

ปัญหาทางกฎหมายเรื่องนี้ก่อนสัญญา



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2561  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LEGAL PROBLEMS OF PRECONTRACTUAL OBLIGATIONS



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2018  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเรื่องหนี้ก่อนสัญญา
โดย	น.ส.นัฐติยา ตันตระกูลวานิชย์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

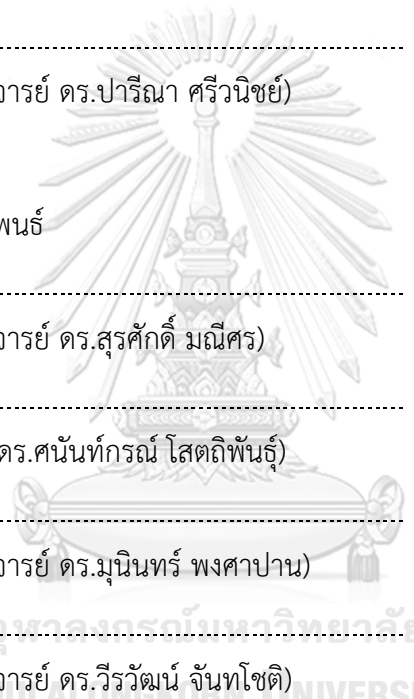
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์)

..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน)

..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทร์โชติ)



นัฐติยา ตันตระกูลวานิชย์ : ปัญหาทางกฎหมายเรื่องหนี้ก่อนสัญญา. ( LEGAL PROBLEMS OF PRECONTRACTUAL OBLIGATIONS) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ศ. ดร.ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการบัญญัติความหมายของ “หนี้ก่อนสัญญา” รวมถึงขอบเขตและความรับผิดก่อนสัญญาเอาไว้อย่างชัดเจน จึงเกิดปัญหาว่าคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในระหว่างการเจรจาจะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นในการที่ต้องเสียเวลา เสียโอกาส และเสียค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอื่นได้หรือไม่ โดยอาศัยหลักกฎหมายใด เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นอยู่ในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา ฐานของสัญญาที่จะใช้ก่อให้เกิดหนี้ในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจึงไม่มี วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งปัจจุบันต่างประเทศหลายประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว เพื่อค้นหาว่าคู่กรณีที่สามารถเข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญานั้นมีหนี้ รวมไปถึงสิทธิและหน้าที่ต่อกันในช่วงเวลาก่อนสัญญาอย่างไร

จากการศึกษาพบว่า หลักสุจริตเป็นหลักการทางกฎหมายที่นำเอาหลักศีลธรรมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในตัวบทกฎหมาย ทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ในการเจรจาด้วยความสุจริต อย่างไรก็ตาม หน้าที่เป็นคำที่มีความหมายกว้างและไม่มีความชัดเจน ในการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว การกำหนดให้คู่กรณีมีหนี้ก่อนสัญญาจึงเป็นการสร้างความยุติธรรมมากกว่า เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ต่อไป โดยในเยอรมันมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในการขยายขอบเขตของหนี้ให้ครอบคลุมไปถึงหน้าที่ก่อนสัญญา ส่งผลให้คู่กรณีมี “หนี้” ในการต้องปฏิบัติด้วยความสุจริตและคำนึงถึงผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ขณะเดียวกันในกฎหมายฝรั่งเศสและจีนเองก็กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ในการเจรจาด้วยความสุจริตและต้องรับผิดชอบหากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวเช่นเดียวกัน

ผู้เขียนจึงได้เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการเพิ่มเติมตัวบทกฎหมายให้คู่กรณีต้องเจรจาด้วยความสุจริตในกฎหมายลักษณะสัญญาเช่นเดียวกับในกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจา และรับเอาแนวความคิดในกฎหมายเยอรมันมาเป็นต้นแบบ ในการกำหนดให้หน้าที่ในการกระทำด้วยความสุจริตเป็น “หนี้” ที่ต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้นคู่กรณีจะต้องรับผิดชอบ และในระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขกฎหมายก็อาจปรับใช้หลักสุจริตในมาตรา 5 ให้การเยียวยาความเสียหายเช่นเดียวกับในเยอรมันก่อนการปฏิรูปกฎหมาย เพื่อสร้างกรอบแห่งกฎหมายที่แน่นอนให้คู่กรณีปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้องในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อนิสิต .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5985984834 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Precontractual Obligation

Nattiya Tontrakulwanit : LEGAL PROBLEMS OF PRECONTRACTUAL OBLIGATIONS. Advisor: Prof. Sanunkorn Sotthibandhu, Dr.Jur.

According to Commercial and Civil Code, this code has no a definition of precontractual obligation and precontractual liability. As a result, this undefinition leads to create a legal problem which is an appropriate regulation for the damaged party entitle to claim for compensation on wasting times, opportunities, and other necessary expands during the negotiating period. These damages have no the contract to be based as ground of action to claim for a compensation. This thesis has an objective to compare regulation between Thailand and other countries for finding that the parties entering to negotiate have an obligation including right and duty during the precontractual period.

The research found that principle of good faith bringing morality into the part of regulation. Refer to Germany, morality in law allows the parties to negotiate in the good faith. However, the definition of “Duty” is too wide and unclear in case of security for damaged person from the other person failing to comply with the precontractual duty. Therefore, the precontractual obligation and duty create fairness and protection rather than none of the precontractual obligation and duty. The reason is that if the party fails to comply with the obligation of good faith, the damaged party shall entitle to claim for a compensation.

Writer suggests the way to resolve the problem by amending the regulation on the negotiation with good faith into the principle of contract as same as French regulation due to damages arising during the negotiation process. Furthermore, a concept of Germany regulation should be adapted as a model law of Thai regulation for ruling that the duty of action taken in good faith is an obligation which the parties shall comply with; otherwise, the party failing to do this shall be obligated. Moreover, during the time of which the regulation has no amendment, it might adjust the principle of good faith under the section 5 of the Civil and Commercial law to remedy the damage as the Germany law before the amendment of the law. The law should be amended in order to clearly creat a scope of the certain rule for the party to comply during the precontractual period.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2018

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้รับเกียรติเป็นอย่างยิ่งจากท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งได้ให้ความรู้ คำแนะนำในการจัดทำเค้าโครง และข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ในการค้นคว้าเพิ่มเติมให้แก่ผู้เขียนด้วยความเมตตา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงสุดต่อท่านศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน คอยชี้แนะ ดูแล และให้กำลังใจผู้เขียนด้วยความเมตตาเสมอมา ท่านได้กรุณาถ่ายทอดความรู้อันมีค่า ให้ข้อคิดเห็น และคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างมากในการจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งสละเวลาอันมีค่าในการตรวจทานเนื้อหาและให้เข้าพบเพื่อปรึกษาได้ตลอดเวลาที่ผู้เขียนต้องการความช่วยเหลือ ท่านมอบความกรุณาและเอาใจใส่ผู้เขียนเสมอมา ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกิดขึ้นและสำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยดี ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้ง และจะนำคำสอนของท่านไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อไป

ผู้เขียนใคร่ขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน กรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ท่านอาจารย์ได้ให้เกียรติในการรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน พร้อมทั้งให้ความรู้ ข้อคิดเห็น และคำแนะนำอันเป็นประโยชน์ด้วยความเมตตาเป็นอย่างยิ่งต่อผู้เขียนในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้สำเร็จลงด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาที่ให้ชีวิต การศึกษา และความรักแก่ผู้เขียนอย่างไม่มีเงื่อนไขจนมีวันนี้ ขอขอบคุณญาติพี่น้องที่คอยสนับสนุนด้วยความปรารถนาดี ขอขอบคุณ คุณเกวลี มีแสง สำหรับข้อมูลอันล้ำค่าที่ยังที่คอยจัดหาให้เสมอในเวลาที่คุณเขียนต้องการ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จมิได้ หากไม่ได้ความช่วยเหลือดังกล่าว ขอขอบคุณ คุณหวัง เจียเออร์ และคุณต้วน อี้เอิน สำหรับกำลังใจที่มอบให้แก่ผู้เขียนในยามที่ย่อท้อ ไม่ว่าทั้งสองจะทราบหรือไม่ก็ตาม ขอขอบคุณเพื่อนๆทุกคนของผู้เขียนสำหรับคำแนะนำและกำลังใจดีๆที่มีให้กันเสมอ และขอขอบคุณทุกๆกำลังใจจากน้องๆลูกศิษย์ที่น่ารักของผู้เขียนทุกคน

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ โอกาสนี้ด้วย

นัฐติยา ตันตระกูลวานิชย์

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 .....	1
บทนำ.....	1
1.1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	3
1.3. สมมติฐานของการวิจัย .....	4
1.4. ขอบเขตของการวิจัย .....	4
1.5. วิธีศึกษาวิจัย .....	4
1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	4
1.7. วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง .....	5
บทที่ 2 .....	8
หน้าก่อนสัญญาในระบบกฎหมายต่างประเทศ .....	8
2.1. ความนำ.....	8
2.2. หลักกฎหมายของระบบกฎหมายเยอรมนีที่เกี่ยวข้องกับหน้าก่อนสัญญา.....	8
2.2.1. พัฒนาการและรูปแบบของกฎหมายลักษณะหนี้เยอรมัน .....	8
2.2.2. ความหมายของนิติสัมพันธ์ทางหนี้ .....	14
2.2.3. ความหมายของ “นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ (Schuld)” กับความหมายของ “ความรับผิด (Haftung)” .....	15

2.2.4. ความหมายของ “นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ (Schuld)” กับความหมายของ “หน้าที่ (Pflicht)” .....	20
2.2.4.1. การใช้คำว่า “หน้าที่” (Pflicht).....	21
2.2.4.2. การใช้คำว่า “นิติสัมพันธ์ในทางหนี้” (Schuld) และคำว่า “หน้าที่” (Pflicht) ในความหมายเดียวกัน .....	21
2.2.4.3. การแยกคำว่า “นิติสัมพันธ์ในทางหนี้” (Schuld) ออกจากคำว่า “หน้าที่” (Pflicht) .....	24
2.2.5. การเกิดขึ้นของนิติสัมพันธ์ทางหนี้.....	25
2.2.6. นิติสัมพันธ์ทางหนี้ที่ปราศจากหน้าที่หลักในการกระทำและหน้าที่หลักในการงดเว้นการกระทำที่มีต่อบุคคลซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา .....	26
2.2.7. ความมีผลของนิติสัมพันธ์ทางหนี้.....	28
2.2.8. หลักสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันในฐานะพื้นฐานทางกฎหมายของหนีก่อนสัญญา.....	28
2.2.8.1. หลักสุจริตในเชิงประวัติศาสตร์ .....	29
2.2.8.2. หลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน .....	33
2.2.9. แนวคิดเกี่ยวกับหนีก่อนสัญญาในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 2002.....	40
2.2.9.1. ช่วงเวลาที่ถือว่าเป็นการเริ่มต้นและสิ้นสุดของระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา44	
2.2.9.2. แหล่งที่มาของกฎหมายในการปรับใช้กับหนีก่อนสัญญาก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันช่วงปีค.ศ. 2002 .....	45
2.2.9.3. ประเภทของหนี้และหนีก่อนสัญญา.....	48
2.2.9.4. ค่าเสียหายที่เกิดจากหนีก่อนสัญญา.....	52
2.2.10. แนวความคิดเกี่ยวกับหนีก่อนสัญญาหลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002.....	54
2.3. หลักกฎหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับหนีก่อนสัญญา .....	54



2.3.1. ความหมายของ “หนี้ (Obligation)” กับความหมายของ “หน้าที่ (Duty)” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส .....	55
2.3.2. ความหมายของ “ข้อผูกพัน (Engagement)” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส .....	58
2.3.2.1. การใช้คำว่า “ข้อผูกพัน (Engagement)” ในลักษณะที่มีความหมายคล้ายคลึงกับคำว่า “หนี้ (Obligation)” .....	58
2.3.2.2. ความไม่สอดคล้องกันของการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน (Engagement)” ในฐานะที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “หนี้ (Obligation)” ในกฎหมายฝรั่งเศส ....	58
2.3.2.3. การแยกคำว่า “ข้อผูกพัน (Engagement)” ออกจากคำว่า “หนี้ (Obligation)” .....	59
2.3.3. หลักสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในฐานะพื้นฐานทางกฎหมายของหนี้ก่อนสัญญา.....	61
2.3.3.1. แนวความคิดเกี่ยวกับหลักสุจริตในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	61
2.3.3.2. หลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส .....	63
2.3.3.3. การปรับใช้หลักสุจริตแก่ช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งในปีค.ศ. 2016 .....	63
2.3.4. แนวความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก่อนการปฏิรูปกฎหมายในปีค.ศ. 2016 .....	65
2.3.4.1. ประเภทของหนี้และหน้าที่ก่อนสัญญา.....	67
2.3.4.2. แหล่งที่มาของกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของศาลสูงฝรั่งเศสเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 .....	83
2.3.5. แนวความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสหลังการปฏิรูปกฎหมายในปีค.ศ. 2016 .....	85
2.4. กฎหมายต่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016	89
2.5. หลักกฎหมายของระบบกฎหมายจีนที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญา.....	93
2.5.1. ความหมายของ “หนี้ (Obligation)” ในระบบกฎหมายของจีน .....	94

2.5.2. หลักความยุติธรรมและหลักสุจริตในระบบกฎหมายของจีน (Fairness and Good Faith) .....	98
2.5.3. แนวความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของจีน .....	106
2.5.3.1. แนวทางในการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของจีนก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาในปี ค.ศ. 2012 และปี ค.ศ. 2017 .....	107
2.5.3.2. แนวทางในการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาในกฎหมายของประเทศจีนหลังมีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาในปี ค.ศ. 2012 และปี ค.ศ. 2017 .....	108
บทที่ 3 .....	119
หนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย .....	119
3.1. ความนำ .....	119
3.2. ความหมายของคำว่า “หนี้” ในระบบกฎหมายไทย .....	119
3.2.1. ความหมายของคำว่า “หนี้” ตามกฎหมายเก่าของไทย .....	119
3.2.2. ความหมายของคำว่า “หนี้” ตามคำจำกัดความของนักกฎหมาย .....	122
3.2.3. ความหมายของคำว่า “หน้าที่” (Duty) .....	125
3.2.4. ความสัมพันธ์ระหว่างคำว่า “หนี้” กับ คำว่า “หน้าที่” ในระบบกฎหมายไทย .....	127
3.3. บ่อเกิดแห่งหนี้ตามกฎหมายไทย .....	130
3.4. หลักสุจริตในกฎหมายไทย .....	140
3.4.1. ความหมายของคำว่า “สุจริต” .....	140
3.4.2. ที่มาของบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ .....	144
3.5. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย .....	148
3.5.1. แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายไทย .....	149
3.5.1.1. ความหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญา .....	150

3.5.1.2. ที่มาของหลักความรับผิดก่อนสัญญา .....	152
3.5.2. ระบบกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่มีความเกี่ยวพัน กับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญา .....	157
3.5.3. สัญญาประกวดราคาในฐานะของสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับหนี้ก่อนสัญญาและหลัก ความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย .....	161
3.5.4. หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องและอาจปรับใช้กับ ความสัมพันธ์ในหนี้และความรับผิดก่อนการเกิดสัญญา .....	164
3.5.5. ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างความรับผิดตามสัญญา ความรับผิดตาม กฎหมายละเมิด และความรับผิดก่อนสัญญา .....	167
3.5.5.1. เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างความรับผิดก่อนสัญญา และความรับผิด ตามสัญญา .....	167
3.5.5.2. เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างความรับผิดก่อนสัญญา และความรับผิด เพื่อละเมิด .....	168
บทที่ 4 .....	170
วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหนี้ก่อนสัญญา .....	170
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญา .....	170
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างหนี้กับหน้าที่ในการก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญา. ....	180
4.3 ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญา .....	185
4.4 ปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายแก่ความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญา .....	196
บทที่ 5 .....	202
บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	202
5.1. บทสรุป .....	202
5.2. ข้อเสนอแนะ .....	206
5.2.1. การตีความมาตรา 5 และกฎหมายลักษณะหนี้แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อมาปรับใช้กับหลักกฎหมายในเรื่องหนี้ก่อนสัญญา .....	207
5.2.2. การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ .....	208

บรรณานุกรม.....212

ประวัติผู้เขียน.....219



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในโลกยุคปัจจุบันเศรษฐกิจที่ตึย้อมก่อให้เกิดความเป็นอยู่ที่ดีและคุณภาพชีวิตที่ดีแก่ประชาชน ซึ่งกลไกสำคัญในการช่วยขับเคลื่อนเศรษฐกิจก็คือ ภาคธุรกิจ ในการดำเนินการประกอบธุรกิจนั้นสิ่งที่ขาดไม่ได้เลยคือ การเจรจาทำสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญากับบุคคลใด ทำในรูปแบบใดและเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ตาม อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ในการทำสัญญาแต่ละฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจค่อนข้างสูง คู่สัญญาจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเจรจาในแต่ละข้อตกลงอย่างละเอียด แน่นอนและชัดเจนก่อนการตกลงทำสัญญาเพื่อลดปัญหาในการเกิดสัญญาที่ไม่สมบูรณ์

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ในทุกประเทศทั่วโลกล้วนให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นอย่างมาก เพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนในการทำสัญญาว่าจะตกลงกันอย่างไรก็ได้และหากมีการทำสัญญาระหว่างกันแล้วจะไม่ถูกแทรกแซงโดยบุคคลภายนอกหรือโดยรัฐ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเองก็มีการกำหนดกรอบของการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาไว้ในมาตรา 151 ว่า "การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ" แสดงให้เห็นว่าแม้จะมีการทำสัญญาที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดก็ยังคงมีผลสมบูรณ์หากความแตกต่างนั้นไม่เกี่ยวกับกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีส่งผลให้คู่กรณีสามารถดำเนินการเจรจาระหว่างกันได้โดยปราศจากความรับผิดชอบใดๆหากมีการตัดสินใจในท้ายที่สุดว่า จะไม่การตกลงทำสัญญาต่อกัน เมื่อคู่กรณีเล็งเห็นว่าตนเองอาจไม่ได้รับประโยชน์จากการทำสัญญาตามที่ได้คาดหมายไว้ก็มีเสรีภาพที่จะเลือกไม่เข้าทำสัญญาได้

ถึงกระนั้นก็ดี ในการเจรจาแต่ละครั้งย่อมมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีที่เข้ามาเจรจา ไม่ว่าจะเป็น ค่าจ้างที่ปรึกษา ค่าทนายความ ค่าเดินทางและค่าเตรียมการอื่นๆ ที่แม้ว่าค่าใช้จ่ายต่างๆเหล่านี้ อาจถือว่าเป็นความเสี่ยงตามปกติที่มักเกิดขึ้นได้ในการดำเนินธุรกิจก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่คู่กรณีดำเนินการเจรจาไปจนถึงขั้นที่อีกฝ่ายสามารถเชื่อได้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนหรือเป็นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าทำการเจรจาโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเจตนาโดยแท้จริงที่จะทำสัญญาตั้งแต่แรก ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่สุจริตสูญเสียโอกาสที่จะได้เข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นทั้งหมดนี้ถือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนการเกิดสัญญาทั้งสิ้น จึงเป็นกรณีที่เกิดปัญหาขึ้นมาว่า คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการเจรจาที่ไม่ประสบผลสำเร็จหรือประสบผลสำเร็จแต่ไม่เป็นที่ไปตามที่คาดหวังไว้ตั้งแต่ต้นจะมีสิทธิเรียกร้องอย่างไรบ้างต่อคู่กรณีอีกฝ่ายที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความ

เสียหายดังกล่าวนี้ เพราะหากคู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นก็อาจเป็นการทำลายความไว้วางใจของฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้ อันจะเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้

ตัวอย่างเช่น บริษัท จ. ประกอบธุรกิจห้างสรรพสินค้า ได้ติดต่อเจรจากับบริษัท ช. เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ คือ อาคารขนาดใหญ่ในแหล่งธุรกิจ ที่มีโครงสร้าง คือ ชั้นใต้ดิน 2 ชั้น และชั้นบนพื้นดินอีก 5 ชั้น รวมอาคารจอดรถ เหมาะแก่การประกอบธุรกิจ โดยบริษัท จ. ได้แจ้งแก่บริษัท ช. ว่า ตนเองต้องการที่จะซื้ออาคารดังกล่าวในราคาของบริษัท ช. เสนออย่างแน่นอน หากว่าบริษัท ช. ดำเนินการปรับปรุงและตกแต่งอาคารดังกล่าวให้เหมาะสมกับการทำเป็นห้างสรรพสินค้า ซึ่งในการปรับปรุงดังกล่าวจำเป็นต้องใช้ช่างผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทาง บริษัท ช. ยอมรับข้อเสนอของบริษัท จ. และได้เริ่มดำเนินการปรับปรุงอาคารดังกล่าวต่อไปโดยเชื่อว่าบริษัท จ. จะซื้ออาคารดังกล่าวอย่างแน่นอน เนื่องจากบริษัท จ. ได้เข้าร่วมเสนอความเห็นในการออกแบบเพื่อปรับปรุงอาคารด้วย

ในระหว่างการเจรจาและดำเนินการปรับปรุงอาคารของทั้งสองบริษัท ปรากฏว่าบริษัท จ. ทำการยุติการเจรจาอย่างกะทันหัน เพราะเหตุที่ตนเองได้ทำการก่อสร้างอาคารประเภทเดียวกันกับของบริษัท ช. ที่แหล่งธุรกิจใกล้เคียงกันแล้ว เช่นนี้มีปัญหาว่า บริษัท ช. ที่ได้ทำการปรับปรุงอาคารตามเงื่อนไขของบริษัท จ. ด้วยความไว้วางใจว่าสัญญาระหว่างทั้งสองฝ่ายจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน จะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากบริษัท จ. สำหรับการเข้ามาเจรจาและยุติการเจรจาที่ไม่สุจริตจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ช. ได้หรือไม่ เนื่องจากมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นระหว่างการเจรจาเกิดขึ้นแล้ว แม้ว่าสัญญาซื้อขายอาคารดังกล่าวจะยังไม่มี

โดยที่หลักกฎหมายลักษณะหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ดี หรือประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) เรียกโดยย่อว่า BGB ก็มิได้มีการกำหนดค่านิยมของคำว่า “หนี้” เอาไว้โดยชัดแจ้ง กล่าวแต่เพียงว่า เมื่อมีนิติสัมพันธ์ทางหนี้เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้และลูกหนี้มีหน้าที่ในการชำระหนี้ให้ถูกต้อง ไม่ว่าหน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้นั้นจะเกิดขึ้นเพราะเหตุจากข้อตกลงในสัญญาหรือเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายก็ตาม รวมทั้งหน้าที่อื่น ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ นั้น ซึ่งในการชำระหนี้ของลูกหนี้ อาจมีทั้งหนี้กระทำกร หนี้ในการโอนทรัพย์สิน ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของหนี้การกระทำและหนี้ในการงดเว้นการกระทำ โดยลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องตามที่มีการตกลงกันไว้กับเจ้าหนี้และจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้จนเป็นผลสำเร็จตามที่ตกลงกันไว้จึงจะทำให้หนี้ที่เกิดขึ้นเป็นอันระงับไป

จากการที่ความเสียหายเกิดขึ้นในระหว่างที่ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่อาจเรียกร้องให้มีการชดเชยความเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งได้บนฐานของสัญญา ทำให้เกิดข้อสงสัยขึ้นมาได้ว่า ความสัมพันธ์ของคู่กรณีในช่วงของการเจรจาก่อนการเกิดสัญญานั้นมี

อยู่อย่างไร เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันหรือไม่ นอกจากนี้ หากปรากฏว่าคู่กรณีมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญาจริงก็อาจส่งผลให้เกิดเป็นหนี้ก่อนสัญญาที่คู่กรณีจำเป็นต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องและเหมาะสมตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ มิฉะนั้นหนี้ก่อนสัญญาดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo) หรือ Precontractual liability แก่คู่กรณีที่ปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่ถูกต้องต่อไป

ในการปฏิรูปกฎหมายแพ่งเยอรมัน ช่วงปี ค.ศ. 2002 ได้ปรากฏบทบัญญัติในมาตรา 241(2) ที่ได้ว่าหลักเอาไว้ว่า หน้าที่ในการปฏิบัติตามชำระหนี้สามารถพิจารณาได้จากทุกส่วนของเนื้อหาสาระแห่งหนี้โดยการวิเคราะห์ถึงความถูกต้องชอบธรรม คุณธรรมทางกฎหมาย และประโยชน์ส่วนได้เสียแห่งหนี้ และมาตรา 311 ที่มีการกำหนดให้หน้าที่ในมาตรา 241 อาจกลายเป็นหนี้ระหว่างคู่กรณีได้ในช่วงของการเริ่มต้นการเจรจา เป็นที่น่าสนใจว่า หนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นจะมีแนวทางในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงอย่างไรต่อไป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาหลักกฎหมายเรื่อง “หนี้ก่อนสัญญา” ที่เกิดขึ้นจากการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002 ว่ามีการวางแนวทางในการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวอย่างไร เนื่องจากความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาแม้จะมีการกล่าวถึงมาอย่างยาวนานในเยอรมันแต่กลับเพิ่งมีการบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดเจนเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายลักษณะหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงมีความเหมาะสมที่จะนำมาวิเคราะห์ถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยต่อไปได้ ซึ่งในท้ายที่สุดหากปรากฏถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ผู้เขียนก็จะขอเสนอแนวทางในการปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องหนี้ก่อนสัญญากับการแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ต่อไป

## 1.2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักหนี้ก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน
- 2) เพื่อศึกษาถึงที่มาและมูลเหตุที่ก่อให้เกิดหนี้ในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา
- 3) เพื่อศึกษาถึงลักษณะของการปรับใช้หลักหนี้ก่อนสัญญาและลักษณะ ขอบเขต อีกทั้งผลทางกฎหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญาที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบจากการก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญา
- 4) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายเรื่องหนี้ก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและหลักกฎหมายหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย
- 5) เพื่อศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการปรับใช้หลักหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย

### 1.3. สมมติฐานของการวิจัย

แม้สัญญายังไม่เกิด คู่เจรจาที่มีหนี้หรือหน้าที่ต่อกันในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติเรื่องหนี้ก่อนสัญญาเอาไว้ชัดเจน จึงสมควรกำหนดสิทธิและหน้าที่ รวมถึงความรับผิดหากเกิดความเสียหายของคู่เจรจาให้ชัดเจน

### 1.4. ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งที่จะศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักหนี้ก่อนสัญญา แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายหนี้ เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ในทางหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา จากนั้นจะศึกษาถึงหลักความรับผิดก่อนสัญญาที่ใช้กับหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายภายในของ ประเทศเยอรมัน และจะศึกษาถึงความมีอยู่ ที่มา และมูลเหตุที่อาจก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถือเป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมีความเป็นไปได้ที่กฎหมายของทั้งสองประเทศจะมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกันในการปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริง รวมถึงความเป็นไปได้ในการนำหลักหนี้ก่อนสัญญาและหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย

### 1.5. วิธีศึกษาวิจัย

ศึกษาวิจัยโดยใช้การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการค้นคว้า รวบรวมข้อมูล ทฤษฎี และหลักกฎหมายจากเอกสาร ตำรา วารสาร วิทยานิพนธ์ บทความ งานวิจัย หรือสิ่งตีพิมพ์ต่างๆ ตลอดจนคำพิพากษาของศาล ทั้งในภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากห้องสมุดและจากระบบฐานข้อมูลในเว็บไซต์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อนำมาวิเคราะห์และหาข้อสรุปที่เหมาะสมต่อไป

### 1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและหลักทฤษฎีเกี่ยวกับหนี้ก่อนสัญญาและหลักความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน
- 2) เพื่อศึกษาถึงที่มาและมูลเหตุที่ก่อให้เกิดหนี้ในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา
- 3) ทำให้ทราบถึงลักษณะของการปรับใช้หลักหนี้ก่อนสัญญาและหลักความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาภายใต้กฎหมายภายในของประเทศเยอรมัน
- 4) ทำให้ทราบถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญา ลักษณะของการปรับใช้หลักหนี้ก่อนสัญญาและหลักความรับผิดก่อนสัญญาภายใต้กฎหมายภายในของประเทศไทย
- 5) ทำให้ทราบถึงความเป็นไปได้ในการปรับใช้หลักหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยโดยเปรียบเทียบหลักกฎหมายเรื่องหนี้ก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและหลักกฎหมายหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย



### 1.7. วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้มีการทบทวนเอกสารที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การรวบรวมประมวลข้อมูลที่จะนำไปสู่การศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเรื่องหนึ่งก่อนสัญญาเป็นไปในทางที่เหมาะสม ปรากฏว่ามีวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่มีการศึกษาในแง่มุมที่แตกต่างกันออกไป ปรากฏรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ความรับผิดชอบก่อนสัญญา: ศึกษาในเชิงทฤษฎี โดย คุณงามใจ แวมณีนีวรรณ วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท ปีพ.ศ. 2542 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกฎหมายต่างประเทศว่ามีที่มาอย่างไร หมายความว่าอย่างไรและอยู่ในช่วงเวลาใดของสัญญา นอกจากนี้ยังเป็นการศึกษาว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาจะมีขอบเขตในการให้ความคุ้มครองคุ้มครองให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำต่างๆที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาได้หรือไม่ และหากสัญญาเกิดจากการแสดงเจตนาบกพร่อง เมื่อมีการบอกล้างสัญญาจะมีผลให้คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่กฎหมายมิได้มีการบัญญัติวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นไว้ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากความผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาได้หรือไม่ และควรนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้ในกฎหมายไทยหรือไม่ ผ่านทางกฎหมายมาตราใด ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เสนอว่า สมควรนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาของต่างประเทศมาใช้กับประเทศไทยผ่านทางมาตรา 4 และมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีการล้มเลิกการเจรจา โดย คุณวริศรา นวลโคกสูง วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท ปีพ.ศ. 2555 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาและลักษณะของการปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ว่าสามารถนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้กับสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศได้อย่างไรบ้าง เนื่องจากสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นสัญญาที่มีข้อตกลงการทำธุรกรรมระหว่างคู่สัญญาที่อยู่คนละประเทศกัน จึงก่อให้เกิดปัญหาว่า หากประเทศของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีการยอมรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาแต่อีกประเทศไม่ยอมรับจะทำอย่างไร ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เห็นว่าอาจจะเป็นข้อตกลงในสัญญาไว้ระหว่างกันได้เลยว่า ให้มีการใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาระหว่างกันได้แม้ว่าประเทศของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่มีกฎหมายดังกล่าว

3. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง โดย คุณยุทธนา ทิณรัตน์ วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท ปีพ.ศ. 2549 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาและลักษณะของการปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของต่างประเทศและศึกษาลักษณะและแนวทางการปรับใช้หลัก

ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในประเทศไทย โดยศึกษาว่าจะสามารถนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้หรือไม่และจะนำมาใช้อย่างไร เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญา จึงอาจไม่เหมาะสมนักหากจะนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้เนื่องจากอาจส่งกระทบต่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะได้

4. สัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ: ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดย คุณเจียมจิต สุวรรณน้อย วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท ปีพ.ศ. 2549 มหาวิทยาลัยรามคำแหง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาถึงปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นใช้วงก่อนเกิดสัญญา โดยเฉพาะในสัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากสัญญารูปแบบนี้มีความซับซ้อนในการเกิดสัญญาเพราะต้องดำเนินตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่เนื่องจากเมื่อรัฐเลือกทำสัญญากับเอกชนโดยวิธีการทำสัญญาทางแพ่งก็จะเป็นกรณีที่รัฐได้สละเอกสิทธิ์บางประการที่มีอยู่และเข้าทำสัญญาในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชน ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่า กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่ข้อสัญญาหรือข้อพิพาทควรจะเป็นกฎหมายเอกชนและควรขึ้นศาลยุติธรรมมากกว่า แต่ในทางปฏิบัตินั้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครอง ปีพ.ศ. 2542 กลับให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาครอบคลุมไปถึงคำสั่งหรือการกระทำใดๆของฝ่ายปกครอง จึงเป็นการสร้างความสับสนให้แก่คู่สัญญาว่าควรเสนอคดีแก่ศาลใด

5. การกำหนดค่าเสียหายในความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดย คุณอุษรากร เตียวิเศษ สารนิพนธ์ระดับปริญญาโท ปีพ.ศ. 2549 มหาวิทยาลัยรามคำแหง สารนิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาถึงผลดีและผลเสียของการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย และศึกษาแนวคิดและรูปแบบในการกำหนดค่าเสียหายเมื่อเกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาขึ้น โดยเป็นการนำเสนอแนวทางในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นว่า ควรจะนำกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาปรับใช้อย่างไรหรือสมควรมีการออกกฎหมายใหม่หรือไม่ และควรวางแนวทางเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอย่างไร

6. ปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญา: ศึกษากรณีเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจา โดย คุณสุทธิพงศ์ เปรมปรัชญา วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท ปีพ.ศ. 2553 มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาในเรื่องการเพิกถอนคำเสนอและการยกเลิกการเจรจาที่ปราศจากเหตุผลที่เหมาะสมซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาดังกล่าวได้ โดยหากเกิดปัญหาดังกล่าวจะสามารถนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้เพื่อให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากฝ่ายที่เกิดความเสียหายภายใต้กฎหมายไทยได้หรือไม่ และจะเรียกร้องกันอย่างไร

7. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา โดย คุณโชคชัย พิณะเวศน์ วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท ปีพ.ศ. 2555 มหาวิทยาลัยศรี

ปทุม วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาที่ที่มาและวิธีการในการทำข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญาว่ามีสถานภาพอย่างไรในทางกฎหมาย โดยหากมีการละเมิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญาจะสามารถนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่คู่กรณีในการเรียกค่าเสียหายได้อย่างไร เนื่องจากการละเมิดข้อตกลงดังกล่าวยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญา ซึ่งจากการศึกษาเห็นว่าควรปรับปรุงมาตรา 5 และมาตรา 354 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยให้ครอบคลุมถึงความรับผิดก่อนสัญญาด้วย

จากการศึกษาวิทยานิพนธ์ทั้งหมดที่กล่าวไปข้างต้น ส่วนใหญ่เป็นการศึกษาถึงแนวทางการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญาหรือ Culpa in contrahendo มาปรับใช้เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่อาจมีสาเหตุมาจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่ในช่วงของการเกิดความเสียหายนั้นยังไม่มีสัญญาจึงทำให้ไม่อาจเรียกร้องได้บนฐานของสัญญา โดยยังมีได้มีการศึกษาถึงความสัมพันธ์ของคู่กรณีว่ามีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันหรือไม่ อย่างไร ในช่วงระยะเวลาก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น นอกจากนี้ หากระหว่างคู่กรณีมีสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวจริง ก็อาจส่งผลให้เกิดเป็นหนี้ก่อนสัญญาที่คู่เจรจาจำเป็นต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องและเหมาะสม มิฉะนั้นหนี้ก่อนสัญญาจะก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญาแก่คู่กรณีต่อไป ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงต้องการศึกษาว่าในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา คู่กรณีมีความสัมพันธ์ในทางหนี้ก่อนสัญญาระหว่างกันหรือไม่และสามารถนำหลักกฎหมายหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไปปรับใช้กับหนี้ก่อนสัญญาได้มากน้อยเพียงใด

## บทที่ 2

### หนีก่อนสัญญาในระบบกฎหมายต่างประเทศ

#### 2.1. ความนำ

ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงความหมาย ความเป็นมา พัฒนาการ และรูปแบบของนิติสัมพันธ์ในทางหนีก่อนสัญญาในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส และระบบกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีน รวมไปถึงการกำหนดรูปแบบของหนีก่อนสัญญา เพื่อนำไปใช้เป็นแนวทางในการศึกษาถึงความมีอยู่ของหนีก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยต่อไป เนื่องจากแต่เดิมในทางทฤษฎีนั้น คู่สัญญาจะมีหนีก่อนสัญญาได้ต่อเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งจะเป็นเรื่องของการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงไว้ต่อกัน แต่ในปัจจุบันได้มีการให้ความสนใจในเรื่องของสิทธิเรียกร้องระหว่างคู่สัญญามากขึ้น ทำให้หนีก่อนสัญญาที่ระหว่างคู่สัญญาอาจมีได้จำกัดไว้เพียงแค่ว่าคู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาเท่านั้น แต่อาจหมายรวมถึงหนีก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นโดยประการอื่นซึ่งคู่สัญญาอาจไม่ได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาก็ได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงทำการศึกษากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส และกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนเพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงหลักในเรื่องหนีก่อนสัญญาต่อไป

#### 2.2. หลักกฎหมายของระบบกฎหมายเยอรมนีที่เกี่ยวข้องกับหนีก่อนสัญญา

ระบบกฎหมายเยอรมันเป็นระบบกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลและแนวความคิดเกี่ยวกับหนีก่อนสัญญาจาก Professor Jhering ผู้เป็นนักคิดและนักกฎหมายชาวเยอรมัน ส่งผลให้มีการนำเอาแนวความคิดดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาอย่างยาวนาน จนกระทั่งมีการกำหนดหลักการเป็นต้นแบบกฎหมายอย่างชัดเจน การพิจารณาถึงการปรับใช้หลักกฎหมายและแนวทางของศาลเยอรมันต่อหนีก่อนสัญญาและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนหนีก่อนสัญญา จะทำให้สามารถวิเคราะห์หนีก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยได้ต่อไป

##### 2.2.1. พัฒนาการและรูปแบบของกฎหมายลักษณะหนีก่อนเยอรมัน

ในการวิเคราะห์ถึงที่มาของหนีก่อนสัญญา ควรย้อนกลับไปในสมัยโรมัน ถึงต้นกำเนิดของคำว่า “Obligare” จากคำอธิบายของซีเซโรที่กล่าวว่า หนีก่อนสัญญามาจาก “lig” ซึ่งมีความหมายว่าการผูกมัดหรือความผูกพันบางคนหรือบางสิ่ง ดังเช่นในช่วงแรกที่มีคำกล่าวในสังคมโรมันว่า “เราทุกคนล้วนผูกพันต่อพระเจ้าด้วยการทำความดีของเราเอง” (re – ligio) จนก่อให้เกิดคำนิยามต่อมา ในประมวลกฎหมายแพ่งของจักรพรรดิจัสติเนียนว่า หนีก่อนสัญญาเป็นความผูกพันตามกฎหมายที่บังคับให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินหนึ่งตามกฎหมายของพลเมืองโรมัน

กระทั่งในปัจจุบันความหมายของคำว่า “หนี้” มีการปรับใช้ที่กว้างขวางมากยิ่งขึ้น โดยเป็นการอ้างอิงถึงความสัมพันธ์ของบุคคลสองฝ่าย ในลักษณะที่บุคคลฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเหนือบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ตามที่ต้องผูกพันไว้แก่ตนเอง<sup>1</sup>

ความเป็นมาที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในช่วงแรกของกฎหมายแพ่งในโรมันนั้น เกิดมาจากสิ่งที่ในปัจจุบันเรียกว่า การกระทำความผิดต่อผู้อื่น หรือละเมิด (Delict) ที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีที่บุคคลภายในครอบครัวของชาวโรมันไปกระทำความผิดต่อบุคคลอื่น และหัวหน้าครอบครัวผู้ใช้อำนาจในการปกครองภายในครอบครัวทั้งหมด (Paterfamilias) ได้ออกมายอมรับผิดในการกระทำของบุคคลดังกล่าว

วิธีการรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดในช่วงแรกนั้น คือ การถูกผู้เสียหายสังหาร ต่อมาจึงได้มีการออกกฎหมายแก้แค้นทดแทน คือ The Lex Talionis ซึ่งกำหนดให้ หากผู้กระทำความผิดหักแขนของผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะหักแขนของผู้กระทำความผิดคืนเป็นการทดแทน

อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาก่อนที่กฎหมายสิบสองโต๊ะจะถูกร่างและประกาศใช้ได้ เกิดแนวความคิดในการเยียวยาผู้เสียหายจากการแก้แค้นทดแทนเป็นการให้เงินเยียวยาความเสียหาย แทน ส่งผลให้ความรับผิดชอบในความเสียหายเพราะการกระทำละเมิดถูกแปรเปลี่ยนเป็นหนี้ทางการเงินที่จะต้องชดใช้ให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งก็คือ ผู้เสียหายเดิมต่อไป<sup>2</sup>

ในขณะที่ความรับผิดชอบตามสัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อลูกหนี้ไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ถูกต้องตรงตามมูลแห่งหนี้ ดังที่เกิดขึ้นในการทำธุรกรรมที่เก่าแก่ที่สุดชนิดหนึ่งของโรมัน คือ การกู้ยืมเงิน (Nexum) โดยลูกหนี้ที่เรียกว่า Nexi ได้ทำการยืมเงินจำนวนหนึ่งจากเจ้าหนี้ตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตกลงว่าจะชำระเงินดังกล่าวคืนให้ แต่ปรากฏว่าในตอนสุดท้ายลูกหนี้ไม่สามารถหาเงินมาคืนให้ได้ ส่งผลให้เกิดความรับผิดชอบแก่ลูกหนี้ต่อไป

หากพิจารณาบ่อเกิดแห่งหนี้ที่มาจากสัญญาตามกฎหมายโรมันยุคดั้งเดิมจะพบว่า หนี้ก่อให้เกิดทั้ง “หน้าที่” และ “ความรับผิด” แก่ลูกหนี้ โดยมีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่สัญญาก่อให้เกิดหนี้ จากนั้น “หนี้” จึงก่อให้เกิด “หน้าที่” ในการที่ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงตามที่ตกลงกันไว้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งในเวลาเดียวกัน หนี้ก็ยังก่อให้เกิด “สิทธิ” แก่เจ้าหนี้ในอันที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวอีกด้วย

ต่อมา หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ลูกหนี้ไม่กระทำหน้าที่ในการปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงตามข้อตกลง จึงจะเป็นกรณีที่เกิดความรับผิดแก่ลูกหนี้ต่อไป โดยในช่วงแรกของ

<sup>1</sup> Zimmermann, R., *The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford: University Press, 1996), P. 1.

<sup>2</sup> Ibid, p. 3.

กฎหมายโรมันนั้น เจ้าหนี้จะมีอำนาจในการเรียกร้องการชดใช้เยียวยาความรับผิดที่เกิดขึ้นบนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ทั้งสิ้น ต่อมาจึงค่อยแปรเปลี่ยนเป็นการชดใช้เยียวยาด้วยเงินในที่สุด

กฎหมายหนี้ของเยอรมันในช่วงแรกมิได้เกิดมาจากสัญญา เนื่องจากธุรกรรมส่วนใหญ่ในยุคนั้นมักเกิดจากการแลกเปลี่ยนสิ่งของระหว่างกัน หนี้ในยุคแรกๆจึงเป็นผลจากการกระทำที่ผิดกฎหมายในทางอาญาอันก่อให้เกิดอำนาจในการแก้แค้นทดแทนเช่นเดียวกับโรมัน ก่อนที่จะพัฒนาต่อมาจนเป็นเรื่องของละเมิดและมีการกำหนดให้ชดใช้เงินระหว่างกันแทนการแก้แค้น ทำให้ผู้เสียหายมีอำนาจเป็นเจ้าหนี้เหนือผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อไป ในช่วงของยุคกลาง หลังจากการรับอิทธิพลของกฎหมายโรมันมาเนิ่นนาน ก็ได้เกิดแนวทางปฏิบัติในหมู่พ่อค้าวาณิชย์และพัฒนาจนกลายมาเป็นกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งมีอิทธิพลต่อกฎหมายแพ่งทั่วไปในปัจจุบันด้วย

ในระบบกฎหมายเยอรมันอธิบายคำว่า “หนี้” ไว้ว่า เป็นนิติสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ลูกหนี้ (Schuldner) ในการปฏิบัติชำระหนี้อันเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้ (Gläubiger)<sup>3</sup> อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในเรื่องหนี้ตามคำนิยามดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องบางประการ เนื่องจากได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากทั้งจากกฎหมายโรมันและกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งแม้แต่นักคิดชาวโรมันเองก็ยังคงมีความสงสัยในแนวความคิดในเรื่องหนี้ดังกล่าวเช่นกัน โดยเฉพาะ Professor Brinz นักกฎหมายชาวเยอรมันผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายโรมัน ได้กล่าววิจารณ์เอาไว้ว่าสาระสำคัญของหนี้คือการที่ลูกหนี้ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับทางกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า “หนี้” เป็นความรับผิดในตัวบุคคลและกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อ Professor Karl von Amira ได้อ้างอิงถึงการศึกษากฎหมายโบราณของสวีเดนและนอร์เวย์พบว่ากฎหมายหนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างระหว่าง “หน้าที่ตามกฎหมาย” (“Schuld”, Legal Duty) และ “ความรับผิด” (“Haftung”, Liability) ทำให้นักกฎหมายเยอรมันหลายคนได้ทำการศึกษาจนได้ข้อสรุปในแนวเดียวกับ Amira โดยเป็นการแสดงให้เห็นถึงทั้งความสัมพันธ์และความแตกต่างระหว่างหน้าที่ตามกฎหมายและความรับผิด ที่ไม่ได้อ้างอิงอยู่บนฐานทางประวัติศาสตร์ของชนชาติโดยเฉพาะแต่เกี่ยวพันกับความเป็นเหตุเป็นผลที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับเรื่องหนี้ในทุกระบบกฎหมาย แนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างหน้าที่ตามกฎหมายและความรับผิดมีความชัดเจนมากขึ้นเมื่อ Professor Otto von Gierke ได้ทำการศึกษาและให้คำอธิบายเกี่ยวกับหน้าที่ตามกฎหมาย (Schuld) และ ความรับผิด (Haftung) เอาไว้ในงานของเขา ดังนี้

<sup>3</sup> This is Dernburg's definition, Pandekten II, 1886, p.1 Cited in Hübner, R., Vinogradoff, P., and Walz, W. E., A History of German Private Law Translated by Philbrick, F. s. (USA, Boston: S.J.Parkhill & Co, 2011). p.464.

Professor Gierke อธิบายว่า Legal Duty หรือในภาษาเยอรมัน คือ Schuld มีความหมายอย่างกว้างหมายถึง หน้าที่ตามกฎหมาย (Rechtliches Sollen) ส่วนความหมายโดยทั่วไปจะแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของ “หน้าที่” ในลักษณะที่มีการให้นิยามไว้โดยกฎหมายหรือมีความแน่นอน เป็นการสะท้อนถึงความคิดในเรื่องของความสัมพันธ์ที่ปรากฏขึ้นเนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้ แยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้<sup>4</sup>

1. หน้าที่ตามกฎหมายของลูกหนี้ (Schuldnerschuld) เมื่อมีการกล่าวถึงหนี้ตามกฎหมายมักจะนึกไปถึงหนี้ในส่วน of ลูกหนี้เป็นอันดับแรก ซึ่งหนี้ของลูกหนี้ นั่นก็คือ หน้าที่ตามกฎหมายในการต้องปฏิบัติการชำระหนี้ (Leistensollen) โดยหน้าที่ในการชำระหนี้นี้เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ได้อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงและแน่นอน อันเป็นผลมาจากความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่หากเป็นหนี้ที่เกิดจากสัญญา ความระงับของสัญญาจะขึ้นอยู่กับหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ การปฏิบัติการชำระหนี้ นั้นนอกจากจะมีลักษณะของการ “กระทำการ” อันเป็นการชำระหนี้ในเชิงบวก (positive) แล้ว ยังมีการปฏิบัติการชำระหนี้ในลักษณะของการ “ไม่กระทำการ” หรือ “การงดเว้น” อันเป็นการชำระหนี้ในเชิงลบ (negative) อีกด้วย โดยเป็นกรณีที่ลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของสัญญา

2. หน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหนี้ (Gläubigerschuld) โดยส่วนใหญ่เมื่อกล่าวถึงคำว่า หน้าที่ตามกฎหมาย มักจะนึกไปถึงหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นอันดับแรก แต่จากทฤษฎีของกฎหมายเยอรมันสมัยใหม่ได้แสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่สำคัญว่า ในกฎหมายเยอรมันดั้งเดิมและกฎหมายเยอรมันในยุคต่อๆมา เจ้าหนี้ก็สามารถเป็น “ลูกหนี้” (Schuldner) ได้เหมือนกัน เนื่องจากความคิดเกี่ยวกับ Schuld ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเกี่ยวกับหน้าที่ทั้งหมดที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย โดยเจ้าหนี้เองก็มีหน้าที่ที่เท่าเทียมกันกับลูกหนี้จากความสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างทั้งสองฝ่าย โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้มีหน้าที่ในการยอมรับการปฏิบัติการชำระหนี้ตามที่คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมผูกพัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เจ้าหนี้มีหน้าที่ตามกฎหมายในการกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สอดคล้องกับการชำระหนี้ของลูกหนี้

Professor Rudolf Hübner ได้แสดงความเห็นว่า หน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหนี้จะขาดหน้าที่ของลูกหนี้ไปไม่ได้ เนื่องจากหน้าที่ของเจ้าหนี้ในการต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นเป็นการแสดงออกในรูปของการถูกกระทำ (passive) แตกต่างจากหน้าที่ของลูกหนี้ ที่เป็นการแสดงออกในลักษณะของการกระทำ (active) ดังนั้น หน้าที่ในลักษณะของการถูกกระทำโดยแท้ของเจ้าหนี้จึงไม่สามารถเข้าใจได้หากขาดหน้าที่ในการกระทำของลูกหนี้

<sup>4</sup> Ibid. p.465.

สรุปได้ว่า หนี้ของลูกหนี้ (Schuldnersschuld) คือ หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากความสัมพันธ์กับเจ้าหนี้ ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อชำระหนี้ (to perform or to abstain) โดยสอดคล้องกับหนี้ของเจ้าหนี้ (Gläubigerschuld) ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการที่จะต้องรับชำระหนี้จากลูกหนี้ (to accept performance)

อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันปัจจุบันทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเอกสารทางวิชาการต่างๆปรากฏว่ามีการใช้ศัพท์คำว่า “หนี้” (Schuld) ตามคำศัพท์ในภาษาเยอรมันดั้งเดิมน้อยมาก แม้ว่าโดยปกติแล้วคำศัพท์ดังกล่าวจะถูกใช้โดยผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งเป็นนักกฎหมายที่ผ่านการศึกษาวินัยและเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายโรมันทั้งสิ้น แต่กลับมีการนำคำศัพท์หลายคำที่ถูกนำมาใช้แทนคำว่า Schuld หนึ่งในนั้นคือคำศัพท์ว่า “Schuldverhältnis” ที่มีความหมายได้สองนัยที่แตกต่างกันดังนี้<sup>5</sup>

1. Schuldverhältnis (Obligations and Ancillary duties) ในความหมายอย่างกว้าง ตามที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 241\*มาตรา 273 (1)\* มาตรา 292 (1)\* มาตรา 314

<sup>5</sup> Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D. European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. (Munich: European publishers, 2008). p. 52.

\* Section 241 Duties arising from an obligation

(1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.

(2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party.

\* Section 273 Right of retention

(1) If the obligor has a claim that is due against the obligee under the same legal relationship as that on which the obligation is based, he may, unless the obligation leads to a different conclusion, refuse the performance owed by him, until the performance owed to him is rendered (right of retention).

\* Section 292 Liability in the case of a duty to return

(1) If the obligor must return a specific object, then, from the date when litigation is pending, the claim to damages of the obligee for deterioration, destruction or for impossibility of return for another reason is determined under the provisions that apply to the relationship between an owner and a possessor from the date when litigation on a claim to ownership is pending, except where the obligation or the default of the obligor leads to a different conclusion in favour of the obligee.



(1)\* และมาตรา 425 (1)\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการใช้คำว่า Schuldverhältnis ในลักษณะของการอ้างถึงความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในเชิงการเป็นที่มาของหน้าที่ต่างๆ เช่น หน้าที่ในการให้ข้อมูล หน้าที่ในการให้ความปลอดภัย และในความหมายเชิงทั่วไปกว่านั้น คือ หน้าที่ในการให้ความคุ้มครองปกป้องผลประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 241 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 ซึ่งการกระทำละเมิดต่อหน้าที่ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาได้<sup>6</sup>

2. Schuldverhältnis (Obligations without Ancillary duties) ในความหมายอย่างแคบ ตามที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 362\* มาตรา 364\* และมาตรา 397\* แห่ง

---

\* Section 314 Termination, for a compelling reason, of contracts for the performance of a continuing obligation

(1) Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period.

\* Section 425 Effect of other facts

(1) Facts other than those cited in sections 422 to 424 are only effective, unless the obligation leads to a different conclusion, for and against the joint and several debtor personally affected by them.

<sup>6</sup> Ibid.

\* Section 362 Extinction by performance

(1) An obligation is extinguished if the performance owed is rendered to the obligee.

(2) If performance is rendered to a third party for the purpose of performing the contract, the provisions of section 185 apply.

\* Section 364 Acceptance in lieu of performance of contract

(1) The obligation expires if the obligee accepts, in lieu of performance of contract, performance other than that owed.

(2) If the obligor assumes a new obligation to the obligee for the purpose of satisfying the latter, it is not to be assumed, in case of doubt, that he is assuming the obligation in lieu of performance of contract.

\* Section 397 Contract of forgiveness, acknowledgement of non-indebtedness

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 ซึ่งคำว่า Schuldverhältnis ที่ปรากฏอยู่ใน บทบัญญัติเหล่านี้มีความหมายที่สื่อถึง หนี้ เพียงอย่างเดียวโดยไม่ได้หมายความรวมไปถึงหน้าที่ ข้างเคียงในการชำระหนี้อื่นๆด้วย อย่างไรก็ตามความหมายของ Schuldverhältnis ในเชิงอย่างแคบ นี้ปัจจุบันก็ไม่ได้มีการนำมาใช้โดยนักวิชาการอีกต่อไปแล้ว<sup>7</sup>

### 2.2.2. ความหมายของนิติสัมพันธ์ทางหนี้

สำหรับความหมายของนิติสัมพันธ์ทางหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) ไม่ว่าจะทั้งในฉบับปีค.ศ. 1900 หรือภายหลังปฏิรูป ฉบับปีค.ศ. 2002 ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติบทนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า “นิติสัมพันธ์ทางหนี้” (Schuldverhältnis) เอาไว้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่าได้มีนักกฎหมายเยอรมันหลายท่านที่ได้แสดง ความเห็นและให้คำนิยามของนิติสัมพันธ์ทางหนี้ในกฎหมายเยอรมันไว้ดังนี้

Professor Otto von Gierke ให้คำอธิบายไว้ว่า “นิติสัมพันธ์ทางหนี้ นั้นจะต้อง ประกอบไปด้วยความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่เป็นไปตามเจตนาของบุคคลดังกล่าว นั้น ซึ่งหน้าที่ในการรับชำระหนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยหากไม่มีหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ควบคู่ไป ด้วย”

Professor Nigel Foster ได้แสดงความเห็นเอาไว้ว่า นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ (The Obligational relationship; Schuldverhältnis) นั้นหมายความถึง ความมีอยู่ระหว่างบุคคล ผู้มีสิทธิที่จะเรียกร้องการปฏิบัติการชำระหนี้ที่แน่นอน เรียกว่า เจ้าหนี้ (Gläubiger) และสิ่งที่ สอดคล้องกันคือคู่กรณีที่เป็นหนี้ในการต้องปฏิบัติตามสิทธินั้น เรียกว่า ลูกหนี้ (Schuldner) ซึ่งสิทธิ ดังกล่าวของเจ้าหนี้ไม่เพียงแต่ครอบคลุมไปถึงหนี้เงินเท่านั้น แต่ยังรวมถึงหนี้อื่นๆที่เกิดจากสัญญา ละเมิด ลาภมิควรได้ และหนี้ที่เกิดจากตัวบทกฎหมายด้วย<sup>8</sup>

Professor Dr. Heinz Peter Mansel ให้ความหมายของนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ ไว้ว่า นิติสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ในทางหนี้ (Schuldverhältnis) นั้นหมายถึง ความสัมพันธ์ในทาง กฎหมายระหว่างบุคคลที่แน่นอนอย่างน้อยสองฝ่ายที่เกิดขึ้นมาโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิเรียกร้อง สามารถแบ่งได้ดังนี้

(1) The obligation expires if the obligee forgives the obligor the debt by contract.

(2) The same applies if the obligee acknowledges by contract with the obligor that there is no obligation.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Foster, N. G., and Sule, S., German Legal System and Laws (Oxford: Oxford University Press, 2005.) p. 404.

1. นิติสัมพันธ์ทางหนี้ในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่แน่นอนอย่างน้อยสองฝ่าย ที่เกิดขึ้นโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิเรียกร้องระหว่างกัน เป็นการพิจารณาถึงผลทางกฎหมายทั้งหมดที่มีความชัดเจนและแน่นอนอันเกิดมาจากนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ ได้แก่ สิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้ หน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่หลักหรือหน้าที่ข้างเคียง สิทธิในการบอกเลิกสัญญาและการบอกเลิกสัญญาในที่สุด รวมไปถึงผลที่เกิดขึ้นตามมาโดยผลของกฎหมาย

2. นิติสัมพันธ์ทางหนี้ในความหมายอย่างแคบ หมายความว่าถึง สิทธิในการเรียกร้องให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Erwachsene Recht Auf Eine Bestimmte Leistung) คือ การที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องขอให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้แก่ตนเอง อันจะตรงกันกับหน้าที่ในการต้องชำระหนี้ของลูกหนี้นั่นเอง

จากนิยามของนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ที่นักกฎหมายเยอรมันได้ให้ความเห็นไว้ดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นได้ว่านิติสัมพันธ์ในทางหนี้ในความหมายอย่างกว้างจะครอบคลุมไปถึงนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ในความหมายอย่างแคบในหลายๆความสัมพันธ์ด้วย ถึงกระนั้น นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ในความหมายอย่างกว้างก็ไม่อาจระงับไปด้วยการชำระหนี้ แต่จะระงับก็ต่อเมื่อมีการใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญา (Kündigung) หรือการเลิกสัญญา (Rücktritt) ส่งผลให้พิจารณาย้อนกลับไปได้ว่า แม้จะมีการปฏิบัติการชำระหนี้โดยลูกหนี้แล้วก็ตาม แต่นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ในความหมายอย่างกว้างก็ยังคงมีอยู่ หรือที่เรียกว่า Nachwirkungen สามารถพิจารณาได้จากหลักความซื่อสัตย์สุจริตตามนัยของมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปีค.ศ. 2002 ที่กำหนดให้ลูกหนี้มีหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยความซื่อสัตย์และสุจริตโดยคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย

### 2.2.3. ความหมายของ “นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ (Schuld)” กับความหมายของ “ความรับผิดชอบ (Haftung)”

ก่อนที่จะอธิบายถึง “ความรับผิดชอบ” หรือ Liability หรือ Haftung ภาษาเยอรมันนั้น สมควรอธิบายถึงความคิดเกี่ยวกับ “หนี้” หรือ Schuld เสียก่อนว่ามักจะเกี่ยวข้องข้องกับหน้าที่ตามกฎหมายเพียงอย่างเดียว ไม่มีคำว่า “ต้อง” กระทำตามกฎหมายอยู่ด้วย โดยเมื่อมีการกระทำตามหน้าที่ตามกฎหมาย ผลทางกฎหมายที่กำหนดไว้แน่นอนก็จะเกิดขึ้นแต่ความหมายโดยนัยดังกล่าวนี้ไม่มีปัจจัยใดๆที่เกี่ยวข้องข้องกับการบังคับ ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่าในกฎหมายเยอรมันสมัยเก่านั้น Schuld มีความหมายในเชิง “ควรที่จะทำ” มากกว่าความหมายในเชิงที่ “ต้องกระทำ” ส่งผลให้บุคคลใดก็ตามที่ไม่สามารถบรรลुरुการชำระหนี้ตามกฎหมายของตนเองได้ก็จะรู้สึกผิดในการละเมิดต่อกฎหมายและอาจถูกขับไล่ออกจากสังคมทางกฎหมาย แต่ไม่อาจถูกบังคับให้ปฏิบัติการชำระหนี้ได้ แต่เมื่อความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบถูกเพิ่มเข้ามาในหน้าที่ตามกฎหมาย ก็ทำให้เกิดผลประการแรกคือการบังคับทางกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองและพัฒนาความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างกันต่อไป

โดยเป็นเรื่องของการให้การรับรองว่าจะมีการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายอย่างแน่นอน ด้วยเหตุดังกล่าวจึงก่อให้เกิดอำนาจในการควบคุมแก่เจ้าหนี้ หากไม่มีการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เจ้าหนี้สามารถที่จะอาศัยหลักความรับผิดในการเรียกร้องให้มีการชดเชยและเยียวยาผลจากการไม่กระทำ การชำระหนี้ได้ ดังนั้น Haftung จึงอยู่ในฐานะที่เป็นความรับผิดที่จะเข้าไปแทนที่หน้าที่ตามกฎหมาย หากไม่มีการกระทำหน้าที่ดังกล่าว<sup>9</sup>

มนุษย์เท่านั้นที่จะสามารถมีหนี้ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายได้ แต่กระนั้น ทั้งมนุษย์และทรัพย์สินต่างก็ตกอยู่ในความรับผิดที่เจ้าหนี้สามารถบังคับเอาได้ ซึ่งในยุคกลางของ เยอรมันได้มีการกำหนดคำศัพท์เฉพาะที่เอาไว้เรียกอำนาจหรือสิทธิของเจ้าหนี้ในการตอบโต้บุคคลที่ ตกอยู่ภายใต้ความรับผิดเมื่อครบเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ก่อนว่า “Forderung” แต่ในปัจจุบันเรียกว่า สิทธิเรียกร้องตามสัญญา (contractual claim) โดยวิธีในการเลือกสิ่งที่จะตกอยู่ในความรับผิดตาม กฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับในแต่ละสถานการณ์ว่าบุคคลหรือสิ่งของนั้นๆเพียงพอที่จะให้การรับรองการ ชำระหนี้ของลูกหนี้หรือไม่ นอกจากนี้อาจมีการให้บุคคลภายนอกเข้ามารับผิดแทนลูกหนี้ในฐานะผู้ค้ำ ประกันก็ได้ เพราะฉะนั้น Schuld และ Haftung จะมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนในกรณีที่ลูกหนี้ ไม่ต้องรับผิดด้วยตัวเอง เนื่องจากทรัพย์สินหรือบุคคลที่สามที่เข้ามารับผิดแทนลูกหนี้จะมีเพียงความ รับผิดต่อเจ้าหนี้เท่านั้น ไม่มีหนี้หรือหน้าที่ตามกฎหมายใดๆที่จะต้องปฏิบัติต่อเจ้าหนี้เพราะหนี้หรือ หน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวยังคงอยู่ที่ลูกหนี้

ความรับผิดสามารถมีได้หลากหลายรูปแบบ ทั้งความรับผิดทางบุคคล (Personen) และความรับผิดทางทรัพย์สิน (Sachhaftungen) ซึ่งทั้งสองประเภทต่างก็เป็นหลักการ เบื้องต้นที่ถูกครอบงำโดยกฎหมายนี้ทั้งหมด เราสามารถจำแนกรูปแบบในการรับผิดได้เป็นสอง รูปแบบหลักๆ แต่จากข้อสันนิษฐานของ Professor Gierke ปรากฏรูปแบบของความรับผิดอีก ประเภทที่แยกตัวเป็นอิสระอยู่เคียงข้างความรับผิดทางบุคคลและความรับผิดทางทรัพย์สิน นั่นก็คือ ความรับผิดทางทรัพย์สิน (Vermögenshaftung) ที่ในตอนแรกมักเข้าใจกันว่าเป็นส่วนหนึ่งของความ รับผิดทางบุคคลแต่หลังจากมีการแยกตัวออกมาก็สามารถเข้าใจได้ว่า ความรับผิดทางบุคคลคือ การ รับผิดบนเนื้อตัวร่างกายของเขา แต่ความรับผิดทางทรัพย์สินคือ การรับผิดบนกองทรัพย์สินของผู้ต้อง รับผิดเท่านั้น โดย Professor Gierke ได้อธิบายไว้ดังต่อไปนี้<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Hübner, R., Vinogradoff, P., and Walz, W. E. A History of German Private Law. Translated by Philbrick, F. s. p.468 - 471.

<sup>10</sup> Ibid, p. 473.

1. Real Liability หรือความรับผิดทางทรัพย์สิน คือ ทรัพย์สินที่ถูกทำให้มีความรับผิด โดยการมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นหลักประกัน ดังนั้นพัฒนาการของความรับผิดทางทรัพย์สินจึงเกิดขึ้นพร้อมกันกับกฎหมายหลักประกัน นอกจากนี้ ความรับผิดทางทรัพย์สินยังแบ่งออกเป็น

1) การจำนำ (Fahrnispfand, Chattel Pledges) เป็นกรณีที่ทรัพย์สินมีความรับผิดโดยการส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้รับจำนำ อย่างไรก็ตามผู้รับจำนำมีเพียงสิทธิในการครอบครองเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิในการทำลาย ขาย หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ในขณะที่ลูกหนี้ก็มีสิทธิในการปลดปล่อยทรัพย์สินจากการจำนำโดยการปฏิบัติการชำระหนี้ แต่หากลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายได้ สิทธิจำนำของผู้รับจำนำก็จะแปรเปลี่ยนเป็นความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แทน โดยลูกหนี้มีสิทธิที่จะเลือกว่าจะไถ่ทรัพย์สินนั้นหรือไม่ก็ได้ เจ้าหนี้ไม่อาจบังคับหรือเรียกร้องให้ลูกหนี้ไถ่ทรัพย์สินที่จำนำได้เพราะการจำนำนั้นเป็นการรับประกันความเสียหายอย่างใดๆที่เจ้าหนี้จะได้รับจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว

2) การจำนอง (Pledge of Lands) เป็นการประกันที่เกิดขึ้นภายหลังการจำนำแต่มีการพัฒนาอย่างกว้างขวาง เนื่องจากเจ้าหนี้มีสิทธิในการครอบครองและมีสิทธิเก็บกินในที่ดินที่จำนองได้ นอกจากนี้หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ยังมีสิทธิบังคับตามกฎหมายในการเปลี่ยนจากสิทธิครอบครองเป็นกรรมสิทธิ์ได้โดยการริบทรัพย์สินหรือการขาย และยังสามารถยกสิทธิขึ้นต่อได้บุคคลภายนอกที่ได้รับที่ดินนั้นไปด้วย<sup>11</sup>

2. Personal Liability ความรับผิดทางบุคคล มีที่มาที่มีความคลุมเครือมากกว่าความรับผิดทางทรัพย์สิน เนื่องจากพัฒนาการในช่วงแรกของความรับผิดทางบุคคลเป็นไปในรูปแบบของการมีสิทธิครอบครองร่างกายของลูกหนี้ในลักษณะที่คล้ายกับการครอบครองทรัพย์สินจำนำเสมือนเป็นทาส ซึ่งหากหนี้ได้ถูกชำระไปลูกหนี้ก็จะถูกปลดปล่อยให้เป็นอิสระ ในทางตรงกันข้าม หากมีการละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายหรือการชำระหนี้ที่ล่าช้า ลูกหนี้จะถูกปรับโดยเจ้าหนี้บนเหนือตัวร่างกาย อิสระและเกียรติของลูกหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้จะมีสิทธิในชีวิต สามารถฆ่า ทำร้ายหรือขายลูกหนี้ก็ได้ อย่างไรก็ตามทรัพย์สินของลูกหนี้จะไม่อาจถูกเจ้าหนี้เรียกร้องได้

ต่อมาลูกหนี้สามารถทำให้ตนเองตกอยู่ในความรับผิดได้แต่ยังไม่ถูกควบคุมตัวโดยเจ้าหนี้ทันทีเหมือนในยุคแรกๆ ซึ่งความรับผิดในรูปแบบนี้ Professor Amira เรียกว่า Free Personal Pledges (Freie Bürgschaft) เป็นกรณีที่เมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมาย กล่าวคือ ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถดำเนินคดีโดยการเรียกเอาทรัพย์สินของบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้ความรับผิดเพื่อชดเชยการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ตนเองได้ ไม่เพียงแต่เจ้าหนี้จะมีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้เท่านั้นแต่ยังมีสิทธิในทรัพย์สินของลูกหนี้อีกด้วย ซึ่งต่อมาสิทธิของเจ้าหนี้ในการยึดหรือริบเอา

<sup>11</sup> Ibid, p. 474 - 475.

ทรัพย์สินของลูกหนี้ได้พัฒนาจนกลายเป็นความรับผิดทางทรัพย์สินแยกออกจากความรับผิดทางบุคคล โดยเจ้าหนี้จะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวในการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ก็ต่อเมื่อครบตามเงื่อนไขที่มีอยู่ก่อน คือ มีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามกฎหมายและเจ้าหนี้มีการบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายแล้ว

นอกจากนี้ยังมีการทำสัญญาค้ำประกันที่เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของความรับผิดทางบุคคล ผู้ค้ำประกันจะทำการประกันการปฏิบัติตามชำระหนี้ในหนี้ของผู้อื่น โดยผู้ค้ำประกันจะยอมรับผิดด้วยร่างกายและทรัพย์สินของตนเองต่อเจ้าหนี้หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ มีผลให้เจ้าหนี้สามารถควบคุมตัวผู้ค้ำประกันให้ตกเป็นทาสได้หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายต่อเจ้าหนี้ แต่ในยุคกลางได้มีการพัฒนาให้เจ้าหนี้มีสิทธิในการควบคุมตัวของลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันไว้จนกว่าจะมีการชำระหนี้เท่านั้น ทำให้เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิใช้แรงงานหรือส่งการใดๆให้ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันที่ตกอยู่ในควบคุมของตนเหมือนอย่างในยุคแรกๆอีกต่อไป และเมื่อลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันตาย ความรับผิดของผู้ค้ำประกันจะไม่ตกทอดไปยังทายาท<sup>12</sup>

หน้าที่ตามกฎหมายและความรับผิดในกฎหมายสมัยใหม่ ในยุคดั้งเดิมนั้นเยอรมันได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันโบราณ ทำให้การรับรู้และยอมรับในความมีอยู่ของความแตกต่างระหว่างหน้าที่ตามกฎหมายในหนี้และความรับผิดปรากฏหลักฐานที่เกี่ยวข้องน้อยมาก เนื่องจากกฎหมายโรมันเชื่อว่ามูลหนี้ทุกชนิดเกี่ยวข้องโดยตรงกับความรับผิด หมายความว่า การปฏิบัติตามชำระหนี้ของลูกหนี้จำเป็นต้องกระทำเสมอ (must perform) และสามารถบังคับให้กระทำได้โดยการดำเนินคดีทางศาลและคำพิพากษา อีกทั้งความแตกต่างระหว่างความรับผิดทางทรัพย์สินและความรับผิดทางบุคคลก็ไม่ใช่ที่รู้จักในกฎหมายโรมันเช่นกัน

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันเป็นที่ยุติแล้วว่ามีการยอมรับโดยทั่วไปว่าหนี้ทางสัญญา มีความเกี่ยวข้องกับความรับผิด โดยความรับผิดนั้นอาจเกิดขึ้นพร้อมกับหน้าที่ตามกฎหมายหรืออาจเกิดแยกต่างหากในลักษณะของส่วนเสริมของหนี้ที่เป็นการรับประกัน การบังคับใช้กฎหมายกับลูกหนี้ได้ถือเป็นคุณสมบัติหรือองค์ประกอบที่สำคัญในมูลหนี้ทุกชนิด ยกเว้นก็เพียงแต่หนี้ในธรรมเท่านั้นที่ถือว่าเป็นหนี้ที่ไม่สมบูรณ์เพราะเป็นความผูกพันทางหนี้ในความรู้อธิปไตยระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เท่านั้น ไม่สามารถบังคับระหว่างกันได้ด้วยกฎหมาย เห็นได้ชัดจากคำนิยามในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปีค.ศ. 2002 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 241 ว่า “ด้วยเหตุแห่งหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิในการเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้”

ในส่วนของความรับผิดเองก็มีความเปลี่ยนแปลงในกฎหมายสมัยใหม่เช่นกัน เนื่องจากความรับผิดทางบุคคล (personal liability) ในลักษณะของการรับผิดโดยการบังคับเอาจาก

<sup>12</sup> Ibid, p. 475 - 482.

เนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องรับผิดไม่อาจทำได้อีกต่อไป โดยมีการประกาศยกเลิกการบังคับในรูปแบบดังกล่าวจากพระราชบัญญัติในวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1868 ด้วยเหตุนี้ ความรับผิดในทางบุคคลในความหมายของกฎหมายปัจจุบันจึงมิได้หมายถึงการบังคับทางกายภาพอีกต่อไปแต่หมายถึงการบังคับเอาจากทรัพย์สินของบุคคลผู้ต้องรับผิดแทน เรียกอีกอย่างได้ว่า ความรับผิดทางทรัพย์สิน (property liability) ขณะที่ความรับผิดทางทรัพย์สิน (real liability) ยังคงได้รับความสำคัญและมีอยู่ต่อไป<sup>13</sup>

ความรับผิดทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการแยกพิจารณาระหว่าง “ความรับผิดตามสัญญา” ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 241(2) มาตรา 280(1) และ “ความรับผิดในทางละเมิด” ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 823 และความรับผิดอื่นๆในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ความรับผิดตามสัญญานั้นมีความเกี่ยวข้องไม่เพียงแต่การไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วนเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูล หน้าที่ในการคุ้มครองป้องกัน และยังรวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากการปฏิบัติการชำระหนี้โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอีกด้วย นอกจากนี้ ยังมีความเสียหายที่เกิดแก่คู่สัญญาในระหว่างก่อนการทำสัญญาได้ด้วย เช่น กรณีของความเสียหายที่เกิดมาจากการที่มีบุคคลทิ้งเปลือกกล้วยไว้บนพื้นของร้านค้าแห่งหนึ่ง โดยลูกค้าได้เดินเข้าไปในร้านแล้วเกิดเหยียบเปลือกกล้วยที่ถูกทิ้งไว้ลื่นล้มได้รับบาดเจ็บ (Banana skin case) ซึ่งหน้าที่ในการคุ้มครองไม่ให้บุคคลได้รับอันตรายดังกล่าวได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งภายใต้ความหมายของ "Schuldverhältnis" ในความหมายอย่างกว้าง ตามมาตรา 241(2) และมาตรา 311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏแค่เพียงว่า คู่กรณีได้เข้าเจรจาทันทีโดยมุ่งประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการทำสัญญาระหว่างกันต่อไปก็เป็นการก่อให้เกิดความผูกพันพิเศษที่เรียกว่า "Schuldverhältnis" (นิติสัมพันธ์ทางหนี้) ขึ้นแล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดหน้าที่อย่างหนึ่งระหว่างคู่กรณีในทำนองเดียวกันกับหน้าที่ในการให้ข้อมูล และหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองความปลอดภัยตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Treu und Glauben) เหมือนเช่นหน้าที่ที่เกิดมาจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญา ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า "Schuldverhältnis" ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ในการชำระหนี้ตามมาตรา 241(2) และมาตรา 311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันย่อมเกิดขึ้นเช่นกันเมื่อคู่กรณีได้มีการเข้ามาเจรจาทันที ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะทำนองเดียวกันกับความรับผิดตามสัญญา

ดังนั้น ความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทั่วไปตามปกติประเพณี (allgemeine Verkehrspflichten) และหน้าที่ทั่วไปตามปกติประเพณีนี้เอง เป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นมาโดยไม่จำเป็นต้อง

<sup>13</sup> Ibid, p. 485 - 488.

มีสิทธิเรียกร้องกันมาตั้งแต่ต้น หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่ามีหน้าที่โดยปราศจากสิทธิเรียกร้อง  
นั่นเอง แต่หากมีการละเมิดหน้าที่ดังกล่าวแล้วคู่กรณีที่ได้รับความสะดวกก็มิได้มีความเสียหายก็มิได้  
ฝ่ายที่กระทำผิดหน้าที่ดังกล่าวรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้<sup>14</sup>

#### 2.2.4. ความหมายของ “นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ (Schuld)” กับความหมายของ “หน้าที่ (Pflicht)”

คำว่า “หนี้” แม้จะมีการนำมาใช้กันอย่างแพร่หลาย แต่การใช้คำดังกล่าวอาจ  
นำไปสู่การตีความได้หลากหลายความหมาย ทั้งความหมายในเชิงเอกัตถะที่แปลความได้เพียงอย่าง  
เดียวชัดเจนหรือความหมายเชิงนัยยะที่แปลความได้หลากหลายและคลุมเครือจึงจำเป็นต้องอาศัย  
บริบทข้างเคียงในการตีความ ตัวอย่างเช่น คำว่า “หนี้” (Schuld, Obligation) ในรูปเอกพจน์ หรือ  
คำว่า “หนี้” (Schulden, Obligations) ในรูปพหูพจน์ มีความหมายที่ชัดเจนไปในทางเดียวกัน  
กล่าวคือ หมายความถึง การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงที่จะกระทำการใดๆภายใต้ข้อตกลงที่กำหนดไว้  
ในสัญญา โดยนัยดังกล่าวนี้จะปรากฏคำที่มีความหมายตรงข้ามในเชิงบวกกับคำว่า “หนี้” คือคำว่า  
“สิทธิ” (Recht, Right) ที่หมายถึง การที่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับสิ่งหนึ่งสิ่งใดจากลูกหนี้ อันถือได้ว่า  
เป็นนิยามดั้งเดิมของคำว่า “หนี้” เช่นเดียวกัน โดยในสมัยก่อนนั้นมีการอธิบายกันว่า “หนี้” คือ  
ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ระหว่างบุคคลอย่างน้อยสองฝ่ายส่งผลให้บุคคลฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะ  
เรียกร้องบางสิ่งบางอย่างจากบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งได้ ด้วยเหตุนี้ คำว่า “หนี้” จึงกลายเป็นเรื่องของ  
ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลอย่างน้อยสองฝ่ายและเกี่ยวข้องกับเรื่องของอำนาจที่จะ  
ส่งผลให้เกิดการบังคับการใดๆให้เป็นไปตามหนี้นั้น ทำให้เรื่องของ “หนี้” มีความแตกต่างจากเรื่องของ  
สิทธิในการดำเนินคดีทางศาลเพื่อเรียกร้องการบังคับชำระหนี้ อันเป็นเรื่องของการมุ่งหวังผลทาง  
เศรษฐกิจที่ควรค่าหมายได้จากการปฏิบัติการชำระหนี้<sup>15</sup>

อย่างไรก็ตาม การใช้คำว่า “หนี้” ยังคงมีความคลุมเครือในสามประการ  
ดังต่อไปนี้ ประการที่หนึ่ง เมื่อมีการใช้คำว่า “หนี้” เพื่อแสดงถึงความสัมพันธ์โดยรวมทางสัญญา  
ระหว่างคู่สัญญาแทนที่การใช้คำว่า “สัญญา” ประการที่สองคือ การใช้คำว่า “หนี้” ในกฎหมาย  
ฝรั่งเศสที่มีการใช้คำว่า “หนี้” ในความหมายเชิงเงื่อนไขในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ผูกพันคู่สัญญาไว้  
และประการที่สามซึ่งเป็นความคลุมเครือที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญในการต้องส่งทรัพย์สินตามสัญญา  
ยิ่งไปกว่านั้น “หนี้” ยังก่อให้เกิด “หน้าที่” ที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานทาง  
จริยธรรมตามสัญญาเพื่อให้เกิดความสัมพันธ์อันดีร่วมกันระหว่างคู่สัญญาด้วยเมื่อมองจากมุมนี้จึงพบ

<sup>14</sup> Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D., European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, p. 53.

<sup>15</sup> Ibid, p. 39.



ได้ว่า “หนี้” ถูกนำมาใช้ในลักษณะของความหมายอย่างกว้าง มิใช่นำมาใช้ในความหมายเชิงเทคนิค หรือความหมายอย่างแคบแต่เพียงอย่างเดียว

#### 2.2.4.1. การใช้คำว่า “หน้าที่” (Pflicht)

คำว่า “หนี้” มีความหมายได้สองนัย โดยนัยแรกหมายความถึง ความสัมพันธ์ ทั้งหมดที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา และโดยนัยที่สอง หมายถึง สิ่งที่ถูกหนี้ยังคงค้างชำระต่อเจ้าหนี้ ภายใต้ข้อตกลงตามสัญญา<sup>16</sup>

คำว่า “หน้าที่” (Duty) มีความแตกต่างจากคำว่า “หนี้” (Obligation) ซึ่ง สามารถจะระบุให้เจาะจงลงไปโดยการกล่าวถึงแหล่งที่มาและบุคคลที่มีหน้าที่ในการทำหน้าที่ได้ว่า เมื่อ กล่าวถึง “หน้าที่” ในความเข้าใจอย่างง่าย คือ มาตรฐานของความประพฤติที่เกิดขึ้นมาจากหลัก ความยุติธรรมทางสัญญา ซึ่งสัญญาจะก่อให้เกิดผลสองประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง มาตรฐาน ทั่วไปของความประพฤติในเชิงศีลธรรมและสังคมตามธรรมชาติ ซึ่งหน้าที่ในรูปแบบนี้สามารถเกิดขึ้น ได้ในทุกรูปแบบของสัญญาและทุกสถานะของคู่กรณี ในขณะที่ ผลประการที่สอง คือ ผลที่เกิดจาก ข้อตกลงในสัญญาเพื่อรับรองการปฏิบัติชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญา โดยคู่กรณีของบุคคลซึ่งมี “หน้าที่” นั้นไม่ได้ถูกระบุหรือกำหนดไว้ล่วงหน้า ขณะที่ในกรณีของเรื่อง “หนี้” คู่กรณีของบุคคลฝ่าย ที่มีสิทธิในการรับชำระหนี้ (Obligation) ได้มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว โดยทั่วไปคำว่า “หน้าที่” มัก ถูกนำไปใช้ในแง่ที่เป็นคำพ้องของคำว่า “หนี้” แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นไม่ว่าคำว่า “หน้าที่” จะมีความหมายว่า อย่างไรก็ตาม แต่เมื่อถูกนำไประบุไว้ในสัญญา คำว่า “หน้าที่” มักจะถูกเข้าใจว่ามีความแตกต่างไปจาก คำว่า “หนี้” และในบางกรณีคำว่า “หน้าที่” มีความหมายถึง “ข้อผูกพัน”(Engagement) ดังที่ได้มี การใช้กันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ถึงอย่างนั้นโดยส่วนใหญ่แล้วก็ไม่ค่อยมีการนำคำว่า “หน้าที่” มา ใช้ในความหมายนี้<sup>17</sup>

โดยส่วนมากคำว่า “หน้าที่” จะมีขอบเขตของการปรับใช้ที่กว้างกว่าการปรับใช้ คำว่า “หนี้” ซึ่ง หน้าที่นั้นสามารถก่อผลผูกพันบุคคลอื่นโดยทั่วไปมากกว่าจะผูกพันเฉพาะกับคู่กรณี ภายใต้สัญญา

#### 2.2.4.2. การใช้คำว่า “นิติสัมพันธ์ในทางหนี้” (Schuld) และคำว่า “หน้าที่” (Pflicht) ในความหมายเดียวกัน

บางครั้งคำว่า “หนี้” และคำว่า “หน้าที่” ก็ถูกนำมาใช้ในสถานะของคำที่มีความหมายเหมือนกันโดยคำทั้งสองคำนี้มีความหมายถึง ความสัมพันธ์ในทางสัญญาทั้งหมดระหว่าง

<sup>16</sup> Ibid, p. 40.

<sup>17</sup> Ibid, p. 48.

คู่สัญญาในความหมายอย่างกว้างหรือก็คือ สิ่งที่ถูกหนี้ยังคงค้างชำระต่อเจ้าหนี้ในความหมายอย่างแคบนั่นเอง<sup>18</sup>

ในเรื่องนี้ Professor Dr. Heinz-Peter Mansel ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “หนี้” (Schuld) หมายถึง หน้าที่ในการปฏิบัติภาระหนี้ของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นมาจากนิติสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ทางกฎหมาย

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น มีการบัญญัติถ้อยคำในทางกฎหมายที่ครอบคลุมคำว่า “หนี้” ทั้งหมด คือ คำว่า “Schuldverhältnis” ที่สามารถปรับใช้ได้ทั้งสองความหมาย ในแง่หนึ่งมีการปรับใช้ คำว่า “Schuldverhältnis” ในเชิงกว้างดังเช่น ในมาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปีค.ศ. 2002 ซึ่งเป็น การสะท้อนความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ รวมถึงหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือทางด้านข้อมูล ด้านความปลอดภัย และหน้าที่โดยทั่วไปอื่น ๆ ด้วยความเคารพต่อสิทธิและผลประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวก็จะก่อให้เกิดความรับผิดที่อาจจัดอยู่ในประเภทของความรับผิดทางสัญญาได้

ส่วนการปรับใช้คำว่า “Schuldverhältnis” ในเชิงแคบมีบัญญัติไว้ในมาตรา 362 มาตรา 364 และมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นการปรับใช้คำว่า “หนี้” ในลักษณะของการแสดงออกถึงความเป็น “หนี้” เพียงอย่างเดียวโดยไม่มีหน้าที่ของการให้ความช่วยเหลือมาปะปน แต่ในปัจจุบันแทบไม่มีการใช้คำว่า “Schuldverhältnis” ในเชิงความหมายอย่างแคบอีกต่อไปแล้ว<sup>19</sup>

คำว่า “หนี้” และ คำว่า “หน้าที่” มักถูกใช้รวมกันว่าทั้งสองคำคือคำที่ฟ้องความหมายซึ่งกันและกัน เป็นที่แน่นอนว่าเมื่อกล่าวถึง “หนี้” มักจะมีการอ้างอิงถึงคำว่า “หน้าที่” ตลอดเวลา จึงได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ที่อ้างอิงไปถึงหน้าที่ในการกระทำโดยความสุจริต หน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือ และหน้าที่ในการรักษาความลับอยู่เสมอ<sup>20</sup>

ในระบบกฎหมายแพ่งของเยอรมันจะมีการใช้คำศัพท์ที่หลากหลายเพื่อแสดงถึงความหมายของคำว่า “หนี้” เป็นการทั่วไป เช่น มีการใช้คำว่า “Verpflichtung” “Verbindlichkeit” “Schuld” และในบางครั้งก็มีการใช้คำว่า “Pflicht” ด้วย ในขณะที่คำว่า “หน้าที่” ได้มีการใช้คำศัพท์โดยทั่วไปว่า “Pflicht” ซึ่งในทางศัพท์กฎหมายของเยอรมันนั้น คำว่า “Verpflichtung” และคำว่า “Pflicht” ถือเป็นคำที่มีความหมายเหมือนกัน กล่าวคือ เป็นสิ่งที่มีความหมายตรงกันข้ามกับคำว่า “สิทธิ” (Recht) โดยแท้จริงแล้วคำว่า “Verpflichtung zur

<sup>18</sup> Ibid, p. 41.

<sup>19</sup> Ibid, p. 53.

<sup>20</sup> Ibid, p. 47.

Leistung” ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไม่ได้มีความแตกต่างจากคำว่า “Leistungspflicht” ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 275 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามสำหรับศัพท์คำว่า “Verbindlichkeit” และศัพท์คำว่า “Schuld” ที่มีการใช้ในลักษณะของคำที่มีความหมายเหมือนกัน คือหมายความถึงหนี้หรือความผูกพันของคู่กรณีที่มีหน้าที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างเป็นรูปธรรมเท่านั้น โดยไม่ได้หมายความรวมถึงการกระทำอันเป็นนามธรรมด้วย ดังนั้นคำว่า “Verbindlichkeit” และคำว่า “Schuld” จึงมีความหมายในเชิงลบที่ตรงกันข้ามกับคำว่า “สิทธิเรียกร้อง” (Anspruch) ซึ่งในทางข้อเท็จจริงยังสามารถอ้างอิงถึง “หนี้สิน” (Debts) ได้อีกด้วย

ดังนั้น ศัพท์คำว่า “Verbindlichkeit” และ คำว่า “Schuld” จึงเป็นถ้อยคำที่มีความหมายเฉพาะชัดเจนกว่าศัพท์คำว่า “Pflicht” หรือคำว่า “Verpflichtung” เนื่องจากความหมายของคำว่า “Verbindlichkeit” (ความผูกพัน) และคำว่า “Schuld” (หนี้) เป็นคำที่กินความหมายรวมคำว่า “Pflicht” (หน้าที่) หรือ “Verpflichtung” (หน้าที่) เอาไว้โดยนัยด้วยในเวลาเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ในการปฏิบัติราชการชำระหนี้ตามสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันใช้คำว่า “Leistungspflicht” หรือ “Verpflichtung zur Leistung” และคำว่า “Schuld” หรือ “Verbindlichkeit” ด้วย แต่จะไม่ใช้คำว่า “Verbindlichkeiten” หรือคำว่า “Schulden” เพื่อให้แน่ใจในความปลอดภัย ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้คู่สัญญาได้มีการตกลงหรือกำหนดไว้อย่างแน่นอนชัดเจนมาตั้งแต่ต้น แต่หากเป็นกรณีที่เป็นไปเพื่อก่อให้เกิดความปลอดภัย คู่กรณีอาจมี “Schutzpflichten” (หน้าที่ในการคุ้มครองป้องกัน) หรือ “Informationspflichten” (หน้าที่ในการให้ข้อมูล) ซึ่งหน้าที่เหล่านี้คู่สัญญาไม่ได้มีการตกลงหรือกำหนดไว้ระหว่างกันตั้งแต่ต้น นอกจากนี้ คำว่า “Pflicht” และคำว่า “Verpflichtung” ที่แปลว่า “หน้าที่” เป็นคำศัพท์ทางภาษาที่มีการปรับใช้ความหมายเป็นการทั่วไปซึ่งไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการนำมาใช้ในเชิงกฎหมายเท่านั้น และยังพบว่าทั้งสองคำนี้ยังมีการนำมาใช้เพื่อสื่อความหมายในบริบททางด้านศีลธรรมอีกด้วย ในขณะที่คำว่า “Verbindlichkeiten”, “Schuld” และ “Schuldverhältnis” เป็นคำศัพท์ที่ถูกนำมาใช้ในทางกฎหมายอย่างเคร่งครัด<sup>21</sup>

ในทางปฏิบัติจากการสังเกตและเก็บข้อมูลในการปรับใช้พบว่า คำว่า “หนี้” (Schuld) และคำว่า “หน้าที่” (Pflicht) ไม่ได้มีการแยกออกจากกันโดยสิ้นเชิง

“หนี้” แสดงถึงความสัมพันธ์ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ลูกหนี้ ซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายในการปฏิบัติราชการชำระหนี้ (vinculum iuris) หรือคำศัพท์เฉพาะในภาษาเยอรมันคือ คำว่า “Schuldverhältnis” และบุคคลอีก

<sup>21</sup> Ibid, p. 53.

ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้ เมื่อพิจารณาทางฝ่ายเจ้าหนี้ คำว่า “หนี้” นั้นยังอ้างถึงสิ่งที่กำหนดให้ชำระ โดยลูกหนี้และเจ้าหนี้มีหน้าที่ในการชำระหนี้กันเป็นผลมาจากนิติสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ทางหนี้ โดยนัยดังกล่าวนี้ จึงเป็นการแสดงถึงคำที่มีความหมายที่สอดคล้องกับคำว่า “หน้าที่”

### 2.2.4.3. การแยกคำว่า “นิติสัมพันธ์ในทางหนี้” (Schuld) ออกจากคำว่า “หน้าที่” (Pflicht)

กฎหมายเยอรมันได้แยกแยะความแตกต่างระหว่างคำว่า “หนี้” (Verbindlichkeiten) และคำว่า “หน้าที่” (Pflicht oder Verpflichtung) ออกจากกันอย่างชัดเจน ความแตกต่างดังกล่าวไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของบ่อเกิดแห่ง “หนี้” (Schuld) หรือ บ่อเกิดแห่ง “หน้าที่” (Pflicht) แต่เป็นการแยกแยะโดยการพิจารณาถึงเนื้อหาสาระของคำว่า “หนี้” และคำว่า “หน้าที่” ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวสามารถทำความเข้าใจได้โดยการพิจารณาจากมุมมองทางฝั่งของเจ้าหนี้ กล่าวคือ หากสิทธิของเจ้าหนี้เป็นสิทธิเรียกร้อง (Anspruch) ตามที่มีการกำหนดไว้ในมาตรา 194(1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จะเป็นกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้ ส่วนลูกหนี้ก็จะอยู่ภายใต้ “หนี้” (Schuld) หรือ “ความผูกพัน” (Verbindlichkeit) นั้นเอง ส่วนกรณีเมื่อสิทธิของเจ้าหนี้ยังไม่สามารถบังคับได้ในตัวเอง แต่จะมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อมีการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวแล้วเท่านั้น กรณีนี้ลูกหนี้จึงจะตกอยู่เพียงแต่ภายใต้ “หน้าที่” (Pflicht) หรือ (Verpflichtung) เท่านั้น<sup>22</sup>

ในขณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีวิธีในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างคำว่า “หนี้” และ คำว่า “หน้าที่” โดยการใช้เกณฑ์ในการพิจารณา 3 เกณฑ์ด้วยกัน กล่าวคือ เกณฑ์ที่หนึ่ง เกี่ยวข้องกับลักษณะของการเกิดความรับผิด (Liability) ในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้น สำหรับการละเมิดหรือฝ่าฝืนหน้าที่นั้นจะส่งผลให้เกิดความรับผิดภายใต้หลักกฎหมายละเมิด ในขณะที่การละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อก่อให้เกิดบทลงโทษภายใต้หลักของสัญญา เกณฑ์ที่สอง เกี่ยวข้องกับขอบเขตของการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ต้องกระทำโดยลูกหนี้ โดยความแตกต่างนี้จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของลักษณะของบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการที่ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ สำหรับนี้นั้นจะผูกพันเฉพาะคู่กรณีในสัญญาเท่านั้น ส่วนหน้าที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลที่สามที่มีสิทธิเรียกร้องอันเนื่องมาจากเหตุแห่งการละเมิดด้วย เกณฑ์สุดท้ายเป็นการคำนึงถึงผลของสัญญา ที่สามารถจัดกลุ่มได้เป็นสองประเภท คือ ผลโดยทั่วไปที่เกิดขึ้นอย่างเป็นอิสระจากลักษณะทางธรรมชาติของสัญญาและผลที่เป็นลักษณะเฉพาะของสัญญาแต่ละรูปแบบ<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Ibid, p. 57.

<sup>23</sup> Ibid, p. 54.

“หนี้” (Verbindlichkeiten) เป็นคำที่มีความหมายสอดคล้องควบคู่ไปกับ คำว่า “สิทธิเรียกร้อง” (Anspruch) เนื้อหาสาระของคำว่า “หนี้” และ “สิทธิเรียกร้อง” คือ การปฏิบัติกาชำระหนี้ให้เป็นไปตามที่เจ้าหนี้กำหนด ในขณะที่วัตถุประสงค์ของคำว่า “หน้าที่” (Pflicht) คือ การกระทำใดๆ ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งตามมาตรฐานในทางปฏิบัติที่จะต้องหลีกเลี่ยงความสูญเสียหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

### 2.2.5. การเกิดขึ้นของนิติสัมพันธ์ทางหนี้

การเกิดขึ้นของนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันสามารถแยกพิจารณาได้เป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

1. นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ที่ประกอบด้วยหน้าที่หลักในการกระทำหรือหน้าที่หลักในการงดเว้นการกระทำ

นิติสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างคู่กรณีจะเกิดขึ้นเสมอ เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาอันมีหน้าที่ในการกระทำหรือหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำขึ้น ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 241(1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทั้งนี้ทั้งนั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าหน้าที่ในการกระทำหรือหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำนั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นิติสัมพันธ์ทางหนี้ อาจเกิดขึ้นมาจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ระหว่างลูกหนี้กับบุคคลที่สามในกรณีของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สาม ตามมาตรา 328(1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ระหว่างผู้ที่ได้รับประโยชน์กับผู้ที่ทำกรงานในกรณีของการจัดการงานนอกสั่ง ระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องในค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดและลาภมิควรได้ หรือ ระหว่างกองมรดกกับผู้ที่มีสิทธิได้รับมรดก ตามมาตรา 2174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่มีหน้าที่ในการกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ ได้แก่ กรณีที่บุคคลหนึ่งมีหน้าที่กระทำหรืองดเว้นการกระทำที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของบุคคลทุกคน หรือไม่กระทำหรือต้องงดเว้นการกระทำที่ขัดกับหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการเจรจา (StVO)

2. นิติสัมพันธ์ทางหนี้ที่ปราศจากหน้าที่หลักในการกระทำและหน้าที่หลักในการงดเว้นการกระทำ

ตามมาตรา 241(1) และมาตรา 311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น นิติสัมพันธ์ทางหนี้ อาจเกิดขึ้นได้ แม้ว่าในระหว่างคู่กรณีนั้นอาจจะไม่มีหน้าที่หลักในการกระทำหรือหน้าที่หลักในการงดเว้นการกระทำ เช่น<sup>24</sup> ในกรณีของความรับผิดในการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo) ความรับผิดในกรณีนี้ที่คู่สัญญาได้มีการ

<sup>24</sup> Ibid, p. 68.

ชำระหนี้ตามสัญญาเสร็จเรียบร้อยแล้ว กรณีของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามและกรณีของสัญญาที่มีผลเป็นการคุ้มครองบุคคลที่สามที่บุคคลที่สามและลูกหนี้อาศัยความสัมพันธ์หรือความผูกพันในกรณีพิเศษอันนำไปสู่สิทธิเรียกร้องในการให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ทั้งๆที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่สามกับลูกหนี้ดังกล่าวนั้นปราศจากหน้าที่หลักในการชำระหนี้ หลักการดำเนินงานเดียวกันนี้นำไปใช้กับกรณีของความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตัวแทนซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้ไม่ใช่คู่สัญญาโดยตรงด้วย ส่วนในกรณีของความรับผิดจากความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากการให้ข้อมูลที่ผิดพลาดจนทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียโอกาสที่จะได้รับประโยชน์ตามที่คาดหวังไว้ นอกจากนี้ยังมีกรณีของ “ความสัมพันธ์ในการให้ความช่วยเหลือระหว่างกัน”

(Gefällkeitsverhältnisse) ซึ่งแม้ว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจไม่มีหน้าที่หลักในการต้องชำระหนี้ แต่ก็มีหน้าที่ในการคุ้มครองและป้องกันที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น<sup>25</sup>

ด้วยเหตุดังกล่าว เพื่อแสดงให้เห็นความชัดเจนว่า ความมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ในทางนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับเกิดขึ้นของหน้าที่หลักในการกระทำและหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำ จึงมีการบัญญัติหลักไว้ในมาตรา 241(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 2002 ว่าเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาเนื้อหาสาระของนิติสัมพันธ์ทางนี้สามารถหรืออาจถูกจำกัดได้โดยหน้าที่ เหมือนเช่นในใจความของมาตรา 241(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 2002 ที่บัญญัติไว้ว่า “นิติสัมพันธ์ในทางนี้ก่อให้เกิดหน้าที่ในการชำระหนี้ โดยการพิจารณาจากเนื้อหาสาระในทุกๆส่วนของหนี้ นั้น พิจารณาจากสิทธิหรือความถูกต้องชอบธรรม สิ่งที่ถูกกฎหมาย ประสงค์คุ้มครอง และประโยชน์หรือส่วนได้เสียของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง” โดยคำว่า “กฎหมายประสงค์คุ้มครองและผลประโยชน์ส่วนได้เสีย” เป็นถ้อยคำที่ต้องมีการอธิบายให้เกิดความชัดเจนว่า หน้าที่ในการป้องกันนั้นไม่ได้หมายถึงแค่เฉพาะการป้องกันสิทธิต่างๆตามที่หมายถึงในมาตรา 823(1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 2002 เท่านั้น แต่หมายความรวมถึงการป้องกันในเรื่องของสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการตัดสินใจด้วยเช่นเดียวกัน

#### 2.2.6. นิติสัมพันธ์ทางนี้ที่ปราศจากหน้าที่หลักในการกระทำและหน้าที่หลักในการงดเว้นการกระทำที่มีต่อบุคคลซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา

ในมาตรา 311(3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 2002 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของนิติสัมพันธ์ทางนี้ที่มีต่อบุคคลอื่นที่มีใช้คู่สัญญา ซึ่งตามตัวบทกฎหมายนี้ประสงค์ให้หมายถึงกรณีที่จะต้องมีความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 311(3) ประโยคที่หนึ่งที่ต้องการให้ความคุ้มครองจากนิติสัมพันธ์ทางนี้ครอบคลุมไปถึงกรณีของ

<sup>25</sup> Ibid.

บุคคลที่สามด้วย เช่น ในสัญญาเพื่อประโยชน์ต่อบุคคลที่สาม และสัญญาที่มีผลเป็นการคุ้มครองถึงบุคคลที่สาม เป็นต้น<sup>26</sup> เหตุผลโดยตรงที่ทำให้ต้องมีการรับผิดชอบในกรณีของสัญญาที่มีผลเป็นการคุ้มครองบุคคลที่สามนั้นไม่ได้อยู่ที่สัญญาซึ่งบุคคลที่สามไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง หากแต่เป็นนิติสัมพันธ์ทางหนี้โดยตัวของมันเองในระหว่างบุคคลที่สามกับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ein eigenes Schuldverhältnis) มาตรา 241(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 ได้บัญญัติหลักการในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน นิติสัมพันธ์ทางหนี้ที่บุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องนี้เป็นนิติสัมพันธ์ทางหนี้ที่มีความเป็นอิสระทางด้านของบุคคลที่สามที่มีพื้นฐานมาจากนิติสัมพันธ์ทางหนี้ที่ตนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งนิติสัมพันธ์อื่นนี้อาจเกิดจากสัญญาหรือเกิดจากตัวบทกฎหมายก็ได้เช่นเดียวกัน โดยในกรณีของคดี Vegetable Leaf จำเป็นที่จะต้องพิจารณาด้วยว่าเพราะเหตุใดศาลจึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองเด็กสาวที่ติดตามมารดาไปซื้อของในซูเปอร์มาร์เก็ต แม้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้สิทธิเรียกร้องในการให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการทำละเมิดหรืออาจนำหลักเกณฑ์เรื่องการจัดการงานนอกสั่งมาใช้ได้ก็ตาม แต่ก็จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องของ “นิติสัมพันธ์ทางหนี้ที่มีผลเป็นการคุ้มครองบุคคลที่สาม” เอาไว้ด้วย ซึ่งก็คือกรณีของบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของบุคคลอื่นทุกคนที่มีต่อการกระทำของตนเอง โดยความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวนี้ต้องเป็นความเชื่อถือหรือความไว้วางใจตามปกติธรรมดาที่เกิดขึ้นมาจากการเจรจาซื้อขายเกิดมาจากการได้รับข้อมูลหรือข้อเท็จจริงมาจากที่ปรึกษาส่วนตัวหรือมีผู้ให้คำแนะนำ<sup>27</sup>

บทบัญญัติมาตรา 311(3) ช่วงประโยคที่สองแสดงให้เห็นถึงการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้รับรอง ผู้ยืนยันข้อเท็จจริงและที่ปรึกษา โดยผู้ร่างกฎหมายได้นำหลักเกณฑ์ในกรณีความรับผิดชอบของที่ปรึกษาและความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพในความรับผิดชอบก่อนสัญญา มาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ ในทางหนึ่ง เป็นการยอมรับถึงสัญญาการให้คำอธิบายโดยปริยายระหว่างบุคคลที่ได้รับความเสียหายกับบุคคลที่มีหน้าที่ในการให้คำแนะนำ และอีกด้านหนึ่ง โดยการยอมรับถึงสัญญาระหว่างบุคคลที่มีหน้าที่ในการให้คำแนะนำกับบุคคลที่เป็นคนมอบหมายหรือผู้ออกคำสั่งซึ่งมีผลเป็นการคุ้มครองไปถึงบุคคลที่ได้รับความเสียหาย กรณีแรกนั้นเป็นการยอมรับถึงลักษณะของสัญญาที่เกิดขึ้นจริง ในขณะที่ กรณีหลังเป็นการพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์หรือส่วนได้เสียของบุคคลที่ได้รับความเสียหายกับประโยชน์หรือส่วนได้เสียของบุคคลที่มอบหมายหรือสั่งการให้กับบุคคลที่ให้คำแนะนำ เช่น เจ้าของบ้านที่ได้ให้คุณค่าหรือราคาของ

<sup>26</sup> Ibid, p. 71.

<sup>27</sup> Ibid, p. 72.

บ้าน เพื่อนำมาใช้กับการเจรจาทำสัญญาซื้อขาย โดยเจ้าของบ้านต้องการจะให้มีการประเมินคุณค่าในราคาสูง ขณะที่ผู้ซื้อโดยทั่วไปนั้นจะสนใจการประเมินคุณค่าหรือราคาต่ำ<sup>28</sup>

### 2.2.7. ความมีผลของนิติสัมพันธ์ทางหนี้

โดยหลักการแล้วความมีผลของนิติสัมพันธ์ทางหนี้จะเกิดขึ้นจำกัดแต่เฉพาะกับคู่กรณีที่เกี่ยวข้องเท่านั้น หรือเรียกว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย” สถานะทางกฎหมายของบุคคลที่สามจะไม่ถูกระทบโดยนิติสัมพันธ์ทางหนี้ เพราะนิติสัมพันธ์ทางหนี้มีขอบเขต ดังนี้

1. การมีสิทธิเรียกร้องต่อบุคคลที่แน่นอน (ลูกหนี้) เกี่ยวกับการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกำหนดกันไว้แน่นอน (สิทธิในทรัพย์สิน) หรือสิทธิเรียกร้องในมูลหนี้ สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ก็คือ หน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ นิติสัมพันธ์ทางหนี้เป็นบุคคลสิทธิที่มีผลเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ซึ่งแตกต่างไปจากทรัพย์สินที่ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเรียกร้องไปถึงบุคคลทุกคน

2. นิติสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ทางหนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาหรือบุคคลสองฝ่าย (Zweiparteienverhältnis) คือ ฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ ซึ่งแต่ละฝ่ายอาจประกอบด้วยบุคคลจำนวนมากก็ได้ อาจมีการเปลี่ยนตัวบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ในภายหลังที่มีนิติสัมพันธ์ทางหนี้เกิดขึ้นแล้วก็ได้ ในกรณีที่มีการตกลงให้สิทธิเรียกร้องและความรับผิดชอบอยู่กับบุคคลคนเดียวกัน มีผลทำให้หนี้ระงับ

3. โดยหลักการแล้วนิติสัมพันธ์ทางหนี้ไม่มีผลต่อบุคคลที่สาม (Drittwirkungen bestehen im allgemein nicht) ยกเว้นสัญญาเพื่อคุ้มครองบุคคลที่สาม (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)

### 2.2.8. หลักสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันในฐานะพื้นฐานทางกฎหมายของหนี้ก่อนสัญญา

ในภาษาเยอรมัน คำว่า “หลักสุจริต” นี้เรียกว่า Treu und Glauben แปลได้ว่า “ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” ซึ่งเป็นการกำหนดให้บุคคลที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายนั้นจะต้องประพฤติตนอย่างซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกันได้ ความประพฤติใดที่เป็นปรปักษ์ต่อความเป็นคนที่มีความซื่อสัตย์และความไว้วางใจย่อมนับว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต แสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายที่มีบทบัญญัติดังกล่าวยินยอมที่จะเปิดทางเพื่อนำเอาความคิดในทางศีลธรรมของสังคมเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการปรับใช้กฎหมายและดำเนินความสัมพันธ์ทางสังคม ในระบบกฎหมายลักษณะนี้ ศีลธรรมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของประชาชนเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องให้ความสำคัญอยู่

<sup>28</sup> Ibid.



เสมอ กฎหมายและศีลธรรมจึงเป็นปัจจัยแห่งระบบควบคุมสังคม (Agencies of social control) ที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด<sup>29</sup>

### 2.2.8.1. หลักสุจริตในเชิงประวัติศาสตร์

หากจะกล่าวถึงจุดเริ่มต้นของ “หลักสุจริต” หรือ Good Faith จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องย้อนกลับไปในยุคของกฎหมายโรมัน ซึ่งเป็นกฎหมายอันเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งในระบบซีวิลลอว์ ก่อนที่จะพัฒนาต่อมาจนถึงยุคกลาง และกลายมาเป็นหลักข้อสัตย์สุจริต (Treu und Glauben) ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 1900

#### 1. หลักสุจริตในยุคกฎหมายโรมัน

แนวคิดในเรื่อง “หลักสุจริต” ภาษาละตินเรียกว่า Bona Fides เป็นหลักที่ถูกนำมาปรับใช้ในกฎหมายสัญญาของโรมัน ที่ได้รับแรงบันดาลใจมาจากนักปรัชญาชาวกรีก อาทิ พวกสโตอิก (Stoics) พืทาโกรัส (Pythagoras) และ ซีโน (Zeno) ซึ่งได้สร้างสรรผลงานอันเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดในเรื่อง “ความยุติธรรม” (Justice) และ “ความเป็นธรรม” (Equity) ขึ้นมา โดยแนวคิดเหล่านี้ได้กลายมาเป็นจุดเริ่มต้นแห่งการนำหลักจริยธรรมเข้าไปสู่ระบบของสัญญา เพื่อพิจารณาว่าสิ่งใดคือความยุติธรรมและความเป็นธรรมสำหรับคู่สัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ชิเซโร (Cicero) นักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์คนสำคัญของโรมันได้แสดงความเห็นว่า ควรนำหลักความเป็นธรรมมาเชื่อมโยงเข้ากับความประพฤติทั้งหมดของมนุษย์ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นพลเมืองหรือคนป่าเถื่อน เพื่อให้เขาเหล่านั้นสามารถเข้ามาอยู่ภายใต้สังคมเดียวกันซึ่งเป็นสังคมอันเป็นสากลและเป็นสังคมของคนดี<sup>30</sup>

โดยชิเซโรได้อธิบายถึงค่านิยมที่สมบูรณ์เป็นอย่างยิ่งของหลักสุจริตเอาไว้ว่า คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีความหมายกว้างเป็นอย่างมาก แสดงออกถึงความรู้สึกที่ข้อสัตย์ทั้งหมดในการมีสามัญสำนึกที่ดี โดยไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยสิ่งอื่นใดมาเปลี่ยนความไม่เห็นแก่ตัวให้กลายเป็นความเสียสละอีก ความสุจริตได้ลบล้างความเจ้าเล่ห์และแผนการอันชาญฉลาดออกจากการตกลงที่ไม่ข้อสัตย์ การกระทำที่ฉ้อฉล การอำพราง การทุจริตปกปิดความเป็นจริง และการแสดงเจตนาร้ายภายใต้ลักษณะภายนอกที่ดูสุ่มรอบคอบและมีทักษะ สิ่งเหล่านี้ เป็นการเอาเปรียบแก่ความไวเนื้อเชื่อใจและความไม่รู้

<sup>29</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, “หลักสุจริตคือ หลักความข้อสัตย์และไว้วางใจ,” ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ป.ม.ท.ช. (มิถุนายน 2526.), ไม่ปรากฏเลขหน้า.

<sup>30</sup> R.M. RAMPBERG, Repères romains pour le droit européen des contrats, L.G.D.J., Systèmes, Droit, 2005, p. 43., Cited in Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D. European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, p. 151.

ลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งของกระบวนการพิจารณาในระบบกฎหมายของ พลเมืองโรมัน (ius civile) คือ ระบบที่เน้นรูปแบบ (formulae system) ซึ่งขุนนางผู้บริหารความ ยุติธรรม หรือ Praetor จะอนุญาตให้มีการฟ้องร้องได้เฉพาะคำฟ้องที่อยู่ในรูปแบบเฉพาะที่ถูกกำหนด รูปแบบเอาไว้ล่วงหน้าแล้วเท่านั้น แต่รูปแบบดังกล่าวมักมีจำกัดทำให้สิทธิในการฟ้องร้องถูกจำกัดตาม ไปด้วย<sup>31</sup>

ต่อมาเกิดการขยายอาณาจักรโรมันออกไปสู่ทะเลเมดิเตอร์เรเนียน ทำให้พลเมือง ที่ต้องตกอยู่ภายใต้การปกครองของอาณาจักรโรมันมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น Praetor จึงต้องมีมากขึ้น ตามไปด้วยเพื่อให้มีจำนวนที่เหมาะสมกับข้อพิพาทที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก ในเวลาเดียวกันนี้ก็ได้ปรากฏ ตำแหน่งใหม่ของ ขุนนางผู้บริหารความยุติธรรมต่างชาติ (Peregrine Praetor) ที่จะเป็นผู้มาอำนวย ความยุติธรรมให้แก่บุคคลที่ตกอยู่ภายใต้การปกครองของอาณาจักรโรมันแต่ไม่ได้มีสถานะเป็นพลเมือง โรมัน ส่งผลให้กระบวนการพิจารณาคดีมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบไปจากเดิม เนื่องจาก Praetor ใหม่ เหล่านี้ไม่ได้นำหลักกฎหมายของพลเมืองโรมัน (ius civile) มาปรับใช้แก่คดี แต่จะใช้หลักที่เรียกว่า ius honorarium ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ Praetor สร้างขึ้น จากตรงนี้เองที่ทำให้เกิดสิทธิตามหลัก สัจจธรรมในการฟ้องร้อง หรือ หลัก Bona Fide Judicia อธิบายได้ว่า หากการฟ้องคดีเกิดขึ้นแต่ กฎหมายของพลเมืองโรมันไม่ได้กำหนดรูปแบบไว้ ก็สามารถอ้างสิทธิตามหลักสัจจธรรมในการฟ้องร้อง แทนได้

เดิมการอ้างหลัก bona fide judicia เพื่อใช้สิทธิในการฟ้องร้องได้ถูกออกแบบ มาเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะในกฎหมายของ พลเมืองโรมันที่ไม่เคยให้สิทธิในการฟ้องร้องมาก่อน ตัวอย่างเช่น สิทธิของชาวต่างชาติที่ต้องอยู่ภายใต้ การปกครองของอาณาจักรโรมันในการฟ้องร้องระหว่างกันเอง ที่ไม่สามารถใช้กฎหมายของพลเมือง โรมันในการดำเนินคดีได้ ซึ่ง “หลักสัจจธรรม” นี้จะเป็นหลักกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ praetor ในการเข้า มาปรับเปลี่ยนความสัมพันธ์ทางกฎหมายให้ได้รับความคุ้มครองตามหลักสัจจธรรมในการฟ้องร้อง ซึ่งสิทธิ ตามหลักสัจจธรรมในการฟ้องร้องนี้เองที่ทำให้หลักกฎหมายสัญญาของโรมันที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความ สัจจธรรมกำเนิดขึ้น<sup>32</sup>

สัญญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสัจจธรรมคือสัญญาที่ได้รับความยินยอมจาก คู่สัญญาแตกต่างจากสัญญาที่เกิดจากการทำตามรูปแบบ ภายใต้เงื่อนไขและข้อเท็จจริงที่ว่า สัญญา เหล่านี้เกิดขึ้นจากการให้ความยินยอมโดยสัจจธรรม กล่าวได้ว่า สัญญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการให้ความ

<sup>31</sup> Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D. European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, p. 152.

<sup>32</sup> Ibid.

ยินยอมนั้นอาจถูกลงโทษโดยการปรับใช้หลักสุจริต (bona fides judicia) และยังให้อำนาจแก่ praetor ในการตีความสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องของการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย นอกจากนี้หลักสุจริตยังให้อำนาจแก่ praetor ในการกำหนดให้พฤติกรรมของคู่สัญญาฝ่ายใดได้เป็นไปตามลักษณะของบุคคลที่มีความสุจริต (a honest man) ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการตีความสัญญาของ praetor จึงมักถูกชักนำโดยหลักสุจริตและการแสดงเจตนาของคู่สัญญาก็ถูกจำกัดโดยหลักสุจริต เช่นเดียวกัน การใช้หลักสุจริตในทางปฏิบัติตามที่ปรากฏในกฎหมายโรมันนั้นมักถูกยกตัวอย่างในสัญญาซื้อขาย เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายอยู่ที่การที่ผู้ขายมีหน้าที่ในการต้องแจ้งและให้การรับรองถึงความชำรุดบกพร่องที่ไม่ได้ปรากฏออกมาภายนอกทรัพย์สินที่ซื้อขาย หากผู้ขายละเลยต่อการบอกกล่าวใดๆเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่อง ถือได้ว่าผู้ขายได้ให้การรับประกันในความชำรุดบกพร่องนั้นแล้วโดยปริยายและผู้ขายจะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้น อีกทั้งผู้ขายยังมีหน้าที่ในการรับรองถึงการจะไม่ถูกละเมิดสิทธิในทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นด้วย หากปรากฏว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นถูกรอนสิทธิในภายหลังจากการซื้อขายกันแล้ว ผู้ขายต้องรับผิดชอบผู้ซื้อด้วย<sup>33</sup>

## 2. หลักสุจริตในยุคกลาง

นับแต่ศตวรรษที่ 12 เป็นต้นมา สัญญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (contracts of good faith) ที่อยู่ภายใต้กฎหมายโรมันก็ได้พัฒนาจนกลายเป็นกฎเกณฑ์หลักมากกว่าที่จะเป็นข้อยกเว้นดังเช่นในอดีต สัญญาจึงเกิดขึ้นได้โดยอาศัยเพียงแค่การตกลงแลกเปลี่ยนความยินยอมซึ่งกันและกันระหว่างคู่สัญญา (exchange of consent)<sup>34</sup> อย่างไรก็ตาม การพัฒนาจากหลัก “ex nudo pacto action non nascitur” หรือ หลักที่เรียกว่า “ไม่มีสิทธิในการฟ้องร้องใดที่จะสร้างขึ้นจากข้อตกลงที่ไม่มีอยู่จริง” ไปสู่หลัก “consensu obligat” หรือ หลัก “ความยินยอมเพียงประการเดียวก็เพียงพอแล้ว” โดยหลักดังกล่าวได้พัฒนาขึ้นอย่างช้าๆจนกระทั่งในศตวรรษที่ 16 หลักความยินยอม (consensualism) ได้รับการยอมรับให้เป็นหลักทั่วไปและในช่วงเวลาดังกล่าวนี้เองที่หลักสุจริตได้กลายเป็นหลักทั่วไปที่ถูกนำไปปรับใช้ในทางการค้า ทั้งการค้าภายในประเทศและการค้าระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน<sup>35</sup>

นอกจากการพัฒนาในเรื่อง “หลักสุจริต” (Good Faith) แล้ว กฎหมายที่ใช้กันในยุคกลางยังได้มีการผสมผสานกันระหว่าง “หลักสุจริต” และ “หลักความเป็นธรรม” (Good Faith and Equity) ซึ่งในประเด็นนี้ นักกฎหมายเยอรมันและนักกฎหมายฝรั่งเศสได้ใช้แนวทางที่ตรงกันข้ามกับคำทั้งสองคำนี้ กล่าวคือ นักกฎหมายเยอรมันได้วิเคราะห์ไว้ประการแรกว่า นัยยะของคำทั้งสองคำ

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid, p. 154.

<sup>35</sup> Ibid.

นี้มีความแตกต่างกันแต่กลับปฏิบัติต่อทั้งสองคำเช่นเดียวกัน ในขณะที่นักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าแท้จริงแล้ว “หลักสุจริต” ก็เป็นเพียงการแสดงออกซึ่งความยุติธรรมตามธรรมชาติเท่านั้น ทำให้ในทางปฏิบัติ หน้าที่ของหลักสุจริต (bona fides) และ “หลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติ” (aequitas) มีความทับซ้อนกันเป็นอันมาก โดยความทับซ้อนดังกล่าวเกิดจากการขยายแนวความคิดของคำว่า “สุจริต” ที่ได้มีการนำไปปรับใช้เป็นหลักทั่วไป ด้วยเหตุนี้ ในทางปฏิบัติจึงยังมีความสับสนระหว่างหลักสุจริตกับหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งความสับสนดังกล่าวนี้สามารถนำไปใช้เป็นเหตุผลที่แตกต่างกันในการให้คำนิยามศัพท์ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของเนเธอร์แลนด์ โดยได้รับแรงบันดาลใจมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) อีกทีหนึ่ง ในการปรับปรุงประมวลกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ (The Burgerlijk Wetboek) ได้เลือกที่จะนำคำว่า “เหตุผลและความเป็นธรรม” (reason and equity) มาใช้แทนคำว่า “ความสุจริต” (good faith)

### 3. หลักสุจริตในช่วงศตวรรษที่ 19 ยุคของการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 1900

ในช่วงของศตวรรษที่ 18 หลักสุจริตได้พัฒนามาจากหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ไปสู่การนำไปบรรจุภายในประมวลกฎหมาย จากการกล่าวอ้างถึงพระเจ้าในสำนักกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) ที่อ้างว่า พระเจ้า (God) เป็นผู้กำหนดถึงความมีอยู่ของหลักสุจริตและจะนำไปสู่การขยายเวลาของพระเจ้าในการกำหนดเนื้อหาสาระของหลักสุจริตนั้น<sup>36</sup> คำกล่าวอ้างนี้อาจนำมาใช้ในการอธิบายถึงเหตุผลที่ไม่มีการบัญญัติคำนิยามใดๆ หรือมีการศึกษาในเชิงลึกเกี่ยวกับเนื้อหาสาระของหลักสุจริต ต่อมาเมื่อมีการปรากฏหลักฐานว่าสำนักกฎหมายธรรมชาติถูกลดบทบาทลงในช่วงศตวรรษที่ 19 จากการเกิดขึ้นของสำนักกฎหมายใหม่ คือ สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical School) และแนวความคิดแบบ Positivist ของ Emmanuel Kant โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดของ Professor Friedrich von Savigny ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นและจุดกำเนิดของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ ซึ่งสำนักกฎหมายนี้จะทำการศึกษาและค้นหาแหล่งที่มาต่างๆ ของกฎหมายในเชิงประวัติศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของ ขนบธรรมเนียมประเพณีของชนเผ่าเยอรมัน ความคิด คติชนความเชื่อ สุภาษิต และนิทานพื้นบ้านต่างๆ

สำหรับแนวความคิดแบบ Positivist นั้น เป็นผลงานการเสนอแนวคิดของ Auguste Comte ที่เสนอทฤษฎีที่มีแนวความคิดว่า สังคมศาสตร์ควรเป็นศาสตร์ที่พิสูจน์ได้จากการทดลองและประสบการณ์ ด้วยเหตุนี้ เมื่อกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของสังคมศาสตร์ จึงต้องถูกปฏิบัติเช่นเดียวกับศาสตร์แห่งความสัมพันธ์ทางสังคมที่ประสบการณ์จะเป็นสิ่งที่มีบทบาทสำคัญยิ่ง<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Ibid, p. 155.

<sup>37</sup> Ibid.

ถึงแม้ว่าสำนักกฎหมายทั้งสองสำนักนี้คือ สำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย(Historical Law School) และ สำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (Positive Law School) จะมีอิทธิพลอย่างมากในช่วงศตวรรษที่ 20 ก็ตาม ก็เป็นเรื่องที่น่าแปลกใจมากที่สุดที่ “หลักสุจริต” (Treu Und Glauben) ที่เกิดขึ้นและพัฒนามาจากหลักกฎหมายธรรมชาติได้ถูกรับเอามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 1900 ถึงกระนั้น แนวความคิดเกี่ยวกับหลักสุจริตที่มีมาตั้งแต่แรกได้เสื่อมหายไป ทฤษฎีกฎหมายใหม่ๆก็เกิดขึ้น เพื่อกำหนดขอบเขตของเนื้อหาของหลักสุจริตได้ เช่น

ทฤษฎีของสำนักความคิดทางกฎหมาย Begriffsjurisprudenz ที่มีจุดมุ่งหมายในการเน้นให้เห็นถึงการให้คำนิยามตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอย่างเคร่งครัดเพื่อกำหนดหลักการให้ชัดเจน อันจะเป็นการป้องกันและหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของผู้พิพากษาในการตีความหลักกฎหมาย

ขณะที่สำนักความคิดทางกฎหมาย Freirechtsbewegung มีจุดเริ่มต้นจากบทความของ Professor Jhering ที่มีวัตถุประสงค์ในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของตัวเนื้อหาและแนวทางในการตีความกฎหมาย สำนักความคิดทางกฎหมายนี้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะบทบาทในด้านการสนับสนุนความคิดที่ให้ผู้พิพากษาสามารถตีความกฎหมายและอุดช่องว่างที่เกิดขึ้นในสัญญาให้สมบูรณ์ โดนสำนักความคิด Freirechtsbewegung ได้นำเสนอแนวทางในการที่จะให้แยก “หลักการของกฎหมาย” ออกจากตัวบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจนโดยสิ้นเชิงและยังให้ความสำคัญกับถ้อยคำตามตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นลำดับรอง มีผลทำให้วิธีการในการตีความกฎหมายของผู้พิพากษาเยอรมันนั้นมีความกว้างขวางจนอาจส่งผลกระทบต่อคู่ความในคดีที่ต้องประสบกับความไม่แน่นอนได้ในที่สุด<sup>38</sup>

#### 2.2.8.2. หลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

“หลักสุจริต” (Good Faith) หรือในภาษาเยอรมัน คือ Treu und Glauben เป็นหลักที่ถูกนำมาบัญญัติไว้ในฐานะของหลักกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 1900 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 2002 ในมาตรา 242 ซึ่งเป็นการกล่าวถึงลักษณะและวิธีการในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ที่ต้องกระทำโดยคำนึงถึง “หลักซื่อสัตย์สุจริต” ด้วย โดยหลักการตีความมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 2002 นั้นเป็นหลักกฎหมายที่สอดคล้องกันกับมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ที่บัญญัติเอาไว้ว่า “บุคคลทุกคนจะต้องใช้สิทธิของตนในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามหลักซื่อสัตย์สุจริต การใช้สิทธิของตนโดยไม่สุจริตอย่างชัดแจ้งจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย” (Jedermann hat in der

<sup>38</sup> Ibid.

Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.)

หลักข้อสัตย์สุจริตนี้เป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เนื่องจากหลักดังกล่าวถือเป็นหลักกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักจริยธรรม (ein rechtsethisches Prinzip) และเป็นหลักกฎหมายที่จะต้องนำมาปรับใช้อยู่เสมอในกรณีที่คู่สัญญาได้มีการตกลงกำหนดข้อสัญญาให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ อีกทั้งยังเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยความเป็นธรรม (eine Norm des Billigkeitsrechts) ถึงกระนั้น บทบัญญัติมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 2002 ก็ไม่สามารถที่จะนำมาใช้เป็น “พื้นฐานในการใช้สิทธิเรียกร้อง” (keine Anspruchsgrundlage) ในการนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้โดยตรง แต่สามารถนำไปปรับใช้เป็นพื้นฐานในการฟ้องร้องโดยทางอ้อมได้ เช่น การใช้สิทธิฟ้องร้องขอให้มีความรับผิดชอบจากการกระทำผิดหน้าที่ในการคุ้มครองป้องกัน

1. เจตนารมณ์ในการบัญญัติหลักสุจริตไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 2002

จากการศึกษาพบว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีเจตนารมณ์ในการร่างมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 2002 ไว้เนื่องจากมีความประสงค์ที่จะให้คู่สัญญารับรู้และคำนึงถึงเนื้อหาสาระสำคัญที่แท้จริงของหนี้ที่เกิดขึ้นตามสัญญา ซึ่งวัตถุประสงค์และขอบเขตของการบัญญัติมาตรา 242 ไว้เพื่อเป็นการจำกัด ควบคุมพฤติกรรมและวิธีการปฏิบัติหน้าที่ในการชำระหนี้ ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 2002 ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงว่า ในการปฏิบัติการชำระหนี้หนี้ ลูกหนี้มีหน้าที่อื่น ๆ ในการชำระหนี้ อีก เช่น เจ้าหนี้ไม่เพียงแต่มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ในเวลาที่ถูกต้องตามที่กำหนดไว้เท่านั้น แต่ลูกหนี้ยังมีหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้โดยการทำให้เจ้าหนี้ได้รับทรัพย์สินตามสัญญาที่ถูกบรรจุไว้ในบรรจุภัณฑ์ที่เหมาะสม อีกทั้งเจ้าหนี้ต้องได้รับข้อมูลหรือคำแนะนำที่เกี่ยวกับวิธีในการใช้ทรัพย์สินนั้นอย่างเหมาะสมเพื่อให้เกิดความปลอดภัยต่อไป รวมไปถึงคู่สัญญาจะต้องงดเว้นการกระทำใดๆที่จะเป็นการทำลายหรือทำให้ลดน้อยถอยลงไปซึ่งผลประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่พึงจะได้รับจากสัญญา ในระหว่างการปฏิบัติการชำระหนี้อีกด้วย โดยหลักการดังกล่าวนี้เรียกว่า “หลักศีลธรรมทางกฎหมาย” (Grundsatz der Rechtssicherheit Ethik)

2. ความหมายของหลักข้อสัตย์สุจริตในกฎหมายเยอรมัน

หลักข้อสัตย์สุจริต (Treu und Glauben) ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 2002 เป็นหลักกฎหมายที่มีฐานะเป็นกฎเกณฑ์มาตรฐานทางภาวะวิสัย (Treu und Glauben als objective Maßstab) โดยหลักข้อสัตย์สุจริตในกฎหมายเยอรมันนี้เป็นหลักเกณฑ์

มาตรฐานที่คู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียที่มีความสัมพันธ์กันเป็นพิเศษต้องยึดถือ อีกทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์มาตรฐานสำหรับผู้พิพากษาในการปรับใช้เพื่อวินิจฉัยและตัดสินชี้ขาดคดี โดยทั่วไปแล้ว เนื้อหาสาระของหลักข้อสัตย์สุจริตนี้ไม่ปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดตั้งแต่แรกเริ่ม แต่จำเป็นที่จะต้องใช้วิจารณ์ญาณในการชั่งน้ำหนักอย่างเป็นรูปธรรมเป็นกรณีๆไป ในเบื้องต้นจะต้องอาศัยการตีความถ้อยคำตามตัวอักษรเป็นหลัก ( die Wortinterpretation)

ในหลักการทางภาษานั้น คำว่า “ความซื่อสัตย์” หรือ Treu แปลได้ว่าเป็น การละเว้นจากการหลอกลวง ฉ้อฉล ฉ้อโกง และการยึดมั่นในคำมั่นสัญญาและความซื่อตรง (Loyalität)

ส่วนคำว่า “ความเชื่อถือและไว้วางใจ” หรือ Glauben หมายความว่า ความเชื่อถือและไว้วางใจในความซื่อสัตย์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

“หลักข้อสัตย์สุจริตในเชิงภาวะวิสัย” หมายความว่า หลักการปฏิบัติตนอย่างถูกต้องเหมาะสมและมีการพิจารณาถึงสิ่งที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับอย่างถูกต้อง เหมาะสม และเป็นธรรม เมื่อพิจารณาหลักข้อสัตย์สุจริตในเชิงภาวะวิสัยแล้วจะพบว่า หลักดังกล่าวเป็นกระบวนการที่ใช้ในการก่อให้เกิดจริยธรรมในความสัมพันธ์ทางสัญญา และมีหน้าที่ในการจัดการกับความไม่เป็นธรรมที่อาจเป็นผลมาจากความเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยตามทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (autonomy theory)

“หลักข้อสัตย์สุจริตในเชิงอัตวิสัย” มีความหมายว่า ความมีเหตุผลและความเป็นธรรม (reason and equity) มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

หลักข้อสัตย์สุจริต (Treu und Glauben) ในระบบกฎหมายเยอรมันจึงครอบคลุมถึง “หลักคุ้มครองความไว้นับเชื่อใจโดยสุจริต” (das Prinzip des Vertrauensschutzes) การพิจารณาถึงเนื้อหาสาระของหลักข้อสัตย์สุจริตอย่างเป็นรูปธรรมนั้นไม่เพียงแต่พิจารณาจากถ้อยคำ ของคำว่า “จารีตประเพณี” (Verkehrssitte) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 เท่านั้น หากแต่ยังต้องพิจารณาจาก “คุณค่าทางภาวะวิสัยในความสัมพันธ์ทางกฎหมาย” (die in der Rechtsgemeinschaft anerkannten objective Werte) ด้วย เมื่อได้พิจารณาในแง่นี้ เราจะพบว่า “หลักข้อสัตย์สุจริต” ปรากฏอยู่ใน “หลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดที่มีคุณค่าตามกฎหมายพื้นฐาน” (Wertordnung des Grundgesetzes) ซึ่งจะสามารถค้นหาได้จากสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้นั่นเอง

### 3. การวินิจฉัยตามหลักข้อสัจธรรม

เมื่อหลักข้อสัจธรรมมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญและมีความจำเป็นในการนำมาใช้เพื่อตีความและเติมเต็มช่องว่างทางกฎหมายที่เกิดขึ้น บทบัญญัติมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 จึงไม่ใช่บทบัญญัติที่ปราศจากการนำสมมติฐานต่างๆมาขยายความ สิ่งที่สำคัญและมีความจำเป็นในการนำมาใช้เพื่อขยายความหลักสัจธรรมของเยอรมัน คือ การชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์และส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องในกรณีใดกรณีหนึ่งตามหลักเกณฑ์มาตรฐานของหลักข้อสัจธรรมนั่นเอง (Erforderlich ist eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall am Maßstab von Treu und Glauben) ซึ่งการวินิจฉัยหรือตัดสินในเรื่องดังกล่าวนี้ไม่ได้อาศัยเพียงแต่ความรู้สึกรหรือสามัญสำนึกทางกฎหมาย หรือดุลยพินิจทางความเป็นธรรมของผู้ฟ้องร้องที่กล่าวอ้างเท่านั้น แต่จะต้องวินิจฉัยตัดสินตามหลักเกณฑ์มาตรฐานทางภาวะวิสัยที่ชัดเจนในระดับที่เป็นรูปธรรมด้วย

ในช่วงที่สำนักความคิดทางกฎหมายปฏิฐานนิยม (Positivism Law School) ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากนั้น ผู้พิพากษาศาลในเยอรมันที่ได้รับอิทธิพลจากสำนักความคิดทางกฎหมายดังกล่าวมีความคิดที่ค่อนข้างยึดติดกับกับตัวบทบัญญัติในประมวลกฎหมายด้วยเหตุผลที่ว่า “กฎหมายมีที่มาจากรัฐอธิปไตยหรือผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐ และกฎหมายจะต้องมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น” ส่วนเนื้อหาของสาระของกฎหมายนั้นจะมีความสอดคล้องกับศีลธรรมหรือความยุติธรรมหรือไม่ก็ได้<sup>39</sup> ดังนั้นหากผู้พิพากษาต้องการปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายให้เข้ากับสภาพสังคม ผู้พิพากษาจะต้องได้รับมอบอำนาจในการปรับใช้นั้นไว้อย่างชัดเจนและจะต้องได้รับเครื่องมือที่มีความยืดหยุ่นเพื่อทำให้ผู้พิพากษาสามารถตีความและปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้กว้างและเหมาะสมแก่กรณีมากยิ่งขึ้น<sup>40</sup> ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 จึงถูกบรรดาผู้พิพากษาในเยอรมันนำมาเป็นเครื่องมือในการตีความและอุดช่องว่างของกฎหมายมากขึ้น เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ในการสร้างการยอมรับว่าผู้พิพากษาเยอรมันสามารถที่จะพัฒนาและสร้างหลักกฎหมายได้เช่นเดียวกับเหล่าผู้พิพากษาของศาลในระบบ Common Law ซึ่งใช้หลัก Judge made law ในการพิจารณาคดี ส่งผลให้ในปัจจุบันมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี

<sup>39</sup> Wieacker, F., *A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany* Translated by Weir, T. and Zimmermann, R. (Great Britain: Oxford University Press, 2000). p. 442.

<sup>40</sup> Ibid.



ค.ศ. 2002 จึงได้กลายมาเป็นเครื่องมือในการพัฒนากฎหมายแพ่งและกฎหมายเอกชน อีกทั้งยังได้ใช้เป็นแนวทางในการก่อให้เกิดแนวความคิดที่ว่า ผู้พิพากษาศาลเยอรมันสามารถสร้างหลักกฎหมายได้เป็นที่ได้รับการยอมรับ อย่างไรก็ตาม จากความพยายามที่หลากหลายในการกำหนดแบบแผนของการปรับใช้และการตีความกฎหมาย หลักสุจริตในมาตรา 242 จึงถูกผูกพันเฉพาะในตัวของข้อเท็จจริงเป็นรายคดีหรือรายกรณีเท่านั้น ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลเยอรมันในหลายๆคดี

#### 4. หน้าที่ของหลักสุจริตในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ความสำคัญของมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน สามารถอธิบายได้ว่า มาตราดังกล่าวทำหน้าที่ในการรับเอาคุณค่าทางจริยธรรมและศีลธรรมเข้ามามีผลบังคับในทางกฎหมาย ซึ่งข้อความที่ว่า “...ให้พิเคราะห์ถึงปกติประเพณี...” สะท้อนให้เห็นว่าเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ด้วยเหตุนี้ หลัก *exceptio doli generalis* ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายโรมันจึงถูกนำมาบังคับใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ผ่านทางมาตรา 242 โดยมีผู้กล่าวเอาไว้ว่า มาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเปรียบเสมือนประตูในการรับเอากฎหมายธรรมชาติ (*Natural Law*) เข้ามาสู่ประมวลกฎหมายเยอรมัน โดยบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวทำหน้าที่ในการเสริมหลักกฎหมายธรรมชาติเพื่อช่วยในการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ได้เสียให้แก่คู่สัญญา ซึ่งในปัจจุบันศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำบทบัญญัติมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้หลักข้อสุจริตมีการพัฒนาและก่อให้เกิดหลักกฎหมายที่สำคัญมากมายในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับใหม่ภายหลังการปฏิรูปในปีค.ศ. 2002 อาทิ หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (*Culpa in contrahendo*) หลักความรับผิดชอบในการกระทำผิดหน้าที่ที่ข้างเคียงในการชำระหนี้ (*Positive Vertragsverletzung*) และหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง สัญญาไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามสัญญา (*Wegfall der Geschäftsgrundlage* หรือ *Causula rebus sic statibus*)

ในช่วงแรกๆนั้น ผู้พิพากษาศาลเยอรมันได้ปรับใช้มาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันด้วยความระมัดระวัง เพื่อให้คำพิพากษานั้นมีเหตุมีผลและเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาที่เคยมีมาก่อนหน้านั้น โดยแนวทางดังกล่าวได้กลายเป็นการพัฒนาหลักการตามกฎหมายทั่วไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณีไปจนทำให้ในท้ายที่สุดกลายมาเป็นจารีตประเพณี ในความเป็นจริงแล้วคำพิพากษาจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการตัดสินคดีกรณี *case law* ในระบบกฎหมายของอังกฤษเป็นอย่างมาก โดยมาตรา 242 นี้เป็นการเพิ่มเสรีภาพให้กับผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายหรือสัญญาเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งนอกจากที่ศาลเยอรมันจะอาศัยบทบัญญัติมาตราดังกล่าว

เป็นฐานในการพัฒนาหลักกฎหมายที่สำคัญๆแล้ว มาตรา 242 ยังเป็นเครื่องมือหลักที่ช่วยให้ผู้พิพากษาศาลเยอรมันนำมาปรับใช้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปเพื่อนำไปช่วยในการวินิจฉัยข้อตกลงในสัญญาหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสถานการณ์พิเศษในแต่ละคดีได้

สิ่งที่สำคัญประการแรกที่ทำให้บทบัญญัติในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถูกนำไปปรับใช้คือ การนำไปใช้ในโครงสร้างของสัญญาภายใต้กฎหมายของเยอรมัน กล่าวคือ หากปรากฏว่าสัญญามีช่องว่างเกินกว่าที่บทบัญญัติในมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะปรับใช้ได้แล้ว บทบัญญัติในมาตรา 242 จะถูกนำไปใช้เพื่อสร้างหน้าที่อันเป็นการจำเพาะเจาะจงหรือหน้าที่ข้างเคียงของคู่สัญญาต่อไป กล่าวคือ ในทุกๆสัญญา คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะได้รับมาซึ่งสิทธิข้างเคียง (accessory rights) นอกเหนือไปจากสิทธิหลัก (principle rights) และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติภาระหนี้ข้างเคียงเท่าที่คาดหมายได้ตามหลักข้อสัตย์สุจริต โดยต้องคำนึงถึงสถานการณ์ของข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นเองที่ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ข้างเคียงดังกล่าวให้เกิดขึ้น ซึ่งหน้าที่ข้างเคียงดังกล่าวนี้จะดำรงอยู่ตลอดเวลาตั้งแต่ในขั้นตอนของการเจรจา จนกระทั่งหลังจากที่ชำระหนี้สำเร็จแล้ว หน้าที่ดังกล่าวก็จะยังคงอยู่ต่อไปเป็นระยะเวลาพอสมควรเท่าที่จะคาดหมายได้ด้วยความสะดวก

5. หน้าที่ของคู่เจรจาในขณะที่ก่อให้เกิดสัญญาตาม “หลักข้อสัตย์สุจริต” แนวความคิดเกี่ยวกับหน้าที่ของคู่เจรจาในขณะที่กำลังก่อให้เกิดสัญญาตามหลักข้อสัตย์สุจริตนั้นเกิดขึ้นมาจากบทความของ Professor Jhering ที่มีการตีพิมพ์เผยแพร่ในปี ค.ศ. 1861 โดย Jhering ได้ให้ความเห็นเอาไว้ว่า “หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งทำให้อีกฝ่ายเชื่อโดยสุจริตใจว่าสัญญาจะเกิดขึ้นจากการเจรจาต่อรอง ซึ่งแม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นในตอนสุดท้าย คู่กรณีอีกฝ่ายก็มีความผิด เนื่องจากตนเองได้กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองความไว้วางใจของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ที่เขาไม่สมควรต้องมาเสียเวลา เสียโอกาส หรือเสียค่าใช้จ่ายในการเข้ามาเจรจาต่อรอง”<sup>41</sup>

ต่อมา Professor Burton ได้นำเอา “ทฤษฎีโอกาสที่พลาดไป” (Forgone Opportunities) ซึ่งเป็นการนำเอาวิธีการหรือแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้เข้ากับหลักสุจริตตามสัญญา แนวความคิดดังกล่าวได้รับการสนับสนุนเป็นอย่างมากจากเหล่าผู้พิพากษาศาลเยอรมัน โดยทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนฐานของความคิดที่ว่า “ในช่วงระหว่างการก่อให้เกิดสัญญา คู่กรณีได้

<sup>41</sup> Zimmermann, R., and Whittaker, S., *Good Faith in European Contract Law*(Cambridge: Cambridge University Press, 2000). p. 172.

พลาดโอกาสที่จะเข้าสู่การเจรจาต่อรองกับบุคคลอื่น ๆ ซึ่งการกระทำที่ไม่สุจริตอาจเกิดขึ้น หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งพยายามที่จะหวงโอกาสที่ตนเองได้พลาดไปในระหว่างการก่อให้เกิดสัญญาฉบับคืนมา<sup>42</sup>

ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดหน้าที่ก่อนสัญญาของคู่สัญญาตามหลักข้อสัตย์สุจริตนำไปสู่การห้ามมิให้คู่สัญญาเจรจาต่อรองกันโดยที่คู่สัญญานั้นมิได้มีเจตนาที่จะเข้าทำสัญญาตั้งแต่แรก เนื่องจากพฤติกรรมการเข้าเจรจาโดยปราศจากเจตนาอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้<sup>43</sup>

## 6. ผลของการไม่บัญญัติบทนิยามโดยทั่วไปของ “หลักข้อสัตย์สุจริต” Treu und Glauben

เมื่อหลักข้อสัตย์สุจริตเป็นหลักกฎหมายที่มีฐานะเป็นกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จึงขาดความชัดเจนและไม่แน่นอน ด้วยเหตุที่ไม่มีการบัญญัติคำนิยามของหลักข้อสัตย์สุจริตเอาไว้เป็นการทั่วไป<sup>44</sup> อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในเรื่องหลักข้อสัตย์สุจริตก่อให้เกิดหน้าที่ต่าง ๆ มากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการชำระหนี้ ดังนั้น หลักกฎหมายดังกล่าวจึงถูกนำมาปรับใช้อย่างกว้างขวางและได้รับการยอมรับเป็นบรรทัดฐานต่อมาจนถึงปัจจุบัน ถึงกระนั้นก็ตาม บรรทัดฐานหรือแนวทางในการปรับใช้หลักข้อสัตย์สุจริตในกฎหมายเยอรมันก็ไม่อาจกำหนดได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม เนื่องจากรูปแบบของการปรับใช้จะแปรผันไปตามข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นตรงกันว่า ความแตกต่างของแนวคิดเรื่องหลักสุจริต ในทางทฤษฎีนั้นไม่มีความสำคัญเท่าไรนัก เพราะสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งกว่าคือ หลักเกณฑ์และวิธีการในการปรับใช้หลักข้อสัตย์สุจริตโดยศาล ว่ามีการปรับใช้กับอะไรและลักษณะของการปรับใช้ในทางปฏิบัติเป็นอย่างไร เพราะฉะนั้น “หลักข้อสัตย์สุจริต” จึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นที่แน่นอน แต่ถูกนำไปใช้เป็นมาตรฐานและกลายเป็นหลักทั่วไปเป็นมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดหน้าที่หรือหน้าที่แต่ละคนอาจมีต่อบุคคลอื่น<sup>45</sup>

แม้ว่าหลักข้อสัตย์สุจริตจะไม่มีกำหนดบทนิยามไว้ก็ตาม แต่การปราศจากบทนิยามนี้ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียแต่อย่างใด เนื่องจากหากพิจารณาหลักข้อสัตย์สุจริตในเชิงสารัตถะ

<sup>42</sup> Burton, S. J. "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith," *Harvard Law Review* 94 (1980): 187.

<sup>43</sup> Beale, H., Kötz, H., Hartkamp, A., and Tallon, D., *Case, Materials and Text on Contract Law* (Oxford: Hart Publishing, 2002). p. 243.

<sup>44</sup> Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D. *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. p. 155.

<sup>45</sup> *Ibid*, p. 156.

แล้วจะพบว่า หลักข้อสัจธรรมเป็นหลักกฎหมายที่เปิดโอกาสให้มีการบังคับใช้ได้อย่างกว้างขวาง จึงไม่อาจกำหนดลักษณะให้เป็นรูปธรรมและชัดเจนได้ เพราะต้องการให้มีความยืดหยุ่น เหมาะสมแก่การปรับเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงของแต่ละคดี ด้วยเหตุผลดังกล่าว การกำหนดเนื้อหาสาระของหลักข้อสัจธรรมจึงตกเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลเยอรมันในการใช้ดุลพินิจตีความหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อนำมาพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป

สิ่งที่อาจก่อให้เกิดขึ้นได้ในการทำความเข้าใจหลักข้อสัจธรรมอย่างเป็นภาวะวิสัยก็คือ การกำหนดแนวทางในการนำหลักข้อสัจธรรมมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีให้แก่ผู้พิพากษาต่อไป เนื่องจากวิธีการดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดการจำกัดขอบเขตหรือลดทอนสาระสำคัญของหลักกฎหมายนี้<sup>46</sup>

เมื่อในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้มีการบัญญัติบทนิยามของหลักข้อสัจธรรมเอาไว้ การอธิบายและการให้เหตุผลเพื่อรองรับหรือการทำให้เป็นรูปธรรมในเชิงภาวะวิสัยของหลักข้อสัจธรรมจึงเกิดขึ้นจากการเสนอแนวคิดในการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวโดยนักนิติศาสตร์และการปรับใช้หลักดังกล่าวเข้ากับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีของผู้พิพากษา ทำให้ในที่สุดการวินิจฉัยคดีบนพื้นฐานของหลักข้อสัจธรรมตามบทบัญญัติในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 สามารถคาดการณ์ได้และมีแนวทางที่แน่นอนและชัดเจนทางกฎหมายมากขึ้น<sup>47</sup>

อย่างไรก็ตาม Professor Philippe Le Tourneau นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสกลับมีความเห็นว่า หลักข้อสัจธรรมนั้นเป็นเพียงแค่องค์ประกอบหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการพิพากษาคดีให้เกิดความยุติธรรมเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การนำหลักข้อสัจธรรมมาใช้ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อโต้แย้งในเรื่องของการใช้สิทธิเรียกร้องและเพื่อก่อให้เกิดคุณค่าในทางศีลธรรม<sup>48</sup>

### 2.2.9. แนวคิดเกี่ยวกับหนีก่อนสัญญาในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002

หนีก่อนสัญญาเป็นความคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในประเทศเยอรมนี โดยคำที่นิยมใช้เรียกความสัมพันธ์ทางหนีก่อนสัญญานี้ คือ “Precontractual Obligations” หรือหนีก่อนสัญญา อย่างไรก็ตามก็มีการแสดงความคิดเห็นกันเป็นวงกว้างว่าความสัมพันธ์

<sup>46</sup> Ibid, p. 159.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> LE TOURENEAU, *Répertoire Civil Dalloz, Bonne foi*, 1995, 10 Cited in Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D., *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules.*, p. 160-161.

ทางนี้ก่อนสัญญานี้อาจสมควรเรียกว่าเป็น “Obligation to open up a contract” หรือ หน้าที่ในการเปิดสัญญา<sup>49</sup> ในกฎหมายเยอรมันภายหลังจากการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งได้มีการปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในส่วนของกฎหมายหนี้และกฎหมายสัญญา โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 241 และมาตรา 311 ดังนี้

มาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 บัญญัติไว้ว่า

(1) ด้วยอำนาจแห่งความสัมพันธ์ทางหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิในการเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ ซึ่งการปฏิบัติตามชำระหนี้ที่มีความหมายรวมถึงการงดเว้นการกระทำด้วย

(2) หน้าที่ในการปฏิบัติตามชำระหนี้สามารถพิจารณาได้จากทุกส่วนของเนื้อหาสาระแห่งหนี้ นั้น โดยการพิเคราะห์ถึงความถูกต้องชอบธรรม(Rechte ,Rights) สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüter ,Legal interests) และประโยชน์อันเป็นส่วนได้เสียแห่งหนี้(Interessen des anderen Teils ,Other interests of the other party) นั้น

มาตรา 311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 บัญญัติไว้ว่า

(1) ในการก่อให้เกิดหนี้โดยธุรกรรมทางกฎหมายและการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของหนี้ เกิดขึ้นโดยสัญญาระหว่างคู่กรณีหรือมิฉะนั้นก็เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย

(2) หนี้สามารถเกิดขึ้นจากหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 241 (2) ได้โดย

1. การเริ่มเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา
2. การเริ่มต้นของสัญญาที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งตั้งใจที่จะพัฒนาความสัมพันธ์ทางสัญญาให้เกิดขึ้นต่อไปโดยให้คู่กรณีอีกฝ่ายในสิทธิที่อาจกระทบถึงความถูกต้องชอบธรรมของเขา สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองและประโยชน์อันเป็นส่วนได้เสียแห่งหนี้ หรือมอบสิทธิทั้งหลายให้

3. การติดต่อธุรกิจที่เหมือนกัน

(3) ความผูกพันในหนี้ตามหน้าที่ภายใต้มาตรา 241 (2) อาจเกิดขึ้นได้แม้ในกรณีที่คุณคดีได้ประสงค์ที่จะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในสัญญา เช่นนั้นหนี้ยกต่างย่อมเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บุคคลที่สามอ้างว่าได้รับความไว้วางใจอย่างสูง โดยมีอิทธิพลอย่างมากต่อการเจรจาก่อนสัญญาหรือในการเข้าทำสัญญา

การปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวเป็นการขยายขอบเขตในความมีอยู่ของหน้าที่ตามสัญญาให้กว้างขึ้น เป็นการยอมรับเอาความรับผิดชอบในบริเวณช่วงก่อนการเกิดสัญญาเข้ามาบัญญัติไว้ โดยเรื่องดังกล่าวมีที่มาและพัฒนาการอย่างยาวนาน เริ่มจากหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับที่ดินของปรัสเซียฉบับปี 1794 (Preussisches Allgemeines Landrecht, Art. 284) และการวิเคราะห์ที่สำคัญ

<sup>49</sup> Tegethoff, M. “Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 5 (1998): 351.

จาก Rudolph von Jhering ในช่วงศตวรรษที่ 19 และ 20 โดยเป็นการกำหนดหน้าที่ในการให้การปกป้องคุ้มครองคู่กรณีในระหว่างการเจรจา ก่อนการเกิดสัญญา ไม่ว่าจะสุดท้ายแล้วสัญญาดังกล่าวจะเกิดขึ้นหรือไม่ เนื่องจากในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญานั้นควรมีการควบคุมหน้าที่ที่เกิดจากความไว้วางใจที่เกิดจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับกรณีที่มีการเตรียมการเพื่อกระทำตามสัญญาต่อไป ซึ่งหากมีการละเมิดหน้าที่ในการให้การปกป้องคุ้มครองในช่วงระหว่างการเจรจาคู่กรณีที่ละเมิดหน้าที่นั้นก็ต้องมีความรับผิดชอบ<sup>50</sup>

คำว่า “Culpa in contrahendo” มีความหมายว่า ความผิดที่เกิดขึ้นในขณะที่ทำสัญญา ซึ่งเกิดขึ้นจากการแสดงความคิดเห็นของ Rudolf von Jhering ในบทความที่มีชื่อเสียงของเขาชื่อว่า ‘Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen’ ตีพิมพ์ในปี.ศ. 1861 อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่า คำว่า “Culpa in contrahendo” จะยังคงมีการปรับใช้อยู่ในปัจจุบันก็ตาม แต่ความหมายของคำที่มีการอธิบายไว้ในบทความของ Jhering ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดไปจนเกือบไม่หลงเหลือเค้าโครงดั้งเดิมเหมือนในครั้งที่มีการประดิษฐ์คำนี้ขึ้น<sup>51</sup>

ในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี.ศ. 2002 นั้น แม้จะยังไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าคู่กรณีหรือคู่เจรจามีหน้าที่กล่าวคือ ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายในการเจรจาระหว่างกันโดยถูกต้องและชอบธรรมอย่างไรก็ตาม มาตรา 241 ปัจจุบัน แต่ก็เป็นที่รับรู้ได้ว่าศาลและระบบกฎหมายของเยอรมันในเวลานั้นได้มีการยอมรับและกำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองป้องกัน (protective duty) แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในความสัมพันธ์หรือการติดต่อกันของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา โดยหากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการคุ้มครองป้องกันดังกล่าว <sup>52</sup>ศาลจะถือว่าเป็นผลตามสัญญาที่เกิดก่อนเวลา ซึ่งศาลได้ปรับใช้ข้อเสนอแนะของ Jhering ในการอธิบายสถานการณ์ของความสัมพันธ์ในการเริ่มต้นเจรจาระหว่างคู่กรณีหรือในการริเริ่มก่อให้เกิดสัญญาทางธุรกิจว่าเป็นการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาของความไว้วางใจ (Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis) สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวนั้น จะถูกเยียวยาบนฐานของหลักกฎหมายสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบตามมาตรา 278\*

<sup>50</sup> Reimann, M., and Zekoll, J., Introduction to German Law (The Hague Kluwer Law International, 2005). p. 195.

<sup>51</sup> Tegethoff, M. “Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability” : p. 351.

<sup>52</sup> Kotz, N. H. H., and Leser, H. G., German Private and Commercial Law : An Introduction. Translated by Weir, T. (Oxford: Clarendon Press, 1982). p. 108.

\* Section 278 Responsibility of the obligor for third parties

ในเรื่องของตัวการตัวแทน (Erfüllungsgehilfen) หรือบุคคลที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ในหนี้ของตน ในขณะที่การปรับปรุงประมวลกฎหมายใหม่บนพื้นฐานของการให้ความชัดเจนในมาตรา 280 และ มาตรา 311 มิได้มีการบัญญัติถึงรายละเอียดและเงื่อนไขที่จำเป็นอันเกิดจากการพัฒนาของคำพิพากษาในคดีสำคัญเอาไว้ เพียงแต่ให้การรับรองหน้าที่ก่อนสัญญาและการให้สิทธิเรียกร้องค่าชดเชยหากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในการขาดแคลนกฎหมายในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ในบางกรณี<sup>53</sup>

การกำหนดผลของการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการคุ้มครองป้องกันนี้ เรียกได้อีก อย่างเป็นทางการหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo) ซึ่งมีลักษณะคล้ายกันกับการผิดสัญญาในเชิงบวก (Positive breach of contract) อันเป็นกรณีที่ลูกหนี้ฝ่าฝืนหน้าที่ในการชำระหนี้ และเป็นการขยายขอบเขตของความรับผิดชอบตามสัญญาไปสู่ความสัมพันธ์ก่อนสัญญาด้วย โดยมีคดีที่สำคัญในการก่อให้เกิดการยอมรับหน้าที่และความรับผิดชอบที่เกิดจากการละเมิดหน้าที่ก่อนสัญญาคือ คดีพรมน้ำมัน (Linoleum case) ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือ โจทก์ได้เข้าไปที่ร้านขายพรมน้ำมันเพื่อทำการเลือกซื้อพรม แต่ในระหว่างที่เลือกอยู่นั้นได้มีพนักงานของทางร้านทำพรมน้ำมันม้วนหนึ่งตกใส่โจทก์ เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บและทำให้สัญญาซื้อขายพรมน้ำมันระหว่างโจทก์กับทางร้านไม่เกิดขึ้น ในคดีนี้ศาล Reichsgericht ได้ยินยอมให้โจทก์มีสิทธิในการเรียกร้องในขอบเขตของความสัมพันธ์ในช่วงก่อนสัญญา ซึ่งเป็นการปรับใช้มาตราฐานความรับผิดชอบตามสัญญาแก่กรณีที่บุคคลหนึ่งกำลังอยู่ในระหว่างทางที่จะทำสัญญากับอีกคนหนึ่ง ตามที่โจทก์ผู้เป็นลูกค้านั้นได้กล่าวอ้างต่อศาลว่าเธอได้เข้าไปสู่ความคุ้มครองของร้านแล้วและลูกจ้างที่ทำงานผิดพลาดจนเป็นเหตุให้เธอได้รับบาดเจ็บเป็นกรณีที่ลูกจ้างนั้นละเมิดต่อหน้าที่ในการดูแล (duty of care) ที่ถูกสร้างขึ้นโดยสัญญาที่กำลังจะเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่ลูกค้านั้นได้เดินเข้าไปในร้านเพื่อที่จะทำการซื้อขายและไว้วางใจในความปลอดภัยของเธอภายในร้านค้าแห่งนั้น ดังนั้น หน้าที่ในการดูแลตามสัญญาจึงควรที่จะนำมาปรับใช้กับช่วงของการทาบตามเพื่อเข้าทำสัญญาด้วย ด้วยเหตุนี้ โจทก์จึงสมควรได้รับการชดเชยค่าเสียหายบนพื้นฐานของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา

อย่างไรก็ดี มีปัญหาว่าในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายของเยอรมันนั้นจำเลยสามารถหลีกเลี่ยงการต้องรับผิดและชดเชยค่าเสียหายได้โดยการอ้างหลักยกเว้นความรับผิดบนฐาน

---

The obligor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. The provision of section 276 (3) does not apply.

<sup>53</sup> Reimann, M., and Zekoll, J. *Introduction to German Law*, p. 196.

ของความรับผิดชอบมาตรา 831\* กล่าวคือ หากนายจ้างซึ่งในคดีดังกล่าวคือเจ้าของร้านพรมน้ำมันสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองได้ใช้ความระมัดระวังและความรอบคอบในการเลือกจ้างลูกจ้างเป็นอย่างดีแล้วก็จะไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้างแต่อย่างใด โดยเหตุดังกล่าวไปข้างต้นจึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ศาลเยอรมันเลือกที่จะขยายขอบเขตของความรับผิดชอบตามสัญญาเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีเพื่อสร้างความยุติธรรมให้แก่โจทก์ต่อไป

ทั้งนี้ทั้งนั้น ความรับผิดที่เกิดจากหนัก่อนสัญญาดังกล่าว (Culpa in contrahendo) แม้ว่าจะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นแนวทางในการให้ความเยียวยาแก่คู่กรณีตามหลักของกฎหมายสัญญา แต่อย่างไรก็ตามโจทก์คงสามารถเรียกร้องได้เพียงผลประโยชน์ในเชิงลบหรือผลประโยชน์ในทางที่โจทก์ไม่ควรจะเสียไป (negative interests) เท่านั้น

### 2.2.9.1. ช่วงเวลาที่ถือว่าเป็นการเริ่มต้นและสิ้นสุดของระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา

ในเยอรมันเป็นที่ยอมรับกันว่าช่วงระยะเวลาของการเจรจาเริ่มต้นขึ้นเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ส่งคำเสนอไปสู่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือส่งคำเสนอนั้นไปสู่สาธารณะเพื่อที่จะเชิญชวนให้มีการเข้ามาเจรจาระหว่างกัน ซึ่งอาจนำไปสู่การตกลงทำสัญญากันต่อไปได้ ในขณะที่ช่วงเวลาสิ้นสุดของระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญานั้นเกิดขึ้นเมื่อมีการตกลงทำสัญญากันระหว่างคู่กรณีหรือการเจรจาได้ยุติลง ในกรณีนี้วิธีการพิจารณาว่าหน้าที่ในการป้องกันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทั้งทางร่างกายและทรัพย์สินจะอยู่ในช่วงของการตัดสินใจเข้าและออกจากข้อเสนอทางธุรกิจของลูกค้านั้นเอง<sup>54</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

\* Section 831 Liability for vicarious agents

(1) A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not apply if the principal exercises reasonable care when selecting the person deployed and, to the extent that he is to procure devices or equipment or to manage the business activity, in the procurement or management, or if the damage would have occurred even if this care had been exercised.

(2) The same responsibility is borne by a person who assumes the performance of one of the transactions specified in subsection (1) sentence 2 for the principal by contract.

<sup>54</sup> Tegethoff, M. "Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability," : p. 351.



## 2.2.9.2. แหล่งที่มาของกฎหมายในการปรับใช้กับหนี้ก่อนสัญญาก่อนการปฏิรูป ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันช่วงปีค.ศ. 2002

ดังที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าแม้กฎหมายเยอรมันจะมีการยอมรับเอาแนวความคิดที่ว่าหนี้ก่อนการเกิดสัญญาและหนี้ในช่วงระหว่างการเจรจาอาจมีขึ้นได้มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีมาอย่างยาวนาน แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติบทกฎหมายใดๆในเรื่องนี้ไว้ในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002 ถึงแม้ว่าในเวลานั้นจะปรากฏหลักฐานว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) จะตระหนักได้ถึง

ความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการขาดบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวแต่ด้วยคำถามที่มากมายเกี่ยวกับแนวทางในการบัญญัติหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญา ทำให้ผู้ร่างกฎหมายของเยอรมันจำเป็นต้องรอคำตอบจากศาล<sup>55</sup>ที่จะสร้างคำพิพากษาในคดีสำคัญที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาว่าควรที่จะวางระเบียบแบบแผนในเรื่องดังกล่าวอย่างไร จึงทำให้ความคิดที่จะบัญญัติบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาถูกเลื่อนออกไปเรื่อยๆจนกระทั่งถึงช่วงของการปฏิรูปกฎหมายในปีค.ศ. 2002 จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องออกมาปรับใช้จนถึงปัจจุบัน

อย่างไรก็ดี แนวทางในการปรับบทกฎหมายของศาลเยอรมันในช่วงระยะเวลา ก่อนปีค.ศ. 2002 ได้รับอิทธิพลจากความคิดของ Jhering เป็นอย่างมาก ความคิดของ Jhering เกี่ยวกับการปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อน สัญญา(Culpa in contrahendo) เพื่อให้คู่กรณีที่มีหนี้ก่อนสัญญา(Precontractual Obligations) ต้องรับผิดชอบนั้นมักมุ่งหมายที่จะปรับใช้กับกรณีของหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดจากตัวแทนที่ไม่มีอำนาจ (Falsus Procurator, unauthorized agent) หรือกรณีของการขายที่วัตถุแห่งสัญญาไม่มีอยู่ สุดท้ายคือการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถอ้างข้อบกพร่องบางประการเพื่อทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะหากเป็นกรณีที่เกิดสัญญาขึ้นแล้ว ซึ่งกรณีทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถหาทางแก้ไขโดยการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในเวลานั้นของเยอรมันได้ ต้องแก้ไขและอำนวยความสะดวกธรรมเป็นรายคดีไป โดยศาลเยอรมันในขณะนั้นได้ปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งประกอบกับรับเอาแนวความคิดของ Jhering มาปรับแก้คดี<sup>56</sup>

สำหรับกรณีของหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดจากตัวแทนที่ไม่มีอำนาจนั้น มาตรา 122\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแสดงให้เห็นว่า ความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นไม่

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Ibid, p. 352.

\* Section 122 Liability in damages of the person declaring avoidance

(1) If a declaration of intent is void under section 118, or avoided under sections 119 and 120, the person declaring must, if the declaration was to be made to another person, pay damages to this person, or failing this to any third party, for the damage that the other or the

จำเป็นต้องเกิดจากฐานของการกระทำความผิด แต่ความเสียหายที่เกิดจากความไว้วางใจนั้นคู่กรณีสามารถเรียกร้องกับผู้แสดงเจตนา (Willenserklärung, declaration of intention) ที่ทำคำเสนอแล้วมีการเพิกถอนเนื่องจากความเป็นโมฆะที่เกิดจากความผิดพลาดบางประการ อย่างไรก็ตาม หนี้ในการชดใช้ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นหากคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายทราบหรือควรทราบได้ว่ามีความผิดพลาดเกิดขึ้น (เช่น การไม่ทราบถึงความผิดพลาดเพราะความประมาทเลินเล่อของตนเอง) ขณะที่มาตรา 179\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันให้ความคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการเชื่อถือในการแสดงออกที่เห็นได้ว่าตัวแทนมีอำนาจกระทำการแทนตัวการจริง เช่นเดียวกับกับมาตรา 122 ตัวแทนไม่ต้องรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นถ้าคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายทราบหรือควรจะทราบได้ว่าตัวแทนนั้นปราศจากอำนาจ

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไว้วางใจหรือความผิดพลาด ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 307 และมาตรา 309 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับก่อนการปฏิรูปกฎหมายปีค.ศ. 2002 โดยมาตรา 307\* เป็นกรณีที่

---

third party suffers as a result of his relying on the validity of the declaration; but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the validity of the declaration.

(2) A duty to pay damages does not arise if the injured person knew the reason for the voidness or the voidability or did not know it as a result of his negligence (ought to have known it).

\* Section 179 Liability of an unauthorised agent

(1) A person who has entered into a contract as an agent is, if he does not furnish proof of his power of agency, obliged to the other party at the other party's choice either to perform the contract or to pay damages to him, if the principal refuses to ratify the contract.

(2) If the agent was not aware of his lack of power of agency, he is obliged to make compensation only for the damage which the other party suffers as a result of relying on the power of agency; but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the effectiveness of the contract.

(3) The agent is not liable, if the other party knew or ought to have known of the lack of power of agency. The agent is also not liable if he had limited capacity to contract, unless he acted with the consent of his legal representative.

\* Section 307 (Before Reform)

(1) If a person, in concluding a contract the performance of which is impossible, knew or should have known that it was impossible, he is obliged to make compensation for any damage

สัญญาตกเป็นโมฆะเพราะคู่กรณีให้คำมั่นในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เป็นพันธวิสัย (impossibilium nulla obligatio est) ฝ่ายที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้มีหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความเชื่ออย่างมีเหตุผลถึงความมีอยู่ของ สัญญาดังกล่าว หลักการดังกล่าวนี้ยังนำไปปรับใช้กับกรณีตามมาตรา 309 ซึ่งเป็นกรณีที่สัญญาขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายด้วย

ต่อไปจะเป็นการแสดงให้เห็นถึงรูปแบบของการปรับใช้บทกฎหมายกับหนี้ก่อนสัญญาในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปีค.ศ. 2002 ซึ่งสามารถแบ่งแนวทางในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงได้หลายรูปแบบ\* ดังต่อไปนี้

1. แนวทางในการปรับใช้มาตรา 122, มาตรา 179, มาตรา 307, มาตรา 309 ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น ซึ่งเป็นการปรับใช้ในลักษณะของการเทียบเคียงส่วนที่เหมาะสมแก่กรณีเท่านั้น ไม่ได้ปรับใช้ทั้งหมด ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีการปรับใช้ มาตรา 122 (2), มาตรา 179(3), มาตรา 307(1) แก่กรณี เนื่องจากคู่กรณีได้รับความเสียหายเพราะความประมาทเลินเล่อของตนเอง อีกแนวทางหนึ่งคือ การปรับใช้มาตรา 254\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในการประนีประนอมความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่ความหากเป็นกรณีของการประมาทร่วม

---

which the other party has sustained by relying upon the validity of the contract; not, however, beyond the value of the interest which the other party has in the validity of the contract. The duty to make compensation does not arise if the other party knew or should have known of the impossibility.

(2) These provisions apply mutatis mutandis if the performance is only partially impossible, and the contract is valid in respect of the possible part, or if only one of several alternative acts of performance promised is impossible.

\* แม้ว่าในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปีค.ศ. 2002 จะยังไม่มีการบัญญัติหลักหนี้ก่อนสัญญาและความรับผิดก่อนสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่กระนั้นก็ปรากฏหลักฐานว่ามีการบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในมาตรา 11 ลำดับที่ 7 ของ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)

\* Section 254 Contributory negligence

(1) Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party.

(2) This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither

2. เป็นกรณีของการปรับใช้หลักสุจริตตามมาตรา 242\* แก่คดี ซึ่งหลักสุจริตนี้ ถือเป็นรากฐานของหนี้ก่อนสัญญาอีกด้วย<sup>57</sup>

### 2.2.9.3. ประเภทของหนี้และหน้าที่ก่อนสัญญา

ในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปีค.ศ. 2002 มีคดีที่เกี่ยวข้องกับหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญามากมาย ซึ่งสามารถจัดหมวดหมู่ได้เป็น 2 ประเภทหลักๆ คือ หน้าที่ในการควบคุมครองและหน้าที่ในการชื้อสัตย์

#### 1. หน้าที่ในการควบคุมครอง (Duties of Protection)

หน้าที่นี้กำหนดให้หนี้ในการชื้อสัตย์ความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดหน้าที่ก่อนสัญญาเป็นอิสระจากการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในชีวิตและทรัพย์สินของตนเอง ในทางปฏิบัติกรณีส่วนใหญ่อยู่บนพื้นฐานของหน้าที่ในการดูแล (Duty of care) แต่การปรับใช้ของศาลในเวลานั้นมักใช้หลักกฎหมายละเมิด ซึ่งคำพิพากษาที่สำคัญของศาล Bundesgerichtshof แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมันในกฎหมายละเมิด ซึ่งปกติการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งละเมิดต่อหน้าที่ในการควบคุมครองมักต้องรับผิดชอบหากเขามีการกระทำความผิดตามมาตรา 276\* โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

กลุ่มของคดีที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการดูแลประกอบไปด้วยคดีที่เกิดการกระทำความผิดในช่วงของการเจรจาและก่อให้เกิดหนี้ที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับซึ่งคู่กรณีได้รับในระหว่างการเจรจาต่อบุคคลที่สาม ยิ่งไปกว่านั้นยังมีหน้าที่อื่นๆอีก อาทิ ซุปเปอร์มาร์เก็ตมี

---

was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage.

The provision of section 278 applies with the necessary modifications.

\* Section 242 Performance in good faith

An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

<sup>57</sup> Tegethoff, M., "Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability," : p. 353.

\* Section 276 Responsibility of the obligor

(1) The obligor is responsible for intention and negligence, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications.

(2) A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care.

(3) The obligor may not be released in advance from liability for intention.

หน้าที่ในการให้ความคุ้มครองรถของลูกค้าที่มาจากดเพื่อซื้อของให้ปลอดภัยจากความเสียหายที่อาจเกิดจากรถเข็นของซูเปอร์มาร์เก็ต<sup>58</sup>

คดีที่อยู่ในกลุ่มนี้ ได้แก่ คดีพรมน้ำมัน<sup>59</sup> (Linoleum floor-cover) โดยศาลสูง (Reichsgericht – RG) ได้ตัดสินให้มีการชดใช้ค่าเสียหายแก่ลูกค้าที่ได้รับบาดเจ็บจากเหตุการณ์ภายในร้านที่เขาต้องการซื้อของ โดยในคดีนี้ศาลให้ร้านค้าชดใช้ค่ารักษาพยาบาลแก่โจทก์ที่ได้รับบาดเจ็บเพราะพรมน้ำมันตกใส่ศีรษะจนสลบไปอันเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างที่นำพรมน้ำมันลายที่โจทก์สนใจมาแสดงให้ดูโดยไม่ระมัดระวัง คำพิพากษาที่ยืนยันถึงความมีอยู่ของหนี้และหน้าที่ก่อนสัญญาและขยายช่วงเวลาของการเกิดสัญญาไปในช่วงก่อนสัญญาคือ คดีเปลือกกล้วย<sup>60</sup> (Banana skin) ซึ่งเป็นกรณีที่ศาล Bundesgerichtshof ตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ลูกค้าที่ลื่นเปลือกกล้วยในซูเปอร์มาร์เก็ต แม้ว่าในเวลานั้นเขาจะยังมีได้เข้าสู่ช่วงของการเจรจาทำสัญญาเลยก็ตาม ส่วนคดีสำคัญคดีสุดท้ายของกลุ่มนี้คือ คดีใบผัก<sup>61</sup> (Vegetable leaf) ซึ่งเป็นกรณีที่ศาล Bundesgerichtshof ตัดสินคดีให้มีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บุตรของลูกค้าที่ลื่นเพราะเหยียบใบผักขณะที่เธอติดตามมารดาซื้อของในซูเปอร์มาร์เก็ต โดยที่เธอไม่มีเจตนาใดๆที่จะซื้อของด้วยตัวของเธอเอง

เหตุผลเบื้องหลังของคดีในกลุ่มนี้คือ ความจริงที่ว่าเจ้าของร้านหรือเจ้าของซูเปอร์มาร์เก็ตไม่ได้เป็นคนที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงแก่ลูกค้า หากแต่เป็นลูกจ้างที่ควรต้องใช้ความระมัดระวังในขณะทำการเคลื่อนย้ายม้วนพรมหรือมีหน้าที่ในการทำความสะอาดพื้นในซูเปอร์มาร์เก็ต อย่างไรก็ตาม ระเบียบกฎหมายแพ่งเยอรมันมีความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นบนฐานของกฎหมายละเมิดและความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นบนฐานของ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>58</sup> Tegethoff, M. “Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability,” : p. 353.

<sup>59</sup> F.H. Lawson and B.S. Markesinis, Case: RGZ 78, 239 VI. Civil Senate (VI 240/11) Linoleumrollen - decision = JW 1912, 191[Online], 1 December 2005. Cited in <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=796>

<sup>60</sup> BGH, 26-9-1961, Neue Juristische Wochenschrift(1962), 31 (Banana skin) Cited in Tegethoff, M. “Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability,” : p. 354.

<sup>61</sup> F.H. Lawson and B.S. Markesinis, Case: BGHZ 66, 51 VIII. Civil Senate (VIII ZR 246/74) Gemüseblatt -decision = NJW 1976, 712 = VersR 1976, 589 = JZ 1976, 776[Online], 1 December 2005. Cited in <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=796>

กฎหมายสัญญา ภายใต้มาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้นายจ้างสามารถอ้างเหตุเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของตนเองได้หากมีการคัดเลือกลูกจ้างโดยเหมาะสมแล้วอันจะส่งผลให้ไม่มีใครต้องรับผิดชอบในอุบัติเหตุที่เกิดขึ้น ดังนั้น ศาลจึงวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและเจ้าของซูเปอร์มาร์เก็ตว่าเป็นความสัมพันธ์ในช่วงการเตรียมการเข้าทำสัญญาซื้อขาย ดังนั้นความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นบนฐานของกฎหมายสัญญาตามมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงสามารถนำมาปรับใช้ได้

การขยายระยะเวลาที่รวมเอาหน้าที่ในการคุ้มครองไปปรับใช้ได้ร่วมไปถึงช่วงของการเข้ามาและออกไปจากการนำเสนอทางธุรกิจ ที่มีการนำเอาการโฆษณาสินค้าต่างๆเข้ามาแทนที่การเจรจาสัญญาในกรณีของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ โดยมีเงื่อนไขสำคัญที่ยกขึ้นกล่าวอ้างคือ บุคคลนั้นต้องเข้ามาในห้างสรรพสินค้าโดยมีเจตนาที่จะซื้อสิ่งของบางอย่าง หากเข้ามาเพียงแค่อต้องการหลบฝน เขาจะไม่มีสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นเพราะอุบัติเหตุโดยการอ้างว่ามีการละเมิดต่อหลักหนี้ก่อนสัญญา

นอกจากนี้ อีกเหตุผลหนึ่งของการที่ศาลในคดีไบฟัก เลือกที่จะปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาและผลจากการคุ้มครองตามสัญญาเข้ากับการละเมิดหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้น เนื่องจากอายุความของกฎหมายละเมิดตามมาตรา 852 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับก่อนการปฏิรูปกฎหมายปีค.ศ. 2002 มีอายุความเพียง 3 ปี ซึ่งสั้นกว่าอายุความโดยทั่วไปตามมาตรา 195 ที่มีอายุความถึง 30 ปี

## 2. หน้าที่ในการซื่อสัตย์ (Duties of Loyalty)

สำหรับการแบ่งกลุ่มของหน้าที่ในการซื่อสัตย์นี้สามารถแบ่งออกเป็น กลุ่มที่ไม่เกิดสัญญาและกลุ่มที่เกิดสัญญา โดยในกลุ่มที่ไม่เกิดสัญญานั้นเกิดจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ซื่อสัตย์ในขณะที่เข้ามาเจรจา ถึงแม้ว่าจะมีหลักฐานแต่แรกแล้วว่าสัญญาดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ตัวอย่างเช่น ผู้สมัครเป็นลูกจ้างได้สอบถามต่อนายจ้างเพื่อสมัครงานในตำแหน่งที่มีการจ้างคนอื่นไปก่อนหน้านี้แล้ว ยิ่งไปกว่านั้นยังรวมไปถึงกรณีที่มีการยกเลิกการเจรจาด้วย ซึ่งการเจรจาสามารถยกเลิกได้หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่จะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลความลับในการเจรจาแก่คนอื่นหรือการไม่บอกข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับเงื่อนไขทางกฎหมายในการทำสัญญา สุดท้ายคือหน้าที่ในการห้ามยกเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผล กล่าวคือ ในทางทฤษฎีไม่มีหนี้ในการต้องก่อให้เกิดสัญญา แม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายจะเสียค่าใช้จ่ายใดๆไประหว่างเจรจาก็ตาม มิฉะนั้นอาจเกิดกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งกดดันคู่กรณีอีกฝ่ายให้ทำสัญญาเนื่องมาจากต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายจำนวนมากที่เสียไป หากแต่กฎหมายได้กำหนดให้คู่กรณีที่ต้องการยกเลิกการเจรจาต้องแสดงเหตุผลที่ดีในการล้มเลิกการเจรจา

ซึ่งเป็นหลักที่สืบต่อมาจากหลักสุจริตในกฎหมายทั่วไปเพื่อแสดงให้เห็นว่าคู่กรณีมิได้เข้ามาเจรจาโดยปราศจากเจตนาที่จะทำสัญญาแต่อย่างใด<sup>62</sup>

ยิ่งไปกว่านั้นยังมีแนวทางของศาลเยอรมันที่กล่าวไว้ในคดี The Letter (BGH, 10 July 1970) ว่า ถ้าคู่กรณีที่กระทำการยุติหรือยกเลิกการเจรจามีพฤติกรรมก่อนหน้าที่จะมีการยุติการเจรจาในลักษณะที่เป็นการรับรองหรือให้ความมั่นใจกับคู่กรณีฝ่ายที่เสียหายว่า ตนเองยินดีที่จะทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอนอนหากทั้งสองฝ่ายตกลงตามข้อตกลงที่กำลังเจรจากันอยู่ครบทุกข้อหากแต่ท้ายที่สุดกลับยุติการเจรจาโดยไม่มีการบอกกล่าวล่วงหน้า เช่นนี้ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการเจรจาด้วยความสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญาเช่นเดียวกัน<sup>63</sup>

สำหรับกลุ่มสุดท้ายคือกรณีที่เกิดสัญญาโดยถูกต้องตามกฎหมายแต่ในขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกลับได้รับความเสียหายเนื่องจากผลที่ไม่เป็นไปตามที่ได้คาดหวัง เช่น การได้รับข้อมูลที่ผิดพลาดในขณะเจรจา การไม่ได้รับข้อมูลที่สำคัญในขณะทำสัญญาหรือแม้แต่การไม่ได้รับข้อมูลถ้าไม่ร้องขอ ซึ่งอาจเป็นข้อมูลเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่ต้องเพิ่มขึ้นหรือความเสี่ยงต่างๆที่อาจเกิดขึ้นได้หากทำสัญญา ซึ่งคู่สัญญาที่เสียหายไม่สามารถคาดการณ์ได้เอง

หลักกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของหนี้ก่อนสัญญาในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในช่วงแรกนั้น ศาลเยอรมันได้ปรับใช้หลักกฎหมายละเมิดแก่คดี ต่อมาจึงมีความพยายามในการตีความโดยนัยว่าเป็นหนี้ก่อนสัญญา ซึ่งศาลได้ตัดสินใจให้มีการชดเชยค่าเสียหายบนฐานของกฎหมายสัญญาดังในคดีสำคัญที่สุด คือ คดีพรมน้ำมัน โดยเป็นการปรับใช้มาตรา 122, มาตรา 179, มาตรา 307, และมาตรา 309 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันโดยการเทียบเคียง จึงสังเกตได้ว่าหนี้ก่อนสัญญาเป็นหนี้ที่เกิดจากกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาที่ศาลนำมาปรับแก้คดี<sup>64</sup>

สำนักความคิดทางกฎหมายของเยอรมันต่างก็พยายามอธิบายการเกิดหนี้ก่อนสัญญาบนฐานทางทฤษฎีที่แตกต่างกันไป โดย Ballerstedt ได้อธิบายการเกิดหนี้ก่อนสัญญาโดยใช้ทฤษฎีความไว้วางใจไว้ในปี.ศ. 1950 ซึ่งความไว้วางใจดังกล่าวเกิดจากความคาดหวังในช่วงต่างๆของการเจรจาว่าจะมีการเคารพต่อหน้าที่ในการคุ้มครอง หน้าที่ในการให้ข้อมูลหรือหน้าที่อื่นๆในการทำงานเหมือนกัน แต่ทฤษฎีนี้มีความบกพร่องตรงที่การตอบคำถามว่าหน้าที่นั้นๆเกิดขึ้นเมื่อไรอยู่ที่ความเห็นของคู่กรณีที่เป็นฝ่ายเรียกร้องความไว้วางใจนั้น<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Tegethoff, M. “Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability,” : p. 356.

<sup>63</sup> Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Tallon, D., Rutgers, J., and Vogenaver, S., Cases, Materials and Text on Contract Law. p.383 – 384.

<sup>64</sup> Ibid, p. 357.

<sup>65</sup> Ibid.

สำนักความคิดที่สองมีความเชื่อในหลักของเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) จึงเห็นว่านี่ก่อนสัญญาได้อยู่หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเข้าสู่การเจรจาเพราะตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของคู่กรณีอีกฝ่าย ทำให้คู่กรณีที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย เพราะถูกครอบงำให้เข้าทำสัญญา สำนักความคิดที่สองนี้ไม่เพียงแต่พิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างคู่กรณีเท่านั้นแต่เป็นการพิจารณาถึงความติดต่อสัมพันธ์กันในเชิงสังคมด้วยว่าบุคคลไม่สมควรใช้อำนาจโดยของตนไปกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่น

ในท้ายที่สุดแล้วสำนักความคิดทั้งหลายที่พยายามอธิบายความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาและความรับผิดก่อนสัญญาได้สรุปใจความสำคัญว่า บุคคลหนึ่งติดต่อสัมพันธ์กับอีกบุคคลหนึ่งโดยมีความคาดหวังว่าอีกฝ่ายจะประพฤติตนไปตามหลักการของความมีเหตุผลและความซื่อสัตย์ต่อตนเอง ดังนั้น บุคคลจึงมีหนี้ในการต้องปฏิบัติตนอย่างมีเหตุผลและซื่อสัตย์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายด้วย

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการคุ้มครองและหน้าที่ในการซื่อสัตย์มีความแตกต่างกันในบางประเด็น เพราะว่าหน้าที่ในการคุ้มครองโดยปกติวิสัยแล้วเป็นสิ่งที่ควรมีอยู่ตั้งแต่แรกก่อนมีการเจรจา กล่าวคือ เป็นกรณีที่กฎหมายต้องการให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งกระทำการบางอย่างนอกเหนือไปจากการปฏิบัติตามสัญญา โดยถือว่าเป็นหน้าที่ในขั้นแรกหรือขั้นที่สองของการปฏิบัติ ส่วนหน้าที่ในการซื่อสัตย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเมื่อมีการเข้ามาเจรจาแล้วคู่กรณีมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือสิ่งใดๆระหว่างกันไป<sup>66</sup>

ในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นมีการถกเถียงกันเป็นอย่างมากกว่าความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนหนี้ก่อนสัญญา หรือ Culpa in contrahendo นั้นควรเป็นความรับผิดตามสัญญาหรือเป็นความรับผิดทางละเมิด ซึ่งในช่วงแรกของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้มีแนวคิดที่จะขยายความรับผิดก่อนสัญญาไปปรับใช้แก่กรณีที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น แต่ต้องเป็นกรณีที่ปรากฏว่าคู่สัญญามีความประพฤติน่าตำหนิคือการละเมิดต่อหน้าที่ทางสัญญาก่อนสัญญาจะเกิดด้วย แต่หากพิจารณาตามความเห็นของ Jhering จะพบว่า Jhering ต้องการนำหลักของกฎหมายสัญญามาเป็นมาตรฐานในการปรับใช้แก่ความรับผิดก่อนสัญญา ถึงกระนั้นผู้ร่างกฎหมายของเยอรมันก็ยังคงมีการถกเถียงกันต่อไปโดยยังไม่ได้ข้อสรุป

#### 2.2.9.4. ค่าเสียหายที่เกิดจากหนี้ก่อนสัญญา

สำหรับค่าเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายที่ฝ่าฝืนหนี้ก่อนสัญญาต้องชดใช้มีปัญหาว່าคควรเป็นค่าเสียหายในเชิงบวก (Positive interest) หรือค่าเสียหายในเชิงลบ (Negative interest) ในกฎหมายของเยอรมันนั้นเน้นการชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดหน้าที่ในการคุ้มครองซึ่งเป็นหนี้ก่อนสัญญาได้มีความมุ่งหมายที่จะทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิม

<sup>66</sup> Ibid, p.358.



ก่อนเข้ามาทำสัญญา เพราะเหตุที่นั่นก่อนสัญญาเกิดขึ้นเพราะต้องการยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม ในช่วงระยะเวลาของการเจรจาขณะเดียวกันก็ไม่ได้บังคับให้คู่กรณีต้องผูกพันเข้าทำสัญญาหากคู่กรณี อีกฝ่ายประพฤติตัวอย่างเหมาะสมแต่อย่างใด ในกฎหมายเยอรมันหากมีการละเมิดหน้าที่เกิดขึ้น จำเป็นที่จะต้องนำเอาเหตุผลในการตรากฎหมาย(ratio legis)เข้ามาพิจารณาด้วยว่าหน้าที่ดังกล่าว กำหนดไว้เพื่อจุดประสงค์อะไร สำหรับการละเมิดหน้าที่ในช่วงการเจรจากรณีที่เกิดการยกเลิกการ เจรจาอย่างไม่คาดฝันนั้น หน้าที่ต่างๆที่กำหนดไว้ให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมิใช่ไม่เพียงแต่เพื่อ ปกป้องไม่ให้คู่กรณีอีกฝ่ายได้รับความเสียหายอย่างเดียวเท่านั้นแต่ยังมีไว้เพื่อไม่ก่อให้เกิดการบังคับให้ สัญญาเกิดซึ่งจะเป็นการขัดต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาด้วย จึงเห็นได้ว่า เฉพาะแต่ค่าเสียหายใน เชิงลบเท่านั้นที่สามารถเรียกร้องได้ โดยเป็นการชดเชยให้คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายกลับเข้าสู่สถานะ ที่ใกล้เคียงกับสถานะก่อนที่จะเข้ามาเจรจาที่ไม่ประสบความสำเร็จหรือการเจรจาที่ไม่ดีนั้น

ส่วนค่าเสียหายในเชิงบวกเป็นเรื่องของการทำให้คู่กรณีอยู่ในสถานะที่ใกล้เคียง กับกรณีทำสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งหากมีการยอมให้มีการชดเชยค่าเสียหายในเชิงบวกก็จะเป็นการกระทบต่อ หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเพราะจะเป็นการต้องชดเชยในลักษณะที่เหมือนสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้ว โดยกรณีเดียวที่ค่าเสียหายในเชิงบวกอาจมีการชดเชยกันได้คือ กรณีที่ถือว่ามี การเกิดสัญญาโดยปริยาย เท่านั้น

โดยในกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลเยอรมันมีแนวทางในการปรับใช้มาตรา 249\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในการให้การเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี โดยการอ้างอิงเหตุ แห่งการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก่อนสัญญาที่แตกต่างกันบนฐานของหลักการสำคัญคือ ความสุจริต ในการ เยียวยาให้คู่กรณีสามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนมิได้เข้ามาเจรจาที่ไม่ประสบความสำเร็จนั้น อย่างไรก็ตามการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวต้องไม่เกินไปกว่าค่าเสียหายในเชิงบวก โดยที่คู่กรณี ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ด้วยเช่นเดียวกันว่า หากตนเองมิได้เชื่อและให้ความ

---

\* Section 249 Nature and extent of damages

- (1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.
- (2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred.

ไว้วางใจแก่คู่กรณีฝ่ายที่ฝ่าฝืนนี้ก่อนสัญญาว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ตนเองก็คงสามารถที่จะตกลงทำสัญญากับบุคคลอื่นโดยได้รับผลประโยชน์ที่มากกว่านี้ด้วย<sup>67</sup>

### 2.2.10. แนวความคิดเกี่ยวกับหนี้ก่อนสัญญาหลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002

จากการศึกษาพบว่า แนวทางในการปฏิบัติของศาลเยอรมันภายหลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002 ยังมีลักษณะที่เป็นไปในทางเดียวกันกับช่วงก่อนการปฏิรูป เนื่องจากเหตุผลในการปฏิรูปกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากการนำแนวทางในการตีความหลักสุจริตในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเดิมมาบัญญัติให้เป็นตัวบทกฎหมายที่ชัดเจนถูกต้องตรงตามนิติวิธีของระบบกฎหมายเยอรมัน ที่จะต้องปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแก่ข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกิดขึ้น เพื่อความถูกต้องและเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย

สรุปได้ว่า การฝ่าฝืนต่อหนี้ก่อนสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลเยอรมันจะปรับใช้ตัวบทกฎหมายลักษณะสัญญาและหนี้แก่กรณีในการให้คู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนต่อไป<sup>68</sup>

ด้วยเหตุนี้จึงเข้าใจได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันมีการยอมรับถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญามาอย่างยาวนานตั้งแต่ก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002 โดยหนี้ดังกล่าวเกิดขึ้นจากการตีความของศาลเยอรมันบนฐานของหลักสุจริต โดยมีจุดประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเพราะการกระทำของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ก่อนที่จะมีการนำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนเพื่อก่อให้เกิดความสะดวกในการเรียกร้องค่าเสียหายแก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายบนฐานของการขยายขอบเขตของสัญญาให้ครอบคลุมมาถึงช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญาด้วย

### 2.3. หลักกฎหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญา

ในฝรั่งเศสแต่เดิมนั้นยังไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติถึงหลักความรับผิดและหนี้ก่อนสัญญาเอาไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม มีหลักฐานจากแนวคำพิพากษาบางส่วนถึงปรากฏถึงการยอมรับหลักความรับผิดก่อนสัญญาในทางปฏิบัติ โดยศาลของฝรั่งเศสทำการตีความขยายขอบเขตของกฎหมายละเมิดให้ครอบคลุมไปถึงความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วง

<sup>67</sup> Tegethoff, M. "Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability" : p. 350.

<sup>68</sup> Anne Prudhomme. Pre-contractual period in French and German law [Online]. 2012. Available from : [https://blogs.warwick.ac.uk/anneprudhomme/entry/pre-contractual\\_period\\_in/](https://blogs.warwick.ac.uk/anneprudhomme/entry/pre-contractual_period_in/) [2018, November 4]

ระยะเวลาก่อนสัญญา หากมีการกระทำความผิดโดยคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผู้ไม่สุจริตแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเพราะความไว้นั้นเชื่อใจในการเจรจาดังกล่าว แต่ภายหลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แนวทางในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาอาจมีรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากขณะนี้ปรากฏว่ามีการบัญญัติถึงหน้าที่ได้การเจรจาด้วยความสุจริตก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแล้ว

### 2.3.1. ความหมายของ “หนี้ (Obligation)” กับความหมายของ “หน้าที่ (Duty)” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

แต่เดิมนั้นฝรั่งเศสเองก็มีความสับสนระหว่างการใช้คำว่า “หนี้” (Obligation) กับคำว่า “หน้าที่” (Duty) ในบริบททางกฎหมายเช่นเดียวกันกับประเทศอื่นๆ แต่ในปัจจุบันการใช้ถ้อยคำทั้งสองเริ่มมีความชัดเจนในการปรับใช้มากขึ้น โดยปรากฏว่าเริ่มมีการแทนที่คำว่า หน้าที่ อันเป็นสิ่งที่ “ควร” กระทำในทางสัญญา ให้มีลักษณะที่ชัดเจนว่าเป็นสิ่งที่ “ต้อง” กระทำมากขึ้น โดยการแปลง “หน้าที่” (Duty) ให้เป็น “หนี้” (Obligation) เช่น หนี้ในการให้ข้อมูล (Obligation to inform) หนี้ในการให้คำแนะนำ (Obligation to advise) และหนี้ในการตรวจสอบความปลอดภัย (Obligation to ensure safety) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเฉพาะหลักกฎหมายในทางสัญญาก็ยังพบว่ามีความเคลือบคลุมในการปรับใช้อยู่มากในฝรั่งเศสในการที่จะนำเสนอความแตกต่างระหว่างคำว่า “หนี้” (Obligation) กับคำว่า “หน้าที่” (Duty) ให้ชัดเจน ทั้งในแง่ของกรอบความคิดและลักษณะของความ เป็นศัพท์เฉพาะทาง เนื่องจากหากจะอธิบายว่า หนี้ในทางสัญญาเป็นการแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ในการปฏิบัติตามข้อตกลงต่างๆ ในสัญญาในความหมายอย่างกว้าง ก็อาจเกิดคำถามขึ้นได้ว่า ควรตัดถ้อยคำใดในสัญญาออกเพื่อสร้างความชัดเจนในการตีความ และคำว่า “หน้าที่” (Duty) นี้เป็นหน้าที่อันเป็นมาตรฐานทั่วไปที่ทุกคนพึงกระทำหรือควรหมายถึงหน้าที่เฉพาะที่กำหนดในสัญญาเท่านั้น<sup>69</sup>

หากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าว และมองว่าหน้าที่ที่ปรากฏในสัญญานั้นเป็นเพียงหน้าที่อันเป็นมาตรฐานทั่วไป (General Duties) กรณีนี้จะมีความเกี่ยวข้องกับการเยียวยาทางกฎหมายละเมิดหรือไม่ อย่างไร

ความยากในการตีความถ้อยคำดังกล่าวยังมีความชัดเจนขึ้นเรื่อยๆ เมื่อปรากฏว่ามี การค้นพบหลักหนี้ก่อนสัญญาเกิดขึ้นในระบบกฎหมาย ตัวอย่างเช่น หนี้ก่อนสัญญาในการให้ข้อมูล (Pre contractual Obligation of Information) หรือหนี้ในการกระทำด้วยความสุจริต (Obligation to act in Good Faith) โดยในฝรั่งเศสช่วงแรกนั้นมองว่า การละเมิดหนี้ดังกล่าวอาจเรียกร้องได้

<sup>69</sup> Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D., European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. p. 51.

บนฐานของกฎหมายละเมิด ไม่ว่าหนีก่อนสัญญาจะก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายหรือเกิดจากแนวทางในการตีความของศาล แต่ไม่ว่าอย่างไรหนีก่อนสัญญาต้องไม่ได้เกิดขึ้นจากตัวของสัญญา ดังนั้นจึงอาจมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นได้ว่า การใช้คำว่า “หนี้” (Obligation) ในกรณีนี้อาจไม่เหมาะสมเท่าที่ควร และอาจสมควรใช้คำว่า “หน้าที่” (Duty) มากกว่า<sup>70</sup>

ถึงกระนั้น ในความเป็นจริงและในบทความ หรืองานเขียนทางวิชาการต่างๆก็ยังมี การปรับใช้คำว่า “หนี้” และ “หน้าที่” สลับสับเปลี่ยนไปมาอยู่บ่อยครั้ง อาทิ หนี้หรือหน้าที่ในการให้คำแนะนำ (Obligation and/or Duty to advise) หรือหน้าที่ในการให้ข้อมูล (Obligation and/or Duty to Inform) หรือ หนี้หรือหน้าที่ในการสุจริต (Obligation and/or Duty to Good Faith) แม้กระทั่งในคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสเองก็ยังสร้างความสับสนในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหนี้ในการให้ข้อมูล โดยศาลสูงฝรั่งเศส (The Cour de Cassation) ได้ใช้ถ้อยคำว่า “ในความสัมพันธ์ทางสัญญา ระหว่างลูกค้ากับธนาคารนั้น ธนาคารมีหน้าที่ในการให้ข้อมูล (Duty to Inform) ความเสี่ยงต่างๆต่อลูกค้า” ในคำพิพากษาแทนที่ใช้คำว่า “หนี้”<sup>71</sup>

อย่างไรก็ดี ในฝรั่งเศสเองก็ยังคงมีความพยายามในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างคำว่า “หนี้” (Obligation) กับคำว่า “หน้าที่” (Duty) ในทางวิชาการ ซึ่งในบางครั้งศาลเองก็นำเอาวิธีการดังกล่าวมาปรับใช้ในการตัดสินคดีเช่นเดียวกัน คือ การแยกแยะความแตกต่างโดยอาศัยกลไกสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการที่ 1 กลไกที่เกี่ยวข้องกับธรรมชาติของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดหรือฝ่าฝืน กล่าวคือ ละเมิดต่อหน้าที่ จะส่งผลให้เกิดความรับผิดชอบภายใต้หลักกฎหมายละเมิด ในขณะที่การละเมิดต่อหนี้จะมีสภาพบังคับตามหลักการต่างๆทางสัญญาต่อไป

ประการที่ 2 ความสัมพันธ์กับขอบเขตที่ถูกครอบคลุมในการปฏิบัติราชการหนี้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำ ความแตกต่างนี้จะตั้งอยู่บนฐานของตัวบุคคลที่จะได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติราชการหนี้ของลูกหนี้ โดยหนีก่อนสัญญาจะผูกพันเฉพาะกับตัวของคู่สัญญาที่ปรากฏอยู่ในความผูกพันตามสัญญาเท่านั้น ในขณะที่ หน้าที่จะผูกพันรวมไปถึงผลประโยชน์ของบุคคลที่สามที่สามารถเรียกร้องอย่างใดๆได้ หากมีการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดเกิดขึ้น และ

ประการที่ 3 เป็นการคำนึงถึงผลกระทบจากสัญญา โดยผลกระทบดังกล่าวสามารถจัดแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม คือ 1.) ผลกระทบทั่วไปที่เกิดขึ้นโดยอิสระจากลักษณะทางธรรมชาติของสัญญา และผลกระทบที่มีลักษณะเฉพาะในแต่ละเอกเทศสัญญา

<sup>70</sup> Ibid, p.52

<sup>71</sup> Ibid, p.53

ถ้าหากว่าสัญญานั้นมีลักษณะที่เป็นนามธรรมและเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ก็สมควรที่จะต้องดำรงอยู่และทำให้บรรลุผลต่อไปด้วยความเป็นธรรม โดยให้การปฏิบัติการณ์ชำระหนี้ตามสัญญา และการกำหนดหนี้ระหว่างคู่สัญญาครอบคลุมไปถึงช่วงระยะเวลาก่อน ระหว่าง และหลังการเกิดขึ้นของสัญญา

จากความคิดเห็นของศาสตราจารย์ Mazeud เห็นว่า คู่กรณีจำเป็นต้องผูกพันต้องผูกพันตามหนี้อันเกิดขึ้นเป็นการเฉพาะนี้เหมือนอย่างเช่นที่ต้องผูกพันตามกฎหมาย หรือ ตามมาตรฐานทางกฎหมายที่ประกอบไปด้วยความคิดในทางกฎหมายอันก่อให้เกิดหนี้ดังกล่าวขึ้น ซึ่งตามความคิดดังกล่าวนี้เรียกว่าเป็น “หนี้ที่ต้องกระทำการโดยสุจริต” (Obligation to Good Faith) ที่คู่สัญญาต้องผูกพันภายใต้ มาตรา 1134 al. 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่กำหนดให้คู่กรณีต้องประพฤติตนด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยไม่ได้จำกัดไว้แค่ความสุจริตตามสัญญาเท่านั้น แต่ต้องสุจริตต่อการกระทำในสังคมเป็นการทั่วไปด้วย

ในเรื่องของมาตรฐานความประพฤติโดยสุจริตนั้น เกิดคำถามว่า หนี้ในการให้ข้อมูลรวมถึงหนี้อื่นๆในลักษณะเดียวกันจะต้องกระทำการในระดับใดจึงจะถือว่าสุจริต ศาสตราจารย์ H. and L. Mazeud เห็นว่า โดยหลักการเบื้องต้นนั้น คู่กรณีต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความประพฤติทั่วไป (A General Standard of Civility) ที่สามารถอธิบายได้อีกอย่างหนึ่งว่าเป็น “หน้าที่โดยทั่วไปของความประพฤติที่ดี” (A General Duty of Good Behavior) แต่จากการศึกษาต่อมาพบว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 1382 และมาตรา 1383 ได้กำหนดมาตรฐานเป็นการเฉพาะ คือ มาตรฐานของผู้มีวิชาชีพ (Professionals Standard) ที่ใช้ในเรื่องดังกล่าวเป็นปกติวิสัย โดยไม่คำนึงว่าสัญญาจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่<sup>72</sup>

สังเกตได้อย่างหนึ่งว่า ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นหนี้ในทางกฎหมายที่คู่กรณีต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเหมือนเช่นในกฎหมายของหลายๆประเทศ และความรับผิดชอบดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความผิดเกิดขึ้นเท่านั้น ความผิดในทางกฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีเรื่องที่น่าสนใจ คือ ฝรั่งเศสได้บอกไว้อย่างชัดเจนว่า ความผิดที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดนั้น คือ ความผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนหรือกระทำละเมิดต่อหน้าที่โดยทั่วไปของความประพฤติที่ดี (A General Duty of Good Behavior) ซึ่งเป็นลักษณะทางกฎหมายอย่างหนึ่งของกฎหมายธรรมชาติ จึงเป็นเหตุผลให้ในช่วงแรก ฝรั่งเศสมองว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด แล้วจึงก่อให้เกิดหนี้ขึ้นระหว่างคู่กรณี

<sup>72</sup> Ibid, p.54

### 2.3.2. ความหมายของ “ข้อผูกพัน (Engagement)” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในฝรั่งเศสมีความหมายในการปรับใช้ในทางกฎหมายที่คลุมเครือ เนื่องจากในบางกรณี “ข้อผูกพัน” มีการแสดงความหมายอย่างกว้างโดยครอบคลุมความสัมพันธ์ทั้งหมดของคู่กรณีในทางสัญญา ในขณะที่บางกรณีก็เป็นการแสดงความหมายไปในทางการออกคำสั่งหรือการปฏิบัติตามหน้าที่ในความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา

ในทางภาษาศาสตร์ “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในภาษาฝรั่งเศสเมื่อมีการแปลความมาเป็นภาษาอังกฤษในการบัญญัติกฎหมายสามารถแทนที่ด้วยคำว่า “Undertaking”, “Obligation”, หรือ “Commitment” โดยขึ้นอยู่กับความเหมาะสมและความสอดคล้องกับบริบทข้างเคียง ซึ่งหากแปลความต่อมาเป็นภาษาไทยก็จะสามารถแปลความเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ว่า “ภาระผูกพัน” หรือ “ข้อผูกมัด” ซึ่งในฝรั่งเศสมีการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในทุกความหมายทางภาษาอังกฤษข้างต้น อย่างไรก็ตามในฝรั่งเศสก็มีการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน” ไม่บ่อยเท่าคำว่า “หน้าที่” (Duty) และคำว่า “หนี้” (Obligation) อยู่นั่นเอง<sup>73</sup>

#### 2.3.2.1. การใช้คำว่า “ข้อผูกพัน (Engagement)” ในลักษณะที่มีความหมายคล้ายคลึงกับคำว่า “หนี้ (Obligation)”

คำว่า “ข้อผูกพัน (Engagement)” นี้มักปรากฏอยู่ในการดำเนินงานของธนาคารในทางระหว่างประเทศ เพื่อใช้ในการทำเอกสารเฉพาะที่เกี่ยวกับการดำเนินการให้สินเชื่อของธนาคาร ซึ่งในบริบทแวดล้อมทางลักษณะหนี้ คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) มีการใช้ในความหมายที่ไม่แตกต่างกับคำว่า “หนี้” (Obligation) เลย

อย่างไรก็ตาม คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) มักเป็นการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่สื่อความหมายถึง “การสมัครใจเข้าร่วมความสัมพันธ์ในทางสัญญา” ซึ่งความคิดดังกล่าวนี้มีลักษณะที่แตกต่างจากความคิดดั้งเดิมของคำว่า “หนี้” (Obligation) ที่สื่อถึงความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยในคดีความหนึ่งๆมากกว่า เสมือนว่า “ข้อผูกพัน” เป็นการผูกมัดที่เลือกที่จะยอมรับหรือไม่ก็ได้ ส่วน “หนี้” เป็นการผูกมัดที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายที่ไม่อาจเลือกที่จะไม่ยอมรับได้<sup>74</sup>

#### 2.3.2.2. ความไม่สอดคล้องกันของการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน (Engagement)” ในฐานะที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “หนี้ (Obligation)” ในกฎหมายฝรั่งเศส

น่าสังเกตว่าในกฎหมายฝรั่งเศสมีการใช้คำศัพท์เฉพาะคือ คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ที่แตกต่างหลากหลายสถานการณ์มาก ไม่ว่าจะปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือ กฎหมายแรงงาน เป็นต้น

<sup>73</sup> Ibid, p.48

<sup>74</sup> Ibid, p. 49

โดย“ข้อผูกพัน” (Engagement) นั้นมีการใช้อย่างสม่ำเสมอในฝรั่งเศส โดยคำนึงถึงความสะดวกมากกว่าการสร้างกรอบความคิดว่ากรณีใดบ้างที่สามารถใช้ได้ แต่จากการศึกษาพบว่าการยกตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดที่จะเข้าใจวิธีการใช้ คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ได้ ก็คือ การเทียบจากการแปลความในกฎหมายเยอรมันที่แปลคำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) และ“หนี้” (Obligation) ของฝรั่งเศสโดยใช้คำว่า “Verpflichtung” ทั้งสองคำ<sup>75</sup>

อีกประการหนึ่งคือ มูลเหตุที่ทำให้เกิดหนี้ของทั้ง “ข้อผูกพัน” (Engagement) และ“หนี้” (Obligation) ในทางข้อเท็จจริงก็คือ มูลเหตุเดียวกัน เห็นได้จากการพิจารณาเงื่อนไขในการใช้ตามกฎหมายฝรั่งเศสและกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายฝรั่งเศส (Francophone Laws) อาทิ กฎหมายเบลเยียม และกฎหมายของรัฐควิเบกในแคนาดาที่มีวิธีการปฏิบัติต่อคำทั้งสองคำในทางเดียวกันคือ ความผูกพันที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่

อย่างไรก็ดี ในบางครั้งก็มีการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในลักษณะของมูลเหตุที่ก่อให้เกิดหนี้เช่นเดียวกัน จึงทำให้เกิดความสับสนระหว่าง “ข้อผูกพัน” (Engagement) กับ “สัญญา” (Contract) ขึ้นอีกกรณีหนึ่ง

### 2.3.2.3. การแยกคำว่า “ข้อผูกพัน (Engagement)” ออกจากคำว่า “หนี้ (Obligation)”

ความสับสนที่เกิดขึ้นจากการจำแนกความแตกต่างในทางกฎหมายจากการใช้ถ้อยคำทั้งสอง เกิดขึ้นเป็นอย่างแรกจากแหล่งที่มาของการใช้ถ้อยคำทั้งสองคำนั้น กล่าวคือ

ในกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ มาตรา 175 ของกฎหมายลักษณะหนี้ได้วางหลักไว้ในวรรคสองว่า ลูกหนี้ไม่อาจบังคับให้มีการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามข้อผูกพัน (Engagement) ต่อผู้ซื้อในหนี้ (Debt) ดังกล่าวได้ トラบใดที่ลูกหนี้ยังไม่ได้กระทำการตามหนี้ (Obligation) ของตนเองต่อผู้ซื้อภายใต้สัญญาซื้อขายนั้น<sup>76</sup>

จากมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างมูลเหตุที่ก่อให้เกิดหนี้และหนี้ในตัวเอง ซึ่งในกรณีนี้ความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามหนี้ดังกล่าวควรแทนที่ด้วย “ข้อผูกพัน” (Engagement) มากกว่าการใช้คำว่า “หนี้” (Obligation) ตามความหมายดั้งเดิมของ “ข้อผูกพัน” (Engagement) ที่เป็นความผูกพันในการเชื่อมต่อบุคคลสองฝ่ายให้กระทำการบางอย่างซึ่งกันและกันด้วยความสมัครใจ

ในขณะที่กฎหมายของรัฐควิเบก มาตรา 1458 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งควิเบกมีการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในลักษณะที่เป็นการแทนที่คำว่า “หนี้” (Obligation)

<sup>75</sup> Ibid, p. 60

<sup>76</sup> Ibid, p. 61

มากกว่าจะสื่อถึงความหมายอื่นๆ ส่วนในกฎหมายเบลเยียมนั้น มาตรา 1143 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเบลเยียมมีการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในลักษณะที่สื่อถึงตัวตนของหนี้มากกว่าจะหมายถึงมูลแห่งหนี้

อย่างไรก็ดีในกฎหมายฝรั่งเศสมีการอธิบายถึงความแตกต่างระหว่างคำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) และคำว่า “หนี้” (Obligation) โดยอ้างอิงถึงเหตุผลในทางประวัติศาสตร์เป็นสำคัญ โดยในมาตรา 1836\* และมาตรา 1371\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในลักษณะของการกระทำด้วยความสมัครใจของคู่กรณีซึ่งส่งผลให้เกิดข้อผูกพันระหว่างทั้งสองฝ่าย ดังนั้นจากคำอธิบายดังกล่าว “ข้อผูกพัน” (Engagement) จึงสื่อความหมายถึง “ผลลัพธ์แห่งการกระทำโดยความสมัครใจ” ไม่ใช่มูลเหตุที่ก่อให้เกิดหนี้<sup>77</sup>

ในขณะที่บางครั้งมีการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในลักษณะของการแทนที่คำว่า “สัญญา” (Contract) ซึ่งจะทำให้ “ข้อผูกพัน” สามารถแปรเปลี่ยนเป็นมูลเหตุที่ทำให้เกิดหนี้ได้ ดังตัวอย่างใน มาตรา 1116 ที่ในตัวบทมีการใช้คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) แทนที่คำว่า “สัญญา” (Contract) ในการกระทำให้สัญญานั้นชอบด้วยกฎหมาย หรือในมาตรา 1182 วรรคสอง ที่กำหนดว่า ในการบรรลุต่อข้อตกลงในสัญญา หนี้ (Obligation) ถือว่ามีอยู่ตั้งแต่วันที่สัญญา (Engagement) ได้มีการตกลงกัน<sup>78</sup>

ความสับสนดังกล่าวยังคงมีอยู่อย่างสม่ำเสมอในทางวิชาการของฝรั่งเศส แม้จะมีความพยายามในการแยกแยะความแตกต่างระหว่าง คำว่า “ข้อผูกพัน” (Engagement) และคำว่า

\* French Civil Code

Article. 1836 Unless otherwise stipulated, the memorandum and the articles may be amended only by unanimous agreement of the members.

In no case may the commitments of a member be increased without his consent. ในมาตรานี้จากการแปลภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาอังกฤษได้มีการใช้คำว่า “Commitment” แทนที่คำว่า “Engagement” อ้างอิงจากคำอธิบายในเชิงอรรถของ Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D., European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding, Principles, Model Rules. p. 62

\* Article. 1371 Quasi-contracts are purely voluntary acts of man, from which there results some undertaking towards a third party, and sometimes a reciprocal undertaking of both parties. ในมาตรานี้จากการแปลภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาอังกฤษได้มีการใช้คำว่า “Undertaking” แทนที่คำว่า “Engagement” Ibid, p. 62

<sup>77</sup> Ibid, p. 62

<sup>78</sup> Ibid, p. 64



“หนี้” (Obligation) อยู่บ่อยครั้ง รวมไปถึงการแยกแยะการใช้ “ข้อผูกพัน” (Engagement) ในฐานะที่เป็นหนี้อันเป็นสิทธิเรียกร้องและการใช้ “ข้อผูกพัน” ในฐานะที่เป็นมูลเหตุที่ทำให้เกิดหนี้ (source of obligation) ซึ่งต้องอาศัยการตีความจากบริบทและสถานการณ์แวดล้อมอย่างต่อเนื่อง<sup>79</sup>

ดังนั้น จึงควรเข้าใจเป็นอย่างยิ่งว่า “ข้อผูกพัน” อาจเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจหรือเป็นมูลเหตุแห่งหนี้ก็ได้ในการตีความครั้งต่อไป

### 2.3.3. หลักสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในฐานะพื้นฐานทางกฎหมายของหนี้ก่อนสัญญา

หลักสุจริตมักได้รับการกล่าวถึงเสมอในการยกตัวอย่างทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดี แม้ว่าหลักการนี้จะ เป็นบทบาทที่ควรกระทำของบุคคลและความสัมพันธ์ทางสังคมในฐานะมนุษย์ที่มีความสัมพันธ์ต่อกันแต่หลักสุจริตก็ถูกกล่าวถึงในขอบเขตทางกฎหมายเพื่อแก้ไขความไม่ยืดหยุ่นของตัวกฎหมายเองและเพื่อนำกฎหมายให้เข้าใกล้สู่หลักความยุติธรรมมากที่สุด

ทุกวันนี้ หลักสุจริตได้รับการยอมรับว่าเป็นรากฐานอันเป็นพื้นฐานของหนี้ทางกฎหมายต่างๆ แม้หลักสุจริตจะเป็นฐานทางศีลธรรมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์แต่ในความเป็นจริงหลักดังกล่าวไม่สามารถปรับใช้ได้จริงโดยตัวของมนุษย์เอง เนื่องจากผลประโยชน์ในทางธุรกิจและการแลกเปลี่ยนความร่ำรวยระหว่างกันในสังคมตามความเป็นจริงไม่ได้ตั้งอยู่บนหลักการของความสุจริตและจริงใจต่อกัน

ปัจจุบันเราอาจกล่าวได้ว่าหลักสุจริตได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายศีลธรรมที่ถูกยกให้เป็นส่วนประกอบสำคัญในการเชื่อมสัมพันธ์ทางธุรกิจการค้า จากข้อเท็จจริงที่ว่าข้อบังคับต่างๆ ที่ถูกนำมาใช้ในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา มักมีพื้นฐานมาจากหลักสุจริตทั้งสิ้น กล่าวได้ว่าหลักสุจริตเป็นศูนย์กลางในทุกการกระทำระหว่างกันของคู่เจรจาในช่วงก่อนสัญญา

#### 2.3.3.1. แนวความคิดเกี่ยวกับหลักสุจริตในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ถึงแม้ว่าในหลากหลายประเทศจะให้การยอมรับหลักสุจริตในทางกฎหมายจนกระทั่งในบางประเทศมีกรบัญญัติให้หลักการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของตัวบทกฎหมาย กระนั้นก็ไม่ปรากฏว่ามีคำนิยามที่ชัดเจนว่า “ความสุจริต” มีความหมายว่าอย่างไร หลักสุจริตเป็นหลักการที่ดูเหมือนเข้าใจได้โดยง่ายแต่ในทางกลับกันกลับตีความได้ยากยิ่ง เพราะมีลักษณะที่เป็นอัตวิสัยและคลุมเครือทำให้ยากแก่การกำหนดคำนิยาม

สุจริต ในภาษาอังกฤษ คือ Good Faith ประกอบไปด้วยคำสองคำ คือ Good และ Faith ซึ่งมักมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำอย่างยุติธรรม ตาม Black’s Law Dictionary ให้

<sup>79</sup> Ibid, p. 65

นิยามว่า Good Faith เป็นสภาวะทางอัตวิสัยที่ตั้งอยู่บนฐานของความเชื่อในความซื่อสัตย์และความรับผิดชอบในหน้าที่บุคคลหนึ่งจะกระทำต่ออีกคนหนึ่ง โดยเป็นการปฏิบัติตามประเพณีนิยมทางการค้าหรือความซื่อสัตย์ในการประกอบวิชาชีพ และปราศจากเจตนาที่จะหลอกลวงบุคคลอื่นหรือกระทำการใดอันเป็นการขัดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดี

นักวิชาการทางกฎหมายในหลายประเทศใช้มาตรการที่แตกต่างกันในการตีความหลักสุจริต บ้างตีความว่าหลักสุจริต คือ ความถูกต้องและยุติธรรมในการปฏิบัติตามนี้ทางสัญญา ในทางที่เป็นทางยอมรับในประเพณีการค้าขาย บ้างโต้แย้งว่า หลักสุจริตเป็นหลักการพื้นฐานที่เกิดจากหลัก Pacta Sunt Servada หรือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ซึ่งเป็นหลักที่ทราบกันดีว่ามีความเกี่ยวข้องกับความซื่อสัตย์และยุติธรรม ในขณะที่บางฝ่ายเห็นว่าความสุจริตในการค้าขายระหว่างประเทศควรให้นิยามโดยอ้างอิงธรรมเนียมปฏิบัติและมาตรฐานทางเหตุผล โดยฝ่ายนี้มีทัศนะที่เห็นว่าเหตุผล หมายถึง บางสิ่งที่ได้รับการยอมรับจากประเพณีการค้าขาย

ในฝรั่งเศส นักกฎหมายให้ลักษณะทางกฎหมายของหลักสุจริตโดยแบ่งเป็นสองประเภท คือ คำนิยามโดยทั่วไป ที่หมายถึง ความซื่อสัตย์ในการกระทำทางกฎหมาย และคำนิยามเฉพาะที่หมายถึง ความสำคัญผิดเพียงเล็กน้อยที่เสริมเข้ากับสิทธิ จากคำนิยามดังกล่าวทำให้ฝรั่งเศสมีการประยุกต์ใช้หลักสุจริตเป็น 2 แนวทาง คือ ในทางแรก หลักสุจริตถูกใช้เป็นหลักที่บังคับใช้ในการตัดสินใจ การปฏิบัติตาม และการตีความสัญญา แนวทางที่สอง หลักสุจริตถูกใช้เป็นพื้นฐานทางกฎหมายในการที่จะช่วยเสริมการอ้างอิงถึงความสำคัญผิดของบุคคลที่เกิดจากความไม่รู้และไม่ตระหนักในข้อมูลบางอย่างจนก่อให้เกิดความผิดพลาดขึ้น<sup>80</sup>

แนวทางที่สองของฝรั่งเศสได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากเพื่อสนับสนุนและช่วยเหลือบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากความไม่รู้ข้อเท็จจริงบางอย่างนั้น เนื่องจากนักกฎหมายเห็นว่า บุคคลมักเชื่อว่าเขากำลังกระทำนิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอและเป็นการกระทำโดยความสุจริตด้วย เพราะบุคคลที่กระทำนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมักมีสภาวะจิตใจที่เชื่อว่าจะกำลังกระทำ การนั้นอย่างสุจริต ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายจะควรให้ความคุ้มครองบุคคลเหล่านี้ให้สามารถคัดค้านนิติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายได้และควรขจัดความคลุมเครือไปจากนิยามของความสุจริต โดยอาจกำหนดให้ ‘สุจริต’ มีความหมายถึง ‘ความซื่อสัตย์ ความยุติธรรม และพฤติกรรมที่เป็นเหตุเป็นผลซึ่งสามารถคาดหวังได้จากการกระทำของคู่เจรจาหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย รวมไปถึงบุคคลภายนอกฝ่ายที่สามที่อาจเข้ามาผูกพันตามสัญญาตั้งแต่เวลาที่ดำเนินการเจรจาระหว่างกัน การตัดสินใจทำสัญญา การบังคับใช้และการตีความสัญญา’

<sup>80</sup> Aryan, S., and Mirabbasi, B., “The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre – Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law,” *Journal of Politics and Law* 9 (2016): 232 .

### 2.3.3.2. หลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

จนกระทั่งถึงปลายศตวรรษที่ 15 หลักสุจริตก็ยังไม่ได้รับการยอมรับเป็นหลักการสำคัญเท่าที่ควรในฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม จากการขยายตัวทางการค้าในศตวรรษที่ 16 ทำให้หลักการนี้ได้รับการยอมรับมากขึ้นตามลำดับและมีการนำมาบัญญัติสอดแทรกไว้ในตัวบทกฎหมายเป็นระยะๆ โดยไม่มีการกำหนดนิยามไว้เป็นการเฉพาะ ถึงอย่างนั้น ในมาตรา 1134 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่า “คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสุจริต” ด้วยเหตุนี้จึงเกิดข้อสันนิษฐานเป็นการทั่วไปในฝรั่งเศสได้ว่า สัญญาทุกสัญญามีรากฐานมาจากหลักสุจริตจากเหตุผลดังกล่าวทำให้ศาลและคณะลูกขุนให้การยอมรับและอ้างอิงหลักสุจริตตามกฎหมายในการพิจารณาคดีที่หลากหลายคดี

### 2.3.3.3. การปรับใช้หลักสุจริตแก่ช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งในปีค.ศ. 2016

แม้ว่าจะมีความคิดเกี่ยวกับการต้องซื่อสัตย์สุจริตในระหว่างการเจรจาอย่างยาวนานนับตั้งแต่ที่มีการกล่าวถึงเรื่องนี้ครั้งแรกในบทความทางวิชาการของ Jhering ที่ได้รับการตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1861 และนำมาสู่การบัญญัติถึงหลักการกระทำโดยสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ในปีค.ศ. 1942 แต่ปรากฏว่าในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสประมวลกฎหมายแพ่งเบลเยียม และประมวลกฎหมายแพ่งลักซิมเบิร์ก<sup>81</sup> กลับไม่ปรากฏถึงหลักการดังกล่าวเอาไว้ไม่ว่าในมาตราใด มีแต่เพียงการวางหลักให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาด้วยความสุจริตในมาตรา 1134\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเท่านั้น<sup>82</sup> โดยที่บทบัญญัติในมาตรา 1134 นั้นก็ได้ถูกนำมาพิจารณาเป็นรากฐานของการฝ่าฝืนหรือการละเมิดต่อสิทธิของคู่สัญญาหรือคู่เจรจาโดยตรง เพียงแต่ในการปรับใช้ของศาลฝรั่งเศสนั้น ศาลจะมีการตีความให้หลักการในมาตราดังกล่าวเป็นแหล่งที่มาที่ก่อให้เกิดความรับผิดได้เท่านั้น<sup>83</sup>

ตรงกันข้ามกับประมวลกฎหมายแพ่งของรัฐควิเบก ประเทศแคนาดา ที่อยู่ในกลุ่มกฎหมายซีวิลลอว์ในตระกูลของกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาฝรั่งเศส (Franco Frontier)

<sup>81</sup> Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D., European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. p. 179.

\* Article 1134 Agreements lawfully entered into have the force of law for those who have made them.

They may be revoked only by their mutual consent, or for causes allowed by law. They must be performed in good faith.

<sup>82</sup> Ibid, p.183

<sup>83</sup> Ibid, p.184

เช่นเดียวกันกับฝรั่งเศสกลับมีการกำหนดให้มีการปรับใช้หลักสุจริตในการควบคุมพฤติกรรมของคู่สัญญาตั้งแต่เวลาที่เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างคู่เจรจา รวมตลอดถึง ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา และจนกระทั่งหนี้ตามสัญญาจะสำเร็จสิ้นไป ดังที่ปรากฏในมาตรา 1375<sup>\*84</sup>

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นปรากฏข้อเท็จจริงว่า แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะไม่ปรากฏหลักฐานถึงการมีอยู่ของการต้องกระทำการโดยสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาโดยชัดเจนในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปีค.ศ. 2016 แต่ในการพิจารณาคดีนั้น ศาลฝรั่งเศสมีการยอมรับถึงความมีอยู่ของหลักสุจริตในการปรับใช้กับช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาเพียงแต่จะปรับใช้ในลักษณะที่แตกต่างจากในประเทศเยอรมัน<sup>85</sup> กล่าวคือ ในเยอรมันมีแนวทางในการปรับใช้หลักสุจริตโดยการก่อให้เกิดความสัมพันธ์พิเศษระหว่างคู่เจรจาและปรับให้ความรับผิดชอบตามสัญญา หากคู่เจรจาฝ่าฝืนไม่กระทำการโดยสุจริต ในขณะที่ศาลฝรั่งเศสจะนำเอากฎหมายละเมิดมาปรับใช้กับการกระทำการฝ่าฝืนดังกล่าวมากกว่าที่จะตีความให้เป็นความรับผิดชอบในทางสัญญา<sup>86</sup>

หลักสุจริตส่งผลกระทบต่อภาระการเจรจาอย่างมาก เพราะในช่วงของการเจรจาคู่เจรจาจำเป็นต้องอาศัยความเชื่อใจระหว่างกันเพื่อให้ประสบความสำเร็จในการเจรจาทำสัญญา ระหว่างการเจรจานั้นคู่เจรจาต้องให้ความจริงใจและโปร่งใสอย่างขีดสุดในการทำงานร่วมกัน และจัดหาข้อมูลที่เป็นประกอบการตัดสินใจให้อีกฝ่ายอย่างครบถ้วน ซึ่งข้อมูลเหล่านั้นอาจเป็นความลับสำคัญทางธุรกิจของคู่เจรจาแต่ละฝ่ายทำให้คู่เจรจาต้องคำนึงถึงผลประโยชน์และไม่เจรจาเพียงคู่ในทางที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่งด้วย หลักสุจริตจึงก่อให้เกิดหน้าที่ดังต่อไปนี้แก่คู่เจรจา คือ หน้าที่โดยทั่วไปในการกระทำการโดยสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา<sup>87</sup>

สำหรับในประเทศฝรั่งเศสนั้น แต่เดิมในมาตรา 1134 ยังไม่มีการกำหนดถึงความสัมพันธ์ในการเจรจาก่อนสัญญาไว้ โดยกำหนดไว้เพียงแคหน้าที่ในระหว่างสัญญาต้องกระทำการโดยสุจริตเท่านั้น ถึงกระนั้นศาลและนักวิชาการฝรั่งเศสในขณะนั้นก็มีแนวโน้มที่จะยอมรับหน้าที่

\* Quebec civil code

Article. 1375. The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation is created and at the time it is performed or extinguished.

<sup>84</sup> Ibid, p.179.

<sup>85</sup> Ibid, p.175.

<sup>86</sup> Eva Steiner., French law : a comparative approach. (Oxford, New York : Oxford University Press, 2010). P. 317.

<sup>87</sup> Aryan, S., and Mirabbasi, B. “The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre – Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law.”: 234

โดยทั่วไปในการกระทำโดยความสุจริตในช่วงก่อนสัญญาเช่นกัน เห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลที่ได้สรุปหน้าที่โดยทั่วไปในการกระทำการโดยสุจริตในช่วงก่อนสัญญาว่าประกอบไปด้วย หน้าที่ในการให้ข้อมูล, หน้าที่ในการเก็บข้อมูลเป็นความลับ และหน้าที่ในการไม่ประพฤติตัวในทางที่ขัดแย้งกับคู่เจรจาระหว่างการเจรจา เป็นต้น

#### 2.3.4. แนวความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก่อนการปฏิรูปกฎหมายในปีค.ศ. 2016

ในการก่อให้เกิดสัญญา มักจะมีขั้นตอนของการเจรจาที่ยาวนาน เนื่องจากในสัญญาที่มีความสำคัญจำเป็นที่จะต้องมีการเจรจาในข้อตกลงที่ยุ่ยากและต่อเนื่องกันในหลายรอบ ทำให้ในปัจจุบันระบบกฎหมายในหลายประเทศเริ่มที่จะให้การยอมรับหน้าที่ในการกระทำการโดยสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา โดยมีการปรับใช้ได้หลายสถานการณ์

Rudolph von Jhering เป็นคนแรกที่มีความคิดในเรื่องนี้ดังปรากฏในบทความที่มีชื่อเสียงมากของเขาช่วงปีค.ศ. 1861 ซึ่ง Jhering เห็นว่าคู่เจรจาท้องรับผิดในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาก่อนเกิดสัญญา เนื่องจากพฤติกรรมของคู่เจรจาที่ชักจูงให้อีกฝ่ายหนึ่งเกิดความไว้วางใจว่า ในท้ายที่สุดจะเกิดสัญญาที่สมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างกันดังที่คู่เจรจาฝ่ายนั้นต้องการ อย่างไรก็ตามได้กล่าวถึงกรณีที่เกิดความผิดหวังอันเนื่องมาจากการเจรจาไม่ประสบความสำเร็จ

ต่อมา ผู้พิพากษาของเมืองเนเปิล ชื่อ Gabriele Fagella ได้เขียนบทความเกี่ยวกับความรับผิดเพราะเหตุยุติการเจรจาในช่วงปีค.ศ. 1906 โดยเขาได้แบ่งช่วงระยะเวลาของการเจรจาออกเป็น 3 ช่วงด้วยกัน คือ ช่วงเวลาก่อนที่คำเสนอใดๆจะถูกร่าง, ช่วงเวลาระหว่างที่คำเสนอถูกร่างแล้ว และช่วงเวลาหลังจากคำเสนอได้ถูกทำขึ้น ซึ่งตามทฤษฎีของ Fagella มีความเห็นว่าคู่เจรจาท้องรับผิดในทุกช่วงของการเจรจา ทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับสืบต่อมาในฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสแต่เดิมนั้นแม้จะได้รับอิทธิพลเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาเช่นเดียวกับในประเทศอิตาลี โดย Raymond Saleilles ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายของฝรั่งเศสได้เสนอความคิดว่า เมื่อคู่เจรจาได้เข้าทำการเจรจาต่อกัน ทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตระหว่างกันและไม่สามารถยุติการเจรจาตามอำเภอใจได้ เว้นแต่จะได้ชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งในความไว้นื้อเชื่อใจดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม หลักความรับผิดก่อนสัญญากลับไม่ได้รับการยอมรับและมีพัฒนาการมากเท่าในประเทศเยอรมันและอิตาลี เนื่องจากเหตุผลสองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง กฎหมายละเมิดของฝรั่งเศสมีการยอมรับให้นายจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ทำให้ในฝรั่งเศสสามารถปรับใช้กฎหมายละเมิดเข้ากับสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดก่อนสัญญาได้มากกว่าใน

กฎหมายเยอรมันที่มีเงื่อนไขในการใช้กฎหมายละเมิดที่ยุ้งยากกว่า จนทำให้เยอรมันต้องนำหลักกฎหมายสัญญาามาปรับใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา

ประการที่สอง ประเทศฝรั่งเศสในความสัมพันธ์กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ในฐานะที่เป็นความคิดอันเป็นพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งในประมวลกฎหมายฝรั่งเศส จึงทำให้นักกฎหมายฝรั่งเศสให้ความสนใจในการปกป้องหลักประกันในการใช้เสรีภาพของคู่สัญญามากกว่าการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญา โดยจะคำนึงถึงความเหมาะสมและระมัดระวังในการใช้เนื่องจากเกรงว่าจะกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลและทำให้บุคคลไม่กล้าทำสัญญาเพราะกลัวว่าจะต้องรับผิด

ในช่วงแรกนั้น นักกฎหมายและศาลของฝรั่งเศสมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันเป็นอย่างมากว่า หลักความรับผิดก่อนสัญญามีลักษณะเป็นความรับผิดในทางละเมิด เนื่องจากเป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนฐานแห่งการกระทำความผิด (Fault base liability) และไม่ใช่ความผิดเพราะการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เพราะฝรั่งเศสมองว่ากรณีดังกล่าวเป็นผลที่เกิดขึ้นในขณะที่สัญญายังไม่เกิด

ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาของฝรั่งเศสจึงต้องพิจารณาจากแนวทางในการรับผิดเพื่อละเมิดตามกฎหมายละเมิดของฝรั่งเศสเสียก่อน ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดของฝรั่งเศสนั้นประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

- 1.) ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น (Damage) และความเสียหายดังกล่าวนี้ต้องเป็นความเสียหายต่อประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง เนื่องจากบุคคลมีหน้าที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในสังคม
- 2.) ความเสียหายนั้นมีความสอดคล้องกันระหว่างการกระทำและผล (Causality) กล่าวคือ มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำ หรือละเว้นการกระทำของผู้กระทำละเมิดหรือผู้ที่อยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าว
- 3.) ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบ (Responsibility) เพราะเหตุเป็นผู้ลงมือกระทำการดังกล่าวเองหรือเป็นผู้ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่นที่อยู่ในความดูแลตามกฎหมายของตน

โดยในอดีตนั้น ศาลฝรั่งเศสเคยมีความเห็นในคดีที่ผู้จะเข้าทำสัญญาได้รับบาดเจ็บเนื่องมาจากการที่จะเข้าทำสัญญาว่า ผู้ที่จะเข้าทำสัญญาดังกล่าวไม่อาจเรียกค่าเสียหายบนฐานของสัญญาได้ เพราะเหตุว่า ความรับผิดตามสัญญาที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดการบาดเจ็บขึ้นเนื่องในโอกาสของการทำสัญญา แต่การบาดเจ็บดังกล่าวนี้ต้องเป็นผลอย่างหนึ่งที่เกิดจากหนี้สัญญา เมื่อการซื้อขายระหว่างคู่กรณีไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องมอบความปลอดภัยให้แก่ผู้ซื้อ คดีนี้จึงต้องนำหลักการทางกฎหมายละเมิดมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริง จึงเกิดเป็นแนวทางของศาล

ฝรั่งเศสในคำพิพากษาต่อมาว่า “สัญญาซื้อขายมิได้ก่อให้เกิดหนี้ในการที่จะต้องดูแลรักษาความปลอดภัยให้แก่ผู้ซื้อ”

ดังนั้น วิธีการในการรับผิดชอบผู้ที่กระทำความผิดก่อนสัญญาในช่วงก่อนมีการแก้ไขกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2016 จึงต้องอาศัยการชดเชยค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิด ตามที่วางหลักเอาไว้ในมาตรา 1382\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เนื่องจากศาลถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้น โดยมาตราดังกล่าวไว้ว่า การกระทำใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้กระทำความผิดดังกล่าวมีหนี้ในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งการจะเรียกร้องค่าเสียหายได้นั้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ความว่าตนได้รับความเสียหายจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของผู้ที่กระทำละเมิดดังกล่าวด้วย

### 2.3.4.1. ประเภทของหนี้และหน้าที่ก่อนสัญญา

จากหน้าที่โดยทั่วไปในการกระทำการโดยสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ก่อให้เกิดหน้าที่อื่นๆที่เกี่ยวข้องกันในอันที่คู่เจรจากรจะต้องปฏิบัติในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ตามมา ดังต่อไปนี้

#### 1. หน้าที่ในการเจรจาด้วยความจริงจังที่จะนำไปสู่ผลสรุปแห่งการตัดสินใจ

##### (Duty towards Seriousness)

การเริ่มต้นการเจรจามักเป็นที่เข้าใจได้ว่าคู่เจรจามีเจตนาและความมุ่งหมายอย่างแท้จริงที่จะทำให้เกิดสัญญาและความสัมพันธ์ตามสัญญาขึ้น ดังนั้นในทางทฤษฎีแล้ว ผู้ขายจึงไม่เข้าไปเจรจาในการทำสัญญาซื้อขายหากไม่มีเจตนาที่จะขายและผู้ซื้อจะไม่เข้าไปสอบถามถึงคุณสมบัติต่างๆของสินค้าหากไม่มีเจตนาที่ซื้อหรือสนใจในตัวสินค้านั้น ความจริงจังในช่วงก่อนสัญญาจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตและส่งผลให้เกิดเจตนาร่วมกันในการก้าวสู่การเจรจาขั้นถัดไป หากปรากฏในระยะใดก็ตามของการเจรจาว่าคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่มีความตั้งใจจริงที่จะบรรลุข้อตกลงในการทำสัญญา คู่เจรจานั้นต้องรับผิดชอบต่ออีกฝ่ายหนึ่งสำหรับความเคารพและเชื่อใจในความสุจริตของฝ่ายนั้น<sup>88</sup>

ในกฎหมายฝรั่งเศส หากคู่เจรจาเข้ามาเกี่ยวข้องในนิติกรรม เริ่มต้น หรือดำเนินต่อไปซึ่งการเจรจาโดยปราศจากเจตนาที่แท้จริงที่จะก่อให้เกิดสัญญาและผลจากการนั้นก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่สมควรจะเสียแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายที่เชื่อโดยสุจริตว่าสัญญาจะเกิดขึ้น ฝ่ายที่ปราศจาก

\* Article. 1382 Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it.

<sup>88</sup> Aryan, S., and Mirabbasi, B., “The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre – Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law.”: 237.

เจตนาที่แท้จริงจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่ออีกฝ่าย จากแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส พบว่า การที่จำเลยเข้าเจรจากับโจทก์เพียงเพื่อสืบหาข้อมูลและตัดช่องทางทางการค้าคู่แข่ง เนื่องจาก จำเลยต้องการขายทรัพย์สินในลักษณะเดียวกันให้กับผู้อื่น ศาลจึงตัดสินให้จำเลยต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่โจทก์สำหรับการที่โจทก์ต้องปฏิเสธที่จะเจรจากันสูญเสียโอกาสในการขายทรัพย์สินให้กับบุคคล ที่มีเจตนาจะซื้ออย่างแท้จริง และสำหรับกรณีในตอนแรกคู่เจรจามีเจตนาที่จะทำสัญญาโดยแท้จริง แต่ในช่วงกลางของการเจรจากลับตัดสินใจทำสัญญากับบุคคลอื่นก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่อีกฝ่ายเช่นกัน

## 2. หน้าที่ในการเจรจาด้วยความโปร่งใส (Duty towards Transparency)

จุดประสงค์ขั้นต้นในการเจรจาในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาเป็นการสร้างความเข้าใจร่วมกันเพื่อนำไปสู่ข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญในการทำสัญญา เป็นที่น่าสังเกตว่าถ้อยคำที่คลุมเครือมักจะได้รับความสนใจที่จะนำมาปรึกษากันในช่วงเวลาก่อนสัญญา ทำให้หลักสุจริตเป็นเรื่องสำคัญในการสร้างความโปร่งใสระหว่างคู่เจรจาในช่วงเวลาดังกล่าว คู่เจรจาทั้งสองฝ่ายจะต้องทำ ความเข้าใจอย่างชัดเจนในการสื่อความหมายที่ต้องการของตนให้อีกฝ่ายทราบในระหว่างเจรจา การใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือหรือตีความได้หลายนัยยะซึ่งอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดนั้น นอกจากจะทำให้ การทำสัญญาไปสู่ผลสำเร็จได้ยากแล้ว ยังก่อให้เกิดความสับสนระหว่างคู่สัญญาในภายหลังด้วย

ความสำคัญของการทำธุรกรรมหรือนิติกรรมด้วยความโปร่งใสไม่คลุมเครือในช่วงของการเจรจาขั้นต้นอาจควบคุมได้โดยการออกข้อบังคับที่แน่นอน อาทิ การกำหนดให้การใช้คำศัพท์ เฉพาะหรือคำศัพท์ภาษาต่างประเทศจำเป็นต้องมีภาษาราชการหรือภาษาสากลอธิบายกำกับไว้ เพื่อ สร้างความเข้าใจที่ตรงกันทั้งสองฝ่าย เนื่องจากความเข้าใจผิดของคู่เจรจาอาจเกิดขบวนการบรรล จेतนาในการทำสัญญาที่แท้จริงระหว่างคู่เจรจาซึ่งจะส่งผลให้การทำสัญญาไม่ประสบความสำเร็จได้<sup>89</sup>

## 3. หน้าที่ในการจัดหาข้อมูล (Duty towards Providing Information)

หลักการสำคัญเบื้องหลังการเจรจา คือ การแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งกันและกัน ระหว่างคู่เจรจา เพื่อให้คู่เจรจาสามารถใช้ข้อมูลที่ได้รับมาในการประเมินว่าสมควรที่จะทำสัญญาใน ตอนท้ายหรือไม่ ดังนั้น คู่เจรจาจึงสมควรจัดเตรียมข้อมูลที่เกี่ยวข้องด้วยความสุจริต นำเสนอข้อมูล ตามความเป็นจริงเพื่อให้อีกฝ่ายใช้ประกอบการตัดสินใจทำสัญญาได้ถูกต้องตรงตามความประสงค์ที่ แท้จริง เนื่องจากข้อมูลเหล่านั้นมักมีอิทธิพลต่อการตกลงทำสัญญาทั้งสิ้น

แนวโน้มในปัจจุบันปรากฏว่านักกฎหมายมักบัญญัติให้คู่เจรจาทั้งสองฝ่ายมี ภาระหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลด้วยความสุจริต นำเสนอปัจจัยต่างๆอย่างตรงไปตรงมาเพื่อให้คู่ เสรจาใช้ประกอบการตัดสินใจในอนาคตได้ เพราะการเปิดเผยข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วนเป็นการสร้าง

<sup>89</sup> Ibid, p. 239.



ความมั่นคงและส่งผลให้คู่เจรจามีแนวโน้มที่จะตัดสินใจเข้าทำสัญญามากกว่าการปกปิดหรือปลอมแปลงข้อมูล

### 1.) ขอบเขตของข้อมูลที่ควรเปิดเผยในช่วงก่อนสัญญา

ในช่วงการเจรจา คู่เจรจาไม่จำเป็นที่จะต้องจัดเตรียมข้อมูลทั้งหมดทั้งหมดให้พร้อมแก่อีกฝ่ายหนึ่ง เพียงแต่ต้องเตรียมข้อมูลสำคัญที่จะส่งผลต่อการตัดสินใจเข้าทำสัญญาของคู่เจรจาเท่านั้นก็พอ และคู่เจรจาอีกฝ่ายก็ไม่สมควรที่จะคาดหวังว่าตนเองจะได้รับการเปิดเผยข้อมูลสำคัญและเป็นความลับที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อเรื่องที่จะเข้าทำสัญญาโดยตรงด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในการทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ บริษัทผู้ผลิตรถยนต์ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยถึงการวิจัยนวัตกรรมการลดการใช้เชื้อเพลิงที่กำลังพัฒนาอยู่ให้ผู้ที่จะซื้อรถยนต์ทราบ หรือเภสัชกรไม่ควรคาดหวังว่าบริษัทผลิตยาที่ตนเข้าเจรจาเพื่อซื้อเวชภัณฑ์จะเปิดเผยถึงสูตรลับในการผลิตยาต้านโรคใหม่ๆให้ตนได้รับทราบ ด้วยเหตุนี้ ข้อมูลสำคัญที่ควรเปิดเผยในการเจรจาขั้นต้นจึงจำกัดเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องและเพียงพอต่อการประกอบการตัดสินใจทำสัญญาเท่านั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลในอนาคตหรือโอกาสทางธุรกิจอื่นๆของบริษัทที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงในสัญญา

ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 หมวดหมู่ คือ

(1.) ข้อมูลที่ไม่มีความสำคัญและไม่ส่งผลกระทบต่อตัดสินใจเข้าทำสัญญา ข้อมูลประเภทนี้จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยให้คู่เจรจาทราบ

(2.) ข้อมูลที่อาจส่งผลกระทบต่อตัดสินใจของคู่เจรจา ข้อมูลประเภทนี้ถือว่าเป็น “ข้อมูลสำคัญ” ที่คู่เจรจาที่สุจริตสมควรจัดเตรียมและนำเสนอให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพื่อเป็นการอธิบายถึงหัวข้อหรือถ้อยคำที่ปรากฏในสัญญาที่คู่เจรจามุ่งหมายจะทำอันจะส่งผลให้อีกฝ่ายหนึ่งสามารถเข้าใจในเจตนาและความต้องการของคู่เจรจาได้อย่างชัดเจนและตัดสินใจได้ถูกต้อง รวมไปถึงการแสดงเจตนาทำสัญญาให้ครบถ้วนตามองค์ประกอบที่กฎหมายต้องการและบังคับใช้ตามกฎหมายได้โดยปราศจากข้อบกพร่องที่ไม่พึงประสงค์<sup>90</sup>

### 2.) รูปแบบของการจัดเตรียมข้อมูล

ในฝรั่งเศสช่วงแรกยังไม่ปรากฏตัวบทกฎหมายหรือขอบเขตข้อบังคับในการจัดเตรียมข้อมูลในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาที่ชัดเจน โดยเหตุที่นักกฎหมายฝรั่งเศสในเวลานั้นมีความเห็นว่า ยังไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลใดๆในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา เนื่องจากในสังคมที่เป็นอิสระและมีเสรีภาพคู่เจรจาสามารถค้นหาข้อมูลที่ต้องการตามความจำเป็นได้ด้วยตนเอง จึงไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดเป็นข้อบังคับแห่งกฎหมายไว้ก็ได้

<sup>90</sup> Ibid

อย่างไรก็ตาม จากปัญหาความไม่เท่าเทียมกันและความไม่สมดุลใน ศักยภาพด้านการค้นหาข้อมูลของคู่เจรจาในการทำสัญญา ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางความคิด ขึ้นทีละน้อย เริ่มจากการที่ศาลพยายามค้นหาวิธีการแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดการแสดงเจตนาเพราะ เหตุกลฉ้อฉล หรือการสำคัญผิดต่างๆ และการสร้างความรับผิดชอบให้เกิดขึ้นแก่ผู้ก่อให้เกิดความบกพร่อง นั้น โดยการค้นหาฐานทางกฎหมายเพื่อผูกมัดคู่เจรจาให้มีหน้าที่ในการจัดหาข้อมูลจำเป็นให้กับอีก ฝ่ายได้ทราบอย่างเท่าเทียมกัน ด้วยเหตุนี้ ปัจจุบันฝรั่งเศสจึงได้กำหนดให้คู่เจรจามีหน้าที่ในการ จัดเตรียมข้อมูลจำเป็นให้แก่อีกฝ่ายในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา

ศาลบางแห่งในฝรั่งเศสมีความเห็นว่า การไม่กำหนดเงื่อนไขในการจัดหา ข้อมูลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของสัญญา เนื่องจากมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมาย แห่งฝรั่งเศสและหลักความรับผิดชอบทั่วไปทางแพ่งอื่นๆ หากสัญญาถูกกระทำลงโดยไม่มีการเปิดเผย ข้อมูลที่เกี่ยวข้องจากคู่เจรจา ศาลจะไม่เพียงแต่กำหนดให้คู่สัญญาที่ไม่เปิดเผยข้อมูลชดใช้ความ เสียหายใดๆที่เกิดแก่อีกฝ่ายเท่านั้น แต่ยังอาจสั่งให้สัญญาที่เกิดขึ้นสามารถยกเลิกได้อีกด้วย นอกจากนี้ ศาลยังเห็นอีกว่า แม้จะมีการกำหนดหน้าที่ให้ต้องเปิดเผยข้อมูลแล้วแต่หากคู่เจรจายังคง เจียบในระหว่างการเจรจาก่อนการทำสัญญา การกระทำดังกล่าวนั้นอาจตีความได้ว่าคู่เจรจาฝ่ายที่นิ่ง เจียบนั้นกำลังกระทำกลฉ้อฉลในเชิงลบ (Negative Fraud) ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายรถยนต์มีเอกสาร ผู้ซื้อมักตัดสินใจซื้อรถโดยพิจารณาจากตัวเลขที่ปรากฏบนเข็มไมล์วัดระยะทาง (odometer) ซึ่งหาก รถยนต์มีปริมาณการวิ่งน้อยก็มีโอกาสที่จะซื้อสูง โดยที่ผู้ซื้ออาจไม่ทราบเลยว่าผู้ขายได้กระทำการ ปรับเปลี่ยนเครื่องวัดเข็มไมล์ของรถไปเสียแล้ว ส่งผลให้ตัวเลขไมล์ที่ปรากฏไม่ตรงต่อความเป็นจริง จากกรณีดังกล่าวนี้ ศาลสูงของฝรั่งเศสตัดสินว่าการกระทำของผู้ขายเป็นการปฏิเสธหน้าที่ในการให้ ข้อมูลและเป็นการกระทำกลฉ้อฉลในเชิงลบ<sup>91</sup>

### 3.) การคาดการณ์รูปแบบการลงโทษของการไม่จัดหาข้อมูล

จากตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางแพ่งหลากหลายคดีปรากฏว่า หากการไม่เปิดเผยข้อมูลในช่วงก่อนการเกิดสัญญาไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายใดๆขึ้น คู่เจรจาที่ไม่ เปิดเปิดเผยข้อมูลไม่มีความรับผิดชอบแต่อย่างใด จากเหตุผลดังกล่าว ศาลควรที่จะเริ่มต้นการพิจารณาจาก ความเสียหาย จากนั้นจึงไต่สวนโดยคำนึงถึงหลักจริยธรรมที่สมควรได้รับรวมไปถึงค้นหาสาระสำคัญที่ แท้จริงของคดี เพราะในบางกรณีการไม่ได้รับรู้ข้อมูลสำคัญของคู่เจรจาที่พึงจะทราบอาจพิจารณาเป็น ความเสียหายทางปัญญาได้ เช่น การไม่ได้รับทราบข้อมูลความเสี่ยงจากการผ่าตัดหรือการรักษาที่ อาจเกิดขึ้นครบทุกแง่มุมของคนไข้สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นความเสียหายอย่างหนึ่ง

<sup>91</sup> Ibid

เมื่อคู่เจรจาฝ่ายใดตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อไม่จัดหาข้อมูลให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งๆที่ควรจะตระหนักได้ถึงหน้าที่ดังกล่าวของตน อาจถูกลงโทษได้ 3 รูปแบบ คือ

(1.) การยกเลิกสัญญา

หากคู่สัญญาค้นพบภายหลังทำสัญญาแล้วว่า ตนเองทำสัญญาไปโดยผิดพลาดเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการจัดเตรียมข้อมูลให้แก่ตนทราบก่อนทำสัญญา คู่สัญญาที่ไม่ทราบข้อมูลสามารถร้องขอต่อศาลช่วยตัดสินให้สัญญานั้นถูกยกเลิกได้

(2.) สิทธิในการสิ้นสุดสัญญา

หากคู่สัญญาปฏิบัติที่จะให้ข้อมูลแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในช่วงของการเจรจาเกี่ยวกับข้อบกพร่องหรือความผิดปกติของวัตถุแห่งสัญญาที่คู่สัญญาผู้หรือควรรู้ เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงข้อบกพร่องดังกล่าวสามารถยกเลิกเป็นข้อกล่าวอ้างในการเลิกสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม สิทธิในเรื่องนี้ยังมีข้อโต้แย้งในกรณีที่คู่สัญญาไม่ทราบความจริงเกี่ยวกับข้อบกพร่องดังกล่าวอีกฝ่ายจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่

(3.) การชดเชยค่าเสียหาย

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการปิดบังหรือไม่จัดหาข้อมูลที่จำเป็นของอีกฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากฝ่ายที่มีหน้าที่ในการให้ข้อมูลได้ การลงโทษในรูปแบบนี้สามารถแยกออกเป็นการลงโทษที่เป็นเอกเทศหรือรวมเข้ากับการลงโทษในรูปแบบอื่นที่กล่าวไปแล้วก็ได้

ทางปฏิบัติการตัดสินให้คู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาโดยถูกปิดบังข้อมูลมีสิทธิเลิกสัญญาเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอ ศาลจึงจำเป็นต้องตัดสินให้คู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่จัดหาข้อมูลให้ตามความจำเป็นชดเชยค่าเสียหายอื่นๆที่เกิดขึ้นเพราะความไว้วางใจได้แก่ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการทำและปฏิบัติตามสัญญาตามสมควร หรือการสูญเสียโอกาสในการเข้าทำสัญญาใหม่กับคู่เจรจาอื่น เป็นต้น<sup>92</sup>

#### 4. หน้าที่ในการรักษาข้อมูลความลับ (Duty towards

#### Confidentiality)

จากหน้าที่ในการจัดหาข้อมูลที่จำเป็นในการทำสัญญาให้ระหว่างคู่เจรจาทามหลักสุจริต ส่งผลให้มีหน้าที่ในการรักษาข้อมูลความลับเพราะเหตุได้รับข้อมูลสำคัญทางการค้าตามมา โดยคู่เจรจาฝ่ายที่ได้รับข้อมูลมีหน้าที่ที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาจากอีกฝ่ายหนึ่งให้บุคคลอื่นทราบหรือการห้ามนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้เพื่อจุดประสงค์อื่นนอกจากการทำสัญญา ในทางกฎหมายแล้วการ

<sup>92</sup> Ibid

รักษาข้อมูลความลับระหว่างการเจรจา ก่อนสัญญาเป็นหน้าที่สำคัญส่วนหนึ่งในทฤษฎีหลักความรับผิดชอบ ก่อนสัญญาระหว่างคู่สัญญา

คู่เจรจามีหน้าที่ในการห้ามมิให้เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้รับจากคู่เจรจาอีกฝ่ายในระหว่างการเจรจาต่อบุคคลอื่น รวมถึงห้ามนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้โดยไม่เหมาะสมต่อประโยชน์ส่วนบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา หากเกิดความเสียหายจากการละเมิดต่อหน้าที่ในการห้ามเปิดเผยข้อมูลความลับ คู่เจรจาที่ละเมิดหน้าที่ดังกล่าวจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการละเมิดนั้น รวมถึงผลประโยชน์ที่ได้จากการนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ด้วย

ในระหว่างการเจรจานั้น คู่เจรจาอาจได้รับประโยชน์จากการเปิดเผยข้อมูลสำคัญ อาทิ ข้อมูลทางเทคนิค หรือความลับทางธุรกิจต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทำสัญญา หากข้อมูลเหล่านั้นเป็นความคิดที่ได้รับการจดสิทธิบัตรเรียบร้อยแล้วก็คงไม่มีความเสี่ยงอะไรเกิดขึ้น เนื่องจากหากคู่เจรจานำข้อมูลดังกล่าวไปเปิดเผยเขาก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรอยู่แล้วนั่นเอง แต่หากเป็นข้อมูลที่ยังไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอื่น แม้คู่เจรจาฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อมูลจะไม่แจ้งให้ฝ่ายที่ได้รับข้อมูลทราบว่าต้องเก็บข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับ แต่คู่เจรจาก็สมควรทราบได้โดยปริยายว่าต้องเก็บรักษาความลับทางธุรกิจที่ได้รับทราบจากคู่เจรจาไว้เป็นอย่างดี เนื่องจากคู่เจรจาเต็มใจมอบข้อมูลให้เพื่อประกอบการตัดสินใจทำสัญญาเท่านั้น การนำข้อมูลความลับนั้นไปเปิดเผยหรือนำไปหาประโยชน์ส่วนบุคคลอาจสร้างความเสียหายให้กับเจ้าของข้อมูลเป็นอย่างยิ่ง และอาจถูกพิจารณาว่ากระทำการละเมิดสัญญาได้ในกรณีที่มีการบรรลุข้อตกลงในการทำสัญญา<sup>93</sup>

สำหรับกรณีที่การให้ข้อมูลนั้นปราศจากการปกป้องคุ้มครองโดยสิทธิบัตรหรือไม่มี การทำสัญญาในตอนท้าย ในทางทฤษฎีถือว่าคู่เจรจาไม่มีหนี้ใดๆต่อกันในการต้องเก็บรักษาข้อมูลที่ได้รับมาไว้เป็นความลับระหว่างการเจรจา อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ การไม่เก็บรักษาข้อมูลที่ได้รับมาไว้เป็นความลับหรือการนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการสัญญาถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริต กล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า หน้าที่ในการซื้อสัตย์สุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาสามารถแสดงนัยยะได้ว่าต้องรวมถึงหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลที่ได้รับมา ระหว่างการเจรจาไว้เป็นความลับด้วย

ในฝรั่งเศส การเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับหรือการใช้ข้อมูลที่ได้รับมาใน จุดประสงค์ส่วนตัวที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาถูกพิจารณาว่าเป็นการละเมิดและเป็นการก่อให้เกิด ความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดยประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสมีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่

<sup>93</sup> Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D., European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. p. 180.

ยึดหยุ่นในการพิจารณาว่าข้อมูลใดถือเป็นข้อมูลอันเป็นความลับโดยพิจารณาจากตัวข้อมูลนั้นๆเอง ศาลสูงฝรั่งเศสได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาลงวันที่ 3 ตุลาคม ปีค.ศ. 1978 ความว่า บุคคลที่เข้าสู่การเจรจาโดยมีจุดประสงค์เพียงพอได้รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องจากอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้นต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของข้อมูลดังกล่าว<sup>94</sup>

ประเด็นสำคัญที่เกิดขึ้นคือ สถานการณ์ใดในระหว่างการเจรจาที่ถือว่าคู่เจรจามีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับ จากการศึกษาพบว่าข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงหรือข้อมูลที่ได้รับจากคู่เจรจาที่มีคุณสมบัติหรือความเชี่ยวชาญพิเศษสามารถก่อให้เกิดหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับแก่ผู้ได้รับข้อมูลได้ อาทิ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับองค์ความรู้เฉพาะเรื่อง (Know-how) ยุทธศาสตร์ทางการค้า (Commercial strategies) ข้อมูลของลูกค้าหรือผู้ผลิต งบดุล (Balance sheets) ที่มีความซับซ้อนมากกว่าที่คู่เจรจาเปิดเผยต่อสาธารณะเป็นการทั่วไป หรือผลการตรวจสอบทางบัญชี รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับการตรวจสอบสถานะทางธุรกิจ (Due diligence)

มีความแตกต่างในการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับอยู่ 2 ทางด้วยกัน คือ 1.) การเปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาต่อสาธารณะ 2.) การใช้ข้อมูลที่ได้รับมาในการก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ตนเอง

การเยียวยาที่เป็นไปได้สำหรับการละเมิดต่อหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับ คือ การชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งค่าเสียหายอาจรวมถึงการกลับคืนสู่สภาพเดิมโดยการได้รับประโยชน์ที่คู่เจรจาฝ่ายที่กระทำผิดหน้าที่จะได้รับจากการละเมิดต่อหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับนั้น

ส่วนในฝรั่งเศสมีแนวทางการชดเชยให้แก่คู่เจรจาที่ถูกเปิดเผยข้อมูลหรือนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญามีความเป็นไปได้ 2 แนวทางด้วยกัน คือ

- 1.) คู่เจรจาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสมควรได้รับการชดเชยเท่ากับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการเปิดเผยข้อมูลหรือการนำข้อมูลความลับเหล่านั้นไปใช้
- 2.) คู่เจรจาฝ่ายที่ถูกเปิดเผยข้อมูลควรได้รับการชดเชยเท่ากับผลประโยชน์ที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับจากการเปิดเผยข้อมูลหรือการนำข้อมูลความลับเหล่านั้นไปใช้ ไม่ว่าจะคู่เจรจาฝ่ายที่ถูกเปิดเผยข้อมูลนั้นจะได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม

กรณีที่คู่เจรจาเข้าสู่การเจรจาโดยมีจุดประสงค์เพียงเพื่อได้รับข้อมูลความลับทางธุรกิจของอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น บุคคลดังกล่าวไม่เพียงแต่จะต้องรับผิดชอบต่อหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับเท่านั้น แต่จะต้องชดเชยเงินคืนให้แก่คู่เจรจาที่สุจริตสำหรับค่าใช้จ่ายใดๆที่ต้องเสียไปเพราะการเข้าสู่การเจรจาที่ไม่มีประโยชน์นั้น

<sup>94</sup> Aryan, S., and Mirabbasi, B., "The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre – Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law,": 240.

## 5. หน้าที่ในการงดเว้นการเจรจาเคียงคู่ (Refraining from Parallel Negotiations)

คู่แข่งทางการค้าในตลาดการค้าเสรีมักต้องการเข้าสู่การเจรจาที่หลากหลายเพื่อเลือกข้อเสนอที่ดีที่สุดให้กับธุรกิจของตนเอง ด้วยเหตุนี้ คู่เจรจาจึงสามารถเข้าสู่การเจรจาเบื้องต้นกับคู่เจรจาหลายคนได้หากมีจุดประสงค์สุดท้ายที่จะทำสัญญาอย่างแท้จริง แต่ในบางสถานการณ์ คู่กรณีบางคนดำเนินการเจรจาต่อไปโดยมีข้อสันนิษฐานว่ามีแค่คู่เจรจาที่เกี่ยวข้องกับการเจรจาเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ดังนั้นหากคู่เจรจาเลือกที่จะเข้าทำสัญญากับคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งแล้วจะต้องไม่ดำเนินการเจรจาหรือเข้าทำสัญญาในเรื่องเดียวกันกับคู่เจรจาอื่นที่เกี่ยวข้องกันอีก

นักกฎหมายมากมายได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบส่วนบุคคลเพราะเหตุเจรจาเคียงคู่หรือเจรจาพร้อมกันหลายฝ่ายไว้ บ้างเห็นว่าการเข้าเจรจากับคู่เจรจาหลายฝ่ายหลายการเจรจาในเรื่องเดียวกันนั้นเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตและเป็นการก่อให้เกิดความรับผิดแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเจรจานั้น ในขณะที่บางฝ่ายเห็นว่า การเข้าเจรจาเคียงคู่กับคู่เจรจาหลายฝ่ายไม่ก่อให้เกิดความรับผิด หากคู่เจรจาไม่ได้ตกลงต่อกันไว้ว่าจะให้สิทธิในการเจรจาแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ซึ่งหนี้ในการเจรจาแต่เพียงผู้เดียวนี้อาจเป็นข้อตกลงที่ชัดเจนหรือเกิดขึ้นโดยปริยายก็ได้

ข้อสังเกตที่สำคัญอย่างหนึ่งคือ แนวคิดที่เห็นว่าหากการเจรจาเคียงคู่นั้นมีลักษณะที่เอาจริงเอาจังและคู่เจรจาดังใจที่จะเลือกข้อเสนอที่ดีที่สุดในการเลือกทำสัญญาจริงๆ พฤติกรรมดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดความรับผิดแต่อย่างใด ถึงอย่างนั้น หากคู่เจรจาตัดสินใจเลือกที่จะทำสัญญากับหนึ่งในคู่เจรจาหลายฝ่ายแล้วแต่ยังดำเนินการเจรจากับฝ่ายที่เหลือต่อไปอีก พฤติกรรมดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดความรับผิดเนื่องจากเป็นความประพฤติที่ฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตและอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอย่างหนึ่งด้วย<sup>95</sup>

ก่อนมีการปฏิรูปกฎหมายในฝรั่งเศสมีแนวคำพิพากษาวางหลักไว้ว่า หากปราศจากข้อตกลงที่กำหนดไว้โดยเฉพาะว่า ผู้ขายไม่สามารถเจรจาเคียงคู่ได้ ผู้ขายก็มีอิสระในการเจรจาเคียงคู่กับคู่เจรจาอื่นๆ ได้ (Cour d'appel de Versailles, 5 March 1992: A French, a British and a Belgian Company) นอกจากนี้ ยังมีหลักต่อไปอีกว่า พฤติกรรมการเจรจาเคียงคู่นั้นไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดในตัวเอง อย่างไรก็ตาม การเจรจาเคียงคู่ดังกล่าวต้องกระทำด้วยความสุจริต (Cour de cassation, Comm, 26 November 2003 : Manoukian)

ในยุโรปส่วนใหญ่การเจรจาเคียงคู่ไม่ถือว่าขัดต่อหลักสุจริต เนื่องจากพฤติการณ์ดังกล่าวถือเป็นเรื่องปกติที่สามารถปฏิบัติได้ในทางธุรกิจการค้า ดังจะเห็นได้จากคดี Manoukian ของฝรั่งเศสที่ตั้งอยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ถึงอย่างนั้น ศาลฝรั่งเศสเน้นย้ำว่า

<sup>95</sup> Ibid.

เสรีภาพในการเจรจาต้องตั้งอยู่บนฐานของการกระทำด้วยความสุจริตด้วย แต่หากคู่เจรจาต้องการได้สิทธิในการเจรจาแต่เพียงผู้เดียว คู่เจรจาย่อมต้องทำข้อตกลงในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน

ยิ่งไปกว่านั้น ในทางทฤษฎีถือว่าคู่เจรจาไม่มีหนี้ในการต้องแจ้งแก่คู่เจรจาว่าตนเองกำลังเจรจากับอีกคนหนึ่งไปพร้อมกัน ถึงกระนั้น กรณีจะเป็นการขัดต่อหลักสุจริตหากว่าคู่เจรจาทำให้อีกฝ่ายเชื่อไปว่า เขาได้รับสิทธิในการเจรจาแต่เพียงผู้เดียว เช่นเดียวกัน หากคู่เจรจาตัดสินใจได้แล้วว่าจะทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่งแต่ยังคงดำเนินการเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งต่อไป การนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริตเพราะนับแต่เวลาที่คู่กรณีตัดสินใจได้ว่าจะทำสัญญาแล้ว การที่ดำเนินการเจรจากับอีกฝ่ายต่อไปเป็นการปราศจากเจตนาที่จะทำสัญญาต่อไป<sup>96</sup>

#### 6. หน้าที่ในการให้ความร่วมมือและมีส่วนร่วมในการดำเนินการเจรจาระหว่างกัน (Duty towards Cooperation and Participation)

ความสัมพันธ์ระหว่างคู่เจรจาในระหว่างการเจรจานั้นต่างมุ่งไปที่การได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน รวมไปถึงการแบ่งปันทั้งค่าใช้จ่ายและความรับผิดชอบต่างๆร่วมกัน ความสัมพันธ์รูปแบบนี้เรียกว่า “ความร่วมมือ” จากทฤษฎีเกี่ยวกับหลักสุจริตได้กำหนดเงื่อนไขให้คู่เจรจาต้องให้ความร่วมมือระหว่างกันในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา หากคู่เจรจาปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือระหว่างกัน เขาอาจต้องรับผิดชอบหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้

ในทางข้อเท็จจริง การอธิบายถึงความสุจริตและการตัดสินใจทำสัญญาด้วยความไว้วางใจซึ่งกันและกันสามารถพิจารณาได้จาก การให้ความร่วมมือและการกระทำในสิ่งที่จำเป็นเพื่อก่อให้เกิดการบรรลุข้อตกลงเป็นสัญญาได้ถูกต้องตามเจตนาระหว่างกันทุกฝ่าย หากคู่เจรจาล้มเหลวในการให้ความร่วมมือและการทำงานร่วมกันถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต

ตัวอย่างเช่น การทำสัญญาที่จำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานอื่นก่อน เนื่องจากหากไม่ได้รับอนุญาตจะส่งผลกระทบต่อสัญญาต่างๆในอนาคตตกเป็นโมฆะได้ หากคู่เจรจาฝ่ายที่ต้องไปขออนุญาตจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือจากอีกฝ่ายเพื่อให้ได้คำอนุญาตจากหน่วยงานรัฐ แต่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ให้ความร่วมมือและก่อให้เกิดการยกเลิกสัญญาในท้ายที่สุด คู่เจรจาฝ่ายที่ไม่ให้ความร่วมมือต้องรับผิดชอบในผลแห่งการปฏิเสธความร่วมมือดังกล่าว โดยคู่เจรจามีหนี้ที่ต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการไม่ให้ความร่วมมือแก่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย

ตามกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดให้คู่เจรจามีหนี้ในการต้องให้ความร่วมมือและมีส่วนร่วมอันดีระหว่างกันในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ดังแนวคำพิพากษาของศาลเมื่อวันที่ 7 มีนาคม ปีค.ศ. 1972 ที่ศาลสูงฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ว่า เพื่อให้การดำเนินการเจรจาดำเนินการตามเจตนา

<sup>96</sup> Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Tallon, D., Rutgers, J., and Vogenaver, S., Cases, Materials and Text on Contract Law. (London: Bloomsbury Publishing Plc, 2018). P. 378.

ต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง คู่เจรจาสามารถคาดหวังถึงความร่วมมือจากอีกฝ่ายหนึ่งในการจัดอุปสรรคเล็กน้อยที่เกิดขึ้นในระหว่างการเจรจาเพื่อนำไปสู่การบรรลุข้อตกลงในขั้นสุดท้ายได้ จากเหตุผลดังกล่าว บริษัทจำเลยจึงสามารถอ้างถึงความรับผิดชอบในการให้ความร่วมมือเกี่ยวกับเงื่อนไขของการบริหารที่จำเป็นในการตัดสินใจทำสัญญาได้<sup>97</sup>

### 7. หน้าที่ในการระมัดระวัง (Duty of Care)

การเจรจาขั้นต้นก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกันระหว่างศีลธรรมและกฎหมายต่อคู่เจรจา กล่าวคือ คู่เจรจาอาจคาดหวังได้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะให้ความเคารพและใส่ใจในผลประโยชน์ของตนเอง ในทางข้อเท็จจริง คู่เจรจามีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาและให้การสนับสนุนทางการเงิน ทางกายภาพ และทางจิตใจแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง หน้าที่เหล่านี้เรียกโดยรวมๆว่า “หน้าที่ในการระมัดระวัง” หรือ duty of care ซึ่งหน้าที่นี้ตั้งอยู่บนฐานของหลักสุจริตเช่นเดียวกัน หน้าที่ในการระมัดระวังนี้มีจุดมุ่งหมายในการให้คู่เจรจาใส่ใจและคำนึงถึงสิ่งที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายใดๆต่อผลประโยชน์ของคู่เจรจาอีกฝ่ายในระหว่างที่เจรจากัน

ตามกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดให้ “The obligation de vigilance” หรือ หน้าที่ในการระมัดระวัง ถูกพิจารณาว่าเป็นหน้าที่ในการซื่อสัตย์และสุจริต โดยหน้าที่นี้ถือว่าเป็นตัวแทนทางศีลธรรมที่คู่เจรจาจำเป็นต้องมี โดยเป็นมาตรการสำคัญในการดำเนินการเจรจาและบังคับตามสัญญาด้วย ความล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ในการระมัดระวังส่งผลให้คู่เจรจาฝ่ายที่ไม่ทำหน้าที่ดังกล่าวต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกับการไม่ปฏิบัติหน้าที่อื่นๆ

ในฝรั่งเศส การกระทำของคู่เจรจาเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองไม่ใช่สิ่งสำคัญที่ถูกพิจารณาว่าเป็นความตั้งใจในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง และไม่ถูกตัดสินว่าเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ในการระมัดระวัง เนื่องจากเหตุผลที่ในการแข่งขันทางธุรกิจนั้นได้ก่อให้เกิดหลักในทางการค้าว่า หากนักธุรกิจมีพฤติกรรมที่ขัดต่อสิ่งที่กฎหมายกำหนดในระหว่างการเจรจาก่อนสัญญาแต่เป็นไปเพื่อรักษาและบรรลุผลประโยชน์ของตนเอง เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง นักธุรกิจนั้นอาจไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น ในเวลาเดียวกัน มีนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่า ในระหว่างการเจรจาก่อนทำสัญญา เป็นเรื่องธรรมดาที่คู่เจรจาย่อมคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเองเป็นสำคัญแต่อย่างไรก็ตามก็ควรที่จะให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยเช่นกัน ดังนั้น หากคู่เจรจาประเมินค่าสัญญาในอนาคตบนฐานของผลประโยชน์ของตนเองเพียงอย่างเดียว คู่เจรจาฝ่ายนั้นสมควรมีหน้าที่ที่จะยกเลิกการเจรจาไปเพราะไม่ใส่ใจต่อผลประโยชน์ของคนอื่น

<sup>97</sup> Aryan, S., and Mirabbasi, B., "The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre – Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law," 243



ศาลสูงทางการค้าของฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 1994 ว่า คู่เจรจาแต่ละฝ่ายต่างมีหน้าที่ในการคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่เจรจาอีกฝ่าย โดยคำนึงถึงสถานะทางการเงินและการดำเนินการเจรจาจนบรรลุถึงข้อตกลงที่มีจุดประสงค์ในการได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน

ในการพิสูจน์ถึงการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการระมัดระวังในระหว่างการเจรจาก่อนสัญญา กำหนดให้โจทก์ผู้เรียกร้องมีภาระในการพิสูจน์ว่า จำเลยมีความรับผิดชอบและต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ผิดนั้น ซึ่งโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความล้มเหลวในการปฏิบัติตามพฤติกรรมอันควรทำในฐานะคู่เจรจาที่ดีตามธรรมเนียมปฏิบัติโดยทั่วไปและพิสูจน์ถึงความเสียหายที่โจทก์ได้รับ โดยหากจำเลยปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยถูกต้อง ความเสียหายเหล่านี้คงไม่เกิดขึ้น หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ในเรื่องดังกล่าว จำเลยก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเพราะถือว่าไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเพื่อรักษาผลประโยชน์ของโจทก์<sup>98</sup>

### 8. หน้าที่ในการไม่ยุติการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

โดยปกติคู่เจรจาไม่มีหน้าที่ในการต้องตกลงทำสัญญา แต่ในบางกรณีคู่เจรจาอาจต้องรับผิดชอบในการยุติการเจรจาหากกระทำโดยขัดต่อหลักสุจริต ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงทั้งเสรีภาพในการยุติการเจรจาและความรับผิดชอบที่เกิดจากการยุติการเจรจาด้วยความไม่สุจริต พร้อมทั้งวิธีการเยียวยาในความรับผิดชอบดังกล่าว

ในการเจรจาเพื่อทำธุรกิจหรือการทำธุรกรรมใดๆ ที่มีมูลค่าสูง ย่อมมีขั้นตอนของการเจรจาที่ซับซ้อนและใช้เวลานาน เนื่องจากคู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมจะต้องปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของตนเองเป็นสำคัญ อิสระในการยุติการเจรจาจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญในการทำธุรกิจ เพราะหากคู่กรณีมีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบหากการเจรจาไม่นำไปสู่การทำสัญญา จะส่งผลกระทบต่อคนส่วนใหญ่ไม่เต็มใจที่จะเข้าสู่การเจรจา

อย่างไรก็ดี จากที่ได้กล่าวไปข้างแล้วว่า หนีก่อนสัญญามีจุดประสงค์ที่กำหนดให้คู่กรณีต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายในระหว่างการเจรจา นอกจากจะคำนึงถึงแต่ผลประโยชน์ของตนเองเพียงฝ่ายเดียวด้วย ในบางสถานการณ์อาจมีข้อยกเว้นได้ หากคู่กรณียกเลิกการเจรจาโดยขัดต่อหลักสุจริต คู่กรณีต้องรับผิดชอบไม่ใช่ต่อการยุติการเจรจา แต่เป็นความรับผิดชอบต่อความเชื่อใจของคู่เจรจาอีกฝ่ายที่เชื่อว่าสัญญาจะเกิดในที่สุด ดังที่ Professor Bianca ซึ่งเป็นนักกฎหมายชาวอิตาลีแต่มีอิทธิพลทางความคิดต่อศาลฝรั่งเศส ได้กล่าวไว้ว่า

<sup>98</sup> Ibid.

“ความประพฤติในระหว่างการเจรจาไม่มีความเกี่ยวพันใดๆกับหนี้ในการทำสัญญา คู่เจรจายังคงมีอำนาจในการเพิกถอนข้อเสนอดังกล่าวตามที่เขาได้เสนอไปหรือยอมรับข้อเสนอดังกล่าวที่เสนอแก่ตนเอง จนกระทั่งสัญญาได้เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิดังกล่าวในตัวของมันเองไม่สามารถละเมิดต่อหนี้อันใดที่ก่อให้เกิดสิทธินั้นได้ เช่น ความรับผิดที่เกิดมาจากการหลอกลวงหรือการกระทำที่นำคำหนี้ซึ่งนำไปสู่การทำให้คู่สัญญาเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้นในที่สุด”

จากความคิดเห็นของ Bianca ประกอบกับแนวทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสทำให้ทราบว่า กรณีจะถือว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในการเจรจาด้วยความสุจริตและต้องรับผิดก่อนสัญญาต่อเมื่อ คู่กรณีฝ่ายนั้นมีพฤติกรรมที่ทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่าสัญญาจะเกิดขึ้นจริง ซึ่งศาลฝรั่งเศสได้อธิบายเพิ่มเติมว่า เป็นช่วงของการเจรจาขั้นสุดท้ายใกล้ที่สัญญาจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน แต่กลับมีการยุติการเจรจาอย่างกะทันหันโดยคู่กรณีอีกฝ่ายไม่มีทางทราบได้ว่าสัญญาจะไม่เกิดขึ้น คู่กรณีฝ่ายที่ยุติการเจรจาก็จะต้องรับผิดในการฝ่าฝืนต่อหนี้ก่อนสัญญาดังกล่าว<sup>99</sup>

โดยฝรั่งเศสมีการออกกฎหมายควบคุมสิทธิในการยุติการเจรจาอันเป็นข้อยกเว้นของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา อันเนื่องมาจากการละเมิดการเจรจาโดยชอบ อย่างไรก็ตามประเด็นสำคัญที่เกิดขึ้นคือ การยุติการเจรจาโดยตัวเองก่อให้เกิดการละเมิดหรือทำให้คู่เจรจาต้องประสบกับสิ่งที่ไม่ดีหรือไม่ คดี Manoukian ได้อธิบายว่าการยุติการเจรจานั้นไม่ได้ก่อให้เกิดการละเมิดต่อคู่เจรจาในตัวมันเอง แต่เป็นสถานการณ์แวดล้อมที่ก่อให้เกิดการยุติการเจรจาต่างหากที่อาจเป็นการละเมิดได้ ซึ่งขบวนการเหตุที่เป็นสถานการณ์แวดล้อมนี้เองที่ทำให้ศาลฝรั่งเศสยอมรับว่าเป็นความผิด โดยในช่วงแรกๆศาลฝรั่งเศสพิจารณาว่าความผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดภายใต้กฎหมายละเมิด หากการเจรจาดำเนินมาถึงช่วงระยะเวลาสุดท้ายแล้วมีการยุติการเจรจาอย่างฉับพลัน<sup>100</sup>

#### 1.) ความรับผิดจากการยุติการเจรจาที่ขัดต่อหลักสุจริต

ความรับผิดจากการยุติการเจรจาอันขัดต่อหลักสุจริตถือเป็นกรณียกเว้นในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ นอกจากนี้ความรับผิดดังกล่าวยังไม่มีแนวทางในการปฏิบัติที่ชัดเจนและยังไม่เป็นไปในทางเดียวกันในแต่ละระบบกฎหมาย เนื่องจากในบางประเทศจัดให้ความรับผิดในการยุติการเจรจาเป็นความรับผิดตามกฎหมายละเมิด บางประเทศจัดให้เป็นความรับผิดตามกฎหมายสัญญา อีกทั้งยังมีคำถามเกิดขึ้นว่า ความรับผิดดังกล่าวควรจัดให้เป็นความรับผิดที่มีลักษณะเฉพาะเป็นเอกเทศ (sui generis) หรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้น ยังเกิดคำถามว่าในเรื่องขอบเขตของการชดเชยหรือการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมของคู่เจรจาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายควรทำเช่นไรอีกด้วย

<sup>99</sup> Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Tallon, D., Rutgers, J., and Vogenaver, S., Cases, Materials and Text on Contract Law. p. 381.

<sup>100</sup> Ibid, p. 385.

ในส่วนของประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับประเภทหรือหมวดหมู่ของความรับผิดชอบจากการยุติการเจรจาว่าจะจัดให้เป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดหรือกฎหมายสัญญา นั้น มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเพราะในระบบกฎหมายทั่วโลกล้วนมีความแตกต่างกันระหว่างความรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดและความรับผิดชอบตามกฎหมายสัญญา เช่น อายุความในการฟ้องร้องบนฐานของกฎหมายละเมิดหรือกฎหมายสัญญา

ต่อไปจะเป็นการกล่าวถึง การทดสอบโดยทั่วไปเพื่อจัดประเภทหรือหมวดหมู่ให้กับความรับผิดชอบในการยุติการเจรจาตามกฎหมาย โดยการพิจารณาถึง ความแตกต่างพื้นฐานเพื่อกำหนดขอบเขตของความรับผิดชอบ และความแตกต่างระหว่างผลประโยชน์ในทางลบหรือผลประโยชน์จากการเชื่อใจ (reliance/ negative interest) และผลประโยชน์ในทางบวกหรือผลประโยชน์ที่คาดหวัง (expectation/ positive interest) และจากความแตกต่างดังกล่าวจะนำไปสู่ วิธีการเยียวยาเป็นการเฉพาะตัวในกระบวนการยุติธรรมบางระบบ

## 2.) การทดสอบโดยทั่วไปเพื่อจัดประเภทหรือหมวดหมู่ให้กับความรับผิดชอบ

ในกรณีที่คู่เจรจาฝ่ายหนึ่งถูกโน้มน้าวให้เชื่อใจว่าสัญญาจะเกิดขึ้น หากคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งต้องการยุติการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลที่สมควรอาจมีความรับผิดชอบต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับอีกฝ่ายหนึ่งสำหรับความเสียหายที่เขาเชื่อใจในความคาดหวังนั้น (BGH, 10 July 1970) บนฐานของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือ *Culpa in contrahendo* ซึ่งความรับผิดชอบนี้เกิดจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก่อนสัญญา โดยเฉพาะหน้าที่ในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของคู่เจรจาอีกฝ่ายหรือหน้าที่ในการให้ข้อมูล

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีของการเจรจาที่มีระยะเวลายาวนานหรือเป็นกรณีที่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียค่าใช้จ่ายตามปกติอันใดไปในช่วงเจรจา คู่เจรจาฝ่ายที่ยกเลิกการเจรจาไม่ต้องรับผิดชอบในการยกเลิกนั้น

ในเยอรมันนั้น ความรับผิดชอบในการยุติการเจรจาหรือความรับผิดชอบก่อนสัญญาใดๆ ถือเป็นส่วนหนึ่งของความรับผิดชอบตามสัญญา เนื่องจากศาลเยอรมันต้องการแก้ไขจุดอ่อนของกฎหมายละเมิด เพราะตามกฎหมายละเมิดเยอรมันนั้นความเสียหายทางเศรษฐกิจ (pure economic loss) ไม่อาจได้รับการชดใช้ถ้าไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดจากความจงใจ ตามมาตรา 823 วรรค 1 และมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังนั้นการเรียกร้องค่าชดใช้หรือค่าเสียหายโอกาสในระหว่างการเจรจบบนฐานของกฎหมายละเมิดเยอรมันจึงมีอาจทำได้ นอกจากนี้ ยังมีประเด็นในเรื่องอายุความฟ้องร้องที่อายุความตามกฎหมายละเมิดมีระยะเวลาที่สั้นกว่าอายุความตามกฎหมายสัญญา ดังนั้น ศาลเยอรมันจึงมีความเห็นว่าการปรับใช้ความรับผิดชอบก่อนสัญญาไปบนฐานของกฎหมายสัญญาจะเอื้อประโยชน์ให้แก่โจทก์มากกว่า อีกทั้งความสัมพันธ์ในลักษณะของการไว้วางใจต่อกันและกันยังมีความคล้ายคลึงกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในทางกฎหมายสัญญามากกว่า

ขณะที่ฝรั่งเศสมีคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายในปีค.ศ. 2016 ที่อธิบายว่า แม้ว่าคู่เจรจาทั้งสองฝ่ายจะมีสิทธิในการยุติการเจรจาได้เสมอไม่ว่าจะอยู่ในช่วงระยะเวลาใดของการเจรจา แต่หากคู่เจรจาทะเลาะเมิตต่อสิทธิดังกล่าวอาจต้องรับผิดตามกฎหมายละเมิดเพราะถือว่าเป็นความผิดในขณะเจรจา

การพิจารณาถึงกรอบความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิได้รับการถกเถียงเป็นวงกว้างตั้งแต่วันที่ Ripert และ Josserand ซึ่งเป็นนักกฎหมายดังของฝรั่งเศสเริ่มตั้งคำถามเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิว่า จำเลยจะต้องมีเจตนาที่จะทำลายสิทธิของผู้เสียหายด้วยหรือไม่ การถกเถียงดังกล่าวส่งอิทธิพลต่อการหารือกันในประเด็นของความรับผิดต่อการยุติการเจรจาในฝรั่งเศส จากคดี Monoprix ศาลฎีกาสหรัฐมีความรับผิดต่อการยุติการเจรจา เนื่องจากผู้รับเหมาก่อสร้างต้องรับภาระในความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับตนเองแม้ว่า Monoprix จะยุติการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลตามสมควรก็ตาม เพราะการยุติการเจรจาของ Monoprix ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้รับเหมา เนื่องจาก Monoprix ไม่มีเจตนาที่จะทำลายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับเหมาอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม คำตัดสินดังกล่าวได้ถูกกลับโดยศาลสูงที่ตัดสินว่าความรับผิดดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอาศัยเจตนาอย่างแท้จริงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายแต่อย่างใด แต่ในภายหลังศาลสูงเองก็มีแนวคำตัดสินออกมาใหม่ว่า ผู้ชายที่ไม่สามารถขายที่ดินได้ในตอนท้ายแม้ว่าเขาจะคาดหวังเอาไว้ว่าจะขายได้อย่างแน่นอนไม่สามารถเอาผิดกับผู้ซื้อได้ หากว่าผู้ซื้อไม่มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ขายหรือเจรจาโดยทุจริต โดยศาลสูงได้อ้างถึงหลักสุจริตในช่วงแรกว่า การยุติการเจรจาทันทีโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริตแต่ในคดีต่อมากลับมีแนวคำตัดสินว่า คู่เจรจาอาจต้องรับผิดเพราะการยุติการเจรจาอย่างโหดร้ายในการเจรจาขั้นสุดท้ายและการกระทำโดยไม่เคารพต่อหน้าที่ในการสุจริตระหว่างการติดต่อธุรกิจ โดยหลักการสำคัญอยู่ที่คู่เจรจามีเหตุผลที่สามารถเชื่อได้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นหรือไม่ โดยภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสพิจารณาให้ความรับผิดก่อนสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของความรับผิดทางละเมิด

จากการเปรียบเทียบหลักในทางทฤษฎีของเยอรมัน ฝรั่งเศส อิตาลี และ เนเธอร์แลนด์เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการวัดระดับความรับผิดที่เกิดขึ้นหากมีการยุติการเจรจา พบว่ามีปัจจัยที่คล้ายคลึงกัน 2 อย่าง คือ

(1.) การเจรจาต้องดำเนินมาจนถึงจุดที่คู่เจรจาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเชื่ออย่างมีเหตุมีผลว่าสัญญาจะบรรลุเพราะการโน้มน้าวของคู่เจรจาที่กระทำผิดหรือการกระตุ้นให้เกิดความไว้วางใจ (The provocation of reliance)

ปัจจัยแรกนี้ไม่ได้พิจารณาแค่เพียงความหวังที่จะเกิดสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่พิจารณาไปถึงกรณีที่คู่เจรจาต้องมีความเชื่อมั่นอย่างแท้จริงว่าสัญญาจะเกิดขึ้นแน่นอน

ในเยอรมันกำหนดให้ความเชื่อใจของคู่เจรจาว่าสัญญาจะต้องเกิดเป็นสิ่งที่สำคัญและขาดไม่ได้ แต่ไม่เคร่งครัดในกรอบของเวลาเพราะความเชื่อใจนี้จะเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาใดระหว่างการเจรจาก็ได้ เนื่องจากเยอรมันถือว่าคู่เจรจาต่างมีหน้าที่ในการปฏิบัติตนด้วยความสุจริตระหว่างการเจรจา ฉะนั้น การเชื่อหรือไว้วางใจในตัวคู่เจรจาจึงสามารถเกิดขึ้นได้เสมอเป็นปกติวิสัย

อย่างไรก็ตาม คู่เจรจาที่เชื่อใจในอีกฝ่ายถึงจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า ความเชื่อใจของตนมีเหตุผลเพียงพอที่จะทำให้ตนเกิดความเชื่อใจนั้น และเป็นความเชื่อใจในระดับที่เหมาะสมกับสถานการณ์ รวมไปถึงมูลเหตุที่เกิดความเชื่อใจมีส่วนเกิดขึ้นมาจากการกระทำอันเป็นการโน้มน้าวจิตใจจากคู่เจรจาฝ่ายที่กระทำผิดอีกด้วย เช่น การนิ่งเงียบทั้งที่ควรจะบอกหรือการกระทำอื่นๆ อาทิ การเชื่อเชิญหรืออนุญาตให้คู่เจรจาเริ่มปฏิบัติตามสัญญาที่คาดว่าจะเกิดโดยไม่เตือนถึงความเสี่ยงที่ตนเองอาจไม่ตกลงเข้าทำสัญญาในท้ายที่สุด ดังตัวอย่างในคดี BGH 19 ตุลาคม ปีค.ศ. 1960 ที่คู่เจรจาฝ่ายหนึ่งอนุญาตให้อีกฝ่ายเริ่มทำการบูรณะสิ่งก่อสร้างที่ถูกทำลายจากสงครามในที่ดินที่เขาคาดหวังว่าจะได้เช่า หรือในคดี Monoprix ของฝรั่งเศส

ข้อสังเกตอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นก็คือ ในการพิจารณาถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเชื่อหรือความไว้วางใจนั้นมีลักษณะที่พิจารณาเป็นรายกรณีในแต่ละคดี แต่ส่วนใหญ่มักเป็นไปในแนวทางเดียวกัน เช่น ความเชื่อใจย่อมเกิดขึ้นได้หากมีการเจรจากันมาก่อนข้างยาวนานและต่อเนื่องหรือการเจรจาอยู่ในช่วงสำคัญท้ายสุดที่ใกล้จะมีการตกลงทำสัญญากัน โดยคำนึงถึงองค์ประกอบอื่นๆ ที่มักจะต้องการตกลงกันเพื่อทำสัญญาชนิดนั้นๆ ด้วย

## (2.) การยุติการเจรจานั้นไม่มีเหตุผลที่ดีเพียงพอมารองรับ

เกิดคำถามว่า อะไรคือเหตุผลที่ดีเพียงพอแก่การยุติการเจรจา ความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายเห็นว่า การได้รับข้อเสนอที่ดีกว่าจากบุคคลที่สามถือว่าเป็นเหตุผลที่เพียงพอแก่การยุติการเจรจา นอกจากนี้ การกระทำหรือพฤติกรรมใดๆ จากคู่เจรจาอีกฝ่าย เช่น การกำหนดเงื่อนไขที่ไม่ยุติธรรมอย่างกระตั้นหันก็ถือเป็นเหตุผลที่เพียงพอให้ยกเลิกการเจรจาได้แม้ว่าการเจรจาจะอยู่ในช่วงที่ใกล้จะบรรลุข้อตกลงมากๆ แล้วก็ตาม โดยเหตุผลที่ใช้อ้าง Saleilles เห็นว่า ควรเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากกว่าเหตุผลอื่นๆ

ประเด็นที่เกิดขึ้นต่อมา คือ คู่เจรจาจะมีความรับผิดชอบในการยุติการเจรจาหรือไม่ หากการเจรจานั้นเป็นที่ทราบดีอยู่แล้วว่าจะผูกพันสมบูรณ์ต่อเมื่อครบองค์ประกอบสำคัญอันเป็นทางการ ( a formal contract) ตัวอย่างเช่น สัญญาจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือสัญญาจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้รับการรับรองจากพนักงานรับรองเอกสาร (notary) จากการพิจารณา มาตรา 2 GmbHG (Limited Liability Companies Act / Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) พบว่า การยุติการเจรจาตามกฎหมายฉบับนี้ คู่เจรจาไม่มีความรับผิดชอบแต่อย่างใดเพราะคู่เจรจาจะไม่มีโอกาสเชื่อได้เลยว่าสัญญาจะเกิดขึ้นแน่นอน

แล้ว เนื่องจากคู่เจรจาต้องทราบด้วยตนเองได้อยู่แล้วว่าสัญญาจะก่อผลผูกพันไม่ได้จนกว่าเจ้าพนักงานรับรองเอกสารจะลงนามรับรองถูกต้องตามแบบที่กำหนด ดังนั้น จึงเกิดการถกเถียงกันในประเด็นเรื่องความรับผิดในสัญญาที่ต้องทำตามแบบของกฎหมายว่าอาจไม่เกิดความรับผิดขึ้นสำหรับกรณียุติการเจรจา เพราะแบบของกฎหมายเป็นเหมือนกลไกในการคุ้มครองไม่ให้คู่เจรจารีบเร่งตัดสินใจเข้าทำสัญญาโดยไม่ใคร่ครวญให้ละเอียดเสียก่อน

อย่างไรก็ดี ศาลสูงเยอรมันกลับคิดเห็นต่างออกไป (The Federal Court of Justice / Bundesgerichtshof – BGH) เนื่องจากศาลเห็นว่า คู่เจรจาที่ยุติการเจรจาอาจมีความรับผิดได้ ถ้าหากว่าสัญญาจะสามารถมีผลบังคับใช้หลังจากได้กระทำตามแบบของกฎหมาย เพราะเหตุว่าคู่เจรจาที่ยุติการเจรจาไม่ได้มีความรับผิดเพราะการยุติการเจรจาแต่รับผิดเพราะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้น ดังนั้น ความรับผิดจึงไม่ควรถูกปิดทิ้งไปเพราะเหตุที่ต้องทำตามแบบของกฎหมาย แต่ Medicus ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินดังกล่าวของศาลเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากเห็นว่า หากคดีใดมีข้อเท็จจริงที่ผลของมันไม่สามารถยอมรับได้ ศาลสามารถนำมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเกี่ยวกับหลักสุจริตมาปรับใช้ในการแก้ปัญหาได้อย่างเหมาะสมมากกว่าจะตีความไปโดยไม่สอดคล้องกับกฎหมายเช่นนี้

ประเด็นต่อมาคือ ความรับผิดในการยุติการเจรจาจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ หากคู่เจรจาที่ประพฤติในทางโง่มั่วให้เกิดความเชื่อใจเป็นเพียงบุคคลผู้กระทำการเป็นตัวแทนและไม่มีอำนาจในการตัดสินใจทำสัญญาเอง ศาลเยอรมันมีความเห็นในเรื่องนี้ว่า การไม่มีอำนาจในการตัดสินใจของตัวแทนไม่ตัดความรับผิดชอบของตัวแทน เพราะความรับผิดเกิดจากพฤติกรรมที่ทำให้คู่เจรจาเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้น การที่ตัวแทนโง่มั่วให้คู่เจรจาเชื่อใจว่าสัญญาจะเกิดขึ้นที่ตนเองทราบดีว่าไม่มีอำนาจในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาและยุติการเจรจาอย่างกระหน่ำหนือเป็นการกระทำที่ขัดแย้งต่อหลักสุจริต

ส่วนในฝรั่งเศสนั้น หากคู่เจรจาดังก็เป็นผู้มีวิชาชีพหรือเป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่เจรจา การยุติการเจรจาจะนำไปสู่ความรับผิดก็ต่อเมื่อมีพฤติการณ์พิเศษเท่านั้น เพราะมูลค่าของการเจรจาที่ไม่ประสบความสำเร็จจะถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายทั่วไปของคู่เจรจา ที่คู่เจรจาสามารถนำไปรวมไว้เป็นราคาค่าใช้จ่ายกับสัญญาอื่นที่ประสบความสำเร็จได้

ยิ่งไปกว่านั้น ในบางประเทศยังมีรูปแบบของความรับผิดเป็นพิเศษไม่ใช่แค่การเยียวยาเท่านั้น แต่คู่เจรจายังสามารถสั่งให้อีกฝ่ายดำเนินการเจรจาต่อไปได้ หรือแม้แต่สั่งให้ตกลงทำสัญญาก็ได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์มีแนวคำพิพากษาในคดี De Ziener วางหลักไว้ว่า ภายใต้กฎหมายของเนเธอร์แลนด์ คู่เจรจาที่ยุติการเจรจาในช่วงที่กฎหมายไม่อนุญาตให้มีการ

ล้มเลิกการเจรจาแล้ว อาจถูกสั่งให้ดำเนินการเจรจาต่อไปได้ แต่ส่วนใหญ่แล้วหลายๆประเทศมักจำกัดรูปแบบการเยียวยาไว้แค่การชดใช้ค่าเสียหายหากมีการยุติการเจรจาเท่านั้น<sup>101</sup>

#### 2.3.4.2. แหล่งที่มาของกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของศาลสูงฝรั่งเศสเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2016

จากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสไม่มีการบัญญัติถึงหลักความรับผิดก่อนสัญญาเอาไว้ในประมวลกฎหมายในลักษณะที่ชัดเจน แต่ก็ปรากฏหลักฐานถึงการยอมรับในทางทฤษฎีโดยศาลสูงของฝรั่งเศสตั้งที่ได้กล่าวไปบ้างแล้วในช่วงต้น ซึ่งจากการศึกษาแนวทางในคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสพบว่า ศาลของฝรั่งเศสได้มีแนวทางและหลักการทั่วไปในการปรับใช้และตีความหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ 2 แนวทาง ดังนี้ แนวทางที่หนึ่ง ศาลเห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญาเป็นความรับผิดทางสัญญา และแนวทางที่สองคือ ศาลเห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญาเป็นความรับผิดทางกฎหมายละเมิดซึ่งถือว่าแนวทางหลังนี้เป็นความเห็นส่วนใหญ่ของศาลสูงฝรั่งเศสในเวลานั้น ดังจะเห็นได้จาก

1.) กรณีที่ศาลเห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญาเป็นความรับผิดทางสัญญา  
ความเห็นดังกล่าวนี้ปรากฏจากหลักฐานในคำพิพากษาของศาลเมือง Colmar<sup>102</sup> โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ผู้ขายสินค้ารายหนึ่งได้ทำการเสนอราคาขายสินค้าให้แก่ลูกค้า ซึ่งลูกค้าก็ได้อาศัยราคาที่เสนอมาดังกล่าวมาเป็นรากฐานในการแข่งประกวดราคาขายสินค้าและในที่สุดก็ชนะการประมูล ต่อมาก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญาปรากฏว่า ผู้ขายซึ่งเป็นผู้ทำคำเสนอได้ทำการบอกถอนคำเสนอโดยอ้างว่าทำการคำนวณราคาผิดพลาด ส่งผลให้ศาลวินิจฉัยคดีนี้ว่า คำเสนอย่อมมีผลผูกพันผู้ขายซึ่งเป็นผู้ทำคำเสนอ แต่เมื่อไม่ปรากฏหลักฐานว่าผู้เสนอรู้ว่าผู้รับคำเสนอจะใช้ราคาที่เสนอเป็นฐานราคาในการเข้าแข่งขันการประกวดราคา ศาลจึงตัดสินให้ผู้เสนอไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายจากการที่ผู้รับคำเสนอได้นำราคาดังกล่าวไปใช้เป็นฐานแห่งการประกวดราคาแข่งขันกับผู้เข้าประมูลรายอื่นๆ

จากคำพิพากษาในคดีนี้จะเห็นได้ว่า ศาลมีความเห็นว่า การที่ผู้เสนอแสดงเจตนาออกไปแล้วก็ย่อมที่จะมีผลผูกพันต่อตัวผู้เสนอเองให้รับผิดในฐานของสัญญาจะเข้าทำสัญญา เพราะ

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Colmar 4. 2. 2936, D.H. 1936, 187 excerpt from Collin/Capitant, Cours élémentaire de droit civil français p.220 อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ผลของคำเสนอ – สนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์, (ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์) : 66 – 67.

ถือว่ามีสัญญาระหว่างผู้เสนอกับผู้รับคำเสนอเกิดขึ้นระหว่างกันแล้ว โดยมีลักษณะเป็นสัญญาจะเข้าทำสัญญานั้นเอง

2.) กรณีที่ศาลเห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญาเป็นความรับผิดทางกฎหมาย  
ละเมิด

ข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นในคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958<sup>103</sup> ว่า เจ้าของที่ดินได้ทำคำเสนอขายที่ดินให้กับผู้ซื้อซึ่งสนใจที่จะเข้าซื้อที่ดินแปลงดังกล่าว โดยผู้ขายอนุญาตให้ผู้ซื้อเข้ามาดูและสำรวจสถานที่ได้ โดยตกลงว่าให้เข้ามาดูที่ดินในวันที่ 15 หรือ วันที่ 16 สิงหาคม ก่อนวันนัดดูที่ดิน ผู้ซื้อได้ทำการตกลงกับผู้ขายเรียบร้อยแล้วว่าจะเข้ามาดูสถานที่ในวันที่กำหนดไว้ข้างต้น แต่ปรากฏว่าในวันที่ 14 สิงหาคม ผู้ขายได้ทำการขายที่ดินแปลงดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อรายอื่นไปเสียแล้ว ทำให้ศาลสูงทำการตัดสินคดีนี้ว่า โดยหลักแล้วคำเสนอสามารถบอกถอนได้ก่อนที่จะมีคำสนอง อย่างไรก็ตาม หากผู้เสนอได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยว่าตนจะไม่ทำการบอกถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ เมื่อผู้เสนอได้ตอบตกลงให้ผู้ซื้อเข้ามาดูที่ดินที่จะขายภายในวันที่กำหนดแล้ว ส่งผลให้ผู้เสนอจะต้องไม่ทำการถอนคำเสนอไปก่อนวันที่กำหนดไว้ดังกล่าว การที่ผู้เสนอได้ทำการถอนคำเสนอต่อผู้รับคำเสนอโดยการขายที่ดินให้กับผู้อื่นไปในวันที่ 14 สิงหาคม ส่งผลให้ผู้ทำคำเสนอซึ่งก็คือผู้ขายต้องรับผิดตามกฎหมายละเมิด

จากคดีนี้สะท้อนให้เห็นว่า หากผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาในการผูกพันตามคำเสนอเอาไว้แล้ว ผู้เสนอไม่อาจบอกถอนคำเสนอนั้นได้ก่อนที่จะถึงสิ้นระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ หากมีการบอกถอนคำเสนอไปก่อนระยะเวลาที่กำหนดไว้ดังกล่าว ผู้เสนอจะต้องรับผิดตามหลักความรับผิดในทางละเมิด

ต่อมา ปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสในอีกคดีหนึ่งซึ่งตัดสินในปี ค.ศ. 1972 โดยมีข้อเท็จจริงคือ นักธุรกิจชาวฝรั่งเศสได้ทำการเจรจาเพื่อขอซื้อเครื่องจักรที่ผลิตโดยบริษัทในประเทศอเมริกา เพื่อใช้ในการผลิตท่อซีเมนต์จากตัวแทนจำหน่ายในประเทศฝรั่งเศส ปรากฏว่าผู้ขายได้ก่อให้เกิดความคาดหวังแก่ผู้ซื้อว่าจะมีการทำสัญญาซื้อขายกันจริงๆ ทำให้ผู้ซื้อเดินทางไปดูเครื่องจักรที่ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ต่อมาปรากฏว่าผู้แทนจำหน่ายของบริษัทเจ้าของเครื่องจักรในประเทศฝรั่งเศสได้ทำการเลื่อนการเจรจาออกไปและล้มเลิกการเจรจาในที่สุด โดยปราศจากเหตุผลในการปฏิเสธที่จะขายเครื่องจักรให้แก่ผู้ซื้อรายนี้ ศาลจึงตัดสินว่า ตัวแทนจำหน่ายในประเทศฝรั่งเศสต้องรับผิดขอในการเตรียมการของผู้ซื้อที่มีความไว้วางใจต่อผู้ขายคือผู้แทนจำหน่าย

<sup>103</sup> Cass Civ. 17 Dec., 1958. 33 excerpt in translation in P.H.V. Marsh, Comparative Contract Law England, France, Germany. (England : Brookfield, Vt., 1994) P. 60.



เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการล้มเลิกหรือยุติการเจรจาที่ไม่ถูกต้อง ขัดต่อหลักสุจริตทางการค้า และให้ถือว่าเป็นความรับผิดในทางละเมิด

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ศาลฝรั่งเศสมีความเห็นว่าในช่วงของการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญานั้น คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อกันและไม่ยุติการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร มิฉะนั้น จะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการที่จะต้องเสียเวลา หรือเสียค่าใช้จ่ายเพื่อที่จะเข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นผลดังกล่าว หรือการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับหากมีการทำสัญญาในท้ายที่สุด เป็นต้น ซึ่งในกฎหมายฝรั่งเศส การชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญานี้ เป็นการชดใช้ตามทฤษฎีสูญเสียโอกาส (Perte d' une chance) โดยทฤษฎีนี้ เป็นทฤษฎีที่ใช้กับความรับผิดก่อนสัญญาที่ถือเป็นความรับผิดเอกเทศ แต่เนื่องจากในกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสไม่มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาเอาไว้เป็นการเฉพาะในขณะนั้น จึงต้องนำเอาทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้กับหลักกฎหมายละเมิด เพื่อให้การเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดดังกล่าว

### 2.3.5. แนวความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสหลังการปฏิรูปกฎหมายในปีค.ศ. 2016

ในช่วงปีค.ศ. 2016 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้มีการปฏิรูปกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะหนี้ โดยการรับเอาแนวคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายให้ชัดเจน ซึ่งจากการปฏิรูปดังกล่าวได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่ๆที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องของหนี้ก่อนสัญญาดังต่อไปนี้

การนำหลักสุจริตมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายที่ชัดเจน แน่นนอนตามนิติวิธี และเป็นฐานในการก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญาที่คู่กรณีต้องปฏิบัติต่อกันในระหว่างการเจรจา การก่อให้เกิดสัญญา หรือแม้แต่การปฏิบัติชำระหนี้ตามข้อตกลงเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ดังที่กำหนดในมาตรา 1104 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เนื้อความว่า

#### มาตรา 1104 วางหลักไว้ว่า

ในการเจรจา การก่อให้เกิดสัญญา หรือการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา คู่สัญญาต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

ข้อความในวรรคหนึ่งเป็นเงื่อนไขอันถือเป็นสาระสำคัญของนโยบายสาธารณะของรัฐ\*

\* section 1104. Contracts must be negotiated, formed and performed in good faith.

This provision is a matter of public policy.

translated into English by John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson, and Simon Whittaker

Available in [https://www.trans-lex.org/601101/\\_/french-civil-code-2016/](https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/)

อย่างไรก็ตาม กฎหมายฝรั่งเศสยังคงให้การรับรองหลักเสรีภาพในการเจรจา เช่นเดิม แต่มีการเพิ่มเติมหลักความรับผิดชอบที่คู่กรณีฝ่ายที่กระทำการฝ่าฝืนต่อหนึ่งก่อนสัญญาต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับคู่กรณีอีกฝ่ายสำหรับความเสียหายที่เขาได้รับเพราะการกระทำของตน ดังที่กำหนดในมาตรา 1112 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เนื้อความว่า

**มาตรา 1112** วางหลักไว้ว่า

การเริ่มต้นการเจรจา การดำเนินต่อไปซึ่งการเจรจา และการล้มเลิกการเจรจาในช่วงก่อนการเกิดสัญญา สามารถทำได้อย่างเป็นอิสระ ปราศจากการควบคุมโดยอาศัยการดำเนินการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

ในกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในระหว่างการเจรจา การชดเชยความเสียหายในผลแห่งการเกิดสัญญาจะไม่ถูกนำมาคำนวณรวมเพื่อที่จะชดใช้การสูญเสียผลประโยชน์ที่เกิดจากการคาดหวังว่าสัญญาจะเกิดขึ้น\*

อีกทั้งยังมีการนำเอาแนวทางในการตีความของศาลฝรั่งเศสถึงความมีอยู่ของหน้าอื่นเป็นหน้าที่ที่คู่กรณีพึงปฏิบัติตามหลักความสุจริตในระหว่างการเจรจาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญามำบัญญัติไว้เพิ่มเติม อาทิ หน้าที่ในการให้ข้อมูลอันจำเป็นในการใช้เพื่อประกอบการตัดสินใจในการทำสัญญา ตามมาตรา 1112-1 หน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับที่คู่กรณีมอบให้ในระหว่างการเจรจา ตามมาตรา 1112-2 และหน้าที่ในการไม่เพิกถอนคำเสนอที่ถูกส่งออกไปแก่ผู้รับคำเสนอ โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ตามมาตรา 1115 ประกอบกับมาตรา 1116 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เนื้อความดังต่อไปนี้

**มาตรา 1112-1** วางหลักไว้ว่า

การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งทราบถึงข้อมูลสำคัญอันมีผลต่อการตัดสินใจที่จะแสดงเจตนาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง คู่กรณีฝ่ายดังกล่าวมีหน้าที่ในการแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบถึงข้อมูลดังกล่าว หากคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ทราบถึงความมีอยู่ของข้อมูลนั้นและให้ความไว้นับถือเชื่อใจแก่ตนเอง

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการให้ข้อมูลนี้ไม่นำไปใช้กับกรณีของการประเมินคุณค่าของการปฏิบัติการชำระหนี้ด้วย

\* section 1112. The commencement, continuation and breaking-off of precontractual negotiations are free from control. They must mandatorily satisfy the requirements of good faith.

In case of fault committed during the negotiations, the reparation of the resulting loss is not calculated so as to compensate the loss of benefits which were expected from the contract that was not concluded.

ข้อมูลสำคัญอันมีผลต่อการตัดสินใจแสดงเจตนาของคู่กรณี คือ ข้อมูลที่มีผลโดยตรงและเป็นสาระสำคัญที่มีความสัมพันธ์กับข้อตกลงในสัญญาหรือส่งผลกระทบต่อสถานะของคู่กรณี

คู่กรณีฝ่ายที่กล่าวอ้างว่าอีกฝ่ายมีหน้าที่ในการให้ข้อมูลมีภาระในการพิสูจน์ถึงการมีหน้าที่ดังกล่าวของอีกฝ่าย ในขณะที่คู่กรณีฝ่ายที่มีหน้าที่ในการให้ข้อมูลก็มีภาระในการพิสูจน์ว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวแล้ว

คู่กรณีไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดหน้าที่ดังกล่าวได้

นอกจากนี้ คู่กรณีที่มีหน้าที่ในการให้ข้อมูลอาจต้องรับผิดชอบหากไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว โดยส่งผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะภายใต้เงื่อนไขในมาตรา 1130 และมาตราอื่นที่เกี่ยวข้อง\*

#### มาตรา 1112-2 วางหลักไว้ว่า

บุคคลใดโดยปราศจากความยินยอมได้เปิดเผยหรือนำไปใช้ซึ่งข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้รับมาในช่วงของการเจรจา มีความรับผิดชอบภายใต้เงื่อนไขของหลักกฎหมายทั่วไป\*

#### มาตรา 1115 วางหลักไว้ว่า

การเพิกถอนคำเสนอสามารถทำได้โดยอิสระ ตราบเท่าที่คำเสนอนั้นยังคงไปไม่ถึงผู้รับ\*

---

\* section 1112-1. The party who knows information which is of decisive importance for the consent of the other, must inform him of it where the latter legitimately does not know the information or relies on the contracting party.

However, this duty to inform does not apply to an assessment of the value of the act of performance.

Information is of decisive importance if it has a direct and necessary relationship with the content of the contract or the status of the parties.

A person who claims that information was due to him has the burden of proving that the other party had the duty to provide it, and that other party has the burden of proving that he has provided it.

The parties may neither limit nor exclude this duty.

In addition to imposing liability on the party who had the duty to inform, his failure to fulfil the duty may lead to annulment of the contract under the conditions provided by articles 1130 and following.

\* section 1112-2. A person who without permission makes use of or discloses confidential information obtained in the course of negotiations incurs liability under the conditions set out by the general law.

### มาตรา 1116 วางหลักไว้ว่า

การเพิกถอนเสนอไม่อาจทำได้ก่อนระยะเวลาที่ได้กำหนดเอาไว้โดยผู้เสนอ หรือกรณีที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาเอาไว้ให้ถือเอาตามระยะเวลาพอสมควร

การเพิกถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาดังกล่าวในวรรคหนึ่ง เป็นการขัดขวางการ เกิดสัญญา

คู่กรณีที่เพิกถอนคำเสนอมีความรับผิดชอบพิเศษทางสัญญาภายใต้เงื่อนไขที่เกิด จากหลักกฎหมายทั่วไป แต่ไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากความคาดหวังว่าจะเกิดสัญญา\*

จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 ยังไม่ ปรากฏแนวทางในการปรับใช้กฎหมายใหม่ดังกล่าวแก่ข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยศาลฝรั่งเศสแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม จากการศึกษา<sup>104</sup>ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจมีความเป็นไปได้ที่ศาลฝรั่งเศสอาจ ปรับเปลี่ยนแนวทางในการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่มีความเกี่ยวข้องกับนี้ก่อนสัญญาจากเดิม ที่ปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดเป็นปรับใช้กฎหมายลักษณะสัญญาแทน เนื่องจากการปฏิรูป ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 มีการบัญญัติหลักหนี้และความรับผิดชอบก่อนสัญญาเอาไว้ ในกฎหมายลักษณะสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง จึงสามารถเข้าใจได้ว่าอาจมีการนำหลักกฎหมาย ทั้งหลายที่เกี่ยวกับสัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องและปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงซึ่งกันและกันได้ ยิ่งไปกว่านั้น หลัก สุจริตในกฎหมายฝรั่งเศสยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในกฎหมายลักษณะสัญญา

\* section 1115. An offer may be withdrawn freely as long as it has not reached the person to whom it was addressed.

\* section 1116. An offer may not be withdrawn before the expiry of any period fixed by the offeror or, if no such period has been fixed, the end of a reasonable period.

The withdrawal of an offer in contravention of this prohibition prevents the contract being concluded.

The person who thus withdraws an offer incurs extra-contractual liability under the conditions set out by the general law, and has no obligation to compensate the loss of profits which were expected from the contract.

<sup>104</sup> Clifford Chance. French Contract Law Reform. [Online]. 2016. Available from : [https://financialmarketstoolkit.cliffordchance.com/content/micro-facm/en/financial-markets-resources/resources-by-type/client-briefings/2016/02/french-contract-law-reform--february-2016-/jcr:content/parsys/download/file.res/French%20Contract%20Law%20Reform\\_Client%20Briefing.pdf](https://financialmarketstoolkit.cliffordchance.com/content/micro-facm/en/financial-markets-resources/resources-by-type/client-briefings/2016/02/french-contract-law-reform--february-2016-/jcr:content/parsys/download/file.res/French%20Contract%20Law%20Reform_Client%20Briefing.pdf) [2018, November 4]

<sup>105</sup> เมื่อนี้และหน้าที่ก่อนสัญญาทั้งหลายล้วนมีพื้นฐานมากจากหลักสุจริต และการขยายขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีตามสัญญาให้ครอบคลุมมาถึงความสัมพันธ์ในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาสามารถทำได้เช่นเดียวกับกับกฎหมายเยอรมัน ฉะนั้นการปรับใช้กฎหมายลักษณะสัญญาและหน้าที่จึงน่าจะมีผลสัมฤทธิ์มากกว่าการใช้หลักกฎหมายละเมิดเช่นเดิม

ฉะนั้นแล้ว จึงสามารถทำความเข้าใจได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสยอมรับถึงการมีอยู่ของหน้าที่ก่อนสัญญา และให้ความคุ้มครองแก่คู่กรณีโดยการก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่กรณีที่จะต้องกระทำการโดยสุจริตในระหว่างการเจรจา รวมถึงหน้าที่อื่นๆที่เกี่ยวข้องมากขึ้น เห็นได้จากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 เพื่อให้คู่กรณีที่เข้ามาเจรจากันเกิดความเท่าเทียมอย่างแท้จริงในเชิงข้อมูลและการตัดสินใจทำสัญญาอย่างถูกต้องเหมาะสม รวมไปถึงการได้รับการเยียวยาที่เพียงพอ หากได้รับความเสียหายในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ก่อนสัญญาที่กฎหมายกำหนด โดยมีความเป็นไปได้ที่ศาลฝรั่งเศสอาจเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าว จากเดิมที่มีการปรับใช้กฎหมายละเมิดมาเป็นการปรับใช้กฎหมายสัญญาในลักษณะที่ใกล้เคียงกับความคิดของกฎหมายเยอรมัน

#### 2.4. กฎหมายต่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016

หลักกฎหมายสัญญาแห่งสหภาพยุโรป หรือ The Principle of European Contract Law (PECL) และ หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ หรือ The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) เป็นหลักกฎหมายต่างประเทศที่อาจถือได้ว่าเป็นแม่แบบที่ส่งอิทธิพลต่อผู้ร่างและปรับปรุงกฎหมายของฝรั่งเศสในระหว่างการศึกษาข้อมูลเพื่อใช้ประกอบในการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในช่วงปีค.ศ. 2016 จึงควรที่จะมีการกล่าวถึงในบางส่วนของเรื่องที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ตัวอย่างของการกำหนดเงื่อนไขอันจะก่อให้เกิดหน้าที่โดยทั่วไปในการกระทำโดยสุจริตในช่วงก่อนสัญญาที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายฝรั่งเศส รวมไปถึงกฎหมายของประเทศอื่นๆที่อยู่ในระบบซีวิลลอว์ อาทิ

PECL Article 2:301 : การเจรจาที่ขัดต่อหลักสุจริต

(1) คู่เจรจามีอิสระในการเจรจาและไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการไม่บรรลุข้อตกลงระหว่างกัน

(2) อย่างไรก็ตาม คู่เจรจาที่ได้เจรจาหรือยุติการเจรจาโดยขัดต่อหลักสุจริตต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>105</sup> LSE Research Online. The new French law of contract. [Online]. 2017. Available from : [http://eprints.lse.ac.uk/75815/1/Rowan\\_New%20French%20law\\_2017.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/75815/1/Rowan_New%20French%20law_2017.pdf) [2018, November 4]

(3) หากคู่เจรจาเข้าสู่การเจรจาหรือดำเนินการเจรจาต่อไปโดยปราศจากเจตนาที่แท้จริงในการบรรลุข้อตกลงระหว่างกัน การนั้นเป็นการขัดต่อหลักสุจริต

UNIDROIT PICC Article 2.1.15 : การเจรจาที่ไม่สุจริต

(1) คู่เจรจามีอิสระในการเจรจาและไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งการไม่บรรลุข้อตกลงระหว่างกัน

(2) อย่างไรก็ตาม คู่เจรจาที่ได้เจรจาหรือยุติการเจรจาโดยไม่สุจริตต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง

(3) หากคู่เจรจาเข้าสู่การเจรจาหรือดำเนินการเจรจาต่อไปโดยไม่มีเจตนาที่แท้จริงที่จะบรรลุข้อตกลงระหว่างกัน การนั้นเป็นการไม่สุจริต

สังเกตได้ว่าในมาตราที่ยกตัวอย่างไปในข้างต้นจะบัญญัติไว้เพียงการเจรจาที่ขัดแย้งต่อหลักสุจริตเท่านั้น แต่จากคำอธิบายประกอบมาตราปรากฏข้อมูลว่าในมาตราเหล่านี้มีการกำหนดหน้าที่อื่นๆที่ตั้งอยู่บนฐานของหน้าที่โดยทั่วไปในการกระทำด้วยความสุจริตที่ถูกปรับใช้ทั้งในช่วงระหว่างสัญญาและก่อนสัญญาด้วย คือ

1. หน้าที่ในการเจรจาด้วยความจริงจังก่อให้เกิดข้อสงสัยในการก่อให้เกิดสัญญา

PECL Article 2:301 : การเจรจาที่ขัดต่อหลักสุจริต

... (3) คู่กรณีที่เข้าสู่การเจรจาหรือดำเนินการต่อไปในการเจรจาโดยปราศจากเจตนาที่แท้จริงในการทำข้อตกลงกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อหลักสุจริต

จากข้อความในข้อ 3 ของ PECL Article 2:301 ส่งอิทธิพลต่อระบบกฎหมายส่วนใหญ่ในทวีปยุโรปที่ให้อยอมรับว่าการเข้าสู่การเจรจาหรือดำเนินการเจรจาต่อไปโดยปราศจากเจตนาที่แท้จริงในการทำสัญญาเป็นการขัดต่อหลักสุจริต อาทิ การเจรจาโดยมีจุดประสงค์เพียงเพื่อได้รับข้อมูลอันเป็นความลับทางธุรกิจ หรือมีจุดประสงค์เพื่อขัดขวางคู่ต่อสู้ทางธุรกิจไม่ให้เข้าทำสัญญากับคู่กรณี ด้วยเหตุนี้ คู่กรณีที่กระทำการขัดต่อหลักสุจริตต้องรับผิดชอบต่อการก่อให้เกิดความสูญเสียโอกาสของคู่กรณีในการทำสัญญากับคู่แข่งที่มีความประสงค์จะทำสัญญาโดยแท้จริง ในเยอรมันกรณีดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ไม่เพียงแต่การปราศจากเจตนาที่แท้จริงเท่านั้นที่เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริต แต่การกระทำโดยความประมาทเลินเล่อในระหว่างการเจรจา เช่น การที่คู่กรณีเข้าสู่การเจรจาโดยทราบว่าจะตนเองไม่อาจทำตามเงื่อนไขของคู่เจรจาในการที่จะบรรลุข้อตกลงได้ ส่งผลให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นแก่คู่เจรจา ก็เป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อหลักสุจริตเช่นกัน<sup>106</sup>

<sup>106</sup> Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Tallon, D., Rutgers, J., and Vogenaver, S., *Cases, Materials and Text on Contract Law*. p. 382.

## 2. หน้าที่ในการให้ข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจในการทำสัญญา

หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ที่แสดงถึงเจตนาของคู่กรณีว่าต้องการที่จะทำสัญญาระหว่างกันอย่างแท้จริง เนื่องจากในการทำสัญญาที่มีมูลค่าสูง หรือเป็นสัญญาเฉพาะทาง คู่กรณีแต่ละฝ่ายอาจไม่สามารถทราบข้อมูลเชิงลึกของอีกฝ่ายได้ ก่อให้เกิดความไม่มั่นใจในการทำสัญญา ซึ่งหากมีการจัดเตรียมข้อมูลที่จำเป็นให้แก่อีกฝ่ายทราบ ก็จะเป็นการแสดงเจตนาว่าฝ่ายตนเองมีเจตนาที่จะทำสัญญาอย่างสุจริตจึงมอบความไว้นั้นเพื่อใจให้แก่อีกฝ่ายโดยการให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่การตัดสินใจทำสัญญาระหว่างกัน

## 3. หน้าที่ในการรักษาข้อมูลความลับ

PECL Article 2:302 : การละเมิดต่อการเก็บรักษาความลับ

คู่กรณีมีหน้าที่ในการห้ามมิให้เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับใดๆที่ได้รับจากคู่กรณีอีกฝ่ายในระหว่างการเจรจาต่อบุคคลภายนอก รวมถึงห้ามนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับในการทำสัญญา หากเกิดความเสียหายจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการห้ามเปิดเผยข้อมูลความลับ คู่กรณีที่ทำกรทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการฝ่าฝืนนั้น รวมไปถึงผลประโยชน์ที่ตนเองได้รับจากการนำข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ด้วย

เมื่อพิจารณาต่อไปตาม UNIDROIT PICC มาตรา 2.1.16 จะพบว่ากรณีทีถือว่าคู่กรณีมีหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับคือ การได้รับข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงหรือข้อมูลที่ได้รับจากคู่กรณีที่มีคุณสมบัติหรือความเชี่ยวชาญพิเศษสามารถก่อให้เกิดหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับแก่ผู้ได้รับข้อมูลได้ อาทิ ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับองค์ความรู้เฉพาะเรื่อง (Know-how) ยุทธศาสตร์ทางการค้า (Commercial strategies) ข้อมูลของลูกค้าหรือผู้ผลิต งบดุล (Balance sheets) ที่มีความซับซ้อนมากกว่าที่คู่เจรจาเปิดเผยต่อสาธารณะเป็นการทั่วไป หรือผลการตรวจสอบทางบัญชี รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับการตรวจสอบสถานะทางธุรกิจ (Due diligence)

การเยียวยาที่อาจเกิดขึ้นแก่การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับคือการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งค่าเสียหายอาจรวมถึงการกลับคืนสู่สภาพเดิมโดยการได้รับประโยชน์ที่คู่เจรจายฝ่ายที่กระทำผิดหน้าที่จะได้รับจากการละเมิดต่อหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลความลับนั้น นอกจากนี้ ตาม UNIDROIT PICC มาตรา 2.1.16 ยังกำหนดเพิ่มเติมว่า การชดใช้ค่าเสียหายยังควรมีแม้ว่าคู่เจรจายฝ่ายที่ถูกกระทำละเมิดหน้าที่จะไม่ได้ได้รับความเสียหายใดๆในทางข้อเท็จจริง รวมถึงสามารถขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามกระทำการใดๆที่เป็นการฝ่าฝืนแก่คู่เจรจาที่ละเมิดต่อหน้าที่ได้อีกด้วย

## 4. หน้าที่ในการไม่ยุติการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

PECL Article 2:301 : การเจรจาที่ขัดต่อหลักสุจริต

(1) คู่เจรจามีอิสระในการเจรจาโดยปราศจากความรับผิดชอบหากการทำสัญญาไม่ประสบความสำเร็จ

อิสระในการยุติการเจรจาเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับตัววิสัยในหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญในการทำธุรกิจ เพราะหากคู่กรณีมีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบการเจรจาไม่นำไปสู่การทำสัญญา จะส่งผลกระทบต่อคนส่วนใหญ่ไม่เต็มใจที่จะเข้าสู่การเจรจา

อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิในการยุติการเจรจาอย่างไม่สุจริตอาจกระทบต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ยุติการเจรจาโดยไม่สุจริต กล่าวคือ ปราศจากเหตุผลอันสมควรในการล้มเลิกการเจรจาอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

การทดสอบเพื่อชี้วัดความเป็นไปได้ของการยุติการเจรจาโดยไม่สุจริต

PECL Article 2:301 : การเจรจาที่ขัดต่อหลักสุจริต

... (2) อย่างไรก็ตาม คู่เจรจาที่กระทำการเจรจาหรือยุติการเจรจาโดยขัดต่อหลักสุจริตต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อคิดเห็นจากนักกฎหมายที่กล่าวถึงมาตรา 2:301 ของ PECL อธิบายว่า ไม่ว่าจะเป็นช่วงก่อนที่คำเสนองจะเกิดขึ้นหรือแม้แต่ในระหว่างการเจรจาที่ยังไม่มีการทำคำเสนอหรือคำสนองที่แน่นอน คู่เจรจาก็ไม่อาจมีอิสระอีกต่อไปที่จะยุติการเจรจาอย่างฉับพลันและปราศจากเหตุผลแก้ตัว โดยเฉพาะเมื่อการเจรจาดำเนินมาถึงจุดที่ไม่สามารถหวนกลับได้ (a point of no return) ซึ่งเป็นจุดที่ต้องพิจารณาเป็นรายสถานการณ์จากขอบเขตที่เกิดจากความประพฤติของคู่เจรจาฝ่ายแรก ที่เชื่อว่าผลลัพธ์ในทางบวกจะเกิดขึ้นจากการเจรจา

จากถ้อยคำในกฎหมายและข้อคิดเห็นจากนักกฎหมายส่วนใหญ่จะเห็นได้ว่าการปรับให้ความรับผิดชอบจากการยุติการเจรจาอยู่ภายใต้กฎหมายสัญญาน่าจะไม่เหมาะสมนัก ซึ่งรวมถึงการปรับให้อยู่ภายใต้กฎหมายละเมิดด้วย ทางออกที่ดูจะเหมาะสมคือ การปรับให้เป็นความรับผิดชอบเอกเทศ (sui generis) สำหรับการละเมิดต่อหน้าที่ในการปฏิบัติด้วยความสุจริตก่อนการเกิดสัญญา

#### 5. หน้าที่ในการไม่เข้าทำสัญญาโดยทราบข้อมูลว่าสัญญาน่าจะตกเป็นโมฆะ

คู่เจรจาที่รู้หรือควรรู้ว่าสัญญาน่าจะตกเป็นโมฆะแต่ก็ยังตกลงที่จะทำสัญญาโดยไม่มีการแจ้งเตือนคู่เจรจาอีกฝ่ายให้ทราบถึงความเป็นโมฆะดังกล่าว อาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในความเชื่อใจนั้นให้แก่ฝ่ายที่เสียหาย ความรับผิดชอบประเภทนี้แตกต่างจากการยุติการเจรจาตรงที่มีการตกลงทำสัญญากันเกิดขึ้น ดังคำกล่าวของ Bianca ที่ว่า

ขณะที่ข้อเท็จจริงในกรณีของการเพิกถอนหรือยุติการเจรจา คู่เจรจาเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการเจรจาที่ไร้ประสิทธิผล แต่ในกรณีนี้คู่เจรจาเกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขที่ไร้ประโยชน์ เพราะพฤติกรรมที่มีลักษณะของการหลอกลวงหรือพฤติกรรมที่กระทำโดยประมาทส่งผลกระทบต่อความมีอิสระในการทำสัญญาของคู่เจรจา เนื่องจากต้องเข้ามาทำสัญญาที่ไร้ประโยชน์และใช้การไม่ได้



โดยตามกฎหมายอิตาลีและเยอรมันเห็นว่า ความผิดประเพณีนี้เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูล (duty to inform)

จากตัวอย่างการอธิบายความมาตรา 2.1.15 ของ UNIDROIT PICC ได้ยกตัวอย่างเกี่ยวกับกรณีนี้เอาไว้ว่า บริษัท A ได้เข้าเจรจากับบริษัท B เกี่ยวกับการซื้อขายอุปกรณ์ทางการทหารโดยกองทัพในประเทศของ B ซึ่ง A ทราบดีอยู่แล้วว่า B จะไม่มีทางได้รับใบอนุญาตสำคัญการส่งออกจากหน่วยงานของประเทศตน แต่ A ก็ไม่เปิดเผยให้ B ทราบและเข้าทำสัญญากัน สุดท้ายสัญญาดังกล่าวก็ไม่สามารถบังคับใช้ได้ ด้วยเหตุผลที่ B ขาดใบอนุญาต A จึงมีความรับผิดชอบต่อ B จากผลของการปล่อยให้ B ต้องเผชิญกับความเสียหายโดยที่ A ทราบดีว่า B จะไม่มีทางได้รับใบอนุญาตดังกล่าว

ตามกฎหมายเยอรมัน อิทธิพลของทฤษฎีการแสดงเจตนาส่งผลให้สัญญาได้รับผลกระทบจากความบกพร่องของความยินยอมน้อย ดังนั้น การใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาจึงมีรูปแบบการใช้ที่จำกัด โดยคู่เจรจาที่เข้าทำสัญญาโดยมีความผิดพลาดบางประการที่สามารถหลีกเลี่ยงความผิดพลาดนั้นได้หากคู่เจรจาอีกฝ่ายแจ้งเตือน ถ้าเขาให้ความเชื่อใจในความรู้ความสามารถของคู่เจรจาอีกฝ่ายแล้วเกิดความผิดพลาดเช่นนั้นขึ้น ฝ่ายที่เสียหายนี้จะได้รับความคุ้มครองโดยการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากความไว้วางใจได้ แต่ความเสียหายที่จะเรียกร้องได้นั้นจะจำกัดเฉพาะค่าเสียหายที่ไม่ควรเสีย หรือค่าเสียหายในทางลบ (negative interest) เท่านั้น ไม่รวมถึงค่าเสียหายที่เกิดจากการคาดหวัง หรือค่าเสียหายในทางบวก (positive interest)<sup>107</sup>

## 2.5. หลักกฎหมายของระบบกฎหมายจีนที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญา

โครงสร้างการปกครองของประเทศจีนมีความซับซ้อน เนื่องจากจีนมีการแบ่งเขตการปกครองตนเอง และเขตบริหารพิเศษ รวมถึงการพยายามแบ่งแยกของไต้หวัน ทำให้การศึกษากฎหมายจีนมีความสลับซับซ้อนตามไปด้วย เนื่องจากในไต้หวัน (สาธารณรัฐจีน) มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งที่ได้รับอิทธิพลมาจากเยอรมันผ่านทางประมวลกฎหมายของญี่ปุ่น ในขณะที่จีนแผ่นดินใหญ่ (สาธารณรัฐประชาชนจีน) ไม่มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง แต่จะแบ่งการบัญญัติกฎหมายออกเป็นหลายรูปแบบหลายลำดับชั้น ทั้งในส่วนกลางและส่วนท้องถิ่น อีกทั้งแต่ละส่วนจะออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร โดยจะให้ความสำคัญกับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติ

<sup>107</sup> Ibid.

บัญญัติของส่วนกลางเป็นสำคัญ<sup>108</sup> ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะให้ความสำคัญกับกฎหมายของจีนแผ่นดินใหญ่ (สาธารณรัฐประชาชนจีน) เป็นหลัก\*

กระนั้นก็ดี หลังจากที่สภาประชาชนแห่งชาติของจีน (The National People's Congress of China, NPC) ได้มีมติที่จะเริ่มดำเนินโครงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งที่คาดว่าจะแล้วเสร็จในปี 2020 ทำให้ทางการของจีนเริ่มการศึกษาค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศทั้งกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ เพื่อรวบรวมและประมวลผลในการนำมาเป็นแบบอย่างในการจัดทำกฎหมายของจีนต่อไป แต่จากการปรับใช้บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญทำให้กฎหมายแพ่งของจีนมีหลักกฎหมายที่เป็นกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกับไทย โดยจีนได้ประกาศใช้กฎหมายสัญญาเป็นครั้งแรกในเดือนตุลาคม ปีค.ศ. 1999<sup>109</sup> โดยที่ก่อนหน้านี้ในการทำสัญญาเป็นการตกลงกันรูปแบบประเพณีดั้งเดิมเป็นหลัก

อย่างไรก็ตาม จากความเชื่อดั้งเดิมในสังคมจีนที่มีลักษณะเฉพาะ หนึ่งในนั้นคือความคิดในลัทธิขงจื้อที่ทรงอิทธิพลและหยั่งรากฝังลึกในสำนึกของชนชาติจีน จนผู้ร่างกฎหมายของจีนได้นำเอาหลักการดังกล่าวมาผสมผสานกับหลักกฎหมายสมัยใหม่ ส่งผลให้กฎหมายจีนมีทั้งความคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศอื่นๆและมีลักษณะเฉพาะตัวที่น่าสนใจในการศึกษาถึงเรื่องหนึ่งก่อนสัญญาต่อไป

### 2.5.1. ความหมายของ “หนี้ (Obligation)” ในระบบกฎหมายของจีน

ในการทำความเข้าใจเรื่องกฎหมายสัญญาของจีนจำเป็นที่จะต้องเข้าใจถึงกรอบความคิดเกี่ยวกับเรื่องหนี้ที่กฎหมายจีนในยุคใหม่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต่างประเทศเช่นเดียวกับกฎหมายไทย หนึ่งในนั้นคือ กฎหมายเยอรมันที่จีนได้ทำการศึกษาและนำมาเป็นแม่แบบในการร่างกฎหมายสัญญาโดยผสมผสานกับกฎหมายของคอมมอนลอว์

โดยในกฎหมายของจีนได้ให้ความหมายของคำว่า “หนี้” (Obligation) โดยอาศัยฐานความคิดจากกฎหมายโรมันว่า หนี้เป็นการแสดงความสัมพันธ์ทางกฎหมายโดยเฉพาะเจาะจงระหว่างบุคคลหนึ่งที่ตกลงเข้าผูกพันในอันที่จะต้องกระทำการชำระหนี้ต่ออีกบุคคลหนึ่ง โดยมีมูลเหตุแห่งหนี้

<sup>108</sup> อาร์ม ตั้งนิรันดร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 87 – 105.

\* ในหัวข้อนี้ หากมีการกล่าวถึง “จีน” ต่อไป ขอให้ทราบว่าผู้เขียนหมายความว่าจีนแผ่นดินใหญ่ (สาธารณรัฐประชาชนจีน) เป็นสำคัญ

<sup>109</sup> Jing, L., and Wei, S., National Report on PRC Contract Law[Online], 2014 . P. 2. Available from: <http://www.law.ntu.edu.tw/aslea2014/file/LJ%20&%20SW%20PRC%20Contract%20Law%20-16Jun2014.pdf>

มาจากสัญญา การกระทำทางกฎหมายอย่างอื่น ๆ หรือหนี้ตามที่มิด้วบทกฎหมายกำหนดขึ้น อาทิ กฎหมายละเมิด กฎหมายเกี่ยวกับลาภมิควรได้ เป็นต้น

แตกต่างจากความเข้าใจในความหมายของหนี้โดยทั่วไปที่มองว่า หนี้ประกอบไปด้วย สิทธิในการที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องเอาประโยชน์อย่างใด ๆ จากลูกหนี้ โดยที่ลูกหนี้เองก็มีความรับผิดชอบในการที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เช่นเดียวกัน

จากความคิดในทางระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่กฎหมายจีนยุคใหม่ได้รับอิทธิพลมาจาก เยอรมันและคอมมอนลอว์ทำให้ “หนี้” (Obligation) ในกฎหมายแพ่งของจีนเป็นการกล่าวถึงความสัมพันธ์พิเศษในทางสิทธิ (Rights) และหน้าที่ (Duties) ระหว่างคู่กรณีนั่นเอง<sup>110</sup>

ในประเทศจีนนั้น ความคิดเกี่ยวกับเรื่อง “หนี้” ในทางกฎหมายมีการปรับใช้ปะปนกันกับความคิดเกี่ยวกับ “สัญญา” หรือในภาษาจีน คือ Qi Yue\* (Agreement) เนื่องจาก แม้ว่าความคิดเกี่ยวกับสัญญาจะปรากฏขึ้นมาเป็นเวลานานกว่าหลายศตวรรษในประเทศจีน แต่กลับไม่ปรากฏถึงคำนิยามของคำดังกล่าว โดยเพียงแต่ปรากฏหลักฐานว่ามีการใช้ถ้อยคำสลับไปสลับมา ระหว่างคำว่า “สัญญา” และ คำว่า “หนี้” (ที่ไม่ใช่ “หนี้” ในความหมายปัจจุบัน) โดยการอธิบายว่า “หนี้” หรือ “สัญญา” นั้น หมายความว่า สัญญาทางการเงิน ที่ลูกหนี้มีความรับผิดชอบในการชดใช้เงินจากการกู้ยืมให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้น “สัญญา” จึงหมายถึง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขของการเกิดมีขึ้นของหนี้ระหว่างบุคคล<sup>111</sup>

จากวัฒนธรรมความเชื่อในลัทธิขงจื้อ (Confucianism) ของจีนที่ส่งอิทธิพลต่อชาว จีนในทุกๆด้านมาอย่างยาวนาน ไม่เว้นแม้แต่ในเรื่องของกฎหมาย ทำให้หลักการของสัญญาและหนี้ของจีนตามวัฒนธรรมความเชื่อดั้งเดิมที่เกิดขึ้นจากลัทธิดังกล่าวส่งทอดแนวความคิดมาถึงในยุคปัจจุบัน แม้ว่าจะมีความคิดเกี่ยวกับหนี้ในกฎหมายสมัยใหม่เกิดขึ้นแล้วก็ตาม

หลักการของ “สัญญา” หรือ “หนี้” นั้นแบ่งออกเป็น 3 ช่วงเวลา สืบต่อมาในแต่ละราชวงศ์ของจีน คือ

<sup>110</sup> Zhang, M., *Chinese Contract Law : Theory and Practice*. (Leiden, Boston Martinus Nijhoff Publishers, 2006.),P. 26.

\* สัญญาในภาษาจีน คือ Qi Yue (Agreement) เป็นการอธิบายถึงความสัมพันธ์จากการตกลงกันระหว่างบุคคล ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ในการก่อให้เกิดหนี้ หรือ สิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ตามแนวความคิดในกฎหมายจีนสมัยใหม่ ดดยในสมัยก่อนนั้น จีนมีคำเรียกสัญญาในภาษาจีนอีกคำหนึ่งด้วยเช่นกัน คือ He Tong (Contract) แต่จากการถกเถียงกันในทางวิชาการของนักกฎหมายจีนก็สามารถสรุปได้ว่า ทั้งสองคำ คือ Qi Yue และ He Tong ไม่มีความแตกต่างในการใช้แทนที่กันอย่างมีนัยยะสำคัญระหว่างกันแต่อย่างใด

<sup>111</sup> Ibid.

1.) หน้าที่เกิดขึ้นจากการกระทำตามแบบพิธีและขนบธรรมเนียมประเพณีดั้งเดิม อันเป็นบรรทัดฐานทางสังคมของจีน

2.) หน้าที่เกิดขึ้นจากคำสั่งและการตกลงกันระหว่างหัวหน้าครอบครัว หรือ บรรพบุรุษของตนเอง ซึ่งเป็นหนี้ในขั้นต้นและไม่ก่อให้เกิดสิทธิพิเศษเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด โดยมีความคิดในลักษณะที่เป็นองค์รวมของประเทศจีนว่า ทัวทั้งอาณาเขตของประเทศจีนเป็นครอบครัวเดียวกัน มีจักรพรรดิซึ่งเปรียบเสมือนบุตรแห่งสวรรค์และเป็นหัวหน้าครอบครัว ส่งผลให้ชาวจีนทุกคนเป็นเสมือนสมาชิกในครอบครัวที่ต้องกระทำตามประสงค์ของจักรพรรดิในฐานะหนี้ที่มีต่อหัวหน้าครอบครัวของตนเอง<sup>112</sup>

3.) บทลงโทษของบุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่ง หรือละเมิดไม่ทำการตามหน้าที่ที่เกิดขึ้น บุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบ โดยในช่วงแรกจะอ้างอิงถึงความรับผิดชอบในกฎหมายอาญา ก่อนจะกลายมาเป็นความรับผิดชอบในทางแพ่งสำหรับการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ไม่ร้ายแรง ที่เรียกว่า Xing

สิ่งที่ควรตระหนักในการทำความเข้าใจหลักกฎหมายในเรื่องหนี้และสัญญาของจีน คือ หลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดดั้งเดิมในทางประวัติศาสตร์ของชนชาติจีนและความคิดเกี่ยวกับลัทธิขงจื้อ คือ การผสมผสานกันระหว่างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอาญา และหลักเกณฑ์ทางกฎหมายแพ่ง จึงทำให้การบังคับตามสิทธิและหน้าที่ในทางหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หน้าที่เกิดจากมูลเหตุแห่งสัญญา ตั้งอยู่บนฐานของมาตรฐานทางศีลธรรมมากกว่าความต้องการในสิ่งที่กฎหมายกำหนด กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หนี้ก่อให้เกิดผลบังคับระหว่างคู่สัญญาได้ เพราะคู่สัญญาตกลงที่จะเข้าผูกพันในทางศีลธรรมจรรยาในการที่จะรักษาคำมั่นสัญญาที่มีต่ออีกฝ่ายหนึ่ง มากกว่าที่จะทำการผูกพันต่อกันเพราะกฎหมายกำหนดให้ทำ ดังคำกล่าวในลัทธิขงจื้อที่ว่า “ คำสัญญาที่ได้รับจากบุคคลหนึ่ง มีค่ามากกว่าทองคำหนึ่งพันชั่ง ”<sup>113</sup>

จนกระทั่งในปลายราชวงศ์ชิง (Qing) ช่วงปีค.ศ. 1644 – 1911 อิทธิพลจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงเข้ามาและเกิดแนวความคิดในเรื่องการประมวลกฎหมายแพ่งและมีการประกาศใช้ในปัจจุบัน ตั้งแต่ปีค.ศ. 1930 โดยได้รับอิทธิพลแนวความคิดผ่านทางกฎหมายเยอรมัน และญี่ปุ่นดังที่กล่าวไปข้างต้น<sup>114</sup>

บ่อเกิดแห่งหน้าที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่งในกฎหมายจีน คือ สัญญา ซึ่งลักษณะพิเศษของหลักกฎหมายหนี้ คือ หลักกฎหมายหนี้ของจีนให้สิทธิแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องสิ่งใด

<sup>112</sup> อารัม ตั้งนิรันดร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 22 – 25.

<sup>113</sup> Ibid, p. 27.

<sup>114</sup> Ibid, p. 28.

สิ่งหนึ่งมาจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีเนื้อหาสาระของ “หนี้” (Obligation) คือ การก่อให้เกิด “สิทธิ” (Rights) และ “หน้าที่” (Duties) ต่อกัน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า “เจ้าหนี้” จึงมีสิทธิในการได้รับประโยชน์ หรือการที่บุคคลภายนอกจะได้รับประโยชน์จากการใช้สิทธิเรียกให้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ลูกหนี้” กระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่าง และลูกหนี้ผู้นั้นก็มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามการให้ตรงตามสิ่งที่เจ้าหนี้ร้องขอ

ด้วยเหตุนี้ “หนี้” (Obligation) ที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้จึงประกอบไปด้วย องค์ประกอบหลัก 3 ส่วนด้วยกัน คือ 1.) อำนาจในการเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามชำระหนี้ ซึ่งรวมถึงการชำระเงิน 2.) สิทธิในการได้รับการปฏิบัติตามชำระหนี้ ซึ่งรวมถึงการรับชำระเงิน และ 3.) สิทธิในการเรียกร้องความคุ้มครองเมื่อลูกหนี้ไม่กระทำการตามหน้าที่ในการบรรลุดebt ของตนเอง<sup>115</sup>

ตามมาตรา 84\* แห่งหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของจีนกำหนดให้ หนี้เป็นการแสดง ถึงความสัมพันธ์พิเศษระหว่างสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายผู้เป็นคู่กรณีระหว่างกัน ไม่ว่าจะหนี้นั้นจะเกิดขึ้นโดยสัญญา หรือตามเงื่อนไขแห่งกฎหมาย โดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “เจ้าหนี้” (Obligee) เป็นผู้ที่มีสิทธิเหนือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ลูกหนี้” (Obligor) ที่มีหน้าที่ต่อ ฝ่ายดังกล่าว โดยกฎหมายนี้มีจุดประสงค์ในการทำหน้าที่เป็นหลักประกันทางกฎหมายให้แก่สิทธิ ของเจ้าหนี้ว่าจะได้รับการปฏิบัติตามชำระหนี้จากลูกหนี้อย่างแน่นอน<sup>116</sup>

ส่วนในมาตรา 106\* แห่งหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของจีนวางหลักให้ บุคคล ผู้กระทำการละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา ต้องมีความรับผิดชอบ

<sup>115</sup> Ibid, p. 70.

\* General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China

Article 84 A debt represents a special relationship of rights and obligations established between the parties concerned, either according to the agreed terms of a contract or legal provisions. The party entitled to the rights shall be the creditor, and the party assuming the obligations shall be the debtor.

The creditor shall have the right to demand that the debtor fulfil his obligations as specified by the contract or according to legal provisions.

<sup>116</sup> Ibid, p. 71.

\* Article 106 Citizens and legal persons who breach a contract or fail to fulfil other obligations shall bear civil liability.

Citizens and legal persons who through their fault encroach upon State or collective property or the property or person of other people shall bear civil liability.

Civil liability shall still be borne even in the absence of fault, if the law so stipulates.

การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งการปฏิบัติชำระหนี้ให้ถูกต้องตามหลักการแห่งหนึ่งในกฎหมายแพ่งของจีนประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์พื้นฐาน 3 ประการ ดังต่อไปนี้ 1.) ปฏิบัติชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ 2.) ปฏิบัติชำระหนี้ให้ถูกต้องเหมาะสมตามวัน เวลา และสาระสำคัญแห่งหนี้ และ 3.) การให้ความร่วมมือซึ่งกันและกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในการปฏิบัติชำระหนี้ให้ถูกต้องตามมูลหนี้

นับแต่การประกาศใช้หลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของจีนใน ปีค.ศ. 1930 มีการถกเถียงเพื่อแบ่งแยกลักษณะของตัวบทกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายดังกล่าว โดยแบ่งออกเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle) หรือที่นักกฎหมายจีนเรียกว่า “Big civil law” และหลักกฎหมายแพ่งเฉพาะที่นักกฎหมายแพ่งของจีนเรียกว่า “Small civil law” โดยที่หลักการทั่วไปจะถูกปรับใช้และเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทั้งหมดของปัจเจกบุคคลในทางแพ่ง ซึ่งหลักการส่วนใหญ่ในกฎหมายแพ่งสมัยใหม่ของจีนนั้นได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักสุจริต หรือที่ในภาษาเยอรมันเรียกว่า Treu und Glauben โดยที่ในประเทศจีนจะปรับใช้หลักสุจริตในกับทุกๆ ธุรกรรมทางกฎหมายของจีน<sup>117</sup>

### 2.5.2. หลักความยุติธรรมและหลักสุจริตในระบบกฎหมายของจีน (Fairness and Good Faith)

ในมาตรา 5\* ของกฎหมายสัญญาของประเทศจีนได้กำหนดให้คู่กรณีในสัญญาต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมและหลักสุจริตในการตัดสินใจที่จะกระทำการใดๆตามสิทธิที่แต่ละบุคคลพึงมีและการปฏิบัติชำระหนี้โดยถูกต้องตามหลักการดังกล่าว ในขณะที่เดียวกัน มาตรา 4\* แห่งกฎหมายแพ่งของจีนก็ได้กำหนดเงื่อนไขในลักษณะเดียวกันว่า การกระทำใดๆในทางแพ่งต้องกระทำลงด้วยความสุจริตและยุติธรรมเช่นกัน<sup>118</sup>

<sup>117</sup> Jones, W. "Sources of Chinese Obligation Law,". Law and Contemporary Problems 52 (Summer 1989) Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol52/iss3/4> p. 66 – 99.

\* Contract Law of the People's Republic of China

Article 5 The parties shall observe the principle of equity in defining each other's rights and obligations.

\* General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China

Article 4 In civil activities, the principles of voluntariness, fairness, making compensation for equal value, honesty and credibility shall be observed.

<sup>118</sup> Zhang, M., Chinese Contract Law : Theory and Practice. P. 74.

อย่างไรก็ตาม ทั้งหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของจีนและในกฎหมายสัญญาของจีนเองก็ ไม่ปรากฏว่ามีกรให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า “ยุติธรรม” (Fairness) เอาไว้แต่อย่างใด เนื่องจากความเป็นไปได้ 2 สาเหตุด้วยกัน กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง กรณีเป็นการยากที่จะจำกัดขอบเขตการให้ความหมายของคำว่า ยุติธรรม ว่าควรมีความหมายครอบคลุมถึงกรณีใดบ้างหรือควรครอบคลุมและให้ความคุ้มครอง เพียงใด และ

ประการที่สอง ในการตีความนั้น หากอนุญาตให้ศาลเป็นผู้ตีความและปรับใช้หลัก ความยุติธรรมแก่คดีเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีนั้นๆเป็นรายกรณีน่าจะมีความเหมาะสมและยืดหยุ่นต่อ สถานการณ์นั้นมากกว่า

อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปแล้วหลักความยุติธรรมมักได้รับความสนใจในการนำไปปรับใช้ในการ กำหนดเงื่อนไข รวมไปถึงข้อตกลงต่างๆในสัญญามากกว่าการนำไปปรับใช้ในเรื่องอื่นๆ ซึ่งการ ปรับใช้หลักความยุติธรรมในสัญญานั้นมักมีเป้าประสงค์ในการที่จะรักษาสมดุลระหว่างสิทธิและหนี้ (Rights and Obligations) ระหว่างคู่กรณี จากความคิดเห็นและแรงสนับสนุนจากนักกฎหมายจีน ส่วนมากมองว่า ความยุติธรรมเป็นรากฐานทางความคิดในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในการรักษา สมดุลระหว่างการใช้สิทธิและหนี้ในขอบเขตที่สมเหตุสมผลและมีการแบ่งสรรปันส่วนสิทธิและหนี้ ต่างๆนั้นอย่างถูกต้องและเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลประโยชน์ที่คู่สัญญาได้รับควรมีปริมาณที่ เหมาะสมตามสัดส่วนของหนี้ที่เกิดขึ้นเพราะเหตุการได้รับประโยชน์จากหนี้

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจพิจารณาได้ว่าหลักความยุติธรรม (The principle of fairness) มีความคล้ายคลึงกันกับหลักความเป็นธรรม (The principle of equity) แม้ว่าในประเทศจีนนั้น ความคิดเกี่ยวกับหลักความเป็นธรรมจะไม่ได้ได้รับความนิยมนักเท่ากับในประเทศแถบตะวันตกก็ตาม

ในการพิจารณาคดี ศาลจีนใช้การทดสอบหลากหลายรูปแบบเพื่อตัดสินว่ากรณีใดบ้าง ที่หลักความยุติธรรมสามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างแท้จริง ซึ่งการทดสอบแรกก็คือ “หลักความชัดเจน ของความไม่ยุติธรรม” (Obvious Unfairness) โดยการทดสอบดังกล่าวได้ถูกพัฒนามาจาก บทบัญญัติในมาตรา 59\* แห่งหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของจีน จากหลักการในมาตราดังกล่าวได้ กำหนดให้คู่เจรจามีสิทธิในการร้องขอต่อศาลประชาชน (The People’s Court) หรือ

\* General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China

Article 59 A party shall have the right to request a people's court or an arbitration agency to alter or rescind the following civil acts:

(1) those performed by an actor who seriously misunderstood the contents of the acts; and  
(2) those that are obviously unfair.

Rescinded civil acts shall be null and void from the very beginning.

อนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยให้มีการปรับเปลี่ยนข้อตกลง หรือเพิกถอนการกระทำทางแพ่งใดๆที่มีลักษณะของความไม่ยุติธรรมโดยชัดแจ้งได้

โดยทั่วไปแล้ว ความไม่ยุติธรรมมีปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจนหากพบว่า คู่สัญญาได้รับผลประโยชน์จากอีกฝ่ายหนึ่งโดยการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสิทธิและหนี้อย่างชัดแจ้งว่าไม่ถูกต้องเหมาะสมและไม่สุจริตในระหว่างการก่อให้เกิดสัญญา

การทดสอบที่สอง คือ “การจัดสรรความเสี่ยงอย่างสมเหตุสมผล” (Reasonable Allocation of Risks) ซึ่งศาลจะทำการทดสอบโดยยึดตามหลักการตลาด วิธีดังกล่าวนี้เป็นการพิจารณาว่าการทำธุรกรรมต่างๆทางธุรกิจนั้นจะประกอบไปด้วยความเสี่ยงที่สามารถคาดการณ์ได้และความเสี่ยงที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ ความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่คู่กรณีในสัญญาจะต้องจัดสรรปันส่วนความเสี่ยงต่างๆอย่างเหมาะสมและยุติธรรม แต่ในบางครั้งอาจไม่จำเป็นต้องเท่าเทียมกันก็ได้

ดังนั้น กรณีอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้น หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำต้องรับความเสี่ยงนั้นๆบนพื้นฐานของความไม่เต็มใจมากกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในข้อสัญญาที่ตกลงกัน ภายใต้การทดสอบนี้ ศาลจะทำการแสวงหาสิ่งที่ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมดังกล่าวเพื่อที่จะตัดสินว่าการจัดสรรความเสี่ยงนั้นไม่สมเหตุสมผลและฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรมระหว่างคู่กรณีหรือไม่

การทดสอบที่สาม คือ การทดสอบที่เรียกว่า มาตรฐานของการจัดสัดส่วนของสิทธิและหนี้อย่างเป็นธรรม (Fair distribution of rights and obligations) ซึ่งตามมาตรฐานดังกล่าว คู่กรณีตามสัญญาจำต้องรับผิดชอบต่อหนี้ในปริมาณที่ได้สัดส่วนกับสิทธิที่ตนเองมี หรืออ้างว่ามี ตัวอย่างที่เป็นแบบอย่างที่ดีในการอธิบายมาตรฐานดังกล่าวคือ เนื้อหาสาระที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของข้อความที่ปฏิเสธความรับผิดชอบต่างๆในสัญญา โดยการพิจารณาถึงผลกระทบจากข้อความปฏิเสธความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นหลัก และศาลจะเป็นผู้ทำการตัดสินว่าการกระจายสิทธิและหนี้ระหว่างคู่กรณีนั้นเหมาะสมและยุติธรรมหรือไม่จากถ้อยคำในข้อความปฏิเสธความรับผิดชอบนั้น

ตัวอย่างเช่น สัญญามาตรฐาน หรือสัญญาสำเร็จรูป (Standard Contract) ศาลมักจะค้นหาว่าข้อสัญญาต่างๆในสัญญาสำเร็จรูปนั้นมีความขัดแย้งกับจุดประสงค์แห่งการเกิดขึ้นของสัญญามากน้อยเพียงใด ในทางปฏิบัติและในหลากหลายคดี มักปรากฏว่า สัญญาสำเร็จรูปเหล่านั้นมักเป็นความตกลงในลักษณะของ “การยอมรับหรือปฏิเสธ” (Take it or Leave it) เพราะเหตุที่หลักความยุติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานในการทำสัญญาและการทำธุรกรรมทุกชนิดในการประกอบธุรกิจ ทำให้นักกฎหมายบางคนเห็นว่า หลักความยุติธรรมเป็นหลักการแห่งความเป็นธรรมทางกฎหมาย โดยเชื่อว่าสัญญาควรมีลักษณะเฉพาะใน “การแลกเปลี่ยนมูลค่าอย่างเท่าเทียมกัน” (Exchange for equal value) และการแลกเปลี่ยนมูลค่าอย่างเท่าเทียมและยุติธรรมนั้นก็ควรที่จะสงวนไว้ในสัญญาเท่านั้น โดยการประยุกต์ใช้จริงของหลักความยุติธรรมจำเป็นที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติและตกลงกับอีก



ฝ่ายหนึ่งอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม ทั้งในขั้นตอนของการก่อให้เกิดสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา

ส่วนหลักสุจริต เป็นหลักการพื้นฐานที่นำมาใช้ร่วมกับหลักจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจ โดยหลักสุจริตนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของจีนครั้งแรกโดยใช้คำว่า “ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” (Honesty and Credibility) จากนั้นกฎหมายสัญญาของจีนจึงได้มีการบัญญัติหลักสุจริตในฐานะหลักการสำคัญอันเป็นพื้นฐานของสัญญาเช่นเดียวกันกับในประมวลกฎหมายแพ่งจีน

ภายใต้มาตรา 6\* แห่งกฎหมายสัญญาของจีนวางหลักไว้ว่า คู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาต้องปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจในการใช้สิทธิของตนเอง รวมไปถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามหน้าที่ตนเองมี ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ถูกมองว่าเป็นรากฐานสำคัญประการหนึ่งในลัทธิขงจื้อ (The tradition of Confucianism) อันเป็นพื้นฐานความเชื่อที่สำคัญของชาวจีน โดยหลักสุจริตถือว่าเป็นมาตรฐานทางศีลธรรมที่ปรากฏอยู่ในสังคมและวัฒนธรรมของประชาชนจีนมานาน สามารถอธิบายให้เห็นภาพได้ชัดเจนจากการให้คำมั่นสัญญาที่เชื่อถือได้ในสังคมของจีน

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายสัญญาของจีนกลับไม่ปรากฏความพยายามในการกำหนดนิยามของคำว่า “สุจริต” เอาไว้แต่อย่างใด หากเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะพบว่าในมาตรา 1-201(20)\* มีการให้คำนิยามคำว่า “สุจริต” เอาไว้ว่า หมายถึง การปฏิบัติตัวอย่างซื่อสัตย์ในการทำสัญญา

นอกจากนี้ ในมุมมองของนักกฎหมายจีนเห็นว่า การให้นิยามไว้ว่า “การปฏิบัติตัวอย่างซื่อสัตย์” (Honesty conduct) อย่างในกฎหมายของอเมริกาเป็นการให้คำนิยามที่ปราศจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของคู่สัญญา เนื่องจากนักกฎหมายเหล่านั้นล้วนเชื่อว่า หน้าที่หลักของหลักสุจริตคือ การรักษาสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของคู่สัญญาด้วยกันเองและผลประโยชน์ระหว่างคู่สัญญากับสังคม

\* Contract Law of the People's Republic of China

Article 6 The parties shall observe the principle of good faith in exercising their rights and fulfilling their obligations.

\* Uniform Commercial Code (U.C.C)

Article 1-201. General Definitions.

(20) "Good faith," except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.

ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีทฤษฎีของนักกฎหมายชาวอเมริกา ชื่อว่า Professor Robert Summer เกี่ยวกับการแยกออกไปซึ่งหลักสุจริต ได้รับการถกเถียงกันเป็นวงกว้างในหมู่นักกฎหมายจีน โดย Professor Summer เห็นว่า “หลักสุจริตคือ การกระทำใดๆก็ตามที่ไม่ใช่การกระทำที่ไม่สุจริต” แต่ความคิดดังกล่าวไม่ค่อยได้รับการยอมรับเท่าที่ควร เนื่องจากนักกฎหมายจีนเห็นว่า การแปลความคำว่า “สุจริต” คือ การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำที่ไม่สุจริตนั้นจะไม่ใช่สาระสำคัญในการอธิบายหลักสุจริตเท่าไรนัก

แนวความคิดดั้งเดิมของลัทธิขงจื้อ หลักสุจริตเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับการให้ความเชื่อถื่อ (Faithfulness) การให้ความไว้วางใจ (Trustworthiness) และความซื่อสัตย์ (Honesty) โดยขงจื้อมีความเชื่ออย่างยิ่งว่า บุคคลไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้หากปราศจากความไว้วางใจ (Min Bu Xin Bu Li) และหลักการดังกล่าวได้พัฒนาจนกลายเป็นหลักแห่งความเป็นสุภาพบุรุษ (Gentlemen Rule) ต่อมาในทางประวัติศาสตร์จีนอย่างยาวนานหลายศตวรรษ

แม้ว่านักกฎหมายจีนจะยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันในการให้คำนิยามหลักสุจริตในทางกฎหมายอยู่ก็ตาม แต่โดยส่วนใหญ่แล้วก็ยังคงมีความเห็นที่สอดคล้องกันในบางส่วนว่า ในการกระทำใดๆในทางแพ่งนั้น บุคคลควรที่จะมีความซื่อสัตย์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและไม่กระทำการใดๆอันเป็นการข่มเหงต่อสิทธิของอีกฝ่าย รวมไปถึงการปฏิบัติการชำระหนี้โดยตรงไปตรงมา

สรุปได้ว่า หลักสุจริตในความคิดของกฎหมายจีนมีไว้เพื่อสร้างสมดุลทางผลประโยชน์ระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเอง และระหว่างคู่สัญญากับคนในสังคมทั้งหลาย ซึ่งนักกฎหมายจีนเองก็ได้มีความพยายามในการยกตัวอย่างการใช้หลักสุจริตในบริบททางกฎหมายสัญญาเอาไว้ดังต่อไปนี้

- 1.) ในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญา คู่เจรจามีหนี้ในการเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งด้วยความซื่อสัตย์และให้ความร่วมมือซึ่งกันและกันในการพยายามบรรลุต่อข้อตกลงแห่งสัญญา
- 2.) ภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาควรที่จะกระทำการทุกอย่างที่จำเป็นในการเตรียมการใดๆเพื่อปฏิบัติตามข้อตกลงแห่งสัญญา
- 3.) เมื่อต้องมีการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายควรปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต รวมไปถึงการให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนอันจำเป็นแก่การปฏิบัติตามสัญญาต่ออีกฝ่ายหนึ่งด้วย
- 4.) หลังจากที่มีการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว คู่สัญญามีหนี้ที่จะต้องไม่เปิดเผยความลับทางธุรกิจใดๆที่ได้รับมาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในระหว่างการดำรงไว้ซึ่งสัญญานั้น
- 5.) เมื่อเกิดข้อโต้แย้งจากข้อตกลงใดๆแห่งสัญญา คู่สัญญาควรตีความข้อตกลงนั้นอย่างมีเหตุมีผล และเป็นธรรม โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ทุกฝ่ายจะได้รับจากการตีความนั้นด้วย

จากบทบัญญัติในมาตรา 6 แห่งกฎหมายสัญญาของจีน ยังปรากฏว่ามีมาตราที่เกี่ยวข้องกับหลักสุจริตอยู่อีกบางส่วน คือ มาตรา 42\* แห่งกฎหมายสัญญาของจีน ซึ่งวางหลักเอาไว้ว่า คู่กรณีอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างขั้นตอนของการทำสัญญา หากคู่กรณีนั้นเป็นฝ่ายกระทำการขัดต่อหลักสุจริต และผลแห่งการกระทำนั้นก่อให้เกิดความสูญเสียอย่างใด ๆ แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และ

มาตรา 60\* แห่งกฎหมายสัญญาของจีน ซึ่งวางหลักเอาไว้ว่า คู่กรณีต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต รวมถึงการปฏิบัติตามนี้ในการแจ้งเตือน การให้ความช่วยเหลือ และการเก็บไว้เป็นความลับซึ่งข้อมูลที่ได้รับมาจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากสัญญามีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันกับแนวทางในการปฏิบัติทางการค้า

**คดี Wen Zaolun V. Guang Xi Movie Studio and Guang Dong Full Stars Movie & TV Entertainment Inc. [1999]** จะเป็นตัวอย่างที่ดีในการสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางในการตีความและการปรับใช้หลักสุจริตของศาลแห่งประชาชนจีน (The People's Court) โดยมีข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

จำเลย คือ บริษัท Guang Xi Movie Studio (Guang Xi) และบริษัท Guang Dong Full Stars Movie & TV Entertainment Inc. (Full Stars) ได้ตกลงทำการร่วมลงทุนกันในวันที่ 20 กันยายน 1999 เพื่อจัดสร้างละครจำนวน 30 ตอน ในชื่อเรื่อง “No Other Alternatives” โดยในสัญญามีข้อตกลงกันว่า

1.) Full Stars จะเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการถ่ายทำ รวมไปถึงรับผิดชอบในการจัดหาทีมงานถ่ายทำด้วย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

\* Contract Law of the People's Republic of China

Article 42 In the making of a contract, the party that falls under any of the following circumstances, causing thus loss to the other party, shall hold the liability for the loss.

- (1) engaging in consultation with malicious intention in name of making a contract;
- (2) concealing intentionally key facts related to the making of the contract or providing false information; or
- (3) taking any other act contrary to the principle of good faith.

\* Article 60 The parties shall fulfill fully their respective obligations as contracted.

The parties shall observe the principle of good faith and fulfill the obligations of notification, assistance and confidentiality in accordance with the nature and aims of the contract and trade practices.

2.) ในระหว่างการถ่ายทำ หากจำเป็นต้องดำเนินการใดๆอันจำเป็น Full Stars จะเป็นฝ่ายรับผิดชอบในการตกลงทำข้อตกลงต่างๆกับบุคคลภายนอกในเรื่องที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ และผลประโยชน์ทางธุรกิจอื่นๆ โดย Guang Xi จะไม่มีส่วนในการรับผิดชอบใดๆในเรื่องดังกล่าวด้วย

3.) ความรับผิดชอบส่วนใหญ่ของ Guang Xi คือ การขออนุมัติบทละครที่จะให้ประกอบในการถ่ายทำและงานส่วนอื่นๆที่เกี่ยวข้อง

จากข้อตกลงของจำเลยทั้งสองดังกล่าว เกิดเป็นการร่วมทุนกันในนามของ The No Other Alternatives Production Group (The Production Group)

ต่อมาในวันที่ 8 พฤศจิกายน 1999 The Production Group และโจทก์ คือ Wen Zaolun ได้ทำการตกลงกันและมีเนื้อหาในสัญญา คือ โจทก์ตกลงที่จะรับบทแสดงนำในตัวละครชาย โดยมีระยะเวลาแห่งสัญญาเริ่มตั้งแต่วันที่ 25 ตุลาคม 1999 – 29 กุมภาพันธ์ 2000 และโจทก์จะได้รับค่าจ้าง 50,000 RMB\* ต่อ 1 ตอน หรือรวมทั้งหมดเป็นจำนวน 1,500,000 RMB โดยจะแบ่งจ่ายให้แก่โจทก์ 3 ครั้ง คือ ครั้งที่หนึ่ง จ่ายทันทีเมื่อมีการตกลงทำสัญญากัน จำนวน 500,000 RMB ครั้งที่สอง จ่ายหลังจากทำสัญญาไปแล้วครบ 60 วัน อีกจำนวน 500,000 RMB และครั้งที่สาม จ่ายก่อนงานถ่ายทำเสร็จ 14 วันอีก 500,000 RMB

โจทก์ได้รับเงินจริงแค่ 500,000 RMB ในวันที่ 14 กันยายน 1999 เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าหลังการถ่ายทำผ่านไปได้ 10 ตอน ในวันที่ 7 ธันวาคม 1999 โจทก์รู้สึกไม่ค่อยสบาย จึงขอลาหยุดและในวันต่อมา แพทย์ได้ทำการวินิจฉัยว่า โจทก์มีอาการของสภาวะปัสสาวะมีโปรตีน (Proteinuria) ซึ่งอาจก่อให้เกิดเป็นโรคไต (Kidney Disease) ได้ โจทก์จึงขอลาพักเป็นเวลาสองสัปดาห์ตามคำแนะนำของแพทย์ ซึ่งผู้กำกับ Chen Zecheng ของ The Production Group ก็ได้มีการปรับตารางเวลาการถ่ายทำออกไป

ปรากฏว่าในวันที่ 21 ธันวาคม 1999 The Production Group ได้ให้ทนายส่งหนังสือถึงโจทก์มีใจความว่า เนื่องจากโจทก์ไม่ให้ความร่วมมือในการถ่ายทำละคร ส่งผลให้ The Production Group ต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ดังนั้น The Production Group จึงขอเลิกสัญญากับโจทก์ แต่ยังคงสงวนสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายจากโจทก์ด้วย นอกจากนี้ The Production Group จะไม่ทำการจ่ายค่าตัวใดๆตามสัญญาให้กับโจทก์อีก

โจทก์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาล ฟ้องจำเลยทั้งสองภายใต้สัญญาจ้างแสดงหนังว่า โจทก์มีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างจำนวน 1,500,000 RMB แต่กลับได้รับจากการจ่ายจริงเพียง 500,000 RMB โดยโจทก์กล่าวอ้างว่า ตนได้ทำการแสดงละครไปจำนวน 10 ตอนด้วยกัน และจากการถ่ายทำอย่างหนัก

\* RMB หรือ สกุลเงิน Rénmínbì ของจีน มีความหมายว่า ค่าเงินของประชาชน เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ค่าเงิน Yuán

ติดต่อกันเป็นสาเหตุให้โจทก์ไม่สบายจึงขอลาหยุดตามคำแนะนำของแพทย์และได้รับการอนุมัติจากผู้กำกับแล้ว

การที่ The Production Group ทำการยกเลิกสัญญาทันทีโดยไม่ได้ทำการเจรจากับโจทก์ก่อนเป็นการทำผิดสัญญา (Breach of contract) ดังนั้น จำเลยทั้งสองจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายทางเศรษฐกิจแก่โจทก์เป็นจำนวนเงิน 1,000,000 RMB ซึ่งเป็นผลประโยชน์ตามที่โจทก์คาดว่าตนเองสมควรได้รับตามสัญญา

Guang Xi เมินเฉยต่อการฟ้องคดีของโจทก์ โดยอ้างว่า Full Stars เป็นผู้รับผิดชอบเพียงลำพังต่อความขัดแย้งใดๆที่เกิดแก่ The Production Group และบุคคลที่สาม

ขณะที่ Full Stars ต่อบัญชีว่า ตนเองได้จ่ายเงินให้โจทก์ไปจำนวน 500,000 RMB ตามสัญญาแต่โจทก์กลับไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามข้อตกลงในสัญญาและการขอลาพักเป็นข้ออ้างที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจาก The Production Group จึงแสดงให้เห็นว่าโจทก์ปราศจากความสามารถในการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา ดังนั้น The Production Group จึงมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้

นอกจากนี้ จำเลยทั้งสองยังต่อสู้ร่วมกันว่า จำเลยตกลงให้โจทก์ทำงานติดต่อกันทุกวันวันละไม่เกิน 12 ชั่วโมง เป็นเวลา 4 เดือน แต่การที่โจทก์หยุดงานตั้งแต่วันที่ 7 – 21 ธันวาคม 1999 ก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญาแก่จำเลยและเป็นสาเหตุให้จำเลยได้รับความเสียหายเป็นเงินจำนวน 1,471,030 RMB อีกด้วย ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายอันเนื่องมาจากการปรับปรุงบทและยี่ระยะเวลาในการถ่ายทำออกไป

ศาลพิจารณาคดีแล้วเห็นว่า โจทก์ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้เพราะอาการเจ็บป่วยซึ่งโจทก์ได้แจ้งต่อ The Production Group แล้ว และการที่ The Production Group ทำการปรับเปลี่ยนตารางเวลาถ่ายทำถือเป็นการรับรู้และอนุญาตให้โจทก์ลาพักได้ การกระทำของโจทก์จึงไม่เป็นการละเมิดสัญญา ข้ออ้างในการเรียกร้องค่าเสียหายของจำเลยจึงตกไป

อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าแม้อาการเจ็บป่วยของโจทก์จะไม่ใช่สาเหตุที่ก่อตั้งสิทธิในการเลิกสัญญาแก่จำเลย แต่จากการที่โจทก์รับบทนำในการถ่ายทำประกอบอาการเจ็บป่วยเพราะโรคไตของโจทก์ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่าโจทก์จะสามารถทำการแสดงต่อไปได้หรือไม่ สถานการณ์ดังกล่าวจึงก่อให้เกิดสิทธิแก่จำเลยที่จะเลิกสัญญาเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของ The Production Group เอาไว้ เพราะฉะนั้น การที่ The Production Group ใช้สิทธิในการเลิกสัญญา (Terminate the contract) จึงไม่เป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสัญญา ศาลตัดสินยกฟ้องโจทก์

คู่ความทั้งหมดอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ตัดสินยืนตามศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลว่า ศาลชั้นต้นกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายในการตัดสินว่า การลาพักของโจทก์เพราะเหตุเจ็บป่วยไม่ใช่การละเมิดสัญญาตามมาตรฐานของหลักสุจริต และกรณีมีเหตุผลเพียงพอที่ The Production Group จะทำการยกเลิกสัญญาเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน

ประเด็นสำคัญในคดีนี้อยู่ตรงที่ อาการเจ็บป่วยเพราะโรคไตของโจทก์และการเลิกสัญญาของจำเลยเป็นการละเมิดสัญญาหรือไม่ จากการตัดสินคดีของศาลชั้นต้นพบว่า ศาลจำเป็นต้องวิเคราะห์ประเด็นดังต่อไปนี้

- 1.) เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปเลิกการเกิดขึ้นของสัญญาจะส่งผลกระทบต่อให้สัญญาต้องเปลี่ยนแปลงตามหรือไม่
- 2.) การเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดเดาได้อันเกิดจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ภายหลังที่คู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาแล้วจะเกิดผลอย่างไรบ้าง
- 3.) คู่สัญญาสามารถกล่าวอ้างเหตุแห่งการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ดังกล่าวเพราะอีกฝ่ายหนึ่ง ขึ้นเพื่อเรียกร้องอย่างใดก็ได้หรือไม่
- 4.) กรณีจะเป็นการไม่ยุติธรรมหรือไม่ หากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปแต่ยังคงให้สัญญาดำรงอยู่ตามเดิม

ในประเทศจีนนั้น หากคดีนี้ขึ้นสู่ศาลก่อนกฎหมายสัญญาของจีนประกาศใช้ ศาลจะต้องทำการตัดสินคดีตามหลักของ “การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์นำไปสู่การแก้ไขข้อสัญญา” (Rebus Sic Stantibus) ซึ่งเป็นทฤษฎีทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่อนุญาตให้คู่สัญญาอ้างเหตุในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ หากว่าสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปไกลเกินกว่าที่คู่สัญญาจะคาดการณ์ได้ และการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามข้อตกลงแห่งสัญญาเดิมไม่อาจกระทำได้ หรือหากกระทำได้ก็เป็นการไม่ยุติธรรมตามสมควร

กระนั้นก็ดี ศาลจีนมีความเห็นว่า การใช้หลัก Rebus Sic Stantibus มีความยากลำบาก เนื่องจาก 1.) ยังไม่มีการให้คำนิยามของหลัก Rebus Sic Stantibus ที่ชัดเจน 2.) เป็นการยากและแทบเป็นไปไม่ได้ที่จะแยกแยะความเสี่ยงตามปกติที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในทางธุรกิจกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามหลัก Rebus Sic Stantibus ดังนั้น ศาลจีนจึงเลือกที่จะใช้หลักการอื่นในการตัดสินคดีแทน ซึ่งได้แก่ หลักสุจริตตามมาตรา 6 แห่งกฎหมายสัญญาของจีน ส่งผลให้ศาลมีความเห็นว่า อาการเจ็บป่วยของโจทก์และการลาพักตามคำแนะนำของแพทย์นั้นกระทำด้วยความสุจริต ขณะเดียวกัน The Production Group เองก็เชื่อโดยสุจริตว่าเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดเดาได้ดังกล่าว จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หากสัญญาระหว่างคู่ความยังคงดำรงอยู่ต่อไป สิ่งสำคัญที่ศาลจะต้องคำนึงถึงที่สุดก็คือ ความยุติธรรมที่จะเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา หากจะให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

### 2.5.3. แนวความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของจีน

ในแนวทางดั้งเดิมตามกฎหมายจีน คู่สัญญาไม่มีหน้าที่ตามสัญญาต่อกันจนกว่า ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างคู่สัญญาจะเกิดขึ้น โดยหลักการดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อว่า คู่สัญญาไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆต่อกันหากสัญญายังไม่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม มีหลายกรณีในระหว่างการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาที่คู่เจรจาได้เปิดเผยข้อมูลทางธุรกิจแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อประกอบการตัดสินใจในการทำสัญญา ทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาว่า คู่เจรจาแต่ละฝ่ายจะได้รับความคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนบุคคลของตนอย่างไรในระหว่างขั้นตอนของการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่คู่เจรจาฝ่ายหนึ่งได้รับหรืออาจได้รับความเสียหายเพราะพฤติกรรมอันไม่ชอบจากคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งในขณะที่สัญญายังไม่เกิดขึ้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นส่งผลกระทบต่อการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและการกำหนดบทลงโทษในหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ศาลมักมีความเห็นไปในทางที่จะไม่ยอมรับการกำหนดโทษใดๆแก่คู่กรณีในสัญญาหากไม่ได้รับความยินยอม สิ่งแรกที่ควรคำนึงถึงในเรื่องนี้ คือ การสนองรับต่อหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาจะส่งผลกระทบต่อคุณค่าของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จากเหตุผลดังกล่าว ความรับผิดชอบจากการประมาทเลินเล่อตามกฎหมายละเมิดจึงถูกยืมมาปรับใช้ในการก่อให้เกิดความรับผิดชอบในช่วงระยะเวลาก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้นโดยชอบตามกฎหมาย

### 2.5.3.1. แนวทางในการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของจีนก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาในปี ค.ศ. 2012 และปี ค.ศ. 2017

นับแต่มีการประกาศใช้หลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของจีนและกฎหมายสัญญาของจีนอย่างเป็นทางการในปีค.ศ. 1999 บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักซื้อขาย ในมาตรา 5 และหลักสุจริต ในมาตรา 6 ก็ได้รับการยอมรับมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงอย่างกว้างขวาง ซึ่งก่อนที่ร่างการประชุมเพื่อแก้ไขเกี่ยวกับหลักการทั่วไปของหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของจีนจะเข้ารับการพิจารณาเพื่อประกาศใช้ในปีค.ศ. 2017 ที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักหนี้ก่อนสัญญาจะผ่านการพิจารณา ควรที่จะเข้าใจแนวทางในการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับหนี้และความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายโดยศาลในประเทศจีน ดังต่อไปนี้

กฎหมายแพ่งของจีนในช่วงแรกที่มีการประกาศใช้นั้น ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับความสุจริตเอาไว้โดยมีจุดประสงค์ในการปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างทางกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายอาจคาดการณ์ไปไม่ถึงเป็นหลัก โดยไม่มีเจตนาที่จะให้นำหลักสุจริตมาก่อให้เกิดหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองโดยทั่วไปเหมือนดังเช่นในกฎหมายของประเทศเยอรมันแต่อย่างใด แม้ว่ากฎหมายแพ่งของจีนส่วนใหญ่จะได้รับอิทธิพลโดยตรงจากกฎหมายของเยอรมันก็ตาม

อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาขึ้นสู่ศาล ส่งผลให้ศาลจำเป็นต้องค้นหากฎหมายเพื่อมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงดังกล่าวให้ได้ ทำให้ศาลจีนต้องปรับเปลี่ยนแนวทางในการตีความหลักสุจริตจากเดิมที่ใช้เพียงเพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมายเท่านั้นเป็นการตีความที่ยืดหยุ่นและกว้างขึ้นเพื่อช่วยจัดการกระทำที่หลอกลวงหรือ

การกระทำที่ไม่เหมาะสมต่างๆในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา โดยการตีความขยายให้หลักสุจริตเป็นฐานในการก่อให้เกิดหน้าที่ในการคุ้มครองและปกป้องคู่กรณีในระหว่างการเจรจา เหมือนเช่นในกฎหมายของเยอรมัน เพื่อให้ตอบสนองต่อความต้องการทางธุรกิจที่อาจต้องเผชิญสถานการณ์ที่ไม่พึงประสงค์ในระหว่างระยะเวลาก่อนสัญญาได้

ด้วยเหตุนี้ในช่วงเวลาก่อนการเกิดสัญญานั้น หากคู่กรณีกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลจีนจะปรับใช้หลักสุจริตในการพิจารณาถึงการกระทำดังกล่าวว่าผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นควรที่จะต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหรือไม่ โดยการปรับใช้หลักกฎหมายละเมิดแก่กรณี<sup>119</sup>

### 2.5.3.2. แนวทางในการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาในกฎหมายของประเทศจีนหลังมีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญาในปี ค.ศ. 2012 และปี ค.ศ. 2017

ต่อมา ในประเทศจีนได้ให้การยอมรับและจัดให้มีระบบความรับผิดเป็นกรณีพิเศษที่จะกำหนดบทลงโทษให้แก่คู่กรณีที่กระทำการโดยฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญาและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งในความหมายโดยทั่วไปนั้น การกำหนดโทษตามหลักความรับผิดก่อนสัญญามักมีจุดมุ่งหมายให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง แต่ความรับผิดดังกล่าวไม่อาจเข้าลักษณะของความรับผิดตามสัญญาหรือความรับผิดตามกฎหมายละเมิดได้<sup>120</sup> จุดประสงค์ที่สำคัญที่สุดของการก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญาคือ เพื่อให้มีการคุ้มครองตามกฎหมายแก่คู่กรณีในระหว่างการก่อให้เกิดสัญญานั้นเอง

เงื่อนไขสำคัญในเบื้องต้นของการพิจารณาว่าจะให้มีการบัญญัติด้วยบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาของจีนก็คือ มาตรา 61\* แห่งหลักกฎหมายแพ่ง

<sup>119</sup> Li, Xiaoyang, The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law (November 5, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3065761> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3065761>

<sup>120</sup> Pasa, B. (2017). Pre-contractual Liability from a Civil Lawyer's Perspective. In L. DiMatteo & C. Lei (Eds.), Chinese Contract Law: Civil and Common Law Perspectives (pp. 137-159). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316816912.008

\* General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China Article 61 After a civil act has been determined to be null and void or has been rescinded, the party who acquired property as a result of the act shall return it to the party who suffered a loss.



ทั่วไปของจีน ฉบับปีค.ศ. 1986 ที่วางหลักไว้ว่า หากนิติกรรมใดตกเป็นโมฆะหรือถูกเพิกถอน คู่กรณีได้รับทรัพย์สินใดมาเนื่องจากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะหรือถูกเพิกถอนนั้น คู่กรณีดังกล่าวต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งไป และคู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความผิดพลาดต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตนให้แก่คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหาย หากเป็นกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างกระทำ ความผิดด้วยกันทั้งคู่ ทั้งสองฝ่ายต่างมีความรับผิดชอบแต่พฤติการณ์ที่เหมาะสม

จากบทบัญญัติในมาตรา 61 นั้น ยังไม่อาจตีความได้อย่างชัดเจนว่า มีการกำหนดความรับผิดในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาหรือไม่ เนื่องจากมิได้มีการกล่าวถึงความรับผิดที่เกิดขึ้นมาก่อนมีการตกลงทำสัญญากันจริงๆ ประเด็นดังกล่าวก่อให้เกิดความน่าสงสัยเป็นอย่างมาก เนื่องจากไม่ว่าสัญญาจะถูกทำให้ตกเป็นโมฆะหรือถูกเพิกถอนต่างก็ถือได้ว่าสัญญาดังกล่าวนั้นไม่เคยเกิดขึ้นเลย

ในกฎหมายสัญญาของจีนนั้นเป็นที่แน่ชัดแล้วว่าการยอมรับหลักความรับผิดก่อนสัญญาเป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่งในระบบกฎหมายสัญญา เพราะในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาของจีนได้วางหลักเอาไว้ว่า คู่กรณีต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใดๆที่เกิดขึ้น หากคู่กรณีภายใต้สถานการณ์ดังกล่าวต่อไปนี้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างการก่อให้เกิดสัญญาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

- (1) กระทำการหลอกลวงหรือสร้างทำเป็นว่าจะทำสัญญาและเจรจาด้วยความไม่สุจริต
- (2) จงใจปกปิดข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในการตัดสินใจทำสัญญาหรือจัดหาข้อมูลที่ไม่เป็นจริงมามอบให้ หรือ
- (3) มีส่วนร่วมในการกระทำการใดๆที่เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต

ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 42 นี้ สามารถวิเคราะห์และตีความได้ว่า ความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายของจีน หมายถึง ความรับผิดต่อความเสียหายอย่างใดๆที่เกิดจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กระทำต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในระหว่างขั้นตอนของการก่อให้เกิดสัญญา หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำ ความผิดของคู่กรณีก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา

---

The erring party shall compensate the other party for the losses it suffered as a result of the act; if both sides are in error, they shall each bear their proper share of the responsibility.

If the two sides have conspired maliciously and performed a civil act that is detrimental to the interests of the State, a collective or a third party, the property that they thus obtained shall be recovered and turned over to the State or the collective, or returned to the third party.

ในความเป็นจริงนั้น เกิดคำถามว่าอะไรบ้างคือ ความรับผิดชอบที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบ ในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา เพราะเหตุว่า บทบัญญัติในมาตรา 42 ค่อนข้างที่จะบัญญัติขอบเขตของความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมเกือบทุกสถานการณ์ อีกทั้งจากถ้อยคำใน มาตราก็มีความเคลือบคลุมในการนำไปปรับใช้ จึงก่อให้เกิดปัญหาโดยเฉพาะในมาตรา 42(3) ว่า เมื่อไรหรือกรณีใดบ้างที่จะถือว่ากรณีเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและจะต้องรับผิดชอบ มาตราดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้ เพื่อที่จะขจัดปัญหาแห่งความเคลือบคลุมที่เกิดขึ้นจากถ้อยคำในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาของจีน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตีความและกำหนดแนวทางในปรับใช้ มาตราดังกล่าว เพื่อป้องกันมิให้มีการปรับใช้มาตรา 42 ไปในทางที่ไม่เหมาะสม

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยขั้นพื้นฐานแห่งชาติของจีน (The Research Office of Standing Committee of National People's Congress) ได้มีความพยายามที่จะออกกฎเกณฑ์ ในการปรับใช้มาตรา 42 ซึ่งตามแนวทางที่กำหนดโดยสำนักงานวิจัยขั้นพื้นฐานว่า จากกฎหมายและ แนวทางการพิจารณาของศาลในประเทศจีน ความรับผิดชอบก่อนสัญญาสมควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ความผิด” (at Fault) และหมายความรวมถึงกรณีดังต่อไปนี้

- 1.) ความรับผิดชอบเกิดขึ้นเมื่อมีการเพิกถอนคำเสนอตามอำเภอใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับคำเสนอให้ความไว้วางใจในคำเสนอนั้น
- 2.) ความเสียหายเกิดขึ้นจากความล้มเหลวในการปฏิบัติตามหน้าที่ที่พึงกระทำ ในช่วงระยะเวลาของการเจรจาเพื่อทำสัญญา
- 3.) ความรับผิดชอบเกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนสิทธิของบุคคลหรือสิทธิในทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นผลมาจากความล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์แก่ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในช่วงระยะเวลาของการเจรจาเพื่อทำสัญญา
- 4.) ความรับผิดชอบอันเป็นผลมาจากความล้มเหลวในการบรรลุข้อตกลงเพื่อทำสัญญา
- 5.) ความรับผิดชอบเกิดขึ้นเมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะ เพราะความประมาทของคู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่ง
- 6.) ความรับผิดชอบเกิดขึ้นเนื่องจากการยกเลิกสัญญา หรือ
- 7.) ความรับผิดชอบเกิดจากตัวแทนที่ไม่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำการแทนตัวการ<sup>121</sup>

<sup>121</sup> Jing, L., and Wei, S., National Report on PRC Contract Law[Online], 2014. P.17 – 20. Available from: <http://www.law.ntu.edu.tw/aslea2014/file/LJ%20&%20SW%20PRC%20Contract%20Law%20-16Jun2014.pdf>

ในขณะเดียวกัน นักกฎหมายจีนผู้มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายสัญญาบางคนเองก็ได้มีความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตของการรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเช่นเดียวกัน ดังตัวอย่างที่ ศาสตราจารย์ Wang Liming แห่งมหาวิทยาลัยแห่งประชาชน (People's University : Renmin University) ซึ่งเป็นหนึ่งในนักกฎหมายคนสำคัญของจีนได้กล่าวว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญา ควรประกอบไปด้วยหน้ดังต่อไปนี้

- 1.) หน้ในการไม่ถอนคืนคำเสนอโดยปราศจากช่วงเวลาที่เหมาะสม
- 2.) หน้ในการไม่ปกปิดข้อมูลสำคัญที่ใช้ประกอบในการตัดสินใจทำสัญญา อาทิ ข้อมูลสถานะทางการเงินของคู่กรณีว่าสามารถปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้หรือไม่
- 3.) หน้ในการปฏิบัติตาม หรือให้ความช่วยเหลืออันสำคัญและจำเป็นแก่คู่กรณี
- 4.) หน้ในการประพฤติตนด้วยความซื่อสัตย์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง
- 5.) หน้ในการเก็บรักษาข้อมูลอันเป็นความลับทางธุรกิจที่ได้รับในระหว่างการเจรจา เพื่อทำสัญญา และ

6.) หน้ในการไม่ละเมิดต่อเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>122</sup>  
นอกจากนี้ การกำหนดความรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาภายใต้มาตรา 42 ยังต้องมืองค์ประกอบครบ 4 อย่าง คือ

- 1.) เพื่อที่จะให้มาตรา 42 สามารถนำไปปรับใช้ได้ ต้องปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กำหนดโดยกฎหมาย เกิดขึ้นก่อนมีการตกลงทำสัญญา เนื่องมาจากคุณลักษณะสำคัญของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา คือ เป็นความรับผิดที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา แต่เป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นมาจากการกำหนดโดยตัวบทของกฎหมาย

- 2.) การกระทำที่ถือว่าการฝ่าฝืนดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายหรือการสูญเสียแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ความยากในการตัดสินใจว่าจะอะไรบ้างคือ ความสูญเสีย โดยส่วนใหญ่ นักกฎหมายจีนมักมีความเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาเป็นการสูญเสียผลประโยชน์ที่เกิดจากความไว้นื้อเชื่อใจ ซึ่งถือว่าเป็นมูลค่าความเสียหายสำคัญที่ทำให้คู่กรณีต้องประสบกับสภาวะที่เลวร้ายจากความไว้นื้อเชื่อใจที่เชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้นในที่สุด

- 3.) ต้องปรากฏว่ามี “ความผิด” ซึ่งประกอบไปด้วย การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการก่อให้เกิดความผิด ที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถกล่าวอ้างได้  
ทั้งสามประการที่กล่าวไปข้างต้นถือเป็นมาตรฐานขั้นพื้นฐานที่สุดในการตัดสินใจว่า คู่กรณีมีความผิดและกระทำการโดยขัดต่อหลักสุจริต ยิ่งไปกว่านั้น การพิสูจน์ให้เห็นความสัมพันธ์

<sup>122</sup> Ibid.

ระหว่างการกระทำและผล (causation) ยังจำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นด้วยว่า เพราะมีการกระทำ ความผิดเกิดขึ้น ส่งผลให้เกิดความเสียหายที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความสูญเสีย ดังกล่าวที่ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายได้รับผลร้าย จำเป็นที่จะต้องเกิดจากการกระทำอันเป็นความผิด ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อเท็จจริงในคดีที่จะกล่าวต่อไปจะแสดงให้เห็น แนวทางในการตัดสินคดีของศาล ประชาชนของจีนโดยการปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาว่ามีความพิเศษแตกต่างจากความรับผิดชอบ ตามสัญญาและความรับผิดทางละเมิดอย่างไร โดยในคดีนี้ ศาลเพิกเฉยต่อข้อเรียกร้องของโจทก์ที่ กล่าวอ้างหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาขึ้นต่อผู้จำเลย ด้วยเหตุที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า จำเลยกระทำความผิดจริง

**คดี Sichuan Yafeng Construction Engineering Company, Ltd., V. Sichuan Green Pharmaceutical Technology Development, Inc.**

โจทก์ในคดีนี้ คือ Yafeng Company ได้เข้าร่วมการประกวดราคาสาธารณะที่เสนอ โดย จำเลย คือ Green Pharmaceutical Company ในโปรเจกต์ที่จำเลยจะทำการวิจัยและ ตรวจสอบคุณภาพของสิ่งก่อสร้างต่าง

ภายหลังจากการประกวดโจทก์ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการประมวลผลการ ประกวดราคา และผลการชนะการประกวดราคาดังกล่าวได้รับการรับรองจากสำนักงานรับรองเมือง เฝิงโจว (The Notary Public Office of Pengzhou City) โดยมีจดหมายบอกกล่าวการชนะการ ประมูล (A Bid Winning Notice) เลขที่ 2001 – 019 ส่งถึงโจทก์

แม้ว่าโจทก์จะได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้ที่ชนะการประมูล แต่จำเลยกลับปฏิเสธที่จะลง นามในสัญญาอันเป็นลายลักษณ์อักษรกับโจทก์ โดยอ้างเหตุผลว่า โจทก์ขาดความสามารถในการที่จะ ทำการประกวดราคาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้น โจทก์จึงไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามสัญญาได้ เช่นเดียวกัน

โจทก์จึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาลเรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบก่อนสัญญาต่อโจทก์ โดยอ้างว่า การที่จำเลยปฏิเสธที่จะลงนามในสัญญากับโจทก์เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตในระหว่าง ขั้นตอนของการก่อให้เกิดสัญญา จำเลยจึงมีความรับผิดต่อโจทก์ และโจทก์ได้เรียกร้องขอให้ศาลสั่งให้ จำเลยชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 8,000 RMB รวมไปถึงค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีนี้ด้วย

จำเลยให้การต่อสู้ว่า ในช่วงเวลาของการประกวดราคานั้น โจทก์ไม่มีความสามารถ ตามกฎหมายที่จะกระทำการเข้าร่วมการประกวดราคาได้ และต่อสู้อีกว่าผู้ทำการตัดสินผู้ที่ชนะการ ประกวดราคาควรเป็นบุคคลที่จำเลยมอบหมายให้ตัดสิน เนื่องจากจำเลยเป็นผู้จัดการประกวดราคา ดังกล่าว และจดหมายแจ้งผลการประกวดราคาก็ควรส่งจากจำเลย

หากพิจารณาตามที่จำเลยกล่าวอ้าง โจทก์จะไม่ใช้ผู้ที่ชนะการประมูลและจำเลยมีสิทธิที่จะไม่ลงนามในสัญญา ซึ่งจำเลยได้กล่าวอ้างต่อไปอีกว่า จำเลยไม่ได้กระทำความผิดใดๆในระหว่างขั้นตอนของการประกวดราคา และไม่มีความประมาทเลินเล่อใดๆเกิดขึ้นจากฝั่งจำเลย ฉะนั้น โจทก์จึงไม่อาจอ้างความรับผิดก่อนสัญญาเพื่อเรียกร้องเอาจากจำเลยได้

จากการไต่สวนของศาลพบว่า ไม่มีหลักฐานใดที่จะพิสูจน์ได้ว่า คณะกรรมการประเมินการประกวดราคา (The Bidding Evaluation Committee) ได้รับมอบอำนาจจากจำเลยให้ตัดสินผู้ชนะการประกวดราคาดังกล่าว และศาลยังพบต่อไปอีกว่า จดหมายแจ้งผลการประกวดราคาที่ออกโดยสำนักงานจัดการประมูลสิ่งก่อสร้างเมืองผิงโจว ( The Construction Bidding Management Office of Pengzhou City) ไม่ได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการจากจำเลยซึ่งเป็นผู้จัดการประกวดราคา

จากข้อเท็จจริงที่พบในข้างต้น ศาลจึงมีความเห็นว่า โจทก์ได้เข้าร่วมการประกวดราคาแต่ไม่ใช่ผู้ที่ชนะการประมูล และการประกาศเชิญชวนให้เข้ามาประกวดราคาเป็นความหมายเฉพาะกรณีที่เกิดจากการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งการประกาศเชิญชวนให้เข้ามาประกวดราคาหรือการจัดประมูลต่างนั้นเป็นเพียงคำเชิญให้เข้ามาเสนอราคา ซึ่งการเสนอนานั้นถือเป็นคำเสนอ ในขั้นตอนของการประกวดราคามีอยู่ว่า การเสนอให้พิจารณาคือ การทำคำเสนอ และการยืนยันตัวผู้ชนะการประกวดราคา คือ คำสนอง แต่คำสนองอาจมีคุณค่าเป็นได้แค่เพียงใบเสร็จรับเงินที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆในทางสัญญา จนกว่าผู้ที่ชนะการประมูลจะได้รับการยืนยันผลการชนะการประมูลอีกรอบหนึ่ง

ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงถือว่าโจทก์ไม่ใช่ผู้ชนะการประกวดราคา ดังนั้นจึงไม่มีสัญญาเกิดขึ้นในอันที่จะผูกพันโจทก์และจำเลยได้ ประเด็นต่อมาคือ จำเลยได้กระทำการอันเป็นความผิดในระหว่างขั้นตอนของกรประกวดราคาหรือไม่ เนื่องจากหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็จะเป็นการส่งผลให้จำเลยต้องมีความรับผิดก่อนสัญญาต่อไป ในเรื่องดังกล่าวโจทก์กล่าวหาว่าจำเลยฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต ดังนั้นจำเลยจึงต้องรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งเป็นความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนด

ศาลเห็นว่า ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาของจีน กำหนดเงื่อนไขในการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาเอาไว้ว่า ความรับผิดก่อนสัญญาจะสามารถปรับใช้ได้ต่อเมื่อจำเลยได้เข้าทำการเจรจาในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาด้วยความไม่สุจริต หลอกลวง หรือกระทำการอื่นใดไปในทางที่ฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต

กรณีเป็นที่เห็นชัดเจนว่า หลักความรับผิดก่อนสัญญาภายใต้กฎหมายสัญญาของจีนนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีหลักความรับผิดที่อาศัยความผิด (Principal of Fault Liability) ซึ่งการจะปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาได้นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องทำการสืบค้นให้แน่ใจตามปัจจัย 3 ประการสำคัญดังจะกล่าวต่อไปนี้ เพื่อให้จำเลยต้องรับผิดตามกฎหมายต่อไป คือ

ปัจจัยที่หนึ่ง จำเลยได้กระทำการฝ่าฝืนต่อหลักหนังก่อนสัญญาหรือไม่ ตามเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 7\* มาตรา 40\* และมาตรา 45\* ของกฎหมายการประกวดราคาสาธารณะของจีนได้วางหลักเอาไว้ว่า กรรมการบริหารการจัดการ (The Administrative Supervision Department) จะต้องทำการตรวจสอบการประกวดราคาสาธารณะและทำการสืบสวนและลงโทษผู้ที่กระทำความผิดในระหว่างการประกวดราคาสาธารณะภายใต้กฎหมาย และผู้จัดการประกวดราคาอาจตัดสินใจเลือกผู้ชนะการประกวดราคาจากรายงานผลการประเมินหรือคำแนะนำจากคณะกรรมการประเมินการประกวดราคา หรือมอบอำนาจให้คณะกรรมการทำการตัดสินใจแทน

---

\* Law of the People's Republic of China on Bid Invitation and Bidding

Article 7 All bid invitation and bidding activities and the parties involved shall be subject to supervision in accordance with law.

Relevant departments for administrative supervision shall, in accordance with law, exercise supervision over bid invitation and bidding activities, and investigate and deal with any violations of law in such activities.

The division of specific duties and powers among the departments for administrative supervision over bid invitation and bidding activities and the relevant departments shall be determined by the State Council.

\* Article 40 The bid evaluation committee shall, in accordance with the evaluation criteria and methods specified in the bid invitation documents, evaluate and compare all the bid documents, and it shall refer to the base price where there is one available. After the bid evaluation committee has completed evaluation, it shall present a written report to the bid inviter and recommend the candidates that are qualified for winning the bid.

The bid inviter shall, based on the written report on bid evaluation presented by the bid evaluation committee, decide on the bid winner from among the candidates recommended by the said committee. It may also authorize the bid evaluation committee to decide on the bid winner directly.

Where there are specific regulations formulated by the State Council on bid evaluation of special projects subject to bid invitation, those regulations shall be followed.

\* Article 45 As soon as the bid winner is decided on, the bid inviter shall notify the winner of the fact in writing and, at the same time, inform all the unsuccessful bidders of the result.

The notification is legally binding on both the bid inviter and the bid winner. Where after the notification is sent out, the bid inviter changes the bidding result or the bid winner gives up the bid won, it shall bear legal liability in accordance with law.

ตนเอง หลังจากที่มีการตัดสินใจหาผู้ชนะแล้วการแจ้งผลการประกวดราคาทางจดหมายจึงจะถูกส่ง โดยผู้จัดการประกวดต่อไป

ดังนั้นในคดีนี้ จำเลยซึ่งเป็นผู้จัดการประกวดราคาจึงไม่ได้มอบอำนาจให้แก่ คณะกรรมการฯ โดยตรงในการตัดสินใจเลือกผู้ที่จะชนะการประกวดราคา เพราะฉะนั้น จำเลยจึงไม่ได้ทำการเลือกโจทก์ให้เป็นผู้ชนะการประมูลและไม่ได้เป็นคนส่งจดหมายแจ้งผลการประกวดราคาให้แก่ โจทก์ ในทางตรงกันข้าม โจทก์กลับไม่ได้จัดให้มีการพิสูจน์ถึงพยานหลักฐานใดๆที่จะแสดงว่าจำเลย กระทำละเมิดต่อหน้าก่อนสัญญา

ปัจจัยที่สอง คือ จำเลยได้กระทำความผิดใดๆด้วยตนเองเป็นการเฉพาะตัวหรือไม่ โจทก์ล้มเหลวในการพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดจากการกระทำของจำเลย อาทิ การกระทำโดย เจตนาปกปิดข้อมูลสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทำสัญญา หรือการพิสูจน์ถึงการให้ข้อมูลที่ไม่เป็น ความจริง การขาดการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของการกระทำความผิดจะส่งผลให้จำเลยไม่มีความรับผิดชอบ ตามที่ได้กำหนดไว้โดยกฎหมาย

ปัจจัยที่สาม พิจารณาถึงการที่โจทก์เชื่อใจในความมีอยู่ของผลประโยชน์อย่างใดๆ แต่ กลับมีการสูญเสียผลประโยชน์ที่เกิดจากความไว้วางใจนั้นเพราะความผิดของจำเลย ซึ่งโจทก์ในคดีนี้ อ้างว่า โจทก์ได้รับความเสียหายเป็นจำนวนเงิน 8,000 RMB แต่จากการนำสืบพยานหลักฐานจาก ใบเสร็จรับเงินต่างๆพบว่า ค่าใช้จ่ายที่โจทก์ต้องเสียไปในการเข้าร่วมการประกวดราคาสาธารณะใน ครั้งนี้มีเพียง 2,700 RMB และแค่ 300 RMB สำหรับค่าธรรมเนียมในการขอการรับรองจากเจ้าหน้าที่ รับรองเอกสาร (The Notary Public Fees) ที่จะมีส่วนในการก่อให้เกิดผลประโยชน์แห่งความไว้วางใจ เชื่อใจ ส่วนค่าใช้จ่ายอื่นๆเป็นเพียงค่าใช้จ่ายตามปกติที่เกี่ยวข้องกับการเข้าร่วมการประกวดราคา โดยตรง จึงหมายความว่าโจทก์ไม่อาจเชื่อได้ว่าตนจะชนะการประมูลเพียงเพราะเสียเงินจำนวน ดังกล่าวไปในระหว่างการปฏิบัติตามขั้นตอนของการประกวดราคาเป็นการทั่วไป

จากปัจจัยที่ต้องพิจารณาทั้งหมดตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในข้างต้น ปรากฏว่าโจทก์ ไม่ได้ได้รับความเสียหายใดๆอันเป็นกรณีที่ครบตามเงื่อนไขทั้งสามข้อที่จำเป็นต่อการต้องรับผิดชอบตาม หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่กำหนดโดยตัวบทกฎหมายเลย ดังนั้น ข้อเรียกร้องของโจทก์จึงตกไป เพราะขาดซึ่งเหตุผลในทางกฎหมายมารองรับและพยานหลักฐานไม่เพียงพอ ศาลจึงสั่งยกฟ้องคดีของ โจทก์ไป

จากข้อเท็จจริงในคดี Sichuan Yafeng พบว่า ศาลของจีนได้ก่อตั้ง การทดสอบโดย อาศัยปัจจัย 3 ประการ ในการกำหนดให้มีความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญา ของจีน ดังนั้น เพื่อให้จำเลยต้องรับผิดชอบฐานของความรับผิดชอบก่อนสัญญา โจทก์จึงต้องมีหลักฐานใน การพิสูจน์อย่างเพียงพอว่า จำเลยกระทำความผิดจริงครบตามปัจจัยทั้งสาม คือ 1.) จำเลยกระทำการ

ฝ่าฝืนต่อหน้าก่อนสัญญาของตน 2.) จำเลยกระทำความผิดโดยตนเอง และ 3.) โจทก์สูญเสียผลประโยชน์ที่เกิดจากความไว้นื้อเชื่อใจ

คดีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงนัยยะสำคัญของภาระการพิสูจน์ว่า ในการพิจารณาคดีของศาลเพื่อกำหนดความรับผิดชอบพื้นฐานของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่โจทก์จะต้องจัดหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ตามขั้นตอนที่ศาลกำหนด ภายใต้มาตรา 64\* แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีนฉบับปี ค.ศ. 1991 ที่วางหลักเอาไว้ว่า เป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายโจทก์ที่จะต้องจัดหาพยานหลักฐานเพื่อมาพิสูจน์ต่อข้อกล่าวหาที่ตนกล่าวอ้างมาในคำฟ้อง หากโจทก์ไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ หรือพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์น้อยเกินไป ไม่เพียงพอต่อการพิสูจน์ความจริง คู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์นั้นอาจต้องรับผิดชอบต่อผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นในทางตรงกันข้ามกับที่ตนเองคาดหวังไว้ เพราะศาลอาจยกฟ้องหรือตัดสินให้โจทก์แพ้คดีได้

นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้น ยังมีความเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 43\* แห่งกฎหมายสัญญาของจีนที่มีความเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยธุรกิจอีกด้วย โดยมาตรา 43 กำหนดว่า ห้ามมิให้คู่กรณีทำการเปิดเผยหรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวจากข้อมูลที่ตนได้รับจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจทำสัญญา หากคู่กรณีดังกล่าว

---

\* Civil Procedure Law of The People's Republic of China

Article 64 When inspecting material evidence or a site, the inspector must show his credentials issued by a people's court. He shall request a local grass-roots organizations or the unit concerned to send persons to participate in the inquest. The party concerned or an adult relative of his shall be present; their refusal to appear on the scene shall not prevent the inquest from proceeding.

Upon notification by the people's court, the relevant units and individuals shall have the obligation to preserve the site and assist in the inquest.

In carrying out the inquest, the inspector may photograph and survey the material evidence or site and shall prepare a written record of the circumstances and results of the inquest. The inspector, the party and the requested participants shall affix their signatures or seals to the record.

\* Contract Law of the People's Republic of China

Article 43 Neither party may disclose or inappropriately exploit business secrets obtained in the making of a contract no matter the contract is executed or not. The party that discloses or inappropriately exploits the said business secrets causing thus loss to the other party shall hold the liability for the loss.



เปิดเผยหรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวจากข้อมูลความลับทางธุรกิจนั้น และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ คู่กรณีฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อมูล คู่กรณีดังกล่าวต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น

อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายสัญญาของจีนกลับไม่ปรากฏคำนิยามว่า สิ่งใดบ้างที่ถือ ว่าเป็นความลับทางธุรกิจ ดังนั้น ในการปรับใช้มาตรา 43 จึงต้องทำการอ้างอิงและเทียบเคียงตัวบท กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง จากคำนิยามของความลับทางธุรกิจตามมาตรา 10\* ในกฎหมายการ แข่งขันทางการค้า (Unfair Competition Law) ที่กำหนดว่า “ความลับทางธุรกิจ” (Business secrets) หมายความว่า ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีใดๆ หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการ ประกอบธุรกิจใดๆที่มีลักษณะครบ 4 ประการ ดังต่อไปนี้ คือ 1.) ข้อมูลดังกล่าวไม่เป็นที่ทราบกัน โดยทั่วไป 2.) เจ้าของความลับทางธุรกิจมีมาตรการในการเก็บรักษาความลับดังกล่าว 3.) ข้อมูล ดังกล่าวสามารถก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่เจ้าของข้อมูลนั้นได้ และ 4.) เป็นข้อมูลที่ ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติ

หากคู่กรณีที่ได้รับข้อมูลอันมีองค์ประกอบครบและเป็นข้อมูลความลับทางธุรกิจได้ นำความลับดังกล่าวไปเปิดเผยหรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยไม่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทำสัญญา และไม่ได้รับอนุญาตจากคู่กรณีฝ่ายที่เป็นเจ้าของข้อมูล จนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น คู่กรณีนั้น จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใดต่อเจ้าของข้อมูลตามหลักความรับผิดก่อนสัญญาต่อไป

ดังนั้น จึงเข้าใจได้ว่าในระบบกฎหมายของจีนเองก็รับเอาอิทธิพลทางความคิด เกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาเข้ามาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน เพียงแต่มีการปรับใช้ ในลักษณะที่เป็นเอกเทศแยกต่างหากจากกฎหมายละเมิดและกฎหมายสัญญา ทำให้หน่วยงานภาครัฐ

\* Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China

Article 10 Managers shall not use the following methods to infringe upon business secrecy:

1. to steal, coerce, or use any other unfair method to obtain the other's business secrets;
2. to disclose, use or permit others to use the business secrets mentioned in Section 1 of this Article.
3. to violate the contract or the requirement to publish, use or permit others to use the business secrets, which were maintained as secrets by the legal owner of the business secrecy.

The third party who knows or should know the illegal activities as first mentioned, and who gains, uses or publishes the business secrecy shall be looked as activities of infringing upon the others' business secrecy.

"Business secrecy", in this Article, means the utilized technical information and business information which is unknown by the public, which may create business interests or profit for its legal owners, and also is maintained secrecy by its legal owners.

ที่เกี่ยวข้องจำเป็นที่จะต้องออกกฎเกณฑ์เพื่อให้ศาลสามารถนำไปปรับใช้ควบคู่กับตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดีต่อไปได้อย่างเหมาะสม



### บทที่ 3

## หนีก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย

### 3.1. ความนำ

ในระบบกฎหมายไทยนั้น ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเรื่อง “หลักกฎหมายเกี่ยวกับหนีก่อนสัญญา” ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยชัดเจนเช่นที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันภายหลังการปฏิรูปกฎหมายในปีค.ศ. 2002 มาตรา 241 และมาตรา 311 โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีแต่เพียงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนีก่อนสัญญาคือ มาตรา 5 เท่านั้น ดังนั้นในการพิจารณาถึงเรื่อง “หนีก่อนสัญญา” ในระบบกฎหมายไทยจึงจำเป็นต้องอาศัยการศึกษาที่มาของกฎหมายลักษณะหนี้ของไทย หลักการตีความกฎหมายประกอบกับหลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้และหลักสุจริตต่อไป

### 3.2 ความหมายของคำว่า “หนี” ในระบบกฎหมายไทย

เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจและเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ถึงความมีอยู่ของ “หนีก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย” มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงที่มา ความหมายและความสัมพันธ์ในทางหนี้ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อน

#### 3.2.1. ความหมายของคำว่า “หนี” ตามกฎหมายเก่าของไทย

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันมิได้มีการบัญญัติบทนิยามคำว่า “หนี” เอาไว้เป็นการเฉพาะเหมือนอย่างเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ถือเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายลักษณะหนี้ของไทย ซึ่งทั้งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเองได้รับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับหนีมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งมีพื้นฐานความคิดมาจากกฎหมายโรมันอีกต่อหนึ่ง

อย่างไรก็ดี คำว่า “หนี” ถือเป็นคำไทยที่ปรากฏว่ามีการใช้มาตั้งแต่ในสมัยอยุธยา โดยมีการใช้คำว่า “หนี” หรือ “ฉี” หรือ “หนี” ซึ่งการใช้ในสมัยเดิมนั้นเป็นสื่อความหมายว่า หมายถึง การเอาเงินเอาทองของเขามาแล้วจึงยอมเอาตัวลงเป็นทาส หรือเรียกว่า ลูกหนี้เรือนทาส ซึ่งขยายความรวมไปถึง การกู้หนี้ยืมสิน หรือเป็นหนี้เงินระหว่างกัน<sup>123</sup>

โดยตามกฎหมายเก่านี้ไม่ปรากฏว่ามีการใช้คำว่า “หนี” หรือคำว่า “เจ้าหนี” และคำว่า “ลูกหนี้” แก่คู่สัญญาในสัญญาชนิดอื่นนอกจากในสัญญากู้ยืมเงินเท่านั้น แต่จะเรียก

<sup>123</sup> ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), หน้า 21.

คู่สัญญาในสัญญาชนิดอื่น เช่น ผู้รับฝาก ผู้ยืม ผู้ขาย หรือผู้ซื้อ ว่าเป็นเพียง “ผู้ถือสินท่าน” และความผูกพันตามสัญญาเหล่านี้ก็ไม่เรียกว่า “หนี้” เช่นกัน<sup>124</sup>

อย่างไรก็ดี หนี้ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบันนั้นมีที่มาจาก คำว่า “Obligatio” ตามกฎหมายของโรมัน ที่มีการแปลความหมายในลักษณะที่กว้างกว่าหนี้ตามกฎหมายไทยดั้งเดิม ที่จำกัดความหมายของหนี้ไว้เพียงแค่การกู้หนี้ยืมสินเท่านั้น โดยในกฎหมายเก่ามองว่า ลูกหนี้ มี “ภาระ” หรือ “หน้าที่” ในการที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ส่งผลให้การกู้หนี้ยืมสินตามกฎหมายไทยแต่เดิมถูกรวมไว้ในหนี้อันมีที่มาจาก Obligatio ของกฎหมายโรมัน จึงทำให้ “หนี้” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบันมีความหมายรวมถึง “ภาระ” หรือ “หน้าที่” ในกรณีอื่นๆมากมาย ไม่ได้จำกัดเฉพาะหนี้ที่เกิดมาจากการกู้ยืมเงินเหมือนเช่นในอดีต แต่ก็คงมิได้หมายรวมถึงหน้าที่ทุกชนิด มิฉะนั้นไม่ว่าหน้าที่ใดๆ ก็อาจจะกลายเป็นหนี้ไปเสียทั้งหมด<sup>125</sup>

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปีพ.ศ. 2466 ซึ่งได้ยกเลิกไปโดยมิทันได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการได้มีการให้คำจำกัดความคำว่า “หนี้” ไว้ในมาตรา 10 วรรคหนึ่งว่า “อันว่าหนี้ นั้น โดยนิตินัยว่าเป็นความเกี่ยวพันอันบุคคลคนเดียวหลายคน ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ลูกหนี้ จำต้องส่งทรัพย์สินก็ดี ฤทำการก็ดี ฤเว้นทำการใดให้แก่บุคคลคนเดียวหลายคน อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้”

จากคำอธิบายที่ปรากฏในหนังสือคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพหนึ่งของพระยาจินดาภิรมย์ (จิตร ณ สงขลา) พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล) และพระยามานวราชเสวีที่ได้ให้อธิบาย คำว่า “หนี้” ไว้มีใจความดังต่อไปนี้

คำว่า “หนี้” ที่อธิบายในมาตรานี้ เป็นคำเดียวกับที่แต่เดิมมีผู้เรียกว่า “ความจำต้องทำ” และต่อมาเรียกกันว่า “หน้าที่ในแพ่ง” และต่อมาอีกสมัยหนึ่งเรียกกันว่า “หนี้ ฤความเป็นหนี้” เหล่านี้รวมทั้งคำว่า “หนี้” ในประมวลกฎหมายนี้ เป็นคำแปลจากคำอังกฤษคำเดียวกัน คือ คำว่า “โอบลิเกชัน” (obligation) ซึ่งมาจากศัพท์กฎหมายโรมันที่เรียกว่า “โอบลิกาทีโอ” (obligatio) คือ หมายความว่า เป็นความเกี่ยวพันในระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ซึ่งคนหนึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องส่งทรัพย์สินฤทำการฤงดเว้นการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกคนหนึ่ง<sup>126</sup>

<sup>124</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>125</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>126</sup> พระยาจินดาภิรมย์ (จิตร ณ สงขลา) พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล) และพระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 (พระนคร โรงพิมพ์โสภณพรตธนากร, 2467), หน้า 23.

หากจะแปลความหมายของคำว่า “Obligatio” ในกฎหมายโรมันให้เข้าใจได้โดยง่าย สามารถแปลตามถ้อยคำได้ว่าเป็น “ภาระ” หรือ “หน้าที่” โดยสามารถทำความเข้าใจความหมายได้เป็น 2 ทาง เช่นเดียวกันกับเหรียญที่มีสองด้าน ในทางหนึ่ง หมายความว่า “สิทธิ” ซึ่งเรียกว่า “สิทธิเรียกร้อง” เป็นการมองจากมุมของเจ้าหนี้หรือผู้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ แต่ความหมายของคำว่า “หนี้” ในอีกทางหนึ่งหมายความว่า “ภาระ” “หน้าที่” หรือก็คือ ความเป็นหนี้ ซึ่งเป็นการมองจากทางด้านของลูกหนี้ผู้มีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้<sup>127</sup>

จากความหมายที่กล่าวไปข้างต้นถ้าพิจารณาจากมุมของเจ้าหนี้นั้น “หนี้” ถือเป็น “สินทรัพย์”(assets) อันเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินของเจ้าหนี้ แต่เมื่อมองจากทางด้านของลูกหนี้ “หนี้” ก็เป็นความรับผิดชอบทางการเงินของลูกหนี้ อย่างไรก็ตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้นจากสัญญา มักจะไม่ได้มีหนี้อย่างเดียว มักจะมีหลายอย่างและคู่สัญญาอาจมิได้เป็นเฉพาะเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ แต่มักจะเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วย สามารถพิจารณาได้จากใน สัญญาซื้อขาย ที่ผู้ขายเป็นเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระราคาของที่ขายแต่ขณะเดียวกันก็เป็นลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ขาย ส่วนผู้ซื้อก็เป็นเจ้าหนี้ที่จะเรียกให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สิน และเป็นลูกหนี้ที่จะต้องชำระราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายด้วย<sup>128</sup>

นอกจากนี้พระยาจินดาภิรมณ์ (จิตร ฌ สงขลา) พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล) และพระยามานวราชเสวียยังได้มีการยกตัวอย่างอุทาหรณ์เพื่อแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ตามความหมายของคำว่า “หนี้” เอาไว้ด้วย โดยอุทาหรณ์ที่ 1-3 จะเป็นอุทาหรณ์ที่เกี่ยวกับหนี้อันเกิดจากสัญญา ส่วนอุทาหรณ์ที่ 4 จะเป็นหนี้อันเกิดจากการประทุษร้ายส่วนแบ่งซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2466 ก็เรียกว่าเป็น หนี้ละเมิด เช่นเดียวกัน

อุทาหรณ์ที่ 1 ก. ตกลงซื้อหนังสือจาก ข. หนึ่งเล่มราคา 10 บาท ก.กับ ข.มีหนี้ต่อกัน คือ ข.ต้องส่งหนังสือให้ ก. ในส่วนนี้ ข.เป็นลูกหนี้ ก.เป็นเจ้าหนี้ และก.ต้องใช้เงิน 10 บาท ให้ข. ในส่วนนี้ ก.เป็นลูกหนี้และข.เป็นเจ้าหนี้

อุทาหรณ์ที่ 2 ก. จ้าง ข. ก่อตึกหลังหนึ่ง โดยตกลงราคา 10,000 บาท ก. กับ ข. มีหนี้ต่อกัน คือ ข.ต้องกระทำการก่อตึกให้ ก. ในส่วนนี้ ข. เป็นลูกหนี้ ก. เป็นเจ้าหนี้ และ ก. ต้องใช้เงิน 10,000 บาทให้ ข. ในส่วนนี้ ก. เป็นลูกหนี้ และ ข. เป็นเจ้าหนี้

อุทาหรณ์ที่ 3 ก. กับ ข. ตั้งร้านตัดเสื้อแข่งขันกันอยู่ในตำบลเสาชิงช้า ก. ให้เงิน ข. 1,000 บาท ตกลงกันว่าให้ ข. เลิกร้านของ ข. และไม่ให้นำตั้งร้านตัดเสื้อในตำบลเสาชิงช้าอีกต่อไป

<sup>127</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้, หน้า 20.

<sup>128</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

ดังนี้ ข. มีหนี้ต่อ ก. คือ ข. ต้องงดเว้นไม่ตั้งร้านตัดเสื้อในตำบลเสาชิงช้าตามสัญญา ในที่นี้ ข. เป็นลูกหนี้ และ ก. เป็นเจ้าหนี้

อุทาหรณ์ที่ 4 ก. ขับรถเลนเล่อโดนรถ ข. เสียหาย ก. มีหนี้ต่อ ข. คือ มีหน้าที่ต้องใช้ค่าเสียหายให้ ข. ในที่นี้ ข. เป็นเจ้าหนี้ และ ก. เป็นลูกหนี้

สังเกตได้ว่าคำว่า “หนี้” และคำว่า “ลูกหนี้” และ “เจ้าหนี้” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตั้งแต่ในสมัยปีพ.ศ. 2466 ก็กำหนดให้มีความเข้าใจอย่างกว้างๆ ไม่จำกัดเฉพาะว่าจะต้องเป็นหนี้เงินเท่านั้น เหมือนในสมัยก่อน โดยอาจเป็นหนี้ได้ทั้งการต้องกระทำ การงดเว้นการกระทำ หรือการส่งทรัพย์สินใดๆก็ได้ ดังตัวอย่างอุทาหรณ์ที่กล่าวถึงในข้างต้น

คำว่า “หนี้” ที่อธิบายไว้ในมาตรา 10 วรรคหนึ่งนี้ มีความหมายคือ ความเกี่ยวพันในระหว่างคนสองคนซึ่งเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่สำหรับความเข้าใจง่ายๆ จะสังเกตได้ว่า เมื่อพูดถึงหนี้เกี่ยวแก่เจ้าหนี้ หรือหนี้ของเจ้าหนี้ นั่นก็หมายความว่าไปถึง สิทธิของเจ้าหนี้นั่นเอง ส่วนเมื่อพูดถึง หนี้ของลูกหนี้ จะหมายความว่าถึง ความรับผิดชอบของลูกหนี้ เพราะส่วนของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ในความเกี่ยวพันระหว่างกันนั้นก็คือ สิทธิที่จะได้รับ ขณะที่ส่วนของลูกหนี้คือ ความรับผิดชอบ จึงกำหนดให้ใช้คำว่า “หนี้” เป็นคำกลางให้เข้าใจได้โดยตลอด<sup>129</sup>

### 3.2.2. ความหมายของคำว่า “หนี้” ตามคำจำกัดความของนักกฎหมาย

หากพิจารณาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยฉบับปัจจุบันจะพบว่า ไม่มีการนิยามหรือให้คำจำกัดความศัพท์คำว่า “หนี้” ไว้โดยเฉพาะ ดังจะเห็นได้ว่า มาตราแรกในกฎหมายลักษณะหนี้ คือ มาตรา ๑๙๔ บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่ง การชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ยอมได้” เป็นการกล่าวถึงแต่เพียง สิทธิหรืออำนาจของเจ้าหนี้ที่มีต่อลูกหนี้เท่านั้นโดยไม่ได้มีการบอกอย่างชัดเจนว่าหนี้คืออะไร<sup>130</sup>

เพื่อสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับหนี้ให้มากขึ้นจึงควรที่จะศึกษาการให้คำจำกัดความคำว่า “หนี้” โดยนักกฎหมายว่า มีความหมายว่าอย่างไร ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร ได้ให้ความหมายของหนี้ไว้ว่า เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกหนี้ นั้นต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

<sup>129</sup> พระยาจินดาภิรมย์ (จิตร ณ สงขลา) พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล) และพระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, หน้า 24-26.

<sup>130</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้ โดยการกระทำนั้นแยกเป็น ๓ ชนิด คือ การกระทำ การละเว้นการกระทำ และการโอนทรัพย์สิน<sup>131</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธิระวัฒน์ อธิบายว่า หนี้ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิและหน้าที่ของบุคคลสองฝ่าย กล่าวคือ เจ้าหนี้ฝ่ายหนึ่งและลูกหนี้ฝ่ายหนึ่ง ที่กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้เป็นลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงของมูลหนี้<sup>132</sup>

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า “หนี้” คือ ความผูกพันในกฎหมาย ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้ ชอบที่จะได้รับชำระหนี้ มีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำหรืองดเว้นหรือส่งมอบทรัพย์สินจากบุคคลอีกฝ่ายที่เรียกว่า ลูกหนี้<sup>133</sup>

ศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วายุภาพ ให้ความหมายว่า หนี้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ที่จะได้รับชำระหนี้ เป็นความผูกพันเพียงชั่วคราวในอันที่จะได้รับชำระหนี้ นั้น เมื่อมีการชำระหนี้ก็สิ้นความผูกพัน โดยหนี้มีลักษณะดังนี้

- 1) เป็นความผูกพันที่มีผลตามกฎหมายลักษณะหนี้
- 2) เป็นความผูกพันระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้
- 3) มีวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่จะได้รับการชำระหนี้เป็นการกระทำ งดเว้นการกระทำ หรือการโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน<sup>134</sup>

พระสารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัตร) อธิบายว่า หนี้ หมายถึง ความผูกมัดตามกฎหมายลักษณะหนี้ ในอันที่บุคคลผู้เป็นคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายในกรณีหนึ่งนั้นจะปฏิบัติต่อกันและกันตามกฎหมายลักษณะหนี้ ด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน ทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ในมูลหนี้ นั้นย่อมมีทั้งสิทธิและความรับผิดชอบในระหว่างบุคคลทั้งฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้และฝ่ายที่เป็นลูกหนี้ พิจารณาในแง่เจ้าหนี้ หนี้เป็นความผูกมัดตามกฎหมายลักษณะหนี้ ในอันที่ฝ่ายเจ้าหนี้มีสิทธิเหนือ

<sup>131</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 20 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราดพร ธิระวัฒน์ (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 19.

<sup>132</sup> ดาราดพร ธิระวัฒน์, กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป. (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560) หน้า 17.

<sup>133</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคบริบูรณ์). พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงโดย มุรินทร์ พงศปาน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 363.

<sup>134</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2554), หน้า 6-7.

บุคคลได้อำนาจเรียกร้องฝ่ายลูกหนี้เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน ทำการ หรือดเว้นกระทำการ พิจารณาในแง่ลูกหนี้ หนี้เป็นความผูกมัดตามกฎหมายลักษณะหนี้ ในอันที่ฝ่ายลูกหนี้มีหน้าที่ตามสิทธิเหนือบุคคลนั้นๆเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน ทำการ หรือดเว้นกระทำการ<sup>135</sup>และเห็นว่าสาระสำคัญของหนี้ คือ

- 1) ต้องมีกฎหมายรับรองจึงจะเกิดขึ้นได้
- 2) ต้องเกิดจากกฎหมายที่เป็นบัญญัติ “มูลแห่งหนี้” ที่จะให้ “หนี้” เกิดได้
- 3) ผู้ที่จะได้ประโยชน์หรือผู้ที่มีหน้าที่ปฏิบัติให้ประโยชน์นั้นจะต้องเป็นเจ้าของหนี้ ลูกหนี้หรือคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายในกรณี
- 4) อาจเรียกร้องบังคับการในเรื่อง “ประโยชน์” ตามที่บัญญัติไว้เป็นการชำระหนี้ ซึ่งอาจเป็นเรื่องโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน ทำการ หรือดเว้นกระทำการ
- 5) เมื่อเรียกร้องไม่ได้ก็อาจมีการบังคับหรือให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนได้และทรัพย์สินกองสมบัติของลูกหนี้ตกเป็นประกันการชำระหนี้<sup>136</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ อธิบายว่า หนี้ คือ นิติสัมพันธ์หรือความผูกพันตามกฎหมายที่ฝ่ายลูกหนี้มีหน้าที่ในการปฏิบัติชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้<sup>137</sup> นอกจากนี้จะเกิดเป็นความสัมพันธ์ทางหนี้ได้จะต้องมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- 1) ตัวหนี้ หมายถึง นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ได้แก่ กรณีของสัญญา เป็นส่วนใหญ่
- 2) บุคคลในความสัมพันธ์ทางหนี้ ได้แก่ ฝ่ายเจ้าหนี้และฝ่ายลูกหนี้ โดยการพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นลูกหนี้ จะต้องพิจารณาว่าเพราะฝ่ายนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้น การพิจารณาด้าน “ลูกหนี้” จึงพิจารณาด้านของ “หน้าที่” ส่วนการจะพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นเจ้าหนี้จะต้องพิจารณาในด้านของการมีสิทธิ ซึ่งสิทธินี้คือ สิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้ อันเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

<sup>135</sup> พระสารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 40.

<sup>136</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

<sup>137</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 12.



- 3) วัตถุประสงค์นี้ หมายถึง การปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้หรือสิ่งที่ลูกหนี้จะต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ ได้แก่ หนี้กระทำการ หนี้งดเว้นกระทำการ และหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน<sup>138</sup>

### 3.2.3. ความหมายของคำว่า “หน้าที่” (Duty)

การแยกแยะ “หนี้” ออกจาก “หน้าที่” ถือเป็นสิ่งสำคัญที่จะสามารถก่อให้เกิดความเข้าใจในการวิเคราะห์ถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยได้ ส่งผลให้เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะพิจารณาถึงที่มา และความหมาย รวมไปถึงความสัมพันธ์ของ หน้าที่ ที่มีต่อหนี้ในส่วนต่อไป

จากการศึกษาพบว่านักกฎหมายไทยได้มีการให้คำอธิบายถึงความหมายของคำว่า “หน้าที่” (Duty) เอาไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้กล่าวคำอธิบายเกี่ยวกับคำว่า “หน้าที่” ไว้คือ ความชอบธรรมในลักษณะที่เป็นความผูกพันต่อบุคคล อันจะทำให้บุคคลที่มีหน้าที่นั้นต้องตกอยู่ในสถานะที่จำเป็นต้อง กระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือยินยอมให้บุคคลอื่นกระทำการ เพื่อให้การเป็นไปตามผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลอื่น อาทิ ในมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้วางหลักเอาไว้ว่า ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ และการชำระหนี้ด้วยการงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็อาจมีได้เช่นเดียวกัน โดยบทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการกล่าวถึงความสัมพันธ์ในทางหนี้ ที่กำหนดว่าหนี้นั้นมีผลทางกฎหมายอย่างไร เจ้าหนี้มีสิทธิอะไรต่อลูกหนี้บ้าง ส่งผลให้เข้าใจได้ว่าลูกหนี้มีหน้าที่อย่างไร และผู้ที่มีหน้าที่ไม่มีสิทธิในการเลือกแต่จะต้องปฏิบัติตามสิ่งที่เจ้าหนี้เรียกร้อง จึงอาจเรียกได้ว่าหน้าที่เป็น “ความผูกพัน” อย่างหนึ่ง

139

ในขณะที่ ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตตร ให้คำอธิบายว่า บทบัญญัติมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักการให้ ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามหนี้ที่ตนผูกพัน หากลูกหนี้ไม่กระทำการตามหนี้นั้นก็จะมีผลทางกฎหมายที่บังคับให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามหนี้ อีกทั้งคำว่า “หนี้” ยังมีความแตกต่างจากคำว่า “หน้าที่” ในทางศีลธรรม เพราะหน้าที่ทางศีลธรรมไม่มีผลทางกฎหมาย เพียงแต่ผู้มีหน้าที่รู้สึกว่าจะต้องกระทำ<sup>140</sup>

<sup>138</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-54.

<sup>139</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 85 – 86.

<sup>140</sup> จิต เศรษฐบุตตร แก๊ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ดิงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 5

(กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528) หน้า 380.

พระสารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร) ได้แสดงความคิดเห็นเอาไว้ว่า “หน้าที่” คือ สิ่งที่จะต้องปฏิบัติ โดยอาจเกิดขึ้นได้ด้วยมูลเหตุอื่นไม่ใช่แค่เพียงจากมูลเหตุแห่งหนี้ และอาจมีความหมายกว้างเป็นการทั่วไปหรือมีความหมายเป็นการเฉพาะก็ได้ โดยการใช้ในลักษณะคำสามัญ หรือคำอันเป็นเทคนิคเฉพาะก็ได้<sup>141</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์ ก็ได้แสดงความคิดเห็นในเรื่องนี้ไว้ เช่นเดียวกันว่า บุคคลอาจมีความสัมพันธ์ตามกฎหมายได้หลายประการ แต่สำหรับความสัมพันธ์ ในทางหนี้ นั้น หมายถึง หน้าที่ของลูกหนี้ในอันที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ในขณะที่ หน้าที่นั้น หมายถึง ภาระที่บุคคลจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย อาทิ หน้าที่ในการที่บุคคลแต่ละคนจะต้องงดเว้น ไม่กระทำการใดๆในอันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามหลักกฎหมายละเมิด หรือหน้าที่ ในการปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับของหน่วยงาน ตามกฎหมายมหาชน หรือ หน้าที่ในการเลี้ยงดู บุตรผู้เยาว์ ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมไปถึงหน้าที่ที่ เกิดมาจาก “เจตนา” หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “หนี้” เนื่องจากหน้าที่มีลักษณะที่กว้างกว่าหนี้ ดังนั้น หนี้จึงอาจถือได้ว่าเป็นหน้าที่อย่างหนึ่ง และหน้าที่ที่เกิดจากกฎหมายเฉพาะกำหนด เป็นต้น<sup>142</sup>

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนากรก็ได้อธิบายไว้เช่นเดียวกันว่า สิทธิทางหนี้ (Obligation right) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า บุคคลสิทธิ (Jus in personam) หรือสิทธิสัมพันธ์ (Relative right) นั้น จำเป็นที่จะต้องมียุติหน้าที่มารองรับ เนื่องจากหน้าที่ย่อมเป็นของคู่กับสิทธิ เมื่อมีผู้ ที่มีสิทธิก็ย่อมจะต้องมีผู้ที่มีหน้าที่เข้ามาเกี่ยวข้อง แต่จะเป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อลูกหนี้โดย เฉพาะเจาะจงเท่านั้น และหน้าที่นั้นจะต้องมีลักษณะที่แน่นอนด้วย กล่าวคือ ในกรณีของหนี้หรือสิทธิ เรียกร้องนั้น ลูกหนี้จำเป็นที่จะต้องทราบได้ว่าตนเองต้องกระทำหรือไม่กระทำการใดบ้าง เช่น ลูกหนี้ ในความสัมพันธ์ทางสัญญา ก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญา ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย อันเนื่องมาจากเหตุผลที่เจ้าหนี้อาจมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ แก่ตนได้ ซึ่งลูกหนี้ก็จะมีหน้าที่ที่ต้องชำระหนี้ให้ตรงตามสิทธิของเจ้าหนี้เป็นการตอบแทน<sup>143</sup> ดังนี้

1.) ลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ ที่กำหนดไว้

2.) ลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้โดยตรงตามที่ได้วางหลักไว้ใน มาตรา 208 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่า “การชำระหนี้จะให้สำเร็จผลเป็น

<sup>141</sup> พระสารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้), หน้า 31

<sup>142</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย : เอกสารประกอบการศึกษาวิชาหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ตอนที่ 3 ภาค 1 ปีการศึกษา 2561 กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (อัสสาเนา). หน้า 1 – 3.

<sup>143</sup> โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 13.

อย่างไร ลูกหนี้จะต้องขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นอย่างนั้นโดยตรง” หมายความว่า หากลูกหนี้ได้ทำข้อตกลงตามสัญญาอย่างใดไว้กับเจ้าหนี้ ลูกหนี้ก็จำเป็นที่จะต้องกระทำการให้เกิดผลตามที่ได้มีการตกลงไว้กับเจ้าหนี้ อาทิ นายแดง ทำสัญญาจะขายที่ดินแปลงที่ติดกับที่ดินของนายดำให้แก่ นายดำ นายแดงก็มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องไปทำการโอนที่ดินแปลงดังกล่าวให้แก่ นายดำต่อไป จะไปทำการโอนที่ดินแปลงอื่นให้ หรือไม่โอนแต่ขอชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ นายดำแทน เช่นนี้หาได้ไม่

3.) ลูกหนี้มีหน้าที่ในอันที่จะต้องชำระหนี้ให้ตรงตามความประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ ตามที่ได้วางหลักการไว้ในมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า สัญญาที่ได้กระทำระหว่างกันนั้น มีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร โดยอาศัยการตีความสัญญาตามบทบัญญัติในมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งลูกหนี้ยังจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยความสุจริตตามหลักการที่ได้วางไว้ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย

4.) ลูกหนี้มีหน้าที่อื่นๆต่อไปอีก เช่น หน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่จะต้องส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 323 วรรคสอง หรือหน้าที่ในการออกค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ตามหลักในมาตรา 325 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น<sup>144</sup>

### 3.2.4. ความสัมพันธ์ระหว่างคำว่า “หนี้” กับ คำว่า “หน้าที่” ในระบบกฎหมายไทย

จากการสืบค้นประวัติความเป็นมาในการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น พบว่านักกฎหมายชาวฝรั่งเศสที่รัฐบาลไทยได้จ้างให้มาเป็นที่ปรึกษาในการยกร่างประมวลกฎหมาย ประจํากรมร่างกฎหมาย กระทรวงยุติธรรม คือ นายเรอเน่ กียอง (Mr. René Guyon) หรือชื่อไทยว่า นาย พิชาญ บุลยง ได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างคำว่า “หนี้” (Obligation) และคำว่า “หน้าที่” (Duty) เอาไว้ใจความว่า

“หนี้” มีปัญหาว่าเป็นสิทธิหรือหน้าที่?

หนี้้นั้นไม่ใช่สิทธิ เพราะว่า “สิทธิ” (Right) เป็นความชอบธรรมในทางข้อเท็จจริงในการได้รับอนุญาตให้กระทำหรือเรียกร้องสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ในขณะที่คำว่า “หนี้” (Obligation) นั้น มีแนวความคิดไปในทางที่ต้องการที่จะให้มีความผูกพันในการกระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในทางข้อเท็จจริงเสียมากกว่า

ส่วนปัญหาที่ว่า “หนี้” คือ หน้าที่หรือไม่ ในความหมายเป็นการทั่วไปแล้ว การแยกแยะความว่า “หนี้” ออกจาก “หน้าที่” กระทำได้ยาก เนื่องจากทั้งสองคำมีความแตกต่างกันไม่มากนัก กล่าวคือ “หนี้” (Obligation) และ “หน้าที่” (Duty) ที่คนทั่วไปมักจะใช้ทั้งสองคำสลับไป

<sup>144</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 98 – 99.

สลั้บมา ขณะที่ในทางกฎหมายนั้น นักกฎหมายจะต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนในการใช้ถ้อยคำทั้งสองคำนี้ เนื่องจากต้องทำความเข้าใจว่า “หนี้” (Obligation) มีความหมายในลักษณะที่กว้างกว่า “หน้าที่” (Duty)

คำว่า “หนี้” (Obligation) หมายความว่า ความผูกพันทางกฎหมาย (Vinculum juris) กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งมีความจำเป็นและมีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องกระทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่อีกบุคคลหนึ่ง เพราะฉะนั้น หากจะพิจารณาว่า “หนี้” มีความหมายเป็นเพียงแค่ “หน้าที่” อย่างเดียวเท่านั้นก็จะส่งผลกระทบต่อแนวความคิดเกี่ยวกับ “หนี้” มีความบกพร่องและไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ เพราะเหตุผลสองประการต่อไปนี้ คือ

ประการที่หนึ่ง เนื่องจาก “หน้าที่” (Duty) เป็นเรื่องที่ทำให้ความสนใจเกี่ยวกับการที่บุคคลหนึ่งมีความผูกพันในอันที่จะต้องกระทำตามหน้าที่ของตนเองเพียงฝ่ายเดียว ในขณะที่ “หนี้” (Obligation) เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในการที่บุคคลหนึ่งกับอีกบุคคลหนึ่งมีความผูกพันต่อกัน ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และ

ประการที่สอง เป็นเรื่องที่นักกฎหมายส่วนใหญ่ทราบกันดีว่า “หน้าที่” (Duty) ของบุคคลแรกนั้นจะมีสิ่งที่อยู่เป็นขั้วตรงข้ามกันก็คือ “สิทธิ” (Right) ที่อีกบุคคลหนึ่งมี ในขณะที่ในเรื่อง “หนี้” (Obligation) กับ “หน้าที่” (Duty) นั้น เมื่อมี “หนี้” (Obligation) เกิดขึ้น กรณีก็ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าการจะเป็นความต้องการของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือไม่ หมายความว่า เมื่อมี “หนี้” เกิดขึ้นแล้ว ไม่จำกัดเฉพาะเพียงแค่ลูกหนี้เท่านั้นที่จะมีหน้าที่ หากแต่ยังมีเจ้าหนี้ซึ่งจะเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิด้วยเช่นกัน ซึ่งแนวคิดในลักษณะนี้เองที่ไม่มีปรากฏอยู่ในความหมายของคำว่า “หน้าที่” (Duty) แต่จะพบในความหมายของคำว่า “หนี้” (Obligation) <sup>145</sup>

นอกจากนี้ พระสารสาสน์ประพันธ์ (ชิน จารุวัตร) ยังได้ให้คำอธิบายในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคำว่า “หน้าที่” กับคำว่า “หนี้” เอาไว้ว่า หนี้ไม่ใช่หน้าที่ เพราะเหตุที่ หนี้ มีที่มาจากมูลเหตุแห่งหนี้ และจะเป็นฐานที่ตั้งแห่ง “สิทธิ” และ “หน้าที่” ทั้งสองอย่าง ส่วนคำว่า “หน้าที่” นั้น อาจเกิดขึ้นได้จากมูลเหตุอย่างอื่น ซึ่งอาจมีความหมายกว้าง หรือความหมายเฉพาะทางก็ได้ อาทิ หน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หน้าที่ตามกฎหมายลักษณะอาญา หรือหน้าที่อันอาจเกิดขึ้นจากกฎหมายพิเศษใดๆที่กำหนดไว้ก็ได้ นอกจากนี้ยังรวมไปถึงหน้าที่ในทางศีลธรรมอันดีอีกด้วย

<sup>145</sup> บันทึกลงวันที่ 31 มกราคม พ.ศ. 2462 ของกรมหมื่นพิทยาลงกรณ์ ที่เสนอต่อประธานกรรมการร่างประมวลกฎหมาย ในคำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่มาตรา 1 – 39, เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รหัสไมโครฟิล์มที่ กต. 35.1, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ.

อย่างไรก็ตาม คำว่า “หน้าที่” นั้นอาจกลายเป็นส่วนหนึ่งของหนี้ก็ได้ เพียงแต่จะเป็นส่วนเดียวที่แตกต่างจากความผูกมัดระหว่างบุคคลตามกฎหมายที่เรียกกันว่า “หนี้” อาทิ นายแดง ยืมเงินนายดำจำนวน 10 บาท เมื่อปรากฏว่ามีการทำสัญญากันโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ก็ย่อมจะมี “หนี้” เกิดขึ้นผูกพันระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย และก่อให้เกิด “สิทธิ” แล “หน้าที่” ต่อกัน และกันด้วย กรณีมิใช่เกิดแต่เพียง “หน้าที่” อย่างเดียว โดยหากลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามการชำระหนี้ ฝ่ายของเจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องบังคับเอาแก่ลูกหนี้ได้ แต่หากปรากฏว่าฝ่ายเจ้าหนี้เป็นผู้ผิดนัด เช่น ไม่ยอมรับการชำระหนี้ ฝ่ายของลูกหนี้เองก็มีสิทธิตามกฎหมายในการที่จะบังคับแก่เจ้าหนี้เหมือนกัน<sup>146</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. จีต เศรษฐบุตร เองก็ได้ให้คำอธิบายถึงเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่าง “หนี้” และ “หน้าที่” เอาไว้เช่นกัน โดยเห็นว่า หนี้ก่อให้เกิดภาระหรือหน้าที่ในการที่ ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามการอย่างใดอย่างหนึ่งในสามประการ ดังต่อไปนี้ 1.) การกระทำการ 2.) การงดเว้นกระทำการ หรือ 3.) การโอนทรัพย์สิน<sup>147</sup>

ส่วนศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์ ได้กล่าวถึงเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่าง “หนี้” (Obligation) และ “หน้าที่” (Duty) เอาไว้โดยการอ้างอิงจากแนวความคิดของนักกฎหมายชาวเยอรมัน นามว่า Brinz ว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ หรือหนี้ที่ลูกหนี้ต้องผูกพันต่อเจ้าหนี้นั้น สามารถแยกออกได้เป็นสองลักษณะ คือ

1.) ความผูกพันที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ในลักษณะที่เป็น “หน้าที่” (Schuld) เป็นกรณีที่ลูกหนี้มีหน้าที่ในการชำระหนี้ตามมูลหนี้ที่เกิดขึ้นโดยตรง โดยเป็นความผูกพันต่อตัวบุคคลผู้เป็นลูกหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ นั้น เช่น มูลหนี้ตามสัญญาซื้อขายทรัพย์ ผู้ซื้อมีหน้าที่ในการชำระราคาทรัพย์ ขณะที่ผู้ขายมีหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์ที่ซื้อขายกันให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ซื้อ เป็นต้น และ

2.) ความผูกพันที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ในลักษณะของความรับผิด (Haftung) กล่าวคือ เป็นกรณีของความผูกพันที่จะเกิดขึ้นต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ตรงตามมูลหนี้ นั้น ส่งผลให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิในการบังคับชำระหนี้ ซึ่งความผูกพันที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ในกรณีนี้ก็จะเป็นความรับผิด ไม่ใช่ความผูกพันต่อตัวลูกหนี้ในการที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ต่อไป แต่เป็นความผูกพันในทางทรัพย์สินที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิร้องขอให้ศาลบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้<sup>148</sup>

<sup>146</sup> พระสารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้) หน้า 31 – 51.

<sup>147</sup> จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะหนี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หน้า 21.

<sup>148</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 24 -25.

โดยที่สิทธิทางหนี้ของเจ้าหนี้ นั้น จะก่อให้เกิดหน้าที่และความรับผิดชอบแก่ลูกหนี้ใน อันที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ซึ่งอาจมีได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นหนี้ที่ทำให้ลูกหนี้มีหน้าที่กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวของลูกหนี้จะขึ้นอยู่กับ มูลแห่งหนี้ว่าลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้เช่นไร เช่น หนี้ตามสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อย่อมมีหน้าที่ในการชำระราคา และผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สิน ในขณะที่หนี้ทางละเมิด ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้กระทำการ ละเมิดมีหน้าที่ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้เสียหาย และหนี้กระทำการงานตาม สัญญาจ้างแรงงาน ลูกหนี้ซึ่งเป็นลูกจ้างก็มีหน้าที่ในอันที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลความลับทางการค้าของ นายจ้างผู้เป็นเจ้าหนี้<sup>149</sup>

การอธิบายความผูกพันที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ในลักษณะดังกล่าวนี้จะปรากฏชัดเจน มากยิ่งขึ้นหากเป็นกรณีของหนี้ที่เกิดจากมูลแห่งสัญญา เนื่องจากหากคู่กรณีมีความสัมพันธ์ทาง สัญญาต่อกัน ผู้เป็นลูกหนี้ก็จะมีหน้าที่ในอันที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา แก่เจ้าหนี้ และหากกรณีปรากฏว่าลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาดังกล่าวก็จะ มีความรับผิดชอบเกิดขึ้นต่อไป ในขณะที่หากเป็นความสัมพันธ์ทางหนี้ที่เกิดจากมูลละเมิด ความผูกพันที่ ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้จะเหลือแค่เพียงความรับผิดชอบที่กฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเท่านั้น เนื่องจากลูกหนี้ได้กระทำการละเมิดต่อหน้าที่ในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นไปก่อนที่หนี้ ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จะเกิดขึ้นเสียแล้ว

ประโยชน์ของการทำความเข้าใจในเรื่องลักษณะของความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้ในเรื่องนี้ หน้าที่ และความรับผิดชอบ นั้นจะทำให้สามารถเข้าใจถึงหลักการและเหตุผลของ กฎหมายได้ว่า หนี้ หน้าที่ และความรับผิดชอบสามารถที่จะแยกออกจากกันได้ อันจะส่งผลต่อมาให้ สามารถเข้าใจถึงหลักกฎหมายในเรื่องของหนี้ธรรมชาติ (Natural Obligation) การทำข้อสัญญายกเว้น หรือจำกัดความรับผิดชอบของลูกหนี้ หรือการที่บุคคลภายนอกแสดงเจตนาเข้ามาผูกพันในสัญญาโดยการ เป็นผู้ค้ำประกัน จำนอง หรือจำนำต่อไปได้ เป็นต้น

### 3.3. บ่อเกิดแห่งหนี้ตามกฎหมายไทย

ในสมัยก่อนนั้นกฎหมายเก่าของไทยยังมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายในระยะ ยะต้นๆของระบบกฎหมายอื่นที่ยังไม่ได้มีการแยกความรับผิดชอบที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ในทางแพ่งออกจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทางอาญา และไม่ได้มีการแยกความรับผิดชอบทาง สัญญาออกจากความรับผิดทางละเมิด ซึ่งสัญญาตามกฎหมายเก่าของไทยมิได้เกิดขึ้นจากการแสดง เจตนาดังในปัจจุบัน แต่เกิดขึ้นเพราะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น กล่าวคือ สัญญาบางชนิดเกิดขึ้น เพราะมีการปฏิบัติตามแบบพิธีตามจารีตประเพณี เรียกได้ว่าเป็น สัญญาตามประเพณี ขณะที่สัญญา

<sup>149</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

อีกชนิดหนึ่งเกิดขึ้นเพราะมีการส่งมอบทรัพย์สินแก่กัน ทำให้ผู้รับทรัพย์สินไว้มีหนี้ที่จะต้องชำระแก่เจ้าของทรัพย์สินซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสัญญา เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจำนำ เป็นต้น ที่สัญญาจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แล้วเท่านั้น ซึ่งหากฝ่ายที่รับทรัพย์สินไว้ไม่คืนทรัพย์สินในภายหลัง หรือไม่กระทำการใดๆตามที่ตกลงไว้ในสัญญาเป็นการตอบแทน ก็จะถือว่าเป็นผู้ละเมิดฐานลักทรัพย์หรือประบัตสิน<sup>150</sup>

ในยุคแรกๆนั้นผู้ที่ถูกทำละเมิดสามารถเข้าทำการแก้แค้นเป็นการทดแทนได้ ต่อมาจึงเปลี่ยนเป็นให้ผู้กระทำละเมิดใช้เงินทดแทนการถูกแก้แค้น แต่ถึงกระนั้น เงินดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นค่าปรับในทางอาญาและเป็นการชดเชยค่าเสียหาย หรือที่เรียกว่า “ค่าสินไหมชดเชย” โดยพินัยจะตกแก่พระคลังหลวงและถือว่าเป็นค่าธรรมเนียมที่รัฐเข้ามาช่วยเหลือผู้เสียหายให้ได้รับการเยียวยา แต่ต่อมาถือว่าเป็นค่าปรับที่เรียกจากผู้กระทำละเมิดเพื่อลงโทษที่ทำให้สังคมไม่สงบสุข ส่วนสินไหมจะตกแก่ผู้เสียหายทดแทนการได้แก้แค้น<sup>151</sup> ผู้ละเมิดจึงมีฐานะเป็นลูกหนี้ส่วนผู้ถูกกระทำละเมิดมีฐานะกลายเป็นเจ้าหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้อาจบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ ของบุตรและภริยาของลูกหนี้ ตลอดจนอาจบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ด้วยก็ได้ ซึ่งหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ก็อาจนำตัวลูกหนี้ไปทុบตีหรือจองจำจนกว่าจะมีการชำระหนี้หรือขายลูกหนี้เอาเงินมาชำระหนี้แทนก็ได้<sup>152</sup>

ขณะที่ปัจจุบันมีการแยกความสัมพันธ์ทางแพ่งออกจากอาญาแล้ว รวมถึงมีการแยกความรับผิดทางสัญญาออกจากละเมิดด้วยเช่นกัน เนื่องจากกฎหมายลักษณะหนี้ของไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์อันมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันอีกต่อหนึ่ง ดังนั้นบ่อเกิดแห่งหนี้ของไทยจึงคล้ายกับของโรมัน แต่การที่หนี้จะเกิดขึ้นได้นั้นต้องมีสิ่งสำคัญครบสามประการ คือ 1. มูลเหตุหรือที่มาแห่งหนี้ 2. บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับหนี้ และ 3. สิ่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ ด้วยเหตุนี้จึงขอกกล่าวถึงบ่อเกิดแห่งหนี้เสียก่อนเพื่อเป็นฐานสำคัญในการทำความเข้าใจถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาต่อไป

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช ให้ความเห็นว่า บ่อเกิดแห่งหนี้ ได้แก่ สัญญา ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้ และตามที่กฎหมายกำหนด<sup>153</sup>

<sup>150</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้, หน้า 27.

<sup>151</sup> พรทิพย์ สุทธิธรรมศิลป์, ค่าเสียหายทางจิตใจ: ศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของอังกฤษและเยอรมัน เปรียบเทียบกฏหมายลักษณะละเมิดของไทย [ออนไลน์], 9 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา [http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge\\_report/jrp2557\\_13\\_55.pdf](http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge_report/jrp2557_13_55.pdf)

<sup>152</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้, หน้า 27.

<sup>153</sup> เส็นีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงโดย มุรินทร์ พงศปาน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 298-301.

ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร เห็นว่ามีบ่อเกิดได้ 2 ประการ คือ นิติกรรม และ นิติเหตุ โดยนิติเหตุแบ่งออกเป็น การจัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้ ละเมิด หนีหนี้เนื่องจากสถานะของบุคคล เช่น บิดามารดาจำเป็นต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น<sup>154</sup>

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่ามีบ่อเกิดแห่งหนึ่ง ได้แก่

- 1) หนี้ที่เกิดจากเจตนา ได้แก่ นิติกรรม สัญญา
- 2) หนี้ที่ไม่ได้เกิดจากเจตนา ได้แก่ จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้ และ ละเมิด
- 3) หนี้ที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ เช่น หนี้ค่าอุปการะเลี้ยงดู หนี้ในการที่จะต้องชำระภาษีอากร เป็นต้น<sup>155</sup>

ศาสตราจารย์ไพโรจน์ วายุภาพ<sup>156</sup> และ ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร<sup>157</sup> มีความเห็นเหมือนกันว่า บ่อเกิดแห่งหนึ่งมี 5 ประการ คือ สัญญา ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้ และ กฎหมาย

ขณะที่ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ แบ่งบ่อเกิดแห่งนี้ออกเป็น 2 บ่อเกิด คือ

- 1) บ่อเกิดแห่งหนึ่งที่เกิดจากเจตนา ได้แก่ นิติกรรม – สัญญา
- 2) บ่อเกิดแห่งหนึ่งที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้ รวมไปถึงหนี้ที่เกิดมาจากกฎหมายเฉพาะอื่นๆ<sup>158</sup>

นอกจากนั้นความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิดในปัจจุบันมีการพิจารณาว่าเป็นเรื่องของสิทธิและหน้าที่ โดยเจ้าหนี้ตามสัญญาเป็นผู้มีสิทธิตามสัญญา ลูกหนี้ตามสัญญาก็มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา บุคคลย่อมมีสิทธิในทางทรัพย์สิน เสรีภาพและร่างกายของตนเอง บุคคลอื่นย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นไม่ละเมิด ดังนั้นความรับผิดชอบในทางสัญญาจึงเป็นเรื่องของการผิดหน้าที่ตามข้อตกลง ขณะที่การละเมิดเป็นเรื่องผิดหน้าที่ทั่วไปตามกฎหมายที่จะไม่ละเมิดทรัพย์สิน สิทธิ เสรีภาพและร่างกายของผู้อื่น ละเมิดจึงเปรียบได้เหมือนกับการผิดสัญญา เมื่อมีการผิดหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นการผิดหน้าที่ตามข้อตกลงอันเป็นการผิดสัญญา หรือผิดหน้าที่ทั่วไปตามกฎหมายที่ถือว่าเป็น

<sup>154</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 20 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หน้า 22.

<sup>155</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394, ปรับปรุงโดย ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์, 2552), หน้า 1.

<sup>156</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9, หน้า 44.

<sup>157</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้, หน้า 30.

<sup>158</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้), หน้า 36.



ละเมิด ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ผู้ที่ทำผิดหน้าที่จึงมีหนี้ที่จะต้องชำระให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย<sup>159</sup>

หนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยปราศจากหน้าที่ แต่มีไว้ว่าทุกหน้าที่จะถือเป็นหนี้ไปเสียหมด เนื่องจาก หน้าที่ในเรื่องหนี้จะต้องเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย หรือมีกฎหมายรับรอง มิใช่เป็นเพียงหน้าที่ทางศีลธรรม หน้าที่บางอย่างไม่เกี่ยวกับการชำระหนี้แต่เป็นหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับความประพฤติที่บุคคลจะต้องไม่ละเมิดต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้อื่น หรือหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวัง หรือกระทำการด้วยความรอบคอบอย่างเช่นวิญญูชนทั่วไป แม้จะเป็นหน้าที่ที่กฎหมายรับรอง หากผู้ใดละเลยก็อาจต้องรับผิดตามกฎหมาย แต่ก็หาถือว่าเป็นหน้าที่อันจะถือว่าเป็นหนี้ไม่ หน้าที่ทางหนี้จะต้องเป็นหน้าที่ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้อาจมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เท่านั้น<sup>160</sup>

### หนี้ที่เกิดจากนิติกรรม

นิติกรรมสามารถแบ่งออกได้เป็นสองชนิด หลักๆคือ นิติกรรมฝ่ายเดียวกับนิติกรรมสองฝ่าย ซึ่งในส่วนแรกผู้เขียนขอกล่าวถึงนิติกรรมสองฝ่ายก่อน เนื่องจากนิติกรรมสองฝ่ายจะมีความชัดเจนกว่าที่สามารถก่อให้เกิด “หนี้” ขึ้นได้ โดยเฉพาะสัญญา

#### (1) นิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญา

ในการก่อให้เกิดสัญญาอาจมีขั้นตอน หรือกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาได้หลายวิธี ได้แก่

1. การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ทำคำเสนอส่งไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง และฝ่ายที่ได้รับคำเสนอได้ทำคำสนองรับกลับมาตรงตามคำเสนอทุกอย่าง โดยที่คำเสนอนั้นได้เกิดขึ้นภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำเสนอ สัญญาก็จะเกิด

2. การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ให้คำมั่นว่าจะทำสัญญาไว้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้สนองรับตามคำมั่นนั้นภายในเวลาที่กำหนดไว้ สัญญาก็จะเกิดขึ้นได้

3. การเจรจาระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ถือเป็นกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาเช่นเดียวกัน เพราะหากการเจรจาได้ดำเนินไปจนถึงขั้นที่ทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ ความผูกพันตามสัญญาก็เกิดขึ้น

4. การที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงกันขั้นหนึ่งก่อนว่าจะมีการทำสัญญาอีกฉบับหนึ่งในอนาคต ความผูกพันในขั้นแรกนั้นคือ สัญญาเบื้องต้น หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงทำสัญญาในอนาคต ก็จะเป็นการปฏิบัติตามความผูกพันในขั้นแรกนั้น และสัญญาเสร็จเด็ดขาดในส่วนหลังก็จะเกิดขึ้น

<sup>159</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้, หน้า 28.

<sup>160</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

5. กรณีที่คู่กรณีกำหนดไว้ก่อนแล้วว่าสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ แม้มีคำเสนอและ คำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจะเกิดเมื่อได้ทำเป็นหนังสือแล้ว<sup>161</sup>

สัญญาโดยส่วนใหญ่เป็นที่ทราบกันดีว่ามักจะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่สัญญาทุกชนิดจะก่อให้เกิดหนี้ได้

#### 1) สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้

สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ ประเภทแรกคือ สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาทั้งสอง ฝ่ายหรือสัญญาต่างตอบแทน อาทิ สัญญาซื้อขาย ที่ผู้ขายมีหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ กลับกันผู้ซื้อเองก็มีหนี้ที่จะต้องชำระราคาของให้แก่ผู้ขาย หรือ สัญญาเช่าทรัพย์สิน ที่ผู้ให้เช่ามีหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินเพื่อให้ผู้เช่าได้ใช้ประโยชน์ ขณะเดียวกัน ผู้เช่าก็มีหนี้ที่จะต้องชำระค่าเช่า เนื่องมาจากการได้ใช้ทรัพย์สินนั้น เป็นต้น

สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ ประเภทที่สอง คือ สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญา เพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว ตัวอย่างเช่น สัญญายืม ไม่ว่าจะป็นสัญญายืมใช้คงรูปหรือยืม ใช้สิ้นเปลือง ก็คงก่อให้เกิดหนี้แก่ฝ่ายผู้ยืมเพียงฝ่ายเดียวที่มีหนี้ที่จะต้องคืนเท่านั้น ผู้ให้ยืมไม่ได้มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมให้ เพราะการส่งมอบเป็นการทำให้สัญญาสมบูรณ์ต่างหาก ฉะนั้นผู้ให้ยืมจึง มิได้มีหนี้ใดๆต่อผู้ยืมเลย<sup>162</sup>

สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น หนี้ที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากเจตนาของ คู่สัญญาตั้งแต่ตอนแรกที่ทำสัญญาก็ได้ เช่น สัญญาซื้อขายที่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายมีเจตนาที่จะก่อหนี้ ขึ้นมาทั้งสองฝ่าย หรืออาจเป็นกรณีที่คู่สัญญามีเจตนาก่อให้เกิดหนี้ฝ่ายเดียวขึ้นมา แต่หนี้อีกฝ่ายหนึ่ง เกิดขึ้นมาจากผลของสัญญาโดยที่คู่สัญญามีได้มีเจตนาจะก่อหนี้ขึ้นมาตั้งแต่ต้น เช่น สัญญาตัวแทนไม่มีบำเหน็จที่ในชั้นของการตกลงทำสัญญากันคู่สัญญามีเพียงเจตนาที่จะให้ตัวแทนไปปฏิบัติหน้าที่แทน ตามคำสั่งของตัวการเท่านั้น แต่หากการทำหน้าที่แทนของตัวแทนมีการค่าใช้จ่ายที่เสียไปก่อนเพราะ การทำการแทน ตัวการก็มีหนี้ที่จะต้องชดใช้เงินดังกล่าวคืนให้แก่ตัวแทน ตามมาตรา 816 ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการชำระเงินดังกล่าวตัวการและตัวแทนมิได้มีการตกลงกันไว้ล่วงหน้า แต่อย่างไรก็ตาม<sup>163</sup>

นอกจากนี้ สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นโดยปกติจะก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดหน้าที่แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในบางครั้งสัญญาอาจก่อให้เกิดสิทธิ เรียกร้องแก่บุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญาก็ได้ เรียกว่าเป็น “สัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก” ซึ่งมีผล

<sup>161</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 286.

<sup>162</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้), หน้า 37.

<sup>163</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้, หน้า 31.

ให้บุคคลภายนอกนั้นกลายเป็นเจ้าหนี้ มีสิทธิที่จะเข้ามาเรียกร้องบังคับตามสิทธิในสัญญาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาแก่ตนเองโดยตรงได้ ตามที่วางหลักไว้ในมาตรา 374-376 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>164</sup>

## 2) สัญญาที่ไม่ก่อให้เกิดหนี้

สัญญาให้โดยเสนหาคือสัญญาที่ไม่ก่อให้เกิดหนี้ เนื่องจากสัญญาจะสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ ซึ่งการแสดงเจตนาให้และการส่งมอบจะต้องมีลักษณะที่ต่อเนื่องกัน ดังนั้น ผู้ให้จึงไม่เหลือหนี้ใดๆที่จะต้องกระทำต่อผู้รับอีกเมื่อสัญญาให้เกิดขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น ผู้รับเองก็ไม่มีหนี้อะไรที่จะต้องกระทำต่อผู้ให้ เพราะผู้รับย่อมได้รับทรัพย์สินนั้นไปเปล่าๆ โดยไม่ต้องกระทำการใดเป็นการตอบแทน เนื่องจากหากผู้รับต้องกระทำการตอบแทนแก่ผู้ให้ สัญญาให้โดยเสนหาก็คงจะมีใช้สัญญาให้โดยเสนหากอีกต่อไป แต่จะกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทน<sup>165</sup>

### (2) นิติกรรมฝ่ายเดียว

เป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย เช่น การบอกเลิกสัญญา การบอกกล่าวโมฆียะกรรม การครอบครองพินัยกรรม การรับมรดก หรือการเพิกถอนการมอบอำนาจ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ยังมีนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีประเด็นว่าจะก่อให้เกิดหนี้ได้หรือไม่ คือ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียว เช่น คำมั่นว่าจะมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นได้หรือไม่ อย่างไร

ในเรื่องของคำเสนอนั้น ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำเสนอไว้ว่า คือ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวซึ่งมีผู้รับของบุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้เสนอ ต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้รับคำเสนอ โดยผู้เสนอได้เสนอให้อีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาด้วย

โดยลักษณะของคำเสนอจะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

ก. คำเสนอต้องมีข้อความแน่นอน กล่าวคือ มีความชัดเจนถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเพียงแต่ตอบว่า “ตกลง” หรือ “ยอมรับ” ก็เป็นการสนองตอบได้แล้ว

ตัวอย่างเช่น ก. กล่าวต่อ ข. ว่า ก. จะขายปากกาที่ใช้อยู่กับ ข. หนึ่งด้าม ราคา 10 บาท คำกล่าวของก. ที่กล่าวต่อข. นี้เป็นคำเสนอ เนื่องจากมีข้อความที่แน่นอนในเรื่องของวัตถุที่จะขายและราคา ซึ่งหากข. ตอบ “ตกลง” สัญญาซื้อขายปากกาก็จะเกิดขึ้น

ข. คำเสนอต้องมีความมุ่งหมายว่า หากมีคำสนองแล้วสัญญาจะต้องเกิดขึ้น องค์ประกอบข้อนี้เป็นกรณียกเว้น คำเสนอออกจากคำเชื่อเชิญ เนื่องจากคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอนั้นมักจะเป็นเพียงคำประกาศแก่ประชาชน ให้คนที่สนใจเข้ามาเป็นผู้ทำคำเสนอแก่ตนเอง เช่น การ

<sup>164</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>165</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้, หน้า 38.

ประกาศให้มีการยื่นซองประกวดราคาในการทำสัญญาต่างๆของรัฐ ส่วนใหญ่มักมีลักษณะเป็นคำซื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

ค. ถ้าตามกฎหมายหรือข้อตกลงของคู่สัญญา สัญญานั้นจะต้องทำตามแบบ เช่น ต้องทำเป็นหนังสือ การทำคำเสนอนั้นก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วยแล้วให้ผู้สนองทำคำสนองลงบนหนังสือเดียวกัน หรือจะทำเป็นสัญญาเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้เสนอและผู้สนองใหม่ทั้งฉบับก็ได้<sup>166</sup>

สำหรับประเด็นที่ว่า คำเสนอก่อให้เกิด “หนี้” หรือไม่นั้น ยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกเป็นสองฝ่าย คือ

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า คำเสนอก่อให้เกิดหนี้ตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นหนี้ในการงดเว้นการกระทำ ที่ผู้ให้คำเสนอจะต้องไม่ถอนคำเสนอ<sup>167</sup>

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า คำเสนอไม่ก่อให้เกิดหนี้ เนื่องจากยังไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในลักษณะที่บุคคลฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของ และบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้<sup>168</sup> โดยที่คำเสนอเป็นแต่เพียงนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดผลผูกพันผู้ทำคำเสนอตามที่กฎหมายกำหนดแต่ยังไม่ถึงขั้นก่อให้เกิดหนี้ ในลักษณะที่ลูกหนี้มีหน้าที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เนื่องจากว่าเมื่อผู้รับคำเสนอได้รับคำเสนอแล้วก็ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าจะมีการสนองรับคำเสนอเพื่อเข้าทำสัญญาต่อไป<sup>169</sup>

#### 1) คำมั่น

สำหรับคำมั่นนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ คำมั่นโฆษณาหรือคำมั่นว่าจะให้รางวัล และคำมั่นว่าจะทำสัญญา ซึ่งคำมั่นโฆษณาหรือคำมั่นว่าจะให้รางวัลนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 362 และมาตรา 365 เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผู้ให้คำมั่นยอมผูกพันตนเองในการจะให้รางวัล อันมีลักษณะเป็นคำมั่นตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดลักษณะและผลของคำมั่นไว้แล้ว แตกต่างจากคำมั่นว่าจะทำสัญญาที่ถือเป็นคำมั่นตามเจตนา สามารถแบ่งออกได้เป็นกรณีของคำมั่นว่าจะทำสัญญาที่กฎหมายกำหนดผลไว้แล้ว เช่น คำมั่นว่าจะซื้อหรือจะขาย และคำมั่นที่ตั้งอยู่บนฐานของหลักอิสระในทางแพ่งโดยแท้ เช่น คำมั่นว่าจะให้เช่า เป็นต้น นอกจากนี้ยังอาจแบ่งเป็นคำมั่นว่าจะทำสัญญาที่อยู่โดยลำพังและคำมั่นว่าจะทำสัญญาที่มีอยู่ในสัญญาได้ด้วย<sup>170</sup>

<sup>166</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 224-225.

<sup>167</sup> ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541), หน้า 356.

<sup>168</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงโดย มุรินทร์ พงศาปาน, หน้า 312.

<sup>169</sup> ศนันทกรณ โสถถพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้), หน้า 40.

<sup>170</sup> เรื่องเดียวกัน

ในส่วนของคำมั่นว่าจะทำสัญญานั้น เป็นที่เข้าใจกันโดยส่วนใหญ่ว่าถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เพราะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายคือผูกพันผู้ให้คำมั่น อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ได้แสดงความคิดเห็นอันเป็นที่น่าสนใจว่า คำมั่นจะซื้อจะขายนั้นเป็นสัญญา คือ นิติกรรมสองฝ่าย แต่เป็นความผูกพันฝ่ายเดียวของผู้จะซื้อหรือผู้จะขายที่ผูกพันตนตามคำมั่น ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะเลือกซื้อหรือขายตามคำมั่นดังกล่าวอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ กล่าวได้ว่า คำมั่นจะซื้อจะขายเป็นสัญญาระหว่างคู่สัญญาเพียงแต่สัญญานั้นผูกพันผู้ขายหรือผู้ซื้อฝ่ายเดียวที่จะต้องขายหรือซื้อ ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาที่จะซื้อหรือจะขายตามคำมั่นนั้น สัญญาซื้อขายระหว่างคู่สัญญาก็จะเกิดขึ้น<sup>171</sup>

มีประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไปคือ คำมั่นทั้งสองประเภทก็ให้เกิดหนี้ขึ้นหรือไม่ ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ ศันสน์ภรณ์ โสทธิพันธุ์ ได้ให้ความเห็นว่า คำมั่นทั้งสองประเภท กล่าวคือ ทั้งคำมั่นโฆษณาและคำมั่นว่าจะทำสัญญาอันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวนั้น ไม่อาจก่อให้เกิด “หนี้” ในความหมายที่แท้จริงหรือความหมายทางนิตินัยได้เพราะคำมั่นมิได้ก่อให้เกิดสายสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งหากต้องการให้คำมั่นก่อให้เกิดหนี้ อาจจะต้องทำเช่นเดียวกันกับลักษณะของ *stipulatio* ในกฎหมายของโรมัน\*

ถึงกระนั้น เนื่องจากคำมั่นเป็นนิติกรรมก็อาจก่อให้เกิด “ความผูกพัน” ต่อผู้ให้คำมั่นได้ อันเป็นความผูกพันตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามเจตนาที่กำหนดไว้แล้วแต่กรณี ซึ่งความผูกพันดังกล่าวยังไม่ถึงขั้นก่อให้เกิด “หนี้” กล่าวคือ ในกรณีของคำมั่นโฆษณา เพราะว่าโดยสภาพของคำมั่นเป็นคำมั่นโฆษณาจึงไม่ได้เป็นการให้คำมั่นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แม้ว่าคำมั่นจะก่อให้เกิดความผูกพันผู้ให้คำมั่นว่าจะไม่ถอนก็ตาม แต่ตราบไต่ที่ยังไม่มีผู้ปฏิบัติตามคำมั่น หน้าที่ที่จะต้องให้รางวัลต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ยังมี หรือแม้กระทั่งกรณีของคำมั่นว่าจะทำสัญญา หากผู้ให้คำมั่นว่าจะขาย เช่น นายก. ให้คำมั่นว่าจะขายจักรยานยนต์หนึ่งคันให้แก่นายข. คำมั่นนั้นย่อมผูกพันนายก. ที่จะต้องขายรถจักรยานยนต์คันนั้นให้แก่นายข. แต่ลำพังเฉพาะคำมั่นนี้ยังไม่ก่อให้เกิด “หนี้” เพราะยังไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เกิดขึ้น นายก. จึงถูกผูกพันตามคำมั่นนั้นด้วยการที่จะต้องรอว่านายข. จะซื้อหรือไม่เท่านั้น ยกเว้นในกรณีของคำมั่นว่าจะทำสัญญาที่อยู่ในสัญญาเพราะเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งจึงผูกพันผู้ให้คำมั่นในฐานะเป็นสัญญาด้วย และด้วยเหตุนี้ หาก

<sup>171</sup> หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง*, หน้า 221.

\* *stipulatio* เป็นหลักกฎหมายของโรมัน โดยมีลักษณะเป็นการที่ฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นและอีกฝ่ายหนึ่งรับคำมั่นของฝ่ายที่ให้ ผลที่เกิดขึ้นคือ ก่อให้เกิดสัญญาแต่เป็นสัญญาฝ่ายเดียวที่ผูกพันเฉพาะผู้ให้คำมั่น ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้สามารถนำไปปรับใช้กับเรื่องอะไรก็ได้ เพราะมีลักษณะเป็นนิติกรรมแบบลอยในกฎหมายของเยอรมัน แม้แต่การให้เมื่อทำด้วย *stipulatio* ก็เกิดเป็นคำมั่นหรือสัญญาจะให้ได้

สัญญาที่มีคำมั่นเป็นข้อสัญญาระงับไปไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม คำมั่นที่ยังไม่มีการสนองรับนี้ย่อมระงับ  
สิ้นไปเช่นเดียวกัน<sup>172</sup>

## 2) การบอกล้างโมฆียะกรรม

การบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ที่บุคคลผู้มีสิทธิในการบอก  
ล้างได้ใช้สิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว ซึ่งตามมาตรา 176 วรรคหนึ่งได้กำหนดให้ถือว่าสัญญาที่มีการ  
บอกล้างโมฆียะกรรมนั้นตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก ทั้งยังทำให้ผู้เป็นคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมอีก  
ด้วย หากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นตกเป็นอันพันวิสัย ก็ให้คู่สัญญาได้รับการชดใช้ค่าเสียหายแทน  
ดังนั้น การบอกล้างโมฆียะกรรมจึงเท่ากับเป็นการทำลายตัวสัญญาที่เคยมีผลย้อนหลังกลับไปเป็นไม่มี  
ผลตั้งแต่แรก เมื่อตัวสัญญาอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ไม่มีเสียแล้ว หนี้ก็อาจไม่มีด้วยเช่นกัน และความไม่มี  
หนี้ก็มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่แรกด้วย จึงทำให้ไม่สามารถกล่าวได้ว่าการบอกล้างโมฆียะกรรม  
ก่อให้เกิด “หนี้” ที่จะให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมแต่อย่างใด<sup>173</sup>

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ยังมีความเห็นว่า การบอกล้าง  
โมฆียะกรรมไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้ แต่เป็นนิติกรรมในทางที่ก่อให้เกิดการระงับสิทธิที่มีอยู่ในช่วงก่อนการ  
บอกล้าง<sup>174</sup>

## 3) การบอกเลิกสัญญา

สำหรับกรณีของการบอกเลิกสัญญานั้นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ที่มีประเด็นว่าใน  
นิติกรรมฝ่ายเดียวไม่มีเจ้าหนี้ลูกหนี้แล้วจะมี “หนี้” ได้หรือไม่ แม้ว่าในทางปฏิบัติมักกล่าวกันว่าเมื่อมี  
การบอกเลิกสัญญาเกิดขึ้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมี “หนี้” ในการที่จะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่  
ฐานะเดิม แต่หากพิจารณาให้ถี่จะพบว่า การบอกเลิกสัญญาไม่น่าที่จะก่อให้เกิด “หนี้” แต่กลับจะ  
เป็นการระงับหนี้เสียมากกว่า ดังนั้น ผลที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาจึงน่าจะเป็นผลจากความไม่หนี้  
มากกว่าการเกิด “หนี้” ในการทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>175</sup>

ด้วยเหตุนี้ สัญญาในฐานะที่เป็นนิติกรรมนั้นอาจก่อให้เกิด “หนี้” ผูกพัน  
คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายก็ได้ แต่มิใช่ว่าทุกสัญญาจะต้องก่อให้เกิดหนี้เสมอไป ในขณะที่  
ที่การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในบางกรณีอาจเป็นนิติกรรมและก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายได้แต่  
ก็ไม่อาจก่อให้เกิดหนี้ขึ้นมาได้ เพราะเหตุที่ปราศจากสายสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายในฐานะที่ฝ่าย

<sup>172</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้), หน้า 41.

<sup>173</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

<sup>174</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 394, ปรับปรุงโดย ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, หน้า 3.

<sup>175</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้), หน้า 43.

หนึ่งเป็นเจ้าของนี้และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้ ในลักษณะที่ลูกหนี้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้<sup>176</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายว่า ถ้าจะกล่าวว่ามีหนี้ ต้องเข้าใจว่ามีเจ้าหนี้ลูกหนี้ มีสิทธิและหน้าที่ บุคคลอาจเป็นลูกหนี้อยู่โดดเดี่ยวคนเดียวด้วยนิติกรรมผูกพันตนไว้โดยไม่มีเจ้าหนี้ หากความหมายจริงจังอะไรไม่ได้ จริงอยู่ที่ว่าเจตนาศักดิ์สิทธิ์พอที่จะผูกมัดบุคคลโดยลำพัง แต่การแสดงออกฝ่ายเดียวก็ได้แต่มัดไว้เพียงในเรื่องที่จะผูกพันบุคคลนั้นฝ่ายเดียวตามความสมัครใจของเขาเท่านั้น เช่น ในเรื่องการบอกล้างโมฆียะกรรม หรือการปลดหนี้ เหล่านี้มีผลผูกพันตัวผู้แสดงเจตนาโดยลำพัง ไม่ทำให้บุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ด้วย เพราะความเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้จำเป็นต้องอาศัยการแสดงเจตนายินยอม เพราะแม้ว่าจะได้เป็นเจ้าหนี้ก็ไม่ได้หมายความว่าใครๆเขาจะสมัครใจเข้ามาเป็นเสมอไป เพราะการเป็นเจ้าหนี้ต้องมีภาระต้องเสียหายได้เหมือนกัน ดังเช่นในกรณีของหนี้อันเกิดจากสัญญาต่างตอบแทน ที่เจ้าหนี้เองก็มีหน้าที่ต้องเป็นลูกหนี้ชำระหนี้ตอบแทนด้วยเช่นกัน

ดังนั้น การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเอกชนจึงไม่อาจบังคับจิตใจคนอื่นให้เข้ามาเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ได้ เพราะฉะนั้นเมื่อยังไม่มีใครเป็นเจ้าของสิทธิเรียกร้องอันเป็นหัวใจของหนี้ตามมาตรา 194 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียแล้ว ก็ไม่อาจเกิดความสัมพันธ์ทางหนี้ได้เหมือนอย่างเช่น การตบมือข้างเดียวไม่ดัง ต้องตบทั้งสองข้างจึงจะดังฉันใด นิติกรรมฝ่ายเดียวก็จะก่อให้เกิดหนี้ขึ้นผูกพันกันสองฝ่ายไม่ได้ฉันนั้น การที่ต้องมีบุคคลแสดงเจตนาเข้ามาเพื่อถือเอาประโยชน์จะเรียกว่าสัญญาหรือมิใช่ จะเป็นอะไรอื่นอย่างใดก็ตาม น่าจะเห็นว่าลำพังแต่การที่มีการแสดงเจตนาผูกพันตนไว้ฝ่ายเดียวเท่านั้น หากมีหนี้สินผูกพันกันไม่<sup>177</sup>

อย่างไรก็ตามในกฎหมายเยอรมัน นิติกรรมฝ่ายเดียวบางอย่างอาจก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการตอบรับ เช่น การจัดตั้งมูลนิธิขึ้นโดยการยกทรัพย์สินไว้ในระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ การประกาศให้รางวัลในการกระทำความดีอย่างหนึ่งและการก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องชำระแก่ผู้ถือตัวหรือเอกสาร เป็นต้น<sup>178</sup> ซึ่งในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ Schuster ผู้แต่งหนังสือ *The Principles of German Civil Law* ที่เป็นที่แพร่หลายในยุคที่ประเทศไทยกำลังยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่นั้น ได้กล่าวเอาไว้ว่า หนี้จะต้องก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลหนึ่งก็จริง

<sup>176</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>177</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2)* พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงโดย มุนินทร์ พงศาปาน, หน้า 303.

<sup>178</sup> Ernst J. Schuster, *The Principles of German Civil Law*, p. 142 อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้*, หน้า 32.

แต่ไม่จำเป็นว่าบุคคลนั้นจะต้องรู้ถึงสิทธิของตนหรือต้องยอมรับสิทธินั้นไว้แล้ว จึงจะเกิดหน้าที่หรือมีหนี้ขึ้น<sup>179</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เองก็ได้กล่าวถึง การแสดงเจตนาโดยไม่ต้องมีผู้รับเอาไว้ว่า การโฆษณาให้คำมั่นว่าจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอันใดตามมาตรา 326 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นการแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลทั่วไป ไม่มีผู้รับ มิได้จำเพาะเจาะจงผู้ใด ใครจะปฏิบัติตามคำมั่นนั้นก็ได้ แม้จะได้ปฏิบัติตามคำมั่นโดยไม่รู้ว่ามีรางวัลก็ยังคงมีสิทธิที่จะได้รับรางวัลนั้น<sup>180</sup>

สำหรับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเองก็อาจมีการก่อตั้งมูลนิธิด้วยการทำนิติกรรมยกให้ในระหว่างมีชีวิตอยู่ได้เหมือนกัน และได้มีบทบัญญัติเรื่องคำมั่นจะให้รางวัลแก่สาธารณชนทั่วไปตามมาตรา 326 ด้วย อีกทั้งยังมีการยอมรับกันว่า เอกสารบางอย่าง อาทิ ตั๋วที่ไม่ห้ามโอน เมื่อผู้ออกตั๋วรับรองจะให้สิทธิบางอย่างแก่ผู้ถือตั๋วก็มีผลให้ผู้ถือตั๋วต้องผูกพันตามที่ได้รับรองไว้ เช่น ตั๋วสำหรับเข้าชมการแสดงหรือกีฬา หรือตั๋วโดยสารที่ไม่มีชื่อระบุไว้และไม่มีการห้ามโอน เหล่านี้ เป็นกรณีที่หากใครถือตั๋วไว้ก็ย่อมมีสิทธิตามที่ปรากฏในตัวนั้นและผู้ออกตั๋วเองก็มีหน้าที่หรือหน้าที่จะต้องให้ผู้ถือตั๋วไว้ในครอบครองได้สิทธิตามตัว

ดังตัวอย่างที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 298/2502 ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า ผู้ส่งสินค้าออกซึ่งได้ทำคำรับรองจะขายเงินตราต่างประเทศให้แก่ธนาคารแห่งประเทศไทย มีความผูกพันตามคำรับรองนั้นและกระทรวงการคลังสามารถเรียกให้มีการปฏิบัติตามคำรับรองดังกล่าวได้<sup>181</sup>

นอกจากนั้น ในมาตรา 383 วรรคสองเองก็ได้วางหลักเอาไว้ว่า บุคคลอาจสัญญาว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอันหนึ่งอันใดก็ได้ บทบัญญัตินี้เป็นกรณีของคำมั่นเพียงฝ่ายเดียวที่จะให้เบี้ยปรับที่ก่อให้เกิดผลผูกพันหรือก่อให้เกิดหนี้ได้เช่นเดียวกัน<sup>182</sup>

### 3.4. หลักสุจริตในกฎหมายไทย

#### 3.4.1. ความหมายของคำว่า “สุจริต”

คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีความหมายกว้างและมีลักษณะเป็นนามธรรม ด้วยเหตุนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติคำนิยาม หรือคำวิเคราะห์ศัพท์ของคำว่าสุจริตเอาไว้

<sup>179</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>180</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 69.

<sup>181</sup> กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 298/2502 [ออนไลน์], 12 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา <http://deka.supremecourt.or.th/search>

<sup>182</sup> โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้, หน้า 33.



อย่างไรก็ตามในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้อธิบายคำว่า “สุจริต” เอาไว้ว่าหมายถึงความถึง ประพฤติชอบ ประพฤติด้วยตั้งใจดี ประพฤติซื่อตรง

ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ให้คำอธิบายว่า จุดมุ่งหมายที่แท้จริงของหลักสุจริต คือ ความยุติธรรมภายใน หรือ ความยุติธรรมตามเนื้อเรื่อง (substantial justice) รัฐจะต้องออกข้อบังคับของกฎหมายและการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งความยุติธรรม ดังนั้น จึงเป็นภาระหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรมและความถูกต้องตามหลักคุณธรรม ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ<sup>183</sup>

ศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล อธิบายว่า คำว่า “สุจริต” มีลักษณะเป็นนามธรรม มีความหมายกว้าง ไม่ได้หมายความเฉพาะถึงความรู้เท่าไม่ถึงการณ์เท่านั้น มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่สุจริต ในทางกลับกันก็จะไม่คุ้มครองผู้ใช้สิทธิไม่สุจริต<sup>184</sup>

ศาสตราจารย์ ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายว่า หลักสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ มีจุดมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่สังคม เป็นหลักกฎหมายเพื่อความยุติธรรม เป็นหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ<sup>185</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ดารารพร ธีระวัฒน์ ได้กล่าวถึงหลักสุจริตเอาไว้ว่า หลักสุจริตเป็นหลักของความซื่อสัตย์และความไว้วางใจที่บุคคลควรมีต่อกัน จึงส่งผลให้หลักการดังกล่าวเป็นรากฐานที่สำคัญของนิติสัมพันธ์ในทางนี้ ในการที่จะมาช่วยขัดเกลาความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในมีความซื่อสัตย์และความเป็นธรรมมากขึ้น เนื่องจากคำว่า “เจ้าหนี้” แปลมาจากคำในภาษาละตินว่า “de credo” มีความหมายว่า “ฉันมีความเชื่อถือ” ซึ่งอธิบายได้ว่า เจ้าหนี้มีความเชื่อถือต่อตัวลูกหนี้ว่าจะทำการปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่ตนเอง ส่งผลให้ลูกหนี้เองก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยความซื่อสัตย์เหมือนอย่างเช่นที่เจ้าหนี้ได้มอบความไว้วางใจให้ ดังหลักที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 215\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า ลูกหนี้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้<sup>186</sup>

<sup>183</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), หน้า 102.

<sup>184</sup> ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), หน้า 78.

<sup>185</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, หน้า 32-33.

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ไ้

<sup>186</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม หน้า 29 -30.

จากความหมายที่นักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้คำอธิบายไว้ดังได้กล่าวไปในข้างต้น จึงพอที่จะสรุปได้ว่า คำว่า “สุจริต” ถูกใช้ในความหมายที่แตกต่างกันเป็นสองประการคือ

### 1) หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง

ในการพิเคราะห์ถึงหลักสุจริตเฉพาะเรื่องนี้ การจะทราบถึงความสุจริตหรือไม่สุจริตได้นั้น ให้ดูจาก ความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้นของคู่กรณี โดยอาจเป็นความรู้เท่าไม่ถึงการหรือไม่รู้ถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีมาก่อน อาทิ หลักสุจริตที่ปรากฏใน มาตรา 412 มาตรา 413 มาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1303 มาตรา 1310 ฯลฯ เป็นต้น

ดังเช่นใน มาตรา 412 ที่กำหนดว่า “ถ้าทรัพย์สินที่ได้รับไว้เป็นลาภมิควรได้นั้น เป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลาภมิควรได้นั้นเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน” ซึ่งการที่จะต้องคืนลาภมิควรได้เต็มจำนวนหรือเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเรียกคืนนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่าผู้รับได้รับไว้โดยสุจริตหรือไม่ หมายความว่า ผู้รับได้รับไว้โดยรู้เท่าไม่ถึงการ ถ้ารู้ตัวว่าไม่มีสิทธิที่จะรับแล้วยังรับไว้ก็เป็นกรณีที่ไม่สุจริต

คำว่า “สุจริต” ในความหมายเช่นนี้จึงมีลักษณะเป็นความหมายอย่างแคบ ใช้เฉพาะกรณีในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เกี่ยวกับความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณีในข้อเท็จจริงที่มีความหมายในทางกฎหมายบางประการ

### 2) หลักสุจริตทั่วไป

เป็นหลักที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ที่บัญญัติเอาไว้ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” และ

ในมาตรา 6 ที่บัญญัติเอาไว้ว่า “ท่านว่าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต” หรือ

ในมาตรา 368 ที่บัญญัติไว้ว่า “สัญญาอัน ท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติเพณียด้วย” ซึ่งคำว่า “สุจริต” ที่ปรากฏในบทบัญญัติเหล่านี้มีความหมายในลักษณะกว้างๆ เป็นการทั่วไป ไม่ได้มีความหมายโดยเฉพาะเจาะจงแต่เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องมือในการวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ การกระทำเหล่านี้อยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายนั้นจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่

มาตรฐานหรือเครื่องวัดที่กล่าวนี้เป็นข้อความทั่วไปที่ภาษาเยอรมันเรียกว่า “ข้อความที่มีเนื้อความไม่ชัดเจน” (Unbestimmter Rechtsbegriff) ซึ่งบทบัญญัติใดที่มีเนื้อความไม่ชัดเจนนี้ในทางกฎหมายเรียกว่าเป็น “บทกฎหมายเพื่อความยุติธรรม” (Jus Acquum) ในการตีความกฎหมายประเภทนี้ ผู้ตีความและปรับใช้จะต้องใช้วิจารณญาณและดุลพินิจในการพิเคราะห์

ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องให้ตีเสียก่อนว่าคำเหล่านั้นมีความหมายว่าอย่างไร จึงจะเป็นการถูกต้องเหมาะสมกับเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่ โดยต้องดูพฤติการณ์แวดล้อมของแต่ละคดีประกอบด้วยเสมอ

หลักสุจริตโดยทั่วไปนี้ถูกรับรองโดยบทบัญญัติที่เป็ลลายลักษณะอักษรเป็นครั้งแรกในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปีค.ศ. 1900 และในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสฉบับปีค.ศ. 1907<sup>187</sup> โดยหลักข้อสัตย์สุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 242<sup>188</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในกฎหมายลักษณะหนี้ ต่อมานักนิติศาสตร์และศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างเห็นพ้องกันว่า หลักสุจริตนี้เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งสามารถนำไปใช้กับกฎหมายเอกชนได้ทุกเรื่อง ต่อมาเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิส นักกฎหมายเยอรมันที่มีส่วนในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสก็ได้เสนอให้นำ “หลักข้อสัตย์สุจริต” นี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ซึ่งเป็นบททั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งที่สามารถใช้ได้ครอบคลุมระบบกฎหมายแพ่งได้ทั้งระบบ<sup>189</sup>

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้ให้ความสำคัญกับการบัญญัติกฎหมายในรูปของ “หลักทั่วไป” และบทบัญญัติในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสก็เป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมาย (Generalklauseln) จึงส่งผลในบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมีลักษณะที่ยืดหยุ่น ไม่วางหลักเกณฑ์ให้ละเอียดครบถ้วนสมบูรณ์ในตัวโดยปราศจากช่องว่าง การใช้ภาษาและถ้อยคำในการร่างมีลักษณะที่ไม่ซับซ้อน เข้าใจง่าย ให้ความชัดเจนและเป็นระบบ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้กฎหมายมีการพัฒนาได้อย่างเป็นธรรมชาติและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับสำนักทางกฎหมายในสังคมให้มากที่สุด โดยอาศัยแนวคำพิพากษาของศาลที่ใช้หลักการวินิจฉัยอย่างวิญญูชนและหลักธรรมมาเป็นเกณฑ์ประกอบเข้ากับการอธิบายอย่างเป็นหลักวิชาการของนักนิติศาสตร์ในการอุดช่องว่างและพัฒนากฎหมายให้สมบูรณ์และเป็นเอกลักษณ์มากขึ้นเรื่อยๆ

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสให้ความสำคัญกับการบัญญัติกฎหมายในรูปของ “หลักทั่วไป” เช่นนี้ก่อให้เกิดประโยชน์ตรงที่ ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ตีความและปรับใช้กฎหมายต้องรับภาระในการศึกษาและแยกแยะ เรียบเรียงหลักเกณฑ์ บทหลักและบรรทัดฐานต่างๆ ตลอดจน

<sup>187</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, “หลักสุจริตคือ หลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ”, อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ป.ม.ท.ช (มกราคม 2526), ไม่ปรากฏเลขหน้า.

<sup>188</sup> Section 242

An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

<sup>189</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 155.

การแปลความคิดที่เป็นหลักทั่วไปมาปรับแก้คดีให้เป็นรูปธรรม กลายเป็นบรรทัดฐานและวางแง่มุมในการวินิจฉัยให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น<sup>190</sup>

### 3.4.2. ที่มาของบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการศึกษาในรายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบบทบัญญัติมาตรา 5 ได้แสดงให้เห็นที่มาของการบัญญัติมาตราดังกล่าวไว้ดังต่อไปนี้

“(1) มาตรานี้เทียบได้กับมาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปีพ.ศ. 2466 และพอที่จะเทียบได้กับกฎหมายต่างประเทศคือ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 2”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2468 ได้นำเอาหลักสุจริตมาบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ซึ่งมีใจความว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”<sup>191</sup>

เทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2466 มาตรา 17 ที่บัญญัติไว้ว่า “การก่อให้เกิดสิทธิก็ดี ระงับสิทธิฤกษ์แก้ไขสิทธิก็ดี และการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าต้องกระทำโดยสุจริต”<sup>192</sup>

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 2 บัญญัติเอาไว้ว่า Section 2 Every person is bound to exercise his rights and fulfil his obligations according to the principles of good faith.

(2) เนื่องจากปรากฏในรายงานการประชุมวันที่ 10 มีนาคม พ.ศ. 2467 ว่า “หลวงสารศาสน์ประพันธ์ขอให้แก้ไขใหม่ เพราะของเก่าผิด ในร่างเดิม ค.ศ. 1914 นั้นดีแล้วไม่ควรไปแก้...” ผู้บันทึกขอให้นำตัวภาษาอังกฤษของร่างเดิมในปี ค.ศ. 1914 มาตีพิมพ์ไว้ด้วย อนึ่ง ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี ค.ศ. 1914 มีชื่อว่า Code on Obligations และข้อความทำนองมาตรา 5 นี้มีอยู่ในมาตรา 21 ดังนี้ Section 21 Every person is bound in good faith in

<sup>190</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส: ความเป็นมาและความน่าสนใจบางประการ”, *บทบัญญัติ*, 16, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2529): หน้า 83-99.

<sup>191</sup> Section 5

Every person must, in the exercise of his rights and in the performance of his obligations, act in good faith.

<sup>192</sup> Section 17

Creation, extinction or modification of rights, and performance of obligations must be made in good faith.

exercising his rights and in performing his obligations. ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีข้อความคล้ายกับ ประมวลกฎหมายแพ่งสวีเดน มาตรา 2

(3) ความมุ่งหมายของมาตรานี้ก็เพื่อวางหลักในการที่บุคคลจะได้ปฏิบัติต่อกันได้ เป็นไปโดยความเรียบร้อย กล่าวคือ ให้ถือความสุจริตเป็นหลัก อันนี้ก็ตรงตามหลักพระพุทธศาสนา และผู้บันทึกใครเสนอเป็นข้อสังเกต ณ ที่นี้ด้วยว่า อันบทกฎหมายนั้น บัญญัติขึ้นไว้สำหรับใช้กับ บุคคลที่อาจปฏิบัตินอกกลุ่มนอกทางหรือผิดศีลธรรม สำหรับผู้ปฏิบัติดีปฏิบัติชอบแล้วจะตรากฎหมาย ออกมาสักก็ฉบับก็หาเป็นที่เดือดร้อนไม่ แต่ทั้งนี้กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น จะต้องไม่ขัดต่อหลักทาง ปฏิบัติธรรมตาและความคิดเห็นของบุคคลทั่วไป”<sup>193</sup>

นอกจากนี้ พระยาเทพวิฑูร ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมการร่างกฎหมายได้ให้ คำอธิบายถึงบทบัญญัติมาตรา 5 เอาไว้ว่า มาตรานี้ถือเป็นหลักทั่วไปสำหรับช่วยผดุงความยุติธรรมใน การที่คู่กรณีจะปฏิบัติต่อกันและกัน หรือในการที่บุคคลจะใช้สิทธิของตนในการที่กฎหมายหรือ ข้อตกลงระหว่างเขามีได้แสดงไว้โดยละเอียดละออถึงวิธีการปฏิบัติหรือกระทำกิจการใดๆ บทนี้บัญญัติ ว่า ให้ถือเอาความสุจริตเป็นหลัก โดยได้มีการยกอุทาหรณ์ไว้ดังต่อไปนี้

อุทาหรณ์ที่หนึ่ง ก. เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่ติดกับบ้านของข. ก. ก่อกำแพงขึ้นไป สูงถึงหลังคาบ้าน ข. กำแพงของก. นั้นกั้นทางลมและบังมิให้ ข. มองเห็นอะไรในทิศนั้น การกระทำ ของก. ผิดต่อหลักแห่งมาตรานี้ ก. จะเถียงว่าตนเป็นเจ้าของที่ดิน จะทำอะไรก็ได้บนที่ดินของตน ดังนี้เถียงไม่ขึ้น

อุทาหรณ์ที่สอง ก. รับสัมปะทานจากรัฐบาลเพื่อสร้างเส้นทางหลวงเดินรถยนต์ โดยสาร โดยสัญญาว่าจะเป็นผู้รักษาและซ่อมทางนั้นตลอดอายุสัมปะทาน เมื่อสัมปะทานของก. จวน จะสิ้นอายุ ก. รู้สึกรู้ว่าจะหมดสิทธิเดินรถยนต์รับคนโดยสารแล้ว จึงซ่อมทางพอเป็นพิธีไม่ทำให้แข็งแรง ดั้งแต่ก่อน การกระทำของก. ผิดต่อหลักแห่งมาตรานี้<sup>194</sup>

สำหรับตัวอย่างของการชำระหนี้ด้วยความสุจริตนั้น พระยาจินดาภิรมณ์ (จิตร ณ สงขลา) พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล) และพระยามานวราชเสวี (ปลอดวิเชียร ณ สงขลา)

<sup>193</sup> ทวี ฤกษ์จำนง, “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบ”, บทบัญญัติ, เล่ม 20, ตอนที่ 4 (ตุลาคม 2505): หน้า 867-890.

<sup>194</sup> พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 1, (มาตรา 1-43) กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2476), หน้า 34-35.

<sup>195</sup> ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, บันทึกคำ สัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 4.

ได้ให้คำอธิบายไว้ในหนังสือคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ฉบับปีพ.ศ. 2466 ไว้ดังนี้

ในคดีทุกเรื่องเมื่อปรากฏแก่ศาลในระหว่างพิจารณาว่า ถ้าการใดๆซึ่งระบุไว้ในมาตรานี้ ได้กระทำให้ขึ้นโดยทุจริตแล้ว ศาลจะถือว่าการนั้นๆใช้ไม่ได้และไม่ช่วยผู้ทุจริตนั้น ตามทำนองสุภาพในกฎหมายอังกฤษที่มีว่า “ผู้ซึ่งมาขอความยุติธรรมนั้น ต้องมาด้วยความบริสุทธิ์” ตัวอย่างเช่น ก. เป็นหนี้เงิน ข.อยู่ 1,000 บาท เป็นหนี้เงิน ค. อยู่อีก 2,000 บาท เป็นหนี้เงิน จ. อยู่ 7,000 บาท ก. รู้ว่าล้มละลาย จึงโอนที่ดินที่ใช้นี้ให้แก่ ค. เพื่อให้เจ้าหนี้อื่นเสียเปรียบ ดังนี้ การโอนดังกล่าวนี้จะใช้ยื่นแก่เจ้าพนักงานรักษาทรัพย์ไม่ได้<sup>196</sup>

ในมาตรา 5 ได้กล่าวถึง การกระทำของบุคคลที่จะต้องมีความสุจริตอยู่ 2 ประการ คือการใช้สิทธิและการชำระหนี้

### 1) การใช้สิทธิ (The exercise of right)

สิทธิ (right) หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมที่บุคคลอาจกล่าวอ้างเพื่อใช้ยื่นบุคคลอื่น เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของตน

สิทธิตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

(1) บุคคลสิทธิ (right in personam) หรือ สิทธิในทางหนี้ ซึ่งผู้ทรงสิทธิมีสิทธิเรียกร้องเหนือบุคคลอื่นที่เป็นลูกหนี้ให้กระทำการ จดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ให้กับตน ตามที่ปรากฏในมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบุคคลสิทธิหรือสิทธิทางหนี้นี้มีบ่อเกิดมาจากนิติกรรม สัญญา การจัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ละเมิดและบทบัญญัติของกฎหมาย

การใช้สิทธิในกรณีนี้ ผู้ทรงสิทธิอาจใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนเองโดยตรงหรือฟ้องร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก็ได้

(2) ทรัพย์สินสิทธิ (right in rem) หรือ สิทธิในทางทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองให้บุคคลมีอำนาจเหนือทรัพย์สินของตนเอง โดยมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน ซึ่งทรัพย์สินนั้นมักมีลักษณะเป็นสิทธิที่มีความถาวรและสามารถยกขึ้นยืนยันกับบุคคลทั่วไปได้โดยไม่จำกัดอาทิ ผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ย่อมมีอำนาจเหนือทรัพย์สินของตนในการที่จะจำหน่าย จ่าย โอน ใช้ สอย ได้ดอกผล ติดตามเอาคืนและขัดขวางมิให้บุคคลอื่นมายุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนเอง ตามที่

<sup>196</sup> พระยาจินดาภิรมย์ (จิตร ณ สงขลา) พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วัฒนิกกุล) และพระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, หน้า 39-40.

ปรากฏในมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ทรัพย์สินที่ยังรวมไปถึงสิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดินและภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิทั้งในกรณีที่เป็นบุคคลสิทธิและทรัพย์สินที่ดี ผู้ทรงสิทธิต้องใช้สิทธิของตนโดยสุจริต กล่าวคือ ต้องใช้สิทธิด้วยความซื่อสัตย์ ไว้วางใจและเป็นไปด้วยความชอบธรรม เพราะการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตจะไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย อีกทั้งศาลเองก็จะไม่รับบังคับให้ตามสิทธินั้น<sup>197</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 938/2525<sup>198</sup>** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1349 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้เจ้าของที่ดินที่ถูกล้อมมีสิทธิผ่านที่ดินที่ล้อมอยู่ไปสู่ทางสาธารณะได้ก็เนื่องจากถือเอาความจำเป็นของเจ้าของที่ดินที่ถูกล้อมเป็นสำคัญ ส่วนค่าทดแทนตามวรรคสี่เป็นเพียงค่าชดเชยการใช้ทางผ่านเท่านั้นและก็ได้บังคับให้เจ้าของที่ดินที่ถูกล้อมต้องปฏิบัติหน้าที่เสียก่อน แล้วจึงจะใช้สิทธิได้ ฉะนั้น โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องขอให้เปิดทางจำเป็นได้โดยมิจำต้องเสนอขอใช้ค่าทดแทน เป็นหน้าที่ของจำเลยจะต้องเรียกร้องขึ้นมาเอง การใช้สิทธิของโจทก์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หาอาจถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบและไม่สุจริตไม่

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 786/2533<sup>199</sup>** การที่โจทก์และจำเลยที่ 1 ได้ที่พิพาทมาในระหว่างอยู่กินเป็นสามีภริยากันโดยมิได้จดทะเบียนสมรสนั้นถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน มีกรรมสิทธิ์ร่วมกันคนละครึ่ง แม้ที่พิพาทจะมีชื่อจำเลยที่ 1 เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดแต่ผู้เดียวก็เป็นการกระทำแทนโจทก์ด้วย จำเลยที่ 1 จึงไม่มีสิทธิเอาที่พิพาทส่วนของโจทก์ไปจดทะเบียนโอนขายให้จำเลยที่ 2 โดยมิได้รับความยินยอมจากโจทก์ ฉะนั้นเมื่อจำเลยที่ 2 รับโอนที่พิพาทมาจากจำเลยที่ 1 โดยรู้อยู่แล้วว่าโจทก์เป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย จึงเป็นการไม่สุจริต ไม่ผูกพันส่วนของโจทก์ จำเลยที่ 2 จึงต้องจดทะเบียนใส่ชื่อโจทก์เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันในที่ดินพิพาทด้วย.

<sup>197</sup> ญัฐพงศ์ โปษะบุตร, “หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” วารสารนิติศาสตร์ 3 มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ (สิงหาคม 2555): หน้า 18-35.

<sup>198</sup> เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 938/2525 [ออนไลน์], 13 กุมภาพันธ์ 2018. แหล่งที่มา <http://deka.supremecourt.or.th/search>

<sup>199</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 786/2533[ออนไลน์], 13 กุมภาพันธ์ 2018. แหล่งที่มา <http://deka.supremecourt.or.th/search>

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8941/2557<sup>200</sup>** บันทึกท้ายทะเบียนการหย่า ระบุไว้ชัดเจนว่าคู่หย่าทั้งสองฝ่ายสมัครใจจดทะเบียนหย่ากันโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน โดยตอนท้ายบันทึกยังระบุอีกว่า บันทึกไว้เป็นหลักฐานและอ่านให้ฟังแล้วรับว่าเป็นความจริงทุกประการ จึงลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานเป็นสำคัญ คดีนี้ผู้ร้องอ้างว่าผู้ร้องมีหนี้สินจำนวนมากจึงตัดสินใจหย่าตามความต้องการของ ท. โดยไม่มีการแบ่งทรัพย์สินกัน เพื่อไม่ให้มีปัญหาเรื่องหนี้สินกระทบต่อฐานะตำแหน่ง และความก้าวหน้าในทางราชการของ ท. ผู้ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าการจดทะเบียนหย่าเป็นโมฆะ ทั้งนี้เพื่อจะได้ขอรับบำเหน็จตกทอดของ ท. คำร้องขอคดีนี้จึงขัดกับบันทึกท้ายทะเบียนการหย่า ทั้งเหตุผลในคำร้องเป็นการอ้างข้อเท็จจริงขึ้นมาใหม่เพื่อประโยชน์ในเชิงคดีของผู้ร้องเท่านั้น อันแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าคำร้องขอของผู้ร้องคดีนี้เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตาม ป.พ.พ. มาตรา 5 ผู้ร้องจึงไม่มีอำนาจร้อง

**2) การชำระหนี้ (The performance of obligation) หรือ การปฏิบัติหน้าที่ (Duty) ของลูกหนี้**

การชำระหนี้เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องกระทำเพื่อให้หลุดพ้นจากความผูกพันที่มีต่อเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องในมูลหนี้นั้น โดยการชำระหนี้จะสมบูรณ์และทำให้หนี้ระงับไปก็ต่อเมื่อบุคคลหรือลูกหนี้ได้กระทำการชำระหนี้โดยสุจริต<sup>201</sup>

### 3.5. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย

ทราบกันเป็นอย่างดีว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) และประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น (Minpo) เป็นต้นแบบในลำดับแรก นอกจากนี้ยังได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเป็นต้นแบบในลำดับที่สอง เคียงคู่ไปกับกฎหมายจารีตประเพณีแห่งสยาม อย่างไรก็ตาม จากการที่นักกฎหมายส่วนใหญ่ในช่วงเวลาแห่งการบัญญัติและปรับใช้ประมวลกฎหมายในยุคแรกๆ จบการศึกษาจากประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศในระบบ

<sup>200</sup> กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8941/2557 [ออนไลน์], 13 กุมภาพันธ์ 2018. แหล่งที่มา <http://deka.supremecourt.or.th/search>

<sup>201</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240 (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509), หน้า 35-36.



กฎหมายคอมมอนลอว์ทำให้การปรับใช้กฎหมายของไทยที่เป็นระบบซีวิลลอว์มีความขัดข้องในหลายประการ<sup>202</sup>

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงหลักความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นในช่วงระหว่างเวลาก่อนสัญญา จึงอาจเข้าใจได้ว่ากฎหมายไทยปฏิเสธที่จะยอมรับระบบของการแยกความรับผิดเป็นอีกประเภทหนึ่งต่างหากจากความรับผิดอื่น โดยเป็นความรับผิดที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่น่าตำหนิอันได้กระทำลงในช่วงเวลาก่อนสัญญา สิ่งนี้เองที่ทำให้ศาลมีแนวโน้มที่จะตีความตัวบทกฎหมายไปอย่างเคร่งครัด ซึ่งจะทำให้เป็นการขัดขวางการปรับใช้กฎหมายเพื่อสร้างความยืดหยุ่นและยุติธรรมภายใต้หลักการของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ทั่วไป

กล่าวได้ว่ากฎหมายไทยไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆเกิดขึ้นในช่วงก่อนที่จะมีการตัดสินใจทำสัญญา มีเพียงข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้นซึ่งจะเป็นเรื่องของการรับรองคุณภาพของการให้ความยินยอมของคู่กรณี อาทิ หน้าที่ในการหลีกเลี่ยงการก่อให้เกิดความเข้าใจผิด หรือการข่มขู่ คู่กรณีให้เข้าทำสัญญา กระนั้นก็ดี ข้อยกเว้นเหล่านี้ก็ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อหลักของการที่คู่เจรจาสามารถยุติการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาได้อย่างอิสระ และปราศจากหน้าที่ในการให้เหตุผลใดๆว่าเพราะเหตุใดจึงยุติการเจรจา โดยกฎหมายไทยค่อนข้างมีความชัดเจนว่า ในช่วงระยะเวลาของการเจรจานั้น คู่กรณีมีเรื่องที่ต้องคำนึงถึงเพียงอย่างเดียวก็คือ ผลประโยชน์ของตนเอง เพราะฉะนั้นการปรับใช้หลักสุจริตในระหว่างการเจรจาจึงเป็นการขัดแย้งต่อหลักการทางธรรมชาติของการเจรจาที่คู่เจรจามักจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเองเป็นสำคัญ จากแนวความคิดดังกล่าวนี้ จึงเห็นได้ชัดเจนว่าเพราะเหตุใดหน้าที่ในการเจรจาด้วยความสุจริตจึงไม่อาจเป็นฐานสำคัญของความรับผิดที่แยกออกมาได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และทำไมศาลไทยถึงไม่เคยยอมรับคำแนะนำในทางวิชาการเกี่ยวกับเรื่องนี้ไปปรับใช้แก่คดี<sup>203</sup>

### 3.5.1. แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายไทย

สำหรับคำว่า “หลักความรับผิดก่อนสัญญา” นั้นพบว่าในต่างประเทศมีการใช้คำภาษาอังกฤษว่า “pre contractual liability” ซึ่งในภาษาละตินใช้คำว่า “Culpa in contrahendo” เป็นหลักที่เสนอว่า หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในรับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่สุจริตของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อันส่งผลให้สัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้หรือไม่สามารถบังคับใช้ได้ คู่กรณีที่ได้รับ

<sup>202</sup> Tudsri, P., and Pinkaew, A., Formation of Contract, Enforceability, and Pre-Contractual Liability in Thailand. In *Formation and Third Party Beneficiaries*, pp. 397 – 426. Oxford : Oxford University Press, 2018.

<sup>203</sup> Ibid.

ความเสียหายนั้นสมควรได้รับการเยียวยาความเสียหายจากผู้ที่ไม่สุจริต เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจที่มากขึ้นจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความหมายและที่มาของหลักกฎหมายดังกล่าวต่อไป

### 3.5.1.1. ความหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญา

การพิจารณาความหมายของหนี้ก่อนสัญญา สมควรที่จะเริ่มจากความหมายตามถ้อยคำตัวอักษรเสียก่อนว่ามีความหมายอย่างไรในทางภาษา

ในเรื่องของความรับผิดนั้น ศาสตราจารย์ ดร. ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ได้ให้คำอธิบายว่า “ความรับผิด” คือ การที่บุคคลมีหน้าที่ในอันที่จะต้องงดเว้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ตามหลัก *neminem laedere* ซึ่งผลของการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการงดเว้นดังกล่าวก็คือ การต้องรับผิดในความรับผิดเพื่อละเมิด หรือในกรณีของคู่สัญญาที่มีหน้าที่หรือหนี้ตามสัญญาแล้วไม่ชำระหนี้จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็อาจจะต้องรับผิดตามสัญญา ยิ่งไปกว่านั้นสำหรับกรณีที่บุคคลกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ในการต้องสุจริตก่อนสัญญาและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาก็อาจจะต้องรับผิดก่อนสัญญา เป็นต้น<sup>204</sup>

ส่วนความรับผิดก่อนสัญญาในภาษาละติน คือ *Culpa in contrahendo* สามารถแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า *Fault in contracting*

“*Culpa*” มีความหมายในภาษาอังกฤษว่า “*Fault*” หมายถึง ความถึง ความผิด หรือการกระทำที่เกิดขึ้นโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่ง *Culpa* ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ กล่าวคือ ความผิดอย่างกว้าง หมายถึง การมีความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างมาก และความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา และความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างเบา

“*in*” เป็น คำบุพบทเช่นเดียวกับในภาษาอังกฤษ แปลว่า “ใน”

“*contrahendo*” มีที่มาจากคำกริยาว่า “*Contrarre*” มีความหมายว่า การเข้าทำสัญญา ส่วนคำในตอนท้ายว่า “*...endo*” มีลักษณะคล้าย “*...ing*” ในภาษาอังกฤษ หมายถึง กำลังเกิดขึ้น ดังนั้น “*contrahendo*” จึงหมายความว่า กำลังเกิดสัญญา<sup>205</sup>

ด้วยเหตุนี้จึงอธิบายได้ว่า เป็นความผิดที่เกิดขึ้นในขณะที่กำลังเกิดสัญญา ซึ่งความผิดดังกล่าวนี้ เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ

<sup>204</sup> ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย : เอกสารประกอบการศึกษาวิชาหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ตอนที่ 3 ภาค 1 ปีการศึกษา 2561 กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (อัดสำเนา) หน้า 3.

<sup>205</sup> จำปี โสทธิพันธุ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 31.

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายหลายท่านที่ได้กล่าวถึงความหมายของความรับผิดก่อนสัญญาเอาไว้ ดังนี้

Rudolf Von Jhering เห็นว่า ความรับผิดก่อนสัญญาคือ ความรับผิดที่เกิดแก่ผู้ที่ทำให้คำมั่นโดยปราศจากความระมัดระวังจนก่อให้เกิดความผูกพันเกิดขึ้นระหว่างกัน ทั้งที่ความผูกพันดังกล่าวไม่มีอยู่จริง เพราะฉะนั้นผู้ให้คำมั่นจึงสมควรที่จะให้การเยียวยาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ในลักษณะของ negative interest หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการเข้ามาเจรจาหรือทำสัญญา<sup>206</sup>

Geoffrey Samuel และ Jac Rinkes ได้ให้ความเห็นว่า ความรับผิดก่อนสัญญาตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดว่า คู่เจรจามีหน้าที่พื้นฐานในการเข้าเจรจากันด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวปรากฏอยู่ในตัวของสัญญานั้นเอง<sup>207</sup>

Nigel Foster และ Satish Sule อธิบายไว้ว่า ความรับผิดก่อนสัญญา หรือ Verschulden bei Vertragsverhandlung ในภาษาเยอรมันนั้นเป็นหลักที่เกิดจากการพัฒนาของศาลเยอรมัน มีลักษณะคล้ายสัญญาและละเมิด หากแต่ความสัมพันธ์ทางสัญญายังไม่เกิดขึ้นและยังไม่มี ความผิดในทางละเมิด อย่างไรก็ตาม คู่กรณีมีหน้าที่ระหว่างกันในการให้การดูแลคู่กรณีอีกฝ่ายในการเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าทำสัญญา โดยการให้ความช่วยเหลือและการซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน โดยหากไม่กระทำหน้าที่ดังกล่าวก็จำเป็นต้องเยียวยาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น<sup>208</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ศนรินทร์กรณ โสทธิพันธ์ (จำปี หยกอุบล) กล่าวไว้ว่า “ความรับผิดก่อนสัญญา หรือ Culpa in contrahendo หมายถึง ความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง (Liberta negaziale) กล่าวคือ บุคคลนั้นๆได้รับความเสียหายต่อประโยชน์ที่เขาจะเจรจาตกลงได้อย่างอิสระและประโยชน์นี้เองเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น (neminem laedere)”<sup>209</sup>

ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนากร ให้ความเห็นว่า การเจรจาเพื่อทำสัญญากันก่อให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นในระหว่างคู่สัญญาแล้ว อันทำให้คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวระหว่างคู่สัญญานั้นเป็นการก่อให้เกิดความรับผิดขึ้นโดยกฎหมาย

<sup>206</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

<sup>207</sup> Samuel, G., and Rinkes, J., Law of Obligation and Legal Remedies (London: Cavendish Publishing Limited, 1996), p. 228

<sup>208</sup> Foster, N. G., and Sule, S. German Legal System and Laws, p. 419.

<sup>209</sup> จำปี หยกอุบล, “หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่21 (มีนาคม 2534), หน้า 119.

มิใช่สัญญา จึงไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าผลสุดท้ายจะได้มีการทำสัญญากันจริงหรือไม่ อย่างไรก็ตามหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังนี้ไม่ใช่หน้าที่ต่อประชาชนทั่วไปเหมือนหลักกฎหมายละเมิด และไม่ใช่หน้าที่อันเกิดจากสัญญาเช่นกัน จึงเป็นกรณีของความรับผิดก่อนสัญญาซึ่งเป็นความผิดชนิดที่สาม อยู่ตรงกลางระหว่างสัญญาและละเมิด<sup>210</sup>

ศาสตราจารย์ ไพจิตร ปุญญพันธ์ อธิบายว่า ความรับผิดก่อนสัญญานั้น หมายความว่าอาจเป็นความรับผิดโดยไม่มีสัญญาต่อกันก็ได้ เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมเป็นความรับผิดที่คู่สัญญามีต่อกันเป็นการชำระหนี้ตามสัญญา ทำให้มูลหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้นกลายเป็นความรับผิดก่อนสัญญา<sup>211</sup>

จากความเห็นทั้งหมดที่ได้นำเสนอไปดังกล่าวข้างต้น ทำให้พอสรุปความหมายของความรับผิดก่อนสัญญาได้ว่า ความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญานี้เป็นหน้าที่ในการรับผิดชอบต่อความเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาจากการกระทำของคู่กรณีที่ไม่สุจริตส่งผลกระทบต่อคู่กรณีอีกฝ่ายที่ไม่อาจทำสัญญาได้หรือทำให้สัญญาบังคับใช้ได้ไม่สมบูรณ์

ความรับผิดก่อนสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่กรณีมีหน้าที่ที่จะต้องซื้อสัตย์สุจริตต่อกันและใช้ความระมัดระวังในการเข้าทำสัญญา โดยความรับผิดดังกล่าวไม่อาจบังคับให้ผู้กระทำรับผิดตามสัญญาได้เนื่องจากสัญญายังไม่เกิดขึ้น จึงไม่มีความผูกพันตามสัญญาที่คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม (Contract Liability) และอาจไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายเรื่องละเมิด เนื่องจากความผิดที่เกิดขึ้นอาจไม่ถึงขั้นที่จะเป็นการกระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย อันเป็นองค์ประกอบข้อหนึ่งของความรับผิดในทางละเมิด

### 3.5.1.2. ที่มาของหลักความรับผิดก่อนสัญญา

ความรับผิดก่อนสัญญานั้นเกิดจากความคิดของนักกฎหมายชื่อดังชาวเยอรมันคือ Rudolf Von Jhering ที่ได้นำเสนอหลักดังกล่าวนี้ไว้ในบทความของท่าน ชื่อเรื่องว่า Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า ความผิดสำหรับความเสียหายในกรณีที่สัญญาเป็นโมฆะหรือสัญญาไม่เกิด ที่ได้ตีพิมพ์ไว้ในวารสาร Jhering Journal ในปีค.ศ. 1884 โดยมีการเสนอว่า ควรที่จะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากคู่กรณีที่ประพฤตินอย่างน่าตำหนิในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญาและทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์หรือไม่อาจก่อให้เกิดขึ้นได้

โดย Jhering พบปัญหาที่เกิดขึ้นในสมัยนั้นว่า หากบุคคลหนึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้สัญญาที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะและความเป็นโมฆะนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>210</sup> โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้, หน้า 34.

<sup>211</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, “ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดซ้อนกัน,” ตุลพาท เล่ม 3, (2547): หน้า 14-22.

คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายนั้นควรจะมีสิทธิอย่างไรบ้างที่จะได้รับการเยียวยาหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการเข้าไปมีส่วนร่วมในการทำสัญญาและควรจะได้เพียงใด

ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากในสมัยนั้น กฎหมายในยุคของ Jhering ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้เหมาะสมเพราะ เมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะ ฐานใดๆในทางกฎหมายที่คู่กรณีจะเรียกร้องเอาค่าเสียหายก็ไม่มี เนื่องจากคู่กรณีไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายจากความเสียหายแก่ของสัญญา หากจะเรียกบนฐานของกลฉ้อฉลก็ไม่อาจทำได้เช่นกันเพราะการจะอ้างว่าถูกกลฉ้อฉลได้นั้นจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ของกลฉ้อฉล คือ ต้องมีการหลอกลวงเกิดขึ้นจากฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายด้วย ซึ่งในข้อเท็จจริงที่ Jhering พบ กรณียังไม่มีการกระทำที่ถึงขนาดจะเป็นกลฉ้อฉลได้

นอกจากนี้ หากผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าเสียหายบนฐานของกฎหมายละเมิดก็ไม่อาจทำได้เช่นกัน เพราะ ในบทบัญญัติของละเมิดนั้น กรณีจะเป็นละเมิดได้ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตัวบุคคลหรือทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งในข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ได้มีความเสียหายที่ตรงกับหลักเกณฑ์ของละเมิดแต่อย่างใด ส่งผลให้เมื่อไม่อาจปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักเกณฑ์ของกฎหมายได้ คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายก็ไม่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่ผู้เสียหายเพราะกฎหมายไม่มีกระบวนการในการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสมสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดของคู่กรณีในช่วงของการก่อให้เกิดสัญญา<sup>212</sup>

ด้วยเหตุนี้ Jhering จึงได้กลับไปค้นคว้าในระบบกฎหมายของโรมันว่ามีเรื่องใดที่เกี่ยวข้องบ้าง โดยได้ทำการศึกษาในกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน ในส่วนของ Digest\* ทำให้พบกับลักษณะของการซื้อขายที่ตกเป็นโมฆะ ดังนี้

สัญญาซื้อขาย หรือ emptio venditio เป็นสัญญาที่เกิดจากความยินยอมของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ว่าเรียกว่า ผู้ขาย (venditor) มีหน้าที่ที่จะต้องโอนการครอบครองทรัพย์สินหนึ่งที่ว่าเรียกว่า merx ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย คือ ผู้ซื้อ (emptor) โดยรับประกันการครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยสงบแก่ผู้ซื้อและผู้ซื้อมีหน้าที่ชำระเงินจำนวนหนึ่งแก่ผู้ขาย หรือที่เรียกว่า pretium<sup>213</sup>

<sup>212</sup> จำปี โสทธิพันธุ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า 34-35.

\* Digest เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Pandectae เป็นส่วนที่สองในงานรวบรวมกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน หรือ Corpus juris civilis ที่สั่งให้รวบรวม iura respondendi หรืองานเขียนและการให้คำอธิบายกฎหมายของนักกฎหมายคนสำคัญ ทั้งที่ใช้ในศาลและในโรงเรียนกฎหมายไว้เป็นที่เดียวกันให้เป็นระบบ มีจำนวนมาถึง 50 เล่ม และยังคงมีการพูดถึงอยู่ในปัจจุบัน ผู้สนใจโปรดศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมที่ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 25.

<sup>213</sup> ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 211.

โดยในการซื้อขายดังกล่าวอาจมีกรณีที่เกิดการซื้อขายที่ตัวทรัพย์สินเป็นการพันวิสัยในทางข้อเท็จจริงเกิดขึ้น กล่าวคือ ทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายนั้นมิได้มีอยู่ในขณะที่ตกลงซื้อขายกัน เช่น การที่ทาสที่คู่สัญญาตกลงทำการซื้อขายกันเสียชีวิตไปก่อนที่การทำสัญญาจะเกิดขึ้น หรือวัตถุแห่งการซื้อขายได้สูญสลายไปหมดก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้นแล้ว กรณีดังกล่าวเป็นการพันวิสัยมาตั้งแต่ขณะทำสัญญากันเพราะผู้ขายไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ที่ตนผูกพัน ด้วยการส่งมอบหรือโอนการครอบครองทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้ สัญญาซื้อขายนี้จึงตกเป็นโมฆะ ตามหลัก *impossibilium nulla obligatio est*

อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่การซื้อขายเป็นพันวิสัยเนื่องจากทรัพย์สินที่ซื้อขายตกเป็นพันวิสัยในทางกฎหมายได้ ซึ่งหมายถึง การที่ทรัพย์สินที่ซื้อขายยังคงมีอยู่ในทางข้อเท็จจริงในขณะที่คู่สัญญาทำการซื้อขายกัน แต่ผู้ขายไม่อยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ความผูกพันทางสัญญาได้<sup>214</sup> เนื่องจาก

### 1. กรณีเป็นการซื้อขายทรัพย์สินนอกพาณิชย์ (*res extracommercium*)

หมายถึง ทรัพย์สินที่ไม่อาจซื้อขายได้ แยกออกเป็น ๒ ประเภท คือ

ก) ทรัพย์สินที่ตามกฎหมายเป็นของมนุษย์ หรือ ทรัพย์สินนอกพาณิชย์ตามความจำเป็นของมนุษย์ (*res humani iuris*) ได้แก่

1. ทรัพย์สินที่เป็นของร่วมกันของประชาชาติ (*res communes omnium*) คือ ทรัพย์สินที่โดยสภาพ บุคคลทุกคนสามารถเข้าถึงได้อย่างไม่จำกัดจำนวนแต่จะเป็นเจ้าของได้เพียงบางส่วนด้วยการเข้าครอบครองเท่านั้น เช่น อากาศ น้ำ เป็นต้น

2. สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (*res publicae*) คือ ทรัพย์สินที่ประชาชนทุกคนเป็นเจ้าของ บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่อาจเข้าถือเอาเป็นของส่วนตัวได้ แม้เดิมทรัพย์สินนั้นจะเคยเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของบุคคลใดมาก่อนแต่ก็ได้ผ่านกระบวนการทำให้เป็นทรัพย์สินส่วนรวมไปแล้ว หรือ ทรัพย์สินที่ได้มาจากการชนะสงคราม หรือทรัพย์สินที่มีเป้าหมายเพื่อประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวมโดยแท้ เช่น ถนน แม่น้ำ เป็นต้น

3. ทรัพย์สินประเภทที่ประชาชนใช้ร่วมกัน (*res universitatis*) เป็นทรัพย์สินที่ใช้ร่วมกันในท้องถิ่นที่ห่างไกล เป็นทรัพย์สินเฉพาะของท้องถิ่นนั้น

ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์สินของมนุษย์แต่ไม่ใช่เป็นทรัพย์สินของมนุษย์คนไหนคนใด โดยเฉพาะ แต่ประชาชนทุกคนเป็นเจ้าของร่วมกัน มีสิทธิใช้สอยได้ทั้งหมด ดังนั้น บุคคลหนึ่งบุคคลใดจึงไม่อาจนำทรัพย์สินดังกล่าวนี้มาเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายได้

ข) ทรัพย์สินที่ตามกฎหมายเป็นของพระเจ้า (*res divini iuris*)

<sup>214</sup> จำปี โสทธิพันธ์, *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา*, หน้า 36.

1. ทรัพย์สินของพระเจ้าโดยแท้ (res sacrae) เป็นทรัพย์สินที่ใช้เพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนาที่เกี่ยวข้องกับพระเจ้า ได้แก่ โบสถ์ และสิ่งของที่ใช้ประดับตกแต่งโบสถ์ โดยทรัพย์สินธรรมดาๆก็อาจแปรสภาพเป็นทรัพย์สินของพระเจ้าได้เมื่อผ่านการทำพิธีถวายหรืออุทิศของให้ด้วยระบบการขึ้นทะเบียนซึ่งมีลักษณะคล้ายการโอนทรัพย์สินให้กับพระเจ้า แต่หากต้องการให้ทรัพย์สินนั้นสิ้นสุดการเป็นทรัพย์สินศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้านั้นก็สามารถทำได้โดยการผ่านพิธีทางศาสนาในทางกลับกัน ที่เรียกว่า profanatio

2. ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับศาสนา (res religiosae) เป็นทรัพย์สินที่ใช้ในพิธีกรรมทางศาสนาของคนตาย เนื่องจากชาวโรมันให้ความสำคัญกับพิธีกรรมฝังศพมาก ทรัพย์สินดังกล่าวจึงมีความสำคัญตามไปด้วย เช่น ที่ฝังศพ วัตถุตกแต่งในพิธีศพ

3. ทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของพระเจ้า (res sanctae) เป็นทรัพย์สินที่โดยพื้นฐานไม่ใช่ทรัพย์สินของพระเจ้าแต่อยู่ภายใต้การปกป้อง ดูแลโดยพระเจ้า เช่น กำแพงและประตูเมือง<sup>215</sup>

ทรัพย์สินเหล่านี้ตกเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์เพราะความจำเป็นทางศาสนา ดังนั้นบุคคลธรรมดาจึงไม่อาจเป็นเจ้าของหรือเข้าถือเอาโดยผ่านทาง การเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายได้

## 2. การซื้อขายคนอิสระ (liberi homines)

ตามปกติแล้วสถานะของบุคคลในทางกฎหมายโรมันมีความแตกต่างกัน โดยคนอิสระหรือบุคคลธรรมดาผู้มีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายโรมันมิใช่ทรัพย์สิน จึงไม่สามารถตกเป็นวัตถุแห่งการทำให้สัญญาซื้อขายได้ ต่างจากทาส ที่แม้โดยทางข้อเท็จจริงมีลักษณะเป็นมนุษย์ตามธรรมชาติ แต่ในทางกฎหมายของชาวโรมันกลับมองว่าทาสเป็นทรัพย์สินมิใช่บุคคล จึงไม่มีสิทธิหน้าที่แต่อย่างใดและสามารถตกเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่สามารถทำการซื้อขายกันได้

ด้วยเหตุนี้ การทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินนอกพาณิชย์ตามกฎหมายโรมัน (ius civile) จึงตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจึงไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายหรือได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าในบางครั้งหากผู้ที่ซื้อทรัพย์สินนั้นอ้างได้ว่า ตนเองไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ เช่นไม่รู้ว่าทาสที่ตนซื้อมาแท้จริงเป็นคนอิสระ เมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะเท่ากับว่าผู้ซื้อที่ได้รับความเสียหายไม่อาจเรียกร้องสิ่งใดจากผู้ขายได้ เรียกได้

<sup>215</sup> ศันนกรณ โสทธิพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 108.

แต่เพียงทรัพย์ที่ได้ชำระไปแล้วคืนตามหลักลาภมิควรได้โดยวิธีการฟ้องแบบ *actio doli*<sup>216</sup> เท่านั้น ทำให้ผู้พิพากษาจึงสร้างหลักในการให้ความคุ้มครองผู้ซื้อที่สุจริตโดยการยอมให้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายโดยวิธีการเฉพาะที่เรียกว่า *actio empti*<sup>217</sup> ซึ่งเป็นการฟ้องร้องที่ผู้ซื้อสามารถฟ้องผู้ขายได้หากผู้ขายไม่สุจริต โดยผู้ขายจะต้องรับผิดชอบเมื่อผู้ขายมีความจงใจ (*dolo*) เท่านั้น ทำให้ผู้ซื้อได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ไม่ควรต้องเข้าทำสัญญาอันมีลักษณะคล้าย *negative interest* ในปัจจุบัน ซึ่งจักรพรรดิจัสติเนียนได้กล่าวว่า ประโยชน์จากการที่ผู้ซื้อฟ้องร้องด้วยวิธี *actio empti* คือประโยชน์จากการที่ผู้ซื้อไม่ควรถูกลอก เพราะหากผู้ซื้อไม่ถูกลอกผู้ซื้อก็ไม่ต้องเข้าทำสัญญา เมื่อการทำสัญญาเพราะถูกลอกโดยผู้ขายทำให้เกิดความเสียหาย ผู้ซื้อก็ควรได้รับการชดใช้ในสิ่งที่เสียหายนั้น คือทำให้อยู่ในสถานะเหมือนมิได้มีการทำสัญญากัน

ส่วน Ulpian ผู้เป็นนักกฎหมายที่มีความสำคัญเพราะเป็นหนึ่งในห้าบุคคลที่ได้รับการยอมรับอย่างสูงในโรมัน ให้ความเห็นว่า ในกรณีนี้ควรใช้วิธีการฟ้องร้องแบบ *actio in factum*<sup>218</sup> หรือการฟ้องร้องในทางข้อเท็จจริงมากกว่า เนื่องจากการพิสูจน์ความรู้หรือไม่รู้ หรือความสุจริตของผู้ซื้อทำได้ยาก ซึ่งหากผู้ซื้อพิสูจน์ไม่ได้ก็จะไม่สามารถฟ้องด้วยวิธี *actio empti* ได้ ส่งผลให้ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างที่ควร

เมื่อ Jhering กลับจากการศึกษากฎหมายโรมันก็ได้สร้างหลัก *Culpa in contrahendo* ขึ้นมา โดยเสนอว่า ในการทำสัญญานั้นมิได้ก่อให้เกิดเพียงแต่หน้าที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น เพราะในบางครั้ง หนี้ในการปฏิบัติตามสัญญาอาจจะไม่เกิดขึ้นเนื่องจากมีสาเหตุบางประการที่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตามความเป็นโมฆะนี้ก็ควรมีความหมายจำกัดอยู่แค่ความไม่มีผลของสัญญาเท่านั้น ไม่ควรหมายรวมถึงความไม่มีผลทุกอย่าง ฉะนั้น แม้สัญญาจะยังไม่เกิดหรือตกเป็นโมฆะ แม้หนี้ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาจะยังไม่มี แต่คู่กรณีก็ยังไม่หลุดพ้นจากหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ซึ่งรากฐานของหนี้ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนี้ก็คือ ความผิด ที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งซึ่งส่งผลให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย โดยมองว่า การเข้าทำสัญญาแต่ละครั้งบุคคลที่เตรียมการเพื่อ

<sup>216</sup> เป็นการฟ้องที่เกิดจากการทำงานของขุนนางผู้บริหารความยุติธรรมของโรมัน เทียบได้กับผู้พิพากษาในปัจจุบัน (*praetors*) โดยยอมให้ผู้ถูกลอกกลางสามารถฟ้องเรียกทรัพย์สินของตนที่ได้ใช้ในการชำระหนี้ไปกลับคืนมาได้ รายละเอียดโปรดอ่าน จำปี โสคติพันธ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, หน้า 37.

<sup>217</sup> The Law Dictionary Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary 2nd Ed.

, What is ACTIO EMPTI [ออนไลน์], 22 ตุลาคม 2560. แหล่งที่มา <http://thelawdictionary.org/actio-empti/>

<sup>218</sup> The Law Dictionary Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary 2nd Ed.

, What is ACTIO IN FACTUM? [ออนไลน์], 22 ตุลาคม 2560. แหล่งที่มา <http://thelawdictionary.org/actio-in-factum/>



เข้าทำสัญญาสมควรมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบคุณสมบัติของวัตถุแห่งสัญญาว่ามีความสมบูรณ์ครบถ้วนเพื่อความสมบูรณ์ของสัญญาหรือไม่ เพราะหากมีความบกพร่องเกิดขึ้นและเกิดความเสียหายคู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นก็ควรต้องชดใช้

สรุปได้ว่า Jhering มีความเห็นว่า ความผูกพันทางสัญญาไม่ได้จำกัดอยู่แค่เพียงกรณีที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น แต่รวมถึงกรณีที่สัญญากำลังจะเกิดด้วย การเริ่มต้นการเจรจาเป็นการพาคู่สัญญาเข้ามาสู่ความสัมพันธ์ในทางสัญญาซึ่งจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันต่อไป ซึ่งการฝ่าฝืนหน้าที่ในช่วงก่อนการเกิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายเพราะการให้ความไว้วางใจในความสำเร็จหรือความสมบูรณ์ของสัญญา โดยความรับผิดชอบดังกล่าวมีลักษณะทางกฎหมายเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาอันมีพื้นฐานอยู่บนความผิดด้วย<sup>219</sup>

### 3.5.2. ระบบกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่มีความเกี่ยวข้องกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญา

กฎหมายสัญญาของไทยได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญานั้นยังคงมีความแตกต่างกันในระหว่างกฎหมายของประเทศไทยและของประเทศเยอรมัน เนื่องจากในเยอรมัน ระบบกฎหมายสัญญาที่บัญญัติไว้มีการรับเอากรอบความคิดที่ค่อนข้างกว้างเกี่ยวกับหนี้ในทางสัญญา ซึ่งขยายไปถึงช่วงเวลาของการเจรจาก่อนการตัดสินใจทำสัญญาด้วย โดยศาลเยอรมันมีการปรับใช้หน้าที่ในการสุจริต (Duty of good faith) ภายใต้มาตรา 242 ประกอบกับมาตรา 241 (2) และมาตรา 311 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในการกำหนดให้เกิดหนี้ในการพิจารณาถึงผลประโยชน์ของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หน้าที่ในการกระทำการโดยสุจริตที่ปรากฏอยู่ทุกหนแห่งในกฎหมายแพ่งเยอรมันสามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสมในการก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญา

ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีการกล่าวถึงความคิดเกี่ยวกับหนี้ก่อนสัญญาแต่อย่างใด ดังนั้น ในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา คู่เจรจาแต่ละฝ่ายจึงไม่มีหน้าที่หรือหนี้ใดๆเป็นการทั่วไปในการต้องกระทำการโดยสุจริต ด้วยเหตุนี้ ความเสียหายหรือความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นแก่คู่เจรจาเพราะการยุติการเจรจาจึงสามารถเยียวยาได้เพียงโอกาสเดียวโดยการใช้หลักความรับผิดตามกฎหมายสัญญา กล่าวคือ เป็นการถือว่าคู่เจรจาที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดเพราะกระทำการละเมิดต่อสัญญา<sup>220</sup>

<sup>219</sup> จำปี โสทธิพันธ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า 39.

<sup>220</sup> Tudsri, P., and Pinkaew, A. A. Formation of Contract, Enforceability, and Pre-Contractual Liability in Thailand. In Formation and Third Party Beneficiaries. pp. 397 – 426.

คดีที่สามารถยกตัวอย่างได้ดีที่สุดถึงขอบเขตของการปกป้องคุ้มครองในกฎหมายไทยที่ให้กับคู่เจรจาที่ปราศจากความผิดเมื่อถูกคู่เจรจาอื่นยุติการเจรจา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงระยะเวลาสุดท้ายของการเจรจา โดยการพิจารณาคดีที่คู่เจรจาเสนอขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งให้กับผู้ ที่คาดว่าจะซื้อ แต่ก่อนที่สัญญาจะได้กระทำลงผู้ขายกลับขายทรัพย์สินนั้นให้กับบุคคลภายนอกไป เกิดคำถามขึ้นมาว่า กฎหมายอะไรที่จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้สนองที่ให้ความไว้วางใจต่อคำเสนอ ของผู้เสนอ ในเรื่องนี้มีนักกฎหมายบางส่วนที่ให้ความเห็นว่า ควรมีการสนับสนุนให้เกิดระบบของหลัก ความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีพื้นฐานมาจากหลักสุจริตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ เหมือนเช่นความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo) ของประเทศเยอรมัน

ตามที่เกิดข้อโต้แย้งกันขึ้นถึงกรณีที่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นได้ถูกขายไปให้แก่ บุคคลภายนอกแล้ว แต่สัญญาขายยังได้กระทำลงในที่สุด ซึ่งโจทก์ย่อมได้รับผลกระทบจากการตกเป็น โฆษะของการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่อาจเป็นไปได้ตามสัญญา ดังนั้น ฐานในการกล่าวอ้างเพื่อชดเชย ความเสียหายที่เกิดขึ้นคือ การไม่เกิดสัญญา

อย่างไรก็ตาม คำแนะนำในการแก้ปัญหาดังกล่าวก็ยังไม่ได้รับการนำไปปรับใช้โดย ศาลของประเทศไทย แตกต่างจากในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เนื่องจากในประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ปรากฏถึงความให้การยอมรับหน้าที่ก่อนสัญญาในการคำนึงถึง ผลประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่าย นอกจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเอง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายไทย จึงไม่ก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญาในการต้องปฏิบัติการใดๆไปโดยความสุจริตต่อคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าว ได้อีกอย่างหนึ่งว่า ในมุมมองของกฎหมายไทยนั้นเห็นว่า การที่คู่เจรจามีหน้าที่ของตนเองในการเจรจา ด้วยความสุจริตเป็นการขยายขอบเขตของคำว่า “สุจริต” ในประมวลกฎหมายและเป็นการก่อตั้ง หน้าที่และความรับผิดชอบที่มีลักษณะเฉพาะ (sui generis) แยกต่างหากจากหน้าที่และความรับผิดชอบอื่นๆ ที่ มีอยู่เดิม ซึ่งการขยายขอบเขตดังกล่าวเป็นนวัตกรรมที่ไม่ได้รับการต้อนรับจากศาลในประเทศไทย เท่าไรนัก เนื่องจากศาลไทยมีความกังวลถึงความไม่แน่นอนของขอบเขตของความสุจริตในช่วง ระยะเวลาก่อนสัญญา<sup>221</sup>

มุมมองที่เหมาะสมที่สุดที่จะพิจารณากฎหมายไทยในเรื่องนี้ คือ การอธิบายถึงผล ของคำเสนอที่ผูกพันผู้ให้คำเสนอเป็นพิเศษ ซึ่งกฎหมายไทยอาจให้ความคุ้มครองแก่คู่กรณีฝ่ายที่ บริสุทธิ์โดยการถือว่าผู้ให้คำเสนอที่ยกเลิกคำเสนอที่ผูกพันพิเศษให้ต้องผูกพันในคำเสนอนั้นต่อไป และถือว่าคำเสนอนั้นมีเนื้อหาใจความสำคัญครบถ้วนเพียงพอสำหรับการสนองรับ ซึ่งหลักการนี้ทำให้ คำเสนอนั้นมีลักษณะที่ไม่อาจเพิกถอนกลับคืนมาได้และอาจถูกยอมรับโดยผู้สนองได้ตลอดเวลา

<sup>221</sup> Ibid.

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ หากเกิดกรณีที่ผู้ให้คำเสนอที่ผูกพันเป็นพิเศษนั้นกระทำการขายสินค้าที่เสนอให้แก่บุคคลภายนอกไปเสียแล้ว การกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการเพิกถอนคำเสนอโดยปริยายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้สนองเองก็ทราบถึงการซื้อขายนั้นก่อนที่ตนเองจะตัดสินใจสนองรับ

ประเด็นดังกล่าวสามารถค้นหาคำตอบได้จากมาตรา 355 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่วางหลักการไว้ว่า ผู้ให้คำเสนอที่มีได้กำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนอง จะถอนคำเสนอภายในเวลาที่ควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองไม่ได้ มันไม่มีเหตุผลอันสมควรใดที่จะให้เกิดการเพิกถอนคำเสนอโดยปริยายในเมื่อการเพิกถอนคำเสนอตามปกติยังมีอาจทำได้ ฉะนั้น ผู้ให้คำเสนอเองก็ไม่สมควรที่จะหลุดพ้นจากคำเสนอที่ตนเองให้ไว้และสมควรที่จะมีส่วนร่วมในความรับผิดชอบในข้อเท็จจริงที่ทำให้คำเสนอนั้นไม่อาจเป็นไปได้อีกต่อไป ซึ่งหากศาลพบเห็นการกระทำดังกล่าวปรากฏในสัญญาในคดี ศาลอาจสั่งให้มีการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความคาดหวังในผลประโยชน์ของคู่เจรจาฝ่ายที่บริสุทธิ์ได้<sup>222</sup>

การประเมินความเป็นเหตุเป็นผลของหลักการดังกล่าวข้างต้นสามารถพิจารณาได้จาก ประการที่หนึ่ง การพิจารณาการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามมาตรา 218\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งวางหลักไว้ว่า ลูกหนี้ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้อันตกเป็นพันวิสัย กระนั้นก็ดี มาตราดังกล่าวก็ไม่ได้มีการระบุให้ปรับใช้กับผู้ให้คำเสนอที่กระทำผิดโดยตรงแต่อย่างใด เนื่องจากผู้ให้คำเสนอสามารถอ้างได้ถึงความไม่มีหนี้ที่ไม่เกิดขึ้นเพียงเพราะการให้คำเสนอ ประการที่สอง คือ การพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงว่าผู้สนองได้ให้คำสนองรับต่อคำเสนอก่อนที่ผู้เสนอจะทำการขายทรัพย์สินนั้นให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งในกรณีนี้สัญญาย่อมเกิดขึ้นและสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมายส่งผลให้ผู้ให้คำสนองมีสิทธิอย่างเต็มที่ที่จะเรียกร้องค่าเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นตามสัญญาอย่างไรก็ตาม เกิดคำถามตามมาว่า การเยียวยาจะเปลี่ยนแปลงไปหรือเป็นเช่นไร หากคำสนองรับของผู้ให้คำสนองไปถึงผู้เสนอหลังจากที่ผู้เสนอตัดสินใจขายทรัพย์สินให้แก่บุคคลภายนอก จากการพิจารณาพื้นฐานทางเหตุผลและขอบเขตของ

<sup>222</sup> Ibid.

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 218 บัญญัติว่า ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยจะทำได้เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อค่าเสียหายอย่างใดๆอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้

ในกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยแต่เพียงบางส่วน ถ้าหากว่าส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะทำได้นั้นจะเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะไม่ยอมรับชำระหนี้ส่วนที่ยังเป็นวิสัยจะได้นั้นแล้ว และเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้เสียทั้งหมดทีเดียวก็ได้

ความรับผิดชอบในกฎหมายลักษณะหนึ่งพบว่า แนวทางในการเยียวยาไม่ควรแปรเปลี่ยนไปกับการคลาดเคลื่อนในจุดของเวลาที่อาจเกิดขึ้นได้ในบางสถานการณ์

อย่างไรก็ดี มีข้อควรระวังในสองเรื่องเกี่ยวกับการพิจารณาสัญญาที่กล่าวไปข้างต้น คือ ประการที่หนึ่ง คู่กรณีฝ่ายที่บริสุทธิ์จำเป็นที่จะต้องมีความสุจริตด้วย ดังนั้น ผู้ให้คำสนองที่ปราศจากเจตนาอย่างแท้จริงในการสนองรับต่อคำเสนอไม่สมควรที่จะได้รับอนุญาตให้แสวงหาประโยชน์ใดๆในการเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้เสนอ ซึ่งความสุจริตในเรื่องนี้มีความแตกต่างจากความสุจริตที่อธิบายกันในความเห็นของสำนักความคิดกฎหมายต่างๆ ที่อธิบายถึงหน้าที่ในการกระทำการโดยความสุจริตในลักษณะเฉพาะ เนื่องจากความสุจริตในกรณีนี้ไม่ได้เป็นทฤษฎีที่แยกออกมาเป็นเอกเทศ แต่เป็นเรื่องที่มีพื้นฐานมาจากการใช้สิทธิที่เกิดจากสัญญา เรื่องนี้สะท้อนความเข้าใจตามประเพณีดั้งเดิมของหลักสุจริตที่ถูกกำหนดเป็นมาตรฐานในการโต้แย้งถึงการปฏิบัติการชำระหนี้ในหนี้ที่มีอยู่หรือการใช้สิทธิในการประเมินค่า ฉะนั้นแล้ว ผู้ให้คำสนองที่ตอบรับคำเสนอและตกลงทำสัญญาก็จะสามารถใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ตราบเท่าที่มันจะไม่เป็นการขัดแย้งต่อสิทธิที่มีเท่านั้น ซึ่งหลักการดังกล่าวจะทำหน้าที่ลดการขัดแย้งให้ผู้ให้คำสนองได้รับเพียงค่าเสียหายจากการไว้วางใจเท่านั้น

ประการที่สอง แนวทางสำหรับศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงว่าผู้ให้คำสนองอาจสนองรับต่อคำเสนอได้หรือไม่นั้น ต้องปรากฏว่า ผู้ให้คำเสนอได้มีการทำคำเสนอโดยใช้คำสำคัญครบทุกเงื่อนไขในการทำคำเสนอและเพียงพอต่อการสนองรับได้ กระนั้นก็ดี การตีราคาสัญญาหรือรูปแบบของคำตอบแทนอื่นไม่ใช่สิ่งที่จำเป็น เนื่องจากสิ่งที่อาจจะมีความจำเป็นต้องปรากฏในคำเสนอนั้น เหมือนว่าจะได้รับการผ่อนปรนในมาตรา 576\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอนุญาตให้ศาลปรับได้โดยปริยายว่าสัญญาจ้างทำของที่ไม่มีพฤติการณ์พิเศษแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำให้ฟรี ถือเป็นกรกระทำที่มีสินจ้าง อย่างไรก็ตาม การปรับใช้วิธีการดังกล่าวนี้ก็ยังไม่สามารถใช้ในการเยียวยาได้ในทุกสถานการณ์ที่คู่เจรจาได้เริ่มกระทำการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาไปในระหว่างการเจรจาที่ปรากฏถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้วหรือในระหว่างการปะทะกันของคำเสนอและคำสนองที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขกลับไปมาในระหว่างการร่างสัญญา หรือ Battle of the Forms\* เนื่องจากใน

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 576 บัญญัติว่า ถ้าตามพฤติการณ์ไม่อาจจะคาดหมายได้ว่างานนั้นจะพึงทำให้เปล่าไซ้รทำนยอมถือเอาโดยปริยายว่ามีสินจ้าง

\* หลัก Battle of the Forms เป็นหลักที่ถือว่า คำสนองที่มาถึงถูกต้องตามเวลาที่กำหนดจะต้องไม่มีข้อความแก้ไข คำเสนอเดิม จึงจะถือว่าสัญญาเกิดขึ้น ส่วนคำสนองที่มีกรเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเงื่อนไขใดๆลงในคำเสนอนั้น ถือว่าเป็นการทำคำเสนอขึ้นมาใหม่ (Counter Offer) และให้ถือว่าเป็นการยกเลิกคำเสนอเดิม ซึ่งในบางกรณีอาจเรียกหลักการนี้ได้ชื่ออย่างหนึ่งว่า หลัก Mirror Image ซึ่งหมายความว่า คำสนองจะต้องถูกต้องตรงกันทุกประการกับคำเสนอเหมือนกับเงาสะท้อนที่ปรากฏในกระจก อ้างถึงใน พินประภัสร์ จาติกวณิช. ปัญหาการขัดกัน

กรณีดังกล่าวจะต้องนำมาตรา 366\* และ มาตรา 367\* มาพิจารณาเสียก่อน ซึ่งอาจตัดสินไปได้ว่าการปฏิบัติตามสัญญาโดยทั่วไปๆ ล่วงหน้าของคู่เจรจานั้นเป็นความเสี่ยงที่จะต้องยอมรับไว้เอง

### 3.5.3. สัญญาประกวดราคาในฐานะของสัญญาที่มีความสัมพันธ์กับนี้ก่อนสัญญาและหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย

ขั้นตอนของการประมูลก่อให้เกิดคำถามสำคัญขึ้นในการพิจารณาพื้นฐานของความรับผิดชอบในผลประโยชน์ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับโครงการ กล่าวคือ ข้อหนึ่ง กรณีที่ผู้ที่ชนะการประมูลปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญากับผู้เปิดประมูล ข้อสอง กรณีที่ผู้เปิดประมูลปฏิเสธที่จะทำสัญญาหลังจากที่ส่งผลการประมูลให้กับผู้ที่ชนะการประมูลแล้ว โดยที่ผู้เปิดประมูลได้สงวนสิทธิในการเพิกถอนการคัดเลือกไว้ล่วงหน้า ข้อสาม กรณีที่ผู้เปิดประมูลมิได้มีเจตนาที่แท้จริงที่จะเข้าทำสัญญา เพียงแต่ประกาศเปิดการประมูลเพียงเพื่อต้องการรวบรวมข้อมูลพรีจากผู้ที่สนใจเข้าร่วมการประมูลที่จัดเตรียมข้อมูลให้แก่ผู้เปิดประมูลเพื่อพิจารณาให้ตนเองเป็นผู้ได้รับเลือกการประมูลในครั้งนั้นๆ และข้อสี่ การที่ผู้เปิดประมูลกำหนดเงื่อนไขเป็นพิเศษเพื่อกีดกันผู้เข้าร่วมการประมูลบางรายโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

ในการพิจารณาผลลัพธ์ของการวิเคราะห์หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประมูลนั้นขึ้นอยู่กับการวิเคราะห์และเปรียบเทียบทางกฎหมายของนักกฎหมายเกี่ยวกับการประกวดราคา (Tender) การประมูล (Bid) และสัญญาประกวดราคา (Tender Contract) ซึ่งจากคำตัดสินในคดีสำคัญของศาลไทยแสดงให้เห็นว่า การเปิดประมูลนั้นถูกพิจารณาว่าเป็นการเชื้อเชิญให้เสนอราคา (a call for bid is considered an invitation to tender) ดังนั้น การเสนอราคาเพื่อประมูลจึงเป็นการทำคำเสนอและการประกาศถึงคำเสนอที่ชนะการประมูลจึงเป็นการสนองตอบที่ก่อให้เกิด สัญญาประกวดราคา (Tender Contract) ตามมา เกิดสัญญาคู่ขนานที่มีมาก่อนและแยกออกมาต่างหาก

ของคำเสนอ – สมอง ในการซื้อขายระหว่างประเทศ. สารนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547 หน้า 24 – 25.

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 บัญญัติว่า ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใดเมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนั้นว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่

ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนั้นว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 367 บัญญัติว่า สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริงยังมิได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะฟังอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้ สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซ้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์

จากหลักการของสัญญาปกติ ซึ่งสัญญาคู่ขนานนี้เป็นการก่อให้เกิดหนี้ในการเจรจาแก่คู่กรณีเท่านั้น ดังนั้นในหลักการของสัญญาหลักตามปกติแล้วจึงไม่มีหนี้หรือหน้าที่ใดๆในการต้องตัดสินใจทำสัญญา ในขั้นสุดท้าย แตกต่างจากการทำสัญญาเบื้องต้น (Vorvertrag\*) เพราะในสัญญาประกวดราคาไม่ใช่ สิทธิแก่คู่กรณีที่ได้รับความผิดหวังในการได้รับการเยียวยาจากการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นกรณีเฉพาะ เหมือนเช่นในการทำสัญญาเบื้องต้น จึงสรุปได้ว่า การให้การเยียวยาตามสัญญาประกวดราคาสำหรับ ความเสียหายใดๆที่อาจจะเกิดขึ้นมีขอบเขตของการเยียวยาที่จำกัด ผู้จัดการประกวดราคาที่มีสิทธิเพียงการยึดค่ามัดจำของผู้ประกวดราคามอบให้ตอนยื่นข้อเสนอเท่านั้น ส่วนค่าใช้จ่ายอื่นๆ อาทิ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการประกวดราคา หรือ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการได้รับการ ปฏิบัติตามสัญญาที่จะเกิดขึ้นหากมีการทำสัญญาที่ประกวดราคาได้นั้น ถูกพิจารณาว่าเป็นค่าใช้จ่าย ส่วนหนึ่งของการของการทำสัญญาซึ่งไม่อาจเรียกคืนกลับมาได้ถ้าสัญญาไม่ได้เกิดขึ้นจริง ยกเว้นใน บางกรณี คือ ผู้จัดการประกวดราคาอาจกำหนดเงื่อนไขให้แก่ผู้ชนะการประกวดในขั้นแรกของการรับ ประกวดราคาว่า ผู้ที่ชนะการประกวดราคาจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายหากไม่ยอมตกลงทำสัญญาที่ ประกวดราคาชนะ เพราะหากไม่มีการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าว ศาลก็จะจำกัดค่าชดเชย เหลือเพียงผลของความแตกต่างระหว่างราคาที่เสนอโดยผู้ชนะการประกวดและราคาที่เสนอโดยผู้ที่ ชนะการประกวดเป็นลำดับที่สองในการประกวดราคานั้นเท่านั้น และศาลปฏิเสธที่จะให้ ค่าชดเชยความเสียหายบนฐานของความแตกต่างระหว่างราคาของผู้ชนะการประกวดกับการจัด ประกวดใหม่ หรือราคาของผู้ชนะการประกวดกับราคาของผู้ประกวดราคาอื่นโดยทั่วไป<sup>223</sup>

\* สัญญาเบื้องต้น หรือ Vorvertrag ตามกฎหมายเยอรมันเป็นสัญญาในขั้นต้นที่คู่กรณีตกลงกันว่าจะทำสัญญาอื่น ต่อไป เรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า สัญญาก่อนสัญญา (Pre contract) หลักการของสัญญาเบื้องต้นนั้นไม่มีการบัญญัติ เอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันโดยตรง แต่เป็นหลักที่เกิดจากการพัฒนาและตีความตามข้อเท็จจริงต่างๆ ของศาลเยอรมัน ซึ่งสัญญาเบื้องต้นนี้จะป็นสัญญาที่ทำหน้าที่ในการบังคับให้คู่สัญญาเริ่มดำเนินการบางอย่างใน เบื้องต้นก่อนที่จะเข้าทำสัญญาอีกฉบับ เพื่อป้องกันอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นในการทำสัญญาที่แท้จริง ไม่ว่าจะอุปสรรคนั้น จะเป็นอุปสรรคในทางข้อเท็จจริงหรือหาข้อกฎหมายก็ตาม

นอกจากนี้ในการทำสัญญาเบื้องต้นตามกฎหมายเยอรมันยังมีหลักเกณฑ์ว่าคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามแบบ ของนิติกรรมเช่นเดียวกับที่กฎหมายกำหนดไว้ในการทำสัญญาที่แท้จริงอีกด้วย ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาก่อน สัญญาจึงเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง ไม่ใช่เป็นเอกเทศสัญญา จึงต้องนำบทบัญญัติทั่วไปในการทำสัญญามาบังคับใช้ ประกอบด้วย cited in “Chapter 4. Transnational Contract Law I.

Introduction,”[www.law.washington.edu/courses/chafee/B599G\\_Sp06/Documents/LTBT\\_Section\\_4\\_1\\_to\\_4\\_31.pdf](http://www.law.washington.edu/courses/chafee/B599G_Sp06/Documents/LTBT_Section_4_1_to_4_31.pdf) อ้างถึงใน เรื่องวลี ทองนิม. สัญญาเบื้องต้น : ศึกษากรณีสัญญาจะซื้อจะขาย. วิทยานิพนธ์ ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550 หน้า 52 - 53.

<sup>223</sup> Ibid.

ในส่วนของผู้ประกวดราคานั้น ศาลเห็นว่าสัญญาประกวดราคาจะส่งผลกระทบต่อเฉพาะกรณีที่สัญญาประมูลควรเกิดขึ้นแก่ผู้ที่ชนะการประกวดราคาเท่านั้น ซึ่งหากผู้จัดประกวดราคาตัดสินใจที่จะยกเลิกการประมูลก่อนที่การประกาศผู้ชนะการประกวดราคาจะถูกแจ้งออกไป การตัดสินใจยกเลิกดังกล่าวก็จะไม่ก่อให้เกิดหนี้ใดๆตามสัญญาแก่ผู้จัดการประกวดราคา โดยไม่จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ผู้ที่เข้าประกวดราคาอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้นในทางปฏิบัติผู้จัดการประกวดราคามักมีการกำหนดเงื่อนไขพิเศษเพื่อสงวนสิทธิให้ตนเองสามารถที่จะไม่ต้องตกลงทำสัญญาประมูลกับผู้ที่ให้ราคาที่ดีที่สุดในการประกวดราคาก็ได้ ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ประกวดราคาที่ผิดหวังเพราะถูกปฏิเสธที่จะเข้าทำสัญญาที่ตนเองประมูลได้

จากความไม่เพียงพอในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประกวดราคาเพราะการกำหนดเงื่อนไขต่างๆของผู้จัดการประกวด จึงอาจก่อให้เกิดทางเลือกอื่นในการปรับเปลี่ยนให้การประกาศประกวดราคาของผู้จัดการประกวดราคาทำงานเป็น สองระบบด้วยกัน กล่าวคือ ประกาศการประกวดราคานั้นจะทำหน้าที่เป็นทั้ง คำเชื้อเชิญให้เข้าประกวดราคาในความสัมพันธ์ตามสัญญาประมูล ซึ่งเป็นสัญญาหลัก ขณะเดียวกันก็ทำหน้าที่เป็นคำเสนอในความสัมพันธ์ตามสัญญาคู่ขนานกับสัญญาประกวดราคา เพราะฉะนั้นสัญญาประกวดราคาจึงยังไม่เกิดขึ้นในเวลาที่มีการประกาศถึงความสำเร็จของการประมูล แต่จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการตกลงตามขั้นตอนของการประมูลที่ครบถูกต้องตามกฎหมายกำหนด เมื่อถึงตอนนั้น ผู้จัดการประกวดราคาก็จะตกเป็นหนี้ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาภายใต้เงื่อนไขของสัญญาคู่ขนานต่อผู้เข้าร่วมประมูลทุกคน หลักสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็จะเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาต่อไป ซึ่งก็คือ การมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนของการประมูลให้ลุล่วงทั้งหมดทุกขั้นตอนและต้องกระทำด้วยความสุจริตเช่นกัน

หากพิจารณาตามแนวทางที่กล่าวไปในข้างต้นจะส่งผลให้สัญญาประกวดราคาสามารถนำมาปรับใช้เป็นฐานในการให้ความช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้เข้าร่วมประมูลที่ถูกปฏิเสธการประมูลอย่างไม่ยุติธรรมได้ ซึ่งเหล่าผู้เข้าร่วมการประกวดราคาทั้งหลายก็จะสามารถเรียกร้องความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้จัดประกวดราคายกเลิกการประมูลโดยปราศจากเหตุอันสมควร และเหตุผลอันเดียวกันนี้เองที่ผู้ชนะการประมูลที่ถูกปฏิเสธโดยการอ้างสิทธิที่ผู้จัดประกวดราคาสงวนสิทธิที่จะไม่เข้าทำสัญญาประมูลกับผู้ชนะมาเรียกร้องค่าเสียหายเพราะการปฏิเสธดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม แนวทางในการปรับใช้สัญญาในลักษณะดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยอมรับในการนำไปปรับใช้และได้รับการสนับสนุนจากศาลไทยเท่าที่ควร เนื่องจากศาลค่อนข้างที่จะมีแนวทางในการตีความสัญญาประกวดราคาและการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ประกวดราคาอย่างเคร่งครัด เนื่องจากศาลมีความเห็นว่าพฤติการณ์ดังกล่าวควรปรับว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิดมากกว่าเป็นการกระทำทางสัญญา ถึงกระนั้น ก็ยังมีความเห็นส่วนน้อยที่เห็นแตกต่าง

ออกไปจากสองแนวทางดังกล่าวอีกว่า สัญญาประกวดราคาอาจยังไม่เกิดความสัมพันธ์ใดๆในทางสัญญาเลย โดยอาศัยข้ออ้างตามมาตรา 366\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากมีความเชื่อว่าหากผู้จัดประกวดกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องมีการตกลงในสาระสำคัญกันครบทุกประการก่อนหรือต้องมีการทำสัญญาเป็นหนังสือจึงจะถือว่ามีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน ก็จะไม่ถือว่าคู่กรณีมีความผูกพันใดๆต่อกันในทางกฎหมายจนกว่าจะมีการตกลงทำสัญญากันอย่างแท้จริง

จากความเห็นดังกล่าวส่งผลให้ผู้จัดการประกวดราคาไม่อาจยึดค้ำมัดจำของในฐานะของเงินมัดจำในการปฏิบัติตามสัญญาประกวดราคา แต่ค้ำมัดจำของดังกล่าวจะถูกพิจารณาว่าเป็นค่าปรับแทน เนื่องจากตามกฎหมายไทยเห็นว่าบุคคลสามารถให้ค้ำมัดจำที่จะทำหรือไม่ทำสิ่งใดแยกต่างหากจากความสัมพันธ์ทางสัญญาได้ ซึ่งเงินค้ำมัดจำของดังกล่าวถือเป็นการประเมินมูลค่าความเสียหายที่เป็นธรรมต่อการเป็นค่าปรับแล้ว

#### 3.5.4. หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องและอาจปรับใช้กับความสัมพันธ์ในหนี้และความรับผิดชอบก่อนการเกิดสัญญา

การอธิบายถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงความเป็นไปได้ในการพิจารณาระบบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพิเศษที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เมื่อปรากฏว่าความพยายามในการให้ศาลพิจารณาตีความมาตรา 5 ว่าด้วยหลักสุจริตให้กว้างเพียงพอที่จะปรับใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาไม่ประสบผลสำเร็จ จึงมีความเห็นว่าอาจมีความเป็นไปได้ที่จะปรับใช้ มาตรา 420\* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดซึ่งได้รับอิทธิพลโดยตรงจากกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้แทน

จากความเหมือนกันของตัวบทกฎหมายดังกล่าวทำให้ไทยต้องประสบปัญหาเช่นเดียวกันกับที่นักกฎหมายเยอรมันประสบนั่นก็คือ ความไม่ชัดเจนและแน่นอนในความหมายของคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” (unlawfulness) ถึงพฤติกรรมหรือการกระทำของจำเลย และความหมายของความเสียหายทางการเงิน (Financial loss) ที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของความเสียหายทางเศรษฐกิจอัน

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่

ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น



ปราศจากความเสียหายทางกายภาพ\* (Pure economic loss) ที่สร้างความเสียหายให้เกิดแก่ผู้เรียกร้องความเสียหายจะนับรวมเป็นผลประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยหรือไม่

จากความคิดเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ต่างเห็นว่า การยุติการเจรจาเป็นเพียงการที่จำเลยใช้เสรีภาพในการทำสัญญาเท่านั้น จึงเป็นกรณีที่กำลังจะได้ยากยิ่งว่าการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ความเสียหายทางเศรษฐกิจอันปราศจากความเสียหายทางกายภาพ อาจเป็นผลประโยชน์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 ที่ผู้ได้รับความเสียหายอาจเรียกร้องความเสียหายได้ แต่ถึงกระนั้น ผู้เรียกร้องความเสียหายอาจพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) ได้ยาก

อย่างไรก็ตาม ยังมีโอกาสที่คู่กรณีที่ยุติการเจรจาอาจต้องรับผิดชอบในบางสถานการณ์ เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลในบางกรณีที่ความรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 8898/2544\* ที่โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายบนฐาน

\* ความเสียหายทางเศรษฐกิจอันปราศจากความเสียหายทางกายภาพ (Pure economic loss) เป็นความเสียหายที่กระทบกระเทือนต่อสถานะทางการเงินของผู้สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย กล่าวคือเป็นความเสียหายที่ก่อให้เกิดความลดน้อยถอยลงซึ่งสถานะทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นเนื่องจากการต้องเสียค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น เช่น การที่ผู้ขายไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อให้แก่ผู้ซื้อ ทำให้ผู้ซื้อต้องไปซื้อทรัพย์สินนั้นจากบุคคลอื่นในราคาที่สูงขึ้น รวมถึงการขาดกำไร หรือการเสียประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งความเสียหายดังกล่าวนี้ ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพ ต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินแต่อย่างใด อ้างถึงใน ดวงพร ปิยวิทย์. แนวคิดในการให้ค่าเสียหายที่เป็นความสูญเสียทางเศรษฐกิจอันปราศจากความเสียหายทางกายภาพตามกฎหมายเรื่องความรับผิดทางแพ่งของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558 หน้า 182

\* คำพิพากษาฎีกาที่ 8898/2544 ประกาศแจ้งความประกวดราคาจ้างเหมาเป็นเพียงประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจที่จะรับจ้างขนขยะมูลฝอยจากท่าริมแม่น้ำเจ้าพระยาไปทำลายโดยวิธีฝังดิน ยื่นคำเสนอขอทำสัญญากับจำเลยที่ 1 โดยวิธียื่นซองประกวดราคา ซึ่งต่อมาโจทก์เป็นผู้เข้าประกวดราคาและเสนอราคาต่ำสุดอันเป็นการทำคำเสนอต่อจำเลยที่ 1 แล้ว เท่ากับโจทก์ยอมรับที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขของจำเลยที่ 1 ทุกประการ การที่จำเลยที่ 1 โดยประธานคณะกรรมการเปิดซองประกวดราคามีหนังสือแจ้งให้โจทก์ทราบในภายหลังว่าตกลงรับราคาที่โจทก์เสนอถือว่าเป็นการทำคำเสนอรับคำเสนอของโจทก์ แต่ในประกาศแจ้งความประกวดราคาจ้างเหมา ข้อ 16 ระบุว่าเมื่อจำเลยที่ 1 แจ้งให้ผู้ประกวดราคาได้ทราบเป็นหนังสือผู้ประกวดราคาได้นั้นต้องไปทำสัญญาตามแบบของจำเลยที่ 1 ภายใน 7 วัน นับแต่วันได้รับแจ้ง ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 ยังไม่ได้ทำสัญญาตามแบบของจำเลยที่ 1 จึงไม่เกิดเป็นสัญญาผูกพันโจทก์และจำเลยที่ 1 การที่จำเลยที่ 1 ประกาศยกเลิกการประกวดราคาจ้างเหมาครั้งนี้ ไม่ว่าโจทก์ซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาจะทำผิดเงื่อนไขตามประกาศแจ้งความประกวดราคาหรือไม่ก็ตามก็ไม่ถือว่าจำเลยที่ 1 กระทำผิดสัญญาต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนนี้จากจำเลยที่

ของละเมิดสำหรับความล่าช้าในการแจ้งยกเลิกการประกวดราคาหลังจากการเปิดซองประกวดรคานานถึง 5 ปีโดยอ้างว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะ ศาลปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าวและมีความเห็นเป็นไปแนวทางเดียวกันด้วยว่า คู่กรณีไม่สามารถเรียกร้องความเสียหายอย่างใดๆจากผู้จัดการประกวดราคา ที่สงวนสิทธิในการยกเลิกการประกวดราคาไว้

อย่างไรก็ดี จากเหตุผลของศาลในคดีนี้ ยังคงมีความเป็นไปได้ที่ศาลอาจเปิดโอกาสให้ยกเหตุของการล่าช้าอย่างมีนัยยะสำคัญจากความไม่สุจริตหรือความประมาทเลินเล่อเป็นฐานของการเกิดละเมิดในกรณีเดียวกันนี้ได้ แต่จากเหตุผลในคดีที่จำเลยอ้างว่า จากการศึกษาถึงผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม อาทิ กระบวนการกำจัดขยะมีผลต่อการประกวดราคา ศาลเห็นว่าเป็นเหตุผลที่ดีเพียงพอที่จำเลยจะใช้สิทธิยกเลิกการประกวดราคาได้ ทำให้จำเลยซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบจากการยกเลิกการทำสัญญาประกวดราคาทีล่าช้าไปเป็นเวลาถึง 5 ปี จากตรงนี้จึงอาจพิจารณาได้ว่า ศาลไทยอาจให้โอกาสในการปรับใช้ความรับผิดชอบในทางละเมิดเป็นฐานในการก่อตั้งความรับผิดชอบสำหรับการเจรจาได้ โดยการพิจารณาว่าความรับผิดชอบนั้นๆเกิดขึ้นจากการประเมินค่าของความสุจริตต่อการก่อให้เกิดความผิด มากกว่าที่จะใช้สิทธิของความสุจริตในทางสัญญาในสัญญาประกวดราคา

1 ตามประกาศแจ้งความประกวดราคาจ้างเหมา ข้อ 18 ได้ระบุเงื่อนไขไว้ว่า จำเลยที่ 1 ทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะยกเลิกการประกวดการารายนี้เสียก็ได้แล้วแต่จะเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของทางราชการและผู้ยื่นซองประกวดราคาไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าทดแทนหรือค่าเสียหายใด ๆ จากจำเลยที่ 1 ได้ ดังนั้น แม้ว่าโจทก์จะเป็นผู้ที่ยื่นซองประกวดราคาและเสนอราคาต่ำสุด ทั้งได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของผู้ยื่นซองประกวดราคาตามที่ได้ประกาศแจ้งความไว้แล้วก็ตาม จำเลยที่ 1 ย่อมมีสิทธิที่จะยกเลิกการประกวดการครั้งนี้ได้เมื่อจำเลยที่ 1 เห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของทางราชการ แม้จำเลยที่ 1 จะแจ้งยกเลิกการประกวดราคาหลังจากการเปิดซองประกวดรคานานถึง 5 ปี แต่โจทก์ก็ไม่สามารถนำสืบได้ว่าจำเลยคนหนึ่งคนใดมีเจตนาถ่วงถ่วงโจทก์เพื่อให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ข้อเท็จจริงได้ความว่า โครงการขนขยะมูลฝอยริมแม่น้ำเจ้าพระยามีผลกระทบต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่กลบฝังขยะ ตลอดจนบริเวณท่าเทียบเรือที่ใช้เป็นที่ขนลำเลียงขยะมูลฝอยลงเรือเป็นอย่างมาก การพิจารณาถึงผลกระทบดังกล่าวจึงต้องกระทำอย่างละเอียดรอบคอบ จำเลยที่ 1 ได้ดำเนินการในเรื่องนี้อย่างต่อเนื่องและตลอดมา ซึ่งโจทก์ก็ได้ร่วมรับรู้อย่างใกล้ชิด ทั้งยังให้ความยินยอมขยายกำหนดเวลายื่นราคาที่โจทก์เสนอไว้อย่างต่อเนื่องเช่นกัน โจทก์จึงไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าการแจ้งยกเลิกการประกวดราคาล่าช้าของจำเลยที่ 1 เป็นการกระทำโดยจงใจถ่วงถ่วงโจทก์ให้โจทก์ได้รับความเสียหายหรือไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ แม้โจทก์จะได้ระบุไว้ในหนังสือยินยอมขยายกำหนดเวลายื่นราคาว่าหากไม่ตกลงทำสัญญาว่าจ้างโจทก์ภายในกำหนดแล้ว โจทก์จะเรียกค่าเสียหายจากจำเลยที่ 1 ก็ไม่มีผลทางกฎหมายว่าการที่จำเลยที่ 1 ไม่ทำสัญญาจ้างเหมากับโจทก์เป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ ส่วนจำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ปฏิบัติราชการไปตามอำนาจหน้าที่ ไม่ได้ความว่าปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์เสียหาย จึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อโจทก์เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังไม่ได้มีการบัญญัติเงื่อนไขที่คล้ายคลึงกับมาตรา 826\* ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่มีขอบเขตที่กว้างขวางและยืดหยุ่นในการให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมไปถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เกิดจากความจงใจที่จะกระทำการขัดต่อหลักศีลธรรมอันดี (contra bonos mores) ส่งผลให้มาตรา 420 ของไทยไม่อาจนำไปปรับใช้เพื่อจัดการกับบุคคลที่เข้ามาเจรจาทำสัญญาเป็นระยะเวลายาวนานแต่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ จากการเจรจานั้น เนื่องจากเข้าสู่การเจรจาเพียงเพื่อต้องการทำลายธุรกิจหรือได้รับข้อมูลสำคัญทางการค้าของคู่เจรจาเพียงอย่างเดียว

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่พอจะให้ความช่วยเหลือเยียวยาแก่คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการเจรจาที่ไม่เกิดประโยชน์จึงอาจเป็นหลักเกณฑ์สมควรได้ (Undue enrichment) ตัวอย่างเช่น การทวงคืนข้อมูลความลับทางธุรกิจที่ได้มอบให้แก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งไปในระหว่างการเจรจาหรือระหว่างขั้นตอนของการประกวดราคา เป็นต้น แต่ถึงอย่างนั้น การคืนกลับสู่สภาพเดิมถึงกล่าวที่อาจกล่าวอ้างได้ตามหลักเกณฑ์สมควรได้นี้ คงทำได้เพียงการเรียกคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นๆ ที่มอบให้แก่คู่เจรจาเท่านั้น ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากความไว้น้ำใจเชื่อใจ เช่น การเตรียมการปฏิบัติตามสัญญาที่อาจเกิดขึ้นได้แต่อย่างใด

### 3.5.5. ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างความรับผิดตามสัญญา ความรับผิดตามกฎหมายละเมิด และความรับผิดก่อนสัญญา

#### 3.5.5.1. เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างความรับผิดก่อนสัญญา และความรับผิดตามสัญญา<sup>224</sup>

ประเด็น	ความรับผิดก่อนสัญญา	ความรับผิดตามสัญญา
บุคคลที่เกี่ยวข้อง	“คู่เจรจา” ที่เข้ามาทำการเจรจา เพราะเป็นความรับผิดที่เกิดจากความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ก่อนที่สัญญาจะเกิด	“คู่สัญญา” เพราะเป็นความรับผิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา หลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว
ฐานของความรับผิด	เกิดจากการที่คู่เจรจา กระทำการฝ่า	เป็นความผิดที่เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายใด

\* Section 826 Intentional damage contrary to public policy

A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage.

<sup>224</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, กฎหมายละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561). หน้า 35 – 37.

	<p>ผืนหน้าที่ก่อนสัญญา คือ หน้าที่ในการที่จะต้องเข้าเจรจาเพื่อทำสัญญา หรือการใช้เสรีภาพในการทำสัญญา ด้วยความสุจริต</p>	<p>ฝ่ายหนึ่ง ผ่าผืนหน้าที่ตามสัญญา คือ การไม่ชำระหนี้</p>
<p><b>องค์ประกอบของความรับผิด</b></p>	<p>ต้องมีความจงใจ หรือประมาท เลินเล่อ (Fault) ในขั้นตอนก่อนสัญญา เพื่อคุ้มครองไม่ให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายต่อความไว้น้ำใจ</p>	<p>ต้องมีความจงใจ หรือประมาท เลินเล่อ (Fault) ในขั้นตอนของการชำระหนี้ภายหลังสัญญาเกิด กล่าวคือ จงใจ หรือประมาทเลินเล่อไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญา</p>
<p><b>ความเสียหายที่ควรได้รับการเยียวยา</b></p>	<p>เป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายในการไม่ควรถวายเวลา เสียโอกาส หรือเสียค่าใช้จ่ายเข้ามาเจรจาทำสัญญาที่สุดท้ายแล้วไม่เกิดขึ้น หรือสัญญาเกิดแต่ไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ ชดเชยค่าเสียหายสำหรับการที่ไม่ได้ประโยชน์ใดๆจากการเสียค่าใช้จ่ายในการเจรจา หรือค่าเสียหายในเชิงลบ (Negative Interest)</p>	<p>เป็นการชดเชยค่าเสียหายสำหรับการขาดทุนขาดกำไรที่ควรจะได้ตามสัญญา กล่าวคือ ขาดสิ่งที่มีอยู่ในขณะที่เกิดสัญญา หรือขาดสิ่งที่จะได้มาในอนาคตหากมีการปฏิบัติถูกต้องตามสัญญา หรือค่าเสียหายในเชิงบวก (Positive Interest)</p>

### 3.5.5.2. เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างความรับผิดก่อนสัญญา และความรับผิดเพื่อละเมิด<sup>225</sup>

ประเด็น	ความรับผิดก่อนสัญญา	ความรับผิดเพื่อละเมิด
<p><b>ความสามารถในการใช้สิทธิของบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้อง</b></p>	<p>บุคคลที่เข้ามาเจรจา โดยหลักต้องมีความสามารถในการใช้สิทธิ ตามกฎหมาย กล่าวคือ สามารถ</p>	<p>ผู้ไร้ความสามารถก็สามารถเป็นบุคคลที่กระทำละเมิด และรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้</p>

<sup>225</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 38 – 39.

	ทำนิติกรรมได้ด้วยตนเอง	
หนี้หรือหน้าที่ที่เกี่ยวข้องใน การก่อให้เกิดความรับผิด	เป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการ ที่คู่เจรจากระทำการฝ่าฝืนต่อ หน้าที่ในการต้องดำเนินการ เจรจาด้วยความสุจริตก่อนสัญญา	เป็นความรับผิดที่เกิดจากการที่ บุคคลกระทำการฝ่าฝืนต่อ หน้าที่ตามกฎหมายในการที่ จะต้องงดเว้นไม่ก่อให้เกิดความ เสียหายแก่บุคคลอื่นในสังคม
ความเสียหายที่ควรได้รับการ เยียวยา	ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความ เสียหายบนฐานของการไม่ควร ต้องเสียเวลา เสียโอกาส หรือเสีย ค่าใช้จ่ายในการเข้ามาเจรจาเพื่อ ทำสัญญา หรือค่าเสียหายในเชิง ลบ (Negative Interest)	ชดใช้ค่าเสียหายในลักษณะของ การขาดทุนขาดกำไร เช่นเดียวกับความรับผิดตาม สัญญา หรือค่าเสียหายในเชิง บวก (Positive Interest)

## บทที่ 4

### วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหนี้ก่อนสัญญา

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญา

ตามหลักกฎหมายของทั้งในกฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายจีน และกฎหมายไทย ซึ่งต่างก็อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น หนี้ล้วนมีบ่อเกิดที่สำคัญมาจากสัญญา อย่างไรก็ตาม หนี้ยังคงมีบ่อเกิดอื่นๆได้อีกเช่นเดียวกัน กล่าวคือ หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด ส่งผลให้ต้องชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย ดังนั้น หนี้จึงมีบ่อเกิดมาจากสัญญาและละเมิดเป็นสำคัญ ถึงกระนั้นก็ยังปรากฏถึงความมีอยู่ของบ่อเกิดแห่งอื่นอีก เพียงแต่อาจไม่สำคัญเท่าสองบ่อเกิดที่กล่าวไปแล้ว

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น หลักกฎหมายหนี้มีรากฐานสำคัญมาจากกฎหมายของโรมัน ที่มีการสร้างกรอบความคิดเกี่ยวกับหนี้ว่า เป็นความผูกพันระหว่างบุคคลตามกฎหมายใน อันที่จะบังคับให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามที่กำหนดในกฎหมาย จึงทำให้หนี้ในระบบกฎหมายของเยอรมัน ฝรั่งเศส จีน และไทย ต่างมีความคิดเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า หนี้ คือ ความผูกพันหรือความผูกมัดทางกฎหมายที่ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามสิ่งที่เจ้าหนี้เรียกร้องและก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้

อย่างไรก็ตาม มีปัญหาเกิดขึ้นจากการค้นพบของ Professor Jhering ว่า ถ้ามีบุคคลหนึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดความเป็นโมฆะแก่สัญญาและความเป็นโมฆะดังกล่าว ส่งผลให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายควรมีสติที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากฝ่ายที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้หรือไม่ เนื่องจากเมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะ ความสัมพันธ์ทางหนี้และความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ตามสัญญาใดๆระหว่างคู่กรณีก็ไม่มี ทำให้ผู้เสียหายไม่อาจใช้สิทธิในการฟ้องร้องได้บนพื้นฐานของสัญญาที่เสียเปล่าไป

นอกจากนี้ หากผู้เสียหายจะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ละเมิดก็อาจเกิดปัญหาได้ เนื่องจากในบทบัญญัติของละเมิดนั้นมีข้อสันนิษฐานสำคัญว่า กรณีจะเป็นความสัมพันธ์ในทางละเมิดได้จะต้องมีความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินเท่านั้น ในขณะที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้นอาจไม่ใช่ความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลหรือทรัพย์สินเสมอไป หากแต่อาจเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Pure Economic Loss) เพียงอย่างเดียวก็ได้ เมื่อไม่อาจนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสองเรื่องสำคัญได้ กรณีจึงอาจส่งผลให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการเยียวยาตามสมควรเพราะกฎหมายไม่มีวิธีการในการให้ความคุ้มครองในความสัมพันธ์ของคู่กรณีในระหว่างขั้นตอนของการก่อให้เกิดสัญญา

ด้วยเหตุดังกล่าว Jhering จึงได้กลับไปศึกษาในกฎหมายของโรมันซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ก่อนจะเสนอความคิดว่า ในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณีนั้น มิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ระหว่างคู่กรณีเฉพาะในเรื่องของการต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาเท่านั้น เนื่องจากในบางสถานการณ์ที่เกิดขึ้นอาจทำให้หนี้ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เพราะมีปัจจัยในทางกฎหมายที่ส่งผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะ โดย Professor Jhering เสนอว่า ความ เป็นโมฆะที่เกิดขึ้นแก่สัญญานั้น ควรเข้าใจว่าความเฉพาะการไม่มีผลของสัญญาเท่านั้น ไม่ใช่ หมายความว่าความรวมถึงความไม่มีผลในทุกสิ่งทุกอย่างที่อาจเกี่ยวข้องกับสัญญาด้วย

ดังนั้น แม้ว่าสัญญาจะตกเป็นโมฆะทำให้หนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาและ ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างคู่กรณีจะยังไม่มี แต่คู่กรณีก็ยังมีความสัมพันธ์ในทางหนี้ระหว่างกัน ในอันที่จะต้องชดเชยค่าเสียหายอย่างใดๆที่เกิดขึ้นแก่ฝ่ายหนึ่งเพราะการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยสิ่ง ที่ใช้เป็นรากฐานของความสัมพันธ์ทางหนี้ในช่วงเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญานั้นก็คือ ความผิด (Fault) ที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของคู่กรณีนั่นเอง

เห็นได้ว่า ความผูกพันของคู่กรณีควรมีอยู่แม้ในช่วงที่สัญญากำลังจะเกิดด้วย เนื่องจากการเริ่มต้นการเจรจาเป็นกรณีที่คู่กรณีเริ่มเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางสัญญาที่จะก่อให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ต่อไปในหนี้ตามสัญญา เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น ฉะนั้น การฝ่าฝืนหน้าที่ก่อนสัญญาในการ ปฏิบัติตนในฐานะที่เป็นคู่เจรจาที่ดี จึงอาจก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญาซึ่งมีพื้นฐานที่ตั้งอยู่บน ความผิดและก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญาระหว่างคู่กรณีตามมาได้

ในประเทศเยอรมันนั้น นับเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับหนี้ และความรับผิดก่อนสัญญา หรือ หลัก Culpa in contrahendo มาจาก Jhering โดยตรง เพราะ เหตุที่ Jhering เป็นนักกฎหมายและนักวิชาการชาวเยอรมัน กระนั้นก็ดี ปรากฏว่าในกฎหมายของ เยอรมันช่วงก่อนการแก้ไขและปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันในปีค.ศ. 2002 นั้น ไม่มีการ บัญญัติตัวบทกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของหนี้ก่อนสัญญาไว้แต่อย่างใด แต่อาจมีการกล่าวถึง บ้างในบางมาตรา ส่งผลให้เมื่อเกิดปัญหาหรือข้อเท็จจริงในบางกรณี บทบัญญัติที่มีเหล่านั้นไม่อาจ ปรับใช้ให้ครอบคลุมกับสถานการณ์ได้ ศาลสูงของเยอรมันจึงต้องหาแนวทางในการปรับใช้หลักสุจริต ในการพิจารณาคดีเป็นการทดแทน เนื่องจากในกฎหมายของเยอรมันนั้นถือว่าหลักข้อสัตย์สุจริตเป็น หลักการที่ครอบคลุมเนื้อหาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสัญญา

เมื่อศึกษาถึงเจตนารมณ์ในการร่างมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง เยอรมันจะพบว่า ผู้ร่างกฎหมายของเยอรมันมีความประสงค์ให้หลักข้อสัตย์สุจริตเป็นเสมือนเครื่องมือ ในการจำกัดและควบคุมพฤติกรรม รวมถึงวิธีการปฏิบัติตามหน้าที่โดยสุจริตซึ่งถือเป็นหนี่อย่างหนึ่งได้ เช่นกัน เพียงแต่เป็นหนี้หรือหน้าที่ที่มีได้กล่าวออกมาโดยชัดแจ้ง เนื่องจากในมาตรา 242 กำหนดให้ ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ด้วยความสุจริต แม้ในเวลานั้นอาจเข้าใจได้ว่าเป็นหนี้หรือหน้าที่ที่

จะต้องสุจริตภายหลังเกิดสัญญาแล้วก็ตาม แต่ศาลของเยอรมันในเวลานั้นก็ได้ทำการตีความขยายขอบเขตหน้าที่ในการต้องกระทำการด้วยความสุจริตให้ครอบคลุมไปถึงความสัมพันธ์ในลักษณะของการเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อนที่จะเกิดสัญญาด้วย ประกอบกับมีความเห็นจากนักกฎหมายเยอรมันบางส่วนที่เห็นว่า หนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นสามารถที่จะนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญามาใช้ได้จึงทำให้สามารถสร้างกลไกการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาได้ แม้จะยังไม่มีการบัญญัติหลักการทั่วไปในเรื่องดังกล่าวไว้ก็ตาม

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่มีการแก้ไขและปฏิรูประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันในปีค.ศ. 2002 แล้ว ปรากฏว่ากฎหมายเยอรมันมีการแยกความสัมพันธ์ในทางหนี้ออกมาอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะของการกำหนดให้มีการขยายขอบเขตของความสัมพันธ์ทางหนี้ออกไปให้สอดคล้องกับแนวทางในการตีความกฎหมายของศาลเยอรมัน ที่แต่เดิมมีการอาศัยหลักเกณฑ์ของหลักข้อสัตย์สุจริตในการปรับใช้กับความสัมพันธ์ของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาให้ชัดเจน กล่าวคือ ในบทบัญญัติของมาตรา 241 (1) และ (2) นั้นมีการขยายความสัมพันธ์ในทางหนี้ระหว่างคู่กรณีที่มีหนี้ในการต้องปฏิบัติชำระหนี้ต่อกันตามสัญญาหรือตามหนี้จากบ่อเกิดประเภทอื่นให้ครอบคลุมไปถึงหน้าที่เสริมหรือหน้าที่ข้างเคียงที่จะต้องกระทำเพื่อส่งเสริมและควบคุมให้การปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้มีความถูกต้องสมบูรณ์ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้มากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังส่งผลให้มีการแบ่งประเภทของหนี้และหน้าที่ออกจากกันได้อย่างชัดเจน เห็นได้จากในบทบัญญัติมาตรา 241 (2) ที่ได้วางหลักเอาไว้ว่า หนี้ที่ก่อให้เกิดหน้าที่อย่างอื่น นอกเหนือไปจากหนี้หรือหน้าที่ในลักษณะของหนี้หรือหน้าที่หลักที่คู่กรณีมีต่อกันตามสัญญา หรือตามหลักกฎหมายในเรื่องหนี้อื่นๆ โดยเป็นการก่อให้เกิดคู่กรณีในความสัมพันธ์ทางหนี้ความสัมพันธ์หนึ่งๆนั้น ต้องให้ความสนใจและคำนึงถึงสิทธิ ผลประโยชน์ในทางกฎหมาย รวมถึงผลประโยชน์อย่างอื่นของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ซึ่งหนี้หรือหน้าที่ดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นเหมือนหนี้หรือหน้าที่ล่าับรองหรือหน้าที่ข้างเคียงที่จะเข้ามาช่วยส่งเสริมให้การปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้ในความสัมพันธ์ทางหนี้ที่เกิดขึ้นต่อเจ้าหนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หนี้หรือหน้าที่ล่าับรองนี้เปรียบเสมือนเครื่องมือที่ใช้ในการป้องกันและระมัดระวังในการที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

สอดคล้องกับความคิดเห็นของศาสตราจารย์ ดร. Heinz Peter Mansel ที่กล่าวว่า นิติสัมพันธ์ทางหนี้ตามกฎหมายเยอรมันนั้นเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างบุคคลอย่างน้อยสองฝ่ายที่เกิดขึ้นโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิเรียกร้องระหว่างกัน รวมไปถึงหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นอย่างนี้หรือหน้าที่รองในการก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายระหว่างคู่กรณี

นอกจากนี้ Professor Nigel Foster และ Professor Satish Sule เองก็ยังมีความเห็นไปในทางเดียวกันด้วยว่า แม้สัญญาจะยังไม่เกิด ส่งผลให้ความสัมพันธ์ทางหนี้ตามสัญญา



ระหว่างคู่กรณียังไม่มี แต่คู่กรณีก็มีหน้าที่อันอาจถือเป็นหนึ่งในการให้การดูแลคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าทำสัญญาโดยการให้ความช่วยเหลือและการซื่อสัตย์สุจริตต่อกันเช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุที่มีการแบ่งประเภทของหนี้ออกมาอย่างชัดเจนในกฎหมายของเยอรมันนี้เอง จึงทำให้สามารถแยกหนี้หรือหน้าที่หลักออกจากหนี้หรือหน้าที่ลำดับรองได้ และทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า หนี้ก่อนสัญญานั้นอาจมีอยู่จริงในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา เพราะเหตุที่กฎหมายของเยอรมันกำหนดให้หน้าที่ในการเจรจาด้วยความซื่อสัตย์สุจริต รวมถึงหน้าที่อื่นๆ เช่น หน้าที่ในการให้ข้อมูลอันจำเป็นเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจทำสัญญา หรือหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลอันเป็นความลับทางธุรกิจที่ได้รับมาจากคู่กรณีในระหว่างการเจรจา เป็นต้น เป็นส่วนหนึ่งของหนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า หน้าที่ในการกระทำ หรือหน้าที่ในการต้องงดเว้นการกระทำนั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาหรือพื้นฐานของตัวบทกฎหมาย

ขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 นั้น แม้ว่าจะได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับเรื่องของความรับผิดชอบก่อนสัญญาของ Jhering เช่นเดียวกันกับในเยอรมัน ซึ่งเห็นได้จากการเสนอความเห็นของนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสนามว่า Raymond Saleilles ว่า หลังจากที่คู่กรณีได้เข้าสู่การเจรจาแล้วคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตและไม่อาจระงับหรือยุติการเจรจาได้ตามอำเภอใจ โดยไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งสำหรับความไว้น้ำใจเชื่อใจ แต่หลักการดังกล่าวก็ไม่มีการพัฒนาเท่าใดในกฎหมายของเยอรมัน ด้วยเหตุผลที่ในประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในฐานะที่เป็นหลักการสำคัญอันเป็นพื้นฐานประการหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จึงทำให้ทัศนคติที่มีต่อหนี้และหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาถูกมองว่าเป็นเรื่องที่ต้องปรับใช้อย่างระมัดระวัง และควรปรับใช้เฉพาะในยามจำเป็นเท่านั้น เนื่องจากหากมีการกำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่หรือหนี้ก่อนสัญญาย่อมเท่ากับว่า เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลย่อมถูกจำกัด จึงขัดต่อความมีเสรีภาพในทางกฎหมายที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง

กระนั้นก็ดี จากปัญหาในทางข้อเท็จจริงมากมายที่ขึ้นสู่ศาลของฝรั่งเศส ทำให้ศาลฝรั่งเศสจำเป็นต้องตีความกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ถึงแม้ศาลฝรั่งเศสจะยังคงมีความคิดแบบดั้งเดิมในกฎหมายฝรั่งเศสอยู่ว่า ความสัมพันธ์ในทางหนี้ตามสัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าจะมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้มีการเกิดสัญญาขึ้นระหว่างคู่สัญญาแล้วเท่านั้น ส่งผลให้การกระทำอันใดที่ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำภายใต้ความสัมพันธ์ในทางสัญญาจะถูกจัดให้เป็นความสัมพันธ์นอกเหนือจากสัญญาและอาจกลายเป็นความสัมพันธ์ในทางละเมิดแทน โดยศาลฝรั่งเศสได้ยอมจำกัดเสรีภาพบางประการของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ความไว้น้ำใจเชื่อใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแทน

หลังจากความพยายามในการปรับปรุงและแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสผ่านมามากหลายปี ในที่สุดการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งก็สำเร็จเสร็จสิ้นลงในปีค.ศ. 2016 โดยมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 1112 ที่วางหลักให้คู่กรณีต้องกระทำการโดยสุจริตในการเริ่มต้นการเข้าสู่การเจรจา การดำเนินต่อไปซึ่งการเจรจา หรือการล้มเลิกการเจรจา และมาตรา 1112-1 ที่กำหนดให้คู่กรณีที่มีข้อมูลสำคัญอันส่งผลต่อการตัดสินใจในการทำสัญญาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องจัดหาข้อมูลดังกล่าวเพื่อมอบให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบ และใช้ประกอบการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาต่อไป รวมถึงในมาตรา 1112-2 ที่กำหนดห้ามมิให้คู่กรณีที่ได้รับข้อมูลสำคัญทางธุรกิจที่ได้มาในระหว่างการเจรจานำไปเปิดเผยหรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยไม่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาดังกล่าวก็ตาม แต่บทบัญญัติเหล่านี้ก็ไม่ใช่สิ่งที่สามารถเข้าใจได้โดยชัดเจนว่า เป็นหนี้หรือเป็นเพียงหน้าที่ แตกต่างจากในกฎหมายเยอรมันที่กล่าวว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นหน้าที่ แต่ให้ถือรวมเป็นหนี้ตามหลักในมาตรา 241(2)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากรณีจะยังไม่ปรากฏเป็นที่แน่ชัดว่า บทบัญญัติที่ถูกกำหนดขึ้นมาใหม่ภายหลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นหนี้หรือหน้าที่ สิ่งที่สามารถพิจารณาและเข้าใจได้ในเวลานี้คือ แนวทางในการตีความของศาลฝรั่งเศสที่มีการปรับใช้ข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงนั้นได้รับการยอมรับและบัญญัติให้เป็นตัวบทกฎหมายแล้วว่า คู่เจรจาที่ได้เข้าทำการเจรจาท่อกันจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตและไม่กระทำการใดๆอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

หากพิจารณาต่อไปในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสจะพบว่า ในฝรั่งเศสยังคงไม่ปรากฏว่ามีกรณีแยกหนี้หรือหน้าที่ออกจากกันอย่างชัดเจนแต่กลับมีการใช้แทนที่ซึ่งกันและกันได้ในหลายๆสถานการณ์ แม้กระทั่งในคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสเองก็ยังมีการใช้คำว่า หนี้และหน้าที่ในเชิงของคำที่มีความหมายเดียวกัน จึงทำให้อาจพิจารณาต่อไปได้ว่า หนี้ก่อนสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสเองนั้นก็อาจมีอยู่ได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ยังไม่ชัดเจนว่าหากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้นั้น คู่กรณีผู้เป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้จะมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรบ้าง

ส่วนกฎหมายของจีนนั้น มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากระบบกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศสอยู่บางส่วน กล่าวคือ มีการนำเอาความเชื่อในลัทธิขงจื้ออันเป็นรากฐานสำคัญของสังคมของชนชาติจีนเข้ามาผสมผสานกับกฎหมายแพ่งแบบสมัยใหม่ของจีน อย่างไรก็ตาม กฎหมายแพ่งใหม่ของจีนก็ได้รับอิทธิพลและแนวความคิดบางส่วนมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ส่งผลให้จีนมีความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางหนี้ที่ใกล้เคียงกับในกฎหมายของเยอรมัน กล่าวคือ จีนเห็นว่า หนี้เป็นความสัมพันธ์พิเศษที่ประกอบไปด้วยสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่กรณีนั่นเอง

กระนั้นก็ดี ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายสัญญาของจีนนั้น ในช่วงแรกกฎหมายจีนเองก็ปรากฏความคิดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับในกฎหมายฝรั่งเศส

เช่นเดียวกัน คือ ถือว่าคู่สัญญาไม่มีหน้าที่ใดๆต่อกันจนกว่าความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างคู่กรณีจะเกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแก่คดีที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดก่อนสัญญา ส่งผลให้มีความพยายามในการค้นหากฎหมายเพื่อมาปรับใช้แก่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นโดยยังคงให้ความสำคัญต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่เช่นเดิม สำหรับวิธีการในการปรับใช้กฎหมายนั้น ศาลจีนได้ทำการปรับเปลี่ยนวิธีการตีความหลักสุจริตในมาตรา 6 แห่งกฎหมายสัญญาของจีนให้มีความยืดหยุ่นและกว้างขึ้น กล่าวคือ แทนที่ศาลจะปรับใช้หลักสุจริตในฐานะของกฎหมายที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เปลี่ยนเป็นตีความขยายให้หลักสุจริตกลายมาเป็นหลักที่ก่อให้เกิดหน้าที่ในการคุ้มครองและปกป้องคู่กรณีในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญาในลักษณะที่เหมือนกันกับในกฎหมายเยอรมันแทน เพียงแต่จะกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องให้เกิดความเสียหายนั้นต้องรับผิดตามกฎหมายละเมิดที่ถูกยืมมาปรับใช้แทน

ต่อมา เมื่อกฎหมายจีนได้ให้การยอมรับและเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อก่อให้เกิดระบบของความรับผิดก่อนสัญญาเป็นกรณีพิเศษ โดยเป็นการควบคุมและสร้างกลไกในการให้การเยียวยาแก่ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหาย จากการกระทำของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต จากการบัญญัติมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาของจีน ให้คู่กรณีต้องรับผิดในความเสียหายอย่างใดๆ จากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต หรือกระทำผิดหน้าที่ที่ควรกระทำในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา อาทิ การไม่จัดหาข้อมูลอันจำเป็นแก่การตัดสินใจทำสัญญาให้แก่คู่กรณี หรือการเข้าสู่การเจรจาโดยปราศจากเจตนาที่แท้จริงในการบรรลุข้อตกลงทำสัญญา เป็นต้น

จากแนวทางในการปรับใช้มาตรา 42 ที่สำนักงานคณะกรรมการวิจัยขั้นพื้นฐานแห่งชาติจีนได้วางหลักเอาไว้ แสดงให้เห็นว่า ความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่หรือหน้าที่ตามมาตรา 42 นั้นตั้งอยู่บนฐานของ ความผิด (Fault) เช่นเดียวกับในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส อีกทั้งเมื่อพิจารณาประกอบกับคำอธิบายของ Professor Wang Liming แล้วจะพบว่า การที่จะปรับใช้มาตรา 42 เข้าแก่กรณีใดกรณีหนึ่งได้นั้น ต้องปรากฏว่ามีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายในช่วงของการเจรจาก่อนการเกิดสัญญา โดยกฎหมายจีนมองว่า ความรับผิดก่อนสัญญาไม่ใช่ความรับผิดตามสัญญาที่เกิดจากการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา แต่เป็นความรับผิดที่เกิดจากตัวบทกฎหมายและเป็นการรับผิดชอบต่อการฝ่าฝืนหน้าที่อันควรปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด

ด้วยเหตุนี้ จึงเข้าใจได้ว่าในกฎหมายของจีนเองก็มีหนีก่อนสัญญาได้เช่นเดียวกันกับในกฎหมายของเยอรมันและกฎหมายของฝรั่งเศส เพียงแต่กฎหมายจีนมองว่าหนังก่อนสัญญาเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กำหนดโดยตัวบทของกฎหมาย และก่อให้เกิดความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้น จึงสามารถเข้าใจได้ต่อไปอีกว่าหนังก่อนสัญญาของจีนเป็นหน้าที่เกิดจากกฎหมายกำหนดและมีการปรับใช้ตามเงื่อนไขและหลักการที่ศาลจีนเห็นสมควรต่อไป

ส่วนในกฎหมายไทยนั้น มีการให้คำอธิบายความแตกต่างระหว่างหนังกับหน้าที่ไว้ เช่นเดียวกันกับในกฎหมายเยอรมัน โดยหนนี้มีความหมายไปในทางที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยที่ฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการปฏิบัติการชำระหนี้ในทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่หน้าที่เป็นสิ่งที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องปฏิบัติโดยอาจเกิดขึ้นจากสาเหตุอื่นที่ไม่ใช่แค่มูลเหตุแห่งหนนี้เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหนนี้กับหน้าที่แล้วจะพบว่าทั้งสองคำมักอยู่ร่วมกันเสมอ เนื่องจากหนนี้เป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่ผูกพันให้ลูกหนนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนที่กำหนดไว้ ตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร และศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์ แต่หากพิจารณาต่อไปจะพบว่ากฎหมายไทยอาจมีการแบ่งประเภทของหนนี้ไว้ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับในกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ คู่สัญญาอาจมีหนนี้หรือหน้าที่หลักและหนนี้หรือหน้าที่รองได้ แต่เป็นหนนี้หรือหน้าที่รองที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการเกิดขึ้นของสัญญาแล้วเท่านั้น โดยในกฎหมายไทยเรียกหนนี้ในลักษณะดังกล่าวว่า เป็นหนนี้ประธานและหนนี้อุปกรณ์

เมื่อพิจารณาต่อไปจะพบได้ว่า การแบ่งประเภทของหนนี้ประธานและหนนี้อุปกรณ์ตามกฎหมายของไทยยังมีลักษณะที่ไม่ชัดเจนเท่ากับในหลักกฎหมายของเยอรมันที่ได้มีการนำเอาหลักในเรื่องหนนี้ลำดับรองมาบัญญัติรองรับไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 241 (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อันทำให้เกิดความชัดเจนถึงความมีอยู่ของหนนี้ดังกล่าว และส่งผลให้คู่กรณีตระหนักได้โดยการพิจารณาจากหลักของกฎหมายว่า นอกเหนือไปจากหนนี้หลักที่อาจเกิดขึ้นตามสัญญาแล้ว คู่กรณียังอาจมีหนนี้หรือหน้าที่อื่น ๆ อีกที่จะต้องปฏิบัติต่อกันก่อนสัญญา เมื่อคำนึงถึงสิทธิ ผลประโยชน์ทางกฎหมาย รวมถึงผลประโยชน์อื่นๆของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

กระนั้นก็ดี หากพิจารณาเฉพาะในถ้อยคำต่างๆที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะพบว่า ไม่ปรากฏถึงการกล่าวถึงหลักความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนสัญญาแต่อย่างใด ส่งผลให้ในเบื้องต้นอาจเข้าใจได้ว่ากฎหมายไทยยังไม่มีการยอมรับถึงหลักความรับผิดชอบที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีในช่วงเวลาก่อนสัญญาได้ ประกอบกับแนวทางของศาลไทยที่มีแนวโน้มที่จะจำกัดความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเฉพาะเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น เห็นได้จาก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1825/2522

โจทก์ประกาศประกวดราคาจัดซื้อของ เป็นคำเชิญชวนให้ผู้ประสงค์จะเข้าประกวดราคายื่นซองเสนอหนังสือเสนอราคาที่ยื่นเป็นคำเสนอ โจทก์มีหนังสือแจ้งให้จำเลยทราบว่าจะตกลงรับราคาที่ยื่นเสนอและให้ไปทำสัญญาเป็นคำสนอง แต่สัญญาซื้อขายยังไม่เกิดขึ้น เมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ สัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อโจทก์และจำเลยได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือตามข้อผูกพันที่ระบุไว้ในประกาศประกวดราคา จำเลยไม่ไปทำสัญญากับโจทก์ตามกำหนดเวลา โจทก์ยอมมีสิทธิริบเงินมัดจำของประกวดราคาได้ตามข้อตกลงในประกาศประกวดราคา แต่เมื่อยังไม่มีสัญญาซื้อขายต่อกันจำเลยยังไม่มี ความผูกพันตามสัญญาซื้อขายที่จะต้องมอบของให้ โจทก์ ค่าเสียหายที่โจทก์ต้องซื้อของจากผู้อื่นแพงกว่าราคาที่จำเลยเสนอเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาซื้อขาย ไม่ใช่ค่าเสียหายอันเกิดจากข้อตกลงในการประกวดราคา โจทก์ยอมมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชดใช้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1418/2529

ในการประกวดราคาโจทก์กำหนดเงื่อนไขว่าผู้ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ประกวดราคาได้จะต้องมาทำสัญญาซื้อขายภายใน 7 วันถ้าไม่มาทำสัญญาตามกำหนด โจทก์ริบเงินประกันของ ประกวดราคาได้ทันทีและถ้าโจทก์ต้องซื้อสิ่งของรายการนี้จากบุคคลอื่นมีราคาสูงขึ้นเท่าใดผู้ประกวดราคาได้ครั้งนี้จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสิ่งของที่สูงขึ้นนั้นให้แก่โจทก์อีกโสดหนึ่งด้วยเห็นได้ว่าการตกลงซื้อขายรายนี้คู่กรณีมุ่งจะทำสัญญากันเป็นหนังสือ จำเลยเป็นผู้ประกวดราคาได้แต่ไม่ไปทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์ตามกำหนดที่โจทก์แจ้งให้ทราบจึงถือว่ายังไม่มีสัญญาซื้อขายต่อกัน โจทก์จึงมีเพียงสิทธิริบเงินประกันของ ประกวดราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคาเท่านั้นจำเลยยังไม่มี ความผูกพันตามสัญญาซื้อขายที่จะต้องมอบสิ่งของตามที่ประกวดราคาให้โจทก์ ค่าเสียหายที่โจทก์ซื้อสิ่งของจากผู้อื่นในราคาที่เพิ่มขึ้นเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาซื้อขายไม่ใช่ค่าเสียหายอันเกิดจากข้อตกลงในการประกวดราคา เมื่อสัญญาซื้อขายยังไม่เกิดขึ้นโจทก์ยอมมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชดใช้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8898/2544

ประกาศแจ้งความประกวดราคาจ้างเหมาเป็นเพียงประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจที่จะรับจ้างขนขยะมูลฝอยจากท่าริมแม่น้ำเจ้าพระยาไปทำลายโดยวิธีฝังดิน ยื่นคำเสนอขอทำสัญญากับจำเลยที่ 1 โดยวิธียื่นซองประกวดราคา ซึ่งต่อมาโจทก์เป็นผู้เข้าประกวดราคาและเสนอราคาต่ำสุดอันเป็นการทำคำเสนอต่อจำเลยที่ 1 แล้ว เท่ากับโจทก์ยอมรับที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขของจำเลยที่ 1 ทุก

ประการ การที่จำเลยที่ 1 โดยประธานคณะกรรมการเปิดซองประกวดราคามีหนังสือแจ้งให้โจทก์ทราบในภายหลังว่าตกลงรับราคาที่โจทก์เสนอถือได้ว่าเป็นการทำคำสั่งของรับคำเสนอของโจทก์ แต่ในประกาศแจ้งความประกวดราคาจ้างเหมา ข้อ 16 ระบุว่าเมื่อจำเลยที่ 1 แจ้งให้ผู้ประกวดราคาได้ทราบเป็นหนังสือผู้ประกวดราคาได้นั้นต้องไปทำสัญญาตามแบบของจำเลยที่ 1 ภายใน 7 วัน นับแต่วันได้รับแจ้ง ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 ยังไม่ได้ทำสัญญาตามแบบของจำเลยที่ 1 จึงไม่เกิดเป็นสัญญาผูกพันโจทก์และจำเลยที่ 1 การที่จำเลยที่ 1 ประกาศยกเลิกการประกวดราคาจ้างเหมาครั้งนี้ ไม่ว่าโจทก์ซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาจะทำผิดเงื่อนไขตามประกาศแจ้งความประกวดราคาหรือไม่ก็ตามก็ไม่ถือว่าจำเลยที่ 1 กระทำผิดสัญญาต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนนี้จากจำเลยที่ 1

ตามประกาศแจ้งความประกวดราคาจ้างเหมา ข้อ 18 ได้ระบุเงื่อนไขไว้ว่าจำเลยที่ 1 ทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะยกเลิกการประกวดราคารายนี้เสียก็ได้แล้วแต่จะเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของทางราชการและผู้ยื่นซองประกวดราคาไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าทดแทนหรือค่าเสียหายใด ๆ จากจำเลยที่ 1 ได้ ดังนั้น แม้ว่าโจทก์จะเป็นผู้ที่ยื่นซองประกวดราคาและเสนอราคาต่ำสุด ทั้งได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของผู้ยื่นซองประกวดราคาตามที่ได้ประกาศแจ้งความไว้แล้วก็ตามจำเลยที่ 1 ย่อมมีสิทธิที่จะยกเลิกการประกวดราคาครั้งนี้ได้เมื่อจำเลยที่ 1 เห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของทางราชการ

แม้จำเลยที่ 1 จะแจ้งยกเลิกการประกวดราคาหลังจากการเปิดซองประกวดราคานานถึง 5 ปี แต่โจทก์ก็ไม่สามารถนำสืบได้ว่าจำเลยคนหนึ่งคนใดมีเจตนาถ่วงเวลาโจทก์เพื่อให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ข้อเท็จจริงได้ความว่า โครงการขนขยะมูลฝอยริมแม่น้ำเจ้าพระยามีผลกระทบต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่กลบฝังขยะ ตลอดจนบริเวณท่าเทียบเรือที่ใช้เป็นที่ขนลำเลียงขยะมูลฝอยลงเรือเป็นอย่างมาก การพิจารณาถึงผลกระทบดังกล่าวจึงต้องกระทำอย่างละเอียดรอบคอบ จำเลยที่ 1 ได้ดำเนินการในเรื่องนี้อย่างต่อเนื่องและตลอดมา ซึ่งโจทก์ก็ได้ร่วมรับรู้อย่างใกล้ชิด ทั้งยังให้ความยินยอมขยายกำหนดเวลายื่นราคาที่โจทก์เสนอไว้อย่างต่อเนื่องเช่นกัน โจทก์จึงไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าการแจ้งยกเลิกการประกวดราคาล่าช้าของจำเลยที่ 1 เป็นการกระทำโดยจงใจกลั่นแกล้งให้โจทก์ได้รับความเสียหายหรือไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ แม้โจทก์จะได้ระบุไว้ในหนังสือยินยอมขยายกำหนดเวลายื่นราคาว่าหากไม่ตกลงทำสัญญาว่าจ้างโจทก์ภายในกำหนดแล้ว โจทก์จะเรียกค่าเสียหายจากจำเลยที่ 1 ก็ไม่มีผลทางกฎหมายว่าการที่จำเลยที่ 1 ไม่ทำสัญญาจ้างเหมากับโจทก์เป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ ส่วนจำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ปฏิบัติราชการไปตามอำนาจหน้าที่ ไม่ได้ความว่าปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์เสียหาย จึงไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อโจทก์เช่นเดียวกัน

จากแนวคำพิพากษาของศาลจะเห็นได้ว่า ศาลมีความเห็นไปในทางที่จะตีความถึงความสัมพันธ์ของคู่กรณีตามสัญญาอย่างเคร่งครัด จึงอาจเป็นกรณีที่ทำให้เกิดการขัดขวางต่อการปรับ

ใช้กฎหมายเพื่อสร้างความยืดหยุ่นและความยุติธรรมภายใต้หลักการของระบบกฎหมายซีวิลลอว์  
ทั่วไป ส่งผลให้ในการพิจารณาเบื้องต้นนี้เห็นได้ว่า ในกฎหมายไทยไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆที่เกิดขึ้นแก่  
คู่กรณีในช่วงก่อนที่จะมีการตัดสินใจทำสัญญา

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาต่อไปถึงหลักสุจริตและที่มาของหลักการดังกล่าวใน  
กฎหมายไทย จะพบว่า กฎหมายไทยมีต้นแบบในการยกร่างหลักสุจริตมาจากประมวลกฎหมายแพ่ง  
สวิส มาตรา 2 ที่วางหลักไว้ว่า ในการใช้สิทธิก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต  
และกฎหมายแพ่งสวิสมีแม่แบบมาจากในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเช่นเดียวกัน ฉะนั้น หาก  
ย้อนกลับไปพิจารณาถึงลักษณะของการปรับใช้หลักสุจริตในกฎหมายแพ่งของเยอรมันก็จะพบได้ว่า  
เจตนารมณ์ในการบัญญัติหลักสุจริตไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 242 มี  
จุดประสงค์หลักคือ ให้คู่สัญญารับรู้และคำนึงถึงเนื้อหาสาระสำคัญที่แท้จริงของหนี้ที่เกิดขึ้นตาม  
สัญญา โดยเป็นการจำกัดและควบคุมพฤติกรรม รวมถึงวิธีการปฏิบัติหน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้

นอกจากนี้ ยังมีวัตถุประสงค์เพิ่มเติมที่ผู้ร่างกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้แสดงให้เห็น  
ปรากฏในตัวบทมาตราดังกล่าวคือ ลูกหนี้ยังมีหน้าที่อื่นๆที่ต้องกระทำในการปฏิบัติการชำระหนี้  
เช่น หน้าที่ในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับวิธีในการใช้ทรัพย์สินที่ซื้อขายในสัญญาอย่างถูกต้อง หรือ  
หน้าที่ในการงดเว้นการกระทำใดๆที่จะส่งผลเป็นการทำลายผลประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับ  
ตามสัญญา ที่เรียกว่า หลักศีลธรรมตามกฎหมาย (Grundsatz der Rechtssicherheit Ethik)  
ประกอบกับแนวทางในการตีความของศาลเยอรมันที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อ  
พิพาทแห่งคดีเป็นจำนวนมาก จนก่อให้เกิดความคิดที่ว่าคู่เจรจามีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองความ  
ไว้เนื้อเชื่อใจของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง ในการที่เขาไม่สมควรต้องเสียเวลา เสียโอกาส หรือแม้กระทั่งเสีย  
ค่าใช้จ่ายในการเข้ามาเจรจาต่อรอง ตามความเห็นของ Professor Jhering และ Professor Burton

เมื่อกลับมาพิจารณาถึงต้นร่างในรายงานการประชุมเพื่อร่างประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์ของไทยเกี่ยวกับหลักสุจริต ก็จะพบว่า หลวงสารสาสน์ประพันธ์ได้แสดงความคิดเห็น  
เอาไว้ว่าน่าสนใจความว่า ความมุ่งหมายของมาตรานี้ก็เพื่อที่จะวางหลักในการที่บุคคลจะได้ปฏิบัติ  
ต่อกันได้เป็นไปโดยความเรียบร้อย กล่าวคือ ให้ถือความสุจริตเป็นหลัก บทกฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นไว้  
สำหรับใช้กับบุคคลที่อาจปฏิบัตินอกกลุ่มนอกทางหรือศีลธรรม

ยิ่งไปกว่านั้น ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ก็ได้ให้คำอธิบายไว้ด้วยเช่นกัน  
ว่า หลักสุจริตอาจแบ่งได้เป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่องและหลักสุจริตโดยทั่วไป ซึ่งเนื้อความในมาตรา 5  
นั้นถือเป็นหลักสุจริตโดยทั่วไป เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อใช้เป็นเครื่องมือวัดความ  
ประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆการกระทำนั้นๆอยู่ในขอบเขตที่ระบบกฎหมายนั้นจะให้การ  
สนับสนุนหรือประณามหรือไม่

ประกอบกับการแสดงความคิดเห็นของศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร ที่เห็นว่าในการเจรจาเพื่อทำสัญญากันก่อให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างคู่เจรจาแล้ว ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่คู่เจรจามีหน้าที่ในการที่จะต้องระมัดระวังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง

รวมถึงความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรรณ์ โสคติพันธ์ ที่กล่าวว่า ความรับผิดชอบสัญญาเป็นการรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลงกัน ซึ่งเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น และความเห็นของศาสตราจารย์ ไพจิตร บุญญพันธ์ ที่อธิบายว่า ความรับผิดชอบสัญญาเป็นความรับผิดที่เกิดโดยไม่ต้องมีสัญญาต่อกันก็ได้ แต่เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น การชำระหนี้ตามสัญญาก็ถือเป็นความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นตามสัญญา ทำให้มูลหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้น กลายเป็นความรับผิดชอบสัญญา

กوبرกับความเห็นของ Professor Geoffrey Samuel และ Professor Jac Rinkes ที่เห็นว่า ความรับผิดชอบสัญญาตั้งอยู่บนฐานของความคิดที่ว่า คู่เจรจามีหน้าที่พื้นฐานในการเข้าเจรจกันด้วยความสุจริต

ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่หนี้ก่อนสัญญาเองก็มีอยู่ในกฎหมายไทยเช่นเดียวกัน เพียงแต่ยังไม่ปรากฏหลักฐานในการยอมรับถึงการมีอยู่ของหนี้ดังกล่าวอย่างชัดเจนโดยศาลไทย เนื่องจากหากพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีเกี่ยวกับการประกวดราคาซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบสัญญาแล้ว ศาลมักวินิจฉัยไปในทางที่ถือว่าเป็นความผิดตามสัญญาประกวดราคาเสียมากกว่า ทำให้ความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาไม่อาจรับรู้ได้อย่างชัดเจน

#### 4.2. ปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างหนี้กับหน้าที่ในการก่อให้เกิดความรับผิดชอบสัญญา

เมื่อพิจารณาถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาไปแล้วเห็นได้ว่าในกฎหมายของเยอรมันค่อนข้างมีความชัดเจนว่ามีหนี้ก่อนสัญญาอยู่จริง ในขณะที่ในกฎหมายของฝรั่งเศส กฎหมายของจีนมีการกำหนดให้คู่เจรจาที่กระทำการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตมีความรับผิดชอบสัญญา จึงทำให้สามารถเข้าใจได้ว่าในกฎหมายของทั้งสองประเทศมีหนี้ก่อนสัญญาอยู่เช่นเดียวกัน ส่วนในประเทศไทยนั้นแม้จะไม่ปรากฏหลักฐานถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาอย่างชัดเจนเหมือนเช่นในกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส หรือจีน แต่จากการศึกษาถึงที่มาและการปรับใช้ตัวบทกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบสัญญา ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า หนี้ก่อนสัญญาเองก็อาจมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเช่นเดียวกัน เพียงแต่ยังไม่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายและศาลไทยเท่าที่ควร

อย่างไรก็ดี ความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาที่ได้กล่าวไปในหัวข้อข้างต้นเป็นการกล่าวถึงความหมายโดยรวมของทั้งหนี้และหน้าที่ ซึ่งในส่วนนี้จะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบให้เห็นอย่างชัดเจนยิ่งขึ้นว่าแท้จริงแล้ว หนี้ก่อนสัญญาที่มีอยู่นั้นเป็นหนี้ในลักษณะของนิติสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ลูกหนี้ในการปฏิบัติชำระหนี้อันเป็นสิ่งที่จะทำให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้



แท้จริง หรือเป็นเพียงหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติซึ่งหากไม่ปฏิบัติจึงจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบและหนี้ตามความหมายที่แท้จริงตามมา

จากการศึกษาพบว่าในกฎหมายเยอรมัน คำว่า Schuld (Legal Duty) มีการแปลความหมายและการปรับใช้ที่ค่อนข้างกว้าง โดยมองว่า หน้าที่ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมายกำหนด และหนี้ของลูกหนี้ที่เป็นการปฏิบัติการใดอันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้จึงจะเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่ลูกหนี้ต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำ เมื่อพิจารณาต่อไปจะพบได้ว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมีการใช้คำว่า Schuldverhältnis แทนที่คำว่า Schuld เพิ่มมากขึ้น โดยเป็นการขยายขอบเขตของคำว่า หนี้ ให้มีความหมายที่กว้างขึ้น กล่าวคือ ติความให้หนี้มีความหมายครอบคลุมไปถึงหน้าที่เสริมหรือหน้าที่ข้างเคียงในการปฏิบัติการชำระหนี้ด้วย (Obligation and Ancillary Duties) ดังที่ปรากฏในมาตรา 241 ส่งผลให้นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ตามกฎหมายของเยอรมันเกิดขึ้นโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิเรียกร้องระหว่างกันทั้งหมดที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ไม่จำกัดเฉพาะเพียงแค่นั้นหลักที่เป็นกรณีของสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ในอันที่จะขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้เท่านั้น แต่รวมถึงหน้าที่ต่างๆที่โดยทั่วไปแล้วไม่ใช่หนี้ แต่เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ เช่น หน้าที่ในการให้ข้อมูล หรือหน้าที่ในการกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ให้กลายเป็นหนี้แต่เป็นหนี้ลำดับรองเข้าไปด้วย

หากแยกแยะให้เห็นความแตกต่างระหว่างหนี้กับหน้าที่อย่างชัดเจนจะสามารถเข้าใจได้ว่า หนี้ มีความหมายได้สองนัย คือ ความสัมพันธ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาและสิ่งที่ลูกหนี้ยังคงค้างชำระต่อเจ้าหนี้ภายใต้ข้อตกลงในสัญญา ขณะที่หน้าที่ คือ มาตรฐานทั่วไปของความประพฤติในเชิงศีลธรรมและสังคมตามธรรมชาติ ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกรูปแบบของสัญญาและทุกสถานะของคู่กรณีแม้ว่าจะไม่มีสัญญาเกิดขึ้น ฉะนั้น หน้าที่จึงมีขอบเขตของการปรับใช้ที่กว้างกว่าการปรับใช้ของหนี้ ทำให้หน้าที่สามารถก่อให้เกิดผลผูกพันบุคคลอื่นโดยทั่วไปได้มากกว่าจะผูกพันเฉพาะกับคู่กรณีภายใต้สัญญา

เมื่อพิจารณาประกอบกับความเห็นของ Professor Bénédicte Fauvarque – Cosson กับ Professor Denis Mazeaud ที่กล่าวว่า กฎหมายเยอรมันมีการแยกแยะคำว่า หนี้และหน้าที่ ออกจากกันอย่างชัดเจน โดยไม่ได้พิจารณาจากพื้นฐานของบ่อเกิดแห่งหนี้หรือหน้าที่เท่านั้น แต่ให้พิจารณาถึงเนื้อหาของทั้งสองคำเองเป็นสำคัญ กล่าวคือ หนี้ เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ให้เป็นไปตามที่เจ้าหนี้กำหนด ในขณะที่หน้าที่ คือ การกระทำใดๆของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งตามมาตรฐานในทางปฏิบัติแห่งปกติประเพณีที่จะต้องหลีกเลี่ยงความสูญเสียหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าหากมีการแยกแยะความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาให้เฉพาะเจาะจงลงไปจะพบว่า ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเป็นหน้าที่ในการต้องกระทำการด้วยความ

ข้อสัจธรรม โดยต้องคำนึงถึงประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และหลีกเลี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย หากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตดังกล่าว ก็จะทำให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาแก่คู่กรณีนั้นๆ แล้วจึงเกิดเป็นความสัมพันธ์ในทางนี้ตามมา

ขณะเดียวกัน กฎหมายไทยเองก็มีการกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างหน้าที่กับหน้าที่ไว้เช่นเดียวกัน โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้มีการบัญญัติบทนิยามเอาไว้อย่างชัดเจน แต่จากความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ต่างเห็นว่า หนี้ เป็นความผูกพันทางกฎหมาย ในลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ในขณะที่ฝ่ายหนึ่งนั้นมีความผูกพันตามกฎหมายในการที่จะต้องกระทำการอย่างใดให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการกระทำนั้นแบ่งออกได้เป็น 3 ชนิด คือ การกระทำ การงดเว้นการกระทำ และการโอนทรัพย์สิน

ส่วน หนี้ นี้ก็ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติคำนิยามเอาไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายไทยได้ให้ความหมายและคำจำกัดความของคำว่า หนี้ ตามกฎหมายไทยเอาไว้ดังนี้

จากการสืบค้นประวัติความเป็นมาพบว่า นายเรอเน่ กียอง ซึ่งเป็นนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสที่รัฐบาลไทยได้จ้างให้มาเป็นที่ปรึกษาในการร่างประมวลกฎหมาย ได้ให้คำอธิบายถึงคำว่าหนี้ว่า หนี้ คือ หนี้ที่เป็นการที่บุคคลหนึ่งมีความผูกพันในการที่จะต้องกระทำหน้าที่ของตนเองเพียงฝ่ายเดียว ในขณะที่หนี้ เป็นความผูกพันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

พระสารสาสน์ประพันธ์ (ชั้น จารุวัตร) เห็นว่า หนี้ที่เป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติโดยมีความหมายกว้างเป็นการทั่วไปและอาจเกิดจากมูลเหตุอื่นที่ไม่ใช่เพียงแต่จากมูลเหตุแห่งหนี้ ประกอบกับความคิดเห็นจากนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนีเองก็ได้ให้ความหมายของหนี้ที่เอาไว้ ดังนี้

อาจารย์ ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี ได้อธิบายว่า หนี้คือ หลักข้อสัจธรรมที่ช่วยเสริมหนี้ในการก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ซึ่งโดยปกติหน้าที่เหล่านี้ได้แก่ หนี้ในการใช้ความระมัดระวัง หนี้ในการให้คำอธิบายและให้ข้อมูลที่ถูกต้อง หนี้ในการรักษาความลับ โดยหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดต่อหน้าที่เหล่านี้มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ไม่ใช่หนี้ ซึ่งถือเป็นกฎหมายหลักที่ต้องรับผิดชอบหากมีการกระทำความผิดต่อหนี้ นั้น และได้ยกตัวอย่างของการกระทำที่ผิดต่อหน้าที่ไว้ว่า ในการจ้างตนมาทาสีบ้าน นอกจากลูกหนี้ตามสัญญาจ้างทาสีบ้านจะมีหนี้ในการต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามข้อตกลงในสัญญาซึ่งก็คือ การทาสีบ้านแล้ว ลูกหนี้ยังมีหนี้ที่ตามหลักสุจริต คือ หนี้ในการใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินอย่างอื่นของเจ้าของบ้านผู้เป็นเจ้าของหนี้ด้วย ซึ่งหากลูกหนี้ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง

ในการทาสัจจนทำให้พื้นบ้านได้รับความเสียหายก็จะถือว่าลูกหนี้กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักสุจริต และก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อไปได้

นอกจากนี้ รองศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ เองก็ได้ยกตัวอย่างของการปรับใช้หลักสุจริตในกรณีการใช้ในทางเสริมให้เกิดหน้าที่ที่คู่สัญญาหรือกฎหมายไม่ได้ระบุกำหนดไว้ เรียกว่า เป็นการเสริมให้เกิดหน้าที่ข้างเคียง เพิ่มเติมจากสิ่งที่คู่สัญญาหรือกฎหมายกำหนดไว้ เช่น หน้าที่ในการให้ข้อมูล หรือหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังเพื่อปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่กรณีในการปฏิบัติชำระหนี้ตามนิติสัมพันธ์นั้นๆ

ดังนั้น หากต้องการแยแยะความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาในกฎหมายไทยให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น เมื่อคำนึงถึงหลักการและเหตุผลที่กล่าวไปข้างต้นก็อาจพิจารณาได้ว่า หลักสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก่อให้เกิดหน้าที่ในการต้องกระทำการโดยสุจริต เพื่อปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์แห่งความไว้เนื้อเชื่อใจของคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่มีระหว่างกัน

ส่วนในกฎหมายของฝรั่งเศสนั้นแม้จะมีการแบ่งแยกหนี้และหน้าที่อย่างไม่ชัดเจนเท่าในกฎหมายของเยอรมัน แต่จากแนวทางในการตีความของศาลฝรั่งเศสก็ปรากฏความแตกต่างระหว่างหนี้กับหน้าที่โดยอาศัยการวิเคราะห์จากกลไกสามประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง กลไกเกี่ยวกับความรับผิดชอบ กล่าวคือ หากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ผู้กระทำมักมีแนวโน้มที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยละเมิด ในขณะที่ หากเป็นกรณีของการฝ่าฝืนต่อหนี้ ผู้กระทำมักจะต้องรับผิดชอบสภาพบังคับแห่งข้อตกลงในสัญญามากกว่า

ประการที่สอง ขอบเขตของความผูกพัน กล่าวคือ หนี้นั้นจะผูกพันแต่เฉพาะตัวของคู่สัญญาที่ปรากฏว่ามีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างกันเท่านั้น ขณะที่หน้าที่อาจมีความผูกพันไกลออกไปจนกระทั่งรวมถึงผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่มีสิทธิเรียกร้องอย่างใดก็ได้ หากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่เกี่ยวข้องนั้น และ

ประการที่สาม การคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้น หากเป็นหนี้จะถูกผูกมัดโดยข้อตกลงในสัญญา ซึ่งจะแบ่งเป็นหนี้อันเป็นการทั่วไปและหนี้อันเป็นกรณีเฉพาะในแต่ละเอกเทศสัญญา โดยหนี้จะเป็นข้อผูกมัดที่อาจเกิดขึ้นจากตัวบทกฎหมายก็ได้ และอาจเป็นเรื่องของการปฏิบัติเป็นการเฉพาะและมีหลักเกณฑ์มาตรฐานที่สูงขึ้นตามลำดับแห่งการตกลงกัน ส่วนหน้าที่จะมีมาตรฐานในการปฏิบัติในลักษณะของ มาตรฐานการปฏิบัติเป็นการทั่วไป (A General Standard of Civility) เว้นแต่กรณีจะเป็นการกำหนดหน้าที่เอาไว้เป็นการเฉพาะ เช่น มาตรฐานของผู้เชี่ยวชาญหรือผู้มีวิชาชีพ

จากกลไกทั้งสามประการข้างต้นทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า หากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก็จะเป็นการก่อให้เกิดความรับผิดชอบ แล้วจึงเกิดเป็นหนี้ต่อมาระหว่างผู้กระทำและผู้ได้รับความ

เสียหายจากการกระทำนั้น ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นสิ่งที่ควรกระทำโดยอ้างอิงจากมาตรฐานทั่วไปที่คนในสังคมพึงกระทำ ขณะที่หนี้จะมีมาตรฐานที่แตกต่างออกไป คือ มีสภาพบังคับที่เพิ่มมากขึ้นและต้องอาศัยระดับของการปฏิบัติที่สูงขึ้นตามที่ได้ทำข้อตกลงผูกพันไว้ระหว่างคู่สัญญา

กอบปรกับการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 ทำให้พบว่ามีการกำหนดให้หน้าที่ในการให้ข้อมูล หรือหน้าที่อื่นๆในลักษณะเดียวกัน เป็นหน้าที่ที่มีลักษณะของการบังคับให้ต้องกระทำมากยิ่งขึ้น และหากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวก็จะเป็นการก่อให้เกิดความรับผิด เช่น ความรับผิดก่อนสัญญาดังที่ปรากฏในมาตรา 1112 ได้

ดังนั้น จึงเข้าใจได้ว่า การที่คู่กรณีต้องกระทำการด้วยความสุจริต ให้ความระมัดระวังและเอาใจใส่ต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเป็นหน้าที่ที่ถูกกำหนดขึ้นตามตัวบทกฎหมาย

ขณะที่ในประเทศจีนนั้นไม่ปรากฏว่ามีการแยกหนี้และหน้าที่ออกจากกันอย่างชัดเจน และมีการปรับใช้ในความหมายอย่างเดียวกันมากกว่าจะมีนัยยะสำคัญประการอื่น

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่านักกฎหมายของจีนและศาลจีนได้ยกตัวอย่างและสร้างแนวทางในการปรับใช้หลักสุจริตในบริบททางกฎหมายสัญญาเอาไว้หลายประการ โดยประการที่สำคัญคือ ในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญา คู่เจรจามีหน้าที่ในการเจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือในการพยายามบรรลุต่อข้อตกลงในสัญญา ทำให้ในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาของจีนมีการกำหนดหลักการสำคัญเอาไว้ว่า คู่กรณีอาจต้องรับผิดในความเสียหายอย่างใดที่เกิดขึ้นในระหว่างขั้นตอนของการทำสัญญา หากคู่กรณีฝ่ายนั้นกระทำการโดยขัดต่อหลักสุจริตและผลแห่งการนั้นก่อให้เกิดความสูญเสียอย่างใดแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

ในความคิดเห็นของนักวิชาการจีน คือ Professor Mo Zhang และ Professor Wang Liming ได้อธิบายเอาไว้ว่า ในกฎหมายจีนแต่เดิมนั้นคู่กรณียังไม่มีสิทธิและหน้าที่ใดๆระหว่างกันจนกว่าสัญญาจะเกิดขึ้น แต่เมื่อปรากฏว่ามีการบัญญัติหลักการในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาขึ้นมาจึงส่งผลให้เกิดหน้าที่ที่กำหนดโดยกฎหมายขึ้น ให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามก่อนมีการตกลงทำสัญญา ซึ่งหากปรากฏต่อไปว่าคู่กรณีกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าว คู่กรณีฝ่ายที่กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ก่อนสัญญานั้นก็ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาต่อไป โดยความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดที่ไม่ได้เกิดขึ้นมาจากการตกลงกันระหว่างคู่กรณี แต่เป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นมาจากการกำหนดโดยตัวบทของกฎหมาย ส่งผลให้ความรับผิดดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดหนี้ในการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีตามมาด้วย

ดังนั้น จึงสามารถเข้าใจได้ว่า หนีก่อนสัญญาของจีนที่เกิดขึ้นตามมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญานั้น เมื่อพิเคราะห์แล้วจะพบว่าเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นมาจากฐานของหลักสุจริตในอันที่คู่กรณีจะต้องกระทำหน้าที่ในการเจรจาด้วยความสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญานั้นเอง

#### 4.3. ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของความรับผิดในหนีก่อนสัญญา

หลังจากที่ได้กล่าวถึงความมีอยู่ของหนีก่อนสัญญาและการกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างหนี้และหน้าที่ไปแล้ว ในส่วนนี้จะขอกล่าวถึงความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการผิดหรือฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่พึงปฏิบัติว่าความรับผิดก่อนสัญญาจะอยู่ภายในขอบเขตช่วงระยะเวลาใดก่อนสัญญาบ้างและค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องชดใช้กันอย่างไร

ตามปกติแล้วความรับผิดที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญามักเกิดขึ้นเมื่อมีการฝ่าฝืนหน้าที่อันเป็นหนี้ตามสัญญาของลูกหนี้ที่ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ตามมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และในขณะเดียวกัน ลูกหนี้ก็จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ด้วยความสุจริตต่อเจ้าหนี้ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย ซึ่งหากลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้อง ผลที่จะเกิดขึ้นคือสิทธิในการเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ของเจ้าหนี้จะแปรเปลี่ยนเป็นสิทธิในการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ ส่งผลให้ลูกหนี้มีความสัมพันธ์ในการต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้เพราะเหตุการชำระหนี้ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ และต้องรับผิดจากการที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิในการร้องขอให้ศาลบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของตนตามความเห็นที่ได้อธิบายไว้ของศาสตราจารย์ ดาราพร ธีระวัฒน์

ส่งผลให้ความเข้าใจในเบื้องต้นของกฎหมายเกือบทุกประเทศในระบบซีวิลลอว์ มักจะเห็นว่า ความรับผิดของลูกหนี้ไม่อาจเกิดขึ้นหากไม่มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เว้นแต่การกระทำละเมิด อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นถึงความมีอยู่ของหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าว จึงเป็นการแน่ชัดแล้วว่าหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ตนเองต้องปฏิบัติระหว่างช่วงระยะเวลาของการเจรจาก่อนสัญญาจะต้องรับผิดต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในความเสียหายที่เกิดขึ้น ทำให้จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงขอบเขตของความรับผิดดังกล่าวต่อไป

ระบบกฎหมายเยอรมันในช่วงก่อนปีค.ศ. 2002 นั้นมิได้มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดในหนีก่อนสัญญาเอาไว้เป็นหลักการทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแต่อย่างใด เนื่องจากยังมีความเห็นในทางกฎหมายของนักกฎหมายเยอรมันบางส่วนที่แตกต่างกันอยู่ โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการปรับใช้หลักความรับผิดในหนีก่อนสัญญานั้นควรที่จะปรับใช้อย่างจำกัดเฉพาะในบางสถานการณ์เท่านั้น ขณะที่ความเห็นของอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่าในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีบทบัญญัติหลากหลายมาตราที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้คู่กรณีที่มีความสัมพันธ์ในทางหนีก่อนสัญญาระหว่างกันและได้รับความเสียหายจากการกระทำของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะเรียกร้องการชดใช้ค่าเสียหายโดยอาศัยหลักความรับผิดก่อนสัญญาได้

ในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันในปีค.ศ. 2002 นั้น แม้จะยังไม่มีกรบัญญัติบทกฎหมายใดๆที่เกี่ยวข้องกับนี้ก่อนสัญญาเอาไว้อย่างเด่นชัด แต่ก็เป็นที่ทราบกันดีว่ากฎหมายเยอรมันได้ยอมรับเอาแนวความคิดที่ว่าหนี้ในช่วงระหว่างการเจรจาสามารถเกิดขึ้นได้ และคู่กรณีฝ่ายที่กระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการต้องกระทำการโดยสุจริตส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจำต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว

อย่างไรก็ดี จากการขาดแคลนตัวบทกฎหมายในการปรับใช้แก่ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาในเวลานั้น ส่งผลให้ศาลเยอรมันต้องอาศัยแนวทางในการตีความและปรับใช้ตัวบทกฎหมายที่มีอยู่จากความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่ได้รับอิทธิพลมาจาก Jhering โดยการกำหนดขอบเขตแห่งเวลาที่ถือว่าเป็นการเริ่มต้นและสิ้นสุดของระยะเวลาก่อนสัญญาเอาไว้ดังนี้

