

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุปความรับผิดชอบจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา

ปัจจุบันการเจรจาทางธุรกิจมีแนวโน้มที่จะมีเงื่อนไขข้อตกลงที่ซับซ้อนและมีขั้นตอนมากขึ้น ก่อนที่จะตกลงกันเกิดเป็นสัญญาขึ้นตามเจตนาที่คู่เจรจามุ่งประสงค์ ในขั้นตอนของการเจรจา นับแต่คู่เจรจาแสดงเจตนาเข้าร่วมเจรจาไปจนถึงมีข้อเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกันทุกข้อจนเกิดเป็นสัญญาขึ้น ในระหว่างการเจรจา หากการเจรจาได้ดำเนินไปจนถึงระดับหนึ่ง ที่ทำให้เชื่อได้ว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน (Reasonable to expect) โดยใช้ความคาดหมายอย่างวิญญูชนธรรมดา หากคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญาทำโดยสุจริตหรือไม่ก็ตาม คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งอาจมีความเสียหายจากการคาดหมายว่าจะมีการทำสัญญากัน เนื่องจากได้มีการเตรียมการบางอย่างไว้ล่วงหน้า หากมองตามหลักความยุติธรรมและในทุกๆ ระบบกฎหมาย เห็นว่าควรมีการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่เจรจาฝ่ายที่ต้องเสียหาย และเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนถึงความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาเพื่อทำสัญญาก่อนเกิดสัญญาขึ้น โดยตรง นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีบทสันนิษฐานการไม่เกิดของสัญญาตามมาตรา 366 ดังที่ได้เสนอทฤษฎีและวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวแล้วในบทที่ 4 ซึ่งเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งว่าเมื่อต้องด้วยบทสันนิษฐานของกฎหมายดังกล่าวแล้ว สัญญาไม่เกิดขึ้นทำให้ไม่อาจพิจารณาถึงความรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติเฉพาะความรับผิดทางสัญญาและละเมิดเท่านั้น

ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา โดยจำแนกความรับผิดตามช่วงเวลาในการแสดงเจตนาตามกฎหมายโดยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ สรุปได้ตามช่วงเวลาดังนี้

ในช่วงแรก ก่อนที่คู่เจรจาจะแสดงเจตนาทำข้อเสนอในช่วงเวลาดังกล่าวยังขาดความชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากคู่เจรจาแต่ละฝ่ายยังมีสิทธิเลือกที่จะประสงค์ผูกพันตนเข้าทำสัญญา

หรือไม่ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าแต่ละฝ่ายยังไม่มีหนี้ผูกพันทางสัญญาใดๆ จึงไม่อาจเรียกค่าเสียหายในชั้นตอนนี้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ในช่วงนี้ไม่อาจเรียกร้องให้รับผิดชอบโดยมูลหนี้ทางสัญญาก็ตาม หากปรากฏว่าคู่เจรจาฝ่ายที่ยกเลิกการเจรจาหรือถอนตัวไปนั้น ไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุผลอันสมควรก็อาจเป็นความรับผิดชอบในทางละเมิดได้ โดยอาศัยหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ประกอบ มาตรา 421 และมาตรา 420 ดังได้วิเคราะห์แล้ว ซึ่งนักกฎหมายของเยอรมันก็เห็นทำนองเดียวกันว่า ขณะเจรจาคู่เจรจาต้องอยู่ในบังคับหน้าที่ที่จะต้องเข้าเจรจาโดยสุจริตและต้องใช้ความระมัดระวังต่อผลความคาดหวังอันเกิดจากการทำสัญญาด้วย (Duty of care)

ช่วงที่สอง เป็นช่วงภายหลังซึ่งคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาทำคำเสนอไปยังผู้รับการแสดงเจตนาแล้ว กรณีที่ผู้เสนอถอนตัวไป คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเลือกใช้สิทธิได้ 2 ประการ คือ ทำค่านองรับเพื่อเกิดเป็นสัญญาแล้วบังคับให้ผู้ที่ยกเลิกการเจรจานั้นชำระหนี้ตามสัญญา หากไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้จึงบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาหรือชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพราะการไม่ชำระหนี้ ซึ่งเทียบได้กับชั้นตอนที่ผู้เสนอราคาได้ยื่นเสนอราคาแล้วถือเป็นคำเสนอตกอยู่ในบังคับมาตรา 355 ถึง มาตรา 357 หรือทางเลือกอีกประการหนึ่งคือ หากปรากฏว่าผู้เสนอถอนตัวไปโดยไม่สุจริต ผู้รับคำเสนออาจใช้สิทธิเรียกร้องทางละเมิดได้โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 420 อันเป็นแนวทางเดียวกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศยุโรปที่ได้วิเคราะห์แล้วในบทที่ 4

ช่วงที่สาม เป็นช่วงการยกเลิกการเจรจาหรือถอนตัวภายหลังมีการสนองรับแล้ว แต่มีเงื่อนไขบางอย่างที่ทำให้สัญญายังไม่เกิด รวมทั้งบทสันนิษฐานของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 ซึ่งในช่วงนี้เป็นช่วงสุดท้ายก่อนที่จะเกิดสัญญาขึ้น ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2533 ที่วินิจฉัยว่า เมื่อโจทก์ยื่นใบเสนอราคาและจำเลยแจ้งให้โจทก์ทราบว่าตกลงจ้าง แล้วให้โจทก์ไปทำสัญญาจ้างต่อไปย่อมเป็นการสนองรับคำเสนอของโจทก์แล้วเกิดเป็นสัญญาเบื้องต้น คือ “สัญญาประกวดราคา” ซึ่งจำเลยผูกพันต้องทำสัญญากับโจทก์ผู้ชนะการประกวดราคาต่อไป ดังนั้น หากจำเลยไม่ลงนามในสัญญาโดยไม่มีเหตุอันสมควรย่อมถือได้ว่าจำเลยผิดสัญญาประกวดราคา ซึ่งโจทก์มีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการผิดสัญญาประกวดราคาได้ แต่โจทก์ไม่สามารถฟ้องบังคับให้จำเลยลงนามในสัญญาได้เพราะสภาพแห่งนี้ไม่เปิดช่อง ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นการวินิจฉัยโดยได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา คือ สัญญาเพื่อก่อให้เกิดสัญญา (Contract to enter contract) หรือสัญญาเบื้องต้น ตามแนวของนักกฎหมายเยอรมันมาใช้ รวมทั้งกรณีที่คู่เจรจาได้เจรจาเพื่อทำสัญญาจนเกือบสำเร็จลุล่วงเกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว คู่กรณีมีหน้าที่ต้องทำสัญญานั้นต่อไปโดยสุจริตอันเป็นแนวคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่าตามคำพิพากษาในคดีนี้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบสองทาง กล่าวคือ โดยหลักทั่วไปเมื่อมีการสนองรับคำเสนอราคาโดยแจ้งว่าตกลงจ้าง ทำให้คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญาขึ้น แต่เนื่องจากการประกวดราคามักจะระบุไว้แต่แรกว่าสัญญาต้องทำเป็นหนังสือ กรณีจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง ว่า ตราใบใดที่ยังไม่ทำเป็นหนังสือสัญญายังไม่เกิด แม้จะได้ทำคำสนองแล้วก็ตาม ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า ถ้าถือว่าคำสนองในกรณีนี้เป็นคำสนองตามสัญญาหลักที่คู่เจรจามุ่งประสงค์ยอมหมายความว่า “สัญญาประกวดราคา” นั้น คู่สัญญาคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่จะต้องมาทำสัญญา (หลัก) เป็นหนังสือ หากฝ่ายบิดพลิ้วไม่มาทำสัญญาย่อมต้องรับผิดชอบตามสัญญาประกวดราคา ซึ่งถือเป็นสัญญาแล้ว ดังนั้น ความรับผิดชอบจึงเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา (สัญญาประกวดราคา) แต่หากพิจารณาว่าคำสนองนี้เป็นคำสนองตามสัญญาหลัก (คือสัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสือ) สัญญาหลักก็ยังไม่ถือว่าเกิดขึ้นด้วยข้อจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมมาทำสัญญาก็ดี ความรับผิดชอบของฝ่ายที่มีความผิดนั้นย่อมเป็นความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (สัญญาหลัก) ซึ่งอาจไม่ได้รับการเยียวยา เนื่องจากมีข้อยกเว้นไว้แต่แรกว่าสัญญายังไม่เกิดเพราะไม่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง

ในประเด็นที่ผู้วิจัยจะกล่าวถึงในที่นี้ คือ ตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีนี้ เท่ากับศาลฎีกายอมรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่ถือว่ามิสัญญาก่อนสัญญาหรือสัญญาเพื่อทำให้เกิดสัญญา (Contract to enter contract) จึงได้ยอมรับบังคับให้โจทก์สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการผิดสัญญาประกวดราคาได้ ซึ่งหากมองตามหลักความยุติธรรม (Equity) ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น เท่ากับเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการยกหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้เพื่ออำนวยความยุติธรรม เพราะถ้าถือเคร่งครัดตามบทบัญญัติของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสองแล้ว นับว่ายังมีได้มีการสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำเป็นหนังสือ ตามที่ได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้น ต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้นเมื่อสัญญายังไม่เกิดจึงไม่มีความรับผิดชอบตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะต้องรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในประเด็นนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นบรรทัดฐานเสียทีเดียว เพราะไม่มีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติรองรับกรณีดังกล่าวอย่างชัดเจนให้ต้องรับผิดชอบ

ผู้วิจัยเห็นว่า จากการศึกษาวิเคราะห์ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงการเจรจาเพื่อทำสัญญาก่อนเกิดสัญญาในระบบกฎหมายของต่างประเทศยังมีความแตกต่างกันอยู่เป็น 3 แนวทางคือ

ความเห็นในแนวทางแรกเป็นความเห็นของกฎหมายอังกฤษซึ่งเห็นว่าไม่มีความรับผิดชอบเกิดขึ้นก่อนเกิดสัญญา เพราะหนี้เกิดจากสัญญาเท่านั้นเป็นความเห็นที่ถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และเสรีภาพในการเจรจาต่อรอง (Free Bargaining) อย่างเคร่งครัด คู่กรณีที่อยู่ในขั้นตอนของการเจรจาต่อรองจึงอาจเพิกถอนคำเสนอหรือยกเลิกการเจรจาต่อรองได้ เสมอจนกว่าจะเกิดสัญญาขึ้น โดยไม่ต้องรับผิดชอบแต่มีข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้นที่นำหลักทั่วไปมาปรับใช้

ความเห็นที่สองเป็นความเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสที่ถือหลักว่าหนี้เกิดจากสัญญาเท่านั้น และหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นพื้นฐานเช่นเดียวกับนักกฎหมายอังกฤษ และเกรงว่าการใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาจึงให้ความสำคัญกับหลักความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญาดังกล่าวค่อนข้างน้อย ศาลฝรั่งเศสนำหลักนี้มาใช้อย่างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ขั้นตอนของการเจรจาต่อรองดำเนินไปค่อนข้างมากแล้ว การยกเลิกการเจรจาต่อรองโดยไม่สุจริต (bad faith) ย่อมไม่เป็นธรรมและเกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่ง เป็นความผิด (fault) ในทางละเมิด

ความเห็นที่สามเป็นความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันที่เห็นว่าความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญาขึ้น เรียกว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญา (culpa in contrahendo) ไม่ควรเป็นความรับผิดทางละเมิดและค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ (pure economic loss) ไม่ใช่ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด แต่ควรเป็นความรับผิดที่เป็นเอกเทศที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ (breach of obligation) ที่เกิดจากนิติกรรมหรือการแสดงเจตนาที่ต้องการความสุจริต (good faith) การไว้เนื้อเชื่อใจหรือความไว้วางใจ (trust) ต่อกันในการเจรจาต่อรอง การที่การเจรจาต่อรองต้องยกเลิกหรือล้มเหลว เพราะความไม่สุจริตและผิดหน้าที่ของการไว้วางใจ ทำให้บุคคลที่ทำให้เกิดสาเหตุดังกล่าวต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

สำหรับค่าเสียหายที่เกิดจากความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญานั้นเป็นความเสียหายที่มีลักษณะเป็น negative interest คือ เป็นความเสียหายที่ไม่ควรต้องเข้ามาทำสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ หรือต้องเข้าทำสัญญาที่ไม่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการเสียค่าใช้จ่าย ค่าเสียเวลา ค่าเสียโอกาสที่คู่เจรจจะได้ไปทำสัญญากับบุคคลอื่นที่เรียกว่า reliance interest มิใช่ความเสียหายเพราะการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเป็นความเสียหายในลักษณะที่เป็น positive interest

สำหรับในประเทศไทย การศึกษาและคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญายังมีอยู่น้อยมาก นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ยังเห็นว่า ขั้นตอนของการเจรจาต่อรองยังไม่เกิดหนี้ผูกพันคู่สัญญามีเพียงความผูกพันอันเกิดจากการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้เสนอเท่านั้น ดังนั้น การเพิกถอนคำเสนอจึงไม่สามารถกระทำได้ หากมีการถอนคำเสนอ คำเสนอนั้นก็ยังคงอยู่ และหากมีการ

สนองรับมาภายในเวลาที่กำหนดหรือภายในระยะเวลาที่ควรคาดหมายไว้แล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้นเสมอ หากผู้เสนอไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก็ต้องตกเป็นฝ่ายผิดสัญญา และต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นดังที่ได้วิเคราะห์แล้ว เว้นแต่ในกรณีที่ขั้นตอนการเจรจาต่อรองเกี่ยวข้องกับประกอบการธุรกิจการค้า ซึ่งมีประเพณีปฏิบัติที่จะต้องมีการแสดงเจตนาตกลงต่อรองเป็นหนังสือ หรือในการประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งมีขั้นตอนในการประกวดราคาหลายขั้นตอนกว่าที่จะมีการลงนามในสัญญากันเป็นหนังสือ การยกเลิกการเจรจาต่อรองในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่เจรจาและทำให้เขาได้รับความเสียหาย ซึ่งศาลไทยก็ได้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา และการชดเชยค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องมาใช้ในการพิพากษาคดีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีในการทำสัญญาและประกอบการธุรกิจการค้าระหว่างกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 235/2533 ซึ่งตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ศาลได้นำหลัก “สัญญาเพื่อก่อให้เกิดสัญญา” (Contract to enter contract) โดยแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็ยังมีได้ถือเป็นบรรทัดฐาน เพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ชัดเจนในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา

โดยที่ลักษณะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบที่จะนำมาใช้กับความรับผิดชอบอันเกิดจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญาย่อมเป็นไปตามความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ รากฐานความคิดของระบบกฎหมาย และพัฒนาการทางกฎหมายของแต่ละประเทศ แม้แต่ในประเทศเดียวกันนักกฎหมายก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอีกด้วย เพราะลักษณะทางกฎหมายย่อมหมายถึงหลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้กับความรับผิดชอบ การกำหนดค่าสินไหมทดแทน หากนำหลักกฎหมายละเมิดมาใช้ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนก็เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของละเมิด แต่หากนำหลักความรับผิดชอบมาใช้ การกำหนดค่าสินไหมทดแทนก็ต้องปรับในเรื่องนี้ตามสัญญา ยิ่งกรณีถ้าถือเป็นการรับผิดเอกเทศ หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบรวมถึงการกำหนดค่าสินไหมทดแทนย่อมต้องมีเหตุผลการรับที่สอดคล้องกัน

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดจากระบบคอมมอลลอว์อย่างอังกฤษก็ต้องปล่อยให้มีความคิดขั้นสู่ศาลและให้ศาลเป็นผู้วางหลักซึ่งต้องใช้เวลาในการวางแนวทางทำให้ความไม่ชัดเจนยังคงมีอยู่ ส่วนแนวคิดจากระบบกฎหมายของฝรั่งเศสซึ่งเน้นหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ทำให้การคุ้มครองคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งหรือการให้คุ้มครองหน้าที่ความไว้เนื้อเชื่อใจย่อมน้อยลง ยิ่งปัจจุบันแนวโน้มของระบบกฎหมายไทยมุ่งคุ้มครองความเป็นธรรมจากความไม่เท่าเทียมของบุคคล เช่น กรณีแนวคิดพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นภาระต่อการวางดุลยภาพระหว่างหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและการคุ้มครองประโยชน์ของความเป็นธรรม สำหรับแนวความคิดจากระบบกฎหมายของเยอรมันซึ่งเป็นการนำหลักสุจริตมาปรับใช้ขยายให้ครอบคลุมถึงหน้าที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาเท่ากับนักกฎหมายไทยต้องยอมรับก่อนว่าในช่วงของการเจรจาก่อนเกิดสัญญานั้น คู่เจรจา

มีหนี้ต่อกันแล้ว และจะพบปัญหาต่อไปอีกว่าขอบเขตของหลักสุจริตนั้นมีแค่ไหน เพียงไร อย่างไรจึงจะถือว่าฝ่าฝืนหลักสุจริต ซึ่งรวมไปถึงความคิดในเรื่องของการกำหนดค่าสินไหมทดแทนอีกด้วย

ดังนั้น การนำแนวคิดในเรื่องของความรับผิดชอบในช่วงของการเจรจา ก่อนเกิดสัญญา มาปรับใช้โดยการวางหลักเกณฑ์ให้เข้ากับบทบัญญัติในกฎหมายที่มีอยู่ของไทยนั้น ก็ควรทำความเข้าใจในหลักความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพในการทำสัญญา กับหลักความความไว้เนื้อเชื่อใจและหลักสุจริต เพื่อพิจารณาภาพรวมของความสัมพันธ์กับระบบกฎหมายทั้งระบบ เพื่อให้เกิดความสมดุลกับแต่ละหลักนั้น เพื่อประโยชน์สูงสุดคือการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนและความสงบสุขในสังคมด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะความรับผิดชอบจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา

จากการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย เห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของไทยมิได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญา ก่อนที่สัญญาเกิดไว้โดยตรง และศาลไทยยังไม่ได้นำหลักความรับผิดชอบต่างๆ มาใช้โดยตรงไม่ว่าจะเป็นหลักสุจริตตามกฎหมายเยอรมันหรือหลักกฎหมายละเมิดดังเช่นกฎหมายฝรั่งเศส แต่ด้วยแนวโน้มของข้อเท็จจริงในปัจจุบันที่มีปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาก่อนการเกิดสัญญามากขึ้น การวางหลักเกณฑ์เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อสร้างความเป็นธรรมจึงเป็นสิ่งที่ต้องกระทำ เพื่อสร้างความมั่นคงทางระบบธุรกิจ

โดยความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่า ยังไม่ควรแก้ปัญหาด้วยการแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องความรับผิดชอบจากการยกเลิกเพิกถอนการเจรจาในช่วงก่อนการเกิดสัญญา ณ ปัจจุบันด้วยเหตุผลดังนี้

(1) เป็นการยากที่ผู้ร่างกฎหมายจะร่างกฎหมายให้มีเนื้อหาครอบคลุมลักษณะที่เข้าข่ายเป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาก่อนเกิดสัญญาได้ทั้งหมด ทั้งยังกระทบต่อบทบัญญัติของกฎหมายเดิม เช่น มาตรา 366 ดังที่ได้ศึกษาวิเคราะห์แล้ว ดังนั้น การแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งจึงขาดความชัดเจนแน่นอน

(2) เป็นการยากที่ผู้ร่างกฎหมายจะวิเคราะห์หาจุดสมดุลระหว่างหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา กับหลักความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนเกิดสัญญา ซึ่งกระทบต่อเสรีภาพในการเจรจาต่อรอง และทำสัญญาซึ่งส่งผลต่อการเจรจาธุรกิจทำให้ขาดความคล่องตัว

(3) หากให้การคุ้มครองในขั้นตอนการเจรจาก่อนเกิดสัญญามากไป อาจเปิดช่องให้ผู้ที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจและสังคมแสวงหาประโยชน์จากกฎหมายได้

ทางแก้ที่ผู้วิจัยเสนอแนะคือ ให้มีการปรับใช้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงและหลักความยุติธรรม และให้ความสนใจกับช่องว่างทางกฎหมายในช่วงการเจรจาเพื่อทำสัญญาก่อนเกิดสัญญาดังกล่าว เนื่องจากต้นทุนในการเตรียมการก่อนเข้าทำสัญญาในช่วงของการเจรจามีสูงขึ้น ทำให้ฝ่ายที่สุจริตต้องเสียเปรียบทั้งการบังคับโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องละเมิดนั้น ฝ่ายที่ต้องเสียหายอาจมีภาระในการพิสูจน์ถึงความไม่สุจริตและไม่มีเหตุอันสมควรในการยกเลิกการเจรจา นอกจากนี้ การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 อาจมีข้อจำกัด เนื่องจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายซึ่งไม่มีการบัญญัติไว้โดยตรง และ ความเห็นที่แตกต่างในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ หรือข้อจำกัดในเรื่องบทบัญญัติซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นเสนอแนะดังนี้

(1) ในขณะที่ยังไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้ชัดเจนทั้งระบบ ทนายความฝ่ายคู่เจรจา ซึ่งได้รับความเสียหายควรยกประเด็นในเรื่องของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตขึ้นในคดี เพื่อให้เป็นประเด็นที่ศาลจะหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้ เพราะหากมิใช่ประเด็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ศาลไม่อาจยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง การพิจารณาเปรียบเทียบเคียงกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 อาจติดขัดในทางปฏิบัติได้

(2) ควรมีการอภิปรายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่ออุดช่องว่างให้ครอบคลุมความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาเพื่อทำสัญญาก่อนที่จะสัญญาจะเกิดให้มีความชัดเจนต่อไปในอนาคต