

## บทที่ 2

### ประวัติความเป็นมา ความหมายของความรับผิดชอบ จากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา

ในชีวิตประจำวันของมนุษย์มีเหตุการณ์ต่างๆ เกิดขึ้นหลายรูปแบบ ซึ่งแต่ละรูปแบบอาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายในลักษณะต่างๆ อาจแยกพิจารณาได้เป็น “เหตุการณ์ธรรมดา” หมายถึง เหตุการณ์ปกติทั่วไปของบุคคล อันก่อให้เกิดผลใดๆทางกฎหมาย นอกจากนี้ยังมี “เหตุการณ์ธรรมชาติ” หมายถึง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติทั่วไป

จากเหตุการณ์ธรรมดาหรือเหตุการณ์ธรรมชาติที่ไม่มีผลใดๆในทางกฎหมายอาจกลายมาเป็นเหตุการณ์ที่มีผลใดๆทางกฎหมายได้ เรียกว่า “นิติเหตุ” ซึ่งหมายถึงเหตุการณ์ธรรมดาหรือเหตุการณ์ธรรมชาติที่มีผลในทางกฎหมาย เช่น นายแดงขับรถไปชนถนน ซึ่งเป็นเหตุการณ์ธรรมดา ยังไม่มีผลใดๆในทางกฎหมาย แต่หากนายแดงขับรถชนท้ายรถยนต์ดำเสียหาย คิดเป็นจำนวนเงินค่าเสียหาย 10,000 บาท กรณีนี้กลายเป็นนิติเหตุหรือมีการทำละเมิดแล้ว กล่าวคือ มีผลในทางกฎหมาย มีความเคลื่อนไหวในทางกฎหมายแล้ว ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนเหตุการณ์ธรรมชาติที่มีผลในทางกฎหมายถือเป็นนิติเหตุ ได้แก่ การเกิด การแก่ การมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ หรือเรื่องที่เกิดที่อกริมตลิ่ง ล้วนแต่มีผลต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะประสงค์ผลนั้นหรือไม่ก็ตาม นิติเหตุจึงเป็นเหตุการณ์ที่มีผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะกว้างกว่านิติกรรม

ส่วนนิติกรรมเป็นนิติเหตุอย่างหนึ่งที่บุคคลนั้นไม่เพียงแต่ตั้งใจกระทำขึ้น แต่ยังมีมุ่งหมายให้เกิดผลทางกฎหมายด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า นิติกรรมเป็นเสมือนเครื่องมือที่กฎหมายมอบให้บุคคลเพื่อไปผูกนิติสัมพันธ์กันหรือสร้างความสัมพันธ์ในทางกฎหมายนั่นเอง หากศึกษาเรื่องเอกเทศสัญญาต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ ตัวเงิน หุ้นส่วนบริษัท ฯลฯ ดังที่กล่าวมานี้ล้วนแต่อาศัยนิติกรรมเป็นพื้นฐานเสมอ<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> **หลักการสำคัญๆ เบื้องหลังของนิติกรรมสัญญา ได้แก่** รากฐานของแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติและสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์, หลักอิสระในเจตจำนง (Free will), หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism), หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of will) เป็นต้น, ราชละเอียดดู สนันทกรณ์ (เจ้าปี) โสคติพันธ์. (2543). **คำอธิบายนิติกรรมสัญญา**. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. หน้า 24-30.

## 2.1 ความหมาย สถานะ และการเกิดขึ้นของสัญญา

### 2.1.1 ความหมายของสัญญา

ศาสตราจารย์อภิศราทร จุฬารัตน อธิบายว่า “สัญญานั้นเป็นเรื่องของนิติกรรมนั่นเอง แต่เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป หรือพูดอีกนัยหนึ่ง สัญญา ก็คือ การแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายตามที่คู่สัญญาประสงค์ หรือในบางประเทศให้ความหมายว่า เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายที่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้น ซึ่งเน้นหนักกว่าจะต้องเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดหนี้”<sup>2</sup>

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ อธิบายว่า “สัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป อันต่างกับนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียวการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปนั้นแต่ละฝ่ายอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนรวมกันเป็นฝ่ายเดียวกันก็ได้ เช่น เจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินร่วมกันหลายคนทำสัญญาขายทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ซื้อเพียงคนเดียว คู่สัญญาย่อมมีสองฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ขายและฝ่ายผู้ซื้อ”<sup>1</sup>

อาจารย์อภิศราทร มณีภาค อธิบายว่า “สัญญา คือ นิติกรรมสองฝ่าย ซึ่งนิติกรรมสองฝ่ายก็คือนิติกรรมซึ่งมีผู้แสดงเจตนาฝ่ายหนึ่งและผู้รับการแสดงเจตนาอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีเพียงผู้แสดงเจตนาแต่ฝ่ายเดียวไม่เป็นสัญญา ฉะนั้น นิติกรรมจึงไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญา แต่สัญญาจำเป็นต้องเป็นนิติกรรมเสมอไป”

รองศาสตราจารย์ ดร. จำปี โสคติพันธ์ อธิบายว่า “สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งมุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์”

สัญญาเป็นปัจจัยพื้นฐานของกลุ่มคน ที่ทุกคนจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ สัญญาเปรียบเสมือนเครื่องจักรที่มีเฟืองหมุนไปตามเจตนาของบุคคล ด้วยเทคนิคที่บุคคลสามารถทำให้เกิดความผูกพัน สำหรับอนาคตอันใกล้หรือไกลได้ สัญญาเป็นข้อตกลงของบุคคลที่มีจุดมุ่งหมายก่อให้เกิดหนี้ขึ้น เมื่อบุคคลทำสัญญากัน สัญญาที่เกิดขึ้นก็เปรียบเสมือน “กฎหมาย” ที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ปฏิบัติตาม<sup>3</sup>

<sup>2</sup> บทที่ 7 การก่อให้เกิดสัญญา คำมั่น. (2554). เข้าถึงได้จาก : <http://e-learning.mfu.ac.th/mflu/1602203/chap7.htm>. [2554, 22 กรกฎาคม].

<sup>3</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*. (ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1-3.

สัญญา คือ ความตกลงที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายเป็นความตกลงที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพันตนเองกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่างในอนาคต และบุคคลฝ่ายหลังมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้กระทำการหรือไม่กระทำการตามสัญญาให้สำเร็จลงได้ หรือ

สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่อยู่ในรูปข้อตกลงต่างๆ ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด

สัญญาคือ สมรรถใจของเจตนาของคู่สัญญามีหน้าที่ในการชำระหนี้ตามมูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากความหมายของคำว่า “สัญญา” ดังกล่าว มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) สัญญานั้นต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ถ้าฟังบุคคลเพียงฝ่ายเดียวไม่อาจที่จะก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นมาได้

2) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องมีการแสดงเจตนา ซึ่งถูกต้องตรงกัน ซึ่งเรียกตามภาษากฎหมายว่า มีความตกลงยินยอมของบุคคลสองฝ่ายนั่นเอง

3) ต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายตามที่ทั้งสองต้องการ หลักกฎหมายสัญญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของทุกประเทศมีพื้นฐานของหลักเจตนาของบุคคลและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นหลักในการอธิบายว่าทำไมคู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามสัญญา หรือสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda)

ด้วยเหตุดังกล่าว คู่สัญญาจะอ้างในภายหลังที่สัญญาเกิดขึ้นโดยความสมัครใจ โดยไม่มีการข่มขู่ หรือสำคัญผิด หรือกลฉ้อฉล ว่าสัญญานั้นไม่ยุติธรรม อันตนไม่ควรต้องผูกพันหรือต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่ได้

อย่างไรก็ดี การที่สัญญาสามารถมีผลบังคับได้ระหว่างคู่สัญญาเพราะสัญญาเกิดจากเจตนาที่ตกลงยินยอมโดยสมัครใจไม่ถูกบังคับ เนื่องจากบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งคู่สัญญามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาเท่าเทียมกัน

### 2.1.2 สถานะของสัญญาในอดีต

การศึกษาถึงสถานะของสัญญาในอดีต แต่เดิมในสมัยโบราณก่อนยุคทอง<sup>4</sup> มีความเข้าใจว่า เรื่องนี้ (Obligatio) ว่าเป็นเงื่อนไขของผู้ที่ถูกผูกมัดและอำนาจบังคับบุคคลที่ถูกผูกมัดหรือมีพันธะที่จะบังคับได้ทางกายภาพ ที่ผู้ถูกผูกมัดอยู่ในสภาพเหมือนทาสขึ้นหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของ หนี้ ต่อมาในยุคทองกฎหมายโรมัน ได้พัฒนาแยกสถานะความเป็นลูกหนี้หรือผู้ถูกผูกมัดออกจาก

<sup>4</sup> ยุคทอง หมายถึง classical period เป็นยุคที่โรมันเข้าสู่ยุคจักรวรรดิที่ถือว่าเป็นยุคทองของกฎหมายโรมันราวคริสต์ศตวรรษที่ 2-3. ในศาสตราจารย์ ดร.ประชุม โนมฉาย. (2541). *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 151-177.

ความเป็นทรัพย์สิน ความผูกมัดทางกายภาพหมดไป กลายเป็นความผูกพันที่จะต้องกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผูกพันโดยกฎหมาย

ประมวลกฎหมายของพระเจ้า Justinien<sup>5</sup> ในส่วนของ Institutions บทหนึ่งให้ความหมายว่า “นี่เป็นนิติสัมพันธ์อันทำให้เราต้องปฏิบัติหน้าที่บางอย่างตามกฎหมายของนครหรือรัฐของเรา” และอีกบทหนึ่งในส่วนของ Digesta ว่า “สาระของหนี้มิได้ทำให้เราเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือทำให้เราได้มาซึ่งภาระจำยอมแต่เป็นการบังคับให้บุคคลอีกคนหนึ่งให้หรือกระทำหรือจัดหาให้บางสิ่งบางอย่างแก่เรา”

สัญญาในสมัยโรมัน ไม่มีลักษณะของความผูกพันที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของบุคคล ที่อิสระ สัญญาจะถูกจำกัดทั้งรูปแบบและสถานะของบุคคลที่จะเข้าเป็นคู่สัญญา โดยมีข้อจำกัดเฉพาะบุคคลบางสถานะเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทำสัญญาได้ ความสัมพันธ์ในรูปของสัญญาในศตวรรษที่ 6 กฎหมายโรมันรองรับมีอยู่ 3 ลักษณะ คือ

สัญญาลักษณะแรก เป็นสัญญาตามแบบพิธี (formal contracts - contrats solennels) ที่การก่อให้เกิดสัญญามีลักษณะเคร่งครัดที่ต้องทำให้ถูกต้องตามแบบคำพูดที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นสัญญาผูกพันโดยคำพูด (verbis) กล่าวคือ มีข้อความของคำพูดที่เป็นคำถามและคำตอบที่กำหนดให้ผู้ทำสัญญาจะต้องกล่าวโต้ตอบกัน ลักษณะของคำถามคำตอบที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้น เรียกว่า stipulatio

สัญญาลักษณะที่สอง เป็นสัญญาที่เรียกว่า ทรัพย์สินสัญญา (real contracts - contrats re'els) ที่ไม่จำเป็นต้องทำตามแบบพิธี (informal contracts) เหมือนสัญญาลักษณะแรก เป็นสัญญาที่มีความผูกพันเพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ได้รับสิ่งของ ทรัพย์สิน หรือเงินจากอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อรับไปแล้วก็มีหน้าที่ต้องคืนในภายหลัง มีการจำแนกประเภทของสัญญาที่เป็นทรัพย์สินสัญญาตามประมวลกฎหมายพระเจ้า Justinien อยู่ 4 ประเภท ได้แก่ mutuum (สัญญายืมสำหรับผู้บริโภค), commodatum (สัญญายืมใช้), depositum (สัญญาฝากของ), pignus (สัญญาประกันด้วยของ) สัญญาเหล่านี้คู่สัญญามีความสัมพันธ์ต่อกันเพราะมีการส่งมอบทรัพย์สิน

สัญญาลักษณะที่สาม เป็นสัญญาที่เกิดจากการยินยอมกัน (the consensual contracts) ซึ่งเป็นสัญญาสองฝ่ายที่ต่างตอบแทนกัน สาเหตุที่ทำให้เกิดสัญญาประเภทนี้เนื่องจากการค้าระหว่างนครรัฐ ซึ่งพ่อค้าจะตกลงยินยอมโดยมีพื้นฐานความไว้วางใจ สัญญาที่อยู่ในลักษณะนี้ได้แก่ emptio-venditio (สัญญาซื้อขาย), location-conductio (สัญญาเช่า), societas (สัญญาห้างหุ้นส่วน), mandatatum (สัญญาตัวแทน)

<sup>5</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. (2525). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์. หน้า 108-110.

สัญญาทั้งสามลักษณะในสมัยโรมันข้างต้นนี้ไม่มีกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่มีลักษณะเป็นหลักทั่วไป แต่เป็นกฎหมายว่าด้วยสัญญาเฉพาะแต่ละสัญญา ดังนั้น คู่สัญญาจึงไม่สามารถตกลงทำสัญญา นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดรูปแบบและความผูกพันของสัญญาแต่ละประเภทไว้แล้ว

### 2.1.3 การเกิดของสัญญา

#### 2.1.3.1 การเกิดของสัญญาโดยทั่วไป

สัญญานั้นได้แก่นิติกรรมหลายฝ่ายที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งทำคำเสนออีกฝ่ายหนึ่งทำคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองมีข้อความถูกต้องสอดคล้องกัน สัญญาจึงจะเกิดขึ้น และก่อนนี้ผูกพันคู่สัญญาทุกฝ่ายให้ต้องปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่อันเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้น<sup>6</sup>

การแสดงเจตนาทำคำเสนอ เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอย่างหนึ่งซึ่งเรียกว่านิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียว ดังนั้น คำเสนอจึงมีผลตามกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งคือ เมื่อมีการสนองรับคำเสนอนี้ก็จะมีผลก่อให้เกิดสัญญา ดังนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า “ความสอดคล้องต้องกัน” ระหว่างคำเสนอและคำสนองนั้นมีผลก่อให้เกิดสัญญาขึ้นได้อย่างสำคัญ ฉะนั้น เมื่อใดที่ขาดความสอดคล้องต้องกันระหว่างคำเสนอและคำสนอง (Dissens) สัญญาย่อมไม่เกิดขึ้น

นอกจากนี้ยังมีความไม่สอดคล้องต้องกันอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าความไม่สอดคล้องต้องกันที่เปิดเผย (Offener Dissens) คือ เป็นกรณีที่คู่กรณีรู้อย่างไรไม่ได้ตกลงกันในบางข้อตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 โดยสรุปว่า ความสอดคล้องต้องกันระหว่างคำเสนอและคำสนองนั้นย่อมก่อให้เกิดสัญญาได้ในกรณีต่างๆ ไป ส่วนความไม่สอดคล้องต้องกันระหว่างคำเสนอและคำสนองที่เรียกว่า Dissens นั้นในบางกรณีไม่ทำให้เกิดสัญญาขึ้น เช่น กรณี “ความไม่สอดคล้องต้องกันที่เปิดเผย” หรือที่เรียกว่า Offener Dissens ซึ่งเป็นกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 366

การเกิดของสัญญาโดยทั่วไปนั้น ผู้วิจัยได้นำเฉพาะหัวข้อ “เวลาที่เกิดสัญญา” มาอธิบายประกอบการวิเคราะห์ปัญหาในบทที่ 4 ดังนี้<sup>7</sup>

การกำหนดเวลาที่เกิดสัญญานั้นเป็นเรื่องสำคัญประการแรก ทั้งนี้เพราะถ้าจะพิจารณาถึงการเกิดของสัญญาแล้ว ตามหลักทั่วไปสัญญานั้นจะต้องมีการแสดงเจตนาสอดคล้องกันโดยการทำคำเสนอและคำสนอง ซึ่งโดยหลักการแล้วคำสนองจะมีผลก่อให้เกิดสัญญาขึ้นก็

<sup>6</sup> ปชยศ เหมะรัชตะ. (2547). *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 153-155.

<sup>7</sup> *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 158.

ต่อเมื่อคำเสนอนั้นยังไม่สิ้นสุดลง เช่น ผู้เสนอไม่ได้ถอนคำเสนอหรือยังไม่พ้นกำหนดเวลาให้ทำคำสนอง หรือผู้เสนอไม่ได้ถึงแก่ความตาย หรือตกเป็นคนที่ไร้ความสามารถ โดยผู้สนองรู้อยู่ก่อนที่จะทำคำสนอง ดังนี้เป็นต้น

เวลาที่เกิดสัญญาอาจนำมาใช้แก้ปัญหาต่างๆ ได้หลายกรณี เช่น ในกรณีที่มีกฎหมายออกมาใช้บังคับใหม่จะต้องพิจารณาว่า ในขณะนั้นสัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ถ้ากฎหมายใหม่นั้นออกใช้ภายหลังที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว โดยหลักการนั้น กฎหมายก็ย่อมไม่มีผลใช้บังคับต่อสัญญานั้น ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้นถือว่า ขณะที่มีการสนองรับตามคำเสนอแล้วสัญญาก็เป็นอันเกิดขึ้นในขณะนั้น และภายหลังที่ได้มีการสนองรับคำเสนอแล้วคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะปฏิเสธหรือถอนคำเสนอคำสนองของตนเสียหาได้ไม่ เช่น ผู้สนองสนองรับแล้วโดยเขียนจดหมายส่งคำสนองมาทางไปรษณีย์ แต่ก่อนที่คำสนองจะส่งมาถึงผู้เสนอ ผู้เสนอเปลี่ยนใจรีบส่งโทรเลขไปบอกว่าตนขอถอนคำเสนอที่ได้ส่งมาทางไปรษณีย์โทรเลขถอนคำสนองนี้ แม้จะส่งมาถึงก่อนจดหมายที่สนองรับก็ห้ามมีผลแต่อย่างใดไม่ เพราะสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วตั้งแต่วันที่ผู้เสนอได้เอาจดหมายที่สนองรับทิ้งลงไปในตู้ไปรษณีย์ (Contract by Post) ซึ่งตรงกับ “ทฤษฎีการส่งเจตนา” (Theory of Dispatch) ซึ่งถือว่าเมื่อมีการแสดงเจตนาออกมาแล้วจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ส่งการแสดงเจตนาไปแล้ว

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) นั้น ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นทันทีเมื่อเวลาที่ผู้เสนอ “ส่ง” คำสนองตามหลักทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of Dispatch) หรือที่เรียกว่า “Contract by Post” หรือ “The Mailbox Rule” ซึ่งถือว่าคำสนองทางไปรษณีย์ย่อมจะสมบูรณ์ได้เมื่อส่งคำสนอง ถ้าผู้เสนอมิได้กำหนดคำสนองโดยวิธีการส่งธรรมดาตามที่วิญญูชนปกติกระทำ ย่อมก่อให้เกิดสัญญาขึ้น ถึงแม้ผู้เสนอจะไม่ทราบวิธีการส่งนั้น ซึ่งผู้เสนออาจหลีกเลี่ยงวิธีการส่งที่ไม่แน่นอนนี้ได้ โดยระบุไว้อย่างแน่นอนในคำเสนอว่าสัญญาจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อได้รับคำสนองแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า คำสนองต้องตอบรับไปตามวิธีที่ผู้เสนอได้กำหนดให้ตอบ ถ้าผู้เสนอไม่ได้กำหนดวิธีการที่ให้ตอบหรือสนองรับแล้ว ผู้รับคำเสนอก็ต้องตอบสนองโดยวิธีอันสมควรต่อเหตุการณ์แล้ว สัญญานั้นก็เป็นอันได้เกิดขึ้นในขณะที่มีการสนองรับ โดยถูกต้อง ต่อจากนั้นไปคำสนองจะได้ทราบถึงผู้เสนอหรือไม่ไม่ใช่ข้อที่จะวินิจฉัย ส่วนผลของทฤษฎีการเกิดสัญญานี้มีผลสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก สัญญาย่อมเกิดขึ้น เมื่อได้ส่งคำสนองที่ถูกต้องตามวิธีการและด้วยเหตุนี้อำนาจการบอกเลิกหรือถอนคำเสนอของผู้เสนอย่อมสิ้นสุดลง ทั้งนี้ เพราะตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น คำเสนอยังไม่ผลผูกพันผู้ทำคำเสนอแต่ประการใดตราบเท่าที่ยังไม่มีคำสนองรับ ดังนั้นแม้ว่าผู้เสนอจะได้ส่งคำเสนอไปยังผู้รับคำสนองแล้วก็ตาม ตราบใดที่ยังไม่มีคำสนองรับที่ถูกต้องตามวิธีการ ผู้เสนอจึงอาจถอนคำเสนอนั้นได้เสมอ

ประการที่สอง สัญญาข้อมเกิดขึ้นได้เสมอ แม้ว่าคำสนองจะไปไม่ถึงผู้เสนอหรือสูญหายไปในช่วงทาง ผู้เสนอต้องเป็นผู้รับภัยพิบัติจากการสูญหายของคำเสนอดังกล่าว

ส่วนหลักในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) นั้นในกฎหมายฝรั่งเศสถือหลักที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นต่อเมื่อคำสนอนั้นได้ส่งไปยังผู้เสนอแล้วเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 151 สัญญาข้อมเกิดขึ้นเมื่อมีคำสนอนโดยไม่จำเป็นว่า ผู้เสนอจะต้องได้รับแจ้งถึงคำสนอนนั้น ถ้าการแจ้งเช่นนั้นจะไม่อาจคาดหมายได้ตามปกติประเพณีหรือผู้เสนอได้สละภาระนั้นและระยะเวลาที่มีคำสนอนสิ้นสุดต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้เสนอในการเสนอนั้นหรือในพฤติการณ์เช่นนั้น มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นหลักที่ใช้เทียบเคียงในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 161 ของไทยตามที่อ้างของกรมร่างกฎหมาย ซึ่งเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น แตกต่างจากหลักในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศสตรงที่ผู้เสนอจะต้องผูกพันตนเอง ตามคำเสนอของตนภายในเวลาพอสมควร ซึ่งเป็นผลให้ผู้เสนอไม่อาจถอนคำเสนอของตนได้ภายในระยะเวลาดังกล่าว นอกจากนั้นผลแห่งการที่ผู้รับคำสนองไปข้อมก่อให้เกิดสัญญาขึ้น โดยไม่จำเป็นว่าผู้เสนอจะต้องได้รับแจ้งถึงคำเสนอนั้นหรือไม่ด้วย

ตามกฎหมายไทยนั้น ได้กล่าวแล้วว่า สัญญาข้อมเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ อีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกันแล้วสัญญาข้อมเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาเรื่องการเกิดของสัญญาโดยทั่วไปนี้อาจแยกออกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ

#### ก) การเกิดของสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง

ในการพิจารณาถึงเวลาเกิดของสัญญา ในกรณีของสัญญาที่ได้ทำขึ้นในระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง หรือที่มีได้อยู่เฉพาะหน้านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 บัญญัติว่า “อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้น ข้อมเกิดเป็นสัญญาขึ้น แต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนอนไปถึงผู้เสนอ<sup>8</sup>

ถ้าตามเจตนาอันผู้เสนอได้แสดงหรือตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนอนไซ้ ท่านว่าสัญญานั้นเกิดเป็นสัญญาขึ้นในเวลาเมื่อ มีการอันใดอันหนึ่งขึ้นอันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ”

จากบทบัญญัติมาตรา 361 นี้จะเห็นได้ว่า กรณีของสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางนั้น สัญญาข้อมเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ

#### 1) สัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนอน “ไปถึง” ผู้เสนอ

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 161-166.

2) สัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาเมื่อมี “การอันใดอันหนึ่งอันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ”

ในกรณีที่คำบอกกล่าวสนอง “ไปถึง” ผู้เสนอซึ่งทำให้สัญญาเกิดขึ้นตามมาตรา 361 วรรคแรก หมายความว่า คำสนองไปถึงผู้เสนอเมื่อใดสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อนั้นซึ่งเป็นการใช้หลัก “le systeme de la reception” อันเป็นอย่างเดียวกันกับการเกิดขึ้นของการแสดงเจตนาที่ให้แก่บุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทางตามมาตรา 169 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ลืมว่า “คำสนอง” ที่ว่านี้จะต้องมีข้อความสอดคล้องต้องกันกับคำเสนอในเวลาที่ยังไม่สิ้นผลด้วย ดังนั้น กรณีที่ผู้เสนอและผู้สนองอยู่ห่างกัน เมื่อผู้รับคำเสนอได้ทำคำสนองส่งไป และคำสนองไปถึงผู้เสนอซึ่งยังไม่พ้นเวลาโดยพฤติการณ์ตามปกติ ผู้เสนอควรได้ทราบคำสนองเมื่อใด ก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำสนองไปถึง แม้ว่าความจริงแล้วผู้เสนอจะได้ทราบคำสนองนั้นในวันหลัง หรือแม้จะไม่ทราบคำสนองนั้นเลยก็ถือว่า “สัญญา” ได้เกิดขึ้นเมื่อคำสนองนั้นมาถึงแล้วเหมือนกัน ด้วยเหตุนี้ เพียงแต่ตกลงและแสดงความตกลงใจออกมา แต่ยังไม่แสดงเจตนาไปถึงผู้เสนอ จึงยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น

ส่วนมาตรา 361 วรรคสอง แสดงให้เห็นว่า สัญญานั้นอาจเกิดขึ้นตั้งแต่ “เวลา” เมื่อมีการอันใดอันหนึ่งอันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่ผู้เสนอได้แสดงเจตนาไว้ว่า ไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองรับหรือเป็นกรณีที่ตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองรับด้วยซึ่งแสดงว่า การจะต้องมีคำสนองอย่างไรหรือไม่ ย่อมแล้วแต่เจตนาของผู้เสนอที่จะกำหนดให้ผู้รับคำเสนอปฏิบัติกรณีหนึ่ง และในกรณีที่ไม่มีคำบอกกล่าวสนองตามปกติประเพณีอีกกรณีหนึ่ง

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่การสนองรับจะต้องทำอะไรหรือไม่ ย่อมแล้วแต่เจตนาของผู้เสนอที่จะกำหนดให้ผู้รับคำเสนอปฏิบัติ นั้น ผู้เสนอย่อมกำหนดวิธีการทำคำสนองไว้ โดยเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ เช่น การกำหนดให้ทำคำสนองโดยทางจดหมายหรือทำคำสนองทางโทรเลขซึ่งจะมีผลเมื่อไปถึงผู้เสนอ หรืออาจกำหนดให้ทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนที่จะทำคำสนองก็ได้

การที่ผู้รับคำเสนอต้องทำคำสนอง โดยวิธีกำหนดไว้ในคำสนอง หรือทำการตามที่คำเสนอระบุไว้เป็นการสนองรับนั้น เมื่อผู้รับคำเสนอได้กระทำการดังกล่าวแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้นในขณะนั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสนอจะได้ทราบถึงการกระทำนั้นหรือไม่ (Principle of Expression)

กรณีที่ผู้เสนอกำหนดวิธีการทำคำสนองดังกล่าวแล้ว ผู้เสนอนั้นจึงย่อมมีสิทธิที่จะกำหนดให้ผู้รับคำเสนอปฏิบัติได้เฉพาะวิธีการทำคำสนองเท่านั้น ผู้เสนอนั้นห้ามมีสิทธิที่จะ



กำหนดวิธีการให้แก่ผู้รับคำเสนอปฏิบัติเพื่อปฏิเสธคำเสนอไม่ เพราะจะมีผลเป็นการบังคับให้ผู้รับคำเสนอต้องกระทำการอย่างหนึ่งในเมื่อเขาจะปฏิเสธไม่ทำสัญญา โดยเขาไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำคำปฏิเสธแต่อย่างใด ในเมื่อเขาไม่ประสงค์จะทำสัญญา อีกนัยหนึ่งก็คือ มนุษย์ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิเสธสิ่งต่างๆ ที่ตนไม่ได้ตกลงด้วย เหตุนี้ถ้าผู้เสนอกำหนดไปว่าหากผู้รับคำเสนองหนึ่งไม่ตอบ จะถือเป็นการสนองรับ ข้อกำหนดเช่นนี้ไม่มีผลผูกมัดผู้รับคำเสนอให้ต้องปฏิเสธ แต่ถ้าผู้รับคำเสนอประสงค์จะสนองรับก็อาจถือเอาการนิ่งเป็นคำสนองให้และสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการอย่างใดเกิดขึ้น อันแสดงได้ว่ามีเจตนาสนองรับ

#### ข) การเกิดของสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า

ในกรณีที่สัญญาได้ทำกันระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้านั้น ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ทำคำเสนอและผู้รับคำเสนอสามารถจะติดต่อทำความเข้าใจได้โดยทันที ในกรณีดังกล่าวเช่นนี้ มาตรา 356 บัญญัติว่า “คำเสนอทำแก่บุคคล ผู้ที่อยู่เฉพาะหน้าโดยมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำเสนอนั้น เสนอ ณ ที่ใด เวลาใด ก็ย่อมจะ สนองรับได้ แต่ ณ ที่นั้น เวลานั้น ความข้อนี้ ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย” อันหมายความว่าถ้าเป็นการเสนอกันเฉพาะหน้าและมีได้บ่งระยะเวลาให้สนองรับ หากได้สนองรับในทันทีทันใด สัญญาที่ย่อมเกิดขึ้นในเวลานั้น<sup>9</sup>

แต่ถ้าบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ตามมาตรา 354 ซึ่งต้องคอยรับคำสนองตามกำหนดเวลามีใช้เรื่องสนองรับกันในทันทีทันใด ผู้สนองอาจมาสนองรับกับผู้เสนอเฉพาะหน้าผลโดยทั่วไปก็ควรต้องเป็นเช่นเดียวกัน แต่ถ้าผู้สนองมิได้สนองรับกับผู้เสนอในทันทีทันใด ณ ที่นั้นและเวลานั้น ทั้งยังมีได้อยู่เฉพาะหน้าผู้เสนอแล้ว นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า กรณีนี้จึงเป็นการทำคำเสนอต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง ทั้งนี้เพราะถือว่า กรณีอยู่เฉพาะหน้านั้น ได้แก่ กรณีที่สามารถทำการติดต่อเข้าใจกันได้โดยทันที และสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอได้ทราบคำสนองที่ผู้สนองแสดงออก (Principle of Perception)

อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังกล่าวนี้ ความจริงมิได้มีบทบัญญัติของกฎหมาย มาตราใดบัญญัติไว้ให้เห็น โดยแจ้งชัดดังเช่นกรณีการแสดงเจตนาทำสัญญาต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง หรือต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 ที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่ยอมรับกันว่า การแสดงเจตนาทำสัญญาแก่บุคคลที่อยู่เฉพาะหน้านั้น จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 356 เหตุนี้ สัญญาจึงย่อมเกิดขึ้นในทันทีที่มีการบอกกล่าวสนองกับผู้ทำคำเสนอ

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 169-171.

เหตุนี้เอง โดยเหตุผลในทางตรงกันข้ามในเรื่องของ “การแสดงเจตนาทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้านั้น” แม้ว่าผู้แสดงเจตนาจะอยู่ห่างไกลกันมากมายเพียงใด แต่ถ้ายังสามารถติดต่อทำความเข้าใจกันได้ทันทีแล้ว ย่อมต้องถือว่าเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การแสดงเจตนาผ่านทางโทรศัพท์ทางไกลหรือเทเล็กซ์ (Telex) หรือเครื่องมือสื่อสารอื่นใดที่จะมีในอนาคตเหล่านี้ ย่อมถือว่าเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าได้ แม้ว่าผู้แสดงเจตนาจะอยู่ห่างไกลคนละประเทศหรือคนละทวีป

### 2.1.3.2 กรณีที่สัญญาไม่เกิด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 บัญญัติว่า “ข้อความใดๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญา แม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่างถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่ ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้น จะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้ มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ”

ตามมาตรา 366 ดังกล่าวข้างต้น แยกอธิบายได้ดังนี้

#### ก. สัญญาไม่เกิดเพราะยังมีได้ตกลงกันหมดทุกข้อ (มาตรา 366 วรรคแรก)

หลักสำคัญของสัญญาก็คือ ต้องมีการตกลงยินยอมสอดคล้องต้องกันทุกๆ ฝ่าย โดยเฉพาะคือ ตกลงกันในส่วนสาระสำคัญของสัญญา สัญญานั้นจึงจะเกิดขึ้นได้ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า คำเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกันในเรื่องหาแล้ว สัญญาที่มุ่งจะทำนั้นจึงจะเกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ เหตุนี้ หากตราบใดที่คู่สัญญายังมิได้ทำความเข้าใจในความตกลงในข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญกันหมดทุกข้อ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยเสียแล้ว ก็ยังถือว่าสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้วหาได้ไม่เว้นแต่ข้อความที่ยังมิได้ตกลงกันให้สำเร็จนั้น เป็นข้อความซึ่งมิใช่สาระสำคัญอันจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะตกลงกันในข้อนี้ไม่ได้ สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นแล้ว ข้อความในสัญญาอันเป็นสาระสำคัญซึ่งได้ตกลงกันไว้แล้วก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์ กล่าวคือ เป็นสัญญาผูกพันบังคับกันได้

ข้อสังเกตประการแรกก็คือ การแสดงเจตนาทำคำเสนอที่ดี และการแสดงเจตนาทำคำสนองที่ดี จะต้องอยู่ในบังคับของหลักในเรื่อง “ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา” ทั้งยังต้องเป็นไปโดยสุจริตกล่าวคือ การแสดงเจตนาอันมิได้เกิดเพราะกลฉ้อฉล ข่มขู่ หรือสำคัญผิด อันอาจมีผลทำให้การแสดงเจตนาทำคำเสนอหรือคำสนอนนั้นเป็น โฆษะหรือเป็น โฆษิยะ ไปในที่สุด

ข้อสังเกตประการต่อไปคือ ต้องมีการตกลงของทุกๆ ฝ่าย ในทุกๆ ข้อที่มุ่งหวังจะทำสัญญากัน ถ้าขาดความตกลงในข้อสำคัญๆ แม้แต่ข้อใดข้อหนึ่งแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้นไม่ได้ เช่น สัญญาซื้อขาย ถ้าตราบใดที่คู่สัญญายังมิได้ตกลงกันในเรื่องราคาแล้ว สัญญาซื้อขายย่อมเกิดขึ้นไม่ได้

การขาดความตกลงกันระหว่างคู่สัญญานี้อาจเป็นไปได้โดยการเปิดเผย ซึ่งเรียกว่า “ความไม่สอดคล้องต้องกันที่เปิดเผย” (Offener Dissens) คือ เป็นกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยังไม่ได้ตกลงกันในบางข้อ เช่น ผู้ซื้อขยต่อราคาไม่ตกลงกัน หรืออาจเป็นการขาดแคลนความตกลงกัน โดยที่คู่สัญญาไม่รู้ตัว เรียกว่า “ความสอดคล้องต้องกันที่ซ่อนเร้น” (Versteckter Dissens) โดยคู่สัญญาเข้าใจว่าได้ตกลงกันเรียบร้อยแล้วแต่แท้จริงการแสดงเจตนาของแต่ละฝ่ายยังหาได้ถูกต้องตรงกันไม่

โดยสรุปก็คือ การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมนั้น สัญญาย่อมเกิดขึ้น แต่ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 ส่วนกรณีของการขาดความสอดคล้องต้องกันที่ซ่อนเร้นนั้น สัญญาไม่เกิดขึ้นเลยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคแรก<sup>10</sup>

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคแรก มีความหมายแต่เพียงว่า การที่คู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันได้หมดทุกข้ออันจะถือว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน จะต้องเป็นกรณีที่มิใช่ข้อสงสัยเท่านั้น เหตุนี้ หากไม่มีกรณีเป็นที่สงสัยหรือว่าเป็นกรณีโดยทั่วไปแล้ว เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องสอดคล้องกันในเรื่องแล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้นเสมอ

#### ข. สัญญาไม่เกิดเพราะยังมีได้ทำเป็นหนังสือ (มาตรา 366 วรรคสอง)

กรณีที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสองนั้น เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเอาไว้ว่า สัญญาที่เกิดขึ้นผูกพันกันได้นั้นจะต้องเป็นสัญญาที่ได้ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นหนังสือ เหตุนี้ หากตราบไคที่คู่กรณียังมีได้ทำสัญญาเป็นหนังสือ หรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าได้ทำสัญญาเป็นหนังสือขึ้นแล้วหรือยัง แม้จะได้มีคำเสนอและคำสนองถูกต้องสอดคล้องกันแล้วก็ตาม ก็ยังถือว่า สัญญาที่มุ่งจะทำนั้นมิได้เกิดขึ้น

ข้อสังเกตประการแรก สำหรับบทบัญญัติมาตรา 366 วรรคสองนี้คือ กรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้ทำสัญญาตามแบบใดแบบหนึ่ง ทั้งที่กฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้เป็นอย่างอื่น ข้อตกลงเช่นนี้ก็ย่อมใช้บังคับได้

ข้อสังเกตประการต่อไปคือ กรณีที่มีการชำระหนี้หรือปฏิบัติตามข้อตกลงไปแล้ว โดยมิได้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่มุ่งหมายเอาไว้แต่แรก พฤติการณ์ดังกล่าวนี้อาจชี้เจตนาของคู่กรณีได้ว่า หนังสือสัญญาที่มุ่งกระทำนั้นปรากฏโดยชัดแจ้งจากเจตนาของคู่กรณีถือว่ามีสัญญาต่อกันเมื่อมีการทำสัญญาเป็นหนังสือแล้ว ตราบใดที่ยังมิได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือ ตราบนั้นสัญญาก็ยังไม่เกิด

<sup>10</sup> ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคแรก บัญญัติว่า “ข้อความใดๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญา แม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบไค เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้จะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่”

## 2.2 กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา

กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาเกิดขึ้นได้หลายวิธี วิธีที่เป็นที่รู้จักของนักกฎหมายคือ เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทั้งสองฝ่ายสัญญาย่อมเกิดขึ้น แต่ปัจจุบันด้วยเทคโนโลยีและประเพณีทางการค้าที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดสัญญาด้วยกระบวนการที่แตกต่างออกไป ดังที่จะรวบรวมเป็นพื้นฐานเพื่อนำไปสู่ความเข้าใจเรื่องความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาเพื่อทำสัญญาโดยจำแนกตามช่วงเวลาในการแสดงเจตนา

### 2.2.1 การทำคำเสนอ

การที่ฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งทำคำสนองต้องตรงกันก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นนั้น นับเป็นโครงสร้างหลักในการก่อให้เกิดสัญญาในทุกระบบกฎหมาย

ความแตกต่างอยู่ตรงที่ว่า ในการทำคำเสนอนั้น เมื่อคำเสนอมีผลเป็นคำเสนอคือไปถึงผู้รับหรือผู้รับได้รับรู้ถึงคำเสนอนั้นแล้ว ผู้ทำคำเสนอจะถอนคำเสนอได้หรือไม่

ในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ถือว่าผู้ทำคำเสนอยังคงถอนคำเสนอของตนได้เสมอ ตราบเท่าที่สัญญายังไม่เกิดตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และถือว่าคำเสนอมิใช่นิติกรรมแต่เป็นเพียงขั้นตอนก่อนสัญญา การทำคำสนองจึงไม่ก่อความผูกพันกับผู้ทำคำเสนอแต่อย่างใด

ในส่วนกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้น โดยหลักถือว่าคำเสนอเมื่อมีผลเป็นคำเสนอแล้วย่อมถอนไม่ได้ ตามหลักการคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของผู้รับคำเสนอที่ควรจะมีเวลาในการพิจารณาคำเสนอบ้าง แต่หากระบุไว้ในคำเสนอว่าผู้ทำคำเสนอจะถอนคำเสนอก็ได้ คำเสนอนั้นก็จะถอนได้ตามเจตนา ทั้งนี้ เป็นที่เข้าใจว่าคงเป็นเพราะผู้รับคำเสนอทราบถึงข้อกำหนดดังกล่าวมาแล้วตั้งแต่ต้น การถอนคำเสนอจึงไม่ได้กระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความไว้เนื้อเชื่อใจของผู้รับคำเสนอแต่ประการใด

ในส่วนของกฎหมายไทยนั้นถือว่าเมื่อคำเสนอมีผลเป็นคำเสนอแล้วย่อมไม่อาจถอนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 บัญญัติว่า “คำเสนอจะทำสัญญาอันบังระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น ท่านว่า ไม่อาจจะถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้”

มาตรา 355 บัญญัติว่า “บุคคลทำคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางและมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนจะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอนนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่”

แต่จะสิ้นความผูกพันไปเอง เมื่อถึงเวลาตามมาตรา 357 “คำเสนอใดเขาบอกปิดไปยังผู้เสนอแล้วก็ดี หรือมิได้สนองรับภายในเวลากำหนดดังกล่าวมาในมาตราทั้งสามก่อนนี้ก็ดี คำเสนอนั้นท่านว่าเป็นอันสิ้นความผูกพันแต่นั้นไป”

จึงเห็นควรพิจารณาประเด็นตามระบบกฎหมายไทย โดยหลักที่ได้กล่าวมาแล้ว คำเสนอเมื่อมีผลเป็นคำเสนอแล้วย่อมถอนไม่ได้ และมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอตามที่กฎหมายกำหนด การทำคำเสนอถึงแม้จะเรียกได้ว่าอยู่ในขั้นตอนการเจรจาเพื่อทำสัญญาก่อนสัญญาเกิด แต่โดยลักษณะที่คำเสนอตามกฎหมายไทย ก่อความผูกพันแล้วเช่นนี้ ส่งผลให้ต้องพิจารณา “ความผูกพัน” ดังกล่าว ว่าเกิดขึ้นเพราะคำเสนอ และมีลักษณะในทางกฎหมายอย่างไรซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

### 2.2.2 คำมั่น

ระบบของกฎหมายหลายๆ ระบบจะมีความคล้ายคลึงกันก็แต่เฉพาะประเด็นในเรื่องของคำมั่น โฆษณาจะให้รางวัลเท่านั้น ส่วนประเด็นในเรื่องของคำมั่นว่าจะทำสัญญานั้นเป็นประเด็นที่ค่อนข้างมีความแตกต่างกัน และมีลักษณะเฉพาะที่เป็นของตนเอง เช่น ในกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวถึงคำมั่นฝ่ายเดียวว่าจะทำสัญญาในลักษณะของสัญญาฝ่ายเดียว ดังนั้น คำมั่นตามหลักเสรีภาพหรือคำมั่นว่าจะทำสัญญาที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ก็จะมีไม่ได้ เป็นต้น เพราะฉะนั้นจึงยังไม่อาจสรุปได้แน่นอนว่าคำมั่นว่าจะทำสัญญานี้จะถือเป็นขั้นตอนก่อนสัญญาในทุกระบบกฎหมายหรือไม่

ในส่วนของระบบกฎหมายไทยนั้น ขาดความชัดเจนในด้านความหมาย ลักษณะทางกฎหมายและผลบังคับของกฎหมาย เพราะนักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างหลากหลาย

คำมั่นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. คำมั่นตามกฎหมาย หมายถึง กรณีของคำมั่นที่การเกิดและหลักเกณฑ์ทั้งหลายเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด กรณีนี้ได้แก่ คำมั่นโฆษณาจะให้รางวัล หรือคำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลอันเป็นการประกวดชิงรางวัล

2. คำมั่นว่าจะทำสัญญา ซึ่งเกิดขึ้นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ในฐานะที่คำมั่นเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญา

(2.1) คำมั่นที่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับผลของการให้คำมั่นไว้โดยเฉพาะ เช่น คำมั่นว่าจะซื้อหรือจะขาย เป็นต้น

(2.2) คำมั่นที่เกิดจากหลักเสรีภาพโดยแท้ รวมทั้งผลของการให้คำมั่นก็มีได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ คำมั่นประเภทนี้ ได้แก่ คำมั่นจะให้เช่า เป็นต้น

(2.2.1) คำมั่นที่เป็นเอกเทศ หมายถึง คำมั่นที่เกิดขึ้นโดยลำพัง กล่าวคือ คำมั่นที่เกิดจากการแสดงเจตนาขอมผูกพันตนของผู้ให้คำมั่น โดยที่ทั้งผู้ให้คำมั่นและผู้รับคำมั่นไม่เคยมีนิติสัมพันธ์ใดๆ กันมาก่อนเลย ระยะเวลาความผูกพันตามคำมั่นจึงเป็นไปตามที่ผู้ให้คำมั่น บังหรือกำหนดไว้เป็นสำคัญ และหากผู้ให้คำมั่นมิได้บ่งเวลาไว้ คงต้องพิจารณาตามประเภทของคำมั่นต่อไปว่าคำมั่นนั้นจะผูกพันผู้ให้คำมั่นเนิ่นนานเพียงใด เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นหลักทั่วไปไว้ เช่นเดียวกับคำเสนอว่าให้คำมั่นนั้นสิ้นความผูกพันไปเอง

(2.2.2) คำมั่นในสัญญา หมายถึง คำมั่นนั้นเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่ง คำมั่นประเภทนี้จึงเกิดในกรณีที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ต่อกันแล้ว

คำมั่นว่าจะทำสัญญานั้นสามารถจะทำได้โดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา การสิ้นความผูกพันของคำมั่นย่อมขึ้นอยู่กับฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาหรือบนความต้องการเบื้องต้นของผู้ให้คำมั่นเป็นสำคัญ และเนื่องจากการให้คำมั่นเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งจึงอยู่ภายใต้หลักทั่วไปของการแสดงเจตนาด้วย

โดยหลักที่ได้กล่าวมาแล้ว คำมั่นเมื่อมีผลเป็นคำมั่นแล้วย่อมถอนไม่ได้ และมีผลผูกพันผู้ทำคำมั่นตามที่เจตนากำหนด การทำคำมั่นถึงแม้จะเรียกได้ว่าอยู่ในขั้นตอนก่อนสัญญาเกิด แต่โดยลักษณะที่คำมั่นก่อความผูกพันแล้ว เช่นนี้ ส่งผลให้ต้องพิจารณา “ความผูกพัน” ดังกล่าวว่าอยู่บนฐานใด

### 2.2.3 การเจรจา (ก่อนทำสัญญา)

ในทุกระบบกฎหมายอาจกล่าวได้ว่า ขั้นตอนที่ยังอยู่ในช่วงที่เรียกว่า “การเจรจา” ล้วนถือว่าเป็นขั้นตอนก่อนสัญญาทั้งสิ้น

การเจรจาเข้าทำสัญญานั้นอาจหมายถึง การที่คู่กรณีมิได้ทำคำเสนอคำสนองที่ชัดเจนหรือมิได้ทำคำมั่นที่ชัดเจน แต่คู่กรณีที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญากันได้มาทำการเจรจาในรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาที่ประสงค์จะทำลักษณะของการเจรจาก่อนทำสัญญานี้มักเกิดขึ้นกับสัญญาที่ค่อนข้างสลับซับซ้อน มีรายละเอียดที่จะต้องตกลงกันให้ได้ก่อนมากมาย และมักเป็นสัญญาที่มีมูลค่ามาก

ในขั้นตอนของการเจรจານี้เรียกได้ว่าเป็นขั้นตอนก่อนสัญญาซึ่งผลที่สุด การเจรจานั้นอาจนำมาซึ่งความสำเร็จของสัญญาหรือไม่ก็ได้ เพราะโดยหลักการคู่เจรจาสามารถที่จะประเมินก่อนว่าการเข้าทำสัญญานั้นจะก่อประโยชน์ในทางธุรกิจให้กับตนตามที่มุ่งหมายหรือตามความคาดหมายหรือไม่ หากคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการเข้าทำสัญญาไม่ก่อประโยชน์แก่ตนตามที่ต้องการหรือการเจรจาไม่บรรลุข้อตกลงเช่นนี้สัญญาก็ย่อมไม่เกิดขึ้น ต่างฝ่ายต่างก็เลิกแล้วกันไป จะเรียกร้องอะไรจากกันไม่ได้ เพราะเป็นที่ทราบกันดีตั้งแต่แรกแล้วว่าการเจรจาอาจจะสำเร็จหรือไม่สำเร็จ หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกเลิกการเจรจาเสียได้เนื่องจากขั้นตอนนี้ยังเป็นขั้นตอนที่คู่เจรจามีเสรีภาพที่จะตัดสินใจเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ความผูกพันจึงยังไม่มี

ปัจจุบันสัญญาที่ต้องมีการเจรจากันก่อน จะมีลักษณะของสัญญาที่มีมูลค่ามากที่คู่เจรจามักจำเป็นต้องพิจารณาข้อมูล โครงการรายละเอียดต่างๆ ให้ครบถ้วนก่อนการที่จะตัดสินใจ ดังนั้นแม้การเจรจาไม่นำมาซึ่งความสำเร็จของสัญญา คู่เจรจาก็มักต้องเสียค่าใช้จ่ายในการหาข้อมูล เทคโนโลยีต่างๆ การจัดทำโครงการ ขอความสนับสนุนทางการเงินต่างๆ ด้วยความคาดหวังว่าการเจรจาจะบรรลุผล หากการเจรจาล้มเหลวและสัญญาไม่เกิด ฝ่ายที่ต้องเสียเวลา เสียค่าใช้จ่าย

ก็จะต้องรับภาระดังกล่าวไป ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นความเสี่ยงตามปกติของการดำเนินธุรกิจ ดังนั้นจึงเรียกร่องอะไรจากคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ แต่สิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ คือ คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งอาจทำการเจรจาโดยมิได้มุ่งหมายที่จะทำสัญญาจริงๆ เพียงแต่ต้องการข้อมูลโครงการที่คู่เจรจาฝ่ายแรกเสนอมานำ โดยตนเองไม่ต้องลงทุนลงแรงหรืออาจจะต้องการได้ข้อมูลเทคโนโลยีจากคู่เจรจาหลายๆ คนทั้งที่ได้ตัดสินใจไว้แล้วว่าจะเลือกคนอื่นเป็นคู่สัญญา เป็นต้น

การเข้าเจรจาในลักษณะดังกล่าวอาจทำให้คู่เจรจาฝ่ายที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายต่างๆ ไปโดยมุ่งหมายจะทำสัญญาจริงๆ ได้รับความเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายที่ตนได้เสียไป การเสียเวลาเสียโอกาสที่จะไปทำการเจรจากับคู่เจรจาอื่นๆ จึงควรต้องนำมาพิจารณาว่า หากผลที่สุดการเจรจาไม่สำเร็จเพราะความไม่สุจริตของคู่เจรจา ซึ่งคู่เจรจาฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายจะเรียกร่องให้อีกฝ่ายชดใช้ค่าเสียหายก่อนที่จะเกิดสัญญาได้หรือไม่

#### 2.2.4 การทำสัญญาเบื้องต้น หรือสัญญาว่าจะทำสัญญา

การทำสัญญาเบื้องต้นหรือสัญญาว่าจะทำสัญญา หรือที่เรียกกันว่า preliminary contract หรือ contract to enter contract นั้นเป็นที่เข้าใจในลักษณะเดียวกันในระบบกฎหมายของประเทศที่ต่างกัน เช่น ในประเทศเยอรมัน ก็เข้าใจว่าสัญญาลักษณะนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาต้องเข้ามาทำสัญญาอีกครั้งหนึ่ง แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะมีบัญญัติเรื่องนี้ไว้โดยตรง แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในทางปฏิบัติของศาล ว่ามีความเป็นไปได้ที่คู่สัญญาซึ่งยังไม่ประสงค์จะผูกพันหรือมีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาหลัก ด้วยเหตุผลทางธุรกิจหรือเหตุผลอื่นก็ตาม แต่มีความประสงค์ที่จะผูกพันกันชั้นหนึ่ง และประสงค์จะทำสัญญาหลักต่อไปในภายหน้า ศาลสูงก็วินิจฉัยแล้วว่าคู่สัญญามีความผูกพันตามสัญญาเบื้องต้น (Vorvertrag)

ในประเทศอิตาลี แม้จะมีบทบัญญัติในเรื่องของสัญญาเบื้องต้นอยู่ข้างสองมาตรา คือ มาตรา 1351 เกี่ยวกับเรื่องแบบของสัญญาเบื้องต้นและมาตรา 2932 เรื่องการบังคับตามสัญญาเบื้องต้นเท่านั้น ส่วนรายละเอียดอื่นๆ ไม่ว่าลักษณะของสัญญาหรือผลของสัญญาก็มิได้มีการกำหนดไว้แต่ก็เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายอิตาลีเช่นกันว่าสัญญาเบื้องต้น (contratto preliminare) นั้นมิได้และเป็นสัญญาที่ก่อความผูกพันแก่คู่สัญญานั้นชั้นหนึ่งก่อนที่จะต้องมาทำสัญญาเสร็จเด็ดขาดกันในภายหน้าอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งในระบบของเยอรมันและอิตาลีนั้น สัญญาเบื้องต้นล้วนมีพื้นฐานอยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเอง

สำหรับสัญญาเบื้องต้นนั้นเป็นที่เข้าใจกันในระบบกฎหมายไทยในเบื้องต้นว่าเป็นสัญญาแล้วกล่าวคือเกิดจากคำเสนอสนองที่ต้องตรงกันแล้ว เพียงแต่ว่าในระบบกฎหมายไทยอาจยังไม่เป็นที่ชัดเจนนักว่า “สัญญาเบื้องต้น” นั้นคืออะไรหรือมีลักษณะอย่างไรในความคิดที่เป็นคนทั่วไป แต่สัญญาที่นักกฎหมายไทยรู้จักกันในชื่อของสัญญาเบื้องต้น คือ สัญญาจะซื้อจะขาย สัญญาจะให้

ในทางปฏิบัติการตกลงกันเบื้องต้นไว้ชั้นหนึ่งนั้นอาจก่อให้เกิดข้อตกลงเบื้องต้น แต่อาจมี ปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าข้อตกลงเบื้องต้นนั้นเป็นสัญญาหรือไม่ เพราะบางครั้งข้อตกลงเบื้องต้นอาจ ไม่ถึงขั้นก่อความผูกพันแบบเป็นสัญญา เป็นแต่เพียงการตกลงกันไว้ชั้นหนึ่งก่อนดังที่เกิดขึ้นในรูปของ letter of intent หรือ memorandum of understanding (MOU)<sup>11</sup> แต่ในบางครั้งข้อตกลงเบื้องต้นก็อาจ ก่อให้เกิดเป็นสัญญาแล้ว เพราะก่อให้เกิดความผูกพันหรือนิติสัมพันธ์ที่บังคับกันได้ เราจึงอาจเรียก ข้อตกลงเบื้องต้นนี้ว่าเป็นสัญญาเบื้องต้น สาเหตุที่เรียกว่าเป็นสัญญาเบื้องต้นเพราะมีลักษณะของการ ก่อความผูกพันกันชั้นหนึ่งว่า จะมาทำสัญญาในอนาคตอีกฉบับหนึ่งคือ สัญญาเสร็จเด็ดขาด

ที่แยกพิจารณาเป็นสองส่วนเช่นนี้ด้วยมุ่งหมายที่จะพิจารณาว่าข้อตกลงเบื้องต้น ประเภทที่ ยังไม่เป็นสัญญานั้นเราอาจจัดอยู่ในขั้นตอนก่อนสัญญาได้ ส่วนข้อตกลงเบื้องต้นประเภทที่เป็นสัญญา แล้วนั้น ความผูกพันที่เกิดขึ้นย่อมมีลักษณะของความผูกพันตามสัญญาจึงมีได้อยู่ในขั้นตอนก่อน สัญญาแต่อย่างใด อาจเป็นสัญญาเบื้องต้นหรือสัญญาเกี่ยวเนื่องก็ได้

### 2.2.5 การทำสัญญาที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับ

กรณีของสัญญาที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับ สำหรับกฎหมายในประเทศ ต่างๆ มักมีผลทำนองเดียวกันคือถ้าไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สัญญาจะเป็น โฆษะ เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา 1350 ความแตกต่างคงเป็นเรื่องรายละเอียดของแบบของ กฎหมายในแต่ละประเทศซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทย เช่น ประเทศอิตาลี แบบประการหนึ่ง คือ Public act ที่ต้องทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ notary หากไม่ทำสัญญาก็จะเป็น โฆษะ ไป ซึ่งก็คือไม่มี ผลอะไรในทางกฎหมาย

<sup>11</sup> Memorandum of understanding (MOU) หรือ บันทึกความเข้าใจเป็นหนังสือซึ่งฝ่ายหนึ่งแสดงความสมัครใจจะ ปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด และตามเงื่อนไขที่ปรากฏในหนังสือนั้นกับอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่หนังสือนี้ไม่ถือเป็นสัญญา ผูกมัด แต่แสดงความต้องการอันแน่นอนว่าผู้ลงนามจะปฏิบัติดังที่ได้ระบุไว้ MOU จะถือเป็นเอกสารสัญญาที่มี ผลผูกพันหรือบังคับทางกฎหมายได้หรือไม่ต้องดูเนื้อหา หากมีเจตนาต้องการให้เกิดผลผูกพันมีการระบุหน้าที่ ความรับผิดชอบของแต่ละฝ่ายไว้อย่างชัดเจน ย่อมถือว่า MOU นั้นเป็นข้อตกลงเนื่องจากมีนิติสัมพันธ์ต่อกัน ส่วนกรณีที่ MOU เป็นเพียงบันทึกช่วยจำหรือเป็นการแจ้งให้ทราบในทางกฎหมายไม่ถือเป็นข้อตกลง

MOU ตามกฎหมายระหว่างประเทศมีลักษณะเป็น MOU ที่เป็นบันทึกความเข้าใจต่อท้ายสนธิสัญญาถือเป็น ส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาลงฉบับนั้นที่จะอธิบายความหมายของเนื้อหาสาระในสนธิสัญญาลงฉบับนั้น ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น แต่ถ้าเป็นบันทึกความเข้าใจที่เป็นเอกเทศมิใช่เป็นบันทึกความเข้าใจต่อท้ายสนธิสัญญาลงฉบับนั้น บันทึกความเข้าใจในนั้นก็มิใช่มีฐานะเป็นสนธิสัญญาในตัวเอง. รองศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. วิสูตร ตูยานนท์. (2554). *หลักการและขั้นตอนในการทำสนธิสัญญาทวิภาคีในทางปฏิบัติของไทย*. เอกสารประกอบการเรียน การสอนของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 1-2. เข้าถึงได้จาก : [http://aster.spu.ac.th/file/user/72/72/upload/SPU\\_T\\_Making.pdf](http://aster.spu.ac.th/file/user/72/72/upload/SPU_T_Making.pdf). [2554, 15 มิถุนายน].



การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของกลุ่มสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อนการทำตามแบบหรือไม่ยอมทำตามแบบก็อาจเป็นการกระทำที่มีมาก่อนสัญญาได้เช่นกัน

### 2.2.6 การทำสัญญาที่ต้องทำเป็นหนังสือโดยข้อตกลง

การทำสัญญาต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องทำตามแบบตามข้อตกลงนั้นเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเอง ที่คู่สัญญาสามารถตกลงเข้าทำสัญญากันด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้ หากไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องทำตามวิธีการใดวิธีการหนึ่งโดยเฉพาะ

ในระบบกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศอิตาลี ก็ยอมรับหลักดังกล่าวเช่นเดียวกัน แต่มีความแตกต่างกันอยู่บ้างกับกฎหมายไทยในรายละเอียด เพราะในมาตรา 1352 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีนั้น แบบที่เกิดจากการตกลงของกลุ่มสัญญานั้นจำต้องตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นจะตกลงกันด้วยปากเปล่าไม่ได้ และผลของการไม่ทำตามแบบก็จะมีผลทำให้สัญญาที่ตกลงกันว่าจะทำตามแบบที่กำหนดไว้นั้นตกเป็นโมฆะ เช่นเดียวกับกรณีที่กฎหมาย กำหนดในเรื่องแบบไว้

ในระบบกฎหมายไทยโดยหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น คู่สัญญาอาจตกลงกันได้ก่อนว่าสัญญาที่จะต้องทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือเสียก่อนก็ได้ ในกรณีนี้หากเป็นที่สงสัยมาตรา 366 วรรคสอง ถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้นจนกว่าจะได้มีการทำเป็นหนังสือ แม้คู่สัญญาจะมีคำเสนอคำสนองที่ต้องตรงกันแล้ว หรือมีการสนองรับตามคำมั่นเรียบร้อยแล้ว หรือมีการตกลงกันในข้อความทุกอย่างเรียบร้อยแล้วก็ตาม สัญญาก็ยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าจะได้มีการทำเป็นหนังสือ กล่าวคือ จนกว่าจะได้มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรมีเนื้อหาสาระของสัญญาที่ต้องการทำครบถ้วน และมีลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้นตราบใดที่ยังไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือย่อมถือว่ายังอยู่ในขั้นตอนก่อนสัญญา

กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาข้างต้น ทำให้เห็นขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาซึ่งนำไปสู่ประเด็นที่จะพิจารณาต่อไปว่าขั้นตอนก่อนการเกิดสัญญานี้ จะถือว่าคู่เจรจามีหน้าที่ต่อกันแล้วหรือไม่ เพื่อพิจารณาต่อไปว่า หากมีหนี้แล้วคู่เจรจาฝ่ายใดไม่ชำระหนี้ก็อาจต้องมีความรับผิดชอบอย่างไร

## 2.3 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle Freedom of Contract)

ในเรื่องของนิติกรรมและสัญญานั้น มีหลักกฎหมายในเรื่องเดียวกัน คือ หลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมเรียกว่า หลักอิสระในทางแพ่งหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of the will) แต่ในทางสัญญามีหลักกฎหมายอันหนึ่งเรียกว่า หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

หลักเสรีภาพในการทำสัญญามี 2 ความหมาย คือ เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา และเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดแล้ว

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเกิดจากความคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในศตวรรษที่ 18 ที่เน้นเสรีภาพของมนุษย์โดย Adam Smith โดยเขียนไว้ในผลงานที่มีชื่อของเขา คือ The Wealth of Nations หลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้รับการรับรองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การทำสัญญาอยู่ในกรอบของกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เสรีภาพในการทำสัญญาจึงถูกจำกัดในด้านต่างๆ ดังนี้

- การจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา
- การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญา
- การจำกัดเสรีภาพในเรื่องแบบของสัญญา
- การจำกัดเสรีภาพในเรื่องเจตนาเพื่อที่จะคุ้มครองประโยชน์บุคคลอื่นที่มาจากข้อขัดแย้ง
- การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา ซึ่งอาจถูกกำหนดโดยกฎหมาย
- การจำกัดเสรีภาพโดยกฎหมายพิเศษ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน
- การจำกัดเสรีภาพในเรื่องผลของสัญญา แม้โดยปกติ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sunt servanda) แต่ภายหลังสัญญา ยังไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการณ์ชำระหนี้ไปอย่างมากอย่างที่ไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา ก็อาจต้องมาใช้หลัก “สัญญาไม่เป็นสัญญา” (Rebus Sic Stantibus)
- การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาด้วย พระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษ เพราะบัญญัติขึ้นเพื่อจะใช้ทำสัญญาบางประเภท และข้อสัญญาบางอย่างที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมขึ้น

### 2.3.1 การจำกัดหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักการพื้นฐานในการทำสัญญา ตามที่กล่าวแล้วข้างต้นอยู่ในบทบัญญัติของมาตรา 151 ที่ว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” อันมีความหมายว่า สัญญาใดหรือการกระทำใดที่กฎหมายไม่ห้าม บุคคลย่อมทำสัญญานั้น หรือการกระทำนั้นได้ แต่หลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็ถูกจำกัดด้วยหลัก ดังต่อไปนี้ คือ

#### 2.3.1.1 หลักสุจริต

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนที่ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” กล่าวคือ บุคคลทุกคนต้องทำสัญญาด้วยความสุจริตตามหลักกฎหมาย "Good faith" หรือ "Bona fides"

#### 2.3.1.2 หลักความไว้เนื้อเชื่อใจ

การคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของกลุ่ม ย่อมหมายถึงการคุ้มครองบุคคลอื่นๆ ในสังคมที่อาจเข้าทำสัญญาเช่นเดียวกับกลุ่ม รวมถึงการคุ้มครองความมั่นใจในทางธุรกิจด้วย

### 2.3.1.3 หลักความยุติธรรม

ในการก่อสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องคำนึงถึงความยุติธรรมที่มีต่ออีกฝ่ายหนึ่งด้วย เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีฐานะทางเศรษฐกิจเหนือกว่ากำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า แต่ฝ่ายหลังจำต้องยอมเข้าทำสัญญา นอกจากจะเป็นสัญญาที่ไม่อยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมแล้วยังขัดกับหลักการของสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญาและต้องมิอย่างเท่าเทียมด้วย

### 2.3.1.4 หลักความรับผิดชอบก่อนทำสัญญา

ผู้เข้าทำสัญญาต้องรับผิดชอบการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะเกิดด้วย เพราะถ้าหากผู้เข้าทำสัญญาจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเข้าร่วมสัญญาได้รับความเสียหายย่อมต้องรับผิดชอบด้วย

## 2.3.2 องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

องค์ประกอบที่สำคัญของสัญญา ก็เช่นเดียวกับองค์ประกอบของนิติกรรม ถ้าหากขาดองค์ประกอบดังต่อไปนี้เพียงข้อใดข้อหนึ่งแล้ว นิติกรรมและสัญญาจะไม่เกิดขึ้น

### 2.3.2.1 บุคคล หรือคู่สัญญา

- คู่สัญญาหมายถึง บุคคลที่เป็นผู้ลงมือทำสัญญาเรียกว่า สัญญาในทางรูปแบบ (form)
- คู่สัญญา หมายถึง บุคคลที่ต้องรับผลของสัญญา แม้ในบางครั้งอาจจะไม่ใช่บุคคลที่เป็นผู้ลงมือทำสัญญาเอง เช่น ตัวแทนตัวการ คู่สัญญาประเภทนี้ เรียกว่า คู่สัญญาในทางเนื้อหา (substantial)

- บุคคลที่รับโอนสิทธิและหน้าที่จากคู่สัญญาเดิม หรือ ทายาทผู้รับมรดก
- คู่สัญญาอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้
- ถ้าเป็นบุคคลธรรมดา ต้องมีความสามารถในการใช้สิทธิในขณะที่ทำสัญญา

### 2.3.2.2 วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ คือ เป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่จะได้จากสัญญา ในสัญญาทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ สัญญาใดที่ไม่มีวัตถุประสงค์ ก็เหมือนเป็นเรื่องลอยๆ ไม่จริงจิงอะไร เช่น สัญญาซื้อขาย วัตถุประสงค์คือ กรรมสิทธิ์ กับราคา ไม่ว่าจะทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินใดก็ตาม วัตถุประสงค์ก็ยังเป็นกรรมสิทธิ์กับราคาระนั้นเอง

สรุป สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ ส่วนวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจแปรเปลี่ยนหลากหลายไปตามสัญญา โดยอาศัยหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งมีข้อจำกัดตามมาตรา 150

### 2.3.2.3 เจตนา

เจตนาที่เป็นคำเสนอสนองต้องตรงกัน หมายความว่า เจตนาทั้งสองได้มีการหล่อหลอมรวมกันเป็นเจตนาเดียวแล้ว คือ เป็นเจตนาของสัญญา และไม่อาจแยกกันได้อีกต่อไป ซึ่งเกิดเมื่อคำสนอนนั้นมาถึงภายในเวลาและมีได้เปลี่ยนแปลงแก้ไข จำกัดตัดทอนหรือเพิ่มเติมคำเสนอเลยแม้แต่น้อย ตามนัย มาตรา 359 วิธีการแสดงเจตนาต้องสมบูรณ์ตามหลักนิติกรรม เจตนาที่แสดงออกมาต้องเป็นเจตนาที่แท้จริง ต้องไม่เป็นเจตนาที่วิปริต

### 2.3.2.4 แบบหรือวิธีในการแสดงเจตนา

อาจเป็นวิธีใดก็ได้ไม่ว่าด้วยวาจา กิริยาอาการ หรือลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน หรือด้วยการกระทำที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาก็ได้ ยกเว้น กรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องทำตามแบบเฉพาะ มิฉะนั้น สัญญาจะตกเป็นโมฆะก็ต้องทำตามนั้น

### 2.3.2.5 องค์ประกอบเสริมของสัญญา

องค์ประกอบเสริมของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดได้ ก็คือ เงื่อนไข เงื่อนไขเวลา มัดจำ และเบี้ยปรับ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่เข้ามาเพิ่มเติมสัญญา มีใช้องค์ประกอบที่จำเป็นเพื่อความมีอยู่ของสัญญา

### 2.3.2.6 ความสมบูรณ์แห่งสัญญา

ความสมบูรณ์แห่งสัญญา ก็เช่นเดียวกับความสมบูรณ์แห่งนิติกรรม ซึ่งพิจารณาได้จากหัวข้อดังต่อไปนี้

#### 1. ความเป็นโมฆะของสัญญา สัญญาที่ทำอาจมีเหตุที่กฎหมายกำหนดให้เป็นโมฆะ

- เพราะวัตถุประสงค์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่าการใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นเป็นโมฆะ

- เพราะมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 ที่ว่า การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ

- เพราะการแสดงเจตนาไม่ตรงกับเจตนาภายใน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154 ที่ว่า การแสดงเจตนาใดแม้ในใจจริงผู้แสดงจะมีได้เจตนาให้ตนต้องผูกพันตามที่ได้แสดงออกมาก็ตามหาเป็นมูลเหตุให้การแสดงเจตนาเป็นโมฆะไม่ เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้อ่านเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจของผู้แสดงนั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 ที่ว่า การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะแต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงนั้นมิได้

ถ้าการแสดงเจตนาหลงตามวรรคหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอื่นให้นำ บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูอำพราง มาใช้บังคับ หรือ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 ที่ว่า การแสดงเจตนาโดย สำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมเป็น โฆษะ

ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และ ความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่ง เป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เป็นต้น

### 2.3.3 ความเป็นโมฆียะของสัญญา

- เพราะความสามารถของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบกพร่อง ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 153 ที่ว่า การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถ ของบุคคล การนั้นเป็น โฆษะ

- เพราะเจตนาที่ก่อให้เกิดขึ้นภายในของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งวิปริต ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 157 บัญญัติไว้ว่า การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล หรือทรัพย์สินเป็น โฆษะ

ความสำคัญผิดตามวรรคหนึ่งต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็น สาระสำคัญซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าว การอันเป็น โฆษะนั้นนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 159 ที่ว่า การแสดงเจตนาเพราะถูกกล น้อลเป็น โฆษะ

การถูกกลน้อลที่จะเป็น โฆษะตามวรรคหนึ่งจะต้องถึงขนาด ซึ่งถ้ามิได้มีกลน้อล ดังกล่าวการอันเป็น โฆษะนั้นนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น

ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเพราะถูกกลน้อลโดยบุคคลภายนอก การแสดงเจตนา นั้นจะเป็น โฆษะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลน้อลนั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164 ที่ว่า การแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่ เป็น โฆษะ

การข่มขู่ที่จะทำให้การใดตกเป็น โฆษะนั้นนั้นจะต้องเป็นการข่มขู่ที่จะให้เกิดภัยอันใกล้ จะถึงและร้ายแรงถึงขนาดที่จะจูงใจให้ผู้ถูกข่มขู่มีมูลต้องกลัวซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่เช่นนั้น การนั้นก็ คงจะมีได้ กระทำขึ้น หรือเหตุอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนด

### 2.3.4 ประเภทของสัญญา

**ประเภทของสัญญา ประกอบด้วย**

1. สัญญาต่างตอบแทนกับสัญญาไม่ต่างตอบแทน

สัญญาต่างตอบแทน ได้แก่ สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาต่างเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน กล่าวคือ คู่สัญญาต่างมีหนี้ หรือหน้าที่ที่จะต้องชำระให้แก่กันเป็นการตอบแทน เช่น สัญญาซื้อขาย

สัญญาไม่ต่างตอบแทน ได้แก่ สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาเป็นหนี้ ลูกหนี้ซึ่งกันและกัน เป็นสัญญาที่ก่อหนี้ฝ่ายเดียว เช่น สัญญาเช่า

## 2. สัญญามีค่าตอบแทนกับสัญญาไม่มีค่าตอบแทน

สัญญามีค่าตอบแทน ได้แก่ สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาต่างมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนซึ่งกันและกัน ค่าตอบแทนนั้นอาจจะเป็นทรัพย์สิน แรงงาน หรือประโยชน์อื่นใดก็ได้

สัญญาไม่มีค่าตอบแทน ได้แก่ สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับประโยชน์ใดๆเป็นค่าตอบแทนในการทำสัญญาเลย เช่น สัญญาฝากทรัพย์สินไม่มีบำเหน็จ หรือสัญญาให้

## 3. สัญญาประธานกับสัญญาอุปกรณ์

สัญญาประธาน หมายถึง สัญญาที่เกิดขึ้นและเป็นอยู่ได้โดยลำพังไม่ขึ้นกับสัญญาอื่นใด ความสมบูรณ์ของสัญญาพิจารณาจากตัวสัญญานั้นเอง

สัญญาอุปกรณ์ หมายถึง สัญญาที่ไม่สามารถเกิดขึ้นและเป็นอยู่ได้โดยลำพังตนเอง เช่น สัญญาค้ำประกัน

4. สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก โดยที่บุคคลภายนอกนั้นไม่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย คือ เมื่อเกิดขึ้นขึ้นตามสัญญา ให้ไปชำระกับบุคคลภายนอกโดยตรง เช่น สัญญาประกันชีวิต เป็นต้น

## 5. เอกเทศสัญญากับสัญญาไม่มีชื่อ

เอกเทศสัญญา ได้แก่ สัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เป็นเอกเทศในบรรพ 3 โดยได้กำหนดชื่อของสัญญา ลักษณะของสัญญา วัตถุประสงค์ ผลทางกฎหมาย รวมถึงตลอดถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละประเภทไว้โดยเฉพาะ

สัญญาไม่มีชื่อ ได้แก่ สัญญาอื่นใด ซึ่งมีลักษณะไม่ตรงกับเอกเทศสัญญา เช่น สัญญาเล่นแชร์ เปียหาย เป็นต้น

### 2.3.5 การตีความสัญญา

หลักของการตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การตีความนิติกรรมตามมาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนาอันให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร” ซึ่งหมายความว่า ต้องค้นหาเจตนาที่แท้จริงที่แสดงออกมา ไม่ใช่การค้นหาเจตนาที่แท้จริงที่อยู่ภายใน ซึ่งไม่มีใครจะล่วงรู้ได้ ดังนั้น การค้นหาเจตนาที่แท้จริงนี้ จึงหมายถึง

เจตนาที่แท้จริงที่แสดงออกมา และไม่ใช่พิจารณาเฉพาะถ้อยคำ สำนวน ซึ่งอาจเป็นคำพูด หรือ คำนิ่งถึงตัวอักษรเมื่อมีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

และการตีความสัญญาตามมาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” ซึ่งหมายความว่า ในการตีความสัญญานั้นต้องคำนึงถึงความประสงค์หรือเจตนาอันมีร่วมกันของกลุ่มสัญญา ซึ่งเป็นเจตนาอันคาดหมายโดยสุจริต และต้องคำนึงประเพณีปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาเอง หรือประเพณีในทางการค้าด้วย เนื่องจากสัญญาเป็นการใช้หลักอิสระในทางแพ่ง ซึ่งคู่สัญญาได้กำหนดขอบเขตในทางกฎหมายของตนเอง การตีความสัญญาจึงเป็นการตรวจสอบค้นหาความหมายของสิ่งที่คู่สัญญากำหนด การตีความสัญญาจึงต้องเป็นการค้นหาค้นหาความหมายที่ร่วมกันของกลุ่มสัญญา และต้องเป็นเจตนาที่ได้แสดงออกมาตามเนื้อหาของสัญญานั้นด้วย

ซึ่งเป็นเรื่องสอดคล้องและฟังไปในทางเดียวกัน ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติทั้งสองมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ย่อมนำมาใช้ในการตีความสัญญาด้วย โดยจะได้หลักในการตีความสัญญา 2 ประการ คือ

1) ต้องค้นหาเจตนาอันแท้จริงของการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาที่แท้จริง

2) ต้องความการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญา หรือความตกลงนั้น โดยอาศัยความสุจริต โดยคำนึงถึงปกติประเพณีเป็นสำคัญ

### 2.3.6 กฎหมายกับการทำสัญญา

โดยหลักทั่วไป การทำธุรกิจ ความเชื่อถือซึ่งกันและกันทั้ง 2 ฝ่ายเป็นสิ่งที่สำคัญ<sup>12</sup> แต่เพื่อมิให้เกิดการโต้แย้งหรือมีปัญหาในภายหลัง และเพื่อให้ตรงเจตนาที่แท้จริง จึงต้องมีการทำสัญญา ดังภาษาลาตินที่ว่า “Inconventinibus contrahentium voluntas Potius quam verba spectari placuit” ในเรื่องความตกลงต้องพิจารณาถึงเจตนาของกลุ่มสัญญาดีกว่าถ้อยคำที่ใช้<sup>13</sup>

การทำสัญญาเกิดขึ้นจากคู่สัญญาสองฝ่ายมีเจตนาที่ตรงกัน เรียกว่า คำเสนอสนอง ถูกต้องตรงกัน แต่มีบางกรณีสัญญาเกิดขึ้นได้แม้ไม่มีคำสนองต่อผู้เสนอ นั่นคือการนิ่งถือเป็นคำสนอง โดยหลักผู้เสนอต้องผูกพันตามคำเสนอ คือ รักษาคำพูดที่เสนอ แต่บางกรณีหากไม่ปรากฏหลักฐานว่า มีการเปลี่ยนแปลงคำเสนอผู้สนองจะไม่ถูกบังคับให้สนองรับ แต่ความจริงยังมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ต้องประกอบกันเพื่อให้สัญญานั้นเกิดผลในทางกฎหมายได้ และสมเจตนาของกลุ่มสัญญา ดังนี้

<sup>12</sup> ไฉไล สักดิ์วรวงศ์. (2545). *กฎหมายกับการทำสัญญา. วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*. ภาควิชานิติศาสตร์. คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. หน้า 36-39.

<sup>13</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูล. (ม.ป.ป.). *ภาษากฎหมายละติน - ไทย*. หน้า 51.

**ขั้นที่ 1** ต้องเข้าหลักเกณฑ์ของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่ง สิทธิ” หมายถึง การก่อเกิดสัญญาได้ต้องคำนึงถึงเรื่องนิติกรรมนั้นว่าต้องเป็นการกระทำ ที่ชอบ ด้วย(ไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ไม่เป็นการพ้นวิสัย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม อันดีของประชาชน) และข้อสำคัญเป็นเจตนาที่แท้จริงของกลุ่มสัญญาดังทฤษฎีที่ว่า ความเป็นอิสระใน การแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งสาระสำคัญ คือ เจตนามีค่าเหนือรูปแบบของ กลุ่มสัญญาเจตนามีค่าเหนือรูปแบบของสัญญาเจตนาของกลุ่มนี้ยอมจะไม่ตกลงยอมรับในสิ่งที่เป็น อันตรายต่อตัวเอง ถ้ากระทำเพราะสำคัญผิด ถูกข่มขู่ ถูกหลอกลวง หรือสัญญาเกิดเพราะเจตนาหลง เจตนาซ่อนเร้น นิติกรรมอำพราง เฉพาะผู้ที่กระทำโดยสำคัญผิด ถูกหลอกลวง ถูกข่มขู่ หรือ ถูกให้ทำสัญญาเพราะใช้เจตนาหลงหรือเจตนาซ่อนเร้นหรือการทำสัญญาฉบับหนึ่งเพื่ออำพราง ฉบับที่แท้จริง บุคคลนั้นสามารถบอกเลิกสัญญาได้เพราะผู้ที่ถูกกระทำเหล่านั้น ไม่มีเจตนาที่แท้จริง ที่จะทำนิติกรรม จึงควรบอกเลิกนิติกรรมได้ จึงเข้าหลักเกณฑ์ของสัญญาที่เป็นโมฆะไม่สามารถใช้ บังคับได้ตั้งแต่ลงนามในสัญญา เช่น สัญญาที่ทำด้วยความสำคัญผิดในสาระสำคัญของนิติกรรม เช่น ต้องการซื้อที่ดินแปลงหนึ่งแต่ไปซื้อที่ดินอีกแปลงหนึ่ง หรือเป็นสัญญาที่ยังคงใช้ได้เรื่อยไป แต่หากมีการบอกล้างหรือบอกเลิกสัญญา จากบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ก็เป็น โมฆะ เช่น ผูกมัด ซื้อรถจักรยานยนต์จากผู้แทนโดยชอบธรรม

**ขั้นที่ 2** แบบของการทำสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดแบบ ของนิติกรรมไว้ ซึ่งหากสัญญาใดกำหนดแบบไว้อย่างไร ถ้าไม่ทำตามแบบของสัญญานั้นก็เป็น โมฆะใช้ไม่ได้ตั้งแต่วันเซ็นสัญญา ถือว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้น กลุ่มสัญญานำสัญญามาบังคับฟ้องร้อง กันไม่ได้ และแบบของนิติกรรม หรือกรอบพิธีภายนอกของนิติกรรมนั้น โดยหลักแล้วแม้นิติกรรม จะสมบูรณ์เมื่อมีการแสดงเจตนาก็ตาม แต่การแสดงเจตนาอย่างเดียวยังไม่เพียงพอ ต้องทำตามแบบ หรือกรอบพิธีภายนอกของนิติกรรมเสียก่อน มิฉะนั้นมีผลเป็น โมฆะ

กล่าวโดยสรุป แบบของนิติกรรม หมายถึง วิธีการหรือพิธีการที่กฎหมายกำหนดและ บังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตาม เพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่ทำ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบนิติกรรมในทุกเรื่อง หากนิติกรรมใด กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ นิติกรรมนั้นอาจสมบูรณ์ได้เพียงการแสดงเจตนา

ตัวอย่างเช่น ต้องการซื้อข้าวผัด 1 ห่อเพียงตั้งข้าวผัดและคนขายผัดข้าวผัดส่งให้ เป็น การแสดงเจตนาด้วยวาจา เพียงเท่านั้นนิติกรรมซื้อข้าวผัดก็เกิดแล้ว กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบ ของนิติกรรม



แบบของนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น สามารถแยกเป็น 4 ประเภท ดังนี้<sup>14</sup>

1. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์พิเศษ ได้แก่ เรือที่มีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป แพและสัตว์พาหนะ การแลกเปลี่ยน ให้ จำนอง เป็นต้น กฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ตัวอย่าง เช่น นายประสงค์ตกลงซื้อบ้านของนายประสิทธิ์ โดยมีการชำระราคาและส่งมอบบ้านให้เข้าอยู่อาศัย เช่นนี้การซื้อขายบ้านตกเป็นโมฆะเพราะทำผิดแบบที่กฎหมายกำหนด

2. แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แบบของนิติกรรมประเภทนี้ กำหนดเพียงต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น ไม่ได้บังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ เช่น การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท การจดทะเบียนสถานะของบุคคล ได้แก่ การเกิด การตาย การสมรส การหย่า การรับรองบุตร การรับบุตรบุญธรรม กฎหมายกำหนดให้ต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ตัวอย่าง เช่น นายศักดิ์แต่งงานกับนางสาวศรี โดยจัดงานที่โรงแรมอย่างใหญ่โต ไม่ถือเป็นการสมรส เพราะการสมรสต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น

3. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น การทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองหรือแบบลับ

ตัวอย่าง เช่น นายไก่อต้องการทำพินัยกรรมแบบเอกสารลับ โดยเขียนพินัยกรรมและผนึกพินัยกรรมพร้อมลงลายมือชื่อคาบรอยผนึก และต้องนำไปแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

4. แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ กล่าวคือต้องลงลายมือชื่อในหนังสือที่ทำนิติกรรม หนังสือนั้นจะทำเป็นภาษาต่างประเทศก็ได้ จะเขียนเองหรือพิมพ์ก็ได้

ส่วนลายมือชื่อนั้น หากคู่กรณีต้องการใช้พิมพ์นิ้วมือ หรือเป็นแกลงใดตราประทับ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้นแทนการลงลายมือชื่อ หากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนให้ถือเสมือนกับลงลายมือชื่อ

นิติกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือ เช่น สัญญาเช่าซื้อ หรือการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา เป็นต้น

ตัวอย่าง นายแดงต้องการเช่าซื้อโทรทัศน์ราคา 6,000 บาท ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ สัญญาเช่าซื้อนั้นตกเป็นโมฆะ

<sup>14</sup> นิติกรรมคืออะไร. (2554). เข้าถึงได้จาก : <http://www.oknation.net/blog/Mchai/2009/10/17/entry-1>. [2554, 20 มิถุนายน]

ข้อสังเกตประการที่ 1 ของสัญญา คือ ในการทำสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ หมายถึง เรื่องที่มีระวางตั้งแต่ 5 ดันขึ้นไป แพงและสัตว์พาหนะ ถ้าไม่ทำตามแบบจะมีผลเป็นโมฆะ เหตุผลโดยเฉพาะสำหรับอสังหาริมทรัพย์ คือ อสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ เช่น ที่ดิน หรือทรัพย์สินที่ติดกับที่ดินในการทำสัญญาใดๆ ไม่ว่าจะเป็นซื้อขาย จำนอง เป็นต้น จะแสดงปรากฏแก่บุคคลทั่วไปให้รับทราบโดยการทำตามแบบที่ต้องเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่การทำสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นเรื่องง่ายเพียงแค่เปลี่ยนมือ โดยการส่งมอบก็ถือว่าสัญญาสมบูรณ์เป็นที่รับทราบแก่บุคคลทั่วไป เพราะกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าอสังหาริมทรัพย์อยู่ในความครอบครองของผู้ใด ผู้นั้นเป็นเจ้าของ หากกล่าวอ้างว่าไม่ใช่ก็ต้องพิสูจน์

ข้อสังเกตประการที่ 2 คำว่า หลักฐานเป็นหนังสือ หากกำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ของสัญญาประเภทใด หมายถึง การกระทำใดๆที่แสดงความผูกพันในสัญญานั้น โดยไม่ต้องมีลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย อาจจะมีจดหมายบอกกล่าวการเป็นหนี้หรือเขียนบันทึกของผู้รับผิดในสัญญาก็เพียงพอแล้ว แต่มีใช้แบบของสัญญา หากไม่มีลายมือชื่อของผู้รับผิดในสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายจึงไม่มีหลักฐานที่จะใช้ฟ้องร้องและไม่ทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะแต่อย่างใดไม่ เช่น นาย ก. กู้เงิน นาย ข. จำนวน 20,000 บาท นาย ข. ให้เงินมาโดยเชื่อในคำพูดของ นาย ก. ว่าจะชำระหนี้คืนภายใน 15 วัน แต่นาย ก. ไม่ได้ชำระหนี้ตามกำหนด นาย ข. ก็ไม่มีหลักฐานใดจะไปฟ้องร้อง แต่การกู้ยืมนี้ไม่เป็นโมฆะ หากนาย ก. นำเงินมาคืนแล้ว นาย ข. ก็มีสิทธิรับไว้ในฐานลามิควรได้ เพราะเป็นเจ้าหนี้จริง

**ขั้นที่ 3** คือ เรื่องความสามารถของผู้ทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 บัญญัติว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆะ”

ความสามารถในเรื่องนี้ คือ ไม่มีความบกพร่องในความสามารถประกอบด้วยไม่เป็น ผู้วิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ ไม่เป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถ และไม่เป็นผู้นายาว หมายถึง ความสามารถในการสิทธิ เป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นก่อนว่าบุคคลนั้นสามารถที่จะดูแลรักษาประโยชน์ของตนเองได้ คือ ทำสัญญาได้เพราะกฎหมายคำนึงถึงผู้ที่ทำสัญญาควรมีความเข้าใจหรือความสามารถรับรู้ถึงสิ่งที่ตนกระทำเพียงพอจึงกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำนิติกรรมไว้ อันเป็นผลประโยชน์ของผู้กระทำนิติกรรมอย่างแท้จริง

**ขั้นที่ 4** พิจารณาจากสัญญานั้นว่ามีความได้เปรียบเสียเปรียบอย่างไร ดังนี้

1. ควรพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาในเรื่องนั้นๆ เช่น เราทำสัญญาซื้อขาย เราก็ควรดูข้อกำหนดของกฎหมายเรื่องสัญญาซื้อขาย

2. ข้อตกลงในสัญญานั้น คู่สัญญาอาจทำสัญญาตกลงในสัญญา เช่น สัญญาจ้างแรงงานซึ่งหากเป็นข้อตกลงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ทำได้ เช่น เงื่อนไขในการจ้างงาน การทดลองงาน เป็นต้น และอาจจะมีเงื่อนไขใดๆ ที่เขียนไว้เพื่อให้คู่สัญญาปฏิบัติตามในขณะนั้นหรือในอนาคต

3. วัน เวลา และสถานที่ที่ทำสัญญา เพื่อสะดวกในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามข้อสัญญา เช่น สถานที่ให้ทราบว่าทำสัญญากันที่ไหน การชำระหนี้จะได้ชำระได้ถูกต้อง ส่วนวัน เวลา เพื่อจะได้ชำระหนี้ได้ตรงตามเวลา

4. บุคคลผู้ทำสัญญาด้วยตนเอง หรือตั้งตัวแทนรับมอบอำนาจในการทำสัญญา ที่สำคัญ คือ ต้องควรจำกัดเวลาในการมอบอำนาจไว้หรือมอบอำนาจให้เฉพาะเรื่องโดยเขียนให้ชัดเจนว่า จำกัดเวลาการมอบอำนาจไว้หรือมอบอำนาจให้เฉพาะใช้ให้ทำเรื่องที่ต้องการ โดยระบุเฉพาะเรื่องลงไป

5. ระบุในสัญญาว่ามีกี่ฉบับ คู่สัญญาได้อ่านถูกต้อง เข้าใจตรงกันแล้ว และมีคำว่าต่อหน้าพยานหรือไม่มีก็ได้

6. ในส่วนของการลงนามของคู่สัญญาสิ่งที่พึงระลึกไว้คือ ควรจะให้คู่สัญญาเซ็นต์กำกับไว้ทุกหน้าของสัญญาไม่ใช่เซ็นชื่อแผ่นสุดท้ายของสัญญาซึ่งมีช่องให้เซ็นชื่อคู่สัญญาเท่านั้น เพื่อเป็นเครื่องยืนยันว่าได้มีการอ่านสัญญาครบถ้วนทุกหน้าแล้ว

7. บางสัญญาอาจต้องมีเอกสารแนบท้าย เช่น สัญญาโครงการใหญ่ๆ จึงควรมีข้อความไว้ในสัญญา กรณีมีปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างตัวสัญญาหรือเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญากับเอกสารแนบท้ายจะต้องระบุให้ตีความตามสัญญาหรือเงื่อนไขเป็นไปตามสัญญาหลัก

## 2.4 หลักสุจริต (Principle of Good Faith)

จุดมุ่งหมายของหลักสุจริตตั้งแต่เริ่มแรกในประวัติศาสตร์กฎหมายโรมันกำเนิดขึ้นเพื่อบรรเทาแก้ไขความกระด้างด้ายตัวของบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งหากบังคับใช้ตามบทบัญญัติเช่นนั้นจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี กฎหมายยุคธรรมจึงถูกนำมาบรรจุในรูปคดีสุจริตเพื่อให้ผู้พิพากษาชาวโรมันมีอำนาจวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรม เพื่อมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมหรือหาความยุติธรรมที่แท้จริงหลักสุจริตจึงเปรียบเสมือนสัญลักษณ์แห่งการค้นหาความเป็นธรรม

ในสมัยโรมันยุคนั้นในกฎหมายนี้โรมันการปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันหลักสุจริตให้พิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาไม่แต่เพียงพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรที่เคร่งครัดเท่านั้นเป็นการทำให้หลักการรักษาสัญญามีความหมายทางจริยธรรมมากขึ้นและช่วยยับยั้งปฏิเสธ

การคดโกงความไม่ซื่อสัตย์ความไม่เป็นธรรมรวมทั้งการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผลต่างๆ ในสังคม ก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมโรมันอย่างแท้จริงด้วยบทบาทสำคัญของหลักสุจริตเช่นนี้ นักกฎหมายโรมันได้ทำให้ หลักสุจริตเป็นที่รวมแห่งความยุติธรรม การรักษาสัตย์ ความไว้วางใจ ความเป็นธรรมและหลักศีลธรรมอันดี

หลักสุจริตกับความยุติธรรมหรือหลักความเป็นธรรมแท้จริงแล้วเป็นสิ่งเดียวกันเนื่องจาก เจตนารมณ์ของหลักสุจริตอันเป็นบทกฎหมายยุติธรรมนั้นคือมุ่งให้เกิดความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมที่แท้จริงในสังคมนั้นเองนั่นคือการให้ผู้ใช้กฎหมายใช้หลักความเป็นธรรมเข้าวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ หลักสุจริตเป็นการนำเอาแนวความคิดในทางศีลธรรมของสังคมเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการ ประยุกต์กฎหมายและปรุงแต่งความสัมพันธ์ของคนในสังคมความยุติธรรมกับหลักสุจริตจึงเป็นองค์ รวมเดียวกันโดยหลักสุจริตทำหน้าที่ เป็นเครื่องมือที่นำไปสู่ความยุติธรรมที่แท้จริง

หลักสุจริตถือเป็นหลักทั่วไปที่เป็นรากฐานของกฎหมายแห่งทั้งระบบ

บทบัญญัติที่เป็นบทหลักสุจริตถือเป็นหลักทั่วไปที่นำมาใช้ได้กับทุกเรื่อง ในประเทศ เยอรมันซึ่งเป็นประเทศแรกที่บัญญัติรับรองหลักสุจริตเป็นประเทศแรกถือว่าเป็นบทครอบจักรวาล (Generalkauseln) ทำหน้าที่เป็นเครื่องวัดมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกๆ เรื่อง ของคนในสังคมเป็นมาตรฐานทางศีลธรรมในสังคมอันเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับความไว้วางใจและ ซื่อสัตย์ต่อกันรวมทั้งพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีในสังคมด้วย คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมคาดหมายไว้ว่า อีกฝ่ายย่อมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในสังคมซึ่งเป็นความสัมพันธ์ของมนุษย์ร่วมสังคมเดียวกันเป็นการ คาดหมายว่าคู่กรณีอีกฝ่ายที่รวมกันในสังคมเดียวกันควรปฏิบัติอย่างไรความคาดหมายเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดความไว้วางใจของบุคคลต่อบุคคลในประเทศเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ และออสเตรีย เห็นพ้องต้องกันว่า แนวคิดนี้ใช้ได้กับสังคมทุกแขนงไม่ว่ากฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ตาม ในกฎหมายเยอรมันสมัยใหม่ถือว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตนี้มีความศักดิ์สิทธิ์มากที่สุด ในกฎหมายนี้เยอรมัน แม้กระทั่งหลักสัญญาย่อมมีผลเป็นสัญญาซึ่งนำมาใช้มากกว่าเพราะในการ บังคับสิทธิตามสัญญาต่างๆ ต้องอยู่ภายใต้หลักการรักษาสัญญาที่เสมอ แต่ก็มีมีความศักดิ์สิทธิ์น้อยกว่าหลักสุจริต

#### 2.4.1 ความหมายของคำว่า “สุจริต”

คำว่า “สุจริต” หมายความว่า ความประพฤติชอบ ความประพฤติจริง ความประพฤติ ซื่อตรงมีความหมายตรงข้ามกับคำว่า “ทุจริต” หมายถึง ความประพฤติชั่ว คดโกง นอกลน ไม่ซื่อตรง

Black’s Law Dictionary Sixth Edition ได้อธิบายคำว่า “good faith”<sup>15</sup> ดังนี้

<sup>15</sup> ประสิทธิ์ โภทวีไลกุล. (2548). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม. หน้า 65.

“สุจริต” เป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้และเป็นนามธรรม ไม่มีความหมายเฉพาะทางเทคนิค หรือคำจำกัดความตามบทบัญญัติกฎหมายแต่ประการใด ขอบเขตความเชื่อโดยสุจริตได้แก่สิ่งที่ไม่ประสงค์มุ่งร้ายและไม่ประสงค์ที่จะไปฉ้อฉล หลอกลวงบุคคลใด หรือการไปแสวงหาเอาเปรียบคนอื่นเพราะขาดความสำนึก ความสุจริตของบุคคลแต่ละคนเป็นความคิดส่วนตัวของแต่ละคน ซึ่งเป็นเรื่องสภาพในจิตใจของบุคคลนั้น

การใช้ “good faith” ตามธรรมดาเป็นการใช้เพื่อแสดงการสื่อความหมายเกี่ยวกับสถานะ ทางจิตใจของบุคคลเพื่อป้องกันวัตถุประสงค์ที่เชื่อสัตย์สุจริต โดยไม่มีเจตนาที่จะฉ้อฉล หลอกลวงบุคคลใดๆ แต่ประการใด กล่าวโดยทั่วไปหมายถึง ความเลื่อมใสศรัทธาในการปฏิบัติหน้าที่หรือการชำระหนี้ของบุคคลนั้นๆ

อริสโตเติล เห็นว่าหลักสุจริตจะก่อให้เกิดความยุติธรรม ซึ่งมีลักษณะกว้างขวางและครอบคลุมความหมายของความยุติธรรมด้านคุณธรรมของสังคม

Cicero เห็นว่า หลักสุจริตเป็นพื้นฐานของความยุติธรรม (the fundamentation of justice is good faith – this is, truth and fidelity to promises and agreement) Cicero เป็นนักกฎหมายที่นิยมและชื่นชมกฎหมายธรรมชาติและความยุติธรรมตามธรรมชาติ เขาเห็นว่า “กฎหมายที่แท้จริง คือ ความยุติธรรมที่ถูกต้อง” (true law is right reason) เขาจึงเห็นว่าสังคมที่มีความสงบเรียบร้อยต้องเป็นสังคมที่ดีต้องยึดหลักคุณธรรมและจริยธรรม นั่นหมายความว่า สมาชิกในสังคมจะต้องมีความสุจริตใจต่อกันด้วย

ดร.ปรีดี พนมยงค์ อธิบายว่า “ความสุจริต” เป็นหลักสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ดังเช่น “เจตนา/ทุจริต” ซึ่งเป็นหลักสำคัญของประมวลกฎหมายอาญา) กล่าวคือ ความประพฤติของบุคคลในการใช้สิทธิและในการชำระหนี้ นั้น จักต้องจำกัดอยู่ภายในเขตแห่งความสุจริต

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ให้คำจำกัดความหรือวิเคราะห์ไว้ ปทานุกรมของกระทรวงธรรมการให้ความหมายไว้อย่างกว้างๆ ว่า “ประพฤตินี้ ไทยเราหมายถึงประพฤติดูด้วยตั้งใจดี ประพฤติซื่อตรงต่อความดีด้วย” การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้คำวิเคราะห์ศัพท์ ก็คงจะปล่อยให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยดังเช่นประมวลแพ่งกฎหมายสวีต (มาตรา 2)

อาจารย์จินดา ชัยรัตน์ อธิบายว่า “สุจริต” แปลว่า ประพฤตินี้ ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “good faith” ภาษาลาตินว่า “bona fide” คำว่า “สุจริต” ยากที่จะอธิบายให้เข้าใจที่เป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนและเหมาะสม การกระทำโดยสุจริตภาษาลาตินเรียกว่า “action bona fide” บางครั้งก็มีการแปลไปในเชิงความซื่อสัตย์ (honesty) ซึ่งออกจะแคบไปเพราะคำว่า “สุจริต” มีความหมายที่กว้างไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องการกระทำด้วยความซื่อสัตย์เสมอไป คำว่า “สุจริต” ที่ปรากฏในประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีความแตกต่างกันระหว่างมาตรา 5 และมาตราอื่นๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 5 เป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่องซึ่งศาลจะวินิจฉัยตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีเป็นเรื่องไป การใช้และการแปลความคำว่า “สุจริต” ตามมาตรา 5 มีความหมายที่กว้างกว่าคำว่าสุจริตในมาตราอื่นๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเจตนารมณ์ของมาตรา 5 ผู้ร่างกฎหมายให้นำแนวคิดและวิธีการใช้จากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศสวิส เยอรมัน เป็นแบบอย่างวัตถุประสงค์ของมาตรา 5 คือ กฎหมายได้มอบอำนาจให้แก่ ผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีให้มีสิทธิใช้ดุลพินิจในการคงความยุติธรรมแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้สุจริต หากปรากฏว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้วิธีการต่างๆ โดยผลของสัญญาหรือใช้เทคนิคชั้นเชิงต่างๆ เพื่อเอาเปรียบผู้สุจริตอย่างไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลตามความรู้สึกนึกคิดของวิญญูชนทั่วไปหรือการใช้สิทธิตามสัญญาโดยไม่ชอบเป็นต้น ผู้พิพากษาก็สามารถที่จะรวบรวมข้อเท็จจริงต่างๆ รวมทั้งวิธีการที่ไม่ชอบธรรมอันสะท้อนให้เห็นสภาพจิตใจและความคิดของบุคคลนั้นที่จะเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้พิพากษาสามารถที่จะตัดสินใจให้คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิโดยสุจริตเป็นผู้แพ้คดีได้ โดยอธิบายให้เห็นข้อความจริงให้ชัดเจนโดยยึดหลักความชอบธรรมและหลักความยุติธรรม

ดังนั้น จึงถือว่ามาตรา 5 เป็นกฎหมายยุติธรรม และกฎหมายได้มอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความยุติธรรม

ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า หลักสุจริต เป็นกฎหมายยุติธรรม (jus aequum) หมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างไรอย่างหนึ่งเกิดขึ้นหรือบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมิได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งจะต้องเกิดจากเหตุการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแคบๆ ที่เดียว บทกฎหมายที่ยุติธรรมเป็นบทบัญญัติให้ผู้พิพากษาพิจารณาพฤติการณ์เฉพาะเป็นกรณีๆ ไปเพื่อจะได้มีคำพิพากษาโดยเจตนางานที่ดี คือ ที่เป็นความยุติธรรม

กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาพิจารณาถึงลักษณะพิเศษของกรณีเฉพาะเรื่อง เช่น มาตรา 5 บัญญัติว่า “การใช้สิทธิแห่งตนที่ดีในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

ศาสตราจารย์ Stammer นักปราชญ์ชาวเยอรมัน อธิบายว่า กฎหมายจะต้องถือเอาอุดมคติของสังคมเป็นมาตรฐาน หลักสุจริตก็คืออุดมคติของสังคมนั่นเอง

รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล<sup>16</sup> เห็นว่า หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายยุติธรรมที่ยิ่งใหญ่ของกฎหมายโรมัน มีความสำคัญและเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่ง หลักสุจริตมีลักษณะ

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 72.

เป็นนามธรรม มีขอบเขตที่กว้างขวางและไม่อาจกำหนดความแน่นอนได้และบางครั้งอาจปรับเปลี่ยนตามพฤติกรรมแห่งข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไป เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการเปลี่ยนแปลงของสังคมและเศรษฐกิจซึ่งเชื่อมโยงกับความยุติธรรมของกรณีนั้น ดังนั้น กฎหมายจึงได้มอบอำนาจให้ผู้พิพากษาพิจารณาคดีโดยใช้ดุลพินิจ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมที่สูงสุดและแท้จริง โดยอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งเชื่อมโยงกับหลักศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรมและความซื่อสัตย์ของบุคคล เพื่อนำมาบังคับใช้ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมแต่ละสังคมอย่างกลมกลืนกัน เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยและดำรงตนของสมาชิกในสังคมเป็นไปด้วยความราบรื่นและสันติสุข ดังนั้น หลักสุจริตจึงเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายแพ่งซึ่งมีความศักดิ์สิทธิ์และได้ไปใช้ในกฎหมายประเภทอื่นด้วย

#### 2.4.2 ประวัติและวิวัฒนาการของหลักสุจริต (History and Evolution of good faith)

แนวคิดหลักสุจริตได้เริ่มมาตั้งแต่สมัยกรีก Aristotle และ Plato ได้กล่าวถึงหลักสุจริตกับหลักแห่งความยุติธรรม กฎหมายกับความยุติธรรม แนวคิดกฎหมายธรรมชาติ ความยุติธรรมกับกฎหมายธรรมชาติ โดยเฉพาะ Plato เห็นว่าความยุติธรรมคือการกระทำความดี Aristotle เห็นว่าหลักสุจริตจะก่อให้เกิดความยุติธรรม และเป็นความยุติธรรมเกี่ยวกับคุณธรรมของบุคคลสมัยโรมัน มีนักกฎหมายหลายคนได้กล่าวถึงหลักสุจริตและกฎหมายโรมันถือว่าหลักสุจริตเป็นหัวใจและสาระสำคัญของกฎหมายแพ่ง หลักสุจริตนั้นคู่กับความยุติธรรมเพราะเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของหลักสุจริต คือ ความยุติธรรมที่แท้จริง ซึ่งความจริงแล้ว แนวคิดและการพัฒนาหลักสุจริตของนักกฎหมายชาวโรมันคือการนำแนวคิดของนักกฎหมายชาวกรีกมาพัฒนาและศึกษาต่อ โดยเห็นว่าหลักสุจริตคือพื้นฐานแห่งความยุติธรรม Cicero เป็นนักกฎหมายที่นิยมแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ เขาได้ยืนยันว่ากฎหมายที่แท้จริงจะเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น ดังนั้นกฎหมายจึงต้องสอดคล้องกับความยุติธรรมและความถูกต้อง<sup>17</sup>

นักกฎหมายชาวเยอรมันเห็นว่าหลักสุจริต (Treu und Glauben) ก็คืออุดมคติของสังคมเป็นมาตรฐานซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของ Cicero ที่ว่า “พื้นฐานของความเป็นธรรมก็คือหลักสุจริตนั่นเอง” ประเทศเยอรมันได้บัญญัติหลักสุจริตไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 242 โดยถือว่า

1. หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปและเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบจึงทำให้หลักสุจริตของกฎหมายเยอรมันเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญมีความศักดิ์สิทธิ์ (Sacrosant)
2. หลักสุจริตมีลักษณะเป็นนามธรรม ไม่มีข้อกำหนดแน่นอน เรียกว่าเป็นบทครอบจักรวาล (Generalklauaeln) หลักสุจริตจึงมีบทบาทในการควบคุมมาตรฐานความประพฤติของบุคคลและมาตรฐานทางศีลธรรมในสังคม

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 78-79.

3.หลักสุจริตมีขอบเขตที่กว้างขวางไม่อาจกำหนดหลักแน่นอน จึงทำให้มีความหมายไม่แน่นอน (Unbestimmter Rechtsbegriff) เพราะหลักสุจริตมีเจตนารมณ์เพื่อให้เกิดความยุติธรรม ดังนั้น หลักสุจริตจึงคู่กับความยุติธรรม

#### 2.4.3 เจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของหลักสุจริต

หลักสุจริตเป็นหลักแห่งความเป็นธรรมหรือความยุติธรรม โดยเฉพาะแนวคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมตามธรรมชาติ และเป็นหลักที่ยึดหลักคุณธรรม จริยธรรม ศีลธรรม ความซื่อสัตย์ ความไว้วางใจของบุคคล นักกฎหมายได้พัฒนาหลักสุจริต โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรอันเคร่งครัด มีความยืดหยุ่น สามารถนำไปปรับใช้กับสภาพทางสังคมและเศรษฐกิจอันสลับซับซ้อน และเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

ด้วยหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปและนักกฎหมายชาวโรมันได้พัฒนาให้เป็นหลักกฎหมายจริยธรรม (principle of legal ethics) ซึ่งเป็นแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติโดยมุ่งที่จะให้เกิดความยุติธรรมและความเป็นธรรมอย่างแท้จริง หรือสัญญาที่เคร่งครัดและไม่เป็นธรรม หรือสิ่งที่ไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาสามารถใช้หลักสุจริตแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ เพราะหลักสุจริตได้มอบอำนาจให้ผู้พิพากษาที่มีอำนาจที่จะได้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีตามหลักความเป็นธรรม

#### 2.4.4 หลักสุจริตตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ความรับผิดชอบก่อนสัญญาอันเกิดจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญาตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยตามนั้น ควรนำหลักสุจริตมาใช้ในการเยียวยาในการแก้ไขปัญหาค่าฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการยกเลิกการเจรจาก่อนการเกิดสัญญา ดังนี้

หลักสุจริตของกฎหมายแพ่งเยอรมันอยู่ในมาตรา 242 ของฝรั่งเศสอยู่ในมาตรา 1134 ส่วนหลักสุจริตของไทยมีทั้งที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตราต่างๆและหลักสุจริตทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5

คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมันที่เขียนเป็นภาษาละตินว่า “Bona Fides” แปลว่า ความซื่อสัตย์ ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า Good Faith และตรงกับภาษาเยอรมันว่า “True Und Glauben” (แปลว่า ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ) เป็นหลักที่ใช้บังคับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทางแพ่งโดยทั่วไป เป็นหลักธรรมดาสามัญในสังคมของประเทศที่เจริญแล้วโดยถือว่าในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน เป็นหลักทั่วไปสำหรับผดุงความยุติธรรมในการที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติต่อกันหรือในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิหรือชำระหนี้ของตนในเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างกันมิได้แสดงโดยละเอียดถึงการปฏิบัติหรือทำกิจการใดๆ ให้ถือเอาความสุจริตเป็นที่ตั้ง ซึ่งมีที่มาจากหลักที่ว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด” (He who comes to the court must come with clean hands) หมายถึง การที่บุคคลใช้สิทธิของตนที่เกิดขึ้นมาแล้วนั้นจะต้องใช้โดยสุจริตฉะนั้นศาลจะไม่รับรองสิทธินั้นหรือไม่รับบังคับให้



การใช้สิทธิโดยสุจริตนี้ ในกฎหมายไทยได้มีการนำหลักนี้ไปใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน อาจแบ่งเป็น 2 กรณี<sup>18</sup> คือ

### 1) การใช้สิทธิโดยสุจริตเฉพาะเรื่อง

ความสุจริตเฉพาะเรื่อง หมายถึง “ความไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของกลุ่มที่เกี่ยวข้องหรือความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เช่น การรับโอนทรัพย์สินไว้ โดยไม่ทราบข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ไม่ทราบว่าป็นทรัพย์สินที่ขโมยมาหรือรับโอนทรัพย์สินไว้โดยไม่ทราบว่าทรัพย์สินนั้นมีการคบกคิน้อฉลหรือแสดงเจตนาหลอกลวงกัน ในระหว่างคู่สัญญาคนก่อนๆ ก็คือเป็นการกระทำโดยสุจริตซึ่งกฎหมายจะเข้ามาคุ้มครองโดยการบัญญัติให้ไม่ต้องคืนทรัพย์สินนั้น หรือได้รับเงินที่เสียไปคืนในทางตรงกันข้ามถ้ามีการรับโอนทรัพย์สินไว้โดยทราบถึงข้อบกพร่องบางอย่าง เช่น มีการคบกคิน้อฉลก็คิหรือรับโอนไว้โดยทราบถึงการหลอกลวงหรือข้อบกพร่องในการทำสัญญาของคู่สัญญาคนก่อนๆ ก็คือถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต ผู้ทรงสิทธิจึงไม่สามารถใช้สิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นยื่นต่อเจ้าของทรัพย์สินนั้นหรือบุคคลอื่นได้ เนื่องจากกฎหมายไม่รับรองและไม่คุ้มครองให้จึงอาจต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้เจ้าของทรัพย์สินหรือบุคคลอื่นที่มีสิทธิดีกว่าไป

การใช้สิทธิโดยสุจริตเฉพาะเรื่องนี้ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยหลายมาตราด้วยกัน เช่น มาตรา 155 มาตรา 412 มาตรา 905 มาตรา 916 มาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1303 มาตรา 1311 มาตรา 1312 มาตรา 1329 มาตรา 1330 มาตรา 1331 และมาตรา 1332 เป็นต้น

### 2) การใช้สิทธิโดยสุจริตทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งคนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

คำว่า “สุจริต” ตามมาตรา 5 นี้ มีความหมายกว้างกว่าในกรณีความสุจริตเฉพาะเรื่อง โดยหมายถึง “ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” ซึ่งบุคคลจะต้องมีต่อกันในกรณีต่างๆ บทบัญญัติในมาตรานี้ “บทครอบครัว” ที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลที่มีต่อกันในทางกฎหมาย เป็นการกำหนดให้บุคคลต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ การกระทำใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความซื่อสัตย์และความไว้วางใจย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต ซึ่งศาลจะไม่รับรองและไม่รับบังคับให้ ขอให้ดูคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้เป็นตัวอย่าง<sup>19</sup>

<sup>18</sup> เกรียงศักดิ์ สุวรรณศรี. *ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม*. เอกสารประกอบการศึกษา เข้าถึงได้จาก : <http://www.lawprachin.com/fileadmin/templates/data/702-6.doc>. [2554, 22 กันยายน]. หน้า 2-4.

<sup>19</sup> ฌัฐพงศ์ โปษกะบุตร. (2552). *คำอธิบายวิชาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (LW 502)*. เอกสารประกอบการบรรยายวิชา ทฤษฎีกฎหมายเอกชน. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 19-21.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2742/2517 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้โจทก์ แต่โจทก์รู้เห็นยินยอมให้จำเลยโอนที่ดินนั้นขายให้ผู้อื่น แล้วโจทก์มาฟ้องว่าจำเลยผิดสัญญา ดังนี้ เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาฎีกาที่ 786-787/2533 การที่โจทก์และจำเลยที่ 1 ได้ที่พิพาทมาในระหว่างอยู่กินเป็นสามีภริยากัน โดยมีได้จดทะเบียนสมรสกัน ถือว่าเป็นทรัพย์ที่ทำมาหาได้ร่วมกัน มีกรรมสิทธิ์ร่วมกันคนละครึ่ง แม้ที่พิพาทจะมีชื่อจำเลยที่ 1 เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดแต่ผู้เดียวก็เป็นการกระทำแทนโจทก์ด้วย จำเลยที่ 1 จึงไม่มีสิทธิเอาที่พิพาทส่วนของโจทก์ไปจดทะเบียนโอนขายให้จำเลยที่ 2 โดยรู้อยู่แล้วว่าโจทก์เป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย จึงเป็นการไม่สุจริต ไม่ผูกพันส่วนของโจทก์ จำเลยที่ 2 จึงต้องจดทะเบียนใส่ชื่อโจทก์เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันในที่ดินพิพาทด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 371/2534 ขณะรับโอนเช็คพิพาทโจทก์รู้ข้อตกลงระหว่างจำเลยที่ 1 กับที่ 2 รู้แล้วว่าจำเลยทั้งสองได้ตกลงกันในเช็คพิพาทเป็นเพียงเช็คค้ำประกันเงินกู้ มิให้นำเช็คพิพาทไปเรียกเก็บเงินและไม่ให้โอนไปยังบุคคลอื่น การที่โจทก์รับโอนเช็คพิพาทไว้จากจำเลยที่ 2 ทั้งๆที่ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวเช่นนี้ จึงเท่ากับโจทก์กระทำโดยไม่สุจริต ถือได้ว่าโจทก์รับโอนโดยคบคิดกันฉ้อฉลกับจำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 916 ประกอบด้วยมาตรา 989 โจทก์จึงไม่มีอำนาจนำเช็คพิพาทมาฟ้องเรียกเก็บเงินจากจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 ผู้ส่งจ่ายไม่ต้องรับผิดชอบใช้เงินตามเช็คพิพาทให้โจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 3235/2534 จำเลยทำสัญญาซื้อรถยนต์ของกลางจากผู้ร้องโดยมีเงื่อนไขว่ากรรมสิทธิ์ตกเป็นของผู้ซื้อเมื่อชำระราคาหมดแล้ว จำเลยชำระค่างวดเป็นเช็คล่วงหน้าทุกงวด แต่เช็ค 7 งวดสุดท้ายถูกธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน ผู้ร้องไม่เคยดำเนินคดีอาญากับจำเลยฐานจ่ายเช็คไม่มีเงินและไม่บอกเลิกสัญญาคงให้จำเลยครอบครองและใช้รถยนต์ของกลางเรื่อยมา แสดงว่าผู้ร้องไม่ต้องการเอารถยนต์ของกลางคืน แต่ประสงค์เพียงให้ได้รับชำระราคาส่วนที่ขาดเท่านั้น หากศาลสั่งคืนรถยนต์ของกลางผู้ร้องก็ต้องส่งมอบต่อให้จำเลยตามสัญญาซื้อขาย การขอคืนรถยนต์ของกลางของผู้ร้องเป็นไปเพื่อเป็นประโยชน์ของจำเลยเป็นการขอคืนแทนจำเลยผู้กระทำผิดและเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ผู้ร้องจึงไม่มีอำนาจร้องขอคืนของกลาง

ในกรณีที่มีการปฏิบัติหน้าที่หรือชำระหนี้ก็เช่นเดียวกัน ถ้าลูกหนี้ได้ ทำการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยไม่สุจริตก็ถือว่าเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ไม่ทำให้หนี้นั้นระงับสิ้นไป หรืออาจต้องชำระหนี้ใหม่นี้ให้ถูกต้องอีกครั้งหนึ่ง

หลักสุจริตที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มีหลักการเช่นเดียวกับของไทย

## 2.5 สิทธิและหน้าที่ของคู่เจรจาในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญา

สิทธิและหน้าที่ของคู่เจรจาในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญาแบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

### 2.5.1 สิทธิของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา

ในช่วงที่คู่กรณีอยู่ในระหว่างการเจรจาหรือการทำคำเสนอเป็นระยะเวลาที่ยังไม่มีสัญญาใดๆ ต่อกันในระหว่างคู่กรณี จนกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะตกลงที่จะทำสัญญาด้วย แต่เป็นช่วงระยะเวลาอันใกล้ที่อาจคาดได้ว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน คู่กรณีแต่ละฝ่ายก็มีสิทธิซึ่งเป็น “ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยื่นกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาประโยชน์อันเป็นส่วนพึงได้ของทุกคนนั้น”<sup>20</sup> ได้แก่ เสรีภาพในการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสิทธิและหน้าที่ หรือนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ในการล้มเลิกการเจรจาหรือถอนการแสดงเจตนา เป็นต้น การใช้สิทธิดังกล่าวต้องเป็นการใช้โดยชอบธรรมและไม่ขัดต่อประโยชน์หรือส่วนได้เสียของประชาชน

### 2.5.2 หน้าที่ของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา

เมื่อบุคคลฝ่ายหนึ่งมีสิทธิซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายให้ หรือเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรองรับและคุ้มครองให้ ก็ย่อมแสดงว่าบุคคลอีกคนหนึ่งหรืออีกหลายคนย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามอำนาจเขา<sup>21</sup> ซึ่งผู้มีหน้าที่จะต้องผูกพันตนให้ตกอยู่ในสถานะที่จะต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำการ หรือยอมให้เขากระทำการเพื่อให้เป็นไปตามผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลอื่น เช่น ก.ใช้สิทธิล้มเลิกการเจรจา หรือบอกเลิกโมฆียกรรม ข. ก็มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำตามที่ ก. ซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิของเขาเมื่อนั้น ในขณะเดียวกัน ผู้ถือสิทธิเองก็มีหน้าที่ที่จะต้องใช้สิทธิของตนโดยสุจริต และไม่ใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายให้บุคคลอื่น นอกจากนั้นยังมีหน้าที่ที่จะใช้สิทธิไปในทางที่ขัดต่อประโยชน์ของส่วนรวมด้วย ฉะนั้น หากผู้ถือครองสิทธิใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ อย่างไร

## 2.6 ผลกระทบต่อคู่เจรจา กรณีคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา หรือแสดงเจตนาไม่สุจริตก่อนมีการทำสัญญา

ผลกระทบต่อคู่เจรจา กรณีคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญาหรือแสดงเจตนาไม่สุจริตก่อนมีการทำสัญญา แบ่งออกเป็น 4 ประเภทดังนี้

<sup>20</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2538). *คำอธิบายวิชาคำหาญแพ่ง : หลักทั่วไปตามแนวคำสอนของ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. ความรู้กฎหมายทั่วไป : ภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร :ธรรมสาร. หน้า 97.

<sup>21</sup> หยุต แสงอุทัย. (2535). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 11 ). กรุงเทพมหานคร : เจริญผล. หน้า 219.

### 2.6.1 ผลกระทบต่อเสรีภาพในการทำสัญญา

บุคคลย่อมมีอิสระในการที่เข้ามาทำสัญญากับบุคคลใดๆ ก็ได้แล้วแต่ความปรารถนา เนื่องจาก “กฎหมายว่าด้วยหนี้ หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้อีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่วางรากฐานอยู่บนหลักเสรีภาพ” ซึ่งนี้อาจเกิดขึ้นจากสัญญา ดังนั้น ในการขอเข้าทำสัญญาของบุคคลใดก็ตามจะกระทำก็ต่อเมื่อตนมีความสมัครใจที่จะทำสัญญาด้วยเท่านั้น เพราะการทำสัญญาก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องผูกพันให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อผู้ทำสัญญา

จากหลักดังกล่าวเป็นการแสดงว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งล้มเลิกที่จะทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งกำลังมีการเตรียมการต่างๆ เพื่อจะเข้ามาทำสัญญาและได้รับความเสียหายจากการล้มเลิกที่จะทำสัญญา หากมีการนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญามาปรับใช้เพื่อชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้เสียหายนั้น จะถือว่าเป็นการทำลายหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่กรณีฝ่ายแรก เนื่องจากบุคคลที่ไม่ต้องการทำสัญญาไม่มีความจำเป็นที่จะต้องผูกพันกับคู่กรณีอีกฝ่าย แต่อย่างไรก็ตาม หลักเสรีภาพของแต่ละคนนั้นจะต้องไม่ขัดต่อผลประโยชน์ต่อสังคม เช่น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย หรือเป็นการฝ่าฝืน ตามมาตรา 151<sup>22</sup>

### 2.6.2 ผลกระทบต่อความเป็นธรรม

การที่กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติรับรองความรับผิดชอบก่อนสัญญาถือเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่าจะนำหลักกฎหมายใดมาปรับใช้กับความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญาเมื่อเกิดความเสียหายกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการนำหลักกฎหมายใดก็ตามมาปรับใช้นั้นควรที่จะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องชดเชยค่าเสียหายด้วยว่า หากมีการนำกฎหมายหนึ่งมาเพื่อทดแทนความเสียหายให้เป็นคุณแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่กลับเป็นโทษแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องถูกจำกัดในเรื่องเสรีภาพของการแสดงเจตนา นั้น จะถือว่าเป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ควรจะต้องนำมาชั่งน้ำหนักถึงผลดีและผลเสียจากการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ด้วยเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

### 2.6.3 ผลกระทบต่อความเสียหาย

เมื่อฝ่ายที่ต้องเสียหายจากการล้มเลิกทำสัญญาหรือต้องทำสัญญา เพราะเหตุที่การแสดงเจตนาของตนในขณะนั้นบกพร่อง ได้แก่ การสำคัญผิด การที่มีผู้ทำการฉ้อฉล หรือการข่มขู่ เป็นต้น หากไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ก็จะทำ

<sup>22</sup> ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กำหนดอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

ให้ฝ่ายที่ต้องเสียหายต้องรับบาปเคราะห์ไปเอง แต่ถ้ามีการนำหลักกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้ก็จะช่วยเยียวยาความเสียหายให้แก่ฝ่ายที่ต้องรับภาระในความเสียหายนั้น ซึ่งการเรียกร้องค่าเสียหายนี้ หากใช้หลักกฎหมายสัญญาจะต้องคำนวณค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 บัญญัติว่า “การเรียกร้องค่าเสียหายนั้น ได้แก่ เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นตามปกติ ย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

เจ้าหน้าที่เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

จากบทบัญญัติกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าคู่กรณีที่เรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายสัญญาสามารถเรียกได้ตามปกติ หรือจากพฤติการณ์พิเศษ แต่หากเรียกตามกฎหมายละเมิดจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยตามแต่พฤติการณ์และความร้ายแรงของละเมิดดังประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด...”

ส่วนการเรียกค่าเสียหายตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นการเรียกค่าเสียหายจากผลประโยชน์ในทางเสียไปหรือทางลบ (negative interest) ซึ่งมีความมุ่งหมายให้คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเดิมดังเช่นก่อนมีการเข้าร่วมการเจรจาหรือเข้ามาทำสัญญา

จึงกล่าวได้ว่า การที่คู่กรณีเรียกร้องค่าเสียหายได้นั้น ยังคงมีปัญหาต่อไปว่า ควรจะเรียกร้องตามหลักกฎหมายสัญญาหรือตามหลักกฎหมายละเมิด หรือตามหลักความรับผิดชอบ

#### 2.6.4 ผลกระทบต่อความไว้วางใจ

หลักความไว้วางใจนี้จะพิจารณาถึงความสุจริตหรือไม่ของผู้รับการแสดงเจตนา ดังเช่น ผู้รับการแสดงเจตนาไม่อาจทราบถึงเจตนาภายในและเจตนาที่แสดงออกมาไม่ตรงกัน แต่ได้ให้ความไว้วางใจต่อผู้แสดงเจตนาว่ามีความสุจริตที่ได้แสดงเจตนาออกมาเช่นนั้น จึงต้องถือว่าเจตนาที่แสดงออกมีความสำคัญกว่าเจตนาที่แท้จริงภายใน หากเกิดกรณีว่าผู้รับการแสดงเจตนาได้รู้หรือควรจะรู้ว่าการแสดงเจตนาออกมานั้นไม่ตรงกับเจตนาภายใน ในกรณีเช่นนี้จะถือว่าเจตนาภายในสำคัญกว่า<sup>23</sup>

## 2.7 ความแตกต่างระหว่างละเมิดกับสัญญา

ความแตกต่างระหว่างละเมิดกับสัญญามีข้อแตกต่างที่เป็นหลักใหญ่ๆ 7 ข้อ ดังนี้

<sup>23</sup> จาปี โสทธิพันธุ์. (2539). *หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. หน้า 88-89.

1. สัญญาเกิดหน้าจากข้อตกลง แต่ละเมิดเกิดหน้าโดยกฎหมายบังคับ สัญญาเป็นนิติกรรมที่เป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลที่กระทำหรือเว้นการกระทำ ซึ่งชอบด้วยกฎหมายโดยทั้งสองฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันและกันที่จะบังคับให้ชำระหนี้ตามข้อตกลง ส่วนละเมิดแม้จะเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ก็มีไซ้เกิดจากข้อตกลงระหว่างบุคคล แต่เป็นเรื่องที่กฎหมายบังคับให้ผู้ทำละเมิดต้องชดใช้ค่าสินไหมแก่ผู้เสียหาย เรียกว่า “นิติเหตุ”

2. สัญญาโดยหลักแล้วเป็นหน้าที่ที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติต่อกัน โดยเฉพาะส่วนละเมิดเป็นหน้าที่ที่ต้องไม่ล่วงเกินสิทธิต่อบุคคลทั่วไป กล่าวคือ คู่สัญญามีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาต่อกันและกัน เมื่อปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาก็สิ้นสุดลง แต่หากมีการผิดสัญญานอกจากถูกบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาแล้วอาจเรียกค่าเสียหายได้ด้วย เป็นการบังคับใช้ในระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเท่านั้น แต่มีข้อยกเว้นในเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามมาตรา 374 ซึ่งบุคคลภายนอกตามที่ระบุไว้ในสัญญาอาจเข้ารับเอาประโยชน์ตามสัญญานั้นได้ และการโฆษณาให้คำมั่นว่าจะให้รางวัลแก่บุคคลทั่วไปตามมาตรา 362 ส่วนละเมิดเป็นเรื่องที่กฎหมายบังคับว่า บุคคลจะต้องไม่ล่วงสิทธิผิดหน้าที่ต่อบุคคลทั่วไป จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่เขา มิฉะนั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้ทำละเมิดจึงมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างเดียว เว้นแต่จะมีการทำนิติกรรมสัญญาเป็นอย่างอื่นในภายหลัง

3. ละเมิดเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ ส่วนความรับผิดตามสัญญาเป็นผลแห่งหนี้ กล่าวคือ ก่อนมีการละเมิด ยังไม่มีหนี้เกิดขึ้นในระหว่างผู้ทำละเมิดกับผู้เสียหาย ไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน ต่อเมื่อมีการทำละเมิดจึงเกิดมีหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เรียกได้ว่าความรับผิดทางละเมิดเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ ส่วนสัญญาจะต้องมีนิติสัมพันธ์ต่อกันคือ หนี้ซึ่งผูกมัดผู้หนึ่งเรียกว่า “ลูกหนี้” ให้ชำระแก่อีกผู้หนึ่งเรียกว่า “เจ้าหนี้” หากลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ก็ต้องรับผิดตามสัญญาเรียกว่า “เป็นผลแห่งหนี้”

4. แตกต่างในเรื่องความสามารถของบุคคล การทำสัญญาอาจถูกจำกัดสถานะและความสามารถของบุคคลอาจเป็นผู้เยาว์ ผู้ไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือผู้พิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลาย ทำให้สัญญาที่ทำกับบุคคลดังกล่าวตกเป็นโมฆียะ โมฆะ หรือไม่มีผลผูกพันได้ แต่บุคคลเหล่านี้ยังมีความรับผิดในเรื่องละเมิดอยู่

5. ต่างกันในเรื่องหน้าที่นำสืบ ในคดีละเมิด ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ว่าผู้ทำละเมิดได้ทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้เขาเสียหายโดยผิดกฎหมาย จึงบังคับให้เขาใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ส่วนสัญญาเมื่อฟังได้ว่าลูกหนี้มีพันธะต่อเจ้าหนี้ตามสัญญา ลูกหนี้ต้องพิสูจน์ว่าได้ชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว

6. ข้อจำกัดในเรื่องค่าเสียหาย สัญญาบางประเภท เช่น สัญญารับขนของตามมาตรา 610 ผู้ขนส่งมีข้อจำกัดความรับผิดในค่าเสียหายของเงินตราหรือของมีค่าอื่นๆ ที่ผู้รับขนตามมาตรา 620

แต่ถ้าผู้ส่งฟ้องให้รับผิดชอบละเมิดแล้ว ผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบเพิ่มจำนวนความเสียหาย เช่น ผู้ขนส่งรับขนของมีค่า แต่ทำประมาทเดินเล่อให้ของนั้นแตกเสียหาย หากผู้ส่งฟ้องฐานละเมิดผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบเต็มราคาแม้ผู้ส่งจะมีได้บอกราคาหรือสภาพแห่งของนั้นไว้ก็ตาม

7. การผิดนัด ในเรื่องสัญญาหากมิได้กำหนดเวลาชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน เมื่อหนี้ขึ้นถึงกำหนดชำระแล้ว เจ้าหนี้ต้องทวงถามก่อน หากไม่ชำระ ลูกหนี้จึงจะได้ชื่อว่าผิดนัดตามมาตรา 204 แต่เรื่องละเมิดลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดมาแต่เวลาทำละเมิดตามมาตรา 206

## 2.8 เปรียบเทียบความรับผิดทางสัญญากับความรับผิดทางละเมิด

เมื่อเปรียบเทียบความรับผิดทางสัญญากับความรับผิดทางละเมิดจะเห็นได้ว่า ความรับผิดทางละเมิด คือ กรณีกระทำผิดโดยฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายและก่อความเสียหายขึ้น ส่วนความรับผิดทางสัญญา คือ การไม่ชำระหนี้และก่อความเสียหายขึ้นนั้น มีลักษณะอย่างเดียวกัน คือ ชดใช้ความเสียหาย แต่ไม่เหมือนกันทุกกรณี<sup>24</sup>

ทั้งนี้ เพราะความรับผิดทางสัญญานั้น ก่อนมีความรับผิดได้มีหนี้ระหว่างผู้เสียหาย (เจ้าหนี้) กับผู้รับผิด (ลูกหนี้) ส่วนความรับผิดทางละเมิด ผู้เสียหายกับผู้รับผิดไม่มีหนี้ระหว่างกันมาก่อน จึงควรทำการเปรียบเทียบกันเพื่อดูข้อแตกต่างระหว่างความรับผิดทั้งสองนี้ คือ

### 1. ขอบเขตของความรับผิด

ขอบเขตของความรับผิดทางสัญญาแคบกว่าความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากความรับผิดทางสัญญามีผลเฉพาะคู่กรณีในสัญญาหนึ่งๆ เท่านั้น ซึ่งต่างกับความรับผิดทางละเมิดที่มีผลต่อคนทุกคนเป็นหลักทั่วไป คู่กรณีของความรับผิดทางสัญญาจะต้องมีความผูกพันทางสัญญากันมาก่อน และต้องเป็นสัญญาที่มีผลสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ ความรับผิดทางสัญญาอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้นี้เป็นข้อยกเว้นเพราะผลตามปกติที่เกิดจากหนี้ตามสัญญาคือการปฏิบัติตามชำระหนี้ ส่วนความรับผิดทางละเมิดมีผลต่อคนทุกคนที่อาจเข้ามาไม่ถึง เช่นผลของสัญญาที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา ถือว่าเป็นเรื่องความรับผิดทางละเมิด กรณีแขกผู้รับเชิญมาในงานได้รับบาดเจ็บเพราะอุบัติเหตุที่เกิดจากการใช้ลิฟต์ที่ติดตั้งไม่ดี เช่นนี้ผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อบริษัทผู้ติดตั้งที่ชำระหนี้ตามสัญญาบกร่องในฐานะความรับผิดทางละเมิด

ความรับผิดทางสัญญาเกิดขึ้นเพราะการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามเนื้อหาข้อสัญญา ดังนั้น ถ้าความเสียหายเกิดก่อนมีการตกลงก่อให้เกิดสัญญาแล้วเป็นเรื่องความรับผิดทางละเมิด

<sup>24</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. (2551). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : เดือนตุลา. หน้า 93.

(Culpa in Contrahendo) เช่นเดียวกับกรณีความเสียหายเกิดขึ้นนอกขอบเขตเนื้อหาของสัญญา เช่น ผู้ให้เช่าทำร้ายร่างกายผู้เช่า เป็นต้น อย่างไรก็ตามการกำหนดเนื้อหาของสัญญานี้ นอกจากข้อตกลงโดยชัดแจ้งแล้ว ยังต้องพิจารณาความผูกพันระหว่างคู่สัญญาตามหลักสุจริตด้วย (มาตรา 5 และมาตรา 368) เช่น สัญญารับขนไม่ว่าจะเป็นรับขนของหรือคนโดยสาร โดยลักษณะของสัญญาผู้รับขนมีหน้าที่นำของหรือคนโดยสารไปถึงจุดหมายปลายทางโดยสวัสดิภาพและปลอดภัยไม่ว่าจะมีข้อตกลงไว้ชัดเจนหรือไม่ก็ตามเป็นหน้าที่ความรับผิดชอบทางสัญญา

## 2. ความสามารถในการก่อให้เกิดความรับผิด

ความสามารถในการก่อให้เกิดความรับผิด กล่าวคือ ในเรื่องความรับผิดทางสัญญานั้น ได้มีนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้รับผิดกับผู้เสียหายอยู่ก่อนแล้วและเรียกนิติสัมพันธ์นี้ว่า หนี้อันเกิดขึ้นโดยนิติกรรมซึ่งบุคคลจะก่อตั้งขึ้นนั้นต้องมีความสามารถ (มาตรา 153) หากบุคคลใดไม่มีความสามารถอันได้แก่ ผู้เยาว์ ผู้ไร้ความสามารถ ผู้เสมือนไร้ความสามารถทำนิติกรรมขึ้นแล้ว โดยหลักการนิติกรรมนั้นเป็นโมฆียะ และมีการบอกล้างให้เป็นโมฆะได้ ดังมาตรา 175 มาตรา 176 ได้บัญญัติไว้

ส่วนในเรื่องความรับผิดทางละเมิดนั้น ก่อนละเมิดมิได้มีหนี้หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ละเมิดและผู้เสียหายมาก่อน ดังนี้ มาตรา 429 บัญญัติว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดในผลที่ตนทำละเมิด...” ดังนี้ ความรับผิดทางละเมิดจึงมิได้มีหลักเกณฑ์ในเรื่องความสามารถแต่ประการใด

## 3. หน้าที่นำสืบ

ข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างความรับผิดทางละเมิดกับความรับผิดทางสัญญาอีกประการหนึ่งอยู่ในปัญหาเรื่องการพิจารณาความ กล่าวคือ สำหรับความรับผิดทางละเมิดประเด็นว่า จำเลยละเมิดหรือไม่นั้น โจทก์หรือผู้เสียหายเป็นผู้นำสืบก่อนหากนำสืบไม่ได้ก็ถือว่าไม่มีความรับผิดทางละเมิด ส่วนสำหรับความรับผิดทางสัญญานั้นเมื่อปรากฏว่ามีสัญญาแล้ว ประเด็นว่ามีการไม่ชำระหนี้โดยเอาผิดแก่ลูกหนี้ได้หรือไม่ กลับเป็นหน้าที่ของลูกหนี้หรือจำเลยจะต้องนำสืบ หากลูกหนี้นำสืบไม่ได้ ก็ถือว่ามีความรับผิดทางสัญญาขึ้นแล้ว

เหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น เพราะในเรื่องความรับผิดทางละเมิดนั้นต้องมีความรับผิดหรือต้องมีการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งโดยมากเป็นข้อห้ามมิให้กระทำ คือ เป็นข้อห้ามให้งดเว้นกระทำ ดังนั้น โจทก์หรือผู้เสียหายต้องนำสืบก่อนว่า ผู้ละเมิดได้กระทำความผิด เพราะเป็นการสืบยืนยันอันเป็นวิสัยที่จะนำสืบได้ ส่วนความรับผิดทางสัญญานั้น ส่วนมากก่อนนี้ให้กระทำ อันการสืบเช่นนี้เป็น การสืบยืนยันอันเป็นวิสัยที่ลูกหนี้หรือจำเลยนำสืบได้ ดังมาตรา 385 ได้บัญญัติถึงการโต้แย้งการรับเบี่ยงปรับว่า “...เป็นหน้าที่ของลูกหนี้จะต้องพิสูจน์...เว้นแต่การชำระหนี้อันตนจะต้องทำนั้นเป็นการให้งดเว้นการอันใดอันหนึ่ง”



#### 4. สิทธิของเจ้าหนี้

เจ้าหนี้ตามความรับผิดชอบทางสัญญาจะมีสิทธิแตกต่างจากผู้เสียหายในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิด เพราะเจ้าหนี้ตามความรับผิดชอบทางสัญญานอกจากสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทน ความเสียหายเพื่อการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาแล้ว เจ้าหนี้อาจมีสิทธิบอกปิดไม่รับชำระหนี้ตามมาตรา 216 ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาตามสัญญาอันเป็นสาระสำคัญในการชำระหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 388

#### 5. ขนาดความเสียหายที่ผู้รับผิดชอบจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ขนาดความเสียหายที่ผู้รับผิดชอบจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กล่าวคือ ความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ผู้ละเมิดย่อมรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการละเมิดทั้งสิ้น ตามมาตรา 438 ส่วนในเรื่องความรับผิดชอบทางสัญญานั้นได้กล่าวไว้แล้วว่าลูกหนี้คงรับผิดชอบต่อความเสียหายเท่าที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ และเท่าที่ลูกหนี้คาดหมายเท่านั้นตามมาตรา 222

## 2.9 ความหมายและแนวคิดในการเจรจาต่อรอง

การเจรจาต่อรอง หมายถึง กระบวนการแก้ไขปัญหา หรือความขัดแย้งระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องมากกว่า 2 ฝ่ายขึ้นไป เพื่อหาข้อยุติที่เป็นผลประโยชน์ระหว่างคู่เจรจาร่วมกัน ส่วนสัดส่วนในการได้มากน้อยขึ้นอยู่กับอำนาจต่อรองที่แตกต่างกัน และขึ้นอยู่กับเทคนิคและความสามารถในการเจรจาของแต่ละฝ่าย<sup>25</sup>

### กระบวนการเจรจาต่อรอง

กระบวนการเจรจาต่อรองมิได้กำจัดวงอยู่เฉพาะเมื่อเริ่มพูดและจบลง ณ ที่ที่มีการเจรมนั้น แต่อาจจะเป็นกระบวนการที่ใช้เวลาในการดำเนินการมาก่อนหน้าที่จะมีการเจรจาต่อรองกันขึ้น เพื่อสร้างอำนาจต่อรอง เช่น ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะใช้กระบวนการผ่านหน้าหนังสือพิมพ์ หรือผ่านคนรู้จักใกล้ชิด เพื่อให้มีการสื่อสารไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อนำไปสู่การสร้างอำนาจการต่อรอง

<sup>25</sup> รศ.ดร. สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์. *กลยุทธ์การเจรจาต่อรองผู้เขียน*. สรุปเรื่องโดย นางร่ำพา ชนะพลชัย นักจัดการงานทั่วไปชำนาญการศูนย์ศึกษาและพัฒนาชุมชนชลบุรี. เข้าถึงได้จาก : [http://61.19.244.9/training002/km%20Ipa/my\\_ebook29/Book29\\_opd\\_files/29.%E0%B8%81%E0%B8%A5%E0%B8%A2%E0%B8%B8%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B9%8C%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B8%88%E0%B8%B2.doc](http://61.19.244.9/training002/km%20Ipa/my_ebook29/Book29_opd_files/29.%E0%B8%81%E0%B8%A5%E0%B8%A2%E0%B8%B8%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B9%8C%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B8%88%E0%B8%B2.doc). [2554, 22 กรกฎาคม].

