

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา Legal Problems of Precontractual Liability

ยุวดี มัญติยาการกุล

อาจารย์ประจำวิทยาลัยกฎหมายและการปกครอง มหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษ

Yuwadee Muntiyakankul

Lecturer of College of Law and Government, Sisaket Rajabhat University

E-mail: yuwadee_mom@hotmail.com

รับบทความ: 18 กันยายน 2568; แก้ไขบทความ 30 ตุลาคม 2568; ตอรับบทความ: 3 พฤศจิกายน 2568

Received: September 18, 2025; Revised: October 30, 2025; Accepted: November 3, 2025

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีการบัญญัติถึงความหมาย ขอบเขตและความรับผิดก่อนสัญญาเอาไว้อย่างชัดเจน จึงเกิดปัญหาว่าคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในระหว่างการเจรจาจะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ โดยอาศัยหลักกฎหมายใดเนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นอยู่ในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา งานวิจัยเชิงคุณภาพนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) ศึกษาถึงหลักความรับผิดก่อนสัญญาที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบจากการก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญา 2) ศึกษาเปรียบเทียบหลักความรับผิดก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและหลักความรับผิดก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย 3) เสนอแนวทางในการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย การวิจัยครั้งนี้ใช้วิจัยเอกสารเป็นหลัก ทำการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือตำรากฎหมายทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และบทความทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ผลการวิจัย พบว่า หลักความรับผิดก่อนสัญญาที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบจากการก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหนี้ก่อนสัญญาไว้โดยเฉพาะ รวมถึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาหรือความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ที่แสดงถึงการยอมรับความคิดเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยอย่างชัดเจนเหมือนเช่นในกฎหมายเยอรมัน แต่ระบบกฎหมายของไทยก็อาจที่จะมีการนำบทบัญญัติในมาตรา 5 ว่าด้วยหลักสุจริตแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้ โดยอาศัยการตีความกฎหมายให้ครอบคลุมไปถึงหลักการแห่งกฎหมายในเรื่องการฝ่าฝืนต่อหน้าที่อันเป็นหนี้ก่อนสัญญาได้ เพื่อให้คู่กรณีที่กระทำการโดยไม่สุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยต่อไป

คำสำคัญ : ความรับผิด; ความรับผิดก่อนสัญญา; หน้าที่ในการชำระหนี้; หนี้ก่อนสัญญา

Abstract

The Civil and Commercial Code does not clearly define the meaning, scope, and extent of pre-contractual liability. This raises the question of whether a party who suffered damages during negotiations can claim compensation for the damages incurred, and based on which legal principles, as the damage occurred prior to the contract. The objectives of this qualitative

research were to: 1) study the principle of pre-contractual liability that parties are responsible for incurring pre-contractual obligations; 2) compare the principle of pre-contractual liability under the German Civil Code and the principle of pre-contractual liability under the Thai Civil and Commercial Code; and 3) propose guidelines for applying the principle of pre-contractual liability in the Thai legal system. This research primarily relies on documentary research, examining legal texts in both Thai and foreign languages, as well as relevant legal articles. The results reveal that the Thai Civil and Commercial Code does not specifically address pre-contractual liabilities in the Thai legal system. Furthermore, there are no Supreme Court decisions or the opinions of most legal experts expressing clear acceptance of the concept of pre-contractual liability in the Thai legal system, as in German law. However, the Thai legal system may be able to apply the provisions of Section 5 of the Civil and Commercial Code on the principle of good faith, by interpreting the law to include the legal principle of breach of pre-contractual obligations, so that a party who acts dishonestly during the pre-contractual period, causing damage to the other party, is liable for his or her own actions. This will serve as a guideline for the application of the principle of pre-contractual liability in the Thai legal system.

Keywords: Liability; pre-contractual liability; Duty to repay debts; Pre-contract debt

บทนำ

ในโลกยุคปัจจุบันเศรษฐกิจที่ตึงเครียดก่อให้เกิดความเป็นอยู่ที่ตึงเครียดและคุณภาพชีวิตที่ดีแก่ประชาชน ซึ่งกลไกสำคัญในการช่วยขับเคลื่อนเศรษฐกิจก็คือ ภาคธุรกิจ ในการดำเนินการประกอบธุรกิจนั้นสิ่งที่ขาดไม่ได้เลยคือ การเจรจาทำสัญญา (อรรถ อัครวานันท์, 2555) ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญากับบุคคลใด ทำในรูปแบบใดและเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ตาม อย่างไรก็ตามในการทำสัญญาแต่ละฉบับโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจค่อนข้างสูง คู่สัญญาจำเป็นต้องดำเนินการเจรจาในแต่ละข้อตกลงอย่างละเอียดถี่ถ้วนและชัดเจนก่อนการตกลงทำสัญญาเพื่อลดปัญหาในการเกิดสัญญาที่ไม่สมบูรณ์

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ในทุกประเทศทั่วโลกล้วนให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นอย่างมาก เพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนในการทำสัญญาว่าจะตกลงกัน อย่างไรก็ตามได้และหากมีการทำสัญญาระหว่างกันแล้วจะไม่ถูกแทรกแซงโดยบุคคลภายนอกหรือโดยรัฐซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเองก็มีการกำหนดกรอบของการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (ไชยยศ เหมะระชตะ, 2565) ไว้ในมาตรา 151 ว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” แสดงให้เห็นว่า แม้จะมีการทำสัญญาที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดก็ยังคงมีผลสมบูรณ์ หากความแตกต่างนั้นไม่เกี่ยวกับกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ส่งผลให้คู่กรณีสามารถดำเนินการเจรจาระหว่างกันได้ โดยปราศจากความรบกวนใดๆ หากมีการตัดสินใจในท้ายที่สุดว่า จะไม่การตกลงทำสัญญาต่อกัน เมื่อคู่กรณีเล็งเห็น

ว่าตนเองอาจไม่ได้รับประโยชน์จากการทำสัญญาตามที่ได้คาดหมายไว้ก็มีเสรีภาพที่จะเลือกไม่เข้าทำสัญญาได้ (ศักดิ์ สนองชาติ, 2551)

ถึงกระนั้นก็ดี ในการเจรจาแต่ละครั้งย่อมมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีที่เข้ามาเจรจา ไม่ว่าจะเป็น ค่าจ้างที่ปรึกษา ค่าทนายความ ค่าเดินทางและค่าเตรียมการอื่นๆ ที่แม้ว่าค่าใช้จ่ายต่างๆ เหล่านี้อาจถือว่าเป็นความเสี่ยงตามปกติที่มักเกิดขึ้นได้ในการดำเนินธุรกิจก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่คู่กรณีดำเนินการเจรจาไปจนถึงขั้นที่อีกฝ่ายสามารถเชื่อได้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนหรือเป็นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าทำการเจรจาโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเจตนาโดยแท้จริงที่จะทำสัญญาตั้งแต่แรก ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่สุจริตสูญเสียโอกาสที่จะได้เข้าทำสัญญากับบุคคลอื่น ทั้งหมดนี้ถือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนการเกิดสัญญาทั้งสิ้น จึงเป็นกรณีที่เกิดปัญหาขึ้นมาว่า คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการเจรจาที่ไม่ประสบผลสำเร็จหรือประสบผลสำเร็จแต่ไม่เป็นไปตามที่คาดหวังไว้ตั้งแต่ต้นจะมีสิทธิเรียกร้องอย่างไรบ้างต่อคู่กรณีอีกฝ่ายที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวนี้ เพราะหากคู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นก็อาจเป็นการทำลายความไว้วางใจของฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้ อันจะเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้ (ศันันท์กรณีโสทิพันธุ์, 2563) โดยที่หลักกฎหมายลักษณะหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ดีหรือประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) เรียกโดยย่อว่า BGB ก็มิได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “หนี้” เอาไว้โดยชัดแจ้ง กล่าวแต่เพียงว่า เมื่อมีนิติสัมพันธ์ทางหนึ่งเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้และลูกหนี้มีหน้าที่ในการชำระหนี้ให้ถูกต้อง ไม่ว่าหน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้นั้นจะเกิดขึ้นเพราะเหตุจากข้อตกลงในสัญญาหรือเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายก็ตาม รวมทั้งหน้าที่อื่นๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ในทางหนี้ ซึ่งในการชำระหนี้ของลูกหนี้ย่อมมีทั้งหนี้ระทำการ หนี้ในการโอนทรัพย์สิน ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของหนี้การกระทำและหนี้ในการงดเว้นการกระทำ โดยลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามที่มีการตกลงกันไว้กับเจ้าหนี้และจะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้จนเป็นผลสำเร็จตามที่ตกลงกันไว้จึงจะทำให้หนี้ที่เกิดขึ้นเป็นอันระงับไป (ศักดิ์ สนองชาติ, 2568)

จากการที่ความเสียหายเกิดขึ้นในระหว่างที่ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่อาจเรียกร้องให้มีการชดเชยความเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งได้บนฐานของสัญญา ทำให้เกิดข้อสงสัยขึ้นมาได้ว่าความสัมพันธ์ของคู่กรณีในช่วงของการเจรจาก่อนการเกิดสัญญานั้นมีอยู่อย่างไร เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันหรือไม่ นอกจากนี้ หากปรากฏว่าคู่กรณีมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญาจริงก็อาจส่งผลให้เกิดเป็นหนี้ก่อนสัญญาที่คู่กรณีจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องและเหมาะสมตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ มิฉะนั้นหนี้ก่อนสัญญาดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo) หรือ Precontractual liability แก่คู่กรณีที่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่ถูกต้องต่อไป (จำปี โสทิพันธุ์, 2545)

ในการปฏิรูปกฎหมายแพ่งเยอรมัน ช่วงปี ค.ศ. 2002 ได้ปรากฏบทบัญญัติในมาตรา 241(2) ที่ได้วางหลักเอาไว้ว่า หน้าที่ในการปฏิบัติตามการชำระหนี้สามารถพิจารณาได้จากทุกส่วนของเนื้อหาสาระแห่งหนี้โดยการพิจารณาถึงความถูกต้องชอบธรรม คุณธรรมทางกฎหมาย และประโยชน์ส่วนได้เสียแห่งหนี้และมาตรา 311 ที่มีการกำหนดให้หน้าที่ในมาตรา 241 อาจกลายเป็นหนี้ระหว่างคู่กรณีได้ในช่วงของการเริ่มต้นการเจรจา (Reimann, 2005) เป็นที่น่าสนใจว่า หนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นจะมีแนวทางในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงอย่างไรต่อไป

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นจากการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี ค.ศ. 2002 ว่ามีการวางแนวทางในการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวอย่างไร เนื่องจากความคิดเห็นเกี่ยวกับนี้และความรับผิดชอบก่อนสัญญา แม้จะมีการกล่าวถึงมาอย่างยาวนานในเยอรมัน แต่กลับเพิ่งมีการบัญญัติเป็นกฎหมายอย่างชัดเจนเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายลักษณะนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จึงมีความเหมาะสมที่จะนำมาวิเคราะห์ถึงความมีอยู่ของความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทยต่อไปได้

วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาถึงหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบจากการก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญา
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย
3. เพื่อเสนอแนวทางในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย

ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยนี้มุ่งที่จะศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายนี้ เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ในทางหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา จากนั้นจะศึกษาถึงหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่ใช้กับหนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายภายในของประเทศเยอรมัน และจะศึกษาถึงความมีอยู่ ที่มาและมูลเหตุที่อาจก่อให้เกิดหนี้ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันถือเป็นแบบอย่างในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงมีความเป็นไปได้ที่กฎหมายของทั้งสองประเทศจะมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกันในการปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริง รวมถึงความเป็นไปได้ในการนำหลักหนี้ก่อนสัญญาและหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย

วิธีการดำเนินงานวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นวิจัยเชิงคุณภาพ ใช้วิธีการศึกษาโดยค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลในลักษณะของการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากหนังสือตำรากฎหมายทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และบทความทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวคำพิพากษาของทั้งศาลไทยและศาลต่างประเทศ เพื่อศึกษาถึงแนวคิด หลักกฎหมาย ความเห็น ข้อเท็จจริง และประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น และนำความรู้ที่ได้จากการศึกษามาวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) เพื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศไทยและประเทศเยอรมันเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา พร้อมทั้งเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสมต่อไป

ผลการวิจัย

1. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ความหมายของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดยศาสตราจารย์ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพันธุ์ได้ให้นิยามของ “ความรับผิดชอบ” ไว้ว่า บุคคลมีหน้าที่ต้องละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ตามหลัก *neminem laedere* ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่กำหนดว่า ทุกคนมีหน้าที่ต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการกระทำของตนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น การฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบในหลายลักษณะ กล่าวคือ ประการแรกความรับผิดชอบทางละเมิดอันเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ประการที่สองความรับผิดชอบตามสัญญา ซึ่งเกิดจากการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามหน้าที่หรือไม่ชำระหนี้จนเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย และประการที่สาม ความรับผิดชอบก่อนสัญญา ซึ่งเป็นผลจากการฝ่าฝืนหลักสุจริต (Good Faith) ในช่วงก่อนการเกิดสัญญาจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี หากแต่ในทางทฤษฎีนั้น ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติใช้หรือกล่าวถึงที่ชัดเจน อีกทั้งหลักนี้ยังมีนักกฎหมายบางส่วนยอมรับในขณะเดียวกันนักกฎหมายบางส่วนก็ยังไม่เห็นด้วยอยู่ โดยนักกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

1.1 นักกฎหมายที่เห็นด้วยกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้กล่าวไว้ว่า “เราอาจให้กฎเกณฑ์หรือแนวการปฏิบัติในการพิจารณาเรื่องการรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับแก่กรณีหรือคดีที่เกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บรรทัดแรก”

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

ศาสตราจารย์ จิตติ ตังศวิทย์ กล่าวว่า “การเจรจาโดยประมาทเลินเล่อหากก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นคู่กรณีฝ่ายที่ประมาทเลินเล่อ จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาทในกรณีอื่น ๆ”

1.2 นักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย มีความคิดเห็นว่า “การเจรจาก่อนการทำสัญญาตามปกตินั้นไม่มีการผูกมัดคู่กรณีแต่อย่างใด เพราะสัญญายังไม่เกิด การเจรจาเป็นเพียงการเตรียมที่จะเข้าทำสัญญาเท่านั้น”

ถึงแม้จะไม่ได้มีการกล่าวถึงทฤษฎีและแนวการบังคับใช้อย่างชัดเจน แต่ก็มีศาสตราจารย์บางท่านได้ให้ความเห็นไว้ว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบเพื่อละเมิด โดยศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ได้กล่าวไว้เช่นนี้เนื่องจากท่านได้มีความเห็นว่า “ค่าเสียหายนอกเหนือจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้เมื่อมีการบอกล้างโมฆะนั้นต้องไปเรียกร้องตามเรื่องละเมิด” โดยความคิดเห็นนี้ไม่ได้มีกรรมการคนใดโต้แย้ง หรือกรณีของการถอนคำเสนอที่ถอนไม่ได้ ถือว่าการบอกถอนก่อให้เกิดความรับผิดชอบฐานละเมิดเช่นกัน

นักกฎหมายบางคนก็ได้ให้ความเห็นว่า หลักการนี้เป็นเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือบางคนก็มองว่าเป็นความไม่มีความรับผิดชอบใดๆเลย เช่นเดียวกับศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ที่ให้ความเห็นไว้ว่า “ถ้าอีกฝ่ายไม่สนองรับมาสัญญาก็ไม่เกิดขึ้นมูลหนี้อันใดก็จะมีอะไรเป็นละเมิดก็ไม่ได้ แม้จะเสียหายในทางเตรียมก็เห็นจะต้องรับลำบากเพราะการที่ไม่ได้สนองไปนั่นเองอยู่ดีจะมาเรียกค่าสินไหมทดแทนเพราะผู้เสนอถอนคำเสนอโดยยังไม่มีสัญญาความผูกพันอะไรต่อกันนั้นเห็นจะไม่ได้เพราะเมื่อยังไม่มีก่อนหน้าขึ้นโดยสัญญาก็อาจจะเรียกเอาค่าเสียหายในฐานะที่ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาไม่ได้”

ดังนั้นอย่างที่กล่าวไปข้างต้นว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเกิดในประเทศไทยตอนนี้ ยังมีการถกเถียงกันอยู่มากในกลุ่มนักกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการเห็นด้วยหรือไม่ ทำให้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญานี้ยังไม่มีผลชัดเจนในประเทศไทยนัก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทฤษฎีไปจนถึงเรื่องการบังคับใช้ อีกทั้งแนวคิดในคำพิพากษาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาโดยตรงก็ยังไม่ได้มีมากนัก

2. ในระหว่างการเจรจาของคู่กรณีเพื่อเข้าทำสัญญาระหว่างกันนั้น ได้ปรากฏว่ามีแนวทางของศาลในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้ให้ความสำคัญแก่หน้าที่อื่นๆ ที่มีหน้าที่หลักตามที่คู่กรณีได้มีการตกลงกันในสัญญาแต่เป็นหน้าที่ที่มีพื้นฐานมาจากหลักสุจริตที่คู่กรณีพึงมีให้แก่กัน อีกทั้งยังเป็นหน้าที่ที่มีเนื้อหาครอบคลุมไปจนถึงเรื่องของ การเตรียมการอันจำเป็นและพอเหมาะ การให้ความช่วยเหลือและให้ความร่วมมือซึ่งกันและกัน รวมไปถึงการรักษาข้อมูลความลับต่อกันในระหว่างการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา หน้าที่ทั้งหลายเหล่านี้มีความสำคัญต่อการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างคู่เจรจาจนถึงขั้นที่ในระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดให้หน้าที่เหล่านี้มีฐานะเป็น “หนีก่อนสัญญา” ดังปรากฏในมาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

เมื่อพิจารณาหลักการในมาตรา 241 (2) ประกอบกับมาตรา 311 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฉบับปี ค.ศ. 2002 จะพบว่า หน้าที่ที่ปรากฏในมาตรา 241 (2) เป็นหน้าที่ที่เข้ามาเสริมหรือเพิ่มเติมหน้าที่หลักในการชำระหนี้ให้ครบถ้วนสมบูรณ์ หรือเป็นหน้าที่ที่ลูกหนี้ต้องกระทำเมื่อคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรม รวมถึงสิ่งที่กฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครอง โดยพิจารณาจากทุกส่วนและทุกช่วงเวลาแห่งการก่อให้เกิดหนี้ระหว่างกัน โดยในมาตรา 311 ได้มีการกำหนดเพิ่มเติมว่าหน้าที่ที่ปรากฏในมาตรา 241 (2) ถือเป็นหน้าที่ลูกหนี้ที่เข้ามาเจรจาต้องปฏิบัติตามทันที แม้ว่าในท้ายที่สุดจะไม่มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างกันก็ตาม มิฉะนั้นลูกหนี้ที่ฝ่าฝืนหนีก่อนสัญญากับหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้ด้วย

3. ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังไม่ปรากฏถึงการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้คู่กรณีที่เข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน ทำให้เมื่อเกิดข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันกับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหนีก่อนสัญญาและเกิดความเสียหายขึ้น คู่กรณีก็ไม่อาจทราบได้ว่าจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอย่างไร อีกทั้งยังไม่ปรากฏถึงแนวความคิดของศาลที่แสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของหน้าที่ก่อนสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากศาลไทยยังไม่ได้มีการนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา มาตีความและปรับใช้โดยอาศัยหลักสุจริตเหมือนอย่างเช่นในระบบกฎหมายเยอรมันก่อนการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ. 2002 จึงสมควรที่จะมีการทบทวนแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวให้มากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุที่ในการประกอบธุรกรรมต่างๆ ในสถานการณ์ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงของการเจรจาก่อนสัญญาเพิ่มมากขึ้น หากเกิดปัญหาและความเสียหายก่อนการเกิดสัญญาในสัญญามูลค่าสูง ซึ่งอาจเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายในอันที่จะทำให้บุคคลที่ไม่สุจริตอาศัยเป็นช่องทางในการเอารัดเอาเปรียบผู้อื่นในสังคมได้และอาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมายอันเป็นสิ่งที่บุคคลพึงได้รับเนื่องจากไม่มีกฎหมายให้ความรับรองและคุ้มครองให้

สรุปและอภิปรายผล

1. ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น หลักกฎหมายนี้มีรากฐานสำคัญมาจากกฎหมายของโรมันที่มีการสร้างกรอบความคิดเกี่ยวกับหนี้ว่า เป็นความผูกพันระหว่างบุคคลตามกฎหมายในอันที่จะบังคับให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามที่กำหนดในกฎหมาย จึงทำให้หนี้ในระบบกฎหมายของเยอรมันและไทย

ต่างมีความคิดเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า หนี้ คือความผูกพันหรือความผูกมัดทางกฎหมายที่ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามสิ่งที่เจ้าหนี้เรียกร้องและก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้ นั่น อย่างไรก็ตาม มีปัญหาเกิดขึ้นจากการค้นพบของ Professor Jhering ว่า ถ้ามีบุคคลหนึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดความเป็นโมฆะแก่สัญญาและความเป็นโมฆะดังกล่าว ส่งผลให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายควรมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากฝ่ายที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้หรือไม่ เนื่องจากเมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะความสัมพันธ์ทางหนี้และความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ตามสัญญาใดๆ ระหว่างคู่กรณีก็ไม่มีทำให้ผู้เสียหายไม่อาจใช้สิทธิในการฟ้องร้องได้บนพื้นฐานของสัญญาที่เสียเปล่าไป นอกจากนี้ หากผู้เสียหายจะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายละเมิดก็อาจเกิดปัญหาได้ เนื่องจากในบทบัญญัติของละเมิดนั้นมีข้อสันนิษฐานสำคัญว่า กรณีจะเป็นความสัมพันธ์ในทางละเมิดได้จะต้องมีความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินเท่านั้น ในขณะที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้นอาจไม่ใช่ความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลหรือทรัพย์สินเสมอไป หากแต่อาจเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Pure Economic Loss) เพียงอย่างเดียวก็ได้ เมื่อไม่อาจนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสองเรื่องสำคัญได้ กรณีจึงอาจส่งผลให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการเยียวยาตามสมควรเพราะกฎหมายไม่มีวิธีการในการให้ความคุ้มครองในความสัมพันธ์ของคู่กรณีในระหว่างขั้นตอนของการก่อให้เกิดสัญญา สอดคล้องกับงานวิจัยของ งามใจ แวมณีวรรณ (2542) ได้ศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายต่างประเทศว่ามีที่มาอย่างไร หมายความว่าอย่างไรและอยู่ในช่วงเวลาใดของสัญญา นอกจากนี้ยังศึกษาว่าหลักความรับผิดก่อนสัญญาจะมีขอบเขตในการให้ความคุ้มครองคู่กรณีให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำต่างๆ ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาได้หรือไม่และคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากความผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาได้หรือไม่ และควรนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้ในกฎหมายไทยผ่านทางมาตรา 4 และมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. หลักความรับผิดก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและหลักความรับผิดก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ในประเทศเยอรมันนั้น นับเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับหนี้และความรับผิดก่อนสัญญา หรือ หลัก Culpa in contrahendo มาจาก Jhering โดยตรง เพราะเหตุที่ Jhering เป็นนักกฎหมายและนักวิชาการชาวเยอรมัน กระนั้นก็ดี ปรากฏว่าในกฎหมายของเยอรมันช่วงก่อนการแก้ไขและปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันในปี ค.ศ. 2002 นั้น ไม่มีการบัญญัติด้วยบทกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของหนี้ก่อนสัญญาไว้แต่อย่างใด แต่อาจมีการกล่าวถึงบ้างในบางมาตรา ส่งผลให้เมื่อเกิดปัญหาหรือข้อเท็จจริงในบางกรณี บทบัญญัติที่มีเหล่านั้นไม่อาจปรับใช้ให้ครอบคลุมกับสถานการณ์ได้ ศาลสูงของเยอรมันจึงต้องหาแนวทางในการปรับใช้หลักสุจริตในการพิจารณาคดีเป็นการทดแทน เนื่องจากในกฎหมายของเยอรมันนั้นถือว่าหลักข้อสัตย์สุจริตเป็นหลักการที่ครอบคลุมเนื้อหาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสัญญา

เมื่อศึกษาถึงเจตนารมณ์ในการร่างมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะพบว่าผู้ร่างกฎหมายของเยอรมันมีความประสงค์ให้หลักข้อสัตย์สุจริตเป็นเสมือนเครื่องมือในการจำกัดและควบคุมพฤติกรรม รวมถึงวิธีการปฏิบัติตามหน้าที่โดยสุจริตซึ่งถือเป็นหนี่อย่างหนึ่งได้เช่นกัน เพียงแต่เป็นหนี้หรือหน้าที่ที่มีได้กล่าวออกมาโดยชัดแจ้ง เนื่องจากในมาตรา 242 กำหนดให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามภาระหนี้ด้วยความสุจริต แม้ในเวลานั้นอาจเข้าใจได้ว่าเป็นหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้องสุจริตภายหลังเกิดสัญญาแล้วก็ตามแต่ศาลของเยอรมันในเวลานั้นก็ได้ทำการตีความขยายขอบเขตหน้าที่ในการต้องกระทำการด้วยความสุจริตให้

ครอบคลุมไปถึงความสัมพันธ์ในลักษณะของการเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อนที่จะเกิดสัญญาด้วย ประกอบกับมีความเห็นจากนักกฎหมายเยอรมันบางส่วนที่เห็นว่า หนี้ก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นสามารถที่จะนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัญญามาใช้ได้จึงทำให้สามารถสร้างกลไกการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาได้ แม้จะยังไม่มีการบัญญัติหลักการทั่วไปในเรื่องดังกล่าวไว้ก็ตาม

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่มีการแก้ไขและปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันในปี ค.ศ. 2002 แล้ว ปรากฏว่ากฎหมายเยอรมันมีการแยกความสัมพันธ์ในทางหนี้ออกมาอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะของการกำหนดให้มีการขยายขอบเขตของความสัมพันธ์ทางหนี้ออกไปให้สอดคล้องกับแนวทางในการตีความกฎหมายของศาลเยอรมัน ที่แต่เดิมมีการอาศัยหลักเกณฑ์ของหลักข้อสัตย์สุจริตในการปรับใช้กับความสัมพันธ์ของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาให้ชัดเจน กล่าวคือในบทบัญญัติของมาตรา 241 (1) และ (2) นั้นมีการขยายความสัมพันธ์ในทางหนี้ระหว่างคู่กรณีที่มีหนี้ในการต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อกันตามสัญญาหรือตามหนี้จากบ่อเกิดประเภทอื่นให้ครอบคลุมไปถึงหน้าที่เสริมหรือหน้าที่ข้างเคียงที่จะต้องกระทำเพื่อส่งเสริมและควบคุมให้การปฏิบัติตามชำระหนี้ของลูกหนี้มีความถูกต้องสมบูรณ์ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้มากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังส่งผลให้มีการแบ่งประเภทของหนี้และหน้าที่ออกจากกันได้อย่างชัดเจน เห็นได้จากในบทบัญญัติมาตรา 241 (2) ที่ได้วางหลักเอาไว้ว่า หนี้นั้นอาจก่อให้เกิดหน้าที่อย่างอื่นนอกเหนือไปจากหนี้หรือหน้าที่ในลักษณะของหนี้หรือหน้าที่หลักที่คู่กรณีต่อกันตามสัญญาหรือตามหลักกฎหมายในเรื่องหนี้อื่นๆ โดยเป็นการก่อให้เกิดคู่กรณีในความสัมพันธ์ทางหนี้ความสัมพันธ์หนึ่งๆ นั้นต้องให้ความสนใจและคำนึงถึงสิทธิ ผลประโยชน์ในทางกฎหมาย รวมถึงผลประโยชน์อย่างอื่นๆ ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ซึ่งหนี้หรือหน้าที่ดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นเหมือนหนี้หรือหน้าที่ลัดบรองหรือหน้าที่ข้างเคียงที่จะเข้ามาช่วยส่งเสริมให้การปฏิบัติตามชำระหนี้ของลูกหนี้ในความสัมพันธ์ทางหนี้ที่เกิดขึ้นต่อเจ้าหนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หนี้หรือหน้าที่ลัดบรองนี้เปรียบเสมือนเครื่องมือที่ใช้ในการป้องกันและระมัดระวังในการที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

สอดคล้องกับความคิดเห็นของศาสตราจารย์ ดร. Heinz Peter Mansel ที่กล่าวว่า นิติสัมพันธ์ทางหนี้ตามกฎหมายเยอรมันนั้นเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างบุคคลอย่างน้อยสองฝ่ายที่เกิดขึ้นโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิเรียกร้องระหว่างกัน รวมไปถึงหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่หลักหรือหน้าที่รองในการก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายระหว่างคู่กรณี

นอกจากนี้ Professor Nigel Foster และ Professor Satish Sule เองก็ยังมีความเห็นไปในทางเดียวกันด้วยว่า แม้สัญญาจะยังไม่เกิด ส่งผลให้ความสัมพันธ์ทางหนี้ตามสัญญาระหว่างคู่กรณียังไม่มี แต่คู่กรณีก็มีหน้าที่อันอาจถือเป็นหนี้ในการให้การดูแลคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าทำสัญญาโดยการให้ความช่วยเหลือและการซื่อสัตย์สุจริตต่อกันเช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุที่มีการแบ่งประเภทของหนี้ออกมาอย่างชัดเจนในกฎหมายของเยอรมันนั่นเอง จึงทำให้สามารถแยกหนี้หรือหน้าที่หลักออกจากหนี้หรือหน้าที่ลัดบรองได้ และทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า หนี้ก่อนสัญญานั้นอาจมีอยู่จริงในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา เพราะเหตุที่กฎหมายของเยอรมันกำหนดให้หน้าที่ในการเจรจาด้วยความซื่อสัตย์สุจริต รวมถึงหน้าที่อื่นๆ เช่น หน้าที่ในการให้ข้อมูลอันจำเป็นเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจทำสัญญา หรือหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลอันเป็นความลับทางธุรกิจที่ได้รับมาจากคู่กรณีในระหว่าง

การเจรจา เป็นต้น เป็นส่วนหนึ่งของหนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า หนี้ที่ในการกระทำ หรือหนี้ที่ในการต้องดเว้นการกระทำนั้นจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาหรือพื้นฐานของตัวบทกฎหมาย ส่วนในกฎหมายไทยนั้น มีการให้คำอธิบายความแตกต่างระหว่างหนี้กับหน้าที่ไว้เช่นเดียวกันกับในกฎหมายเยอรมัน โดยหนี้มีความหมายไปในทางที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยที่ฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการปฏิบัติการชำระหนี้ในทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่หนี้ที่เป็นสิ่งที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องปฏิบัติโดยอาจเกิดขึ้นจากสาเหตุอื่นที่ไม่ใช่แค่มูลเหตุแห่งหนี้เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหนี้กับหน้าที่แล้วจะพบว่าทั้งสองคำนี้มักอยู่ร่วมกันเสมอ เนื่องจากหนี้เป็นส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่ผูกพันให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่กำหนดไว้ ตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร และศาสตราจารย์ ดร.ดาราพร ธีระวัฒน์ แต่หากพิจารณาต่อไปจะพบว่ากฎหมายไทยอาจมีการแบ่งประเภทของหนี้ไว้ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับในกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ คู่สัญญาอาจมีหนี้หรือหน้าที่หลักและหนี้หรือหน้าที่รองได้ แต่เป็นหนี้หรือหน้าที่รองที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการเกิดขึ้นของสัญญาแล้วเท่านั้น โดยในกฎหมายไทยเรียกหนี้ในลักษณะดังกล่าวว่า เป็นหนี้ประธานและหนี้อุปกรณ์

เมื่อพิจารณาต่อไปจะพบได้ว่า การแบ่งประเภทของหนี้ประธานและหนี้อุปกรณ์ตามกฎหมายของไทยยังมีลักษณะที่ไม่ชัดเจนเท่ากับในหลักกฎหมายของเยอรมันที่ได้มีการนำเอาหลักในเรื่องหนี้ลำดับรองมาบัญญัติรองรับไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 241 (1) และ (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อันทำให้เกิดความชัดเจนถึงความมีอยู่ของหนี้ดังกล่าว และส่งผลให้คู่กรณีตระหนักได้โดยการพิจารณาจากหลักของกฎหมายว่า นอกเหนือไปจากหนี้หลักที่อาจเกิดขึ้นตามสัญญาแล้ว คู่กรณียังอาจมีหนี้หรือหน้าที่อื่นๆ อีกที่จะต้องปฏิบัติต่อกันก่อนสัญญา เมื่อคำนึงถึงถึงสิทธิ ผลประโยชน์ทางกฎหมาย รวมถึงผลประโยชน์อื่นๆ ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

ประกอบกับแนวทางในการตีความของศาลเยอรมันที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีเป็นจำนวนมาก จนก่อให้เกิดความคิดว่าคู่เจรจามีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองความไว้นื้อเชื่อใจของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง ในการที่เขาไม่สมควรต้องเสียเวลา เสียโอกาส หรือแม้กระทั่งเสียค่าใช้จ่ายในการเข้ามาเจรจาต่อรอง ตามความเห็นของ Professor Jhering และ Professor Burton

เมื่อกลับมาพิจารณาถึงต้นร่างในรายงานการประชุมเพื่อร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเกี่ยวกับหลักสุจริต ก็พบว่า หลวงสารสาสน์ประพันธ์ได้แสดงความคิดเห็นเอาไว้ว่าน่าสนใจว่าความมุ่งหมายของมาตรานี้ก็เพื่อที่จะวางหลักในการที่บุคคลจะได้ปฏิบัติต่อกันได้เป็นไปโดยความเรียบร้อย กล่าวคือ ให้ถือความสุจริตเป็นหลัก บทกฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นไว้สำหรับใช้กับบุคคลที่อาจปฏิบัติกันนอกกฎหมายหรือศีลธรรม

ยิ่งไปกว่านั้น ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ก็ได้ให้คำอธิบายไว้ด้วยเช่นกันว่า หลักสุจริตอาจแบ่งได้เป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่องและหลักสุจริตโดยทั่วไป ซึ่งเนื้อความในมาตรา 5 นั้นถือเป็นหลักสุจริตโดยทั่วไป เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อใช้เป็นเครื่องมือวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าการกระทำนั้นๆ อยู่ในขอบเขตที่ระบกกฏหมายนั้นจะให้การสนับสนุนหรือประณามหรือไม่

ประกอบกับการแสดงความคิดเห็นของศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร ที่เห็นว่าในการเจรจาเพื่อทำสัญญากันก่อให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างคู่เจรจาแล้ว ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่คู่เจรจามีหน้าที่ในการที่จะต้องระมัดระวังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งรวมถึงความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์

โสตถิพันธุ์ ที่กล่าวว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นการรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลงกัน ซึ่งเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น และความเห็นของศาสตราจารย์ ไพจิตร ปุญญพันธ์ ที่อธิบายว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบที่เกิดโดยไม่ต้องมีสัญญาต่อกันก็ได้ แต่เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น การชำระหนี้ตามสัญญาก็ถือเป็นความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นตามสัญญา ทำให้มูลหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้นกลายเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่หนี้ก่อนสัญญาเองก็มีอยู่ในกฎหมายไทยเช่นเดียวกันเพียงแต่ยังไม่ปรากฏหลักฐานในการยอมรับถึงการมีอยู่ของหนี้ดังกล่าวอย่างชัดเจนโดยศาลไทย เนื่องจากหากพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีเกี่ยวกับการประกวดราคาซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาแล้วศาลฎีกาจึงฉายไปในทางที่ถือว่าเป็นความผิดตามสัญญาประกวดราคาเสียมากกว่า จึงทำให้ความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาไม่อาจรับรู้ได้อย่างชัดเจน

เมื่อพิจารณาถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาไปแล้วเห็นได้ว่าในกฎหมายของเยอรมันค่อนข้างมีความชัดเจนว่ามีหนี้ก่อนสัญญาอยู่จริง ส่วนในประเทศไทยนั้นแม้จะไม่ปรากฏหลักฐานถึงความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาอย่างชัดเจนเหมือนเช่นในกฎหมายเยอรมัน แต่จากการศึกษาถึงที่มาและการปรับใช้ตัวบทกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า หนี้ก่อนสัญญาเองก็อาจมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเช่นเดียวกัน เพียงแต่ยังไม่ได้รับการยอมรับจากกฎหมายและศาลไทยเท่าที่ควร

จากการศึกษาพบว่าในกฎหมายเยอรมัน คำว่า Schuld (Legal Duty) มีการแปลความหมายและการปรับใช้ที่ค่อนข้างกว้าง โดยมองว่า หน้าที่ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมายกำหนด และหนี้ของลูกหนี้ที่เป็น การปฏิบัติการใดๆ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้จึงจะเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่ลูกหนี้ต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำ เมื่อพิจารณาต่อไปจะพบได้ว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมีการใช้คำว่า Schuldverhältnis แทนที่คำว่า Schuld เพิ่มมากขึ้น โดยเป็นการขยายขอบเขตของคำว่า หนี้ ให้มีความหมายที่กว้างขึ้น กล่าวคือ ให้ความหมายครอบคลุมไปถึงหน้าที่เสริมหรือหน้าที่ข้างเคียงในการปฏิบัติการชำระหนี้ด้วย (Obligation and Ancillary Duties) ดังที่ปรากฏในมาตรา 241 ส่งผลให้นิติสัมพันธ์ในทางหนี้ตามกฎหมายของเยอรมันเกิดขึ้นโดยอาศัยฐานแห่งสิทธิเรียกร้องระหว่างกันทั้งหมดที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ไม่จำกัดเฉพาะเพียงแค่นี้หลักที่เป็นกรณีของสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ในอันที่จะขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้เท่านั้น แต่รวมถึงหน้าที่ต่างๆ ที่โดยทั่วไปแล้วไม่ใช่หนี้ แต่เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ เช่น หน้าที่ในการให้ข้อมูล หรือหน้าที่ในการกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ให้กลายเป็นหนี้แต่เป็นหนี้ลำดับรองเข้าไปด้วย

หากแยกแยะให้เห็นความแตกต่างระหว่างหนี้กับหน้าที่อย่างชัดเจนจะสามารถเข้าใจได้ว่าหนี้ มีความหมายได้สองนัย คือ ความสัมพันธ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาและสิ่งที่ลูกหนี้ยังคงค้างชำระต่อเจ้าหนี้ภายใต้ข้อตกลงในสัญญา ขณะที่หน้าที่ คือ มาตรฐานทั่วไปของความประพฤติในเชิงศีลธรรมและสังคมตามธรรมชาติ ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกรูปแบบของสัญญาและทุกสถานะของคู่กรณีแม้ว่าจะไม่มีสัญญาเกิดขึ้น ฉะนั้น หน้าที่จึงมีขอบเขตของการปรับใช้ที่กว้างกว่าการปรับใช้ของหนี้ ทำให้หน้าที่สามารถก่อให้เกิดผลผูกพันบุคคลอื่นโดยทั่วไปได้มากกว่าจะผูกพันเฉพาะกับคู่กรณีภายใต้สัญญา

เมื่อพิจารณาประกอบกับความเห็นของ Professor Benedicte Fauvarque -Cosson กับ Professor Denic Mazeaud ที่กล่าวว่า กฎหมายเยอรมันมีการแยกแยะคำว่า หนี้และหน้าที่ออกจากกันอย่างชัดเจน โดย

ไม่ได้พิจารณาจากพื้นฐานของบ่อเกิดแห่งหนึ่งหรือหน้าที่เท่านั้น แต่ให้พิจารณาถึงเนื้อหาสาระในตัวของทั้งสองคำเองเป็นสำคัญ กล่าวคือ หนี้ เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ให้เป็นไปตามที่เจ้าหนี้กำหนด ในขณะที่หน้าที่ คือ การกระทำใดๆ ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งตามมาตรฐานในทางปฏิบัติแห่งปกติประเพณีที่จะต้องหลีกเลี่ยงความสูญเสียหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าหากมีการแยกแยะความมีอยู่ของหนี้ก่อนสัญญาให้เฉพาะเจาะจงลงไปจะพบว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเป็นหน้าที่ในการต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยต้องคำนึงถึงประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และหลีกเลี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วยหากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตดังกล่าว ก็จะทำให้เกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญาแก่คู่กรณีนั้นๆ แล้วจึงเกิดเป็นความสัมพันธ์ในทางหนี้ตามมา สอดคล้องกับงานวิจัยของ นัฐติยา ตันตระกูลวานิชย์ ได้ศึกษาพบว่า หลักสุจริตเป็นหลักการทางกฎหมายที่นำเอาหลักศีลธรรมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในตัวบทกฎหมาย ทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ในการเจรจาด้วยความสุจริต อย่างไรก็ตาม หน้าที่เป็นคำที่มีความหมายกว้างและไม่มีความชัดเจน ในการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว การกำหนดให้คู่กรณีมีหนี้ก่อนสัญญาจึงเป็นการสร้างความยุติธรรมมากกว่า เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ต่อไป โดยในเยอรมันมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในการขยายขอบเขตของหนี้ให้ครอบคลุมไปถึงหน้าที่ก่อนสัญญา ส่งผลให้คู่กรณีมี “หนี้” ในการต้องปฏิบัติตนด้วยความสุจริตและคำนึงถึงผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

ขณะเดียวกัน กฎหมายไทยเองก็มีการกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างหนี้กับหน้าที่ไว้เช่นเดียวกัน โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้มีการบัญญัติบทนิยามเอาไว้อย่างชัดเจน แต่จากความเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ต่างเห็นว่า หนี้ เป็นความผูกพันทางกฎหมาย ในลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ในขณะที่ฝ่ายหนึ่งนั้นมีความผูกพันตามกฎหมายในการที่จะต้องกระทำการอย่างใด ๆ ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการกระทำนั้นแบ่งออกได้เป็น 3 ชนิด คือ การกระทำ การงดเว้นการกระทำ และการโอนทรัพย์สิน ส่วน หน้าที่ นั้นก็ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติคำนิยามเอาไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายไทยได้ให้ความหมายและคำจำกัดความของคำว่า หน้าที่ ตามกฎหมายไทยเอาไว้ดังนี้

พระสารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารวัตร) เห็นว่า หน้าที่เป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติโดยมีความหมายกว้างเป็นการทั่วไปและอาจเกิดจากมูลเหตุอื่นที่ไม่ใช่เพียงแต่จากมูลเหตุแห่งหนี้ ประกอบกับความคิดเห็นจากนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนีเองก็ได้ให้ความหมายของหน้าที่เอาไว้ ดังนี้

อาจารย์ ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี ได้อธิบายว่า หน้าที่คือ หลักซื่อสัตย์สุจริตที่ช่วยเสริมหนี้ในการก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ซึ่งโดยปกติหน้าที่เหล่านี้ได้แก่หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง หน้าที่ในการให้คำอธิบายและให้ข้อมูลที่ถูกต้อง หน้าที่ในการรักษาความลับ โดยหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดต่อหน้าที่เหล่านี้มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ไม่ใช่หนี้ ซึ่งถือเป็นกฎหมายหลักที่ต้องรับผิดชอบหากมีการทำความผิดต่อหนี้

3. แนวทางในการปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย

สำหรับกฎหมายไทยนั้น เนื่องจากไม่ปรากฏถึงหลักหนี้และละความรับผิดชอบก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ยังเป็นเรื่องที่ขาดความชัดเจนเป็นอย่างยิ่งว่าหากเกิดกรณีของความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาแล้วนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะสามารถ

เรียกร้องความเสียหายและได้รับการเยียวยาอย่างไรบ้าง และศาลจะปรับใช้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายใดแก่กรณี โดยหากต้องการปรับใช้หลักกฎหมายในลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของเยอรมัน เนื่องมาจากอิทธิพลทางกฎหมายที่ไทยได้รับมาจากเยอรมันอย่างยาวนาน กฎหมายไทยก็จะต้องมีการปรับใช้หลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการตีความขยายให้หนี้หรือหน้าที่ในการต้องกระทำการด้วยความสุจริตของลูกหนี้ตามสัญญาให้มีลักษณะที่ครอบคลุมถึงหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาด้วย โดยที่กฎหมายไทยจะต้องมีการยอมรับและปรับใช้หลักสุจริตอย่างครอบคลุมแก่การเจรจา ก่อนการเกิดขึ้นของสัญญามากขึ้น โดยเป็นการควบคุมพฤติกรรมของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในระหว่างการเจรจาเหมือนเช่นในกฎหมายเยอรมัน

ข้อเสนอแนะการวิจัย

1. ข้อเสนอแนะในการนำผลการวิจัยไปใช้

ศาลและนักกฎหมายไทยควรยอมรับที่จะนำความคิดเกี่ยวกับหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญารวมถึงความรับผิดชอบการฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาไปปรับใช้ โดยการตีความบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ครอบคลุมถึงการปฏิบัติอย่างสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญาในการวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นแก่กรณีที่มีการฝ่าฝืนหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญาในระบบกฎหมายไทย ประกอบกับการตีความขยายให้สามารถใช้หลักกฎหมายลักษณะหนี้แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควบคู่ไปกับมาตรา 5 ในการเป็นฐานเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหนี้หรือหน้าที่ก่อนสัญญา

2. ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

ควรทำการวิจัยเพื่อศึกษาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมบทกฎหมายในกฎหมายลักษณะสัญญาและนำเอาแนวความคิดในระบบกฎหมายเยอรมันมาเป็นต้นแบบ โดยการกำหนดให้คู่กรณีในการเจรจาต้องกระทำการใดๆ ด้วยความสุจริตในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีและสร้างกรอบแห่งกฎหมายที่ชัดเจนให้คู่กรณีปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้องในช่วงระยะเวลา ก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา

เอกสารอ้างอิง

- งามใจ แววมณีวรรณ. (2542). ความรับผิดชอบก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จำปี โสติพันธ์. (2545). หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ไชยยศ สนองชาติ. (2565). หลักกฎหมายนิติกรรม – สัญญา. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม.
- นัฐติยา ตันตระกูลวานิชย์. (2561). ปัญหาทางกฎหมายเรื่องหนี้ก่อนสัญญา. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ศนันท์กรณ โสติพันธ์. (2563). คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- ศนันท์กรณ โสติพันธ์. (2568). คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- ศักดิ์ สนองชาติ. (2551). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ.
- อึ้ง อัครนันท์. (2555). เจรจาและร่างสัญญาธุรกิจ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- Reimann, M. (2005). *Introduction to German Law*. Hamburg: The Hague Kluwer Law International.