ช่วงระยะเวลาที่ศาลเยอรมันถือว่าเป็นช่วงของการเริ่มต้นการเจรจาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ส่งคำเสนอไปสู่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือส่งคำเสนอนั้นออกไปให้สาธารณชนได้รับทราบ โดยมีจุดประสงค์ในการเชิญชวนให้บุคคลเหล่านั้นเข้ามาเจรจาระหว่างกันเพื่อนำไปสู่การตกลงทำสัญญากันต่อไป เห็นได้จากเหตุผลในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ของเยอรมันในคดี พรมน้ำมัน (Linoleum floor cover, RGZ 78, 239) ที่กล่าวว่า เมื่อลูกจ้างของจำเลยผู้เป็นเจ้าของห้างสรรพสินค้าได้ทำการตอบรับคำขอของโจทก์ในการซื้อน้ำมันให้โจทก์ดูเพื่อพิจารณาและตัดสินใจว่าพอใจจะทำการซื้อน้ำมันผืนไหน ถือเป็นการกระทำเพื่อตอบรับเข้าสู่การเจรจาเพื่อทำสัญญาแล้ว

ในขณะที่ช่วงเวลาแห่งการสิ้นสุดของระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญานั้น จะเกิดขึ้นเมื่อมีการตกลงทำสัญญากันระหว่างคู่กรณีแล้ว หรือการเจรจาได้ยุติลงระหว่างคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นการยุติลงเพราะสาเหตุใดๆก็ตาม

โดยองค์ประกอบของหนี้ก่อนสัญญาในกฎหมายเยอรมันนั้นสามารถเทียบเคียงได้จากความรับผิดชอบที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ในนิติสัมพันธ์ทางหนี้เนื่องจากในกฎหมายเยอรมัน ศาลเยอรมันมีการปรับใช้หลักหนี้ก่อนสัญญาบนฐานของหลักกฎหมายสัญญา ซึ่งลูกหนี้หรือคู่กรณีที่กระทำการฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีการกระทำครบองค์ประกอบดังต่อไปนี้ คือ

ประการที่หนึ่ง มีการกระทำ กล่าวคือ คู่กรณีหรือลูกหนี้ได้กระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ในทางหนี้โดยการกระทำ หรือละเว้นการกระทำการ ซึ่งในกรณีของหนี้ก่อนสัญญาที่ต้องปรับใช้บนฐานของกฎหมายสัญญานี้ คือ การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก่อนสัญญา เช่น การกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

ประการที่สอง มีความผิดเกิดขึ้น คือมีการกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก่อนสัญญา โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ประการที่สาม มีความเสียหายที่เกิดแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะเหตุการณ์กระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก่อนสัญญาของคู่กรณีที่กระทำความผิด และ

ประการที่สี่ มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนนั้น และผลของความเสียหายเกิดขึ้นเพราะการฝ่าฝืนดังกล่าว

ส่วนค่าเสียหายที่เกิดจากความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญานั้น ในช่วงเวลาก่อนการปฏิรูปกฎหมายของเยอรมันมีปัญหาว่า คู่กรณีฝ่ายที่ฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญานั้นควรต้องชดใช้ค่าเสียหายอย่างไรบ้าง ซึ่งจากแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมันเห็นว่า จุดประสงค์ของการให้ความคุ้มครองแก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียประโยชน์ คือ การไม่ควรเสียประโยชน์หากไม่มีการกระทำความผิด ดังนั้น หนี้ในการชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองจึงมีความมุ่งหมายที่จะทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนเข้ามาทำสัญญา เนื่องจากหนี้และหน้าที่ก่อนสัญญาเกิดขึ้นเพราะต้องการควบคุมและจำกัดพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในช่วงระยะเวลาของการเจรจาระหว่างคู่กรณี ขณะเดียวกันก็ต้องไม่เป็นการจำกัดหรือขัดขวางต่อการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาด้วย จึงไม่อาจบังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่กระทำความผิดต้องผูกพันเข้าทำสัญญากับอีกฝ่ายได้

ส่งผลให้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาจึงเป็นการชดเชยต่อความเสียหายในลักษณะของการเยียวยาประโยชน์ที่ไม่ควรเสียไปของคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายดังกล่าว หรือ Negative interest ซึ่งในบางครั้งศาลเยอรมันเรียกว่าเป็นผลประโยชน์ที่ไม่ควรจะเสียเพราะความไว้นับถือใจ (Reliance interest / Vertraversinteresse) เห็นได้จากถ้อยคำในบทบัญญัติ มาตรา 122 (1) ที่วางหลักเอาไว้อย่างชัดเจนว่า การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนี้เป็นผลมาจากความไว้นับถือใจในความมีผลถูกต้องตามกฎหมายของการแสดงเจตนา ไม่ใช่มูลค่าของผลประโยชน์ทั้งหมดที่คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกจะได้รับจากความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา

เห็นได้ว่า ค่าเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายควรจะได้รับ คือ บรรดาค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปในการเจรจา รวมถึงค่าใช้จ่ายในการเตรียมการเพื่อเข้าทำสัญญาตามความจำเป็น รวมถึงค่าสูญเสียอื่นใดที่คู่กรณีได้รับ เพราะการมอบความไว้วางใจว่าสัญญาจะเกิดขึ้นระหว่างกัน โดยเป็นการชดเชยให้คู่กรณีที่ได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สถานะที่ใกล้เคียงกับสถานะก่อนที่ จะเข้ามาทำการเจรจาที่ไม่ประสบความสำเร็จดังกล่าว

นอกจากนี้ ค่าเสียหายที่ได้รับดังกล่าวก็ไม่ควรเกินกว่าค่าเสียหายที่จะได้รับจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือค่าเสียหายในลักษณะของการชดเชยการขาดทุนขาดกำไร ซึ่งเป็นการทำให้คู่กรณีอยู่ในสถานะที่ใกล้เคียงกับกรณีที่มีสัญญาเกิดขึ้น หรือค่าเสียหายในเชิงบวก (Positive interest) เนื่องจากจะส่งผลกระทบต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เพราะเป็นการชดใช้ให้กันใน

ลักษณะที่เหมือนสัญญาณนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว ทั้งที่ความจริงสัญญาณยังไม่เกิดมีขึ้นและค่าเสียหายเกิดขึ้นในระหว่างขั้นตอนการเจรจาเท่านั้น

แม้จะมีการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002 โดยมีการบัญญัติมาตรา 241 และมาตรา 311 เพิ่มเติมเข้ามาในประมวลกฎหมาย โดยการกำหนดให้มีความคุ้มครองคู่กรณีที่เข้าสู่การเจรจาโดยการก่อให้เกิดหน้าที่หรือหนี้ในการกระทำการโดยสุจริต และหากมีการฝ่าฝืนหน้าที่หรือหนี้ดังกล่าวจะส่งผลให้คู่กรณีที่กระทำการฝ่าฝืนนั้นต้องรับผิดชอบต่อไป แต่กลับไม่ปรากฏถึงหลักเกณฑ์ในการชดเชยค่าเสียหายเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด เนื่องจากต้องการให้ศาลเยอรมันปรับใช้หลักการเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามแนวคำพิพากษาก่อนๆเช่นเดิมต่อไปเพื่อให้เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

ทำให้เข้าใจได้ว่า แนวทางในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบในการฝ่าฝืนต่อหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของเยอรมันทั้งก่อนและหลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งในปีค.ศ. 2002 มีลักษณะในการปรับใช้เป็นอย่างเดียวกัน เพียงแต่การนำหลักการปรับใช้แบบเดิมก่อนปีค.ศ. 2002 ดังกล่าวของศาลเยอรมันมาบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรก็เป็นการทำตามนิติวิธีที่เหมาะสมแก่การปรับใช้กฎหมายที่ต้องมีความชัดเจนและแน่นอนตามแบบอย่างของระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยทั่วไป

ขณะที่ในฝรั่งเศสนั้น ได้รับเอาแนวความคิดในการแบ่งช่วงระยะเวลาของการเจรจาออกเป็นสามช่วงใหญ่ๆด้วยกันตามทฤษฎีของ Gabriele Fagella ผ่านทาง Raymond Saleilles ที่ได้กล่าวถึงความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการยุติหรือล้มเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร การแบ่งช่วงของการเจรจาเริ่มจาก ช่วงเวลาก่อนการร่างคำเสนอ จนกระทั่งถึงช่วงที่คำเสนอได้ถูกทำขึ้นและส่งออกไปแล้ว ซึ่งในฝรั่งเศสโดยเฉพาะ Saleilles มีความเห็นว่าแม้จะมีการแบ่งช่วงของการเจรจาออกเป็นส่วนๆ แต่คู่กรณีก็ควรที่จะรับผิดชอบหากได้กระทำพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมซึ่งเป็นการฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา และก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายไม่ว่าในช่วงเวลาใดของสัญญาก็ตาม

ความคิดในการต้องรับผิดชอบในช่วงระยะเวลาของการเจรจาดังกล่าวนี้ได้รับการนำมาปรับใช้โดยศาลฝรั่งเศสเป็นหลัก ด้วยเหตุที่ในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 นั้น กฎหมายของฝรั่งเศสยังไม่มีกำหนดถึงความสัมพันธ์ในช่วงของการเจรจาก่อนสัญญาว่าต้องมีความรับผิดชอบต่อกันแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสในเวลานั้นค่อนข้างให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการทำสัญญาแก่ปัจเจกบุคคลเป็นอย่างยิ่ง

ในการพิจารณาถึงขอบเขตของความรับผิดชอบก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาในฝรั่งเศสนั้น ได้มีการถกเถียงกันในระดับที่ Ripert และ Josserand ได้ตั้งคำถามว่า ผู้ที่กระทำความผิดในการยุติการเจรจาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญานั้นจำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะทำลายสิทธิของคู่กรณีผู้ได้รับความเสียหายด้วยหรือไม่จึงจะต้องรับผิดชอบ ซึ่งในเรื่องนี้มีแนวทางในการปฏิบัติใน



ช่วงแรกที่ค่อนข้างสับสน ดังที่ปรากฏในคดี Monoprix ที่ศาลล่างเห็นว่า บริษัท Monoprix ไม่มีเจตนาอย่างแท้จริงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งรายอีกฝ่าย จึงไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามความคิดดังกล่าวได้ถูกกลับโดยศาลสูงในคดีเดียวกันว่า ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่แข่งรายอีกฝ่ายนั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยเจตนาในการก่อให้เกิดความเสียหายอย่างแท้จริงก็ได้

อย่างไรก็ตาม หลังจากการเปลี่ยนแปลงของแนวคำพิพากษาหลายครั้งในที่สุดก็สามารถพิจารณาและวิเคราะห์ในเรื่องดังกล่าวได้ว่า หลักการสำคัญที่ศาลใช้ในการพิจารณาถึงการก่อให้เกิดความรับผิดภายในขอบเขตระยะเวลาก่อนสัญญาคือ การที่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายจะต้องเชื่ออย่างสมเหตุสมผลในช่วงระยะเวลาของการเจรจาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาว่า สัญญาจะสามารถเกิดขึ้นได้จากการบรรลุข้อตกลงในการเจรจาระหว่างทั้งสองฝ่าย

จากการเปรียบเทียบแนวทางที่ใช้ในการวัดระดับความรับผิดที่เกิดขึ้นหากมีการยุติการเจรจาระหว่างคู่กรณีในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายของฝรั่งเศสพบว่า ระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกันในสองประเด็นสำหรับการกำหนดขอบเขตของความรับผิดให้แก่คู่แข่ง คือ ประการที่หนึ่ง การเจรจาต้องดำเนินมาจนถึงจุดที่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน เพราะพฤติการณ์ในการโน้มน้าวของคู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และประการที่สอง การยุติการเจรจาของคู่กรณีนั้นไม่มีเหตุผลอันสมควรมารองรับ ซึ่ง Saleilles ได้แสดงความเห็นว่า เหตุผลที่เหมาะสมในการยุติการเจรจา คือ เหตุผลที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจมากกว่าจะเป็นเหตุผลอย่างอื่นจึงจะถือว่าเป็นเหตุผลที่สมควร อาทิ การได้รับข้อเสนอที่ดีกว่าจากบุคคลภายนอก หรือการถูกคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายกำหนดเงื่อนไขในทางที่ไม่ยุติธรรมอย่างกระทันหันระหว่างการเจรจา เป็นต้น อย่างไรก็ดี ในฝรั่งเศสมีการกำหนดเพิ่มเติมด้วยว่า หลักการดังกล่าวนี้จะไม่นำมาใช้หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เข้ามาเจรจาระหว่างกันนั้นต่างก็เป็นผู้ที่ประกอบวิชาชีพตามปกติอยู่แล้ว แม้ว่าฝ่ายหนึ่งจะกระทำการโน้มน้าวให้อีกฝ่ายเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้นก็ตาม

สำหรับค่าเสียหายที่จะได้รับจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการต้องกระทำการด้วยความสุจริตในระหว่างการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญานั้น ในฝรั่งเศสมีความคิดที่คล้ายคลึงกันกับในกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพราะความไว้น้ำใจ อันได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการเตรียมการปฏิบัติตามสัญญาอันสมควร หรือค่าสูญเสียโอกาสในการได้เจรจากับคู่แข่งรายอื่นที่มีเจตนาอย่างแท้จริงที่จะทำสัญญา เพียงแต่ในฝรั่งเศสนั้นศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ที่กระทำความผิดต้องชดเชยให้แก่ผู้เสียหายบนฐานของกฎหมายละเมิด ตามมาตรา 1382 เป็นหลักและผู้เสียหายมีภาระในการพิสูจน์ว่าตนเองได้รับความเสียหายเพราะการกระทำของคู่กรณีที่ฝ่าฝืนหน้าที่นั้นๆ ต่างจากในกฎหมายของเยอรมันที่จะให้มี

ความรับผิดชอบฐานของสัญญามากกว่า โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายจำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของคู่กรณีที่ดี ทำให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายต้องเสียหาย หากผู้ที่ได้รับความเสียหายพิสูจน์ไม่ได้ว่าผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่เป็นผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายก็จะต้องรับผิดชอบ เพราะศาลสูงของฝรั่งเศสเห็นว่าคู่กรณียังไม่มีหน้าที่ถึงขนาดที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของอีกฝ่ายมากกว่าประโยชน์ของตนเองแต่อย่างใด ต่างจากในกฎหมายเยอรมันที่ศาลเยอรมันมีความเห็นไปในทางที่คู่กรณีฝ่ายที่ฝ่าฝืนต้องรับผิดชอบฐานแห่งกฎหมายสัญญาในทุกกรณี หากกระทำการฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา

ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฝรั่งเศสยังได้วางแนวทางในการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อมูลความลับ หรือนำข้อมูลอันเป็นความลับที่คู่กรณีอีกฝ่ายนำมามอบให้เพื่อพิจารณาประกอบการเจรจาไปหาประโยชน์ส่วนตนเป็นกรณีพิเศษคือ คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจได้รับการชดเชยความเสียหายเทียบเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการเปิดเผยข้อมูลหรือนำเอาข้อมูลความลับดังกล่าวไปใช้ หรือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกเปิดเผยข้อมูลอาจได้รับการชดเชยเท่ากับประโยชน์ใดๆที่คู่กรณีฝ่ายที่กระทำความผิดจะได้รับเพราะการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ไม่ว่าจะได้รับการประโยชน์นั้นจะทำให้ฝ่ายที่มอบข้อมูลให้เสียหายหรือไม่ก็ตาม เห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสที่ตัดสินไว้ในวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1978

ส่งผลให้ในการพิจารณาเพื่อกำหนดในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาแก่ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสต้องนำเอากฎหมายละเมิดมาปรับใช้ โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายมีภาระต้องพิสูจน์ได้ว่า ตนเองได้รับความเสียหายและความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อประโยชน์ที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครอง อีกทั้ง ความเสียหายนั้นยังเกิดขึ้นจากการกระทำหรือการละเว้นหน้าที่ที่จะต้องกระทำของคู่กรณีหรือผู้ที่อยู่ในความรับผิดชอบของคู่กรณีดังกล่าว อาทิ นายจ้างกับลูกจ้าง หรือบิดามารดากับบุตร และเป็นความรับผิดชอบของผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนซึ่งรวมถึงการต้องร่วมรับผิดชอบจากการกระทำของบุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลนั้น

อย่างไรก็ดี จากการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 มีการบัญญัติหลักหนี้และความรับผิดชอบก่อนสัญญาเอาไว้ในกฎหมายลักษณะสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง แม้จะยังไม่มีแนวทางของศาลฝรั่งเศสหรือการแสดงความคิดเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องนี้ อย่างชัดเจนว่าการฝ่าฝืนต่อหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นจากการแก้ไขกฎหมายใหม่จะต้องปรับใช้กับกฎหมายละเมิดในรูปแบบเดิมก่อนการปฏิรูปหรือไม่ หรือจะมีแนวทางใหม่หรือไม่ อย่างไร แต่จากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่า มีความเป็นไปได้ที่ศาลฝรั่งเศสอาจปรับใช้กฎหมายสัญญาและหนี้กับความรับผิดชอบในการฝ่าฝืนต่อหนี้ก่อนสัญญามากกว่าที่จะปรับใช้กฎหมายละเมิดแบบเดิม เนื่องจากการบัญญัติหลักกฎหมายหนี้ก่อนสัญญาไว้ในกฎหมายลักษณะสัญญา ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าจะสามารถที่จะ

นำหลักกฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวกับสัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องและปรับใช้แก้อรรถเท็จจริงซึ่งกันและกันได้ นอกจากนี้หลักสุจริตในกฎหมายฝรั่งเศสยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในกฎหมาย ลักษณะสัญญา อีกทั้งการขยายขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีตามสัญญาให้ครอบคลุม มาถึงความสัมพันธ์ในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาเช่นเดียวกันกับกฎหมายเยอรมันน่าจะมีความ สมเหตุสมผลมากกว่าการใช้หลักกฎหมายละเมิด

ส่วนในกฎหมายของจีนนั้น ช่วงที่ยังไม่มีการกำหนดหรือการยอมรับหลักนี้ก่อน สัญญาเพราะยังคงยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นสำคัญเช่นเดียวกับในฝรั่งเศสนั้น เมื่อมีปัญหา ในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ศาลจีนจะมีการตีความ และอุดช่องว่างทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวโดยการเปรียบเทียบตัวบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยการปรับใช้หลักกฎหมายละเมิดแก่กรณีที่มีความเสียหายก่อนสัญญานั้นเกิดขึ้นจากความประมาท เลินเล่อในการเป็นฐานเพื่อก่อให้เกิดความรับผิดชอบในช่วงระยะเวลาดังกล่าว โดยเป็นการخذใจคำสันนิษฐาน ทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้ามาเจรจาสัญญาที่ไม่ประสบผลสำเร็จ

อย่างไรก็ดี เมื่อจีนมีการแก้ไขเพิ่มเติมตัวบทกฎหมายและให้การยอมรับในหนี้หรือ หน้าที่ก่อนสัญญา ก็ปรากฏความคิดในการจัดให้มีระบบความรับผิดชอบเป็นกรณีพิเศษแยกต่างหากจาก ความรับผิดชอบตามสัญญาและความรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิด เนื่องจากนักวิชาการจีนเห็นว่า จุดประสงค์สำคัญของหนี้ก่อนสัญญา คือ การให้ความคุ้มครองในทางกฎหมายแก่คู่กรณีในระหว่างที่ ทำการเจรจาเพื่อก่อให้เกิดสัญญาต่อกัน ฉะนั้น คู่กรณีจึงมีหนี้หรือหน้าที่ในการต้องกระทำการเจรจา ด้วยความสุจริตและไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใดๆแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะหากมีการกระทำ การฝ่าฝืนและคู่เจรจาฝ่ายที่สุจริตได้รับความเสียหาย คู่กรณีที่กระทำผิดจะต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ที่เกิดขึ้นนั้นเพราะเหตุที่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว

ถึงกระนั้นก็ดี จากการบัญญัติตัวบทกฎหมายที่ค่อนข้างตีความได้หลากหลาย เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายของจีนต้องการให้สามารถปรับใช้หลักหนี้ก่อนสัญญาได้อย่างยืดหยุ่นและ กว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในมาตรา 42 (3) แห่งกฎหมายสัญญาของจีนที่วางหลักไว้ว่า คู่กรณีต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใดๆที่เกิดขึ้น หากคู่กรณีฝ่ายนั้นมีส่วนร่วมในการกระทำใดๆที่ เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต ก่อให้เกิดความสงสัยในเรื่องขอบเขตของการรับผิดชอบก่อนสัญญาว่าเป็น อย่างไร ส่งผลให้สำนักงานคณะกรรมการวิจัยขั้นพื้นฐานแห่งชาติของจีนได้พยายามหาทางแก้ไขโดย การออกหลักเกณฑ์ในการตีความมาตรา 42 ให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อขจัดความคลุมเครือในการปรับ ใช้มาตราดังกล่าวในการพิจารณาคดีของศาล โดยเน้นย้ำความเข้าใจของศาลว่า ความรับผิดชอบในหนี้ ก่อนสัญญานั้นต้องเกิดจากความผิดเช่นเดียวกับในกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส รวมถึงความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นได้ตั้งแต่ในเวลาที่มีการเพิกถอนคำเสนอหลังจากที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับคำเสนอไป แล้ว จนถึงช่วงที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วแต่ต้องตกเป็นโมฆะเพราะจะถือว่าไม่มีสัญญาเกิดขึ้นต่อกันใน

ระหว่างคู่กรณี ส่งผลให้สามารถที่จะเข้าใจได้ว่า หนีก่อนสัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่ช่วงเวลาที่มีการส่งคำเสนอออกไป ซึ่งผู้ที่ส่งคำเสนอจะถูกผูกพันในการต้องกระทำการโดยสุจริตไม่เพิกถอนคำเสนอโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

ยิ่งไปกว่านั้น จากการแสดงความคิดเห็นของ Professor Wang Liming ทำให้กฎหมายจีนมีการกำหนดองค์ประกอบของความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาสามประการ คล้ายคลึงกับการปรับใช้ในกฎหมายเยอรมัน คือ

ประการแรก ต้องมีการฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายก่อนมีการตกลงทำสัญญา ไม่ใช่ความรับผิดที่เกิดจากการตกลงกันเช่นเดียวกับความรับผิดตามสัญญา

ประการที่สอง การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใดๆแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย โดยที่ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายในลักษณะของการเสียประโยชน์เพราะความไว้นั้นเชื่อใจว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเพราะการเจรจานั้นโดยสุจริต และ

ประการที่สาม การกระทำดังกล่าวต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งเป็นการผิด และคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับเสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่า ตนเองได้รับความเสียหายเพราะการกระทำของคู่กรณีที่ฝ่าฝืนต่อหนี้ที่ตามที่กฎหมายกำหนดในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ซึ่งมีลักษณะคล้ายความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในทางกฎหมายละเมิด

ความคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับในการพิจารณาคดีของศาลสูงจีนเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลในคดี Sichuan Yafeng Company ที่ศาลเห็นว่า จำเลยไม่ได้กระทำการฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา เพราะมิได้กระทำการโดยไม่สุจริตแต่อย่างใด เพราะจำเลยมิได้มอบอำนาจให้คณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาเลือกผู้ชนะการประกวดราคา นอกจากนี้ยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำการฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา อาทิ การเจตนาปกปิดข้อมูลสำคัญที่ใช้ในการตัดสินใจทำสัญญา หรือการกระทำการโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ใดๆของคู่กรณีอีกฝ่ายเลย และสุดท้ายศาลเห็นว่า ความเสียหายในค่าใช้จ่ายตามปกติในการเข้าทำสัญญาไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดจากความไว้นั้นเชื่อใจ ดังนั้น จำเลยจึงไม่มีความรับผิดก่อนสัญญากับโจทก์

จึงสรุปได้ว่า ตามกฎหมายจีนนั้น ขอบเขตในการบังคับใช้หลักหนี้และความรับผิดก่อนสัญญานั้นจะเริ่มต้นจากช่วงเวลาระหว่างการตัดสินใจทำสัญญา จนกระทั่งถึงช่วงหลังจากการบรรลุข้อตกลงแห่งสัญญาแล้วด้วย โดยกฎหมายของจีนเห็นว่า หากคู่กรณีไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ในการทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดส่งผลให้สัญญาไม่อาจมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายได้ก็จะถือเป็นกรณีที่ถูกเจรจาฝ่ายนั้นฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาเช่นเดียวกัน

ส่วนในกฎหมายไทยนั้น เนื่องจากไม่ปรากฏหลักฐานใดๆถึงความมีอยู่ของหลักหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นๆ ทำให้ยังไม่มี

การกล่าวถึงขอบเขตของช่วงระยะเวลาแห่งการเจรจาและเวลาที่อาจเกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ รวมถึงไม่มีการกล่าวถึงการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบดังกล่าวแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม จากหลักฐานที่ปรากฏถึงการยอมรับหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ มาจากระบบกฎหมายของเยอรมันผ่านทางประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นในการร่างบทบัญญัติแห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ ส่งผลให้องค์ประกอบต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของเยอรมันมาก อาทิ หลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เป็นต้น อีกทั้งอิทธิพลทางความคิดที่ได้รับมาจากระบบกฎหมายของฝรั่งเศสผ่านทางการศึกษาของนักวิชาการทางกฎหมายของไทย ส่งผลให้มีความเป็นไปได้ที่ไทยเองก็มีหน้าที่หรือหน้าที่ก่อนสัญญาเช่นเดียวกันกับในระบบกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส และเช่นเดียวกับจีนที่ได้อิทธิพลทางความคิดในทางกฎหมายของทั้งสองประเทศเหมือนกัน ส่งผลให้ไทยอาจปรับแนวความคิดในการกำหนดขอบเขตของช่วงเวลาที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ โดยจะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่แล้วระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญาของทั้งสามระบบกฎหมายอันได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส และจีนนั้นค่อนข้างมีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างยิ่ง จะแตกต่างกันก็ในประเด็นเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งระยะเวลาเริ่มต้นของการเจรจามักจะเริ่มจากการส่งคำเสนอออกไปให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับทราบ ในขณะที่การสิ้นสุดของระยะเวลาก่อนสัญญามักจะถึงช่วงของการตกลงทำสัญญาในที่สุด ซึ่งในเยอรมันจะกำหนดให้ความรับผิดชอบก่อนสัญญาสิ้นสุดลงในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนช่วงของการตกลงทำสัญญาหรือการยุติการเจรจาระหว่างคู่กรณี ขณะที่ฝรั่งเศสจะมีการยืดเวลาในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาให้เข้ามาถึงช่วงที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วแต่ตกเป็นโมฆะไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตาม ซึ่งกฎหมายถือว่าไม่มีสัญญาใดๆ ต่อกันเช่นเดียวกัน ส่วนในกฎหมายจีนกำหนดให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาครอบคลุมมาถึงในช่วงที่มีการตกลงทำสัญญากันแล้วแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดด้วย

ในเรื่องนี้ไทยอาจกำหนดขอบเขตของช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาเป็นสามช่วง เช่นเดียวกันกับในฝรั่งเศสก็เป็นได้เพื่อความชัดเจนในการพิจารณาถึงช่วงเวลาที่เกิดความเสียหายระหว่างกันขึ้น แต่ก็ควรที่จะมีการขยายขอบเขตของช่วงระยะเวลาดังกล่าวให้ครอบคลุมมาถึงกรณีที่มีการตกลงระหว่างคู่กรณีแล้ว แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดข้อตกลงไม่ยอมทำตามแบบแห่งกฎหมาย เช่นเดียวกับในประเทศจีนเพื่อให้ครอบคลุมแก่สถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดในหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญานั้นส่วนใหญ่มักเกิดแก่คดีที่มีมูลค่าสูง อาทิ สัญญาประกวดราคา เป็นต้น ซึ่งหากไม่มีการขยายขอบเขตมาถึงการไม่ยอมปฏิบัติตามรูปแบบแห่งกฎหมายทั้งที่มีการตกลงทำสัญญากันแล้วย่อมจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงและสูญเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากแก่คู่กรณี เนื่องจากสัญญาที่ต้องทำตามแบบมักมีมูลค่าสูงแต่คู่กรณีอาจฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตั้งกล่าวได้โดยง่าย ซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการเยียวยาตามสมควรก็อาจส่งผล

กระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ เนื่องจากเกรงว่าหากมีการเจรจาอีกจะประสบกับเหตุร้าย เช่นเดิมแต่ไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองซึ่งก็จะเป็นการไม่ยุติธรรมและขาดการเยียวยาที่เหมาะสมแก่ตนเอง

สำหรับช่วงของการเจรจาที่คู่กรณีควรจะต้องรับผิดชอบหากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าหรือหน้าทีก่อนสัญญา นั้น ผู้เขียนเห็นว่า อาจนำแนวทางของศาลฝรั่งเศสมาปรับใช้ได้ กล่าวคือ คู่กรณีจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งการฝ่าฝืนหน้าทีก่อนสัญญาในช่วงของการเจรจาขั้นสุดท้ายอันมีพฤติการณ์ที่คาดได้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน และผู้เขียนเห็นว่า ในการพิจารณาว่าช่วงเวลาใดคือ ขั้นสุดท้ายของการเจรจานั้นอาจอาศัยมาตรฐานของวิญญูชนหรือบุคคลทั่วไปในการพิจารณาประกอบได้ นอกจากนี้ หากมีพฤติการณ์ว่าคู่กรณีฝ่ายที่กระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าทีในการเจรจาด้วยความสุจริต เป็นผู้ที่ก่อให้เกิดความเชื่อมั่นว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแก่คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายไม่มีในวงเวลาใดของการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาให้ถือว่า คู่กรณีฝ่ายนั้นควรที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นแก่อีกฝ่ายหนึ่งในช่วงก่อนสัญญาต่อไป

สิ่งที่ต้องคำนึงถึงเสมอในการที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบในความเสียหายเพราะการฝ่าฝืนหน้าทีก่อนสัญญา คือ หนี้และความรับผิดก่อนสัญญาเป็นเรื่องของการให้ความเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีที่เจรจาเพื่อทำสัญญาด้วยความสุจริต เพราะพฤติกรรมที่เป็นการฝ่าฝืนหน้าทีในการเจรจาด้วยความสุจริตของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ จึงไม่สามารถที่จะขอให้บังคับคู่กรณีที่กระทำการฝ่าฝืนหน้าทีดังกล่าวเข้าทำสัญญากับผู้เสียหายได้ คงทำได้เพียงเรียกร้องค่าเสียหายที่คู่กรณีต้องเสียไปเพราะการเข้าสู่การเจรจาที่ไม่ประสบผลสำเร็จดังกล่าว

ส่วนองค์ประกอบของความรับผิดในหน้าทีก่อนสัญญานั้น เนื่องจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้กล่าวถึงเรื่องนี้เอาไว้ และไม่มีคำพิพากษาของศาลที่กล่าวถึงเรื่องนี้อย่างชัดเจน แต่หากพิจารณาถึงลักษณะโดยทั่วไปของความรับผิดในหน้าทีก่อนสัญญา ก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นความรับผิดในทางแพ่งอย่างหนึ่งได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงควรที่จะนำองค์ประกอบในเรื่องของการก่อให้เกิดความรับผิดในทางแพ่ง<sup>226</sup> มาพิจารณาประกอบในการก่อให้เกิดความรับผิดในหน้าทีก่อนสัญญาในกฎหมายไทย ซึ่งมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง มีการกระทำโดยรู้สำนึก กล่าวคือ คู่กรณีที่ฝ่าฝืนต่อหน้าทีหรือหน้าทีก่อนสัญญา รู้สึกและมีสติครบถ้วนขณะกระทำ

ประการที่สอง มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่ามีการกระทำความผิดไม่ชำระหนี้หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสมควร

<sup>226</sup> ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรรได้, หน้า 28.

ประการที่สาม มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าว และความเสียหายนั้นมีความสัมพันธ์กันระหว่างการกระทำและผล

ประการที่สี่ มีกฎหมายแพ่งรองรับสิทธิของผู้ที่ได้รับความเสียหายไว้ ซึ่งในกรณีนี้อาจต้องมีการปรับใช้กับหลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบ

แต่เนื่องจากการปรับใช้กฎหมายละเมิดของไทยแก่กรณีอาจมีปัญหาได้ เช่นเดียวกันกับในกฎหมายเยอรมัน ด้วยเหตุที่ไทยได้รับเอาหลักกฎหมายละเมิดมาจากเยอรมัน ทำให้การปรับใช้กฎหมายละเมิดแก่ข้อเท็จจริงนั้นต้องปรากฏว่า คู่กรณีที่ทำให้เกิดความเสียหายในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาต้องกระทำการโดยผิดกฎหมายแก่สิทธิเด็ดขาด ซึ่งการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอาจไม่ถึงกับเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายก็ได้ เพียงแต่เป็นการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่อันเป็นหนีก่อนสัญญาโดยไม่สุจริตก่อให้เกิดคู่กรณีอีกฝ่ายได้รับความเสียหายเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำกฎหมายลักษณะสัญญามาปรับใช้เช่นเดียวกับในกฎหมายเยอรมันจึงน่าจะเหมาะสมมากกว่า

ส่วนในเรื่องค่าสินไหมทดแทนนั้น ทั้งสามประเทศต่างมีหลักการไปในแนวทางเดียวกันว่า ควรให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญารับผิดชอบค่าเสียหายในลักษณะของค่าเสียหายที่เกิดจากความไว้นใจเชื่อใจของคู่กรณีว่าสัญญาจะเกิดขึ้นจากการเจรจานั้น และค่าเสียหายที่ไม่ควรจะมีหากไม่เข้ามาเจรจาในการเจรจาที่ไม่ประสบความสำเร็จนี้ ในลักษณะของค่าเสียหายในเชิงลบ (Negative interest) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า ค่าเสียหายต่อความไว้นใจเชื่อใจ (Reliance Interest) ซึ่งประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพราะการเจรจาที่ไม่ประสบผลสำเร็จ อาทิ ค่าเดินทางเพื่อไปพบปะกับคู่เจรจา ค่าประเมินราคาทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการเจรจา ค่าจ้างที่ปรึกษา เป็นต้น และในบางกรณีอาจรวมไปถึงค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการที่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายเสียโอกาสที่จะได้ตกลงทำสัญญากับบุคคลที่สามในระหว่างการเจรจา หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่กรณีฝ่ายที่กระทำการฝ่าฝืนหนีก่อนสัญญาทราบว่าบุคคลภายนอกต้องการเข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญากับคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเช่นเดียวกัน

ส่งผลให้ระบบกฎหมายของไทยเองก็อาจรับเอาแนวทางดังกล่าวเข้ามาปรับใช้ได้ โดยการกำหนดให้มีการเพิ่มเติมตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับหนี้ในการต้องกระทำการโดยสุจริตก่อนสัญญา และหากมีความเสียหายก่อนสัญญาเกิดขึ้น ศาลก็อาจกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาให้คืนสู่สภาพเดิมเหมือนดังเช่นก่อนที่จะมีการเข้ามาเจรจาที่ไม่ประสบความสำเร็จดังกล่าว และกำหนดให้ค่าสินไหมดังกล่าวไม่ควรเกินกว่าค่าใช้จ่ายที่เสียไปตามจริงก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา โดยไม่ให้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะความคาดหวังในการบรรลุต่อข้อตกลงแห่งสัญญา ในลักษณะของการคาดหวังในเชิงกำไรขาดทุนตามความมีผลสมบูรณ์แห่งสัญญา หรือการที่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสูญเสียประโยชน์ที่คาดว่าจะได้ถ้าหากว่าสัญญาได้เกิดขึ้น ที่เรียกว่า ค่าเสียหายในเชิงบวก (Positive interest) แต่อย่างไรก็ตาม

#### 4.4. ปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายแก่ความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญา

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถึงความมีอยู่และลักษณะของความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของเยอรมัน ฝรั่งเศส และจีน รวมถึงความเป็นไปได้ในการมีหนี้ก่อนสัญญาแทรกอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเช่นเดียวกัน ในส่วนนี้จะกล่าวถึงรูปแบบในการปรับใช้กฎหมายแก่ความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาที่ประเทศต่างๆปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงเมื่อปรากฏว่ามีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล ดังต่อไปนี้

ในประเทศเยอรมันนั้นเป็นที่ทราบกันดีว่าศาลได้ให้การยอมรับหลักความรับผิดต่อการฝ่าฝืนหนี้ก่อนสัญญามาเป็นระยะเวลายาวนานตั้งแต่ก่อนมีการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปีค.ศ. 2002 โดยศาลกำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ในการคำนึงถึงประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในระหว่างการเจรจาด้วย โดยต้องให้ความคุ้มครองและป้องกันแก่การสูญเสียประโยชน์ของคู่กรณีตลอดในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา และหากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการคุ้มครองป้องกันดังกล่าวจนเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีฝ่ายนั้น ศาลเยอรมันจะถือว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลตามสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนเวลา โดยศาลเยอรมันได้นำเอาความคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจาก Jhering มาปรับใช้โดยการอธิบายความสัมพันธ์ของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาการเจรจาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาว่าเป็นนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างคู่กรณีเพราะเหตุแห่งความไว้วางใจที่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้มอบให้แก่คู่กรณีที่กระทำการฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา (Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis)<sup>227</sup> และความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะถูกเยียวยาโดยการปรับใช้หลักกฎหมายสัญญาและหนี้ตามสัญญาแก่คู่กรณีต่อไป

ความคิดในการปรับใช้หลักกฎหมายสัญญาและความสัมพันธ์ในทางหนี้ตามสัญญาแก่ความรับผิดที่เกิดจากการกระทำที่ฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญานั้นได้รับการยอมรับและนำมาปฏิบัติต่อเนื่องกันมาจนถึงปัจจุบัน เพราะเหตุที่การปฏิรูปกฎหมายแพ่งของเยอรมันนั้นได้เพิ่มเติมบัญญัติถึงรายละเอียดและเงื่อนไขอันจำเป็นในการรับรองหน้าที่ก่อนสัญญาเอาไว้เท่านั้น จึงจำเป็นต้องอาศัยแนวคำพิพากษาก่อนๆมาเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีต่อไป โดยการกำหนดให้คู่กรณีที่กระทำการครอบงำประกอบความผิดของการฝ่าฝืนหนี้ก่อนสัญญาต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาในการกระทำการด้วยความสุจริตตามหลักกฎหมายสัญญา เพราะถือว่าความสัมพันธ์ของความเป็นคู่สัญญาเกิดขึ้นได้ตั้งแต่ในเวลาของการเจรจาแล้ว เพียงแต่การชดใช้ความเสียหายนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะได้รับการชดเชยแต่เฉพาะค่าเสียหายในเชิงลบ (Negative interest) หรือค่าเสียหายที่ไม่ควรจะเสียเพื่อทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่

<sup>227</sup> Kotz, N. H. H., and Leser, H. G. German Private and Commercial Law : An Introduction  
Translated by Weir, T., P.108.



สภาพเดิมก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาเท่านั้น ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายที่มีลักษณะเป็นการคาดหวังถึงผลกำไรที่จะเกิดจากความบรรลุผลของสัญญาได้

อายุความในการเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญานี้ เนื่องจากศาลเยอรมันปรับใช้หลักกฎหมายสัญญาแก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา ทำให้แต่เดิมก่อนมีการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 2002 นั้น การใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวต้องใช้อายุความโดยทั่วไป (Regular period of prescription) ซึ่งตามประมวลกฎหมายเยอรมันเดิมได้กำหนดไว้เป็นระยะเวลาถึง 30 ปี ก่อนที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลักษณะหนี้โดยคณะกรรมการร่างกฎหมาย (The German Commission) ในเรื่องเกี่ยวกับอายุความโดยการกำหนดให้อายุความทั่วไปมีกำหนด 3 ปี ตามมาตรา 195 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ด้วยเหตุที่อายุความเดิมค่อนข้างยาวนานเกินสมควร<sup>228</sup>

ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสนั้นแม้จะมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาไว้ให้ชัดเจนขึ้นภายหลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปีค.ศ. 2016 แต่นักกฎหมายฝรั่งเศสและศาลฝรั่งเศสเองก็ยังคงมีความเห็นว่า ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากหนี้ก่อนสัญญาสมควรที่จะปรับใช้ตามหลักกฎหมายละเมิดเช่นเดิม

โดยศาลเห็นว่า คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ในการต้องปฏิบัติตนด้วยความสุจริตในระหว่างการเจรจาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา และไม่ควรรุยดีหรือล้มเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร มิฉะนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามหลักกฎหมายละเมิด โดยต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ต้องเสียเวลาในการเจรจาที่ไม่ประสบผลสำเร็จ หรือค่าใช้จ่ายอันสมควรในการเข้าเจรจาเพื่อทำสัญญาที่ไม่เป็นผลดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะเป็นค่าเสียหายในเชิงลบเช่นเดียวกับในกฎหมายเยอรมัน โดยศาลฝรั่งเศสจะทำการอ้างอิงการกำหนดความเสียหายที่เกิดขึ้นตามทฤษฎีการสูญเสียโอกาส (Perte d' une chance)

อย่างไรก็ตามศาลฝรั่งเศสก็ยังคงให้ความสำคัญแก่หลักเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่เช่นเดิม เนื่องจากเป็นหลักการสำคัญในการรับรองสิทธิของประชาชนตามกฎหมายฝรั่งเศส เพียงแต่มีการควบคุมการใช้เสรีภาพดังกล่าวให้พอเหมาะและให้การคุ้มครองความไว้นื้อเชื่อใจเพิ่มเติมแก่คู่กรณีที่ได้รับความเสียหายเพื่อสร้างความเท่าเทียมและยุติธรรมในระหว่างการเจรจาท่า

<sup>228</sup> Hamburg Chamber of Commerce. Limitation of Actions in the German Law [online]. 2009. Available from : <https://www.hk24.de/en/fairplay/business-law/limitation-actions-german-law/1159426> [2018, October 17]

สัญญา เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้น คู่กรณีที่เข้ามาทำสัญญาระหว่างกันมักจะมีอำนาจในการเจรจาต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันเท่าที่ควร

ด้วยเหตุนี้ เพื่อสร้างจริยธรรมในการเข้าสู่การเจรจาของคู่กรณีจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยการบัญญัติมาตรา 1112 ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการถ่วงดุลหลักเสรีภาพในการเจรจาดังกล่าว และนอกจากนี้ ยังปรากฏแนวโน้มเพิ่มเติมที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลฝรั่งเศสสามารถเชื่อมต่อกฎหมายลักษณะต่างๆที่อาจเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาโดยไม่จำกัดเพียงเฉพาะแค่กฎหมายสัญญาหรือกฎหมายละเมิดเท่านั้น แต่ศาลยังอาจนำเอาหลักกฎหมายลามิควรได้มาปรับใช้เพื่อเยียวยาความสูญเสียในการคาดหวังต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ถูกสร้างขึ้นในช่วงระยะเวลาของการเจรจาได้อีกด้วย

ส่วนในเรื่องของอายุความนั้น เข้าใจได้ว่าการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการฝ่าฝืนต่อหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาน่าจะยังคงใช้อายุความตามกฎหมายลักษณะละเมิดเป็นหลัก เนื่องจากทิศทางความคิดเห็นส่วนใหญ่ภายหลังการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ยังคงเห็นว่าความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาดังกล่าวสามารถปรับใช้หลักการแห่งละเมิดในการกำหนดให้คู่กรณีที่กระทำความผิดต้องรับผิดได้อยู่ ดังนั้น อายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องทั่วไปในคดีแพ่งจึงมีระยะเวลา 5 ปี จากเดิมที่มีระยะเวลาถึง 30 ปี ตามมาตรา 2224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในขณะที่การเรียกร้องค่าเสียหายจากอันตรายที่เกิดขึ้นแก่ร่างกายจะมีอายุความ 10 ปีนับแต่วันที่เกิดความเสียหาย โดยอายุความดังกล่าวถูกกำหนดให้ใช้ถึงการเรียกร้องค่าเสียหายบนฐานของสัญญาหรือฐานของละเมิด ฉะนั้นในการเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหนี้ก่อนสัญญาจึงใช้อายุความ 5 ปีเสมอ เนื่องจากการปรับปรุงแก้ไขโดยรัฐบัญญัติว่าด้วยอายุความ วันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2008 เพราะเหตุผลเช่นเดียวกันกับการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องอายุความของเยอรมันที่เห็นว่าการมีอายุความใช้สิทธิเรียกร้องที่นานเกินไปจะก่อให้เกิดความชอบธรรมที่น้อยลงระหว่างคู่กรณี<sup>229</sup>

ขณะที่ในกฎหมายของจีนนั้น ก่อนการแก้ไขกฎหมายให้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหนี้ก่อนสัญญานั้น ศาลจีนจะทำการปรับใช้หลักสุจริตในการตีความเพื่อพิจารณาว่าการกระทำของคู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในระยะเวลาก่อนสัญญา มีความผิดหรือไม่ จากนั้นศาลจีนจึงจะปรับใช้หลักกฎหมายสัญญาหรือกฎหมายละเมิดในการกำหนดความรับผิดให้แก่คู่กรณีดังกล่าวตามแต่กรณีใดจะเหมาะสมกว่ากัน

<sup>229</sup> Thomson Reuters Practical Law. Limitation periods [online]. 2017. Available from :

<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-518->

[8770?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-518-8770?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1) [2018, October 17]

อย่างไรก็ตาม หลังจากที่มีการกำหนดให้มีหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาของจีน อันเนื่องมาจากจีนได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากเยอรมัน ทำให้นักกฎหมายและศาลของจีนมีความเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในมาตราดังกล่าวเป็นการกำหนดให้มี ความรับผิดเป็นกรณีพิเศษแยกต่างหากจากความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด

ถึงกระนั้น ในตัวบทกฎหมายกฎหมายของจีนเองกลับไม่ปรากฏถึงหลักเกณฑ์อัน เป็นการเฉพาะเพื่อการปรับใช้หลักความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาแก่คู่กรณีแต่อย่างใด ทำให้ศาลต้อง อาศัยแนวทางในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวจากประกาศหรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆที่กำหนดจาก สำนักงานคณะกรรมการวิจัยขั้นพื้นฐานแห่งชาติของจีนประกอบกับความคิดเห็นของนักกฎหมายจีนที่ ได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับวิธีการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่กรณี ทำให้แนวทางในการปรับใช้ กฎหมายแก่ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญายังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน จึงยังคงต้อง ศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลจีนต่อไป

ส่วนในเรื่องอายุความนั้น กฎหมายแพ่งของจีนได้มีการกำหนดอายุความ โดยทั่วไปในทางแพ่งเอาไว้ในมาตรา 188 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2017 จากอิทธิพลของการแก้ไข อายุความในกฎหมายเยอรมัน ส่งผลให้อายุความใช้สิทธิเรียกร้องในทางแพ่งของจีนเปลี่ยนแปลงจาก 2 ปี เป็นอายุความที่นานขึ้น คือ 3 ปี ตามรัฐธรรมนูญดีแก้ไขกฎหมายจีน (The General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China : GRCL) หรือ (The "Principles")<sup>230</sup>

สำหรับกฎหมายไทยนั้น เนื่องจากไม่ปรากฏถึงหลักหนี้และความรับผิดก่อน สัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ยังเป็นเรื่องที่ขาดความชัดเจนเป็นอย่างยิ่งว่าหาก เกิดกรณีของความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาแล้วนั้น คู่กรณี ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะสามารถเรียกร้องความเสียหายและได้รับการเยียวยาอย่างไรบ้าง และศาล จะปรับใช้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายใดแก่กรณี

โดยหากต้องการปรับใช้หลักกฎหมายในลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของ เยอรมัน เนื่องมาจากอิทธิพลทางกฎหมายที่ไทยได้รับมาจากเยอรมันอย่างยาวนาน กฎหมายไทยก็ จะต้องมีการปรับใช้หลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการตีความ ขยายให้หนี้หรือหน้าที่ในการต้องกระทำการด้วยความสุจริตของลูกหนี้ตามสัญญาให้มีลักษณะที่ ครอบคลุมถึงหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาด้วย โดยที่กฎหมายไทยจะต้องมีการยอมรับและปรับใช้หลัก

<sup>230</sup> Lei Jiping, Li Shikai King and Wood Malleasons' Dispute Resolution group. How to Respond to the Change of Statute of Limitations in the General Provisions of the Civil Law [Online]. 2017. Available from : <https://www.chinalawinsight.com/2017/09/articles/dispute-resolution/how-to-respond-to-the-change-of-statute-of-limitations-in-the-general-provisions-of-the-civil-law/> [2018, October 17]

สุจริตอย่างครอบคลุมแก่การเจรจา ก่อนการเกิดขึ้นของสัญญามากขึ้น โดยเป็นการควบคุมพฤติกรรมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในระหว่างการเจรจาเหมือนเช่นในกฎหมายเยอรมัน อีกทั้งยังต้องมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าพฤติการณ์อย่างไรบ้างที่ถือว่าเป็นการกระทำที่สุจริต โดยอาจให้ศาลช่วยวางหลักเกณฑ์โดยการพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลไทยต่อไป

รวมถึงความคิดเห็นเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแบบค่าเสียหายในเชิงลบ หรือ Negative interest ซึ่งยังไม่ปรากฏว่ากฎหมายไทยมีการยอมรับในความคิดดังกล่าวอีกเช่นกัน จึงอาจต้องมีการศึกษาและวางกรอบของกฎหมายในการกำหนดค่าเสียหายในเรื่องดังกล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายไทยเลือกที่จะปรับใช้ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหนี้ก่อนสัญญาเหมือนเช่นในกฎหมายฝรั่งเศส ก็อาจต้องมีการแก้ไขกฎหมายละเมิดบางส่วนของไทยที่ก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้หลักหนี้ก่อนสัญญา โดยการให้การยอมรับและตีความขยายว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเสรีภาพในการเจรจาทำสัญญาระหว่างคู่กรณีเป็นส่วนหนึ่งของความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองตามหลักกฎหมายละเมิด เนื่องจากความเข้าใจส่วนใหญ่ของนักกฎหมายไทยต่างเห็นว่า สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายละเมิดนั้นเป็นสิทธิเด็ดขาดของบุคคล กล่าวคือ เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคล ตามคำอธิบายของศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ ที่ไทยได้รับเอาบทบัญญัติในมาตรา 420 ดังกล่าวมาจากในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

หากกฎหมายไทยเลือกที่จะรับเอาแนวทางตามอย่างกฎหมายจีน ที่มีการกำหนดให้หลักความรับผิดในหนี้ก่อนสัญญาเป็นความรับผิดที่แยกต่างหากจากกฎหมายสัญญาและกฎหมายละเมิดนั้น นอกจากไทยจะต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้การรับรองถึงหน้าที่และหนี้ก่อนสัญญาไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาของจีน กฎหมายไทยยังอาจจะต้องมีการออกหลักเกณฑ์และวิธีการในการปรับใช้กฎหมายแก้หนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา ดังกล่าวด้วย ดังเช่นที่สำนักงานคณะกรรมการวิจัยขั้นพื้นฐานแห่งชาติของจีนกำลังกระทำอยู่ เนื่องจากการก่อให้เกิดระบบความรับผิดเป็นกรณีพิเศษส่งผลให้ไม่อาจปรับใช้หลักความรับผิดตามสัญญาหรือความรับผิดตามกฎหมายละเมิดแก่กรณีได้

ในส่วนนี้ไม่ว่ากฎหมายไทยจะเปิดรับแนวทางใดมาปรับใช้แก่ความรับผิดในการฝ่าฝืนหนี้ก่อนสัญญาก็ควรที่จะคำนึงถึงความเหมาะสมในบริบททางสังคมของไทยด้วย อย่างไรก็ตาม จากสถานการณ์ปัจจุบันที่หลายๆประเทศทั่วโลกมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีการยอมรับถึงความมีอยู่ของหนี้และหน้าที่ก่อนสัญญา รวมถึงมีการกำหนดให้มีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทำให้ตระหนักได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในช่วงของการเจรจาเพื่อทำสัญญานั้นมี

ความสำคัญมากขึ้นต่อการทำธุรกรรมเพื่อให้มีผลทางกฎหมายต่างๆ เนื่องจากมูลค่าของสัญญาที่เพิ่มมากขึ้น ทำให้หากไม่มีการรับรองและคุ้มครองแก่คู่กรณีในระหว่างทำการเจรจาอาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในทางกฎหมายแก่บุคคลขึ้นได้ ส่งผลให้คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายไม่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม กระทบต่อความเชื่อมั่นในการเจรจาเข้าทำสัญญา และก่อให้เกิดความเสียหายต่อการพัฒนากฎหมายไทยเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญต่อไป



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1. บทสรุป

จากการศึกษาถึงหลักการแห่งหนึ่งและหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศจีนเพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจในความคิดที่เกี่ยวกับการต้องการให้ความคุ้มครอง หรือมอบความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณีในระหว่างการเจรจาหรือคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายเพราะการกระทำจากอีกฝ่ายหนึ่งว่า มีการให้ความคุ้มครองมากเพียงใดนั้น จะพบได้ว่าในระบบกฎหมายบางระบบมีหลักการที่เคร่งครัดในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ จำเป็นที่จะต้องมีสัญญาเกิดขึ้นเสียก่อนจึงจะเกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีได้ ด้วยเหตุนี้ หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ความสัมพันธ์ใดๆระหว่างคู่กรณีก็จะไม่มี ส่งผลให้ความรับผิดชอบต่อความเสียหายใดๆก่อนสัญญาจะไม่เกิดขึ้นตามไปด้วย

ขณะที่ระบบกฎหมายอีกบางระบบแม้จะมีกลไกในการทำคำเสนอและคำสนอง เช่นเดียวกันในการก่อให้เกิดสัญญา แต่ก็มีการค้าถึงผลประโยชน์และความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณีด้วย ส่งผลให้มีการปรับปรุงและพัฒนากลไกในการควบคุมและคุ้มครองความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาโดยการกำหนดหน้าที่ในการต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตเมื่อมีการเกิดสัญญา จนถึงขยายหลักการดังกล่าวมาในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาด้วย

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ในทางสัญญาที่คู่กรณีมีอยู่ระหว่างกันนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะหน้าที่หรือหน้าที่ในอันที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาต่อกันอย่างเดียวเท่านั้น แต่คู่กรณีหรือคู่สัญญายังอาจมีหน้าที่หรือหน้าที่ในอันที่จะต้องปฏิบัติต่อกันในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาด้วย

เนื่องจาก หนี้ มีความหมายถึง หน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นมาจากนิติสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย ซึ่งเมื่อปรากฏว่ามีความสัมพันธ์ทางหนี้เกิดขึ้นระหว่างกันแล้ว ลูกหนี้ก็จะมีหน้าที่ในการต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้อง โดยหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องนั้นประกอบไปด้วยหน้าที่ที่คู่กรณีได้มีการตกลงกันโดยชัดแจ้งในสัญญารวมไปถึงหน้าที่ที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกำหนดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และหน้าที่อื่นๆที่เกิดขึ้นมาจากฐานของหลักสุจริต ซึ่งหากลูกหนี้ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้โดยถูกต้องตามหน้าที่ดังกล่าวครบถ้วนแล้วก็จะส่งผลให้หนี้ที่เกิดขึ้นมานั้นระงับสิ้นไป

ในระหว่างการเจรจาของคู่กรณีเพื่อเข้าทำสัญญาระหว่างกันนั้น ได้ปรากฏว่ามีแนวทางของศาลในหลายระบบกฎหมาย ซึ่งรวมถึงในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และจีน ได้ให้ความสำคัญแก่หน้าที่อื่นๆที่มีใช้หน้าที่หลักตามที่คู่กรณีได้มีการตกลงกันในสัญญาแต่เป็นหน้าที่ที่มีพื้นฐานมาจากหลักสุจริตที่คู่กรณีพึงมีให้แก่กัน อีกทั้งยังเป็นหน้าที่ที่มีเนื้อหาครอบคลุมไปจนถึงเรื่อง

ของการเตรียมการอันจำเป็นและพอเหมาะ การให้ความช่วยเหลือและให้ความร่วมมือซึ่งกันและกัน รวมไปถึงการรักษาข้อมูลความลับต่อกันในระหว่างการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา หน้าที่ทั้งหลายเหล่านี้มีความสำคัญต่อการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างคู่เจรจากันถึงขั้นที่ในระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดให้หน้าที่เหล่านี้มีฐานะเป็น “หนี้ก่อนสัญญา” ดังปรากฏในมาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

เมื่อพิจารณาหลักการในมาตรา 241 (2) ประกอบกับมาตรา 311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปีค.ศ. 2002 จะพบว่า หน้าที่ที่ปรากฏในมาตรา 241 (2) เป็นหน้าที่ที่เข้ามาเสริมหรือเพิ่มเติมหน้าที่หลักในการชำระหนี้ให้ครบถ้วนสมบูรณ์ หรือเป็นหน้าที่ที่ลูกหนี้ต้องกระทำเมื่อคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรม รวมถึงสิ่งที่กฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองโดยพิจารณาจากทุกส่วนและทุกช่วงเวลาแห่งการก่อให้เกิดหนี้ระหว่างกัน โดยในมาตรา 311 ได้มีการกำหนดเพิ่มเติมว่าหน้าที่ที่ปรากฏในมาตรา 241 (2) ถือเป็นหนี้ที่ลูกหนี้ที่เข้ามาเจรจาต้องปฏิบัติตามทันทีแม้ว่าในท้ายที่สุดจะไม่มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างกันก็ตาม มิฉะนั้นลูกหนี้ที่ฝ่าฝืนหนี้อันเกี่ยวกับหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้ด้วย

อย่างไรก็ดี เนื่องจากหนี้ในมาตรา 311 นี้มีลักษณะเป็นหน้าที่โดยทั่วไปในเรื่องหนี้ จึงไม่อาจจะระบุไว้โดยแน่ชัดได้ว่า คู่กรณีมีหน้าที่ซึ่งเป็นหนี้ที่ต้องกระทำระหว่างกันอย่างไรบ้าง ส่งผลให้การวิเคราะห์ถึงหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าวต้องคำนึงถึงสถานการณ์ และสถานะแวดล้อม รวมถึงวัตถุประสงค์แห่งการเจรจาเพื่อทำสัญญานั้นว่าจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่เจรจาอย่างไร และเพียงใด

ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับปี 2016 รวมถึงกฎหมายสัญญาของจีนเอง แม้ว่าจะมีการกำหนดให้มีหน้าที่ที่คู่เจรจากันจะต้องสุจริตระหว่างกันเช่นเดียวกับในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปีค.ศ. 2002 แต่ทั้งสามระบบกฎหมายก็มิได้มีการบัญญัติถึงรายละเอียดของการแบ่งแยกลักษณะและประเภทของหน้าที่อันเป็นหนี้ที่ลูกหนี้พึงปฏิบัติเอาไว้แต่อย่างใด ทำให้ต้องพิจารณาจากแนวทางในการปฏิบัติและความคิดเห็นของศาลและนักกฎหมายในทั้งสามประเทศที่ยังมีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องของหน้าที่ระหว่างคู่กรณีในช่วงก่อนการเกิดสัญญาเช่นเดียวกับก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมตัวบทกฎหมาย จึงจะทราบถึงหน้าที่ที่ลูกหนี้ต้องกระทำในระหว่างการเจรจาในอันที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายจนต้องรับผิดชอบก่อนสัญญาต่อไป ดังนี้

#### 1.) หน้าที่ในการต้องกระทำโดยสุจริตและการให้ความไว้วางใจแก่กัน

กล่าวคือ คู่กรณีมีหน้าที่ในการกระทำการใดๆต่อกันอย่างสุจริตและไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายที่ได้มอบความไว้วางใจว่าจะมีการเจรจาอย่างจริงจังและตรงไปตรงมา ระหว่างกันเพื่อบรรลุเป็นข้อตกลงแห่งสัญญาได้ในที่สุด ฉะนั้น หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่มีจุดประสงค์อย่างแท้จริงที่จะทำสัญญา อาทิ ในสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน หากผู้ซื้อไม่มีเจตนาอย่างแท้จริงที่จะซื้อ

ทรัพย์สินที่ผู้ขายทำการเสนอขาย ผู้ซื้อก็ไม่ควรที่จะเข้าไปสอบถามคุณสมบัติและแสดงท่าทีให้ผู้ขายมอบความไว้นับถือเชื่อใจว่าผู้ซื้อเข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินนั้นอย่างแท้จริง หากการเข้าเจรจาดังกล่าวโดยปราศจากความตั้งใจที่จะทำสัญญาอย่างแท้จริงนั้นก็ให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจา ฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องรับผิดชอบต่อกับฝ่ายหนึ่งในการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่อันเป็นหนึ่งก่อนสัญญาดังกล่าว

#### 2.) หน้าที่ในการให้ข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจในการทำสัญญา

หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ที่เกิดจากหลักสุจริตเช่นเดียวกัน โดยเป็นการก่อให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างคู่เจรจาจากการสร้างความเท่าเทียมกันในข้อมูลต่างๆที่พึงรับรู้และได้มีโอกาสในการทำความเข้าใจก่อนที่จะมีการตัดสินใจตกลงทำสัญญาระหว่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บุคคลผู้มีวิชาชีพหรือผู้มีความรู้ความสามารถในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวข้องแก่สัญญาที่จะทำต้องมีหน้าที่ในการให้คำอธิบายและให้ข้อมูลที่ถูกต้องและเหมาะสมแก่การใช้พิจารณาประกอบการตัดสินใจทำสัญญาแก่คู่กรณีที่เป็นบุคคลทั่วไปได้รับทราบ

#### 3) หน้าที่ในการรักษาข้อมูลความลับ

จากหน้าที่ในการให้ข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจในการทำสัญญานั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้มอบข้อมูลอันอาจเป็นความลับทางธุรกิจเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายใช้ประกอบการพิจารณาเข้าทำสัญญาด้วยความไว้นับถือเชื่อใจ คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับข้อมูลดังกล่าวก็มีหน้าที่ต้องกระทำการโดยสุจริตในการรักษาข้อมูลความลับที่ได้รับมาดังกล่าวตามสมควร และไม่นำไปเปิดเผยต่อสาธารณะหรือนำไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวที่ไม่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทำสัญญาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคู่กรณีผู้เป็นเจ้าของ มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของข้อมูลต่อไป

#### 4.) หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการให้ความคุ้มครอง

หน้าที่ดังกล่าวเป็นกรณีที่คู่กรณีที่เข้าเจรจาดังกล่าวจะต้องทำการเจรจาโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย กล่าวคือ ให้ความคุ้มครองในอันที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตและทรัพย์สินของคู่กรณี หน้าที่ดังกล่าวนี้ได้ถูกกำหนดรวมไว้ในมาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมันก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งในปีค.ศ. 2002 คือ จากคดีพรมน้ำมันของเยอรมันที่แม้ว่าโจทก์จะยังมีได้ทำการซื้อขายพรมน้ำมันกับจำเลยไปแล้วก็ตาม แต่โจทก์ซึ่งกำลังทำการเจรจาเพื่อจะตกลงทำสัญญาและได้อยู่ภายในอาณาเขตการคุ้มครองป้องกันของเจ้าของร้านค้า โดยได้มอบความไว้วางใจว่าร้านค้าดังกล่าวมีความปลอดภัยตามปกติประเพณี ส่งผลให้ เมื่อโจทก์ได้รับบาดเจ็บจากการถูกพรมน้ำมันตกใส่ศีรษะจนล้มขณะที่กำลังพิจารณาเลือกซื้อพรมน้ำมัน เพราะเหตุที่ลูกจ้างของจำเลยกระทำการโดยประมาททำพรมน้ำมันหล่นมาใส่โจทก์ จึงเป็นกรณีที่จำเลยกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใดๆแก่โจทก์ ฉะนั้น โจทก์จึงสมควรมีสิทธิที่จะได้รับ



การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากจำเลย เนื่องจากจำเลยกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการให้ความคุ้มครอง หรือในกรณีของคดีเปลือกกกล้วย ที่ปรากฏว่ามีบุคคลได้ทิ้งเปลือกกกล้วยไว้บนพื้นของร้านค้าแห่งหนึ่ง ส่งผลให้ลูกค้าที่เดินเข้าไปเพื่อเลือกซื้อของภายในร้านเหยียบเปลือกกกล้วยลื่นล้มรับบาดเจ็บ แม้ว่าลูกค้าจะยังไม่ได้ชำระเงินค่าสินค้าแต่เจ้าของร้านค้าก็จำเป็นต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกัน

5.) หน้าที่ในการให้ความร่วมมือและมีส่วนร่วมในการดำเนินการเจรจาต่อรอง

เนื่องจากในการบรรลุข้อตกลงในการทำสัญญานั้นมีจุดประสงค์สำคัญในการได้รับผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างคู่กรณี จึงก่อให้เกิดหน้าที่ในการให้ความร่วมมือซึ่งกันและกันระหว่างคู่กรณีในช่วงระหว่างการเจรจา เพื่อนำไปสู่การบรรลุข้อตกลงระหว่างกันได้ที่ดีที่สุด เช่น หากการตกลงทำสัญญาใดจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐเสียก่อน คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องให้ความร่วมมือแก่คู่กรณีฝ่ายที่ไปขอรับคำอนุญาตตามความเหมาะสม เพื่อให้หน่วยงานของรัฐยินยอมที่จะอนุญาตและสามารถทำการเจรจาเพื่อทำสัญญาต่อไปได้โดยสะดวก

6.) หน้าที่ในการไม่เจรจาเคียงคู่และไม่ยุติการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

ตามปกติคู่กรณีมีเสรีภาพในการเจรจาและยุติการเจรจาอย่างไรก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าเสียหายอย่างใดแก่คู่กรณีอีกฝ่าย เว้นเสียแต่ว่าการเจรจาเคียงคู่และการยุติการเจรจาดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริตและส่งผลเสียต่อความไว้วางใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร โดยไม่มีเหตุผลเพียงพอมารองรับต่อการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเวลาที่ค่อนข้างใกล้ชิดแก่การตกลงทำสัญญาแล้ว คู่กรณีฝ่ายที่ฝ่าฝืนจะต้องชดใช้ความเสียหายต่อความไว้วางใจที่คู่กรณีอีกฝ่ายมอบให้ด้วยความเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้นระหว่างกัน

หน้าที่ทั้งหลายเหล่านี้ล้วนมีความสำคัญต่อการดำเนินการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีเพื่อบรรลุข้อตกลงแห่งการทำสัญญาได้สำเร็จ การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวในระบบกฎหมายของเยอรมัน ฝรั่งเศส และจีน ได้กำหนดให้เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก่อนสัญญาในลักษณะที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติตามในช่วงระยะเวลาของการเจรจา ซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายตามมา การยอมรับและนำมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจนของทั้งสามประเทศนี้ก่อให้เกิดประโยชน์ในการสร้างกรอบ กฎเกณฑ์ในการปฏิบัติตนแก่คู่กรณีได้อย่างถูกต้อง ซึ่งจะช่วยให้การก่อให้เกิดสัญญามีความสุจริตและยุติธรรมมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังไม่ปรากฏถึงการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้คู่กรณีที่เข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน ทำให้เมื่อเกิดข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันกับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ก่อนสัญญาและเกิดความเสียหายขึ้น คู่กรณีก็ไม่อาจทราบได้ว่าจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอย่างไร อีกทั้งยังไม่ปรากฏถึงแนวความคิดของศาลที่

แสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าวแต่อย่างไร เนื่องจากศาลไทยยังมิได้มีการนำเอาหลักความรับผิดก่อนสัญญามาตีความและปรับใช้โดยอาศัยหลักสุจริตเหมือนอย่างเช่นในระบบกฎหมายเยอรมันก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งในปีค.ศ. 2002 หรือการปรับด้วยบทกฎหมายละเมิดให้เข้ากับสถานการณ์ดังเช่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในช่วงก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งในปีค.ศ. 2016 จึงสมควรที่จะมีการทบทวนแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวให้มากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุที่ ในการประกอบธุรกรรมต่างๆในสถานการณ์ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาจากก่อนสัญญาเพิ่มมากขึ้น หากเกิดปัญหาและความเสียหายก่อนการเกิดสัญญาในสัญญามูลค่าสูง อาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมายอันเป็นสิ่งที่บุคคลพึงได้รับเนื่องจากไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองและคุ้มครองให้ ซึ่งจะถือเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายที่บุคคลที่ทุจริตอาศัยเป็นช่องทางในการเอาเปรียบผู้อื่นในสังคมต่อไปได้

## 5.2. ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่า ในขณะนี้ แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหน้าที่ก่อนสัญญาไว้โดยเฉพาะ รวมถึงอาจจะยังไม่มีแนวคำพิพากษาฎีกาหรือความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ที่แสดงถึงการยอมรับความคิดเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยอย่างชัดเจนเหมือนเช่นในกฎหมายเยอรมันที่ในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายแพ่งนั้นศาลเยอรมันได้ให้การยอมรับและตีความหลักสุจริตในการชำระหนี้ตามสัญญาให้ครอบคลุมหน้าที่ก่อนสัญญาด้วย และภายหลังการปฏิรูปจึงได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 241 และมาตรา 311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเพื่อสร้างความชัดเจนและแน่นอนในการปรับใช้กฎหมายแก่กรณีหรือการกำหนดหน้าที่ให้การเจรจาด้วยความสุจริตเหมือนเช่นในมาตรา 1104 และมาตรา 1112 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หรือในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญาของจีน แต่ระบบกฎหมายของไทยก็อาจที่จะมีการนำบทบัญญัติในมาตรา 5 ว่าด้วยหลักสุจริตแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้ โดยอาศัยการตีความกฎหมายให้ครอบคลุมไปถึงหลักการแห่งกฎหมายในเรื่องการฝ่าฝืนต่อหน้าที่อันเป็นหน้าที่ก่อนสัญญาได้ เพื่อให้คู่กรณีที่กระทำการโดยไม่สุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติหากไม่ปรากฏการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนเพื่อรับรองความมีอยู่ของหน้าที่ก่อนสัญญา อาจทำให้ศาลไม่ยอมที่จะปรับใช้และตีความหลักสุจริตแก่กรณีทำให้หลักหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาไม่มีโอกาสที่จะปรับใช้เพื่อเยียวยา คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าแม้ในระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยบทกฎหมายศาลและนักกฎหมายอาจตีความและปรับใช้หลักสุจริตแก่กรณีได้ แต่ก็ควรที่จะมีการเพิ่มเติมด้วยบทกฎหมายให้ชัดเจนเช่นเดียวกับที่กฎหมายเยอรมันทำ เพื่อเป็นการสร้าง

สมดุลในการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเหมาะสมในระหว่างการเข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญา หากคู่กรณีกระทำการฝ่าฝืนต่อก่อนสัญญา ก็จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการ ตระเตรียมการต่างๆที่เหมาะสมแก่การดำเนินการตามขั้นตอนก่อนเข้ามาทำสัญญา โดยต้องมีใช้การ รับผิดใช้ค่าเสียหายในลักษณะของการขาดทุนขาดกำไร แต่เป็นค่าเสียหายในลักษณะที่คู่กรณีไม่ควรจะ เสียไปหากไม่เข้ามาทำการเจรจาที่ไม่ประสบความสำเร็จดังกล่าวเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมี ข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

### 5.2.1. การตีความมาตรา 5 และกฎหมายลักษณะหนี้แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์เพื่อมาปรับใช้กับหลักกฎหมายในเรื่องนี้ก่อนสัญญา

ในระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญานั้น ผู้เขียนเห็นว่า อาจปรับใช้ตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ในลักษณะที่ยืดหยุ่นและเหมาะสม แก่สถานการณ์นั้นๆได้ เนื่องจากหลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ ไทยเองก็มีที่มาจากบทบัญญัติในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสซึ่งมีการรับเอาแนวความคิด มาจากระบบกฎหมายของเยอรมันอีกทีหนึ่ง เนื่องจากนักกฎหมายเยอรมันที่มีส่วนร่วมในการร่าง ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้นำมาตรา 242 แห่งกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปีค.ศ. 1900 มาเป็น ต้นแบบในการยกร่างมาตรา 2 นั้นเอง

ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่าหลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันโดยตรง ซึ่งเมื่อพิจารณาต่อไปถึง รูปแบบในการปรับใช้หลักสุจริตในระบบกฎหมายของเยอรมันจะพบว่า หลักสุจริตของเยอรมันทำ หน้าที่เป็นการนำศีลธรรมในสังคมที่พึงกระทำเข้ามามีผลบังคับใช้ในทางกฎหมาย ดังที่ปรากฏให้เห็น ได้จากข้อความว่า “...พิเคราะห์ถึงปกติประเพณี” เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าการปรับใช้หลักสุจริตนั้น สมควรอย่างยิ่งที่จะต้องปรับใช้โดยอาศัยประสบการณ์ของผู้ใช้กฎหมายในการพิจารณาให้เข้ากับ ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ประกอบกับความคิดเห็นของพระยาเทพวิฑูร ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมการ ร่างกฎหมายที่ได้กล่าวเอาไว้ว่า มาตรา 5 นี้ถือเป็นหลักการทั่วไปในการช่วยรักษาความยุติธรรมในสิ่ง ที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติระหว่างกัน โดยเป็นกลไกที่ช่วยควบคุมบุคคลให้ปฏิบัติอย่างถูกต้องชอบธรรม และไม่ขัดต่อหลักการปฏิบัติทางธรรมตามความคิดเห็นของบุคคลทั่วไป

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากศาลและนักกฎหมายไทยยอมรับที่จะนำความคิด เกี่ยวกับหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา รวมถึงความรับผิดต่อการฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา มาปรับใช้ โดยการตีความบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ครอบคลุมถึงการ ปฏิบัติอย่างสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาในการวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นแก่กรณีที่มีการฝ่าฝืนต่อ หน้าที่ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย ประกอบกับการตีความขยายให้สามารถใช้หลักกฎหมาย ลักษณะหนี้แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควบคู่ไปกับมาตรา 5 ในการเป็นฐานเพื่อเรียกร้อง

ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ก่อนสัญญาในช่วงระยะเวลาของการเจรจาก็อาจแก้ไขปัญหได้ในระดับหนึ่ง

เนื่องจากหากพิจารณาว่ามาตรา 5 เป็นบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในบรรพหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักการทั่วไปที่มีความสำคัญที่สุดในประมวลกฎหมาย เพราะถือได้ว่าเป็นตัวบทกฎหมายแห่งความยุติธรรม และสามารถปรับใช้ในการควบคุมการปฏิบัติตามบทกฎหมายอื่นๆ ในทุกๆ บรรพของประมวลกฎหมาย โดยถือว่าหลักสุจริตตามมาตรา 5 ถือเป็นมาตรฐานที่ใช้ในการวินิจฉัยถึงการกระทำภายใต้กฎหมายทุกการกระทำว่าขัดต่อหลักสุจริตหรือไม่ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนนิติสัมพันธ์ ในระหว่างการเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของนิติสัมพันธ์นั้น หรือหลังจากนิติสัมพันธ์นั้นได้สิ้นสุดลงไปแล้ว แต่ตราบไต่ที่ยังไม่มีการแก้ไขกฎหมาย การจะให้ศาลยอมรับการนำมาตรา 5 ว่าด้วยหลักสุจริตมาปรับใช้กับหนี้ก่อนสัญญาก็อาจเป็นไปได้ยาก

### 5.2.2. การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในเบื้องต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการออกกฎหมายใหม่ทั้งหมดในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญาน่าจะเป็นการยากที่ผู้ร่างกฎหมายจะทำการร่างกฎหมายให้มีเนื้อหาที่ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่มีลักษณะที่ตรงกับความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาได้ ส่งผลให้เนื้อหาแห่งกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมดัง กล่าวอาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนและแน่นอนในการปรับใช้เหมือนอย่างเช่นในกรณีของระบบกฎหมายของจีน ซึ่งทำให้จีนต้องมีการออกประกาศและคำแนะนำในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยหน่วยงานภาครัฐแก่กรณีที่เกิดขึ้นออกมาอย่างต่อเนื่อง แต่กรณีดังกล่าวก็อาจสร้างความสับสนให้แก่ทั้งศาลและนักกฎหมาย รวมถึงประชาชนทั่วไปที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายดังกล่าวได้

อีกทั้งการสร้างสมดุลระหว่างหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความรับผิดในการฝ่าฝืนต่อหนี้ก่อนสัญญา ย่อมเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก เนื่องจากหากให้ความคุ้มครองในชั้นตอนก่อนสัญญามากเกินไปก็จะเป็นการลดทอนเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลทุกคนพึงมี และอาจส่งผลให้การดำเนินการเจรจาทำสัญญาในธุรกรรมต่างๆ เกิดความยุ่งยาก ลำบาก เพราะเหตุที่คู่เจรจาต้องคอยระมัดระวังการกระทำของตนเองในทุกช่วงเวลาว่าจะกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ก่อนสัญญาหรือไม่ ทำให้การประกอบธุรกิจขาดความคล่องตัว ยิ่งไปกว่านั้น หากมีการกำหนดหน้าที่ก่อนสัญญาโดยละเอียดเกินไป ก็อาจไม่เหมาะสมแก่การเจรจาในทุกๆ สถานการณ์ เนื่องจากในบางสถานการณ์แม้ว่าจะเป็นการเจรจาทำสัญญาในเรื่องที่ใกล้เคียงกันมากแต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า สภาวะแวดล้อมในช่วงเวลาแห่งการเจรจาดังกล่าวมีความแตกต่างกัน หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติระหว่างกันในช่วงก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาก็อาจจะต้องแตกต่างกันไปด้วย

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่าในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาในกฎหมายไทยนั้น อาจมีหน้าที่ก่อนสัญญาได้ แต่ด้วยเหตุที่แนวทางของศาลและนักกฎหมายไทยยังไม่ปรากฏว่ามีกร ยอมรับและนำเอาหลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้แก่กรณี ทำให้การแก้ไขปัญหามีเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดชอบก่อนสัญญา รวมถึงการสร้างความสะดวกกับหลัก เสรีภาพในการทำสัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้ อีกทั้งกฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่อยู่ในระบบกฎหมายซี วิลลอว์ จึงควรมีการบัญญัติต่อบทกฎหมายให้ชัดเจนและแน่นอนดังเช่นที่กระทำกันในกฎหมาย เยอรมัน ฝรั่งเศส และจีน เพื่อให้การรับรองและคุ้มครองบุคคลที่อาจได้รับความเสียหายอันเกิดจาก การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ก่อนสัญญาที่มี

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมต่อบทกฎหมายในกฎหมาย ลักษณะสัญญาเช่นเดียวกับในกฎหมายฝรั่งเศส และรับเอาแนวความคิดในระบบกฎหมายเยอรมันมา เป็นต้นแบบ โดยการกำหนดให้คู่กรณีในการเจรจาต้องกระทำการใดๆด้วยความสุจริตในช่วง ระยะเวลาก่อนสัญญา เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีและสร้างกรอบแห่งกฎหมายที่ชัดเจนให้ คู่กรณีปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้องในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดขึ้นสัญญา ดังนี้

แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ 2 สัญญา หมวด 1 ก่อให้เกิดสัญญา โดยการยกเลิกหมวด 1 เดิม แล้วแก้ไขจัดเรียงมาตราและโครงสร้างในหมวดดังกล่าวใหม่ เช่นเดียวกับที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 2 การบังคับคดี ตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง<sup>231</sup><sup>232</sup> โดยกำหนดให้หน้าที่ที่คู่กรณีต้องปฏิบัติในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา เป็นมาตรา 354 และ มาตรา 354/1

**มาตรา 354** คู่กรณีมีหน้าที่ในการปฏิบัติตนด้วยความสุจริตในระหว่างการเจรจา หรือในการก่อให้เกิดสัญญา

คู่กรณีฝ่ายที่ฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติตนด้วยความสุจริตตามวรรคหนึ่ง ต้องชดใช้ค่า สิ้นไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นในระหว่างการเจรจา หรือในการก่อให้เกิดสัญญา แต่การชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในประโยชน์ที่คาดหวังจากผลแห่งการเกิดสัญญาจะไม่ถูกนำมารวม คำนวณไว้

<sup>231</sup> อ้างอิงจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือแบบร่างกฎหมาย[ออนไลน์], 17 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา <http://web.krisdika.go.th/data/legalform/lawSubform/pdf-kidsadeeka.pdf>.

<sup>232</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560 [ออนไลน์], 17 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา <http://web.krisdika.go.th/data/law/law4/%bb04/%bb04-20-2560-a0001.pdf>

**มาตรา 354/1** ในระหว่างการเจรจา หรือในระหว่างช่วงก่อให้เกิดสัญญา หากมีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ เป็นพฤติการณ์ที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตก่อนสัญญา เช่น

- (1) กระทำการหลอกลวงหรือเข้าสู่การเจรจาโดยไม่มีเจตนาที่จะทำสัญญาตั้งแต่ต้น
- (2) ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งทราบข้อมูลสำคัญอันมีผลต่อการตัดสินใจที่จะแสดงเจตนาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แต่คู่กรณีดังกล่าวไม่แจ้งข้อมูลให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งทราบ
- (3) นำข้อมูลอันเป็นความลับที่ได้มาในระหว่างการเจรจาจากคู่กรณีไปเปิดเผยโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม หรือนำไปแสวงหาประโยชน์ในทางที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา
- (4) การเจรจาเชิงคู่โดยปราศจากความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง
- (5) การยุติการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรโดยทันทีในระหว่างการเจรจา เมื่อการเจรจาได้ดำเนินมาถึงขั้นที่อีกฝ่ายเชื่อแน่ว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้น
- (6) ไม่ให้ความร่วมมือและมีส่วนร่วมในการช่วยเหลือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรในระหว่างการเจรจา

ทั้งนี้ ให้หมายรวมถึงการกระทำ หรือมีส่วนร่วมในการกระทำอื่นใดอันแสดงได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตในระหว่างการเจรจา

การแก้ไขเพิ่มเติมด้วยบทกฎหมายดังกล่าวเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นและเปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาเพิ่มเติมว่าการกระทำใดบ้างที่มีลักษณะของการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริต มากกว่าที่จะมีการกำหนดเป็นด้วยบทกฎหมายเฉพาะเป็นรายกรณี เนื่องด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวไปบางส่วนข้างต้นแล้ว

แม้ว่าหน้าที่ก่อนสัญญาในการต้องกระทำการโดยสุจริตนี้ อาจสมควรที่จะมีการยกระดับให้เป็นหน้าที่ก่อนสัญญาในโอกาสต่อไปให้ชัดเจนเหมือนอย่างเช่นที่มีการกำหนดเป็นด้วยบทกฎหมายไว้ในระบบกฎหมายเยอรมัน มาตรา 241 ประกอบมาตรา 311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปีค.ศ. 2002 เนื่องจาก หากเป็นเพียงแค่นี้ที่อย่างเดียวอาจไม่มีความหนักแน่นเพียงพอให้คู่กรณียินยอมที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าว แต่ผู้เขียนก็เห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังที่ได้เสนอไปก็เป็นการเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองและเยียวยาคู่กรณีในระหว่างการเจรจาและการก่อให้เกิดสัญญาได้ เช่นเดียวกับที่กฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายจีนได้บัญญัติไว้ เนื่องจากการบัญญัติให้หน้าที่ก่อนสัญญากลายเป็นหนี้แยกออกมาอย่างชัดเจนเช่นในกฎหมายเยอรมันอาจมีอุปสรรคและไม่เหมาะสมเพราะกฎหมายไทยบัญญัติเรื่องหลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เอาไว้ในบรรพ 1 หลักทั่วไปซึ่งต้องปรับใช้กับกฎหมายในทุกๆ เรื่อง แตกต่างจากในกฎหมายเยอรมันที่บัญญัติหลักสุจริตเอาไว้ในมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในบรรพหน้า



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## บรรณานุกรม

- Aryan, S., and Mirabbasi, B. "The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre – Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law,". Journal of Politics and Law 9 (2016): 232 - 245.
- Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Tallon, D., Rutgers, J., and Vogenaver, S. Cases, Materials and Text on Contract Law. London: Bloomsbury Publishing Plc, 2018.
- Beale, H., Kötz, H., Hartkamp, A., and Tallon, D. Case, Materials and Text on Contract Law Oxford: Hart Publishing, 2002.
- Burton, S. J. "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith,". Harvard Law Review 94 (1980): pp. 369-404.
- Faurarque-Cosson, B., and Mazeaud, D. European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding, Principles, Model Rules. Munich: European publishers, 2008.
- Foster, N. G., and Sule, S. German Legal System and Laws Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Hamburg Chamber of Commerce. Limitation of Actions in the German Law [Online]. 2009. Available from: <https://www.hk24.de/en/fairplay/business-law/limitation-actions-german-law/1159426> [2018, October 17].
- Hübner, R., Vinogradoff, P., and Walz, W. E. A History of German Private Law. Translated by Philbrick, F. s. USA, Boston: S.J.Parkhill & Co, 2011.
- Jing, L., and Wei, S. National Report on Prc Contract Law [Online]. 2014. Available from: <http://www.law.ntu.edu.tw/aslea2014/file/LJ%20&%20SW%20PRC%20Contract%20Law%20-16Jun2014.pdf>
- Kotz, N. H. H., and Leser, H. G. German Private and Commercial Law : An Introduction. Translated by Weir, T. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Lei Jiping, L., King, S., and and Wood Malleasons' Dispute Resolution group. How to Respond to the Change of Statute of Limitations in the General Provisions of the Civil Law [Online]. 2017. Available from:



<https://www.chinalawinsight.com/2017/09/articles/dispute-resolution/how-to-respond-to-the-change-of-statute-of-limitations-in-the-general-provisions-of-the-civil-law/> [2018, October 17].

Li. Xiaoyang. The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law [Online]. November 5, 2017. Available from: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3065761> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3065761>

LSE Research Online. The New French Law of Contract. [Online]. 2017. Available from: [http://eprints.lse.ac.uk/75815/1/Rowan\\_New%20French%20law\\_2017.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/75815/1/Rowan_New%20French%20law_2017.pdf) [2018, November 4].

Pasa, B. Pre-Contractual Liability from a Civil Lawyer's Perspective. In L. Dimatteo & C. Lei (Eds.), Chinese Contract Law: Civil and Common Law Perspectives [Online]. 2017. Available from: Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316816912.008

Reimann, M., and Zekoll, J. Introduction to German Law The Hague Kluwer Law International, 2005.

Samuel, G., and Rinkes, J. Law of Obligation and Legal Remedies London: Cavendish Publishing Limited, 1996.

Steiner, E. French Law : A Comparative Approach. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Tegethoff, M. "Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability," Maastricht Journal of European and Comparative Law 5 (1998): 341-368.

The Law Dictionary Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary 2nd Ed. What Is Actio Empti [Online]. 22 ตุลาคม 2560. Available from: <http://thelawdictionary.org/actio-empti/>

The Law Dictionary Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary 2nd Ed. What Is Actio in Factum? [Online]. 22 ตุลาคม 2560. Available from: <http://thelawdictionary.org/actio-in-factum/>

Thomson Reuters Practical Law. Limitation Periods [Online]. 2017. Available from: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-518-8770?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pl](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-518-8770?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pl)

- uk&bhcp=1 [2018, October 17].
- Tudsri, P., and Pinkaew, A. A. Formation of Contract, Enforceability, and Pre-Contractual Liability in Thailand. ใน In Formation and Third Party Beneficiaries. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Wieacker, F. A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany Translated by Weir, T. and Zimmermann, R. Great Britain: Oxford University Press, 2000.
- Zhang, M. Chinese Contract Law : Theory and Practice. Leiden, Boston Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Zimmermann, R. The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: University Press, 1996.
- Zimmermann, R., and Whittaker, S. Good Faith in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- เจียมจิต สุวรรณน้อย. สัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ: ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดก่อนสัญญา. ปริญญาหมาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2549.
- เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 938/2525 [ออนไลน์]. 13 กุมภาพันธ์ 2018. แหล่งที่มา: <http://deka.supremecourt.or.th/search>
- เรืองวลี ทองน่ม. สัญญาเบื้องต้น : ศึกษากรณีสัญญาจะซื้อจะขาย. ปริญญาหมาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550.
- เสนีย์ ปราโมช, ม. ร. ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคบริบูรณ์) พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงโดยมุรินทร์ พงศพาน. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- โชคชัย พิณะเวศน์. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา. ปริญญาหมาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. 2555.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้ กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2554.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. “ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดซ้อนกัน,” ตุลพาท เล่ม 3(2547): หน้า 14-22.
- กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 298/2502 [ออนไลน์]. 12 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา: <http://deka.supremecourt.or.th/search>
- . คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8941/2557 [ออนไลน์]. 13 กุมภาพันธ์ 2018. แหล่งที่มา:

<http://deka.supremecourt.or.th/search>

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส: ความเป็นมาและความน่าสนใจบางประการ”. บทบัญญัติ 16, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2529).

———. “ผลของคำเสนอ – สนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์: 66 – 67.

งามใจ แวมณีนววรรณ. ความรับผิดชอบก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2542.

จำปี โสทธิพันธ์. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

จำปี หยกอุบล. “หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่21 (มีนาคม 2534).

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 20 แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์

กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

จิตติ ดิงศักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ2 มาตรา 354-394, ปรับปรุงโดย ศันันท์กรณ โสทธิพันธ์. กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศักดิ์, 2552.

ชญา หลีประเสริฐ. หน้าที่ข้างเคียงในการชำระหนี้. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2556.

ณัฐพงศ์ โปษะบุตร. “หลักสุจริต : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” วารสารนิติศาสตร์ 3 มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ (สิงหาคม 2555): หน้า 18-35.

ดาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ดวงพร ปิยวิทย์. แนวคิดในการให้ค่าเสียหายที่เป็นความสูญเสียทางเศรษฐกิจอันปราศจากความเสียหายทางกายภาพ ตามกฎหมายเรื่องความรับผิดทางแพ่งของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2558.

ทวี ฤกษ์จ้านง. “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และบันทึกประกอบ”. บทบัญญัติ เล่ม 20, ตอนที่ 4 (ตุลาคม 2505): หน้า 867-890.

บันทึกลงวันที่ 31 มกราคม พ.ศ. 2462 ของกรมหมื่นพิทยาลงกรณ์ ที่เสนอต่อประธานกรรมการร่างประมวลกฎหมายในคำแปลร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่มาตรา 1 – 39. เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รหัสไมโครฟิล์มที่ กต. 35.1, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ.

ประสิทธิ์ ไชวโกลกุล. กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.

ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526.

———. “หลักสุจริตคือ หลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ”. ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์

ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ป.ม.ท.ช. มิถุนายน 2526.

พรทิพย์ สุทธิธรรมศิลป์. ค่าเสียหายทางจิตใจ: ศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดของอังกฤษและเยอรมันเปรียบเทียบ

บัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย [ออนไลน์]. 9 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา:

[http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge\\_report/jrp2557\\_13\\_55.pdf](http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge_report/jrp2557_13_55.pdf)

พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอนที่ 1, (มาตรา 1-43). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2476.

———. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240 พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509.

พระยาจินดาภิรมย์ (จิตร ณ สงขลา), พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล), และพระยามานวราชเสวี (ปลอดวิเชียร ณ สงขลา). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพรตธนากร, 2467.

พระสารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัตร). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี (ปลอดวิเชียร ณ สงขลา). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.

ยุทธนา ทิณรัตน์. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง. ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.

วรศรา นวโลกสูง. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีการล้มเลิกการเจรจา. ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2555.

ศันท์กรณ โสถถิพันธุ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

———. คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรวได้. พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

———. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้(ผลแห่งหนี้) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

———. คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 18 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 786/2533 [ออนไลน์]. 13 กุมภาพันธ์ 2018. แหล่งที่มา:  
<http://deka.supremecourt.or.th/search>

สุทธิพงษ์ เปรมปรัชญา. ปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญา: ศึกษากรณีเพิกถอนคำเสนอและยกเลิกการเจรจา. ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. 2553.

- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.
- . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519.
- อาร์ม ตั้งนิรันดร. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- อุษรากร เตียววิเศษ. การกำหนดค่าเสียหายในความรับผิดก่อนสัญญา. ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2549.





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นัฐติยา ตันตระกูลวานิชย์
วัน เดือน ปี เกิด	28 เมษายน 2536
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ปี พ.ศ. 2558) นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ปี พ.ศ. 2561)



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY