

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทนี้จะได้กล่าวถึงบทสรุปซึ่งจะเป็นการนำเสนอเนื้อหาหน้าตั้งแต่บทที่ 1 ถึงบทที่ 4 โดยสังเขป เป็นการสรุปเนื้อหาสำคัญที่ได้จากการศึกษาและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

สิ่งที่ศึกษาและนำเสนอในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เพื่อทราบสภาพความสำคัญของปัญหากฎหมาย แนวคิดทฤษฎีหลักกฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา การผิดนัดการเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจา รวมทั้งศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายตลอดจนศึกษาแนวทางบัญญัติกฎหมายหรือแนวคิดใหม่ที่จะแก้ไขปรับปรุงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา การผิดนัดการเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจา เนื่องจากสภาพปัจจุบันบทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่มีการนำมาปรับใช้กับความรับผิดก่อนสัญญา การผิดนัดการเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจา อย่างเหมาะสม โดยมีขอบเขตคือการศึกษากฎหมายต่างประเทศระบบ Civil Law และระบบ Common Law เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดก่อนสัญญา การผิดนัดการเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจา

ในการศึกษาได้กำหนดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญากับการชดใช้ค่าเสียหาย สำหรับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาได้แยกเป็นปัญหาการผิดนัดการเพิกถอนคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยกำหนดประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่งคำเสนอเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดหน้าที่ทางหนี้หรือไม่ ประเด็นที่สองการบอกถอนคำเสนอก่อให้เกิดความรับผิดได้อย่างไร ประเด็นที่สามความรับผิดจากการถอนคำเสนอจะปรับใช้ได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะอื่น ประเด็นที่สี่การสงวนสิทธิถอนคำเสนอมีผลทางกฎหมายประการใดและปัญหาการยกเลิกการเจรจา ในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยกำหนดประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่งการยกเลิกการเจรจาในการทำสัญญาก่อให้เกิดความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากการยกเลิกการเจรจานั้นหรือไม่ อย่างไร ประเด็นที่สองการนำหลักกฎหมายละเมิดมาปรับใช้กับความเสียหายที่เกิดจากการยกเลิกการเจรจามีความเหมาะสมหรือไม่ ส่วนปัญหาเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายได้กำหนดประเด็นปัญหาว่าจะปรับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมการชดใช้ความเสียหายจากความรับผิดก่อนสัญญาอย่างไร

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาทำให้ทราบว่าสัญญาเป็นผลผลิตของสังคมมนุษย์ที่เจริญเพียงพอรดับหนึ่งผ่านการเปลี่ยนแปลงและมีวิวัฒนาการทางพาณิชย์กรรมของแต่ละสังคมมาตามลำดับผ่านยุคสมัยต่าง ๆ มาจนถึงปัจจุบัน จากยุคโรมันโดยไกอัส ปราชญ์ทางกฎหมายแห่งยุคสมัยได้กล่าวถึงหนี้ที่มีที่มาจาก Contract และ Delict<sup>1</sup> ดูเหมือนว่ากฎหมายในอดีตจะแตกต่างอย่างมากจากสมัยนี้ ยุคโรมันโบราณเจ้าหนี้มีอำนาจบังคับบุคคลที่ถูกผูกมัดหรือที่มีพันธะถึงกับสามารถบังคับกันได้ทางกายภาพโดยผู้ที่ถูกผูกมัดมีสภาพเสมือนทาสคนหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของหนี้ ต่อมาเกิดการแยกสถานะความเป็นลูกหนี้หรือผู้ถูกผูกมัดออกจากความเป็นทรัพย์สินไม่ให้มีการชดใช้กันด้วยชีวิตร่างกาย ความผูกมัดทางกายภาพเปลี่ยนแปลงเป็นความผูกพันให้อีกฝ่ายต้องโอนทรัพย์สินหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่ยังมีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญามิได้ใช้บังคับเป็นหลักทั่วไปและยังจำกัดสภาพบุคคลที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญา จำกัดรูปแบบพิธีที่วางหลักเกณฑ์ เงื่อนไข เวลาและวิธีการที่เคร่งครัดจึงจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย เจตนาที่มีความสำคัญน้อยกว่ารูปแบบพิธีการและสถานะของบุคคล หากไม่ทำตามแบบเจตนาที่ไม่มีผลและถ้าทำถูกต้องตามแบบแม้เจตนาที่แท้จริงกับพฤติกรรมที่แสดงออกไม่สอดคล้องสัมพันธ์กันก็มีผลทางกฎหมายเสมอ แบบพิธีจึงมีความศักดิ์สิทธิ์มากกว่าเจตนาหรือเนื้อหา โดยอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำตามแบบอย่างที่ต้องแสดงออกต่อกลุ่มสังคมให้นิติกรรมมีผลมากกว่าเป็นแบบพิธีเพื่อการพิสูจน์ กระทั่งสัญญามีการพัฒนามาสู่ยุคแห่งการยอมรับความเป็นปัจเจกบุคคลที่เสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่มีความสำคัญมากเป็นพิเศษ โดยเจตนาภายในกับเจตนาภายนอกที่แสดงออกต้องสอดคล้องตรงกัน การฉ้อฉล การข่มขู่และการสำคัญผิดข่มทำให้นิติกรรมไม่สมบูรณ์ หลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนามีอิทธิพลเพียงพอที่จะส่งผลต่อการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งในหลายประเทศมาจนทุกวันนี้ อย่างไรก็ตามดูเหมือนว่าสัญญามีลักษณะหลากหลายและมีลักษณะเฉพาะมากยิ่งขึ้น จากเดิมมีเพียงคู่สัญญาสองฝ่ายพัฒนามาเป็นมากกว่าสองฝ่ายหรือมีลักษณะเป็นกลุ่มผลประโยชน์ท่ามกลางความสัมพันธ์ที่สลับซับซ้อนยิ่งขึ้นของผู้คนในระบบเศรษฐกิจและสังคม การเจรจาก่อนทำสัญญามีบทบาทสำคัญบนพื้นฐานอำนาจการต่อรองที่แต่ละฝ่ายมีคงจะเป็นเครื่องกำหนดความได้เปรียบเสียเปรียบที่เกิดจากความแตกต่างด้านความรู้ความสามารถ สถานะทางเศรษฐกิจและสังคมที่มีมากน้อยไม่ทัดเทียมกันรวมตลอดจนถึงสัญญาสำเร็จรูปที่กำลังเข้ามามีบทบาทสำคัญในสังคมจนก่อให้เกิดประเด็นปัญหาสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น

ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นแนวคิดที่ขยายออกไปจากความรับผิดชอบทางสัญญาและความรับผิดชอบทางละเมิด เกิดจากแนวความคิดของนักกฎหมายชาวเยอรมันที่พยายามค้นหาแนวทางแก้ไขปัญหา

<sup>1</sup> โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา หัวข้อ 1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการความรับผิดชอบก่อนสัญญา หน้า 10.

กฎหมายที่พบกรณีผู้ได้รับความเสียหายจากสัญญาโมฆะไม่อาจเรียกร้องความรับผิดชอบใด ๆ ได้ มีหลายประเทศในยุโรปที่ยอมรับแนวคิดนี้ไปปรับปรุงกฎหมาย บ้างก็นำหลักดังกล่าวมาปรับให้เข้ากับบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้สอดคล้องครอบคลุมกับสภาพปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญา<sup>2</sup>

นิติกรรมสัญญาหรือนิติกรรมก่อนสัญญาเป็นมูลหนี้ที่เกิดจากการแสดงเจตนามุ่งผูกพันระหว่างกันขึ้นโดยใจสมัครให้เกิดสิทธิหน้าที่ทางหนี้ภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญาหลักดังกล่าวต้องสอดคล้องเหมาะสมพอดีกับความสุจริตและความไว้วางใจต่อกันในการก่อนิติกรรมจนไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดและไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเลือกที่จะผูกมัดตนเองด้วยนิติกรรมสัญญาหรือไม่ตามแต่ใจสมัคร

ก่อนมีสัญญาเกิดขึ้นอาจมีนิติกรรมก่อนสัญญาและความรับผิดชอบจากนิติกรรมก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบที่มีขึ้นไม่ว่าจะมีสัญญาเกิดขึ้นตามมาหรือไม่ก็ดี นิติกรรมจึงเป็นหลักสำคัญของความรับผิดชอบก่อนสัญญา การใดจะเป็นนิติกรรมต้องมีลักษณะเป็นไปตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 นิติกรรมก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิแต่อาจจะก่อให้เกิดหนี้หรือไม่ก็ได้ นิติกรรมที่จะก่อให้เกิดหนี้ได้ต้องเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความผูกพันเป็นสิทธิและหน้าที่ทางหนี้ระหว่างคู่กรณีและหนี้จะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้ มีเจ้าหนี้ลูกหนี้ที่ชัดเจนแน่นอนรวมทั้งมีผลผูกพันกันตามกฎหมาย

นิติกรรมแบ่งได้หลายประเภทชนิดและหลายลักษณะแล้วแต่วัตถุประสงค์ในการแบ่ง แต่การแบ่งที่ทำให้มองเห็นความรับผิดชอบก่อนสัญญาชัดเจนคือนิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมหลายฝ่ายเป็นนิติกรรมสัญญาต่างตอบแทนหรือไม่ต่างตอบแทน

นิติกรรมมีความเกี่ยวข้องกับนิติเหตุและจะเป็นผลนำมาให้เกิดการวิเคราะห์ถึงความรับผิดชอบจากการถอนคำเสนอและเพิกถอนการเจรจาต่อรองในการทำสัญญาเป็นความรับผิดชอบทางสัญญาหรือความรับผิดชอบทางละเมิด เดิมนั้นเป็นที่เข้าใจสำหรับนักกฎหมายทั่วไปว่า หนี้ถ้าไม่เกิดจากสัญญาก็เกิดจากละเมิด ความรับผิดชอบก่อนสัญญาจึงเป็นความรับผิดชอบที่อยู่ระหว่างความรับผิดชอบทางสัญญากับความรับผิดชอบทางละเมิด

หนี้จากมูลละเมิดและมูลสัญญามีลักษณะแตกต่างกันหลายประการ นับตั้งแต่การผิดนัดกรณีสัญญาการผิดนัดเป็นไปตามมาตรา 204 ส่วนละเมิดถือว่าผิดนัดมาตั้งแต่เวลาที่กระทำละเมิดเกิดขึ้นตามมาตรา 206 ซึ่งอยู่ในบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 2 ผลแห่งหนี้ ส่วนที่ 1 การไม่ชำระหนี้ ผลที่ได้จากมูลหนี้ทั้งสองกรณีอาจมากน้อยไม่เท่ากัน หนี้จากมูลสัญญา

<sup>2</sup> โปรดดูรายละเอียดเกี่ยวกับความเป็นมาของความรับผิดชอบก่อนสัญญาในบทที่ 2 ความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีละหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา หัวข้อ 1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการความรับผิดชอบก่อนสัญญา หน้า 14 - 17.

เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนตามหลักเกณฑ์มาตรา 222 และมาตรา 223 ซึ่งอยู่ในบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 บทเปิดเสร็จทั่วไป หมวด 2 ผลแห่งหนี้ ส่วนที่ 1 การไม่ชำระหนี้ ส่วนนี้จาก มูลละเมิดเจ้าหนี้มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนตามหลักเกณฑ์มาตรา 438 ถึงมาตรา 447 อยู่ใน บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 5 ละเมิด หมวด 2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด หนี้ละเมิดอาจกำหนดค่า สินไหมทดแทนในลักษณะเป็นการลงโทษตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดได้และไม่ จำต้องคาดหมายได้

ความรับผิดชอบตามสัญญาเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ซึ่งเป็นไปตามเจตนาของบุคคลที่ จะผูกพันกันตามแต่ใจสมัคร ส่วนละเมิดเป็นการผิดหน้าที่ที่ต้องงดเว้นไม่ทำความเสียหายต่อผู้อื่น ทุก ๆ คนมิใช่เฉพาะต่อคู่กรณีซึ่งมีกฎหมายบัญญัติหน้าที่ดังกล่าวไว้อยู่แล้ว แต่สัญญาต้องระบุหน้าที่ เป็นข้อตกลงไว้ในสัญญาด้วยระหว่างคู่สัญญา นอกจากนั้นเรื่องอายุความและความสมบูรณ์ของหนี้ก็ แตกต่างกัน

นิติกรรมฝ่ายเดียว ได้แก่ คำเสนอ คำมั่น หนังสือแสดงเจตจำนง เป็นต้นซึ่งอาจ ก่อให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ส่วนนิติกรรมหลายฝ่าย ได้แก่ สัญญา เป็นต้น นิติกรรมสอง ฝ่ายที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่ศาลไทยยอมรับคือการประกวดราคาถือเป็นความผูกพันตาม สัญญาประกวดราคาซึ่งเป็นสัญญาก่อนเกิดสัญญาหลัก

การเพิกถอนคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น หากพิจารณาว่ากฎหมาย เกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาของไทยได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมัน หลักกฎหมายในเรื่องคำ เสนอที่ถอนคำเสนอไม่ได้ของไทย<sup>3</sup> เป็นไปในทำนองเดียวกับกฎหมายเยอรมันแต่มีความแตกต่าง กันบ้างในเรื่องข้อยกเว้นที่กฎหมายอนุญาตให้ถอนคำเสนอได้หากผู้เสนอได้แสดงเจตนาว่าจะไม่ ผูกพันซึ่งไม่มีบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รวมทั้งการนำหลักสุจริต (Good Faith) มา ใช้ในการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการเพิกถอนคำเสนอในศาลไทยและก็เป็นไปได้ยากไม่ เหมือนกับศาลเยอรมัน ส่วนใหญ่แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ของนักกฎหมายไทยยังคงมีข้อจำกัดอยู่ มากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในความรับผิดทางละเมิด

ผลของการเพิกถอนคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น โดยปกติผู้เสนอ ไม่อาจบอกถอนการแสดงเจตนาที่ตนได้ไว้แล้วแต่จะสิ้นผลไปตามกฎหมายแต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายยอม ให้ถอนคำเสนอได้คือ กรณีคำเสนอต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พหุศาสตร์มาตรา 169 วรรคแรกซึ่งผู้เสนอได้บอกถอนคำเสนอก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนา ทำคำเสนอนั้นไปถึง การถอนคำเสนอจึงจะมีผลตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม โดยหลักแล้วผู้เสนอไม่ อาจบอกถอนคำเสนอได้ก่อนสิ้นความผูกพันตามกฎหมาย การถอนคำเสนอภายในกำหนดระยะเวลา

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 354 ถึงมาตรา 361.

ที่บ่งไว้หรือก่อนพ้นระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนองไม่มีผลในการถอนคำเสนอตามกฎหมายกล่าวคือ แม้จะถอนคำเสนอแต่ก็เท่ากับไม่มีการถอนคำเสนอนั้น<sup>4</sup>

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำเสนอผูกพันมิให้บอกถอนก่อนระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง คำเสนอจึงก่อให้เกิดหนึ่งดเว้นกระทำการไม่บอกถอนคำเสนอตามมาตรา 354 และมาตรา 355 ส่วนคำมั่นก่อให้เกิดหน้าที่ทางหนี้คือกระทำการตามคำมั่น สำหรับการยกเลิกเจรจาในการทำสัญญาทำให้พิจารณาได้ว่าแม้จะมีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยเป็นสองแนวทางคือกรณีศาลเห็นว่าไม่มีความผูกพันใด ๆ ที่จะเรียกร้องค่าเสียหายต่อกันได้ แต่คำวินิจฉัยแนวทางกรณีที่เห็นว่ามีความผูกพันก่อนสัญญาหลักที่เรียกว่าสัญญาประกวดราคาซึ่งเป็นสัญญาทั่วไปมิใช่เอกเทศสัญญาย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลไทยเริ่มยอมรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาแล้วดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการประกวดราคา เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1131/2520, 1825/2522, 80/2526 และที่ 325/2533 เป็นต้น

จากการศึกษาระบบกฎหมายในประเทศและต่างประเทศทั้งระบบ Common Law และระบบ Civil Law ทำให้ทราบว่าตามกฎหมายอังกฤษยกเว้นบางกรณีแล้วคู่เจรจาที่อยู่ในขั้นตอนการเจรจาอาจเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาได้จนกว่าจะเกิดสัญญาขึ้น โดยไม่ต้องรับผิดชอบซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและการเจรจาต่อรอง<sup>5</sup>

ใกล้เคียงกับกรณีประเทศฝรั่งเศสอย่างมากที่ถือหลักว่าหนี้เกิดจากสัญญาได้แต่ไม่มีหนี้ก่อนสัญญารวมทั้งหลักเสรีภาพ อย่างไรก็ตามหากการยกเลิกการเจรจาที่ดำเนินมามากแล้วถึงขั้นใกล้ทำสัญญาการยกเลิกเจรจาย่อมไม่เป็นธรรมและเกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายถือเป็นความผิดในทางละเมิด<sup>6</sup>

ตามกฎหมายเยอรมันความรับผิดชอบก่อนสัญญาไม่สามารถปรับใช้กับความรับผิดชอบทางละเมิดได้เพราะค่าเสียหายทางเศรษฐกิจศาลวินิจฉัยว่าไม่ใช่ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด ฉะนั้นควรเป็นความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ที่มีมูลจากนิติกรรมหรือการแสดงเจตนาที่

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 354 และมาตรา 355 ประกอบกับคำพิพากษาฎีกาที่ 931/2480 จำเลยจะถอนคำสนองไม่ได้เมื่อโจทก์ตอบรับคำเสนอภายในระยะเวลาอันสมควรสัญญาย่อมเกิดขึ้น

<sup>5</sup> โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หัวข้อ 1 การเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาตามกฎหมายอังกฤษ หน้า 67 - 71.

<sup>6</sup> โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หัวข้อ 2 การเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาตามกฎหมายฝรั่งเศส หน้า 80 - 86.

ต้องการความสุจริต การไว้เนื้อเชื่อใจและความไว้วางใจต่อกันในการเจรจาในการทำสัญญา การยกเลิกโดยไม่สมควรย่อมต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>7</sup>

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาพบว่า ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างกันและยังไม่ชัดเจน ความเห็นที่แตกต่างกันมีอยู่สามแนวทางคือ

ความเห็นที่หนึ่ง เป็นความเห็นของนักกฎหมายอังกฤษซึ่งเห็นว่าไม่มีความรับผิดเกิดขึ้นก่อนสัญญาเพราะนี้เกิดจากสัญญาเท่านั้น เป็นความเห็นที่ถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและเสรีภาพในการเจรจาต่อรองอย่างเคร่งครัด คู่กรณีที่อยู่ในขั้นตอนของการเจรจาจึงอาจเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาได้เสมอจนกว่าจะเกิดสัญญาขึ้นโดยไม่ต้องรับผิดชอบเว้นจะมีการให้สิ่งตอบแทน (Consideration) ในการให้คำเสนอนั้นหรือคำเสนอได้ทำตามแบบ (Deed) ที่กฎหมายกำหนดไว้

ความเห็นที่สอง เป็นความเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสที่ถือหลักว่านี้เกิดจากสัญญาเท่านั้นไม่มีนี้ก่อนสัญญารวมทั้งหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นพื้นฐานเช่นเดียวกับนักกฎหมายอังกฤษและเกรงว่าการใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา จึงให้ความสำคัญกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาดังกล่าวค่อนข้างน้อย ศาลฝรั่งเศสนำหลักนี้มาใช้อย่างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ขั้นตอนของการเจรจาดำเนินไปค่อนข้างมากแล้ว การยกเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริต (Bad Faith) ย่อมไม่เป็นธรรมและเกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นความผิด (Fault) ในทางละเมิดและอย่างไรก็ดี ได้มีการนำหลักกฎหมายสัญญาเกี่ยวกับหน้าที่ในการเจรจาโดยสุจริต (Duty to Negotiate in Good Faith) มาใช้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมอีกทางหนึ่งด้วย

ความเห็นที่สาม เป็นความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันที่เห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo) ไม่ควรเป็นความรับผิดทางละเมิดและค่าเสียหายทางเศรษฐกิจไม่ใช่ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด แต่ควรเป็นความรับผิดที่เป็นเอกเทศอันเกิดจากการไม่ซื่อสัตย์จากนิติกรรมหรือการแสดงเจตนาที่ต้องการความสุจริต การไว้เนื้อเชื่อใจหรือความไว้วางใจต่อกันในการเจรจา สาเหตุที่ต้องยกเลิกการเจรจาหรือการเจรจาต้องล้มเหลวเพราะความไม่สุจริตและผิดหน้าที่ของการไว้วางใจทำให้บุคคลที่เป็นสาเหตุต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

สำหรับค่าเสียหายที่เกิดจากความรับผิดก่อนสัญญานั้นเป็นความเสียหายที่มีลักษณะเป็น Negative Interest คือเป็นความเสียหายที่ไม่ควรต้องเข้ามาทำสัญญาที่ไม่สมบูรณ์หรือต้องเข้ามาทำสัญญาที่ไม่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการเสียค่าใช้จ่าย ค่าเสียเวลา เสียโอกาสที่คู่เจรจจะได้ไปทำ

<sup>7</sup> โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หลักเกณฑ์ความรับผิดก่อนสัญญา หัวข้อ 3 การเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาตามกฎหมายเยอรมัน หน้า 87 - 91.

สัญญา กับบุคคลอื่นที่เรียกว่า Reliance Interest มิใช่ความเสียหายเพราะการไม่ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นความเสียหายในลักษณะที่เป็น Positive Interest เช่น ความเสียหายในการขาดทุนหรือขาดกำไร (Loss of Profit) เป็นต้น

ในประเทศไทย การศึกษาและคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ยังมีอยู่น้อยมาก นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ยังเห็นว่าคำเสนอและขั้นตอนของการเจรจา ยังไม่เกิดหนี้ผูกพันคู่กรณี มีเพียงความผูกพันอันเกิดจากการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้เสนอเท่านั้น ดังนั้น การเพิกถอนคำเสนอจึงไม่สามารถกระทำได้ หากมีการเพิกถอนคำเสนอ คำเสนอนั้นก็ยังคงอยู่เมื่อมีการสนองรับมา ภายในเวลาที่กำหนดหรือภายในเวลาที่ควรคาดหมายได้แล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้นเสมอ หากผู้เสนอไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก็ต้องตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาและจำต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเว้นแต่ในกรณีที่ขั้นตอนการเจรจาเกี่ยวข้องกับประกอบธุรกิจการค้าที่มีประเพณีปฏิบัติให้ต้องมีการแสดงเจตนาตกลงต่อรองเป็นหนังสือหรือในการประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งมีขั้นตอนซับซ้อนหลายขั้นตอนกว่าที่จะมีการลงนามเป็นหนังสือสัญญา การยกเลิกการเจรจาในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่เจรจาที่ได้รับความเสียหายและศาลไทยก็ได้ นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องมาใช้ในการพิพากษาคดีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่จะทำสัญญาและประกอบธุรกิจการค้าระหว่างกันดังที่ได้ นำเสนอในเนื้อหา ก่อนหน้านี้แล้ว อย่างไรก็ตามพบว่า มีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการประกวดราคาของหน่วยงานภาครัฐที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่สามารถเรียกร้องได้ เพราะยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น จึงเท่ากับว่ายังไม่มี การตีความที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ของศาลแต่ประการใด

สรุปได้ว่า จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายทำให้ทราบว่า ปัญหาความรับผิดก่อนสัญญา ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนและการยอมรับแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา ศาลเองมีการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในขอบเขตที่จำกัดเฉพาะกรณีการประกวดราคาซึ่งมีรัฐเป็นคู่กรณี ฝ่ายหนึ่งกับอีกฝ่ายเป็นเอกชนและปัญหาเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายในลักษณะการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในลักษณะของการเยียวยาประโยชน์ที่ไม่ควรเสียไป (Negative Interest) เพื่อการเตรียมการ ที่ศาลยังไม่ยอมรับบังคับให้

## 2. ข้อเสนอแนะ

2.1 เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติไว้กรณีความรับผิดก่อนสัญญา จึงเกิดประเด็นว่าควรแก้ไขปัญหานี้อย่างไร ในที่นี้เห็นว่าแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมิได้มีบทบัญญัติความรับผิดก่อนสัญญาเอาไว้โดยตรงแต่ก็มีบทบัญญัติอื่นที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดก่อนสัญญาได้ โดยการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วเป็นดุลพินิจของ

ศาลที่จะปรับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมอย่างเหมาะสมแก่กรณี ข้อดีก็คือสามารถปรับใช้ได้ตามความเหมาะสมของแต่ละสถานการณ์ ข้อเสียคือ ถ้าศาลไม่เห็นความสำคัญ ไม่ยอมรับแนวคิดและไม่ยอมนำมาปรับใช้ ความยุติธรรมก็ไม่เกิดขึ้นและไม่สามารถเยียวยาปัญหาสังคมเชิงเศรษฐกิจได้ กฎหมายก็จะกลายเป็นเครื่องกีดขวางความยุติธรรม

แต่การแก้ไขปัญหาก็อีกทางเลือกเพื่อปิดช่องกรณีศาลไม่เห็นด้วยและไม่นำไปปรับใช้ ก็โดยการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมขึ้นใหม่ในส่วนที่ยังไม่ครอบคลุมนอกจากจะเป็นการปรับปรุงกฎหมายให้ทันต่อสภาพเหตุการณ์ความเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกิจ การเมืองแล้วก็น่าจะเป็นหลักประกันว่าผู้กรณีจะได้รับการเยียวยาแก้ไขภายใต้ความแน่นอนตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ข้อเสียคือ จะออกกฎหมายอย่างไรให้ครอบคลุมหรือปรับใช้ได้ทุกกรณีที่เกิดขึ้น อีกทั้งการบัญญัติกฎหมายใหม่เพิ่มเติมก็อาจจะกลายเป็นกรอบจำกัดความเหมาะสมกับเหตุการณ์ในแต่ละกรณีที่มีความแตกต่างกัน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีก่อนที่อำนาจศาลใช้ดุลพินิจปรับกฎหมายที่มีอยู่แล้วให้สอดคล้องกับแต่ละสถานการณ์น่าจะเกิดความยืดหยุ่นและเป็นผลดีมากกว่า

อย่างไรก็ตาม ในที่นี้เห็นว่ายังมีกฎหมายที่สามารถจะยกมาปรับใช้กับกรณีการเพิกถอนคำเสนอและการยกเลิกการเจรจาได้โดยไม่ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมกฎหมาย แต่ก็ควรมีการวางแผนการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องต้องกันเป็นแนวเดียวกันให้เกิดมาตรฐานและความยุติธรรมซึ่งจะเกิดขึ้นได้ก็ต้องมาจากการประชุมปรึกษาระหว่างศาลและนักกฎหมาย

2.2 ความรับผิดชอบก่อนสัญญากรณีอื่นนอกจากคำเสนอ เช่น หนังสือแสดงเจตจำนงบันทึกความเข้าใจ ที่มุ่งก่อให้เกิดความผูกพันเป็นนิติกรรม เห็นว่าสามารถปรับใช้หลักกฎหมายความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้เช่นเดียวกับกรณีเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจาโดยพิจารณาผลผูกพันของคำเสนอ คำมั่นและคำสนองที่สามารถก่อให้เกิดหนี้โดยมีวัตถุประสงค์คือกระทำการ งดเว้นกระทำการและการส่งมอบทรัพย์สิน เพราะหนังสือแสดงเจตจำนงหรือบันทึกความเข้าใจก็เป็นการแสดงออกถึงเจตนาอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อมุ่งประสงค์ต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันด้วยใจสมัครสามารถปรับเข้ากับเรื่องนิติกรรมซึ่งมีเนื้อหาเกินความค่อนข้างกว้างกว่าเรื่องสัญญา

2.3 ศาลควรนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้ให้กว้างขวางแพร่หลายและเป็นมาตรฐานเดียวกันเพิ่มขึ้นเพื่อการชดเชยบรรเทาความเสียหายที่ได้รับก่อนช่วงจะมีสัญญาเกิดขึ้นตามกฎหมายลักษณะหนี้เพราะหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะลักษณะ 2 ถึงลักษณะ 5 เท่านั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนคำเสนอหรือจากการเพิกถอนการเจรจาที่ได้ดำเนินการก้าวหน้าระดับถึงขั้นใกล้จะมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วดังเช่นกรณีการประกวดราคาที่มีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันเหลือเพียงการลงนามหนังสือสัญญาแต่กลับมีการยกเลิกเพิกถอนการเจรจาไม่ว่าจากฝ่ายเสนอหรือฝ่ายสนองยอมเป็นการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ทางหนี้ที่เกิดจากนิติกรรมก่อนสัญญา ดังนั้น การไม่ชำระหนี้ตามหน้าที่ทางหนี้



ยอมก่อให้เกิดความรับผิด เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นก็ควรนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับหนี้ตามบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 2 ผลแห่งหนี้ ส่วนที่ 1 การไม่ชำระหนี้มาปรับใช้ได้ดัง ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 80/2526 นั้นน่าจะเป็นทางออกที่เหมาะสมในความรับผิดก่อนสัญญากรณี การเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจา

2.4 ศาลควรพิจารณาวินิจฉัยการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้ครอบคลุมมากที่สุดอย่าง แพร่หลายและเป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยเฉพาะความเสียหายลักษณะ Negative Interest เพราะการ ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ตาม 2.2 สามารถปรับใช้ตามมาตรา 222 นี้ได้ โดยเฉพาะ อย่างยิ่งความเสียหายที่เป็นลักษณะ Negative Interest นั้นก็ถือเป็นความเสียหายจากพฤติการณ์พิเศษ การนำมาตรา 222 วรรคสองมาปรับใช้จะทำให้การชดใช้เยียวยาความเสียหายครอบคลุมและเป็น ธรรมต่อผู้เสียหายมากยิ่งขึ้น

2.5 มีข้อนำพิจารณากรณีการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้นำ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้เป็นต้นแบบผ่านประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แต่แนวคิดการปรับ ใช้กฎหมายให้ครอบคลุมประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นค่อนข้างแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น เรื่องความรับผิดทางละเมิดกฎหมายเยอรมันมองว่าความเสียหายทางเศรษฐกิจไม่รวมอยู่ในความรับผิดทางละเมิด ซึ่งในที่นี้เห็นได้ว่าพื้นฐานเรื่องละเมิดเกิดจากนิติเหตุอื่นที่มีได้มีเจตนาจะผูกนิติสัมพันธ์เป็นพื้นฐาน ดังเช่นนิติกรรม การนำหลักละเมิดมาปรับใช้กับความรับผิดก่อนสัญญากรณีนี้จึงค่อนข้างไม่ เหมาะสม การปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาโดยหลักนิติกรรมซึ่งเป็นจุดเด่นและเป็นความ ละเอียดลึกซึ้งของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามแบบอย่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึง น่าจะสอดคล้องมากกว่า รวมทั้งการปรับใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายตามแนวนักกฎหมายเยอรมัน สามารถเป็นทางออกสำหรับประเด็นปัญหาความไม่ผูกพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคหนึ่งและมาตรา 366 วรรคสอง

2.6 เพื่อป้องกันกรณีศาลไม่เห็นด้วยกับแนวคิดความรับผิดก่อนสัญญาและไม่นำไปปรับ ประยุกต์บังคับใช้ การเพิ่มเติมกฎหมายให้ครอบคลุมขึ้นจึงเหมือนจะเป็นทางเลือกสุดท้าย ได้แก่ การเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ให้มีวรรคสองเพิ่มขึ้นโดยให้ถือว่า การเพิกถอนคำเสนอหรือการยกเลิกการเจรจาอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณี โดยฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นถือเป็นการกระทำ ที่ไม่สุจริตต้องมีการชดใช้ตามควรแก่พฤติการณ์