



คำเสียหายสำหรับความรับผิดชอบสัญญา

โดย

พรชนิตว์ สงวนศักดิ์

การค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายธุรกิจ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2566

DAMAGES FOR PRECONTRACTUAL LIABILITY

BY

PORNCHANIT SA-NGUANSAK



AN INDEPENDENT STUDY SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF

THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

BUSINESS LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2023

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์

การค้นคว้าอิสระ

ของ

พรชนิตว์ สงวนศักดิ์

เรื่อง

ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบสัญญา

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

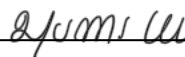
เมื่อ วันที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2567

ประธานกรรมการสอบการค้นคว้าอิสระ



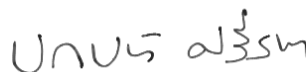
(อาจารย์ธวัช คำสอาด)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาการค้นคว้าอิสระ



(รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

คณบดี



(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสันท)

หัวข้อการค้นคว้าอิสระ

ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา

ชื่อผู้เขียน

พรชนิตร์ สงวนศักดิ์

ชื่อปริญญา

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย

กฎหมายธุรกิจ

นิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาการค้นคว้าอิสระ

รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน

ปีการศึกษา

2566

บทคัดย่อ

สารนิพนธ์นี้มุ่งหมายที่จะศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความเสียหายของความรับผิดก่อนสัญญา โดยศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายไทยกับหลักกฎหมายต่างประเทศ คือ ประเทศอิตาลีและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสองประเทศนี้มีแนวคิดและหลักการใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวที่ค่อนข้างต่างกัน เพื่อนำมาศึกษาและปรับใช้กับบริบทกับปัญหากฎหมายเรื่องความเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาในประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายประเทศไทยในเรื่องเกี่ยวกับค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญานั้น มีความรับผิดทางแพ่งที่เกี่ยวข้อง 2 กรณี กล่าวคือ ความรับผิดตามสัญญาและความผิดทางละเมิดเท่านั้น ไม่มีความรับผิดก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อเกิดปัญหาทางกฎหมายในกรณีดังกล่าว จึงเกิดปัญหาว่าในกรณีมีความรับผิดก่อนสัญญาเกิดขึ้นจะปรับข้อเท็จจริงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องใดระหว่างความรับผิดตามสัญญากับความรับผิดทางละเมิด แต่เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งสองเรื่องแล้วนั้น จึงจำเป็นต้องตีความแบบขยาย โดยใช้มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้ามาช่วย เนื่องจากหลักเกณฑ์ไม่สอดคล้องกันกับเรื่องของความรับผิดตามสัญญา ซึ่งหากพิจารณาหลักกฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศอิตาลีนั้นได้นำหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดก่อนสัญญาบัญญัติลงไว้ในประมวลกฎหมายเลย ซึ่งทำให้ไม่เกิดปัญหาในการตีความ และเป็นบรรทัดฐานที่แน่นอน ส่วนของประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่มีบทบัญญัติเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาบัญญัติไว้ โดยเฉพาะเหมือนเช่นกับประเทศอิตาลี แต่ประเทศอิตาลีนำไปตีความเข้ากับเรื่องความรับผิดทางละเมิดแทน เนื่องจากเห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญาจะตีความเข้าเรื่องความรับผิดตามสัญญาไม่ได้ เพราะเหตุที่สัญญายังไม่เกิด

โดยจากการที่วิเคราะห์ปัญหากฎหมายในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาในประเทศไทยนั้น สารนิพนธ์นี้จึงขอเสนอวิธีแก้ไขโดยเห็นว่าประเทศไทยควรที่จะบัญญัติเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไว้ให้ชัดเจนเช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศอิตาลี เพื่อที่จะลดความไม่แน่นอนในการตีความของกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นแนวบรรทัดฐานเดียวกันอีกด้วย

คำสำคัญ: ความรับผิดก่อนสัญญา, ความเสียหาย



Independent Study Title	DAMAGES FOR PRECONTRACTUAL LIABILITY
Author	Pornchanit Sa-nguansak
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Business Law Law Thammasat University
Independent Study Advisor	Associate Professor Munin Pongsapan, LL.D.
Academic Year	2023

ABSTRACT

This independent study researched the problem of damages in precontract liability by comparatively analyzing different legal principles and their application in Thailand, Italy, and France. The goal was to apply findings to the context of legal problems with precontract liability damages in Thailand.

Results were that Thai law has two cases of civil liability: contractual and tort. No precontractual liability is mentioned in the Thailand Civil and Commercial Code (TCCC). Legal problems arise in such cases where there is liability before a contract is signed over how to reconcile the facts with legal provisions in the matter between contractual and tort liability. Considering both criteria, an expanded interpretation using Section 4 of the TCCC may help, because contractual liability criteria are inconsistent. Using foreign legal principles as guidelines for law enforcement in Thailand, Italy has incorporated precontract liability principles into its legal code with no interpretive problems as an absolute norm. In France, there are no such specific precontractual liability provisions such as Italy has interpreted to apply to tort liability instead, because precontractual liability, by definition, is seen as impossible to interpret as contractual liability, before a contract exists.

To resolve legal problems with pre-contract liability in Thailand, precontract liability provisions should be added to the TCCC in clearly stated form following the Italian legal precedent to augment certainty in interpreting the law and establish identical norms.

Keywords: Precontractual liability, Damages

กิตติกรรมประกาศ

การค้นคว้าอิสระเล่มนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้เลย หากไม่ได้รับความกรุณาจาก ท่านศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาซึ่งช่วยชี้แนะ ให้ข้อคิดและคำปรึกษา ในการศึกษาและจัดทำ การค้นคว้าอิสระ ท่านได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อตรวจและแนะนำประเด็น การศึกษา ค้นคว้าอย่างครบถ้วนรวมถึงแก้ไขจุดบกพร่องที่เกิดขึ้นในการค้นคว้าอิสระเล่มนี้ ด้วยความเอาใจใส่ และความห่วงใย จนผู้เขียนสำเร็จการศึกษาในขั้นนี้ได้

ขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ธวัช คำสอาด ที่ได้สละเวลาอันมีค่าและกรุณารับเป็น ประธานสอบการค้นคว้าอิสระเล่มนี้ ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์และตรวจทานประเด็นที่ น่าสนใจหลายประเด็นที่ยังบกพร่องอยู่ทำให้การค้นคว้าอิสระเล่มนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

สุดท้าย ต้องขอขอบพระคุณครอบครัวของดิฉันที่คอยเป็นกำลังใจและเป็นแรงผลักดัน ตลอดระยะเวลาในการทำสารนิพนธ์เล่มนี้

พรชนิตร์ สงวนศักดิ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(4)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐาน	2
1.3 วัตถุประสงค์การศึกษา	2
1.4 ขอบเขตการศึกษา	2
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	3
บทที่ 2 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา	4
2.1 แนวคิดและหลักการกำหนดความรับผิดทางแพ่ง	4
2.1.1 แนวคิดและความเป็นมาของความรับผิดทางแพ่ง	7
2.1.2 ประเภทของความรับผิดทางแพ่ง	8
2.1.2.1 ความรับผิดตามสัญญา	8
2.1.2.2 ความรับผิดทางละเมิด	8
2.1.2.3 ความรับผิดก่อนสัญญา	8
2.1.3 วัตถุประสงค์ในการกำหนดความรับผิดทางแพ่ง	8
2.1.3.1 เยียวยาผู้เสียหาย	8
2.1.3.2 ป้องกันการละเมิด	9
2.1.3.3 ส่งเสริมความยุติธรรม	9
2.1.3.4 กระจายความเสี่ยง	9

2.1.3.5 รักษาเสถียรภาพทางสังคม	9
2.1.4 หลักการกำหนดความรับผิดทางแพ่งและผู้ที่ต้องรับผิดทางแพ่ง	9
2.1.4.1 การกำหนดความรับผิดตามสัญญา	9
2.1.4.2 การกำหนดความรับผิดทางละเมิด	10
2.2 การกำหนดค่าเสียหายที่ต้องรับผิดทางแพ่ง	10
2.2.1 ลักษณะของความเสียหายที่ต้องรับผิดทางแพ่ง	11
2.2.2 ผู้ที่ต้องรับผิดต่อความเสียหายทางแพ่ง	11
2.2.3 ค่าเสียหายที่ต้องรับผิดทางแพ่ง	12
2.2.3.1 ค่าเสียหายในกรณีละเมิด	12
2.2.3.2 ค่าเสียหายในกรณีสัญญา	12
2.2.3.3 ค่าเสียหายกรณีไม่ชำระหนี้	14
2.2.3.4 ค่าเสียหายที่เรียกไม่ได้	16
2.3 แนวคิดและความเป็นมาของความรับผิดก่อนสัญญา	17
2.3.1 ความเป็นมาของความรับผิดก่อนสัญญา	17
2.3.2 ลักษณะความรับผิดก่อนสัญญา	17
2.3.2.1 ความรับผิดเพื่อละเมิด (Tortious Liability)	17
2.3.2.2 ความรับผิดตามสัญญา (Contractual Liability)	18
2.3.2.3 ความรับผิดก่อนสัญญา (Tertium Genus)	18
2.3.3 เหตุผลในการก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญา	19
2.3.3.1 เหตุผลที่เกิดจากกระบวนการก่อให้เกิดสัญญา	19
2.3.3.2 สัญญาเบื้องต้น	23
2.3.4 ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหรือการที่ไม่ได้ เข้าทำสัญญา	24
บทที่ 3 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาของต่างประเทศและประเทศไทย	25
3.1 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศอิตาลี	25
3.1.1 ความรับผิดก่อนสัญญา	25
3.1.2 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา	26
3.2 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศฝรั่งเศส	27
3.2.1 ความรับผิดก่อนสัญญา	27

3.2.1.1 ความรับผิดชอบในช่วงการเจรจาของคู่กรณี	27
3.2.1.2 ความรับผิดชอบในการถอนคำเสนอก่อนสิ้นผลผูกพัน	28
3.2.1.3 ความรับผิดชอบกรณีการแสดงเจตนาบกพร่อง	29
3.2.2 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญา	31
3.3 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาของประเทศไทย	32
3.3.1 ความรับผิดชอบก่อนสัญญา	32
3.3.1.1 ความรับผิดชอบในช่วงของการเจรจาก่อนทำสัญญา	32
3.3.1.2 ความรับผิดชอบในการถอนคำเสนอก่อนสิ้นผลผูกพัน	34
3.3.1.3 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาบกพร่อง	35
3.3.2 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญา	36
บทที่ 4 บทวิเคราะห์	38
4.1 ความจำเป็นในการคุ้มครองผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหรือการที่ไม่ได้เข้าทำสัญญา	38
4.1.1 ความรับผิดชอบในช่วงของการเจรจาก่อนทำสัญญา	38
4.1.2 ความรับผิดชอบในการถอนคำเสนอก่อนสิ้นผลผูกพัน	38
4.1.3 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาบกพร่อง	39
4.1.3.1 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด	39
4.1.3.2 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาโดยถูกกลั่นแกล้ง	39
4.1.3.3 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่	39
4.2 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาของประเทศไทย	39
4.2.1 การนำมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ	39
4.2.1.1 ทฤษฎีเงื่อนไข หรือทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งเหตุ	40
4.2.1.2 ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม	40
4.2.2 การนำมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ	41
4.2.3 การนำหลักสุจริตมาใช้บังคับ	43
4.3 วิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาของประเทศไทยที่เหมาะสม	44
4.3.1 ใช้การตีความตามบทบัญญัติที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	44

4.3.2 แก้ไขบทบัญญัติเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ครอบคลุม	45
4.3.3 เพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวกับค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาขึ้นใหม่ โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	46
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	47
5.1 บทสรุป	47
5.2 ข้อเสนอแนะ	48
บรรณานุกรม	49
ประวัติผู้เขียน	52

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันประเทศไทยนั้นมิได้กำหนดเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดเรื่องของการเรียกค่าสินไหมทดแทนไว้เป็นการเฉพาะ จึงเป็นปัญหาที่ยังคงถกเถียงกัน และยังมีคำพิพากษาที่ยังคงไม่เป็นบรรทัดฐานในทางเดียวกัน ในประเด็นของสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนก่อนที่สัญญาจะเกิดนั้น จะใช้สิทธิเรียกได้เมื่อใดและเพียงไร ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีคำตอบชัดเจนในเรื่องดังกล่าว หากจะใช้มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้นั้น ก็อาจจะเป็นหลักที่กว้างมากเกินไป เพราะไม่มีขอบเขตและบทกำหนดความรับผิดที่ชัดเจนและแน่นอน หรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 เป็นกรณีที่ถูกหนีไม่ชำระหนี้ โดยสามารถเรียกค่าเสียหายได้ 2 ประเภท คือ ค่าเสียหายปกติ และค่าเสียหายพิเศษ ซึ่งโดยปกติแล้วไม่ว่าจะเป็นกฎหมายประเทศไทยหรือต่างประเทศ จะสามารถเรียกค่าเสียหายปกติได้ นั่นคือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่จะไม่สามารถเรียกค่าเสียหายพิเศษได้ อาทิเช่น ค่าความคาดหวัง หรือที่เรียกว่าการขาดกำไรนั่นเอง นอกจากนี้คู่สัญญาจะพึงคาดเห็นได้ว่าจะเกิดค่าเสียหายพิเศษ ก็สามารถเรียกได้โดยกำหนดไว้ในสัญญา โดยจะมีปัญหาว่าหากมีหลักเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา จะสามารถใช้หลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายได้อย่างเดียวกันกับมาตรา 222 ที่เกี่ยวข้องกับส่วนของความรับผิดตามสัญญา ในกรณีความรับผิดตามสัญญาได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น การเช่ารถจากกันว่าจะทำสัญญาก่อสร้างกันในอนาคต โดยผู้รับจ้างได้ลงทุนซื้ออุปกรณ์ที่ใช้ในสัญญาเป็นเงินจำนวน 20 ล้านบาท และคาดหวังว่าจะได้กำไรจากสัญญาดังกล่าวจำนวน 10 ล้านบาท ในกรณีตามตัวอย่างผู้รับจ้างจะสามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้จำนวน 20 ล้านบาท ส่วนที่คาดหวังจะได้กำไร จำนวน 10 ล้านบาท นั้น ไม่สามารถเรียกให้ผู้ว่าจ้างรับผิดชอบในส่วนดังกล่าวได้ หรือหากมองว่าการที่เกิดความเสียหายก่อนสัญญาจะเกิดนั้น เป็นผลมาจากการละเมิด ก็อาจจะต้องพิจารณามาตรา 420 และมาตรา 421 ประกอบกับมาตรา 438 ในเรื่องความเสียหายให้ได้ โดยจะต้องศึกษาว่ากฎหมายประเทศไทยนั้นสามารถที่จะปรับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาเข้ากับคามผิดฐานใดที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีอยู่เดิมได้หรือไม่ หรือหากประเทศไทยอยากกำหนดให้ชัดเจน อาจจะต้องเพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญาและค่าสินไหมทดแทนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่ว่าจะแก้ปัญหาในทางใด ทางผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะทำให้หลักกฎหมายต่าง ๆ สมดุลกัน ไม่ปกป้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

จนมากเกินไปทำให้อีกฝ่ายเสียเปรียบ เช่น ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า หากอีกฝ่ายนั้นสามารถยกเลิกการเสนอหรือการเจรจาได้โดยอำเภอใจโดยอ้างหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น อาจเป็นผลเสียแก่ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า เป็นต้น ไม่ว่าจะเป็นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักสุจริต และหลักการคุ้มครองความไว้วางใจ

1.2 สมมติฐาน

กฎหมายไทยนั้นยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติกฎหมายใด เพื่อเยียวยาในเรื่องของความเสียหายก่อนสัญญา ซึ่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันนั้นได้ระบุเรื่องค่าเสียหายตามสัญญาไว้ที่ มาตรา 222 และค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดไว้ที่ มาตรา 438 ซึ่งหลักเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ปัญหาตามสารนิพนธ์นี้ จะสามารถตีความเข้ากับความผิดฐานใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ ซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถตีความได้ถึงในกรณีความรับผิดก่อนสัญญาเท่าที่ควร หากเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าเสียหายสำหรับความรับผิดตามสัญญาเป็นกรณีเฉพาะ ก็จะเป็นการลดโอกาสการใช้ดุลพินิจของศาลได้ ทำให้เกิดความแน่นอนและเป็นแนวทางเดียวกันในเรื่องดังกล่าว

1.3 วัตถุประสงค์การศึกษา

1. เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ในกรณีค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศที่มีกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมาแล้ว
2. เพื่อเปรียบเทียบกับหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 และ มาตรา 438 ว่าสามารถนำมาตราดังกล่าวมาปรับใช้กับเรื่องค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาได้หรือไม่
3. เพื่อวิเคราะห์และสร้างแนวคิดในการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา โดยนำเสนอหลักความสมเหตุสมผลเพิ่มเติม

1.4 ขอบเขตการศึกษา

การค้นคว้าอิสระฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาในการเรียกค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาที่ไม่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน และอีกทั้งยังไม่มีแนวทาง

คำพิพากษาที่ชัดเจนในกรณีดังกล่าว จะต้องตีความเป็นความผิดฐานใดที่มีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันได้ หรือจะสามารถแก้ไขอย่างไรถึงจะมีกฎหมายคุ้มครองไปถึงกรณีดังกล่าว

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การศึกษาในกรณีดังกล่าวจะสามารถช่วยสร้างแนวคิดในเรื่องของค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาให้มีการเปลี่ยนแปลงให้เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้ง ต้องไม่เป็นการใช้ดุลพินิจของศาลที่มากเกินไป เพื่อความเป็นบรรทัดฐานที่แน่นอน



บทที่ 2

แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา

2.1 แนวคิดและหลักการกำหนดความรับผิดทางแพ่ง

ความรับผิดนั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้กระทำความผิด (Fault) กล่าวคือ มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้บุคคลอื่นเสียหาย ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ไม่มีความรับผิดโดยไม่มี ความผิด (No Liability Without Fault)” ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ได้ทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง โดยแยกพิจารณาเป็นกรณีที่ผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ชำระหนี้ตามที่ได้ตกลงกันได้ ในสัญญา ก็จะก่อให้เกิดความผิดตามสัญญา (Contractual Liability) แต่หากผู้กระทำโดย ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นฝ่าฝืนหนึ่งตวั่นกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ก่อให้เกิด ความเสียหายกับบุคคลอื่นในสังคมและได้ก่อให้เกิดความเสียหายที่มีขอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลอื่น ซึ่งจะก่อความรับผิดที่เรียกว่า ความรับผิดเพื่อละเมิด (Delictual Liability) แต่หากการกระทำที่ จงใจหรือประมาทเลินเล่อเกิดขึ้นในขั้นตอนของการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาแต่สัญญายังไม่เกิด ซึ่งผู้เจรจาฝ่ายหนึ่งทำให้ผู้เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายในขั้นตอนของการเจรจา ก็จะก่อให้เกิดความรับผิดประเภทที่เรียกว่า ความรับผิดก่อนสัญญา (Precontractual Liability)¹

ความรับผิดทางแพ่งมีหลักเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่ง แยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

1) หลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญา หมายถึง เจือนไขหรือองค์ประกอบที่กฎหมาย กำหนดไว้ว่า เมื่อใดที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องค่าเสียหาย หรือบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามสัญญาได้ หลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญามี ดังนี้

1.1) มีสัญญาเกิดขึ้น

สัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีข้อเสนอ (offer) และการตอบรับ (acceptance) ที่ตรงกัน โดยข้อเสนอและการตอบรับต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น มีการเสนอและตอบรับ

¹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ (มูลหนี้ 2) พร้อมคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติ ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และกฎหมายใหม่ที่ เกี่ยวข้อง (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2557) 23-24.

ด้วยวาจา หนังสือ หรือพฤติกรรม ข้อเสนอและการตอบรับต้องตรงกันทั้งเนื้อหาและเวลา ผู้เสนอและผู้รับต้องมีสติและความสามารถในการทำนิติกรรม

1.2) คู่สัญญาฝ่าฝืนสัญญา

คู่สัญญาฝ่าฝืนสัญญาเมื่อไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญา หรือปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญาไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ หรือปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญาไม่ตรงตามกำหนดเวลา หรือปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญาไม่ตรงตามสถานที่ หรือปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญาไม่ตรงตามคุณภาพ

1.3) ความเสียหายเกิดขึ้น

คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญา ต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลโดยตรงมาจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญา และความเสียหายนั้น เป็นความเสียหายที่คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า หรือคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายรู้หรือควรรู้ว่า ความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้น

1.4) ไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิด

กฎหมายกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดไว้หลายประการ เช่น เหตุสุดวิสัย ความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำของบุคคลที่สาม คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายจะต้องไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย จึงจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายหรือบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามสัญญาได้

2) หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิด หมายถึง เจ็บไขหรือองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า เมื่อใดที่บุคคลกระทำละเมิด บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้กับผู้เสียหาย หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดมี ดังนี้

2.1) มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น

การกระทำละเมิดหมายถึง การกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อสิทธิของบุคคลอื่น โดยการกระทำนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น

2.2) ผู้กระทำละเมิดต้องมีความรับผิดชอบ

ผู้กระทำละเมิดต้องมีสติ และความสามารถในการรับผิดชอบ บุคคลที่ไม่บรรลุนิติภาวะ หรือวิกลจริต ไม่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด

2.3) ผู้เสียหายต้องได้รับความเสียหาย

ผู้เสียหายต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของผู้กระทำละเมิด ความเสียหายนั้นอาจจะเป็นความเสียหายต่อร่างกาย จิตใจ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ

2.4) ความเสียหายต้องเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิด

ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิดของผู้กระทำละเมิด ไม่ใช่เกิดขึ้นจากสาเหตุอื่น

2.5) ไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิด

กฎหมายกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดไว้หลายประการ เช่น เหตุสุดวิสัย ความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำของบุคคลที่สาม ผู้เสียหายจะต้องไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย จึงจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดได้

ซึ่งหลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญา กับหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิด ต่างเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขหรือองค์ประกอบที่บุคคลต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้กับผู้อื่น แต่มีหลักเกณฑ์ที่เหมือนและแตกต่างกัน ดังนี้

1) หลักเกณฑ์ที่เหมือนกันระหว่างหลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญากับหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิด

1.1) ต้องมีการกระทำ ทั้งสองหลักเกณฑ์ต้องมีการกระทำเกิดขึ้น แต่การกระทำนั้นมีความแตกต่างกัน โดยหลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญา เป็นการกระทำที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา เช่น การซื้อขาย การเช่า การจ้าง ส่วนหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิด เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อสิทธิของบุคคลอื่น เช่น การทำร้ายร่างกาย การบุกรุก การลักทรัพย์

1.2) ต้องมีเจตนา ทั้งสองหลักเกณฑ์ต้องมีเจตนา แต่เจตนาที่มีความแตกต่างกัน โดยหลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญา คู่สัญญาต้องมีเจตนาที่จะผูกพันตามสัญญา ส่วนหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิด ผู้กระทำละเมิดต้องมีเจตนาที่จะกระทำละเมิด หรือรู้ว่าการกระทำของตนอาจก่อให้เกิดความเสียหาย

1.3) ต้องมีผลแห่งการกระทำ ทั้งสองหลักเกณฑ์ต้องมีผลแห่งการกระทำ แต่ผลนั้นมีความแตกต่างกัน โดยหลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญา ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ส่วนหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิด การกระทำละเมิดของผู้กระทำละเมิด ทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหาย

2) หลักเกณฑ์ที่ต่างกันระหว่างหลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญากับหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิด

2.1) การกระทำ หลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญาต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ส่วนหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อสิทธิของบุคคลอื่น

2.2) เจตนา หลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญาคู่สัญญาต้องมีเจตนาที่จะผูกพันตามสัญญา ส่วนหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดผู้กระทำละเมิดต้องมีเจตนาที่จะกระทำละเมิด หรือรู้ว่าการกระทำของตนอาจก่อให้เกิดความเสียหาย

2.3) ผลของการกระทำ หลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญาทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ส่วนหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดการกระทำละเมิดของผู้กระทำละเมิด ทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหาย

ดังนั้น หลักเกณฑ์ความรับผิดตามสัญญาและหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดต่างเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขหรือองค์ประกอบที่บุคคลต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้กับผู้อื่น แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องที่มา การกระทำ เจตนา และผลของการกระทำ

2.1.1 แนวคิดและความเป็นมาของความรับผิดทางแพ่ง

มีแนวคิดมาตั้งแต่สมัยโรมันว่า การที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ ลูกหนี้จะต้องกระทำผิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าความเสียหายซึ่งเจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชดใช้ นั้นจะต้องโทษลูกหนี้ได้ เว้นแต่ในบางกรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดซึ่งลูกหนี้จะต้องรับผิด แม้ลูกหนี้จะไม่ได้กระทำผิด อันเป็นความรับผิดซึ่งไม่คำนึงถึงว่าลูกหนี้ผิดหรือไม่

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้รับเอาแนวคิดดังกล่าวมา โดยถือหลักว่า “ไม่มีความรับผิดโดยไม่มีความผิด” (no liability without fault) ลูกหนี้จะต้องรับผิดในการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้บกพร่อง ก็เฉพาะในกรณีที่การไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้บกพร่องเกิดขึ้นจากการกระทำของลูกหนี้ ทั้งการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นความผิดหรือเป็นกรณีที่อาจโทษลูกหนี้ได้ ในกรณีที่ไม่มี การชำระหนี้โดยมิใช่ความผิดของลูกหนี้ เช่น มีเหตุสุดวิสัยมาขัดขวางการชำระหนี้ ดังนี้ โดยปกติลูกหนี้หาต้องรับผิดไม่ ในกรณีละเมิดผู้ที่จะต้องรับผิดที่กระทำการเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ บุคคลไม่ต้องรับผิดในเหตุที่เกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุ แม้ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็มีหลักเช่นเดียวกันว่า กรณีของสัญญาก็จะต้องปรากฏว่ามีการทำผิดต่อหน้าที่ตามสัญญา ค่าเสียหายที่ฝ่ายผู้เสียหายจะได้รับการชดใช้ อาจต้องลดลงถ้าฝ่ายนั้นมีส่วนทำให้เกิดความผิดนั้นด้วย กรณีละเมิดก็จะต้องมีความสัมพันธ์กันระหว่างความผิดของผู้ทำละเมิดและความเสียหาย หรืออีกนัยหนึ่งความเสียหายจะต้องเกิดจากความผิดของผู้กระทำละเมิดนั่นเอง แนวความคิดเหล่านี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้รับเอามาเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของมาตรา 205, 216-219, 223 และมาตรา 420 เป็นต้น

2.1.2 ประเภทของความรับผิดทางแพ่ง

2.1.2.1 ความรับผิดตามสัญญา

หมายถึง ความรับผิดที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญา ไม่ว่าด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยลูกหนี้จะถือว่ากระทำผิดต่อเจ้าหนี้ต่อเมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้อันเนื่องมาจากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ โดยผิดนัดชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้า ชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ หรือชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย เนื่องจากความผิดของลูกหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิง

2.1.2.2 ความรับผิดทางละเมิด

หมายถึง ความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ เมื่อฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายนั้นจนก่อให้เกิดความเสียหาย จึงต้องรับผิดตามกฎหมายที่จะงดเว้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือกล่าวได้ว่าเป็นการรับผิดโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยข้อตกลง เมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งรู้สำนึกในการกระทำของตนเองได้กระทำโดยจงใจ คือรู้ว่าจะทำให้ผู้อื่นเสียหายหรือกระทำด้วยความไม่ระมัดระวังจนก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลอื่น ถ้าพึงการกระทำเช่นนั้นย่อมก่อให้เกิดผล หรือเกิดหนี้ทางกฎหมายแล้ว ในการที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อที่จะทำให้ผู้เสียหายอยู่ในฐานะเดิมเสมือนความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้น

2.1.2.3 ความรับผิดก่อนสัญญา

หมายถึง ความรับผิดสำหรับการกระทำที่ไม่ว่าจะเป็นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งซึ่งกระทบต่อความไว้วางใจคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งจนทำให้เกิดความเสียหาย แต่เป็นความเสียหายในขั้นตอนที่สัญญายังไม่เกิด จึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกรณีความรับผิดตามสัญญา ความรับผิดในขั้นตอนนี้จึงเป็นความรับผิดก่อนสัญญา เพราะเป็นความเสียหายที่เกิดในขั้นตอนของการใช้เสรีภาพในการที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่

2.1.3 วัตถุประสงค์ในการกำหนดความรับผิดทางแพ่ง

การกำหนดความรับผิดทางแพ่งมีวัตถุประสงค์หลัก 5 ประการ คือ

2.1.3.1 เยียวยาผู้เสียหาย

วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดความรับผิดทางแพ่ง คือ การเยียวยาผู้เสียหายจากการละเมิดหรือผิดสัญญา โดยการบังคับให้ผู้กระทำผิดชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยสำหรับความสูญเสียที่เกิดขึ้น

2.1.3.2 ป้องกันการละเมิด

การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการละเมิดในอนาคต โดยการสร้างแรงจูงใจให้บุคคลระมัดระวังในการกระทำของตน และหลีกเลี่ยงการกระทำใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

2.1.3.3 ส่งเสริมความยุติธรรม

การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งช่วยส่งเสริมความยุติธรรมในสังคม โดยการทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับผิดชอบต่อผลการกระทำของตน และทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาอย่างเป็นธรรม

2.1.3.4 กระจายความเสี่ยง

การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งช่วยกระจายความเสี่ยงจากการสูญเสีย โดยการโอนภาระการชดเชยค่าเสียหายจากผู้เสียหายไปยังผู้กระทำผิด

2.1.3.5 รักษาเสถียรภาพทางสังคม

การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งช่วยรักษาเสถียรภาพทางสังคม โดยการสร้างบรรทัดฐานและกฎเกณฑ์ที่บุคคลในสังคมต้องปฏิบัติตาม

2.1.4 หลักการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งและผู้ที่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง

หลักการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งและผู้ที่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง แยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

2.1.4.1 การกำหนดความรับผิดชอบตามสัญญา

ประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการ คือ 1) มีสัญญาเกิดขึ้น สัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีข้อเสนอ (offer) และการตอบรับ (acceptance) ที่ตรงกัน โดยข้อเสนอและการตอบรับต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น มีการเสนอและตอบรับด้วยวาจา หนังสือ หรือพฤติกรรม ข้อเสนอและการตอบรับต้องตรงกันทั้งเนื้อหาและเวลา ผู้เสนอและผู้รับต้องมีสติและความสามารถในการทำนิติกรรม 2) คู่สัญญาฝ่าฝืนสัญญา คู่สัญญาฝ่าฝืนสัญญาเมื่อไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญา หรือปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญาไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ หรือปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญาไม่ตรงตามกำหนดเวลา หรือปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญาไม่ตรงตามสถานที่ หรือปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญาไม่ตรงตามคุณภาพ 3) ความเสียหายเกิดขึ้นคู่สัญญาที่ได้รับ ความเสียหายจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญาต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลโดยตรงมาจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสัญญา และความเสียหายนั้น เป็นความเสียหายที่คู่สัญญาที่ได้รับ ความเสียหายสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า หรือคู่สัญญาที่ได้รับ ความเสียหายรู้หรือควรรู้ว่า ความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้น 4) ไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดชอบกฎหมายกำหนด

เหตุยกเว้นความรับผิดไว้หลายประการ เช่น เหตุสุดวิสัย ความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำของบุคคลที่สาม คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายจะต้องไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย จึงจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายหรือบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามสัญญาได้

2.1.4.2 การกำหนดความรับผิดทางละเมิด

ประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 5 ประการ คือ 1) มีการกระทำละเมิด เกิดขึ้นการกระทำละเมิดหมายถึง การกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อสิทธิของบุคคลอื่น โดยการกระทำนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น 2) ผู้กระทำละเมิดต้องมีความรับผิดชอบผู้กระทำละเมิดต้องมีสติ และความสามารถในการรับผิด บุคคลที่ไม่บรรลุนิติภาวะ หรือวิกลจริต ไม่ต้องรับผิดทางละเมิด 3) ผู้เสียหายต้องได้รับความเสียหาย ผู้เสียหายต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของผู้กระทำละเมิด ความเสียหายนั้นอาจจะเป็นความเสียหายต่อร่างกาย จิตใจ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ 4) ความเสียหายต้องเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิดผู้เสียหายต้องพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิดของผู้กระทำละเมิด ไม่ใช่เกิดขึ้นจากสาเหตุอื่น 5) ไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดกฎหมายกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดไว้หลายประการ เช่น เหตุสุดวิสัย ความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำของบุคคลที่สาม ผู้เสียหายจะต้องไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย จึงจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิดได้

2.2 การกำหนดค่าเสียหายที่ต้องรับผิดทางแพ่ง

เมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ หรือผิดนัดในการชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ตรงตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ อันเป็นความผิดของลูกหนี้ นอกจากเจ้าหนี้จะสามารถใช้สิทธิตามสัญญาได้แล้ว เจ้าหนี้ยังสามารถใช้สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้ด้วย เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ความสัมพันธ์ทางหนี้จะเปลี่ยนมาเป็นการรับผิดหรือการไม่ชำระหนี้ ก่อหนี้ใหม่ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น ในบางครั้งจึงอาจมีหนี้หลักและหนี้รอง

ฐานความผิดในเรื่องของความรับผิดในทางแพ่งทุกประเภทนั้น คือ การเยียวยาผู้เสียหาย โดยในส่วนของมูลหนี้ละเมิดนั้น การเยียวยาผู้เสียหายคือการทำให้ผู้เสียหายกลับไปอยู่ในฐานะเสมือนความเสียหายนั้นมิได้เกิดขึ้นมาก่อน โดยการเยียวยามี 2 วิธี คือ 1) การบังคับชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง หากสภาพหนี้เปิดช่องให้กระทำได้ หรือ 2) การบังคับชำระหนี้อย่างอื่นแทน หากสภาพหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 และยักรวมถึงการเรียกให้ลูกหนี้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินตามมาตรา 215 ซึ่งจะเป็นการเยียวยาที่

ทดแทนความเสียหายกรณีที่ไม่อาจเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับไปอยู่ในฐานะเสมือนความเสียหายนั้นมิได้เกิดขึ้นมาก่อนได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น บทบัญญัติในเรื่องนี้นั้นมิได้บัญญัติให้ความหมายของคำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” ว่าหมายถึงความถึงการชำระหนี้ที่เฉพาะเจาะจง เพราะมีบทบัญญัติในมาตรา 213 รองรับไว้อยู่แล้ว ดังนั้น ค่าสินไหมทดแทนจึงหมายถึงความถึงค่าเสียหายที่เป็นเงินเท่านั้น²

อย่างไรก็ตาม ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า ค่าเสียหายกับค่าสินไหมทดแทนมีความหมายที่แตกต่างกัน โดยค่าเสียหายเป็นต้นเหตุที่เจ้าหนี้ต้องขาดทุนไม่ได้กำไร ส่วนค่าสินไหมทดแทนเป็นผลในกฎหมายที่จะบังคับให้ลูกหนี้รับผิดชอบใช้เพื่อมิให้เจ้าหนี้ต้องเสียหาย³

2.2.1 ลักษณะของความเสียหายที่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง

ค่าเสียหาย หรือ ค่าสินไหมทดแทนนั้น ต้องประกอบไปด้วย 2 ส่วน คือ

1. การขาดทุน หมายถึง การขาดสิ่งที่มีอยู่ในขณะนี้ หรือเป็นความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้
2. การขาดกำไร หมายถึง การขาดสิ่งที่คาดว่าจะได้ในอนาคต หรือขาดรายได้ที่ควรจะต้องได้ หากมีการชำระหนี้

ซึ่งทั้งการขาดทุนและการขาดกำไร เป็นองค์ประกอบของความเสียหาย และจะมีความสำคัญเฉพาะเป็นผลปกติที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 222 โดยเบี้ยปรับไม่ใช่ ค่าสินไหมทดแทนการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 222⁴ แต่เป็นการตกลงไว้โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษลูกหนี้ที่ไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ซึ่งหากกล่าวโดยสรุป อาจจะกล่าวได้ว่าเบี้ยปรับมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษ ส่วนค่าเสียหายนั้น มีวัตถุประสงค์เป็นการเยียวยา

2.2.2 ผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายทางแพ่ง

ผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายทางแพ่ง มีองค์ประกอบ ดังนี้ 1) ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาร้ายหรือประมาทเลินเล่อ 2) ผู้เสียหายต้องได้รับความเสียหาย ต้องเป็นผลโดยตรงจาก

² ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม ๒ (ภาคจบบริบูรณ์)* (มุรินทร์ พงศปาน ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 3, กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560) 637.

³ เฟ้งอ้าง 645.

⁴ เฟ้งอ้าง 636.

การกระทำของผู้กระทำผิด 3) ต้องมีความสัมพันธ์อันเหตุผล การกระทำของผู้กระทำผิดต้องเป็นสาเหตุโดยตรงของความเสียหายและความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องอยู่ในวิสัยที่คาดการณ์ได้ 4) ผู้เสียหายต้องมีสิทธิฟ้องร้อง และ 5) กฎหมายพิเศษ กฎหมายบางฉบับอาจมีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่ง

2.2.3 ค่าเสียหายที่ต้องรับผิดทางแพ่ง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 4 กรณี ดังนี้

2.2.3.1 ค่าเสียหายในกรณีละเมิด

เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชดใช้ในความเสียหายอะไรบางอย่าง ในเรื่องละเมิดนั้น มีบทบัญญัติไว้เป็นพิเศษในมาตรา 438-448 แต่หาได้มีบทบัญญัติมาตราไหนระบุว่าความเสียหายที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดมีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด จะต้องเป็นความเสียหายที่อาจคาดเห็นได้หรือไม่เมื่อเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดของตน⁵ อันเป็นหลักทำนองเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศสและหลักกฎหมายเยอรมันในกรณีที่ละเมิดเป็นความผิดกฎหมายอาญาด้วย แม้ศาลฎีกายังไม่ได้วางหลักแน่นอนในเรื่องนี้ แต่เมื่อมีได้กำหนดให้นำมาตรา 222 มาใช้กับกรณีละเมิดดังเช่นมาตรา 223 ก็ย่อมแสดงได้ว่าในการกำหนดค่าเสียหายศาลมีดุลพินิจกว้างขวางตามมาตรา 438 โดยไม่ถูกจำกัดโดยหลักความคาดเห็นมาตรา 222 เพียงแต่ว่าความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดเท่านั้น เพราะละเมิดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บางกรณีอาจผิดกฎหมายด้วย ผู้กระทำละเมิดจึงต้องรับผิดโดยกว้างขวางยิ่งกว่ากรณีของผิดสัญญา ดังจะเห็นได้ว่ามาตรา 206 ถือว่าลูกหนี้กรณีละเมิดผิดนัดไม่ชำระหนี้มาตั้งแต่วันทำละเมิด โดยเจ้าหนี้ไม่ต้องเตือนอย่างกรณีไม่ชำระหนี้ตามสัญญา

2.2.3.2 ค่าเสียหายในกรณีสัญญา

แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราจะเดินตามแบบของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นส่วนใหญ่ แต่ในการแบ่งชนิดของค่าเสียหาย เราหาได้แบ่งเป็นค่าเสียหายเพราะการชำระหนี้ล่าช้า การไม่ชำระหนี้ และการชำระหนี้บกพร่องอย่างของเยอรมันไม่ โดยเราถือว่าการชำระหนี้ล่าช้าเป็นเรื่องเดียวกับการชำระหนี้บกพร่อง และได้มีการเพิ่มค่าเสียหายในกรณีเลิกสัญญา ซึ่งในกฎหมายเยอรมันไม่มีไว้อีกด้วย ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กล่าวถึงค่าเสียหายเป็น 3 กรณี ดังนี้

⁵ จิตติ ติงศรัทธี, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลหนี้* (ไทยพิทยา 2494) 217.

(1) ค่าเสียหายในกรณีไม่ชำระหนี้

เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจฟ้องบังคับชำระหนี้ได้ และถ้าหนี้ยังอยู่ในวิสัยจะบังคับชำระหนี้ได้ ศาลก็จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และถ้าเจ้าหนี้มีความเสียหายอะไรก็อาจเรียกได้ด้วย ตามมาตรา 213 วรรคสี่ เช่นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดเวลา ลูกหนี้จะต้องชำระค่าเสียหายเพราะเหตุชำระหนี้ล่าช้าด้วย

การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจไม่ประสงค์จะเรียกให้ชำระหนี้ แต่ก็ไม่ต้องการจะเลิกสัญญา ดังนี้เจ้าหนี้อาจเลือกฟ้องเรียกค่าเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 222 ก็ได้ ค่าเสียหายในกรณีนี้เป็นค่าเสียหายสำหรับ “ความสูญเสียที่คาดหวัง” ที่เจ้าหนี้คาดว่าจะได้จากการปฏิบัติตามสัญญา หรือค่าเสียหายส่วนที่เป็นกำไรของเจ้าหนี้นั่นเอง

(2) ค่าเสียหายในกรณีชำระหนี้บกพร่อง

กรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว แต่การชำระหนี้บกพร่อง หรือที่มาตรา 215 บัญญัติไว้เกี่ยวกับเรื่องที่บกพร่อง ค่าเสียหายที่เจ้าหนี้อาจเรียกร้องได้ก็คือ ค่าเสียหายที่เกิดจากการชำระหนี้บกพร่องนั่นเอง ซึ่งความบกพร่องของลูกหนี้อาจเป็นกรณีอื่น ๆ ซึ่งเรียกรวม ๆ กันว่าเป็นการ “ผิดสัญญา” ก็ได้ การผิดสัญญาของลูกหนี้ก็ทำให้เจ้าหนี้เรียกค่าเสียหายได้เช่นกัน

การชำระหนี้บกพร่อง ถ้าเป็นเรื่องสำคัญจนทำให้การชำระหนี้นั้นไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ หรือผิดไปจากความมุ่งหมายของสัญญาโดยสิ้นเชิง เจ้าหนี้จะไม่รับชำระหนี้ และถือว่าไม่มีการชำระหนี้ โดยเรียกค่าเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้ก็ได้ หรือถ้าเป็นกรณีที่เจ้าหนี้บอกเลิกสัญญา ก็อาจเรียกค่าเสียหายเพราะเลิกสัญญาได้

ในกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้าหรือผิดนัดนั้น โดยทั่วไปเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นเพราะเหตุผิดนัดได้ แต่ถ้าเป็นกรณีผิดนัดชำระเงิน โดยปกติเจ้าหนี้จะเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะดอกเบี้ย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามีค่าเสียหายอื่นนอกกว่านั้นตามมาตรา 224

ถ้าการผิดนัดของลูกหนี้ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยโดยผลของมาตรา 218 วรรคหนึ่ง เจ้าหนี้อาจเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ดังกล่าวตามข้อ (1)

ในกรณีที่ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่บกพร่องไม่ตรงตามสัญญา หรือทำการก่อสร้างบกพร่อง หากเจ้าหนี้ทำการแก้ไขสิ่งบกพร่องลูกหนี้จะต้องชดใช้ให้ หรือหากเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายซึ่งเป็นผลจากการใช้ทรัพย์สินที่บกพร่อง ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบด้วย

(3) ค่าเสียหายในกรณีเลิกสัญญา

หากลูกหนี้ทำผิดสัญญา ไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย อันจะโทษลูกหนี้ได้ และเจ้าหนี้ได้บอกเลิกสัญญาตามมาตรา 386-389 แล้ว มาตรา 391 บัญญัติไว้ว่า ให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งจะต้องมีการคืนทรัพย์สินและเงินกัน ตลอดจนมีการชดใช้สำหรับการงานที่ได้กระทำหรือสำหรับการใช้ทรัพย์สินแล้ว หากมีความเสียหายเกิดขึ้นด้วย เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายเพิ่มอีกส่วนหนึ่งด้วย ค่าเสียหายดังกล่าวอาจเป็นค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ใช้ไปเกี่ยวกับการเตรียมการหรือเพื่อปฏิบัติตามสัญญา หรือเป็นกำไรที่คาดว่าจะได้รับหากไม่มีการเลิกสัญญาแต่จะเรียกทั้งสองอย่างไม่ได้

2.2.3.3 ค่าเสียหายกรณีไม่ชำระหนี้

กรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ มาตรา 222 นั้น มีสองประการ คือ ค่าเสียหายปกติ กับค่าเสียหายพิเศษ สำหรับค่าเสียหายพิเศษได้มีการกล่าวถึงการคาดเห็นทำนองเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายอังกฤษด้วย

มีผู้กล่าวว่าคดี Hadley v. Baxendale ได้กล่าวถึงค่าเสียหาย 2 ชนิด คือ 1) ความเสียหายที่เกิดขึ้นธรรมดา และ 2) ความเสียหายที่อาจถือได้ว่าคู่กรณีได้คำนึงถึงอยู่แล้ว ความเสียหายชนิดแรกลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพราะวิญญูชนในสถานะเช่นลูกหนี้อาจคาดเห็นได้ ส่วนความเสียหายชนิดที่สอง ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพราะวิญญูชนซึ่งรู้ถึงเหตุการณ์พิเศษอย่างเช่นที่ลูกหนี้รู้ อาจคาดเห็นความเสียหายนั้นได้⁶ โปรดสังเกตว่าความเสียหายมีอยู่สองชนิดดังกล่าวนี มีส่วนใกล้เคียงกับความเสียหายปกติ และความเสียหายพิเศษ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 เพียงใด แม้ในวรรคหนึ่งจะกล่าวถึง “ความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น” ไม่ได้กล่าวถึงการคาดเห็นอย่างเช่นในวรรคสองก็ตาม แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติก็คือความเสียหายที่เกิดขึ้นตามธรรมดา และเป็นความเสียหายที่วิญญูชนอาจคาดเห็นได้นั่นเอง และแม้ในวรรคสองจะกล่าวถึงการคาดเห็นพฤติการณ์พิเศษมิได้กล่าวถึงการคาดเห็นความเสียหายพิเศษ แต่เมื่อลูกหนี้คาดเห็นพฤติการณ์พิเศษที่ก่อให้เกิดความเสียหายพิเศษแล้ว ก็ย่อมคาดเห็นความเสียหายพิเศษด้วยนั่นเอง

ค่าเสียหายปกติและค่าเสียหายพิเศษ มีข้อน่าเปรียบเทียบกับค่าเสียหายตาม Common Law อยู่บางประการ ตาม Common Law ค่าเสียหายโดยตรง (Direct Damages) เป็นค่าเสียหายเพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากเหตุที่ก่อความเสียหายโดยตรง กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่ใกล้ชิดกับเหตุ (Proximate) และเกิดขึ้นทันทีที่เกิดเหตุ (Immediate) โดยไม่มีเหตุอื่น (Intervening Cause) เข้ามาแทรก ค่าเสียหายโดยตรงนี้ถือว่าเป็นค่าเสียหายโดยทั่วไป

⁶ G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract* (Clarendon Press 1988) 131.

ซึ่งเกิดขึ้นตามปกติ จึงใกล้เคียงกับค่าเสียหายปกติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ส่วนค่าเสียหายต่อเนื่อง (Consequential Damages) ตาม Common Law เป็นค่าเสียหายที่ชัดเจน ให้ความเสียหายที่เกิดจากเหตุที่ต่อเนื่อง หรือเหตุการณ์แทรกซ้อนซึ่งใกล้ชิดและเป็นผลมาจากเหตุ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรง ค่าเสียหายต่อเนื่องนี้ถือว่าเกิดจากเหตุพิเศษ จึงใกล้เคียงกับ ค่าเสียหายพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน นอกจากนั้นตาม Common Law ถือว่าค่าเสียหายโดยตรงเป็นค่าเสียหายที่ใกล้ชิดกับเหตุ ตรงกันข้ามกับค่าเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ (Remote Damages) ซึ่งกรณีของสัญญาได้แก่ค่าเสียหายที่ไม่ได้เกิดขึ้นตามปกติและไม่อาจคาดเห็นได้ และในกรณีของละเมิดไม่ใช่ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้ละเมิดโดยตรง แต่เกิดจากเหตุแทรก ซ้อน หรือเป็นค่าเสียหายที่ไม่แน่นอนหรือเป็นเพียงการคาดคะเน ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่ไม่อาจเรียกได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง

(1) ค่าเสียหายปกติ

ค่าเสียหายปกติก็คือ ค่าเสียหายที่มาตรา 222 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า เป็นค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ ซึ่งมีการอธิบายว่า เป็นค่าเสียหายซึ่งเป็นผลธรรมดา หรือผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้บ้าง เป็นความเสียหายที่ใคร ๆ ก็ต้องรู้เพราะเกิดขึ้นตามปกติบ้าง หรืออีกนัยหนึ่งเป็นค่าเสียหายที่ทุกคนอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้น จากการไม่ชำระหนี้นั่นเอง

(2) ค่าเสียหายพิเศษ

ค่าเสียหายพิเศษ เป็นค่าเสียหายที่มาตรา 222 วรรคสอง บัญญัติว่าเกิด จากพฤติการณ์พิเศษ เป็นค่าเสียหายสำหรับความเสียหายซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นตามปกติจากการไม่ชำระหนี้ กล่าวคือ ความเสียหายนั้นไม่ใช่เป็นเรื่องที่คนทั่วไปอาจคาดเห็นได้ เป็นความเสียหายพิเศษซึ่งมิได้ เกิดขึ้นตามปกติหากเกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษ เพราะฉะนั้นโดยทั่วไปลูกหนี้จึงไม่ต้องรับผิดชอบใน ความเสียหายนี้ เพราะลูกหนี้ไม่อาจคาดเห็นได้ก่อนว่าจะเกิดขึ้นถ้าไม่ชำระหนี้ แต่ถ้าเหตุการณ์พิเศษ ที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้นเป็นที่รู้แก่ลูกหนี้อยู่ก่อนแล้ว หรือลูกหนี้ควรจะรู้ ลูกหนี้ก็ย่อมคาดเห็น ได้ว่าความเสียหายพิเศษจะเกิดขึ้นหากไม่ชำระหนี้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้และเกิดความเสียหายพิเศษขึ้น เจ้าหนี้ก็สามารถเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนรวมไปถึงความเสียหายพิเศษนั้นได้ด้วย

ค่าเสียหายพิเศษก็ต้องถือว่าเป็นเรื่องที่ลูกหนี้อาจคาดเห็นได้เช่นเดียวกับ ค่าเสียหายปกติ เพียงแต่ว่าค่าเสียหายปกตินั้นทุกคนอาจคาดเห็นได้เองอยู่แล้ว ส่วนค่าเสียหายพิเศษ โดยปกติลูกหนี้ไม่อาจคาดเห็นได้เอง จะต้องมีการแจ้งให้ลูกหนี้ทราบหรือมีพฤติการณ์ซึ่งทำให้ลูกหนี้ คาดเห็นได้ว่าลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบ ซึ่งหลักในต่างประเทศถือว่าลูกหนี้จะต้องคาดเห็นได้ในขณะทำ

สัญญา⁷ แต่ศาลฎีกาถือว่าอาจเป็นการคาดเห็นตอนไม่ชำระหนี้ก็ได้ โดยค่าเสียหายพิเศษอาจเกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษในรูปแบบต่าง ๆ เช่น กำไร เบี้ยปรับ มัดจำ ค่าเช่า หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เป็นต้น

2.2.3.4 ค่าเสียหายที่เรียกไม่ได้

ค่าเสียหายที่ศาลไม่ให้อาจเป็นเพราะไม่เข้ากรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นค่าเสียหายที่ใกล้เคียงเหตุ อาจเป็นค่าเสียหายซึ่งมิใช่ผลโดยตรง หรือความเสียหายยังไม่แน่นอนซ้ำซ้อน และที่ยังเป็นปัญหาอยู่ก็คือความเสียหายทางจิตใจ หรือความเสียหายที่มีใช้ตัวเงิน

(1) ค่าเสียหายซึ่งมิใช่ผลโดยตรง

ค่าเสียหายบางชนิด ศาลถือว่ามิใช่ผลโดยตรงของการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง แต่ค่าเสียหายที่ศาลฎีกาไม่ให้โดยอ้างว่ามิใช่ความเสียหายโดยตรงนี้ บางทีก็ใช้ในความหมายที่ว่ามิใช่ความเสียหายปกติ หรือเป็นความเสียหายที่เกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ อันลูกหนี้ไม่อาจคาดเห็นหรือควรได้คาดเห็นตามมาตรา 222 วรรคสองก็มี เช่น ค่าใช้จ่ายในการทวงถามหนี้ ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี ดอกเบี้ย ค่าขาดรายได้ เงินมัดจำ หรือเบี้ยปรับ เป็นต้น

(2) ความเสียหายที่ไม่แน่นอน

จากหลักที่ว่า ค่าเสียหายเพื่อชดใช้ความเสียหาย (Damages are Compensatory) ไม่ใช่เพื่อเป็นการลงโทษลูกหนี้หรือให้เจ้าหนี้แสวงหากำไรจากลูกหนี้ และตามกฎหมายลักษณะพยาน โจทก์จะต้องพิสูจน์ความเสียหายเสมอ แม้จำเลยจะไม่ได้ต่อสู้ก็ตาม แต่เมื่อโจทก์นำสืบว่าตนเสียหายแล้ว แม้จะนำสืบไม่ครบถ้วนหรือสืบถึงจำนวนค่าเสียหายได้ไม่แน่นอน ศาลก็อาจกำหนดค่าเสียหายให้ตามที่เห็นสมควรได้ แต่กรณีที่ความเสียหายที่โจทก์อ้างเป็นเรื่องในอนาคต ยังไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ หรือเป็นเพียงการคาดคะเน ซึ่งไม่มีพยานสนับสนุนให้น่าเชื่อว่าจะเกิดขึ้น ศาลย่อมไม่กำหนดค่าเสียหายดังกล่าวให้

(3) ค่าเสียหายซ้ำซ้อน

จากหลักที่ว่าค่าเสียหายเพื่อชดใช้ความเสียหายดังกล่าวนั่นเอง เจ้าหนี้จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายซ้ำซ้อนกัน ในกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหลายชนิด เจ้าหนี้จะต้องเลือกเพียงบางชนิด มิให้เกิดการซ้ำซ้อนกัน มิฉะนั้นลูกหนี้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายเกินความเสียหายไป

(4) ค่าเสียหายทางจิตใจ

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้บัญญัติถึงกรณีละเมิดไว้ในมาตรา 446 ในกรณีทำละเมิดต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และกรณีล่วงเกินต่อหญิง ผู้ถูกละเมิดอาจเรียกค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้ด้วย นอกจากนั้นมาตรา 447 ซึ่งเป็น

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฝรั่งเศส มาตรา 1150

การละเมิดต่อชื่อเสียงนั้น ความเสียหายก็หาใช่เป็นเรื่องของเงินเสมอไปไม่ ในกรณีนี้จึงเป็นที่ยอมรับว่า ผู้ถูกละเมิดเรียกค่าเสียหายทางจิตใจหรือค่าเสียหายซึ่งมิใช่ตัวเงินได้ดังที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า จำเลยใช้มีดกรีดหน้าโจทก์ เมื่อบาดเจ็บแล้วมีแผลเป็นที่ใบหน้าเสียโฉมอย่างติดตัว โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายในส่วนนี้ ซึ่งมีใช่ความเสียหายอันเป็นตัวเงินตามมาตรา 446 ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 559/2535) แต่ในกรณีที่ทำให้เขาถึงตายนั้น มาตรา 443 ได้กำหนดให้เรียกค่าเสียหายได้ประการใดบ้าง จึงถือกันว่าเมื่อมาตรา 443 มิได้บัญญัติถึงความเสียหายทางจิตใจไว้ด้วย จึงไม่อาจฟ้องร้องค่าเสียหายเพราะความเสียหายทางจิตใจได้ และกรณีอื่นที่ไม่เข้ามาตรา 446 ศาลฎีกาก็ไม่ให้เช่นกัน สำหรับความเสียหายทางจิตใจกรณีของสัญญานั้น ศาลฎีกาก็เคยวินิจฉัยว่าเรียกไม่ได้เหมือนกัน

2.3 แนวคิดและความเป็นมาของความรับผิดก่อนสัญญา

2.3.1 ความเป็นมาของความรับผิดก่อนสัญญา

ความรับผิดก่อนสัญญา หมายถึง ความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา เกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่อ ส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย หลักการความรับผิดก่อนสัญญาเริ่มปรากฏในทวีปยุโรป ประมาณศตวรรษที่ 19 โดยมีนักกฎหมายเยอรมัน Rudolph von Jhering เสนอแนวคิดเรื่อง culpa in contrahendo ในปี ค.ศ. 1861 ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการพัฒนาต่อโดยนักกฎหมายฝรั่งเศส René Demogue เสนอ théorie de la responsabilité précontractuelle

2.3.2 ลักษณะความรับผิดก่อนสัญญา

2.3.2.1 ความรับผิดเพื่อละเมิด (Tortious Liability)

ความรับผิดเพื่อละเมิดถือเป็นความรับผิดนอกสัญญา เพราะมิใช่ความรับผิดตามสัญญาที่มีความผูกพันกันอยู่แล้ว นักกฎหมายที่เห็นด้วยว่าความรับผิดก่อนสัญญาควรจัดไว้ในกลุ่มความรับผิดเพื่อละเมิด เพราะเห็นว่าไม่อาจจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในเรื่องความรับผิดตามสัญญาได้ เมื่อมีอาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญาได้ ก็เหลือเพียงจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดนอกสัญญาหรือในทางละเมิดนั่นเอง

ประเทศที่เห็นด้วยกับการที่เห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญาจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดนอกสัญญาหรือในทางละเมิด ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลีในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ฉบับปี 1865 ทฤษฎีฝ่ายหนึ่ง และแนวคำพิพากษาศาลสูงของอิตาลีในปัจจุบัน

2.3.2.2 ความรับผิดตามสัญญา (Contractual Liability)

เป็นความรับผิดซึ่งสันนิษฐานถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอาจหมายความว่าโดยปริยายว่าจะต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่รู้จักกันในชื่อของ “การชำระหนี้” ซึ่งตามทฤษฎีนี้นักกฎหมายชาวเยอรมันและชาวอิตาลีมีความเชื่อว่าแม้ในช่วงของก่อนสัญญาจะเกิด ก็ต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต เหมือนดังเช่นตอนที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งหนี้ในช่วงก่อนเกิดสัญญานั้นกล่าวคือหนี้ที่ต้องปฏิบัติตามหลักสุรตินั่นเอง⁸

อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายอิตาลีอีกส่วนหนึ่ง เห็นว่าควรจะจัดความรับผิดก่อนสัญญาอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญา ซึ่งนักกฎหมายกลุ่มนี้เห็นว่า บทบัญญัติในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาในมาตรา 1337 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี บัญญัติว่า “ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสุจริต” จะเห็นได้ว่าคำในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวใช้คำว่า “คู่สัญญา” ความรับผิดที่เกิดขึ้นก็น่าจะต้องรับผิดตามสัญญา มากกว่าที่จะเป็นความรับผิดนอกสัญญาหรือในทางละเมิดนั่นเอง

2.3.2.3 ความรับผิดก่อนสัญญา (Tertium Genus)

ความรับผิดก่อนสัญญาไม่อาจจัดกลุ่มความรับผิดตามสัญญาและในกลุ่มของรับผิดนอกสัญญาหรือในทางละเมิด จึงต้องจัดอยู่ในกลุ่มเอกเทศหรือความรับผิดก่อนสัญญานั้นเอง กล่าวคือ สัญญายังไม่เกิดขึ้นจึงยังไม่เกิดความผูกพันใด ๆ ทางสัญญาต่อกัน จึงไม่อาจอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญา และในกรณีละเมิดนั้นสามารถที่จะพบและอาจกระทบขอบเขตทางกฎหมายทั้งในเรื่องของสัญญา และเรื่องของละเมิดอยู่แล้ว จึงควรจัดให้อยู่ในกลุ่มใหม่ไปเลย และยิ่งไปกว่านั้นยังมีผู้ให้ความเห็นอีกว่า หนี้ที่เกิดก่อนสัญญาเป็นหนี้ตามกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่เป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องเฉพาะต่อบุคคลที่เข้ามาเจรจาด้วย

ในประเทศอิตาลี ความเห็นนี้เป็นที่คัดค้านอย่างมาก เพราะเห็นว่าไม่อาจจะมีกลุ่มความรับผิดก่อนสัญญาที่เป็นเอกเทศได้นอกจากกลุ่มความรับผิดตามสัญญาและกลุ่มความรับผิดนอกสัญญาหรือในทางละเมิดได้

ส่วนในประเทศเยอรมันนั้น นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าหลักความรับผิดก่อนสัญญาจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดก่อนสัญญา เพราะกำหนดความรับผิดสำหรับความประมาทเลินเล่อในระหว่างการตกลงเข้าทำสัญญา ซึ่งในระหว่างนั้นคู่สัญญามีหน้าที่พิเศษที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (duty of care) อันเป็นหน้าที่เฉพาะต่อบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องทำสัญญา

⁸ จำปี ไสตติพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 45.

ด้วยเท่านั้น ซึ่งมีใช้หน้าที่ที่มีต่อบุคคลทั่ว ๆ ไป หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาจึงมีใช้หลักที่มาขยายหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเป็นการใช้ความระมัดระวังนั้นมีอยู่ก่อนที่สัญญาจะเกิด จึงต้องใช้ความระมัดระวังไม่ว่าสัญญานั้นจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบ ความรับผิดชอบก่อนสัญญาจึงมีใช้ความรับผิดชอบตามสัญญา เพราะสัญญายังมิได้เกิดขึ้น และหากสัญญาเกิดขึ้นแล้วความไม่ระมัดระวังดังกล่าวก็ยังอยู่ในช่วงของก่อนที่สัญญาจะเกิดอยู่ดี

2.3.3 เหตุผลในการก่อให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญา

2.3.3.1 เหตุผลที่เกิดจากกระบวนการก่อให้เกิดสัญญา

(1) การแสดงเจตนาบกพร่อง

เหตุบกพร่องของการแสดงเจตนาซึ่งส่งผลให้การแสดงเจตนาตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ อาจแบ่งได้ 5 กรณี ดังนี้

1. เจตนาซ่อนเร้น (Hidden Intention)

เป็นกรณีที่ผู้แสดงเจตนาตั้งใจแสดงเจตนาออกมาว่าประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย แต่เจตนาในใจจริง ๆ มิได้ประสงค์จะผูกพันในลักษณะเช่นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นกรณีที่ผู้แสดงเจตนาตั้งใจให้การแสดงเจตนาภายนอกที่แสดงออกมานั้น ไม่ตรงกับเจตนาภายในของตนเอง โดยไม่มีการสมคบกับผู้รับการแสดงเจตนาหรือคู่กรณีในนิติกรรม

หากพิจารณาในแง่ของเจตนาภายใน เจตนาซ่อนเร้นนั้นคล้ายกับกรณีที่ผู้แสดงเจตนาไม่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมายในแง่ที่ว่า ในทั้งสองกรณีผู้แสดงเจตนาไม่มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่ของเจตนาภายนอกหรือเจตนาที่แสดงออก จะพบว่ามีความแตกต่างกัน เนื่องจากในกรณีที่ผู้แสดงเจตนาไม่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย หากพิจารณาจากทฤษฎีภาวะวิสัย หรือจากมาตรฐานวิญญูชน จะเข้าใจได้ว่าผู้แสดงเจตนาไม่มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ เช่น เป็นการแสดงเจตนาล้อเล่นไม่จริงจัง หรือเป็นการกระทำตามอัธยาศัยไมตรีอันดีในสังคม ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวนี้จึงไม่มีนิติกรรมเกิดขึ้นเลย⁹ แต่ในกรณีของเจตนาซ่อนเร้นนั้น หากพิจารณาทางภาวะวิสัยจะพบว่า ผู้แสดงเจตนาประสงค์ให้การแสดงเจตนาเกิดผลในทางกฎหมาย แต่เจตนาแสดงออกดังกล่าวแตกต่างจากเจตนาภายในของผู้แสดงเจตนา

นอกจากนี้ การแสดงเจตนาซ่อนเร้นแตกต่างจากกรณีที่ในใจจริงบุคคลประสงค์จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ไม่ได้แสดงเจตนาที่ออกมา รวมถึงแตกต่างจากกรณีที่ในใจจริงประสงค์จะผูกพัน แต่ได้แสดงเจตนาออกมาว่าจะไม่ผูกพัน เนื่องจากใน

⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 10, นิติบรรณการ 2551) 184.

กรณีที่บุคคลมีความประสงค์จะแสดงเจตนา แต่หากไม่แสดงเจตนาออกมา ย่อมเท่ากับว่าไม่มีการแสดงเจตนาออกมาว่าไม่ประสงค์จะผูกพัน ย่อมหมายความว่าผู้แสดงเจตนาไม่ประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย ในสองกรณีนี้ แม้ผู้รับการแสดงเจตนาจะรู้ถึงเจตนาในใจจริง ๆ ของผู้แสดงเจตนาว่าประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย ก็ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด

2. เจตนาหลง (Fictitious Intention)

เป็นการแสดงเจตนาที่เจตนาแสดงออกของผู้แสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายในของตน โดยมีการตกลงสมรู้กันระหว่างผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนาหรือคู่กรณีในนิติกรรม (ตามมาตรา 155 วรรคแรก) โดยทั้งผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนาหรือคู่กรณี มีความตั้งใจที่จะหลอกลวงบุคคลภายนอกอื่น ๆ เนื่องจากทั้งสองฝ่ายต่างไม่ประสงค์จะให้การแสดงเจตนาของตนมีผลในทางกฎหมาย แต่ได้แสดงออกว่ามีการทำนิติกรรมขึ้นมา¹⁰ ซึ่งความตั้งใจสมคบกันของคู่กรณีนี้ ถือเป็นสาระสำคัญของการแสดงเจตนาหลง

การแสดงเจตนาหลงแตกต่างกับการแสดงเจตนาซ่อนเร้นซึ่งผู้รับการแสดงเจตนาหรือคู่กรณีถึงเจตนาภายในของผู้แสดงเจตนา แม้ผลทางกฎหมายจะคล้ายกัน นั่นคือการแสดงเจตนาซ่อนเร้นเป็นโมฆะ แต่สิ่งที่ต่างกันนั้นคือ ในกรณีของการแสดงเจตนาซ่อนเร้น มิได้มีการสมคบกันระหว่างผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนาหรือคู่กรณี หากแต่ผู้รับการแสดงเจตนาหรือคู่กรณีได้รู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจ¹¹ ในขณะที่การแสดงเจตนาหลงต้องเกิดจากการสมคบกันระหว่างคู่กรณีอย่างน้อยสองฝ่าย

3. สำคัญผิด (Mistake)

เป็นการที่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง¹² หรือคลาดเคลื่อนหรือผิดไปจากความเป็นจริง โดยไม่รู้ถึงความจริงดังกล่าว จึงได้แสดงเจตนาออกมาตามที่ตนเข้าใจผิดไปนั้น หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้แสดงเจตนาได้แสดงเจตนาออกมาผิดพลาดไม่ตรงกับเจตนาภายในของตน โดยที่ตนไม่รู้ตัวว่าได้แสดงเจตนาผิดพลาดไป

¹⁰ เพิ่งอ้าง 152.

¹¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 26, วิญญูชน 2567) 131.

¹² จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 7, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2566) 129.

4. กลฉ้อฉล (Fraud)

เป็นการหลอกลวงให้ผู้ที่ได้แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมโดยสำคัญผิด¹³ การแสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉลจึงเป็นกรณีที่มีความทับซ้อนกับการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด เพียงแต่เหตุแห่งความสำคัญผิดมิได้เกิดจากผู้แสดงเจตนาได้แสดงเจตนาผิดพลาดไปเอง หรือเข้าใจ ข้อเท็จจริงผิดพลาดไปเอง แต่เป็นเพราะมีบุคคลอื่นมาหลอกลวง หรือเพราะพฤติการณ์ที่บุคคลอื่น ต้องรับผิดชอบต่อความสำคัญผิดนั้น¹⁴

5. ข่มขู่ (Duress)

เป็นการก่อให้เกิดความกลัวต่อภัยอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้ถูกข่มขู่¹⁵ เพื่อให้บุคคลที่ถูกข่มขู่แสดงเจตนาทำนิติกรรม¹⁶

(2) การถอนคำเสนอ

โดยหลักแล้วนั้น คำเสนอเมื่อมีผลเป็นคำเสนอแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 หรือตามมาตรา 169 ก็ดี คำเสนอนั้นไม่อาจบอกถอนได้ ไม่ว่า จะเป็นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และคำเสนอนั้นจะสิ้นความผูกพันเมื่อผู้รับคำเสนอไม่สนองรับ ภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือระยะเวลาอันควรคาดหมายได้ หรือคำเสนอได้ถูกบอกปิดไปยังผู้เสนอแล้ว ก็ยังคงมีปัญหาว่าคำเสนอนั้นเป็นนิติกรรมหรือไม่ เพราะนักกฎหมายบางฝ่ายก็มีความเห็นว่าคำเสนอนั้น ก่อให้เกิดความผูกพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 และมาตรา 355 หรือ มาตรา 356 แล้วแต่กรณี ดังนั้น คำเสนอเมื่อมีผลเป็นคำเสนอแล้วจึงถอนไม่ได้ ส่วนความเห็นของ นักกฎหมายอีกฝ่ายนั้นเห็นว่าไม่เป็นนิติกรรม เพราะไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์

ทั้งนี้ กฎหมายอิตาลีในเรื่องของคำเสนอนั้น ได้กำหนดว่าแม้มีผลเป็น คำเสนอแล้วก็ยังคงถอนได้เสมอตราบเท่าที่สัญญายังไม่เกิด จึงสามารถทำความเข้าใจได้ว่าคำเสนอใน ระบบกฎหมายบางประเทศ เช่น ประเทศอิตาลีนั้น คำเสนอไม่เป็นนิติกรรมแน่นอน แต่เป็นเพียง

¹³ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* (มนินทร์ พงศาปาน ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 4, กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561) 77-78.

¹⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 218.

¹⁵ เพิ่งอ้าง 231.

¹⁶ อักษราทร จุฬารัตน, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528) 59.

ขั้นตอนก่อนสัญญา แต่สำหรับกฎหมายไทยนั้น แม้คำเสนอจะก่อให้เกิดความผูกพัน ก็ยังไม่ได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ หรือก่อหนี้ ในความหมายทางนิตินัย แต่คำเสนออาจเป็นนิติกรรม เพราะมีลักษณะเป็นการสร้างความผูกพันประการหนึ่งที่เรียกว่า “ความผูกพันตามคำเสนอ” กล่าวคือ ความผูกพันก็จะไม่ถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ตามมาตรา 354 เวลาอันควรคาดหมายได้ว่า อีกฝ่ายจะสนองรับตามมาตรา 355 หรือในขณะนั้น ตามมาตรา 356 ซึ่งต้องแยก “ความผูกพันตามคำเสนอ” ออกจาก “ความผูกพันทางหนี้” ตามคำเสนอ เพราะความผูกพันทางหนี้ตามคำเสนอย่อมทำให้เกิดผลทางหนี้ทันที ส่วนความผูกพันตามคำเสนอเป็นเพียงการที่คำเสนอนั้นต้องอยู่ภายใต้ผลบางประการเท่านั้นในฐานะเป็นนิติกรรม แต่ด้วยเหตุผลที่คำเสนอไม่ก่อให้เกิดหนี้ในทางนิตินัย¹⁷ เพราะโดยหลักเกณฑ์ของหนี้จะหมายถึงความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้น การจะมีหนี้ได้จึงต้องมีสองฝ่าย คือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่ลำพังการทำคำเสนออย่างไม่มีถึงเพียงนั้น คำเสนอจึงก่อให้เกิดความผูกพันทางหนี้ไม่ได้

(3) การยกเลิกการเจรจา

บ่อยครั้งในการทำสัญญาที่สำคัญ ๆ อาจจะต้องมีช่วงระยะเวลาหนึ่งที่ใช้สำหรับการเจรจา เพื่อที่จะตกลงกันในเนื้อหาของสัญญาที่จะเข้าทำขึ้น หรือเพื่อที่จะได้มีการตรวจสอบด้านเทคนิคหรือด้านกฎหมายของคู่เจรจาว່าคว่าควรที่จะถึงขั้นเข้าทำสัญญากันหรือไม่ ซึ่งโดยปกติในระหว่างเวลาที่มีการเจรจานี้ คู่เจรจาอาจตัดสินใจที่จะไม่เข้าทำสัญญาก็ได้ หากเห็นว่าจะได้รับประโยชน์ไม่คุ้มค่า และการไม่เข้าทำสัญญานี้ก็มีได้เป็นการปฏิบัติที่ผิดหน้าที่แต่ประการใด เพราะตราบไต่ที่สัญญายังไม่เกิด หนี้หรือหน้าที่ใด ๆ อันสืบเนื่องมาจากสัญญาก็ยังไม่มี คู่เจรจาจึงมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งการยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันควร หรือการหลอกให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาทำการเจรจา โดยที่คู่กรณีฝ่ายแรกรู้อยู่แล้วว่าจะไม่เข้าทำสัญญา และเมื่อสัญญามีได้เกิดขึ้นจริงก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งโดยสุจริตที่ได้ให้ความไว้วางใจในความสำเร็จของสัญญา เช่นนี้จึงได้เกิดแนวความคิดในกฎหมายต่างประเทศที่จะให้คู่เจรจาฝ่ายที่หลอกลวงเขา หรือฝ่ายที่ยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจะต้องรับผิดชอบแต่เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา ตามหลัก Culpa in Contrahendo เพราะถือได้ว่าได้มีการปฏิบัติฝ่าฝืนหลักสุจริตแล้ว

¹⁷ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้) (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2566) 42-45.

2.3.3.2 สัญญาเบื้องต้น

คำว่า “สัญญาเบื้องต้น” หรือที่ท่านศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เรียกว่า “สัญญาก่อนสัญญา”¹⁸ นั้น ในปัจจุบันอาจทำให้เข้าใจได้ 2 ความหมาย คือ

(1) สัญญาหรือข้อตกลงใด ๆ ก็ตามที่มาก่อนสัญญา เช่น สัญญาประกวดราคา ที่อาจก่อให้เกิดความผูกพันในระดับหนึ่ง หรืออาจเป็นข้อตกลงที่ไม่ถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความผูกพันเช่นสัญญาที่แท้จริง แต่สาระในข้อตกลงนั้นอาจก่อให้เกิดความผูกพันระดับหนึ่ง ซึ่งอาจเกิดในลักษณะของหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of intent) หรือบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) เป็นต้น

(2) สัญญาที่คู่สัญญาตกลงผูกพันกันว่าจะมาทำสัญญาอีกฉบับหนึ่งในอนาคตที่เรียกว่าสัญญาเสร็จเด็ดขาด เพราะมีเหตุผลบางประการที่ไม่อาจทำสัญญาให้เสร็จเด็ดขาดได้ไปในคราวเดียว สัญญาเบื้องต้นในลักษณะนี้จึงเป็นสัญญาแล้ว และเมื่อเป็นสัญญาแล้ว สัญญาจึงก่อให้เกิด “หนี้” อันมีลักษณะของหนี้กระทำการ นั่นคือการทำคู่สัญญามีหน้าที่ต้องมาแสดงเจตนาทำสัญญาเสร็จเด็ดขาดอีกฉบับหนึ่งในอนาคต และเมื่อต่อมาได้มีการทำสัญญาเสร็จเด็ดขาดแล้ว ผลของสัญญาเสร็จเด็ดขาดก็จะเกิดขึ้นตามความมุ่งหมายของคู่สัญญา

สัญญาเบื้องต้นประเภทนี้มีหลักบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บ้างก็ได้แก่ สัญญาจะซื้อจะขาย สัญญาจะให้โดยเสน่หา ส่วนสัญญาเบื้องต้นอื่น ๆ ที่มีการกล่าวถึงบ้างในวงการกฎหมายไทยก็คือ สัญญาจะให้เช่า อันถือได้ว่าเป็นสัญญาเบื้องต้นที่ทำกันได้บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในสัญญา

แต่ทั้งนี้ก็มีประเด็นที่ว่า สัญญาเบื้องต้นนั้นจะสามารถทำได้ในทุกลักษณะของเอกเทศสัญญาหรือไม่ เช่น สัญญาจะให้ยืม จะทำให้มีผลบังคับทางกฎหมายได้หรือไม่ และพื้นฐานความคิดของสัญญาเบื้องต้นในภาพรวมนั้น จะถือได้ว่าสัญญาเบื้องต้นบางชนิดเป็นสัญญาเบื้องต้นตามกฎหมาย ส่วนสัญญาเบื้องต้นที่ทำกันโดยไม่มีกฎหมายรองรับไว้โดยชัดแจ้งนั้น จะเป็นสัญญาเบื้องต้นบนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาใช่หรือไม่ ซึ่งท่านศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ ได้ให้ความเห็นในประเด็นนี้ไว้ว่า¹⁹ “สัญญาเบื้องต้นทุกชนิด ไม่ว่าจะมีความหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้บ้างหรือไม่ก็ตาม ก็ล้วนเป็นสัญญาที่มีพื้นฐานอยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญาทั้งสิ้น เพราะการบัญญัติของกฎหมายมิได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ทั้งหลายของสัญญาเบื้องต้น

¹⁸ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2517) 219.

¹⁹ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 11) 351.

นั้นเหมือนกับบัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญาแต่ละเรื่อง ประเด็นเดียวที่บัญญัติไว้คือประเด็นในเรื่องการที่จะบังคับตามสัญญาเท่านั้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาเบื้องต้นที่ทำกันนั้นเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ”

อนึ่ง สัญญาเบื้องต้นมีความแตกต่างจากค้ำมั่น เพราะสัญญาเบื้องต้นไม่ว่าจะเป็นความในลักษณะใด ก็จะมีลักษณะเป็นข้อตกลง นั่นคือเป็นนิติกรรมสองฝ่ายแล้ว ในขณะที่ค้ำมั่นนั้นเป็นเพียงนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา และแม้นักกฎหมายบางท่านจะเรียกค้ำมั่นว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียว ก็เป็นเพียงความประสงค์ที่จะยืนยัน “ลักษณะของความผูกพัน” ของค้ำมั่นนั่นเองว่าเป็นความผูกพันฝ่ายเดียวมากกว่าที่จะยืนยันว่าค้ำมั่นเป็นนิติกรรมสองฝ่าย

2.3.4 ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหรือการที่ไม่ได้เข้าทำ

สัญญา

ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา หมายถึง สัญญาที่ไม่บรรลุองค์ประกอบครบถ้วนตามกฎหมาย หรือสัญญาที่มีข้อความคลุมเครือ ไม่ชัดเจน และ การไม่ได้เข้าทำสัญญา หมายถึง กรณีที่คู่สัญญาตกลงกันไม่ได้ ไม่สามารถทำสัญญาให้สำเร็จ ดังนั้น ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหรือการที่ไม่ได้เข้าทำสัญญา อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ ดังนี้

1. ความเสียหายทางบวก (Positive Damages)

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและสามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ อาทิเช่น ค่าใช้จ่ายที่เสียไปในการเจรจาต่อรอง ค่าเสียโอกาสทางธุรกิจ และกำไรที่สูญเสียไป เป็นต้น

2. ความเสียหายทางลบ (Negative Damages)

ความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ อาทิเช่น ความเสียชื่อเสียง ความเสียหายทางจิตใจ และการสูญเสียโอกาสในการประกอบธุรกิจ เป็นต้น

3. การเสียค่าปรับ

กรณีมีข้อตกลงเรื่องค่าปรับในสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องชดใช้ค่าปรับตามสัญญา

4. การบังคับให้ทำสัญญา

กรณีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง บอกเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ศาลมีอำนาจสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นทำสัญญา

5. การชดใช้ค่าเสียหาย

คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย

บทที่ 3

ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาของต่างประเทศและประเทศไทย

3.1 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศไทย

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องชดเชยค่าเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย กรณีกระทำการโดยไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่อ ส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1 ความรับผิดก่อนสัญญา

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ได้บัญญัติเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญาไว้ใน 3 มาตรา ดังนี้

มาตรา 1328 วรรคหนึ่ง “คำเสนอนั้นอาจถูกถอนเสียได้ทราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตามถ้าผู้สนองได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้ทราบถึงการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายและการสูญเสียที่ผู้สนองได้รับเพราะการเริ่มปฏิบัติตามสัญญา”

มาตรา 1337 “ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต”

มาตรา 1338 “คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรจะได้ถึงความมีอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา แล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มีความผิด”

ในปัจจุบันนักกฎหมายมีความเห็นแยกออกเป็น 3 ฝ่าย¹ กล่าวคือ

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า การเรียกค่าสินไหมทดแทนกรณีความรับผิดก่อนสัญญาน่าจะจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดเพื่อละเมิด เพราะวก่อนที่จะใช้ประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบัน นักกฎหมายอิตาลีปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดกับกรณีความรับผิดก่อนสัญญามาก่อน

¹ จำปี ไสตติพันธ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 51-52.

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า การเรียกค่าสินไหมทดแทนกรณีความรับผิดก่อนสัญญา น่าจะจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญา เพราะเห็นว่านี่ในการปฏิบัติตามหลักสุจริตก่อนสัญญาเกิด ก็คือหน้อย่างเดียวกันกับการปฏิบัติตามหลักสุจริตเมื่อเกิดสัญญาแล้ว และบทบัญญัติที่กล่าวถึงเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาก็ได้บัญญัติไว้ในเรื่องของสัญญาและในบทบัญญัติก็ได้ใช้คำว่า “คู่สัญญา” จึงมองได้ว่าเป็นความรับผิดตามสัญญานั้นเอง

ฝ่ายที่สาม เห็นว่า การเรียกค่าสินไหมทดแทนกรณีความรับผิดก่อนสัญญา น่าจะจัดกลุ่มแยกออกเป็นเอกเทศอีกกลุ่มหนึ่ง เพราะเห็นว่า ไม่อาจเป็นความรับผิดตามสัญญาได้ และไม่ได้หมายความว่า จะต้องเข้ากลุ่มเรื่องละเมิดเสมอไป

จะเห็นได้ว่าประเทศอิตาลีได้มีการบัญญัติรองรับหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้โดยชัดแจ้งในประมวลกฎหมายแพ่ง โดยบัญญัติไว้ในลักษณะทั่วไป อันสามารถจะนำไปปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้

3.1.2 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย กรณีกระทำการโดยไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่อ ส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายต้องพิสูจน์ได้ว่าการเจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญา มีเจตนาหรือความประมาทเลินเล่อ มีความเสียหายเกิดขึ้น และมีความสัมพันธ์อันเหตุผล โดยมีคำพิพากษาคดีที่น่าสนใจ ดังนี้

คดี Cass. Civ., Sez. III, 29 novembre 2012, n. 21048

คดีนี้เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาที่เจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยโจทก์และจำเลยตกลงกันเรื่องราคาและเงื่อนไขต่างๆ ของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และโจทก์ได้จ่ายเงินมัดจำให้จำเลยเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ต่อมาจำเลยบอกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร โจทก์จึงได้ฟ้องร้องจำเลยเพื่อยกค่าเสียหาย โดยในคดีนี้ศาลได้พิพากษาว่าจำเลยมีความผิด Culpa in contrahendo เนื่องจากบอกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และทำให้โจทก์สูญเสียโอกาสในการหาซื้ออสังหาริมทรัพย์อื่น จำเลยจึงต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์

คดีนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกาอิตาลีให้ความสำคัญกับหลักการ Culpa in contrahendo คู่สัญญาควรมีความสุจริต (good faith) ในการเจรจาต่อรอง ดังนั้น คู่สัญญาที่บอกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อาจต้องรับผิด Culpa in contrahendo

3.2 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศฝรั่งเศส

ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา (responsabilité précontractuelle) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย กรณีกระทำการโดยไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่อ ส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย

3.2.1 ความรับผิดก่อนสัญญา

หลักความรับผิดก่อนสัญญาของ Jhering มีการแพร่ขยายมายังประเทศฝรั่งเศส โดยถือเป็นหลักที่ช่วยเหลือคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่สุจริตและได้รับความเสียหายจากการกระทำจากฝ่ายที่ไม่สุจริต แต่ไม่อาจนำความรับผิดตามสัญญามาบังคับใช้แก่กรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา จึงต้องนำหลักความรับผิดทางละเมิดมาปรับใช้ ซึ่งเป็นหลักที่กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กฎหมายประเทศฝรั่งเศสจะมีวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญา ดังนี้

3.2.1.1 ความรับผิดในช่วงการเจรจาของคู่กรณี

นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสชื่อ Raymond Saleilles กล่าวถึงความรับผิดก่อนสัญญาว่า คู่กรณีต้องมีความสุจริตต่อกันแม้จะอยู่ในช่วงของการเจรจาเพื่อที่จะเข้าทำสัญญาก็ตาม หากในระหว่างเจรจามีการกระทำใดของคู่กรณีที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง จะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากความไว้น้ำใจเชื่อใจของฝ่ายที่เสียหาย² ซึ่งการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แม้จะยังไม่ถึงกระบวนการเข้าทำสัญญากัน แม้การกระทำดังกล่าวจะไม่ประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่ออีกฝ่ายหนึ่ง ก็ถือว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด ซึ่งการกระทำโดยไม่สุจริตนั้นมิใช่เพียงแต่คู่กรณีเข้าทำการเจรจากันโดยไม่มีเจตนาทำสัญญาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีที่คู่กรณีเลิกการเจรจาทันทีโดยปราศจากเหตุผลใด ๆ³ ซึ่งหลักนี้ได้แนวคิดมาจาก Jhering โดยใช้หลักความไว้น้ำใจเชื่อใจ ความสุจริต หรือความซื่อสัตย์ต่อกันในช่วงของการเจรจามาปรับใช้กับความรับผิดทางละเมิด แต่ไม่อาจนำมาปรับใช้กับความรับผิดในทางสัญญาได้ เนื่องจากในขั้นตอนดังกล่าวยังไม่มีสัญญาใด ๆ เกิดขึ้นต่อกัน

² E. Allan Farnsworth, 'Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiations' (1987) 87 Columbia Law Review 217, 240.

³ เพิ่งอ้าง 239.

ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น การชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาที่เกิดสัญญาเป็นการชดใช้ตามทฤษฎีสูญเสียโอกาส (Perte d' une chance)⁴ เนื่องจากการรับผิดก่อนสัญญาในกรณีเช่นนี้ไม่มีบัญญัติไว้ จึงต้องนำมาปรับใช้ตามความรับผิดชอบทางละเมิด

3.2.1.2 ความรับผิดชอบในการถอนคำเสนอก่อนสิ้นผลผูกพัน

ในกรณีที่ผู้เสนอไม่ได้กำหนดระยะเวลาของคำเสนอไว้ ตามกฎหมายฝรั่งเศส คำเสนอสามารถถอนได้ก่อนมีการสนองรับ เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวไม่อาจผูกพันผู้เสนอได้⁵ แต่คำเสนอเช่นนี้จะมีผลภายในระยะที่คาดหมายได้ว่าน่าจะมีการสนองรับโดยพิจารณาตามเหตุการณ์เป็นกรณี ๆ หรือปกติประเพณี⁶ แต่หากผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนองภายในระยะเวลาที่แน่นอน ผู้เสนอจะไม่สามารถถอนคำเสนอภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ หากผู้เสนอถอนคำเสนอ ผู้เสนอต้องรับผิดชอบความเสียหาย⁷ ปัญหาดังกล่าวก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาเกิด

ในปี ค.ศ. 1936 ได้มีความเห็นของนักกฎหมายชื่อ Planiol, Ripert และ Mazeaud มีความเห็นว่าการทำคำเสนอนั้น นอกจากจะเป็นข้อเสนอในการเข้าทำสัญญาหลักแล้ว ผู้ทำคำเสนอยังเสนอตนเข้าทำสัญญารองอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งหมายถึงผู้เสนอยอมผูกพันตนตามคำเสนอที่มีกำหนดระยะเวลาตามที่ตกลงไว้ สัญญาจะเข้าทำสัญญาที่ว่าย่อมเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้รับคำเสนอ และเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นโดยฝ่ายที่รับคำเสนอได้สนองรับโดยปริยาย ดังนั้นเมื่อผู้เสนอบอกถอนคำเสนอในสัญญา ผู้เสนอต้องรับผิดชอบฐานสัญญาจะเข้าทำสัญญา⁸ ต่อมานักกฎหมายชื่อ Ripert, Mazeaud, Tunc และ Boulanger มีความเห็นเพิ่มเติมว่า ผู้เสนอถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาที่กำหนดไว้ ถือว่าเข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Contracts : France, International Encyclopedia of Comparative Law*, 72.

⁵ เพิ่งอ้าง 71.

⁶ Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introductory to Comparative Law translated from the German*, 385.

⁷ เพิ่งอ้าง.

⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, 'ผลของคำเสนอ-สนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ' วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 76-77.

มาตรา 1382 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำใด ๆ ของบุคคลอันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่นไซร์ ย่อมบังคับบุคคลผู้กระทำความเสียหาย โดยความผิดของเขานั้น ให้ทดแทนความเสียหาย”⁹

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายชื่อ Colin, Capitan et De la Morandiere มีความเห็นว่า คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีผลผูกพันผู้เสนอ ซึ่งความเห็นนี้ได้ถูกโจมตี เพราะกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีการยอมรับในเรื่องของการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีผลผูกพันผู้เสนอ¹⁰

การที่ไม่อาจตกลงได้ว่า การถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาที่กำหนดเป็น ความรับผิดชอบละเมิดหรือตามสัญญา จึงทำให้มีปัญหาในเรื่องของการกำหนดค่าเสียหาย และศาล ไม่สามารถวางหลักที่แน่นอนได้ว่าจะกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ในอัตราใด โดยปกติแล้ว ในเรื่องของการกำหนดค่าเสียหายในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เป็นเรื่องดุลพินิจของศาล ดังนั้น ตามมาตรา 1382 ศาลจะกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายที่เสียไป เพราะเหตุที่เชื่อว่าคำเสนอจะมีผล ต่อไปเท่านั้น

3.2.1.3 ความรับผิดชอบการแสดงเจตนากพร่อง

การแสดงเจตนากพร่องอาจเกิดจากการสำคัญผิดหรือกลฉ้อฉล หรือ ข่มขู่ เป็นต้น จะถือว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาโดยไม่สมบูรณ์ ตามประมวล กฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1109 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาจะไม่สมบูรณ์หากเป็น การแสดงเจตนาเนื่องจากการสำคัญผิด หรือถูกข่มขู่โดยใช้วิธีรุนแรง หรือกลฉ้อฉล”¹¹ จากมาตรา ดังกล่าวการแสดงเจตนากพร่องของกฎหมายฝรั่งเศสมี 3 กรณี ดังนี้

(1) ความรับผิดชอบการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด

การที่สัญญานั้นเกิดขึ้นจากการสำคัญผิดของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง จะมีผลให้ สัญญานั้นตกเป็นโมฆียะ¹² ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1110 ได้บัญญัติว่า

“ความสำคัญผิดจะไม่เป็นสาเหตุที่ทำให้ความตกลงเสียเปล่า เว้นเสียแต่ว่า ความสำคัญผิดนั้นจะตกอยู่บนสาระสำคัญแห่งทรัพย์สิน ซึ่งเป็นวัตถุแห่งความตกลงนั้น

⁹ จิต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด* (เดือนตุลา 2539) 69.

¹⁰ Konrad Zweigert and Hein Kotz (เชิงอรรถ 6) 386.

¹¹ The French Civil Code, *Section 1109* “There is no valid consent if consent was given by error, was extorted by unlawful pressure or procured by fraud” *The Civil Law System : Cases and Materials Comparative Study of law*, 860.

¹² J. Schmidt-Szalewski (เชิงอรรถ 4) 86.

ความสำคัญผิวนั้นจะไม่ใช่สาเหตุแห่งความเสียหาย ถ้าหากว่าความสำคัญผิวนั้นตกอยู่บนบุคคลซึ่งเขามีเจตนาที่จะทำสัญญาด้วย เว้นแต่ว่าการพิจารณาในบุคคลนั้นจะเป็นสาเหตุที่สำคัญแห่งการตกลง”¹³

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการสำคัญผิวนั้นซึ่งทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์นั้นมีได้ 2 กรณี คือ การสำคัญผิวนในตัวทรัพย์สิน (Erreur sur la substance) และการสำคัญผิวนในตัวบุคคล (Erreur sur la personne)

(2) ความรับผิดจากการแสดงเจตนาโดยถูกกลลวง

การแสดงเจตนาโดยถูกกลลวงกับการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิวนั้นมีความคล้ายกัน โดยการแสดงเจตนาสำคัญผิวนั้นอาจเกิดจากการเข้าใจผิดของตนเองเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุของสัญญา (subject matter) หรือเนื่องจากถูกกรณีฝ่ายหนึ่งหลอกลวงให้เกิดความสำคัญผิวนั้นซึ่งเป็นสาระสำคัญผิวนั้น แต่การแสดงเจตนาโดยถูกกลลวงจะเกิดขึ้นได้ ต้องมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมาแสดงเจตนาหลอกลวงทำให้เกิดความสำคัญผิวนั้น¹⁴ ซึ่งไม่ใช่เป็นการเข้าใจผิดของตนเอง ในกฎหมายฝรั่งเศสกล่าวว่ากลลวงเป็นเหตุทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1116

“กลลวงเป็นการทำให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถ้าไม่มีกลลวงดังกล่าวก็จะไม่เข้าทำสัญญา

การแสดงเจตนาโดยกลลวงต้องพิสูจน์ได้ ไม่ใช่เกิดจากข้อสันนิษฐานว่าเป็นกลลวง”¹⁵

ต่อมาในปี ค.ศ. 1971 ได้มีการขยายความรับผิดของการแสดงเจตนาโดยกลลวงให้รวมถึงคู่กรณีในช่วงเจรจาก่อนทำสัญญา หากทราบความจริงจะต้องให้คำแนะนำ หรือแจ้งให้ทราบโดยสุจริต การนิ่งเพื่อปกปิดคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งถ้ารู้ก็จะไม่เข้าทำสัญญา การนิ่งดังกล่าวถือว่าเป็นกลลวงด้วย

การแสดงเจตนาหลอกลวงทำให้ผู้อื่นตกลงเข้าทำสัญญานั้น ทำให้มีผลให้สัญญามีผลไม่สมบูรณ์ ตกเป็นโมฆียะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1117 นอกจากการแสดงเจตนาหลอกลวงจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสำคัญผิวนั้น จะถือว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นไม่สมบูรณ์เนื่องจากเหตุแห่งกลลวง โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเข้าองค์ประกอบของการสำคัญผิวนั้น ซึ่งการแสดง

¹³ จำปี โสตติพันธุ์ (เชิงอรรถ 1) 51-52.

¹⁴ Berry Nicholas, The French Law of Contract 102.

¹⁵ จำปี โสตติพันธุ์ (เชิงอรรถ 1) 861.

เจตนาหลอกลวงบุคคลอื่นดังกล่าวเป็นการรับผิดชอบประเภหนึ่ง¹⁶ ซึ่งทำให้คู่กรณีที่แสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉลสามารถเรียกค่าเสียหายได้จากการกระทำผิดก่อนสัญญาของผู้แสดงเจตนาทำกลฉ้อฉลตามมาตรา 1382¹⁷

(3) ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่

การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยถูกบุคคลอื่นข่มขู่ให้เกิดความกลัวจึงต้องแสดงเจตนาออกไป ซึ่งทำให้ตนเองไม่มีอิสระในการแสดงเจตนา ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1111 บัญญัติว่า “การข่มขู่บุคคลให้เกิดภาวะผูกพันโดยเข้าทำสัญญา แม้ว่าการเข้าทำสัญญาโดยบุคคลหนึ่ง แต่อีกบุคคลหนึ่งได้รับประโยชน์จากการทำสัญญา”

เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาอันเนื่องมาจากถูกคู่กรณีฝ่ายหนึ่งข่มขู่จะทำให้สัญญาที่ทำขึ้นนั้นตกเป็นโมฆียะ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1117 และสามารถเรียกร้องความเสียหายจากการกระทำผิดก่อนสัญญา (fault in contrahendo) ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งตามหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิด¹⁸

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจะเข้ามาทำสัญญากัน ที่ทำให้ผู้แสดงเจตนาโดยสุจริตได้รับความเสียหาย คู่กรณีที่ได้รับความเสียหายนั้นสามารถเรียกค่าเสียหายได้จากความผิดที่เกิดขึ้นก่อนทำสัญญาตามความรับผิดชอบ (delictual liability)¹⁹ การที่กฎหมายฝรั่งเศสไม่มีบัญญัติเรื่องของการรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ชัดเจนในกฎหมายสัญญาเนื่องจากฝรั่งเศสจะคำนึงเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ และจะไม่ยอมรับหลักใดที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของเอกชน

3.2.2 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญา

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย กรณีกระทำการโดยไม่สุจริต (mauvaise foi) หรือประมาทเลินเล่อ (négligence) ส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย (dommages) คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจะต้องพิสูจน์ (prouver) ให้ได้ว่าการเจรจา

¹⁶ Frederick Parker Watton, *Egyptian Law of Obligations: A comparative study with special reference to the English Law Vol.2*, 252, 256.

¹⁷ Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice: The English System and Continental Comparisons* (Kluwer Law & Taxation 1992) 127.

¹⁸ J. Schmidt-Szalewski (เชิงอรรถ 4) 79.

¹⁹ Donald, Harris and Denis Tallon, *Contract Law today : Anglo – French Comparisons* (Clarendon Press 1991) 155-156.

ต่อรองเพื่อทำสัญญา (négociation) มีเจตนาหรือความประมาทเลินเล่อ (intention ou négligence) มีความเสียหาย (dommages) และความสัมพันธ์อันเหตุผล (lien de causalité) โดยมีคำพิพากษาคดีที่น่าสนใจ ดังนี้

คดี Cass. Civ., 1re Ch., 10 février 2004, n° 02-17.074

คดีนี้โจทก์และจำเลยได้เจรจาต่อรองราคาและเงื่อนไขต่างๆ เพื่อทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยโจทก์ได้เตรียมเอกสารสัญญาให้จำเลยตรวจสอบ จำเลยตรวจสอบเอกสารสัญญาแล้ว แต่ไม่เซ็นสัญญา โจทก์จึงได้เรียกร้องค่าเสียหาย ศาลพิพากษาว่าโจทก์เสียหายจากการกระทำดังกล่าว คือ ค่าใช้จ่ายที่โจทก์เสียไปในการเตรียมเอกสารสัญญา ค่าเสียโอกาสทางธุรกิจ และ ความเสียหายทางจิตใจ

คดีนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกาฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา (if they fail to do so, they may be liable for damages.)

3.3 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศไทย

3.3.1 ความรับผิดก่อนสัญญา

ก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญา หากมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริต หรือเข้าทำสัญญาเพราะเจตนาบกพร่อง จึงทำให้มีการบอกล้างสัญญาซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายก่อนที่จะมีการทำสัญญา โดยมีขั้นตอนคร่าว ๆ ดังนี้

3.3.1.1 ความรับผิดในช่วงของการเจรจาก่อนทำสัญญา

การเจรจาเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการที่จะเป็นองค์ประกอบในการก่อให้เกิดสัญญา การที่คู่กรณีต้องมีการเจรจาก่อนการเข้าทำสัญญากันนั้นก็มีมูลค่ามาก หรือสัญญานั้นอาจมีข้อตกลงหลาย ๆ ข้อ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจึงต้องทำการเจรจาในรายละเอียดก่อนการเข้าทำสัญญา ซึ่งหากการเจรจานั้นไม่อาจตกลงกันได้สาระสำคัญของสัญญา จะมีผลทำให้ไม่มีสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้น หรืออาจเกิดจากคำเสนอที่ไม่ชัดเจนในวัตถุประสงค์ และเงื่อนไขต่าง ๆ ยังไม่พร้อมสนองรับเป็นสัญญาได้ จึงต้องมีการเจรจากันอีกครั้งหนึ่ง²⁰ นอกจากนี้การเจรจาก่อนสัญญายังก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย 2 ประการ คือ

²⁰ เสริม วินิจฉัยกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528) 372.

1) หากมีการทำสัญญาหลังจากที่มีการเจรจาก่อนเกิดสัญญานั้น การเจรจาก่อนเกิดสัญญาอาจเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการตีความสัญญานั้นได้

2) ในระหว่างที่มีการเจรจากันอาจจะมีการตกลงกันได้ ก็จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นเมื่อตกลงกันในข้ออันเป็นสาระสำคัญอันจะทำให้เป็นสัญญาได้ แต่หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาไว้ว่า ข้อความใดข้อความหนึ่งถือเป็นสาระสำคัญและยังไม่ได้ตกลงกัน สัญญาก็ยังไม่เกิดขึ้น ถึงแม้ว่าข้อความอื่น ๆ จะสามารถตกลงกันได้ ก็ยังไม่มีผลผูกพัน ตามมาตรา 336 วรรคแรก หากคู่กรณีได้ตกลงกันในระหว่างเจรจาสัญญาต้องทำเป็นหนังสือ ตามมาตรา 336 วรรคสอง ก็ต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี ไม่สามารถนำวิธีอื่นมาใช้บังคับได้ ข้อสัญญาจะต้องสัญญาเป็นหนังสือ จะถือว่ามิสัญญาต่อกันเมื่อทำเป็นหนังสือ²¹

หากมีการล้มเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริต ได้แก่ การทำกลฉ้อฉล หรือข่มขู่ แม้สัญญาจะเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด แต่ก็ทำให้มีผลไม่สมบูรณ์ เนื่องจากตกเป็นโมฆียะ หรือมีการยุติเจรจาโดยไม่มีการทำสัญญาเกิดขึ้น²² จึงมีปัญหาว่าการล้มเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริต จะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายหรือไม่ มีความเห็นนักกฎหมาย ดังนี้

ความเห็นว่าจะไม่ต้องชดเชยค่าเสียหาย

- ท่านศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย มีความเห็นว่า “การเจรจาก่อนทำสัญญา ตามปกตินั้นไม่มีการผูกมัดคู่กรณีแต่อย่างใด เพราะสัญญายังไม่เกิด การเจรจาเป็นเพียงการเตรียมที่จะเข้าทำสัญญาเท่านั้น”²³

ความเห็นว่าจะต้องชดเชยค่าเสียหาย

- ท่านศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร มีความเห็นว่า “การเจรจาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องอยู่ในหลักบังคับว่าต้องกระทำโดยสุจริต และโดยไม่ประมาทเลินเล่อ เพราะคู่กรณีฝ่ายนั้นจะต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันอาจเกิดขึ้น อย่างเช่นการกระทำในกรณีอื่น ๆ ทั่วไป”²⁴

²¹ จิต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (จิตติ ตังศภัทย์ ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 3, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2522) 270-271.

²² เพิ่งอ้าง 269.

²³ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรมสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 26, วิญญูชน 2567) 218.

²⁴ The French Civil Code, Section 1109 “There is no valid consent if consent was given by error, was extorted by unlawful pressure or procured by fraud” The Civil Law System : Cases and Materials Comparative Study of law, 269.

- ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทัย มีความเห็นว่า “การเจรจาโดยประมาทเลินเล่อ หากก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น คู่กรณีฝ่ายที่ประมาทเลินเล่อจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาทในกรณีอื่น ๆ” ²⁵

3.3.1.2 ความรับผิดชอบในการถอนคำเสนอก่อนสิ้นผลผูกพัน

คำเสนอนั้นเป็นการขอให้เข้าทำสัญญาโดยที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาขอให้อีกฝ่ายหนึ่งสนองรับเข้าทำสัญญา คำเสนอจึงต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนขนาดที่พอจะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ ถ้าอีกฝ่ายตกลงตามที่ตนได้เสนอไป²⁶ ซึ่งตามกฎหมายไทยนั้นมีการเสนออยู่ 2 ประเภท คือ ตามมาตรา 168 การเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า และตามมาตรา 169 วรรคหนึ่ง การเสนอต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า

หากมีการบอกกล่าวสนองรับคำเสนอที่ผู้เสนอได้ถอนก่อนระยะเวลาที่คำเสนอสิ้นความผูกพัน ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบหรือไม่

ฝ่ายที่เห็นว่าไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหาย

- ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช มีความเห็นว่า “ถ้าอีกฝ่ายไม่สนองรับมาสัญญาก็จะไม่เกิดขึ้น มูลหนี้อันใดก็จะมี จะถือว่าเป็นการละเมิดไม่ได้ แม้จะเสียหายไปในการเตรียมก็เห็นว่าจะต้องรับบาปเพราะการที่ไม่ได้สนองไปนั่นเอง และเมื่อยังไม่ได้ก่อหนี้ขึ้นโดยสัญญา ก็จะไม่เรียกเอาค่าเสียหายในฐานะที่ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาไม่ได้”²⁷

ฝ่ายที่เห็นว่าต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหาย

- ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทัย มีความเห็นว่า “นิติกรรมฝ่ายเดียวก่อให้เกิดหนี้ได้ ส่วนที่ว่าหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายเกิดขึ้นเมื่อได้บอกถอนคำเสนอนั้น ก็ไม่แปลกไปจากการไม่ชำระหนี้ในกรณีอื่นทั่วไป ซึ่งสิทธิในการเรียกค่าเสียหายย่อมเกิดขึ้นเพราะการละเลยไม่ชำระหนี้เช่นเดียวกัน”²⁸

²⁵ เพิ่งอ้าง 269.

²⁶ จิตติ ดิงศภัทัย, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 5, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2526) 6.

²⁷ เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* (มุรินทร์ พงศปาน ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 4, กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561) 457

²⁸ จิตติ ดิงศภัทัย และ ยล อธิกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452* (เนติบัณฑิตยสภา 2503) 266.

- ท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ มีความเห็นว่า “เมื่อผู้เสนอฝ่าฝืน ถอนคำเสนออันเป็นการไม่ชำระหนี้จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย”²⁹

ปัญหาเรื่องของการถอนคำเสนอก่อนมีคำสนองรับคำเสนอในตำรา กฎหมายไทยยังมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าจะเป็นการรับผิดชอบหรือไม่ ในขณะที่ต่างประเทศนั้นเลยไปอีกขั้นหนึ่งแล้วว่าผู้เสนอนั้นต้องรับผิดชอบอย่างแน่นอน แต่ปัญหาวouldจะเป็นการรับผิดชอบทางสัญญาหรือทางละเมิด³⁰

3.3.1.3 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาบกพร่อง

ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาบกพร่อง ได้แก่ การทำให้เจตนาของอีกฝ่ายบกพร่องจากการที่มีผู้ทำให้เกิดความสำคัญผิด หรือกลั่นแกล้ง หรือถูกข่มขู่ เป็นต้น รายละเอียดดังนี้

(1) ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด

การสำคัญผิด ได้แก่ กรณีที่ความนึกคิดของผู้แสดงเจตนาไม่ตรงกับความจริงที่เป็นอยู่ โดยผู้แสดงเจตนาได้รู้เจตนาข้อนี้ และได้แสดงเจตนาออกมา³¹ เพื่อเข้าทำสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดนั้นอาจเกิดจากผู้แสดงเจตนาสำคัญผิดเอง หรือมีผู้ทำกลั่นแกล้งหลอกลวงให้สำคัญผิดก็ได้

ซึ่งการแสดงแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม จะมีผลทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ ส่วนการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน มีผลทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ หากเป็นการทำกลั่นแกล้งให้เกิดการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินนั้น จะอ้างว่าเป็นการสำคัญผิดตามมาตรา 157 หรือมาตรา 159 ก็ไม่มีผลที่แตกต่างกัน เพราะนิติกรรมตกเป็นโมฆียะทั้งสองกรณี แต่หากเป็นกรณีที่ทำกลั่นแกล้งให้เกิดการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม ตามมาตรา 156 นิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะ ซึ่งจะแตกต่างกับผลของนิติกรรมที่เกิดจากการฉ้อฉลตามมาตรา 159

²⁹ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) (นิติบรรณการ 2539) 368.

³⁰ The French Civil Code, Section 1109 “There is no valid consent if consent was given by error, was extorted by unlawful pressure or procured by fraud” The Civil Law System : Cases and Materials Comparative Study of law, 263.

³¹ อักขราทร จุฬารัตน (เชิงอรรถ 16) 45.

การสำคัญผิดนั้น กฎหมายไทยได้มีบทบัญญัติคุ้มครองฝ่ายที่เข้าทำสัญญาโดยการแสดงเจตนาสำคัญผิดโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่อาจอ้างเหตุแห่งความสำคัญผิดเพื่อบอกล้างสัญญาได้ แต่กฎหมายไม่มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเข้าทำสัญญากับคู่กรณีฝ่ายที่แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดที่มีได้เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงสามารถที่จะบอกล้างสัญญาได้ แม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ทราบว่าคุณกรณีฝ่ายแรกสำคัญผิด

(2) ความรับผิดของการแสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉล

กลฉ้อฉล คือ การแสดงข้อความใดให้ผิดต่อความเป็นจริง เพื่อลวงให้หลงเชื่อในการเข้าแสดงเจตนา

แม้จะมีกฎหมายกำหนดว่าสัญญาที่เกิดขึ้นจากกลฉ้อฉลนั้น มีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะ ตามมาตรา 159 แต่ก็ได้กล่าวถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาของผู้ถูกกลฉ้อฉลว่าจะได้รับการเยียวยาอย่างไร ผู้เขียนเห็นว่าผู้แสดงเจตนาโดยถูกกลฉ้อฉลเมื่อบอกล้างสัญญาแล้ว ก็ควรที่จะได้รับการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดจากความผิดก่อนสัญญา ซึ่งจะมีผลให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญาต่อกัน จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง มีความซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน และไม่เป็นการทำลายความไว้วางใจต่อกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 มิเช่นนั้นจะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแม้ว่าสัญญาจะยังมิได้เกิดขึ้นก็ตาม

(3) ความรับผิดของการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่

การข่มขู่ คือ การข่มขู่ให้บุคคลหนึ่งเข้าทำนิติกรรม จึงได้บีบบังคับเจตนาของบุคคลนั้นให้ทำนิติกรรมโดยถ้าไม่แสดงเจตนาตามที่บอกจะได้รับภัยอันหนึ่ง ซึ่งการข่มขู่เช่นนี้ต่างกับการใช้กำลังบีบบังคับร่างกายให้ทำนิติกรรม กรณีเช่นนี้ไม่ใช่การแสดงเจตนาโดยวิปริต แต่เป็นเรื่องไม่มีการแสดงเจตนาต่อกันเลย นิติกรรมที่สร้างขึ้นจึงเป็นโมฆะเพราะขาดเจตนา ส่วนการข่มขู่ที่เป็นการแสดงเจตนาโดยวิปริตยังคงถือว่ามิเจตนาอยู่

การแสดงเข้าทำนิติกรรมโดยถูกข่มขู่ตามมาตรา 164 นั้น ต้องเป็นการข่มขู่ที่ถึงขนาดมีมูลต้องกลัวภัยที่จะเกิดขึ้นกับตนเอง หรือทรัพย์สินของตนเอง ซึ่งภัยนั้นจะต้องเป็นภัยอันใกล้จะถึง และอย่างน้อยร้ายแรงเท่ากับที่จะพึงกลัวต่อการถูกข่มขู่ให้กระทำ โดยผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมอันเนื่องมาจากการโดนข่มขู่สามารถบอกล้างนิติกรรมได้ ซึ่งแม้กฎหมายจะคุ้มครองฝ่ายที่แสดงเจตนาบกพร่องโดยสามารถใช้สิทธิบอกล้างนิติกรรมได้ แต่กฎหมายไม่มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญา

3.3.2 ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา

คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริตและความเชื่อถือ คู่สัญญาที่ละเมิดหน้าที่นี้อาจต้องรับผิดต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย คู่สัญญาที่ละเมิดหน้าที่นี้อาจต้องชดเชยค่าเสียหาย

ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญานั้น เกิดได้จากหลายสาเหตุ อาทิเช่น กระบวนการในการเจรจาจนสัญญาเกิด เมื่อมีการตกลงกันในข้อที่เป็นสาระสำคัญแล้วก็ทำให้เป็นสัญญาได้ การถอนคำเสนอก่อนสิ้นผลผูกพัน การแสดงเจตนาบกพร่อง (การแสดงเจตนาโดยการสำคัญผิด การแสดงเจตนาโดยกลฉ้อฉล หรือการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่ เป็นต้น) เป็นต้น

ทั้งนี้ ในเรื่องค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา ประเทศไทยยังไม่มีคำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวที่เป็นหลักการที่ชัดเจนแน่นอน



บทที่ 4

บทวิเคราะห์

4.1 ความจำเป็นในการคุ้มครองผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหรือการที่ไม่ได้เข้าทำสัญญา

สัญญาที่ไม่สมบูรณ์หมายถึงสัญญาที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย สาเหตุหลัก ๆ เกิดจากกระบวนการที่ก่อให้เกิดสัญญา หรือความไม่สมบูรณ์ของสัญญา อาทิเช่น กระบวนการในการเจรจาก่อนสัญญาเกิด เมื่อมีการตกลงกันในข้อที่เป็นสาระสำคัญแล้วก็ทำให้เป็นสัญญาได้ การถอนคำเสนอก่อนสิ้นผลผูกพัน การแสดงเจตนาบกพร่อง (การแสดงเจตนาโดยการสำคัญผิด การแสดงเจตนาโดยกลฉ้อฉล หรือการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่ เป็นต้น) เป็นต้น รายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 ความรับผิดในช่วงของการเจรจาก่อนทำสัญญา

จากความเห็นนักกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.3.1.1 ผู้เขียนเห็นด้วยกับท่านศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร และ ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศรัทีย์ ว่าแม้จะเป็นในช่วงของการเจรจาก่อนสัญญาเกิดแต่เป็นที่คาดหมายได้ว่าจะมีการทำสัญญาเกิดขึ้นในอนาคต คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงต้องกระทำโดยสุจริตและไม่ประมาทเลินเล่อ เมื่อมีการล้มเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริตย่อมทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจได้เตรียมการบางอย่างก่อนเข้าทำสัญญาได้รับความเสียหาย จึงควรให้คู่กรณีฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริตต้องชดเชยค่าเสียหายดังกล่าว ซึ่งจะเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายในฐานะความรับผิดทางสัญญา หรือละเมิด ยังเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ นอกจากนั้นยังไม่มีคำพิพากษาของศาลที่ตัดสินในกรณีดังกล่าวไว้แต่อย่างใด

4.1.2 ความรับผิดในการถอนคำเสนอก่อนสิ้นผลผูกพัน

จากความเห็นนักกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.3.1.2 ผู้เขียนเห็นด้วยกับท่านศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศรัทีย์ และ ท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ว่านิติกรรมฝ่ายเดียวสามารถก่อให้เกิดหนี้ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นคำเสนอที่ต้องมีวัตถุประสงค์ที่แน่นอน ซึ่งในตำรากฎหมายไทยยังมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าจะเป็นความรับผิดหรือไม่ ในขณะที่ต่างประเทศนั้นเลยไปอีกขั้นหนึ่งแล้วว่าผู้เสนอนั้นต้องรับผิดอย่างแน่นอน แต่ปัญหาว่าจะเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือทางละเมิด

4.1.3 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาบกพร่อง

4.1.3.1 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด

จากหัวข้อ 3.3.1.3 (1) ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายควรคุ้มครองผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดสามารถบอกล้างสัญญาได้ เนื่องจากไม่ประสงค์ให้คู่สัญญาฝ่ายที่แสดงเจตนา โดยสำคัญผิดต้องเข้าทำสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่าย กฎหมายก็ควรที่จะคุ้มครองคู่กรณีที่ผู้แสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยสุจริตกับผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดซึ่งไม่ทราบว่าจะมีการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยสำคัญผิดให้ได้รับการเยียวยาในค่าเสียหายที่เกิดจากการเตรียมการบางอย่างก่อนเข้าทำสัญญา การที่กฎหมายมิได้มีบทบัญญัติเยียวยาค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีที่ถูกบอกล้างสัญญาว่าควรจะได้รับ ความคุ้มครองอย่างไร ดังนั้นควรมีการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเตรียมการก่อนเข้าทำสัญญาโดยสุจริต เนื่องจากผู้แสดงเจตนาสำคัญผิดได้แสดงเจตนาโดยสุจริตตามมาตรา 5 ก่อนมีการเข้าทำสัญญา ดังนั้น กฎหมายจึงไม่ควรคุ้มครองผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิด เพราะความเสียหายดังกล่าว เกิดจากความเข้าใจผิดของตนเอง และมีผลทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย

4.1.3.2 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาโดยถูกกลั่นแกล้ง

จากหัวข้อ 3.3.1.3 (2) ผู้เขียนเห็นว่าผู้แสดงเจตนาโดยถูกกลั่นแกล้งเมื่อบอกล้างสัญญาแล้ว ก็ควรที่จะได้รับการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดจากความผิดก่อนสัญญา ซึ่งจะมีผลให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญาต่อกัน จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง มีความซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน และไม่เป็นการทำลายความไว้วางใจต่อกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 มิเช่นนั้นจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแม้ว่าสัญญาจะยังมิได้เกิดขึ้นก็ตาม

4.1.3.3 ความรับผิดชอบของการแสดงเจตนาโดยถูกข่มขู่

จากหัวข้อ 3.3.1.3 (3) ผู้เขียนเห็นว่าแม้กฎหมายจะคุ้มครองฝ่ายที่แสดงเจตนาบกพร่องโดยสามารถใช้สิทธิบอกล้างนิติกรรมได้ แต่กฎหมายไม่มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญา

4.2 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาของประเทศไทย

4.2.1 การนำมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 เกี่ยวข้องกับการเรียกค่าเสียหายจาก “การผิดนัดหนี้” โดยทั่วไปแล้ว ลูกหนี้ผิดสัญญาไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่าง “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา” กับ “การผิดนัดหนี้” นั่นคือ ความรับผิดชอบก่อนสัญญา เกิดขึ้นเมื่อมีการ

ละเมิดหน้าที่ก่อนที่จะมีสัญญาเกิดขึ้นจริง ส่วนการผิดนัดหนี้ เกิดขึ้นเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว และลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญา

สำหรับกรอบในการกำหนดค่าเสียหายนั้น เป็นไปตามมาตรา 222 ซึ่งความเสียหายที่เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้เยียวยาได้นั้น ต้องมีความสัมพันธ์กับการไม่ชำระหนี้ชำระหนี้ล่าช้า หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง หรือที่เรียกว่า ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือลูกหนี้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะผลที่เกิดจากการกระทำปกติของการไม่ชำระหนี้ชำระหนี้ล่าช้า หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง แม้ลูกหนี้ไม่คาดเห็นก็จำเป็นต้องรับผิดชอบ

ยกเว้นกรณีของค่าเสียหายตามพฤติการณ์พิเศษ ลูกหนี้จะต้องชดใช้ต่อเมื่อคาดหมายได้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับความเสียหายหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ชำระหนี้ล่าช้า หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

สำหรับทฤษฎีระหว่างการกระทำและผล ที่เป็นที่ยอมรับทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศนั้น มีอยู่ 2 ทฤษฎี คือ

4.2.1.1 ทฤษฎีเงื่อนไข หรือทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งเหตุ

หมายถึง เหตุทุกเหตุมีความสำคัญเท่าเทียมกันในการที่จะก่อผลสุดท้าย ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้ ผู้ที่มีส่วนในการก่อเหตุใดเหตุหนึ่งต้องมีส่วนรับผิดชอบในผลสุดท้ายเช่นเดียวกัน ซึ่งอาจารย์จิตติ ตังศภัทย์ เรียกทฤษฎีนี้ว่า “ทฤษฎีผลโดยตรง”

4.2.1.2 ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

หมายถึง ผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ คือผลที่เหมาะสมของการกระทำ ทฤษฎีนี้คือ “ทฤษฎีผลปกติ”

อย่างไรก็ตาม ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496 โดยแยกทฤษฎีที่ใช้ตามความรับผิดชอบ กล่าวคือ ถ้าเป็นความรับผิดชอบทางอาญา ใช้ทฤษฎีเงื่อนไขประกอบกับทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมเช่นเดียวกับความเห็นของนักกฎหมายทั่วไป และแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา

ส่วนความรับผิดชอบทางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นจากมูลละเมิด หรือมาจากมูลสัญญา ต้องใช้ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ตามมาตรา 222 เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ท่านศาสตราจารย์

ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช¹ และ ศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพ² เห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 222 ใช้เฉพาะกับเรื่องของสัญญาเท่านั้น ไม่ใช่กับเรื่องละเมิด โดยท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เห็นว่าการทำละเมิดไม่ใช่การไม่ชำระหนี้ ส่วนท่านศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพ เห็นว่า ละเมิดนั้นมีบทบัญญัติเฉพาะอยู่แล้วในมาตรา 438 ถึง 447

4.2.2 การนำมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ

ความรับผิดเพื่อละเมิด หมายถึง ความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ เมื่อฝ่าฝืน หน้าที่ตามกฎหมายนั้นจนก่อให้เกิดความเสียหาย จึงต้องรับผิดตามกฎหมายที่จะงดเว้นไม่ก่อให้เกิด ความเสียหาย หรือกล่าวได้ว่าเป็นการรับผิดโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยข้อตกลง เมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง รู้สำนึกในการกระทำของตนเองได้กระทำโดยจงใจ คือรู้ว่าทำให้ผู้อื่นเสียหายหรือกระทำด้วยความ ไม่ระมัดระวังจนก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลอื่น ลำพังการกระทำเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดผล หรือเกิดหนี้ทางกฎหมายแล้ว ในการที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน แก่ผู้เสียหายเพื่อที่จะทำให้ผู้เสียหายอยู่ในฐานะเดิมเสมือนความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้น

ความรับผิดเพื่อละเมิดถือเป็นความรับผิดนอกสัญญา เพราะมิใช่ความรับผิด ตามสัญญาที่มีความผูกพันกันอยู่แล้ว นักกฎหมายที่เห็นด้วยว่าความรับผิดก่อนสัญญาควรจัดไว้ใน กลุ่มความรับผิดเพื่อละเมิด เพราะเห็นว่าไม่อาจจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในเรื่องความรับผิด ตามสัญญาได้เมื่อมีอาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญาได้ ก็เหลือเพียงจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิด นอกสัญญาหรือในทางละเมิดนั่นเอง

ประเทศที่เห็นด้วยกับการที่เห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญาจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิด นอกสัญญาหรือในทางละเมิด ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลีในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ฉบับปี 1865 ทฤษฎีฝ่ายหนึ่ง และแนวคำพิพากษาศาลสูงของอิตาลีในปัจจุบัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับ “ค่าสินไหมทดแทน” สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก “การละเมิด” โดยทั่วไปแล้ว มาตรา

¹ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามมิ ควรได้* (มูลหนี้ 2) พร้อมคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของ เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติ ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และกฎหมายใหม่ที่ เกี่ยวข้อง (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2557) 637.

² ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 8 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2552) 212.

มักถูกนำไปใช้กับกรณีที่มี “การละเมิด” เกิดขึ้นแล้ว อย่างไรก็ตาม ยังมีกรณีที่ “ความรับผิดก่อนสัญญา” เกิดขึ้น นั่นคือ กรณีที่เกิดความเสียหายก่อนที่จะมีสัญญาเกิดขึ้นจริงในกรณีเหล่านี้ คำถามคือ มาตรา 438 สามารถนำมาใช้กับ “ความรับผิดก่อนสัญญา” ได้หรือไม่

โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กำหนดว่า “การละเมิด” หมายถึง “บุคคลใดกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือเจตนาทำให้อื่นได้รับความเสียหายในร่างกาย จิตใจ ทรัพย์สิน เสรีภาพ หรือชื่อเสียง” ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่าง “ความรับผิดก่อนสัญญา” กับ “การละเมิด” นั่นคือ ความรับผิดก่อนสัญญา เกิดขึ้นเมื่อมีการละเมิดหน้าที่ก่อนที่จะมีสัญญาเกิดขึ้นจริงส่วนการละเมิด เกิดขึ้นเมื่อบุคคลกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือเจตนาทำให้อื่นได้รับความเสียหาย

โดยมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.607/2565 ที่เอกชนฟ้องร้องกรุงเทพมหานคร กรณียกเลิกโครงการประกวดราคาจ้างกำจัดมูลฝอย มีรายละเอียดว่าผู้ฟ้องคดีฟ้องเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการประกวดราคา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีโต้แย้งว่ายังไม่ได้มีการลงนามทำสัญญากัน สัญญาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ และไม่มีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามสัญญา เมื่อไม่มีหนี้ตามสัญญาแล้ว ภาระผูกพันตามสัญญาค้ำประกันก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ โดยมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าการแจ้งยกเลิกประกวดราคาจ้างกำจัดมูลฝอย เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ เพียงใด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดจนทำให้จำเป็นต้องยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าว อันเกิดจากความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการแข่งขันประกวดราคา โดยสุจริตใจและเชื่อว่าเป็นประกาศประกวดราคาโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อผู้ฟ้องคดีชนะการประกวดราคาก็เข้าใจโดยสุจริตใจว่าจะได้เข้าทำสัญญา เมื่อไม่ได้เข้าทำสัญญาจึงทำให้เกิดความเสียหาย จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งส่งผลโดยตรงทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาได้รับความเสียหาย จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจอ้างการกระทำที่บกพร่องผิดพลาดต่อหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความรับผิดต่อผู้ฟ้องคดีที่สุจริตและได้รับความเสียหายได้ จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายและเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

คดีนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องชดใช้เงินค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี เห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด วรรคสองบัญญัติว่า อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอัน

ผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อ ความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย ค่าเสียหายในการละเมิดที่ผู้ฟ้องคดีจะพึงเรียกร้องได้นั้น จะต้องเป็นค่าเสียหายที่มีผลเยียวยาให้ผู้ฟ้องคดีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม และต้องเป็นค่าเสียหายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งค่าเสียหายตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดที่สามารถชี้แจงให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้นั้น ตามกรณี เช่น ค่าซื้อเอกสารประกวดราคา ค่าธรรมเนียมหนังสือคำประกัน รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เป็นค่าบริหารจัดการในการเตรียมการและการดำเนินการตามโครงการ เป็นต้น เป็นค่าเสียหายจากการทำละเมิด ส่วนค่าเสียหายจากค่าขาดรายได้ นั้น เห็นว่า แม้ว่าการชี้แจงค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดจะไม่จำกัดเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว และความเสียหายจะเกิดขึ้นในอนาคต แต่ความเสียหายดังกล่าว จะต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนและเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อค่าเสียหายจากค่าขาดรายได้เป็นค่าเสียหายที่ยังมิได้เกิดขึ้นจริง และในการประกอบธุรกิจย่อมไม่อาจคาดคะเนได้ว่าจะได้ผลกำไรหรือขาดทุน ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากค่าขาดรายได้จึงเป็นค่าเสียหายในอนาคตที่เกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริง จึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายจากค่าขาดรายได้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

4.2.3 การนำหลักสุจริตมาใช้บังคับ

หลักสุจริตนับเป็นหลักการสำคัญที่มีอยู่ในระบบกฎหมายทั่วโลกไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมาย common law และ civil law เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญมาก หลักหนึ่ง แต่หลักการนี้มักจะมีปัญหาที่ว่า เป็นหลักการที่กว้างมากและเป็นนามธรรมมากเกินไป จนทำให้หาขอบเขตที่เป็นรูปธรรมได้ยาก โดยประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดหลักสุจริตไว้ในฐานะเป็นหลักการชำระหนี้หรือหลักในการตีความสัญญา เป็นต้น มีอยู่น้อยประเทศที่จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายในเรื่องสุจริตไว้ในขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาด้วย เช่น ประเทศอิตาลี เป็นต้น ทั้งนี้ หลักสุจริตมีความหมายที่กว้างมาก ไม่สามารถปรับใช้ได้ครอบคลุมขั้นตอนอื่นของการก่อให้เกิดสัญญาได้ด้วย และแม้จะปรับใช้ได้ ในขั้นตอนก่อนการเกิดสัญญาก็ยังน่าจะมี ความหมายที่กว้างมากอยู่ดี เพราะขาดขอบเขตในการรับผิดชอบและบทลงโทษที่แน่นอน

หลักสุจริตสามารถแยกออกได้ 2 ความหมาย³ คือ

ความหมายที่หนึ่ง หลักความสุจริตในความหมายทางอัตวิสัย (good faith in subjective sense) หมายถึง ความไม่รู้ว่าคุณได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เป็นสภาพส่วนตัวของผู้กระทำเอง และเกี่ยวกับเงื่อนไขทางจิตใจของบุคคลนั้นเท่านั้น

³ จำปี ไสตติพันธ์, *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 182.

ความหมายที่สอง หลักสุจริตในความหมายทางภาวะวิสัย (good faith in objective sense) หมายถึง หลักตรงไปตรงมา ทั้งยังหมายถึงหลักการช่วยเหลือกันและกันในสัญญา ซึ่งไปไกลกว่าหลักที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น (neminem laedere) เพราะนอกจากจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นแล้ว ยังต้องช่วยกันรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของผู้อื่น แต่ไม่ต้องถึงขนาดที่จะต้องสละประโยชน์ของตนเอง

สำหรับประเทศอิตาลีที่ได้มีการบัญญัติหลักสุจริตในกระบวนการก่อนเกิดสัญญา เอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งนั้น ยอมรับหลักสุจริตในขั้นตอนนี้ว่าเป็นหลักสุจริตในความหมายทางภาวะวิสัย โดย Prof. Tamburrino ได้อธิบายลักษณะของหลักสุจริตก่อนสัญญาไว้ว่า “หลักสุจริตในช่วงของการก่อให้เกิดสัญญานั้น เป็นหลักที่ไปกระตุ้นให้เกิดการคุ้มครองความไว้นั้นเชื่อใจ กล่าวคือ ใครก็ตามที่เข้าทำการเจรจาหรือจะเข้ามาทำสัญญา ได้กระตุ้นให้บุคคลซึ่งเข้ามาติดต่อด้วยนั้น เกิดความเชื่อมั่นในความสำเร็จหรือราบรื่นของการเจรจานั้นเอง”

4.3 วิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาของประเทศไทยที่เหมาะสม

จากที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น พบว่า ในประเทศไทยนั้นมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายในกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ รวมถึงยังไม่มีคำพิพากษาที่ตัดสินในกรณีดังกล่าวที่พอจะเป็นบรรทัดฐานได้ และจากการศึกษากฎหมายจากต่างประเทศนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศที่น่าสนใจที่น่าจะปรับใช้กับประเทศไทยได้ มีอยู่ 2 ประเทศ คือ ประเทศอิตาลี และ ประเทศเยอรมัน ส่วนประเทศที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะสามารปรับเข้ากับบริบทประเทศไทยได้ค่อนข้างยาก คือ ประเทศฝรั่งเศส โดยขอวิเคราะห์แยกแยะประเด็น ดังต่อไปนี้

4.3.1 ใช้การตีความตามบทบัญญัติที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากที่ได้กล่าวรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อที่ 3.3 แล้วนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องของค่าเสียหายในกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญา อีกทั้งยังไม่มีคำพิพากษาในกรณีดังกล่าวที่พอจะถือเป็นแนวบรรทัดฐานอีกด้วย ซึ่งหากจำเป็นจะต้องใช้การตีความตามบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในขั้นตอนก่อนเข้าทำสัญญากัน คู่สัญญาทุกฝ่ายจำเป็นต้องปฏิบัติตนด้วยความสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อไม่มีกฎหมายที่บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ จึงต้องอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง นั่นคือ การละเมิดตามมาตรา 420 ประกอบกับมาตรา 4 วรรคสอง

นั่นเอง เนื่องจากกฎหมายประเทศไทยนั้น หากขั้นตอนใดยังไม่เกิดเป็นสัญญา ก็ไม่อาจนำเรื่องของหนี้ที่ต้องชำระเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วมาใช้บังคับได้ เพียงแต่จำเป็นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดเท่านั้น

4.3.2 แก้ไขบทบัญญัติเดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ครอบคลุม

สำหรับหลักสุจริตในประเทศไทยนั้น หลักสุจริตตามมาตรา 5 นั้น จะเลียนแบบมาจากมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเซอร์แลนด์ ส่วนในวรรคสองนั้นผู้ร่างกฎหมายของไทยนำไปบัญญัติไว้ในหมวดละเมิด มาตรา 421⁴ การที่ผู้ร่างกฎหมายไทยนำบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเซอร์แลนด์มาแยกบัญญัติไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 421 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้ร่างกฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้มาตรา 5 เป็นหลักกฎหมายทั่วไป และมาตรา 421 เป็นบทขยายความหมายของคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ในมาตรา 420 นั้น ก็คือ “มิชอบด้วยกฎหมาย” ตามมาตรา 421 นั่นเอง ประกอบกับสิทธิตามความหมายของมาตรา 421 หมายถึง “สิทธิที่กฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะ มิใช่สิทธิที่บุคคลจะทำอะไรก็ได้ที่เรียกกันทั่วไปว่าเสรีภาพ”⁵

นอกจากนี้หากผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้ผู้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 421 ก็ควรนำมารวมไว้ในมาตรา 5 เพียงมาตราเดียว ไม่ควรจะนำไปบัญญัติแยกกันไว้ดังเช่นปัจจุบัน ฉะนั้น การให้ความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจึงควรให้คู่กรณีซึ่งใช้สิทธิโดยไม่สุจริตต้องรับผิดชอบตามมาตรา 5 ซึ่งเป็นหลักทั่วไป และปรับใช้เฉพาะเรื่องที่มีอยู่โดยพิจารณากับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในแต่ละเรื่องเป็นกรณี ๆ ไป ว่าควรนำบทบัญญัติใดมาปรับใช้ ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงควรให้มีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายที่เกิดจากการเตรียมตัวเข้าทำสัญญา ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในช่วงระยะเวลาก่อนทำสัญญา แม้กฎหมายไทยจะไม่มีบทบัญญัติบัญญัติให้เรียกค่าเสียหายจากการเตรียมการก่อนเข้าทำสัญญาดังเช่นกฎหมายต่างประเทศก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าควรจะเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาได้ เนื่องจากเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา มิใช่ค่าเสียหายในระยะเวลาที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นการนำกฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดี

⁴ สมยศ เชื้อไทย, *วิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ตามแนวคำสอนของ ปรีดี เกษมทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2, ประกายพริ้ง 2534) 113.

⁵ ไพจิตร ปุณณพันธ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 6, นิติบรรณการ 2529) 17.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง มาอุดช่องว่างกฎหมายในเรื่องของการเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญา

4.3.3 เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาขึ้นใหม่ โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การที่จะแก้ปัญหาในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาในประเทศไทยนั้น ควรแก้ไขไปในทิศทางเดียวกับประเทศอิตาลี นั่นคือ การที่กำหนดบทกฎหมายเพิ่มเติมลงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้ความชัดเจนและเป็นบรรทัดฐานทำให้เกิดปัญหาในการตีความให้น้อยที่สุด และยังลดโอกาสการเกิดปัญหาในอนาคตสำหรับเรื่องดังกล่าว โดยสามารถเพิ่มเติมบทบัญญัติดังต่อไปนี้ลงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา xxx “ในการดำเนินการเจรจา รวมถึงกระบวนการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต”

มาตรา xxx “ว่าที่คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรจะได้รู้ถึงความมีอยู่ของเหตุประการใด ประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แล้วมิได้แจ้งให้ว่าที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ ว่าที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยไม่มีความผิด”

มาตรา xxx “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความเสียหายอันเกิดขึ้นก่อนสัญญา ไม่ว่าจะคาดเห็นได้หรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ในความเสียหายจากการเตรียมการก่อนเข้าทำสัญญาใด ๆ ทั้งสิ้น”

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เนื่องจากปัญหาในเรื่องค่าเสียหายในกรณีความรับผิดก่อนสัญญา นั้น ในปัจจุบันได้เกิดกรณีดังกล่าวในสังคมไทยเยอะขึ้น และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยยังไม่มี การบัญญัติในเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ อีกทั้งยังไม่มีคำพิพากษาที่เป็นแนวบรรทัดฐานได้ จึงทำให้เกิด ปัญหาในสังคมไทยว่าเมื่อเกิดเหตุการณ์เช่นว่านี้ ผู้เสียหายสามารถฟ้องให้ผู้กระทำผิดสามารถรับผิด ในกรณีดังกล่าวได้หรือไม่ และด้วยเหตุใด

เมื่อได้ศึกษากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและอิตาลีนั้น จึงพบว่า ประเทศอิตาลีนั้นได้ บัญญัติในเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญารวมถึงการเรียกค่าเสียหายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีเลย จึงทำให้เกิดความแน่นอนและชัดเจนเป็นอย่างมากในการบังคับใช้ในเรื่องดังกล่าว แต่ประเทศฝรั่งเศส นั้นยึดถือหลักความไว้น้ำใจกัน และไม่ได้มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้อย่างเช่นประเทศอิตาลี แต่ได้มีแนวคำพิพากษาออกมาเพื่อเป็นแนวบรรทัดฐานว่า ในเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญานั้น ยังไม่ถือว่าสัญญาได้มีการเกิดขึ้นแล้ว จึงทำให้เกิดความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากการปฏิบัติตน โดยไม่สุจริต และให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิด

สรุปจากการที่ได้วิเคราะห์กฎหมายและกรณีศึกษาจากประเทศอิตาลี ประเทศฝรั่งเศส รวมถึงกฎหมายและกรณีศึกษาของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่า เราสามารถรับเอาหลักการในเรื่อง ของค่าเสียหายในกรณีความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศอิตาลีมาปรับใช้กับประเทศไทยนั้นสามารถ กระทำได้ เนื่องจากประเทศอิตาลีมีการกำหนดชัดเจนและแน่นอนในประมวลกฎหมายอิตาลี อย่างไรก็ดี แนวทางในเรื่องค่าเสียหายกรณีความรับผิดก่อนสัญญาตามกฎหมายไทยที่มีในปัจจุบันยัง อาจเป็นไปได้ยากหากประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนี้ จึงควรต้องเพิ่มเติม บทบัญญัติในเรื่องค่าเสียหายกรณีความรับผิดก่อนสัญญาอยู่ในกฎหมายไทยให้ชัดเจนก่อน เพื่อให้ศาล สามารถใช้กฎหมายดังกล่าวกำหนดความรับผิดก่อนสัญญาได้ เช่นนี้จะทำให้การตีความเรื่อง ค่าเสียหายกรณีความรับผิดก่อนสัญญาโดยศาลตามกฎหมายไทยมีความเป็นไปได้จริงมากยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าการที่จะแก้ปัญหาในเรื่องความรับผิดชอบสัญญาในประเทศไทยนั้น ควรแก้ไขไปในทิศทางเดียวกับประเทศอิตาลี นั่นคือ การที่กำหนดบทกฎหมายเพิ่มเติมลงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้ความชัดเจนและเป็นบรรทัดฐานทำให้เกิดปัญหาในการตีความให้น้อยที่สุด และยังลดโอกาสการเกิดปัญหาในอนาคตสำหรับเรื่องดังกล่าว โดยผู้เขียนเห็นว่าขอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติดังนี้ลงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา xxx “ในการดำเนินการเจรจา รวมถึงกระบวนการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต”

มาตรา xxx “ว่าที่คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรจะรู้ถึงความมีอยู่ของเหตุประการใดประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แล้วมิได้แจ้งให้ว่าที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ ว่าที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยไม่มีความผิด”

มาตรา xxx “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความเสียหายอันเกิดขึ้นก่อนสัญญา ไม่ว่าจะคาดเห็นได้หรือควรจะคาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ในความเสียหายจากการเตรียมการก่อนเข้าทำสัญญาใด ๆ ทั้งสิ้น”

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

กิตติศักดิ์ ปรกิติ, *เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา*

(คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555).

จำปี โสถิพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545).

จิต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด* (เดือนตุลา 2539).

—, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (จิตติ ดิงศักดิ์ย์ ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 3, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2522).

—, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 7, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2566).

จิตติ ดิงศักดิ์ย์ และ ยล อีร์กุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452* (เนติบัณฑิตยสภา 2503).

จิตติ ดิงศักดิ์ย์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 5, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2526).

—, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลหนี้* (ไทยพิทยา 2494) 217.

ไพจิตร ปุณณพันธุ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 6, นิติบรรณการ 2529).

ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 8 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2552).

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม ๒ (ภาคจบบริบูรณ์)* (มุรินทร์ พงศاپาน ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 3, กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560).

—, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* (มุรินทร์ พงศاپาน ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 4, กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561).

- ศันนักรณ โสติพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้* (มูลหนี้ 2) พร้อมคำอธิบายในส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2557).
- , *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้* (ผลแห่งหนี้) (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2566).
- , *คำอธิบายนิติกรรมสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 26, วิญญูชน 2567).
- ศักดิ์ สนองชาติ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) (นิติบรรณการ 2539).
- , *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 10, นิติบรรณการ 2551).
- สมยศ เชื้อไทย, *วิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ตามแนวคำสอนของ ปรีดี เกษมทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2, ประกายพริก 2534).
- เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1* (ภาค 1-2) (มุขินทร พงศاپาน ผู้แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 4, กองทุนศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561).
- เสริม วินิจฉัยกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528).
- หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2517).
- อักษราทร จุฬารัตน, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528).

ภาษาต่างประเทศ

- Donald, Harris and Denis Tallon, *Contract Law today : Anglo – French Comparisons* (Clarendon Press 1991).
- Frederick Parker Watton, *Egyptian Law of Obligations: A comparative study with special reference to the English Law Vol.2*, 252, 256.
- G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract* (Clarendon Press 1988).
- J. Schmidt-Szalewski, *Contracts: France, International Encyclopedia of Comparative Law*, 72.
- Konrad Zweigert and Hein Kotz, *Introductory to Comparative Law translated from the German*, 385.

Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice: The English System and Continental Comparisons* (Kluwer Law & Taxation 1992).

บทความ

E. Allan Farnsworth, 'Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiations' (1987) 87 Columbia Law Review 217, 240.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	พรชนิตว์ สงวนศักดิ์
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2559: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ตำแหน่ง	นิติกรปฏิบัติการ กลุ่มงานมาตรการผังเมือง กองควบคุมผังเมือง สำนักการวางผังและพัฒนาเมือง กรุงเทพมหานคร
ผลงานทางวิชาการ	พรชนิตว์ สงวนศักดิ์, 'ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดก่อนสัญญา' (การค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2566).