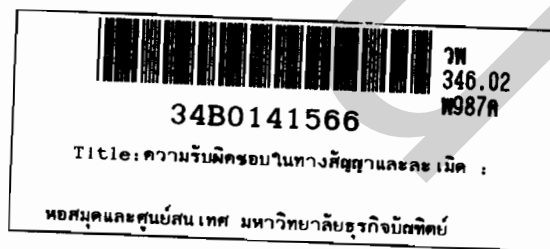




ความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิดชอบ

นายไพรัช โชติบัณฑิต



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2544

ISBN 974-281-557-7

CONTRACT AND TORT : A STUDY ON CONCURRENT LIABILITY

MR. PAIRUCH CHOTIBUNT

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of laws

Department of law.

Graduate School Dhurakijpundit University

2001

ISBN 974-281-557-7

เลขทะเบียน	0141566
วันลงทะเบียน	๗ ธ.ค. ๒๕๔๔
เลขเรียกหนังสือ	กท 346.02 น๗๘๗๗ A1



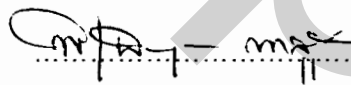
## ใบรับรองวิทยานิพนธ์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์ ความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกัน  
ของความรับผิดชอบ

เสนอโดย นายไพรัช โชติบัณฑิต  
สาขาวิชา นิติศาสตร์ (กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ)  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ดร.ประณิต ภูมิถาวร  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม  
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

 ..... ประธานกรรมการ

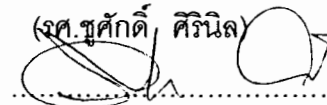
(ดร.ไพรัช พาลสุข)

 ..... กรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

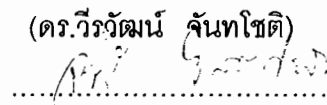
(ดร.ประณิต ภูมิถาวร)

 ..... กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(รศ.ชชศักดิ์ ศิรินิล)

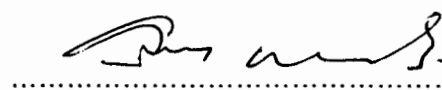
 ..... กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(ดร.วีระวัฒน์ จันทโชติ)

 ..... กรรมการผู้แทนทบวงมหาวิทยาลัย

(รศ.ดร.จ่าปี ไสตติพันธ์)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

 ..... คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

(รศ.ดร.สิงหา เจียมศิริ)

วันที่ 28 เดือน เมษายน พ.ศ. 2544

## กิตติกรรมประกาศ

ในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อ ท่านอาจารย์ ดร. ประณิต ภูมิถาวร ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำแนะนำในการเขียน ให้ความรู้ ตลอดจนแนะนำตำราเพื่อให้ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้า ทำให้ผู้เขียนมีความรู้ ความเข้าใจ มากขึ้น ซึ่งการที่ท่านได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนสำนึกและตระหนักเป็นอย่างยิ่งว่าได้สร้างภาระและความลำบากให้แก่ท่านเป็นอย่างมาก เนื่องจากข้อจำกัดในการใช้ภาษาและภูมิสำเนาของผู้เขียนซึ่งอยู่ต่างจังหวัด การส่งงานและเอกสารส่วนใหญ่มุ่งเป็นการส่งทางไปรษณีย์ หลายครั้งมีการตรวจแก้งานทางโทรศัพท์ และเมื่อผู้เขียนขอเข้าพบ แม้ท่านติดภาระกิจ ท่านจะพยายามสละเวลาให้ผู้เขียนทุกครั้ง เนื่องจากท่านทราบว่าผู้เขียนมีเวลาอยู่กรุงเทพฯ ฯ จำกัด หากติดภาระกิจจริง ๆ ท่านจะให้มาพบในเวลาเย็นหลังจากเลิกงาน บางครั้งทำงานจนถึง 21.00 นาฬิกา ยิ่งในช่วงระยะเวลาตรวจแก้ก่อนส่งเล่มวิทยานิพนธ์เพื่อสอบ ท่านจะสละเวลาให้ผู้เขียนได้เข้าพบเกือบทุกวัน บางวันท่านสละเวลาให้ทั้งวัน เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 3 เดือน ซึ่งยากจะหาอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ท่านใดที่สละเวลาให้แก่ลูกศิษย์ได้เช่นนี้ ข้าพเจ้าสำนึกในพระคุณของท่านเป็นอย่างยิ่ง และขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านอาจารย์ ดร. พีรพันธุ์ พาลุสุข ท่าน รองศาสตราจารย์ ชูศักดิ์ สิรินิล ท่าน รองศาสตราจารย์ ดร. จำปี ไสศลพิพันธ์ และ ท่านอาจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบ ตลอดจนให้คำแนะนำต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีเนื้อหาสาระที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อ คุณยอดหญิง โชติบัณฑ์ มารดาของผู้เขียนซึ่งเป็นผู้เลี้ยงดู ช่วยเหลือ สนับสนุน และให้กำลังใจในการศึกษาเล่าเรียนของผู้เขียนเป็นอย่างดียิ่งเสมอมา ขอขอบคุณกรรมิกา โชติบัณฑ์ ภรรยาของผู้เขียน ที่เป็นเพื่อนเป็นผู้ให้กำลังใจ และสละเวลาให้แก่ผู้เขียนอย่างเต็มที่ในการให้ความช่วยเหลือในทุกขั้นตอนของการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณ คุณโยโรบิโร โอวาคา คุณเชาว์กร โชติบัณฑ์ น้องสาวและน้องชายของผู้เขียน ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เอาใจช่วย ให้กำลังใจ และสละเวลาให้แก่ผู้เขียนอย่างเต็มที่เมื่อผู้เขียนร้องขอความช่วยเหลือในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่า มีประโยชน์ทางการศึกษา ขอมอบความดีทั้งหมดให้แก่ คุณยอดหญิง โชติบัณฑ์ ท่านอาจารย์ ดร. ประณิต ภูมิถาวร และผู้ที่มีพระคุณต่อผู้เขียนทุกท่าน ส่วนความบกพร่องและความผิดพลาดใด ๆ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ไพรัช โชติบัณฑ์

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ .....	ช

### บทที่

<b>1</b>	<b>บทนำ</b> .....	1
	1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
	2. วัตถุประสงค์และขอบเขตของการวิจัย .....	5
	3. สมมุติฐานในการวิจัย .....	6
	4. วิธีการวิจัยและขอบเขตของการศึกษา .....	6
	5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย .....	7
<b>2</b>	<b>ความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด</b> .....	9
	1. หลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในทางละเมิด .....	13
	1.1 ความผิด .....	13
	1.2 ความเสียหาย .....	17
	1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล .....	18
	2. หลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในทางสัญญา .....	22
	2.1 ความผิด .....	23
	2.2 ความเสียหาย .....	28
	2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล .....	30
<b>3</b>	<b>การฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางสัญญา</b> .....	33
	1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการโต้แย้งสิทธิหรืออำนาจฟ้องของโจทก์ ตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง .....	33

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.1 ต้องเป็นบุคคล.....	34
1.2 บุคคลเสนอคดีแพ่งต่อศาลได้ 2 กรณี.....	35
1.2.1 กรณีต้องใช้สิทธิทางศาล.....	35
1.2.2 กรณีมีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง.....	36
1.3 การฟ้องคดีกรณีผู้หย่อนความสามารถ.....	36
2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบรรยายฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง.....	38
2.1 การบรรยายฟ้องต้องไม่เคลือบคลุมตามมาตรา 172 วรรค 2.....	38
2.2 การบรรยายฟ้องที่เคลือบคลุม.....	40
2.2.1 คำฟ้องไม่บรรยายรายละเอียดให้ชัดเจน.....	40
2.2.2 คำฟ้องมิได้บรรยายให้เห็นถึงการกระทำผิดและ ความเสียหาย.....	41
2.2.3 คำฟ้องตั้งประเด็นเป็นสองนัยขัดแย้งกันเอง.....	41
3. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและ ความรับผิดในทางละเมิด.....	43
3.1 หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี.....	44
3.2 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล.....	48
3.3 อายุความการฟ้องคดี.....	50
4. ความคาบเกี่ยวในการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและ ความรับผิดในทางละเมิด.....	52
ส่วนที่ 1 ความเห็นของนักนิติศาสตร์.....	53
1. ความเห็นของนักนิติศาสตร์กรณีเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและ การกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน.....	53
1.1 ระบบ Civil Law.....	53

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.1.1 การกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเมิดสิทธิ เด็ดขาด (absolute right).....	55
1.1.2 บุคคลเข้าทำสัญญาก่อนหน้าที่พิเศษ.....	57
1.2 ระบบ Common Law.....	60
1.2.1 การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance).....	61
1.2.2 การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเกี่ยวกับสาธารณชน (public utility).....	63
1.2.3 การหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud).....	66
2. ความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถ ฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด.....	67
2.1 ระบบ Civil Law.....	68
2.1.1 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด	68
2.1.2 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและ ละเมิด.....	71
2.2 ระบบ Common Law.....	72
2.2.1 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด	73
2.2.2 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและ ละเมิด.....	76
3. ความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถ ฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด.....	78
3.1 ระบบ Civil Law.....	80
3.2 ระบบ Common Law.....	84
ส่วนที่ 2 ความเห็นของศาล.....	88
1. ความเห็นของศาลกรณีเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและ การกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน.....	89
1.1 ระบบ Civil Law.....	89

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.1.1 การกระทำผิดสัญญาเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right).....	89
1.1.2 บุคคลเข้าทำสัญญาก่อนหน้าที่พิเศษ.....	94
1.2 ระบบ Common Law.....	98
1.2.1 การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance).....	100
1.2.2 การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเกี่ยวกับสาธารณชน (public utility).....	102
1.2.3 การหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud).....	105
2. ความเห็นของศาลที่สนับสนุนให้ผู้สัญญาสามารถฟ้องคดี ความรับผิดในทางละเมิด.....	107
2.1 ระบบ Civil Law.....	108
2.1.1 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด.....	108
2.1.2 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและ ละเมิด.....	119
2.2 ระบบ Common Law.....	128
2.2.1 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด.....	128
2.2.2 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและ ละเมิด.....	133
3. ความเห็นของศาลที่ไม่สนับสนุนให้ผู้สัญญาสามารถฟ้องคดี ความรับผิดในทางละเมิด.....	136
3.1 ระบบ Civil Law.....	136
3.2 ระบบ Common Law.....	138
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	143
1. บทสรุป.....	143
2. ข้อเสนอแนะ.....	148



## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บรรณานุกรม.....	159
ประวัติผู้เขียน.....	169

draft

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิด
ชื่อนักศึกษา	นายไพรัช โชติบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ ดร.ประณิต ภูมิถาวร
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2543

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์มุ่งศึกษาวิเคราะห์ ปัญหาความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดทางสัญญาและละเมิดในประเทศไทย ในประเด็นว่า คู่สัญญาสามารถฟ้องเป็นคดีความรับผิดทางละเมิดเพื่อประโยชน์ของตนได้หรือไม่ อันเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นมาเป็นระยะเวลาอันแล้ว โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งระบบ Civil Law และ Common Law

จากการศึกษาพบว่า ต่อปัญหาข้อกฎหมายนี้ แนวความเห็นของนักกฎหมายไทยแบ่งเป็นสองฝ่าย นักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่าไม่ควรอนุญาตให้คู่สัญญาฟ้องเป็นคดีความรับผิดทางละเมิดในกรณีความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดทางสัญญาและละเมิด เนื่องจากเห็นว่า การเข้าทำสัญญาเป็นการตกลงยกเว้นความรับผิดทางละเมิด เมื่อเกิดความเสียหายจึงต้องเคารพเจตนาของคู่สัญญา ตามหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา นักกฎหมายฝ่ายหลังเห็นว่า หากการฟ้องคดีในมูลคดีผิดสัญญาไม่สามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างเต็มที่ การอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดทางละเมิดได้ อาจเป็นอีกหนทางหนึ่งที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นได้ โดยอธิบายว่า กรณีความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดทางสัญญาและละเมิด เกิดจากการได้แย้งสิทธิของคู่สัญญาทั้งสองทาง คู่สัญญาจึงมีสิทธิเลือกเยียวยาความเสียหายโดยอาศัยมูลคดีใดมูลคดีหนึ่ง หรืออาศัยทั้งสองมูลคดีพร้อมกันได้ เพราะสิทธิการฟ้องคดีความรับผิดทางละเมิดเป็นสิทธิที่ทุกคนในสังคมมีอยู่ ไม่มีผู้ใดสามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ ทั้งบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดในทางละเมิด เป็นบทบัญญัติอันว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดทางละเมิดจึงตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 150 และ 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในต่างประเทศทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law แนวความเห็นและเหตุผลของนักกฎหมายต่อปัญหาข้อกฎหมายนี้ แบ่งเป็นสองฝ่ายเช่น

เดียวกับในประเทศไทย แต่การเป็นที่ยอมรับหรือเสียงข้างมาก ไม่ว่านักกฎหมายในประเทศไทยหรือต่างประเทศ ทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law เห็นว่า ควรอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบทางละเมิดได้ เนื่องจากเป็นแนวทางการใช้การตีความกฎหมายที่ชอบด้วยเหตุผล ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และมีความยุติธรรมมากกว่า ซึ่งแนวทางการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญา โดยแนวปฏิบัติในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลได้พิจารณาพิพากษาควบคู่กันไประหว่างความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด โดยได้ยกเอาพรมแดนความแตกต่างระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิดออกไป และถือว่าไม่ว่ากฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิดต่างเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายลักษณะสัญญา และ กฎหมายลักษณะละเมิด หรืออีกนัยหนึ่ง กฎหมายลักษณะหนึ่ง ต่างมีเจตนารมณ์มุ่งเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในมูลหนี้เช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้จึงสรุปได้ว่า ในเรื่องความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด หากศึกษาถึงความคาบเกี่ยวของความรับผิดชอบแล้ว แนวทางในการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมที่สุด ควรประกอบด้วย เจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย หลักความยุติธรรม และหลักดุลยพินิจของศาล ซึ่งหลักทั้งสามประการนี้จะต้องมีความสมดุลซึ่งกันและกันเท่านั้น จึงจะเป็นสิ่งที่ยอมรับกันได้ของคู่สัญญา

<b>Thesis Title</b>	Contract and Tort : A Study on Concurrent Liability
<b>Name</b>	Mr. Pairuch Chotibunt
<b>Thesis Advisor</b>	Dr. Pranit Bumithavara
<b>Department</b>	Law
<b>Academic Year</b>	2000

### **ABSTRACT**

The purpose of this thesis is to make an analytic study on the problem of concurrent liability of contract and tort in Thailand, especially on the question of whether or not a party to the contract could take the case of concurrent liability to the court of law for its own benefit foreign laws, both Common Law and Civil Law systems, were studied in comparison with the law of Thailand.

The study reveals that opinions of Thai lawyers are divided on the issue. There are lawyers who are of the opinion that concurrent liability of tort on contract should not be allowed to be taken to the court of law by a party to the contract because by entering into a contract both parties also agree that each party is immune to concurrent liability charge. When a damage occurs, the intention of the contract should be considered and respected by virtue of the principles of a freedom to enter into a contract and the efficacy of the intention of the contract.

The others, however, are of the opinion that if a suit filed by one party on a breach of contract charge does not produce a fair result, such a party should be allowed to file for concurrent liability as a way to assure that justice is served. They gave reasons to support their opinion that a case involving a breach of contract or tort originates from an argument for rights of both parties to contract. Therefore, parties to the contract retain the right to choose either way to alleviate their damage or both. The right to file for tort liability is a basic right given to everyone in the society. This right is designed for peaceful and ethical living of the people. Any clauses in the contract that waive the right to claim for tort are, as a result, nullified by articles 150 and 151 of the Civil and Commercial Code.

Opinions of lawyer in foreign countries, both in Civil Law and Common Law systems, are also divided. It is, nevertheless, acceptable by majority margin both in Civil Law and Common Law systems, in foreign countries and in Thailand, that parties to the contract may file for tort liability because it is a reasonable way to interpret the law and is in line with the intention of the law. Such guidelines in interpretation of the law are more useful to parties to the contract. In practice, the court will examine both the breach of contract and tort charges concurrently. If border – line differences between contract law and tort law are taken out, the contract law and tort law are in the same time under the field of obligations. The contract law and tort law are both intended to alleviate the loss of the damaged party.

It can be concluded here that the best way to alleviate the loss of the damaged party as a result of a breach of contract or tort is to consider three factors : the real intention of the law, principles of justice, and the court's discretion. If these three factors are equally considered, the judgement should be acceptable to both parties to a contract.

## บทที่ 1

### บทนำ

ความเสียหายในทางแพ่งอันหมายถึง ความเสียหายในทางสัญญาหรือความเสียหายในทางละเมิด มีปัญหาความคาบเกี่ยวในเรื่องการนำคดีขึ้นสู่ศาลของคู่ความเกี่ยวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นมาเป็นระยะเวลานานแล้ว ทั้งยังเป็นปัญหาที่เกิดแนวทฤษฎีหรือแนวปฏิบัติของนักกฎหมายในการใช้การตีความตัวบทกฎหมาย ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ ที่ชี้ให้เห็นว่ายังมีข้อยุติเกี่ยวกับปัญหาในเรื่องนี้แต่อย่างไร

ด้วยเหตุนี้ปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นดังกล่าว จึงเป็นปัญหาที่สมควรต้องเข้าไปศึกษาในรายละเอียดเพื่อพิจารณาว่า ลักษณะของปัญหาดังกล่าวที่เป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายไทยอันเป็นระบบ Civil Law แนวความเห็นของนักกฎหมายไม่ว่าเป็น แนวทฤษฎีของนักนิติศาสตร์หรือแนวปฏิบัติในการใช้การตีความตัวบทกฎหมายของศาลที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับปัญหานี้ มีลักษณะและรายละเอียดเป็นอย่างไร มีทฤษฎี แนวคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายใดบ้างที่รองรับปัญหาดังกล่าวนี้ ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัยปัญหาข้อกฎหมายนี้ จึงมีความจำเป็นต้องเข้าไปศึกษาและพิจารณาก่อนว่า ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาข้อกฎหมายนี้เกิดขึ้นเนื่องมาจากเหตุใด

#### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความรับผิดชอบในทางแพ่งหรือหนี้ในทางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการกระทำผิดสัญญาหรือการกระทำละเมิด แม้มีความหมายแตกต่างกัน แต่ต่างเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ด้วยกัน หมายความว่า เมื่อมีการกระทำผิดสัญญาหรือการกระทำละเมิดเกิดขึ้น แล้วแต่กรณี ถือว่าผู้กระทำผิดสัญญาหรือกระทำละเมิดตกเป็นลูกหนี้ มีหนี้หรือหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ในมูลผิดสัญญาหรือมูลละเมิด หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือผิดนัดเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ตาม มาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีการกระทำผิดสัญญา เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและเจ้าหนี้ได้เตือนลูกหนี้ให้ชำระหนี้แล้ว หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนด หรือกรณีที่มีการกำหนดเวลาในการชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทินหรือ

อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทิน เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนด ถือว่า ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด ตาม มาตรา 203 และ มาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนกรณีการกระทำ ละเมิด ถือว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดนับแต่เวลากระทำละเมิดตาม มาตรา 206 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่งผลให้เจ้าหนี้มีสิทธินำคดีของตนขึ้นฟ้องร้องต่อศาลแพ่งได้ตาม มาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ จนสิ้นเชิงตาม มาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ ถูกลูกหนี้โต้แย้งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง เจ้าหนี้ชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วน แ่งที่มีเขตอำนาจได้ตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>1</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำผิดสัญญา เมื่อมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อเยียวยา ความเสียหาย โจทก์ต้องบรรยายฟ้องว่าจำเลยกระทำผิดสัญญาต่อโจทก์ ขอให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย และศาลต้องนำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อเยียวยา ความเสียหายของโจทก์ ตามที่โจทก์อ้างหรือกล่าวมาในคำฟ้องว่าตนเสียหายอย่างไร ส่วน การกระทำละเมิด เมื่อมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อเยียวยาความเสียหาย โจทก์ต้องบรรยาย ฟ้องว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ขอให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย ศาลก็จะนำกฎหมายลักษณะ ละเมิดมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายของโจทก์ ให้กลับสู่ฐานะดัง เดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมให้มากที่สุด

ปัญหาที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นกรณีที่การกระทำอันเดียวเป็นทั้งเรื่อง การกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เจ้าหนี้จะเลือกฟ้องคดีความรับผิด ในมูลใด ในมูลคดีผิดสัญญาหรือมูลคดีละเมิด อันเป็นประเด็นปัญหาในการเลือกฟ้องคดีของ ความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดว่า คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดี ความรับผิดทางละเมิดเพื่อประโยชน์ของตนได้หรือไม่ ในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา และต่อปัญหานี้แนวความเห็นของนักกฎหมายไทยแบ่งออกเป็นสองฝ่าย

แนวความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เป็นฝ่ายที่มีแนวความเห็นไม่สนับสนุนให้ ฟ้องเป็นคดีความรับผิดเพื่อละเมิด ซึ่งมีทั้งนักนิติศาสตร์และศาล นักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่า

<sup>1</sup> โสภณ รัตนกร. หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539, หน้า 25. จิตติ ดิงศภักดิ์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ ฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523, หน้า 1. ไพจิตร ปุญญพันธุ์. ประมวลกฎหมายแพ่งและ พหุณยลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ ฯ : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2532, หน้า 1.

ในกรณีที่มินิตสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน หากเกิดการฟ้องร้องคดีต่อศาลขึ้น คู่สัญญาไม่สามารถเลือกฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดชอบทางละเมิดเพื่อประโยชน์ของตนได้ ต้องใช้หลักความรับผิดชอบในทางสัญญาเท่านั้นในการเยียวยาความเสียหาย เนื่องจากถือว่าคู่สัญญาได้ตกลงยกเว้นหลักความรับผิดชอบในทางละเมิดแล้วโดยการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา ฉะนั้นเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น คู่สัญญาจะหันมาเลือกใช้หลักความรับผิดชอบในทางละเมิดแล้วแต่ประโยชน์อันควรที่เห็นว่าเหมาะสมอีกไม่ได้ เพราะความรับผิดชอบในทางสัญญา เจตนาของคู่สัญญาเป็นเรื่องสำคัญ คู่สัญญาต้องเคารพเจตนาอันศักดิ์สิทธิ์และอิสระที่ตนได้แสดงออกมาในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลในสังคม ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญานักกฎหมายฝ่ายนี้อธิบายว่า หากปล่อยให้คู่สัญญาสามารถเลือกนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในกรณีที่มินิตสัมพันธ์ในทางสัญญา เท่ากับเป็นการทำลายหลักกฎหมายลักษณะสัญญาที่มีมาตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 19 ทั้งสัญญาที่สร้างขึ้นจะถูกกระทบ ไม่มีผลใช้บังคับ และปราศจากความศักดิ์สิทธิ์ไปทันที เพราะเมื่อมีการกระทำผิดสัญญาเกิดขึ้น หากคู่สัญญาเห็นว่าอาจได้ประโยชน์มากกว่า ก็จะไม่นำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้บังคับ แต่จะนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้บังคับแทน ซึ่งนักกฎหมายฝ่ายแรกไม่อาจยอมให้ทำเช่นนั้นได้

ส่วนแนวความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งที่มีได้ยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งมีทั้งนักนิติศาสตร์และศาลเช่นกัน เห็นว่า สมควรอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบทางละเมิดเพื่อประโยชน์ของตนได้ ในกรณีที่มินิตสัมพันธ์ในทางสัญญา เพราะเห็นว่าการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิดเป็นกรณีที่เกิดจากการได้แย้งสิทธิตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในทั้งสองมุลคดี คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายอาจถูกฟ้องให้รับผิดชอบในมุลคดีผิดสัญญาหรือมุลคดีละเมิดเพื่อชดใช้ค่าเสียหายได้ อันเป็นสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายสามารถเลือกฟ้องร้องบังคับในมุลใดก็ได้ระหว่างมุลคดีผิดสัญญาและมุลคดีละเมิด สุดแต่ทางใดเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบจากการฟ้องคดีตามกฎหมายทั้งสองลักษณะ เช่น ในเรื่องอายุความในการฟ้องคดี หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีหรือภาระการพิสูจน์ในคดี และการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล เป็นต้น

นอกจากนี้คู่สัญญาอาจไม่เลือกฟ้องมาในมุลคดีเดียว แต่จะเลือกฟ้องบังคับมาทั้งสองมุลคดีโดยบรรยายฟ้องว่าจำเลยทั้งกระทำละเมิดและผิดสัญญาต่อ โจทก์ขอให้ชดใช้ค่าเสียหายก็ได้ หรือจะบรรยายแต่เพียงข้อเท็จจริงมาในคำฟ้องและขอค่าเสียหายโดยไม่ระบุ



ฐานความผิดหรือบทกฎหมายก็ได้ การฟ้องมาโดยเลือกฟ้องมาเพียงมูลคดีเดียว หรือการบรรยายฟ้องมาทั้งสองมูลคดีทั้งสองกรณีดังกล่าว หากคำฟ้องได้แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับและข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาไว้ครบถ้วนแล้ว ก็ไม่ถือเป็นการบรรยายฟ้องที่เคลื่อนคลุมตาม มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแต่อย่างใด เพราะกรณีนี้ถือเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องเป็นผู้นำตัวบทกฎหมายในเรื่องการกระทำผิดสัญญาหรือในเรื่องการกระทำละเมิด มาปรับใช้ให้ตรงกับคดีที่คู่สัญญาฟ้องมา หรือให้ตรงตามข้อเท็จจริงที่มีการนำสืบและพิสูจน์ประเด็นสำคัญในคดี เพราะเกี่ยวกับในเรื่องนี้ การกระทำที่ก่อความเสียหายจะเกิดจากมูลหนี้ใด จะปรับด้วยมูลหนี้สัญญาหรือมูลหนี้ละเมิดล้วนแต่เป็นปัญหาข้อกฎหมายสุดแต่ศาลจะวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงที่ได้ความ

ในต่างประเทศไม่ว่าในระบบ Civil Law หรือ Common Law ต่างมีปัญหาความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดเกิดขึ้นเช่นกัน และต่อปัญหานี้ทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law แนวความเห็นของนักกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นนักนิติศาสตร์หรือศาล แบ่งออกเป็นสองฝ่ายเช่นเดียวกับในประเทศไทย

ดังนั้น การที่แนวความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองฝ่ายจึงเป็นกรณีศึกษาที่ควรวิเคราะห์ศึกษาให้ลึกซึ้งลงไปว่า แนวความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายใดเป็นแนวความเห็นที่มีความถูกต้องและเหมาะสมในการใช้การตีความและชอบด้วยหลักกฎหมาย รวมทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ และในการศึกษาวิจัยเพื่อหาข้อยุติหรือข้อสรุปเกี่ยวกับปัญหานี้ตามกฎหมายไทย อันเป็นประเด็นในการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้น การจะชี้ลงไปว่าแนวโน้มของกฎหมายไทยเกี่ยวกับในเรื่องนี้เป็นไปในลักษณะใด มีทิศทางเป็นไปในแนวทางใด มีความถูกต้องเหมาะสมกับการใช้การตีความกฎหมาย หรือชอบด้วยหลักกฎหมายและเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือไม่นั้น ควรต้องพิจารณาเทียบเคียงคู่กับกฎหมายในต่างประเทศทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law เพราะระบบกฎหมายไทยมีที่มาจากระบบกฎหมายตะวันตกและมาจากกฎหมายต่างระบบกัน คือ ทั้งระบบ Civil Law และ Common Law ด้วยเหตุนี้ การศึกษาหัวข้อในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ควรต้องทำการศึกษาพิจารณาเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศในทั้งสองระบบดังกล่าว ก่อนจะได้สรุปถึงแนวโน้มเกี่ยวกับปัญหานี้ในกฎหมายไทยว่ามีลักษณะเป็นอย่างไร เป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือแตกต่างกันไปจากกฎหมายต่างประเทศที่อยู่ในระบบเดียวกันและต่างระบบหรือไม่ เพื่อเป็นข้อยืนยันว่า เกี่ยวกับปัญหานี้ตามกฎหมายไทย นักกฎหมายไทยมี

แนวความเห็นเหมือนหรือแตกต่างจากแนวความเห็นของนักกฎหมายในต่างประเทศ ทั้งในระบบเดียวกันและต่างระบบอย่างไร และในระหว่างระบบกฎหมายที่ต่างกัน นักกฎหมายในแต่ละระบบมีแนวความเห็นเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร การที่ในแต่ละประเทศมีระบบกฎหมายที่ต่างกันจะเป็นอุปสรรคอันก่อให้เกิดความแตกต่างกันในแง่ของผลลัพธ์ที่ปรากฏออกมาหรือไม่ หรือเป็นเพียงแค่ความแตกต่างกัน เฉพาะในเรื่องของแนวความเห็นหรือแง่คิด แต่ผลลัพธ์ที่ปรากฏออกมาสำหรับปัญหานี้มีลักษณะที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือตรงกัน และจะเป็นเช่นนั้นหรือไม่ ควรต้องได้ทำการศึกษาวิจัย วิเคราะห์ และค้นคว้าในการนำเสนอวิทยานิพนธ์ในหัวข้อนี้ต่อไป

## 2. วัตถุประสงค์และขอบเขตของการวิจัย

วัตถุประสงค์ของการศึกษาค้นคว้าหัวข้อในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ประการแรก เพื่อศึกษาถึงปัญหาความคาบเกี่ยวของความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด อันเป็นปัญหาข้อกฎหมายในการเลือกฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด ในประเด็นว่า คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบในทางละเมิดเพื่อประโยชน์ของตนได้หรือไม่ ในกรณีที่มิมีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา ประการที่สอง ต้องการศึกษถึงแนวความคิดของนักกฎหมายอันมีต่อปัญหานี้ ไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมายในประเทศไทยหรือนักกฎหมายในต่างประเทศ ที่มีแนวความคิดแบ่งออกเป็นสองฝ่าย เพื่อให้ทราบถึงเหตุผลว่าเหตุใดนักกฎหมายจึงมีแนวความคิดที่ต่างกัน ประการที่สาม ต้องการหาข้อยุติว่าหลักการและเหตุผลของแนวความคิดฝ่ายใดเป็นแนวความคิดที่มีความถูกต้องเหมาะสมในการใช้การตีความ และชอบด้วยหลักกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (คือ กฎหมายลักษณะหนี้ที่ครอบคลุมทั้งกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด) หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภายใต้พื้นฐานที่ว่า ไม่ว่าจะเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะใด หรือไม่ว่าแนวความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายใด ต่างก็มุ่งจะเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในมูลหนี้ โดยถือว่าแนวความคิดที่แตกต่างกันเป็นเพียงวิธีการเท่านั้น

ขอบเขตของการศึกษาวิจัยหัวข้อในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาค้นคว้าและวิจัยเฉพาะในกรณีที่เกิดความคาบเกี่ยวของความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิดในประเด็นว่า สามารถเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบในทางละเมิดได้หรือไม่ ต้องมิใช่กรณีที่เป็นความรับผิดชอบในทางสัญญาหรือความรับผิดชอบในทาง

ละเมิดแต่เพียงอย่างเดียว อันเป็นกรณีที่ไม่อาจเกิดความคาบเกี่ยวขึ้นได้ เพราะหากเป็นเรื่องความรับผิดในทางสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว ในการฟ้องคดี ต้องฟ้องโดยอาศัยมูลผิดสัญญาเท่านั้น ฟ้องร้องในมูลละเมิดไม่ได้ เนื่องจากไม่เกิดประเด็นจะนำองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดมาใช้ในการฟ้องคดีได้ และหากเป็นเรื่องความรับผิดในทางละเมิดแต่เพียงอย่างเดียว การฟ้องคดีต้องฟ้องโดยอาศัยมูลคดีละเมิดเท่านั้น ฟ้องร้องในมูลคดีผิดสัญญาไม่ได้ เพราะมิได้มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา ซึ่งการศึกษาวิจัยหัวข้อในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการนำประเด็นการศึกษาจากปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาศึกษาวิเคราะห์ในกฎหมายไทย และนำสิ่งที่เกิดขึ้นในกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law ไม่ว่าจะ เป็นแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์หรือแนวคำพิพากษาของศาล มาเป็นส่วนเสริมเท่านั้น เพื่อต้องการชี้ให้เห็นว่า ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในกฎหมายต่างประเทศ ได้เกิดขึ้นในกฎหมายไทยแล้วเช่นกัน

### 3. สมมุติฐานในการวิจัย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า เกี่ยวกับปัญหาความคาบเกี่ยวในการฟ้องคดีระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด แนวความเห็นของนักกฎหมายในประเทศไทยไม่ว่านักนิติศาสตร์หรือศาลแบ่งออกเป็นสองฝ่าย โดยแนวโน้มของนักกฎหมายไทยในปัจจุบัน ในการเป็นที่ยอมรับหรือเสียงข้างมาก มีทิศทางเป็นไปในแนวทางเดียวกับแนวความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law ที่ยอมให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ แม้เป็นกรณีที่มิมีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา ซึ่งเป็นแนวทางการใช้การตีความกฎหมายที่ชอบด้วยเหตุผล และถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมากกว่าในอีกแนวทางหนึ่ง ที่ไม่ยอมให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดในทางละเมิด

### 4. วิธีการวิจัยและขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาและค้นคว้าวิจัยเชิงเอกสาร เป็นการค้นคว้ารวบรวม และวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารต่าง ๆ คำพิพากษาศาลฎีกา หนังสือคำอธิบายกฎหมาย บทความของผู้ทรงคุณวุฒิต่าง ๆ วิทยานิพนธ์ รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เป็นต้น แล้วนำมาศึกษาวิเคราะห์อย่างเป็นระบบ และนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบ กับกฎหมาย ในต่างประเทศไม่ว่าในระบบ Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน หรือระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเอกสารต่าง ๆ ดังกล่าวนอกจาก ได้รับการเอื้อเฟื้อจากท่านอาจารย์ที่ปรึกษา ยังได้รับการเอื้อเฟื้อจากหน่วยงานราชการต่าง ๆ เช่น ศาลฎีกา สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลแพ่ง สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ห้องสมุด จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ห้องสมุดมหาวิทยาลัยรามคำแหง เป็นต้น

## 5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

เนื่องจากการศึกษาหัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นความคิดริเริ่มศึกษาวิจัย จึงเล็งเห็นว่า ประโยชน์ที่ได้รับจะส่งผลให้เกิดความชัดเจนในการใช้การตีความกฎหมาย อันเป็น ประโยชน์ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ

ประโยชน์ในทางทฤษฎีหรือประโยชน์ในแง่ของการศึกษาวิจัย จะก่อให้เกิด ประโยชน์แก่วงการวิชาการ เพื่อให้ นักวิชาการนำไปใช้ประกอบการค้นคว้าทางวิชาการเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการใช้การตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง ในหัวข้อที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำการศึกษาวิจัย ทั้งยังเป็นการสนับสนุน และส่งเสริมให้มีการศึกษาวิจัยในแง่การเปรียบเทียบวิเคราะห์เกี่ยวกับกรณีศึกษาใน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อันเป็นประเด็นข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ ไม่ว่าในระบบ Civil Law หรือ Common Law

ประโยชน์ในทางปฏิบัติ เป็นการศึกษาวินิจฉัยค้นคว้าเพื่อให้ทราบแนวทางในการฟ้อง คดีเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญา ในประเด็นเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ เสียหาย และยังเป็นประโยชน์แก่ทนายความในการเตรียมหรือวางรูปคดี ที่จะดำเนินการฟ้อง คดีไปในแนวทางใดเพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายมากที่สุด ทั้งยังเป็นประโยชน์แก่ศาลหรือ ผู้พิพากษาเพื่อจะได้ทราบแนวความเห็นของนักกฎหมาย รวมทั้งแนวทางการพิจารณา พิพากษาคดีของศาลทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศอันเกี่ยวกับคดีประเภทนี้ และนำไป ประกอบการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย อันส่งผลให้การ ดำเนินคดีประเภทนี้เกิดความรวดเร็ว ประหยัด และช่วยลดปริมาณคดีความที่ขึ้นสู่ศาล เนื่อง จากเกิดความชัดเจน ไม่คลุมเครือ คู่สัญญาทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนได้เป็นอย่างดีอาจ

ก่อนเกิดการตกลงประนีประนอมยอมความกันก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล อันเป็นการ  
ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแต่อย่างใด

สรุป

## บทที่ 2

### ความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด

“หนี้” (obligation) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าสิทธิเรียกร้อง (claim) เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ที่ฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการบางอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ต้องกระทำการเรียกว่า “ลูกหนี้” ฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำเรียกว่า “เจ้าหนี้” “การกระทำ” แยกได้เป็น การกระทำการ ละเว้นกระทำการ และการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน<sup>1</sup> ตามกฎหมายโรมัน<sup>2</sup> ให้คำวิเคราะห์ศัพท์ของคำว่าหนี้ไว้ว่า “หนี้เป็นความผูกมัดในทางกฎหมายเสมือนด้วยความจำเป็นบังคับอยู่ จะคลายออกได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ให้เขาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของบ้านเมือง”<sup>3</sup> ดังนั้น ตามกฎหมายโรมัน “หนี้จึงเป็นความผูกพันหรือพันธะทางกฎหมายที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ตามกฎหมายอันเป็นเสมือนโซ่ที่ล่ามลูกหนี้ไว้กับเจ้าหนี้ เมื่อใดหนี้ได้รับการชำระโซ่นี้ก็คลายออกจากลูกหนี้”<sup>4</sup> โดยมีการอธิบายกันมาตั้งแต่ในสมัยโรมันแล้วว่า บ่อเกิดหรือที่มาแห่งหนี้มีด้วยกันสี่ประการ คือ สัญญา ละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ สำหรับบ่อเกิดแห่งหนี้ประการแรก คือ สัญญานั้น เป็นนิติกรรมอันเป็นความตกลงที่เกิดขึ้นโดยอาศัยเจตนาของบุคคล ส่วนบ่อเกิดแห่งหนี้ในสามประการหลัง คือ ละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้นั้นเป็นนิติเหตุ เกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยเจตนาของบุคคล แต่ที่ถือเป็นมูลเหตุใหญ่ของหนี้ คือ สัญญาและละเมิด ส่วนการจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ถือเป็นมูลเหตุส่วนย่อยเท่านั้น

“หนี้” เป็นแนวคิดทางกฎหมายในระบบ Civil Law อันมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันอีกทอดหนึ่ง เป็นความรับผิดทางกฎหมายชนิดความรับผิดในทางแพ่งแยกออกต่างหาก

<sup>1</sup> จิต เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539, หน้า 15.

<sup>2</sup> สมัยจักรพรรดิจัสติเนียน.

<sup>3</sup> เสนีย์ ปราโมช. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1**. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505, หน้า 275.

<sup>4</sup> โสภณ รัตนกร. **หนี้**. หน้า 21.

อย่างเด็ดขาดจากความรับผิดชอบในทางอาญา<sup>5</sup> เป็นความรับผิดชอบทางเอกชนที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลต่อบุคคล มิใช่เป็นความรับผิดชอบส่วนที่บุคคลต้องมีต่อสังคม มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองป้องกันสิทธิของเอกชนที่มีต่อกันไม่ให้ได้รับความเสียหาย ซึ่ง หนี้ หรือ ความรับผิดชอบในทางแพ่ง ยังสามารถแบ่งออกได้เป็นความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด<sup>6</sup>

“ความรับผิดชอบในทางสัญญา” ปกติเมื่อคู่สัญญาดกลงทำสัญญากันและสัญญามีความสมบูรณ์<sup>7</sup> จะก่อให้เกิดหนี้ในทางสัญญาขึ้น ที่ประกอบด้วยความผูกพันตามกฎหมายในสองลักษณะ คือ หน้าที่ในทางสัญญา และ ความรับผิดชอบในทางสัญญา การแบ่งลักษณะของความผูกพันที่เกิดจากหนี้ตามสัญญาออกเป็นสองลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นมาตั้งแต่สมัยอาณาจักรโรมัน<sup>8</sup> “หน้าที่ในทางสัญญา” (debitum หรือ ในภาษาเยอรมันเรียกว่า schuld) เป็นความผูกพันในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำตามมูลหนี้โดยปกติ เช่น ในสัญญาซื้อขายอันเป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ ส่วนผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องชำระราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย หน้าที่ในทางสัญญาจึงเป็นความผูกพันที่มีต่อบุคคล ที่คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ต้องทำการหรืองดเว้นการอันใดอันหนึ่งตามที่ไต่ระบุไว้ในสัญญาตาม มาตรา 194<sup>9</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>10</sup>

<sup>5</sup> ความรับผิดชอบในทางกฎหมายแบ่งออกเป็นความรับผิดชอบในทางแพ่งและความรับผิดชอบในทางอาญา.

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 27. จิต เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539, หน้า 18. จิตติ ดิงศกัทธิ, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้**. หน้า 1. ภทรศักดิ์ วรณแสง. **หลักกฎหมายละเมิด**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540, หน้า 11. กล่อม อิสรพันธ์. **หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2496, หน้า 11.

<sup>7</sup> กล่าวคือ มีองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาครบถ้วน ไม่ว่าจะเรื่องบุคคลผู้เข้าเป็นคู่สัญญา เจตนา วัตถุประสงค์ และแบบหรือวิธีในการแสดงเจตนา (จำปี โสทธิพันธ์. **คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม – สัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540, หน้า 229 – 234.

<sup>8</sup> Gabriel Marty et Pierre Raynaud. **Droit Civil Les obligations tome 1 les obligation Les sources**. 2<sup>nd</sup> ed. Paris : Sirey, 1988, pp. 3-7. อ้างถึงใน คาราพร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญา.” ใน **หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม**. หน้า 368-387. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538, หน้า 369.

<sup>9</sup> มาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมิได้”

<sup>10</sup> คาราพร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญา.” หน้า 369.

ส่วน “ความรับผิดชอบในทางสัญญา” (obligatio หรือในภาษาเยอรมันเรียกว่า haftung) เป็นความผูกพันในลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กระทำผิดสัญญา ต้องถูกบังคับชำระหนี้และชดใช้ค่าเสียหาย เกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามปกติในการชำระหนี้ตามความผูกพันในลักษณะแรก (คือ หน้าที่ในทางสัญญา)<sup>11</sup> เช่น ในกรณีสัญญาซื้อขายข้างต้น หากผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อจะมีสิทธิฟ้องบังคับให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้ในกรณีที่ยังอยู่ในวิสัยที่สามารถทำได้ และให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากที่ผู้ขายกระทำผิดสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้ ดังนั้นความรับผิดชอบในทางสัญญาที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบจึงไม่ใช่การปฏิบัติการชำระหนี้โดยตรง แต่มีลักษณะเสมือนเท่ากับการบังคับให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้เท่านั้น และสามารถบังคับชำระหนี้ได้หมดหรือไม่ ขึ้นอยู่กับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในขณะบังคับชำระหนี้ คือ บังคับชำระหนี้ได้เท่าที่บังคับได้เท่านั้น

ความผูกพันในลักษณะหน้าที่ในทางสัญญาเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา โดยความสมัครใจของลูกหนี้เอง แต่หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามหน้าที่ การปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้จะถูกแทนที่ด้วยความรับผิดชอบในทางสัญญาที่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องถูกนำมาบังคับชำระหนี้ตามกฎหมาย โดยเจ้าหนี้มีสิทธิเลือกบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกรณีที่สามารถบังคับได้และเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหาย หรือเจ้าหนี้จะใช้สิทธิเลิกสัญญาและให้ลูกหนี้ชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ความรับผิดชอบในทางสัญญามีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายสองประการ ความมุ่งหมายในประการแรก เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับเท่ากับการชำระหนี้ตามสัญญาที่ได้ตกลงไว้ เสมือนกับมีการชำระหนี้โดยสมัครใจของลูกหนี้ อันเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) ตาม มาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ ในกรณีสัญญาซื้อขายที่มีการส่งมอบทรัพย์สินไม่ถูกต้องตามสัญญา วัตถุประสงค์ของความรับผิดชอบในทางสัญญา คือ การบังคับการชำระหนี้ให้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้ถูกต้องตามสัญญา สำหรับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายในประการที่สอง คือ การดำเนินการเพื่อชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือหน้าที่ในทางสัญญาตาม มาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ในกรณีของสัญญา

<sup>11</sup> Viney. *Traité de Droit Civil, les obligations ; la responsabilité : condition.* L.G.D.J. 1982, pp. 211-218. อ้างถึงใน คาราพร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญา.” หน้า 370.



ซื้อขายข้างต้น หากการส่งมอบทรัพย์สินไม่ถูกต้องตามสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายประการอื่นด้วย ผู้ซื้อสามารถเรียกให้ผู้ขายชดเชยค่าเสียหายดังกล่าวได้<sup>12</sup>

“ความรับผิดในทางละเมิด” เป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำผิดหน้าที่หรือล่วงละเมิดขั้นพื้นฐานที่กฎหมายกำหนด เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นทั่วไป และหากการกระทำผิดหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้ถูกล่วงละเมิดย่อมฟ้องเรียกค่าเสียหายได้<sup>13</sup> การกระทำผิดหน้าที่หรือล่วงละเมิดขั้นพื้นฐานที่กฎหมายกำหนดหมายความว่า บุคคลทั่วไปมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดที่จะไม่ให้ใครมากระทำละเมิด ผู้ใดกระทำละเมิดสิทธิดังกล่าวถือเป็นการล่วงละเมิดของบุคคลอื่นอันเป็นการผิดหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีต่อบุคคลอื่นในสังคม ซึ่งต่างกับความรับผิดในทางสัญญา ที่เป็นการกระทำผิดหน้าที่หรือล่วงละเมิดส่วนบุคคล เนื่องจากสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเกิดขึ้นจากการตกลงกันระหว่างคู่สัญญามีขึ้นเกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนด ด้วยเหตุนี้หากเป็นการกระทำผิดหน้าที่หรือล่วงละเมิดที่มีต่อบุคคล ๆ หนึ่งหรือหลายคนโดยเฉพาะตามสัญญา ย่อมไม่เป็นการกระทำละเมิด เพราะบุคคลก่อการละเมิดโดยการตกลงกันได้<sup>14</sup> ความรับผิดในทางละเมิดมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายเพื่อการเยียวยาให้ผู้ได้รับความเสียหายในมูลหนี้ได้บังคับตามสิทธิของตนต่อผู้ก่อความเสียหาย อันเป็นการเยียวยาให้ผู้ได้รับความเสียหายในมูลหนี้ กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมให้มากที่สุด<sup>15</sup> มิได้มีวัตถุประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิดเหมือนดังเช่นกฎหมายอาญากล่าวคือ มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อบังคับให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น แต่ในระบบ Common Law ในบางกรณีค่าเสียหายที่กำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต้องชดเชย อาจมีลักษณะเป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดเพื่อตอบโต้ความรุนแรงแห่งพฤติการณ์ของการกระทำละเมิด อัน

<sup>12</sup> คารพร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดทางสัญญา.” หน้า 369 - 372.

<sup>13</sup> Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. Sixth Edition by T. Ellis Lewis. London : Sweet & Maxwell limited, 1954, p. 5.

<sup>14</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 6-8.

<sup>15</sup> วารี นาสกุล. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่ง ตามมติ LA 208. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526, หน้า 8, 172. อภิวัฒน์ เจริญไทย. ร่วมกันทำละเมิด. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2537, หน้า 17.

เป็นวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิด ได้แก่ กรณีค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) เป็นต้น<sup>16</sup>

ความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดมีลักษณะของความรับผิดสามประการเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ความผิด ความเสียหาย และความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล ในการศึกษาหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ผู้เขียนจะศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางละเมิดก่อนเป็นเบื้องต้น ดังนี้<sup>17</sup>

## 1. หลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางละเมิด

ความรับผิดในทางละเมิดมีหลักเกณฑ์ของความรับผิดสามประการ ประการแรก คือ ความผิด อันเป็นการกระทำผิดโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ประการที่สอง คือ ความเสียหาย เป็นกรณีที่การกระทำผิดในประการแรกก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น และในประการสุดท้าย ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์หรือเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำผิด<sup>18</sup>

### 1.1 ความผิด

มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้บทกฎหมายลักษณะละเมิดบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย...” หลักเกณฑ์ข้อแรก อยู่ในถ้อยคำที่ว่า “...ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย...” อันมีความหมายว่าเป็นการกระทำผิดต่อบุคคลอื่นโดยฝ่าฝืนหรือผิดกฎหมาย ความผิดจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการกระทำเกิดขึ้นก่อน หากไม่มีการกระทำก็ไม่มีความผิดเกิดขึ้น “การกระทำ” เป็นการเคลื่อนไหวอิริยาบถโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น หากเป็นการเคลื่อนไหวที่ไม่รู้สำนึกไม่ถือเป็นการกระทำ และหากเป็นเพียงการนึกคิดก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามกฎหมายแต่เป็นฐานะทางจิตใจของบุคคล (state of mind) ดังนั้น เพียงคิดจะกระทำความผิดไม่ถือเป็นการ

<sup>16</sup> ชูชีพ ปิณฑะศิริ. การละเมิดสิทธิส่วนตัว. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2525, หน้า 82 – 83.

<sup>17</sup> เนื่องจากหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางสัญญาในบางกรณีได้นำหลักและทฤษฎีของหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางละเมิดมาปรับใช้ รวมทั้งปัญหาข้อกฎหมายอันเป็นประเด็นในการศึกษาวิจัยหัวข้อในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ยังมีความเชื่อมโยงที่สำคัญกับหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางละเมิดในบางประการอีกด้วย.

<sup>18</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 54.

ผิด เห็นได้จากความใน มาตรา 59 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “กระทำ...ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ...” ดังนั้นเด็กทารกที่ยังไม่รู้เดียงสา การเคลื่อนไหวในเวลาหลับ ได้แก่ เวลาพลิกตัว หาว ละเมอ หรืออาการสะดุ้งผวาเพราะตกใจ ไร้สติควบคุม ฯลฯ อันเป็นไปตามสัญชาตญาณของมนุษย์ หรือเวลาไม่รู้สึกรู้สีกตัวอย่างอื่น เช่น เวลาป่วยจนไม่มีสติ วิกลจริตถึงขนาดไม่รู้ตัวว่าได้ทำอะไรลงไปบ้างไม่ถือเป็นการกระทำ แต่หากยังรู้สึกรู้สีกตัวอย่างบ้างไม่มากก็น้อยยังต้องถือว่ามี การกระทำ<sup>19</sup>

คำว่า “กระทำ” นอกจากหมายถึง การเคลื่อนไหวอริยาบถโดยรู้สำนึกถึงการกระทำแล้ว ยังหมายความรวมถึง การงดเว้นไม่กระทำการที่ตนมี “หน้าที่” ต้องทำเพื่อป้องกันผลอีกด้วย สำหรับหน้าที่ดังกล่าวสามารถแบ่งได้เป็นสี่ประการ ประการแรก “หน้าที่อันเกิดจากกฎหมายบัญญัติหรือระเบียบ” เป็นหน้าที่ที่มีกฎหมายหรือระเบียบบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่น สามีภริยามีหน้าที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน (มาตรา 1461 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา (มาตรา 1563 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์หรือบุตรที่บรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ทุพพลภาพเลี้ยงดูตัวเองไม่ได้ (มาตรา 1564 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หากผู้มีหน้าที่ดังกล่าวไม่อุปการะเลี้ยงดู จนผู้มีสิทธิได้รับอุปการะเลี้ยงดูได้รับความเสียหายย่อมเป็นละเมิด หน้าที่ประการที่สอง “หน้าที่อันเกิดจากสัญญา” การละเว้นหน้าที่ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเรื่องความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด หน้าที่อันเกิดจากสัญญาเป็นหน้าที่ที่ผู้รับผิดชอบ มีความผูกพันตามสัญญาที่ต้องกระทำตามสัญญาที่ตน ได้แสดงเจตนากระทำขึ้น เช่น กรณีสัญญา รับจ้างดูแลเด็ก หากผู้รับจ้างดูแลเด็กงดเว้น ไม่ดูแลเด็กจนกระทั่งเด็กได้รับอันตราย ถูกน้ำร้อนลวก หรือตกน้ำ ในกรณีนี้ผู้รับจ้างดูแลเด็กต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิดแยกออกจากสัญญาจ้างที่ได้ไปแสดงเจตนาทำขึ้น โดยหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นตามสัญญาจ้างแรงงานที่ลูกจ้างมีหน้าที่ต่อนายจ้าง ฯลฯ หน้าที่ประการที่สาม “หน้าที่ที่มีต่อสาธารณชน” เป็นกรณีที่อาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเรื่องความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดเช่นกัน หน้าที่ที่มีต่อสาธารณชนเป็นหน้าที่พิเศษบางประการเกิดขึ้นแก่บุคคลทุกคนที่การปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญามีความเกี่ยวข้องกับการให้บริการต่อสาธารณชนหรือคนเป็นจำนวนมากในสังคม ที่ต้องดูแลให้สาธารณชนได้รับบริการ

<sup>19</sup> ไพจิตร ปุณณพันธ์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 1 - 2.

ด้วยความปลอดภัย หากบุคคลผู้มีหน้าที่พิเศษดังกล่าวงดเว้น ไม่ปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการ บุคคลผู้มีหน้าที่พิเศษดังกล่าวต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิดแยกออกจากสัญญา ได้แก่ กรณีสัญญา रखนส่งคนโดยสาร เจ้าของท่าเทียบเรือ (ผู้ขนส่งคนโดยสาร) ไม่ดูแลรักษาท่าเทียบเรือให้ดี สะพานไม้ที่พาดไปสู่โป๊ะที่ผู้โดยสารรอขึ้นเรือหัก เป็นเหตุให้ผู้โดยสารที่มารอขึ้นเรือจมน้ำตาย ถือว่าเจ้าของท่าเทียบเรือกระทำละเมิด<sup>20</sup> สำหรับหน้าที่ประการที่สี่ “หน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้งดเว้นกับผู้เสียหาย” เป็นหน้าที่ของบุคคลซึ่งสมัครใจเข้าไปเกี่ยวข้องกับผู้เสียหายเอง ทั้ง ๆ ที่เดิมไม่มีหน้าที่ต้องกระทำเช่นนั้น แต่เมื่อเข้าไปผูกพันแล้ว ต้องสานต่อจนหมดหน้าที่ เช่น ระหว่างเดินทางกลับบ้านแพทย์เห็นผู้เจ็บป่วย จึงเข้าช่วยเหลือรักษาพยาบาลอันมิใช่หน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญา หากแพทย์ช่วยแล้วงดเว้น ไม่ทำหน้าที่ให้ตลอด ย่อมถือเป็นการกระทำโดยการงดเว้น หากเกิดความเสียหายขึ้นถือว่าแพทย์กระทำละเมิดต่อผู้เจ็บป่วย<sup>21</sup>

นอกจากนี้ตาม มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การกระทำยังแบ่งออกเป็น การกระทำโดยจงใจ และ การกระทำโดยไม่จงใจ (หรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ)<sup>22</sup> การกระทำโดยจงใจ เป็นการกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้อื่นรู้ความตั้งใจของตนเอง เป็นอาการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวของบุคคลที่เกิดจากความตั้งใจต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>23</sup> แม้ผู้กระทำละเมิดไม่รู้จักตัวผู้ได้รับความเสียหายก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ และแม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นมากกว่าที่ผู้กระทำละเมิดเข้าใจหรือตั้งใจผู้กระทำละเมิดก็ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดจะอ้าง มาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อไม่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ เพราะการ

<sup>20</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 608/2521.

<sup>21</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 185. ไพจิตร ปุณฺณพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 12 - 15. เพ็งเพ็งนิติ. “กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.” หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่งสมัยที่ 45 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 1. สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2537, หน้า 183, 194.

<sup>22</sup> จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 120 - 126.

<sup>23</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2493.

กระทำละเมิดมิใช่การไม่ชำระหนี้ตามมาบทบัญญัติดังกล่าว<sup>24</sup> ส่วนการกระทำโดยไม่จงใจ (หรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ) เป็นการกระทำที่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่ต้องใช้<sup>25</sup> และระดับความระมัดระวังที่สมมติขึ้นมาเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำความเสียหายโดยไม่จงใจ (หรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ) ต้องนำมาเปรียบเทียบกับบุคคลทั่วไปหรือวิญญูชน ที่อยู่ใน “วิสัย” และ “พฤติการณ์”<sup>26</sup> เดียวกันว่า หากบุคคลผู้ถูกสมมติขึ้นอยู่ในฐานะเดียวกับผู้กระทำความเสียหายแล้วควรทำอย่างไร<sup>27</sup>

ประเด็นต่อมา การกระทำความผิดอันเป็นลักษณะของความรับผิดชอบในทางละเมิดตาม มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่า “...ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย...” นอกจากหมายถึง การกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น ประมวลกฎหมายอาญา แล้ว ยังหมายความรวมถึงการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำโดยไม่มีสิทธิ ที่ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำความผิดอีกด้วย<sup>28</sup> ได้แก่ การกระทำความผิดธรรมดาประเพณีปฏิบัติในทางการค้าขาย การกระทำความผิดระเบียบจรรยาบรรณของวิชาชีพต่าง ๆ เป็นต้น

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง และมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ผลที่กฎหมายกำหนด คือ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้กระทำการฝ่าฝืนเป็นผู้ผิด เป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติข้อสันนิษฐานอันเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายไว้ตาม มาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีนี้เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติ

<sup>24</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 178 – 179. เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505, หน้า 480 – 481. ยิงศักดิ์ กฤษณจินดา. คำพิพากษาฎีกา ปี 2521-2522. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ศรีเพชรการพิมพ์, 2523, หน้า 46.

<sup>25</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 9 – 12.

<sup>26</sup> “วิสัย” คือ ลักษณะหรือฐานะในสังคมของผู้กระทำละเมิด เช่น เป็น ผู้ชาย ผู้หญิง คนแก่ เด็ก คนเฒ่า คนพิการ ตำรวจ ฯลฯ “พฤติการณ์” คือ ข้อเท็จจริงแวดล้อมภายนอกที่ประกอบการกระทำ เช่น ถนนขรุขระ เวลากลางวัน เวลาฝนตก ฯลฯ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2510 ประชุมใหญ่)

<sup>27</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 180 – 181. เเพ็ง เเพ็งนิตติ. “กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.” หน้า 281.

<sup>28</sup> จรัญ ภัคดีธนากุล. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 981/2531 (ประชุมใหญ่). ตอนที่ 1. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2531, หน้า 316.

ให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนต้องมีภาระในการพิสูจน์ในคดีเพื่อให้ตนเองพ้นผิด ทั้งๆ ที่ปกติภาระการพิสูจน์ดังกล่าวเป็นของผู้เสียหาย<sup>29</sup>

อย่างไรก็ตาม มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่า การกระทำโดยผิดกฎหมาย หมายความว่า การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำโดยไม่มีสิทธิ มีข้อยกเว้นอยู่ตาม มาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่วางหลักว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”<sup>30</sup> เหตุที่ต้องมีกฎหมายมาตรานี้ขึ้นมาเพราะ “สิทธิ” นั้นเป็นประโยชน์ของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ แม้ว่ามีสิทธิหากผู้ทรงสิทธิใช้สิทธิของตนภายในขอบเขตแห่งสิทธิของตน แต่กระทำไปโดยมุ่งประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือกลั่นแกล้งผู้อื่น ในกรณีนี้แม้มีสิทธิ แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางละเมิดประการแรกนี้ด้วย<sup>31</sup>

## 1.2 ความเสียหาย

ความเสียหายเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งของความรับผิดในทางละเมิด<sup>32</sup> หากมีการกระทำความผิด แต่มิได้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บุคคลที่ถูกกระทำจะฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำมิได้ (มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ความเสียหายอันเป็นองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน อาจเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงินก็ได้ เช่น ค่ารักษาพยาบาลย่อมคำนวณเป็นตัวเงินได้แน่นอน และนอกจากความเสียหายแน่นอนที่เกิดขึ้นในปัจจุบันแล้ว ยังรวมถึงความเสียหายแน่นอนที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย ไม่ว่า

<sup>29</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 237 - 239.

<sup>30</sup> การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ตรงข้อความตาม มาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “...ซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหาย...” แสดงความหมายชัดเจนว่า ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผล คือ ความเสียหายแก่ผู้อื่นแต่เพียงอย่างเดียว ต้องเป็นการกระทำโดย “จงใจ” เท่านั้น ไม่เปิดช่องให้แปลความกว้างไปถึงการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ. (ภทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายละเมิด. หน้า 43-44.)

<sup>31</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 228 - 236.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 291 - 300.

ค่าขาดประโยชน์ในการทำมาหาได้ ค่ารักษาพยาบาลที่ต้องจ่ายระหว่างรักษาตัวในปัจจุบัน  
 เรื่อยไปจนกว่าจะหาย ฯลฯ ซึ่งเป็นเรื่องของอนาคต แต่แน่นอนว่าต้องจ่าย ดังนั้นหากเป็น  
 ความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น แต่ยังไม่แน่นอนว่าจะเกิดหรือไม่ ไม่ถือเป็นความเสียหาย<sup>33</sup>  
 นอกจากนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นยังต้องเป็นความเสียหายโดยนิตินัย หมายความว่า กฎหมายรับ  
 รองว่าเป็นความเสียหาย หากเป็นความเสียหายที่กฎหมายไม่รับรอง ความรับผิดชอบในทางละเมิด  
 ก็ไม่อาจเกิดขึ้น และเรียกค่าสินไหมทดแทนใด ๆ ไม่ได้ ความเสียหายที่กฎหมายไม่รับรองมี  
 สองกรณี กรณีแรกเมื่อผู้เสียหายยินยอมต่อการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน จะย้อน  
 กลับมาเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ก่อความเสียหายไม่ได้ ตาม “หลักความยินยอมโดย  
 สมครใจ ไม่ทำให้เป็นละเมิด” กรณีที่สอง เมื่อผู้เสียหายยอมเสี่ยงภัยเข้ารับความเสียหายนั้น  
 เอง หากเกิดความเสียหายขึ้น ไม่ถือเป็นการกระทำละเมิด<sup>34</sup>

### 1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล

หลักเกณฑ์ประการสุดท้ายของความรับผิดชอบในทางละเมิด “ความเสียหาย” (ผล)  
 ที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำ “ความผิด” (เหตุ) จึงจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบใน  
 ทางละเมิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการ  
 กระทำ (causation) หากความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิด หรือ  
 ความเสียหายมิได้เป็นผลมาจากการกระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ  
 ความผิด ความรับผิดชอบในทางละเมิดก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและ  
 ผล จากการศึกษาสามารถสรุปเป็นหลักทฤษฎีทางกฎหมายได้สามทฤษฎีดังนี้

ก. ทฤษฎีเงื่อนไข (the theory of condition หรือ bud for test theory)<sup>35</sup> เป็น  
 ทฤษฎีเดียวกันกับ “ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ” และ “ทฤษฎีผลโดยตรง” อันเป็นทฤษฎีที่ศาล

<sup>33</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง.  
 กรุงเทพฯ : บริษัท ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2530, หน้า 37.

<sup>34</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 248/2523. ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายละเมิด. หน้า 58.

<sup>35</sup> ทฤษฎีนี้ถูกคิดขึ้นโดยนักนิติศาสตร์ชาวออสเตรเลีย ท่าน Glaser และ ชาวเยอรมัน คือ ท่าน Von  
 Buri ในทางประเทศแองโกลอเมริกันเรียก “sine qua non theory.” (Mueller, Gerhard O.W. “Causing Criminal  
 Harm.” In *Criminal Science*. pp. 189-196. Edited by Gerhard O.W. Mueller. London : Sweet & Maxwell  
 limited, 1961, p.189.)

ฎีกาไทยยอมรับและนำมาใช้ในการวินิจฉัยเรื่องสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล<sup>36</sup> หลักของทฤษฎีเงื่อนไข คือ หากไม่มีการกระทำความผิดของจำเลย ผลหรือความเสียหายไม่เกิด ถือว่าผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรง (ตามทฤษฎีเงื่อนไข) มาจากการกระทำความผิดของจำเลย จำเลยต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิดแม้ว่าผลหรือความเสียหายจะเกิดจากการกระทำหรือเหตุอื่นด้วยก็ตาม ในทางตรงกันข้ามหากไม่มีการกระทำความผิดของจำเลย ผลหรือความเสียหายยังเกิดขึ้น จะถือว่าผลหรือความเสียหายเป็นผลโดยตรง (ตามทฤษฎีเงื่อนไข) มาจากการกระทำความผิดของจำเลยไม่ได้ จำเลยจึงไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิด<sup>37</sup> และที่เรียกว่า “ทฤษฎีเท่ากันแห่งเหตุ” เนื่องจากทฤษฎีนี้ถือว่าเหตุทุกเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายมีน้ำหนักเท่ากัน เพราะหากไม่มีเหตุทุกประการประกอบกันแล้ว ความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น กล่าวคือ หากขาดเหตุใดเหตุหนึ่งหรือการกระทำใดการกระทำหนึ่งแล้วความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น ดังนั้น ผู้ก่อเหตุทุกเหตุต้องรับผิดชอบในผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้เสียหายสามารถเรียกให้บุคคลดังกล่าวรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ เพราะถือว่าทุกเหตุหรือทุกการกระทำเป็นต้นเหตุก่อให้เกิดความเสียหาย ทฤษฎีนี้เป็นผลดีกับผู้เสียหาย เพราะมีบุคคลหลายคนเข้ามาเกี่ยวข้องและใครก็ตามที่เข้ามาเกี่ยวข้องในผลของความเสียหายก็ต้องรับผิดชอบทั้งหมด หากสามารถพิสูจน์ได้<sup>38</sup>

ข. ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม (the theory of adequate causation) หรือ “ทฤษฎีที่ถือเอาการเหมาะสมแห่งเหตุเป็นประमाण” หรือ “ทฤษฎีผลธรรมดา”<sup>39</sup> เกิดขึ้นมาเพื่อปรับปรุงแก้ไขทฤษฎีเงื่อนไข<sup>40</sup> ดังจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล หากใช้ทฤษฎีเงื่อนไขแต่เพียงอย่างเดียวอาจทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลทุก

<sup>36</sup> โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1973/2497.

<sup>37</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : บริษัท กรุงสยาม พรินต์ติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2536, หน้า 40. หยุต แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา. พระนคร : โรงพิมพ์วิบูลย์กิจ, 2495, หน้า 44 – 45. เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538, หน้า 209.

<sup>38</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 212.

<sup>39</sup> ทฤษฎีนี้ ถูกคิดค้นขึ้นโดยนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน Professor ของมหาวิทยาลัย Freiburg คือ ท่าน Von Kries.

<sup>40</sup> Mueller, Gerhard O.W. “Causing Criminal Harm.” p. 93.



อย่างที่เกิดขึ้นโดยไม่มีข้อจำกัด<sup>41</sup> ซึ่งความรับผิดชอบในทางละเมิดที่เกิดขึ้น หากเหมาว่าทุกการกระทำมีน้ำหนักเท่ากันหรือเป็นเหตุก่อให้เกิดความเสียหาย ย่อมไม่เป็นธรรมกับผู้กระทำในแต่ละการกระทำหรือในแต่ละเงื่อนไข ดังนั้นควรให้เฉพาะเหตุหรือการกระทำผิดที่คาดหมายหรือเชื่อว่าเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (ที่ถือว่ามีความเหมาะสมในการก่อให้เกิดความเสียหาย) เท่านั้น ที่ผู้ก่อเหตุต้องเป็นผู้รับผิดชอบในผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้น หมายความว่า ในเหตุทุกเหตุที่ก่อให้เกิดผลขึ้น เฉพาะแต่เหตุที่ผู้กระทำคาดหมายหรือควรคาดหมายได้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายเท่านั้นที่เป็น “เหตุที่เหมาะสม” ในการก่อความเสียหาย ที่ผู้กระทำต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิด ด้วยเหตุนี้ตามทฤษฎีนี้จึงถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลต้องเหมาะสมหรือเพียงพอ (adequate) หรือ เหตุนั้นต้องเหมาะสมหรือเพียงพอที่จะก่อให้เกิดผลเช่นนั้นด้วยจึงจะเกิดความรับผิดชอบในทางละเมิด หากเหตุไม่เหมาะสมที่จะก่อให้เกิดผลเช่นนั้นจะเกิดความรับผิดชอบในทางละเมิดไม่ได้ ทฤษฎีนี้ให้พิจารณาว่าการกระทำความผิดของผู้กระทำเหมาะสมจะให้เกิดความเสียหายนั้นโดยทั่วไปหรือไม่ หรือพิจารณาว่าการกระทำความผิดและความเสียหายนั้นมีความเกี่ยวพันกันพอสมควรหรือไม่ (reasonable connection)<sup>42</sup> หากการกระทำความผิดเหมาะสมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายนั้นโดยทั่วไปหรือมีความเกี่ยวพันกับความเสียหายพอสมควร ความรับผิดชอบในทางละเมิดจะเกิดขึ้น แต่หากการกระทำผิดไม่เหมาะสมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายนั้นโดยทั่วไปหรือไม่มีความเกี่ยวพันกับความเสียหายพอสมควร ความรับผิดชอบในทางละเมิดก็จะเกิดขึ้นไม่ได้ เพราะฉะนั้นหากมีเหตุแทรกแซงหรือเหตุสอดแทรกที่ผู้กระทำผิดไม่สามารถคาดหมายได้เกิดขึ้น จนก่อให้เกิดผลหรือความเสียหายเช่นนั้น ความรับผิดชอบในทางละเมิดจะไม่เกิดขึ้น เพราะเหตุแทรกแซงดังกล่าวมาตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลให้ขาดลง หมายความว่า ในบรรดาเหตุหรือการกระทำผิดทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลหรือความเสียหายขึ้น ผู้ที่ต้องรับผิดชอบคือผู้ที่กระทำเหตุหรือการกระทำผิดที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลหรือความเสียหายเช่นนั้น ยกตัวอย่างเช่น ก. เคาะสีรยะ ข. เบา ๆ แต่ ข. มีกะโหลกสีรยะที่บางเป็นพิเศษ ข. จึงตาย เช่นนี้ในทางละเมิด ก. ไม่ต้องมีความรับผิดชอบหากยึดหลักตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม แต่หากยึดหลักตามทฤษฎีเงื่อนไข ก. ต้องรับผิดชอบ ในกรณีนี้เหตุแทรกแซง คือ ข. มีกะโหลกสีรยะที่บางเป็นพิเศษ ซึ่ง ก. ไม่

<sup>41</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 41. เก็บรคิขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 218.

<sup>42</sup> เรื่องเดียวกัน.

สามารถคาดหมายได้ จึงมาตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลให้ขาดลง<sup>43</sup> และ ความคาดหมายได้หรือไม่ถึงเหตุแทรกแซงดังกล่าว ต้องเปรียบเทียบกับวิญญูชนที่อยู่ในวิสัยและ พฤติกรรมเดียวกันกับผู้ก่อความเสียหาย หากวิญญูชนสามารถคาดหมายได้ถึงเหตุแทรกแซง ดังกล่าว แสดงว่าความเสียหายเป็นผลธรรมดาที่ต้องเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของผู้ก่อ ความเสียหาย ความรับผิดชอบในทางละเมิดก็เกิดขึ้น และผลธรรมดา คือ ผลที่วิญญูชนคาดเห็น (foresee) อันเป็นผลตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม หรือเป็นผลที่ผู้กระทำสามารถคาดเห็นความ เป็นไปได้ของผลนั้นว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนเอง<sup>44</sup>

**ค. ทฤษฎีผลโดยตรงไม่ไกลไปกว่าเหตุ** เป็นทฤษฎีตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย ที่นำทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมมาใช้ผสมผสานกัน ในชั้นแรกจะใช้ ทฤษฎีเงื่อนไขก่อนในตอนต้น ดูเหตุทุกเหตุที่เกี่ยวข้องให้รับผิดชอบไปตลอดสายก่อน หากไม่มี การกระทำใดความเสียหายไม่เกิด ผู้กระทำการนั้นต้องมีความรับผิดชอบ แม้ความเสียหายเกิดขึ้น จากการกระทำของบุคคลอื่นด้วยก็ตาม หลังจากนั้นจึงนำทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมมาใช้ใน ตอนปลาย โดยพิจารณาในแต่ละเหตุว่าเหตุใดที่ผู้กระทำคาดเห็นหรือควรคาดเห็นว่าการ กระทำของตนอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น เฉพาะแต่เหตุนั้นเท่านั้นที่ผู้กระทำต้องมีความ รับผิดชอบในทางละเมิด เหตุใดที่ผู้กระทำคาดเห็นไม่ได้ก็ตัดออกไป อันเป็นการมองย้อนไปใน เหตุทุกเหตุที่ก่อให้เกิดผล และหากเหตุใดไกลกว่าเหตุหรือคาดหมายไม่ได้หรือมีเหตุแทรก แสงมาตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลให้ขาดลง<sup>45</sup> ศาลจะตัดเหตุนั้นทิ้งไป จน เหลือแต่เหตุที่เหมาะสมเท่านั้น ตามความจริงทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมมิได้ เป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่ศาลไทยนำทั้งสองทฤษฎีมาผสมผสานกันเพื่อใช้ในการ พิจารณาหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในทางละเมิดประการสุดท้าย<sup>46</sup> เพราะเห็นว่าหากใช้แต่เพียง ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งอาจก่อความไม่ยุติธรรมแก่คู่กรณีเพราะทั้งสองทฤษฎีต่างมีข้อเสียในตัว

<sup>43</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 212.

<sup>44</sup> Mueller, Gerhard O.W. "Causing Criminal Harm." p. 196.

<sup>45</sup> หมายความว่า หากมีเหตุอื่นเข้ามาสอดแทรก จนกระทั่งผู้ก่อความเสียหายไม่สามารถคาดหมายได้ว่า การกระทำของตนจะก่อความเสียหายเช่นนั้นขึ้น หรือ จนกระทั่งการกระทำ (เหตุ) ของผู้ก่อความเสียหายหมด ความสำคัญลง ผู้กระทำเหตุนั้นก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบ.

<sup>46</sup> โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 981/2531 (ประชุมใหญ่) อันเป็นการยืนยันหลักของศาลไทย. (เจริญ ภัทธีรานกุล. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 981/2531 (ประชุมใหญ่). หน้า 316.)

เอง ทฤษฎีเงื่อนไขมีข้อเสียที่ผลกระทบความรับผิดชอบเกินกว่าความเป็นจริง ไม่ยุติธรรมต่อผู้กระทำ เพราะบางกรณีอาจมีเหตุอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่าและเป็นต้นเหตุให้เกิดผลซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจน หากถือว่าทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันอาจทำให้ผู้กระทำเหตุอื่นต้องรับผิดชอบเกินกว่าความเป็นจริง ส่วนทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมมีข้อเสียที่อาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการชดเชยเยียวยาสำหรับความเสียหายที่ได้รับ เพราะถือว่าการกระทำเฉพาะที่เป็นเหตุอันเหมาะสมที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้นเท่านั้นที่ผู้กระทำต้องเกิดความรับผิดชอบในทางละเมิด จึงเท่ากับเป็นการผลกระทบให้แก่ผู้เสียหายที่มีได้มีส่วนผิด ต้องรับเอาความเสียหายนั้นไว้อย่างไม่ยุติธรรม<sup>47</sup>

ความรับผิดชอบในทางละเมิด เป็นหนี้หรือความรับผิดชอบในทางแพ่งชนิดที่เกิดโดยนิติเหตุ เกิดจากการที่บุคคลฝ่าฝืนหน้าที่ประการหนึ่งหรือหลายประการที่เกิดขึ้น โดยกฎหมายให้ต้องมีต่อบุคคลอื่นทั่วไปในสังคม และหากการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหาย บุคคลผู้กระทำการฝ่าฝืนต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งความรับผิดชอบในทางละเมิดจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการกระทำความผิดของผู้มีความรับผิดชอบ (เหตุ) และการกระทำความผิดดังกล่าวต้องก่อให้เกิดความเสียหาย (ผล) แก่ผู้เสียหาย และความเสียหาย (ผล) ที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำผิด (เหตุ) ของผู้มีความรับผิดชอบ โดยความรับผิดชอบในทางละเมิดมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาให้ผู้เสียหายได้บังคับตามสิทธิของตนต่อผู้ก่อความเสียหาย เป็นการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมให้มากที่สุด

## 2. ลักษณะของความรับผิดชอบในทางสัญญา

ความรับผิดชอบในทางสัญญา มีลักษณะการก่อให้เกิดความรับผิดชอบอยู่ด้วยกันสามประการเช่นเดียวกับความรับผิดชอบในทางละเมิด ประการแรก คือ “ความผิด” เป็นกรณีที่ถูกหน้กระทำการฝ่าฝืนหนี้หรือไม่ชำระหนี้โดยเจ้าหนี้สามารถเอาโทษแก่ลูกหนี้ได้ ประการที่สอง

<sup>47</sup> พจน์ ปุษปาคม. ละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2525, หน้า 231-240. ศักดิ์ สอนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดโรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532, หน้า 63 - 65. สุจิน ชื่อสุวรรณ. ความรับผิดชอบละเมิดของข้าราชการ. วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2532, หน้า 22 - 124. สุรัชย์ ศักดาพลชัย. ความรับผิดชอบในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ : เวชกรรม. วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2536, หน้า 36. สุรศักดิ์ มณีเศียร. ปริมาณของความรับผิดชอบในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2524, หน้า 261-266.

คือ “ความเสียหาย” เป็นกรณีที่ความผิดในประการแรกก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ และประการที่สาม “ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล” คือ ความเสียหายต้องมีความสัมพันธ์หรือเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำผิด<sup>48</sup>

## 2.1 ความผิด

ความผิดอันเป็นองค์ประกอบของความรับผิดในทางสัญญา คือ “การไม่ชำระหนี้ตามสัญญา” การไม่ชำระหนี้ตามสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใดต้องพิจารณาถึงประเภทของหนี้ตามสัญญาว่าเป็นเช่นใด อันได้แก่ หนี้กระทำการ หนี้เว้นกระทำการ ฯลฯ อย่างไรก็ตามจะเกิดเป็นความรับผิดในทางสัญญาได้ต้องมีการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาโดยเจ้าหนี้สามารถเอาโทษแก่ลูกหนี้ได้ก่อน กรณีหนึ่งเว้นกระทำการ การไม่ชำระหนี้ได้แก่การฝ่าฝืนสิ่งที่หนี้ห้ามไว้ เมื่อฝ่าฝืนถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้โดยเจ้าหนี้สามารถเอาโทษแก่ลูกหนี้ได้ ส่วนหนี้กระทำการ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งประเภทของการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาโดยเจ้าหนี้สามารถเอาโทษแก่ลูกหนี้ได้เป็นสองประเภท ประเภทแรก คือ “การไม่ชำระหนี้เนื่องจากการผิดนัดของลูกหนี้” ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า “หนี้ตามสัญญาที่ให้กระทำจนถึงผลสำเร็จ” หรือ “หนี้เกี่ยวกับความสำเร็จ” (*obligation de résultat*) เช่น มาตรา 204 217 และ 218 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับประเภทที่สอง คือ “การไม่ชำระหนี้เนื่องจากลูกหนี้ไม่ใช้ความระมัดระวังในการรักษาทรัพย์” ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า “หนี้ตามสัญญาให้กระทำที่คำนึงถึงการให้ใช้ความระมัดระวังในระดับอันสมควร” หรือ “หนี้เกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวัง” (*obligation de moyen*) ได้แก่ มาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือในเอกเทศสัญญา สัญญาเช่า สัญญายืม สัญญาฝากทรัพย์ เป็นต้น<sup>49</sup>

ก. การไม่ชำระหนี้เนื่องจากการผิดนัดของลูกหนี้ หรือหนี้ตามสัญญาที่ให้กระทำจนถึงผลสำเร็จ เป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องถูกต้องตรงตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตาม มาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกรณีที่ลูกหนี้ผิดหน้าที่เรื่องเวลาการชำระหนี้ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ความเสียหายที่เจ้าหนี้เรียกร้องได้

<sup>48</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 54, 55.

<sup>49</sup> เรื่องเดียวกัน. โสภณ รัตนานกร. หนี้. หน้า 94, 129, 130, 144. คาราพร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดทางสัญญา.” หน้า 372 - 374. จี๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 414. Nicholas, Barry. *The French Law of Contract*. Second Edition. New York : Oxford University Press, 1992, pp. 50 - 56, 200 - 202.

เกิดจากความล่าช้าในการชำระหนี้ของลูกหนี้ กล่าวคือ หนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้า<sup>50</sup> แต่การล่าช้าแห่งการชำระหนี้และก่อให้เกิดความเสียหายเพียงเท่านั้นยังไม่ก่อให้เกิดลูกหนี้มีความรับผิดในทางสัญญาต่อเจ้าหนี้ ลูกหนี้จะมีความรับผิดในทางสัญญาต่อเจ้าหนี้ฐานชำระหนี้ล่าช้าต่อเมื่อลูกหนี้ผิดนัด (en demeure หรือ in default) เพราะผู้ร่างกฎหมายมีแนวความคิดว่า เพื่อให้เห็นว่าลูกหนี้ล่าช้าในการชำระหนี้เป็นประจักษ์แจ้ง จึงจำเป็นต้องมีข้อที่เรียกกันว่าผิดนัดด้วย<sup>51</sup>

การผิดนัดมีหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ หนี้ต้องถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้ได้เตือนลูกหนี้ให้ชำระหนี้ และ ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หลังจากที่เจ้าหนี้ได้เตือนแล้ว ทว่าเจ้าหนี้ได้เตือนลูกหนี้ให้ชำระหนี้ นั้น ไม่มีแบบพิเศษใด ๆ เป็นเพียงการแจ้งให้ลูกหนี้รู้ว่าหนี้ถึงกำหนดชำระ การแจ้งจะเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวโดยวาจา หรือแสดงอาการปฏิกิริยาอย่างอื่นที่ทำให้ลูกหนี้รู้ว่าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วก็ได้ แต่หากได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทินและลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนด กรณีเช่นนี้กฎหมายถือว่าลูกหนี้ผิดนัดโดยเจ้าหนี้ไม่ต้องให้คำเตือนแก่ลูกหนี้เลย เพราะถือว่าลูกหนี้ทราบกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้อยู่แล้ว แต่หากตกลงกันว่าหนี้ถึงกำหนดชำระต่อเมื่อมีการบอกกล่าวล่วงหน้าให้ชำระหนี้ตามเวลามีกำหนดและเป็นเวลาที่อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินในกรณีนี้หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามเวลาดังกล่าวถือว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด<sup>52</sup>

หลักเกณฑ์ มาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังกล่าวมีข้อยกเว้นอยู่สองประการ ที่ทำให้ลูกหนี้ไม่ผิดนัด ประการแรก หากการชำระหนี้มิได้กระทำลงเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบจะถือว่าลูกหนี้ผิดนัดไม่ได้ ตาม มาตรา 205 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ก. อยู่ลำพูน ยืมรถจากนาย ข. ซึ่งอยู่กรุงเทพฯ มาใช้ และตกลงว่าจะนำส่งรถคืนที่บ้านของ ข. ภายในวันที่ 5 กรกฎาคม 2515 ครั้นใกล้จะถึงกำหนดฝนตกใหญ่ทำให้การคมนาคมระหว่างลำพูนกับกรุงเทพฯ ติดขัด ดังนี้ เมื่อ ก. ไม่ส่งรถคืน ข. ภายในกำหนดจะเรียกว่า ก. ผิดนัดไม่ได้ ซึ่งกรณีตามมาตรา 205 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีลักษณะอย่างเดียวกันกับการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยตาม มาตรา 219 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่วางหลักให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ ผิดกัน

<sup>50</sup> โสภณ รัตนกร. หนี้. หน้า 138.

<sup>51</sup> จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 414.

<sup>52</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 417, 418.

แต่ว่า มาตรา 205 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่าลูกหนี้ไม่ผิดนัดเท่านั้น แต่ลูกหนี้ยังคงต้องชำระหนี้ต่อไปในภายหลัง ส่วน มาตรา 219 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่าลูกหนี้ผิดนัด แต่ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิด<sup>53</sup> สำหรับข้อยกเว้นในประการที่สอง เป็นกรณีเจ้าหนี้ผิดนัด ซึ่งมีอยู่สองกรณีด้วยกัน กรณีแรก เป็นกรณีที่ลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว แต่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ กรณีนี้ มาตรา 207 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่าเจ้าหนี้เป็นฝ่ายผิดนัด ผลคือสำหรับหนี้เงินที่ลูกหนี้ต้องเสียดอกเบี้ย มาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า จะคิดดอกเบี้ยในระหว่างที่เจ้าหนี้ผิดนัดไม่ได้ ส่วนหนี้อันมีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้ตาม มาตรา 195 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อเจ้าหนี้ผิดนัด ลูกหนี้อย่อมมีสิทธิจัดการวางทรัพย์ได้ ณ สำนักงานวางทรัพย์ตาม มาตรา 330 ถึง 333 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ที่ตนเป็นลูกหนี้ และการที่ลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบที่เจ้าหนี้ไม่มีมูลจะอ้างปฏิเสธนี้ มาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า นับแต่เวลานั้นบรรดาความรับผิดอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้เป็นอันปลดเปลื้องไป กรณีที่สอง เป็นเรื่องที่ทั้งสองฝ่ายเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกันที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน ที่ทำให้คู่สัญญาต่างฝ่ายเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกัน เมื่อฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ของตนอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิไม่ชำระหนี้บ้าง จะถือว่าฝ่ายหลังผิดนัดไม่ได้ ดังที่มาตรา 369 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้สิทธิไว้ว่า “ในสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้ก็ได้” อันเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาต่างตอบแทนแต่ไม่ถือว่าลูกหนี้ผิดนัดเพราะลูกหนี้มีสิทธิ เนื่องจากเจ้าหนี้เป็นฝ่ายผิดนัดเองโดยไม่ชำระหนี้ที่มีหน้าที่ต้องชำระตามสัญญาต่างตอบแทน ด้วยเหตุนี้ แม้เจ้าหนี้เตรียมพร้อมรับชำระหนี้ตามที่ลูกหนี้ขอปฏิบัติแล้ว หากไม่เสนอทำการชำระหนี้ตอบแทน เจ้าหนี้เป็นอันได้ชื่อว่าผิดนัดตาม มาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้กรณีที่เจ้าหนี้ต้องทำการอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนตาม มาตรา 208 และ 209 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ไม่ใช่กรณีที่เจ้าหนี้ต้องชำระหนี้ตอบแทนตาม มาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากเจ้า

<sup>53</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 418 - 421.

หนี้ไม่กระทำการที่ต้องทำ ก็เป็นเหตุที่ลูกหนี้ไม่คิดนัดในการไม่ชำระหนี้หรือขอปฏิบัติการชำระหนี้เช่นกัน<sup>54</sup>

อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นแม่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ แต่ไม่ถือว่าเป็นเจ้าหนี้ผิดนัด คือกรณีใน มาตรา 211 และ 212<sup>55</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4/2524 1142/2527 และ 1253/2530<sup>56</sup>

**ข. การไม่ชำระหนี้เนื่องจากลูกหนี้ไม่ใช้ความระมัดระวังในการรักษาทรัพย์**  
หรือหนี้ตามสัญญาให้กระทำที่คำนึงถึงการให้ใช้ความระมัดระวังและความเอาใจใส่ในระดับอันสมควร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้ที่คำนึงถึงการให้ใช้ความระมัดระวังเห็นได้จากบทบัญญัติในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ เช่น ตาม มาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือตามบทบัญญัติบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ในสัญญาลักษณะต่าง ๆ ได้แก่ สัญญาเช่า สัญญาซื้อ และสัญญาฝากทรัพย์ เป็นต้น<sup>57</sup> ปกติทั่วไปกฎหมายจะวางระดับความระมัดระวังไว้ในระดับของวิญญูชน ได้แก่ มาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่วางหลักไว้ว่าลูกหนี้ต้องใช้ความระมัดระวังในการรักษาทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้ด้วยความระมัดระวังอย่างวิญญูชนพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง จนกว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้นั้น เว้นแต่เฉพาะในบางกรณีเท่านั้นที่กฎหมายบัญญัติให้ลูกหนี้ใช้ความระมัดระวังยิ่งหรือหย่อนไปกว่านั้น ได้แก่ มาตรา 398 มาตรา 659 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>54</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>55</sup> มาตรา 211 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ในเวลาทีลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้นั้นก็ดี หรือในเวลาทีกำหนดไว้ให้เจ้าหนี้ทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยกรณีทีบัญญัติไว้ในมาตรา 209 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นก็ดี ถ้าลูกหนี้มิได้อยู่ในสถานะทีจะสามารถชำระหนี้ได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้ยังหาผิดนัดไม่”

มาตรา 212 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้ามิได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ก็ดี หรือถ้าลูกหนี้มีสิทธิทีจะชำระหนี้ได้ก่อนเวลากำหนดก็ดี การทีเจ้าหนี้มีเหตุขัดข้องชั่วคราวไม่อาจรับชำระหนี้ทีเขาขอปฏิบัติแก่ตนได้นั้น หาทำให้เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดไม่ เว้นแต่ลูกหนี้จะได้บอกกล่าวการชำระหนี้ไว้ล่วงหน้าโดยเวลาอันสมควร”

<sup>56</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้**. หน้า 63.

<sup>57</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญา.” หน้า 372 – 374. จี๊ด เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้**. หน้า 415.

๑๗๙<sup>๕๘</sup> ซึ่งในทางแพ่งมีความระมัดระวังที่ต้องใช้หลายขนาดแตกต่างกัน แล้วแต่ว่ากฎหมายบัญญัติไว้ให้ใช้ความระมัดระวังขนาดใด ได้แก่ ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน หรืออย่างที่เคยประพฤติในกิจการของตนเอง หรืออย่างวิญญูชนในพฤติการณ์เช่นเดียวกันรวมทั้งการใช้ฝีมือพิเศษในกิจการค้าขาย อาชีวะหรือวิชาชีพอย่างเดียวกัน ๑๗๙<sup>๕๙</sup>

ในสมัย Classic ความผิดหรือการไม่ชำระหนี้แบ่งเป็นสามระดับ ระดับแรกเป็นกรณีสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ฝ่ายเดียว เช่น สัญญาฝากทรัพย์ไม่มีบำเหน็จ ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเมื่อเป็นการไม่ชำระหนี้ที่เป็นความผิดอย่างหนักเท่านั้น ดังที่ มาตรา 659 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า “ถ้าการรับฝากทรัพย์เป็นการทำให้เปล่าไม่มีบำเหน็จไซ้ ท่านว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความระมัดระวังสงวนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเหมือนเช่นเคยประพฤติในกิจการของตนเอง” เห็นได้ว่ากฎหมายพิจารณาระดับการไม่ใช้ความระมัดระวังที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ที่ผู้รับฝากต้องรับผิดชอบ เพียงการใช้ความระมัดระวังเสมือนเช่นที่ผู้รับฝากพึงประพฤติสำหรับกิจการของตนเองเท่านั้น ไม่ใช่ระดับการใช้ความระมัดระวังของวิญญูชนทั่วไป ขึ้นอยู่กับว่าผู้รับฝากเป็นคนที่มีความประพฤติเช่นใด เป็นเกณฑ์ ผู้รับฝากจะเกิดความรับผิดชอบต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีได้ใช้ความระมัดระวังเลย ถ้าได้ใช้เพียงเล็กน้อยความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น ดังนี้เกือบเข้าขั้นการจงใจไม่ดูแลรักษาทรัพย์ที่ฝากนั่นเอง สำหรับในระดับที่สอง เป็นกรณีสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ หรือ สัญญาต่างตอบแทน ได้แก่ สัญญาซื้อขาย เป็นต้น ในกรณีนี้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเป็นการไม่ชำระหนี้ที่เป็นความผิดอย่างเบา เช่น การไม่ใช้ความระมัดระวังในระดับของคนทั่วไปหรือวิญญูชนที่พึงใช้หรือสมควรใช้ ส่วนในระดับที่สาม เป็นกรณีของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของลูกหนี้ฝ่ายเดียว ได้แก่ สัญญาฮีม เป็นต้น กรณีนี้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบแม้กระทั่งกรณีการไม่ชำระหนี้ที่เป็นความผิดอย่างเบาบาง หรือ การขาดความระมัดระวังในการชำระหนี้ซึ่งต้องใช้ในระดับที่สูงมาก เมื่อไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยถือว่าเป็นความผิดแล้ว ระดับความรับผิดชอบในระดับที่สามเหมือนกับระดับที่สอง ที่ใช้เกณฑ์การใช้ความ

<sup>๕๘</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 180.

<sup>๕๙</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 180.



ระมัดระวังของวิญญูชนเป็นข้อพิจารณา เช่น มาตรา 323 มาตรา 644 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น<sup>60</sup>

ปัจจุบันความผิดหรือการไม่ชำระหนี้แบ่งเป็นสี่ระดับ ระดับแรก คือ ความผิดที่เป็นกลฉ้อฉล เป็นกรณีที่ลูกหนี้กระทำความผิดโดยจงใจไม่ชำระหนี้ ทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้ กรณีนี้ลูกหนี้ไม่สามารถตกลงจำกัดความรับผิดชอบของตนไว้ล่วงหน้าได้ เนื่องจากมีกฎหมายกำหนดห้ามไว้ตาม มาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะถือว่าการไม่สุจริตของลูกหนี้ ระดับที่สอง คือ ความผิดร้ายแรง เป็นกรณีที่ลูกหนี้มิได้มีความจงใจไม่ชำระหนี้ แต่เป็นกรณีที่ลูกหนี้กระทำการชำระหนี้ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งการกระทำของลูกหนี้หรือผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของลูกหนี้ ไปทำลายส่วนสำคัญของสัญญา และกรณีนี้ลูกหนี้ไม่สามารถตกลงจำกัดความรับผิดชอบของตนไว้ล่วงหน้าได้เช่นกัน ตาม มาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนในระดับที่สาม เป็นความผิดธรรมดา เป็นกรณีการไม่ชำระหนี้ที่ลูกหนี้กระทำลงในหนี้ที่ลูกหนี้สามารถทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้ได้ และ ในระดับที่สี่อันเป็นระดับสุดท้าย ความผิดที่ยกโทษไม่ได้ เป็นความผิดที่กำหนดขึ้นมาโดยกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง เช่น กฎหมายรับชน ฯ กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองอุบัติเหตุอันเกิดจากการทำงานของลูกจ้าง ฯ เป็นต้น<sup>61</sup>

## 2.2 ความเสียหาย

ความรับผิดชอบทางสัญญาจะเกิดผลบังคับแก่ลูกหนี้ได้ต่อเมื่อ การไม่ชำระหนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้มีการไม่ชำระหนี้โดยสามารถเอาโทษแก่ลูกหนี้ได้ แต่หากมิได้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนมิได้ เนื่องจาก มาตรา 222 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ว่า “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้” แสดงให้เห็นว่าการเรียกให้มีความรับผิดชอบในทางสัญญาได้แก่การเรียกค่าสินไหมทดแทน “เพื่อความเสียหาย” เช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การ

<sup>60</sup> คาราทพร ภิระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญา.” หน้า 374, 375.

<sup>61</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 375.

ไม่ชำระหนี้ ดังนั้นหากไม่มีความเสียหายจะเกิดความรับผิดในทางสัญญาไม่ได้<sup>62</sup> ดังที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2485 ได้วินิจฉัยไว้ว่า “ในสัญญาซื้อขายกระสอบ จำเลยผู้ขายผิดนัดโดยส่งมอบกระสอบให้โจทก์ล่าช้าไป แต่ปรากฏว่าขณะจำเลยผู้ขายผิดนัดไม่ส่งกระสอบนั้นราคากระสอบในตลาดกลับต่ำกว่าราคากระสอบที่กำหนดในสัญญาซื้อขาย ดังนั้น การส่งมอบกระสอบล่าช้าไม่ทำให้โจทก์ผู้ซื้อเสียหาย จำเลยผู้ขายจึงไม่มีความรับผิด”<sup>63</sup>

ความเสียหาย หมายถึง ความสูญเสียหรือผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิ หรือชื่อเสียงของบุคคล ฯลฯ ในกรณีนี้เงินอันมีวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งเป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นเงินตรา เมื่อมีการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับอันเนื่องมาจากการผิดนัดล่าช้าจะเป็นดอกเบี้ยอันเป็นดอกเบี้ยนิติบัญญัติ เกิดจากการที่ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ตรงเวลาที่กำหนดตาม มาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดอกเบี้ยผิดนัดเป็นความเสียหายที่กฎหมายกำหนดให้เอง โดยเจ้าหนี้ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายในส่วนนี้ที่จะเริ่มนับตั้งแต่วันผิดนัดหรือวันที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้เงินนั้นแล้วไม่ชำระเป็นต้นไป นอกจากหนี้เงิน โดยตรงแล้วยังมีหนี้เงินที่มาจากค่าสินไหมทดแทนที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตาม มาตรา 225 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีก ที่กฎหมายได้กำหนดหลักไว้เช่นเดียวกับหนี้เงินโดยตรง อัตราดอกเบี้ยตาม มาตรา 224, 225 และ มาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นอัตราตามกฎหมาย แต่เจ้าหนี้อาจพิสูจน์ถึงความเสียหายอย่างอื่นที่มีอยู่นอกเหนือกว่านั้นได้อีกตาม มาตรา 224 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากอัตราดอกเบี้ยตามกฎหมายมิใช่บทบัญญัติกฎหมายที่เป็นบทบังคับ คู่กรณีสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ ตามมาตรา 224 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>64</sup>

ความเสียหายที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาได้ต้องมีลักษณะประกอบกันสองประการ ในประการแรกต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะที่แน่นอน เห็นได้จากหลักใน มาตรา 222 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้นได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้” หมายความว่า ความเสียหายที่เจ้าหนี้เรียกร้องให้ลูกหนี้ชดเชยต้องเป็นความเสียหายที่

<sup>62</sup> เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505, หน้า 646, 647.

<sup>63</sup> นอกจากนี้ยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 458 – 459/2524.

<sup>64</sup> โสภณ รัตนกร. หนี้. หน้า 140, 144, 164. คาราวร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดทางสัญญา.” หน้า 379, 380.

ใคร ๆ ต้องรู้ เพราะเกิดขึ้นตามปกติเมื่อไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา อันเป็นความเสียหายที่ทุกคนอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้หรือไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา เช่น ในกรณีผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย ค่าเสียหายที่ผู้ซื้อสามารถเรียกได้คือ ราคาที่ผู้ซื้อต้องจ่ายสูงขึ้นในการซื้อทรัพย์สินจากที่อื่น<sup>65</sup> รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นอันเกิดขึ้นเนื่องมาจากการดังกล่าวด้วย หรือในกรณีที่ผู้เช่าไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าคืนหลังจากเลิกสัญญาเช่าแล้วแน่นอนว่า ผู้ให้เช่าเรียกค่าเสียหายได้เท่ากับค่าเช่า<sup>66</sup> เป็นต้น<sup>67</sup> สำหรับลักษณะของความเสียหายในประการที่สอง ต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรอง ได้แก่ ความเสียหายในทางทรัพย์สินเงินทอง ความเสียหายแก่ร่างกายอนามัย เช่น มาตรา 634 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ชนส่งต้องรับผิดชอบต่อคนโดยสารในความเสียหายอันเกิดแก่ตัวผู้โดยสาร เป็นต้น<sup>68</sup> ส่วนความเสียหายที่กฎหมายไม่รับรองนั้น ได้แก่ ค่าเสียหายทางจิตใจ (damages moral) เพราะสัญญามิได้มีวัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองประโยชน์ทางด้านจิตใจของเจ้าหนี้ ค่าเสียหายทางจิตใจ ได้แก่ ความโศกเศร้าเสียใจ ความเสียหาย ความรู้สึกเสียหน้าอับอาย ฯลฯ ดังจะเห็นได้ว่าเป็นความเสียหายที่มีไว้ในทางตัวเงิน (non pecuniary loss)<sup>69</sup> โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 655/2499 ได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่า โจทก์ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายสำหรับความผิดหวังและเสียใจตลอดจนความขวยเงิน จากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติผิดสัญญา<sup>70</sup>

### 2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล

หลักเกณฑ์ประการสุดท้ายของความรับผิดในทางสัญญา “ความเสียหาย” (ผล) ที่เกิดขึ้น ต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำ “ความผิด” (เหตุ) จึงจะก่อให้เกิดความรับผิดใน

<sup>65</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 47/2489, 1882/2497, 1120/2514, 2101/2514, 2339/2517.

<sup>66</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 47/2489, 1882/2497, 1120/2514, 2101/2514, 2339/2517.

<sup>67</sup> โสภณ รัตนกร. หนี้. หน้า 143 - 146.

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 140.

<sup>69</sup> คาราทพร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดทางสัญญา.” หน้า 377-379.

<sup>70</sup> ในประเทศอังกฤษ (โสภณ รัตนกร. หนี้. หน้า 143.) สหรัฐอเมริกา (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. fourth edition. St. Paul, Minnnesota : West Publishing Company, 1971, p. 620.) เยอรมัน (Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. third edition. New York : Oxford University Press, 1994, pp. 689, 690.) และฝรั่งเศส (Nicholas, Barry. *The French Law of Contract*. p. 227.) กฎหมายลักษณะสัญญาไม่รับรองค่าเสียหายทางจิตเช่นกัน มีกรณีเดียวที่เจ้าหนี้เรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้คือ กรณีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิด (Ibid.)

ทางสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ หากความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำความคิดหรือการไม่ชำระหนี้ ความรับผิดในทางสัญญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้<sup>71</sup> ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) หมายความว่า ความเสียหายต้องเป็นผลโดยตรง (direct consequence) มาจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาและลูกหนี้ต้องคาดเห็นได้ (foreseeable) ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา หรือกล่าวอีกนัยคือ ความเสียหายต้องมีความใกล้ชิดต่อเหตุ (proximate cause) จึงจะเกิดความรับผิดในทางสัญญา อันเป็นหลักเดียวกับความรับผิดในทางละเมิด<sup>72</sup> ตามทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม<sup>73</sup> ดังที่ทฤษฎีเงื่อนไข ถือว่า ผลอันหนึ่งอาจเกิดจากเหตุหลายประการ แต่ละเหตุต่างเป็นเหตุที่จะขาดเสียมิได้ในการก่อให้เกิดผลอันหนึ่งขึ้น หากไม่มีเหตุทุกเหตุประกอบเข้าด้วยกันแล้ว ผลจะไม่เกิด ดังนั้นหากไม่มีเหตุนั้น ผลจะไม่เกิดขึ้น ถือว่าผลเกิดจากเหตุนั้น ส่วนทฤษฎีเหตุเหมาะสม ถือว่า เหตุที่ตามปกติหรือเหมาะสมย่อมก่อให้เกิดผลเช่นว่านั้นเท่านั้น ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ<sup>74</sup>

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทฤษฎีทั้งสองทฤษฎี ดังกล่าวปรากฏอยู่ใน มาตรา 222 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่ เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติ ย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้” ถ้อยคำที่ว่า “...ความเสียหาย...ย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้...” หมายความว่า ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้เท่านั้น หรือความเสียหายต้องเป็นผลโดยตรง (ตามทฤษฎีเงื่อนไข) มาจากการไม่ชำระหนี้ และ ถ้อยคำที่ว่า “...ความเสียหายเช่นที่ตามปกติ ย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้...” หมายความว่า ต้องเป็นความเสียหายตามปกติธรรมดาที่

<sup>71</sup> โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 655/2499.

<sup>72</sup> โสภณ รัตนากร. หนี้. หน้า 143-157. จิต เศรษฐบุตร์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 68. อนันต์ จันทร์โอภากร. “การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการผิดสัญญา : ศึกษาในเชิงเศรษฐศาสตร์ประยุกต์.” วารสารนิติศาสตร์. 17. มิถุนายน 2530. หน้า 1-10.

<sup>73</sup> โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อที่ 1.3 บทเดียวกัน.

<sup>74</sup> กฎหมายของประเทศ ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ก็ถือหลักเช่นเดียวกันนี้ (Nicholas, Barry. *The French Law of Contract*. pp. 225-229. Cohn, E.J. *Manual of German Law* vol. 1. Second Edition. London : Oceana Publications, 1968, p. 105. จิตติ ดิงศภัทย์. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. หน้า 212, 214, 218. โสภณ รัตนากร. หนี้. หน้า 147, 148.)

ใคร ๆ ก็ทราบหรือคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ หรือต้องเป็นความเสียหายที่ลูกหนี้สามารถคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา และความเสียหายที่ลูกหนี้คาดหมายได้นั้น ก็เป็นผลมาจากการกระทำผิดสัญญาตามทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมนั่นเอง<sup>75</sup> (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 552/2525, 1599/2527.)<sup>76</sup>

ความรับผิดในทางสัญญา คือ หนี้หรือความรับผิดในทางแพ่งชนิดที่เกิดโดยนิติกรรม เกิดจากการที่บุคคลฝ่าฝืนหน้าที่ประการหนึ่งหรือหลายประการ ที่เกิดขึ้นโดยสัญญาให้ต้องมีต่อบุคคลโดยเฉพาะที่ระบุไว้ในสัญญา เป็นหน้าที่ที่บุคคลดังกล่าวก่อขึ้นเองด้วยความสมัครใจ และหากการฝ่าฝืนหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้กระทำการฝ่าฝืนต้องรับผิดชอบบังคับชำระหนี้และชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งความรับผิดทางสัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการกระทำ ความผิด (เหตุ) และเกิดความเสียหาย (ผล) แก่ผู้เสียหาย ทั้งความเสียหาย (ผล) ที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำผิด (เหตุ) ความรับผิดในทางสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้โดยทำให้เจ้าหนี้ได้รับเท่ากับชำระหนี้ตามสัญญาที่ได้ตกลงไว้เสมือนกับมีการชำระหนี้โดยสมัครใจของลูกหนี้ (หรือการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง) และเพื่อการชดเชยค่าเสียหาย

ท้ายที่สุดจะเห็นว่า ความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดต่างเป็นความรับผิดในทางแพ่ง มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายในมูลหนี้ มีองค์ประกอบในการก่อให้เกิดความรับผิดเหมือนกัน คือ ต้องมีการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และความเสียหายที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิด ในขณะที่ความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด มีลักษณะที่แตกต่างกันเพียงประการเดียวในส่วนที่เกี่ยวกับที่มาแห่งหน้าที่อันก่อให้เกิดความรับผิด กล่าวคือ หน้าที่อันก่อให้เกิดความรับผิดในทางสัญญาเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจของคู่สัญญา แต่หน้าที่อันก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนด

<sup>75</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 148 - 152. คาราวร ธิระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดทางสัญญา.” หน้า 378, 379.

<sup>76</sup> ตามกฎหมายฝรั่งเศส (Nicholas, Barry. *The French Law of Contract*. pp. 224 – 226, 228- 231.) เฮอร์มัน (Mueller, Gerhard O.W. “Causing Criminal Harm.” pp. 189, 196. Cohn, E.J. *Manual of German Law* vol. 1. p. 120.) อังกฤษ คีนาทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมมาใช้ในกฎหมายลักษณะสัญญา เช่นกัน (จิตติ คิงส์กิตย์. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. หน้า 214, 215. โสภณ รัตนากร. *หนี้*. หน้า 147, 148.)

### บทที่ 3

#### การฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด

เมื่อมีการกระทำที่เข้าหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด กล่าวคือ มีการกระทำความผิด ความเสียหาย ทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นยังมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิด ตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (causation) การที่คู่ความจะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาหรือความรับผิดในทางละเมิดนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ทั้งทางกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ หลักเกณฑ์ตามกฎหมายสารบัญญัติหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่องของการบัญญัติรับรองสิทธิและหน้าที่ของคู่ความโดยกฎหมาย ส่วนหลักเกณฑ์ตามกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นหลักเกณฑ์อันว่าด้วยการฟ้องคดีและการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล เพื่อการบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติให้มีผลบังคับได้อย่างจริงจังและเป็นรูปธรรม ดังนั้น การฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดจึงจำเป็นที่คู่ความต้องนำหลักเกณฑ์ทั้งทางกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติมาใช้ประกอบกัน ซึ่งการดำเนินคดีแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดเกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติดังนี้

#### 1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการโต้แย้งสิทธิหรืออำนาจฟ้องของโจทก์ตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้” บทบัญญัติมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการฟ้องคดีแพ่งต่อศาล ซึ่งการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดก็อยู่ในหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นบทบัญญัติที่วางหลักอันว่าด้วยกรณีที่สามารถ

ฟ้องคดีต่อศาลได้ ในทางปฏิบัติเรียกว่าบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการโต้แย้งสิทธิ หรือบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องอำนาจฟ้อง โดยมีหลักเกณฑ์สำคัญที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีแพ่งในเรื่องการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดดังนี้

### 1.1 ต้องเป็นบุคคล

คุณสมบัติหรือสภาพของบุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีหรือบุคคลที่อาจฟ้องหรือถูกฟ้องคดีต่อศาลต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยบุคคลธรรมดานั้น สภาพบุคคลเริ่มแต่เมื่อคลอดและมีชีวิตอยู่รอดเป็นทารกจนเมื่อตายจึงเป็นอันสิ้นสภาพบุคคล<sup>1</sup> ส่วนนิติบุคคลต้องมีกฎหมายรับรองให้มีสภาพเป็นนิติบุคคลจึงจะถือเป็นบุคคลตามกฎหมาย<sup>2</sup> ตัวอย่างของนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ บริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล มูลนิธิ สมาคม เป็นต้น ส่วนนิติบุคคลอื่น ๆ นอกจากนี้อาจมีกฎหมายหรือพระราชบัญญัติพิเศษจัดตั้งให้เป็นนิติบุคคล ดังนั้นเมื่อมีสภาพบุคคลย่อมก่อให้เกิดอำนาจในการฟ้องคดีเป็น โจทก์หรือถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลได้<sup>3</sup> และนิติบุคคลที่อาจฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาลได้นั้น ไม่จำกัดเฉพาะนิติบุคคลตามกฎหมายไทย แม้เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศก็อาจฟ้องคดีหรือถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่เป็นชาวต่างชาติอาจฟ้องคดีหรือถูกฟ้องเป็นคดีในศาลไทยได้

นอกจากนี้บุคคลที่เป็นคู่ความในคดีอาจเป็นบุคคลตามที่กฎหมายกำหนด และจะเป็นใครนั้นต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ตามมาตรา 22 และ มาตรา 140 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 การฟ้องหรือต่อสู้คดีแพ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคลล้มละลายหรือบุคคลที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์เด็ดขาดต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เท่านั้น ตำแหน่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ใช่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใดโดยตรง เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถฟ้องหรือต่อสู้คดีแพ่งอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคลล้มละลายหรือบุคคลที่ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์เด็ดขาด แทนบุคคลล้มละลายหรือบุคคลที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์เด็ดขาดได้โดยไม่ต้องระบุว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ชื่ออะไร เพราะเป็นการฟ้องโดย

<sup>1</sup> มาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

<sup>2</sup> มาตรา 65 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

<sup>3</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3621/2536.

ตำแหน่ง ซึ่งในทางกฎหมายเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ว่าโยกย้ายไปไหนผู้มารับหน้าที่แทนในตำแหน่งนั้นย่อมมีอำนาจฟ้องคดีแทนได้ เป็นต้น

บางกรณีแม้เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่อาจมีข้อห้ามตามกฎหมายทำให้ไม่สามารถเป็นคู่ความในคดีได้ เช่น ในคดีอุทวมตาม มาตรา 1562 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรืออาญามีได้...”<sup>4</sup> หรือกรณีของบุคคลผู้ถูกศาลสั่งพิทักษ์เด็ดขาดหรือบุคคลล้มละลายที่ไม่อาจฟ้องหรือต่อสู้คดีใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของตนเองได้ตาม มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 เนื่องจากรับอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุคคลนั้นตกอยู่แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่เพียงผู้เดียว หรือกรณีของบุคคลผู้ได้รับเอกสิทธิและความคุ้มครองทางการทูตตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1961 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญานี้ และได้ตรากฎหมายขึ้นตามที่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 ที่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ให้บุคคลตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายได้รับเอกสิทธิไม่อาจถูกฟ้องร้องในศาลไทยทั้งทางคดีแพ่งและคดีอาญา เป็นต้น<sup>6</sup>

## 1.2 บุคคลเสนอคดีแพ่งต่อศาลได้ 2 กรณี

ตามกฎหมายแพ่งบุคคลอาจเสนอคดีแพ่งต่อศาลได้สองกรณี กล่าวคือ กรณีที่ต้องใช้สิทธิทางศาล และกรณีที่ถูกต้องแย้งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง ดังจะได้นำเสนอเป็นลำดับไปดังนี้

**1.2.1 กรณีต้องใช้สิทธิทางศาล** เป็นกรณีที่บุคคลมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ศาลแสดงสิทธิของตน แม้ไม่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นกับบุคคลอื่นก็มีสิทธิร้องขอต่อศาลได้ การดำเนินคดีต้องทำเป็นคำร้องขอเป็นคดีไม่มีข้อพิพาทเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งรับรองสิทธิ ไม่ใช่ขอตั้งสิทธิ โดยต้องมีกฎหมายสารบัญญัติรับรองสิทธิไว้ เช่น การร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้จัดการมรดก การร้องขอให้ศาลแต่งตั้งเป็นผู้อนุบาลของผู้ไร้ความสามารถ

<sup>4</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 227/2532.

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3625/2527, 249582533.

<sup>6</sup> พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพฯ : บริษัท กรุงเทพมหานคร พรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2537, หน้า 5 – 9. มาโนช จรมาศ. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2522 ว่าด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 - 2. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2523, หน้า 7 – 9.



หรือผู้พิทักษ์ของผู้เสมือนไร้ความสามารถ หรือการร้องขอให้ศาลสั่งให้บุคคลใดเป็นคนไร้ความสามารถ การร้องขอให้ศาลสั่งให้บุคคลใดเป็นบุคคลสาบสูญ เป็นต้น<sup>7</sup>

1.2.2 กรณีมีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง หมายถึง กรณีที่บุคคลฝ่ายหนึ่งอ้างสิทธิเหนือบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งว่า บุคคลฝ่ายหลังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติต่อบุคคลฝ่ายแรก และบุคคลฝ่ายหลังปฏิเสธสิทธิของบุคคลฝ่ายแรกหรือมิฉะนั้นก็กล่าวอ้างสิทธิใหม่ของตนเอง จึงจำเป็นต้องขออำนาจศาลบังคับโดยการฟ้องร้องบุคคลฝ่ายหลังซึ่งถือเป็นผู้โต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่เป็นจำเลยต่อศาล การอ้างสิทธิหรือหน้าที่ดังกล่าวต้องเป็นสิทธิตามกฎหมายแพ่งโดยมีบทบัญญัติในทางสารบัญญัติรับรองสิทธิหน้าที่ดังกล่าวไว้ และการพิจารณาว่ามีข้อโต้แย้งสิทธิหรือไม่ ต้องพิจารณาจากกฎหมายส่วนสารบัญญัติขณะยื่นฟ้องว่า มีการกระทำของจำเลยอันถือเป็นการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ของโจทก์หรือไม่ อันอาจเป็นข้อโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายสารบัญญัติอื่น ๆ ก็ได้ อีกทั้งการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้น ๆ ไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยตนเอง จึงต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล เพื่อให้ศาลชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ การเสนอคดีต่อศาลในกรณีนี้ต้องทำเป็นคำฟ้องคดีมีข้อพิพาท มีโจทก์และจำเลยเป็นคู่ความในคดีอันเป็นกรณีเกิดข้อโต้แย้งระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งการฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิดก็ถือเป็นกรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งเช่นกัน<sup>8</sup>

### 1.3 การฟ้องคดีกรณีผู้หย่อนความสามารถ

มาตรา 56 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “ผู้ไร้ความสามารถหรือผู้ทำการแทนจะเสนอข้อหาต่อศาลหรือดำเนินกระบวนการพิจารณา

<sup>7</sup> คดีไม่มีข้อพิพาทหากมีบุคคลอื่นร้องคัดค้านเข้ามาในคดีจะส่งผลให้คดีกลายเป็นคดีมีข้อพิพาทเสมือนว่าผู้ร้องเริ่มคดีเป็นโจทก์และผู้คัดค้านเป็นจำเลยตาม มาตรา 188 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และบุคคลที่เสนอคดีโดยคำร้องขอนี้ต้องเป็นบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดด้วย เช่น ผู้จัดการมรดกต้องเป็นบุคคลตามที่ มาตรา 1713 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด ฯลฯ

<sup>8</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม จำกัด, 2521, หน้า 7 – 13. อุดม เฟื่องฟูง. “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1.” หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคสองสมัยที่ 47 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 16. สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2537, หน้า 290 – 321.

ใด ๆ ได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสามารถและตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ การให้อนุญาตหรือยินยอมตามบทบัญญัติ เช่นว่านั้น ให้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวน...” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ผู้ที่หย่อนความสามารถตามกฎหมาย อาจเป็น โจทก์ฟ้องคดีหรือถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีได้ แต่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ยกตัวอย่างเช่น ผู้ไร้ความสามารถสามารถดำเนินการฟ้องคดีหรือต่อสู้คดีด้วยตนเองโดยได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้แทนโดยชอบธรรม ความยินยอมที่ทำเป็นหนังสือนี้ลงลายมือชื่อผู้ให้ความยินยอมเพียงฝ่ายเดียวก็เพียงพอ ผู้ไร้ความสามารถไม่ต้องลงชื่อก็ได้ ฯลฯ

จากที่กล่าวมา มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นบทบัญญัติที่สนับสนุนความสำคัญและแสดงให้เห็นถึงความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายฝ่ายสารบัญญัติที่มีบทบาทสำคัญในชั้นพิจารณา<sup>10</sup> โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด การไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการกระทำผิดต่อข้อตกลงหรือสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำไว้และก่อความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสารบัญญัติลักษณะสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกโต้แย้งสิทธิเป็นบุคคลตามกฎหมาย ในอีกด้านหนึ่งกรณีการกระทำละเมิดที่เป็นการกระทำล่วงละเมิดต่อสิทธิของบุคคลอื่นที่กฎหมายกำหนด ถือเป็นการโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่กฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ดังที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 420 ถึง มาตรา 437 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>11</sup> ก่อให้เกิดสิทธิฟ้องร้องผู้กระทำละเมิดได้ตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่นเดียวกัน หากผู้ที่ถูกโต้แย้งสิทธิเป็นบุคคลตาม

<sup>9</sup> พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพฯ : บริษัท กรุงสยาม พรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2537, หน้า 10 – 18. มาโนช จรมาศ. คำสอนชั้นปริญญาตรี ทุทธศักราช 2522 ว่าด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 – 2. หน้า 12 – 17.

<sup>10</sup> แสง สุนทรกะลัมภ์. อรรถาธิบายฟ้องในคดีแพ่งพร้อมด้วยย่อคำพิพากษาฎีกาตั้งแต่ พ.ศ. 2478 ถึง 2506. พระนคร : โรงพิมพ์ไทยสัมพันธ์, 2507, หน้า 2.

<sup>11</sup> วินัย ล้ำเลิศ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2524, หน้า 3 – 5.

กฎหมาย เหตุที่ถือว่าการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดเป็นการโต้แย้งสิทธิของคู่กรณีฝ่ายผู้ได้รับความเสียหาย เพราะ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำใด ๆ ของบุคคลคนหนึ่งที่เป็นเหตุให้ขัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิตามสัญญาหรือสิทธิที่กฎหมายรับรองของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง อันพึงมีพึงได้ตามที่ระบุไว้ในสัญญาที่ทำขึ้นหรือตามกฎหมาย จึงก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องเอาแก่คู่กรณีฝ่ายผู้ก่อความผิดและความเสียหายนั้น<sup>12</sup> ดังจะเห็นได้จากนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 196/2492 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า เมื่อบุคคลสองฝ่ายเข้าทำสัญญากันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต่างฝ่ายต่างดำเนินการตามสิทธิและหน้าที่ของตนอันเกิดจากสัญญานั้นได้ คู่สัญญาจะเกิดสิทธิฟ้องร้องเพื่อบังคับตามสิทธิอันเกิดแต่สัญญานั้นต่อเมื่อมีการกระทำผิดสัญญาหรือที่เรียกว่ามีข้อโต้แย้งสิทธิขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่อันเกิดจากสัญญานั้นตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งจะส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายเกิดสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีเอากับคู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาและก่อความเสียหายได้ และตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 407/2491 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า การที่จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ถือเป็นกรณีที่น่าจะโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โจทก์มีอำนาจฟ้องจำเลยได้

## 2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบรรยายฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในคดีแพ่งการบรรยายคำฟ้องหลักต้องเป็นไปตาม มาตรา 172 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นนั้น” ดังนั้นการบรรยายคำฟ้องคดีแพ่ง หลักคือ “คำฟ้องต้องไม่เคลือบคลุม” ซึ่งหลักดังกล่าวมีรายละเอียดเป็นประการใด และลักษณะของการบรรยายฟ้องที่เคลือบคลุมนี้อาจมีลักษณะเป็นประการใด ผู้เขียนขอนำเสนอเป็นลำดับไปดังนี้

### 2.1 การบรรยายฟ้องต้องไม่เคลือบคลุมตามมาตรา 172 วรรค 2

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า ในคดีแพ่งการบรรยายคำฟ้องหลักต้องเป็นไปตาม มาตรา 172 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ “คำฟ้องต้องไม่เคลือบ

<sup>12</sup> ประพนธ์ ศาตะมาน. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แสงทองการพิมพ์, 2517, หน้า 50.

คลุม” หากคำฟ้องใดที่ไม่มีใจความและเหตุผลแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์ คำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น ถือว่าเป็นฟ้องที่เคลือบคลุม ในส่วนที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด การบรรยายฟ้องหลักต้องเป็นไปตาม มาตรา 172 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่นกัน เมื่อกฎหมายบังคับไว้เช่นนี้ คำฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด จึงต้องให้มีใจความครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ มิฉะนั้นต้องถือว่าเป็นคำฟ้องที่เคลือบคลุม<sup>13</sup> กล่าวโดยละเอียดหลักของมาตรา 172 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คำฟ้องต้องกล่าวถึง สภาพแห่งข้อหา หรือ ข้อเท็จจริงเบื้องต้นก่อน เพื่อให้ศาลทราบว่าโจทก์จำเลยมีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกันอย่างไร เช่น คดีผิดสัญญาต้องบรรยายฟ้องว่าโจทก์จำเลยมีความสัมพันธ์ติดต่อกับขายหรือทำธุรกิจกันอย่างไร และได้ทำสัญญากันไว้อย่างไร เพื่อนำไปสู่เหตุที่ต้องฟ้องร้องกัน หรือคดีละเมิดต้องบรรยายคำฟ้องให้เห็นถึงเหตุที่นำไปสู่การกระทำที่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยว่าเป็นอย่างไร เป็นต้น เมื่อบรรยายปูพื้นฐานข้อเท็จจริงเบื้องต้นแล้ว จึงบรรยายถึงข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา หรือ สิทธิของโจทก์ ว่ามีอยู่อย่างไร เช่น หากเป็นเรื่องผิดสัญญา โจทก์ต้องระบุว่าโจทก์มีสิทธิตามสัญญาประการใดบ้าง หรือหากเป็นเรื่องละเมิดโจทก์ต้องบรรยายว่าโจทก์มีสิทธิตามกฎหมายที่จะไม่ให้จำเลยมากระทำละเมิดสิทธิอย่างไร แล้วจึงบรรยายการกระทำของจำเลยซึ่งโจทก์อ้างเป็นมูลฟ้องร้องว่า จำเลยกระทำผิดสัญญาหรือละเมิดสิทธิของโจทก์เมื่อ วัน เดือน ปี ไດ ด้วยการกระทำอย่างไร ตลอดจนคนตัวบุคคลและสิ่งที่เกี่ยวข้องตามสมควรแก่กรณี ต่อมาจึงบรรยายถึงความเสียหายที่โจทก์ได้รับว่า การกระทำผิดสัญญา หรือการกระทำละเมิดของจำเลยทำให้โจทก์เสียหายอย่างไรบ้าง คิดเป็นเงินเท่าใด และหากเป็นกรณีการกระทำละเมิดต่อร่างกาย ซึ่งโจทก์อาจเรียกค่าเสียหายได้ทั้งในปัจจุบันและอนาคต ต้องบรรยายถึงค่าเสียหายที่โจทก์ต้องเสียความสามารถในการประกอบกิจการงานทั้งในปัจจุบันและอนาคตด้วย หรือความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินแน่นอน เช่น คดีหมิ่นประมาท หรือกรณีค่าเสียหายทางจิตใจ โจทก์ต้องระบุจำนวนเงินที่เรียกร้องมาให้แน่นอน

<sup>13</sup> พิพัฒน์ จักรางกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 121. พิพัฒน์ จักรางกุล. “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2.” หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคสองสมัยที่ 47 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 1. สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ : บริษัทกรุงสยาม พรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2537. หน้า 30, 31.

เพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควร ท้ายที่สุดเมื่อบรรยายรายละเอียดแห่งคำฟ้องดังกล่าวแล้ว โจทก์ยังต้องกล่าวถึงคำขอบังคับหรือความประสงค์ของโจทก์ว่าจะขอให้ศาลพิพากษาว่าอย่างไร โดยบรรยายคำขอดังกล่าวลงในคำขอท้ายคำฟ้อง เช่น ให้จำเลยชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญา ให้เพิกถอนนิติกรรม ให้จำเลยงดเว้นการกระทำอย่างใดซึ่งเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ ให้จำเลยเปิดทางจำเป็นหรือทางภาระจำยอม ให้จำเลยออกจากอสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน โรงเรือน บ้าน ฯลฯ และหากเป็นคำขอให้จำเลยใช้เงินต้องระบุจำนวนเงินมาให้แน่นอน เพื่อประโยชน์ในการคำนวณค่าขึ้นศาลและการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป<sup>14</sup>

## 2.2 การบรรยายฟ้องที่เคลือบคลุมตามมาตรา 172 วรรค 2

คำฟ้องต่อไปนี้ถือเป็นคำฟ้องที่เคลือบคลุมหรือมิได้แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์ คำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น ตาม มาตรา 172 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลชอบที่จะพิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์เสียได้โดยไม่ต้องสืบพยานหรือวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงหรือประเด็นแห่งคดี<sup>15</sup>

**2.2.1 คำฟ้องไม่บรรยายรายละเอียดให้ชัดเจน** ได้แก่ คำฟ้องของโจทก์ไม่บรรยายรายละเอียดให้ชัดเจนว่า ทรัพย์สินที่โจทก์ฟ้องเรียกจากจำเลยหรือทรัพย์สินซึ่งหาว่าจำเลยกระทำผิดสัญญาหรือกระทำละเมิด เป็นทรัพย์สินประเภท ชนิด ราคา เช่นใด ตลอดจนรายละเอียดอื่น ๆ เท่าที่จะให้จำเลยเข้าใจข้อกล่าวหาว่านั้น เช่น โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยส่งซื้อสินค้าต่าง ๆ ไปจากโจทก์เป็นเงินรวม 292,267.60 บาท ตามเอกสารซึ่งโจทก์มิได้แนบมากับฟ้องแต่จะนำส่งศาลในชั้นพิจารณาขอให้จำเลยใช้ราคา โดยโจทก์มิได้บรรยายในคำฟ้องว่าจำเลยซื้อสินค้าประเภทใด เป็นจำนวนเท่าไร และบริษัทโจทก์ค้าอะไร ถือเป็นฟ้องเคลือบคลุม<sup>16</sup> หรือโจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดทำให้ต้นข้าวและต้นผลไม้เสียหายโดยมิได้บรรยายใน

<sup>14</sup> มาโนช จรมาศ. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2522 ว่าด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 - 2. หน้า 84 - 85.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 86, 87. วินัย ล้าเลิศ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 141-147.

<sup>16</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 535/2518.

คำฟ้องให้จำเลยทราบว่าเป็นต้นข้าวต้นผลไม้มัชนิดใดและเสียหายเป็นจำนวนโดยประมาณเท่าใด ดังนี้ถือว่าฟ้องโจทก์เป็นฟ้องเคลือบคลุม<sup>17</sup> เป็นต้น

**2.2.2 คำฟ้องมิได้บรรยายให้เห็นถึงการกระทำผิดและความเสียหาย** ในคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด เมื่อโจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำผิดสัญญาหรือการกระทำละเมิดต่อโจทก์ แต่มิได้บรรยายให้เห็นว่าจำเลยกระทำผิดสัญญาหรือการกระทำละเมิดอย่างไร หรือกระทำในวัน เดือน ปี ใด และทำความเสียหายแก่โจทก์อย่างไรบ้าง มากน้อยเพียงใด ถือว่าฟ้องโจทก์ในกรณีนี้เป็นฟ้องที่เคลือบคลุม ซึ่งกรณีนี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า “โจทก์ฟ้องว่าที่พิพาทเป็นของโจทก์มีใบเหยียบขำ จำเลยขัดขวางแย้งชิงว่าเป็นของจำเลย แต่ฟ้องของโจทก์กลับมิได้บรรยายว่าจำเลยกระทำผิดขัดขวางแย้งชิงที่พิพาทโดยมิชอบด้วยกฎหมายประการใด อีกทั้งมิได้ระบุวันเดือนปีที่ขัดขวาง” กรณีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าถือเป็นฟ้องเคลือบคลุม<sup>18</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลฎีกาอีกฉบับหนึ่งที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า “โจทก์บรรยายฟ้องโดยบรรยายรายละเอียดเพียงว่าจำเลยเป็นพนักงานไปรษณีย์มิได้ตั้งใจปฏิบัติราชการให้เป็นไปด้วยดี เว้นการอันควรปฏิบัติตามหน้าที่ และได้ดำเนินการตามระเบียบแบบแผนของกรมผู้เป็นนายจ้างที่ได้วางไว้ เพื่อปฏิบัติเกี่ยวกับการเก็บและรักษาเงินรายได้ของรัฐบาล เป็นเหตุให้นายไปรษณีย์ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเงินรายรับรายจ่ายร่วมกับจำเลยทำการทุจริตยกเงินไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว ซึ่งฟ้องของโจทก์มิได้บรรยายกล่าวรายละเอียดถึงการกระทำผิดของจำเลยว่าจำเลยได้กระทำผิดอย่างไรอันเป็นการบกพร่องต่อหน้าที่ซึ่งเป็นเหตุให้นายไปรษณีย์และจำเลยร่วมกันยกเงินไปได้ และมิได้ระบุว่าโจทก์เสียหายอย่างไร ดังนี้เป็นฟ้องที่เคลือบคลุม<sup>19</sup>”

**2.2.3 คำฟ้องตั้งประเด็นเป็นสองนัยขัดแย้งกันเอง** ในกรณีที่คำฟ้องของโจทก์ตั้งประเด็นเป็นสองนัยหรือสองอย่างไม่แน่นอนว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นอย่างไรแน่ ทั้งข้อเท็จจริงที่บรรยายฟ้องมายังขัดแย้งกันในตัวเองเพราะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ข้อเท็จจริงที่โจทก์บรรยายฟ้องมาเป็นไปไม่ได้ทั้งสองอย่างในเวลาเดียวกัน เช่นนี้ถือเป็นกรณีที่การบรรยายฟ้องของโจทก์เคลือบคลุม ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยไว้ในกรณีนี้ เช่น “โจทก์

<sup>17</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 255/2484

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 836 - 837/2497.

<sup>19</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 369/2499. (ความคิดและความเสียหายเป็นองค์ประกอบของทั้งความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด)

กล่าวในคำฟ้องตอนแรกว่าผู้ตายมิได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้แก่ผู้ใดขอให้ศาลสั่งทำลายพินัยกรรมที่จำเลยนำออกแสดงนั้นเสีย แต่คำฟ้องตอนหลังโจทก์บรรยายฟ้องว่า ถึงแม้ผู้ตายได้ทำพินัยกรรมไว้จริงพินัยกรรมฉบับดังกล่าวก็ตกเป็นโมฆะ เพราะทำในขณะที่วิกลจริตและทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ กรณีนี้ถือว่าฟ้องของโจทก์เป็นฟ้องที่ตั้งประเด็นเป็นสองนัยหรือสองอย่างขัดแย้งกันเองเพราะเป็นไปไม่ได้ทั้งสองอย่างในเวลาเดียวกัน ดังนี้จึงพิพากษาว่าฟ้องโจทก์เป็นฟ้องที่เคลือบคลุม<sup>20</sup>” หรือ “โจทก์บรรยายฟ้องว่าขอให้ศาลเพิกถอนพินัยกรรมโดยอ้างว่าผู้ตายมิได้พิมพ์ลายนิ้วมือไว้ และบรรยายฟ้องต่อไปว่า แม้เป็นลายพิมพ์นิ้วมือของผู้ตายจริงก็พิมพ์ในขณะที่ถูกฉ้อฉล ช่มชู้ เมาศุรา วิกลจริตหรือพิมพ์ลงเมื่อตายแล้ว” ดังนี้ถือว่าฟ้องของโจทก์เป็นฟ้องที่เคลือบคลุม<sup>21</sup>

จากที่กล่าวมา หลักเกณฑ์การบรรยายฟ้องในคดีแพ่งซึ่งกินความรวมถึงการฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด การบรรยายฟ้องของโจทก์ต้องไม่เคลือบคลุม โดยในคำบรรยายฟ้องของโจทก์ต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์ คือ ข้อเท็จจริงเบื้องต้นเพื่อให้ศาลทราบถึงความสัมพันธ์ว่าโจทก์และจำเลยมีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกันอย่างไร รวมทั้งต้องบรรยายถึงข้ออ้างที่โจทก์อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา หรือสิทธิของโจทก์ว่าโจทก์มีสิทธิอยู่ตามข้อเท็จจริงที่กล่าวมาเบื้องต้นเป็นประการใด เช่น เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยสัญญาหรือเป็นสิทธิซึ่งเกิดขึ้นโดยกฎหมายบัญญัติ และจำเลยกระทำการใดที่เป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ และจากการกระทำของจำเลยทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายอย่างไรบ้าง ท้ายที่สุดคำฟ้องของโจทก์ต้องมีคำขอบังคับซึ่งเป็นการแจ้งความประสงค์ของโจทก์ว่าต้องการให้ศาลพิพากษาให้ตนได้รับการเยียวยาในความเสียหายอย่างไร โดยจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา พอสรุปคำฟ้องที่มีลักษณะเคลือบคลุมหรือไม่สมบูรณ์ได้เป็นสามกลุ่มใหญ่ คือ คำฟ้องที่ไม่บรรยายรายละเอียดให้ชัดแจ้ง คำฟ้องมิได้บรรยายให้เห็นถึงการกระทำผิดและความเสียหาย คำฟ้องตั้งประเด็นเป็นสองนัยขัดแย้งกันเอง แต่สำหรับกรณีที่โจทก์ฟ้องมาโดยบรรยายข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำผิดต่อโจทก์โดยอ้างว่าการกระทำอันเดียว

<sup>20</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 493/2495.

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 221/2501. แต่หากฟ้องว่า “กรณีเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน” เช่นนี้ไม่ถือเป็นฟ้องเคลือบคลุม เพราะการกระทำที่เป็นทั้งผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันสามารถเกิดขึ้นได้

ของจำเลยเป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ตามกฎหมายหลายลักษณะ<sup>22</sup>หรือกรณีที่โจทก์บรรยายฟ้องว่ามีแต่เพียงข้อเท็จจริงไม่ระบุนานความผิดหรือบทกฎหมาย<sup>23</sup>และปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่จะใช้ดุลยพินิจนำลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้กับคดีเองตามข้อเท็จจริงหรือประเด็นในคดีที่โจทก์นำสืบหรือพิสูจน์ กรณีเช่นนี้ไม่เป็นฟ้องเคลือบคลุมเพราะถือเป็นเรื่องของข้อกฎหมายสุดแต่ศาลจะวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงที่ได้ความ<sup>24</sup>อีกทั้งไม่มีกฎหมายมาตราใดบังคับให้โจทก์ต้องเลือกลักษณะกฎหมายทางใดทางหนึ่งในกรณีที่โจทก์ถูกโต้แย้งสิทธิตามกฎหมายหลายลักษณะจากการกระทำอันเดียวของจำเลย และไม่มีกฎหมายมาตราใดระบุว่าในทางแพ่งการบรรยายฟ้อง โจทก์ต้องระบุหรืออ้างมาตราในกฎหมายซึ่งบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด<sup>25</sup> สรุปคือ หากโจทก์บรรยายข้อเท็จจริงมาในคำฟ้องโดยละเอียดแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับอีกทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาแล้ว แม้ลงท้ายด้วยข้อความที่ไม่ยืนยันว่าเป็นอย่างไรแน่ หรือกล่าวอ้างว่าเป็นการโต้แย้งสิทธิโจทก์ทั้งสองอย่างแต่อยู่ในวิสัยที่เป็นไปได้โดยสภาพหรือโดยการเรียกขานหรือโดยความเข้าใจของโจทก์ ก็ยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นฟ้องเคลือบคลุม<sup>26</sup> หรือฟ้องที่ขัดกันในตัว<sup>27</sup> ตามมาตรา 172 วรรค 2<sup>28</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

### 3. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด

แม้หลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดไม่แตกต่างกัน แต่เมื่อถึงขั้นตอนการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหาย หลัก

<sup>22</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 58/2490, 2078/2497, 1358-1369/2506, 1730/2512, 3814/2525, 2092/2526, 4151/2528, 192-193/2529, 4433/2529, 2508/2530, 699/2537, 8363/2538.

<sup>23</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 974/2492, 99/2494, 1107/2497, 2736/2527, 444/2530, 450/2540.

<sup>24</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2508/2533.

<sup>25</sup> เหมือนดังเช่น มาตรา 158 (6) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “ฟ้องต้องทำเป็นหนังสือ และมี (6) อ้างมาตราในกฎหมายซึ่งบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด.”

<sup>26</sup> มาโนช จรมาศ. คำสอนชั้นปริญญาตรี ทุทธศักราช 2522 ว่าด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 - 2. หน้า 87.

<sup>27</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 820/2513 (ประชุมใหญ่), 2692/2517, 2508/2530.

<sup>28</sup> จำลอง สุขศิริ. “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2.” หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคสองสมัยที่ 47 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 1. สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2537, หน้า 60 - 61.



เกณฑ์ที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีของความรับผิดชอบทั้งสองประเภทนี้จะมีความแตกต่างกัน โดยประเด็นความแตกต่างที่มีความสำคัญที่ควรนำมากล่าวถึงมีอยู่สามประเด็นใหญ่ ๆ ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

### 3.1 หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี

ประเด็นความแตกต่างของการฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาหรือความรับผิดชอบในทางละเมิดในเรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานของกลุ่มความในคดี<sup>29</sup> เป็นประเด็นข้อแตกต่างในด้านกฎหมายวิธีพิจารณาความตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่มีความสำคัญมากประการหนึ่ง ทนายความที่ไม่เข้าใจเรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีอาจทำให้คู่ความแพ้คดี และหากศาลกำหนดหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีไม่ถูกต้อง อาจทำให้คู่ความได้เปรียบเสียเปรียบกัน ในเชิงคดี และอาจเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้<sup>30</sup> สำหรับในประเด็นหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีคืออะไรนั้น ต้องพิเคราะห์ถึงการพิจารณาของศาลในการฟังข้อเท็จจริงที่ได้เถียงกัน ในคดี การที่ศาลจะชี้ขาดฟังข้อเท็จจริงเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น มิใช่ว่าศาลจะพิจารณาฟังพยานหลักฐานของกลุ่มความทั้งสองฝ่ายพร้อม ๆ กัน ในทางปฏิบัติศาลได้นำเอาหลักสันนิษฐานเข้ามาช่วยอยู่เสมอ โดยก่อนที่ศาลจะพิจารณาฟังข้อเท็จจริงในคดี จะมีข้อสันนิษฐานซึ่งศาลต้องเชื่อว่าเป็นจริงขั้นหนึ่งแล้ว ที่หากมิได้มีการสืบพยานกันทั้งสองฝ่าย ศาลต้องฟังเป็นจริงดังสันนิษฐาน ผู้ใดจะอ้างว่าความเป็นจริงเป็นอีกอย่างหนึ่ง มิใช่เป็นดังที่สันนิษฐาน ผู้นั้นมีหน้าที่ต้องนำสืบพยานหลักฐานในคดีโดยนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล หากพยานหลักฐานที่นำมาสืบหรือแสดงต่อศาลในคดีฟังไม่ได้ ก็ไม่สามารถหักล้างข้อสันนิษฐานแต่เดิมนั้นได้<sup>31</sup> ฉะนั้นหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีจึงหมายถึง หน้าที่ที่คู่ความฝ่ายหนึ่งต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาล ให้ศาลเห็นจริงตามที่ตนกล่าวอ้าง หรือที่นักกฎหมายส่วนใหญ่เรียกว่า “ภาระการพิสูจน์” นั้นเอง<sup>32</sup>

<sup>29</sup> เฟิง เฟิงนิตติ. “กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.” หน้า 138-139.

<sup>30</sup> ไสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : บริษัทธรรมสาร จำกัด, 2537, หน้า 71.

<sup>31</sup> จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 40.

<sup>32</sup> ประมูล สุวรรณศร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2526, หน้า 44. เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538, หน้า 55.

การกำหนดหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี ศาลจะกำหนดตามประเด็นข้อพิพาท ในแต่ละประเด็น หากคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีในประเด็นใด ก็มีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความจริงเป็นอย่างไร หากพิสูจน์ไม่ได้ ผู้ที่มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีย่อมต้องเป็นฝ่ายแพ้คดีในประเด็นนั้น โดยไม่คำนึงว่าคู่ความฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่มีหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบในคดีก่อนหรือหลัง และหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีจะตกแก่ผู้ใดย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตายตัวไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ด้วยเหตุนี้หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี จึงมิใช่เป็นเรื่องที่ศาลหรือคู่ความสามารถกำหนดหรือตกลงกันเองได้ตามใจชอบ

หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี มีหลักอยู่ใน มาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งวางหลักไว้ว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง...” หลักตามมาตรา 84 เรียกสั้น ๆ ว่า “หลักผู้ใดกล่าวอ้างต้องเป็นผู้พิสูจน์” หรือ “ei incumbit probatio qui dicit non qui negat”<sup>33</sup> หรือ “he who asserts must proof”<sup>34</sup> กล่าวคือ คู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ให้ได้ความตามที่ตนมีหน้าที่ หากไม่มีการสืบพยานหรือการสืบพยานของผู้นั้นยังฟังไม่ได้ ผู้ที่มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีต้องแพ้คดีในประเด็นนั้น<sup>35</sup> หลักผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องเป็นผู้พิสูจน์ ตามบทบัญญัติ มาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นำมาปรับใช้ได้ดังนี้

ประการแรก ถ้าโจทก์กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด แล้วจำเลยให้การปฏิเสธข้อเท็จจริงในประเด็นที่โจทก์กล่าวอ้าง หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี ในประเด็นข้อเท็จจริงนั้น ตกแก่โจทก์ ประการที่สอง ถ้าโจทก์กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด แล้วจำเลยยอมรับข้อเท็จจริงใน

<sup>33</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : หอรัศนชัยการพิมพ์, 2538, หน้า 265.

<sup>34</sup> ยิงศักดิ์ กฤษณจินดา. กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2528, หน้า 15 – 20.

<sup>35</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : บริษัท ยูแพค จำกัด, 2539, หน้า 61 – 72. เข็มชัย ชุตินวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 55 - 56. โสภณ รัตนกร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 71.

ส่วนที่เป็นสาระสำคัญทั้งหมดหรือบางส่วนและกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอื่นขึ้นเป็นข้อต่อสู้ใหม่ จำเลยมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี ในข้อเท็จจริงนั้น<sup>36</sup>

ความรับผิดชอบในทางสัญญา กรณีมีข้อโต้แย้งสิทธิกันในเรื่องการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น หากข้อเท็จจริงฟังได้ว่าลูกหนี้กับเจ้าหนี้มีข้อผูกพันกันทางสัญญา ตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ประเด็นที่ต้องหยิบยกขึ้นมาพิจารณา คือ ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่า ลูกหนี้ได้ชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้วหรือไม่ จำเลยได้ขัดขืนต่อหนี้หรือไม่<sup>37</sup> ในคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาหากจำเลยรับว่าได้มีการทำสัญญากันจริงแต่ได้ชำระหนี้ให้แก่โจทก์ไปแล้ว ก็เท่ากับว่าจำเลยหรือลูกหนี้เป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่เพื่อให้ตนพ้นความรับผิดชอบว่าได้ชำระหนี้ครบถ้วนถูกต้องแล้ว จำเลยมิได้กระทำการใด ๆ ที่เป็นการขัดขืนต่อหนี้หรือมิได้มีความเสียหายใด ๆ เกิดขึ้นแก่โจทก์ ฉะนั้นจำเลยจึงมีหน้าที่ต้องนำสืบพยานหลักฐานในคดีถึงข้อเท็จจริงว่าจำเลยมิได้กระทำผิดสัญญาและโจทก์มิได้รับความเสียหาย<sup>38</sup> เช่น โจทก์ฟ้องให้จำเลยชำระหนี้เงินกู้โดยจำเลยรับว่าทำสัญญากู้จริงแต่ได้ชำระหนี้แล้ว<sup>39</sup> หรือโจทก์ฟ้องเรียกเงินที่จำเลยค้างชำระตามสัญญาซื้อขายและจำเลยต่อสู้คดีว่าได้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว<sup>40</sup> หรือโจทก์ฟ้องเรียกทรัพย์คืนตามสัญญาฝากทรัพย์จำเลยรับว่าได้รับฝากทรัพย์ไว้จริงแต่ได้คืนให้โจทก์แล้ว<sup>41</sup> ฯลฯ กรณีที่กล่าวมาทั้งหมดตามกฎหมายถือว่าจำเลยเป็นฝ่ายกล่าวอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่จำเลยจึงต้องมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีหรือนำสืบข้อเท็จจริงตามข้อต่อสู้ของตน<sup>42</sup> กฎหมายลักษณะสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงหลักนี้ได้อย่างชัดเจนเห็นได้จาก มาตรา 385 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้โต้แย้งการรับเบี้ยปรับโดยอ้างเหตุว่าตนได้ชำระหนี้แล้วไซ้ร้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องพิสูจน์การชำระหนี้...”

<sup>36</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 265.

<sup>37</sup> จีดี เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 40.

<sup>38</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 441/2506.

<sup>39</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1237/2510.

<sup>40</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1414/2479.

<sup>41</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2527.

<sup>42</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 507/2497 895/2517 1527/2518 2065/2527 971/2496 1155/2496 1727/2513 690/2511 331/2528 598/2485 2094/2497 2353/2519 680/2501 636-640/2502 1318/2505 476/2507 3446/2525 1131/2502 ฯลฯ. โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 87 - 89.

ความรับผิดทางละเมิด หลักตาม มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>43</sup> ในเรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กฎหมายกำหนดว่าผู้เสียหายหรือโจทก์ต้องเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีให้เข้าตามองค์ประกอบว่า ผู้กระทำละเมิดหรือจำเลยได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อันเป็นการกระทำที่ผิดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย และก่อความเสียหายให้เกิดขึ้นแก่โจทก์ ดังนั้นหากการกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบตาม มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงถือเป็นกรณีที่จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ ศาลจะพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ เพราะในการฟ้องคดีความรับผิดทางละเมิด โจทก์เป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำผิดกฎหมาย ทำให้โจทก์เสียหาย ดังนั้นเมื่อจำเลยให้การปฏิเสธ โจทก์จึงมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี ให้ศาลเห็นถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ว่าจำเลยได้กระทำผิดกฎหมายอย่างไร และโจทก์ได้รับความเสียหายอย่างไร ฯลฯ ตามหลักของ มาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบกับ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายที่จำเลยบรรยงนัตบรรยงนัตของโจทก์อันเป็นความรับผิดทางละเมิด โจทก์ต้องบรรยายฟ้องให้ได้ความว่าจำเลยบรรยงนัตโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างไร และก่อให้เกิดความเสียหายแก่บรรยงนัตของโจทก์อย่างไร ตามบทบัญญัติ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากจำเลยให้การปฏิเสธฟ้องของโจทก์ โจทก์มีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานเข้ามาสืบในคดีให้ศาลเห็นว่าจำเลยบรรยงนัตโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และโจทก์ได้รับความเสียหายอย่างไรและเพียงใด และเพื่อที่จะชนะคดีโจทก์ต้องนำสืบพยานหลักฐานให้มีน้ำหนักยิ่งกว่าพยานหลักฐานของฝ่ายจำเลยด้วย หากโจทก์ไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ตามที่กล่าวอ้าง ศาลจะพิพากษายกฟ้องโจทก์<sup>44</sup> หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายที่โจทก์อาศัยเป็นหลักในการฟ้องคดีเป็นสำคัญ และตามตัวอย่างนี้ คือ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า หน้าที่นำสืบหรือภาระในการพิสูจน์พยานหลักฐานในคดีของคู่ความเกิดขึ้นโดยกฎหมาย<sup>45</sup>

<sup>43</sup> ยกเว้นในกรณีของความรับผิดโดยเด็ดขาด เช่น มาตรา 437 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น.

<sup>44</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1307/2501, 1174 – 1175/2510, 2663/2524, 992/2529, 1955/2531.

<sup>45</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. หน้า 61-72.

ตามหลักกฎหมายไทย ความรับผิดชอบทางสัญญา ถ้ามีสัญญาต่อกัน สัญญาสมบูรณ์ ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ได้มีการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาแล้วหรือไม่ การดูว่าได้ปฏิบัติตามสัญญาแล้วหรือไม่ ลูกหนี้เป็นฝ่ายมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีว่าได้ชำระหนี้แล้ว หรือตนได้ปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว ส่วนกรณีความรับผิดชอบละเมิด ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำละเมิดได้กระทำละเมิดตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าจำเลยได้กระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยผิดกฎหมาย โจทก์ได้รับความเสียหาย ฯลฯ และหากผู้ที่มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี ไม่ว่าจะ เป็นคดีความรับผิดชอบทางสัญญาหรือคดีความรับผิดชอบละเมิดไม่ยินยอมพิสูจน์หรือไม่สามารถพิสูจน์ได้ ผู้ที่มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี ต้องแพ้คดี

### 3.2 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล

ประเด็นความแตกต่างในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหาย โดยศาล เป็นประเด็นความแตกต่างทางด้านกฎหมายสารบัญญัติที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์หลัก ของการฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด สำหรับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาลในส่วนของความรับผิดชอบในทางสัญญานั้น หากในสัญญาได้มีการตกลงเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของผู้สัญญาไว้ เมื่อมีการกระทำผิดสัญญาและเกิดความเสียหายขึ้น ความรับผิดชอบต้องเป็นไปตามที่ตกลงไว้ในสัญญา ไม่ว่าจะความตกลงนั้นเป็นการจำกัดหรือเพิ่มความรับผิดชอบ หรือเป็นการจำกัดหรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย อันเป็นเรื่องที่คู่สัญญาสามารถตกลงได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตามข้อตกลงดังกล่าวจะใช้ไม่ได้หรือตกเป็นโมฆะ หากเป็นข้อตกลงที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย พันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตาม มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือเป็นข้อตกลงที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตาม มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือเป็นความตกลงที่ทำให้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อถ่วงดุลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตาม มาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฯลฯ แต่หากคู่สัญญามีได้ตกลงเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบไว้ในสัญญา การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาลในคดีความรับผิดชอบในทางสัญญา ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายลักษณะสัญญาตาม มาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์ แต่หากมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของคู่สัญญาไว้เป็นพิเศษก็ให้เป็นไปตามนั้น ตัวอย่างกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติจำกัดความรับผิดของคู่สัญญา ได้แก่ มาตรา 620 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้วางหลักไว้ว่าผู้ขนส่งของหรือคนโดยสาร ไม่ต้องรับผิดสำหรับของมีค่าต่าง ๆ ที่ผู้ส่งของทำการส่ง (ในกรณีสัญญารับขนส่งของ) หรือของมีค่าต่าง ๆ ที่ผู้โดยสารนำติดตัวในการเดินทาง (ในกรณีสัญญารับขนส่งคนโดยสาร) หากมิได้บอกราคาหรือสภาพแห่งของไว้ในขณะที่ส่งมอบ แต่หากได้มีการบอกราคาหรือสภาพแห่งของไว้ในขณะที่ส่งมอบ ความรับผิดของผู้ขนส่งย่อมจำกัดเพียงไม่เกินราคาที่บอก หรือตัวอย่างของกรณีกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญา ได้แก่ มาตรา 820 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายสัญญาลักษณะตัวการตัวแทน ที่ได้วางหลักยกเว้นความรับผิดของตัวแทนในกรณีกระทำการแทนตัวการไว้ว่า เมื่อตัวแทนกระทำการใด ๆ แทนตัวการ ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอันตัวแทนหรือตัวแทนช่วงได้ทำไปในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน และตัวแทนจะหลุดพ้นจากความรับผิด เป็นต้น ในส่วนของหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายลักษณะสัญญาในการเรียกค่าสินไหมทดแทนกรณีความรับผิดในทางสัญญาปรากฏอยู่ใน มาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้วางหลักไว้ว่า คู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายจะเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะแต่ค่าเสียหายตามปกติที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ค่าเสียหายอื่น ๆ อันเกิดขึ้นเป็นพิเศษหรือค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดสัญญาและก่อความเสียหายขึ้น ต้องรับผิดชดเชยเมื่อสามารถคาดเห็นถึงความเสียหายดังกล่าวได้ล่วงหน้าก่อนแล้วเท่านั้น หากคาดเห็นไม่ได้ก็ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายส่วนนี้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความรับผิดทางสัญญา คู่สัญญาฝ่ายผู้กระทำผิดสัญญาและก่อความเสียหาย จะรับผิดเพียงเฉพาะแต่ในความเสียหายที่ตนคาดเห็นได้เท่านั้น

ส่วนคดีความรับผิดทางละเมิด ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดในความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของตน เพียงแต่ผู้กระทำละเมิดรู้ว่าการกระทำของตนอาจก่อความเสียหายขึ้น เท่านั้นเพียงพอแล้วที่ต้องรับผิดในความเสียหายทั้งหมด ส่วนระดับความเสียหายจะมากหรือน้อยเพียงใดผู้กระทำละเมิดไม่จำเป็นต้องคาดเห็นได้ อันเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของ มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้บัญญัติวางหลักไว้ว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด...” ดังนี้ มาตรา 438 เปิดช่องไว้ให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัย

กำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ตามความเสียหายที่แท้จริง มิใช่วินิจฉัยค่าสินไหมทดแทนตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามที่ผู้กระทำผิดคาดหมายได้

สรุป ตามหลักกฎหมายไทย ความรับผิดในทางละเมิด การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาลกฎหมายเปิดช่องไว้กว้างกว่าความรับผิดในทางสัญญา ความรับผิดในทางละเมิดศาลสามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้เต็มตามความเสียหายที่แท้จริงโดยใช้ดุลยพินิจตามที่มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้อำนาจไว้<sup>46</sup> ในขณะที่ความรับผิดในทางสัญญา ค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดให้ต้องเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ผู้กระทำผิดสัญญาสามารถคาดหมายได้ หรือต้องเป็นค่าเสียหายซึ่งตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้เท่านั้น<sup>47</sup> หรือหากมีข้อสัญญาตกลงกันไว้เกี่ยวกับเรื่องค่าสินไหมทดแทนกันไว้อย่างไร ศาลต้องกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามที่คู่ความตกลงกัน แต่หากมิได้ตกลงกันไว้ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในสัญญาบางประเภทกฎหมายได้มีการบัญญัติยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ก่อความเสียหายไว้เช่นกัน

### 3.3 อายุความการฟ้องคดี

ความแตกต่างของการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาหรือความรับผิดในทางละเมิด ประการสุดท้ายที่จะกล่าวถึง คือ ประเด็นความแตกต่างเรื่องอายุความในการฟ้องคดี อันเป็นความแตกต่างทางกฎหมายสารบัญญัติที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดทางสัญญา หากกฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ มาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้มีอายุความ 10 ปี แต่หากเอกเทศสัญญาใดประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดอายุความในการฟ้องคดีไว้เป็นพิเศษ อายุความในการฟ้องคดีต้องเป็นไปตามบทกฎหมายดังกล่าว อันเป็นบทบัญญัติเฉพาะ ซึ่งมีอายุความในการฟ้องคดีสั้นทยอยลงมาตั้งแต่ 5 ปี ตาม มาตรา 193/33 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือ 3 ปี ตาม มาตรา 1001 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือ 2 ปี ตาม มาตรา 193/34 มาตรา 882 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ 1 ปี ตาม มาตรา 1002 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จนในที่

<sup>46</sup> ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายละเมิด. หน้า 77. ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง. หน้า 8.

<sup>47</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. หน้า 43-44.

สุดมีอายุความ 6 เดือน ตาม มาตรา 763 มาตรา 858 และ มาตรา 1003 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น สำหรับความรับผิดทางละเมิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดขาดอายุความการฟ้องคดีเมื่อพ้น 1 ปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ฟ้อง ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้น 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด อันเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประเด็นเกี่ยวกับอายุความในการฟ้องคดี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนใหญ่แม้ว่าไม่เสมอไป ความรับผิดทางสัญญาจะมีอายุความยาวกว่าความรับผิดในทางละเมิด

จากที่กล่าวมาทั้งหมด การฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาหรือความรับผิดในทางละเมิด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การฟ้องคดีนอกจากต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ยังต้องคำนึงถึง หลักเกณฑ์ตาม มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการบรรยายฟ้องเคลือบคลุมอีกด้วย และในส่วนของหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเกี่ยวกับข้อแตกต่างในการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาหรือความรับผิดในทางละเมิด สำหรับประเด็นที่เกี่ยวกับหน้าที่นำสืบในคดี และ อายุความการฟ้องคดี การฟ้องคดีความรับผิดทางสัญญาจะให้ประโยชน์แก่คู่ความมากกว่า ในขณะที่ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทน โดยศาล การฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดจะให้ประโยชน์แก่คู่ความมากกว่า



## ความคาบเกี่ยวในการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาหรือความรับผิดในทางละเมิด นอกจากหลักการโต้แย้งสิทธิตาม มาตรา 55 ที่ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นบุคคลที่ถูกโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งแล้ว ยังต้องคำนึงถึง หลักตาม มาตรา 172 ในเรื่องการฟ้องเคลือบคลุมอีกด้วย ที่ในคำฟ้องต้องแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างที่เป็นหลักแห่งข้อหา ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวต้องนำมาใช้ในกรณีที่เกิดความคาบเกี่ยวกันของความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ที่การกระทำผิดสัญญาในขณะที่เดียวกันเป็นการกระทำละเมิดด้วยเช่นกัน และเนื่องจากระบบกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายตะวันตก ทั้งในระบบ Civil Law และ ระบบ Common Law ดังนั้นเพื่อพิสูจน์ข้อสมมุติฐานเกี่ยวกับกรณีความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดตามกฎหมายไทยในบทที่หนึ่ง จึงจำเป็นต้องทำการศึกษากฎหมายไทยเทียบกับระบบกฎหมายตะวันตกทั้งสองระบบดังกล่าว

การศึกษาความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดในระบบกฎหมายไทย ผู้เขียนจะศึกษาโดยวิเคราะห์จากข้อมูลที่ได้มาจากการใช้การตีความกฎหมายในระบบกฎหมายไทย เทียบเคียงกับการใช้การตีความกฎหมายในระบบกฎหมายเดียวกัน คือ ระบบ Civil Law และต่างระบบกัน คือ ระบบ Common Law เพื่อให้เห็นภาพรวมของปัญหาความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดในระบบกฎหมายที่สำคัญ ที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายแพ่งของไทย ในระบบ Civil Law ผู้เขียนจะศึกษาเทียบเคียงกับระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ส่วนระบบ Common Law ผู้เขียนจะศึกษาเทียบเคียงกับระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา โดยวิเคราะห์กรณีศึกษาตามความเห็นของนักนิติศาสตร์และความเห็นของศาลตามลำดับไป

## ส่วนที่ 1 ความเห็นของนักนิติศาสตร์

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ เกี่ยวกับกรณีความคาบเกี่ยวในการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ผู้เขียนจะศึกษาในสามประเด็นใหญ่ ๆ คือ ประเด็นแรก เป็นการศึกษานโยบายความเห็นของนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ประเด็นที่สอง เป็นการศึกษาถึงนโยบายความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ และในประเด็นที่สามอันเป็นประเด็นสุดท้าย เป็นการศึกษาถึง นโยบายความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด ดังจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เป็นลำดับไปดังนี้

### 1. ความเห็นของนักนิติศาสตร์กรณีเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน

ในประเด็นแรก การศึกษานโยบายความเห็นของนักนิติศาสตร์กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันนั้น ผู้เขียนจะศึกษานโยบายความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Civil Law และ ระบบ Common Law ตามลำดับดังนี้

#### 1.1 ระบบ Civil Law

ตามกฎหมาย มุลหนีมี 4 ประการ แต่ประเด็นที่จะศึกษา จะจำกัดเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมูลหนี้สัญญาและมูลหนี้ละเมิด ที่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางแพ่งเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น ปกติในการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในมูลสัญญาหรือในมูลละเมิดแยกกัน กล่าวคือ โดยทั่วไป การกระทำผิดสัญญา แม้คู่สัญญามีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ ก็ไม่ถือเป็นการกระทำละเมิด เป็นเพียงแต่การไม่ชำระหนี้เท่านั้น เพราะสัญญาแม้มีผลบังคับได้ก็ย้ายกฎหมายแต่ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย การกระทำผิดสัญญาจึงไม่ใช่การกระทำผิดกฎหมายอันเป็นละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นกรณีที่ต้องบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาโดยอาศัยกฎหมายลักษณะสัญญา หรือต้องเป็นไปตามมูลหนี้สัญญาเท่านั้น นำกฎหมายลักษณะละเมิดหรือมูลหนี้ละเมิดมาใช้ไม่ได้<sup>1</sup> เช่น กรณีการกระทำ

<sup>1</sup> เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. หน้า 475, 476.

ผิดสัญญากู้ยืมเงิน เมื่อผู้กู้ไม่ชำระหนี้คืนให้แก่ผู้ให้กู้ ไม่ว่าจะต้นเงินหรือดอกเบี้ย หรือ กรณีการกระทำผิดสัญญารับขนส่งสินค้า เมื่อผู้ขนส่งสินค้าไม่รับขนส่งสินค้าให้แก่ผู้ส่งสินค้า หรือ ในกรณีที่แพทย์ไม่รักษาคนไข้ตามสัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ดีในบางกรณีคู่สัญญาที่มีสัญญาผูกพันกันอยู่อาจทำละเมิดต่อกันได้ กรณีจึงเป็นเรื่องที่สิทธิทั้งสองประการรวมอยู่ในเรื่องเดียวกัน กล่าวคือ เป็นทั้งการกระทำผิดต่อสิทธิตามสัญญาและสิทธิตามกฎหมายหรือละเมิด ในขณะเดียวกัน (concurrent liability) จุดแบ่งแยกว่ากรณีใดเป็นการกระทำผิดสัญญาหรือเป็นการกระทำละเมิดหรือเป็นทั้งสองกรณี อยู่ที่ผู้ก่อความเสียหายทำให้เสียหายต่อสิทธิอะไร ซึ่งหมายถึง สิทธิตามสัญญา สิทธิตามกฎหมาย หรือทั้งสองสิทธิ<sup>2</sup> ตัวอย่างของกรณีที่เกิดความเสียหายทั้งสองสิทธิเช่น ในกรณีสัญญารับขนส่งคนโดยสาร เมื่อผู้ขนส่งคนโดยสารขับรถโดยสารด้วยความประมาทเลินเล่อไปชนต้นไม้ทำให้ผู้โดยสารได้รับบาดเจ็บ ผู้โดยสารที่ได้รับบาดเจ็บต้องเสียค่ารักษาพยาบาล หรือในกรณีสัญญาซื้อขายสิ่งของเมื่อผู้ซื้อประมาทเลินเล่อปล่อยให้ทรัพย์สินที่ขี้นตากแดดตากฝนจนชำรุดทรุดโทรมทำให้ทรัพย์สินที่ขี้นเสื่อมราคา หรือเมื่อผู้ซื้อจงใจไม่ส่งคืนทรัพย์สินที่ขี้นโดยยัดหน่วงไว้ ทำให้ผู้ให้ขี้นขาดประโยชน์ในการใช้สอยทรัพย์สินนั้น หรือได้ดอกผลผลิตินัยจากทรัพย์สินนั้น เป็นต้น<sup>3</sup>

จากการศึกษาแนวความคิดดังกล่าวของนักนิติศาสตร์ไทย มีลักษณะคล้ายคลึงกับแนวคิดของนักนิติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศส<sup>4</sup> และเยอรมัน<sup>5</sup> ที่เห็นว่าการกระทำอันเดียวที่เป็นทั้งเรื่อง

<sup>2</sup> พจน ฟูปากม. ละเมิด. หน้า 3-5, 12, 13. ไพจิตร บุญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 48-51. ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. หน้า 2-4.

<sup>3</sup> โสภณ รัตนากร. หนี้. หน้า 51. จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. หน้า 193. ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง. หน้า 9-10. วิชา มหาคุณ. หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา. หน้า 41, 42. เพ็งเพ็งนิตติ. “กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.” หน้า 145. ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายละเมิด. หน้า 79. สุขุม สุขนิคย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 4-7. สายสุดา นิงสานนท์ (เศรษฐบุตร). ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด. หน้า 26-30. ปรีชา วิศวลาภย์. “หนี้ ละเมิด.” หน้า 301, 302.

<sup>4</sup> เช่น ท่าน Sauzet, Sainctelette, และท่าน Thaller. [Thaller. *Anales de droit commercial*. n.p. : 1886, p. 125. Sauzet. *Reve Critiq.* n.p. : 1883, p. 673. Sainctlett. *Responsabilité et Garantie*. n.p. : n.d., p. 17 (Thaller, Sauzet, Sainctelette. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. หน้า 64.)]

การกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันสามารถเกิดขึ้นได้ หากการกระทำผิดสัญญาในตัวเองเป็นการกระทำที่ครอบคลุมความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในขณะเดียวกัน<sup>7</sup>

ในระบบ Civil Law กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันมีดังนี้

**1.1.1 การกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right)** ในประเทศไทยถือว่า การกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายรับรองคุ้มครองหรือทำให้มีผลเสียหายแก่ตัวบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น กรณีสัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้เช่ามีสิทธิใช้ทรัพย์สินที่เช่าอันเป็นเรื่องของสิทธิตามสัญญา และเกิดหน้าที่โดยสัญญาที่ต้องบำรุงรักษาทรัพย์สินที่เช่า หากในระหว่างที่สัญญายังไม่ครบกำหนดผู้เช่าจงใจทำให้ทรัพย์สินที่เช่าเสียหาย ย่อมเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดต่อผู้ให้เช่า เป็นการกระทำผิดสัญญาในแง่ที่ผู้เช่ามีหน้าที่ตามสัญญาที่ต้องสงวนรักษาทรัพย์สินที่เช่า เมื่อทำให้ทรัพย์สินที่เช่าเสียหาย ถือเป็น การไม่สงวนรักษาทรัพย์สินอย่างวิญญูชนอันเป็นการผิดหน้าที่ตามสัญญา และที่เป็นการกระทำละเมิดเพราะสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของกรรมสิทธิ์บุคคลอื่น ไม่มีอำนาจทำให้ทรัพย์สินของเจ้าของกรรมสิทธิ์เสียหายโดยไม่มีสิทธิ<sup>8</sup> หรือเมื่อสัญญาเช่าครบกำหนด หากผู้เช่าไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าคืนเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดอายุหรือเลิกสัญญาและยังคงครอบครองทรัพย์สินที่เช่าอยู่ต่อมา

<sup>7</sup> เช่น ท่าน E.J. Cohn, Norbert Horn, Hein Kotz, Hans G. Leser, Ernst Rabel และ Professor Lorenz แห่งมหาวิทยาลัย Cornell. [Cohn, E.J. *Manual of German Law*. p.156. Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction*. Translated by Tony Weir. Oxford : Clarendon Press, 1982, pp. 159, 160. Lorenz. *Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten*. Festschrift : Nottarp, 1961, p. 59. Lorenz. *Warenabsatz und Vertrauensschutz*. Karlsruhe : Forum, 1963, p. 8. Lorenz. *Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung*. AcP 170. n.p. : 1970, pp. 366, 381. [Lorenz. quoted in Markesinis. B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. third edition. New York : Oxford University Press, 1994, pp. 86, 87, 90.] Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. pp. 84, 85.]

<sup>8</sup> อย่างไรก็ดีหากเป็นกรณีการกระทำผิดสัญญาโดยทั่ว ๆ ไป ถือเป็นเพียงการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเท่านั้น ดังนั้นการฟ้องร้องดำเนินคดีต้องใช้มูลคดีผิดสัญญาเท่านั้น ใช้มูลคดีละเมิดไม่ได้.

<sup>9</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. หน้า 61, 63-65.

<sup>\*</sup> มาตรา 538 แห่งประมวลกฎหมายอาญา.

นอกจากเป็นกรณีและผู้เช่ากระทำผิดสัญญาต่อผู้ให้เช่า เพราะไม่ส่งมอบค้ำประกันทรัพย์ที่เช่าภายใน กำหนดตามที่ตกลงไว้ในสัญญา อันถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญา แล้ว ยังถือเป็นกรณีและผู้เช่ากระทำละเมิดต่อผู้ให้เช่าด้วย เพราะบุคคลใดย่อมไม่อาจยึดถือทรัพย์สิน ของบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิ<sup>9</sup> อันเป็นสิทธิเด็ดขาดที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีอยู่ตามที่ กฎหมายกำหนด สามารถใช้อ้างได้ต่อบุคคลทั่วไป การยึดถือทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ต่อไปโดยไม่มี อำนาจ เป็นการกระทำผิดกฎหมายทำให้เจ้าของทรัพย์ได้รับความเสียหาย<sup>10</sup> หรือในกรณีของแพทย์ ที่ทำการผ่าตัดรักษาคนไข้<sup>11</sup> และคนไข้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากแพทย์ทำการผ่าตัดด้วยความ ประมาทเลินเล่อปราศจากความระมัดระวังเยี่ยงบาดแผลไม่ดี ทำให้แผลติดเชื้อ กรณียอมเป็นทั้ง การกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เป็นการกระทำผิดสัญญาในแง่ ที่แพทย์มีหน้าที่ต้องทำการผ่าตัดรักษาคนไข้ให้หายตามสัญญา และเป็นการกระทำละเมิดในแง่ที่ แพทย์ทำการผ่าตัดรักษาคนไข้ด้วยความประมาทเลินเล่อ อันเป็นการกระทำผิดกฎหมาย<sup>12</sup> และหน้าที่ ตามวิชาชีพ จรรยาบรรณ หรือธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ ทำให้คนไข้ได้รับความเสียหายแก่ร่างกาย ซึ่งสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เป็นสิทธิเด็ดขาด บุคคลใดไม่มีอำนาจทำให้บุคคลอื่นได้รับ อันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย โดยไม่มีสิทธิ<sup>13</sup>

<sup>9</sup> มาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

<sup>10</sup> นอกจากนี้กรณีสัญญาเช่า ผ่ากรทรัพย์ จ้างแรงงาน ที่ผู้เช่า ผู้รับฝากทรัพย์ หรือลูกจ้าง รับทรัพย์ไว้ตาม สัญญา และไม่ยอมคืนทรัพย์ให้ หรือ จงใจ ประมาทเลินเล่อ ทำให้ทรัพย์เสียหาย เป็นผิดสัญญาเพราะ ในสัญญาไม่มีข้อ สัญญาต้องดูแลรักษาทรัพย์ (มาตรา 644 และ 501 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ต้องคืนทรัพย์ภายใน กำหนดเวลา (มาตรา 646 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรือเมื่อใช้สอยทรัพย์นั้นเสร็จ (มาตรา 646 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ทั้งยังถือเป็นการกระทำละเมิดด้วย เพราะบุคคลใดย่อมไม่อาจยึดถือหรือทำให้ ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหายโดยไม่มีสิทธิ อันเป็นสิทธิเด็ดขาด.

<sup>11</sup> กรณีผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพอื่น ๆ เช่น ทนายความ วิศวกร สถาปนิก ธนาคาร ผู้รับเหมาก่อสร้าง นัก บัญชี ฯลฯ ที่การให้บริการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของคู่สัญญา เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญา และละเมิด.

<sup>12</sup> มาตรา 300 และ 390 แห่งประมวลกฎหมายอาญา.

<sup>13</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้**. หน้า 48-51. พจนี ปุชปาคม. **ละเมิด**. หน้า 3-37. จิตติ ดิงศกัทธิย์. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้**. หน้า 193-197. ศักดิ์ สนองชาติ. **คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและ พินิจฉัยว่าด้วยละเมิด**. หน้า 2-4. เสนีย์ ปราโมช. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1**.

สำหรับกรณีดังกล่าวนี้ในประเทศเยอรมัน กรณีที่การกระทำผิดสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันเช่นกัน<sup>14</sup>

**1.1.2 บุคคลเข้าทำสัญญาก่อนหน้าที่พิเศษ** ในประเทศไทย กรณีบุคคลเข้าทำสัญญาที่ก่อนหน้าที่พิเศษบางประการที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย นอกเหนือจากหน้าที่ที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา หากมีการกระทำผิดหน้าที่พิเศษดังกล่าว ถือเป็นกรณีบกรร่งในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาและตามกฎหมาย เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน

สัญญาที่ก่อนหน้าที่พิเศษส่วนใหญ่เป็นสัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกับสาธารณชน เช่น สัญญารับขนส่งคนโดยสาร หากการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ขนส่งคนโดยสารก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ของผู้โดยสาร ถือเป็นกรณีที่ผู้รับขนส่งคนโดยสารทั้งกระทำผิดสัญญาและละเมิดต่อผู้โดยสาร เป็นกรณีความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด เพราะนอกจากผู้ขนส่งคนโดยสารมีหน้าที่ตามสัญญารับส่งคนโดยสารที่ต้องขนส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางตามสัญญาแล้ว ยังมีหน้าที่พิเศษที่ต้องขนส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางด้วยความปลอดภัยทั้งใน ชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน โดยสวัสดิภาพ หน้าที่พิเศษดังกล่าวเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย<sup>15</sup>ที่เกิดขึ้นแตกต่างหากจากสัญญาโดยไม่ต้องอาศัยสัญญาใด ๆ เมื่อผู้โดยสารพลัดตกลงมาจากรถโดยสารเพราะผู้รับส่งคนโดยสารขับรถด้วยความประมาทปราศจากความระมัดระวังออกรถในขณะที่ผู้โดยสารยังขึ้นรถไม่เรียบร้อย เช่นนี้เป็นกรณีที่หนี้สองประการซ้อนกัน เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากมูลสัญญารับขนส่งคนโดยสาร เนื่องจากกระทำผิดสัญญารับขนส่งคนโดยสารตาม มาตรา 634 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในขณะ

---

หน้า 475, 476. ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง.** หน้า 9-10. ปรีชา วิศาลเวทย์. “หนี้ ละเมิด.” หน้า 301, 302. สายสุตา นิงสานนท์ (เศรษฐบุตร). **ความรับผิดชอบเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด.** หน้า 26-30. สุขุม สุภนิติย์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.** หน้า 4-7. วิชา มหาคุณ. **หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกา.** หน้า 41, 42. เพ็ง เพ็งนิติ. “กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.” หน้า 145.

<sup>14</sup> Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts.* pp. 82 - 84, 87, 88, 686 - 688. Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction.* pp. 157 - 160, 170.

<sup>15</sup> เช่น มาตรา 291 300 และ 390 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

เดียวกันเป็นหน้าที่เกิดจากการกระทำละเมิด เนื่องจากทำให้ผู้โดยสารได้รับความเสียหายแก่กาย ที่ผู้รับขนส่งคนโดยสารต้องมีความรับผิดชอบตาม มาตรา 420 และ 437 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>16</sup>

ในประเทศฝรั่งเศส<sup>17</sup> และประเทศเยอรมัน<sup>18</sup> การกระทำผิดสัญญาบางประเภทซึ่งก่อหน้าที่พิเศษแยกออกต่างหากจากหน้าที่ตามสัญญา ถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดก่อให้เกิดความรับผิดชอบทั้งทางสัญญาและทางละเมิดในขณะเดียวกัน ในประเทศฝรั่งเศสเรียกหน้าที่พิเศษดังกล่าวว่า “หนี้หรือหน้าที่พิเศษบางประการ” หรือ “หนี้ประกันความปลอดภัย” ในประเทศเยอรมันเรียกว่า “หนี้หรือหน้าที่ตามความสัมพันธ์พิเศษที่เป็นลักษณะเฉพาะ” (sui generis) หรือ “หนี้หรือหน้าที่ตามสิทธิขั้นพื้นฐาน” โดยอธิบายว่า หนี้หรือหน้าที่พิเศษดังกล่าวเกิดขึ้นมาจากการตีความเจตนาของคู่สัญญา ตามสัญญาที่คู่สัญญาเข้าผูกพันกัน ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์พิเศษที่เป็นลักษณะเฉพาะ ที่มีได้มีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เกิดจากการตีความโดยแนวคำพิพากษาของศาล ตามลักษณะของสัญญาแต่ละชนิด อันถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่สัญญา เนื่องจากถือว่าความเสียหายของโจทก์เกิดขึ้นมาจากความไว้วางใจในตัวของจำเลยและในพฤติกรรมของจำเลย โดยคาดหวังว่าการปฏิบัติตามสัญญาของจำเลยจะปราศจากความบกพร่องและไม่ก่อให้เกิดอันตรายใด ๆ แก่ ชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของโจทก์ อีกทั้งโจทก์ยังได้มอบประโยชน์หรือค่าตอบแทนให้จำเลยเป็นการตอบแทนไปล่วงหน้าก่อนแล้ว สัญญาซึ่งก่อหน้าที่พิเศษส่วนใหญ่เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาขนส่งคนโดยสารไม่ว่าทางเรือ รถไฟ รถราง หรือธุรกิจเกี่ยวกับการขนส่งเคลื่อนย้ายการเดินทาง

<sup>16</sup> โสภณ รัตนากร. “กฎหมายแพ่งลักษณะหนี้.” หน้า 125, 129. จิตติ ดิงศภัทย์. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้.** หน้า 195. สายสุดา นิงสานนท์ (เศรษฐบุตร). **ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด.** หน้า 28.

<sup>17</sup> Markesinis, B.S., Deakin, S.F. *Tort Law.* pp. 8, 9. Mazeaud. *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle.* n.p. : n.d., pp. 112, 153. Lalou Henri. *La Responsabilité Civile.* n.p. : n.d., p. 187. (Mazeaud, Lalou Henri. อ้างถึงใน **จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.** หน้า 51.) **จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้.** หน้า 57, 58, 60.

<sup>18</sup> Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts.* pp. 82 - 84, 87, 88, 687. Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction.* pp. 157-160, 170.

ทางอื่น ๆ ที่ถือว่าสัญญาดังกล่าวผู้ขนส่งมีหนี้ตามสัญญาต้องขนส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางตามที่ตกลงในสัญญา และขณะเดียวกันเกิดหน้าที่พิเศษบางประการขึ้นแก่ผู้ขนส่งอันเป็นหนี้ที่เกิดขึ้น โดยกฎหมายที่ผู้ขนส่งต้องขนส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางตามที่ตกลงกันไว้ด้วยความสวัสดิภาพ หากผู้ขนส่งปฏิบัติตามสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อความเสียหายให้แก่ผู้โดยสารไม่ว่าเป็นชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ถือว่าผู้ขนส่งต้องมีความรับผิดชอบเกิดขึ้นทั้งตามกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิดพร้อม ๆ กัน

นอกจากนี้ในกรณีของสัญญาซื้อขายสินค้าทั้งในประเทศฝรั่งเศส<sup>19</sup> และเยอรมัน<sup>20</sup> เมื่อปรากฏว่าสินค้ามีความชำรุดบกพร่อง ขาดจำนวน ส่วนประกอบส่วนหนึ่งของสินค้าไม่บริบูรณ์จนก่อให้เกิดข้อบกพร่องของผลิตภัณฑ์ทั้งหมด จนทำให้ประสิทธิภาพหรือคุณภาพของผลิตภัณฑ์ลดลง หรือ เมื่อผู้ซื้อสินค้าได้รับความเสียหายหรืออันตรายจากสินค้า กรณีเช่นนี้ถือเป็นเรื่อง queผู้ขายหรือผู้ผลิตสินค้าทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เนื่องจากตามสัญญาซื้อขายสินค้า ผู้ขายหรือผู้ผลิตสินค้ามีหน้าที่พิเศษที่ต้องจำหน่ายสินค้าที่มีคุณภาพให้กับผู้ซื้อสินค้า ไม่ชำรุดบกพร่องหรือขาดปริมาณและต้องไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ซื้อสินค้า เนื่องจากเหตุผลของความสามารถที่มีมากกว่าของผู้ขายหรือผู้ผลิตสินค้าในการค้นพบข้อบกพร่องของสินค้า ซึ่งหน้าที่พิเศษดังกล่าวเกิดขึ้นมาเพื่อเป็นการประกันความเสี่ยงเบื้องต้นให้แก่ผู้ซื้อสินค้า<sup>21</sup>

ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่ การตีความสัญญาในเรื่องหน้าที่พิเศษเพื่อนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้เช่นนี้ จะเกิดขึ้นในกรณีที่สัญญามีการจำกัดความรับผิดชอบของผู้สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไว้ ถือเป็นเรื่องที่น่าสนใจกฎหมายในต่างประเทศต้องการอุดช่องว่างของสัญญาโดยกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งนักกฎหมายไทยมีแนวการตีความสัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้เพื่ออุดช่องว่างของสัญญาเช่นเดียวกับในต่างประเทศ

ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทย รวมทั้งนักนิติศาสตร์ต่างประเทศในระบบ Civil Law เช่น ในประเทศฝรั่งเศส และในประเทศเยอรมัน กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญา

<sup>19</sup> Markesinis, B.S., Deakin, S.F. *Tort Law*. p. 9. Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. p. 687.

<sup>20</sup> *Ibid.* pp. 82-84, 87, 88, 687. Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction*. pp. 157, 170.

<sup>21</sup> จึงอาจเรียกหน้าที่พิเศษดังกล่าวได้ว่าเป็น “หนี้ประกันความปลอดภัย” ที่ผู้ขายต้องมีต่อผู้ซื้อ.



และการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน มีได้ในสองกรณี คือ การกระทำผิดสัญญาเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right) และ กรณีที่บุคคลเข้าทำสัญญาก่อนหน้าที่พิเศษกระทำผิดหน้าที่พิเศษ

## 1.2 ระบบ Common Law

นักนิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษ<sup>22</sup> และในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>23</sup> เห็นว่า โดยหลักเมื่อคู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญา มีสัญญาเกิดขึ้น และมีการกระทำผิดสัญญา กรณีถือเป็นเรื่องการกระทำในทางสัญญาและก่อผลเป็นเรื่องสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบเฉพาะในมูลสัญญาแต่เพียงมูลเดียว ไม่ถือเป็นการกระทำในทางละเมิดที่จำเลยต้องมีความรับผิดชอบในมูลละเมิดด้วยแต่อย่างใด<sup>24</sup> ดังนั้นการกระทำผิดสัญญาโดยทั่ว ๆ ไป คู่สัญญาจึงไม่สามารถฟ้องร้องผู้ก่อความเสียหายในทางละเมิด หรือนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในกรณีความรับผิดทางสัญญาได้ เนื่องจากสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาได้ถูกรักษาโดยสัญญาที่ทำขึ้นเท่านั้น และเรียกกรณีการกระทำผิดสัญญาปกติทั่ว ๆ ไป ที่เป็นเรื่องการกระทำสัญญาแต่เพียงอย่างเดียวนี้ว่า “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance)<sup>25</sup> อันหมายถึง การละเว้นไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่มี การเริ่มต้นกระทำการใด ๆ ตามสัญญาเกิดขึ้นนอกจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เป็นกรณีที่คู่สัญญามิได้กระทำอะไรมากไปกว่าการทำสัญญาและกระทำผิดสัญญาโดยการไม่ปฏิบัติตามสัญญา<sup>26</sup> โดยมีได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อความเสียหายใด ๆ ขึ้นใหม่ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนอกเหนือไปจากความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ กล่าวคือ เป็นการละเว้นอัน

<sup>22</sup> เช่น ท่าน Salmond, Winfield, B.S. Markasinis, S.F. Deakin.

<sup>23</sup> เช่น ท่าน William L. Prosser, Edward J. Kionka, John W. Wade, Victor E. Schwartz.

<sup>24</sup> Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. **Cases and Materials on Torts**. Seventh Edition. Mineola, N. Y. : The Foundation Press, Inc., 1982, p. 456. Markasinis, B.S., Deakin, S.F. **Tort Law**. p. 12. Salmond, Sir John. **The Law of Torts**. Sixteenth Edition by R.F.V. Heuston. London : Sweet & Maxwell limited, 1973, p. 9.

<sup>25</sup> Kionka, Edward J. **Tort Injuries to Persons and Property**. Southern Illinois : S.T. Paul Minn., West Publishing Co., 1977, pp. 389, 394. Prosser William L. **Handbook of the law of Torts**. p. 623. Prosser William L., Wade John W. , Schwartz Victor E. **Cases and Materials on Torts**. p. 456. Winfield, P.H. **A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort**. p. 801. Salmond, Sir John. **The Law of Torts**. p. 10.

<sup>26</sup> Prosser William L., Wade John W. , Schwartz Victor E. **Cases and Materials on Torts**. p. 456.

ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ในรูปของผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น<sup>27</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีสัญญาจ้างซ่อมรถยนต์ ที่ช่างซ่อมรถยนต์สัญญาจะซ่อมแซมรถยนต์ของลูกค้า แต่ไม่เคยลงมือซ่อมรถของลูกค้าเลย คงมีความรับผิดชอบแต่เพียงในมูลผิดสัญญาจ้างซ่อมรถเท่านั้น ไม่ต้องรับผิดชอบมูลละเมิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากข้อบกพร่องเดิมที่ลูกค้านำรถมาให้ซ่อมแต่อย่างใด หรือ ในกรณีแพทย์ที่สัญญาจะรักษาคนไข้แล้วไม่ยอมรักษาคคนไข้ตามสัญญา<sup>28</sup> หรือ ในกรณีสัญญารับขนส่งสินค้า ที่ผู้รับขนส่งสินค้าสัญญาว่าจะขนส่งสินค้าให้ผู้ส่งสินค้าแล้วไม่ทำการขนส่งสินค้าให้แก่ผู้ส่งสินค้าตามสัญญา หรือ ในกรณีสัญญากู้ยืมเงิน ที่ผู้กู้ผิดสัญญากู้ยืมเงิน ไม่ชำระต้นเงินและดอกเบี้ยคืนให้แก่ผู้ให้กู้ เป็นต้น

อย่างไรก็ดีบางกรณี การกระทำผิดสัญญาในขณะเดียวกันอาจเป็นเรื่องการกระทำละเมิดด้วยได้<sup>29</sup> ที่ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปหรือหลัก “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) กรณีการกระทำผิดสัญญาที่ในขณะเดียวกันถือเป็นการกระทำละเมิดด้วย ในระบบ Common Law มีดังที่จะกล่าวต่อไปนี้<sup>30</sup>

**1.2.1 การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance)** มิใช่เป็นกรณีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการโดยละเว้นไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นการกระทำในลักษณะของ “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) แต่เป็นกรณีที่คู่สัญญาที่มีความพยายามกระทำการบางอย่างตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาหรือมีการเริ่มต้นปฏิบัติตามสัญญาไปบ้างแล้ว<sup>31</sup> แต่กระทำหรือปฏิบัติสิ่งที่ผิดไปจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญา และการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย

<sup>27</sup> Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 338, 339. Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property.* p.389.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 394. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* p. 805.

<sup>29</sup> *Ibid.* pp. 811, 812. Salmond, Sir John. *The Law of Torts.* p. 9, 10. Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property.* p.388.

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 389. Prosser William L., Wade John W. , Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* pp. 456 – 458. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* pp. 801, 802, 805, 810 805.

<sup>31</sup> ซึ่งนักนิติศาสตร์ในระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือเป็นจุดเริ่มต้นที่มีผลกระทบต่อประโยชน์หรือส่วนได้เสียของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง. (Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property.* p. 389.)

หรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน สิ่งที่เกิดขึ้นนี้เป็นการให้ความสำคัญแก่กฎหมายลักษณะละเมิด ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา เนื่องจากนักนิติศาสตร์ เห็นว่าการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาต้องใช้ความระมัดระวัง ฉะนั้นหากเกิดความเสียหายขึ้น เนื่องมาจากการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายผู้กระทำผิดสัญญาต้องรับผิดชอบในทางละเมิดด้วย สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจ ประมาทเลินเล่อ ในการปฏิบัติตามสัญญา<sup>32</sup>

“การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) ต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดพลาดในการปกป้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจากความเสียหาย ที่คู่สัญญาสามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าถึงภัยพิบัติที่คู่สัญญาไม่มีข้อแก้ตัวอันสมควร และเป็นภัยอันกระทบต่อส่วนได้ส่วนเสียของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบทั้งในมูลผิดสัญญาและในมูลละเมิด เนื่องจากการสร้างความเสี่ยงใหม่ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>33</sup> นอกเหนือจากความเสี่ยงต่อความเสียหายตามปกติที่มีอยู่ตามสัญญา อันเป็นผลมาจากความประพฤติของคู่สัญญา<sup>34</sup> และ “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) นี้เมื่อคู่สัญญาก่อความผิดพลาดในการปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่เฉพาะแต่สูญเสียผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับตามสัญญาเท่านั้น ยังอาจได้รับความเสียหายโดยประการอื่นอีก เช่น ความเสียหายทางจิตใจ ความเสียหายที่คิดคำนวณเป็นตัวเงินได้อื่น ๆ ฯลฯ ในฐานะที่เป็นผลโดยตรงของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา<sup>35</sup> ซึ่งมีแต่กฎหมายลักษณะละเมิดเท่านั้นที่สามารถจะเยียวยาความเสียหายได้ครบตามความเสียหายที่แท้จริง

ความยากของเรื่อง “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) และ “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) อยู่ที่การกำหนดให้แน่นอนจนถึงจุดสิ้นสุดของ “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) และจุดเริ่มต้นของ “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) เช่น

<sup>32</sup> Ibid. pp. 389, 390. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 614, 616 – 618. Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* pp. 456 – 457. Salmond, Sir John, *The Law of Torts.* pp. 10, 573.

<sup>33</sup> Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* pp. 338, 339, 618.

<sup>34</sup> Ibid. p. 625.

<sup>35</sup> Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property.* p. 388.

นาย ก. ทำสัญญาจ้างนาย ข. ให้ตัดต้นไม้ซึ่งใกล้จะล้มทับบ้านนาย ก. ปรากฏว่านาย ข. ไม่ได้ไปตัดต้นไม้ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา หลังจากนั้นไม่นานต้นไม้ดังกล่าวล้มทับบ้านของนาย ก. พังเสียหาย กรณีนี้ นาย ข. ต้องรับผิดชอบต่อนาย ก. ในมูลผิดสัญญาเท่านั้น ไม่ต้องรับผิดชอบในมูลละเมิด เนื่องจากนาย ข. ไม่เคยไป ณ บ้านของนาย ก. เลย เพราะกรณีนี้เป็น “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) แต่หากนาย ข. ไปตัดต้นไม้ตามสัญญาและปฏิบัติตามสัญญาด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อละทิ้งงานไว้ครั้งหนึ่ง เช่น ตัดต้นไม้ยังไม่เสร็จโดยตัดได้เพียงครึ่งต้นแล้วกลับบ้าน หากต้นไม้ผุพังล้มทับบ้านของนาย ก. พังเสียหาย กรณีนี้ นาย ข. ต้องรับผิดชอบต่อนาย ก. ในมูลละเมิดด้วยนอกจากมูลสัญญา เพราะเป็นกรณี “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) เนื่องจากการปฏิบัติผิดสัญญาของนาย ข. ได้สร้างความเสี่ยงต่อความเสียหายใหม่ให้เกิดขึ้นแก่ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองของนาย ก. โดยไม่มีเหตุผลสมควร และนาย ข. สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าถึงภัยพิบัติที่อาจเกิดขึ้นต่อนาย ก.<sup>36</sup>

นอกจากนี้ ในกรณีแพทย์รักษาคคนไข้ หรือ ในกรณีช่างซ่อมรถยนต์ ช่างโลหะ นักวิชาการ ทนายความ สถาปนิก ผู้รับเหมาก่อสร้าง นักบัญชี หรือ บุคคลผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพอื่น ๆ ไป ที่กระทำการชำระหนี้ตามสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือ ทรัพย์สิน ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นกรณี “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) ที่คู่สัญญาฝ่ายที่กระทำการชำระหนี้ตามสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อดังกล่าว ต้องมีความรับผิดชอบทั้งในมูลผิดสัญญาและในมูลละเมิดเช่นเดียวกัน<sup>37</sup>

**1.2.2 การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (Misfeasance) ในสัญญาเกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา** กิจการที่ให้บริการสาธารณะ (public utility) อันได้แก่ ผู้ประกอบกิจการสาธารณูปโภคเพื่อประชาชน ผู้ประกอบกิจการขนส่งสาธารณะทั่วไป ฯลฯ คู่สัญญาผู้ที่อยู่ในสถานะในการให้บริการอันเกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ของคนในสังคม หรือผู้ประกอบกิจการที่ให้บริการสาธารณะดังกล่าว ต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติตามสัญญา และถือว่ามีพันธัมพันธ์กับสมาชิกทุกคนในสังคมที่เข้ามาทำสัญญา ที่ผู้ประกอบกิจการที่

<sup>36</sup> Ibid. p. 389.

<sup>37</sup> Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. pp. 803 – 805. Markesinis, B.S., Deakin, S.F. Tort Law. p. 10. Salmond, Sir John. The Law of Torts. p. 10.

ให้บริการสาธารณะต้องมีหน้าที่พิเศษบางประการ<sup>38</sup> เกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้บริการ อันเป็นหน้าที่ขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นต่างหากจากข้อกำหนดในสัญญาเป็นคนละเรื่องกับหน้าที่เกิดจากสัญญา และเป็นหน้าที่ตามความยุติธรรมตามธรรมชาติที่เกิดขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยนิติสัมพันธ์ทางสัญญาใด ๆ เป็นคนละเรื่องกับหน้าที่เกิดจากสัญญาและเกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดบางประการ คือ สถานะทางแพ่งของบุคคล หรือเกิดขึ้นเฉพาะต่อผู้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาในสัญญาบางประเภท อันเป็นส่วนของความรับผิดชอบทั่วไป ที่เรียกว่าละเมิดอันเกิดขึ้นโดยกฎหมาย และอยู่เหนือบุคคลทุกคนซึ่งขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์หรือสถานะเช่นนั้น ที่การกระทำของเขามีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของบุคคลอื่นในสังคม โดยเขาต้องใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนผู้ประกอบอาชีพเช่นนั้น โดยปกติที่ต้อง ป้องกัน ระวัง มิให้มีการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาก่ออันตรายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน รวมทั้งผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้บริการ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หน้าที่พิเศษดังกล่าว เกิดขึ้นมาเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้บริการที่เป็นสาธารณชน หรือคนทั่วไปในสังคม ที่เข้ามาทำสัญญากับผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะ เนื่องจากลักษณะงาน สถานะ และความชำนาญในอาชีพ ถือเป็นความสามารถพิเศษที่ทำให้ผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะ อยู่ในสถานะที่สามารถใช้ความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายได้ง่ายกว่าคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้บริการอันเป็นสาธารณชนหรือบุคคลทั่วไป ที่การปฏิบัติตามสัญญาของผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะชักนำให้สาธารณชนหรือบุคคลทั่วไปในสังคมไว้วางใจในตัวและการปฏิบัติงานของเขา โดยความรับผิดชอบในกรณีนี้จะขึ้นอยู่กับสถานะของบุคคล มากกว่าขึ้นอยู่กับสัญญาที่ได้ตกลงทำกัน อันเป็นแนวคิดดั้งเดิมเกิดขึ้นมานานแล้วก่อนที่แนวความคิดเรื่องสัญญาจะได้พัฒนาขึ้นมา<sup>39</sup> โดยหากผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะกระทำผิดหน้าที่พิเศษดังกล่าวและเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้รับบริการ ถือเป็น “การ

<sup>38</sup> หน้าที่พิเศษบางประการ ท่าน Prosser เรียกว่า “The old tort duty” (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 615.) ในประเทศอังกฤษอธิบายว่าเป็นหน้าที่ใหม่ที่เกิดขึ้นทันทีที่ทำสัญญา (New or Independently duty) (Salmond, Sir John. *The Law of Torts.* p. 10.)

<sup>39</sup> Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* pp. 339, 345, 615, 626, 631, 632, 634. Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* pp. 456–457. Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property.* p. 391. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* pp. 803 – 808. Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts.* pp. 82 – 85. Markesinis, B.S. Deakin, S.F. *Tort Law.* pp. 8, 10, 397. Salmond, Sir John. *The Law of Torts.* pp. 10, 11.

ปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) ของผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะ ที่ต้องเกิดความรับผิดในทางละเมิดขึ้นแยกต่างหากจากความรับผิดตามปกติที่ระบุไว้ในสัญญา เนื่องจากเป็นกรณีที่คู่สัญญาสมัครใจผูกพันตัวเองโดยสัญญาเพื่อปฏิบัติหน้าที่พิเศษบางประการที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายแยกออกเป็นอิสระไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาใด ๆ<sup>40</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่สัญญารับขนส่งคนโดยสาร ผู้ขนส่งคนโดยสารมีหน้าที่พิเศษต้องใช้ความระมัดระวังขนส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางด้วยความปลอดภัยทั้งใน ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน หากผู้ขนส่งคนโดยสารปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาด้วยความประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของผู้โดยสาร กรณีนี้ถือเป็นเรื่องของผู้ขนส่งคนโดยสารทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน<sup>41</sup>

นอกจากผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะ หน้าที่พิเศษลักษณะนี้ยังใช้กับผู้ที่ประกอบกิจการนำทรัพย์สินออกให้บุคคลทั่วไปเช่า ที่มีหน้าที่พิเศษต้องดูแลรักษาทรัพย์สินที่นำออกให้เช่าไม่ให้มีความชำรุดบกพร่อง เพื่อไม่ให้เกิดอันตรายแก่ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของผู้เช่า เช่น ผู้ประกอบธุรกิจให้เช่า รถยนต์ รถจักรยานยนต์ ม้า คลังสินค้า เจ้าของบ้านเช่า เจ้าสำนักโรงแรม ฯลฯ หากกระทำการโดยประมาทไม่ระมัดระวังให้คืนทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องออกให้เช่า และจากข้อบกพร่องของทรัพย์สินดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้เช่า ในกรณีนี้ถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน<sup>42</sup>

นอกจากนี้พัฒนาการเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องหน้าที่พิเศษดังกล่าว ยังได้ขยายไปสู่กรณีของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้บริโภค ที่ทำให้กรณีสัญญาซื้อขายสินค้าทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายโรมันเกี่ยวกับเรื่องการเสี่ยงภัยของผู้ซื้อตามหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” หรือ “caveat emptor” ที่ผู้ซื้อต้องทำการตรวจสอบ คุณสมบัติ

<sup>40</sup> Ibid. p. 10. Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E., *Cases and Materials on Torts*. pp. 457 - 458.

<sup>41</sup> Ibid. pp. 456 – 457. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. pp. 339, 615.

<sup>42</sup> Ibid. pp. 345, 408, 409, 615, 616, 626, 631, 632, 634. Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property*. pp. 390, 391. Salmond, Sir John. *The Law of Torts*. pp. 10, 11. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort*. pp. 803, 804, 805. Markesinis, B.S. Deakin, S.F. *Tort Law*. pp. 8, 397. Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. pp. 82 – 85.

คุณภาพ ของสินค้าด้วยตัวเอง ที่ผู้ซื้อต้องเชื่อมั่นในการพิจารณาของตัวเอง และครองความเสี่ยงของข้อบกพร่องใด ๆ ในสินค้าที่ซื้อไป ในปัจจุบันเป็นที่แน่นอนแล้วว่า ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้า ต้องตกอยู่ภายใต้หน้าที่พิเศษบางประการที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย ที่ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้า ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชนผู้ประกอบการค้าขายโดยปกติ ที่ต้องป้องกันระมัดระวังสินค้าที่ผลิตหรือจำหน่ายมิให้ก่อความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน รวมทั้งผลประโยชน์ของผู้บริโภค<sup>43</sup> การตีความในลักษณะนี้ปกติถูกนำมาใช้ในกรณีของการซื้อขายสินค้าที่ไม่มีใบรับประกันคุณภาพของสินค้า หรือมีใบรับประกันแต่มีข้อจำกัดความรับผิดชอบที่ทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบ โดยถือว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้า ที่มีหลากหลายลักษณะ เช่น การส่งมอบสินค้าผิดชนิดผิดลักษณะ ปริมาณสินค้าขาดจำนวน การบรรจุหีบห่อที่บกพร่องสำหรับสินค้าที่มีความเปราะบางทำให้สินค้าแตกหักเสียหาย ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของสินค้าอย่างเพียงพอต่อผู้บริโภค ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าสินค้าเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์และความประสงค์ของผู้บริโภค แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่เป็นกรณีที่ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าขาดความระมัดระวังดูแลตามสมควรในการตรวจตราสินค้า เพื่อค้นพบข้อบกพร่องของสินค้าในการผลิตหรือเตรียมสินค้าสำหรับจำหน่าย ดังนั้นเมื่อผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค กรณีนี้ถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน<sup>44</sup>

**1.2.3 การหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud) ในประเทศสหรัฐอเมริกา** “การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” (fraud) ถือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่หลอกลวงเข้าทำสัญญา ทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดที่เกิดขึ้นมาเหนือการกระทำอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาในลักษณะดังกล่าว มาเยียวยาความเสียหายได้ นอกจากกฎหมายลักษณะสัญญา ใน

<sup>43</sup> ท่าน Markesinis อธิบายว่า เป็นเรื่องที่น่าสนใจกฎหมายอเมริกันเปลี่ยนประเด็นเรื่องความรับผิดในผลิตภัณฑ์ ที่เป็นความรับผิดในทางสัญญาไปสู่ขอบเขตของความรับผิดในทางละเมิดโดยนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้คล้ายกับเป็นแนวคิดที่แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการและความก้าวหน้าของกฎหมายลักษณะละเมิดในอีกระดับหนึ่ง. (Ibid. pp. 81, 82.)

<sup>44</sup> Ibid. pp. 82 – 85. Markesinis, B.S., Deakin, S.F. Tort Law. pp. 8, 397. Salmond, Sir John. The Law of Torts. p. 11. Prosser William L. Handbook of the law of Torts. pp. 626, 631, 632, 634.

ประเทศสหรัฐอเมริกา การเข้าทำสัญญาโดยปราศจากความตั้งใจจะปฏิบัติตามสัญญาแต่ต้นถือเป็นการกระทำที่เป็นรูปแบบของ “การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” (fraud) อย่างหนึ่ง เนื่องจากเป็นการกระทำที่เป็นการกระทำโดยใช้อุบายหลอกลวงผู้อื่น<sup>45</sup> อันเป็นการกระทำละเมิดในตัวเองแยกออกจากต่างหากต่างจากการกระทำผิดสัญญา ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของสัญญาซื้อขายสินค้า ที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อสินค้า ตกลงทำสัญญาซื้อขายสินค้าโดยมีความตั้งใจมาตั้งแต่ต้นจะไม่ชำระราคาค่าสินค้าให้แก่คู่สัญญาฝ่ายผู้ขายสินค้า ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการหลอกลวงในเรื่องความตั้งใจของคู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อสินค้า ในการชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายสินค้า จึงถือว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อสินค้า ทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อคู่สัญญาฝ่ายผู้ขายสินค้า อันเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ขายสินค้า มีทางเลือกหลายทางในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากการกระทำอันเดียวกันของคู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อสินค้า<sup>46</sup> ที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ขายสินค้ามีสิทธิเลือกฟ้องในมูลสัญญาหรือมูลละเมิดก็ได้ แล้วแต่ว่ามูลใดจะให้ประโยชน์มากกว่า

ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน มีได้ในสามกรณี คือ การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเอกชน การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) และ การหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud)

## 2. ความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด

การศึกษาแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในประเด็นที่สอง อันเป็นแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์กลุ่มที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ แม้เป็นกรณีที่มิมีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา ผู้เขียนจะศึกษาแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law ดังจะได้นำเสนอตามลำดับดังนี้

<sup>45</sup> Ibid. p. 616. Prosser William L., Wade John W. , Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. pp. 456 - 457.

<sup>46</sup> Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property*. p. 391. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. pp. 616, 619, 630, 631, 729, 730. Salmond, Sir John. *The Law of Torts*. p. 573.



## 2.1 ระบบ Civil Law

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Civil Law ฝ่ายที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ เห็นว่าการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด โจทก์สามารถใช้สิทธิได้ในสองลักษณะกล่าวคือ ในลักษณะแรกโจทก์สามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องได้ในมูลคดีสัญญาหรือในมูลคดีละเมิด และ ในลักษณะที่สองเห็นว่าโจทก์สามารถใช้สิทธิเลือกฟ้องคดีได้ทั้งในมูลคดีผิดสัญญาและในมูลคดีละเมิด ดังจะได้กล่าวต่อไป

**2.1.1 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด ในประเทศไทย** เมื่อเกิดกรณีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด อันเป็นการฝ่าฝืนทั้งสิทธิตามสัญญาและสิทธิตามกฎหมายในขณะเดียวกัน ถือว่าคู่สัญญามีทั้งสองสิทธิที่จะบังคับไม่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก่อความเสียหาย โดยสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับในมูลคดีใดก็ได้ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาและมูลคดีละเมิด<sup>47</sup> แล้วแต่ว่าทางใดจะเป็นประโยชน์มากที่สุด โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบของกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ทั้งในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ อันเป็นเรื่องความได้เปรียบเสียเปรียบในเชิงคดี และจากการศึกษาพบว่า มีประเด็นที่น่าสนใจอยู่สามกรณี คือ กรณีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดี และกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล สำหรับในกรณีแรก หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี การเลือกฟ้องโดยใช้มูลคดีผิดสัญญาจะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญามากกว่า เพราะหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีจะตกอยู่แก่ฝ่ายจำเลย ยกตัวอย่างเช่น กรณีสัญญารับขนส่งคนโดยสารขณะโจทก์ผู้โดยสารกำลังขึ้นรถ จำเลยคนขับรถประมาทเลินเล่อไม่ดูให้คือออกรถทั้ง ๆ ที่โจทก์ยังขึ้นรถไม่เสร็จทำให้โจทก์ตกรถได้รับบาดเจ็บ กรณีนี้หากโจทก์เลือกฟ้องในมูลคดีละเมิดหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีจะตกอยู่แก่โจทก์ เพราะโจทก์มีภาระต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำโดย ประมาทเลินเล่อ ผิดกฎหมาย และทำให้โจทก์เสียหาย แต่หากโจทก์เลือกฟ้องมูลสัญญาหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีจะตกอยู่แก่จำเลย

<sup>47</sup> เมื่อคู่สัญญาเลือกฟ้องในมูลคดีมูลใดแล้ว หากบรรยายฟ้องมาครบถ้วนทั้งสภาพแห่งข้อหา ค่าของบังคับ รวมทั้งข้ออ้างซึ่งอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา ก็ไม่ถือเป็นการบรรยายฟ้องที่เคลือบคลุมตาม มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

เพราะจำเลยมีภาระต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมิได้กระทำผิดสัญญา จำเลยไม่ต้องรับผิด เป็นต้น ในกรณีต่อมาเกี่ยวกับอายุความในการฟ้องคดี มูลคดีที่มีอายุความยาวกว่าจะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาในการฟ้องร้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหาย ในทางปฏิบัติการฟ้องคดีส่วนใหญ่ คู่สัญญามักได้ประโยชน์จากอายุความในมูลคดีผิดสัญญาตามหลักทั่วไป คือ มีอายุความถึง 10 ปี<sup>48</sup> ในขณะที่อายุความในมูลคดีละเมิด ส่วนใหญ่มีอายุความเพียง 1 ปี<sup>49</sup> ในกรณีสุดท้าย คือ การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล หากคู่สัญญาเลือกฟ้องในมูลคดีละเมิดอาจได้ประโยชน์กว่า เพราะตาม มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้วางหลักให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน และในทางปฏิบัติศาลจะใช้ดุลยพินิจกำหนดให้ ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แต่สำหรับในมูลคดีผิดสัญญา การใช้ดุลยพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนของศาลนั้น ปกติหากคู่สัญญาได้มีการตกลงทำสัญญากันไว้อย่างไร การกำหนดค่าเสียหายต้องเป็นไปตามข้อตกลง แต่หากมิได้มีการตกลงไว้ การกำหนดค่าเสียหายต้องเป็นไปตาม มาตรา 222 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ต้องเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้เท่านั้น<sup>50</sup>

สำหรับนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส<sup>51</sup> และนักนิติศาสตร์เยอรมัน<sup>52</sup> มีความเห็นว่า เมื่อเกิดกรณีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดขึ้น ถือเป็นเรื่องทั้งคู่

<sup>48</sup> มาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

<sup>49</sup> มาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

<sup>50</sup> ไสภณ รัตนากร. “กฎหมายแพ่งลักษณะหนี้.” หน้า 129. จิตติ ดิงศภักดิ์. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้.** หน้า 193-197. พจน์ ปุຍปาคม. ละเมิด. หน้า 13. ไพจิตร บุญยพันธุ์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.** หน้า 48-51. ศักดิ์ สนองชาติ. **คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด.** หน้า 2-4. วิชา มหาคุณ. **หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา.** หน้า 4-7, 41, 42. เพิ่ง เพิ่งนิติ. “กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.” หน้า 145. สายสุดา นิงสานนท์ (เศรษฐบุตร). **ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด.** หน้า 26-30. ปรียา วิศาลเวทย์. “หนี้ ละเมิด.” หน้า 301, 302. ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. **หลักกฎหมายละเมิด.** หน้า 77-80.

<sup>51</sup> เช่น ท่าน Sauzet, Sainctelette, และ Thaller [Thaller. *Anales de droit commercial.* p. 125. Sauzet. *Reve Critiq.* p. 673. Sainctelette. *Responsabilité et Garantie.* p. 17. (Thaller, Sauzet, Sainctelette. อ้างถึงใน *จัด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.* หน้า 63, 64.)]

<sup>52</sup> เช่น ท่าน E.J. Cohn, Norbert Horn, Hein Kotz, Hans G. Leser, Ernst Rabel และ Professor Lorenz แห่ง มหาวิทยาลัย Cornell. [Cohn, E.J. *Manual of German Law.* p.156. Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G.

สัญญาที่มีสิทธิเรียกร้องทั้งในมูลผิดสัญญาและในมูลละเมิดพร้อม ๆ กัน คู่สัญญาที่มีอิสระสามารถเลือกฟ้องร้องบังคับเพื่อเยียวยาความเสียหายในมูลใดก็ได้ แล้วแต่ว่าทางใดเป็นประโยชน์มากกว่า โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบของการนำกฎหมายแต่ละลักษณะมาใช้ โดยนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสอธิบายว่า ในกรณีที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อนเมื่อมีความรับผิดชอบทางสัญญาเกิดขึ้น และหากในกรณีเดียวกันนั้นครบองค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิดด้วย สมควรอนุญาตให้คู่สัญญาผู้ได้รับความเสียหายสามารถเลือกฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดเพื่อละเมิดแทนการฟ้องคดีความรับผิดตามสัญญาเพื่อประโยชน์ของตนได้ เนื่องจากความรับผิดเพื่อละเมิดเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เกิดขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนในสังคม สัญญาใด ๆ ไม่สามารถตกลงยกเว้นหรือยกเลิกหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดเพื่อละเมิดได้ ดังนั้นหากห้ามมิให้คู่สัญญาฟ้องร้องมูลละเมิด เท่ากับเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีฐานะด้อยกว่าบุคคลภายนอกทั้งหลายในสังคมที่มีได้เป็นคู่สัญญา เพราะความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ว่าใครก็สามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เพราะเป็นหลักทั่วไป ฉะนั้นเราจึงไม่ควรไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาผู้ได้รับความเสียหายไม่ให้ฟ้องในมูลละเมิด ในทางตรงกันข้ามเราควรเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในมูลสัญญาที่การกระทำผิดสัญญาครบองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิด สามารถเลือกฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดเพื่อละเมิดได้หากเป็นประโยชน์มากกว่า เพื่อให้คู่สัญญามีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลอื่นทั่ว ๆ ไปในสังคม<sup>53</sup> และการเลือกฟ้องคดีของคู่สัญญาในคดีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสและเยอรมันก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาในสามกรณีใหญ่ ๆ เช่นเดียวกับนักนิติศาสตร์ของไทย กล่าว

---

German Private and Commercial Law : An Introduction. pp. 159, 160. Lorenz. *Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten.* p. 59. Lorenz. *Warenabsatz und Vertrauensschutz.* p. 8. Lorenz. *Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung.* pp. 366, 381. (Lorenz. quoted in Markesinis. B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts.* pp. 86, 87, 90.) Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts.* pp. 84, 85.]

<sup>53</sup> Thaller. *Anales de droit commercial.* p. 125. Sauzet. *Reve Critiq.* p. 673. Sainctelette. *Responsabilité et Garantie.* p. 17. (Thaller, Sauzet, Sainctelette. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด.* หน้า 64.)

กับกรณีนี้ในทางปฏิบัติ ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันก็เปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องคดีมาได้ทั้งสองฐานเช่นกันที่ถือเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเลือกนำกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้กับคดีเอง ซึ่งกรณีดังกล่าวก็มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการฟ้องคดีในประเทศไทย<sup>56</sup>

กล่าวโดยสรุป ในระบบ Civil Law ในประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศเยอรมัน กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยมูลคดีใดก็ได้แล้วแต่จะเลือก ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในกรณีของหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดี และกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และนอกจากนี้คู่สัญญาอาจเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยทั้งสองมูลคดีก็ได้ โดยสามารถบรรยายฟ้องมาได้ว่าจำเลยทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดต่อโจทก์ หรือจะบรรยายฟ้องมาแต่เพียงข้อเท็จจริงและขอค่าเสียหายมาเลย ๆ ก็ได้ โดยในกรณีนี้ปล่อยให้ทำหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเลือกนำลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง

## 2.2 ระบบ Common Law

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Common Law ฝ่ายที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ เห็นว่าการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมาย

---

ลักษณะละเมิด. หน้า 48-51. ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. หน้า 2-4. ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายละเมิด. หน้า 77-80. สุขุม สุภนิษฐ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 4-7. วิชา มหาคุณ. หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา. หน้า 41, 42. เพิ่ง เพิ่งนิติ. "กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด." หน้า 145, 201.

<sup>56</sup> Lalou Henri. *La Responsabilité Civile*. pp. 175, 257. Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*. p. 887. (Lalou Henri., Planiol. อ้างถึงใน จี๊ด เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. หน้า 40 - 42.) จี๊ด เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. หน้า 43, 44, 63, 64. จี๊ด เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้*. หน้า 57, 58, 62. Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. pp. 84, 85, 687 - 689.

ลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด โจทก์สามารถใช้สิทธิได้ในสองลักษณะกล่าวคือ ในลักษณะแรกโจทก์สามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องได้ในมูลคดีสัญญาหรือมูลคดีละเมิด และ ในลักษณะที่สองโจทก์สามารถใช้สิทธิเลือกฟ้องคดีได้ทั้งในมูลคดีผิดสัญญาและมูลคดีละเมิด ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

**2.2.1 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด** นักนิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษ<sup>57</sup> และในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>58</sup> เห็นว่า กรณีการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ถือเป็นกรณีที่คู่สัญญามีทางเลือกในการเยียวยาความเสียหายมากกว่าหนึ่งทาง สามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีในมูลคดีใด ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาหรือมูลคดีละเมิด ตามที่เห็นว่าเหมาะสม แล้วแต่กฎหมายลักษณะใดจะเป็นประโยชน์<sup>59</sup> แก่ตนมากที่สุด<sup>60</sup> และเมื่อคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใดแล้ว ศาลจะนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจะไม่นำมูลคดีที่คู่สัญญามีได้เลือกมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้เห็นว่าเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญามากกว่า เนื่องจากถือว่าคู่สัญญาได้สิทธิไม่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายในมูลคดีที่มีได้เลือกไปแล้ว นักนิติศาสตร์ในประเทศสหรัฐอเมริกา ท่าน Prosser เรียกสิ่งที่เกิดขึ้นนี้ว่า หลัก “การเลือกใช้สิทธิ” (election)<sup>61</sup> เหตุผลหลักที่อนุโลมให้คู่สัญญาที่มีอิสระสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายของตนไปในมูลคดีใดก็ได้ นั่น เนื่องจากความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายผู้เสียหายได้รับ เกิดขึ้นโดยมีสาเหตุมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหาย ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิด ได้ก่อความไม่ยุติธรรมเป็นอย่างมากโดยการกระทำละเมิดของเขา และต้องตกอยู่ภายใต้หนนี้โดยการผูกมัดของความยุติธรรม

<sup>57</sup> ท่าน Salmond, Winfield, Markasinis B.S., Deakin. S.F.

<sup>58</sup> ท่าน William L. Prosser, Edward J. Kionka, John W. Wade, Victor E. Schwartz.

<sup>59</sup> “ประโยชน์” ในที่นี้ คือ ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ได้รับนั่นเอง.

<sup>60</sup> Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* pp. 805-807, 810 – 812. Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property.* pp. 391, 392. Prosser William L. Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* p. 470. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* pp. 621, 630.

<sup>61</sup> *Ibid.* pp. 618, 619, 635. Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* P. 470. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* pp. 805-807, 811, 812.

ตามธรรมชาติเพื่อชดใช้ความเสียหาย กฎหมายลักษณะหนึ่งจึงรับรองให้นำหลักความยุติธรรม มาใช้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีของกลุ่มผู้เสียหายว่าได้ถูกระบุไว้ในสัญญา<sup>62</sup> ดังที่ท่าน Prosser ได้กล่าวไว้ว่า “ถือเป็นเรื่องที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายล่วงละเมิดขอบเขตของหลักความยุติธรรม และอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหาย สามารถทำการปลดเปลื้องความเสียหายที่ได้รับโดยวิธีการดำเนินการเพื่อชดใช้ความเสียหาย อันดำเนินการหรือตั้งอยู่บนรากฐานตามหลักแห่งความยุติธรรม”<sup>63</sup> ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใด ก็สมควรถือเป็นสิทธิในทางกฎหมายสารบัญญัติของกลุ่มผู้ได้รับความเสียหายที่ศาลต้องยอมรับ การเลือกใช้สิทธิในการฟ้องคดีของกลุ่มผู้เสียหายในลักษณะนี้ เป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อผลของคดีที่จะตามมาในภายหลัง และสิ่งที่เกิดขึ้นนี้ถือเป็นการเลือกแท้ ๆ ระหว่างทางเลือกใหม่ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นที่มีอยู่ในเวลาเดียวกัน<sup>64</sup> อันเป็นการนำข้อได้เปรียบเสียเปรียบของกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดมาเป็นข้อพิจารณาประกอบ ไม่ว่าเป็นเรื่องของหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดี และกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล<sup>65</sup> เป็นต้น

ประการแรก กรณีของหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีหรือภาระการพิสูจน์ในคดี คู่สัญญาควรเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปทางมูลคดีผิดสัญญา เพราะตามกฎหมายลักษณะสัญญา ภาระการพิสูจน์ในคดีจะตกอยู่แก่จำเลยที่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้กระทำผิดสัญญา ในขณะที่ตามกฎหมายลักษณะละเมิด ภาระการพิสูจน์ในคดีว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ตกเป็นหน้าที่ของโจทก์ ดังจะเห็นได้ว่ากรณีนี้ “สัญญานำไปสู่ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดสำหรับการปฏิบัติผิด

<sup>62</sup> ผู้พิพากษาศาลอังกฤษ Lord Mansfield. ได้กล่าวไว้ในคดี *Moses v. Macferlan*, 1760, 2 Burr. 1005, 1008, 97 Eng.Rep. 676 (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. p. 629.)

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 631.

<sup>64</sup> *Ibid.* pp. 218, 268.

<sup>65</sup> Salmond, Sir John. *The Law of Torts*. pp. 9, 10, 573. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort* Winfield on Tort. pp. 803 - 805, 811, 812. Markesinis, B.S., Deakin, S.F. *Tort Law*. p. 10. Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property*. pp. 388 - 391. Prosser William L., Wade John W. , Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. pp. 468 - 471. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. pp. 345, 614, 616 - 618, 626, 630, 631, 729, 730.

สัญญา” (a contract may lead to strict liability for failure to perform)<sup>66</sup> ส่วนข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดในประการที่สอง คือ กรณีอายุความในการฟ้องคดี หากมูลคดีใดมีอายุความในการฟ้องคดีที่ยาวกว่า คู่สัญญาควรเลือกนำมูลคดีนั้นมาใช้ในการฟ้องคดี ส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติคือความที่เกิดขึ้นจะเป็นกรณีที่คู่สัญญานำมูลคดีผิดสัญญามาใช้เนื่องจากขาดอายุความในมูลคดีละเมิด จึงถือว่าอายุความในการฟ้องคดีเป็นอุปสรรคประการหนึ่งของกฎหมายลักษณะละเมิดที่ทำให้คู่สัญญาเลือกนำกฎหมายลักษณะสัญญาใช้ในการเยียวยาความเสียหาย<sup>67</sup> ในประการสุดท้ายกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล คู่สัญญาควรเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีละเมิด เนื่องจากมูลคดีละเมิดให้ประโยชน์ในกรณีนี้ได้กว้างขวางและครอบคลุมกว่ามูลคดีผิดสัญญา<sup>68</sup> เพราะศาลสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายได้ตามความเสียหายที่แท้จริง ในขณะที่มูลคดีผิดสัญญา การตกลงทำสัญญาในบางกรณีคู่สัญญาอาจทำสัญญาตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไว้ ในกรณีนี้ทำให้ศาลต้องกำหนดค่าเสียหายไปตามที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงกันไว้ในสัญญา ส่งผลให้ในกรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจไม่ได้รับค่าเสียหายเต็มตามความเสียหายที่แท้จริง<sup>69</sup> และนอกจากนี้หากคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีละเมิด คู่สัญญายังอาจได้รับประโยชน์สำหรับในเรื่องค่าเสียหายในทางจิตใจ (mental suffering, emotional harm) ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) หรือ ความเสียหายที่ห่างไกลเกินกว่าเหตุที่โจทก์ไม่สามารถเรียกได้โดยอาศัยกฎหมายลักษณะสัญญา (remoteness damages)<sup>70</sup> อีกด้วย

<sup>66</sup> Ibid. p. 618.

<sup>67</sup> Ibid. pp. 618, 729. Salmond, Sir John. *The Law of Torts*. p. 10. Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. pp. 470 – 471. Kionka, Edward J. *Tort Injuries to Persons and Property*. p 392.

<sup>68</sup> Ibid. p. 388. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort*. pp. 808, 811, 812. Markesinis, B.S., Deakin, S.F. *Tort Law*. p. 9.

<sup>69</sup> Ibid. p. 8. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. pp. 619, 620.

<sup>70</sup> เป็นหลักเดียวกับ มาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Ibid. pp. 619, 620. Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. p. 470. Salmond, Sir John. *The Law of Torts*. pp. 10, 573. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort*. pp. 810, 811.

**2.2.2 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด** ในอีกแนวทางหนึ่ง การฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด การเลือกใช้ลักษณะของกฎหมายระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ถือเป็นเรื่องของดุลยพินิจของศาลที่ต้องเป็นผู้ตัดสินใจเลือก มิใช่เป็นเรื่องของการอนุญาตให้คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิเหมือนดังเช่นหลัก “การเลือกใช้สิทธิ” (election) ที่เป็นการอนุญาตให้คู่สัญญานำกฎหมายที่สนับสนุนผลประโยชน์ของตนภายใต้ความขัดกันของกฎหมายสองลักษณะมาใช้ให้เป็นประโยชน์ ซึ่งโดยปกติในความรู้สึกโดยทั่วไป เห็นว่าหากคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใดที่ได้ประโยชน์ หรือ ค่าสินไหมทดแทนมากกว่า คู่สัญญาควรเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีนั้น<sup>71</sup> ดังนั้น ในกรณีนี้การตัดสินใจเลือกใช้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด จึงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมีผลกระทบต่อรูปคดีอย่างเห็นได้ชัด เพราะตามหลัก “การเลือกใช้สิทธิ” (election) เมื่อคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิเลือกฟ้องคดีของตนไปในทางใดแล้ว ศาลต้องนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังที่ท่าน Winfield ได้อธิบายไว้ว่า การเลือกใช้สิทธิฟ้องฐานเดียวเช่นนี้ เป็นตัวอย่างที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในการฟ้องร้องดำเนินคดีที่ผิดพลาดของคู่สัญญา ในการฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหาย ด้วยเหตุนี้ ในทางปฏิบัติจึงเห็นได้ว่าหากคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องมาเพียงมูลคดีเดียว คู่สัญญาอาจได้รับความเสียหายในระดับที่สูงกว่าในการฟ้องมาพร้อม ๆ กันทั้งสองมูลคดี เพราะการฟ้องมาในมูลคดีเดียว คู่สัญญาอาจถูกกีดกัน จากการตัดสินที่ให้สิทธิหรือประโยชน์ที่สูงกว่า ในอีกมูลคดีหนึ่งที่ไม่ได้ใช้สิทธิเลือก อย่างน่าเสียดาย<sup>72</sup> ประกอบกับข้อได้เปรียบเสียเปรียบหรือการให้ประโยชน์ที่แตกต่างกันของกฎหมายทั้งสองลักษณะ ในการฟ้องคดี จึงก่อให้เกิดความสับสนแก่คู่สัญญาเป็นอย่างมากในการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ได้รับประโยชน์มากที่สุด อันเป็นการยากที่จะวางหลักลงไปให้แน่ชัด จึงก่อให้เกิดแนวทางในการนำกฎหมายทั้งสองลักษณะ คือ กฎหมายลักษณะสัญญา

---

โสภณ รัตนกร. หน้า 147. ถาวร โพธิ์ทอง. พจนานุกรมกฎหมายและศัพท์ที่เกี่ยวข้อง อังกฤษ-ไทย. หน้า 330.)

<sup>71</sup> Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. p. 812.

<sup>72</sup> Ibid. pp. 811, 812.



และกฎหมายลักษณะละเมิด มาปรับใช้ในการฟ้องร้องคดีพร้อม ๆ กัน<sup>73</sup> โดยโจทก์สามารถบรรยายมาในคำฟ้องได้ว่า จำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อโจทก์ ขอให้ชดเชยค่าเสียหาย หรืออาจบรรยายมาแต่เพียงข้อเท็จจริงและเรียกค่าเสียหายมาเฉย ๆ ก็ได้ ไม่ต้องระบุฐานความผิด และปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่ต้องเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเลือกนำลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง<sup>74</sup> ในกรณีนี้การที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจพิจารณาเลือกนำมูลคดีใดมาใช้นั้น ศาลจะตัดสินใจเลือกใช้มูลคดีที่เป็นประเด็นสำคัญในคำฟ้องของกลุ่มสัญญาว่าได้ให้น้ำหนักทางคดีของตนไปในทางใด รวมทั้งพิจารณาข้อเท็จจริงที่ทนายความนำสืบและพิสูจน์ประเด็นสำคัญในคดีท่าน Prosser เรียกลักษณะการฟ้องคดีที่ศาลต้องเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจตัดสินใจเลือกลักษณะของกฎหมายเช่นนี้ว่า “หลักการให้น้ำหนัก” (“gravamen” or “gist”)<sup>75</sup>

ท่าน Winfield อธิบายไว้ว่า สิ่งที่เกิดขึ้นนี้เป็นปัญหาของการพิจารณาว่า เนื้อหาที่แท้จริงของการฟ้องร้องดำเนินคดีของกลุ่มสัญญาเป็นการให้น้ำหนักไปในเรื่องการกระทำผิดสัญญา หรือเรื่องการกระทำละเมิด หากเนื้อหาที่แท้จริงของการฟ้องคดีของกลุ่มสัญญาเป็นการให้น้ำหนักไปในเรื่องการกระทำผิดสัญญา แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาได้สละสิทธิไม่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายในเรื่องการกระทำละเมิดอีกต่อไป ในทางกลับกันหากเนื้อหาที่แท้จริงของการฟ้องคดีของกลุ่มสัญญาเป็นการให้น้ำหนักไปในเรื่องการกระทำละเมิด แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาได้สละสิทธิไม่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายในเรื่องการกระทำผิดสัญญาอีกต่อไปเช่นกัน ดังนั้น ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจึงนำเรื่องที่เป็นเนื้อหาที่แท้จริงที่คู่สัญญาให้น้ำหนักในการฟ้องคดี มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยจะไม่นำเรื่องที่คู่สัญญาสละสิทธิในการได้รับการเยียวยาความเสียหายไปแล้วมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้เห็นว่าเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญามากกว่า<sup>76</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่แพทย์ทำการรักษาคนไข้โดยประมาทเล็กน้อย จนเป็นเหตุให้คนไข้ได้รับอันตรายแก่ร่างกาย จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ เป็นกรณีที่แพทย์ทั้งกระทำผิดสัญญาและทั้งกระทำละเมิดต่อคนไข้ในขณะเดียวกัน ซึ่งคดีที่เกิดขึ้นเกือบทั้งหมด เนื้อหาที่แท้จริงใน

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 805. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 621.

<sup>74</sup> *Ibid.* p. 621. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* pp. 806, 812. Salmond, Sir John. *The Law of Torts.* p. 10.

<sup>75</sup> Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* p. 470.

<sup>76</sup> Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* pp. 805-806, 810.

คำฟ้องของกลุ่มสัญญาจะเป็นการให้นำหน้าไปในเรื่องการกระทำละเมิด<sup>77</sup> จึงส่งผลให้คดีประเภทนี้โดยทั่วไปศาลจะนำเรื่องการกระทำละเมิดมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เป็นต้น

ในระบบ Common Law ในประเทศอังกฤษ และ ในประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ กลุ่มสัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิ (election) ฟ้องคดีโดยอาศัยมูลคดีใดก็ได้แล้วแต่จะเลือก ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในกรณีของหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดี และกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล อันถือว่าเป็นอิสระของกลุ่มสัญญา และเมื่อกลุ่มสัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใดแล้วศาลจะนำมูลคดีที่กลุ่มสัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากถือว่ากลุ่มสัญญาได้สละสิทธิไม่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายในมูลคดีที่มีได้เลือกไปแล้ว นอกจากนี้กลุ่มสัญญายังอาจเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยทั้งสองมูลคดีก็ได้ และในกรณีนี้ถือเป็นดุลยพินิจของศาลที่จะเป็นผู้ตัดสินใจเลือกนำลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง ตามมูลคดีที่ได้รับการให้นำหน้า (“gravamen” or “gist”) ตามคำฟ้องของโจทก์ อันมิได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเลือกของโจทก์แต่อย่างใด

### 3. ความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ไม่สนับสนุนให้กลุ่มสัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด

ในประเด็นที่สามอันเป็นประเด็นสุดท้าย นักนิติศาสตร์ที่มีแนวความเห็นไม่สนับสนุนให้กลุ่มสัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ ในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์กันในทางสัญญามีความเห็นว่าการที่กลุ่มสัญญาได้เข้ามาแสดงเจตนาผูกพันตกลงทำสัญญากันตามเสรีภาพที่มีอยู่เจตนาของกลุ่มสัญญาที่ได้แสดงออกมาอย่างอิสระเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ตามหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของบุคคล (freedom of contract) และ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (autonomy of will) ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง การเยียวยาความเสียหายต้องใช้หลักความรับผิดในทางสัญญาเท่านั้น กลุ่มสัญญาจะนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายไม่ได้

<sup>77</sup> Ibid.

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) และ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการ แสดงเจตนา<sup>78</sup> (autonomy of will)<sup>79</sup> เป็นหลักที่อธิบายว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพสามารถกำหนด ความสัมพันธ์ของตนได้ตามกฎหมายเอกชน โดยการผูกมัดตนเองต่อบุคคลอื่นตามที่เจตนาของ ตนต้องการ โดยการก่อให้เกิดสัญญา และสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาที่ถูกก่อให้เกิดอย่างอิสระตาม เจตนาของบุคคล คู่สัญญามีเสรีภาพจะเลือกเข้าเป็นคู่สัญญาหรือไม่ก็ได้ รวมทั้งมีเสรีภาพในการ กำหนดเนื้อหาและรูปแบบของสัญญาได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ซึ่งเจตนาของบุคคลนั้นมีความ ศักดิ์สิทธิ์ การที่สัญญามีผลบังคับผูกพันให้คู่สัญญาปฏิบัติตามได้ก็เพราะเจตนาของบุคคล เนื่อง จากเจตนาของบุคคลเป็นรากฐานของการเกิดหนี้ นิติสัมพันธ์ทางหนี้ที่เกิดขึ้นทั้งหลายจะตั้งอยู่ บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ เจตนามี ความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่เจตนาต้องการ หากไม่มีเจตนา สิทธิ และหน้าที่ต่าง ๆ ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น เจตนาจึงเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสัญญาและกำหนดเนื้อหา ของข้อสัญญา รวมทั้งกฎเกณฑ์ที่ทำให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญา ตลอดจนเป็นสิ่งสำคัญที่ต้อง พิจารณาเป็นอันดับแรกเมื่อเกิดปัญหาในการใช้การตีความสัญญา การที่บุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่ จะแสดงเจตนาในการทำสัญญาได้เช่นนี้ ถือเป็นหลักการที่ก่อให้เกิดความยุติธรรม<sup>80</sup> เนื่องจาก เป็นหลักที่ยืนยันว่าการปฏิบัติการชำระหนี้จะต้องมีการปฏิบัติต่อกันด้วยความเสมอภาคและชอบ

<sup>78</sup> หลักสองประการดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานของเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ เป็นแนวคิดที่มีความ สัมพันธ์กับหลักปรัชญากฎหมายลัทธิปัจเจกชนนิยม (individualism) และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม (economic liberalism) ที่รัฐต้องรับรู้สิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุด เสรีภาพเป็นสิทธิพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่ตาม ธรรมชาติ รัฐต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคลเว้นแต่กรณีอันสมควรเท่านั้นจึงจำกัดเสรีภาพได้ นอกจากนี้จะจำกัด ลงได้ก็ด้วยความสมัครใจของบุคคลเอง เจตนาของบุคคลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และอิสระ บุคคลจะไม่ถูกผูกพันในหนี้ที่ ไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย และหนี้ที่เกิดขึ้นจะผูกมัดบังคับแก่ผู้ที่ตกลง เจตนาจึงมีความศักดิ์สิทธิ์ และการมีเสรีภาพ คือ การที่บุคคลสามารถถูกบังคับได้ด้วยตัวของตัวเอง โดยเฉพาะการผูกมัดตัวเองด้วยสัญญาที่สร้างขึ้น เสรีภาพจะไม่มีอยู่ หากบุคคลไม่มีอำนาจเหนือตัวเองที่จะจำกัดตัวของตัวเองได้ ด้วยเหตุนี้ เจตนาจึงมีอำนาจก่อให้เกิดความผูกพันทาง หนี้ (คาราพร ธิระวัฒน์. กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 13-15.)

<sup>79</sup> หลักกฎหมายสัญญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศ มีพื้นฐานของหลักสองประการ ดังกล่าว อันเป็นหลักที่ใช้อธิบายว่าเหตุใดคู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามสัญญา หรือ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (pacta sun servanda). (เรื่องเดียวกัน. หน้า 1.)

<sup>80</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 7, 8, 10.

ด้วยกฎหมาย เมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงยินยอมสมัครใจเข้าทำการผูกพันกัน การมีความเสมอภาคก็คือ การยอมให้มีการเจรจาต่อรองกันได้ และภายใต้เงื่อนไขนี้จะทำให้ฝ่ายที่เห็นว่าเขาอาจไม่ได้รับความเสมอภาค สามารถไม่ตกลงเข้าทำสัญญาด้วย และหาทางอื่นที่ดีกว่าได้ ซึ่งประเด็นนี้เองคือความเชื่อถึงหลักความเสมอภาคโดยธรรมชาติระหว่างบุคคลที่เป็นความคิดในสมัย Classic ด้วยเหตุผลของความคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคและมีความอิสระในตัวเอง ดังที่นักกฎหมายยอมรับหลักการมีบุคคลที่มีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย (homo juridicus) เช่นเดียวกับที่นักเศรษฐศาสตร์ยอมรับหลักการมีบุคคลที่มีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ (homo oeconomicus) ซึ่งการมีความเสมอภาคกันทั้งทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน<sup>81</sup>

เนื่องจากนักนิติศาสตร์ที่มีแนวความเห็นไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ในกรณีที่มิมีนิติสัมพันธ์กันทางสัญญานั้น มีอยู่ทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เป็นลำดับไปดังนี้

### 3.1 ระบบ Civil Law

ในประเทศไทยมีนักนิติศาสตร์ส่วนหนึ่ง<sup>82</sup>ที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด ที่มีความเห็นว่า ในกรณีที่มิมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากันมาก่อน คู่สัญญาไม่สามารถเลือกฟ้องคดีโดยอาศัยความรับผิดในทางละเมิดได้ ต้องใช้หลักความรับผิดในทางสัญญาเท่านั้นในการเยียวยาความเสียหาย โดยอธิบายว่า เนื่องจากความรับผิดในทางสัญญานั้น เจตนาของคู่สัญญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ดังนั้นในกรณีที่คู่สัญญาทำสัญญาตกลงยกเว้นหลักความรับผิดในทางละเมิดออกแล้ว เมื่อเกิดความเสียหาย คู่สัญญาต้องใช้หลักความรับผิดในทางสัญญาเท่านั้นในการเยียวยาความเสียหาย จะนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายไม่ได้ และการห้ามเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด

<sup>81</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 19-21.

<sup>82</sup> ท่านอาจารย์ อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง ท่านอาจารย์จืด เศรษฐบุตร. (โปรดดู อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 581/2525. ตอนที่ 3, หน้า 411. จืด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 61-67, 75. จืด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 435.)

เพราะในกฎหมายลักษณะสัญญา หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็มีใช้บังคับอยู่ เช่น ข้อตกลงไม่รับผิดชอบเพื่อถ่วงดุลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ท่านให้ถือว่าเป็นโมฆะตาม มาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือ การห้ามไม่ให้ขายรวมทั้งชั้นอายุความตาม มาตรา 191 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้จึงไม่ควรนำความรับผิดในทางละเมิดอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอกทั่วไป มาใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่มีต่อกัน กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สัญญามีเจตนาตกลงกันเกี่ยวกับเรื่องของการรับผิดไว้ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด อันเป็นการแสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาที่ไม่ต้องการนำหลักความรับผิดทางละเมิดมาใช้เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น เช่น ในกรณีสัญญาฝากทรัพย์ที่ในสัญญามีข้อตกลงว่า ผู้รับฝากต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเพียงเฉพาะในกรณีที่ผู้รับฝากกระทำความผิดอย่างร้ายแรงเท่านั้น กรณีนี้หมายความว่า เมื่อเกิดความผิดที่ไม่ร้ายแรงและเกิดความเสียหายขึ้น ผู้รับฝากก็ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแต่อย่างใด อันเป็นการระบุไว้อย่างชัดเจนในสัญญาแล้วว่า คู่สัญญามีเจตนาไม่ต้องการนำหลักความรับผิดทางละเมิดมาใช้ในกรณีนี้ เพราะความผิดธรรมดาที่ไม่ร้ายแรงไม่เพียงพอทำให้ผู้รับฝากต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด หรือ ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันว่าเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเพียงจำนวนเงินเท่านั้นเท่านั้น ในกรณีนี้เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น คู่สัญญาจะรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินที่กำหนดไว้ในข้อจำกัดความรับผิด ซึ่งกรณีนี้เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญามีเจตนาไม่ต้องการนำหลักความผิดทางละเมิดมาใช้ จึงส่งผลให้คู่สัญญาไม่อาจกลับมาเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดในทางละเมิด โดยคุณแล้วแต่ความเหมาะสมอันเป็นประโยชน์แก่ตนอีกได้<sup>83</sup>

นักนิติศาสตร์ในประเทศฝรั่งเศส<sup>84</sup> มีแนวความเห็นเห็นว่า ในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อนคู่สัญญาไม่สามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิดสัญญาได้ เนื่องจากเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ได้แสดงต่อกันไว้ เพราะก่อนเกิดความเสียหายขึ้นคู่สัญญาตกลงไว้เป็นที่เรียบร้อย

<sup>83</sup> อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 581/2525. ตอนที่ 3, หน้า 411. จัดสรรชบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 61-67, 75. จัดสรรชบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 435.

<sup>84</sup> เช่น ท่าน Saleilles, Josserand, Ripert, Demogue และ ท่าน Lalou.

ในสัญญาแล้วว่าต้องรับผิดชอบอย่างไร ต่อมาเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นหากเปิดช่องให้คู่สัญญาสามารถฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ ย่อมทำให้ข้อตกลงของคู่สัญญาที่ได้แสดงเจตนา กันไว้หมดไปและไม่มีความหมายไปทันที จึงไม่ควรอนุญาตให้คู่สัญญาเลือกฟ้องเป็นคดีความ รับผิดชอบทางละเมิดได้<sup>85</sup> เว้นแต่ในสองกรณีเท่านั้น กรณีแรก เป็นกรณีที่ความรับผิดในทางสัญญา ในตัวเองเป็นความผิดทางอาญาด้วย ซึ่งการที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายเข้าเป็นเจ้าทุกข์ขอ ค่าเสียหายในทางอาญาจำเป็นต้องอ้างความผิดทางละเมิดประกอบด้วย ในกรณีนี้จึงสามารถยอม ให้คู่สัญญาเลือกฟ้องเป็นมูลคดีละเมิดได้ กรณีที่สอง เป็นกรณีที่ความผิดทางสัญญาประกอบด้วย การกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเทียบเท่ากับจงใจ ซึ่งกฎหมายว่าด้วย ความรับผิดในทางสัญญาเกิดจากความเชื่อถือซึ่งกันและกันเป็นพื้นฐาน ฉะนั้นเมื่อคู่สัญญา กระทำการหรือละเว้นกระทำการตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งขาดความเชื่อถือผิดไปจาก ความคาดหมายที่มีต่อกันไว้ กรณีเช่นนี้สมควรถูกฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ คล้าย กับเป็นการลงโทษผู้กระทำผิด<sup>86</sup>

นอกจากนี้ท่าน Mazeaud<sup>87</sup> นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ได้ออกมาขานรับแนวคิดดังกล่าวโดยอธิบายว่า เมื่อคู่กรณีเข้ามาทำสัญญากันและได้ตกลงกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขต่าง ๆ ของสัญญาขึ้น สิ่งนี้แสดงถึงเจตนาที่คู่สัญญาเข้ามาทำความตกลงยินยอมกันด้วยความสมัครใจ อาจเป็นการเพิ่มระดับความรับผิดชอบให้มากขึ้น หรือมีหนึ่งบังคับให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งให้ปฏิบัติการมากขึ้น หรืออาจเป็นการจำกัดระดับความรับผิดชอบของคู่สัญญาให้ลดลง หรือ มีหนึ่งบังคับให้คู่สัญญาให้ปฏิบัติการน้อยลงกว่าที่บทบัญญัติความรับผิดว่าด้วยเรื่องละเมิดได้ บังคับไว้ กรณีเป็นการเพิ่มระดับความรับผิดชอบของคู่สัญญาให้มากขึ้น หรือมีหนึ่งบังคับให้คู่สัญญา ปฏิบัติการมากขึ้น เช่น สัญญาฝากทรัพย์ ซึ่งเป็นสัญญาที่เพิ่มภาระหน้าที่แก่ผู้รับฝากที่ต้อง ระมัดระวังรักษาทรัพย์ที่รับฝาก อันเป็นการก่อหรือกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้รับฝากไว้เกินกว่าที่

<sup>85</sup> การห้ามเช่นนี้ไม่ถือเป็นการขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด.

<sup>86</sup> Jossierand. D. 1927 -1-105. & Cours de droit civil Positif francais. p. 428. Demogue. Revue trimestrielle de droit civil. p. 652. Ripert. D. 1926-1-5. Saleilles. Théorie générale de l' obligation. p. 332. Lalou Henre. La responsabilité civil. p. 269 (Josserand, Demogue, Ripert, Saleilles, Lalou. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. หน้า 65.)

<sup>87</sup> Mazeaud. Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle. p. 202. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. หน้า 65.

กฎหมายบัญญัติหน้าที่ไว้ให้แก่บุคคลทั่วไปในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิด หากผู้รับฝากไม่ใช้ความระมัดระวังในการรักษาทรัพย์สินเป็นเหตุให้ทรัพย์สินที่รับฝากเสียหาย ผู้ฝากจะฟ้องร้องในทางละเมิดไม่ได้ เพราะบทบัญญัติในเรื่องละเมิดมิได้บังคับให้ผู้ใดต้องระมัดระวังดูแลทรัพย์สินของผู้อื่น กรณีนี้จึงต้องฟ้องร้องโดยอาศัยมูลสัญญาเท่านั้น การยอมให้ผู้ฝากฟ้องร้องในทางละเมิดย่อมไม่เกิดผลอันใด เนื่องจากไม่ถือเป็นการกระทำละเมิด และหากถือว่าการติดตามตัวอย่างมีความรับผิดชอบในทางละเมิดอยู่ด้วย เท่ากับทำให้หลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในทางละเมิดขยายกว้างขึ้น ทั้งยังขัดกับเจตนาของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาอีกด้วย<sup>88</sup> สำหรับกรณีการจำกัดระดับความรับผิดชอบของคู่สัญญาให้ลดลงหรือมีหนี้บังคับให้ผู้สัญญาปฏิบัติการณ์น้อยกว่าที่บทบัญญัติความรับผิดชอบว่าด้วยเรื่องละเมิดบังคับไว้ เช่น ในสัญญารับขนส่งคนโดยสาร หากมีการจำกัดความรับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องจำนวนเงินที่ผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบสำหรับสัมภาระที่ผู้โดยสารนำติดตัวมา โดยจำกัดความรับผิดชอบไว้ไม่เกินจำนวนหนึ่ง เมื่อมีการกระทำผิดสัญญารับขนส่งคนโดยสาร สัมภาระของผู้โดยสารเกิดความเสียหายขึ้น กรณีเช่นนี้ต้องเคารพเจตนาของคู่สัญญา ไม่ควรนำหลักกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้เพราะจะทำให้สิ่งที่ตกลงกันไว้ยอมเสียเปล่า ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วคู่สัญญาทำความตกลงกันไปเพื่อเหตุใด การนำหลักกฎหมายเรื่องละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้ค่าสินไหมทดแทนมากกว่าที่ระบุจำกัดความรับผิดชอบในทางสัญญา ขัดกับหลักกฎหมายลักษณะสัญญาที่วางไว้

อย่างไรก็ดีท่าน Mazeaud มีแนวความเห็นแตกต่างออกไปในบางประการ ท่านเห็นว่าไม่ควรอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ไม่ว่าในกรณีใด ๆ โดยอธิบายว่า กรณีที่ความรับผิดชอบในทางสัญญาเป็นเรื่องการกระทำผิดอาญาด้วยนั้น ยังไม่เห็นเหตุผลใดที่ทำให้เกิดสิทธิพิเศษที่คู่สัญญาสามารถฟ้องร้องโดยอาศัยมูลละเมิดได้ เพราะอย่างไรก็ดีคู่สัญญามีสิทธิฟ้องร้องทางสัญญาได้อยู่แล้ว ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติห้ามมิให้ร่วมฟ้องทางอาญาค่าเสียหายโดยอาศัยความรับผิดชอบในทางสัญญา<sup>89</sup> และสำหรับกรณีความรับผิดชอบในทางสัญญาประกอบด้วยการจงใจกระทำหรือประกอบด้วยความประมาทอย่างร้ายแรงอันเทียบเท่ากับการจงใจ เมื่อพิเคราะห์ดูให้ถี่ถ้วนแล้ว ส่วนมากของความรับผิดชอบในทางสัญญาจะประกอบไปด้วยความจงใจแทบทั้งสิ้น เช่น เมื่อขอให้ชำระเงินตามสัญญาไม่ว่าสัญญาใดก็ตาม เช่น ซื้อขาย กู้ยืม ฯลฯ หาก

<sup>88</sup> Ibid. pp. 178, 193. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 66-67.

<sup>89</sup> Ibid. p. 204. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เช่นนี้เท่ากับเป็นการจงใจไม่ชำระหนี้แล้ว เพราะก่อนตกลงทำสัญญากันคู่สัญญาทุกฝ่ายย่อมรู้ดีอยู่แล้วซึ่งหน้าที่ที่ตนมีอยู่ตามสัญญาหรือหน้าที่ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีต่อตน ฉะนั้นจะว่าการกระทำโดยจงใจทำเป็นการทำลายความเชื่อถือของคู่สัญญาที่มีต่อกันนั้นเป็นเหตุผลที่ไม่มีน้ำหนักเท่าใดนัก<sup>90</sup>

ส่วนแนวปฏิบัติโดยทั่วไปของศาลในประเทศฝรั่งเศสที่อนุญาตให้นำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในคดีความรับผิดทางสัญญาได้นั้น เกี่ยวกับในเรื่องนี้ ท่าน Mazeaud ได้อธิบายว่า “การที่ศาลฝรั่งเศสสามารถอ้างเอาหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดมาใช้กับกรณีที่มีความรับผิดในทางสัญญาอยู่ด้วยได้นั้น เนื่องจากเพราะเหตุว่าศาลฝรั่งเศสถึงหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดขึ้นมาได้ก่อนหลักกฎหมายในลักษณะอื่น แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าในประเทศฝรั่งเศสมีหลักว่าเจ้าหนี้สามารถเลือกฟ้องละเมิดในคดีความรับผิดทางสัญญาได้”<sup>91</sup>

ในระบบ Civil Law แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน มีปรากฏอยู่ในแนวความเห็นส่วนใหญ่ของนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส และแนวความเห็นส่วนหนึ่งของนักนิติศาสตร์ไทย โดยถือว่าการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาเป็นการแสดงเจตนายกเว้นหลักความรับผิดในทางละเมิด ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นต้องเคารพเจตนาของคู่สัญญา ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายไม่ได้

### 3.2 ระบบ Common Law

ในประเทศอังกฤษมีนักนิติศาสตร์ส่วนหนึ่งที่มีความเห็นเช่นเดียวกับท่าน Mazeaud นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส โดยมีความเห็นว่า ในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน เมื่อเกิดความเสียหาย คู่สัญญาจะฟ้องร้องในมูลละเมิดไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ซึ่งเป็นไปในแนวเดียวกันกับแนวคิดดั้งเดิมในอดีตของกฎหมายอังกฤษ ที่เห็นว่ากรณีความรับผิดในทางสัญญาการเยียวยาความเสียหายต้องใช้เรื่องสัญญาเท่านั้น เลื่อนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ไม่ได้โดยมีเหตุผลที่สามารถอธิบายได้ในหลายประการด้วยกัน

<sup>90</sup> Ibid. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

<sup>91</sup> Ibid. p. 189. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 63.



เหตุผลในประการแรกเป็นเหตุผลที่สืบเนื่องมาจากที่แต่เดิม การกระทำละเมิดส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการบุกรุก รุกล้ำ ถ่วงเกิน (trespass) เท่านั้น แต่สำหรับการเสียหายความเสียหายในอดีตสำหรับสิ่งซึ่งเราเรียกว่าการกระทำผิดสัญญาหรือการฝ่าฝืนสัญญา (breach of contract) จะเป็นการกระทำในเรื่องที่เกี่ยวกับหนี้สิน (debt) สองกรณี คือ กรณีแรกการกระทำเกี่ยวกับข้อตกลงหรือข้อสัญญาในเรื่องเกี่ยวกับจำนวนเงินหรือหนี้เงินที่ถึงกำหนด (money due) ซึ่งเป็นการฟ้องร้องสำหรับการกระทำที่ผิดสัญญา และ กรณีที่สองการกระทำเกี่ยวกับการฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไว้โดยผิดกฎหมาย ด้วยเหตุนี้นักนิติศาสตร์อังกฤษในอดีตจึงไม่นำเรื่องละเมิดมาใช้หากเป็นกรณีการกระทำผิดสัญญาเนื่องจากเป็นกฎหมายคนละเรื่องคนละบท<sup>92</sup>

เหตุผลประการที่สอง เป็นเรื่องเกี่ยวกับการร่างคำฟ้องที่เสนอต่อศาล เพราะศาลในประเทศอังกฤษในอดีตมีความเคร่งครัดมากในระเบียบวิธีพิจารณาความและมีคดีความต้องตัดสินมาก กำลังผู้พิพากษามีไม่เพียงพอกับคดีที่ขึ้นสู่ศาล ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่ต้องการเสียเวลาไปกับภาษาที่วกไปวนมาในคำฟ้องที่คู่สัญญาฟ้องมาอันเนื่องมาจากการปล่อยให้เลือกฟ้องมาทั้งสองฐานหรือไม่ระบุนาน จึงตัดปัญหาว่าในคดีความรับผิดตามสัญญาคู่สัญญาต้องแสดงข้อเท็จจริงให้เห็นเป็นเรื่องสัญญาเท่านั้นนำมูลละเมิดเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ได้ อันเป็นกรณีที่ถูกครอบงำโดยระเบียบวิธีพิจารณาความในการแบ่งแยกฐานของความรับผิดชอบออกเป็นประเภทระหว่างสัญญาและละเมิด โดยธรรมเนียมประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาในอดีต และหากต้องการฟ้องมูลละเมิดจริง ๆ การร่างฟ้องสำหรับการกระทำที่เป็นการกระทำละเมิดแบบเก่านั้นก็เป็นเรื่องเฉพาะหรือพิเศษซึ่งยากมาก และต้องอาศัยความชำนาญและประสบการณ์ของทนายความเป็นอย่างมาก<sup>93</sup>

เหตุผลในประการที่สามจะมีความสัมพันธ์กับเรื่องการส่งหมายของเจ้าพนักงานนอกเขตอำนาจศาล<sup>94</sup> การส่งหมายเช่นว่านั้นขึ้นอยู่กับการอนุญาตและกฎเกณฑ์ของศาลสูง (high court) กฎเกณฑ์ในการขอให้ศาลสูงออกและส่งหมายนอกเขตอำนาจศาล สำหรับเรื่องที่ฟ้องร้องกันในมูลสัญญาจะง่ายและเคร่งครัดน้อยกว่า กฎเกณฑ์สำหรับเรื่องที่ฟ้องร้องกันในมูลละเมิด จึงส่งผลให้ปกติคู่สัญญาพยายามทำให้การดำเนินการในการ ออกหมาย วางหมาย และส่ง

<sup>92</sup> Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. p. 800.

<sup>93</sup> Winfield, P. H. The Province of the Law of Tort. pp.141-146. Markesinis, B.S. Deakin, S.F. Tort Law. p. 10.

<sup>94</sup> กฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลสูงในประเทศอังกฤษ มาตรา 11 (1) 1 (B) และ (f). (Rules of the Supreme Court, Orders 11, r. (1) (b) and (f).)

หมาย นอกเขตอำนาจศาลให้เป็นไปโดยง่าย โดยตั้งรูปคดีของตนให้อยู่ในกรอบของเรื่องสัญญา เพื่อให้การดำเนินการในการ ออกหมาย วางหมาย ฯลฯ มีความง่าย<sup>95</sup>

เหตุผลในประการที่สี่ เป็นเหตุผลทางประวัติศาสตร์ในขณะที่ลัทธินิยมกำลังเฟื่องฟูในช่วงเชื่อมต่อของศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับลัทธิตามความเชื่อในทางศาสนาที่เชื่อว่า สัญญานั้นความมุ่งหมายที่แท้จริงที่กำเนิดขึ้นมาเพื่อสนับสนุนความต้องการในความมั่งคั่งร่ำรวยของปัจเจกบุคคลแต่ละคนในสังคมที่มีมากขึ้นตามแนวคิดของลัทธินิยม กฎหมายลักษณะสัญญาไม่เฉพาะแต่ปกป้องสิ่งที่คาดหมายว่าจะได้รับจากการเข้าทำสัญญาแต่ยังปกป้องรวมถึงความไว้วางใจ ผลประโยชน์ ฯลฯ อีกด้วย เหล่านี้สามารถอธิบายว่าเหตุใดจำเลยผู้ซึ่งสัญญาจะกระทำการบางสิ่งบางอย่างต้องชดใช้ค่าเสียหายหากไม่สามารถรักษาสัญญาหรือไม่สามารถกระทำตามที่สัญญาเอาไว้ในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เช่น กรณีที่พ่อค้าส่งซื้อสินค้าเพื่อมาขายต่อ ผู้ขายตกลงส่งสินค้าให้ ณ ภูมิลำเนาผู้ซื้อ แต่ผู้ขายส่งสินค้าล่าช้าหรือไม่มีสินค้าส่งให้หรือผู้ขนส่งทำสินค้าเสียหายระหว่างขนส่งทำให้พ่อค้าถูกแย่งลูกค้าไปโดยพ่อค้ารายอื่น อันเป็นเรื่องการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้ได้มาซึ่งผลกำไร กรณีนี้ตามแนวคิดใหม่ในปัจจุบันเป็นทั้งเรื่องการทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิด แต่ในอดีตกรณีที่เกิดขึ้นต้องฟ้องในมูลสัญญาเท่านั้น เนื่องจากมีความเชื่อมั่นในความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายลักษณะสัญญา โดยอธิบายว่ากรณีนี้เป็นเรื่องที่อยู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายทำลายความไว้วางใจที่อยู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีต่อตน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจึงชอบจะใช้สิทธิฟ้องร้องให้ระงับการกระทำผิด การกระทำที่เสียหาย หรือหากกล่าวให้ถูกคือการไม่ทำให้รวยหรือมั่งคั่งขึ้น<sup>96</sup> ซึ่งความต้องการร่ำรวยความมั่งคั่งเป็นสิ่งที่ทำให้มนุษย์ต้องคิดค้นกฎหมายลักษณะสัญญาขึ้นมา ในอดีตจึงคิดว่าไม่มีสิ่งอื่นใดที่จะช่วยคู่สัญญาได้ดีไปกว่าการเยียวยาโดยอาศัยกฎหมายลักษณะสัญญา

จากเหตุผลทั้งหมดจะเห็นว่ากฎหมายลักษณะสัญญาของประเทศอังกฤษในอดีตมีโครงสร้างที่แข็งกระด้างตายตัว แม้มีเหตุผลทางประวัติศาสตร์ที่สมควรและสามารถอธิบายได้ แต่เมื่อเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นความแตกต่างกับแนวความเห็นแนวใหม่ที่เกิดขึ้นไม่ว่าในประเทศอังกฤษเองและระบบกฎหมายอื่น เช่น ระบบกฎหมายยุโรปสมัยใหม่ (modern european) ที่มีลักษณะเปิดกว้างแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก ซึ่งเป็นสิ่งที่อธิบายให้เห็นได้

<sup>95</sup> Ibid. p.11. Salmond, Sir John. *The Law of Torts*. p. 10.

<sup>96</sup> Markesinis, B.S., Deakin, S.F. *Tort Law*. pp. 10 - 11.

อย่างชัดเจนถึงความไม่แน่นอนในหัวข้อเกี่ยวกับในเรื่องนี้ที่มีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ในเรื่องเกี่ยวกับเขตแดนหรือปริมาตรระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด แต่เหตุผลหลักที่สำคัญที่ส่งเสริมความต้องการในการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายลักษณะละเมิดและสัญญาให้ชัดเจนที่แท้จริงในปัจจุบัน คือ การผสมผสานกันของกฎหมายทั้งสองเรื่องหากไม่แบ่งแยกปริมาตรให้ชัดเจนจะสร้างวิถีทางหรือแนวความคิดหลากหลายไม่สามารถควบคุมได้และจะสร้างคำอธิบายเกี่ยวกับในเรื่องนี้อย่างมากมายที่ไม่สามารถควบคุมได้เช่นกัน<sup>97</sup>

กล่าวโดยสรุปในระบบ Civil Law แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในภาพรวม<sup>98</sup> มีความเห็นว่า ในกรณีที่เกิดความคับแค้นระหว่างความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด ที่การกระทำอันเดียวเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้แม้เป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาในสองกรณี กล่าวคือ ในกรณีแรก เป็นกรณีที่การกระทำผิดสัญญาเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดที่มีกฎหมายรับรองคุ้มครอง หรือ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กรณีที่สอง เป็นกรณีการกระทำผิดหน้าที่พิเศษบางประการที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมาย ในสัญญาบางประเภทที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชน ซึ่งในทั้งสองกรณียังกล่าว คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องร้องในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาหรือมูลคดีความรับผิดชอบในทางละเมิด ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด<sup>99</sup> หรืออาจเลือกฟ้องมาพร้อมกันในทั้งสองมูลคดีก็ได้ หากเห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าโดยบรรยายฟ้องมาว่า การกระทำของจำเลยเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิด หรือบรรยายมาแต่ข้อเท็จจริงและขอค่าเสียหายมาเฉย ๆ และไม่ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาเลือกฟ้องมาเพียงมูลคดีเดียว หรือเลือกฟ้องมาทั้งสองมูลคดีพร้อมกัน ก็ไม่ถือเป็นการผูกมัดศาล ที่ถือเป็นเรื่องหน้าที่ของศาลต้องใช้ดุลยพินิจเลือกนำกฎหมายมาปรับใช้แก่คดี ตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ปรากฏ

<sup>97</sup> Ibid. p. 11.

<sup>98</sup> แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในประเทศไทย เยอรมัน และนักนิติศาสตร์ส่วนหนึ่งในประเทศฝรั่งเศส.

<sup>99</sup> โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดได้แก่ หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และอายุความการฟ้องคดี ฯลฯ.

ส่วนระบบ Common Law แนวโน้มนั้น ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์<sup>100</sup> มีความเห็นไปในแนวทางว่า ในกรณีที่เกิดความคับแค้นระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดขึ้น ที่การกระทำอันเดียวเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องเป็นคดีความรับผิดเพื่อละเมิดได้ แม้เป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาในสามกรณี<sup>101</sup> ดังนี้ กรณีแรก เป็นกรณีการปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ที่มีการเริ่มต้นปฏิบัติตามสัญญาไปบ้างแล้ว และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่สอง เป็นกรณีการปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) อันเป็นสัญญาประเภทที่ก่อหน้าที่พิเศษบางประการ แยกออกต่างหากจากหน้าที่ตามสัญญา ในกรณีที่สามอันเป็นสุดท้าย เป็นกรณีการหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud) ซึ่งในทั้งสามกรณี คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิ (election) ฟ้องคดีในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีความรับผิดในทางสัญญา หรือมูลคดีความรับผิดในทางละเมิด ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด<sup>102</sup> และศาลจะนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากถือว่าคู่สัญญาได้สละประโยชน์ในอีกมูลคดีหนึ่งที่มีได้เลือกไปแล้ว นอกจากนี้คู่สัญญาอาจเลือกฟ้องมาพร้อมกัน ในทั้งสองมูลคดีก็ได้ โดยบรรยายฟ้องมาว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิด หรือ บรรยายข้อเท็จจริงแล้วขอค่าเสียหายมาเฉย ๆ และในกรณีนี้ถือเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจตัดสินใจเลือกกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง ตามมูลคดีที่คู่สัญญาได้ให้น้ำหนัก (“gravamen” or “gist”) ไว้ในคำฟ้อง ดังจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้มีได้เป็นเรื่องการเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของคู่สัญญาแต่อย่างใด แต่ถือเป็นกรณีการเลือกโดยศาล

## ส่วนที่ 2 ความเห็นของศาล

ในส่วนของแนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษา อันเกี่ยวกับกรณีความคับแค้นเกี่ยวกับการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ผู้เขียนจะแยกศึกษาเป็น

<sup>100</sup> นักนิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา.

<sup>101</sup> เป็นข้อยกเว้นของหลัก “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) ที่มีได้มีการกระทำใดตามสัญญาเกิดขึ้น.

<sup>102</sup> โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดได้แก่ เรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และอายุความการฟ้องคดี.

สามประเด็น กล่าวคือ ในประเด็นแรก เป็นการศึกษาแนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษา สำหรับกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ส่วนในประเด็นที่สอง เป็นการศึกษาถึง แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ และในประเด็นที่สามอันเป็นประเด็นสุดท้าย เป็นการศึกษาถึง แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด ดังจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เป็นลำดับไปดังนี้

## 1. ความเห็นของศาลกรณีเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน

ในประเด็นแรก การศึกษาแนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษา กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ผู้เขียนจะศึกษาแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Civil Law และ ระบบ Common Law ตามลำดับดังนี้

### 1.1 ระบบ Civil Law

ตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยรวมทั้งศาลต่างประเทศ ที่ใช้ระบบ Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศเยอรมัน ถือว่าการกระทำอันเดียวที่เป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดและผิดสัญญาในขณะเดียวกันสามารถเกิดขึ้นได้ในสองกรณีดังต่อไปนี้

1.1.1 การกระทำผิดสัญญาเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right) แนวคำพิพากษาของศาลไทยถือว่า การกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right)<sup>103</sup> ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองของผู้อื่น หรือทำให้มีผลเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น ถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและละเมิดในขณะเดียวกัน เห็นได้ชัดเจนในกรณีสัญญาประเภทที่มีการส่งมอบทรัพย์สินไว้ในครอบครองของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาซื้อ สัญญาฝากทรัพย์สิน สัญญาจำนำ - จำนอง ฯลฯ<sup>104</sup> หากคู่สัญญาฝ่ายที่ครอบครองทรัพย์สิน ยึดหน่วงหรือไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในสัญญา หรือเมื่อสัญญาสิ้นอายุ หรือเลิก

<sup>103</sup> “การกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด” (absolute right) โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 1.1.1

<sup>104</sup> หรือสัญญาจ้างแรงงานที่ถูกจ้างได้รับทรัพย์สินของนายจ้างไว้ในความครอบครอง หรือกรณีตัวแทนได้รับทรัพย์สินของตัวการไว้ในความครอบครอง ตามสัญญาตัวแทน.

สัญญากัน โดยยังขึ้นครอบครองทรัพย์สินอยู่ต่อมาอีก หรือจงใจ ประมาทเลินเล่อ ทำให้ทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองได้รับความเสียหาย กรณีนี้ถือเป็นทั้งการกระทำละเมิดและผิดสัญญาในขณะเดียวกัน<sup>105</sup> นอกจากนี้ในกรณีของผู้มีความเชี่ยวชาญในวิชาชีพเฉพาะ เช่น แพทย์ หนายความ สถาปนิก วิศวกร ผู้รับเหมาก่อสร้าง ช่างต่าง ๆ ฯลฯ กระทำโดยจงใจ ประมาทเลินเล่อ ผิดหน้าที่ตามวิชาชีพตามจรรยาบรรณ หรือปกติประเพณี ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายและทรัพย์สินของบุคคลอื่น ถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เนื่องจากสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และทรัพย์สินเป็นสิทธิเด็ดขาด บุคคลอื่นไม่มีอำนาจทำให้บุคคลอื่นได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย และทรัพย์สินโดยไม่มีความผิด ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมัน การกระทำผิดสัญญาที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง รวมทั้งกรณีของผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือเฉพาะวิชาชีพที่ปฏิบัติการชำระหนี้โดยจงใจ ประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดเช่นกัน ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลไทยในกรณีนี้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 865/2496<sup>106</sup> อันเป็นกรณีสัญญาเช่าทรัพย์สิน ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีที่ จำเลยที่ 1 ได้นำรถยนต์ไปขายฝากไว้กับโจทก์ และจำเลยที่ 1 ได้ทำสัญญาเช่ารถยนต์คันดังกล่าวไปจากโจทก์ โดยมีข้อสัญญาระบุว่าห้ามจำเลยที่ 1 นำรถยนต์ไปให้บุคคลอื่นใช้ ปรากฏว่าจำเลยที่ 1 นำรถยนต์ไปให้จำเลยที่ 2 ใช้ และรถยนต์คว่ำเสียหาย<sup>107</sup>

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ถือเป็นกรณีที่จำเลยที่ 1 ทั้งการกระทำผิดสัญญาเช่าทรัพย์สิน และเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ เพราะการที่ผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าไปใช้จนเกิดความเสียหายโดยจงใจ ประมาทเลินเล่อ ทั้ง ๆ ที่ผู้เช่ามีหน้าที่ตามสัญญาต้องสงวนรักษาทรัพย์สินที่เช่า ถือเป็นกรไม่สงวนรักษาทรัพย์สินอย่างวิญญูชน ผิดหน้าที่ตามสัญญา อันเป็นมูล

<sup>105</sup> พจน์ ปุษปาคม. ละเมิด. หน้า 12. ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง. หน้า 10.

<sup>106</sup> เนติบัณฑิตยสภา. ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา. ตอนที่ -. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2496, หน้า - .

<sup>107</sup> คดีนี้ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ว่า “...ถือว่าการกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นละเมิดเพราะไม่มีนิติสัมพันธ์กับโจทก์ ส่วนการกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญา”

หนี้ด้วยการงดเว้นตาม มาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งยังเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ด้วยในขณะเดียวกันเพราะเมื่อจำเลยที่ 1 ทำสัญญาขายฝากรถยนต์ให้แก่โจทก์ กรรมสิทธิ์ในรถยนต์ตกเป็นของโจทก์ สิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าของกรรมสิทธิ์บุคคลอื่นไม่มีอำนาจทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นสูญหายเสียหาย<sup>108</sup> กรณีจึงถือเป็นการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน<sup>109</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาลงมาได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2881/2528<sup>110</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้กล่าวโดยสรุป เป็นกรณีที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายมีการร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้จัดการมรดกขึ้น เมื่อแต่งตั้งผู้จัดการมรดกแล้ว ทรัพย์มรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์จึงโอนใ้ชื่อผู้จัดการมรดกในฐานะผู้จัดการมรดก เพื่อทำหน้าที่แบ่งปันทรัพย์สินให้แก่ทายาทต่อไปตาม มาตรา 1719 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2520 จำเลยมาขอเช่าตึก 5 ชั้น พร้อมทั้ง

<sup>108</sup> นอกจากนี้ตัวอย่างของกรณีการกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 823/2495, 1431/2497, 1841/2497, 2078/2497, 1358-1369/2506, 1410/2508, 96/2509, 558/2510, 1433/2510, 601/2513, 1415/2513, 1906/2516, 76/2519, 1600/2519, 1685/13, 2176/2524, 2881/2528, 698/2540, 2744/2541 (สัญญาเช่าที่ผู้เช่าไม่ส่งมอบทรัพย์สินคืนตามสัญญา) และ 2732/2528, 444/2530, 5739/2541 (ไม่ส่งมอบทรัพย์สินคืนตามสัญญาใช้คงรูป) และ 1188/2520 (ผู้เช่าทำทรัพย์สินเสียหาย) และ 4/2512, 1222/2518, 244/2522, 139/2523, 927/2525, 581/2525, 460/2534 (ตัวแทนทำทรัพย์สินของตัวการเสียหาย) และ 99/2494, 5398/2538, 10155/2539, 3939/2541, 2205-2206/2542 (ผู้รับฝากยึดหรือทำให้เสียหายซึ่งทรัพย์สินที่รับฝาก) และ 1634/2492, 1404/2494, 131/2496, 1363/2516 ฎ.ศ. 974, 2924/2522, 598/2535, 7130/2540, 1795/2541 (ธนาคารปฏิบัติผิดหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของลูกค้าเป็นการผิดสัญญาฝากทรัพย์สินหรือตัวแทน) และ 820/2513 (ป.), 2092/2526, 4151/2528, 4221/2528, 192-193/2529, 4433/2529, 1763/2530, 2508/2530, 1273/2531, 4384/2531, 5907/2533, 699/2537, 450/2540, 1207/2540, 327/2541, 4715-4716/2542 (ลูกจ้างจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ทรัพย์สินของนายจ้างเสียหาย) 1604/2527, 7452/2541, 929/2542 (แพทย์ก่อความเสียหายแก่ร่างกายคนไข้) 5545/2542 (การกระทำผิดสัญญาก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายอนามัยของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง) 83/2541, 7822/2542 (ผิดสัญญาซื้อขายทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง) 363/2543 (บริษัทประกันภัยประวิงการจ่ายเงินตามสัญญาประกันชีวิต).

<sup>109</sup> พจนี ปุษปาคม. ละเมิด. หน้า 12. ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง**. หน้า 10. ไพจิตร บุญยพันธุ์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด**. หน้า 50.

<sup>110</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2496, หน้า 1326.

ดิน อยู่ติดถนนใหญ่ (ย่านวรจักร) ในเขตกรุงเทพมหานครจากผู้จัดการมรดก โจทก์ในคดีนี้ ผู้จัดการมรดกตกลงให้เช่าโดยเช่าทำสัญญากับจำเลยด้วยตนเองในฐานะผู้จัดการมรดก ตกลงเช่ากันเดือนละ 200 บาท ปรากฏว่าระหว่างที่เช่าอยู่จำเลยค้างชำระค่าเช่า เมื่อครบกำหนดสัญญาเช่า โจทก์จึงบอกเลิกสัญญาเช่าและให้จำเลยออกจากสถานที่เช่าพร้อมทั้งชำระค่าเช่าที่ค้าง จำเลยไม่ยอมออกจากสถานที่เช่าและไม่ยอมชำระค่าเช่าที่ค้าง โจทก์จึงฟ้องขับไล่และเรียกค่าเสียหายจากจำเลยให้จำเลยชำระค่าเช่าที่ค้าง นับแต่วันค้างชำระถึงวันฟ้องเป็นจำนวนเงิน 5,000 บาท และให้ใช้ค่าเสียหายอีกเดือนละ 10,000 บาท นับแต่วันฟ้องจนกว่าจะออกจากห้องพิพาท จำเลยต่อสู้คดีว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเพราะโจทก์ไม่ใช่เจ้าของสถานที่เช่าที่แท้จริง โจทก์เป็นเพียงผู้จัดการมรดกถือทรัพย์สินแทนทายาทเท่านั้น ฉะนั้นโจทก์จึงมิได้รับความเสียหายจำเลยมิได้กระทำการละเมิดต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง ขอให้ศาลยกฟ้อง อีกทั้งค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับนั้นเพียงแค่เดือนละ 200 บาท มิใช่เดือนละ 10,000 บาท เพราะในสัญญาเช่าตกลงเช่ากันเพียงเดือนละ 200 บาท โจทก์จึงเรียกค่าเสียหายได้เพียงเดือนละ 200 บาท คดีนี้ในประเด็นแรกศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยไม่ยอมออกจากคึกที่เช่าและส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าคืนภายหลังครบกำหนดตามสัญญา ถือเป็นกรณีที่จำเลยเป็นฝ่ายกระทำผิดสัญญาเช่า และในขณะที่เดียวกันการกระทำของจำเลย ถือเป็นกระทำความผิดอันเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ด้วย ประเด็นที่สอง ในเรื่องอำนาจฟ้อง ศาลวินิจฉัยว่า ตามกฎหมายลักษณะสัญญาเรื่องสัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้ให้เช่าไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่า เมื่อผู้เช่าผิดสัญญา ผู้ให้เช่าย่อมฟ้องผู้เช่าซึ่งเป็นคู่สัญญากับตนได้ ผู้เช่าจะโต้แย้งว่าผู้ให้เช่าไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าหาได้ไม่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยได้ ประกอบกับในเมื่อการจัดการมรดกยังไม่เสร็จสิ้น โจทก์จึงยังมีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องทำการอันจำเป็นเพื่อให้การเป็นไปตามคำสั่งเจ้าชัศหรือโดยปริยายแห่งพันธกรรม เพื่อจัดการมรดกดังที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 1719 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ในประเด็นสุดท้าย อันเป็นประเด็นเรื่องข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด กรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล ศาลได้นำกฎหมายลักษณะละเมิด (ตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) มาปรับใช้แก่คดี<sup>111</sup> ดังที่ได้

<sup>111</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาอันมีประเด็นเรื่องข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล นอกจากนี้ยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 58/2490, 1415/2513, 944/2517, 1211/2518 (ป.), 2195/2520, 1536/2523, 1100/2524, 2495/2525, 3814/2525, 2736/2527,



วินิจฉัยว่า

“เมื่อจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญาเช่าซึ่งการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ด้วย ดังนั้นความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่จำเป็นต้องกำหนดตามอัตราค่าเช่าที่ทำกันไว้ในสัญญาเสมอไป ศาลมีอำนาจกำหนดให้ตามควรแก่พฤติการณ์แห่งความเป็นจริงได้ ตึกพิพากษาเป็นตึก 5 ชั้น อยู่ติดถนนใหญ่ (ถนนย่านวรจักร) ในเขตกรุงเทพมหานคร ชั้นล่างใช้ทำการค้า ค่าเช่าตามสัญญาเช่าที่ทำไว้เดือนละ 200 บาท จึงค่อนข้างต่ำ ซึ่งสัญญาทำตั้งแต่ พ.ศ. 2520 ขณะโจทก์ฟ้องคดีเมื่อ พ.ศ. 2525 ค่าของเงินบาทลดลง ค่าครองชีพสูงขึ้นอีกมาก เห็นสมควรกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์นับแต่วันครบกำหนดสัญญาถึงวันฟ้องเป็นเงิน 2,000 บาท และหลังวันฟ้องจนกว่าจำเลยจะออกจากตึกที่เช่าอีกเดือนละ 4,000 บาท”<sup>112</sup>

ศาลเยอรมันได้มีคำพิพากษาในกรณีนี้ไว้เช่นกัน<sup>113</sup> ข้อเท็จจริงเป็นกรณีสัญญาจ้างทำของ ที่โจทก์ติดต่อจ้างให้บริษัทของจำเลยซึ่งเป็นบริษัทซ่อมแซมเครื่องทำน้ำร้อน ให้มาทำการซ่อมแซมเครื่องทำน้ำร้อนที่ชำรุด ณ บ้านของโจทก์ และการปฏิบัติตามสัญญาของบริษัทจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ โจทก์จึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย ในคดีนี้ท่านผู้พิพากษา Reichsgericht ได้วางหลักไว้ว่า กรณีดังกล่าวถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างบริษัทจำเลยกับโจทก์สำหรับการซ่อมแซมเครื่องทำน้ำร้อนที่ใช้แก๊สในบ้านของโจทก์ ดังนั้นเมื่อช่างซ่อมเครื่องทำน้ำร้อนซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทจำเลยที่ส่งมาปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาด้วยความประมาทเลินเล่อ มิได้ใช้ความระมัดระวังในการซ่อมแซมให้ดี ทำให้เครื่องทำความร้อนในบ้านของโจทก์เกิดระเบิดและส่งผลให้ทรัพย์สินในบ้านของโจทก์ได้รับความเสียหาย ในกรณีนี้บริษัทจำเลยซึ่งถือว่าเป็นลูกหนี้ตามสัญญาจ้างทำของ ต้องมีความรับผิดชอบโดยปราศจากเงื่อนไขสำหรับความผิดของลูกจ้างซึ่งบริษัทจำเลยได้ใช้ให้มาปฏิบัติการชำระ

---

36698/2529, 2430/2535, 161/2536, 2419-2423/2536, 3131/2537, 5398/2538, 1207/2540, 83/2541, 327/2541, 5014/2541, 7452/2541, 292/2542, 1286/2542, 2205-2206/2542, 4223/2542, 5545/2542, 7166/2542, 7822/2542, 363/2543.

<sup>112</sup> นอกจากนี้คำพิพากษาที่มีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 58/2490, 2495/2525, 2419-2423/2536.

<sup>113</sup> RGZ 127, 213. (Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction.* p. 160.)

หนี้แทน ทั้งภายใต้มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)<sup>114</sup> อันเป็นกฎหมายลักษณะสัญญาและภายใต้ มาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)<sup>115</sup> อันเป็นกฎหมายลักษณะละเมิด<sup>116</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในทรัพย์สินของโจทก์ อันเป็นสิทธิเด็ดขาด กล่าวคือ บุคคลใดไม่มีอำนาจทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่น สูญหาย เสียหาย โดยไม่มีสิทธิ

**1.1.2 บุคคลเข้าทำสัญญาก่อนหน้าที่พิเศษ** ศาลในประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน มีแนวในการวินิจฉัยตีความเช่นเดียวกันว่า กรณีบุคคลเข้าทำสัญญาที่ก่อ “หน้าที่พิเศษบางประการ”<sup>117</sup> โดยกฎหมาย ให้เกิดขึ้นแก่คู่สัญญา นอกเหนือจากหน้าที่ที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา กรณีเช่นนี้การกระทำผิดหน้าที่พิเศษดังกล่าว ถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน สัญญาที่ก่อหน้าที่พิเศษส่วนใหญ่เป็นสัญญาประเภทที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชน อันได้แก่ กิจการเกี่ยวกับการขนส่งทั่วไป และ กิจการสาธารณูปโภคเพื่อประชาชน ฯลฯ ตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลไทยที่ได้วินิจฉัยไว้ในกรณีนี้ได้แก่ คำพิพากษา

<sup>114</sup> มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า “ลูกหนี้มีความรับผิดชอบสำหรับความผิดของตัวแทนของเขาและบุคคลผู้ซึ่งเขาได้จ้างให้ปฏิบัติการชำระหนี้ของเขา เสมือนกับว่าเป็นการกระทำผิดของเขาเอง” (Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. p. 687.)

<sup>115</sup> มาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า “บุคคลผู้ซึ่งจ้างผู้อื่นทำงานอย่างใด ๆ จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายใด ๆ ซึ่งผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลภายนอกในระหว่างการปฏิบัติงานที่จ้าง หน้าที่ที่จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมจะไม่เกิดขึ้นถ้าหากผู้ว่าจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามควรในการเลือกหาผู้รับจ้าง และในเมื่อเขาจำต้องจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้ หรือควบคุมกิจการงานนั้นเขาได้ใช้ความระมัดระวังตามควรในการจัดหาหรือควบคุม หรือเมื่อความเสียหายย่อมจะเกิดขึ้นได้แม้ว่าเขาจะได้อาศัยความระมัดระวังเช่นว่านั้นก็ตาม

อนึ่ง บุคคลผู้ซึ่งมีข้อสัญญากับผู้ว่าจ้าง รับหน้าที่ควบคุมกิจการงานดังกล่าวไว้ ณ วรรคต้นตอนที่ 2 ย่อมมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกัน”

(พจน์ ปุษปาคม. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมัน และ ฝรั่งเศส)*. หน้า 25.)

<sup>116</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลเยอรมัน BGHZ 1, 383, (11.4.1951) case 98 และ RGZ 112, 290, case 99 และ BGH NJW 1954, 913 ที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน (Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction*. p. 158.)

<sup>117</sup> “หน้าที่พิเศษบางประการ” โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 1.1.2

ศาลฎีกาที่ 3814/2525<sup>118</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องสัญญารับขนส่งคนโดยสาร คดีนี้จำเลยที่ 1 เป็นผู้ขนส่งคนโดยสาร จำเลยที่ 2 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 โจทก์เป็นผู้โดยสารของจำเลยที่ 1 นำผ้าไหมมัดหมี่ติดตัวไปด้วยในการเดินทาง ปรากฏว่าในขณะที่ผู้โดยสารคนอื่นลงจากรถ ด้วยความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 2 ได้ยักกล่องผ้าไหมมัดหมี่ของโจทก์ส่งให้คนอื่นผิดไป โจทก์จึงฟ้องจำเลยทั้ง 2 ให้ชดใช้ค่าเสียหาย คดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องต่อศาลว่าจำเลยที่ 2 ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ผู้ขนส่งคนโดยสาร ยักกล่องผ้าไหมมัดหมี่ของโจทก์ให้ผู้อื่นผิดไปโดยปราศจากความระมัดระวังถือเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชดใช้เงิน 21,200 บาท แก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ย ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน จำเลยที่ 1 ฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า

“การกระทำโดยผิดกฎหมายในเรื่องละเมิดตาม มาตรา 420 นั้น หมายความว่าเป็นการกระทำล่วงสิทธิของผู้อื่นที่กฎหมายกำหนดไว้อันมีแก่บุคคลทั่วไปจะเป็นใครก็ได้ โจทก์บรรยายฟ้องคดีนี้ไว้ชัดว่า จำเลยที่ 2 ได้ยักกล่องผ้าไหมมัดหมี่ของโจทก์ให้แก่ผู้อื่นไปโดยปราศจากความระมัดระวัง จึงเป็นการกระทำล่วงสิทธิของโจทก์ในฐานะเจ้าของทรัพย์สินซึ่งไม่ว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำก็เป็นละเมิด แม้คดีนี้โจทก์และจำเลยจะสมัครใจเข้าผูกพันกัน โดยสัญญารับขนส่ง แต่เมื่อการกระทำผิดสัญญาของจำเลยเป็นสิ่งที่จำเลยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับละเมิดอยู่ด้วยจึงอาจต้องรับผิดชอบทั้งในด้านสัญญา (มาตรา 620 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) และละเมิดพร้อม ๆ กัน ในกรณีที่มีการกระทำของจำเลยเป็นทั้งเรื่องละเมิดและผิดสัญญา โจทก์มีสิทธิฟ้องอย่างไรก็ได้ไม่เป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งยอมรับบังคับให้ผู้กระทำผิดสัญญาหรือละเมิดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายได้ทั้งในทางผิดสัญญาหรือละเมิด พิพากษายืน”<sup>119</sup>

<sup>118</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 12. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2496, หน้า 2811.

<sup>119</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาของศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทิย์ อธิบายไว้ว่า

“กรณีที่ทั้งละเมิดและไม่ชำระหนี้ตามสัญญาอาจมีได้ แล้วแต่การกระทำนั้นทำให้เกิดหนี้ฐานละเมิดและสัญญาในขณะที่เดียวกันหรือไม่ คือ แม้ไม่มีสัญญาระหว่างกันก็ยังสามารถละเมิดได้ในตัวเอง เช่น กรณีทำให้ของที่รับขนส่งเสียหายในคดีนี้ ผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องได้โดยมูลหนี้ทั้ง 2 ประการ แล้วแต่การบรรยายฟ้องตาม มาตรา 172 จะแสดงให้เห็นเข้าใจข้อหาได้ว่าโจทก์ฟ้องฐานใดฐานหนึ่งหรือทั้ง 2 ฐาน ผลดีและผลเสียของหนี้ทั้ง 2 ประการนี้มี

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณีสัญญารับขนส่งคนโดยสาร ผู้ขนส่งคนโดยสารมีหน้าที่พิเศษที่ต้องรับขนส่งคนโดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางด้วยความปลอดภัยทั้งในชีวิต ร่างกาย รวมทั้งทรัพย์สิน คือ สัมภาระของผู้โดยสารด้วย และนอกจากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับอื่นอีกมากที่วินิจฉัยเป็นไปในทำนองเดียวกัน<sup>120</sup>

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลในประเทศฝรั่งเศสได้วางแนววินิจฉัยในกรณีนี้ไว้เช่นกันในคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส<sup>121</sup> ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า ตามสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อมีอุบัติเหตุเกิดขึ้นและก่อความเสียหายให้แก่คนงานในระหว่างทำงาน อันมีสาเหตุเนื่องมาจากความผิดของนายจ้าง ในกรณีนี้คนงานย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดให้นายจ้างใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่คนงานได้ แม้เป็นกรณีที่มิมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากันมาก่อน เนื่องจากตามสัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างเกิดหน้าที่พิเศษหรือหนึ่งประกันความปลอดภัยแก่ลูกจ้าง ที่ต้องจัดหาอุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้ในการทำงาน รวมทั้งต้องจัดหาสถานที่ที่ปลอดภัยสำหรับการทำงานของลูกจ้าง เมื่อนายจ้างกระทำผิดหน้าที่ดังกล่าวไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และเกิดความเสียหายแก่ลูกจ้าง นายจ้างต้องมีความรับผิดชอบในมูลละเมิดด้วยนอกจากมูลสัญญา เพราะเป็นกรณีที่นายจ้างทั้งกระทำละเมิดและผิดสัญญาต่อลูกจ้าง นายจ้างจะอ้างว่า การยกหลักความรับผิดในทางละเมิดมาใช้ขัดกับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาไม่ได้ เพราะในสัญญาจ้างแรงงานนายจ้างและลูกจ้างตกลงแต่เรื่องประเภทของงานที่ทำกับเรื่องสินจ้างเท่านั้น มิได้มีการกล่าวถึงเรื่องเกิดเหตุอันตรายแก่คนงานระหว่างทำงาน หรือหนึ่งประกันความปลอดภัยแก่คนงานแต่อย่างใด จึงถือว่าในกรณีนี้ คู่สัญญามิได้ตั้งใจให้ยกเลิกความรับผิดทางละเมิดออกไปแต่ประการใด ฉะนั้นลูกจ้าง

---

ความแตกต่างกันอย่างไรดูได้จากคำอธิบายกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ของ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2522 หัวข้อที่ 602 หน้า 435 เป็นต้นไป...”

<sup>120</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 431/2509, 624/2515, 994/2517, 1211/2518 (ป.), 2195/2520, 2440/2520, 608/2521, 910/2522, 1536/2523, 1100/2524, 2876-2877/2528, 36698/2529, 3131/2537, 5014/2541, 1286/2542, 4223/2542, 7166/2542.

<sup>121</sup> คำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส La Chambre Civile ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1929 และ Chambre Civile 27 février 1926 ใน D. 1926-1-267. และใน S. 1929-1-129. (จี๊ด เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด**. หน้า 62 - 63.)

หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายผู้ได้รับความเสียหาย จึงสามารถฟ้องร้องนายจ้างเพื่อเยียวยาความเสียหายโดยอาศัยหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้

ส่วนศาลเยอรมัน ตามแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับกรณีนี้ ถือแนวปฏิบัติเช่นเดียวกับในประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศส โดยข้อเท็จจริงในคดีที่เคยเกิดขึ้น<sup>122</sup> เป็นกรณีที่จำเลยได้รับสัมปทานเป็นผู้ให้บริการเก็บขยะในชุมชน โดยทำสัญญาตกลงกับรัฐว่า จำเลยจะนำขยะไปทิ้งในสถานที่ที่รัฐจัดให้ได้ต่อเมื่อ รัฐได้ออกใบอนุญาตให้แก่จำเลยเพื่อทิ้งขยะ ณ สถานที่ดังกล่าวเสร็จเรียบร้อยแล้วเท่านั้น แต่จำเลยกลับฝ่าฝืนสัญญานำขยะไปทิ้ง ณ สถานที่ดังกล่าวโดยรัฐยังมิได้ออกใบอนุญาตให้แก่จำเลยให้เป็นที่เรียบร้อย ซึ่งตามข้อเท็จจริงในกรณีนี้สถานที่ดังกล่าวตั้งอยู่ใกล้กับอ่างพักน้ำของโรงงานผลิตน้ำประปา ปรากฏว่าน้ำมันจากกองขยะไหลลงไปในอ่างพักน้ำของโรงงานผลิตน้ำประปา และส่งผลให้น้ำประปาที่ส่งไปตามบ้านเรือนของประชาชนมีกลิ่นเหม็น รวมทั้งมีน้ำมันปนเปื้อนอยู่ด้วย ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนเป็นอย่างมาก ศาลวินิจฉัยว่า เป็นที่ชัดเจนว่าจำเลยต้องมีความรับผิดชอบในทางสัญญาเพราะนำขยะไปทิ้งทั้ง ๆ ที่ยังมิได้รับอนุญาตซึ่งมีสัญญาระบุไว้ชัดเจนถึงข้อตกลงดังกล่าว แต่จำเลยกลับละเลยไม่นำพาต่อข้อตกลงดังกล่าว อีกทั้งจำเลยยังต้องรับผิดชอบในมูลละเมิดด้วย เนื่องจากจำเลยประกอบกิจการที่มีความเกี่ยวข้องกับสาธารณสุข โดยประสบการณ์ของจำเลยต้องใช้ความระมัดระวังตามสถานะพิเศษ ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยการให้บริการอย่างระมัดระวังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัยและทรัพย์สิน ของผู้ใช้บริการ ทั้งในกรณีนี้จำเลยก็สามารถคาดหมายหรืออาจคาดหมายได้ว่า หากใช้ความระมัดระวังอย่างรอบคอบโดยสังเกตให้ดีว่าสถานที่ทิ้งขยะอยู่ใกล้และสูงกว่าที่พักน้ำของโรงงานผลิตน้ำประปา จำเลยก็ควรทราบว่ามีน้ำจากกองขยะอาจไหลลงไปอ่างเก็บน้ำดังกล่าวได้ และนอกจากคำพิพากษานี้ยังมีคำพิพากษาของศาลเยอรมันในฉบับอื่น ๆ อีกที่ได้วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน<sup>123</sup>

ตามแนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลไทย รวมทั้งศาลต่างประเทศ ในระบบ Civil Law เช่น ในประเทศฝรั่งเศส และในประเทศเยอรมัน จะมีความเห็นเป็นไปใน

<sup>122</sup> JZ 1975, 733 (7 OCTOBER 1975) (Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction.* pp. 157 – 160. Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts.* pp. 531-536.)

<sup>123</sup> คำพิพากษาของศาลสูงสุดเยอรมัน BGBZ 39, 366. (Ibid. pp. 82 - 84.)

แนวทางเดียวกันกับนักนิติศาสตร์โดยเห็นว่า กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันสามารถเกิดขึ้นได้ และมีได้ในสองกรณี กล่าวคือ การกระทำผิดสัญญาเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right) และ กรณีที่บุคคลเข้าทำสัญญาก่อนหน้าที่พิเศษกระทำผิดหน้าที่พิเศษบางประการที่เกิดขึ้นแยกต่างหากจากหน้าที่ตามสัญญา

## 1.2 ระบบ Common Law

ตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา กรณีที่มีสัญญาเกิดขึ้นและมีการกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเว้นไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือมิได้กระทำการอะไรมากไปกว่า “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา”<sup>124</sup> (nonfeasance)<sup>125</sup> ถือเป็นการกระทำในทางสัญญาเท่านั้น<sup>126</sup> โดยทั่วไปจึงไม่สามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้กับกรณีความรับผิดชอบในทางสัญญาได้ ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลอังกฤษในกรณีนี้ได้แก่ คดี Victoria Laundry. Ltd. v. Neuman<sup>127</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีสัญญาเช่าห้องชุด จำเลยเป็นเจ้าของห้องชุดที่ประกอบธุรกิจให้เช่าห้องชุด โจทก์ตกลงทำสัญญาเช่าห้องชุดของจำเลย ปรากฏว่าเมื่อโจทก์เข้าไปอยู่ในห้องชุด จำเลยหยุดส่งกระแสไฟฟ้าและแก๊สเข้าไปในห้องชุดที่โจทก์เช่า ทำให้ห้องชุดที่โจทก์เช่าไม่มีไฟฟ้าและแก๊สใช้ โจทก์จึงฟ้องจำเลยเป็นคดีต่อศาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาสั่งให้จำเลยทำการต่อไฟฟ้าและแก๊สเข้าสู่ห้องชุดที่โจทก์ได้ทำสัญญาเช่าจากจำเลย ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการกระทำผิดสัญญาต่อโจทก์เท่านั้น มิใช่เป็นการกระทำละเมิด ต่อโจทก์แต่อย่างใด โจทก์ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) จากจำเลยในคดีนี้ได้<sup>128</sup>

<sup>124</sup> Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. pp. 456 - 458.

<sup>125</sup> “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 1.2 (ความนำ) และ หัวข้อที่ 1.2.1

<sup>126</sup> *Ibid.* pp. 468-471, 473-474. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. pp. 614, 615.

<sup>127</sup> [1949] 2 K.B. 528. (Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort*. p. 811.)

<sup>128</sup> และนอกจากนี้ยังมี คดี Perera v. Vandiyar [1953] 1 W.L.R. 672. ที่มีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกัน (*Ibid.*)

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาที่วินิจฉัยไว้ไปในแนวเดียวกัน คือ คดี Louisville & Nashville R. Co. v. Spinks<sup>129</sup> ข้อเท็จจริงคดีนี้เป็นเรื่องที่โจทก์ได้รับการเชื้อเชิญ จากจำเลยให้มาหาจำเลยที่รัฐ Cincinnati เพื่อมาทำงานกับจำเลย โดยจำเลยสัญญากับโจทก์ว่าหาก จำเลยไม่จ้างโจทก์เข้าทำงานจำเลย จำเลยจะจัดการทุกอย่างรวมทั้งออกค่าใช้จ่ายให้โจทก์เพื่อการ เดินทางกลับไปยังบ้านของโจทก์ที่รัฐ Atlanta โจทก์จึงเดินทางไปหาจำเลยที่รัฐ Cincinnati ตาม คำเชื้อเชิญของจำเลยและหวังว่าจะได้ทำงานกับจำเลย แต่เมื่อโจทก์เดินทางไปถึงที่รัฐ Cincinnati ปรากฏว่าโจทก์ล้มป่วยและจำเลยก็มีได้จ้างโจทก์ให้เข้าทำงานกับจำเลย และสำหรับการเดินทาง กลับไปยังบ้านของโจทก์ที่รัฐ Atlanta จำเลยได้ปฏิเสธที่จะออกค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการเดินทาง รวมทั้งปฏิเสธที่จะให้ตัวโดยสารที่ใช้สำหรับเดินทางกลับไปยังบ้านของโจทก์ ณ รัฐ Atlanta แก่ โจทก์ โจทก์จึงใช้วิธีเดินทางด้วยเท้ากลับไปถึงรัฐ Atlanta ส่งผลให้โจทก์ได้รับความทรมานเป็น อย่างมากจากความเจ็บปวดทรมาน ความเหนื่อยล้า และจากการที่เท้าของโจทก์เกิดเป็นบาดแผล พุพอง อันเนื่องมาจากการเดินที่ยาวนาน โจทก์จึงฟ้องจำเลยต่อศาลเพื่อให้จำเลยชดใช้ความเสียหายทั้งหลายที่โจทก์ได้รับ โดยในคดีนี้ศาลถือว่าการชดใช้เสียหายในความเสียหายต่าง ๆ ที่จำเลย ได้รับนั้น เป็นเรื่องของกรกระทำผิดสัญญาเท่านั้นไม่ถือว่าเป็นกรณีที่จำเลยกระทำละเมิดต่อ โจทก์แต่อย่างใด โจทก์จึงไม่สามารถเรียกค่าเสียหายทางจิตใจในกรณีนี้ได้<sup>130</sup>

ดังนั้นจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกาทั้งสองฉบับดังกล่าวจะเห็นได้ ว่า เป็นกรณีที่จำเลยกระทำผิดสัญญาโดยมิได้กระทำสิ่งใด ๆ มากไปกว่าการละเว้น ละเลย ไม่ ปฏิบัติตามสัญญา ที่ไม่สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ใน

<sup>129</sup> (1898) 104 Ga. 692, 30 S.E. 968. (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 345, 614.

Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* p. 469.)

<sup>130</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาอีกมากที่วินิจฉัยไว้อันเป็นกรณีเกี่ยวกับหลัก “การไม่ ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) ได้แก่ คดี Newton v. Brook (1902) 134 Ala. 269, 32 So. 722. (เป็นกรณีของสัญญา เตรียมตุ้รถไฟสำหรับขนส่งสินค้า แต่ไม่เตรียมเมื่อถึงกำหนด) : Randolph’s Adm’r v. Snyder, 1910, 139 Ky. 159, 129 S.W. 562. : Frankel v. Wolper, 1918, 181 App.Div. 485. 169. N.Y.S. 15, affirmed 1919, 228 N.Y. 528, 127 N.E. 913. (สัญญาจะทำการรักษาพยาบาล แต่ไม่ทำการรักษา) : Better Food Markets v. American Dist. Tel. Co., 1953, 40 Cal.2d 179, 253 P.2d 10.(สัญญาติดตั้งสัญญาณกันขโมย แต่ไม่ติดตั้ง) : คดี John Deere Co. of St. Louis v. Short, Mo.1964, 378 S.W. 2d 496. (สัญญากู้ยืมเงินที่ผู้กู้ผิดสัญญาไม่ชำระหนี้) (Ibid. p. 469. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 345, 614.)

กรณีความรับผิดทางสัญญาได้แต่อย่างใด หรือแม้จะฟ้องร้องไปศาลก็ไม่เคยสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายในมูลละเมิด โดยสัญญาที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าวศาลมักตีความไปในลักษณะของ “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance)

อย่างไรก็ตามกรณีศึกษาที่จะวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและในประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีที่การกระทำอันเดียวที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันที่สามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในกรณีความรับผิดในทางสัญญาได้ เป็นกรณีที่อาจศึกษาได้จากคำพิพากษาในกรณี “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) กรณี “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) และ กรณี “การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” (Fraud) ดังจะได้ศึกษาเป็นลำดับต่อไป

**1.2.1 การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ตามแนวคำพิพากษาของศาล**  
 ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริการณี “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance)<sup>131</sup> อันเป็นกรณีที่คู่สัญญาพยายามกระทำการชำระหนี้ตามสัญญาแต่กระทำหรือปฏิบัติสิ่งที่ผิดไปจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญา<sup>132</sup> และก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นทั้งเรื่องการทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ที่คู่สัญญาสามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดสัญญาได้<sup>133</sup> ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลอังกฤษในกรณีนี้ เช่น คดี The Humber Ferry case of 1348<sup>134</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้จำเลยเป็นเจ้าของเรือข้ามฟากรับบรรทุกทุกคนและสิ่งของข้ามฟาก ณ แม่น้ำ Humber โจทก์ทำสัญญาว่าจ้างจำเลยให้ทำการบรรทุกแม่พันธุ์ม้าชั้นดีของโจทก์ข้ามฟากแม่น้ำ จำเลยนำแม่พันธุ์ม้าของโจทก์ลงเรือเพื่อบรรทุกข้ามฟากพร้อมกับม้าของลูกค้าอื่น แต่เนื่องจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย จำเลยทำการ

<sup>131</sup> หลัก “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (Misfeasance) โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 1.2.1

<sup>132</sup> Prosser William L., Wade John W. , Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. pp. 468 - 471.

<sup>133</sup> Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. p. 617.

<sup>134</sup> Humber Ferry 22 Lib.Ass. pl. 41. 1348 Y.B. 22 Lib.Ass. 94, pl. 41. ตัดสินโดยคณะผู้พิพากษาของกษัตริย์ ในสมัยราชวงศ์ York (เป็นสมัยที่ศาลนั่งพิจารณาคความ) (Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort*. p. 805.)



บรรทุกผ้าและสินค้าอื่น ๆ ลงเรือมากเกินไปจนเป็นเหตุให้เรือของจำเลยล่มลงในแม่น้ำและแม่  
 พันธุ์ผ้าของโจทก์จมน้ำตายพร้อมกับผ้าและสินค้าของคนอื่น ๆ โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบ  
 ใช้ค่าเสียหาย โดยในคำฟ้องบรรยายแต่เพียงว่าจำเลยเป็นเจ้าของเรือข้ามฟากผู้ซึ่งตกลงรับขนส่ง  
 แม่ผ้าของโจทก์ข้ามฟากไปด้วยความปลอดภัยในเรือของจำเลย เมื่อจำเลยบรรทุกของลงเรือจน  
 เกินน้ำหนักเรือจึงล่มเป็นเหตุให้แม่ผ้าของโจทก์จมน้ำตายขอให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย คดีนี้ศาล  
 วินิจฉัยว่ากรณีเป็นเรื่องที่จำเลยกระทำผิดสัญญาขนส่งสินค้าต่อโจทก์ แต่หากตามที่โจทก์บรรยาย  
 ฟ้องมาหากปรากฏความจริงว่าการกระทำของจำเลยเป็นเรื่องของการบุกรุก รุกล้ำล่วงเกิน  
 (trespass) ด้วย ศาลก็สามารถพิจารณาพิพากษาคดีให้จำเลยรับผิดชอบในมูลละเมิดได้ และในคดีนี้  
 ปรากฏความจริงว่าการกระทำของจำเลยเป็นเรื่องของการบุกรุก รุกล้ำล่วงเกิน (trespass) ด้วย  
 ศาลจึงสามารถตัดสินคดีให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์โดยใช้กฎหมายลักษณะ  
 ละเมิดได้<sup>135</sup>

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา คดี Flint & Walling mfg. Co. v.  
 Beckett<sup>136</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีสัญญาจ้างติดตั้งเครื่องจักรสีข้าว โจทก์ทำการว่าจ้างให้  
 จำเลยมาทำการติดตั้งเครื่องจักรสีข้าวที่ใช้กำลังลมในโรงสีข้าวหรือโรงนาของโจทก์ แต่ปรากฏว่า  
 จำเลยได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อไม่ระมัดระวังให้ดีในการติดตั้งเครื่องจักรสีข้าว ส่งผลให้  
 ตัวเครื่องจักรสีข้าวที่ติดตั้งไว้พังทลายลงมา และได้ทำลายโรงสีข้าวหรือโรงนาของโจทก์พังได้

<sup>135</sup> นอกจากนี้ยังมี Earl v. Lubbock. [1905] 1 K.B. 253, 74 L.J.K.B. 121. กรณีสัญญาจ้างทำของ ที่ผู้  
 ประกอบอาชีพให้บริการซ่อมแซมยานพาหนะปฏิบัติตามสัญญาซ่อมแซมยานพาหนะด้วยความประมาทเลินเล่อ และ  
 ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 626.) Slessor L.J. in Jarvis v.  
 Moy [1936] 1 K.B. 399, 406. กรณีนายหน้าค้าหุ้น, Steljes v. Ingram (1903) 19 T.L.R. 534. กรณีสถาปนิก, Groom v.  
 Crocker [1939] 1 K. B. 194, 205, 222 ; Bailey v. Bullock [1950] 2 All E.R. 1167. กรณีทนายความ, Jackson v.  
 Mayfair Window Cleaning Co., Ltd. [1952] 1 All E.R. 215, 217 per Barry J. ผู้รับจ้างทำความสะอาดข้าวของหรือ  
 สังกหามทรัพย์, Fish v. Kapur [1948] 2 All. E.R. 176. แพทย์หรือศัลยแพทย์, Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller and  
 Partners Ltd. [1964] A.C. 465. นักบัญชี ฯลฯ (Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.*  
 p. 805. Salmond, Sir John. *The Law of Torts.* p. 10.)

<sup>136</sup> (1906) 167 Ind. 491, 79 N.E. 503. (Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases  
 and Materials on Torts.* pp. 469, 470.)

รับความเสียหาย ในคดีนี้ถือเป็นการผิดที่การปฏิบัติตามสัญญาของจำเลยเป็นการกระทำผิดหน้าที่ในทางละเมิดด้วยอีกทางหนึ่ง<sup>137</sup>

จากคำพิพากษาของศาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกาทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงกรณี “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) โดยข้อเท็จจริงในคำพิพากษาของศาลอังกฤษเป็นเรื่องสัญญารับขนส่งสินค้าที่การปฏิบัติตามสัญญาของผู้ขนส่งสินค้าก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่สินค้าหรือทรัพย์สินของผู้ส่ง ส่วนข้อเท็จจริงในคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาเป็นกรณีสัญญาจ้างทำของ ที่การปฏิบัติตามสัญญาของผู้รับจ้างก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้ว่าจ้าง อันเป็นกรณีการปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของโจทก์ที่กฎหมายคุ้มครองรับรองสิทธิไว้ จึงถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ด้วยนอกจากกระทำผิดสัญญา

**1.2.2 การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) แนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา สำหรับคู่สัญญาที่อยู่ในสถานะที่เป็นผู้ให้บริการสาธารณะ (public utility) เช่น ผู้ขนส่งทั่วไป ผู้ประกอบกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ได้แก่ ผู้ให้บริการไฟฟ้า น้ำประปา โทรศัพท์ แก๊ส ฯลฯ ศาลในประเทศ**

<sup>137</sup> นอกจากนี้ยังมี คดี *Trimboli v. Kinkel*, 1919, 226 N.Y. 147, 123 N.E. 205 ; *Xullivan v. Stout*, 1938, 120 N.J.L. 304, 199 A. 1 ที่เป็นกรณีหมายความบกพร่องหรือประมาทเลินเล่อในการสอบข้อเท็จจริงทำให้คดีของลูกความเสียหาย ; *Ramage v. Cohn*, 1973, 124 Pa.Super. 525, 189 A. 496 ที่ทอดทิ้งคดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งศาลทำให้ศาลจำหน่ายคดีของลูกความ ; *O'Neill v. Gray*, 2 Cir. 1929, 30 F.2d 776 ที่ทำให้คดีของลูกความล่าช้ากว่าปกติที่ควรเป็น ฯลฯ หรือ ในคดี *Dorr v. Massachusetts Title Ins. Co.*, 1921, 238 Mass. 490, 131 N.E. 191 ; *Ehmer v. Title Guarantee & Trust Co.*, 1898, 156 N.Y. 10, 50 N.E. 420. กรณีนักวิชาการ, *Huysman v. Kirsch*, 1936, 6 Cal.2d 302, 57 P.2d 908 ; *McDonald v. Camas Prairie R. Co.*, 1935, 180 Wash. 555, 38 P.2d 515 ; *Cochran v. Laton*, 1918, 78 N.H. 562, 103 A. 658 ; *Gillette v. Tucker*, 1902, 67 Ohio St. 106, 65 N.E. 865. กรณีแพทย์, *Ferrie v. Sperry*, 1921, 85 Conn. 337, 82 A. 577. Cf. ; *Gagne v. Bertran*, 1954, 43 Cal.2d 481, 275 P.2d.15. กรณีพนักงานรังวัดที่ดิน, *Robinson v. Threadgill*, 1851, 35 N.C. 39. Cf. *Adams v. Robinson*, 1880, 65 Ala. 586 กรณีตัวแทนในการเก็บเงินค่าหลายหลักฐานเกี่ยวกับการล้มละลาย, *Lord Elec. Co. v. Barber Asphalt Paving Co.*, 1919, 226 N.Y. 427, 123 N.E. 756 ; *E. & M. Const. Co. v. Bob*, 1967, 115 Ga.App. 127, 153 S.E.2d 641 กรณีรับจ้างซ่อมแซมสิ่งก่อสร้างโดยผู้รับเหมาก่อสร้าง ฯลฯ (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* pp. 615,617.) หรือ ในคดี *Hart v. Ludwig* (1956) 347 Mich. 559, 79 N.W.2d 895, และ *Kozan v. Comstock* (5 Cir. 1959) 270 F.2d 893. (Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* pp. 469 - 470.)

อังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือว่า คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวต้องมีหน้าที่พิเศษบางประการที่แฝงอยู่ในสัญญา<sup>138</sup> ต่อกคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้บริการ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ สถานะของคู่สัญญา อันเป็นการตีความเพื่อพิจารณาถึงประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้บริการ ฉะนั้นเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสถานะเป็นถึงผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบการบริการสาธารณะ (public utility) ศาลจึงแปลความเพื่อผลกระทมาให้กับคู่สัญญาฝ่ายดังกล่าว ที่เมื่อกระทำผิดหน้าที่พิเศษบางประการถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ตัวอย่างคำพิพากษาศาลในระบบ Common Law ในกรณีนี้ คือ คำพิพากษาของศาลอังกฤษ คดี Bretherton v. Wood<sup>139</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีสัญญารับขนส่งคนโดยสาร ศาลอังกฤษได้วางหลักเกี่ยวกับในเรื่องนี้ไว้ว่า กรณีที่ความเสียหายของโจทก์ซึ่งเป็นผู้โดยสาร เกิดขึ้นมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของจำเลยซึ่งเป็นผู้ขนส่ง ถือเป็นกรณีที่จำเลยทั้งการกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์สามารถฟ้องร้องจำเลยได้หลายทาง ทางแรก คือ ฟ้องในมูลสัญญารับขนส่งคนโดยสาร เนื่องจากจำเลยกระทำผิดหน้าที่ที่จำเลยรับทำตามสัญญาโดยแลกกับค่าจ้างหรือรางวัล ทางที่สอง คือ ฟ้องโดยอาศัยมูลละเมิด เนื่องจากจำเลยกระทำผิดหน้าที่พิเศษที่เกิดขึ้นจากการที่เพียงแต่จำเลยยอมรับโจทก์เป็นผู้โดยสารของจำเลย<sup>140</sup>

<sup>138</sup> “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (Misfeasance) ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณชน (Public Utility) โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 1.2.2

<sup>139</sup> (1821) 3 B. & B. 54. (Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. p. 803.)

<sup>140</sup> คำตัดสินของศาลในประเทศอังกฤษในคดีอื่นๆ ที่แสดงให้เห็นหลักนี้ยังมี คดี Pozzi v. Shipton (1838) 8 A. & E. 963; Marshall v. York, Newcastle and Berwick Ry. (1851) 11 C.B. 655; Tattan v. G. W. Ry. (1806) 2 E. & E. 844. ; Chesworth v. Farrar [1976] 1 Q.B. 407, 416. ; Koufos v. Czamlkow [1969] 1 A.C. 350. Constantine v. Imperial London Hotels Ltd. [1944] K.B. 693.; กรณีของผู้ประกอบการรถไฟ Delyell v. Tyrer (1858) E.B.&E. 899. ; Austin v. G. W. Ry. (1876) ; Charlesworth, Negligence, 2<sup>nd</sup> ed., 104-5, Kahn-Freund, Law of Inland Transport, 2<sup>nd</sup> ed., 300 ante, 701-2. ; Foulkes v. Metropolitan District Ry. (1879) 4 C.P.D. 267; 5 C.P.D. 157; Kelly v. Metropolitan Ry. [1895] 1 Q.B. 944, 946. และหน้าที่พิเศษยังได้ขยายครอบคลุมไปถึงกระเป๋าดินทางของผู้โดยสารอีกด้วย โปรดดู Marshall v. York, etc., Ry. (1851) 11 C.B. 655 Denton v. G. N. Ry. (1865) 5 E.& B. 860, และจำเลยต้องรับผิดในมูลละเมิดรวมถึงบุตรของโจทก์ที่โดยสารมากับโจทก์รวมทั้งเครื่องเดินทางและสัมภาระของโจทก์ด้วย ศาลอังกฤษได้ตัดสินไว้ในคดี Pollock, Torts, 221, 419; and Contract, 13<sup>th</sup> ed. (1950), 12, 15. ; cf. Clerk & Lindsell on Torts, 11<sup>th</sup> ed., 62, note (s). นอกจากนี้ยังมี Meux v. G. E. Ry. [1895] 2 Q.B. 378 ; Marshall v. York, etc., Ry.

คำพิพากษาของศาลอังกฤษในคดีต่อมาได้แก่ *Foulkes v. Metropolitan District Ry.*<sup>141</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้ เป็นกรณีสัญญารับขนส่งคนโดยสารโดยทางรถไฟ บริษัทรถไฟ ก. จำกัด เป็นเจ้าของทางรถไฟและสถานชลาสถานี ณ เมือง Richmond ทำสัญญากับบริษัทรถไฟ ข. จำกัด ให้บริษัทรถไฟ ข. จำกัด นำรถไฟมาวิ่งรับขนส่งคนโดยสารบนรางรถไฟของบริษัทรถไฟ ก. จำกัด โจทก์ต้องการโดยสารรถไฟไปเมือง Richmond โจทก์ซื้อตั๋วรถไฟจากบริษัทรถไฟ ก. ซึ่งเป็นตัวเดินทางทั้งขาไปและขากลับ และโจทก์ได้โดยสารไปบนรถไฟของบริษัทรถไฟ ข. เมื่อรถไฟถึงเมือง Richmond โจทก์ประสบอุบัติเหตุตกจากบันไดของรถไฟได้รับบาดเจ็บในขณะที่โจทก์กำลังลงจากรถไฟ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าพื้นที่ของสถานชลาสถานี Richmond ต่ำเกินไป ไม่มีความสมดุลหรือไม่เสมอกับระดับพื้นของบันไดรถไฟ โจทก์ฟ้องบริษัท ข. จำกัด เจ้าของรถไฟให้รับผิดชอบ ในความเสียหายที่เกิดขึ้น ศาลวินิจฉัยว่าคดีนี้บริษัท ข. มีความรับผิดชอบทั้งในทางละเมิดและสัญญาต่อโจทก์ เนื่องจากเป็นที่แน่นอนว่ามีสัญญารับขนส่งคนโดยสารเกิดขึ้นระหว่างบริษัท ข. บริษัท ก. กับ โจทก์ รวมทั้งบริษัท ข. บริษัท ก. ยังต้องถูกผูกพันโดยทันทีในทางละเมิด เนื่องจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของบริษัท ข. และบริษัท ก. ไปทำลายหน้าที่พิเศษที่ต้องขนส่งโจทก์ ผู้โดยสาร ให้ถึงจุดหมายปลายทางด้วยความปลอดภัย ซึ่งหน้าที่พิเศษดังกล่าวได้ถูกจัดวางอยู่เหนือทั้งบริษัท ข. บริษัท ก. ทันทีเมื่อพวกเขาได้ยอมรับโจทก์ไว้เป็นผู้โดยสาร ขณะเมื่อขายตั๋วรถไฟให้โจทก์ ศาลวินิจฉัยต่อไปหากโจทก์ฟ้องบริษัท ก. สำหรับการกระทำผิดสัญญาต่อโจทก์ โจทก์ก็สามารถทำได้ และนอกจากมูลคดีผิดสัญญา บริษัท ก. ยังต้องมีความรับผิดชอบในมูลคดีละเมิดต่อโจทก์อีกสำหรับความประมาทเลินเล่อของบริษัท ก. และแม้มิได้มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การไม่มีอยู่ของสัญญา มิได้เป็นสิ่งที่ปลดเปลื้องทั้งบริษัท ข. และ บริษัท ก. จากความรับผิดชอบทั้งทางสัญญาและละเมิด เนื่องจากเกิดสัญญาโดยปริยายระหว่างโจทก์กับ บริษัท ข. บริษัท ก. ทันทีที่โจทก์ซื้อตั๋วรถไฟจากบริษัท ข.

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาคดี *Consolidated Gas Co. v. Connor*<sup>142</sup> อันเป็นกรณีของผู้ประกอบการให้บริการส่งแก๊สตามท่อไปยังบ้านเรือนประชาชน ละเลยที่จะ

(1851) 11 C.B. 655. (Salmond, Sir John. *The Law of Torts*. p. 10. Winfield, P.II. *A Textbook of The Law of Tort* Winfield on Tort. pp.803, 806, 808.)

<sup>141</sup> (1880) 5 C.P.D. 157. (Ibid. pp.803, 806.)

<sup>142</sup> 1911, 114 Md. 140, 78 A. 725. Cf. (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. p. 618.)

ตรวจตราและซ่อมแซมท่อแก๊สของตนจนทำให้เกิดแก๊สพุ่งกระจาย หากเกิดความเสียหายขึ้นในกรณีนี้ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการให้บริการส่งแก๊ส ฯ ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อทำให้เกิดแก๊สพุ่งกระจาย เป็น “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance)<sup>143</sup>

จากคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาฉบับดังกล่าวเป็น “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) ของผู้ประกอบการให้บริการส่งแก๊ส ฯ ที่มีหน้าที่พิเศษบางประการแม้ไม่ได้ระบุในสัญญาที่ต้องตรวจตราท่อส่งแก๊สของตนให้ได้อย่างสม่ำเสมอหลังจากทำการติดตั้ง อย่าให้มีรอยรั่ว แตกร้าว หรือเกิดความชำรุดบกพร่อง ฯฯ เพื่อจะไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน เมื่อผู้ประกอบการกระทำผิดหรือฝ่าฝืนหน้าที่พิเศษดังกล่าว กรณีถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ซึ่งคำพิพากษาของศาลอังกฤษก็ถือหลักในทำนองเดียวกัน โดยถือว่าผู้ขนส่งคนโดยสารนอกจากมีหน้าที่ที่ต้องขนส่งคนโดยสารตามสัญญาแล้ว ผู้ขนส่งคนโดยสารยังต้องมีหน้าที่พิเศษที่ต้องขนส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางด้วยความปลอดภัยทั้งในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะมีหน้าที่พิเศษที่แฝงอยู่ในสัญญาต่อผู้รับบริการ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะปฏิบัติตามหน้าที่พิเศษด้วยความประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดอันตรายแก่คู่สัญญาผู้รับบริการ ที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะควรรู้หรือคาดหมายได้ถึงผลเสียที่อาจเกิดขึ้นจากกิจการดังกล่าว ศาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจึงวินิจฉัยให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการ ฯ สามารถรับผิดชอบในทางละเมิดได้ เช่นเดียวกับความรับผิดชอบในทางสัญญา

**1.2.3 การหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud)** กรณีที่จำเลยทำสัญญากับโจทก์โดย “การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” (fraud)<sup>144</sup> เช่น เข้าทำสัญญาโดยปราศจากความตั้งใจจะปฏิบัติตามสัญญาตั้งแต่ต้น ฯฯ ตามแนวคำพิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาราวกับว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่เป็นรูปแบบของการใช้อุบายหลอกลวงอย่างหนึ่ง และถือว่าการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายที่หลอกลวงเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิด ตัวอย่างคำ

<sup>143</sup> นอกจากนี้ยังมีคดี Oklahoma Natural Gas Co. v. Courtney, 1938, 182 Okl. 582, 79 P.2d 235. ; Osborne v. Morgan, 1881 130 Mass. 102 ; Homer v. Lawrence, 1874, 37 N.J.L. 46 ; Lottman v. Barnett, 1876, 62 Mo. 159. (Ibid. pp. 618, 627.)

<sup>144</sup> “การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” (fraud) โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 1.2.3

พิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาสำหรับในกรณี คือ คำพิพากษาของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาคดี Burgdorfer v. Thielemann<sup>145</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีสัญญาจ้างงอนที่ดิน จำเลยได้นำที่ดิน บริเวณพื้นที่ Collins View สองแปลง ไปจ้างงอนไว้กับโจทก์ (ซึ่งมีใบรับรองการจ่ายเงินอีก 2 ใบ มูลค่า 323 เหรียญ) แลกเปลี่ยนกับเงินเป็นจำนวน 2,000 เหรียญ และจำเลยสัญญากับโจทก์ว่าจะชำระหนี้ไถ่ถอนจ้างงอนที่ดินบริเวณ Collins View สองแห่งดังกล่าวให้แก่โจทก์ภายใน 1 ปี ทั้ง ๆ ที่ในข้อเท็จจริงภายในใจของจำเลย จำเลยมิได้มีความตั้งใจมาตั้งแต่ต้น (ไม่ว่าในขณะที่ตกลงทำสัญญาหรือไม่ว่าในเวลาใด ๆ) ที่จะปฏิบัติตามสัญญาข้างต้น หรือที่จะล้างหนี้จ้างงอนดังกล่าว และตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ โจทก์ จำเลย มิได้มีการระบุถึงข้อตกลงเกี่ยวกับระยะเวลาในการไถ่ถอนจ้างงอนภายใน 1 ปี ดังกล่าว เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในสัญญา เมื่อครบกำหนดระยะเวลา ตามที่ได้ตกลงกัน จำเลยมิได้มาชำระหนี้และไถ่ถอนจ้างงอน โจทก์จึงฟ้องร้องว่าจำเลยทำการ หลอกลวงโจทก์ ขอให้จำเลยชำระหนี้ล้างจ้างงอนที่ดินในบริเวณพื้นที่ Collins View ทั้งสองแปลง ดังกล่าว คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ถือเป็นกรณีที่โจทก์เชื่อและไว้วางใจในการ พุดเสนอและการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาของจำเลย และเนื่องจากโจทก์ได้แสดงให้เห็นถึงการ หลอกลวงและจุดสำคัญของการฉ้อโกง ประกอบในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย กล่าวคือ โจทก์ได้นำสืบพยานหลักฐานถึงการกระทำต่าง ๆ ของจำเลยที่แสดงออกมา และทำให้ศาลเห็นได้ถึง ความตั้งใจหรือเจตนาของจำเลย ในการกระทำผิดอันเป็นการหลอกลวง ดังนั้นแม้มิได้มีการ เขียนข้อตกลงดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในสัญญา แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่า จำเลยมี เจตนาหรือความมุ่งหมายมาตั้งแต่แรกว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำไว้ให้แก่โจทก์ จึงเป็น กรณีที่สามารถอ้างได้ว่าจำเลยจงใจทำการหลอกลวงโจทก์ อันสามารถนำมาเป็นหลักฐานการ ตั้งสิทธิและลงโทษจำเลยได้ ในการทำการหลอกลวงโดยจงใจดังกล่าว<sup>146</sup>

<sup>145</sup> Supreme Court of Oregon, 1936. 153 Or. 354, 55 P.2d 1122 (Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. pp. 469, 728-731, 969-971.)

<sup>146</sup> นอกจากนี้ยังมี คดี Hanson v. Blackwell Motor Co., 1927, 143 Wash. 547 255 P. 939. ที่วินิจฉัยไปในแนวเดียวกัน อันเป็นกรณีที่จำเลยรับซ่อมรถของโจทก์โดยมีเจตนาจะไม่ทำการซ่อมมาตั้งแต่ต้น (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. p. 616.) หรือ กรณีของสัญญาซื้อขายสินค้าที่ผู้ซื้อสินค้ามีเจตนามาแต่ต้นที่จะไม่ชำระราคาค่าสินค้า เช่น ในคดี Swift v. Rounds. 1896, 19 R.I. 527, 35 A. 45 ; Burrill v. Stevens, 1882, 73 Me. 395 ; Donovan v. Clifford, 1917, 225 Mass. 435, 114 N.E. 681 ; Syracuse Knitting Co. v. Blanchard, 1898, 69 N.H. 447, 43 A. 637., หรือ กรณีสัญญาที่ขึ้นโดยมีการหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริง เช่น ในคดี Sallies v. Johnson, 1911, 85

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ส่งผลให้โจทก์สามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ เนื่องจากการเข้าทำสัญญาของจำเลยถือเป็นการกระทำละเมิด โดยการใช้อุบายหลอกลวงโจทก์<sup>147</sup> เพราะเมื่อเทียบกับกฎหมายไทย หากโจทก์ใช้กฎหมายลักษณะสัญญาอาจไม่ถือว่าจำเลยตกเป็นผู้ผิดนัด เพราะในเมื่อมิได้มีการกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทินการจะทำให้จำเลยผิดนัดในหนี้จำนอง โจทก์ต้องบอกกล่าวล่วงหน้ากำหนดระยะเวลาให้จำเลยชำระหนี้เสียก่อน และหากจำเลยเพิกเฉย จำเลยย่อมตกเป็นผู้ผิดนัด โจทก์จึงมีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลได้ ดังนั้นข้อเท็จจริงในคดีนี้จึงอาจถือว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องในมูลคดีสัญญา แต่หากพิจารณาตามกฎหมายลักษณะละเมิด ถือว่าลูกหนี้ผิดนัดตั้งแต่วันกระทำละเมิดจึงถือว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องจำเลยได้ในคดีนี้

ตามแนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลในระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับนักนิติศาสตร์ ที่เห็นว่ากรณีเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน มิได้ ในสามกรณี คือ การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเอกชน การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) และการหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud)

## 2. ความเห็นของศาลที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แนวทางการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ปรากฏ

---

Conn. 77, 81 A. 974 ; Adams v. Gillig, 1910, 199 N.Y. 314, 92 N.E. 670 ; Feldman v. Witmark, 1926, 254 Mass. 480, 150 N.E. 329., หรือ กรณีสัญญาที่ทำขึ้นโดยปราศจากความตั้งใจจะปฏิบัติตามสัญญา In Elk Refining Co. v. Daniel, 4 Cir. 1952, 199 F. 2d 479., หรือ กรณีสัญญาที่อยู่ในสถานะของการฉ้อโกง นี้อรรถ Burgdorfer v. Thielemann, 1936, 153 Or. 354, 55 P.2d 1122 ; Chammel Naster Corp. v. Aluminum Ltd. Sales, Inc., 1958, 4 N.Y.2d 403, 176 N.Y.S.2d 259, 151 N.E.2d 833 ; Pas Chen Lee v. Gregoriou, 1958, 50 Cal.2d 502, 326 P.2d 135., หรือ กรณีสัญญาที่มีการใช้อุบายหลอกลวง Sweet v. Kimball, 1896 166 Mass. 332, 44 N.E. 243 ; Sabo v. Delman, 1957, 3 N.Y.2d 155, 164 N.Y.S.2d 714, 143 N.E.2d 906. ฯลฯ (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* pp. 729, 730.)

<sup>147</sup> โปรดดูรายละเอียดใน *Ibid.* p. 616. Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts.* p. 728 - 731.

ให้เห็นชัดเจนทั้งในระบบ Civil Law และ ระบบ Common Law ดังจะศึกษาในรายละเอียดเป็นลำดับไป

## 2.1 ระบบ Civil Law

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลในระบบ Civil Law ที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ แบ่งออกเป็นสองลักษณะใหญ่ ๆ กล่าวคือ กรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด และ กรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

**2.1.1 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด<sup>148</sup>** แนวทางการฟ้องคดีความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดสำหรับระบบ Civil Law ปรากฏให้เห็นตามแนวคำพิพากษาทั้งของศาลในประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน ที่แสดงให้เห็นถึงแนวทางของศาลที่เปิดโอกาสให้มีการเลือกฟ้องคดีความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิดได้ ในกรณีของศาลไทยนั้น ตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยถือเป็นสิทธิของคู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องร้องบังคับโดยมูลคดีใดก็ได้ระหว่างผิดสัญญาและละเมิด สุดแต่ทางใดเป็นประโยชน์มากกว่าโดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบของกฎหมายทั้งสองลักษณะ หากการบรรยายฟ้องได้กระทำครบองค์ประกอบตามมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการบรรยายฟ้องที่เคลือบคลุม<sup>149</sup> และนอกจากนี้การที่คู่สัญญาเลือกฟ้องมาในมูลคดีใด ไม่ถือเป็นการจำกัดดุลยพินิจศาล ที่ศาลยังสามารถใช้ดุลยพินิจเลือกนำมูลคดีที่คู่สัญญามีได้เลือก มาใช้เพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาได้ คำพิพากษาของศาลไทยที่แสดงให้เห็นถึงแนวทางดังกล่าวได้แก่ คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 131/2496<sup>150</sup> คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า “โจทก์เปิดบัญชีเงินฝากไว้กับธนาคารจำเลย มีคนร้ายลอบฉีกเช็คปลอมหลายเซ็น โจทก์และนำไปขึ้นเงินจากธนาคารจำเลย จำเลยจ่ายเงินตามเช็คไปและหักเงินในบัญชีโจทก์ โจทก์ฟ้องโดยอาศัยมูลละเมิด

<sup>148</sup> โปรดดู ส่วนที่ 1 ความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 2.1.1

<sup>149</sup> คือ คำฟ้องได้แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างซึ่งอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น.

<sup>150</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ -. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2496, หน้า 143.



ว่าจำเลยกระทำการ โดยประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์เสียหายขอให้จำเลยใช้เงินจำนวนที่ถูกหักบัญชีไป จำเลยต่อสู้คดีว่าจำเลยจ่ายเงินตามเช็คโดยมิได้ประมาทเลินเล่อ เพราะฉะนั้นจำเลยไม่ต้องรับผิด ศาลวินิจฉัยคดีโดยนำกฎหมายสัญญาตัวเงินมาใช้ โดยวินิจฉัยว่า การจ่ายเงินตามตั๋วสั่งจ่าย มีบทบัญญัติอยู่ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ มาตรา 1008 และ มาตรา 1009 มาตรา 1008 วางหลักว่า ตัวเงินที่ลงลายมือชื่อปลอมหรือปราศจากอำนาจนั้น ใช้ไม่ได้ เว้นแต่อยู่ในข้อยกเว้น ฉะนั้นเช็ครายนี้ซึ่งมีลายมือชื่อผู้สั่งจ่ายปลอมก็ย่อมใช้ไม่ได้ ทั้งคดีไม่เข้าอยู่ในข้อยกเว้น ส่วน มาตรา 1009 วางหลักไว้สำหรับตัวเงินที่สมบูรณ์มาแต่แรก โดยเป็นตัวเงินอันแท้จริงไม่ใช่ตัวเงินปลอม เมื่อธนาคารนำสืบได้ว่าธนาคารได้ใช้เงินตามเช็คไปตามทางค้าปกติโดยสุจริต และปราศจากประมาทเลินเล่อ ก็เป็นการใช้ได้ แม้เป็นการสลักหลังปลอมหรือปราศจากอำนาจก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ตรงกับบทบัญญัติของ มาตรา 1008 อันเป็นเรื่องตัวเงินปลอม มิใช่ มาตรา 1009 ที่เป็นเรื่องการสลักหลังปลอม ฉะนั้นเมื่อพิจารณาโดยข้อกฎหมายดังกล่าวมานี้ เห็นได้ว่า ที่จำเลยต่อสู้ว่าได้จ่ายเงิน ไปตามเช็ครายนี้โดยมิได้ประมาทเลินเล่อนั้น หากต้องวินิจฉัยไม่<sup>151</sup> เพราะไม่เป็นข้อสำคัญอะไร และที่จำเลยต่อสู้คดีต่อไปอีกว่า โจทก์ตั้งรูปคดีมาในลักษณะละเมิดโดยอ้างว่าจำเลยประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์เสียหาย ดังนั้น ไม่ควรนำกฎหมายในเรื่องตัวเงินมาใช้นั้น เห็นว่าโจทก์กล่าวในฟ้องว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในเรื่องตัวเงิน หากกล่าวว่าจำเลยทำการละเมิดโดยตรง ๆ อย่างเดียวไม่<sup>152</sup> คำฟ้องแสดงอยู่ว่าเกี่ยวข้องกับเรื่องตัวเงินเป็นต้นเหตุ จึงต้องยกกฎหมายในเรื่องตัวเงินมาวินิจฉัยในคดีนี้ด้วย”

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็นกรณีที่โจทก์เลือกฟ้องมาในมูลคดีละเมิด และศาลก็อนุญาตให้โจทก์เลือกฟ้องเช่นนั้นได้ แต่เนื่องจากหากใช้มูลคดีละเมิดจะก่อผลเสียให้แก่โจทก์ ศาลใช้ดุลพินิจเลือกนำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้เพื่อประโยชน์ของโจทก์ ซึ่งในคดีนี้เป็นประเด็นอันเกี่ยวกับข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะ

<sup>151</sup> โจทก์จึงไม่ต้องมีการะในการพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ แต่หากใช้กฎหมายลักษณะละเมิดโจทก์ต้องมีการะการพิสูจน์ในประเด็นนี้.

<sup>152</sup> ประมาทเลินเล่อมิได้หมายถึง ประมาทเลินเล่อในเรื่องละเมิดอย่างเดียวหมายถึงเรื่องตัวเงินด้วย.

ละเมิด ที่ศาลพิพากษาคดีโดยใช้ดุลยพินิจนำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้เพื่อประโยชน์ของโจทก์ในเรื่องภาระการพิสูจน์ หรือหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี<sup>153</sup>

คำพิพากษาลงมาตั้งแต่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3814/2525<sup>154</sup> ในคดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า “ในกรณีที่การกระทำของจำเลย เป็นทั้งเรื่องกระทำผิดสัญญา และเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน โจทก์มีสิทธิฟ้องอย่างไรก็ได้ไม่เป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งยอมรับบังคับให้ผู้กระทำผิดสัญญาหรือละเมิด ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ทั้งในทางผิดสัญญาหรือละเมิด...”<sup>155</sup>

คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 2881/2528<sup>156</sup> คดีนี้ข้อเท็จจริงเป็นกรณีสัญญาเช่าตึกแถวปรากฏว่าระหว่างที่เช่าจำเลยค้างชำระค่าเช่า ดังนั้น เมื่อครบกำหนดสัญญาเช่าโจทก์จึงบอกเลิกสัญญาเช่าและให้จำเลยออกจากสถานที่เช่าพร้อมทั้งชำระค่าเช่าที่ค้าง จำเลยไม่ยอมออกจากสถานที่เช่าและไม่ยอมชำระค่าเช่าที่ค้าง โจทก์จึงฟ้องขับไล่เป็นมูลคดีละเมิดและเรียกค่าเสียหายกรณีนี้ถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แม้โจทก์ฟ้องในมูลคดีละเมิด ศาลก็สามารถใช้ดุลยพินิจนำกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้แก่คดีเพื่อประโยชน์ของโจทก์ได้<sup>157</sup>

<sup>153</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาอันมีประเด็นเกี่ยวกับข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ในเรื่องภาระการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี นอกจากนี้ยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1634/2492, 1404/2494, 1363/2516 ฎ.ศ. 974, 2924/2522, 598/2535, 1795/2541.

<sup>154</sup> โปรดดูรายละเอียดของคำพิพากษาลงมาในส่วนที่ 2 หัวข้อที่ 1.1.2

<sup>155</sup> ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายไว้ในหมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาลงมาว่า “กรณีที่เป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญา... ผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องได้โดยมูลหนี้ทั้ง 2 ประการ แล้วแต่การบรรยายฟ้องตาม มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะแสดงให้เห็นเข้าใจข้อหาได้ว่าโจทก์ฟ้องฐานใดฐานหนึ่งหรือทั้ง 2 ฐาน...” นอกจากนี้คดีที่ศาลอนุญาตให้โจทก์เลือกฟ้องในมูลคดีใดก็ได้ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาหรือละเมิดยังมี 974/2492, 99/2494, 3814/2525, 2092/2526, 5907/2533, 698/2540, 1207/2540, 83/2541, 327/2541, 2744/2541, 5014/2541, 7452/2541, 292/2542, 1286/2542, 2205-2206/2542, 4223/2542, 5545/2542, 7166/2542, 7822/2542, 363/2543.

<sup>156</sup> โปรดดูรายละเอียดของคำพิพากษาลงมาในส่วนที่ 2 หัวข้อที่ 1.1.1

<sup>157</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาลงมา เป็นคำพิพากษาที่มีประเด็นเกี่ยวกับกรณีข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และอำนาจฟ้อง.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4664/2533<sup>158</sup> คดีนี้ข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่โจทก์เช่าอาคารของ จ. เป็นเวลา 20 ปี โดยให้จำเลยที่ 1 เช่าช่วงเพื่อทำโรงแรมมีกำหนด 10 ปี จำเลยที่ 1 ผู้เช่าช่วงตกลงชำระค่าเช่าเดิมที่โจทก์ต้องจ่ายให้ จ. และค่าตอบแทนการก่อสร้างให้โจทก์อีกเดือนละ 27,000 บาท ต่อมา จ. ถึงแก่ความตาย จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้จัดการมรดกของ จ. บอกลีกสัญญาเช่ากับโจทก์แล้วไปทำสัญญาเช่ากับจำเลยที่ 1 โดยตรง จำเลยที่ 1 จึงงดชำระค่าเช่าและค่าตอบแทนการก่อสร้างให้โจทก์ และไปชำระค่าเช่า ค่าตอบแทนการก่อสร้าง ให้จำเลยที่ 2 แทน โจทก์ฟ้องมูลละเมิดว่าจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ไม่สุจริตสมคบกันฉ้อโกง ฉ้อฉล หรือกระทำละเมิดต่อโจทก์ บอกลีกสัญญาโดยไม่มีสิทธิ เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย จำเลยต่อสู้คดีว่าการกระทำของจำเลยสุจริต มิได้จงใจกระทำการฉ้อโกงอันเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ ฟ้องโจทก์เป็นเรื่องละเมิดแต่โจทก์นำสืบว่าเป็นเรื่องสัญญาต่างตอบแทน จึงเป็นการนำสืบข้อเท็จจริงต่างกับฟ้อง ฟ้องโจทก์ไม่อาจรับฟังได้ขอให้ยกฟ้อง ศาลวินิจฉัยว่า แม้ตามคำฟ้องโจทก์ได้บรรยายว่าจำเลยทั้งสองไม่สุจริต การกระทำฉ้อโกงโจทก์อันเป็นละเมิด แต่ฟ้องโจทก์ในตอนต้นก็ได้บรรยายถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับจำเลย และบุคคลที่เกี่ยวข้องตามสัญญาเช่าและสัญญาต่างตอบแทนนั้นไว้โดยละเอียดแล้ว และตามคำขอท้ายฟ้องโจทก์ก็ขอให้จำเลยชำระเงินค่าตอบแทนการก่อสร้างให้โจทก์ตามสัญญาด้วย เมื่อโจทก์บรรยายฟ้องมาเช่นนี้ ศาลก็มีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายในเรื่องผิดสัญญาหรือละเมิดให้ตรงตามข้อเท็จจริงที่นำสืบกันมา ดังนั้น การที่โจทก์ฟ้องมามูลละเมิดแต่ศาลนำเรื่องสัญญามาปรับใช้แก่คดี ไม่ถือเป็นการพิพากษาเกินคำขอตามมาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และการที่โจทก์ฟ้องมูลละเมิดแต่นำสืบข้อเท็จจริงในมูลสัญญาไม่ถือว่าต่างกับฟ้อง หรือเป็นการนำสืบนอกฟ้องนอกประเด็นและไม่ถือว่าทนายความถามคำถามไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี (ตาม มาตรา 118 วรรค 3 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง)

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้วางแนวทางการพิจารณาคดีของศาลไว้ว่า กรณีการฟ้องคดีที่เป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เมื่อคู่สัญญาเลือกฟ้องร้องมูลคดีใดแล้ว ไม่ถือเป็นการผูกมัดศาล หากศาลเห็นว่ามูลคดีที่คู่สัญญามีได้เลือก ให้ประโยชน์แก่คู่สัญญามากกว่าศาล สามารถใช้ดุลยพินิจนำมูลคดีที่คู่สัญญามีได้เลือกมา

<sup>158</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2533, หน้า 1814.

ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาได้ และการที่ศาลเลือกนำมูลคดีที่คู่สัญญามิได้เลือกมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ไม่ถือเป็นกรณีที่ศาลพิพากษาเกินคำขอตาม มาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากเห็นว่าศาลมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎหมายเรื่องผิดสัญญาหรือละเมิดให้ตรงตามข้อเท็จจริงที่น่าสืบมา<sup>159</sup> และการที่คู่สัญญาเลือกฟ้องมาในมูลคดีหนึ่งแต่นำสืบข้อเท็จจริงไปใช้อีกมูลคดีหนึ่งที่ไม่ได้เลือก ไม่ถือเป็นกรณีนำสืบข้อเท็จจริงต่างไปจากคำฟ้องหรือนอกฟ้องนอกประเด็น อีกทั้งไม่ถือว่านายความ ถ้ามคำถามไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีตาม มาตรา 118 วรรค 3 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>160</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5907/2533<sup>161</sup> คดีนี้มีข้อเท็จจริงดังจะกล่าวต่อไปนี้ ลูกจ้างของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคโจทก์ ทุจริตต่อหน้าที่ ต่อกระแสไฟตรงและสับเปลี่ยนมาตรวัดไฟฟ้าให้ผู้ใช้ไฟฟ้าโดยพลการ เรียกเก็บเงินจากผู้ใช้ไฟฟ้าแล้วนำไปใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัว จดหน่วยการใช้กระแสไฟฟ้าไม่ตรงต่อความเป็นจริง รับจ่ายเครื่องมือไปใช้แล้วไม่ส่งคืน ทำให้โจทก์ไม่ได้รับชำระค่าไฟฟ้าและเสียหายรวมเป็นเงิน 17,986.37 บาท แม้คดีนี้โจทก์ทราบดีว่าลูกจ้างกระทำ

<sup>159</sup> ประเด็นการพิพากษาคดีต้องไม่เกินคำขอ คดีอาญามีหลักนี้อยู่เช่นกันตาม มาตรา 192 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา “ห้ามมิให้ศาลพิพากษาหรือสั่งเกินคำขอหรือที่มีได้กล่าวในฟ้อง” การทำคำพิพากษาในคดีอาญา ศาลต้องถือคำฟ้องเป็นหลัก ตรงกับหลักในคดีแพ่ง (มาตรา 142) แต่หลักดังกล่าว ไม่เป็นข้อบังคับเด็ดขาดไม่ว่าเป็นในคดีแพ่งหรืออาญา เช่น กรณีฟ้องมาความผิดฐานหนึ่ง ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยกระทำผิดฐานที่เบาว่า ศาลสามารถลงโทษตามฐานที่เบาได้ เป็นการลงโทษบทที่เบาว่าในฟ้อง ไม่เกินคำขอ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1698/2513, 2130/2514, 2173/2514, 2927/2515, 119/2517, 937/2519, 2021/2520, 1714/2522, 4465/2530, 124/2532, 508/2535) แต่หากทางพิจารณากระทำผิดฐานที่หนักกว่าฟ้อง ศาลอาจลงโทษในความผิดฐานที่หนักกว่าได้ (มาตรา 192 วรรค 2) แต่กำหนดโทษเกินกว่าอัตราโทษของฐานที่ฟ้องมาไม่ได้ (มาตรา 192 วรรค 3) (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2519, 200/2528, 2462/2528, 2581/2529, 599/2532, 1043/2535, 2230/2533.

(พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 281-297. คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 291-294. กุศล บุญขึ้น. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 245-269.)

<sup>160</sup> ประเด็นการพิพากษาเกินคำขอ นอกจากนี้ยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496, 1415/2513, 994/2517, 2440/2520, 910/2522, 4384/2531, 1795/2541.

<sup>161</sup> เนติบัณฑิตยสภา. ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา. ตอนที่ 12. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2533, หน้า 3240.

ความผิดตั้งแต่ปี 2519 ติดต่อกันมาถึงต้นปี 2520 การที่โจทก์มาฟ้องเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2528 จึงมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยว่า คดีโจทก์ขาดอายุความหรือไม่ ในกรณีนี้ โจทก์ในฐานะนายจ้าง มีสิทธิเลือกฟ้องลูกจ้างให้รับผิดชอบต่อโจทก์ได้ทั้งตามสัญญาจ้างแรงงานและ ในมูลละเมิด สำหรับสิทธิเรียกร้องอันเกิดจากการผิดสัญญาจ้างแรงงานนั้น กฎหมายมิได้ กำหนดอายุความไว้เป็นพิเศษ จึงต้องใช้อายุความ 10 ปี ตาม มาตรา 193/30 คดีโจทก์จึงไม่ขาด อายุความ<sup>162</sup>

ส่วนแนวทางการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดตาม แนวคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน เมื่อเกิดกรณีความคาบเกี่ยวระหว่าง ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ถือเป็นสิทธิของคู่สัญญาจะเลือกฟ้องร้อง บังคับในมูลคดีใดก็ได้ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด<sup>163</sup> และการที่คู่สัญญาเลือกใช้ มูลคดีใดก็ไม่เป็นการผูกมัดศาล ศาลมีอิสระอย่างเต็มที่ที่สามารถเลือกนำกฎหมายลักษณะละเมิด หรือสัญญามาใช้เยียวยาความเสียหายได้<sup>164</sup> ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในทางปฏิบัติศาล ฝรั่งเศสจะมองการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดใน

<sup>162</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีประเด็นเกี่ยวกับกรณีข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญา และละเมิด เรื่องอายุความการฟ้องคดี (ประเด็นอายุความการฟ้องคดี นอกจากนี้ยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1107/2497, 283/2506, 270/2511, 601/2513, 783/2516, 76/2519, 1685/2519, 910/2522, 581/2525, 2092/2526, 192-193/2529, 444/2530, 1763/2530, 2220/2530, 2508/2530, 1273/2531, 4384/2531, 2102/2532, 5907/2533, 2225/2536, 699/2537, 10155/2539, 450/2540, 7130/25401.)

<sup>163</sup> Cohn, E.J. *Manual of German Law*. p.156. Thaller, *Anales de droit commercial*. p. 125. Sauzet. *Reve Critiq.* p. 673. Sainctelette. *Responsabilité Garantie*. p. 17. (Thaller, Sauzet, Sainctelette. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. หน้า 63, 64.)

<sup>164</sup> ในประเทศฝรั่งเศส มีคำพิพากษาหลายเรื่องที่อนุญาตให้ฟ้องทางละเมิด แม้กรณีเป็นเรื่องความรับผิดทางสัญญา และพิพากษาว่าจำเลยมีความรับผิดในทางละเมิด เช่น คำพิพากษาศาลฝรั่งเศส Chambre Civile ลงวันที่ 2 Janvier 1924. Nancy 4 Avril 1906. S. 1906-2-241 Civ. 2 Janvier 1924. ; คำพิพากษาศาลสูง Chambre des requêtes ลงวันที่ 14 décembre 1926 ใน S. 1927-1-105 และใน D. 1927-1-105., Civ. 15 mars 1876. ใน 1876-1-337. Req. 5 déc. 1923 D.H. 1924-49 Req. 18 février 1919 ใน D. 1919 chr. P. 5 Civ. 9 nov. 1915 ใน S. 1921-2-1 ect. บางคำพิพากษาถึงกับพิจารณาว่า จำเลยมีความรับผิดทั้งในทางผิดสัญญาและละเมิด เพื่อให้เห็นชัดว่าจำเลยต้องรับผิด เช่น Lyon 12 déc 1902 D. 1907 - 1 -177. หรือ วินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความรับผิดทั้งทางสัญญาและละเมิด เพื่อยกฟ้องโจทก์ เช่น Rouen 4 juin 1910 S. 1913, 2 - 145. (จิต เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. หน้า 63, 64.)

ทางละเมิดว่า ประเด็นข้อต่อสู้ระหว่างคู่สัญญาในกรณีนี้มิได้ต่อสู้กันในประเด็นว่า คดีที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดในทางสัญญาหรือเป็นความรับผิดในทางละเมิด แต่ประเด็นที่ศาลฝรั่งเศสมักพิจารณาเป็นส่วนใหญ่ คือ ข้อโต้เถียงที่เกิดขึ้น จำเลยควรชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์หรือไม่ หากศาลฝรั่งเศสพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยควรชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลฝรั่งเศสจะพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ และชั้นนี้เองจึงถึงขั้นตอนที่ฝรั่งเศสจะเลือกลักษณะของกฎหมาย ระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดเข้ามาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีตามความเหมาะสม เพื่อใช้อธิบายเหตุผลของคำพิพากษา ส่งผลทำให้ในคดีประเภทนี้มีแนวโน้มขยับออกมาทั้งในเรื่องของการกระทำผิดสัญญาและในเรื่องการกระทำละเมิด จึงทำให้กลับกลายเป็นว่า เกี่ยวกับในเรื่องนี้ศาลฝรั่งเศสอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ ในกรณีที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน<sup>165</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในกรณีนี้ เช่น คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์เมือง Grenoble<sup>166</sup> อันเป็นกรณีสัญญารับขนคนโดยสาร ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีที่นักท่องเที่ยวคนหนึ่งโดยสารเรือบดลงเที่ยวในทะเลสาบ Des grottes de la Baome. ปรากฏว่าเรือล่มทำให้นักท่องเที่ยวทั้งหมดจมน้ำตาย โดยไม่มีร่องรอยเป็นพยานหลักฐานใดชี้ให้เห็นว่าผู้ขนส่งกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ภรรยาโจทก์โดยสารไปกับเรือบดลำดังกล่าว โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนภรรยาเป็นคดีผิดสัญญา และที่โจทก์ฟ้องมูลสัญญาก็เพื่อทำให้น้ำที่นำสืบของตนง่ายขึ้น โดยเพียงแต่พิสูจน์ว่ามีสัญญาและมีหนี้บังคับผู้ขนส่งให้ส่งคนโดยสารด้วยความสวัสดิภาพ ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของผู้รับขนซึ่งไม่มีร่องรอยเป็นพยานหลักฐานใดชี้ให้เห็นได้ว่าผู้ขนส่งกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ไม่ใช่คู่สัญญาโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง และคดีนี้เป็นเรื่องการกระทำละเมิด โจทก์มีภาระในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย แต่โจทก์ไม่ทำการพิสูจน์ ฉะนั้นขอให้ศาลยกฟ้อง ศาลอุทธรณ์เมือง Grenoble วินิจฉัยว่าสามีภรรยาที่ดี บิดามารดาและบุตรที่ดี กฎหมายบัญญัติให้มีความสัมพันธ์ให้

<sup>165</sup> Mazeaud. *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. p. 189. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. หน้า 63.

<sup>166</sup> Cour d' appel Grenoble ลงวันที่ 18 Mars 1921. D. 1922-2-25. เป็นคดีที่ฟ้องต่อศาล Tribunal de Bourgion ลงวันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ. 1920 D 1922 - 2 - 25. (จิต เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. หน้า 57 - 58.)

ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หมายความว่าระหว่างบิดามารดาและบุตร สามีภรรยา ต่างเป็นเจ้าของหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกันในข้อที่ต้องช่วยเหลือกันและกัน ฝ่ายใดเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นคู่สัญญาด้วย ซึ่งในคดีนี้ศาลอุทธรณ์เมือง Grenoble พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ฐานผิดสัญญา โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของผู้รับขนแต่อย่างใด

ประโยชน์ที่โจทก์นำมาใช้เป็นข้อพิจารณาในการเลือกฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด ตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสในคดีนี้ คือ ข้อได้เปรียบเสียเปรียบในเรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี หรือภาระการพิสูจน์ ในกรณีนี้หากศาลเลือกใช้มูลคดีสัญญาจะเป็นประโยชน์แก่โจทก์มากกว่า เนื่องจากตามกฎหมายลักษณะสัญญา จำเลยเป็นฝ่ายต้องมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี แต่ตามกฎหมายลักษณะละเมิดหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีจะตกอยู่แก่โจทก์

นอกจากคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เมือง Grenoble ฉบับดังกล่าว ยังมีคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส<sup>167</sup> ที่วินิจฉัยว่า “แม้ในสัญญาที่มีข้อจำกัดความรับผิดชอบหรือข้อสัญญาไม่รับผิดชอบที่จำกัดความรับผิดชอบของจำเลยไว้ หากกรณีเป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน โจทก์สามารถนำมูลคดีใดมาใช้ในการฟ้องคดีก็ได้ หากโจทก์เลือกนำมูลคดีละเมิดมาใช้ ข้อจำกัดความรับผิดชอบหรือข้อสัญญาไม่รับผิดชอบดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้กับมูลคดีละเมิดได้ จำเลยจึงยังคงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอยู่”

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสอีกฉบับหนึ่ง<sup>168</sup> ได้วินิจฉัยว่า ตามสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อมีอุบัติเหตุเกิดขึ้นและก่อความเสียหายให้แก่คนงานในระหว่างทำงาน อันมีสาเหตุเนื่องมาจากความผิดของนายจ้าง นายจ้างต้องมีความรับผิดชอบทางมูลคดีละเมิดด้วยนอกจากมูลคดีผิดสัญญา ในกรณีนี้คนงานย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดให้นายจ้างใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่คนงานได้ แม้เป็นกรณีที่มิมีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาจ้างแรงงาน<sup>169</sup>

<sup>167</sup> Civ 15 mars 1876-1-337. Req. 5 déc. 1923 D.H. 1924-49 Req. 18 février 1919, ใน D. 1919 chr. P. 5 Civ. 9 nov. 1915 ใน S. 1921-2-1 ect. (เรื่องเดียวกัน. หน้า 64.)

<sup>168</sup> คำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส La Chambre Civile ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1929 (ดูรายละเอียดคำพิพากษาฉบับนี้ใน ส่วนที่ 2 แนวความเห็นของศาล หัวข้อที่ 1.1.2)

<sup>169</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฝรั่งเศส Chambre Civile 27 février 1926 ใน D. 1926-1-267. และใน S. 1929-1-129. (เรื่องเดียวกัน. หน้า 62 - 63.)

คำพิพากษาของศาลประเทศฝรั่งเศสทั้งสองคดีนี้ เป็นประเด็นการเลือกฟ้องคดีโดยพิจารณาถึงข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล<sup>170</sup> นอกจากนี้สำหรับประเด็นการเลือกฟ้องคดีที่คำนึงถึงข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ในเรื่องอายุความการฟ้องคดี ก็มีคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสแสดงให้เห็นถึงแนวคิดกล่าวนี้เช่นกัน<sup>171</sup>

ส่วนศาลเยอรมัน ได้ถือแนวปฏิบัติเช่นเดียวกันกับศาลไทยและศาลฝรั่งเศส คือ อนุญาตให้ผู้สัญญาสามารถเลือกฟ้องในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาและมูลคดีละเมิด ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเยอรมัน<sup>172</sup> ที่เกิดขึ้น ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า หากความรับผิดของจำเลยวางอยู่บนฐานของ มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) อันเป็นกฎหมายลักษณะสัญญา ในกรณีนี้เป็นที่ชัดเจนแล้วว่า ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดถูกกำหนดโดยกฎหมายอันว่าด้วยความรับผิดทางสัญญา ที่การชดเชยเยียวยาในความเสียหายของโจทก์ถูกจำกัดอยู่เฉพาะความเสียหายที่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น เรียกค่าเสียหายทางจิตใจไม่ได้ อันเป็นผลมาจาก มาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)<sup>173</sup> แต่อย่างไรก็ดีในอีกด้านหนึ่ง หากความรับผิดของจำเลยเป็นเรื่องการกระทำละเมิดด้วยในขณะเดียวกัน และโจทก์เลือกใช้กฎหมายลักษณะละเมิดในการเยียวยาความเสียหาย โจทก์ก็

<sup>170</sup> ประเด็นการเลือกฟ้องโดยพิจารณาถึงข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล ยังมี คำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสคดี Civ. 27 février 1929. ใน D. 1929-1-297 และใน S. 1929-1-29. ; คดี Chambre des requêtes ลงวันที่ 14 décembre 1962 ใน S. 1927-1-105 และใน D. 1927-1-105. (เรื่องเดียวกัน. หน้า 62, 64.)

<sup>171</sup> ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฝรั่งเศส อันเป็นเรื่องของความรับผิดทางสัญญาแต่มีอายุความสั้น ทำให้หมดสิทธิฟ้องร้องในมูลสัญญา แต่ไม่ขาดอายุความมูลละเมิด และศาลอนุญาตให้ผู้เสียหายสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ เช่น Civ 15 mars 1876-1-337. Req. 5 déc. 1923 D.H. 1924-49 Req. 18 février 1919 , ใน D. 1919 chr. P. 5 Civ. 9 nov. 1915 ใน S. 1921-2-1 ect. (เรื่องเดียวกัน. หน้า 64.)

<sup>172</sup> BGHZ 1, 383, (11.4.1951) case 98. (Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. pp. 45, 502.)

<sup>173</sup> มาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า “โจทก์ผู้ซึ่งฟ้องคดีของเขาบนฐานของ มาตรา 278 BGB จะไม่ได้รับการรับรองให้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย สำหรับความปวดร้าวหรือเสียใจและการได้รับความทรมาณ(ค่าเสียหายทางจิต)” (Ibid. p. 687.)



สามารถเรียกร้องความเสียหายในทางจิตใจได้โดยอาศัยมาตรา 847 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)<sup>174</sup>

ตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมันในคดีนี้ เป็นประเด็นการเลือกฟ้อง โดยพิจารณาถึงข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดในเรื่อง การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล ในกรณีค่าเสียหายทางจิตใจ ที่หากโจทก์เลือกฟ้องโดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิดจะเป็นประโยชน์แก่โจทก์มากกว่า ไม่ว่าจะกรณีของค่าสินไหมทดแทนที่ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดได้ตามความเสียหายที่แท้จริง หรือ ค่าเสียหายทางจิตใจ เป็นต้น<sup>175</sup>

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลเยอรมัน<sup>176</sup> ฉบับอื่น อันเป็นประเด็นในเรื่องอายุความการฟ้องคดี อันเป็นกรณีของกฎหมายลักษณะสัญญา มาตรา 558 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ที่มีอายุความยาวกว่า อายุความในมูลละเมิดตาม มาตรา 852 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)<sup>177</sup> และศาลนำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้กับข้อเท็จจริงในคดีนี้ และได้วินิจฉัยต่อไปว่าหากเป็นกรณีอื่นที่อายุความของกฎหมายลักษณะสัญญาสั้นกว่า

<sup>174</sup> มาตรา 847 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย หรืออนามัยก็ดี ในกรณีที่ทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้เสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเงินที่ยุติธรรมเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินอีกด้วยก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้โอนกันไม่ได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญา หรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว...”

(พจน์ ปุษปาคม. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมัน และ ฝรั่งเศส). หน้า 33.)

<sup>175</sup> Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. p. 688.

<sup>176</sup> BGHZ (19.9.1973) 61,227 (Ibid. pp. 85, 687.)

<sup>177</sup> มาตรา 852 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า

“สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย ขาดอายุความเมื่อพ้น 3 ปี นับแต่เวลาที่ผู้ต้องเสียหายได้รู้ถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นและรู้ตัวผู้ซึ่งพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่ไม่รู้ ให้ถืออายุความ 30 ปี นับแต่วันที่ได้มีการกระทำอันนั้น...”

(พจน์ ปุษปาคม. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมัน และ ฝรั่งเศส). หน้า 23.)

กฎหมายลักษณะละเมิด ในกรณีนี้ศาลก็อนุญาตให้โจทก์สามารถเลือกฟ้องคดีโดยนำอายุความตามกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีได้

ส่วนคำพิพากษาของศาลประเทศเยอรมัน<sup>178</sup> อันเป็นประเด็นเกี่ยวกับการเลือกฟ้องคดีเพื่อประโยชน์เรื่องของการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีหรือภาระการพิสูจน์ ตามกฎหมายลักษณะสัญญา มาตรา 282<sup>179</sup> ประกอบ มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) และตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)<sup>180</sup> โดยได้อธิบายไว้ว่า หากโจทก์เลือกฟ้องคดีโดยอาศัยกฎหมายลักษณะสัญญา ตาม มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) โจทก์จะได้รับประโยชน์ในแง่ของภาระการพิสูจน์ตามมาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) กล่าวคือ ส่งผลให้จำเลยมีภาระต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมิได้กระทำผิดสัญญา จำเลยปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว แต่หากโจทก์เลือกฟ้องโดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด โจทก์มีภาระที่จะต้องพิสูจน์ ว่าจำเลยกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจ ประมาทเลินเล่อ และโจทก์ได้รับความเสียหายตาม มาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) แต่อย่างไรก็ดีการเลือกฟ้องคดีโดยอาศัยกฎหมายลักษณะสัญญาตาม มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มีข้อเสียคือ โจทก์ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ ตามที่ มาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

<sup>178</sup> BGHZ (28.1.1976) 66, 51 BGH NJW 1976, 712, case 90. (Markesinis, B.S. *Comparative Introduction to the German Law of Torts*. p. 232, 500, 687.)

<sup>179</sup> มาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า “ถ้ามีการโต้แย้งว่าไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้หรือเป็นไปได้ที่จะปฏิบัติตามสัญญา อันเป็นผลมาจากเหตุการณ์ซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ในกรณีนี้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับจำเลย” (Ibid. p. 84, 687.)

<sup>180</sup> มาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผู้นั้นในความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำนั้นๆ

บุคคลผู้ซึ่งฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ จะต้องรับผิดชอบเดียวกัน ภายในขอบเขตของกฎหมาย การฝ่าฝืนอาจเกิดขึ้นได้ แม้ผู้กระทำผิดนั้นจะมีได้กระทำความผิดเอง แต่ผู้นั้นจะต้องชดใช้ค่าเสียหายก็ต่อเมื่อมีความผิดบางประการอันจะถือให้เขาต้องรับผิดชอบได้”

(พจน์ ปุษปาคม. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด* (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมัน และ ฝรั่งเศส). หน้า 23.)

เยอรมัน (BGB) ได้วางหลักไว้ ในขณะที่หากโจทก์เลือกฟ้องคดีโดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) โจทก์สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ตาม มาตรา 847 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

ตามคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมันฉบับนี้ เป็นประเด็นการเลือกฟ้องคดี โดยพิจารณาถึงข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล กรณีค่าเสียหายทางจิตใจ และในเรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีหรือภาระการพิสูจน์ ทั้งยังเป็นการยืนยันให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงแนวทางของศาลเยอรมันที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องคดีในมูลคดีใดก็ได้ และการเลือกฟ้องของคู่สัญญาดังกล่าวไม่ถือเป็นการผูกมัดดุลยพินิจของศาลแต่อย่างใด

**2.1.2 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด<sup>181</sup>** อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความแตกต่างในเรื่องการให้ประโยชน์ในการฟ้องคดีระหว่างกฎหมายทั้งสองลักษณะ ก่อให้เกิดความสับสนแก่คู่สัญญาเป็นอย่างมาก ทำให้เกิดการนำทั้งมูลคดีผิดสัญญาและมูลคดีละเมิดไปปรับใช้ในการฟ้องคดีพร้อมกัน และตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยก็ไม่ขัดข้องที่ คู่สัญญาจะฟ้องมาในทั้งสองมูลคดีพร้อมกัน กล่าวคือ คู่ความสามารถฟ้องบังคับมาได้ทั้งสองมูลคดีโดยบรรยายฟ้องมาว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและละเมิด หรือ ฟ้องบังคับมาโดยบรรยายข้อเท็จจริงมาและมีค่าขอค่าเสียหายมาเฉย ๆ ก็ได้ ไม่จำเป็นต้องอ้างฐานความผิดและบทมาตราของกฎหมายว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำผิดสัญญาตามกฎหมายมาตราใด หรือเป็นการกระทำละเมิดตามกฎหมายมาตราใด ทั้งสองกรณีตามแนวคำพิพากษาของศาลไทย คู่สัญญาสามารถทำได้ เพราะไม่มีกฎหมายมาตราใดบังคับว่าการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด คู่สัญญาต้องเลือกทางใดทางหนึ่ง และการฟ้องด้วยมูลหนี้สองประการมาในคำฟ้องเดียวกันในทั้งสองกรณีดังกล่าว ไม่ถือเป็นคำฟ้องที่เคลือบคลุมแต่อย่างใด แล้วแต่การบรรยายฟ้องตาม มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะแสดงให้เห็นเข้าใจข้อหาได้ว่าฟ้องมามูลคดีใดมูลคดีหนึ่งหรือทั้งสองมูลคดี เพราะทั้งสองกรณีถือเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องนำตัวบทกฎหมายที่ได้ความจากคำฟ้องและทางนำสืบ มาปรับกับข้อเท็จจริงในคดีเอง ตัวอย่างคำพิพากษาในกรณีแรก อันเป็นการฟ้องโดยบรรยายข้อเท็จจริงมาเฉย ๆ ไม่ระบุฐาน

<sup>181</sup> โประดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 2.1.2

ความคิดหรือบทกฎหมาย<sup>182</sup> ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 974/2492<sup>183</sup> จำเลยเอาโฉนดปลอมมา หลอกหลวงกู้เงินจากโจทก์ มอบให้โจทก์ยึดถือไว้เป็นประกันเงินกู้ โจทก์ฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาฐานฉ้อโกง ศาลพิพากษาให้จำคุกจำเลย และให้จำเลยใช้เงินต้นคืนโจทก์ จำเลยนำเงินต้นไปชำระต่อกองหมายตามหมายบังคับคดีแล้ว แต่โจทก์ยังมิได้รับชำระดอกเบี้ย โจทก์ฟ้องเป็นคดีนี้เรียกให้จำเลยชำระดอกเบี้ย จำเลยต่อสู้คดีว่าสัญญาฉบับดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลจึงเป็นโมฆียะจำเลยบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว โจทก์นำเอาสัญญาที่ตกเป็นโมฆะแล้วมาฟ้องไม่ได้ ศาลวินิจฉัยว่าคดีนี้เป็นเรื่องที่จำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและทั้งกระทำละเมิดต่อโจทก์ ในทางแพ่งกฎหมายไม่บังคับว่าการฟ้องคดีที่เป็นได้ทั้งผิดสัญญาและละเมิด โจทก์ต้องเลือกเอาทางใดทางหนึ่ง โจทก์สามารถฟ้องโดยบรรยายข้อเท็จจริงแล้วขอค่าเสียหายมาเท่านั้นได้ ศาลมีหน้าที่ต้องเอาตัวบทกฎหมายมาปรับแก้คดีนั่นเองว่า ตามที่โจทก์ฟ้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิให้โจทก์ได้ค่าเสียหายตามขอหรือไม่ ส่วนที่ศาลอุทธรณ์ว่าโจทก์จะหวนกลับมาอ้างทางสัญญากู้ยืมอีกเป็นโมฆะแล้วอีกไม่ได้นั้น โจทก์ได้บรรยายฟ้องตามข้อเท็จจริงในท้องเรื่องตลอดมาแม้ในตอนท้ายโจทก์ขอดอกเบี้ยตามสัญญา แต่ศาลฎีกาเห็นว่าเป็นแต่เพียงโจทก์อ้างมาตรฐานเพื่อขอให้ศาลคิดค่าเสียหายให้ เพราะแม้สัญญาเป็นโมฆะมาแต่ต้น อันอ้างไม่ได้แล้วหรือไม่ก็ตาม ถ้าโจทก์มีสิทธิได้ค่าเสียหาย ศาลจะให้ตามที่เคยกำหนดไว้ในสัญญาหรือจะให้เพียงใดนั้นเป็นเรื่องของศาล ไม่ใช่ว่าโจทก์มีสิทธิได้ค่าเสียหายแล้ว แต่บังเอิญขอมากหรืออ้างอัตราในสัญญากู้ยืมคำนวณศาลจะไม่ให้เสียเลย ซึ่งที่โจทก์บรรยายฟ้องมาเช่นนี้แล้วจะว่าฟ้องโจทก์เป็นฟ้องโดยอ้างสัญญานั้นศาลฎีกาไม่เห็นพ้อง ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าโจทก์ฟ้องทางลักษณะ

<sup>182</sup> คดีอาญาการบรรยายฟ้องต้องระบุนามความคิดหรือบทกฎหมายให้ชัด มิฉะนั้นเป็นฟ้องที่ไม่สมบูรณ์ตาม มาตรา 158 (6) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลจะลงโทษจำเลยไม่ได้ แต่คดีแพ่งโจทก์บรรยายแต่เพียงข้อเท็จจริงมาก็พอ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 864/2487, 1552/2506, 1138-1139/2510, 3323/2527)

(พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 209, 220-221. พัทธน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 123. กุศล บุญขึ้น. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 168. มาโนช จรมาศ. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2522 ว่าด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 - 2. หน้า 88. วินัย ลำเลิศ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 147. จำลอง สุขศิริ. "กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2." หน้า 60-61.)

<sup>183</sup> เนติบัณฑิตยสภา. ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา. ตอนที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2492, หน้า 670.

สัญญาโดยตรง จึงให้ยกฟ้องเสียนั้นศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย ศาลอุทธรณ์ยังหาได้วินิจฉัยทุกประเด็นไม่ จึงพร้อมกันพิพากษาให้ยกคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาและพิพากษาใหม่ ค่าฤชาธรรมเนียมศาลฎีกาในชั้นนี้พร้อมทั้งค่าทนายความ 50 บาท ให้ศาลอุทธรณ์รวมสั่งในเวลาพิพากษา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 99/2494<sup>184</sup> คดีนี้กรมสรรพสามิตเป็นจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 เป็นหัวหน้าแผนกการเงินของจำเลยที่ 1 โจทก์ประมูลร้านฝิ่นได้ต้องวางเงินร้อยละ 25 ของเงินประมูลแก่จำเลยที่ 1 โจทก์นำเงินไปวางกับจำเลยที่ 2 ตามนัด ปรากฏว่าจำเลยที่ 2 นับเงินไม่ทันถึงเวลาปิดทำการ จำเลยที่ 2 จึงเอาถุงมาให้โจทก์ใส่เงินที่นำมาแล้วให้ฝากจำเลยที่ 2 ไว้ เมื่อโจทก์ไปตามนัดครั้งต่อไป จำเลยที่ 2 กลับปฏิเสธว่าไม่ได้รับฝากเงินจากโจทก์ โจทก์ฟ้องโดยมิได้ระบุนามความผิดโดยระบุแต่เพียงว่า “เป็นการฟ้องเรียกทรัพย์คืน” คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า

“...ผิดสัญญาและละเมิดนั้นใกล้เคียงกัน บางกรณีการกระทำอันเดียวเป็นทั้งสองอย่าง<sup>185</sup> ...หากถือว่าเป็นละเมิดก็ต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ซึ่งจำเลยทั้งสองต้องรับผิดชอบร่วมกัน แต่ถ้าเป็นตุ๊กตาตัวแทน ต้องถือตาม มาตรา 820 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ ส่วนจำเลยที่ 2 ไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก เพราะกรณีไม่เข้ามาตราต่าง ๆ อันเป็นข้อยกเว้นของ มาตรา 820... เนื่องจากสัญญาผูกพันตัวการ ตัวแทนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ คดีนี้ข้อเท็จจริงเป็นทั้งเรื่องกระทำละเมิดและผิดสัญญา... คำบรรยายฟ้องของโจทก์กล่าวไว้ชัดว่าจำเลยที่ 2 เป็นข้าราชการในกรมจำเลยที่ 1 มีตำแหน่งเป็นหัวหน้าแผนกการเงิน และจำเลยที่ 2 ได้รับฝากเงินของโจทก์ไว้ในหน้าที่ราชการจึงเป็นการฟ้องจำเลยที่ 1 ในฐานะเป็นตัวการ จำเลยที่ 2 ในฐานะเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 ทั้งเรื่องทีกล่าวหาเป็นเรื่องสัญญาฝากทรัพย์แล้วจำเลยไม่คืนให้เป็นด้วยหายหรือเพราะเหตุใดก็ตามจึงเป็นการฟ้องเรื่องผิดสัญญา...จึงพิพากษาแก้ให้ยกฟ้องจำเลยที่ 2 ส่วนจำเลยที่ 1 ให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลแพ่งสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมให้จำเลยที่ 1 ผู้เดียวใช้ค่าฤชาธรรมเนียมขึ้นศาล

<sup>184</sup> เติบัตินิติศาสตร์. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบัญญัติสภา, 2494, หน้า 105.

<sup>185</sup> เป็นละเมิดเพราะจำเลยที่ 2 ยักยอกไป จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 ต้องร่วมรับผิดชอบตาม มาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นผิดสัญญาเนื่องจากจำเลยที่ 2 กระทำภายในขอบอำนาจตัวแทนการกระทำจึงผูกพันจำเลยที่ 1 ตัวการ เมื่อรับฝากทรัพย์เขาไม่คืนจึงต้องรับผิดชอบตามสัญญาฝากทรัพย์.

แพ่งพร้อมด้วยค่าทนายความ 1,200 บาท ดังศาลแพ่งพิพากษาให้แก่โจทก์ ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นอุทธรณ์และฎีกาเป็นพับ”<sup>186</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในกรณีที่สองที่อนุญาตให้คู่สัญญาฟ้องมาพร้อมกันสองมูลคดี ที่โจทก์สามารถบรรยายฟ้องมาว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อโจทก์ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย<sup>187</sup> ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 820/2513 (ประชุมใหญ่) โดยคดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยเป็นลูกจ้างมีหน้าที่รับผิดชอบในการเก็บรักษาเงินที่ได้จากการขายของหน้าร้าน รักษาเงินที่ส่งเป็นรายได้ของร้านและเบิกจ่ายเงิน จำเลยปฏิบัติหน้าที่ผิดสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาตัวแทน โดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อโดยผิดกฎหมายและระเบียบ เงินขาดหายไปจากบัญชีไปจำนวนหนึ่ง ขอให้ศาลพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบ จำเลยต่อสู้ว่าฟ้องโจทก์เคลือบคลุมและคดีขาดอายุความมูลละเมิด 1 ปี ตาม มาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ขอให้ยกฟ้อง ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์เห็นว่าฟ้องโจทก์เคลือบคลุมและคดีโจทก์ขาดอายุความเพราะเป็นเรื่องละเมิดโจทก์ฟ้องคดีเกิน 1 ปีนับแต่รู้ถึงการละเมิด ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นอื่นพิพากษายกฟ้อง โจทก์ฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า นายจ้างฟ้องให้ลูกจ้างรับผิดชอบในเงินที่ขาดหายไปโดยใช้ถ้อยคำบางตอนว่า “จำเลยปฏิบัติผิดสัญญาจ้างหรือสัญญาตัวแทนโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและผิดระเบียบแบบแผนข้อบังคับของโจทก์...ขอให้จำเลยร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์” ตามฟ้องของโจทก์จำเลยยอมเข้าใจข้อหาได้คดีและต่อสู้คดีได้ ฟ้องของโจทก์ไม่เคลือบ

<sup>186</sup> คำพิพากษาที่ฟ้องไม่ระบุฐานความผิดนอกจากนี้ยังมี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 974/2492, 3814/2525, 2092/2526, 5907/2533, 698/2540, 1207/2540, 83/2541, 327/2541, 2744/2541, 5014/2541, 7452/2541, 292/2542, 1286/2542, 2205-2206/2542, 4223/2542, 5545/2542, 7166/2542, 7822/2542, 363/2543.

<sup>187</sup> ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากโจทก์ไม่แน่ใจว่าจำเลยกระทำผิดฐานใดในหลายฐาน การบรรยายฟ้องต้องไม่ขัดแย้งกันเอง มิฉะนั้นถือเป็นฟ้องเคลือบคลุมตาม มาตรา 158 (5) วรรค 1 เช่น โจทก์ไปยื่นยันตั้งแต่ครั้งแรกเสียก่อนแล้วว่าจำเลยลักทรัพย์และต่อมาบรรยายฟ้องว่า และ/หรือ รับของโจร ยักยอก ถือเป็นฟ้องเคลือบคลุมเพราะไม่รู้ว่าจำเลยกระทำผิดฐานใดกันแน่ (1293/2492, 30/2494, 904/2496, 250/2500, 2331/2514, 1407/2522) การบรรยายฟ้องที่ถูกโจทก์ต้องบรรยายข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับการกระทำผิดของจำเลยเท่าที่ปรากฏมาในคำฟ้องเสียก่อน เพื่อให้ข้อเท็จจริงฟังเป็นคดีแต่บางส่วนก่อน แล้วจึงบรรยายว่าจำเลยควรมีความผิดฐานใดบ้าง เพื่อให้หาในส่วนที่เหลือพออนุมานได้ว่าจำเลยต้องกระทำผิดอย่างใดอย่างหนึ่งในสองฐานหรือกว่านั้น มิได้ประสงค์ให้ลงโทษโจทก์ทั้งสามฐาน หรือสองฐาน (167/2491 (ประชุมใหญ่), 534/2491, 212/2504 (ประชุมใหญ่), 1547/2511 (ประชุมใหญ่), 247/2515, 2255/2522 (โปรดดูรายละเอียดใน เอกสารอ้างอิงในเชิงอรรถที่ 182.)

คลุมตาม มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แม้ถ้อยคำในฟ้องของโจทก์ บางตอนมิใช่คำว่าจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยผิดกฎหมายผิดระเบียบแบบแผนข้อบังคับ ของโจทก์ทำให้โจทก์เสียหาย แต่ฟ้องได้บรรยายรายละเอียดการกระทำว่าเป็นการกระทำผิดหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสัญญาจ้างแรงงาน จึงเท่ากับกล่าวหาว่าจำเลยมีหน้าที่ที่ต้องกระทำตามสัญญาจ้าง แรงงานแล้วละเว้นไม่กระทำหรือกระทำโดยไม่ถูกต้องหรือบกพร่องต่อหน้าที่อันควรต้องกระทำ ตามสัญญา ฟ้องดังนี้ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่าเป็นฟ้องที่กล่าวหาว่าจำเลยทำผิดสัญญา จ้างแรงงาน ใช้อายุความ 1 ปีตาม มาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ คดี โจทก์ยังไม่ขาดอายุความ<sup>188</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2508/2530<sup>189</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีที่โจทก์องค์การคลังสินค้า บรรยายฟ้องว่าจำเลยเป็นลูกจ้างโจทก์ได้กระทำผิดสัญญาจ้างและกระทำละเมิดต่อโจทก์ กล่าวคือ โจทก์ได้รับฝากข้าวเปลือกข้าวจากเกษตรกรไว้จำนวน 1,656,127 ตัน จำเลยจงใจละเว้น ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบข้อบังคับของโจทก์ รู้เห็นเป็นใจให้ผู้ให้เช่าคลังสินค้า นำข้าวเปลือก จำนวน 149,268 ตัน ออกไปจำหน่าย หรือมิฉะนั้นจำเลยปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อ ไม่ดูแลคลังสินค้าให้ปลอดภัยจากการโจรกรรมและสูญหาย ไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่การงานและ รักษาผลประโยชน์ของโจทก์จนเป็นเหตุให้ผู้ให้เช่าคลังสินค้านำข้าวเปลือกออกจากที่เก็บไป จำหน่าย ขอให้ศาลบังคับให้จำเลยชำระค่าเสียหาย จำเลยให้การว่าจำเลยไม่ได้กระทำผิดสัญญา และไม่ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ ฟ้องโจทก์ขาดอายุความ ฟ้องโจทก์เคลือบคลุมไม่ได้บรรยาย โดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาว่าจำเลยรู้เห็นเป็นใจหรือประมาทเลินเล่อกันแน่และไม่แจ้งชัดว่า โจทก์ฟ้องจำเลยเรื่องผิดสัญญาจ้างแรงงานหรือละเมิดศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกระทำอย่างเดียวกัน อาจเป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญาด้วยในขณะเดียวกัน ส่วนการกระทำของจำเลยเกิดจากมูลหนี้ใด จะปรับด้วยมูลหนี้สัญญาหรือมูลหนี้ละเมิดเป็นปัญหาข้อกฎหมาย สุดแต่ศาลจะวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงที่ได้ความ คำฟ้องของโจทก์ข้อ 1 ได้บรรยายฟ้องทั้งข้อหามูลคดีผิดสัญญาจ้างแรงงาน และมูลคดีละเมิดไปในขณะเดียวกันโดยอ้างถึงคำฟ้องข้อ 2 ซึ่งจำเลยก็ยอมรับและศาลฎีกาก็ได้

<sup>188</sup> คำพิพากษานี้เป็นประเด็นเกี่ยวกับเรื่องข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญา และกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องอายุความการฟ้องคดี

<sup>189</sup> เนติบัณฑิตยสภา. ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา. ตอนที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2530) หน้า 1446.

วินิจฉัยไว้แล้วแต่ตอนต้นว่าโจทก์มีสิทธิฟ้องเช่นนั้น หากฟ้องโจทก์จะขาดอายุความละเมิดจริง (ซึ่งศาลก็ยังมีได้ฟังดังนั้น) ฟ้องโจทก์ในเรื่องผิดสัญญาจ้างแรงงานก็ขาดอายุความไม่ อุทธรณ์ จำเลยข้อนี้จึงฟังไม่ขึ้น สำหรับประเด็นเรื่องฟ้องเคลือบคลุมนั้นศาลฎีกาเห็นว่าเป็นคำฟ้องที่ แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหา ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา พร้อมด้วยคำขอบังคับ ครอบคลุมตามความต้องการแห่ง มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แล้ว การฟ้องมาด้วยมูลหนี้สองประการมาในคำฟ้องหาเป็นฟ้องเคลือบคลุมไม่<sup>190</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 192-193/2529<sup>191</sup> โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดฐานผิดสัญญาจ้าง แรงงานและละเมิด โจทก์ข้อมมีสิทธิฟ้องได้ทั้งสองทาง สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อ ความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาจ้างแรงงาน ไม่มีกฎหมายกำหนดอายุความไว้เป็นอย่างอื่น จึงมีอายุความ 10 ปี ตาม มาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คดีของโจทก์ไม่ ขาดอายุความ ศาลฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของจำเลยตามฟ้องถือได้ว่าเป็นทั้งละเมิด และผิดสัญญาจ้างแรงงานด้วย มิใช่ว่าถ้าเป็นมูลละเมิดแล้วจะไม่ทำให้เป็นผิดสัญญาจ้างแรงงาน ก็หาไม่ ศาลแรงงานกลางวินิจฉัยชอบแล้ว อุทธรณ์ข้อนี้ของจำเลยฟังไม่ขึ้นด้วยกัน<sup>192</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 699/2537<sup>193</sup> คดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า พิเคราะห์แล้ว กรณีนี้ โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดทั้งตามสัญญาจ้างแรงงานและในมูลละเมิด ความประมาทเลินเล่อของ จำเลยเป็นส่วนที่ทำให้จำเลยปฏิบัติหน้าที่ผิดสัญญาจ้างแรงงานและทำให้โจทก์เสียหาย โจทก์ ข้อมมีสิทธิเรียกร้องได้ทั้งสองทาง สิทธิเรียกร้องอันเกิดจากการผิดสัญญาจ้างแรงงานไม่มี กฎหมายกำหนดอายุความไว้เป็นอย่างอื่น จึงต้องถืออายุความ 10 ปี ตาม มาตรา 193/30 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คดีโจทก์จึงยังไม่ขาดอายุความ พิพากษายืน

<sup>190</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 58/2490, 2078/2497, 1358-1369/2506, 1730/2512, 820/2513 (ป.), 3814/2525, 2092/2526, 4151/2528, 4433/2529..

<sup>191</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2529, หน้า 66.

<sup>192</sup> คดีนี้ วินิจฉัยในแนวเปิดกว้าง ว่าโจทก์สามารถฟ้องมาได้ว่าให้จำเลยรับผิดทั้งในมูลคดีสัญญาและมูล คดีละเมิด โดยศาลจะนำมูลคดีที่เป็นประโยชน์แก่โจทก์มากที่สุดมาปรับแก้คดี คดีนี้ศาลเลือกนำมูลคดีสัญญามาใช้ เพื่อประโยชน์ของโจทก์ในเรื่องอายุความ.

<sup>193</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2537, หน้า 111.



คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 8363/2538<sup>194</sup> คดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่า โจทก์บรรยายฟ้องสรุปว่า การประกาศยกเลิกสัมปทานทำไม้ของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ จำเลย เป็นการจงใจกระทำผิดสัญญาและเป็นการละเมิดต่อโจทก์ เป็นการฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบทั้งในลักษณะผิดสัญญาและละเมิด มิใช่เป็นการฟ้องในมูลสัญญาเพียงอย่างเดียวจึงไม่อยู่ในบังคับเงื่อนไขในการฟ้องคดี ตาม มาตรา 98 ทศ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ซึ่งกำหนดให้กรณีเงินชดเชยความเสียหายต้องยื่นคำร้องต่ออธิบดีกรมป่าไม้ก่อน เมื่ออธิบดีกรมป่าไม้วินิจฉัยแล้ว หากไม่พอใจต้องอุทธรณ์ต่อกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์วินิจฉัยอุทธรณ์ก่อน หากไม่พอใจในคำวินิจฉัยอุทธรณ์ จึงจะฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลได้ คดีนี้โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลย ตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ในประเทศเยอรมัน แนวคำพิพากษาของศาล อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องมาทั้งสองมูลคดีพร้อมกันได้ว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและทั้งกระทำละเมิดต่อโจทก์เช่นกัน โดยถือเป็นดุลยพินิจของศาลที่จะนำกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ เช่น คำพิพากษาของศาลสูงสุดของเยอรมัน<sup>195</sup> ข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องโรงพยาบาลจำเลยที่หนึ่งซึ่งรับรักษาโจทก์ซึ่งเป็นผู้ป่วยนอกสำหรับโรคที่เท้าของโจทก์ที่ไม่ได้เป็นอะไรมากนัก และฟ้องแพทย์ที่ทำการรักษาโจทก์เป็นจำเลยที่สอง จำเลยที่สองได้วางยาสลบอย่างอ่อนให้โจทก์ก่อนทำการรักษาโดยกระทำเรื่องผิดพลาดในการวางยาสลบ กล่าวคือ แทนที่จะให้โจทก์นอนบนเตียงคนไข้ตามปกติ จำเลยที่สองกลับให้โจทก์นั่งที่เก้าอี้แคบที่มีขาเหล็กทั้งสองข้างใช้สำหรับตรวจโรคเฉพาะของสตรีเป็นการชั่วคราวแทน ผลจากการฉีดยาสลบดังกล่าวทำให้โจทก์สลบไปชั่วคราวและตกลงจากเก้าอี้ตรวจโรคสตรี ห้องของโจทก์เกี่ยวข้องกับเสาค้ำที่ติดอยู่กับเก้าอี้และได้รับบาดเจ็บที่ท้องอย่างรุนแรง คดีนี้โจทก์ฟ้องร้องสำหรับความเสียหายที่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ เช่น ค่ารักษาพยาบาล ฯลฯ และขอค่าชดเชยสำหรับความปวดร้าวเสียใจและการได้รับความทรमानจากจำเลยทั้งสอง ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทั้งสองประการที่โจทก์ฟ้องร้อง จำเลยทั้งสองอุทธรณ์คดีนี้ไปยังศาลสูงสุด ศาลสูงสุดได้วาง

<sup>194</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 11. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2538, หน้า 2257.

<sup>195</sup> BGHZ 1, 383, (11.4.1951) และ RGZ (8.1.1926)112, 290, case 99. (Markesinis, B.S. **Comparative Introduction to the German Law of Torts**. pp. 451, 502, 689, 690.)

หลักไว้ว่ากรณีนี้มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างโรงพยาบาลกับคนไข้ คือ สัญญาจ้างรักษาพยาบาลคนไข้ เป็นสัญญาระหว่างจำเลยที่หนึ่งที่ทำกับ โจทก์ที่เกิดขึ้นโดยปริยายกับบุคคลทุกคนผู้ซึ่งทำการรักษาอาการเจ็บป่วยในโรงพยาบาลจำเลยที่หนึ่ง และนอกจากนี้ยังมีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างจำเลยที่สองกับจำเลยที่หนึ่งซึ่งเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกที่ป้องกันผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นต่อบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกด้วย โดยถือว่าเป็นกรณีที่จำเลยที่หนึ่งใช้ให้ตัวแทนหรือลูกจ้างปฏิบัติการชำระหนี้แทน และการชำระหนี้แทนดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น จำเลยที่หนึ่งจึงต้องรับผิดชอบ โจทก์เสมือนกับว่าเป็นการกระทำผิดของจำเลยที่หนึ่งเองตามกฎหมาย ลักษณะสัญญา มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ด้วยเหตุนี้จำเลยที่หนึ่งจึงต้องมีความรับผิดชอบต่อโจทก์สำหรับความประพฤติในเรื่องที่เกี่ยวกับความระมัดระวังของแพทย์ของตน (จำเลยที่สอง) ภายใต้มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) กรณีนี้เห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่จำเลยที่หนึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกับจำเลยที่สองตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วยตาม มาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) แต่ที่ศาลสูงสุดเยอรมันใช้เรื่องสัญญา เพราะไม่ต้องการให้จำเลยที่หนึ่งอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบตาม มาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) พิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังดีแล้วในการเลือกหาผู้รับจ้างเพื่อตนไม่ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามก็มีการใช้มูลสัญญาตาม มาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มีข้อเสีย คือ สามารถเยียวยาความเสียหายที่คิดคำนวณเป็นตัวเงินได้เท่านั้น ไม่สามารถฟ้องร้องสำหรับค่าเสียหายทางจิตใจได้เนื่องจากผลของ มาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ศาลสูงในประเทศเยอรมันจึงหาทางออกโดยวินิจฉัยว่า ในกรณีเช่นนี้โจทก์สามารถอาศัย มูลละเมิดให้จำเลยที่สองรับผิดชอบต่อโจทก์ เนื่องจากการกระทำของจำเลยที่สองลักษณะทางกฎหมายตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายลักษณะละเมิด มาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ด้วย อันสามารถอ้างเหตุผลสนับสนุนได้ภายใต้ มาตรา 847 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจกับจำเลยที่สอง<sup>196</sup>

<sup>196</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลเยอรมัน BGHZ 1, 383, (11.4.1951) case 98. ที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน (Ibid. pp. 451, 502, 689, 690.)

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลเยอรมัน<sup>197</sup> กรณีที่โจทก์จ้างให้จำเลยมาซ่อมแซมเครื่องทำน้ำร้อนให้โจทก์ และการปฏิบัติตามสัญญาของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ โจทก์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย คดีนี้ศาลใช้ดุลยพินิจนำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้ โดยถือว่าสัญญาเกิดขึ้นระหว่างจำเลยกับโจทก์ และได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีนี้จำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสัญญา ต้องมีความรับผิดชอบโดยปราศจากเงื่อนไขสำหรับความผิดของลูกจ้างซึ่งจำเลยได้ใช้ให้มาปฏิบัติการชำระหนี้แทน ทั้งภายใต้ มาตรา 278 และ มาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) อันเป็นกฎหมายลักษณะละเมิด ดังนั้นศาลจึงสามารถนำเอามาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) มาใช้เพื่อประโยชน์ของโจทก์อันเกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบของจำเลย มาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ได้<sup>198</sup>

ตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมันในทั้งสองคดีนี้ เป็นประเด็นที่ศาลใช้ดุลยพินิจเลือกลักษณะกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่คำนึงถึงข้อได้เปรียบเสียเปรียบ ระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมด แสดงให้เห็นถึงแนวคำพิพากษาของศาลไทยในกรณีการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิดในสามประเด็น กล่าวคือ ในประเด็นแรก การกระทำอันเดียวที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันสามารถเกิดขึ้นได้<sup>199</sup> ในประเด็นที่สอง กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องในมูลคดีก็ได้ หรือ จะเลือกฟ้องมาพร้อมกันทั้งสองมูลคดีก็ได้และจะบรรยายฟ้องโดยระบุในคำฟ้องว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อโจทก์ หรือบรรยายฟ้องโดยไม่ระบุมูลหรือฐานความผิด และขอให้ชดใช้ค่าเสียหายก็ได้ เป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องนำบทกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงในคดีเอง ใน

<sup>197</sup> RGZ 127, 213. (Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction*. p.160.) โปรดดูรายละเอียดใน ส่วนที่ 2 แนวความเห็นของศาล หัวข้อที่ 1.1.1

<sup>198</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลเยอรมัน BGHZ 1, 383, (11.4.1951) case 98 และ RGZ 112, 290, case 99 และ BGH NJW 1954, 913 ที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน (Horn Norbert, Kotz Hein, Leser Hans G. *German Private and Commercial Law : An Introduction*. p. 158.)

<sup>199</sup> ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาอื่นที่แสดงให้เห็นถึงหลักนี้ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทยในส่วนที่ 2 แนวความเห็นของศาล หัวข้อที่ 1.1

ประเด็นที่สาม ข้อเท็จจริงในคดีนี้ถือเป็นการโต้แย้งสิทธิหน้าที่ทั้งสองทางตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และไม่ถือว่าเป็นคำฟ้องที่เคลือบคลุมตาม มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และแม้ในบางคดีศาลจะมีได้กล่าวไว้โดยตรงแต่การที่ศาลอนุญาตให้ฟ้องมาเช่นนี้ได้และพิจารณาพิพากษาคดีบังคับให้ ก็สามารถแปลความได้

ในระบบ Civil Law ในประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และ ประเทศเยอรมัน กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ตามแนวความเห็นหรือแนวคำพิพากษาของศาลฝ่ายที่สนับสนุนให้ผู้สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ มีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกับนักนิติศาสตร์ฝ่ายที่สนับสนุนให้ผู้สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ โดยเห็นว่าผู้สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยมูลคดีใดก็ได้แล้วแต่จะเลือก ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในกรณีของหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดี และกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และนอกจากนี้ผู้สัญญาอาจเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยทั้งสองมูลคดีก็ได้ โดยในกรณีนี้ปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเลือกนำลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง

## 2.2 ระบบ Common Law

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แนวความเห็นหรือแนวคำพิพากษาของศาลในระบบ Common Law ที่สนับสนุนให้ผู้สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ แบ่งออกเป็นสองลักษณะใหญ่ ๆ กล่าวคือ กรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด และ กรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

**2.2.1 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด<sup>200</sup>** เมื่อเกิดการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ศาลจะให้อิสระแก่ผู้สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้อง

<sup>200</sup> โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 2.2.1

คดีของตนไปในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาหรือมูลคดีละเมิด<sup>201</sup> ตามที่เห็นว่าสมควร และเป็นประโยชน์มากที่สุด ส่วนการที่ศาลจะนำกฎหมายลักษณะสัญญา หรือ กฎหมายลักษณะละเมิด มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีนี้ ศาลจะพิจารณาจากการเลือกใช้สิทธิของคู่สัญญาว่า คู่สัญญาได้เลือกใช้สิทธิฟ้องคดีไปในมูลคดีใด ศาลจะนำมูลคดีนั้นมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี อันถือว่าเป็นสิทธิในทางสารบัญญัติของคู่สัญญาที่จะเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีไปในมูลคดีใดก็ได้ และมีผลเท่ากับคู่สัญญาได้สละสิทธิในการฟ้องร้องเยียวยาความเสียหายสำหรับทางที่คู่สัญญามีได้ใช้สิทธิเลือก<sup>202</sup> ในทางปฏิบัติก็มีทั้งที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิในการฟ้องคดีของตนไปในมูลสัญญา และ มีทั้งที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิในการฟ้องคดีไปในมูลละเมิด ตัวอย่างที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลสัญญา คือ คำพิพากษาของศาลอังกฤษ คดี *Hadley v. Baxendale*<sup>203</sup> ข้อเท็จจริงคดีนี้เป็นกรณีสัญญารับขนส่งของ โจทก์เป็นเจ้าของโรงงานที่ต้องหยุดกิจการของโรงงานเพราะเพลาคือล้อของเครื่องจักรในโรงงานของโจทก์หัก โจทก์สั่งซื้อเพลานี้จากอีกเมืองหนึ่งและจ้างให้จำเลยเป็นผู้ขนส่งเพลามาให้แก่โจทก์ ในสัญญาขนส่งของ โจทก์และจำเลยตกลงกันว่าจำเลยจะขนส่งเพลามาให้แก่โจทก์ภายในวันรุ่งขึ้น และในคดีนี้ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โจทก์มิได้แจ้งให้จำเลยทราบแต่อย่างใดว่าระหว่างที่เพลายังขนส่งไปไม่ถึงโจทก์ โจทก์ต้องหยุดกิจการของโรงงาน ปรากฏว่าจำเลยขนส่งเพลามาช้าไปหลายวันอันเป็นความผิดของจำเลย ส่งผลให้โจทก์ต้องหยุดโรงงานไปประยะหนึ่งและสูญเสียกำไรของกิจการไปส่วนหนึ่ง โจทก์จึงฟ้องจำเลยเป็นคดีต่อศาลเรียกเงินผลกำไรที่โจทก์ควรได้หากโรงงานไม่ต้องหยุดกิจการ คดีนี้โจทก์เลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยมูลสัญญา ศาล

<sup>201</sup> คำพิพากษาของศาลอังกฤษที่อนุญาตให้คู่สัญญาเลือกฟ้องในมูลคดีใดก็ได้ โปรดดู คดี *Bretherton v. Wood* และ คดี *Foulkes v. Metropolitan District Ry.* (ในตอนที่ 2 แนวความเห็นของศาล หัวข้อที่ 1.2.2) และโปรดดู คำกล่าวของผู้พิพากษาศาลอังกฤษ Lord Mansfield. ในคดี *Moses v. Macferlan*, 1760, 2 Burr. 1005, 1008, 97 Eng.Rep. 676 (ในตอนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 2.2.1) ที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาหรือมูลคดีละเมิด.

<sup>202</sup> ท่าน Prosser เรียกแนวทางการเลือกใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาจากการเลือกใช้สิทธิในการฟ้องคดีของคู่สัญญาว่าหลัก "การเลือกใช้สิทธิ" (election) โปรดดูรายละเอียดใน ตอนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 2.2.1

<sup>203</sup> (1854) 9 Ex. 341, 354-5. (Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* pp. 811, 812. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 619. โสภณ รัตนกร. *หน้า* หน้า 147.)

จึงนำมูลคดีสัญญามาใช้โดยพิพากษายกฟ้องโจทก์และวินิจฉัยว่า ตามกฎหมายลักษณะสัญญาคู่สัญญาฝ่ายผู้กระทำผิดสัญญาต้องรับผิดชอบเฉพาะในความเสียหายที่ตนคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำผิดสัญญาของตนเท่านั้น (remoteness of damages)<sup>204</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ความสูญเสียที่เกิดขึ้นห่างไกลเกินไปสำหรับจำเลยที่ต้องรับผิดชอบเพราะจำเลยไม่ทราบว่าโจทก์ต้องหยุดกิจการ และประกอบกับโดยปกติโรงงานทั่ว ๆ ไปควรต้องมีเครื่องอะไหล่ไว้สำรอง หรือแม้จำเลยรู้ว่าโรงงานโจทก์ต้องหยุดดำเนินกิจการไประยะหนึ่งเพราะเพลิงไหม้ แต่จำเลยไม่รู้อะไรเกี่ยวกับพฤติการณ์ที่ผลกำไรของโรงงานของโจทก์ต้องสูญเสียไปเพราะการกระทำผิดสัญญาของจำเลย จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีนี้<sup>205</sup>

จากหลักเกณฑ์ในคดีนี้ท่าน Winfield อธิบายว่า ทำให้ปรากฏชัดถึงความแตกต่างของกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิด<sup>206</sup> เกี่ยวกับประโยชน์ในเรื่องค่าเสียหาย กล่าวคือ หากโจทก์เลือกฟ้องคดีของตนในมูลคดีละเมิด จำเลยอาจต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้จำเลยไม่ทราบถึงพฤติการณ์พิเศษเช่นนั้นก็ตาม<sup>207</sup> ซึ่งกรณีนี้ถือว่าโจทก์ได้สละสิทธิที่จะฟ้องคดีของตนในมูลคดีละเมิดไปแล้ว

นอกจากนี้ตัวอย่างคำพิพากษาที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลสัญญา ยังมี คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาใน คดี Doughty v. Maine Central Transp. Co.<sup>208</sup> ใน

<sup>204</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความเสียหายที่ห่างไกลเกินกว่าเหตุที่โจทก์ไม่สามารถเรียกได้ (Remoteness of damage) (Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. pp. 811, 812. Prosser William L. Handbook of the law of Torts. p. 619. โสภณ รัตนกร. หนี้. หน้า 147. ถาวร โพธิ์ทอง. พจนานุกรมกฎหมายและศัพท์ที่เกี่ยวข้อง อังกฤษ-ไทย. หน้า 330.)

<sup>205</sup> นอกจากนี้ยังมี คดี Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon [1976] QB 801, 819. ; Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd, [1978] QB 554, 566. ; Nidland Bank Trust Co. Ltd. v. Hett, Stubbs & Kemp [1979] Ch. 384. (Markesinis, B.S. Comparative Introduction to the German Law of Torts. p. 11.)

<sup>206</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณี “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (Misfeasance)

<sup>207</sup> ด้วยเหตุนี้ทางปฏิบัติหากโจทก์เลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนตามมูลคดีเดียว โจทก์อาจได้รับความเสียหายในระดับที่สูงกว่าการเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีในทั้งสองมูลคดี เพราะโจทก์อาจถูกกีดกันจากการตัดสินของศาลที่อาจให้สิทธิหรือประโยชน์ที่สูงกว่าในอีกมูลคดีหนึ่งอย่างน่าเสียดาย (Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. pp. 811, 812.)

<sup>208</sup> (1944) 141 Me. 124, 39 A.2d 758. . (Prosser William L., Wade John W. , Schwartz Victor E. Cases and Materials on Torts. p. 470.)

กรณีสัญญารับขนคนโดยสาร ที่ผู้ขนส่งปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อทำให้ผู้โดยสาร ได้รับอันตรายแก่กาย หากคดีของโจทก์ขาดอายุความฟ้องร้องในมูลละเมิดแต่ไม่ขาดอายุความ ในมูลสัญญา ในกรณีนี้โจทก์มีสิทธิเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนในมูลคดีผิดสัญญาได้และศาลจะ นำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้โดยไม่ถือว่าคดีโจทก์ขาดอายุความ

ในคำพิพากษาของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวเป็นกรณีการปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) อันเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญา และเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน คู่สัญญามีสิทธิเลือกฟ้องในมูลคดีใดก็ได้ที่เห็นว่า เป็นประโยชน์มากที่สุด คดีนี้ประโยชน์ที่คู่สัญญานำมาใช้เป็นข้อพิจารณาในการเลือกฟ้องคดี คือ ประโยชน์ในเรื่องอายุความการฟ้องคดี<sup>209</sup> ศาลก็จะนำเอามูลที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี<sup>210</sup>

<sup>209</sup> นอกจากคดีนี้ คดีที่นำประโยชน์เรื่องอายุความการฟ้องคดีมาใช้ยังมี Whitaker v. Poston, 1907, 120 Tenn. 207, 110 S. W. 1019 ; Lipman, Wolfe & Co. v. Phoenix Assur. Co., 9 Cir. 1919, 258 F. 544 ; Manning v. 1234 Corp., 1940, 174 Misc. 36, 20 N.Y.S.2d 121, affirmed, 1941, 260 App.Div. 914, 24 N.Y.S.2d 302, appeal denied, 1941, 261 App.Div. 804, 25 N.Y.S.2d 780 ; McCoy v. Wesley Hospital & Nurse Training School, 1961, 188 Kan. 325, 362 P.2d 841 ; Stanley v. Chastek, 1962, 34 Ill.App.2d 220, 180 N.E.2d 512. (Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. p. 470. Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. pp. 618 – 619)

<sup>210</sup> คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับประโยชน์ในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล คือ Trout v. Watkins Livery & Undertaking Co., 1910, 148 Mo.App. 621, 130 S.W. 136 ซึ่งวางหลักว่าการผิดสัญญาจะสมรส หากโจทก์เลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีละเมิด โจทก์อาจได้รับประโยชน์มากกว่า เช่น เกี่ยวกับในเรื่องการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) เนื่องจากถือกันว่าค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ไม่สามารถเรียกร้องได้ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากการกระทำผิดสัญญา (Ibid. p. 620.) นอกจากคดีนี้ คดีที่นำประโยชน์เรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาลมาใช้ยังมี Despatch Oven Co. v. Rauenhosrst, 1949, 229 Minn. 436, 40 N.W.2d 73 ; Berg v. Rapid Motor Vehicle Co., 1910, 78 N.J.L. 724, 75 A. 933 ; Madeiros v. Coca-Cola Bottling Co., 1943, 57 Cal.App.2d 707, 135 P.2d 676 ; Naumanu v. Wehli Brewing Co., 1940, 127 Conn. 44, 5 A.2d 181. ; Ryan v. Progressive Grocery Stores, 1931, 255 N.Y. 388, 175 N.E. 105 ; Stonebrink v. Highland Motors, 1943, 171 Or. 418, 137 P.2d 986 ; Royal Parer Box Co. v. Munro & Church Co., 1934, 284 Mass. 446, 188 N.E. 233 ; Ebbert v. Philadelphia Elec. Co., 1937, 126 Pa. Super. 351, 191 A. 384, affirmed, 1938, 330 Pa. 257, 198 A. 323. See Amram v. Goodman, 1952, 3 Syr.L.Rev. 259. (Ibid. p. 635.) Ketcham v. Miller, 1922, 104 Ohio St.

ตัวอย่างที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิให้น้ำหนักทางคดีของตนไปในมูลละเมิด เช่น คำพิพากษาศาลอังกฤษ คดี *White v. John Warwick & Co., Ltd.*<sup>211</sup> จำเลยเป็นผู้ประกอบกิจการให้เช่ารถจักรยาน โจทก์เช่ารถจักรยานจากร้านของจำเลย ในสัญญาเช่ามีข้อความตอนหนึ่งระบุว่าผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นแก่ผู้เช่าหรือบุคคลอื่นที่ขับขี่จักรยานที่ให้เช่า ไม่ว่าจะความเสียหายจะเกิดขึ้นจากความบกพร่องของจักรยานหรือเหตุอื่นใด จำเลยนำรถจักรยานที่มีอันบกพร่องให้โจทก์เช่า ขณะขับขี่อันหลุดโจทก์ถูกเหวี่ยงตกลงไปที่พื้น ได้รับบาดเจ็บ โจทก์ฟ้องมูลละเมิดให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ศาลวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า จำเลยเป็นผู้ประกอบกิจการให้บริการเช่ารถจักรยาน อันถือว่ามีหน้าที่ในข้อบกพร่องของยานรถจักรยานแม้ข้อสัญญามีได้ระบุถึงหนี้ยกเว้น แต่โดยกฎหมายถือว่าจำเลยมีหน้าที่พิเศษที่ต้องนำรถจักรยานที่อยู่ในสภาพที่ได้รับการดูแลบำรุงรักษาอย่างดี ไม่ชำรุดบกพร่อง มาให้ลูกค้าเช่า และในคดีนี้หากโจทก์เลือกใช้สิทธิฟ้องมาในมูลคดีละเมิด และสามารถพิสูจน์มูลคดีได้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นเรื่องการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ ข้อสัญญาที่เขียนยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของจำเลยจากความรับผิดใด ๆ ตามสัญญา มิได้ยกเว้นจำเลยจากความรับผิดในทางละเมิดสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาด้วยความประมาทเลินเล่อ หากศาลตัดสินให้ข้อจำกัดความรับผิดดังกล่าวสามารถยกเว้นความรับผิดได้หมดทั้งในเรื่องผิดสัญญาและละเมิด จะไม่มีกฎหมายใดนำมาใช้กับจำเลยหรือบุคคลอื่นใดที่ประกอบกิจการและทำสัญญาในลักษณะเดียวกัน เพื่อให้มีความรับผิดในกรณีนี้ได้ และเกี่ยวกับเรื่องนี้ เป็นอำนาจของศาลที่สามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยให้จำเลยมีหน้าที่พิเศษเช่นนั้นได้เพราะไม่มีกฎหมายใดบัญญัติห้ามไว้<sup>212</sup>

372, 136 N.E. 145 ; *Southwestern Telegraph & Telephone Co. v. Lockett*, 1910, 60 Tex. Civ.App. 117, 127 S.W. 856. *Contra*, *Williams v. Carolina & N.W.R. Co.*, 1907, 144 N.C. 498, 57 S.E. 216. (*Ibid.* p. 620.)

<sup>211</sup> [1953] 1 W.L.R. 1285; 217 L.T. (1954) 79-81. และ มีคดีที่เดินตามบรรทัดฐานคือ คดี *Cf. James Arcndale & Co., Ltd. V. Comservices Ltd.* [1954] 1 W.L.R. 460 (C.A.) (Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* p.807.)

<sup>212</sup> นอกจากนี้คำพิพากษาของศาลอังกฤษที่เป็นทั้งเรื่องสัญญาและละเมิด ที่เป็นกรณีนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้เพื่อประโยชน์เรื่องกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาลยังมี คดี *France v. Gaudet* (1871) L.R. 6 Q.B. 199 (*Ibid.* p.812.) *Lampesis v. Comolli*, 1958, 101 N.H. 279, 140 A.2d 561 ; *Daniel v. Daniel*, 1921, 190 Ky. 210, 226 S.W. 1070 ; *Pease & Elliman v. Wegeman*, 1928, 223 App.Div. 682, 229 N.Y.S. 398. ฯลฯ (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts.* p. 729. Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort.* p.800.)



จากคำพิพากษาของศาลอังกฤษฉบับนี้ ท่าน Winfield อธิบายว่าส่งผลให้จำเลยซึ่งมีความฉลาดและมีอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจที่สูงกว่า ที่พยายามหาวิถีทางต่าง ๆ นา ๆ เพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบกับความล้มเหลว<sup>213</sup> ซึ่งประเด็นหลักสำหรับในกรณีนี้ คือ เป็นกรณีที่ศาลตีความสัญญาในเรื่องหน้าที่พิเศษ ทำให้กรณีนี้เป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญา และเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน สำหรับประเด็นรอง เป็นประเด็นเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล ด้วยเหตุนี้ศาลจึงแปลความว่าในกรณีนี้โจทก์สามารถเลือกฟ้องเป็นคดีละเมิดได้ และศาลสามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบได้

คำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและในประเทศสหรัฐอเมริกาที่กล่าวมาทั้งหมดในส่วนนี้ เป็นการยืนยันถึงหลักการเลือกใช้สิทธิคู่สัญญาได้เป็นอย่างดี ที่ศาลเลือกใช้มูลคดีที่คู่ความเลือกและเห็นคล้อยตามให้เป็นไปตามที่เลือก เนื่องจากถือว่าการเลือกใช้สิทธิของโจทก์

**2.2.2 กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด<sup>214</sup>** เนื่องจากความแตกต่างในเรื่องของข้อได้เปรียบเสียเปรียบ หรือการให้ประโยชน์ในการฟ้องคดีระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลที่นำเอามูลคดีที่โจทก์เลือกใช้สิทธิฟ้องร้องมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ส่งผลให้ ในการเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของคู่สัญญา คู่สัญญาต้องใช้เวลาระมัดระวังเป็นอย่างมาก จึงก่อให้เกิดแนวทางการนำทั้งกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดไปปรับใช้ในการฟ้องคดีพร้อมกัน ซึ่งโจทก์สามารถบรรยายฟ้องคลุมมาในทั้งสองกรณีว่า การกระทำของจำเลยเป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดต่อโจทก์ หรืออาจบรรยายมาแต่เพียงข้อเท็จจริงฟ้องเรียกค่าเสียหายมาเฉย ๆ ก็ได้ และในทั้งสองกรณีปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเลือกลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง โดยพิจารณาจากประเด็นสำคัญในคำฟ้องของคู่สัญญาว่าให้นำหนักทางคดีไปในมูลคดีใด<sup>215</sup> ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในประเทศ

<sup>213</sup> Ibid. p.807.

<sup>214</sup> โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ ข้อ 2.2.2

<sup>215</sup> กรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเลือกนำลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง มิใช่เป็นกรณีการใช้สิทธิเลือกของโจทก์อันเป็นหลัก “การเลือกใช้สิทธิ” (election) แต่อย่างใด แนวการใช้ดุลยพินิจของศาลดังกล่าวนี้ ท่าน Prosser เรียกว่าหลัก “การให้นำหนัก” (“gravamen” or “gist”) โปรดดูรายละเอียดใน ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ หัวข้อที่ 2.2.2

อังกฤษสำหรับในกรณีนี้ คือ The Humber Ferry case of 1348<sup>216</sup> อันเป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องมาทั้งสองมุลคดี เรียกค่าเสียหายจากจำเลยโดยมิได้ระบุว่าเป็นการฟ้องมาในมุลคดีใด จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเลือกบนข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น ตามที่ศาลเห็นว่าเป็นประเด็นสำคัญในคดีตามที่โจทก์ได้ให้น้ำหนัก ปรากฏว่าคดีนี้ศาลนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้เนื่องจากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ประเด็นสำคัญในคำฟ้องของโจทก์ในคดีนี้เป็นเรื่องการกระทำละเมิด

ตัวอย่างคำพิพากษาอังกฤษในคดีต่อมาได้แก่คำพิพากษาของศาลอังกฤษ คดี Re Polemis cases<sup>217</sup> คดีนี้มีข้อเท็จจริงเป็นเรื่องสัญญาเช่าเรือเดินสมุทร จำเลยทำสัญญาเช่าเรือเดินสมุทรจาก โจทก์เพื่อบรรทุกน้ำมันเบนซินบรรจุถังส่งให้กับลูกค้า และด้วยความประมาทเลินเล่อของจำเลยน้ำมันบางถังเกิดเป็นไอน้ำมันกระจายอยู่ในท้องเรือ ระหว่างการเดินทางมีการเปิดห้องเรือขนย้ายน้ำมัน ลูกเรือของจำเลยทำไม้กระดานตกลงไปได้ท้องเรือกระทบบางสิ่งในท้องเรือเกิดประกายไฟขึ้น ประกายไฟจึงลุกไหม้เป็นเพลิงขึ้นอย่างรวดเร็วเนื่องจากได้ท้องเรือมีไอน้ำมันเบนซินระเหยกระจายอยู่ ไฟลุกไหม้เรือเดินสมุทรเสียหายหมดทั้งลำ โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายสำหรับกรณีที่เกิดขึ้น ศาลฟังว่าลูกเรือของจำเลยประมาทเลินเล่อในการทำไม้กระดานตกลงไป แม้วิญญูชนไม่สามารถคาดหมายได้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นมากมายถึงเพียงนั้น แต่เมื่อเป็นผลโดยตรงจากความประมาทของจำเลยแล้วจำเลยก็ต้องรับผิดชอบ จำเลยต่อสู้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจำเลยไม่สามารถคาดหมายได้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นถึงเพียงนั้น จำเลยควรต้องรับผิดชอบเพียงเท่าที่คาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติผิดสัญญาเท่านั้น ศาลวินิจฉัยว่าเหตุที่วิญญูชนคาดหมายได้หรือไม่มีความสำคัญในการวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ แต่ไม่สำคัญในการวินิจฉัยว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายมากน้อยเพียงใด ถ้าเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของจำเลยแล้วแม้ไม่เป็นที่คาดหมายถึงความเสียหายนั้นได้จำเลยก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งสิ้น<sup>218</sup>

<sup>216</sup> โปรดดูรายละเอียดใน ส่วนที่ 2 แนวความเห็นของศาล หัวข้อที่ 1.2.1

<sup>217</sup> Ibid. pp. 811, 812. Salmond, Sir John. *The Law of Torts*. p. 572, จิตติ ดิงศภัทย์. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมุลแห่งหนึ่ง*. หน้า 214 – 215. โสภณ รัตนกร. หน้า 148.

<sup>218</sup> ตัวอย่างที่ศาลอังกฤษยอมให้ฟ้องมาสองฐานนอกจากนี้ เช่น ในคดี Lindley L.J. in *Taylor v. M.S. & L. Ry.* [1895] 1 Q.B. 134, 138. ในคดี Collins M.R. in *Sachs v. Henderson* [1920] 1 K.B. 612, 616. ในคดี e.g. , *Pontifex v. M. Ry* (1877) 3 Q.B.D. 23. ; *Tattan v. G. W. Ry.* (1860) 2 E. & E. 844. ; *Fleming v. N. S. & L. Ry.*

คำพิพากษาของศาลอังกฤษในคดีนี้ ท่าน Winfield กล่าวว่า เป็นกรณีที่เป็นเรื่องของการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เนื่องจากเป็นกรณีที่ทำให้ทรัพย์สินที่เช่าได้รับความเสียหาย ในกรณีนี้เป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจของศาลในการเลือกนำลักษณะกฎหมายมาใช้<sup>219</sup> และเนื่องจากประเด็นสำคัญหรือการให้น้ำหนักของคดีตามคำฟ้องของโจทก์ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องการกระทำละเมิด ศาลจึงนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในคดีนี้ ซึ่งหากศาลนำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้ จำเลยอาจไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากตามกฎหมายลักษณะสัญญาคู่สัญญาฝ่ายผู้กระทำผิดสัญญาต้องรับผิดชอบเฉพาะในความเสียหายที่ตนคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำผิดสัญญาของตนเท่านั้น (remoteness of damage)<sup>220</sup> จึงเห็นได้ว่าในคดีนี้มีประเด็นเรื่องการได้เปรียบเสียเปรียบในเชิงคดีระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล<sup>221</sup>

ในระบบ Common Law ในประเทศอังกฤษ และ สหรัฐอเมริกา แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษา ที่สนับสนุนให้ผู้สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ มีลักษณะคล้ายกับแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่สนับสนุนให้ผู้สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยมูลคดีใดก็ได้แล้วแต่จะเลือก ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในกรณีของหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดี และกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล

---

(1878) 4 Q.B.D. 81. (Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. pp. 800, 801, 805, 806, 810.)

<sup>219</sup> Ibid. pp. 811, 812.

<sup>220</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความเสียหายที่ห่างไกลเกินกว่าเหตุที่โจทก์ไม่สามารถเรียกได้ (remoteness of damage) (Ibid. pp. 811, 812. Prosser William L. Handbook of the law of Torts. p. 619. โสภณรัตน์กร. หน้า 147. ดาวร โพธิ์ทอง. พจนานุกรมกฎหมายและศัพท์ที่เกี่ยวข้อง อังกฤษ-ไทย. หน้า 330.)

<sup>221</sup> ตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา เช่น คดี Webber v. Herkimer & Mohawk St. R. Co. (1888) 109 N.Y. 311, 16 N.E. 358. เป็นกรณีสัญญารับขนส่งคนโดยสาร ที่ผู้ขนส่งปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อทำให้ผู้โดยสารได้รับอันตรายแก่กาย คดีนี้เป็นกรณีที่ศาลใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่าในคำฟ้องของโจทก์มีน้ำหนักหรือมีประเด็นสำคัญในคดีเป็นเรื่องละเมิด จึงนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ทั้ง ๆ ที่คดีของโจทก์ขาดอายุความฟ้องร้องในมูลละเมิด แต่ไม่ขาดอายุความในมูลสัญญา (Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. Cases and Materials on Torts. p. 470.)

อันถือว่าเป็นอิสระของคู่สัญญา และเมื่อคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใดแล้ว ศาลจะนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากถือว่าคู่สัญญาได้สละสิทธิไม่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายในมูลคดีที่มีได้เลือกไปแล้ว นอกจากนี้คู่สัญญายังอาจเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยทั้งสองมูลคดีก็ได้ และในกรณีนี้ถือเป็นดุลยพินิจของศาลที่จะเป็นผู้ตัดสินใจเลือกนำลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง ตามมูลคดีที่ได้รับการให้นำหน้าจากคำฟ้องของโจทก์ อันมิได้เป็นเรื่องการเลือกของโจทก์แต่อย่างใด

### 3. ความเห็นของศาลที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด

แนวความเห็นที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดในกรณีที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา ตามแนวความเห็นหรือแนวคำพิพากษาของศาลทั้งในระบบ Civil Law และระบบ Common Law มีแนวความเห็นดังกล่าวปรากฏให้เห็นอยู่เช่นกัน ดังจะได้นำเสนอต่อไปนี้

#### 3.1 ระบบ Civil Law<sup>222</sup>

ในระบบ Civil Law มีแนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลส่วนหนึ่งในประเทศไทยและในประเทศฝรั่งเศส ที่เห็นว่าเมื่อคู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน ไม่ควรอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องคดีโดยอาศัยความรับผิดทางละเมิด ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยในกรณีนี้ ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 47/2492<sup>223</sup> คดีนี้มีข้อเท็จจริงสรุปว่า จำเลยได้รับสัมปทานจากรัฐบาลให้ตั้งโรงงานผลิตไฟฟ้า ตามสัมปทานจำเลยมีหน้าที่ต้องจำหน่ายไฟฟ้าให้แก่บุคคลผู้ร้องขอใช้ไฟฟ้าภายในเขตสัมปทาน โจทก์ฟ้องอ้างว่า จำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดเรียกเก็บอัตราค่ากระแสไฟฟ้าเกินกว่าที่กำหนดไว้ในสัมปทาน เมื่อโจทก์ไม่ชำระค่าไฟฟ้าจำเลยจึงตัดสายไฟขอให้ศาลบังคับจำเลยให้ต่อสายไฟและจ่ายกระแสไฟฟ้าให้โจทก์ใช้ต่อไปและให้เรียกเก็บค่ากระแสไฟฟ้าหน่วยละ 30 สตางค์ ตามสัญญาสัมปทาน ศาลวินิจฉัยว่า การที่จำเลยตัดสายไฟและงดจ่ายกระแสไฟฟ้าเป็นการกระทำต่อ

<sup>222</sup> โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ ข้อ 3.1

<sup>223</sup> เเนติบัณฑิตยสภา. ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา. ตอนที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2492, หน้า 42.

ทรัพย์สินของจำเลย ส่วนที่เป็นผลให้โจทก์ไม่ได้ใช้ไฟฟ้า หากเป็นมูลให้ฟ้องก็ฟ้องได้แต่ในเรื่องผิดสัญญาเท่านั้นหาใช่ละเมิดไม่ ตามสัญญาซื้อกระแสไฟฟ้าที่โจทก์ทำกับจำเลยไม่ปรากฏว่ามีระยะเวลา ดังนั้นอาจมีการเลิกกันเมื่อใดก็ได้ สภาพจึงไม่เปิดช่องให้บังคับจำเลยตามโจทก์ขอได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อที่ขอให้จำเลยเก็บค่ากระแสไฟฟ้าหน่วยละ 30 สตางค์ ยิ่งบังคับไม่ได้ เพราะตามสัมปทานจำเลยยังอาจขึ้นค่ากระแสไฟฟ้าได้เมื่อได้รับอนุญาต พิพากษาขึ้น ค่าฤชาธรรมเนียมในชั้นศาลนี้ให้เป็นพับไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 76/2496<sup>224</sup> คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า สัญญาขายรถยนต์มีข้อความว่า ผู้ขายต้องส่งมอบรถยนต์ซึ่งมีเครื่องเรียบร้อยอยู่ในสภาพดีใช้เดินได้และผู้ขายต้องทำตามที่เป็นเพื่อให้ผู้ซื้อได้จดทะเบียนรถนั้นด้วย “คดีนี้ผู้ขายรถยนต์ไม่จัดการโอนทะเบียนทั้ง ๆ ที่รู้ว่าผู้ซื้อต้องเสียหาดังนี้เป็นเรื่องผิดสัญญามิใช่ละเมิด...หากยกกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้แก่คดี...กรณีผิดสัญญาจะเป็นละเมิดเกือบทั้งสิ้น”

คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 25/2523<sup>225</sup> คดีนี้ข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่โจทก์ว่าจ้างให้จำเลยตั้งศูนย์ถ่วงล้อรถยนต์ เป็นกรณีที่มีความผูกพันกันทางสัญญารับจ้างทำของตาม มาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปรากฏว่าจำเลยทำงานไม่เรียบร้อยพวงมาลัยไม่สามารถบังคับล้อรถได้ เป็นเหตุให้รถโจทก์ไปชนรถคันอื่นเสียหาย โจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบในมูลค่าละเมิด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “กรณีนี้เป็นกรณีการชำรุดบกพร่องอันเกิดจากสัญญาจ้างทำของเนื่องจากจำเลยผิดสัญญา คือ ทำงานไม่เรียบร้อย การวินิจฉัยคดีจึงต้องนำเอากฎหมายลักษณะจ้างทำของมาใช้บังคับ กรณีหาใช่เป็นการละเมิดไม่”<sup>226</sup>

<sup>224</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2496, หน้า 77.

<sup>225</sup> เนติบัณฑิตยสภา. **ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา**. ตอนที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2523, หน้า 25.

<sup>226</sup> นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 95/2484, 676/2487, 576/2488, 874/2490, 47/2492, 99/2494, 295/2515 2515 ฎ.ศ. 247, 1917/2517, 564/2518, 248/2519, 1673/2519, 709/2520, 25/2523, 653/2525, 444/2530, 45/2532, 1092/2539, 6114/2540.

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในกรณีนี้ เช่น คำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส<sup>227</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้โจทก์เป็นผู้โดยสารรถไฟขบวนหนึ่งนำของมีค่ามากมายใส่ลงในหีบเดินทางซึ่งปรกติคนทั่วไปไม่นำของมีค่าเช่นนั้นใส่ในหีบเดินทางในขณะที่เดินทางไปกับขบวนรถไฟปรากฏว่าหีบเดินทางสูญหาย โจทก์ฟ้องการรถไฟผู้ขนส่งเป็นจำเลยเรียกค่าเสียหาย คดีนี้ศาลสูงฝรั่งเศสตัดสินว่า ผู้ขนส่งมีความรับผิดชอบทางสัญญาแก่ผู้ขนส่ง ฉะนั้นผู้ขนส่งควรรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเกี่ยวกับของเพียงเท่าจำนวนซึ่งคนโดยสารธรรมดาพึงใส่ลงในหีบเดินทางเท่านั้น ค่าเสียหายส่วนที่เกินกว่านั้นเรียกว่าเป็นความเสียหายอันไม่อาจคาดคะเนได้ (หรือค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ) ผู้ขนส่งไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้<sup>228</sup>

ในระบบกฎหมาย Civil Law แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด มีปรากฏอยู่ในแนวความเห็นของศาลส่วนหนึ่งในประเทศไทยและในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดในประเทศไทยก็มีอยู่เฉพาะในแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์เพียงส่วนหนึ่งเช่นกัน แต่สำหรับประเทศฝรั่งเศสแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด ดังจะเห็นว่า แตกต่างจากแนวความเห็นของศาลที่มีอยู่เพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น และเหตุผลหลักที่นักกฎหมายกลุ่มนี้ใช้สนับสนุนแนวความเห็น คือ เพื่อรักษาหลักกฎหมายลักษณะสัญญา อันได้แก่ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา

### 3.2 ระบบ Common Law<sup>229</sup>

ปัจจุบันแนวความเห็นแบบดั้งเดิมไม่ยอมให้นำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้สำหรับกรณีความรับผิดทางสัญญาซึ่งใช้อยู่ในกลุ่มของศาลหรือผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษ

<sup>227</sup> Req. 25 mars 1912, D.P. 1913, I. 341-Civ. 29 décembre 1913, D.P. 1916, I. 177. (จี๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. หน้า 43.)

<sup>228</sup> นอกจากนี้ยังมี คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส Chambre des requêtes ลงวันที่ 21 Janvier 1890 (ใน S. 1980-1-408 D. 1891-1-380) และ Chambre Civile ลงวันที่ 14-15 มกราคม 1914. (ใน S. 1920-1-75 D. 1919-1-68.) และ Chambre Civile ลงวันที่ 11 Janvier 1924 (ใน S. 1924-1-105 D. 1924-1-16) ต่อมายังมี Chambre Civile ลงวันที่ 6 avril 1927 (ใน S. 1927-1-201.) ที่วินิจฉัยไปในแนวเดียวกัน (เรื่องเดียวกัน. หน้า 64.)

<sup>229</sup> โปรดดู ส่วนที่ 1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ ข้อ 3.2

ส่วนหนึ่ง เช่น คำพิพากษาของศาลอังกฤษ คดี *Green v. Greenbank*<sup>230</sup> ตัดสินโดยท่าน Scrutton L.J. ท่านได้อธิบายว่า “อย่างไรก็ตามมันชัดเจนแล้วว่าในกรณีความคาบเกี่ยวทั้งในเรื่องผิดสัญญา และละเมิดโจทก์ไม่สามารถเลี่ยงกฎเกณฑ์ที่เป็นเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติโดยวางกรอบคำฟ้องของเขาเพื่อเลือกให้มีทางเลือกหลายทางสำหรับความมุ่งหมายเพื่อให้เพิ่มขึ้นถึงจำนวนของค่าเสียหายหรือประโยชน์อื่นใดได้”

คำพิพากษาของศาลอังกฤษ คดี *Dick Bentley Productions Ltd. v. Harold Smith (Motors) Ltd.*<sup>231</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้จำเลยเป็นผู้ประกอบการขายรถยนต์ใช้แล้ว โจทก์ไปที่ร้านของจำเลยและบอกจำเลยว่าโจทก์กำลังมองหารถยนต์ใช้แล้วที่อยู่ในสภาพที่ได้รับการดูแลบำรุงรักษาเป็นอย่างดี จำเลยเสนอรถยนต์ยี่ห้อ Bentley ให้โจทก์และบอกว่าเป็นรถซึ่งอยู่ในสภาพที่ใช้สั้นๆ เห็นได้จากเข็มวัดระยะทางรถเพิ่งใช้ไปได้แค่ 20,000 ไมล์ โจทก์จึงตกลงซื้อรถคันดังกล่าวจากจำเลยไป ปรากฏว่าเมื่อโจทก์ใช้รถไปได้ระยะหนึ่งพบว่า ระยะทางที่รถวิ่งกลับกลายเป็นว่าไม่ถูกต้อง รถอยู่ในสภาพที่ไม่น่าพอใจ และตามความเป็นจริงรถคันดังกล่าวใช้งานมากกว่า 20,000 ไมล์ แต่มีการตั้งเลขวัดระยะทางของรถใหม่หลังจากที่ได้เปลี่ยนเครื่องยนต์และกระปุกเกียร์ใหม่ และในกรณีนี้จำเลยควรแสดงข้อเท็จจริงให้โจทก์ทราบว่ารถคันดังกล่าวใช้งานมานานแล้ว แต่นับจากที่ได้เปลี่ยนเครื่องยนต์และกระปุกเกียร์ใหม่รถเพิ่งถูกใช้ไป 20,000 ไมล์ คดีนี้เป็นกรณีที่จำเลยปกปิดข้อความจริง หลอกหลวงโจทก์ว่า รถยนต์คันดังกล่าวเพิ่งใช้งานมา 20,000 ไมล์ นับแต่ซื้อใหม่ โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย และศาลได้ตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์โดยวินิจฉัยว่า กรณีเป็นเรื่องที่จำเลยกระทำผิดสัญญาต่อโจทก์เท่านั้นไม่เป็นการกระทำละเมิด<sup>232</sup>

คำพิพากษาของศาลอังกฤษ คดี *Johnstone v. Bloomsbury Health Authority*<sup>233</sup> ตัดสินโดยท่าน Sir Nicolas Browne-Wilkinson ซึ่งต่อมาได้อธิบายว่า “ในคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดทางละเมิดและสัญญาเห็นได้ชัดว่ามีความสัมพันธ์ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาระหว่างคู่

<sup>230</sup> (1816) 2 Marshall 485. (Winfield, P.H. *A Textbook of The Law of Tort* Winfield on Tort. p. 813.)

<sup>231</sup> [1965] 1WLR 623. (Markesinis, B.S., Deakin, S.F. *Tort Law*. p. 13.)

<sup>232</sup> Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. p. 616, Prosser William L., Wade John W., Schwartz Victor E. *Cases and Materials on Torts*. pp. 468 - 471.

<sup>233</sup> ([1992] 1 QB 333, P 350.) (Markesinis, B.S., Deakin, S.F. *Tort Law*. p.15.)

กรณี ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีต้องถูกนำมาแยกแยะวิเคราะห์ทั้งหมด โดยใช้ความเกี่ยวพันในเรื่องสัญญาเท่านั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องของการผสมผสานกันของหน้าที่ในทางละเมิดและหน้าที่ในทางสัญญาแต่อย่างใด”<sup>234</sup>

ในระบบ Common Law แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด มีปรากฏอยู่ในแนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลส่วนหนึ่งในประเทศอังกฤษเท่านั้น ซึ่งนักนิติศาสตร์ที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด ในระบบ Common Law ก็มีปรากฏอยู่เฉพาะในแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์อังกฤษส่วนหนึ่งเช่นกัน ซึ่งมีพื้นฐานทางความคิดเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

จากการศึกษาพบว่า ในระบบ Civil Law แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาในภาพรวม<sup>235</sup> สอดคล้องกับแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์<sup>236</sup> ที่เห็นว่าในกรณีที่เกิดความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ที่การกระทำอันเดียวเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดเพื่อละเมิดได้แม้เป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาในสองกรณี กล่าวคือ ในกรณีแรก เป็นกรณีที่การกระทำผิดสัญญาเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดที่มีกฎหมายรับรองคุ้มครอง หรือ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่สอง เป็นกรณีการกระทำผิดหน้าที่พิเศษบางประการที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมาย ในสัญญา

<sup>234</sup> นอกจากนี้ยังมี คดี France v. Gaudet At pp. 202-6 ; Midland Bank Trust Co. Ltd. v. Hett, Stubbs & Kemp [1979] Ch. 384. ; Thake v. Maurice [1986] QB 644. ; Youell v. Bland Welch & Co. Ltd. (No 2) [1990] 2 Lloyd's Rep. 431, 459. (Winfield, P.H. A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. p. 813.) คดี Brown v. Boorman (1844) (3 Q.B. at pp. 525-6) ; Hyman v. Nye (1881) 6 Q.B.D. 685,689. ; Groom v. Crocker [1939] 1 K.B. 194, 205, 222 ; Bailey v. Bullock [1950] 2 All E.R. 1167. ; Steljes v. Ingram (1903) 19 T.L.R. 534. ; Jarvis v. Moy [1936] 1 K.B. 399, 406. (Ibid, pp. 804, 805.) ; Jarvis v. Moy, Davies & Co. [1936] 1 K.B. 399, 406. (นายหน้าค้าหุ้น) ; Clark v. Kirby-Smith [1964] Ch. 506.(ทนายความ) ; Jackson v. Nayfair Window Cleaning Co. [1952] 1 All E.R. 215. (ผู้รับจ้างทำความสะอาดหน้าต่าง) ; Barrington v. Lee [1972] 1 Q.B. 326. (นายหน้าขายที่ดิน) (Salmond, Sir John. The Law of Torts. p. 10.)

<sup>235</sup> แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศไทย เยอรมัน และ ประเทศฝรั่งเศส.

<sup>236</sup> แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในประเทศไทย เยอรมัน และนักนิติศาสตร์ส่วนหนึ่งในประเทศฝรั่งเศส.



บางประเภทที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชน ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าว คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องร้องในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีความรับผิดทางสัญญาหรือมูลคดีความรับผิดทางละเมิด ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด<sup>237</sup> หรืออาจเลือกฟ้องมาพร้อมกันในทั้งสองมูลคดีก็ได้ หากเห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าโดยบรรยายฟ้องมาว่า การกระทำของจำเลยเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิด หรือบรรยายมาแต่ข้อเท็จจริงและขอค่าเสียหายมาเฉย ๆ และไม่ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาเลือกฟ้องมาเพียงมูลคดีเดียว หรือเลือกฟ้องมาทั้งสองมูลคดีพร้อมกัน ไม่ถือเป็นการผูกมัดศาล ที่ถือเป็นหน้าที่ของศาลต้องใช้ดุลยพินิจเลือกนำกฎหมายมาปรับใช้แก่คดี ตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ปรากฏ

ในระบบ Common Law แนวโน้มของคำพิพากษาหรือแนวความเห็นของศาล<sup>238</sup> เป็นไปในแนวทางเดียวกับแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์<sup>239</sup> ที่มีความเห็นว่า ในกรณีที่เกิดความคับแค้นใจระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ที่การกระทำอันเดียวเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องเป็นคดีความรับผิดเพื่อละเมิดได้ แม้เป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาในสามกรณี<sup>240</sup> ดังนี้ กรณีแรก เป็นกรณีการปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ที่มีการเริ่มต้นปฏิบัติตามสัญญาไปบ้างแล้ว และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่สอง เป็นกรณีการปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) อันเป็นสัญญาประเภทที่ก่อหน้าที่พิเศษบางประการ แยกออกต่างหากจากหน้าที่ตามสัญญา ในกรณีที่สามอันเป็นสุดท้าย เป็นกรณีการหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud) ซึ่งในทั้งสามกรณี คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิ (election) ฟ้องคดีในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีความรับผิดในทางสัญญา หรือมูลคดีความรับผิดในทางละเมิด ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด<sup>241</sup> และศาลก็จะนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจาก

<sup>237</sup> โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิด ได้แก่ หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และอายุความการฟ้องคดี.

<sup>238</sup> แนวคำพิพากษาหรือแนวความเห็นของศาลในประเทศอังกฤษ และ สหรัฐอเมริกา.

<sup>239</sup> นักนิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษ และ สหรัฐอเมริกา.

<sup>240</sup> เป็นข้อยกเว้นของ “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance)

<sup>241</sup> โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิด ได้แก่ หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี การกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และอายุความการฟ้องคดี.

ถือว่าคู่สัญญาได้สละประโยชน์ในอีกมูลคดีหนึ่งที่มีได้เลือกไปแล้ว นอกจากนี้คู่สัญญาอาจเลือกฟ้องมาพร้อมกันในทั้งสองมูลคดีก็ได้ โดยบรรยายฟ้องมาว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิด หรือ บรรยายข้อเท็จจริงแล้วขอค่าเสียหายมาเลย ๆ และในกรณีนี้ถือเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจตัดสินใจเลือกกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเอง ตามมูลคดีที่คู่สัญญาได้ให้นำหนัก (“gravamen” or “gist”) ไว้ในคำฟ้อง ดังจะเห็นได้ว่ามิได้เป็นเรื่องการเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของคู่สัญญาแต่อย่างใด แต่ถือเป็นการเลือกโดยศาล

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

จากการศึกษาวิจัยพบว่า ปัญหาความคาบเกี่ยวการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญา และความรับผิดในทางละเมิด แนวทางการใช้การตีความกฎหมายของนักกฎหมายในประเด็น ปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าว ในปัจจุบันไม่ว่านักกฎหมายไทย หรือนักกฎหมายต่างประเทศ ทั้ง ในระบบ Civil Law และ Common Law ในการเป็นที่ยอมรับ หรือเสียงข้างมาก แนวโน้มเป็น ไปในแนวทางที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ แม้ เป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน แต่ในเบื้องต้นต้องทำความเข้าใจก่อนว่า ทั้ง ในระบบ Civil Law และ Common Law นักกฎหมายถือว่า ปกติกฎหมายลักษณะสัญญาและ กฎหมายลักษณะละเมิดอยู่คนละส่วน การกระทำผิดสัญญาโดยทั่วไปที่เป็นการกระทำผิดใน เนื้อของสัญญาจริง ๆ กรณีนี้ถือเป็นเรื่องของการกระทำผิดสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว สิทธิและ หน้าที่ของคู่สัญญาเกิดขึ้นจากสัญญาที่ทำขึ้นแต่เพียงอย่างเดียว คู่สัญญาจึงไม่สามารถเลือกนำ กฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายอันเนื่องมาจาก การกระทำผิดสัญญา เพื่อประโยชน์ของตนได้ ในระบบ Common Law เรียกการกระทำผิด สัญญาในลักษณะนี้ว่า “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) อันเป็นกรณีที่คู่สัญญามิได้ กระทำอะไรมากไปกว่าการทำสัญญา และผิดสัญญาด้วยการละเว้นไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดย ไม่มีการเริ่มต้นกระทำการใด ๆ ตามสัญญาเกิดขึ้น ตัวอย่างของการกระทำผิดสัญญาใน ลักษณะนี้ได้แก่ การกระทำผิดสัญญากู้ยืมเงิน หรือ กรณีที่แพทย์ไม่รับรักษาคนไข้ตามสัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law เห็นว่าใน บางกรณี การกระทำผิดสัญญาอาจเข้าองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดได้ ส่งผลให้การ กระทำดังกล่าวเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญา และเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน อัน เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายต้องมีความรับผิดทั้งในทางสัญญา และในทางละเมิด พร้อม ๆ กัน (concurrent liability) ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็นสามกรณีดังนี้ ในกรณีแรก

เป็นกรณีที่นักกฎหมายในระบบ Civil Law อธิบายว่า เป็นกรณีที่การกระทำผิดสัญญาไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัยและทรัพย์สิน ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นักกฎหมายไทยอธิบายถึงการกระทำผิดสัญญาในกรณีนี้ว่า เป็นกรณีที่การกระทำผิดสัญญาไปละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right) ที่มีกฎหมายรับรองคุ้มครองของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิใน ชีวิต ร่างกาย อนามัยและทรัพย์สิน ของบุคคล เป็นสิทธิเด็ดขาดอันมีกฎหมายรับรองคุ้มครอง เมื่อการกระทำผิดสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิดังกล่าว จึงถือเป็นการกระทำละเมิด หรือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายด้วย นอกจากการกระทำผิดสัญญา ที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิด นอกจากความรับผิดชอบในทางสัญญา และจากการศึกษาพบว่ามีความคล้ายคลึงกับกรณี “การปฏิบัติสิ่งที่ไม่ดีไปจากสัญญา” (misfeasance) ตามแนวความเห็นของนักกฎหมายในระบบ Common Law ที่อธิบายว่า ในกรณีที่คู่สัญญามีความพยายามที่จะกระทำการบางอย่างตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา หรือมีการเริ่มต้นปฏิบัติตามสัญญาไปบ้างแล้ว แต่ได้ กระทำ หรือ ปฏิบัติ สิ่งที่ไม่ดีไปจากข้อตกลงในสัญญา และการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือว่าการกระทำดังกล่าว เป็นการกระทำที่ผิดพลาดในการปกป้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จากความเสียหายหรือภัยพิบัติ ที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายสามารถคาดหมายหรืออาจคาดหมายได้ และคู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายไม่มีข้อแก้ตัวอันสมควร อันเป็นภัยที่กระทบต่อส่วนได้ส่วนเสียของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นการกระทำผิดสัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายสร้างความเสี่ยงใหม่ต่อความเสียหายให้เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นอกเหนือไปจากความเสี่ยงต่อความเสียหายตามปกติที่มีอยู่ตามสัญญา ตัวอย่างสำหรับในกรณีนี้ได้แก่ กรณีสัญญาเช่าหรือสัญญาซื้อทรัพย์สิน ที่ผู้เช่าหรือผู้ซื้อทรัพย์สิน กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้ทรัพย์สินที่เช่าหรือที่ซื้อสูญหาย เสียหาย หรือ กรณีสัญญาจ้างทำของ ที่คู่สัญญาฝ่ายผู้รับจ้าง เช่น แพทย์ทำการรักษาคนไข้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัยของคนไข้ เป็นต้น

ส่วนในกรณีที่สอง เป็นกรณีของสัญญาประเภทที่ก่อ หน้าที่พิเศษ หรือ หน้าที่เสริม บางประการให้เกิดขึ้นแก่คู่สัญญา อันเป็นหน้าที่ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย แยกออกจากหากจากหน้าที่หลักตามสัญญา ที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ที่กฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่ ได้กระทำการผิดหน้าที่พิเศษดังกล่าว และการกระทำผิดสัญญาในกรณีที่สองนี้ ถือเป็นการกรณีที่การกระทำผิดสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัยและทรัพย์สิน ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นเดียวกับการกระทำผิดสัญญาในกรณีแรก แต่เป็นประเภทที่พิเศษเพราะเป็นเรื่องของการ

กระทำผิดหน้าที่พิเศษดังกล่าวข้างต้นอีกประการหนึ่งด้วย นอกจากการกระทำผิดหน้าที่ตามสัญญา การกระทำผิดหน้าที่พิเศษดังกล่าว ถือเป็นทั้งการบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้การกระทำของคู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหาย เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ในประเทศฝรั่งเศสเรียกหน้าที่พิเศษดังกล่าวว่า “หนี้หรือหน้าที่พิเศษบางประการ” หรือ “หนี้ประกันความปลอดภัย” ในประเทศเยอรมันเรียกว่า “หนี้หรือหน้าที่ตามความสัมพันธ์พิเศษที่เป็นลักษณะเฉพาะ” (sui generis) หรือ “หนี้หรือหน้าที่ตามสิทธิขั้นพื้นฐาน” โดยหนี้หรือหน้าที่พิเศษดังกล่าว เป็นหนี้หรือหน้าที่ที่มีได้มีการระบุหรือกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เกิดขึ้นมาจากการตีความเจตนาของคู่สัญญา โดยแนวคำพิพากษาของศาล ตามลักษณะของสัญญาแต่ละชนิด ที่คู่สัญญาเข้าผูกพันกัน ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์พิเศษที่เป็นลักษณะเฉพาะ อันถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่สัญญา เนื่องจากศาลถือว่า ความเสียหายของโจทก์ เกิดขึ้นเนื่องมาจากความไว้วางใจในตัวและในพฤติกรรมของจำเลย ที่โจทก์คาดหวังว่า การปฏิบัติตามสัญญาของจำเลย จะปราศจากความบกพร่องและไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของโจทก์ อีกทั้งโจทก์ยังได้มอบประโยชน์หรือค่าตอบแทนให้จำเลยเป็นการตอบแทนไปล่วงหน้าก่อนแล้ว และจากการศึกษาพบว่า การกระทำผิดสัญญาที่มีหน้าที่พิเศษในลักษณะนี้ มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกรณี “การปฏิบัติสิ่งที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) กรณีของกิจการการบริการสาธารณะ (public utility) ตามแนวความเห็นของนักกฎหมายในระบบ Common Law ที่อธิบายว่า ในสัญญาประเภทที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการการบริการสาธารณะ ตามแนวคำพิพากษาของศาลถือว่า ผู้ประกอบกิจการการบริการสาธารณะต้องมีหน้าที่พิเศษบางประการเรียกว่า “the old tort duty” อันเป็นหน้าที่ขั้นพื้นฐานหรือหน้าที่อย่างธรรมดาสามัญ ตามความยุติธรรมตามธรรมชาติ ที่เกิดขึ้นมาอย่างชัดเจนโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยนิติสัมพันธ์ทางสัญญาใด ๆ และเป็นคนละเรื่องกับหนี้ที่เกิดขึ้นตามสัญญา อันเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นเองภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดบางประการ คือ สถานะทางแพ่งของบุคคล หรือเกิดขึ้นเฉพาะต่อผู้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาในสัญญาบางประเภท อันเป็นส่วนของความรับผิดชอบทั่วไปที่เรียกว่า “ละเมิด” (tort) ที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย และอยู่เหนือบุคคลทุกคนซึ่งยืนอยู่บนความสัมพันธ์หรือสถานะเช่นนั้น ที่การกระทำของเขามีผลกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของบุคคลอื่นในสังคม ให้เขาต้องใช้ความระมัดระวังมิให้การปฏิบัติตามสัญญาก่ออันตรายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สินรวมทั้งผลประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อัน

เป็นเรื่องของความรับผิดชอบที่วางอยู่บนสถานะของบุคคลมากกว่าจะวางอยู่บนสัญญาที่ทำกัน อันเป็นแนวคิดดั้งเดิมที่เกิดขึ้นมานานแล้วก่อนที่แนวความคิดในเรื่องสัญญาจะได้พัฒนาขึ้นมา

สัญญาที่ก่อหน้าที่พิเศษส่วนใหญ่ ตามแนวความเห็นของนักกฎหมายทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกิจการการบริการสาธารณะ (public utility) ได้แก่ กิจการสาธารณูปโภคเพื่อประชาชน กิจการเกี่ยวกับการขนส่งเคลื่อนย้ายทั้งหลาย ฯลฯ เนื่องจากถือว่าผู้ประกอบกิจการดังกล่าว มีนิติสัมพันธ์กับบุคคลทุกคนในสังคมที่เข้ามาทำสัญญากับเขา และเป็นกลุ่มบุคคลผู้ที่มีพฤติกรรมพิเศษ ที่อยู่ในสถานะที่เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ของคนในสังคม ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของพวกเขา อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของบุคคลอื่น ๆ ในสังคมได้ และเนื่องจากลักษณะงานและสถานะของเขา ถือเป็นความสามารถพิเศษที่ทำให้เขาอยู่ในสถานะที่อาจใช้ความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายได้ง่ายกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลทั่วไป ที่การปฏิบัติตามสัญญาของพวกเขา ชักนำให้สาธารณชนไว้วางใจในตัว และการปฏิบัติงานของพวกเขา ดังจะเห็นได้จาก ในกรณีสัญญาขนส่งคนโดยสาร ที่ผู้ขนส่งมีหน้าที่พิเศษหรือหนึ่งประกันความปลอดภัย ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการขนส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางด้วยความสวัสดิภาพหรือด้วยความปลอดภัยทั้งในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เป็นต้น

กรณีที่สามอันเป็นกรณีสุดท้าย คือ “การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” (fraud) ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกหลอกลวง ตามแนวความเห็นของนักกฎหมายในระบบ Common Law ถือว่าการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายที่หลอกลวง เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เนื่องจากการทำสัญญาในลักษณะหลอกลวงดังกล่าว เป็นการทำลายหลักความไว้นับเชื่อใจตามหลักกฎหมายสัญญา ยกตัวอย่างเช่น การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เข้าทำสัญญาโดยปราศจากความตั้งใจที่จะปฏิบัติตามสัญญามาตั้งแต่ต้น ได้แก่ สัญญาซื้อขายสินค้า ที่ผู้ซื้อตกลงทำสัญญาโดยมีความตั้งใจมาตั้งแต่ต้นที่จะไม่ชำระราคาสินค้าให้ผู้ขาย ฯลฯ และจากการศึกษาพบว่า ตามแนวความเห็นของนักกฎหมายในระบบ Civil Law กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน มิได้มีการกล่าวถึง “การ หลอกลวงเข้าทำสัญญา” (fraud) แต่อย่างใด และสิ่งนี้คือข้อแตกต่างในประการแรก ที่เกิดขึ้นในระหว่างแนวความเห็นของนักกฎหมายในระบบ Civil Law และ Common Law ที่นักกฎหมายในระบบ Civil Law เห็นว่า กรณีที่เป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เกิดขึ้นได้เฉพาะในสองกรณีดังกล่าว

ข้างต้นเท่านั้น ในขณะที่นักกฎหมายในระบบ Common Law เห็นว่า นอกจากในสองกรณีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ยังมีกรณี “การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” (fraud) อีกกรณีหนึ่งที่ถือเป็นเรื่องการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกันด้วย รวมเป็นสามกรณี

เมื่อเกิดกรณีการกระทำผิดสัญญาเข้าองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิด อันเป็นกรณีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด นักกฎหมายทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law เห็นว่า เป็นเรื่องที่เกิดการโต้แย้งสิทธิของคู่สัญญาทั้งในมูลคดีผิดสัญญาและมูลคดีละเมิดพร้อม ๆ กัน คู่สัญญามีอิสระจะเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับผู้ก่อความเสียหายในมูลคดีใดก็ได้ แล้วแต่ว่าทางใดเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด เช่น ในเรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี หากคู่สัญญาเลือกฟ้องในมูลคดีสัญญาจะเป็นประโยชน์มากกว่า เนื่องจากไม่ต้องมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี แต่หากเลือกฟ้องในมูลคดีละเมิดต้องมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี หรือ ในเรื่องอายุความการฟ้องคดี หากคู่สัญญาเลือกฟ้องมูลคดีผิดสัญญาอาจเป็นประโยชน์มากกว่า เนื่องจากกฎหมายลักษณะสัญญาส่วนใหญ่มีอายุความยาวกว่ากฎหมายลักษณะละเมิด หรือ ในเรื่องของการกำหนด ค่าสินไหมทดแทนโดยศาล หากคู่สัญญาเลือกฟ้องในมูลคดีละเมิดจะเป็นประโยชน์มากกว่า เพราะ ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ค่าเสียหายทางจิตใจ หรือ ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) สำหรับในระบบ Common Law ฯลฯ ในขณะที่กฎหมายลักษณะสัญญาคู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพียงเท่าที่คาดหมายได้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำของตนเท่านั้น ทั้งยังไม่ต้องรับผิดในค่าเสียหายทางจิตใจ ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) สำหรับในระบบ Common Law อีกด้วย

การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในกรณีนี้ ในระบบ Civil Law เมื่อคู่สัญญาเลือกฟ้องคดีในมูลคดีใดแล้ว ไม่ถือเป็นการผูกมัดดุลยพินิจของศาล ที่ถือเป็นหน้าที่ของศาลต้องใช้ดุลยพินิจเลือกนำกฎหมายมาปรับใช้แก่คดี ตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ปรากฏ ศาลมีอิสระจะเลือกนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือก มาใช้หรือไม่ก็ได้ กล่าวคือ ศาลสามารถเลือกนำมูลคดีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือก มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ หากเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญามากกว่า และในประเด็นนี้ จากการศึกษาพบว่ามีความแตกต่างกับแนวของระบบ

Common Law ที่ถือว่า เมื่อคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องในมูลคดีใดแล้ว ศาลจะนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกฟ้องมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี จะไม่นำมูลคดีที่คู่สัญญามีได้เลือกฟ้องมาใช้ เนื่องจากถือว่าเป็นการให้อิสระในการที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลือก และศาลก็เห็นคล้ายตามให้ เป็นไปตามที่เลือก เนื่องจากถือเป็นการเลือกใช้สิทธิของคู่สัญญา และสละสิทธิในมูลคดีที่มี ได้ใช้สิทธิเลือกไปแล้ว และสิ่งที่เกิดขึ้น คือข้อแตกต่างในประการที่สอง ที่เกิดขึ้นภายใต้แนว ความเห็นของนักกฎหมายในทั้งสองระบบ

นอกจากนี้ ตามแนวความเห็นของนักกฎหมายในระบบ Civil Law และ Common Law คู่สัญญาอาจไม่เลือกฟ้องมาในมูลคดีใดมูลคดีหนึ่ง โดยสามารถเลือกฟ้องมา พร้อมกันในทั้งสองมูลคดี และบรรยายฟ้องว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อ โจทก์ ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย หรือ คู่สัญญาจะบรรยายฟ้องมาแต่เพียงข้อเท็จจริงและขอค่าเสียหายมาเฉย ๆ ก็ได้ ไม่ต้องระบุบทกฎหมายหรือฐานความผิด ต่อกรณีนี้ ทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law นักกฎหมายมีความเห็นสอดคล้องกันว่า ถือเป็นหน้าที่ของศาล ที่ต้องเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจเลือกนำกฎหมายมาปรับใช้แก่คดี ตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ คู่สัญญานำสืบและพิสูจน์ประเด็นสำคัญในคดี ในระบบ Common Law กรณีนี้ นักกฎหมาย อธิบายว่า การที่ศาลจะเลือกนำกฎหมายลักษณะใดมาใช้ ศาลจะใช้ดุลยพินิจตัดสินใจเลือกนำ กฎหมายมาปรับใช้แก่คดีตามมูลคดีที่คู่สัญญาได้ให้น้ำหนัก ไว้ในคำฟ้อง<sup>2</sup> ที่มีได้เป็นเรื่องการ เลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของคู่สัญญาแต่อย่างใด แต่ถือเป็นการเลือกโดยศาล

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัย ผู้เขียนมีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกับแนวทางการใช้การ ตีความกฎหมายของนักกฎหมายส่วนใหญ่<sup>3</sup> กล่าวคือ เมื่อเกิดกรณีความคาบเกี่ยวการฟ้องคดี ความรับผิดในทางสัญญาและในทางละเมิด ที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นการกระทำ ละเมิดในขณะเดียวกัน สมควรอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดเพื่อ ละเมิดได้ เพื่อประโยชน์ของตน แม้เป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา

<sup>1</sup> ตามหลัก “การเลือกใช้สิทธิ” (election).

<sup>2</sup> ตามหลัก “การให้น้ำหนัก” (“gravamen” or “gist”).

<sup>3</sup> กล่าวคือ นักกฎหมายไทยและต่างประเทศ ทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law.



เหตุผลประการแรกที่สมควรอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายมาตราใดบัญญัติห้ามมิให้ฟ้องมูลละเมิดในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากันมาก่อน ดังนั้น เมื่อเกิดการกระทำใดอันเป็นนิติเหตุ และมีองค์ประกอบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดครบถ้วน อันเป็นการโต้แย้งสิทธิตาม มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ของคู่สัญญา คู่สัญญาจึงมีสิทธิเยียวยาความเสียหายที่ได้รับโดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด เพื่อให้ตนกลับสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมให้มากที่สุด ซึ่งเป็นหลักทั่วไปที่เป็นสิทธิของผู้ได้รับความเสียหายในมูลหนี้ละเมิดทุกคนมีอยู่ตามที่กฎหมายกำหนด

เหตุผลในประการที่สอง การห้ามมิให้คู่สัญญาใช้สิทธิฟ้องคดีในมูลละเมิด เมื่อถูกกระทำละเมิด ถือเป็นการขัดกับหลักกฎหมายลักษณะละเมิดที่วางไว้ ทำให้คู่สัญญาผู้ถูกกระทำละเมิด มีฐานะด้อยไปกว่าบุคคลภายนอกทั้งหลายในสังคมที่มีได้เป็นคู่สัญญา ทั้งยังเป็นการทำลายหรือจำกัดสิทธิของบุคคลในสังคมที่มีอยู่ตามปกติ ให้ลดน้อยถอยลงไปด้วยในทางตรงกันข้าม เราควรเปิดโอกาสให้คู่สัญญาผู้ถูกกระทำละเมิดจากกระทำผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สามารถเลือกฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ หากเป็นประโยชน์มากกว่า เพื่อให้คู่สัญญาผู้ถูกกระทำละเมิดและได้รับความเสียหาย มีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลอื่นทั่วไปในสังคม

เหตุผลประการที่สาม ที่นักกฎหมายฝ่ายที่ไม่สนับสนุนให้ฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบทางละเมิดโต้แย้งว่า เมื่อคู่สัญญาเข้ามาทำสัญญากัน เท่ากับเป็นการยกเว้นหลักกฎหมายลักษณะละเมิดนั้น ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย เนื่องจากกฎหมายลักษณะละเมิดถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่บัญญัติรับรองสิทธิของทุกคนในสังคมไว้เท่าเทียมกัน อันเป็นบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่เกิดขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนในสังคม ดังนั้น จึงไม่มีผู้ใดสามารถทำข้อตกลงยกเว้น หรือ ยกเลิกห้าม มิให้บุคคลใช้สิทธิฟ้องคดีมูลละเมิดที่มีอยู่ได้ หากมีข้อตกลงเช่นนั้น ข้อตกลงดังกล่าวต้องตกเป็นโมฆะ<sup>4</sup> ไม่สามารถใช้อย่างบังคับได้

เหตุผลประการที่สี่ การจำกัดสิทธิมิให้มีการฟ้องในมูลละเมิดเท่ากับเป็นการไม่เคารพหรือมองข้ามความสำคัญของกฎหมายลักษณะละเมิด ทำให้กฎหมายลักษณะละเมิดคลายความศักดิ์สิทธิ์ลง และดูประหนึ่งว่า กฎหมายลักษณะละเมิดมีศักดิ์ต่ำกว่ากฎหมาย

<sup>4</sup> ตาม มาตรา 150 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ลักษณะสัญญา เมื่อมิได้มีการทำสัญญา กฎหมายลักษณะละเมิดจะยังคงใช้บังคับอยู่แก่บุคคลทั่วไป แต่หากเมื่อใดที่ได้มีการทำสัญญาขึ้น หลักกฎหมายลักษณะละเมิดจะถูกยกออกไป และนำกฎหมายลักษณะสัญญาเข้ามาแทนที่ ส่งผลให้บุคคลทั่วไปแต่เดิม มีกฎหมายลักษณะละเมิดบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิ เมื่อเปลี่ยนสถานะเป็นคู่สัญญา สิทธิหน้าที่ทั้งหลายตามกฎหมายลักษณะละเมิดจะถูกยกเลิกไป และหวนกลับมาใช้กฎหมายลักษณะละเมิดไม่ได้อีกต่อไป ซึ่งตามความเป็นจริงแล้ว หากได้เป็นเช่นนั้นไม่ ตามความเป็นจริงกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด มีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกัน เนื่องจากต่างเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้

เหตุผลประการที่ห้า การเสนอให้ใช้กฎหมายลักษณะละเมิดในกรณีความคับแค้นระหว่างความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิดของนักกฎหมายฝ่ายที่สนับสนุนให้ฟ้องคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดนั้น เป็นเพียงการเสนอให้ใช้กฎหมายลักษณะละเมิดคู่ไปกับกฎหมายลักษณะสัญญา โดยคู่สัญญามีสิทธิเลือกกฎหมายลักษณะใดมาใช้ก็ได้ตามความเหมาะสม มิได้ห้ามใช้ ยกเว้น หรือ ยกเลิก หลักกฎหมายลักษณะสัญญา เหมือนดังเช่นที่นักกฎหมายที่มีแนวความเห็นไม่สนับสนุนให้ฟ้องคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ห้ามใช้กฎหมายลักษณะละเมิด และให้ถือว่า การเข้าทำสัญญาเป็นการตกลง ยกเว้น หรือ ยกเลิก หลักกฎหมายลักษณะละเมิดแต่อย่างใด กรณีนี้จึงสรุปประการหนึ่งว่า นักกฎหมายที่มีแนวความเห็นไม่สนับสนุนให้ฟ้องคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิด มีแนวความคิดที่คับแคบ แข็งกระด้าง และเคร่งครัดเกินไป ด้วยเหตุนี้ ที่นักกฎหมายที่มีแนวความเห็นไม่สนับสนุนให้ฟ้องคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิด กล่าวว่าการอนุญาตให้นำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา เท่ากับเป็นการทำลายกฎหมายลักษณะสัญญานั้น จึงเป็นเหตุผลที่ไม่อาจรับฟังได้ เพราะตามแนวทางการใช้การตีความกฎหมายตามที่นักกฎหมายส่วนใหญ่เสนอ กฎหมายลักษณะสัญญายังคงอยู่ คู่สัญญายังมีสิทธิสามารถเลือกนำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ หากเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า หากกล่าวให้ถูกต้อง กล่าวว่าการห้ามคู่สัญญาฟ้องคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิด เมื่อถูกกระทำละเมิดโดยการกระทำผิดสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและถือว่าเมื่อเกิดสัญญาขึ้นเท่ากับเป็นการแสดงเจตนาตกลงยกเว้น ยกเลิก หลักความรับผิดชอบทางละเมิดออกไป ถือเป็นการทำลายหลักกฎหมายลักษณะละเมิดที่มีอยู่

เหตุผลประการที่หก ตามที่นักกฎหมายที่มีแนวความเห็นไม่สนับสนุนให้ฟ้องคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอธิบายว่า หากอนุญาตให้ฟ้องมูลละเมิดเท่ากับเป็นการทำลาย หลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของบุคคล (freedom of contract) และ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการ

แสดงเจตนา (autonomy of will) นั้น ปัจจุบันจะเห็นว่า สัญญามิได้เป็นภาพสะท้อนของเจตนาที่อิสระเสรีของบุคคลเหมือนดังเช่นในอดีตอีกต่อไป หลักเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ได้เกิดข้อจำกัดขึ้น และไม่สามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างเต็มที่ดังเช่นในอดีต เนื่องจากเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลในการเข้าทำสัญญาในปัจจุบัน ได้รับความกระทบกระเทือนจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ซับซ้อนขึ้น สัญญาถูกพัฒนาแตกต่างไปจากในอดีตมาก ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบหรือเนื้อหาที่กำหนดในสัญญา ความเสมอภาคระหว่างคู่สัญญาในการตกลงเนื้อหาความผูกพันร่วมกันในสัญญาดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นในอดีตสูญหายไป มีการผูกขาดทั้งทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการเข้าทำสัญญา ความได้เปรียบหรือการมีอำนาจต่อรองที่สูงกว่าของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นสิ่งที่ก่อปัญหาในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาที่ขาดความยุติธรรม ยกตัวอย่างเช่นสัญญาในลักษณะที่เป็นการให้สิทธิ หรือจำกัดความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างไม่ยุติธรรม ฯลฯ<sup>5</sup>

เราต้องยอมรับว่า หลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของบุคคล และ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เป็นหลักกฎหมายสัญญาที่เกิดขึ้นมาเป็นระยะเวลานานแล้วตั้งแต่ในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19 ที่มีการร่างกฎหมายลักษณะสัญญาในประมวลกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ซึ่งสภาพเศรษฐกิจและสังคมในสมัยนั้น คู่สัญญามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการเจรจาตกลง ต่อบริการ และกำหนดเนื้อหาของสัญญาร่วมกัน การแสดงเจตนาของคู่สัญญาสามารถทำได้โดยเสรี ดังนั้น นักกฎหมายผู้ร่างกฎหมายลักษณะสัญญาจึงยังไม่เห็นปัญหาว่าความเสมอภาคและอำนาจต่อรองของคู่สัญญาในการเข้าทำสัญญา เป็นองค์ประกอบที่สำคัญมากประการหนึ่ง ที่สามารถทำลายความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาอันศักดิ์สิทธิ์และอิสระของบุคคลได้<sup>6</sup>

ในสังคมปัจจุบัน ตามความเป็นจริง มนุษย์มิได้มีความเท่าเทียมกันเหมือนดังเช่นในทางทฤษฎีอีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการตกลงเข้าทำสัญญากันในสภาวะปัจจุบัน เช่น ในกรณีที่คู่สัญญาจำต้องเข้าทำสัญญาเพราะตกอยู่ในสภาวะบังคับให้ตกลง ด้วยความจำเป็นทางด้านวัตถุที่เขาต้องการ ยังมีความจำเป็นมากอำนาจต่อรองก็ยิ่งน้อยลงตาม ทำให้

<sup>5</sup> คาราทร์ ติระวัฒน์. กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 2.

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน.

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในสภาพที่ได้เปรียบ และสามารถรอการตัดสินใจของฝ่ายแรกที่ต้องยอมรับเงื่อนไขของตน<sup>7</sup> ความไม่เท่าเทียมกันที่เกิดขึ้นในสภาพการณ์เช่นนี้ เป็นธรรมชาติของการทำสัญญาที่เกิดขึ้นหรือพบเห็นได้โดยทั่วไปในปัจจุบัน ที่ค่อย ๆ เริ่มเกิดขึ้นมาตั้งแต่ตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งในยุโรปเป็นระยะเวลาที่มีการรวมตัวกันทางอุตสาหกรรมและทางการค้าเกิดขึ้น ทำให้เกิดสภาพความไม่เท่าเทียมกัน ก่อให้เกิดฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าในระหว่างกลุ่มสังคม ในการทำสัญญาประเภทต่าง ๆ ทำให้เกิดความเป็นไปไม่ได้ที่จะทำการตกลงด้วยการเจรจาต่อรองกันอย่างจริงจังเหมือนดังเช่นในอดีต สัญญาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจกำหนดข้อสัญญาไว้ก่อน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเข้าร่วมทำสัญญาไม่อาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่กำหนดไว้ได้ การเข้าร่วมทำสัญญาในสภาพข้อเท็จจริงเช่นนี้ เสรีภาพในการทำสัญญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ และเจตนาที่คู่สัญญาแสดงออกมาโดยมิได้ตรงกับเจตนาภายในจิตใจของคู่สัญญาก็ย่อมไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ ท้ายที่สุดสัญญาที่เกิดขึ้นมาย่อมไม่มีความเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้ ในสังคมปัจจุบัน หลักกฎหมายลักษณะสัญญาดังกล่าวจึงกลายเป็นเพียงคำอธิบายในทางทฤษฎีทางความคิดเท่านั้น การกล่าวว่าการทำสัญญาตั้งอยู่บนรากฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา จึงเป็นเพียงการอำพรางความไม่เท่าเทียมกันในความเป็นจริง หลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา และ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา จึงกลายเป็นเพียงหลักอุดมคติที่นักกฎหมายยึดถือและใฝ่ฝันถึง ซึ่งถือเป็นเพียงหลักการที่ดีเท่านั้น<sup>8</sup>

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพของบุคคลและเจตนาที่อิสระมิใช่จะคลายความสำคัญไปเลยเสียทีเดียว เพียงแต่ไม่ควรกล่าวโดยเด็ดขาดว่าเจตนาอิสระที่แสดงออกมาจากบุคคลโดยเสรีโดยตัวของมันเองมีอำนาจเด็ดขาดก่อให้เกิดความผูกพันขึ้น โดยไม่มีองค์ประกอบอื่น ๆ เข้าร่วมด้วย หลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของบุคคล และ หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ยังคงเป็นหลักการที่ยอมรับได้ เพราะการมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาจะเป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดผลที่ยุติธรรมและเป็นประโยชน์ได้ในที่สุด<sup>9</sup> แต่การยึดหลักดังกล่าวควรต้องคำนึงถึงโลกแห่งความเป็นจริง ที่ต้องยอมรับถึงความเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 20.

<sup>8</sup> Zweigert Konrad. An Introduction to Comparative Law. p. 355.

<sup>9</sup> คาราวร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 21.

และสังคม รวมทั้งสภาพทางข้อเท็จจริงในการเข้าทำสัญญาในปัจจุบัน ที่ทำให้หลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของบุคคล และ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา อาจไม่สามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างมีประสิทธิภาพเหมือนดังเช่นในอดีตอีกต่อไป สิ่งที่พิสูจน์คำกล่าวนี้เห็นได้จากการที่รัฐได้พยายามออกกฎหมายหลายฉบับที่จำกัดกรอบของเจตนาและเสรีภาพของบุคคล ที่เห็นได้ว่าค้ำกับหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา และ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาดังกล่าว อันทำให้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา คลายความศักดิ์สิทธิ์ลง ในการยอมรับให้เป็นหลักเค็ดขาดและสมบูรณ์ในตัวเอง<sup>10</sup> ยกตัวอย่างเช่น หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วน ศาลมีอำนาจลดได้ (มาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรือ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 หรือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 หรือ พระราชบัญญัติการเล่นแชร์ พ.ศ. 2534 และ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540<sup>11</sup> เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้เราจึงไม่ควรยึดหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของบุคคลและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนามากเกินไป จนอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้น และอาจเป็นหนทางให้บุคคลบางคน นำหลักกฎหมายดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตน จึงควรยินยอมให้ในบางโอกาส ที่การทำสัญญาของคู่สัญญาอาจมีความไม่เท่าเทียมกัน เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น และครอบงำประกอบความรับผิดชอบเพื่อละเมิด หากฟ้องทางสัญญาจะเกิดความไม่ยุติธรรม การฟ้องทางละเมิดก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งที่จะเปิดโอกาสให้ศาลสามารถเยียวยาความ

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>11</sup> หลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่เขียนไว้ข้างท้ายพระราชบัญญัติ คือ

“เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคลตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เสียหายหรือแก้ไขปัญหาความไม่ยุติธรรมที่เกิดขึ้นได้ ยกตัวอย่างเช่น ความแตกต่างกันของคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองแตกต่างกัน เป็นต้น

เหตุผลประการที่เจ็ด จากเหตุผลหกประการที่กล่าวมาจะเห็นว่า แนวทางการใช้การตีความกฎหมายที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบในทางละเมิด แม้เป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน จึงเป็นแนวทางการใช้การตีความกฎหมายที่ดี ถูกต้องและชอบด้วยเหตุผลในหลายประการดังกล่าว นอกจากนี้แนวทางการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าว ยังถือเป็นแนวทางการใช้การตีความที่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอันเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติมากกว่าอีกด้วย กล่าวคือ ในทางปฏิบัติของศาล การพิพากษาให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่คู่สัญญา ในคดีความคาบเกี่ยวความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด ที่สุดแล้วยังคงต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นสำคัญ ที่จะเป็นผู้กำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่คู่สัญญา โดยอาศัยการใช้การตีความตัวบทกฎหมายทั้งกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ แต่เนื่องจากการขีดเส้นแบ่งระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดทำได้ยาก ศาลจึงไม่ถือเคร่งครัดแต่อย่างใด หากคู่สัญญาบรรยายฟ้องมาผิดฐาน หรือบรรยายฟ้องมาเป็นความผิดสองฐาน หรือหากไม่แน่ใจการเขียนคำฟ้องอาจบรรยายข้อเท็จจริงแล้วเรียกค่าเสียหายมาเฉย ๆ ก็ได้ เพราะอย่างไรก็ดี ในการพิจารณาพิพากษาคดี การที่ศาลจะพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหาย ศาลต้องฟังข้อเท็จจริง รวมทั้งพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่มีการนำสืบและพิสูจน์ในคดีเป็นสำคัญ มิใช่พิจารณาแต่เพียงลักษณะหรือฐานของกฎหมายเท่านั้น

ทางปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลจึงมิได้มีความเคร่งครัดนัก ในเรื่องของการรับฟ้องตาม มาตรา 55 หรือในเรื่องของการบรรยายฟ้องตาม มาตรา 172<sup>12</sup> หรือในเรื่องของการพิพากษาเกินคำขอตาม มาตรา 142 รวมทั้งในเรื่องของการนำสืบข้อเท็จจริงในคดีหรือการถามความของทนายความตาม มาตรา 118 วรรค 3 (1) เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีแพ่ง อันมีเจตนารมณ์เพียงเพื่อมุ่งบังคับการเอาทรัพย์สินของจำเลย หรือเป็นเพียงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบุคคลเท่านั้น ศาลจึงมิได้มีความเคร่งครัดในการใช้การตีความ ตัวบทกฎหมายเหมือนดังเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีอาญา อันมีเจตนารมณ์ที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ เพื่อมุ่งบังคับการเอา

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน.

กับตัวของจำเลย อันเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพของจำเลย เป็นการจับตัวจำเลยไปลงโทษ จำคุก กักขัง ประหารชีวิต ฯลฯ ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพของบุคคล และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุนี้ในคดีแพ่ง ในการบรรยายฟ้อง หรือ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจึงมีความเคร่งครัดในการใช้การตีความกฎหมายน้อยกว่าในคดีอาญา เพราะหากมีความผิดพลาดเกิดขึ้นจำเลยเพียงได้รับความเสียหายในเชิงทรัพย์สินเท่านั้น มิใช่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ ชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพ เหมือนดั่งเช่นในคดีอาญา ดังนั้น แนวการใช้การตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าว จึงไม่ถือเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในทางตรงกันข้ามผู้เขียนเห็นว่ากลับเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มากกว่าด้วย

เหตุผลในประการที่แปด อันเป็นเหตุผลในประการสุดท้าย นอกจากแนวทางการใช้การตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าว เป็นแนวทางการใช้การตีความกฎหมายที่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอันเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติแล้วยังถือเป็นแนวทางการใช้การตีความกฎหมายที่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นกฎหมายในส่วนสารบัญญัติมากกว่าอีกด้วย เนื่องจากไม่ว่ากฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิด ต่างก็เป็นกฎหมายลักษณะ “หนี้” อันว่าด้วยความรับผิดชอบในทางแพ่งด้วยกันทั้งสองลักษณะ แต่ที่แบ่งเป็นกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ก็เป็นเพียงแต่การแบ่งแยกประเภทของหนี้ ตามลักษณะการเกิดของหนี้ ที่ได้มากำหนดขึ้นในภายหลังตามหลักกฎหมายโรมัน เพื่อให้เข้าใจที่มาของหนี้ว่าอาจมีที่มาต่างกันเท่านั้น พิสูจน์ได้จากกรณีที่ไม่ว่ากฎหมายลักษณะสัญญาก็ดี กฎหมายลักษณะละเมิดก็ดี หรือกฎหมายลักษณะหนี้ก็ดี ต่างก็มีเจตนารมณ์เช่นเดียวกัน คือ “มุ่งที่จะชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในมูลหนี้” ซึ่งแนวทางการใช้การตีความกฎหมายที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในกรณีความคาบเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิดดังกล่าว ก็มีเจตนารมณ์เพื่อ “มุ่งที่จะชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในมูลหนี้” เช่นกัน<sup>13</sup> เห็นได้จากการที่แนวทางการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าว ทำให้คู่สัญญาได้รับการเยียวยาความเสียหาย ตามความเสียหายที่แท้จริง หรือ

<sup>13</sup> รวมทั้งยังเป็นเจตนารมณ์หลักของการฟ้องคดีของผู้เสียหายไม่ว่าเป็นคดีความรับผิดชอบในทางสัญญา คดีความรับผิดชอบในทางละเมิด และคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด.

ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งความเสียหาย ซึ่งตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแพ่งทั้งสามลักษณะข้างต้น (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) เพราะการเยียวยาความเสียหายโดยใช้กฎหมายลักษณะสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว นั้นแน่นอนว่าคู่สัญญา จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย เพียงเท่าที่ผู้ก่อความเสียหายคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำของตนเท่านั้น

จากเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมด ส่งผลให้แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดในประเทศไทย ในการชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญา ศาลจึงมิได้คำนึงถึงปริมาณหรือพรมแดนความแตกต่างของกฎหมายลักษณะสัญญาและละเมิดแต่อย่างใด เพราะเห็นว่าหากยกพรมแดนของความแตกต่างหรือปริมาณระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดออกไปแล้ว ไม่ว่าจะหนี้สัญญาหรือหนี้ละเมิด ต่างก็เป็น “หนี้” (obligation) และตามหลักกฎหมายในเรื่องหนี้ว่า “บุคคลใดฝ่าฝืนหนี้ก็ต้องชดใช้หนี้” หรือ “เมื่อบุคคลใดเป็นหนี้บุคคลนั้นก็ต้องชำระหนี้” หากศาลพิจารณาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในคดีแล้ว เห็นว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ศาลจะพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยถือว่า แม้เป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากันมาก่อน หากโจทก์มีกฎหมายรับรองสิทธิให้สามารถฟ้องมูลละเมิดได้ จะไปจำกัดสิทธิของโจทก์ไม่ได้ หากศาลเห็นว่าค่าสินไหมทดแทนนั้นเหมาะสมตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งความเสียหายแล้ว ค่าสินไหมทดแทนจำนวนดังกล่าวคือสิ่งที่โจทก์ต้องได้รับชดใช้ ศาลจะไม่นำเอาปริมาณ หรือ พรมแดนความแตกต่างระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด หรือ ลักษณะแห่งการเกิดหนี้ มาเป็นอุปสรรคหรือสิ่งจำกัดขีดขวางการได้รับชำระหนี้ หรือการได้รับชดใช้เยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายในมูลหนี้ เพราะหลักในการเยียวยาความเสียหาย เน้นที่การชดใช้เยียวยาความเสียหายเป็นสำคัญ ไม่มีการแบ่งแยกที่มาแห่งหนี้หรือคำนึงถึงเรื่องลักษณะแห่งการเกิดของหนี้ แต่อย่างใด การเยียวยาความเสียหายตามมูลหนี้กับลักษณะแห่งการเกิดหนี้ เป็นคนละเรื่องกัน ไม่สามารถนำมาเกี่ยวข้องกันได้ ดังนี้จึงคงเป็นเรื่องดุลยพินิจของศาลที่นำมาประกอบในการใช้การตีความตัวบทกฎหมาย ร่วมกับหลักความยุติธรรมที่ตั้งอยู่บนเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายในเรื่องหนี้ อันเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เป็นการนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาช่วยเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญา ในกรณีที่กฎหมายลักษณะสัญญาไม่สามารถอำนวยความยุติธรรมได้อย่างเต็มที่ อันเป็นเรื่องที่กฎหมายทั้งสองลักษณะมีแนวโน้มที่เดินเข้ามาบรรจบกันเพื่อก่อประโยชน์ให้เกิดขึ้นแก่คู่สัญญา ถือเป็นพัฒนาการหรือวิวัฒนาการ



ใหม่ ที่เกิดขึ้นระหว่างกฎหมายทั้งสองลักษณะ ตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งสิ่งที่เกิดขึ้นก็เป็นการพิสูจน์ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ในความเป็นจริง ทางปฏิบัติปริมณฑลหรือพรมแดนระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดนั้นมิได้มีอยู่จริง และมีได้มีความสำคัญหรือเป็นปรากฏการณ์สำคัญ สำหรับใช้ในการฟ้องร้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายลักษณะหนี้ หรือมิได้มาเป็นตัวแบ่งแยกการได้รับการเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาผู้ซึ่งได้รับความเสียหายในมูลหนี้แต่อย่างใด เพราะอย่างไรก็ดี ความเสียหายก็คือความเสียหาย จะไม่มีการแบ่งแยกที่มาของความเสียหายเพื่อการชดใช้เยียวยาความเสียหาย

ดังนั้นจากการศึกษาวิจัยที่พบว่า ในระบบ Civil Law และ Common Law แนวโน้มการใช้การตีความกฎหมายต่อปัญหาความคาบเกี่ยวความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด มีลักษณะคล้ายกับในประเทศไทย จึงสามารถสรุปได้ว่า ตามแนวความเห็นของนักกฎหมายไม่ว่าในระบบ Civil Law หรือ Common Law “ปริมณฑล” หรือ “พรมแดน” ระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดจึงเป็นเพียง นามธรรม หรือภาพกว้าง ๆ เพื่อใช้ชี้ให้เห็นถึงที่มาหรือบ่อเกิดแห่ง “หนี้” (obligation) เท่านั้น ในความเป็นจริงของการฟ้องร้องคดี นักกฎหมายได้ยกเอากรอบของ ปริมณฑล หรือ พรมแดน ดังกล่าวทิ้งไป และมุ่งคำนึงถึงแต่ข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น พยานหลักฐานที่มีอยู่ และเจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะหนี้เป็นสำคัญ ซึ่งแนวทางการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าวได้รับการพิสูจน์แล้วว่าถูกต้องและเหมาะสม เห็นได้จากการที่แนวทางดังกล่าวได้รับการยืนยัน และยอมรับ เป็นอย่างมาก ที่ในประเทศต่าง ๆ ความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ เห็นพ้องกับแนวทางดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นในหนังสือคำอธิบายกฎหมาย ที่มีอยู่มากมายของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียง หรือตามแนวคำพิพากษาของศาล ในระบบ Civil Law และ Common Law ที่มีอยู่มากมาย และนับวันแนวทางดังกล่าวยังจะมีความชัดเจนขึ้นเรื่อย ๆ เห็นได้จากคดีความที่เกิดขึ้น ที่ศาลในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งในประเทศไทย ได้นำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ ในกรณีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด ที่นับวันยิ่งจะมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ จนอาจกล่าวได้กว่าปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้น มีลักษณะที่สากลเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ผลที่ออกมาสำหรับการใช้การตีความกฎหมาย ในการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด ในระบบ Civil Law และ Common Law จะอยู่ในตรรกะเดียวกัน ไม่มีความแตกต่างกัน แม้ว่าเป็นกฎหมายต่างระบบที่มีวิธีคิดในทางนิติวิธีที่แตกต่างกัน ก็ไม่เป็นอุปสรรคสำหรับการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหายในมูลหนี้แต่

อย่างไรก็ดี ดังนั้น พรหมแดนในระหว่างเนื้อกฎหมาย จึงไม่มีอยู่จริง กล่าวคือ ไม่มีพรหมแดนระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากต่างถือเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่ง นอกจากนี้ ยังไม่มีพรหมแดนอยู่ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายในกลุ่มระบบ Civil Law ไม่มีพรหมแดนอยู่ในระหว่างระบบ Civil Law และ Common Law ถือเป็นหลักการใช้การตีความกฎหมายเพื่อความยุติธรรมที่เป็นสากล ไม่จำกัดประเภทของหนี้ หรือระบบกฎหมาย เพราะมีแนวความเห็นเหมือนกันว่า ที่นักกฎหมายในทุกระบบกฎหมายมองข้ามพรหมแดนดังกล่าว ก็เป็นไปเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย และเพื่อให้ศาลใช้ดุลยพินิจได้อย่างสมควรและยุติธรรม แต่ความยุติธรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตามต้องมีความสมดุลอยู่ในตัวเองด้วย โดยต้องไม่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบไปเช่นกัน เนื่องจากนักกฎหมายในทุกประเทศและทุกระบบเห็นพ้องต้องกันว่า กรณีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ถือเป็นกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นเนื่องมาจากการกระทำที่ผิดหรือไม่ยุติธรรมเป็นอย่างมาก โดยการกระทำละเมิดของคู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหาย ส่งผลให้เขาต้องตกอยู่ภายใต้หนี้ที่ผูกมัดเขาไว้ด้วยความยุติธรรมตามธรรมชาติเพื่อการชดเชยเยียวยาความเสียหาย ด้วยเหตุนี้กฎหมายลักษณะหนี้จึงรับรองให้นักกฎหมายสามารถนำหลักความยุติธรรม รวมทั้งหลักดุลยพินิจของศาล มาใช้ในการฟ้องร้องดำเนินคดี ในการตีความตัวบทกฎหมาย และตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ราวกับว่าได้ถูกระบุไว้ในสัญญา<sup>14</sup> เพื่ออำนวยความสะดวกหรือเป็นหนทางนำไปสู่การเยียวยาความเสียหายที่เป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่สัญญา

ดังที่ท่าน William L. Prosser นักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงได้กล่าวไว้ว่า กรณีดังกล่าว “ถือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหาย ล่วงละเมิดขอบเขตของหลักแห่งความยุติธรรมเป็นอย่างมาก จึงอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย สามารถทำการปลดเปลื้องความเสียหายที่ได้รับ ด้วยวิธีการเพื่อการเยียวยาความเสียหาย ที่ดำเนินการหรือตั้งอยู่บนรากฐานของหลักแห่งความยุติธรรม”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> ผู้พิพากษาศาลอังกฤษ Lord Mansfield. ได้กล่าวไว้ ในคดี *Moses v. Macferlan*, 1760, 2 Burr. 1005, 1008, 97 Eng. Rep. 676 (Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. p. 629.)

<sup>15</sup> Prosser William L. *Handbook of the law of Torts*. p. 631.

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- กุศล บุญเย็น. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วน จำกัด พิมพ์อักษร, 2537.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.
- จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : บริษัท กรุงสยาม พรินติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2536.
- จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เจริญผล, 2524.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539.
- จำปี โสคติพันธ์. คำอธิบายหลักหมายกฎหมายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540.
- ดาราวพร ติระวัฒน์. กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.

- ถาวร โพธิ์ทอง. **พจนานุกรมกฎหมายและศัพท์ที่เกี่ยวข้อง อังกฤษ-ไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2.**  
กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.
- เทพวิฑูร, พระยา. **หลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง. ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2463.**
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2.** กรุงเทพฯ : สหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรม จำกัด, 2521.
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง.** กรุงเทพฯ : บริษัท ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2530.
- ประพนธ์ ศาตะมาน. **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.** กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แสงทองการพิมพ์, 2517.
- ประมุล สุวรรณสร. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 8.** กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2526.
- พจน์ ปุຍปาคม. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมัน และ ฝรั่งเศส).** พระนคร : โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2510.
- พจน์ ปุຍปาคม. **ละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3.** กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2525.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. **คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 3.** กรุงเทพฯ : บริษัท ยูแพด จำกัด, 2539.
- พิพัฒน์ จักรางกูล. **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.** กรุงเทพฯ : บริษัท กรุงเทพมหานคร พรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2537.
- พิพัฒน์ จักรางกูล. **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.** กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วน จำกัด พิมพ์อักษร, 2538.
- ไพจิตร ปุญญพันธุ์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7.** กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2538.
- ไพจิตร ปุญญพันธุ์. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลามิควรรได้. พิมพ์ครั้งที่ 3.** กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2532.
- ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. **หลักกฎหมายละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 6.** กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540.

- มาโนช จรมาศ. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2522 ว่าด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1-2. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2523.
- ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา. กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2528.
- ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา. คำพิพากษาฎีกา ปี 2521-2522. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ศรีเพชรการพิมพ์, 2523.
- โรแบร์ต แดงกาด์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2526.
- โรแบร์ต แดงกาด์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2526.
- วรศักดิ์พิบูลย์, พระ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พระนคร : วัชรินทร์การพิมพ์, 2514.
- วรศักดิ์พิบูลย์, พระ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด. พระนคร : แพร่พิทยา, 2513.
- วารี นาสกุล. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวไรด์ LA 208. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2526.
- วิชา มหาคุณ. หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2523.
- วินัย ล้าเลิศ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2524.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วน จำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2532.
- สุขุม สุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : แสงสุทธิการพิมพ์, 2537.

- เสริม วินิจฉัยกุล. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2483.
- แสวง สุนทรกะลัมภ์. อำนาจฟ้องในคดีแพ่งพร้อมด้วยย่อคำพิพากษาฎีกาตั้งแต่ พ.ศ. 2478 ถึง 2506. พระนคร : โรงพิมพ์ไทยสัมพันธ์, 2507.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : บริษัทธรรมสาร จำกัด, 2537.
- โสภณ รัตนากร. หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539.
- เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. เล็กเซอร์ราชบุรี. พระนคร : โรงพิมพ์กรุงเทพบรรณาการ. 2468.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505.
- สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538.
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา. พระนคร : โรงพิมพ์วิบูลย์กิจ, 2495.

#### บทความ

- จำปี (หยกอุบล) โสคติพันธุ์. “หลัก Pacta de Contrahendo ในกฎหมายอิตาลี.” วารสารนิติศาสตร์ 21. กันยายน 2534 119-120.
- คาราพร ธีระวัฒน์. “หลักและขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญา.” หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. 368-387. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ. “ละเมิดกับสังคม.” อัยการนิเทศ 46. 2537 79-116.
- อนันต์ จันทโรภากร. “การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการผิดสัญญา : ศึกษาในเชิงเศรษฐศาสตร์ประยุกต์.” วารสารนิติศาสตร์. 17. มิถุนายน 2530 1-10.

### วิทยานิพนธ์

- กล่อม อิศรพันธ์. **หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2496.
- ชูชีพ ปิณฑะสิริ. **การละเมิดสิทธิส่วนตัว**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- ประสิทธิ์ จงวิจิต. **การพิสูจน์ในคดีละเมิดโดยประมาทเล็กน้อย**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526.
- ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. **ความรับผิดในความเสียหายซึ่งเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยเครื่องจักรกล**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- สกล สกลเดช. **ความรับผิดทางละเมิดของผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- สายสุดา นิงสานนท์ (เศรษฐบุตร). **ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.
- สุจิน ชื้อสุวรรณ. **ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532.
- สุรัชย์ ศักดาพลชัย. **ความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ : เวชกรรม**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.
- สุรศักดิ์ มณีสร. **ปริมาณของความรับผิดทางละเมิดในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.
- อภิวัฒน์ เจริญไทย. **ร่วมกันทำละเมิด**. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

### เอกสารอื่นๆ

- จำลอง สุขศิริ. "กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2." **หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคสอง สมัยที่ 47 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 1**. สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2537.

- ชูชาติ ศรีแสง. “กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 3 – 4.” **หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคสองสมัยที่ 47 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 1.** สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2537.
- ประชุม โฉมฉาย. “เอกสารประกอบการบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายโรมัน : ในเรื่องสัญญา.” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์.
- ปรีชา วิศาลเวทย์. “หนี้ ละเมิด.” เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 2 หน่วยที่ 1 - 15. พิมพ์ครั้งที่ 18 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : บริษัท รุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977) จำกัด, 2539.
- ปรีชา วิศาลเวทย์. “หนี้ ละเมิด.” เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 2 หน่วยที่ 7 - 15. พิมพ์ครั้งที่ 18 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : บริษัท รุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977) จำกัด, 2539.
- พิพัฒน์ จักรางกุล. “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2.” **หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคสองสมัยที่ 47 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 1.** สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ : บริษัทกรุงเทพมหานคร พรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2537.
- เพ็ง เพ็งนิตติ. “กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด.” **หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่งสมัยที่ 45 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 1.** สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2537.
- โสภณ รัตนกร. “กฎหมายแพ่งลักษณะหนี้.” **หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคหนึ่งสมัยที่ 47 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 1.** สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร, 2537.
- อุดม เพ็ญพุ่ม. “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1.” **หนังสือรวมคำบรรยาย ภาคสองสมัยที่ 47 ปีการศึกษา 2537 เล่มที่ 16.** สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2537.

## ภาษาอังกฤษ

### Books

Barry Nicholas. **The French Law of Contract.** Second Edition. New York : Oxford University Press, 1992.



- B.S. Markesinis, S.F. Deakin. **Tort Law**. Third Edition. Great Britain : Oxford University Press, 1994.
- B.S. Markesinis. **Comparative Introduction to the German Law of Torts**. third edition. New York : Oxford University Press, 1994.
- Edward J. Kionka. **Tort Injuries to Persons and Property**. Southern Illinois : S.T. Paul Minn., West Publishing Co., 1977.
- E.J. Cohn. **Manual of German Law**. vol. 1. Second Edition. London : Oceana Publications, 1968.
- John G. Fleming. **The law of Torts**. fifth edition. Sydney : Melbourne law book, 1977.
- Konrad Zweigert, Hein Kotz. **An Introduction to Comparative Law**. Second Edition Translated from the German by Tony Weir. Oxford : Clarendon Press, 1992.
- Norbert Horn, Hein Kotz, Hans G. Leser. **German Private and Commercial Law : An Introduction**. Translated by Tony Weir. Oxford : Clarendon Press, 1982.
- P. H. Winfield. **The Province of the Law of Tort Winfield on Tort**. London : Sweet & Maxwell limited, 1931.
- P.H. Winfield. **A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort**. Sixth Edition by T. Ellis Lewis. London : Sweet & Maxwell limited, 1954.
- Sir John Salmond. **The Law of Torts**. Sixteenth Edition by R.F.V. Heuston. London : Sweet & Maxwell limited, 1973.
- William L. Prosser. **Handbook of the law of Torts**. fourth Edition. St. Paul, Minnesota : West Publishing Company, 1971.
- William L. Prosser, John W. Wade, Victor E. Schwartz. **Cases and Materials on Torts**. Seventh Edition. Mineola, N. Y. : The Foundation Press, Inc., 1982.

#### Articles

- Gerhard O.W. Mueller. "Causing Criminal Harm." In **Criminal Science**. pp. 189-196. Edited by Gerhard O.W. Mueller. London : Sweet & Maxwell limited, 1961.

### ประวัติผู้เขียน

นายไพรัช โชติบัณฑิต เกิดเมื่อวันที่ 19 มกราคม 2513 ภูมิลำเนาปัจจุบันอยู่ที่  
อำเภอเมือง จังหวัดนครราชสีมา

สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีศาสตรบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยกรุงเทพ เมื่อปีการ  
ศึกษา พ.ศ. 2536 สำเร็จการศึกษาจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อปี  
การศึกษา พ.ศ. 2537 สำเร็จการศึกษาจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ  
เมื่อปีการศึกษา พ.ศ. 2538 (ทนายความรุ่นที่ 10) และเข้าศึกษา ในระดับปริญญาตรีศาสตร  
มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ภาควิชากฎหมายธุรกิจ เมื่อปี พ.ศ. 2539

ปัจจุบันประกอบอาชีพทนายความ