

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดอันเกิดจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา

จากปัญหาความรับผิดอันเกิดจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา เมื่อการเจรจาได้ดำเนินไปจนถึงระดับหนึ่งซึ่งเชื่อได้ว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน (Reasonable to expect) หากคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา คู่เจรจาทันทีอีกฝ่ายหนึ่งอาจมีความเสียหายจากการคาดหมายว่าจะมีการทำสัญญา เนื่องจากได้มีการเตรียมการบางอย่างเอาไว้ล่วงหน้าเพราะเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้น ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังไม่บัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาก่อนเกิดสัญญา หากมองตามหลักความยุติธรรมจะใช้กฎหมายใดมาบังคับกับกรณีดังกล่าว โดยผู้วิจัยขอวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศนับตั้งแต่เริ่มต้นการเจรจาไปจนถึงก่อนเกิดสัญญา ดังนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดอันเกิดจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การตกลงทำสัญญาทางแพ่ง ก่อนที่คู่เจรจาแต่ละฝ่ายจะได้ตกลงทำสัญญากันตามวัตถุประสงค์หรือสัญญาที่มุ่งจะทำ บางครั้งคู่เจรจาไม่อาจตกลงทำข้อเสนอคำสนองกัน เพื่อให้เกิดสัญญาขึ้นได้โดยทันที จำเป็นต้องมีกระบวนการหรือการกระทำที่เป็นขั้นตอนเตรียมการในเบื้องต้นบางประการก่อนที่จะมีการตกลงทำสัญญากันในขั้นสุดท้ายให้เสร็จสมบูรณ์ตามวัตถุประสงค์ เช่น การเจรจาต่อรอง การพิจารณาข้อเสนอ เงื่อนไขต่างๆ ช่วงเวลาการเจรจาดังกล่าว หากมีคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร อาจทำให้คู่เจรจาทันทีอีกฝ่ายหนึ่งที่เตรียมการเพื่อจะเข้าทำสัญญาได้รับความเสียหายเพราะการเตรียมการเบื้องต้นโดยเชื่อและไว้วางใจว่า หากจะมีการเจรจาดตกลงกันโดยสุจริต ก็จะได้มีการทำสัญญาตามที่มุ่งหมายต่อไป ความเสียหายดังกล่าวนี้เกิดขึ้นก่อนที่คู่เจรจาจะได้ตกลงทำสัญญากันตามวัตถุประสงค์ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยชัดแจ้งว่า จะให้คู่เจรจาฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไปต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือชดใช้ค่าเสียหาย

อย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ และอาศัยหลักกฎหมายใดมาบังคับ อย่างไรก็ตาม แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาไว้ชัดเจนโดยตรง แต่มีนักกฎหมายไทยหลายท่านให้ความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบดังกล่าวก่อนเกิดสัญญาไว้ โดยอาจแบ่งเป็นปัญหาความรับผิดชอบดังกล่าวออกตามช่วงเวลาในการเจรจาทำสัญญาในแต่ละช่วงออกได้ดังนี้

4.1.1 ช่วงเจรจาก่อนคู่เจรจาแสดงเจตนาทำคำเสนอ

ในช่วงเวลาเริ่มต้นแห่งการเจรจา ก่อนที่คู่เจรจาฝ่ายใดจะแสดงเจตนาทำคำเสนอขอทำสัญญากับคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง คู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจต้องมีการแสดงออกหรือกระทำการอย่างใดก่อนเพื่อให้คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งหรือฝ่ายอื่นๆ ได้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของตนเบื้องต้นว่า ต้องการทำสัญญาด้วย โดยมีความมุ่งหมายจะทำสัญญาใด ด้วยการประกาศเชิญชวนหรือโฆษณาแก่บุคคลทั่วไป หรือแสดงออกโดยพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่เห็นได้ว่าแสดงถึงความประสงค์ของตนเอง คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อทราบวัตถุประสงค์ของฝ่ายแรกแล้ว อาจมีขั้นตอนเตรียมการเพื่อเข้าเจรจาดำเนินการก่อนจะแสดงเจตนาทำคำเสนอ เช่น การสำรวจออกแบบ เป็นต้น ช่วงเวลาดังกล่าวนับแต่เริ่มประกาศเชิญชวนไปจนถึงก่อนเวลาที่จะมีการแสดงเจตนาทำข้อเสนอราคาของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น หากคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการประกวดราคาหรือถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีความยินยอม คู่เจรจาฝ่ายที่เตรียมการเพื่อเข้าทำสัญญาด้วยอาจต้องเสียหายจากการเตรียมการดังกล่าวนั้น ปัญหาจึงมีอยู่ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความรับผิดตามกฎหมายใดหรือไม่

ปัญหาข้อนี้ การจะพิจารณาว่าคู่เจรจาที่ล้มเลิกการเจรจาไปจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าวหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาว่า ในช่วงเวลาดังกล่าวก่อนมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นมีมูลหนี้ใดบ้างที่เกิดขึ้นก่อนเกิดสัญญาบ้างหรือไม่ และเมื่อพิจารณาถึง “บ่อเกิดแห่งหนี้” หรือ “มูลแห่งหนี้” แล้ว หนี้มีบ่อเกิดหรือมูลแห่งหนี้อยู่ 5 ประการคือ 1) สัญญา 2) ละเมิด 3) จัดการงานนอกสั่ง 4) ลากมิควรถูได้ 5) ตามที่กฎหมายบัญญัติ¹ ส่วนนิติกรรมฝ่ายเดียวจะเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ได้หรือไม่ยังเป็นที่ยังกันอยู่ ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป ส่วนเรื่องมูลแห่งหนี้อันเป็นที่มาแห่งความรับผิดก่อนเกิดสัญญาในช่วงเวลา ก่อนที่คู่เจรจาจะแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นมีนักกฎหมายไทยหลายท่านให้ความเห็นไว้ 2 ฝ่ายคือ

1. ไม่เป็นความรับผิดตามกฎหมาย

นักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่า ขณะที่คู่เจรจาเข้าเจรจากันเพื่อจะทำสัญญา ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นเพียงขั้นเตรียมการเท่านั้น สัญญายังไม่เกิด ตามปกติย่อมไม่เป็นการผูกมัดคู่เจรจานั้น

¹ ไพโรจน์ วิทยภาพ (2542). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้*. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน.

แต่อย่างไรก็ตาม คู่เจรจาแต่ละฝ่ายยังไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ทางหนึ่งผูกพันกันตามกฎหมาย เพราะสัญญายังไม่เกิดจึงไม่มีมูลหนี้ใดๆ ผูกพันคู่เจรจาที่จะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติการชำระหนี้หรือเรียกกร้องค่าเสียหายแก่กันได้

ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยปัญหาความรับผิดชอบในช่วงเวลาดังกล่าวทำนองเดียวกันว่า คำเชื้อเชิญและประกาศเชิญชวนต่างๆ แก่บุคคลทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เข้าทำสัญญาด้วยนั้น หากยังไม่ปรากฏว่ามีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งสนองรับกลับมาเป็นสัญญาได้แล้ว ไม่ถือว่าเป็นคำเสนอ แต่เป็นเพียงคำเชื้อเชิญหรือเชิญชวนให้คู่เจรจาอีกฝ่ายทำคำเสนอเท่านั้น จึงไม่ผูกพันคู่เจรจาให้ต้องปฏิบัติตามที่ได้แสดงไว้ เพราะตราบิตที่สัญญายังไม่เกิด คู่เจรจาเข้าร่วมเจรจาเพื่อทำสัญญานั้นยังไม่มีความผูกพันใดๆ ต่อกันตามกฎหมาย จึงไม่อาจเรียกร้องให้คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาหรือเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาได้

2. เป็นความรับผิดทางละเมิด

นักกฎหมายฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า แม้ไม่อาจเรียกให้รับผิดทางสัญญาได้เพราะสัญญาไม่เกิด แต่บุคคลอาจมีความรับผิดโดยมูลหนี้อื่นได้² โดยคู่เจรจาทุกฝ่ายที่เข้าเจรจาเพื่อทำสัญญานั้น มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการโดยสุจริตในระหว่างเจรจาด้วย หากคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุอันควร อาจถือได้ว่า เป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ประกอบ มาตรา 421 ต้องรับผิดฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองนี้ มีแนวทางกฎหมายในต่างประเทศสนับสนุน ทั้งประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี เช่น อังกฤษ ซึ่งส่วนใหญ่ต่างยอมรับว่า ความรับผิดก่อนสัญญาในช่วงเจรจาก่อนคู่เจรจาแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้น แม้คู่เจรจาแต่ละฝ่ายที่เข้าร่วมเจรจายังไม่มีความผูกพันใดๆ กันทางสัญญา ทำให้ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายกันทางสัญญาได้ แต่ในช่วงเวลาดังกล่าวคู่เจรจายังมีหน้าที่ที่จะต้องเข้าเจรจาโดยสุจริตด้วย มิฉะนั้น อาจต้องรับผิดใช้ค่าเสียหายทางละเมิด โดยศาลเยอรมันนำความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา เช่น คดี RGZ 78, 239 และคดี BGHZ 66,51 ซึ่งคดีทั้งสองนั้น ศาลเห็นว่า ช่วงเวลาที่ลูกค้าเข้าไปซื้อของในร้านจำเลยเป็นช่วงการเจรจาเพื่อทำสัญญา ก่อนที่ลูกค้าจะซื้อสินค้าเสร็จ มีเหตุการณ์ที่ลูกค้าจำเลยประมาทเดินเล่อทำให้โจทก์เสียหาย แต่การที่จะให้นายจำเลยร่วมรับผิดกับลูกค้าที่ทำละเมิดในทางการที่จำเลย ตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 831 วรรคแรกนั้น มีขอบเขตจำกัดซึ่งหากนายจำเลยพิสูจน์ได้ว่าใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ไม่ต้องร่วม

² ไพจิตร ปุณฺณพินฺธ์. (กันยายน-ธันวาคม 2543). *ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดชอบ*. *ตุลพาท* (เล่ม 3). ปีที่ 47. หน้า 15.

รับผิดชอบถูกจ้างด้วย ศาลได้นำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้โดยไม่ได้ระบุว่าเป็นความรับผิดชอบทางสัญญาหรือละเมิด ผู้วิจัยเห็นว่า โดยลักษณะการใช้นั้นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิด จึงถือได้ว่าเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด นอกจากนี้ศาลเยอรมันเคยอาศัยหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งที่ล้มเลิกการเจรจา โดยทำให้คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งที่เชื่อโดยสุจริตว่าจะมีการทำสัญญากันต่อไปในอนาคต ฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น NJW 1975, 1774 ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ลักษณะละเมิดมาตรา 823 (1) ไม่อาจปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ครอบคลุมเฉพาะการกระทำใดๆ ที่ขัดต่อกฎหมายแล้วมีผลทำให้บุคคลอื่นต้องเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ เท่านั้น นอกจากนี้ มาตรา 826 ก็ไม่อาจใช้เรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการล้มเลิกการเจรจาก่อนทำสัญญาได้ เพราะใช้ได้สำหรับการกระทำผิดโดยจงใจและขัดต่อศีลธรรมเท่านั้น

ตามหลักกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ไม่ว่าจะมีการทำคำเสนอต่อกันหรือไม่ ตราบใดที่สัญญาไม่เกิดคู่เจรจาก็ไม่มีความรับผิดชอบทางสัญญา ดังนั้น เมื่อมีการถอนตัวไปของคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็ไม่ถือเป็นความรับผิดชอบทางสัญญา เว้นแต่จะเป็นการทำละเมิดซึ่งนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสให้ความเห็นว่า ระหว่างเจรจาทำสัญญาคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งกระทำการโดยไม่สุจริตยกเลิกการเจรจาไปทันทีโดยไม่มีเหตุอันสมควร แล้วมีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความไว้นื้อเชื่อใจของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นก็ต้องรับผิดชอบฐานละเมิด เพราะถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความสุจริตทางการค้า จึงต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

ส่วนกฎหมายแพ่งอังกฤษนั้นเห็นว่า คำเสนอต้องมีความชัดเจนเพียงพอและไม่มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่ายังไม่พร้อมที่จะเข้าสู่ผูกพัน ดังนั้น ช่วงเวลาก่อนที่สัญญาจะเกิดย่อมไม่มีความผูกพันทางสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นได้เพียงคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้นในทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลไทย การเชื่อเชิญให้เข้าประกวดราคาในช่วงเวลาเจรจาก่อนมีการทำคำเสนอ ศาลอังกฤษเห็นว่า คู่กรณีที่เข้าร่วมเจรจายังไม่มีความผูกพันใดๆ ให้ต้องทำสัญญากันจนสำเร็จ เนื่องจากยังขาดเงื่อนไขที่แน่นอนเพียงพอและไม่อาจถือได้ว่ามีคำเสนอคำสนองที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์และมีผลตามกฎหมาย นอกจากนี้ ในสัญญาธรรมดา นอกจากต้องมีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการแล้วยังต้องให้สิ่งตอบแทนแก่กันด้วย และถ้ายังไม่มีการให้สิ่งตอบแทน (Consideration) แก่กันถือว่า ขาดองค์ประกอบของสัญญาจึงไม่มีความผูกพันใดๆ ทางสัญญา เว้นแต่มีลักษณะการกระทำของฝ่ายหนึ่งเป็นการให้คำมั่นสัญญาหรือเป็นการแถลงเท็จซึ่งต้องรับผิดชอบตามหลัก Promissory Estoppels และ Misrepresentation ได้

ผู้วิจัยเห็นว่า ความสัมพันธ์ของคู่เจรจาในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญา ในระหว่างการเจรจาก่อนที่คู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะได้แสดงเจตนาใดๆ ผูกพันตนเองนั้น สัญญาที่มุ่งประสงค์

ยังไม่เกิด คู่เจรจาแต่ละฝ่ายย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาว่าประสงค์จะทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่งด้วยหรือไม่ หากไม่ประสงค์จะทำสัญญาด้วยไม่ว่าเพราะเหตุใดๆ ก็ย่อมมีเสรีภาพหรือสิทธิที่จะไม่ทำสัญญาด้วย โดยการล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไป ส่วนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะการเตรียมการนั้นเนื่องจากสัญญาไม่เกิดย่อมไม่อาจเรียกให้รับผิดชอบโดยอาศัยมูลหนี้ทางสัญญาได้ แต่ในขณะที่เจรจานั้นอาจก่อมูลหนี้ประการอื่นได้อีก กล่าวคือ หากฝ่ายที่ถอนตัวไปไม่มีเหตุผลอันสมควรและใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตนาเลือกที่จะทำสัญญาหรือไม่โดยสุจริต ความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมถือเป็นความเสียหายตามธรรมดาที่อาจเกิดขึ้นได้จากการที่คู่เจรจาฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงทำสัญญาด้วย ซึ่งหากให้คู่เจรจาฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาต้องรับผิดชอบกรณีนี้เท่ากับเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนา ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่อาจให้เรียกชดเชยค่าเสียหายทางสัญญาได้ แต่การพิจารณาในแง่ความรับผิดชอบทางสัญญาเพียงด้านเดียวอาจไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียหาย แม้ไม่อาจเรียกให้รับผิดชอบทางสัญญาได้ แต่ในขณะที่เจรจานั้น คู่เจรจาแต่ละฝ่ายเข้าเจรจานั้นต้องอยู่บนพื้นฐานของความสุจริตอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ครอบคลุมการแสดงเจตนาในการเจรจาและการใช้สิทธิยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญาด้วยทุกครั้งให้ต้องกระทำโดยสุจริต มิฉะนั้น คู่เจรจาฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาอาจใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่โดยไม่มีขอบเขตจำกัดไม่คำนึงถึงว่าผู้ใดต้องเสียหายหรือไม่ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ต้องใช้สิทธิแห่งตนโดยสุจริต ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5

ดังนั้น การใช้สิทธิยกเลิกการเจรจาถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีความสมควรนั้น ย่อมเป็นการใช้สิทธิที่กฎหมายไม่รับรองและคุ้มครองให้ การใช้สิทธิในลักษณะดังกล่าวจึงมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง อาจก่อมูลหนี้ทางละเมิดขึ้นได้ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 ซึ่งเป็นความรับผิดชอบทางละเมิดต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

ผู้วิจัยเห็นว่า บ่อเกิดแห่งหนี้หรือมูลหนี้มิได้เกิดขึ้นจากสัญญาเท่านั้น การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตเป็นการละเมิดซึ่งก่อหนี้ด้วยและไม่เป็นการขัดต่อหลักการใช้เสรีภาพในการทำสัญญา เนื่องจากความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นเรื่องการเยียวยาความเสียหาย เพื่อให้คู่เจรจาสามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการเจรจาได้ ไม่ได้เป็นการบังคับให้คู่เจรจาฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาต้องทำสัญญาด้วย

4.1.2 ช่วงเวลาภายหลังมีคำเสนอผูกพันแล้ว

เมื่อคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาทำคำเสนอขอทำสัญญาแล้ว ก่อนที่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งจะสนองรับเพื่อให้เกิดสัญญานั้น หากคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีความสมควร คู่เจรจาฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยแบ่งพิจารณาตามลักษณะของผู้กระทำเป็น 2 ฝ่าย คือ

