

การทำหลักกฎหมายสัญญาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ในบริบทของประชาคมอาเซียน

Reformulating Contract Law from the Perspective of the Association of Southeast Asian Nations

คณิต ชัยสถาพล¹

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร
กรุงเทพมหานคร 10200 E-mail: Frodo_khanit@hotmail.com

Khanit Chaisathaphol

Faculty of Law, Thammasat University, 2, Prachan Road, Phra Barom Maha Ratchawang, Phra Nakhon,
Bangkok, 10200, E-mail: Frodo_khanit@hotmail.com

Received: March 2, 2019; **Revised:** May 18, 2019; **Accepted:** May 23, 2019

การศึกษาเรื่อง “การทำหลักกฎหมายสัญญาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในบริบทของประชาคมอาเซียน” ผู้วิจัยได้เห็นถึงพัฒนาการจากการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่จะส่งผลให้การทำสัญญาในทางพาณิชย์ของภูมิภาคแห่งนี้เจริญเติบโตมากขึ้น แน่นนอนว่าหลักกฎหมายสัญญาถือเป็นกฎหมายพื้นฐานที่จะรองรับกับสัญญาที่จะเกิดขึ้นดังกล่าว เช่นนี้จึงมุ่งหมายที่จะศึกษาถึง แนวทางที่เหมาะสมในการทำหลักกฎหมายลักษณะสัญญา (Contract Law) เพื่อสามารถใช้เป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ให้คู่สัญญาสามารถนำเอามาบังคับใช้กับสัญญาของตน ทั้งนี้ โดยปกติแล้วหากพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยเรื่อง การขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law) จะกำหนดให้ไปใช้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้หรือไปใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญานั้น (Point of contract) จึงเห็นว่า การที่สัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศดังกล่าวต้องนำเอากฎหมายสัญญาของประเทศหนึ่งมาบังคับใช้เช่นนี้ ย่อมอาจนำมาซึ่งความคลางแคลงใจ ความไม่สะดวกหรือไม่ไว้วางใจ ต่อเนื้อหาสาระหรือนิติวิธีของกฎหมายประเทศ

¹ หนายความ ฝ่ายกฎหมายและนโยบาย บริษัท สหทวิ อินเตอร์กรุป จำกัด (Lawyer, Legal and Policy Department, Sahatawee Intergroup Co., Ltd.).



นั้น อันอาจเป็นอุปสรรคต่อการทำสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาซึ่งแนวคิดในการศึกษาเพื่อจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบ (Model law) ซึ่งอาจมีลักษณะของการเป็นกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน (Soft law) ขึ้นมาเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่คู่สัญญาจะตระหนักถึงความ เป็นกลางและให้ความไว้วางใจมากกว่าการนำกฎหมายของประเทศหนึ่งมาบังคับใช้ ด้วยวิธีการทำหลักกฎหมายสัญญาของประเทศที่มีความแตกต่างกันให้มาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Harmonization) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแนวทางจากชาติตะวันตก พบว่า มีแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบร่วมกัน คือ UNIDROIT Principles of International Commercial Contract และในประเทศภาคพื้นยุโรปได้มี European private law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้เป็นหลักกฎหมายต้นแบบที่ทำขึ้นโดยมีพื้นฐานจากหลักกฎหมายสัญญาของประเทศทางตะวันตกหรือในภาคพื้นยุโรป แต่เมื่อพิจารณาบริบทในภูมิภาคอาเซียนซึ่งชาติสมาชิกนั้นแม้ได้ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) กับ ระบบคอมมอนลอว์ (Common law) ที่ได้รับอิทธิพลจากทางตะวันตกมาตั้งแต่สมัยอดีตเป็นพื้นฐานก็ตาม แต่ในทางสังคม วัฒนธรรม และความเป็นลักษณะเฉพาะของชาติสมาชิกมีรากฐานแตกต่างกันจากทางตะวันตกพอสมควร ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ควรมีการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในบริบทของประชาคมอาเซียนเอง โดยพิจารณาจากความแตกต่างของหลักกฎหมายสัญญาของแต่ละประเทศสมาชิกในอาเซียน และนำมาวิเคราะห์เพื่อจัดทำหลักเกณฑ์ร่วมกันที่มีความเหมาะสม เป็นธรรม และสอดคล้องกับบริบทประชาคมอาเซียนโดยนำแนวทางของชาติตะวันตกมาเทียบเคียง ทั้งนี้ ในการวิจัยนี้มีขอบเขตการศึกษาเฉพาะหัวข้อ การก่อเกิดสัญญา (Formation of Contract) และหลักเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อ การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา (Validity of Contract) อันเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญของหลักกฎหมายสัญญาเป็นหลัก

จากการศึกษา พบว่า หลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของตะวันตก กับหลักกฎหมายสัญญาของชาติสมาชิกในอาเซียนมีความแตกต่างกันบางประการ จึงเสนอให้จัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนที่มีหลักเกณฑ์ซึ่งอำนวยความสะดวกและเป็นธรรมต่อคู่สัญญาในการทำสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นสำคัญ ซึ่งหากหลักกฎหมายต้นแบบของทางตะวันตกนั้นมีบทบัญญัติที่เหมาะสมดีแล้วในประเด็นเรื่องใดก็จะหยิบยกหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ แต่หากมิได้เป็นเช่นนั้นกรณีจะพิจารณาถึงความแตกต่างและจัดทำหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมที่สุดตามบริบทของอาเซียนต่อไป

คำสำคัญ: กฎหมายสัญญา อาเซียน กฎหมายต้นแบบ



Abstract

In the research on “Reformulating Contract Law from the Perspective of the Association of Southeast Asian Nations”, the researcher realized the development as a result of the commencement of the ASEAN Economic Community (AEC) which increases the number of commercial transactions in the region. It is certain that the contract law principles are fundamental and support such transactions. Therefore, the purpose of this study is to investigate an appropriate approach to draft a contract law to be a model law for contract parties to enforce. Normally, as for the international private law on conflict of law, the contract law of one particular country will be adhered to as agreed by both parties, or the law of a country with the point of contract related to the contract will be adhered to. Therefore, the fact that international commercial contracts rely on the law of one particular country results in inconveniences and lack of confidence which hinders the international contracts. For this reason, the concept of drafting a model law which is a soft law has been brought up to provide criteria for contract parties and to raise confidence in implementing the law with harmonization. In the West, there are UNIDROIT Principles of International Commercial Contract, and in Europe, there is European private law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), both of which are model laws drafted on a basis of Western or European contract laws. However, in the ASEAN region, although influenced by the Civil or Common law System, there are differences in terms of social, cultural and national identities. Thus, the researcher realized that appropriate and fair new ASEAN model rules might be formulated according to the principles of ASEAN contract law, taking into account regional differences of contract law in each member country and compared with western guideline. The scope of this research includes formation of contract and criteria affecting validity of contract, both of which are fundamental in the contract law.

According to the study, it has been found that the Western model law principles and the ASEAN contract law principles differ in certain aspects. It is, therefore, suggested that ASEAN model law principles with criteria to facilitate fairness of contract parties in doing international commercial transaction be established. If the Western model law contains



proper provisions, such provisions will be adopted. Otherwise, differences will be taken into account, and appropriate criteria will be established according to the ASEAN context.

Keywords: Contract Law, ASEAN, Model Law

1. บทนำ

ในการมีผลบังคับใช้ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economy community) เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2558 ด้วยความร่วมมือกันของชาติภาคีสมาชิกในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ทั้ง 10 ประเทศ ซึ่งมีเจตจำนงในการร่วมมือกันอย่างจริงจังที่จะสร้างพลังการขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจของภูมิภาค พร้อมกับดำเนินนโยบายในการพัฒนาด้านสังคมและดำรงไว้ซึ่งวัฒนธรรมตามอัตลักษณ์ของชาติสมาชิกไปพร้อมกัน อีกทั้งเพื่อรับมือกับปัญหาและอุปสรรคที่มีผลกระทบต่ออาเซียนอย่างมีประสิทธิภาพอันเป็นไปตามปฏิญญาการก่อตั้งประชาคมอาเซียน (Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015) ที่ได้มีการประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียนและได้ร่วมลงนามรับรองร่วมกันไว้² จากความร่วมมือกันดังกล่าวนี้ย่อมสะท้อนถึงวัตถุประสงค์ในการรวมกลุ่มประชาคมอาเซียนได้อย่างเป็นรูปธรรมชัดเจนและจะนำมาซึ่งพัฒนาการในด้านต่างๆ อีกหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมิติที่จะสะท้อนถึงพัฒนาการด้านการค้าและระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่จะผลักดันให้อาเซียนมีความแข็งแกร่งมากยิ่งขึ้น ดังปรากฏนโยบายที่จะดำเนินการให้อาเซียนเปิดเสรีด้านการค้า การลงทุน แรงงาน การบริการระหว่างกัน ในภูมิภาคทั้งในระดับภาคีรัฐภาคเอกชน หรือในระดับภูมิภาค เพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายที่จะเพิ่มอำนาจการต่อรองต่อการแข่งขันในตลาดโลก กับการคานอำนาจการเติบโตและแผ่ขยายอิทธิพลในทางเศรษฐกิจของชาติมหาอำนาจในทวีปเอเชียอย่างประเทศจีน ญี่ปุ่น เกาหลี อินเดีย ที่มีความเจริญเติบโตและทรง

² ในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 9 ที่บาหลี เมื่อเดือนตุลาคม ปี พ.ศ. 2546 นั้น ผู้นำอาเซียนได้ร่วมลงนามในปฏิญญาว่าด้วยความร่วมมืออาเซียนที่เรียกว่า ข้อตกลงบาหลี II (Declaration of ASEAN Concord II หรือ Bali Concord II) เห็นชอบให้จัดตั้งประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) เพื่อสนับสนุนให้อาเซียนรวมตัวเป็นประชาคมเดียวกันและร่วมมืออย่างรอบด้านให้สำเร็จภายในปี พ.ศ. 2563 (ค.ศ. 2020) โดยร่วมมือในด้านการเมืองด้านเศรษฐกิจ และด้านสังคมและวัฒนธรรม ต่อมาจึงมีการประชุมสุดยอดอาเซียน ในครั้งที่ 12 ณ เมืองเซบู ประเทศฟิลิปปินส์ เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2550 ซึ่งที่ประชุมได้เห็นชอบที่จะให้เร่งรัดการรวมตัวเป็นประชาคมอาเซียนให้เร็วขึ้นกว่าเดิมภายในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) จึงได้ลงนามใน “ปฏิญญาเซบู ว่าด้วยการเร่งจัดตั้งประชาคมอาเซียนภายใน ปี ค.ศ. 2015” (Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015) โดยเห็นว่าสถานการณ์โลกเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วมาก มีการแข่งขันรุนแรงขึ้น อาเซียนจึงมีความจำเป็นที่จะต้องปรับตัวเพื่อให้สามารถคงบทบาทหน้าในการดำเนินความสัมพันธ์ในภูมิภาคและตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยปฏิญญามีใจความสำคัญให้ มีการจัดตั้งประชาคมอาเซียนทั้งสามเสา คือ ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน โดยประเทศต่างๆ ในอาเซียนจะมีการเตรียมการรับมือกับความท้าทายต่างๆ ร่วมกัน ทั้งพัฒนาโครงสร้างในภูมิภาคและระบบเศรษฐกิจโดยใช้วิธีการต่างๆ ที่ยืดหยุ่นอย่างเหมาะสมและร่วมดำเนินการกับฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้บรรลุถึงการเป็นประชาคมอาเซียนใน ค.ศ. 2015 โดยผู้นำอาเซียนเชื่อว่า จะส่งผลให้อาเซียนดำรงความเป็นศูนย์กลางของภูมิภาค (ASEAN Centrality) และเป็นองค์การที่มีบทบาทผู้นำในการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ในระดับภูมิภาคได้ (Driving force in charting the evolving regional architecture) (โปรตุเกส พัชร นิยมศิลป์, “ปฏิญญาเซบูว่าด้วยการเร่งจัดตั้งประชาคมอาเซียนภายในปี ค.ศ. 2015,” สืบค้นเมื่อ 26 กุมภาพันธ์ 2562, <http://www.kpi.ac.th>.)



อิทธิพลด้านเศรษฐกิจอย่างมากในปัจจุบัน ด้วยเหตุดังกล่าวนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงที่จะทำให้ การติดต่อการค้า การทำธุรกรรม การเข้าทำสัญญาระหว่างบุคคล นิติบุคคล หรือระหว่างรัฐใน ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ขยายตัวออกไปมากขึ้นตามลำดับ อีกทั้งเมื่อพิจารณาไปถึง สาระสำคัญของเอกสารแบบพิมพ์เขียวของการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หรือที่เรียกว่า AEC Blueprint นั้นก็ได้กำหนดรูปแบบแนวทางการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเพื่อให้เป็น ไปตามทิศทางที่ได้กำหนดเอาไว้เพื่อให้บรรลุเป้าประสงค์หลักในการจัดตั้งประชาคมอาเซียนซึ่ง จำแนกออกเป็นในด้านต่าง ๆ คือ (1) การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน (Single market and production base) (2) การเป็นภูมิภาคที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันสูง (Highly competitive economic region) (3) การเป็นภูมิภาคที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน (Region of equitable economic development) (4) การเป็นภูมิภาคที่มีการบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก (Fully integrated region into the global economy)³ ซึ่งแม้เอกสารพิมพ์เขียวดังกล่าวจะมีได้มีสถานะ เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลในการบังคับแก่ชาติสมาชิกก็ตาม แต่ก็เปรียบได้เหมือนเป็น คำมั่นหรือพันธกรณีอย่างหนึ่งที่ประเทศภาคีสมาชิกพึงดำเนินการให้เป็นไปตามวิถีทางนี้⁴ เช่น นี้แล้วจึงพอคาดการณ์ได้ว่า ภายหลังจากการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้วบริบทและ สภาพแวดล้อมในทางเศรษฐศาสตร์ของประชาคมอาเซียนนั้นย่อมจะก้าวไปสู่การเป็นภูมิภาค ที่มีการเจริญเติบโตของระบบเศรษฐกิจ การค้า การลงทุน การติดต่อสื่อสาร การโทรคมนาคม การไหลเวียนของแรงงาน เงินตรา รวมถึงการพัฒนาไปสู่ภูมิภาคที่จะเป็นฐานการผลิตสินค้า และบริการของผู้ประกอบการอันเนื่องมาจากสภาพทางภูมิศาสตร์ที่มีทรัพยากรธรรมชาติอุดม สมบูรณ์ และอัตราค่าครองชีพและค่าแรงงานที่ไม่สูงนัก ประกอบกับเจตจำนงที่จะมุ่งสู่การเป็น ภูมิภาคที่มีระบบการค้าแบบเสรี (Free trade area) ซึ่งจะดำเนินการรวมตลาดของอาเซียนเพื่อให้ เป็นตลาดเดียว (Single market) โดยใช้วิธีการที่จะจัดการยกเลิกภาษีศุลกากรให้หมดไป การปรับ ระบบพิธีการด้านศุลกากรให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วภูมิภาค ททยอยยกเลิกอุปสรรคทางการค้า ด้านอื่นที่มีโทษภัยให้น้อยลงไป เพื่อที่จะดำเนินการส่งออกไปยังประเทศในอาเซียนได้สะดวก ยิ่งขึ้น เป็นต้น⁵ จึงอาจกล่าวอธิบายเป็นตัวอย่างให้เห็นเป็นรูปธรรมอีกนัยหนึ่งได้ว่า จากการเปิด ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่ได้มีการผลักดันนโยบายต่าง ๆ ดังได้กล่าวมาแล้วนั้น กรณีย่อมจะ ส่งเสริมให้ผู้ผลิตและจำหน่ายสินค้าของประเทศไทยมีโอกาสที่จะสามารถจัดจำหน่ายสินค้า การบริการขยายออกไปยังประเทศอื่นในอาเซียนได้เพิ่มขึ้นจากเดิมที่ตนเคยมีขนาดตลาดใน

³ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, *AEC Fact Book* (นนทบุรี: กระทรวงพาณิชย์, 2554), 7.

⁴ ศิริพร เอี่ยมทรงชัย และฉันทพิมพ์ บรรจงจิตร, “การปรับปรุงกฎหมาย/กฎระเบียบเพื่อรองรับการเป็น ประชาคมอาเซียน,” ใน *การเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายของไทยสู่ประชาคมอาเซียน: ผลการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่องการเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายของไทยสู่ประชาคมอาเซียน*, บรรณาธิการโดย จัตุรวดี จินดาวงศ์, ปวีณา สุทธิศรีปก, ชาติสุธี อินทร์ศรี, และดวงกมล เกียรติบำรุง (กรุงเทพฯ: Page Maker, 2556), 31.

⁵ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, *AEC Fact Book*, 8.

การจัดจำหน่ายสินค้าและบริการนั้นเฉพาะแต่ภายในประเทศไทยที่มีจำนวนผู้บริโภคประมาณ 60 ล้านคน ก็จะขยายเพิ่มไปยังผู้บริโภคในอาเซียนซึ่งมีจำนวนผู้บริโภคประมาณ 600 ล้านคนที่เดียว

จากเหตุปัจจัยข้างต้น เห็นได้ว่า เมื่อมีการรวมตลาดและเปิดตลาดการค้าเสรีในภูมิภาคนี้แล้ว การเกิดขึ้นของสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International commercial contract) จะมีการขยายตัวเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมากสอดคล้องกับทฤษฎีกฎหมายสัญญาว่าด้วยหลักเสรีภาพแห่งการทำสัญญา (Freedom of contract) ที่ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่นานาประเทศต่างยึดถือ ประกอบกับบริบทของระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่มุ่งหมายให้ธุรกรรมระหว่างประเทศได้เกิดขึ้นโดยอิสระและสามารถแข่งขันได้อย่างเสรี⁶ โดยบุคคลย่อมสามารถทำสัญญาอย่างใดที่รัฐเองก็จะให้การรับรอง ค้ำครอง และจะไม่แทรกแซงในการทำสัญญาของบุคคลนั้นด้วย⁷ เช่นนี้จึงทำให้เกิดข้อพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าบทบัญญัติกฎหมายใดจะนำมาบังคับใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศนี้ หรือตามแนวทางของประชาคมโลกนั้นจะมีเครื่องมือใดที่สามารถหยิบยกมาใช้ในสัญญาทางพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ เช่นนี้ จึงนำมาสู่ความมุ่งหมายในการศึกษาในหัวข้อเรื่อง “การทำหลักกฎหมายสัญญาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในบริบทของประชาคมอาเซียน” ที่จะได้พิจารณาถึง ความเป็นไปได้และแนวทางอันเหมาะสมในการริเริ่มจัดทำให้มีหลักกฎหมายว่าด้วยลักษณะสัญญา (Contract Law) ที่สามารถนำมาใช้เป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ที่คู่สัญญาสามารถที่จะหยิบยกนำมาบังคับใช้กับการทำสัญญาทางพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ โดยกรณีอาจเป็นสัญญาที่กระทำกันระหว่างบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติ (Nationality) หรือมีถิ่นที่อยู่ (Setting) แตกต่างกันในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนใน 10 ประเทศ หรือ อาจขยายความไปถึงการทำสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลหรือนิติบุคคลอันมีสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ในประชาคมอาเซียนกับคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลภายนอกอาเซียนก็ย่อมได้ เป็นต้น ซึ่งแน่นอนว่าสัญญาที่เกิดขึ้นในลักษณะดังกล่าวนี้ถือเป็น นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งโดยหลักทั่วไปนั้นต้องนำเอากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International law) ว่าด้วย การขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law) มาพิจารณากับสัญญาดังกล่าวนี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติว่า

⁶ ดวงเด่น นาคสีหราช, “หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจระหว่างประเทศ,” สืบค้นเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2562, <http://www.gotoknow.org>.

⁷ ศนันทภรณ์ (เจ้าปี) ไสตติพันธ์, *คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), 287.



ด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ภาค 3 ว่าด้วยหนี้⁸ ที่นำมาใช้กับสัญญาดังกล่าวนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า หากคู่สัญญาได้กำหนดความประสงค์ที่จะพึงใช้กฎหมายของประเทศใดหรือกฎเกณฑ์อย่างใดแล้วก็ให้เป็นไปตามนั้นตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา (Party Autonomy)⁹ แต่หากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกำหนดให้นำกฎหมายใดมาบังคับใช้แล้วกรณีก็ต้องนำหลักกฎหมายที่คู่สัญญาได้มีสัญชาติร่วมกัน (*lex patriae*) มาปรับใช้กับสัญญา และหากคู่สัญญาไม่มีสัญชาติที่ต่างกันแล้วก็ย่อมต้องบังคับด้วยกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำกันขึ้น (*lex loci contractus*) มาบังคับใช้กับสัญญานั้น จากนิติวิธีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวกรณีย่อมจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันเลือกให้นำเอากฎหมายของประเทศใดมาบังคับใช้แก่สัญญา หรือ กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงเลือกเอากฎหมายของประเทศใดมาบังคับใช้แต่ผลตามหลักการขัดกันแห่งกฎหมายได้กำหนดให้ต้องนำเอากฎหมายภายในของประเทศใดมาใช้กับสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งในบางกรณีก็ย่อมนำมาซึ่งความไม่ไว้วางใจ หรือไม่เชื่อมั่นต่อกฎหมายของประเทศที่ได้ถูกนำมาบังคับใช้กับสัญญาที่เพิ่มขึ้นจากคู่สัญญาที่อยู่คนละประเทศได้ ซึ่งอาจจะมาจากเหตุที่กฎหมายที่ได้ถูกนำมาใช้กับสัญญานั้นเป็นกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาแตกต่างกับหลักกฎหมายของประเทศตน หรือเป็นกรณีพื้นฐานของระบบกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกันซึ่งย่อมจะส่งผลกระทบต่อการใช้ การตีความ และนิติวิธีมีความแตกต่างจากกฎหมายของประเทศตนด้วย อันนำมาซึ่งความไม่ไว้วางใจ และอาจส่งผลทำให้เป็นอุปสรรคต่อการทำสัญญาระหว่างกันเนื่องจากการขาดความเชื่อมั่นในทางธุรกิจต่อกันได้ (Lack of Business confidence) เช่นนี้ จึงเกิดมีแนวคิดในการหาแนวทางรูปแบบนิติวิธีอย่างใดที่สามารถนำมาใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศดังกล่าวเพื่อให้คู่สัญญาเกิดความรู้สึกว่าการกฎหมายมีความเป็นกลางทั้งในด้านเนื้อหาของหลักเกณฑ์และสถานภาพของหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ และเพื่อลดปัญหาความไม่เชื่อมั่นต่อกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งดังที่ได้กล่าวไว้ ด้วยการพยายามที่จะจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบ (Model law) โดยใช้วิธีวิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Harmonization) อันจะเป็นที่ยอมรับกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อจะให้นำมาบังคับใช้หรือเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยแก่สัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศดังกล่าว และยังสามรถใช้เป็นเครื่องมือในการช่วยหาข้อยุติหรือการระงับข้อพิพาทหากปรากฏข้อพิพาทอย่างใดขึ้น

⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, มาตรา 13 วรรคแรก บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่ กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทำสัญญานั้นได้ทำขึ้น”

⁹ โดยกฎหมายที่เลือกนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย มิฉะนั้นจะให้ศาลของประเทศที่พิจารณาคดี (*lexforum*) สามารถปฏิเสธที่จะบังคับใช้กฎหมายที่เลือกนั้น และจะไปบังคับตามกฎหมายภายในของศาลที่พิจารณาคดี (*lexfori*) แทน (โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒน์พานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), 161, 245.

ระหว่างคู่สัญญาด้วย เพื่อให้คู่สัญญาเกิดความเชื่อมั่นว่าเป็นกฎเกณฑ์หรือบทบัญญัติกฎหมายที่มีความเป็นกลาง เป็นธรรม และเป็นที่ยอมรับระหว่างคู่สัญญาโดยมิต้องนำกฎเกณฑ์เรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายมาบังคับใช้กับกรณี ซึ่งแม้ว่าโดยเจตนารมณ์ของกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการขัดแย้งกันของกฎหมายที่จะนำมาใช้และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีด้วยการเลือกเอากฎหมายใดมาใช้แก่กรณีซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งแต่ประเทศเดียวภายใต้เหตุผลที่ว่ากฎหมายของประเทศนั้นมีความเหมาะสม หรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับคดี ซึ่งอาศัยสิ่งที่เรียกว่า “Point of contract” หรือเรียกว่า “จุดเกาะเกี่ยวระหว่างคู่สัญญา” มาเป็นจุดที่จะพิจารณาเลือกกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งมาบังคับใช้กับสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างกันก็ตาม¹⁰ แต่ในทางปฏิบัติแล้วกรณีที่ย่อมมีโอกาสทำให้ความคลงแคลงใจหรือความไม่เชื่อมั่นนั้นหมดไปแต่อย่างใด จึงอาจกล่าวขยายความให้เห็นได้ชัดเจนขึ้นได้ว่า ในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันที่จะใช้หลักกฎหมายของประเทศใดเพื่อบังคับใช้ต่อสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างกันนั้น หากว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มีการเจรจาตกลงกันด้วยความเต็มใจหรือพอใจทั้งสองฝ่ายแล้วกรณีย่อมไม่เกิดความคลงแคลงใจต่อกฎหมายที่เลือกมาใช้กับสัญญาที่ทำขึ้น แต่กรณีอาจปรากฏพฤติการณ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าย่อมอาจจะใช้กลไกพยายามกำหนดให้นำเอากฎหมายของประเทศตนหรือกฎหมายของประเทศใดที่ตนพอใจเพื่อให้มาบังคับใช้กับสัญญาที่ทำขึ้น หรือในกรณีที่คู่สัญญาที่มีสัญชาติเดียวกันได้ทำสัญญากันในประเทศอื่นซึ่งการที่จะนำเอาหลักกฎหมายสัญชาติของประเทศที่คู่สัญญามีสัญชาติร่วมกันมาใช้ในดินแดนของประเทศอื่นนั้นย่อมอาจนำมาซึ่งความไม่สะดวกกับสัญญาที่ได้ทำขึ้นได้ ดังนี้ ตามกรณีที่ได้กล่าวมานั้นล้วนเป็นการเลือกเอากฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้กับสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่ย่อมนำมาซึ่งความไม่สะดวกหรือไม่เชื่อมั่นต่อบทบัญญัติกฎหมายที่ต้องนำมาบังคับใช้นั่นเอง

ดังนั้น เห็นได้ว่า การศึกษาเรื่องการทำกฎหมายสัญญาให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในบริบทของประชาคมอาเซียน ย่อมจะได้พิเคราะห์ถึงแนวคิดในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียน หรืออาจเรียกว่า “Principle of ASEAN Commercial Contract Law” เพื่อให้เป็นหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบ (Model law) ที่มีความเหมาะสมกับบริบทของภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN way) โดยจัดทำให้มีสถานะเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือทางเลือกให้แก่คู่สัญญา (Optional Instrument) ในการหยิบยกนำมาบังคับใช้แก่สัญญาทางพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่มีลักษณะทางพาณิชย์ (International commercial contract) และเป็นกรณีที่คู่สัญญาในแต่ละฝ่ายเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีความแตกต่างกันในทางสัญชาติ (Nationality) หรือดินแดน (Setting) ระหว่างกัน เพื่อที่จะให้คู่สัญญาเกิดความรู้สึกเชื่อมั่นและไว้วางใจที่จะเลือกเอาหลักกฎหมายต้นแบบนี้มาใช้กับสัญญาของตน เพื่อลดปัญหา

¹⁰ คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), 21.



ความไม่เชื่อมั่นต่อกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งที่จะเลือกเอามาใช้ระหว่างกัน และให้เกิดความสะดวต่อการเจรจามากขึ้น อีกทั้งช่วยลดปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายและความเสียหายในเรื่องการจัดการคดีหรือข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นด้วย¹¹

ในการศึกษาวิจัยถึงหลักกฎหมายสัญญาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประชาคมอาเซียนนั้น ผู้วิจัยมีจุดมุ่งหมาย 2 ประการที่พึงคำนึงถึง คือ (1) ศึกษาถึงความแตกต่างของหลักกฎหมายสัญญาที่ชาติตะวันตกได้จัดทำขึ้น กับ หลักกฎหมายสัญญาของชาติสมาชิกต่าง ๆ ในประชาคมอาเซียน และ (2) การหาแนวทางของหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมที่จะนำมาจัดทำเพื่อใช้กับบริบทของประชาคมอาเซียน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบ (Model Law) ของชาติตะวันตกเพื่อมุ่งหมายให้นำมาใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ คือ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Law 2016 ซึ่งเป็นหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบที่จัดทำโดยองค์กรเอกชนระหว่างประเทศ และ European Private law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายแพ่งต้นแบบของภาคพื้นยุโรปที่จัดทำโดยกลุ่มวิชาการกฎหมาย และพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายสัญญาของประเทศในประชาคมอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ทั้งนี้ ด้วยวิธีการศึกษาถึงแนวคิดและนิติวิธีในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของชาติตะวันตกซึ่งได้ดำเนินการเลือกเอาหลักกฎหมายสัญญาที่มาจากระบบคอมมอนลอว์ (Common law) หรือระบบซีวิลลอว์ (Civil law) หรืออาจนำหลักเกณฑ์ของทั้งสองระบบมาผสมกัน (Blend) ในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาเรื่องนั้น ๆ เพื่อให้มีความเหมาะสมหรือเป็นธรรมชาติที่สุดในบริบทของชาติตะวันตกนั่นเอง และในส่วนของหลักกฎหมายสัญญาของชาติสมาชิกในประชาคมอาเซียนทั้ง 10 ประเทศนั้นก็ให้มีแนวคิดพื้นฐานและนิติวิธีมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือระบบ

¹¹ ดังที่ปรากฏใน Green paper on Policy Option for Progress Towards a European Contract law for Consumers and Businesses, ในการจัดทำ European private law โดย European Commission ได้ระบุว่า A harmonized law will solve divergences between national contract laws' constitute barriers to the smooth functioning of the internal market may entail additional transaction costs and legal uncertainty for businesses and lead to a lack of consumer confidence in the internal market. (accessed March 8, 2019 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0348>.) และยังมีนักกฎหมายบางท่านก็ได้สนับสนุนแนวคิดดังกล่าวนี้ไว้ เช่น ท่าน Kasiviswanathan Shanmugam (อดีตรัฐมนตรีกระทรวงกฎหมาย (Minister of law)) ของประเทศสิงคโปร์ ได้กล่าวไว้ในสื่อ Today ในหัวข้อ "Rule of law key for ASEAN's progress, (20 June 2012) ว่า "The Harmonisation of legal rules can help to remove uncertainty, reduce cost, generate greater business confidence, and ultimately advance ASEAN community-building goals." (โปรดดู Joanne Wong, On Legal Harmonisation Within ASEAN, Singapore law review Volume 5 (2013/14), October 31, 2013, p.1. และยังมี ท่าน Roland Amoussou Guenou ได้กล่าวไว้ว่า "Principle of ASEAN of the contract law is several practical interests which are the improvement of the contractual relation and trade facilitation, the contribution to the legal foreseeability, safety and effectiveness of international contract and reduction of the economic cost of commercial transactions with this part of the world." (โปรดดู Roland Amoussou Guenou, "Perspective of ASEAN (or ASIAN) Principles of the Contract Law" (paper presented at International Commercial Contracts, Conference Hanoi Vietnam, December 13-14, 2004), 3.

คอมมอนลอว์ ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากทางตะวันตกเป็นสำคัญตามภูมิประวัติศาสตร์ของแต่ละชาตินั้น เช่นนี้ กรณีจึงสามารถพิจารณาได้ถึงความแตกต่างของหลักกฎหมายต้นแบบ (Model law) ของชาติตะวันตก และ หลักกฎหมายสัญญาของชาติสมาชิกในอาเซียน อันจะนำไปสู่การวิเคราะห์เปรียบเทียบหาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียน ด้วยการพิจารณาถึงแนวทางแต่ละหัวข้อที่มีความเหมาะสม เป็นธรรมแก่คู่สัญญา พร้อมทั้งสอดคล้องกับบริบทตามสภาพแวดล้อมของประชาคมอาเซียนที่มีความแตกต่างในรากฐานทางประวัติศาสตร์ ภาษา วัฒนธรรม สังคม ของแต่ละชาติสมาชิกพอสมควร อย่างไรก็ตาม ในการศึกษาวิจัยถึงแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนนั้น ผู้เขียนจำกัดขอบเขตการศึกษาวิจัยเฉพาะหลักกฎหมายสัญญาใน 2 หัวข้อใหญ่ ดังนี้

1) การก่อเกิดสัญญา (Formation of contract) โดยจะศึกษาในประเด็นเรื่อง ลักษณะของคำเสนอและคำสนอง หลักเกณฑ์ว่าด้วยค่าตอบแทนในสัญญา (Consideration) หลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสนองที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขคำเสนอ หลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสนองที่ล่าช้า และหลักเกณฑ์ในเรื่องเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น

2) หลักเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา (Validity of contract) โดยจะศึกษาในประเด็นเรื่อง หลักเกณฑ์และผลทางกฎหมายว่าด้วยการสำคัญผิด กลข้อหล การข่มขู่ การหาประโยชน์จากพฤติการณ์ที่อีกฝ่ายเสียเปรียบ

นอกจากนี้ จะได้พิจารณาถึงแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบของประชาคมอาเซียนในลักษณะของแบบร่างของกฎหมายต้นแบบฉบับนี้ (Draft) เพื่อให้เห็นถึงภาพความคิดอย่างเป็นทางการ และแสดงให้เห็นถึงแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนที่เป็นรูปแบบชัดเจน ซึ่งผู้วิจัยมุ่งหวังว่า หากได้มีการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนขึ้น ตัวอย่างแบบร่างและแนวคิดในการวิจัยนี้ย่อมเป็นจุดริเริ่มที่สามารถใช้เป็นแนวทางได้นั่นเอง และหากการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้วย่อมสามารถที่จะนำไปใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งได้กำหนดให้นำเอาหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบนี้มาใช้ในสัญญานั้น หรือในกรณีที่สัญญาได้กำหนดให้นำเอาหลัก Lex mercatoria มาใช้ หรือในกรณีที่สัญญานั้นมิได้กำหนดให้ใช้กฎหมายใดไว้เลย เป็นต้น

2. หลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของต่างประเทศ

ในประชาคมโลกนั้นได้มีการริเริ่มและจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบ (Model law) อย่างเป็นทางการเพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและลดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษา หลักเกณฑ์ที่ริเริ่มจากองค์กรเอกชนระหว่าง



ประเทศ เพื่อการจัดทำกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศให้มีความเป็นเอกภาพ ซึ่งได้ริเริ่มจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบเพื่อมุ่งหมายให้นำมาใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International commercial contract) ปัจจุบันนี้มีประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก จำนวน 63 ประเทศ¹² คือ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Law 2016 และ หลักกฎหมายแพ่งต้นแบบของสหภาพยุโรป คือ European Private law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) ซึ่งมีการริเริ่มโดยนักวิชาการจากยุโรปร่วม 30 ประเทศเพื่อจัดทำและมุ่งหมายให้พัฒนาเป็นประมวลกฎหมายแพ่งของภูมิภาคยุโรป (European Civil Code) และเพื่อสนองรับกับแนวนโยบายของคณะกรรมการสหภาพยุโรป (European Commission) ที่มุ่งหมายให้ยุโรปเป็นตลาดเดียว (Single market) ที่เจริญเติบโตต่อไปในอนาคต¹³ ซึ่งหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบทั้งสองนี้ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ ดังต่อไปนี้

2.1 การเกิดสัญญา (Formation of contract)

1) ในประเด็นเรื่อง คำเสนอ (Offer) คำสนอง (Acceptance) นั้น ใน UNIDROIT Article 2.1.2¹⁴, 2.1.6¹⁵ และ DCFR Article 4: 201¹⁶, 4: 204¹⁷ ได้มีการกำหนดลักษณะของ

¹² ตามที่ปรากฏใน Website ของ International Institute for the Unification of Private Law, “About Unidroit, Membership,” accessed December 5, 2018, <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>. เห็นได้ว่า ประเทศในภูมิภาค ASEAN ที่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในปี 2009 มีเพียงประเทศเดียว คือ Indonesia เท่านั้น

¹³ European Union, “From Economic to Political Union “The EU in Brief,” accessed December 5, 2018, https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_en.

¹⁴ Article 2.1.2 (Definition of offer): A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.

¹⁵ Article 2.1.6 (Mode of acceptance)

(1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(2) An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror.

(3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective when the act is performed.

¹⁶ Article 4: 201: Offer

(1) A proposal amounts to an offer if:

(a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it; and
(b) It contains sufficiently definite terms to form a contract.

(2) An offer may be made to one or more specific persons or to the public.

(3) A proposal to supply goods from stock, or a service, at a stated price made by a business in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is treated, unless the circumstances indicate otherwise, as an offer to supply at that price until the stock of goods, or the business’s capacity to supply the service, is exhausted.

¹⁷ Article 4: 204: Acceptance

(1) Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.

(2) Silence or inactivity does not itself amount to acceptance.

คำเสนอ และ คำสนอง เอาไว้คล้ายกันและมีความชัดเจน โดยกำหนดถึงว่า คำเสนอนั้นมีลักษณะอย่างไรและคำสนองรับนั้นมีลักษณะอย่างไร และการนิ่งเฉยนั้นย่อมมีอากศถือว่าเป็นการสนองรับได้ เพื่อให้คู่สัญญาได้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้

2) ในประเด็นเรื่องค่าตอบแทน (Consideration) นั้น ใน UNIDROIT Article 2.1.1¹⁸ และ DCFR Article 4: 101¹⁹ ได้กำหนดถึงกรณีที่สัญญาจะก่อเกิดขึ้นได้จาก คำเสนอ (Offer) กับ คำสนอง (Acceptance) ที่ต้องตรงกันเป็นสำคัญ โดยมีได้นำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่อง ค่าตอบแทน (Consideration) ตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) เข้ามาพิจารณาในเรื่องการก่อเกิดสัญญาแต่อย่างไร

3) ในประเด็นเรื่อง การเพิกถอนคำเสนอนั้น ใน UNIDROIT Article 2.1.4²⁰ และใน DCFR Article 4:202²¹ ได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้เสนอที่จะสามารถบอกถอนคำเสนอของตนได้ เอาไว้ชัดเจน ตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ในบางประเทศ และใน UNIDROIT ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นที่ไม่สามารถให้บอกถอนคำเสนอได้ในบางกรณีไว้เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายไว้ด้วย

¹⁸ Article 2.1.1 (Manner of formation): A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conducts of the parties that is sufficient to show agreement.

¹⁹ Article 4: 101: Requirements for the conclusion of a contract

A contract is concluded, without any further requirement, if the parties:

- (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and
- (b) Reach a sufficient agreement.

²⁰ Article 2.1.4 (Revocation of offer)

(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched and acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked

- (a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it its irrevocable; or
- (b) If it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

²¹ Article 4: 202: Revocation of offer

(1) An offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before the offeree has dispatched an acceptance or, in cases of acceptance by conduct, before the contract has been concluded.



4) ในประเด็นเรื่องคำสนองที่มีการแก้ไข ดัดแปลง คำเสนอนั้น ใน UNIDROIT Article 2.1.11²² และใน DCFR Article 4: 208²³ ได้กำหนดให้กรณีของคำสนองที่มีการแก้ไข ดัดแปลง คำเสนอนั้นย่อมจะถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (New-offer) หากเป็นการแก้ไข ดัดแปลง คำเสนอในสาระสำคัญ (Materially alter) เท่านั้น แต่หากคำสนองนั้นมีได้แก้ไข ดัดแปลง คำเสนอในสาระสำคัญแล้ว กรณีย่อมไม่อาจถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ แต่เป็นคำสนองรับและข้อที่ดัดแปลง แก้ไขนั้นก็ย่อมถือเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่เกิดขึ้นนั่นเอง

5) ในประเด็นเรื่องคำสนองที่มาถึงผู้เสนอล่าช้า นั้น ใน UNIDROIT Article 2.1.9²⁴ และ DCFR Article 4: 207²⁵ ได้กำหนดไว้คล้ายกันว่า คำสนองที่มาถึงล่าช้า นั้นยังคงมีผลเป็นคำสนอง

²² Article 2.1.11 (Modified acceptance)

(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 to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

²³ Article 4: 208: Modified acceptance

(1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which 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 is treated as a rejection of the offer if:

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

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

(c) the offeree makes the 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.

²⁴ Article 2.1.9 (Late acceptance, Delay in transmission)

(1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror so informs the offeree or gives notice to that effect.

(2) If a communication containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that it considers the offer as having lapsed.

²⁵ Article 4: 207 late acceptance

(1) A late acceptance is nonetheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror informs the offeree that it is treated as an effective acceptance.

(2) If a letter or other communication containing a late acceptance shows that it has been dispatched in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offer or informs the offeree that the offer is considered to have lapsed.

ซึ่งผู้เสนอสามารถจะปฏิเสธคำเสนอนั้นได้ (มิใช่กลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ – New offer) เว้นแต่ผู้เสนอได้แจ้งไปยังผู้สนองโดยไม่ชักช้าว่าให้คำสนองที่มาถึงล่าช้าานั้นไม่มีผล

6) ในประเด็นเรื่องกำหนดเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นนั้น ใน UNIDROIT มิได้มีการกำหนดเอาไว้ชัดเจนแต่อย่างใด แต่ในส่วนของ DCFR Article 4: 205²⁶ ได้กำหนดเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นไว้เป็น 3 กรณี คือ (1) กรณีที่คำสนองที่ส่งมาจากผู้สนองรับนั้น สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคำสนองมาถึงผู้เสนอ (2) ในกรณีที่คำสนองเป็นพฤติการณ์การกระทำของผู้สนองนั้น สัญญา ย่อมจะก่อเกิดขึ้นเมื่อพฤติการณ์ได้แสดงมาถึงผู้เสนอ (3) กรณีที่คำเสนอได้ระบุไว้ชัดเจนหรือทางธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งคู่สัญญาได้ปฏิบัติระหว่างกันมา โดยผู้สนองอาจสนองรับคำเสนอ ดังกล่าวโดยการกระทำหรือการปฏิบัติตามสัญญาตามที่ผู้เสนอได้เสนอไว้ เช่นนี้สัญญา ย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้สนองได้กระทำการหรือปฏิบัติการดังกล่าว

²⁶ Article 4: 205 Time of conclusion of the contract

(1) If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror.

(2) In the case of acceptance by conduct. The contract is concluded when notice of the conduct reaches the offeror.

(3) If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by doing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the offeree begins to do the act.



2.2 หลักเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา (Validity of contract)

1) ในประเด็นเรื่องหลักกฎหมายสำคัญผิดนั้น ใน UNIDROIT Article 3.2.1-3.2.2²⁷ กับ DCFR Article 7: 201²⁸ ได้กำหนดหลักการสำคัญว่า การสำคัญผิดเป็นการทำสัญญาโดยเข้าใจผิดในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญตามปกติของวิญญูชน และปรากฏพฤติการณ์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เป็นผู้ก่อให้เกิดการสำคัญผิด หรือได้รู้ หรือควรจะรู้ถึงการสำคัญผิด กรณีนี้มีผลให้สัญญาที่ทำนั้นคู่สัญญาที่สำคัญผิดสามารถบอกล้างสัญญาได้ (Avoid contract)

²⁷ Article 3.2.1 (Definition of Mistake) Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded.

Article 3.2.2 (Relevant mistake)

(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and

(a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or

(b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

(2) However, a party may not avoid the contract if

(a) it was grossly negligent in committing the mistake; or

(b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.

²⁸ Article 7:201: Mistake

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known of this; and

(b) the other party;

(i) caused the mistake;

(ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake;

(iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or

(iv) made the same mistake

(2) However a party may not avoid the contract for mistake if;

(a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or

(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party.

2) ในประเด็นเรื่องกลล่อกลน้ัน UNIDROIT Article 3.2.5²⁹ กับ DCFR Article 7: 205³⁰ ได้กำหนดหลักในเรื่องนี้ไว้คล้ายกันว่ เป็นการกระทำอันเป็นการหลอกลวงโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการพูด (language) การกระทำ (Practice) หรือ การไม่เปิดเผยข้อความจริงอย่างใด (Non-disclosure) ซึ่งพิจารณาจากมาตรฐานในการทำสัญญา (Commercial standard) ในการเจรจาอันเป็นธรรม (Fair dealing) มีผลให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์และผู้ถูกกลล่อกลยอมสามารถบอกล้างได้ (Avoid contract)

3) ในประเด็นเรื่องการข่มขู่ัน UNIDROIT Article 3.2.6³¹ กับ DCFR Article 7: 206³² ได้บัญญัติไว้คล้ายคลึงกันว่ คู่สัญญาสามารถบอกล้างสัญญาได้หากได้ทำโดยถูกข่มขู่ันไม่

²⁹ Article 3.2.5 (Fraud) A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's fraudulent representation, including language or practices, or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.

³⁰ Article 7: 205: Fraud.

(1) A party may avoid contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose.

(2) A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstance, including:

- (a) whether the party had special expertise.
- (b) the cost to the party of acquiring the relevant information:
- (c) whether the other party could reasonably acquire the information by other means: and
- (d) the apparent importance of the information to the other party.

³¹ Article 3.2.6 (Threat) "A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's unjustified threat which, having regard to the circumstances, is so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternative. In particular, a threat is unjustified if the act or omission with a party has been threatened is wrongful in itself, or it is wrongful to use it as a means to obtain the conclusion of the contact."

³² Article 7: 206: Coercion or threats

(1) A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract.

(2) A threat is not regarded as inducing the contract if in the circumstances the threatened party had a reasonable alternative.



ชอบธรรม จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งถึงขนาดที่ต้องยินยอมทำโดยปราศจากทางเลือกอันเหมาะสมจนต้องยอมเข้าทำสัญญานั้น

4) ในประเด็นเรื่องการหาประโยชน์จากพฤติการณ์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายเสียเปรียบ ตาม UNIDROIT Article 3.2.7³³ กับ DCFR Article 7: 207³⁴ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้คล้ายกันว่า ในกรณีการเข้าทำสัญญาที่มีผลประโยชน์เหลือมล้ำต่างตอบแทนเกินสมควร โดยใช้พฤติการณ์ที่มีความไม่เท่าเทียมในสถานะหรือมีการกดขี่ทางเศรษฐกิจเพื่อวัตถุประสงค์ให้ยอมเข้าทำสัญญา เช่นนี้คู่สัญญาที่เสียเปรียบย่อมร้องขอให้ศาลเพิกถอนสัญญานั้นได้

³³ Article 3.2.7 (Gross disparity)

“(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to

(a) The fact that the other party has taken unfair advantage of the first party’s dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and

(b) The nature and purpose of the contract.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.

(3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the party has reasonably acted in reliance on it.”

³⁴ Article 7: 207: Unfair exploitation

(1) A Party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

(a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill: and

(b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract exploited the first party’s situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation; provide that this party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

3. หลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียน

ในส่วนของหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนนั้น ย่อมจะพิจารณาถึงหลักกฎหมายสัญญาภายในซึ่งได้บังคับใช้ภายในประเทศของชาติสมาชิกทั้ง 10 ประเทศ ซึ่งอาจกล่าวได้ดังต่อไปนี้

3.1 การก่อเกิดสัญญา (Formation of contract)

1) ในประเด็นเรื่องคำเสนอ (Offer) คำสนอง (Acceptance) จากการศึกษา พบว่า หลักกฎหมายสัญญาของประเทศในอาเซียนนั้น บางประเทศได้มีการกำหนดถึงนิยามลักษณะของคำเสนอไว้ชัดเจนคล้ายกันว่าหมายถึง การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งโดยมุ่งหมายที่จะกระทำการอย่างใดแก่อีกฝ่ายและมีผลผูกพันด้วยการสนองรับ ส่วนคำสนองหมายถึง การแสดงเจตนาตอบรับตามเนื้อหาที่ได้เสนอมามีผลเมื่อมาถึงผู้เสนอ เป็นต้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาถึงลักษณะของคำเสนอ คำสนอง เช่น ประเทศกัมพูชา เวียดนาม พม่า มาเลเซีย บรูไน ฟิลิปปินส์³⁵ แต่ในส่วนของประเทศไทย ลาว อินโดนีเซีย สิงคโปร์ นั้น มิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะของคำเสนอ คำสนอง เอาไว้ให้ชัดเจนแต่อย่างใด

2) ในประเด็นเรื่องค่าตอบแทน (Consideration) จากการศึกษาพบว่า ชาติสมาชิกในอาเซียนที่ได้กำหนดให้สัญญานั้นต้องประกอบด้วยค่าตอบแทน ได้แก่ ประเทศพม่า มาเลเซีย สิงคโปร์ บรูไน³⁶ แต่ในส่วนของประเทศไทย ลาว กัมพูชา เวียดนาม อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ มิได้ยึดถือหลักเรื่อง ค่าตอบแทน เข้ามาพิจารณาในเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญาแต่อย่างใด

3) ในประเด็นเรื่องการเพิกถอนคำเสนอนั้น จากการศึกษา พบว่า ชาติสมาชิกในอาเซียนทั้งหมดเว้นแต่ประเทศไทย ลาว อินโดนีเซีย ล้วนแต่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องการบอกถอนคำเสนอเอาไว้ โดยให้สิทธิแก่ผู้เสนอที่จะสามารถทำการบอกถอนคำเสนอของตนได้³⁷

³⁵ โปรดดู The Civil code of Cambodia, article 337 (1) Civil code of Vietnam, article 386,393, Burma Contract Act, article 3, Malaysia Contract Act 1950, article 2(a)(b), Law of Brunei Chapter 106 Contracts, article 2(a)(b), Civil Code of the Philippines – Article 1319.

³⁶ โปรดดู Burma Contract Act , article, 2(d) and 10, Malaysia Contract Act 1950, article 2(d) and 26, Law of Brunei Chapter 106 Contracts, article 2(d) and 26, และประเทศสิงคโปร์ที่ยึดถือตามระบบคอมมอนลอว์ที่ยึดถือหลักเรื่องสิ่งตอบแทนเป็นองค์ประกอบในสัญญาด้วย ดังเช่นในคดี Gay ChoonInG v. LohSze Ti Terence Pete [2009] 2 SLR (R) 332 at [98].

³⁷ โปรดดู The Civil code of Cambodia, article 338 and 339, Civil code of Vietnam- Article 389 and 390, Burma Contract Act, article , Malaysia Contract Act 1950, article 5(1), Law of Brunei Chapter 106 Contracts, article 5, Civil Code of the Philippines, article 1324. และในส่วนของประเทศสิงคโปร์นั้นก็ยึดถือตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษซึ่งสามารถให้สิทธิในการบอกถอนคำเสนอได้ ดังปรากฏในคดี Dickinson v. Dodds (1876) 2 Ch D 463.



4) ในประเด็นเรื่องคำสนองที่มีผลเป็นการแก้ไข ดัดแปลง คำเสนอนั้น จากการศึกษาพบว่า ชาตินิยมในอาเซียนทุกประเทศ (เว้นแต่ อินโดนีเซีย) ได้กำหนดให้คำสนองที่แก้ไข ดัดแปลงคำเสนอนั้นย่อมถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (New offer) โดยมีต้องพิจารณาว่ากรณีเป็นการแก้ไข ดัดแปลง ในสาระสำคัญ (Materially alter) เว้นแต่ในประมวลกฎหมายแพ่งของกัมพูชาซึ่งได้มีข้อพิจารณาเรื่องการแก้ไข ดัดแปลงในสาระสำคัญหรือไม่มาพิจารณาด้วย³⁸

5) ในประเด็นเรื่องคำสนองที่มาถึงล่าช้า นั้น จากการศึกษาพบว่า ชาตินิยมในอาเซียนมีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องนี้แตกต่างกัน คือ ในส่วนของประเทศไทย ลาว กัมพูชา เวียดนาม ได้กำหนดให้คำสนองที่มาถึงล่าช้านี้มีผลเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่³⁹ แต่ในส่วนของประเทศพม่า อินโดนีเซีย มาเลเซีย สิงคโปร์ บรูไน ฟิลิปปินส์ มิได้ปรากฏหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ชัดเจนแต่อย่างใด

6) ในประเด็นเรื่องกำหนดระยะเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นนั้น จากการศึกษาพบว่า ประเทศในประชาคมอาเซียนบางประเทศได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องกำหนดเวลาที่สัญญามีผลบังคับเอาไว้ ได้แก่ ประเทศไทย ลาว กัมพูชา เวียดนาม⁴⁰ ซึ่งโดยหลักปกติจะยึดถือหลักที่ว่า หากเป็นการทำสัญญาโดยเฉพาะหน้าแล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้นที่นั่นเวลานั้น แต่หากเป็นสัญญาที่อยู่ห่างโดยระยะทางแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำสนองมาถึงผู้เสนอ แต่ในส่วนของประเทศพม่า อินโดนีเซีย มาเลเซีย สิงคโปร์ บรูไน ฟิลิปปินส์ มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ชัดเจนแต่อย่างใด

³⁸ โปรดดู ป.พ.พ. มาตรา 359 วรรค 2, Lao Decree The Contract Law, article 12, The Civil code of Cambodia, article 342, Civil code of Vietnam, article 392, Burma Contract Act, article 7, Malaysia Contract Act 1950, article 7(a), Law of Brunei Chapter 106 Contracts, article 7, Civil Code of the Philippines, article 1319, และในส่วนของประเทศสิงคโปร์ก็ได้ยึดถือตามแนวทางที่ว่า คำสนองที่แก้ไข ดัดแปลงคำเสนอนั้นจะกล่าวเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ ดังปรากฏในคดี Ang Sin Hock v. Khoo Eng Lim [2010] 3 SLR 179 at [67].

³⁹ โปรดดู ป.พ.พ. มาตรา 359 วรรคแรก, Lao Decree The Contract Law, article 12, The Civil code of Cambodia, article 341, Civil code of Vietnam, article 394.

⁴⁰ โปรดดู ป.พ.พ. มาตรา 356 และ 361, Lao Decree The Contract Law, article 12, The Civil code of Cambodia, article 340, Civil Code of Vietnam, article 400 และ 401.

3.2 หลักเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา (Validity of contract)

1) ในประเด็นเรื่องหลักกฎหมายสำคัญผิคนั้น จากการศึกษาพบว่า ชาตินิยมอาเซียนมีการกำหนดหลักเกณฑ์นี้แตกต่างกันออกไป โดยในส่วนของประเทศไทย ลาว เวียดนาม พม่า อินโดนีเซีย มาเลเซีย สิงคโปร์ บรูไน ฟิลิปปินส์ นั้นได้กำหนดกรณีที่จะถือเป็นการสำคัญผิคนั้นต้องพิจารณาถึงผู้ที่สำคัญผิคนั้นเป็นสำคัญโดยไม่ต้องพิจารณาถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายว่าต้องได้รู้หรือได้เกี่ยวข้องกับเหตุที่สำคัญผิคนั้นด้วยหรือไม่ที่จะมีผลให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์และผู้สำคัญผิคนั้นสามารถบอกล้างได้⁴¹ ซึ่งต่างจากหลักเกณฑ์ของประเทศ กัมพูชา และสิงคโปร์ ที่ต้องพิจารณาถึงการรับรู้หรือการเกี่ยวข้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วย ผู้สำคัญผิคนั้นจึงบอกล้างสัญญาได้⁴²

2) ในประเด็นเรื่องกลั่นแกล้งนั้น จากการศึกษาพบว่า ชาตินิยมอาเซียนนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องกลั่นแกล้งไว้ชัดเจนคล้ายคลึงกัน คือ เป็นการหลอกลวงในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญหรืออันถึงขนาดที่ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงนั้นเข้าทำสัญญา กรณียอมมีผลให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งนั้นสามารถบอกล้างสัญญานั้นได้⁴³

3) ในประเด็นเรื่องการข่มขู่ นั้น จากการศึกษาพบว่า ชาตินิยมอาเซียนนั้นจะกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการข่มขู่ไว้โดยการก่อกวนนั้นมุ่งหมายถึงเฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำต่อเฉพาะเนื้อตัว (Physical) ร่างกาย (Body) ทรัพย์สิน (Thing) เป็นหลัก แต่กรณีมิได้พิจารณาไปถึงกรณีการข่มขู่ที่จะทำให้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเสียหาย (Economic Duress) ด้วย⁴⁴

⁴¹ โปรดดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 156 และ 157, Lao Decree The Contract Law, article 14, Civil code of Vietnam, article 131, Burma Contract Act – Article 18, Indonesian Civil Code, article 1322, Malaysia Contract Act 1950, article 18, Law of Brunei Chapter 106 Contracts, article 18, Civil Code of the Philippines, article 1330.

⁴² The Civil code of Cambodia, article 346. และในส่วนของประเทศสิงคโปร์นั้นได้ยึดถือตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งการสำคัญผิคนั้นสามารถบอกล้างได้นั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายต้องได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงการสำคัญผิคนั้นด้วย ดังปรากฏในคดี cf Wellmix Organics (International) Pte Ltd v. Lau Yu Man [2006] 2 SLR (R) 117.

⁴³ โปรดดู ป.พ.พ. มาตรา 159, Lao Decree The Contract Law, article 14, The Civil code of Cambodia, article 347, Civil code of Vietnam, article 132, Burma Contract Act, article 17, Indonesian Civil Code, article 1322 และ 1328, Malaysia Contract Act 1950, article 17, Law of Brunei Chapter 106 Contracts, article 17, Civil Code of the Philippines, article 1338-1340. และในส่วนของประเทศสิงคโปร์นั้นได้ยึดถือตามแนวทางของประเทศอังกฤษ ซึ่งได้กำหนดให้การทำสัญญาโดยหลอกลวงนั้นยอมสามารถบอกล้างสัญญาได้ ดังปรากฏในคดี ThodeGerd Walter v. Mintwell Industry Pte Ltd [2009] SGHC 44.

⁴⁴ โปรดดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 164, Lao Decree the Contract Law, article 14, The Civil code of Cambodia, article 350, Civil code of Vietnam, article 132, Burma Contract Act, article 15 และ 19, Indonesian Civil Code, article 1324, Malaysia Contract Act 1950, article 15, Law of Brunei Chapter 106 Contracts, article 15, Civil Code of the Philippines, article 1335 และ 1336.



เว้นแต่ในส่วนของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งอาศัยแนวทางตามระบบคอมมอนลอว์โดยพิจารณาการกระทำในลักษณะที่เป็น Illegitimate pressure ซึ่งตามแนวคำพิพากษาดีถือว่าหมายรวมถึงกรณีของการข่มขู่ทางเศรษฐกิจด้วย⁴⁵

4) ในประเด็นเรื่องการหาประโยชน์จากพฤติกรรมที่คู่สัญญาอีกฝ่ายเสียเปรียบ (Gross Disparity) จากการศึกษาพบว่า ชาติสมาชิกในอาเซียนหลายประเทศมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ เช่น ประเทศไทย เวียดนาม พม่า อินโดนีเซีย มาเลเซีย บรูไน แต่ในส่วนของประเทศลาว กัมพูชา สิงคโปร์ ฟิลิปปินส์ นั้นได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้เพื่อให้คู่สัญญาที่เสียเปรียบนั้นสามารถบอกล้างสัญญาที่ทำได้⁴⁶

4. แบบร่างหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียน

จากการศึกษาถึงหลักกฎหมายต้นแบบของต่างประเทศ (UNIDROIT, DCFR) ประกอบกับหลักกฎหมายสัญญาของประเทศสมาชิกในอาเซียน นำมาสู่การพิจารณาถึงการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาที่มีความเหมาะสม เป็นธรรม และสอดคล้องกับบริบทของอาเซียน ซึ่งผู้วิจัยขอเสนอแบบร่างของหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของประชาคมอาเซียน ดังนี้

4.1 การก่อเกิดสัญญา (Formation of Contract)

1) หลักเกณฑ์เรื่อง คำเสนอ (Offer) นั้น เห็นว่า ควรกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของคำเสนอเอาไว้ให้มีความชัดเจนด้วยการกำหนดความหมายของคำเสนอว่ามีลักษณะอย่างไรไว้เป็นบทบัญญัติหนึ่งขึ้นมา เพื่อลดปัญหาในเรื่องการตีความลักษณะที่จะถือว่าการยื่นข้อเท็จจริงใดเป็นคำเสนอหรือไม่ โดยนำเอาแนวทางของ DCFR ใน Article 4:201 (1), (2) ซึ่งมีการระบุลักษณะของคำเสนอเอาไว้ชัดเจนดีแล้วเข้ามาพิจารณา คือ

คำเสนอ หมายถึง

1) การแสดงเจตนาเพื่อทำคำเสนอ

1.1) เป็นการแสดงเจตนาเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับและเข้ามาผูกพันทำสัญญา
และ

⁴⁵ โปรดดูคดี E. C0 Investment Holding Pte Ltd v. Ridout Residence Pte Ltd [2011] 2 SLR 32 CA และ Tam TakChuen v. Khairul bin Abdul Rahman [2009] SGDC 120 at [13].

⁴⁶ โปรดดู Lao Decree The Contract Law, article 14, The Civil code of Cambodia, article 351, Civil Code of the Philippines, article 1337, และในประเทศสิงคโปร์จะอาศัยหลักที่เรียกว่า Unconscionability ดังที่ปรากฏในคดี Fong Whye Koon v. Chan Ah Thong [1996] 1 SLR (R) 801. เป็นต้น

1.2) ต้องมีรายละเอียดและชัดเจน แน่นนอนเพียงพอ

2) คำเสนอนั้นอาจกระทำต่อบุคคลหนึ่งหรือหลายคนหรือต่อประชาชนทั่วไป

สำหรับในส่วนหลักเกณฑ์ว่าด้วย คำสนอง นั้น เห็นว่า ควรกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องลักษณะของคำสนองเอาไว้ให้ชัดเจนเช่นเดียวกับคำเสนอเช่นกัน โดยนำเอาแนวทางของ UNIDROIT Article 2.1.6 ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ค่อนข้างชัดเจนแล้วมาเป็นหลักในการจัดทำ ประกอบกับแนวทางของประเทศมาเลเซีย บรูไน ตาม Contract Act Article 2(b) 4(2) และเพิ่มเติมหลักเกณฑ์บางส่วนเพื่อให้เกิดความชัดเจนและสมบูรณ์ขึ้น ดังนี้

คำสนอง หมายถึง

1) การแสดงออกโดยชัดแจ้งด้วยวิธีการบอกกล่าว หรือการกระทำอย่างใดของผู้รับคำเสนอซึ่งแสดงออกว่าได้ยอมรับคำเสนอนั้น ถือเป็นการสนองรับ ทั้งนี้ การนิ่งเฉยหรือไม่แสดงออกอย่างใดย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการสนองรับได้

2) การสนองรับมีผลเมื่อได้มาถึงผู้เสนอ

3) ในกรณีซึ่งโดยพฤติการณ์ของคำเสนอหรือทางปฏิบัติซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันที่จะให้การกระทำอย่างใดระหว่างกันถือเป็นการสนองรับได้นั้น ผู้รับคำเสนออาจให้ความยินยอมสนองรับโดยกระทำการนั้นโดยมิต้องแสดงออกให้เห็นต่อผู้เสนอ และให้คำเสนอนั้นมีผลเมื่อมีการกระทำดังกล่าวแล้ว

2) หลักเกณฑ์ว่าด้วยค่าตอบแทนในสัญญา (Consideration) ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบในการทำสัญญาของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) นั้น เห็นว่า ไม่ควรนำเอาหลักเรื่องค่าตอบแทนเข้ามาพิจารณาในการทำสัญญาเพราะหลักดังกล่าวมีใช้อยู่แค่บางประเทศและหลักดังกล่าวยังอาจนำมาซึ่งปัญหาเรื่องการตีความสิ่งที่จะถือเป็นค่าตอบแทนด้วยและควรกำหนดบทบัญญัติเอาไว้ให้ชัดเจนว่า สัญญาย่อมเกิดขึ้นจากคำเสนอ คำสนอง ที่ต้องตรงกันโดยมิต้องอาศัยสิ่งอื่นใด (ตามแนวทางที่ DCFR ได้กำหนดเอาไว้ใน Article 4: 101)

3) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการเพิกถอนคำเสนอนั้น เห็นว่า ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการเพิกถอนคำเสนอเอาไว้ให้ชัดเจน พร้อมทั้งระบุถึงข้อยกเว้นในการบอกถอนคำเสนอเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยเป็นธรรมด้วย ตามแนวทางของ UNIDROIT Article 2.1.4 โดยกำหนดว่า

ผู้เสนอสามารถบอกถอนคำเสนอได้ เว้นแต่ (1) เป็นกรณีที่คำเสนอได้กำหนดเวลาให้ทำคำสนองรับไว้ หรือ (2) มีพฤติการณ์อันควรสำหรับผู้สนองที่จะเชื่อว่า คำเสนอที่ส่งมา



ไม่สามารถบอกถอนได้และผู้สนองได้ดำเนินการอย่างไรก็ตามจากความเชื่อถือนั้นแล้ว กรณีย่อมไม่สามารถบอกถอนได้

4) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการทำคำสนองที่เป็นการแก้ไขคำเสนอ เห็นว่า ควรมีการกำหนดบทบัญญัติในเรื่องนี้ให้เกิดความชัดเจนในเรื่องผลของคำสนองที่เป็นการแก้ไขคำเสนอนั้นว่า คำสนองที่มีการแก้ไข ดัดแปลง คำเสนอนั้นมีผลให้เป็นคำเสนอขึ้นใหม่ (New-offer) เฉพาะกรณีที่มีการแก้ไข ดัดแปลงนั้นเป็นสาระสำคัญ (Materially alter) ตามแนวทางของ UNIDROIT Article 2.1.11 DCFR Article 4: 208 และประมวลกฎหมายแพ่งกัมพูชา ดังนี้

คำสนองรับที่มีการแก้ไข ดัดแปลงคำเสนอนั้นให้ถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่หากเป็นการแก้ไข ดัดแปลงที่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสัญญา ย่อมถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ แต่หากมีการแก้ไข ดัดแปลงในสาระสำคัญแล้วถือว่าเป็นคำสนองที่ไม่ได้กลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ และข้อที่แก้ไข ดัดแปลง ย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของแห่งสัญญานั้น

5) หลักเกณฑ์ว่าด้วยกรณีคำสนองมาถึงล่าช้า เห็นว่า ควรมีการกำหนดบทบัญญัติในเรื่องนี้เอาไว้ให้เกิดความชัดเจน โดยยึดถือหลักตามแนวทางของ UNIDROIT Article 2.1.9, DCFR Article 4: 207 ที่ว่า คำสนองที่มาถึงล่าช้าแล้วยังคงมีผลเป็นคำสนองซึ่งผู้เสนอสามารถจะปฏิเสธคำเสนอนั้นได้ (มิใช่กลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ – New offer) เว้นแต่ผู้เสนอได้แจ้งไปยังผู้สนองโดยไม่ช้าว่าให้คำสนองที่มาถึงล่าช้านั้นไม่มีผล

6) หลักเกณฑ์ว่าด้วยเวลาเกิดสัญญาเห็นว่า ควรมีการกำหนดบทบัญญัติในเรื่องนี้เอาไว้ให้เกิดความชัดเจน ตามแนวทางของ DCFR Article 2: 205 โดยการกำหนดการมีผลของสัญญาไว้เป็น 3 กรณี คือ สัญญาย่อมเกิดขึ้นในเวลา ดังนี้ (1) กรณีที่คำสนองที่ส่งมาจากผู้สนองรับนั้น สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคำสนองมาถึงผู้เสนอ (2) ในกรณีที่คำสนองรับเป็นการกระทำของผู้สนอนั้น สัญญาย่อมจะก่อเกิดขึ้นเมื่อพฤติการณ์ได้แสดงมาถึงผู้เสนอ (3) ไม่ว่าการทำคำเสนอนั้นได้ระบุไว้ชัดเจนหรือทางธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงระหว่างกันเช่นนี้ ผู้สนองอาจสนองรับคำเสนอดังกล่าวโดยการกระทำหรือการปฏิบัติตามสัญญาตามที่ผู้เสนอได้เสนอไว้ก็ได้ เช่นนี้สัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้สนองได้กระทำการหรือปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว

4.2 หลักเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อเจตนาในการทำสัญญา (Validity of Contract)

1) หลักกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนาทำสัญญาโดยสำคัญผิด ควรมีการกำหนดบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ให้ชัดเจนและกำหนดให้เป็นหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วยมิใช่คุ้มครองเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายที่ได้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดเท่านั้นโดยไม่คำนึงถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายแต่อย่างใด ตามแนวทางของ DCFR Article 7: 201 ประกอบกับ แนวทางของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เนื่องจากแนวทางของ DCFR มีบทบัญญัติที่ระบุหลักเกณฑ์ไว้

ชัดเจน ครบถ้วน และคุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และในส่วนของไทยก็ได้กำหนดแยกลักษณะของการสำคัญผิดไว้ชัดเจนในแต่ละกรณีไว้แล้ว ดังนี้ การสำคัญผิดเป็นการทำสัญญาโดยเข้าใจผิดในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญตามปกติของวิญญูชน โดยกรณีต้องปรากฏพฤติการณ์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดการสำคัญผิดหรือได้รู้หรือควรจะรู้ หรือได้เกี่ยวข้องกับเหตุสำคัญผิดนั้น หรือกระทำให้ผู้สำคัญผิดเกิดความไว้วางใจอย่างใดอันเป็นเหตุแห่งการสำคัญผิดนั้นด้วย การสำคัญผิดในสิ่งอันเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญาให้มีผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะ แต่การสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินมีผลให้สัญญาไม่สมบูรณ์ คู่สัญญาที่สำคัญผิดสามารถบอกล้างสัญญาได้

2) หลักกฎหมายว่าด้วยการทำสัญญาโดยกลฉ้อฉล เห็นว่า ควรกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องนี้ให้ชัดเจน โดยนำเอาแนวทางของ DCFR Article 7: 205 ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์กรณีกลฉ้อฉลไว้ค่อนข้างละเอียด ดังนี้ การทำกลฉ้อฉลนั้นย่อมเป็นการหลอกลวงคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ว่าเป็นการพูด (word) การกระทำ (Conduct) การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริง (Non-disclosure) โดยพิเคราะห์จากความสุจริต (Good faith) และการเจรจาต่อรองอันเป็นธรรม (fair dealing) โดยประสงค์ที่จะชักจูงใจ (Induce) คู่สัญญาอีกฝ่ายให้เข้าทำสัญญา และการพิจารณาถึงความสุจริตและเป็นธรรมย่อมต้องคำนึงถึง ความรู้ความเชี่ยวชาญของคู่สัญญา มูลค่าแห่งวัตถุแห่งสัญญา การได้รับทราบข้อมูล ความสำคัญของข้อมูลที่ได้หลอกลวงนั้น เช่นนี้สัญญาย่อมไม่สมบูรณ์ คู่สัญญาที่ถูกกลฉ้อฉลย่อมสามารถบอกล้างได้

3) หลักกฎหมายว่าด้วยการเข้าทำสัญญาโดยถูกข่มขู่ เห็นว่า ควรกำหนดบทบัญญัติในเรื่องนี้เอาไว้ให้ชัดเจน ตามแนวทางผสมผสานของประเทศในระบบคอมมอนลอว์กับประเทศไทย ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศฟิลิปปินส์ เพื่อให้ครอบคลุมกับกรณีที่มีใช้การข่มขู่ทางกายภาพ (Physical pressure) เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ดังนี้ การข่มขู่ที่มีลักษณะเป็นการบังคับจิตใจเพื่อให้กลัวต่อสิ่งใดก็ตามไม่ว่าเป็น การข่มขู่ต่อ ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ผลประโยชน์ทางธุรกิจ (Economic Duress) อันเป็นเหตุให้เป็นการบีบบังคับจิตใจเพื่อให้ปราศจากทางเลือกอันเหมาะสมจนต้องยอมเข้าทำสัญญานั้น กรณียอมถือเป็นการข่มขู่ซึ่งผู้ถูกข่มขู่สามารถบอกล้างสัญญาได้ และหากกรณีที่เป็นการใช้สิทธิตามปกตินิยม หรือ การเคารพนับถือยำเกรงนั้น ย่อมไม่ถือเป็นเหตุแห่งการข่มขู่ด้วยแต่อย่างใด

4) หลักกฎหมายว่าด้วยการใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรมและการหาประโยชน์จากพฤติการณ์คู่สัญญาอันเสียเปรียบ เห็นว่า ควรกำหนดบทบัญญัติในเรื่องนี้เอาไว้ให้ชัดเจน และมีต้องนำเอาหลักในเรื่องการใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรมมากำหนดเอาไว้ด้วย แต่ให้ใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องการหาประโยชน์จากการไม่เท่าเทียมกันของสถานะคู่สัญญา ตามแนวทางของ UNIDROIT



Article 3.2.7 กับ DCFR Article 7: 207 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจน ดังนี้ คู่สัญญาสามารถบอกล้างสัญญาได้ หากการเข้าทำสัญญาที่มีประโยชน์อันเกินควรซึ่งได้กระทำโดยอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจ หรือถูกกีดตันทางเศรษฐกิจ หรือความจำเป็น หรือการขาดประสบการณ์ ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รู้หรือควรจะได้ และศาลมีอำนาจปรับข้อสัญญาเพื่อให้เหมาะสมตามความสุจริต และตามการต่อรองอันเป็นธรรมหากมิได้มีการยอมรับ โดยศาลมีอำนาจปรับข้อสัญญาเพื่อให้เกิดความเหมาะสม โดยพิจารณาถึงความสุจริตและการต่อรองอันเป็นธรรม เว้นแต่คู่สัญญาได้ยอมรับตามสัญญานั้น

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้น ถือเป็นแนวความคิดที่เป็นสิ่งใหม่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพื่อจัดทำให้มีกฎหมายต้นแบบ (Model law) ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ด้วยวิธีการศึกษาเปรียบเทียบจากแนวทางของหลักกฎหมายต้นแบบของชาติตะวันตกอย่างของ UNIDROIT Principles 2016 กับ European private law – DCFR เป็นพื้นฐาน และนำมาเทียบเคียงกับหลักกฎหมายสัญญาของประเทศต่างๆ ในประชาคมอาเซียนเพื่อพิจารณาหาแนวทางที่เหมาะสม เป็นธรรม และสอดคล้องกับบริบทอาเซียน จากการศึกษาพบว่า หลักกฎหมายสัญญาในเรื่อง การก่อเกิดสัญญา (Formation of Contract) และหลักเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา (Validity of Contract) ของประเทศสมาชิกในอาเซียนนั้นมีความแตกต่างกันบ้างในแต่ละประเด็นที่หยิบยกมาพิจารณาซึ่งอาจมีเหตุมาจากรากฐานทางประวัติศาสตร์ สังคม และการรับอิทธิพลจากทางตะวันตก อันทำให้หลักกฎหมายภายในของชาติสมาชิกนั้นแตกต่างกัน จึงเห็นว่า ในบริบทของประชาคมอาเซียนที่จะมีการเติบโตทางเศรษฐกิจขึ้นไปในอนาคตนี้ ควรมีการริเริ่มให้ดำเนินการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของประชาคมอาเซียนขึ้นตามแนวทางดังกล่าวมาแล้วข้างต้น โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือทางเลือก (Optional instrument) ให้แก่คู่สัญญาที่สามารถหยิบยกมาใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International commercial contract) ได้ หรือในกรณีที่สัญญานั้นมิได้กำหนดให้นำเอากฎหมายใดมาบังคับใช้ หรืออาจเป็นแนวทางให้แก่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกเพื่อ

ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน⁴⁷ โดยแนวทางการจัดทำที่เหมาะสมนี้เห็นว่าควรจัดทำในลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ต้นแบบ (Model law) ที่มีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีค้ำบังคับอย่างอ่อน (Soft law)⁴⁸ เพื่อให้เกิดความสะดวกและสามารถจัดทำขึ้นได้ง่ายกว่าการจัดทำหลักเกณฑ์ที่จะมีผลบังคับระหว่างรัฐ (Hard Law) ดังเช่น การทำสนธิสัญญา (Treaties) เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าจะมีสถานะที่มีผลบังคับให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามแต่ในทางปฏิบัติแล้วย่อมจะดำเนินการเพื่อให้เกิดผลได้ลำบากกว่ามากทีเดียว⁴⁹

⁴⁷ ดังที่ปรากฏใน UNIDROIT2016 PREAMBLE (Purpose of the Principles) These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform aw instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators. (โปรดดู International Institute for the Unification of Private Law. “UNIDROIT Principles 2016,” accessed February 18, 2019. <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.)

⁴⁸ นาถนรินทร์ จันทร์งาม, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), 149.

⁴⁹ บทความวิจัยนี้ได้รับการสนับสนุนจากทุนปริญญาเอกมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.



References

Department of Trade Negotiations. *AEC Fact Book*. Nontaburi: Ministry of Commerce, 2011. [In Thai]

Duangden Nakseeharach. "The Freedom on Declaration of Intention Relate Law of International Economic." Accessed February 28, 2019. <http://www.gotoknow.org>. [In Thai]

European Union. "From Economic to Political Union "The EU in Brief"." Accessed December 5, 2018. https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_en.

Han, Shiyuan. "Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia." *Villanova Law Review*. 58, no. 4 (2003): 588-600.

International Institute for the Unification of Private Law. "About Unidroit, Membership." Accessed December 5, 2018. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>.

Kanung Luchai. *The Principle of Conflict of Law*. Bangkok: Winyuchon, 2017. [In Thai]

Legrand, Pierre. "Against a European Civil Code." *The Modern Law Review Limited* 60, no. 1 (1997): 44-63.

Nartniran Janngam. *Introduction to International Economic Law*. Bangkok: The Project for the Promotion of Textbooks and Teaching Materials Faculty of Law, Thammasat University, 2016. [In Thai]

Padang, Surabaya, and Bandung. "Workshop of Legal System in the ASEAN Member States." In *Newsletter* (September 2014-January 2015), edited by Asean Law Association, 5. N.P.: Asean Law Association, 2015.

Pat Niyomsilp. "Cebu Declaration on Accelerating the Establishment of the ASEAN Community by 2015." Accessed February 26, 2019. <http://www.kpi.ac.th>. [In Thai]



- Prasit Piwawatthanaphanit. *The Principle of Private International Law*. 3rd ed. Bangkok: Thammasat University, 2013. [In Thai]
- Roland Amoussou-Gue'nou. "Perspective of Asean (or Asian) Principles of the Contract Law." Paper presented at International Commercial Contracts, Hanoi, Vietnam, 2004.
- Sanankorn (Jumdee) Sotthibandhu. *The Principle of Juristic Act and Contract Law*. 15th ed. Bangkok: Winyuchon, 2010. [In Thai]
- Siriporn lamthongchai, and Chantapim Banjongjit. "The Amendment of Law/ Regulation for Preparation to be ASEAN Community." In *The Preparation of Readiness in Thai Law for Asean Economic Community*, edited by Chatvadee Chindawongse, Paveena Suttisirprok, Chartsutee Intrasri, and Duangkamon Kiatbumrung, 31. Bangkok: Page Maker, 2013. [In Thai]
- Vandee Suchatkulvit, and Siriporn lamthongchai. *The Series Subjects of Private Law: Contract, Wrongful Act, Comparative Law, Section 12*. Nonthaburi: Sukhothaimathirath University, 2009. [In Thai]