บทที่ 4

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา และการชดใช้ค่าเสียหายในประเทศไทย

ระบบกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติโดยตรงและไม่มีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้อย่างแพร่หลาย ทั้งแนวคิดแนวคำพิพากษาเรื่องนี้ก็มีไม่มากเท่าที่ปรากฏส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการถอนคำเสนอ การถอนคำมั่นและกรณีการประกวดราคาซึ่งนักกฎหมายยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างไม่มีข้อยุติเป็นแนวเดียวกันเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ตัวอย่างเช่น การนำมาปรับตามกฎหมายว่าด้วยหนี้ การปรับเข้ากับหลักสุจริตตามมาตรา 5 เรื่องละเมิดตามมาตรา 420 การใช้สิทธิส่วนเกินตามมาตรา 421 การอุดช่องว่างโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 วรรคสอง เป็นต้น หรือแม้กระทั่งการใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกรณีย้อนส่งไปให้ใช้กฎหมายของประเทศที่มีหลักความรับผิดก่อนสัญญา แต่ข้อคิดเห็นต่าง ๆ เหล่านี้ยังไม่เป็นที่ยุติเช่นกัน

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ให้ความเห็นว่ากรณีบอกล้างโมฆียะคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม การเรียกร้องค่าเสียหายนอกเหนือจากนั้นก็เป็นไปตามกฎหมายละเมิดหรือกรณีบอกถอนคำเสนอที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความรับผิดฐานละเมิดได้

ศาตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ให้ความเห็นว่าอาจเป็นความรับผิดเพราะการไม่ชำระหนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัยและศาสตราจารย์ ดร.อักขราทร จุฬารัตน ให้ความเห็นว่าเป็นกรณีความรับผิดก่อนสัญญาเพราะขั้นตอนเจรจาสัญญายังไม่เกิด ความผูกพันตามสัญญาย่อมไม่มี ทุกกรณีที่มีมาก่อนเกิดสัญญาอยู่ในขั้นตอนการเจรจาทั้งสิ้น

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ให้ความเห็นว่าการถอนคำเสนอไม่ก่อหนี้เพราะยังไม่มีการสนองรับและไม่ก่อให้เกิดความรับผิดฐานละเมิด ความเสียหายจากการเตรียมการจึงเรียกร้องเอาต่อกันไม่ได้

ข้อตกลงล่วงหน้าให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้หากการเจรจาไม่สำเร็จหรือสัญญาไม่สมบูรณ์หรือไม่เป็นผลเพราะความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นความรับผิดก่อนสัญญาซึ่งความเห็นยังไม่เป็นที่ยุติว่าตามกฎหมายจะสามารถมีได้หรือไม่

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ได้อธิบายถึงความรับผิดก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขยายความไปถึงกฎหมายระหว่างประเทศและสำหรับกรณีความรับ

ผิดก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นบททั่วไป ได้ให้ความเห็นว่า

ประการที่หนึ่ง การพิจารณาจากมาตรา 420 เนื่องจากความรับผิดก่อนสัญญามีลักษณะทางกฎหมายที่เป็นความรับผิดนอกสัญญาหรือทางละเมิด แต่มีความเห็นแย้งอยู่ว่า "*..ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย*" ตามความมาตรานี้ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นแค่ไหนเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ให้ความเห็นต่อกรณีนี้ว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคล กล่าวคือหากเป็นเพียงสิทธิทั่วไปก็ไม่น่าจะตรงตามนัยความหมายนี้ นอกจากนั้นความเสียหายจากความรับผิดก่อนสัญญาน่าจะหมายถึงความเสียหายต่อเสรีภาพที่จะทำสัญญากับรายอื่น ด้วยว่าการดำเนินขั้นตอนต่าง ๆ อันจะนำมาสู่การทำสัญญาขณะเดียวกันก็ทำให้ขาดโอกาสทำสัญญากับรายอื่นความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ควรได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายแค่ไหนเพียงใดจึงจะเหมาะสมและความเสียหายจากการขาดเสรีภาพที่จะได้ทำสัญญากับรายอื่นหาเป็นความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาดไม่จึงนำมาตรา 420 มาปรับใช้มิได้

ประการที่สอง การพิจารณาจากมาตรา 421 เป็นความเสียหายจากการใช้สิทธิส่วนเกินซึ่งก็มีความเห็นแย้งเช่นเดียวกันว่าได้หมายความรวมถึงการใช้สิทธิเสรีภาพที่จะทำหรือไม่ทำสัญญาต่อกันโดยท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ได้อธิบายไว้ชัดเจนว่าสิทธิตามมาตรานี้เป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองให้โดยเฉพาะไม่รวมความถึงสิทธิทั่วไปอย่างเสรีภาพที่จะทำอะไรได้เท่าที่กฎหมายไม่ห้ามจึงไม่สามารถนำมาตรา 421 มาปรับใช้ได้

ประการที่สาม การพิจารณาจากมาตรา 5 เป็นเรื่องที่จะต้องสุจริตในการใช้สิทธิและการชำระหนี้ ในด้านการใช้สิทธิพบว่ายังเป็นปัญหาเรื่องความหมายของสิทธิเช่นเดียวกับมาตรา 421 ส่วนการชำระหนี้โดยสุจริตก็ต้องเป็นกรณีสัญญาเกิดแล้วและการลงโทษตามมาตรานี้เห็นว่ายังไม่มีความแน่ชัดศาลอาจลงโทษโดยขาดหลักเกณฑ์ที่เป็นแนวทางเดียวกันและอาจไม่ใช่การชดใช้โดยมูลเหตุเดียวกันนั่นคือผลประโยชน์ที่เสียหายเพราะไม่ควรเสียเวลาเข้ามาทำสัญญาจึงนำมาตรา 5 มาปรับใช้ไม่ได้เช่นเดียวกัน

ประการที่สี่ การพิจารณาจากมาตรา 4 เป็นการอุดช่องว่างกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสอง ประเด็นอื่นตามมาตรานี้ไม่จำต้องพิจารณาไม่ว่ากรณีไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้ได้เพราะไม่มีบัญญัติเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้และไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะให้นำมาใช้ได้ ทั้งยังไม่มีบทกฎหมายที่จะให้นำมาเทียบเคียงได้จึงเหลือเพียงการใช้หลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักสุจริตที่อาจนำมาอิงหลักความรับผิดก่อนสัญญาได้

กรณีความรับผิดก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นบทเฉพาะ ได้แก่ มาตรา 158 กฎหมายลงโทษผู้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ให้ยกเหตุโมฆะหรือโมฆียะเพราะการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดมาเป็นประโยชน์แก่ตนเป็นลักษณะจำกัดควบคุมสิทธิเนื่องจากบุคคลนั้นมีส่วนผิดอยู่ด้วยเพราะเหตุประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งเป็นช่วงขั้นตอนก่อนเกิดสัญญา

หากพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่าความรับผิดก่อนสัญญามีทั้งที่เป็นความรับผิดโดยอัตโนมัติในตัวบทกฎหมายเองก็มี ตัวอย่างเช่น การกล่าวอ้างโมฆะกรรมหรือบอกล้างโมฆียะกรรมไม่ได้ การบังคับกันเองระหว่างคู่กรณีโดยผลกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การบอกล้างโมฆียะกรรมหรืออาจตกลงประนีประนอมกันเองหรือพึ่งอนุญาโตตุลาการเมื่อคู่กรณีประสงค์ให้เป็นที่ยุติเด็ดขาดและสุดท้ายการบังคับทางศาล ตัวอย่างเช่น การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเมื่อสภาพหนี้เปิดช่องให้บังคับได้หรือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือการริบเบี้ยปรับ[1] เป็นต้น นี่เป็นเพียงตัวอย่างที่แสดงให้เห็นได้ชัดเจนถึงความหลากหลายทางความคิด

ต่อไปจะได้กล่าวถึงปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาและปัญหาเรื่องการชดใช้ค่าเสียหาย ในส่วนปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาแบ่งเป็นหัวข้อปัญหาความรับผิดกรณีการเพิกถอนคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับปัญหาความรับผิดกรณีการยกเลิกเจรจาต่อรองในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1. ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา

หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ จะพบว่ามูลหนี้หรือบ่อเกิดแห่งหนี้ตามบรรพ 2 ได้แก่ ลักษณะ 2 สัญญา ลักษณะ 3 จัดการงานนอกสั่ง ลักษณะ 4 ลาภมิควรได้และลักษณะ 5 ละเมิด มูลหนี้ดังกล่าว แท้จริงแล้วเมื่อคัดเอาเฉพาะที่เกิดจากเจตนาผูกพันตามหลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนามุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันมีมูลหนี้ที่เข้าข่ายเพียงลักษณะ 2 สัญญาและสิ่งที่น่าพิจารณายิ่งกว่านั้นก็คือนิติกรรมอื่นนอกจากสัญญาสามารถเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ได้หรือไม่

ต้องพิจารณาเป็นลำดับถัดไปอีกว่าบ่อเกิดแห่งหนี้ตามบรรพ 2 ลักษณะ 2 ถึงลักษณะ 4 แห่งบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเพียงตัวอย่างบ่อเกิดแห่งหนี้ที่มีได้มากกว่าที่บัญญัติไว้ในลักษณะ 2 ถึงลักษณะ 4 หรือเป็นกรณีที่จำกัดมูลหนี้ไว้เพียงลักษณะ 2 ถึงลักษณะ 4 มูลหนี้อื่นนอกเหนือจากนี้ไม่สามารถมีได้เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติไว้

ในที่นี้เห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเห็นได้จากเมื่อมีบรรพ 3 เอกเทศสัญญาแล้ว กฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาในบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญา เพื่อให้บุคคลสามารถผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกันได้โดยสัญญาไม่มีชื่อตามเจตนาที่ประสงค์ นอกจากนั้นยังมีหนี้ตามบรรพ 5

---

[1] จำปี โสตถิพันธ์. (2548). ***หลักความรับผิดก่อนสัญญา***. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 123 -176.

ครอบครัวและบรรพ 6 มรดกได้อีกด้วยจึงเป็นคำตอบได้ว่าบ่อเกิดแห่งหนี้หรือมูลหนี้นั้นมิได้มีเฉพาะตามบรรพ 2 ลักษณะ 2 ถึงลักษณะ 4 เท่านั้น

และที่ว่ามูลหนี้ที่เกิดจากเจตนามุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันด้วยใจสมัครจากนิติกรรมอื่นนอกเหนือจากสัญญาจะมีได้หรือไม่ ในที่นี้เห็นว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นหนี้จากนิติกรรมอื่นนอกเหนือจากสัญญาย่อมมีได้ ตัวอย่าง นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่จำต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา เช่น คำมั่นจะให้รางวัลตามมาตรา 362 ก่อให้เกิดหนี้ตั้งแต่ได้แสดงเจตนาออกไปให้เป็นที่ปรากฏแม้ยังไม่มีการสนองตอบคำมั่นนั้นก็ตาม ดังนี้เป็นต้น นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้ทราบกรณีอยู่เฉพาะหน้าหรือผู้รับการแสดงเจตนากรณีอยู่ห่างโดยระยะทาง เช่น คำเสนอ เป็นต้น ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางหนี้ขึ้น ที่น่าสังเกตอย่างยิ่งก็คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้การยอมรับและระบุถึงหนี้ก่อนสัญญาโดยพิจารณาได้จากบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา ตัวอย่างเช่น มาตรา 354 คำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไม่อาจถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ มาตรา 355 คำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทางที่มิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ไม่อาจถอนได้ภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอง เมื่อมีการสนองรับคำเสนอถูกต้องตรงกันโดยปกติทั่วไปแล้วสัญญาก็ย่อมเกิดขึ้น แต่ตราบใดที่ยังไม่มีคำสนองที่ถูกต้องตรงกันกับคำเสนอสัญญาก็ยังไม่เกิดมีขึ้น ช่วงเวลาที่ยังไม่มีคำสนองดังกล่าวย่อมเป็นช่วงเวลาก่อนสัญญาเกิด มาตรา 354 และ มาตรา 355 บัญญัติให้ผู้ทำคำเสนอมีหน้าที่ทางหนี้ก่อนสัญญาโดยมีวัตถุแห่งหนี้เป็นการงดเว้นกระทำการกล่าวคือต้องไม่บอกถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ตามมาตรา 354 และต้องไม่บอกถอนคำเสนอภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองรับคำเสนอตามมาตรา 355 ผู้รับคำเสนอมีสิทธิทางหนี้ที่จะกระทำการสนองรับคำเสนอหรือไม่ก็ได้ซึ่งล้วนแต่ตามความประสงค์โดยสมัครใจ

นอกจากคำเสนอตามมาตรา 354, มาตรา 355 แล้วยังมีกรณีคำมั่นที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 362 ถึงมาตรา 365 คำมั่นนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ทางหนี้ต่อผู้ให้คำมั่นโดยมีวัตถุแห่งหนี้ให้กระทำการกล่าวคือผู้ให้คำมั่นมีหน้าที่ต้องกระทำให้เป็นไปตามคำมั่นและผลผูกพันของคำมั่นนี้มีตลอดไปนอกจากจะบอกถอนคำมั่นและคำมั่นตามมาตรา 363 ที่ได้กำหนดระยะเวลาให้ทำการอันบ่งไว้กฎหมายสันนิษฐานว่าสละสิทธิที่จะถอนคำมั่นนั้น ด้วยเหตุนี้จึงเท่ากับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รับรู้ถึงผลผูกพันของคำเสนอและคำมั่นซึ่งเป็นนิติกรรมก่อนสัญญาโดยปริยายก็ว่าได้เพราะเมื่อพิเคราะห์ตามตัวบทดังกล่าวจะพบว่าความผูกพันของคำเสนอและคำมั่นที่มีอยู่นั้นกฎหมายมิได้คำนึงว่าจะมีการสนองรับคำเสนอ คำมั่นหรือไม่

1.1 ปัญหาความรับผิดกรณีการเพิกถอนคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญากรณีการเพิกถอนคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะได้นำเสนอการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาตามลำดับดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง คำเสนอเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้หรือไม่

ประเด็นที่สอง การบอกถอนคำเสนอก่อให้เกิดความรับผิดได้อย่างไร

ประเด็นที่สาม ความรับผิดจากการถอนคำเสนอจะปรับใช้ได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะอื่น

ประเด็นที่สี่ การสงวนสิทธิถอนคำเสนอมีผลทางกฎหมายประการใด

ตามหลักกฎหมายอังกฤษ คำเสนอที่ไม่มีสิ่งตอบแทนอาจถอนได้เสมอก่อนที่จะมีการสนองรับ แม้ผู้เสนอจะได้กำหนดเวลาให้ทำคำสนองรับไว้ก็ยังถอนคำเสนอได้ กล่าวคือกฎหมายสัญญาของอังกฤษมีหลักทั่วไปว่าสัญญาเท่านั้นที่มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา คำเสนอไม่ว่าผู้เสนอจะกำหนดเวลาแน่นอนให้สนองรับไว้หรือไม่ ไม่มีผลผูกพันผู้เสนอ ผู้เสนอจึงอาจถอนคำเสนอของตนได้เสมอ ยกเว้นจะมีสิ่งตอบแทนการให้คำเสนอนั้นหรือคำเสนอได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้[2]

หลักกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสมีอยู่ว่า คำเสนอสามารถเพิกถอนได้ตลอดเวลาจนกว่าจะมีการสนองรับหรืออีกนัยหนึ่งคำเสนอไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การปล่อยให้มีการเพิกถอนคำเสนอได้โดยเสรีอาจทำให้เกิดความไม่มั่นใจในการประกอบธุรกิจการค้า ศาลฝรั่งเศสในปัจจุบันจึงได้วางบรรทัดฐานเป็นข้อยกเว้นขึ้นมา 3 กรณีเพื่อให้ผู้เสนอต้องผูกพันในคำเสนอของตนและจะเพิกถอนคำเสนอตามที่กำหนดไว้ไม่ได้ ข้อยกเว้นดังกล่าวคือ กรณีที่หนึ่ง นอกจากผู้สนองจะปฏิเสธคำเสนอนั้น คำเสนอที่กำหนดระยะเวลาแน่นอนในการสนองรับย่อมมีความผูกพันตามคำเสนอภายในกำหนดเวลานั้น กรณีที่สองเมื่อมิได้กำหนดระยะเวลาสนองรับเอาไว้แน่นอน แต่ได้ขอให้มีการสนองรับในทันทีทันใด ศาลจะกำหนดระยะเวลาพอสมควรตามแต่กรณีให้ผู้เสนอผูกพันเพียงพอที่จะให้ผู้สนองสามารถตกลงใจที่จะทำการสนองรับได้ กรณีที่สามหากไม่มีกำหนดเวลาสนองรับเอาไว้เลย ผู้เสนอจะต้องผูกพันภายในระยะเวลาอันสมควรขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปตามจารีตประเพณีทางการค้าซึ่งมักจะเป็นเวลาที่สั้นกว่ากรณีทางแพ่งและขึ้นอยู่กับประเภทและชนิดของทรัพย์อันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา เช่น คำเสนอขอซื้อองุ่นมาทำไวน์ในฤดูกาลเก็บเกี่ยวผลองุ่นจะมีผลผูกพันเป็นเวลา 24 ชั่วโมง เป็นต้น ผลทางกฎหมายที่ตามมาในกรณีเข้าข้อยกเว้นที่ศาลได้วางบรรทัดฐานให้คำเสนอมีผลผูกพันผู้เสนอดังกล่าว หากมีการถอนคำ

---

[2] โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 1.1 การเพิกถอนคำเสนอตามกฎหมายอังกฤษและ 1.2 ผลของการเพิกถอนคำเสนอตามกฎหมายอังกฤษบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หน้า 67 – 69.

เสนอเกิดขึ้นก่อนกำหนดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย ผู้เสนอจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการถอนคำเสนอนั้น นอกจากนี้ ในทางทฤษฎีละเมิดการถอนคำเสนอโดยมิชอบก่อให้เกิดความผิด ซึ่งนำไปสู่การเรียกร้องค่าเสียหายฐานละเมิดได้อีกทางหนึ่งซึ่งนักกฎหมายฝรั่งเศสให้ข้อสังเกตว่าการถอนคำเสนอโดยมิชอบที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดนั้น ผู้เสนอจะต้องมีหนี้หรือหน้าที่ที่จะผูกพันตามคำเสนอและไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการชำระหนี้นั้น ส่วนปัญหาว่าหนี้ที่เกิดจากการให้คำเสนอเป็นอย่างไร เป็นเรื่องที่จะต้องค้นหาเป็นกรณี ๆ ไป หากผู้ทำคำเสนอเพิกถอนคำเสนอของตนและมีความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งถือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการลงนามในสัญญา นักกฎหมายฝรั่งเศสมองว่าโดยหลักความเป็นธรรม ผู้รับคำเสนอชอบที่จะเรียกค่าเสียหายเอาจากผู้ทำคำเสนอได้ ทั้งนี้ อาศัยหลักกฎหมายมาตรา 1382 ซึ่งวางหลักไว้ว่า การกระทำใด ๆ ของบุคคลอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้นั้นจำต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายนั้น บางกรณีก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาหลักคู่เจรจามักจะทำสัญญาเตรียมการที่เรียกว่า Contrat Preparatoire เพื่อเป็นเครื่องมือผูกพันผู้เจรจาให้รักษาคำเสนอในชั่วระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งก่อน ดังนี้ หากมีการถอนคำเสนอผู้เสียหายย่อมชอบที่จะเรียกค่าเสียหายตามสัญญาเตรียมการนั้นได้[3]

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน การบอกถอนคำเสนอต้องไปถึงผู้รับก่อนหรือพร้อมกับคำเสนอ ไม่เช่นนั้นการบอกถอนไม่มีผลกล่าวคือคำเสนอยังคงมีอยู่ในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือเวลาอันควรคาดหมายได้ว่าจะมีการสนองรับและเมื่อมีคำสนองที่ถูกต้องตรงกันในเวลาดังกล่าว สัญญาย่อมเกิดขึ้นเช่นเดียวกับผลการถอนคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยกเว้นกรณีที่ผู้เสนอได้แสดงข้อความว่าไม่ผูกพันซึ่งมีผลทำให้คำเสนอมีค่าเทียบเท่ากับคำเชื้อเชิญ[4]

ในส่วนการเพิกถอนคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา ด้วยว่าบางประเด็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยจะได้นำเสนอแต่ละประเด็นตามลำดับ ดังนี้

คำเสนอก่อให้เกิดนิติกรรมหรือไม่และถ้าเป็นนิติกรรมจะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่จะต้องมีผู้รับหรือไม่จำต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ก่อให้เกิดหน้าที่ทางหนี้ประการใด ที่ว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมเนื่องจากมีลักษณะนิติกรรมตามบทบัญญัติมาตรา 149 ดังรายละเอียดตามที่กล่าวในบทที่ 2 หัวข้อ 3.1.2 ประเภทนิติกรรมมาแล้ว ส่วนประเด็นที่ว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่จะต้อง

---

[3] โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.1 การเพิกถอนคำเสนอตามกฎหมายฝรั่งเศสและ 2.2 ผลของการเพิกถอนคำเสนอตามกฎหมายฝรั่งเศสบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หน้า 71 – 73.

[4] โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1 การเพิกถอนคำเสนอตามกฎหมายเยอรมันและ 3.2 ผลของการเพิกถอนคำเสนอตามกฎหมายเยอรมันบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หน้า 77 – 79.

มีผู้รับการแสดงเจตนาหรือไม่จึงจะมีผล อีกทั้งนิติกรรมฝ่ายเดียวจะก่อให้เกิดหนี้หรือไม่นั้น นักนิติศาสตร์ยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันอยู่

ฝ่ายแรกเห็นว่านิติกรรมฝ่ายเดียวก่อหนี้ผูกพันผู้แสดงเจตนาได้โดยไม่จำต้องให้อีกฝ่ายมีการแสดงเจตนาสนองรับทำให้เกิดเป็นสัญญาแต่ประการใด[5]

ฝ่ายที่สองเห็นว่านิติกรรมฝ่ายเดียวไม่อาจก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้เพราะการมีหนี้ก็ต้องมีเจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิบังคับต่อลูกหนี้ได้ การที่จะเป็นลูกหนี้ผู้มีหน้าที่ชำระหนี้แต่เพียงฝ่ายเดียวแล้วบังคับให้มีอีกฝ่ายมาเป็นเจ้าหนี้ของตนหรือตั้งตนเป็นเจ้าหนี้แล้วบังคับให้บุคคลอื่นมาเป็นลูกหนี้มีหน้าที่ชำระหนี้แก่ตนย่อมไม่อาจกระทำได้ต้องอาศัยอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเข้ามาผูกพันด้วยจึงจะถือได้ว่ามีหนี้ผูกพันกันดังประหนึ่งการปรบมือข้างเดียวไม่ดังฉันใดนิติกรรมฝ่ายเดียวก็ไม่อาจก่อหนี้โดยไม่มีอีกฝ่ายมาผูกพันด้วยมิได้ฉันนั้น[6]

ฝ่ายที่สามเห็นว่าการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเป็นมูลหนี้ได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีนิติสัมพันธ์จากเจตนาที่แสดงออกมาในทางก่อหนี้เท่านั้นเป็นผลประกอบกันทั้งการแสดงเจตนาและผลทางกฎหมายครบทั้งสองประการจึงจะก่อให้เกิดหนี้ได้[7]

ในที่นี้เห็นว่าเป็นไปได้ทั้งสามกรณีขึ้นกับว่านิติกรรมฝ่ายเดียวนั้นมีลักษณะอย่างไร นิติกรรมฝ่ายเดียวมีผลแม้ไม่มีผู้รับการแสดงเจตนาก็ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายในอันจะก่อให้เกิดนิติกรรมได้โดยไม่จำต้องมีอีกฝ่ายแสดงเจตนาสนองรับ เช่น พินัยกรรม การก่อตั้งมูลนิธิ เป็นต้น นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาจึงจะมีผลเป็นนิติกรรมผูกพันผู้แสดงเจตนา เช่น การให้สัตยาบันหรือการบอกล้างโมฆียกรรม การหักกลบลบหนี้ เป็นต้น ส่วนความเห็นฝ่ายที่สามนั้นค่อนข้างวางเหตุผลแนวคิดไว้ครอบคลุม เนื่องจากว่าจะหาตัวอย่างของนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดจากการแสดงเจตนาแล้วไม่มีกฎหมายบัญญัติให้มีนิติสัมพันธ์จากเจตนาที่แสดงออกมาในทางก่อหนี้นั้นมีน้อยมากและถึงแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงก็สามารถปรับเข้ากับลักษณะการแสดง

---

[5] ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ อ้างในไชยยศ เหมะรัชตะ. (2547). ***กฎหมายว่าด้วยสัญญา***. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 36. เห็นว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยอีกฝ่ายไม่ต้องแสดงเจตนารับเอานิติสัมพันธ์นั้น ส่วนศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตน., เรื่องเดียวกัน, หน้า 33 - 37., จำปี โสตถิพันธุ์. อ้างแล้ว, หน้า 147 - 176., ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. (2549). ***คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา***. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 259 – 285., ศักดิ์ สนองชาติ. (2545). ***คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา***. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 199 – 200., เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (2478). ***ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 - 2)***. แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 445 - 457.

[6] เสนีย์ ปราโมช. อ้างแล้ว, หน้า 434 - 435.

[7] ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้ว, หน้า 35 - 36.

เจตนาที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายได้เป็นส่วนใหญ่ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนก็คือกรณีหนังสือแสดงเจตจำนงที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ แต่หนังสือแสดงเจตจำนงที่มีลักษณะเป็นคำเสนอหรือคำมั่นก็สามารถปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยคำเสนอหรือคำมั่นได้ในตัวอยู่แล้ว

สำหรับคำเสนอนั้น ในที่นี้เห็นว่าเพียงมีผู้รับทราบการแสดงเจตนาที่เป็นคำเสนอนั้นก็มีผลผูกพันผู้เสนอไม่ให้ถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ตามมาตรา 354 หรือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนองแล้วตามมาตรา 355 เนื่องจากคำเสนอมีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนากรณีกระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าตามมาตรา 168 หรือกรณีกระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนานั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาตามมาตรา 169 ส่วนจะมีการสนองรับต่อคำเสนอหรือไม่เป็นคนละประเด็นกันเมื่อมีการแสดงเจตนาที่เป็นคำเสนอนี้แล้วย่อมมีผลเป็นนิติกรรมผูกพันผู้เสนอก่อให้เกิดหน้าที่ทางหนี้โดยมีวัตถุแห่งหนี้เป็นการงดเว้นกระทำการคือไม่บอกถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนองตอบต่อคำเสนอนั้น การบอกถอนคำเสนอที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายเท่ากับมิได้มีการบอกถอนเมื่อมีการสนองรับคำเสนอจากอีกฝ่ายย่อมเกิดสัญญาขึ้น

ดังที่ได้นำเสนอในบทก่อนหน้านั้นแล้วว่านิติกรรมก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิแต่มิใช่ว่าทุกนิติกรรมจะก่อให้เกิดหนี้ก็หาไม่ นิติกรรมระงับสิทธิอย่างเช่นการปลดหนี้มีผลให้หนี้ระงับแต่การแปลงหนี้ใหม่แม้หนี้เดิมระงับก็ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามหนี้ใหม่หรือการบอกล้างโมฆียะกรรมก็ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่กรณีที่จะทำให้ทุกฝ่ายกลับคืนสู่สภาพเดิมโดยต้องคืนทุกสิ่งทุกอย่างที่ได้มาเพื่อให้สถานะของทุกฝ่ายเป็นเหมือนก่อนทำนิติกรรมทุกประการถ้าพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายถือเป็นหนี้ที่จำต้องชำระตามหน้าที่ผูกพันอันเป็นผลของกฎหมาย เป็นต้น แต่สำหรับคำเสนอถือได้ว่าเป็นนิติกรรมซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ทางหนี้เสมอโดยมีวัตถุแห่งหนี้ ได้แก่ งดเว้นกระทำการกล่าวคือการไม่บอกถอนคำเสนอภายในระยะเวลาอันบ่งไว้หรือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง อย่างไรก็ตามคำเสนอสามารถบอกถอนได้โดยต้องบอกถอนก่อนหรือพร้อมกันกับคำเสนอที่มีไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาตามมาตรา 169 วรรคแรก รวมทั้ง คำเสนอสิ้นผลกรณีไม่สนองรับคำเสนอที่ทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า ณ ที่นั้น เวลานั้นตามมาตรา 356 คำเสนอสิ้นผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาบอกปัดหรือมิได้สนองรับภายในเวลากำหนดตามมาตรา 357 คำสนองมาถึงล่วงเวลาตามมาตรา 359 วรรคหนึ่ง คำเสนอมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไขตามมาตรา 359 วรรคสอง

ทั้งนี้ หากจะกล่าวถึงองค์ประกอบแห่งหนี้เพื่อสนับสนุนว่าคำเสนอก่อให้เกิดหน้าที่ทางหนี้แล้วจะพบว่าองค์ประกอบแห่งหนี้นั้นต้องมีวัตถุแห่งหนี้ การที่จะต้องมีเจ้าหนี้ลูกหนี้ที่แน่นอนชัดเจนรวมทั้งความผูกพันที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางหนี้ตามกฎหมาย

ประเด็นวัตถุแห่งหนี้นั้นเป็นที่เข้าใจชัดเจนแล้วว่าคำเสนอมีผลผูกพันทางหนี้โดยมีวัตถุแห่งหนี้คืองดเว้นกระทำการ ได้แก่ การไม่บอกถอนคำเสนอตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ส่วนการมีเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่แน่นอนชัดเจนนั้นในที่นี้เห็นว่าเป็นกรณีที่มิใช่หนี้ตามสัญญาเนื่องจากเป็นนิติกรรมก่อนจะมีสัญญาเกิดขึ้น ลูกหนี้ในกรณีของคำเสนอจึงหมายถึงผู้ทำคำเสนอมีหนี้เกิดหน้าที่งดเว้นไม่บอกถอนคำเสนอภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดถือเป็นวัตถุแห่งหนี้ ส่วนเจ้าหนี้หรือผู้มีสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้โดยจะต้องไม่ถูกบอกถอนคำเสนอภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดซึ่งก็คือผู้รับคำเสนอมีสิทธิจะสนองรับคำเสนอนั้นหรือไม่ก็ได้ตามแต่ใจสมัคร[8] มุมมองอีกด้านหนึ่งย่อมหมายถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเข้าถือเอาประโยชน์แห่งหนี้นั้นหรือไม่ตามแต่ใจสมัครของเจ้าหนี้หรือผู้รับคำเสนอจึงมิใช่การที่ผู้รับคำเสนอต้องแสดงเจตนาก่อให้เกิดหนี้เสียก่อนหนี้จึงจะเกิด หากแต่เป็นการเข้าถือเอาสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เท่านั้นและสำหรับความผูกพันตามกฎหมายนั้นดังที่ได้ยกตัวอย่างมาตรา 354 และมาตรา 355 ที่กฎหมายบัญญัติให้มีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอมิให้บอกถอนก่อนระยะเวลาที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนด

ความรับผิดเป็นความผูกพันอันเป็นผลเนื่องมาจากมีหน้าที่ต้องชำระหนี้แล้วไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ หน้าที่จะต้องชำระหนี้จึงถูกทดแทนด้วยความรับผิด แต่ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเป็นความรับผิดตามสัญญาหรือเป็นความรับผิดทางละเมิดหรือเป็นความรับผิดที่อยู่ระหว่างความรับผิดทางสัญญากับความรับผิดทางละเมิด

ในที่นี้ไม่เห็นด้วยกับความคิดที่ว่าการบอกถอนคำเสนออาจก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิด สำหรับรายละเอียดจะได้นำเสนอไปตามลำดับ คำเสนอเมื่อได้รับการสนองรับไม่ว่าจะมีการบอกถอนคำเสนอนั้นในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือในระยะเวลาอันสมควรหรือไม่ก็ตาม ผลก็เป็นประการเดียวกันคือเท่ากับไม่มีการถอนคำเสนอ เพราะคำเสนอยังอยู่เมื่อมีคำสนองซึ่งถูกต้องตรงกันกับคำเสนอที่กฎหมายมิยอมให้ถอนก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น ทุกฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น การไม่ชำระหนี้ตามสัญญาที่เกิดขึ้นจะถูกทดแทนด้วยความรับผิดทางสัญญา อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้สัญญาต้องเป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ลักษณะทางทรัพย์สิน ขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมองว่าการสมรสเป็นเพียงนิติกรรมสองฝ่ายแต่ไม่เป็นสัญญา[9]และสำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นความตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่าย

---

[8] สิทธิที่จะเลือกได้เกิดขึ้น แต่จะใช้สิทธินั้นหรือไม่ก็แล้วแต่ผู้ทรงสิทธินั้น

[9] ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 3.1.2 ประเภทนิติกรรมที่ได้นำเสนอการแบ่งประเภทนิติกรรมโดย ศาสตราจารย์อักขราทร จุฬารัตน. หน้า 31 – 32.

ที่ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดที่ก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายแล้วเป็นสัญญาทั้งสิ้น

กรณีสัญญาไม่ต่างตอบแทนและสัญญาต่างตอบแทน ผลแห่งสัญญาก็ยังมีความแตกต่างกัน สัญญาต่างตอบแทนมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากเรื่องการชำระหนี้โดยทั่วไป การชำระหนี้ของคู่กรณีเป็นเงื่อนไขซึ่งกันและกันที่จะต้องชำระหนี้ด้วยกันทั้งสองฝ่ายคือทุกฝ่ายก็ต้องชำระหนี้ตอบแทนแก่กันเป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมขึ้นอีกแตกต่างจากหนี้ทั่วไปที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียวและเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันอันเป็นการผิดสัญญา อีกฝ่ายจะยกเป็นข้อต่อสู้ที่จะไม่ยอมชำระหนี้ตามข้อผูกพันของตนไม่ได้แต่มีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทน เมื่อเปรียบเทียบให้เห็นดังนี้จะทำให้มองเห็นภาพชัดขึ้นว่ากรณีคำเสนอนั้นอาจเทียบได้กับการชำระหนี้ตามสัญญาไม่ต่างตอบแทนดังกล่าวข้างต้น แม้สัญญาจะยังไม่เกิดผู้ทำคำเสนอก็มีหนี้ฝ่ายเดียวที่ต้องชำระตามวัตถุแห่งหนี้คือจะต้องไม่ถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในเวลาที่ควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนองตอบรับคำเสนอนั้น แต่ฝ่ายรับคำเสนอไม่มีหนี้ใดจะต้องชำระต่อผู้ทำคำเสนอกล่าวคือการจะสนองรับคำเสนอหรือไม่อยู่ที่ความสมัครใจของผู้รับคำเสนอหากเห็นว่าสมประโยชน์ก็สนองรับคำเสนอนั้นเกิดเป็นสัญญาและบังคับว่ากันตามกฎหมายสัญญา หากว่าไม่สมัครใจสนองรับคำเสนอก็ไม่มีความผูกพันใดให้เกิดหน้าที่ทางหนี้ที่จะบังคับให้ต้องกระทำ งดเว้นกระทำหรือส่งมอบทรัพย์สินใด ๆ ตามวัตถุแห่งหนี้

นอกจากกรณีดังกล่าวแล้ว การถอนคำเสนออาจเป็นความรับผิดก่อนสัญญาที่นักกฎหมายหลายท่านมองว่าเป็นความรับผิดระหว่างละเมิดกับสัญญาซึ่งตามความคิดเห็นของนักกฎหมายโดยทั่วไปแล้วหากมิใช่หนี้ที่เกิดจากสัญญาก็จะเป็นหนี้ที่เกิดจากละเมิด[10] กรณีความรับผิดก่อนสัญญาจึงเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างความรับผิดทางสัญญากับความรับผิดทางละเมิด เพราะไม่เข้าทั้งลักษณะความผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด

ทั้งนี้ เนื่องจากบทสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 366 วรรคสองนั้นเมื่อทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นต้องทำเป็นหนังสือ ตราบใดที่ทั้งสองฝ่ายยังมิได้ทำขึ้นเป็นหนังสือก็ยังถือมิได้ว่ามีสัญญาต่อกัน ความรับผิดจากการถอนคำเสนอที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนี้จึงเป็นความรับผิดก่อนสัญญาเพราะอยู่ในช่วงระยะเวลาก่อนมีสัญญาเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม

---

[10] มีข้อคิดเห็นที่หลากหลายของนักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาโปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า 17., โสภณ รัตนากร. (2548). ***คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้.*** กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 33 – 34., โปรดจิ๊ด เศรษฐบุตร. (2549). ***หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด***. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 17 - 67.

การจะมีสัญญาเกิดขึ้นตามมาหรือไม่ มิใช่ประเด็นสำคัญ การเพิกถอนคำเสนอก่อนที่ทุกฝ่ายจะได้ทำเป็นหนังสือต่อกันก็เป็นความรับผิดก่อนสัญญาไม่เกี่ยวกับว่าสัญญาจะเกิดมีตามมาหรือไม่ แนวคำพิพากษาของศาลนั้น จะเน้นหนักไปในประเด็นที่การแสดงเจตนามีความแน่นอนชัดเจนพอที่จะเป็นคำเสนอหรือแน่นแฟ้นมั่นคงหนักแน่นจริงจังพอที่จะเป็นคำมั่นหรือไม่ คำเสนอนั้นสิ้นผลแล้วหรือยังไม่สิ้นผล การถอนคำมั่นมีผลเป็นไปตามบังคับของกฎหมายหรือไม่ สัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือยัง กรณีศาลวินิจฉัย[11]ว่าเป็นคำเสนอหรือคำมั่น คำเสนอสิ้นผลแล้วหรือไม่ มีการบอกถอนคำมั่นแล้วหรือไม่ เพราะหากคำเสนอยังไม่สิ้นผลหรือยังไม่มีการบอกถอนคำมั่น เมื่อมีคำสนองสัญญาย่อมเกิดขึ้นเป็นความผูกพันให้เกิดสิทธิหน้าที่ทางหนี้บังคับกันตามสัญญาซึ่งตามแนววินิจฉัยของศาล[12]นั้น กรณีสัญญายังไม่เกิดก็ไม่มีความผูกพันทางหนี้ให้สามารถเรียกร้องบังคับใด ๆ ต่อกันได้ ในที่นี้เห็นว่าศาลมิได้มีการวินิจฉัยถึงลักษณะนิติกรรมซึ่งเป็นบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 4 นิติกรรม เหมือนเช่นบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญากล่าวคือศาลนำหลักนิติกรรมมาปรับใช้น้อยกว่าที่ควรทั้ง ๆ ที่เรื่องนิติกรรมกินความกว้างกว่าเรื่องสัญญาอยู่มาก และสามารถที่จะนำมาปรับใช้ได้กว้างขวางตามความเหมาะสม ตัวอย่างเช่น กรณีบทสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 366 นั้น สัญญายังไม่เกิดแต่นิติกรรมได้เกิดมีขึ้นมีผลผูกพันคู่กรณีให้มีหนี้ต้องชำระต่อกันแล้วจึงควรบังคับกันตามบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 4 นิติกรรมและบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไปได้ มิใช่ไม่ก่อให้เกิดสัญญาแล้วเรื่องนิติกรรมก็ใช้บังคับมิได้ หากเป็นเช่นนั้นเท่ากับว่านิติกรรมมีเฉพาะสัญญาหรือนิติกรรมตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

มีประเด็นที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับคำเสนอก็คือการเสนอโดยมีการสงวนสิทธิที่จะถอนคำเสนอผลจะเป็นประการใด น่าพิจารณาว่าก่อนคำเสนอมีผลเป็นนิติกรรมผู้เสนอสามารถบอกถอนคำเสนอนั้นได้เสมอก่อนหรือพร้อมกับการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอไปถึงผู้รับที่อยู่ห่างโดยระยะทางหรือผู้อยู่เฉพาะหน้าได้ทราบการแสดงเจตนา การสงวนสิทธิยกเลิกเพิกถอนคำเสนอเป็นการแสดงเจตนาที่จะบอกถอนคำเสนอตั้งแต่การเริ่มแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ เช่น เปิดรับสมัครผู้สนใจจะไปท่องเที่ยวประเทศญี่ปุ่นห้าวันราคาแปดหมื่นบาทระหว่างวันที่ 1 – 20 มีนาคม 2553 รายละเอียดกำหนดวันเวลาเดินทางและสถานที่ท่องเที่ยวมีตามเอกสารแนบ ทั้งนี้ หากจำนวนผู้สมัครไม่ครบ 25

---

[11] คำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับคำเสนอ ในบทที่ 2 ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 3 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา 3.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมและหนี้ 3.1.2 ประเภทนิติกรรม 1) นิติกรรมฝ่ายเดียว (1) คำเสนอ หน้า 32.

[12] คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2480 ในบทที่ 2 ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 4 ความรับผิดและค่าเสียหายก่อนการเกิดสัญญา 4.1 ความรับผิดก่อนสัญญา 4.1.3 การประกวดราคา หน้า 55 – 61.

คนขอสงวนสิทธิยกเลิกทัวร์เที่ยวนั้น ดังนี้ เป็นคำเสนอที่มีเงื่อนไขซึ่งก็คือจำนวนคนต้องครบอย่างน้อยสุด 25 คน อย่างไรก็ตามคำเสนอที่สงวนสิทธิยกเลิกถือเป็นคำเสนอที่ไม่มีความแน่นอนจึงเสมือนเทียบได้เพียงคำเชื้อเชิญเท่านั้นไม่ผูกพันผู้ทำคำเสนอที่สงวนสิทธิยกเลิกคำเสนอ อีกทั้งการสงวนเพิกถอนคำเสนอเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 149 จะพบว่ายังไม่เกิดความแน่นอนเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกัน เพราะมีทั้งเจตนาจะผูกนิติสัมพันธ์กับเจตนาไม่ต้องการจะผูกนิติสัมพันธ์คือการเพิกถอนคำเสนอ ยังสองจิตสองใจแล้วแต่ว่าจะบรรลุเงื่อนไขหรือไม่ จึงยังไม่ก่อให้เกิดผลเป็นนิติกรรมตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแต่ประการใด

1.2 ปัญหาความรับผิดกรณีการยกเลิกเจรจาในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญากรณีการยกเลิกเจรจาในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะได้นำเสนอการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาตามลำดับดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การยกเลิกเจรจาในการทำสัญญาก่อให้เกิดความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากยกเลิกเจรจานั้นหรือไม่อย่างไร

ประเด็นที่สอง การนำหลักกฎหมายละเมิดมาปรับใช้กับความเสียหายที่เกิดจากการยกเลิกเจรจามีความเหมาะสมหรือไม่

ทั้งนี้ ทุกประเด็นจะได้นำเสนอโดยไม่มีการแยกเป็นหัวข้อใหม่ในแต่ละประเด็นหากจะได้นำเสนอไปตามลำดับทั้งสองประเด็น ดังนี้

ตามหลักกฎหมายอังกฤษการเจรจาเพื่อทำสัญญาระหว่างกันนั้น คำเสนอที่ปราศจากสิ่งตอบแทนอาจถอนเสียได้ก่อนมีการสนองรับและการถอนคำเสนอดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายใด ๆ ระหว่างคู่กรณีที่เกิดขึ้นในระหว่างเจรจาสิ่งตอบแทนจึงเสมือนเป็นหลักฐานแห่งสัญญาแสดงถึงความตั้งใจที่จะทำสัญญาต่อกัน นอกจากนี้ กฎหมายอังกฤษยังยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาด้วย โดยถือว่าแต่ละฝ่ายอาจมีการเจรจาต่อรองเพื่อให้บรรลุประโยชน์แห่งตนได้ ดังนั้น ผู้ที่เข้าเจรจากันจะต้องเสี่ยงภัยเอาเองว่าจะได้รับประโยชน์หรือสูญเสียประโยชน์จากการเจรจานั้น ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายอังกฤษเห็นว่าขณะคู่กรณีเข้าเจรจาทำสัญญานั้น ยังขาดความแน่นอนที่เพียงพอคู่กรณีจึงยังไม่มีความผูกพันใด ๆ ทางกฎหมายและไม่อาจถือได้ว่าทั้งสองฝ่ายมีคำเสนอสนองที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่มีผลทางกฎหมาย ศาลอังกฤษเคยวินิจฉัยว่า การทำสัญญาเพื่อจะเข้าร่วมเจรจาไม่มีผลเป็นสัญญา[13]

---

[13] โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 1.3 การยกเลิกเจรจาในการทำสัญญาตามกฎหมายอังกฤษ หน้า 69 – 70.

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแม้จะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ปฏิบัติตามหลักสุจริตช่วงขั้นตอนก่อนทำสัญญา แต่การยกเลิกหรือระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลหรือเข้าสู่การเจรจาทั้งที่ไม่มีเจตนาจะทำสัญญาต่อกันจริงจนเกิดความเสียหายต่ออีกฝ่ายจากการตระเตรียมการด้วยความคาดหวังว่าสัญญาจะเกิดมีขึ้นระหว่างกันย่อมเป็นความรับผิดทางละเมิดอันเป็นความผิดจากการกระทำไม่สุจริตหรือขาดความสุจริตแม้การกระทำนั้นไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือความตั้งใจที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีก็ตาม[14]

ระบบกฎหมายเยอรมันการล้มเลิกเจรจาโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุผลอันสมควรก็ต้องรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เหตุการณ์เช่นนี้ไม่อาจนำบทบัญญัติลักษณะละเมิดมาปรับใช้ได้เพราะไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจจึงมีการพัฒนาหลักความรับผิดก่อนสัญญามาใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยความรับผิดจากการเพิกถอนการแสดงเจตนาก่อนเกิดสัญญาตามกฎหมายเยอรมันนั้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งทำผิดหน้าที่อันเกิดจากความไว้วางใจที่มีต่ออีกฝ่ายจึงได้เข้ามาเจรจากันเป็นสิ่งซึ่งคู่เจรจาได้สร้างความไม่ปกติขึ้นในใจของฝ่ายหนึ่งให้เชื่อว่าการเจรจาจะนำไปสู่การทำสัญญาในที่สุด มีกรณีที่คล้ายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366 วรรคหนึ่ง แต่ผลแตกต่างกันเพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีผลผูกพันแม้คู่กรณีจะยังมิได้ตกลงกันในประเด็นที่เป็นสาระสำคัญจนครบทุกข้อแต่ถ้าหากได้มีหนังสือแสดงเจตจำนงโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขอบเขตการทำงานตามข้อตกลง ราคาค่าจ้าง ระยะเวลาการส่งมอบงานรวมถึงกำหนดเวลาเริ่มงานก็มีผลผูกพันให้ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายได้[15]

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีการยกเลิกเจรจาไว้เป็นการเฉพาะและศาลมิได้ตีความเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ชัดเจนแต่ประการใด อย่างไรก็ตามสามารถพิจารณาได้จากคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับกรณีการประกวดราคา[16] พบว่ากรณีดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยของศาลสรุปได้เป็นสองแนวทางคือกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่สามารถเรียกร้องได้เพราะยังไม่มีสัญญา

---

[14] โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 2.3 การยกเลิกเจรจาในการทำสัญญาตามกฎหมายฝรั่งเศส หน้า 74 – 75.

[15] โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 3.3 การยกเลิกเจรจาในการทำสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน หน้า 79 – 80.

[16] การนำเสนอเนื้อหาในหัวข้อนี้ได้นำคำพิพากษาศาลฎีกาเก่ามาประกอบเป็นตัวอย่างอ้างอิงในการอธิบาย ปัจจุบันสัญญาประกวดราคาของรัฐถือเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณาคดีจึงอาจมีผลให้แนวการวินิจฉัยของศาลเปลี่ยนแปลงไปจากแนวคำพิพากษาเดิม อีกทั้งกรณีการประกวดราคาเป็นรูปแบบการทำคำเสนอคำสนองที่มีรัฐเป็นคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่สลับซับซ้อนดังเช่นการเจรจาทำสัญญาของเอกชนที่อาจมีคำเสนอคำสนองระหว่างกันหลายข้อในการเจรจาทำสัญญากันนั้นและบางครั้งแต่ละฝ่ายต่างก็มีทั้งคำเสนอในบางข้อที่เจรจาและคำสนองในบางข้อที่เจรจาด้วยเช่นเดียวกัน.

เกิดขึ้นกับกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่ามีความผูกพันก่อนสัญญาหลักเกิดขึ้นเรียกว่าสัญญาประกวดราคา ซึ่งการประกวดราคานั้นมีขั้นตอนการดำเนินงานที่สลับซับซ้อนหลายขั้นตอนกว่าจะมีการตกลงกันจนนำไปสู่การทำสัญญาขึ้นเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณี ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อขอรับซองหรือซื้อซองเอกสารการประกวดราคา การสอบถามรายละเอียดเกี่ยวกับการประกวดราคา การประชุมชี้แจงผู้เข้าร่วมประมูลพร้อมตอบข้อซักถามปัญหา เช่น แบบก่อสร้างมิได้คิดคำนวณค่าเสาเข็มและไม่มีผลการทดสอบดินในสถานที่ก่อสร้างงานโครงสร้างอาคารเกิดเป็นดินอ่อนที่อาจทรุดตัวต้องตอกและลงเข็มผู้ใดจะต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบค่าใช้จ่ายหรือการใช้เอกสารประกอบการยื่นประมูลต้องใช้อย่างไรขนาดไหน การใช้หลักประกันซองอย่างใดจึงจะถูกต้องตามประกาศดังนี้เป็นต้น การดูสถานที่ที่ก่อสร้างพร้อมตอบปัญหาข้อซักถาม เช่น สภาพสถานที่ก่อสร้างอาจทรุดตัวหรือมีปัญหาก่อสร้างไม่ได้ถ้าไม่มีการปรับปรุงถมบริเวณที่ก่อสร้างให้เลยเขตผังก่อสร้างออกไปอีกไม่น้อยกว่าข้างละกี่เมตรเพื่อป้องกันการทรุดพังทลายของสิ่งปลูกสร้างค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ไม่มีในแบบประมาณการผู้ใดต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายหรือปัญหาการส่งมอบสถานที่ก่อสร้างดังนี้เป็นต้น ทั้งหมดล้วนอยู่ในระหว่างขั้นตอนการประกาศเชิญชวนให้มาประมูลของฝ่ายรัฐก่อนมีการเสนอราคาของผู้ประมูลฝ่ายเอกชน หลังการยื่นประมูลที่ถือเป็นคำเสนอของฝ่ายเอกชนต่อหน่วยงานของรัฐเมื่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาครั้งนั้นก็อาจมีการเจรจาต่อรองขอลดราคาตามแต่ฝ่ายชนะการประมูลจะสามารถลดราคาจากราคาที่เสนอและชนะการประมูลแล้วนั้นเพื่อประโยชน์ทางราชการโดยมีการทำบันทึกการเจรจาต่อรองราคาระหว่างรัฐผู้ประกาศเชิญชวนให้มีการแข่งขันประมูลราคาและเป็นฝ่ายทำคำสนองกับฝ่ายเอกชนผู้เสนอราคาที่ได้รับการพิจารณาให้ชนะการประมูล เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดลึกซึ้งดังนี้แล้วจะเห็นว่าในขั้นตอนการประกวดราคาที่ค่อนข้างสลับซับซ้อนหลากหลายขั้นตอนนั้นก็จำต้องผ่านขั้นตอนของการเจรจาต่อรองในการทำสัญญา การยกเลิกเจรจาจึงสามารถเกิดได้ทั้งฝ่ายเอกชนผู้ทำคำเสนอที่ชนะการประกวดราคาแล้วยกเลิกเพิกถอนไม่ยอมทำสัญญา รวมทั้งฝ่ายรัฐผู้ประกาศเชิญชวนและเป็นฝ่ายผู้ทำคำสนองต่อผู้เสนอแต่แล้วกลับยกเลิกเพิกถอนการเจรจาต่อรองนั้นไม่ยอมลงนามหนังสือสัญญาขั้นตอนการประกวดราคามีค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการตระเตรียมการด้วยกันทั้งสองฝ่ายหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีการยกเลิกการเจรจาไม่ยินยอมลงนามในสัญญาก็ย่อมเกิดความเสียหายขึ้นแก่อีกฝ่ายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

จริงอยู่ในการประกอบธุรกิจ บุคคลทุกคนต้องยอมรับความเสี่ยงจากการประกอบธุรกิจ แต่การเพิกถอนคำสนองของฝ่ายรัฐและการยกเลิกเจรจามิได้เป็นความเสี่ยงตามปกติวิสัยทางธุรกิจ เพราะอาจเป็นการสร้างความเสียหายโดยจงใจนั่นเท่ากับยอมให้มีความเสี่ยงในการสูญเสียแน่นอนกว่าปกติเต็มจำนวนร้อยละร้อยคือมีแต่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่มีโอกาสได้งานที่เข้าประมูลแข่งขันเสนอราคา ความเสี่ยงในการเสนอราคาโดยทั่วไปเอกชนควรจะยอมรับแต่สำหรับ

กรณีเมื่อชนะการประกวดราคาแล้วฝ่ายรัฐไม่ยอมลงนามหนังสือสัญญาจนก่อให้เกิดความเสียหายยังจะถือว่าเป็นความเสี่ยงตามปกติธรรมดาเยี่ยงวิสัยการประกอบธุรกิจได้กระนั้นหรือ เพราะได้ยินยอมปฏิบัติตามระเบียบกฎหมาย ขั้นตอนและข้อตกลงที่กำหนดตามประกาศประกวดราคาทุกอย่างแล้ว เพียงแต่มีข้อขัดข้องอันเกิดจากหน่วยงานของรัฐที่มีการสนองตอบคำเสนอแล้วแต่ผู้มีอำนาจไม่ยอมลงนามหนังสือสัญญาเป็นการจงใจไม่ปฏิบัติให้ลุล่วงสมดังที่ได้แสดงเจตนากันไว้แต่เริ่มต้นเท่ากับเป็นยกเลิกเจรจาโดยไม่สุจริตนั่นเอง ในส่วนของภาครัฐเองก็ได้ลงทุนประกาศเชิญชวนให้เอกชนเข้ามาเสนอราคาผ่านขั้นตอนกระบวนการตามระเบียบพัสดุอันซับซ้อนเกิดค่าใช้จ่ายขึ้นแต่แล้วเอกชนผู้ชนะการประมูลไม่ยอมลงนามสัญญาจึงต้องมีการประกาศประกวดราคาใหม่ ดังนี้ก็เป็นการสูญเปล่าเสียเวลามาตั้งแต่ต้นเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับความรับผิดต่อความเสียหายอันเกิดจากยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลสมควร การนำเอาแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นักกฎหมายเยอรมันคิดค้นขึ้นมาเพื่อเยียวยาแก้ไขการขาดประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการทำสัญญามาใช้ในประเทศไทยนั้นมีปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาฎีกา ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 325/2533 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าตามประกาศเชิญชวนประกวดราคาจ้างของจำเลยกำหนดเงื่อนไขในการจ้างว่าต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนั้นตราบใดที่จำเลยยังไม่ได้ลงนามในสัญญา ตราบนั้นสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างย่อมยังไม่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง[17]

อย่างไรก็ตาม การที่โจทก์ยื่นใบเสนอราคาและจำเลยได้แจ้งให้โจทก์ทราบว่าจำเลยได้ตกลงจ้างจึงให้โจทก์มาทำสัญญาจ้างระหว่างโจทก์จำเลย ดังนี้ ย่อมเป็นการสนองรับคำเสนอของโจทก์ซึ่งทำให้เกิดนิติสัมพันธ์เบื้องต้นคือสัญญาประกวดราคาซึ่งจำเลยมีความผูกพันจะต้องทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคาต่อไป เมื่อจำเลยไม่ลงนามสัญญาจ้างดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรย่อมถือได้ว่าจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาประกวดราคา โจทก์มีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการที่จำเลยผิดสัญญาประกวดราคานี้ได้ แต่จะฟ้องบังคับให้จำเลยลงนามในสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างไม่ได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้

คดีนี้จำเลยในนามหน่วยงานของรัฐประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้าง โจทก์เป็นผู้ประมูลแข่งขันและเป็นผู้ชนะการประกวดราคา การยื่นราคาแข่งขันของโจทก์เป็นการทำคำเสนอและผลการพิจารณาการประกวดราคาให้โจทก์ชนะจึงแจ้งให้มาทำสัญญาต่อกันเป็นหนังสือถือได้ว่าจำเลยหน่วยงานของรัฐได้ทำคำสนองตอบรับคำเสนอของโจทก์ สัญญา

---

[17] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันจะมุ่งทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซร้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านนับว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ”.

ประกวดราคาซึ่งเป็นลักษณะสัญญาเกี่ยวเนื่อง[18]ก่อนสัญญาหลักคือสัญญาจ้างเหมาเกิดขึ้นแล้ว เท่ากับศาลยอมรับโดยอ้อมว่าถึงแม้สัญญายังไม่เกิดเพราะยังมิได้ทำสัญญาต่อกันเป็นหนังสือแต่ก็มีความผูกพันทางหนี้ต่อกันระหว่างโจทก์จำเลยแล้ว การปฏิเสธลงนามในสัญญาของจำเลยเท่ากับเป็นการเพิกถอนคำสนองและยกเลิกการเจรจาในการทำสัญญาเพราะการประกวดราคาหรือสอบราคาซึ่งมีขั้นตอนก่อนที่จะมีการทำสัญญาเป็นหนังสือต่อกันซับซ้อนหลายขั้นตอน เช่น ฝ่ายผู้จัดประกวดราคาเองก็ต้องมีการจัดทำรายละเอียดที่จะประกวด ผ่านขั้นตอนการขออนุมัติต่อผู้มีอำนาจ การออกประกาศเชิญชวนผู้สนใจรับและยื่นซองประมูลตามแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการขั้นตอนตามที่หน่วยงานราชการกำหนด ฝ่ายผู้เข้าร่วมแข่งขันการประมูลเสนอราคาก็มีขั้นตอนตระเตรียมก่อนยื่นซองเสนอราคา ไม่ว่าจะต้องจัดเตรียมเอกสารประกอบการยื่นเสนอราคา การซื้อแบบ การเดินทางไปดูสถานที่และเข้ารับฟังสอบถามในการประชุมชี้แจงรายละเอียดเพิ่มเติมของฝ่ายผู้จัดประมูลราคา การถอดแบบก่อสร้างคำนวณราคา การทำหนังสือค้ำประกันซองประกวดราคาจากสถาบันการเงินตามที่กำหนดไว้ในประกาศ เป็นต้น ดังรายละเอียดได้กล่าวถึงในเนื้อหาก่อนหน้านี้แล้ว การยกเลิกเพิกถอนคำสนองและการเจรจาก่อนทำสัญญาของจำเลยจึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ในคดีนี้

ทั้งนี้ คำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้เป็นการวินิจฉัยโดยนำหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในเรื่อง “ สัญญาเพื่อก่อให้เกิดสัญญา ” (Contract to Contract) ซึ่งเป็นแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันมาใช้ รวมทั้งกรณีที่คู่กรณีได้เจรจาต่อรองดำเนินมาจนเกือบสำเร็จลุล่วงเกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว คู่กรณีมีหน้าที่จะต้องดำเนินการให้บรรลุผลเป็นสัญญาระหว่างกันต่อไปโดยสุจริตอันเป็นแนวความคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม มีแนวคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่า ไม่มีความผูกพันก่อนสัญญาเมื่อไม่มีนิติสัมพันธ์ใดต่อกันจึงไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ ต่อกันได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2802/2523 คำประกาศแจ้งความของจำเลยทั้งสี่ที่ให้มีการประมูลเช่าสัมปทานโรงงานสุราแม่โขงบางยี่ขันเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ผู้สนใจทำคำเสนอขึ้นมาเท่านั้น หนังสือของโจทก์ที่ขอเข้าประกวดราคาด้วยเป็นคำเสนอเมื่อจำเลยบอกปัดคำเสนอดังกล่าว โจทก์จำเลยไม่มีสัญญาและนิติสัมพันธ์ใดต่อกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 2811/2529 การท่าเรือแห่งประเทศไทยจำเลย ออกประกาศเรื่องการประมูลให้เช่าพื้นที่ลานคอนกรีตตลาดคลองเตยซึ่งตามเงื่อนไขการประมูลข้อ 15 กำหนดว่าแม้มี

---

[18] สัญญาเกี่ยวเนื่องเป็นสัญญาที่รู้จักกันในระบบ Common Law มีความแตกต่างจากสัญญาเบื้องต้นที่สามารถบังคับให้มาทำสัญญาหลักต่อกันได้ แต่สัญญาเกี่ยวเนื่องมิได้เป็นเช่นนั้นเพราะไม่สามารถบังคับให้มาทำสัญญาหลักต่อกันได้เสมอไป

ผู้ประมูลแล้วจำเลยมีสิทธิยกเลิกการประมูลได้ เมื่อจำเลยไม่ต้องผูกพันตามประกาศ ประกาศดังกล่าวจึงไม่เป็นคำเสนอเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1318/2529 เงื่อนไขประกวดราคาของการรถไฟแห่งประเทศไทยกำหนดให้ผู้ชนะการประกวดราคาต้องมาทำสัญญาเช่าที่ดินภายใน 15 วัน ไม่จะถือว่าสละสิทธิและสามารถริบเงินประกันซองได้ เมื่อผู้ชนะการประกวดราคาไม่ยอมมาทำสัญญาเช่าที่ดิน ศาลวินิจฉัยว่าคู่กรณีมุ่งทำสัญญาเป็นหนังสือ แม้ตกลงเรื่องค่าเช่ากันได้แล้วแต่คู่กรณียังไม่ได้ทำสัญญาเช่าต่อกันเป็นหนังสือ สัญญาเช่าระหว่างคู่กรณียังไม่เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง

ดังได้นำเสนอมาแล้วข้างต้นเรื่องความรับผิดก่อนสัญญากรณีการยกเลิกเจรจานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะและศาลมิได้ตีความเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ให้ชัดเจนแต่ประการใดเมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการประกวดราคาของหน่วยงานภาครัฐมีสองแนวทางคือกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่สามารถเรียกร้องได้เพราะยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้นกับกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่ามีความผูกพันก่อนสัญญาหลักเกิดขึ้นเรียกว่าสัญญาประกวดราคา

ส่วนการนำเอาหลักความรับผิดทางละเมิดมาปรับใช้นั้น ในที่นี้มีความเห็นว่าไม่เหมาะสมทั้งในเรื่องประเด็นปัญหาคำว่าโดยผิดกฎหมายก็ดี การให้คำจำกัดความหรือความหมายของคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นกินความแค่ไหนเพียงใด รวมทั้งระยะเริ่มต้นในการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 นั้นได้นำประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาใช้เป็นต้นแบบและประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเองได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน[19]ก็ควรพิจารณาความมุ่งหมายหรือเจตนารมย์เบื้องหลังบทบัญญัตินั้น ๆ เพราะกรณีละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ศาลเยอรมันตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานว่าสิทธิที่ว่านั้นไม่รวมถึงความสูญเสียทางเศรษฐกิจด้วย[20] ดังนี้ ย่อมมีแง่มุมให้คิดต่อไปอีกว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจะรวมความไปถึงสิทธิเรียกร้องตามสัญญาด้วยหรือไม่ นอกจากนี้เมื่อคำนึงถึงเจตนารมย์ของผู้ร่างกฎหมาย[21]ต้องการให้แยกกันเด็ดขาดระหว่างมูลหนี้ที่เกิดจากสัญญาและมูลหนี้ที่เกิดจากละเมิด ดังที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่ามูลหนี้จากสัญญาย่อมเกิดขึ้นจากเจตนาที่ประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลขึ้นด้วยใจสมัคร

---

[19] ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. (2552). ***การจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย.*** หน้า 139

[20] โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 3.3 การยกเลิกเจรจาในการทำสัญญาตามกฎหมายเยอรมัน หน้า 79 – 80.

[21] มาตรา 149 ใช้คำว่า “การใด” อันหมายถึงการแสดงออกมาซึ่งเจตนา แตกต่างจากมาตรา 420 ที่ใช้คำว่า “ผู้ใด...ทำต่อผู้อื่น” ซึ่งหมายถึงการกระทำทางกายภาพซึ่งไม่จำต้องผูกพันกับเจตนา

ขณะที่มูลหนี้จากละเมิดมิได้มีตรงนี้แต่ประการใด คำที่ใช้ในตัวบทก็บ่งบอกชัดเจนถึงเจตนาที่จะแยกออกจากกันให้ชัดและมองเห็นได้ว่าเป็นความแยบยลของผู้ร่างบทบัญญัติมาตรา 149 โดยการกล่าวถึงนิติกรรมอันเป็นพื้นฐานของสัญญาเพราะสัญญาเกิดจากนิติกรรมตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ให้มีความแตกต่างจากมาตรา 420 โดยแท้จริง เนื่องจากว่ามาตรา 149 ใช้ว่า "..การใด ๆ[22].." สื่อให้เห็นถึงความคิดคำนึงด้วยเจตนาอันจะเรียกได้ว่าเป็นแบบเป็นแผนขึ้นในสมองไม่ว่าจะโดยรู้ตัวว่าสมองของตนได้วิเคราะห์วางแผนขึ้นโดยอัตโนมัติหรือไม่ก็ตาม เป็นการแสดงเจตนาโดยการพูด เขียนหรือแสดงอากัปกิริยาอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมุ่งผูกนิติสัมพันธ์เพื่อประสงค์ต่อผลโดยชอบตามกฎหมายในทางที่ต้องการให้เกิด ขณะที่มาตรา 420 ใช้ว่า "ผู้ใด..ทำต่อผู้อื่น.." สื่อให้เห็นถึงเป็นการกระทำที่อาจจะเกิดขึ้นได้อย่างฉับพลันทันใดเฉพาะหน้ามากกว่าที่มีการวางแผนการกระทำไว้แล้ว แม้คำว่า "จงใจ" ในตัวบทจะสื่อให้เห็นได้ว่าอาจมีการวางแนวกำหนดขึ้นในใจมาก่อนก็ตามแต่ก็หาได้มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์จากผลที่เกิดขึ้นนั้นไม่เพราะคำว่าจงใจหมายความว่าการรู้สำนึกถึงผลเสียหายอันเกิดจากการกระทำของตน แต่มิได้เล็งเห็นผลหรือประสงค์ต่อผลเหมือนกับเจตนา นอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่องสิทธิเด็ดขาดซึ่งควรจะมีหน้าที่เคารพสิทธิเด็ดขาดนั้นต่อบุคคลทั่วไปมิใช่เฉพาะคู่กรณีรวมทั้งประเด็นคำว่า "...ทำโดยผิดกฎหมาย..." ซึ่งลำพังเฉพาะการเพิกถอนคำเสนอหรือยกเลิกการเจรจาเข้าข่ายเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายแล้วหรือไม่

ความรับผิดก่อนสัญญากรณีเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาที่ยังไม่เกิดสัญญาตามมาตรา 366 วรรคสอง เป็นความรับผิดที่มีเจตนามุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลโดยใจสมัครซึ่งเป็นการกระทำที่อาจต่อเนื่องมาจากการที่มีนิติกรรมเป็นพื้นฐานแล้วจะให้มารับผิดตามกฎหมายละเมิดน่าจะขัดกับเจตนารมย์ของกฎหมายหรือไม่ เป็นเรื่องที่ควรจะต้องพิจารณาโดยละเอียดถี่ถ้วนต่อไปกล่าวคือไม่ควรนำกฎหมายเกี่ยวกับละเมิดมาปรับใช้บังคับแก่คู่กรณีเนื่องจากเป็นการเริ่มต้นด้วยนิติสัมพันธ์เพราะมีเจตนาเป็นเครื่องนำพาแต่ครั้นจะให้รับผิดกลายเป็นเรื่องละเมิดซึ่งมิได้มีเจตนาเป็นเครื่องนำพาต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ประหนึ่งว่าต้นเป็นกุหลาบแต่ออกดอกเป็นกระดังงา เมื่อเริ่มต้นด้วยนิติกรรมซึ่งมีเจตนาเป็นตัวก่อก็ควรที่จะรับผิดด้วยบทกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมซึ่งเป็นเรื่องที่มีเจตนาเป็นเครื่องยึดโยงดุจเดียวกัน มีประเด็นน่าสังเกตกรณีการเพิกถอนคำเสนอหรือยกเลิกการเจรจาที่ไม่เกิดสัญญาตามมาตรา 366 วรรคสอง กับการยกเลิกเจรจาที่ไม่ก่อให้เกิดสัญญาตามมาตรา 366 วรรคแรก กรณีตามมาตรา 366 วรรคสอง ไม่มีการเจรจาที่เป็นการทำคำเสนอหรือทำคำสนองซับซ้อนหลายข้อ การเจรจาที่มีการทำคำเสนอคำสนองดำเนินไปถึง

---

[22] ไชยยศ เหมะรัชตะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, หน้า 28. มีข้อน่าสังเกตว่ามาตรา 150 ถึงมาตรา 153 ใช้คำว่า "...การใด..." แต่มาตรา 154, มาตรา 157, มาตรา 159, มาตรา 164, มาตรา 168, มาตรา 169, มาตรา 170 ใช้คำว่า "การแสดงเจตนา..."

ระดับใกล้จะเกิดเป็นสัญญาเพียงแต่สัญญาไม่เกิดเพราะยังไม่ทำเป็นหนังสือ แต่คำเสนอคำสนองที่ได้กระทำต่อกันนั้นได้ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางหนี้เป็นนิติกรรมขึ้นแล้ว ส่วนกรณีตามมาตรา 366 วรรคแรก มีการเจรจาที่เป็นการทำคำเสนอหรือทำคำสนองซับซ้อนหลายข้อ การเจรจาที่มีการทำคำเสนอคำสนองดำเนินไปถึงระดับใกล้จะเกิดเป็นสัญญาเพียงแต่สัญญาไม่เกิดเพราะยังไม่ได้ตกลงกันในสาระสำคัญหมดทุกข้อกฎหมายบังคับไว้แม้จะได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็หาผูกพันกันทางสัญญาไม่ แต่คำเสนอคำสนองที่ได้กระทำต่อกันนั้นได้ก่อให้เกิดเป็นนิติกรรมขึ้นแล้วเช่นเดียวกัน

นอกจากนั้น ควรน่าที่จะมีการพิจารณารายละเอียดต่อไปอีกว่าการยกเลิกเจรจาโดยหากลักษณะการเจรจาเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาอันจะนำไปสู่ประโยชน์สุดท้ายที่ทุกฝ่ายจะได้รับเป็นรูปแบบคำเสนอคำสนองเพียงข้อเดียวไม่ซับซ้อนก็สามารถปรับเข้ากับหนี้ที่เกิดจากคำเสนอคำสนองได้ แต่ถ้าเป็นการเจรจาตกลงกันที่เป็นสาระสำคัญหลายข้อหลายประเด็นดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นยังสามารถปรับให้เข้าเป็นการเฉพาะแต่ละกรณีเพื่อให้สอดคล้องกับแต่ละเหตุการณ์ได้เช่นกัน ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ตัวอย่างเช่น ข้อที่เป็นสาระสำคัญจะต้องตกลงกันมีอยู่หลายข้อ การเจรจาสามารถตกลงกันได้บางข้อแล้วแต่ยังไม่ครบทุกข้อและฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ตระเตรียมการแล้วอีกฝ่ายยกเลิก หากข้อที่ยังมิได้ตกลงกันนั้นมิได้ปฏิบัติเป็นประการอื่นแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายสันนิษฐานเจตนาของทั้งสองฝ่ายไว้อาจถือได้ว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เช่น ยังมิได้ตกลงเรื่องค่าขนส่งทรัพย์สินที่จะซื้อขายไปยังที่อื่น มาตรา 464 กำหนดให้ผู้ซื้อพึงออกใช้หรือกรณีข้อสัญญาที่มิได้ตกลงกันเอาไว้นั้นเป็นข้อสาระสำคัญอันเป็นลักษณะประจำของสัญญาจะขาดเสียมิได้แต่คู่กรณีก็ได้ปฏิบัติตามข้อที่ตกลงกันไปแล้วก็ต้องถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว เช่น ยังมิได้ตกลงเรื่องค่าจ้างว่าความอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของแต่ผู้รับจ้างได้เข้าว่าความให้ตามที่ตกลงกันไว้แล้วศาลมีอำนาจกำหนดค่าจ้างให้ได้ตามจำนวนที่เห็นสมควรโดยคาดว่าคู่กรณีคงจะตกลงกันโดยสุจริตและตามประเพณี ดังนี้เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเพื่อหาหลักทั่วไปให้สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี พิจารณาแล้วจะได้ว่าคำเสนอเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ส่วนการเจรจา[23]เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายที่มีลักษณะเชิงแลกเปลี่ยนโดยอาจจะมีการต่อรองตกลงกัน เพื่อให้เกิดมโนภาพเข้าใจง่ายขึ้นคำเสนอเปรียบได้กับการแสดงเจตนาขาออก

---

[23] "การเจรจา" ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะหมายความถึงเฉพาะการเจรจาในการทำสัญญาซึ่งจะเป็นข้อตกลงให้บรรลุวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญาอันเป็นประโยชน์สุดท้ายที่คู่กรณีจะได้รับหากมีสัญญาเกิดขึ้น ไม่ว่าการเจรจานั้นจะมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาเพื่อทำคำเสนอและคำสนองให้ถูกต้องตรงกันในความที่จะตกลงอันเป็นสาระสำคัญเพียงข้อเดียวหรือความที่จะตกลงอันเป็นข้อความใด ๆ แห่งสัญญาที่คู่กรณีแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อ มิฉะนั้นจะถือมิได้ว่ามีสัญญาต่อกัน

หรือขาไปดุจดั่งรถไฟวิ่งออกจากสถานี การเจรจาก็เสมือนว่าเลยจุดของการแสดงเจตนาเริ่มต้นไปแล้วประหนึ่งว่ามีการแสดงเจตนาเป็นขากลับจากอีกฝ่ายเข้ามาหาผู้แสดงเจตนาออกไปซึ่งเป็นจุดแรกเริ่มต้นประดุจรถไฟวิ่งกลับเข้าหาสถานี เมื่อเปรียบเทียบให้มองเห็นภาพดังนี้การเจรจาจึงอาจเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายที่มีลักษณะเป็นการทาบทามเชิญชวนกับการทาบทามเชิญชวนด้วยกัน การทาบทามเชิญชวนกับคำเสนอ คำเสนอกับคำเสนอ คำเสนอกับคำมั่น คำมั่นกับคำมั่น คำเสนอกับคำสนอง คำมั่นกับคำสนองมาถึงกันซึ่งจะมีประเด็นหลักที่เป็นสาระสำคัญเพียงประเด็นเดียวหรือหลายประเด็น ในการเจรจาที่มีประเด็นอันเป็นสาระสำคัญหลายประเด็นแต่ละฝ่ายจึงอาจเป็นได้ทั้งผู้เสนอและผู้สนองขึ้นอยู่กับรูปแบบลักษณะการเจรจา

การเจรจานั้นอาจยังไม่ถึงขั้นเป็นนิติกรรม ได้แก่ กรณีการทาบทามเชิญชวนกับการทาบทามเชิญชวนด้วยกัน

หรืออาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ได้แก่ การทาบทามเชิญชวนกับคำเสนอ คำเสนอกับคำเสนอ คำเสนอกับคำมั่น คำมั่นกับคำมั่น

จนกระทั่งเกิดเป็นนิติกรรมสองฝ่าย ได้แก่ คำเสนอกับคำสนอง คำมั่นกับคำสนอง แต่จะก่อให้เกิดเป็นสัญญาตามมาหรือไม่ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญาและจะสมบูรณ์มีผลตามกฎหมายเพียงใดย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 4 นิติกรรม

ฉะนั้น เมื่อพิจารณามาตรา 366 วรรคหนึ่ง ซึ่งอยู่ในบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา มาตรานี้จึงเป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายว่าสัญญายังไม่เกิดตราบเท่าที่ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้นคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้อและท้ายบทบัญญัติมาตรา 366 วรรคหนึ่งนี้ยังบัญญัติไว้ด้วยว่าถึงแม้จะได้จดลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่ ข้อความประโยคดังกล่าวจึงน่าจะหมายถึงความผูกพันทางสัญญาเพราะมาตรานี้อยู่ในลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญามิได้หมายถึงผลผูกพันจากนิติกรรมตามบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 4 นิติกรรมซึ่งกินความกว้างกว่าเรื่องสัญญาอยู่มาก ดังนั้น หากพิจารณาถึงผลแห่งนิติกรรมแล้วการเจรจาเป็นเรื่องที่ทุกฝ่ายต่างแสดงเจตนาออกมา ความผูกพันจึงขึ้นอยู่กับระดับของการแสดงเจตนาว่ามีความชัดเจนแน่นอนหนักแน่นมั่นคงจริงจังเพียงใด เป็นคำร้องขอให้อีกฝ่ายเข้ามาผูกนิติสัมพันธ์กับตนหรือไม่ ถ้าระดับการแสดงเจตนาเป็นเพียงการทาบทามเชิญชวนก็ถือได้ว่ายังไม่ผูกพันหรือก่อให้เกิดนิติกรรม แต่ถ้าถึงระดับเป็นคำเสนอ คำมั่นหรือคำสนองฝ่ายที่แสดงเจตนาย่อมต้องผูกพันตามนั้นและถ้าการแสดงเจตนาที่มีผลผูกพันเป็นนิติกรรมเกิดสิทธิและหน้าที่ทางหนี้แล้วมีการเพิกถอนคำเสนอหรือการเจรจาจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่าย ความผูกพันโดยนิติกรรมฝ่ายเดียวอันก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางหนี้นี้ย่อมมีผลบังคับให้ต้องรับผิดตามหลักเกณฑ์บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป

เนื่องจากเป็นเรื่องผิดนัดไม่ชำระหนี้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการจนก่อให้เกิดความเสียหายอันเป็นความผิดของลูกหนี้ผู้เป็นฝ่ายแสดงเจตนานั้นโดยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิลักษณะหน้าที่ทางหนี้

เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะนิติกรรมมีลักษณะกว้างเพียงการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียวซึ่งมุ่งต่อผลทางกฎหมายที่บัญญัติบังคับรับรองคุ้มครองให้ก็อาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้แล้ว แต่กรณีสัญญาเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่ตกลงยินยอมกันเสมอไป ดังนั้นนิติกรรมจึงมีลักษณะกินความกว้างกว่าสัญญามากเพราะนิติกรรมเป็นเรื่องกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนาของบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายโดยมุ่งต่อผลทางกฎหมายตามที่ตนประสงค์ให้เกิดขึ้น[24]กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือลำพังการแสดงเจตนาก็อาจมีผลตามกฎหมายแล้ว แต่สัญญาอาจต้องมีการเจรจาต่อรองตกลงกันในขั้นตอนการแสดงเจตนานั้นประกอบด้วย[25]ซึ่งไม่มีในนิติกรรมฝ่ายเดียว

2. ปัญหาเรื่องการชดใช้ค่าเสียหาย

ปัญหาเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายจะได้นำเสนอการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาว่าจะปรับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมการชดใช้ความเสียหายจากความรับผิดก่อนสัญญาอย่างไร

โดยทั่วไปแล้วการเพิกถอนคำเสนอและการยกเลิกเจรจาตามกฎหมายอังกฤษไม่ได้ก่อให้เกิดความรับผิดที่จะเรียกร้องค่าเสียหายต่อกันได้ ยกเว้นการเพิกถอนคำเสนอที่มีสิ่งตอบแทนหรือกรณีการยกเลิกหนังสือแสดงเจตจำนงที่กำหนดให้คู่กรณีอีกฝ่ายต้องตระเตรียมการทำงานตามข้อตกลงนั้นเมื่อได้ทำงานนั้นไปแล้วศาลอังกฤษยอมให้มีการเรียกค่าเสียหายสำหรับงานที่ได้กระทำไปแล้วได้โดยศาลอังกฤษมิได้คำนึงถึงความเสียหายนั้นจะเป็นผลโดยตรงหรือไม่แต่จะพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่อาจคาดเห็นได้หรือไม่เท่านั้น ถ้าปัจจัยอื่นนั้นอาจคาดเห็นได้ก็ยังคงต้องรับผิดอยู่เช่นเดิม[26]

ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส การยกเลิกการเจรจาในทันทีทันใดปราศจากเหตุผลอันสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเหตุการณ์ที่คู่กรณีอีกฝ่ายต้องเสียค่าใช้จ่ายอย่างมากในการตระเตรียมการทำสัญญาหรืออาจเกิดจากการกระทำใด ๆ เพื่อให้การเจรจาต้องใช้เวลาเนิ่นนานเกินสมควรโดยไม่มีความพยายามอย่างจริงจังที่จะให้เกิดสัญญานั้นขึ้น รวมถึงกรณีที่มีการเจรจากับบุคคลหลายฝ่าย

---

[24] อักขราทร จุรารัตน. (2542). ***กฎหมายแพ่ง 1 หน่วยที่ 12 สัญญา: หลักทั่วไป***. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง. ปรับปรุงครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 162 - 163

[25] บางสัญญาอาจไม่มีการเจรจาต่อรองตกลงกันอีกทั้งเป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายดังกรณีเดินผ่านร้านหนังสือพิมพ์แล้วตรงเข้าไปจ่ายเงินแล้วหยิบหนังสือพิมพ์ไป ดังนี้ เป็นสัญญาซื้อขายหนังสือพิมพ์ เป็นต้น

[26] โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 1 การเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาตามกฎหมายอังกฤษ หน้า 67 – 71.

ซึ่งแม้จะเป็นปกติธรรมดาในทางธุรกิจ แต่ความผิดเกิดขึ้นเนื่องจากการปกปิดข้อความจริงทำให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนเองเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่เป็นคู่เจรจา ค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เพื่อเยียวยาความเสียหาย กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นค่าเสียหายจากการทำละเมิดโดยการเพิกถอนการแสดงเจตนาซึ่งเกี่ยวข้องกับค่าเสียเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเจรจารวมตลอดถึงการตระเตรียมการใด ๆ ที่ได้กระทำขึ้นเพื่อการทำสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรที่คาดหมายว่าจะได้หากเกิดสัญญาขึ้นซึ่งศาลจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความก้าวหน้าของขั้นตอนการเจรจาว่าได้ดำเนินการไปถึงขั้นตอนใดเมื่อมีการยกเลิกการเจรจานั้น นอกจากจะก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดแล้วยังอาจมีความรับผิดในทางหนี้เกิดขึ้นอีกในกรณีที่การเจรจาได้ก้าวหน้ามาถึงขั้นที่มีการทำหนังสือแสดงเจตจำนงกำหนดรายละเอียดของวันเวลาอันแน่นอนที่จะก่อให้เกิดสัญญาอย่างชัดแจ้ง เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการทำหนังสือดังกล่าวก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องตกลงเจรจาทำสัญญาให้ถูกต้องหรือมีหน้าที่จะต้องทำสัญญาต่อไปโดยสุจริตอันเป็นหน้าที่ตามสัญญามิใช่ละเมิดซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องชดใช้ความเสียหายทุกชนิดที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้โดยความเสียหายนั้นต้องไม่ไกลต่อเหตุและเป็นผลโดยตรง ถ้าความเสียหายมิได้เกิดจากการจงใจก็จะต้องเป็นความเสียหายที่คาดเห็นได้[27]

ตามกฎหมายเยอรมัน[28] การเรียกร้องค่าเสียหายโดยอาศัยหลักความรับผิดก่อนสัญญาก็คือการเรียกร้องค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่คาดหมายว่าจะได้จากสัญญาที่มีทั้งส่วนของกำไรและส่วนของการขาดทุนซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนหนึ่งว่าการเจรจาใด ๆ ไม่ได้เกิดขึ้นเลย รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการเจรจา ค่าเสียเวลา ค่าสูญเสียและค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เกิดขึ้นตามสมควรจากการเชื่อมั่นว่าจะเกิดสัญญาขึ้น ยกเว้นค่าเสียหายที่เกิดจากการขาดกำไรที่คาดว่าจะได้ซึ่งศาลเยอรมันไม่อนุญาตให้เรียกได้ กฎหมายเยอรมันถือว่าความเสียหายไม่ว่าจะเป็นกรณีผิดสัญญาหรือละเมิดจะต้องเกิดจากเหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นตามทฤษฎีเหตุเหมาะสม แต่เนื่องจากทฤษฎีนี้ไม่ยอมรับหลักการคาดเห็นและไม่สามารถคุ้มครองลูกหนี้ได้เพียงพอจึงมีการพัฒนาทฤษฎีความมุ่งหมายของสัญญาขึ้นมาใหม่โดยถือความมุ่งหมายของสัญญาเป็นหลักในการวินิจฉัยความรับผิดของลูกหนี้ ทำให้หลักวินิจฉัยความรับ

---

[27] โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 2 การเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาตามกฎหมายฝรั่งเศส หน้า 71 – 77.

[28] จำปี โสตถิพันธุ์. อ้างแล้ว, หน้า 75 – 87.

ผิดของลูกหนี้ใกล้เคียงกับหลักการคาดเห็น ศาลมีการวินิจฉัยหลายคดีว่าขอบเขตความรับผิดของจำเลยขึ้นอยู่กับเจตนาความมุ่งหมายซึ่งเป็นที่รับรู้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง[29]

สำหรับการจะก่อให้เกิดความรับผิดมีสิทธิเรียกร้องต่อกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะเรียกร้องได้แค่ไหนเพียงใดและเรียกร้องได้ทุกกรณีหรือไม่ แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับกรณีที่ต้องมีค่าสินไหมทดแทน เช่น ความรับผิดตามสัญญาหรือจากการละเมิดนั้นส่วนใหญ่[30]ตัดสินให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่เกินความเสียหายจริงและต้องพิสูจน์ให้เป็นที่ประจักษ์ในมูลค่าความเสียหายด้วยกล่าวคือต้องเป็นความเสียหายจริงมิใช่เป็นเพียงการคาดคะเนสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ศาลจึงจะพิจารณากำหนดให้ไม่เกินนั้น[31]และคำพิพากษาเกี่ยวกับค่าเสียหายกรณีการประกวดราคาซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของคำเสนอและการเจรจานั้นส่วนใหญ่มีลักษณะการริบเงินประกันดังตัวอย่างคำพิพากษาต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 80/2526 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่ผู้ประมูลครั้งแรกไม่มาทำสัญญากับกรมสรรพสามิต กรมสรรพสามิตมีสิทธิริบเงินประกันซองตามข้อตกลงในการประมูล เงินประกันซองดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 379 หากกรมสรรพสามิตพิสูจน์ได้ว่าได้รับค่าเสียหายมากกว่าเงินประกันซองก็มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายส่วนที่เกินเงินประกันซองประมูลราคาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 380 วรรคสอง

แต่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายในส่วนที่ผู้ประมูลได้ครั้งหลังเสนอค่าผลประโยชน์ที่ต่ำกว่าเงินค่าผลประโยชน์ที่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกเสนอ เพราะไม่ปรากฏในใบแจ้งความกรมสรรพสามิตและไม่มีการทำสัญญาระหว่างผู้ประมูลได้ครั้งแรกกับกรมสรรพสามิตด้วย

คำพิพากษาฎีกานี้เป็นการวินิจฉัยในประเด็นเรื่องค่าเสียหายอันเกิดจากการยกเลิกการเจรจาโดยผู้ประมูลในครั้งแรกไม่มาทำสัญญาเป็นหนังสือกับกรมสรรพสามิตจึงยังไม่เกิดสัญญาขึ้นกรมสรรพสามิตจึงเรียกค่าเสียหายจากการทำผิดสัญญาไม่ได้เพราะสัญญายังไม่เกิด แต่การที่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกไม่มาทำสัญญาเป็นหนังสือทำให้กรมสรรพสามิตต้องเปิดประมูลใหม่อีกครั้งทำให้ได้รับ

---

[29] โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 3 การเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาตามกฎหมายเยอรมัน หน้า 77 – 81.

[30] โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิด หน้า 43 – 50.

[31] การตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหายเกินจริงนั้นเป็นการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive or Exemplary Damages) พบมากในระบบคอมมอนลอว์ศาลไทยยังไม่นิยมนำแนวคิดนี้มาใช้ ปัจจุบันประเทศไทยได้นำเอาหลักค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545, พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เป็นต้น

ค่าเสียหายเนื่องจากต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นในการเปิดประมูลครั้งหลังซึ่งเป็นค่าเสียหายที่มีลักษณะเป็น Reliance Interest เช่นเดียวกับค่าเสียหายตามหลักความรับผิดก่อนสัญญาที่ศาลเยอรมันอนุญาตให้เรียกได้ แต่ผลประโยชน์ที่เป็นส่วนต่างระหว่างการประมูลครั้งแรกกับครั้งหลังมีลักษณะเป็นการขาดกำไรที่คาดว่าจะได้ (Loss of Profit) ซึ่งศาลไทยและศาลเยอรมันไม่อนุญาตให้เรียกได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 21/2526 คดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเกี่ยวกับค่าเสียหายอันเกิดจากการที่ผู้ชนะการประมูลไม่มาทำสัญญา เอาไว้ในทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาฎีกาข้างต้น รวมทั้งยังมีประเด็นของการนำเอกสารปลอมมาใช้ในการประมูลหรือในการเจรจาต่อรองทำให้ขั้นตอนการทำสัญญาต้องยุติลงอันมีลักษณะจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งควรจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ด้วย

ดังที่ได้นำเสนอมาก่อนนี้แล้วว่าขั้นตอนการประกวดราคากว่าจะสำเร็จจนถึงขั้นได้ลงนามในหนังสือสัญญามีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เกิดขึ้นมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าเสียหายจากการตระเตรียมการฝ่ายเอกชนผู้เสนอราคามักเสียค่าใช้จ่ายในการเตรียมการในส่วนนี้สูงมากและมักเป็นฝ่ายเสียเปรียบ เมื่อพิจารณาในลักษณะการก่อให้เกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา เพราะเอกชนเป็นฝ่ายผู้ทำคำเสนอจึงไม่ผูกพันฝ่ายรัฐผู้รับคำเสนอที่มีสิทธิเลือกว่าจะยินดีสนองรับคำเสนอนั้นหรือไม่ซึ่งก็ตามแต่ใจสมัคร ฝ่ายรัฐผู้รับคำเสนอมีสิทธิที่เลือกทำคำสนองหรือไม่ก็ได้ หากไม่ทำคำสนองก็ถือว่าเป็นการบอกปัดคำเสนอนั้นสัญญาย่อมไม่เกิดขึ้นจึงไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ระหว่างคู่กรณีเกิดขึ้นไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้[32] โดยหากพิจารณาตามลักษณะความรับผิดก่อนสัญญา ผู้ที่เพิกถอนคำเสนอรวมถึงผู้ที่ยกเลิกการเจรจาต่อรองโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมก็น่าจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปจากการตระเตรียมการเพื่อให้เกิดความพร้อมที่จะทำสัญญาซึ่งเป็นความเสียหายที่มีลักษณะที่เรียกว่า Negative Interest รวมทั้งรับผิดชอบต่อความเสียหายในส่วนที่เป็นค่าขาดทุนและขาดกำไรที่มีลักษณะที่เรียกว่า Positive Interest ทั้งสองลักษณะรวมกันมิใช่พิจารณาให้มีการรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายเฉพาะในส่วนที่เป็นลักษณะของการขาดทุนขาดกำไร ตรงกันข้ามภาครัฐเมื่อเป็นฝ่ายสนองรับคำเสนอแล้วยกเลิกก็ควรที่จะต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะในชีวิตจริงบนวงจรธุรกิจต่างต้องการผลกำไรจากการประกอบการ หากเป็นอาชีพและการกระทำที่สุจริตก็เป็นสิทธิที่ฝ่ายเอกชนสมควรจะได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างครอบคลุมและยุติธรรม การใช้บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามลักษณะคำเสนอคำสนองและการก่อให้เกิดสัญญาเพียงอย่างเดียวย่อมไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมกับสังคมได้เพราะผู้ที่เกิดความเสียหายมิได้รับการเยียวยาชดใช้ค่าเสียหาย

---

[32] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2802/2523, 2811/2529.

ตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตามถือเป็นแนวโน้มไปในทางที่ดีเนื่องจากมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกามีคำวินิจฉัยโดยนำหลักเกณฑ์ความรับผิดจากการไม่ชำระหนี้มาปรับใช้ในกรณีความรับผิดก่อนมีสัญญาหลักเกิดขึ้นหรือยังไม่มีความผูกพันตามสัญญาต่อกันดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีการที่ 80/2526 ที่มีคำวินิจฉัยว่าหากกรมสรรพสามิตผู้เสียหายจากการที่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกไม่มาทำสัญญาสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความเสียหายมากกว่าเงินประกันซองที่ริบก็สามารถเรียกร้องได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 380 วรรคสอง รวมทั้งในกรณีคำพิพากศาลฎีกาที่ 21/2526 ซึ่งถือว่าเป็นนิมิตรหมายที่ดีที่ศาลมองเห็นปัญหาที่เกิดขึ้นในประเด็นกรณีความรับผิดทางสัญญาและหาทางเยียวยา

จากแนวคำพิพากษาดังที่ยกมาเป็นตัวอย่างทำให้ทราบว่าพอที่จะเรียกร้องความเสียหายต่อกันได้แม้จะไม่ได้ทุกกรณีทุกความเสียหาย แต่การจะบังคับให้มีการลงนามหนังสือสัญญานั้นไม่อาจทำได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ ถึงแม้ว่าคำพิพากษาที่ยกตัวอย่างข้างต้นจะไม่ครอบคลุมกรณีที่ฝ่ายรัฐมีคำสนองแล้วยกเลิกการเจรจาต่อรองผู้เสียหายที่เป็นผู้เสนอมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้แต่ก็แสดงให้เห็นว่าศาลได้ปรับใช้ความรับผิดก่อนสัญญาโดยวินิจฉัยว่ามีความสัมพันธ์เริ่มต้นจากสัญญาประกวดราคา[33] แต่จะบังคับให้ลงนามในสัญญาไม่ได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ ทั้งที่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรืออาจจะเรียกได้ว่าประโยชน์สุดท้ายที่ต้องการจะได้จากสัญญาที่เกิดก่อนสัญญาหลัก ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยการมีของสัญญาก่อนสัญญาหลักที่เรียกว่าสัญญาประกวดราคาแล้ว ประโยชน์สุดท้ายที่ทุกฝ่ายควรจะได้รับซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาประกวดราคาก็คือการเกิดสัญญาซื้อหรือจ้างทำของระหว่างคู่กรณีขึ้น

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลมีคำวินิจฉัยกรณีการประกวดราคาถือว่าเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักที่ประสงค์จะให้ผูกพันระหว่างคู่กรณีภายหลังสัญญาประกวดราคา เพราะหากพิจารณาจากลักษณะการเกิดสัญญาแล้วย่อมถือว่าสัญญาหลักยังมิได้เกิดขึ้นตามมาตรา 366 วรรคสอง นั่นย่อมมีนัยแสดงถึงว่าศาลยอมรับรู้ถึงการเยียวยาความเสียหายโดยการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้กับกรณีความรับผิดที่มิได้เกิดขึ้นตามสัญญาหรือเป็นความรับผิดก่อนสัญญานั่นเอง

ค่าใช้จ่ายของเอกชนผู้ทำคำเสนอเริ่มต้นตั้งแต่ค่าใช้จ่ายในการเดินทางมาติดต่อขอรับเอกสารหรือซื้อซองเอกสารประกวดราคา การเดินทางมาฟังการประชุมชี้แจง การเดินทางมาดูสถานที่ก่อสร้าง การเดินทางไปยื่นซองประมูล การเดินทางไปชี้แจงรายละเอียดเอกสารต่อคณะกรรมการเปิดหรือพิจารณาผลการประกวดราคาหรือการตกลงต่อรองราคา การจ้างที่ปรึกษาประเมินความคุ้มค่าหรือผลต่างระหว่างการลงทุนและผลตอบแทนที่อาจจะก่อให้เกิดกำไรหรือขาดทุนจากโครงการที่จะเข้าร่วมประมูล ค่าใช้จ่ายในการวางแผนเข้าร่วมประมูล ค่าใช้จ่ายในการ

---

[33] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2533.

ปรึกษาปัญหาข้อกฎหมาย เป็นต้น ดังนี้เป็นค่าใช้จ่ายในการตระเตรียมการที่เรียกว่า Positive Interest ค่าเสียหายอีกลักษณะหนึ่งคือเมื่อชนะการประกวดราคาแล้วฝ่ายเอกชนจำต้องจัดเตรียมจัดหาวัสดุก่อสร้างมาดำเนินการแต่แล้วฝ่ายรัฐผู้ประกาศเชิญชวนกลับยกเลิกเพิกถอนการเจรจาไม่ยอมลงนามในหนังสือสัญญาย่อมทำให้ขาดทุนจากค่าวัสดุอุปกรณ์ที่จัดหามาในการก่อสร้างตามงานที่ประมูลได้นั้นรวมค่ากำไรที่ควรได้หากได้ดำเนินการก่อสร้างในงานที่ประมูลได้นั้น ค่าเสียหายในส่วนนี้เป็นค่าเสียหายในลักษณะที่เรียกว่า Negative Interest ยังไม่ปรากฏคำวินิจของศาลให้มีการชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้อย่างชัดเจน

ฝ่ายรัฐผู้ทำคำสนองเองก็มีค่าใช้จ่ายในการเตรียมการประมูลเช่นเดียวกันเริ่มตั้งแต่ค่าใช้จ่ายในการเตรียมเอกสารประกวดราคา เช่น ค่าใช้จ่ายในการทำประกาศประกวดราคา ค่าใช้จ่ายประชาสัมพันธ์การประกาศประกวดราคา ค่าจัดทำเอกสารรายละเอียดให้ผู้เสนอราคาใช้ยื่นประมูล เช่น ใบเสนอราคา ใบประมาณงาน พิมพ์เขียว เป็นต้น เป็นค่าใช้จ่ายในส่วนที่มีลักษณะที่เรียกว่า Positive Interest เช่นเดียวกันและเมื่อได้ผู้ชนะการประมูลแล้วจำต้องมีการเตรียมพื้นที่เพื่อส่งมอบให้แก่ผู้ชนะการประมูลเพื่อทำการก่อสร้างตามสัญญาจ้างที่จะเกิดขึ้นจนต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดเตรียมพื้นที่สำหรับส่งมอบแต่หลังจากที่ได้ผู้ชนะการประกวดราคาแล้วฝ่ายเอกชนผู้เสนอราคาหรือผู้ทำคำเสนอไม่ยอมลงนามในหนังสือสัญญาถือเป็นการเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาต่อรอง หากฝ่ายรัฐผู้รับคำเสนอของฝ่ายเอกชนทำคำสนองตามหลักทั่วไปแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้นแต่กรณีตามประกาศเชิญชวนให้เสนอราคากำหนดไว้ให้ทั้งสองฝ่ายทำสัญญาขึ้นเป็นหนังสือสัญญาซื้อหรือจ้างตามประกาศประกวดราคาถือว่ายังมิได้มีสัญญาเกิดขึ้นตามมาตรา 366 วรรคสอง[34] จึงเป็นความเสียหายที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องรับผิดชอบชดใช้และถือเป็นความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งค่าเสียหายส่วนนี้มีลักษณะที่เรียกว่า Negative Interest เช่นเดียวกับกรณีของฝ่ายเอกชน

เมื่อผู้ทำคำเสนอที่ชนะการประกวดราคาเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาต่อรองไม่ยอมลงนามในหนังสือสัญญา ฝ่ายรัฐต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดประกวดราคาครั้งใหม่ที่มีลักษณะที่เรียกว่า Reliance Interest และหากการประกวดราคาครั้งหลังนี้ทำให้ต้องจ่ายค่าซื้อหรือจ้างทำของแพงขึ้นกว่าเดิมหากเทียบกับการประกอบการของเอกชนแล้วถือว่าทำให้เกิดสภาพที่เรียกว่าขาดทุนหรือต้องสูญเสียประโยชน์ที่ควรได้รับเพิ่มขึ้นเช่นการประมูลเช่าสัมปทานครั้งใหม่ทำให้ได้รับค่าเช่าสัมปทานถูกลงกว่าเดิมเป็นการขาดกำไรที่ควรจะได้หากไม่มีการเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาต่อรอง เป็นค่าเสียหายที่มีลักษณะเป็นกำไรที่คาดว่าจะได้ (Loss of Profit) โดยปกติศาลไทยและศาลเยอรมันไม่อนุญาตให้เรียกได้ แต่ก็มีบางกรณีเฉพาะที่ได้ระบุไว้ชัดเจนในประกาศประกวดราคาศาลจึงจะวินิจฉัยให้ชดใช้ค่าเสียหายส่วนนี้ตามคำขอเพราะถือเป็นการผิดข้อตกลงตามสัญญา

---

[34] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1318/2529.

ก่อนสัญญาหลักที่เรียกว่าสัญญาประกวดราคา[35] แต่หากมิได้ระบุไว้ให้ชัดเจนในประกาศประกวดราคาศาลจะไม่รับวินิจฉัยค่าเสียหายส่วนนี้ให้[36] เพราะถือเป็นความรับผิดตามสัญญาซื้อหรือจ้างที่ไม่สามารถเรียกร้องกันได้เนื่องจากยังไม่มีสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นซึ่งถือเป็นประโยชน์สุดท้ายของสัญญาประกวดราคาที่เป็นไปเพื่อให้สัญญาหลักเกิดขึ้น

นอกจากนั้นความได้เปรียบของฝ่ายภาครัฐเหนือกว่าฝ่ายเอกชนก็คือเมื่อฝ่ายเอกชนผู้ทำคำเสนอเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาต่อรอง ฝ่ายรัฐผู้รับคำเสนอมีสิทธิริบเงินค่าประกันซอง[37] และเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายรัฐที่สามารถลงโทษให้เป็นผู้ทิ้งงานได้

การริบเงินประกันซองกรณีเพิกถอนคำเสนอตามข้อตกลงในประกาศประกวดราคาเชิญชวนให้เข้าร่วมประมูลเป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าจึงน่าจะเรียกได้ว่าเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม กรณีการประกวดราคานั้น ศาลวินิจฉัย[38]ให้ริบเบี้ยปรับซึ่งพิจารณาโดยเนื้อแท้ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอย่างแท้จริง เพราะเบี้ยปรับนั้นคู่สัญญาอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าโดยไม่จำต้องคำนึงถึงความเสียหายอันแท้จริงและไม่จำต้องเป็นเงินเสมอไปดังเช่นค่าสินไหมทดแทน อีกทั้ง เบี้ยปรับต้องกำหนดไว้ในสัญญาแต่ค่าสินไหมทดแทนไม่จำต้องกำหนดไว้และโดยปกติต้องนำสืบให้เป็นที่ประจักษ์แก่ศาล

ดังที่ได้กล่าวถึงมาก่อนนี้แล้ว ความเสียหายลักษณะ Negative Interest เป็นความเสียหายที่มิได้เกิดขึ้นตามปกติ โดยเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากการตระเตรียม อย่างเช่น การวางแผน การจ้างที่ปรึกษาประเมินโครงการหรือที่ปรึกษาทางกฎหมาย ค่าเดินทาง เป็นต้น เป็นความเสียหายที่เกิดจากความไว้เนื้อเชื่อใจคาดหวังว่าจะได้เข้าทำสัญญาจึงน่าจะเป็นความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษตามมาตรา 222 วรรคสอง การเพิกถอนคำเสนอย่อมต้องถือว่ามีหนี้แล้วแต่ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้อันมีวัตถุแห่งหนี้คือยกเว้นกระทำการถอนคำเสนอโดยผู้เสนอไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ความผูกพันของตน หนี้ดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความรับผิดจากการไม่ชำระหนี้ เช่นเดียวกับการยกเลิกการเจรจาที่ดำเนินการก้าวหน้าไปมากถึงระดับที่ใกล้จะมีสัญญาเกิดขึ้นกล่าวคือมีคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันแต่คู่กรณียังมิได้ลงนามหนังสือสัญญา สัญญาจึงยังไม่เกิดแต่เมื่อมีการยกเลิกการเจรจาไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเสนอหรือฝ่ายสนองก็ควรจะต้องรับผิดต่อความ

---

[35] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2520.

[36] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1825/2522, 931/2480.

[37] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1825/2522, 931/2480, 546/2517.

[38] คำพิพากษาฎีกาที่ 80/2526

เสียหายที่เกิดขึ้นต่ออีกฝ่ายดังเช่นกรณีของการประกวดราคาและเป็นหนี้จากคำเสนอคำสนองเมื่อไม่ชำระหนี้จนมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ต้องชดใช้ความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 222 และค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่มีลักษณะ Negative Interest ก็สามารถปรับเข้าได้กับมาตรา 222 เมื่อคู่กรณีบอกกล่าวถึงผลที่จะก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวตามมาจากการเพิกถอนคำเสนอหรือยกเลิกการเจรจาต่อรองไม่ว่าด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์แล้วก็กรณีก็น่าจะปรับได้กับมาตรา 222 วรรคสอง

ที่สุดแล้วอาจกล่าวได้ว่าขั้นตอนการเจรจาย่อมมีการต่อรองแลกเปลี่ยนระหว่างคู่กรณีและในกระบวนการเจรจาเพื่อเป็นการต่อรองแลกเปลี่ยนนั้นมีการแสดงเจตนาสื่อออกไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายและการแสดงเจตนาที่มุ่งโดยตรงเป็นคำขอให้อีกฝ่ายเข้ามาผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันมีรายละเอียดชัดเจน แน่นอน ไม่เคลือบคลุมเข้าลักษณะเป็นคำเสนอ ดังนี้ นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหน้าที่ความรับผิดชอบของฝ่ายผู้เสนอได้เกิดขึ้นแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงเจตนาที่สื่อออกมานั้นได้สร้างความเชื่อถือศรัทธาโดยคาดหวังว่าจะมีการยึดมั่นให้เป็นไปตามคำเสนอที่มีขึ้นดังกล่าว ฝ่ายผู้รับคำเสนอจึงได้ตระเตรียมการทำให้เสียค่าใช้จ่ายสำหรับจัดเตรียมเอกสาร จ้างที่ปรึกษา ค่าเดินทางและค่าที่พัก การสำรวจตรวจสอบเก็บรวบรวมวิเคราะห์ข้อมูลสำหรับประเมินวิจัยวางแผนหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เป็นต้น เมื่อมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นแล้วมีการเพิกถอนคำเสนอหรือยกเลิกการเจรจาจึงถือได้ว่าเป็นความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากผู้เสนอคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นก็ย่อมจะสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามบทบัญญัติมาตรา 222 วรรคสอง ถึงกระนั้น ข้อคิดเห็นดังกล่าวหากศาลเห็นด้วยและนำไปปรับประยุกต์ใช้ก็จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่กรณีและสังคมโดยรวม แต่หากศาลไม่เห็นด้วยและไม่นำไปปรับใช้บังคับก็จะไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น ดังนี้อาจมีการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ให้มีวรรคสองเพิ่มขึ้นโดยให้ถือว่าการเพิกถอนคำเสนอหรือการยกเลิกเจรจาอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีโดยฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นถือเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตต้องมีการชดใช้ตามควรแก่พฤติการณ์