1. กรณีผู้เสนอเป็นฝ่ายถอนตัวไป

คำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 และมาตรา 355 บัญญัติเรื่อง การถอนคำเสนอก่อนสิ้นความผูกพันไว้โดยกฎหมายไม่ยอมให้ฝ่ายผู้เสนอถอนคำเสนอไปก่อนระยะเวลาที่บ่งไว้หรือก่อนเวลาอันสมควรคาดหมายว่า จะมีคำบอกกล่าวสนองรับ เว้นแต่ผู้รับคำเสนอจะยินยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอไป ส่วนคำเสนอตามมาตรา 356 ที่ทำต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าและไม่ได้บ่งระยะเวลาไว้ ผู้เสนอทำคำเสนอที่ใด เวลาใด ผู้รับคำเสนอก็ชอบที่จะสนองรับที่นั่น เวลานั้น หากไม่สนองรับโดยพลัน คำเสนอย่อมสิ้นความผูกพันไปทันที ตามมาตรา 357 ปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญาเกิดขึ้นจริงจึงไม่น่าจะเกิดขึ้นได้

คำเสนอจะเป็นปัญหาความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญา คือ คำเสนอที่บ่งระยะเวลาหรือคำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางตามมาตรา 354 และมาตรา 355 ที่กฎหมายไม่ยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอนั้นไปก่อนระยะเวลาที่บ่งไว้หรือก่อนระยะเวลาอันควรคาดหมายได้ว่า จะได้รับคำบอกกล่าวสนองรับ หากผู้เสนอถอนคำเสนอหรือยกเลิกการเจรจาไปโดยผู้รับคำเสนอไม่ยินยอม กฎหมายให้ถือเสมือนหนึ่งว่าผู้เสนอไม่ได้ถอนคำเสนอนั้นไป ผู้รับคำเสนอไม่มีสิทธิทำคำสนองรับให้ถูกต้องตรงกันทุกประการภายในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง สัญญาก็เกิดขึ้น หากผู้เสนอไม่ยอมปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาก็จะตกเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายสนองย่อมมีสิทธิบังคับให้ฝ่ายเสนอปฏิบัติตามสัญญาหรือเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น ซึ่งเป็นความรับผิดชอบทางสัญญา ผู้เสนอจะอ้างว่าบอกถอนคำเสนอแล้วไม่ได้

แต่ถ้าผู้เสนอฝ่ายถอนคำเสนอไปก่อนระยะเวลาที่บ่งไว้หรือก่อนเวลาอันพึงคาดหมาย ผู้รับคำเสนอจะเรียกให้ผู้เสนอชดเชยค่าเสียหายทันทีโดยไม่สนองรับคำเสนอนั้นก่อนจะกระทำหรือไม่ จากปัญหาดังกล่าวมีความเห็นของนักกฎหมาย 3 ฝ่าย คือ

1) เรียกชดเชยค่าเสียหายไม่ได้

นักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่า คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีการสนองรับเสมอจึงจะมีผลผูกพันให้ผู้เสนอต้องรับผิดชอบ นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่มีผู้สนองรับย่อมไม่อาจบังคับหรือผูกพันผู้แสดงเจตนาได้ เมื่อผู้รับคำเสนอไม่ยอมสนองรับย่อมไม่อาจบังคับหรือผูกพันผู้แสดงเจตนาได้ เมื่อผู้รับคำเสนอไม่ยอมสนองรับคำเสนอต่างๆ ที่กฎหมายให้ถือว่าคำเสนอยังมีความสัมพันธ์ทางหนี้ใดๆ ต่อกันจึงไม่เกิดขึ้นและไม่อาจเรียกร้องให้ผู้เสนอให้รับผิดชอบได้ ในขั้นตอนการเจรจานั้น ไม่ว่าจะมีการทำคำเสนอแล้วหรือไม่ก็เป็นเพียงขั้นเตรียมการจะทำสัญญาเท่านั้น หากผู้เสนอบอกถอนคำเสนอไป โดยผู้รับคำเสนอมิได้สนองรับ เพื่อให้เกิดสัญญาที่มีผลผูกพันก่อน หากผู้เสนอบอกถอนคำเสนอไป โดยผู้รับคำเสนอมิได้สนองรับ เพื่อให้เกิดสัญญาที่มีผลผูกพันก่อน

ผู้รับคำเสนอจะเรียกเอาค่าเสียหายทันทีไม่ได้ แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะการเตรียมการ เมื่อผู้รับคำเสนอไม่สนองรับเองก็ต้องรับบาปเคราะห์นั้นไป จะถือว่าเป็นละเมิดก็ไม่ได้

2) เรียกค่าเสียหายกันได้ทางสัญญา

นักกฎหมายฝ่ายที่สองเห็นว่า คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผูกพันผู้แสดงเจตนาได้โดยไม่ต้องให้ผู้รับคำเสนอแสดงเจตนาทำคำสนองรับก็เรียกให้ผู้เสนอต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยให้เหตุผลว่า นิติกรรมฝ่ายเดียวในรูปคำมั่นผูกพันผู้แสดงเจตนาทางนี้ได้กล่าวคือ คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันผู้เสนอโดยไม่จำเป็นต้องให้ฝ่ายผู้รับคำเสนอสนองรับก่อน เนื่องจากนิติกรรมฝ่ายเดียวมีผลทางกฎหมายแล้ว เช่น การบอกเลิกสัญญา การบอกล้างโมฆียกรรม เป็นต้น คำมั่นที่ให้แก่บุคคลบางกลุ่มแม้จะยังไม่มีผู้ตอบรับก็ผูกพันผู้ให้คำมั่น ถ้าคำมั่นนั้นเสนอแก่บุคคลแน่นอน ถือว่าคำมั่นทั้งสองอย่างคือ คำมั่นที่ยอมผูกพันตามสัญญา กับ คำมั่นว่าจะคงคำเสนอนั้นไว้ และผู้รับคำเสนอได้ตอบรับคำมั่นที่สองไว้แล้วจึงเกิดมีสัญญาก่อนสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์จะให้คำมั่นคงอยู่ชั่วขณะหนึ่ง

3) เรียกค่าเสียหายกันได้ทางละเมิด

นักกฎหมายฝ่ายที่สามเห็นว่า กรณีที่มีพฤติการณ์ของผู้เสนอว่าแม้ผู้รับคำเสนอจะได้สนองรับคำเสนอนั้นไปแล้ว ผู้เสนอก็ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ เช่น ผู้เสนอโอนทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาไปให้แก่บุคคลภายนอกแล้ว ผู้รับคำเสนอไม่จำเป็นต้องสนองรับคำเสนอนั้นก่อน โดยอาจเรียกเอาค่าเสียหายทางละเมิดได้ ส่วนกรณีที่ผู้รับคำเสนอไม่มีเจตนาจะสนองรับหรืออาจสนองรับได้แต่ไม่ยอมสนองรับนั้นมีผลเท่ากับว่า การถอนคำเสนอนั้นไม่ทำให้ผู้รับคำเสนอได้รับความเสียหายแต่อย่างใด เมื่อสัญญาไม่เกิดก็ไม่มีหนี้ต้องชำระผู้เสนอจึงไม่ต้องรับผิดชอบ

ส่วนในต่างประเทศนั้น กฎหมายแพ่งเยอรมันมีหลักนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลเป็นการก่อหนี้ได้ โดยไม่ต้องมีผู้สนองรับการแสดงเจตนา ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 145 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลใดเสนอจะทำสัญญาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง ผู้เสนอจะต้องผูกพันต่อคำเสนอนั้น เว้นแต่ผู้เสนอจะได้แสดงไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามคำเสนอ” บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายไทยคือ ไม่ยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอไปก่อนคำเสนอสิ้นความผูกพัน เว้นแต่จะได้แสดงออกโดยชัดแจ้งแล้วว่าไม่ต้องการผูกพันตามคำเสนอนั้น นักกฎหมายเยอรมันเห็นว่า แม้สัญญายังไม่เกิดแต่นิติกรรมฝ่ายเดียวก็มีผลเป็นการก่อหนี้ได้โดยไม่ต้องมีผู้สนองรับการแสดงเจตนาได้ เช่น การประกาศให้รางวัล เป็นต้น ดังนั้น การฝ่าฝืนคำเสนอซึ่งได้ให้ไว้แล้วผู้ฝ่าฝืนก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยถือเป็นความรับผิดชอบทางละเมิดหรือนิติเหตุ

ส่วนคำเสนอตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น ไม่ผูกพันผู้แสดงเจตนาทำคำเสนอ ผู้เสนอจึงอาจถอนคำเสนอเสียเมื่อใดก็ได้ การแสดงเจตนาทำคำเสนอเพียงฝ่ายเดียวจึงไม่ผูกพันผู้เสนอ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้เสนอกำหนดเวลาสนองรับไว้ในคำเสนอแล้ว ถอนคำเสนอนั้นไปก่อนระยะเวลาที่กำหนดไว้ เช่นนี้ ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนสัญญาเกิดขึ้นไม่อาจบังคับให้ผู้กรณีรับผิดชอบตามสัญญาได้ ศาลฝรั่งเศสจึงกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 บัญญัติว่า “การกระทำใดๆ ที่กระทำโดยบุคคลหนึ่ง ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น ข่อมผูกพันกับบุคคลผู้กระทำความเสียหาย โดยความผิดของเขานั้นให้ทดแทนความเสียหาย”³ มาบังคับ

ตามคอมมอนลอว์ของอังกฤษก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ไม่มีหลักนิติกรรม ดังนั้น คำเสนอจึงไม่มีผลผูกพันผู้เสนอและแม้ผู้เสนอจะได้กำหนดเวลาให้ทำคำสนองไว้ก็ไม่ผูกพัน ผู้เสนอจึงอาจบอกถอนคำเสนอเสียเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้ ในสัญญาแบบธรรมดาของอังกฤษยังจะต้องมีการให้สิ่งตอบแทนแก่กันด้วย มิฉะนั้น ถือว่าขาดองค์ประกอบของสัญญา อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวมิใช่จะใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทุกเรื่อง เนื่องจากมีหลักคอมมอนลอว์ที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายอยู่อีกด้วย โดยหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้เสนอให้คำมั่นในลักษณะที่เป็นผลทำให้ผู้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดไป เพราะเชื่อโดยสุจริตว่าจะได้มีการทำสัญญากันต่อไปภายหน้า แม้ไม่มีสิ่งตอบแทนให้แก่กัน ผู้เสนอที่ถอนตัวไปอาจถูกปิดปากโดยกฎหมายไม่ให้ปฏิเสธความรับผิดต่อผู้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามหลักกฎหมายปิดปากได้ ซึ่งเป็นการนำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายสัญญาในช่วงเวลาดังกล่าวด้วย โดยถือว่ากฎหมายปิดปากผู้กรณีที่ถอนตัวไปโดยไม่สุจริตให้ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาได้ แม้จะไม่มีสัญญาหรือสิ่งตอบแทนให้แก่กัน นอกจากนี้ คำมั่นที่กลายเป็นลายลักษณ์อักษรก็มีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นได้แม้ยังไม่มี การตอบรับ แต่คำมั่นที่ทำได้ด้วยวาจา นั้นไม่ผูกพันผู้ให้คำมั่นจนกว่าจะตอบรับ ซึ่งต้องมีการให้สิ่งตอบแทนแก่กันเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของสัญญาแบบธรรมดาด้วยจึงจะบังคับได้ อย่างไรก็ตาม แม้คำมั่นด้วยวาจาจะไม่ผูกพันเพราะขาดสิ่งตอบแทน แต่ถ้าผู้ให้คำมั่นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อชักจูงให้ผู้กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างใดตามที่ให้คำมั่นนั้น ผู้ให้คำมั่นก็อาจต้องผูกพันตามคำมั่น โดยถูกกฎหมายปิดปากมิให้กระทำการ ในทางตรงกันข้ามกับที่ให้คำมั่นไว้ตามหลักกฎหมายปิดปากเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นการขยายหลักกฎหมายปิดปากเดิมมาใช้กับเรื่องคำมั่นด้วย ส่วนกรณีก่อนหรือขณะทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแถลงข้อความเท็จหรือไม่ตรงความจริงเพื่อจูงใจให้อีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาด้วยนั้นเป็นเรื่องความรับผิดทาง

³ งามใจ แววมณีวรรณ. (2542). “ความรับผิดก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 70-73.

ละเมิด ตามหลัก Misrepresentation ใน Misrepresentation Act 1967 มาตรา 2 (1) และจะใช้หลักดังกล่าวได้ต่อเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น จึงไม่อาจปรับใช้กับช่วงเจรจา ก่อนมีการสนองรับคำเสนอได้ เว้นแต่ ผู้รับคำเสนอจะทำคำสนองรับ เพื่อให้เกิดสัญญาก่อน

จากปัญหาที่ว่า ภายหลังกู้กรณีทำคำเสนอแล้วล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีความผิด หากผู้เสนอถอนตัวไปก่อนระยะเวลาที่กำหนดตามเงื่อนไข ถ้าพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า หากผู้รับคำเสนอไม่สนองรับคำเสนอที่ถอนไปโดยไม่มีความผิด ย่อมไม่มีความผิดเรียกให้ผู้เสนอให้รับผิดชอบได้ การถอนคำเสนอไปโดยไม่มีความผิด ย่อมเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 ที่ไม่ยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอก่อนระยะเวลา การฝ่าฝืนถอนคำเสนอนั้นไปจึงเป็นการกระทำผิดกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แม้ไม่มีสัญญาเกิดขึ้น ฝ่ายผู้รับคำเสนอ ย่อมมีความผิดเรียกให้ผู้เสนอรับผิดชอบได้ ซึ่งในต่างประเทศปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบภายหลังมีคำเสนอ ก่อนที่คำเสนอสิ้นความผูกพันจะต้องมีการสนองรับก่อนหรือไม่ นั้นไม่ใช่ข้อถกเถียงกันอีกต่อไป เนื่องจากส่วนใหญ่เห็นว่า ผู้เสนอต้องรับผิดชอบอย่างแน่นอน ปัญหาที่โต้เถียงกันส่วนใหญ่มีอยู่เพียงว่า ความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบทางสัญญาหรือความรับผิดชอบทางละเมิดเท่านั้น

เหตุผลอีกประการหนึ่ง ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้เสนอต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีความผิด ไม่ว่าผู้รับคำเสนอจะทำได้ทำคำสนองรับหรือไม่ เนื่องจากการเจรจานั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ด้วย การที่ผู้เสนอถอนตัวไปทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 บัญญัติห้ามไว้ เมื่อผู้เสนอฝ่าฝืนถอนคำเสนอนั้นไป จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอย่างหนึ่งด้วย และเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และมาตรา 421 โดยการฝ่าฝืนหน้าที่หรือหน้าที่อันที่จะต้องดเว้นด้วยการไม่ถอนคำเสนอที่ให้ไว้ จึงเป็นละเมิด แม้ผู้รับคำเสนอจะไม่สนองรับก็มิมีความผิดเรียกค่าเสียหายได้โดยอาศัยความรับผิดชอบทางละเมิด ส่วนการสนองรับคำเสนอเพื่อให้เกิดสัญญาก่อนแล้วจึงค่อยเรียกค่าเสียหายหรือเรียกให้ผู้เสนอปฏิบัติตามสัญญานั้น เป็นสิทธิของผู้รับคำเสนอที่จะเลือกใช้สิทธิทางสัญญาหรือทางละเมิด เพราะเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นทั้งสองทาง

2. กรณีผู้รับคำเสนอเป็นฝ่ายถอนตัวไป

ข้อนี้ไม่ปรากฏว่ามีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้ว่าจะให้รับผิดชอบอย่างไรหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้รับคำเสนอย่อมมีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาอยู่แล้ว หากไม่ต้องการทำสัญญากับผู้เสนอรายใด ผู้รับคำเสนอชอบที่จะบอกปิดหรือไม่สนองรับคำเสนอนั้นได้ คำเสนอนั้นก็ตกไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357 แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้เสนอไปบ้างก็เป็น

เรื่องธรรมชาติของการแสดงเจตนาไม่สนองรับ ผู้เสนอจึงไม่อาจเรียกให้ผู้รับคำเสนอซึ่งถอนตัวไปนั้น ได้รับความเสียหาย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า หากฝ่ายผู้รับคำเสนอเป็นฝ่ายริเริ่มประกาศ เชื่อเชิญให้ผู้เสนอทำคำเสนอเข้ามา ผู้เสนอย่อมมีความเชื่อตามสมควรว่า คู่เจรจาฝ่ายที่ประกาศเชื่อเชิญ จะดำเนินการตามที่ประกาศเชื่อเชิญไว้ หากผู้ประกาศเชื่อเชิญยกเลิกการประกาศไปโดยไม่สุจริต หรือไม่มีเหตุอันสมควร แม้ไม่อาจเรียกให้ใช้ค่าเสียหายทางสัญญา เพราะสัญญายังไม่เกิด แต่ผู้ริเริ่ม ประกาศเชื่อเชิญอาจต้องรับผิดชอบละเมิดได้ เนื่องจากการใช้สิทธิยกเลิกการประกาศเชื่อเชิญ โดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุอันสมควร ฝ่ายผิดอกกฎหมายที่คู่เจรจาจะต้องมีหน้าที่เจรจาหรือใช้สิทธิ โดยสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ประกอบ มาตรา 421 และมาตรา 420 เป็นการละเมิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสนอทั้งหลาย อันเป็นความเสียหายเนื่องจากการ ตระเตรียมการเพื่อเป็นคู่สัญญากับฝ่ายผู้ประกาศเชื่อชวน

