรจาการค้าคือลักษณะที่ทั้งสองฝ่ายยังมีความต้องการที่จะประกอบธุรกิจการค้าต่อไปนั่นเอง แต่ยังคงมีการเจรจาในเรื่องรายละเอียดของสัญญาในระหว่างการทำคำเสนอและคำสนอนั้น อันเป็นลักษณะของการคงสภาพของสัญญาตามเจตนารมณ์ของทั้งสองฝ่ายที่ต้องการประกอบธุรกิจการค้ากันต่อไป เป็นแนวทางที่สนับสนุนการคงอยู่ของสัญญาและรักษาเจตนาของคู่สัญญาที่จะทำสัญญานั้นยังคงมีอยู่ต่อไป เป็นการดำเนินการในแนวทางที่เคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเจตนาของคู่สัญญาที่ประสงค์จะมีการทำสัญญา เสนอ-สนองกันตั้งแต่แรก ซึ่งเป็นการผ่อนคลายหลัก Mirror Image Rule คำเสนอคำสนองต้องถูกต้องตรงกันดุจดั่งภาพสะท้อนในกระจกที่มีมาแต่ดั้งเดิม และไม่ใช่หลัก Knock Out Rule เสียทีเดียวในหลักการของ CISG กรณีตัวอย่างคือการที่ใช้ถ้อยคำอย่างหนึ่งที่เขียนเหมือนกัน แต่มีความหมายต่างกันได้ขึ้นอยู่กับบริบทที่ใช้คือคำว่า stock ซึ่งความเข้าใจคลาดเคลื่อนในตัวอย่างนี้อาจจะเกิดขึ้นได้ยากในการทำสัญญากันจริงแต่คือการยกตัวอย่างที่เรียบง่ายที่แสดงให้เห็นถึงการสื่อความหมายที่อาจจะก่อให้เกิดความผิดพลาดในการสื่อสารระหว่างคู่สัญญาที่อาจเกิดขึ้นได้ หากมีกรณีที่เกิดขึ้นได้ในการสื่อสารที่แตกต่างกัน ในด้านภาษาหรือวัฒนธรรมทางการค้า ความผิดพลาดใน

one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially

จุดนี้ก็อาจมีโอกาสดังกล่าวเกิดขึ้นได้มากขึ้น ในการสื่อสารระหว่างประเทศนั้นต้องอาศัยปัจจัยด้านความรวดเร็วการตรวจเช็คเอกสารอาจจะเกิดความผิดพลาดได้หากมีการสื่อสารไม่ตรงกัน ซึ่งในสภาพความเป็นจริงสิ่งของอาจจะมียี่ห้อที่คล้ายกันเช่นใบสั่งซื้อ การสั่งซื้อผิดประเภทหรือผิดชนิดก็สามารถที่จะเป็นไปได้ในการสั่งซื้อสินค้าปริมาณมากๆที่อาศัยความรวดเร็วในการติดต่อทำสัญญา ข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นได้จึงมีโอกาสดังกล่าวมากขึ้นในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เพิ่มมากขึ้นในโลกที่พรมแดนตามธรรมชาติหรือเส้นแบ่งของประเทศนั้นสามารถยุบระยะเข้าหากันได้มากขึ้นจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในด้านการสื่อสาร การติดต่อสื่อสารที่ฉับไวมักจะทำให้เกิดความผิดพลาดในด้านการติดต่อสื่อสารในด้านรายละเอียดปลีกย่อยได้มากขึ้น ความรอบคอบในการตรวจสอบสัญญาจึงเป็นเรื่องที่ควรทำหากต้องการให้ความเข้าใจของคู่สัญญานั้นถูกต้องตรงกันทุกประการ

ลักษณะอีกประการคือการตอบสนองด้วยปากเปล่าโดยทันทีวันแต่จะมีสถานการณ์เป็นอย่างอื่น เช่น การเสนอด้วยวาจา หรือผ่านโทรศัพท์ หรืออุปกรณ์สื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทอื่นการติดต่อคำสนอง ต้องกระทำโดยทันที แล้วแต่เหตุการณ์พิเศษจะเข้ามาแทรก เช่นการตอบสนองนั้น มีการกำหนดระยะเวลาในการตัดสินใจในการพิจารณาเงื่อนไขรายละเอียดของคำเสนอนั้น หรือคำเสนอ นั้นอาจจะบ่งระยะเวลาที่กำหนดในการตอบรับเอาไว้ก็สามารถที่จะทำได้และลักษณะของการตอบรับที่อาจรวมไปถึงการกระทำใดๆที่แสดงการตอบรับเช่นว่านั้น ก็สามารถที่จะนับว่าการตอบรับเริ่มขึ้นแต่ระยะเวลาที่ได้มีการกระทำการตอบรับเช่นว่านั้นเกิดขึ้น เช่นคำเสนอให้ส่งวัวข้ามประเทศ การตอบรับก็อาจจะทำได้โดยการเตรียมทำสัญญากับบริษัทขนส่งที่สามารถขนส่งวัวข้ามประเทศได้ การติดต่อหรือการทำสัญญาที่เตรียมที่จะขนส่งวัวข้ามประเทศนั้น คือการกระทำที่แสดงถึงการตอบสนองเช่นว่านั้นแล้วว่าจะปฏิบัติตามคำเสนอของผู้เสนอที่มีมานั้น การกระทำดังกล่าวคือการที่ทั้งสองฝ่ายต้องมีเจตนาถูกต้องตรงกันในการก่อให้เกิดสัญญา ที่เรียกว่า meeting of the mind นั้นเอง เป็นการที่มีเจตนาเดียวกันในการที่จะกระทำการใดการหนึ่งขึ้น และเป็นการทำให้สัญญานั้นเกิดขึ้นได้ก็ด้วยเจตนาที่ถูกต้องตรงกันเป็นเจตนาเดียวกันนั้นเองและมาตรา 19 นี้เป็นการแสดงถึงความเคารพหลักธรรมเนียมการค้าที่ระบุไว้ในมาตรา 9(1) ซึ่งกำหนดให้คู่สัญญาต้องผูกพันกับจารีตประเพณีทางการค้าตามที่ได้มีการตกลงกันและธรรมเนียมที่คู่สัญญาการซื้อขายนั้นมีต่อกัน แต่ตามมาตรา 19(1) ของ CISG มีข้อยกเว้นตาม (2) และ (3)

มาตรา 19(2) ได้กำหนดหลักผ่อนคลายความเข้มงวดให้สามารถมีทางเลือกคือให้ผู้ทำคำเสนอนั้นสามารถคัดค้านได้ไม่ว่าจะเป็นทางวาจาหรือทำเป็นหนังสือถึงถ้อยคำ ที่มีความแตกต่างไป ก็จะเท่ากับว่าได้ผู้ทำคำเสนอได้มีการปฏิเสธที่จะเข้าร่วมทำสัญญาตามเงื่อนไขที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น และในกรณีนี้ต้องไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของสัญญา เช่นเดียวกับคำสนองที่มีข้อความแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเท่ากับว่าไม่รับคำเสนอเดิมและถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ตามมาตรา

19(1) สัญญาไม่เกิดขึ้นเพราะคู่สัญญาได้มีการปฏิเสธเนื้อหาสาระในคำเสนอคำสนอง ไม่ให้มีความถูกต้องตรงกัน โดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรแล้ว และตามมาตรา 19(3) คือเงื่อนไขการเปลี่ยนแปลงที่ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสาระสำคัญของสัญญา สาระสำคัญของสัญญานั้นเป็นเรื่องสำคัญในการพิจารณาว่าจะมีผลทำให้กลับเป็นคำเสนอใหม่หรือไม่ หากเป็นเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา การแก้ไขในสาระสำคัญของสัญญานั้นก็จะกลับเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่

ผลของ 19(3) คือการเปลี่ยนเงื่อนไขและข้อกำหนดเกือบทั้งหมดในทางปฏิบัติที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขไปสู่การเป็นเนื้อหาสาระการตอบปฏิเสธ ที่จะทำให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 19(1) ซึ่งเป็นเรื่องที่ได้เถียงกันอย่างมากในเรื่องของการแก้ไขปัญหาเรื่องของการสงครามแบบฟอร์ม (Battle of the Form) จะเป็นการที่ทำให้เงื่อนไขข้อกำหนดทั้งหมด ของ 19(3) กลายเป็น ตามมาตรา 19(1) ในทางปฏิบัติ ซึ่งจะกลายเป็นไม่มีความหมายใดเลยในทางปฏิบัติ เพราะฉะนั้นหลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ตามธรรมเนียมของกฎหมายคอมมอนลอว์ อังกฤษ(Common Law)จึงมีผลใช้บังคับ

3.2 หลักเกณฑ์เรื่องคำเสนอและคำสนองในกฎหมายต่างประเทศ

คำเสนอ คำสนอนั้นเป็นองค์ประกอบสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญาซึ่งเป็นตัวกำหนดในเรื่องของหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนั้นมีหน้าที่และความรับผิดชอบหรือไม่และมีความรับผิดชอบเพียงใด คำเสนอ คำสนองที่ไม่ถูกต้องตรงกันจึงเป็นเรื่องที่ควรนำมาพิจารณาว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นหรือไม่ และจำมีผลประการใดหากคำเสนอคำสนอนั้นไม่ถูกต้องตรงกัน การพิจารณาแนวทางเรื่องคำเสนอ คำสนองที่ไม่ถูกต้องตรงกันนี้จากกฎหมายต่างประเทศจะทำให้เราได้มีความเข้าใจมากขึ้นในเรื่องของมุมมองทางกฎหมายที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศว่ามีแนวคิดที่แตกต่างกันและแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกันเพียงใด เพื่อจะได้มองปัญหาเรื่องของการเกิดของสัญญาในกรณีที่คำเสนอ คำสนองไม่ถูกต้องตรงกันได้อย่างรอบด้าน แนวความคิดของกฎหมายนั้นหากศึกษาแนวความคิดจากประเทศที่มีหลักการและการให้เหตุผลต่างกันจะช่วยให้เราสามารถมองมุมมองของปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างกว้างขวางมากขึ้นและสามารถวิเคราะห์ความแตกต่างของแต่ละแนวทางกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่ได้

3.2.1 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน

เยอรมันใช้กฎหมายแพ่งเยอรมัน BGB โดยทั่วไปแล้วสัญญาจะเกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์ต้องประกอบด้วยสามองค์ประกอบคือ

- ๑) ความสามารถของคู่สัญญา (capacity)

๒) ความมุ่งหมายที่จะก่อนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญา (Intention to create legal relations) ตาม กฎหมายเยอรมันมีหลักเกณฑ์เรื่องนิติกรรม (Reshgeschaf) เป็นตัวที่กำหนดว่า คู่สัญญามีความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ระหว่างกันหรือไม่ พร้อมทั้งมีส่วนประกอบที่สำคัญคือ การแสดงเจตนา (Willenserklärung) ซึ่งอาจมีการแสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียว หรือสองฝ่ายหรืออาจจะหลายฝ่ายก็สามารถที่จะกระทำได้

๓) ต้องมีคำเสนอ-คำสนองถูกต้องตรงกัน (Offer-acceptance) เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาย่อมเกิดขึ้นในที่นี้ในการพิจารณาหลักการเรื่องคำเสนอ-คำสนองต้องถูกต้องตรงกันตามกฎหมายเยอรมัน การแสดงเจตนาอันเป็นเรื่องสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญาขึ้นของกฎหมายเยอรมันโดยอาจจะมีการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือ หรือสองฝ่ายหรือประกอบกันหลายฝ่ายก็สามารถที่จะกระทำได้ตามหลักการของกฎหมายเยอรมัน

ในกรณีของคำเสนอ-คำสนองที่ถูกต้องตรงกันนี้เป็นเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของสัญญาตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน โดยเจตนาอันไม่จำเป็นว่าจะมาจากฝ่ายเดียวและอาจจะมาจากหลายฝ่ายก็ได้ซึ่งการที่มีเจตนาอันเป็นองค์ประกอบที่ทำให้สัญญาเกิดขึ้น จึงต้องมีการพิจารณาเรื่องคำเสนอ คำสนองที่ไม่ถูกต้องตรงกันว่าจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรตามหลักกฎหมายของประเทศเยอรมัน แนวตามหลักของกฎหมายเยอรมันนั้น จากการศึกษาของสำนัก “Pandettistica” ของเยอรมันในศตวรรษก่อนที่ศึกษาบนหลักการพื้นฐานของ “diritto commune”²⁸ เป็นแนวคิดที่ถือการแสดงออกของเจตนาสำคัญกว่าเจตนาภายในที่มีอยู่ และสาระสำคัญมิได้อยู่เจตนาที่แท้จริงที่อยู่ภายในใจของบุคคลซึ่งไม่มีใครสามารถที่จะล่วงรู้เจตนาที่อยู่ภายในได้ แต่ต้องขึ้นอยู่กับเจตนาที่แสดงออกมาภายนอก ดังนั้นแนวความคิดนี้ นิติกรรมจึงมีคุณค่าเป็นนิติกรรมเสมอ แม้ว่าเจตนาที่แสดงออกมานั้นจะไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงที่อยู่ภายในใจ

แนวความคิดนี้เป็นการมุ่งคุ้มครองแต่เพียงผู้รับการแสดงเจตนาเท่านั้นโดยกำหนดให้เจตนาภายนอกที่แสดงออกมานั้นสำคัญมากกว่าเจตนาที่อยู่ภายในใจ เป็นความจำเป็นตามศตวรรษที่ ๑๙ ที่ต้องการคุ้มครองความไว้วางใจและความมั่นคงแน่นอนในทางการค้า ในการพิจารณาคือ

²⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553), น. 109.

เมื่อ เจตนาที่แสดงออกมาภายนอกนั้นสามารถเชื่อถือได้ แสดงออกมาให้ผู้ประกอบกิจการสามารถเข้าใจซึ่งกันและกันได้อย่างชัดเจน ไม่ต้องมีการตีความเจตนาที่ซ่อนอยู่ ก็จะสามารถเชื่อถือในการซื้อขายแลกเปลี่ยนได้อย่างมั่นใจ ในความศักดิ์สิทธิ์ของนิติกรรมสัญญานั้น ไม่มีความกังวลถึงเจตนาที่แท้จริงที่ซ่อนอยู่ภายในที่อาจจะมีผลทำให้นิติกรรมนั้นไม่ได้มีผลตรงกับเจตนาที่แสดงออกมาภายนอก

แนวความคิดที่ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนาภายในนี้คิดอีกแง่มุมหนึ่งคือการยึดหลักการเรื่องการแสดงออกภายนอกนั้นสำคัญกว่า การแสดงเจตนาให้สามารถรับรู้ได้นั้นสำคัญกว่าสิ่งที่ซ่อนอยู่ภายในจิตใจ และเป็นการช่วยลดความซับซ้อนและเจตนาภายในที่ไม่สามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจนของคู่สัญญา โดยพิจารณาแต่สิ่งที่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนในสิ่งที่แสดงออกมาภายนอกอย่าง แบบของสัญญาหรือการกระทำที่แสดงออกมาของคู่สัญญาเท่านั้นที่สามารถจะมองว่ามีความชัดเจนได้ตามแนวความคิดนี้

"Where parties exchange letters and each time refer to their contradicting terms and conditions, none of their standard forms becomes part of the contract. Nevertheless, a contract is validly concluded if it becomes clear that the parties did not want to have the contract fail just because of the lack of consensus on the general terms and conditions."

ตามความคิดเห็นของ OLG Koblenz [OLG=Oberlandesgericht=Provincial Court of Appeal ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค]

“เมื่อคู่สัญญาได้แลกเปลี่ยนจดหมายและแต่ละครั้งได้อ้างถึงเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ขัดกัน,รูปแบบมาตรฐานนั้นไม่กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา,ถึงอย่างนั้นก็ตาม,ความสมบูรณ์ของสัญญาเกิดถ้าเป็นที่เห็นได้ชัดว่าคู่สัญญาไม่ได้ต้องการให้สัญญานั้นสิ้นผลเพียงเพราะว่าไม่สามารถเห็นพ้องต้องกันในเรื่องของเงื่อนไขและข้อกำหนดทั่วไป”²⁹

“When two sets of general conditions of business conflict, as they frequently do, the tendency is, so far as possible, to prevent the abortion of the

²⁹ OLG Koblenz WM 1984, 1347 et seq

contract. The courts originally started from para. 150 para. 2 BGB, whereby an acceptance in terms differing from those proposed, whether broader or narrower, was treated as a rejection, coupled with a fresh offer. The last contracting party to refer to his own conditions of business could therefore insist on them if the other party proceeded to perform the contract without dissent. Under this theory of the last word, as it was called, it all depended on which contracting party had made the last reference to his conditions (see, for example, BGHZ 18, 212). In practical terms, the result was that if you accepted goods without dissent, you were treated as accepting the other party's general conditions of business”³⁰

“เมื่อเงื่อนไขและข้อกำหนดของธุรกิจสองประการขัดแย้งกัน อย่างที่เกิดขึ้นบ่อยๆ มีแนวโน้มที่ป้องกันการที่สัญญาจะไม่เกิดขึ้น ศาลเยอรมันมักจะเริ่มจาก มาตรา 150(2)³¹ ของกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่ซึ่งคำตอบรับแตกต่างไปจากคำเสนอ ไม่ว่าจะไปในแนวทางที่กินความกว้างมากขึ้นหรือแคบลง นั้นได้ถูกถือเป็นการปฏิเสธ และร่วมด้วยข้อเสนอใหม่ คู่สัญญาที่เป็นคนสุดท้ายที่อ้างถึงเงื่อนไขข้อกำหนดของฝ่ายตนและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่มีเงื่อนไขโต้แย้ง ภายใต้ทฤษฎีหลักคำพูดสุดท้ายนี้ขึ้นอยู่กับว่าคู่สัญญาฝ่ายใดกล่าวอ้างถึงเงื่อนไขของพวกเขาเป็นครั้งสุดท้าย (ตามตัวอย่าง BGHZ 18, 212) ในทางปฏิบัติ ผลลัพธ์คือหากคุณรับสินค้าไปโดยไม่โต้แย้ง จะถูกปฏิบัติเหมือนกับการยอมรับเงื่อนไขข้อกำหนดของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

ในเยอรมันมีทฤษฎี Theory of the last word คำพูดครั้งสุดท้าย (*Theorie des letzten Wortes*) ซึ่งตามมาตรา 150(2) German Civil code ที่กำหนดว่าคำสนองที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขจะเป็นการปฏิเสธคำเสนอพร้อมกับกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ศาลเยอรมันโดย

³⁰ <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1389>, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2560.

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

“คำตอบรับที่มีการขยายการจำกัดหรือการเปลี่ยนแปลงอื่นใดนั้นพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิเสธพร้อมทั้งมีข้อเสนอขึ้นมาใหม่”

ส่วนใหญ่พิจารณาในสงครามแบบฟอร์ม ว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ถ้าเงื่อนไขและข้อกำหนดของคำเสนอและคำสนองนั้นถูกต้องตรงกัน เพราะฉะนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่ให้คำเสนอครั้งสุดท้าย-คู่สัญญาฝ่ายที่ “Fire the last shot” ให้คำเสนอครั้งสุดท้ายนั้นเงื่อนไขและข้อกำหนดครั้งสุดท้ายใช้บังคับในสัญญานั้น ในศาลเยอรมันโดยส่วนใหญ่ศาลมักจะตัดสินว่าผู้ขายนั้นเป็นผู้ชนะในสงครามแบบฟอร์ม พวกเขาให้เหตุผลว่าผู้ขายโดยการยอมรับคำเสนอภายใต้สัญญามาตรฐานของผู้ขาย ปฏิเสธคำเสนอของผู้ซื้อ และสร้างคำเสนอขึ้นมาใหม่ที่ได้รับการยอมรับผ่านใบเสร็จรับเงินของการขนส่งสินค้าบางส่วนของผู้ซื้อ โดยไม่ได้มีการปฏิเสธเงื่อนไขและข้อกำหนดของผู้ขายหลังจากปี 1970 ศาลเยอรมันก็ได้เริ่มถอยห่างจากหลักการของ Last Shot rule ในปี 1970 ศาลเยอรมันได้ให้ความเห็นว่า การยอมรับการขนส่งสินค้าโดยไม่ได้ปฏิเสธเงื่อนไขและข้อกำหนดของผู้ขายนั้นไม่เท่ากับการยอมรับ เมื่อผู้ซื้อได้แสดงออกว่าเขาต้องการสัญญาภายใต้เงื่อนไขข้อกำหนดของตัวเองและได้ปฏิเสธเงื่อนไขและข้อกำหนดของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถึงอย่างไรก็ตามศาลเยอรมันยังมองว่า สัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้ว เพื่ออธิบายในเรื่องนี้ให้สอดคล้องกับ มาตรา 150(2) German Civil Code ว่ามาตรานี้จำเป็นต้องมีการตีความในหลักสุจริตและการแลกเปลี่ยนอย่างยุติธรรม Good Faith and Fair Dealing ตามมาตรา 242 German Civil Code ถ้าคู่สัญญาปฏิบัติตัวเหมือนพวกเขาได้มีสัญญาเกิดขึ้น ยกตัวอย่างเช่นการผ่านการขนส่งสินค้าและการยอมรับสินค้าที่ส่งมานั้น ตามหลักสุจริตและการแลกเปลี่ยนอย่างยุติธรรม พวกเขาไม่ได้รับอนุญาตให้ปฏิเสธการมีอยู่ของสัญญา

3.2.2 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายฝรั่งเศสสามารถจัดอยู่ในหมวดของ กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน และต้องพิจารณาที่ตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญเช่นเดียวกันซึ่งต่างจากของอังกฤษที่ยึดถือแนวทางคำพิพากษาเป็นสำคัญ

กฎหมายแห่งฝรั่งเศสสัญญาที่เกิดขึ้นต้องมียุติประกอบที่สำคัญสี่ประการคือ

1. ความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเอง (The consent of the party who binds himself)
2. ความสามารถของบุคคลในการเข้าทำสัญญา (His capacity to contract)
3. วัตถุแห่งหนี้ที่แน่นอนเป็นวัตถุแห่งการผูกมัด (A certain object forming the matter of the contract)

4. วัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายของนิติสัมพันธ์ทางหนี้ (A lawful cause in the bond)

ทั้งนี้ความตกลงยินยอมนั้นเป็นเรื่องของคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันนั่นเองตามกฎหมายฝรั่งเศสมีการนิยามว่า สัญญาย่อมเกิดจากความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเองในการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างกัน อันเป็นการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน และมีการใช้หลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) ทำให้คำสนองที่มีเงื่อนไขหรือข้อสงวนใดๆ อันแก้ไขเปลี่ยนแปลงต่างไปจากคำเสนอจะถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (counter-offer) การพิจารณาเรื่องคำเสนอและคำสนองในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีหลักการที่จะนำมาพิจารณาคือองค์ประกอบเรื่องความตกลงยินยอมที่จะเข้ามาผูกพันตนเอง

ในเรื่องความตกลงของสัญญานั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งของกฎหมายฝรั่งเศส Civil Code มาตรา 1109³² ได้กำหนดเรื่องของความตกลงยินยอมว่า ไม่มีการยินยอมที่สมบูรณ์ถ้าการยินยอมนั้นได้มาด้วยความผิดพลาด การข่มขู่บังคับ หรือโดยการหลอกลวง

แนวความคิดทางกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นได้ยึดถือเจตนาที่แท้จริงของบุคคลนั้น ถ้ามีการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงที่อยู่ภายในใจ นิติกรรมจะไม่มีผลใดๆ ตามกฎหมายของฝรั่งเศสเพราะขาดองค์ประกอบที่สำคัญในการก่อให้เกิดนิติกรรมสัญญาเพราะขาดไปซึ่งเจตนา แม้ตามความเป็นจริงเจตนาที่อยู่ภายในใจนั้นต้องมีการแสดงออกมาภายนอก แต่ถ้าการแสดงออกภายนอกนั้นไม่สอดคล้องกับเจตนาที่แท้จริง ก็ไม่ควรจะมีคุณค่าเป็นการแสดงเจตนาและบางกรณีกฎหมายให้ความสำคัญต่อการแสดงเจตนาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนาที่แท้จริงนั้นก็เป็นเรื่องของข้อยกเว้น³³

การแสดงเจตนาขึ้นต้องมีการแสดงออกอย่างชัดแจ้งต่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่จะเกิดขึ้นตามหลักการของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งคำเสนอที่ไม่ได้ระบุเวลาไม่สามารถเพิกถอนได้

³² French Civil Code Article 1109 “ There is no valid consent, where the consent was given only by error, or where it was extorted by duress or abused by deception”

³³ Bianca C.M., Diritto Civile :Il Contratto, p.18-20

จนกว่าจะกำหนดระยะเวลาอันสมควร ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาสามารถพิจารณาการให้ความยินยอมต่อสัญญานั้นได้ ความตกลงยินยอมคือรากฐานที่สำคัญของสัญญาในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

จากมาตรา 1369-4 “หากเป็นการให้คำเสนอโดยรูปแบบของอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ให้คำเสนอก็ต้องผูกพันโดยคำเสนอนั้นตราบใดเท่าที่เข้าถึงได้”

มาตรา 1369-4 ของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คือตัวอย่างของการออกมารองรับในเรื่องของคำเสนอที่ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และการที่ผู้ให้คำเสนอยังต้องผูกพันกับคำเสนอที่ตนนั้นได้ให้ไป และ คำ เสน อ ที่ ให้ ไป จะ ตั อ ง ผูก พั น จ น ก ว่า จะ ห ม ด ระยะเวลา (Civ. 3,May7,2008,JCP.2008.I.179)

ศาลฝรั่งเศสนั้นได้ใช้หลักการคัดออก (Knock Out Rule) มากกว่าศาลเยอรมันที่เคร่งครัดในเรื่องของ คำเสนอต้องถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดสัญญามากกว่าศาลฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสนั้นใช้หลักการคัดออก (Knock Out Rule) แม้แต่ตอนที่ไม่ใช่หลักการป้องกัน (Defensive Clause) คือข้อกำหนดเงื่อนไขที่ออกไปในแนวทางป้องกันเช่น การระบุว่าสัญญานั้นจะตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของคู่สัญญาเท่านั้นหรือปฏิเสธเงื่อนไขของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างชัดเจน ศาลฝรั่งเศสมองว่าการใช้สัญญามาตรฐานนั้นเพียงพอแล้วว่าคู่สัญญานั้นยืนยันการปรับใช้เงื่อนไขและข้อกำหนดของพวกเขา และปฏิเสธเงื่อนไขของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง การปรับใช้หลักการ Knock Out Rule ในฝรั่งเศสไม่ใช่ปัญหาที่ใหญ่เพราะนักกฎหมายเกือบทั้งหมดของฝรั่งเศสได้สนับสนุนแนวทางการพิจารณาของศาลฝรั่งเศสนั้น แต่ศาลสูงของฝรั่งเศสเองนั้นได้มีความเห็นต่างจากหลักการนี้ในสองคดี

คดีแรก ศาลพิจารณาว่าสัญญานั้นสมบูรณ์ภายใต้เงื่อนไขของผู้ซื้อ ผู้ขายได้ให้คำเสนอภายใต้สัญญามาตรฐานของผู้ขาย ซึ่งมีอักษรตัวหนาและขีดอยู่ในช่องตัวเลือก ศาลที่เป็นตัวเลือกแรกนั้นต้องเป็นแหล่งที่อยู่ของผู้ขาย ผู้ซื้อได้ยอมรับคำเสนอที่อ้างถึงสัญญามาตรฐานของเขาเอง ที่มีเงื่อนไขแตกต่างไปจากช่องตัวเลือกนั้นและที่พบบนด้านหลังของคำสนองเป็นตัวอักษรเล็ก ศาลสูงฝรั่งเศสมองว่าเงื่อนไขตัวเลือกสองช่องนั้นไม่สามารถปรับเข้าหากันได้และภายใต้ทฤษฎีประเพณีนิยมข้อที่ขัดกันจะต้องคัดกันออก Knock Out กันออกไป ถึงอย่างไรก็ตามศาลเห็นว่า เงื่อนไขช่องให้เลือกของผู้ขายกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเพราะเขียนด้วยตัวหนาและตัวซึ่งขัดแย้งกับตัวเลือกของผู้ซื้อที่อยู่ในเลือกที่เขียนด้วยตัวอักษรเล็ก

ในคดีที่สอง ศาลสูงฝรั่งเศส ได้ปรากฏว่ามีการปรับใช้หลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ซึ่งในกรณีนั้นผู้ขายได้มีคำเสนอภายใต้สัญญามาตรฐานของผู้ขาย ซึ่งได้มีเงื่อนไขต่างๆ หนึ่งในนั้นคือ เรื่องเงื่อนไขในการคกรรณสิทธิ์ต่อผู้ขายหลังจากการขนส่ง ผู้ซื้อได้ยอมรับคำเสนอนั้นที่กล่าวอ้างถึงเงื่อนไขตามสัญญามาตรฐานของผู้ซื้อเอง ที่ซึ่งระบุไว้อย่างชัดเจนว่าปฏิเสธเงื่อนไขที่คกรรณสิทธิ์ของผู้ขายไว้ ศาลสูงได้มีความเห็นว่าเงื่อนไขที่ให้คกรรณสิทธิ์ในสัญญามาตรฐานของผู้ซื้อนั้นไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เป็นที่สังเกตได้ว่า ถึงอย่างไรก็ตามความเห็นของศาลนั้น ไม่ได้มีการอ้างถึงหลักการคัดออก Knock Out Rule ตามธรรมเนียมนิยม ที่ซึ่งจะนำไปสู่ผลอย่างเดียวกันนั่นเอง แทนที่ศาลได้พิจารณาว่า เงื่อนไขของผู้ซื้อที่ปฏิเสธเงื่อนไขที่คกรรณสิทธิ์มีผลใช้บังคับ เพราะว่ามันนำมาสู่ความรู้ของผู้ขาย ซึ่งนั่นส่งผลเป็นการส่งสัญญามาตรฐานครั้งสุดท้าย การพิจารณานั้นความจริงคือการปรับตามหลักการยิงครั้งสุดท้าย ถึงอย่างไรก็ตามนอกจากข้อยกเว้นในสองคดีนี้ กฎเกณฑ์ทั่วไปที่นำมาปรับใช้ในศาลฝรั่งเศสในกรณีสงครามแบบฟอร์ม(Battle of The Forms) คือหลักการคัดออก(Knock Out Rule)

3.2.3 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษมีพัฒนาการมาจากระบบของศาลหลวง ที่หากดูจากการพัฒนาการ ทางด้านการเมืองการปกครอง คือการพยายามทำให้กฎหมายมีแนวทางอันหนึ่งอันเดียวกัน จากการที่มีกรณีข้อเท็จจริงแห่งคดีอย่างเดียวกันแต่แต่ละชนเผ่าหรือแคว้นกลับตัดสินต่างกัน แต่ละเขตแคว้นมีแนวทางการตัดสินเป็นของตนเอง จึงมีแนวคิดริเริ่มในการพยายามทำให้คำพิพากษาเป็นทางเดียวกัน การทำให้มีข้อกฎหมายและแนวทางการตัดสินที่บังคับได้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทำให้คนทั่วไปได้รับความเป็นธรรมมากขึ้นระบบกฎหมายของอังกฤษนั้นเริ่มมาจากแนวคิดเรื่องของการปกป้องอำนาจของกษัตริย์และเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับดินแดนที่มีอำนาจบังคับใช้ และการพัฒนาทางกฎหมายนั้นมีการคาบเกี่ยวกับเรื่องของอิทธิพลของการพิสูจน์ความผิดในเรื่องของดินแดนและการสาบานตนตามแนวคิดของศาสนาด้วย จึงมีหลักการเช่นว่า การสาบานตนว่าที่กล่าวเป็นความจริง อันเป็นขั้นตอนที่มีอยู่ว่าคำให้การในชั้นศาลนั้นเป็นความจริงจึงจะทำการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในชั้นศาลได้นั่นเอง คำกล่าววาจาของบุคคลจึงเป็นเรื่องสำคัญในการพิจารณาของศาลในการพิจารณาตัดสินข้อเท็จจริงแห่งคดี

แหล่งที่มาของกฎหมายนั้นมีอยู่สามอย่าง แต่ก็ไม่นับว่าแยกขาดจากกันเสียทีเดียวคือ 1) หลักเกณฑ์ที่ออกจากฝ่ายนิติบัญญัติในรูปแบบของประมวลกฎหมายกฎหมาย 2) จากแนวทางคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นวิธีที่ประเทศอังกฤษนิยมใช้ 3) จากตำราและแนวทางการคิดเห็นของนัก

กฎหมาย³⁴ ได้แก่งกฎหมายโรมันในช่วงที่จักรวรรดิโรมันนั้นยังคงมีความรุ่งเรืองอยู่ จะเห็นได้ว่าหากต้องการหาหลักกฎหมายนั้นต้องพิจารณาในแง่มุมมองทางประวัติศาสตร์ว่ากฎหมายนั้นมีที่มาจากฐานแนวความคิดแบบใด จึงจะสามารถทำความเข้าใจเหตุผลทางกฎหมายที่ทำให้ต้องออกกฎหมายข้อนั้นมาบังคับใช้และจึงจะสามารถแก้ไขปรับปรุงกฎหมายนั้นได้หากสถานการณ์และสภาพของสังคมนั้นเปลี่ยนไปด้วย และแม้ในมีประมวลตัวบทกฎหมาย แต่บ่อยครั้งได้มีการใช้แนวทางคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาและความเห็นของศาสตราจารย์ทางกฎหมายที่มีชื่อเสียงมาใช้แก้ปัญหาในการตีความทางกฎหมาย ดังนั้นคำพิพากษาและความเห็นของนักกฎหมายจึงเป็นเรื่องสำคัญหากต้องการศึกษาหลักการและเหตุผลทางกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ John Vagahan (ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลคอมมอนพลีส 1668-1674) ได้ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นของการแบ่งแยกระหว่างส่วนที่เป็นเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยคดีของศาลซึ่งเป็นส่วนสำคัญของคำพิพากษา (ratio decidendi) กับส่วนที่มีใช้เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย (obiter dictum) ซึ่งเป็นหลักการที่ทำให้เราต้องพิจารณาให้ตีว่าส่วนใดของคำพิพากษานั้นเป็นเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยและส่วนใดที่ไม่ใช่เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย จึงจะสามารถทำความเข้าใจและแยกแยะว่าส่วนใดเป็นเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยและส่วนใดไม่ใช่เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษได้หากต้องการที่จะหาเหตุผลในคำวินิจฉัยนั้น และเหตุผลและหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณา โดยส่วนที่มีใช้เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย ไม่ได้มีผลให้ศาลล่างต้องปฏิบัติตามแนวทางที่ศาลสูงกำหนดมา แต่สามารถเป็นที่สนใจได้ และหากไม่เห็นด้วยในการพิพากษาคดีที่มีมาภายหลัง ก็สามารถอ้างข้อแตกต่างได้ (Distinguishing) เป็นการแยกพิจารณาข้อเท็จจริงและองค์ประกอบต่างๆของคดีหลังว่ามีความแตกต่างกันจากคดีที่มีคำพิพากษามาก่อนหน้านั้น เราจึงต้องมีการพิจารณาคำพิพากษาว่ามีความแตกต่างกับคดีอื่นและเหตุผลทางกฎหมายนั้นมีข้อแตกต่างไปจากเดิมหรือไม่ด้วย

(ก) คำเสนอ (Offer)

สิ่งที่จะเป็นคำเสนอได้นั้นต้องให้แน่ใจได้ถึงขั้นที่แน่ชัดว่าผู้ให้ถ้อยคำหรือผู้แสดงเจตนานั้นพร้อมที่จะผูกพันตามสิ่งที่ตนแสดงออกไป (obligate) หากไม่ถึงขั้นตอนที่ผูกพันนั้น ก็

³⁴ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร:บริษัท ประยวงค์ จำกัด, 2532), น. 219

ยังไม่อาจนับได้ว่าเป็นคำเสนอ แต่อาจมีฐานะเป็นเพียงแค่คำเชิญชวน (invitation to treat) คำเสนอนั้นอาจจะสามารถเสนอต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะหรือต่อสาธารณชนทั่วไปก็สามารถที่จะกระทำได้ ในคดี *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*³⁵ โดยบริษัทผลิตยาแก้หวัดได้โฆษณาในหนังสือพิมพ์ว่าจะให้รางวัล 100 ปอนด์แก่ผู้ที่ซื้อยาแก้หวัดไปทานแล้ว ยังเป็นหวัดอยู่ตามระยะเวลาที่ระบุไว้ในโฆษณา โดยบริษัทได้มีการนำเงินจำนวน 1000 ปอนด์ไปฝากไว้ที่ธนาคารเพื่อกันเป็นเงินที่จะจ่ายตามที่โฆษณาลงหนังสือพิมพ์แล้ว ศาลจึงตัดสินว่าคำโฆษณาดังกล่าวเป็นคำเสนอแล้ว เพราะข้อเท็จจริงที่ บริษัทได้นำเงิน 1000 ปอนด์ไปฝากไว้ที่ธนาคารนั้นได้แสดงถึงความพร้อมที่จะผูกพันตามที่แสดงเจตนาออกไปและผู้รับคำเสนออาจเป็นบุคคลทั่วไปก็ได้

หากพิจารณาจากสื่อคือหนังสือพิมพ์ในกรณีนี้ คือการส่งข้อความโฆษณาไปตามหนังสือพิมพ์เพื่อให้คนสามารถเข้าถึงข้อความที่เสนอนั้น คือ หากไม่หายตามกำหนดเวลาจะคืนเงินให้แก่ทุกคนที่อ่านหนังสือพิมพ์นั้นได้รับรู้ข้อความนั้นและได้มีการกระทำที่รับประกันในการปฏิบัติการณ์ตามที่ประกาศคือมีการฝากเงินไว้ที่ธนาคารจริง หากมีคนไม่หายก็สามารถพร้อมที่จะจ่ายตามที่ตนประกาศไว้ในหนังสือพิมพ์ได้จริง จึงเป็นการพิจารณาว่าสามารถทำได้จริงตามที่ประกาศไว้จึงได้กลายเป็นคำเสนอต่อบุคคลทั่วไป

(ข) คำสนอง (Acceptance)

คำสนองต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ (unqualified) มิฉะนั้นจะต้องถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ในกรณีนี้กฎหมาย ของ Civil Law ก็มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกัน แต่กฎหมายของประเทศไทยเป็นแนวทางของกฎหมาย คอมมอนลอว์ที่ได้มีการวางแนวทางไว้ตามคำพิพากษาของศาล

คำเสนอขึ้นมาใหม่นั้น (counter-offer) มีผลทำให้คำเสนอเดิมนั้นตกไป แต่การสอบถามหลังจากที่ได้คำเสนอไปแล้วไม่ถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ เช่นเดียวกับคำเสนอ คำสนองต้องแสดงความพร้อมที่จะเข้าผูกพันตามสัญญา หากมีข้อความในลักษณะระบุว่า “subject to contract” ศาลมักจะตีความว่ายังไม่เป็นคำสนอง เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ลักษณะ ๒ การเกิดของสัญญา มาตรา 366 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า ถ้าได้ตกลงกันว่า

³⁵ [1892] 2 Q.B. 484

สัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ”

ในกฎหมายอังกฤษ คำสนองจะต้องมี “สื่อคำสนอง” (Communication of Acceptance) ไปยังผู้เสนอ การเจียบจึงไม่ถือว่าเป็นการสื่อคำสนองอย่างที่มีการกล่าวถึงการสื่อสารของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ที่ต้องมีการสื่อไปคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง มีหลักการดังนี้การสื่อคำสนองในกรณีคู่สัญญาอยู่เฉพาะหน้า (Interpraesentes) หรือสามารถโต้ตอบกันได้อย่างทันทีทันใด (Instantaneous communication) เช่นการสื่อสารกันทางเทเล็กซ์ (Telex) ที่เคยมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานไว้ ซึ่งประเทศไทยก็เคยมีคำพิพากษาในคดี ที่สื่อสารกันโดยอุปกรณ์เช่นนี้เช่นกัน แต่คำพิพากษาใส่ใจกับการเป็นลายลักษณ์อักษรของสัญญา สัญญาจึงไม่เกิดขึ้นตามหลักที่วางไว้แต่เดิมของกฎหมายไทยซึ่งตอนหลังก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายให้สามารถตีความการเกิดของสัญญาได้กว้างขึ้นกว่าเดิม

ซึ่งเราก็อาจคิดว่าคู่สัญญาในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศอาจจะติดต่อกันได้ทันทีด้วยเครื่องมือสื่อสารในยุคปัจจุบัน ที่มีความรวดเร็วในการติดต่อมาก แต่ในความเป็นจริงนั้น มีสิ่งที่เรียกว่าความต่างของช่วงเวลา ที่สถานประกอบกิจการของทั้งสองที่มีโซนช่วงเวลาแตกต่างกัน การติดต่อสื่อสารอาจจะไม่สามารถติดต่อกันได้ในทันที เช่น เกินเวลาเปิดทำการแล้ว จึงไม่มีใครอยู่ที่สถานประกอบกิจการ เวลาตอนเช้าที่เป็นเวลาเปิดทำการของทีหนึ่ง อาจจะเป็นเวลากลางดึกที่ผิดทำการแล้วของสถานประกอบกิจการที่อยู่อีกประเทศหนึ่ง ในอังกฤษยังไม่มีคำพิพากษากรณีเช่นนี้ไว้โดยตรงแต่มี dicta ของ Lordberforce ในคดี *Brinkkibon v. Stahag Stahl und Stahwrenhandels-gesellschaft MBH*³⁶ ซึ่ง dicta นั้นเป็นกรณีที่ไม่เกี่ยวกับคำพิพากษาในคดีนั้นโดยตรง อาจกล่าวเป็นเชิงเปรียบเทียบแสดงความคิดเห็น หรือภาษาพาไปก็ได้ ในกรณีที่คำเสนอและคำสนองไม่ตรงกันนั้น ปัญหาอาจเกิดขึ้นไม่มากหากต่างฝ่ายได้มีการรู้ว่าฝ่ายตนนั้นต้องการอะไรจากการเสนอและสนอนั้น และรู้ว่าสิ่งที่ต่างไปจากข้อเสนอของตนได้กลายมาเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (counter-offer) แต่ยังสามารถมีการสับย้อนกลับไปได้ในเรื่องคำเสนอและคำสนองที่ส่งกันไปมานั้นว่าฝ่ายใดเป็นผู้ที่ได้ทำคำเสนอเป็นอันสุดท้ายและฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่สนองรับคำเสนอนั้นเป็นครั้งสุดท้าย

³⁶ [1982] 1 All E.R. 293, [1983] 1 A.C. 34

ฝ่ายที่รับคำเสนอนั้นก็จะเป็นฝ่ายที่รับเอาข้อตกลงตามสัญญาของฝ่ายทำคำเสนอครั้งสุดท้ายนั้นเอง การสืบสาวย้อนกลับไปที่ละขั้นตอนเช่นนี้เรียกกันว่า หลักการยิงครั้งสุดท้าย (last shot) หมายถึงการที่สัญญาจะเกิดขึ้นตามข้อสัญญาของฝ่ายที่ทำคำเสนอครั้งสุดท้ายที่มีการสนองรับโดยอีกฝ่ายหนึ่ง

Hyde v. Wrench[1840] “ The Defendant offered to sell ... and if that had been at once unconditionally accepted, there would undoubtedly have been a perfect binding contract” 49 Eng. Rep. 132

กรณีนี้เป็นเรื่องของการที่ตอนแรกเสนอราคาที่ดิน 1,000 ปอนด์ แต่คู่สัญญาอีกฝ่ายเสนอกับว่า 950 ปอนด์ ซึ่งผู้เสนอไม่ยอมในกาลต่อมาคู่สัญญาอีกฝ่ายพยายามที่จะเอาตามคำเสนอที่มีอยู่เดิม กรณีนี้สัญญาไม่เกิดขึ้นเพราะคำสนอนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ทำลายคำเสนอแต่เดิมในราคา 1,000 ปอนด์ไป ซึ่งก็มีการให้เหตุผลว่าถ้ามีการยอมรับแบบไม่มีเงื่อนไขแล้วสัญญาก็คงเป็นสัญญาที่สมบูรณ์มีผลผูกพันคู่สัญญาไปแล้ว แต่เนื่องจากการสร้างเงื่อนไขขึ้นมาใหม่ คำเสนอเดิมคือ 1,000 ปอนด์ก็เลยต้องสิ้นผลไป “There was no contract, where the counter offer is made this destroys the original offer so that it is no longer open to the offeree to accept”³⁷ สามารถแปลได้ว่า “ไม่มีสัญญาเกิดขึ้นหากคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้นแทนที่คำเสนอเดิมดังนั้นจึงไม่มีโอกาสที่เปิดขึ้นเพื่อให้ผู้ทำคำสนองทำการยอมรับ”

Butler Machine Tool Co., Ltd. v. Ex-Cell-O Corp. (England) คดีนี้เป็นเรื่องของการที่เกี่ยวกับเครื่องมือที่โจทก์เสนอขายให้กับจำเลย คำเสนอนั้นอยู่บนสัญญามาตรฐานที่อนุญาตให้ผู้ขายได้จนกระทั่งถึงวันที่ส่ง และมันยังทำให้เงื่อนไขข้อนี้มีผลเหนือกว่าเงื่อนไขหรือข้อกำหนดอย่างอื่นในคำสั่งซื้อสินค้าของผู้ซื้อ จำเลยในยอมรับข้อเสนอโดยสัญญามาตรฐานของพวกเขาเอง ซึ่งไม่ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเพิ่มราคาสินค้านั้นไว้ แบบของผู้ซื้อได้ฉีกออกไปส่วนหนึ่งที่สมบูรณ์โดยผู้ขายที่ระบุว่า “เรายอมรับคำสั่งซื้อ ตามเงื่อนไขและข้อกำหนดดังต่อไปนี้” โจทก์ได้เซ็นและคืนเอกสารให้กับจำเลย และเครื่องจักรนั้นก็ได้ถูกสร้างขึ้นมา แต่ก่อนที่จำทำการส่ง ผู้ขายได้ยกข้อต่อสู้ในเรื่องของข้อกำหนดเรื่องราคาขึ้นมา ซึ่งผู้ซื้อก็ได้ต่อสู้ อ้างว่าสัญญาได้มีผลสมบูรณ์ตามสัญญาของผู้ซื้อ ซึ่งศาลก็

³⁷ <http://www.e-lawresources.co.uk/Hyde-v-Wrench.php>, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2559.

ได้ตัดสินเป็นเอกฉันท์คำสอนนั้นได้รับการยอมรับจากผู้ซื้อ ซึ่ง Lord Denning ได้ยอมรับในคดีนี้แต่ได้ชี้ว่า ในข้อกำหนดของสัญญาหลายเรื่อง คดีนี้ได้ล้าสมัยไปแล้ว ซึ่ง Lord Denning ได้เสนอว่าให้แก้ไขปัญหาในเรื่องของสัญญา ในเรื่องของรูปแบบของสัญญาออกจากส่วนของเนื้อหาของสัญญา ในเรื่องของการเกิดของสัญญา (Formation of Contract) นั้น Lord Denning ให้ความเห็นว่า “To look at all the documents passing between the parties- and glean form them, or form conduct of the parties, whether they have reached agreement on all material points- even though there maybe differences between the forms and conditions printed on the back of them...”³⁸ ซึ่งได้มีข้อสรุปว่า “[a]pplying this guide, it will be found that in most cases when there is a 'battle of forms,' there is a contract as soon as the last of the forms is sent and received without objection being taken to it”

“ เมื่อพิจารณาจากเอกสารที่ส่งไปมาระหว่างคู่สัญญาและพิจารณาจากเอกสารนั้น, การปฏิบัติของคู่สัญญา, ไม่ว่าพวกเขาจะสามารถมีข้อตกลงบนเนื้อหาสำคัญแต่ละข้อ ถึงแม้ว่าจะมีข้อแตกต่างในแบบและเงื่อนไขพิมพ์อยู่ด้านหลังของสัญญา ..การปรับใช้แนวทางนี้, จะพบว่าในกรณีส่วนใหญ่เมื่อมี “การต่อสู้ของแบบของสัญญา” ก็มีสัญญาเกิดขึ้นเมื่อแบบของสัญญาสุดท้ายได้ถูกส่งไปและได้รับโดยไม่ได้มีการตอบปฏิเสธ”

จากแนวคิดนี้คือพิจารณาได้ว่าเป็นหลักการของ การยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) ที่ Lord Denning ได้วางหลักการไว้นั่นเอง และในส่วนปัญหาอย่างที่สองคือเนื้อหาของสัญญา Lord Denning เห็นว่าขึ้นอยู่กับกรณีที่น่าจะมีการควบคุมโดยแบบสุดท้ายแบบแรกที่ส่งมา, แบบในส่วนที่ตรงกันและในส่วนที่ไม่ตรงกันนั้นปรับใช้แบบสมเหตุสมผล และได้ชี้ให้เห็นว่าแบบสุดท้ายที่ส่งมาจะมีผลถ้ามีการยอมรับ, โดยชัดแจ้งหรือปริยายจากการปฏิบัติ ว่าเงื่อนไขของแบบแรกนั้นจะมีผลเหนือกว่าแบบอื่น ถ้าการยอมรับนั้นมีความแตกต่างในเนื้อหาสาระสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อราคา, และเงื่อนไขของทั้งสองแบบจะครอบคลุมถึงถ้าและเพียงเท่าที่เงื่อนไขของทั้งสองแบบนี้จะสามารถเข้ากันได้

³⁸ Butler Machine Tool Co., Ltd. v. Ex-Cell-O Co. (England) Ltd., 1 W.L.R. 403 (1979).

3.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาและการมีหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมาย

ต่างประเทศ

หลักฐานเป็นหนังสือนั้นคือส่วนที่เกี่ยวข้องกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่เป็นส่วนสำคัญในการประกอบกระบวนการพิจารณาในคดีแพ่งและบางครั้งยังเป็นเรื่องของการมีสิทธิในการฟ้องคดีนั้นด้วย หลักฐานการเป็นหนังสือจึงเป็นเรื่องสำคัญที่ควรนำมาพิจารณาในเรื่องของปัญหาการเกิดของสัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ แนวทางของกฎหมายในเรื่องหลักฐานการเป็นหนังสือของแต่ละประเทศนั้นเป็นเรื่องที่ควรนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกันเพื่อหาแนวทางที่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุด

3.3.1 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันนั้น สัญญาซื้อขายโดยทั่วไปไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่สำหรับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ รวมทั้งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาการซื้อขายระหว่างประเทศนั้นด้วย³⁹

แบบของสัญญาและการมีหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายเยอรมันนั้น กฎหมายเยอรมันนั้นเป็นระบบกฎหมายที่ยึดตามหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร สัญญาเป็นนิติกรรม savingy ตามแนวทางของกฎหมายเยอรมัน ได้มีการแบ่งแยกในเรื่องของหนี้และการส่งมอบเป็นคนละประเภทกัน อันเป็นลักษณะเฉพาะอย่างหนึ่งของกฎหมายเยอรมัน ในกฎหมายสัญญาของเยอรมัน เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดเป็นอย่างอื่น การทำสัญญาด้วยปากเปล่านั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่สัญญาบางอย่างต้องมีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายเยอรมันสัญญานี้เหล่านั้นได้แก่

1. The inter vivos Establishment of a Foundation ;
2. Assuming or assigning a mortgage;
3. A lease for more than a year;
4. A promise of an annuity;
5. Guaranty and surety contracts (unless the transaction is a commercial one for the guarantor or surety);
6. A promise to pay or perform which is independent of and unrelated to any other obligation (*Schuldversprechen*);

³⁹ อภิญา เลื่อนฉวี, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.11.

7. Acknowledge of a debt (*Schuldanerkenntis*)

ซึ่งในกรณีนี้เรามาพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ จากข้อที่กำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายในเรื่องสัญญาของเยอรมัน ที่จะมีผลต่อการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ที่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ตามที่เป็นข้อยกเว้นมา หนังสือยอมรับสภาพหนี้ (*Schuldanerkenntis*) ก็เป็นหลักฐานที่ต้องมีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร และสัญญาว่าจะชำระหรือปฏิบัติตามซึ่งแตกต่างหากจากหนี้อื่น (*Schuldversprechen*) โดยหลักการแล้ว การพิจารณาพิพากษาคดีในศาลเยอรมันนั้น ได้มีการแบ่งเป็นทั้งกฎหมายสารบัญญัติ (*German Civil Code*) และกฎหมายสบัญญัติ (*German Civil Procedure Code*) กล่าวคือมีทั้งเนื้อหาสาระในส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมายและกระบวนการในการพิจารณาคดี และโดยระบบนั้นศาลไม่ผูกมัดกับคำพิพากษาที่ได้เคยตัดสินมาก่อน แม้แต่คำพิพากษาของศาลสูงก็ตาม แต่ตามหลักปฏิบัติแล้วศาลล่างจะพิจารณาไปในแนวทางการพิพากษาของศาลสูง ในตามหลักการเรื่องการพิจารณาคดีแพ่งนั้น เยอรมันไม่มีการเข้าไปในการพิสูจน์เองแต่เป็นหน้าที่ของคู่ความที่ต้องหาหลักฐานมาพิสูจน์ หลักฐานมาพิสูจน์นั้นก็เช่น เอกสารพยานหลักฐาน (*Documentary Evidence*) , พยานบุคคล (*Witness Testimonies*) และพยานผู้เชี่ยวชาญ (*Expert opinions*) จะเห็นได้ว่าพยานหลักฐานเป็นหนังสือหรือเอกสารนั้น เป็นแค่หนึ่งในหลายวิธีการที่จะนำคดีเข้ามาสืบในการพิจารณาคดีแพ่งของศาลเยอรมัน เรื่องพยานหลักฐานนี้เปรียบได้กับรากฐาน (*Cornerstone*) ของกฎหมายแพ่งเยอรมันเลยทีเดียว

Principle of Orality & Principle of Written Form⁴⁰ หลักการเรื่องพยานบอกเล่าและหลักการเรื่องพยานหลักฐานเป็นหนังสือในกฎหมายแพ่งเยอรมัน กระบวนการในการนำพยานบอกเล่าเข้ามาสืบการพิจารณาคดีในศาล หลักการเรื่องพยานบอกเล่าที่กำหนดไว้ใน § 128 ZPO ที่กำหนดให้ศาลพิจารณาการโต้แย้งที่บอกเล่าโดยปากเปล่า ในบางกรณีคู่สัญญาสามารถกำหนดในการใช้หลักฐานเป็นหนังสือแทนการบอกเล่าปากเปล่าได้ § 128 para. 2 ZPO มาตราอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นในการใช้พยานบอกเล่าเป็นเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ต้องมีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร § 251 a, 307 para. 2, 331 para. 3, 331 a ZPO. นอกเหนือจากมาตราที่กล่าวมานี้ถือว่าเป็นการ

⁴⁰ Evidence in Civil Law-German P.16 <http://books.lex-localis.press/index.php/LexLocalisPress/catalog/download/29/26/109-1>, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2559.

ผิดวิธีการพิจารณาในการพิจารณาของศาลเยอรมัน กระบวนการพิจารณาของศาลเยอรมันนั้นใช้ผสมกันระหว่างพยานบอกเล่าและพยานหลักฐานเป็นหนังสือ ตามประวัติศาสตร์ทางกฎหมายในเรื่องของสัญญาของประเทศเยอรมันสามารถกล่าวได้ว่าการย้อนไปถึงยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมที่การผลิตสินค้าปริมาณมาก (Mass production) นั้นได้มีบทบาทมากขึ้นในการเปลี่ยนแปลงสังคมที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในด้านกฎหมายที่ทำให้เกิดมีการค้าขายมากขึ้น ดังนั้นไม่ใช่เรื่องแปลกหากพิจารณาในทางมุมมองของประวัติศาสตร์ถ้าการที่เทคโนโลยีที่เปลี่ยนไปและความเปลี่ยนแปลงของสังคมจะทำให้กฎหมายที่ใช้อยู่ต้องเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย การที่สังคมเปลี่ยนแปลงการค้าเกิดความแพร่หลายทำให้ต้องมีแนวทางของสัญญามาตรฐานที่เกิดขึ้นเพื่อความสะดวกในการทำสัญญาที่ผู้ประกอบการจะพิมพ์สัญญานั้นมาก่อนเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้ามาทำสัญญากับตนเอง จึงมีการกำหนดมาตรฐานทางสัญญาเป็นแบบเดียวกันเพื่อผลประโยชน์และความสะดวกในการประกอบธุรกิจ ถ้าไม่มีแบบมาตรฐานก็แสดงว่าธุรกิจนั้นต้องทำการเจรจาทุกครั้งที่เกิดการทำสัญญาขึ้น เนื่องจากความที่เยอรมันนั้นเป็นประเทศที่ใช้หลักการกฎหมายลายลักษณ์อักษร ความสำคัญของ BGB จึงมีมากและครอบคลุมไว้อย่างละเอียดแต่ก็มีบางกรณีกฎหมายยังมีช่องให้มีการถกเถียงกัน สัญญามาตรฐานจึงเป็นสิ่งที่เข้ามาเพื่อทำการอุดช่องว่างของการบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมัน สัญญามาตรฐานจะเป็นตัวที่กำหนดรายละเอียดต่างๆของการทำสัญญานั้น ไม่ว่าจะเป็นราคา เวลากำหนดส่ง หน้าที่และขอบเขตความรับผิดชอบ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่สามารถกำหนดไว้ในสัญญามาตรฐาน และเป็นสิ่งที่มีผลอย่างมากในประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างประเทศเยอรมัน ผู้ที่ทำสัญญามาตรฐานจะเป็นฝ่ายที่ได้เปรียบเนื่องจากเป็นสัญญาที่กำหนดไว้สำเร็จรูปอยู่แล้ว ซึ่งความได้เปรียบจะตกอยู่กับผู้ที่ออกสัญญามาตรฐานเพราะเป็นผู้รู้เนื้อหาและเป็นฝ่ายที่ร่างและเขียนทำให้กำหนดความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นได้ในสัญญาและสามารถรับรู้ถึงหน้าที่ความรับผิดชอบและข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้ดีกว่าฝ่ายที่เข้ามาทำสัญญาในสัญญาตามมาตรฐานนั้นด้วย

ในสัญญามาตรฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจึงเป็นสิ่งสำคัญในการที่หลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรและสัญญาจะเป็นตัวกำหนดรายละเอียดของสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญากระทำต่อกันและ สัญญามาตรฐานนั้นได้บันทึกไว้อย่างละเอียดถึงหน้าที่และความรับผิดชอบ การชำระราคาต่างๆที่เป็นตัวกำหนดรายละเอียดของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่คู่สัญญามีหน้าที่ต้องกระทำต่อกัน จึงเป็นพยานหลักฐานสำคัญในกระบวนการพิจารณาทั้งการ

ฟ้องร้องต่อศาลและการที่จะเอาหลักฐานนั้นมาพิจารณาในคดี ว่ามีความน่าเชื่อถือมากเพียงใดเพื่อกำหนดฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาซื้อขายที่ได้กระทำต่อกันไว้ ถ้ามีการเขียนเตรียมไว้ก่อนที่จะมีการทำสัญญาต้องมีการลงลายมือชื่อในสัญญา ถ้ามีต้นฉบับหลายอัน ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะลงลายมือชื่อแทนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ในเรื่องของการลงลายมือชื่อ ซึ่งเรื่องนี้หากนำมาพิจารณาจากมุมมองของเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อาจจะมีต้นฉบับได้หลายฉบับ ก็สามารถนำมาเพียงลงลายมือชื่อ ลงแทนก็ได้หรือมีการลงลายมือชื่อครั้งเดียวและสามารถเคลื่อนย้ายข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ลงลายมือชื่อตามสัญญาที่อยู่กันต่างที่ก็สามารถที่จะทำได้เพราะเปิดโอกาสให้การลงลายมือชื่อแทนกันหากมีเอกสารต้นฉบับหลายฉบับนั้นสามารถกระทำได้ตามหลักการกฎหมายของประเทศเยอรมันในเรื่องของสัญญา

[Standard Term of Contract (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) หรือ AGBs)
เงื่อนไขสัญญามาตรฐาน⁴¹

เรื่องเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญานั้น ตาม BGB นั้นจะแตกต่างจาก CISG ที่ไม่ได้กำหนดเรื่องการรวมเงื่อนไขและข้อกำหนดทั่วไปลงในสัญญา แต่ BGB นั้นสามารถเอาเงื่อนไขและข้อกำหนดรวมเข้าไปกับสัญญาได้ถ้าได้อยู่ในความสนใจของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสที่จับรู้และยอมรับเงื่อนไขและข้อกำหนดทั่วไปดังกล่าว นั้น การที่จะไม่เอาข้อกำหนดของ CISG มาอยู่ในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศของเยอรมันนั้น การเขียนเพียงคำว่า “กฎหมายเยอรมันมีผลบังคับเหนือกว่ากฎหมายอื่น” นั้นยังไม่เพียงพอเพราะกฎหมาย BGB ของเยอรมันนั้นได้เข้าไปอยู่ในกฎหมายเยอรมันแล้ว แต่ต้องระบุข้อกำหนดเงื่อนไขในสัญญาที่กระทำขึ้นไปด้วยว่า “กฎหมายเยอรมันเหนือกว่ากฎหมายอื่นและไม่รวมเอา CISG มาบังคับใช้” ลงไปในสัญญาซื้อ

⁴¹ *Thomas Zeres*, PRINCIPLES OF THE GERMAN LAW ON STANDARD TERMS OF CONTRACT, สืบค้นวันที่ 8 กพ 2560

,http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zeres.pdf

ขายสินค้าระหว่างประเทศจึงจะสามารถใช้กฎหมายเยอรมันที่ไม่ต้องเอา CISG มาใช้ร่วมกันได้⁴² เนื่องจากกฎหมายเยอรมันนั้นเป็นแนวทางของสัญญาลายลักษณ์อักษร การระบุไว้ในสัญญาจึงเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายเยอรมันที่คู่สัญญาเลือกที่ใช้กฎหมายอื่นนอกจากกฎหมายเยอรมันอย่าง CISG ประกอบด้วยหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับสัญญาที่ตกลงกัน ในความซับซ้อนของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่จะตกลงกันให้อาณัติกฎหมายของประเทศที่เป็นกลางมาใช้บังคับก็สามารถที่จะกระทำได้

3.3.2 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

แบบของสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ในประเทศฝรั่งเศสไม่มีการกำหนดแบบของสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ไว้โดยตรง ในตามความหมายของสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาคือการตกลงกันของบุคคลสองคนเพื่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กำหนดไว้ตามมาตรา 1101 ของ Civil Code “ A Contract is an agreement by which one or several persons bind themselves ,towards one or several others,to transfer,to do or not to do something” ที่ให้นิยามความหมายของสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศสเอาไว้ และจากหลักเรื่องส่วนประกอบของสัญญาตามกฎหมายของฝรั่งเศสที่มีองค์ประกอบดังนี้

1. ความตกลงยินยอมของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเอง (The consent of the party who binds himself)
2. ความสามารถของบุคคลในการเข้าทำสัญญา (His capacity to contract)
3. วัตถุแห่งหนี้ที่แน่นอนเป็นวัตถุแห่งการผูกมัด (A certain object forming the matter of the contract)
4. วัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายของนิติสัมพันธ์ทางหนี้ (A lawful cause in the bond)

⁴² Dis-applying the CISG provisions, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ก.พ. 2560, <https://www.wbs-law.de/eng/doing-business-germany/international-trade/international-sale-of-goods/>

หากผิดองค์ประกอบของสัญญา สัญญาจะไม่มีผลหรือมีเปลี่ยนแปลงจากการกระทำผิดนั้นตามกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส หากจะกล่าวถึงเรื่องแบบของสัญญาในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส สิ่งสำคัญคือองค์ประกอบดังกล่าวทั้งในเรื่องของการผูกพันตนเองของคู่สัญญา, ความสามารถของบุคคล, วัตถุประสงค์และวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย ความตกลงยินยอมนั้นเป็นหลักการที่สำคัญตามหลักของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่การซึ่งนำพยานหลักฐานว่าพยานหลักฐานแบบใดน่าเชื่อถือกว่านั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่งในการพิจารณาตัดสิน ในมาตรา 1341⁴³ Civil Code กฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้กำหนดเรื่องของพยานหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเอาไว้ ว่าต้องอาศัยลายลักษณ์อักษรถ้ามีการที่จะสืบให้เกินกว่าที่ระบุไว้ในสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่นั่นไม่ได้ใช้ในกฎหมายธุรกิจการค้า (Commercial Law) (Electronic signature Act no 2000-230 adapting the rules of evidence to information technology and related to electronic signatures). และกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ของกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายฝรั่งเศสนั้นได้รับในเรื่องของการมีลายลักษณ์อักษรหรือลายเซ็น แต่ยังคงหลักที่เป็นรากฐานอยู่เสมออย่างในเรื่องลายลักษณ์อักษร คือ การเกิดขึ้นของสัญญา (Formation of Contract), ตัวคู่สัญญา (identity of party), และความตกลงยินยอม (consent)⁴⁴

⁴³ Art. 1341 An instrument before *notaires* or under private signature must be executed in all matters exceeding a sum or value fixed by decree¹, even for voluntary deposits, and no proof by witness is allowed against or beyond the contents of instruments, or as to what is alleged to have been said before, at the time of, or after the instruments, although it is a question of a lesser sum or value. All of which without prejudice to what is prescribed in the statutes relating to commerce.

¹ D. n° 80-533 of 15 July 1980 : 5 000 F (800 €)

⁴⁴ Philippe Bazin ,AN OUTLINE OF FRENCH LAW ON DIGITAL EVIDENCE , สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2559, <http://sas-space.sas.ac.uk/5543/1/1864-2592-1-SM.pdf>
สิ้น

กรณีสงครามแบบฟอร์ม(Battle of the form)ของประเทศฝรั่งเศสนั้น แทบจะมี แนวเดียวกับเยอรมันต่างกันอาจจะเพียงแค่ ศาลฝรั่งเศสใช้ หลักการคัตออก (Knock Out Rule) เมื่อ สัญญาไม่ได้มีข้อกำหนดป้องกัน (defensive clause)ต่างกับเยอรมันที่ต้องมีการบอกกล่าวกันไว้อย่าง ชัดแจ้งในสัญญาที่ได้กระทำขึ้นจึงจะยกขึ้นอ้างได้

3.3.3 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

แบบของสัญญาตามกฎหมายอังกฤษนั้นเป็นกฎหมายตามคำพิพากษาหรือ Common Law ที่ศาลเป็นผู้วางหลักกฎหมายในเรื่องแบบของสัญญาไว้ตามหลักทั่วไป ในสมัยโบราณ ศาลของประเทศอังกฤษ ปกครองโดยขุนนางและผู้ครองแคว้นที่มีแนวทางการตัดสินตามแบบของ ตนเอง จึงมีการพัฒนา ศาลหลวงของกษัตริย์ที่เป็นการวางแนวทางคำพิพากษาให้เป็นไปในแนวทาง เดียวกัน การศึกษากฎหมายตามแบบของประเทศอังกฤษจึงต้องมีแนวทางการดูคำพิพากษาเป็นหลัก ว่า มีแนวทางการวางหลักคำพิพากษาไว้ว่าอย่างไรบ้าง แนวทางการแก้ปัญหาสงครามแบบฟอร์มจึง เป็นเรื่องของการปรับหลักกฎหมายว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นหรือไม่และหากสัญญานั้นเกิดขึ้นมาแล้วได้มี เงื่อนไขและข้อกำหนดอย่างไรบ้างอันเป็นเรื่องพื้นฐานของการพิจารณาความขัดแย้งในเรื่องของ สงครามแบบฟอร์ม

ปัญหาที่มักจะเกิดขึ้นในเรื่องของแบบคือ สงครามแบบฟอร์ม (Battle of the Forms) ที่เกิดจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั้นใช้แบบฟอร์มของตนเองในการติดต่อซื้อขาย เมื่อข้อสัญญาใน แบบฟอร์มของแต่ละฝ่ายแตกต่างกัน จึงเกิดปัญหาเกิดขึ้นว่าสัญญานั้นได้เกิดขึ้นหรือไม่ เอกสารเป็น หนังสือเป็นเรื่องสำคัญในการที่ลักษณะทางการค้าขายสินค้าระหว่างประเทศมักมีการส่งเอกสาร กลับไปมาหลายฉบับ ที่สามารถกล่าวได้ว่าได้ส่งกันไปมาในเรื่องการเจรจาหลายครั้งระหว่างคู่สัญญา ทั้งสองฝ่าย ซึ่งหลักการแนวความคิดเช่นหลักการยิงครั้งสุดท้ายหรือหลักการคัตออกจะเข้ามามี อิทธิพลในส่วนของการพิจารณาว่าสัญญาได้เกิดขึ้นหรือไม่และด้วยเงื่อนไขข้อกำหนดประการใด พิจารณาความแตกต่างในเรื่องของคำเสนอ คำสนองที่แตกต่างกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การมี หลักฐานเป็นหนังสือของกฎหมายของประเทศอังกฤษ (Evidence by Writing) ตามกฎหมายของ ประเทศอังกฤษในเรื่องการมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ได้มีหลักการเรื่องของ “Parol.” ที่กำหนดเรื่อง ของพยานหลักฐานที่ตกลงกันก่อนหน้าไม่สามารถเอาเข้ามาเป็นพยานหลักฐานได้ถ้าคู่สัญญา มีการตกลงกันเป็นหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ไม่สามารถยึดพยานหลักฐานก่อนหน้าสัญญาลาย ลักษณ์อักษร ขัดกับที่เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรได้ แต่หลักกฎหมายนี้ไม่ได้เป็นการตัดว่าไม่

สามารถใช้พยานที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นพยานหลักฐาน แต่แนวทางของการที่จะใช้หลักการนี้ ต้องเป็นการตกลงกันเป็นครั้งสุดท้าย (Final Agreement) ระหว่างคู่สัญญาที่ได้มีการตกลงในเรื่องของสัญญา กรณีนี้เป็นเรื่องของแนวทางที่ไม่สามารถสืบพยานไปเป็นอย่างอื่นในการที่ขัดหรือแย้งกับสัญญาที่เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น(Parol Evidence Rule) การมีพยานหลักฐานเป็นหนังสือจึงมีผลในเรื่องของการสืบพยานที่แตกต่างไปจากข้อความที่ตกลงกัน แต่การสืบพยานจากอย่างอื่นนอกเหนือจากที่เป็นหลักฐานเป็นหนังสือนั้นยังสามารถสืบพยานได้

จะเห็นได้จากแนวทางนี้ว่าพยานหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเป็นสิ่งสำคัญในการพิจารณาคดีเพราะเกี่ยวข้องกับรายละเอียดของสัญญาและบางครั้งมีการกล่าวไปถึงเจตนาที่เกิดขึ้นของคู่สัญญาที่สามารถดูได้จากเนื้อหาในส่วนที่มีเจรจากันก่อนที่จะทำสัญญาด้วย หลักกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นนอกจากจะมีการพิจารณาเรื่องลายลักษณ์อักษรแล้วยังรวมไปถึงเรื่องการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้เกิดภาระหน้าที่ผูกพันต่อกันระหว่างคู่สัญญาด้วย การแสวงหาแนวทางที่อุดช่องโหว่และจัดการกับปัญหาที่มีอยู่ของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในต่างประเทศ จากการที่เห็นได้จากแนวทางการซื้อขายสินค้าสินค้านี้ระหว่างประเทศที่ผ่านมาที่เรากำลังจะพิจารณาคือการมองกฎหมายในสภาพที่เป็นจริงของการประกอบธุรกรรมต่างๆที่เกิดขึ้นในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

บทที่ 4

หลักกฎหมายไทยและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่าง ประเทศตามกฎหมายไทย

4.1 กฎหมายไทยเกี่ยวกับการเกิดสัญญาซื้อขาย

กฎหมายไทยในเรื่องการค่านั้นมีมาตั้งแต่อดีตกาลแล้ว ตามตำนานที่มีการบันทึกไว้ว่า ราชอาณาจักรของเรานั้นเป็นเมืองท่าที่สามารถรับสิ่งของหายากจากต่างประเทศมาค้าขาย มีการจัดเก็บภาษีสินค้าต่างประเทศต่างๆที่ทำให้มีเงินเข้ามาในท้องพระคลังมาจำนวนมาก และได้ของหายากที่ประเทศเราไม่มี อันเป็นการแสดงถึงประโยชน์ของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมาตั้งแต่ครั้งโบราณแล้ว และมีการเริ่มทำกฎเกณฑ์การเก็บภาษีและระเบียบประเพณีการค้าเริ่มจากประเพณีการค้าต่างๆในอดีตที่ใช้อยู่กับการค้าขายสินค้าในอดีตของเมืองท่าต่างๆ จนการพัฒนามาถึงกฎหมายในรูปแบบที่ใช้กันในปัจจุบัน และได้มีการปรับปรุงแก้ไข ให้สอดคล้องกับภาวะปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านสังคมและเทคโนโลยีที่ใช้ในชีวิตประจำวัน แต่ในเรื่องบางอย่างยังใช้หลักการที่มีมาอยู่แต่เดิมถึงแม้ว่าแนวทางของกฎหมายต่างประเทศที่เราเคยนำมาใช้ในการสร้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเองนั้นได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการบางประการเพื่อให้สามารถเข้ากับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงไป การที่แม้จะไม่มีเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายในเรื่องของพยานหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรและคำสนองที่แตกต่างไปจากคำเสนอในเรื่องของการเกิดของสัญญา คงเป็นการไม่เหมาะสมหากพิจารณาเปรียบเทียบในเรื่องของหลักกฎหมายการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่มีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา กฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงตลอดมาตามประวัติศาสตร์ของกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยลักษณะของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น มีลักษณะที่เป็นระหว่างประเทศจึงควรจะมีแนวทางที่สอดคล้องให้เข้ากับหลักการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน การที่จะทำความเข้าใจกับแนวความคิดกฎหมายไทยนั้นเราควรที่จะศึกษาในแนวทางของประวัติศาสตร์ของกฎหมายจึงจะสร้างความเข้าใจได้ว่ากฎหมายนั้นมีแนวคิดหลักการพื้นฐานมาจากอะไรและการจะแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจึงจะสามารถเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ

หลักความไว้นื้อเชื่อใจ สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ในสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้นต้องเริ่มมาจากการพิจารณาจากกฎหมายภายในของประเทศไทยว่ามีข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นหรือไม่ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นเริ่มมาจากแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลที่กฎหมายของประเทศไทยได้มีการบัญญัติเอาไว้และสิ่งหนึ่งที่ทำให้คนเรา

สามารถทำธุรกิจหรือประกอบการค้าได้คือ “ความไว้น้ำใจ” ที่กฎหมายของประเทศไทย ได้มีหลักในเรื่องของความไว้น้ำใจในการที่ทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถทำการค้ากันได้ต้องมีความเชื่อใจระหว่างกันว่าอีกฝ่ายจะปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาได้อย่างครบถ้วน การค้าจึงจะสามารถเกิดขึ้นได้ ความเชื่อมั่นคือปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกอบการพิจารณาพร้อมกับ “ความเสี่ยง” ของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น

หลักสุจริตนั้น เป็นหลักการพื้นฐานของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย หลักการนี้สามารถนำมาปรับใช้กับก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้นด้วยเพราะถือว่าแม้สัญญาจะยังไม่เกิด หนี้ตามสัญญาจะยังไม่มี แต่คู่สัญญาก็ต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกันแล้วตามหลักสุจริตตามความเห็นของนักกฎหมายเยอรมัน Jhering⁴⁵ อาจกล่าวได้ว่าเป็นหนึ่งต้นตอของการกระทำที่ห้ามกระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่งในขั้นตอนก่อนทำสัญญา ซึ่งเป็นแนวทางที่เป็นที่นิยมของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

4.1.1 การเกิดของสัญญา

กฎหมายไทยได้วางหลักเรื่องคำเสนอและคำสนองไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ประเทศเราจะใช้ระบบกฎหมาย ซิวิลลอว์ (Civil Law) ที่ยึดถือตัวบทกฎหมายแต่คำพิพากษาของศาลฎีกาก็มีอิทธิพลต่อการตีความกฎหมายที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายของไทย ที่ว่าคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญา และหากมีการบอกปิดคำเสนอ คำสนองที่ให้ไปก็จะเปลี่ยนเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 ที่กำหนดให้คำบอกปิดไม่รับกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วยในตัว “มาตรา 359 ถ้าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสนอนั้นกลายเป็นคำเสนอ ขึ้นใหม่ คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วยในตัว” และในกฎหมายไทยได้รองรับเรื่องการสื่อสารบุคคลทางโทรศัพท์ไว้ ซึ่งเป็นกรณีที่ใช้แบบเดียวกับการเสนอ

⁴⁵ Culpa in Contrahendo [Fault in conclusion of contract] ที่ Jhering ได้วางหลักการไว้เพื่อเติมเต็มช่องว่างของกฎหมาย แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขในปี 2001 ในเรื่องของกฎหมายที่เกี่ยวกับหนี้ ตาม §311(2) ที่เกี่ยวเนื่องกับ §§280(1) และ 241(2) ของ German Civil Code, Kessler, Friedrich and Fine, Edith, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study" (1964). *Faculty Scholarship Series*. Paper 2724.

เฉพาะหน้า กรณีคู่สัญญาอยู่เฉพาะหน้า (Interpraesentes) หรือสามารถโต้ตอบกันได้อย่างทันทีทันใด (Instantaneous communication) ตามมาตรา 356⁴⁶

หากพิจารณาแล้วการทำคำเสนอทางโทรศัพท์นี้ เป็นการติดต่อสื่อสาร ที่ผู้ทำคำเสนอและผู้สนองนั้น สามารถติดต่อสื่อสารกันได้เข้าใจแทบจะในทันที มีการแสดงเจตนาและการพิจารณากันอย่างชัดเจน เทียบได้กับการที่ทำคำเสนอต่อหน้า แทบจะไม่แตกต่างกันในด้านระยะเวลาการที่คำเสนอจะไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในลักษณะการทำคำเสนอเช่นนั้นเป็นลักษณะที่มีการส่งคำเสนอ แสดงเจตนาของผู้ทำคำเสนอไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะตอบรับหรือปฏิเสธคำเสนอเช่นนั้นได้ในทันที the meeting of the mind คือมีเจตนาเห็นพ้องต้องกัน คือตกลงทำสัญญากันได้ด้วยมีเจตนาเดียวกันที่จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นแต่ปัญหาอาจจะมีข้อขัดข้องขึ้นหากมีการใช้การรับส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรืออีเมลต่างๆ ที่มีการส่งไปถึงผู้รับจดหมายนั้นในทันที แต่การตระหนักถึงความหมายของคำเสนอที่ส่งไปในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจจะไม่ใช่ว่าเกิดขึ้นในทันที แต่อาจจะเป็นการรับรู้หลังจากที่ส่งไปช่วงระยะเวลาหนึ่งก็เป็นไปได้ นี่เป็นเรื่องของการส่งเอกสารที่พัฒนาขึ้นจากเทคโนโลยีด้านการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีในเรื่องการสื่อสารที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้เกิดความขัดแย้งในด้านการตีความที่อาจเกิดขึ้นได้ว่าในลักษณะอย่างนั้นจะมีผลเรื่องคำเสนอไปถึงเมื่อใด เช่น สถานการณ์ที่มีการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปในวันนี้ คำเสนอจะไปถึงเมื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปถึงโดยทันที หรือ คำเสนอไปถึงเมื่อผู้รับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้รับรู้ข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นแล้ว โดยหลักกฎหมายของไทยใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ที่แตกต่างกับหลักการของกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ คำเสนอนั้นเป็นอันสิ้นสุดผูกพันหากไม่ตอบรับภายในระยะเวลาที่กำหนด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักเรื่องของการบอกคำเสนอทางโทรศัพท์หรืออยู่เฉพาะหน้า สามารถตอบสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ซึ่งหลักการทางกฎหมาย

⁴⁶ “มาตรา 356 คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำ คำสนอนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้ห้ามให้ใช้ ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย”

แพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวนี้จะมีผลเมื่อมีข้อความถึงอีกฝ่ายให้สามารถรับรู้ได้ สามารถใช้หลักการเดียวกับการส่งหมายทางไปรษณีย์หรือเปรียบเทียบกับหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องข้อความที่ไปถึงล่วงหน้าหรือการโฆษณา แต่ต้องมีการปรับปรุงให้เหมาะสมกับสภาพของการสื่อสารในปัจจุบันที่เปลี่ยนไปด้วยในด้านระยะเวลาที่คำเสนอมิผลและผู้รับได้อ่านตามสมควร และควรจะมีการกำหนดระยะเวลาตามสมควรที่จะถือว่าผู้ให้คำเสนอสามารถถอนคำเสนอได้จึงจะสอดคล้องกับรูปแบบของเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน

4.1.2 คำสนองที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไข

ตามหลักการที่กำหนดไว้ตามมาตรา 354 คำเสนอที่ผู้เสนอได้เสนอไปไม่อาจจะบ่งถอนได้ตามเวลาที่ได้กำหนดเอาไว้ “มาตรา 354 คำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น ท่านว่าไม่อาจ จะถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ “เป็นการที่ผู้เสนอได้ผูกพันตามระยะเวลาที่ตนเองได้ทำการเสนอไปและไม่อาจถอนคำเสนอได้ตามเวลาที่ได้กำหนดเอาไว้ในคำเสนอนั้นเองเป็น หากพิจารณาดูก็เป็นหลักการตามแนวคิด สัญญาต้องเป็นสัญญาที่ต้องผูกพันตามสิ่งที่ได้ตกลงกันเอาไว้ แม้จะเป็นการเสนอฝ่ายเดียวก็ยังคงผูกพันกับคนอาจจะมีการมีคำสนองก็ได้ หรือถ้าไม่ได้มีการบ่งระยะเวลาไว้ก็จะใช้หลักการตามมาตรา 355⁴⁷ ที่กำหนดเรื่องของการคาดหมายได้เป็นระยะเวลาที่คำเสนอมิผลผูกพันผู้เสนอถ้าหากไม่ได้มีการบ่งระยะเวลาการให้คำสนองไว้โดยเฉพาะ และจะมีการสิ้นสุดผูกพันหากมิได้สนองรับภายในระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา 357⁴⁸ รวมไปถึงมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการล่วงหน้าในการส่งด้วยวิธีทางอื่นที่ต้องมีการแจ้งแก่คู่กรณีอีกฝ่ายโดยไม่ชักช้ามีเช่นนั้นจะถือว่าคำ

⁴⁷ “มาตรา 355 บุคคลทำคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น จะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับ คำบอกกล่าวสนอนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่”

⁴⁸ “มาตรา 357 คำเสนอใดเขาบอกปิดไปยังผู้เสนอแล้วก็ดี หรือมิได้สนองรับภายในเวลากำหนดดังกล่าวมาในมาตราทั้งสามก่อนนี้ก็ดี คำเสนอนั้นท่านว่าเป็นอันสิ้นสุดความผูกพันแต่ นั้นไป”

สนอนั้นไม่ได้มาถึงล่วงหน้าผู้ทำคำเสนอก็ยังต้องคงความผูกพันต่อคำเสนอที่ตนให้ออกไปนั้นอยู่ตาม มาตรา 358⁴⁹

คำสัญญาที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในคำเสนอคำสนอนั้น ถือว่าไม่ทำให้สัญญานั้น เกิดขึ้นแต่เป็นการเป็นการทำคำเสนอขึ้นมาใหม่ตามหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ของประเทศไทยซึ่งเป็นแนวทางของการถือปฏิบัติ ทางการค้าและธรรมเนียมทางการค้าที่มี การยอมรับกันเป็นเวลายาวนานในหมู่ผู้ที่ประกอบอาชีพการค้าขาย ในสถานที่นั้นๆ การทำสัญญาซื้อ ขายสินค้าระหว่างประเทศควรมีการคำนึงถึงหลักการคงสภาพของสัญญา ที่การเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข ของสัญญาไม่ทำให้สัญญานั้นเสียไปเสียเลยทีเดียว ตามหลักแนวคิดเรื่องหลักการคงสภาพของสัญญา ตามกฎหมายอังกฤษที่สัญญานั้นยังคงมีผลอยู่ ที่ทำให้คำเสนอนั้นไม่เสียไปทั้งหมดแต่ยังคงมีผลเท่าที่ จะใช้บังคับได้เช่นแบบ Knock Out Rule หรือแบบผสมนั้นให้สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นคงสภาพเท่าที่จะ บังคับได้โดยไม่เสียไปเสียทีเดียวหากคำสนอนั้นแตกต่างจากคำเสนอ เป็นหลักการทางกฎหมาย การค้าระหว่างประเทศที่เพิ่มเข้ามา หากมองอย่างหนึ่งก็ตรงกับเจตนาของผู้ทำคำเสนอและคำสนอง ที่ยังมีเจตนาที่จะทำการค้ากันอยู่แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในรายละเอียดของคำเสนอคำสนองที่มี อยู่ต่างกันก็ตาม เป็นการตอบสนองความต้องการและเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญามากกว่าที่จะให้ สัญญานั้นสิ้นผลไปเสียทีเดียว เนื่องจากเนื้อหาที่มีการแก้ไขนั้นเป็นการแก้ไขในด้านรายละเอียดแต่มี ความประสงค์ที่จะทำสัญญากันต่อไป อันเป็นการที่ยังคงรักษาเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจการค้า ระหว่างประเทศทั้งสองฝ่ายไว้ที่มีความเหมาะสมในการวางหลักกฎหมายที่จะรักษาเจตนาของ คู่สัญญาไว้มากกว่ากฎหมายและการวางหลักคำพิพากษาฎีกาแบบเดิมที่ผ่านมา การที่รักษาความ

⁴⁹ “มาตรา 358 ถ้าคำบอกกล่าวสนอนมาถึงล่วงหน้า แต่เป็นที่เห็นประจักษ์ว่า คำบอก กล่าวนั้นได้ส่งโดยทางการ ซึ่งตามปกติควรจะมาถึงภายในกำหนดไซ้ ผู้เสนอต้อง บอกกล่าวแก่ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยพลันว่าคำสนอนนั้นมาถึงเนิ่นช้า เว้นแต่จะได้บอกกล่าว เช่นนั้นก่อนแล้ว

ถ้าผู้เสนอละเลยไม่บอกกล่าวดังว่ามาในวรรคต้น ท่านให้ถือว่าคำบอกกล่าว สนอง นั้นมิได้ล่วงหน้า “

ประสงค์ของคู่สัญญาที่มีความตั้งใจที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้นนั้นสมเหตุสมผลกว่าการทำให้สัญญานั้น
สิ้นผลไปเสียในทีเดียว ในแนวทางแบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิมตามมาตรา 359 นั้น⁵⁰

“..คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น
ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว” ในเรื่องที่กำหนดเรื่องคำเสนอคำ
สนองถูกต้องตรงกัน ไม่เช่นนั้นจะถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่นั้นเป็น แนวทางหลักการภาพสะท้อน
ในกระจก (Mirror Image Rule) ที่ให้ความสำคัญกับข้อความที่ตรงกันของทั้งสองฝ่ายที่สัญญาจึงจะ
เกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทั้งสองฝ่าย คำเสนอ-สนองถูกต้องตรงกันเท่านั้น เป็นหลักการที่เคร่งครัดในการ
แสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะทำให้เกิดสัญญาขึ้น คำเสนอ-สนองที่ต้องตรงกันจึงจะทำให้สัญญา
เกิดขึ้นและสามารถใช้บังคับตามกฎหมายได้ โดยข้อความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 359 นี้กำหนดให้การเปลี่ยนแปลงแก้ไข เพิ่มเติม หรือมีเงื่อนไขเพิ่มขึ้นเป็นการบอกปิดไม่
รับคำเสนอนั้นเลยทีเดียว อันเป็นการใช้หลัก Mirror image Rule อย่างเคร่งครัด จนถึงขั้นเรียกได้ว่า
ต้องมีการสะท้อนกันไปมาระหว่างคำเสนอและคำสนองนั้นจนเหมือนกันทุกประการเลยทีเดียว
สัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งต่างกับหลักการเกิดสัญญาของกฎหมาย
สัญญาของประเทศอังกฤษที่วางหลักกฎหมายเรื่องการเกิดสัญญาไว้ ที่ไม่จำเป็นต้องถูกต้องตรงกันทุก
ประการก็ได้

เมื่อคำสนองตรงกับคำเสนอทุกประการแล้วสัญญาก็เกิดขึ้นเปรียบเสมือนกับสัญญานั้นจะ
เกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการพ้องต้องกันเป็นเนื้อเดียวตามแบบหลักภาพสะท้อนในกระจกตามแนวทาง
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และเมื่อคำสนองเป็นผลแล้วจะไม่สามารถเพิกถอนได้อีก
ต่อไป และผลจากคำสนองที่มีผลสมบูรณ์แล้วไม่สิ้นความผูกพันแม้ผู้สนองตายหรือตกเป็นผู้ไร้
ความสามารถ เพราะเจตนาที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ดังนั้นคำสนองที่มีข้อความแก้ไข

⁵⁰ มาตรา 359 ถ้าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสนองนั้นกลายเป็นคำเสนอ
ขึ้นใหม่

คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น
ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว

เพิ่มเติม แก้ไข ตัดทอนคำเสนอตามมาตรา 359 วรรคสองนั้นให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอ และกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ เมื่อมีการทำให้เกิดการแก้ไขคำเสนอ คือการที่ทำให้คำเสนอเดิมนั้น มีความเปลี่ยนแปลงไป จึงเรียกคำเสนอแบบนี้ไม่ได้ว่าเป็น “คำเสนอที่ตรงกับคำเสนอ” เป็นเสมือน กับว่า ผู้เสนอไม่ได้มีความต้องการทำตามที่คุณเสนอมา เจตนาไม่ตรงกันที่จะทำให้เจตนาที่จะก่อให้เกิด สัญญานั้นเกิดขึ้นได้ แต่เป็นเพียงแค่การจะขอให้ผู้เสนอเดิมเข้าทำสัญญากับตนตามเงื่อนไขที่มีการ เพิ่มเติม ตัดทอน หรือ มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในคำเสนอนั้นใหม่ ทำให้คำเสนอเดิมนั้นสิ้นความ ผูกพันไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 357 คำเสนอดังกล่าวก็จะกลายเป็นคำเสนอ ขึ้นมาใหม่ ซึ่งเป็นแนวทางที่ใช้หลักภาพสะท้อนในกระจกอย่างเคร่งครัดในกฎหมายไทย ที่ยึดถือเรื่อง คำเสนอ คำเสนอต้องถูกต้องตรงกันทุกประการจึงจะเกิดสัญญาขึ้น และเนื้อหาของสัญญาจะตรงกับ การที่อีกฝ่ายหนึ่งยอมรับข้อเสนอเป็นครั้งสุดท้าย

4.1.3 แบบของสัญญาและการมีหลักฐานเป็นหนังสือ

กฎหมายในเรื่องแบบมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยและการมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเกี่ยวพันถึงสิทธิในการฟ้องร้อง บังคับคดีว่าสามารถนำคดีขึ้นมาฟ้องสู่ศาลได้หรือไม่ ซึ่งความสามารถในการฟ้องร้องคดีและหลักฐาน ที่มีผลต่อการพิจารณาตัดสินเป็นเรื่องสำคัญว่าจะทำให้สามารถบังคับคดีนั้นได้หรือไม่ หากมีความ ขัดแย้งกันเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา ว่าแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบประการใด

(ก) แบบของสัญญา(Form of Contract)

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย สัญญาตามกฎหมาย ของไทยนั้นได้มีการแบ่งแยกสัญญาเป็นสัญญาที่ต้องมีแบบและสัญญาที่ไม่จำเป็นต้องมีแบบ คือ กฎหมายกำหนดให้บางสัญญานั้นต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด และสัญญาบางประเภท กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดเรื่องแบบของสัญญาไว้ ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในส่วนของ กฎหมายไทย ได้ใช้ตามหลักกฎหมายของประเทศไทยอยู่เนื่องจากลักษณะของกฎหมายของไทยเป็น การดำเนินนโยบายในลักษณะชาตินิยมอยู่จึงมักไม่มีการเข้าร่วมในบางเรื่องที่ต้องนำตนเองไปผูกมัด กับสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งก็เป็นเรื่องของนโยบายของรัฐในขณะนั้นในการ พิจารณาวouldจะนำรัฐไทยเข้าไปผูกพันหรือไม่ การที่มีแบบของสัญญาเป็นเรื่องของการมองเรื่องความ สงบเรียบร้อยในกระบวนการเอกสารและระเบียบวิธีการพิจารณาคดีว่าไม่ต้อคำนึงถึงเจตนาภายใน แต่มองเรื่องแบบของสัญญาเป็นหลักว่าได้มีการทำถูกต้องตามที่กฎหมายได้มีการกำหนดไว้หรือไม่

เป็นแนวทางที่มอง”แบบ” ของสัญญาเป็นเรื่องสำคัญในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญานั้น หากสัญญานั้นไม่ทำตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ สัญญานั้นเป็นโมฆะ

ประเภทของสัญญาแบ่งตามแบบสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท

๑) ประเภทแรกคือสัญญาที่ต้องมีแบบ เป็นแนวทางที่พิจารณาว่า “แบบเป็นสาระสำคัญของสัญญาว่าจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าสัญญาใดที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด แล้วไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้น จะทำให้สัญญาเช่นนั้นเป็นโมฆะ เราเรียกสัญญาเช่นนี้ ว่า สัญญาที่ต้องทำตามแบบเฉพาะ เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ตามมาตรา 456 วรรคหนึ่ง⁵¹ เป็นต้น

๒) ประเภทที่สองคือสัญญาที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ เช่น สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ธรรมดา เป็นต้น แนวความคิดที่ว่าหากไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จะทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะนั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นมองเรื่องแบบของสัญญาเป็นสำคัญเป็นการให้ความสำคัญกับการกระทำหรือพิธีการมากกว่าเจตนาที่มีอยู่ภายใน ในสัญญาประเภทที่ต้องให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิเช่นนั้นสัญญาก็จะตกเป็นโมฆะ

หากพิจารณาในแง่ของการลดภาระของคดีที่เข้ามาสู่ศาลหรือการลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการทางกฎหมาย ก็นับว่าเป็นเหตุผลที่รับฟังได้ แต่ไม่ใช่แนวทางที่สามารถสนับสนุนการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ดีที่สุดหากเราใช้แนวทางของแบบของสัญญาตามหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยในปัจจุบัน ในฐานะนักกฎหมายที่มีเป้าหมายในการใช้กฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่ดีขึ้นในทางเศรษฐกิจและสังคม เราจึงควรหาแนวทางแก้ปัญหาและอุปสรรคในเรื่องแบบของกฎหมายที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนี้

(ข) หลักฐานเป็นหนังสือ (Evidence by Writing)

⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 วรรคหนึ่ง “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรื่องมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย”

การมีหลักฐานเป็นหนังสือในกฎหมายไทยได้มีการกำหนดไว้ว่าขึ้นกับลักษณะของสัญญา บางสัญญากำหนดไว้ตามกฎหมายให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือมิเช่นนั้นจะเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้มาตั้งแต่ต้น บางลักษณะก็เป็นเรื่องของอำนาจในการนำคดีเข้ามาสู่ศาลเพื่อการฟ้องร้องคดี ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ไม่สามารถนำสัญญานั้นมาฟ้องร้องบังคับคดีกับคู่ความได้ โดยได้มีเขียนเรื่องหลักของการต้องมีหลักฐานไว้ตั้งแต่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่แต่เดิมและได้มีการรวมไปถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ด้วย ที่มีการกล่าวอ้างถึงการรับรองผลทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่มีผลในธุรกรรมและสัญญา

หลักฐานเป็นหนังสือนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นหนังสือที่สร้างขึ้นโดยเฉพาะเพื่อการนั้น แต่เป็นสิ่งที่สามารถเป็นพยานหลักฐานได้ว่าการทำนิติกรรมสัญญานั้นๆเกิดขึ้น ซึ่งอาจจะเป็นเอกสารจดหมาย บันทึกข้อความ การกระทำที่ทำให้ปรากฏในลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรประการหนึ่งประการใดที่สามารถแสดงให้เห็นและสื่อความหมายได้ว่าการกระทำนิติกรรมสัญญานั้นๆเกิดขึ้น เช่นอาจอยู่ในลักษณะของ บันทึกข้อความโทรศัพท์ตอบรับ หรือการอยู่ในรูปแบบของจดหมายที่มีการส่งตอบโต้กันไปมาระหว่างคู่สัญญา เช่นอาจจะมีข้อความที่ตอบโต้กันไปมาในบันทึกข้อความว่ามีการชำระหนี้กันเกิดขึ้นหรือมีการขอเลื่อนการชำระหนี้กันไปจนกว่าลูกหนี้จะมีเงินพอที่จะสามารถชำระหนี้ได้เป็นต้น ซึ่งสามารถทำให้สามารถสื่อความหมายได้แม้จะไม่ได้เกี่ยวกับสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นโดยตรงก็ตาม ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3464/2528 เอกสารการกู้ยืมเงินนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดทำขึ้นระหว่างการกู้ยืม สิ่งที่สำคัญคือการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้นั้นคือแนวทางคำพิพากษาของศาลของประเทศไทยที่มีอยู่แต่เดิม ซึ่งเป็นเรื่องที่ควรนำมาพิจารณาว่าเป็นเรื่องที่สามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างเหมาะสมหรือไม่ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 นั้นคำว่า “หลักฐานเป็นหนังสือ” นั้นให้ คำว่าหลักฐานเป็นหนังสือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653 สามารถทำในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้

ถ้าได้มีการทำสัญญาระหว่างบุคคลใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ตามความหมายของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการทำสัญญาเช่นนั้นมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่

กฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้กำหนดไว้นั้น ถือว่าสัญญาดังกล่าวนั้นได้เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยการทำเป็นหนังสือแล้วและมาตราที่กล่าวถึงเอกสารต้นฉบับมาตรา 10 และการรับรองเอกสารต้นฉบับมาตรา 10 วรรคสี่ ที่มีการกล่าวถึงการที่ให้ความหมายว่าสิ่งใดเรียกว่า “เอกสารต้นฉบับ” และการรับรองเอกสารต้นฉบับที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่นหน่วยงานราชการใช้การรับรองผลการศึกษาของสถาบันการศึกษาต่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งนั่นเป็นกรณีที่ใช้ในการติดต่อทางราชการ

และตามมาตรา 4 วรรคห้า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่นวิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทเลข โทรศัพท์ หรือโทรสาร..” เราจะเห็นได้ว่ากฎหมายนี้ได้วางหลักเรื่องข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ให้ครอบคลุมเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าขึ้นและพิจารณาถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์และเรื่องของการประมวลผลที่อาจจะมีขึ้นได้ เช่นการเข้าถึงรหัสหรือไฟล์ต่างๆ ที่มีการพัฒนาขึ้นตามเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าขึ้นไปและมีการรักษาความปลอดภัยและการยืนยันตัวตนของผู้รับและส่งข้อมูลที่ซับซ้อนมากขึ้น

ลักษณะข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ใช่ลักษณะของกระดาษหรือ “หนังสือ” แบบที่รู้สึกกันมาตลอดในอดีตและได้มีแนวความคิดที่มองเรื่อง “ลายเซ็นอิเล็กทรอนิกส์” และ “หนังสือ” ที่ส่งพิมพ์ออกมาจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีความน่าเชื่อถือน้อยกว่า “หนังสือ” ในรูปแบบดั้งเดิม แต่พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ก็ได้มีการรับรองเรื่อง “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” เหล่านี้เอาไว้เพื่อตอบสนองกับธุรกิจการค้าที่มีการใช้เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์กันมากขึ้น ทั้งการจ่ายเงิน โอนเงินต่างๆสามารถทำผ่านเครื่องมือสื่อสารและโทรศัพท์มือถือได้อย่างง่ายดาย จึงมีหลักกฎหมายมารับรองเรื่อง “หนังสือ” และ “ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์” นี้ให้สอดคล้องกับลักษณะธุรกิจการค้าในปัจจุบันมากขึ้น และหลักฐานการเป็นหนังสือนั้นจะมีขึ้นอยู่ก่อนหรือหลังทำนิติกรรม สัญญานั้นแล้วก็สามารถทำได้ เช่นการมีหลักฐานเรื่องการรับสภาพหนี้ที่มีอยู่แก่กันในภายหลังจากการที่มีการเจรจาติดต่อสื่อสารกันและมีการบันทึกเรื่องมูลหนี้ที่มีต่อกันเอาไว้เป็นหนังสือ ได้มีการวางหลักเรื่องของเอกสารหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำให้สามารถนับได้ว่าเป็นการมี “เอกสาร” ตามหลักกฎหมายของประเทศไทย

ผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายไทย

๑) ถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดตามกฎหมายเป็นสำคัญตามกฎหมายได้กำหนดไว้ ก็ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ แม้จะฟ้องร้องบังคับให้ทำหลักฐานเป็นหนังสือก็ไม่ได้เช่นกัน แต่ตามหลักกฎหมายเป็นเพียงแต่การที่ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้นั้น โดยผลของกฎหมายไม่ได้หมายความว่านิติกรรมหรือสัญญานั้นไม่ได้เกิดขึ้น โดยผลทางกฎหมายแล้วนิติกรรมสัญญานั้นได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว แค่เพียงไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้เท่านั้น จึงได้ถือว่ามี “หนี้” ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นต่อกันแล้ว ถ้ามีการชำระหนี้ที่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ชำระหนี้ไปแล้วก็ไม่สามารถเรียกคืนได้ตามมาตรา 408 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผลจากการที่ไม่สามารถเรียกคืนได้เนื่องจากการชำระหนี้แล้วก็เป็นเรื่องของการพิจารณาว่าหนี้นั้นสมบูรณ์มีสิทธิที่จะรับชำระหนี้ไว้ได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพียงแค่ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้นั้น ผลในทางที่กฎหมายกำหนดให้มีหนี้เกิดขึ้นแต่กลับขาดสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีไป ทำให้เป็นที่น่าพิจารณาว่าหลักกฎหมายนี้สามารถให้ความยุติธรรมแก่คู่สัญญาได้จริงหรือไม่ ในเมื่อเป็นหลักกฎหมายที่มีแนวทางตัดสิทธิในการฟ้องคดี เนื่องจากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ การวางหลักกฎหมายเช่นนี้เป็นการตัดสิทธิการฟ้องคดีที่สร้างความไม่มั่นใจและ “ความเสี่ยง” ในการที่คู่สัญญาว่าไม่สามารถฟ้องร้องได้ตามหลักกฎหมายที่มีการกำหนดเอาไว้

๒) แม้จะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือลงลายมือชื่อผู้รับผิดชอบ แต่ถ้าได้มีการวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วน ในบางกรณีก็ถือว่ามีค่าเทียบเท่ากับหลักฐานเป็นหนังสือ และสามารถทำให้ฟ้องร้องบังคับคดีได้โดยอาศัยการมีมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วน เช่นกรณีตามมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม เป็นแนวทางกฎหมายของไทยที่มีอิทธิพลจากหลัก Consideration ตามแนวทางกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ทำให้เกิด หนี้ (Obligation) ที่ทำให้คู่สัญญานั้นผูกพันกันและเกิดก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดี ซึ่งสิทธิการฟ้องร้องคดีขึ้นสู่ศาลนั้นเป็นคนละส่วนกับการที่ว่าได้มีนิติกรรมสัญญานั้นเกิดขึ้นหรือไม่ หลักฐานเป็นหนังสือนั้น ฟ้องร้องได้แต่ผู้ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิด แต่ในเรื่องของการมัดจำและชำระหนี้บางส่วนนั้น ไม่ว่าคู่กรณีฝ่ายใดจะเป็นผู้ให้มัดจำหรือชำระหนี้ก็สามารถเป็นหลักฐานที่ต่างฝ่าย ต่างสามารถใช้อ้างในการฟ้องร้องคดีซึ่งกันและกันได้ และตามหลักการของ Consideration นั้นอาจพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องของการกระทำการบางอย่างต่อกันได้ เช่น ชำระหนี้บางส่วน ส่งมอบสิ่งของ เป็นหลักการที่มีความหมายกว้างมากกว่าเรื่องของ การมัดจำ

และชำระหนี้บางส่วนตามหลักกฎหมายไทย เพราะยังมีความหมายรวมไปถึงการกระทำอย่างอื่นที่ก่อให้เกิดการผูกพันต่อกันด้วย ไม่จำเป็นต้องมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนอย่างเดียวตามแบบของกฎหมายไทย ซึ่งกฎหมายไทยนั้นยังมีข้อจำกัดถึงการมัดจำและเรื่องของการชำระหนี้บางส่วนเท่านั้น หากมีการแก้ไขปรับปรุงในเรื่องของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่แม้จะไม่เป็นการชำระหนี้ก็จะสามารถช่วยในเรื่องของการพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้

จะเห็นได้ว่าแม้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายในเรื่องของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ แต่แนวทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องพยานหลักฐานก็ยังอาศัยหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การวางแนวทางเรื่องเอกสารพยานหลักฐานตามกฎหมายไทยให้สามารถตีความได้กว้างมากขึ้นในเรื่องของพยานหลักฐาน ก็จะสามารถช่วยในเรื่องของการอำนวยความสะดวกในคดีของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้มากขึ้น

4.2 วิเคราะห์ความไม่เหมาะสมของกฎหมายไทย

ในเรื่องของลักษณะกฎหมายไทยนั้นอย่างทีกล่าวมาหลักการเรื่องคำเสนอคำสนองที่ไม่ถูกต้องตรงกันและพยานหลักฐานเป็นหนังสือก็ยังใช้อยู่ในรูปแบบเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ หลักการและแนวทางของกฎหมายที่มีอยู่เดิมนั้นยังไม่เพียงพอต่อการปรับใช้กับเทคโนโลยีและแนวทางกฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่มีความจำเป็นในปัจจุบัน

(ก.) ความไม่เหมาะสมในด้านคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ

กฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นในเรื่องของคำเสนอ คำสนอง ที่ต้องมีข้อความถูกต้องตรงกันทุกประการจึงจะสามารถก่อให้เกิดเป็นสัญญาได้ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แม้จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องของ พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อรองรับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเพื่อการติดต่อสื่อสาร และเป็นการรองรับ "สื่อกลาง" เช่น อีเมล เทคโนโลยีสารสนเทศ ต่างๆ ที่นำเสนอข้อมูลและเป็นตัวกลางการสื่อสาร “คำเสนอ” และ “คำสนอง” เท่านั้น กล่าวคือวิธีการนั้นเปลี่ยนแปลงไปแต่หลักการเรื่องคำเสนอและคำสนอนั้นยังคงเหมือนเดิม คือใช้ตามหลักการของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างที่เคยใช้กันมา ซึ่งก็คือการใช้หลักการที่คำเสนอและคำสนอนนั้นต้องถูกต้องตรงกันทุกประการอย่างภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) การมีการออก

กฎหมายพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 นั้นยังไม่ได้เป็นการแก้ไขหลักการเรื่องคำเสนอ สอนอนั้นไม่จำเป็นต้องถูกต้องตรงกันอย่างเคร่งครัดตามแบบ ของกฎหมายต่างประเทศที่ใช้ขึ้นเพื่อผ่อนคลายหลักการเรื่องคำเสนอต้องถูกต้องตรงกันทุกประการของหลักการ ภาพสะท้อนในกระจก(Mirror Image Rule) จึงควรจะมีการที่ยืดหยุ่นหลักการ “คำเสนอ คำสนองต้องถูกต้องตรงกันทุกประการ” เพื่อให้สอดคล้องกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ควรจะมีการรักษาไว้ให้สัญญานั้นมีผลมากกว่าที่จะถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่และสัญญานั้นไม่มีผลสมบูรณ์ตามหลักการของกฎหมายไทยที่มีอยู่เดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะมีการแก้ไขในเรื่อง “สื่อกลาง” ที่เป็นตัวกลางในการสื่อ คำเสนอ คำสนอง อย่างพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นการแก้ปัญหที่ไม่ตรงจุดในเรื่องปัญหาในเรื่องคำเสนอ คำสนอง ไม่ถูกต้องตรงกันในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

(ข.) ความไม่เหมาะสมในเรื่องแบบของสัญญา

กฎหมายไทยได้กำหนดให้สัญญาต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ปกติแล้วการซื้อขายสังหาริมทรัพย์นั้นไม่มีแบบแต่ ยกเว้นในกรณีอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่ต้องทำตามแบบจากที่เห็นในเรื่องหลักการที่ต้องปฏิบัติตามแบบของสัญญาไม่เช่นนั้นสัญญาจะเป็นโมฆะหรือไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้

ในเรื่องของหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 456⁵² วรรคสามของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการกำหนดให้การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่มีราคามากกว่า 20,000 บาทขึ้นไปต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ ในลักษณะของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น บางสัญญาอาจจะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือที่ลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญตามหลักการของกฎหมายไทย ทั้งอาจเกิดจากความพลั้งเผลอที่ขาดการตรวจสอบในทุกเอกสารที่มีการรับส่งกันไปมาระหว่างคู่สัญญาหรืออาจจะเกิดจากที่ไม่สามารถลงลายมือชื่อในหนังสือได้ตามสภาพความเป็นจริง เช่นการส่งเอกสารและคิดว่าฝ่ายตรงข้ามได้ลงมือชื่อและรับรู้แล้วว่าข้อความนั้นเหมือนกัน แต่ความจริงมีข้อความสำเร็จรูปที่แตกต่างกันสัญญาของคู่สัญญาที่ประกอบ

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 ว.สาม บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ให้ใช้บังคับถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาสองหมื่นบาท หรือกว่านั้นขึ้นไปด้วย

กิจการอยู่กันคนละประเทศ แบบธุรกรรมสัญญา (Formal Requirement) ตามมาตรา 8⁵³ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ที่มีการวางหลักเรื่องแบบของสัญญาไว้ที่กำหนดให้หากข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้นับว่าเป็นหลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งเป็นหลักการที่ต้องใช้หลักในเรื่องการมีพยานหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแง่ของการออกกฎหมายในมาตรา 8 นี้ยังมีการใช้หลักการเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายแพ่งที่มีอยู่แต่เดิม

แบบตามความหมายดั้งเดิมควรจะเป็นไปตามหลักการอิสระในเรื่องแบบของสัญญา (Freedom of Form) ที่ผู้ทำนิติกรรมสัญญานั้นจะทำสัญญาโดยวิธีใดก็ได้เพื่อให้มีผลทางกฎหมายไม่จะเป็นการแสดงเจตนาด้วยวาจา กิริยาอาการหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม การเกิดขึ้นของสัญญาในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น ไม่ควรจะมีข้อจำกัดในเรื่องแบบของสัญญาที่จะทำให้เกิดสัญญาขึ้นในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ การทำให้สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นต่อไปได้ โดยไม่มีความจำเป็นต้องคำนึงถึงเรื่องแบบ จะเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญามากกว่า เพราะคู่สัญญามีความประสงค์ที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในรูปแบบของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นต่อกัน มากกว่าที่ปล่อยให้สัญญานั้นสิ้นผลไปและถือว่าไม่เคยเกิดสัญญาขึ้นเลย ในลักษณะของแบบของสัญญานั้นมีแนวคิดบางสำนักที่พิจารณาเรื่องของการ มีแบบนั้นเป็นเรื่องสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญา ต้องมีการกระทำการบางประการหรือการมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้

หากพิจารณาจากมุมมองหนึ่งในหลักการเรื่องแบบที่ได้ยึดถือกันนั้น เป็นสิ่งที่มาจากอิทธิพลแนวคิดของ สำนักกฎหมายบ้านเมือง ที่มองเรื่องของแบบเป็นสิ่งที่รัฐนั้นได้มีการกำหนดไว้โดยกฎหมาย ซึ่งขัดแย้งกับแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ยึดแนวทางเรื่อง เจตนาของมนุษย์

⁵³ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 8 วรรคแรก ภายใต้อำนาจแห่งบทบัญญัติมาตรา ๙ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มีการจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแล้ว

และเสรีภาพในการทำสัญญาโดยไม่มีข้อจำกัดจากเรื่องรูปแบบและสามารถทำได้โดย ไม่ว่าด้วยวาจา กิริยาท่าทางหรือหลักฐานเป็นหนังสือ โดยไม่มีข้อจำกัดจากการใช้อำนาจทางกฎหมายของรัฐในการ กำหนดเรื่องแบบไว้มาจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของประชาชน ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ต้อง กระทำตามแบบในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศตามหลักการของประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชยที่มีอยู่เดิมจึงถือว่าขัดกับหลักการเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลไม่ควรมีข้อจำกัดหรือข้อ ห้ามในการทำสัญญาระหว่างกัน ดังนั้นจึงควรจะมีการปรับปรุงหลักการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมใน เรื่องแบบของสัญญา เพื่อให้สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศสามารถเกิดขึ้นได้โดยปราศจาก ข้อกำหนดเรื่องแบบของสัญญา บุคคลควรมีเสรีภาพในการทำสัญญาและมีเจตจำนงอิสระ(Free Will) ในการที่จะสามารถเลือกทำสัญญาได้ตามแบบที่ตนต้องการโดยไม่ถูกผูกมัดโดยแบบที่กำหนดโดยรัฐ เพื่อให้ตอบสนองต่อแนวความคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากขึ้นในเรื่องของการก่อให้เกิดสัญญา ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ไม่จำเป็นต้องถูกจำกัดโดยแบบตามที่รัฐกำหนดไว้ในกฎหมาย อีกต่อไปและเป็นอิสระในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในเรื่องของแบบของสัญญา หลักฐานเป็นหนังสือเป็นเรื่องแบบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายของประเทศไทยที่ต้องมีการปรับปรุงแก้ไข ให้เข้ากับสภาพของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการที่กฎหมายไทยนั้นมีหลักการที่คำเสนอคำสนอนั้นต้องถูกต้องตรงกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้มีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายภายในของประเทศไทยให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศในเรื่องของการก่อให้เกิดสัญญา การที่มีการใช้หลักคำเสนอสนอนที่ต่างกันก่อให้เกิดความสับสนและการตีความที่แตกต่างกันไปตามความต่างของระบบกฎหมายได้ จึงสมควรมีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องการค้าระหว่างประเทศให้มีการใช้หลักเดียวเพื่อลดปัญหาด้านการตีความที่ต่างกัน ทำให้คู่สัญญาที่ใช้ระบบกฎหมายและมีธรรมเนียมการค้าที่ต่างกัน มีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุนทางการค้าในประเทศของเราเพิ่มมากขึ้น อันเป็นการสนับสนุนให้ผู้ประกอบการ หรือ นักธุรกิจสามารถประกอบธุรกรรม การซื้อขายระหว่างประเทศได้สะดวกมากขึ้นการแก้ไขปัญหาคความไม่ชัดเจนแน่นอนคือเป้าหมายในการแก้ไขข้อกฎหมายของประเทศไทย ให้สอดคล้องกับ แนวทางของการซื้อขายระหว่างประเทศกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้อยู่แต่เดิมทั้งในเรื่องของแบบของสัญญาและคำเสนอ-คำสนอนที่ไม่ถูกต้องตรงกันนั้นแม้จะมีการปรับปรุงโดยการออกพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.๒๕๔๔ นั้นเป็นแค่เรื่องของารแก้ไขในเรื่องของ “สื่อ” ที่ใช้ในเป็นตัวกลางและรองรับเทคโนโลยีสารสนเทศที่ใช้ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในยุคปัจจุบันเท่านั้น แนวทางการตีความกฎหมายทั้งในเรื่องแบบของสัญญาที่ทำให้มีผลทางกฎหมายต่างกันไปว่าถูกต้องตามแบบหรือไม่ กับแนวทางเรื่องคำเสนอ-คำสนอนที่ไม่ถูกต้องตรงกันว่าจะมีผลเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่หรือไม่นั้น ยังคงใช้หลักกฎหมายที่มีอยู่เดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แนวทางการนำรูปแบบแนวความคิดของหลักแนวคิดของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของประเทศในกลุ่มที่ใช้ทั้งหลักการยิงครั้งสุดท้ายหรือหลักการคัดออกให้เข้ากับแนวทางของประเทศไทยได้ แนวทางการแก้ปัญหาทั้งในเรื่องคำเสนอคำสนอนและพยานหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายไทยนั้นหลักกฎหมายเริ่มมาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีการบังคับใช้อยู่ ต้องเริ่มจากการแก้ไขหลักกฎหมายที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ข้อเสนอแนะเรื่องคำสนอนที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข

ในการแก้ไขปัญหในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น เราต้องมีการพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นทางกฎหมายว่าต้องสามารถที่จะใช้บังคับได้ในเหตุผลที่ออก

กฎหมายนั้นและมีแนวทางที่สามารถแก้ไขปัญหาด้านหลักกฎหมายที่ต้องมีการรองรับเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อที่จะสามารถปรับปรุงหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ให้สามารถใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในสถานการณ์ปัจจุบันของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่มีการซื้อขายกันอย่างแพร่หลายเพิ่มมากขึ้น และต้องมีการพิจารณาในประเด็นปัญหาที่มีอยู่ในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน

ในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการกำหนดเรื่องคำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันไม่ทำให้เกิดสัญญาขึ้น กฎหมายของประเทศไทยเราควรมีการเพิ่มเติมแก้ไขในจุดนี้ด้วย โดยนำหลักเรื่องการคงสภาพของสัญญานำมาใช้บังคับร่วมด้วยจึงเป็นการสนับสนุนหลักการตกลงร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยนำแนวทางของหลักการของการคัดออก (Knock Out Rule) มาพิจารณาในการแก้ไขกฎหมายให้เปิดโอกาสให้ พิจารณาในส่วนที่ถูกต้องของสัญญานั้น เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ไม่ใช่การใช้หลัก คำเสนอ คำสนองต้องถูกต้องตรงกันแบบเดียวกับภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) อย่างที่เคยใช้มาแต่เดิมตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แนวทางหลักการยิ่งครั้งสุดท้ายหรือคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการนั้นไม่สามารถเป็นการสนับสนุนความตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ไม่ได้เป็นการทำให้เกิดการค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นในการส่งเอกสารไปมาระหว่างคู่สัญญา และหลักการยิ่งที่ดีที่สุดหรือที่มีประสิทธิภาพสูงสุดทางเศรษฐกิจนั้น ยังไม่ได้มีการทดสอบอย่างเห็นได้ชัด หลักการคัดออกนี้เป็นการประนีประนอมระหว่างการรักษาความตกลงเห็นพ้องต้องกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายกับความแน่นอนของหลักกฎหมายที่ทำให้เงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญานั้นมีความแน่นอนในระดับหนึ่ง ไม่ใช่เกิดความไม่แน่นอนอย่างหลักการยิ่งที่ดีที่สุดหรือความไม่ยืดหยุ่นของหลักการยิ่งครั้งสุดท้าย ความแน่นอนของหลักกฎหมายในหลักการคัดออกเป็นสิ่งที่สอดคล้องกันได้ดีกับแนวทางของกฎหมายของประเทศไทยที่มีมาแต่เดิมและไม่ได้ใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์แบบประเทศอังกฤษที่ศาลเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย การสร้างความชัดเจนแน่นอนในหลักกฎหมายเป็นเรื่องที่มีหลักการพิจารณาสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่แน่นอนกว่าการให้ศาลเป็นผู้พิจารณาเงื่อนไขและข้อกำหนดของกฎหมายอย่างหลักการยิ่งที่ดีที่สุด แนวทางการให้ศาลพิจารณาหลักการยิ่งที่ดีที่สุดในการก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในหลักกฎหมายมากกว่าหลักการคัดออก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าหลักของการคัดออกเป็นแนวทางที่ดีที่สุดในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องของหลักการคำเสนอและคำสนองในหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่เดิม

โดยมาตราตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัจจุบันได้มีหลักดังนี้

“มาตรา 359 ถ้าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสนอนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว”

ซึ่งควรจะแก้ไขเพิ่มเติมเป็น

“ มาตรา 359/1 ในกรณีของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ถ้าคำสนองมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นอันมิใช่การเปลี่ยนแปลงคำเสนอในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ให้ถือว่ายังคงมีผลเป็นคำสนอง และสัญญาเกิดขึ้นโดยมีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัด หรือข้อแก้ไขนั้นด้วยเว้นแต่ผู้เสนอจะปฏิเสธไม่รับข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัด หรือข้อแก้ไขดังกล่าว โดยไม่ชักช้า”

โดยแนวทางที่นำมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงนี้ดัดแปลงมาจากแนวทางของCISG มาตรา 19

มาตรา 19 ของ CISG

- (1) การตอบรับคำเสนอซึ่งมุ่งหมายที่จะสนองรับแต่มีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัดหรือการเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นให้ถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นใหม่
- (2) การตอบรับคำเสนอซึ่งมุ่งหมายที่จะสนองรับแต่มีข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากคำเสนอเดิมโดยมิได้เปลี่ยนแปลงคำเสนอเดิมในสาระสำคัญถือเป็นการสนองรับคำเสนอเว้นแต่ผู้เสนอได้คัดค้านข้อความเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปนั้นโดยมิชักช้า โดยกระทำด้วยวาจาหรือส่งคำบอก กล่าวคัดค้านดังกล่าว หากมิได้มีคำคัดค้านเช่นนั้น ให้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นโดยมีข้อความที่เพิ่มเติมและแตกต่างไปนั้นรวมอยู่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย

โดยได้ดัดแปลงในการรวบรวมเงื่อนไขตาม 19(1) ที่เป็นเรื่องของหลักการเรื่องคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันและหากมีเงื่อนไขความเปลี่ยนแปลงอย่างใดก็จะกลายเป็นการที่มีคำเสนอขึ้นมาใหม่แบบเดียวกับมาตรา 359 แบบเดิมที่เป็นหลักการของหลักภาพสะท้อนในกระจก (Mirror Image Rule) ที่ยังมีการใช้อยู่ในระบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ว่าหากคำเสนอ คำสนองไม่ถูกต้องตรงกันหรือมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ก็เท่ากับว่าเป็นการมีคำเสนอขึ้นมาใหม่ ซึ่งเป็นหลักการกฎหมายที่ใช้อยู่แต่เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

ไทยและกลายเป็นหลักกฎหมายที่ใช้เป็นรากฐานแก่กฎหมายประเภทอื่นต่อมาด้วย ซึ่งหลักการภาพสะท้อนในกระจกนี้ยังเป็นหลักที่สืบต่อไปยังกฎหมายอื่นด้วย

ดังนั้นการมาตรา 359/1 นี้จึงเป็นหลักการที่เพิ่มเติมขึ้นมาใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเข้าไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าหลักกฎหมายในเรื่องของหลักการภาพสะท้อนในกระจก(Mirror Image Rule) นั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ให้ใช้แบบเคร่งครัดตามอย่างที่เป็นมาแล้ว แต่คำเสนอ คำสนองระหว่างคู่สัญญานั้น ยังสามารถมีการดัดแปลงแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยไม่ถือว่าเป็นคำสนองขึ้นมาใหม่ トラบเท่าที่การแก้ไขนั้นยังไม่ใช้การแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ⁵⁴ ของสัญญา และได้รวม มาตรา 19(2) ของ CISG เข้าไปด้วยว่าเรื่องของเงื่อนไขในการที่ผู้เสนอคัดค้านหรือไม่ยอมรับในการแก้ไขคำสนองที่มีข้อเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้น โดยต้องมีการคัดค้านโดยไม่ชักช้า

แต่เงื่อนไขของ มาตรา 19(3) ของ CISG ที่เป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าจะทำให้เงื่อนไขข้อกำหนดที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจะกลายเป็นทุกเงื่อนไขเข้ามาตรา 19(1) ไปทั้งหมดและได้เป็นการกำหนดว่าสิ่งใดเป็นสาระสำคัญหรือไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่จะทำให้สัญญานั้นไม่เกิดขึ้น หากได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในเงื่อนไขข้อกำหนดที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญตาม มาตรา 19(3) ของ CISG นั้น ผลที่อาจเกิดขึ้นคือการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องคำเสนอคำสนองที่อาจจะมีผลไปถึงสัญญาประเภทอื่นที่มีอยู่นอกเหนือไปจากสัญญาที่เกิดขึ้นในกรณีการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศดังนั้นความเป็นไปได้อีกประการหนึ่งในการแก้ไขกฎหมายหากไม่ต้องการให้หลักการของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นไปกระทบกับการเกิดขึ้นของสัญญาประเภทอื่นที่ไม่ใช่สัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ดังนั้นควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นไม่ต้องถูกจำกัดอยู่ตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องของสัญญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 359/1 ที่มีเพื่อใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนี้จะเป็นการทำให้เกิดหลักกฎหมายที่แน่นอนที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องคำเสนอ คำสนองกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศโดยเฉพาะสามารถช่วยวางหลักกฎหมายในการทำให้สัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เป็นการสร้างข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศออกจากหลักการเรื่องคำเสนอ คำสนองของหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ

⁵⁴ การถกเถียงในเรื่องสาระสำคัญและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นก็ยังมีความเห็นที่แย้งกันอยู่ในเรื่องของสงครามแบบฟอร์ม FRITZ ENDERLEIN & DIETRICH MASKOW “INTERNATIONAL SALES LAW”, สืบค้นเมื่อ 28 ตุลาคม 2559,
<https://www.cisg.kaw.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>

ประเทศไทยที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร การมีหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้จึงจะสามารถนับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สามารถนำมาบังคับใช้กับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย เป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาในการที่ไม่ให้สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นอยู่ในภายใต้หลักการของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องของ คำเสนอ คำสนองที่ต้องมีความถูกต้องตรงกันทุกประการ แต่คำถามที่จะมีต่อไปคือคำถามที่ว่าต่อไปจะใช้แนวทางหลักกฎหมายแบบใดถ้าไม่ใช่หลักการคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการก็จะเกิดสัญญาขึ้นได้แล้ว สิ่งที่เกิดขึ้นคือเมื่อคำเสนอคำสนองไม่จำเป็นต้องถูกต้องตรงกันทุกประการสัญญาจึงจะเกิดขึ้น ที่ตามมาคือการพิจารณาเงื่อนไขและข้อกำหนดของสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่าส่วนใดตรงกันบ้างและนำหลักการคัดออก (Knock Out Rule) มาปรับใช้กับสัญญาที่คำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันทุกประการ อาจจะต้องมีการออกกฎหมายที่ใช้กับในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมาโดยเฉพาะหากมีความต้องการสร้างหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางการแก้ไขปัญหาคำเสนอคำสนอง ไม่ว่าจะใช้ตามแนวทางหลักการยิงครั้งสุดท้าย (Last Shot Rule) หลักการคัดออก(Knock Out Rule)หรือจะพิจารณาในมุมมองทางเศรษฐกิจที่จะช่วยสนับสนุนผลประโยชน์สูงสุดร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (Best Shot Rule) แต่หลักการยิงที่ดีที่สุดนี้เป็นแนวทางที่ให้อำนาจศาลในการพิจารณาเลือกเงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาที่ดีที่สุดที่สามารถก่อประโยชน์สูงสุดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

หากมีความประสงค์ที่จะใช้หลักการยิงที่ดีที่สุด (Best Shot Rule) ระบบกฎหมายไทยก็ควรจะแก้ไขกฎหมายกำหนดให้ศาลต้องพิจารณาเนื้อหาและข้อกำหนดของสัญญาว่า เงื่อนไขและข้อกำหนดของคู่สัญญาฝ่ายใดที่เป็นประโยชน์ร่วมกันสูงสุดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งแม้จะมีข้อดีในเรื่องของการสนับสนุนการประกอบกิจการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ แต่ต้องอาศัยการแก้ไขกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาประสิทธิภาพของเงื่อนไขของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่าฝ่ายใดได้มีการร่างสัญญาที่มีประสิทธิภาพในการนำมาซึ่งผลประโยชน์สูงสุดร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมากกว่ากัน จึงจะเป็นแนวทางที่สนับสนุนให้คู่สัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้รับผลประโยชน์สูงสุดร่วมกันจากการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนี้

การปรับใช้กฎหมายตามแนวทางของ CISG นั้นจะเป็นแนวทางที่มีความชัดเจนมากกว่าสำหรับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยที่ใช้อยู่ ซึ่งมีแนวทางการใช้ตัวบทกฎหมายเป็นกฎหมาย ไม่ใช่การใช้คำพิพากษาเป็นกฎหมาย การวางแนวทางที่ชัดเจนจะช่วยลดความสับสนของการใช้กฎหมายลงได้ ในแนวทางของกฎหมายของประเทศไทยนั้นได้ใช้ในแนวทางของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ที่ถือตัวบทกฎหมายเป็นหลัก แนวทางที่ให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดอย่างเช่นแนวทางหลักการอิงที่ดีที่สุดนั้นอาจจะไม่เหมาะสมกับแนวทางกฎหมายของประเทศไทย ดังนั้นแนวทางกฎหมายที่ควรนำมาปรับปรุงแก้ไขควรจะเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร Civil Law ที่สามารถมีแนวทางที่ชัดเจนไม่เกิดความสับสนในการใช้และการตีความกฎหมายที่เกิดขึ้นหากมีคดีที่เกิดขึ้นจริงในการที่คำเสนอ คำสนองไม่ตรงกันในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ประเทศไทยที่เคยชินกับหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะสามารถหาแนวทางและปรับใช้หลักการกฎหมายได้ดีกว่าแนวทางที่ไม่ก่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมายอย่างหลักการอิงที่ดีที่สุด (Best Shot Rule)

5.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับรูปแบบของสัญญาและหลักฐานเป็นหนังสือ

(ก) การแก้ไขเรื่องสัญญาไม่จำเป็นต้องมีแบบ (Freedom from Form)

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไปในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ รูปแบบของการทำสัญญา ทั้งตัววัตถุเช่นกระดาษ กลายเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลายเซ็นที่รับรองก็อาจกลายเป็นอิเล็กทรอนิกส์ หรืออาจจะใช้แม้กระทั่งเสียงอิเล็กทรอนิกส์ ก็อาจเป็นไปได้ รูปแบบของสัญญาไม่ควรจำกัดอยู่แค่รูปแบบเดิม หรือ เป็นไม่ยอมรับสัญญาที่ไม่ตรงตาม “แบบ” อย่างที่เคยเป็นมา อย่างที่กล่าวมาในบทข้างต้นว่า แนวทางของแบบเป็นการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล การสนับสนุนหลักในเรื่องสิทธิและเสรีภาพจึงควรสนับสนุนแนวทางในการที่แก้ไขให้สัญญานั้นไม่จำเป็นต้องมีแบบ (Freedom from Form)

การแก้ไขเรื่องสัญญาไม่จำเป็นต้องมีแบบ ตามหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 นั้น ถ้าไม่มีแบบ และราคาเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดนั้นไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้

“มาตรา 456 การซื้อขายสังหาริมทรัพย์ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย

สัญญาจะขายหรือจะซื้อหรือค้ำประกันในการซื้อขายทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญหรือได้วางประจำไว้หรือชำระหนี้บางส่วนแล้ว จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ให้ใช้บังคับถึงสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาสองหมื่นบาทหรือกว่านั้นขึ้นไปด้วย”*

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายแพ่งนั้นได้กำหนดเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือและจดทะเบียนในกรณีสังหาริมทรัพย์ และ กรณีสังหาริมทรัพย์ที่ราคาสองหมื่นบาทขึ้นไป รวมไปถึงกรณีที่เป็นค้ำประกันว่าจะซื้อขายต่าง ๆ ด้วย เป็นเรื่องของหลักฐานของการฟ้องร้องบังคับคดีในคดีแพ่งที่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือถึงจะบังคับคดีกันได้ เป็นเรื่องของการมีสิทธิฟ้องร้องในคดีแพ่งที่ปัจจุบันเริ่มมีการยอมรับเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่หากไม่มีลายเซ็นหรือทำเป็นหนังสือในกรณีสังหาริมทรัพย์ที่มีราคาเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดที่ก็อาจจะเกิดปัญหาในเรื่องสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีได้

ซึ่งมีการแก้ปัญหาจากกรณีคำพิพากษาศาลฎีกา 3046/2537 ที่มีการวางหลักว่าซื้อขายสังหาริมทรัพย์ราคาเกินกว่าห้าร้อยบาทบาท แม้ปัจจุบันจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 พ.ศ. 2548 แก้เป็นจำนวนเงิน เกินกว่าสองหมื่นบาทแล้วต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ซึ่งตามข้อเท็จจริงเป็นคดีขายข้าวนี้ระหว่างประเทศผ่านทางโทรพิมพ์ Telex ซึ่งศาลได้พิเคราะห์ว่า ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ต้องรับผิดชอบ หรือการชำระหนี้อย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งปัจจุบันได้มีการพยายามอุดช่องว่างโดยพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่ต้องมีการแก้ไขในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 ในเรื่องของแบบของสัญญาหลักฐานเป็นหนังสือที่ทำให้มีความสอดคล้องกันในการตีความมากยิ่งขึ้นและเป็นการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีการคำนึงถึงการค้าขายสินค้าระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้นด้วย ในแนวทางการแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 นั้นเป็นเพียงแต่การแก้ไข”สื่อ”ที่เป็นตัวส่งผ่านเท่านั้นเป็นกฎหมายที่รองรับด้านเทคโนโลยีสารสนเทศที่นำมาใช้ในการค้าที่เปลี่ยนแปลงไป ไม่ว่าจะเป็นลักษณะ โทรพิมพ์(Telex) ตามฎีกาข้างต้น ก็เป็นแต่เพียงการแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับอุปกรณ์สื่อกลางที่เปลี่ยนแปลงไปที่รวมไปถึงพวก โทรสาร อีเมลและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆที่เกิดขึ้นเพราะเทคโนโลยีได้เจริญก้าวหน้ามากขึ้น แต่โดยหลักการเรื่องการตีความการก่อเกิดของสัญญา รวมไปถึงเรื่องของแบบและคำเสนอ คำสนองที่ถูกต้องตรงกันทำให้เกิดสัญญาขึ้นนั้น ยังคงใช้หลักการเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่เดิม

การแก้ไขในเรื่องของหลักฐานเป็นหนังสือเช่นเดียวกัน หลักฐานเป็นหนังสือเป็นเรื่องของสิทธิในการฟ้องร้องคดี ในการนำคดีขึ้นมาสู่ศาล เมื่อสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้ว ก็ควรจะสมารถนำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่เกิดการพิพาทกันขึ้นนั้น นำคดีขึ้นมาฟ้องร้องพิจารณาสู่ศาลได้โดยไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานที่เป็นหนังสือตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่แต่เดิม ในลักษณะการแก้ไขของกฎหมายยังไม่มีเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องแบบที่มีแต่เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังต้องมีการใช้หลักการเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะมีสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีอยู่เช่นเคย การแก้ไขในหลักกฎหมายเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือนั้นจะเป็นการช่วยเรื่องหลักการเสรีภาพในเรื่องของแบบและช่วยอำนวยความสะดวกในการฟ้องคดีได้มากขึ้น ซึ่งความจริงการให้มีสิทธิฟ้องร้องบังคับคดีนั้นเป็นเรื่องของการสนับสนุนสิทธิของประชาชน แต่เหตุผลโดยส่วนใหญ่ที่ไม่ให้มีสิทธิหรือจัดสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีนั้นอยู่ที่การมองว่าเป็นการเพิ่มภาระการพิจารณาของคดีต่างๆ ที่เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาในศาล จึงมีแนวทางการตัดสิทธิการฟ้องร้องที่จะนำคดีเข้ามาสู่ศาล แต่ในเรื่องของยุคสมัยที่เปลี่ยนไปและแนวทางการค้าที่ต่างไป เหตุผลในเรื่องของการไม่เอาคดีเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาในเรื่องของแบบและหลักฐานที่เป็นหนังสือไม่ควรเป็นเหตุผลที่เพียงพอในการตัดสิทธิในการฟ้องร้องคดีของประชาชนในยุคปัจจุบันนี้

ในการแก้ไขปัญหานี้ จะจะมีการออกกฎหมายที่เป็นแนวทางในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ไม่ต้องมีแบบมาเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของสัญญา ในเรื่องของพยานหลักฐานการนำแนวทางของ CISG ในเรื่องพยานหลักฐานนั้นก็จะเป็นแนวทางที่ดีในการปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร สร้างแนวทางที่ชัดเจนในหลักกฎหมายและช่วยในเรื่องการปรับเปลี่ยนหลักกฎหมายให้สามารถเข้ากับยุคสมัยได้

แนวทางการแก้ไขแนวทางหนึ่งคือการเพิ่มเติมกฎหมายโดยเอาแนวทางมาจาก CISG ให้เข้ากับระบบกฎหมายของประเทศไทยนำมาเขียนเพิ่มเติมเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ว่าในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ สัญญาไม่จำเป็นต้องมีแบบจึงจะเกิดความสัมพันธ์ของสัญญาหรือเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี แต่เรื่องแบบนั้นยังต้องเกี่ยวพันกับหลักการเรื่องแบบในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การจะแก้ไขควรจะมีการแก้ไขในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างทีละก้าวไว้ข้างต้น หรือจะต้องมีการออกกฎหมายมาใช้ควบคุมเกี่ยวกับเรื่องแบบในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะเช่นการนำ CISG มาดัดแปลงเป็นมาตราที่แก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องแบบของกฎหมายสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ โดยนำแบบอย่างมาจาก มาตรา 19 ของ CISG ยกตัวอย่างเช่น การทำให้สัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้แบบที่ทำให้สัญญานั้นมีผลใช้บังคับ

“มาตรา 456/1 ข้อความในมาตรา 456 มิให้ใช้บังคับแก่สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ”

นั่นคือในสัญญาการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นเป็นการแก้ไขหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิให้มีหลักการเรื่องแบบของสัญญาที่มีอยู่แต่เดิม แต่เป็นการออกข้อยกเว้น มิให้สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศต้องจำกัดอยู่เกี่ยวกับเรื่องแบบของสัญญา เช่นเดียวกับสัญญาทั่วไป แต่เป็นการทำให้มีความยืดหยุ่นในการทำให้สัญญานั้นเกิดขึ้นได้โดยไม่ถูกจำกัดเรื่องแบบของสัญญา หลักกฎหมายเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้กำหนดในเรื่องการทำสัญญานั้นต้องมีแบบไว้ ไม่เช่นนั้นจะไม่สามารถใช้สิทธิบังคับตามกฎหมายได้ การแก้ไขกฎหมายตามมาตรานี้คือการแก้ไขกฎหมายในการเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายเรื่องแบบที่ใช้อยู่ตามเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ให้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องมีการผูกมัดในเรื่องแบบของสัญญาอีกต่อไป ก็จะทำให้สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีความคล่องตัวมากขึ้นในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาและเป็นการสนับสนุนในการประกอบธุรกิจการค้าระหว่างประเทศด้วย การแก้ปัญหาโดยการแก้ไขกฎหมายนี้เป็นการทำขึ้นเนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ยึดตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ การแก้หลักกฎหมายจึงต้องมีการแก้ไขที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้มีการวางหลักกฎหมายในเรื่องแบบของสัญญาเอาไว้ในระบบกฎหมายของประเทศไทย การออกมาตราที่เป็นข้อยกเว้นในเรื่องแบบของสัญญานี้ จะทำให้สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายในข้อกำหนดในเรื่องแบบของสัญญาอีกต่อไปและทำให้สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมีความน่าเชื่อถือเพิ่มมากขึ้น

(ข) การแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้วางหลักเรื่อง ความน่าเชื่อถือและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อาจประกอบด้วยปัจจัยต่างๆที่เคยกล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นเรื่องของความสมบูรณ์ของแบบของนิติกรรม ที่ทำให้สัญญานั้นมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายของประเทศไทย แต่นั่นเป็นเพียงการแก้ไขในเรื่องของ”สื่อ” ตัวกลางที่เปลี่ยนแปลงไปในด้านเทคโนโลยีสารสนเทศเท่านั้น หลักการในเรื่องของ คำเสนอ และคำสนอง รวมไปถึงเรื่องแบบของสัญญานั้นยังคงใช้หลักการเดิมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงควรจะมีการแก้ไขทั้งในหลักการเรื่องคำเสนอ คำสนองในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในเรื่องของ คำเสนอ คำสนองที่ไม่ถูกต้องตรงกัน ยังสามารถทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ และความเป็นอิสระในเรื่องของแบบของสัญญาที่

จะสามารถกระทำการด้วยวาจา กิริยาท่าทางหรือข้อความลายลักษณ์อักษรก็สามารถที่จะทำได้ จึงเป็นเรื่องของการปรับปรุงหลักการของกฎหมายในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

ในการแก้ไขข้อกฎหมายและหลักการเรื่องของคำเสนอคำสนองที่ไม่ตรงกันของคู่สัญญาแล้ว ต้องมีการกำหนดในเรื่องแบบของสัญญาด้วยว่าไม่ใช่สิ่งสำคัญในการฟ้องร้องบังคับคดีตามหลักกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องของแบบของสัญญาที่ใช้บังคับอยู่แต่เดิม หากพิจารณาเรื่องของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีการใช้กันอย่างแพร่หลายมากขึ้นในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ควรจะมีการปรับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงไปด้วย สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในปัจจุบันนั้นมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและมีใช้การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และหนังสืออิเล็กทรอนิกส์หรือการทำธุรกรรมทางการเงินทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างแพร่หลายมากขึ้น การแก้ไขข้อกฎหมายของเรื่องนี้ควรที่จะมีการแก้ไขควบคู่ไปกับหลักกฎหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่แต่เดิม เช่น มาตรา 456 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ควรจะมีการปรับปรุงแก้ไข อาจเพิ่มวรรคท้ายที่กำหนดหลักกฎหมายที่ใช้เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศแยกไว้เป็นการเฉพาะดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วและอาจจะมีการเพิ่มเติมไปในเรื่องของเรื่องอิเล็กทรอนิกส์และในเรื่องของการทำธุรกรรมและเอกสารว่ามีความแบบเดียวกับหลักการของ CISG ในเรื่องเรื่องคำเสนอคำสนองและแบบของสัญญาและหลักฐานเป็นหนังสือ ที่มีการใช้หลักการตีความที่เปลี่ยนแปลงไปไม่ใช่การใช้หลักการตีความกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่แต่เดิม แบบของสัญญานั้นเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิม การจะทำให้ใช้กฎหมายในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศในการแก้ไขปัญหาเรื่องแบบในสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้น ต้องมีกฎหมายที่กำหนดแน่ชัดว่าแบบไม่ใช่ข้อกำหนดเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การมีตัวบทที่ชัดเจนจะช่วยลดความสับสนและความไม่แน่นอนของการบังคับใช้กฎหมายได้ การแก้ไขกฎหมายให้มีหลักการเฉพาะหน้าไปก่อนที่ประเทศไทยจะมีอนุสัญญาที่รองรับการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ จะช่วยให้แนวทางกฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้นได้ในขณะที่ยังไม่มีการทำอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีการผูกมัดทางกฎหมายกับประเทศไทย

(ค) การพิจารณาเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้า

ระหว่างประเทศ

แนวทางนี้เกี่ยวพันถึงนโยบายการค้าระหว่างรัฐที่ไม่ได้เกี่ยวพันกับฝ่ายนิติบัญญัติแต่ยังเกี่ยวพันกับฝ่ายบริหารที่มีนโยบายที่มีต่อต่างประเทศด้วย แต่โดยแนวทางของ โลกาภิวัตน์ (Globalization) ที่มีแนวคิดเชื่อมโยงโลกเข้าด้วยกัน แนวทางการใช้กฎหมายที่เป็นมาตรฐาน

เดียวกันก็เป็นที่จำเป็นมากขึ้น จากการที่รัฐแต่ละรัฐได้มีการติดต่อซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ทำให้มีความเกี่ยวข้องกับข้อกฎหมายและธรรมเนียมทางการค้าที่ใช้ในแต่ละประเทศ แต่ถ้าพิจารณาทางด้านนโยบายแล้ว ประเทศไทยไม่เหมาะกับการเข้าเป็นภาคีเพราะหากมีการคำนึงถึงผลได้เสียด้านนโยบายระหว่างประเทศ ก็สามารถใช้นโยบายในการแก้กฎหมายภายในโดยเฉพาะเจาะจงตามมาตราส่วนที่ประเทศไทยต้องการแก้ไขโดยไม่เอาอำนาจอธิปไตยของประเทศเข้าไปผูกพันก็เป็นอีกแนวทางเลือกหนึ่งที่สามารถกระทำได้ตามอำนาจของรัฐที่จะนำตนไปผูกพันกับสนธิสัญญาต่างๆหรือไม่ ซึ่งแนวทางการยึดถือกฎหมายภายในของประเทศไทยเป็นหลักนั้นคือแนวทางของชาตินิยม (Nationalism) ซึ่งต่างจากแนวทางโลกาภิวัตน์ (Globalization) แนวทางแก้กฎหมายภายในเป็นแนวทางที่ประนีประนอมกับกลุ่มแนวคิดทางการเมืองที่มีแนวคิดในเชิงอนุรักษนิยม และมองว่าการเคารพกฎหมายต่างประเทศเป็นการให้อำนาจของกฎหมายต่างประเทศเข้ามาก้าวล่วงกับอำนาจอธิปไตยในทางกฎหมายของประเทศไทย การแก้กฎหมายไทยให้สอดคล้องกับแนวทางของสนธิสัญญาระหว่างประเทศจึงเป็นแนวทางหนึ่งที่สามารถแก้ไขปัญหาค่าได้และเป็นการประนีประนอมในการแก้ไขที่ไม่ต้องอาศัยฝ่ายการเมืองในการเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาที่ทำกับต่างประเทศ แม้ว่าแนวทางของ CISG นั้นจะไม่ในแนวทางที่สนับสนุนผลประโยชน์ร่วมกันสูงสุดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามหลักการยิงที่ดีที่สุด (Best Shot Rule) ก็ตาม แต่ก็มีข้อดีตรงที่เป็นการประนีประนอมต่อกฎหมายภายในของประเทศไทยที่มีระเบียบประเพณีและแนวทางปฏิบัติแตกต่างกันไป รวมถึงการมีแนวทางที่ชัดเจนจากมาตราต่างๆที่วางแนวหลักการเรื่องการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเอาไว้ ซึ่งเป็นการง่ายกว่าที่ประเทศไทยที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) จะปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยได้ง่ายกว่าหลักการยิงที่ดีที่สุด (Best Shot Rule) ที่ต้องอาศัยศาลในการพิจารณาว่าเงื่อนไขข้อกำหนดของคู่สัญญาฝ่ายใดที่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกันสูงสุดต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

การเข้าไปเป็นภาคีกับอนุสัญญา CISG นั้นจะเป็นการช่วยในการสร้างหลักกฎหมายที่ช่วยแก้ไขปัญหาค่าในเรื่องค่าเสนอ คำสนองและเรื่องแบบของสัญญาและหลักฐานเป็นหนังสือในกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศได้ แนวทางของกฎหมายของประเทศไทยนั้นยังมีแนวความคิดชาตินิยมอยู่มาก ซึ่ง CISG ช่วยได้เนื่องจากไม่ได้เป็นการห้ามคู่สัญญาในการกำหนดเงื่อนไขข้อกำหนดของตนเองและเคารพกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ และได้

ช่วยในเรื่องการแก้ไขปัญหาคู่สัญญาไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยสัญญาที่ตกลงกัน⁵⁵ แม้แต่การเปลี่ยนแปลงกฎหมายโดยตรงก็ยังมีแนวโน้มในทางปฏิบัติที่จะกลับไปใช้หลักการเช่นเดิม ซึ่งเป็นลักษณะปกติที่คนเรามักจะใช้แนวทางปฏิบัติที่เคยเป็นมาแต่เดิม การออกกฎหมายในการที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติที่มีมาแต่เดิมนั้น ควรจะมีแนวทางที่ชัดเจนและอาจจะต้องระบุไว้โดยละเอียดมากกว่าปกติ จึงจะสามารถเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิมได้อย่างมีประสิทธิภาพ แนวทางของการออกกฎหมายประกอบนั้นต้องมีความชัดเจนและง่ายต่อการนำไปปฏิบัติจริง

การเข้าเป็นภาคีในส่วนนี้ก็เป็นวิธีการหนึ่งในการทำให้แนวทางปฏิบัติในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นไปกว่าเดิม ว่าจะมีการที่มีการบังคับใช้หลักกฎหมายและการออกกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางอนุสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ให้มีผลใช้บังคับต่อไป โดยมีการประกอบกับการทำกฎหมายอนุวัติภายในไว้ด้วยเพื่อสร้างความมั่นคงในหลักกฎหมายให้มากยิ่งขึ้น หากยังไม่มี การเข้าเป็นภาคีกับอนุสัญญาก็ต้องมีการแก้ไขกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่เดิมไปก่อน แต่หากมีการเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญา CISG แล้วอนุสัญญาก็จะมีผลบังคับให้ออกกฎหมายอนุวัติการ(Implementation)ตามข้อตกลงที่ประเทศไทยได้มีข้อตกลงไว้ต่อไป อันเป็นการสนับสนุนแนวคิดโลกาภิวัตน์ที่มีแนวความคิดว่าการค้านั้นสามารถทำให้โลกเกิดสันติภาพได้ “Merchant of Peace”⁵⁶ อันเต็มไปด้วยทั้งอุปสรรคและโอกาสที่เกิดขึ้นได้ภายใต้ยุคโลกาภิวัตน์นี้เอง การนำอนุสัญญา CISG มาปรับใช้นั้นควรจะเผยแพร่ความรู้จึงจะช่วยสร้างความเข้าใจในเรื่องของอนุสัญญาCISG ให้สามารถใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น การมองว่าเป็นอนุสัญญาที่มีขึ้นเพื่อ

⁵⁵ John O. Honold , “Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention”, สืบค้นเมื่อ 28 ตุลาคม 2559, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>

⁵⁶ International Chamber of Commerce, Incoterms 2010, Paris, ICC 1999 page 215

ช่วยเหลือในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ แม้จะมีปัญหาบางอย่างที่ไม่อยู่ในอนุสัญญา CISG ได้แก⁵⁷ว่าด้วยเรื่องการซื้อขายระหว่างประเทศที่มีความประสงค์จะนำไปใช้ในครัวเรือนที่มีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นเรื่องของนโยบายสาธารณะ ที่เกี่ยวข้องกับการเมืองภายในประเทศว่าจะมีแนวทางในการออกกฎหมายและนโยบายทางการเมืองเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคอย่างไรบ้าง จะสังเกตได้ว่า การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะทางพาณิชย์ที่เป็นการซื้อขายระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งคนละส่วนกับการคุ้มครองผู้บริโภคหรือการที่ห้ามข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมอย่างที่ John O. Honold กล่าวไว้ว่าไม่ได้ประสงค์ที่จะไปแทรกแซงนโยบายภายในของรัฐต่างๆแต่มอง CISG เป็นเพียงเครื่องมือในการช่วยแก้ไขปัญหา โดยไม่ได้พยายามที่จะไปแทรกแซงกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และมองถึงเรื่องหลักการปฏิบัติในการค้ามากกว่าการแทรกแซง

ดังนั้นในอนาคตสามารถเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา CISG เพื่อให้แนวทางของกฎหมายมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นได้ แต่ก่อนหน้านั้นก็ยังสามารถแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่เดิมไปก่อน ก็จะสามารถทำให้สามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องของสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศทั้งในเรื่องของคำเสนอคำสนองและรูปแบบของสัญญาได้ ในเรื่องของการทำสัญญานั้นอาจจะมี ความเกี่ยวข้องกับเรื่องของการเมืองและนโยบายระดับประเทศที่อาจจะเกิดปัญหาและอุปสรรคทำให้เกิดความล่าช้า การแก้ปัญหาในเรื่องสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องทำควบคู่กันไปทั้งในเรื่องของกฎหมายภายในและในเรื่องของกฎหมายอนุสัญญาระหว่างประเทศ CISG ด้วย โดยปัญหาที่เกิดจากการที่เงื่อนไขข้อกำหนดของสัญญาไม่ถูกต้องตรงกันก็จะได้มีการนำมาปรับใช้ด้วย CISG ที่ในส่วนของเงื่อนไขข้อกำหนดที่ไม่ตรงกันของคู่สัญญาจะใช้ตามหลักทั่วไปของ CISG ซึ่งผู้ขายไม่ถูกจำกัดโดยเงื่อนไขข้อกำหนดของเงื่อนไขในใบสั่งซื้อของผู้ซื้อ ในการที่ไม่ได้อยู่ในข้ออ้างข้างหน้าของแบบฟอร์ม ในขณะที่เงื่อนไขของผู้ซื้อซึ่งรวมถึงคำตอบรับหลังจากที่สัญญาได้

⁵⁷ ปฏิญาพร เอมโอฐ , “ความเหมาะสมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 197.

สมบูรณ์แล้ว ไม่ได้ตอบรับจากการเฝ้าของฝ่ายผู้ขาย⁵⁸ อันเป็นแนวทางที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างใช้สัญญามาตรฐานในลักษณะของการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ

แน่นอนว่าหากคำนึงถึงการปฏิบัติที่ CISG มีรัฐที่เป็นภาคีมากถึง 84 รัฐ⁵⁹ ซึ่งประเทศที่เป็นภาคีของ CISG เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จีน ญี่ปุ่น ล้วนแล้วแต่เป็นคู่ค้ารายใหญ่ของประเทศไทย ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาจะเรียกว่าเรานั้นมีการใช้ CISG ในทางปฏิบัติอยู่แล้วก็ได้ แต่เราควรที่จะพิจารณาการนำ CISG มาใช้อย่างจริงจังเพื่อสร้างความแน่นอนในหลักกฎหมายการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ CISG เป็นที่นิยมในหมู่ประเทศที่เปิดตลาดการค้าสู่ประชาคมระหว่างประเทศ อันเป็นลักษณะของ โลกาภิวัตน์(Globalization) แนวความคิดที่จะสร้างกฎหมายการซื้อขายระหว่างประเทศเอกรูป (uniform international sales law)⁶⁰ ซึ่งมีการยอมรับให้ผู้ส่งออกสินค้าหลักเลี่ยงปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายอันนำไปสู่การเลือกกฎหมายโดยการเสนอกฎเกณฑ์สาระบัญญัติที่ยอมรับกันได้เข้ามาเป็นกฎหมายที่ยอมรับกันได้เข้ามาเป็นกฎหมายที่มีผลต่อสัญญาซื้อขายแทนที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายขัดกันและเป็นการทำให้เกิดความคล่องตัวในการตีความและแนวทางการปฏิบัติมากกว่าการไม่เป็นสมาชิกภาคีของ CISG อาจกล่าวได้ว่า เราคงเสี่ยงไม่พ้นในการเป็นสมาชิก CISG หากพิจารณาจากประเทศที่เป็นคู่ค้าของประเทศไทยและจำนวนสมาชิกภาคีของ CISG ที่เพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ในหมู่ประเทศที่ต้องการมีการเปิดการค้าขายระหว่างประเทศ อันเป็นแนวคิดที่มองเรื่องของการค้าไร้เขตแดน เรียกได้ว่าเป็นเรื่องของกรณีที่แม้ไม่ยอมเปลี่ยนแปลงทางนโยบายแต่โลกหรือคู่ค้าของเราก็เป็นสิ่งที่ทำให้เราต้องทบทวนนโยบายของประเทศไทย ว่าควรที่จะเป็นประเทศสมาชิก CISG เพื่อสร้างความแน่นอนในหลักกฎหมาย และสนับสนุนการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศให้มีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจมากยิ่งขึ้นไป

ความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและความเชื่อมั่นนั้นส่งผลต่อการตัดสินใจที่จะลงทุนในการทำธุรกิจและการทำสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ประเทศเราไม่สามารถอยู่ได้อย่างโดด

⁵⁸ UNCITRAL, UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2012 p. 104.

⁵⁹ ข้อมูลนับเมื่อ 29 ธันวาคม 2015 CISG: Table of Contracting States, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2559,
<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>

⁶⁰ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, CI“SG : อนุสัญญาสหประชาชาติที่ไม่ผูกพันประเทศไทย แต่ศาลไทยอาจปฏิเสธที่จะใช้ไม่ได้ หากมีการกล่าวอ้างกฎหมายขัดกัน”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2556, <https://www.gotoknow.org/posts/532979>.

เดี๋ยวกเราพิจารณาจากประเทศคู่ค้าหลักของเราได้เข้าทำอนุสัญญา CISG ดังนั้นการทำอนุสัญญา
จึงเป็นมาตรการในระยะยาวที่จะทำให้ประเทศไทยมีความแน่นอนในด้านกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขาย
สินค้านี้ระหว่างประเทศจะเห็นได้ว่ามีรัฐภาคีมากขึ้นเรื่อยๆ ประเทศไทยจึงควรเข้าร่วมเป็นภาคี แต่
นั่นคือแผนการระยะยาวที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในแผนการระยะสั้นจึงควรแก้ไข
กฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นกฎหมายภายในประเทศก่อนเพื่อสร้างความ
ชัดเจนในหลักกฎหมายและมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจมากขึ้นในการให้ความมั่นใจว่ามีหลัก
กฎหมายที่แน่นอนในการพิจารณาสัญญาซื้อขายสินค้านี้ระหว่างประเทศ



บรรณานุกรม

หนังสือ

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ฉบับพิมพ์ของกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2468 , อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์ .

คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 4.กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2523.

จิต เศรษฐบุตร.หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 6.กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมชย์.ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1(ภาค1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505.กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2509.

ร แลงการ์ด ,ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย.กรุงเทพ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2480.

ราชบัณฑิตยสถาน.ศัพท์รัฐศาสตร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน.กรุงเทพ,2552.

ศันท์กรณ โสติพันธ์ ,คำอธิบายนิติกรรมสัญญา.พิมพ์ครั้งที่ 20.กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553.

สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ,กรุงเทพมหานคร:บริษัทประยูรวงศ์ จำกัด, 2532.

วิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์

ปฎิญาพร เอ็มโอฐ.“ความเหมาะสมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ.”วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2551.

ภัทร์ ชวนานนท์ “การเกิดของสัญญากรณีคำสนองแตกต่างจากคำเสนอ.”สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2556.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร . “CISG : อนุสัญญาสหประชาชาติที่ไม่ผูกพันประเทศไทย แต่ศาลไทยอาจปฏิเสธที่จะใช้ไม่ได้ หากมีการกล่าวอ้างกฎหมายขัดกัน ” <https://www.gotoknow.org/posts/532979> ,เมื่อวันที่ 15 เมษายน 2556.

เอกสารกฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔

เอกสารทางกฎหมายต่างประเทศ

[1892] 2 Q.B. 484

[1982] 1 All E.R. 293,[1983] 1 A.C. 34

Black Law Dictionary

Bianca C.M.,Diritto Civile :Il Contratto

D. n° 80-533 of 15 July 1980 : 5 000 F (800 €)

French Civil Code

International Chamber of Commerce, Incoterms 2010, Paris, ICC 1999

OLG Koblenz ,WM 1984, 1347 et seq

Principles of European Contract Law-PECL

The German Civil Code

UNCITRAL, “UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 2012

Journal

Sai Abhipsa Gochhayat “Social Engineering by Roscoe Pound': Issues in Legal and Political Philosophy”, <https://ssrn.com/abstract=1742165>

Arthur Taylor von Mehren. “The "Battle of the Forms: A Comparative View Source: The American Journal of Comparative Law”, Vol. 38, No. 2 (Spring, 1990), pp. 265-298 Published by: Oxford University Press
<http://www.jstor.org/stable/840101>

James Gordley . “An Introduction to the Comparative Study of Private Law”,Cambridge:CambridgeUniversity Press,2006

Electronic Media

Butler Machine Tool Co.,Ltd.v.Ex-Cell-O Co.(England)
Ltd.,1W.L.R.403(1979).<http://www.e-lawresources.co.uk/Hyde-v-Wrench.php>,October 28,2016.

- “Dis-applying the CISG provisions” <https://www.wbs-law.de/eng/doing-business-germany/international-trade/international-sale-of-goods/>, February 10, 2017
- Douglas G. Baird, Robert Weisberg “RULE STANDARD, STANDARDS, AND THE BATTLE OF THE FORMS: A REASSESSMENT OF § 2-207” p.1219
http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2034&context=journal_articles, March 3, 2017
- “Evidence in Civil Law-German” P.16 <http://books.lex-localis.press/index.php/LexLocalisPress/catalog/download/29/26/109-1>, October 28, 2016
- FRITZ ENDERLEIN & DIETRICH MASKOW “INTERNATIONAL SALES LAW” <https://www.cisg.kaw.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>, October 28, 2016
- GIESELA RÜHL, “THE BATTLE OF THE FORMS: COMPARATIVE AND ECONOMIC OBSERVATIONS”
<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=jil>, 28 October, 2016
- <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1389->, February 27, 2017
- John O. Honold “Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention” <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>, October 28, 2016
- Kessler, Friedrich and Fine, Edith “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study (1964)” *Faculty Scholarship Series*. Paper 2724.
https://archive.org/stream/germancivilcode01germgoog/germancivilcode01germgoog_djvu.txt, October 25, 2016
- Philippe Bazin “AN OUTLINE OF FRENCH LAW ON DIGITAL EVIDENCE” <http://sas-space.sas.ac.uk/5543/1/1864-2592-1-SM.pdf>, October 25, 2016

Ronald Coase “The Problem of Social Cost” Journal of Law and Economics, Vol. 3
(Oct., 1960), pp. 1-44, The University of Chicago Press ,

<http://www.jstor.org/stable/724810>, October 25, 2016

The German Civil Code

https://archive.org/stream/germancivilcode01germgoog/germancivilcode01germgoog_djvu.txt, October 25, 2016

<http://thelawdictionary.org/contract-law/>, March 3, 2017

Thomas Zerres “PRINCIPLES OF THE GERMAN LAW ON STANDARD TERMS OF

CONTRACT” http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf, February 8, 2017

“CISG: Table of Contracting States”

<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>, October 23 2016



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายศิวพล นกขุนทอง
วันเดือนปีเกิด	22 สิงหาคม พ.ศ. 2528
ตำแหน่ง	-
ทุนการศึกษา (ถ้ามี)	-
ผลงานทางวิชาการ	-
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ.2556-2553 เสมียนสำนักงานสัสดี กรุงเทพมหานคร สำนักงานสัสดีกรุงเทพมหานคร

