

## บทที่ 2

### ความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญา

ความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญาต่างก็เป็นความรับผิดในทางแพ่ง กล่าวคือ มีการกระทำของบุคคลอื่นทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายนี้ต้องเป็น ความเสียหายแก่เอกชน และกฎหมายบังคับให้บุคคลผู้เป็นต้นเหตุแห่งการกระทำนั้น ชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายนั้น<sup>1</sup>

ละเมิดและสัญญาต่างเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ เมื่อเกิดหนี้ขึ้นมาแล้วผู้เป็นฝ่ายแห่งหนี้ คือ เจ้าหนี้กับลูกหนี้ มีความผูกพันต่อกันที่จะต้องปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามหนี้ นั่นคือ ต้องใช้ ค่าสินไหมทดแทนหรือชดใช้ค่าเสียหายหรือต้องปฏิบัติตามสัญญา ถ้าไม่ปฏิบัติตามการให้เป็นไปตาม หนี้นั้นและได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใดแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้ซึ่งไม่ปฏิบัติจะต้องชดใช้ ค่าเสียหายนั้นอีก

#### 2.1 ความรับผิดทางละเมิด

ละเมิด หมายความว่า การกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุ ให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่ง อย่างใด ซึ่งผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ละเมิดจะต้องเป็นการกระทำผิดกฎหมายและเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ถ้ามี การกระทำผิดกฎหมายแต่ไม่เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แต่การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ย่อมไม่เป็นละเมิด เช่น จำเลยปิดกั้นหนองเอกชนเพื่อป้องกันมิให้ ผักตบชวาไหลเข้าไปเป็นอุปสรรคแก่การจับปลาในหนอง ผักตบชวาจึงไหลลอยตามน้ำไปเข้านา ของโจทก์ ทำให้ข้าวในนาเสียหาย การกระทำของจำเลยไม่ผิดกฎหมาย แม้เกิดความเสียหาย แก่โจทก์ ก็ไม่เป็นละเมิด (ฎีกาที่ 964/2496)

---

<sup>1</sup> จิต เศรษฐบุตตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2539), น. 33.

ละเมิดเป็นนิติเหตุ<sup>2</sup> ละเมิดเป็นนิติเหตุอย่างหนึ่งที่เกิดจากการกระทำของบุคคล แต่เป็นการกระทำที่ไม่มุ่งประสงค์จะให้เกิดผลในทางกฎหมาย หากแต่มีผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันตามกฎหมาย

ความรับผิดทางละเมิดจะเกิดขึ้นได้ต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

- มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย

การกระทำโดยผิดกฎหมายอาจหมายถึงผิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง คือ มีกฎหมายที่กำหนดไว้ว่าเป็นความผิด เช่น ประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ ที่ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย เช่น ตามมาตรา 295 เรื่องการทำร้ายร่างกายเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง หรืออาจเป็นกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง คือ ถ้ามีการกระทำ ความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคล คือ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายที่ให้ทำได้แล้วก็เป็น การกระทำผิดกฎหมายในตัว<sup>3</sup>

คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 อาจทำให้เข้าใจผิดไปได้ว่า ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำใดเป็นความผิด แท้จริงคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 นี้มีความหมายแต่เพียงว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” (unlawful) ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 421 เท่านั้น (ฉบับร่างภาษาอังกฤษของมาตรา 420 นี้ก็ใช้คำว่า unlawful ตรงกับคำว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” ในมาตรา 421) ถ้าได้กระทำโดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้แล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ดังนั้น ถ้ากระทำโดยมีสิทธิตามกฎหมาย แม้จะก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น ก็ไม่เป็นการผิดกฎหมาย<sup>4</sup>

การกระทำโดยผิดกฎหมาย ผู้กระทำต้องไม่มีอำนาจกระทำ ถ้ามีอำนาจกระทำได้ก็ไม่ใช่ละเมิด อำนาจที่กระทำได้นี้ อาจเกิดจากมีกฎหมายให้อำนาจโดยตรง มีอำนาจตามสัญญาตามคำพิพากษา หรือความยินยอมของผู้เสียหาย

<sup>2</sup> นิติเหตุ เป็นเหตุการณ์ซึ่งกฎหมายยอมรับว่ามีผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันระหว่างบุคคล

<sup>3</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามมิควรได้, (กรุงเทพมหานคร, มิถุนายน 2548), น.5.

<sup>4</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), น.15.

- เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยจงใจ หมายความว่า การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากหรือน้อยไม่สำคัญ การกระทำโดยจงใจมีความหมายกว้างกว่ากระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา เพราะการกระทำโดยเจตนาผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลในการกระทำนั้นๆ การกระทำโดยเจตนาจึงเป็นการกระทำโดยจงใจ แต่การกระทำโดยจงใจอาจไม่ใช่การกระทำโดยเจตนาเสมอไป

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เป็นการกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่ ซึ่งมีความหมายในทำนองเดียวกันกับการกระทำโดยประมาทในทางกฎหมายอาญา

- เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น

ความรับผิดชอบทางละเมิดจะต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายและเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย ความเสียหายต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน หรือความเสียหายอันเกิดขึ้นแล้วในปัจจุบันหรือความเสียหายในอนาคตซึ่งจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

ความเสียหายต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย คือ เป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรอง และความเสียหายต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น คือ เป็นการเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งกฎหมายรับรองคุ้มครอง หากไม่มีกฎหมายรับรองคุ้มครองก็เรียกค่าสินไหมทดแทนไม่ได้

- ความเสียหายดังกล่าวเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ละเมิด

เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจะต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลยหรือไม่ โดยหลักที่ศาลไทยใช้ในการพิจารณานั้น ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงของการละเมิด แต่ต้องไม่ไกลกว่าเหตุ ที่ว่าเป็นผลโดยตรง คือ แม้ผลที่เกิดขึ้นจะเกิดจากเหตุหลายเหตุ ถ้าเหตุหนึ่งเกิดจากการกระทำของจำเลย จำเลยจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ไม่ว่าความเสียหายจะมีมากมายเพียงใด เพราะถ้าไม่มีการกระทำของจำเลย ผลเสียหายเช่นนั้นคงจะไม่เกิดขึ้น และที่ไม่ไกลกว่าเหตุ หมายความว่าไม่มีเหตุสุดแทรกหรือเหตุแทรกแซงอื่นมาทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลขาดตอนลง

## 2.2 ความรับผิดทางสัญญา

สัญญานั้น ได้แก่ ข้อตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปตกลงกัน ให้คู่สัญญามีความผูกพันอย่างใดอย่างหนึ่งต่อกัน เช่น ในสัญญาซื้อขาย ผู้ขายจะต้องส่งมอบทรัพย์สินของตนแก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อต้องชำระราคาแก่ผู้ขาย เป็นต้น

หนี้ในทางสัญญาเกิดขึ้นเพราะมีการตกลงกัน ในบางกรณีคู่สัญญาได้กระทำผิดสัญญา คือ มิได้ปฏิบัติตามข้อตกลงกันไว้ เช่น ผู้ขายไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินของตนแก่ผู้ซื้อ หรือผู้ซื้อไม่ยอมชำระราคาแก่ผู้ขาย เป็นต้น การผิดสัญญาอาจทำให้เกิดความเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากฝ่ายที่ผิดสัญญาได้

ความรับผิดทางสัญญาจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีสัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมายในระหว่างผู้รับผิดและผู้เสียหายและความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้แห่งสัญญานั้น<sup>5</sup> ดังนี้

### 1) สัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมายในระหว่างผู้รับผิดและผู้เสียหาย

สัญญาเป็นนิติกรรมสองฝ่ายเกิดขึ้นได้โดยการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายหรือกว่านั้นขึ้นไป โดยมีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสนอและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้สนองรับ เกิดเป็นสัญญาขึ้น ดังนั้นสัญญาสมบูรณ์ที่จะเกิดขึ้นได้ต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้<sup>6</sup>

#### - ต้องมีคู่สัญญา

การก่อให้เกิดสัญญาต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายหรือกว่านั้นขึ้นไปเป็นคู่สัญญาแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองที่สอดคล้องต้องกันทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้น คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายผู้เสนอและฝ่ายผู้สนองอาจมีสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายก็ได้ คู่สัญญานี้ อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ การที่สัญญาที่สร้างขึ้นจะมีความสมบูรณ์ได้นั้น โดยหลักก็ต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมาย

#### - ต้องมีวัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ในการทำสัญญาคือเป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่จะได้จากสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญานั้นจะต้องเป็นเป้าหมายที่มีร่วมกันของคู่สัญญา มิใช่เป้าหมายของ

<sup>5</sup> จีดี เศรษฐบุตตร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่* 1, น. 50.

<sup>6</sup> จำปี โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545), น. 244-250.

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว ในสัญญาทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจแปรเปลี่ยนหลากหลายไปตามสัญญาโดยอาศัยหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งวัตถุประสงค์นั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ฝ่าฝืนศีล ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

- ต้องมีเจตนา

สัญญาจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายมีเจตนาตรงกันและร่วมกัน โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาออกมาก่อนเป็นนิติกรรมในรูปของคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาสนองรับออกมาเป็นนิติกรรมในรูปของคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น

- ต้องเป็นไปตามแบบ

แบบหรือวิธีการในการแสดงเจตนาซึ่งอาจจะเป็นวิธีใดก็ได้ไม่ว่าด้วยวาจา กิริยาอาการหรือลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน หรือด้วยการกระทำที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนา ก็ได้ ยกเว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องทำตามแบบเฉพาะ มิฉะนั้นสัญญาจะตกเป็นโมฆะก็ต้องทำตามนั้น

การที่จะมีความรับผิดชอบทางสัญญาเกิดขึ้นนั้น สัญญานั้นต้องสมบูรณ์ตามกฎหมายด้วย กล่าวคือต้องไม่เป็นสัญญาโมฆะและไม่เป็นสัญญาโมฆียะซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่มีสิทธิบอกล้างได้บอกล้างแล้ว

2) ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้แห่งสัญญานั้น

ในเรื่องความรับผิดชอบทางสัญญานั้นความเสียหายต้องเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้นด้วย ในเรื่องนี้ถ้าในสัญญาได้มีข้อตกลงหนี้ระบุไว้ชัดเจน และเกิดความเสียหายเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ที่ระบุไว้ เช่น ในสัญญาซื้อขายได้มีข้อตกลงชัดเจนว่าผู้ขายจะนำของมาส่งให้แก่ผู้ซื้อที่บ้าน หากผู้ขายไม่ทำตามข้อตกลงนี้เกิดความเสียหายขึ้น ผู้ซื้อสามารถที่จะฟ้องให้ผู้ขายรับผิดชอบทางสัญญาได้

การไม่ปฏิบัติตามหนี้แห่งสัญญา หมายถึง กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ คำว่าไม่ชำระหนี้ไม่ได้หมายความว่าไม่ชำระหนี้เลย แต่หมายความรวมถึงการชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควรด้วย เช่น ชำระหนี้เพียงบางส่วน ชำระหนี้ล่าช้า ชำระหนี้บกพร่อง เป็นต้น

กรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้าหรือไม่ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้นั้น จำกััดเฉพาะกรณีที่หนี้นั้นตนเป็นผู้ก่อสัญญาขึ้น ซึ่งตนจะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้เท่านั้น ถ้าหากเจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้หรือได้รับชำระหนี้ไม่ตรงกับมูลหนี้ ลูกหนี้ก็ต้องถูก

บังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญาถ้าหากไม่อาจเป็นไปได้ก็ต้องถูกบังคับให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้เจ้าหนี้เพื่อความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ<sup>7</sup>

## 2.3 ความแตกต่างระหว่างความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญา

ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิดมีข้อแตกต่างกันอยู่เนื่องจากเหตุว่า ความรับผิดทางสัญญาเป็นกรณีที่มีหนี้ผูกพันตามนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้ผิดสัญญาอยู่ก่อนแล้ว ก่อนเกิดความรับผิดต่างได้ตกลงกันแล้วถึงหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน ส่วนความรับผิดทางละเมิดนั้น ไม่มีหนี้หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้จะกระทำการผิดและผู้จะเสียหายแต่อย่างใด จึงมีข้อแตกต่างกัน ดังนี้

### 1) ความสามารถที่ก่อให้เกิดความรับผิด

ความสามารถของบุคคลนั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดฐานะของบุคคลที่กระทำนิติกรรมที่สมบูรณ์ตามกฎหมายได้ บทบัญญัติว่าด้วยความสามารถนี้ย่อมใช้บังคับแก่การทำนิติกรรมเท่านั้น แต่ละเมิดจะอยู่ในประเภทนิติเหตุ คือ เป็นพฤติการณ์อย่างหนึ่งซึ่งมีผลทางกฎหมายโดยเจ้าของพฤติการณ์นั้นมิได้มีเจตนาตั้งใจจะให้เกิดขึ้น บทบัญญัติในเรื่องความสามารถจึงใช้บังคับกับนิติกรรมอย่างเดียวไม่ควรใช้บังคับแก่ละเมิดด้วย บุคคลไร้ความสามารถ คือ ผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต จึงอาจต้องรับผิดทางละเมิดได้ ในความรับผิดทางสัญญาจะต้องมีหนี้เดิมอยู่ก่อนแล้ว หนี้เดิมจะเกิดขึ้นโดยนิติกรรมซึ่งบุคคลผู้มีความสามารถตามกฎหมายเท่านั้นได้กระทำขึ้น ฉะนั้นจึงต้องเป็นเรื่องระหว่างผู้บรรลุนิติภาวะที่ไม่ตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถจึงจะเกิดความรับผิดทางสัญญาได้<sup>8</sup>

### 2) หน้าที่นำสืบ

ในคดีละเมิดผู้เสียหายต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำละเมิดได้ทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เขาเสียหายโดยผิดกฎหมายจึงบังคับให้เขาใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ส่วนความรับผิดทางสัญญา เมื่อฟังได้ว่าลูกหนี้มีพันธะต่อเจ้าหนี้ตามสัญญาแล้ว ลูกหนี้ต้องพิสูจน์ว่าได้ชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว<sup>9</sup> เรื่องภาระหน้าที่การนำสืบเป็นข้อแตกต่างในตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาที่สำคัญมากเพราะปัญหาหน้าที่นำสืบอาจจะทำให้คดีแพ้หรือชนะได้

<sup>7</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, อ้างแล้ว เชนงอรรถที่ 4, น. 49-53.

<sup>8</sup> จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชนงอรรถที่ 1, น. 40.

<sup>9</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, อ้างแล้ว เชนงอรรถที่ 4, น. 4.

### 3) จำนวนค่าสินไหมทดแทน

ความรับผิดในทางสัญญาได้มีขึ้นเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อนแล้ว และก่อนที่จะมีหนี้ขึ้นจะต้องมีการคาดคะเนถึงผลแห่งการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกัน ฉะนั้นหากมีความเสียหายเกินคาดคะเนแล้ว จะให้ผู้ผิดสัญญาจำต้องใช้แทนทั้งหมดจะเป็นการเกินไปจากข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ แต่ในความรับผิดทางละเมิดนั้น ปัญหาเรื่องการจำกัดจำนวนค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากการคาดคะเนจะมีขึ้นไม่ได้ เพราะก่อนเกิดละเมิดไม่มีการตกลงต่อกันมาแต่อย่างใดเลย<sup>10</sup>

### 4) การผิดนัด

การผิดนัด ในกรณีความรับผิดทางละเมิด กฎหมายกำหนดให้ผิดนัดนับแต่วันทำละเมิดทันที<sup>11</sup> แต่ในกรณีความรับผิดทางสัญญา กฎหมายได้กำหนดให้ต้องมีการทวงถามเสียก่อน นอกจากจะได้กำหนดเวลาชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน<sup>12</sup>

### 5) อายุความ

อายุความทางละเมิดนั้น มีกำหนด 1 ปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่จะต้องไม่เกินกว่าสิบปีนับแต่วันละเมิด<sup>13</sup> แต่อายุความทางสัญญานั้นคือ สิบปีซึ่งเป็นอายุความที่ยาวกว่า

<sup>10</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 1, น.43-44.

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 206 “ในกรณีหนี้อันเกิดแต่มูลละเมิด ลูกหนี้ ได้ชื่อว่า ผิดนัด มาแต่เวลา ที่ทำละเมิด”

<sup>12</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 “ถ้า หนี้ถึงกำหนดชำระแล้วและภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ ยังไม่ชำระหนี้ไซ้ร้ ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัด เพราะเขาเตือนแล้ว

ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ร้ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนเลย วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้ อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้บอกกล่าว”

<sup>13</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448 วรรคหนึ่ง

“สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่ทำละเมิด”

## 2.4 การกระทำกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน

ปกติในการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน คู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในมูลสัญญาหรือในมูลละเมิดแยกกันไป อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีนั้นคู่สัญญาที่มีสัญญาผูกพันกันอาจทำละเมิดต่อกันได้ โดยเป็นเรื่องที่สิทธิทั้งสองประการรวมอยู่ในเรื่องเดียวกัน คือ เป็นทั้งการกระทำผิดต่อสิทธิตามสัญญาและสิทธิตามกฎหมายหรือละเมิด จุดที่จะแบ่งแยกว่ากรณีใดเป็นการกระทำผิดสัญญาหรือเป็นการกระทำละเมิดหรือเป็นทั้งสองกรณี อยู่ที่ว่าผู้ก่อความเสียหายทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิใด<sup>14</sup> กรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นโดยเป็นทั้งการกระทำละเมิดและการกระทำผิดสัญญา เช่น การเช่าทรัพย์สิน ผู้เช่ามีสิทธิใช้ทรัพย์สินตามสิทธิที่เกิดโดยสัญญา แต่ผู้เช่าก็มีหน้าที่ที่จะต้องบำรุงรักษาทรัพย์สินให้ถูกต้องตามสัญญาหรือตามปกติ หากประมาทเลินเล่อทำให้ทรัพย์สินที่เช่าเสียหายเป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญา ที่เป็นละเมิดเพราะสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของเป็นสิทธิตามกฎหมาย ผู้เช่าไม่มีอำนาจทำให้ทรัพย์สินของเขาเสียหาย และที่เป็นผิดสัญญาเพราะหน้าที่ระมัดระวังไม่ให้ทรัพย์สินเสียหายอันเกิดจากสัญญาด้วย เป็นต้น

โดยในเรื่องที่จะพิจารณาว่ากรณีใดที่จะเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในกรณีเดียวกันนั้น มีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นไว้ โดยแยกเป็นการพิจารณาความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Civil Law และ ระบบCommon Law ตามลำดับ ดังนี้

### 2.4.1 ในระบบกฎหมาย Civil Law

แนวความคิดของนักนิติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศส<sup>15</sup> และเยอรมัน<sup>16</sup> ที่เห็นว่ากรณีที่การกระทำอันเดียวที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นการกระทำละเมิดสามารถเกิดขึ้นได้

<sup>14</sup> พจน์ ปุชปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, น.12.

<sup>15</sup> Thaller, Anales de droit commercial, n.p.: 1886, p.125.อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.69.

<sup>16</sup> Horn Norbert, Kotz Hein, Laser Hans G., German Private and Commercial Law : An Introduction, Translated by Tony Weir (Oxford: Clarendon Press, 1982), pp.159-160.

หากการกระทำผิดสัญญาในตัวเองเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดในขณะเดียวกัน

ในระบบ Civil Law กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำผิดละเมิดในขณะเดียวกันมีดังนี้

1. การกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right)

การกระทำผิดสัญญาที่เป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายรับรองคุ้มครองหรือทำให้มีผลเสียหายแก่ตัวบุคคลหรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน เช่น ในกรณีที่แพทย์ทำการผ่าตัดรักษาคนไข้และคนไข้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากแพทย์ทำการผ่าตัดด้วยความประมาทเลินเล่อปราศจากความระมัดระวังเย็บบาดแผลไม่ดี ทำให้แผลติดเชื้อ กรณีนี้เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน คือ เป็นการกระทำผิดสัญญาในด้านที่แพทย์มีหน้าที่ต้องทำการผ่าตัดรักษาคนไข้ให้หายตามสัญญา และเป็นการกระทำละเมิดในด้านที่แพทย์ทำการผ่าตัดรักษาคนไข้ด้วยความประมาทเลินเล่ออันเป็นการกระทำผิดกฎหมาย<sup>17</sup> และหน้าที่ตามวิชาชีพ จรรยาบรรณ หรือธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ ทำให้คนไข้ได้รับความเสียหายแก่ร่างกาย ซึ่งสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัยเป็นสิทธิเด็ดขาด บุคคลใดไม่มีอำนาจทำให้บุคคลอื่นได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัยโดยไม่มีสิทธิ<sup>18</sup>

สำหรับกรณีดังกล่าวนี้ ในประเทศเยอรมันกรณีที่มีการกระทำผิดสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน<sup>19</sup>

2. บุคคลที่เข้าทำสัญญาก่อนหน้าที่พิเศษ

กรณีบุคคลที่เข้าทำสัญญาที่ก่อนหน้าที่พิเศษบางประการที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย นอกเหนือจากหน้าที่ที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา หากมีการกระทำผิดหน้าที่พิเศษดังกล่าว ถือเป็นกรณียกเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งตามสัญญาและตามกฎหมาย จึงเป็นกรณีที่เป็นการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในเวลาเดียวกัน เช่น สัญญารับขนส่งคนโดยสาร

<sup>17</sup> มาตรา 300 และมาตรา 390 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

<sup>18</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์. *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 48-51.

<sup>19</sup> Markesinis Basil S., *Comparative Introduction to the German Law of Torts*, (Oxford : Clarendon Press, 1990), pp. 82-84, 87, 88.

หากการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ขนส่งคนโดยสารก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของผู้โดยสาร ถือเป็นกรณีที่ผู้รับขนส่งคนโดยสารกระทำความผิดทั้งสัญญาและละเมิด ต่อผู้โดยสาร เพราะนอกจากผู้ขนส่งจะมีหน้าที่ตามสัญญาขนส่งคนโดยสารให้ถึงจุดหมาย ปลายทางตามสัญญาแล้ว ยังมีหน้าที่พิเศษที่ต้องขนส่งผู้โดยสารให้ถึงจุดหมายปลายทางด้วยความปลอดภัย ทั้งในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินโดยสวัสดิภาพ

ในประเทศฝรั่งเศส<sup>20</sup> เรียกหน้าที่พิเศษดังกล่าวว่า “หนี้หรือหน้าที่พิเศษ บางประการ” หรือ “หนี้ประกันความปลอดภัย” ในประเทศเยอรมันเรียกว่า “หนี้หรือหน้าที่ ตามความสัมพันธ์พิเศษที่มีลักษณะเฉพาะ” (sui generis) หรือ “หนี้หรือหน้าที่ตามลัทธิขั้นพื้นฐาน” โดยอธิบายว่า หนี้หรือหน้าที่พิเศษดังกล่าวเกิดขึ้นมาจากการตีความเจตนาของผู้สัญญาตาม สัญญาที่คู่สัญญาเข้าผูกพันกัน ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์พิเศษเป็นลักษณะเฉพาะที่ มิได้มีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เกิดจากการตีความตามแนวคำพิพากษาของศาล ตามลักษณะของสัญญาแต่ละชนิด อันถือว่าเป็นลัทธิขั้นพื้นฐานของผู้สัญญา เนื่องจากถือว่า ความเสียหายของใจก็เกิดขึ้นมาจากความไว้วางใจในตัวจำเลยและพฤติกรรมของจำเลย โดยคาดหวังว่า การปฏิบัติตามสัญญาของจำเลยจะปราศจากความบกพร่องและไม่ก่อให้เกิดอันตรายใดๆ แก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของใจก็ อีกทั้งใจก็ยังได้รับมอบประโยชน์หรือค่าตอบแทน ให้จำเลยเป็นการตอบแทนไปล่วงหน้าก่อนแล้ว สัญญาซึ่งก่อกำหนดหน้าที่พิเศษส่วนใหญ่มักจะเป็น กิจการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชน<sup>21</sup>

ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่ การตีความสัญญาในเรื่องหน้าที่พิเศษเพื่อนำกฎหมาย ลักษณะละเมิดมาใช้เช่นนี้ จะเกิดขึ้นในกรณีที่สัญญามีการจำกัดความรับผิดชอบของผู้สัญญาฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งไว้ ซึ่งถือเป็นเรื่องที่นักกฎหมายในต่างประเทศที่ต้องการอุดช่องว่างของสัญญาโดย กฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งนักกฎหมายไทยมีแนวการตีความสัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้ เพื่ออุดช่องว่างของสัญญาเช่นเดียวกับในต่างประเทศ

ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบกฎหมาย Civil Law เช่น ในประเทศ ฝรั่งเศส และในประเทศเยอรมัน กรณีที่จะเป็นการกระทำที่ทั้งเป็นการกระทำผิดสัญญาและเป็น การกระทำละเมิดนั้น มีได้สองกรณี คือ การกระทำผิดสัญญาเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right) และกรณีที่บุคคลเข้าทำสัญญาก่อนหน้าที่พิเศษกระทำผิดหน้าที่พิเศษ

<sup>20</sup> Deakin, S. F. (Simon F.), Johnston, Angus Charles., Markesinis, B. S. Tort Law, (Oxford : Clarendon Press, 2008) pp. 8, 9.

<sup>21</sup> Markesinis Basil S., *supra note* 19, pp. 88.

## 2.4.2 ในระบบกฎหมาย Common Law

นักนิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษและในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่า โดยหลักเมื่อคู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญาเกิดขึ้นและมีการกระทำผิดสัญญา กรณีถือเป็นเรื่องการกระทำในทางสัญญาและก่อผลเป็นเรื่องสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบในมูลสัญญาเพียงมูลเดียว ไม่ถือเป็นการกระทำละเมิดที่ต้องรับผิดชอบในมูลละเมิดแต่อย่างใด ดังนั้นการผิดสัญญาโดยทั่วไป คู่สัญญาจึงไม่สามารถฟ้องร้องผู้ก่อความเสียหายในทางละเมิดหรือนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในกรณีความรับผิดทางสัญญาได้ เนื่องจากสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาได้ถูกครอบงำโดยสัญญาที่สร้างขึ้นเท่านั้น และเรียกการกระทำผิดสัญญาปรกติทั่วไปที่เป็นเรื่องการกระทำสัญญาแต่เพียงอย่างเดียวนี้ว่า “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance)<sup>22</sup> ซึ่งหมายถึง การละเว้นไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่มีการเริ่มต้นกระทำการใดๆตามสัญญาเกิดขึ้น นอกจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยมีได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อความเสียหายใดๆขึ้นใหม่ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนอกเหนือไปจากความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาตามปกติ คือ เป็นการละเว้นอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ในรูปของผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีการกระทำผิดสัญญาในขณะเดียวกันอาจเป็นเรื่องการกระทำละเมิดด้วยได้ ซึ่งถือเป็นหลักยกเว้นของหลักทั่วไปหรือหลัก “การไม่ปฏิบัติตามสัญญา” (nonfeasance) โดยมีกรณีดังต่อไปนี้<sup>23</sup>

### 1. การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance)

การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) นั้น ต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นและการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดพลาดในการปกป้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจากความเสียหายที่คู่สัญญาสามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าถึงภัยพิบัติที่คู่สัญญาไม่มีข้อแก้ตัวอันสมควรและเป็นภัยอันกระทบต่อส่วนได้เสียของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ส่งผลให้คู่สัญญา

<sup>22</sup>Edward J. Kionka, Torts in a nutshell : injuries to persons and property, (Southern Illinois : St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1977), pp.389,394.

<sup>23</sup> Sir John Salmond, The Law of Torts, (London, Sweet & Maxwell, 1957.) อ้างถึงใน ไพรัช โชติบัณฑิต, “ความรับผิดในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544), น. 61-67.

ฝ่ายผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบทั้งในมูลสัญญาและในมูลละเมิด เนื่องจากการสร้างความเสี่ยงใหม่ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนอกเหนือจากความเสี่ยงต่อความเสียหายตามปกติที่มีอยู่ตามสัญญา อันเป็นผลมาจากความประพฤติของคู่สัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่เฉพาะแต่สูญเสียผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับตามสัญญาเท่านั้น ยังอาจได้รับความเสียหายประการอื่นอีก เช่น ความเสียหายทางจิตใจ ความเสียหายที่คิดคำนวณเป็นตัวเงินได้อื่นๆ ฯลฯ ในฐานะที่เป็นผลโดยตรงของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมีแต่กฎหมายลักษณะละเมิดเท่านั้นที่สามารถจะเยียวยาความเสียหายได้ครบตามความเสียหายที่แท้จริง

2. การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเกี่ยวกับสาธารณูปโภค (public utility)

ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา กิจการที่ให้บริการสาธารณูปโภค อันได้แก่ผู้ประกอบการกิจการสาธารณูปโภคเพื่อประชาชน ผู้ประกอบการขนส่งสาธารณะทั่วไป เป็นต้น คู่สัญญาผู้ที่อยู่ในสถานะในการให้บริการอันเกี่ยวข้องกับสาธารณะประโยชน์ของคนในสังคมหรือผู้ประกอบการที่อยู่ในสถานะผู้ให้บริการสาธารณะดังกล่าว ต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติตามสัญญาและถือว่ามีนิติสัมพันธ์กับสมาชิกทุกคนในสังคมที่เข้ามาทำสัญญา ผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะต้องมีหน้าที่พิเศษบางประการเกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายผู้ให้บริการ อันเป็นหน้าที่ขั้นพื้นฐานที่เกิดขึ้นต่างหากจากข้อกำหนดในสัญญาเป็นคนละเรื่องกับหน้าที่ที่เกิดจากสัญญา โดยหากผู้ประกอบการที่ให้บริการสาธารณะกระทำผิดหน้าที่พิเศษดังกล่าวและเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้รับบริการ ถือเป็น “การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา” (misfeasance) ของผู้ประกอบการสาธารณูปโภค ที่ต้องรับผิดชอบในทางละเมิดแยกต่างหากจากความรับผิดตามปกติที่ระบุไว้ในสัญญา เนื่องจากเป็นกรณีที่คู่สัญญาสมัครใจผูกพันตนเองโดยสัญญาเพื่อปฏิบัติหน้าที่พิเศษบางประการที่ถูกระบุขึ้นโดยกฎหมายแยกออกเป็นอิสระไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาใดๆ กรณีนี้ถือเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน

3. การหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา “การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” (fraud) ถือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่หลอกลวงเข้าทำสัญญา เป็นทั้งผู้กระทำผิดสัญญาและผู้กระทำละเมิดต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดที่เกิดขึ้นมาเหนือการกระทำอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาในลักษณะดังกล่าวมาเยียวยาความเสียหายได้นอกจากกฎหมายลักษณะสัญญา ในประเทศสหรัฐอเมริกา

การเข้าทำสัญญาโดยปราศจากความตั้งใจที่จะปฏิบัติตามสัญญาที่ตั้งแต่ต้น ถือเป็นกรกระทำที่เป็นรูปแบบของ“การหลอกลวงเข้าทำสัญญา” อย่างหนึ่ง เนื่องจากเป็นกรณีเข้าทำสัญญาโดยใช้อุบายหลอกลวงผู้อื่น อันเป็นการกระทำละเมิดในตัวเองแยกออกต่างหากจากการกระทำผิดสัญญา

ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Common Law ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิด มีได้ในสามกรณี คือ การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเอกชน การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเกี่ยวกับสาธารณูปโภค (public utility) และการหลอกลวงเข้าทำสัญญา (fraud)<sup>24</sup>

## 2.5 การฟ้องคดีให้รับผิดในมูลละเมิดพร้อมกับมูลผิดสัญญา

ในการทำสัญญาเมื่อมีกรณีที่มีการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิดในมูลคดีเดียวกัน ผู้ได้รับความเสียหายอาจฟ้องให้ต้องรับผิดไปด้วยกันทั้งสองมูลความรับผิดในกรณีเดียวกัน โดยมีนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นและแนวคำพิพากษาที่ทั้งสนับสนุนและคัดค้าน โดยแยกพิจารณาได้ ดังนี้

### 2.5.1 กฎหมายต่างประเทศ

ระบบกฎหมายในโลกนี้มีระบบกฎหมายที่สำคัญอยู่สองระบบคือ ระบบกฎหมายแบบ Civil Law และระบบกฎหมาย Common Law โดยจะแยกพิจารณา ดังนี้

#### 2.5.1.1.1 ระบบ Civil Law

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Civil law แยกออกเป็น 2 ฝ่ายคือ ฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายคัดค้าน ฝ่ายที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ เห็นว่าการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดโจทก์สามารถใช้สิทธิได้ในสองลักษณะ กล่าวคือ ในลักษณะแรกโจทก์สามารถเลือกใช้สิทธิ

<sup>24</sup> ไพรัช โขติบัณฑิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23 , น.61-67.

เลือกฟ้องคดีได้ทั้งในมูลคดีผิดสัญญาและในมูลคดีละเมิด โดยจะแยกพิจารณาเป็นสองกรณี คือ กรณีความเห็นของนักนิติศาสตร์และกรณีความเห็นของศาล ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

#### 1. กรณีแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์

สำหรับกรณีที่นักนิติศาสตร์ที่เห็นสนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีในมูลละเมิดได้ โดยการที่คู่สัญญาจะฟ้องคดีในมูลละเมิดนั้นมิได้อยู่สองกรณี คือ กรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด และกรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาและละเมิด ซึ่งจะแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ในกรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด สำหรับนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส<sup>25</sup> และนักนิติศาสตร์เยอรมัน มีความเห็นว่า เมื่อเกิดกรณีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดขึ้น ถือเป็นเรื่องคู่สัญญาที่มีสิทธิเรียกร้องทั้งในมูลผิดสัญญาและในมูลละเมิดพร้อม ๆ กัน คู่สัญญามีอิสระสามารถเลือกฟ้องร้องบังคับเพื่อเยียวยาความเสียหายในมูลใดก็ได้ แล้วแต่ว่าทางใดเป็นประโยชน์มากกว่า โดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบของการนำกฎหมายแต่ละลักษณะมาใช้ โดยนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสอธิบายว่า ในกรณีที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อนเมื่อมีความรับผิดทางสัญญาเกิดขึ้น และหากในกรณีเดียวกันนั้นครบองค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิดด้วยสมควรอนุญาตให้คู่สัญญาผู้ได้รับความเสียหายสามารถเลือกฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดเพื่อละเมิดแทนการฟ้องคดีความรับผิดตามสัญญาเพื่อประโยชน์ของตนได้ เนื่องจากความรับผิดเพื่อละเมิดเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เกิดขึ้นมาเพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนในสังคม การทำสัญญาใด ๆ ไม่สามารถตกลงยกเว้นหรือยกเลิกลักษณะกฎหมายว่าด้วยความรับผิดเพื่อละเมิดได้ ดังนั้นหากห้ามมิให้คู่สัญญาฟ้องร้องมูลละเมิดเท่ากับเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีฐานะด้อยกว่าบุคคลภายนอกทั้งหลายในสังคมที่มีได้เป็นคู่สัญญา เพราะกรณีการฟ้องร้องเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นไม่ว่าใครก็สามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ เพราะเป็นหลักทั่วไป ฉะนั้นจึงไม่ควรไปจำกัดสิทธิของคู่สัญญาผู้ได้รับความเสียหายไม่ให้ฟ้องในมูลละเมิด ในทางตรงกันข้ามควรเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในมูลสัญญาที่การกระทำผิดสัญญาครบองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดสามารถเลือกฟ้องร้องเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดได้ หากเป็นประโยชน์มากกว่า เพื่อให้

<sup>25</sup> ยกตัวอย่างเช่น ท่าน Sauzet, Saintelette และ Thaller [Thaller, *Anales de droit commercial*, n.p.: 1886, p.125. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น.69.

คู่สัญญาที่มีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลอื่นทั่ว ๆ ไป ในสังคม<sup>26</sup> และการเลือกฟ้องคดีของคู่สัญญาในคดีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด

ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสและเยอรมันก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาในสามกรณีใหญ่ ๆ เช่นเดียวกับนักนิติศาสตร์ของไทย กล่าวคือ กรณีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดี และกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล ซึ่งกรณีดังกล่าว มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการฟ้องคดีในประเทศไทย

ในกรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด เนื่องจากข้อได้เปรียบเสียเปรียบในการฟ้องคดีระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดมีผลต่อรูปคดีเป็นอย่างมาก และมักก่อความยุ่งยากให้แก่คู่สัญญาในการเลือกฟ้องคดีต่อศาลว่าควรเลือกฟ้องในมูลคดีใด ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาและมูลคดีละเมิด ในทางปฏิบัติจึงเกิดแนวทางในการฟ้องคดีของคู่สัญญาที่ไม่เลือกฟ้องในมูลคดีใดมูลคดีหนึ่งแต่เลือกฟ้องในทั้งสองมูลคดีอันสามารถแบ่งได้เป็นสองกรณี คือ ในกรณีแรก คู่สัญญาสามารถบรรยายฟ้องมาพร้อม ๆ กันได้ทั้งมูลคดีผิดสัญญาและในมูลคดีละเมิด กล่าวคือ ฟ้องบังคับมาทั้งสองทางได้ โดยบรรยายฟ้องมาว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อโจทก์ ขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย อันเป็นสิทธิของคู่สัญญาที่สามารถทำได้ เพราะไม่มีกฎหมายมาตราใดบังคับว่าในการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและละเมิด คู่สัญญาต้องเลือกฟ้องทางใดทางหนึ่งแต่เพียงทางเดียว ส่วนในกรณีที่สอง คู่สัญญาอาจเพียงแค่นำข้อเท็จจริงมาและมีคำขอค่าสินไหมทดแทนมาเฉย ๆ ก็ได้ ไม่ต้องอ้างฐานความผิดและบทมาตราของกฎหมาย เพราะคู่สัญญาไม่ต้องอ้างมาในคำฟ้องแต่อย่างใดว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำผิดสัญญาหรือเป็นการกระทำละเมิดตามกฎหมายมาตราใด และในทั้งสองกรณีดังกล่าวถือเป็นหน้าที่ของศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีเองว่าเป็นเรื่องการกระทำผิดสัญญาหรือเป็นเรื่องการกระทำละเมิด ตามที่คู่สัญญานำข้อเท็จจริงในคดี และในทางปฏิบัติเกี่ยวกับกรณีนี้ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันก็เปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องคดีมาได้ทั้งสองฐานเช่นกันที่ถือเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเลือกนำกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้กับคดีเอง ซึ่งกรณีดังกล่าวก็มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการฟ้องคดีในประเทศไทย

อย่างไรก็ดี ในทางตรงกันข้ามยังคงมีนักนิติศาสตร์ที่มีความเห็นคัดค้านไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีในมูลละเมิดได้ โดยนักนิติศาสตร์ในประเทศฝรั่งเศสมี

<sup>26</sup> จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 64.

แนวความเห็นที่ว่า ในกรณีที่มินิตีสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อนคู่สัญญาไม่สามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิดสัญญาได้ เนื่องจากเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ได้แสดงต่อกันไว้ เพราะก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นคู่สัญญาตกลงไว้เป็นที่เรียบร้อยในสัญญาแล้วว่าต้องรับผิดชอบต่อกันอย่างไร ต่อมาเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นหากเปิดช่องให้คู่สัญญาสามารถฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ ย่อมทำให้ข้อตกลงของคู่สัญญาที่ได้แสดงเจตนากันไว้หมดไปและไม่มีความหมายไปทันที จึงไม่ควรอนุญาตให้คู่สัญญาเลือกฟ้องเป็นคดีความรับผิดชอบทางละเมิดได้ เว้นแต่ในสองกรณีเท่านั้น คือ กรณีแรกเป็นกรณีที่ความรับผิดชอบในทางสัญญาในตัวเองเป็นความผิดทางอาญาด้วย ซึ่งการที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายเข้าเป็นเจ้าทุกข์ขอค่าเสียหายในทางอาญาจำเป็นต้องอ้างความผิดทางละเมิดประกอบด้วย ในกรณีนี้จึงสามารถยอมให้คู่สัญญาเลือกฟ้องเป็นมูลคดีละเมิดได้ กรณีที่สอง เป็นกรณีที่ความผิดทางสัญญาประกอบด้วยกรกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเทียบเท่ากับจงใจ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบในทางสัญญาเกิดจากความเชื่อถือซึ่งกันและกันเป็นพื้นฐาน ฉะนั้นเมื่อคู่สัญญากระทำการหรือละเว้นกระทำการตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งขาดความเชื่อถือผิดไปจากความคาดหมายที่มีต่อกันไว้ กรณีเช่นนี้สมควรให้มีการฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ คล้ายกับเป็นการลงโทษผู้กระทำผิด<sup>27</sup>

ระบบ Civil law แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางละเมิดในกรณีที่มินิตีสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน มีปรากฏอยู่ในความเห็นส่วนใหญ่ของนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส โดยถือว่าการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาเป็นการแสดงเจตนา ยกเว้นหลักความรับผิดชอบในทางละเมิด ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นต้องเคารพเจตนาของคู่สัญญา ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายไม่ได้

## 2. กรณีแนวความเห็นของศาล

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลในระบบ Civil Law

<sup>27</sup> Josserand, 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. อ้างถึงใน จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.65.

ที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ แบ่งออกเป็นสองลักษณะใหญ่ๆ คือ กรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด และกรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด ดังนี้

ในกรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด แนวทางการฟ้องคดีความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน เมื่อเกิดกรณีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ถือเป็นสิทธิของคู่สัญญาจะเลือกฟ้องร้องบังคับในมูลคดีใดก็ได้ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด<sup>28</sup> และการที่คู่สัญญาเลือกให้มูลคดีใดก็ไม่เป็นการผูกมัดศาลศาลมีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะสามารถเลือกนำกฎหมายลักษณะละเมิดหรือสัญญามาใช้เยียวยาความเสียหายได้<sup>29</sup> ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสจะมองการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดว่าประเด็นข้อต่อสู้ระหว่างคู่สัญญาในกรณีนี้มีได้ต่อสู้กันในประเด็นว่า คดีที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดในทางสัญญาหรือเป็นความรับผิดในทางละเมิด แต่ประเด็นที่ศาลฝรั่งเศสมักพิจารณาให้เป็นส่วนใหญ่ คือ ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้น จำเลยควรชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์หรือไม่ หากศาลฝรั่งเศสพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยควรชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลฝรั่งเศสจะพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ และขั้นนี้เองจึงถึงขั้นตอนที่ศาลฝรั่งเศสจะเลือกลักษณะของกฎหมาย ระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดเข้ามาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีตามความเหมาะสมเพื่อใช้อธิบายเหตุผลในการพิจารณาพิพากษา ส่งผลทำให้ในคดีประเภทนี้มีแนวคำวินิจฉัยออกมาทั้งในเรื่องของการกระทำผิดสัญญาและในเรื่องการกระทำละเมิด จึงทำให้กลับกลายเป็นว่า ในกรณีดังกล่าวศาลฝรั่งเศสอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถฟ้องร้องเป็นคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ ในกรณีที่คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากัน

<sup>28</sup> Thaller, *Anales de droit commercial*, n.p.: 1886, p.125. อ้างถึงใน จี๊ด เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.63-64.

<sup>29</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 อ้างถึงใน จี๊ด เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.63-64.

มาก่อน<sup>30</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในกรณีนี้ เช่น คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์เมือง Grenoble<sup>31</sup> อันเป็นกรณีสัญญารับขนคนโดยสาร ข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นกรณีที่นักท่องเที่ยวเก้าคนโดยสารเรือบดลงเที่ยวในทะเลสาบ Des grottes de la Baome. ปรากฏว่าเรือล่มทำให้นักท่องเที่ยวทั้งหมดจมน้ำตาย โดยไม่มีร่องรอยพยานหลักฐานใดชี้ให้เห็นว่าผู้ขนส่งกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ภรรยาโจทก์โดยสารไปกับเรือบดดังกล่าว โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนภรรยาเป็นคดีผิดสัญญา และที่โจทก์ฟ้องมูลสัญญาก็เพื่อให้นำที่นำสืบของตนง่ายขึ้น โดยเพียงแต่พิสูจน์ว่ามีสัญญาและมีหนี้บังคับผู้ขนส่งให้ส่งคนโดยสารด้วยความสวัสดิภาพ ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของผู้รับขนส่งซึ่งไม่มีพยานหลักฐานใดชี้ให้เห็นได้ว่าผู้ขนส่งกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ไม่ใช่คู่สัญญา โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องและคดีนี้เป็นเรื่องการกระทำละเมิด โจทก์จึงมีภาระในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย เมื่อโจทก์ไม่ทำการพิสูจน์ จำเลยจึงขอให้ศาลยกฟ้อง ศาลอุทธรณ์เมือง Grenoble วินิจฉัยว่าสามีภรรยาก็ดี บิดามารดาและบุตรก็ดี กฎหมายบัญญัติให้มีความสัมพันธ์ให้ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หมายความว่า ระหว่างบิดามารดาและบุตร สามีภรรยา ต่างเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกันในเรื่องที่ต้องช่วยเหลือกันและกัน ฝ่ายใดเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นคู่สัญญาด้วย ซึ่งในคดีนี้ศาลอุทธรณ์เมือง Grenoble พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ฐานผิดสัญญา โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของผู้รับขนส่งแต่อย่างใด

ประโยชน์ที่โจทก์นำมาใช้เป็นข้อพิจารณาในการเลือกฟ้องคดีความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด ตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสในคดีนี้ คือ ข้อได้เปรียบเสียเปรียบในเรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี หรือภาระการพิสูจน์ ในกรณีนี้หากศาลเลือกใช้มูลคดีสัญญาจะเป็นประโยชน์แก่โจทก์มากกว่า เนื่องจากตามกฎหมายลักษณะสัญญา จำเลยเป็นฝ่ายต้องมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี แต่ตามกฎหมายลักษณะละเมิดหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีจะตกอยู่แก่โจทก์

<sup>30</sup> Mazeaud. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.63.

<sup>31</sup> Cour d'appel Grenoble ลงวันที่ 18 Mars 1921. D.1922-2-25. เป็นคดีที่ฟ้องต่อศาล Tribunal de Bourgion ลงวันที่ 8 ตุลาคม ค.ศ.1920 ฎ1922-2-25.อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.57-58.

นอกจากคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เมือง Grenoble ฉบับดังกล่าว ยังมีคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส<sup>32</sup> ที่วินิจฉัยว่า “แม้ในสัญญาที่มีข้อจำกัดความรับผิดหรือข้อสัญญาไม่รับผิดที่จำกัดความรับผิดของจำเลยไว้ หากกรณีเป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน โจทก์สามารถนำมูลคดีใดมาใช้ในการฟ้องคดีก็ได้ หากโจทก์เลือกนำมูลคดีละเมิดมาใช้ ข้อจำกัดความรับผิดหรือข้อสัญญาไม่รับผิดดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้กับมูลคดีละเมิดได้ จำเลยจึงยังคงต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายทดแทนอยู่”

ส่วนศาลเยอรมัน ได้ถือแนวปฏิบัติเช่นเดียวกันกับศาลฝรั่งเศส คืออนุญาตให้ผู้สัญญาสามารถเลือกฟ้องในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาและมูลคดีละเมิด ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเยอรมันที่เกิดขึ้น<sup>33</sup> ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า หากความรับผิดของจำเลยวางอยู่บนฐานของมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) อันเป็นกฎหมายลักษณะสัญญา ในกรณีนี้เป็นที่ชัดเจนแล้วว่า ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดถูกกำหนดโดยกฎหมายอันว่าด้วยความรับผิดทางสัญญา ที่การชดใช้เยียวยาในความเสียหายของโจทก์ถูกจำกัดอยู่เฉพาะความเสียหายที่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ อันเป็นผลมาจากมาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)<sup>34</sup> แต่อย่างไรก็ดีในอีกด้านหนึ่ง หากความรับผิดของจำเลยเป็นเรื่องการกระทำละเมิดด้วยในขณะเดียวกัน และโจทก์เลือกใช้กฎหมายลักษณะละเมิดในการเยียวยาความเสียหาย โจทก์สามารถเรียกร้องความเสียหายในทางจิตใจได้โดยอาศัยมาตรา 847 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB)

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเยอรมันในกรณีนี้คือ คดี BGHZ (28.1.1976) 66, 51 BGH NJW 1976, 712, case 90<sup>35</sup> อันเป็นประเด็นเกี่ยวกับการเลือกฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ในเรื่องของการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีหรือ

<sup>32</sup> คำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส La Chambre Civile ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1929

<sup>33</sup> BGHZ 1, 383, (11.4.1951) case 98. อ้างถึงใน Markesinis Basil S., *supra* note 20 , pp.45,502.

<sup>34</sup> มาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) บัญญัติว่า “โจทก์ผู้ซึ่งฟ้องคดีของเขาบนฐานของมาตรา 278 BGB จะไม่ได้การรับรองให้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย สำหรับความปวดร้าวหรือเสียใจและการได้รับความทรมาน (ค่าเสียหายทางจิตใจ)

<sup>35</sup> Markesinis Basil S., *supra* note 19 , pp.232, 500, 687.

ภาระการพิสูจน์ โดยคำพิพากษาดังกล่าวได้อธิบายไว้ว่า หากโจทก์เลือกฟ้องคดีโดยอาศัยกฎหมายลักษณะสัญญา โจทก์จะได้รับประโยชน์ในด้านของภาระการพิสูจน์ กล่าวคือ ส่งผลให้จำเลยมีภาระต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมิได้กระทำผิดสัญญา จำเลยปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว แต่หากโจทก์เลือกฟ้องโดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด โจทก์มีภาระที่จะต้องพิสูจน์ ว่าจำเลยกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจ ประมาทเลินเล่อ และโจทก์ได้รับความเสียหาย แต่อย่างไรก็ดี การเลือกฟ้องคดีโดยอาศัยกฎหมายลักษณะสัญญาตามมีข้อเสีย คือ โจทก์ไม่สามารถเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ ในขณะที่หากโจทก์เลือกฟ้องคดีโดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด โจทก์สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ ตามคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมันฉบับนี้เป็นประเด็นการเลือกฟ้องคดี โดยพิจารณาถึงข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล กรณีค่าเสียหายทางจิตใจ และในเรื่องหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีหรือภาระการพิสูจน์ ทั้งยังเป็นที่ยืนยันให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงแนวทางของศาลเยอรมันที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องคดีในมูลคดีใดก็ได้ และการเลือกฟ้องของคู่สัญญาดังกล่าวไม่ถือเป็นการผูกมัดดุลยพินิจของศาลแต่อย่างใด

ในกรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด ในประเทศเยอรมันมีแนวคำพิพากษาของศาลที่อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องคดีมาทั้งสองมูลคดีพร้อมกันได้ว่าจำเลยทั้งกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อโจทก์เช่นกัน โดยในกรณีนี้ถือเป็นการดุลพินิจของศาลที่จะนำกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเยอรมัน<sup>36</sup>ในกรณีนี้ เช่น กรณีที่โจทก์จ้างให้จำเลยมาซ่อมแซมเครื่องทำน้ำร้อนให้โจทก์ และการปฏิบัติตามสัญญาของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ โจทก์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย คดีนี้ศาลใช้ดุลพินิจนำกฎหมายลักษณะสัญญามาใช้โดยถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างโจทก์กับจำเลย และได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีนี้ จำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสัญญาต้องมีความรับผิดชอบโดยปราศจากเงื่อนไขสำหรับความผิดของลูกจ้างซึ่งจำเลยได้ใช้ให้มาปฏิบัติกรชำระหนี้แทน ภายใต้มาตรา 278 และมาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ซึ่งศาลได้นำมาตราดังกล่าวมาใช้เพื่อประโยชน์ของโจทก์ อันเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบของจำเลยตามมาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้

<sup>36</sup> Horn Norbert, Kotz Hein, Laser Hans G., *supra* note 16 , pp.160.

ในทางตรงกันข้าม มีแนวความเห็นของศาลที่เห็นค้านไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีในมูลละเมิดได้ เช่น คำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส<sup>37</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้โจทก์เป็นผู้โดยสารรถไฟขบวนหนึ่งนำของมีค่ามากมายใส่ลงในหีบเดินทาง ซึ่งปรกติคนทั่วไปจะไม่นำของมีค่าเช่นนั้นใส่ในหีบเดินทางในขณะที่เดินทางไปกับขบวนรถไฟ ปรากฏว่าหีบเดินทางของโจทก์สูญหาย โจทก์จึงฟ้องการรถไฟผู้ขนส่งเป็นจำเลยเพื่อเรียกค่าเสียหาย คดีนี้ศาลสูงฝรั่งเศสตัดสินว่าผู้ขนส่งมีความรับผิดทางสัญญา ฉะนั้นผู้ขนส่งคงรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเกี่ยวกับของเพียงเท่าจำนวนซึ่งคนโดยสารธรรมดาจะใส่ลงในหีบเดินทางเท่านั้น ค่าเสียหายส่วนที่เกินกว่านั้นเรียกว่าเป็นความเสียหายอันไม่อาจคาดคะเนได้ (หรือค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ) ผู้ขนส่งไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่า ในระบบ Civil Law ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์และความเห็นของศาลนั้น คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ โดยเห็นว่าคู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยมูลคดีใดก็ได้ แล้วแต่จะเลือกตามความเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด ไม่ว่าจะเป็ประโยชน์ในกรณีของหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องร้องคดี และกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาล และนอกจากนี้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีโดยอาศัยทั้งสองมูลคดีก็ได้ โดยในกรณีนี้ปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเลือกนำลักษณะของกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดีเอง

อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสมีแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีในความรับผิดทางละเมิด โดยเห็นว่าไม่ควรนำหลักกฎหมายละเมิดมาใช้เพราะจะทำให้สิ่งที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ยอมเสียเปล่า ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วคู่สัญญาจะทำความตกลงกันไปเพื่อเหตุใด การนำหลักกฎหมายเรื่องละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้ค่าสินไหมทดแทนมากกว่าที่ระบุจำกัดความรับผิดไว้ในสัญญาขัดกับหลักกฎหมายลักษณะสัญญาที่วางหลักไว้ และถือว่าเป็นการทำลายหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายไม่ได้<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Req. 25 Mars 1912, D.P. 1913, I. 341-Civ. 29 décembre 1913, D.P. 1916, 1 177, อ้างถึงใน จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 43.

<sup>38</sup> ไพรัช โชติบัณฑิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น.138.

### 2.5.1.2 ระบบ Common Law

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิด ในขณะเดียวกัน แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในระบบ Common law แยกออกเป็น 2 ฝ่ายคือ ฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายคัดค้าน ฝ่ายที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ เห็นว่าการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด โจทก์สามารถใช้สิทธิได้ในสองลักษณะ กล่าวคือ ในลักษณะแรกโจทก์สามารถเลือกใช้สิทธิเลือกฟ้องคดีได้ทั้งในมูลคดีผิดสัญญาและในมูลคดีละเมิด โดยจะแยกพิจารณาเป็นสองกรณี คือ กรณีความเห็นของนักนิติศาสตร์และกรณีความเห็นของศาล ดังจะได้กล่าวต่อไป

#### 1 กรณีแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์

สำหรับกรณีที่นักนิติศาสตร์ที่เห็นสนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีในมูลละเมิดได้ โดยการที่คู่สัญญาจะฟ้องคดีในมูลละเมิดนั้นมิได้อยู่สองกรณี คือ กรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด และกรณีที่คู่สัญญาใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาและละเมิด ซึ่งจะแยกพิจารณาได้ ดังนี้

กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด นักนิติศาสตร์ในประเทศอังกฤษ และในประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นว่า กรณีการกระทำผิดสัญญาและการกระทำละเมิด ในขณะเดียวกัน ถือเป็นกรณีที่คู่สัญญามีทางเลือกในการเยียวยาความเสียหายได้มากกว่าหนึ่งทาง สามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีในมูลคดีใด ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาหรือมูลคดีละเมิด ตามที่เห็นว่าเหมาะสม แล้วแต่กฎหมายลักษณะใดจะเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด<sup>39</sup> และเมื่อคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใดแล้ว ศาลจะนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจะไม่นำมูลคดีที่คู่สัญญามีได้เลือกมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้จะเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญามากกว่า เนื่องจากถือว่าคู่สัญญาได้สละสิทธิไม่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายในมูลคดีที่มีได้เลือกไปแล้ว ซึ่งมีนักนิติศาสตร์เรียกหลักการดังกล่าวว่า “หลักการเลือกใช้สิทธิ” (election)<sup>40</sup> เนื่องจากว่าความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายผู้เสียหายได้รับ เกิดขึ้นโดยมีสาเหตุมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ก่อความเสียหาย ซึ่งเป็น

<sup>39</sup> Winfield P.H., A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort. p.805-807, 8120-812. อ้างถึงใน ไพรัช ไซติบัณฑิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น.73.

<sup>40</sup> Prosser William L., Cases and Materials on Torts. p.470.อ้างถึงใน ไพรัช ไซติบัณฑิต, เพิ่งอ้าง, น.73.

ผู้กระทำความผิด ได้ก่อความไม่ยุติธรรมเป็นอย่างมากโดยการกระทำละเมิดของเขา และต้องตก อยู่ภายใต้หนี้โดยการผูกมัดของความยุติธรรมตามธรรมชาติเพื่อชดใช้ความเสียหาย กฎหมาย ลักษณะหนี้จึงรับรองให้นำหลักความยุติธรรม มาใช้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีของคุณ์สัญญาว่ากันว่า ได้ถูกระบุไว้ในสัญญา โดยมีท่าน Prosser ให้ความเห็นสนับสนุนเอาไว้ว่า “ถือเป็นการที่คู่สัญญา ฝ่ายผู้ก่อความเสียหายล่วงละเมิดขอบเขตของหลักความยุติธรรม และอนุญาตให้คู่สัญญา ฝ่ายผู้ได้รับความเสียหาย สามารถทำการปลดเปลื้องความเสียหายที่ได้รับโดยวิธีการดำเนินการ เพื่อชดใช้ความเสียหาย อันดำเนินการหรือตั้งอยู่บนรากฐานตามหลักแห่งความยุติธรรม”<sup>41</sup> ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใด ก็สมควรถือเป็น สิทธิในทางกฎหมายสารบัญญัติของคุณ์สัญญาฝ่ายผู้ได้รับความเสียหายที่ศาลต้องยอมรับ การเลือกใช้สิทธิในการฟ้องคดีของคุณ์สัญญาในลักษณะนี้ เป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก ต่อผลของคดีที่จะตามมาในภายหลัง และสิ่งที่เกิดขึ้นนี้ถือเป็นการเลือกอย่างแท้จริง ระหว่าง ทางเลือกใหม่ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นที่มีอยู่ในเวลาเดียวกัน อันเป็นการนำ ข้อได้เปรียบเสียเปรียบของกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดมาเป็น ข้อพิจารณาประกอบดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด ตามหลัก “การ เลือกใช้สิทธิ” (election) ที่วางหลักว่า เมื่อคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิเลือกฟ้องคดีของตนไปในทางใด แล้ว ศาลต้องนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งการเลือกใช้ สิทธิฟ้องคดีฐานเดียวเช่นนี้ อาจเป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีที่ผิดพลาดของคุณ์สัญญาในการฟ้องคดี เพื่อเยียวยาความเสียหายจึงเห็นได้ว่าหากคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องมาเพียงมูลคดีเดียว คู่สัญญาอาจได้รับความเสียหายในระดับที่สูงกว่าในการฟ้องมาพร้อมกันทั้งสองมูลคดี เพราะ การฟ้องมาในมูลคดีเดียว คู่สัญญาอาจถูกกีดกันจากการตัดสินใจให้สิทธิหรือประโยชน์ที่สูงกว่า ในอีกมูลคดีหนึ่งที่ไม่ได้ใช้สิทธิเลือกอย่างน่าเสียดาย ประกอบกับข้อได้เปรียบเสียเปรียบหรือ การให้ประโยชน์ที่แตกต่างกันของกฎหมายทั้งสองลักษณะในการฟ้องคดี จึงก่อให้เกิดความสับสน แก่คู่สัญญาเป็นอย่างมากในการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ได้รับประโยชน์มากที่สุด อันเป็น การยากที่จะวางหลักลงไปให้แน่ชัด จึงก่อให้เกิดแนวทางในการนำกฎหมายทั้งสองลักษณะ คือ กฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด มาปรับใช้ในการฟ้องร้องคดีพร้อม ๆ กัน โดยโจทก์สามารถบรรยายมาในคำฟ้องได้ว่า จำเลยทั้งสองกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิด ต่อโจทก์ ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย หรืออาจบรรยายมาแต่เพียงข้อเท็จจริงและเรียกค่าเสียหายมา

<sup>41</sup> *Ibid.* p.74.

เฉย ๆ ก็ได้ไม่ต้องระบุนฐานความผิด และปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่ต้องเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจ เลื่อนนามมูลคดีใดมาใช้ นั่น ศาลจะตัดสินใจเลือกใช้มูลคดีที่เป็นประเด็นสำคัญในคำฟ้องของ คู่สัญญาว่าได้ให้น้ำหนักทางคดีของตนไปในทางใด รวมทั้งพิจารณาข้อเท็จจริงที่ทนายความ นำสืบและพิสูจน์ประเด็นสำคัญในคดี โดยเรียกลักษณะการฟ้องคดีที่ศาลต้องเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจ ตัดสินใจเลือกลักษณะของกฎหมายเช่นนี้ว่า “หลักการให้น้ำหนัก” (“gravamen” or “gist”)<sup>42</sup>

ท่าน Winfield<sup>43</sup> อธิบายไว้ว่า สิ่งที่เกิดขึ้นนี้เป็นปัญหาของการพิจารณาว่า เนื้อหาที่แท้จริงของการฟ้องร้องดำเนินคดีของคู่สัญญาเป็นการให้น้ำหนักไปในเรื่องการกระทำผิด สัญญาหรือเรื่องการกระทำละเมิด หากเนื้อหาที่แท้จริงของการฟ้องคดีของคู่สัญญาเป็นการให้ น้ำหนักไปในเรื่องการกระทำผิดสัญญา แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาได้สละสิทธิไม่ต้องการได้รับการ เยียวยาความเสียหายในเรื่องการกระทำละเมิดอีกต่อไป ในทางกลับกันหากเนื้อหาที่แท้จริง ของการฟ้องคดีของคู่สัญญาเป็นการให้น้ำหนักไปในเรื่องการกระทำละเมิด แสดงให้เห็นว่า คู่สัญญาได้สละสิทธิไม่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายในเรื่องการกระทำผิดสัญญา อีกต่อไปเช่นกัน ดังนั้น ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยจะไม่นำเรื่องที่คู่สัญญาสละสิทธิในการได้รับ การเยียวยาความเสียหายไปแล้วมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้เห็นว่าเป็นประโยชน์ แก่คู่สัญญามากกว่า ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่แพทย์ทำการรักษาคนไข้โดยประมาทเดินเล่อ จนเป็นเหตุให้คนไข้ได้รับอันตรายแก่ร่างกาย จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ เป็นกรณีที่แพทย์ทั้งกระทำผิด สัญญาและทั้งกระทำละเมิดต่อคนไข้ในขณะเดียวกัน ซึ่งคดีที่เกิดขึ้นเกือบทั้งหมด เนื้อหาที่แท้จริง ในคำฟ้องของคู่สัญญาจะเป็นการให้น้ำหนักไปในเรื่องการกระทำละเมิด จึงส่งผลให้คดีประเภทนี้ โดยทั่วไปศาลจะนำเรื่องการกระทำละเมิดมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เป็นต้น

ในระบบ Common law ในประเทศอังกฤษ และ ในประเทศสหรัฐอเมริกา กรณี ที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน ตามแนวความเห็น ของนักนิติศาสตร์ คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิ (election) ฟ้องคดีโดยอาศัยมูลคดีใดก็ได้แล้วแต่ จะเลือก ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์ในกรณีของหน้าที่นำสืบ พยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดีและกรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทน โดยศาลอันถือความเป็นอิสระของคู่สัญญา และเมื่อคู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดี ใดแล้ว ศาลจะนำมูลคดีที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี

<sup>42</sup> *Ibid.* p.77.

<sup>43</sup> Winfield P.H., A Textbook of The Law of Tort Winfield on Tort, p.805-806, 810.อ้างถึงใน ไพรัช โชติบัณฑิต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23 , น.77.

เนื่องจากถือว่าคู่สัญญาได้สละสิทธิไม่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายในมูลคดีที่มีได้เลือกไปแล้ว นอกจากนี้คู่สัญญาอาจเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยทั้งสองมูลคดีก็ได้ และในกรณีนี้ถือเป็นดุลยพินิจของศาลที่จะเป็นผู้ตัดสินใจเลือกนำลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีเองตามมูลคดีที่ได้รับการให้นำหนัก (“gravamen” or “gist”) ตามคำฟ้องของโจทก์ อันมิได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเลือกของโจทก์แต่อย่างใด

ในทางตรงกันข้าม ยังมีนักนิติศาสตร์ที่เห็นค้านไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาฟ้องร้องคดีในมูลละเมิด โดยในประเทศอังกฤษมีนักนิติศาสตร์ส่วนหนึ่งที่มีความเห็นว่าในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน เมื่อเกิดความเสียหาย คู่สัญญาจะฟ้องร้องในมูลละเมิดไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ซึ่งเป็นไปในแนวเดียวกันกับแนวคิดดั้งเดิมในอดีตของกฎหมายอังกฤษ ที่เห็นว่าการตีความรับผิดในทางสัญญาการเยียวยาความเสียหายต้องใช้เรื่องสัญญาเท่านั้น เลื่อนนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายลักษณะสัญญาของประเทศอังกฤษในอดีตมีโครงสร้างที่แข็งกระด้างตายตัว ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับแนวความเห็นแนวใหม่ที่เกิดขึ้นไม่ว่าในประเทศอังกฤษเองและระบบกฎหมายอื่น เช่น ระบบกฎหมายยุโรปสมัยใหม่ (modern european) ที่มีลักษณะเปิดกว้างแล้วจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก ซึ่งเป็นสิ่งที่อธิบายให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงความไม่แน่นอนชัดเจนเกี่ยวกับในเรื่องเขตแดนหรือปริมาณผลระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด แต่เหตุผลหลักที่สำคัญที่ส่งเสริมความต้องการในการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายลักษณะละเมิดและสัญญาให้ชัดเจนที่แท้จริงในปัจจุบัน คือ การผสมผสานกันของกฎหมายทั้งสองเรื่องหากไม่แบ่งแยกปริมาณผลให้ชัดเจนจะสร้างวิถีทางหรือแนวความคิดหลากหลายไม่สามารถควบคุมได้และจะสร้างคำอธิบายเกี่ยวกับในเรื่องนี้อย่างมากมายที่ไม่สามารถควบคุมได้เช่นกัน<sup>44</sup>

## 2. กรณีแนวความเห็นของศาล

เมื่อเกิดกรณีที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แนวความเห็นหรือแนวคำพิพากษาของศาลในระบบ Common law ที่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ แบ่งออกเป็นสองลักษณะใหญ่ ๆ กล่าวคือ กรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด และ กรณีที่โจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด ดังจะได้กล่าวต่อไป

<sup>44</sup> Ibid. p.86.

กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องมูลคดีสัญญาหรือละเมิด เมื่อเกิดการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิด ที่เป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งการกระทำผิดละเมิดในขณะเดียวกัน ศาลจะให้อิสระแก่คู่สัญญาสามารถเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีของตนไปในมูลคดีใดก็ได้ ระหว่างมูลคดีผิดสัญญาหรือมูลคดีละเมิด ตามที่เห็นสมควรและเป็นประโยชน์มากที่สุด ส่วนการที่ศาลจะนำกฎหมายลักษณะสัญญา หรือ กฎหมายลักษณะละเมิด มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีนี้ ศาลจะพิจารณาจากการเลือกใช้สิทธิของคู่สัญญาว่า คู่สัญญาได้เลือกใช้สิทธิฟ้องคดีไปในมูลคดีใด ศาลจะนำมูลคดีนั้นมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี อันถือว่าเป็นสิทธิในทางสารบัญญัติของคู่สัญญาที่จะเลือกใช้สิทธิฟ้องคดีไปในมูลคดีใดก็ได้ และมีผลเท่ากับคู่สัญญาได้สละสิทธิในการฟ้องร้องเยียวความเสียหายสำหรับทางที่คู่สัญญามีได้ใช้สิทธิเลือก

ตัวอย่างที่คู่สัญญาเลือกใช้สิทธิให้นำน้ำหนักทางคดีของตนไปในมูลละเมิด เช่น คำพิพากษาศาลอังกฤษ คดี *White v. John Warwick & Co., Ltd.* จำเลยเป็นผู้ประกอบกิจการให้เช่ารถจักรยาน โจทก์เช่ารถจักรยานจากร้านของจำเลย ในสัญญาเช่ามีข้อความตอนหนึ่งระบุว่า ผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นแก่ผู้เช่าหรือบุคคลอื่นที่ขับขี่จักรยานที่ให้เช่า ไม่ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นจากความบกพร่องของจักรยานหรือเหตุอื่นใด จำเลยนำรถจักรยานที่มีอานบกพร่องให้โจทก์เช่า ขณะขับขี่อานหลุดโจทก์ถูกเหวี่ยงตกลงไปที่พื้นได้รับบาดเจ็บ โจทก์ฟ้องมูลละเมิดให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ศาลวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า จำเลยเป็นผู้ประกอบกิจการให้บริการเช่ารถจักรยาน อันถือว่ามีหนี้ในข้อบกพร่องของอานรถจักรยาน แม้ข้อสัญญามิได้ระบุถึงหนี้ดังกล่าว แต่โดยกฎหมายถือว่าจำเลยมีหน้าที่พิเศษที่ต้องนำรถจักรยานที่อยู่ในสภาพที่ได้รับการดูแลบำรุงรักษาอย่างดี ไม่ชำรุดบกพร่องมาให้ลูกค้าเช่า และในคดีนี้หากโจทก์เลือกใช้สิทธิฟ้องมาในมูลคดีละเมิด และสามารถพิสูจน์มูลคดีได้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นเรื่องการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ ข้อสัญญาที่เขียนยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของจำเลยจากความรับผิดใด ๆ ตามสัญญา มิได้ยกเว้นจำเลยจากความรับผิดในทางละเมิดสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาด้วยความประมาทเลินเล่อ หากศาลตัดสินให้ข้อจำกัดความรับผิดดังกล่าวสามารถยกเว้นความรับผิดได้หมดทั้งในเรื่องผิดสัญญาและละเมิด จะไม่มีกฎหมายใดนำมาใช้กับจำเลยในกรณีนี้ได้ และเกี่ยวกับเรื่องนี้ เป็นอำนาจของศาลที่สามารถใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยให้จำเลยมีหน้าที่พิเศษเช่นนั้นได้เพราะไม่มีกฎหมายใดบัญญัติห้ามไว้<sup>45</sup>

<sup>45</sup> *Ibid.* p.132.

กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งผู้ผิดสัญญาและละเมิด ในระบบ Common Law จากแนวคำพิพากษาของศาล การฟ้องคดีทั้งสองมูลคดีมาในคดีเดียวกันนั้นสามารถทำได้ คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิดได้ตามที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากที่สุด ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์ในกรณีของหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี กรณีอายุความในการฟ้องคดี และ กรณีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยศาลอันถือว่าเป็นอิสระของคู่สัญญา โดยโจทก์สามารถ บรรยายฟ้องคลุมมาในทั้งสองกรณีว่า การกระทำของจำเลยเป็นทั้งเรื่องการกระทำผิดสัญญาและ เป็นทั้งการกระทำละเมิดต่อโจทก์ หรืออาจบรรยายมาแต่เพียงข้อเท็จจริงฟ้องเรียกค่าเสียหายมา เฉยๆก็ได้ และปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเลือกลักษณะของกฎหมายมา ปรับใช้แก่คดีเอง โดยพิจารณาจากประเด็นสำคัญว่าให้น้ำหนักทางคดีไปในมูลคดีใด โดยพิจารณา จากตัวอย่างคำพิพากษาดังนี้คือ

ตัวอย่างคำพิพากษาในประเทศอังกฤษ คดี The Humber Ferry case of 1348<sup>46</sup> เป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องมาทั้งสองมูลคดี เรียกค่าเสียหายจากจำเลยโดยมิได้ระบุว่า เป็น การฟ้องมาในมูลคดีใด จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเลือกบนข้อเท็จจริงในคดี ที่เกิดขึ้น ตามที่ศาลเห็นว่าเป็นประเด็นสำคัญในคดีตามที่โจทก์ได้ให้น้ำหนัก ปรากฏว่าคดีนี้ ศาลนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้เนื่องจากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ประเด็นสำคัญในคำฟ้อง ของโจทก์คดีนี้เป็นเรื่องการกระทำละเมิด

อย่างไรก็ดี ในระบบ Common Law ในประเทศอังกฤษมีแนวความเห็นแบบ ดั้งเดิม ไม่ยอมให้นำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้สำหรับกรณีความรับผิดทางสัญญา เช่น คำ พิพากษาของศาลอังกฤษ คดี Green v. Greenbank ตัดสินโดยท่าน Scrutton L.j. โดยได้อธิบาย ว่า “อย่างไรก็ตามมันชัดเจนแล้วว่าในกรณีความคาบเกี่ยวทั้งในเรื่องผิดสัญญาและละเมิด โจทก์ ไม่สามารถเลี่ยงเกณฑ์ที่เป็นเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติโดยวางกรอบคำฟ้องของเขาเพื่อเลือก ให้มีทางเลือกหลายทางสำหรับความมุ่งหมายเพื่อทำให้เพิ่มขึ้นถึงจำนวนของค่าเสียหาย หรือประโยชน์อื่นใดได้”<sup>47</sup> และในคดี Dick Bentley Productions Ltd. V. Harold Smith (Motors) Ltd. โดยศาลได้ตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ โดยวินิจฉัยว่ากรณีเป็นเรื่องที่จำเลยกระทำ ผิดสัญญาต่อโจทก์เท่านั้นไม่เป็นการกระทำละเมิดแต่อย่างใด<sup>48</sup>

<sup>46</sup> ไพรซ์ โซติบัณห์, อ้างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 23, น.134.

<sup>47</sup> เชนเจอร์นัล, น.139.

<sup>48</sup> เชนเจอร์นัล.

ในระบบ Common Law แนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีความรับผิดในทางละเมิด มีปรากฏอยู่ในแนวความเห็นของศาลหรือแนวคำพิพากษาของศาลส่วนหนึ่งในประเทศอังกฤษเท่านั้น

## 2.5.2. กฎหมายไทย

ในกรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาหรือละเมิดตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยนั้น ถือเป็นสิทธิของคู่สัญญาที่จะสามารถเลือกฟ้องร้องบังคับโดยมูลคดีใดก็ได้ระหว่างมูลสัญญาหรือมูลละเมิด สุดแต่ทางใดเป็นประโยชน์มากกว่าโดยพิจารณาจากข้อได้เปรียบและเสียเปรียบของกฎหมายทั้งสองลักษณะ หากการบรรยายฟ้องได้กระทำครบองค์ประกอบตามมาตรา 172<sup>49</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการบรรยายฟ้องที่เคลือบคลุม และนอกจากนี้การเลือกฟ้องคดีของคู่สัญญาดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นการจำกัดดุลยพินิจของศาล โดยศาลยังสามารถใช้ดุลยพินิจเลือกนำมูลคดีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกมาใช้เพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาได้ โดยมีคำพิพากษาฎีกาที่ศาลได้พิจารณาให้เห็นถึงแนวทางดังกล่าว คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 131/2496<sup>50</sup> “ที่จำเลยต่อสู้ว่า โจทก์ตั้งรูปคดีมาในลักษณะละเมิด โดยอ้างว่าจำเลยประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์เสียหาย ดังนั้น จึงไม่ควรนำกฎหมายในเรื่องตัวเงินมาใช้ นั้น เห็นว่าโจทก์กล่าวในฟ้องว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในเรื่องตัวเงิน หาใช่กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำละเมิดโดยตรงๆอย่างเดียวนั้น คำฟ้องแสดงอยู่ว่าเกี่ยวข้องกับเรื่องตัวเงินเป็นต้นเหตุ จึงต้องยกกฎหมายในเรื่องตัวเงินมาวินิจฉัยในคดีนี้ด้วย”

<sup>49</sup> มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 57 ให้โจทก์เสนอข้อหาของตนโดยทำเป็นคำฟ้องเป็นหนังสือยื่นต่อศาลชั้นต้น

คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นนั้น

ให้ศาลตรวจคำฟ้องนั้นแล้วสั่งให้รับไว้ หรือให้ยกเสีย หรือให้คืนไป ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18”

<sup>50</sup> เนติบัณฑิตยสภา, ประมวลคำพิพากษาศาลฎีกา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2496), น. 143 , อ้างถึงใน ไพรัช โชติบัณฑิต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.108.

คำพิพากษาดังกล่าวเป็นกรณีที่โจทก์เลือกฟ้องคดีมาในมูลละเมิด และศาลได้อนุญาตให้โจทก์เลือกฟ้องเช่นนั้นได้ แต่เนื่องจากหากใช้มูลคดีละเมิดจะก่อผลเสียให้แก่โจทก์ ศาลจึงใช้ดุลยพินิจเลือกนำกฎหมายลักษณะสัญญาามาใช้เพื่อประโยชน์ของโจทก์ ซึ่งในคดีนี้เป็นประเด็นเกี่ยวกับข้อได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างกฎหมายลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดที่ศาลพิจารณานำกฎหมายลักษณะสัญญาามาใช้เพื่อประโยชน์ของโจทก์ในเรื่องภาระการพิสูจน์หรือหน้าที่ในการนำสืบพยานหลักฐานในคดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 3814/2525 โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ในกรณีการกระทำของจำเลยเป็นทั้งเรื่องกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน โจทก์มีสิทธิฟ้องอย่างไรก็ได้ไม่เป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งยอมรับบังคับให้ผู้กระทำผิดสัญญาหรือละเมิด ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ทั้งในทางผิดสัญญาหรือละเมิด”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2881/2528 โดยคดีนี้เป็นกรณีสัญญาเช่าตึกแถว โดยจำเลยค้างชำระค่าเช่า เมื่อครบกำหนดสัญญาเช่า โจทก์จึงบอกเลิกสัญญาเช่าและให้จำเลยออกจากสถานที่เช่าพร้อมทั้งชำระค่าเช่าที่ค้าง จำเลยไม่ยอมออกจากสถานที่เช่าและไม่ยอมชำระค่าเช่าที่ค้าง โจทก์จึงฟ้องขับไล่เป็นมูลคดีละเมิดและเรียกค่าเสียหาย กรณีนี้ถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นทั้งการกระทำผิดสัญญาและเป็นทั้งเรื่องการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน แม้โจทก์ฟ้องมาในมูลคดีละเมิด ศาลก็สามารถใช้ดุลยพินิจนำทั้งกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้แก่คดีเพื่อประโยชน์ของโจทก์ได้

กรณีโจทก์ใช้สิทธิเลือกฟ้องทั้งมูลคดีสัญญาและละเมิด การฟ้องคดีในมูลละเมิดและผิดสัญญาร่วมกันในคดีเดียวกันนั้น ในทางปฏิบัติของประเทศไทยไม่มีกฎหมายห้ามมิให้มีการฟ้องคดีละเมิด แม้เรื่องดังกล่าวจะมีมูลเหตุมาจากสัญญาก็ตาม โดยมีแนวความเห็นของนักวิชาการหลายท่านเห็นว่าสามารถฟ้องร่วมกันไปในคดีเดียวกันได้

ตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยก็ไม่ขัดข้องที่คู่สัญญาจะฟ้องมาในทั้งสองมูลคดีพร้อมกัน ในทางปฏิบัติได้เกิดแนวทางในการฟ้องคดีของคู่สัญญาที่ไม่เลือกฟ้องคดีในมูลคดีใด มูลคดีหนึ่งแต่เลือกฟ้องในทั้งสองมูลคดี โดยสามารถแบ่งได้สองกรณี

ในกรณีแรก ผู้ได้รับความเสียหายสามารถบรรยายฟ้องทั้งมูลละเมิดและมูลผิดสัญญาพร้อมกันได้ คือ ฟ้องบังคับมาทั้งสองทางได้ โดยบรรยายฟ้องมาว่าจำเลยกระทำผิดสัญญาและกระทำละเมิดต่อโจทก์ ขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย อันเป็นสิทธิที่คู่สัญญาสามารถทำได้ เพราะไม่มีกฎหมายมาตราใดบังคับว่าในการฟ้องคดีคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด คู่สัญญาต้องเลือกฟ้องทางใดทางหนึ่งแต่

เพียงทางเดียว

ในกรณีที่สอง ผู้ได้รับความเสียหายอาจเพียงแค่วรรยายข้อเท็จจริงมาและมีคำขอค่าสินไหมทดแทนมาเรื่อยๆก็ได้ ไม่ต้องอ้างฐานความผิดและบทมาตราของกฎหมาย เพราะไม่มีกฎหมายมาตราใดบังคับว่าการฟ้องร้องในทางแพ่งต้องอ้างฐานความผิดและระบุตัวบทกฎหมาย คู่สัญญาไม่ต้องอ้างมาในคำฟ้องแต่อย่างใดว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำผิดสัญญาหรือเป็นการกระทำละเมิดตามกฎหมายมาตราใด

ในกรณีทั้งสองดังกล่าว ถือเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องใช้ดุลพินิจนำตัวบทกฎหมายซึ่งได้ความจากคำฟ้องและทางนำสืบมาปรับกับข้อเท็จจริงในคดีเอง ว่าเป็นเรื่องการกระทำผิดสัญญาหรือเป็นเรื่องการกระทำละเมิด คู่สัญญาสามารถทำได้เพราะไม่มีกฎหมายมาตราใดบังคับว่าการฟ้องคดีความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด และการฟ้องด้วยมูลหนี้สองประการมาในคำฟ้องเดียวกันในทั้งสองกรณีดังกล่าวไม่ถือเป็นคำฟ้องที่เคลือบคลุมแต่อย่างใด แล้วแต่การบรรยายฟ้องตามมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะแสดงให้เห็นเข้าใจข้อหาได้ดีว่าฟ้องมามูลคดีมูลใดมูลคดีหนึ่งหรือทั้งสองมูลคดี เพราะทั้งสองกรณีถือเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องนำตัวบทกฎหมายที่ได้ความจากคำฟ้องและทางนำสืบ มาปรับกับข้อเท็จจริงในคดีเอง

นักนิติศาสตร์ไทยได้มีความเห็นว่าผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องมาทั้งสองมูลคดีได้ดังนี้

ความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร เห็นว่า “ส่วนกรณีที่มีความรับผิดทางสัญญาอยู่แล้ว จะมีประโยชน์ในการเลือกฟ้องให้รับผิดทางละเมิดหรือไม่นั้น ความจริงก็ดูไม่เปลี่ยนแปลงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ผู้เสียหายเท่าใดนัก เพราะความรับผิดทางสัญญาก็ดี ทางละเมิดก็ดี ต่างมีผลให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเหมือนกัน แต่เราก็ได้พยายามเลือกค้นหาข้อแตกต่างกันมาแล้ว เช่นเรื่องเกี่ยวกับประเด็นหน้าที่นำสืบและในเรื่องเกี่ยวกับจำนวนค่าสินไหมบังคับให้ใช้ค่าทดแทน เป็นต้น โดยมากฟ้องทางสัญญาได้เปรียบกว่า เช่นไม่ต้องพิสูจน์ความผิด เป็นต้น แต่ก็มีกรณีฟ้องร้องทางละเมิดได้เปรียบ เช่น ไม่จำเป็นต้องทวงถามจำนวนค่าสินไหมบังคับให้ใช้ทดแทนไม่จำกัดและการร่วมกันรับผิด เป็นต้น การอนุญาตให้เจ้าหนี้เลือกฟ้องได้จึงมีประโยชน์อยู่”<sup>51</sup>

ความเห็นของท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ เห็นว่า ในกรณีที่สิทธิเรียกร้องของโจทก์และการกระทำของจำเลยเป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญา ก็เป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือกฟ้องร้องบังคับเอาโดยมูลใดก็ได้แล้วแต่จะเลือก สุดแต่ว่าทางใดจะเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า

<sup>51</sup> จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.61.

หรือจะบังคับเอาทั้งสองทางก็ได้ (ฎีกาที่ 3814/2525) ไม่มีกฎหมายบังคับว่าโจทก์จะต้องเลือกเอาทางใดทางหนึ่ง (ฎีกาที่ 974/2492) การฟ้องด้วยมูลหนี้ทั้งสองประการมาในคำฟ้องเดียวกันหาเป็นฟ้องเคลือบคลุมไม่ (ฎีกาที่ 2508/2530) ในกรณีที่เลือกฟ้องโดยมูลละเมิด โจทก์ก็มีหน้าที่นำสืบว่าจำเลยได้ตั้งใจหรือประมาทเดินเล่อ<sup>52</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ 699/2537 โจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบทั้งตามสัญญาจ้างแรงงาน และในมูลละเมิดที่โจทก์อ้างในฟ้องว่าจำเลยที่ 1 ประมาทเดินเล่อ นั้น ก็เป็นส่วนหนึ่งที่จำเลยปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน และทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ในกรณีเช่นนี้โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องได้ทั้งสองทาง

ความเห็นของท่านพระยาวิชาญคดีพิบูลย์ เห็นว่า การฟ้องมูลละเมิดรวมไปกับมูลสัญญานั้นสามารถทำได้ แต่เมื่อฟ้องในมูลผิดสัญญาแล้วจะกลับมาฟ้องละเมิดอีกไม่ได้ เป็นฟ้องซ้ำ ฉะนั้น เมื่อไม่แน่ใจว่าเป็นการผิดสัญญาหรือละเมิด การเขียนคำฟ้องควรจะกล่าวข้อเท็จจริงไปตามความจริง แล้วขอเรียกค่าสินไหมทดแทนในฐานะที่ตนเห็นสมควร

อย่างไรก็ดี มีความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนหนึ่ง<sup>53</sup> ที่เห็นค้านว่าไม่ควรอนุญาตให้มีการฟ้องทั้งสองมูลคดีมาพร้อมกัน โดยมีความเห็นว่า ในกรณีที่มิมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญากันมาก่อน คู่สัญญาไม่สามารถเลือกฟ้องคดีโดยอาศัยความรับผิดชอบในทางละเมิดได้ ต้องใช้หลักความรับผิดชอบทางสัญญาเท่านั้นในการเยียวยาความเสียหาย โดยอธิบายว่า เนื่องจากความรับผิดชอบในทางสัญญานั้น เจตนาของคู่สัญญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาทำสัญญาตกลงยกเว้นหลักความรับผิดชอบในทางละเมิดแล้ว เมื่อเกิดความเสียหาย คู่สัญญาต้องใช้หลักความรับผิดชอบในทางสัญญาเท่านั้นในการเยียวยาความเสียหาย จะนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ในการเยียวยาความเสียหายไม่ได้ และการห้ามเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เพราะในกฎหมายลักษณะสัญญาหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็มีใช้บังคับอยู่ เช่น ข้อตกลงไม่รับผิดชอบเพื่อถ่วงดุลหรือความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง ท่านให้ถือว่าเป็นโมฆะตามมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงไม่ควรนำความรับผิดชอบในทางละเมิดอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายนอกทั่วไปมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่มีต่อกัน

<sup>52</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.53.

<sup>53</sup> อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, “หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 581/2525” ตอนที่ 3, น.411.

จะเห็นได้ว่าตามกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาโดยทั่วไปซึ่งทั้งในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายระบบ Civil Law หรือระบบกฎหมาย Common Law หรือในประเทศไทย ต่างก็ไม่ได้มีการห้ามมิให้มีการฟ้องคดีทั้งสองมูลคดีไปพร้อมๆกัน สำหรับกรณีเกี่ยวกับสัญญา รับขนของทางทะเลนั้น เป็นกรณีที่มีกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะ ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2535 ซึ่งมีได้มีการบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีละเมิดเอาไว้ โดยชัดแจ้ง ซึ่งจะได้มีการกล่าวถึงในส่วนต่อไป