4.1.3 ช่วงเวลาภายหลังมีคำสนองรับแล้วแต่สัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำยังไม่เกิด

โดยปกติ เมื่อมีคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการแล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้นตาม หลักการเกิดสัญญาทั่วไป แต่บางครั้งกฎหมายถือว่า สัญญายังไม่เกิด ได้แก่

- 1) กรณีสัญญายังไม่เกิดเพราะยังไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อ ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคหนึ่ง และ
- 2) กรณีสัญญายังไม่เกิดเพราะยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง

โดยเฉพาะในสัญญาประกวดราคาที่มีเงื่อนไขการประกวดราคาข้อหนึ่งว่าต้องทำเป็น หนังสือ ฉะนั้น แม้ผู้ประกวดราคาจะสนองรับใบเสนอราคาอย่างเป็นทางการแล้ว แต่คู่เจรจาไม่ได้ ลงนามในหนังสือสัญญา ก็ต้องถือว่าสัญญาที่มุ่งจะทำนั้นยังไม่เกิด ช่วงเวลาดังกล่าวหากคู่เจรจาฝ่ายใด ถอนตัวไปแล้วจะต้องรับผิดชอบคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นของนักกฎหมาย 2 ฝ่าย คือ

1. เป็นความรับผิดชอบทางสัญญา

นักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่า เมื่อคู่กรณีแต่ละฝ่ายแสดงเจตนาสนองสนองถูกต้อง ตรงกันทุกประการแล้ว แม้สัญญาอันมุ่งจะทำนั้นยังไม่เกิดเพราะต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ แต่เมื่อมี การทำคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันทุกประการตามหลักเกณฑ์การทำสัญญาทั่วไปแล้วย่อมเกิดข้อ ผูกพันทางกฎหมายหรือสัญญาอย่างหนึ่งขึ้นทันที โดยมีข้อผูกพันว่า คู่กรณีตกลงจะปฏิบัติตาม เงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่ตกลงกันไว้ในเบื้องต้น โดยจะทำ สัญญาให้เสร็จเด็ดขาดอีกครั้งหนึ่งในภายหน้า เนื่องจากมีเหตุบางประการที่ไม่อาจทำสัญญาให้ เสร็จเด็ดขาดไปในคราวเดียว เรียกว่า “สัญญาเบื้องต้น” หรือ “สัญญาก่อนสัญญา” โดยศาลฎีกาได้ เคยวินิจฉัยในเรื่อง การประกวดราคาว่า หลังจากที่ผู้ประกวดราคาสนองรับคำเสนอราคาของผู้เสนอ

ราคาโดยได้แจ้งว่าเป็นผู้ชนะการประกวดราคาตกลงจ้าง โดยให้ไปทำสัญญาจ้างกันต่อไป ย่อมเป็นการสนองรับคำเสนอ เกิดเป็นสัญญาเบื้องต้นขึ้น เรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” โดยศาลฎีกาใช้หลักการเกิดสัญญาตามหลักเกณฑ์การเกิดสัญญาทั่วไปมาปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีโดยเห็นว่า ก่อนเกิดสัญญาที่มุ่งจะทำนั้นมีความตกลงสนองตอบถูกต้องตรงกันทุกประการครบถ้วนแล้ว ย่อมก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาในเบื้องต้นให้ต้องไปทำสัญญาที่มุ่งหมายให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์อีกชั้นหนึ่ง และถ้าไม่อาจบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาเป็นหนังสือเพราะกฎหมายไม่เปิดช่องให้กระทำ ก็อาจบังคับให้ใช้ค่าเสียหายฐานผิดสัญญาประกวดราคาได้ ความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดตามสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาตามที่มุ่งหมาย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2533 ข้อเท็จจริงมีว่า กรมโยธาธิการประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างปรับปรุงถนน ห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. ผู้เสนอราคาต่ำสุดชนะการประกวดราคาและลงนามในสัญญาแล้ว แต่กรมโยธาธิการไม่ยอมลงนามในสัญญา เนื่องจากสภาพผู้แทนราษฎรเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ พาดพิงการประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างรายนี้ ศาลฎีกาว่า ตามเงื่อนไขการประกวดราคาจ้างเหมา กำหนดให้ทำเป็นหนังสือ ปรากฏที่กรมโยธาธิการยังไม่ลงนาม สัญญาจ้างเหมาที่มุ่งจะทำก็ยังไม่เกิด แต่การที่กรมโยธาธิการแจ้งให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. เข้าทำสัญญา ย่อมเป็นการรับคำเสนอตามใบเสนอราคาแล้ว ทำให้เกิดนิติสัมพันธ์เบื้องต้นซึ่งกรมโยธาธิการมีความผูกพันที่จะต้องมาทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคาต่อไป การที่กรมโยธาธิการไม่ยอมลงนามในสัญญาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา ห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ แต่จะฟ้องให้กรมโยธาธิการลงนามในสัญญาไม่ได้ เพราะสภาพแห่งนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำ

2. เป็นความรับผิดต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้

นักกฎหมายฝ่ายที่สองเห็นว่า สัญญาก่อนสัญญาจะมีได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะว่าให้มีสัญญาเช่นนั้นได้ เช่น สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 แม้ผู้รับคำเสนอจะสนองรับแล้ว ถ้ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ โดยเฉพาะว่าให้มีสัญญาในลักษณะดังกล่าวได้ ก็ถือว่าไม่มีสัญญาก่อนสัญญาเกิดขึ้นแต่อย่างใด เมื่อสัญญายังไม่เกิดจึงไม่มีความผูกพันทางสัญญาและไม่อาจเรียกให้รับผิดได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1825/2522 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเป็นค่าเชิญชวนการยื่นใบเสนอราคาของจำเลยเป็นคำเสนอ หนังสือที่โจทก์แจ้งตกลงรับราคาให้จำเลยทราบ พร้อมแจ้งให้จำเลยไปทำสัญญาเป็นคำสนองรับคำเสนอของจำเลย แต่สัญญาซื้อขายระหว่างคู่กรณียังไม่เกิดจนกว่าจะได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในการประกวดราคา เมื่อจำเลยไม่ยอมมาทำสัญญา โจทก์จึงมีสิทธิริบเงินมัดจำของได้ตามข้อตกลงระหว่างคู่กรณีในการประกวดราคาเท่านั้น ส่วนค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องนั้นเป็นค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขาย ไม่ใช่ค่าเสียหายจากข้อตกลงในการประกวดราคา เมื่อสัญญาซื้อขายไม่เกิด โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชดเชยค่าเสียหาย

จากความเห็นดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยไม่เห็นด้วย เนื่องจากแม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า ให้มีสัญญาก่อนสัญญาตามข้อตกลงบางลักษณะ แต่ในทางกลับกันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ให้มี ดังนั้น เมื่อคู่กรณีแสดงเจตนาเสนอสนองครบถ้วนถูกต้องตรงกันตามหลักการเกิดสัญญาทั่วไปแล้ว トラบใดที่ไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาเบื้องต้นหรือสัญญาก่อนสัญญาย่อมจะเกิดขึ้นได้ อีกทั้งการมีสัญญาก่อนสัญญาก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่แสดงไว้ โดยประสงค์จะไปทำสัญญากันตามที่มุ่งหมายให้เสร็จเด็ดขาดอีกครั้งหนึ่งในภายหน้า ซึ่งในต่างประเทศ เช่น กฎหมายแพ่งเยอรมันก็ยอมรับว่าการเพิกถอนคำเสนอซึ่งแม้จะเป็นนิติกรรมเพียงฝ่ายเดียว ผู้เสนอก็ต้องรับผิดชอบเพราะเหตุถอนคำเสนอไปก่อนสิ้นความผูกพัน โดยไม่จำเป็นต้องมีการสนองรับแต่อย่างใด ดังนั้น ความรับผิดชอบในช่วงการเจรจาภายหลังผู้รับคำเสนอทำคำสนองรับแล้ว จึงไม่น่าเป็นปัญหาว่า ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบหรือไม่อีก ส่วนกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็มีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1382 ครอบคลุมปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในกรณีที่ผู้เสนอถอนคำเสนอเป็นสัญญาแล้วจึงไม่มีปัญหาความรับผิดชอบในช่วงดังกล่าวอีก

ส่วนลักษณะสัญญาของอังกฤษ การที่คู่สัญญาดตกลงว่าจะทำสัญญากันนั้น แม้ยังตกลงได้ไม่ครบทุกข้อก็อาจถือว่ามีสัญญาว่าจะทำสัญญา (Contract to enter contract) เกิดขึ้นได้ หากปรากฏว่าคู่กรณีตกลงจะทำหนังสือสัญญาเป็นทางการเพื่อบันทึกข้อตกลงทั้งหมดที่ตกลงกันได้ ถือว่าเกิดสัญญามีผลผูกพัน โดยสมบูรณ์แล้ว หรือคู่กรณีตกลงจะทำหนังสือสัญญาแยกต่างหาก มีเนื้อหาของสัญญาตามข้อกำหนดต่างๆ ที่ได้ระบุไว้ โดยย่อถือว่ามีสัญญาผูกพันแล้ว หรือคู่กรณีตกลงกันในประเด็นสำคัญ ทุกข้อแล้วยอมก่อให้เกิดสัญญาก่อนสัญญาได้เช่นกัน ศาลอังกฤษตีความว่า คู่กรณีมีข้อตกลงโดยปริยายที่จะเจรจาตกลงรายละเอียดของสัญญาด้วยความสุจริต เพื่อจะนำรายละเอียดดังกล่าวมารวมบันทึกในหนังสือสัญญาเป็นทางการที่มีข้อกำหนดซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันหมดแล้ว อย่างไรก็ตาม การเกิดสัญญาก่อนสัญญาหรือสัญญาว่าจะทำสัญญาของอังกฤษนั้น จะต้องครบองค์ประกอบการเกิดสัญญาตามหลักการเกิดสัญญาธรรมดาด้วย กล่าวคือ ต้องมีการให้สิ่งตอบแทนแก่กัน

นอกจากนี้ คอมมอนลอว์ของอังกฤษยังมีหลักเรื่อง Misre-presentation ใน Misrepresentation Act 1967 มาตรา 2 (1) ซึ่งถือเป็นความรับผิดทางละเมิดอันเกิดมาจากการทำสัญญา และต้องเป็นกรณีที่มีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว จึงจะเรียกให้รับผิดตามหลักดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีที่มีสัญญาก่อนสัญญาเกิดขึ้นแล้ว โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแถลงข้อความไม่ตรงกับความจริงหรือแถลงเท็จ ก่อนหรือขณะทำสัญญาเพื่อจูงใจให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาด้วยนั้น

กรณีปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า สามารถนำหลักความรับผิดชอบดังกล่าวซึ่ง
เป็นความรับผิดชอบละเมิดมาใช้บังคับกับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นได้ นอกเหนือไปจากความรับผิดทาง
สัญญา เนื่องจากมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว