

ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความรับผิดในสัญญาที่ยังไม่เกิด Legal problems concerning pre-contractual liability

กชมน กิตติโชควัฒนา*

Kotchamol Kittichockwattana

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลี และเพื่อศึกษาเชิงวิเคราะห์และเปรียบเทียบ ถึงนิยาม ความชัดเจนของหลักความรับผิดก่อนสัญญา และการตีความของนักกฎหมาย โดยนำแนวทางการปรับใช้ของต่างประเทศมาเปรียบเทียบกับของประเทศไทย เพื่อนำมาแก้ไขปรับปรุงให้มีการนำหลักการความรับผิดก่อนสัญญามาใช้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่าในประเทศอิตาลี และประเทศฝรั่งเศสได้มีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญา มาปรับใช้ในปัจจุบัน โดยมีแนวทางการปรับใช้ที่ค่อนข้างคล้ายกัน อีกทั้งประเทศอิตาลียังได้นำบทบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลแพ่งและพาณิชย์ ทำให้มีการตีความอย่างชัดเจนและไปในแนวทางเดียวกัน อีกทั้งเพื่อคุ้มครองสิทธิและเยียวยาให้แก่คู่กรณีที่มีความสุจริตอย่างเป็นธรรม ในขณะที่ประเทศไทยยังคงมีความไม่แน่ชัดในเรื่องของนิยาม และการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญา มาปรับใช้ในปัจจุบัน เนื่องด้วยนักวิชาการบางท่านก็มีความคิดที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับหลักการนี้ อีกทั้งในประมวลกฎหมายก็ไม่ได้มีบัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้ ทำให้เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ก็อาจต้องนำหลักกฎหมายที่มีอยู่ มาปรับใช้ และส่วนมากมักจะปรับใช้ไม่ค่อยได้ เนื่องจากองค์ประกอบความผิดไม่ตรงกัน ทำให้อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายสุจริต จากการไม่มีบทบัญญัติหรือนิยามที่จะใช้ในการเยียวยาผู้เสียหายได้

ด้วยเหตุนี้จึงสมควรมีการแก้ไขถึงนิยาม และการนำหลักความรับผิดของสัญญา มาปรับใช้ในประเทศไทย เหมือนกับประเทศอิตาลีและฝรั่งเศส อีกทั้งยังสมควรพิจารณาบัญญัติกฎหมายลงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังเช่นประเทศอิตาลี เนื่องจากหลักความรับผิดก่อนสัญญามีความสำคัญในแง่ของก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่บรรดาคู่กรณีซึ่งดำเนินการโดยสุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีได้อุทิศทั้งเวลาและทรัพยากรอย่างมีนัยสำคัญในการเตรียมการเพื่อการทำสัญญา นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังเป็นกลไกในการป้องปรามมิให้มีการเจรจาโดยไม่สุจริตหรือด้วยเจตนาหลอกลวง จึงถือได้ว่าเป็นการวางบรรทัดฐานที่ดีสำหรับกระบวนการเจรจาในทางกฎหมาย

คำสำคัญ: ความรับผิดก่อนสัญญา, ความรับผิด, ความเสียหาย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิชา กม 7101 กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดชั้นสูง หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** กชมน กิตติโชควัฒนา, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่อยู่: เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 E-mail: 6611911003@stu.nida.ac.th

Abstract

This article aims to study pre-contractual liability principles in Thailand, France, and Italy, and to conduct analytical and comparative research on the definitions, clarity of pre-contractual liability principles, and legal interpretations. The study compares foreign implementation approaches with Thailand's approach to improve the effective application of pre-contractual liability principles.

The research finds that Italy and France currently implement pre-contractual liability principles with relatively similar approaches. Furthermore, Italy has incorporated pre-contractual liability provisions into its Civil and Commercial Code, resulting in clear and consistent interpretations, as well as fair protection and remedies for parties acting in good faith. In contrast, Thailand still lacks clarity regarding the definition and current implementation of pre-contractual liability principles. Some scholars agree with these principles while others disagree, and the legal codes do not contain specific provisions on this matter. When pre-contractual liability issues arise, existing legal principles must be applied, which often prove inadequate due to mismatched liability elements. This may result in unfairness to good-faith parties due to the absence of statutory provisions or definitions that could provide appropriate remedies for injured parties.

Therefore, it is advisable to revise the definition and implementation of pre-contractual liability principles in Thailand, following the examples of Italy and France. Moreover, consideration should be given to codifying these principles in the legal code, as Italy has done, to support this doctrine. This would enhance the protection of parties' rights, promote fairness, and establish more uniform standards.

Keywords: pre contractual, fault, damages

1. บทนำ

ในปัจจุบันการเข้าทำสัญญาระหว่างคู่กรณีนั้นถือเป็นเรื่องปกติที่เกิดขึ้นได้ในชีวิตประจำวัน โดยทั่วไปแล้วก่อนการทำสัญญาจะต้องมีขั้นตอนการเจรจากันระหว่างคู่กรณี และเมื่อมีการเจรจาตกลงกันแล้วก็จะนำไปสู่ขั้นตอนต่อไปที่เรียกว่าการทำสัญญา ซึ่งเมื่อมีการทำสัญญากันเกิดขึ้น ต่างฝ่ายก็จะมีภาระหน้าที่ที่ต้องกระทำต่อคู่สัญญา โดยหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมกระทำตามภาระหน้าที่ที่ตนพึงมี จะต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนได้ก่อให้เกิดความเสียหายไว้ตามสัญญาที่ได้กระทำกันไประหว่างคู่กรณี จะเห็นได้ว่าในกรณีที่กล่าวไปข้างต้นนั้นเป็นหลักการปกติทั่ว ๆ ไปที่ทุกคนย่อมรู้อยู่แล้วว่าผู้กระทำผิดสัญญาจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่าย ทว่าความเสียหายในบางกรณีไม่ได้เกิดหลังจากการทำสัญญา หากแต่เกิดขึ้นในขั้นตอนการเจรจาก่อนเข้าทำสัญญา กล่าวคือ ในขั้นตอนการเจรจาที่คู่กรณีได้ตกลงกันในระดับหนึ่งแล้ว โดยแต่ละฝ่ายก็ย่อมเชื่อมั่นได้ว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นจริงตามที่ตกลงกันไว้เป็นแน่ แต่ท้ายที่สุดกลับกลายเป็นว่าไม่มีการทำสัญญา อีกทั้งนอกจากสัญญาจะไม่เกิดแล้ว คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยังได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายเวลา ความเสียโอกาส หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการจัดเตรียมการเพื่อให้เกิดสัญญา ในกรณีแบบนี้ในเมื่อทั้งคู่ไม่ได้มีการทำสัญญากัน ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายนั้นจะสามารถเรียกร้องการชดเชยค่าเสียหายจากอีกฝ่ายได้หรือไม่

กรณีตัวอย่างความเสียหายที่คู่กรณีได้รับก่อนสัญญาเกิด อาทิเช่น กรณีการเจรจาซื้อขายบ้าน ในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายได้มีการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับการขายบ้าน โดยผู้ซื้อได้ทำการจ้างวิศวกรตรวจบ้านเพื่อเตรียมการซื้อ แต่ก่อนที่จะมีการทำสัญญา ผู้ขายได้ยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลที่เหมาะสม ทำให้ผู้ซื้อเกิดความเสียหายจากการที่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการเตรียมตัวซื้อขาย ในกรณีนี้ ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ขายได้หรือไม่ เนื่องจากผู้ขายได้กระทำการที่ไม่สุจริตในการยกเลิกการเจรจา

โดยความเสียหายที่เกิดก่อนการทำสัญญานั้นในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีบัญญัติความรับผิดไว้ ทว่าในระบบกฎหมายต่างประเทศ อาทิเช่น อิตาลี โดยมีการกำหนดความรับผิดไว้โดยอยู่ภายใต้หลัก “ความรับผิดก่อนสัญญา หรือ Culpa in contrahendo” ที่ได้กำหนดถึงความรับผิดในขั้นตอนการเจรจาไว้ ทำให้คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายนั้นได้รับการชดเชยตามสมควร หรือในประเทศฝรั่งเศส ก็ได้มีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญา มาปรับใช้กับกฎหมายที่มีอยู่เช่นกัน

ดังนั้นหลักความรับผิดของสัญญา หรือ Culpa in contrahendo จึงมีไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีผู้ซึ่งสุจริต แต่เมื่อประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติความรับผิดก่อนสัญญาเกิดไว้ หากเกิดความเสียหายเกิดขึ้นในขั้นการเจรจา สิ่งเหล่านี้ก็จะยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ยังเป็นข้อถกเถียงกันเสมอว่าหากไม่ได้ทำสัญญากันไว้ คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้หรือไม่ และจะดีกว่าไหมหากนำหลักความรับผิดของสัญญา หรือ Culpa in contrahendo มาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีอีกฝ่ายที่สุจริต

2. ความรับผิดก่อนสัญญา

2.1 ความหมายของความรับผิดก่อนสัญญา

คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่สุจริตของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเช่นการยกเลิกหรือระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือเข้าเจรจาทั้ง ๆ ที่ไม่ได้มีเจตนาจะก่อสัญญาตั้งแต่แรก แน่แน่นอนว่าการกระทำในทำนองที่ไม่สุจริตนี้ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นโดยผู้กระทำไม่ต้องรับผิด ก็คงไม่เป็นธรรมต่อคู่กรณีอีกฝ่ายนัก ดังนั้นหลักความรับผิดก่อนสัญญาจึงมีขึ้นเพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่กระทำการไม่สุจริตเยียวยาแก่คู่กรณีฝ่ายที่กระทำ

การโดยสุจริต ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของตน โดยนักกฎหมายหลาย ๆ ท่านก็ได้ให้นิยามของความรับผิดชอบของสัญญา หรือ *Culpa in contrahendo* ไว้เพิ่มเติมดังนี้

รองศาสตราจารย์ ดร.จำปี หยกอุบล (โสทธิพันธุ์)² ได้กล่าวไว้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หมายถึง ความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง กล่าวคือ บุคคลนั้น ๆ ได้รับความเสียหายจากการเจรจาตกลงอย่างอิสระ และประโยชน์นี้เองเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น”

Jhering³ ได้ให้นิยามไว้ว่า เป็นความรับผิดชอบสำหรับผู้ที่ทำให้คำมั่นไว้โดยขาดความระมัดระวัง จนอาจทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายเชื่อหรืออาจเชื่อได้ว่าจะมีการทำสัญญากันเกิดขึ้น แต่สุดท้ายก็ไม่เกิด ผู้ที่ทำให้คำมั่นจึงต้องชดเชยเยียวยาแก่คู่กรณีที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ระมัดระวังของตน โดยเป็นการเยียวยาในสิ่งที่คู่กรณีเสียไปเพราะได้นำสิ่งนั้นเข้ามาอยู่กับการเจรจาหรือเข้ามาทำสัญญา ซึ่ง Jhering เรียกประโยชน์ดังกล่าวว่า *negative interest*

Professor Groffrey Samuel และ Jae Rinkes⁴ ได้พูดถึงเรื่องนี้ไว้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือ *Culpa in contrahendo* อยู่บนพื้นฐานของความคิดที่ว่าด้วยคู่กรณีที่ได้เจรจาต่อรองทำสัญญากันแต่ละฝ่ายนั้นมีหนี้ต่อกันทั้งคู่ ซึ่งหนี้้นั้นถือเป็นหน้าที่ด้วยตัวของสัญญาเอง”

Professor Nigel G. Foster⁵ ได้เขียนไว้ดังนี้ ความรับผิดชอบก่อนสัญญา (*Verschulden bei Vertragsverhandlung*) เป็นการเรียกร้องรูปแบบหนึ่งที่ได้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ซึ่งได้มีการพัฒนาไปถึงกรณีการเข้าเพื่อทำสัญญากัน โดยให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้องระมัดระวัง ดูแล และซื่อสัตย์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

จากนิยามของนักกฎหมายที่กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่าทุกนิยามมีความคล้ายกัน โดยนิยามที่สรุปได้คือ เป็นความรับผิดชอบของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่กระทำการโดยไม่สุจริต และไร้ความระมัดระวัง ในขั้นตอนการเจรจาก่อนทำสัญญา จนมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อคู่กรณีอีกฝ่าย

2.2 ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา

จากการศึกษาพบว่าในเรื่องลักษณะที่แน่ชัดในทางทฤษฎีของความรับผิดชอบก่อนสัญญา (*Juridical nature of precontractual liability*) ยังไม่สามารถมีคำอธิบายที่แน่ชัดได้อีกทั้งแนวคิดของนักกฎหมายในแต่ละประเทศ รวมถึงประเทศเดียวกัน แต่ละคนก็มีแนวคิดที่ต่างกันไป

ทั้งนี้ จากความแตกต่างทางความคิดของนักกฎหมายที่นิยามถึงลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญา จึงสามารถแบ่งกลุ่มแยกย่อยออกมาเป็น 3 กลุ่ม⁶ ได้ ดังนี้

² จำปี หยกอุบล, ‘หลัก *Culpa in Contrahendo* ในกฎหมายสัญญา’ (2534) 21 วารสารนิติศาสตร์ 119.

³ Kessler F and Fine E, ‘*Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*’ (1964) 77 Harvard Law Review 401.

⁴ Groffrey Samuel and Jae Rinkes, *Law of Obligations and Legal Remedies* (Cavendish Publishing Limited, 1996) 228.

⁵ Nigel G Foster, *German Law and Legal System* (Blackstone Press Limited 1993) 221–222.

⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่ง: ลักษณะละเมิด* (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2439) 33-68.

2.2.1 ความรับผิดเพื่อละเมิด (Tortious Liability)⁷ กล่าวคือ ถือเป็นความผิดนอกสัญญา อีกทั้งนักกฎหมายหลาย ๆ ท่านก็ให้เห็นสมควรที่จะจัดเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในหมวดหมู่หนึ่ง เนื่องด้วยความคิดที่ว่า ความรับผิดก่อนสัญญาเกิด เป็นความผิดที่มีก่อนสัญญาจะเกิด ดังนั้นจึงไม่สามารถจัดอยู่ในหมวดความรับผิดตามสัญญาได้ เพราะสัญญายังไม่เกิดขึ้นจริง จึงต้องแยกออกมาเป็นความผิดนอกสัญญา

โดยประเทศที่ยอมรับในการจัดเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในหมวดหมู่ความรับผิดเพื่อละเมิด (Tortious Liability) หรือความรับผิดนอกสัญญา ได้แก่ ประเทศอิตาลีซึ่งมีบทบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี รวมถึงแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดของอิตาลี และประเทศฝรั่งเศส

2.2.2 ความรับผิดตามสัญญา (Contractual Liability)⁸ ถือเป็นความรับผิดซึ่งจะสันนิษฐานถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์อย่างหนึ่งอย่างใด โดยเป็นการเข้าใจโดยทั่วกันว่าจะต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเรียกการกระทำนั้นว่า “การชำระหนี้” โดยในทฤษฎีนี้จะเน้นไปในเรื่องของการที่จะต้องปฏิบัติตนด้วยหลักสุจริต ถึงแม้จะอยู่ในขั้นตอนการเจรจาก็ตาม เพราะเหตุนี้ นักกฎหมายชาวเยอรมันและนักกฎหมายชาวอิตาลีเห็นส่วนหนึ่งจึงเห็นว่า แม้สัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นและไม่มีหนี้ตามสัญญา แต่คู่สัญญาหรือคู่กรณีได้มีหนี้ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างกันแล้ว หนี้ดังกล่าวคือหน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักสุจริต ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับหน้าที่ที่เกิดขึ้นเมื่อสัญญาเกิด

2.2.3 ความรับผิดก่อนสัญญา (pre-contractual liability) หรือที่เรียกว่า tertium genus⁹ กลุ่มนี้เป็นกลุ่มที่สามของการจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญา โดยความหมายในกลุ่มนี้หมายถึง ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง โดยเป็นการกระทำที่คู่สัญญาคนดังกล่าวได้ดำเนินการเจรจาในการก่อให้เกิดสัญญานั้น ปฏิบัติตนโดยไม่สุจริตตามหลักสุจริต¹⁰ และด้วยสาเหตุที่ความรับผิดก่อนสัญญาไม่สามารถจัดอยู่ในหมวดหมู่ของความรับผิดตามสัญญา (Contractual Liability) ได้ เพราะว่าเป็นการกระทำผิดในช่วงเวลาที่ยังไม่ได้มีการทำสัญญากัน ถือว่าไม่มีความผูกพันกันตามข้อสัญญา อีกทั้งที่ไม่สามารถจัดอยู่ในหมวดหมู่ของความรับผิดเพื่อละเมิด (Tortious Liability) ได้ เนื่องจากในกรณีของละเมิดนั้นหากนำมาอยู่ในหมวดหมู่นี้อาจกระทบได้ถึงขอบเขตทางกฎหมาย ทั้งในเรื่องของสัญญา รวมถึงเรื่องของละเมิดได้ ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายบางส่วนจึงเห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญา สมควรที่โดนแยกออกมาในหมวดหมู่ใหม่โดยใช้ชื่อความรับผิดก่อนสัญญาแบบตรงตัวไปเลย นอกจากนี้ยังมีความคิดเห็นบางส่วนได้แสดงความเห็นไว้ว่า หนี้ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้นถือได้ว่าเป็นหนี้ตามกฎหมายอย่างหนึ่ง ทว่าเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องเฉพาะต่อบุคคลที่เข้ามาเจรจากับเท่านั้น

โดยในประเทศเยอรมันนักกฎหมายบางกลุ่มก็ได้แสดงความเห็นว่า สาเหตุที่ความรับผิดของสัญญาจำต้องจัดอยู่ในกลุ่มที่สามหรือต้องแยกออกมาเป็นเอกเทศ ก็เพราะถือเป็นกำหนดความผิดในการประมาทเลินเล่อในช่วงการเจรจาก่อนการทำสัญญา เนื่องจากในระหว่างการเจรจานั้นนอกจากคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตน

⁷ Bianca C.M, *Diritto Civile : Il Contratto* (Secoda edizione riveduta e aggiornata 1985) 161.

⁸ ใน Black's Law Dictionary , p . 341-342 อธิบายไว้ว่า culpa in contrahendo เป็นความรับผิดซึ่งเกี่ยวกับความรับผิดตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการไม่ปฏิบัติตามคำเสนอของผู้ทำคำเสนอ ภายหลังจากที่ผู้รับคำเสนอ ได้เริ่มที่จะปฏิบัติการในสัญญาฝ่ายเดียวไปแล้ว และถูกทำให้หยุดชะงักโดยผู้เสนอ ก่อนที่การปฏิบัติการดังกล่าวจะเสร็จสิ้นลงด้วยการสนองรับคำเสนอในสัญญาฝ่ายเดียวนั้น

⁹ Pietro Rescigno, *Manuale del diritto Privato Italiano* (Jovene Editore, Napoli 1983) 680.

¹⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ‘หลักสุจริต’(law.tu, มกราคม 2567) < https://www.law.tu.ac.th/wp-content/uploads/2024/01/BonaFide_-_Supervening-Events.pdf > สืบค้นวันที่ 10 มกราคม 2568.

ตามหลักสุจริตแล้ว คู่สัญญายังมีหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง (Duty of care) ซึ่งถือเป็นหน้าที่ที่มีเฉพาะต่อคู่สัญญาหรือบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวพันในการทำสัญญาด้วยเท่านั้น อีกทั้งความรับผิดก่อนสัญญาก็มิใช่หลักการที่จะนำมาขยายกับความรับผิดเพื่อละเมิด โดยนักกฎหมายชาวเยอรมันยังให้เหตุผลไว้อีกว่า คู่สัญญามีหน้าที่ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังที่มีก่อนที่สัญญาจะเกิด ซึ่งไม่ว่าสัญญาจะเกิดหรือไม่ หากคู่สัญญามีการฝ่าฝืนหน้าที่ก็จำเป็นต้องมีความรับผิด ดังนั้นจึงถือได้ว่าความรับผิดก่อนสัญญา ไม่ใช่ความรับผิดตามสัญญาเป็นแน่เพราะสัญญาอาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ หรือหากมีสัญญาจะเกิดแล้วจริง ๆ ความไม่ระมัดระวังดังกล่าวก็ยังถือว่าอยู่ในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดอยู่ดี

แต่ในขณะเดียวกันก็มีนักกฎหมายบางส่วนในประเทศอิตาลีที่ไม่เห็นด้วยกับการจัดหมวดหมู่เนื่องจากบางส่วนมองว่ากฎหมายไม่สมควรมีกลุ่มความรับผิดนอกเหนือจากความรับผิดตามสัญญา และความรับผิดเพื่อละเมิดได้ อันมีสาเหตุมาจากความคิดในเรื่องความรับผิดตั้งแต่สมัยโรมัน โดยในยุคนี้ได้แบ่งความรับผิดไว้แค่ 2 กลุ่ม คือ ความรับผิดเพื่อหนี้ตามสัญญาอันเกี่ยวกับความสำเร็จในความคาดหวังว่าจะผูกพันและความรับผิดเพื่อหนี้ทั้งหมดละเมิดอันมุ่งจะคุ้มครองสถานะทางกฎหมายจากความเสียหายโดยมิชอบ

3. หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลแนวความคิดเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาจาก Jhering เช่นเดียวกับประเทศอิตาลี โดย Raymond Saleilles ได้นำเสนอแนวคิดในปี ค.ศ. 1907 ว่า ภายหลังจากที่คู่เจรจาได้เริ่มการเจรจา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต และไม่อาจยุติการเจรจาโดยพลการโดยปราศจากการชดเชยค่าเสียหายแก่อีกฝ่ายสำหรับความไว้วางใจที่ได้ให้ไว้

อย่างไรก็ตาม หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมิได้มีพัฒนาการอย่างก้าวไกลดังเช่นในประเทศเยอรมนีหรืออิตาลี อันเนื่องมาจากเหตุผลสำคัญได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในฐานะหลักการพื้นฐาน การปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาจึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง ด้วยเหตุผลที่ว่าคู่สัญญาพึงได้รับการประกันเสรีภาพในการแสดงเจตนา การกำหนดความรับผิดอันเนื่องมาจากการใช้เสรีภาพของคู่สัญญาย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากอาจทำให้บุคคลไม่กล้าใช้เสรีภาพด้วยความเกรงว่าจะต้องรับผิด

อย่างไรก็ดี ด้วยวิวัฒนาการทางกฎหมาย หลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้ถูกจำกัดลงบางประการเมื่อศาลต้องพิจารณาถึงหลักความไว้วางใจ หลักสุจริต และหน้าที่ในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาก่อนสัญญา ส่งผลให้หลักความรับผิดก่อนสัญญาได้พัฒนาขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพต่อคู่สัญญา แม้ว่าในท้ายที่สุดแล้ว ความรับผิดก่อนสัญญาดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้หลักความรับผิดทางละเมิดก็ตาม

3.1 ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา¹¹

3.1.1 ความรับผิดเพื่อละเมิด

ประเทศฝรั่งเศสนักกฎหมายหลาย ๆ คน มีความคิดไปในทิศทางเดียวกันว่าเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด แต่มิใช่เรื่องการไม่ชำระหนี้ตามเรื่องของสัญญาแน่นอน โดยการนำเอาหลักดังกล่าวมาเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด

¹¹ จำปี โสทธิพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2548) 93.

ของนั้น จะต้องมีการนำหลังเกณฑ์มาปรับใช้กับหลักละเมิด โดยหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศส มีองค์ประกอบ 3¹² ประการ ได้แก่

1. ความเสียหาย (Damage) กล่าวคือจะต้องมีความเสียหายต่อสิทธิหรือผลประโยชน์ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครอง
2. ความเสียหายดังกล่าวจะต้องเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของบุคคลผู้ซึ่งทำละเมิดหรือบุคคลผู้ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของเขา
3. และเป็นความรับผิดชอบที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบถึงบุคคลผู้กระทำการละเมิดเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้การควบคุมของตน

3.1.2 ความรับผิดชอบตามสัญญา¹³

นักกฎหมายจำนวนไม่น้อยมีความคิดเห็นว่าการรับผิดชอบก่อนสัญญา ถือเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา โดยมีความเห็นว่าเป็นขั้นตอนการเจรจาที่ได้พูดคุยกันไปในระดับหนึ่งนั้น ถือว่าคู่กรณีจะตกลงอยู่ภายใต้หนี้ตามสัญญา และทั้งคู่พร้อมจะดำเนินการเจรจาต่อไปจนถึงขั้นการทำสัญญา

3.1.3 ความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ในความคิดเห็นนี้ เป็นความคิดเห็นทางทฤษฎีของนักกฎหมาย J.Carbournier¹⁴ โดยเขาได้ให้ข้อสันนิษฐานว่า “ช่วงของการเจรจามีได้ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นเกี่ยวกับสัญญาในอนาคต แต่เป็นหนี้ของคู่สัญญาภายในช่วงนี้เอง ที่จะต้องไม่ทำอะไรที่ไม่สุจริต และที่จะต้องให้รายละเอียดแก่กันในทุกสถานการณ์ที่สำคัญสำหรับการทำสัญญา”

3.2 การปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

โดยมีแนวทางการปรับใช้ดังนี้¹⁵

1. มีข้อตกลงกันก่อนสัญญา กล่าวคือ หากมีการเจรจา โดยมีการแลกเปลี่ยนเอกสารหรือความลับใด ๆ หรือการตกลงกันในบางส่วนแล้ว ข้อตกลงที่ได้เจรจากันไปนั้นอาจถือเป็นสัญญาเลยก็ได้ ถึงแม้ในอนาคตสัญญาดังกล่าวอาจจะไม่เกิดขึ้นก็ตาม ด้วยเหตุนี้เมื่อสัญญายังไม่เกิด หากมีการระงับการเจรจານี้ก็ถือว่าเป็นความผิดในทางละเมิด
2. มีข้อบกพร่องในความยินยอม ซึ่งความหมายของข้อบกพร่องดังกล่าวได้แก่ ความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือการข่มขู่ที่จะทำให้การทำสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ อีกทั้งแม้ในเรื่องของความสำคัญผิดจะสามารถให้อภัยได้ แต่หากคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ได้รู้ถึงสาระสำคัญของคู่กรณีอีกฝ่าย จนได้ตัดสินใจเข้าทำสัญญา ทว่าแน่นอนว่าสัญญาดังกล่าวย่อมไม่มีผลสมบูรณ์ โดยในกรณีนี้ผู้ที่สร้างความสำคัญผิดจำต้องมีการเยียวยาค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายด้วย

¹² Lawson F.H. and Aton A.E, *Introduction to French Law* (2nd edn, 1963) 207.

¹³ จำปี โสติพันธุ์ (เชิงอรรถ 11) 94.

¹⁴ Nicholas B, *The French Law of Contract* (London: Butterworth 1992) 71.

¹⁵ จำปี โสติพันธุ์ (เชิงอรรถ 11) 94.

3. มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลระหว่างการเจรจา โดยแนวทางนี้ถือเป็นแนวทางที่อยู่บนพื้นฐานของความสุจริต โดยจำต้องมีความซื่อสัตย์และตรงไปตรงมา กล่าวคือหากมีการปกปิดข้อเท็จจริงที่คู่กรณีสมควรจะรู้ เพื่อเป็นประโยชน์ในการตัดสินใจ หรือหากคู่กรณีรู้ข้อมูลนี้สัญญาจะไม่เกิด คู่กรณีที่รู้ข้อมูลจึงเลือกที่จะปกปิดไว้ ในกรณีแบบนี้คู่กรณีฝ่ายที่ปกปิดข้อมูลอาจต้องชดเชยค่าสินไหมเพื่อทดแทนความเสียหาย และการปกปิดข้อมูลสำคัญก็ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะอีกด้วย

4. มีการระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร และขัดกับหลักไว้นับเชื่อใจที่อีกฝ่ายมีให้ จนก่อให้เกิดความเสียหาย กล่าวคือมีการระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร เปรียบเสมือนการไม่ทำตามหลักสุจริตในระหว่างการเจรจา ทำให้ผู้ยกเลิกการเจรจาจำต้องรับผิดชอบ

จากการศึกษาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาของระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น พบว่าในฝรั่งเศสแม้ในอดีตจะมีการให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพมากกว่า แต่เมื่อสังคมได้มีการพัฒนาขึ้น แน่นนอนว่ากฎหมายก็สมควรต้องพัฒนาตาม ทำให้ปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสมีการเปิดรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย ถึงแม้จะนักกฎหมายบางคนยังมีความโน้มเอียงไปในการคุ้มครองหลักเสรีภาพมากกว่า แต่ก็นับว่าเป็นปรากฏการณ์ที่ดีที่มีการเปลี่ยนแนวคิดในการคุ้มครองคู่เจรจาเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณีนั่นเอง

3.3 ตัวอย่างการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้ของประเทศฝรั่งเศส

คดี Manoukian (Cour de cassation, 2003)¹⁶

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือบริษัท Manoukian ซึ่งเป็นบริษัทสื่อพยายามเจรจาซื้อหุ้นของบริษัทสื่อ Stuck โดยในระหว่างเจรจาเจ้าของหุ้นบริษัท Stuck ได้เกิดการเปลี่ยนใจและขายหุ้นให้แก่บุคคลที่สามแทน บริษัท Manoukian จึงฟ้องร้องบริษัท Stuck โดยอ้างว่าอีกฝ่ายได้กระทำการเจรจาโดยไม่สุจริต ซึ่งคำตัดสินในคดีนี้ ศาลฎีกาฝรั่งเศส(Cour de cassation) ได้วินิจฉัยว่า แม้เจ้าของหุ้นบริษัท Stuck จะไม่มีพันธผูกพันที่จะต้องขายหุ้นแก่บริษัท Manoukian แต่การเจรจาสมควรต้องทำโดยสุจริต อย่างไรก็ตาม ศาลตัดสินว่า บริษัท Manoukian ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับ “โอกาสที่เสียไป” จากการพลาดโอกาสในการทำธุรกิจได้ แต่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากค่าใช้จ่ายที่เสียไปในขั้นตอนการเจรจาได้

4. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอิตาลี

ประเทศอิตาลี ถือเป็นประเทศหนึ่งที่ได้นำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี โดยประเทศอิตาลีมีแนวคิดที่ว่าด้วยคู่สัญญาต้องรับผิดชอบตามสัญญา ถึงแม้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นก่อนสัญญาก็ตาม ด้วยเหตุผลที่ว่า คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (Duty of care) ประกอบกับความสุจริต (Duty of good faith) ดังนั้นก่อนเกิดสัญญาจึงต้องมีหน้าที่งดเว้นไม่ให้เกิดความเสียหายต่อความผูกพันที่จะเกิดในอนาคต

¹⁶ Cour de Cassation, ‘Chambre commerciale, du 26 novembre 2003, 00-10.243 00-10.949, Publié au bulletin’ (Legifrance, 29 October 1999) < <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007049778/> > accessed 25 February 2025.

4.1 ความรับผิดชอบก่อนสัญญาประมวลกฎหมายอิตาลี

ประเทศอิตาลีนำหลักดังกล่าวไปอยู่ในประมวลกฎหมายอิตาลี (Italian Civil code The consent of the parties) ในมาตรา1337 มาตรา1328 วรรคหนึ่ง และมาตรา1338

มาตรา 1337 บัญญัติว่า ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้นคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต

มาตรา 1328 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า คำเสนอนั้นอาจจะถูกถอนได้เสียตราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตามถ้าผู้เสนอได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้ทราบถึงการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่าย และการสูญเสียที่ผู้เสนอได้รับเพราะการเริ่มปฏิบัติตามสัญญา

มาตรา 1338 บัญญัติว่า คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะรู้ได้ถึงความมิอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา แล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มี ความผิด

ซึ่งหากอ่านจากบทบัญญัติต่าง ๆ แล้ว จะพบว่าตัวบทมีการมุ่งเน้นไปในเรื่องของความสุจริต กล่าวคือในทุกขั้นตอนการเจรจาไปจนถึงการทำสัญญา คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีเจตนาที่สุจริตตั้งแต่นั้น หากเข้ามาหาผลประโยชน์หรือเจรจาโดยไม่สุจริต ก็จำเป็นต้องรับผิดชอบโดยตัวอย่างการฝ่าฝืนหลักสุจริตพบได้ดังนี้¹⁷

ประการแรก การไม่แจ้งข้อมูล กล่าวคือเป็นข้อมูลที่สำคัญที่ควรจะต้องแจ้งแก่คู่กรณีอีกฝ่ายเพื่อเป็นประโยชน์ในการตัดสินใจ แต่คู่กรณีรู้เพียงฝ่ายเดียว และมีได้แจ้งให้อีกฝ่ายรับรู้ด้วย

ประการที่สอง การแจ้งในสิ่งที่ไม่ควรจะต้องแจ้งแก่บุคคลอื่น กล่าวคือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้แจ้งข้อมูลความลับที่ได้ทราบมาจากการเจรจาให้แก่บุคคลอื่นทราบ ในทางที่อาจจะทำให้เกิดอุปสรรคต่อการดำเนินการเจรจา จนอาจทำให้การเข้าทำสัญญามีโอกาสยากยิ่งขึ้น

ประการที่สาม การขาดความชัดเจนในการเจรจา กล่าวคือเป็นการใช้ภาษาที่คลุมเครือ ใช้เป็นภาษาต่างประเทศที่มีความซับซ้อนหรือการใช้ศัพท์เฉพาะ ทำให้คู่กรณีอ่านแล้วไม่สามารถเข้าใจอย่างชัดเจน หรือการใช้ตัวอักษรที่มีขนาดเล็ก จนคู่กรณีอ่านแล้วเกิดความลำบากจนเกินไป

ประการที่สี่ การเจรจาแบบหลายคนพร้อมกัน กล่าวคือ บุคคลใดที่ต้องการทำคำเสนอ หรือทำสัญญากับใคร ควรมีคู่กรณีแค่คนเดียว ไม่สมควรเข้าเจรจาพร้อมกันหลาย ๆ คน เพราะตามหลักสุจริตแล้วบุคคลเมื่อเข้าเจรจา แน่แน่นอนว่าย่อมมีความหวังที่จะเข้าทำสัญญาด้วย หากแต่เข้าเจรจาพร้อมกันหลายคน ก็เปรียบเสมือนการแสดงออกว่าบุคคลนั้นมิได้มีความตั้งใจที่จะทำสัญญากับคู่กรณีตั้งแต่แรก

ประการที่ห้า การถอนคำเสนอโดยไม่มีเหตุอันควร กล่าวคือ หากอ้างอิงตามมาตรา 1328 วรรคหนึ่ง จะพบว่าคำเสนอนั้นสามารถถอนได้ด้วยเหตุอันสมควรและไม่ถือว่ามีความผิด ตราบที่สัญญายังไม่เกิด ทว่าในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการถอนคำเสนอนั้น ท่านว่าผู้เสนอจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าเสียหายที่เกิดขึ้น และในส่วนที่จะกล่าวต่อไปคือการถอนคำเสนอโดยไม่มีเหตุที่สมควร อันเป็นลักษณะที่ไม่สุจริต จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่าย ดังนั้นผู้ถอนคำเสนอจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว

ประการที่หก การยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควรในช่วงเวลาที่คู่กรณีอีกฝ่ายได้เชื่อมั่นว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นแน่นอน สำหรับกรณีนี้ไม่ได้มองที่ความเสียหายเป็นหลัก กล่าวคือความเสียหาย

¹⁷ จำปี โสทธิพันธุ์ (เชิงอรธ 11) 52-56.

อาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ แต่จะมุ่งเน้นไปที่ช่วงเวลาเป็นสำคัญ กล่าวคือการยกเลิกการเจรจาในช่วงเวลาที่ได้เจรจากันมาสักพัก จนก่อให้เกิดความหวังแก่คู่กรณีอีกฝ่ายว่าจะต้องมีการทำสัญญาอย่างแน่นอน ซึ่งในกรณีนี้โดยหลักเสรีภาพแล้ว หากยังไม่มีสัญญาเกิด ก็ย่อมไม่มีหนี้ต่อกัน กลับกันในการเจรจาที่ดำเนินเวลามากสักพัก จนทำให้คู่กรณีมีความคาดหวังในการทำสัญญา ก็ถือเป็นการใช้หลักไว้นื้อเชื่อใจในการทำสัญญาเช่นกัน ดังนั้น หากจะปล่อยให้บุคคลผู้ยกเลิกคำเสนออย่างหลักเสรีภาพแล้ว หลักความไว้นื้อเชื่อใจของคู่กรณีก็จะถูกทำลายลง

ดังนั้นประเด็นดังกล่าวจึงเป็นที่ถกเถียงอย่างกว้างขวาง และฝ่ายนิติบัญญัติควรพึงพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงความสมดุลระหว่างหลักการว่าด้วยเสรีภาพและหลักการว่าด้วยความไว้วางใจ เพื่อกำหนดว่าหลักการใดควรได้รับการให้น้ำหนักมากกว่าในกรณีนี้

4.2 บุคคลต้องรับผิดชอบในหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา¹⁸

4.2.1 คู่กรณีหรือว่าที่คู่สัญญา แบ่งได้ 2 ประเภท

ประเภทแรก คู่กรณีหรือว่าที่คู่สัญญาที่เป็นเอกชนซึ่งได้ก่อความเสียหายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่าย โดยการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อในช่วงระยะเวลาก่อนที่จะเกิดสัญญา หรือในขั้นตอนการเจรจา

ประเภทที่สอง คู่กรณีหรือว่าที่คู่สัญญาที่เป็นองค์กรของรัฐ อาจต้องรับผิดชอบในหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ในกรณีที่มีการเข้าทำสัญญาในลักษณะเดียวกันกับเอกชน กล่าวคือ หากตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการในนามขององค์กรดังกล่าว ได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

4.2.2 ตัวแทน

ในกรณีที่ตัวการ (คู่สัญญาหรือบุคคลที่จะรับผลของสัญญา) มอบอำนาจให้ตัวแทนดำเนินการเจรจาหรือทำสัญญาแทนตน และตัวแทนได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ ผู้ใดจะต้องรับผิดชอบในความรับผิดชอบก่อนสัญญา ระหว่างตัวการ หรือตัวแทน

โดยนักกฎหมายชาวอิตาลี¹⁹ ได้วิเคราะห์ประเด็นความรับผิดชอบระหว่างตัวการและตัวแทนไว้ว่าให้พิจารณาโดยสถานะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา กล่าวคือ หากพิจารณาความรับผิดชอบก่อนสัญญาว่าเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด ความรับผิดชอบย่อมตกแก่ตัวแทนในฐานะผู้กระทำละเมิดโดยตรง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา ตัวการในฐานะผู้รับผลทางสัญญา จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

จะเห็นได้ชัดเลยว่าแนวทางในเรื่องหลักความรับผิดชอบของสัญญาของประเทศอิตาลีจะมีการนำหลักนี้มาบัญญัติไว้เป็นตัวบทโดนชัดแจ้ง ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีโดยตรงเลย ซึ่งตัวผู้เขียนเองมองว่าการบัญญัติไว้แบบนี้ถือเป็นข้อดีในการลดการสับสนในการตีความ เพราะแน่นอนว่าต่อให้นักกฎหมายหลาย ๆ ท่านมีแนวคิดที่แตกต่างกัน แต่เมื่อถึงเวลาที่ต้องบังคับใช้หรือตีความหากมีเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง ก็จะทำให้ให้นักกฎหมายตีความในทิศทางเดียวกันคือตามตัวบทบัญญัติ ถึงแม้จริง ๆ จะมีความเห็นไม่เหมือนกันก็ตาม อีกทั้งยังเป็นการสร้างบรรทัดฐานให้แก่การพิจารณาของศาล ทำให้คู่กรณีที่ก่อความเสียหายให้อีกฝ่าย

¹⁸ เฟ้งอ้าง 65-66.

¹⁹ Carlo Maiorca, *Colpa Civile : Teoria general* (Guiffre editore 1960) 6.

ในขั้นตอนการเจรจา ได้รับการพิจารณาความผิดไปในทางเดียวกัน อีกทั้งการมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ยังถือเป็นการเยียวยาหรือคุ้มครองถึงคู่กรณีที่เสียหายที่กระทำการเจรจาโดยสุจริต ซึ่งไม่ควรจะต้องเสียอะไรไปในขั้นตอนการเจรจาที่สุดท้ายแล้วสัญญา ก็ไม่ได้เกิดขึ้นจริง ไม่ว่าจะเป็นการเสียเวลา ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการเตรียมการ หรือความเสียหายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาอีกด้วย

5. ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในประเทศไทย

ความหมายในทางภาษาของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในไทย โดยศาสตราจารย์ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ได้ให้นิยามของ “ความรับผิด” ไว้ว่า บุคคลมีหน้าที่ต้องละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามหลัก *neminem laedere* ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่กำหนดว่า ทุกคนมีหน้าที่ต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการกระทำของตนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น

การฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความรับผิดในหลายลักษณะ กล่าวคือ ประการแรกความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ประการที่สองความรับผิดตามสัญญา ซึ่งเกิดจากการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามหน้าที่หรือไม่ชำระหนี้จนเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย และประการที่สาม ความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งเป็นผลจากการฝ่าฝืนหลักสุจริต (Good Faith) ในช่วงก่อนการเกิดสัญญาจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี²⁰

ต่อมาในส่วนของความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งในภาษาละตินคือ *Culpa in Contrahendo*

“Culpa” มีความหมายในภาษาอังกฤษว่า Fault ซึ่งมีความหมายสื่อถึงความผิดหรือการกระทำที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

“in” เป็นความหมายเช่นเดียวกับภาษาอังกฤษคือ in ซึ่งแปลว่า ใน

และ “Contrahendo” มีต้นแบบมาจากคำว่า *Contrarre* ซึ่งแปลว่า การเข้าทำสัญญา และคำว่า *endo* มีลักษณะเดียวกันกับ *ing* ในภาษาอังกฤษ ซึ่งหมายถึง กำลังจะเกิดขึ้น ดังนั้นเมื่อนำคำทั้งหมดมารวมกันจะมีความหมายในภาษาไทยว่า สัญญากำลังจะเกิดขึ้น²¹

ดังนั้น เมื่อนำคำดังกล่าวมารวมไว้ในก็จะได้เป็น *Culpa in Contrahendo* ที่มีความหมายในภาษาไทยว่า ความผิดที่เกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในขณะที่กำลังจะทำสัญญา

หากแต่ในทางทฤษฎีนั้น ประเทศไทยยังไม่มี การบังคับใช้หรือกล่าวถึงที่ชัดเจน อีกทั้งหลักนี้ยังมีนักกฎหมายบางส่วนยอมรับ ในขณะที่เดียวกันนักกฎหมายบางส่วนก็ยังไม่เห็นต่างอยู่ โดยนักกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

5.1 นักกฎหมายที่เห็นด้วยกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์²² ได้กล่าวไว้ว่า “เราอาจให้กฎหมายหรือแนวการปฏิบัติในการพิจารณาเรื่องการรับผิดชอบก่อนสัญญา มาปรับแก้กรณีหรือคดีที่เกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4วรรคแรก”

²⁰ นฐิตยา ตันตระกูลวานิชย์, ‘ปัญหาทางกฎหมายเรื่องก่อนสัญญา’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2561).

²¹ จำปี โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 11) 31.

²² ไพจิตร ปุญญพันธุ์, ‘ความรับผิดชอบก่อนสัญญากับความรับผิดชอบก่อน’ (2547) 3 ตุลาคม 14, 14.

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร²³ มีความเห็นว่า “การเจรจาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องอยู่ในหลักบังคับว่าต้องกระทำการโดยสุจริต และไม่ประมาทเลินเล่อ เพราะคู่กรณีฝ่ายนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดขึ้น อย่างเช่นการกระทำในกรณีอื่น ๆ ทั่วไป”

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศรัทีย²⁴ กล่าวว่า “การเจรจาโดยประมาทเลินเล่อหากก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น คู่กรณีฝ่ายที่ประมาทเลินเล่อ จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาทในกรณีอื่น ๆ”

5.2 นักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยกับหลังความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย²⁵ มีความคิดเห็นว่า “การเจรจาก่อนการทำสัญญาตามปกตินี้ ไม่มีการผูกมัดคู่กรณีแต่อย่างใด เพราะสัญญายังไม่เกิด การเจรจาเป็นเพียงการเตรียมที่จะเข้าทำสัญญาเท่านั้น”

ถึงแม้จะไม่ได้มีการกล่าวถึงทฤษฎีและแนวการบังคับใช้อย่างชัดเจน แต่ก็มีศาสตราจารย์บางท่านให้ความเห็นว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด โดยศาสตราจารย์บัญญัติสุขิระ ได้กล่าวไว้เช่นนี้เนื่องจากท่านได้มีความเห็นว่า “ค่าเสียหายนอกเหนือจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้เมื่อมีการบอกกล่าวโมฆียะนั้นต้องไปเรียกร้องตามเรื่องละเมิด²⁶” โดยความคิดเห็นนี้ไม่ได้มีการยกกรณีใดโต้แย้ง หรือกรณีของการถอนคำเสนอที่ถอนไม่ได้ ก็ถือว่าถือว่าการบอกถอนก่อให้เกิดความรับผิดชอบฐานละเมิดเช่นกัน

นักกฎหมายบางคนก็ได้ให้ความเห็นว่า หลักการนี้เป็นเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือบางคนก็มองว่าเป็นความไม่มีความรับผิดชอบอย่างใดเลย เช่นเดียวกับศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ที่ให้ความเห็นว่า “ถ้าอีกฝ่ายไม่สนองรับมาสัญญาก็ไม่เกิดขึ้นมูลหนี้อันใดก็จะมีจะว่าเป็นละเมิดก็ไม่ได้ แม้จะเสียหายในทางการเตรียมก็เห็นจะต้องรับลำบากเพราะการที่ไม่ได้สนองไปนั่นเองอยู่ดีดีจะมาเรียกค่าสินไหมทดแทนเพราะผู้เสนอถอนคำเสนอโดยยังไม่มีสัญญาความผูกพันอะไรต่อกันนั้นเห็นจะไม่ได้เพราะเมื่อยังไม่มีก่อนขึ้นโดยสัญญาก็อาจจะเรียกเอาค่าเสียหายในฐานะที่ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาไม่ได้²⁷”

ดังนั้นอย่างที่กล่าวไปข้างต้นว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเกิดในประเทศไทยตอนนี้ ยังมีความถกเถียงกันอยู่มากในกลุ่มนักกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการเห็นด้วยหรือไม่ ทำให้หลักนี้ยังไม่มีที่ชัดเจนในประเทศไทยนักไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทฤษฎีไปจนถึงเรื่องการบังคับใช้ อีกทั้งแนวคิดในคำพิพากษาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาโดยตรงก็ยังไม่ได้มีมากนัก

6. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาระหว่างระบบกฎหมายไทย ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายอิตาลี

²³ พรชนิตร์ สงวนศักดิ์, ‘ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญา’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556).

²⁴ เพิ่งอ้าง

²⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 26, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2567) 218.

²⁶ รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 1092-8/2523 วันพุธที่ 20 กุมภาพันธ์ 2523 หน้า 3

²⁷ หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2 (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2520) 457.

จากการที่ผู้เขียนศึกษาเปรียบเทียบหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลีพบประเด็นความแตกต่างที่มีนัยสำคัญในเชิงนิติบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมาย ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ด้านสถานะทางกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ได้บัญญัติรับรองหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้อย่างชัดเจนในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป อันเป็นการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่แน่นอนและชัดเจน ต่อมาในส่วนของประเทศฝรั่งเศส แม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยตรงแต่ก็มีแนวทางการปรับใช้ไปกับกฎหมายที่มีอยู่ โดยส่วนใหญ่มักปรับใช้ควบคู่ไปกับเรื่องละเมิด และเนื่องด้วยฝรั่งเศสมีนักกฎหมายที่เห็นด้วยในหลักนี้ และให้คำนิยามไปในทิศทางเดียวกัน ทำให้เมื่อนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้แล้ว สามารถกระทำได้อย่างไม่เป็นที่ขัดต่อการตีความเท่าไรนัก ทว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีบทบัญญัติที่รับรองหลักการดังกล่าวไว้โดยตรง รวมถึงตัวนิยามเองก็ไม่ได้มีอย่างชัดเจนนัก ส่งผลให้การเยียวยาและคุ้มครองความเสียหายในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นก่อนสัญญา ต้องอาศัยการปรับใช้บทบัญญัติทั่วไป อาทิเช่น ในระบบกฎหมายไทยจะมีความพยายามในการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยละเมิดตามมาตรา 420²⁸ และหลักสุจริตตามมาตรา 5²⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนการเกิดสัญญา แต่เมื่อพิจารณาโดยถ่องแท้แล้วทั้งในเรื่องการให้คำนิยามที่ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ระหว่างนักกฎหมายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ประกอบกับองค์ประกอบความรับผิดชอบในช่วงก่อนสัญญามีลักษณะที่ไม่อาจปรับเข้ากับองค์ประกอบความรับผิดชอบตามบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวได้ ทำให้ในไทยยังไม่ค่อยมีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้มากนัก

ประการที่สอง ด้านการบังคับใช้กฎหมาย การนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้อาจประสบปัญหาในการพิสูจน์เจตนาไม่สุจริตของคู่เจรจา รวมถึงการกำหนดค่าเสียหายที่เหมาะสม เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนการทำสัญญาอาจมีลักษณะที่ไม่แน่นอนและยากแก่การประเมิน ในกรณีที่ค่าเสียหายสามารถตีราคาได้เป็นตัวเงิน ก็ถือว่าเป็นการไม่ยากในการประเมินและสามารถปรับใช้กับการประเมินค่าเสียหายในทางละเมิดดังเช่นที่ประเทศฝรั่งเศสปรับใช้ หากแต่ในกรณีของความเสียหายที่ไม่อาจประเมินราคาได้ เช่นค่าเสียเวลา ค่าเตรียมการใด ๆ ก็ถือเป็นการยากต่อการพิสูจน์นอกจากนี้ หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจน อาจนำไปสู่การตีความที่แตกต่างกันในแต่ละคดี ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในทางกฎหมาย

ประการที่สาม ด้านผลทางกฎหมาย การที่ประเทศอิตาลีมีบทบัญญัติเฉพาะรองรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาส่งผลให้การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายมีความชัดเจนและมีบรรทัดฐาน ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีผู้ซึ่งสุจริต ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้นผลทางกฎหมายก็มีตามแนวคิดในเรื่องละเมิด ซึ่งก็ถือเป็นความมีบรรทัดฐานในระดับหนึ่ง เนื่องจากผลทางละเมิดก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการชดเชยไว้เป็นการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการพิจารณาคดีและการกำหนดค่าเสียหายที่ต้องชดเชย

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

ตารางเปรียบเทียบกฎหมาย

	ประเทศ		
	ฝรั่งเศส	อิตาลี	ไทย
แนวคิด	มีการให้น้ำหนักกับหลัก สุจริตมากขึ้น และลด จำกัดหลักเสรีภาพในการ ทำสัญญาลงบางประการ ส่งผลให้หลักความรับผิดชอบ ก่อนสัญญาได้พัฒนาขึ้น อย่างเป็นรูปธรรม ถึงแม้ จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลาย ลักษณ์อักษรก็ตาม	เป็นประเทศที่มีแนวคิด ยอมรับในหลักความรับ ผิดก่อนสัญญา โดยนำ หลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ ในประมวลกฎหมาย อิตาลี หรือกฎหมาย Italian Civil code อย่าง ชัดเจน	ยังไม่มีกล่าวถึงที่ ชัดเจน มีนักกฎหมาย บางส่วนยอมรับ และ บางส่วนก็มีความเห็น ต่าง
แนวทางการปรับใช้	แม้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็น ลายลักษณ์อักษร แต่ก็มี แนวทางการปรับใช้ได้ 1. หากมีการตกลงกันใน บางส่วนในชั้นเจรจา หาก มีการระงับการเจรจาถือ ว่าเป็นความผิดในทาง ละเมิด 2. หากมีความสำคัญผิดใน ความยินยอม คู่กรณีผู้ซึ่ง สร้างความสำคัญผิด จำต้องเยียวยาค่าเสียหาย แก่คู่กรณีอีกฝ่าย 3. หากมีการปกปิด ข้อความจริงที่คู่กรณี สมควรจะรู้ คู่กรณีที่ ปกปิดจำต้องชดเชยค่า สินไหมทดแทนความ เสียหาย 4. หากมีการระงับการ เจรจาโดยไม่มีเหตุอัน	มีบัญญัติไว้เป็นลาย ลักษณ์อักษรดังนี้ มาตรา 1328 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า คำเสนอนั้น อาจจะถูกถอนได้เสีย ตราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตามถ้าผู้สนอง ได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญา ไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้ ทราบถึงการบอกถอน ผู้ เสนจะต้องชดเชยค่า สินไหมทดแทนสำหรับ ค่าใช้จ่าย และการ สูญเสียที่ผู้สนองได้รับ เพราะการเริ่มปฏิบัติตาม สัญญา มาตรา 1337 บัญญัติว่า ในการดำเนินการเจรจา และการก่อให้เกิด สัญญานั้นคู่สัญญา จะต้องปฏิบัติตาม หลักสุจริต	ยังไม่มีแนวทางการปรับ ใช้ในปัจจุบัน

	ประเทศ		
	ฝรั่งเศส	อิตาลี	ไทย
	สมควร ผู้ยกเลิกการเจรจาต้องรับผิดชอบ	มาตรา 1338 บัญญัติว่า คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะรู้ได้ถึงความมีอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา แล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มี ความผิด	

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าหากมีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาามาปรับใช้จะมีทั้งข้อดีและข้อเสียดังนี้

ในแง่ของข้อดีนั้น ผู้เขียนพบว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาสามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี ที่กระทำการโดยสุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีได้ลงทุนทั้งเวลาและทรัพยากรในการเตรียมการ เพื่อเข้าทำสัญญา นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันการเจรจาโดยไม่สุจริตหรือมีเจตนาหลอกลวง จึงถือเป็นการสร้างบรรทัดฐานที่ดีในเจรจา

อย่างไรก็ตาม การนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาามาใช้ก็มีข้อจำกัดและข้อเสียบางประการ กล่าวคือ อาจก่อให้เกิดภาระแก่คู่เจรจากมากเกินสมควร โดยทำให้การเจรจาต้องดำเนินไปอย่างเคร่งครัดและระมัดระวังมากเกินไป จนอาจส่งผลกระทบต่อความคล่องตัวในการเจรจาต่อรองในการทำสัญญา อีกทั้งยังอาจเพิ่มต้นทุนในการเจรจา เนื่องจากคู่เจรจาอาจต้องพึ่งพาที่ปรึกษากฎหมายเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น

ดังนั้นจากการวิเคราะห์ข้างต้น ประกอบกับการเปรียบเทียบจากประเทศตัวอย่าง จึงอาจสรุปได้ว่า ในฝรั่งเศสและอิตาลีได้มีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาามาใช้มากขึ้น รวมถึงประเทศอิตาลีมีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาามาปรับใช้ และนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง เพื่อที่ ต้องการที่จะลดปัญหาการตีความที่อาจขัดแย้งกันของนักกฎหมาย และเพื่อเป็นบรรทัดฐานให้แก่การพิจารณา คดีในการเยียวยาค่าเสียหายแก่คู่กรณีไปในทิศทางเดียวกัน อีกทั้งการมีบทบัญญัติหรือการนำหลักความรับผิดชอบ ก่อนสัญญาามาปรับใช้ ยังถือเป็นการช่วยคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีฝ่ายที่สุจริตที่อาจได้รับความเสียหายโดยคู่กรณี อีกฝ่ายจากการกระทำที่ไม่สุจริตและขาดความระมัดระวัง

ในขณะที่ประเทศไทยนั้นยังไม่มี ความชัดเจนในหลักทฤษฎีความรับผิดก่อนสัญญา ทำให้ นักวิชาการหลาย ๆ คนยังมีข้อถกเถียง และมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันไป อีกทั้งเนื่องด้วยการไม่มีบัญญัติ ที่ชัดเจนทำให้การพิจารณาถึงเรื่องการเยียวยาให้แก่คู่กรณีซึ่งสุจริต อาจจะไม่เป็นธรรม เนื่องจาก บทบัญญัติที่มีในปัจจุบัน อาจจะยังไม่สามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาได้เท่าที่ควร จึงทำให้ การคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีซึ่งสุจริตยังไม่มีความเป็นธรรมมากนัก

เพราะฉะนั้นจึงสมควรนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามานิยามให้ทุกคนเข้าใจไปในแนวทาง เดียวกัน พร้อมทั้งควรนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับประเทศไทย โดยอาจจะเริ่มต้นในรูปแบบของประเทศฝรั่งเศส นั่นคือการปรับสมดุลแนวคิดอย่างละมุนละม่อมเพื่อให้เกิดความเหมาะสม โดยเริ่มจากการปรับลดความเข้มข้น ของหลักการว่าด้วยเสรีภาพลงอย่างเป็นลำดับ และให้น้ำหนักกับหลักไว้นื้อเชื่อใจ กับหลักความรับผิดของสัญญา มากขึ้น จนเมื่อมีความสมดุลกันแล้ว ประเทศไทยควรพิจารณาเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายลงในประมวลกฎหมาย ดังเช่นประเทศอิตาลี เพื่อรองรับหลักความรับผิดก่อนสัญญา อันจะเป็นการช่วยเรื่องการคุ้มครองสิทธิของ คู่กรณี ให้มีความเป็นธรรมและมีความเป็นบรรทัดฐานเดียวกันมากขึ้น ทั้งนี้การบัญญัติเพิ่มเติมเรื่องหลักความรับผิด ก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างหลักเสรีภาพ และหลักความรับผิดก่อนสัญญา เพื่อมิให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเจรจาต่อรองของ คู่สัญญาจนเกินสมควร