

ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา Legal Issues in Pre-contractual Liability*

ธนกานต์ เสียงสูง**

Tanakan Seangsoong

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาหลักความรับผิดก่อนสัญญา (Pre-contractual Liability) ซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายสุจริตในกระบวนการเจรจาทำสัญญา อันมีบทบาทเพิ่มขึ้นอย่างมากในบริบทของการทำธุรกรรมเชิงพาณิชย์สมัยใหม่ที่มีความซับซ้อนและยาวนาน การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายนิยามและหลักการพื้นฐานของความรับผิดก่อนสัญญา วิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวคิดดังกล่าวตามร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป (Draft Common Frame of Reference - DCFR) กับสถานะทางกฎหมายของประเทศไทย ตลอดจนชี้ให้เห็นถึงปัญหาและช่องว่างของกฎหมายไทยในปัจจุบัน

บทความใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ โดยอาศัยการวิจัยเอกสารและการศึกษาเชิงเปรียบเทียบระหว่างบทบัญญัติในร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ผลการศึกษาพบว่าร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป ได้ยกระดับหลักสุจริตและความเป็นธรรมในการเจรจาให้เป็นหน้าที่ทางกฎหมายที่ชัดเจน โดยกำหนดหน้าที่ก่อนสัญญา ขอบเขตความรับผิด และกลไกการเยียวยาความเสียหายไว้อย่างเป็นระบบ ในขณะที่กฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่รับรองหลักความรับผิดก่อนสัญญาโดยตรง ต้องอาศัยการตีความจากบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยหลักสุจริตและละเมิด ซึ่งก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้และการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายสุจริต

บทความจึงเสนอให้ประเทศไทยพิจารณาพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาอย่างเป็นรูปธรรม โดยบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้มีความชัดเจน กำหนดหน้าที่ทางกฎหมายที่บังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรม หน้าที่ก่อนสัญญา ความรับผิดบุคคลที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่ระบุไว้จะต้องรับผิด โดยอาศัยแนวคิดจากร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรปเป็นแนวทาง เพื่อสร้างสมดุลระหว่างหลักเสรีภาพในการทำสัญญากับการคุ้มครองความไว้วางใจ อันจะช่วยเสริมสร้างความแน่นอนทางกฎหมาย เพิ่มความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรม

คำสำคัญ: ความรับผิดก่อนสัญญา, ความรับผิด, ความเสียหาย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิชา กม 7101 กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดชั้นสูง หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** ธนกานต์ เสียงสูง, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่: เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240

E-mail: 6711911004@stu.nida.ac.th

Abstract

This article examines the principle of pre-contractual liability, which serves as an important legal mechanism for protecting parties acting in good faith during the pre-contractual negotiation process. The significance of this principle has increased substantially in the context of modern commercial transactions, where negotiations are often complex, lengthy, and involve significant investments of time and resources. The objectives of this study are to explain the concept and fundamental principles of pre-contractual liability, to analyze and compare the relevant legal framework under the Draft Common Frame of Reference (DCFR) with the current legal position in Thailand, and to identify the existing limitations and legal gaps in Thai law.

This study employs a qualitative research methodology based on documentary research and comparative legal analysis. It examines the provisions governing pre-contractual liability under the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and compares them with the relevant provisions of the Thai Civil and Commercial Code. The findings reveal that the DCFR elevates the principles of good faith and fair dealing in contractual negotiations into explicit legal obligations by systematically prescribing pre-contractual duties, defining the scope of liability, and establishing appropriate remedies for damages resulting from breaches of such duties. In contrast, Thai law does not expressly recognize the doctrine of pre-contractual liability. Instead, legal protection must be derived through judicial interpretation of the general principles of good faith and tort liability under the Civil and Commercial Code. This reliance on general provisions creates legal uncertainty in both the enforcement of obligations and the protection of parties acting in good faith during contractual negotiations.

The article therefore proposes that Thailand should undertake concrete legal reform by expressly incorporating the principle of pre-contractual liability into the Thai Civil and Commercial Code. Such reform should clearly define legally enforceable pre-contractual duties and provide that parties who breach these duties shall be held liable for the resulting damages. Drawing upon the conceptual framework established by the DCFR, the proposed reform would promote a balanced relationship between the principle of freedom of contract and the protection of legitimate reliance, thereby enhancing legal certainty, strengthening confidence in commercial transactions, and improving the effectiveness of contractual negotiations.

Keywords: pre contractual, fault, damage

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในกระบวนการเจรจาทำสัญญาเชิงพาณิชย์ในปัจจุบันนั้นหลักความรับผิดก่อนสัญญา (Pre-contractual Liability) มีความสำคัญอย่างมาก กระบวนการก่อให้เกิดสัญญามีได้จำกัดอยู่เพียงการแสดงเจตนาโต้ตอบกันโดยฉับพลันเพียงเท่านั้น หากแต่มีลักษณะประกอบด้วยขั้นตอนการเจรจาอันซับซ้อนและยาวนาน คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตมักตกอยู่ในภาวะจำยอมที่ต้องเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับ หรือตัดสินใจสำรองทรัพยากรทางการเงินและกำลังคนไว้ล่วงหน้าเพื่อเตรียมพร้อมสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาที่คาดหวังว่าจะเกิดขึ้น ความคาดหวังอันชอบธรรม (Legitimate Expectation) นี้เองที่เป็นจุดเปราะบาง ซึ่งหากไม่มีกลไกความรับผิดก่อนสัญญาที่ชัดเจน คู่สัญญาอาจถูกเอารัดเอาเปรียบจากพฤติกรรมที่ไม่สุจริตที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การเจรจาเพื่อลวงความลับทางการค้าหรือการถอนตัวอย่างกะทันหันโดยปราศจากเหตุอันสมควร หลักการนี้ช่วยสร้างความเป็นธรรมและป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการเจรจาโดยไม่สุจริตที่อาจเกิดขึ้น การมีกรอบกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องนี้จึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อการส่งเสริมความเชื่อมั่นในระบบเศรษฐกิจให้มากยิ่งขึ้น วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักการที่ปรากฏในร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป (Draft Common Frame of Reference - DCFR) กับสถานะทางกฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทย เมื่อพิจารณาบริบทของประเทศไทย แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะพยายามวางรากฐานความรับผิดในส่วนนี้ไว้ แต่ด้วยถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป ทำให้ขาดความชัดเจนในการนำไปปรับใช้กับข้อพิพาทที่มีความสลับซับซ้อน ด้วยเหตุนี้การศึกษาเปรียบเทียบกับร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป ซึ่งมีการจัดวางระบบความรับผิดก่อนสัญญาไว้อย่างเป็นสากลและมีความเฉพาะเจาะจง จึงเป็นสิ่งสำคัญในการค้นหาบรรทัดฐานใหม่ที่จะช่วยสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ลงทุน และยกระดับธรรมาภิบาลในการทำสัญญาของประเทศไทยให้ทัดเทียมนานาประเทศมากยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษานิยามและหลักการเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาตามร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป และกฎหมายไทย
3. เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายไทย
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการกำหนดกรอบกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายไทย บัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

บทความนี้มีขอบเขตการศึกษาหลักความรับผิดก่อนสัญญา ตามร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป และศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางการปรับใช้กฎหมายไทยภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การศึกษานี้มุ่งวิเคราะห์ในเชิงหลักการและโครงสร้างทางกฎหมาย เพื่อชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างข้อจำกัด และช่องว่างของกฎหมายไทยในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายสุจริตในขั้นตอนก่อนการทำสัญญา โดยไม่ครอบคลุมการศึกษาเชิงเศรษฐศาสตร์กฎหมาย หรือการเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของประเทศอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้

1.4 สมมติฐานในการศึกษา

แม้กฎหมายไทยจะมีบทบัญญัติทั่วไปที่สามารถนำมาปรับใช้กับความรับผิดก่อนสัญญาได้ อันได้แก่ หลักสุจริตตามมาตรา 5 และหลักละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การไม่มีบทบัญญัติที่รับรองหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้โดยตรง ส่งผลให้ขาดความชัดเจนและความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย และยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายสุจริตในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในขณะที่ร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรปได้กำหนดหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้อย่างเป็นระบบ โดยยกระดับหลักสุจริตและความเป็นธรรมในการเจรจาให้เป็นหน้าที่ทางกฎหมายที่ชัดเจน สมมติฐานจึงเห็นว่าแนวคิดและโครงสร้างนี้สามารถนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายไทย เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและการคุ้มครองความไว้วางใจ อันจะช่วยเพิ่มความแน่นอนทางกฎหมายและความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรมเชิงพาณิชย์

1.5 วิธีการศึกษา

บทความนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) คือการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาและวิเคราะห์บทบัญญัติกฎหมายไทยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป (Draft Common Frame of Reference - DCFR) โดยวิธีการศึกษาข้อมูลในเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Study) เพื่อเสนอแนะแนวทางการกำหนดกรอบกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบนิยามและหลักการเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา
2. เพื่อได้แนวทางในการวิเคราะห์เกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาตามร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรปและกฎหมายไทย
3. เพื่อสามารถวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายไทย
4. เพื่อสามารถเสนอแนะแนวทางในการกำหนดกรอบกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา

2. นิยามและหลักการพื้นฐานของความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo)

หลักความรับผิดก่อนสัญญาเกิด หรือที่รู้จักในภาษาละตินว่า Culpa in contrahendo “Culpa” มีความหมายในภาษาอังกฤษว่า Fault ซึ่งมีความหมายสื่อถึงความผิดหรือการกระทำที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ “in” มีความหมายภาษาอังกฤษคือ ใน และ “Contrahendo” มีที่มาจากคำว่า Contrarre ซึ่งแปลว่า การเข้าทำสัญญา และคำว่า endo มีความหมายเดียวกันกับ ing ในภาษาอังกฤษ ซึ่งหมายถึง กำลังจะเกิดขึ้น เมื่อนำมารวมกันจึงหมายความว่าสัญญากำลังจะเกิด² รองศาสตราจารย์ ดร.จำปี หยกอุบล (โสทธิพันธุ์)³ ท่านพูดถึงความรับผิดก่อนสัญญาว่าหมายถึงความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง กล่าวคือ บุคคลนั้น ๆ ได้รับความเสียหายจากการเจรจาทกลงอย่างอิสระ และประโยชน์นี้เอง

² จำปี โสทธิพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2548) 31.

³ จำปี หยกอุบล, ‘หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา’ (2534) 21 วารสารนิติศาสตร์ 119.

เป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น Professor Nigel G. Foster⁴ ท่านพูดถึงความรับผิดชอบก่อนสัญญา เป็นการเรียกร้องรูปแบบหนึ่งที่ได้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ซึ่งได้มีการพัฒนาไปถึงกรณีการเข้าเพื่อทำสัญญากัน โดยให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้อง ระมัดระวัง ดูแล และซื่อสัตย์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง Professor Groffrey Samuel และ Jae Rinkes⁵ ท่านพูดถึงความรับผิดชอบก่อนสัญญาว่าอยู่บนพื้นฐานของความคิดที่ว่าด้วยคู่กรณีที่ได้เจรจาต่อรองทำสัญญากันแต่ละฝ่ายนั้นมีหนี้ต่อกันทั้งคู่ หนี้นั้นถือเป็นหน้าที่ หลักการนี้มีได้เป็นเพียงหลักการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งทั่วไป หากแต่เป็นพัฒนาการทางนิติศาสตร์ที่ทำลายหลักการดั้งเดิมของเสรีภาพในการทำสัญญาชี้ให้เห็นว่า ในระหว่างการเจรจา คู่สัญญาได้ก้าวเข้าสู่ความสัมพันธ์พิเศษทางกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ในความระมัดระวังต่อกัน

ในประเทศฝรั่งเศสมีคดีที่น่าสนใจเป็นคดีของบริษัท Manoukian⁶ เป็นหนึ่งในคำพิพากษาที่สำคัญของกฎหมายสัญญาฝรั่งเศสเกี่ยวกับการเจรจาก่อนทำสัญญา บริษัท Alain Manoukian ได้เจรจากับผู้ถือหุ้นของบริษัท Stuck เพื่อซื้อหุ้นทั้งหมดของบริษัทดังกล่าว การเจรจาดำเนินมาเป็นเวลาหลายเดือน และมีการจัดทำร่างสัญญาซื้อขายซึ่งตกลงกันได้สาระสำคัญเกือบทั้งหมด เหลือเพียงเงื่อนไขบางประการก่อนลงนาม ในระหว่างที่บริษัท Manoukian เชื่อว่าการเจรจากำลังจะเสร็จสิ้น ผู้ขายกลับแอบเจรจากับผู้ซื้ออีกรายหนึ่งคือ บริษัท Les Complices พร้อมทั้งทำสัญญาจะขายหุ้นให้แก่บุคคลดังกล่าว แต่ยังคงทำให้ Manoukian เข้าใจว่าการเจรจายังคงดำเนินต่อไป โดยอ้างว่าการลงนามล่าช้าเพราะเหตุผลทางเทคนิค เมื่อ Manoukian ทราบความจริง จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการยุติการเจรจาโดยไม่สุจริต

ศาลได้วางแนวปฏิบัติที่ชัดเจนว่า แม้ผู้เสียหายจะไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับโอกาสทางธุรกิจที่เสียไปได้ แต่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายที่เสียไปในการเจรจาได้

การกำหนดนิยามที่ชัดเจนสำหรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาถือเป็นรากฐานสำคัญในการสร้างความเข้าใจร่วมกันและการปรับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ดั้งเดิมของหลักการ ความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการโดยไม่สุจริตในขั้นตอนการเจรจาก่อนทำสัญญา พฤติการณ์ดังกล่าวอาจแสดงออกในหลายรูปแบบ เช่น การยกเลิกหรือระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือการเข้าสู่กระบวนการเจรจาทั้งที่ไม่มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้นจริงตั้งแต่แรก โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการเป็นกลไกเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ดำเนินการโดยสุจริต ซึ่งได้ลงทุนไปโดยตั้งอยู่บน ความไว้วางใจในการเจรจา (Reliance Interest) และได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของอีกฝ่ายหนึ่ง ขณะเดียวกันก็ทำหน้าที่ป้องกันมิให้มีการเจรจาโดยไม่สุจริตหรือด้วยเจตนาหลอกลวง อันเป็นการสร้างบรรทัดฐานที่ดีให้กับกระบวนการทางกฎหมายและส่งเสริมความไว้วางใจ หลักการนี้ได้รับการยอมรับและถูกบัญญัติไว้อย่างเป็นระบบในกรอบกฎหมายของยุโรป

3. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามร่างกรอบอ้างอิงร่วม (Draft Common Frame of Reference - DCFR)

⁴ Nigel G Foster, *German Law and Legal System* (Blackstone Press Limited 1993) 221–222.

⁵ Groffrey Samuel and Jae Rinkes, *Law of Obligations and Legal Remedies* (Cavendish Publishing Limited, 1996) 228.

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศส (แผนกคดีพาณิชย์), วันที่ 26 พฤศจิกายน 2546, เลขคดี 00-10.243 (*Manoukian v. Consorts W.*).

ร่างกรอบอ้างอิงร่วมเป็นเครื่องมือสำคัญที่รวบรวมหลักการ กฎต้นแบบ และคำนิยามสำหรับกฎหมายเอกชนในภาคพื้นยุโรป การศึกษาแนวทางของร่างกรอบอ้างอิงร่วมจึงเป็นการให้มุมมองเชิงระบบต่อหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ซึ่งถูกวางรากฐานอยู่บนหลักการที่สำคัญที่สุดคือ หลักสุจริตและการดำเนินธุรกรรมโดยชอบธรรม (Good faith and fair dealing) ดังที่ปรากฏใน I. – 1:103⁷ และ III. – 1:103⁸ ที่มีการกล่าวถึงหลักสุจริต อย่างไรก็ตามเบื้องหลังของร่างกรอบอ้างอิงร่วมที่มีได้มองหลักสุจริตเป็นเพียงแนวปฏิบัติทางศีลธรรม แต่ยกระดับขึ้นเป็น หน้าที่ทางกฎหมาย (Legal Duty) ที่บังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรม โดยระบุว่า “a person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing...” ซึ่งแสดงเจตนารมณ์ ที่จะให้การคุ้มครองที่ชัดเจนตั้งแต่ขั้นตอนก่อนสัญญา

การยกระดับดังกล่าวปรากฏชัดเจนในกฎต้นแบบที่ว่าด้วยหน้าที่ก่อนสัญญา (Pre-contractual duties) ซึ่งบัญญัติไว้ในบรรพ 2, บทที่ 3 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทที่ 3 มาตรา 301 การเจรจาที่ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตและการปฏิบัติตามทางการค้า (II. – 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing)⁹ ซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า หน้าที่ในการเจรจาโดยสุจริต คู่เจรจามีหน้าที่ต้องเจรจาตามหลัก

⁷ DCFR, Book I – Article 1:103

Good faith and fair dealing

(1) The expression “good faith and fair dealing” refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.

(2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party’s prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party’s detriment.

⁸ DCFR, Book III – Article 1:103

Good faith and fair dealing

(1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.

(2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act.

(3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for nonperformance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have.

⁹ DCFR, Book II – Article 3:301

Negotiations contrary to good faith and fair dealing

(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.

(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.

สุจริตและความชอบธรรม และต้องไม่ล้มเลิกการเจรจาในลักษณะที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว ความรับผิดชอบที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่ระบุไว้ จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นกับคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนนั้น และตัวอย่างการกระทำโดยไม่สุจริต ซึ่งได้ยกตัวอย่างพฤติการณ์ที่ขัดต่อหลักสุจริตไว้อย่างชัดเจน คือ การที่บุคคลเข้าสู่กระบวนการเจรจาหรือเจรจาต่อไปโดยไม่มีเจตนาที่แท้จริงที่จะบรรลุข้อตกลงกับอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้ร่างกรอบอ้างอิงร่วมยังกำหนดหน้าที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจเกิดขึ้นในระหว่างการเจรจา เช่น หน้าที่ในการรักษาความลับ (Breach of confidentiality) ตาม II. – 3:302 และที่สำคัญคือได้กำหนดกลไกการเยียวยาไว้อย่างชัดเจนในบทที่ 3 มาตรา 501 ความรับผิดชอบต่อความเสียหาย (II. – 3:501: Liability for damages) ซึ่งระบุว่า การฝ่าฝืนหน้าที่ใดๆ ในหมวดนี้ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความสูญเสียที่เกิดขึ้น แนวทางที่เป็นระบบนี้มีความแตกต่างเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรอบกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน

4. สถานะและแนวทางการปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกฎหมายไทย

สถานะปัจจุบันของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยยังคงเผชิญกับความท้าทายเนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่รับรองหลักการนี้ไว้โดยตรง ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายในหลายประเทศที่ได้พัฒนากฎหมายในส่วนนี้ไปมากแล้ว ประเด็นสำคัญคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติใดที่รับรองหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ

ด้วยเหตุนี้ การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนทำสัญญาจึงต้องอาศัยการตีความและปรับใช้บทบัญญัติทั่วไปที่มีอยู่ ซึ่งแนวทางที่มักถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณา ได้แก่ หลักละเมิด ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰ ซึ่งกำหนดความรับผิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย และหลักสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹¹ ซึ่งกำหนดให้การใช้สิทธิและการชำระหนี้ต้องกระทำโดยสุจริต

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้บทบัญญัติทั่วไปดังกล่าวยังมีข้อจำกัดและความท้าทายอยู่มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับใช้มาตรา 420 หลักละเมิดนั้นมีอุปสรรคสำคัญในการพิสูจน์องค์ประกอบเรื่องการกระทำโดยผิดกฎหมาย เนื่องจากการล้มเลิกการเจรจานั้นโดยตัวของมันเองแล้วไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะคู่เจรจาย่อมมีเสรีภาพในการตัดสินใจเข้าทำหรือยุติการเจรจาสัญญา การจะทำให้การกระทำดังกล่าวผิดกฎหมายได้ จึงต้องอาศัยการตีความที่ซับซ้อนและยังไม่มีบรรทัดฐานที่แน่นอน ซึ่งเป็นปัญหาที่นำไปสู่ความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายและการให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายสุจริต ความแตกต่างระหว่างแนวทางที่เป็นระบบของร่างกรอบอ้างอิงร่วม และแนวทางที่ต้องอาศัยการตีความของกฎหมายไทยจึงนำไปสู่ความจำเป็นในการวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อบัญญัติหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้มีความชัดเจน

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420.

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5.

5. บทวิเคราะห์

จากการศึกษาแนวทางหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามร่างกรอบอ้างอิงร่วมเปรียบเทียบกฎหมายไทย สามารถแบ่งประเด็นได้ดังนี้ ประการแรก สถานะทางกฎหมายร่างกรอบอ้างอิงร่วมนั้นบัญญัติเป็นกฎต้นแบบที่ชัดเจนในหมวดหน้าที่ก่อนสัญญา บรรพ 2 บทที่ 3 ซึ่งสร้างความแน่นอนทางกฎหมาย ส่วนในกฎหมายไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติโดยตรง ต้องอาศัยการตีความและปรับใช้จากหลักกฎหมายทั่วไป มาตรา 5 และ 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้ขาดความชัดเจน ประการที่สอง ขอบเขตของหน้าที่ ร่างกรอบอ้างอิงร่วมกำหนดหน้าที่ในการเจรจาโดยสุจริตไว้อย่างเจาะจงในบทที่ 3 มาตรา 301 (II. – 3:301) รวมถึงพฤติการณ์ที่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักสุจริต ส่วนในกฎหมายไทยนั้นขอบเขตของหน้าที่ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์หลักสุจริตตาม มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีความเป็นนามธรรมสูง และยังมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและประการที่สาม การเยียวยาความเสียหาย ร่างกรอบอ้างอิงร่วมกำหนดความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนและเป็นระบบบทที่ 3 มาตรา 301 (II. – 3:301(3)) และบทที่ 3 มาตรา 501 (II. – 3:501) ส่วนในกฎหมายไทยนั้นการเยียวยาไม่มีความแน่นอน ขึ้นอยู่กับการพิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบของละเมิด ซึ่งอาจไม่ครอบคลุมความเสียหายทุกประเภท เช่น ค่าใช้จ่ายในการเจรจา

จากการเปรียบเทียบเห็นได้อย่างชัดเจนว่าแนวทางของร่างกรอบอ้างอิงร่วมนั้นให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายสุจริตที่แน่นอนและเป็นระบบมากกว่าแนวทางของกฎหมายไทย การขาดบทบัญญัติโดยตรงในกฎหมายไทยไม่เพียงแต่สร้างความคลุมเครือในการตีความ แต่ยังส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ เช่น การเพิ่มต้นทุนในการทำธุรกรรม (Transaction Costs) จากความเสี่ยงทางกฎหมาย อาจส่งผลให้คู่เจรจาหรือผู้ลงทุนลังเลในการเปิดเผยข้อมูลหรือจัดสรรทรัพยากรล่วงหน้า ซึ่งท้ายที่สุดอาจกระทบต่อบรรยากาศการลงทุนและความสามารถในการแข่งขันของระบบเศรษฐกิจไทย การสร้างความลังเลใจของนักลงทุนในการเข้าเจรจาสัญญาที่มีความซับซ้อนและต้องใช้ทรัพยากรสูง และอาจเปิดช่องให้เกิดการใช้กระบวนการเจรจาเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ การพัฒนากฎหมายในประเด็นนี้เป็นความจำเป็นเพื่อเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันและความน่าเชื่อถือของระบบกฎหมายไทย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบได้แสดงให้เห็นว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการสร้างความเป็นธรรมในกระบวนการเจรจานั้น ได้รับการยอมรับอย่างเป็นระบบในร่างกรอบอ้างอิงร่วม โดยมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่กฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติโดยตรงและต้องอาศัยการตีความจากหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้ ช่องว่างดังกล่าวชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการพัฒนากฎหมายไทย

ระยะแรก เริ่มต้นจากการสร้างความชัดเจนทางนิยาม ควรมีการส่งเสริมให้เกิดการยอมรับและนิยามความรับผิดชอบก่อนสัญญาให้เป็นที่เข้าใจตรงกันทั้งในทางวิชาการและในแนวคำพิพากษาของศาล โดยอาจศึกษาแนวทางของประเทศฝรั่งเศสจาก คดี Manoukian ซึ่งศาลได้วางแนวปฏิบัติที่ชัดเจนว่า แม้ผู้เสียหายจะไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับโอกาสทางธุรกิจที่เสียไปได้ แต่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายที่เสียไปในการเจรจาได้ การสร้างบรรทัดฐานในลักษณะนี้จะช่วยให้การปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่เป็นไปอย่างสอดคล้องและคาดการณ์ได้มากขึ้น

การสร้างสมดุลระหว่างจำเป็นต้องมีการสร้างสมดุลเชิงหลักการระหว่าง หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) ซึ่งให้สิทธิแก่คู่เจรจาในการตัดสินใจเข้าทำหรือยกเลิกสัญญา กับ หลักการคุ้มครองความไว้วางใจ (Principle of Protection of Reliance) และ หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา

เพื่อให้การคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายสุจริตไม่ไปจำกัดเสรีภาพในการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาจนเกินสมควร หลักเสรีภาพและความไว้วางใจ

มุ่งสู่เป้าหมายระยะยาวในการบัญญัติหลักการนี้ไว้ในกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม ประเทศไทยควรพิจารณาบัญญัติหลักความรับผิดชอบคู่สัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้มีความชัดเจน การมีบทบัญญัติโดยตรง กำหนดหน้าที่ทางกฎหมายที่บังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรม หน้าที่ก่อนสัญญา ซึ่งให้มีความสำคัญว่า หน้าที่ในการเจรจาโดยสุจริต คู่เจรจามีหน้าที่ต้องเจรจาตามหลักสุจริตและความชอบธรรม และต้องไม่ล้มเลิกการเจรจาในลักษณะที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว ความรับผิดชอบคู่สัญญาที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่ระบุไว้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นกับคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนนั้น และตัวอย่างการกระทำโดยไม่สุจริต ซึ่งได้ยกตัวอย่างพฤติการณ์ที่ขัดต่อหลักสุจริตไว้อย่างชัดเจน คือ การที่บุคคลเข้าสู่กระบวนการเจรจาหรือเจรจาต่อไปโดยไม่มีเจตนาที่แท้จริงที่จะบรรลุข้อตกลงกับอีกฝ่ายหนึ่ง แสดงเจตนารมณ์ที่จะให้การคุ้มครองที่ชัดเจนจะช่วยสร้างบรรทัดฐานที่มั่นคง ลดข้อถกเถียงในการตีความ และคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพสูงสุด

การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบคู่สัญญาให้มีความชัดเจนและเป็นระบบ ย่อมมีบทบาทสำคัญในการยกระดับมาตรฐานความเป็นธรรมในการเจรจาทางธุรกิจ โดยทำให้กระบวนการเจรจามีได้เป็นเพียงพื้นที่แห่งเสรีภาพของคู่สัญญาเท่านั้น หากแต่เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แต่ละฝ่ายต้องตระหนักถึงหน้าที่ในการดำเนินการโดยสุจริต เคารพความไว้วางใจ และคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่ออีกฝ่ายหนึ่ง การกำหนดกรอบความรับผิดชอบในขั้นตอนก่อนสัญญาอย่างชัดเจนจึงช่วยป้องกันการใช้การเจรจาเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ลดพฤติกรรมที่ขัดต่อหลักความเป็นธรรม และส่งเสริมวัฒนธรรมการทำสัญญาที่โปร่งใสและรับผิดชอบมากยิ่งขึ้น

ในทางปฏิบัติ การมีกลไกทางกฎหมายที่รองรับความรับผิดชอบคู่สัญญาจะช่วยให้คู่เจรจาสามารถประเมินสิทธิ หน้าที่ และความเสี่ยงทางกฎหมายได้อย่างเป็นระบบตั้งแต่ระยะเริ่มต้นของการเจรจา อันนำไปสู่การตัดสินใจจัดสรรทรัพยากร เช่น เวลา ค่าใช้จ่าย และข้อมูลทางธุรกิจ อย่างรอบคอบและสมเหตุสมผลมากขึ้น ความชัดเจนดังกล่าวมีส่วนสำคัญในการลดข้อพิพาทที่ไม่จำเป็น โดยเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดจากความคาดหวังอันชอบธรรมซึ่งไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ และยังช่วยลดภาระของกระบวนการยุติธรรมในระยะยาวอีกด้วย

ในมิติทางเศรษฐกิจและการลงทุน ความไม่แน่นอนทางกฎหมายในขั้นตอนก่อนการทำสัญญามักถูกมองว่าเป็นความเสี่ยงแฝงที่เพิ่มต้นทุนในการทำธุรกรรม และส่งผลต่อการตัดสินใจของนักลงทุน โดยเฉพาะในธุรกรรมขนาดใหญ่หรือธุรกรรมข้ามพรมแดน การพัฒนากฎหมายในประเด็นนี้ให้มีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล เช่น แนวคิดตามร่างกรอบอ้างอิงร่วมของยุโรป จะช่วยลดความเสี่ยงดังกล่าว และเสริมสร้างความเชื่อมั่นว่าระบบกฎหมายไทยสามารถให้การคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายสุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพตั้งแต่ขั้นตอนการเจรจา

การบัญญัติหรือพัฒนาหลักความรับผิดชอบคู่สัญญาอย่างเป็นรูปธรรมยังสะท้อนถึงความเข้มแข็งและความทันสมัยของระบบกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งมีผลโดยตรงต่อภาพลักษณ์ของประเทศในสายตาของนักลงทุนและคู่ค้าทั้งในและต่างประเทศ ระบบกฎหมายที่สามารถคาดการณ์ได้ มีความเป็นธรรม และสอดคล้องกับสากล ย่อมเป็นปัจจัยพื้นฐานในการสร้างสภาพแวดล้อมทางธุรกิจที่เอื้อต่อการแข่งขันและการเติบโตอย่างยั่งยืน

ดังนั้นการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาไม่เพียงเป็นการแก้ไขปัญหาเชิงเทคนิคทางกฎหมาย หากแต่เป็นการวางรากฐานเชิงสถาบันที่สำคัญต่อการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการทำสัญญา การลดข้อพิพาทที่ไม่จำเป็น และการยกระดับความเชื่อมั่นในระบบกฎหมายไทย อันจะส่งผลเชิงบวกต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและความสามารถในการแข่งขันของประเทศในระยะยาว