

หลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

Culpa in Contrahendo in Conflict of Laws Rules

อานนท์ ศรีบุญโรจน์

Arnon Sriboonroj

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ

140 ถนนกาญจนาภิเษก หมู่ 4 ตำบลเขารูปช้าง อำเภอเมือง จังหวัดสงขลา 90000

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Thaksin University

140 Kanjanavanich Road, Moo 4, Khao-Roob-Chang, Maung, Songkhla, 90000

Corresponding author Email: themis.lawtu@gmail.com

(Received: July 2, 2021; Revised: October 11, 2021; Accepted: November 8, 2021)

บทคัดย่อ

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยความรับผิดก่อนสัญญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ปัจจุบันที่กระบวนการเจรจาต่อรองในระหว่างคู่กรณีฝ่ายก่อนที่จะได้มีการทำสัญญาต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศ ดังนั้นเมื่อปรากฏความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างกระบวนการเจรจา กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทในฐานะเครื่องมือสำหรับค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญา แต่อย่างไรก็ดีในการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญานั้นก็ไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากแต่ละประเทศต่างให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่อรรถเจตจำนงในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้แตกต่างกัน ส่งผลให้กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับข้อเท็จจริงในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญานั้นมีความแตกต่างกันตามไปด้วย

คำสำคัญ: ความรับผิดก่อนสัญญา, กฎหมายขัดกัน, องค์ประกอบต่างประเทศ

Abstract

The conflict of laws on pre-contractual liability is an important issue. Especially, in the current situation in which the negotiation process between the parties before a contract is concluded involving the law of many countries. Therefore, when damage is occurred by the act of either party in the negotiation process. The conflict-of-laws rules play a significant role as an instrument for ascertaining the law applicable to pre-contractual liability. However, it is not easy to apply the choice-of-law rules with pre-contractual liability, because each country classifies different legal characteristics of pre-contractual liability. As a result, the choice-of-law rules are differently determined by the law applicable to pre-contractual liability.

Keywords: Pre-contractual Liability, Conflict of Laws, Foreign Element

1. บทนำ

หลักความรับผิดก่อนสัญญา (pre-contractual liability) หรือที่นักนิติศาสตร์รู้จักกันในชื่อว่า “*culpa in contrahendo*” นั้น เป็นหลักกฎหมายสมัยใหม่ที่เพิ่งได้รับการพัฒนาขึ้นเมื่อราวกลางศตวรรษที่ 19¹ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่วางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า เมื่อได้มีการเข้าสู่กระบวนการเจรจาย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์กึ่งสัญญา (quasi-contractual relationship) ในระหว่างคู่กรณีฝ่ายซึ่งนำไปสู่หน้าที่ต่อกันในอันที่จะต้องอาศัยความระมัดระวังซึ่งแม้ว่าในท้ายที่สุดแล้วการเจรจานั้นจะไม่ประสบความสำเร็จก็ตาม² ตามนัยนี้หากคู่กรณีที่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้กระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความเสียหาย เช่น การยกเลิกหรือระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือกระทำการโดยไม่สุจริต (bad faith) อันเป็นเหตุให้ไม่สามารถนำไปสู่การเกิดขึ้นของสัญญาได้ ฝ่ายที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมจะต้องมีความรับผิดในความเสียหายเช่นนั้นต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแม้ว่าสัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม³

เมื่อพิจารณาหลักความรับผิดก่อนสัญญาในบริบทของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict of laws rules) นั้น โดยที่ในปัจจุบันด้วยความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสาร การคมนาคมขนส่ง ประกอบกับที่โลกได้ก้าวเข้าสู่ยุคแห่งความไร้พรมแดน (globalization) ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ได้ส่งผลอย่างมีนัยสำคัญต่อกระบวนการในการเจรจาเพื่อทำสัญญา ทำให้กระบวนการเจรจานั้นมิได้จำกัดขอบเขตอยู่แต่เฉพาะภายในดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่งแต่เพียงรัฐเดียว หรือจำกัดอยู่แต่เฉพาะคู่เจรจาที่มีสัญชาติเดียวกันอีกต่อไป ในทางตรงกันข้ามกระบวนการเจรจาในการทำสัญญาอาจต้องเกี่ยวพันกับข้อเท็จจริงที่ทำให้การเจรจากลายเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign element) เช่น คู่เจรจาหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการเจรจามีสัญชาติแตกต่างกัน คู่เจรจามีภูมิลำเนา (domicile) หรือถิ่นที่อยู่ (habitual residence) ที่แตกต่างกัน การเจรจาได้เกิดขึ้นในต่างประเทศ หรือกระบวนการเจรจาได้เกิดขึ้น

¹ Dário Moura Vicente, “Culpa in Contrahendo,” in *Encyclopedia of Private International Law*, eds. Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio (UK: Edward Elgar Publishing Ltd, 2016), p. 491.

² Howard D. Fisher, *The German Legal System and Legal Language*, 3rd ed., (London: Cavendish Publishing Limited, 2002), p. 262.

³ E.g. Bolivian Civil Code 1975, Article 465; Chinese Contract Law 1999, Article 42; German Civil Code 1896 (amended 2001), Section 241 (2), 311 (2), (3); Greek Civil Code 1940, Article 197; Italian Civil Code 1942, Article 1337, 1338; Lithuanian Civil Code 2000, Article 6.163 par. 3; Paraguayan Civil Code 1985, Article 689-690; Portuguese Civil Code 1966, Article 227 (1).

ระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในประเทศที่แตกต่างกัน ดังนั้นเป็นต้น ส่งผลให้การเจรจานั้นต้องเกี่ยวพันกับกฎหมายของหลายประเทศ ตามนัยนี้หากคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนการเจรจาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศแล้ว ย่อมก่อให้เกิดเป็นความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศตามไปด้วย

ซึ่งในการที่จะพิจารณาว่ากฎหมายของประเทศใดควรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศนั้น ย่อมเป็นภารกิจของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict of laws) แต่อย่างไรก็ดีข้อความคิดทางนิติศาสตร์ที่มีต่อประเด็นในเรื่อง “ความรับผิดก่อนสัญญา” ของแต่ละประเทศยังคงมีความไม่ลงรอยกัน โดยมีทั้งประเทศที่พิจารณาความรับผิดในลักษณะดังกล่าวว่ามีพื้นฐานมาจากสัญญา ในขณะที่บางประเทศได้จัดให้ความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญานั้นอยู่ในปริมณฑลของเรื่องละเมิด หรือจัดว่าเป็นความเสียหายในลักษณะอื่น⁴ ซึ่งการจัดลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันเช่นว่านี้ไม่เพียงแต่จะส่งผลถึงจุดเกาะเกี่ยว (connecting factor) ที่ใช้ในการพิจารณาค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับนิติสัมพันธ์ ยังอาจส่งผลกระทบต่ออายุความในการฟ้องเรียกร้องความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาอีกด้วย

บทความนี้จะได้นำเสนอประเด็นความรับผิดก่อนสัญญาในบริบทของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยมุ่งพิจารณาถึงแนวทางในการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับปัญหาในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ซึ่งจะเริ่มจากการพิจารณาถึงความหมายและลักษณะของหลักความรับผิดก่อนสัญญาเพื่อเป็นการทำความเข้าใจในเบื้องต้น หลังจากนั้นจะได้พิจารณาถึงการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของความรับผิดก่อนสัญญา อันเป็นปัญหาสำคัญซึ่งกระทบถึงกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ ก่อนที่จะนำไปสู่การพิจารณาถึงประเด็นการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของสหภาพยุโรป ต่อจากนั้นจะได้พิจารณาถึงหลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย และบทสรุปต่อไป

⁴ จำปี โสติพันธุ์, **หลักความรับผิดก่อนสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 39-40; Marco Torsello, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements,” in *International Sales Law: A Global Challenge*, ed. Larry A. DiMatteo (New York: Cambridge University Press, 2014), p. 631.

2. ความหมายและลักษณะของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา

สำหรับความหมายและลักษณะของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักการดังกล่าวเป็นแนวคิดที่เพิ่งได้รับการพัฒนาขึ้นเมื่อราวกลางศตวรรษที่ 19 ที่ผ่านมานี้เอง ซึ่งผู้เสนอแนวคิดในเรื่องนี้เป็นคนแรกได้แก่ Rudolph von Jhering (1818-1892) นักกฎหมายชาวเยอรมัน โดยเขาเสนอว่า ในระหว่างการเจรจาคู่กรณีซึ่งเป็นฝ่ายที่ทำให้สัญญาไม่อาจเป็นผลบังคับได้อันเนื่องมาจากความผิดของตนแล้วย่อมจะต้องชดใช้ความเสียหายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง⁵ ซึ่ง Jhering ได้พัฒนาต่อยอดทางความคิดมาจากกฎหมายโรมัน โดยเขาพบว่าในกฎหมายโรมันนั้นการใช้ความระมัดระวัง “*diligentia*”⁶ ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้วเท่านั้นหากแต่ยังรวมถึงในตอนที่ได้มีการเจรจาด้วย โดยในกรณีของสัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหน้าที่ในอันที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนับตั้งแต่ที่ได้เข้าสู่อการเจรจา⁷ และในเวลาต่อมา Raymond Saleilles (1855-1912) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้อธิบายเพิ่มเติมว่า หลังจากที่ย้ายต่าง ๆ เข้าสู่อการเจรจาแล้ว ทั้งสองฝ่ายต้องกระทำการโดยสุจริต และไม่อาจยกเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลโดยไม่ต้องชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากความไว้วางใจให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้⁸

นอกจากนี้ ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบก่อนสัญญายังได้รับการอธิบายจากนักนิติศาสตร์ทั้งในทางวิชาการและในทางปฏิบัติอีกหลายต่อหลายครั้งในเวลาต่อมา อาทิ Najib Hage-Chahine ได้แสดงทัศนะไว้ว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นเป็นผลมาจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งได้เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา⁹

⁵ Dário Moura Vicente, “Culpa in Contrahendo,” in *Encyclopedia of Private International Law*, p. 491; Friedrich Kessler and Edith Fine, “Culpa in Contrahendo, Beginning in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study,” *Harvard Law Review* 77, 3 (1964): 401.

⁶ โดยใน Guide to Latin in International Law ได้ให้ความหมายของ “*diligentia*” ไว้ว่า (1) Observance or fulfillment of one’s legal responsibilities, (2) Diligence; vigilance; due care. *Contrast with Culpa*. โปรดดู Aaron X. Fellmeth and Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 81.

⁷ Yoav Ben-Dror, “The Perennial Ambiguity of Culpa in Contrahendo,” *The American Journal of History* 27, 2 (1983): 152.

⁸ E. Allan Farnsworth, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiation,” *Columbia Law Review* 87, 2 (1987): 240.

⁹ Najib Hage-Chahine, “Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation,” *Northwestern Journal of International Law & Business* 32, 3 (2012): 451.

ในขณะที่ Geoffrey Samuel เห็นว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นหลักการที่วางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า คู่กรณีที่ได้มีการเจรจาทำสัญญาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ขั้นต่ำระหว่างกัน บางประการอันเกิดจากสัญญานั้นเอง¹⁰

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงทางปฏิบัติของศาลภายในก็จะเห็นได้ว่า ศาลของหลายประเทศต่างได้ให้การยอมรับข้อความคิดในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาด้วยเช่นเดียวกัน ดังที่จะเห็นได้จากศาลเยอรมัน ซึ่งเดิมทีแม้ว่าข้อความคิดในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาจะได้รับการสถาปนาจากนักนิติศาสตร์เยอรมันก็ตามหากแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมนี (ในเวลานั้น) ก็มิได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้แต่อย่างใด¹¹ แต่อย่างไรก็ดีศาล *Bundesgerichtshof* ของประเทศเยอรมนีก็ได้ให้การยอมรับว่า ความรับผิดชอบในการเจรจาทำสัญญาที่เกิดจากความผิดของฝ่ายหนึ่งสำหรับความเสียหายต่ออีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถเกิดขึ้นได้ ในเมื่อฝ่ายนั้นได้ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเชื่อมั่นว่าจะได้มีการทำสัญญา แต่ในท้ายที่สุดแล้วสัญญามิได้ทำขึ้นและเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย¹²

ในทำนองเดียวกันศาลสูงสุดของเนเธอร์แลนด์ในคดี *Baris v. Riezenkamp* ก็ได้ให้การยอมรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาด้วยเช่นเดียวกันแม้ว่าในขณะที่ได้มีการตัดสินคดีนี้ ประเทศเนเธอร์แลนด์จะยังมิได้มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม โดยในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า คู่กรณีเมื่อได้มีการเจรจาทำสัญญาย่อมก่อให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมายอันเป็นไปตามหลักของความสมเหตุสมผลและความยุติธรรม¹³

ขณะที่ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์ ได้แสดงทัศนะไว้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือ *Culpa in Contrahendo* นี้ หมายถึง ความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง (*libertà negoziale*) กล่าวคือ บุคคลนั้น ๆ ได้รับความเสียหายต่อประโยชน์

¹⁰ Geoffrey Samuel, *Law of Obligations and Legal Remedies*, 2nd ed., (London: Cavendish Publishing Limited, 2001), p. 314.

¹¹ ประเทศเยอรมนีเพิ่งได้มีการบัญญัติหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) เมื่อคราวการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งในปี 2001 โปรดดู Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd ed., (Oxford: Hart Publishing, 2006), p. 92.

¹² Rodrigo Novoa, “Culpa in Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG),” *Arizona Journal of International & Comparative Law* 22, 3 (2005): 585.

¹³ *Baris v. Riezendamp*, Hoge Raad (HR), 15-11-1957, cited by Michael Tegethoff, “Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – A Comparison of Precontractual Liability,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 5, 4 (1998): 345.

ที่เขาจะเจรจาตกลงได้อย่างอิสระ และประโยชน์นี้เองเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น (*neminem laedere*)”¹⁴

ส่วน ศาสตราจารย์ไพจิตร บุญญพันธุ์ เห็นว่า “ที่ว่าเป็นความรับผิดก่อนสัญญานั้น ในที่นี้หมายความว่า อาจเป็นความรับผิดโดยไม่มีสัญญาต่อกันก็ได้ เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมเป็นความรับผิดตามสัญญา คู่สัญญามีหน้าที่จะต้องชำระต่อกันตามสัญญา”¹⁵

ซึ่งจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในดังกล่าวข้างต้น ทำให้อาจพอสรุปถึงความหมายและลักษณะของหลักความรับผิดก่อนสัญญาได้ว่า เป็นความรับผิดต่อความเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ก่อให้เกิดกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นผลมาจากความไม่สุจริต หรือความจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งได้เกิดขึ้นในระหว่างการเจรจาก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา ในทางตรงกันข้ามหากความเสียหายได้เกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาหรือสัญญาได้มีผลบังคับแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมจะต้องอาศัยสัญญาเป็นฐานแห่งการตั้งสิทธิเรียกร้องเพื่อความเสียหายเช่นนั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าขอบเขตที่เป็นเครื่องแบ่งแยกระหว่างความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดตามสัญญาก็คือ ช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา โดยจะต้องพิจารณาถึงเจตนาของคู่กรณีว่ามีเจตนาที่จะเข้าผูกนิติสัมพันธ์ในระหว่างกันหรือไม่อันเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ทั้งนี้อาจพอสรุปได้ว่า ลำพังแต่เพียงขั้นตอนที่เป็นการทาบถามหรือเชื้อเชิญให้ทำสัญญานั้นยังถือไม่ได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน และด้วยเหตุนี้เองแม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นในระหว่างช่วงเวลาดังกล่าวคู่กรณีก็ไม่ควรได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ในส่วนระหว่างการเจรจาและการทำคำเสนอแม้ในช่วงเวลานี้สัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม หากแต่ในระหว่างคู่กรณีต่างมีเจตนาที่จะเข้าทำสัญญากันต่อไป¹⁶ อันเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ที่ถึงขนาดหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในช่วงเวลานี้เสียแล้ว ฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของความรับผิดก่อนสัญญา

¹⁴ จำปี พยกอบูล, “หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 21, 1 (2534): 119.

¹⁵ ไพจิตร บุญญพันธุ์, “ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดซ้อนกัน,” ดุลพาห 47, 3 (2543): 17.

¹⁶ วริศรา มวลโคกสูง, หลักความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีการล้มเลิกการเจรจา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555 ; หน้า 10, 20.

แต่อย่างไรก็ดีมิได้หมายความว่ากฎหมายตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในของแต่ละประเทศจะมีทัศนะต่อประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ในทางตรงกันข้ามกลับได้มีการให้ลักษณะข้อกฎหมายกับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่แตกต่างกัน ซึ่งจะได้พิจารณาในลำดับถัดไป

3. การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของความรับผิดก่อนสัญญา

การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของเรื่องความรับผิดก่อนสัญญานั้นเป็นประเด็นที่มีความสำคัญ เนื่องจากเมื่อพิจารณาในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้ว การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (classification) ที่แตกต่างกันย่อมจะกระทบถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับนิติสัมพันธ์ ซึ่งจะมีความแตกต่างกันตามไปด้วย โดยที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในแต่ละเรื่องแต่ละประเด็นได้ให้การยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกัน และจุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกันนี้อาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่แตกต่างกันได้ในที่สุด

ซึ่งหากจะพิจารณาถึงการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่เรื่องความรับผิดก่อนสัญญานั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในต่างได้จัดลักษณะข้อกฎหมายแก่เรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้แตกต่างกัน ซึ่งอาจพอแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ กล่าวคือ จัดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องสัญญา จัดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องละเมิด และจัดให้อยู่ในขอบเขตของความรับผิดอย่างอื่น

3.1 การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของสัญญา

การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของสัญญานั้นเป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนการสันนิษฐานถึงการมีอยู่ของความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งหมายถึงโดยปริยายว่าจะต้องมีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่เรียกว่าการชำระหนี้¹⁷ ภายใต้แนวคิดนี้ได้ให้ความสำคัญกับหลักสุจริต (good faith) โดยแม้ว่าสัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม หากแต่คู่เจรจาก็มีหน้าที่ “หนี้” ต่อกันในอันที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตเสมือนหนึ่งเป็นหนี้ตามสัญญา¹⁸

ซึ่งแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับจากประเทศอิตาลี โดยในมาตรา 1337 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1942 ได้กำหนดหน้าที่ของคู่เจรจาไว้อย่างชัดเจนว่า ในการเจรจาและ

¹⁷ จำปี โสติพันธ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า 41.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน.

การทำสัญญานั้นคู่เจรจาต้องกระทำการโดยสุจริต¹⁹ และในมาตรา 1338 กฎหมายฉบับเดียวกันนี้ยังได้กำหนดต่อไปด้วยว่า คู่สัญญาซึ่งรู้หรือควรจะรู้ซึ่งเหตุที่ทำให้สัญญาไม่มีผลสมบูรณ์ และมีได้เปิดเผยเหตุเช่นนั้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับอันเนื่องมาจากความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยปราศจากความผิด²⁰ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่วางอยู่บนพื้นฐานของสัญญา (contractual basis)²¹

ในขณะที่ทางปฏิบัติของศาลอิตาลีได้มีการอธิบายเพิ่มเติมต่อไปด้วยว่า การเจรจาเพื่อที่จะนำไปสู่การทำสัญญานั้นโดยตัวเองแล้วไม่มีผลผูกพัน แต่การยกเลิกการเจรจาอาจก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญาได้หากครบองค์ประกอบ 3 ประการ กล่าวคือ คู่เจรจามีความคาดหวังว่าจะได้มีการทำสัญญา มีการยกเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผล และมีผลให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง²²

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความรับผิดก่อนสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายของอิตาลีนั้นได้วางอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตอันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่ได้มีการเจรจาเพื่อทำสัญญา แม้ว่าสัญญาเช่นนั้นจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม

ในทำนองเดียวกัน ประเทศจีนก็ได้จัดลักษณะของเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องสัญญาด้วยเช่นเดียวกัน โดยในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญา ค.ศ. 1999 ได้วางหลักการเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาไว้ว่า ในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญา คู่เจรจาที่มีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อันเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความเสียหาย ย่อมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายเช่นนั้น กล่าวคือ (1) หลอกลวงให้มีการทำสัญญาและเจรจาโดยไม่สุจริต (2) จงใจปกปิดข้อเท็จจริงที่สำคัญเกี่ยวกับการทำสัญญาหรือให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ²³

¹⁹ Italian Civil Code 1942, Article 1337 provided that: In the conduct of negotiations and in the formation of a contract the parties must conduct themselves according to good faith.

²⁰ Italian Civil Code 1942, Article 1338 provided that: The party that knew or should have known of a reason for in validity of the contract and did not disclose it to the other party, is responsible for the damage the latter has sustained in relying without fault on its validity.

²¹ Marco Torsello, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements," in *International Sales Law: A Global Challenge*, p. 633.

²² Sylviane Colombo, "The Present Differences between the Civil Law and Common Law Worlds with Regard to Culpa in Contrahendo," *Tulburg Foreign Law Review* 2, 4 (1992-1993): 357.

²³ โดยมาตรา 42 (2) แห่งกฎหมายนี้ ค.ศ. 1999 ของจีนนี้ ผู้ร่างได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 1338 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1942, โปรดดู Han Shiyuan, "Culpa in Contrahendo in Chinese Contract Law," *Tsinghua China Law Review* 6 (2014): 160.

หรือ (3) กระทำการอื่นใดที่ขัดต่อหลักสุจริต²⁴

ในขณะที่เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของศาลจีนพบว่า ศาลได้มีการปรุงแต่งมาตรา 42 กฎหมายสัญญา ค.ศ. 1999 ให้มีความละเอียดมากยิ่งขึ้นด้วยการกำหนดองค์ประกอบของความรับผิดก่อนสัญญา โดยในคดี *Sichuan Yafeng Construction Engineering Company, Ltd., v. Sichuan Green Pharmaceutical Technology Development, Inc.* ศาลได้กำหนดให้ฝ่ายที่กล่าวอ้างประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา (โจทก์) มีหน้าที่ในอันที่จะต้องพิสูจน์ถึงองค์ประกอบของความรับผิดก่อนสัญญา 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า จำเลยได้มีการฝ่าฝืนหน้าที่อันมีอยู่ก่อนสัญญา ประการที่สองการฝ่าฝืนหน้าที่เช่นนั้นเป็นความผิดของจำเลย และประการที่สามโจทก์ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ฝ่ายที่กล่าวอ้างจะต้องพิสูจน์ให้ครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ มิฉะนั้นแล้วย่อมถือไม่ได้ว่ามีความรับผิดก่อนสัญญาเกิดขึ้น²⁵

3.2 การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของละเมิด

สำหรับการจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของละเมิดนั้น เป็นแนวคิดที่วางอยู่บนพื้นฐานของหน้าที่หรือหนี้โดยทั่วไปในอันที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น²⁶ ภายใต้แนวคิดนี้เห็นว่า ความรับผิดก่อนสัญญาไม่อาจจัดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องสัญญาได้ เพราะเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา²⁷

ซึ่งการจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องละเมิดหรือความรับผิดนอกสัญญา (extra-contractual basis) ดังกล่าวนี้นี้ได้รับการยอมรับจากประเทศสเปน โดยภายใต้ระบบกฎหมายของสเปนไม่ได้มีการบัญญัติประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา (*culpa in contrahendo*) ไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดีความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญา

²⁴ Chinese Contract Law 1999, Article 42 provided that: In the course of negotiations, the party that falls under any of the following circumstances, thus causing losses to the other party, shall be liable for the losses:

(1) pretending to conclude a contract and negotiating in bad faith;

(2) deliberately concealing important facts relating to the contract conclusion or providing false information; or

(3) taking any other act contrary to the principle of good faith.

²⁵ *Sichuan Yafeng Construction Engineering Company, Ltd., v. Sichuan Green Pharmaceutical Technology Development, Inc.*, Pengzhou City People's Court, Sichuan Province Pengzhou Mingchu No. 511, cited by Mo Zhang, *Chinese Contract Law: Theory and Practice* (Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pp. 87-89.

²⁶ จำปี โสติพันธ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา*, หน้า 40.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

ตามกฎหมายของประเทศสเปนนั้นได้วางอยู่บนพื้นฐานของเรื่องละเมิด²⁸ ในทำนองเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศส²⁹ โดยตามมาตรา 1902 ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนได้กำหนดให้ผู้ใดซึ่งได้กระทำหรือดเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อย่อมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายเช่นนั้น³⁰

ตามนัยของบทบัญญัติมาตราดังกล่าว การกระทำใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการทำสัญญาอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดแก่คู่เจรจาฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น โดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (good faith) อาทิ การยกเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรจนเป็นเหตุให้คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ดังนี้ เป็นต้น ซึ่งอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความรับผิดก่อนสัญญาหรือไม่นั้น ในทางวิชาการและทางปฏิบัติของศาลสเปนได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ 4 ประการ³¹ กล่าวคือ ต้องปรากฏพฤติการณ์ที่สมเหตุสมผลของความไว้วางใจในการทำสัญญา มีการล้มเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง และต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายกับความไว้วางใจที่จะได้มีการทำสัญญานั้น

3.3 การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของความรับผิด อย่างอื่น

การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของความรับผิดอย่างอื่นนี้สืบเนื่องมาจากข้อความคิดที่ว่า ลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญานั้นไม่อาจจัดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องสัญญาได้เนื่องจากเป็นความรับผิดซึ่งได้เกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา ในขณะเดียวกันก็ไม่อาจจัดให้ความรับผิดก่อนสัญญาอยู่ในขอบเขตของละเมิดได้ด้วยเช่นเดียวกัน โดยนักนิติศาสตร์เยอรมันได้อธิบายว่า เนื่องจากความรับผิดก่อนสัญญาได้กำหนดหน้าที่ไว้เป็นพิเศษให้คู่เจรจาต้อง

²⁸ Francisca Hernanz, "Spain," in *Precontractual Liability in European Private Law*, eds. John Carwright and Martijn Hesselink (New York: Cambridge University Press, 2008), p. 53.

²⁹ Marco Torsello, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements," in *International Sales Law: A Global Challenge*, p. 633; เดิมทีประเทศฝรั่งเศสก็มิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ จนกระทั่งในคราวแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2016 ฝรั่งเศสจึงได้เพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ (มาตรา 1112 – 1112-2) และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 1112 อีกครั้งในปี ค.ศ. 2018 ผู้สนใจโปรดดู Isabel Zuloaga, *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations: Trust and Expectation in Comparative Perspective* (Cambridge: Intersentia Ltd., 2019), pp. 55-56.

³⁰ Spanish Civil Code 1889, Article 1902 provided that: A person who, as a result of an action or omission, causes damage to another through his fault or negligence shall be obliged to repair the damaged caused.

³¹ Francisca Hernanz, "Spain," in *Precontractual Liability in European Private Law*, p. 54.

อาศัยความระมัดระวัง (duty of care) อันเป็นหน้าที่ที่มีต่อเฉพาะผู้ที่เข้าร่วมการเจรจาในการทำสัญญาเท่านั้น มิได้เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลทั่วไปเหมือนอย่างกรณีความรับผิดเพื่อละเมิด³² และด้วยเหตุนี้จึงได้จัดให้อยู่ในกลุ่มของความรับผิดก่อนสัญญาเป็นการเฉพาะ

ซึ่งการจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาไว้อย่างเป็นเอกเทศเช่นนี้ได้รับการยอมรับจากระบบกฎหมายเยอรมัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเดิมทีประเทศเยอรมนีไม่ได้มีการบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2001 เมื่อประเทศเยอรมนีได้มีการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่ง จึงได้มีการรับรองหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในกฎหมาย โดยถือเป็นหน้าที่กฎหมายกำหนด (obligation imposed by law) อันเป็นความสัมพันธ์ที่วางอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจ (reliance-based relationship)³³ ที่ผู้เข้าร่วมการเจรจาแต่ละฝ่ายสามารถไว้วางใจได้ว่าผู้ที่เข้าร่วมการเจรจาฝ่ายอื่นจะไม่ฝ่าฝืนหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ก่อนสัญญา³⁴

โดยมาตรา 241 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ โดยการชำระหนี้อาจรวมถึงการดเว้นการกระทำการบางประการ และใน (2) ของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวนี้อีกได้กำหนดต่อไปว่า หนี้อาจรวมถึงภาระหน้าที่ที่แต่ละฝ่ายต้องคำนึงถึงสิทธิ ส่วนได้เสียตามกฎหมายหรือประโยชน์อื่นใดของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย³⁵ และในมาตรา 311 (2) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังได้กำหนดต่อไปด้วยว่า หน้าที่อันเกิดจากมูลหนี้ตามมาตรา 241 (2) ซึ่งเป็นผลมาจาก

1. การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา

2. การริเริ่มทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งยินยอมให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อื่น ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หรือกระทบต่อความไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

³² วริศรา มวลโคสูง. หลักความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีการล้มเลิกการเจรจา. หน้า 26-27.

³³ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, p. 92.

³⁴ Isabel Zuloaga, *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations: Trust and Expectation in Comparative Perspective*, p. 25.

³⁵ German Civil Code 1896 (amended 2001), Section 241 provided that: (1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.

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

3. การทำสัญญาในทางธุรกิจ

นอกจากนี้มาตรา 311 (3) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังได้กำหนดเพิ่มเติมว่า หน้าทีอันเกิดจากมูลหนี้ภายใต้มาตรา 241 (2) อาจครอบคลุมไปถึงบุคคลภายนอกที่มีได้มีเจตนาเข้ามาเป็นคู่สัญญา แต่ได้รับความไว้วางใจจากคู่สัญญา หรือมีอิทธิพลต่อการเจรจาก่อนทำสัญญาหรือในการทำสัญญาด้วย³⁶

ซึ่งจากการจัดลักษณะข้อกฎหมายของเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่แตกต่างกันเช่นนี้ทำให้การพิจารณาปัญหาดังกล่าวในบริบทของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะดังที่กล่าวมาแล้วว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในแต่ละเรื่องต่างได้ให้การยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกัน โดยความไม่ลงรอยของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศย่อมจะนำไปสู่ปัญหาการเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่ฝ่ายตนจะได้เปรียบในเชิงคดี (forum shopping) ได้ในที่สุด

4. การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของสหภาพยุโรป

เมื่อปรากฏว่านิติสัมพันธ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาต้องมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าในทางใดทางหนึ่ง ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเช่นว่านั้นย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยในที่นี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา

³⁶ German Civil Code 1896 (amended 2001), Section 311 (2), (3) provided that: (2) An obligation with duties under section 241 (2) also come into existence by

1. the commencement of contract negotiation

2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or

3. similar business contract.

(3) An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation come into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract.

เมื่อพิจารณาฎีกาเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของสหภาพยุโรป เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปไม่ได้จัดให้ประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาอยู่ในขอบเขตของหนี้ที่เกิดจากสัญญา ดังที่จะเห็นได้จากกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา (Rome I)³⁷ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หนี้ที่เกิดก่อนที่จะได้มีการทำสัญญาไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายฉบับนี้³⁸ ในทางตรงกันข้ามประเด็นดังกล่าวกลับได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา (Rome II)³⁹ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างฎีกาเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการปรับใช้ฎีกาเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสำหรับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา (non-contractual obligations)⁴⁰

ภายใต้ Rome II ในการพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญานั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีที่ได้มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญา และกรณีที่มิได้มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาไว้

กรณีแรก การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญา โดยในมาตรา 14 ของ Rome II ได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (party autonomy) ของคู่กรณีในอันที่จะเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญาได้ด้วยการตกลงกันหลังจากที่เหตุการณ์อันเป็นเหตุแห่งความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว หรือเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายต่างเป็นผู้ดำเนินกิจการในทางการค้าด้วยการตกลงก่อนที่เหตุการณ์อันเป็นเหตุแห่งความเสียหายจะเกิดขึ้น⁴¹

³⁷ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

³⁸ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Recital (10), Article 1 par. 2 (i).

³⁹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

⁴⁰ Bart Volders, "Culpa in Contrahendo in the Conflict of laws A Commentary on Article 12 of the Rome II Regulation," *Yearbook of Private International law* 9 (2007): 128.

⁴¹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 14 par. 1 provided that: The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice:

(a) by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred; or

(b) where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiation before the event giving rise to the damage occurred.

ตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 14 ดังกล่าวนี้นี้ แม้จะมีได้กล่าวถึงการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาไว้โดยตรงก็ตาม แต่เมื่อคำนึงว่าความรับผิดก่อนสัญญาจัดอยู่ใน “หนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา” รูปแบบหนึ่งภายใต้ขอบเขตการบังคับของกฎหมายฉบับนี้⁴² ดังนั้นคู่กรณีจึงสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับหนี้ที่เกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาได้⁴³ โดยการแสดงเจตนาเช่นนี้อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง (express choice) หรือโดยปริยาย (tacit choice) ด้วยการหยั่งทราบจากพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดีก็ได้ ทั้งนี้ต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอก⁴⁴ ซึ่งในการค้นหาเพื่อหยั่งทราบเจตนาโดยปริยายของคู่กรณีดังกล่าวนี้ศาลเยอรมันได้เคยอาศัยพฤติการณ์ที่คู่กรณีไม่ยกประเด็นในเรื่องการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงเจตนาโดยปริยายของคู่กรณีที่ประสงค์ให้กฎหมายของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น (*lex fori*) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์⁴⁵

กรณีที่สอง เมื่อไม่ปรากฏการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่กรณีเพื่อบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญา การพิจารณาค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับประเด็นดังกล่าวตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 12 กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา โดยบทบัญญัติมาตรา 12 นี้ได้วางกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาทั้งในส่วนของกฎเกณฑ์ทั่วไป (general rule) และกฎเกณฑ์ลำดับรองที่ช่วยในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาในกรณีที่กฎเกณฑ์ทั่วไปไม่อาจค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาได้ (auxiliary rule)⁴⁶

⁴² Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Recital (30) provided that: Culpa in contrahendo for the purposes of this Regulation is an autonomous concept and should not necessarily be interpreted within the meaning of national law. It should include violation of the duty of disclosure and the breakdown of contractual negotiation.

⁴³ Najib Hage-Chahine, Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation, 497.

⁴⁴ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 14 par. 1 provided that: The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties.

⁴⁵ Thomas Kadner Graziano, “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Article 14 and 4(3) of the Rome II Regulation,” in *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, eds. John Ahern and William Binchy (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 119-120.

⁴⁶ Najib Hage-Chahine, Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation, 498.

สำหรับกฎเกณฑ์ทั่วไปในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญานั้น มาตรา 12 ได้กำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญาซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่ได้มีการทำสัญญาโดยไม่คำนึงว่าสัญญานั้นจะได้ทำขึ้นหรือไม่ก็ตาม ให้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหรือที่จะใช้บังคับกับสัญญาเมื่อสัญญานั้นได้ทำขึ้น⁴⁷ ซึ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาโดยอาศัยกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (*lex contractus*) หรือที่จะใช้บังคับกับสัญญา (*lex hypothetici contractus* or *lex contractus putativus*) เช่นนี้เป็นเทคนิคที่เรียกว่า “accessory connection” อันมีรากฐานมาจากข้อความคิดที่ว่า การร่างสัญญา การเกิดขึ้นของสัญญา และการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (single unit) ดังนั้นจึงต้องใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาบังคับไม่ว่าในที่สุดแล้วสัญญาจะได้ทำขึ้นหรือไม่ก็ตาม⁴⁸ และด้วยวิธีนี้ทำให้ความไม่แน่นอนอันเกิดจากความแตกต่างของหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาและหนี้ที่เกิดจากความรับผิดก่อนสัญญานั้นลดน้อยลง⁴⁹

จากกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญานั้นผูกติดอยู่กับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาหรือก็คือ กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา โดยบรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายที่ใช้ในการค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับหนี้ตามสัญญาซึ่งได้กำหนดไว้ใน Rome I ย่อมจะต้องนำมาใช้ในการค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับหนี้อันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาด้วยนั่นเอง โดยไม่คำนึงว่าสัญญานั้นจะได้ทำขึ้นหรือไม่ก็ตาม

⁴⁷ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 12 par. 1 provided that: The law applicable to a non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract, regardless of whether the contract was actually concluded or not, shall be the law that applies to the contract or that would have been applicable to it had it been entered into.

⁴⁸ Dário Moura Vicente, “Culpa in Contrahendo,” in *Encyclopedia of Private International Law*, p. 495; Luboš Tichý, “Article 12: Culpa in contrahendo,” in *European Commentaries on Private International Law (ECPII), Volume III: Rome II Regulation – Commentary*, eds. Ulrich Magnus and Peter Mankowski (Germany: Otto Schmidt, 2019), p. 427.

⁴⁹ Ivo Bach, “Article 12 Culpa in contrahendo,” in *Rome II Regulation Pocket Commentary*, ed. Peter Huber (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011), pp. 319-320; Bart Volders, Culpa in Contrahendo in the Conflict of laws A Commentary on Article 12 of the Rome II Regulation, 132.

ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา หรือ Rome I มาตรา 3 ได้กำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา⁵⁰ และในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าได้มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาไว้ การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายอันเป็นถิ่นที่อยู่ของลูกหนี้ (habitual residence) ซึ่งเป็นฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญา (characteristic performance) และหลักความใกล้ชิดและแท้จริงที่สุดของนิติสัมพันธ์ (closest and most real connection)⁵¹

อนึ่ง พึงตั้งข้อสังเกตว่า การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาของคู่กรณีตามมาตรา 14 Rome II และการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาภายใต้มาตรา 3 Rome I นั้นถึงแม้ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาเหมือนกันก็ตาม แต่ทั้งสองกรณีนี้ก็เป็นคนละเรื่องคนละประเด็นกัน โดยการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญามาตรา 14 Rome II นั้น เป็นเรื่องที่คู่กรณีได้แสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาโดยตรง ในขณะที่การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาภายใต้มาตรา 3 Rome I นั้น เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายให้มีผลบังคับกับสัญญาซึ่งอยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของมาตรา 12 Rome II เมื่อไม่ปรากฏการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาเท่านั้น นอกจากนี้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกให้มีผลบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญากับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญานั้นอาจเป็นกฎหมายของประเทศเดียวกันหรือคนละประเทศกันก็ได้⁵²

⁵⁰ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 3 par. 1 provided that: A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstance of the case.

⁵¹ ผู้สนใจกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาภายใต้มาตรา 4 แห่งกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา โปรดดูเพิ่มเติมใน Peter Stone, *EU Private International Law*, 2nd ed., (UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2010), pp. 309-322; Geert van Calster, *European Private International Law*, 2nd ed., (UK: Hart Publishing, 2016), pp. 217-221.

⁵² Najib Hage-Chahine, *Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation*, 500.

อย่างไรก็ดีต้องไม่ลืมว่าบทบัญญัติมาตรา 12 กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญานั้นได้กำหนดให้ในการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้อันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าสัญญาจะทำได้ทำขึ้นหรือไม่ก็ตาม ซึ่งผู้ปรับใช้กฎหมายอาจไม่ประสบกับความยุ่งยากมากนักในกรณีที่สัญญานั้นได้ทำขึ้นแล้ว เนื่องจากสามารถพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาได้จากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นเอง (*lex contractus*) ในทางตรงกันข้ามผู้ปรับใช้กฎหมายอาจต้องประสบกับความยุ่งยากในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาในกรณีที่สัญญานั้นไม่ได้มีการทำขึ้น ซึ่งอาจเป็นผลมาจากที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ยกเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริตเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความเสียหาย ในกรณีหลังนี้เมื่อไม่ปรากฏว่าได้มีการทำสัญญา การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาจึงต้องอาศัยกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับกับสัญญาหากสัญญานั้นได้ทำขึ้น (*lex hypothetici contractus* or *lex contractus putativus*)

ซึ่งในการพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่จะมีผลบังคับกับสัญญาหากว่าสัญญาได้ทำขึ้นนั้นเป็นการสันนิษฐานถึงกฎเกณฑ์ที่จะมีผลบังคับกับสัญญาหากสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ (*law of the putative contract*) โดยศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีหรือผู้ปรับใช้กฎหมายอาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงอันเป็นพฤติการณ์แห่งกรณี อาทิ ก่อนที่จะได้มีการยกเลิกการเจรจาก่อนคู่กรณีได้มีการตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้แล้วหรือไม่ หากคู่สัญญาได้ตกลงกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้แล้วก่อนที่จะยกเลิกการเจรจาก็ย่อมพอที่จะคาดหมายได้ว่าหากสัญญาได้มีการทำขึ้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ได้ตกลงกันไว้นั้น หรือแม้กระทั่งทางปฏิบัติในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณีที่ผ่าน ๆ มาว่ามักจะได้ตกลงเลือกให้กฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ก็อาจพอคาดหมายได้ว่าหากได้มีการทำสัญญาคู่กรณีก็จะใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับกับสัญญา ดังนี้เป็นต้น⁵³

ส่วนในกรณีที่ไม้อาจคาดหมายหรือหยั่งทราบได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับสัญญา การค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ทั้งหลายซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 Rome I เสมือนหนึ่งสัญญานั้นได้ทำขึ้นโดยปราศจากการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา⁵⁴

⁵³ Luboš Tichý, “Article 12: Culpa in contrahendo,” in *European Commentaries on Private International Law (ECPIIL), Volume III: Rome II Regulation – Commentary*, pp. 428-429.

⁵⁴ Najib Hage-Chahine, *Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation*, 506-507.

แต่อย่างไรก็ดีหากเป็นสัญญาที่ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะไม่ว่าจะเป็นสัญญารับขน⁵⁵ สัญญาผู้บริโภคร⁵⁶ สัญญาประกันภัย⁵⁷ และสัญญาจ้างแรงงาน⁵⁸ การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของสัญญาแต่ละประเภท

สำหรับกฎเกณฑ์ลำดับรองที่ช่วยในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกรณีที่กฎเกณฑ์ทั่วไปไม่อาจค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้นั้น มาตรา 12 วรรคสอง Rome II ได้กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น (*lex loci damni*)⁵⁹ แต่หากคู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ในประเทศเดียวกันในเวลาที่เกิดเหตุการณ์อันเป็นเหตุแห่งความเสียหายได้เกิดขึ้น กฎหมายแห่งประเทศที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่อันร่วมกัน (*lex domicilii communis*) นั้นบังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา⁶⁰ แต่ถ้าโดยพฤติการณ์แห่งกรณีได้ปรากฏอย่างชัดเจนว่าหนี้ที่เกิดขึ้นจากความรับผิดชอบก่อนสัญญามีความใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่าประเทศที่ความเสียหายได้เกิดขึ้นและประเทศที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่อันร่วมกันดังกล่าวข้างต้น กฎหมายของประเทศนั้นย่อมเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา⁶¹ ซึ่งการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะ

⁵⁵ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 5.

⁵⁶ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 6.

⁵⁷ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 7.

⁵⁸ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 8.

⁵⁹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 12 par. 2 (a) provided that: the law of the country in which the damage occurs, irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occurred.

⁶⁰ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 12 par. 2 (b) provided that: where the parties have their habitual residence in the same country at the time when the event giving rise to the damage occurs, the law of that country.

⁶¹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 12 par. 2 (c) provided that: where it is clear from all the circumstance of the case that the non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in points (a) and (b), the law of that other country.

ที่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อค้นหากฎหมายที่มีความใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์เช่นนี้ เรียกว่า “escape clause”⁶²

5. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

สำหรับประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายขัดกันของไทยนั้น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศก็เห็นได้ว่า พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมิได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ ประกอบกับยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าทางปฏิบัติของศาลไทยได้เคยวินิจฉัยปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศไว้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงอาจพอที่จะกล่าวได้ว่า กฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศในกฎหมายขัดกันของไทยยังมีความไม่ชัดเจน

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ หากศาลไทยจะต้องวินิจฉัยปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ศาลจะอาศัยกฎเกณฑ์ใดในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ปัญหาประการสำคัญที่ศาลไทยจะต้องเผชิญในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้แก่ การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (classification) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันย่อมมีผลกระทบถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับแก้กรณี ซึ่งย่อมจะมีความแตกต่างกันตามไปด้วย เมื่อคำนึงว่าในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีการบัญญัติรับรองหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นในการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของศาลจึงอาจเป็นไปได้ใน 3 กรณี กล่าวคือ ให้ลักษณะว่าเป็นเรื่องสัญญา ให้ลักษณะว่าเป็นเรื่องละเมิด และให้ลักษณะว่าเป็นเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา ซึ่งผลของการให้ปัญหาข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในแต่ละลักษณะล้วนมีข้อที่น่าพิจารณาถึงปัญหาการปรับใช้กฎเกณฑ์ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ดังนี้

⁶² ผู้สนใจประเด็นในเรื่อง “escape clause” โปรดดูเพิ่มเติมใน Jürgen Basedow, “Escape Clauses,” in *Encyclopedia of Private International Law*, eds. Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio (UK: Edward Elgar Publishing Ltd, 2016), pp. 668-674.

โดยหากพิจารณาว่าเป็นเรื่องสัญญา กฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁶³ ซึ่งได้กำหนดให้การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้นให้เป็นไปตามเจตนาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญา สัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญากรณีที่คู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น และกฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรา 13 ได้จำกัดขอบเขตในทางเนื้อหาไว้แต่เฉพาะ “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา” ในขณะที่ปัญหาความรับผิดก่อนสัญญานั้นเป็นผลมาจากความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา ตามนัยนี้การปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 13 กับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาจึงอาจเท่ากับเป็นการขยายขอบเขตในทางเนื้อหาของมาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 อันเป็นการไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

ประกอบกับหากพิจารณาถึงจุดเกาะเกี่ยวตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 13 ก็จะได้เห็นว่าลักษณะเครื่องครัดตายตัว ไม่ยืดหยุ่น ไม่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถค้นหากฎหมายที่อาจมีความใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญามากยิ่งกว่ามาปรับแก้กรณีได้ อาทิ กฎหมายแห่งถิ่นที่ได้มีการเจรจาทำสัญญา ดังนั้นเป็นต้น ซึ่งส่งผลให้การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวตามมาตรา 13 กับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาอาจไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายขัดกันที่ต้องปรับใช้กฎหมายของประเทศซึ่งมีความสัมพันธ์ที่แท้จริงและใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์⁶⁴

ในขณะที่หากพิจารณาว่าเป็นเรื่องละเมิด กฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 15 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

⁶³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, มาตรา 13 บัญญัติว่า ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจยังทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญานั้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม้อาจยังทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น.

⁶⁴ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “อำนาจอธิปไตยของรัฐและนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 23, 4 (2536): 738.

พ.ศ. 2481⁶⁵ โดยได้กำหนดให้กฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้การละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น (*lex loci delicti commissi*) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ ทั้งนี้ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้นต้องเป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยด้วย มิฉะนั้นแล้วศาลจะพิพากษาว่าเป็นละเมิดหาได้ไม่ การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะเช่นนี้เรียกว่า “double action-ability” ซึ่งกฎหมายขัดกันของไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษ⁶⁶

ด้วยผลของการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะ double action-ability นี้เองได้นำไปสู่ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 15 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กับประเด็นความรับผิดก่อนสัญญา เนื่องจากต้องไม่ลืมว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้ให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้แตกต่างกัน ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่กฎหมายของประเทศหนึ่งได้ให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอันเป็นความรับผิดก่อนสัญญาว่าเป็นเรื่องของสัญญา หรือเป็นเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญาโดยเฉพาะ ในขณะที่กฎหมายไทยพิจารณาข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ว่าเป็นเรื่องละเมิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการกระทำบางลักษณะอาจเป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยแต่อาจไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายของต่างประเทศ ในทางกลับกันอาจเป็นการละเมิดตามกฎหมายของต่างประเทศแต่ไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยก็ได้⁶⁷ ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาตามหลัก double action-ability จึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งทีอาจมีความแตกต่างกันได้

แต่หากพิจารณาว่าเป็นเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่มีกฎเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาโดยตรง ดังนั้นหากศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีพิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งคดีว่าเป็นเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ศาลจะค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญานั้นอย่างไร

⁶⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, มาตรา 15 บัญญัติว่า หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิดให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

ความในวรรคก่อนมิใช่แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้นอกจากที่กฎหมายสยามยอมรับให้เรียกร้องได้.

⁶⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 264.

⁶⁷ นิติ จันจิระสกุล, การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558; หน้า 64.

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อไม่ปรากฏว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้บัญญัติกฎเกณฑ์ที่อาจนำมาปรับแก้กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ศาลอาจอาศัยกลไกแห่งมาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่บัญญัติว่า **“เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”** มาปรับใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ซึ่งในการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามมาตรา 3 ดังกล่าวนี้นี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้แสดงทัศนะไว้ว่า ศาลอาจทำได้โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ถ้าไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ศาลอาจพิจารณาจากบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติถึงในกรณีเรื่องอื่นแต่ได้แสดงให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ทั่ว ๆ ไป ถ้ายังไม่อาจค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปขึ้นปรับแก้คดีได้ ศาลจะใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของต่างประเทศก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย⁶⁸

อย่างไรก็ดีไม่อาจปฏิเสธได้ว่า ในการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่จะนำมาปรับใช้ในการค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศยังคงมีความแตกต่างกัน ซึ่งความยากในการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลดังกล่าวนี้น่าทนศาสตราจารย์ ดร.สมปอง สุจริตกุล ถึงขนาดเปรียบเปรยไว้ว่า “ลำบากไม่น้อยไปกว่าการงมเข็มในมหาสมุทร”⁶⁹ เลยทีเดียว

จากปัญหาการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่สามารถรองรับกับนิติสัมพันธ์ในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้อย่างเหมาะสม จึงจำเป็นอยู่เองที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งได้มีผลบังคับใช้มาอย่างยาวนานให้ครอบคลุมถึงเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาตลอดจนนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศในรูปแบบใหม่ ๆ ที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนมากขึ้นในปัจจุบันด้วย

⁶⁸ หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย: หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 (พระนคร: โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2482), หน้า 167.

⁶⁹ สมปอง สุจริตกุล, “ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ,” บทบัณฑิตย 20, 1 (2505): 79.

6. บทสรุป

กล่าวโดยสรุป ปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้สภาพการณ์ปัจจุบันที่โลกได้เข้าสู่ยุคแห่งความไร้พรมแดน ส่งผลให้นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนซึ่งรวมถึงประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา มีแนวโน้มที่จะต้องพัวพันกับกฎหมายของหลายประเทศเพิ่มมากขึ้น การที่จะพิจารณาว่าในบรรดา กฎหมายของหลายประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์นั้น กฎหมายของประเทศใดควรเป็น กฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา ย่อมเป็นหน้าที่ของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับปัญหาความรับผิดชอบ ก่อนสัญญานั้นไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากแม้ว่าข้อความคิดในเรื่องดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย จากนานาอารยประเทศก็ตาม แต่การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของความรับผิดชอบ ก่อนสัญญานั้นยังคงมีความแตกต่างกัน โดยมีทั้งประเทศที่ได้จัดลักษณะให้ความรับผิดชอบก่อนสัญญา อยู่ ในขอบเขตของเรื่องสัญญา ละเมิด และความรับผิดชอบก่อนสัญญาแยกต่างหากอย่างเป็นเอกเทศ ซึ่ง แน่นนอนว่าการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่แตกต่างกัน นี้อย่อมจะกระทบถึงกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในแต่ละเรื่องนั้นต่างให้การยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่ แตกต่างกันไป

ความไม่ลงรอยในการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา ตลอดจนความแตกต่างของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศนี้เอง ได้นำ ไปสู่ความพยายามในการประสานกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบ ก่อนสัญญาในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งตัวอย่างที่สามารถเห็นได้อย่างเป็นรูปธรรมได้แก่ สหภาพยุโรป โดยภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา (Rome II) ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ ประกอบต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ

ในขณะที่เมื่อพิจารณาจากกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยก็จะพบว่า ระบบกฎหมายขัดกันของไทยไม่ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้โดยตรง ซึ่งนำไปสู่ปัญหาการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันกับประเด็นใน เรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจน ประเทศไทยจึงควรพิจารณาถึงความเป็น ไปได้ในการบัญญัติกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในอนาคต