

การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 2

The 2nd STOU Graduate Research Conference

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา Legal Problems of Damages for Breach of Preliminary Agreement before Making Contract

โชคชัย พิณะเวศน์ (Chokchai Pinawate) * รุ่งแสง กฤตยพงษ์ (Rungsaeng Krittayapong) **

สุธี อยู่สถาพร (Suthee Usathaporn) ***

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งที่จะศึกษาวิจัยปัญหาเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา ซึ่งหากเกิดปัญหาในกรณีดังกล่าวขึ้น จึงมีปัญหาคอขวดกฎหมายว่า จะนำหลักกฎหมายใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในการเรียกค่าเสียหายจากกรณีดังกล่าว

การวิจัยพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกรณีพิพาทที่ชัดเจนในเรื่องการเรียกค่าเสียหายที่เกิดการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาที่เกิดจากการที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเจตนาที่จะบิดพลิ้วไม่ทำความตกลงดังกล่าว หรือคู่กรณีฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะรู้ได้ถึงความมิชอบของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วมิได้แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ หรือกรณีที่มีการละเมิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการเกิดสัญญาโดยไม่สุจริตซึ่งหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยตามมาตรา 5 ยังไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้เหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีในการเรียกค่าเสียหายดังกล่าว

ดังนั้น ผู้วิจัย เห็นว่า เพื่อให้การกำหนดวิธีชดเชยเยียวยาความเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาที่เหมาะสม และไม่เป็นการคุ้มครองหรือเอาเปรียบฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป อีกทั้ง เพื่อเป็นการสร้างแรงจูงใจสำหรับคู่เจรจาที่จะต้องเพิ่มความระมัดระวังในการป้องกันหรือลดทอนความเสี่ยงภัยจากความเสียหายที่เขาู้เห็นแต่ฝ่ายเดียวเอง และเป็นการป้องกันมิให้เกิดการผิดข้อตกลงหรือสัญญาพรั่วหรือ โดยอาศัยช่องว่างของปัญหาคอขวดกฎหมาย จึงเห็นควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายนิติกรรมสัญญาของไทยให้เกิดเป็นรูปธรรมต่อไป

คำสำคัญ การเรียกค่าเสียหาย ข้อตกลงเบื้องต้น ก่อนการทำสัญญา

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม pchokchai25@hotmail.com

** ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตบางเขน rungsang.kr@spu.ac.th

*** อาจารย์พิเศษหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตบางเขน

Abstract

This thesis aims to conduct legal research problems on damages for breach of preliminary agreement before making contract. When such case arises, there is whether existing legal principle in Civil and Commercial Code applied.

The finding is Thai laws do not contain any provision regarding to damages claim in case of the breach of preliminary agreement before concluding a contract to which the concerned party is not serious enter into contractual relationship or the party who knows or should know abnormality in contractual term, does not notify it to other party or simply and in bad faith tried to end contract before conclusion. Legal principle in Thai Civil and Commercial Code cannot apply to solve this problem, according to the fairness principle its section 5.

Therefore, the researcher suggests that statutes on juristic acts and contract should be amended in order to provide appropriate means of remedy whenever damage arising out of breach of preliminary agreement before its formation but not to protect both parties too much and also to motivate the parties to take cautious against contractual risk, that is as means to complete legal loopholes or to perfect the contract law concept at the same time.

Keywords: Damages, Preliminary agreement, Before making contract

บทนำ

โดยที่การเจรจาถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นขององค์ประกอบในการก่อให้เกิดสัญญา การเจรจาก่อนสัญญานี้ นักกฎหมายบางท่าน เห็นว่า เป็นการเจรจาอภิปราย กล่าวคือ เป็นการอธิบายความหมายในข้อตกลง และสอบถามซึ่งกันและกันเป็นข้อ ๆ จนเป็นที่เข้าใจกันดีทั้งสองฝ่ายแล้ว จึงจะถือว่าคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้น (จิต เศรษฐบุตร : 2513) ซึ่งในระหว่างที่มีการเจรจากันอาจมีการตกลงกันได้ก็ทำให้สัญญาเกิดขึ้น เมื่อได้ตกลงกันในข้อที่เป็นสาระสำคัญ อันจะทำให้เป็นสัญญาได้ แต่หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาไว้ว่า ข้อความใดข้อความหนึ่ง ถือเป็นสาระสำคัญและยังไม่ได้ตกลงกัน สัญญาก็ยังไม่เกิด แม้ข้อความอื่น ๆ จะได้ตกลงกัน ก็ยังไม่มีผลผูกพัน ตามมาตรา 366 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากคู่กรณีได้ตกลงกันในระหว่างเจรจาว่า สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ ตามมาตรา 366 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ต้องเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีจะนำเอาวิธีอื่นมาใช้ไม่ได้ เพราะคู่กรณีได้เจรจากันแล้วว่าข้อสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ จะถือว่ามิสัญญาต่อกันเมื่อทำเป็นหนังสือ การทำข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา จึงมักจะเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่มีการเจรจา ซึ่งคู่เจรจาอาจจะตัดสินใจไม่เข้าทำสัญญาก็ได้ เพื่อเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นขององค์ประกอบในการก่อให้เกิดสัญญาต่อไป เมื่อคู่เจรจาพิจารณาแล้วเห็นว่าได้รับประโยชน์ที่ไม่คุ้มค่า ก็จะไม่เข้าทำสัญญาก็ได้ ซึ่งอาจมิได้เป็นการปฏิบัติที่ผิดหน้าที่แต่ประการใด เพราะตราบใดที่สัญญายังไม่เกิดนี้ หรือหน้าที่ใด อันสืบเนื่องมาจากสัญญาก็ยังไม่มี คู่เจรจาจึงมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ แต่ในบางครั้ง การเลิกเจรจาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือได้ความว่าเป็นการหลอกให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาทำการเจรจาโดยที่คู่กรณีฝ่ายแรกตั้งใจอยู่แล้วว่าจะไม่ทำสัญญา และเมื่อสัญญามีได้เกิดขึ้นจริงก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งได้เจรจาโดยสุจริตและได้ให้ความไว้วางใจในความสำเร็จของสัญญา จึงมีปัญหว่า การล้มเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริตของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายหรือไม่ หากจะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายจะเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายในฐานะความรับผิดชอบทางสัญญาหรือละเมิด ยังคงเป็นข้อโต้แย้งกันอยู่ นอกจากนั้น ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลตัดสินในเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด นักกฎหมายหลายท่านจึงมีความเห็นว่า ควรให้มีการเยียวยาความเสียหายเนื่องจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 5 และเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการเตรียมการก่อนเข้าทำสัญญา เช่น ค่าที่ปรึกษากฎหมาย ค่าเดินทาง ค่าเสียเวลา ค่าเสียโอกาส ค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบความถูกต้อง (Due diligence) เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงมีความสนใจที่จะศึกษาว่า หากเกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นจะนำหลักกฎหมายใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในการวินิจฉัยการเรียกค่าเสียหาย (Damages) เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกรณีพิพาทที่ชัดเจนในเรื่องความเสียหายที่เกิดจากการทำความตกลงเบื้องต้น (Preliminary agreement) ที่เกิดจากการที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเจตนาที่จะบิดพลิ้วไม่ทำความตกลงดังกล่าว อันเป็นการพัฒนาหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญาของไทยต่อไป

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา ความหมาย และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการทำข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาในประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาในประเทศไทย
4. เพื่อศึกษาและค้นหาแนวทางที่เหมาะสมมาบัญญัติเป็นกฎหมายในการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาในประเทศไทย

วิธีดำเนินการวิจัย

ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้ค้นคว้าจากหนังสือ ตำราทางวิชาการ บทความ วารสาร รวมถึงรายงานการวิจัย คำพิพากษาของศาล ทั้งนี้ ได้ค้นคว้าข้อมูลทางด้านเอกสารจากห้องสมุดต่าง ๆ เช่น ห้องสมุดบัณฑิตวิทยาลัย และห้องสมุดกลางของมหาวิทยาลัยศรีปทุม ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ ห้องสมุดสถาบันวิทยบริการของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ห้องสมุดปริทัศน์มณเฑียร ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ตลอดจนค้นหาข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ได้ข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาในประเทศไทยต่อไป

ผลการวิจัย

1. กฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาในต่างประเทศ เช่น ในระบบกฎหมายอิตาลีปัจจุบัน กรณีเกี่ยวกับผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา นักกฎหมายมีความเห็นแยกเป็น ๓ ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายแรก เห็นว่า น่าจะจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด สำหรับความเห็นนี้เป็นความเห็นที่ยังหลงเหลืออยู่เนื่องจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ เพราะก่อนการทำประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบัน นักกฎหมายอิตาลีปรับใช้หลักกฎหมายลักษณะละเมิดกับกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญา ฝ่ายที่สอง เห็นว่า น่าจะจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดชอบตามสัญญา เพราะหนี้ในการปฏิบัติตามหลักสุจริตก่อนสัญญา ก็คือหนี้ที่ผูกพันกันกับการปฏิบัติตามหลักสุจริตเมื่อมีสัญญาแล้ว ประกอบกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติเรื่องสัญญา และด้วยบทใช้คำว่า “คู่สัญญา” และ ฝ่ายที่สาม เห็นว่า น่าจะจัดเป็นความรับผิดชอบอีกกลุ่มหนึ่งที่เป็นเอกเทศ ในฝ่ายเดียวกันนี้ นักกฎหมายบางท่านก็ไม่ให้เหตุผลที่ชัดเจนหนักแน่นเท่าใดนัก กล่าวกันแต่เพียงว่า ที่ต้องจัดเป็นอีกกลุ่มหนึ่งต่างหากเพราะเป็นกรณีที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา จึงใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาไม่ได้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจำเป็นจะต้องไปเข้ากลุ่มเรื่องละเมิดเสมอไป ส่วนนักกฎหมาย บางท่านก็ให้เหตุผลว่า เพราะกรณีนี้มีหนี้ตามกฎหมายต่อบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเท่านั้น สำหรับในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา ไว้ 3 มาตรา คือ (1) มาตรา 1328 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “คำเสนอนั้นอาจถูกถอนเสียได้ราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้สนองได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้ทราบถึงการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายและการสูญเสียที่ผู้สนองได้รับเพราะการเริ่มการปฏิบัติตามสัญญา” (2) มาตรา 1337 บัญญัติว่า “ในการดำเนินการเจรจาและการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต” และ (3) มาตรา 1338 บัญญัติว่า “คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะรู้ได้ถึงคามมีอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับเพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มี ความผิด” หรือ ในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นประมวลกฎหมายที่เลียนแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยผ่านประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น (แสง บุญเฉลิมวิภาส : 2543) การศึกษาระบบกฎหมายเยอรมันในด้านนี้ จึงมีผลโดยตรงต่อการทำความเข้าใจระบบกฎหมายไทยในเรื่องเดียวกันได้รับอิทธิพลความคิดในเรื่องเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาสมัยใหม่ หรือหลัก Culpa in Contahende โดยตรง ผู้ที่เป็นเจ้าของความคิดในทฤษฎีของความรับผิดชอบก่อนสัญญาสมัยใหม่ชาวเยอรมัน คือ Jhering ในความคิดของ Jhering นั้น เห็นว่า แม้สัญญาจะไม่เกิดแต่ที่คู่สัญญาก็มีหนี้หรือหน้าที่ต่อกันแล้ว อันเป็นหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตหากฝ่าฝืนก็ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหาย รากฐานของความรับผิดชอบในความคิดของ Jhering อยู่ที่ “ความผิด” (fault) คือ ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นสำคัญ ดังนั้น จึงเห็นว่าลักษณะในทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นจัดอยู่ในประเภทความรับผิดชอบตามสัญญาอย่างหนึ่ง เป็นต้น

2. กฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาในประเทศไทยนั้น มิได้มีการกล่าวถึงชัดเจนนัก ไม่ว่าในทฤษฎี ทางคำตรา หรือในทางปฏิบัติในแนวคำพิพากษาของศาล อีกทั้ง นักกฎหมายยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน แต่ก็สามารถสรุปว่า การใช้บทบัญญัติมาตรา 420 และมาตรา 421 ปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในเรื่องการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญานั้น ไม่อาจที่จะกระทำได้ เพราะเป็นเรื่องของการใช้เสรีภาพเข้าทำสัญญา แล้วการใช้เสรีภาพนั้นทำให้นักคนอื่นได้รับความเสียหาย มิใช่เรื่องของการใช้ “สิทธิ” อันมีแต่จะทำให้บุคคลอื่น ๆ ได้รับความเสียหายแต่ประการใด และกรณีจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้ตามมาตรา 5 ก็ไม่อาจปรับใช้กับความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ก็ด้วยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ (1) มาตรา 5 ก็เป็นบทบัญญัติในเรื่องของการใช้ “สิทธิ” เช่นเดียวกับมาตรา 421 ไม่ใช่การใช้ “เสรีภาพ” (2) “การชำระหนี้” ย่อมหมายความว่า ได้มี “หนี้” เกิดขึ้นแล้ว คือ มีสัญญาแล้วและในการชำระหนี้จึงต้องกระทำโดยสุจริต และ (3) มาตรา 5 ได้บัญญัติเอาไว้กว้าง ๆ ในลักษณะของหลักทั่วไปทำให้มีความหมายกว้างและปราศจากบทลงโทษที่แน่ชัดสำหรับการฝ่าฝืนหลักสุจริต จะเห็นว่า ผู้พิพากษาที่จะตัดสินกรณีของการฝ่าฝืนหลักสุจริตให้มีบทลงโทษที่แตกต่างกัน ที่อาจไม่ใช่การชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผลประโยชน์ในการที่มีควรเข้ามาสัญญา (negative interest)

อภิปรายผลการวิจัย

1. กรณีการทำข้อตกลงเบื้องต้น (Preliminary Agreement) เป็นสัญญาหรือไม่ นั้น ผู้วิจัย เห็นว่า กรณีที่มีการทำเป็นบันทึกข้อตกลง (Memorandum of Agreement) หรือที่เรียกชื่อโดยย่อว่า “MOA” ผู้วิจัยเห็นว่า ต้องพิจารณาตามเนื้อหาสาระหรือข้อความที่คู่เจรจากำหนดกันไว้เป็นสำคัญ กรณี MOA ที่มีข้อความที่ระบุเป็นหลักเกณฑ์หรือวิธีการให้คู่เจรจากำหนดต้องปฏิบัติหรือดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เป็นข้อกติกาคำมั่นหมายกันไว้ หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ เช่นนี้ ย่อมถือว่ามีผลผูกพันเกิดเป็นสัญญาแล้ว แม้ว่าคู่เจรจาไม่ได้ระบุชื่อไว้ชัดเจนว่าเป็นสัญญาก็ตาม เพราะการใช้กฎหมายในทางแพ่ง ต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและคู่สัญญาเป็นสำคัญ แต่หากเป็นลักษณะของบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) หรือที่เรียกชื่อโดยย่อว่า “MOU” ที่เป็นลักษณะทั่วไป โดยระบุกรอบเพียงกว้าง ๆ ว่าคู่เจรจาทั้งสองฝ่ายตกลงจะมีความร่วมมือทางวิชาการระหว่างกัน โดยจะไม่กำหนดเนื้อหาหรือรายละเอียดของความร่วมมือเพื่อจะให้เป็นหนังสือกันต่อไป นั้น กรณีดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า สัญญายังไม่เกิดขึ้น และเมื่อผิดข้อตกลง คู่เจรจายังไม่อาจจะเรียกค่าเสียหายต่อกันได้ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรคสอง ได้กำหนดไว้ว่า “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ” อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่ว่าคู่เจรจาจะทำในลักษณะของ MOA หรือ MOU ก็ตาม หากคู่เจรจาได้เริ่มต้นการเจรจา อันเป็นการนำคู่เจรจาเข้าสู่ความสัมพันธ์ทางสัญญาที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อไป คู่เจรจาที่ฝ่าฝืนข้อตกลงเบื้องต้น (Preliminary Agreement) ก่อนการทำสัญญาทั้งสองกรณีดังกล่าว คู่เจรจาฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ก็ควรที่จะสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้เพราะการตัดสินใจเข้าติดต่อเจรจาย่อมถือได้ว่าเป็นการการได้ให้ความไว้วางใจในความสำเร็จหรือในความสมบูรณ์ของสัญญาแล้ว ตามแนวคิดของ Jhering ที่เห็นว่า มีลักษณะทางกฎหมายเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาอันมีพื้นฐานอยู่บนความผิด (culpa หรือ fault) ซึ่งเป็นประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในกรณีของความรับผิดชอบก่อนสัญญา กล่าวคือ ประโยชน์ในการที่ไม่ควรจะต้องเสียอะไรไป หรือที่เรียกกันว่า negative interest หรือ reliance damage คือ การที่ไม่ควรต้องเสียเวลาเข้ามาทำสัญญาซึ่งผลที่สุดสัญญาไม่เกิดขึ้น หรือเกิดแล้วไม่สมบูรณ์หรือไม่มีผลในทางกฎหมาย การที่ไม่ควรต้องเสียโอกาสที่จะได้ทำสัญญากับบุคคลอื่น รวมทั้งการที่ไม่ควรจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในกรณีดังกล่าวไปด้วย กล่าวคือ ประโยชน์เกี่ยวกับทรัพย์สินในการที่ไม่ควรจะต้องเริ่มต้นกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาหรือความสำเร็จของสัญญา ซึ่งค่าเสียหายจะต้องเป็นค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองเป็นสำคัญ หรือค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเริ่มปฏิบัติตามสัญญาด้วยความเชื่อว่าสัญญาจะต้องเกิด

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาว่า ข้อตกลงเบื้องต้น (Preliminary Agreement) เป็นคำเสนอหรือไม่ หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เมื่อคำเสนอมีผลเป็นคำเสนอ ย่อมถอนไม่ได้ กล่าวคือ คู่กรณีอีกฝ่ายรู้ในกรณีของคำเสนอต่อผู้อยู่เฉพาะหน้าหรือไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้วในกรณีของคำเสนอต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอนั้นย่อมถอนไม่ได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ในกรณีที่มีการบ่งเวลาตามมาตรา 354 ไม่ว่าคำเสนอนั้นจะเป็นคำเสนอต่อผู้อยู่เฉพาะหน้าหรือไม่ก็ตาม หรือถอนไม่ได้ภายในระยะเวลาอันควร คาดหมายว่าอีกฝ่ายจะสนองรับตามมาตรา 355 ในกรณีของคำเสนอต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า หรือถอนไม่ได้ ในขณะที่เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงคำเสนอแล้วตามมาตรา 356 ในกรณีของคำเสนอต่อผู้อยู่เฉพาะหน้า แต่คำเสนอเหล่านี้จะสิ้นความผูกพันไปเองเมื่อพ้นเวลาที่กำหนดไว้โดยเวลาอันควร คาดหมายที่อีกฝ่ายจะสนองรับหรือล่วงเลยเวลาในขณะนั้นไปแล้ว แล้วแต่กรณี ตามมาตรา 357 หรือแม้จะยังไม่ล่วงเลยเวลาดังกล่าวแต่คำเสนอ ก็สิ้นความผูกพันไปได้หากผู้รับคำเสนอบอกปิดคำเสนอนั้นตามมาตรา 357 หรือแม้แต่การสนองรับไม่ต้องตรงตามคำเสนอ ก็ถือเป็นการบอกปิดเช่นเดียวกันตามมาตรา 359 แสดงให้เห็นว่า คำเสนอตามกฎหมายไทยปัจจุบันนั้นถอนไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายมุ่งหมายที่จะคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือผู้รับคำเสนอที่ได้ให้ความไว้วางใจในคำเสนอหรือคำขอทำสัญญานั้น โดยจะต้องให้เวลาแก่ผู้รับคำเสนอในการพิจารณาไตร่ตรองตอบรับคำเสนอด้วยตามสัญญา หากผู้ทำคำเสนอบอกถอนก่อนหรือบอกถอนเร็วเกินไป อาจทำให้ผู้รับคำเสนอที่ได้ให้ความไว้วางใจในคำเสนอนั้นได้รับความเสียหายได้ หากมองในเชิงทฤษฎีกรณีคำเสนอ เมื่อเสนอแล้วถอนไม่ได้ อันเนื่องมาจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย ถือหลักการที่ว่าบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) แต่เมื่อได้มีการทำคำเสนอไปแล้ว ย่อมถือว่า บุคคลดังกล่าวได้ใช้เสรีภาพเพื่อจำกัดเสรีภาพของตนเอง หรือยินยอมให้กฎหมายจำกัดเสรีภาพของตนเองที่มีอยู่ในการทำสัญญาดังกล่าวต่อไปนี้เมื่อได้ทำคำเสนอไปแล้ว จะถอนไม่ได้ตามกฎหมาย (จัด เศรษฐบุตร: 2513)

ประเด็นก็คือ หากผู้เจรจาฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาทำบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นเรียบร้อยแล้ว แล้วเปลี่ยนใจถอนบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นนั้นก่อนเวลาที่กำหนดกันไว้ หรือก่อนเวลาอันควร คาดหมาย แล้วแต่กรณี คู่เจรจากฝ่ายหนึ่งควรจะได้รับการเยียวยาอย่างไรในทางกฎหมายหรือไม่ ผู้วิจัย เห็นว่า โดยหลักการแล้ว คำเสนอที่มีผลเป็นคำเสนอแล้ว ผู้ทำคำเสนอย่อมสามารถถอนคำเสนอของตนได้ เพราะในขณะที่ทำคำเสนอกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตน ยังอยู่กับผู้เสนอ เพราะในเมื่อผู้เสนอยังไม่สนองมาตามข้อเสนอให้ถูกต้องตรงกัน หรือสัญญายังไม่เกิดขึ้น ผู้เสนอย่อมมีอำนาจที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนเอง ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของผู้เสนอในขณะที่สัญญายังไม่เกิดขึ้นไปโดยสุจริต จึงย่อมไม่มีความผิดตามกฎหมาย เนื่องจากเป็นการใช้ “เสรีภาพ” ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้น ตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบันที่ได้กำหนดว่า “เมื่อได้ทำคำเสนอ ไปแล้ว จะถอนไม่ได้” นั้น จึงขัดกับสภาพความเป็นจริงโดยหลักการและเกิดการขัดกันเองโดยกฎหมายดังกล่าว เพราะคำเสนอ หากสัญญายังไม่เกิดขึ้น ย่อมสามารถถอนได้ตามเหตุผลข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม แม้บุคคลจะมีเสรีภาพ ในการทำสัญญา หากบุคคลได้ใช้เสรีภาพของตนแล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ก็จำเป็นต้องอาจมีความรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ แม้คำเสนอ เมื่อเสนอไปแล้ว สามารถถอนได้หากสัญญาไม่เกิดขึ้น ตามหลักการดังกล่าวก็ตาม แต่หากการถอนคำเสนอหรือการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของผู้เสนอ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาหรือบุคคลอื่น เช่น ผู้เสนอรู้รายละเอียดหรือความลับของคู่เจรจา จึงยกเลิกคำเสนอ เพื่อนำข้อมูลความลับที่ได้ไปเปิดเผยหรือแสวงหาผลประโยชน์ที่ดีกว่ากับบุคคลอื่น หรือผู้เสนอไม่ตรงไปตรงมาในการเจรจาหรือไม่สุจริต ปกปิดข้อมูล ไม่แจ้งข้อเท็จจริงที่ควรต้องแจ้งในการเจรจาอันเป็นสาระสำคัญให้กับคู่เจรจาทราบ หรือมีกลฉ้อฉลในการเจรจา หรือทำให้คู่เจรจาเสียค่าใช้จ่ายในการเจรจาเพราะจะต้องเตรียมการบางอย่างเพื่อต้องดำเนินการก่อนการทำสัญญาด้วยความเชื่อใจที่ว่าสัญญาจะต้องมีการจัดทำขึ้นอย่างแน่นอน เนื่องจากคู่เจรจาได้ตกลงกันไว้ เป็นต้น เช่นนี้ ผู้เสนอย่อมจะต้องมีความรับผิดชอบและต้องชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นแก่คู่เจรจา แม้ผู้เสนอจะมีสิทธิถอนคำเสนอได้ตามหลักการก็ตาม ซึ่งหาก

มองในเชิงทฤษฎี ก็คือ แม้บุคคลจะมีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่การที่ผู้เสนอได้ทำข้อเสนอไปให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมถือว่าได้กระตุ้นให้เกิดการคุ้มครองความไว้นั้นเชื่อใจ กล่าวคือ ได้กระตุ้นให้บุคคลซึ่งเข้ามาติดต่อดังนั้นเกิดความเชื่อมั่นอย่างมีเหตุผลว่าผู้เสนอมีความจริงใจและตั้งใจรวมทั้งสร้างความเชื่อมั่นในความสำเร็จหรือความราบรื่นของการเจรจา ได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญา (จิต เศรษฐบุตร : 2522) ดังนั้น การบอกถอนคำเสนอ หากคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำก่อนสัญญาของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้เสนอจึงต้องรับผิดชอบยิ่งกว่า เพราะเป็นการทำลายความไว้นั้นเชื่อใจของคู่เจรจา อีกทั้ง ยังเป็นการทำลายเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่เจรจาไปในตัวอีกด้วย ผู้ทำคำเสนอย่อมต้องรับผิดชอบ อันเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา นั่นเอง ซึ่งการจะจำกัดเสรีภาพของบุคคลในกรณีดังกล่าว ผู้วิจัย เห็นว่า ย่อมมีเหตุและมีผลที่สามารถกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยอาศัยอำนาจในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวตามบทบัญญัติในมาตรา 43 วรรคสอง ความสรุปได้ว่า “แม้บุคคลจะมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ซึ่งจะจำกัดเสรีภาพดังกล่าวมิได้ก็ตาม แต่หากได้กระทำไปเพื่อขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน โดยบัญญัติเป็นกฎหมาย ย่อมสามารถที่จะกระทำได้” ดังเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ 3 มาตรา คือ มาตรา 1328 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “คำเสนอนั้นอาจถูกถอนเสียได้ตราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ดี ถ้าผู้เสนอได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้ทราบถึงการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายและการสูญเสียที่ผู้เสนอได้รับเพราะ การเริ่มการปฏิบัติตามสัญญา” มาตรา 1337 บัญญัติว่า “ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต” และมาตรา 1338 บัญญัติว่า “คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะรู้ได้ถึงความมิชอบของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา แล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับเพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มีความคิด” (จ่าปี โสติพันธ์ : 2544)

ดังนั้น กรณีการทำบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญา ซึ่งเป็นการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพอย่างหนึ่งของคู่เจรจา จึงสามารถบัญญัติเป็นกฎหมายให้เป็นเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ โดยต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำเสนอดังกล่าวข้างต้น เพื่อยอมรับหลักการของความรับผิดชอบก่อนสัญญาดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยต่อไป

2. การผิดข้อตกลงเบื้องต้นหรือการถอนคำเสนอเป็นละเมิดหรือไม่ นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า จะต้องดูว่าเป็นการกระทำที่ มีชอบหรือผิดกฎหมายหรือไม่ เพราะขณะที่ทำคำเสนอขายทรัพย์สินกรรมสิทธิ์ก็ขึ้นอยู่กับผู้เสนอ เมื่อผู้เสนอยังไม่สนองมา ผู้เสนอขายจึงมีอำนาจจำหน่ายโอนตามมาตรา 1336 การจำหน่ายโอนจึงไม่ผิดกฎหมาย ไม่เป็นละเมิดต่อบุคคลที่รับคำเสนอ ตามมาตรา 420 เพราะกรณีดังกล่าว เป็นการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาในกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินของตน และกรณีสัญญายังไม่เกิด ย่อมจะเป็นการกระทำละเมิดหรือกระทำโดยผิดกฎหมายก็ไม่ได้ ดังเช่นในระบบกฎหมายบางประเทศ ได้แก่ ประเทศอิตาลี และฝรั่งเศส ถือว่าการเปลี่ยนใจหรือการถอนคำเสนอนี้เป็นการใช้เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อย่างหนึ่ง ที่ผู้ทำคำเสนอสามารถเปลี่ยนใจได้เสมอตราบใดที่สัญญายังไม่เกิด และโดยหลักการเปลี่ยนใจนี้ ก็ไม่ควรที่จะก่อให้เกิดความรับผิดใด ๆ แก่ผู้ทำคำเสนอด้วย ดังเช่นคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3550/2526 กรณีที่โจทก์จำเลยเจรจากัน ก็มุ่งประสงค์ที่จะทำความตกลงโดยละเอียดก่อนแล้วจึงทำสัญญาเป็นหนังสือ เมื่อจำเลยยังไม่แจ้งให้โจทก์ทราบว่าโจทก์เป็นผู้ชนะการประกวดราคา และยังไม่ได้ทำสัญญาต่อกันเป็นหนังสือตามประกาศ กรณีต้องบังคับตามมาตรา 366 วรรคสอง สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยยังไม่เกิดขึ้น จำเลยมีสิทธิยกเลิกการประกวดราคาข้อเสนองานได้ ไม่เป็นการผิดสัญญาหรือละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2811/2529 กรณีเป็นเรื่องประกาศการประมูลให้เข้าพื้นที่ลานคอนกรีต ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ประกาศให้ประมูลที่ระบุว่ามีผู้ประกาศอาจยกเลิกการประมูลได้นั้นเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอ ผู้ออกประกาศจึงไม่

มีความผูกพันตามประกาศ หนังสือประมวลเป็นคำเสนอ แต่เมื่อผู้ประกาศยกเลิกการประมวลเท่ากับปฏิเสธคำเสนอ สัญญายังไม่เกิด การที่ผู้ยื่นหนังสือประมวลฟ้องให้ปฏิบัติตามสัญญาศาลจึงบังคับให้ไม่ได้เพราะผู้ยื่นประมวลยังไม่มีสิทธิ ความเสียหายแก่สิทธิใด ๆ จึงยังไม่มี ทั้งผู้ยื่นหนังสือประมวลไม่ได้ขอค่าสินไหมทดแทนจึงไม่มีประเด็นให้พิจารณา

คำพิพากษาฎีกาที่ 3622/2546 กรณีเป็นเรื่องของการเจรจาเบื้องต้นเพื่อที่จะทำสัญญาร่วมทุน ซึ่งคู่กรณีมีเจตนาว่าสัญญาร่วมลงทุนนั้นต้องทำเป็นหนังสือจึงมีผลผูกพัน เมื่อยังมิได้ทำเป็นหนังสือ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ยังมีได้มีสัญญาต่อกัน นิติสัมพันธ์ก็ยังไม่ถึง จึงไม่ต้องวินิจฉัยประเด็นที่ว่า การยกเลิกข้อตกลงของฝ่ายหนึ่งนั้นทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหายหรือไม่เพียงใด

ตามคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่สัญญายังไม่เกิดขึ้น หรืออยู่ในระหว่างช่วงของการเจรจา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ยังให้ความสำคัญและคุ้มครองไปในทางฝ่ายผู้เสนอ ที่ให้ผู้เสนอมีโอกาสถอนคำเสนอของตนได้ โดยไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแต่อย่างใด ซึ่งเป็นการยึดถือหลักทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลเป็นสำคัญ ย่อมจะก่อให้เกิดการยกเลิกเจรจากันอย่างพร่ำเพรื่อ โดยไม่คำนึงถึงฝ่ายผู้สนองรับว่าจะเกิดความเสียหายเช่นไรจากการที่ได้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการเตรียมการในการก่อให้เกิดสัญญา โดยเชื่อมั่นหรือไว้วางใจว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนดังที่ผู้เสนอได้ให้สัญญาหรือเจรจากันไว้ เช่น ค่าใช้จ่ายจ้างทนายความในการร่างสัญญา ค่าใช้จ่ายในการทำโรงรถยนต์และค่าจ้างคนงาน ค่าสูญเสียโอกาสในการที่จะได้ทำสัญญากับบุคคลอื่นซึ่งจะได้ประโยชน์มากกว่าคู่เจรจาที่ได้ตกลงกันไว้ เป็นต้น

3. การผิดข้อตกลงเบื้องต้นจะนำหลักสุจริตมาใช้บังคับได้หรือไม่ นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ยังไม่สามารถมาปรับใช้กับกรณีของการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาได้ เนื่องจากหลักสุจริต (Good Faith) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นบทบัญญัติที่ครอบคลุมและกว้างจนเกินไป หากจะนำมาปรับใช้ ก็ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอน ทำให้นักกฎหมายต่างมีแนวความคิดเห็นไปคนละทาง ไม่มีบรรทัดฐานในการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญาที่ชัดเจน อีกทั้ง การใช้สิทธิตามหลักสุจริตของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และต้องมีสัญญาหรือหนี้ต่อกันก่อน จึงจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้ได้ แต่ในเมื่อกรณีการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา กฎหมายและตามแนวคำพิพากษาของศาลไทย ได้วางแนวไว้ไม่ชัดเจน เป็นแต่เพียงคำวินิจฉัยให้ใช้ได้เท่านั้น แต่ยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลให้มีการเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

4. การผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญา จะเรียกค่าเสียหายได้เพียงใด นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ตามมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งท่านศาสตราจารย์คดี ดึงศักดิ์ ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ในมาตรา 421 ไว้ว่า “เป็นสิทธิที่กฎหมายกฎหมายรับรองให้โดยเฉพาะ ไม่ใช่สิทธิที่เรียกทั่ว ๆ ไปว่า “เสรีภาพ” ซึ่งหมายความว่าเพียงแต่ไม่มีกฎหมายจำกัดห้ามไม่ให้บุคคลกระทำการอะไรแล้วก็ย่อมทำได้ทุกประการเท่านั้น สิทธิที่จะทำให้ได้ตามใจชอบภายในขอบเขตที่กฎหมายไม่ห้าม ซึ่งเรียกว่า “เสรีภาพ” นั้น ไม่ใช่สิทธิตามความหมายในมาตรานี้ มิฉะนั้น ในการละเมิดทุกรายจะเป็นปัญหาการใช้สิทธิไปหมด” สรุปว่า การใช้บทบัญญัติมาตรา 421 ปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในเรื่องการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญา นั้น ไม่อาจที่จะกระทำได้ เพราะกรณีของการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญาเป็นเรื่องของการใช้ “เสรีภาพ” เข้าทำสัญญาแล้วการใช้เสรีภาพนั้นทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย มิใช่เรื่องของการใช้ “สิทธิ” อันมีแต่จะทำให้บุคคลอื่น ๆ ได้รับความเสียหายแต่ประการใด ส่วนการจะนำหลักสุจริตตามมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” นั้น ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ไว้ตอนต้นแล้วว่า ปัญหาการใช้มาตรา 5 ไม่อาจปรับใช้กับการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญาได้ เนื่องจากมาตรา 5 เป็นบทบัญญัติในเรื่องของการใช้ “สิทธิ” เช่นเดียวกับมาตรา 421

ไม่ใช่การใช้ “เสรีภาพ” และ “การชำระหนี้” ข้อมความหมายว่า ได้มี “หนี้” เกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือ มีสัญญาแล้ว และในการชำระหนี้ จึงต้องกระทำโดยสุจริต นอกจากนี้ มาตรา 5 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้บัญญัติเอาไว้เพียงกว้าง ๆ ในลักษณะของหลักทั่วไป หรือเป็นบทบัญญัติ “ครอบจักรวาล” ทำให้มีความหมายกว้างและปราศจากบทลงโทษที่แน่นอนชัดเจน ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การฝ่าฝืนหลักสุจริตในช่วงเจรจาหรือในช่วงก่อนการทํานับที่ข้อตกลงเบื้องต้นเพื่อให้เกิดสัญญานั้น ไม่ว่าจะเป็นการไม่แจ้งสิ่งที่ควรแจ้ง การไม่ให้ข้อมูลสำคัญที่ควรจะได้แจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบเพื่อประโยชน์ในการตัดสินใจ การไม่ให้ความชัดเจน การแจ้งสิ่งที่ไม่ควรแจ้งแก่บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีผลประโยชน์มหาศาลเข้ามาเกี่ยวข้องนั้น ระหว่างที่การเจรจา คู่เจรจาย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับของกันและกันอันเป็นความลับที่เฉพาะคู่เจรจาเท่านั้นที่สามารถจะทราบได้ หากปล่อยให้คู่เจรจาทราบความลับที่ได้รับทราบมาจากการเจรจาไปแจ้งให้ผู้อื่นทราบ หรือไปแจ้งให้สื่อมวลชนทราบ อาจทำให้การดำเนินการเจรจาต่อไปไม่ราบรื่น และโอกาสที่จะนำมาซึ่งความสำเร็จของสัญญาอาจเป็นไปได้ยากด้วย เหมือนกับขาดความจริงจังในการเจรจา ซึ่งโดยหลักของความสุจริตแล้ว บุคคลใดเข้าเจรจาเพื่อทำสัญญากับใคร หรือทำคำเสนอต่อใคร ย่อมต้องกระทำด้วยความคาดหวัง หรือมีความตั้งใจเบื้องต้นว่าเข้าทำสัญญาด้วยการเจรจาจึงไม่ควรที่จะทำต่อคู่เจรจาร่วมกันหลายคน เพราะเท่ากับแสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นมีได้มีความตั้งใจที่จะเข้าทำสัญญาด้วย ซึ่งอาจทำลายความไว้วางใจของอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้าเจรจาดด้วยความตั้งใจที่จะทำสัญญาหรือการถอนคำเสนอโดยไม่เกิดผลอันสมควร ที่มีลักษณะเป็นการบอกถอนที่ไม่ตรงไปตรงมา ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย ถือว่าการบอกคำเสนอนั้น เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักสุจริตในช่วงก่อนการทํานับที่ข้อตกลงอันทำให้ผู้บอกถอนต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน หรือการเลิกการเจรจาโดยไม่เกิดผลอันสมควร เมื่อการเจรจาได้ไปถึงจุดที่ อีกฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าการทํานับที่ข้อตกลงเบื้องต้นจะนำไปสู่การทำสัญญาอย่างแน่นอน ทั้งหมดเหล่านี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ถือเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งควรได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผลประโยชน์ในการเข้ามาทํานับที่ข้อตกลงเบื้องต้นในลักษณะที่เป็น Negative interest หรือ Reliance damage ดังเช่นของประเทศอิตาลี ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1337 ที่ว่า คู่สัญญาหรือ “คู่เจรจา” จะต้องทำหน้าที่ที่จะปฏิบัติตามหลักสุจริตมาตั้งแต่ช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดแล้ว กล่าวคือ ในช่วงของการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา และในช่วงที่ก่อให้เกิดสัญญา ตามแนวความคิดของ Jhering ที่ว่า “แม้สัญญายังไม่เกิด แม้หนี้ตามสัญญาจะยังไม่มี แต่ผู้ที่คู่สัญญาหรือคู่เจรจานั้นก็ได้มีหนี้ต่อกันแล้ว หนี้นั้นก็คือ หนี้ในการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต”

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ควรกำหนดความรับผิดชอบในการการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญาไว้ให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยโดยอาจบัญญัติเป็นบทกฎหมายเฉพาะ ดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ไม่จำเป็นต้องมีประเด็นปัญหาในการตีความโดยนำหลักสุจริตมาใช้ตามดุลพินิจของศาลอยู่เรื่อยไป ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่มีความแน่นอน และทำให้คู่เจรจาต้องมีความระมัดระวังในการประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะธุรกิจที่มีการลงทุนสูง ซึ่งกฎหมายไทยยังมีช่องว่างให้คู่แข่งทางธุรกิจอาจมีการกลั่นแกล้งหรือการใช้หลักเสรีภาพอย่างพร่ำเพรื่อ โดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับ คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง ในการอาศัยโอกาสช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม การผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญาในประเด็นการเรียกค่าเสียหายได้เพียงใด กรณีการฝ่าฝืนหลักสุจริตนั้น จึงเป็นเรื่องที่จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างหลักทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา กับหลักทฤษฎีความไว้วางใจ เชื่อใจ ด้วยว่า กฎหมายควรจะให้น้ำหนักหรือความสำคัญกับหลักใดมากกว่ากัน หากให้น้ำหนักกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ก็จะเท่ากับคุ้มครองผู้ยกเลิกการเจรจาก่อนจนเกินไป แต่ถ้าให้น้ำหนักกับหลักความไว้วางใจ เชื่อใจ ก็จะเท่ากับคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไปเช่นกัน ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ควรนำหลักทฤษฎีทั้งสองอย่างดังกล่าวมาผสมผสานหรือปรับใช้อย่างเหมาะสมให้เกิดความสมดุล ไม่ควรให้น้ำหนักหรือให้ความสำคัญกับหลักทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งมากเกินไป

5. อายุความในการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้น นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การผิดบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญา มีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความผิดตามสัญญา เมื่อไม่มีการกำหนดอายุความไว้เป็นประการอื่น ต้องเป็นไปตามอายุความทั่วไปคือสิบปีตามมาตรา 193/30 หรือไม่มีการกำหนดอายุความในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น อายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องจึงเป็นอายุความทั่วไป คือ สิบปีตามมาตรา 193/30 ได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อความชัดเจนในเรื่องอายุความในการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้น จึงเห็นสมควรกำหนดอายุความของการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นไว้โดยเฉพาะ

ตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนทำสัญญาไว้ในกฎหมาย จะเป็นหลักที่จำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาก็ตาม ก็ควรที่จะกำหนดอยู่ในกรอบอันสมควรด้วย เพราะหากให้น้ำหนักกับหลักการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนทำสัญญามากเกินไป หลักเสรีภาพในการทำสัญญาอาจได้รับความกระทบกระเทือน เพราะปัจเจกชนทั้งหลายจะไม่กล้าใช้เสรีภาพในการทำสัญญาด้วยเกรงว่าจะมีความรับผิดชอบตามมา ดังเช่น ความหวั่นเกรงที่เกิดขึ้นในความคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศส ดังนั้น หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและการกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนทำสัญญาจะต้องนำมาปรับใช้ให้สมดุลด้วย

ข้อเสนอแนะ

1. ควรกำหนดหลักความรับผิดชอบผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนสัญญา หรือที่เรียกว่า “หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา” โดยเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญาหรือการถอนคำเสนอในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ชัดเจน ดังนี้

“คำเสนอนั้นอาจถูกถอนเสียได้ตราที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้สนองได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้ทราบถึงการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายและการสูญเสียที่ผู้สนองได้รับเพราะการเริ่มการปฏิบัติตามสัญญา”

2. ควรกำหนดความรับผิดชอบของคู่เจรจาที่ไม่ปฏิบัติตามหลักสุจริตในการการดำเนินการเจรจาและการก่อให้เกิดสัญญาไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ชัดเจน ดังนี้ “ในการดำเนินการเจรจาและการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต”

3. ควรกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนทำสัญญาไว้ในกฎหมาย ซึ่งถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างหนึ่ง อันสามารถกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพราะการกำหนดความรับผิดชอบดังกล่าวเท่ากับบังคับให้คู่เจรจาต้องให้ความรอบคอบในการประกอบธุรกิจ โดยเห็นสมควรให้มีบทบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นดังนี้

“คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะรู้ได้ถึงความมิชอบของสาเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรม แล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับเพราะเหตุแห่งความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของนิติกรรมนั้น”

4. ควรกำหนดอายุความของการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นไว้โดยเฉพาะ ส่วนจะเป็นระยะเวลาเท่าใดนั้น เห็นว่า ควรกำหนดให้สอดคล้องตามอายุความการเรียกร้องค่าเสียหายจากกรณีการละเมิดและการผิดสัญญา คือ หนึ่งปี แต่ไม่เกินสิบปี

เอกสารอ้างอิง

- จิต เศรษฐบุตร(2513) คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- _____. (2522) หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดยนายจิตติ ดิงศักดิ์ กรุงเทพมหานคร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- จิตติ ดิงศักดิ์ (2522) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์
- จำปี โสคติพันธุ์ (2544) หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา กรุงเทพมหานคร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส (2543) ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน
- Kessler F. & Fine E. (1964). Culpa in contrahend. Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract : A Comparative Study” 77 Harv. L.Rew,
- <http://www.jus.unitn.it/cardoza/misc/medico/RESPONSABILITA%20PRECON.>, February 10, 2010
- http://www.opinioiuris.it/Dott_Civ_Resp_01.htm., February 9, 2010