

บทที่ 2

วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ในบทนี้จะกล่าวถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการความรับผิดชอบก่อนสัญญา แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญารวมทั้งความรับผิดและค่าเสียหายก่อนการเกิดสัญญา

1. ความเป็นมาและวิวัฒนาการความรับผิดชอบก่อนสัญญา

นิติกรรมก่อนสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางหนี้สิน อาจจะเป็นคำเสนอ คำมั่น หนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) ที่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ การประกวดราคาหรือนิติกรรมก่อนสัญญาอื่นยอมเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาผูกมัด โดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลโดยสมัครใจภายใต้กฎหมายเพื่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นการก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธินั้น

เนื่องจากนิติกรรมก่อนสัญญาดังกล่าวที่มีผลผูกพันทางกฎหมายบางเรื่องประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีบทบัญญัติไว้แต่ไม่ครอบคลุมประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น เช่น คำเสนอ คำมั่น เป็นต้น บางเรื่องก็ไม่มีในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น หนังสือแสดงเจตจำนง บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) เป็นต้น ดังนั้นเพื่อให้การนำเสนอต่อการทำความเข้าใจได้นำเรื่องสัญญามาเป็นต้นแบบอธิบายเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องพันต่อเนื่องกับสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

สัญญา เป็นกระบวนการทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิทางทรัพย์สินหรือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามมิฉะนั้นยอมไม่มีความหมาย หากไม่มีกฎหมายมารองรับบังคับให้จึงถือได้ว่าเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่สำคัญ อาจมองได้ว่าเป็นความตกลงที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เป็นความตกลงที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพันกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการบางสิ่งบางอย่างในอนาคต โดยกฎหมายกำหนดสิทธิให้แก่คู่สัญญาสามารถเรียกร้องให้มีการกระทำหรือไม่กระทำการดังกล่าวให้สำเร็จลงได้ตามแต่สภาพแห่งหนี้จะเปิดช่องให้บังคับเอาแก่กันได้ ถือได้ว่าเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่าง

บุคคลที่อยู่ในรูปแบบของข้อตกลงต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามแต่เจตนาโดยสมัครใจของคู่สัญญาที่ยินดีจะผูกพันต่อหน้าที่ในการชำระหนี้ตามมูลหนี้ที่เกิดขึ้นนั้น

เนื่องจากวิวัฒนาการของการทำสัญญาทำให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงพัฒนาของแนวคิดเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (The Doctrine of Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (The Doctrine of Autonomy of Will) ที่ถือได้ว่าเป็นจิตวิญญาณการทำสัญญา อีกทั้งหลักกฎหมายสัญญาได้มีการเปลี่ยนแปลงขอบเขตการใช้และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ จึงต้องศึกษาเพื่อทราบความเป็นมาและวิวัฒนาการ ดังนี้

ระบอบการปกครองโรมันแบ่งเป็นสามยุค ได้แก่ ยุคกษัตริย์ (Monarchy) ซึ่งอยู่ระหว่างช่วงเวลา 753 – 510 ปีก่อนคริสต์ศักราช เป็นยุคกฎหมายมาจากกษัตริย์แต่มีหลักฐานให้ความรู้ทางกฎหมายน้อยมาก ยุคสาธารณรัฐ (Republic) ก่อนคริสต์ศักราช 510 – 27 ปี มีการล้มล้างราชวงศ์ก่อตั้งสาธารณรัฐขึ้นมี Consul เป็นประมุขมีการบัญญัติกฎหมายสำคัญคือกฎหมายสิบสองโต๊ะ (Law of Twelve Tables) เกิดจากปัญหาความขัดแย้งระหว่างชนชั้นสูงกับชนชั้นที่ถูกปกครองมีการเรียกร้องให้มีการนำกฎหมายมาเขียนให้ปรากฏเป็นการเปิดเผยให้ประชาชนทราบ ยุคจักรวรรดิ (Empire) 27 ปีก่อนคริสต์ศักราชถึง 563 ปีหลังคริสต์ศักราช เป็นยุคที่กฎหมายโรมันพัฒนาถึงจุดสูงสุดมีนักปราชญ์ทางนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงมากมายจักรพรรดิเองก็ได้้นำความคิดเห็นจากท่านเหล่านี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมายผ่านสภา เกิดประมวลกฎหมายจัสติเนียน (Justinian Code) ต่อมาอาณาจักรโรมันล่มสลายชนเผ่าต่าง ๆ ในยุโรปต่างจัดตั้งประเทศของตนมีการค้นพบกฎหมายจัสติเนียนราวคริสต์ศตวรรษที่ 12 ที่เมืองโบโลญา (Bologna) ตอนเหนือกรุงโรมประเทศอิตาลีทำให้ต้นตัวศึกษาค้นคว้าเพื่อจัดทำกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ เกิดการศึกษาค้นคว้ากฎหมายโรมันสามยุค ได้แก่ ยุคที่หนึ่ง ยุคเริ่มต้นประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 12 – 13 เป็นการศึกษาค้นคว้ากฎหมายโรมันเรื่องต่าง ๆ ยุคที่สอง ยุคศึกษากฎหมายโรมันแนวใหม่ ประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 14 – 16 เป็นการศึกษาอย่างพิถีพิถระหัดสกัดเอาแก่นกฎหมายมาปรับปรุงให้เข้ากับยุคโดยเฉพาะกับกฎหมายคริสต์ศาสนานิกายโรมันคาทอลิก ยุคที่สาม ยุคกฎหมายโรมันได้รับอิทธิพลจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ ประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 17 – 18 เป็นช่วงยุโรปเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย การศึกษากฎหมายโรมันแนวใหม่ประกอบแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติส่งผลให้จัดทำประมวลกฎหมาย¹ โดยในประเทศฝรั่งเศสกฎหมายโรมันเข้ามามีอิทธิพลกับระบบจารีตเดิมที่มีจุดอ่อนและมีความหลายหลายแตกต่างกันเมื่อผสมผสานหลักคริสต์ศาสนา แนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติตลอดจนหลักการปฏิบัติเพื่อความเสมอภาคเสรีภาพและภราดรภาพจนเกิดประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสสมัยจักรพรรดินโปเลียนเป็น

¹ ฌ็องฟร็องส์ โปชกะบุตร. (ม.ป.ป.). *ทฤษฎีกฎหมายเอกชน*. เอกสารโรเนียว. หน้า 1 - 7.

กฎหมายที่คู่กันสมัยสุดท้ายในยุคนั้น แต่ประเทศเยอรมันกลับตกอยู่ภายใต้อิทธิพลสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical School) ที่มีแนวคิดกฎหมายเป็นสิ่งที่เกิดจากการตกผลึกของพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ร่วมของสังคมชาติ การนำกฎหมายจากที่อื่นมาใช้ย่อมไม่เหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน ทำให้มีประมวลกฎหมายแพ่งใช้หลังประเทศฝรั่งเศสนับศตวรรษ แต่ก็ยังเป็นประมวลกฎหมายแพ่งที่ละเอียดอ่อนสมบูรณ์ที่สุด ขณะที่ประเทศอังกฤษเองมีสภาพภูมิประเทศเป็นเกาะห่างจากแผ่นดินยุโรปอื่นก็ยังคงดำรงและพัฒนาระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาจนปัจจุบันแต่ก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันอยู่บ้าง

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาได้เริ่มพัฒนามายาวนานพร้อมการเริ่มต้นวิวัฒนาการทางพาณิชย์กรรมในแต่ละสังคม กฎหมายโรมันวางหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาไว้ให้เป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายว่าด้วยหนี้ ไกอุส (Gaius) ปราชญ์กฎหมายกล่าวใน Institutes แบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้ไว้จากการกระทำสองลักษณะ คือ Contract เกิดจากความตกลงระหว่างบุคคลอันมีผลบังคับกันได้ตามกฎหมายแพ่งปัจจุบันเรียก “ สัญญา ” กับ Delict เป็นผลจากการกระทำที่ขัดต่อสิทธิของบุคคลสามารถเรียกร้องให้ชดเชยความเสียหายได้²

ประมาณศตวรรษที่ 6 จักรพรรดิจัสติเนียน จักรพรรดิองค์สุดท้ายแห่งอาณาจักรโรมันตะวันตกได้ชำระกฎหมายทั้งเก่าและใหม่ รวมทั้งสกัด คัด ย่อ ต่อเติมจนเกิดวรรณกรรมกฎหมาย 4 เล่ม อีกหนึ่งพันปีต่อมาดิโอนิซิอุส (Dionysius Gothofredus) ได้รวบรวมทั้งสี่เล่มที่กรุงเจนีวา เรียกว่า Corpus Juris Civilis³ แต่ทั้งสี่เล่มที่ถูกรวบรวมเป็นหนึ่งเล่มที่เป็นประมวลกฎหมายโดยแท้และสมบูรณ์ในตัวเองมากกว่าเล่มอื่นทั้งหมดคือ Institutions Justiniani หรือ Institutes จนถือกันว่าเป็นจตุสดนิเวศ⁴ แบ่งเป็นสามบรรพโดยในเรื่องสัญญาอยู่ในบรรพสามว่าด้วยการได้มาและสิ้นไปซึ่งสิทธิและทรัพย์สินโดยครอบคลุมถึงหนี้ สัญญาและมรดก ครบถ้วนสมบูรณ์ด้วยเนื้อหาสาระจนเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งในหลายประเทศ⁵

² ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2547). *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 5 – 6.

³ หมายความถึงประมวลกฎหมายเอกชนโรมัน โปรดุราลละเอียดในประชุม โฉมฉาย. (2546). *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 124.

⁴ Jus Civile คือกฎหมายเอกชนโรมัน โปรดุราลละเอียดใน สมบูรณ์ ชัยรัตน์. (ม.ป.ป.). *แนะนำประวัติศาสตร์กฎหมาย*. กรุงเทพฯ: สุตราพิศาล. หน้า 101 – 104 และโฉมฉาย. (2546). *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 16 มีข้อควรสังเกตคือสามารถใช้ I และ J แทนกันได้ เช่น Juris หรือ Iuris Jus หรือ Ius เป็นต้น.

⁵ วิษณุ เครืองาม. (2537). *สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*. หน้า 14 – 17.

สมัยโรมันโบราณก่อนยุคทองของกฎหมายโรมันนี่เป็นเงื่อนไขของผู้ที่ถูกผูกมัด เจ้าหนี้มีอำนาจบังคับบุคคลที่ถูกผูกมัดหรือที่มีพันธะถึงขนาดสามารถจะบังคับได้ทางกายภาพโดยผู้ที่ถูกผูกมัดอยู่ในสภาพเสมือนทาสขึ้นหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของหนี้ น่าคิดอยู่อีกหลายร้อยปีข้างหน้าลูกหลานในอนาคตอาจมองว่ากฎหมายสัญญาสมัยเรานี้ป่าเถื่อนหรือไม่ หากกฎหมายในอนาคตอันยาวไกลนั้นมีวิวัฒนาการก้าวหน้าเกินกว่าจะจินตนาการถึงเช่นเดียวกับการมองย้อนหลังจากปัจจุบันที่มีความเจริญก้าวหน้ามากกว่ายุคก่อนทำให้เห็นถึงความเป็นไปและวิวัฒนาการว่าครั้งหนึ่งแต่การเป็นหนี้เงินฝ่ายเจ้าหนี้ก็สามารถกระทำต่อมนุษย์ที่เป็นลูกหนี้ได้ดุจดังเป็นเพียงทรัพย์สินขึ้นหนึ่ง ต่อมายุคทองกฎหมายโรมันมีการแยกสถานะความเป็นลูกหนี้หรือผู้ถูกผูกมัดออกจากความเป็นทรัพย์สินไม่มีการชดใช้กันด้วยชีวิตร่างกาย ความผูกมัดทางกายภาพเปลี่ยนแปลงเป็นความผูกพันที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการผูกพันทางกฎหมายโดยประมวลกฎหมายจัสติเนียนได้กำหนดลักษณะของหนี้เป็นความผูกพันตามกฎหมายซึ่งบุคคลถูกบังคับให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามบทบัญญัติกฎหมายกล่าวคือต้องมีกฎหมายรองรับสาระสำคัญของหนี้ให้บุคคลสามารถบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งโอนทรัพย์สินหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้สำเร็จได้แต่ก็ยังพบว่าไม่มีหลักสัญญาทั่วไปใช้บังคับเนื่องจากมีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญา กฎหมายจะกำหนดว่าลักษณะไหนเป็นหนี้บ้าง หากเปรียบเทียบกับสัญญาปัจจุบันก็ต้องกล่าวว่าทุกอย่างดูเกือบจะเป็นหนี้ได้หมดยกเว้นแค่บางลักษณะ นอกจากนี้กฎหมายสมัยนั้นยังถูกจำกัดทั้งรูปแบบและสถานะของบุคคลที่จะเข้าเป็นคู่สัญญา เช่น ต้องเป็นขุนนาง ต้องเป็นหัวหน้าครอบครัว เป็นต้น ยังไม่ค่อยมีความผูกพันที่เกิดจากความตกลงยินยอมของบุคคลอย่างอิสระนัก ต่อมาจนถึงยุคกฎหมายสัญญาโรมันในศตวรรษที่ 6 ก็ยังไม่มีหลักสัญญาทั่วไปใช้บังคับคงมีลักษณะเฉพาะแต่ละสัญญาโดยคู่สัญญาไม่สามารถก่อให้เกิดสัญญา นอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดรูปแบบและความผูกพันของสัญญาไว้แล้ว แต่ดูเหมือนจะเป็นกลางต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมากกว่าสัญญาสำเร็จรูปในปัจจุบันที่มีเสรีภาพจะทำสัญญาตามจนขาดความเท่าเทียมโดยการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ในลักษณะสัญญาที่กฎหมายยุคนั้นรับรองมีเพียงสามลักษณะ ได้แก่ ลักษณะที่หนึ่ง สัญญาตามแบบพิธี (Formal Contract) ที่คู่สัญญาไม่มีโอกาสแสดงเจตจำนงกันเอง ลักษณะที่สอง ทรัพย์สินสัญญา (Real Contract) กฎหมายเริ่มมีความผ่อนคลายเป็นไม่จำเป็นต้องทำตามพิธีแต่ก็ยังมีความเข้มงวด คือ สัญญาซื้อขายไว้บริโภค สัญญาเช่า สัญญาฝากทรัพย์สินและสัญญาประกันด้วยทรัพย์สิน ลักษณะที่สาม สัญญาที่เกิดจากความยินยอม (Consensual Contract) กฎหมายมีความผ่อนคลายเป็นมากขึ้นไม่ต้องทำตามแบบ (Informal Contract) เป็นสัญญาที่เกิดจากความยินยอมทางการค้าระหว่าง

นครรัฐ โดยพ่อค้าจะตกลงยินยอมบนพื้นฐานความไว้เนื้อเชื่อใจกัน ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาหุ้นส่วนและสัญญาตัวแทน เป็นต้น⁶

กฎหมายสัญญาในศตวรรษที่ 10 รูปแบบสัญญาอ่อนคลายมากขึ้นไม่เคร่งครัดตายตัวมาก เช่นเดิมเป็นสัญญาที่เกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาบนพื้นฐานความซื่อสัตย์ของคู่สัญญา แต่ชนชั้นที่จะเข้าทำสัญญาสมัยนั้นมีเพียงพ่อค้าที่ตกลงกันเน้นการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ หลักเจตนาอ่อนคลายมากกว่าหากชนชั้นขุนนางเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้วย สัญญาที่เกิดขึ้นมีพื้นฐานการรักษาความศรัทธาที่มีต่อกัน การรักษาคำมั่นสัญญาและความซื่อสัตย์เป็นจุดเชื่อมโยงระหว่างคู่สัญญาซึ่งหลักเจตนาถือว่าอ่อนคลายน้อยกว่าสัญญาที่พ่อค้าตกลงกัน トラบจนถึงกฎหมายสัญญาสมัย Canon Law เป็นยุคที่ศาสนาคริสต์เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยค่อนข้างมากผ่านอิทธิพลคำสอนของศาสนาเข้ามามีบทบาทต่อการทำสัญญา หลักคำสอนเน้นการเคารพที่จะต้องทำตามสัญญาจึงมีคำสาบานต่อหน้าพยานเป็นการยืนยันตามแบบพิธีที่ต้องปฏิบัติโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องมีเหตุผลถูกต้องตามศีลธรรม มีความยุติธรรมกล่าวคือสัญญาจะต้องไม่เป็นเครื่องมือเพื่อเชื่อมโยงความไม่ยุติธรรมให้ฝ่ายหนึ่งล่วงเกินอีกฝ่ายหนึ่งได้ เพราะการปฏิบัติตามสัญญาจะต้องไม่ทำอันตรายต่อจิตวิญญาณของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นความสอดคล้องเชื่อมโยงกับหลักศาสนาในคัมภีร์ไบเบิลและที่สำคัญสัญญาต้องไม่ขัดต่อหลักศีลธรรม⁷ กฎหมายโรมันมีเพียงเหตุผลที่สมควรเพื่อมารับรองการทำนิติกรรม ไม่มีหลักคิดเรื่องวัตถุประสงค์ที่เป็นหลักทั่วไปสำหรับนิติกรรมทุกชนิด วัตถุประสงค์มีที่มาจากความกังวลของศาสนาคริสต์เกี่ยวกับการเคารพหลักความยุติธรรม⁸ สมัยโบราณยึดรูปแบบของนิติกรรมเคร่งครัดมากถือว่าเจตนาอย่างเดียวไม่อาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้ถ้าไม่ทำตามแบบเจตนาที่ไม่มีผลต้องมีการกระทำบางอย่างที่แสดงออกต่อกลุ่มสังคมตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดกล่าวคือถ้าทำตามแบบแม้เจตนาที่แท้จริงกับที่แสดงออกไม่ตรงกันก็มีผลทางกฎหมายเสมอ แบบพิธีจึงมีความสำคัญมากกว่าเจตนาหรือเนื้อหาของกรกระทำ⁹ เป็นแบบที่ทำให้นิติกรรมมีผลมากกว่าเป็นเพียงแบบเพื่อการพิสูจน์¹⁰ จนมาถึงกฎหมายสัญญาในศตวรรษที่ 17 ที่เน้นเสรีภาพในการตัดสินใจของมนุษย์มากขึ้น สัญญาไม่ถูกจำกัดทั้งรูปแบบและสถานะของบุคคล ซึ่งก่อนหน้านั้นอ่อนคลายเฉพาะรูปแบบ ส่วนสถานะของบุคคลผู้เข้าทำสัญญายังคงเคร่งอยู่ ความสำคัญของสัญญาอยู่ที่ตัวสัญญาเอง เน้นความเป็นปัจเจกบุคคลของคู่สัญญาว่ามีความสำคัญใน

⁶ นิรุจน์ มณีพันธ์. (2549). *เอกสารโรเนียวประกอบการบรรยายวิชากฎหมายสัญญาและละเมิดชั้นสูง*.

⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁸ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์. (2549). *คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 59.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

ตัวเอง ฉะนั้นบุคคลทุกคนย่อมทำสัญญาผูกพันกันได้¹¹ โดยให้ความสำคัญต่อเจตนาของแต่ละบุคคลเป็นสิ่งที่สำคัญสูงสุดซึ่งเป็นอิทธิพลจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติจึงเป็นการทำสัญญาตามความพึงพอใจที่ตนต้องการ กระทั่งมาถึงสัญญาในศตวรรษที่ 18 ที่ลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เริ่มมีอิทธิพล แต่ละคนมีเสรีภาพในการทำอะไรด้วยตนเอง รัฐมีหน้าที่ต้องรับรองให้เป็นไปตามความต้องการของแต่ละบุคคลเป็นกรอบที่รัฐกำหนดกว้างมาก ๆ แต่ละบุคคลมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกมัดตัวเองได้และจะจำกัดเสรีภาพนี้ได้ก็โดยการใส่เสรีภาพแห่งตนจำกัดเองเท่านั้นก่อให้เกิดความคิดลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) และจนถึงกฎหมายสัญญาในศตวรรษที่ 19 ที่ให้ความสำคัญต่อความเป็นปัจเจกบุคคลถือว่าสุดขีดในยุคนี้โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นเรื่องที่มีอิทธิพลต่อการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งปัจจุบันในส่วนนิติกรรมสัญญาและหนี้¹² การสร้างทฤษฎีทั่วไปของนิติกรรมเริ่มตอนปลายศตวรรษที่ 18 และศึกษากันอย่างละเอียดลึกซึ้งช่วงครึ่งหลังศตวรรษที่ 19 ในประเทศเยอรมัน¹³ สมัยโรมันไม่มีหลักนิติกรรมที่บังคับใช้ทั่วไปแต่มีลักษณะเป็นอย่างไร ๆ และยึดติดกับรูปแบบที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปเรื่องเงื่อนไข เงื่อนไข เวลา วิธีการ เป็นต้น¹⁴ ลักษณะสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอมตามกฎหมายโรมันมีลักษณะสำคัญสี่ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง การแสดง ความยินยอมเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นและเพียงพอที่จะก่อให้เกิดสัญญาที่สมบูรณ์ ประการที่สอง มีความเป็นอิสระในเรื่องแบบกล่าวคือจะแสดงเจตนาด้วยวิธีการอย่างไรก็ได้ ประการที่สาม สัญญาจะก่อให้เกิดแต่เพียงความผูกพันระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ประการที่สี่ ความผูกพันที่เกิดขึ้นนี้ต้องเกิดแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในลักษณะของสัญญาต่างตอบแทน¹⁵ กฎหมายสัญญานอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วยังมีอีกหลากหลายวิวัฒนาการ เช่น จากเดิมการทำสัญญามีแค่สองฝ่าย ต่อมาสัญญาเริ่มมีเกินกว่าสองฝ่ายเมื่อประเทศอังกฤษมีการทำสัญญาประกันภัย ศาลอิกวิตตี (Equity) รับผิดชอบให้และการใช้ตัวเงินในการชำระสินค้าก็เป็นสัญญาหลายฝ่ายที่เกิดประมาณศตวรรษที่ 10 - 12¹⁶ จากปรากฏการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปหลังช่วงปัจเจกนิยมเข้มข้นในศตวรรษที่ 19 ซึ่งแบ่งเป็นช่วงต้นกับช่วงปลายโดยมีเส้นแบ่งอยู่ที่สงครามโลกครั้งที่ 2 ต้นศตวรรษที่ 19 อุตสาหกรรมและการค้าเป็นอุตสาหกรรมครัวเรือนที่ใช้ฝีมือภายในครอบครัวความสัมพันธ์

¹¹ ความผ่อนคลายด้านสถานะบุคคลผู้เข้าทำสัญญา

¹² นิรุจน์ มณีพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6

¹³ ศนันทกรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์. อ้างแล้ว, หน้า 22.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22

¹⁵ Arangio - ruiz V. Istituzioni di diritto Romano. อ้างถึงในจำปี โสคติพันธุ์. (2547). *คำอธิบายกฎหมาย ลักษณะเช่าทรัพย์ - เช่าซื้อ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 16 - 17.

¹⁶ ณัฐพงศ์ โปษกะบุตร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1 หน้า 14.

ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ผู้ผลิตกับผู้บริโภคมีลักษณะใกล้ชิดเป็นส่วนตัว การเจรจาต่อรองในการทำสัญญามีเฉพาะส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ส่วนอื่น ๆ ที่ไม่สำคัญจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายโดยอยู่ในสภาพบทกฎหมายสำรอง ส่วนช่วงปลายศตวรรษที่ 19 เป็นช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองจวบจนปัจจุบันก่อให้เกิดความแตกต่างทางฐานะเศรษฐกิจมีเพียงไม่กี่คนที่ร่ำรวย สัญญาจ้างแรงงานเริ่มมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปและเกิดรูปแบบของสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) มีการขยายขอบเขตผลบังคับต่อบุคคลที่ต้องเข้ามาผูกพันเป็นกลุ่มและมีการแบ่งแยกประเภทสัญญาให้มีลักษณะเฉพาะมากขึ้น มีการรวมกลุ่มของสัญญาต่าง ๆ เข้าด้วยกัน (Collective Contract) ที่สำคัญมีความสลับซับซ้อนในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญาแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายอย่างมาก¹⁷ จากประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาเห็นได้ชัดว่าการทำสัญญาระหว่างบุคคลเกิดความสลับซับซ้อนแตกแยกออกเป็นหลากหลายรูปแบบมากยิ่งขึ้น ไม่เพียงแต่เท่านั้นผลยังต่อเนื่องถึงที่มาที่ไปก่อนที่จะตกลงทำสัญญากันได้ต้องมีการสืบค้นหาข้อมูลอีกฝ่าย การประเมินผลได้ผลเสียหรือความคุ้มค่า ความเป็นไปได้ของการร่วมธุรกิจ จนเมื่อประเมินเป็นที่แน่ใจแล้วว่าคุ้มค่าที่จะดำเนินการจึงนำมาสู่การเจรจาตกลง การทำบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) และการทำสัญญาระหว่างกัน ในที่สุด ยิ่งปัจจุบันธุรกิจที่เจรจกันมีมูลค่ามหาศาลอย่างเช่นการร่วมทุนระหว่างกองทุนข้ามชาติสามารถซื้อประเทศขนาดเล็กหรือขนาดกลางได้อย่างสบาย มูลค่าธุรกิจยิ่งสูงความระมัดระวังในการทำสัญญาก็ยิ่งต้องการความละเอียดรอบคอบมากขึ้น การวางแผนภาษี การเจรจาตกลงที่จะทำให้ฝ่ายตนได้สมประโยชน์มากที่สุดจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้

ลำดับถัดไปจะได้กล่าวถึงความเป็นมาของความรับผิดชอบก่อนสัญญา หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Pre - Contractual Liability) หรือที่ภาษาลาตินเรียกว่า *Culpa in Contrahendo* ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า *Fault in Contracting* มาจากการที่ Rudolf Von Jhering (1818 - 1892) นักปราชญ์ทางนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน พบว่ากฎหมายไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ กล่าวคือเมื่อสัญญาเป็นโมฆะทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ฝ่ายเสียหายควรจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาหรือควรจะได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเพราะการทำสัญญานั้นไม่สมบูรณ์โดยตนไม่ได้มีความผิด ทั้งนี้เมื่อสัญญาเป็นโมฆะก็ไม่อาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายบนฐานสัญญาที่เสียเปล่า นั้นได้ จากกรณีที่พบไม่ถึงขนาดที่จะเป็นกลฉ้อฉลหรือฟ้องคดีตามหลักเกณฑ์กฎหมายละเมิดได้ เพราะการจะเป็นละเมิดตามกฎหมายได้จะต้องมีความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินเท่านั้น ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมเพราะกฎหมายไม่มีวิธีคุ้มครองเยียวยาคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากความผิดผู้อื่นในขั้นตอนการก่อให้เกิดสัญญา สร้างแรงบันดาลใจให้ Jhering กลับไปศึกษากฎหมาย

¹⁷ นิรุจน์ มณีพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6

โรมันโบราณสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนซึ่งเป็นส่วนที่มีชื่อว่า Digest ที่รวบรวมความเห็นจากนักกฎหมายและกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีมาก่อนยุคจักรพรรดิจัสติเนียน¹⁸ ซึ่งเป็นงานชิ้นสำคัญที่สุดและมีเนื้อหามากที่สุดถึง 50 เล่ม¹⁹ พบลักษณะการซื้อขายที่เป็นโมฆะ ได้แก่ ลักษณะที่หนึ่ง การซื้อขายทรัพย์สินที่พ้นวิสัยทางประเด็นข้อเท็จจริง หมายถึง การซื้อขายที่ตัวทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายมิได้มีอยู่ในขณะที่ตกลงซื้อขายกัน ลักษณะที่สอง การซื้อขายทรัพย์สินที่พ้นวิสัยทางประเด็นข้อกฎหมาย หมายถึง ทรัพย์สินนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะขายได้เพราะมีกฎหมายห้าม คือ กรณีการซื้อขายทรัพย์สินนอกพาณิชย์ทั้งทรัพย์สินที่ตามกฎหมายแล้วเป็นของมนุษย์และทรัพย์สินที่ตามกฎหมายแล้วเป็นของพระเจ้า ทรัพย์สินที่ตามกฎหมายเป็นของมนุษย์ ได้แก่ ทรัพย์สินที่เป็นของร่วมกัน เช่น อากาศ เป็นต้น สาธารณสมบัติของแผ่นดินและทรัพย์สินประเภทที่ประชาชนใช้ร่วมกัน ส่วนทรัพย์สินที่ตามกฎหมายเป็นของพระเจ้า ได้แก่ ทรัพย์สินของพระเจ้าโดยแท้ เช่น โบสถ์ สิ่งของที่ใช้ประดับประดับตกแต่งโบสถ์ สิ่งของที่ผู้มีจิตศรัทธานำมาถวายให้พระเจ้า เป็นต้น ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับศาสนาซึ่งเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับพิธีกรรมของคนตายและทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระเจ้า เช่น ประตูเมือง กำแพงเมือง เป็นต้น อีกกรณีของการซื้อขายทรัพย์สินที่พ้นวิสัยทางประเด็นข้อกฎหมายคือการซื้อขายคนอิสระที่ไม่ใช่ทาส เมื่อสัญญาเป็นโมฆะผู้ซื้อที่ได้รับความเสียหายก็ไม่อาจเรียกร้องอะไรจากผู้ขายได้เลยนอกจากเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระไปแล้วตามหลักลาภมิควรได้ เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือ Praetor ที่จะต้องอุดช่องว่างทางกฎหมายให้เกิดความยุติธรรม อย่างไรก็ตามยังมีข้อคิดเห็นที่ไม่เป็นแนวเดียวกันว่า หลัก Culpa in Contrahendo เป็นหลักที่มีตั้งแต่สมัยโรมันหรือเป็นหลักที่ Jhering ค้นคิดและสร้างขึ้นมา²⁰

Jhering มีความเห็นว่าความผูกพันมีอยู่ไม่เพียงกรณีสัญญาเกิดแล้วเท่านั้นแต่รวมถึงสัญญาที่กำลังจะเกิดด้วย การเจรจาเป็นการนำคู่กรณีเข้ามาสู่ความสัมพันธ์ที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในกาลข้างหน้าไม่ไกลเท่าใดนัก ฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนหน้าที่ก่อนสัญญาให้เกิดความเสียหาย คู่กรณีอีกฝ่ายก็มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสำเร็จหรือความสมบูรณ์ของสัญญา Jhering เห็นว่ามีลักษณะทางกฎหมายเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา หลัก Culpa in Contrahendo ถือเป็นการค้นพบทางกฎหมายที่สำคัญเป็นความพยายามที่จะคุ้มครองคู่กรณีอย่างเหมาะสมโดยไม่แยกจากการประเมินความประพฤติโดยรวมของเขาได้ กล่าวคือคู่กรณีต้องปฏิบัติตรงไปตรงมาจึงจะได้ความคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเหมาะสมตลอดทุกช่วงไม่ว่าช่วงเจรจา

¹⁸ จำปี โสคติพันธ์. (2548). *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 34 – 35.

¹⁹ Enciclopedia del Diritto e dell'economia GarZanti. (1985). p. 426 อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธ์. *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา*. หน้า 35.

²⁰ จำปี โสคติพันธ์. อ้างแล้ว, หน้า 36 – 39.

หรือช่วงที่สัญญากำลังจะเกิดด้วย การให้ความยุติธรรมและคุ้มครองคู่กรณีให้ได้รับเยียวยาแม้ในช่วงเจรจาสัญญายังไม่เกิดขึ้นเองทำให้ Jhering มีชื่อเสียงจากทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับจนต่อมาได้นำหลักคิดนี้มาบัญญัติเป็นบทกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศแถบยุโรป ไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมันเองหรือประเทศอิตาลีก็ดี ประเทศฝรั่งเศสนักกฎหมายนำเอาแนวคิดนี้มาพัฒนาในส่วนของกฎหมายละเมิดและแม้จะมีจุดกำเนิดจากประเทศที่มีประมวลกฎหมายแต่ปัจจุบันแนวคิดนี้ก็เป็นที่ยอมรับและมีอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ด้วยเช่นเดียวกัน²¹ เป็นที่ประจักษ์ว่าประเทศอิตาลีรับเอาแนวคิดนี้มาบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งปี 1992 สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างกว้างขวาง ได้แก่ มาตรา 1337, 1338, 1328 จากเดิมประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีปี 1865 ซึ่งรับอิทธิพลความคิดของประเทศฝรั่งเศสไม่มีบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้เมื่อเกิดปัญหาศาลได้นำเอาหลักกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้²² อย่างไรก็ตาม แม้จะได้รับอิทธิพลทางความคิดของ Jhering แต่บทบัญญัติบางมาตราก็แสดงให้เห็นถึงความคิดที่กว้างไกลเกินไปกว่า Jhering อย่างเช่นกรณีมาตรา 1328 วรรคหนึ่ง ศาลสูงเคยตัดสินไว้ว่าเป็นกรณีที่ต้องรับผิดโดยไม่ต้องมีความผิด ถึงกระนั้นนักกฎหมายอิตาลีเองก็ยังคงมีความเห็นแตกต่างหลากหลายในประเด็นเรื่องลักษณะทางกฎหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญา

นอกจากนั้น ท่านศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนาร ได้กล่าวถึงหลักความรับผิดก่อนสัญญา ดังนี้

“ มีแนวความคิดว่าการเจรจาเพื่อทำสัญญากันก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาแล้ว ความสัมพันธ์นี้ทำให้คู่สัญญามีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ความสัมพันธ์นี้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบโดยกฎหมายมิใช่โดยสัญญาจึงไม่ต้องคำนึงถึงว่าผลที่สุดจะได้มีการทำสัญญากันหรือไม่ แต่หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนี้มีหน้าที่ต่อประชาชนทั่วไปอย่างในเรื่องละเมิดและมิใช่หน้าที่ที่เกิดจากสัญญาด้วยเหตุนี้จึงเป็นความรับผิดก่อนสัญญา (*Culpa in Contrahendo*) เป็นความรับผิดชอบที่สามอยู่ระหว่างสัญญาและละเมิด ตัวอย่างเช่น โจทก์เข้าไปซื้อของในร้านของจำเลยเกิดลิ้นลิ้มได้รับบาดเจ็บเพราะไปเหยียบเปลือกกล้วยที่ตกลงอยู่ในร้านจำเลย โจทก์ย่อมเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้โดยถือว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในการดูแลสถานที่หรือจำเลยขอเช่าอาคารของโจทก์โดยขอให้โจทก์ปรับปรุงให้เหมาะสมที่จำเลยจะใช้สอย โจทก์ปรับปรุงสถานที่ไปแล้ว จำเลยจึงพบว่าอาคารไม่เหมาะสมที่จะใช้ตามที่จำเลยต้องการจำเลยจึงไม่ทำสัญญาเช่ากับโจทก์ ดังนี้ โจทก์ย่อมเรียกค่าใช้จ่ายที่ปรับปรุงอาคารนั้นได้หรือจำเลยเชิญโจทก์เดินทางมาจากลอนดอนไปเจรจาทำสัญญากันที่มิวนิค โจทก์เดินทางไปพบจำเลยตามวันเวลาที่จำเลยกำหนดแต่เมื่อโจทก์ไปถึงปรากฏว่าจำเลย

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39 - 42.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 49 - 50.

ทำสัญญากับผู้อื่นไปแล้ว โจทก์ย่อมเรียกค่าเดินทางและค่าที่พักจากจำเลยได้โดยถือว่าจำเลยประมาทเลินเล่อไม่แจ้งให้โจทก์ทราบ²³ ”

ศาลเยอรมันนำมาใช้ครั้งแรกในคดีพรมน้ำมันที่ผู้จะซื้อถูกม้วนพรมหล่นทับในร้านขายพรมโดยศาลเยอรมันเห็นว่ามีความสัมพันธ์ก่อนการซื้อขายเกิดขึ้นให้เจ้าของร้านขายพรมมีหน้าที่รับผิดชอบที่จะดูแลเกี่ยวกับบุคคลและทรัพย์สินของตน หลักเรื่องนี้ต่อมาได้ขยายจากการคุ้มครองผู้จะซื้อ (Prospective Perchaser) ไปถึงผู้ที่อาจจะซื้อ (Protential Perchaser) และบุคคลที่สามเช่นเด็กที่ไปด้วยกัน²⁴

2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นปัญหาที่ยังไม่เห็นพ้องต้องกันในทางทฤษฎี อย่างไรก็ตามสามารถจำแนกความคิดเห็นที่แตกต่างของนักกฎหมายออกได้เป็นสามกลุ่ม²⁵ คือ

กลุ่มที่หนึ่ง ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือที่เรียกว่าความรับผิดชอบนอกสัญญาเป็นความรับผิดชอบที่สันนิษฐานถึงความมีอยู่ของหนี้หรือความผูกพันทั่ว ๆ ไปที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินผู้อื่นเป็นช่วงที่จะก่อให้เกิดสัญญาจึงแตกต่างหากจากหนี้ตามสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะเป็นของตนเอง เมื่อเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญาจึงไม่อาจจัดไว้ในเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญาเมื่อเป็นกลุ่มนอกสัญญาก็ควรจะอยู่กลุ่มเดียวกับละเมิดนั่นเองอีกทั้งการยึดหลักสุจริตซึ่งหากฝ่าฝืนจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบอันอยู่นอกขอบเขตสัญญาประกอบเข้าด้วยกันเป็นอีกเหตุผลหนึ่ง ประเทศที่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี

กลุ่มที่สอง ความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นความรับผิดชอบซึ่งสันนิษฐานถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่จะต้องชำระหนี้แม้ก่อนสัญญาเกิดจะยังไม่มีหนี้ตามสัญญาก็ตามทุกฝ่ายต้องมีหน้าที่ปฏิบัติต่อกันตามหลักสุจริตหน้าที่เช่นนี้ประหนึ่งว่าเป็นทำนองเดียวกับหน้าที่ตามสัญญา ประเทศที่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้ ได้แก่ นักกฎหมายเยอรมันและนักกฎหมายอิตาลีบางส่วน

กลุ่มที่สาม ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบในขั้นตอนก่อนสัญญาเกิดซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งก่อความเสียหายโดยมิได้ปฏิบัติตนตามหลักสุจริตช่วงการเจรจาไม่อาจจัดเข้ากับกลุ่มความรับผิดชอบตามสัญญาได้และหากจะจัดเข้ากับกลุ่มเดียวกับละเมิดก็จัดเข้าไม่ได้เพราะเป็นคนละกรณีกัน

²³ โสภณ รัตนกร. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 34.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

²⁵ จำปี โสคติพันธ์. อ้างแล้ว, หน้า 43 – 48.

ละเมิดนั้นเห็นได้ชัดว่าแต่ละบุคคลมีหน้าที่ชัดเจนไม่ทำให้คนอื่น ๆ ทุกคนในสังคมได้รับความเสียหายแต่กรณีนี้เป็นหน้าที่ชัดเจนเฉพาะคู่กรณีเท่านั้นมิใช่บุคคลทั่วไป ประเทศที่เห็นพ้องกับแนวคิดนี้ ได้แก่ นักกฎหมายเยอรมันบางส่วน แนวคิดนี้จึงเสมือนอยู่กึ่งกลางระหว่างความรับผิดชอบทางสัญญาและความรับผิดชอบละเมิด

นอกจากนี้ยังมีแนวคิด ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่สัมพันธ์กับหลักความรับผิดชอบตามสัญญาทางทฤษฎีแล้ว มนุษย์ทุกคนมีสิทธิ เสรีภาพเป็นพื้นฐานมาแต่กำเนิดที่จะมีสิทธิขั้นมูลฐานโดยชอบ และสามารถจะกระทำการสิ่งใดก็ได้ตั้งใจปรารถนาตราบเท่าที่ไม่ก่อความเดือดร้อนขึ้นในสังคมและเป็น การกระทบสิทธิผู้อื่น ด้วยเหตุนี้สิทธิเสรีภาพจึงก่อให้เกิดหน้าที่ ที่จะเคารพสิทธิผู้อื่นรวมทั้งผู้อื่นมี หน้าที่จำต้องเคารพสิทธิของเราเช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักความมีเสรีภาพที่จะทำอะไรได้ทุกอย่าง แม้แต่การผูกพันตนภายใต้นิติกรรมสัญญา หลักการนี้เป็นที่ยอมรับกันมากในศตวรรษที่ 18 ดังที่ Adam Smith นักปรัชญาผู้มีชื่อเสียงของโลกได้กล่าวไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญา อย่างไม่จำกัด ซึ่งตนเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด”²⁶ เป็นคำกล่าวที่คูมิน้ำหนักสนับสนุนหลัก ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นมั่นคงไม่น้อย ที่ต่างยอมรับกันว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการ แสดงเจตนา รัฐไม่ควรแทรกแซงการแสดงเจตนา นั้น อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิและเสรีภาพของ บุคคลใดก็ตามย่อมคำนึงถึงหลักสุจริตอันเป็นหลักสำคัญของสังคมประเทศเจริญแล้วโดยถือนิธิ สัมพันธ์ที่ก่อขึ้นนั้น ทุกคนต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน เป็นหลักทั่วไปเพื่อผดุงความยุติธรรมที่ คู่กรณีจะต้องปฏิบัติต่อกันหรือในการจะใช้สิทธิแห่งตนหรือกระทำการต้องชำระหนี้ก็ดี เมื่อกฎหมาย หรือข้อตกลงระหว่างกันมิได้แสดงโดยละเอียดชัดเจนถึงการปฏิบัติจำต้องถือเอาความสุจริตเป็นที่ตั้ง ดังภาษิตที่ว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือที่สะอาด”²⁷ เมื่อเป็นเช่นนี้ บุคคลย่อมต้องใช้สิทธิและ เสรีภาพโดยสุจริต ระมัดระวังมิให้กระทบสิทธิหรือเกิดความเสียหายต่อผู้อื่นด้วย นอกจากนั้น เสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่จะก่อนิติสัมพันธ์กับบุคคลอื่นด้วยนิติกรรมและ สัญญา เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพแห่งตนเพื่อแสดงเจตนาว่าตนต้องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของตน ลงตามความผูกพันนั้นบนความไว้นือเชื่อใจของคู่กรณีประหนึ่งว่าเป็นข้อผูกมัดหรือสัญญาเบื้องต้น ว่าจะมุ่งสู่การทำสัญญาหลักที่สำคัญต่อกันอีกครั้งหนึ่งในอนาคตอันไม่ไกลนี้และที่จะขาดเสียมิได้ก็ คือหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งตามแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติจะมองว่าความยุติธรรม เกิดและมีขึ้นเองตามธรรมชาติอยู่แล้ว มนุษย์เพียงค้นหาให้พบแล้วนำมากำหนดเป็นกฎเกณฑ์บังคับ ในสังคมเกิดเป็นนิติรัฐ ที่สำคัญในระบบชีวิตลววันนั้นศาลจะปฏิเสธไม่รับพิจารณาพิพากษาอรรถคดี โดยอ้างไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เกี่ยวกับประเด็นพิพาทหาได้ไม่ มีนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า

²⁶ ฌูฟงส์ โปษกะบุตร. อ้างแล้ว, หน้า 17.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

เป็นสิ่งที่อันตรายใหญ่หลวงที่ผลักดันให้คนปฏิเสธการแสวงหาความยุติธรรมตามระบบที่สังคมสากลยอมรับแล้วมุ่งแสวงหาหรือทวงถามความยุติธรรมโดยวิธีนอกระบบยุติธรรมมาตรฐานที่สังคมกำหนดขึ้น หากศาลมอบให้แต่หลักกฎหมายแต่ไม่ได้คำนึงถึงความยุติธรรมที่จะขจัดปัดเป่าข้อพิพาทขัดแย้งหรือเดือดร้อนขัดข้องของหมองใจนั้นให้บรรเทาเบาบางลงได้ ขณะเดียวกันก็มีนักกฎหมายบางท่านที่เห็นว่าศาลควรยึดตัวบทกฎหมายเป็นหลักใหญ่ไม่ควรขยายความเกินไปยังกว่าตัวบท เพราะระบบชีวิตล่อว์การบัญญัติกฎหมายเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ การที่ศาลขยายความจนเกินไปจากตัวบทอาจเป็นการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นเองโดยศาลซึ่งนับเป็นอันตรายด้วยเช่นกันและจะเป็นการนำระบบคอมมอนล่อว์มาปะปนกับระบบชีวิตล่อว์ให้เกิดความสับสน เนื่องจากระบบคอมมอนล่อว์มีที่มาของกฎหมายส่วนหนึ่งมาจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลักใหญ่ไม่เหมือนกับระบบชีวิตล่อว์ที่กฎหมายต้องบัญญัติผ่านรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่บัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะไม่ควรที่อำนาจอธิปไตยทั้งสามด้านจะมารวมอยู่ที่ศาลมากไปกว่าอำนาจตุลาการเพียงด้านเดียว

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว เสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นทฤษฎีและหลักเกณฑ์ที่ยอมรับนับถือกันมากในศตวรรษที่ 18 โดยนักกฎหมายสมัยนั้นประสงค์ให้มีการจำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนาของบุคคลน้อยที่สุดและการจำกัดจะเป็นไปก็ด้วยความสมัครใจของบุคคลที่แสดงเจตนาเองเท่านั้น แนวคิดนี้นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา รัฐจะบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับหรือเปลี่ยนแปลงยกเลิกความผูกพันของบุคคลตามเจตนาที่ประสงค์นั้นไม่ได้ สัญญาจะต้องถูกบังคับไปตามเจตนาที่ได้ตกลงเอาไว้ ทั้งนี้เพราะว่าเจตนาเป็นแหล่งและมาตรการของสิทธิหรืออาจกล่าวได้ว่าเจตนาคือเหตุผลของสัญญาที่มีผลบังคับผูกพันให้คู่กรณีปฏิบัติตามเป็นรากฐานการเกิดหนี้ ดังปรากฏในมาตราต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งหลายประเทศแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักการนี้²⁸ ดังภาษิตที่ว่า “ที่ใดไม่มีเจตนาที่นั่นก็ไม่มีสิทธิ”²⁹ ผลของเจตนาจึงมีดังนี้

ประการที่หนึ่ง ก่อให้เกิดสัญญา ทั้งนี้เพราะว่าการฉ้อฉล การข่มขู่ การสำคัญผิดเป็นการแสดงเจตนาที่วิปริตทำให้นิติกรรมหรือสัญญาบกพร่องไป นิติกรรมหรือสัญญาจะสมบูรณ์ได้ก็ด้วยการแสดงเจตนาที่ไม่วิปริตเป็นเบื้องต้นบนพื้นฐานการตกลงยินยอมของคู่กรณีโดยใจสมัคร มุ่ง

²⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (2478). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1* (ภาค 1 - 2), แก้ไขเพิ่มเติม 2505, หน้า 14 อ้างถึงใน คาราพร ติระวัฒน์. (2542). *กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*. (พิมพ์ครั้งที่ 2) แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 11.

²⁹ GOUNOT, Le principe de l'autonomie de levolonte' en droit prive', c'tude critique de l'individualisme juridique. 1992 p. 12 อ้างใน FLOUR et AUBURT, Droit Civil, Les obligations, vol 1, l'acte juridique p. 9. คาราพร ติระวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28, หน้า 12.

โดยตรงต่อการผูกพันสัมพันธขึ้นระหว่างบุคคลภายใต้เสรีภาพในการแสดงเจตนาไม่ว่าจะด้วยท่าทางวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ

ประการที่สอง กำหนดเนื้อหาสัญญา ทั้งนี้เพราะกฎหมายกำหนดเพียงหลักพื้นฐานแต่คู่กรณีกำหนดรายละเอียดเพื่อผูกพันระหว่างกันเพิ่มมากขึ้นหรือต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ถ้าไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย ไม่เป็นการพันวิสัยและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนสัญญาก็มีผลสามารถบังคับเอาต่อกันได้ไม่มีข้อจำกัด ขึ้นกับเจตนาของบุคคลที่จะกำหนดเนื้อหาความผูกพันกลายเป็นสิทธิและหน้าที่ที่คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม นอกเหนือจากสัญญาที่กฎหมายให้ตัวอย่างหรือระบุชื่อไว้ก็สามารถทำได้บนพื้นฐานหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

ประการที่สาม กำหนดผลสัญญาบังคับแก่กันรวมถึงการตีความ จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งหลายประเทศมุ่งให้สัญญาถูกบังคับไปตามเจตนาของคู่กรณีที่ตกลงกันไว้โดยถือว่าเจตนาเป็นกฎเกณฑ์ที่คู่กรณีฝ่ายใดจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขมิได้ถ้าอีกฝ่ายไม่ตกลงยินยอมด้วย เจตนาของบุคคลจึงมีอำนาจที่จะก่อให้เกิดความผูกพันทางหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงในการเป็นลูกหนี้เจ้าหนี้ขึ้นมาได้ กฎหมายไม่สามารถกำหนดให้นิติกรรมหรือสัญญาเกิดขึ้นมาได้หากบุคคลไม่มีเจตนาแก่นิติกรรมหรือสัญญา กฎหมายจึงเป็นเพียงเครื่องมือที่มีบทบาทสนับสนุนโดยการรับรองคุ้มครองบังคับให้เท่านั้นกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือหากยกเว้นบางเรื่องที่เหมาะสมแล้วบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพจะทำอะไรที่ก่อให้เกิดความผูกพัน โดยผลของนิติกรรมซึ่งจะถูกจำกัดลงได้ก็ด้วยใจสมัครของบุคคลนั่นเอง บุคคลจะต้องไม่ถูกผูกพันในหนี้ใดที่ไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย ยกเว้นการบังคับหรือการจำกัดสิทธิที่จะถูกผูกมัดตนเองด้วยนิติกรรมหรือสัญญาที่สร้างขึ้นและนั่นก็หมายความว่าเสรีภาพจะไม่มีอยู่ถ้าบุคคลไม่มีอำนาจเหนือตนเองพอที่จะจำกัดสิทธิแห่งตนได้ ในทางตรงกันข้ามหนี้ที่เกิดขึ้นจากเจตนาของบุคคลก็จะผูกมัดเอากับผู้ตกลงนั้นเช่นเดียวกัน หลักเสรีภาพจึงอยู่บนพื้นฐานที่ว่าคู่กรณีมีความเท่าเทียมกันเป็นผู้ตกลงกันเองและถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากเจตนาให้ใช้บังคับแก่กรณีของตน โดยเฉพาะ กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องเมื่อกระทบต่อผลประโยชน์ส่วนรวม จำเป็นและสมควรวางข้อจำกัดของเสรีภาพลงเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ได้มีข้อโต้แย้งหลายประการเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนาเนื่องจากความไม่เท่าเทียมกันของคู่กรณี ไม่ว่าจะด้านสติปัญญา ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม ทำให้อำนาจการต่อรองแตกต่างกันเกิดเป็นช่องโหว่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าเอาเปรียบผู้ด้อยกว่า

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างหลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนากับความรับผิดชอบก่อนสัญญาแล้วทำให้ได้ข้อสรุปว่า การใช้สิทธิที่เป็นกรกระทำเพื่อแสดงออกถึงเจตนาต้องไม่กระทบสิทธิและก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลคู่กรณีที่ต้องการผูกมัดซึ่งกันและกันด้วยสัญญา เพราะทุกฝ่ายมีเสรีภาพต่างก็แสดงออกซึ่งเจตนาที่บรรจบกันมีวัตถุประสงค์ถูกต้องสอดคล้องกันเพื่อประโยชน์ของทุกฝ่ายก็จำเป็นต้องจำกัดเสรีภาพที่ทุกฝ่ายมิให้อยู่ในกรอบอันสมควร จริงอยู่หลัก

เสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นส่วนหนึ่งของหลักอิสระทางแพ่งซึ่งหมายถึงอำนาจการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตทางกฎหมายของบุคคลในเรื่องส่วนตัวและทรัพย์สิน แต่ทุกฝ่ายด้วยความสุจริตก็ควรระมัดระวังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายให้อีกฝ่ายไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่ก็ตาม³⁰

3. หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา

จะกล่าวถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมและหนี้ โดยแบ่งหัวข้อออกเป็น ความหมายนิติกรรมและประเภทนิติกรรม สำหรับหัวข้อประเภทนิติกรรมจะกล่าวถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวกับนิติกรรมหลายฝ่าย ดังนี้

3.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมและหนี้

ในบ่อเกิดแห่งหนี้หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่ามูลแห่งหนี้ทั้งจากนิติกรรมและจากนิติเหตุอื่นนอกเหนือจากนิติกรรมอันได้แก่ จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ละเมิด มูลหนี้ที่เกิดตามกฎหมาย เช่น ค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าจัดการมรดกหรือค่าภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร เป็นต้น เมื่อพิจารณาเจตนามุ่งผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลแล้วมีเฉพาะนิติกรรมเท่านั้น หนี้ที่เกิดจากจัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ละเมิด มูลหนี้ที่เกิดตามกฎหมาย เช่น ค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าจัดการมรดกหรือค่าภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร เป็นต้น เป็นหนี้ที่มีได้เกิดจากเจตนามุ่งผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลดังเช่นหนี้ที่เกิดจากนิติกรรม อนึ่ง นิติกรรมที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักเกณฑ์ที่บัญญัติชัดเจนครอบคลุมกว่านิติกรรมอื่นนอกจากเรื่องครอบครัว มรดกในบรรพ 5 และบรรพ 6 น่าจะเป็นเรื่องสัญญาในบรรพ 2 ลักษณะ 2 ตั้งแต่หมวด 1 ถึง หมวด 4 ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับเรื่องสัญญา³¹

การก่อนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีข้อบังคับให้ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ แบบนิติกรรมนั้นสำคัญมากเพราะแม้ครบองค์ประกอบของนิติกรรมตามมาตรา 149³² แต่ไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามแบบย่อมเป็นโมฆะเสียเปล่าตั้งแต่ต้นคือเกิดนิติกรรมขึ้นแต่ไม่ก่อผลทางกฎหมายให้สัตยาบันกันไม่ได้ตามมาตรา 152³³ ส่งผลตามมาตรา 172³⁴

³⁰ Lucarelli F., *Diritti Civili e Istituti Privatistici*, P. 11 อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธ์, กันยายน 2548. *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา*. พิมพ์ปรับปรุงแก้ไขครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิทยุชนจำกัด. หน้า 177.

³¹ นิติกรรมในบรรพ 3 ก็เป็นสัญญา แต่มีความเป็นเอกเทศลักษณะเป็นการเฉพาะ.

³² นับแต่นี้เป็นต้นไป มาตราที่มีได้ระบุตามกฎหมายใดให้หมายความถึงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

³³ มาตรา 152 “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็นโมฆะ”.

เหตุที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำตามแบบมิจะนั้นนั้นผลเป็น โฆษณาอาจด้วยประสงค์จะคุ้มครองประโยชน์สังคมส่วนรวมไม่ว่ารัฐหรือประชาชนทั่วไปจึงต้องกำหนดแบบนิติกรรมเพื่อควบคุมเจตนาบุคคลให้เป็นไปตามที่ต้องการไม่บิดเบี่ยงไปจากเจตนาเพราะการทำตามแบบเป็นความชัดเจนได้ประการหนึ่งที่รัฐกำหนดแนวปฏิบัติไว้ให้ป้องกันการหลอกลวงข้อ โกงทรัพย์สินสำคัญและสามารถตรวจสอบได้ รัฐเองก็สามารถควบคุมการจัดเก็บภาษีอากรสะดวกมีประสิทธิภาพขึ้น อีกทั้งทำให้มีพยานเอกสารยืนยันชัดเจนเป็นการป้องกันข้อโต้เถียงเมื่อมีปัญหาฟ้องร้องกันเกิดขึ้น

ก่อนสัญญาเกิดมีการปฏิบัติต่อกันและกันหลากหลายแล้วแต่วิถีทางธุรกิจ แล้วแต่สถานะความเป็นไปทางสังคมและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ตลอดจนวิวัฒนาการด้านเศรษฐกิจ รวมทั้งความเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายไม่ว่าด้านแนวคิด เนื้อหาสาระและการบังคับใช้กฎหมาย คู่กรณีอาจมีบันทึกความเข้าใจระหว่างกันหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) หรือการให้คำมั่นหรือกระทั่งแม้แต่การทำคำเสนอเพื่อให้อีกฝ่ายสนองรับ อาจจะเป็นการทำคำเสนอตามปกติที่พบได้โดยทั่วไปกับแบบที่มีการทำคำเสนอปิดผนึก ไม่เปิดเผยตามปกติในกรณียื่นซองประมูลราคา ที่กล่าวมาล้วนแต่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทั้งสิ้น

จะได้พิจารณาเป็นลำดับว่าเหตุการณ์ก่อนสัญญาที่กล่าวถึงเป็นนิติกรรมหรือไม่ เป็นนิติกรรมประเภทใด นิติกรรมก่อนสัญญาทุกประเภทก่อให้เกิดหนี้หรือไม่ เนื่องจากในความเห็นของนักกฎหมายบางท่านเห็นว่านิติกรรมทุกประเภทไม่ก่อให้เกิดหนี้มีเพียงนิติกรรมบางประเภทเท่านั้นที่ก่อให้เกิดหนี้ นิติกรรมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์แต่นิติสัมพันธ์ไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้เสมอไป หนี้หรือสิทธิเรียกร้องหรือบุคคลสิทธิ เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งอาจมีราคาและยึดถือเอาได้³⁴ และเป็นนิติสัมพันธ์อย่างหนึ่งที่นิติกรรมอาจก่อให้เกิดขึ้นได้ แต่มิได้หมายความว่านิติสัมพันธ์ทั้งหลายจะต้องเป็นหนี้เสมอไป อาจเป็นเพียงความผูกพันด้วยสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะอื่น เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรให้อำนาจบิดามารดาอบรมสั่งสอนบุตร หน้าที่สามีต้องเลี้ยงดูภรรยา หน้าที่ของชายไทยต้องเป็นทหาร เป็นต้น เพราะหากจะกล่าวว่าเป็นหนี้คือนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีให้มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันก็เหมือนความหมายจะกินความกว้างเกินไปเพราะสัญญาแต่งงานเป็นนิติกรรมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในสิทธิและหน้าที่แต่การส่งตัวเจ้าสาวไม่ใช่การส่งมอบทรัพย์สิน

³⁴ มาตรา 172 “ โฆษณากรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียเปล่าแห่งโฆษณากรรมขึ้นกล่าวอ้างก็มีสิทธิกระทำได้ ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโฆษณากรรมให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้แห่งประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับ ”.

³⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ศาสตราจารย์. อ้างแล้ว, หน้า 19.

หรือกระทำการอย่างใดในความหมายของวัตถุแห่งหนี้¹⁶ ฉะนั้นจำเป็นจะต้องพิจารณาว่าก่อให้เกิดหนี้หรือไม่ เพราะหากเป็นหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามมาตรา 194 สิทธิหน้าที่ยอมเป็นไประหว่างกันตามกฎหมายลักษณะหนี้

นิติกรรมก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิแต่การเปลี่ยนแปลงสิทธิตามนิติกรรมมิได้ก่อให้เกิดหนี้ทั้งหมด เช่น การเคลื่อนไหวในสิทธิที่เป็นการระงับซึ่งสิทธิทำให้สิทธิเรียกร้องระงับไปไม่เหลือหนี้ต่อกันอย่างกรณีการปลดหนี้ เป็นต้น เพราะการปลดหนี้เป็นการระงับหนี้ซึ่งอาจทำได้ทั้งการชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบลบหนี้ แปรหนี้ใหม่ หนี้เคลื่อนกลิ้งกัน อย่างไรก็ตามการระงับสิทธิบางลักษณะก็ก่อให้เกิดผลตามมาได้เช่นกัน ตัวอย่าง การบอกล้างโมฆียะกรรมมีผลให้ทุกฝ่ายกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยต้องคืนทุกอย่างที่ได้มาเพื่อให้สถานะของทุกฝ่ายเป็นเหมือนก่อนทำนิติกรรมทุกอย่าง ถ้าพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 176 วรรคแรก เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากนิติกรรมมีหลายประเภทและแต่ละประเภทก็ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในทางกฎหมายแตกต่างกัน ดังนั้นจึงมิได้หมายความว่านิติกรรมฝ่ายเดียวจะก่อให้เกิดหนี้เหมือนกันในนิติกรรมทุกลักษณะไปเสียทั้งหมดคู่เคียงกับสัญญาหรือนิติกรรมตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

กรณีนิติกรรมต่างตอบแทนหรือสัญญาต่างตอบแทนนั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากเรื่องการชำระหนี้โดยทั่วไป การชำระหนี้ของคู่กรณีเป็นเงื่อนไขซึ่งกันและกัน โดยต้องชำระหนี้ด้วยกันทั้งสองฝ่ายคือทุกฝ่ายต่างก็ต้องชำระหนี้ตอบแทนให้แก่กันเป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมขึ้นอีกแตกต่างจากหนี้ทั่วไปที่ลูกหนี้ต้องชำระแก่เจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวและเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันอันเป็นการผิดสัญญา อีกฝ่ายก็ไม่อาจจะยกเป็นข้อต่อสู้ที่จะไม่ยอมชำระหนี้ตามข้อผูกพันของตนได้แต่มีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ส่วนนิติกรรมหรือสัญญาต่างตอบแทนเมื่อทุกฝ่ายมีหนี้ต่อกันและหนี้ันั้นถึงกำหนดชำระด้วยกันแล้วสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ได้ว่าอีกฝ่ายยังไม่ชำระหนี้จึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ตนชำระหนี้ได้กล่าวคือคู่กรณีอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะยังไม่ชำระหนี้ส่วนของตนจนกว่าอีกฝ่ายจะชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ตามมาตรา 369 รวมทั้งในเรื่องผลแห่งภัยพิบัติตามมาตรา 370 – 372 มาตรา 370¹⁷ นั้น ภัยพิบัติตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้หรือฝ่ายที่จะได้รับการชำระหนี้เมื่อเกิดภัยพิบัติเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินคือเจ้าหนี้เป็นผู้ต้องรับภัยแม้ทรัพย์สินจะอยู่กับ

¹⁶ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (2478). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 - 2)*. แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 361 – 362.

¹⁷ มาตรา 370 “ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุที่ประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้มิได้ไซ้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ถ้ามิใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้บังคับแต่เวลาที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195 วรรคสอง นั้นไป”

ลูกหนี้หากภัยพิบัตินั้นจะโทษลูกหนี้มิได้เป็นผลให้เจ้าหนี้ยังคงต้องชำระหนี้ในส่วนของตนอยู่โดยไม่มีสิทธิเรียกให้อีกฝ่ายชำระหนี้ตอบแทน มาตรา 371³⁸ ลูกหนี้หรือฝ่ายที่ต้องชำระหนี้ยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ เมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จหลังภัยพิบัติโดยจะโทษเจ้าหนี้มิได้ เจ้าหนี้เลิกสัญญาหรือลดส่วนที่ตนต้องชำระหนี้ลงได้ตามสัดส่วนความเสียหายของตัวทรัพย์และที่ว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ก็คือแม้เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งแต่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จขณะเกิดภัยพิบัติ เจ้าหนี้ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาเมื่อเงื่อนไขสำเร็จหลังภัยพิบัติแล้วและถ้าเหตุเสียหายเพราะฝ่ายลูกหนี้ เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้อีกด้วยหลังจากบอกเลิกสัญญาหรือลดส่วนที่ตนต้องชำระหนี้ลงแล้ว อนึ่ง สัญญาต่างตอบแทนที่มีได้มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดทรัพย์สินหรือโอนทรัพย์สินตามมาตรา 371 นี้ยังรวมถึงกรณีมาตรา 370 ด้วย ถ้าการชำระหนี้พ้นวิสัยด้วยเหตุอันจะโทษลูกหนี้ได้ ลูกหนี้ไม่มีสิทธิได้รับการชำระหนี้ตอบแทนแล้วยังต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ด้วยเช่นกัน ส่วนมาตรา 372 วรรคแรกเมื่อการชำระหนี้เป็นอันพ้นวิสัยโดยที่ทุกฝ่ายไม่มีใครผิด ต่างไม่ต้องการชำระหนี้และไม่ต้องการรับผิดชอบจากการไม่ชำระหนี้แต่ก็ไม่มีสิทธิรับชำระหนี้ตอบแทนจากอีกฝ่าย กล่าวคือกรณีไม่มีฝ่ายใดผิด เมื่อไม่ได้รับการชำระหนี้จากอีกฝ่าย ตนก็ไม่มีหนี้ที่จะต้องชำระเป็นการตอบแทน มาตรา 372 วรรคสอง การชำระหนี้พ้นวิสัยโดยเจ้าหนี้เป็นฝ่ายผิดลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้และมีสิทธิได้รับการชำระหนี้ตอบแทนโดยนำสิ่งที่ได้อะไรไว้เพราะการปลดหนี้หรือใช้คุณสมบัติความสามารถของตนเป็นประการอื่นเป็นเหตุให้ได้อะไรมาหรือแก่งละเลยเสียไม่ชวนขวายเอาอะไรที่สามารถจะทำได้มาหักออกจากหนี้ที่จะได้รับการชำระหนี้ กรณีข้างต้นให้ใช้รวมถึงการที่ยังค้างชำระหนี้ขณะอีกฝ่ายผิดนัดไม่รับชำระหนี้จนการชำระหนี้พ้นวิสัยโดยที่ฝ่ายค้างชำระหนี้มิได้ผิดด้วย

นิติกรรมหลายฝ่ายหรือสัญญานั้นเมื่อเจตนาที่เป็นคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันย่อมเกิดผลเป็นสัญญา เช่น สัญญาจัดตั้งหุ้นส่วนหรือบริษัท เป็นต้น ส่วนจะมีผลทางกฎหมายหรือไม่เพียงใดก็ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยสัญญา สำหรับนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา เมื่อแสดงออกมาและถูกต้องตามแบบย่อมมีผลเป็นนิติกรรมโดยสมบูรณ์ เช่น พินัยกรรม เป็นต้น นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาเมื่อแสดงเจตนา

³⁸ มาตรา 371 “ บทบัญญัติที่กล่าวมานี้ในมาตราก่อนนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าเป็นสัญญาต่างตอบแทนมีเงื่อนไขบังคับก่อนและทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นสูญหรือทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ ถ้าทรัพย์นั้นเสียหายเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษเจ้าหนี้มิได้และเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้โดยลดส่วนอันตนจะต้องชำระหนี้ตอบแทนนั้นลงหรือเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้แล้วแต่จะเลือก แต่ในกรณีที่ต้นเหตุเสียหายเกิดเพราะฝ่ายลูกหนี้ ท่านว่าหากระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนไม่”

และมีผู้รับการแสดงเจตนาที่มีผลเช่นเดียวกัน เช่น คำมั่นจะซื้อจะขาย เป็นต้นอย่างไรก็ตาม มีนักนิติศาสตร์ส่วนหนึ่งมีความเห็นว่านิติกรรมฝ่ายเดียวเมื่อแสดงเจตนาย่อมมีผลเป็นนิติกรรมได้แต่จะก่อให้เกิดหนี้หรือไม่ ต่างก็มีเหตุผลที่ไม่ตรงกันยังไม่มียุติทุกฝ่ายต่างมีเหตุผลที่ดีโดยพิจารณา ลักษณะของนิติกรรมฝ่ายเดียว ไปกันคนละด้าน

3.1.1 ความหมายของนิติกรรม

นิติกรรมเป็นเครื่องมือให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิระหว่างบุคคล ทั้งสิทธิ ตามกฎหมายลักษณะหนี้และสิทธิระหว่างบุคคลตามกฎหมายลักษณะอื่น ตัวอย่างเช่น การแสดงเจตนาทำการสมรส การรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ครอบครัว เป็นต้น ตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นเป็นสิทธิระหว่างบุคคลตามกฎหมายลักษณะอื่นที่มีใช้กฎหมายลักษณะหนี้³⁹ ความสำคัญของนิติกรรมมีผู้เปรียบเทียบกับเป็นเสมือนหัวใจของกฎหมายแพ่ง เพราะกฎหมายเอกชนอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล โดยมีนิติกรรมเป็นเครื่องมือมอบให้แก่บุคคลใช้สร้างสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันตามความสมัครใจ ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย⁴⁰ และอาจกล่าวได้ว่า นิติกรรมเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยเจตนามุ่งให้เกิดให้เป็นดังประสงค์เรียกว่า “ เหตุการณ์ในทางกฎหมาย ” เป็นแนวคิดที่หลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยนำมาจากนักกฎหมายเยอรมัน⁴¹

มีคำที่จะทำให้เข้าใจนิติกรรมดียิ่งขึ้นคือคำว่า “ นิติเหตุ ” ซึ่งมีความหมายว่า สาเหตุหรือเหตุการณ์ต่าง ๆ เป็นผลตามกฎหมายไม่ว่าในทางใด ๆ ที่ทำให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ เพื่อให้นำเสนออย่างต่อความเข้าใจขอให้พิจารณาจากแผนภาพที่แสดงจะได้ว่า

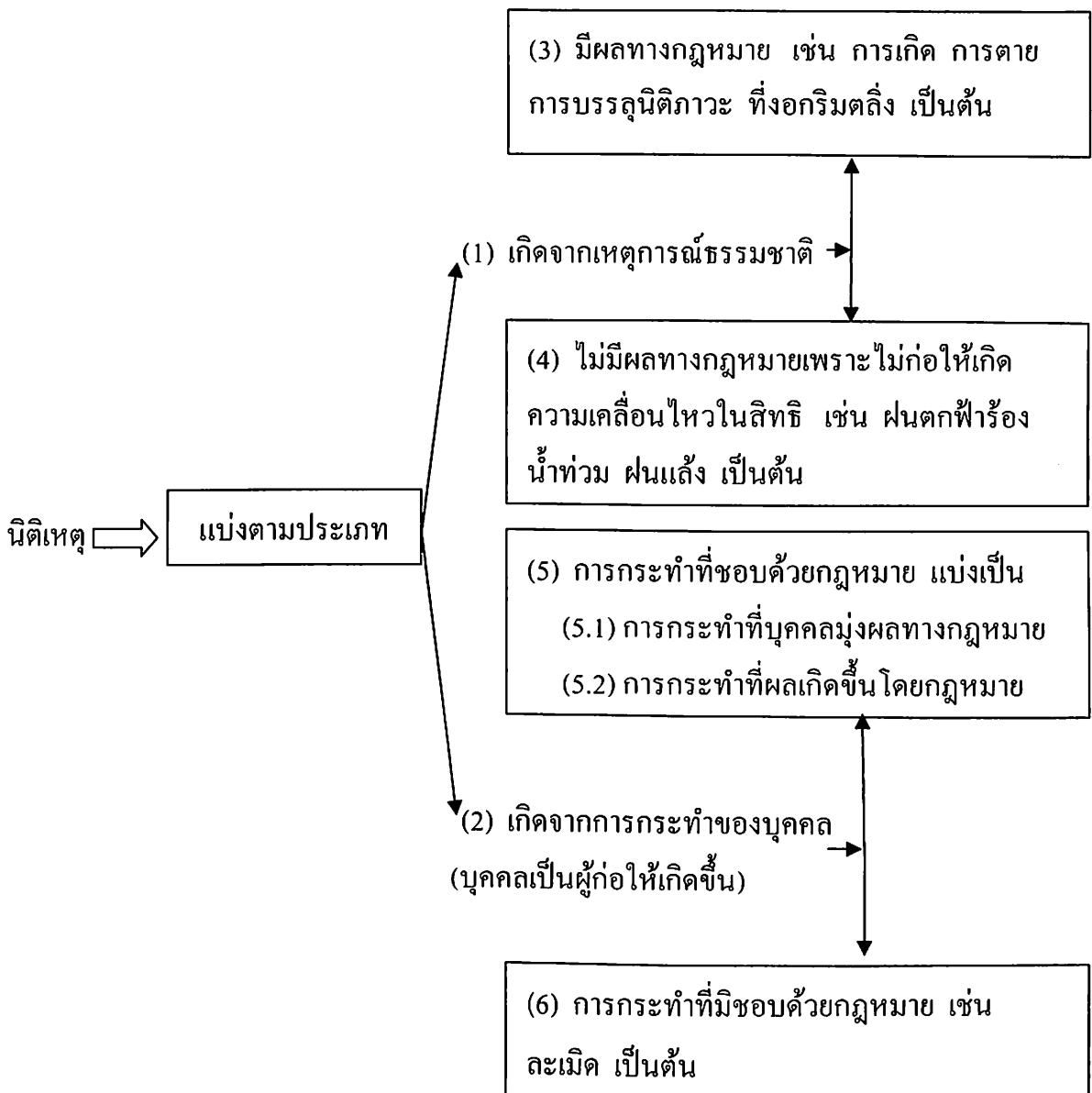
(5.1) การกระทำที่บุคคลมุ่งผลทางกฎหมาย เช่น นิติกรรม สัญญา เป็นต้น

(5.2) การกระทำที่ผลเกิดขึ้นโดยอำนาจกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ความยุติธรรมหรือให้เกิดความสงบเรียบร้อยของสังคม ได้แก่ จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้หรือกรณีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น การอุปการะเลี้ยงดูระหว่างบิดามารดากับบุตร เป็นต้น

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

⁴⁰ ศักดิ์ สนองชาติ. (2545). *คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 1.

⁴¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว, หน้า 28.



หากแบ่งนิติเหตุตามความหมายจะได้นิติเหตุในกฎหมายอย่างกว้างรวมความหมายตามแผนภาพทั้งหมดตั้งแต่ (1) ถึง (6) ยกเว้น (4) กับนิติเหตุในกฎหมายอย่างแคบรวมความเฉพาะ (5.2) และ (6) ตามแผนภาพดังกล่าว

เหตุการณ์ธรรมชาติโดยทั่วไปไม่ใช่นิติเหตุแต่มีเหตุการณ์ธรรมชาติที่เมื่อเกิดขึ้นแล้วกฎหมายยอมรับให้เกิดผลทางกฎหมายโดยก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล เหตุนั้นๆ ย่อมเป็นนิติเหตุและเป็นนิติเหตุที่เกิดขึ้นโดยเหตุการณ์ธรรมชาติแตกต่างจากนิติเหตุที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำตั้งใจให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้นโดยสมัครใจเป็นการมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ นิติเหตุดังกล่าวนี้ถือเป็นนิติกรรม นิติกรรมจึงถือเป็นนิติเหตุอย่างหนึ่งแต่นิติเหตุไม่ได้เป็นนิติกรรมเสมอไป นิติกรรมมีความหมายที่ครอบคลุมถึงสัญญา แต่นิติกรรมทุกประเภทมิได้เป็นสัญญาทั้งหมด กล่าวได้ว่าสัญญาย่อมเป็นนิติกรรม แต่นิติกรรมมิได้เป็นสัญญาเสมอไป ทั้งนี้เนื่องจากสัญญาเป็นนิติกรรม

มากกว่าหนึ่งฝ่ายขึ้นไป เมื่อมีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาเกิด แต่นิติกรรมฝ่ายเดียวไม่ได้เป็นสัญญา เช่น คำเสนอ คำมั่น พันัยกรรม เป็นต้น นิติกรรมในความหมายของศาสตราจารย์ประกอบ หุตะสิงห์ คือ เหตุการณ์ในกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นโดยการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลและมุ่งที่จะให้เกิดผลในกฎหมายขึ้นตามเจตนาของผู้กระทำ⁴² อาจกล่าวได้ว่านิติกรรมอยู่บนพื้นฐานความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา กฎหมายไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องแสดงความต้องการจะบังคับให้เกิดสิทธิหน้าที่ เพียงแต่ถ้าทำในขอบเขตที่กฎหมายได้วางกรอบไว้ให้ก็จะเกิดสิทธิและหน้าที่โดยกฎหมายก็บังคับรับรองคุ้มครองตามนั้นเพราะกฎหมายมอบเครื่องมือให้บุคคลเอาไปใช้กำหนดสิทธิและหน้าที่ผูกพันระหว่างกันตามความประสงค์ไม่อยู่ใต้เจตนาความต้องการของผู้ออกกฎหมายซึ่งเป็นแต่เพียงวางหลักไว้กว้าง ๆ ว่าทำอะไรจึงจะเกิดเป็นนิติกรรมโดยไม่ขัดต่อกฎหมายไม่เป็นการพันวิสัยและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อนึ่งเจตนาของบุคคลต่อบุคคลที่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์กันเป็นนิติกรรมต้องมีฐานะเสมอกันในทางกฎหมาย การกระทำหรือการแสดงเจตนาของผู้มีอำนาจเหนือกว่าตามหลักกฎหมายมหาชนแม้การกระทำนั้นจะก่อให้เกิดผลทางแพ่งก็ไม่ถือเป็นนิติกรรม เช่น คำพิพากษาของศาลที่มีผลเปลี่ยนแปลงสิทธิคู่ความในคดียอมไม่ไต่คดีเพราะอำนาจของศาลตามกฎหมายเหนือกว่าบุคคลธรรมดาโดยทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ความหมายของนิติกรรมไว้ในมาตรา 149 “ นิติกรรมหมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ ” บทบัญญัตินี้บ่งลักษณะทั่วไปของนิติกรรมได้ 5 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง การใด⁴³ อันทำลงหมายความว่า เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาที่มีความสามารถหรือนิติบุคคล เป็นการแสดงเจตนาที่ชี้ให้เห็นความต้องการหรือเจตนาภายในใจเพื่อบุคคลอื่นจะได้รู้ถึงความประสงค์ การแสดงเจตนาที่แสดงออกมาภายนอกอาจจะโดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยการนิ่งก็อาจทำได้

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งอาจด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร การแสดงเจตนาโดยปริยายแม้ว่าจะไม่ชัดแจ้งแต่โดยพฤติการณ์ต่างเข้าใจกันได้ด้วยการแสดงอากัปกิริยา

⁴² ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว, หน้า 30.

⁴³ หมายถึงการแสดงเจตนา ซึ่งความจริงแล้วตัวบทตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่บัญญัตินิยามความหมายนิติกรรม (Rechtsgeschäfte) ใช้คำว่า “ การแสดงเจตนา (Willenserklärungen) อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมาย... ” มิได้ใช้คำว่า “ การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมาย... ” ดังเช่นที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 อันอาจทำให้เกิดการสื่อความหมายผิดเพี้ยนว่าหมายถึงการกระทำ (Act) ซึ่งน่าจะต่างออกไปจากแนวคิดนักกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นต้นแบบเรื่องนิติกรรม

อาการให้ปรากฏออกมาให้เป็นที่เข้าใจได้ถึงเจตนาภายในของผู้แสดงนั้น เช่น การเดินผ่านร้านขายหนังสือพิมพ์แล้วเดินเข้าไปหยิบพร้อมยื่นเงินให้ผู้ขายรับเงินก็กลายเป็นสัญญาซื้อขายหรือการทำสัญญารับขนคนโดยสารด้วยการเดินขึ้นรถเมล์แล้วขึ้นค่าโดยสารให้กระเป๋ารถเมล์เก็บเงินและออกตั๋วโดยสารให้ ส่วนการแสดงเจตนาโดยการนิ่งหรือการละเว้นไม่กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยหลักแล้วไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม แต่ก็มีข้อยกเว้นบางกรณีที่ทางทฤษฎีกฎหมายยอมรับมีผลเท่ากับเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม แบ่งเป็น

กรณีที่หนึ่ง กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนให้ถือเอาการนิ่งเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ได้แก่ กรณีเช่าทรัพย์ตามมาตรา 570 เมื่อสิ้นกำหนดเวลาเช่าทรัพย์ผู้เช่าครองทรัพย์อยู่ ผู้ให้เช่าไม่ทักท้วงถือว่าได้ทำสัญญาใหม่ไม่มีกำหนดเวลากรณีซื้อขายเพื่อชอบตามมาตรา 508 เมื่อส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้ซื้อเพื่อให้ตรวจดูแล้วผู้ซื้อไม่ส่งคืนหรือมิได้บอกกล่าวว่าจะไม่ยอมรับภายในเวลาที่กำหนด เป็นต้น

กรณีที่สอง เป็นจารีตประเพณีหรือโดยสัญญาที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเกิดหน้าที่พึงปฏิบัติต่อกันโดยสุจริตจะต้องแสดงเจตนาอย่างหนึ่งอย่างใดแต่กลับนิ่งถือเป็นการเจตนาทำนิติกรรมด้วย ตัวอย่างเช่น การส่งน้ำดื่มเป็นถังเก็บเงินเมื่อสิ้นเดือนคนส่งน้ำจะมาให้บริการทุกสัปดาห์โดยตรวจดูถังน้ำดื่มที่หมดแล้วก็จะเปลี่ยนถังที่มีน้ำดื่มเต็มให้แล้วรวมจ่ายเงินเมื่อสิ้นเดือนเป็นปกติเช่นนี้ประจำ ผู้ซื้อกลับนิ่งไม่ทักท้วงหรือส่งคืนถังน้ำดื่มที่นำมาเปลี่ยนยอมถือว่ายอมรับที่จะจ่ายค่าน้ำดื่ม นั้น เป็นต้น

ทั้งนี้ กรณีสัญญาหรือนิติกรรมสองฝ่าย⁴⁴ ลักษณะการเสนอสนองดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจนมีสัญญาเกิดขึ้นย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 361 วรรคสอง⁴⁵

ประการที่สอง เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่กระทำการที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ชัดเจน เช่น การขั้รถชนผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย การกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาทผู้อื่นหรือเก็บของที่ผู้อื่นทำตกหายแล้วยกของนั้นเอาเป็นของตนเอง เป็นต้น

ประการที่สาม กระทำด้วยใจสมัครมิใช่การแสดงเจตนาวิปริตโดยไม่เต็มใจหรือไม่รู้สำนึกหรือด้วยสำคัญผิดหรือหลงผิด

⁴⁴ สัญญาที่เป็นนิติกรรมมากกว่าสองฝ่ายก็มีได้ ตัวอย่างเช่น การก่อตั้งห้างหุ้นส่วนหรือการลงลายมือชื่อในตั๋วเงิน เป็นต้น

⁴⁵ มาตรา 361 วรรคสอง “ ถ้าตามเจตนาอันผู้เสนอได้แสดงหรือตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองไขว้ ท่านว่าสัญญานั้นเกิดเป็นสัญญาขึ้นในเวลาเมื่อมีการอันหนึ่งอันใดขึ้นอันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ ”

ประการที่สี่ เป็นการกระทำที่มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องมีความตั้งใจที่จะให้มีผลผูกพันทางกฎหมายอย่างแท้จริงมิใช่เป็นไปเพื่อมรรยาททางสังคมหรือศีลธรรม ไม่ใช่การล้อเล่นหรือโดยอหิยาศัยยไมตรีที่ดีต่อกันซึ่งอาจต้องการผูกพันกันแต่ไม่ได้มุ่งหวังให้เกิดผลทางกฎหมายและผลทางกฎหมายต้องเป็นการก่อกำเนิดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพราะถ้าไม่ใช่นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแล้วย่อมไม่ใช่นิติกรรม ตัวอย่างเช่น การครอบครองทรัพย์สินตามมาตรา 1382 เป็นการกระทำต่อตัวทรัพย์สินไม่ใช่นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพื่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ขึ้นระหว่างกันและกันหรือกรณีคำพิพากษาของศาลและการเวนคืนที่ดินที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชนก็ไม่ใช่เป็นนิติกรรมเช่นเดียวกัน

ประการที่ห้า ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิไม่ว่าจะเป็นบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สิน สำหรับทรัพย์สินมาตรา 1298 บัญญัติไว้ห้ามก่อตั้งทรัพย์สินขึ้นเองนอกเหนือจากกฎหมายกำหนด บุคคลจะไปก่อตั้งทรัพย์สินขึ้นต่าง ๆ มากมายจนกลายเป็นการกำหนดสิทธิเพื่อประโยชน์ตนเองฝ่ายเดียวแล้วไปจำกัดเสรีภาพบุคคลอื่นให้ยอมรับสิทธิที่ตนตั้งใหม่ขึ้นมาเองในทรัพย์สินไม่ได้ การเคลื่อนไหวในสิทธิ ได้แก่ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ ทั้งนี้ นิติกรรมที่สมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะหรือไม่ถูกบอกล้างโมฆียะแล้วเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิดังกล่าวได้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับนิติกรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1123/2479 ผู้เยาว์ไม่สามารถฟ้องคดีอาญาเองได้ต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้ฟ้องแทนเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ใช่เพราะเป็นนิติกรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1074/2477 การถอนฟ้อง ถอนคำร้องทุกข์หรือยอมความคดีอาญาอันยอมความได้ เป็นนิติกรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1123/2479 การแต่งตั้งทนายความทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นการตั้งตัวแทนให้ดำเนินคดีแทนตัวความจึงเป็นนิติกรรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1154/2511 พยานรับรองลายพิมพ์นิ้วมือหรือเป็นพยานการทำนิติกรรมสัญญาไม่ได้ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิจึงไม่เป็นนิติกรรม

นิติกรรมเกิดจากการแสดงเจตนามุ่งผูกนิติสัมพันธ์โดยสมัครใจให้เกิดผลบางอย่างต่อสิทธิ แต่มีบางลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการกล่าวคือ ไม่มีผลตามกฎหมาย ได้แก่ นิติกรรมไม่เกิดเพราะขาดเจตนา นิติกรรมไม่ผูกพัน เพราะขายทรัพย์สินโดยไม่มีกรรมสิทธิ์หรือตัวการไม่ให้สัตยาบันต่อการกระทำของตัวแทนที่กระทำการเกินขอบอำนาจ ผู้แทนโดยชอบ

ธรรมหรือผู้อนุบาลก่อนนี้ให้ผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถต้องกระทำโดยเจ้าตัวไม่ยินยอม ผู้พิทักษ์มีหน้าที่ให้ความยินยอมเมื่อผู้เสมือนไร้ความสามารถทำนิติกรรมแต่กลับทำนิติกรรมเองแทนผู้เสมือนไร้ความสามารถ นิติกรรมไม่สมบูรณ์ เพราะผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลทำนิติกรรมบางประเภทเกี่ยวกับทรัพย์สินผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล การให้สิทธิอันมีหนังสือตราสารเป็นสำคัญไม่สมบูรณ์เพราะไม่ส่งมอบตราสารให้ผู้รับและมีหนังสือบอกกล่าวแก่ลูกหนี้แห่งสิทธินั้น อายุไม่ครบ 25 ปีแต่จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ศาลเพิกถอนกรณีคู่สมรสไม่ให้สัตยาบันนิติกรรมที่คู่สมรสอีกฝ่ายทำโดยตนไม่ยินยอม นิติกรรมที่ใช้ไม่ได้ เพราะรัฐมนตรีไม่ได้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตามรัฐธรรมนูญกรณียาที่คืนทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ซึ่งมีพระบรมราชโองการอนุมัติให้ขายได้⁴⁶ นิติกรรมที่ถูกยกเลิกเพิกถอน เพราะศาลพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมที่ลูกหนี้กระทำอันเป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้ การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกเพราะสมรสกับบุตรบุญธรรม นิติกรรมที่ไม่บริบูรณ์ เพราะเปลี่ยนแปลง ระวังและกลับคืนแห่งทรัพย์สินหรือสังหาริมทรัพย์หรือการได้สังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์มาโดยไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁴⁷

นอกจากที่กล่าวข้างต้นแล้วความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมที่ทำให้ไม่เกิดผลตามที่มุ่งหวัง เหตุไม่สมบูรณ์นั้นอาจเพราะนิติกรรมมีผลเป็นโมฆะหรือโมฆียะถูกบอกล้าง

นิติกรรมที่เป็นโมฆะไม่มีบทบัญญัติให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ได้แก่เรียกคืนทรัพย์สินฐานลาภมิควรได้เป็นการคืนตามสภาพทรัพย์สินขณะนั้นรวมทั้งการคุ้มครองสิทธิบุคคลภายนอกก็มีเป็นแค่บางกรณีอย่างเฉพาะเจาะจงไม่มีบททั่วไปคุ้มครองสิทธิบุคคลภายนอกแต่โมฆียะกรรมมีบทบัญญัติให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมเมื่อบอกล้างโมฆียะกรรมและถ้าพ้นวิสัยก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้แทนรวมทั้งมีบททั่วไปคุ้มครองสิทธิบุคคลภายนอกด้วย

เหตุโมฆะกรรมตามบทบัญญัติกฎหมาย ได้แก่ กรณีขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 150 มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรา 152 ไม่ทำตามแบบนิติกรรม มาตรา 176 ถูกบอกล้างโมฆียะ นิติกรรมมีเงื่อนไข ตามมาตรา 187, มาตรา 188, มาตรา 189 วรรคหนึ่ง, มาตรา 190 การแสดงเจตนาที่เบี่ยงเบนไปจากปกติที่ควรเป็น ตามมาตรา 154, มาตรา 155 วรรคหนึ่ง, มาตรา 156 และกรณีอื่น เช่น การหมั้นตามมาตรา 1435 เป็นต้น

⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 784/2516.

⁴⁷ ศักดิ์ สนองชาติ. อ้างแล้ว, หน้า 269 - 271.

เหตุโมฆียะกรรมตามบทบัญญัติกฎหมาย ได้แก่ การบกพร่องความสามารถ ตามมาตรา 29, มาตรา 30, มาตรา 34, มาตรา 1532 การแสดงเจตนาโดยวิปริตไม่สมบูรณ์ตาม มาตรา 157, มาตรา 159, มาตรา 164 และกรณีอื่น เช่น การหมั้นหรือการสมรสตามมาตรา 1436, มาตรา 1454 เป็นต้น

3.1.2 ประเภทนิติกรรม

ประเภทนิติกรรมเป็นเรื่องสำคัญเพราะเกี่ยวข้องกับผลผูกพันทางหนี้ที่สามารถ แบ่งออกได้หลายลักษณะแล้วแต่จะใช้สิ่งใดเป็นเกณฑ์

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติแบ่งประเภทนิติกรรมเป็น

ประเภทที่หนึ่ง นิติกรรมฝ่ายเดียว สามารถแบ่งออกเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยเคร่งครัดไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา กับนิติกรรมฝ่ายเดียวทั่วไปที่จะมีผลเมื่อมีผู้รับการแสดง เจตนา กล่าวคือ

นิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัดไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา เมื่อมีการแสดง เจตนาออกมาเป็นไปถูกต้องตามแบบมีผลเป็นนิติกรรมทันที เช่น พิณัยกรรมตามมาตรา 1646, การ แสดงเจตนาไม่ถอนคำมั่นจะให้รางวัลตามมาตรา 363

นิติกรรมฝ่ายเดียวทั่วไปที่จะมีผลเมื่อมีผู้รับการแสดงเจตนา ถ้าพึงเฉพาะการ แสดงเจตนาโดยไม่มีผู้รับการแสดงเจตนาย่อมไม่เกิดผล เช่น การบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 175, มาตรา 176 การให้สัตยาบันตามมาตรา 177 การรับสภาพหนี้ตามมาตรา 193/14(1) การปลด หนี้ตามมาตรา 340 การหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 341, มาตรา 342 คำเสนอคำสนองตามมาตรา 354 – 361 การบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 386 คำมั่นจะซื้อจะขายตามมาตรา 454 การบอกกล่าว บังคับจำนองตามมาตรา 728, มาตรา 735 เป็นต้น

ประเภทที่สอง นิติกรรมหลายฝ่ายหรือสัญญาซึ่งมีผู้แสดงเจตนาสองฝ่ายขึ้นไป โดยจะต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาเสมอเมื่อคำเสนอสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงจะเกิด⁴⁸

ศาสตราจารย์อักษราทร จุฬารัตนแบ่งประเภทนิติกรรมเป็น

ประเภทแบ่งตามจำนวนฝ่ายที่แสดงเจตนาเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรม หลายฝ่ายหรือสัญญา นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีและไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา โดยมีข้อน่าสังเกต ว่ากฎหมายสัญญาไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้สัญญาเป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ลักษณะทางทรัพย์สิน ขณะที่กฎหมายอิตาลีมองว่าการสมรสเป็นเพียงนิติกรรมสองฝ่ายแต่ไม่เป็นสัญญา ส่วนกฎหมายไทย

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 199 – 200..

ความตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่ายที่สร้างขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดที่ก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายแล้วเป็นสัญญาทั้งสิ้น

ประเภทนิติกรรมที่มีผลเมื่อผู้ทำมีชีวิตกับมีผลเมื่อไม่มีชีวิต มีข้อน่าสังเกตคือ พันัยกรรมเมื่อมีการแสดงเจตนากำหนดการเพื่อตายตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมเกิดเป็นพันัยกรรมหรือนิติกรรมขึ้นแล้ว แต่มรดกจะเป็นผลก็ต่อเมื่อผู้ทำเสียชีวิต

ประเภทนิติกรรมมีค่าตอบแทนและไม่มีค่าตอบแทน⁴⁹

ไม่ว่าจะแบ่งนิติกรรมด้วยหลักเกณฑ์ใดสิ่งที่จะต้องหาคำตอบต่อไปก็คือนิติกรรมทุกประเภทที่กล่าวมามีผลผูกพันทางกฎหมายอย่างไร ก่อให้เกิดหนี้ตามกฎหมายหรือไม่ซึ่งการแบ่งประเภทนิติกรรมที่จะทำให้ได้คำตอบที่ชัดเจนในที่นี้จะขอแบ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวทั้งที่มีผู้รับและไม่มีผู้รับการแสดงเจตนา กับนิติกรรมที่มากกว่าหนึ่งฝ่ายขึ้นไปและเป็นประเภทต่างตอบแทนหรือไม่เป็นสำคัญ โดยรายละเอียดเกี่ยวกับผลผูกพันและการก่อหนี้รวมทั้งความรับผิดชอบนิติกรรมก่อนสัญญาจะได้กล่าวถึงต่อไปเป็นลำดับ

จะได้นำเสนอนิติกรรมฝ่ายเดียว ได้แก่ คำเสนอ คำมั่น และหนังสือแสดงเจตจำนง นิติกรรมหลายฝ่าย ได้แก่ สัญญา ดังนี้

1) นิติกรรมฝ่ายเดียว

ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงคำเสนอ คำมั่น ลักษณะคำเสนอ ลักษณะคำมั่น คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว พร้อมยกตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับคำเสนอ ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับคำมั่นประกอบและจะได้กล่าวถึงหนังสือแสดงเจตจำนงไปตามลำดับ

(1) คำเสนอ

พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 149 จะพบว่าเพียงการแสดงออกซึ่งเจตนาโดยชอบด้วยกฎหมายและสมัครใจ เจตนาที่แสดงออกมานั้นต้องการผูกนิติสัมพันธ์โดยสังเกตจากการใช้คำ “การใด ๆ อันทำลง...มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์...” ไม่ใช่จะต้องเกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน

⁴⁹ อัครราชทูต จุฬารัตน. (2531). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (พิมพ์ครั้งที่ 5) กรุงเทพมหานคร. ธรรมศาสตร์. หน้า 16 - 19, ประเภทนิติกรรมสามารถแบ่งออกได้หลายลักษณะแล้วแต่จะใช้สิ่งใดเป็นเกณฑ์ศึกษารายละเอียดได้จากไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว, หน้า 33 - 35., ปิยะนุช โปตะวนิช. (2539). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1, หน่วยที่ 7 นิติกรรมและการแสดงเจตนา. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 427 - 428., ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์. อ้างแล้ว, หน้า 23 - 25, 74.

ก่อนจึงจะเป็นนิติกรรม เพียงการแสดงเจตนาเพื่อประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์ก็น่าจะครบองค์ประกอบของนิติกรรมแล้ว แต่จะมีผลก่อให้เกิดหนี้ตามกฎหมายหรือไม่ จะได้พิจารณารายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 4.1 ความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ก) ลักษณะคำเสนอ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเรื่องคำเสนอไว้ใน บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา แต่มิได้ให้คำจำกัดความไว้แต่ประการใด ตั้งแต่มาตรา 354 – มาตรา 361 เพียงกล่าวถึงลักษณะโดยทั่วไปของคำเสนอคำสนองซึ่งในที่สุดเป็นผลให้เกิดสัญญาหรือไม่เท่านั้น

คำเสนออาจจะเรียกว่าคำขอให้ทำสัญญาเป็นการแสดงเจตนาแจ้งให้ทราบว่าประสงค์จะทำสัญญาและขอให้อีกฝ่ายเข้าร่วมทำสัญญาด้วย โดยคำเสนอนั้นต้องมีลักษณะชัดเจนแน่นอนถึงขนาดที่จะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้เมื่ออีกฝ่ายตกลงสนองรับ ไม่ใช่มีลักษณะเลื่อนลอยไม่มั่นคง ไม่ใช่เป็นแค่เพียงการเสนอเพื่ออธฺยาศัยไมตรีทางสังคมหรือเพียงเพราะความผูกพันทางจิตใจในครอบครัวหรือเป็นเพียงคำปรารภ การคาดคะเนเหตุการณ์ในอนาคต การทาบตาม การเจรจาเบื้องต้นหรือเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ การบอกกล่าวหรือการแจ้งราคาสินค้าหรือแม้กระทั่งการประกาศโฆษณาทั่วไปในบัญชีแสดงรายการสินค้า การประกาศแจ้งความต่อมวลชน การวางสินค้าไว้เพื่อขายในร้านค้าก็มีใช่เป็นการทำคำเสนอ

ตัวอย่าง นายดีกล่าวกับนายเด่นว่าตนมีนาฬิกาเรือนทองสวยและราคาแพง จึงหวงมาก แต่ตอนนี้อยากขายเพื่อให้ได้เงินมาใช้จ่าย คำพูดของนายดียังไม่มีความชัดเจนแน่นอนพอจะเป็นคำเสนอ เป็นแต่เพียงคำปรารภสื่อถึงการเชิญชวนผู้สนใจเท่านั้น แต่ถ้านายดีกล่าวกับนายเด่นว่านาฬิกาเรือนทองของตนเรือนนี้สวยและราคาแพงจึงหวงมาก แต่ตอนนี้อยากขายเพื่อให้ได้เงินมาใช้จ่าย จะขายให้นายเด่นเพียงห้าพันบาทนายเด่นสนใจจะซื้อหรือไม่ ถือเป็นคำเสนอหากนายเด่นสนองรับจะซื้อนาฬิกาเรือนดังกล่าวในราคาห้าพัน เพราะเห็นว่าตนได้นาฬิกาดีราคาถูกเช่นนี้สัญญาซื้อขายนาฬิกาย่อมเกิดขึ้น เป็นต้น

ข) คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว

คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว แม้ทำยที่สุดเมื่อมีการสนองรับจะเกิดเป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือไม่ต่างตอบแทนสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายก็ตาม ถ้าฟังการพิจารณาเพียงคำเสนอนั้นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอ แม้จะยังไม่มีการสนองตอบรับคำเสนอนั้นก็ตามเพียงแต่มีผู้รับหรือทราบการแสดงเจตนาตามแต่กรณีก็มีผลเป็นนิติกรรมแล้วซึ่งจะได้พิจารณาในลำดับถัดไปจะเห็นว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมตามความบทบัญญัติ มาตรา 149 ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เป็นการแสดงเจตนาที่แสดงออกมา จากตัวอย่างข้างต้น นายดีบอกกล่าวเสนอขายนาฬิกาห้าพันบาทแก่นายเด่น เป็นการแสดงเจตนาโดยคำพูดที่นายดี

ประสงค์ขายนาฬิกาและต้องการให้นายเด่นเป็นฝ่ายซื้อ กล่าวคือนายดีได้ทำคำเสนอโดยวางมุ้งผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างตนกับนายเด่นให้เกิดเป็นสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะ โอนกรรมสิทธิ์นาฬิกาแลกกับราคา จากตัวอย่างดังกล่าวนายดีอาจทำเป็นจดหมายบอกกล่าวแก่นายเด่น ถือเป็นการแสดงเจตนาที่เป็นลายลักษณ์อักษร ประการที่สอง เป็นการแสดงเจตนาที่ชอบด้วยกฎหมายจากตัวอย่างข้างต้นนายดีเสนอขายนาฬิกาของตนเป็นการแสดงเจตนาที่ชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สามเป็นการแสดงเจตนาด้วยใจสมัคร ดังกรณีของนายดีและนายเด่นข้างต้นมิได้มีการบังคับขู่เข็ญหรือเป็นกลฉ้อฉลแต่ประการใด ประการที่สี่ เป็นการมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ดังตัวอย่างหากนายดีและนายเด่นตกลงซื้อขายนาฬิกาที่มีผลทำให้เกิดความผูกพันตามสัญญาซื้อขาย ประการที่ห้า เพื่อจะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ กรณีนายดีและนายเด่น คำเสนอของนายดีมุ่งผูกพันเป็นสัญญาซื้อขายเมื่อนายเด่นสนองรับคำเสนอขาย กรรมสิทธิ์นาฬิกาย่อมโอนเป็นของนายเด่นและนายดีย่อมมีสิทธิได้รับเงินจำนวนห้าพันเป็นการใช้ราคาทรัพย์สินแลกกรรมสิทธิ์ที่โอนให้กับนายเด่น การทำคำเสนอของนายดีย่อมเป็นการก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิทันทีเมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น⁵⁰ ดังนั้นคำเสนอจึงถือเป็นนิติกรรมเนื่องจากครบองค์ประกอบตามมาตรา 149

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับคำเสนอ

คำพิพากษาฎีกาที่ 411/2490 จดหมายขอซื้อแร่มีข้อความว่าประสงค์ขอซื้อแร่ 60 ตันจะซื้อวันนี้ 10 ตัน เป็นคำเสนอขอซื้อเพียง 10 ตัน ส่วนอีก 50 ตันเป็นเพียงคำปรารภไม่ใช่คำเสนอหรือคำมั่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 748/2544 แผ่นพับโฆษณาโครงการอาคารเช่าระบุถึงการจัดหาแหล่งเงินทุนที่เสนอเป็นเอกสารแก่บุคคลทั่วไปเป็นเพียงหนังสือเชิญชวนให้จองห้องเช่าเพราะไม่มีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะถือเป็นคำเสนอ

คำพิพากษาฎีกาที่ 927/2498 โจทก์ทำหนังสือขอซื้อของกลางไม้สักรวม 1,350 ท่อนจากจำเลยข้อความในหนังสือมีว่า “ ส่วนราคานั้นทางการขายเท่าใดแล้วแต่จะเห็นสมควร ” เป็น

⁵⁰ ถ้าฟังแค่คำเสนออันเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาอันเป็นนิติกรรมก่อนสัญญาเพื่อจะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิแล้ว แต่จะมีผลเป็นการเคลื่อนไหวในสิทธิต่อเมื่อมีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นและความเคลื่อนไหวในสิทธิก็คือการก่อสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้ พร้อมหน้าที่ในการชำระราคาและฝ่ายผู้ขายก็มีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายผู้ซื้อชำระราคาส่วนตนมีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้อีกฝ่ายแลกตอบแทนราคาที่ฝ่ายผู้ซื้อชำระเป็นค่ากรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้น

เพียงการแสดงความประสงค์จะซื้อ โดยให้จำเลยกำหนดราคามาก่อนยังไม่กำหนดข้อความชัดเจน แน่นนอนพอจะให้เกิดความผูกพันเพราะต้องเจรจาหาข้อตกลงกันต่อไปอีก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5133/2542 สัญญาประกันภัยที่ ส. ผู้จัดการจำเลยมิได้เป็นตัวแทนจึงไม่มีอำนาจรับประกันภัยรถบรรทุกจากโจทก์เป็นเพียงการรับคำขอเอาประกันภัยซึ่งเป็นคำเสนอของโจทก์ส่งให้สำนักงานใหญ่พิจารณาจึงไม่เป็นคำสนอง สำนักงานใหญ่รับคำเสนอโจทก์หลังรถเกิดอุบัติเหตุจะถือว่าจำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนยังไม่ได้

(2) คำมั่น

กรณีคำมั่นก็มีประเด็นที่คล้ายคลึงกัน โดยปกติหากคำมั่นหรือคำเสนอเมื่อมีผู้รับการแสดงเจตนาที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวก่อให้เกิดหนี้ โดยฝ่ายให้คำมั่นเป็นลูกหนี้มีหน้าที่ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ผู้รับการแสดงเจตนาคือคำมั่น เกิดสิทธิที่จะถือเอาให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำมั่นที่ได้แสดงเจตนาออกมานั้นแก่ตน แต่ถ้ามีการสนองรับคำมั่น สัญญาที่เกิดและหากมีความรับผิดชอบก็ต้องบังคับว่ากันไปตามสัญญา อย่างไรก็ตาม คำมั่นที่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์เป็นนิติกรรมตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปหรือสัญญาตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ซึ่งเอกเทศสัญญาดังกล่าวบางลักษณะ หากจะมีการสนองรับคำมั่นเกิดเป็นสัญญาแต่คู่กรณีตกลงว่าต้องทำเป็นหนังสือตราบใดที่ยังมิได้ทำเป็นหนังสือถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้นตามมาตรา 366 วรรคสองหากมีความรับผิดชอบใดเกิดขึ้นย่อมเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ก) ลักษณะคำมั่น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้บัญญัติให้นิยามคำมั่น เช่นเดียวกับคำเสนอ คำมั่นปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา ได้แก่ มาตรา 362 - 364 คำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจนสำเร็จ มาตรา 365 คำมั่นโฆษณาจะให้รางวัลแก่ผู้ชนะในการประกวดชิงรางวัล หมวด 3 มัดจำและกำหนดเบี้ยปรับ มาตรา 383 วรรคสอง คำมั่นจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนกระทำหรืองดเว้นกระทำการอันหนึ่งอันใด¹

บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ชื่อขาย หมวด 1 สภาพและหลักสำคัญของสัญญาชื่อขาย ส่วนที่ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 454 และมาตรา 456 คำมั่นจะซื้อจะขาย ลักษณะ 3 ให้ มาตรา 526 คำมั่นจะให้ทรัพย์สิน ลักษณะ 5 เช่าซื้อ มาตรา 572 คำมั่นจะขายทรัพย์สินในสัญญาเช่าซื้อ ลักษณะ 6 จ้างแรงงาน มาตรา 576 คำมั่นจะให้สินจ้าง ลักษณะ 15 ตัวแทน หมวด 4 ความรับผิดชอบของตัวการและตัวแทนต่อบุคคลภายนอก มาตรา 825 คำมั่นบุคคลภายนอกจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นแก่ตัวแทน ลักษณะ 16 นายหน้า มาตรา

¹ ตามตัวบทใช้คำว่า “สัญญา”.

847 คำมั่นบุคคลภายนอกว่าจะให้ค่าบำเหน็จอันไม่ควรแก่นายหน้า ลักษณะ 21 ตั๋วเงิน หมวด 3 ตั๋วสัญญาใช้เงิน มาตรา 982 คำมั่นจะใช้เงินของผู้ออกตั๋วสัญญาใช้เงิน⁵² มาตรา 983 คำมั่นอันปราศจากเงื่อนไขว่าจะใช้เงินเป็นจำนวนแน่นอน⁵³

บรรพ 6 มรดก ลักษณะ 4 วิธีจัดการและปັນทรพม์มรดก หมวด 1 ผู้จัดการมรดก มาตรา 1724 คำมั่นบุคคลภายนอกว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้จัดการมรดก

อย่างไรก็ตาม บางกรณีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีได้บัญญัติรับรองไว้โดยตรง เช่น คำมั่นจะให้เช่า⁵⁴ คำมั่นจะโอนที่ดินคืนให้ในสัญญาขายฝาก⁵⁵ เป็นต้น

คำมั่น เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลยินยอมผูกพันตนเองที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามเนื้อหาที่กำหนดไว้ในคำมั่นนั้นและยังถือเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญาที่เป็นการจูงใจเพื่อให้ผู้รับคำมั่นเข้ามาทำสัญญากับตนด้วย จากลักษณะดังกล่าวคำมั่นจึงเป็นคำเสนออย่างหนึ่ง แต่คำเสนอมิได้เป็นคำมั่นในทุกกรณีเพราะคำมั่นมีลักษณะของการยอมตนเข้าผูกพันอย่างแน่นหนามากกว่าคำเสนอตามปกติคิดว่าเป็นการสนองรับที่ให้ไว้ก่อนล่วงหน้า ที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งทำนองว่า ผู้ให้คำมั่น ได้ให้คำรับรองหรือข้อประกันที่แน่นอนว่าจะกระทำเช่นนั้นจึงผูกมัดผู้ให้คำมั่นแน่นแฟ้นมั่นคงกว่าคำเสนอธรรมดาทั่วไป ถ้อยคำที่ใช้จึงปรากฏเป็นการแสดงเจตนาที่มั่นคง แน่นแฟ้นและจริงจังเห็นได้ว่า โอกาสที่จะปฏิบัติตามเจตนาที่แสดงออกมานั้นมีได้มากกว่ากรณีการทำคำเสนอโดยปกติทั่วไป อีกทั้งการแสดงเจตนาทำคำเสนอทั่วไปจะยังไม่ถึงขั้นเป็นคำมั่น แต่คำมั่นจะเป็นคำเสนอในตัวคำมั่นเองเสมอ

ตัวอย่าง นายหนักแน่นบอกกับนายนุ่มนวลว่าตนจะขายนาฬิกาหี้อัดของแท่งเรือนทองฝังเพชรที่ใส่อยู่นี้ให้นายนุ่มนวลราคาหนึ่งแสนสองหมื่นบาท ดังนี้เป็นคำเสนอ แต่ถ้านายหนักแน่นบอกกับนายนุ่มนวลว่า นาฬิกาที่ตนใส่อยู่นี้เป็นนาฬิกาหี้อัดของแท่งเรือนทองฝังเพชรมีคนสนใจติดต่อซื้อแล้วหลายรายก็ไม่เคยตกลงที่จะขายให้ใคร แต่ถ้านายนุ่มนวลต้องการจะซื้อตนก็จะขายให้นายนุ่มนวลเพียงคนเดียวในราคาแค่แปดหมื่นบาท โดยต้องตอบตกลงภายในหนึ่งสัปดาห์ ดังนี้เป็นคำมั่น

⁵² ตามตัวบทใช้คำว่า “ คำมั่นสัญญา ”.

⁵³ ตามตัวบทใช้คำว่า “ คำมั่นสัญญา ”.

⁵⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 626/2490 และ 1052/2514.

⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1502/2519 ทั้งนี้ มาตรา 491 ใช้คำว่า “ โดยมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายอาจได้ทรัพย์สินนั้นคืนได้ ”.

ข) คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว

คำเสนอเป็นนิติกรรมดังที่ได้กล่าวรายละเอียดก่อนนี้แล้ว คำมั่นเป็นคำเสนออย่างหนึ่งและคำมั่นเป็นนิติกรรมตามความบทบัญญัติมาตรา 149 เช่นเดียวกับคำเสนอกล่าวคือเป็นการแสดงเจตนาทั้งเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น โดยคำพูด เป็นต้น เพื่อแสดงเจตนาด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพราะคำมั่นมีลักษณะเป็นคำขอทำสัญญาที่มั่นคง หนักแน่น แน่นนอน จริงจังหวังสร้างแรงจูงใจให้ผู้รับคำมั่นเกิดความมั่นใจที่จะเข้าทำสัญญาด้วย เป็นไปเพื่อประโยชน์สุดท้ายที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ ทั้งนี้ การแสดงเจตนาใด ๆ ที่ว่าต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชอบด้วยกฎหมายการแสดงเจตนาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ฝ่ายผิดกฎหมายอาญา ย่อมเป็นการแสดงเจตนาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ดังนี้ เป็นต้น นิติกรรมยอมเป็นโมฆะตามมาตรา 150 คำมั่นจึงเป็นนิติกรรมตามบทบัญญัติกฎหมายและเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ที่ว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเพราะลำพังแค่คำมั่นยังไม่ก่อให้เกิดสัญญา⁶ ขึ้นจนกว่าจะมีคำสนองรับคำมั่นนั้นก่อน สัญญาจึงจะเกิดขึ้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือคำมั่นจะซื้อจะขายแตกต่างกับสัญญาจะซื้อจะขาย เพราะสัญญาจะซื้อจะขายมีคำเสนอคำสนองเกิดเป็นสัญญา มีข้อผูกพันกันอยู่ทั้งสองฝ่าย กล่าวคือมีฝ่ายหนึ่งเสนอว่าจะซื้ออีกฝ่ายรับว่าจะขาย ต่างกับคำมั่นจะซื้อจะขายที่ผูกพันคู่กรณีแต่ฝ่ายเดียวเฉพาะฝ่ายที่ให้คำมั่น อีกฝ่ายยังมีได้สนองรับซึ่งจะไม่บอกกล่าวซื้อหรือขายเลยก็ได้ สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าจะมีการสนองรับคำมั่นนั้น อย่างไรก็ตาม กรณีคำมั่นจะทำสัญญาหรือคำมั่นที่มีในสัญญาเป็นคำมั่นที่อยู่ในนิติกรรมสองฝ่าย เช่น คำมั่นจะขายทรัพย์สินในสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 เพราะสัญญาเช่าซื้อเป็นนิติกรรมสองฝ่ายซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่าและให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยมีเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว กล่าวได้ว่านิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญาเช่าซื้อนี้มีฝ่ายหนึ่งให้เช่าซื้อทรัพย์สินและอีกฝ่ายใช้ราคาทรัพย์สินตามจำนวนวงเงินที่ตกลงกันไว้ โดยฝ่ายให้เช่าซื้อเป็นฝ่ายให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้น ตกเป็นสิทธิแก่ฝ่ายเช่าซื้อเมื่อใช้ราคาครบตามที่ตกลงกัน เป็นต้น มีข้อน่าสังเกตว่ามีฝ่ายให้คำมั่นและมีการสนองรับจากอีกฝ่ายเท่านั้นสัญญาจึงจะเกิดขึ้น ลำพังคำมั่นกับคำมั่นไม่ก่อให้เกิดสัญญา ตัวอย่างเช่น คำมั่นจะซื้อจะขาย ฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นจะซื้อและอีกฝ่ายก็มีคำมั่นว่าจะขาย ดังนี้ยอมไม่เกิดเป็นสัญญาแตกต่างจากสัญญาจะซื้อจะขายที่ฝ่ายหนึ่งเสนอจะซื้อ ส่วนอีกฝ่ายสนองรับว่าจะขาย ดังนี้ สัญญาเกิดแล้ว เป็นต้น

⁶ สัญญาเป็นนิติกรรมตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับคำมั่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 626/2490 ทำสัญญาเช่าและมีข้อสัญญาว่าถ้าครบกำหนดสองปี ตามสัญญาเช่าแล้วผู้เช่ามีสิทธิจะเช่าต่อไปอีกสองปี เมื่อแจ้งความจำนงต่อผู้ให้เช่าแล้วดังนี้เป็นคำมั่น สัญญาผู้ให้เช่าจะปฏิเสธไม่ยอมให้เช่าไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2895/2519 แม้โจทก์เคยพูดว่าจะยกที่ดินและเรือนพิพาทให้บุตร จำเลยที่ไปช่วยทำนา คำพูดโจทก์ที่ว่ายกให้นั้นก็เพียงคำมั่นว่าจะให้ เมื่อมิได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงไม่มีผลผูกพัน โจทก์ตามมาตรา 526

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 519/2516 จำเลยผู้เช่าตกลงยอมให้สิ่งของต่าง ๆ ที่นำมาไว้ในตึก เช่าตกเป็นของโจทก์ผู้ให้เช่าเป็นการตอบแทนโจทก์ที่ให้จำเลยได้เช่าตึกพิพาทมิใช่คำมั่นว่าจะให้ แม้ มิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ผูกพันจำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2472 โจทก์โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่จำเลยผู้ซื้อแล้ว จำเลย ทำหนังสือให้ไว้กับโจทก์ผู้ขายว่าให้โจทก์ไถ่คืนที่นานี้ได้ภายในกำหนดหนึ่งปี เรียกว่าคำมั่นจะขาย ตามมาตรา 454 โจทก์ผู้จะซื้อคืนมีสิทธิฟ้องจำเลยผู้ให้คำมั่นจะขายปฏิบัติตามสัญญานี้ได้ เมื่อจำเลย ไม่สามารถโอนที่ดินให้โจทก์เพราะได้ขายที่ดินให้คนอื่นไปแล้ว โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจาก จำเลยโดยถือราคาที่ยังได้รับเงินจากคนอื่นเกินจากราคาที่ยังจะได้รับจากโจทก์

(3) หนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent)⁵⁷

หนังสือแสดงเจตจำนง เป็นหนังสือซึ่งฝ่ายหนึ่งแสดงความสมัครใจจะ ปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดตามเงื่อนไขที่ปรากฏในหนังสือนั้นกับอีกฝ่ายหนึ่ง หนังสือนี้ไม่ถือเป็น สัญญาผูกมัดแต่แสดงความต้องการอันแน่วแน่ของผู้ลงนามว่าจะปฏิบัติดังที่ได้ระบุไว้

หนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) กับบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) มีลักษณะคล้ายกัน หนังสือแสดงเจตจำนงนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็น ข้อกำหนดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องทำอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้ให้มีปฏิบัติการใด ๆ ระหว่าง คู่กรณี ขณะที่บันทึกความเข้าใจมีความแตกต่างออกไปอยู่บ้างตรงที่อาจเป็นข้อกำหนดให้ตนเองต้อง ทำหรืออาจเป็นการตั้งข้อกำหนดให้อีกฝ่ายต้องทำหรืออาจเป็นข้อกำหนด ที่จะต้องกระทำทั้งสองฝ่าย ก็เป็นได้ กรณีจึงกว้างและเป็นไปได้มากกว่าหนังสือแสดงเจตจำนงซึ่งเป็นข้อกำหนดให้ตนเองหรือ อีกฝ่ายต้องทำอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ให้มีปฏิบัติการใด ๆ ระหว่างกันแต่ประการเดียว กระนั้นก็ตาม ประเด็นระหว่างหนังสือแสดงเจตจำนงและบันทึกความเข้าใจเกี่ยวกับสภาพความรับ

⁵⁷ สฤตดิคุณ กิตติยากร,ม.ร.ว. (2548). *คำอธิบายประมวลศัพท์ธุรกิจที่ใช้ทั่วไปในภาษาอังกฤษ*. สำนักพิมพ์แห่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 266, 294 และ The World Book Dictionary, World Book Inc., Chicago USA, 2001, P.1202 เข้าถึงได้จาก (ออนไลน์) <http://www.royin.go.th/th/board/board-content.php?QID=5059>

ผิดมีความคล้ายกัน กล่าวคือเมื่อฝ่ายใดมีการเตรียมความพร้อมเพื่อให้การปฏิบัติการใดต่อไประหว่าง คู่กรณีเป็นไปด้วยความราบรื่น สะดวก รวดเร็วจึงได้ถือปฏิบัติตามข้อกำหนดที่มีไว้ต่อกันนั้น เกิด ค่าใช้จ่ายด้วยความคาดหวังว่าจะได้ก้าวไปสู่การทำตามเป้าหมายที่ทุกฝ่ายมุ่งเจตนาจะให้มีขึ้นคือการ ทำสัญญาระหว่างกัน แต่แล้วอีกฝ่ายยกเลิกเสียหรือไม่ปฏิบัติตามที่คาดหวังว่าจะมีสิ่งหนึ่งสิ่งใด กระทำให้เกิดผลตามที่ตั้งเป้าหมายเอาไว้ระหว่างกัน จนฝ่ายเตรียมการนั้นต้องเสียหาย ตัวอย่างเช่น มี หนังสือแสดงเจตจำนงว่าจะลดหนี้ให้ หากอีกฝ่ายชำระหนี้ภายในหนึ่งสัปดาห์จนฝ่ายลูกหนี้ต้องรีบ ขายทรัพย์สินในราคาต่ำเพื่อมาชำระหนี้ แต่ฝ่ายแรกไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตจำนงนั้นจนเกิดความเสียหายต่ออีกฝ่ายหรือกรณีสถาบันการเงิน มีหนังสือแสดงเจตจำนงจะปล่อยสินเชื่อให้กับลูกค้าราย ใหญ่กู้ยืมเงินเฉพาะรายที่ได้จัดหาหลักทรัพย์ ที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ปลอดภาระจำนองมาค้ำประกันมี มูลค่าเกินกว่าวงเงินสินเชื่อหนึ่งเท่า โดยมีหนังสือรับรองราคาประเมินจากพนักงานเจ้าหน้าที่ สำนักงานที่ดินและบริษัทเอกชน ที่มีชื่อเสียงในการประเมินมูลค่าที่ดินมาเปรียบเทียบพร้อมโครงการ ที่จะลงทุน ทำให้ผู้จะยื่นขอกู้กับสถาบันการเงินต้องจัดหาหลักทรัพย์ค้ำประกันเงินกู้จากบุคคลอื่น โดยเสียค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายในการประเมินหลักทรัพย์และการจ้างผู้เชี่ยวชาญเป็นที่ปรึกษา โครงการ แต่แล้วไม่ได้รับพิจารณาให้กู้ยืมจากสถาบันการเงิน เป็นต้น ดังนี้ ฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องรับผิดชอบอย่างไรหรือไม่ในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น รายละเอียดจะได้นำเสนอในบทที่ 3

2) นิติกรรมหลายฝ่าย

หัวข้อนิติกรรมหลายฝ่าย จะได้นำเสนอเรื่องสัญญาซึ่งมีบัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 นี้ ลักษณะ 2 สัญญา

(1) สัญญา

สัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายก็ได้ ตัวอย่างเช่น ประกันภัย ตั๋วเงิน การก่อตั้งสมาคม ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท เป็นต้น

โดยปกติสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคำเสนอถูกต้องตรงกันกับคำ สอนองทุกประการ แต่กระบวนการที่จะก่อให้เกิดสัญญาอาจมีการเจรจาก่อนทำสัญญา การเจรจา ด้วยกันระหว่างคู่กรณีก็เป็นกระบวนการที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้อย่างหนึ่งหากการเจรจานั้นดำเนินไป จนถึงขั้นทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงก่อความผูกพันระหว่างกันขึ้นมาได้ หากตกลงผูกพันกันไว้ ขั้นหนึ่งก่อนว่าจะมาทำสัญญาในอนาคตอีกฉบับหนึ่งถือเป็นสัญญาเบื้องต้นผูกพันให้มาทำสัญญา หลักอันหลังเมื่อได้มาทำแล้วสัญญาหลักก็เป็นสัญญาเสร็จเด็ดขาดเกิดขึ้น แต่บางครั้งคู่กรณีกำหนดว่า ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือแม้คำเสนอคำสอนองจะถูกต้องตรงกันสัญญาก็ยังไม่เกิดจนกว่าจะได้ทำเป็น หนังสือแล้ว ระหว่างขั้นตอนช่วงก่อนสัญญาเกิดอาจมีการตกลงบางประการ ข้อตกลงนั้นจะเป็น สัญญาได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของข้อตกลงนั้นมุ่งจะให้ผูกพันหรือไม่เพียงใด บางกรณี ข้อตกลงไม่ถึงขนาดเป็นสัญญาเพราะขาดความมุ่งหมายที่จะผูกพันกันจึงเป็นเพียงข้อตกลงหลวม ๆ

บางครั้งข้อตกลงนั้นอาจถึงขนาดเป็นสัญญาแต่ไม่ใช่สัญญาหลักที่มุ่งหมายจึงอาจเข้าลักษณะของสัญญาเกี่ยวเนื่องที่ใช้กันในระบบคอมมอนลอว์หรือไม่อาจจะเป็นเพียงสัญญาเบื้องต้นอย่างหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีเข้ามาทำสัญญาหลักต่อกันในภายหน้า

สัญญาเบื้องต้นอาจเป็นลักษณะสัญญาที่คู่กรณีตกลงผูกพันว่าจะมาทำสัญญาเสร็จเด็ดขาดอันเป็นสัญญาหลักต่อกันในอนาคตเพราะมีข้อขัดข้องบางประการไม่อาจทำให้เสร็จเด็ดขาดไปในคราวเดียวได้ สัญญาเบื้องต้นนี้ก็เป็นสัญญาแล้วต้องผูกพันตามข้อตกลงก่อนสัญญาหลัก มีข้อนำสังเกตว่าสัญญาประกวดราคาตามคำพิพากษาของศาล เป็นกรณีที่เกิดจากความผูกพันที่มีในระดับเดียวกับสัญญาหลัก สาระในข้อตกลงนั้นอาจก่อความผูกพันระดับหนึ่งที่เป็นลักษณะสัญญาเกี่ยวเนื่องที่รู้จักกันในระบบคอมมอนลอว์ เพราะถ้าเป็นสัญญาเบื้องต้นก็อาจจะสามารถบังคับให้มาทำสัญญาหลักต่อกันได้

องค์ประกอบที่จะก่อให้เกิดสัญญา ได้แก่ ความสามารถของคู่สัญญา ความยินยอมที่สมบูรณ์ของคู่สัญญาและอาจจะมีสิ่งตอบแทนที่นักกฎหมายบางท่านเรียกสินจ้างที่ใช้ในระบบคอมมอนลอว์ สัญญาจะเกิดได้โดยสมบูรณ์ก็จะต้องไม่มีเหตุแห่งโมฆะหรือโมฆียะหรือเป็นการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ขัดต่อกฎหมายส่งเสริมความเป็นธรรมและมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ในการทำสัญญา

เวลาที่เกิดสัญญาเป็นเวลาที่คำสนองมาถึงผู้ทำคำเสนอตามทฤษฎีรับสถานที่เกิดสัญญาก็เป็นสถานที่ที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอถ้าไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่วานั้นได้ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะปฏิบัติตามสัญญา⁵⁸

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเป็นบทสันนิษฐานการเกิดของสัญญา ดังนี้

บทสันนิษฐานตามมาตรา 366 วรรคหนึ่ง กรณีคำเสนอคำสนองมีรายละเอียดปลีกย่อยมาก แม้มีการสนองรับแล้วแต่ยังคงตกลงกันในสาระสำคัญไม่หมดทุกข้อให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญายังไม่เกิดจนกว่าจะได้ตกลงกันหมดทุกข้อ

บทสันนิษฐานตามมาตรา 366 วรรคสอง กรณีคู่สัญญาทำคำเสนอคำสนองตรงกันทุกประการแล้ว แต่มีข้อตกลงว่าสัญญาที่มุ่งทำกันนั้นต้องทำเป็นหนังสือ ตราบใดที่สัญญายังไม่ทำเป็นหนังสือตามที่ตกลง เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญายังไม่เกิดจนกว่าจะได้ทำเป็นหนังสือ

⁵⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว, หน้า 156 - 172.

บทสันนิษฐานตามมาตรา 367 กรณีมีข้อตกลงหลายข้อ คู่สัญญายังมีได้ตกลงข้อหนึ่งข้อใดแต่ถือว่าสัญญาเกิดแล้วซึ่งอนุমানได้ว่า แม้มิได้ตกลงกันในข้อนั้นสัญญาก็จะทำได้ขึ้นถือว่าสัญญาเกิดแล้วตามข้อที่ได้ตกลงกันนั้น

มูลหนี้จากสัญญาหากวิเคราะห์ตามกฎหมายโรมันก็จะพบว่าประกอบด้วยความผูกพันสองลักษณะ คือ หน้าที่กับความรับผิดชอบ ความผูกพันลักษณะที่เป็นหน้าที่เป็นปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาโดยความสมัครใจของลูกหนี้เอง หากไม่ชำระหนี้ตามหน้าที่ตนก็จะถูกแทนที่ด้วยความรับผิดชอบมีผลต่อกองทรัพย์สินอันหมายถึงทรัพย์สมบัติและสิทธิเรียกร้องที่มีต่อบุคคลอื่นของลูกหนี้รวมกันทั้งหมดจะเป็นหลักประกันสำหรับเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้กล่าวคือ กองทรัพย์สินจะถูกนำมาบังคับชำระหนี้ตามกฎหมาย

อาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบตามสัญญาเมื่อไม่ชำระหนี้ตามสัญญา กฎหมายกำหนดผลสามประการที่เจ้าหนี้จะเลือกกระทำได้ คือ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง กรณีสามารถบังคับได้ การเลิกสัญญากรณีสัญญาต่างตอบแทนและการบังคับชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา

การศึกษาหลักและขอบเขตความรับผิดชอบตามสัญญาจำเป็นต้องศึกษาถึงลักษณะความรับผิด เจื่อนใจหรือองค์ประกอบความรับผิดและผลความรับผิดทางสัญญา สำหรับลักษณะความรับผิดเมื่อค้ำึงวัตถุประสงค์ความรับผิดทางสัญญาก็เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้ตามสัญญาที่ตกลงกันไว้หรือเท่าที่ปกติเจ้าหนี้พึงจะได้รับจากการชำระหนี้ตามสัญญาหรือมิเช่นนั้นต้องได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย อย่างไรก็ตามการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาอาจก่อผลให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้ตามสัญญาจนเกิดความเสียหายซึ่งความเสียหายก็คือการสูญเสียประโยชน์ตามสัญญา

สำหรับเจื่อนใจหรือองค์ประกอบความรับผิดประกอบด้วยความผิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาและความเสียหาย การไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ได้แก่ ประการที่หนึ่งเป็นการให้กระทำจนถึงผลสำเร็จการไม่ชำระหนี้ก็คือลูกหนี้ผิดนัด ความไม่สำเร็จของกิจการคือไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ลูกหนี้จะหลุดพ้นความรับผิดต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่าการชำระหนี้ไม่สำเร็จเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงมิได้เนื่องจากพันวิสัยภายหลังการก่อหนี้โดยมิใช่ความผิดตน ประการที่สองเป็นการให้ใช้ความระมัดระวังในระดับอันสมควรการไม่ชำระหนี้ก็คือลูกหนี้ไม่ใช้ความระมัดระวังในการรักษาทรัพย์หรือปฏิบัติหน้าที่ตามวิชาชีพเป็นการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่ตามควรแก่กรณี อย่างไรก็ตาม ทั้งสองลักษณะอาจแยกไม่ได้ชัดเจนในหนี้ทุกประเภทเพราะต้องพิจารณาจากการตกลงที่ขึ้นกับเจตนาของคู่สัญญาและอาจมีปะปนกันทั้งสองลักษณะในสัญญาเดียวกันได้ นอกจากนั้นการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาจะต้องพิจารณาลงไปถึงระดับความรุนแรงในการไม่ชำระหนี้ ซึ่งเดิมพิจารณาแบ่งเป็นระดับวิญญูชนโดยส่วนใหญ่เป็นสัญญาต่างตอบแทน เช่น สัญญาซื้อขาย เป็นต้น ต่ำกว่าระดับวิญญูชนเพียงเท่าที่เคยปฏิบัติในกิจการตนกรณีสัญญาเพื่อประโยชน์เจ้าหนี้ฝ่ายเดียว เช่น ฝาก

ทรัพย์ไม่มีบำเหน็จ เป็นต้น และสูงกว่าระดับวิญญูชนเชิงผู้มีวิชาชีพเพื่อการนั้น เช่น จ้างวิศวกร ออกแบบโครงสร้างอาคาร เป็นต้น ประเทศฝรั่งเศสเคยแบ่งเป็นความผิดร้ายแรงจากความประมาท เลินเล่อร้ายแรง ความผิดไม่ร้ายแรงเป็นมาตรฐานของวิญญูชนและความผิดบางเบาเป็นเหตุการ์ณที่ อาจหลีกเลี่ยงได้ถ้าได้ใช้ความระมัดระวังอย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับ ประมวลกฎหมาย แห่งฝรั่งเศสจึงกำหนดไว้เพียงให้ลูกหนี้ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้บริหารที่มีความรอบคอบซึ่งเท่ากับ ยอมรับแนวคิดกฎหมายโรมันเรื่องความระมัดระวังทั่วไปเท่านั้น^๙ ปัจจุบันได้แยกเป็นกลข้อฉลไม่ สุจริตจงใจไม่ชำระหนี้จนเกิดความเสียหายซึ่งจะไม่สามารถตกลงจำกัดความรับผิดไว้ล่วงหน้าได้ ความผิดร้ายแรงจากการประมาทเลินเล่อร้ายแรงจนทำลายส่วนสำคัญของสัญญา ความผิดที่ยกโทษ ไม่ได้ตามกฎหมายพิเศษบางเรื่อง เช่น กฎหมายคุ้มครองอุบัติเหตุจากการทำงานของลูกจ้าง เป็นต้น และความผิดธรรมดาถูกหนีตกลงยกเว้นความรับผิดได้ สุดท้ายยังต้องพิจารณาถึงเหตุยกเว้นความรับผิดที่เป็นเหตุให้ลูกหนี้หลุดพ้นความรับผิดเพราะการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเมื่อมีพฤติการณ์ภายนอก ทำให้ไม่ต้องรับผิดที่ชำระหนี้ไม่ได้ ได้แก่ เหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจากการกระทำของเจ้าหนี้หรือ บุคคลภายนอกและเหตุทำให้การชำระหนี้หยุดชะงักชั่วคราว ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนด สำหรับ เจื่อนใจหรือองค์ประกอบความรับผิดที่เป็นความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรองหากเป็นความเสียหายทางทรัพย์ก็สามารถเรียกร้องได้แต่ถ้าเป็นความเสียหายทางด้านจิตใจสัญญาไม่มีวัตถุประสงค์แห่งนี้ในการคุ้มครองประโยชน์ทางด้านจิตใจเจ้าหนี้และจาก การศึกษายังไม่พบคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจจากการผิดสัญญา นอกจากนั้นความเสียหายทางสัญญาจะต้องมีลักษณะแน่นอน โดยตรงเป็นผลธรรมดาตามปกติย่อม เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้เป็นความเสียหายที่ใครก็รู้เพราะเกิดขึ้นตามปกติ เป็นความเสียหายทางสัญญาที่คาดเห็นได้เป็นความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษที่ได้คาดเห็นหรือควรคาด เห็นได้ล่วงหน้าก่อนแล้ว กรณีเป็นหนี้สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ถ้าเป็นเงินอาจมี ดอกเบี้ยหรือเบี้ยปรับโดยกฎหมายห้ามคิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยกล่าวคือห้ามคิดดอกเบี้ยทบต้น

สำหรับผลความรับผิดทางสัญญานั้น นอกจากลูกหนี้อาจถูกบังคับ ชำระหนี้โดยการชดใช้ค่าเสียหายหรือการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกรณีสภาพหนี้เปิดช่องให้ บังคับได้แล้วอาจมีข้อสัญญากำหนดความรับผิดไว้เป็นอย่างอื่นก็ได้หากไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่พัน วิสัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี การบังคับชำระหนี้ตาม กฎหมายจะสามารถกระทำได้เมื่อสภาพหนี้เปิดช่องให้ กล่าวคือ ต้องไม่เป็นหนี้กระทำการที่มี ลักษณะเฉพาะตัว เช่น การร้องเพลงที่เป็นความสามารถเฉพาะตัว เป็นต้น หนึ่งวันกระทำการหาก ผืนกระทำการศาลก็สั่งห้ามหรือสั่งให้กระทำแก้ไขให้คืนสภาพหรือให้เสียค่าใช้จ่ายโดยลูกหนี้ไม่ได้

^๙ โสภณ รัตนกร. อ้างแล้ว, หน้า 51.

จัดการเองรวมทั้งการ โอนทรัพย์สินบางกรณีก็จำเป็นต้องถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของ ลูกหนี้ กรณีข้อสัญญากำหนดความรับผิดไว้เป็นอย่างอื่น ประการที่หนึ่งอาจเป็นการกำหนดให้ ลูกหนี้ต้องรับผิดมากกว่ากฎหมายกำหนดเป็นการประกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น เป็นการ รับประกันคุณภาพคุณสมบัติทรัพย์สินและบริการที่ทำการชำระหนี้ต่อความเสียหายทุกสภาวะการณแม้ การพ้นวิสัยหรือเกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกเป็นการรับประกันต่อความเสียหายทั้งหมดทุก การเสี่ยงภัยที่เจ้าหนี้จะได้รับ ประการที่สองอาจเป็นการกำหนดให้ลูกหนี้รับผิดเบากว่าที่กฎหมาย กำหนดโดยจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด ส่วนนี้มีทั้งที่กฎหมายห้ามและยอมให้กระทำได้หาก วัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่พ้นวิสัย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี กรณี กฎหมายห้ามเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ความรับผิดในสัญญาไว้โดยเฉพาะที่ไม่ สามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้มีฉะนั้นผลจะเป็นโมฆะ ได้แก่ วัตถุประสงค์ของ สัญญาเป็นการขัดต่อกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอัน ดี สัญญาไม่ทำให้ลูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด การกำหนดยกเว้นความรับผิดจากการฉ้อฉล หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ล่วงหน้า การคิดดอกเบี้ยเกินอัตรากฎหมายกำหนด การ กำหนดยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งเรื่องค่าเสียหายนอกเหนือที่ พระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 บัญญัติไว้ เป็นต้น ส่วนกรณีกฎหมายยอมให้กระทำ ได้ส่วนใหญ่จะมีข้อความกำหนดว่า “เมื่อไม่ได้แสดงเจตนาไว้โดยเฉพาะเจาะจง” หรือ “เว้นแต่จะ ได้ตกลงกันกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” หรือ “กฎหมายให้สันนิษฐานไว้เช่นว่า” เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อกำหนดนั้นต้องไม่ทำลายหลักพื้นฐานหรือลักษณะสำคัญของสัญญานั้น ประการที่สามเบี่ยงปรับ การกำหนดไว้ในสัญญาเป็นการกำหนดไว้ล่วงหน้าก่อนเกิดความเสียหายจริงจึงอาจเท่ากับความ เสียหาย มากกว่าหรือน้อยกว่าก็ได้ กรณีมากกว่าศาลก็ปรับลดให้เท่าความเสียหายจริงได้ หากน้อย กว่าความเสียหายจริงเจ้าหนี้ก็สามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มได้ ทั้งนี้ขึ้นกับหลักฐานที่พิสูจน์ค่ากล่าวอ้าง หรือหักล้างกันและกัน โดยทั่วไปหากกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้าแม้ไม่ระบุเป็นเบี่ยงปรับศาลก็ถือเป็น เบี่ยงปรับตั้งแนวคำพิพากษาฎีกาที่พบได้ทั่วไป⁶⁰

3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิด

ลำดับถัดไปจะได้กล่าวถึงความรับผิดทางละเมิดซึ่งมีข้อแตกต่างจากความรับผิดทาง หนี้อื่น ๆ โดยทั่วไปที่เกิดจากการมีเจตนา ก่อนิติสัมพันธ์อยู่หลายประการ นับตั้งแต่การเป็นบ่อเกิด แห่งหนี้หรือเป็นผลแห่งหนี้ ความสามารถของบุคคล หน้าที่น่าสืบ จำนวนสินไหมที่ผู้ผิดจะต้อง

⁶⁰ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2538). *รวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 369 - 383.

ชดใช้เป็นค่าทดแทนความเสียหาย การร่วมกันใช้ การผิมนัด อายุความและข้อสัญญาไม่รับผิด เป็นต้น

นอกจากสัญญาแล้ว มูลหนี้หนึ่งที่พบได้โดยทั่วไปคือละเมิด ถ้าดับถัดไปจะได้กล่าวถึงมูลหนี้ที่เกิดจากการละเมิดของบุคคลในการกระทำของตนเองตามมาตรา 420

ความรับผิดเพื่อละเมิดบัญญัติไว้ในบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 5 ละเมิด หมวด 1 ความรับผิดเพื่อละเมิด

มาตรา 420 อันเป็นแม่บทลักษณะละเมิดเกิดจากการกระทำผิดหน้าที่ที่ตนพึงกระทำ จนกระทบสิทธิบุคคลอื่นให้เกิดความเสียหาย มิใช่เป็นเรื่องการใช้สิทธิที่มีอยู่ของบุคคล ด้วยบทใช้คำว่า ผู้ใด หมายความว่า การกระทำละเมิดตามมาตรานี้จึงต้องเป็นการกระทำของมนุษย์เท่านั้นและเป็นมนุษย์ทุกสภาพบุคคลไม่ว่าจะมีความสามารถหรือไม่ ผู้เยาว์ ผู้บรรลุนิติภาวะหรือบุคคลวิกลจริตอยู่ในความหมายของคำว่าผู้ใดนี้ทั้งสิ้น บุคคลทุกคนก็อาจต้องรับผิดในผลที่ตนทำละเมิดได้หากการกระทำนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 420 กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง ต้องมีการกระทำที่เป็นความเคลื่อนไหวของบุคคลโดยรู้สำนึกในความเคลื่อนไหวของตน ตัวอย่างเช่น การนอนละเมอไม่ถึงเป็นการกระทำตามความหมายนี้ การเคลื่อนไหวทางแขนขาของทารกก็ไม่ถึงเป็นการกระทำตามความหมายนี้เช่นกัน เป็นต้น ทั้งนี้รวมความถึงการงดเว้นหรือละเว้นไม่กระทำการตามหน้าที่ที่ต้องกระทำ หน้าที่⁶¹ ดังกล่าวนี้อาจเกิดจาก กฎหมาย เช่น สามีภริยามีหน้าที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามมาตรา 1461 เป็นต้น เกิดจากเหตุอื่น เช่น กรณีบุคคลที่อยู่ในฐานะอันสามารถควบคุมสิ่งของหรือบุคคลโดยอ้อมมีหน้าที่ต้องทำตามสมควรเพื่อความปลอดภัยของบุคคลอื่น ตัวอย่างเช่น เทศบาลต้องปิดฝาท่อระบายน้ำให้อยู่ในสภาพเรียบร้อยป้องกันคนเดินตกท่อหรือระหว่างการปรับปรุงถนนทำให้มีสิ่งกีดขวางการจราจรอันอาจก่อให้เกิดอันตรายต้องมีสัญญาณหรือเครื่องหมายหรือสิ่งแจ้งเตือนให้เห็นเด่นชัดในเวลากลางคืน เป็นต้นหรือกรณีการสมัครใจทำสิ่งใดแล้วไม่กระทำไปให้ตลอด ตัวอย่างเช่น ระหว่างแพทย์เดินทางพบผู้ป่วยจึงเข้าช่วยเหลือปฐมพยาบาลอันมิใช่หน้าที่ตามปกติแต่ด้วยความสมัครใจแต่ไม่ทำหน้าที่ช่วยเหลือคนป่วยต่อไปให้ตลอดเกิดความปลอดภัย เป็นต้น

ประการที่สอง ต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความหมายของคำว่าจงใจหมายถึงรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตน การกระทำโดยผิหลงหรือพลั้งพลาดหรือการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงไม่ถึงเป็นจงใจ ตัวอย่างเช่น ร่วมกันแตกฝนของนายแดงวางไว้ใกล้กับร่มนายดำ นายแดงพลอยหิบบ่มนายดำเพราะเข้าใจว่าเป็นร่มตน ดังนี้ไม่ถึงเป็นจงใจ เป็นต้น

⁶¹ มีนักกฎหมายบางท่านที่เห็นว่ารวมถึงหน้าที่ที่เกิดจากสัญญา เช่น สัญญาจ้างให้มาร้องเพลงในการจัดงานเลี้ยงวันแต่งงานแล้วไม่มาจนเกิดความเสียหายต่อการจัดงานแต่งงานจึงเป็นทั้งผิดสัญญาและละเมิด เป็นต้น .

จงใจไม่ต้องคำนึงถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจึงแตกต่างกับเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา แม้การกระทำโดยเจตนาทางอาญาจะเป็นการกระทำโดยจงใจ แต่เจตนาที่นอกจากจะรู้สำนึกในการกระทำของตนแล้วยังต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลอีกด้วย จงใจทางแพ่งจึงกินความที่กว้างกว่าการกระทำโดยเจตนาทางอาญา ส่วนประมาทเลินเล่อเป็นการกระทำที่ไม่จงใจแต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้รวมไปถึงลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่พึงกระทำด้วยโดยเปรียบเทียบการใช้ความระมัดระวังของบุคคลตามภาวะ วิสัยพฤติการณ์ เพศ วัยและฐานะที่ใกล้เคียงกับผู้กระทำ ความเสียหายจะพึงใช้ความระมัดระวัง ระดับมาตรฐานที่ใช้จึงแตกต่างกันไปตามฐานะ ภาวะ วิสัยและพฤติการณ์มิใช่ระดับเยี่ยงวิญญูชนทั่วไป

ประการที่สาม มีนักกฎหมายบางส่วนที่เห็นว่าต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ซึ่งไม่เฉพาะแต่ผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่กินความไปถึงการกระทำโดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้กระทำได้และนั่นย่อมหมายถึงหากกระทำโดยมีสิทธิตามกฎหมายไม่กระทำเกินไปกว่าสิทธิที่มีคือมีอำนาจทำได้แม้จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ไม่เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายตามมาตรา 420 นี้แต่ประการใด แตกต่างจากมาตรา 421 แม้จะมีสิทธิแต่การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเป็นการใช้สิทธิอันมิชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 421 จึงมีสิทธิอยู่ก่อนแล้วแต่ใช้สิทธินั้นโดยไม่สุจริตก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น กล่าวโดยสรุปก็คือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยไม่มีสิทธิหรือกระทำเกินกว่าสิทธิต้องพิจารณาตามมาตรา 420 แต่การกระทำภายในขอบแห่งสิทธิแต่การใช้สิทธิในลักษณะที่มีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ต้องพิจารณาตามมาตรา 421 เพราะสิ่งสำคัญตามมาตรา 421 อยู่ที่การใช้สิทธิมิใช่เกี่ยวกับตัวสิทธิ กล่าวคือสิทธินั้นมีอยู่แล้วแต่การใช้หรือวิธีใช้นั้นกระทำโดยไม่ถูกต้องตามวิธีการที่เหมาะสมหรือผิดกาลเทศะจึงเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เช่น นายสามคัดค้านการที่นายสี่นำรังวัดที่ดินมาให้หรือสอบเขตก่อนแต่ไม่จัดการอย่างใด เมื่อนายสี่รังวัดใหม่ นายสามก็คัดค้านอย่างเดิมอีก ดังนี้ เป็นการกระทำซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น เป็นละเมิด เป็นต้น

ประการที่สี่ ต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นไม่ว่าความเสียหายนั้นจะคำนวณเป็นตัวเงินได้หรือไม่ก็ตาม เพราะเป็นคนละประเด็นกับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินก็ได้ ตัวอย่างเช่น ชื่อเสียง เสรีภาพ เป็นต้น

ประการที่ห้า ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลมาจากการกระทำของบุคคลผู้ก่อความเสียหายซึ่งจำต้องพิจารณาเป็นแต่ละกรณีไป

มาตรา 432 บัญญัติกรณีบุคคลหลายคนร่วมกันทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นต้องร่วมกันรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้นแม้ไม่สามารถสืบรู้ได้ว่าคน

ใดในจำพวกที่ทำละเมิดร่วมกันนั้นเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายและการรับผิดชอบต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กันเว้นแต่โดยพฤติการณ์ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น

อย่างไรก็ตาม การกระทำใดแม้จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์มาตรา 420 หากเข้าข้อยกเว้นของกฎหมายบุคคลผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนดังบัญญัติไว้ในบรรพ 2 นี้ ลักษณะ 5 ละเมิด หมวด 3 นิรโทษกรรม อันได้แก่ การกระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 449 การทำบุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินเพื่อบำบัดป้องกันภัยอันตรายตามมาตรา 450 การใช้กำลังป้องกันสิทธิของตนตามมาตรา 451 การจับสัตว์อันเข้ามาทำความเสียหายตามมาตรา 452 รวมทั้งการกระทำที่เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด ” ความยินยอมดังกล่าวจะมีหลักฐานเป็นหนังสือหรืออาจเป็นความยินยอมด้วยวาจาก็ได้และความยินยอมจะยกเลิกเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ไม่ผูกมัดว่าจะต้องให้ความยินยอมอยู่เช่นนั้นตลอดไป

ข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 422 ที่ว่าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้หนึ่งเป็นผู้ผิด หมายความว่า หากมีความเสียหายเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่ตามมาตรา 422 นี้ยังต้องพิสูจน์ให้ได้ความต่อไป แต่ถ้าการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายตามมาตรานี้ยอมเข้าข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าผิดไว้ก่อน อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 422 นี้มิใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด อาจสืบหักล้างได้ว่าความจริงไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและที่ว่าฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายตามมาตรา 422 นี้ หมายถึง พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติ ข้อบัญญัติหรือที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่น โดยมีอำนาจตราออกมามุ่งบังคับใช้ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ที่ประสงค์ป้องกันความเสียหายแก่บุคคลอื่น ไม่รวมถึงระเบียบข้อบังคับของกระทรวงทบวงกรมหรือมติคณะรัฐมนตรี ตัวอย่างเช่น การเดินทางเล่นซำตามพระราชบัญญัติจราจรทางบกเป็นการวางแนวปฏิบัติเพื่อความปลอดภัยของการจราจรทางบกโดยส่วนรวม หากฝ่าฝืนเดินทางเล่นซำเมื่อเกิดอุบัติเหตุกฎหมายยอมสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นฝ่ายผิด เว้นแต่จะนำสืบหักล้างได้ว่าความจริงไม่ได้เป็นไปตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เป็นต้น

มาตรา 448 กำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ผู้กระทำละเมิด หรือผู้ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนกล่าวคือ การรู้ต้องประกอบทั้งสองกรณีจึงจะเริ่มนับอายุความ ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันทำละเมิด หากเป็นความผิดทางอาญาร่วมด้วยและอายุความทางอาญายาวกว่าให้ใช้อายุความทางอาญานั้น อนึ่ง การฟ้องให้ระงับหรือเพิกถอนการกระทำละเมิดที่ยังมีอยู่มิใช่

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไม่ตกอยู่ในบังคับแห่งอายุความตามมาตรา 420 นี้กล่าวคือฟ้องร้องได้ทราบเท่าที่ยังมีการกระทำละเมิดอยู่⁶²

คำสืบทอดแทนการละเมิดตามมาตรา 420 เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 438 ซึ่งให้อำนาจศาลเป็นผู้กำหนดค่าสืบทอดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดว่าจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใด กล่าวคือ การชดใช้ค่าสืบทอดแทนก็ด้วยต้องการให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเมื่อยังไม่มีมีการกระทำละเมิด คำว่าจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดจึงรวมความถึงการให้ระงับหรือเพิกถอนการกระทำละเมิดด้วย มิใช่เฉพาะการคืนทรัพย์สิน การใช้ราคาทรัพย์สินและค่าเสียหายเท่านั้น แต่รวมถึงกรณีอื่นอันอยู่ในความหมายของการให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเมื่อยังไม่มีมีการกระทำละเมิดรวมความถึงอาจต้องชดใช้ด้วยประการอื่นให้ผู้เสียหายได้กลับคืนใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ด้วยโดยศาลย่อมจะต้องคำนึงถึงฐานะทางสังคมและทางการเงินของกลุ่มมาประกอบดุลพินิจด้วย

ปกติการใช้ราคาทรัพย์สินหรือค่าเสียหาย ย่อมชดใช้กันเป็นเงินเพราะเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสามารถใช้แทนสิ่งอื่นได้ หากไม่สามารถชดใช้ด้วยวิธีอื่นที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสภาพเดิม แต่ถ้ายังมีทางอื่นจะชดใช้ได้แล้วก็ชดใช้กันเป็นเงินไม่ได้ เช่น ถูกขโมยทรัพย์สินไปเจ้าของจะเอาราคาทรัพย์สินโดยไม่รับทรัพย์สินคืนหาได้ไม่ การใช้ทรัพย์สินอื่นแทนทรัพย์สินเดิมแม้จะเป็นประเภทและชนิดเดียวกันก็มิอาจกระทำได้ เว้นแต่จะเป็นสังกะทรัพย์ที่ทดแทนกันได้หรือผู้เสียหายยอมรับ เป็นต้นและการชดใช้ให้เป็นเงินต้องคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงมูลค่าของเงินด้วย นอกจากการชดใช้ค่าสืบทอดแทนที่ผู้ถูกละเมิดต้องเสียไปแล้ว ยังรวมถึงผลประโยชน์และกำไรที่ควรจะได้ ซึ่งเป็นประโยชน์และกำไรที่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินจำนวนแน่นอนและการชดใช้กันเป็นเงิน ย่อมหมายถึงการเป็นหนี้เงินที่สามารถคิดดอกเบี้ยระหว่างผิคนัดร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีกรณีละเมิดถือว่าผิคนัดมาตั้งแต่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแต่ถ้าผู้เสียหายขอดอกเบี้ยตั้งแต่วันฟ้องหรือวันพิพากษาเป็นต้นไปศาลก็ให้ตามที่ขอในคำฟ้องนั้น การชดใช้ค่าสืบทอดแทนแม้คำนวณเป็นตัวเงินได้แน่นอน ไม่จำเป็นต้องพิจารณาให้ตามจำนวนที่ขอศาลอาจลดจำนวนเงินตามที่ขอลงมาได้ตามความเหมาะสมดังบทบัญญัติมาตรา 438 ที่ใช้คำว่าสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเป็นการให้อำนาจศาลพิจารณาเหตุอันก่อให้เกิดละเมิดที่อาจมีหลายปัจจัยที่จะนำมาประกอบการพิจารณา มิใช่จะพิจารณาเฉพาะความผิดของผู้ละเมิดแต่ประการเดียว ศาลอาจให้ค่าเสียหายสูงกว่าราคาทรัพย์สินที่ถูกทำลายตามที่เห็นสมควร⁶³ เพราะความเสียหายอาจมิได้มีอยู่เฉพาะความเสียหายทางทรัพย์สินเท่านั้น อาจมีความเสียหายทางจิตใจอันคำนวณเป็นเงินมิได้รวมอยู่ด้วยและกรณีความ

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2401/2523.

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1617 - 1618/2500.

เสียหายที่มีอาจคำนวณเป็นจำนวนเงินแน่นอนจะวางกฎเกณฑ์ให้แน่นอนตายตัวเพื่อใช้บังคับทุกกรณีไม่ได้ เช่น บุคคลที่สูญเสียนิ้วหัวแม่มือข้างซ้ายจะต้องได้รับชดเชยเท่ากับ ไปทุกกรณีและค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดนี้ ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าผู้เสียหายจะได้รับเงินจากบุคคลภายนอกมาแล้วเพราะมีสัญญาผูกพันหรือตามหน้าที่หรือตามอัยยาศัยไมตรีทางสังคม การได้รับเงินจากบุคคลภายนอกกรณีดังกล่าว ไม่เป็นเหตุให้ต้องลดค่าสินไหมทดแทนการละเมิดรวมทั้งค่าเสียหายที่ร้องขอต่อศาล โจทก์ก็ต้องนำสืบให้เห็นว่าได้รับความเสียหายจริงตามจำนวนที่ฟ้องเรียกจากจำเลย

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิด นอกจากเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับละเมิด ความรับผิดจากการกระทำละเมิดที่ได้กล่าวรวมในเนื้อหาข้างต้นนี้แล้ว ยังมีเนื้อหาเกี่ยวกับความรับผิดจากการไม่ชำระหนี้ ดังจะได้นำเสนอเป็นลำดับถัดไป ดังนี้

ความรับผิดตามสัญญานั้นเกิดขึ้นเพราะมีการฝ่าฝืนหนี้ซึ่งนิติกรรมหรือสัญญาได้เกิดขึ้นทั้งนี้ บ่อเกิดแห่งหนี้หรือมูลหนี้จากสัญญาหากวิเคราะห์ตามกฎหมายโรมันจะพบว่าประกอบด้วย ความผูกพันสองลักษณะคือหน้าที่กับความรับผิด ความผูกพันลักษณะที่เป็นหน้าที่เป็นปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งเป็นไปด้วยความสมัครใจของลูกหนี้เอง ต่อเนื่องมาถึงกรณีเมื่อลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยสมัครใจแล้วกลับไม่ชำระหนี้ตามหน้าที่สิ่งนี้จะถูกแทนที่ด้วยความรับผิดที่มีผลต่อกองทรัพย์สินอันหมายถึงทรัพย์สมบัติและสิทธิเรียกร้องที่มีต่อบุคคลอื่นของลูกหนี้รวมกันทั้งหมดจะเป็นหลักประกันสำหรับเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้ นั่นคือกองทรัพย์สินจะถูกนำมาบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในบรรพ 2 หนี้ หมวด 2 ผลแห่งหนี้ ตั้งแต่ส่วนที่ 1 การไม่ชำระหนี้ ส่วนที่ 2 รับช่วงสิทธิ ส่วนที่ 3 การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ ส่วนที่ 4 เพิกถอนการผ่อนลด ส่วนที่ 5 สิทธิยึดหน่วง ไปจนถึงส่วนที่ 6 บุริมสิทธิ

แต่มีสิ่งที่จะต้องพิจารณาลำดับถัดไปก็คือเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เพียงใด การไม่ชำระหนี้ นั้นรวมความถึง

ประการที่หนึ่ง การไม่ชำระหนี้เสียเลยโดยสิ้นเชิง

ประการที่สอง การชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วนตามหน้าที่ที่ต้องกระทำกล่าวคือไม่ตรงตามประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้โดยชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน การส่งมอบทรัพย์สินที่มีคุณภาพต่ำกว่าที่ตกลงกันหรือมีความชำรุดบกพร่อง การชำระหนี้ที่ทำโดยวิธีการที่ไม่ชอบ การชำระหนี้ผิดสถานที่ ผิดเวลาหรือล่าช้าซึ่งแม้ลูกหนี้ไม่ผิดนัดก็อาจรับผิดชอบในความเสียหายเพราะไม่ชำระหนี้ให้ตรงตามประสงค์อันแท้จริงแห่งหนี้

ประการที่สาม การชำระหนี้ล่าช้าลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดซึ่งการชำระหนี้ล่าช้าอาจถือเป็นการไม่ชำระหนี้โดยสิ้นเชิงหรืออาจถือว่าเป็นการชำระหนี้บางส่วนในเชิงของเวลาก็ได้ แต่มักจะแยกการชำระหนี้ล่าช้าออกจากการไม่ชำระหนี้โดยทั่วไปทั้งที่ผลของทั้งสองกรณีคล้ายคลึงกันหรืออาจต่อเนื่องกันกล่าวคือการชำระหนี้ล่าช้าเป็นช่วงระยะเวลาแรกของการไม่ชำระหนี้แต่ยังอยู่ในวิสัยที่

จะชำระหนี้ได้พอช่วงระยะเวลาเนิ่นนานไปการชำระหนี้ไม่อาจเป็นไปได้หรือลูกหนี้ไม่ประสงค์จะชำระหนี้อีกต่อไปย่อมถือว่าไม่ชำระหนี้โดยสิ้นเชิงมาตั้งแต่ต้น

เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้เมื่อครบหลักเกณฑ์สองข้อ ได้แก่ หนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ ส่วนที่ว่าเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้อย่างไรได้บ้าง โดยทั่วไปสิทธิบังคับชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยฟ้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้หรือจำเลยชำระหนี้จึงเรียกกันว่าสิทธิเรียกร้อง นั่นคือเป็นสิทธิที่จะเรียกร้องทางศาลซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่สามารถบังคับเอากับลูกหนี้ได้เองโดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล เว้นแต่บางกรณีที่เจ้าหนี้อาจบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ด้วยตนเองโดยทางอ้อมได้ ตัวอย่างเช่น การยึดมัดจำ การหักกลบลบหนี้ การไม่ส่งมอบทรัพย์สิน การไม่ชำระหนี้ตอบแทนในกรณีสัญญาต่างตอบแทน การใช้สิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินเพื่อให้ชำระราคาหรือค่าจ้างและกฎหมายยกเว้นบางกรณียินยอมให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้โดยตรงได้เอง เช่น ให้ผู้ขายทอดตลาดเอาทรัพย์สินออกขายชำระเมื่อผู้ซื้อคนเดิมไม่ชำระราคา ให้ผู้ขนส่งขายของที่ส่งหักเป็นค่าระวาง ให้ผู้รับจำนำเอาทรัพย์สินที่รับจำนำออกขาย เป็นต้น ส่วนวิธีการในการบังคับชำระหนี้ นั้น ได้แก่ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเมื่อสภาพแห่งเปิดช่องให้กระทำได้ การให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ การถือเอาคำพิพากษาแทนเจตนาของลูกหนี้ การให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนตลอดจนการเรียกค่าเสียหายตามบทบัญญัติมาตรา 213 สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาถือเป็นสิทธิแรก ส่วนสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเป็นสิทธิรองหรือมาตรการแทน การชำระค่าสินไหมทดแทนจึงมีความสำคัญรองลงมาจากชำระหนี้ สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 213 วรรค 4 ต้องเป็นหนี้ซึ่งเกิดขึ้นโดยนิติกรรมหรือสัญญา มูลหนี้จากนิติกรรมเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นตามที่เอกชนได้คิดสร้างขึ้นโดยกฎหมายบังคับรับรองคุ้มครองให้ หากต้องบังคับชำระหนี้อันสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำได้จึงต้องเรียกค่าเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้ นั่นกล่าวคือเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้แต่ก็มีบางกรณีไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับได้ บางกรณีการชำระหนี้ไม่เกิดประโยชน์อีกต่อไป บางกรณีก็ไม่อาจบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ดังนี้เจ้าหนี้ย่อมเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้เว้นแต่ลูกหนี้จะแสดงให้เห็นว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบ หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางสัญญาก็คือลูกหนี้กระทำความผิดฝ่าฝืนหนี้ไม่ชำระหนี้ซึ่งจะเอาโทษแก่ลูกหนี้ได้และการไม่ชำระหนี้ นั้นทำให้เจ้าหนี้เสียหาย

สิทธิของเจ้าหนี้ในการเรียกค่าเสียหายขึ้นกับแต่ละองค์ประกอบ บางกรณีเจ้าหนี้ต้องพิสูจน์ให้ปรากฏแน่นอนในเชิงบวกว่าลูกหนี้มีความผิด บางกรณีก็ต้องพิสูจน์ในเชิงลบว่าลูกหนี้ไม่มีข้อแก้ตัวที่จะไม่ต้องรับผิดชอบเพราะหากลูกหนี้มีข้อแก้ตัวในการไม่ชำระหนี้ก็ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายได้และองค์ประกอบเชิงบวกที่เจ้าหนี้ต้องพิสูจน์นั้นก็คือ

ประการที่หนึ่ง ลูกหนี้ทำผิดในการชำระหนี้กล่าวคือไม่ชำระหนี้โดยสิ้นเชิง ชำระหนี้ไม่ตรงตามประสงค์อันแท้จริงแห่งหนี้หรือลูกหนี้ผิดนัดซึ่งการผิดนัดของลูกหนี้อาจส่งผลให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ดอกผล การเสียดังกล่าวทำให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพิ่มขึ้น เจ้าหนี้อาจบอกปิดหรือปฏิเสธไม่รับชำระหนี้หรือบอกเลิกสัญญาได้ กรณีเป็นสัญญาต่างตอบแทนเจ้าหนี้อาจไม่ชำระหนี้เป็นการตอบแทน อาจมีสิทธิริบเบียปรับ ยึดหน่วงทรัพย์สิน นำทรัพย์สินออกขายทอดตลาด เรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้หรือมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้จากหุ้นส่วนได้กรณีห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนเป็นต้น

ประการที่สอง เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้

ประการที่สาม มีความสัมพันธ์ระหว่างความผิดของลูกหนี้และความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้กล่าวคือความเสียหายนั้นเกิดจากความผิดของลูกหนี้ที่ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามประสงค์แห่งหนี้

ส่วนค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ว่าความรับผิดทางสัญญาจะเกิดผลบังคับแก่ลูกหนี้ได้ก็ต่อเมื่อการไม่ชำระหนี้ นั้นยังผลให้เจ้าหนี้เสียหาย แม้การชำระหนี้โดยโทษลูกหนี้ได้ แต่ถ้าการไม่ชำระหนี้ไม่ได้ก่อความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอะไรไม่ได้และการให้ค่าเสียหายก็เพื่อชดใช้ความเสียหายที่ได้รับจริงแก่ฝ่ายไม่ผิดสัญญาไม่ใช่ให้มีการค้ำกำไรในการที่อีกฝ่ายผิดสัญญาเมื่อได้รับค่าเสียหายเต็มตามที่เสียหายแล้วจะเรียกเบียปรับตามสัญญาอีกไม่ได้ ค่าเสียหายนั้นก็ให้แก่ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ นั้นหรือความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษหากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้วตามมาตรา 222

4. ความรับผิดและค่าเสียหายก่อนการเกิดสัญญา

สำหรับหัวข้อความรับผิดและค่าเสียหายก่อนการเกิดสัญญาจะกล่าวถึงความรับผิดก่อนสัญญาและค่าเสียหายอันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาตามลำดับดังนี้

4.1 ความรับผิดก่อนสัญญา

สำหรับหัวข้อความรับผิดก่อนสัญญาจะได้นำเสนอเกี่ยวกับคำเสนอ คำมั่น การประกวดราคา หนังสือแสดงเจตจำนงไปตามลำดับ

4.1.1 คำเสนอ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ トラบเท่าที่คำเสนอยังไม่สิ้นผลหรือผู้ทำคำเสนอไม่ได้ถอนคำเสนอตราบนั้นคำเสนอย่อมมีผลผูกพันบุคคลผู้ทำคำเสนอ⁶⁴ อาจจะต้องด้วยกฎหมายถึงเห็นว่า ความเชื่อใจระหว่างกันคงไม่เกิดขึ้นในการประกอบธุรกิจหรือกิจการงานใดและพร้อมจะก่อความเสียหายให้ได้ทุกเมื่อ หากบุคคลทำคำเสนอแล้วไม่ผูกพันเพราะอีกฝ่ายยอมเกิดความลังเลไม่แน่ใจว่า เมื่อสนองรับคำเสนอแล้วอีกฝ่ายจะยึดถือตามคำเสนอที่มีมาหรือไม่ คำเสนอจึงต้องผูกพันตราบเท่าที่คำเสนอนั้นยังไม่สิ้นผลหรือยังมีได้ถอนคำเสนอ ความผูกพันตามคำเสนอที่เกิดขึ้นเป็นความผูกพันก่อนสัญญาเพราะยังไม่มีสัญญาใด ๆ ระหว่างกันเกิดขึ้นหากแต่กฎหมายบัญญัติไว้ ไม่ให้บุคคลผู้ทำคำเสนอบอกถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือบอกถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาอันสมควร เนื่องจากผู้ทำคำเสนอได้ใช้เสรีภาพของตนเพื่อแสดงเจตนาขอทำสัญญาการใช้เสรีภาพดังกล่าวผู้ทำคำเสนอยินยอมจำกัดเสรีภาพตนเองโดยสมัครใจ จึงไม่ควรถอนคำเสนอให้กระทบเสรีภาพของอีกฝ่ายที่จะตัดสินใจทำคำสนองตอบรับกลับมา ผู้ทำคำเสนอที่ถอนคำเสนอก่อนถึงกำหนดระยะเวลาที่บ่งไว้หรือก่อนระยะเวลาอันสมควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่อีกฝ่ายมุ่งยึดถือตามคำเสนอนั้นโดยสุจริต ความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบและความรับผิดชอบที่ว่าเป็นความรับผิดชอบในช่วงเวลาที่ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้นตามมาตรา 366⁶⁵ จึงเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญาในทางทฤษฎีนั้นเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วไม่สามารถบอกถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือก่อนระยะเวลาอันสมควร การบอกถอนดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่มิไม่ได้ตามบทบัญญัติกฎหมาย การบอกถอนจึงมีผลเท่ากับไม่ได้มีการบอกถอนเพราะการบอกถอนคำเสนอไม่มีผลทางกฎหมาย ผลก็คือคำเสนอยังคงต้องมีอยู่ต่อไปเมื่อมีการสนองรับสัญญาก็เกิดขึ้นจึงต้องบังคับกันตามสัญญา

บางกรณีตามมาตรา 366 วรรคสอง แม้มีการสนองรับคำเสนอแต่สัญญายังไม่เกิดขึ้นและเป็นกรณีก่อให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญา ตัวอย่างเช่น คู่กรณีตกลงให้ทำสัญญาเป็นหนังสือเมื่อทุกขั้นตอนเสร็จสรรพแต่ยังไม่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือระหว่างกันก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาดังได้นำเสนอไปข้างต้นแล้ว ประเด็นมีว่า ผู้ทำคำเสนอถอนคำเสนอโดยไม่รู้ว่าการบอกถอนไม่มีผลแล้วนำทรัพย์สินไปขายให้บุคคลอื่นก่อนมีคำสนองรับคำเสนอขายนั้นเพราะเหตุขายได้เร็วกว่า ได้ราคาดีกว่าหรือเกรงว่าผู้รับคำเสนอไม่ซื้อก็จะเสียโอกาสขายให้รายใหม่เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญาเนื่องจากคู่กรณีแม้มีการเสนอสนองถูกต้องตรงกันแต่สัญญาไม่เกิดตราบเท่าที่ไม่ทำสัญญา

⁶⁴ ทั้งนี้คำเสนอจะมีผลเมื่อมีผู้รับคำเสนอแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้รับคำเสนอจะสนองรับหรือไม่เป็นคนละประเด็นกัน.

⁶⁵ เป็นกรณียังมีได้มีการตกลงกันในสาระสำคัญหมดทุกข้อตามมาตรา 366 วรรคหนึ่งหรือยังมีได้ทำสัญญาขึ้นเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรคสอง กฎหมายสันนิษฐานว่าสัญญายังไม่เกิด

นั้นเป็นหนังสือผลทางกฎหมายจะจำกัดอำนาจความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ให้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ทำคำเสนอไว้ นั่นได้หรือไม่ มีคำอธิบายหลายแนวคิดซึ่งเห็นว่าวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย ทรัพย์สินที่จะขายไม่มีอยู่กับผู้ทำคำเสนออีกต่อไปแล้วแม้ต่อมาจะได้ทำสัญญาเป็นหนังสือต่อกันสัญญานั้นก็เป็นโมฆะตามมาตรา 150 เรียกร้องเอาอะไรต่อกันไม่ได้

ผลผูกพันของคำเสนอนั้น ความเห็นนักกฎหมายเกี่ยวกับคำเสนอว่าก่อให้เกิดหนี้หรือไม่ ยังไม่มีข้อยุติต่างมองคนละมุมมีเหตุผลที่น่ารับฟังด้วยกันทุกฝ่าย ในที่นี้เห็นว่าในทางทฤษฎีคำเสนอย่อมก่อผลผูกพันเป็นหนี้ให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันขึ้น ผลผูกพันก่อนสัญญาที่ผู้ทำคำเสนอมีหนี้ต้องชำระหากพิจารณาตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ ได้แก่ กระทำการ จงดเว้นกระทำการและการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว คำเสนอก่อให้เกิดหนึ่งจงดเว้นกระทำการอันได้แก่การจงดเว้นบอกถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือก่อนระยะเวลาอันสมควร คำว่าระยะเวลาอันสมควรก็คือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองรับคำเสนอนั้น โดยพิจารณาจากระยะเวลาที่คำเสนอจะไปถึงยังผู้รับคำเสนอนานเท่าใดและผู้รับคำเสนอต้องมีเวลาพิจารณาไตร่ตรองถึงคำเสนอนั้น รวมทั้งการทำคำสนองตอบรับคำเสนอที่จะมีมาถึงผู้ทำคำเสนอจึงรวมเวลาที่คำสนองจะมาถึงผู้ทำคำเสนอด้วย ผู้ทำคำเสนอมีหน้าที่ที่จะไม่บอกถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาดังกล่าวและเป็นสิทธิผู้รับคำเสนอที่จะทำคำสนองภายในระยะเวลาดังกล่าวได้โดยไม่ถูกบอกถอนคำเสนอเว้นแต่การบอกถอนคำเสนอจะมาถึงก่อนหรือมาถึงพร้อมกับคำเสนอ

คำเสนอไม่ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันให้กระทำการตามคำเสนอดังเช่นกรณีคำมั่นที่จะได้กล่าวต่อไป การจะผูกพันให้กระทำการตามคำเสนอเกิดขึ้นเฉพาะเมื่อมีคำสนองรับคำเสนอนั้นซึ่งก่อให้เกิดสัญญาและมีผลบังคับต่อกันตามสัญญา

ด้วยเหตุที่คำเสนอบอกถอนไม่ได้ภายในกำหนดระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าอีกฝ่ายจะสนองรับ การบอกถอนจำเป็นต้องบอกถอนก่อนหรือต้องไปถึงพร้อมกันกับคำเสนอนั้น จึงจะทำให้การบอกถอนคำเสนอนั้นมีผลตามกฎหมายกล่าวคือสามารถถอนคำเสนอได้ ดังเช่นกรณีการทำคำเสนอแก่บุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทางตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 ต้องบอกถอนก่อนหรือพร้อมกับคำเสนอที่จะไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาเป็นไปตามทฤษฎีรับเจตนาที่มีไว้เพียงการส่งทางไปรษณีย์ก็มีผลตามทฤษฎีส่งเจตนาในระบบ Common Law หรือไม่จำเป็นต้องทราบข้อความตามทฤษฎีทราบเจตนาดังประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสหรือกระทั่งทฤษฎีแสดงออกซึ่งเจตนา เรียกอีกอย่างว่าทฤษฎีเผยเจตนา^{๙๙} กล่าวคือตามหลักกฎหมายไทยกรณีส่งจดหมายเพื่อแสดงเจตนาทางไปรษณีย์ลำพังแค่เพียงการหย่อนจดหมายลงตู้ไปรษณีย์ยังไม่มีผล จดหมายที่ส่งต้องไปถึงยังผู้รับไม่ว่ารับเองหรือมีผู้รับแทนไว้ให้ก็มีผลตาม

^{๙๙} อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 65, หน้า 51

กฎหมายแล้ว ไม่จำเป็นต้องเปิดอ่านรับทราบข้อความนั้น อย่างไรก็ตามเพื่อมิให้เกิดภาระที่หนักจนไม่มีใครกล้าที่จะทำคำเสนอเพราะผลผูกพันที่เกิดขึ้นตลอดไป กฎหมายจึงกำหนดให้คำเสนอสิ้นความผูกพันเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่บ่งไว้หรือพ้นกำหนดระยะเวลาอันสมควร รวมทั้งด้วยเหตุผู้รับคำเสนอบอกปัดหรือไม่สนองรับคำเสนอตามมาตรา 357 คำสนองมาถึงล่วงเวลาตามมาตรา 358 คำสนองมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไขตามมาตรา 359 ขัดกับเจตนาอันผู้เสนอได้แสดงไว้ก่อนตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือกรณีก่อนสนองรับ คู่กรณีอีกฝ่ายรู้อยู่แล้วว่าผู้เสนอตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ตามมาตรา 360

ความรับผิดชอบกรณีคำเสนอ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไม่ให้มีการถอนคำเสนอ เมื่อได้ทำคำเสนอแล้ว บอกถอนไม่ได้ภายในกำหนดระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในระยะเวลาอันสมควร นั่นคือคำเสนอจะยังคงมีอยู่เมื่อมีคำสนองสัญญายอมเกิดขึ้น จึงต้องบังคับกันตามกฎหมายลักษณะหนี้ การไม่ยอมรับคำสนองที่มีผลตามกฎหมายด้วยเหตุผลเพราะบอกถอนคำเสนอที่ไม่สามารถบอกถอนได้ก็ย่อมหมายถึงการไม่ยอมรับหนี้ที่ตนเอง การวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับกรณีคำเสนอจึงต้องพิจารณาว่าเป็นคำเสนอหรือไม่ เป็นคำเสนอที่บอกถอนหรือสิ้นผลหรือยังคงเป็นคำเสนอที่ผูกพันผู้ทำคำเสนออยู่

สำหรับความรับผิดชอบและค่าเสียหายไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือความรับผิดชอบก่อนสัญญาจะได้นำเสนอรายละเอียดในบทที่ 4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาและการชดเชยค่าเสียหาย

4.1.2 คำมั่น

คำพิงคำมั่นไม่ก่อให้เกิดสัญญาเช่นเดียวกับคำเสนอ จนกว่าจะมีการสนองตอบคำมั่นนั้น แต่คำพิงคำมั่นบางประเภท เช่น คำมั่นจะให้รางวัลตามมาตรา 362 ก่อให้เกิดหนี้ตั้งแต่ได้แสดงเจตนาออกไปให้เป็นที่ปรากฏแล้ว แม้ยังไม่มีการสนองตอบคำมั่นนั้นก็ตาม⁶⁷ หนี้ที่ว่าคือหนี้ที่ต้องกระทำการตามคำมั่นตราบเท่าที่ยังไม่ถอนคำมั่นเพราะคำมั่นไม่สิ้นผลไปเองดังเช่นคำเสนอ เมื่อไม่มีการถอน คำมั่นย่อมยังคงอยู่ตลอดไปแม้ผู้ให้คำมั่นจะเสียชีวิตแล้วก็ตกทอดไปยังทายาทได้ตามมาตรา 169 วรรคสอง และมาตรา 1600 หนี้กระทำการตามคำมั่นจึงเป็นหนี้ก่อนสัญญาให้เกิดหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำมั่นเมื่ออีกฝ่ายสนองตอบต่อคำมั่นทำให้สัญญาเกิดมีขึ้น แต่หากมีหนี้ตามคำมั่นให้เกิดหน้าที่กระทำแล้วผิดนัดไม่ชำระหนี้จนเกิดความเสียหายต่อฝ่ายที่ยึดถือคำมั่นดังกล่าวนั้นย่อมเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญากรณีสัญญายังไม่เกิดเนื่องจากไม่เป็นไปตาม

⁶⁷ คำมั่นบางประเภทต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาจึงจะมีผลเป็นนิติกรรม ตัวอย่างเช่น คำมั่นจะซื้อจะขายมีผลเมื่อมีผู้รับคำมั่นแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้รับคำมั่นจะสนองรับหรือไม่เป็นคนละประเด็นกัน.

บทบัญญัติของกฎหมายที่จะก่อให้เกิดสัญญาในบรรพ 2 นี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา เช่น ยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือตามมาตรา 366 วรรคสอง เป็นต้น

ผลผูกพันคำมั่น คำมั่นเมื่อมีผู้สนองรับคำมั่นผลก็คือมีสัญญาเกิดขึ้น เมื่อสัญญาเกิดแล้วก็ต้องบังคับต่อกันเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา แต่ก็มีกรณีที่สัญญาไม่เกิดแม้ฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้ให้คำมั่นและอีกฝ่ายสนองรับต่อคำมั่นนั้นดังกรณีที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

คำเสนอนั้นผูกพันผู้ทำคำเสนอ ไม่ให้บอกถอนภายในกำหนดระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองตามมาตรา 354 และมาตรา 355 แต่กรณีคำมั่นจะแตกต่างออกไปด้วยว่าคำมั่นจะสิ้นผลก็ต่อเมื่อมีการบอกถอนคำมั่น หากไม่มีการบอกถอนคำมั่นก็คงยังมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นตลอดไปไม่สิ้นผลเองดังคำเสนอแม้จะเสียชีวิตลงแล้วก็ตกทอดไปยังทายาทได้ตามมาตรา 169 วรรคสอง และมาตรา 1600 ทั้งนี้จากคำมั่นจึงเป็นหน้าที่การผูกพันผู้ให้คำมั่นต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำมั่นที่ให้ไว้ เกี่ยวกับคำมั่นนี้มีฝ่ายที่เห็นว่า⁶⁸ กรณีคำมั่น โฆษณาจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอันใดอันหนึ่งตามมาตรา 362 ถึงมาตรา 364 ไม่จำเป็นต้องมีผู้สนองรับคำมั่นเพราะผู้เข้าทำการตามคำมั่นอาจไม่ได้กระทำไปเพื่อเจตนาที่จะเอารางวัลกล่าวคืออาจกระทำไปไม่ใช่ด้วยเจตนาจะทำคำสนองจึงเป็นเพียงนิติเหตุอันหนึ่งที่ทำให้เกิดผลตามกฎหมายถึงกระนั้นก็ตามเมื่อมีผู้กระทำให้ไปทั้งที่ไม่ทราบว่ามีผู้ตั้งรางวัลในสิ่งที่ตนกระทำหรือทราบแต่กระทำไปโดยมิได้หวังผลรางวัลเมื่อผลการกระทำสำเร็จสมดังคำมั่นย่อมอยู่ในข่ายเป็นผู้มีสิทธิได้รับรางวัลและหากภายหลังเกิดเปลี่ยนใจประสงค์จะได้รางวัลนั้นก็มิมีสิทธิที่จะได้รับรางวัลผูกพันผู้ให้คำมั่นเกิดหน้าที่ต้องกระทำเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลที่ว่าไม่มีความจำเป็นใดที่ผู้เกี่ยวข้องจะต้องได้ทราบคำโฆษณานั้นก่อนจึงไม่จำเป็นต้องมีผู้รับรู้การแสดงเจตนาตามคำมั่นการประกาศโฆษณาก็มีผลตั้งแต่เมื่อแสดงออกกล่าวคือหลังจากมีการโฆษณาแล้วย่อมมีผลเป็นคำมั่นอันสมบูรณ์ บุคคลผู้กระทำการจะรับรู้ถึงคำมั่นนั้นหรือไม่ มิใช่สาระสำคัญเมื่อมีผู้กระทำการตามที่โฆษณาสำเร็จลงจึงถือเป็นการสนองรับและมีผลเป็นสัญญาผูกพันผู้ให้คำมั่นที่จะต้องให้รางวัลหากบุคคลนั้น เรียกร้องเอาตามสิทธิของเขา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคำมั่นไม่สิ้นผลไปเองตราบใดที่ไม่มีการถอนคำมั่นก็ยังคงมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นอยู่เช่นนั้นตลอดไป หากผู้ให้คำมั่นต้องการให้สิ้นผลก็ต้องกระทำด้วยวิธีบอกกล่าวถอนคำมั่นและมีบางคำมั่นที่กฎหมายบัญญัติการถอนคำมั่นไว้เป็นการเฉพาะเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลที่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับจำนวนมาก เช่น การถอนคำมั่น โฆษณาจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอันใดอันหนึ่งตามมาตรา 363 หากไม่มีการกำหนดระยะเวลาหรือแจ้งในโฆษณาว่าจะไม่ถอน ก็สามารถบอกถอนได้ การบอกถอนคำมั่นดังกล่าวต้องใช้วิธีเดียวกับที่โฆษณาเพื่อให้บุคคล

⁶⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว, หน้า 245 - 291.

กลุ่มเป้าหมายเดียวกันมีโอกาสได้รับรู้รับทราบการบอกถอนนั้นแน่นอนขึ้น ไม่ว่าจะโฆษณาทางสื่อวิทยุ โทรทัศน์หรือสิ่งพิมพ์ก็จะต้องถอนคำมั่นโดยสื่อเดิมคลื่นความถี่ในการถ่ายทอดสัญญาณเดิม และในช่วงเวลาประกาศเดิมยาวนานเท่าเดิม กรณีเป็นสื่อสิ่งพิมพ์ก็ต้องเป็นประเภทเดิมยี่ห้อเดิม หน้าที่ลงประกาศเดิมและช่วงระยะเวลาานเท่ากับที่ได้มีการประกาศโฆษณา แต่ถ้าไม่อาจจะถอนโดยวิธีดังกล่าวจะถอนโดยวิธีอื่นก็ได้แต่จะสมบูรณ์ใช้ได้เพียงเฉพาะบุคคลที่รู้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้การถอนคำมั่นจะให้รางวัลจะได้กระทำโดยถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด แต่การถอนนี้ยังต้องเป็นไปตามเงื่อนไขบังคับที่ว่าต้องยังไม่มีบุคคลใดกระทำการตามคำมั่นนั้นสำเร็จลงหากมีใครกระทำการสำเร็จนั้นคือมีการสนองรับตามที่โฆษณาให้คำมั่นเกิดเป็นผลตั้งแต่บัดนั้น ดังนี้ ข้อผูกพันตามสัญญาของคำมั่นเกิดขึ้นแล้วย่อมจะถอนคำมั่นนั้นไม่ได้ หากการถอนคำมั่นก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้กระทำการสำเร็จดังกล่าว โฆษณาให้คำมั่น ผู้ให้คำมั่นก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น

มีข้อน่าสังเกตว่าคำมั่นไม่มีบทบัญญัติสำหรับกรณีที่มีการสนองรับ โดยมีข้อจำกัดเพิ่มเติมหรือแก้ไขดังเช่นมาตรา 369 วรรคสองที่มีผลเป็นคำบอกปิดไม่รับทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว รวมทั้งไม่มีคำสนองที่มาถึงล่วงเวลาให้กลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ดังเช่นมาตรา 369 วรรคแรก トラบเท่าที่ยังไม่ถอนคำมั่น

ความรับผิดชอบกรณีคำมั่น แม้สัญญาจะยังไม่เกิด ถ้าบุคคลผู้ให้คำมั่นไม่ปฏิบัติตามคำมั่นที่ได้แสดงเจตนาผูกพันตนไว้จนก่อให้เกิดความเสียหายก็ควรจะต้องรับผิดชอบยิ่งกว่าคำเสนอ เพราะคำมั่นมีความจริงจัง แน่นนอน หนักแน่น มั่นคง น่าเชื่อถือมากกว่าคำเสนอโดยทั่วไป ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับฝ่ายที่ยึดถือคำมั่นด้วยความคาดหวังจึงได้เตรียมการจนเกิดค่าใช้จ่ายแต่ฝ่ายผู้ให้คำมั่นมิได้ถือปฏิบัติให้เป็นไปตามคำมั่นที่ตนให้ไว้จนจนเกิดความเสียหายขึ้น มีทั้งฝ่ายที่เห็นว่าเป็นความรับผิดชอบเพื่อละเมิดและฝ่ายที่เห็นว่าเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญากรณีสัญญายังไม่เกิดตามข้อสันนิษฐานบทบัญญัติมาตรา 366

4.1.3 การประกวดราคา

การประกวดราคาจะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายเมื่อผู้ประกวดราคาเข้าร่วมประกวดราคาโดยยื่นเสนอราคาซึ่งถือเป็นคำเสนอตามประกาศประกวดราคาที่เป็นคำเชิญชวนให้ผู้สนใจทำคำเสนอและฝ่ายผู้รับคำเสนอเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา แต่ตราบใดที่ยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือและหรือผ่านขั้นตอนให้ถูกต้องตามระเบียบพัสดุตราบนั้นก็ยังไม่ส่งผลให้สัญญาเกิดขึ้น แม้จะมีมติจากคณะกรรมการฯ เห็นชอบให้รับราคาของผู้เสนอรายนั้นซึ่งกลายเป็นคำเสนอสนองที่ถูกต้องตรงกันแล้วก็ตาม

1) ลักษณะการประกวดราคา⁶⁹

การประกวดราคาเป็นส่วนหนึ่งของการประมูลแข่งขันเสนอราคานำไปสู่สัญญาซื้อหรือสัญญาจ้างของทางราชการตามระเบียบพัสดุถือเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะมีรัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง โดยวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์หรือบริการสาธารณะภายใต้เอกสิทธิ์ในสัญญาของฝ่ายปกครองให้อำนาจต่อรองมากกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายซึ่งเป็นผู้เสนอราคา ปกติแล้วบังคับกันตามกฎหมายมหาชนและพิพากษาคัดสินคดีโดยศาลปกครอง เว้นแต่สภาพของสัญญาไม่เข้าลักษณะสัญญาทางปกครองหรือกรณีฝ่ายรัฐสมัครใจยินยอมเป็นคู่สัญญาที่มีสถานะเท่าเทียมเอกชนก็บังคับระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอำนาจต่อรองมากกว่าเพราะเป็นฝ่ายได้เปรียบที่จะกำหนดรูปแบบ ขั้นตอน วิธีการพร้อมทั้งรายละเอียด มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายรัฐร่างขึ้นตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนดขึ้นภายใต้ข้อแนะนำของสำนักงานอัยการ ร่างสัญญาสำเร็จรูปนี้ฝ่ายรัฐเป็นผู้กำหนดรายละเอียดที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายให้จำต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเรื่องการแก้ไขสัญญาที่เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐ การเลิกสัญญา การกำหนดระยะเวลายื่นราคาในคำเสนอ การกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จในการจัดหาพัสดุ การสงวนสิทธิที่จะไม่รับราคาต่ำสุดที่เสนอมา การสงวนสิทธิที่จะลงโทษผู้เสนอราคาให้เป็นผู้ทำงาน การขนส่งทางทะเล การให้มีช่างควบคุมงานที่ต้องเป็นไปตามเกณฑ์ ตลอดจนเมื่อฝ่ายเสนอราคาได้รับความเห็นชอบให้เป็นผู้ดำเนินการแล้วจะทำสัญญาต่อกันได้เฉพาะเมื่อมีงบประมาณเพียงพอสำหรับดำเนินการแล้วเท่านั้น เป็นต้น

การดำเนินการทางพัสดุต้องเป็นไปตามระเบียบพัสดุ กล่าวคือ ผู้มีหน้าที่จัดซื้อจัดจ้างและเจ้าหน้าที่ผู้เป็นเจ้าของงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรของภาครัฐตรวจสอบแผนงานโครงการ ความพร้อมของโครงการ เมื่อเห็นว่าพร้อมแล้วจึงจัดทำรายงานขอซื้อของจ้างให้ผู้มีอำนาจตามวงเงินและประเภทงบประมาณอนุมัติพร้อมกับการแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการทางพัสดุฝ่ายต่าง ๆ ตามวิธีจัดซื้อจัดจ้างแต่ละประเภทที่แบ่งตามวงเงินและสภาพลักษณะการจัดซื้อจัดจ้าง ได้แก่ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษและวิธีกรณีพิเศษจะโดยทางเอกสารตาม

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการประกวดราคาที่ยังในหัวข้อนี้ปัจจุบันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง อีกทั้งการประกวดราคาเป็นสัญญาที่ฝ่ายรัฐจัดทำขึ้นตามที่มีการประกาศเชิญชวนผู้สนใจเข้ามาแข่งขันกันเสนอราคา มิได้เกิดจากการเจรจาตกลงกันทีละข้อทีละประเด็นซึ่งมีความแตกต่างจากที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชนซึ่งอาจมีขั้นตอนการเจรจาตกลงหลายข้อหลายประเด็น ทั้งสองฝ่ายจึงเป็นทั้งผู้ทำคำเสนอและผู้ทำคำสนอง อย่างไรก็ตามการยกเลิกการเจรจาดังกล่าวมีลักษณะที่อาจจะไม่ได้ก่อให้เกิดความผูกพันเป็นสัญญาตามมาตรา 366 วรรคหนึ่ง และความเห็นในที่นี่ถือว่าแม้ไม่ก่อให้เกิดสัญญาแต่ก็เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมแล้ว เนื่องจากนิติกรรมนั้นกินความกว้างกว่าสัญญาอยู่มาก กระทั่งแม้การแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวก็อาจมีลักษณะเป็นนิติกรรมได้ดังเช่นคำมั่นจะให้รางวัล เป็นต้น.

ระเบียบงานสารบรรณหรือประมวลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ก็แล้วแต่กรณี คณะกรรมการกำหนดราคากลางที่รัฐแต่งตั้งพิจารณากำหนดราคากลางของพัสดุ จากนั้นก็ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งแตกต่างกันไปตามระเบียบพัสดุ เมื่อได้ผู้เสนอราคาที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นชอบในการจัดซื้อจัดจ้างแล้วจึงรายงานผลการคัดเลือกผู้เสนอราคาและขออนุมัติก่อนนี้ผูกพันต่อผู้มีอำนาจอนุมัติตามวงเงินและประเภทของงบประมาณ หลังจากได้รับอนุมัติให้ก่อนนี้ผูกพันลำดับถัดไปบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนฝ่ายรัฐจึงลงนามในหนังสือสัญญากับอีกฝ่ายที่ชนะการเสนอราคา ฝ่ายผู้เสนอราคาที่ได้รับพิจารณาปฏิบัติตามสัญญาโดยกรณีก่อสร้างต้องแจ้งขอเข้าดำเนินการและรับมอบพื้นที่ก่อสร้างจากฝ่ายรัฐผู้จ้างก่อนลงมือให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดในสัญญากระทั่งดำเนินการแล้วเสร็จจึงส่งมอบพัสดุซึ่งจะต้องผ่านการตรวจรับพัสดุหรือตรวจการจ้าง กรณีเป็นงานก่อสร้างจากคณะกรรมการที่ฝ่ายรัฐผู้จ้างแต่งตั้งในขั้นตอนจัดทำรายงานขอซื้อขอจ้าง พัสดุที่ผ่านการตรวจจากคณะกรรมการถูกต้องเรียบร้อยสมบูรณ์เป็นไปตามสัญญาจึงเบิกจ่ายเงินชำระค่าพัสดุโดยอาจแบ่งชำระตามงวดงานหรือชำระครั้งเดียวหลังดำเนินการเสร็จ แล้วแต่สภาพลักษณะของพัสดุ ทั้งนี้ มีการประกันชำระคบกพร่องตามกำหนดระยะเวลาในสัญญา⁷⁰ สุดท้ายเจ้าหน้าที่พัสดุของรัฐลงทะเบียนพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นการเสร็จสิ้นขั้นตอนตามระเบียบพัสดุว่าด้วยการจัดหาพัสดุ ส่วนเงินที่เหลือจากดำเนินการดังกล่าวแล้วก็ต้องจัดให้เป็นไปตามระเบียบการเงินที่เกี่ยวข้องต่อไป

อนึ่ง การจัดซื้อจัดจ้างที่สำคัญระดับชาติวงเงินงบประมาณสูงอาจต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนแล้วแต่กรณี

การประกวดราคาเป็นอีกหนึ่งวิธีในการจัดหาพัสดุของทางราชการตามระเบียบพัสดุ ฝ่ายรัฐที่จัดหาพัสดุจะจัดทำประกาศพร้อมเอกสารรายละเอียดประกอบหนังสือประกาศประกวดราคาจัดส่งไปถึงบุคคลต่าง ๆ ตามระเบียบพัสดุเพื่อประชาสัมพันธ์ให้ผู้สนใจทราบเป็นการเชิญชวนให้มาเข้าร่วมเสนอราคามากรายที่สุด โดยมีระยะเวลาสิ้นสุดการขอรับเอกสารเสนอราคาและระยะเวลาจะเสนอราคาตามระเบียบ การนัดชี้แจงรายละเอียดเพิ่มเติมและดูสถานที่กรณีก่อสร้าง เมื่อถึงกำหนดผู้สนใจยื่นซองเสนอราคาจะปิดผนึกใบเสนอราคาพร้อมใบแสดงปริมาณพัสดุและราคาแต่ละรายการถือเป็นคำเสนอตามวันเวลาและสถานที่ที่กำหนดต่อคณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคาโดยจะไม่รับซองประกวดราคาหรือเอกสารหลักฐานต่าง ๆ เมื่อพ้นกำหนดเวลาแล้ว หน้าที่คณะกรรมการฯ มีดังนี้

ประการที่หนึ่งรับซองประกวดราคาพร้อมลงทะเบียนการรับซองไว้เป็นหลักฐานและลงชื่อกำกับซองรวมทั้งบันทึกหน้าซองให้ทราบว่าเป็นของผู้ใด

⁷⁰ ขั้นตอนยื่นซองประกวดราคาจะมีหลักประกันของ ขั้นตอนทำสัญญาจะมีหลักประกันสัญญาและต่อเมื่อส่งมอบพัสดุเสร็จสิ้นก็ต้องมีการประกันชำระคบกพร่องจากฝ่ายเสนอราคา.

ประการที่สองตรวจสอบหลักประกันของร่วมกับเจ้าหน้าที่การเงิน โดยเจ้าหน้าที่การเงินออกใบรับให้แก่ผู้ยื่นซองไว้เป็นหลักฐาน หากไม่ถูกต้องจะหมายเหตุในใบรับและบันทึกในรายงาน กรณีหลักประกันของเป็นหนังสือค้ำประกันให้ส่งสำเนาให้ผู้ออกหนังสือค้ำประกันทราบทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

ประการที่สามรับเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ตามบัญชีรายการเอกสารของผู้เสนอราคาพร้อมทั้งพัสดุตัวอย่างแคตตาล็อกหรือแบบรูปและรายการละเอียด หากไม่ถูกต้องจะบันทึกไว้ในรายงาน

ประการที่สี่เปิดซองใบเสนอราคาและอ่านแจ้งราคาพร้อมบัญชีรายการเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ของผู้เสนอราคาทุกรายโดยเปิดเผยตามเวลาและสถานที่ที่กำหนด กรรมการทั้งหมดลงลายมือชื่อกำกับใบเสนอราคาและเอกสารประกอบใบเสนอราคาทุกแผ่น หน้าที่ตามข้อนี้จะเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาที่จะต้องดำเนินการหากมีการยื่นซองข้อเสนอมายังเทคนิคและข้ออื่น ๆ แยกจากซองข้อเสนอด้านราคาซึ่งต้องพิจารณาทางเทคนิคและอื่น ๆ

ประการที่ห้าส่งมอบใบเสนอราคาทั้งหมดและเอกสารหลักฐานต่าง ๆ พร้อมด้วยบันทึกรายงานการดำเนินการต่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาทันทีในวันเดียวกัน

จากนั้นเป็นหน้าที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาที่จะคัดเลือกผู้เสนอราคาที่เป็นประโยชน์ต่อราชการมากที่สุดแล้วรายงานผลการพิจารณาและความเห็นพร้อมด้วยเอกสารที่รับไว้ทั้งหมดต่อผู้มีอำนาจตั้งซื้อตั้งจ้างเพื่อสั่งการ โดยเสนอผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุรวมทั้งหัวหน้าหน่วยงานแล้วแต่กรณีตามระเบียบฯจึงประกาศผลการประกวดราคาและแจ้งผู้เสนอราคาที่จะชนะการประกวดราคาให้มาทำสัญญาถือเป็นคำสนอง

การประกวดราคาคือเป็นนิติกรรมมากกว่าหนึ่งฝ่าย ทั้งนี้ การประกวดราคาเป็นวิธีการเพื่อให้ได้ผู้เสนอการรายที่เกิดประโยชน์สูงสุดต่อราชการมาทำหนังสือสัญญาซื้อหรือสัญญาจ้างต่อกันในท้ายที่สุด แต่ขั้นตอนการคัดเลือกก่อนมีการทำสัญญาระหว่างกันนั้นเป็นนิติกรรมที่มีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันแล้วแต่สัญญายังไม่เกิดจนกว่าจะได้ทำเป็นหนังสือสัญญาซื้อหรือสัญญาจ้างระหว่างกันจึงเป็นนิติกรรมสองฝ่าย จริงอยู่ในการยื่นเสนอราคาซึ่งถือเป็นการทำคำเสนออาจมีหลายรายแต่ผลการคัดเลือกจะมีผู้ที่เข้ามาทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเพียงรายเดียว การรับราคาของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาที่ผ่านมาขั้นตอนตามระเบียบจึงมีหนังสือแจ้งให้ผู้ชนะการประกวดราคามาทำสัญญาคือเป็นคำสนองรับคำเสนอของฝ่ายยื่นซองประกวดราคา ขั้นตอนดังกล่าวมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ อีกฝ่ายทำคำสนองเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่มีเจตนาสอดคล้องถูกต้องตรงกันมีลักษณะของนิติกรรมตามมาตรา 149 ทุกประการ

สำหรับกรณีการประกวดราคากับความรับผิดชอบสัญญาที่ตั้งได้กล่าวมาแล้ว สัญญาจะยังไม่เกิดตามมาตรา 366 วรรคสองจนกว่าสัญญาจะได้ทำเป็นหนังสือ ความผูกพันใดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาหลัก⁷¹ จึงเป็นความผูกพันที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบสัญญา ความผูกพันดังกล่าวเป็นความผูกพันตามสัญญาเกี่ยวเนื่องที่เรียกว่าสัญญาประกวดราคา

การยื่นซองเสนอราคาในการประกวดราคาถือเป็นการทำคำเสนอต่ออีกฝ่ายซึ่งผลการพิจารณาคัดบุคคลผู้เสนอราคาจนมีหนังสือแจ้งให้มาทำสัญญาถือเป็นการสนองรับคำเสนอ ความผูกพันที่จะเกิดขึ้นจึงมีผลผูกพันเช่นเดียวกับคำเสนอถือเป็นผลผูกพันการประกวดราคาก่อให้เกิดหนี้โดยมีวัตถุประสงค์หนึ่งเป็นการงดเว้นกระทำการกล่าวคือการไม่ถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอง การบอกถอนคำเสนอที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 354 และมาตรา 355 จึงไม่มีผลทางกฎหมายเท่ากับว่าคำเสนอนั้นยังคงมีและผูกพันผู้ทำคำเสนออยู่ตราบนั้น

กรณีสัญญาเกิด ไม่ว่าฝ่ายเสนอหรือฝ่ายสนอง ผลผูกพันก็ต้องบังคับตามสัญญาฝ่ายสนองรับคำเสนอแม้สัญญาไม่เกิดตามมาตรา 366 วรรคสองก็ต้องผูกพันตามคำสนอนั้น เช่นเดียวกับที่มีผลผูกพันฝ่ายที่ทำคำเสนอ

ความรับผิดชอบกรณีการประกวดราคา ผู้เสนอราคายื่นซองประกวดราคาเป็นคำเสนอและหากการคัดเลือกผู้ประกวดราคาคำเนินตามขั้นตอนจนกระทั่งมีหนังสือแจ้งให้มาทำสัญญาถือว่ามี การสนองรับคำเสนอแล้วแต่สัญญาจะยังไม่เกิดตราบเท่าที่ยังไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือตามประกาศประกวดราคา แนวคำพิพากษาฎีกาเห็นว่าเป็นกรณีเกิดสัญญาประกวดราคาแต่สัญญาหลักยังไม่เกิดเพราะยังไม่ได้ทำสัญญาหลักเป็นหนังสือ ผลทางกฎหมายเมื่อฝ่ายเสนอราคาปฏิเสธการทำสัญญาคือสามารถรับมัดจำของได้เท่านั้นเรียกร้องให้รับผิดชอบตามสัญญาหลักไม่ได้ ท่านศาสตราจารย์จิติ ติงศกัทธิย์ได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาไว้ว่าสนใจว่าแม้ไม่มีสัญญาก็ถูกปรับได้ตามมาตรา 383 วรรคสอง⁷² รองศาสตราจารย์ ดร.สนั่นทรัพย์ โสคติพันธุ์ได้ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมอีกว่า หากประกาศประกวดราคามีความแน่นอนชัดเจนก็เป็นคำเสนอได้มิใช่การเชิญชวนให้มาเสนอราคาจึงเกิดสัญญาประกวดราคาตั้งแต่มีการยื่นเสนอราคาผูกมัดฝ่ายประกาศประกวดราคาด้วยไม่เฉพาะแต่ผู้เสนอราคาเท่านั้นและสัญญาประกวดราคาไม่ใช่สัญญาว่าจะมาทำสัญญาแต่เป็นข้อตกลงเบื้องต้นที่เข้าลักษณะสัญญาเกี่ยวเนื่อง (collateral contract) ตามระบบ Common Law เพราะหากเป็นสัญญาว่าจะมาทำสัญญาแล้วจะต้องผูกพันผู้เสนอราคาทุกรายให้ต้องมาทำสัญญาหลัก⁷³

⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1825/2522, 325/2533 และ 546/2517.

⁷² หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 320/2522 หน้า 341 อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว, หน้า 158.

⁷³ จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว, หน้า 160.

ไม่ว่าฝ่ายเสนอหรือฝ่ายสนองเมื่อไม่ปฏิบัติตามความผูกพันไม่ว่าทางหนี้หรือละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายก็ต้องรับผิดชอบสามารถเรียกร้องเอาต่อกันได้ ยิ่งฝ่ายเสนอที่เป็นเอกชนไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอที่ตนได้ให้ไว้ ฝ่ายรัฐนั้นมีเอกสิทธิ์ที่จะพิจารณาลงโทษผู้เสนอราคาให้เป็นผู้ทำงานพร้อมรับผิดชอบหลักประกันของ อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาฎีกากรณีการประกวดราคาวินิจฉัยว่าเมื่อมีคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันแม้ยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือก็เกิดสัญญาก่อนสัญญาหลักตามหลักเกณฑ์การเกิดสัญญาทั่วไปที่มีไข่เอกเทศสัญญาเรียกว่าสัญญาประกวดราคาก่อนสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหลัก ความรับผิดชอบหากจะมีก็ต้องบังคับกันตามสัญญาก่อนสัญญาหลักนี้ แต่หาจะบังคับกันให้ทำสัญญาหลักได้ไม่เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับเอาต่อกันได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่นำเสนอต่อไปนี้

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการประกวดราคา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1825/2522 โจทก์เป็นหน่วยงานของรัฐฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยผู้ชนะการประกวดราคาหลังจากริบเงินมัดจำของและทำสัญญากับบุคคลอื่นในราคาที่สูงกว่าราคาที่จำเลยเสนอมาเนื่องจากจำเลยไม่ยอมมาทำสัญญาซื้อขาย ศาลวินิจฉัยว่าการประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเป็นคำเชิญชวนการยื่นใบเสนอราคาของจำเลยเป็นคำเสนอ หนังสือที่โจทก์แจ้งตกลงรับราคาให้จำเลยทราบพร้อมแจ้งให้จำเลยไปทำสัญญาเป็นคำสนองรับคำเสนอของจำเลย แต่สัญญาซื้อขายระหว่างคู่กรณียังไม่เกิดจนกว่าจะได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในการประกวดราคา เมื่อจำเลยไม่ยอมมาทำสัญญา โจทก์มีสิทธิริบเงินมัดจำของได้ตามข้อตกลงระหว่างคู่กรณีในการประกวดราคาเท่านั้น ส่วนค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องเป็นค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายไม่ใช่ค่าเสียหายจากข้อตกลงในการประกวดราคา เมื่อสัญญาซื้อขายไม่เกิด โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยใช้ค่าเสียหาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2480 โจทก์เรียกประกวดการรับเหมาก่อสร้างตึกเป็นคำเชิญเชิญ จำเลยได้ยื่นใบประกวดราคาด้วยผู้หนึ่งโดยวางเงินมัดจำร้อยละห้าของราคาที่ยื่นเข้าประกวดเป็นคำเสนอ ครั้นถึงกำหนดกรรมการเปิดซองใบประกวดราคาลงมติให้จำเลยเป็นผู้รับเหมารุ่งขึ้นจำเลยขอถอนใบประกวดราคา โจทก์ไม่ยอมให้ถอน จำเลยไม่ยอมมาทำสัญญา โจทก์จึงเรียกประกวดราคาใหม่มีผู้ให้ราคาต่ำสุดสูงกว่าจำเลยยื่นใบประกวดคราวแรก โจทก์เรียกค่าเสียหายตามจำนวนเงินส่วนที่เกินนั้น ศาลวินิจฉัยว่าเมื่อยังไม่มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างโจทก์จำเลยสัญญาจ้างทำของยังไม่เกิด จำเลยจะถอนใบประกวดไม่ได้ โจทก์จะเรียกค่าเสียหายฐาน

ผิดสัญญา กล่าวคือเรียกค่าเสียหายเพราะทำให้ราคาก่อสร้างสูงขึ้นไม่ได้ คงได้แต่รับเงินมัดจำฐาน
 จำเลยผิดคำเสนอเท่านั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1131/2520 จำเลยทราบข้อสัญญาการประกวดราคาตาม
 ประกาศเรียกประกวดราคาของโจทก์แล้วจึงยื่นซองประกวดราคา เมื่อจำเลยประมูลได้ก็ต้องผูกพัน
 ตามสัญญานั้นแต่จำเลยกลับไม่ยอมทำสัญญา กรณีนี้สัญญาประกวดราคาระบุให้จำเลยผู้ประกวด
 ราคาต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในการที่โจทก์ต้องจ้างผู้อื่นทำงานนี้ในราคาสูงกว่าที่จำเลยเสนอราคา
 จำเลยต้องรับผิดชอบตามสัญญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 325/2533 ผู้เสนอราคาต่ำสุดชนะการประกวดราคาและ
 ลงนามในสัญญาแล้วแต่กรมโยธาธิการผู้ประกวดราคาไม่ยอมลงนามเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรเปิด
 อภิปรายไม่ไว้วางใจพาดพิงการประกวดราคาข้างเขมารายนี้ ศาลวินิจฉัยว่าเงื่อนไขการประกวดราคา
 ข้างเขาให้ทำเป็นหนังสือเมื่อกรมโยธาธิการไม่ยอมลงนามสัญญาข้างที่มุ่งจะทำก็ยังไม่เกิด แต่การ
 แข่งให้ผู้ชนะการประกวดราคาเข้าทำสัญญาเป็นการสนองรับคำเสนอก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์เบื้องต้นซึ่ง
 กรมโยธาธิการมีความผูกพันจะต้องทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคาทำให้ผู้ชนะเลิกการประกวด
 ราคามีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้แต่จะฟ้องให้กรมโยธาธิการลงนามในสัญญาหาได้ไม่เพราะสภาพ
 แห่งนี้ไม่เปิดช่องให้

4.1.4 หนังสือแสดงเจตจำนง

หนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) เป็นหนังสือซึ่งฝ่ายหนึ่งแสดงความ
 สมัครใจจะปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดตามเงื่อนไขที่ปรากฏในหนังสือนั้นกับอีกฝ่ายหนึ่ง โดยปกติ
 หนังสือนี้นับถือเป็นสัญญาผูกมัดแต่เป็นการแสดงความต้องการอันแน่วแน่ของผู้ลงนามว่าจะปฏิบัติ
 ดังที่ระบุไว้

หากกล่าวถึงการแสดงเจตนาทำสัญญา หนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of
 Intent) ก็อาจถือเป็นอีกลักษณะหนึ่งของการแสดงเจตนาทำสัญญาได้นอกเหนือจากคำเสนอ คำมั่น
 คำสนอง การเจรจาต่อรองในการทำสัญญา เป็นต้น ขึ้นอยู่กับว่าผู้ทำหนังสือแสดงเจตจำนงมุ่ง
 โดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์หรือไม่

เมื่อผู้ทำหนังสือแสดงเจตจำนงมีเจตนามุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์และ
 เนื้อหาในหนังสือแสดงเจตจำนงมีข้อความแจ้งให้ทราบว่าประสงค์จะทำสัญญาโดยขอให้อีกฝ่ายเข้า
 ร่วมทำสัญญาด้วย หนังสือแสดงเจตจำนงดังกล่าวย่อมสื่อถึงการแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษรใน
 การก่อนนิติกรรมโดยสมัครใจและถ้ามีความชัดเจนแน่นอนก็เป็นคำเสนอหรือคำมั่นได้หากมีลักษณะ
 ของคำมั่นคือยอมตนเข้าผูกพันอย่างแน่นหนามากกว่าคำเสนอตามปกติดูว่าเป็นการสนองรับที่ให้ไว้

ก่อนล่วงหน้าก่อให้เกิดความเชื่อถือที่แน่นแฟ้นมั่นคงหนักแน่นจริงจังว่าโอกาสที่สัญญาจะเกิดขึ้นมีมากกว่าคำเสนอทั่วไปหรือถ้ามีข้อความแสดงการตอบรับที่ถูกต้องตรงกันกับคำเสนอก็ถือเป็นคำสนองได้เช่นเดียวกัน

ฉะนั้น หนังสือแสดงเจตจำนงอาจเป็นได้ทั้งคำสนองหากเป็นการตอบรับที่ถูกต้องตรงกันกับคำเสนอ เป็นคำเสนอหรือคำมั่นหากมีข้อความแจ้งให้ทราบว่าจะประสงค์จะทำสัญญา โดยขอให้อีกฝ่ายเข้าร่วมทำสัญญาด้วยอย่างชัดเจนแน่นอนขึ้นอยู่กับว่ามีความแน่นแฟ้นมั่นคงหนักแน่นจริงจังและสร้างความเชื่อถือต่ออีกฝ่ายได้ขนาดไหนมิใช่มีลักษณะเลื่อนลอยไม่มั่นคงหรือเป็นแค่เพียงการแสดงเจตนาเพื่ออรรถาธิบายไม่ตรีตามมรรยาททางสังคม ความสัมพันธ์กันทางจิตใจ เป็นเพียงคำปรารภ บอกกล่าว ทาบทาม เชิญชวน การคาดคะเนเหตุการณ์ในอนาคต การขอความร่วมมือ หรือการให้ความร่วมมือ เมื่อมีลักษณะเป็นคำเสนอโดยการขอให้อีกฝ่ายเข้าร่วมทำสัญญาและหากอีกฝ่ายเข้าร่วมทำสัญญาด้วยตนเองก็พร้อมที่จะปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งหรือดำเนินตามที่ได้แสดงความต้องการอันแน่วแน่ไว้นั้น

ดังนั้น เมื่อหนังสือแสดงเจตจำนงมีลักษณะเป็นคำเสนอหรือคำมั่นก็ย่อมก่อให้เกิดนิติกรรมก่อนสัญญาเช่นเดียวกับคำเสนอและคำมั่นดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว

4.2 ค่าเสียหายอันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญา

ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกรได้แบ่งชนิดความเสียหายออกเป็น

ความเสียหายชนิดที่หนึ่ง ขาดทุนและขาดกำไร ความเสียหายที่ถือว่าเป็นการขาดทุนเป็นความสูญเสียที่เจ้าหนี้ได้เสียไปแล้วโดยแท้จริง (Actual Loss – Damnum Emergens) เป็นความเสียหายเชิงลบ (Negative) ส่วนความเสียหายที่ถือว่าเป็นการขาดกำไรเป็นความสูญเสียที่คาดคะเนว่าจะได้รับ (Lost Gain – Lacrum Cesseans) เป็นความเสียหายเชิงบวก (Positive) ไม่จำกัดอยู่เฉพาะที่เป็นรูปธรรมหรือทางด้านทรัพย์สินเงินทองเท่านั้นในส่วนที่เป็นนามธรรมก็รวมอยู่ด้วย เช่น วัตถุประสงค์สัญญาเพื่อเสริมสร้างความรู้ สติปัญญา ความบันเทิง ความสะดวกสบาย เรื่องศาสนา ศิลธรรมหรือรสนิยม เห็นได้ว่าเป็นเรื่องของจิตใจไม่เกี่ยวกับเงินทองเมื่อผิดสัญญาก็อาจชำระค่าเสียหายเป็นเงินได้เช่นเดียวกัน ความเสียหายชนิดที่หนึ่งนี้มีบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ความเสียหายชนิดที่สอง ความสูญเสียที่คาดหวังกับความสูญเสียที่เชื่อถือแยกตามกฎหมายอังกฤษ ความสูญเสียที่คาดหวัง (Expectation Loss) เป็นการขาดประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับ หากมีการชำระหนี้คือการคาดหวังจะได้บางสิ่งบางอย่างจากการชำระหนี้รวมทั้งการคาดหวังว่าจะนำสิ่งที่ได้รับจากการชำระหนี้ไปใช้ประโยชน์ต่อไปเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายชนิดที่หนึ่ง

สามารถเป็นได้ทั้งขาดทุนและขาดกำไร ส่วนความสูญเสียที่เชื่อถือเป็นการสูญเสียของเจ้าหนี้ที่เกิดจากความเชื่อว่าจะมีการชำระหนี้เมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายชนิดที่หนึ่งเป็นความเสียหายที่ถือว่าเป็นการขาดทุนอีกลักษณะหนึ่งได้เช่นกัน

ความเสียหายชนิดที่สาม ตามระบบชิวิลลอว์โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเยอรมัน และฝรั่งเศสแบ่งความเสียหายทางสัญญาออกเป็น ความเสียหายเพราะการชำระหนี้ล่าช้าหรือผิดนัด (Moratory Damages) การจะเรียกร้องค่าเสียหายนี้ได้ต้องมีการบอกกล่าวให้ลูกหนี้ผิดนัดก่อนกับ ความเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้ (Compensatory Damages) และความเสียหายเพราะการชำระหนี้ บกพร่อง ทั้งนี้ กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้ทั้งหมดส่วนกฎหมายเยอรมันแยกความเสียหายจากการชำระหนี้บกพร่องออกจากความเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ผิดนัด ล่าช้า

ความเสียหายชนิดที่สี่ ความเสียหายทางวัตถุ (Material Damages) หรือความเสียหายที่เป็นเงิน (Pecuniary Loss) และความเสียหายทางจิตใจ (Moral Damages) ที่มีใช้สิ่งจะ คำนวณออกมาเป็นเงินจำนวนแน่นอน (Non Pecuniary Loss) ความเสียหายทางจิตใจนี้กฎหมาย อังกฤษให้เรียกได้กรณีจำกัดไม่ว่าทางสัญญาหรือละเมิด ตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทยความเสียหายทางละเมิดเรียกได้เป็นกรณีจำกัด ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสสามารถเรียกค่าเสียหายนี้ได้ทั่วไปทั้ง ทางละเมิดและสัญญา⁷⁴

ดังได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว นิติกรรมก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิแต่มิใช่ว่าทุก นิติกรรมจะก่อให้เกิดหนี้ก็หาไม่ ตัวอย่างเช่น นายหยินน้องชายเป็นหนี้เงินนางหยางพี่สาวจำนวนห้า พันบาททั้งสองคนเป็นพี่น้องร่วมสายเลือดที่รักใคร่สนิทสนมกันมาก นางหยางปลดหนี้ให้นายหยิน ทั้งสองจึงไม่มีหนี้ต่อกันอีกแล้วนายหยินไม่มีหนี้ห้าพันบาทและไม่มีหน้าที่ต้องชำระเงินห้าพัน บาทให้นางหยางอีกต่อไป ดังนี้ เป็นความระงับหนี้มิใช่นิติกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้ เป็นต้น

กรณีความรับผิดทางสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีสัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่าง ผู้รับผิดและผู้เสียหายอีกทั้งความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้แห่งสัญญานั้น แต่ สำหรับกรณีที่สัญญายังมีได้เกิดขึ้นตามบทบัญญัติมาตรา 366 และมีความเสียหายซึ่งเป็นผลมาจาก อีกฝ่ายยกเลิกเพิกถอนคำเสนอหรือการเจรจาในการทำสัญญาจะสามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายรับผิดทาง หนี้ได้หรือไม่จะได้กล่าวต่อไปในส่วนปัญหากฎหมายเกี่ยวกับผลผูกพันและความรับผิดก่อนสัญญา สำหรับหัวข้อนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะถือว่ามิมีหนี้ต่อกันโดยก่อให้เกิดลูกหนี้และเจ้าหนี้ ที่จะต้อง ชดใช้จากความรับผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 222 กล่าวคือคู่กรณีมีการผูกนิติสัมพันธ์ด้วยนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้แล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ลูกต้องตาม

⁷⁴ โสภณ รัตนกร. อ้างแล้ว, หน้า 158 - 164.

ประสงค์แห่งนั้นจนเกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้กฎหมายบัญญัติให้สามารถเรียกร้องเอาค่าเสียหายต่อกันโดยอำนาจบังคับของรัฐผ่านกระบวนการทางศาลได้

สิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามมาตรา 194 นั้นต้องไม่เข้าข้อยกเว้นสองข้อ ได้แก่ ต้องมิใช่กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยอันมิใช่เหตุที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหรือต้องมิใช่หนี้ธรรมดา

กรณีการชำระหนี้พันธวิสัยอันมิใช่เหตุที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบนั้นต้องมีลักษณะที่เป็นพฤติการณ์ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงป้องกันได้ ไม่สามารถคาดเห็นล่วงหน้าได้และอยู่นอกขอบเขตที่จะตอบโต้ ชัดขึ้น ฝ่าฝืนหรือเอาชนะได้

ส่วนที่ว่าต้องมิใช่หนี้ธรรมดานั้น หนี้ธรรมดาเป็นหนี้ที่ไม่มีการใช้กำลังบังคับของกฎหมายเพราะเป็นหนี้ที่เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้ อย่างไรก็ตามหนี้นั้นมีอยู่จริงเพียงแต่เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ตามกระบวนการทางศาลได้ หากลูกหนี้ได้ชำระหนี้ย่อมเรียกคืนไม่ได้เพราะความเป็นจริงลูกหนี้มีหนี้ต้องชำระอยู่เพียงแต่กฎหมายไม่บังคับชำระให้ การชำระหนี้ของลูกหนี้ย่อมพิสูจน์ว่าโดยที่จริงแล้วก็มีหนี้ต่อกันมาก่อนนั่นเอง ตัวอย่างหนี้ธรรมดาเช่น หนี้ขาดอายุความ หนี้ขาดหลักฐาน เป็นต้น

การจะบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ได้ หนี้นั้นเจ้าหนี้ต้องมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้แล้ว และลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ดังกล่าว ที่ว่าเจ้าหนี้ต้องมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้แล้วกล่าวคือหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วหรือตามกฎหมายเจ้าหนี้สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ รวมทั้งต้องไม่เข้าข้อยกเว้นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นคือต้องมิใช่กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยอันมิใช่เหตุที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหรือต้องมิใช่หนี้ธรรมดา

ความรับผิดชอบจากนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้ มีหลักเกณฑ์การเรียกค่าสินไหมทดแทนการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ซึ่งโดยปกติแล้ว การไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้เจ้าหนี้สามารถฟ้องบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ แต่บางกรณีการชำระหนี้ล่าช้าจนถึงกับไร้ประโยชน์ต่อเจ้าหนี้หรือการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยไปบางส่วนและส่วนที่เป็นวิสัยจะทำได้เป็นอันไร้ประโยชน์ต่อเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ ตลอดจนถึงเจ้าหนี้ไม่ประสงค์จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง พฤติการณ์เหล่านี้เป็นความผิดของลูกหนี้เพื่อมิให้เจ้าหนี้ต้องเสียหายจากการไม่ชำระหนี้กฎหมายจึงบัญญัติให้เจ้าหนี้เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับจากการไม่ชำระหนี้ ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 222 หลักเกณฑ์ที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากลูกหนี้ซึ่งเป็นความรับผิดชอบจากนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้ในที่นี้เห็นว่าน่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ต้องมีการไม่ชำระหนี้รวมความตลอดถึงการชำระหนี้โดยไม่ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงของหนี้หากเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ก็สามารถเรียกร้องเอา

ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้นได้ หนี้ที่เกิดจากคำเสนอ คำมั่น หนังสือแสดงเจตจำนง การประกวดราคาหรือบันทึกความเข้าใจเป็นหนี้ที่เกิดจากหน้าที่งดเว้นการบอกถอนคำเสนอรวมทั้งการยกเลิกเพิกถอนการเจรจาหรือหน้าที่กระทำการให้เป็นไปตามคำมั่น หนังสือแสดงเจตจำนงหรือบันทึกความเข้าใจ

ประการที่สอง ต้องมีพฤติการณ์ที่จะโทษฝ่ายที่ก่อความเสียหายหรือถูกหนี้ได้ เพราะหากเป็นพฤติการณ์ที่ถูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบก็จะเรียกร้อยเอาค่าสินไหมทดแทนมิได้รวมทั้งเป็นหนี้ที่เจ้าหนี้อาจมีสิทธิจะร้องขอต่อศาลที่จะบังคับให้ถูกหนี้ชำระหนี้ได้

ประการที่สาม ต้องมีความคาดหวัง เป็นความคาดหวังของฝ่ายผู้เสียหายต่ออีกฝ่าย โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้มีการเผยเจตนาต่อกันเพื่อมุ่งต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกันจนมีการเจรจาต่อรองตกลงเกิดขึ้น ฝ่ายที่สุจริตพยายามยึดมั่นต่อคู่กรณีจนเกิดความคาดหวังว่าการเจรจาดังกล่าวจะบรรลุผลจนนำมาสู่นิติสัมพันธ์ที่สมบูรณ์ระหว่างกันตามกฎหมายในที่สุด

ประการที่สี่ ต้องมีการเตรียมการ ฝ่ายสุจริตย่อมมุ่งประสงค์ให้นิติสัมพันธ์ระหว่างกันนั้นบรรลุผลโดยเร็วและมีประสิทธิภาพ ด้วยความคาดหวังว่านิติสัมพันธ์ต้องเกิดขึ้นจึงมีการเตรียมการเพื่อรองรับนิติสัมพันธ์ดังกล่าวให้สำเร็จไปด้วยดีรวดเร็วมีประสิทธิภาพในทางธุรกิจ

ประการที่ห้า มีความเสียหายซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ให้มีค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปจากการเตรียมการด้วยความคาดหวังและเชื่อถือว่าการเจรจาดังกล่าวจะนำมาซึ่งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ทั้งนี้ความเสียหายทางจิตใจซึ่งมีความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้จะเรียกร้อยไม่ได้ ความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ต้องพิสูจน์ว่าเสียหายเท่าใดถ้าตกลงกันไม่ได้ ต้องให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดถ้าข้อเท็จจริงปรากฏแก่ศาลในการพิจารณาว่าเสียหายเท่าใดศาลทราบเอง ก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์และเมื่อเป็นหนี้เงินก็สามารถเรียกดอกเบี้ยอัตราร้อยละดั่งต่อไปนี้

สำหรับหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นเงินมิใช่บังคับให้ส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการหรืองดเว้นการกระทำกล่าวคือมิใช่วัตถุแห่งหนี้หากแต่เนื่องจากมีหนี้แล้วไม่ชำระ ค่าสินไหมทดแทนจึงมีตามมาเพื่อบรรเทาความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ ทั้งนี้ค่าสินไหมทดแทนย่อมแตกต่างจากดอกเบี้ยและค่าปรับเพราะดอกเบี้ยเป็นเงินค่าทดแทนที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะสำหรับการชำระหนี้เงินล่าช้าและมีอัตราแน่นอนตายตัวแต่ค่าสินไหมทดแทนไม่แน่นอนตายตัวดังดอกเบี้ยเป็นเรื่องที่ศาลจะกำหนดให้ตามแต่จะพิสูจน์ความเสียหายได้ ส่วนเบี้ยปรับเป็นการทดแทนที่คู่กรณีกำหนดกันขึ้นไว้และอาจชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนอกจากเป็นเงินต่างจากดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนที่ต้องกำหนดเป็นเงิน อนึ่ง ถ้าเบี้ยปรับกำหนดน้อยเกินไปอาจเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพิ่มได้และค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 222 ต้องกำหนดให้พอแก่ความเสียหายถ้าคู่ความเรียกร้อยไว้สูงเกินไปศาลลดลงอีกได้และในการคิด

คำนวณค่าสินไหมทดแทนศาลจะคิดให้ได้แต่ในทางทรัพย์สินเท่านั้นจะคิดถึงส่วนได้เสียอย่างอื่นที่ไม่ใช่ทางเงินทองไม่ได้

หลักทั่วไปมีว่าพึงให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้เจ้าหน้าที่อยู่ในฐานะเหมือนดังว่าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ถูกต้องครบถ้วนทุกอย่างแล้วเจ้าหน้าที่จะได้ประโยชน์อย่างไร การทดแทนความเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ก็ควรจะได้ประโยชน์เช่นเดียวกันจึงมิได้ทั้งส่วนประโยชน์ที่ต้องเสียหรือขาดทุนและส่วนประโยชน์หรือกำไรที่ควรได้รับแล้วไม่ได้รับด้วย ความเสียหายตามมาตรา 222 แบ่งเป็น

ประเภทที่หนึ่ง ความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น คือค่าเสียหายธรรมดาที่คนทั่วไปรู้ว่าถ้าไม่มีการชำระหนี้แล้วจะมีความเสียหายอะไรเกิดขึ้นตามมาตรา 222 วรรคหนึ่ง

ประเภทที่สอง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์พิเศษซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่มีใครคาดคิดว่าจะเกิดขึ้นได้เนื่องจากการไม่ชำระหนี้และธรรมดาจะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ไม่ได้เว้นแต่ลูกหนี้รู้มาก่อนล่วงหน้าแล้วว่าถ้าไม่ชำระหนี้เจ้าหน้าที่จะได้รับความเสียหายพิเศษ เมื่อรู้แล้วแต่ลูกหนี้ก็ยังไม่ชำระหนี้ เนื่องจากตัวบทใช้คำว่าคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นโดยมีความหมายว่าได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าความเสียหายจะเกิดแก่เจ้าหน้าที่ คำว่าคาดเห็นเป็นพฤติการณ์พิเศษที่เจ้าหน้าที่อาจบอกให้ลูกหนี้ทราบหรือลูกหนี้ทราบเองจากบุคคลอื่น ส่วนคำว่าควรจะได้คาดเห็นเป็นพฤติการณ์ทั่วไปของคนที่อยู่ในฐานะเช่นนั้นย่อมจะรู้ตามมาตรา 222 วรรคสอง

ทั้งนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องมีใช้ความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้และมีข้อแตกต่างกรณีค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดที่ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แต่ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ศาลไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดแต่จะกำหนดให้ตามที่เสียหายจริง