ดังนั้น ประสิทธิภาพในการเจรจาต่อรองมิได้ขึ้นอยู่กับทักษะในการเจรจาเท่านั้น แต่ยังต้องพึ่งพาทักษะประกอบอื่น ๆ ในการสร้างสภาพแวดล้อมเพื่อให้การใช้วาทะสามารถเป็น รูปธรรม กลยุทธ์ในการเจรจาต่อรอง

**กลยุทธ์ในการเจรจาต่อรอง** หมายถึง เทคนิคในการใช้ปากให้เป็นเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย อันเป็นประโยชน์ต่อคู่เจรจา การใช้ปากให้เหมาะสมต่อสภาพการณ์แวดล้อมและเงื่อนไข ในบางสถานการณ์ การใช้ปากให้เป็นอาจหมายถึง “การนิ่งเงียบ” แทนการพูดจา เช่นการเจรจาต่อรองกับคู่เจรจาซึ่งกำลังมีอาการ วิธีที่ดีที่สุด คือ รอให้คู่เจรจาหายโมโหและเข้าสู่ภาวะของการมีเหตุผลแล้วจึงค่อยเข้าไปเจรจาด้วย ดังนั้น การเจรจาในบางครั้งจึงหมายถึงการรู้จักเงียบสักพักก่อนการใช้ปากหรือการอาศัยปากบุคคลอื่นที่คู่เจรจาให้การยอมรับเข้าไปเจรจา และในบางสถานการณ์อาจใช้วิธีอื่นแทนการใช้ปากเสียก่อน เช่น อาจใช้วิธีเขียนจดหมายให้คู่เจรจามีเวลาพิจารณาหรือไตร่ตรองเรื่องที่เราต้องการเจรจาเพื่อโน้มน้าวให้คู่เจรจาเป็นผู้เริ่มการเจรจา

สรุปได้ว่า ก่อนการเจรจาต่อรอง ควรศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับคู่เจรจา และเข้าใจจุดอ่อน จุดแข็งของตนเอง ดังนั้น ประสิทธิภาพในการเจรจาขึ้นอยู่กับกระบวนการในการทำความเข้าใจ “รู้เขา รู้เรา”

### 2.9.1 หลักการเบื้องต้นในการเจรจาต่อรอง

หลักการในการเจรจาต่อรองที่คู่เจรจาต้องคำนึงและส่งผลต่อความสำเร็จหรือความล้มเหลว มีดังนี้

1) หลักการที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของต้นทุนและกำไร (Cost-Benefit) คือ การที่คู่เจรจาต่างสามารถประเมินได้ว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการเจรจาและการยุติข้อขัดแย้งจะมีมากกว่าต้นทุน

2) หลักความเชื่อมั่นต่อกัน (Trust) การสร้างความเชื่อมั่นระหว่างกันเป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างยิ่งส่วนหนึ่งที่จะส่งผลต่อความสำเร็จหรือความล้มเหลวของการเจรจา หากคู่เจรจาขาดความไว้วางใจหรือความมั่นใจต่อกันแล้ว อาจกล่าวได้ว่าการเจรจานั้นไม่ทันได้เริ่มต้นก็ล้มเหลวเสียแล้ว ดังนั้น จึงต้องสร้างบรรยากาศแห่งความเชื่อมั่น ตั้งแต่จุดเริ่มต้นของการเจรจาที่จะทำให้เกิดความรู้สึกที่ดีต่อกัน การพบหน้ากันครั้งแรกของคู่เจรจาอาจเป็นจุดเริ่มต้นไปสู่ความเชื่อมั่น คู่เจรจาที่ได้ฝึกปรือมาอย่างดีต่างฝ่ายต่างต้องมีการศึกษาถึงแนวคิด นิสัย ลักษณะ ตลอดจนศึกษาวัฒนธรรมในการเจรจา เพื่อสร้างบรรยากาศแห่งความเชื่อมั่นในตัวผู้เจรจา

3) รู้จักจำกัดขอบเขตการเจรจาอย่าให้ขยายวงไปกระจายกับประเด็นอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างกันทั้งระบบ

## 2.9.2 แนวทางในการเจรจา

1) แนวทางจิตวิทยา (Psychological Approach) เป็นแนวทางในการใช้หลักจิตวิทยา พูดยาวานล่อม และดำเนินการทุกอย่าง เพื่อประสบความสำเร็จซึ่งข้อยุติในด้านใดด้านหนึ่ง โดยคู่เจรจาต้องพยายามทำความเข้าใจในเรื่องจิตวิทยาซึ่งอาจหมายถึง นิสัยใจคอ สถานภาพทางด้านอารมณ์ของกลุ่มเจรจา แรงบีบคั้น หรือสถานภาพ และบทบาทในด้านตำแหน่งที่จะมีผลต่อการแสดงออกถึงแนวความคิดและท่าทีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการเจรจา องค์ประกอบเหล่านี้มีความสำคัญที่จะทำให้ผู้เจรจาสามารถกำหนดกลยุทธ์เพื่อให้สอดคล้องกับสถานภาพทางด้านจิตวิทยาอันเป็นผลมาจากตัวแปรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคู่เจรจา

ในการใช้แนวทางด้านจิตวิทยาในการเพิ่มประสิทธิภาพการเจรจาต่อรอง สิ่งที่ผู้เจรจาจะต้องศึกษาวิเคราะห์และทำความเข้าใจคือ

1. นิสัย (Nature)
2. อารมณ์และเหตุผล (Emotional and Rational Side)
3. สถานภาพ (Status) และบทบาท (Roles)

2) แนวทางทฤษฎีเกม (Game Theory) ทฤษฎีเกมถูกนำมาใช้กันอย่างกว้างขวางและมีประสิทธิภาพในการทำให้การเจรจาต่อรองนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขและทิศทางที่กำหนดไว้ ทฤษฎีเกมตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่าคู่เจรจานั้นจะมีความรู้ ความสามารถเท่าเทียมกันและมีข้อมูลมากเท่าเทียมกัน องค์ประกอบดังกล่าว จะส่งผลทำให้การเจรจามีข้อยุติในลักษณะที่คาดการณ์ได้ อย่างไรก็ตามทฤษฎีเกมนั้นสามารถที่จะใช้ในการอธิบายได้อย่างดีในกรณีถ้าหากคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีข้อมูลที่ดีกว่าและมีการเตรียมการที่ดีกว่า ย่อมประสบความสำเร็จและสามารถได้เปรียบในการเจรจากว่าคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งที่ขาดข้อมูลและการเตรียมการ

ทฤษฎีเกมอาจจำแนกได้ 3 ลักษณะ ดังต่อไปนี้

1. เกมศูนย์ (Zero Sum Game) พื้นฐานของข้อเท็จจริง คือ การเจรจาใดๆ นั้น มีผู้ได้กับเสีย เกมศูนย์มีที่มาจากการเล่นไพ่ กล่าวคือทุก ๆ 200 บาทที่มีคนได้ก็จะต้องมีคนเสีย นั่นคือบวก 200 คู่กับ ลบ 200 ก็เป็นศูนย์

ในการเจรจาต่อรองถ้าหากมีผู้ได้และผู้เสีย การเจรจานั้นจะไม่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากผู้เสียจะไม่ยอมร่วมเจรจาด้วย การเจรจาจะต้องตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่าคู่เจรจานั้นจะได้ผลประโยชน์จากการเจรจาร่วมกัน ลักษณะเกมศูนย์จึงเป็นตัวอธิบายได้ว่าการเจรจาดังกล่าวจะไม่ประสบผลสำเร็จ นอกจากเสียว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะมีอำนาจต่อรองสามารถบีบบังคับอีกฝ่ายหนึ่งได้เท่านั้น

2. เกมลบ (Negative Sum Game) ตามหลักการนี้ คือการเจรจาใดๆ ก็ตามที่ส่งผลกระทบต่อทั้งฝ่ายที่ชนะและฝ่ายที่แพ้ การเจรจาดังกล่าวนั้น จะไม่มีวันไปสู่ข้อยุติได้เพราะข้อยุติดังกล่าวนี้จะส่งผลในแง่ลบต่อทุก ๆ ฝ่าย ทุกฝ่ายจึงต้องพยายามหลีกเลี่ยง “เกมลบ”

3. เกมบวก (Positive Sum Game) ตามหลักการนี้คือ การเจรจาใด ๆ ที่จะประสบความสำเร็จได้นั้น จะต้องนำไปสู่ข้อยุติที่เป็นผลดีต่อทุกฝ่าย การเจรจาจึงต้องอยู่บนสมมติฐานว่าความสำเร็จต้องขึ้นอยู่กับข้อสรุปที่ทุกฝ่ายเป็นฝ่ายได้ (Win-Win Position) หรือที่เรียกว่า

“เกมบวก” ซึ่งหมายถึง การที่ทุกฝ่ายได้ผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมในการเจรจา

### 3) ทฤษฎี H.M.L

การเจรจาต่อรองอันหมายถึงกระบวนการในการที่จะให้คู่เจรจาเดินทางเข้าหากันเพื่อมุ่งสู่เป้าหมาย คือ ข้อยุติที่มีผลประโยชน์ร่วมกันเป็นเดิมพัน เรียกศัพท์กระบวนการในการเจรจาดังกล่าวว่า “Negotiating Continuum” หมายถึงเส้นทางแห่งการเจรจาเพื่อบรรจบเข้าหากันของคู่เจรจาที่อยู่กันคนละฟาก ในการเจรจาคู่เจรจาแต่ละฝ่ายจะต้องมีการกำหนดเป้าหมายในการเจรจาเอาไว้ เป้าหมายในการเจรจามี 3 ระดับด้วยกัน และเรียกเป้าหมายในการเจรจาทั้ง 3 ระดับว่า “ทฤษฎี H.M.L.” สามารถอธิบายได้ดังนี้

1. ระดับ “H” (High) หมายถึงการบรรลุสู่เป้าหมายสูงสุดของคู่เจรจา ซึ่งถือเป็นเป้าหมายอุดมคติ (Ideal Position) หมายความว่าคู่เจรจาสามารถที่จะบรรลุเป้าหมายทุกอย่างที่ตัวเองตั้งไว้ซึ่งเท่ากับบรรลุ 100 % เป็นระดับที่คู่เจรจาอยากที่จะให้เกิดสูงสุด

2. ระดับ “M” (Medium) หมายถึง กรณีที่คู่เจรจาไม่สามารถที่จะได้มาซึ่งเป้าหมายสูงสุด แต่อย่างน้อยบรรลุเป้าหมายได้ 75 % เรียกเป้าหมายดังกล่าวว่าเป็นเป้าหมายระดับกลาง

3. ระดับ “L” (Low) หมายถึง กรณีที่คู่เจรจาอยากได้เป้าหมายอย่างน้อยที่สุดที่ 50 % เรียกระดับนี้ว่าระดับที่เป็นขอบเขตจำกัด หากต่ำกว่าระดับนี้การเจรจาจะไม่มีทางได้ข้อยุติ เพราะหากต่ำกว่านี้ คู่เจรจาจะเสียมากกว่าได้ ซึ่งเกินขอบเขตที่จะเจรจาด้วย

4. เทคนิคการเจรจาต่อรองด้วยแนวทางผสมผสาน (Multi-dimensional Approach) หมายถึง การใช้แนวทางผสมผสานระหว่างการศึกษาทางจิตวิทยา และการใช้ทฤษฎีเกม เข้าด้วยกัน

### 2.9.3 ข้อดีและข้อเสียของแนวทางในเชิงจิตวิทยา และแนวทางทฤษฎีเกม

ข้อดีและข้อเสียของแนวทางในเชิงจิตวิทยา และแนวทางทฤษฎีเกม สรุปได้ดังนี้

**ข้อดีแนวทางจิตวิทยา** คือ ทำให้เข้าใจถึงกลไกหรือพื้นฐานความต้องการของอารมณ์ แนวความคิดของตัวเอง ตลอดจนความต้องการของคู่เจรจา ซึ่งจะช่วยให้ผู้เจรจาสามารถเตรียมความพร้อมเพื่อดำเนินมาตรการในการเจรจาต่อรองที่สอดคล้องกับพื้นฐานความต้องการและมีการป้องปรามผลที่อาจเกิดจากสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา อันเป็นผลข้างเคียงจากการควบคุมอารมณ์หรือไม่เข้าใจในด้านจิตวิทยาทั้งของตัวเองและคู่เจรจา

**ข้อเสียของแนวทางจิตวิทยา** คือ เป็นลักษณะของการเจรจาที่ไม่มีการเตรียมตัวอย่างเป็นระบบ เป็นลักษณะของการเตรียมตัวเพียงตอบสนองต่อคู่เจรจาโดยไม่มีการกำหนดขั้นตอนและเป้าหมายที่เด่นชัด

**ข้อดีแนวทางที่ใช้ทฤษฎีเกม** คือ เป็นลักษณะการเจรจาต่อรองที่มีการทำการบ้าน มีการดูเป้าหมายความเป็นไปได้ทั้งของตัวผู้เจรจาและคู่เจรจา เป็นการเตรียมตัวเพื่อผลักดันแนวทางการเจรจาอย่างเป็นระบบ

**ข้อเสียแนวทางที่ใช้ทฤษฎีเกม** คือ ถ้าหากไม่ได้ผสมผสานกลไกทางจิตวิทยา จะทำให้การเข้าถึงวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายที่แท้จริงของคู่เจรจามีความผิดพลาด ในบางครั้งการกำหนดเป้าหมายอาจมีผลกระทบมิใช่ด้วยสาระในการเจรจา แต่อาจเกิดจากความไม่เข้าใจซึ่งกันและกัน ตลอดจนเกิดจากการสร้างบรรยากาศซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับจิตวิทยา

ดังนั้น ในการเจรจาต่อรองที่จะมีประสิทธิภาพมากที่สุดจึงหมายถึงการที่จะนำข้อดีของแนวทางในการเจรจาทั้งสองประการมาผสมผสานเพื่อให้เกิดขั้นตอนที่มีทั้งระบบและความลึกซึ้ง ซึ่งเรียกแนวทางดังกล่าวว่า “แนวทางผสมผสาน (Multi-dimensional Approach)” กระบวนการและขั้นตอนในการเจรจาต่อรองด้วย “แนวทางผสมผสาน” จำแนกเป็นขั้นตอนหลักๆ 8 ขั้นตอนประกอบด้วย

#### 1. การเตรียมการ ประกอบด้วย

1.1 สะสมข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับตัวเรา และคู่เจรจาให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ “รู้เรา รู้เขา”

1.2 กำหนดวัตถุประสงค์และระดับเป้าหมายในการเจรจา H.M.L

1.3 กำหนดกลยุทธ์ในการเจรจา คือ ความพยายามเตรียมเนื้อหาเป้าหมายแนวทางในการเจรจาเพื่อดึงเกมให้คู่เจรจาไปสู่แนวทางที่มีการกำหนดไว้ และหมายความรวมถึงการนึกถึงทางออกหรือปฏิกิริยาต่อปัญหาที่อาจเกิดขึ้นระหว่างการเจรจา ในการกำหนดแนวทางในการเจรจาต้อง เป็นทางเลือกในลักษณะกว้างๆ เพื่อเปิดโอกาสให้การเจรจานั้นสามารถบรรลุไปสู่ขั้นตอนในการต่อรองซึ่งจะต้องมีความยืดหยุ่นในการเจรจา

1.4 การกำหนดบทบาทและหน้าที่ ของผู้เข้าร่วมเจรจา เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการเจรจาต่อรอง ซึ่งอาจหมายถึงการจัดตั้งทีมเพื่อให้การเจรจานั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น ในการจัดทีมเจรจาจะมีอยู่ 3 คนที่มีบทบาทแตกต่างกันไปดังนี้

1.4.1 ผู้เจรจา เรียกว่า ผู้นำ ( Leader )

1.4.2 ผู้ร่วมเจรจา เรียกว่า Summarizer

1.4.3 ผู้สังเกตการณ์ เรียกว่า Observer

ดังนั้น ผู้ที่มีการเตรียมการอย่างดีจะรู้ถึงทางหนีทีไล่ล่วงหน้าและรู้ถึงเป้าประสงค์ของตัวเองและคู่เจรจาและมีการเตรียมแนวทางในการพูดและปฏิกริยาในการโต้ตอบที่จะสอดคล้องต่อการผลักดันให้กระบวนการเจรจาไปสู่เป้าหมายที่ตนต้องการ

2. การดำเนินการเจรจาในขั้นตอนนี้จะครอบคลุมตั้งแต่การเริ่มแนะนำตัวในการเจรจา ต่อรอง ตลอดจนช่วงของการพูดคุย ปรีกษา หรือ ซึ่งในบางครั้งอาจจะเรียกว่าเป็นขั้นตอนของการโต้เถียง ซึ่งสิ่งสำคัญ คือ ต้องพยายามหลีกเลี่ยงการพูดคุยในลักษณะที่ไม่มีข้อยุติ ต้องแสดงเจตจำนงและพฤติกรรมในการเดินเข้าหากัน เพื่อให้ลักษณะการพูดคุยมีท่าที่เป็นบวกด้วยกันทั้ง 2 ฝ่าย มีคำตอบ และมีการพูดคุยกันในลักษณะสร้างสรรค์เพื่อดึงเกมเข้าหากันอันจะนำไปสู่ขั้นตอนต่อไปที่จะหาข้อยุติในการเจรจาต่อรอง

3. การส่งสัญญาณ หมายถึง การที่คู่เจรจามีการชี้ประเด็นที่พร้อมจะเจรจาหรือการบอกกล่าวให้อีกฝ่ายหนึ่งเห็นถึงแนวทางที่อาจจะนำไปสู่การเจรจาและหาข้อยุติได้หลังจากที่มีการพูดคุยกันในด้านต่าง ๆ แล้ว และในขณะที่เดียวกันการส่งสัญญาณก็อาจจะเท่ากับเป็นการบอกอีกฝ่ายหนึ่งว่าในประเด็นนั้นเป็นสิ่งที่ไม้อาจจะคุยกันได้

4. การทำข้อเสนอ หมายถึง การที่คู่เจรจานั้นได้รวบรวมประเด็นต่างๆ ที่คิดว่าอีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นด้วย ภายหลังจากที่ดูท่าทีของคู่เจรจาในการขึ้นตอนการเจรจาและการส่งสัญญาณเรียบร้อยแล้วในขั้นตอนนี้คู่เจรจาย่อมเสนอแนะถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ตัวเองคิดว่าคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นน่าจะสามารถต่อรองกันได้เพราะเป็นเงื่อนไขที่ประเมินจากท่าทีในระหว่างการเจรจา ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ขั้นตอนในการทำข้อเสนอเป็นขั้นตอนที่จะผลักดันให้การเจรจานั้นเป็นรูปธรรม เพราะเป็นขั้นตอนที่จะหาจุดร่วมของคู่เจรจาในประเด็นต่าง ๆ อันจะเป็นการปูพื้นฐานสู่ขั้นตอนในการเจรจาในลำดับต่อไป

5. การรวบรวมสรุปประเด็นเป็นขั้นตอนของการนำเสนอข้อสรุปที่ได้มาจากการประเมินข้อเสนอและปฏิกริยาของอีกฝ่ายหนึ่งต่อข้อเสนอในประเด็นต่างๆ และมารวมกันเป็นการนำเสนอที่คำนึงถึงองค์ประกอบต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อที่จะผลักดันให้การเจรจาต่อรองนั้นไปสู่แนวทางที่จะหาข้อยุติได้ และในขั้นตอนนี้คู่เจรจาย่อมต้องคำนึงถึงประเด็นสำคัญ 3 ประเด็น คือ

ประเด็นแรก ถามว่าสิ่งที่เราขอมเขานั้นเป็นสิ่งที่คู่เจรจาของเราเห็นคุณค่าหรือไม่  
ประเด็นที่สอง ต้องประเมินว่าสิ่งที่เราขอมเขานั้นมีต้นทุนสำหรับเราทำไร คู่คุณค่าหรือไม่ที่เราขอมเพื่อให้อีกฝ่ายพอใจ

ประเด็นที่สาม ถ้าเราขอมเขาแล้ว เราได้อะไรจากการขอมเขา เราต้องมีอะไรมาแลกเปลี่ยนเพื่อให้การเจรจานั้นเราไม่ตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ และในขณะที่เดียวกันเราต้องไม่เป็นฝ่ายเอาเปรียบคู่เจรจา เพื่อให้การเจรจานั้นสามารถไปสู่เป้าหมายแห่งการไว้ใจ ทำให้โอกาสหาข้อยุติที่จะเป็นผลประ โยชน์ต่อกันและกันมีสูงขึ้นในอนาคต

6. การต่อรองขั้นสุดท้ายเป็นขั้นตอนที่ต้องอาศัยความชำนาญและเทคนิคในการเจรจาที่ละเอียดอ่อน เพราะเป็นขั้นตอนที่ภาษาชาวบ้านเรียกว่า “เข้าด้าย เข้าเข็ม” เนื่องจากเป็นขั้นตอนที่ต่างฝ่ายต่างหันเข้ามาหาจุดที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกันได้ ความสำเร็จในการเจรจาต่อรองของแต่ละฝ่ายวัดได้จากผลได้กับผลเสีย โดยเทียบผลได้และผลเสียที่ตัวเราได้รับกับอีกฝ่ายหนึ่งได้รับว่า มีสัดส่วนต่างกันแค่ไหน ซึ่งย่อมขึ้นอยู่กับความสามารถในการขั้นตอนของการต่อรองในช่วงนี้เอง

7. การปิดการเจรจาต่อรองนั้นเป็นขั้นตอนของการเริ่มเข้าสู่จุดหมายปลายทาง หรือการหาข้อยุติในการเจรจาต่อรองเพื่อเป็นประโยชน์ต่อทั้งสองฝ่าย ประเด็นสำคัญของการปิดการเจรจาต่อรอง ก็คือจะหาข้อยุติเมื่อไร เงื่อนไขในการหาข้อยุตินั้นจะเป็นตัวตัดสินว่าข้อยุตินั้นเป็นผลประโยชน์ต่อทั้งสองฝ่ายร่วมกัน

8. การทำข้อตกลง การทำข้อตกลงอย่างเป็นทางการ เป็นขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการในการเจรจาต่อรองเป็นขั้นตอนที่จะรองรับกับข้อยุติที่ได้บรรลุก่อนหน้านี้ การหาข้อยุติในการเจรจาต่อรองอันนำไปสู่การทำข้อตกลงจึงมีความละเอียดอ่อนเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งอาจมีปัญหากันที่เกี่ยวข้องกับความหลงลืมของคู่เจรจา หรือการตีความ ซึ่งอาจนำไปสู่การถกเถียงกันในประเด็นต่าง ๆ ตามมา ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาในอนาคตสิ่งที่ตกลงกันไม่ว่าจะสำคัญหรือไม่สำคัญอาจมีความจำเป็นที่จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรให้เป็นหลักฐานชัดเจน

#### 2.9.4 ประเภทของการเจรจาต่อรอง

การเจรจาต่อรองอาจแยกเป็น 3 ประเภทหลักๆ คือ

1. การเจรจาต่อรองในทางการทูต เป็นการเจรจาที่มีความเป็นทางการอย่างมาก เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศชาติ
2. การเจรจาต่อรองในทางการค้า เป็นการเจรจาระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย ซึ่งมักจะเป็นการเจรจาอย่างอะลุ่มอล่วย
3. การเจรจาต่อรองในทางอุตสาหกรรม ส่วนใหญ่เป็นการเจรจาระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในประเด็นข้อพิพาทแรงงาน

#### 2.9.5 ลักษณะของการเจรจาต่อรอง

การเจรจาต่อรองนั้นอาจจำแนกตามลักษณะที่แตกต่างกันได้ 2 รูปแบบ คือ

1. การเจรจาต่อรองแบบได้บางส่วน หมายถึง การเจรจาต่อรองในลักษณะที่ว่าผลประโยชน์จะต้องมีการกระจายของอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่มีคนใดได้ทั้งหมด การได้ของฝ่ายใดจะต้องมาจากการเสียของอีกฝ่ายหนึ่ง
2. การเจรจาต่อรองแบบได้เต็มส่วน หมายถึง เป็นการเจรจาต่อรองในลักษณะที่คู่เจรจาทุกฝ่ายจะได้เต็มที หรือ 100 %

สรุป องค์การที่จะประสบความสำเร็จในปัจจุบันต้องสร้างวัฒนธรรมองค์กรที่เข้มแข็งและสามารถแข่งขันได้ (Competitive Culture) หนึ่งในวัฒนธรรมดังกล่าวคือการสร้างระบบคิดในเชิงกลยุทธ์ (Strategic Thinking) และอีกประการหนึ่ง คือ การสร้างวัฒนธรรมในการเจรจาต่อรองอย่างมีประสิทธิภาพและวัฒนธรรม ทั้งสองประเด็นมีความสัมพันธ์กัน เพราะการเจรจาต่อรองที่มีประสิทธิภาพนั้น จะต้องอาศัยระบบคิดในเชิงกลยุทธ์เป็นพลังสำคัญ

การเจรจาต่อรองจึงเป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์การแข่งขัน (Competitive Strategic) ในกรอบของการบริหารเชิงกลยุทธ์นั่นเอง (Strategic Management)

## 2.10 ความหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo)

ปัจจุบันการทำสัญญานั้นมีความสำคัญ หากการทำสัญญามีความเสียหายซึ่งเกิดจากความไม่สุจริตของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น ยกเลิกการเจรจา โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนแต่อย่างใด ย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน เพราะในการติดต่อกันจะต้องมีความไว้วางใจในเจตนาของอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้แสดงออกมาให้อีกฝ่ายรับทราบ หากฝ่ายใดกระทำการไม่สุจริตแล้วก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ฝ่ายที่สุจริต ดังนั้น ในการศึกษาวิจัย เรื่องความรับผิดชอบจากการยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา ควรต้องทราบถึงความหมายของหลักดังกล่าว จึงได้มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายไว้<sup>26</sup> ดังนี้

นักกฎหมาย Groffrey Samuel และ Jae Rinkes ได้เขียนไว้ว่า ความรับผิดชอบตามหลัก Culpa in Contrahendo อยู่บนพื้นฐานความคิดว่าคู่กรณีที่เจรจาต่อรองทำสัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต่อกันซึ่งกันเป็นหน้าที่ด้วยตัวของสัญญาเอง เช่น หลักความซื่อสัตย์หรือกฎหมายละเมิด

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์ (หยกอุบล) ได้เขียนไว้ว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือ Culpa in Contrahendo หมายถึง ความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง (liberta' negoziale) กล่าวคือ บุคคลนั้นๆ ได้รับความเสียหายต่อประโยชน์ที่เขาจะเจรจาตกลงได้อย่างอิสระ และประโยชน์นี้เองเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น (neminem laedere)<sup>27</sup>

<sup>26</sup> งามใจ แวมณีวรรณ. (2542). *ความรับผิดชอบก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 5-7.

<sup>27</sup> ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์ (หยกอุบล). (21.มีนาคม 2534). “หลัก Culpa in Contrahendo ในการทำสัญญา”. *วารสารนิติศาสตร์*. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 119.



นักกฎหมาย Friedrich Kessler และ Edith Fine ได้เขียนไว้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา เป็นทฤษฎีที่ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบความเสียหายในระหว่างเจรจาต่อรอง เพื่อทำสัญญาแต่ไม่อาจทำให้ได้ เนื่องจากเป็น โหมะหรือเกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้น ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้”

นักกฎหมาย Nigel G. Foster ได้เขียนไว้ว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือ *Culpa in Contrahendo* หรือ *Verschulden bei Vertragsverhandlung* เป็นการเรียกร้องรูปแบบหนึ่งที่ทำให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา ซึ่งได้มีการพัฒนาไปถึงกรณีการเข้ามาเพื่อจะทำสัญญากัน โดยให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังดูแลและซื่อสัตย์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

จากความเห็นของนักกฎหมายข้างต้น สามารถสรุปความหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ว่าเป็นการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนทำสัญญาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งซึ่งกระทำการโดยไม่สุจริตจนมีผลให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถทำสัญญาได้หรือทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ การที่ให้มีความรับผิดชอบในความเสียหายก่อนมีการทำสัญญา (*pre-contractual contract*) เช่นนี้ เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายแรกจะต้องมีความระมัดระวัง และมีความซื่อสัตย์ (*good faith*) ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

## 2.11 ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดในช่วงการเจรจาเพื่อทำสัญญา

โดยปกติการทำสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน แต่ในบางครั้งก่อนที่จะมีการทำสัญญากันอาจมีการเจรจาเพื่อทำสัญญากันต่อไปในอนาคตและคู่กรณี ฝ่ายหนึ่งเกิดยกเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญา เมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวมีผลทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย แต่ไม่ได้รับการเยียวยาแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้มีการบัญญัติหลักความรับผิดในกรณีเช่นนี้ไว้ ในกฎหมายโดยตรง ซึ่งถือเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้ทุกกรณี การที่กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงเรื่องความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการเกิดสัญญาไว้ในทุกกรณีจึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะต้องหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และเป็นที่ยอมรับได้ว่า จะมีเหตุการณ์ในลักษณะเดียวกันอย่างมากในอนาคต ดังนั้นกฎหมายที่จะใช้บังคับกับผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายและรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายในความรับผิดทางแพ่งนี้ คือกฎหมายแพ่ง ซึ่งความรับผิดทางแพ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความรับผิดเนื่องจากการไม่ชำระหนี้หรือความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด การที่กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงการเจรจาเพื่อทำสัญญาก่อนการเกิดสัญญาไว้ และไม่มีคำพิพากษาที่ศาลได้วินิจฉัยเรื่องนี้

ไว้โดยตรง จึงทำให้เกิดปัญหาดังที่ผู้เขียนได้หยิบยกขึ้นมาวิเคราะห์ไว้ในบทความว่า ควรให้มีการรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจา ก่อนการเกิดสัญญาหรือไม่ ในขณะที่ต่างประเทศได้มีการพัฒนาให้มีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาดังกล่าว เพียงแต่นำหลักกฎหมายมาใช้แตกต่างกัน ซึ่งมีผลทำให้ทฤษฎีความรับผิดชอบในช่วงการเจรจา ก่อนการเกิดสัญญาแยกเป็น 4 กรณี<sup>28</sup> คือ

### 2.11.1 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางสัญญา (Contractual Liability Theory)

สำหรับความรับผิดชอบตามสัญญานั้นเป็นความรับผิดชอบซึ่งสันนิษฐานถึงความมืออยู่ของความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งหมายถึงโดยปริยายว่าจะต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาทีรู้จักกันในชื่อของการชำระหนี้

ตามทฤษฎีนี้ได้เน้นหน้าที่ของการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตแม้ในช่วงการเจรจาก่อนที่สัญญาจะเกิด ดังนั้น นักกฎหมายเยอรมันและส่วนหนึ่งของนักกฎหมายอิตาลีเห็นว่ามีหน้าที่สัญญาจะเกิดจะยังไม่เป็นหนี้ตามสัญญาก็ตาม แต่ว่าคู่กรณีที่จะเจรจาเพื่อทำสัญญาหรือคู่เจรจาก็ได้มีหนี้ตามกฎหมายอย่างหนึ่งต่อกันแล้ว หนี้ดังกล่าวก็คือหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตอันเป็นหนี้หรือหน้าที่ทำนองเดียวกับที่มีเมื่อสัญญาเกิดแล้ว

สำหรับนักกฎหมายอิตาลีอีกส่วนหนึ่งซึ่งเห็นด้วยกับการจัดความรับผิดชอบที่เกิดก่อนสัญญานี้ ไว้ในกลุ่มความรับผิดชอบตามสัญญาเช่นกัน แต่ด้วยเหตุผลที่แตกต่างออกไปกล่าวคือ นักกฎหมายกลุ่มนี้เห็นว่า บทบัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาในมาตรา 1337 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีบัญญัติว่า “ในการดำเนินการเจรจาและการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต” ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีใช้คำว่า “คู่สัญญา” เสียแล้ว เพราะฉะนั้น ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจึงน่าที่จะเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา มากกว่าที่จะเป็นความรับผิดชอบนอกสัญญาหรือความรับผิดในทางละเมิด ประกอบกับเหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ บทบัญญัติมาตรา 1337 เรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในหมวดเรื่องสัญญา

อย่างไรก็ตาม มีผู้คัดค้านความเห็นที่ว่าก่อนที่สัญญาจะเกิด คู่เจรจาได้มีหนี้ต่อกันแล้ว ฝ่ายที่คัดค้านเห็นว่า แม้หลักสุจริตจะต้องได้รับความเคารพจากคู่เจรจาก็มิได้หมายความว่าในความสัมพันธ์ก่อนการเกิดสัญญานั้นเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างบุคคลที่มีตัวกำหนดแน่นอนแล้ว

<sup>28</sup> จิต เศรษฐบุตร. (2539). *หลักกฎหมายแพ่ง : ลักษณะละเมิด*. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 33-68.

### 2.11.2 ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด ( Delictual Liability Theory)

ตามทฤษฎีนี้เห็นว่าความรับผิดซึ่งเกิดขึ้นในช่วงการเจรจาก่อนการเกิดสัญญาไม่ใช่ความรับผิดตามสัญญา แต่ควรเป็นความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากสัญญาหรือนิติกรรมหลายฝ่ายเท่านั้นที่ก่อให้เกิดหนี้ ความรับผิดนอกสัญญาหรือละเมิดนี้ เป็นความรับผิดที่สันนิษฐานถึงความมืออยู่ของหนี้หรือความผูกพันทั่ว ๆ ไปที่จะต้องให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น (neminem leadere)

นักกฎหมายที่เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดในช่วงการเจรจาก่อนการเกิดสัญญาไว้ในกลุ่มนี้ให้ความเห็นว่าเพราะไม่อาจจัดความรับผิดที่เกิดในช่วงการเจรจาต่อสัญญาไว้ในเรื่องความรับผิดตามสัญญา เนื่องจากเป็นความผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะเกิด มิใช่ความรับผิดสำหรับความผิดเมื่อเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น แม้อาจจะกล่าวได้ถึงหนี้ในช่วงก่อนสัญญา แต่ก็ไม่สามารถจะกล่าวได้เลยว่า หนี้นี้มีลักษณะของหนี้ตามสัญญาเพราะช่วงที่ก่อให้เกิดสัญญาเป็นช่วงที่แยกต่างหากซึ่งมีหลักเกณฑ์เฉพาะเป็นของตนเอง และในท่ามกลางหลักเกณฑ์เหล่านั้นก็มีหลักสุจริตอยู่ด้วย อันการฝ่าฝืนจะก่อให้เกิดความรับผิดอันอยู่นอกขอบเขตของสัญญา และเมื่อไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญาได้ กลุ่มที่เหลืออยู่จึงมีเฉพาะกลุ่มความรับผิดนอกสัญญาหรือในทางละเมิดเท่านั้น

สำหรับประเทศที่เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในกลุ่มความรับผิดนอกสัญญาหรือละเมิด ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส

### 2.11.3 ทฤษฎีความรับผิดเอกเทศ (Third Lane Theory)

ความรับผิดที่เกิดในช่วงการเจรจาก่อนที่จะเกิดสัญญาเป็นความผิดที่ไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากหน้าที่ของความรับผิดก่อนเกิดสัญญามีรากฐานแตกต่างจากความรับผิดตามสัญญาเพราะสัญญายังมิได้เกิดขึ้นจึงยังมิได้มีความผูกพันใดๆ ทางสัญญาต่อกัน หากในการดำเนินการเจรจาและการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวมิได้ปฏิบัติตามหลักสุจริต และเนื่องจากความรับผิดก่อนเกิดสัญญาไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญาได้ เพราะเป็นความผิดที่เกิดในช่วงที่สัญญายังไม่เกิด แต่ก็มิได้หมายความว่าความรับผิดก่อนเกิดสัญญาอยู่ในขอบเขตของความรับผิดนอกสัญญาหรือที่เรียกว่าละเมิด เพราะว่าในกรณีละเมิดนั้นสามารถที่จะพบและอาจกระทบขอบเขตทางกฎหมาย ทั้งในเรื่องของสัญญา และเรื่องของละเมิดอยู่แล้ว จึงควรที่จะจัดให้อยู่ในกลุ่มใหม่ชื่อ “ความรับผิดก่อนเกิดสัญญา” ไปเลย ยิ่งไปกว่านั้นยังมีผู้ให้ความเห็นอีกว่าหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานี้เป็นหนี้ตามกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่เป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องเฉพาะต่อบุคคลที่เข้ามาเจรจาด้วย ความเห็นนี้ได้รับการคัดค้านเป็นอย่างมากในประเทศอิตาลี เพราะถือกันว่าในกฎหมายเอกชนของอิตาลีนั้น ไม่อาจที่จะมีกลุ่มความรับผิดกลุ่มที่สามนอกเหนือจากกลุ่มความรับผิดตามสัญญาและกลุ่มความรับผิดในทางละเมิด

ในส่วนของประเทศเยอรมันนั้น ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหลักความรับผิดก่อนสัญญาจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดที่เป็นแนวที่สามหรือเป็นเอกเทศ เพราะเป็นการกำหนดความรับผิดสำหรับความประมาทเลินเล่อในระหว่างการตกลงเข้าทำสัญญาซึ่งในระหว่างนั้นคู่สัญญามีหน้าที่พิเศษในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) อันเป็นหน้าที่ที่มีเฉพาะต่อบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งทำสัญญาด้วยเท่านั้น มิใช่หน้าที่ที่มีต่อบุคคลทั่วไป

ดังเช่นกรณีของความรับผิดเพื่อละเมิด ความรับผิดก่อนสัญญา จึงมิใช่หลักที่มาขยายหลักความรับผิดเพื่อละเมิด ยิ่งไปกว่านั้น การที่หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังดังกล่าว มีอยู่ก่อนที่สัญญาจะเกิด ดังนั้น ไม่ว่าจะสัญญาจะเกิดหรือไม่ก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่นี้ก็ต้องรับผิด ความรับผิดก่อนสัญญาจึงมิใช่ความรับผิดตามสัญญาเพราะสัญญาอาจยังไม่เกิดขึ้นก็ได้ และหากสัญญาจะเกิดแล้ว ความไม่ระมัดระวังดังกล่าวก็ยังอยู่ในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดอยู่ดี

#### 2.11.4 ทฤษฎีความรับผิดก่อนสัญญา (Precontractual liability Theory)

โดยหลักเป็นที่เข้าใจกันว่าเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือความผูกพันทางกฎหมายตามมา สัญญาส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นแล้วก็มักจะก่อให้เกิด “หนี้” จึงมักเรียกสัญญาน่าบ่อเกิดแห่งหนี้ ทั้งนี้ เป็นที่เข้าใจกัน โดยทั่วไปแล้วว่าเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วคู่สัญญาก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามความผูกพัน หากฝ่ายใดมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้แล้วไม่ชำระหนี้ด้วยความตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย เราเรียกว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นผิดสัญญา การผิดสัญญาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาซึ่งอาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาดังกล่าวต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่อีกฝ่ายหนึ่งหรืออาจถูกบังคับให้ชำระหนี้แล้วแต่กรณี

แต่หากเราพิจารณาขั้นตอนก่อนที่ คำเสนอและคำสนองจะถูกต้องตรงกัน ก็คือขั้นตอนก่อนที่สัญญาจะเกิด หรือที่เราเรียกกันว่าขั้นตอนก่อนเกิดสัญญานั้น อาจมีกิจกรรมหลากหลายประการที่อาจจัดอยู่ในขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาได้ ไม่ว่าจะเป็นการเจรจา การทำคำเชื้อเชิญ เป็นต้น ซึ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศที่จะได้กล่าวถึงต่อไปนั้น พิจารณาว่าในขั้นตอนนี้ แม้จะยังไม่มีสัญญา คู่เจรจาก็อาจมีความรับผิดได้และเป็นความรับผิดที่เรียกว่า ความรับผิดก่อนสัญญา Culpa in contrahendo การกระทำความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ที่เกิดในขณะที่กำลังทำสัญญา ย่อมหมายความว่ามีความผิดที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิด ความผิดนั้นเมื่อได้เกิดขึ้นแล้วย่อมก่อให้เกิดความรับผิดตามมา จึงเป็นความรับผิดก่อนเกิดสัญญาหรือความรับผิดก่อนสัญญาเป็น Precontractual liability แต่เนื่องจากความรับผิดในกรณีนี้มีใช้ความรับผิดสำหรับความผิดที่เกิดจากสัญญา กล่าวคือ การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งความผิดที่เกิดจากสัญญาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดประเภทที่เรียกว่าความรับผิดตามสัญญา (Contractual liability) สำหรับความรับผิดตามสัญญาเป็นความผูกพันใน 2 ลักษณะคือ

(ก) การที่จะถูกบังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญา และ/หรือ

(ข) การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากเกิดการไม่ชำระหนี้ (อันเป็นการชดใช้ในลักษณะของ positive interest คือ การขาดทุนและการขาดกำไร)

ในส่วนของความรับผิดชอบก่อนสัญญาอาจเป็นความรับผิดชอบให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในลักษณะที่ในกฎหมายต่างประเทศเรียกว่า negative interest ที่เป็นค่าเสียเวลา ค่าเสียโอกาส หรือเสียค่าใช้จ่ายที่ไม่ควรต้องเสียหรือความรับผิดชอบในลักษณะอื่นด้วยนั้นในขั้นนี้ยังไม่ชัดเจน

การจะแบ่งว่าช่วงใด ถือเป็นช่วงก่อนสัญญา หรือระหว่างเจรจา หรือสัญญาเกิดแล้ว ในทางทฤษฎีแล้วถือว่า จุดในการแบ่งแยกอยู่ที่ว่า ผลที่สุดแล้วคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะสามารถบังคับตามสิทธิของตนได้หรือไม่เป็นสำคัญ ถ้าบังคับได้แสดงว่าอยู่ในขั้นตอนที่สัญญาเกิดแล้ว ถ้าบังคับไม่ได้ก็แสดงว่าอยู่ในขั้นตอนก่อนสัญญา

Jhering ผู้สถาปนาสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) เห็นว่า เป็นความรับผิดชอบสำหรับผู้ที่ทำให้คำมั่น โดยไม่ระมัดระวังจนทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าจะมีความผูกพันปรากฏขึ้น ทั้งที่ความจริงไม่มี ผู้ที่ทำให้คำมั่นจะต้องเยียวยาให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในลักษณะของการเยียวยาสิ่งที่เสียไปเพราะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการเจรจาหรือกับการทำสัญญาซึ่งเรียกประโยชน์ดังกล่าวเป็นภาษาอังกฤษว่า Negative interest (Negative interest เป็นความคิดของนักกฎหมายคอมมอนลอว์ ใช้ชื่อชื่อว่า reliance loss หรือ reliance interest หมายถึง ประโยชน์ที่เขาได้รับความเสียหายเนื่องจากความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญา)

Jhering จึงเห็นว่า ความผูกพันทางสัญญามีอยู่ไม่เพียงแต่กรณีที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น แต่รวมถึงกรณีที่สัญญากำลังจะเกิดด้วย (statu nascendi) การเริ่มต้นการเจรจาเป็นการนำคู่สัญญาเข้ามาสู่ความสัมพันธ์ทางสัญญาที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อไป การฝ่าฝืนหน้าที่ก่อนสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้สิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเรียกร้องค่าเสียหาย เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสำเร็จหรือในความสมบูรณ์ของสัญญา และความรับผิดชอบดังกล่าวนี้ Jhering เห็นว่ามีลักษณะทางกฎหมายเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาอันมีพื้นฐานอยู่บนความผิด (culpa หรือ fault) ในเรื่องนี้ท่านอาจารย์จิต เศรษฐบุตร มีความเห็นเรื่อง ความรับผิดชอบในระยะก่อนสัญญา โดยอธิบายว่า Jhering เข้าใจว่ามีความรับผิดชอบทางสัญญา ไม่ใช่ความรับผิดชอบทางละเมิด การมีหนี้เกิดขึ้นไม่ต้องมีการตั้งใจตรงกันทั้งสองฝ่าย ส่วนฝรั่งเศส การตั้งใจอย่างเดียวเกิดหนี้ไม่ได้ อีกฝ่ายต้องรับความตั้งใจ การตั้งใจฝ่ายเดียวไม่มีผลเป็นสัญญาแก่บุคคลภายนอก ไม่มีใครเป็นเจ้าของหนี้โดยไม่มีเจตนารับ ฉะนั้น จึงเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด<sup>29</sup>

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 52.

เป้าหมายของการเรียกค่าเสียหายคือทำให้คู่สัญญาอยู่ในฐานะที่ควรจะเป็นถ้าไม่เข้าทำสัญญา เพราะฉะนั้น ประโยชน์ที่ควรเรียกร้องคือประโยชน์ในการไม่เข้าทำสัญญามีใช้ประโยชน์จากการเข้าทำสัญญาแยก negative interest จาก positive interest ความผูกพันทางสัญญามีอยู่ในขณะที่สัญญากำลังจะเกิด

แม้กฎหมายของหลายประเทศจะมีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญาหรือ Culpa in contrahendo มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งอาจบัญญัติในรูปแบบดั้งเดิมหรือที่มีการพัฒนาไปแตกต่างจากกันก็ตาม แต่ยังมีประเทศอื่นอีกหลายประเทศที่แม้จะมีได้รับแนวคิดของหลักความรับผิดก่อนสัญญามาบัญญัติไว้โดยชัดเจนในประมวลกฎหมายก็ยังมีรับมาในลักษณะของความคิดที่นำมาพัฒนาในระบบกฎหมายของตนเอง ด้วยวิถีทางที่นักกฎหมายของประเทศตนถือว่าเหมาะสมกับระบบกฎหมายของประเทศมากที่สุด อาทิ นักกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศสรับเอาความคิดของ Jhering มาพัฒนาในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิด เป็นต้น แม้หลัก Culpa in contrahendo จะมีกำเนิดในระบบกฎหมายประเทศที่อยู่ในระบบ Civil Law แต่ในปัจจุบันความคิดและพัฒนาการหาหลัก Culpa in Contrahendo ก็มีอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ด้วยเช่นกัน

ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา (juridical nature of precontractual liability) มีลักษณะอย่างไรนั้น ยังเป็นปัญหาที่ไม่เห็นพ้องต้องกันในทางทฤษฎี เพราะแนวความคิดของนักกฎหมายยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน

การที่มีความจำเป็นต้องกล่าวถึงลักษณะในทางกฎหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญานั้น เพราะมีปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้ หากหลักความรับผิดก่อนสัญญาถูกจัดไว้ในประเภทความรับผิดเพื่อละเมิด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะละเมิดก็จะถูกนำมาปรับใช้ แต่หากหลักความรับผิดก่อนสัญญาถูกจัดว่ามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความรับผิดตามสัญญา หลักเกณฑ์ที่จะถูกนำมาปรับใช้กลายเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะสัญญา แต่หากหลักความรับผิดก่อนสัญญาจะถูกจัดว่ามีลักษณะในทางกฎหมายที่เป็นนอกเทศ หลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะถูกนำมาปรับใช้ก็จะเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นนอกเทศหากได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดเจนหรือหากไม่มีการบัญญัติไว้ก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการปรับใช้กฎหมายในแต่ละระบบกฎหมายหรือในแต่ละประเทศเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย