

การปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2561  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE APPLICATIONS OF CONTRACTUAL AND TORTIOUS LIABILITY IN THE SAME CASE



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2018  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริง เดียวกัน
โดย	น.ส.ศิรประภา ปรีดา
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์ ดร.อำนาจ วงศ์บัณฑิต)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน)	

ศิริประภา ปรีดา : การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน. ( THE APPLICATIONS OF CONTRACTUAL AND TORTIOUS LIABILITY IN THE SAME CASE) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ศ. ดร.ศันันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์

ปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการผิดสัญญาและละเมิดสามารถเกิดขึ้นในข้อเท็จจริงเดียวกันได้ อย่างไรก็ตาม การจะเลือกปรับใช้ความรับผิดใด ความรับผิดหนึ่งต่อข้อเท็จจริงนั้น ยังคงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา ดังเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5072/2557 และ 10155/2539 ที่ข้อเท็จจริงเป็นกรณีฝากทรัพย์ โดยจำเลยเคลื่อนย้ายทรัพย์และทำให้ทรัพย์นั้นเสียหาย อันผิดทั้งสัญญาและละเมิด แต่ศาลปรับใช้ความรับผิดในข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกัน โดยคดีแรกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา ส่วนคดีที่สองปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิด และยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8683/2559 ที่ศาลปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน โดยตัดสินให้มีอายุความการฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาและคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างละเมิดอีกด้วย ซึ่งปัญหาการปรับใช้ที่ไม่เป็นเอกภาพดังกล่าวมีข้อแตกต่างในเรื่องของหน้าที่นำสืบ อายุความการฟ้องร้องบังคับคดี ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ข้อยกเว้นความรับผิด เป็นต้น โดยในเบื้องต้นผู้วิจัยเห็นว่า การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันไม่อาจทำได้

จากการศึกษาการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันของไทยและต่างประเทศ อันได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ ในประเด็นปัญหาการเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน ปัญหาผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน และปัญหาการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน พบว่าทฤษฎีและแนวปฏิบัติของศาลเยอรมันปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดก็ได้ แต่หากมีการกำหนดอายุความตามสัญญาที่สั้นกว่าหรือกำหนดหลักความผิดตามสัญญา ต้องปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา ซึ่งศาลจะเป็นผู้เลือกปรับใช้ความรับผิดโดยอยู่ภายใต้คำบรรยายฟ้องของโจทก์ และตามคำพิพากษาและความเห็นของนักนิติศาสตร์เห็นว่าไม่สามารถปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันได้ สำหรับการปรับใช้ของฝรั่งเศสเป็นไปตามทฤษฎี non - cumul. กล่าวคือ หากมีความสัมพันธ์ตามสัญญาให้ปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา ถึงแม้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสจะให้อำนาจศาลในการเลือกปรับใช้ความรับผิดโดยพิจารณาตามคำบรรยายฟ้องและข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดีก็ตาม และด้วยการยึดถือตามทฤษฎี non - cumul. จึงไม่สามารถปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันได้ สำหรับการปรับใช้ของอังกฤษ ตามคำพิพากษาศาลฎีกา พบว่าสามารถปรับใช้ได้ทั้งความรับผิดตามสัญญาและละเมิดโดยคำนึงถึงความตกลงตามสัญญาเป็นหลัก หากโจทก์เลือกฟ้องร้องบนฐานความรับผิดใด ถือว่าสละสิทธิในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดอีกฐานหนึ่ง แต่หากโจทก์ไม่ได้เลือกฟ้อง ศาลสามารถเลือกปรับใช้ความรับผิดได้ทั้งสองฐาน และเมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลอังกฤษเห็นว่าไม่สามารถปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันได้

ดังนั้น เพื่อให้การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันมีเอกภาพ สอดคล้องกับโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของไทย และเกิดความเป็นธรรม ผู้วิจัยขอเสนอว่า ควรปรับวิธีคิดในการเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันตามทฤษฎีและในทำนองเดียวกันกับแนวปฏิบัติของศาลเยอรมัน โดยอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงที่ศาลและการนำสืบข้อเท็จจริงในคดี และเมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดของกฎหมายสัญญาและละเมิดของไทย ประกอบกับเหตุผลของการทำสัญญาเพื่อกำหนดขอบเขตในสิทธิทางทรัพย์สินแล้ว เห็นว่า หากเกิดความเสียหายต่อสิทธิทางทรัพย์สินให้ปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา แต่หากเกิดความเสียหายต่อสิทธิที่ไม่ใช่ทางทรัพย์สินให้ปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิด โดยไม่สามารถปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันได้ สำหรับผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดได้แก่ศาล นอกจากจะปรับใช้โดยพิจารณาถึงคำบรรยายฟ้องของโจทก์แล้ว จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดีอีกด้วยในทำนองเดียวกันกับวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม หากจะเสนอให้แก้ไขมาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปอาจไม่เหมาะสม จึงขอเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องการพิจารณาปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดโดยตรง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อนิสิต .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6086008034 : MAJOR LAWS

KEYWORD: contractual liability, tortious liability, tort, contract

Siraprapa Preeda : THE APPLICATIONS OF CONTRACTUAL AND TORTIOUS LIABILITY IN THE SAME CASE. Advisor: Prof. Sanunkorn Sotthibandhu, Dr.Jur.

Nowadays, it is commonly accepted that the breach of contract and the wrongful act could arise at the same time. However, which liability shall be applied in such circumstances is still the issue to consider, clearly seen from the Supreme Court judgment 5072/2557 and 10155/2539, which is both the breach of contract and the wrongful act at the same time. Nevertheless, the court adopted the liability in that case differently. Moreover, there is the Supreme Court judgment 8683/2559 which the court rendered a decision on the prescription of the contract while rendered the decision on the compensation of tort. The problems regarding the disunion to apply the law are the differences in the burden of proof, the prescription, the compensations and the exemption clauses etc. At the beginning, the researcher presumed that the applications of contractual and tortious liability in the same case is unable to be performed.

From the study, the applications of contractual and tortious liability in the same case in Thailand and in foreign countries which are German, France and England, in the issue concerning which liability to apply in that case, the issue regarding the person who has the right to choose to apply which liability and the issue relating to the combining applications of both contractual and tortious liability in the same case, the researcher found that in theory and in practice of German court, contractual liability or even tortious liability could apply in the same case. However, if the prescription regarding the contract is shorter or if the standards for contractual liability is specified, the contractual liability shall be govern and the court will be the person to choose the liability applied in that case considering the plaint of the plaintiff. With respect to France, even though the civil procedure law in France empowers the court in applying the liability considering the plaint and facts appearing in the case file, the application of the liability is in accordance with the non – cumul theory that is the contractual liability shall be govern provided that the contractual relationship exists. For England, according to the judgments, the contractual and tortious liability can be both applied regarding the contractual context. Supposing that the plaintiff chooses to complain based on which liability, it is regarded as the plaintiff disclaims to sue for another liability. If the plaintiff doesn't choose to complain on specific liability, the court will be able to apply whether the contractual and tortious liability. According to the judgments and the lawyers' opinions of German, non – cumul theory of France and England judgments, the researcher found that both contractual and tortious liability are unable to combine in the same case.

In consequence, the researcher suggests shaping the conception in applying the liability in the same case in the same way as theory and practice in German Under the terms of truths bringing to the court and the adducing of the evidence in that case. Besides, when examining the structure of contractual and tortious liability in Thai law together with the reason that making a contract is to fix the scope of the property right, the researcher found that if the damage done occurs to the property right, the contractual liability shall be govern. Whereas, if the damage done occurs to the right other than the property right, tortious liability shall be govern. So contractual and tortious liability could not be both applied simultaneously in the same case. As for the person in authority to choose the liability applied is the court which is aside from considering the plaintiff's plaint, the court shall examine the facts existing in the case file like in the civil procedure in France. In any event, to suggest revising section 142 of Thai civil procedure code which is the general provision might be inappropriate. The researcher therefore suggests attaching the direct provisions relevant to the applications of contractual and tortious liability instead.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2018

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้ หากปราศจากความเมตตาและกรุณาของ ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ซึ่งท่านอาจารย์ได้ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ ตั้งข้อสังเกต ให้ความรู้ทางด้านวิชาการ และดูแลเอาใจใส่ในการตรวจทานและแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนมาโดยตลอด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชยันติ ไกรกาญจน์ ศาสตราจารย์ ดร. อำนวย วงศ์บัณฑิต และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้ข้อสังเกต ข้อเสนอแนะ และชี้แนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน อีกทั้งขอกราบขอบพระคุณ ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี ที่กรุณาช่วยเหลือและให้คำปรึกษาในการค้นคว้าหาคำพิพากษาศาลสูงเยอรมันและสรุปคำพิพากษาดังกล่าวพอสังเขป ทำให้ผู้เขียนเข้าใจบริบทของเรื่องมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ รุ่นพี่ และรุ่นน้อง จากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เพื่อนๆ ปริญญาโทสาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจและสาขากฎหมายระหว่างประเทศ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรมทรัพย์สินทางปัญญา ญาติ รวมถึงเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ที่ผู้เขียนรู้จักทุกท่าน ที่เป็นห่วงและให้กำลังใจผู้เขียน ทำให้ผู้เขียนมีกำลังใจทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้

ที่สำคัญที่สุด ผู้เขียนขอขอบพระคุณครอบครัว นายประยูร ปรีดา บิดา นางรพีพรรณ ปรีดา มารดา และนางสาวชนิกานต์ ปรีดา พี่สาว ที่คอยช่วยเหลือ ให้กำลังใจ เป็นห่วงซ้ำพเจ้าและอยู่เบื้องหลังความสำเร็จของผู้เขียนเสมอมา ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณค่าและเป็นประโยชน์ทางวิชาการต่อไป หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ศิริประภา ปรีดา

## สารบัญ

	หน้า
.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฉ
บทที่ 1 .....	1
บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	5
บทที่ 2 .....	6
ความคิดพื้นฐานของความรับผิดชอบตาสัญญาและความรับผิดชอบเพื่อละเมิดและกฎหมายไทย.....	6
2.1 วิวัฒนาการของการผิดสัญญาและละเมิดในสมัยโรมัน.....	6
2.1.1 ความนำ.....	6
2.1.2 วิวัฒนาการของการผิดสัญญาในสมัยโรมัน.....	8

2.1.3	วิวัฒนาการของละเมิดในสมัยโรมัน.....	11
2.2	ความรับผิดตามสัญญา.....	16
2.2.1	ความคิดพื้นฐานของสัญญา.....	16
2.2.2	หลักเกณฑ์ที่สำคัญอันก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญา.....	18
2.2.2.1	ความสมบูรณ์ของสัญญา .....	18
2.2.2.2	หลักความผิด.....	19
2.2.2.3	ความเสียหาย .....	23
	1.) ประเภทของความเสียหายตามสัญญา .....	23
	2.) ลักษณะของความเสียหายตามสัญญา.....	24
2.2.2.4	ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	27
2.2.3	การบังคับชำระหนี้.....	28
2.2.3.1	ความนำ .....	28
2.2.3.2	การบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้.....	29
2.2.3.3	การบังคับชำระหนี้ตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา .....	33
2.3	ความรับผิดเพื่อละเมิด .....	34
2.3.1	ความคิดพื้นฐานของความรับผิดเพื่อละเมิด .....	34
2.3.2	องค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิด .....	37
2.3.2.1	การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ.....	38
2.3.2.2	การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย.....	40
2.3.2.3	เกิดความเสียหาย .....	41
2.3.2.4	ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	45
2.3.3	การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน.....	47
2.3.3.1	ความนำ .....	47
2.3.3.2	หลักทั่วไปของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน .....	47

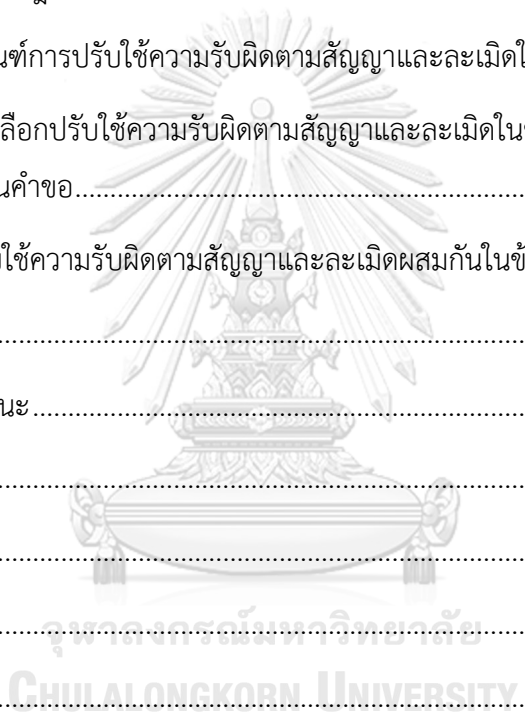


2.3.3.3 หลักเกณฑ์เฉพาะของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด .....	49
บทที่ 3 .....	54
เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิดและการปรับใช้ของไทย .....	54
3.1 ความนำ .....	54
3.2 เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิด .....	54
3.2.1 ความนำ .....	54
3.2.2 ความมุ่งหมายของความรับผิด .....	54
3.2.3 หลักเกณฑ์ที่สำคัญอันก่อให้เกิดความรับผิด .....	55
3.2.3.1 ความสามารถในการก่อให้เกิดความรับผิด .....	55
3.2.3.2 หลักความผิด .....	56
3.2.3.3 ความเสียหาย .....	59
3.2.3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล .....	60
3.2.4 ขอบเขตความรับผิด .....	62
3.2.5 ข้อยกเว้นความรับผิด .....	63
3.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีตามกฎหมายวิธีสบัญญัติและแนวปฏิบัติของศาล .....	65
3.3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการปรับใช้กฎหมาย .....	65
3.3.2 หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี .....	65
3.3.3 อายุความการฟ้องร้องบังคับคดี .....	68
3.3.4 การพิพากษาไม่เกินคำขอ .....	68
3.3.5 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนของศาล .....	72
3.3.5.1 การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา .....	72
3.3.5.2 การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด .....	73
3.4 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน .....	74

3.4.1	กรณีศาลพิพากษาให้ผิดสัญญา .....	74
3.4.2	กรณีศาลพิพากษาให้ผิดละเมิด .....	75
3.4.3	กรณีศาลพิพากษาให้ผิดทั้งสัญญาและละเมิดโดยนำความรับผิดของระบบกฎหมายทั้ง 2 ฐาน มาปรับใช้ร่วมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน .....	76
บทที่ 4	.....	78
หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในต่างประเทศ .....		78
4.1	กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law).....	78
4.1.1	กฎหมายเยอรมัน.....	78
4.1.1.1	ความรับผิดตามสัญญา.....	78
1.)	หลักความผิด.....	78
2.)	ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน.....	85
3.)	ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	85
4.)	ผลของความรับผิดตามสัญญา .....	87
4.1.1.2	ความรับผิดเพื่อละเมิด.....	89
1.)	หลักความผิด.....	89
3.)	ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	93
4.1.1.3	เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของเยอรมัน .....	96
4.1.1.4	การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด.....	100
1.)	วิวัฒนาการของการฟ้องร้องบังคับคดีและแนวปฏิบัติของศาลในการปรับใช้ ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด .....	100
2.)	อำนาจของศาลในการปรับใช้กฎหมาย .....	105
3.)	คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง .....	106
4.1.2	กฎหมายฝรั่งเศส.....	108
4.1.2.1	ความรับผิดตามสัญญา .....	109

1.) หลักความผิด.....	109
2.) ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน.....	112
3.) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	113
4.) ผลของความรับผิดตามสัญญา.....	115
4.1.2.2 ความรับผิดเพื่อละเมิด.....	116
1.) หลักความผิด.....	116
2.) ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน.....	118
3.) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	119
4.1.2.3 เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศส.....	120
4.1.2.4 การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด.....	122
1.) วิวัฒนาการการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด.....	122
2.) อำนาจของศาลในการปรับใช้ข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงตามกฎหมาย วิธีสบัญญัติ.....	126
3.) คำพิพากษาและความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง.....	127
4.2 กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) : ศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ... 131	
4.2.1 ความรับผิดตามสัญญา.....	131
4.2.1.1 การกระทำผิดสัญญา.....	131
4.2.1.2 ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน.....	134
4.2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	135
4.2.2 ความรับผิดเพื่อละเมิด.....	136
4.2.2.1 การกระทำละเมิด.....	136
4.2.2.2 ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน.....	138
4.2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	140
4.2.3 เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของอังกฤษ.....	142

4.2.4 การปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิด .....	145
4.2.4.1 วิวัฒนาการการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิด .....	145
4.2.4.2 การพิจารณาปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดของศาล .....	148
4.2.4.3 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง .....	150
บทที่ 5 .....	153
วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน ใน ระบบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ .....	153
5.1 ปัญหาหลักเกณฑ์การปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน .....	154
5.2 ปัญหาผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันและ การ พิพากษาไม่เกินคำขอ .....	162
5.3 ปัญหาการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน .....	167
บทที่ 6 .....	171
บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	171
6.1 บทสรุป .....	171
6.2 ข้อเสนอแนะ .....	175
บรรณานุกรม .....	178
ประวัติผู้เขียน .....	184



## สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 : ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดของไทย .....	63
ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดของเยอรมัน .....	98
ตารางที่ 3 : ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศส .....	121
ตารางที่ 4 : ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดของอังกฤษ.....	144
ตารางที่ 5 : ตารางเปรียบเทียบการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน .....	174



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ระบบกฎหมายสัญญาและละเมิดมีความเกี่ยวข้องในชีวิตประจำวันของมนุษย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยสัญญา คือ การกระทำที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของบุคคลอันจะผูกพันกันภายใต้ข้อตกลงใดข้อตกลงหนึ่ง มุ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย เพื่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ การผิดสัญญาเป็นการผิดต่อหน้าที่ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ อันจะก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องอย่างบุคคลสิทธิสำหรับละเมิด คือ การกระทำที่มีได้ตั้งใจให้เกิดผลทางกฎหมาย โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อบุคคลอื่นให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาด อันได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากมีกฎหมายกำหนด

เนื่องจากระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบ มีฐานความคิดและความมุ่งหมายของความรับผิดชอบที่แตกต่างกัน ทำให้โดยทั่วไปเข้าใจว่าระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบแยกออกจากกัน การจะนำความรับผิดชอบของระบบกฎหมายใดมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง จะต้องสอดคล้องกับฐานความคิด ความมุ่งหมายของความรับผิดชอบ และหลักเกณฑ์สำคัญที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของความรับผิดชอบนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อเท็จจริงบางประการที่สามารถนำความรับผิดชอบของกฎหมายทั้ง 2 ระบบ มาปรับใช้ได้ เช่น กรณีของการผิดสัญญาเช่า เมื่อสิ้นสุดสัญญาเช่าและผู้เช่าไม่ยอมออกจากห้องเช่า เป็นกรณีที่เกิดความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาดคือทรัพย์สินของผู้ให้เช่า และสิทธิตามสัญญาระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่า ซึ่งผู้เช่าผิดทั้งสัญญาและละเมิด ในข้อเท็จจริงลักษณะดังกล่าวจะปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดอย่างไร โดยยังคงมีนักนิติศาสตร์ที่มีความเห็นในเรื่องดังกล่าวขัดแย้งกัน กล่าวคือ นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าควรจะเคารพหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาได้ตั้งใจก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้น จึงต้องปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญา แต่นักนิติศาสตร์อีกหลายท่านกลับเห็นว่าควรจะปรับใช้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและคุ้มครองความเสียหายได้กว้างกว่า นอกจากนั้นการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดยังต้องคำนึงถึงวิธีพิจารณาคดีของศาลด้วยหรือไม่ มากน้อยเพียงใด

นอกจากนั้นยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5072/2557 เป็นกรณีของสัญญาฝากทรัพย์ มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าโจทก์ให้จำเลยที่ 1 - 4 คนส่งสินค้าของตนไปยังจุดหมาย

ปลายทาง แต่ระหว่างการขนส่งจำเลยที่ 1-3 ไม่ใช่ความระมัดระวังในการดูแลสินค้าจนทำให้เกิดความเสียหาย คดีนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าสิทธิเรียกร้องของโจทก์ในส่วนที่เกี่ยวกับจำเลยที่ 3 ขาดอายุความหรือไม่ โดยโจทก์อุทธรณ์ว่า การเรียกร้องค่าเสียหายของโจทก์เป็นการใช้สิทธิเรียกร้องต่อจำเลยที่ 3 ในมูลละเมิดที่มีอายุความ 1 ปี มิใช่อายุความ 6 เดือน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 671 อันเป็นเรื่องของสัญญาฝากทรัพย์ หากเป็นอายุความตามมูลละเมิด สิทธิเรียกร้องของโจทก์จะยังไม่ขาดอายุความ ศาลฎีกาตัดสินว่า เนื่องจากโจทก์บรรยายฟ้องอ้างมูลเหตุให้จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในระหว่างการจัดเก็บสินค้าโดยไม่ระมัดระวังและดูแลสินค้าไม่ดีพอของจำเลยที่ 3 และการขนส่งโดยรถยนต์บรรทุกโดยไม่ระมัดระวังและไม่ดูแลสินค้าให้ดีเพียงพอของจำเลยที่ 4 อันเป็นการกล่าวอ้างถึงการทำหน้าที่ผู้ฝากทรัพย์บกพร่องจนเกิดความเสียหายแก่สินค้าที่จัดเก็บไว้ เป็นการผิดสัญญาฝากทรัพย์ที่ผู้ฝากทรัพย์ใช้สิทธิเรียกร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวแก่การฝากทรัพย์ ซึ่งมีอายุความ 6 เดือน นับแต่วันสิ้นสัญญาตามมาตรา 671 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีจึงไม่มีประเด็นให้ต้องวินิจฉัยในเรื่องความรับผิดของจำเลยที่ 3 ในมูลละเมิดที่จะใช้อายุความในเรื่องละเมิดแต่อย่างใด

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น ข้อเท็จจริงผิดทั้งสัญญาและละเมิด และศาลฎีกาได้ปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาในข้อเท็จจริงนั้น อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีข้อเท็จจริงลักษณะคล้ายคลึงกัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10155/2539 ซึ่งข้อเท็จจริงเป็นเรื่องฝากทรัพย์และด้วยความประมาทเลินเล่อของจำเลย ทำให้ทรัพย์เกิดความเสียหายในระหว่างการเคลื่อนย้ายขนส่ง เป็นกรณีผิดทั้งสัญญาและละเมิด แต่ศาลนำความรับผิดเพื่อละเมิดมาปรับใช้แทนการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา

จากการเลือกปรับใช้ความรับผิดของศาลฎีกาที่แตกต่างกันข้างต้น โดยทั่วไปเมื่อข้อเท็จจริงผิดทั้งสัญญาและละเมิดศาลจะต้องวินิจฉัยให้ผู้กระทำผิดรับผิดชอบแต่เฉพาะความรับผิดฐานใดฐานหนึ่งเพียงฐานเดียวเท่านั้น อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินแตกต่างกันออกไป ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8683/2559 มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า ว. และจำเลยทั้งสาม ทำสัญญาจ้างแรงงานระหว่างกันตกลงให้จำเลยทั้งสามผู้เป็นนายจ้างมีหน้าที่จัดสถานที่ทำงานให้มีความปลอดภัยตามประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมเรื่องความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้าง แต่จำเลยทั้งสามมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวทำให้ ว. ถึงแก่ความตาย และโจทก์ทั้งสี่ผู้ได้รับความเสียหายจากความตายของ ว. ขอบังคับให้จำเลยทั้งสาม ร่วมกันชำระค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็น ค่ารักษาพยาบาลก่อนตาย ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ก่อนตายและค่าขาดไร้อุปการะ ศาลพิพากษาว่า ตามข้อเท็จจริงดังกล่าว

จำเลยทั้งสามผิดทั้งสัญญาจ้างแรงงานและละเมิด โดยในประเด็นอายุความฟ้องร้องบังคับคดี ศาลนำอายุความฟ้องร้องคดีตามความรับผิดตามสัญญามาปรับใช้ โดยเมื่ออายุความตามสัญญาไม่ขาดอายุความ จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าคดีขาดอายุความละเมิดหรือไม่ สำหรับการกำหนดค่าเสียหาย ศาลพิพากษาให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด ตามที่โจทก์ได้ขอไว้ในคำบรรยายฟ้อง ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน

ในประเทศเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับประเทศไทย และมีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายละเมิดของไทย มีคำพิพากษาที่น่าสนใจได้แก่ คดี BGH 31 January 1967, BGHZ 47, 53 เป็นกรณีผู้ให้ยืมฟ้องผู้ยืมตามฐานความรับผิดเพื่อละเมิด แต่ศาลนำอายุความตามหลักความรับผิดตามสัญญาตามมาตรา 606 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาปรับใช้ โดยศาลให้เหตุผลว่าหากเป็นความเสียหายต่อสิทธิทางทรัพย์สิน ศาลจะปรับใช้อายุความตามความรับผิดตามสัญญา แต่หากเป็นความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย ศาลจะปรับใช้อายุความตามความรับผิดเพื่อละเมิด

ด้วยตัวอย่างคำพิพากษาและความเห็นของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวข้างต้น ก่อให้เกิดข้อสงสัยว่า หลักเกณฑ์การเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน ควรจะเป็นอย่างไร โจทก์มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดโดยเลือกฟ้องร้องบนฐานความรับผิดใด ความรับผิดหนึ่งได้หรือไม่ หรือการปรับใช้ความรับผิดเป็นอำนาจของศาล และหากศาลมีอำนาจปรับใช้ จะสามารถปรับใช้ความรับผิดได้เพียงใด และสามารถปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันได้หรือไม่ ซึ่งในการวิจัยเรื่องดังกล่าว จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิดของไทยเปรียบเทียบกับเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษอย่างลึกซึ้ง เพื่อพิจารณาวิวัฒนาการความคิดในการแบ่งแยกความรับผิดทั้ง 2 ระบบ โครงสร้างความรับผิดในแต่ละส่วน กฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้อง และข้อจำกัดในการปรับใช้ความรับผิดตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ อันนำไปสู่การเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างของความรับผิดทั้ง 2 ระบบ และการวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาฐานความคิดและโครงสร้างความรับผิดของความรับผิดตามสัญญาและละเมิดอย่างละเอียด
2. เพื่อศึกษาหาหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน



3. เพื่อศึกษาหาข้อสรุปว่าความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดสามารถปรับใช้ผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันได้หรือไม่

4. เพื่อศึกษาผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิด

### 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันไม่อาจทำได้

### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ในการเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ ผู้วิจัยกำหนดขอบเขตของการวิจัยในประเด็นปัญหาการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน ว่าจะมีหลักเกณฑ์ในการเลือกปรับใช้ความรับผิดชอบอย่างไร ผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้คือผู้ใด มีขอบเขตการพิจารณาปรับใช้เพียงใด และความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดสามารถปรับใช้ผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันได้หรือไม่ โดยศึกษาในแง่ของทฤษฎีแนวความคิดพื้นฐาน กฎหมาย คำพิพากษา และแนวความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และอังกฤษ

### 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การดำเนินงานวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร โดยศึกษา ค้นคว้า รวบรวมข้อมูลจากแหล่งต่างๆ เช่น หนังสือกฎหมาย บทความทางวิชาการ แนวความคิดของนักนิติศาสตร์ คำพิพากษาของศาล งานวิจัย บทบัญญัติ ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตและเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งของไทยและต่างประเทศ และนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อให้เกิดความเข้าใจและการปรับใช้ระบบกฎหมายอย่างเป็นเอกภาพต่อไป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้เข้าใจฐานความคิดและโครงสร้างความรับผิดชอบของความรับผิดของระบบกฎหมายสัญญาและละเมิดอย่างละเอียด
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน

3. ทำให้สามารถปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและความรับผิดชอบเพื่อละเมิดกับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม
4. ทำให้เข้าใจว่ามีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดชอบคือผู้ใดและมีขอบเขตการปรับใช้เพียงใด

### 1.7 ทบทวนวรรณกรรม

จากการตรวจสอบทบทวนวรรณกรรมพบลักษณะวิทยานิพนธ์ที่ใกล้เคียงกัน ได้แก่

วิทยานิพนธ์เรื่อง ความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิด นายไพรัช โชติบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยสุรนารี ปีการศึกษา 2544

ว่าด้วยการศึกษาถึงแนวทางในการฟ้องคดีหากเกิดความรับผิดที่คาบเกี่ยวกันทั้งสัญญาและละเมิด โดยศึกษาถึงการฟ้องร้องบังคับคดีว่าหากเป็นกรณีของการผิดสัญญาจะฟ้องได้เพียงฐานความรับผิดตามสัญญาหรือฟ้องร้องบังคับคดีบนฐานแห่งละเมิดได้ด้วย โดยเป็นการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางของแต่ละประเทศเท่านั้น มิได้วิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ในการเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน มิได้วิเคราะห์ขอบเขตการพิจารณาปรับใช้ความรับผิดของผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิด หรือมิได้วิเคราะห์ถึงการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันแต่อย่างใด

## บทที่ 2

### ความคิดพื้นฐานของความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิดและกฎหมายไทย

#### 2.1 วิวัฒนาการของการผิดสัญญาและละเมิดในสมัยโรมัน

##### 2.1.1 ความนำ

เนื่องจากความรับผิดของสัญญาและละเมิดเกิดมาจากที่มาและฐานความคิดที่แตกต่างกัน การจะศึกษาถึงความรับผิดซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำผิดสัญญาและละเมิดจะต้องย้อนดูถึงวิวัฒนาการและความเป็นมาของกฎหมายทั้งสองระบบเสียก่อน เพื่อให้ทราบถึงฐานความคิดที่เหมือนหรือแตกต่างกัน อันจะได้นำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไป โดยระบบกฎหมายโรมันมีหลักการสำคัญว่า “ไม่มีความรับผิดโดยไม่มีความผิด” (no liability without fault) ลูกหนี้จะมีความรับผิดต่อเมื่อมีการกระทำที่เป็นความผิด เช่น การไม่ชำระหนี้ ชำระหนี้บกพร่อง หรือเป็นการกระทำอื่นๆ ที่อาจโทษลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้มิได้มีความผิด เช่น มีเหตุสุดวิสัยที่ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ลูกหนี้ไม่มีความรับผิด โดยระบบกฎหมายโรมันมีการแบ่งแยกบ่อเกิดแห่งหนี้อันก่อให้เกิดความรับผิดออกเป็นหลายแนวความคิด ได้แก่

1. การจำแนกหนี้ออกเป็นหนี้ตามกฎหมายแพ่ง (Obligaciones civiles) และหนี้ตามกฎหมายบริหาร (Obligaciones honorariae) โดยขึ้นอยู่กับว่าหนี้เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง (ius civile) หรือตามกฎหมายบริหาร (Obligaciones honorariae) โดยเฉพาะที่มาจากไพรเตอร์ จักพรรดิจักรดิเนียน ทรงให้พระราชดำริว่าการแบ่งหนี้ตามลักษณะนี้เป็นลักษณะการแบ่งพื้นฐาน แต่มิได้นำมาใช้ประโยชน์แต่อย่างใด<sup>1</sup>

2. แนวความคิดของ Gaius ได้แบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้ออกเป็น หนี้ที่เกิดจากสัญญา (Obligaciones ex contractu) อันได้แก่ หนี้ที่เกิดจากการส่งมอบทรัพย์สิน หนี้ที่เกิดจากการเปล่งวาจา หนี้ที่เกิดจากการทำลายลักษณะอักษร และ หนี้ที่เกิดจากความยินยอม ส่วนประเภทที่สองคือ หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Obligaciones ex delicto) และประเภทสุดท้ายคือ หนี้ที่เกิดจากการกระทำอื่นๆ เช่นการจัดการงานนอกสั่ง การชำระหนี้โดยไม่มีหนี้

<sup>1</sup> Robert Warden, *The Elements of Roman Law* (London: Sweet & Maxwell, 1956), p. 284.

3. ตำราของจักพรดิจัสติเนียน (Institutiones) ได้แบ่งบ่อเกิดแห่งนี้ออกเป็น หนี้ที่เกิดจากสัญญา (Obligaciones ex contractu) หนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายสัญญา (Obligaciones quasi contractu) เช่น การจัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Obligaciones ex delicto) และ หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่คล้ายกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Obligaciones quasi ex delicto)

การแบ่งแยกบ่อเกิดแห่งหนี้ของจักพรดิจัสติเนียนมีผู้วิจารณ์ว่ามีจุดอ่อน 2 ประการ กล่าวคือ การแบ่งแยกหนี้ที่เกิดจากสัญญาและหนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายสัญญานั้นมีความเหมือนกันคือ มีใช้หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเท่านั้น และการแบ่งแยกหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่คล้ายกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีเหตุผลทางตรรกวิทยา

4. การแบ่งแยกหนี้โดยพิจารณาจากความสามารถในการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ โดยจำแนกออกเป็น หนี้ตามกฎหมาย (Obligaciones civiles) เป็นหนี้ซึ่งได้รับการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมาย และเจ้าหนี้สามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ส่วนหนี้ธรรมชาติ (Obligaciones naturals) เป็นหนี้ที่กฎหมายคุ้มครองโดยไม่สมบูรณ์แต่ยังมีผลตามกฎหมาย เช่น กรณีทาสทำข้อตกลงกับนายของตน หรือผู้อื่นหลังจากได้รับการปลดปล่อยแล้ว นายทาสไม่สามารถบังคับให้ทาสที่ได้รับการปลดปล่อยแล้วปฏิบัติตามพันธะของตนเองได้<sup>2</sup> เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีการแบ่งหนี้ออกเป็น หนี้เอกภาคีหรือหนี้ทวิภาคี ขึ้นอยู่กับว่ามีคู่กรณีหนึ่งฝ่ายหรือสองฝ่าย ในสัญญาซื้อขายหนี้ย่อมมีกันสองฝ่าย ส่วนในละเมิด หนี้มักจะมีแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น หนี้อาจเคร่งครัดตามกฎหมาย (stricti iuris) หรือขึ้นอยู่กับความสุจริต (bonae fidei) ก็ได้<sup>3</sup>

ในสมัยโรมัน เนื่องจากมีการแบ่งแยกขอบเขตของความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดอย่างชัดเจน ทำให้ยังไม่มีปัญหาในเรื่องการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันเหมือนเช่นปัจจุบัน ต่อมาในปี 409 อังกลุซได้แยกตัวออกมาจากโรมัน ส่วนแคว้นโกล (Gaul) และเยอรมัน ยังคงยึดหลักทางกฎหมายของโรมัน จึงทำให้เกิดการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกันในปัจจุบัน

<sup>2</sup> ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 159.

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน.

### 2.1.2 วิวัฒนาการของการผิดสัญญาในสมัยโรมัน

หนี้อันเกิดจากสัญญา (Obligaciones ex contractu) ภาษาละตินเรียกว่า contractus (มาจากคำว่า contrahere ตกลงหรือทำสัญญากัน) โดยไม่มีคำนิยามที่ตายตัว มีการตีความทั้งอย่างกว้างและอย่างแคบ แต่คนโรมันเข้าใจหนี้อันเกิดจากสัญญาว่าเป็นหนี้อันเกิดจากข้อตกลง<sup>4</sup> นักวิเคราะห์กฎหมายโรมัน Nicholas แบ่งประเภทของสัญญา ดังนี้<sup>5</sup>

1.) สัญญาไม่มีแบบ (informal หรือ formless contracts) เป็นสัญญาที่ไม่มีรูปแบบกำหนดไว้แน่นอน ไม่มีการกำหนดให้ต้องมีการเปล่งวาจาเป็นถ้อยคำใดโดยเฉพาะเพื่อผูกพันตามสัญญา เพียงแต่กำหนดหลักการกว้างๆ เช่น สัญญาซื้อขาย เป็นต้น เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญา<sup>6</sup> และมีได้เป็นการปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยแบ่งสัญญาไม่มีแบบออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

ก. สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สิน (re) การรับทรัพย์สินยอมก่อให้เกิดหนี้ขึ้น ฝ่ายใดรับทรัพย์สินไว้ต้องนำมาคืน

ข. สัญญาต่างตอบแทน (consensu) ความยินยอมเป็นสาระสำคัญของสัญญาประเภทนี้ โดยหากไม่มีความยินยอมสัญญาย่อมไม่เกิด

2.) สัญญามีแบบ (formal contracts) เป็นสัญญาที่กำหนดถ้อยคำ คำพูด หรือตัวอักษร ในการก่อสัญญาไว้ชัดเจน เช่น สัญญา stipulation เป็นต้น โดยสัญญามีแบบแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาทำด้วยวาจา (verbis) และสัญญาทำเป็นลายลักษณ์อักษร (litteris)

ในสมัยโรมันบุคคลจะไม่สามารถทำสัญญานอกเหนือจากสัญญาทั้ง 2 ประเภทข้างต้น ซึ่งแตกต่างจากการทำสัญญาในปัจจุบันที่คำนึงถึงหลักเสรีภาพในการสัญญาที่สามารถทำสัญญาได้อย่างเสรี เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นบางประการเท่านั้น

รูปแบบของการทำสัญญาในเริ่มแรกเป็นการทำสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน (re) และ สัญญาที่ผูกพันโดยคำพูด (verbis) สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (litteris) และสัญญาที่เกิดจากความยินยอมทั้ง 2 ฝ่าย (consensus) ตามลำดับ โดยสัญญาที่เกิดจากความยินยอมของทั้ง 2 ฝ่ายสามารถแบ่งออกเป็น 4 รูปแบบ กล่าวคือ<sup>7</sup> สัญญาซื้อขาย (Emptio venditio) สัญญาเช่าและบริการ

<sup>4</sup> Robert Warden, *The Elements of Roman Law*, p. 285.

<sup>5</sup> Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford: Clarendon Press, 1991), pp. 167, 193.

<sup>6</sup> Curzon LB, *Roman Law* (London: Macdonold and Evans Ltd., 1966), p. 133. อ้างถึงใน ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 160.

<sup>7</sup> Lord Justice Jackson, "Concurrent Liability : Where Have Things Gone Wrong,"(2014), p. 3.

(Locatio conductio) สัญญาหุ้นส่วน (Societas) และสัญญาที่ตกลงทำการทำงานให้โดยไม่มีค่าตอบแทน (Mandatum)

เมื่อสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ จึงต้องพิจารณาหลักกฎหมายหนี้ของโรมัน โดยผลแห่งหนี้ในสมัยโรมัน ลูกหนี้จะมีความรับผิดชอบตามสัญญาต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยอาจมีกรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยลูกหนี้ผิดนัด หรือไม่ชำระหนี้อื่นเนื่องจากการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย โดยแยกพิจารณาดังนี้

#### 1.) การผิดนัดหรือการชำระหนี้ล่าช้า (Mora Debitoris)

##### ก. ลูกหนี้ผิดนัด

เหตุของการที่ลูกหนี้ผิดนัดเกิดจากลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้า หมายถึง กรณีหนี้ไม่มีเงื่อนไขและหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว (mora ex re) ซึ่งการชำระหนี้ล่าช้านั้นโทษลูกหนี้ได้ หรือกรณีเจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว แต่ลูกหนี้ไม่ยอมชำระ (mora ex persona) เช่น การฝากทรัพย์ เป็นต้น ผลของการที่ลูกหนี้ผิดนัดเกิดขึ้นจาก 2 ประการด้วยกัน<sup>8</sup>

(1) หนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการส่งมอบหรือการคืนทรัพย์ การผิดนัดก่อให้เกิดหนี้ที่ไม่สิ้นสุด (perpetuation obligationis) กล่าวคือหากผิดนัดแล้ว ภายหลังจากการผิดนัดหากเกิดความเสียหายต่อตัวทรัพย์ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในผลดังกล่าวแม้เกิดด้วยเหตุสุดวิสัย แต่ในกฎหมายของจักพรรดิจัสติเนียนให้ความหมายของการผิดนัดก่อนที่หนี้จะสิ้นสุดว่า ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเฉพาะแต่เมื่อทรัพย์นั้นอยู่กับเขา เช่น ทรัพย์ถูกทำลายเมื่ออยู่กับลูกหนี้ แต่หากอยู่กับเจ้าหนี้ความเสียหายนั้นจะไม่เกิด ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเมื่อพิสูจน์ได้ว่าแม้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ความเสียหายนั้นก็ย่อมเกิดขึ้นอยู่ดี

(2) หนี้เงิน การชำระหนี้ต้องกระทำโดยสุจริต หากผิดนัดชำระหนี้เงิน ศาลจะต้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระดอกเบี้ยในหนี้เงินด้วย

##### ข. เจ้าหนี้ผิดนัด

การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ อาจเกิดจากเจ้าหนี้ผิดนัดก็ได้ โดยในสมัยจักพรรดิจัสติเนียนการขอปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้ได้แก่ การทำคำเสนอที่จะชำระหนี้ตามแบบพิธีและการวางทรัพย์

(1) สาเหตุที่เจ้าหนี้ผิดนัด เกิดจากกรณีลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยถูกต้องแล้ว แต่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้

<sup>8</sup> Arangio-ruiz V, *Istituzioni Di Diritto Romano*, ed. 14 (Jovene: Napoli, 1984), p. 387. อ้างถึงใน ศันสน์ภรณ์ โสดีลพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 148.

## (2) ผลของการที่เจ้าหนี้ผิดนัด

ในยุคคลาสสิก ความเสียหายหรือสูญหายของทรัพย์สินตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ โดยลูกหนี้อาจมีความรับผิดชอบทรัพย์สินนั้นเมื่อลูกหนี้ได้กระทำโดยจงใจให้ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือเสียหาย

กรณีหนี้เงิน หากลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามแบบพิธีแล้วและเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ หากเลยกำหนดระยะเวลาแห่งการชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในดอกเบี้ยของหนี้เงิน

ลูกหนี้มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนและค่าใช้จ่ายที่ตนได้ออกไปเพราะความล่าช้าของเจ้าหนี้

2.) การชำระหนี้พ้นวิสัย<sup>9</sup> (Culpable Supervening Impossibility)

ก. การเกิดการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย อาจเกิดได้ 2 กรณี

การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยมีมาตั้งแต่ก่อนเกิดหนี้ ทำให้ไม่มีหนี้ (impossibilium nullae obligation) และการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยเกิดขึ้นหลังการเกิดสัญญา หากไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ ผลจะเป็นเช่นเดียวกันกับการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยตั้งแต่ก่อนเกิดหนี้

ข. พัฒนาการการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย แรกเริ่มการชำระหนี้เงินไม่มีการตกเป็นพ้นวิสัย ส่วนหนี้ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอาจตกเป็นพ้นวิสัยได้ หากตัวทรัพย์สินไม่มีอยู่ หรือตัวทรัพย์สินเป็นวัตถุที่ไม่อาจซื้อขายกันได้อีก และลูกหนี้จะไม่หลุดพ้นจากการชำระค่าสินไหมทดแทน เว้นแต่การสูญหายหรือถูกทำลายมิได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้ โดยจะขึ้นอยู่กับกระทำของลูกหนี้หรือไม่ พิจารณาจากการกระทำของลูกหนี้ที่เป็นการลงมือกระทำในทาง positive ซึ่งเป็นการพิจารณาอย่างแคบ ไม่เหมือนกับปัจจุบัน หากลูกหนี้กระทำโดยงดเว้นและก่อให้เกิดความเสียหายถือว่าความเสียหายไม่ได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้<sup>10</sup> ต่อมา หากตัวทรัพย์สินสูญหายโดยเหตุธรรมชาติ หรือความรุนแรงที่ไม่อาจต้านทานได้ของบุคคลภายนอก ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้และการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ความเสียหาย

เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามสัญญา เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้โดยแบ่งแยกการบังคับชำระหนี้ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

<sup>9</sup> Zimmermann R, The Law of Obligations : Roman Foundation of the Civilian Tradition (Johannesburg: Juta & Co.Ltd., 1992), p. 783ss.

<sup>10</sup> Arangio-ruiz V, Istituzioni Di Diritto Romano, pp. 382,389.อ้างถึงใน ศนันทกรรณ์ โสทธิพันธุ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 150.

1.) การบังคับชำระหนี้บนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ ต้องบังคับระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ เท่านั้นไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก หากไม่ชำระหนี้ลูกหนี้จะตกอยู่ในอำนาจของเจ้าหนี้และเจ้าหนี้สามารถบังคับด้วยกำลังได้<sup>11</sup> โดยหากศาลพิจารณาว่ามีการไม่ปฏิบัติชำระหนี้แล้ว จะให้ลูกหนี้ปฏิบัติชำระหนี้ภายใน 30 วัน หากไม่ชำระ เจ้าหนี้สามารถนำตัวลูกหนี้ไปมัดไว้เพื่อให้ครอบครัวลูกหนี้มาปฏิบัติชำระหนี้ แต่หากยังไม่ปฏิบัติ สามารถขายลูกหนี้ได้ ถ้าไม่มีผู้ซื้อสามารถฆ่าลูกหนี้ได้ หากมีเจ้าหนี้หลายคนอาจแบ่งศพไปขาย หรือขายลูกหนี้ข้ามประเทศโดยข้ามแม่น้ำไทเบอร์เพื่อไปเป็นทาสได้ ทำให้ลูกหนี้กลายเป็นทรัพย์สินและหมดสิทธิความเป็นพลเมืองโรมันในที่สุด<sup>12</sup>

2.) การบังคับชำระหนี้บนทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมาย lex Poetelia de nexis ค.ศ. 236 ทำให้การบังคับชำระหนี้บนเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ไม่มีอีกต่อไป การบังคับชำระหนี้มี 2 วิธี คือ การขายทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้ และการทยอยขายทรัพย์สินของลูกหนี้เพียงบางส่วนเพื่อนำมาชำระหนี้

อย่างไรก็ดี การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้และมีความรับผิดชอบได้จะต้องพิจารณาถึงหลักความผิดของความรับผิดชอบตามสัญญา ซึ่งในสมัยโรมันในสัญญาบางประเภทต้องการหลักความผิดโดยจงใจเพียงอย่างเดียว เช่น สัญญาฝากทรัพย์สิน เป็นต้น สัญญาที่มีหลักความผิดทั้งจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เช่น สัญญายืมใช้คงรูป สัญญาซื้อขาย สัญญาจำนำ สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาห้างหุ้นส่วน เป็นต้น และสัญญาที่มีหลักความผิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างเดียว เช่น การให้สินเดม เป็นต้น นอกจากนี้ยังขึ้นอยู่กับข้อกำหนดที่คู่สัญญากำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม จะยกเว้นความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจไม่ได้เพราะขัดต่อหลักสุจริต แต่หากมีเหตุการณ์ทางธรรมชาติ ไม่อยู่ในความควบคุมของลูกหนี้ เช่น ฟ้าผ่า ไฟไหม้ เป็นต้น อาจเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้ได้<sup>13</sup>

### 2.1.3 วิวัฒนาการของละเมิดในสมัยโรมัน

แต่เดิมละเมิดมีวัตถุประสงค์มุ่งลงโทษทางอาญามากกว่าการชดเชยค่าสินไหมทดแทน หากมีการกระทำละเมิด ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิโดยชอบธรรมในการแก้แค้นผู้กระทำละเมิดในลักษณะเดียวกัน อย่างที่ตนโดนกระทำละเมิด เรียกว่า ลักษณะ “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน”(Lex Talionis) เช่น ละเมิดทำให้

<sup>11</sup> Manthe U., *Storia Del Diritto Privato Romano*, trans. Filippo Briguglio (Bologna: Mulino, 2007), p. 35. อ้างถึงใน ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 150.

<sup>12</sup> Manthe U., *Storia Del Diritto Privato Romano*, pp. 64-65. อ้างถึงใน ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 151.

<sup>13</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 231.



ผู้เสียหายบาดเจ็บทางร่างกาย ผู้เสียหายย่อมแก้แค้นโดยการทำให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายของผู้ทำละเมิดได้เช่นกัน ผู้เสียหายจะสละสิทธิไม่แก้แค้นก็ได้ ต่อมาได้มีวิวัฒนาการให้ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าปรับตามอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นการเรียกร้องทดแทนความเสียหายทางแพ่ง นอกจากนั้นยังอาจเรียกเบี้ยปรับอันเป็นมาตรการทางอาญาได้อีกด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำละเมิดในสมัยก่อนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยมีแง่มุมของการลงโทษทางอาญารวมอยู่ด้วย แตกต่างจากปัจจุบันที่วัตถุประสงค์แห่งความรับผิดชอบเพื่อละเมิดคือการเยียวยาความเสียหายเสมือนความเสียหายนั้นมิได้เกิดขึ้น

ต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญขึ้น มีการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกันมากขึ้น การให้แก้แค้นในลักษณะตาต่อตา ฟันต่อฟัน ย่อมก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม รัฐหรือผู้ปกครองจึงเข้ามาแทรกแซงเพื่อจัดระเบียบสังคมให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข โดยการกำหนดให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหาย เสมือนหนึ่งมิได้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น โดยสามารถแบ่งแยกวิวัฒนาการของการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามยุคสมัยได้ดังนี้<sup>14</sup>

### 1. ยุคโบราณ

การแบ่งแยกระหว่างการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อส่วนรวม (criminal) กับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งกระทบต่อบุคคลส่วนตัว (delicta) ยังไม่ชัดเจน การพิจารณาคดีมีอยู่ 2 ประเภท คือ การพิจารณาคดีแบบมหาชน (ordo iudiciorum publicum) เป็นการพิจารณาคดีที่มีการลงโทษเป็นโทษปรับและโทษต่อเนื้อตัวร่างกาย และการพิจารณาคดีแบบเอกชน (ordo iudiciorum privatum) โดยโทษที่ลงเป็นลักษณะโทษปรับที่เป็นเงิน

การลงโทษในยุคโบราณมีรูปแบบของ *sacertas* เป็นการกระทำที่ผู้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้พระเจ้าโกรธ และจะถือว่ากลายเป็นของพระเจ้าแล้ว บุคคลอื่นสามารถฆ่าผู้กระทำได้ โดยไม่มีความรับผิดชอบใดๆ หรือรูปแบบของ *vindicta* เป็นลักษณะแก้แค้นของผู้เสียหายต่อผู้ที่กระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อตน โดยการแก้แค้นจะต้องได้สัดส่วนกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

### 2. ยุคสาธารณรัฐ

ลักษณะการลงโทษรูปแบบ *poena* เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายเกรงว่าตนจะถูกแก้แค้น จึงมีข้อเสนอขอชดใช้เป็นทรัพย์สินแทน หากผู้เสียหายตกลงยินยอมรับการชดใช้ ผู้กระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบนั้น โดยผู้เสียหายมีสิทธิเรียกเงินชดใช้เป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ ไม่จำกัด และ

<sup>14</sup> Talamanca M., *Istituzioni Di Diritto Romano* (Milano: Giuffre), p. 614ss. อ้างถึงใน ศันันท์กรณ โสคติพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 243.

ผู้ที่กระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายจะปฏิเสธไม่ได้ หากปฏิเสธจะไม่หลุดพ้นจากการแก้แค้น แต่ในภายหลังมีการกำหนดให้ชดใช้ทรัพย์สินเท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น นอกจากนั้นยังมีรูปแบบการดำเนินการของ praetors หรือขุนนางผู้บริหารความยุติธรรม ที่กำหนดการลงโทษตาม ius honorarium ที่มีลักษณะการลงโทษในทางอาญาทำนองเดียวกับหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายของพลเมืองโรมัน (ius civile)

### 3. ยุคคลาสสิก

ในยุคนี้มีการลงโทษที่ชดใช้เป็นเงินทั้งสิ้น โดยมีระบบกระบวนการพิจารณาการฟ้องร้องแบบเอกชนและมีวิธีการฟ้องร้องที่เรียกว่า cognition

สำหรับลักษณะทั่วไปของความรับผิดในหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสมัยโรมัน มีลักษณะดังนี้<sup>15</sup>

#### 1. สิทธิในการฟ้องร้องโอนแก่กันไม่ได้

เนื่องจากการลงโทษในยุคแรกๆ เป็นการลงโทษในลักษณะแก้แค้นและมีการฟ้องร้องลักษณะของคดีอาญา ผู้เสียหายเท่านั้นที่จะฟ้องร้องผู้ที่กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หากผู้เสียหายถึงแก่ความตายแล้ว ทายาทไม่สามารถสืบสิทธิในการฟ้องร้องได้ แต่ต่อมาภายหลัง สิทธิในการฟ้องร้องที่โอนไม่ได้นี้กลายเป็นข้อยกเว้นทั่วไป

#### 2. หน้าที่ในการรับผิดโอนไม่ได้

เนื่องจากมีลักษณะแห่งการลงโทษแก้แค้นที่อาจกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย ดังนั้นผู้ที่กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องเป็นผู้ถูกลงโทษ ความรับผิดไม่สามารถโอนให้บุคคลอื่นรับโทษได้ แต่ต่อมาหากการฟ้องร้องมีลักษณะเป็นการเยียวยาทางเศรษฐกิจก็อาจฟ้องทายาทของผู้ก่อความเสียหายให้รับผิดได้

#### 3. ความรับผิดแบ่งแยกไม่ได้

เมื่อมีผู้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายคน ผู้กระทำทั้งหมดต้องถูกลงโทษเท่าๆ กัน

4. การฟ้องคดีอาญาไม่ตัดสิทธิการฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินหรือการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนทางแพ่ง

หากมีการกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถฟ้องเป็นคดีอาญาเพื่อให้ผู้กระทำถูกลงโทษด้วยวิธีการฟ้องร้องที่เรียกว่า action furti และฟ้องเรียกทรัพย์สินที่ถูกขโมยไปกลับคืนได้ด้วยวิธีการ

<sup>15</sup> Arangio-ruiz V, *Istituzioni Di Diritto Romano*, pp. 364-368. อ้างถึงใน ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 245.

ฟ้องร้องแบบ rei vindicatio หรือ condictio ex causa furtiva และฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้พร้อมๆ กัน

#### 5. การฟ้องคดีไม่มีอายุความ

หากฟ้องคดีตามกฎหมายเอกชนไม่มีอายุความ แต่หากเป็นกรณีการฟ้องร้องตามการดำเนินการของ praetores มีอายุความ 1 ปีนับจากวันที่ผู้เสียหายอาจใช้สิทธิเรียกร้องได้

6. หัวหน้าครอบครัวหรือเจ้าของทาสอาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของคนในครอบครัวหรือทาสของตนได้

รูปแบบของการฟ้องร้องหัวหน้าครอบครัวหรือเจ้าของทาสเรียกว่า noxae เป็นการฟ้องร้องที่ผู้ฟ้องร้องมีความมุ่งหมายให้บุคคลดังกล่าวยกบุตรหรือทาสให้แก่ตนเป็นการชดใช้แทน เพื่อปลดเปลื้องความรับผิดชอบ มิเช่นนั้นจะถูกลงโทษเป็นการชดใช้เงิน ต่อมาในยุคคลาสสิกการฟ้องร้องหัวหน้าครอบครัวไม่มีแล้ว เนื่องจากบุตรมีความสามารถตามกฎหมายเอกชน

สำหรับการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของโรมัน จะรับผิดชอบได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น โดยแบ่งลักษณะละเมิดออกเป็น 4 ประเภท คือ

1. furtum คือการกระทำอันไม่สุจริตต่อทรัพย์สินของผู้อื่น มีเจตนาเพื่อให้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์หรือการครอบครอง อันเป็นความหมายอย่างกว้าง ตัวอย่างของ furtum เช่น การขโมย ลักทรัพย์ เป็นต้น<sup>16</sup> โดยมีองค์ประกอบคือ จะต้องมิเจตนากระทำต่อทรัพย์สินนั้นโดยรู้ว่าเจ้าของทรัพย์สินมิได้ยินยอม ไม่จำเป็นต้องมีการเอาไปซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวหรือไม่จำเป็นจะต้องรู้ว่าเจ้าของทรัพย์สินมิได้ยินยอมแต่อย่างใด (การขโมยใช้ furtum usus) โดยเป็นการเข้ามาเกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินในลักษณะ amotio คือการเข้าครอบครองทรัพย์สินและเอาไปจากสถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่<sup>17</sup> ต้องมีเจตนาทุจริต อีกทั้ง furtum ใช้เฉพาะกับสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

ลักษณะของการลักทรัพย์ในสมัยโรมันมีอยู่ 2 ประการ คือ

ก. furtum manifestum คือการลักทรัพย์โดยจับได้โดยทันทีเห็นได้เด่นชัด เช่นกรณีถูกจับได้คาหน้าคาเขา หรือยังไม่สามารถนำทรัพย์สินไปยังจุดหมายที่ตนจะนำไปเก็บรักษาได้

ข. furtum nec manifestum คือการลักทรัพย์ที่ยังไม่เห็นเด่นชัด ไม่สามารถจับได้คาหน้าคาเขา

<sup>16</sup> Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 213.

<sup>17</sup> ศนันทกรณ โสคติพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 247.

2. Injuria คือกรณีการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลอื่นหรือต่อสิทธิของบุคคลอื่น เช่นการทำร้ายร่างกายผู้อื่น การหมิ่นประมาท ทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศ การรบกวนสิทธิครอบครองของผู้อื่น การกักขัง เป็นต้น

ในกฎหมาย 12 โต๊ะ กำหนดกรณีการทำร้ายร่างกายไว้ 3 กรณี ได้แก่ การทำให้อวัยวะเสียหาย (membram raptum) ใช้กฎหมายตัดต่อตาฟันต่อฟัน (taglione) การทำให้กระดูกหัก (l'os fractum) และการทำร้ายร่างกายเล็กน้อย ต่อมาการตัดสินของ praetores ได้รวมถึงการละเมิดด้วยคำพูดและการละเมิดเกียรติยศชื่อเสียง

3. rapina การปล้นทรัพย์โดยมีอาวุธ ด้วยวิธีรุนแรง หรือใช้กำลัง หรือที่เรียกว่า การชิงทรัพย์ แม้จะกระทำเพียงผู้เดียวก็ตาม โดยรวมถึงการเข้าครอบครองทรัพย์ของผู้อื่นโดยถือเอาประโยชน์จากการเกิดภัยกับเจ้าของ<sup>18</sup> เช่น ไฟไหม้ เรือล่ม หรือถูกปล้น เป็นต้น

4. Lex Aquila คือการฆ่าทาสหรือปศุสัตว์ หรือการทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น โดยการเผาทำลาย ทรัพย์สินของผู้อื่น ไม่ว่าจะด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ต่อมาได้พัฒนามาเป็นหลักทำให้เสียหาย (damnum injuria datum) โดยกฎหมาย lex Aquilia de damno กำหนดองค์ประกอบคือ ต้องมีความเสียหายเกิดกับทรัพย์ของผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ก่อความเสียหายมีความผิด ไม่ว่าจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อแม้เพียงเล็กน้อยก็ตาม และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยในยุคคลาสสิก Lex Aquila ใช้กับการกระทำต่อทรัพย์ที่เป็นรูปธรรมเท่านั้น<sup>19</sup> กล่าวคือ ไม่ใช่การที่ทรัพย์เสียหาย เช่น การชิงสัตว์ไว้ในคอกแล้วปล่อยให้ตาย เป็นต้น ซึ่งจะไม่สามารถใช้กฎหมาย Lex Aquila ได้โดยตรง แต่ใช้ในลักษณะกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ โดยใช้วิธีการฟ้องที่เรียกว่า actiones legis Aquiliae utiles หรือการฟ้องร้องในข้อเท็จจริงที่เรียกว่า action in rem

วิวัฒนาการความรับผิดเพื่อละเมิดนอกจากจะเกิดจากหน้าที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสมัยโรมันแล้ว ความรับผิดเพื่อละเมิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในปัจจุบันมีวิวัฒนาการมาจากหน้าที่เกิดจากการกระทำที่คล้ายกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligations quasi ex delicto) อีกด้วย<sup>20</sup> ความรับผิดเพื่อละเมิดในสมัยโรมันจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้นจึงจะมีความรับผิด หากกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ผู้กระทำความผิดไม่มีความรับผิดเพื่อละเมิด หลังจากนั้นราวศตวรรษที่ 17-18 ได้มีการศึกษาหาหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดอย่างจริงจัง

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 250.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 243.

โดยนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสโดยการศึกษาตามหลักกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือ หลักกฎหมายที่แท้จริงของสังคมใด อาจได้มาจากธรรมชาติของมนุษย์และสังคมนั้นๆ

## 2.2 ความรับผิดชอบตามสัญญา

### 2.2.1 ความคิดพื้นฐานของสัญญา

การจะพิจารณาถึงความรับผิดชอบตามสัญญาซึ่งเป็นผลจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ จะต้องศึกษาถึงที่มาและแนวความคิดพื้นฐานของสัญญาเสียก่อนเพื่อให้เห็นความเชื่อมโยงกับความรับผิดชอบตามสัญญาและนำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิด เพื่อหาแนวทางการปรับใช้กฎหมายต่อไป

#### 1.) บ่อเกิดแห่งหนี้

ทฤษฎีตามตำราสำหรับ Théorie classique<sup>21</sup> อธิบายว่า ความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นผลแห่งหนี้เนื่องจากสัญญาเกิดจากการเข้าตกลงกันของบุคคล 2 ฝ่ายขึ้นไป เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน เกิดเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ โดยลูกหนี้มีหน้าที่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นแล้วตั้งแต่ทำสัญญา หากผิดสัญญาที่ตกลงกัน ทำให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบต่อการผิดสัญญา เกิดความรับผิดชอบตามสัญญา กล่าวคือ ลูกหนี้ได้กระทำหรือละเว้นกระทำสิ่งซึ่งเป็นการไม่ปฏิบัติตามนิติสัมพันธ์นั้นและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ จึงถือได้ว่า ความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นผลแห่งหนี้

ทฤษฎีของ Planiol (ปลานีโอล) อธิบายว่า ความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ตามสัญญาเป็นหนี้ซึ่งบุคคลตกลงผูกมัดทำขึ้นเอง เรียกว่า Obligation conventionnelle เพื่อบังคับลูกหนี้ให้กระทำหรือละเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อลูกหนี้ขัดขึ้นและก่อให้เกิดความเสียหาย ลูกหนี้จะเกิดความรับผิดชอบตามสัญญา

ท่าน Gabriel Marty มีความเห็นว่า ผิดสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ โดยอธิบายว่า เมื่อคู่สัญญายอมตกลงผูกพันกันตามสัญญา ก่อให้เกิดหนี้ระหว่างเจ้าหนี้-ลูกหนี้แล้ว เมื่อผิดข้อตกลง ก่อให้เกิดหนี้ใหม่หรือนิติสัมพันธ์ใหม่ซึ่งลูกหนี้เดิมจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่เจ้าหนี้เดิม การผิดสัญญาจึงเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้

<sup>21</sup> จิต เศรษฐบุตตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 34.

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ “การทำสัญญาเป็นการก่อนนี้ การผิดสัญญาเป็นแต่เพียงการไม่ชำระหนี้ แม้เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ การผิดสัญญาโดยทั่วไปไม่ใช่ละเมิด”

วงษ์ วีระพงศ์ “หนี้ตามสัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยความยินยอมของคู่สัญญา ความรับผิดชอบทางสัญญาจึงเป็นผลแห่งหนี้ อย่างไรก็ตามหากลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ถูกต้องหรือชำระหนี้ไม่ครบถ้วน อาจเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ขึ้นได้ ถ้าเกิดความเสียหายขึ้นประการใดอันจะโทษลูกหนี้ได้ ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ”

## 2.) สิทธิและหน้าที่ก่อนมีความรับผิดชอบ

ความรับผิดชอบตามสัญญา ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ จะมีสิทธิและหน้าที่เกิดขึ้น ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญากันโดยสมบูรณ์แล้ว กล่าวคือมีการตกลงเสนอสนองต้องตรงกัน อย่างไรก็ตาม ก่อนที่บุคคลจะก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน บุคคลทุกคนมีหน้าที่ตามหลักสุจริต อันหลักสุจริต ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์<sup>22</sup> ได้อธิบายว่า “หลักสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ มีจุดมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่สังคม เป็นหลักกฎหมายเพื่อความยุติธรรม เป็นหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจที่ไม่อาจอธิบายให้ชัดเจนในรายละเอียดได้”

## 3.) วัตถุประสงค์ของการกำหนดความรับผิดชอบ

สัญญาเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ด้วยใจสมัคร เพื่อให้เกิดผลผูกพันซึ่งกันและกัน อันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ จึงเรียกคู่สัญญาว่า ลูกหนี้ เจ้าหนี้ การกระทำตามสัญญาจะบังคับกันได้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น บุคคลภายนอกสัญญาไม่เกี่ยวข้อง เป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญา การผิดสัญญาแตกต่างจากการกระทำผิดกฎหมาย<sup>23</sup>

ความมุ่งหมายของความรับผิดชอบตามสัญญา คือ เยียวยาผู้เสียหายเสมือนหนึ่งว่าความเสียหายนั้นไม่เคยเกิดขึ้น โดยให้ถือว่าได้มีการชำระหนี้หรือชำระหนี้ถูกต้องแล้ว โดยอาจแยกวัตถุประสงค์ของความรับผิดทางสัญญาได้เป็น 2 ประการ ได้แก่

ก. ให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ตามสัญญาที่ตกลงกันไว้เสมือนกับมีการชำระหนี้โดยสมัครใจของลูกหนี้ เป็นกรณีเยียวยาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง อาจถือเป็นการชำระหนี้ลำดับต้น ทดแทนความเสียหายที่เจ้าหนี้จะได้รับตามปกติของการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา ยกตัวอย่างเช่น

<sup>22</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2519), หน้า 32-33.

<sup>23</sup> Raymond Youngs, English French & German Comparative Law, 2 ed. (Oxonian U.K.: Routledge, 2007), p. 509.

การซื้อขายทรัพย์สินที่ส่งมอบทรัพย์สินไม่ถูกต้องตามสัญญา เจ้าหนี้อาจเรียกให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินให้ถูกต้องได้ เป็นต้น

ข. การดำเนินการเพื่อชดเชยค่าเสียหาย อันเป็นวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ถือเป็นภาระหนี้ลำดับรองหากไม่สามารถชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ยกตัวอย่างเช่น การชดเชยค่าเสียหายกรณีที่มีการขโมยทรัพย์สินของแขกที่มาพักในโรงแรม เป็นต้น และกรณีที่เกิดความเสียหายต่อร่างกาย การบังคับชำระหนี้เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของความรับผิดที่เท่ากับหนี้ที่ตกลงไว้ตามสัญญา (การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง) เป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ กรณีดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์เป็นการชดเชยค่าเสียหายเสมอ<sup>24</sup> เช่น การทำสัญญาประกันความปลอดภัยของบุคคลหากบุคคลตามสัญญาเสียชีวิต ต้องชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น

## 2.2.2 หลักเกณฑ์ที่สำคัญอันก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญา

### 2.2.2.1 ความสมบูรณ์ของสัญญา

บุคคลสองฝ่ายจะมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันและเกิดความรับผิดตามสัญญาได้ต่อเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ตามหลักอิสระทางแพ่งบุคคลทุกคนมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในทางส่วนตัวและทางทรัพย์สิน บุคคลทุกคนจึงย่อมมีเสรีภาพในการตกลงเข้าทำสัญญาผูกพันระหว่างกัน ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา มีการเสนอและสนองรับต้องตรงกันในเนื้อหาที่เข้าผูกพัน หากมีคำเสนอ แต่อีกฝ่ายหนึ่งบอกปิดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอ แม้เพียงเล็กน้อย สัญญายังไม่เกิดขึ้น ทั้งสองฝ่ายจึงยังไม่มีสิทธิหน้าที่ผูกพันระหว่างกันอันจะก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญาได้ เมื่อเกิดความรับผิดตามสัญญาแล้ว เจ้าหนี้-ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ โดยความรับผิดอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ถือเป็นข้อยกเว้นเพราะผลตามปกติที่เกิดจากหนี้ตามสัญญา คือการปฏิบัติตามการชำระหนี้<sup>25</sup>

<sup>24</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, "หลักและขอบเขตความรับผิดทางสัญญา," ใน อาจารย์บุชา : หนังสือนรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 372.

<sup>25</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), หน้า 95.

กล่าวได้ว่า ความรับผิดชอบตามสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้เป็นหลัก แต่จะถือว่ามีความรับผิดชอบได้ สัญญานั้นจะต้องเป็นสัญญาเสียก่อน หากไม่มีสัญญาต่อกัน เช่น ไม่ได้มีการตกลงเสนอสนองเข้าทำสัญญาที่ต้องตรงกัน อาจอ้างข้อประกอบของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้

### 2.2.2.2 หลักความผิด

ลูกหนี้จะถือว่ากระทำผิดต่อเจ้าหนี้ต่อเมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ อันเนื่องมาจากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ โดยผิดนัดชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้า ชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ หรือชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเนื่องจากความผิดของลูกหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ไต่จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิง โดยการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ตามกฎหมายไทยมีดังนี้

#### 1.) ผิดนัดชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้า

เป็นการละเลยไม่ชำระหนี้ ซึ่งตามภาษากฎหมายแปลว่า การชำระหนี้ไม่สำเร็จ (fail) แยกพิจารณา ดังนี้

##### ก. การชำระหนี้ล่าช้า

เป็นกรณีถึงกำหนดชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ แต่ลูกหนี้ยังไม่ถือว่าผิดนัด ยังคงไม่ต้องรับผลแห่งการผิดนัด

##### ข. การผิดนัดชำระหนี้

กฎหมายวางหลักความรับผิดของลูกหนี้ไว้โดยเฉพาะ โดยถือว่าการผิดนัดชำระหนี้เกิดจากความจงใจไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้<sup>26</sup> ถือได้ว่าลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้า (delayed performance) จึงควรกำหนดความรับผิดให้หนักยิ่งขึ้น โดยการผิดนัดของลูกหนี้เป็นไปตามมาตรา 204 และความรับผิดของการผิดนัดเป็นไปตามมาตรา 216, 217, 224 และ 225 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามกฎหมายไทยเป็นไปตามมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ไซ้ ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้ว

<sup>26</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 73.



ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดชำระ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมีพักต้องเตือนเลย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้บอกกล่าว”

อาจแยกกรณีการผิดนัดชำระหนี้ของลูกหนี้ออกได้เป็น 2 ประการ คือ การผิดนัดชำระหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน และการผิดนัดชำระหนี้ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน

(1) การผิดนัดชำระหนี้ในหนี้ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ตามปฏิทิน ในกรณีกำหนดเวลาชำระหนี้ต้องอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ดี กรณีหนี้ที่กำหนดเวลาชำระหนี้เป็นที่สงสัยก็ดี หรือกรณีหนี้ที่ไม่มีกำหนดเวลาการชำระหนี้ก็ดี เจ้าหนี้จะต้องแจ้งเตือนให้ลูกหนี้ชำระหนี้ครั้งหนึ่งก่อน เพื่อให้ลูกหนี้เตรียมตัวชำระหนี้และรู้กำหนดที่แน่นอนว่าต้องชำระ หากเตือนแล้วลูกหนี้ยังไม่ชำระ ถือว่าลูกหนี้ผิดนัด ต้องรับผิดชอบในความเสียหายของการผิดนัดชำระหนี้ของตน เช่น นาย ก. ให้นาย ข. ยืมเงินไป 5000 บาท โดยไม่ได้ตกลงกันว่าจะนำเงินดังกล่าวไปใช้ในการใดและไม่มีกำหนดระยะเวลา ให้นาย ข. คืนเงินเมื่อใด นาย ก. จะบังคับชำระหนี้เมื่อใดก็ได้ แต่นาย ข. จะถือว่าผิดนัดต่อเมื่อ นาย ก. ได้เตือนให้นาย ข. ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดคราวหนึ่งก่อน หากนาย ข. ยังไม่ชำระ ถือว่าผิดนัดชำระหนี้ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

นอกจากนี้เจ้าหนี้อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ก็มีผลเป็นการบอกกล่าวหรือการเตือนลูกหนี้ ทำให้ลูกหนี้ผิดนัดจกกัน<sup>27</sup> (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3493/2525, 2103/2535)

(2) การผิดนัดชำระหนี้ในหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน เป็นกรณีที่เจ้าหนี้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในวันใดวันหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น นาย ก. ให้นาย ข. ยืมเงิน และให้ชำระเงินคืนในวันที่ 14 ก.พ. 2562 เช่นนี้นาย ข. จะต้องคืนเงินภายในวันที่ 14 ก.พ. 2562 หากยังไม่คืนเงินเกินระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่า นาย ข. ผิดนัดชำระหนี้ ต้องชดเชยค่าเสียหายจากการผิดนัดนั้น การชำระหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทินให้ใช้รวมถึงกรณีต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้อันอาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันบอกกล่าว เช่น นาย ก. ให้นาย ข. ยืมรถยนต์ โดยกำหนดว่าหากนาย ก. ประสงค์จะเรียกคืน จะบอกกล่าวกำหนดวันเวลาให้ นาย ข. เพื่อคืนรถยนต์ดังกล่าว เมื่อ นาย ก. ประสงค์จะเรียกคืน

<sup>27</sup> พระยาเทววิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 มาตรา 1-240 (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2502), หน้า 36.

จึงบอกกล่าวแก่นาย ข. ให้คืนรถยนต์ภายใน 15 วันนับแต่วันบอกกล่าว ถือว่ามีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ โดยขัดแย้งแล้วโดยบวกระยะเวลาเพิ่มไปอีก 15 วัน

ลูกหนี้ถือว่าผิดนัด โดยไม่จำเป็นต้องมีการเตือนของเจ้าหนี้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีหนี้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้ตามปฏิทิน

(2) กรณีหนึ่งดเว้นกระทำการ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยฝ่าฝืนข้อตกลงที่ตกลงกันไว้กับเจ้าหนี้

เช่น กรณีนายจ้างลูกจ้างตกลงกันไม่ทำการแข่งขันประกอบธุรกิจในประเภทเดียวกันในพื้นที่ใกล้เคียง เมื่อถูกเลิกจ้างเป็นระยะเวลา 5 ปี แต่เมื่อเลิกจ้างแล้ว ลูกหนี้กลับฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าว เช่นนี้ ลูกหนี้ผิดนัด ความรับผิดของลูกหนี้เกิดขึ้นแล้วนับแต่วันที่ลูกหนี้ไม่งดเว้นกระทำการดังกล่าว

(3) เมื่อลูกหนี้แสดงเจตนาต่อเจ้าหนี้แล้วว่า จะไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ถือว่าลูกหนี้ตั้งใจที่จะไม่ชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเตือนอีก

2.) ชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้

เป็นหลักที่กล่าวถึงการไม่ชำระหนี้ในลักษณะกว้างๆ โดยหมายความรวมถึงกรณีลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้าไม่ว่าลูกหนี้จะผิดนัดด้วยหรือไม่<sup>28</sup> อันเทียบเคียงได้กับการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่เรียกว่า Positive Breach of Contract ดังนั้นในเรื่องชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้มีความคาบเกี่ยวกับการกระผิดอื่น หากจะกล่าวถึงการไม่ชำระหนี้ นอกเหนือจากการผิดนัดชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้าย่อมได้แก่<sup>29</sup> การชำระหนี้บางส่วน การชำระหนี้เป็นอย่างอื่น การส่งมอบทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องหรือถูกรอนสิทธิ การส่งมอบทรัพย์สินที่ไม่ได้คุณภาพตามที่ตกลงกัน การส่งมอบทรัพย์สินที่ขาดตกบกพร่องหรือล่าจำนวน การชำระหนี้ผิดวิธี การชำระหนี้ผิดสถานที่ การชำระหนี้ผิดเวลา การใช้ให้บุคคลอื่นชำระหนี้ในกรณีหนี้เฉพาะตัว ฯลฯ

เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้จะต้องเกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ด้วย ต้องมีความสัมพันธ์กันระหว่างเหตุและผล หากไม่ก่อให้เกิดความเสียหายใดๆ แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้รับผิดชอบไม่ได้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 587/2485 กล่าวคือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 587/2485 กรณีทำสัญญาซื้อขายกระสอบ ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ขายผิดนัดไม่ส่งมอบกระสอบให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งในช่วงนั้นเป็นช่วงที่ราคากระสอบตกลง กล่าวคือ ราคากระสอบในท้องตลาด

<sup>28</sup> ศนันทกรณ โสภิตพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 321.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 322.

ต่ำกว่าราคากระสอบที่ทำการตกลงซื้อขายกัน ดังนั้น การส่งมอบกระสอบล่าช้าจึงไม่ทำให้ผู้ซื้อเสียหาย ผู้ขายจึงไม่มีความรับผิด

หลักความรับผิดของลูกหนี้อันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ อาจเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่เป็นความผิดของลูกหนี้ หรือเกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์ของสัญญาที่มีการตกลงกันไว้ หรือการผิดสัญญาโดยไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ได้

ยกตัวอย่างเช่น กรณีการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา มิได้เกิดจากการที่ลูกหนี้ผิดนัดแต่ลูกหนี้อาจตกอยู่ในฐานะละลายไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ เช่น สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินเฉพาะส่วนของจำเลยที่มีกรรมสิทธิ์รวม เมื่อจำเลยผู้จะขายไม่สามารถโอนที่ดินให้โจทก์ผู้จะซื้อตามวันที่ตกลงในสัญญาได้ อันเกิดจากความล่าช้าของบุคคลภายนอกสัญญาซึ่งเป็นเจ้าของรวมของที่ดินผืนนั้น ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในการผิดนัด แต่หากสัญญานี้ระบุไว้ว่าวัตถุประสงค์ของการซื้อเพื่อนำไปขายต่อให้แก่ผู้อื่น การกระทำของลูกหนี้จึงเป็นการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้

อย่างไรก็ตาม มีนักนิติศาสตร์หลายท่านเห็นว่าลูกหนี้จะมีความรับผิดเนื่องจากการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น<sup>30</sup>

### 3.) ชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะความผิดของลูกหนี้

เป็นไปตามมาตรา 218 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยจะทำได้เพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบไซ้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อค่าเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น และมาตรา 219 ซึ่งวางหลักว่า ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้ นั้น จะเห็นได้ว่าลูกหนี้จะต้องมีความรับผิดชอบหรือมีความผิดเท่านั้น ถึงจะมีความรับผิดตามสัญญา

สำหรับการจัดระดับความรับผิดตามสัญญาเมื่อพิจารณาถึงความผิด ในปัจจุบันพิจารณาจากระดับความรุนแรงของการไม่ชำระหนี้ โดยแบ่งออกเป็น

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน.

(1) ความผิดที่เป็นกลฉ้อฉล คือกรณีที่ถูกหนี้ยักระทำโดยจงใจ ไม่ชำระหนี้จนก่อให้เกิดความเสียหาย ความผิดประเภทนี้ไม่สามารถตกลงยกเว้นความรับผิดได้ เพราะถือเป็นการไม่สุจริต เช่น มาตรา 373 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

(2) ความผิดร้ายแรง ถูกหนี้ยัไม่ได้จงใจไม่ชำระหนี้ แต่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้เกิดความเสียหายต่อส่วนสำคัญในสัญญา

(3) ความผิดที่ยกโทษให้ไม่ได้ ใช้ในกฎหมายเฉพาะบางประเภท เช่น กฎหมายรับขน ที่ผู้ขนส่งจะต้องขนส่งคนโดยสารหรือสิ่งของให้ถึงที่หมายโดยปลอดภัย หรือกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองอุบัติเหตุ อันเกิดจากการทำงานให้นายจ้าง เป็นต้น

(4) ความผิดระดับธรรมดา เป็นกรณีที่ถูกหนี้ยัไม่ชำระหนี้ตามธรรมดา อันถูกหนี้ยัสามารถตกลงยกเว้นความรับผิดได้

### 2.2.2.3 ความเสียหาย

เป็นความเสียหายต่อสิทธิตามสัญญา ความเสียหายจะต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรอง อันได้แก่ ความเสียหายทางทรัพย์สิน ความเสียหายแก่ร่างกายอนามัย<sup>31</sup> ทั้งนี้ศาสตราจารย์ เสริม วินิจฉัยกุล ได้แบ่งความเสียหายออกเป็นสองประเภท คือ ความเสียหายอันทำให้กองทรัพย์ของเจ้าหนี้ต้องร่อยหรอไป (damnum emergens) และความเสียหายเพราะขาดกำไรที่ควรจะได้ (Lucrum cessans) ความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่ใช่ 2 ประเภทนี้เท่ากับเป็นกำไรอันเจ้าหนี้ไม่ควรได้ตามกฎหมาย<sup>32</sup>

#### 1.) ประเภทของความเสียหายตามสัญญา

ก. ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (pecuniary loss) และความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน (non-pecuniary loss) ความเสียหายที่เป็นตัวเงินเป็นความเสียหายที่กระทบต่อทรัพย์สินอันเป็นตัวเงินในรูปของค่าใช้จ่ายจริงหรือผลประโยชน์ที่ต้องขาดไปเพราะการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ทำให้กองทรัพย์ของเจ้าหนี้ลดลง เช่น ความเสียหายอันเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินล่าช้าทำให้ไม่สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวมาขายต่อเพื่อให้ได้กำไร เป็นการขาดกำไรที่ควรจะได้ เป็นต้น ส่วนความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินไม่กระทบถึงกองทรัพย์ของเจ้าหนี้ แต่กระทบต่อจิตใจที่มีลักษณะเป็นนามธรรม เช่น ความเจ็บปวด

<sup>31</sup> สิริลักษณ์ กิรติรัตนพุกษ, "การกำหนดค่าเสียหาย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีผิดสัญญาและละเมิด" (บัณฑิตวิทยาลัย, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), หน้า 25.

<sup>32</sup> เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 171.

ความไม่สบายใจ เป็นต้น ซึ่งความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินนี้ กฎหมายไม่รับรองให้สามารถเรียกกร้องค่าเสียหายบนฐานของสัญญาได้

ข. ความเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด กรณีผิดนัดชำระหนี้เงิน

ตามมาตรา 224 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“หนี้เงินนั้น ท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละเจ็ดกึ่งต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจจะเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้นโดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้คงส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น”

เป็นความเสียหายที่กฎหมายกำหนด โดยเจ้าหนี้ไม่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความเสียหายแต่อย่างใด

## 2.) ลักษณะของความเสียหายตามสัญญา

ก. การขาดทุนและการขาดกำไร

การขาดทุนหรือขาดกำไรเป็นองค์ประกอบของความเสียหายและจะมีความสำคัญเฉพาะเป็นผลปกติที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้เท่านั้น<sup>33</sup>

การขาดทุนคือ ขาดสิ่งที่มีอยู่ในปัจจุบันอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ เช่น นาย ก. สัญญาก่อสร้างบ้านให้นาย ข. โดย นาย ข. จ่ายเงินล่วงหน้าให้แล้ว แต่พอถึงกำหนดเวลากลับไม่ชำระหนี้ก่อสร้างบ้าน การขาดทุนของนาย ข. คือเงินค่าจ้างที่จ่ายให้นาย ข. ไปแล้ว เป็นต้น

การขาดกำไร หมายถึงการขาดสิ่งที่ควรจะได้ในอนาคต เช่น กรณีซื้อของมาแล้วขายต่อแต่ผู้ขายกลับไม่ส่งมอบทรัพย์สินให้ จึงยังไม่สามารถขายต่อได้ เป็นต้น

ส่วนความเสียหายทางจิตใจไม่ได้มีกฎหมายรับรองไว้ เนื่องจากสัญญาไม่ได้มีวัตถุประสงค์แห่งนี้ในการคุ้มครองประโยชน์ทางด้านจิตใจของเจ้าหนี้ โดยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 655/2499 เป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องที่นั่งในโรงภาพยนตร์ไว้ แต่จำเลยกลับขายบัตรที่นั่งนั้นให้แก่บุคคลอื่น ทำให้โจทก์ไม่มีที่นั่งดูภาพยนตร์ ความช่วยเหลือที่ไม่ได้นั่งดูภาพยนตร์ในที่นั่งๆ จ้องไว้ความรู้สึกผิดหวัง เสียใจโจทก์จะถือเหตุเหล่านี้มาฟ้องเรียกค่าเสียหายไม่ได้เพราะความรู้สึกในทางจิตใจนั้นไม่ใช่ความเสียหายที่จะพึงเรียกร้องกันได้กรณีเช่นนี้จะว่าเป็นค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษตามวรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 ก็ไม่ได้ อย่างไรก็ตามยังคงเป็นที่ถกเถียงกันว่าความเสียหายตามสัญญาจะรวมถึงความเสียหายทางจิตใจด้วยหรือไม่ เนื่องจากมีคำพิพากษาฎีกาที่ 250/2489 ศาลกำหนดความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อในสัญญาซื้อขาย กรณีเสียความปรารถนาและไม่ได้ของ

<sup>33</sup> ศนันทกรณ โสภิตพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 355.

มาใช้ตามความต้องการ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1218/2518 ศาลกำหนดค่าเสียหายให้แก่ ความเสียหายในชื่อเสียงและความเชื่อถือในวงการธุรกิจ เนื่องมาจากจำเลย (ธนาคาร) ยึดเงินในบัญชี ของโจทก์โดยไม่มีอำนาจ ทำให้เงินของโจทก์น้อยลงไม่พอจ่ายตามเช็คที่ออกให้แก่ผู้อื่น

ข. ความเสียหายที่มีลักษณะแน่นอน หรือความเสียหายตามปกติเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ เป็นไปตามมาตรา 222 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติ ย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

การชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นผลธรรมดาหรือผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ หรือเป็น ความเสียหายที่ทุกคนอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ เช่น สัญญาซื้อขายหากผู้ขาย ไม่ส่งมอบทรัพย์สินให้ ความเสียหายคือ ราคาที่ผู้ซื้อต้องจ่ายสูงขึ้นหากซื้อทรัพย์สินจากที่อื่น หรือกรณี สัญญาเช่า เมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่ให้เช่า แต่ผู้เช่าไม่ยอมออกจากห้องเช่า ความเสียหายคือ ค่าเช่าในระหว่างที่ไม่ออกจากห้องเช่า เป็นต้น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 788/2499

ผู้ซื้อทำสัญญาซื้อแป้งจากผู้ขายโดยวางมัดจำไว้บางส่วนผู้ขายจึงได้วางมัดจำซื้อแป้ง จากบุคคลภายนอกต่อมาผู้ซื้อผิดสัญญาไม่ซื้อแป้งจากผู้ขาย ผู้ขายย่อมมีสิทธิริบมัดจำเสียทั้งยัง เรียกร้องให้ผู้ซื้อใช้เงินทดแทนตามจำนวนที่ผู้ขายได้ถูกบุคคลภายนอกริบเงินมัดจำไปด้วยได้โดยถือว่าเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษทั้งนี้ในเมื่อเป็นพฤติการณ์ที่ผู้ซื้อพึงคาดเห็นล่วงหน้าได้แล้ว

การที่ผู้ซื้อไม่ซื้อแป้งทำให้แป้งเสื่อมคุณภาพต้องขายไปในราคาถูกก็ดี การที่ผู้ขายต้องขาดกำไร ที่จะพึงได้จากการขายแป้งก็ดีเหล่านี้เป็นค่าเสียหายตามปกติ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2339/2517

โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยฐานผิดสัญญาไม่ขายที่ดินให้โจทก์ โดยคำนวณจากผลกำไร ทั้งหมดซึ่งโจทก์คาดหมายว่าจะขายที่ดินได้ในราคาสูงกว่าราคาซื้อจากจำเลย แต่ความเสียหาย ที่โจทก์เรียกร้องนั้นเป็นเพียงความหวังของโจทก์ โจทก์จะขายที่ดินได้ในราคานั้นหรือไม่ ไม่เป็นที่แน่นอน ยังฟังไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ แต่ที่ดินที่จะซื้อขายมีทางหลวง ตัดผ่านไป พอดคาดหมายได้ว่าต้องมีราคาเพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจาก การไม่ชำระหนี้ของจำเลย ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายให้ตามที่เห็นสมควร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 499/2534

จำเลยเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดมี ส. เป็นกรรมการผู้จัดการคนที่ ส. สั่งซื้อกรอบรูปจากโจทก์แม้จะลงลายมือชื่อในใบสั่งซื้อเพียงผู้เดียว ก็ถือได้ว่า ส. ทำการแทนจำเลย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบตามใบสั่งซื้อดังกล่าว จำเลยสั่งซื้อกรอบรูปจากโจทก์แล้วผิดสัญญา เงินกำไรที่โจทก์จะได้รับจากการขายกรอบรูปย่อมเป็นค่าเสียหายตามปกติอันเกิดจากการผิดสัญญาของจำเลย จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องชดเชยให้โจทก์ ส่วนค่าจ้างทำแม่พิมพ์กรอบรูปนั้น โจทก์มีข้อตกลงกับ ท. ซึ่งโจทก์ว่าจ้างให้ทำกรอบรูปเพื่อขายให้จำเลยว่า หากมีการส่งมอบกรอบรูปให้จำเลยเรียบร้อยค่าจ้างแม่พิมพ์ ท. จะเป็นผู้ออก แต่หากผิดสัญญาโจทก์ต้องรับผิดชอบเอง เช่นนี้ แม้ค่าจ้างทำแม่พิมพ์จะเป็นค่าเสียหายอันเนื่องจากการที่จำเลยผิดสัญญา แต่ก็ยังเป็นค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษซึ่งจำเลยไม่สามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ก่อนล่วงหน้า โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายส่วนนี้

ค. ความเสียหายที่คาดเห็นได้ หรือความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ เป็นไปตามมาตรา 222 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

เป็นความเสียหายที่คนปกติทั่วไปไม่สามารถคาดเห็นได้ตามปกติ การคาดเห็นนี้ไม่จำเป็นต้องคาดเห็นได้ตั้งแต่เข้าทำสัญญา เพียงแต่คาดเห็นได้ก่อนผิดสัญญาหรือก่อนการไม่ชำระหนี้ก็เพียงพอที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบแล้ว ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินกับ นาย ข. และรู้ว่า นาย ข. จะนำทรัพย์สินดังกล่าวไปก่อสร้างอาคารให้กับ นาย ค. ให้แล้วเสร็จตามระยะเวลาที่นาย ข. กับ นาย ค. ตกลงกันไว้ แต่นาย ก. ส่งมอบทรัพย์สินล่าช้า ทำให้ นาย ข. ไม่สามารถก่อสร้างอาคารให้แล้วเสร็จได้ ระยะเวลาที่กำหนด ทำให้ นาย ข. โดนหักค่าจ้างก่อสร้างอาคาร ค่าจ้างส่วนที่โดนหักเป็นความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ ที่นาย ก. สามารถคาดเห็นได้ก่อนที่จะผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ นาย ข. จึงสามารถเรียกค่าเสียหายจากกรณีดังกล่าวได้ เป็นต้น

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 957/2496

การที่ผู้ซื้อที่ดินจะได้กำไรจากการนำที่ดินนั้นไปขายต่อให้แก่ผู้อื่นนั้น มิใช่เป็นวิสัยธรรมดาอันพึงบังเกิดจากการผิดสัญญาซื้อขาย เป็นเหตุให้ผู้ซื้อไม่ได้กำไรจากการขายต่อไปนั้น ย่อมถือว่าเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสอง ซึ่งถ้าผู้ขายได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าแล้วผู้ขายจึงจะต้องรับผิดชอบ ถ้าผู้ซื้อนำสืบไม่ได้ว่าผู้ขายได้รู้หรือควรจะได้คาดเห็นล่วงหน้าแล้ว ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายพิเศษนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2006/2536

ค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษในกรณีไม่ชำระหนี้จะต้องเป็นเรื่องที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์ล่วงหน้าก่อนแล้ว ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสอง บัญญัติไว้ และพฤติการณ์ดังกล่าวคู่กรณีจะต้องรับกันหรือนำพยานหลักฐาน มาสืบให้ปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงจะเรียกค่าเสียหายอันเกิดแต่กรณีพิเศษได้ เบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในสัญญาในกรณีที่ผิดสัญญานั้นกฎหมายมิได้บังคับเด็ดขาดว่าจะต้องให้เป็นไปตามนั้น ทั้งนี้ ต้องพิจารณาถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายด้วย ไม่ใช่แต่ทางได้เสีย ในเชิงทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้น เมื่อโจทก์มิได้นำสืบให้ปรากฏชัดแจ้งว่าโจทก์เสียหายเต็มตามจำนวน ค่าปรับที่กำหนดไว้ในสัญญา ศาลย่อมใช้ดุลพินิจลดค่าปรับหรือเบี้ยปรับตามสัญญาลงได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 383 วรรคแรก

สำหรับลักษณะของความเสียหายที่ลูกหนี้ตามสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่น ความเสียหายที่ไม่เกิดจากผลโดยตรง เป็นความเสียหายที่ไม่ได้เป็นผลมาจากการไม่ชำระหนี้ ของลูกหนี้ ความเสียหายที่ไม่แน่นอน เช่น ความเสียหายในอนาคตที่ไม่อาจรู้ได้ว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ เป็นต้น ความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ ไม่ใกล้ชิดติดพันกับวัตถุที่ประสงค์ให้ชำระหนี้ หรือความเสียหายที่ไม่สามารถกำหนดเป็นตัวเงินได้ ได้แก่ ความเสียหายทางจิตใจ

#### 2.2.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

มาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้วางหลักถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยแยกความเสียหายออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความเสียหายตามปกติและความเสียหายตามพฤติการณ์พิเศษ

1.) ความเสียหายตามปกติ เป็นความเสียหายที่ผู้กระทำได้ต้องรับผิดชอบเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ โดยตรง หากความเสียหายไม่ได้เกิดจากการไม่ชำระหนี้โดยตรง ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้จะต้องเป็น ความเสียหายปกติที่วิญญูชนสามารถคาดเห็นหรือคาดหมายได้จากการไม่ชำระหนี้ นั้นด้วย โดยเอา ความคิดกลางๆ ของคนทั่วไปเป็นมาตรฐานในการบ่งชี้ถึงความเสียหายนั้น ผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบ ใช้ความเสียหายตามปกติก็ต่อเมื่อสามารถคาดคะเนความเสียหายตั้งแต่ตอนเข้าทำสัญญา (ตั้งแต่มาก่อนก่อนหนี้)<sup>34</sup> ถือได้ว่าเหตุผลเบื้องหลังของมาตรา 222 นี้ตรงความรับผิดชอบที่ว่าด้วยทฤษฎีมูลเหตุ เหมาะสม

<sup>34</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, หน้า 92.



2.) ความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ ตามมาตรา 222 วรรค 2 ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบตามสัญญาต่อเมื่อคาดเห็นหรือควรได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนที่จะมีการผิดนัดไม่ชำระหนี้ ไม่ต้องถึงขนาดคาดเห็นหรือควรได้คาดเห็นก่อนเข้าทำสัญญาแต่อย่างใด โดยความคาดเห็นถึงความเสียหายพิจารณาจากระดับวิญญูชนคนทั่วไป ความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษนี้มีใช้เพียงว่าลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเมื่อความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการชำระหนี้เท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงความคาดเห็นของลูกหนี้ที่มีต่อความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษด้วย

จะเห็นว่าความเสียหายทั้ง 2 ประเภทนำทฤษฎีเงื่อนไขซึ่งลูกหนี้จะมีความรับผิดชอบต่อการผิดสัญญาเป็นผลโดยตรงให้เกิดความเสียหาย และทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมที่ความเสียหายจะต้องอยู่ในความคาดเห็นของลูกหนี้มาใช้ร่วมกัน จึงอาจสรุปได้ว่า ลูกหนี้ฝ่ายที่ผิดสัญญาจะมีความรับผิดชอบหากความเสียหายเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ตามทฤษฎีเงื่อนไข และหากเป็นความเสียหายตามปกติต้องเป็นความเสียหายที่วิญญูชนคนทั่วไปย่อมทราบดีว่าหากไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ความเสียหายนี้จะเกิดขึ้นเป็นไปตามทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม โดยต้องคาดเห็นได้ตั้งแต่ก่อนก่อนหนี้หรือก่อนเข้าทำสัญญา ส่วนความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษพิจารณาการคาดเห็นหรือควรคาดเห็นของลูกหนี้ก่อนผิดนัดไม่ชำระหนี้

## 2.2.3 การบังคับชำระหนี้

### 2.2.3.1 ความนำ

เมื่อครบตามหลักเกณฑ์ที่สำคัญของความรับผิดชอบตามสัญญาอันได้แก่ หลักความผิด (ซึ่งยังคงมีข้อถกเถียงว่าต้องมีองค์ประกอบนี้หรือไม่) เกิดความเสียหาย และความเสียหายมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้มีความรับผิดชอบตามสัญญา เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ได้โดยการเรียกค่าเสียหาย บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง หรือบังคับชำระหนี้ตามที่ข้อสัญญากำหนดความรับผิดไว้เป็นอย่างอื่น โดยวัตถุประสงค์แห่งการบังคับชำระหนี้ทางสัญญาเป็นไปตามมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

"ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย"

มาตราดังกล่าวให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการที่จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้อยู่ในความรับผิดชอบที่จะต้องนำมาใช้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หรืออาจเรียกว่าทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นประกันสำหรับการชำระหนี้ ไม่ว่าจะเป็นอย่างหรือทรัพย์สิน

อสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินประเภทใดๆ และไม่ว่าจะอยู่กับตัวลูกหนี้ หรืออยู่ที่ใด หรือติดค้างอยู่กับใคร<sup>35</sup>

อย่างไรก็ตามมาตรา 214 นี้เป็นเพียงหลักทั่วไปและบททั่วไปในการบังคับชำระหนี้บนทรัพย์สินของลูกหนี้แต่การยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ มีกฎหมายอยู่หลายกรณี เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 285 และ 286 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 109 (1) หรือพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มาตรา 13 เป็นต้น

หากจะแบ่งแยกการบังคับชำระหนี้ตามประเภทความรับผิดตามสัญญาอาจแบ่งแยกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 2 ประเภท คือ ความรับผิดตามข้อกำหนดในสัญญา คือ ความรับผิดที่เกิดจากข้อตกลงของคู่สัญญา เช่น รับหรือเรียกเบี้ยปรับ รับมัดจำ หรือตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เป็นต้น และความรับผิดตามกฎหมายลักษณะหนี้

### 2.2.3.2 การบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้

เมื่อลูกหนี้ตามสัญญาไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจร้องขอต่อศาลให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้หากสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้เท่านั้น แต่ในปัจจุบันมีการถือหลักการที่ว่าเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยสมัครใจแล้วเจ้าหนี้จะบังคับโดยพลการไม่ได้ หรือการจะให้ศาลสั่งบังคับตัวลูกหนี้นั้นทำไม่ได้ ดังภาษิตที่ว่า "nemo precise cogipotest ad factum" การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเมื่อแยกตามประเภทของหนี้ มีกรณีดังต่อไปนี้

#### 1.) หนี้กระทำการที่ไม่มีลักษณะเฉพาะตัว

เป็นหนี้กระทำการที่สามารถให้บุคคลอื่นชำระหนี้แทนลูกหนี้ได้ เป็นกรณีสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้มีการบังคับได้ มิใช่การกระทำที่มีลักษณะเฉพาะตัวที่ต้องการความรู้ความสามารถหรือคุณสมบัติเฉพาะตัวของลูกหนี้ เช่น การจ้างให้ลูกหนี้รื้อถอนอาคาร เมื่อลูกหนี้ไม่กระทำ อาจจ้างให้บุคคลอื่นรื้อถอนได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 770/2507

เมื่อศาลได้พิพากษาลงโทษปรับจำเลยฐานปลูกสร้างอาคารล่วงล้ำในลำแม่น้ำเจ้าพระยา โดยมีได้รับอนุญาต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 385 และพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 มาตรา 117,118 กับสั่งให้จำเลยรื้อถอนอาคารที่สร้างเพิ่มเติมล่วงล้ำลงไป ในลำแม่น้ำเจ้าพระยาภายในกำหนด 1 เดือนแล้ว หากจำเลยขัดขืนไม่ยอมรื้อถอนภายในกำหนดเวลา

<sup>35</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วัฒนกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194 - 353 (กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 59.

ดังกล่าว เจ้าท่าหรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ชอบที่จะดำเนินการตามคำสั่งของศาลจัดการรื้อถอนโดยคิดเอาค่าใช้จ่ายในการนั้นแก่จำเลยได้ดังที่พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 มาตรา 118 บัญญัติไว้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1396/2512

กรณีศาลพิพากษาและบังคับจำเลยให้รื้อถอนบ้านเรือนสิ่งปลูกสร้างออกไปจากที่ดินของโจทก์นั้น แม้อาคารสิ่งปลูกสร้างของจำเลยจะถูกยึดไว้ในคดีอื่นเพื่อขายทอดตลาดเอาเงินใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ก็ยังไม่ถือว่าสภาพแห่งการบังคับคดีไม่เปิดช่องให้กระทำได้ เพราะหากจะมีการขายทอดตลาดบ้านเรือนสิ่งปลูกสร้าง ผู้ซื้อได้ก็จะต้องรื้อถอนออกไปเช่นเดียวกัน ดังนั้น โจทก์จะเข้ารื้อถอนบ้านเรือนของจำเลยตามคำสั่งศาล (โดยเรียกค่าใช้จ่ายเอาจากจำเลย) แล้วเอาทรัพย์สินของที่รื้อถอนมอบให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดไว้ต่อไปก็ย่อมทำได้โดยชอบ

2.) หนึ่งวันกระทำการ

เมื่อมีหนี้เป็นการงดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และลูกหนี้ฝ่าฝืนการงดเว้นเช่นนั้น เจ้าหนี้อาจฟ้องศาลขอให้ลูกหนี้งดการกระทำที่ฝ่าฝืนหนึ่งวันกระทำการได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 365-367/2518

ฟ้องโจทก์อ้างว่าจำเลยทั้งสองได้ติดต่อขอทำถนนผ่านที่ดินของโจทก์ เพื่อทำเป็นถนนสาธารณะและเมื่อได้ทำถนนแล้วก็ยอมให้บุคคลทั่วไปใช้ถนนในลักษณะถนนสาธารณะได้ แต่ต่อมาจำเลยได้ขุดถนนกั้นปิดถนนนั้นเสียฟ้องของโจทก์ดังนี้แสดงอยู่ในตัวว่าสิทธิของโจทก์ที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงกับจำเลยได้ถูกจำเลยโต้แย้ง คือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นโจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง จำเลยตกลงกับโจทก์ว่าเมื่อจำเลยทำถนนผ่านที่ดินโจทก์แล้วจะให้เป็นทางสาธารณะเพื่อให้ประชาชนได้ใช้ถนนโดยสะดวกอย่างถนนสาธารณะเช่นนี้ ศาลพิพากษาห้ามจำเลยมิให้ปิดกั้น ขุด หรือขัดขวางในการที่โจทก์และประชาชนในถิ่นนั้นจะใช้ถนนสายนั้นสัญจรไปมาได้อย่างสะดวกตามที่ตกลงไว้กับโจทก์

3.) หนี้ในการส่งมอบทรัพย์สิน

กรณีหนี้ที่มีการส่งมอบและโอนทรัพย์สิน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องต่อศาลบังคับคดียึดทรัพย์ของลูกหนี้มาชำระหนี้ต้นได้ และมีสิทธิขอให้มีการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้มาขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้

เมื่อทราบถึงการบังคับชำระหนี้ในหนี้แต่ละประเภทแล้ว ความรับผิดชอบของลูกหนี้จะมีขอบเขตเพียงใดจะต้องพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังนี้

1.) หลักความรับผิดกรณีการผิดนัดที่เวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญเป็นไปตามมาตรา 216 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ถ้าโดยเหตุผิดนัด การชำระหนี้กลายเป็นอันไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้เจ้าหนี้จะบอกปิดไม่รับชำระหนี้ และจะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้ก็ได้”

หลักตามมาตรา 216 มีองค์ประกอบความรับผิด คือ

ก. ลูกหนี้ผิดนัดตามมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข. การผิดนัด ทำให้การชำระหนี้เป็นอันไร้ประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ เนื่องจากกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญที่ต้องชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น เช่น นาย ก. จ้างนาย ข. มาร้องเพลงในวันแต่งงานของตน แต่เมื่อถึงวันแต่งงาน นาย ข. กลับไม่มาร้องเพลงตามที่ตกลงกันไว้ การที่นาย ข. จะชำระหนี้ด้วยการร้องเพลงในวันอื่นที่ไม่ใช่วันแต่งงานจึงเป็นการไร้ประโยชน์ต่อนาย ก.

ค. เกิดความเสียหาย เช่น นาย ก. จะต้องไปจ้างนักร้องคนอื่นอย่างกะทันหันและมีค่าจ้างที่แพงขึ้น

เมื่อครบองค์ประกอบ 3 ประการข้างต้นแล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิบอกปิดไม่รับชำระหนี้ได้และเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดแต่การไม่ชำระหนี้ขึ้น แต่หากเป็นกรณีที่กำหนดเวลาชำระหนี้ไม่ใช่สาระสำคัญ การที่ลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้า เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ แต่อาจเรียกค่าเสียหายจากการที่ชำระหนี้ล่าช้าได้ตามมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนั้นอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 388 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อีกด้วย

2.) หลักความรับผิดหลังจากการผิดนัด เป็นไปตามมาตรา 217 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายบรรดาที่เกิดแต่ความประมาทเลินเล่อในระหว่างเวลาที่ตนผิดนัด ทั้งจะต้องรับผิดชอบในการที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะอุบัติเหตุอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ผิดนัดนั้นด้วย เว้นแต่ความเสียหายนั้นถึงแม้ว่าตนจะได้ชำระหนี้ทันเวลากำหนดก็คงจะต้องเกิดมีอยู่นั่นเอง”

เป็นกรณีที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากจากเหตุใดๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ตนผิดนัด โดยไม่คำนึงว่าเหตุการณ์ภายหลังจากนั้นจะได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ เนื่องจากว่าลูกหนี้มีความจงใจไม่ชำระหนี้มาตั้งแต่ผิดนัดชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้จึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลัง ไม่ว่าจะเกิดจากความประมาทเลินเล่อของลูกหนี้ อุบัติเหตุ หรือการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย ถือได้ว่าเป็นความรับผิดที่มีลักษณะเคร่งครัด (strict liability)

ความเสียหายอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อ แม้ว่าความประมาทเลินเล่อจะมีระดับความรุนแรงหลายระดับในแต่ละสัญญาซึ่งได้แก่ อย่างร้ายแรง อย่างกลาง หรืออย่างเบา แต่การจะรับผิดชอบเพื่อความประมาทเลินเล่อตามมาตรานี้ ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อทั้งปวง แม้ระดับความประมาทเลินเล่อเพียงนั้นตามมูลหนี้โดยปกติจะยังไม่พอให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบก็ดี แต่ตอนท้ายของมาตรานี้ได้กำหนดว่าลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหากพิสูจน์ได้ว่า แม้นจะได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามกำหนดเวลาก็ยังมีผลเสียหายอยู่เนื่องเอง โดยการพิสูจน์ถึงข้อยกเว้นของความรับผิดชอบยังเป็นที่ยกเถียงในทางวิชาการอยู่ว่าจะให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับฝ่ายใด อย่างไรก็ดี แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นอยู่เนื่องเองหากชำระหนี้ตรงเวลา แต่ถ้าลูกหนี้ผิดนัดแล้วและกระทำการประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายลูกหนี้ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ เนื่องจากความประมาทเลินเล่อเป็นความผิดในตัวเอง ดังนั้น ความในมาตรา 217 นี้จะแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือตอนต้นที่ว่าความรับผิดชอบอันเกิดจากการประมาทเลินเล่อจะไม่มีข้อยกเว้นแม้หากชำระหนี้ตรงตามกำหนดจะเกิดความเสียหาย ส่วนในตอนท้ายที่ 2 ความรับผิดชอบอันเกิดจากอุบัติเหตุ ยกเว้นความรับผิดชอบได้

### 3.) ความรับผิดชอบของลูกหนี้สำหรับดอกเบี้ยในหนี้เงินระหว่างผิดนัด

เป็นไปตามมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“หนี้เงินนั้น ท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละเจ็ดกึ่งต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจจะเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้นโดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้คงส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัด

การพิสูจน์ค่าเสียหายอย่างอื่นนอกจากนั้น ท่านอนุญาตให้พิสูจน์ได้”

มาตรา 224 นี้เป็นกรณีที่กฎหมายสันนิษฐานความเสียหายของเจ้าหนี้ไว้เบื้องต้น เมื่อลูกหนี้ผิดนัดตามมาตรา 204 และ 206 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีหนี้ที่ต้องชำระเป็นหนี้เงินซึ่งเป็นทรัพย์สินที่อาจหมุนเวียนหาประโยชน์ได้ หากเจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่ได้ตกลงกันไว้ว่าจะชดเชยดอกเบี้ยในอัตราเท่าใด ให้ถือว่าเจ้าหนี้สามารถเรียกดอกเบี้ยจากลูกหนี้ได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีตั้งแต่วันผิดนัด เว้นแต่ถ้าจำนวนหนี้ต่างเกี่ยวพันกันยังไม่ตกลงแน่นอน ศาลคิดให้ตั้งแต่วันฟ้อง ถ้ามีกรณีที่ตกลงดอกเบี้ยไว้สูงกว่าที่กฎหมายกำหนดและชอบด้วยกฎหมาย เช่น ตกลงกันว่าถ้าผิดนัดเมื่อใดเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ร้อยละ 15 ต่อปี เป็นต้น เจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะเรียกได้ หากเจ้าหนี้พิสูจน์ความเสียหายอย่างอื่นเพิ่มเติม อาจเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากดอกเบี้ยผิดนัดได้อีกด้วย

4.) ความรับผิดชอบของลูกหนี้สำหรับดอกเบี้ยของหนี้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ส่งมอบทรัพย์สินไม่ได้เพราะทรัพย์สินเสื่อมเสีย เสียหาย หรือสูญหายไปในช่วงผิดนัด

เป็นไปตามมาตรา 225 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ถ้าลูกหนี้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อราคาวัตถุอันได้เสื่อมเสียไประหว่างผินัดก็ดี หรือ วัตถุอันไม่อาจส่งมอบได้เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันเกิดขึ้นระหว่างผินัดก็ดี ท่านว่าเจ้าหนี้ จะเรียกดอกเบี้ยในจำนวนที่จะต้องใช้เป็นค่าสินไหมทดแทน คิดตั้งแต่เวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการกระประมาณ ราคานั้นก็ได้ วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่ลูกหนี้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการที่ราคา วัตถุตกต่ำเพราะวัตถุนั้นเสื่อมเสียลงในระหว่างเวลาที่ผินัดนั้นด้วย”

เป็นกรณีหนี้เงินที่เป็นเงินค่าสินไหมทดแทนจากหนี้ส่งมอบทรัพย์สินอันไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สิน ดังกล่าวได้เนื่องจากทรัพย์สินนั้นได้เสื่อมเสีย เสียหาย หรือสูญหายไปในช่วงการผินัด โดยเจ้าหนี้ สามารถคิดดอกเบี้ยในค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย หากกฎหมายไม่ได้กำหนด อัตราไว้ให้คิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี แตกต่างจากหนี้เงินตามมาตรา 224 ที่เป็นหนี้เงิน มาตั้งแต่แรกก่อนมีการผินัดชำระหนี้

ลูกหนี้จะมีความรับผิดชอบตามมาตรานี้เมื่อ

ก. ลูกหนี้ผินัดชำระหนี้ตามมาตรา 204 หรือ 206 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข. ลูกหนี้มีความรับผิดชอบที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อราคาทรัพย์สิน อันแบ่งแยก ออกเป็น 3 ประการ ได้แก่

- (1) ราคาวัตถุที่เสื่อมเสียไประหว่างผินัด กล่าวคือ ในช่วงระยะเวลาก่อนการผินัดมีราคาสูง แต่เมื่อผินัดแล้วทรัพย์สินนั้นมีราคาต่ำลง
- (2) ราคาวัตถุอันไม่อาจส่งมอบได้เพราะเหตุใดๆ อันเกิดขึ้นระหว่างผินัด เช่น กรณี ทรัพย์สินที่จะส่งมอบสูญหาย ค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เท่าราคาทรัพย์สิน
- (3) ราคาวัตถุตกต่ำเพราะวัตถุได้เสื่อมเสียระหว่างผินัด

กำหนดเวลาการคิดดอกเบี้ยเริ่มคิดตั้งแต่เวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการกระประมาณราคา ได้แก่ เวลาผินัด เวลาที่เกิดการเสื่อมเสียหรือสูญหายของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการชำระหนี้ เวลาที่ทรัพย์สิน มีราคาสูงสุด หรือเวลาฟ้องคดี

### 2.2.3.3 การบังคับชำระหนี้ตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา

เป็นกรณีที่คู่สัญญากำหนดความรับผิดชอบตามสัญญามากกว่าหรือน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีข้อตกลงที่กำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ มากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ข้อสัญญาประกัน ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น เป็นต้น กรณีข้อตกลงที่กำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบน้อยกว่าที่กฎหมาย

กำหนดไว้ เช่น ข้อตกลงจำกัดความรับผิดหรือการยกเว้นความรับผิด เป็นต้น และกรณีเบี้ยปรับที่คู่สัญญากำหนดไว้ให้เจ้าหนี้รับหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

## 2.3 ความรับผิดเพื่อละเมิด

### 2.3.1 ความคิดพื้นฐานของความรับผิดเพื่อละเมิด

#### 1.) บ่อเกิดแห่งหนี้

ละเมิดเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ผู้กระทำละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหายนั้น

ละเมิดเป็นนิติเหตุ หมายถึงเป็นเหตุการณ์ที่กฎหมายรับรองว่าเกิดสิทธิและหน้าที่ผูกพันระหว่างบุคคล ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวทางกฎหมายแต่ผู้กระทำละเมิดมิได้ตั้งใจก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย

ทฤษฎีตามตำราสำหรับ Théorie classique<sup>36</sup> อธิบายว่า ความรับผิดทางละเมิดเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ ส่วนความรับผิดตามสัญญาเป็นผลแห่งหนี้ เนื่องจากก่อนมีความรับผิดเพื่อละเมิด คู่กรณียังไม่มีหนี้หรือหน้าที่ต่อกัน มิได้เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ก่อนการกระทำละเมิด เมื่อเกิดการละเมิดจึงเกิดหนี้ ณ ตอนนั้น ละเมิดจึงเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้

ทฤษฎีของ Planiol (ปลานีโอล) อธิบายว่า ละเมิดมิใช่บ่อเกิดแห่งหนี้ ความรับผิดเพื่อละเมิดเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ตามกฎหมาย คือ Obligation légale โดยหนี้ตามกฎหมายนี้ไม่ว่าจะระบุเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม โดยสิ่งที่กฎหมายอันมิใช่ลายลักษณ์อักษรห้ามมี 4 ชนิด<sup>37</sup> ได้แก่

1. ห้ามกระทำโดยการใช้กำลังข่มขู่ (violence)
  2. ห้ามการกระทำโดยกลฉ้อฉล (dol)
  3. ห้ามการกระทำสิ่งที่ต้องการใช้แรงกำลังและไหวพริบซึ่งตนไม่มีเพียงพอ
  4. ต้องมีการดูแลสิ่งของๆ ตนที่มีภัยอันตราย และบุคคลซึ่งตนปกครองอุปการะพอควร
- ส่วนสิ่งที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรห้าม เช่น ห้ามไม่ให้ทำร้ายร่างกาย ห้ามวางเพลิงเผาทรัพย์

ท่าน Gabriel Marty มีความคิดเห็นว่า ละเมิด เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ โดยเห็นต่างกับทฤษฎีของ Planiol ว่า ก่อนมีการละเมิดมิได้มีหนี้ เนื่องจากนิยามของ “หนี้” มีความหมายเฉพาะว่า เป็นหนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้ - ลูกหนี้ เมื่อคู่กรณีในละเมิดมิได้เป็นเจ้าหนี้-ลูกหนี้กันแต่อย่างใด จึงมิได้

<sup>36</sup> จิต เศรษฐบุตตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 34.

<sup>37</sup> Marcel Planiol, Traité Élémentaire De Droit Civil, 10 ed., p. 685. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 36

มีหน้าที่ทางกฎหมายก่อนการละเมิด เป็นแต่เพียงระเบียบความประพฤติซึ่งกฎหมายห้ามไว้เท่านั้น  
 หนี้ตามกฎหมาย จะอยู่ในกองทรัพย์สินของบุคคลมิได้

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ เห็นว่าละเมิดเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ โดยเป็นหนี้เนื่องจากกฎหมาย  
 บัญญัติ<sup>38</sup>

วงษ์ วีระพงศ์<sup>39</sup> ละเมิดนั้นหนี้ยังไม่เกิด เมื่อทำละเมิดแล้วหนี้จึงจะเกิด ความรับผิดชอบ  
 ทางละเมิดจึงเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้

## 2.) สิทธิและหน้าที่ก่อนมีความรับผิดชอบ

สิทธิ คือความชอบธรรมที่บุคคลใช้ยันกับผู้อื่น เพื่อคุ้มครองประโยชน์หรือส่วนอันพึงมีพึงได้  
 ของตน<sup>40</sup> โดยสิทธิแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิเด็ดขาดและสิทธิสัมพัทธ์ เป็นอำนาจที่กฎหมาย  
 ให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนงหรือเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองคุ้มครอง<sup>41</sup>

สิทธิเด็ดขาด คือ สิทธิที่ใช้ยันได้กับบุคคลทั่วไปทุกคน บุคคลทั่วไปมีหน้าที่ต้องเคารพและ  
 ไม่ยุ่งเกี่ยวกับสิทธิเด็ดขาดนั้น เช่น ทรัพย์สิน สิทธิเกี่ยวกับตัวบุคคล ทรัพย์สินทางปัญญา เสรีภาพของบุคคล

สิทธิสัมพัทธ์ คือ สิทธิที่ใช้อ้างยันได้กับบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ไม่สามารถใช้ยันได้กับบุคคล  
 ทั่วไปอันเป็นบุคคลสิทธิ เช่น สิทธิทางหนี้ อันเป็นสิทธิที่เกิดจากสัญญา ละเมิด ลากผิดควรถัด  
 หรือความสัมพันธ์ทางหนี้ จะสามารถอ้างยันสิทธิได้กับคู่สัญญาเท่านั้น จะไปบังคับให้บุคคลอื่นที่มีใช้  
 คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อตนไม่ได้

บุคคลจะมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือมีความรับผิดชอบตามสัญญา จุดแบ่งอยู่ตรงที่ การกระทำนั้น  
 ได้รับผลกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายหรือสิทธิตามสัญญาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจะต้องมีการกระทำ  
 ที่กระทบต่อสิทธิเด็ดขาดโดยผิดกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหาย หรือที่เรียกว่าสิทธิตามกฎหมาย  
 อันเป็นประโยชน์ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่งหรืออาญา

<sup>38</sup> ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิด  
 ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), หน้า  
 3.

<sup>39</sup> วงษ์ วีระพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: ไทยพิมพ์โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์,  
 2514), หน้า 2.

<sup>40</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ หรือ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5  
 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2526), หน้า 83.

<sup>41</sup> หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์  
 ประกายพริก, 2538), หน้า 206.



เป็นการผิดกฎหมายในลักษณะกว้างๆ บุคคลทั่วไปมีหน้าที่ต้องเคารพกล่าวคือ ไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น สิทธิตามกฎหมายมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 ให้ความเห็นว่า สิทธิได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพก็ถือเป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามกฎหมาย บุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาด่า หากด่าถือเป็นการละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากการแบ่งสิทธิออกเป็น 2 ประการดังกล่าวแล้ว ยังมีทฤษฎีการแบ่งสิทธิเป็น 3 ประเภท<sup>42</sup> ดังนี้

ก. สิทธิในทางเศรษฐกิจ (Vermögensrechte) ได้แก่

(1) สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินมีรูปร่าง เช่น ทรัพย์สิน ดอกผล เป็นสิทธิที่ให้ผู้ถือทรัพย์สินนั้นสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้ แต่สิทธิที่จะเรียกให้ผู้อื่นส่งมอบทรัพย์สินนั้น มิได้เป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน

(2) สิทธิในทางทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ (immaterial gutter rechte) เช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

(3) สิทธิที่ผู้ถือสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำหรืองดเว้นไม่กระทำ (Anspruche) สิทธิทุกประเภทที่เกิดจากสัญญาหรือละเมิดก็อยู่ในความหมายนี้

ข. สิทธิในทางครอบครัว ไม่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ เช่น สิทธิของภรรยาจากเงินได้ของสามี สิทธิของบิดามารดาในการให้การอบรมสั่งสอนแก่บุตร

ค. สิทธิเกี่ยวกับบุคคล (Personlichkeitrechte) มีลักษณะเกี่ยวกับบุคคลโดยเฉพาะ เช่น สิทธิในรูปภาพของตน เป็นต้น

สิทธินอกจากสิทธิที่ผู้ถือสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำหรืองดเว้นไม่กระทำ (Anspruche) ตาม (3) เป็นสิทธิเด็ดขาด สามารถอ้างยันได้กับบุคคลทั่วไป

3.) วัตถุประสงค์ของการกำหนดความรับผิด

ความรับผิดเพื่อละเมิดเกิดจากการล่วงสิทธิของบุคคลอื่นหรือกระทำผิดหน้าที่ของตน ตามกฎหมาย ทำให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ อนามัย ทรัพย์สิน และสิทธิต่างๆ ของบุคคลอื่น ซึ่งเป็นหน้าที่ทั่วไปที่บุคคลทุกคนควรเคารพซึ่งกันและกัน หากมีการละเมิดเกิดขึ้น ผู้เสียหายอาจเรียกร้องให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อเยียวยาผู้เสียหายเสมือนกับไม่เคยมีการละเมิดเกิดขึ้นให้กลับคืนสู่ฐานะที่ใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุด โดยความรับผิดเพื่อละเมิด

<sup>42</sup> E.J. Cohn, *Manual of German Law*, 6 ed. (London: Oceana publication, 1968), p. 20.

มีทั้ง ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากความผิดของตนเอง ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยเคร่งครัด (strict liability) เช่น ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างและต้นไม้ ความรับผิดจากของตกหล่นจากโรงเรือน หรือความรับผิดอันเกิดจากยานพาหนะ เป็นต้น

### 2.3.2 องค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิด

มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นมาตราหลักของละเมิดในกฎหมายไทยมีที่มา<sup>43</sup>จากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 วรรคแรก<sup>44</sup> และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 709<sup>45</sup> ส่วนมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีที่มาจากประมวล



<sup>43</sup> ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี (ปลอด วิเชียร ณ สงขลา) (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 163.

<sup>44</sup> Article 823 of German Civil Code BGB 1900

“A person who, willfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or any other right of another is bound to compensate him for any other right of another is bound to compensate him for any damage arising therefrom.

A person who infringes a statutory provision intended for the protection of others incurs the same obligation. If, according to the purview of the statute, infringement is possible even without any fault on the part of the wrong-does, the duty to make compensation arises only if some fault can be imputed to him.”

อ้างอิงใน ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, German Civil Code First Book & Second Book, หน้า 182.

<sup>45</sup> Article 709 of Japan Civil Code 1896

“A person who has intentionally or negligently violated the right of another is bound to compensate any damages resulting in consequence.”

อ้างอิงใน Annotated Civil Code of Japan, trans. J.E. de Becker, 1 ed. (London: Butterworth & Co., II and I2 Bell Yard, Temple Bar. Law Publishers, 1909).

กฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 226<sup>46</sup> และประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมาตรา 2 วรรค 2<sup>47</sup> และมาตรา 423 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีที่มาจากมาตรา 824<sup>48</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

### 2.3.2.1 การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ผู้กระทำจะมีความรับผิดเพื่อละเมิดได้ต่อเมื่อมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ประกอบการกระทำและเกิดความเสียหายขึ้น เจตนาที่ทำให้เกิดความเสียหายทั้งของผู้ถูกละเมิดและผู้กระทำละเมิดไม่เป็นข้อสำคัญในเรื่องความรับผิดทางละเมิด<sup>49</sup> หากผู้กระทำกระทำโดยสุจริตไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในความเสียหายนั้น เนื่องจากไม่อาจรู้สำนึกถึงผลของความเสียหายนั้นได้ เช่น นาย ก. ขับรถยนต์ด้วยความเร็วปกติ นาย ข. วิ่งข้ามถนนในที่ๆ ไม่ใช่ทางม้าลายด้วยความเร็ว ตัดหน้ารถยนต์ นาย ก. ทำให้รถยนต์นาย ข. ได้รับความเสียหายสาหัส กรณีนี้ นาย ก. ไม่มีความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด เป็นต้น

<sup>46</sup> Article 226 of German Civil Code BGB 1900

“the exercise of a right which can only have the purpose of causing injury to another is unlawful.”

อ้างอิงใน ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, German Civil Code First Book & Second Book, หน้า 41.

<sup>47</sup> Article 2 para.2 of Swiss Civil Code 1907

“The open misuse of a right finds no protection in the law”

อ้างอิงใน The Swiss Civil Code of December 10, 1907 (Effective January 1, 1912), trans. AM. Robert P. SHICK, LLB. (Boston, USA: The Boston Book Company, 1915).

<sup>48</sup> Article 824 of German Civil Code

“A person who maintains or publishes, contrary to the truth, a statement calculated to endanger the credit of another, or to injure his owning or prosperity in any other manner, shall compensate the other for any damage arising therefrom, even if he does not know of its untruth, provided he ought to know it.

A person who makes a communication the untruth of which is unknown to him, does not thereby render himself liable to make compensation, if he or the receiver of the communication has a legal interest in it.”

อ้างอิงใน ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, German Civil Code First Book & Second Book, หน้า 183.

<sup>49</sup> กล่อม อิศรพันธุ์, "หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด" (คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2497), หน้า 45-46.

### 1.) การกระทำโดยจงใจ

การกระทำโดยจงใจหมายถึง การกระทำด้วยความรู้สึกว่าการกระทำหรือการงดเว้นนั้นอาจมีผลเป็นการก่อความเสียหายขึ้นและเป็นการเพียงพอที่จะถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ เมื่อผู้กระทำมีความรู้สำนึกว่าการกระทำของตนสามารถก่อให้เกิดผล คือ ความเสียหายนั้นได้<sup>50</sup> หากผู้กระทำไม่รู้สำนึก เช่น ละเมอ เป็นต้น หรือเข้าใจโดยสุจริตว่าตนมีอำนาจกระทำได้ ก็ไม่ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ แต่อย่างไรก็ดียังคงต้องพิจารณาเรื่องความประมาทเลินเล่ออีกส่วนหนึ่ง การกระทำโดยจงใจมีลักษณะคล้ายกับการกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 แต่การกระทำโดยเจตนาเป็นกรณีที่มีมุ่งหมายประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลให้เกิดความเสียหายต่อกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แตกต่างจากการจงใจที่เพียงแต่รู้ว่าทำให้เกิดความเสียหายขึ้นเพียงเท่านั้น ไม่ต้องมุ่งหมายต่อกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ<sup>51</sup>

### 2.) การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

ประมาทเลินเล่อหมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรทำให้เกิดความเสียหายขึ้น รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย เป็นการกระทำที่มีได้ตั้งใจต่อผล แต่ขาดความระมัดระวังที่ควรใช้

ระดับความระมัดระวังของการประมาทเลินเล่อมีความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ดังนี้

อาจารย์พจน์ปุชปาคม อธิบายมาตรฐานความระมัดระวังว่า ความประมาทเลินเล่อต้องสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบโดยความประพฤติปฏิบัติของผู้ใหญ่ในสังคมนั้นต้องมีมาตรฐานที่กำหนดจากความประพฤติของบุคคลทั่วไปโดยเฉลี่ยในสังคม คือมีความระมัดระวังรอบคอบตามสมควรแก่กรณีทีวิญญูชนจะพึงใช้ในเหตุการณ์เช่นนั้น โดยที่วิญญูชน หมายถึง บุคคลที่สมมติขึ้นเป็นมาตรฐานอันเป็นบุคคลที่มีความประพฤติเป็นมาตรฐานแทนบุคคลทั่วไป ความประพฤติของเด็กจะมาตรฐานวิญญูชนมาเทียบเคียงไม่ได้<sup>52</sup>

<sup>50</sup> วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), หน้า 42.

<sup>51</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 179.

<sup>52</sup> พจน์ ปุชปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2525), หน้า 117.

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช อธิบายมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังว่า ต้องเทียบเคียงจากการปฏิบัติของวิญญูชนคนธรรมดาอื่นๆ ที่พึงปฏิบัติในเหตุการณ์ฐานะเช่นนั้น<sup>53</sup> โดยสมมติบุคคลที่มีสภาพร่างกายอย่างเดียวกับผู้เสียหาย แต่มีสติปัญญาความสามารถทางจิตใจ เป็นปกติสำหรับบุคคลที่มีสภาพร่างกายเช่นนั้น เป็นการพิจารณาจากวิญญูชนที่อยู่ใน พฤติการณ์ วิสัย และภาวะเช่นนั้นเป็นกรณีๆ ไป ซึ่งอาจเป็นวิสัยของเด็กหรือคนวิกลจริตก็ได้

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ อธิบายว่า ความระมัดระวังในกรณีความรับผิดในทางละเมิดนั้น เปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะทางสังคมเช่นเดียวกับ ผู้กระทำความเสียหาย ซึ่งความระมัดระวังจะแตกต่างกันออกไปตามพฤติการณ์แห่งตัวบุคคล ไม่แน่นอนคงที่เหมือนกรณีความรับผิดตามสัญญา โดยบุคคลที่สมมติขึ้นเป็นมาตรฐานเปรียบเทียบ ในความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น คือ บุคคลที่มีสภาพร่างกาย (physical attributes) อย่างเดียวกับ ผู้กระทำความเสียหาย แต่มีสติปัญญาความสามารถทางจิตใจเป็นปกติสำหรับบุคคลในสภาพ ทางร่างกายเช่นนั้น บุคคลที่สมมตินี้ต้องอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกับผู้เสียหายด้วย<sup>54</sup>

### 2.3.2.2 การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

Planiol (ปลานีโอล) อธิบายว่า ความรับผิดเพื่อละเมิดเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ตามกฎหมาย คือ Obligation légale โดยหนี้ตามกฎหมายนี้ไม่ว่าจะระบุเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม โดยสิ่งที่กฎหมายอันมิใช่ลายลักษณ์อักษรห้ามมี 4 ชนิด<sup>55</sup> ได้แก่

1. ห้ามกระทำโดยการใช้กำลังข่มขู่ (violence)
  2. ห้ามการกระทำโดยกลฉ้อฉล (dol)
  3. ห้ามการกระทำสิ่งที่ต้องการใช้แรงกำลังและไหวพริบซึ่งตนไม่มีเพียงพอ
  4. ต้องมีการดูแลสิ่งของๆตนที่มีภัยอันตราย และบุคคลซึ่งตนปกครองอุปการะพอควร
- ส่วนสิ่งที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรห้าม เช่น ห้ามไม่ให้ทำร้ายร่างกาย ห้ามวางเพลิงเผาทรัพย์

<sup>53</sup> เส็นีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่มที่ 1 (ภาค 1-2) พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 450.

<sup>54</sup> จิตติ ติงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180.

<sup>55</sup> Marcel Planiol, Traité Élémentaire De Droit Civilii, p. 685.

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ เห็นว่า ละเมิดเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ โดยเป็นหนี้เนื่องจากกฎหมายบัญญัติ<sup>56</sup>

แต่สำหรับกฎหมายละเมิดของไทยการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการละเมิดสิทธิ ตามกฎหมายจะต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายไทยรับรองคุ้มครองเท่านั้น จะนำกฎหมายของประเทศอื่น มาอ้างไม่ได้<sup>57</sup> ดังที่ศาลได้ตัดสินไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 837/2507 ว่า "สิทธิในวิธีการประดิษฐ์" หรือ "สิทธิเปตันท์" ในขณะนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายไทยก่อตั้งคุ้มครองจึงไม่ได้ชื่อว่าเป็น "สิทธิตามกฎหมาย" จึงไม่อาจก่อให้เกิดเป็นมูลละเมิดที่จะเรียกร้องให้บังคับบัญชาทางศาลได้

### 2.3.2.3 เกิดความเสียหาย

ความเสียหายในกรณีละเมิดอาจแบ่งประเภทตามลักษณะของความเสียหายได้ ดังนี้

(1) ความเสียหายต่อสิทธิในทรัพย์สิน หรือความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (pecuniary loss) เป็นความเสียหายที่กระทบต่อทรัพย์สินของบุคคลอื่น ทำให้เสื่อมค่าหรือลดน้อยถอยลง โดยความเสียหายนี้อาจตีราคาเป็นเงินได้ เช่น กระทำละเมิดทำประกันของผู้อื่นแตก ค่าเสียหายคือค่าประกันที่สามารถตีราคาเป็นเงินได้ ค่ารักษาพยาบาล หรือค่าสูญเสียรายได้ เป็นต้น

(2) ความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน หรือความเสียหายต่อสิทธินอกทรัพย์สิน เช่น ความเสียหายต่อสิทธิของบุคคล เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเสียหายต่อจิตใจ ต่อสิทธิในครอบครัว เป็นต้น

ความเสียหายต่อบุคคลอื่นตามกฎหมายละเมิด แม้ได้กระทำการผิดกฎหมายต่อผู้อื่น แต่ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้น ผู้กระทำยังไม่มี ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 670/2496) โดยความเสียหายจำกัดแต่เฉพาะความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ อย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และความเสียหายต่อ ชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญโดยประการอื่น ตามมาตรา 423 อีกมาตราหนึ่ง โดยความเสียหายจะคำนวณเป็นเงินได้หรือไม่ก็ได้ ตามหลักถือว่าความเสียหายคำนวณเป็นเงินได้ ส่วนความเสียหายทางจิตใจไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ แต่อาจเรียกค่าเสียหายได้หากเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้ว รวมถึงความเสียหายในอนาคตที่จะเกิดขึ้นแน่นอนด้วย

<sup>56</sup> ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539, หน้า 3.

<sup>57</sup> พจน์ ปุชปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 7.

เมื่อพิจารณาการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของไทยซึ่งวางหลักว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

สิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองตามมาตรานี้ได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพทรัพย์สิน ส่วนถ้อยคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” มีความเห็นของนักนิติศาสตร์แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม

(1) กลุ่มที่เห็นว่าสิทธิอันกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ทั้งทรัพย์สินและบุคคลสิทธิ ได้แก่

ศาสตราจารย์สุขุม ศุภนิธย์ ให้เหตุผลว่า สิทธิอื่นใด มาตรา 420 ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ หมายความว่าถึง สิทธิ ประเภทที่เป็นบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สิน ทั้งนี้เป็นการแปลโดยอาศัย หลักกฎหมายละเมิดของเยอรมัน มาตรา 823 ซึ่งยังมีบทบัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับกรณีที่เกิด ความเสียหายต่อสิทธิอื่น ในมาตรา 824 อีก นอกจากนี้สิทธิเด็ดขาดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 823 อันเป็น ที่มาของมาตรา 420 ของไทย ที่ถูกแล้วมาตรา 420 มิได้หมายความเฉพาะ สิทธิเด็ดขาด หรือ ทรัพย์สิน แต่อย่างใดอย่างมาตรา 823 ตรงกันข้าม สิทธิอื่นใด ในมาตรา 420 หมายความว่า การทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิทั้งหลายอันมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ โดยไม่จำกัดเฉพาะ สิทธิที่เป็นทรัพย์สินหรือสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น เหตุนี้การทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามสัญญาอันเป็น บุคคลสิทธิจึงเป็นละเมิด<sup>58</sup>

อาจารย์ภัทรศักดิ์ วรรณแสง ให้ความเห็นว่า สิทธิที่ถูกกระทบนั้นได้แก่ประโยชน์ของบุคคล ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ สิทธินี้จึงอาจจะเป็นทั้งสิทธิเด็ดขาด และ ยังหมายความรวมถึงสิทธิสัมพัทธ์ อันได้แก่บุคคลสิทธิตามสัญญาต่างๆ ด้วย<sup>59</sup>

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์<sup>60</sup> ให้ความเห็นว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะต้องแปลกว้างออกไปให้หมายรวมถึงการกระทำที่เขา ผิดสัญญาด้วย มิใช่แปลแค่สิทธิเด็ดขาดตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเท่านั้น ยังต้องรวมถึงมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมันด้วยด้วย

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาที่ตัดสินว่า สิทธิตามสัญญาอาจถูกบุคคลภายนอกทำละเมิดได้ เช่น

<sup>58</sup> สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 27.

<sup>59</sup> ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, หลักกฎหมายละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 68.

<sup>60</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 197.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1081-1082/2522 ตัดสินว่า โจทก์ที่ 1 ที่ 2 รู้เห็นในการที่จำเลยที่ 1 ทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินแปลงพิพาทกับจำเลยที่ 2 มาก่อนมีเจตนาขัดขวางการโอนที่ดินแปลงพิพาท ด้วยวิธีขอลายัดและฟ้องศาล โดยมีคำขอให้ห้ามชั่วคราวมิให้มีการทำนิติกรรมโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินแปลงพิพาท ซึ่งเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จึงเป็นการร่วมกันจงใจกระทำละเมิดต่อจำเลยที่ 2

ศาสตราจารย์จิติ ติงศภักดิ์ ได้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษานี้ว่า “คดีนี้ เป็นตัวอย่างอันดีว่า สิทธิตามสัญญาระหว่างคู่สัญญา คนที่ 3 ผู้ขัดขวางการปฏิบัติตามสัญญาต้องรับผิดชอบละเมิดตัวคู่สัญญาก็ควรรับผิดชอบไปตามสัญญาก็บังคับได้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น”

คำพิพากษาฎีกาที่ 152/2523 ตัดสินว่า การที่จำเลยร่วมกับพวกในการนัดหยุดงาน ปิดล้อมเครื่องบินและบีบบังคับให้สายการบินเลิกสัญญากับโจทก์ ถ้าไม่เลิกสัญญาก็จะไม่ยอมเลิกปิดล้อมและไม่ยอมให้เครื่องบินเดินทางต่อไปนั้น การบีบบังคับให้เลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทำให้โจทก์เสียหาย จึงเป็นการละเมิดจำเลยต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้น แม้โจทก์จะขาดทุนอยู่ก่อนก็ตาม

คำพิพากษานี้ศาสตราจารย์จิติ ติงศภักดิ์ และอาจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้หมายเหตุไว้ตอนท้ายว่า “ยังไม่พบคดีที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการที่บุคคลใดข่มขู่บังคับให้คู่สัญญาจำต้องเลิกสัญญาอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นการกระทำละเมิดต่อคู่สัญญาที่ถูกละเมิดสัญญาในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ได้มีคดีทำนองนี้ขึ้นมาสู่ศาลมานานแล้ว และศาลก็ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การที่บุคคลภายนอกจงใจเข้าไปเกี่ยวข้อง ชักชวน ยุยง หรือข่มขู่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกระทำผิดสัญญา หรือเลิกสัญญา โดยไม่มีเหตุอันสมควรจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นการกระทำละเมิด โดยเริ่มต้นจากคดี Lumley v. Gye (1853) 2 E.&B. 216 ที่เป็นการจงใจชักจูงให้มีการผิดสัญญารับใช้ส่วนตัวด้วยการยุยงให้คนรับใช้ไปเสียจากนายจ้างและต่อมาก็ได้ขยายหลักเกณฑ์ให้ครอบคลุมถึงสัญญาทุกชนิดด้วย แต่สัญญาเหล่านี้จะต้องเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆะ และยังใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาอยู่ และเฉพาะแต่การจงใจยุยง หรือ ชักจูง โดยรู้ว่ามิสัญญาเช่นนั้นเท่านั้นจึงจะเป็นการกระทำละเมิด หากเป็นการกระทำที่ไม่จงใจไม่เป็นละเมิด เว้นแต่ผู้กระทำจงใจปิดหูปิดตาไม่ยอมรับรู้ว่ามีสัญญาอยู่หรือไม่ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ศาลอาจวินิจฉัยว่าผู้กระทำได้ทราบโดยปริยายว่ามีสัญญาอยู่แล้วก็ได้ อย่างไรก็ตามหากบุคคลที่จงใจเข้าไปยุยงให้มีการกระทำผิดสัญญามีเหตุอันสมควรที่จะทำการเช่นนั้น เช่น บิดายุยงให้บุตรชายเลิกสัญญาหมั้นกับหญิงคู่หมั้นซึ่งมีความประพฤติไม่ดี เช่นนี้ไม่เป็นการกระทำละเมิด”

(2) กลุ่มที่เห็นว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดหมายถึงสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น



ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ให้ความเห็นว่า “คำว่า ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สินในมาตรา 420 นี้ ล้วนแต่เป็นสิ่งที่ใช้ยันกับคนทุกคนทั่วโลกได้ทั้งสิ้น ส่วนคำต่อมาที่ว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในมาตรา 420 นั้นหมายถึงสิทธิเด็ดขาดนั่นเอง

รองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร ให้ความเห็นว่า สิทธิที่ระบุไว้ในมาตรา 420 นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็นสามกลุ่ม คือ สิทธิในบุคคลภาพ สิทธิทางทรัพย์สิน และ สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จะเห็นได้ว่าสิทธิในบุคคลภาพและสิทธิทางทรัพย์สิน ล้วนแต่มีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาด ดังนั้น โดยหลักการตีความแล้ว สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดต้องหมายถึงสิทธิเด็ดขาด คือ สิทธิที่ใช้ยันกับบุคคล โดยทั่วไป ไม่ใช่สิทธิที่จะใช้ยันบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น<sup>61</sup>

อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ<sup>62</sup> ให้ความเห็นว่า สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องเป็นสิทธิที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ หากมีผู้กระทำ ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นละเมิด แต่สิทธิอื่นเกิดจากการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา หากผิดหน้าที่ เป็นเรื่องของความรับผิดชอบตามสัญญา กฎหมายให้สิทธิในการเรียกร้องคู่สัญญาได้ แต่มิใช่การกระทำ ผิดกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล ให้ความเห็นว่า คำว่า สิทธิ หมายถึงประโยชน์หรืออำนาจ ที่กฎหมายรับรอง คุ้มครอง และบังคับให้ ซึ่งมีสองลักษณะคือสิทธิเด็ดขาด (absolute right) และ สิทธิสัมพัทธ์ (relative right) คำว่าเสียหายแก่สิทธิในที่นี้ (มาตรา 420) หมายถึงเสียหายต่อ สิทธิเด็ดขาดเท่านั้น<sup>63</sup>

สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 ดังกล่าวได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยกรณีที่เข้าสิทธิ อย่างหนึ่งอย่างใดไว้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 “พูดถึงสิทธิ หากจะกล่าวโดยย่อและ รวบรัดแล้วก็ ได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่น มีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็เป็สิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย ในกฎหมายของเรามีบทบัญญัติลงโทษการด่าไว้ในกฎหมาย ลักษณะอาญามาตรา 339 ฉะนั้น จึงต้องถือว่ากฎหมายเรารับรองว่าบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาด่า

<sup>61</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด,” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 101-102.

<sup>62</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท มีสมบัติ จำกัด, 2548), หน้า 9-10.

<sup>63</sup> วารี นาสกุล, คำอธิบายโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2553), หน้า 77.

และให้ความคุ้มครองไว้สำหรับการนั้น ฉะนั้น การที่จำเลยค่าโจทก์จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิของโจทก์ เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420”

### 2.3.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ความรับผิดเพื่อละเมิดไม่มีหลักทฤษฎีที่แน่นอนตายตัว เนื่องจากเหตุของการละเมิดเป็นปัญหาธรรมชาติมิใช่ปัญหาข้อกฎหมาย อย่างไรก็ตามจะให้ผู้กระทำละเมิดรับผลของการกระทำโดยไม่มีขอบเขตที่แน่นอนย่อมไม่ยุติธรรม และการใช้ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมีการใช้ชื่อทฤษฎีที่แตกต่างกัน เช่น เหตุกับผลธรรมดา (natural) เหตุใกล้ชิด (proximate) เหตุโดยตรง (direct) หรือเหตุสำคัญ (substantial) เป็นต้น นักนิติศาสตร์จึงพยายามคิดหลักทฤษฎีที่จะนำมาใช้กับความรับผิดเพื่อละเมิด โดยมีทฤษฎีที่สำคัญอยู่ 2 ทฤษฎีได้แก่

#### 1.) ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศรัทีย<sup>64</sup>

“หากปรากฏว่าไม่มีการกระทำที่ถูกล่าวหา ผลอันหนึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุหลายประการ ถ้าการกระทำของผูถูกล่าวหาเป็นเหตุอันหนึ่งในหลายๆ เหตุนั้นด้วยแล้ว ผู้นั้นก็ต้องรับผิดโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่ายังมีเหตุอื่นอีกที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วยเหมือนกัน เพราะถือว่าทุกๆ เหตุมีน้ำหนักเท่ากัน จะถือว่าเป็นแต่เหตุบางประการเท่านั้นที่ก่อให้เกิดผลนั้นขึ้นหาได้ไม่ เพราะถ้าไม่มีเหตุทุกๆ ประการเหล่านั้นรวมเข้าด้วยกันแล้ว ผลก็ย่อมไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1898/2518

โจทก์รับจ้างขนส่งยางรถยนต์ของบริษัท ย. โดยมอบหมายให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ล.รับขนส่งให้อีกทอดหนึ่ง ฉ. ลูกจ้างของจำเลยขับรถในทางการที่จ้างของจำเลยโดยประมาท เป็นเหตุให้ชนกับรถยนต์ของห้างหุ้นส่วนจำกัด ล.ที่บรรทุกยางรถยนต์ดังกล่าวแล่นสวนทางมา ทำใหยางรถยนต์ที่บรรทุกมาตกลงไปจากรถ แล้วถูกคนร้ายลักไป โจทก์ได้ชำระราคายางรถยนต์ที่สูญหายไปให้แก่บริษัท ย.ไปแล้ว ดังนี้ เห็นได้ว่า การที่ยางรถยนต์ถูกคนร้ายลักไป เกิดขึ้นเพราะความผิดของ ฉ.คนขับรถของจำเลยที่ขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ชนรถบรรทุกยาง ซึ่งถ้าไม่ชน ก็คงไม่ถูกคนร้ายลักในที่เกิดเหตุการสูญหายของยางรถยนต์ จึงเป็นผลโดยตรงจากการละเมิด จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้โจทก์ในผลแห่งละเมิดของ ฉ.คนขับรถของจำเลยที่ชนรถบรรทุกยางรถยนต์

#### 2.) ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

<sup>64</sup> จิตติ ดิงศรัทีย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 212.

บรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลขึ้นนั้น เฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้น ที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ เช่น นาย ก. เอามือตีศรีษะนาย ข. เบาๆ แต่นายขอลิ้นล้มศรีษะกระแทกกับก้อนหินที่พื้นถึงแก่ความตาย นาย ก. ไม่ต้องรับผิดชอบในผลของความตายของนาย ข. เพราะไม่ใช่ผลปกติที่อาจเกิดขึ้นจากการตีศรีษะเพียงเบาๆ

เมื่อพิจารณาทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลทั้ง 2 ทฤษฎี จึงเกิดการปรับใช้ทฤษฎีผลโดยตรงไม่ไกลไปกว่าเหตุซึ่งเป็นทฤษฎีที่ศาลไทยยึดถือ โดยพิจารณาว่าเหตุทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันตามทฤษฎีเงื่อนไข และพิจารณาแต่ละเหตุว่ามีเหตุใดที่ไกลไปกว่าเหตุหรือไม่ ตามทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 931/2531 มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาของท่านอาจารย์จรูญ ภักดีธนากุล ซึ่งวิจารณ์ในแนวทางเดียวกันกับ ท่านอาจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ว่าศาลไทยไม่ได้ยึดทฤษฎีใดเป็นสรณะ ศาลเอามาใช้ควบคู่กัน แล้วแต่ว่าทฤษฎีใดจะเป็นเป็นธรรมกับคู่กรณีที่สุด

หมายเหตุท้าย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496

ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>65</sup> “โดยที่คำพิพากษานี้วางหลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ด้วย จึงควรพิจารณาเสียในโอกาสนี้ ทางตำราเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลสำหรับทางแพ่งและทางอาญาต่างกัน ทางแพ่งนั้นต้องใช้ทฤษฎีเหมาะสมอย่างเดียว คือ พิจารณาว่า ตามความรู้ความชำนาญของมนุษย์ ผลอาจเกิดจากการกระทำของผู้กระทำหรือไม่ ทั้งนี้คือการที่ผลอาจเกิดขึ้นนั้นจะต้องไม่ห่างไกลจนความคิดเห็นของชีวิตตามปกติไม่สามารถจะคาดหมายได้”

จิตติ ติงศภัทย์<sup>66</sup> “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496 นี้ได้กล่าวว่า กฎหมายดูแลแห่งการกระทำอันเป็นผลธรรมดา หรือโดยตรง หรือใกล้กับเหตุเท่านั้น ที่ว่าผลธรรมาคือหลักเรื่องความเหมาะสม แต่ผลโดยตรงไม่ใช่หลักเรื่องความเหมาะสมเป็นหลักที่กว้างออกไปกว่านั้น จึงต้องเข้าไปในทางที่ว่า ถ้าการกระทำของจำเลยเป็นเหตุหนึ่งที่เกิดผลแล้ว แม้จะไม่ใช่ผลธรรมดาจำเลยก็ต้องรับผิดชอบ ที่ศาลฟังว่าถ้าจำเลยเก็บสมุดเช็คไว้เอง ก็เป็นการป้องกันอย่างดี ผู้ร้ายจะหาโอกาสปลอมเช็คได้ยาก แสดงว่าศาลไม่ฟังว่าการกระทำของจำเลยเป็นเหตุให้มีการปลอมเช็ค เพราะแม้จะระวางก็ไม่เชื่อว่า จะไม่เกิดผลขึ้น เป็นแต่จะเกิดผลเสียหายได้ยากเท่านั้น คือศาลฟังว่าถึงจำเลยจะไม่ประมาท

<sup>65</sup> เขมณูมิ ภูมิถาวร, กฎหมายลักษณะละเมิด รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาของพระยาเทพวิฑูร พหุลศรุตชาติ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 130-138.

<sup>66</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 143-145

ผลเสียหายก็ยังคงเกิด ส่วนที่ว่าผลใกล้กับเหตุ นั้น หมายความว่าไปในทางที่ว่าไม่มีอะไรมาแทรกแซงทำให้ขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลไป”

### 2.3.3 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

#### 2.3.3.1 ความนำ

เมื่อเกิดการละเมิด ผู้กระทำละเมิดถือว่าผิดนัดตั้งแต่ทำละเมิดตามมาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก่อให้เกิดความรับผิด โดยความรับผิดเพื่อละเมิดแบ่งประเภทความรับผิดใหญ่ๆ ออกเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง เป็นความรับผิดที่ต้องการความผิดและความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เช่น ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ เป็นต้น ความรับผิดในประเภทต่างๆ นี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเสมือนมิได้มีการละเมิดเกิดขึ้น มุ่งให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมนอกจากผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว ยังรวมถึงผลประโยชน์และกำไรที่ควรจะได้ แต่ผู้เสียหายต้องขาดไปเพราะการละเมิดอีกด้วย<sup>67</sup> แต่ไม่รวมถึงประโยชน์อื่นที่ผู้ทำละเมิดแสวงหามาได้จากการทำละเมิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 58/2490) นอกจากนั้นความเสียหายจะต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน อาจเป็นกรณีความเสียหายในอนาคตที่อาจคาดเดาได้ก็ได้ โดยความรับผิดเพื่อละเมิดถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 - 447 และ มาตรา 223 ดังจะได้อธิบายต่อไป

#### 2.3.3.2 หลักทั่วไปของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

เป็นไปตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งวางหลักว่า

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย”

มาตรา 438 เป็นหลักทั่วไปว่าด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด หากมีกฎหมายเฉพาะอื่นให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะ มาตรานี้ได้บัญญัติหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้

<sup>67</sup> จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452 (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503), หน้า 590.

อย่างกว้างๆ โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามแต่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งศาลมักจะพิจารณาเมื่อโจทก์ไม่สามารถนำสืบถึงความเสียหายที่ตนได้รับว่ามีความเสียหายเพียงใด

แม้การชดเชยค่าสินไหมทดแทนด้วยเงินจะเป็นวิธีทั่วไปหากไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ด้วยวิธีอื่น แต่ไม่ใช่ว่าจะต้องชดเชยเป็นเงินเสมอไป ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำที่ว่า “จะพึงชดเชยโดยสถานใดเพียงใดนั้น” หมายความว่ารวมถึงการคืนทรัพย์สินที่ผู้กระทำละเมิดเอาไปจากผู้เสียหาย หากคืนไม่ได้จึงชดเชยค่าเสียหายด้วยเงิน

การกำหนดค่าเสียหายเป็นดุลยพินิจของศาล โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ คือ ข้อเท็จจริงของการละเมิด เช่น ทำให้ตายหรือเอาทรัพย์สินของเขาไป เป็นต้น และความร้ายแรงแห่งละเมิด คือ พิจารณาว่ากระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือผู้เสียหายมีส่วนผิดเล็กน้อยเพียงใด เนื่องจากละเมิดอาจมีเหตุที่ทำให้เกิดการละเมิดหลายเหตุรวมกัน จึงไม่ควรพิจารณาเฉพาะแต่ความผิดของผู้กระทำละเมิดเพียงอย่างเดียว แม้โจทก์นำสืบความเสียหายไม่แน่ชัด ศาลยังคงมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ หากความเสียหายคำนวณเป็นจำนวนเงินได้แน่นอน ศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามนั้น แต่ในกรณีความเสียหายทางจิตใจซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ตามมาตรา 446 ศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนของศาล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 366/2474

จำเลยยิงเจ้าพนักงานได้รับบาดเจ็บเล็กน้อย แม้โจทก์ไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ว่าได้รับความเสียหายเล็กน้อยเพียงใด แต่การกระทำของจำเลยมีลักษณะอุกอาจ ร้ายแรง และดูหมิ่นเจ้าพนักงานอย่างไม่เกรงขามต่ออำนาจบ้านเมือง ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนอย่างสูงตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1617-1618/2500

จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์โดยทำลายครุฑและห้องน้ำของโจทก์ ทำให้โจทก์ไม่สามารถใช้งานสิ่งดังกล่าวได้ ขาดความสุขตามปกติ ศาลจึงกำหนดค่าสินไหมทดแทนสูงกว่าราคาทรัพย์สินที่ถูกทำลายตามที่เห็นสมควร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3599/2529

จำเลยทราบอยู่แล้วว่าจำเลยไม่มีอำนาจอนุญาตให้โจทก์สร้างซุ้มชายของบริเวณที่จอดรถของโรงแรมที่จำเลยเช่าดำเนินกิจการอยู่ แต่จำเลยกลับขอร้องและสนับสนุนให้โจทก์ลงทุนเตรียมการก่อสร้างซุ้มชายของดังกล่าวไปก่อนขออนุญาตเจ้าของโรงแรม ในที่สุดไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างได้

เพราะเจ้าของโรงแรมมีข้อตกลงกับกรุงเทพมหานครให้ใช้บริเวณที่จะสร้างซุ้มขายของเป็นที่จอดรถ  
 อย่างเดียว จึงเป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์และ  
 ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้โจทก์สำหรับค่าเสียหายที่โจทก์ต้องจ้างที่ปรึกษาและทุ่มเทเวลาเพื่องานนี้  
 ส่วนค่าขาดประโยชน์ที่โจทก์จะได้รับหากได้สร้างซุ้มพิพาทและค่าเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณนั้น  
 เป็นค่าเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ

นอกจากการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายแล้ว การกระทำละเมิดบางประการ  
 อาจมีผลเสียหายต่อเนื่อง ศาลอาจสั่งให้จำเลยระงับการกระทำที่เป็นละเมิด ส่งมอบทรัพย์สินแก่โจทก์  
 หรือห้ามมิให้กระทำซ้ำในอนาคตได้ หากมีความกังวลว่าสิทธิของโจทก์จะถูกละเมิดซ้ำอีก

### 2.3.3.3 หลักเกณฑ์เฉพาะของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด

1.) กรณีทรัพย์สินที่เอาไปอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดถูกทำลาย หรือการคืนตกเป็น  
 พันวิสัยหรือเสื่อมเสียลงโดยอุบัติเหตุ

เป็นไปตามมาตรา 439 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“บุคคลผู้จำต้องคืนทรัพย์สินอื่นต้องเสียไปเพราะละเมิดแห่งตนนั้น ยังต้องรับผิดชอบตลอดถึง  
 การที่ทรัพย์สินนั้นทำลายลงโดยอุบัติเหตุ หรือการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอย่างอื่น  
 โดยอุบัติเหตุ หรือทรัพย์สินนั้นเสื่อมเสียลงโดยอุบัติเหตุด้วย เว้นแต่เมื่อการที่ทรัพย์สินนั้นทำลาย หรือตกเป็น  
 พันวิสัยจะคืน หรือเสื่อมเสียนั้น ถึงแม้ว่าจะมิได้มีการทำละเมิด ก็คงจะต้องตกไปเป็นอย่งนั้นอยู่เอง”

ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรานี้ได้แก่ การคืนทรัพย์สิน โดยถือว่าเมื่อบุคคลกระทำละเมิดแล้ว  
 จะตกเป็นผู้ผิดนัดตามมาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และจะต้องมีความรับผิดชอบ  
 ตามมาตรา 217 ภายหลังจากผิดนัด ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบแม้ทรัพย์สินนั้นถูกทำลายลง  
 ด้วยอุบัติเหตุ การคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัย หรือทรัพย์สินนั้นเสียหายจากอุบัติเหตุ โดยต้องรับผิดชอบในผลนั้น  
 ทั้งสิ้นและไม่พิจารณาถึงการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด เว้นแต่ แม้ไม่มี  
 การกระทำละเมิด ทรัพย์สินนั้นก็ย่อมต้องเสียหายหรือสูญหายอยู่ดี ซึ่งผู้พิสูจน์คือ ผู้กระทำละเมิด<sup>68</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1090/2518

<sup>68</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 13  
 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553), หน้า 169.

จำเลยใช้คนลักไม้ของโจทก์ไป ศาลลงโทษจำเลยแล้ว ไม้เป็นของกลางอยู่ที่สถานีตำรวจ ถูกไฟไหม้หมด จำเลยทำละเมิดตั้งแต่วันลักไม้ เมื่อจำเลยพิสูจน์ไม่ได้ว่าแม้จะไม่ละเมิดก็ยังไม่เสียหาย อยู่นั่นเองจำเลยจึงต้องรับผิดชอบ

## 2.) ดอกเบี้ยในราคาทรัพย์สิน

เป็นไปตามมาตรา 440 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ในกรณีที่ต้องใช้ราคาทรัพย์สินอันได้เอาของเขาไปก็ดี ในกรณีที่ต้องใช้ราคาทรัพย์สินอันลดน้อยลง เพราะบุบสลายก็ดี ฝ่ายผู้ต้องเสียหายจะเรียกดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่จะต้องชำระ คิดตั้งแต่วันที่เอาเป็นฐานที่ตั้งแห่งการประมาณราคานั้นก็ได้”

ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 224 เป็นหนี้เงินที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องชดเชยดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในการใช้ราคาทรัพย์สิน ให้คิดราคาทรัพย์สินตามฐานเวลาอันเป็นที่ตั้งแห่งการประมาณราคา อันหมายถึง วันที่ทรัพย์สินถูกทำลายหรือบุบสลายไม่ใช่วันที่เอาทรัพย์สินไปโดยละเมิด

## 3.) การชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ครองสังหาริมทรัพย์

เป็นไปตามมาตรา 441 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ถ้าบุคคลจำเป็นต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ เพราะเอาสังหาริมทรัพย์ของเขาไปก็ดี หรือเพราะทำของเขาให้บุบสลายก็ดี เมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลซึ่งเป็นผู้ครองทรัพย์สินนั้นอยู่ในขณะที่เอาไป หรือขณะที่ทำให้บุบสลายนั้นแล้ว ท่านว่าเป็นอันหลุดพ้นไป เพราะการที่ได้ใช้ให้เช่นนั้น แม้กระทั่งบุคคลภายนอกจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือมีสิทธิอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินนั้น เว้นแต่สิทธิของบุคคลภายนอกเช่นนั้นจะเป็นที่รู้อยู่แก่ตนหรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน”

เนื่องจากสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ ผู้กระทำละเมิดอาจไม่รู้ถึงตัวเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกละเมิดและชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ครองทรัพย์สินแทน มาตรา 441 จึงบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้กระทำละเมิดที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนโดยสุจริต กล่าวคือ หากผู้กระทำละเมิดเข้าใจโดยสุจริตว่าผู้เสียหายเป็นเจ้าของทรัพย์สินแล้วชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้นั้น ให้ถือว่าผู้กระทำละเมิดหลุดพ้นจากการชำระค่าสินไหมทดแทน เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงไม่สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนกับผู้กระทำละเมิดได้อีก แต่สามารถเรียกให้ผู้รับค่าสินไหมทดแทนใช้เงินค่าสินไหมทดแทนแก่ตนตามหลักลาภมิควรได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำละเมิดรู้ถึงเจ้าของที่แท้จริงของทรัพย์สินนั้นแต่ยังฝืนชดเชย

ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้อื่น เจ้าของทรัพย์สามารถเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้อีกครั้งหนึ่ง ผู้กระทำละเมิดจะปฏิเสธไม่ได้

#### 4.) ผู้เสียหายมีส่วนผิด

เป็นไปตามมาตรา 442 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ร ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม”

และมาตรา 223 ซึ่งวางหลักว่า

“ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ร ท่านว่าหนี้อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นต้องอาศัยพฤติการณ์ เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ ให้รู้สึกถึงอันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือ เพียงแต่ละเลยไม่บำบัดปกป้อง หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้น ท่านให้นำมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”

การพิจารณาให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายมากน้อยเพียงใด จะต้องคำนึงถึงส่วนของความผิด ของผู้กระทำละเมิดด้วย หากผู้เสียหายมีส่วนผิด ค่าสินไหมทดแทนที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้อาจลดลง กรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนผิด ได้แก่

(1) ผู้เสียหายกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

(2) ผู้กระทำละเมิดไม่สามารถรู้หรืออาจรู้ถึงอันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ซึ่งผู้เสียหาย ต้องเตือน แต่ละเลยไม่เตือน

(3) ผู้เสียหายละเลยไม่บำบัดปกป้องหรือบรรเทาความเสียหายนั้น เช่น นาย ก. ขับรถยนต์ ชนรถจักรยานยนต์ของนาย ข. และเกิดไฟลุกไหม้ แทนที่นาย ข. จะเคลื่อนย้ายรถจักรยานยนต์ ของตนออกจากเหตุการณ์นั้นก่อนไฟลุก กลับนิ่งเฉยให้ไฟลุกลามมาถึงรถจักรยานยนต์ของตนจนเกิด ความเสียหาย เป็นต้น

ในการแบ่งส่วนของความรับผิด หากความผิดของผู้เสียหายมีมากกว่า ศาลจะยกฟ้อง เพราะถือว่าผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้อง หากผู้กระทำละเมิดมีส่วนผิดมากกว่าศาลจะพิจารณาค่าสินไหม ทดแทนตามที่เห็นสมควร หากมีส่วนผิดเท่ากัน ค่าสินไหมทดแทนย่อมเป็นพับแก่กัน ซึ่งรวมไปถึงกรณี



ฝ่ายที่เสียหายมากเป็นฝ่ายประมาทมากและฝ่ายที่เสียหายน้อยมีความประมาทน้อย<sup>69</sup> อย่างไรก็ตาม การแบ่งส่วนความรับผิดชอบนี้ไม่กระทบถึงบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิด ผู้กระทำละเมิดต้องชดใช้ให้บุคคลภายนอกเต็มจำนวน เพราะถือเป็นการชำระหนี้ที่ไม่อาจแบ่งแยกได้<sup>70</sup>

#### 5.) ค่าสินไหมทดแทนแก่ความเสียหายต่อชีวิต

เป็นไปตามมาตรา 443 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั้น ค่าสินไหมทดแทนได้แก่ค่าปลงศพรวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น ๆ อีกด้วย

ถ้ามิได้ตายในทันที ค่าสินไหมทดแทนได้แก่ค่ารักษาพยาบาลรวมทั้งค่าเสียหายที่ต้องขาดประโยชน์ที่ทำได้เพราะไม่สามารถประกอบกิจการงานนั้นด้วย

ถ้าว่าเหตุที่ตายลงนั้นทำให้บุคคลหนึ่งคนใดต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมายไปด้วยไซ้ ท่านว่าบุคคลคนนั้นชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

และมาตรา 445 ซึ่งวางหลักว่า

“ในกรณีทำให้เขาถึงตาย หรือให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ถ้าผู้ต้องเสียหายมีความผูกพันตามกฎหมายจะต้องทำการงานให้เป็นคุณแก่บุคคลภายนอกในคราวเรือน หรืออุตสาหกรรมของบุคคลภายนอกนั้นไซ้ ท่านว่าบุคคลผู้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อที่เขาต้องขาดแรงงานอันนั้นไปด้วย”

(1) ค่าปลงศพ คือ ค่าใช้จ่ายในการจัดพิธีศพให้สมแก่ฐานะของผู้ตาย โดยผู้ที่มีสิทธิเรียกค่าปลงศพได้จะต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิจัดงานศพของผู้ตายตามกฎหมาย อันได้แก่ ทายาทหรือผู้จัดการมรดก ในกรณีที่บุคคลอื่นนำเงินมาช่วยจัดงานศพของผู้ตายอันเป็นการช่วยเหลือทางศีลธรรม ไม่ทำให้ผู้มีสิทธิเรียกค่าปลงศพ เรียกค่าปลงศพได้น้อยลง

(2) ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น คือ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่เกี่ยวเนื่องกับการจัดงานศพของผู้ตายโดยจำเป็นและตามสมควร

(3) ค่ารักษาพยาบาลก่อนตาย กล่าวคือ ในขณะที่เกิดการละเมิด ผู้ถูกกระทำละเมิดไม่ตายในทันที แต่ตายในภายหลัง ทายาทของผู้ตายมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนค่ารักษาพยาบาลก่อนตายได้

<sup>69</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452, หน้า 608.

<sup>70</sup> ภัทรศักดิ์ วรณแสง, หลักกฎหมายละเมิด, หน้า 190.

(4) ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ก่อนตาย กล่าวคือ ในขณะที่เกิดการละเมิด ผู้ถูกระงับละเมิด ไม่ตายในทันที แต่ตายในภายหลัง ทายาทของผู้ตายมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนทางทำมาหาได้ก่อนตาย ตั้งแต่กระทำความผิดจนถึงวันตายได้

(5) ค่าขาดไร้อุปการะ กล่าวคือ ผู้ถูกระงับละเมิดจนตายอาจมีหน้าที่ตามกฎหมาย ในการอุปการะเลี้ยงดูผู้อื่น กฎหมายจึงให้ผู้ถูกระงับละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้อื่นที่ขาดไร้อุปการะ จากผู้ตายด้วย

(6) ค่าสินไหมทดแทนกรณีขาดแรงงาน เป็นกรณีที่ผู้ตายมีความสัมพันธ์ต่อบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะ เป็น ความสัมพันธ์ตามกฎหมาย เช่น บิดามารดาสามารถใช้งานบุตรของตนได้ตามมาตรา 1564 หรือสามีภรรยาที่มีหน้าที่ต้องทำงานในครัวเรือนให้กันและกัน เป็นต้น หรือความสัมพันธ์ ตามสัญญา เช่น นายจ้างและลูกจ้าง เป็นต้น ผู้มีความสัมพันธ์กับผู้ถูกระงับละเมิดจนตายสามารถ เรียกค่าสินไหมทดแทนกรณีขาดแรงงานได้

6.) ค่าสินไหมทดแทนแก่ความเสียหายต่อร่างกายและอนามัย

เป็นไปตามมาตรา 444 และมาตรา 446 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“ในกรณีทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่าย อันตนต้องเสียไป และค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบการงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ทั้งในเวลาปัจจุบันนั้นและในเวลาอนาคตด้วย

ถ้าในเวลาที่พักพิงคดี เป็นพันวิสัยจะหยั่งรู้ได้แน่ว่าความเสียหายนั้นได้มีแท้จริงเพียงใด ศาลจะกล่าวในคำพิพากษาว่ายังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นอีกภายในระยะเวลาไม่เกิน สองปีก็ได้”

“ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่โอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้ โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

อนึ่ง หญิงที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุรศีลธรรมแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้อง ทำนองเดียวกันนี้”

7.) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อเสรีภาพหรือชื่อเสียง

เป็นไปตามมาตรา 447 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง เมื่อผู้ต้องเสียหายร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้น จัดการตามควรเพื่อทำให้ชื่อเสียงของผู้นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหาย หรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้”

### บทที่ 3

## เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิดและการปรับใช้ของไทย

### 3.1 ความนำ

การที่จะวิเคราะห์ปัญหาการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันได้นั้น จะต้องศึกษาถึงข้อแตกต่างของความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของไทยเสียก่อน เพื่อที่จะเข้าใจ โครงสร้างและผลของความรับผิดที่แตกต่างกันในการปรับใช้และเพื่อกำหนดแนวทางในการค้นหา หลักเกณฑ์ในการปรับใช้ต่อไป อีกทั้งยังต้องพิจารณาถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและแนวปฏิบัติ ของศาลไทยว่ามีผลกระทบต่อการใช้หรือไม่อย่างไรอีกด้วย

### 3.2 เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิด

#### 3.2.1 ความนำ

ความรับผิดตามสัญญาคู่กรณีอันได้แก่ เจ้าหนี้และลูกหนี้ จะต้องมีความผูกพันทางสัญญากันมาก่อนและต้องเป็นสัญญาที่มีผลสมบูรณ์ซึ่งบังคับได้ โดยความรับผิดจะมีขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในการปฏิบัติชำระหนี้ตามที่ตกลงกันหากไม่ปฏิบัติจะมีความรับผิดตามสัญญาอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิดมีผลต่อทุกคนที่อาจเข้ามาเป็นผู้เสียหายได้ถือเป็นหลักทั่วไปที่จะปรับได้กับทุกกรณีที่มีความรับผิดตามสัญญาครอบคลุมไม่ถึง เช่น ผลของสัญญาที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา ถือเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด กรณีชักรถยนต์ชนผู้อื่นจนได้รับอันตรายบาดเจ็บสาหัส ผู้กระทำความรับผิดเพื่อละเมิด แต่ไม่มีความรับผิดตามสัญญา เนื่องจากผู้กระทำความผิดมีนิติสัมพันธ์กับผู้ได้รับบาดเจ็บมาก่อน

ความรับผิดตามสัญญาเกิดขึ้นเนื่องจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ตามเนื้อหาของสัญญาที่คู่กรณีตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งและเป็นไปตามหลักสุจริตแม้มิได้ตกลงกันไว้ เช่น กรณีสัญญารับขนคนโดยสาร ผู้รับขนมีหน้าที่ขนส่งคนโดยสารถึงที่หมายโดยสวัสดิภาพ เป็นต้น หากความเสียหายเกิดขึ้น ก่อนมีการตกลงกันย่อมเป็นเรื่องของละเมิด (culpa in contrahendo)

#### 3.2.2 ความมุ่งหมายของความรับผิด

สัญญาและละเมิดต่างเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ แต่มีความแตกต่างกันในหลายประการ โดยการทำสัญญาเป็นการก่อให้เกิดผลผลิต แต่ละเมิดเป็นการป้องกัน ผู้กระทำความผิดสัญญาต้องรับผิดเพราะไม่ทำให้สถานการณ์ดีขึ้น ต่างจากละเมิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดเนื่องจากทำให้สถานการณ์เลวลง<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 2 ed. (London, U.K.: Cavendish Publishing, 1999), p. 293.

หลักกฎหมายเรื่องละเมิด เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่บุคคลในสังคมที่จะไม่ทำความเดือดร้อนเสียหายให้แก่บุคคลอื่น โดยถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลทุกคน การละเมิดจึงเกิดจากการตกลงไม่ได้<sup>72</sup> ส่วนความรับผิดตามสัญญาเกิดขึ้นภายหลังจากที่ลูกหนี้ตามสัญญาไม่ชำระหนี้แล้ว ไม่เหมือนกับความรับผิดเพื่อละเมิดที่มีความรับผิดตั้งแต่กระทำละเมิด ความรับผิดตามสัญญาจึงมุ่งคุ้มครองให้มีการชำระหนี้ตามสัญญาและชดเชยค่าเสียหายกันระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น เว้นแต่สัญญาบางประเภทที่มีผลต่อบุคคลนอกสัญญา เช่น สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เป็นต้น

### 3.2.3 หลักเกณฑ์ที่สำคัญอันก่อให้เกิดความรับผิด

#### 3.2.3.1 ความสามารถในการก่อให้เกิดความรับผิด

ความรับผิดตามสัญญา ต้องเป็นไปตามหลักนิติกรรม ผู้ที่มีความสามารถทางกฎหมายเท่านั้นจะก่อความรับผิดได้ ได้แก่ ผู้บรรลุนิติภาวะ และผู้ที่ไม่ไร้ความสามารถ

ความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากละเมิดเป็นนิติเหตุ เจ้าของพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดการละเมิดมิได้ตั้งใจให้เกิดผลทางกฎหมาย เรื่องความสามารถในการก่อให้เกิดความรับผิดจึงไม่นำมาพิจารณากล่าวคือ หากผู้กระทำละเมิดเป็นผู้เยาว์หรือคนวิกลจริต ย่อมมีความรับผิดเพื่อละเมิด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นไปตามมาตรา 429 ซึ่งวางหลักว่า

“บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นนี้ย่อมต้องรับผิดร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น”

มีข้อสังเกตในเรื่องผิดสัญญาและละเมิด ในกรณีผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถเข้าทำนิติกรรมเข้าทำสัญญาและตกเป็นโมฆียะ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเรียกร้องความเสียหายตามฐานใด เนื่องจากหากเรียกร้องค่าเสียหายตามฐานผิดสัญญาจะต้องเป็นกรณีที่มีความสามารถในการทำนิติกรรมมาก่อน และการกระทำผิดสัญญานี้จะเรียกร้องความเสียหายฐานละเมิดก็ย่อมไม่ได้ ได้เคยมีกรณีเกิดขึ้นที่ศาลสูงฝรั่งเศส กรณีหญิงมีสามีได้กระทำล่อฉล ล่อลวงให้เขาทำนิติกรรมแก่ตน ศาลสูงฝรั่งเศสตัดสินว่ามีความรับผิดทางละเมิดเกิดขึ้น (Req.14 avril et 14 juin 1904, D.P. 1905. 1.181 et 185) โดยเป็นการกระทำละเมิดเมื่อมีการทำล่อฉล ขณะที่ลงมือทำสัญญากัน หากในขณะที่ลงมือทำสัญญามีได้มีการล่อลวงและต่อมาไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยจงใจก็ตามจะเรียกว่ามีความรับผิดทางละเมิดไม่ได้

<sup>72</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด หน้า 2.

โดยหลักนี้นักนิติศาสตร์เห็นว่าควรปรับใช้กับผู้ไร้ความสามารถประเภทอื่นด้วย เช่น ผู้เยาว์ล่องลอย บุคคลอื่นเข้าทำสัญญา เป็นต้น<sup>73</sup>

### 3.2.3.2 หลักความผิด

จงใจหรือประมาทเลินเล่อในความรับผิดตามสัญญา

ลูกหนี้จะมีความรับผิดตามสัญญาก็ต่อเมื่อ ผิดนัดชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้า ชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ และชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย มีข้อถกเถียงของนักนิติศาสตร์แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่เห็นว่าจะต้องมีองค์ประกอบจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงจะมีความรับผิด แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

1.) กลุ่มนักนิติศาสตร์ที่เห็นว่าควรมีองค์ประกอบจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือมีความผิดของลูกหนี้

ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช

“การที่ไม่ชำระหนี้ต้องเกิดจากพฤติการณ์อันจะโทษ ลูกหนี้ได้ เป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้ก็เพราะว่าหาก เป็นพฤติการณ์ ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบก็จะโทษลูกหนี้ไม่ได้ เช่น น้ำท่วม ไม่มีพายุ หรือขาดทางคมนาคมที่นำมาชำระหนี้ให้ได้ ลูกหนี้ ย่อมได้รับการยกเว้นตามมาตรา 205 จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทน จากการล่าช้านั้นไม่ได้ หมายความว่าหากลูกหนี้ไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ลูกหนี้ก็ไม่ตกเป็นผู้ผิดนัดตามมาตรา 205 และจะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนก็ไม่ได้”

ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุต

เห็นในทำนองเดียวกันกับศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ที่บอกว่า การที่ไม่ชำระหนี้ต้องเกิดจากพฤติการณ์อันจะโทษลูกหนี้ได้เป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้ก็เพราะว่าหากเป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบก็จะโทษลูกหนี้ไม่ได้<sup>74</sup>

ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกร

“เพียงแต่เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วนนั้น หาเพียงพอที่จะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายได้ไม่ จะต้องปรากฏว่าการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องครบถ้วนนั้น เกิดขึ้นเพราะลูกหนี้หรือตัวแทนหรือผู้ชำระหนี้

<sup>73</sup> Henri Lalou, *La Responsabilité Civile*, 2 ed. (Paris: Librairie Dalloz, 1932), p. 328.

<sup>74</sup> คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, "หลักความผิดและความรับผิดทางสัญญาในระบบกฎหมายไทย," TU Law Conference ปาฐกถานิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ ชุด ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, อาคารเรียนรวม สังคมศาสตร์ (sc.1001) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต 2 พฤศจิกายน 2558. หน้า 20.

แทนลูกหนี้เป็นผู้กู้ขึ้น โดยลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบ ซึ่งไม่จำเป็นว่าจะต้องถึงกับเป็นการจงใจ หรือประมาทเลินเล่อเสมอไป แต่ต้องเป็นกรณีที่อาจจะโทษลูกหนี้ได้”<sup>75</sup>

ศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพ

การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการไม่ชำระหนี้เป็นความผิดของ ลูกหนี้นอกเหนือจาก สิทธิของเจ้าหนี้อันมีเหนือตามมูลแห่งหนี้จึงต้อง เกิดจากความผิดของลูกหนี้ด้วย ลำพังการไม่ชำระหนี้ ยังไม่มีความผิด ของลูกหนี้ที่เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากลูกหนี้ได้<sup>76</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์

“กรณีของการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้อันจะส่งผลให้ลูกหนี้ ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น โดยเหตุผลของเรื่องก็ต้องการความผิด (fault) คือความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อในการชำระหนี้ไม่ตรงกับมูลหนี้ของลูกหนี้ด้วย”<sup>77</sup>

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน

“หลักความผิดเป็นเงื่อนไขของการเรียกค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 215 ในการวินิจฉัย ความรับผิดของลูกหนี้คือหนึ่งลูกหนี้ต้องไม่ชำระหนี้ในความเป็นจริง สองการไม่ชำระหนี้ นั้นเกิดจาก พฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่สามารถอ้างความชอบธรรมได้นั้นก็คือลูกหนี้ต้องมีความผิดมีความจงใจหรือ ประมาทเลินเล่อในการไม่ชำระหนี้ตามความเป็นจริงนั้น ถ้าครบองค์ประกอบนี้แล้วเราอาจเรียกได้ว่า ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือลูกหนี้ผิดสัญญา”<sup>78</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 89/2536

โจทก์ทราบที่อยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญาว่าที่ดินพิพาทเป็นของบุตรผู้เยาว์ของจำเลย ซึ่งจะต้อง ขออนุญาตศาลก่อนจึงจะขายได้จำเลยยื่นคำร้องต่อศาล ขออนุญาตขายที่ดินแทนผู้เยาว์ภายหลัง ทำสัญญาจะซื้อขายกับโจทก์เพียงเดือนเศษไม่ปรากฏว่าพยานหลักฐานที่จำเลยนำเข้าไปส่วนในคดี ดังกล่าวนั้น จำเลยจงใจจะไม่ให้ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตเพื่อหลีกเลี่ยงการโอนขายที่ดินให้แก่โจทก์ การที่ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ขายที่ดินของบุตรผู้เยาว์ จะถือว่าเป็นพฤติการณ์ที่จำเลยต้องรับผิดชอบ หาได้ไม่ จำเลยไม่ผิดสัญญาจึงไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าปรับให้แก่โจทก์

<sup>75</sup> โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), หน้า 153.

<sup>76</sup> คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, "หลักความผิดและความรับผิดทางสัญญาในระบบกฎหมายไทย." หน้า 20.

<sup>77</sup> ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 322.

<sup>78</sup> คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, "หลักความผิดและความรับผิดทางสัญญาในระบบกฎหมายไทย." หน้า 67.

2.) กลุ่มนักนิติศาสตร์ที่เห็นว่าไม่ควรมืองค์ประกอบจงใจหรือประมาทเลินเล่อเสมอไป

ศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์

กรณีลูกหนี้ยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด ตามมาตรา 205 นี้ ลูกหนี้อาจต้องรับผิดชอบในการไม่ชำระหนี้ให้โดยตรง ความประสงค์อันแท้จริงตามมาตรา 215 ได้ เพราะการไม่ชำระหนี้ ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในระดับหนึ่งแล้ว ซึ่งถ้ามีการผิดนัดด้วย กฎหมายจะเพิ่มความรับผิดชอบอีกระดับหนึ่ง โดยการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ อาจเกิดจากการกระทำที่เป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่เป็นความผิดของลูกหนี้ หรือเกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์ของสัญญาที่มีการตกลงกันไว้ หรือการผิดสัญญา ซึ่งการผิดสัญญานี้ อาจไม่มีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่เป็นความผิดของลูกหนี้ก็ได้ถ้าไม่ใช่เกิดแต่กรณีเหตุสุดวิสัย<sup>79</sup>

ยกตัวอย่างเช่น กรณีของสัญญายืมใช้สิ่งเปลืองทรัพย์ที่ต้องคืนลูกหนี้มีหน้าที่จะต้องส่งมอบทรัพย์นั้น สัญญาซื้อขายที่ผู้ขายต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องแม้มิได้กระทำผิด หรือสัญญาขนส่งของหรือคนโดยสาร ที่ต้องส่งให้ถึงที่หมายโดยสวัสดิภาพปลอดภัย เป็นต้น

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์<sup>80</sup>

“ความรับผิดทางละเมิดจะต้องมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งกรณีไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ อันมีอยู่ตามสัญญา ไม่ต้องมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ”

ศาสตราจารย์พิเศษ วิชา มหาคุณ<sup>81</sup>

“ละเมิดมีหน้าที่ต่อบุคคลทั่วไป ส่วนตามสัญญาหน้าที่มีต่อบุคคลหนึ่งหรือหลายคนตามที่ระบุไว้ในสัญญา ละเมิดต้องมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่ผิดสัญญาไม่ต้องมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ”

การพิจารณาระดับความระมัดระวังของประมาทเลินเล่อในความรับผิดเพื่อละเมิด

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ อธิบายว่า ความระมัดระวังในกรณีความรับผิดในทางละเมิดนั้น แตกต่างจากความระมัดระวังในความรับผิดตามสัญญาซึ่งกฎหมายกำหนดวางระดับไว้ในระดับวิญญูชน ซึ่งการพิจารณานั้นไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงตัวลูกหนี้แม้จะเป็นผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถก็ตาม ถ้าต้องผูกพันตน

<sup>79</sup> ดาราดพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป, หน้า 70.

<sup>80</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด หน้า 49.

<sup>81</sup> วิชา มหาคุณ, หลักกฎหมายละเมิด ศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2523), หน้า 41.

โดยสมบูรณ์ในหน้าตามสัญญาแล้วก็ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้อย่างบุคคลบรรลุนิติภาวะทั่วไป แต่ความรับผิดทางละเมิดนั้น ระดับความระมัดระวังที่จะสมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานเพื่อวินิจฉัยความรับผิดของผู้กระทำความเสียหายนั้นแตกต่างจากความรับผิดตามสัญญา โดยต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะทางสังคมเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย ซึ่งความระมัดระวังจะแตกต่างกันออกไปตามพฤติการณ์แห่งตัวบุคคล ไม่แน่นอนคงที่เหมือนกรณีความรับผิดตามสัญญา<sup>82</sup>

ยกตัวอย่างกรณีฝากทรัพย์ ที่ผิดทั้งสัญญาและละเมิด หน้าทีความรับผิดของผู้รับฝากทรัพย์ ไม่มีบำเหน็จ คือ การใช้ความระมัดระวังรักษาทรัพย์เหมือนดูแลทรัพย์ของตนเองตามปกติ แต่หากเป็นกรณีเรียกร้องตามความรับผิดเพื่อละเมิด ความเสียหายจากการใช้ความระมัดระวังจะเปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากต้องพิจารณาตามระดับของวิญญูชน ซึ่งมีการพิจารณาที่แตกต่างกันตามหลักความรับผิดนั้นๆ

### 3.2.3.3 ความเสียหาย

ความเสียหาย หมายถึง ความสูญเสียหรือผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดหรือชื่อเสียงของบุคคล ความเสียหายไม่ได้จำกัดอยู่แค่เรื่องเงินทองเท่านั้น ความเสียหายในทางอื่นก็มีได้ทั้งเรื่องสัญญาและละเมิด<sup>83</sup>

ความเสียหายของความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิดมีลักษณะเดียวกัน คือ ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน ซึ่งรวมถึงผลอันแน่นอนที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ส่วนเรื่องความเสียหายของแต่ละความรับผิดครอบคลุมเพียงใดนั้น ความรับผิดตามสัญญาทั่วไปมีวัตถุประสงค์ในทางทรัพย์สิน แต่อาจครอบคลุมถึงความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยด้วย หากมีการทำสัญญาที่มุ่งประสงค์คุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกาย โดยมักเป็นสัญญาในรูปแบบของสัญญาประกันชีวิต หรือประกันอุบัติเหตุ ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิด ครอบคลุมความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน เสรีภาพ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

การพิสูจน์ความเสียหายความรับผิดตามสัญญามีลักษณะเช่นเดียวกับความรับผิดทางละเมิด กล่าวคือ แม้โจทก์จะมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอในการนำสืบว่าตนได้รับความเสียหายมากนักเพียงใด ศาลอาจเห็นว่ามี ความเสียหายได้ โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ปรากฏอยู่ในคดี (คำพิพากษาฎีกาที่ 1086/2509)

<sup>82</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180.

<sup>83</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 421.



สิทธิที่ถูกกระทบทำให้เสียหายของความรับผิดชอบตามสัญญาและความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเป็นสิทธิคนละประเภท กล่าวคือ บุคคลจะมีความรับผิดชอบตามสัญญาต่อเมื่อกระทำให้เสียหายแก่สิทธิตามสัญญา อันเป็นสิทธิสัมพัทธ์ ซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงก่อตั้งสิทธิไว้ และสามารถยืนยันได้แก่คู่สัญญาเท่านั้น ส่วนจะมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดต่อเมื่อได้กระทำให้เสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายอันเป็นสิทธิเด็ดขาดที่บุคคลอื่นในสังคมมีหน้าที่ต้องเคารพไม่ยุ่งเกี่ยวหรือก่อความเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องมีการตกลงทำสัญญากันก่อนแต่อย่างใด เช่น ทรัพย์สิน อนามัย เสรีภาพ ชีวิตร่างกาย ชื่อเสียงเกียรติคุณ เป็นต้น

### 3.2.3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นไปตามมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า

“การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่ เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามกฎหมายสัญญา ลูกหนี้จะเกิดความรับผิดชอบได้ต่อเมื่อไม่ชำระหนี้ โดยการคาดเห็นหรือควรได้คาดเห็นความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ใช้ทฤษฎีใดเป็นหลักจึงยังมีความคลุมเครือในการปรับใช้

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามความรับผิดชอบตามสัญญาเห็นได้ว่า คู่สัญญาต้องมีข้อผูกพันกันอยู่ก่อนแล้ว คือ นิติกรรม หรือสัญญา และต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบตามผลปกติที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ นั้น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 222 ไม่สามารถนำมาใช้กับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ เพราะยังไม่มีหนี้ผูกพันกันระหว่างผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหาย ละเมิดเป็นมูลหนี้หนึ่ง เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาในชั้นมูลหนี้ก่อนว่าการกระทำของผู้ละเมิดก่อให้เกิดหนี้อันมีวัตถุประสงค์ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายมากน้อยเพียงใด เมื่อทราบจำนวนค่าเสียหายแล้ว จึงจะมีหนี้ที่ลูกหนี้ละเมิดจะต้องชำระ ต่อจากนั้นจึงถึงขั้นที่อาจมีการไม่ชำระหนี้ อันเป็นกรณีตามมาตรา 222 มาใช้บังคับได้<sup>84</sup>

<sup>84</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 212-213.

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้ยกตัวอย่างของการปรับมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับความรับผิดเพื่อละเมิด เช่น หนี้ละเมิดที่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่นโดยรู้ถึงสภาพอันตรายของทรัพย์สินนั้นแต่ปกปิดไว้ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้อื่น เช่น นาย ก. ขายวัวให้แก่ นาย ข. โดยรู้อยู่แล้วว่าวัวนั้นติดโรคระบาด เมื่อขายโดยปกปิดความจริง เป็นการจงใจก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินบุคคลอื่นเป็นการละเมิด และเมื่อนาย ข. ได้วัว ไปแล้ว วัวดังกล่าวแพร่โรคระบาดไปติดวัวตัวอื่นทำให้ตายทั้งคอก ทำให้ นาย ข. ขาดรายได้จากการขายวัว ไม่มีเงินชำระค่าที่นา เช่นนี้ การที่นาย ข. ถูกเจ้าหนี้ค่าเช่าที่นายิตทรัพย์สินขายทอดตลาดไม่ใช่ว่าผลโดยปกติจากการส่งมอบวัวที่ติดโรคระบาดของนาย ก. นาย ก. จึงไม่ต้องรับผิด

มีกรณีของศาลอังกฤษ Liesbosch Case ที่ตัดสินว่า จำเลยทำละเมิดทำให้เรือชุดของโจทก์จมลง ส่งผลให้โจทก์ต้องเช่าเรือชุดของผู้อื่นที่มีค่าเช่าสูงมากมาใช้แทน ศาลอังกฤษตัดสินว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดในค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับเพิ่มขึ้นเพราะต้องเช่าเรือ เพราะฐานะทางการเงินของโจทก์เป็นเหตุที่ไม่เกี่ยวกับความประมาทของจำเลย<sup>85</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 702/2499

โจทก์นำเจ้าพนักงานรังวัดแบ่งแยกโฉนดจำเลยซึ่งมีที่ดินติดต่อกันได้ ฟ้องคัดค้านและว่าจะขอตรวจสอบเขตเสียก่อน แต่แล้วก็ไม่จัดการอย่างไร โจทก์ร้องขอรังวัดครั้งที่สองก็ไปคัดค้านอีก จึงเป็นการกระทำซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหาย ต้องรับผิดฐานละเมิด

โจทก์จะแบ่งที่ดินขายใช้หนี้จำนอง จำเลยคัดค้านการแบ่งแยกโฉนด เป็นเหตุให้โจทก์ต้องเสียดอกเบี้ยจำนองนานขึ้น แต่โจทก์ละเลยมิได้บอกให้จำเลยรู้ถึงเสียค่าเสียหายอันผิดปกตินี้จึงนับว่าเป็นความผิดของโจทก์ประกอบอยู่ด้วยตาม ป.พ.พ. ม.442, 223 ศาลย่อมอาศัยพฤติการณ์นั้นประมาณกำหนดลดหย่อนค่าเสียหายลงได้ตามที่เห็นสมควร

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ต่อความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์

มาตรา 222 ที่ให้ใช้หลักเรื่องผลปกตินี้จึงใช้ในกรณีไม่ชำระหนี้เช่นที่ผูกพันกันอยู่แล้วโดยสัญญานั้นเอง ซึ่งจะนำมาใช้กับมูลละเมิดไม่ได้ ถ้าเป็นความเสียหายอันแน่นอนและเป็นผลโดยตรง

<sup>85</sup> Liesbosch Case อ้างถึงใน Salmond, *Torts*, 12 ed., p. 725.

จากการกระทำของผู้ทำละเมิดแล้ว ผู้ทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบ ไม่จำกัดว่าต้องเป็นผลตามปกติหรือที่คาดหมายได้ตั้งในกรณีผิดสัญญาไม่ชำระหนี้<sup>86</sup>

ศาสตราจารย์สุขุม ศุภนิตย์

“ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่อาจคาดหมายได้เสมอไปจุดหนึ่งที่เกิดจากการผิดสัญญาซึ่งคู่กรณีในสัญญาที่มีความผูกพันกันมาก่อนย่อมรู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับอีกฝ่ายเนื่องมาจากการผิดนัดชำระหนี้ได้เป็นธรรมดา ดังนั้นถ้าจะจำกัดความรับผิดชอบในมูลละเมิดให้เหมือนกับหนี้ผิดสัญญาเช่น ตามมาตรา 222 ผู้เสียหายในคดีละเมิดก็ต้องรับบาปเคราะห์แห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นเกินกว่าที่ผู้ทำละเมิดจะคาดหมายได้เสมอไป”

### 3.2.4 ขอบเขตความรับผิด

ความรับผิดตามสัญญาจะมีขอบเขตความรับผิดที่เฉพาะกว่าความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากการกระทำละเมิด เป็นการกระทำผิดกฎหมายทั่วไป ไม่จำเป็นจะต้องมีข้อตกลงเหมือนสัญญาแต่อย่างใด ความรับผิดตามสัญญาจะจำกัดเฉพาะหนี้ที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงเท่านั้น โดยมีผลใช้ระหว่างบุคคลในสัญญา หากเป็นกรณีที่สัญญายังไม่เกิด ยังมีได้มีข้อตกลงกัน เช่น ความรับผิดของบุคคลผู้ให้คำเสนอความรับผิดจากการทำถ้อยฉ้อฉลหรือข่มขู่ให้แสดงเจตนา หรือความรับผิดอันเกิดจากสัญญาเป็นโมฆะ เป็นต้น ไม่ใช่กรณีความรับผิดตามสัญญาแต่อยู่ในขอบเขตของความรับผิดเพื่อละเมิด

ข้อตกลงในสัญญาถือเป็นขอบเขตของความรับผิดหรือหนี้ในสัญญา หากคู่สัญญากระทำทำให้คู่สัญญาเกิดความเสียหายโดยไม่ใช่ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นตามเนื้อหาของสัญญา เช่น ผู้รับฝากทรัพย์ไม่ยอมคืนทรัพย์ให้แก่ผู้ฝากทรัพย์ ผู้ฝากทรัพย์จึงทำร้ายร่างกายผู้ฝากทรัพย์ เป็นต้น การทำร้ายร่างกายเป็นขอบเขตของความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากเกินขอบเขตหนี้ตามสัญญาฝากทรัพย์ที่คู่สัญญามีหนี้ในการรับฝากทรัพย์และให้บำเหน็จเท่านั้น

ผลของสัญญาจะใช้บังคับได้เฉพาะแต่คู่สัญญาเท่านั้น ยกเว้นแต่สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ดังนั้น หากผลของสัญญาก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น บุคคลภายนอกจะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามความรับผิดเพื่อละเมิดเท่านั้น

<sup>86</sup> จิตติ ดิงศรัทีย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452, หน้า 590.

### 3.2.5 ข้อยกเว้นความรับผิด

ความรับผิดตามสัญญา คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นความรับผิดให้แก่ลูกหนี้ในกรณีไม่ชำระหนี้ได้ เป็นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เว้นแต่เข้าหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 และมาตรา 373

มาตรา 151 วางหลักว่า การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ ดังนั้น หากมีการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่แตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ

มาตรา 373 วางหลักว่า ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ

จากมาตรา 151 กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 8 ที่วางหลักห้ามมิให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ดังนั้น หากทำสัญญาเพื่อจำกัดความรับผิดในสิทธิบุคคลภาพดังกล่าว ความตกลงนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 151 อีกทั้งมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังกำหนดไว้อีกด้วยว่า ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบทบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นยังเป็นโมฆะอีกด้วย

สำหรับความรับผิดเพื่อละเมิด ผู้ก่อความเสียหายอาจหลุดพ้นจากความรับผิดได้หากได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย ไม่รู้สำนึกในการกระทำของตน มีอำนาจกระทำ ความเสียหายเกิดจากเหตุสุดวิสัย ไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล หรือผู้เสียหายอาจตกลงยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้กระทำละเมิดเฉพาะความผิดต่อทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด หากเป็นกรณีกระทบต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย การตกลงยกเว้นความรับผิดดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 8 เนื่องจากชีวิตร่างกายไม่อาจจำหน่ายโอนได้ด้วยความตกลง

จากการศึกษาโครงสร้างความรับผิดทั้งหมดของไทย อาจสรุปเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดได้ดังนี้

ตารางที่ 1 : ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของไทย

ชื่อเปรียบเทียบ	ไทย	
	สัญญา	ละเมิด
ประเภทของสิทธิ	สิทธิตามสัญญา - เป็นสิทธิที่ผู้ถือสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำ หรืองดเว้นไม่กระทำ (สิทธิสัมพัทธ์)	สิทธิตามกฎหมายอันเป็นสิทธิเด็ดขาด

ข้อเปรียบเทียบ	ไทย	
	สัญญา	ละเมิด
หลักความผิด	<p>ต้องมีความผิด</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ชำระหนี้ล่าช้า</li> <li>- ผิดนัดชำระหนี้</li> <li>- ชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้</li> <li>- ชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย</li> </ul>	<p>ต้องมีความผิด โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ</p>
ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย	<ul style="list-style-type: none"> <li>- คู่คุ้มครองความเสียหายต่อทรัพย์สินรวมถึงชีวิตร่างกาย โดยกำหนดค่าเสียหายบนฐานของสัญญาซึ่งไม่จำเป็นต้องระบุเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในสัญญา</li> <li>- ไม่คุ้มครองค่าเสียหายทางจิตใจ</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- คู่คุ้มครองความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สิน ความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน และ ความเสียหายทางจิตใจ อันมีลักษณะเป็นความเสียหายที่แน่นอน</li> <li>- การกำหนดค่าเสียหายจะกำหนดสถานใดพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด</li> </ul>
ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล	<p>พิจารณาความคาดเห็นของคู่สัญญา โดยใช้ทฤษฎีเงื่อนไขประกอบกับทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ความเสียหายตามปกติพิจารณาความคาดเห็นของวิญญูชนในขณะที่ทำสัญญา</li> <li>- ความเสียหายในกรณีพิเศษพิจารณาความคาดเห็นของวิญญูชน โดยไม่จำเป็นต้องคาดเห็นในขณะที่ทำสัญญา เพียงแต่คาดเห็นก่อนผิดสัญญาก็เป็นการเพียงพอแล้ว</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ใช้ทฤษฎีเงื่อนไขประกอบกับทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม</li> <li>- ศาลไทยใช้ทฤษฎีผลโดยตรง ไม่ไกลไปกว่าเหตุ ตามความเห็นของท่านอาจารย์จรัสญ รักดิธนากุล และท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์</li> </ul>
ระดับความระมัดระวัง	วิญญูชน	วิญญูชนในพฤติการณ์เช่นนั้น
หน้าที่นำสืบ	ลูกหนี้เป็นฝ่ายพิสูจน์ว่าตนไม่ได้กระทำผิดสัญญา	ผู้เสียหายเป็นฝ่ายนำสืบให้ครบองค์ประกอบละเมิด
อายุความ	อายุความ 6 เดือน 1,2,3,5 และ 10 ปี โดยทั่วไป 10 ปี ตามมาตรา 193/30 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	- 1 ปี นับแต่รู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดหรือ 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด แต่ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูล

ข้อเปรียบเทียบ	ไทย	
	สัญญา	ละเมิด
	- กรณีฟ้องร้องเอาทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของตนคืนไม่มีอายุความ	อันเป็นความผิดมิโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ ท่านให้อายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ - กรณีฟ้องร้องเอาทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของตนคืนไม่มีอายุความ

### 3.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีตามกฎหมายวิธีสบัญญัติและแนวปฏิบัติของศาล

#### 3.3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการปรับใช้กฎหมาย

การปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอันเป็นข้อพิพาทซึ่งจะต้องวินิจฉัยตัดสินนั้น มีหลักการอยู่ว่า จะต้องใช้กฎหมายให้ถูกเรื่องตรงตามข้อเท็จจริง ดังนั้น การใช้กฎหมายจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างข้อพิพาท ข้อกฎหมาย และคำวินิจฉัย ในทางที่สอดคล้องต้องตรงกัน นักกฎหมายจะต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงมีประเด็นข้อพิพาทอย่างไร ความสัมพันธ์ที่ดำรงอยู่ในข้อเท็จจริงนั้นเป็นอย่างไร จากนั้นจึงพิจารณาว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายใด หรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใดมีความเหมาะสมต้องตรงกับข้อเท็จจริงมากที่สุด แล้วจึงปรับใช้กฎหมายแก่กรณีนั้น หากมีบทกฎหมายที่สามารถปรับใช้ได้หลายบทหรือมีผลทางกฎหมายให้เลือกใช้ได้หลายทาง ผู้วินิจฉัยจะต้องใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจเลือกผลทางกฎหมายที่เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งข้อพิพาทมากที่สุด<sup>87</sup>

#### 3.3.2 หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดี

หลักหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีเป็นไปตามมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งวางหลักว่า ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้นำหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง เป็นไปตามหลักผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบ กล่าวคือ คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงขึ้น หรืออ้างข้อเท็จจริงขึ้นมาใหม่

<sup>87</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง-หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 161.

คู่ความฝ่ายนั้นต้องเป็นผู้พิสูจน์ หากคู่ความฝ่ายนั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้จะต้องเป็นฝ่ายแพ้คดีในประเด็นนั้น<sup>88</sup>

ในกรณีของความรับผิดตามสัญญา หากโจทก์อ้างว่าจำเลยผิดสัญญาโดยตามข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้างสามารถฟังได้ว่าโจทก์และจำเลยมีสัญญาต่อกัน เมื่อจำเลยโต้แย้งว่าตนได้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว จำเลยจึงต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าตนได้มีการปฏิบัติตามสัญญาอย่างไร ได้มีการชำระหนี้ครบถ้วนแล้วหรือไม่ ได้ชัดเจนต่อหนี้ ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ละเลยล่าช้าในการชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องหรือไม่ ดังนั้น ในกรณีของการผิดสัญญาจำเลยจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าตนมิได้กระทำผิดสัญญา โดยการพิสูจน์ว่าตนได้ชำระหนี้แล้วหรือตนได้ปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว เนื่องจากการกล่าวอ้างว่าตนมิได้ผิดสัญญาเป็นการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ โดยบทกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงภาระการพิสูจน์ดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 385 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า ถ้าลูกหนี้ได้โต้แย้งการริบเบียปรับโดยอ้างเหตุว่าตนได้ชำระหนี้แล้วไซ้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องพิสูจน์การชำระหนี้

สำหรับความรับผิดเพื่อละเมิด หน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในคดีสำหรับในประเด็นว่ามีการละเมิดหรือไม่ตกแก่ผู้เสียหาย เนื่องจากฝ่ายผู้เสียหายเป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อตน โดยผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ครบทุกองค์ประกอบของละเมิด ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือจำเลย ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อตนโดยมิชอบด้วยกฎหมายให้ตนเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดตามที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบของละเมิดทุกองค์ประกอบได้ จึงไม่อาจฟังได้ว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น ศาลจะยกฟ้องโจทก์<sup>89</sup> เว้นแต่ความรับผิดโดยเคร่งครัด โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์การจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ก่อความเสียหาย

ฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบนี้ นักนิติศาสตร์ต่างเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่อธิบายเหตุผลในลักษณะแตกต่างกันอันจะกล่าวแต่ที่สำคัญดังนี้

1.) ข้ออธิบายอย่างหนึ่งกล่าวว่า ที่มีข้อแตกต่างระหว่างความรับผิดตามสัญญากับความรับผิดเพื่อละเมิดดังกล่าว เกิดเนื่องจากหลักวิธีพิจารณาข้อเท็จจริงนั่นเอง ตามกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักหน้าที่นำสืบว่า “ผู้ใดที่อ้างว่ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งซึ่งผิดกับสภาพซึ่งฝ่ายตรงกันข้ามสืบได้มาแล้วผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ ส่วนผู้ที่อ้างสภาพธรรมดาแล้ว ไม่จำเป็นต้องนำสืบ”

<sup>88</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 61-72.

<sup>89</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1307/2501, 1174-1175/2510, 2663/2524, 992/2529, 1955/2531

สภาพธรรมาคือการไม่ขัดแย้งกฎหมาย ไม่มีผู้ใดกระทำผิด<sup>90</sup> เช่นกรณีผู้เยาว์กระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น บิดามารดาจะต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้เยาว์นั้น เป็นไปตามมาตรา 429 ประกอบมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น บิดามารดามีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้กระทำผิดเนื่องจากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว จึงจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

หากเป็นกรณีความรับผิดตามสัญญา เนื่องจากสัญญาเกิดจากการกระทำความตกลงระหว่างคู่สัญญาก่อให้เกิดหนี้ที่จะบังคับระหว่างกัน หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ฝ่ายเจ้าหนี้มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ว่าได้มีการทำสัญญาก่อนหนี้ระหว่างกันเกิดขึ้นอันทำให้เจ้าหนี้สามารถบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ ส่วนลูกหนี้หากถูกกล่าวหาว่าผิดสัญญา มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้กระทำขัดแย้งต่อกฎหมาย

2.) ข้ออธิบายของ Planiol ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า Planiol เห็นว่าความรับผิดเพื่อละเมิดมีหนี้เดิมอยู่แล้วคือหนี้ตามกฎหมาย ที่มีวัตถุประสงค์ให้ละเว้นการกระทำอันเรียกว่าหนี้ non facere จะมีเพียงส่วนน้อยที่มีวัตถุประสงค์บังคับให้กระทำ ส่วนความรับผิดตามสัญญามีหนี้เดิมอยู่เช่นกันคือหนี้ก่อนมีการผิดสัญญา ให้ปฏิบัติตามชำระหนี้ หนี้อันเป็นบ่อเกิดแห่งความรับผิดตามสัญญาเป็นหนี้มีวัตถุประสงค์ (object) คือการบังคับให้กระทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ได้แก่ dare และ facere ส่วนหนี้ที่ให้ละเว้นการกระทำจะเป็นเพียงส่วนน้อย

Planiol มีความเห็นว่าหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำ หรือ Obligation positive ผู้มีหน้าที่นำสืบว่ามีการกระทำผิดหรือไม่ ได้แก่ลูกหนี้ เนื่องจากเมื่อมีหนี้เกิดขึ้น หน้าที่ที่จะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตกแก่ลูกหนี้ จึงต้องมีหน้าที่นำสืบว่าได้ปฏิบัติตามหน้าที่นั้นแล้ว อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีหนี้อันมีวัตถุประสงค์ละเว้นการกระทำ หรือ Obligation negative หน้าที่นำสืบจะตกแก่ฝ่ายเจ้าหนี้ โดยจะต้องนำสืบว่ามีหนี้เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ และนำสืบว่าลูกหนี้ได้ขัดแย้ง คือกระทำการซึ่งวัตถุประสงค์แห่งหนี้ห้ามไว้ เช่น เจ้าหนี้และลูกหนี้ทำสัญญากันห้ามลูกหนี้ทำการค้าแข่งขันกับตนเป็นเวลา 5 ปี แต่ลูกหนี้ฝ่าฝืน เช่นนี้ เจ้าหนี้มีหน้าที่ต้องนำสืบ

จะเห็นว่าข้อความคิดของ Planiol ดังกล่าว ได้แบ่งแยกหน้าที่นำสืบในกรณีทั่วไป คือ กรณีหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำการ และมีข้อยกเว้นหากเป็นหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการละเว้นการกระทำ เช่น สัญญาห้ามลูกหนี้ทำการค้าแข่งขันกับเจ้าหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดสัญญา เจ้าหนี้มีหน้าที่

<sup>90</sup> จิต เศรษฐบุตร์, กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลความรับผิดทางละเมิด เล่ม 1 (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479), หน้า 37.



นำสืบถึงการกระทำผิดของลูกหนี้ ซึ่งแตกต่างจากหลักทั่วไปที่ลูกหนี้จะต้องนำสืบว่าตนไม่ได้ผิดสัญญา และในทางตรงกันข้าม หากเป็นกรณีละเมิด หลักทั่วไปผู้เสียหายเป็นฝ่ายนำสืบให้ครบองค์ประกอบของละเมิด แต่มีข้อยกเว้นหากเป็นหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำการ ฝ่ายผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่นำสืบว่าตนมิได้กระทำผิด มิใช่ผู้เสียหายเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบตามหลักทั่วไป

ซึ่งตามบทกฎหมายไทย ข้อยกเว้นของหน้าที่นำสืบนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 385 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้าลูกหนี้ได้แย้งการริบเบียปรับโดยอ้างเหตุว่าตนได้ชำระหนี้แล้วไซ้ร้ท่านว่าลูกหนี้จะต้องพิสูจน์การชำระหนี้ เว้นแต่การชำระหนี้ของตนจะต้องทำนั้นเป็นการให้ตนเว้นการอันใดอันหนึ่ง”

### 3.3.3 อายุความการฟ้องร้องบังคับคดี

ความรับผิดตามสัญญามีอายุความฟ้องร้องบังคับคดี 6 เดือน 1,2,3,5 และ 10 ปี ตามแต่ประเภทของสัญญา และโดยทั่วไป 10 ปี ตามมาตรา 193/30

ความรับผิดเพื่อละเมิด 1 ปีนับแต่รู้ตัวผู้กระทำความผิดและรู้ถึงการละเมิด หรือ 10 ปีนับแต่มีการกระทำละเมิด แต่ถ้าเรียกหรือค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมีโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ร้ ท่านให้อายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับตามมาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ดี สำหรับการฟ้องร้องเรียกเอาทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของตนคืนไม่มีอายุความ

### 3.3.4 การพิพากษาไม่เกินคำขอ

หลักการห้ามพิพากษาเกินคำขออยู่ภายใต้หลักการสำคัญของการดำเนินคดี กล่าวคือ หลักความประสงค์ของคู่ความ (Principle of Party Disposition) เป็นหลักการที่ให้ความสำคัญต่อบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดีของคู่ความ โดยมีศาลเป็นตัวกลางคอยควบคุมการดำเนินคดีซึ่งในกฎหมายไทยอยู่ในมาตรา 142 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งวางหลักว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใดๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง

หลักการห้ามพิพากษาเกินคำขอสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้<sup>91</sup>

<sup>91</sup> สุธรรม ภัทราคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 229.

(1) ศาลจะต้องวินิจฉัยตามประเด็นแห่งคดี ศาลจะต้องพิจารณาประเด็นที่คู่ความทั้งสองฝ่ายโต้แย้งกันว่ามีประเด็นใดบ้างและพิจารณาเฉพาะแต่ประเด็นนั้น ศาลไม่อาจพิพากษาก้าวล่วงไปถึงสิ่งที่ไม่ใช่ประเด็นแห่งคดีได้ และศาลจะต้องพิพากษาให้ครบทุกประเด็น ตกหล่นแม้เพียงประเด็นใดประเด็นหนึ่งไม่ได้

(2) ศาลจะต้องพิพากษาเฉพาะแต่คำขอบังคับที่โจทก์เรียกร้อง จะตัดสินเกินกว่าคำขอบังคับที่โจทก์ขอมาในคำฟ้องไม่ได้ หากข้อเรียกร้องของโจทก์เกินกว่าสิทธิที่โจทก์จะพึงมีได้ตามกฎหมาย ศาลมีอำนาจพิพากษาให้เท่าที่ผู้นั้นมีสิทธิได้

ในการพิจารณาว่าศาลพิพากษาเกินคำขอหรือไม่จะต้องพิจารณาจากคำฟ้องและคำขอบังคับของโจทก์ โดยพิจารณาดังนี้

การบรรยายคำฟ้องเป็นไปตามมาตรา 172 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งวางหลักว่า คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น

สภาพแห่งข้อหา หมายถึง ส่วนที่โจทก์จะแสดงให้เห็นถึงสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายที่จะขอให้ศาลบังคับแก่จำเลย ว่ามีการกระทำโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่อย่างไร เป็นมูลละเมิดหรือมูลสัญญา เป็นต้น

ข้ออ้างอันอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา หมายถึงส่วนที่แสดงให้เห็นถึงมูลเหตุที่ทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบหรือการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามที่โจทก์ได้กล่าวไว้ในสภาพแห่งข้อหา หากเป็นกรณีผิดสัญญา เช่น จำเลยไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องทำให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์

คำขอบังคับ เป็นคำขอที่เขียนไว้ท้ายฟ้องเพื่อแสดงความประสงค์ว่าโจทก์ต้องการจะให้ศาลพิพากษาหรือบังคับสิ่งใดกับจำเลย ถือเป็นส่วนที่สำคัญที่ศาลจะพิพากษาเกินกว่าที่ขอบังคับไว้ไม่ได้ โดยจะต้องเป็นคำขอบังคับเพียงเท่าที่โจทก์มีสิทธิตามกฎหมาย และสอดคล้องกับสภาพแห่งข้อหา และข้ออ้างอันอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาตามที่กล่าวข้างต้น หากโจทก์มีคำขอบังคับน้อยกว่าสิทธิที่โจทก์มีอยู่ตามกฎหมาย ศาลมีอำนาจพิพากษาได้เพียงเท่าที่โจทก์บรรยายในคำขอบังคับเท่านั้น<sup>92</sup>

การที่โจทก์จะเขียนคำฟ้องดังกล่าวจะต้องเป็นคำฟ้องที่ไม่เคลือบคลุม กล่าวคือ เป็นคำฟ้องที่แจ้งชัดแห่งสภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา นั้น ในกรณีของคดีผิดสัญญา โจทก์จะต้องบรรยายถึงความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยว่าเป็นอย่างไร ได้ทำสัญญา

<sup>92</sup> จำลอง สุขศิริ, คำอธิบายวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 2 (สมัยที่ 61 ครั้งที่ 2) (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551), หน้า 264.

กันไว้อย่างไร โจทก์มีสิทธิตามสัญญาประการใดบ้าง จำเลยผิดสัญญาอย่างไร ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร คิดเป็นเงินเท่าใด และต้องการให้ศาลพิพากษาว่าอย่างไร สำหรับกรณีละเมิด โจทก์ต้องบรรยายฟ้องให้เห็นถึงการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยว่าเป็นอย่างไร โจทก์มีสิทธิตามกฎหมายที่จำเลยจะต้องไม่กระทำละเมิดอย่างไร จำเลยกระทำละเมิดอย่างไร เมื่อใด มีบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องหรือไม่ มีความเสียหายอย่างไรบ้าง คิดเป็นเงินจำนวนเท่าใด มีความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้หรือไม่ และคำขอบังคับขอให้ศาลพิพากษาแก่จำเลยอย่างไร

หากการบรรยายฟ้องไม่เป็นไปตามที่กล่าวไว้ข้างต้น ถือได้ว่าเป็นคำฟ้องเคลือบคลุม เช่น คำฟ้องที่ไม่บรรยายรายละเอียดให้ชัดแจ้ง คำฟ้องที่มีได้บรรยายให้เห็นถึงการกระทำผิดและความเสียหาย คำฟ้องที่ตั้งประเด็นขัดแย้งกัน สำหรับกรณีโจทก์บรรยายฟ้องว่าข้อเท็จจริงที่กล่าวเป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ตามกฎหมายหลายลักษณะ หรือบรรยายข้อเท็จจริงไม่ระบุฐานความผิดหรือบทกฎหมาย ไม่ถือเป็นคำฟ้องเคลือบคลุมเพราะศาลจะใช้ดุลพินิจในการนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงดังกล่าวอันเป็นเรื่องของข้อกฎหมายสุดแต่ศาลจะวินิจฉัย และไม่มีบทกฎหมายมาตราใดบังคับให้โจทก์ต้องเลือกลักษณะกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งมาบรรยายฟ้อง

สำหรับกรณีของการฟ้องคดีในมูลสัญญาหรือละเมิดนั้น คู่สัญญาสามารถฟ้องคดีในมูลละเมิดได้ หากเข้าองค์ประกอบความผิดของละเมิด โดยต้องบรรยายฟ้องให้ครบทุกองค์ประกอบความผิดของละเมิด และครบองค์ประกอบตามมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่กล่าวไว้ในข้างต้น หากคำฟ้องได้แสดงไว้แจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างซึ่งอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา นั้น คำฟ้องนั้นไม่ถือว่าเป็นคำฟ้องเคลือบคลุม และแม้คู่สัญญาจะเลือกฟ้องตามมูลคดีใดศาลมีดุลพินิจที่จะนำอีกมูลคดีที่คู่สัญญาไม่ได้ฟ้องมาปรับใช้เพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาได้ โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 974/2492 ในทางแพ่งกฎหมายไม่ได้บังคับว่าการฟ้องคดีที่เป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญานั้น โจทก์จะเลือกเอาทางใดทางหนึ่งโจทก์จะฟ้องโดยบรรยายข้อเท็จจริงแล้วขอค่าเสียหายมาเฉย ๆ ก็ได้ ศาลมีหน้าที่ต้องเอาตัวบทกฎหมายมาปรับแก้คดีนั้น ว่าตามที่โจทก์ฟ้องนั้นมีกฎหมายให้โจทก์ได้ค่าเสียหายตามขอหรือไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496 ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า โจทก์เปิดบัญชีเงินฝากไว้กับธนาคารจำเลย มีคนร้ายลอบฉีกเช็คปลอมหลายเซ็นโจทก์และนำไปขึ้นเงินกับธนาคารจำเลย จำเลยจึงจ่ายเช็คและหักเงินในบัญชีของโจทก์ โจทก์จึงมาตั้งฟ้องโดยอาศัยมูลละเมิด โดยกล่าวหาว่าจำเลยกระทำ

ประมาทเลินเล่อ จำเลยต่อสู้ว่าตนมิได้กระทำประมาทเลินเล่อ ศาลจึงนำหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา ตัวเงินมาใช้บังคับ ตามมาตรา 1008 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า ตัวเงินที่ลงลายมือชื่อปลอมหรือปราศจากอำนาจนั้นใช้ไม่ได้ ศาลเห็นว่า แม้โจทก์จะตั้งรูปคดีโดยอ้างว่า จำเลยประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์เสียหาย แต่ฟ้องของโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในเรื่องตัวเงิน หาใช่กล่าวหาว่าจำเลยกระทำละเมิดโดยตรงอย่างเดียวไม่ คำฟ้องแสดงอยู่ว่าเกี่ยวกับเรื่องตัวเงินเป็นเหตุ จึงต้องยกกฎหมายในเรื่องตัวเงินมาวินิจฉัยในคดีด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3814/2525 ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องสัญญารับขน เป็นกรณีที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ได้ยกกล่องซึ่งบรรจุผ้าถุงไหมมัดหมี่ของโจทก์ 1 กล่องมอบให้แก่ผู้โดยสารอื่นไปโดยความประมาทเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายเพราะการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 2 ศาลได้วินิจฉัยว่า ในกรณีที่การกระทำของจำเลยเป็นทั้งเรื่องผิดสัญญาและละเมิดในขณะเดียวกัน โจทก์มีสิทธิฟ้องอย่างไรก็ได้ไม่เป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งยอมรับบังคับให้ผู้กระทำผิดสัญญาหรือละเมิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ทั้งในทางผิดสัญญาหรือละเมิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2881/2528 เป็นกรณีของสัญญาเช่า เมื่อครบกำหนดสัญญาเช่า จำเลยไม่ออกจากห้องเช่า ซึ่งผิดทั้งสัญญาเช่าและละเมิด ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจนำทั้งกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้แก่คดีเพื่อประโยชน์ของโจทก์ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2508/2530 โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยซึ่งเป็นลูกจ้างได้กระทำผิดสัญญาจ้างและกระทำละเมิดต่อโจทก์ โดยจำเลยจงใจละเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบข้อบังคับของโจทก์ไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่การงานและรักษามลประโยชน์ของโจทก์จนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ศาลวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเกิดจากมูลหนี้ใด จะปรับด้วยมูลหนี้สัญญาหรือมูลหนี้ละเมิดเป็นปัญหาข้อกฎหมายสุดแต่ศาลจะวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงที่ได้ความ และการที่โจทก์กล่าวอ้างมูลหนี้ทั้งสองประการมาในคำฟ้องหาเป็นฟ้องเคลือบคลุมไม่ หากฟ้องโจทก์ขาดอายุความละเมิดจริง (ศาลยังมีได้ฟังดังนั้น) ฟ้องโจทก์ในเรื่องผิดสัญญาจ้างแรงงานก็หาขาดอายุความไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4664/2533 มีข้อเท็จจริงว่า โจทก์เช่าอาคารของ จ. เป็นเวลา 20 ปี โดยให้จำเลยที่ 1 เช่าช่วงเพื่อทำโรงแรมมีกำหนด 10 ปี จำเลยที่ 1 ผู้เช่าช่วงตกลงชำระค่าเช่าเดิมที่โจทก์ต้องจ่ายให้ จ. และค่าตอบแทนการก่อสร้างให้โจทก์เดือนละ 27,000 บาท ต่อมา จ. ถึงแก่ความตาย จำเลยที่ 2 ผู้จัดการมรดกของ จ. จึงบอกเลิกสัญญากับโจทก์และไปทำสัญญากับจำเลยที่ 1 โดยตรง จำเลยที่ 1 จึงงดชำระค่าเช่าและค่าตอบแทนการก่อสร้างให้โจทก์ ฟ้องโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำไม่สุจริต ฉ้อโกงหรือกระทำละเมิดต่อโจทก์ บอกเลิกสัญญาโดยไม่มีสิทธิ เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย

แต่ฟ้องของโจทก์ก็ได้บรรยายถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับจำเลย และบุคคลที่เกี่ยวข้องตามสัญญาเช่าและสัญญาต่างตอบแทนนั้นไว้โดยละเอียด และตามคำขอท้ายฟ้อง โจทก์ขอให้จำเลยชำระเงินค่าตอบแทนตามสัญญาด้วย ศาลจึงมีหน้าที่ปรับหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาและละเมิดให้ตรงกับข้อเท็จจริงที่โจทก์นำเสนอ การที่ศาลนำกฎหมายสัญญามาปรับใช้แม้โจทก์จะฟ้องคดีมาในมูลละเมิดไม่ถือเป็นการพิพากษาเกินคำขอตามมาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแต่อย่างใด

### 3.3.5 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนของศาล

#### 3.3.5.1 การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา

วัตถุประสงค์ของการชดเชยค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาคือการทำให้คู่สัญญาอยู่ในฐานะเสมือนกับการชำระหนี้ตามสัญญาเกิดขึ้น โดยค่าเสียหายที่จะต้องชดเชยจะต้องเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงมิใช่ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษหรือค่าเสียหายที่มีจุดประสงค์เพื่อค่ากำไร อันค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องเป็นค่าเสียหายของความเสียหายที่ตามปกติย่อมเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ ซึ่งเป็นผลโดยตรงและไม่ไกลกว่าเหตุตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ในการพิจารณากำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญา ศาลสามารถกำหนดได้ตามพฤติการณ์ แม้โจทก์จะไม่สามารถนำสืบค่าเสียหายได้อย่างแน่ชัด (คำพิพากษาฎีกาที่ 5581/2533) โดยค่าเสียหายจะต้องตั้งอยู่บนฐานของสัญญา จึงจะต้องนำความตกลงตามสัญญามาพิจารณาด้วยเสมอ<sup>93</sup> เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1762/ 2534 การที่จำเลยผิดสัญญาก่อสร้างทำให้โจทก์ต้องบอกเลิกสัญญาแล้วจ้างผู้อื่นมาสร้างต่อ โดยในการก่อสร้างดังกล่าวจะต้องจ้างวิศวกรที่ปรึกษาไว้ให้คำแนะนำควบคุมงานต่อไปจนเสร็จ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในเงินค่าวิศวกรที่ปรึกษาดังกล่าว หรือ คำพิพากษาฎีกาที่ 3887/2534 โจทก์ ว่าจ้างจำเลยขนส่งกระจกที่โจทก์สั่งซื้อมาจากต่างประเทศโดยเสียภาษีอากรขาเข้า เมื่อโจทก์ทำกระจกดังกล่าวเสียหาย จำเลยต้องใช้ค่าภาษีอากรดังกล่าวอันถือว่าเป็นค่าเสียหายโดยตรงหรือเป็นค่าเสียหายตามปกติด้วย

ค่าเสียหายที่ต้องชดเชยต้องตั้งอยู่บนฐานของสัญญาแต่ไม่จำเป็นที่จะต้องระบุไว้ในสัญญา หากมีการระบุไว้ถือเป็นผลดีของฝ่ายที่กล่าวอ้างทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สามารถโต้เถียงได้ โดยฝ่ายที่กล่าวอ้างไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหายแต่อย่างใด ภาระการพิสูจน์เพื่อลดหย่อนค่าเสียหายจะตกแก่

<sup>93</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), หน้า 155.

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งนอกจากค่าเสียหายตามปกติแล้วจะต้องชดใช้ค่าเสียหายตามพฤติการณ์พิเศษ ด้วยหากว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นความเสียหายนั้น

เมื่อเกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ ไซ้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับความเสียหายเต็มจำนวนเสมอไป หากการไม่ชำระหนี้เกิดจากความผิดของเจ้าหนี้ด้วยตามมาตรา 223 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลจะอาศัยพฤติการณ์ในการประมาณค่าเสียหายว่าความเสียหายดังกล่าวฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงใด โดยความผิดของเจ้าหนี้ให้รวมถึงการที่เจ้าหนี้ละเลยไม่ตักเตือนลูกหนี้ให้รู้ถึงอันตรายอันร้ายแรงผิดปกติหากไม่ชำระหนี้ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรืออาจรู้ได้ หรือกรณีที่เจ้าหนี้ละเลยไม่บำบัดป้องกันความเสียหาย

### 3.3.5.2 การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด

ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ การคืนทรัพย์สินที่ผู้เสียหายต้องเสียไปหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น หากไม่สามารถคืนได้ รวมถึงค่าเสียหายอันพึงจะต้องใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดที่ผู้ละเมิดก่อขึ้นด้วย

หลักในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดเป็นไปตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักว่า "ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด"

สถานใด กล่าวคือ ศาลจะกำหนดให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยวิธีใดก็ได้แล้วแต่ว่าการละเมิดนั้น ละเมิดต่อความเสียหายประเภทใด

พฤติการณ์ คือ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีของการเอาทรัพย์สินของเขาไปหรือทำให้ทรัพย์สินเขาเสียหายหรือทำให้เขาตายหรือบาดเจ็บหรือทำให้เสียหายแก่อนามัยหรือเสรีภาพหรือเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

ความร้ายแรงแห่งละเมิด ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของผู้ทำละเมิดเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือต่างฝ่ายต่างประมาทยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงใด โดยหากเป็นกรณีของการกระทำโดยจงใจ ค่าสินไหมทดแทนจะกำหนดสูงกว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดอาจไม่กำหนดค่าสินไหมทดแทนเลยหรืออาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนน้อยลง แล้วแต่ว่าใครมีส่วนผิดมากกว่ากันเพียงใด โดยกรณีนี้ผู้เสียหายมีส่วนผิดเป็นไปตามมาตรา 442 ประกอบกับมาตรา 223 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพิ่มเติมภายหลังได้ตามมาตรา 444 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งหากเป็นกรณีที่พิจารณาคดีแล้วเป็นอันพ้นวิสัย

ที่จะหยั่งรู้ได้ว่าความเสียหายนั้นได้มีขึ้นแท้จริงเพียงใด ศาลจะกล่าวในคำพิพากษาว่ายังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นอีกภายในระยะเวลาไม่เกินสองปีก็ได้

### 3.4 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน

#### 3.4.1 กรณีศาลพิพากษาให้ผิดสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5072/2557

ข้อเท็จจริงเป็นกรณีของสัญญาฝากทรัพย์ ที่โจทก์ได้ว่าจ้างจำเลยขนส่งทรัพย์ทางรถยนต์ไปส่งมอบให้แก่ผู้เอาประกันภัย โดยโจทก์ได้บรรยายฟ้องว่าจำเลยจัดเก็บสินค้าโดยไม่ระมัดระวังและดูแลไม่ดูแลให้ดีเพียงพอ ในการขนส่งทำให้ทรัพย์เสียหาย ศาลได้วินิจฉัยว่าคำฟ้องดังกล่าวเป็นการอ้างถึงการทำหน้าที่ของผู้ฝากทรัพย์บกพร่องจนเกิดความเสียหายแก่สินค้าที่จัดเก็บไว้เป็นการผิดสัญญาฝากทรัพย์ที่ผู้ฝากทรัพย์ใช้สิทธิเรียกร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวกับการฝากทรัพย์ ซึ่งมีอายุความ 6 เดือนนับแต่วันสิ้นสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 671 สิทธิเรียกร้องของโจทก์ในคดีนี้ขาดอายุความตามสัญญาฝากทรัพย์แล้ว กรณีจึงไม่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยในอายุความมูลละเมิดแต่อย่างใด การที่โจทก์อุทธรณ์ให้พิจารณาถึงอายุความของมูลละเมิดจึงฟังไม่ขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 820/2513 (ประชุมใหญ่)

โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยเป็นลูกจ้างมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการเก็บรักษาเงินที่ได้จากการขายของหน้าร้าน รักษาเงินที่ส่งเป็นรายได้ของร้านและเบิกจ่ายเงิน จำเลยปฏิบัติหน้าที่ผิดสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาตัวแทน โดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อโดยผิดกฎหมายและระเบียบเงินขาดหายไปจากบัญชีไปจำนวนหนึ่ง ขอให้ศาลพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบ ตามฟ้อง จำเลยย่อมนำใจข้อหาของโจทก์ได้ดี ฟ้องดังกล่าวจึงไม่ใช่ฟ้องเคลือบคลุมตามมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แม้โจทก์จะกล่าวอ้างว่าจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยผิดกฎหมายหรือระเบียบ แต่ได้บรรยายรายละเอียดการกระทำว่าเป็นการกระทำผิดหน้าที่อันเกิดขึ้นจากสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งเป็นข้อกล่าวหาตามสัญญาจ้างแรงงาน ฟ้องดังกล่าวเป็นการฟ้องตามความผิดสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งมีได้มีอายุความกำหนดไว้โดยเฉพาะจึงต้องมีอายุความ 10 ปีตามมาตรา 193 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะนำอายุความ 1 ปี ตามมาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ไม่ได้ คดีโจทก์ยังไม่ขาดอายุความ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1378/2555

โจทก์อ้างว่าจำเลยผิดทั้งสัญญาและละเมิด โดยตามฟ้องโจทก์อ้างว่าจำเลยที่ 1 ตกแต่งและต่อเติมอาคารพิพาทแล้ว จำเลยที่ 1 ทำงานบกพร่องก่อให้เกิดความเสียหายตามฟ้องแก่โจทก์ ศาลเห็นว่า เป็นการฟ้องตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจำนอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8563/2547

โจทก์บรรยายฟ้องว่าผู้ขายสินค้าในประเทศมาเลเซียได้ว่าจ้างจำเลยให้ขนส่งสินค้าไม้จากประเทศมาเลเซียโดยทางเรือมายังประเทศไทย โดยจำเลยได้ระบุในใบตราส่งว่าโจทก์เป็นผู้รับตราส่ง แต่เมื่อสินค้ามาถึงปลายทางในประเทศไทยแล้ว จำเลยได้ส่งมอบสินค้าให้แก่บริษัท ย. โดยมีได้เวคืนใบตราส่งตามคำฟ้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยเป็นผู้ขนส่งและมีหน้าที่ส่งมอบสินค้าให้แก่โจทก์ผู้รับตราส่งโดยมีการเวคืนใบตราส่งตามสัญญารับขนของทางทะเล จำเลยไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามสัญญาโดยส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้อื่นซึ่งมิใช่ผู้รับตราส่งจำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา แม้โจทก์จะระบุในคำฟ้องไว้ด้วยว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ก็ตามก็เป็นเรื่องที่โจทก์ได้บรรยายในคำฟ้องให้เห็นถึงการกระทำของจำเลยโดยละเอียด อันมีลักษณะเป็นทั้งการปฏิบัติผิดสัญญาและละเมิดด้วย ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่า จะนำบทกฎหมายเรื่องใดมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่พิจารณาได้ความ โดยในคดีนี้ ศาลปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา และเนื่องจากสัญญารับขนของทางทะเลมิได้มีกฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความไว้ จึงมีอายุความ 10 ปี ตามมาตรา 193/30

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 25/2523

โจทก์ว่าจ้างจำเลยซึ่งประกอบธุรกิจศูนย์ถ่วงล้อ โดยได้ทำสัญญาจ้างทำของ ปรากฏว่าจำเลยทำงานไม่เรียบร้อยไม่สามารถบังคับล้อได้ ทำให้โจทก์ประสบอุบัติเหตุในการขับขี่ โจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบในมูลละเมิด แต่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นกรณีทรัพย์สินชำรุดบกพร่องอันเกิดจากสัญญาจ้างทำของ การที่จำเลยทำงานไม่เรียบร้อยเป็นกรณีของการผิดสัญญา การวินิจฉัยคดีนี้จึงต้องนำเอาหลักกฎหมายสัญญาจ้างทำของมาปรับใช้ หาใช้กรณีละเมิดไม่

### 3.4.2 กรณีศาลพิพากษาให้ผิดละเมิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10155/2539

ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า โจทก์ได้สั่งซื้อสินค้าเครื่องจักรสำหรับอัดแผ่นพลาสติกสุญญากาศจากประเทศเยอรมนีเข้ามาในประเทศไทย โดยมอบหมายให้บริษัททรานส์-ลิงค์ เอ็กซ์เพรส (กรุงเทพฯ) จำกัด ดำเนินการทางพิธีการศุลกากรในประเทศไทย และขนส่งสินค้าดังกล่าวให้โจทก์ในวันที่ 2 สิงหาคม 2533 บริษัทดังกล่าวได้นำสินค้าไปเก็บไว้ที่โกดังเก็บสินค้าของจำเลย ในระหว่างขนถ่ายสินค้า



เครื่องจักรออกจากตู้บรรจุสินค้าเครื่องจักรได้ตกจากรถยกลงบนพื้นได้รับความเสียหาย โจทก์ร่วมได้รับประกันภัยความเสียหายสินค้ารายนี้ได้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2535 เป็นเงิน 448,943 บาท

ในเรื่องอายุความ จำเลยอ้างว่าได้รับฝากทรัพย์สินจากโจทก์เป็นกรณีผิดสัญญาฝากทรัพย์สิน โจทก์จะเรียกร้องให้ใช้ค่าเสียหายได้ภายใน 6 เดือน เมื่อโจทก์ฟ้องเกิน 6 เดือน คดีขาดอายุความนั้น เห็นว่า หากจะเป็นเรื่องฝากทรัพย์สินอย่างจำเลยอ้างจริง แต่โจทก์ได้ให้จำเลยทำการขนย้ายสินค้าเครื่องจักรออกจากตู้บรรจุสินค้าในการขนย้ายจำเลยได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้สินค้าเครื่องจักรเสียหายเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อและเสียหายต่อโจทก์ เป็นการกระทำละเมิดด้วย จึงมีอายุความ 1 ปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448 วรรคหนึ่ง โจทก์ฟ้องภายใน 1 ปี คดีไม่ขาดอายุความ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3814/2525

โจทก์ฟ้องว่าโจทก์โดยสารถยนต์ของจำเลยที่หนึ่งจากขอนแก่นเข้ากรุงเทพมหานครโดยมี กระเป๋าเดินทาง 1 ใบและกล่องบรรจุภัณฑ์ถุงไหมมัดหมี่ 3 กล่องมาด้วยขณะรถยนต์นั้นหยุด ให้ผู้โดยสารระหว่างทาง จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ได้ยกกล่องซึ่งบรรจุผ้าถุงไหมมัดหมี่ ของโจทก์ 1 กล่อง มอบให้แก่ผู้โดยสารอื่นโดยความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายเพราะการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 2 จำเลยที่หนึ่งได้ฎีกา โดยกล่าวว่ากรณีดังกล่าว เป็นกรณีที่พิพาทกันด้วยมูลสัญญารับขน จึงไม่สามารถนำกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับแก้คดีได้ ศาลตัดสินว่า การผิดสัญญาของจำเลย เป็นเรื่องที่จำเลยมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับละเมิด อยู่ด้วย จึงต้องรับผิดทั้งทางสัญญาและละเมิด โจทก์มีสิทธิจะฟ้องอย่างไรก็ได้ไม่เป็นการขัดกับ เจตนารมณ์ของกฎหมาย

### 3.4.3 กรณีศาลพิพากษาให้ผิดทั้งสัญญาและละเมิดโดยนำความรับผิดของระบบกฎหมาย ทั้ง 2 ฐาน มาปรับใช้ร่วมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8683/2559

ว. และจำเลยทั้งสาม ทำสัญญาจ้างแรงงานระหว่างกัน ตกลงให้จำเลยทั้งสามผู้เป็นนายจ้าง มีหน้าที่จัดสถานที่ทำงานให้มีความปลอดภัยตามประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้าง แต่จำเลยทั้งสามมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวทำให้ ว. ถึงแก่ความตาย และโจทก์ทั้งสี่ ได้รับความเสียหาย ขอบังคับให้จำเลยทั้งสาม ร่วมกันชำระค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็น ค่ารักษาพยาบาลก่อนตาย ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ก่อนตายและค่าขาดไว้

อุปการะ ศาลพิพากษาว่า ตามข้อเท็จจริงดังกล่าวจำเลยทั้งสามผิดทั้งสัญญาจ้างแรงงานและละเมิด โดยในเรื่องอายุความฟ้องร้องบังคับคดี ปรับตามระบบกฎหมายสัญญา ตามมาตรา 193/30 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้คดีไม่ขาดอายุความ กรณีไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่า คดีขาดอายุความละเมิดหรือไม่ แม้โจทก์ทั้งสี่ฟ้องร้องจำเลยทั้งสามเมื่อพ้นกำหนดเวลา 1 ปีนับแต่รู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำละเมิดแล้ว แต่ศาลกลับให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อย่างละเมิด



## บทที่ 4

### หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในต่างประเทศ

#### 4.1 กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law)

##### 4.1.1 กฎหมายเยอรมัน

##### 4.1.1.1 ความรับผิดตามสัญญา

###### 1.) หลักความผิด

มาตรา 276<sup>94</sup> วางหลักว่าลูกหนี้จะต้องรับผิดหากกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งมาตรานี้อยู่ในบททั่วไปว่าด้วยหนี้ นอกจากนี้จะนำมาใช้กับเรื่องละเมิดแล้วยังนำมาใช้กับเรื่องสัญญาด้วย<sup>95</sup>

จงใจ หมายถึง การที่ลูกหนี้รู้ถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องและรู้ว่าตนมีหนี้ตามที่ได้ให้สัญญาไว้หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้เข้าใจโดยสุจริตว่าตนไม่มีหนี้หรือเข้าใจว่าตนไม่มีหน้าที่ตามกฎหมาย ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการจงใจ แต่จะต้องพิจารณาเรื่องความประมาทต่อไป<sup>96</sup>

<sup>94</sup> German Civil Code Sections 276

“The obligor is responsible for intention and negligence, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications.

A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care.

The obligor may not be released in advance from liability for intention.”

อ้างอิงใน <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf> Übersetzung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch ein Übersetzer-Team des Langenscheidt Übersetzungsservice. จัดทำคำแปลโดย the Langenscheidt Translation Service.

<sup>95</sup> มุรินทร์ พงศापาน, "หลักความผิดในกฎหมายลักษณะสัญญาของไทย," วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ 2, มิถุนายน 2557 (2557): 302.

<sup>96</sup> Hannes Unberath and Angus Johnston Basil S Markesinis, The German Law of Contract a Comparative Treatise, second ed. (Oregon: Hart Publishing, 2006), pp. 446-447.

ประมาท หมายถึง การชำระหนี้โดยไม่ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งระดับของความระมัดระวังที่ลูกหนี้ ต้องใช้ในการชำระหนี้ นั้นอาจแตกต่างกันไปตามประเภทของแต่ละสัญญา<sup>97</sup> โดยระดับความระมัดระวังจะเทียบกับความระมัดระวังของวิญญูชน เป็นการพิจารณาความระมัดระวังแบบภาวะวิสัย หากเป็นบุคคลที่มีอาชีพที่ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ จะพิจารณาความระมัดระวังของวิญญูชนในอาชีพเช่นนั้น หากเป็นผู้ฝึกหัดงาน จะเทียบเคียงความระมัดระวังเช่นผู้มีความเชี่ยวชาญพิเศษไม่ได้<sup>98</sup>

แม้มาตรา 276 จะกำหนดไว้ว่าลูกหนี้จะรับผิดชอบเมื่อมีความผิด แต่มีกรณีความรับผิดชอบเด็ดขาด เช่น ความรับผิดของผู้ขายในกรณีทรัพย์สินที่ส่งมอบชำรุดบกพร่องหรือรอนสิทธิตามมาตรา 439 ที่แม้ลูกหนี้ไม่มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ยังคงต้องรับผิดชอบ

นอกจากนี้ยังมีมาตรา 275 280 และ 286 ที่แสดงถึงความรับผิดชอบของลูกหนี้ต่อเมื่อมีความผิด โดยจะแยกเป็นการกระทำผิดแต่ละเรื่องดังนี้

ก. การชำระหนี้ล่าช้าหรือการผิดนัดชำระหนี้ (delay performance)

ตามมาตรา 280 วรรค 2<sup>99</sup> กล่าวถึงความเสียหายในกรณีของการชำระหนี้ล่าช้า ให้เป็นไปตามมาตรา 286<sup>100</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งวางหลักว่า

<sup>97</sup> Ibid., 447.

<sup>98</sup> Hannes Unberath Basil S Markesinis, The German Law of Torts a Comparative Treatise 4ed. (Oxford: Hart Publishing, 2002), p. 84.

<sup>99</sup> Article 280 paragraph 2 of German Civil Code

“Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286.”

อ้างอิงใน The Langenscheidt Translation Service, "German Civil Code Bgb,"(2009).

<sup>100</sup> Article 286 of German Civil Code

“If the obligor, following a warning notice from the obligee that is made after performance is due, fails to perform, he is in default as a result of the warning notice. Bringing an action for performance and serving a demand for payment in summary debt proceedings for recovery of debt have the same effect as a warning notice.

There is no need for a warning notice if

1. a period of time according to the calendar has been specified,
2. performance must be preceded by an event and a reasonable period of time for performance has been specified in such a way that it can be calculated, starting from the event, according to the calendar,

“เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้และเจ้าหนี้ได้เตือนให้ลูกหนี้ชำระหนี้หลังจากนั้นแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้อีก ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้ว การเตือนของเจ้าหนี้ให้รวมถึงกรณีที่เจ้าหนี้ให้ลูกหนี้ดำเนินการ ชำระหนี้และแจ้งความประสงค์ให้ชำระหนี้โดยสรุปยอดหนี้ด้วย

กรณีที่เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเตือนลูกหนี้ ได้แก่

(1) มีการกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน

(2) การปฏิบัติการชำระหนี้ถูกคาดการณ์ได้ล่วงหน้าจากเหตุการณ์ และระยะเวลาที่สมเหตุสมผล อันสามารถคำนวณนับได้จากวันที่เหตุการณ์นั้นเริ่มต้นหรือคำนวณนับได้ตามวันแห่งปฏิทิน

(3) ลูกหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้อย่างจริงจังและแน่นอน

(4) เมื่อพิจารณาจากผลประโยชน์ของคู่สัญญา มีเหตุผลพิเศษที่ให้ถือว่าผิดนัดโดยพลัน

ลูกหนี้ที่ต้องชำระหนี้เงิน จะถือว่าผิดนัดอย่างช้าที่สุดเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ภายใน 30 วันหลังจากวันครบกำหนดและได้รับใบแจ้งหนี้หรือใบแจ้งชำระเงินที่มีลักษณะเดียวกัน กรณีนี้ ให้ใช้กับลูกหนี้ที่เป็นผู้บริโภคที่ต้องชำระหนี้เงินเพียงเท่าที่ใบแจ้งหนี้หรือใบแจ้งชำระเงินระบุไว้ หากเวลาในการรับใบแจ้งหนี้หรือใบแจ้งชำระเงินไม่แน่ชัด ลูกหนี้ที่ไม่ใช่ผู้บริโภคจะตกเป็นผู้ผิดนัด อย่างช้าที่สุด 30 วันหลังจากวันครบกำหนดและได้รับคำตอบแทนตามสัญญา

ลูกหนี้ย่อมไม่ตกเป็นผู้ผิดนัดตราบดีที่การไม่ชำระหนี้มิได้เกิดจากพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ ต้องรับผิดชอบ”

ข. การชำระหนี้เป็นพันวิสัย (impossibility)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

3. the obligor seriously and definitively refuses performance,

4. for special reasons, weighing the interests of both parties, the immediate commencement of default is justified.

The obligor of a claim for payment is in default at the latest if he does not perform within thirty days after the due date and receipt of an invoice or equivalent statement of payment; this applies to an obligor who is a consumer only if these consequences are specifically referred to in the invoice or statement of payment. If the time at which the invoice or payment statement is received by the obligor is uncertain, an obligor who is not a consumer is in default at the latest thirty days after the due date and receipt of the consideration.

The obligor is not in default for as long as performance is not made as the result of a circumstance for which he is not responsible.

อ้างอิงใน ibid.

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับปี ค.ศ. 1900 มาตรา 275<sup>101</sup> ซึ่งเป็นต้นร่างของมาตรา 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักว่า ภายหลังจากเกิดหนี้ ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ต่อเมื่อนั้นนั้นตกเป็นพ้นวิสัยโดยมิใช่ความผิดของลูกหนี้รวมถึงพฤติการณ์อื่นที่มีลักษณะเทียบเท่ากับการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยด้วย ในทางตรงกันข้ามหากการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยเกิดจากพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบแล้ว ลูกหนี้มีความรับผิด ตามมาตรา 280 วรรค 1<sup>102</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน 1900 ซึ่งเป็นต้นร่างของมาตรา 218 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัจจุบัน การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยได้ถูกแก้ไขใหม่ โดยมาตรา 275<sup>103</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน 2002 วางหลักว่า

---

<sup>101</sup> Article 275 of German Civil Code (1900)

“The debtor is relieved from his obligation to perform if the performance becomes impossible in consequence of a circumstance for which he is not responsible (s) occurring after the creation of the obligation.

If the debtor, after the creation of the obligation, becomes unable to perform, it is equivalent to a circumstance rendering the performance impossible.”

อ้างอิงใน [ออนไลน์] [https://archive.org/stream/germancivilcode01gemgoog/germancivilcode01gemgoog\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/germancivilcode01gemgoog/germancivilcode01gemgoog_djvu.txt) สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2562

<sup>102</sup> Article 280 paragraph 1 of German Civil Code 1900

“Where the performance becomes impossible in consequence of a circumstance for which the debtor is responsible, the debtor shall compensate the creditor for any damage arising from the non performance.”

อ้างอิงใน Chung hui wang, The German Civil Code Translated and Annotated with an Historical Introduction and Appendices (London: Stevens and sons, 1907), p. 63.

<sup>103</sup> Article 275 of German Civil Code 2002

“A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person.

The obligor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the interest in performance of the obligee. When it is determined what efforts may reasonably be required of the obligor, it must also be taken into account whether he is responsible for the obstacle to performance.

“เจ้าหนี้ไม่สามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ หากการชำระหนี้เป็นพันวิสัยไม่ว่าสำหรับลูกหนี้หรือสำหรับบุคคลอื่น ๆ

ลูกหนี้อาจปฏิเสธการชำระหนี้ได้ หากการชำระหนี้จะต้องเสียค่าใช้จ่ายและต้องใช้ความพยายามในการชำระหนี้เมื่อได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งหนี้และหลักสุจริตแล้ว ไม่ได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับจากการชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาความพยายามในการชำระหนี้ของลูกหนี้ว่าสมเหตุสมผลหรือไม่ต้องพิจารณาจากความรับผิดชอบของลูกหนี้ต่ออุปสรรคในการชำระหนี้ด้วย

นอกจากนั้น ลูกหนี้อาจปฏิเสธการชำระหนี้ได้หากการชำระหนี้เป็นเรื่องเฉพาะตัว และหากพิจารณาถึงอุปสรรคในการชำระหนี้กับผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับจากการชำระหนี้แล้ว การปฏิบัติชำระหนี้ไม่มีเหตุผลที่จะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ได้”

ตามมาตรา 275 วรรค 1 เป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้โดยสิ้นเชิงเนื่องจากการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย ไม่ว่าบุคคลใดก็ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ส่วนมาตรา 275 วรรค 2 เป็นกรณีที่มีเหตุอุปสรรคเกิดขึ้นทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้โดยเป็นอุปสรรคที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา อาจเป็นเหตุการณ์ภายนอก เช่น ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบหนังสือให้แก่ผู้ซื้อได้เนื่องจากหนังสือดังกล่าวถูกขโมย โดยการจะติดตามหาทรัพย์สินนั้นต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก เนื่องจากหนังสือดังกล่าวอาจถูกนำออกนอกประเทศไปแล้ว ซึ่งค่าตัวเครื่องบินอาจสูงกว่าค่าหนังสือ เป็นต้น ส่วนมาตรา 275 วรรค 3 เป็นกรณีพันวิสัยแบบอัตวิสัย ลูกหนี้จะปฏิเสธการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ได้หากพิเคราะห์ว่าการปฏิบัติชำระหนี้ไม่มีเหตุผลสมควรที่จะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ เช่น นักร้องโอเปร่าปฏิเสธที่จะชำระหนี้ด้วยการร้องเพลงเนื่องจากลูกชายของเขามีอาการป่วยอย่างร้ายแรง<sup>104</sup>

อย่างไรก็ดี การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยเจ้าหนี้จะมีสิทธิได้รับชดเชยความเสียหายจากลูกหนี้ได้หากการผิดสัญญาของลูกหนี้เกิดจากการกระทำผิดหน้าที่ หรือไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอตาม มาตรา 276 หรือเกิดจากการกระทำผิดของตัวแทนลูกหนี้หรือบุคคลที่ลูกหนี้เคยให้ปฏิบัติชำระหนี้แทน

---

In addition, the obligor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the performance of the obligor is weighed against the interest of the obligee in performance, performance cannot be reasonably required of the obligor.

The rights of the obligee are governed by sections 280, 283 to 285, 311a and 326.”

อ้างอิงใน The Langenscheidt Translation Service, "German Civil Code Bgb."

<sup>104</sup> Basil S Markesinis, H. U. a. A. J., The German Law of Contract a Comparative Treatise, p. 418.

ตามมาตรา 278<sup>105</sup> และเจ้าหนี้อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ในกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย เกิดภายหลังจากการที่ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ตรงตามที่กำหนดไว้<sup>106</sup> ตามมาตรา 287<sup>107</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งวางหลักว่า ระหว่างผิดนัดลูกหนี้ต้องรับผิดชอบต่อความประมาทเลินเล่อทั้งปวง รวมถึงรับผิดชอบเหตุที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญหรือเหตุสุดวิสัย เว้นแต่ความเสียหายนั้นยังคงเกิดขึ้นอยู่ แม้จะได้ชำระหนี้ตรงตามเวลา

ค. การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ (Positive Vertragsverletzungen or positive breach of contract)

เป็นการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ที่นอกเหนือไปจาก การชำระหนี้ล่าช้า (delay) และการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย (impossibility) เนื่องจากการไม่ชำระหนี้ 2 รูปแบบดังกล่าว ไม่สามารถครอบคลุมการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ได้ทุกกรณี ทำให้เจ้าหนี้ไม่สามารถเลิกสัญญาหรือเรียกชดเชยค่าเสียหายได้เท่าที่ควร ยกตัวอย่างการชำระหนี้ที่อยู่นอกเหนือจากการชำระหนี้ล่าช้าหรือการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย เช่น การส่งมอบทรัพย์สินชำรุดบกพร่อง การไม่ชำระหนี้ที่อาจคาดหมายได้ เป็นต้น การชำระหนี้ไม่ถูกต้องถูกสร้างขึ้นโดยศาล ในคดี BGH, 13.11.1953 - I ZR 140/52 และต่อมาเมื่อปี 2002 จึงได้ถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 280 วรรค 1<sup>108</sup> ซึ่งวางหลักว่า เมื่อลูกหนี้ผิดสัญญา

<sup>105</sup> Article 278 of German Civil Code

“A Debtor is responsible for the fault on his statutory agent, and of persons whom he employs in fulfilling his obligation, to the same extent as for his own fault. The provision of 276, par. 2, does not apply.”

อ้างอิงใน Chung hui wang, *The German Civil Code Translated and Annotated with an Historical Introduction and Appendices*, p. 63.

<sup>106</sup> Lowisch Manfred, "New Law of Obligations in Germany," *Ritsumeikan Law Review*, No.20,2003 (2003): 144.

<sup>107</sup> Article 287 of German Civil Code

“While he is in default, the obligor is responsible for all negligence. He is liable for performance in the case of chance as well, unless the damage would have occurred even if performance had been made in good time.”

อ้างอิงใน The Langenscheidt Translation Service, "German Civil Code Bgb."

<sup>108</sup> Article 280 paragraph 1 of German Civil Code



เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องความเสียหายได้ เว้นแต่พฤติการณ์ความเสียหายนั้นลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ลูกหนี้จะต้องมีความผิดจึงจะมีความรับผิดชอบตามสัญญาได้ โดยมาตรา 280 วรรค 1 ถือเป็นหลักทั่วไปของการผิดหน้าที่ตามสัญญาซึ่งนอกจากจะหมายถึงลูกหนี้ต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ให้ตรงต่อเวลาหรือกรณีนี้กลายเป็นพ้นวิสัยแล้ว ยังอาจมีกรณีอื่นที่ถือเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ เช่น หน้าที่ตามหลักสุจริต ตามมาตรา 242<sup>109</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งวางหลักว่า ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยสุจริตโดยพิจารณาถึงปกติประเพณีในการชำระหนี้ การที่ลูกหนี้ฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต อาจมีความผิดตามมาตรา 280 วรรค 1 ได้ เช่น การทำสัญญาก่อสร้างบ้านบนที่ดินแต่เจ้าของที่ดินมิได้ให้ข้อมูลที่ครบถ้วน ระหว่างก่อสร้างจึงเกิดความเสียหายต่อผู้ก่อสร้าง เป็นต้น

นอกจากหลักสุจริตแล้วยังมี หน้าที่เรื่องความปลอดภัยในการชำระหนี้ เช่น กรณีทำสัญญารับขนส่งคนโดยสาร จะต้องขนส่งผู้โดยสารไปยังจุดหมายปลายทางอย่างปลอดภัย หรือช่างตัดผมจะต้องระมัดระวังไม่ให้ลูกค้าได้รับอันตรายจากเครื่องตัดผมไฟฟ้า เป็นต้น หน้าที่ซื้อสัตย์ในหนึ่งวันกระทำการ เช่น หากสัญญาเช่ามีข้อตกลงว่าห้ามไม่ให้ผู้ให้เช่าให้เช่าบ้านหลังจากเลิกสัญญากับผู้เช่าแก่ผู้ที่ประกอบกิจการค้าขายแข่งขันกับผู้เช่า<sup>110</sup> หากผู้ให้เช่าฝ่าฝืนต้องรับผิดชอบตามมาตรา 280 วรรค 1 หน้าที่ในการให้ข้อมูล เช่น ทนายความมีหน้าที่แจ้งให้ลูกค้าความทราบหากว่าการฟ้องร้องบังคับตามสิทธิของลูกค้าจะเสียค่าใช้จ่ายสูงและไม่คุ้มค่า<sup>111</sup> หน้าที่ให้ความร่วมมือ เช่น กรณีที่สัญญาจะมีผลต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากรัฐ คู่สัญญาจะต้องขวนขวายให้ได้รับการอนุมัติเพื่อให้สัญญามีผลและไม่ทำลายโอกาสที่จะได้รับอนุมัติด้วย<sup>112</sup> หน้าที่ที่จะต้องไม่ให้เกิดผลร้ายถึงขั้นเป็นการทำลายความมุ่งหมายหลักของสัญญา หน้าที่ที่จะต้องกระทำตามแต่เอกเทศสัญญาประเภทต่าง ๆ เช่น สัญญาซื้อขายผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อโดยไม่มีลักษณะชำรุดบกพร่อง

---

“ If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty.”

อ้างถึงใน *ibid.*

<sup>109</sup> Article 242 of German Civil Code

“ An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.”

อ้างถึงใน *ibid.*

<sup>110</sup> RGZ161,338 อ้างถึงใน E.J. Cohn, *Manual of German Law*, p. 98.

<sup>111</sup> RGZ118,366 อ้างถึงใน *ibid.*, 97.

<sup>112</sup> RG129,376 อ้างถึงใน *ibid.*

## 2.) ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

มาตรา 252<sup>113</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันวางหลักว่า

“การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จะชดใช้แก่กำไรที่สูญเสียไปไม่ว่าจะเป็นความเสียหายตามปกติที่เกิดจากการผิดสัญญาหรือความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษที่สามารถคาดเห็นถึงความเสียหายได้”

เมื่อพิจารณามาตรา 252 จะเห็นว่าเป็นความเสียหายของกำไรที่สูญเสียไปซึ่งหมายถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ด้วย

มาตรา 253<sup>114</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันวางหลักว่า

“การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ หากเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินตามสมควรในความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินนี้มีได้”

แต่เดิมความรับผิดตามสัญญาจะไม่รับรองให้เรียกร้องความเสียหายที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจได้ แต่ในปัจจุบันสามารถเรียกความเสียหายที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจได้ หากเป็นกรณีที่มีความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ

## 3.) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

เยอรมันได้นำหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อกำหนดความรับผิดให้แก่ผู้กระทำผิด โดยพิจารณาความรับผิดในสองมิติ ได้แก่ ขอบเขต

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>113</sup> Article 252 German Civil Code

“The damage to be compensated for also comprises the lost profits. Those profits are considered lost that in the normal course of events or in the special circumstances, particularly due to the measures and precautions taken, could probably be expected.”

อ้างถึงใน The Langenscheidt Translation Service, "German Civil Code Bgb."

<sup>114</sup> Article 253 German Civil Code

“Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the cases stipulated by law.

If damages are to be paid for an injury to body, health, freedom or sexual self-determination, reasonable compensation in money may also be demanded for any damage that is not pecuniary loss.”

อ้างถึงใน *ibid.*

ความเสี่ยงที่สัมพันธ์กับการชำระหนี้ และการกระจายความเสี่ยงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้<sup>115</sup> หากความเสียหายไกลเกินกว่าที่ขอบเขตของสัญญาจะไปถึง ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ และการจะรับผิดชอบตามสัญญา ศาลไม่พิจารณาถึงความคาดเห็นความเสียหายในขณะที่ทำสัญญาแต่อย่างใด แต่จะพิจารณาตามหลักเหตุที่เหมาะสม กล่าวคือ แม้คู่สัญญามีได้คาดเห็นแต่ขณะที่ทำสัญญาว่าการกระทำผิดสัญญาของตน จะก่อให้เกิดความเสียหาย หากความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการผิดสัญญา คู่สัญญาก็ต้องรับผิดชอบ โดยในเยอรมันมีการนำทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมาปรับใช้เพื่อกำหนดความรับผิดชอบให้กับคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายผิดสัญญา ดังนี้

#### ก. ทฤษฎีเงื่อนไข (conditio sine qua non)

ความเสียหายที่ลูกหนี้ฝ่ายผิดสัญญาจะต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ หากไม่มีการผิดสัญญา ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น หากความเสียหายจะยังเกิดขึ้นอยู่แม้ลูกหนี้ไม่ได้กระทำผิดสัญญา จะถือว่าผลเกิดจากการผิดสัญญาของลูกหนี้ไม่ได้<sup>116</sup>

#### ข. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมเป็นทฤษฎีที่พิจารณาว่า การผิดสัญญานั้นเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ โดยพิจารณาจากความคาดเห็นของวิญญูชน (reasonable man) ว่าวิญญูชนคาดเห็นว่าการผิดสัญญานั้น ๆ เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ มีความสัมพันธ์กันหรือไม่<sup>117</sup> หากวิญญูชนเห็นว่าการผิดสัญญาไม่สัมพันธ์หรือไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกกล่าวอ้างไม่ต้องรับผิดชอบ

#### ค. ทฤษฎีความรับผิดชอบทางภาวะวิสัย

เป็นทฤษฎีที่นำไปปรับใช้ในความรับผิดชอบเพื่อละเมิดด้วย โดยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกฎหมายลักษณะสัญญาจะมีการพิจารณาเช่นเดียวกับละเมิด โดยการพิจารณาทฤษฎีความรับผิดชอบทางภาวะวิสัยจะต้องผ่านการพิจารณาความรับผิดชอบตามทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุ

<sup>115</sup> Fabrizio Cafaggi, "Creditor's Fault : In Search of a Comparative Frame," EUI Working Papers Law 2009/15 (2009): 8.

<sup>116</sup> Oliver Rieckers Gerald Spindler, Tort Law in Germany (Netherlands: Kluwer Law International, 2011), p. 37.

<sup>117</sup> Martin Hogg, Promises and Contract Law : Comparative Perspectives, 2 ed. (United Kingdom: Cambridge University Press, 2011), p. 398.

เหมาะสมก่อน กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าการผิดสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้เป็นผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดความเสียหายตามทฤษฎีเงื่อนไข และการผิดสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้ที่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นตามทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม แล้วจึงจะมาพิจารณาทฤษฎีความรับผิดชอบทางภาวะวิสัย

หลักความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัยได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งวางหลักว่า ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ต่อเมื่อการผิดสัญญาได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งถือเป็นการเพิ่มความเสียหายอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้

ทฤษฎีความรับผิดชอบทางภาวะวิสัย ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบหากการผิดสัญญาเป็นการเพิ่มความเสียหายที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น ๆ เช่น สัญญาซื้อขายข้าวสาร ผู้ขายไม่กระทำการส่งมอบข้าวสารให้แก่ผู้ซื้อภายในกำหนดระยะเวลา ถือเป็นกรณีเพิ่มความเสียหายในความเสียหายของข้าวสาร อาจมีปลวกมากินข้าวสารได้ เช่นนี้ ถือเป็นกรณีที่ผู้ขายเพิ่มความเสียหายที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อแล้ว ผู้ขายจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ข้าวสารตามทฤษฎีความรับผิดชอบทางภาวะวิสัย นอกจากนี้ขอบเขตของความเสียหายที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายยังขยายไปถึงกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้า และหลังจากเลยกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้แม้ความเสียหายนั้นจะไม่อาจคาดเห็นได้<sup>118</sup> เนื่องจากหากลูกหนี้ชำระหนี้ตรงเวลา ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น การชำระหนี้ล่าช้าถือเป็นการเพิ่มความเสียหายก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้แล้ว ลูกหนี้จึงต้องรับผิดชอบ ส่วนเหตุแทรกแซง พิจารณาว่าการผิดสัญญาของลูกหนี้ก่อให้เกิดความเสียหายที่จะเกิดเหตุแทรกแซงขึ้นหรือไม่ หากก่อให้เกิดเหตุแทรกแซงอันก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบ

อย่างไรก็ดีหากการผิดสัญญาของลูกหนี้ แม้จะเพิ่มความเสียหายให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ แต่ความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้น มีแค่ความเสี่ยงเท่านั้น เช่นนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้

#### 4.) ผลของความรับผิดชอบตามสัญญา

##### การบังคับชำระหนี้

การบังคับชำระหนี้ตามสัญญาในกฎหมายเยอรมันเป็นไปตามมาตรา 241 วรรค 1<sup>119</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งวางหลักว่า หน้าที่ที่เกิดจากหนี้ตามสัญญา เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้อง

<sup>118</sup> Tony Honoré H.L.A Hart, *Causation in the Law*, 2 ed. (Oxford: Clarendon Press., 1985), p. 322.

<sup>119</sup> Article 241 paragraph 1 of German Civil Code

ให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยการชำระหนี้รวมถึงการชำระหนี้ในหนึ่งวันกระทำการด้วย ซึ่งการกลับคืนสู่ฐานะเดิมเป็นการเยียวยาตามปกติของการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ตามมาตรา 249<sup>120</sup> แห่งประมวลแพ่งเยอรมันซึ่งวางหลักว่า “บุคคลที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้เสมือนกับการกระทำผิดสัญญาไม่เคยเกิดขึ้น หากความเสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินสามารถคิดเป็นเงินได้ เจ้าหนี้อาจเรียกร้องให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินแทนการกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้” และหากหนี้นั้นไม่จำเป็นต่อเจ้าหนี้อีกต่อไป เจ้าหนี้อาจร้องขอต่อศาลให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายแทนการชำระหนี้ได้

การบังคับให้ลูกหนี้กระทำให้เจ้าหนี้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวต่อลูกหนี้ให้กระทำในเวลาที่เหมาะสมผลและเจ้าหนี้อาจปฏิเสธการกลับคืนสู่ฐานะเดิมหลังจากที่ระยะเวลาดังกล่าวสิ้นสุดลง โดยหลังจากที่เวลาดังกล่าวสิ้นสุดลงเจ้าหนี้อาจเรียกร้องให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินได้ ตามมาตรา 250<sup>121</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และหากเป็นกรณีที่มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่อาจเกิดขึ้นได้ คู่สัญญาฝ่ายที่รับผิดชอบต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินหรือหากเป็นกรณีที่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมอาจเกิดขึ้นได้แต่ต้องเสียค่าใช้จ่ายที่ไม่ได้สัดส่วนกับ

---

By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.”

อ้างอิงใน The Langenscheidt Translation Service, "German Civil Code Bgb."

<sup>120</sup> Article 249 of German Civil Code

“A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.

Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred.”

อ้างอิงใน ibid.

<sup>121</sup> Article 250 German Civil Code Damages in money after the specification of a period of time

“The obligee may specify a reasonable period of time for the person liable in damages to undertake restoration and declare that he will reject restoration after the period of time ends. After the end of the period of time the obligee may demand damages in money, if restoration does not occur in good time; the claim to restoration is excluded.”

อ้างอิงใน ibid.

ประโยชน์ของเจ้าหนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่รับผิดชอบอาจชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงินได้ ตามมาตรา 251<sup>122</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน ในชั้นศาล เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นได้ (เว้นแต่จะเป็นหนี้การจ้างงานบางประการ) โดยปรับเงินลูกหนี้หรือจำคุกลูกหนี้หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล โดยการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนี้ใช้กับกรณีหนึ่งดเว้นกระทำการด้วย<sup>123</sup>

#### 4.1.1.2 ความรับผิดเพื่อละเมิด

กฎหมายละเมิดของเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากปรัชญาสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ โดยโต้แย้งแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ให้ทุกความเสียหายที่เกิดแก่ปัจเจกบุคคลมีความรับผิดเพื่อละเมิดและได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า บุคคลจะมีความรับผิดเพื่อละเมิดต่อเมื่อกระทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาด

##### 1.) หลักความผิด

ความรับผิดเพื่อละเมิดของเยอรมัน มีมาตราที่สำคัญดังต่อไปนี้

มาตรา 823 วรรคแรก<sup>124</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน วางหลักว่า “ผู้ใด จงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดอันตรายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่น

<sup>122</sup> Article 251 German Civil Code Damages in money without the specification of a period of time

“To the extent that restoration is not possible or is not sufficient to compensate the obligee, the person liable in damages must compensate the obligee in money.

The person liable in damages may compensate the obligee in money if restoration is only possible with disproportionate expenses. Expenses incurred as a result of the curative treatment of an injured animal are not disproportionate merely because they significantly exceed the value of the animal.”

อ้างถึงใน *ibid.*

<sup>123</sup> Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, 3 ed. (U.K.: Routledge, 2014), p. 676.

<sup>124</sup> Article 823 German Civil Code

“A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

ของบุคคล อันเป็นการขัดต่อกฎหมาย จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เขา สำหรับความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น”

มาตรา 826<sup>125</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน วางหลักว่า “บุคคลใดกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนนโยบายสาธารณะ โดยจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายนั้น”

นอกจากนี้ยังมีความรับผิดเพื่อละเมิดในกรณีพิเศษอีก 3 กรณี ได้แก่ การทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่นตามมาตรา 824<sup>126</sup> การชักจูงให้หญิงยอมร่วมประเวณีกับตน โดยมีขอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 825<sup>127</sup> และเรื่องเจ้าพนักงานจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกเกี่ยวกับหน้าที่การงานที่เขาได้รับมอบหมาย ตามมาตรา 839<sup>128</sup>

---

The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.”

อ้างอิงใน The Langenscheidt Translation Service, "German Civil Code Bgb."

<sup>125</sup> Article 826 of German Civil Code

“A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage.”

อ้างอิงใน ibid.

<sup>126</sup> Article 824 of German Civil Code : Endangering credit

“A person who untruthfully states or disseminates a fact that is qualified to endanger the credit of another person or to cause other disadvantages to his livelihood or advancement must compensate the other for the damage caused by this even if, although he does not know that the fact is untrue, he should have known.

A person who makes a communication and is unaware that it is untrue is not obliged to pay damages if he or the recipient of the communication has a justified interest in the communication.”

อ้างอิงใน ibid.

<sup>127</sup> Article 825 of German Civil Code

“A person who induces another person to undertake or acquiesce in sexual acts by cunning, duress or abuse of a dependency relationship is liable to him for the resulting damage incurred.”

อ้างอิงใน ibid.

<sup>128</sup> Article 839 of German Civil Code : Liability in case of breach of official duty

ตามมาตรา 823 ข้างต้น การกระทำละเมิดต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่ การละเมิดต่อสิทธิหรือประโยชน์ในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด โดยมีชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้เกิดความเสียหาย และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงหลักความผิดของผู้ละเมิดตามกฎหมายเยอรมัน ซึ่งมีองค์ประกอบดังนี้

ก. การกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Act) ตามมาตรา 823 หมายถึง การล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตสิทธิของบุคคลอื่น โดยไม่มีเอกสารสิทธิที่จะกระทำเช่นนั้น ซึ่งการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่มีการกระทำ (Act) ไม่มีการกระทำ (Omission) โดยการไม่กระทำการตามกฎหมายต้องเกิดจากหน้าที่ตามสัญญาหรือเกิดจากฐานะทางข้อเท็จจริง (Factual Position) ก็ได้ โดยการพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายพิจารณาในแง่ภาวะวิสัย (Objectively Unlawful)

ข. การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ไม่ใช่ความระมัดระวังอันบุคคลที่มีความรอบคอบและระมัดระวังจะพึงใช้ในสังคมหรือพึงใช้ระดับพิเศษในกรณีผู้ประกอบการวิชาชีพพิเศษ เป็นไปตามมาตรา 276 ที่กล่าวข้างต้นในเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญา

## 2.) ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

เมื่อพิจารณามาตรา 823 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน สิทธิที่ได้รับ ความคุ้มครองตามมาตรานี้จะต้องเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) เท่านั้น ไม่รวมถึงสิทธิสัมพัทธ์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

“ If an official intentionally or negligently breaches the official duty incumbent upon him in relation to a third party, then he must compensate the third party for damage arising from this. If the official is only responsible because of negligence, then he may only be held liable if the injured person is not able to obtain compensation in another way.

If an official breaches his official duties in a judgment in a legal matter, then he is only responsible for any damage arising from this if the breach of duty consists in a criminal offence. This provision is not applicable to refusal or delay that is in breach of duty in exercising a public function.

Liability for damage does not arise if the injured person has intentionally or negligently failed to avert the damage by having recourse to appeal.”

อ้างถึงใน ibid.



หรือสิทธิตามสัญญา (relative rights)<sup>129</sup> อันสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายเยอรมันยอมรับได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และความเสียหายทางเศรษฐกิจอันเป็นผลโดยตรงมาจาก ความเสียหายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สิน สิทธิอื่นใด เช่น สิทธิครอบครอง สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมาย การค้า ชื่อของบุคคลในทางธุรกิจ สิทธิที่มีความสัมพันธ์กับทรัพย์สิน<sup>130</sup> รวมถึงความเสียหาย แก่ชื่อเสียงตามมาตรา 824 ด้วย

ความเสียหายของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของกฎหมายเยอรมันต้องเป็นความเสียหาย ที่มีลักษณะแน่นอน โดยแบ่งตามรูปแบบของความเสียหายดังนี้

#### ก. ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน

ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ได้แก่ ความเสียหายที่ต้องสูญเสียค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล จากการสูญเสียอวัยวะ ค่าใช้จ่ายในการจ้างพยาบาลมาดูแล การทำกายภาพบำบัด การทำรังสีบำบัด หลังจากเกิดอาการเจ็บป่วย รวมถึงความเสียหายจากการสูญเสียรายได้ในอนาคต<sup>131</sup> เป็นความเสียหาย ที่ต้องสูญเสียค่าใช้จ่ายเป็นเงินออกไป รวมถึงค่าใช้จ่ายทางการเงินที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

#### ข. ความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน

ความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินมาตรา 249 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันวางหลัก ให้สามารถเรียกความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้ โดยได้อธิบายความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินไว้ในมาตรา 253<sup>132</sup> ซึ่งวางหลักว่า ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินที่กฎหมายคุ้มครองจะต้องเป็นความเสียหาย ที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น หรืออาจเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหากมีความเสียหาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>129</sup> E.J. Cohn, *Manual of German Law*, p. 155.

<sup>130</sup> Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, *Introduction to German Law* (Hague: Kluwer Law International, 1996), p. 203.

<sup>131</sup> Basil S Markesinis, H. U. a. A. J., *The German Law of Contract a Comparative Treatise*, pp. 914-915.

<sup>132</sup> Article 253 of German Civil Code : Intangible damage

“ Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the cases stipulated by law.

If damages are to be paid for an injury to body, health, freedom or sexual self-determination, reasonable compensation in money may also be demanded for any damage that is not pecuniary loss.”

อ้างอิงใน The Langenscheidt Translation Service, "German Civil Code Bgb."

ต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ไม่มีกรณีความเสียหายต่อชีวิตแต่อย่างใด การเรียกค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน จึงเรียกได้อย่างจำกัดเฉพาะความเสียหายอันสืบเนื่องมาจากความเสียหายตามมาตรา 253 เท่านั้น

ประเด็นเรื่องความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure economic loss) คือ ความเสียหาย ที่ไม่มีความเสียหายทางกายภาพต่อทรัพย์สินหรือเนื้อตัวร่างกายของบุคคล<sup>133</sup> โดยหลักแล้ว ความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 823 แต่ในระยะหลังมีคำอธิบาย ทางกฎหมายที่ถือเอาความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้เป็นความเสียหายในสิทธิแห่งการก่อตั้งและ ดำเนินธุรกิจ (Right to an established and operating business) อันเป็นการขยายความ สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของมาตรา 823 วรรคแรก โดยความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ที่จะได้รับ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจเท่านั้น หากเป็นการกระทำ ให้เสียหายโดยประมาทเลินเล่อ ผู้เสียหายจะไม่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน<sup>134</sup>

### 3.) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

#### ก. ทฤษฎีเงื่อนไข

หลักการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิดตามทฤษฎีเงื่อนไข พิจารณาว่าการกระทำ ละเมิดนั้นเป็นผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ โดยถือว่าทุก ๆ เหตุการณ์ละเมิดมีน้ำหนัก เท่ากัน ไม่มีเหตุใดสำคัญกว่า และเหตุนั้นเป็นเงื่อนไขที่ทำให้เกิดผลสุดท้ายเหมือนกัน หากไม่มี การกระทำละเมิดใดแล้วความเสียหายไม่เกิดขึ้น ผู้กระทำละเมิดนั้นต้องรับผิดชอบ แต่ในทางตรงกันข้าม หากไม่มีการกระทำละเมิดแต่ความเสียหายยังคงเกิดขึ้นอยู่ เช่นนี้จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำนั้น ไม่ได้<sup>135</sup> และหากผลความเสียหายไม่ใช่ผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ผู้ทำละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบ

นักกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาหลักทฤษฎีเงื่อนไขโดยนำหลักการตัดออก (elimination) การแทนที่ (substitution) และหลักปัจจัยที่เป็นสาระสำคัญ (substantial factor) มาประกอบการ พิจารณาทฤษฎีเงื่อนไขด้วย

<sup>133</sup> Jan M. van Dunné, "Liability for Pure Economic Loss : Rule or Exception," *European Review of Private Law* 397 7(1999): 398. อ้างถึงใน พงศกร สุขชื่น, "ความเสียหายในกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 100.

<sup>134</sup> Basil S Markesinis, H. U., *The German Law of Torts a Comparative Treatise* pp. 52-55.

<sup>135</sup> Oliver Rieckers Gerald Spindler, *Tort Law in Germany*, p. 37.

(1) วิธีการตัดออก (elimination) คือการสร้างสถานการณ์อย่างเดียวกัน เงื่อนไขเดียวกัน ขึ้นมา เพียงแต่ตัดการกระทำของผู้กระทำละเมิดออก แล้วเทียบเคียงกับเหตุการณ์ที่มีการกระทำของผู้กระทำละเมิดว่า ได้ผลของเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ หากผลไม่เปลี่ยนแปลงไป แสดงว่าการกระทำไม่สัมพันธ์กันกับเหตุการณ์ แต่หากผลสุดท้ายของเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป ถือว่าการกระทำนั้นมีส่วนสัมพันธ์กับผล เช่น นาย ก. ใช้มีดแทง นาย ข. ได้รับบาดเจ็บ หากตัดการกระทำของ นาย ก. ออก นาย ข. จะไม่ได้รับบาดเจ็บ ถือว่าการกระทำสัมพันธ์กับผล นาย ก. จึงต้องรับผิดชอบ

(2) วิธีการแทนที่ (substitution) เป็นวิธีการแทนที่การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแทนการกระทำของผู้กระทำละเมิด เพื่อพิจารณาว่าหากแทนที่เข้าไปแล้วผลของเหตุการณ์นั้นจะไม่เกิดขึ้นเลยหรือไม่ ไม่เพียงแต่อาจจะไม่เกิดผล แต่ต้องไม่เกิดผลขึ้นเลย จึงจะถือว่าการกระทำของผู้ละเมิดเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดข้อเท็จจริงนั้น<sup>136</sup> วิธีการนี้มักใช้พิจารณาการละเมิดแบบไม่กระทำหรือละเว้นกระทำ (omission) เช่น หากนาย ก. จมน้ำ นาย ข. ซึ่งมีหน้าที่ดูแลสระน้ำ (safeguard) ไม่เข้าช่วยเหลือ นาย ก. จมน้ำตาย เช่นนี้ ให้นำการกระทำที่นาย ข. ควรจะกระทำคือการเข้าช่วยนาย ก. มาแทนที่ หากผลคือนาย ก. ยังเสียชีวิตอยู่ดี การละเว้นของนาย ข. จึงไม่สัมพันธ์กับผล แต่หาก นาย ข. เข้าช่วยนาย ก. แล้วนาย ก. รอดชีวิต เช่นนี้ทำให้ผลเปลี่ยนแปลงไป ถือว่า การละเว้นของนาย ข. ที่ไม่เข้าช่วย นาย ก. สัมพันธ์กับผล การไม่กระทำจึงเป็นสาเหตุให้นาย ก. เสียชีวิต

(3) หลักปัจจัยที่เป็นสาระสำคัญ (substantial factor) เป็นการพิจารณาหาปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดผลขึ้น เนื่องจากในบางกรณี หลักการแทนที่และหลักการตัดออกไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เช่น นาย ก. และ นาย ข. ขับรถวิ่งผ่านคอกม้า ส่งเสียงดังทำให้ม้าในคอกตกใจจนได้รับบาดเจ็บ เช่นนี้ จึงต้องใช้หลักปัจจัยที่เป็นสาระสำคัญมาพิจารณาเพื่อหาว่า ระหว่างนาย ก. และ นาย ข. การกระทำของผู้ใดเป็นองค์ประกอบสำคัญหรือเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความเสียหายมากกว่ากัน

#### ข. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

หากจะให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบตามทฤษฎีเงื่อนไขยอมไม่ยุติธรรม จึงต้องพิจารณามูลเหตุเหมาะสมด้วย โดยการพิจารณาจะไม่นำสภาพแวดล้อมที่ผิดไปจากปกติมาทำการพิจารณา และไม่นำจิตใจภายในของผู้กระทำละเมิดมาพิจารณา แต่จะพิจารณาในมุมมองภาวะวิสัย โดยนำบุคคลสมมุติที่เรียกว่า “ผู้สังเกตการณ์” (optimal observer)<sup>137</sup> มาพิจารณาว่าหากเป็นผู้สังเกตการณ์จะสามารถคาดเห็นถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้หรือไม่ รวมถึงความรู้ทั่วไปที่ได้รับจาก

<sup>136</sup> Ibid., 115.

<sup>137</sup> Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, p. 490.

ประสบการณ์มาคิดคำนวณ ซึ่งเยอรมันถือระดับความคาดเห็นของผู้สังเกตการณ์ไว้สูงมาก เช่น ผู้สังเกตการณ์ สามารถคาดเห็นได้ว่าการฉีควัคซีนอาจจะเป็นอันตรายได้ แม้ความเป็นไปได้จะมีแค่ 0.01% ทำให้มีกรณีน้อยมากที่ผู้สังเกตการณ์ไม่สามารถคาดเห็นได้ และยากต่อการพิสูจน์ว่าความรับรู้ ความคาดเห็นมีระดับเพียงใด แต่มีบางกรณีที่ผู้สังเกตการณ์ไม่อาจคาดเห็นได้ เช่น คดี BGH (1952) NJW, 1010 จำเลยทำให้ผู้เสียหายขาขาดเมื่อ 8 ปีก่อน ทำให้ผู้เสียหายไม่สามารถวิ่งหนีได้เร็วจึงทำให้ ถูกยิงเสียชีวิตในสงคราม เช่นนี้ การกระทำให้เขาขาขาดเมื่อ 8 ปี ก่อน ผู้สังเกตการณ์ไม่อาจคาดเห็น ได้ว่าจะทำให้ผู้เสียหายวิ่งหนีจากสงครามไม่ได้ในปัจจุบัน

### ค. ทฤษฎีความรับผิดทางภาวะวิสัย

เรียกอีกอย่างว่า ทฤษฎีเพิ่มความเสี่ยง เป็นทฤษฎีที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขความไม่ลงรอยกันของ ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมและทฤษฎีเงื่อนไข การนำทฤษฎีความรับผิดทางภาวะวิสัยมาพิจารณาจะต้อง ผ่านการพิจารณาทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมก่อน โดยทฤษฎีนี้มีหลักว่า ผลของ การกระทำจะเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่ออันตรายต่อการเกิดผล ที่กฎหมายไม่พึงประสงค์ขึ้น และอันตรายนั้นได้เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น<sup>138</sup> หรือเป็นการก่อหรือเพิ่ม ความเสี่ยงอันกฎหมายไม่ยินยอมให้เกิดขึ้น เป็นการเพิ่มความเสี่ยงที่ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม โดยความเสี่ยงที่กฎหมายไม่ยินยอมให้เกิดขึ้นพิจารณาจากบรรทัดฐานของกฎหมายที่มีไว้เพื่อป้องกัน ไม่ให้เกิดผลหรือความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใด และพิจารณาคู่กับความคาดเห็นความเสียหายของ วิญญาณในภาวะเช่นนั้น ว่าความเสียหายวิญญาณสามารถคาดเห็นว่าเป็นการเพิ่มความเสี่ยง ที่กฎหมายไม่ยินยอมให้เกิดขึ้นหรือไม่ หากไม่อาจคาดเห็นได้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด หากเป็นความเสี่ยง ที่อาจเกิดขึ้นได้ในชีวิตประจำวันก็ไม่ต้องรับผิดเช่นกัน เช่น นาย ก. ขวน นาย ข. ออกไปเดินเล่น เพื่อหวังให้ฟ้าผ่า นาย ข. ตาย เมื่อฟ้าผ่านาย ข. ตายจริง นาย ก. ก็ไม่ต้องรับผิด เป็นต้น และหากเป็น การกระทำเพื่อลดความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด เช่น นาย ก. เห็น นาย ข. กำลังจะยิง นาย ค. จึงผลัก นาย ค. ล้มลง กระแทกพื้นได้รับบาดเจ็บเช่นนี้ เป็นการลด ความเสี่ยงที่ นาย ค. จะเสียชีวิต นาย ก. จึงไม่ต้องรับผิด

เมื่อพิจารณาถึงความเสียหาย ความเสียหายที่ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดชอบต้องเป็นความเสียหาย ที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่เพิ่มความเสี่ยงนั้น หากไม่มีการกระทำของผู้ก่อความเสียหาย ผลก็จะไม่เกิดขึ้น

<sup>138</sup> คณิต ฒ นคร, "ปัญหาการกระทำและผล," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 (2525): 117.

หรือโอกาสเกิดขึ้นน้อย เช่นนี้ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดชอบ แต่หากไม่มีการกระทำของผู้ก่อความเสียหาย ความเสียหายก็เกิดขึ้นอยู่ดี ผู้ก่อความเสียหายไม่ต้องรับผิดชอบ

#### 4.1.1.3 เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของเยอรมัน

##### 1.) ประเภทของสิทธิ

เนื่องจากเยอรมันสร้างกฎหมายละเมิดด้วยแนวคิดสำนักประวัติศาสตร์ โดยต้องดูพื้นฐานของสังคมเป็นสำคัญ และได้แยงการกำหนดค่าเสียหายในทุกรูปแบบตามสำนักกฎหมายธรรมชาติ ประเภทของสิทธิที่ถูกละเมิดจึงศึกษาจากคำพิพากษาของศาล โดยบทบัญญัติทั่วไปของละเมิดอยู่ในมาตรา 823 และ 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยมาตรา 823 ได้บัญญัติถึงสิทธิที่จะถูกละเมิดอันได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด ซึ่งสิทธิอื่นใดศาลได้ตีความไว้ เช่น สิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ สิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพ สิทธิในความสัมพันธ์ของครอบครัว สิทธิความเป็นส่วนตัว เป็นต้น สำหรับมาตรา 826 ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดโดยทำให้บุคคลอื่นเสียหายอันเป็นการฝ่าฝืนความรู้สึกของผู้กระทำตามความเหมาะสมหรือคนทั่วไปเห็นว่าไม่ยุติธรรม โดยการกระทำละเมิดตามมาตรานี้ได้แก่ การชักชวนให้ผู้อื่นผิดสัญญา การชักชวนหุ้นส่วนของผู้อื่นให้มาประกอบการค้าแข่งกับผู้อื่น การเกลี้ยกล่อมลูกจ้างของผู้อื่นให้มาอยู่กับตน เป็นต้น จะเห็นได้ว่าประเภทของสิทธิตามความเสียหายดังกล่าวแล้วแต่เป็นสิทธิเด็ดขาด ที่ใช้ยื่นได้กับบุคคลทุกคน ไม่รวมสิทธิตามสัญญาอันเป็นสิทธิสัมพันธ์แต่อย่างใด

##### 2.) หน้าที่นำสืบ

การฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาจะได้รับประโยชน์มากกว่าความรับผิดเพื่อละเมิดในแง่ของการพิสูจน์ความผิด โดยเบื้องต้นภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับผู้ที่ถูกกล่าวอ้าง อย่างไรก็ตาม ความรับผิดตามสัญญาจำเลยมีหน้าที่พิสูจน์ในกรณีที่ถูกกล่าวอ้างว่ากระทำผิดสัญญา โดยต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้กระทำผิดสัญญาตามที่โจทก์กล่าวอ้าง<sup>139</sup> เนื่องจากหากพิจารณามาตรา 280 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งวางหลักว่า เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากลูกหนี้ได้ ถ้ามีการโต้แย้งว่าไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือเป็นไปไม่ได้ที่จะปฏิบัติตามสัญญา อันเป็นผลมาจากพฤติการณ์ซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ แต่หากมิใช่เรื่องที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบแล้ว เจ้าหนี้หาอาจเรียกร้องได้ไม่ จะเห็นว่ามาตราดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าลูกหนี้เป็นผู้มีหน้าที่ที่จะต้อง

<sup>139</sup> G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Third ed. (London: Clarendon Press, 1991), p. 10.

รับผิดชอบในการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา หากเจ้าหนี้กล่าวอ้างว่าลูกหนี้ผิดสัญญา เจ้าหนี้อยู่ไม่ได้ประโยชน์ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายดังกล่าว ลูกหนี้จึงมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้ผิดสัญญา เช่น ได้กระทำหน้าที่ปฏิบัติการชำระหนี้แล้ว เป็นต้น อันเป็นกรณีข้อสันนิษฐานทางกฎหมายได้ ผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่ลูกหนี้ ส่วนภาระการพิสูจน์ความผิดบนฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิด โจทก์มีภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันหรือไม่ ซึ่งภาระการพิสูจน์ความรับผิดชอบของกฎหมายทั้ง 2 ระบบจะแตกต่างกัน

ยกตัวอย่างกรณีความรับผิดชอบของนายจ้างที่มีต่อความเสียหายที่ลูกจ้างของตนได้ก่อขึ้น หากเป็นกรณีความรับผิดชอบตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะมีความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดตามมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หากผู้ว่าจ้างไม่ใช้ความระมัดระวังในการเลือกหรือจัดการลูกจ้างของตนจนก่อให้เกิดความเสียหายผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งความเสียหายนั้น ซึ่งนายจ้างจะมีความรับผิดชอบบนฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามมาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเช่นกัน โจทก์จึงสามารถเลือกฐานความรับผิดชอบที่จะฟ้องได้ว่าจะถือเอาประโยชน์บนฐานความรับผิดชอบใดมากกว่ากัน

### 3.) ขอบเขตความเสียหาย

ในอดีต ความเสียหายที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจ (Schmerzensgeld) เช่น ความเสียหายต่อร่างกาย สุขอนามัย หรือเสรีภาพ (มาตรา 847 เดิม) เป็นต้น จะถูกกล่าวอ้างได้บนพื้นฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเท่านั้น ขอบเขตความเสียหายดังกล่าวไม่อยู่บนฐานความรับผิดชอบตามสัญญา (มาตรา 253 เดิม) แต่ในปัจจุบันผู้เสียหายอาจเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่ใช่ค่าเสียหายทางเศรษฐกิจบนฐานความรับผิดชอบทางสัญญาได้สำหรับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือการตัดสินใจด้วยตนเอง ตามมาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน สำหรับความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (pure economic loss) โดยทั่วไปไม่ใช่ความเสียหายบนพื้นฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิด แต่ในปัจจุบันได้ถูกยอมรับให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวบนฐานละเมิดได้แต่เฉพาะการกระทำละเมิดที่เกิดจากความจงใจเท่านั้น

### 4.) อายุความ

ในอดีต อายุความของความรับผิดชอบตามสัญญาสั้นกว่าความรับผิดชอบเพื่อละเมิด เช่น อายุความการฟ้องร้องหนี้การส่งมอบทรัพย์สินเรื่องส่งมอบทรัพย์สินชำระครบพร้อม จะฟ้องร้องได้ภายในอายุความ 6 เดือนหรือ 1 ปี หลังจากส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว (มาตรา 477 เดิม) ทำให้ผู้เสียหายมักจะฟ้องร้อง

ผู้กระทำผิดบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด แต่ปัจจุบันเมื่อมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเยอรมันในเรื่องหนี้ (Schuld rechts reform) ในปี 2002 อายุความของการฟ้องร้องไม่ว่าจะเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือความรับผิดตามสัญญา อยู่บนหลักทั่วไปเดียวกันตามมาตรา 195<sup>140</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อันมีอายุความ 3 ปี เว้นแต่จะมีการกำหนดในกฎหมายไว้เป็นพิเศษ เช่น ในกฎหมายสัญญาได้แก่ ความรับผิดบนความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สิน มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ความรับผิดอันเกิดจากสัญญานำเที่ยว มาตรา 651g วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ความรับผิดตามสัญญาเช่า มาตรา 548 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือความรับผิดตามสัญญาขนส่งทางพาณิชย์ มาตรา 439 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน ในกฎหมายละเมิดมีข้อยกเว้นตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมันซึ่งอาจมีอายุความ 10 ปี หรือ 30 ปี<sup>141</sup>

เมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของเยอรมัน สามารถสรุปเป็นตารางเปรียบเทียบได้ดังนี้

ตารางที่ 2 : ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของเยอรมัน

ข้อเปรียบเทียบ	เยอรมัน	
	สัญญา	ละเมิด
ประเภทของสิทธิ	สิทธิตามสัญญาอันเป็นสิทธิสัมพัทธ์	สิทธิเด็ดขาด
หลักความผิด	มาตรา 276 กำหนดไว้ว่าต้องมี ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ถึงจะผิดสัญญา เว้นแต่เป็นกรณี รอนสิทธิหรือส่งมอบทรัพย์สินชำรุด บกพร่อง ที่ไม่ต้องมีความผิด โดยการผิดสัญญาแบ่งออกเป็น <ul style="list-style-type: none"> <li>- ล่าช้าหรือผิดนัดชำระหนี้</li> <li>- การชำระหนี้เป็นพันวิสัย</li> <li>- การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์</li> </ul> อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ อันเนื่องมาจาก มีหน้าที่ตามหลักสุจริต หน้าที่ ความปลอดภัย หน้าที่ความซื่อสัตย์	มาตรา 276 กำหนดไว้ว่าต้องมี ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

<sup>140</sup> Article 195 German Civil Code

“The standard limitation period is three years.”

อ้างอิงใน The Langenscheidt Translation Service, "German Civil Code Bgb."

<sup>141</sup> Raymond Youngs, English, French & German Comparative Law, p. 540.

ข้อเปรียบเทียบ	เยอรมัน	
	สัญญา	ละเมิด
	หน้าที่ให้ข้อมูล หรือหน้าที่ตามเอกเทศสัญญาอื่น	
<b>ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มาตรา 252 คุ้มครองความเสียหายในการสูญเสยก่าไร ซึ่งรวมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ด้วย</li> <li>- มาตรา 253 คุ้มครองความเสียหายทั้งความเสียหายทางทรัพย์สินและความเสียหายที่มีใช้ทางทรัพย์สินอันกำหนดไว้โดยเฉพาะได้แก่ ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ซึ่งไม่รวมถึงความเสียหายต่อชีวิต</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มาตรา 249 ให้เรียกค่าเสียหายในความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้ตามมาตรา 253</li> <li>- คุ้มครองความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะกรณีกระทำโดยจงใจเท่านั้น</li> </ul>
<b>ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ความเสียหายไกลกว่าขอบเขตสัญญา ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ</li> <li>- ไม่พิจารณาความคาดเห็นในขณะที่ทำสัญญา แต่พิจารณาหลักเหตุที่เหมาะสม</li> <li>- ทฤษฎีเงื่อนไข, ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (ความคาดเห็นของวิญญูชน) และทฤษฎีภาวะวิสัยพิจารณาการเพิ่มความเสี่ยงอันก่อให้เกิดความเสียหาย</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ทฤษฎีเงื่อนไข, ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมของ (ความคาดเห็นของผู้สังเกตการณ์) และทฤษฎีภาวะวิสัย (วิญญูชนในภาวะเช่นนั้นคาดเห็นถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย)</li> </ul>
<b>หน้าที่นำสืบ</b>	มาตรา 280 วรรค 1 ตอนท้าย ลูกหนี้มีหน้าที่รับผิดชอบในการปฏิบัติตามสัญญา หากมีการผิดสัญญา ลูกหนี้จึงต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์	โจทก์พิสูจน์ความผิดให้เข้าทุกองค์ประกอบของละเมิด
<b>อายุความ</b>	อายุความฟ้องร้องบังคับคดีทั่วไป 3 ปี ตามมาตรา 195 เว้นแต่กรณีทรัพย์สินชำรุดบกพร่อง สัญญาเช่า สัญญาเช่าเหมา หรือสัญญาขนส่งทางพาณิชย์	<ul style="list-style-type: none"> <li>- หลักทั่วไปมาตรา 195</li> <li>- มีข้อยกเว้น มาตรา 199 10 ปี และ 30 ปี</li> </ul>
<b>ข้อยกเว้นความรับผิด</b>	กรณีลูกจ้างนายจ้างตามมาตรา 278 เป็นความรับผิดโดยเด็ดขาด	ลูกจ้างนายจ้างตามมาตรา 831 นายจ้างอาจหลุดพ้นความรับผิดได้



ข้อเปรียบเทียบ	เยอรมัน	
	สัญญา	ละเมิด
		หากพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการเลือกผู้รับจ้างแล้ว

#### 4.1.1.4 การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด

- 1.) วิวัฒนาการของการฟ้องร้องบังคับคดีและแนวปฏิบัติของศาลในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด

การเลือกฟ้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาและละเมิดมีการถกเถียงกันมายาวนานในเยอรมัน ในช่วงระยะเวลาประมาณ 30 ปีหลังจากเกิดประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) ในปี 1900 เกิดการแบ่งแยกความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิดออกจากกัน โดยมีผลของความรับผิดที่แตกต่างกัน อันมีความเห็นของนักนิติศาสตร์แบ่งแยกได้เป็นสองกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มที่มองว่าคู่สัญญาจะต้องพิจารณาความรับผิดบนฐานของสัญญาก่อนแล้วจึงพิจารณาความรับผิดบนฐานของละเมิด และกลุ่มที่มองว่าความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิดเป็นระบบที่แยกออกจากกันมีอิสระซึ่งกันและกัน ดังนั้นคู่สัญญาจึงอาจฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้

ก. กลุ่มนักนิติศาสตร์ที่มองว่าความรับผิดตามสัญญาต้องถูกพิจารณาก่อน อันเป็นการยึดถือตามทฤษฎี Gesetzeskonkurrenz แม้ข้อเท็จจริงนั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีมูลความผิดตามกฎหมายละเมิด โจทก์ที่ฟ้องร้องข้อเท็จจริงบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดจะต้องถูกปรับใช้บนฐานความรับผิดตามสัญญา หลักการนี้ทำให้เกิดความไร้ขอบเขตในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและอาจเป็นการลบล้างเจตนารมณ์ของการร่างกฎหมายละเมิดได้<sup>142</sup>

ข. กลุ่มนักนิติศาสตร์ที่มองว่าความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิดแยกออกจากกันโดยอิสระ อันเป็นการยึดถือตามทฤษฎี Anspruchskonkurrenz ที่ให้คู่สัญญาสามารถอ้างความรับผิดบนฐานกฎหมายละเมิดได้ เนื่องจากความรับผิดตามสัญญาไม่ได้คุ้มครองความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (pure economic loss) การผิดสัญญาอาจไม่ได้เป็นการกระทำผิดกฎหมาย

<sup>142</sup> Y.-G. Von Amsberg, "Anspruchskonkurrenz, Cumul Und Samenloop," 15-17. อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*, September 2017 (2017): 715.

หรือการละเว้นไม่กระทำเสมอไป<sup>143</sup> และกฎหมายละเมิดไม่ใช่กฎหมายที่เป็นส่วนขยายของกฎหมายสัญญา ความรับผิดทั้งสองระบบมีลักษณะที่เป็นอิสระออกจากกัน จึงควรอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายบนพื้นฐานของทั้งความรับผิดตามสัญญาหรือความรับผิดเพื่อละเมิดตามแต่เงื่อนไขที่จำเป็น

จากการแบ่งกลุ่มความเห็นของนักนิติศาสตร์ตามทฤษฎีที่ยึดถือข้างต้นข้างต้น ทฤษฎีที่สองได้รับการยอมรับมากกว่า โดยในปี 1961 ศาลสูงเยอรมันคดี Reichsgericht 13 October 1916, RGZ, 88, 433 ได้ตัดสินว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ให้บุคคลใดทำอันตรายหรือทำให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายของบุคคลอื่นเป็นหลักที่ใช้สำหรับบุคคลทุกคนไม่ว่าพวกเขาเหล่านั้นจะได้ทำสัญญาระหว่างกันหรือไม่<sup>144</sup> และในขณะเดียวกันคำพิพากษาของศาลสูง Bundesgerichtshof ได้ตัดสินในทำนองเดียวกันโดยให้คู่สัญญาสามารถเลือกว่าจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแก่ความเสียหายตามกฎหมายสัญญาหรือละเมิดก็ได้ และทุก ๆ การฟ้องร้องจะต้องตัดสินตามหลักกฎหมายของความรับผิดนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายสามารถฟ้องร้องทางละเมิดได้หากอายุความในการฟ้องร้องบังคับคดีตามความรับผิดตามสัญญาขาดอายุความ

เหตุผลที่ศาลสูงเยอรมันได้อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องบนฐานความรับผิดใด ความรับผิดหนึ่งได้ มีดังนี้

- (1) ขอบเขตกฎหมายละเมิดของเยอรมันแคบกว่าขอบเขตกฎหมายละเมิดของฝรั่งเศส ไม่ใช่ว่าทุกการกระทำผิดตามสัญญาจะเข้าองค์ประกอบของละเมิดเสมอไปอย่างเช่นฝรั่งเศส
- (2) สิทธิตามสัญญาไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน
- (3) ความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (pure economic loss) ไม่ได้เป็นความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับชดเชยได้บนพื้นฐานของกฎหมายละเมิด
- (4) ความรับผิดโดยเด็ดขาดในกฎหมายละเมิดมิได้ในกรณีพิเศษบางกรณีและมีขอบเขตที่จำกัด
- (5) การฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญามีประโยชน์ต่อโจทก์มากกว่าการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด ในเรื่องหน้าที่การพิสูจน์ความผิด ตามคำอธิบายกฎหมายสัญญาทุกวันนี้มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้มีการกระทำผิดสัญญา ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายละเมิด

<sup>143</sup> R. Dietz, *Anspruchskonkurrenz Bei Vertragsverletzung Und Delikt* (Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1934), p. 72. อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 715.

<sup>144</sup> Reichsgericht 13 October 1916, RGZ, 88,433. อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 716.

ที่กำหนดให้โจทก์ผู้เสียหายเป็นผู้มีหน้าที่พิสูจน์ความผิดของจำเลยตามมาตรา 280 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (มาตรา 282 เดิม)

(6) บทบัญญัติกฎหมายสัญญาได้กำหนดความรับผิดโดยเด็ดขาดให้แก่ลูกหนี้สำหรับการกระทำผิดของตัวแทนลูกหนี้หรือบุคคลที่ลูกหนี้เคยให้ปฏิบัติชำระหนี้แทนตามมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายละเมิดมาตรา 831 ว่าด้วยความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ที่อาจมีข้อยกเว้นไม่ต้องรับผิดได้หากได้พิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการนั้นแล้ว

อย่างไรก็ดี ศาลยังคงเห็นว่าสามารถเลือกฟ้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้ เนื่องจากความเสียหายที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจ (Schmerzensgeld) เช่น การทำให้บาดเจ็บต่อร่างกาย อนามัย หรือ เสรีภาพ ผู้เสียหายจะได้รับชดใช้เยียวยาความเสียหายได้แต่เพียงเฉพาะบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด ไม่สามารถเรียกร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาได้ตามมาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเดิม และอายุความในการฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาในบางกรณีมีอายุความที่สั้นกว่าอายุความตามกฎหมายละเมิด ยกตัวอย่างเช่น อายุความในความรับผิดต่อความชำรุดบกพร่องของสินค้า มีอายุความ 6 เดือนหรือ 1 ปี หลังจากที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สิน (ตามมาตรา 477 เดิม) จนกระทั่งได้มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันปี 2002 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจได้รับชดใช้ในความรับผิดตามสัญญาด้วย และได้กำหนดให้อายุความในการฟ้องร้องบังคับคดีอยู่ในระบบเดียวกันตามมาตรา 195 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่มีอายุความทั่วไป 3 ปี และมีอายุความในกรณีพิเศษกำหนดต่างหาก เช่น ความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่อง (มาตรา 438) ความรับผิดอันเกิดจากสัญญานำเที่ยว (มาตรา 651g วรรคสอง) ความรับผิดตามสัญญาเช่า (มาตรา 548) ความรับผิดตามสัญญาขนส่งทางพาณิชย์ (มาตรา 439) ส่วนเรื่องละเมิดมีอายุความในกรณีพิเศษตามมาตรา 199 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมันซึ่งอาจมีอายุความ 10 ปี หรือ 30 ปี

แม้ทฤษฎี *Anspruchskonkurrenz* จะสามารถใช้โดยได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง แต่มีข้อบกพร่อง กล่าวคือ ด้วยการให้โจทก์เลือกฟ้องบนฐานความรับผิดฐานใดฐานหนึ่งได้ ทำให้ในการปรับใช้บางครั้งเป็นการลดทอนวัตถุประสงค์ของสัญญา (ข้อพิจารณาเช่นเดียวกับหลัก non – cumul ของฝรั่งเศสที่หากมีสัญญา ต้องปรับใช้หลักความรับผิดตามสัญญา จะปรับใช้หลักความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้) จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าสิทธิของโจทก์ในการเลือกฟ้องร้องบังคับคดีจะถูกจำกัดหากการเลือกนั้นเป็นการทำลายวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของหลักกฎหมายอีกหลักหนึ่ง ในความเป็นจริงศาลสูงจึงได้มีการปรับใช้หลักความรับผิดตามสัญญาในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด

(BGH 20 November 1984, BGHZ 93, 23, BGH 23 March 1966, BGHZ 46, 140, BGH 30 November 1972, NJW 1972, 475, BGH 23 March 1966, NJW 1967, 42, BGH 20 December 1966, BGHZ 46, 313) และปรับใช้อายุความตามความรับผิดตามสัญญาในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด (BGH 31 January 1967, BGHZ 47, 53, BGH 24 May 1976, BGHZ 66, 315, BGH 8 January 1986, NJW 1986, 1608)<sup>145</sup> ศาลสูง Bundesgerichtshof ได้ตัดสินโดยสอดคล้องกับการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว โดยตัดสินว่า หากฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามกฎหมายใด การปรับใช้จะพิจารณาเงื่อนไข เนื้อหาและการบังคับใช้ของกฎหมายนั้น แต่อาจมีข้อยกเว้นหากเป็นที่เห็นได้ชัดว่าบทกฎหมายที่ปรับใช้กลายเป็นข้อจำกัดของความเป็นไปได้ในการกล่าวอ้างความเสียหายอีกฐานความรับผิดหนึ่ง (ในคดี BGH 22 July 2014, KZR 27/13 ก็ได้ตัดสินในแบบเดียวกัน) จึงเห็นได้ชัดว่าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายสัญญาที่มีอิทธิพลต่อการฟ้องร้องคดีบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด ดังจะเห็นได้ชัดจากการฟ้องร้องแบบ *Anspruchsnormenkonkurrenz*<sup>146</sup> ในระยะหลัง ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์เลือกฟ้องจำเลยโดยอ้างความผิดของจำเลยบนกฎหมายมากกว่า 1 ฐาน และศาลสามารถปรับใช้ความรับผิดบนฐานกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งเท่านั้น<sup>147</sup> ผลของคดีย่อมขึ้นอยู่กับข้อโต้แย้งของคู่ความและขอบเขตหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายของศาล<sup>148</sup> จึงเป็นที่กล่าวกันว่าหากฟ้องร้องบนฐานกฎหมายใดจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของความรับผิดนั้น<sup>149</sup> แต่ความมีอยู่และเนื้อหาของความรับผิดเพื่อละเมิดอาจได้รับอิทธิพลจากหลักเกณฑ์ตามความรับผิดตามสัญญา

<sup>145</sup> คำพิพากษาอยู่ในหัวข้อ 4.1.1.4 ข้อ 3.) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

<sup>146</sup> A. Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, (München : C.H. Beck, 1968), pp. 19-21 อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 718.

<sup>147</sup> Bundesministerium für Bildung und Forschung, "Gesetzliche Schuldverhältnisse Einführung Und Allgemeine Informationen,"(2012).

<sup>148</sup> A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop en de toegang tot de rechter* , in A.G. Casteermans et al. (eds), *Ex libris Hans Nieuwenhuis* (Deventer : Kluwer 2009), pp 158-159 อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 720.

<sup>149</sup> F.B. Bakels, *Aspecten van samenloop (II)*, WPNR 2009/6797, no. 22; J.H. NIEUWENHUIS, *They Still Rule Us from Their Graves*, WPNR 2007/6693, pp. 1-6; L.D. Pels Ricken, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1980, p. 1102. อ้างถึงใน *ibid*.

โดยสรุปการผิดสัญญาไม่ใช่กรณีเดียวกันกับการละเมิดต่อกฎหมายตามมาตรา 823 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และไม่ใช่การผิดต่อกฎหมายที่มุ่งเน้นคุ้มครองความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 823 วรรค 2 อย่างไรก็ตาม การผิดสัญญาอาจมีกรณีละเมิดสิทธิในกรรมสิทธิ์หรือการละเมิดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายตามมาตรา 823 วรรค 1 ได้ ทำให้เกิดความคับแค้นระหว่างกฎหมายสัญญาและละเมิด โดยมีข้อยกเว้น กล่าวคือ หากมีการปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดในข้อเท็จจริง จะปรับใช้ความรับผิดดังกล่าวเพื่อเป็นการจำกัดหรือลดทอนความมุ่งหมายของสัญญาไม่ได้<sup>150</sup> ยกตัวอย่างเช่น สัญญาอาจกำหนดสิทธิประโยชน์ในหนี้ระหว่างกัน หรือทำสัญญาเพื่อให้มีอายุความฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาที่สั้นกว่าละเมิด เป็นต้น การปรับใช้จึงต้องคำนึงถึงข้อตกลงในสัญญา จะนำละเมิดมาปรับใช้มิได้ หลักการนี้ได้มีการใช้อย่างกว้างขวาง ยกตัวอย่างเช่น นำหลักความผิดตามความรับผิดตามสัญญามาปรับใช้ (คดี BGH 20 November 1984, BGHZ 93, 23, คดี BGH 23 March 1966, BGHZ 46, 140, คดี BGH 20 December 1966, BGHZ 46, 313, 316) นำอายุความตามสัญญาที่สั้นกว่ามาใช้ (คดี BGH 31 January 1967, BGZ 47, 53, 55, คดี BGH 24 May 1976, BGH, 66, 315, 320, คดี BGH 8 January 1986, NJW 1986, 1608, คดี BGH 23 May 2006, NJW 2006, 2399) ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายหนี้ของเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 280 วรรค 1 ตอนท้ายที่กำหนดให้หน้าที่ในการพิสูจน์ความผิดในกฎหมายสัญญาเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ และมาตรา 253 ที่ได้รับรองให้สามารถเรียกร้องให้ชดใช้ความเสียหายที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจบนฐานของความรับผิดตามสัญญาได้ ทำให้แนวความคิดในการปรับใช้กฎหมายสัญญาและละเมิดแบบเดิมไม่ได้รับการโต้เถียงมากนัก เนื่องจากปัจจุบันกฎหมายสัญญามีประโยชน์ในแง่ของภาระการพิสูจน์ อีกทั้งยังสามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจได้ โจทก์ได้ประโยชน์หากปรับใช้กฎหมายสัญญากับข้อเท็จจริงมากขึ้น

ในเยอรมัน อนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเลือกฟ้องบนฐานความรับผิดทางสัญญาหรือความรับผิดเพื่อละเมิดได้ หากข้อเท็จจริงผิดทั้งสัญญาและละเมิด โดยการจะปรับใช้ความรับผิดใดเป็นดุลยพินิจของศาลที่จะนำกฎหมายลักษณะสัญญาหรือลักษณะละเมิดมาปรับใช้

<sup>150</sup> Christian von Bar, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (Walter de Gruyter, 2009), p. 284.

## 2.) อำนาจของศาลในการปรับใช้กฎหมาย

วิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมันเป็นรูปแบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา<sup>151</sup> แต่โดยหลักแล้ว ศาลจะไม่ถูกจำกัดอำนาจในการปรับใช้กฎหมาย เว้นแต่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น การห้ามพิพากษาเกินคำขอ (มาตรา 308 วรรค 1 ZPO)<sup>152</sup> ที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีเรื่องหลักความประสงค์ของคู่ความ (Dispositionsgrundsatz) โดยคู่ความมีหน้าที่เสนอข้อเท็จจริงต่อศาล<sup>153</sup> ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาคดีอาญา ปกครอง และการคลัง ที่มีรูปแบบการพิจารณาคดีระบบไต่สวน<sup>154</sup>

สำหรับการค้นหากฎหมายมาปรับใช้เป็นหน้าที่ของศาล<sup>155</sup> ไม่ว่าจะเป็นสถานการณ์ใด ศาลจะต้องรู้กฎหมาย แต่ไม่ได้หมายความว่าคู่ความไม่มีบทบาทในการชี้นำบทกฎหมายที่ปรับใช้ เพราะโดยปกติแล้วคู่ความจะเสนอบทกฎหมายที่จะปรับใช้กับข้อเท็จจริงตามความเห็นของตน โดยเขียนมาในคำบรรยายฟ้อง เพื่อชี้นำบทกฎหมายที่จะปรับใช้แก่ศาล แต่ศาลไม่ถูกจำกัดในการเลือกปรับใช้บทกฎหมายที่คู่ความมิได้กล่าวอ้าง ศาลสามารถปรับเปลี่ยนกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินได้ แม้จะไม่ใช้กฎหมายที่คู่ความกล่าวอ้างหรือกล่าวอ้างเพียงเล็กน้อย<sup>156</sup> เพราะศาลสามารถไม่ทำตามหลักการความประสงค์ของคู่ความได้หากว่าการปรับใช้ข้อกฎหมายอีกบทหนึ่งได้เยียวยาโจทก์ผู้เสียหายได้มากกว่า<sup>157</sup> โดยศาลจะต้องแจ้งกับคู่ความหากจะเปลี่ยนบทกฎหมายที่ปรับใช้ที่มีใช้บทกฎหมายที่คู่ความกล่าวอ้าง<sup>158</sup> แต่ไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องแจ้งให้คู่ความทราบถึงเหตุผลของการเลือกปรับใช้อีกบทกฎหมายหนึ่งแต่อย่างใด<sup>159</sup> เช่น กรณีที่โจทก์ฟ้องร้องจำเลยบนฐานความรับผิดชอบตามสัญญา หากศาลเห็นว่าเป็นความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ศาลก็สามารถนำมาปรับใช้ได้ โดยต้องแจ้งประเด็นข้อกฎหมายดังกล่าวให้คู่ความทราบด้วย นอกจากนั้นศาลยังสามารถสอบถามคู่ความเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงได้แม้ว่าเรื่องดังกล่าวจะไม่เคยถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาโดยคู่ความเลยก็ตาม

<sup>151</sup> Nicola Zeibig Christian Wolf, Evidence in Civil Law - Germany (Maribor: Institute for Local Self - Government and Public Procurement 2015), p. 14.

<sup>152</sup> Ibid., 1.

<sup>153</sup> Ibid., 2.

<sup>154</sup> Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1. ed., 2014, p. 89 อ้างถึงใน ibid., 3.

<sup>155</sup> Cf. Michelmann, Harvard Law Review, 100 (1986) pp. 4, 76 f. อ้างถึงใน ibid., 4.

<sup>156</sup> Ibid., 15.

<sup>157</sup> Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. ed., 2011, § 24 Rz. 8. อ้างถึงใน ibid., 13.

<sup>158</sup> Wagner in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. ed., 2013, § 139, Rz. 33. อ้างถึงใน ibid., 5.

<sup>159</sup> Prütting in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. ed., 2013, § 293 ZPO Rz. 4. อ้างถึงใน ibid., 3.

### 3.) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

ศาลเยอรมัน Bundesgerichtshof ตัดสินว่า คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายสามารถเลือกที่จะฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาหรือความรับผิดเพื่อละเมิดได้ อย่างไรก็ตาม ในการปรับใช้บนพื้นฐานของความผิดใด จะต้องใช้หลักเกณฑ์ความรับผิดบนฐานนั้นพิจารณาไปตลอดด้วย และคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจจะหวนกลับมาอ้างฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้ หากฐานความรับผิดตามสัญญาขาดอายุความ<sup>160</sup>

BGH 1, 283, (11.4.1951)<sup>161</sup> ในกรณีที่ข้อเท็จจริงผิดทั้งสัญญาและละเมิด ความรับผิดทางสัญญาไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจได้ หากความรับผิดของจำเลยเป็นเรื่องของการกระทำละเมิดด้วยในขณะเดียวกัน โจทก์สามารถเลือกฟ้องตามกฎหมายลักษณะละเมิดในการเยียวยาความเสียหาย โดยเรียกร้องความเสียหายทางจิตใจได้ตามมาตรา 847 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

BGHZ (19.9.1973) 61,227<sup>162</sup> เป็นกรณีของสัญญาเช่า โดยในข้อเท็จจริงหากโจทก์ฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาตามมาตรา 558 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จะมีอายุความยาวกว่า การฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดตามมาตรา 852 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ศาลจึงนำหลักความรับผิดทางสัญญามาใช้ในข้อเท็จจริงนี้ และได้วินิจฉัยต่อว่าหากเป็นกรณีที่อายุความตามความรับผิดทางสัญญาสั้นกว่า โจทก์สามารถฟ้องคดีโดยนำอายุความตามความรับผิดเพื่อละเมิดมาใช้ได้

RGZ 127, 213 ข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่โจทก์จ้างจำเลยมาซ่อมเครื่องทำน้ำร้อน และจำเลยได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์ คดีนี้ หากนำความรับผิดตามสัญญามาใช้ จำเลยจะต้องรับผิดโดยปราศจากเงื่อนไขในความรับผิดของลูกจ้างของจำเลย แต่หากปรับข้อเท็จจริงตามฐานความรับผิดเพื่อละเมิด จำเลยอาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 831 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้

Reichsgericht 13 October 1916, RGZ, 88, 433 หน้าที่ตามกฎหมายทั่วไปที่ห้ามไม่ให้ทำให้ผู้อื่นเป็นอันตราย เป็นหน้าที่ที่มีอยู่ในทุกๆ บุคคล ไม่ว่าจะเขาจะได้ตกลงเข้าทำสัญญาหรือไม่

<sup>160</sup> BGH 24 November 1976, BGHZ 67, 359 ; BGH 4 March 1971, BGHZ 55, 329 ; BGH 11 February 2004, VII ZR 386/02. อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 716.

<sup>161</sup> Basil S Markesinis, *Comparative Introduction to the German Law of Torts* (Oxford: Clarendon Press, 1990), pp. 45,502.

<sup>162</sup> Ibid., 687.

BGH 20 November 1984, BGHZ 93, 23<sup>163</sup>

ข้อเท็จจริงเป็นกรณีของจำเลยที่ผลิตน้ำกากไยมันฝรั่งเพื่อเป็นอาหารแก่สัตว์ ได้ให้น้ำดังกล่าว แก่โจทก์ผู้เป็นชาวนาเลี้ยงวัว ซึ่งโดยปกติน้ำดังกล่าวใช้เลี้ยงสัตว์เพื่อทำให้โตเร็วยิ่งขึ้น ด้วยคำแนะนำ ของ M. ซึ่งเป็นผู้ให้คำแนะนำแก่เกษตรกร จำเลยจึงให้น้ำมันฝรั่งแก่โจทก์ และโจทก์นำน้ำมันฝรั่ง ไปเลี้ยงวัวโดยไม่ได้อ่านถึงข้อระมัดระวังในการให้น้ำมันฝรั่ง 10 กิโลต่อสัตว์หนึ่งตัวในแต่ละวัน จึงทำให้ วัวเป็นโรคระบาดและล้มตาย โจทก์ฟ้องจำเลยตามความรับผิดเพื่อละเมิด ในคดีดังกล่าวศาลตัดสิน โดยให้นำลักษณะของการให้ตามมาตรา 521 ซึ่งผู้ให้จะต้องรับผิดชอบเมื่อได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรงเท่านั้นมาปรับใช้ โดยไม่นำการจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามความรับผิดเพื่อละเมิด มาปรับใช้แต่อย่างใด

BGH 23 March 1966, BGHZ 46, 140 ความรับผิดของผู้ให้ยืมตามมาตรา 599 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน นำหลักความผิดที่ต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงจะมีความรับผิด ตามความรับผิดตามสัญญาปรับใช้กับการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดด้วย

BGH 23 March 1966, NJW 1967, 42 ศาลนำมาตรฐานความระมัดระวังตามความรับผิดเรื่อง การฝากทรัพย์ตามมาตรา 690 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่วางหลักว่า ผู้รับฝากทรัพย์ที่ไม่มี บำเหน็จ จะมีความรับผิดต่อเมื่อขาดความระมัดระวังในการดูแลทรัพย์เช่นตามปกติในการดูแล ทรัพย์ของตน มาปรับใช้ในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด

BGH 20 December 1966, BGHZ 46, 313 เป็นเรื่องความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วน ความรับผิดของหุ้นส่วนผู้มีหน้าที่รับผิดชอบกิจการใด จะมีขึ้นต่อเมื่อมิได้กระทำตามปกติที่ตน ประกอบกิจของตน นำองค์ประกอบความผิดตามสัญญามาปรับใช้

BGH 24 May 1976, BGHZ 66, 315<sup>164</sup>

การฟ้องร้องบังคับคดีสามารถฟ้องร้องได้ทั้งความรับผิดตามสัญญาและละเมิดหากว่าเข้า องค์ประกอบของความรับผิดดังกล่าวนี้ อย่างไรก็ตาม การฟ้องร้องจะต้องตัดสินบนฐานความรับผิดใด ความรับผิดหนึ่งโดยอิสระแยกออกจากกันขึ้นอยู่กับขอบเขต การบังคับใช้ และกฎหมายว่าด้วยอายุความ สำหรับการฟ้องร้องความเสียหายของผู้ซื้อโจทก์ อันเนื่องมาจากการที่จำเลยไม่ปฏิบัติชำระหนี้ให้ต้องตาม ความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ (positive breach of contract) จะต้องใช้อายุความตามมาตรา 477 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (หากเป็นสังหาริมทรัพย์มีอายุความ 6 เดือน และหากเป็นที่ดิน

<sup>163</sup> "Bgh 20 November 1984, Bghz 93, 23," (Bundesgerichtshof 1984).

<sup>164</sup> "Bgh 24 May 1976, Bghz 66, 315," (Bundesgerichtshof 1976).



มีอายุความ 1 ปีนับจากวันที่ส่งมอบ) จะนำอายุความตามความรับผิดเพื่อละเมิดที่มีอายุความ 3 ปี ตามมาตรา 852 มาใช้บังคับไม่ได้

BGH 8 January 1986, NJW 1986, 1608

ผู้ให้เช่าอาหาริมทรัพย์ฟ้องผู้เช่าบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด ศาลนำอายุความฟ้องร้องคดี ตามสัญญาเช่าตามมาตรา 548 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งมีอายุความเพียง 6 เดือน มาปรับใช้

BGH 31 January 1967, BGHZ 47, 53

ข้อเท็จจริงเป็นกรณีของบริษัทผู้ปล่อยเช่ารถยนต์โจทก์ฟ้องร้องผู้เช่ารถยนต์จำเลยในมูลละเมิด เนื่องจากจำเลยเช่ารถยนต์ไปขับขีและรถชนก่อให้เกิดความเสียหายต่อรถที่เช่า โดยอายุความฟ้องร้อง บังคับคดีมีอายุความ 6 เดือนตามมาตรา 558 (มาตรา 548 ปัจจุบัน) ศาลตัดสินนำอายุความ ตามความรับผิดตามสัญญามาใช้บังคับ และไม่นำอายุความตามมูลละเมิดที่ยาวกว่าตามมาตรา 852 (3 ปี หรือ 30 ปี) มาปรับใช้

#### 4.1.2 กฎหมายฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบันได้แบ่งประเภทหนี้ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ Obligations de Moyens, Obligations de Résultat และ Obligations de Garantie

(1) Obligations de Moyens คือ หนี้ซึ่งต้องชำระด้วยความระมัดระวังโดยไม่คำนึงถึง ผลสำเร็จของการชำระหนี้<sup>165</sup> ลูกหนี้จะมีความรับผิดต่อเมื่อไม่ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ ตามระดับความระมัดระวังอันพึงใช้ในสัญญาประเภทนั้น ๆ หากระมัดระวังแล้วชำระหนี้ไม่สำเร็จ ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิด

(2) Obligations de Résultat คือ หนี้ที่คำนึงถึงผลสำเร็จของการชำระหนี้<sup>166</sup> เป็นสำคัญ หนี้ประเภทนี้ลูกหนี้จะต้องมีความระมัดระวังและต้องก่อให้เกิดผลสำเร็จในการชำระหนี้ด้วย การที่ลูกหนี้ พิสูจน์ว่าการไม่ชำระหนี้ไม่ได้เกิดจากความผิดของตนยังไม่เพียงพอ จะต้องแสดงให้เห็นว่าการไม่ชำระหนี้ เกิดขึ้นเพราะเหตุแทรกซ้อนภายนอก การกระทำจากบุคคลที่สาม หรือการกระทำของเจ้าหนี้เองอีกด้วย อาจถือได้ว่าเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดที่ทำให้ลูกหนี้อาจต้องรับผิดแม้ตนไม่มีส่วนผิด<sup>166</sup>

(3) Obligations de Garantie หรือ หนี้ที่เกิดจากการรับประกัน เป็นหนี้ที่ลูกหนี้แสดงออก โดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายว่าลูกหนี้จะรับความเสี่ยงภัยจากสถานการณ์นั้น ๆ ไว้เอง แม้จะไม่ได้เกิด

<sup>165</sup> G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract : A Comparative Account*, p. 9.

<sup>166</sup> Ibid.

จากความผิดของลูกหนี้หรือเกิดจากเหตุแทรกซ้อนภายนอกอื่นๆ ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ตน  
ประกันไว้ ถือเป็นความผิดที่เคร่งครัดอย่างแท้จริง

#### 4.1.2.1 ความรับผิดตามสัญญา

##### 1.) หลักความผิด

##### ก. การไม่ปฏิบัติชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้า

การชำระหนี้ตามสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศส ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยสุจริต  
ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 1104<sup>167</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทั้งนี้ หากลูกหนี้ไม่ชำระ  
หนี้หรือชำระหนี้ล่าช้าลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่เจ้าหนี้อันเป็นไปตามมาตรา 1231-1<sup>168</sup>  
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งวางหลักว่า ลูกหนี้จะถือว่ามีความรับผิดในการชำระค่าเสียหาย  
บนฐานของการไม่ปฏิบัติชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้า เว้นเสียแต่ว่าลูกหนี้ได้แสดงให้เห็นว่าการไม่ชำระหนี้  
เกิดจากเหตุสุดวิสัย โดยจะถือว่าลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ต่อเมื่อระยะเวลาที่ให้ปฏิบัติตามการชำระหนี้  
สมเหตุสมผลแล้ว

การที่ลูกหนี้จะมีความรับผิดตามสัญญาได้จะต้องมีความผิด กล่าวคือ ประมาทเลินเล่อ ก่อฉ้อฉล  
ไม่สุจริตในการชำระหนี้ หรือจงใจไม่ชำระหนี้ อันพิจารณาได้จากมาตรา 1231-3 และมาตรา 1231-4  
แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งวางหลักว่า

มาตรา 1231-3 “ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเฉพาะแต่ความเสียหายที่สามารถคาดเห็นหรือควรจะ  
ได้คาดเห็นถึงความเสียหายในขณะที่ทำสัญญา เว้นแต่ การไม่ปฏิบัติชำระหนี้ซึ่งเป็นที่ยอมรับไม่ได้  
หรือการฉ้อฉล (une faute lourde ou dolosive) ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะสามารถคาดเห็นได้  
หรือไม่ก็ตาม”

<sup>167</sup> Article 1104 of French Civil Code

“Contracts must be negotiated, formed and performed in good faith.”

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10  
February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย by John Cartwright

<sup>168</sup> Article 1231-1 of French Civil Code

“A debtor is condemned, where appropriate, to the payment of damages either on the  
ground of the non-performance or a delay in performance of an obligation, unless he justifies this  
on the ground that performance was prevented by force majeure.”

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10  
February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย by John Cartwright

มาตรา 1231-4 “หากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้เกิดจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ที่ยอมรับไม่ได้หรือการฉ้อฉล ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ความเสียหายใกล้ต่อเหตุและเป็นผลโดยตรงมาจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้”

เมื่อพิจารณาจากสองมาตราดังกล่าวมาตรา 1231-4 เป็นกรณีการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ที่เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้นใกล้ต่อเหตุและเป็นผลโดยตรงมาจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ ส่วนมาตรา 1231-3 เป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้โดยไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งที่ลูกหนี้สามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ตั้งแต่ทำสัญญา

จะเห็นว่าหลักกฎหมายฝรั่งเศสโดยทั่วไปถือว่าการไม่ชำระหนี้เป็นความผิดอยู่ในตัวเอง ซึ่งหากพิจารณาถึงการพิสูจน์ความผิดในหนี้แต่ละประเภท หนี้ที่ค้ำประกันถึงผลสำเร็จ ย่อมอาจสันนิษฐานว่าลูกหนี้ผิดได้ เนื่องจากลูกหนี้จะหลุดพ้นจากความรับผิดเพียงเฉพาะกรณีที่อ้างว่าความเสียหายเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือความผิดของผู้เสียหายเท่านั้น<sup>169</sup> ส่วนหนี้ที่ต้องชำระด้วยความระมัดระวังจะต้องมีการพิสูจน์ความผิดของลูกหนี้เสมอ<sup>170</sup>

#### ข. การชำระหนี้เป็นพันวิสัย

เนื่องจากประเภทของหนี้ในกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งออกเป็นสามประเภทได้แก่ หนี้ซึ่งต้องชำระด้วยความระมัดระวัง (Obligations de moyens) หนี้ที่ค้ำประกันถึงผลสำเร็จของการชำระหนี้ (Obligations de resultat) และหนี้ที่เกิดจากการรับประกัน (Obligations de Garantie) มีเฉพาะแต่หนี้ที่ค้ำประกันถึงผลสำเร็จเท่านั้นที่สามารถมีกรณีพันวิสัยในการชำระหนี้ได้ โดยการชำระหนี้เป็นพันวิสัยเป็นไปตามมาตรา 1218 มาตรา 1351 และ มาตรา 1351-1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ดังนี้  
 มาตรา 1218<sup>171</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสวางหลักว่า เหตุสุดวิสัยที่เกิดในสัญญา คือเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของลูกหนี้และเป็นเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดเห็นได้

<sup>169</sup> Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 712.

<sup>170</sup> Saul Litvinoff, *Louisiana Civil Law Treatise Obligations Book 1* (West Pub. Co., 1969), p. 182.

<sup>171</sup> Article 1218 of French Civil Code

“Contractual force majeure exists if an event outside the control of the debtor and that could not be reasonably foreseen at the time the contract was entered into, the effects of which cannot be avoided by appropriate measures, prevents the performance of its obligation by the debtor.

อย่างสมเหตุสมผลในขณะก่อสัญญาขึ้น ซึ่งผลกระทบที่เกิดขึ้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้โดยมาตรการที่เหมาะสมและลูกหนี้ไม่สามารถป้องกันได้

หากเหตุการณ์ขัดขวางดังกล่าวเป็นการชั่วคราวการปฏิบัติชำระหนี้จะถูกเลื่อนออกไปแต่วันแต่ผลของการล่าช้านั้นจะเป็นเหตุให้เลิกสัญญาได้ หากเหตุการณ์ที่ขัดขวางดังกล่าวเป็นการถาวร สัญญาถือว่าเลิกกันโดยอัตโนมัติและคู่สัญญาหลุดพ้นจากหนี้ซึ่งกันและกัน ภายใต้เงื่อนไขในมาตรา 1351 และมาตรา 1351-1

มาตรา 1351<sup>172</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสวางหลักว่า หากการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ เฉพาะแต่หนี้ส่วนที่พันธวิสัย ซึ่งเป็นผลมาจากเหตุสุดวิสัยอย่างเด็ดขาด เว้นแต่ลูกหนี้ได้ตกลงยินยอมรับความเสี่ยงในเหตุการณ์นั้นหรือได้รับการแจ้งเตือนจากเจ้าหนี้ให้ปฏิบัติชำระหนี้ก่อนหน้านั้น

มาตรา 1351-1<sup>173</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสวางหลักว่า หากการชำระหนี้เป็นพันธวิสัย เนื่องจาก ทรัพย์สินที่เป็นหนี้สูญหาย ลูกหนี้ที่ได้รับการแจ้งเตือนให้ชำระหนี้ยังคงหลุดพ้นจากการปฏิบัติชำระหนี้หากเขาพิสูจน์ได้ว่าความสูญหายดังกล่าวยังคงเกิดขึ้นแม้เขาได้ปฏิบัติชำระหนี้ถูกต้อง

---

If the impediment is temporary, the performance of the obligation is suspended unless the resulting delay justifies the rescission of the contract. If the impediment is permanent, the contract is automatically rescinded and the parties are released from their obligations in the conditions defined in Articles 1351 and 1351-1.”

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright

<sup>172</sup> Article 1351 of French Civil Code

“ Impossibility of performing the act of performance discharges the debtor to the extent of that impossibility where it results from an event of force majeure and is definitive unless he had agreed to bear the risk of the event or had previously been given notice to perform.”

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright

<sup>173</sup> Article 1351-1 of French Civil Code

“ Where the impossibility of performance is a result of the loss of the thing that is owed, the debtor who has been given notice to perform is still discharged if he proves that the loss would equally have occurred if his obligation had been performed.”

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright

หากการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยเกิดขึ้นโดยเหตุที่ไม่อาจโทษลูกหนี้ได้หรือลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น เป็นเหตุที่ลูกหนี้ไม่อาจต้านทานได้ เป็นเหตุที่ลูกหนี้ไม่อาจคาดหมายได้ หรือเป็นเหตุที่เกิดจากเหตุภายนอก เป็นต้น จะก่อให้เกิดผล 2 ประการ คือ ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชดใช้ค่าเสียหายและลูกหนี้หลุดพ้นจากความเป็นหนี้ หากเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้สามารถป้องกันได้หรือเป็นกรณีที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ลูกหนี้ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ เช่น ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายในกรณีที่สามารถคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นความเสียหาย ในขณะที่ทำสัญญา เว้นแต่การไม่ปฏิบัติชำระหนี้เกิดจากการกระทำที่ไม่อาจยอมรับได้หรือฉ้อฉล (une faute lourde ou dolosive) ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ไม่ว่าจะสามารถคาดเห็นได้หรือไม่ก็ตาม

## 2.) ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ความเสียหายของความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นไปตามมาตรา 1231-2<sup>174</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งวางหลักว่า "โดยทั่วไปค่าเสียหายที่เจ้าหนี้จะได้รับชดใช้ต้องเป็นค่าเสียหายในความสูญเสียที่เจ้าหนี้จะต้องประสบและผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้เสียไปจากการที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ เว้นแต่มีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดอย่างอื่น"

จากมาตราดังกล่าวเจ้าหนี้จะสามารถเรียกให้ลูกหนี้ ชดใช้ค่าเสียหายในกรณีที่เป็นการขาดทุนที่แท้จริง กล่าวคือ การที่เจ้าหนี้ขาดทุนอันเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้ตามสัญญา และการสูญเสียผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้ควรจะได้รับ กล่าวคือ เป็นการสูญเสียผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับเมื่อลูกหนี้ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ในหนี้ตามสัญญา<sup>175</sup>

โดยค่าเสียหายข้างต้นจะได้รับการชดใช้ต่อเมื่อเข้าลักษณะความเสียหาย ที่กฎหมายฝรั่งเศสยอมรับดังต่อไปนี้

ก. ประเภทของความเสียหายที่เจ้าหนี้สามารถเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ ฝรั่งเศสได้ยอมรับทั้งความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สิน (droits patrimoniaux) และความเสียหายต่อสิทธิในทางศีลธรรม

<sup>174</sup> Art. 1231-2 of French Civil Code

"In general, damages due to the creditor are for the loss that he has incurred or the gain of which he has been deprived, with the following exceptions and qualifications."

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright

<sup>175</sup> Copernic Avocats, "Sanctions for Contractual Non-Performance under French Law from the Napoleonic Code to Order N° 2016-131 of 10 February 2016," p. 10.

(préjudice moral) หรือ ความเสียหายนอกกองทรัพย์สิน เช่น ความเสียหายต่อเกียรติยศ ชื่อเสียง ความเสียหายต่อร่างกาย หรือความเสียหายต่อจิตใจ เป็นต้น ถึงแม้ว่าความเสียหายทางศีลธรรม จะได้รับการคัดค้านจากนักวิชาการบางส่วนโดยมองว่าความเสียหายทางศีลธรรมไม่สามารถแก้ ความเสียหายได้จริง และยังขัดกับหลักศีลธรรม ที่นำเอาเกียรติยศ ชื่อเสียง ความรัก ความรู้สึก มาเทียบเป็นเงิน แต่นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่าความเสียหายทางศีลธรรมอาจแก้ความเสียหายได้ เนื่องจากการชดใช้ค่าเสียหาย ถือเป็นสิ่งตอบแทนให้สมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นการชดใช้ ให้พอใจแก่เจ้าหนี้โดยใช้สิ่งอื่นทดแทน ตัวอย่างเช่น กรณีสัญญาขนส่ง หากผู้ขนส่งทำให้ผู้โดยสาร ได้รับบาดเจ็บผู้ขนส่งก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางศีลธรรมที่เกิดขึ้น

ข. ความเสียหายต้องมีลักษณะที่แน่นอน (préjudice certain) เป็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจริง ไม่ว่าในปัจจุบันหรืออนาคต หากความเสียหายเป็นเพียงแต่อาจจะเกิดขึ้นไม่ใช่ความเสียหายที่แน่นอน

ค. เป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุและเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการไม่ปฏิบัติ ขำระหนี้ ซึ่งจะได้อธิบายอย่างละเอียดในหัวข้อถัดไป เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

อย่างไรก็ตาม หากความเสียหายเกิดจากเหตุสุดวิสัย ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 1231-1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อก่อนหน้า

### 3.) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในความรับผิดชอบตามกฎหมายตามบทบัญญัติของฝรั่งเศส โดยหลักทั่วไปลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายให้เจ้าหนี้ต่อเมื่อความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรง และเป็นความเสียหายที่ใกล้ต่อเหตุจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม หากลูกหนี้มีตั้งใจทำให้ เจ้าหนี้เสียหายจะต้องนำหลักความคาดเห็นในความเสียหาย (foreseeable) มาพิจารณา ประกอบด้วย<sup>176</sup> จึงสามารถแยกหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของความรับผิดชอบ ตามสัญญาเป็นกรณีดังต่อไปนี้

ก. กรณีที่ลูกหนี้ผิดสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

เป็นไปตามมาตรา 1231-4<sup>177</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งวางหลักว่า "ในกรณีที่ การไม่ปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาเป็นผลมาจากการกระทำที่ยอมรับไม่ได้หรือการฉ้อฉล ความเสียหาย

<sup>176</sup> Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, 2 ed. (Clarendon Press, 1992), p. 225.

<sup>177</sup> Article 1231-4 of French Civil Code

ที่เจ้าหนี้จะได้รับชดใช้ต้องเป็นความเสียหายที่ใกล้ต่อเหตุและเป็นผลโดยตรงจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้" เป็นกรณีที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการไม่ชำระหนี้ แม้ว่าความเสียหายดังกล่าวจะไม่อาจคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ในเวลาทำสัญญาหรือไม่ใช่วัตถุประสงค์ของสัญญาก็ตาม ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายทุกชนิดที่เกิดขึ้นแต่อยู่ในขอบเขตของผลโดยตรงและไม่ไกลกว่าเหตุ ตัวอย่างเช่น ผู้ขายวัวส่งมอบวัวที่เป็นโรคให้แก่ผู้ซื้อซึ่งเป็นชาวนา ส่งผลให้วัวตัวอื่นในคอกติดโรคและตายลง และทำให้ชาวนาไม่มีวัวไถนา ไม่มีเงินชำระหนี้และถูกยึดทรัพย์ ค่าเสียหายที่ชาวนาจะได้รับ คือ ค่าเสียหายที่เกิดแก่วัวที่ซื้อ ค่าเสียหายที่เกิดจากการสูญเสียวัวตัวอื่น ซึ่งเป็นผลโดยตรง และค่าเสียหายที่ไม่ได้ทำนาบางส่วน ส่วนกรณีที่ชาวนาไม่มีเงินชำระหนี้และถูกยึดทรัพย์เป็นผลที่ห่างไกลต่อเหตุ ผู้ขายวัวจึงไม่ต้องรับผิดชอบ

#### ข. กรณีลูกหนี้ไม่จงใจผิดสัญญา

เป็นไปตามมาตรา 1231-3<sup>178</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งวางหลักว่า "ลูกหนี้จะต้องชดใช้ค่าเสียหายต่อเมื่อความเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นได้ในขณะที่ทำสัญญา เว้นแต่ ลูกหนี้จงใจไม่ชำระหนี้ ไม่ต้องพิจารณาความคาดเห็นแต่อย่างใด"

เป็นการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่แคบกว่าในกรณีที่ลูกหนี้จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ลูกหนี้จะรับผิดชอบได้นั้นจะต้องผ่านการพิจารณาว่าความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ซึ่งเป็นทางภาวะวิสัยเสียก่อน และพิจารณาต่อว่าความเสียหายนั้นไม่เกินความคาดเห็นในขณะทำสัญญาและอยู่ในขอบวัตถุประสงค์แห่งหนี้ซึ่งเป็นทางอัตวิสัย โดยพิจารณาจากความคาดเห็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

"In the situation where non-performance of a contract does indeed result from gross or dishonest fault, damages include only that which is the immediate and direct result of non-performance."

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright

<sup>178</sup> Article 1231-3 of French Civil Code

"A debtor is bound only to damages which were either foreseen or which could have been foreseen at the time of conclusion of the contract, except where non-performance was due to a gross or dishonest fault."

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright

ของวิญญูชนทั่วไปไม่ใช่ความคาดเห็นของลูกหนี้ ลูกหนี้จึงไม่อาจอ้างได้ว่าตนไม่อาจคาดเห็นได้หากวิญญูชนสามารถคาดเห็นลูกหนี้ก็ต้องรับผิด<sup>179</sup>

แม้ความเสียหายจะเป็นความเสียหายโดยตรงหรือใกล้ต่อเหตุแต่ความเสียหายนั้นลูกหนี้ไม่อาจคาดเห็นได้ในขณะทำสัญญา ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายนั้นเว้นแต่ลูกหนี้จะได้ตั้งใจผิดสัญญา โดยการคาดเห็นถึงความเสียหายนั้นจะต้องเป็นความเสียหายตามธรรมดาหรือตามปกติที่จะเกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ไม่ใช่ความเสียหายที่ผิดธรรมดาหรือความเสียหายพิเศษที่เจ้าหนี้ลูกหนี้ไม่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา เช่น กรณีขนส่งผู้โดยสาร ในกระเป๋าเดินทางมักจะมีเสื้อผ้าหรือของใช้ส่วนตัว ดังนั้นหากเกิดความเสียหายแก่ของมีค่าอื่น ๆ ผู้ขนส่งโดยสารอาจไม่สามารถคาดเห็นได้ว่ามีของมีค่าดังกล่าวอยู่ในกระเป๋า อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ผู้เดินทางได้แจ้งให้แก่ผู้ขนส่งโดยสารทราบว่ามีของมีค่าใส่ไว้ในกระเป๋าเดินทาง เช่นนี้ ผู้ขนส่งโดยสารย่อมคาดเห็นถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ จึงต้องรับผิดในความเสียหายนั้น

#### 4.) ผลของความรับผิดตามสัญญา

##### การบังคับชำระหนี้

ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเลือกที่จะให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระหนี้ตามสัญญาหรือชดใช้ค่าเสียหาย โดยมีสิทธิตามมาตรา 1217 และมาตรา 1221 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งวางหลักว่า

มาตรา 1217 “คู่สัญญาสามารถปฏิบัติกับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ โดยปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ตอบแทนหรือเลื่อนการชำระหนี้ของตนออกไป บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ร้องขอให้ลดราคา ทำให้สัญญาสิ้นสุดลง หรือร้องขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้”

มาตรา 1221 “เจ้าหนี้อาจจะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้และให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เว้นแต่การชำระหนี้นั้นไม่สามารถเป็นไปได้ หรือเห็นได้ชัดแจ้งว่าค่าใช้จ่ายที่ลูกหนี้ต้องชำระกับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ไม่ได้สัดส่วนกัน”

โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยให้ลูกหนี้ออกค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติชำระหนี้ทั้งหมด หากเป็นกรณีชดใช้ค่าเสียหายเจ้าหนี้สามารถเรียกสิ่ง

<sup>179</sup> Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, p. 231.



ต้องสูญเสียไปจากการผิดสัญญาของลูกหนี้ และเจ้าหนี้สามารถทำให้การชำระหนี้บรรลุได้ด้วยค่าใช้จ่ายของลูกหนี้

หากเป็นการบังคับชำระหนี้ในศาล หากเป็นหนี้กระทำการหรือดเว้นกระทำการ ศาลจะบังคับให้ลูกหนี้ใช้เงินจำนวนหนึ่งในกรณีที่ลูกหนี้ล่าช้าไม่ชำระหนี้ตามที่ศาลสั่ง ที่เรียกว่า *astreinte* ซึ่งเป็นการกำหนดจำนวนเงินที่แน่นอนไว้ล่วงหน้าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยศาลสามารถปรับเปลี่ยนจำนวนเงินได้ในภายหลัง ซึ่งกรณีนี้ไม่ได้มีจุดประสงค์เพื่อให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าความเสียหายที่เสียไป แต่เป็นการบังคับให้ลูกหนี้ชำระเนื่องมาจากความผิดของลูกหนี้อันเป็นการเยียวยาความเสียหายนอกเหนือไปจากการชดใช้ค่าเสียหายตามปกติ<sup>180</sup>

#### 4.1.2.2 ความรับผิดเพื่อละเมิด

กฎหมายละเมิดของฝรั่งเศสพัฒนาจากแนวคิดการกระทำละเมิดของโรมันคือ *injuria* และ *lex aquilia* โดย *injuria* คือกรณีการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลอื่นหรือต่อสิทธิของบุคคลอื่น เช่น การทำร้ายร่างกายผู้อื่น การหมิ่นประมาท ทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศ การรบกวนสิทธิครอบครองของผู้อื่น การกักขัง ส่วน *lex aquilia* คือการฆ่าทาสหรือปศุสัตว์ หรือการทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ก่อความเสียหายมีความผิดไม่ว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ในประมาณศตวรรษที่ 17-18 ชาวฝรั่งเศสได้ศึกษาหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดตามสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยกำหนดความเสียหายตามธรรมชาติที่จะเกิดขึ้นกับมนุษย์

##### 1.) หลักความผิด

หากพิจารณาถึงความเห็นของนักนิติศาสตร์ในอดีต ท่าน Louis Gardenat<sup>181</sup> ได้กล่าวว่า ความผิดในกฎหมายละเมิดคือการกระทำที่ต้องห้ามกระทำ *acte illicite* กล่าวคือกระทำสิ่งซึ่งกฎหมายห้าม ส่วนท่าน Planiol ได้กล่าวว่า การละเมิดคือการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ความผิดคือการไม่ชำระหนี้ตามกฎหมายหรือการขัดขืนต่อหนี้ซึ่งมีอยู่แล้ว

ปัจจุบันกฎหมายละเมิดของฝรั่งเศสมีลักษณะการบัญญัติแบบกว้างๆ อยู่ในมาตรา 1240-1244 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยมีมาตราที่สำคัญคือมาตรา 1240 และ 1241

<sup>180</sup> Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, p. 675.

<sup>181</sup> Salmon-Ricci Louis Gardenat, *De La Responsabilité Civile* (Librairie des Juris-classeurs, 1927), p. 9. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุต, "กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล," *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 3 2(2515): 112.

มาตรา 1240<sup>182</sup> วางหลักว่า “การกระทำทั้งหลายของบุคคลที่เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ก่อให้เกิดหนี้ต่อผู้ก่อความเสียหายที่กระทำผิด ให้ชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายนั้น”

มาตรา 1241<sup>183</sup> วางหลักว่า “บุคคลทุกคนจะมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นไม่เฉพาะที่เกิดจากการจงใจเท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือการไม่ระมัดระวังของตนด้วย

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 1240 และมาตรา 1241 จะเห็นว่าทั้งสองมาตราดังกล่าวได้วางหลักเกี่ยวกับความผิดของผู้กระทำละเมิดไว้ โดยมาตรา 1240 วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องมีความผิด และมาตรา 1241 เป็นการอธิบายความผิด ได้แก่ การจงใจ และการประมาทเลินเล่อหรือการไม่ระมัดระวัง

โดยหลักทั่วไปของหลักความผิดในกฎหมายฝรั่งเศส บุคคลจะมีความผิดต่อเมื่อกระทำละเมิดต่อหน้าที่ทั่วไปในการประพฤติที่ดี ซึ่งจะถูกกำหนดภายใต้แบบแผนทางกฎหมายหรือมาตรฐานทางสังคม โดยคำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส มักแบ่งความผิดออกเป็นสองชนิดได้แก่ ความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ (faute non-intention-nelle) และความผิดที่ตั้งใจกระทำ (faute intentionnelle) โดยความผิดที่ตั้งใจกระทำ คือ การกระทำที่มีกลฉ้อฉลหรือมีความตั้งใจร้าย อันเป็นความผิดโดยเจตนา กระทำขึ้นโดยประสงค์ต่อผล แตกต่างจากความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ ซึ่งไม่มีความตั้งใจร้ายแต่กระทำโดยประมาท (imprudence) อันไม่อาจยกโทษได้ หรืออาจเรียกว่าเป็นความผิดโดยสำคัญผิดต่อประพฤติน (une erreur de conduite) กล่าวคือ เขาไม่ได้ประพฤติตามที่เขาคควรจะประพฤติ<sup>184</sup>

การพิจารณามาตรฐานของความระมัดระวังที่คาดหวังจากผู้กระทำละเมิด มีการพิจารณาความผิดโดยดูจากสภาพตามธรรมชาติของการกระทำนั้น (การพิจารณาแบบนามธรรม) โดยจะพิจารณา

<sup>182</sup> Article 1240 of French Civil Code

“Any human action whatsoever which causes harm to another creates an obligation in the person by whose fault it occurred to make reparation for it.”

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright

<sup>183</sup> Article 1241 of French Civil Code

“Everyone is liable for harm which he has caused not only by his action, but also by his failure to act or his lack of care.”

อ้างอิงใน The new provisions of the Code civil created by Ordonnance n° 2016-131 of 10 February 2016 แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย John Cartwright

<sup>184</sup> จีต เศรษฐบุตตร, "กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 3 115.

ระดับความระมัดระวังของวิญญูชนในสถานการณ์เช่นนั้น หรือที่เรียกว่าเป็นความระมัดระวังของบิดาที่ดี (bonus pater familias)<sup>185</sup> อันเป็นการสมมุติบุคคลให้อยู่ในสภาพภายนอก (circonstance externe) เช่นเดียวกับผู้กระทำละเมิด เช่น สมัย ท้องถิ่น เป็นต้น โดยไม่พิจารณาจากสภาพภายใน (circonstance interne) ของผู้กระทำละเมิด เช่น อายุ ปัญญา สภาพจิตใจ นิสัย เพศ อารมณ์ ความรู้สึก หรือสภาพความเป็นอยู่ของเขา เป็นต้น

## 2.) ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในกฎหมายละเมิดของฝรั่งเศส ผู้ก่อความเสียหายจะรับผิดชอบในละเมิดก็ต่อเมื่อได้ก่อความเสียหายขึ้น ตามมาตรา 1240 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งวางหลักว่า

“การกระทำทั้งหลายของมนุษย์ที่เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ก่อให้เกิดหนี้ต่อผู้ก่อความเสียหายที่กระทำผิด ให้ชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายนั้น”

ความเสียหายของความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของฝรั่งเศสเป็นความเสียหายในลักษณะกว้างๆ ทุกความเสียหายมีความเท่าเทียมกันตามหลักความเท่าเทียมกันของความเสียหาย (Equivalence principle) สามารถตีความกับความเสียหายในทุกประเภท ความเสียหายใดที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายแล้วย่อมได้รับความคุ้มครองและชดเชยให้<sup>186</sup> เช่น ความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้<sup>187</sup> ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ความเสียหายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม หรือความเสียหายจากการเสียโอกาส อันเป็นการสูญเสียความคาดหวังในผลที่ประสงค์

อย่างไรก็ดี จะถือเป็นความเสียหายมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ต่อเมื่อเป็นความเสียหายที่มีลักษณะแน่นอน (préjudice certain) กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่มีอยู่ เกิดขึ้นแล้ว หรือจะเสียหายในอนาคตอย่างแน่นอน เช่น คดีศาล Paris ลงวันที่ 10 มีนาคม 1920 D.-2-1920 137 เป็นกรณีที่จำเลยทำให้หญิงสาวผู้หนึ่งได้รับอุบัติเหตุและถึงแก่ชีวิตโดยมารดาของหญิงสาวผู้นั้นได้ฟ้องร้องจำเลยให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันจะเกิดขึ้นเพราะต่อไปภายหน้าลูกสาวของตนจะได้ช่วยเหลืออุปการะเขา เช่นนี้ ศาลตัดสินให้มารดาของหญิงสาวฟ้องร้องในความเสียหายนี้ได้ ถือเป็นความเสียหายที่แน่นอน<sup>188</sup> ซึ่งจะตรงข้ามกับความเสียหายที่ไม่แน่นอน (préjudice incertain) อันเป็นความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ เช่น คดีลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1882 ใน Dalloz

<sup>185</sup> Ibid., 120-121.

<sup>186</sup> John Bell, *Principle of French Law*, 2 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 412.

<sup>187</sup> Lord Justice Jackson, "Concurrent Liability : Where Have Things Gone Wrong," 4.

<sup>188</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, "กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล," *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 3 67-68.

ปี 1883-3-63 ในการแข่งม้าชิงรางวัล คนดูผู้หนึ่งซึ่งไม่เท่าของตนขวางทางแข่งจึงทำให้ม้าตัวหนึ่งล้มลง เจ้าของม้าจึงฟ้องร้องคนดูผู้นั้นให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ไม่สามารถจะชนะและไม่ได้รับรางวัล เช่นนี้ เป็นความเสียหายที่ไม่แน่นอน เพราะหากม้าแข่งของโจทก์ไม่ล้ม ก็อาจไม่ชนะอยู่ดี<sup>189</sup>

นอกจากนี้ ความเสียหายในความรับผิดชอบเพื่อละเมิดยังต้องเป็นความเสียหายโดยตรง ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

### 3.) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกฎหมายละเมิดของฝรั่งเศส หากพิจารณา กฎหมายละเมิด ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายโดยชัดแจ้งว่าให้ใช้ทฤษฎีใดในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผล แต่หากพิจารณาการตัดสินคดีของศาลสูงฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ศาลได้พิจารณาความสัมพันธ์โดยนำทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ (l'équivalence des conditions) และทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (la causalité adéquate) มาพิจารณาอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

#### ก. ทฤษฎีเงื่อนไข (Théorie de l'équivalence des conditions)

เป็นหลักทฤษฎีที่มองว่า เมื่อการกระทำเกิดจากความเสียหายแล้ว แม้ความเสียหาย จะเกิดมาจากสาเหตุหลายประการ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น เนื่องจากว่าเหตุที่ทำให้ เกิดความเสียหายทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากัน จะถือว่าเหตุบางประการเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหาย นั้นหาได้ไม่ เพราะหากไม่มีเหตุทุกประการเหล่านั้นรวมกัน ผลความเสียหายก็ย่อมไม่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น นาย ก. ขับรถยนต์โดยประมาทชนรถจักรยานยนต์ของนาย ข. ทำให้รถจักรยานยนต์ของ นาย ข. กระเด็นไปถูก นาย ค. บาดเจ็บ นาย ก. จะต้องรับผิดชอบในความบาดเจ็บของ นาย ค. เนื่องจาก หากนาย ก. ไม่ประมาทขับรถชนรถจักรยานยนต์นาย ข. นาย ค. ก็คงไม่บาดเจ็บ นาย ก. จะอ้างว่าพื้นถนนลื่น หรือ นาย ข. จอดรถเกะกะไม่ได้ เพราะเมื่อการกระทำของนาย ก. เป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลแล้ว นาย ก. ต้องรับผิดชอบแม้ไม่อาจคาดเห็นถึงความเสียหายได้ก็ตาม

#### ข. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (Théorie de la causalité adéquate)

เฉพาะแต่เหตุที่ตามธรรมดาจะก่อให้เกิดผลเท่านั้นที่ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดชอบ ในผลแห่งละเมิด เป็นความรับผิดชอบในผลปกติที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน โดยพิจารณาถึง

<sup>189</sup> Ibid., 67.

ความคาดหมายของผู้ก่อความเสียหายว่าสามารถคาดหมายได้ถึงความเสียหายที่จะเกิดจากเหตุนี้ขึ้นหรือไม่ เช่น นาย ก. เคาะศีรษะนาย ข. แต่นาย ข. กะโหลกบางทำให้ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ การเคาะศีรษะเป็นเหตุที่นาย ก. ไม่สามารถคาดหมายได้ว่าจะทำให้นาย ข. ถึงแก่ความตาย นาย ก. จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อการตายของนาย ข.

#### 4.1.2.3 เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศส

##### 1.) ความสามารถในการรับผิด

ความรับผิดเพื่อละเมิด ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1310 หนึ่งละเมิดย่อมบังคับเอาแก่ผู้เยาว์ได้ อีกทั้งแนวทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสยังขยายไปถึงผู้ไร้ความสามารถอื่น ๆ ด้วยได้แก่ ผู้ไร้ความสามารถ ผู้วิกลจริต (interdits) และหญิงมีสามี<sup>190</sup> สำหรับความรับผิดตามสัญญาผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายเท่านั้นถึงจะทำสัญญาได้

##### 2.) อายุความ

หลักเกณฑ์การพิจารณาอายุความของความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิดมีหลักเกณฑ์เดียวกันเป็นไปตามมาตรา 2224<sup>191</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งวางหลักว่าจุดเริ่มต้นของอายุความนับแต่วันที่ผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องรู้หรือควรจะได้รู้ถึงข้อเท็จจริงอันทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องนั้น และมีอายุความทั่วไปของความรับผิดทางแพ่งระยะเวลา 5 ปี ซึ่งนำมาใช้กับความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด เว้นแต่จะเป็นกรณีอายุความเรียกร้องโดยเฉพาะ เช่น สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับอันตรายทางร่างกายอายุความ 10 ปี สิทธิเรียกร้องต่อความเสียหายอันเกิดจากการทรمانหรือกระทำความผิดทางเพศต่อผู้เยาว์ (มาตรา 2226) สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 2227) เป็นต้น

จากการศึกษาโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศส สามารถสรุปเป็นตารางเปรียบเทียบได้ดังนี้

<sup>190</sup> Henri Lalou, *La Responsabilité Civile*, p. 327.

<sup>191</sup> Article 2224 French Civil Code (as amended by a loi of 17 June 2008)

“ Personal actions and those relating to movables are subject to a prescription period of five years running from the day when the owner of a right knew or should have known the facts permitting him to exercise it”

อ้างอิงใน Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, p. 684.

ตารางที่ 3 : ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศส

ข้อเปรียบเทียบ	ฝรั่งเศส	
	สัญญา	ละเมิด
ประเภทของสิทธิ	สิทธิตามสัญญาอันเป็นสิทธิสัมพัทธ์	สิทธิเด็ดขาด
หลักความผิด	<ul style="list-style-type: none"> <li>- การไม่ปฏิบัติชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้าต้องมีความผิดถึงจะมีความรับผิด ตามมาตรา 1231-3 และมาตรา 1231-4</li> <li>- การชำระหนี้เป็นพันวิสัยต้องมีความผิดถึงจะมีความรับผิด ตามมาตรา 1218, 1351 และ 1351-1</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ต้องมีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามมาตรา 1241</li> </ul>
ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย	<ul style="list-style-type: none"> <li>- คุ้มครองความเสียหายต่อกองทรัพย์สิน ความเสียหายนอกกองทรัพย์สิน เช่น เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเสียหายต่อร่างกาย หรือความเสียหายต่อจิตใจ</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- คุ้มครองความเสียหายบนพื้นฐานกฎหมาย เช่น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ความเสียหายในการเสียโอกาส ความเสียหายไม่เป็นตัวเงิน ความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้</li> </ul>
ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล	<ul style="list-style-type: none"> <li>- กรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงผิดสัญญา พิจารณาจากความใกล้ชิดต่อเหตุและผลโดยตรง (ไม่พิจารณาความคาดเห็นแต่อย่างใด)</li> <li>- กรณีไม่จงใจผิดสัญญา พิจารณาความคาดเห็นหรือควรได้คาดเห็นขณะทำสัญญา</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ปัจจุบันยังไม่มีมีการปรับใช้ ทฤษฎีได้กับกรณีใดกรณีหนึ่งที่แน่นอน</li> </ul>
ระดับความระมัดระวัง	พิจารณาจากความคาดเห็นของคู่สัญญา ตามมาตรา 1231-3	พิจารณาจากวิญญูชนในสถานการณ์ เช่น นั้น บิตาที่ดี (bonus pater familias) โดยการสมมติบุคคลให้อยู่ในสภาพภายนอกเช่นผู้ทำละเมิด
หน้าที่นำสืบ	ในการพิสูจน์ความผิดตามสัญญา ลูกหนี้เป็นฝ่ายพิสูจน์	ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ครบองค์ประกอบความรับผิดของละเมิด
อายุความ	อายุความทั่วไป 5 ปี ตามมาตรา 2224	อายุความทั่วไป 5 ปี ตามมาตรา 2224 เว้นแต่อันตรายทางร่างกายมีอายุความ 10 ปี หรือคดีเกี่ยวกับการทรمانและกระทำทางเพศ คดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ จะมีอายุความในกรณีพิเศษนั้น ๆ

#### 4.1.2.4 การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด

##### 1.) วิวัฒนาการการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด

ในศตวรรษที่ 19 ฝรั่งเศสได้เกิดการโต้เถียงกันในเรื่องความสัมพันธ์ของความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด โดยแบ่งกลุ่มความเห็นของนักนิติศาสตร์ออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มนักวิชาการจาก Sainctelette ให้ความเห็นเห็นว่าหน้าที่เกิดจากการเข้าทำสัญญาควรแยกต่างหากออกจากหน้าที่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย และกลุ่มนักวิชาการจาก Grandmoulin ให้ความเห็นว่าจะไม่มีการแบ่งแยกระหว่างความผิดทางสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากความรับผิดทั้งสองรวมเป็นหนึ่งเดียวกันบนหลักทฤษฎีที่เรียกว่า *théorie de la responsabilité* หรือทฤษฎีความรับผิด

แต่เป็นที่ยอมรับว่าความรับผิดเพื่อละเมิดและความรับผิดตามสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยหนี้ และมีการปรับใช้ที่แตกต่างกัน มีนักวิชาการหลายท่านที่เห็นว่าคู่สัญญาควรที่จะมีความรับผิดบนฐานของความรับผิดตามสัญญาเพียงเท่านั้น เป็นการเคารพหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและเจตนารมณ์ของการร่างกฎหมายสัญญา จึงไม่ควรให้คู่สัญญาสามารถกล่าวอ้างความรับผิดบนฐานของละเมิดได้<sup>192</sup> เพราะระบบกฎหมายทั้ง 2 มีความแยกแตกต่างออกจากกันและไม่สามารถปรับใช้ร่วมกันได้<sup>193</sup> จึงก่อให้เกิดหลักทฤษฎีที่เรียกว่า *non - cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (non-cumul)* ที่อธิบายว่าไม่มีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิดทั้งสองฐาน หากมีความเสียหายเกิดขึ้นในบริบทของสัญญาจะไม่สามารถนำความรับผิดเพื่อละเมิดมาปรับใช้ได้<sup>194</sup> โดยคำพิพากษาที่ตัดสินตามหลักทฤษฎี *non - cumul* ได้แก่ Cass. Req. 21 January 1890, D. 1891. 1. 380., Cass. Civ. 22 January 1922, D. 1922. 1. 16.; S. 1924. 1. 105 และ Cass. Civ. 6 April 1927, D. 1927. 1. 201 และหลังจากนั้นศาลสูงของฝรั่งเศสได้ให้

<sup>192</sup> J.S. Borghetti, "La Responsabilité Du Fait Des Choses, Un Régime Qui a Fait Son Temps," (2010): 23-24. อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 709.

<sup>193</sup> E. Bonnet, *Responsabilité délictuelle et contrat*, 61. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1912, p.437 ; A Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, no 351 อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 712.

<sup>194</sup> Olivier Moréteau, "French Tort Law in the Light of European Harmonization," *6 Journal of Civil Law Studies* 2013 (2013): 765.

ความเห็นว่าการรับผิดตามสัญญาและละเมิดไม่ใช่เรื่องเดียวกัน หากมีความเสียหายที่เกี่ยวข้อง ข้อตกลงระหว่างกันให้ชัดใช้ค่าเสียหายบนพื้นฐานของความรับผิดตามสัญญา และเนื่องจากหากไม่มีการห้ามมิให้ใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับคดีดังกล่าว คู่สัญญามักจะเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องบนมูลฐานความรับผิดเพื่อละเมิดเสมอ<sup>195</sup>

ต่อมาศาลสูงฝรั่งเศสได้พัฒนาการปรับใช้กฎหมายตามหลัก non – cumul โดยอนุญาตให้คู่สัญญาสามารถเรียกค่าเสียหายบนฐานของความรับผิดเพื่อละเมิดได้อันปรากฏการพิจารณาเช่นนี้ในหลากหลายคดี เช่น Cass. Req. 14 December 1926, D. 1927. 1. 105. ศาลสูงฝรั่งเศสตัดสินว่าสำหรับความรับผิดของบุคคลที่ทำงานในสถานพยาบาลที่เกี่ยวข้องกับทางจิต สามารถมีความรับผิดทั้งตามสัญญา คือหน้าที่ในการสอดส่องดูแล และละเมิดในขณะเดียวกันได้<sup>196</sup> จนกระทั่งในปี 1945 ศาลสูง Cass. Civ. 6 March 1945, D. 1945. 1. 217. ได้กลับหลักการปรับใช้อีกครั้งโดยตัดสินอย่างชัดเจนว่า คู่สัญญาไม่สามารถใช้ประโยชน์ในฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้หากมีสัญญา ระหว่างกันอยู่แล้ว นอกจากนั้นยังมีคำพิพากษาที่ยืนยันหลักการดังกล่าว เช่น คำพิพากษา Cass. 1e Civ. 4 November 1992 ดังจะได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 4.1.2.4 ข้อ 3.)

เหตุผลสำคัญที่ทำให้เกิดการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาก่อนความรับผิดเพื่อละเมิดตามหลักทฤษฎี non – cumul เนื่องมาจาก การขยายขอบเขตของความรับผิดโดยเคร่งครัดในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์ อันเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดตามมาตรา 1384 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในการตัดสินคดี Jand'heur ได้กล่าวถึงว่าข้อสันนิษฐานความรับผิดละเมิดที่เกิดจากทรัพย์ จะถูกโต้แย้งได้เฉพาะกรณีที่จำเลยพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากเหตุบังเอิญ เหตุสุจริตวิสัย หรือปัจจัยอื่นที่ไม่อาจโทษจำเลยได้ เพื่อที่จะหลุดพ้นจากความรับผิดจำเลยจะต้องไม่มีความประมาทเลินเล่อหรือสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้นไม่อาจทราบได้ และการจะมีความรับผิดไม่ได้ค้ำึงถึงว่าทรัพย์ดังกล่าวจะมีอันตรายโดยธรรมชาติของทรัพย์หรือมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแต่อย่างใด ซึ่งหากเกิดกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งมีหน้าที่ในการควบคุมทรัพย์ได้กระทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากจะให้อ้างความรับผิดเพื่อละเมิดย่อมเป็นการบิดเบือนหลักเกณฑ์ของความรับผิดของคู่สัญญาเกินสมควร จึงอาจทำให้คู่สัญญาต้องรับผิดในความเสียหาย

<sup>195</sup> Madeleine van Rossum, "Concurrency of Contractual and Delictual Liability in a European Perspective," *European Review of Private Law* 3, 4 (1995): 539.

<sup>196</sup> J.S. Borghetti, *RTDCiv 2010*, pp17-21 อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 710.



ตามกรณีดังกล่าวตลอด และต่อมาในคดี Mercier (1936) Cass. Civ. 20 May 1936. 1. 88 เป็นกรณีความรับผิดของแพทย์ต่อคนไข้ ต้องปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา

เหตุผลอีกประการหนึ่ง เนื่องจากทฤษฎี non – cumul ที่กำหนดให้คู่สัญญาฟ้องร้องบังคับคดีบนฐานความรับผิดตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาหมดสิทธิที่จะฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด ซึ่งในบางกรณีผู้ฟ้องได้รับผลประโยชน์มากกว่า ศาลสูงฝรั่งเศสจึงขยายขอบเขตของหนี้เกี่ยวกับความปลอดภัย (Obligations de sécurité) ไว้ในคำพิพากษา Cass. Civ. 21 November 1911, D. 1913. 1. 249 ที่กำหนดให้คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องรักษาความปลอดภัยส่วนบุคคลของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอยู่ในมาตรา 1194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปัจจุบัน (เดิม มาตรา 1135) ซึ่งวางหลักว่า หนี้ตามสัญญานอกจากจะหมายถึงหนี้ที่คู่สัญญากำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง ยังรวมถึงผลอื่น ๆ ที่ทำให้เกิดความยุติธรรมในการปรับใช้กฎหมายของ (l'équité, l'usage ou la) อันการกำหนดหนี้ในความปลอดภัยทำให้คู่สัญญาได้รับความคุ้มครองในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญามากยิ่งขึ้นจากความสัมพันธ์ทางสัญญาตามปกติ<sup>197</sup> ในบางสัญญาก่อให้เกิดหนี้ที่ต้องชำระด้วยความระมัดระวัง (Obligations de moyens) และ หนี้ที่คำนึงถึงผลสำเร็จเป็นสำคัญ (Obligations de résultat) ที่จำเลยจะหลุดพ้นจากความรับผิดหากพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือจากความผิดของผู้เสียหายเอง

นอกจากนั้นฝรั่งเศสได้กำหนดข้อยกเว้นของทฤษฎี non – cumul ไว้ กล่าวคือ อาจปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดในความสัมพันธ์ของคู่สัญญาได้ในกรณี ที่ลูกหนี้กระทำการฉ้อฉลการที่ลูกหนี้ทำให้เกิดอุบัติเหตุในการขนส่ง และในกรณีลูกหนี้ก่อให้เกิดความชำรุดบกพร่องในการก่อสร้าง<sup>198</sup> และข้อยกเว้นหากเป็นกรณีของคู่สัญญาที่จะต้องใช้ทักษะหรือความสามารถพิเศษในการปฏิบัติชำระหนี้ เช่น ทนายความ หมอ สถาปนิก หรืออาชีพอื่น ๆ ที่ต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หากบุคคลดังกล่าวได้ปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาโดยประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องให้บุคคลผู้มีความสามารถพิเศษดังกล่าวรับผิดชอบได้ทั้งความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด ยกตัวอย่างเช่น ผู้ก่อสร้างอาจต้องรับผิดชอบทั้งทางสัญญาและละเมิดได้หากเขาผิดสัญญาที่เรียกว่า faute professionnelle อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นนี้ไม่ปรับใช้กับความรับผิดของผู้ก่อสร้างที่ทำให้อาคารก่อสร้างทั้งหมดหรือบางส่วนพังทลายเสียหาย เนื่องจาก

<sup>197</sup> J.S. Borghetti, *L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Vue d'ensemble de l'avant-projet*, Recueil Dalloz 2016, pp. 1386-1395 อ้างถึงใน *ibid.*, 712.

<sup>198</sup> G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, p.623-626 อ้างถึงใน *ibid.*, 713.

มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความรับผิดของผู้ก่อสร้างแต่เพียงอย่างเดียวตามมาตรา 1792 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มากไปกว่านั้นฝรั่งเศสได้สร้างหลักความรับผิดทั่วไปในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุทางจราจร และหลักความรับผิดทั่วไปในกรณีสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยไม่คำนึงว่าจะมีสัญญาระหว่างคู่สัญญาในเรื่องดังกล่าวหรือไม่

ในปีปัจจุบัน ในการปฏิรูปกฎหมายของฝรั่งเศส ได้กำหนดให้อายุความในการฟ้องร้องบังคับคดีทั้งตามสัญญาและละเมิดมีหลักทั่วไปเดียวกัน คือ 5 ปี ตามมาตรา 2224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยความรับผิดเพื่อละเมิด เว้นแต่เป็นกรณีที่ทำให้เกิดอันตรายทางร่างกายมีอายุความในการฟ้องร้องบังคับคดี 10 ปี และยังมีอายุความในกรณีพิเศษ เช่น การทรمان การกระทำทางเพศ หรือความผิดเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น นอกจากนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้พยายามที่จะทำให้หลักการที่หลากหลายมีความสอดคล้องกันในแง่ของค่าเสียหายและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และในมาตรา 1233 ที่ถูกนำเสนอเพิ่มในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทำให้เห็นแนวคิดที่ว่า ในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา ไม่ว่าจะเป็นลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการปรับใช้กฎหมายสัญญาเพื่อที่จะเลือกปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดที่เป็นประโยชน์กว่าได้ แต่ในขณะเดียวกันได้มีความพยายามที่จะกำหนดข้อยกเว้นหลัก non - cumul หากเป็นกรณีทำให้บาดเจ็บต่อเนื้อตัวร่างกายให้สามารถเลือกฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้ และนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าหากเป็นกรณีทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายให้ปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดแต่เพียงอย่างเดียว ถึงแม้ว่าหากปรับใช้ความรับผิดทางสัญญาจะมีประโยชน์มากกว่า และจากความคิดเห็นดังกล่าว ทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมตั้งใจจะเพิ่มหลักการที่ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายทางร่างกายไม่แต่เฉพาะจะฟ้องร้องบังคับคดีได้แต่ทางละเมิดเท่านั้น แต่ยังสามารถฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาได้หากว่ามีข้อตกลงโดยชัดแจ้งในสัญญาที่จะให้ประโยชน์ในการได้รับชดใช้เยียวยาความเสียหายที่ดีกว่าการปรับใช้ข้อเท็จจริงตามความรับผิดเพื่อละเมิด<sup>199</sup>

<sup>199</sup> Art. 1233-1, para 2, *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, “Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l’application des règles de la responsabilité extracontractuelle” Translated into english by Simon Whittaker, in consultation with Jean-Sébastien Borghetti

2.) อำนาจของศาลในการปรับใช้ข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ<sup>200</sup>

หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้มีหลักการเป็นไปตามภาษิตกฎหมายเก่าแก่ที่ว่า "Da mihi factum, dabo tibi jus" ซึ่งแปลว่า ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของคุณ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล ศาลจะพิจารณาปรับใช้หลักกฎหมายตามข้อเท็จจริงที่คุณกล่าวอ้าง หรืออาจกล่าวว่า ศาลพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือขอบเขตแห่งคดีที่เกิดจากข้อหาและข้อต่อสู้รวมถึงพยานหลักฐานต่างๆ ของคุณ ซึ่งหลักการนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 5<sup>201</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสซึ่งวางหลักว่า ศาลจะต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ และเท่าที่ได้มีการกล่าวหาเท่านั้น ซึ่งขยายความได้ว่าศาลจะต้องตัดสินตัดสินตามข้อหาหรือข้อพิพาทในคำคุณความทุกข้อ (omnia petita) การที่ศาลตัดสินไม่ครบทุกข้อหรือครบทุกประเด็น (intra omnia) จึงเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้นศาลจะต้องตัดสินตามประเด็นที่คุณกล่าวหาเท่านั้นจากพิพาทหรือตัดสินเกินกว่าข้อหาที่ปรากฏในคดีมิได้ (ultra petita) ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของคุณ

ตามบทบัญญัติมาตรา 5 ศาลยังมีอำนาจบางประการ กล่าวคือ ศาลมีอำนาจแปลความของคำคุณความได้ เพื่อค้นหาจุดประสงค์อันแท้จริงของคุณ หากเป็นกรณีที่คำคุณความไม่ได้ระบุแจ้งชัดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างหรือข้อกฎหมาย ศาลมีอำนาจกำหนดวัตถุประสงค์ที่ยื่นต่อศาล โดยกำหนดกฎหมายที่แท้จริงในการปรับใช้ อีกทั้งศาลยังสามารถแก้ไขข้อหาของคำคุณความที่มีลักษณะไม่แน่นอน แต่ในการตีความจุดประสงค์ของคุณฝ่ายที่กล่าวอ้างจะต้องไม่เป็นการบิดเบือนคำคุณความ นอกจากนั้นศาลยังมีอำนาจตัดสินในคำขอบางประการที่ไม่ปรากฏชัดเจนในคำคุณความ เช่น ศาลมีอำนาจจะพิพาทในคำขอบางอย่างที่จะพอถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของคำคุณความ (des demandes virtuelles) รวมถึงกรณีที่ศาลสามารถเลือกคำวินิจฉัยในคำขอบางอย่างซึ่งอาจถือได้ว่ามีจุดประสงค์หรือเป้าหมายสุดท้ายอย่างเดียวกับคำขอที่ปรากฏในคำคุณความ (la finalité de l'action)

สำหรับการบังคับใช้กฎหมายของศาลอยู่ในมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสซึ่งวางหลักว่า ศาลจะวินิจฉัยคดีตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี และศาลสามารถที่จะกำหนดคุณลักษณะหรือแก้ไขเรื่องของกฎหมายที่จะบังคับใช้กับข้อพิพาทในคดีได้แม้ว่าคุณความจะกำหนดเรื่องของคดีมาด้วย

<sup>200</sup> วรณชัย บุญบำรุง, "หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์ 30, 1 (2543): 96-104.

<sup>201</sup> Article 5 of French Code of Civil Procedure

"The judge must rule upon all what is claimed and only upon what is claimed."

อ้างถึงใน Code of Civil Procedure participation of Yves-Antoine TSEGAYE, Lawyer, PhD, LLB

ตามมาตรา 12 วรรค 1 ศาลจะวินิจฉัยคดีตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี กล่าวคือ ในการพิจารณา บังคับใช้ข้อกฎหมายในข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในคดีศาลจะไม่ถูกจำกัดว่าจะต้องเลือกบังคับใช้เฉพาะ กฎหมายที่คู่ความกล่าวอ้างเพียงเท่านั้น ศาลมีอำนาจที่จะบังคับใช้กฎหมายทุกเรื่องโดยไม่ถูกผูกมัด ให้บังคับใช้เฉพาะกฎหมายที่คู่ความได้ยกขึ้น โดยมีข้อจำกัดว่า การพิจารณาปรับใช้ข้อกฎหมาย จะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในคดีและจะต้องไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์นั้น ซึ่งในบางกรณีการที่จะปรับใช้กฎหมายนอกเหนือจากที่คู่ความกล่าวอ้างนั้นเป็นกรณีที่ต้องพิจารณา ข้อเท็จจริงใหม่ด้วย เช่น ในกรณีที่ศาลจะปรับใช้หลักกฎหมายความรับผิดทางสัญญาแทนความรับผิด ทางละเมิด ในข้อเท็จจริงนั้นจะต้องปรากฏถึงการเกิดของสัญญา หน้าที่ตามสัญญา และการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในเอกสารของคดี ศาลจะหยิบยกกฎหมายเรื่องความรับผิด ทางสัญญามาปรับใช้ไม่ได้ เนื่องจากขัดต่อมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฝรั่งเศสซึ่งวางหลักว่า ห้ามมิให้ศาลมีคำวินิจฉัยโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ได้อยู่ในคดี

ตามมาตรา 12 วรรค 2 ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดลักษณะของเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับ ข้อพิพาทในคดี (la qualification) หรือในกรณีที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้กำหนดชื่อเรื่องของคดีมาเรื่องเดียว หรือหลายเรื่องก็ตาม ศาลยังมีอำนาจที่จะแก้ไขให้ถูกต้องได้ เช่น โจทก์ฟ้องคดีเป็นเรื่องสัญญาซื้อขาย แต่ตามข้อเท็จจริงแล้วเป็นเรื่องของสัญญาให้แต่ปิดบังทำเป็นสัญญาซื้อขาย ศาลสามารถกำหนดใหม่ได้

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว หากเป็นกรณีที่คู่ความตกลง ร่วมกันในการจำกัดขอบเขตหรือเพิ่มอำนาจศาลในการใช้บังคับกฎหมาย หรือตกลงให้ศาลชี้ขาดคดี ตามหลักความยุติธรรม โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกับคดี

### 3.) คำพิพากษาและความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง

#### ก. คำพิพากษา

Cass. Civ. 22 January 1922, D. 1922. 1. 16; S. 1924. 1. 105 ตัดสินว่า หลักเกณฑ์ที่เกิดจาก การข้อตกลงในสัญญาอันได้แก่หลักความผิด เมื่อตกลงกันแล้ว ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ตามความรับผิด เพื่อละเมิดมาปรับใช้ได้ในการฟ้องร้องให้รับผิดตามสัญญา<sup>202</sup>

<sup>202</sup> “les article 1382 et suivants sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat” อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 710.

Cass. Req. 14 December 1926, D. 1927. 1. 105 ศาลตัดสินว่า การกระทำของผู้มีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบคนไข้ในคลินิกที่เกี่ยวกับจิตใจ หากมีการกระทำผิดในการสอดส่องดูแลนอกจากผิดสัญญายังเป็นละเมิดด้วย<sup>203</sup>

Cass. Civ. 6 March 1945, D. 1945. 1. 217 ตัดสินว่า ผู้เสียหายจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่เหมาะสมของลูกหนี้ที่เข้าองค์ประกอบทั้งผิดสัญญาและละเมิด หากสามารถฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญา ไม่สามารถที่จะฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้<sup>204</sup>

Cass. 1e Civ. 4 November 1992 ตัดสินว่า ในกรณีเข้าองค์ประกอบความรับผิดทั้งผิดสัญญาและละเมิด เจ้าหนี้ตามสัญญาไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีลูกหนี้บนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้<sup>205</sup>

Cass. Civ. 20 May 1936, D. 1936. 1. 88 (Mercier Case) ตัดสินว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการทางการแพทย์และคนไข้เป็นความสัมพันธ์ตามสัญญา (คำพิพากษานี้ได้ตัดสินให้ผิดสัญญาเนื่องจากทำให้จำเลยผู้เป็นแพทย์อาจอ้างว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาเต็มที่แล้วเพื่อไม่ต้องรับผิดโดยเด็ดขาดตามความรับผิดเพื่อละเมิด)

Chambre Civile 11 janvier 1924 พิพากษาว่า หลักความรับผิดเพื่อละเมิดจะนำมาปรับใช้ในกรณีที่มีความรับผิดตามสัญญาไม่ได้ เนื่องจากเกณฑ์ความระมัดระวังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายตามหลักความรับผิดตามสัญญา มีระดับความระมัดระวังต่ำกว่าหลักความรับผิดเพื่อละเมิด

Chambre Civile 6 avril 1927 s.1927-1-201 พิพากษาว่า เมื่อลูกหนี้มีความรับผิดตามสัญญา จะไม่มีความรับผิดเพื่อละเมิด

คำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศสที่ 21 มกราคม 1890 วินิจฉัยปฏิเสธสิทธิที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องความรับผิดฐานใดฐานหนึ่ง และสิทธิผสมผสานความรับผิดในการเรียกร้องได้ 2 ฐานความรับผิดเพื่อให้ได้รับค่าเสียหายอย่างเต็มที่ โดยให้เหตุผลว่า การปรับใช้หลักกฎหมายมาตรา 1382 (หลักความรับผิดเพื่อละเมิด) ไม่นำมาใช้กับกรณีความรับผิดที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เหตุผลที่ศาลตัดสินเช่นว่านี้ เนื่องจากหากยอมให้คู่สัญญาใช้หลักความรับผิดเพื่อละเมิดปรับกับ

<sup>203</sup> J.S. Borghetti, RTDCiv 2010, pp. 17-21.

<sup>204</sup> “la victime d'un dommage (provenant de l'inexécution d'un contrat ou de sa mauvaise exécution), qui peut exercer l'action contractuelle, ne saurait préférer l'exercice de l'action délictuelle”

<sup>205</sup> “le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur” อ้างถึงใน P.H. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, p. 68.

ข้อเท็จจริง เป็นการยินยอมให้คู่สัญญาแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาโดยอ้อม เป็นการทำลายหลักความรับผิดตามสัญญา

Cass. 2e Civ. 3 March 1993, no.91-17.677 (กล่าวถึง the rule of non – cumul of contractual and delictual liability)

Cass. 1e Civ. 28 June 2012, no 10-28492 (กล่าวถึง the principle of non – cumul of contract and delictual liability)

ศาลสูงฝรั่งเศสเห็นว่า สัญญาเกิดจากเสรีภาพของคู่สัญญาและธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างกัน ถ้ายอมให้คู่สัญญาปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น เท่ากับยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยอ้อม เช่น กรณีฝากทรัพย์ หน้าที่ความรับผิดของผู้รับฝากทรัพย์ ไม่มีบำเหน็จ คือ การใช้ความระมัดระวังรักษาทรัพย์เหมือนดูแลทรัพย์ของตนเอง หากเจ้าหนี้มีสิทธิเลือกฟ้องตามความรับผิดเพื่อละเมิด ความเสียหายจากการไม่ใช้ความระมัดระวังจะเปลี่ยนไปเนื่องจากความระมัดระวังจะพิจารณาจากวิญญูชน เช่นนี้เป็นการทำลายหลักความรับผิดตามสัญญา<sup>206</sup>

Civ 15 mars 1876-1-337<sup>207</sup> แม้ในสัญญาจะมีข้อจำกัดความรับผิดหรือข้อสัญญาไม่รับผิดที่จำกัดความรับผิดของจำเลยไว้ หากเป็นกรณีที่เกิดทั้งสัญญาและละเมิดในขณะเดียวกัน โจทก์สามารถนำมูลคดีใดมาใช้ในการฟ้องคดีก็ได้ หากโจทก์เลือกนำมูลคดีละเมิดมาใช้ข้อจำกัดความรับผิดหรือข้อสัญญาไม่รับผิดดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้กับมูลคดีละเมิดได้ จำเลยจึงยังคงต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอยู่

Cour d' apple Grenoble ลงวันที่ 18 Mars 1921 D. 1922-2-25 กรณีของสัญญารับขนคนโดยสาร นักท่องเที่ยว 9 คนได้โดยสารบนเรือบดท่องเที่ยวในทะเลสาบ ปรากฏว่าเรือล่ม ทำให้นักท่องเที่ยวทั้งหมดจมน้ำตาย จากคดีดังกล่าวไม่มีร่องรอยหลักฐานใดๆ ที่จะชี้ให้เห็นว่าผู้ขนส่งกระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ภรรยาของผู้เสียชีวิตเป็นโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีผิดสัญญา ซึ่งได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อตนเองในความเสียหายต่อความขาดไร้อุปการะเลี้ยงดู และความเสียหายของตนอีกด้วย โดยหลักหน้าที่ในการนำสืบว่ากระทำผิดสัญญาหรือไม่ เป็นข้อเท็จจริงที่ฝ่ายผู้ขนส่ง

<sup>206</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, "หลักและขอบเขตความรับผิดทางสัญญา," ใน อาจารย์บุชา : หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, หน้า 386.

<sup>207</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. อ้างถึงใน ไพรัช โชติบัณฑิต, "ความรับผิดในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิด" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544), หน้า 115.

จะต้องนำสืบ จึงเอื้อประโยชน์แก่โจทก์ แม้โจทก์จะไม่ใช้คู่สัญญาที่ทำสัญญารับขนคนโดยสาร แต่ศาลได้พิพากษาโดยเหมารวมว่า บิดามารดาและบุตร สามีกรรยา ต่างเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกันในข้อที่ต้องช่วยเหลือกันและกัน ฝ่ายใดเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยอมเป็นคู่สัญญาด้วย คดีนี้ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักของการผิดสัญญา

La Chambre Civile ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1929 ข้อเท็จจริงเป็นกรณีสัญญาจ้างแรงงานและเกิดอุบัติเหตุในการทำงาน ทำให้คนงานได้รับความเสียหาย ซึ่งสาเหตุเกิดมาจากความผิดของนายจ้าง นายจ้างจึงต้องรับผิดในมูลละเมิดด้วย แม้จะเป็นกรณีที่มีนิติสัมพันธ์ในสัญญาจ้างแรงงานมาก่อน

#### ข. ความเห็นของนักนิติศาสตร์

Mazeaud กล่าวว่า กรณีที่ยังไม่มีการกระทำสัญญาเกิดขึ้น บุคคลทุกคนต่างอยู่ในหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอยู่แล้ว เพียงแต่การทำสัญญาเป็นการเพิ่มระดับความรับผิดชอบให้มากขึ้น ในทางพิจารณาคดีศาลฝรั่งเศสได้นำหลักกฎหมายละเมิดมาใช้ในความรับผิดชอบตามสัญญา เนื่องจากศาลฝรั่งเศสคิดถึงหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิดก่อนหลักอื่น แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าสามารถเลือกฟ้องร้องให้บังคับตามความรับผิดชอบสัญญาหรือละเมิดได้

Thaller, Sauzet, Saintelette มีความคิดเห็นว่า หากข้อเท็จจริงเป็นกรณีผิดสัญญาแต่เข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบเพื่อละเมิด สามารถฟ้องร้องทางละเมิดได้ เนื่องจากกฎหมายละเมิดเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่มีการกระทำสัญญาใดๆ มาตกลงยกเว้นได้<sup>208</sup>

E. Bonnet ระบบกฎหมายสัญญาและละเมิดมีพื้นฐานทางกฎหมายที่แยกออกจากกันไม่สามารถนำมาปรับใช้ผสมกันได้<sup>209</sup>

<sup>208</sup> Thaller, *Annales de droit commercial*, (1886), p. 125, Sauzet, *Revue Critique*, (1883), p. 637 และ Saintelette, *Responsabilité et Garantie*, p. 17 อ้างถึงใน จีดี เศรษฐบุต, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 64-65.

<sup>209</sup> E. Bonnet, *Responsabilité délictuelle et contrat*, 61. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1912, pp. 437, A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, no 351. อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 712.

## 4.2 กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) : ศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ

### 4.2.1 ความรับผิดตามสัญญา

#### 4.2.1.1 การกระทำผิดสัญญา

1.) ประเภทของการผิดสัญญา ตามคำอธิบายทางกฎหมายสามารถแบ่งประเภทการผิดสัญญาได้ดังนี้

ก. การไม่ปฏิบัติตามสัญญา (nonfeasance) เป็นกรณีของการละเว้นไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยมิได้มีการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายนอกเหนือไปจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยปกติ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ทำสัญญาว่าจ้างนาย ข. มาก่อสร้างบ้าน ปรากฏว่านาย ข. ไม่ปฏิบัติตามการสร้างบ้านให้นาย ก. เช่นนี้เป็นกรณีของการผิดสัญญาแต่เพียงอย่างเดียวไม่มีความเสียหายอื่นนอกเหนือไปจากสัญญา จึงไม่ต้องรับผิดในมูลละเมิดแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี หลักการไม่ปฏิบัติตามสัญญา (nonfeasance) มีข้อยกเว้นที่ในบางกรณีการผิดสัญญาอาจเป็นการละเมิดด้วย คือ การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance)

ข. การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance)

(1) การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) เป็นกรณีที่นอกเหนือจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ เป็นกรณีที่ได้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างอื่นนอกเหนือจากความเสียหายที่โดยปกติย่อมเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยการกระทำผิดสัญญานั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายชีวิตหรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นการกระทำที่ผิดทั้งสัญญาและละเมิดในขณะเดียวกัน เนื่องจากหากจะยึดเพียงหลักการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ย่อมไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นนอกเหนือจากความเสียหายตามสัญญาได้ เช่น ความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงิน หรือค่าเสียหายทางจิตใจบางกรณี เป็นต้น ยกตัวอย่างกรณีของการแบ่งแยกการไม่ปฏิบัติตามสัญญา และการปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญาเช่น นาย ก. ว่าจ้างนาย ข. ขนส่งสิ่งของให้แก่ตน หากนาย ข. ไม่ปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ไม่ได้ขนส่งสิ่งของแต่อย่างใด ถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งความเสียหายจะอยู่ในขอบเขตของสัญญาเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่านาย ข. ได้ทำการขนส่งสิ่งของตามที่ตกลงกับนาย ก. แต่ด้วยความไม่ระมัดระวังในการขับรถทำให้สิ่งของหล่นลงมาจากรถทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของนาย ก. ถือเป็นการปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา ซึ่งผิดมูลละเมิดด้วย



(2) การปฏิบัติที่ผิดไปจากสัญญา (misfeasance) ในสัญญาเกี่ยวกับสาธารณชน (public utility) เป็นกรณีของการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นคู่สัญญาที่จะต้องให้บริการสาธารณะหรือให้บริการสาธารณะ โดยตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อก่อนหน้าที่พิเศษขึ้น<sup>210</sup> อันเป็นหน้าที่ที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งเป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นต่างหากจากข้อกำหนดในสัญญา เป็นความรับผิดชอบทั่วไปตามกฎหมาย โดยความรับผิดชอบของสัญญาประเภทนี้มักจะคำนึงถึงสถานะของบุคคลมากกว่าสัญญาที่ตกลงกัน อันเป็นแนวคิดดั้งเดิม ก่อนที่จะมีการเกิดแนวคิดเรื่องสัญญา การทำสัญญาที่เกิดหน้าที่พิเศษดังกล่าว เช่น การบริการขนส่งสาธารณะ ที่ผู้ขนส่งจะต้องระมัดระวังไม่ให้สิ่งของหรือคนโดยสารได้รับความเสียหายจากการขนส่งของตน หรือการประกอบธุรกิจการให้เช่า ที่ผู้ให้เช่าจะต้องนำทรัพย์สินที่ไม่ชำรุดบกพร่องปล่อยเช่า หากนำทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องปล่อยเช่า เช่นรถยนต์ที่ยางแตก ผู้เช่านำไปขับแล้วรถชน เช่นนี้ ผู้ให้เช่าจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เช่าในความเสียหายต่อร่างกายชีวิต เสรีภาพ หรืออนามัยของผู้เช่าด้วย

## 2.) การไม่คำนึงถึงหลักความผิด

สำหรับหลักความผิด กฎหมายอังกฤษนั้นโดยหลักทั่วไปลูกหนี้จะมีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด หากไม่ชำระหนี้โดยไม่คำนึงถึงเงื่อนไขของหลักความผิดแต่อย่างใด เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้นี้ได้ และหากการไม่ชำระหนี้เป็นเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาแล้วคู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการไม่ชำระหนี้เกิดจากความผิดของลูกหนี้หรือไม่ เนื่องจากหนี้ตามสัญญาของกฎหมายอังกฤษมีลักษณะเป็นการรับประกัน เมื่อลูกหนี้เข้าทำสัญญาแล้วถือว่าลูกหนี้ได้รับประกันว่าจะทำตามสัญญาให้บรรลุผลสำเร็จ<sup>211</sup> เว้นแต่ตามสัญญาจะได้ตกลงข้อยกเว้นในการไม่ชำระหนี้ไว้แล้วลูกหนี้จึงไม่มีความรับผิดชอบในกรณีที่ตกลงกันไว้แล้ว การไม่คำนึงถึงหลักความผิดของลูกหนี้ปรากฏในคดี Raineri v. Miles และคดี Paradine v. Jane

คดี Raineri v. Miles มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้ทำสัญญาซื้อขายบ้านหลังหนึ่งจากบุคคลภายนอก และในวันเดียวกันได้ทำสัญญาขายบ้านหลังนั้นให้แก่โจทก์ โดยตกลงกับโจทก์ให้โจทก์เข้าครอบครองบ้านภายในวันที่ 12 กรกฎาคม 1977 เมื่อถึงวันส่งมอบจำเลยไม่สามารถส่งมอบบ้านให้แก่โจทก์ได้ เนื่องจากบุคคลภายนอกไม่ยอมย้ายออกจากบ้าน ทำให้จำเลยส่งมอบบ้านให้แก่โจทก์ล่าช้าเกินเวลา

<sup>210</sup> Prosser William L., Handbook of the Law of Torts, 4 ed. (West Publishing Company, 1971), p. 615.

<sup>211</sup> Mindy Chen-Wishart, Contract Law, 3 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 513.

ที่กำหนด ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเนื่องจากต้องเช่าที่พักอยู่อาศัยอื่นในช่วงเวลาที่ส่งมอบล่าช้า คดีนี้ศาลตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ แม้เหตุการณ์ส่งมอบล่าช้าที่เกิดขึ้นมิใช่เกิดจากความผิดของจำเลยแต่เกิดเพราะเหตุจากบุคคลภายนอก

คดี Paradine v. Jane มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยทำสัญญาเช่าที่ดินของโจทก์เป็นเวลา 3 ปี แต่ในช่วงเวลาดังกล่าวได้เกิดสงครามกลางเมืองขึ้น ทำให้จำเลยไม่สามารถครอบครองและใช้ประโยชน์จากที่ดินนั้นได้ และจำเลยค้างชำระค่าเช่าที่ดินแก่โจทก์ ศาลตัดสินให้จำเลยต้องชำระเงินค่าเช่าที่ดินให้แก่โจทก์ตามสัญญาโดยให้เหตุผลว่าเมื่อคู่สัญญายอมรับภาระหน้าที่ใด ๆ แล้วตามสัญญาเขาย่อมต้องผูกพันที่จะปฏิบัติตามสัญญา ไม่ว่าจะเกิดเหตุใดขึ้นก็ตาม

ต่อมาในภายหลังศาลอังกฤษได้เพิ่มหลักกฎหมายในการยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ โดยลูกหนี้ไม่ได้กระทำผิด คือหลัก Frustration อันเป็นหลักข้อยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ ตามระบบกฎหมายอังกฤษ โดยเป็นเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยหรือกรณีที่แม้จะยังอยู่ในวิสัยที่จะชำระหนี้ได้ แต่การชำระหนี้นั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ได้หรือเป็นการไร้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ (Frustration of Purpose) โดยมีคดีที่เกี่ยวข้องคือ คดี Taylor v. Caldwell และคดี Krell v. Henry

คดี Taylor v. Caldwell มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าโจทก์ได้เช่าหอแสดงดนตรีกับจำเลยเพื่อจัดการแสดงเป็นระยะเวลา 4 วัน ต่อมาหอแสดงดนตรีดังกล่าวถูกไฟไหม้ก่อนที่จะมีการจัดการแสดงโดยไม่ใช่ความผิดของจำเลย โจทก์ไม่สามารถจัดการแสดงได้ โจทก์จึงเรียกค่าเช่าหอแสดงดนตรีคืนจากจำเลย ศาลตัดสินว่าสัญญาเช่าหอแสดงดนตรีดังกล่าว มีเงื่อนไขโดยปริยายที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดหากการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยจากการสูญหายหรือเสียหายของทรัพย์สินอันอันเกิดจากเหตุที่ปราศจากความผิดของลูกหนี้ ในคดีนี้ลูกหนี้จึงไม่ต้องรับผิด

คดี Krell v. Henry เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับ Frustration of Purpose มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเช่าห้องของโจทก์เพื่อชมขบวนราชาภิเษกของกษัตริย์เอ็ดเวิร์ดที่ 7 ต่อมาขบวนราชาภิเษกดังกล่าวถูกยกเลิกไป จำเลยไม่ได้ใช้ห้องดังกล่าว จึงปฏิเสธไม่ชำระค่าเช่าส่วนที่เหลือให้แก่โจทก์ โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเช่าห้องจากจำเลย ศาลตัดสินว่า หลักการ Frustration สามารถนำมาปรับใช้ทั้งกรณีพันธวิสัยจากการสูญหายหรือเสียหายของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และกรณีที่การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้ เพราะเหตุการณ์หรือพฤติกรรมอันเป็นเงื่อนไขแห่งข้อตกลงที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้หรือได้ระงับไปแล้ว และเหตุการณ์นั้นเป็นสาระสำคัญในการชำระหนี้หรือเป็นรากฐานของสัญญา ในคดีนี้จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดต่อโจทก์

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายอังกฤษจะมีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดซึ่งไม่คำนึงถึงหลักความผิดของลูกหนี้อันเป็นหลักการทั่วไป แต่มีสัญญาบางประเภทที่กำหนดให้ลูกหนี้เพียงแค่ว่าใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการชำระหนี้เท่านั้น เช่น สัญญาจ้างทนายความหรือแพทย์ ซึ่งลูกหนี้จะต้องมีความผิดจึงจะมีความรับผิดชอบตามสัญญานั้น ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร Sale and Supply of Goods Act 1982 มาตรา 13 ที่กำหนดให้ลูกหนี้จะต้องมีความระมัดระวังในการใช้ทักษะตามสมควรในการปฏิบัติชำระหนี้

#### 4.2.1.2 ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

หลักการทั่วไปในการชดใช้ค่าเสียหายในกฎหมายอังกฤษจะชดใช้สำหรับการไม่ปฏิบัติชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง โดยมีวัตถุประสงค์ให้คู่สัญญากลับสู่ฐานะที่เสมือนกลับมีการปฏิบัติชำระหนี้ขึ้นแล้ว ถือเป็นกรเรียกช่องทางทางการเงินแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ในบางครั้งคู่สัญญาฝ่ายที่เรียกร้องจะเรียกร้องในความสูญเสียที่ตนจะต้องเสียไปเนื่องจากการผิดสัญญาของลูกหนี้ หรือการเรียกร้องกำไรที่เขาควรจะได้รับจากลูกหนี้

ประเภทของค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหาย

1.) ค่าเสียหายตามปกติหรือค่าเสียหายโดยตรง เป็นค่าเสียหายตามปกติในกรณีที่มีการผิดสัญญา เช่น ความแตกต่างของราคาสินค้าที่ตกลงกันและราคาตลาด โดยต้องเป็นค่าเสียหายที่เป็นธรรม สมเหตุสมผล และจะต้องเกิดขึ้นตามปกติธรรมดาจากการผิดสัญญานั้นโดยไม่พิสูจน์ถึงการคาดเห็นแต่อย่างใด

2.) ค่าเสียหายพิเศษ เป็นค่าเสียหายที่อยู่ในความคาดเห็นของคู่สัญญาในเวลาที่ทำสัญญาขึ้น ซึ่งเป็นความเสียหายอื่นที่อาจไม่ใช่ค่าเสียหายตามปกติในการผิดสัญญา

ค่าเสียหายทั้งสองประเภทข้างต้นจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายต่อไปนี้

1.) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางเศรษฐกิจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท

ก. expectation damages หรือค่าเสียหายในความเสียหายต่อผลประโยชน์ที่คาดหวัง โดยเป็นการบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ให้อยู่ในฐานะเสมือนไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น เป็นการชดใช้ผลประโยชน์อย่างแท้จริงที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับจากการเข้าทำสัญญา ซึ่งผลประโยชน์ที่คู่สัญญาคาดว่าจะได้รับ อาจไม่เป็นผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินก็ได้

ข. reliance damages หรือค่าเสียหายในความเสียหายต่อความไว้วางใจ เป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้คู่สัญญาอยู่ในฐานะที่ไม่เคยมีการทำสัญญามาก่อน เป็นการชดใช้การลงทุนหรือ

ค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสียไปเพื่อปฏิบัติตามสัญญาหรือเตรียมการต่าง ๆ โดยค่าเสียหายในความเสียหายประเภทนี้ จะมีจำนวนน้อยกว่าค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อผลประโยชน์ที่คาดหวัง เนื่องจากค่าเสียหายประเภทนี้ไม่ครอบคลุมถึงค่าขาดกำไรหรือค่าขาดประโยชน์ที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งความเสียหายต่อความไว้นั้นเชื่อใจอาจไม่มีลักษณะเป็นตัวเงินเสมอไป

ค. restitution damages หรือค่าเสียหายในความเสียหายให้กับคืนสู่ฐานะเดิม เป็นค่าเสียหายที่ให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อป้องกันไม่ให้แสวงประโยชน์จากการผิดสัญญาโดยไม่ชอบ

2.) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน ตามหลักทั่วไป ค่าเสียหายเชิงลงโทษ และค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินไม่ได้ จะไม่ถูกชดใช้ในกรณีของการผิดสัญญา<sup>212</sup> แต่ในบางครั้งศาลได้กำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายนี้สำหรับกำไรที่ควรจะได้รับหากไม่กระทำผิดสัญญาและในกรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น โดยแบ่งแยกเป็นประเภทดังต่อไปนี้

ก. ค่าเสียหายจากการสูญเสียทางร่างกาย เป็นค่าเสียหายสำหรับการบาดเจ็บหรือไม่สะดวกสบายทางกาย ซึ่งค่าเสียหายประเภทนี้จะต้องไม่ไกลกว่าเหตุ

ข. ค่าเสียหายต่อจิตใจหรือความผิดหวัง ในระยะแรกไม่ถูกยอมรับเนื่องจากว่าเกินขอบเขตของความรับผิดชอบตามสัญญา แต่ในระยะหลังในคดี Jarvis v. Swan Tours Ltd [1973] 1 All ER 71 (CA) ศาลเห็นว่าความเสียหายทางจิตใจเป็นความเสียหายที่แท้จริงและเป็นความเสียหายที่สำคัญที่เกิดจากการผิดสัญญานั้น ซึ่งทำให้โจทก์ได้รับความผิดหวังหรือสูญเสียความสนุกสนานที่พึงได้รับตามสัญญา

ค. ค่าเสียหายจากการสูญเสียชื่อเสียง อันเป็นผลมาจากการผิดสัญญา

#### 4.2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกฎหมายอังกฤษได้แยกทฤษฎีหลักความไกลต่อเหตุ (remoteness) และหลักเรื่องเหตุ (causation) ออกจากกัน โดยการผิดสัญญาลูกหนึ่งจะรับผิดชอบเมื่อความเสียหายนั้นลูกหนึ่งได้คาดเห็น (foreseeability) ถึงเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยไม่พิจารณาถึงผลโดยตรงแต่อย่างใด หากเหตุปัจจัยอื่นนั้นลูกหนึ่งสามารถคาดเห็นได้ลูกหนึ่งก็ยังคงต้องรับผิดชอบ<sup>213</sup> อันเป็นการพิจารณาความคาดเห็นแบบอัตรวิสัย กล่าวคือ พิจารณาความคาดเห็นของคู่สัญญา

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในการผิดสัญญาศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ในคดี Hadley v. Baxendale ((1844) 9 Exch, 341) โดยค่าเสียหายที่จะเรียกได้จะต้องเป็นธรรมดา

<sup>212</sup> Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, p. 677.

<sup>213</sup> G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract : A Comparative Account*, p. 153.

และสมเหตุสมผลจากความเสียหายที่เป็นธรรมดาหรือตามเหตุการณ์ปกติของการทำผิดสัญญาหรืออาจเป็นพฤติการณ์พิเศษที่คู่สัญญาได้คาดหมายไว้ล่วงหน้าแล้วในขณะที่ทำสัญญา คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า โจทก์เป็นเจ้าของโรงงาน ต้องหยุดโรงงานเนื่องจากเพลาค้อเหวี่ยงของเครื่องจักรหัก ในวันต่อมา โจทก์ได้สั่งซื้อเพลาลูกจากจำเลยอีกเมืองหนึ่ง โดยจำเลยรับว่าจะส่งเพลาค้อให้โจทก์ในวันถัดไป โดยโจทก์ไม่ได้แจ้งให้จำเลยทราบว่าในระหว่างที่รอการส่งมอบเพลาค้อโจทก์จะต้องหยุดโรงงาน เมื่อจำเลยส่งเพลาลูกเข้า จึงทำให้โจทก์ต้องหยุดโรงงานหลายวัน ก่อให้เกิดความเสียหาย คดีนี้ศาลยกฟ้อง โดยให้ความเห็นว่า ปกติโรงงานไม่จำเป็นต้องหยุดโรงงานเมื่อเพลาค้อเหวี่ยงของเครื่องจักรเสียหาย และจำเลยไม่ได้ทราบถึง เหตุการณ์พิเศษอันเป็นความเสียหายจากการส่งมอบเพลาลูกเข้านั้น

#### 4.2.2 ความรับผิดเพื่อละเมิด

กฎหมายละเมิดของอังกฤษได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันและจารีตประเพณีแบบดั้งเดิมของอังกฤษ โดยมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดความเสียหายตามแนวคิดของหลักการ duty of care และพิจารณาในเรื่องของละเมิดเป็นเรื่องๆ ไป ไม่ได้กำหนดความเสียหายอย่างกว้างแบบฝรั่งเศสและไม่ได้กำหนดว่าสิทธิที่เสียหายจากการละเมิดเป็นสิทธิเด็ดขาดอย่างเช่นเยอรมัน แต่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าละเมิดไม่ใช่สัญญา<sup>214</sup>

##### 4.2.2.1 การกระทำละเมิด

ตามตำราของ Pollock ได้แยกองค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิดของอังกฤษดังนี้<sup>215</sup>

- 1.) เป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวโดยเจตนาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น
- 2.) เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือขัดวินัยการกระทำที่มีหน้าที่โดยเฉพาะ
- 3.) เป็นการกระทำล่วงสิทธิเด็ดขาด
- 4.) เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

กฎหมายอังกฤษได้แบ่งการกระทำละเมิดออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ ละเมิดสิทธิทั่วไป (Trespass) และการละเมิดสิทธิโดยเฉพาะ (action on the case)<sup>216</sup> โดยการละเมิดทั้ง 2 ประเภทจะมีลักษณะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่สงบสุข ไข้กำลังและอาวุธ กระทำต่อร่างกายของผู้อื่น

<sup>214</sup> Christian von Bar and Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe a Comparative Study* (Sellier European Law, 2004), p. 126.

<sup>215</sup> P.A. Landon, *Pollock on Torts*, 15 ed., pp. 14-15. อ้างถึงใน วิทยานิพนธ์ “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 420 : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ” หน้า 26

<sup>216</sup> Philip S. James, *Introduction to English Law*, 12 ed. (London: Butterworths & co., 1989), p. 366.

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยการกระทำละเมิดสิทธิทั่วไป (Trespass) จะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา เต็มแบ่งออกเป็น การละเมิดสิทธิในที่ดิน (Trespass to land) การละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน (Trespass to chattel) และการละเมิดสิทธิของบุคคล (Trespass to person) ต่อมาได้มีการพัฒนาให้รวมถึงการพยายามทำร้ายร่างกาย (assault) การทำร้ายร่างกาย (battery) การคุมขังโดยมิชอบ (false imprisonment) และการกระทำละเมิดโดยประมาท (negligence) ส่วนการกระทำละเมิดสิทธิโดยเฉพาะ จะเป็นการกระทำละเมิดอื่นนอกเหนือจากการกระทำละเมิดทั่วไป

การแบ่งประเภทของความรับผิดเพื่อละเมิดในกฎหมายอังกฤษทำให้มีองค์ประกอบ ข้อแก้ตัว และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองที่แตกต่างกัน แต่ในความรับผิดของละเมิดทุกเรื่องจะต้องมีตัวบทกฎหมาย (statute) หรือแนวคำพิพากษาที่รับรู้ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิด หากไม่มีผู้ที่ได้รับความเสียหายไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าบุคคลจะมีความรับผิดเพื่อละเมิดก็ต่อเมื่อได้กระทำการล่วงสิทธิที่กฎหมายรับรู้ว่าสามารถเอาผิดต่อกันได้<sup>217</sup>

ในปัจจุบันกฎหมายอังกฤษอาจแบ่งการกระทำละเมิดออกได้เป็น 3 กลุ่ม<sup>218</sup>

1.) กลุ่มความผิดต่อบุคคล อันเป็นการกระทำโดยจงใจหรือมุ่งร้าย อันได้แก่

ก. ความผิดต่อความปลอดภัยและเสรีภาพในร่างกายของบุคคล ได้แก่ การพยายามทำร้ายร่างกาย (assault) การทำร้ายร่างกาย (battery) การคุมขังโดยมิชอบ (false imprisonment)

ข. ความผิดต่อความสัมพันธ์ในครอบครัว ได้แก่ การชักชวนไปในทางที่ผิด (seduction) การชักชวนให้คนรับใช้ออกจากงาน (enticing away of servants)

ค. ความผิดต่อชื่อเสียง ได้แก่ การดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท (libel and slander) อันมุ่งทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียสิทธิในการแสดงความคิดเห็นตามปกติ

ง. ความผิดต่อฐานะบุคคลโดยทั่วไป เช่น การฉ้อโกง การฟ้องร้องโดยเจตนาร้าย (malicious prosecution) การเลียนแบบ (imitation) การก่อให้เกิดการกระทำผิด (procurement of wrongful acts) การสมคบกันกระทำความผิด (conspiracy) เป็นต้น

2.) กลุ่มความผิดต่อกรรมสิทธิ์และทรัพย์สิน

<sup>217</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2509), หน้า 611.

<sup>218</sup> P.A. Landon, Pollock on Torts, pp. 6-7. อ้างถึงใน วิทยานิพนธ์ “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 420 : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ” หน้า 24

ก. ความผิดต่อที่ดิน (Trespass to land) ความผิดต่อสิทธิในทรัพย์สิน (Trespass to Chattel)  
 ข. การแทรกแซงสิทธิคล้ายทรัพย์สิน (interference with rights analogous to property)  
 เช่น สัมปทานเอกชน สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

### 3.) กลุ่มความผิดต่อบุคคล ฐานะ และทรัพย์สินโดยทั่วไป

ก. การก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) แยกออกเป็น การก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่มหาชน (public nuisance) และการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่เอกชน (private nuisance)

ข. การกระทำละเมิดโดยประมาท (negligence)

ค. การผิดหน้าที่โดยเด็ดขาดต่อการครอบครองทรัพย์สินโดยเฉพาะ ต่อกรรมสิทธิ์และการเก็บรักษาทรัพย์สินอันตราย และต่อการดำเนินการเรียกร้องสาธารณะ

#### 4.2.2.2 ความเสียหายที่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

กฎหมายอังกฤษได้พิจารณาละเมิดที่เกิดจากการจงใจและประมาทเส้นเลือดแตกต่างกัน โดยการกระทำให้ผู้อื่นเกิดความเสียหายโดยจงใจ ความเสียหายเป็นองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายละเมิดอังกฤษ ผู้เสียหายจะฟ้องคดีละเมิดได้จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น โดยการพิจารณาความเสียหายจะเกี่ยวข้องกับหน้าที่การใช้ความระมัดระวังและความเสียหายต้องไม่ไกลต่อเหตุ ส่วนความเสียหายอันเนื่องมาจากละเมิดโดยประมาทสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท<sup>219</sup> ได้แก่ ความเสียหายแก่ร่างกายและทรัพย์สิน ความเสียหายทางจิตใจ (Psychiatric Injury) และความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure economic loss)

เมื่อพิจารณาโดยรวมทั้งการกระทำโดยจงใจและประมาทเส้นเลือดแล้ว ความเสียหายทางละเมิดสามารถแบ่งแยกออกได้ดังนี้

##### 1.) ความเสียหายแก่สิทธิในตัวบุคคล

สามารถแยกได้เป็นความเสียหายแก่ชีวิตความเสียหายต่อร่างกายความเสียหายทางจิตใจ ความเสียหายจากการคุมขังโดยไม่ชอบและความเสียหายต่อชื่อเสียง

<sup>219</sup> Angus Johnston Simon Deakin, and Basil Markesinis, , Markesinis and Deakin's Tort Law, 6 ed. (Oxford: Clarendon Press, 2008), pp. 138-160.

ก. ความเสียหายต่อชีวิต เป็นไปตาม The Fatal Accidents Act 1976 ซึ่งได้บัญญัติในกรณีความเสียหายแก่ชีวิตโดยผู้กระทำความเสียหายเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยการกระทำผิดกฎหมาย หรือประมาทเลินเล่อ ผู้เสียหายมีสิทธิ์ที่จะฟ้องร้องเพื่อเยียวยาความเสียหายได้

ข. ความเสียหายแก่ร่างกาย ได้แก่ การข่มขู่ว่าจะทำร้ายร่างกาย (Assault) เป็นการกระทำโดยเจตนาให้บุคคลอื่นกลัวว่าจะเกิดอันตรายซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของตัวอักษร รวมถึงการไล่ตามหรือแอบติดตามด้วย เช่น เล็งปืนที่ไม่มีกระสุนไปยังบุคคลหนึ่ง ถือได้ว่าเป็นการข่มขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายแล้ว หากบุคคลนั้นเกิดความกลัว ตามคดี R v. St George ความเสียหายอีกประการหนึ่งคือการทำร้ายร่างกาย (Battery) เป็นการกระทำโดยจงใจใช้กำลังต่อร่างกายของผู้เสียหายรวมถึงการสัมผัสผู้อื่น แม้แต่เพียงเล็กน้อยในขณะโกรธ เช่น การถ่มน้ำลาย การตีตบ การจูบ<sup>220</sup> การมีเพศสัมพันธ์ โดยบุคคลรู้ว่าตนเป็นโรคเอดส์ การทำร้ายร่างกายไม่จำเป็นจะต้องมีการสัมผัสกันทางกายภาพ และจะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายได้ จะต้องมืองค์ประกอบของความมุ่งร้าย หากเป็นการสัมผัสกันโดยที่สังคมนอมรับทั่วไปหรือมีเหตุผลสมควร ไม่ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกาย

ค. ความเสียหายทางจิตใจ โดยทั่วไปกฎหมายอังกฤษไม่ยอมรับให้ชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายทางจิตใจ เว้นแต่เป็นความเสียหายที่มีความกระทบกระเทือนทางประสาท (Nervous shock) หรือความเสียหายที่ทางการแพทย์ยอมรับว่ามีลักษณะเป็นความเจ็บป่วยทางจิตใจ (Psychiatric illness) ในคดี White v. Chief Constable of South Yorkshire ศาลได้กำหนดว่าผู้เสียหายในความเสียหายทางจิตใจจะต้องเป็นผู้ที่อยู่ในเหตุการณ์ของการละเมิดด้วยตนเองหรือเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้เสียหาย ได้แก่ บิดามารดา บุตร และสามีภรรยาเท่านั้น

ง. ความเสียหายต่อเสรีภาพ (False imprisonment) เป็นการกระทำเจตนาโดยมิชอบด้วยกฎหมายในการจำกัด กีดขวาง หรือยับยั้ง เสรีภาพในการเคลื่อนไหวของผู้อื่น

จ. ความเสียหายแก่ชื่อเสียง (Defamation) เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยมีทั้งหมิ่นประมาทโดยลายลักษณ์อักษร (Libel) และหมิ่นประมาทด้วยวาจา (Slander) โดยจะต้องทำให้ผู้อื่นได้รับรู้ถึงข้อความนั้น และทำให้บุคคลอื่นเสียหายถูกลดคุณค่าในสังคม

2.) ความเสียหายต่อสิทธิในทรัพย์สิน ได้แก่ ความเสียหายต่อทรัพย์สิน (Trespass to goods) ความเสียหายต่อที่ดิน (Trespass to land) ความเสียหายทางเศรษฐกิจ

<sup>220</sup> John G. Fleming, *The Law of Tort*, 8 ed. (Australia: The Law Book Company Limited, 1992), p. 24.



ก. ความเสียหายต่อทรัพย์สิน การกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การล่องละเมิดทรัพย์สิน และการเบียดบังทรัพย์สินของผู้อื่น

ข. ความเสียหายต่อที่ดิน

ค. ความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Economic loss) เป็นความเสียหายที่เกิดจากการก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินอันทำให้ขาดความสามารถในการทำกำไรหรือขาดรายได้ในอนาคต รวมถึงความเสียหายทางการเงิน โดยจะต้องเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุและเป็นความเสียหายโดยตรงต่อทรัพย์สิน หากเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure economic loss) ซึ่งไม่ได้มีจุดเชื่อมโยงกับความเสียหายทางร่างกายหรือความเสียหายทางกายภาพ จะถือเป็นข้อยกเว้นที่ให้โจทก์สามารถเรียกร้องความเสียหายประเภทนี้ได้ ในกรณีที่เป็นการเสียหายที่ติดตามมาจากการที่ทรัพย์สินของโจทก์ถูกทำลาย

3.) ความเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

#### 4.2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

1.) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลทางข้อเท็จจริง พิจารณาทฤษฎีเงื่อนไข (Causa Sine Qua Non) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า But-for test เป็นกรณีที่พิจารณาว่าการกระทำของจำเลยก่อให้เกิดข้อเท็จจริงขึ้นหรือไม่ โดยต้องเป็นสาเหตุที่จำเป็นต้องมีอยู่ (necessary causation) ซึ่งหากปราศจากสาเหตุนี้แล้ว ผลความเสียหายจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เบื้องต้นเมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้นโจทก์จะต้องพิสูจน์ตามหลักทฤษฎีเงื่อนไข เพื่อแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของจำเลยกับความเสียหาย หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบโจทก์โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ พิจารณาว่าความเสียหายห่างไกลจนเกินไปหรือไม่ตามหลักระยะห่างของความเสียหาย แต่อย่างไร

การพิจารณาตามทฤษฎีนี้จะพิจารณาในระดับที่ปรากฏความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายนั้นขึ้น โดยคำนึงถึงความสมมูลของความเป็นไปได้ ทำให้โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นสาเหตุหนึ่งอันเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดผลนั้นขึ้น (materially contributed to the damage) ตัวอย่างเช่น คดี Barnett v Chelsea และคดี McWilliams v Sir William Arrol & Co.

คดี Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee (1969) 1 QB 428 มีข้อเท็จจริงว่า สามียของโจทก์เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลของจำเลย โดยไม่ทราบว่าเป็นเพราะจากถูกยาพิษสารหนู แพทย์อนุญาตให้สามียของโจทก์ออกจากโรงพยาบาลได้ และสามียของโจทก์ถึงแก่ความตาย 6 ชั่วโมงต่อมา โจทก์จึงฟ้องจำเลย ศาลตัดสินว่า จำเลยไม่มีความรับผิดชอบ เนื่องจาก

โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า หากโรงพยาบาลรักษาอาการป่วยของสามีโจทก์อย่างใกล้ชิดแล้ว สามีโจทก์จะไม่เสียชีวิต

คดี *McWilliams v Sir William Arrol & Co. (1962) 1 WLR 295* มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากลูกจ้างของตน ซึ่งขัดกับกฎหมาย *Factories Act* ที่นายจ้างจะต้องจัดเตรียมค่าธรรมเนียมให้แก่ลูกจ้าง ต่อมาลูกจ้างคนหนึ่งพลัดตกจากที่สูงถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตามศาลตัดสินว่าจำเลยไม่มีความรับผิด เนื่องจากลูกจ้างคนดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะไม่ใส่เข็มขัดนิรภัยอยู่แล้ว แม้จะได้จัดเตรียมเข็มขัดนิรภัยไว้ให้ก็ตาม

คดี *Hotson v East Berkshire Health Authority (1987)* มีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ตกลงมาจากต้นไม้และได้รับบาดเจ็บ โรงพยาบาลจำเลยประมาทเลินเล่อให้การรักษาที่ล่าช้า ทำให้เกิดการบาดเจ็บมากขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ศาลตัดสินว่าโรงพยาบาลไม่ต้องรับผิด เนื่องจากความบาดเจ็บนั้นเกิดจากการตกต้นไม้ หากโจทก์ไม่สามารถแสดงได้ว่า อาการบาดเจ็บมีมากขึ้นเกิดจากการกระทำของจำเลยหรือการละเว้น โจทก์จะไม่ได้รับการชดเชยแต่อย่างใด

## 2.) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลทางกฎหมาย

พิจารณาทฤษฎีความใกล้ชิดของเหตุ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลต่อเหตุจนเกินไปตามหลักระยะห่างของความเสียหาย จึงเป็นทฤษฎีที่จำกัดความรับผิดของผู้ก่อความเสียหายให้แคบลง โดยมีหลักต่าง ๆ ในการพิจารณาดังนี้

ก. ทฤษฎีผลโดยตรง (*Direct Consequences*) โดยไม่พิจารณาถึงความคาดเห็นของวิญญูชนในความเสียหายนั้นแต่อย่างใด เช่น คดี *Re Polemis and Furness, Withey & Co (1921) 3 KB 560* มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเช่าเรือของโจทก์เพื่อบรรทุกถ่านน้ำมันเบนซิน แต่ถ่านน้ำมันบางถังรั่วทำให้มีไอน้ำมันเกิดขึ้นในท้องเรือ คนเรือของจำเลยทำไม้กระดานตกลงไปกระทบกับท้องเรือ ด้วยแรงเสียดสีทำให้เกิดประกายไฟขึ้น เรือทั้งลำไหม้ ศาลตัดสินว่าจำเลยต้องรับผิดต่อเจ้าของเรือ ไม่ว่าคนเรือของจำเลยจะกระทำประมาทเลินเล่อและวิญญูชนไม่สามารถคาดเห็นได้ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่เมื่อเป็นผลโดยตรงอันก่อให้เกิดความเสียหาย จำเลยจึงต้องรับผิด

ข. ความคาดเห็นได้ เนื่องจากทฤษฎีผลโดยตรงตามคดี *Re Polemis* ได้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ ต่อมาศาลจึงนำหลักเรื่องความคาดเห็นในความเสียหายมาปรับใช้กับการกระทำโดยประมาท โดยพิจารณาความคาดเห็นของวิญญูชนในความเสียหายล่วงหน้าเท่านั้น หากไม่อาจคาดเห็นถึงความเสียหาย จำเลยไม่ต้องรับผิด โดยปรากฏในคดี *Overseas Tankship (UK) v Morts Dock (The Wagon Mound No.1) (1961)* ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ในขณะที่เรือของจำเลยเติมน้ำมันอยู่ น้ำมันได้รั่วไหลปกคลุมพื้นที่

ท้องทะเลตรงท่าเรือ ต่อมาเมื่อมีโลหะหลอมละลายตกลงไปในน้ำทะเล น้ำมันที่ลอยอยู่บนผิวน้ำติดไฟขึ้น ทำให้ท่าเรือของโจทก์เสียหายมาก ศาลตัดสินว่า จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากความเสียหายไม่สามารถคาดเห็นได้อย่างสมเหตุสมผล (reasonably foreseeable)

### 4.2.3 เปรียบเทียบความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของอังกฤษ

#### 4.2.3.1 ความสามารถในการรับผิด

ในความรับผิดตามสัญญา ผู้เยาว์คือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ โดยปกติสัญญาจะไม่มีผลผูกพันกับผู้เยาว์ ผู้เยาว์ไม่ต้องรับผิด เว้นแต่กรณี สัญญาซื้อขายสิ่งที่เป็น (Sale of Good Act 1979 Part 2 Capacity to buy and sell) สัญญาจ้างแรงงานเพื่อหารายได้เลี้ยงชีพตน แม้สัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นแต่หากเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ ผู้เยาว์ต้องผูกพันในหนี้ด้วย<sup>221</sup> และ สัญญาที่มีผลผูกพันผู้เยาว์จนกว่าผู้เยาว์จะปฏิเสธสัญญา (repudiate) กล่าวคือ หากผู้เยาว์ยังไม่ปฏิเสธสัญญา สัญญานั้นยังผูกพันอยู่จนกว่าผู้เยาว์จะปฏิเสธสัญญา ส่วนกรณีคนวิกลจริตมีกฎหมาย The Mental Capacity Act 2005 คนวิกลจริตที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ หากทำสัญญาขึ้นสัญญาจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ

#### 4.2.3.2 ความเสียหาย

ความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ เฉพาะแต่ความรับผิดตามสัญญาเพียงเท่านั้นที่จะเรียกความเสียหายประเภทนี้ได้ ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิดไม่สามารถเรียกได้ ยกเว้นเรื่อง negligent misstatement นอกจากนั้นความเสียหายดังกล่าวไม่ครอบคลุมในความรับผิดเพื่อละเมิด เช่น กรณีเกิดความเสียหายแก่บ้าน เนื่องจากการก่อสร้างไม่ดี จะได้รับชดใช้ความเสียหายโดยการซ่อมแซมตัวบ้าน<sup>222</sup> แต่ราคาบ้านที่ลดลงอันเนื่องจากการก่อสร้างที่ไม่ดีนั้น ไม่ถือเป็นความเสียหายบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด

#### 4.2.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การพิจารณาว่าจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นมากน้อยเพียงใด จะต้องพิจารณาว่ามีความห่างไกลแห่งเหตุหรือไม่ โดยความรับผิดตามสัญญามีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการตัดสินความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายตามคดี Hadley v Baxendale

<sup>221</sup> คดี Clements v. London and North Western Railway Company 1894

<sup>222</sup> คดี Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1995] UKHL อ้างถึงใน Bolt Burdon Kemp, "The Interplay between Concurrent Liability in Tort and Contract : A Claimant's Perspective," (2015): 2.

(1854) 9 Ex 341 ซึ่งวางหลักว่าคู่สัญญาที่ต้องรับผิด จะรับผิดต่อเมื่อความเสียหายนั้นอยู่ในความคาดเห็นของคู่สัญญาเมื่อเข้าทำสัญญา (the contemplation of the parties) และความรับผิดตามสัญญาจะไม่พิจารณาผลโดยตรงแต่อย่างใด แม้ไม่ใช่ผลโดยตรงแต่คู่สัญญาคาดเห็นได้ก็ต้องรับผิด ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิดในคดี Wagon Mound (No1) [1961] ได้วางหลักว่า ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดต่อเมื่อได้คาดเห็นตามสมควรต่อความเสียหายนั้น (reasonably foreseeable)

จะเห็นว่าความรับผิดเพื่อสัญญาพิจารณาการคาดเห็นของความเสียหายแบบอ้อมวิสัย กล่าวคือ พิจารณาจากความคาดเห็นของคู่สัญญา ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิด พิจารณาความคาดเห็นแบบภาวะวิสัย กล่าวคือ โดยทั่วไปความเสียหายนั้นเป็นสิ่งที่สามารถคาดเห็นได้จากการกระทำละเมิดดังกล่าวหรือไม่

#### 4.2.3.4 หน้าที่นำสืบ

โดยหลักแล้วตามคำอธิบายกฎหมายอังกฤษ ผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงผู้นั้นนำสืบ และยังมีหลักการผิดปกติธรรมดา ที่หากเป็นกรณีที่มีฝ่ายใดกล่าวอ้างเหตุการณ์ที่ผิดปกติ เช่น ก. อ้างว่าการทำสัญญาทางธุรกิจกับ ข. มิได้มีค่าตอบแทน ซึ่งผิดปกติของสัญญาทางธุรกิจที่จะต้องมีการทำสัญญากันโดยหวังค่าตอบแทน ในกรณีนี้ ก. จึงมีหน้าที่นำสืบตามข้อตกลงที่ตนกล่าวอ้างนั้น

ตามคำอธิบายกฎหมายสัญญาลูกหนี้เป็นผู้พิสูจน์ว่าตนไม่ได้ผิดสัญญา สำหรับในคดีละเมิด โจทก์มีหน้าที่นำสืบถึงการละเมิดและความเสียหายที่ได้รับ อย่างไรก็ตาม มีบางกรณี โดยเฉพาะการละเมิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (negligence) โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยได้ เนื่องจากอยู่ในอำนาจและความรู้ของฝ่ายจำเลยทั้งหมด โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ จึงก่อให้เกิดหลัก Res Ipsa Loquitur หรือหลักเหตุการณ์ย่อมชัดเจนอยู่ในตัว เช่น หากเป็นกรณีที่เรือ ก. จอดนิ่งอยู่ แล้วมีเรือ ข. แล่นมาชน ทำให้เกิดความเสียหาย เช่นนี้ย่อมเป็นที่รู้อยู่แล้วว่า เรือ ข. เป็นฝ่ายกระทำละเมิด ดังนั้น ในกรณีนี้ โจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่าได้มีเหตุการณ์เกิดขึ้นและเหตุการณ์ดังกล่าวอยู่ในการจัดการดูแลของจำเลยเพียงเท่านั้น หากจำเลยนำสืบไม่ได้ว่าตนมิได้กระทำละเมิด จำเลยต้องรับผิด<sup>223</sup>

จะเห็นว่าหน้าที่นำสืบตามสัญญาลูกหนี้ต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ผิดสัญญา แต่หากเป็นกรณีละเมิดโจทก์มีหน้าที่นำสืบถึงการกระทำละเมิดให้ครบองค์ประกอบ หากไม่ครบ จำเลยไม่ต้องรับผิด

#### 4.2.3.5 อายุความ

<sup>223</sup> ชนาทร จิตติเดโช, "ภาระการพิสูจน์ในกรณีมร "ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง", ตุลพาท 55, พฤษภาคม - สิงหาคม (2551): 94-96.

ความรับผิดเพื่อละเมิดมีอายุความทั่วไปอยู่ในมาตรา 2<sup>224</sup> แห่ง Limitation Act 1980 โดยมีอายุความการฟ้องร้อง 6 ปี นับแต่วันที่มีการกระทำละเมิด ส่วนความรับผิดตามสัญญาตามมาตรา 5<sup>225</sup> แห่ง Limitation Act 1980 มีอายุความการฟ้องร้องให้รับผิดตามสัญญา 6 ปี นับแต่วันที่ผิดสัญญา แม้มาตรา 2 และมาตรา 5 ของทั้งสองความรับผิดจะมีลักษณะการเขียนเช่นเดียวกัน แต่มีความแตกต่างกัน เนื่องจากความรับผิดทางสัญญา นับระยะเวลา 6 ปีตั้งแต่ได้มีการกระทำผิดสัญญาเกิดขึ้น ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิดระยะเวลา 6 ปี เริ่มนับตั้งแต่วันที่เกิดความเสียหาย

ยกตัวอย่างกรณีทนายความ หากผิดสัญญาเนื่องจากไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ในการประกอบวิชาชีพ เช่น ให้คำปรึกษาที่ผิดพลาด เป็นต้น จะต้องรับผิดเนื่องจากผิดสัญญาตั้งแต่วันที่ไมใช้ความระมัดระวังแก่กิจการที่ตนได้กระทำ อย่างไรก็ตาม หากเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด อายุความ 6 ปี จะเริ่มนับแต่เมื่อการที่ทนายความขาดความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งอาจไม่ใช่วันเดียวกันกับการกระทำผิดสัญญา

เมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของอังกฤษแล้ว สามารถสรุปเป็นตารางเปรียบเทียบได้ดังนี้

ตารางที่ 4 : ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของอังกฤษ

ข้อเปรียบเทียบ	อังกฤษ	
	สัญญา	ละเมิด
ประเภทของสิทธิ	สิทธิตามสัญญาอันเป็นสิทธิสัมพัทธ์	สิทธิเด็ดขาด
หลักความผิด	ไม่คำนึงถึงหลักความผิดโดยเห็นว่าการทำสัญญาก่อให้เกิดหนี้ลักษณะประกัน ที่จะต้องรับผิดเสมอหากไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ เว้นแต่ หนี้ที่ใช้ความระมัดระวังต้องมีความผิดจึงจะรับผิด เช่น ทนายความ แพทย์ เป็นต้น	ต้องมีความผิดจึงจะรับผิด

<sup>224</sup> Article 2 Limitation Act 1980

“An action founded on tort shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued.”

อ้างอิงใน [ออนไลน์] <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58> สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2562

<sup>225</sup> Article 5 of Limitation Act 1980

“An action founded on simple contract shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued.”

อ้างอิงใน [ออนไลน์] <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58> สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2562

ข้อเปรียบเทียบ	อังกฤษ	
	สัญญา	ละเมิด
ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย	- คุ่มครองความเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงิน (รวมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้) และไม่เป็นตัวเงินในบางกรณี ได้แก่ ความเสียหายจากการสูญเสียทางร่างกาย ความเสียหายต่อความผิหว้างหรือจิตใจ (ในสมัยก่อนความเสียหายทางจิตใจ ไม่ได้รับความคุ้มครอง) - ไม่คุ้มครองค่าเสียหายเชิงลงโทษ	- คุ่มครองความเสียหายต่อทรัพย์สิน รวมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ - ความเสียหายต่อร่างกาย จิตใจ ซึ่งความเสียหายทางจิตใจจะคุ้มครอง เฉพาะแต่ความเสียหายที่ทางการแพทย์ ยอมรับหรือความเสียหายที่กระทบ กระเทือนประสาท
ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล	พิจารณาว่าคู่สัญญาได้คาดเห็น (foreseeability) ถึงเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นหรือไม่ โดยไม่พิจารณาถึงผลโดยตรงแต่อย่างใด	ความใกล้ชิดของเหตุมีการพิจารณาที่ แตกต่างกันไปในแต่ละคดี - พิจารณาผลโดยตรงที่ก่อให้เกิด ความเสียหาย (คดี Wagon Mound) - พิจารณาความคาดเห็นความเสียหาย ของผู้ทำละเมิด (คดี Re Polemis)
หน้าที่นำสืบ	การพิสูจน์ความผิดตกเป็นภาระของ ลูกหนี้	โจทก์นำสืบความผิดของจำเลย เว้น แต่หลัก Res Ipsa Loquitur ในคดี ประมาท
อายุความ	หลักทั่วไปเป็นไปตามมาตรา 2 แห่ง Limitation Act 1980 คือ 6 ปี นับแต่ ผิดสัญญา	หลักทั่วไปเป็นไปตามมาตรา 5 แห่ง Limitation Act 1980 คือ 6 ปี นับแต่เกิดความเสียหาย

#### 4.2.4 การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด

##### 4.2.4.1 วิวัฒนาการการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด

กฎหมายอังกฤษมิได้มีวิวัฒนาการมาจากพื้นฐานของกฎหมายโรมันแต่อย่างใด กฎหมายที่ปรับใช้เกิดจากการตัดสินของศาลที่แตกต่างกันและมีเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกัน กฎหมายของอังกฤษจึงเป็นกฎหมายที่ได้จากแนวปฏิบัติของศาลเป็นพื้นฐานมากกว่าทางทฤษฎี<sup>226</sup> แต่เมื่อเข้าสู่ช่วงกลางของศตวรรษที่ 19 อังกฤษได้มีการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความและได้มีการบังคับใช้ Judicature Act

<sup>226</sup> K. ZWEIGERT & H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 2 ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 198 et seq.

ในปี 1875 จึงได้มีการจัดระบบศาลใหม่ การบังคับให้โจทก์ต้องเลือกหลักกฎหมายในการฟ้องร้อง บังคับคดีตั้งแต่เริ่มแรกเพื่อพิจารณาหลักกฎหมายนั้นไปตลอดทุกยกเล็ก<sup>227</sup> เกิดเป็นการพิจารณาคดี ขึ้นใหม่ที่ปรับใช้หลักกฎหมายตามข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวอ้าง

การปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาคความได้เกิดการจัดระบบความรับผิดชอบต่าง ๆ ที่อังกฤษได้ปรับใช้อยู่ โดยแยกหลักทั่วไปของความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะหนี้ได้เป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากข้อตกลงหรือ สัญญา และความรับผิดชอบที่มีได้เกิดจากการตกลงกันหรือละเมิด โดยความรับผิดชอบทั้ง 2 มีการความแตกต่าง ออกจากกัน อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการแยกความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะหนี้ออกเป็นสองประเภท แต่ก็มีข้อเท็จจริงบางประการที่ก่อให้เกิดความคาบเกี่ยวของความรับผิดชอบ เนื่องจากความรับผิดชอบตามสัญญา บางประการไม่สามารถครอบคลุมความผิดในทุก ๆ ข้อตกลง และในบางกรณี การละเมิดก็มีได้แยก เป็นอิสระออกจากสัญญา

ขอบเขตของกฎหมายสัญญาจะถูกจำกัดโดยหลักการที่ว่า การไปทำสัญญาจะต้องมีการเสนอ และสนองต่อตรงกัน และการกระทำสัญญาจะมีสิทธิบังคับให้ปฏิบัติชำระหนี้กับบุคคลที่เป็นคู่สัญญา แต่เพียงเท่านั้น สำหรับกฎหมายละเมิดมีข้อจำกัดอยู่คือจะต้องเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ความระมัดระวัง โดยทั่วไปหรือเรียกว่า tort in negligence ในคดี Donoghue v. Stevenson เป็นครั้งแรกที่ศาล ได้คำนึงถึงหน้าที่ทั่วไปในความปลอดภัยอันเกิดจากการกระทำละเมิดโดยประมาท อันหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งถือเป็นหนึ่งในหน้าที่ความระมัดระวังทั่วไปถูกนำมาปรับใช้ในความสัมพันธ์ทางสัญญาด้วย<sup>228</sup> ในข้อเท็จจริงที่มีความรับผิดชอบทั้งทางสัญญาและละเมิดจะเกิดความรับผิดทางละเมิดขึ้นต่อเมื่อ การกระทำของจำเลยเป็นการผิดหน้าที่ทางละเมิดกล่าวคือ หนี้ในความระมัดระวัง และหน้าที่ ดังกล่าวเป็นหนี้ที่อยู่นอกเหนือจากหนี้ตามปกติของสัญญา<sup>229</sup> และเป็นการกระทำให้เกิดความเสียหาย ทางกายภาพต่อร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สินของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>227</sup> F.W. Maitland, *Equity, Also the Forms of Action at Common Law*, 2 ed. (Cambridge: CUP, 1910), p. 295 et seq.อ้างถึงใน Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 721.

<sup>228</sup> Ruben De Graaff, "Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective," *European Review of Private Law*: 722.

<sup>229</sup> T. Weir, ใน *Encyclopedia of Comparative Law*, p.36 ; A. Burrows, *Understanding the Law of Obligations ; Essays on Contract, Tort and Restitution* (Oxford: Hart Publishing, 1998) ,pp 25-26 อ้างถึงใน *ibid.*, 723.

ในคดี Henderson v. Merrett Syndicates ข้อเท็จจริงเป็นกรณีของความรับผิดชอบของ managing agent ต่อตัวการซึ่งทำสัญญากับ agent ถึงแม้ว่าความสัมพันธ์ทางสัญญาจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับ agent แต่ตัวการอ้างว่า managing agent มีหน้าที่ความรับผิดชอบโดยตรงต่อตัวการด้วยและฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด เพื่อที่จะได้รับผลประโยชน์ในเรื่องของอายุความฟ้องร้องบังคับคดี

จากคดี Henderson v. Merrett Syndicates ทำให้เกิดการฟ้องร้องความรับผิดตามสัญญาหรือความรับผิดเพื่อละเมิดโดยพิจารณาจาก ผลของความรับผิดในเรื่องของอายุความการฟ้องร้องบังคับคดีและการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลหรือการพิสูจน์ความเสียหายไกลกว่าเหตุที่เป็นธรรมต่อโจทก์ผู้เสียหายมากที่สุด<sup>230</sup> ซึ่งในคดีนี้ผู้พิพากษา Goff ได้ให้ข้อสรุปว่า กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ไม่ได้ปฏิเสธความคาบเกี่ยวของความรับผิดและไม่มีหลักเกณฑ์พื้นฐานที่จะจำกัดการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดสัญญาและละเมิด แม้ผลสรุปดังกล่าวจะทำให้เกิดความยุ่งยากในการปรับใช้ แต่เนื่องจาก หน้าที่ตามกฎหมายละเมิดถือเป็นหน้าที่โดยทั่วไปและหน้าที่ตามสัญญาเป็นหน้าที่ที่เกิดจากข้อตกลงของคู่สัญญา หน้าที่ทั้งสองมิได้มีความขัดแย้งกันแต่อย่างใด โจทก์สามารถที่จะเลือกฟ้องร้องบนฐานความรับผิดใด ความรับผิดหนึ่งเพื่อให้ได้ประโยชน์ในการได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนมากที่สุด โดยจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่า การปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดจะต้องไม่ขัดแย้งกับการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา การได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนจึงอาจถูกจำกัดได้

จนถึงปัจจุบันกฎหมายอังกฤษไม่ได้มีการวางโครงสร้างพื้นฐานของทฤษฎีทั่วไปในเรื่องนี้แต่อย่างใด หลังจากได้มีการตัดสินในคดี Henderson v. Merrett Syndicates จึงก่อให้เกิดคำถามว่าการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายละเมิด ควรจะมีอิทธิพล ถูกจำกัด หรือถูกตัดออกโดยสัญญา ซึ่งเมื่อไม่นานมานี้ ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษได้พิจารณาคดีที่มีความคาบเกี่ยวกันระหว่างความรับผิดตามสัญญาและละเมิด โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามกฎหมายสัญญาซึ่งพิจารณาความคาดเห็นในความเสียหายของคู่สัญญา มาปรับใช้เพื่อเรียกความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแทน การปรับใช้หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกฎหมายละเมิดที่พิจารณาจากความคาดเห็นของวิญญูชนซึ่งเป็นความคาดเห็นแบบภาวะวิสัย ซึ่งการตัดสินของศาลดังกล่าวทำให้เห็นว่า การทำสัญญาย่อมมีอิทธิพลต่อขอบเขตในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด

<sup>230</sup> Ibid., 724.



#### 4.2.4.2 การพิจารณาปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดของศาล

กฎหมายของประเทศอังกฤษไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดถึงบทบาทของผู้พิพากษาในการปรับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจน ตามระบบกฎหมาย Common Law ที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนโดยหลักแล้วศาลจะไม่ค่อยเข้าไปมีบทบาทดังเช่นในคดีอาญา ตามหลักการความประสงค์แห่งคู่ความ (principle of party disposition) และหลักการเสนอคดีของคู่ความ (party presentation) ที่ก่อรากในระบบกฎหมาย Common Law มาเป็นระยะเวลายาวนาน ดังนั้นภาระในการนำกฎหมายไปปรับใช้แก่คดีจึงตกอยู่กับคู่ความมากกว่าผู้พิพากษา แตกต่างจากการปรับใช้กฎหมายในระบบ Civil Law ที่ภาระหน้าที่ในการนำกฎหมายไปปรับใช้ตกอยู่กับผู้พิพากษา

ตามกฎหมายอังกฤษการฟ้องร้องบังคับคดีคู่ความจะต้องระบุข้อเท็จจริงที่พิพาทกันมาในคำคู่ความ<sup>231</sup> ในส่วนของข้อกฎหมายไม่จำเป็นต้องระบุว่าจะใช้บทบัญญัติใดมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง มีเพียงแต่ให้บรรยายถึงกฎหมายพื้นฐานที่จะใช้เยียวยาความเสียหายเท่านั้น<sup>232</sup> ในส่วนของชื่อเรื่องของคดีหรือชื่อเรื่องของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีคู่ความจะต้องกำหนดเพื่อเยียวยาความเสียหาย เช่นเป็นคดีเรื่องสัญญาหรือละเมิดหรือทั้งเรื่องสัญญาและเรื่องละเมิด เป็นต้น<sup>233</sup>

สำหรับการกำหนดกฎหมายเพื่อมาปรับใช้ในคดีของศาลนั้นศาลจะพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนๆ (the rule of precedent) โดยจะเปรียบเทียบข้อเท็จจริงในคดีและข้อเท็จจริง



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>231</sup> J.R. Lewis, *Civil and Criminal Procedure* (London: Sweet & Maxwell, 1986), p. 44.

<sup>232</sup> Civil Procedure Rules 1998 ข้อ 8.2

“Where the claimant uses the Part 8 procedure the claim form must state—

(a) that this Part applies;

(b) (i) the question which the claimant wants the court to decide; or

(ii) the remedy which the claimant is seeking and the legal basis for the claim to that remedy;

(c) if the claim is being made under an enactment, what that enactment is;

(d) if the claimant is claiming in a representative capacity, what that capacity is; and

(e) if the defendant is sued in a representative capacity, what that capacity is.”

อ้างอิงใน <https://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/article/8.2/made>

<sup>233</sup> Neil Andrews, *The Reform of Civil Procedure : Essays on Access to Justice*, ed. Ross Cranston. A.A.S. Zuckerman (Oxford: Clarendon Press., 1995), p. 171.

ในคำพิพากษาที่ตัดสินมาแล้ว<sup>234</sup> โดยกฎหมายที่จะมาบังคับใช้จะต้องอยู่ภายใต้เนื้อหาสาระของคำฟ้อง และขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์<sup>235</sup>

อังกฤษยอมรับว่าข้อเท็จจริงหนึ่งอาจผิดทั้งสัญญาและละเมิดได้ แต่หากโจทก์ใช้สิทธิเรียกร้องบนพื้นฐานของสัญญา ถือว่าโจทก์ไม่ประสงค์ที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนบนพื้นฐานของกฎหมายลักษณะละเมิด วิธีการเลือกฟ้องบนฐานกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งนี้มีเพิ่มมากขึ้น โดยขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ที่โจทก์จะได้รับ เช่น อายุความในการฟ้องร้องบังคับคดี (คดี Henderson v. Merrett Syndicates Ltd. (No.1) [1995] 2 AC 145, 182) สัญญาถือเป็นข้อตกลงที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อคู่สัญญา ดังนั้น จะใช้กฎหมายละเมิดในขอบเขตที่กว้างกว่าข้อตกลงที่ชัดเจนหรือโดยปริยายตามสัญญาไม่ได้ (ความเห็นของ Lord Scarman ในคดี Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd. (No.1) [1986] AC 80, 107)<sup>236</sup> เมื่อเป็นเช่นนั้น หากเป็นกรณีที่สัญญากระทบต่อบุคคลที่สาม ยกตัวอย่างเช่น กรณีสัญญาซื้อขาย ผู้ขายไม่มีหน้าที่ความระมัดระวังต่อผู้ซื้อทอดที่ 2 ในกรณีที่สินค้าชำรุดบกพร่อง ศาลอังกฤษจึงได้วางหลักไว้ว่าหากเป็นกรณีสัญญามีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม สามารถนำหลักหน้าที่ในความระมัดระวังตามกฎหมายลักษณะละเมิดมาใช้ได้ ในแง่ของความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ (Tort of negligence)<sup>237</sup> ดังนั้น ในกรณีที่ผู้รับเหมาช่วงหากกระทำโดยประมาทเลินเล่อทำให้พื้นของสิ่งก่อสร้างเสียหายจนมีผู้ได้รับบาดเจ็บ ต้องรับผิดในความประมาทเลินเล่อตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ตามคำอธิบายกฎหมายอังกฤษเมื่อเกิดกรณีความคาบเกี่ยวระหว่างผิดสัญญาและละเมิดโจทก์สามารถฟ้องคดีตามแนวคิดดังนี้

1.) การใช้สิทธิเลือกฟ้องคดี เมื่อเกิดกรณีที่ข้อเท็จจริงหนึ่งผิดได้ทั้งสัญญาและละเมิดโจทก์สามารถที่จะเลือกฟ้องมูลกรณีใดกรณีหนึ่งเพื่อให้ได้ประโยชน์แก่ตนมากที่สุด โดยเมื่อโจทก์เลือกฟ้องมูลกรณีใดกรณีหนึ่งแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาตามที่โจทก์ฟ้องเพียงเท่านั้นจะไม่หยิบยกหลักกฎหมาย

<sup>234</sup> ธนกร วรปรัชญากุล, "หลักและความคิดพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ในทัศนะของนักกฎหมายยุโรป," บทบัญญัติ, 60 (2547): 231.

<sup>235</sup> Gene R. Shreer and Peter Raven-Hansen, Understanding Civil Procedure, 3 ed. (US: Matthew Bender & company, 2002), p. 107.

<sup>236</sup> ในคดี Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd. (No.1) [1986] AC 80, 107 อยู่ในหัวข้อ 4.2.4.3

<sup>237</sup> Christian von Bar, Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, p. 287.

ที่โจทก์มิได้กล่าวอ้างมาพิจารณาอีก หลักนี้เรียกว่าหลักการเลือกใช้สิทธิ (election)<sup>238</sup> ยกตัวอย่าง เช่น กรณีผิดสัญญาเช่าเมื่อสิ้นสุทธระยะเวลาของสัญญาเช่าแล้วจำเลยไม่ยอมออกจากห้องเช่าทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย เป็นกรณีที่เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของโจทก์ซึ่งผิดทั้งสัญญาและละเมิดเมื่อโจทก์เลือกฟ้องมูลคดีตามสัญญาแล้ว การพิจารณาของศาลก็ต้องพิจารณาความรับผิดชอบตามสัญญาจะไม่หยิบยกข้อกฎหมายเกี่ยวกับละเมิดมาปรับใช้ แม้หลักกฎหมายละเมิดจะครอบคลุมความเสียหายได้มากกว่า เนื่องจากถือว่าโจทก์ ซึ่งเป็นผู้เสียหาย ได้สละสิทธิที่จะดำเนินคดีตามหลักกฎหมายดังกล่าวแล้ว ซึ่งหลักกฎหมายที่โจทก์สละสิทธิ์อาจมีข้อแตกต่างในเรื่องของภาระการพิสูจน์อายุความการฟ้องร้องคดี การกำหนดค่าสินไหมทดแทน และการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่เป็นองค์ประกอบของความรับผิด ที่หากโจทก์กล่าวอ้างอาจเป็นธรรมต่อโจทก์ผู้เสียหายมากกว่าหลักกฎหมายที่โจทก์เลือก

2.) การเลือกฟ้องคดีทั้งสัญญาและละเมิด เป็นกรณีที่โจทก์สามารถที่จะเลือกฟ้องคดีโดยบรรยายฟ้องว่าจำเลยได้กระทำผิดสัญญาและละเมิดต่อโจทก์ หรืออาจบรรยายเพียงข้อเท็จจริงและเรียกค่าเสียหายก็ได้ ในการฟ้องคดีนี้ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการปรับใช้กฎหมายแก่คดีดังกล่าวเอง<sup>239</sup> โดยพิจารณาว่าประเด็นสำคัญในคำฟ้องของคู่กรณีเป็นประเด็นตามฐานหลักกฎหมายใด ดุลยพินิจในการเลือกลักษณะของกฎหมายมาปรับใช้นี้เรียกว่าหลักการให้น้ำหนัก (gravamen or gist)<sup>240</sup> ยกตัวอย่างเช่น หากโจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยเป็นทนายความได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อว่าความแล้วทำให้โจทก์เสียหาย เช่นนี้เห็นว่าเป็นการบรรยายฟ้องที่ให้น้ำหนักไปในเรื่องของการกระทำละเมิดมากกว่าเรื่องของสัญญาจ้างทนายความ เช่นนี้ศาลจะปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดในกรณีดังกล่าว โดยไม่นำเรื่องหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญามาพิจารณาแม้จะให้ประโยชน์แก่คู่สัญญา มากกว่า<sup>241</sup>

#### 4.2.4.3 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

คดี Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd. (No.1) [1986] AC 80, 107<sup>242</sup>

<sup>238</sup> Prosser William L., *Handbook of the Law of Torts*, pp. 618-619.

<sup>239</sup> *Ibid.*, 621.

<sup>240</sup> *Ibid.*

<sup>241</sup> P.H. Winfield, *Winfield on Tort : A Textbook of the Law of Tort*, pp. 805-806.

<sup>242</sup> "Tai Hing Cotton Mill Limited V. Liu Chong Hing Bank & Ors: An Examina Tion," [Online].

ข้อเท็จจริงเป็นกรณีเกี่ยวกับการกระทำโดยไม่สุจริตของพนักงานธนาคารที่ปลอมลายเซ็นต์ของลูกค้านำเช็คของธนาคาร และนำเช็คดังกล่าวไปขึ้นเงิน ทำติดต่อกันมาเป็นเวลา 6 ปี มากกว่า 300 เช็ค และมีประเด็นว่า ลูกค้านำหน้าทีในลักษณะกว้างที่จะต้องมีความระมัดระวังป้องกันไม่ให้เกิดการปลอมแปลงเช็ค หรือมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจรายการเงินเข้าออกบัญชีในทุกๆ เดือนหรือไม่ ซึ่งการกล่าวอ้างของจำเลยดังกล่าวเป็นการกล่าวอ้างหน้าที่ตามกฎหมายละเมิด ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งของธนาคารว่า ลูกค้านำหน้าทีดังกล่าวซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายละเมิด เนื่องจากหากผู้กรณีได้ทำความตกลงตามสัญญาแล้ว สิทธิและหน้าที่ของผู้กรณีจะมีขอบเขตที่กว้างกว่าสัญญาที่ตกลงกันไว้ไม่ได้ การกล่าวอ้างของธนาคารถึงหน้าที่ในทางละเมิดของลูกค้านำหน้าที จึงไม่ถูกต้อง เพราะตามสัญญาไม่ได้กำหนดหน้าที่ดังกล่าวแต่อย่างใด และถึงแม้ว่าจะกำหนดไว้ ก็เป็นหน้าที่ที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงลักษณะดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ

คดี *Johnstone Vs. Bloomsbury Health Authority* (1992) ถ้าเป็นกรณีคาบเกี่ยวกันระหว่างผิดสัญญาและละเมิด ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามข้อตกลงนั้น จะนำหลักความรับผิดเพื่อละเมิดมาใช้ร่วมกันกับหลักความรับผิดตามสัญญาไม่ได้

คดี *Riyad Bank v. Ahli United Bank (UK) Plc* [2006] EWCA Civ 780 (CA)

ธนาคาร Ahli United จำเลย ตกลงที่จะจัดหาบริการทางเทคนิคให้แก่ธนาคาร Riyadh โจทก์เพื่อก่อตั้งกองทุนในอังกฤษ โดยมีรูปแบบการจัดตั้งตามโครงสร้างของธนาคารจำเลย แต่การจัดตั้งกองทุนที่ไม่มีประสิทธิภาพทำให้กองทุนถูกระงับ ถึงแม้ว่าระหว่างกองทุนที่ตั้งขึ้นกับธนาคารจำเลยจะไม่มีสัญญาระหว่างกัน แต่เนื่องจากมีข้อตกลงในการให้บริการทางเทคนิคของผู้จัดการกองทุนที่จะต้องรับผิดชอบต่อการตัดสินใจลงทุนของตน จึงถือเป็นหน้าที่โดยปริยายของธนาคารจำเลยที่จะต้องรับผิดชอบแม้มิได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญา ซึ่งการมีข้อตกลงดังกล่าวทำให้เกิดความคาดหวังของคู่สัญญาเป็นหน้าที่ในความระมัดระวังตามละเมิดที่ธนาคารจำเลยมีต่อโจทก์ จะเห็นว่าคดีนี้มีการพิจารณาข้อตกลงในสัญญาที่ทำให้เห็นชัดถึงหน้าที่ความระมัดระวังของจำเลยอย่างชัดเจนขึ้น

คดี *Robinson v. PE Jones (contractors) Ltd* [2011] EWCA Civ 9

P.E. Jones จำเลยรับก่อสร้างและขายบ้านหลังใหม่ให้แก่ Robinson โจทก์ โจทก์ต้องการติดตั้งเตาผิงแบบใช้แก๊สในห้องนั่งเล่นและห้องครอบครัว จำเลยตกลงและสร้างปล่องไฟให้ทั้ง 2 ห้อง 12 ปีต่อมาโจทก์ได้ให้วิศวกรมาตรวจสอบการใช้งานของเตาผิงแบบใช้แก๊สว่ามีประสิทธิภาพหรือไม่ โดยทดสอบการติดไฟ ปรากฏว่าเตาผิงแบบใช้แก๊สในห้องครอบครัวไม่ติดไฟ เนื่องจากมีการรั่วของเชื้อเพลิง มีความไม่ปลอดภัย เมื่อพบเช่นนั้น โจทก์จึงฟ้องจำเลยว่าไม่ปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการก่อสร้าง

(Building Regulations) ตั้งแต่ได้สร้างบ้านนี้ขึ้น ซึ่งเป็นกรณีที่ผิดทางสัญญาและละเมิด โจทก์และจำเลยได้ตกลงกันในสัญญาให้หน้าที่ที่มากกว่าหน้าที่ในความระมัดระวังตามความรับผิดเพื่อละเมิด ก็จะต้องเป็นไปตามสัญญา แต่จำเลยมิได้มีการตกลงกันในสัญญาถึงความรับผิดในกรณีเกิดความไม่ปลอดภัยของสิ่งก่อสร้างอันมีมาตรฐานมากกว่าการปฏิบัติตามหน้าที่ความระมัดระวังตามความรับผิดเพื่อละเมิดแต่อย่างใด

คดี Wellesley Partners LLP v. Withers LLP [2015] EWCACiv 1146

บริษัท Wellesley Partners โจทก์ อันเป็นบริษัทเกี่ยวกับธนาคารการลงทุนได้จ้างให้ Withers จำเลย ร่างข้อตกลงของหุ้นส่วนบริษัทรายใหม่ที่ชื่อ Addax โดยให้เขียนไว้ในข้อสัญญาว่า Addax สามารถถอนทุนที่มาลงหุ้นครั้งหนึ่งได้ทุกเมื่อ หลังจากครบ 42 เดือนนับแต่วันทำสัญญา แต่ด้วยความประมาทเลินเล่อ Withers ร่างข้อตกลงผิดจากความประสงค์ของโจทก์โดยร่างข้อตกลงว่า ให้ Addax สามารถถอนทุนครั้งหนึ่งได้ทุกเมื่อใน 41 เดือนแรกนับแต่วันทำสัญญา ทำให้บริษัท Addax ถอนทุนที่ลงหุ้นกับโจทก์ในปีแรกหลังจากทำสัญญา ทำให้โจทก์ไม่สามารถทำตามแผนการขยายธุรกิจที่วางไว้ได้ โจทก์จึงฟ้องจำเลยโดยเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายในกำไรที่ควรได้จากการคาดการณ์ว่าจะขยายธุรกิจที่อเมริกา และความเสียหายต่อกำไรที่ควรได้จากการจ้างแรงงานชาวอังกฤษ

ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ได้ตัดสินว่า หากเป็นกรณีคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดตามสัญญาและละเมิด การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจะต้องพิจารณาจากหน้าที่ของผู้ก่อความเสียหายที่มีข้อจำกัดยิ่งกว่า กล่าวคือในคดีนี้ปรับใช้หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามความรับผิดตามสัญญา คือความคาดเห็นของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญา (reasonable contemplation) มาปรับใช้แทนที่จะใช้ความคาดเห็นของผู้ก่อความเสียหาย (reasonable foreseeability) ตามความรับผิดเพื่อละเมิดที่พิจารณาความคาดเห็นของผู้ก่อความเสียหายในขณะที่มีการละเมิดเกิดขึ้น เนื่องจากว่าคู่สัญญามีโอกาสที่จะรู้ถึงขอบเขตความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะทำสัญญา และสามารถสร้างมาตรการป้องกันความเสี่ยงได้ แตกต่างจากกรณีละเมิดที่ผู้เสียหายไม่มีโอกาสได้ป้องกันความเสี่ยงตั้งแต่ต้น

## บทที่ 5

### วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน ในระบบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

เนื่องจากแนวทางปฏิบัติของไทยยังไม่มีทฤษฎีหรือหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน จึงทำให้เกิดปัญหาดังที่พบในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5072/2557 และ 10155/2539 ที่เป็นกรณีฝากทรัพย์และผู้รับฝากเคลื่อนย้ายทรัพย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์ ซึ่งข้อเท็จจริงเป็นทั้งผิดสัญญาและละเมิดเช่นเดียวกัน แต่ศาลฎีกากลับตัดสินบนฐานความรับผิดที่แตกต่างกัน โดยในคดีแรกศาลฎีกาตัดสินให้จำเลยมีความรับผิดตามสัญญา ส่วนในคดีที่สองศาลฎีกาตัดสินให้จำเลยมีความรับผิดเพื่อละเมิด ซึ่งการเลือกปรับใช้ความรับผิดต่างฐานดังกล่าว ก่อให้เกิดผลของความรับผิดต่อโจทก์และจำเลยในประเด็นที่แตกต่างกัน เช่น ค่าสินไหมทดแทน อายุความฟ้องร้องบังคับคดี หน้าที่นำสืบ เป็นต้น อีกทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย ไม่ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิเลือกฟ้องร้องของโจทก์บนฐานความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งและศาลฎีกาจะต้องปรับใช้บทกฎหมายตามที่โจทก์เลือกฟ้องมาหรือไม่แต่อย่างใด จึงก่อให้เกิดคำถามต่อไปว่าโจทก์มีสิทธิเลือกฟ้องคดีบนฐานความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งเพื่อที่จะให้ศาลฎีกาปรับใช้หลักเกณฑ์ของความรับผิดนั้นกับข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างได้หรือไม่ หากโจทก์ไม่ได้ร้องขอให้ปรับใช้ฐานความรับผิดใดความรับผิดหนึ่ง ศาลฎีกาจะสามารถนำอีกฐานความรับผิดอีกฐานหนึ่งมาปรับใช้ได้หรือไม่ จะเป็นการพิพากษาเกินคำขอหรือไม่ นอกจากนั้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8683/2559 จำเลยมีความรับผิดตามสัญญาและละเมิด และศาลได้ปรับใช้อายุความการฟ้องร้องบังคับคดีตามความรับผิดตามสัญญาและให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามความรับผิดเพื่อละเมิด เป็นการปรับใช้ความรับผิด 2 ความรับผิดร่วมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน ซึ่งการปรับใช้ดังกล่าวอาจเป็นการตัดสินโดยผสมหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์ได้ จึงก่อให้เกิดคำถามว่าศาลฎีกามีอำนาจในการปรับใช้ความรับผิดในลักษณะดังกล่าวหรือไม่ จากปัญหาการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันดังกล่าวข้างต้น ทำให้เห็นว่าการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันไม่มีความเป็นเอกภาพ วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงจะวิเคราะห์เปรียบเทียบประเด็นปัญหาการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศใน 3 ประเด็น ดังต่อไปนี้

### 5.1 ปัญหาหลักเกณฑ์การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน

เนื่องจากศาลฎีกาไทยไม่มีทฤษฎีหรือหลักเกณฑ์ในการเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันแต่อย่างใด จึงทำให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพในการปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกา และก่อให้เกิดผลของความรับผิดที่กระทบต่อโจทก์และจำเลยในแต่ละประเด็นที่แตกต่างกัน ในหัวข้อนี้จะศึกษาทฤษฎีและแนวปฏิบัติของศาลสูงและโครงสร้างความรับผิดของสัญญาและละเมิดในต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาและค้นหาแนวทางการปรับใช้ได้ดังนี้

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 แนวทางการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศส แม้ทฤษฎีการปรับใช้ในระยะแรกจะมีการเปลี่ยนแปลงกลับไปกลับมาหรือไม่คงที่ แต่โดยหลักแล้วฝรั่งเศสยึดถือทฤษฎี non – cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (non – cumul) ซึ่งไม่ยอมรับความคาบเกี่ยวระหว่างสัญญาและละเมิด โดยศาลสูงฝรั่งเศสได้ตัดสินคดีโดยยึดทฤษฎีดังกล่าวเช่นกัน หากคู่กรณีมีความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างกันต้องปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา จะปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้

สำหรับเยอรมันแม้จะมีความเห็นที่แตกต่างในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎี Gesetzeskonkurrenz และ ทฤษฎี Anspruchskonkurrenz ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.1.4 แต่ทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับคือทฤษฎี Anspruchskonkurrenz ที่เห็นว่าความรับผิดตามสัญญาและละเมิดแยกออกอิสระจากกัน โดยอาจมีความคาบเกี่ยวระหว่างสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันได้ ส่วนในทางพิจารณาคดียึดหลักทฤษฎี Anspruchsnormenkonkurrenz ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ให้โจทก์สามารถฟ้องร้องบังคับคดีทั้งความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในคำฟ้องเดียวได้ และศาลจะต้องปรับใช้หลักเกณฑ์ของความรับผิดตามฐานความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งเพียงความรับผิดเดียวดังที่ได้ยกตัวอย่างไว้แล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.1.4 ตามคำพิพากษาศาลสูงคดี BGH 20 November 1984, BGHZ 93, 23, BGH 23 March 1966, BGHZ 46, 140, BGH 30 November 1972, NJW 1972, 475, BGH 23 March 1966, NJW 1967, 42, BGH 20 December 1966, BGHZ 46, 313 ที่ศาลปรับใช้หลักเกณฑ์ของความรับผิดตามสัญญาในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด และคดี BGH 31 January 1967, BGHZ 47, 53, BGH 24 May 1976, BGHZ 66, 315, BGH 8 January 1986, NJW 1986, 1608 ที่ศาลปรับใช้อายุความตามความรับผิดตามสัญญาในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด

สำหรับอังกฤษมีความไม่ชัดเจนในทฤษฎีการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่เมื่อได้มีคำพิพากษาคดี Henderson v. Merrett จากความเห็นของผู้พิพากษา Goff จึงอาจสรุปได้ว่าอังกฤษไม่ได้โต้แย้งเกี่ยวกับความคาบเกี่ยวระหว่างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน และหลักเกณฑ์สำคัญของความรับผิดตามสัญญายังคงมีอิทธิพลต่อการปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิด ตามตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในคดี Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd. (No.1) [1986] AC 80, 107 ที่คู่กรณีได้ทำความตกลงตามสัญญาแล้ว สิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีจะมีขอบเขตที่กว้างกว่าสัญญาที่ตกลงกันไว้ไม่ได้ จะนำสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายละเมิดมาปรับใช้ไม่ได้ คดี Wellesley Partners LLP v. Withers LLP [2015] EWCACiv 1146 ที่นำเอาระดับความคาดเห็นความเสียหายตามความรับผิดตามสัญญามาปรับใช้แทนความคาดเห็นความเสียหายของความรับผิดเพื่อละเมิด คดี Riyad Bank v. Ahli United Bank (UK) Plc [2006] EWCA Civ 780 (CA) เป็นกรณีที่พิจารณาความตกลงของคู่สัญญาแล้วทำให้เห็นถึงหน้าที่ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำโดยไม่ประมาทอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น อันทำให้ศาลเห็นว่าจำเลยมีหน้าที่ความระมัดระวังอันอาจผิดละเมิดได้ และคดี Robinson v. PE Jones (contractors) Ltd [2011] EWCA Civ 9 ที่ตัดสินว่า หากโจทก์และจำเลยได้ตกลงกันในสัญญาให้มีความรับผิดที่มากกว่าหน้าที่ในความระมัดระวังตามความรับผิดเพื่อละเมิด ก็ต้องเป็นไปตามสัญญา (คดีนี้โจทก์และจำเลยมิได้มีการตกลงกันในสัญญาถึงความรับผิดในกรณีเกิดความไม่ปลอดภัยของสิ่งก่อสร้างที่มากกว่าการปฏิบัติตามหน้าที่ความระมัดระวังตามความรับผิดเพื่อละเมิดแต่อย่างใด) ดังได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 4.2.4.3

การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันของทั้ง 3 ประเทศเยอรมันและอังกฤษมีการปรับใช้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ยอมรับความคาบเกี่ยวของความรับผิดตามสัญญาและละเมิด โดยสามารถปรับใช้ความรับผิดใดก็ได้แต่หากปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดจะต้องปรับใช้โดยคำนึงถึงความตกลงในสัญญาเป็นหลัก แตกต่างจากฝรั่งเศสที่ไม่ยอมรับความคาบเกี่ยวกันของความรับผิดตามสัญญาและละเมิด และในความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแม้ข้อเท็จจริงของการผิดสัญญาจะเข้าองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิด จะต้องปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาแต่เพียงเท่านั้น ไม่สามารถปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดได้ สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทยยังไม่มีทฤษฎีหรือหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันแต่อย่างใด จึงยังคงมีปัญหาในการปรับใช้ในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศสและเปรียบเทียบกับโครงสร้างของกฎหมายสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศสแล้ว เห็นว่าจากคำอธิบายกฎหมายสัญญาและ



บทบัญญัติกฎหมายสัญญาของฝรั่งเศส สามารถเรียกค่าเสียหายได้อย่างครอบคลุมในลักษณะกว้างๆ อันได้แก่ ความเสียหายต่อกองทรัพย์สิน ความเสียหายนอกกองทรัพย์สิน (เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเสียหายต่อร่างกาย หรือความเสียหายทางจิตใจ) ซึ่งแม้ฝรั่งเศสจะให้ฟ้องร้องบนฐานของความรับผิดตามสัญญา โดยไม่ให้อ้างอิงบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด อาจเป็นไปได้ว่ากฎหมายสัญญาของฝรั่งเศส ครอบคลุมความเสียหายไว้หลากหลายประการอยู่แล้ว รวมทั้งยังกำหนดให้มีหนี้ในความปลอดภัย รวมอยู่ในหนี้ตามกฎหมายสัญญาเพื่อให้โจทก์ผู้เสียหายได้รับความคุ้มครองที่มากขึ้น อีกทั้งหน้าที่ในการนำสืบการผิดสัญญาเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่ต้องนำสืบ เจ้าหนี้มีหน้าที่เพียงพิสูจน์ว่าได้มีการทำสัญญา ระหว่างกันเท่านั้น แตกต่างจากความรับผิดเพื่อละเมิดที่เจ้าหนี้จะต้องนำสืบความเสียหายให้ครบ องค์ประกอบความผิดละเมิด ซึ่งในปัจจุบันฝรั่งเศสมีแนวโน้มที่จะแก้กฎหมายและผ่อนคลายนทฤษฎี non - cumul ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อร่างกายให้สามารถฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิด ได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม หากจะพิจารณาทฤษฎี non - cumul มีข้อบกพร่องในการปรับใช้ในฝรั่งเศส หลายประการ หากเป็นในแง่แนวคิดทางกฎหมาย เห็นว่า เมื่อมีความคาบเกี่ยวความรับผิดตามสัญญา และละเมิด การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาเพียงประการเดียวเป็นการตัดสิทธิ์โจทก์ ทั้ง ๆ ที่โจทก์มีสิทธิ ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายละเมิด อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชนที่คุ้มครองบุคคลทุกคนในสังคมซึ่งเป็นไปตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ Thaller, Sauzet และ Sainctelette การทำสัญญาเพียงแต่เป็นการเพิ่มระดับความคุ้มครองระหว่างคู่สัญญา เท่านั้น จะนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาขยายขอบเขตเพื่อไม่ให้ปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้ ดังนั้น ตามการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด ในช่วงระยะเวลาระหว่างปี ค.ศ. 1926 - 1945 ที่ฝรั่งเศสได้ผ่อนคลายนทฤษฎีความแข็งกระด้างของทฤษฎี non - cumul และให้สามารถฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้ เห็นว่าเป็นธรรมต่อโจทก์แล้ว เนื่องจากโจทก์เป็นผู้เสียหาย เมื่อการกระทำผิดครบองค์ประกอบทั้งความรับผิดตามสัญญาและ ละเมิดควรจะให้โจทก์สามารถฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดได้อย่างคดี Cass. Req. 14 December 1926, D. 1927. 1. 105 เป็นต้น และไม่เห็นด้วยกับความเห็นของ O.Meréteau และคำพิพากษาคดี Cass. Civ. 6 March 1945, D. 1945. 1. 217 และ Cass. 1e Civ. 4 November 1992 ที่ถึงแม้ข้อเท็จจริงจะเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามสัญญาและละเมิด โจทก์จะต้องฟ้องร้องและศาลจะต้องปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาเท่านั้น รายละเอียดของคดีได้กล่าว มาแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.2.4

ทั้งยังมีคำพิพากษา Cour d' apple Grenoble ลงวันที่ 18 Mars 1921 D. 1922-2-25 เรื่องของเรือบล่มในทะเลสาบ ศาลปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาตามทฤษฎี non - cumul โดยไม่ได้พิจารณาว่าความเสียหายที่โจทก์เรียกร้องเป็นความเสียหายบนฐานของความรับผิดตามสัญญาหรือไม่ จะเห็นได้ว่าโจทก์เป็นภรรยาของผู้เสียชีวิตและฟ้องเรียกค่าเสียหายในความเสียหายต่อการขาดรายได้ อุปการะและความเสียใจของตนเอง ซึ่งเป็นการเรียกร้องความเสียหายเพื่อตนเองซึ่งอยู่นอกสัญญา และแม้จะสืบสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ตายซึ่งเป็นคู่สัญญาอันเป็นสิทธิตามสัญญา โจทก์จะเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายของตนเองซึ่งมิใช่สิทธิตามสัญญาไม่ได้ ศาลจึงควรปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิด

หากจะพิจารณาโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศส เห็นว่า จะมีความรับผิดตามสัญญาและละเมิดได้ต้องมีความผิด ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายสามารถครอบคลุมความเสียหายได้หลากหลายประเภทเช่นเดียวกัน ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในความรับผิดเพื่อละเมิด ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าศาลสูงปรับใช้ทฤษฎีเงื่อนไขหรือมูลเหตุเหมาะสมเป็นหลัก ส่วนความรับผิดตามสัญญา มีกรณีที่ปรับใช้ทฤษฎีเงื่อนไขในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผิดสัญญา หน้าที่นำสืบความผิดในส่วนของความรับผิดตามสัญญาโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ในประเด็นนี้ ซึ่งแตกต่างจากการพิสูจน์ความผิดในความรับผิดเพื่อละเมิด อายุความฟ้องร้องบังคับคดีโดยทั่วไป อายุความ 5 ปีเท่ากัน ตามมาตรา 2224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นในเรื่องพิเศษอื่น ๆ เมื่อพิจารณาโดยภาพรวมแล้วจะเห็นว่า การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาย่อมเกิดความเป็นธรรมต่อโจทก์มากกว่าการปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิด ซึ่งอาจเป็นเหตุผลที่ฝรั่งเศสปรับใช้ความรับผิดตามทฤษฎี non - cumul เนื่องจากมิได้มีข้อแตกต่างในผลของความรับผิดตามความเป็นจริง ในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดอย่างมีนัยยะสำคัญแต่อย่างใด

สำหรับความพยายามลดความแข็งแกร่งของทฤษฎี non - cumul ของฝรั่งเศสโดยในข้อเท็จจริงเดียวกันสามารถปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดได้ อันได้แก่กรณีของการเกิดอุบัติเหตุในการขนส่งหรือการรับจ้างก่อสร้างแล้วทำให้สิ่งก่อสร้างเสียหาย มีข้อสังเกตว่า ในกรณีของการเพิ่มเติมหลักทั่วไปของอายุความในการฟ้องร้องบังคับคดี ให้มีระยะเวลา 5 ปีเท่ากัน แม้ระยะเวลาการฟ้องร้องจะเท่ากัน แต่การนับเวลาเริ่มต้นของอายุความแตกต่างกัน เนื่องจากกรณีผิดสัญญาอายุความจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ทำผิดสัญญา ส่วนการละเมิดอายุความจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่เกิดความเสียหาย ซึ่งการผิดสัญญาและความเสียหายอาจไม่ได้เกิดขึ้นในเวลาเดียวกันก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีทนายให้คำแนะนำในการต่อสู้อคดีที่ผิดพลาด วันที่ผิดสัญญาคือวันที่ให้คำแนะนำโดยผิดพลาดหรือขาดความระมัดระวัง แต่หากเป็นกรณีละเมิดระยะเวลาอายุความจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่เกิดความเสียหายจากการให้แนะนำนั้น

ซึ่งมีความแตกต่างกัน จะเห็นได้ว่าในบางกรณีการปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดย่อมเป็นคุณแก่ผู้เสียหายมากกว่า

หากจะนำทฤษฎี non - cumul มาปรับใช้ในบริบทกฎหมายไทย จะพบว่าโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาของกฎหมายไทยไม่ได้ครอบคลุมความเสียหายได้หลากหลายประเภทในลักษณะกว้างอย่างเช่นฝรั่งเศส กล่าวคือ ความเสียหายทางจิตใจ กฎหมายสัญญาของไทยยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองจึงไม่สามารถเรียกชดเชยค่าเสียหายในความเสียหายดังกล่าวได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายละเมิดที่ศาลฎีกาตัดสินให้สามารถเรียกชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจได้ในบางกรณี สำหรับการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อกฎหมายสัญญาของไทยพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังในระดับวิญญูชน ซึ่งเป็นมาตรฐานความระมัดระวังที่คงที่ แตกต่างจากความรับผิดเพื่อละเมิดที่พิจารณาตามมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนในพฤติการณ์เช่นนั้น ซึ่งไม่คงที่ การจะเลือกปรับใช้ตามความรับผิดตามสัญญาเพียงฐานเดียว อาจไม่เหมาะสม อีกทั้งอายุความตามกฎหมายสัญญาของไทยในบางกรณีมีอายุความที่สั้นกว่าอายุความฟ้องร้องคดีละเมิด เช่น อายุความ 6 เดือนของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาเช่า เป็นต้น

เมื่อพิจารณาการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันของเยอรมัน มีกลุ่มความเห็นของนักนิติศาสตร์แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มความเห็นตามทฤษฎี Gesetzeskonkurrenz ที่เห็นว่าควรปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาก่อน และกลุ่มความเห็นตามทฤษฎี Anspruchskonkurrenz ที่เห็นว่าละเมิดและสัญญาแยกออกจากกันโดยอิสระ ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1.1.1 เห็นว่ากลุ่มความเห็นของนักนิติศาสตร์กลุ่มแรกทำให้เกิดความไร้ขอบเขตของสัญญาและอาจลบล้างเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายละเมิดของเยอรมัน และเห็นด้วยกับกลุ่มนักนิติศาสตร์กลุ่มที่สองที่แยกความรับผิดตามสัญญาและละเมิดออกจากกันเนื่องจากระบบกฎหมายทั้งสองมีวิวัฒนาการที่แตกต่างกัน และมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลในแง่ที่แตกต่างกัน

เมื่อพิจารณาคดี BGH 20 November 1984, BGHZ 93, 23 ศาลสูงนำหลักความผิดในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ให้มาปรับใช้ในการฟ้องร้องคดีละเมิด คดี BGH 23 March 1966, BGHZ 46, 140 ศาลสูงนำหลักความผิดในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ให้ยืมมาปรับใช้ในการฟ้องร้องคดีละเมิด คดี BGH 30 November 1972, NJW 1972, 475 ศาลสูงนำหลักความผิดในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้บริหารมาปรับใช้ในการฟ้องร้องคดีละเมิด คดี BGH 23 March 1966, NJW 1967, 42 ศาลสูงนำหลักความระมัดระวังของผู้รับฝากทรัพย์สินที่ต้องใช้ความระมัดระวังดังเช่นการดูแลทรัพย์สินของตนเอง

มาใช้ในการฟ้องร้องคดีละเมิด คดี BGH 20 December 1966, BGHZ 46, 313 ศาลสูงนำหลักความระมัดระวังของผู้ถือหุ้นที่จะต้องใช้ในกิจการของตนเองมาปรับใช้ในการฟ้องร้องคดีละเมิด คดี BGH 24 May 1976, BGHZ 66, 315 และ BGH 8 January 1986, NJW 1986, 1608 ศาลสูงนำอายุความฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาเช่า 6 เดือน มาปรับใช้ในการฟ้องร้องคดีละเมิดซึ่งมีอายุความ 3 ปี หรือ 30 ปี และ คดี BGH 31 January 1967, BGHZ 47, 53 ศาลสูงนำอายุความฟ้องร้องบังคับคดีของผู้ให้ยืม 6 เดือน มาปรับใช้ในการฟ้องร้องคดีละเมิด เมื่อพิจารณาการปรับใช้ความรับผิดของศาลสูงเยอรมันตามคดีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า นักกฎหมายเยอรมัน ยังคงมีแนวคิดที่ต้องนำความตกลงตามสัญญามาพิจารณา โดยเห็นว่าการที่คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากันถือเป็นการตกลงให้ใช้หลักความผิดและอายุความการฟ้องร้องบังคับคดีตามกฎหมายสัญญา โดยในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาในการฟ้องร้องคดีละเมิดล้วนแต่เป็นความเสียหายในสิทธิทางทรัพย์สินทั้งสิ้น เนื่องจากสิทธิบุคคลภาพ เช่น ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ เป็นต้น ไม่ใช่สิทธิทางทรัพย์สินที่โดยปกติจะทำสัญญาจำกัดขอบเขตสิทธิดังกล่าวได้อยู่แล้ว

เมื่อพิจารณาวิวัฒนาการที่เยอรมันปรับใช้ความรับผิด จะเห็นว่าเยอรมันได้มีการพัฒนาแนวคิดทางกฎหมายเพื่อเยียวยาโจทก์ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มเติมความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ให้ได้รับความคุ้มครองตามสัญญา การคำนึงถึงหน้าที่นำสืบของโจทก์หากปรับใช้ความรับผิดที่แตกต่างกัน การปรับใช้กฎหมายสัญญาเพื่อไม่ให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 278 ซึ่งสามารถอ้างการใช้ความระมัดระวังได้ตามกฎหมายละเมิด เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดตามกฎหมายเยอรมันแล้วเห็นว่ายังมีการพิสูจน์ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของละเมิดที่ให้ผลประโยชน์แก่โจทก์ที่ดีกว่าเนื่องจากมีระดับความคาดเห็นของผู้กระทำผิดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ความรับผิดตามสัญญาจะพิจารณาความคาดเห็นของคู่สัญญาจากความคาดเห็นของวิญญูชน แต่สำหรับความรับผิดเพื่อละเมิดพิจารณาความคาดเห็นของผู้กระทำละเมิดอย่างเช่นผู้สังเกตุการณ์ ซึ่งมีระดับสูงกว่าความคาดเห็นของวิญญูชนตามความรับผิดตามสัญญา อันแทบจะทำให้ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดเกือบทุกกรณี ตัวอย่างเช่น

สัญญารักษายาบาลระหว่างแพทย์และคนไข้ หากวัคซีนที่แพทย์ใช้ฉีดให้คนไข้อาจเป็นอันตรายแค่ 0.01% เมื่อฉีดแล้วคนไข้เป็นอัมพาต เช่นนี้ หากเป็นความรับผิดตามสัญญาแพทย์อาจไม่ต้องรับผิดเนื่องจากวิญญูชนไม่อาจคาดเห็นถึงความเสียหายดังกล่าวได้ แต่หากปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดแพทย์ต้องรับผิดเนื่องจากต่ำกว่าความคาดเห็นของผู้สังเกตุการณ์ เป็นต้น

จะเห็นว่าการปรับใช้ความรับผิดตามแต่ละระบบกฎหมายย่อมก่อให้เกิดผลของความรับผิดที่แตกต่างกัน การจะปรับใช้ความรับผิดใดเพียงความรับผิดเดียวเป็นหลักย่อมไม่เกิดความเป็นธรรมแก่โจทก์ผู้เสียหาย สำหรับกรณีที่ยอมรับนำหลักความผิดและอายุความของกฎหมายสัญญาามาปรับใช้ล้วนแล้วแต่เป็นความเสียหายในสิทธิทางทรัพย์สินทั้งสิ้น ซึ่งการทำสัญญาระหว่างกันเป็นการกำหนดขอบเขตในทางทรัพย์สินตามกฎหมายอยู่แล้ว และในประเทศไทยคู่สัญญาสามารถทำสัญญาตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่จะต้องอยู่ภายใต้มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่การตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่กำหนดว่าห้ามทำข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งคู่สัญญาจะกำหนดให้แตกต่างไม่ได้ โดยมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ยังได้กำหนดไว้ว่า ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นยังเป็นโมฆะอีกด้วย

จากความเห็นของผู้พิพากษา Goff ในคดี Henderson v. Merrett คำพิพากษาคดี Wellesley Partners LLP v. Withers LLP [2015] EWCACiv 1146 คดี Riyadh Bank v. Ahli United Bank (UK) Plc [2006] EWCA Civ 780 (CA) และคดี Robinson v. PE Jones (contractors) Ltd [2011] EWCA Civ 9 สอดคล้องกับการพิจารณาคดี Johntone vs. Bloomsbury Health Authority (1992) ที่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเป็นไปตามข้อตกลงจะนำความรับผิดเพื่อละเมิดมาใช้ไม่ได้ จะเห็นว่าแนวทางการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของศาลอังกฤษมีแนวทางการปรับใช้ในลักษณะเดียวกันกับเยอรมัน คือปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดโดยยังคำนึงถึงข้อตกลงในสัญญาของโจทก์และจำเลย แต่ยังมีทฤษฎีการปรับใช้ที่ชัดเจนและยังไม่ได้มีการกำหนดให้ต้องปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาในบางกรณี อันได้แก่ อายุความหรือหลักความผิด อย่างเช่นเยอรมัน

จะเห็นว่าการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันย่อมให้ผลที่แตกต่างกัน การจะปรับใช้ความรับผิดใดเพียงความรับผิดเดียวเป็นหลักย่อมไม่เกิดความเป็นธรรมแก่โจทก์ผู้เสียหาย และโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของกฎหมายไทย มีผลของความรับผิดที่แตกต่างกัน เช่นเดียวกับเยอรมันและอังกฤษ แตกต่างจากฝรั่งเศสที่ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดสามารถเยียวยาความเสียหายได้เอนกเช่นเดียวกัน และมีผลของความรับผิดคล้ายคลึงกัน จึงไม่มี

ข้อแตกต่างในการปรับใช้มากนัก โดยข้อแตกต่างระหว่างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของไทยสามารถแยกออกเป็นประเด็นได้ ดังนี้

1.) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย ตามความรับผิดตามสัญญา ความเสียหายที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายได้แก่ความเสียหายต่อทรัพย์สิน ความเสียหายต่อร่างกาย สำหรับความเสียหายทางจิตใจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสัญญา ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิดคุ้มครองความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สิน และความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินซึ่งรวมถึงความเสียหายทางจิตใจ จะเห็นว่า หากฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาจะไม่ได้รับชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจ อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่ทำสัญญาก่อสิทธิในทางทรัพย์สินและได้รับความเสียหายในสิทธิทางทรัพย์สิน หากจะปรับใช้ความรับผิดเพื่อเป็นประโยชน์แก่โจทก์มากที่สุด ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามละเมิด เพื่อให้ได้รับค่าเสียหายทางจิตใจแต่อย่างใด และการกำหนดค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นอยู่บนพื้นฐานของสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกัน หรืออาจถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว เช่น เบี้ยปรับ และสามารถกำหนดได้ง่ายกว่าการถูกกำหนดค่าเสียหายโดยศาลตามความรับผิดเพื่อละเมิดที่จะกำหนดตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

2.) การกำหนดค่าเสียหาย หากปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาการกำหนดค่าเสียหายจะอยู่บนพื้นฐานของข้อตกลงในสัญญา หากปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิด การกำหนดค่าเสียหายจะต้องดูตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหาย ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว ในหัวข้อ 3.3.5 หากมีการกำหนดค่าเสียหายระหว่างกันไว้บนพื้นฐานของสัญญา การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา โจทก์ย่อมพิสูจน์ความเสียหายได้ง่ายกว่า

3.) การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามกฎหมายสัญญา ลูกหนี้จะต้องรับผิดต่อเมื่อเป็นความเสียหายตามปกติจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ส่วนค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ ลูกหนี้จะต้องได้คาดเห็นก่อนมีการผิดสัญญา ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายละเมิดที่หากใช้ทฤษฎีเงื่อนไขการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ไม่พิจารณาถึงความคาดเห็นความเสียหายของผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด แต่หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม จะต้องพิจารณาความคาดเห็นความเสียหายของผู้กระทำละเมิด โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ความคาดเห็นในขณะที่ทำสัญญาตามความรับผิดตามสัญญาแต่อย่างใด

4.) หน้าที่นำสืบ ความรับผิดตามสัญญา ผู้ที่มีหน้าที่นำสืบถึงความผิดคือลูกหนี้ โดยจะต้องนำสืบว่าตนได้ปฏิบัติตามชำระหนี้แล้วหรือมิได้ผิดสัญญา โดยโจทก์ผู้เป็นเจ้าของหนี้ต้องอ้างถึงนิติสัมพันธ์

ระหว่างกันและกล่าวหาจำเลยลูกหนี้ว่าผิดสัญญา แตกต่างจากความรับผิดเพื่อละเมิดที่ให้นำมาใช้ในการพิสูจน์ความผิดตกเป็นของโจทก์ โดยจะต้องพิสูจน์ให้ครบทุกองค์ประกอบของละเมิด อันจะต้องพิสูจน์ว่าได้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นอย่างไร มีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งเป็นความผิดของจำเลยหรือไม่<sup>243</sup> หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ศาลจะยกฟ้อง จึงเห็นได้ชัดว่าการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาเป็นผลดีต่อโจทก์ในเรื่องของภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ส่วนการพิสูจน์นิติสัมพันธ์ตามสัญญาหรือพิสูจน์พฤติการณ์ละเมิดเห็นว่าเป็นสิ่งที่โจทก์ต้องพิสูจน์เช่นเดียวกัน ซึ่งยากต่อการพิสูจน์ หากสัญญาเป็นสัญญาปากเปล่า หรือ ละเมิดไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะเอาผิดกับจำเลย

5.) อายุความฟ้องร้องบังคับคดี เมื่อพิจารณาอายุความฟ้องร้องบังคับคดีตามความรับผิดตามสัญญาที่มีอายุความตั้งแต่ 3 เดือน 6 เดือน 1 ปี 2 ปี 5 ปี หรือ 10 ปี ล้วนแล้วแต่เป็นอายุความเพื่อฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในความเสียหายต่อสิทธิในทางทรัพย์สินทั้งสิ้น ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิดมีอายุความฟ้องร้อง 1 ปีนับแต่วันที่อยู่ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ทำละเมิด หรือ 10 ปีนับแต่กระทำละเมิด

นอกจากนั้นตามเจตนารมณ์ของความรับผิดตามสัญญาคือเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาเสมือนกับได้มีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญา และสำหรับความรับผิดเพื่อละเมิดมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเสมือนความเสียหายไม่เคยเกิดขึ้น ดังนั้นการคำนึงถึงความเป็นธรรมกับโจทก์จึงสำคัญ อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาถึงความตกลงโดยปริยายในสัญญา เรื่องของอายุความการฟ้องร้องบังคับคดีและหลักความผิดตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ด้วย

## 5.2 ปัญหาผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันและการพิพากษาไม่เกินค่าของพาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เนื่องจากการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของศาลฎีกาไม่มีความเด่นชัดในเรื่องสิทธิเลือกฟ้องของโจทก์ เนื่องจากโจทก์มักฟ้องร้องบังคับคดีโดยบรรยายข้อเท็จจริงและให้ศาลเลือกปรับใช้ความรับผิดใดความรับผิดหนึ่ง จึงเกิดปัญหาว่า หากเป็นกรณีที่โจทก์เลือกฟ้องบนฐานความรับผิดใด ความรับผิดหนึ่งเพียงอย่างเดียว ศาลจะต้องตัดสินตามที่โจทก์ร้องขอบนฐานความรับผิดนั้นเพียงอย่างเดียวหรือไม่ หรือศาลสามารถที่จะปรับใช้ฐานความรับผิดที่โจทก์ไม่ได้ขอได้หรือไม่ และหากเป็นเช่นนั้นจะเป็นการพิพากษาเกินค่าขอหรือไม่ โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาดังกล่าวกับต่างประเทศ ดังนี้

<sup>243</sup> การพิสูจน์ว่าผู้ก่อความเสียหายมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ไม่รวมถึงความรับผิดโดยเคร่งครัด

การพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศสเป็นไปตามระบบไต่สวน โดยตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ศาลต้องเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดตามที่โจทก์ฟ้องหรือได้มีการกล่าวหา และมาตรา 12 ศาลมีอำนาจปรับใช้กฎหมายได้ทุกกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามความรับผิดตามระบบกฎหมายที่โจทก์กล่าวอ้าง โดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและวัตถุประสงค์ ศาลไม่สามารถตัดสินคดีเกินไปกว่าข้อเท็จจริงที่โจทก์บรรยายมาในคำฟ้องได้ตามมาตรา 7 และศาลสามารถปรับบทกฎหมายตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสำนวนคดีได้อีกด้วย นอกจากนี้ คู่ความอาจตกลงกันจำกัดอำนาจศาลในการปรับใช้กฎหมายแก่คดีได้ หากคู่ความตกลงกันให้ปรับใช้ความรับผิดตามระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่ง ศาลจะนำฐานความรับผิดอื่นมาปรับใช้ไม่ได้

สำหรับเยอรมัน มีคำอธิบายทางกฎหมายว่า หากโจทก์ฟ้องร้องบังคับคดีบนฐานความรับผิดใด ศาลจะต้องตัดสินบนฐานความรับผิดนั้น ตามหลักการเสนอคดีของคู่ความ และหลักการความประสงค์ของคู่ความ อย่างไรก็ตาม แม้การพิจารณาคดีแพ่งของเยอรมันโดยหลักจะเป็นไปตามระบบกล่าวหา แต่ศาลมีอำนาจในทางกฎหมายที่จะปรับใช้บทกฎหมายอีกฐานหนึ่งได้ แม้โจทก์จะไม่ได้ตั้งฟ้องโดยอ้างถึงข้อกฎหมายนั้น และหากอายุความตามความรับผิดตามสัญญาขาดอายุความก็สามารถเลือกฟ้องร้องบนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดได้ ตามทฤษฎี Anspruchskonkurrenz ที่ให้โจทก์ฟ้องร้องบังคับคดีบนฐานความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งก็ได้ แต่ในปัจจุบันโจทก์มีสิทธิเลือกฟ้องร้องบังคับคดีได้ทั้งความรับผิดตามสัญญาและละเมิดโดยฟ้องทั้งสองฐานในการฟ้องร้องคดีเดียวกันก็ได้ตามทฤษฎี Anspruchsnormenkonkurrenz โดยศาลมีหน้าที่ในการเลือกปรับใช้ความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งเพียงความรับผิดเดียว ซึ่งต้องอยู่ภายใต้คำฟ้องของโจทก์

สำหรับอังกฤษนักนิติศาสตร์เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชน โดยหลักแล้วศาลจะไม่ค่อยเข้าไปมีบทบาทและถือเป็นคนกลางในการตัดสิน เป็นไปตามการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา จึงยึดหลักการความประสงค์ของคู่ความและหลักการเสนอคดีของคู่ความเป็นสำคัญตามคำอธิบายทางกฎหมาย เมื่อโจทก์เลือกฟ้องร้องบนฐานความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งแล้ว โจทก์ถือว่าสละสิทธิ์ที่จะฟ้องร้องบังคับคดีอีกฐานความรับผิดหนึ่ง (election) และศาลต้องปรับใช้ความรับผิดตามที่โจทก์ร้องขอ แต่หากเป็นกรณีที่โจทก์ไม่ได้เลือกฟ้องและบรรยายเพียงข้อเท็จจริงมา ให้ศาลสามารถเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือความรับผิดเพื่อละเมิดได้ โดยใช้หลักการให้น้ำหนัก (gravamen or gist) กล่าวคือ ศาลจะปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดขึ้นอยู่กับคำบรรยายฟ้องของโจทก์ว่ามีน้ำหนักเข้าองค์ประกอบของฐานความรับผิดใด



เมื่อเปรียบเทียบอำนาจของศาลในการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันทั้ง 3 ประเทศ เห็นว่า อังกฤษ ซึ่งการพิจารณาคดีแพ่งเป็นระบบกล่าวหา ภาระในการปรับใช้กฎหมายแก่คดีตกอยู่แก่คู่ความมากกว่าผู้พิพากษา หากคู่ความเลือกฟ้องคดีบนฐานความรับผิดชอบ ศาลจะต้องปรับใช้ฐานความรับผิดชอบนั้น แต่หากไม่ได้เลือกฟ้อง ศาลจะต้องปรับใช้ความรับผิดชอบตามข้อเท็จจริงตามหลักการให้น้ำหนัก ซึ่งแตกต่างจากฝรั่งเศสและเยอรมัน ที่ภาระหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายตกอยู่กับผู้พิพากษา แม้โจทก์จะเลือกฟ้องมาเช่นใด ศาลสามารถปรับใช้ความรับผิดชอบที่โจทก์กล่าวอ้างได้ หรือความรับผิดชอบที่โจทก์ไม่ได้กล่าวอ้างก็สามารถปรับได้ โดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและวัตถุประสงค์ที่ปรากฏต่อศาล โดยฝรั่งเศสจะขยายอำนาจของศาลให้พิจารณาปรับใช้บทกฎหมายโดยดูจากสำนวนคดีที่คู่ความอาจไม่ได้ยกขึ้นกล่าวอ้างได้อีกด้วยอันแตกต่างจากอังกฤษและไทยที่พิจารณาเพียงแต่คำขอที่คู่ความยกขึ้นกล่าวอ้างและไม่สามารถนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏในทางพิจารณามาตัดสินได้หากไม่มีประเด็นนั้นปรากฏในคำคู่ความ สำหรับเรื่องการพิพากษาไม่เกินคำขอของกฎหมายไทย ศาลจะต้องวินิจฉัยตามประเด็นแห่งคดีและพิพากษาเฉพาะแต่คำขอที่โจทก์เรียกร้อง โดยในการพิจารณาว่าศาลพิพากษาเกินคำขอหรือไม่ต้องพิจารณาคำบรรยายฟ้องตามมาตรา 172 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สภาพแห่งข้อหา ข้ออ้างอันอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา และคำขอบังคับ รายละเอียดตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.3.4 ดังนั้นหากโจทก์เลือกฟ้องร้องบังคับคดีบนฐานความรับผิดชอบตามสัญญา ศาลอาจถูกจำกัดอำนาจให้ไม่สามารถพิพากษาโดยปรับใช้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้

มีข้อสังเกตอำนาจในการปรับใช้ของศาลสูงฝรั่งเศสในทางปฏิบัติ ในคำพิพากษาคดี Cass. Civ. 6 March 1945, D. 1945. 1. 217 ตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1.2.4 แสดงให้เห็นว่าโจทก์ไม่มีสิทธิเลือกในการฟ้องร้องบังคับคดีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตั้งแต่เริ่มคดี เนื่องจากอยู่ภายใต้ทฤษฎี non - cumul ที่ต้องปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาหากมีความสัมพันธ์กันตามสัญญา และถึงแม้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 5 และมาตรา 12 จะให้อำนาจศาลในการปรับใช้หลักกฎหมายตามข้อเท็จจริงที่คู่ความกล่าวอ้าง โดยแปลความของคำคู่ความเพื่อค้นหาจุดประสงค์อันแท้จริงของคู่ความก็ตาม การที่โจทก์จะถูกบังคับให้ต้องเลือกฟ้องบนฐานความรับผิดชอบตามสัญญา อาจทำให้ศาลไม่สามารถนำกฎหมายละเมิดมาปรับใช้ได้ เนื่องจากมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส กำหนดให้ศาลจะต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในคดีเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าโจทก์ต้องฟ้องร้องบังคับคดีตามความรับผิดชอบทางสัญญาและข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้าง ก็จะเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผิดสัญญามีใช้ละเมิด ศาลจึงไม่สามารถปรับใช้ความรับผิดชอบ

เพื่อละเมิดได้ และถึงแม้ข้อเท็จจริงจะเข้าองค์ประกอบของละเมิดด้วยแต่ศาลจะถูกจำกัดการหยิบยก ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดมาปรับใช้ภายใต้ทฤษฎี non - cumul นอกจากนี้ในทางปฏิบัติฝรั่งเศส ยังมีแนวโน้มว่าจะไม่ให้ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ในความสัมพันธ์ทางสัญญาที่มีสิทธิฟ้องร้องบังคับคดี เพื่อละเมิดตามที่ได้มีการเสนอให้เพิ่มบทบัญญัติในมาตรา 1233 ซึ่งไม่ยุติธรรมแก่โจทก์ผู้เสียหายอย่างยิ่ง การปิดกั้นสิทธิในการเลือกฟ้องของโจทก์ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการเยียวยาผู้เสียหายที่แท้จริง และถึงแม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและ The Catala Committee จะมีความเห็น ว่าหากเป็นความเสียหายต่อร่างกายให้เลือกฟ้องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ แต่ยังเป็นเพียงแค่ความเห็น ที่ยังไม่ได้นำไปพิจารณาแก้ไขแนวปฏิบัติตามความเป็นจริงแต่อย่างใด จึงเห็นว่าอำนาจของศาล ในการปรับใช้ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและแนวปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสในเรื่องของการปรับใช้ ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดยังคงมีความไม่สอดคล้องเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

แต่หากจะพิจารณาข้อดีของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ไม่ว่าจะโจทก์จะเลือกฟ้อง บนฐานความรับผิดใด ศาลมีอำนาจปรับใช้ความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งก็ได้ แม้โจทก์ไม่ได้ร้องขอ แต่มีข้อจำกัดเพียงว่าต้องอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงและวัตถุประสงค์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นธรรมโจทก์ เนื่องจากการให้โจทก์มีสิทธิเลือกฐานความรับผิดเพื่อมาปรับใช้แก่คดี ไม่สามารถอำนวยความสะดวกอย่างแท้จริง ให้แก่โจทก์ในคดีต่าง ๆ ได้ เนื่องจากโจทก์อาจไม่รู้ถึงผลของความรับผิดที่แตกต่างกันในความรับผิดแต่ละเรื่อง และหากจะให้โจทก์มีสิทธิเลือก ความรับผิดบางฐานอาจไม่เยียวยาความเสียหายโจทก์ได้เท่าที่ควร การให้ศาลมีหน้าที่ในการปรับใช้ความรับผิดที่เป็นธรรมแก่โจทก์มากที่สุด โดยมีข้อจำกัดการปรับใช้ ตามข้อเท็จจริงและวัตถุประสงค์จึงเหมาะสมแล้ว

ตามกฎหมายวิธีสบัญญัติของเยอรมัน ข้อเท็จจริงเป็นภาระของคุณความ ส่วนข้อกฎหมายเป็น ภาระของศาลที่จะปรับใช้ ศาลมีหน้าที่ปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดให้เข้ากับข้อเท็จจริง นั้นเพื่อประโยชน์แก่โจทก์มากที่สุด แม้โจทก์จะฟ้องร้องบนฐานความรับผิดหนึ่ง ศาลสามารถหยิบยก กฎหมายอีกฐานความรับผิดหนึ่งมาปรับใช้ได้ หากการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวโจทก์ได้รับการเยียวยา ที่ดีกว่า แต่เดิมหากโจทก์เลือกฟ้องบนฐานความรับผิดตามสัญญา ศาลจะไม่พิพากษาให้เป็นละเมิด แต่ปัจจุบันศาลเข้ามามีบทบาทมากยิ่งขึ้น แม้ว่าโดยหลักการพิจารณาคดีแพ่งของเยอรมันเป็นระบบ กล่าวหา แต่ในระยะหลังศาลเข้ามามีส่วนควบคุมกระบวนการพิจารณามากยิ่งขึ้น

เมื่อพิจารณาผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของอังกฤษ การให้โจทก์ เลือกฟ้องเพื่อประโยชน์ของตนมากที่สุดและถือว่าสละสิทธิการฟ้องร้องบังคับคดีอีกฐานความรับผิด

หนึ่งนั้นไม่สามารถปรับใช้ได้ในประเทศไทย เนื่องจากประชาชนในประเทศไม่อาจรู้ถึงผลที่แตกต่างกัน ในการปรับใช้ความรับผิดของระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบได้ทุกคน และอาจทำให้เกิดการเลือกปรับใช้กฎหมายใดกฎหมายหนึ่งที่อาจไม่เป็นธรรมกับโจทก์ผู้เสียหายในบางประการ เช่น หน้าที่นำสืบ ที่หากฟ้องร้องบนฐานความรับผิดตามสัญญาจะได้รับประโยชน์มากกว่า เป็นต้น อันเป็นการตัดสิทธิ์โจทก์ที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของความรับผิดเพื่อละเมิด ในกรณีของหลักการให้น้ำหนักของศาลโดยดูตามคำฟ้องเป็นหลักและไม่พิจารณาว่าหากน้ำหนักที่โจทก์ฟ้องเป็นไปตามความรับผิดใด ความรับผิดนั้นจะให้ประโยชน์แก่โจทก์มากที่สุดหรือไม่ ซึ่งในบางกรณีโจทก์ไม่ใช่นักกฎหมายที่จะรู้ถึงผลของการเลือกปรับใช้กฎหมายได้ทุกเรื่องและอาจบรรยายฟ้องโดยมีน้ำหนักไปทางความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งมากกว่าได้

ตามแนวปฏิบัติของไทย มักเป็นกรณีที่โจทก์บรรยายแต่เพียงข้อเท็จจริงและให้ศาลเลือกปรับใช้กฎหมายตามข้อเท็จจริงนั้น โดยกรณีที่โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยผิดทั้งสัญญาและละเมิด ไม่เป็นการฟ้องที่เคลือบคลุมแต่อย่างใด ดังนั้นหากเป็นกรณีที่โจทก์บรรยายแต่เพียงข้อเท็จจริง ศาลสามารถหยิบยกหลักกฎหมายขึ้นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงทั้งตามความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิด แต่หากเป็นกรณีที่โจทก์เลือกฟ้องบนฐานความรับผิดตามสัญญามาเพียงอย่างเดียว ศาลจะต้องปรับใช้กฎหมายตามคำขอที่โจทก์ขอมาในคำบรรยายฟ้องแต่เพียงเท่านั้น ซึ่งข้อเท็จจริงในคำบรรยายฟ้องอาจไม่ครบทุกองค์ประกอบของความรับผิดเพื่อละเมิด อันอาจทำให้ไม่สามารถปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดซึ่งในบางกรณีอาจเป็นประโยชน์แก่โจทก์มากกว่าได้ ยกตัวอย่างเช่น อายุความตามสัญญาเช่า หากโจทก์ฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาเช่ากับจำเลยเนื่องจากจำเลยไม่ยอมออกจากห้องเช่า หากปรับตามความรับผิดตามสัญญา อายุความฟ้องร้องบังคับคดีจะมีอายุความ 6 เดือน ตามมาตรา 563 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หากปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดอายุความฟ้องร้องบังคับคดีจะเป็นไปตามมาตรา 448 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีอายุความ 1 ปี หรือ 10 ปี เป็นต้น จึงเห็นว่าหลักการพิพากษาเกินคำขอของไทยพิจารณาแต่เพียงคำขอของคู่ความตามคำบรรยายฟ้องโดยไม่พิจารณาทั้งสำนวนคดีที่ศาลอาจนำสืบได้ภายหลังหรืออาจปรากฏในทางพิจารณาในภายหลังได้ ดังนั้นเพื่อความยุติธรรมและสามารถเยียวยาโจทก์ผู้เสียหายได้มากที่สุด กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งควรแก้ไขปรับปรุงให้ชัดเจนโดยการพิพากษาไม่เกินคำขอควรพิจารณาถึงสำนวนคดีหรือข้อมูลที่ปรากฏในทางพิจารณาออกเหนือจากการพิจารณาแต่เพียงคำบรรยายฟ้องของโจทก์

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายหรือแนวปฏิบัติของศาลต่างประเทศทั้ง 3 ประเทศเห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันและฝรั่งเศส เหมาะสมกับสังคมไทยมากที่สุด ศาลจะปรับใช้ข้อกฎหมายที่เป็นธรรมมากที่สุด ไม่ว่าโจทก์จะขอให้บังคับคดีมาบนฐานความรับผิดชอบใด ศาลย่อมเลือกปรับใช้ความรับผิดชอบอีกฐานหนึ่งได้ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้าง วัตถุประสงค์ และสำนวนคดี และไม่ควรปรับใช้ตามแนวปฏิบัติของอังกฤษที่ให้โจทก์เลือกฟ้อง (election) หรือให้ศาลชี้หน้าหนักข้อเท็จจริงแล้วปรับใช้ความรับผิดชอบใดความรับผิดชอบหนึ่งโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมต่อโจทก์ผู้เสียหายในความเป็นจริงแต่อย่างใด

ดังนั้น แม้โจทก์เลือกฟ้องร้องบังคับคดีบนฐานความรับผิดชอบใดความรับผิดชอบหนึ่ง ศาลควรมีอำนาจที่จะเลือกปรับใช้ฐานความรับผิดชอบที่เป็นประโยชน์ต่อโจทก์มากที่สุดโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและวัตถุประสงค์ของโจทก์ โดยอาจหยิบยิบบทกฎหมายที่โจทก์ไม่ได้กล่าวอ้างขึ้นมาพิจารณาได้ และไม่ถือเป็นการพิพากษาเกินคำขอ เนื่องจากคำขอที่จะพิจารณามีเพียงสภาพแห่งข้อหา ข้ออ้างอันอาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา และคำขอบังคับ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความกล่าวอ้าง ส่วนปัญหาข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาลตามแนวคิดของฝรั่งเศส และจากสภาพสังคม ผู้รู้กฎหมายหรือเทคนิคในการฟ้องร้องบังคับคดีมีไม่มากนัก การจะตัดสิทธิ์ในการได้รับความยุติธรรมเพียงเพราะรูปแบบการพิจารณาคดีที่ย่อมไม่เป็นธรรมต่อโจทก์ผู้เสียหาย จึงเห็นว่าศาลควรเข้ามาบิบบทบาทในกระบวนการพิจารณามากยิ่งขึ้น และควรขยายหลักการพิพากษาไม่เกินคำขอให้พิจารณาได้กว้างขึ้นรวมถึงข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่ปรากฏในการพิจารณาด้วย โดยไม่นำแนวคิดของอังกฤษซึ่งเป็นระบบ Common Law ที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องของเอกชนที่ศาลจะไม่เข้าไปบิบบทบาทแต่อย่างใดมาปรับใช้ ดังนั้นในการพิจารณาปรับใช้ความรับผิดชอบจึงควรเป็นไปตามวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส โดยนอกจากศาลจะมีอำนาจปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาหรือละเมิดโดยพิจารณาคำบรรยายฟ้องของโจทก์แล้ว ยังมีอำนาจปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาหรือละเมิดโดยพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดีด้วย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าหากศาลจะนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดีมาพิจารณาจะต้องให้โจทก์และจำเลยทราบประเด็นดังกล่าวและสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ด้วย

### 5.3 ปัญหาการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน

เนื่องจากทฤษฎีความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิด เป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่แยกออกจากกัน แต่ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8683/2559 ที่จำเลยมีความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิด และศาลได้ปรับใช้อายุความการฟ้องร้องบังคับคดีตามความรับผิดชอบตามสัญญาและให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหม

ทดแทนตามความรับผิดเพื่อละเมิด เป็นการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกัน ในข้อเท็จจริงเดียวกัน มิใช่เป็นการวินิจฉัยบนฐานความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งไปโดยตลอด จึงทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศว่า ศาลมีอำนาจที่จะหยิบยก ข้อกฎหมายที่มีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันมาปรับใช้ร่วมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน โดยไม่เลือกใช้ ความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งเพียงอย่างเดียวไปโดยตลอด จะสามารถทำได้หรือไม่ ดังนี้

ตามกฎหมายวิธีสบัญญัติของฝรั่งเศส อาจสรุปอำนาจของศาลในการปรับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 5 มาตรา 7 และมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส ดังได้อธิบายไว้ในบทที่ 4 ได้ว่า ศาลจะต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ และเท่าที่ได้มีการกล่าวหา เท่านั้น อันขอบเขตของการปรับใช้กฎหมายจะขึ้นอยู่กับข้อหาตามคำฟ้อง โดยศาลมีอำนาจแปลคำคู่ความ เพื่อค้นหาจุดประสงค์อันแท้จริงของคู่ความได้ โดยไม่ถูกจำกัดในการนำข้อกฎหมายมาปรับใช้ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องปรับใช้ข้อกฎหมายตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ศาลสามารถเลือกกฎหมายสัญญา หรือละเมิดมาปรับใช้ได้โดยข้อเท็จจริงจะต้องครบองค์ประกอบของความรับผิดตามกฎหมายนั้น ๆ หากเป็นกรณีที่คำคู่ความไม่ได้ระบุแจ้งชัดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างหรือข้อกฎหมายศาลมีอำนาจ กำหนดวัตถุแห่งคดีที่ยื่นต่อศาล กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องปรับใช้ข้อกฎหมายตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ศาลสามารถเลือกกฎหมายสัญญาหรือละเมิดมาปรับใช้ได้โดยข้อเท็จจริงจะต้องครบองค์ประกอบของ ความรับผิดตามกฎหมายนั้น ๆ ศาลจะวินิจฉัยโดยมีได้อาศัยข้อเท็จจริงในคดีไม่ได้

ในการพิจารณาคดีของศาลเยอรมัน จะต้องเลือกปรับใช้ความรับผิดบนฐานของระบบ กฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่ง และเมื่อเลือกปรับใช้แล้วจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของความรับผิด ตามระบบกฎหมายนั้นไปตลอด ตามคำตัดสินของศาล Bundesgerichtshof ที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1.1.4 ถึงแม้ เยอรมันจะมีทฤษฎี Anpruchsnormenkonkurrenz ที่ให้โจทก์สามารถฟ้องร้องบนฐาน ความรับผิดตามกฎหมายได้หลายฐาน แต่ศาลจะต้องเลือกปรับใช้ความรับผิดใดความรับผิดหนึ่ง ความรับผิดเดียวเช่นกัน

การปรับใช้ของอังกฤษตามคำพิพากษาที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.2.4.3 เห็นได้ชัดว่า ศาลจะต้องปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดบนฐานความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งเท่านั้น จะนำความรับผิดทั้งสองมาใช้ผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันไม่ได้

เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายของฝรั่งเศส เยอรมัน และอังกฤษจะเห็นได้ชัดว่าตามกฎหมาย วิธีสบัญญัติและแนวปฏิบัติของศาลทั้ง 3 ประเทศ เมื่อเลือกปรับใช้ความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งแล้ว จะต้องปรับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของความรับผิดนั้นไปตลอด โดยไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษา

ที่นำความรับผิดตามสัญญาและละเมิดมาใช้ร่วมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันแต่อย่างใด อาจเนื่องด้วย ความรับผิดทั้งสองเกิดขึ้นบนฐานกฎหมายคนละระบบที่วิวัฒนาการและเหตุผลเบื้องหลังที่แตกต่าง กัน จึงไม่สามารถนำความรับผิดทั้งสองฐานมาใช้ปะปนในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงเดียวกันได้

จากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสจะเห็นว่า กฎหมายฝรั่งเศสให้อำนาจศาล ในการหยิบยกกฎหมายมาใช้ให้เข้ากับข้อเท็จจริงตามที่โจทก์กล่าวอ้าง โดยไม่คำนึงว่าโจทก์จะตั้งฟ้อง มาเป็นคดีสัญญาหรือคดีละเมิด และจะต้องเลือกบทกฎหมายเพียงบทเดียวในการปรับใช้ ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี แต่จากแนวทางการปรับใช้ของศาลจะเห็นได้ว่าศาลมิได้มีอำนาจ ในการเลือกใช้กฎหมายอย่างเช่นที่กฎหมายวิธีสบัญญัติกำหนดไว้ เนื่องจากยังคงยึดหลักทฤษฎี non-cumul อยู่ อย่างไรก็ตาม อำนาจศาลในการปรับใช้กฎหมายจะต้องเลือกใช้ความรับผิดใดความรับผิด หนึ่งเท่านั้นมาปรับใช้และพิจารณาตามองค์ประกอบของความรับผิดนั้นไปตลอด

นอกจากนั้นฝรั่งเศสยังมีคดี Cass. Civ. 22 January 1922, D. 1922. 1. 16; S. 1924. 1. 105 ตามที่ได้กล่าวในหัวข้อ 4.1.2.5 ที่แสดงให้เห็นว่าไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ความรับผิด จากกฎหมายที่แตกต่างกันทั้ง 2 ระบบมาใช้ร่วมกันได้ และยังเห็นด้วยกับความเห็นของ E. Bonnet ที่ไม่ให้นำความรับผิดทั้ง 2 ฐานมาใช้ผสมกันอีกด้วย

สำหรับแนวทางปฏิบัติของเยอรมัน เห็นด้วยกับนักนิติศาสตร์ F.B. Bakels ที่ควรให้ในทุก ๆ การฟ้องร้องปรับความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งเพียงฐานความรับผิดเดียวไปตลอด

คดี Henderson v. Merrett Syndicates ของอังกฤษเป็นคดีตัวอย่างที่ศาลปรับใช้ความรับผิด เพื่อละเมิดเพื่อที่จะได้รับผลประโยชน์ในเรื่องของอายุความฟ้องร้องบังคับคดี คดีนี้แสดงให้เห็นว่า ในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดจะปรับใช้ความรับผิดใดต้องปรับใช้ความรับผิดบนฐาน ของกฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อโจทก์มากที่สุด และในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิด ในข้อเท็จจริงเดียวกัน จะสามารถปรับใช้ได้เพียงฐานความรับผิดเดียวขึ้นอยู่กับว่าความรับผิดตามบท กฎหมายใดจะให้ประโยชน์แก่โจทก์มากกว่ากัน นอกจากนี้ยังมีคดีตัวอย่างที่ปรับฐานความรับผิดใด ความรับผิดหนึ่งไปโดยตลอดตามคดีในหัวข้อ 4.2.4.3 ที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4

สำหรับการพิจารณาปรับใช้กฎหมายของไทย นักกฎหมายจะต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริง มีประเด็นข้อพิพาทอย่างไร ความสัมพันธ์ที่ดำรงอยู่ในข้อเท็จจริงนั้นเป็นอย่างไร จากนั้นจึงพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายใด หรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใด มีความเหมาะสมตรงกับข้อเท็จจริงมากที่สุด แล้วจึงปรับใช้กฎหมายแก่กรณีนั้น หากมีบทกฎหมาย ที่สามารถปรับใช้ได้หลายบทหรือมีผลทางกฎหมายให้เลือกใช้ได้หลายทาง ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจ

ในการตัดสินใจเลือกผลทางกฎหมายที่เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งข้อพิพาทมากที่สุด จะเห็นว่าในการปรับใช้กฎหมายของไทยจึงจำเป็นต้องเลือกบทกฎหมายมาปรับใช้ได้เพียงบทเดียว โดยการปรับใช้จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้างมาในคำฟ้องด้วย หากข้อเท็จจริงตามคำบรรยายฟ้องของโจทก์เข้าองค์ประกอบของความรับผิดตามสัญญาและละเมิด ศาลจะต้องเลือกความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเพียงความรับผิดเดียว โดยเห็นว่าการปรับใช้ร่วมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันเป็นการนำความรับผิดตามระบบกฎหมายสองระบบที่ไม่ได้มีวิวัฒนาการที่เชื่อมโยงกันหรือเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายที่เหมือนกัน จะนำความรับผิดที่มีผลทางกฎหมายแตกต่างกันทั้ง 2 ระบบมาใช้ร่วมกันไม่ได้ การพิจารณาคดีในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8683/2559 น่าจะคลาดเคลื่อน



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาทั้งหมดข้างต้น สรุปได้ว่าแนวทางการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันตามทฤษฎีและแนวปฏิบัติของศาลเยอรมัน มีการยอมรับความคาบเกี่ยวกันระหว่างความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิด โดยอาจปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันได้ และให้สิทธิแก่โจทก์ในการเลือกฟ้องร้องบนฐานความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดตามทฤษฎี *Anspruchsnormenkonkurrenz* ที่เป็นการฟ้องร้องโดยกล่าวอ้างความรับผิดชอบทางกฎหมายมากกว่า 1 ความรับผิดชอบ โดยศาลจะต้องเลือกปรับใช้ความรับผิดชอบเพียงฐานเดียว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาค่าพิพาทของศาลที่ตัดสินตามทฤษฎี *Anspruchsnormenkonkurrenz* เห็นว่าศาลได้นำหลักเกณฑ์เรื่องหลักความผิดและอายุความการฟ้องร้องบังคับคดีตามความรับผิดชอบตามสัญญามาใช้ในการฟ้องร้องบนฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิด เนื่องจากศาลคำนึงถึงการตกลงโดยปริยาย ที่จะผูกพันตามหลักเกณฑ์บางประการของความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นหลัก และเห็นได้ชัดว่าคดีที่ศาลสูงตัดสินเป็นคดีที่มีความเสียหายทางทรัพย์สินทั้งสิ้น นอกจากนั้นตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันได้กำหนดให้ศาลสามารถปรับใช้ข้อกฎหมายใดก็ได้แม้โจทก์จะไม่ได้กล่าวอ้างในคำบรรยายฟ้องหรือกล่าวไว้แต่เพียงเล็กน้อยก็ตาม โดยถือว่าหน้าที่ในการค้นหากฎหมายมาปรับใช้เป็นหน้าที่ของศาล

สำหรับแนวทางการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดของฝรั่งเศส ตามแนวปฏิบัติของศาลแม้จะมีการอนุญาตให้ปรับใช้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในบางกรณีได้ และมีแนวโน้มว่าจะให้ปรับใช้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในกรณีที่ผิดสัญญาแล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย และแม้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสจะให้อำนาจศาลในการแปลคำคู่ความและกำหนดข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยพิจารณาข้อเท็จจริงที่คู่ความกล่าวอ้างและสำนวนคดีที่ปรากฏในทางพิจารณา อย่างไรก็ตาม ศาลยังคงต้องปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาเป็นหลักหากมีความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาอยู่ก่อนแล้ว โดยเป็นการปรับใช้ตามทฤษฎี *non - cumul* โดยโจทก์ไม่มีสิทธิเลือกฟ้องร้องบังคับคดีบนฐานความรับผิดชอบเพื่อละเมิดแต่อย่างใด อีกทั้งแม้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสจะกำหนดให้ศาลสามารถเลือกข้อกฎหมายที่ตรงกับข้อเท็จจริงมาปรับใช้ได้ แต่ศาลยังคงต้องอยู่ภายใต้ทฤษฎี *non - cumul* ที่จะต้องปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาก่อนเสมอ เมื่อยึดถือหลักทฤษฎี



ดังกล่าวจึงไม่มีการนำหลักเกณฑ์ของความรับผิดตามสัญญาและละเมิดมาใช้ผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันแต่อย่างใด

สำหรับการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของอังกฤษ แม้ตามคำอธิบายทางกฎหมาย การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดจะไม่มีทฤษฎีที่เด่นชัดนัก แต่ได้มีการยอมรับความคาบเกี่ยวของความรับผิดตามสัญญาและละเมิด โดยโจทก์สามารถที่จะเลือกฟ้องร้องบังคับคดีบนฐานความรับผิดที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุดได้ แต่ตามคำอธิบายทางกฎหมายและแนวปฏิบัติในการพิจารณาคดีของศาล เมื่อโจทก์เลือกฟ้องแล้วถือเป็นการสละสิทธิ์ที่จะฟ้องร้องบนฐานความรับผิดอีกฐานหนึ่ง (election) หากโจทก์ไม่ได้เลือกฟ้องและบรรยายแต่เพียงข้อเท็จจริงแก่ศาล ศาลสามารถที่จะปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดได้โดยข้อตกลงตามสัญญา มีผลต่อการปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิดด้วย ดังคำพิพากษาในคดี *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd. (No.1)* [1986] AC 80, 107 คดี *Wellesley Partners LLP v. Withers LLP* [2015] EWCACiv 1146 คดี *Riyad Bank v. Ahli United Bank (UK) Plc* [2006] EWCA Civ 780 (CA) และคดี *Robinson v. PE Jones (contractors) Ltd* [2011] EWCA Civ 9 และในส่วนของ การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ยังไม่พบคดีที่ปรับใช้หลักเกณฑ์ของความรับผิดทั้งสองผสมกันแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาถึงโครงสร้างความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของไทย เห็นว่าการจะปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันอย่างเช่นฝรั่งเศสไม่สามารถทำได้ เนื่องจากกฎหมายสัญญาของไทยมิได้ครอบคลุมความเสียหายได้หลากหลายประเภทเหมือนดังกฎหมายสัญญาของฝรั่งเศส และหากจะปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของไทย มีผลของความรับผิดที่แตกต่างในเรื่อง ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล หน้าที่น่าสืบ และอายุความการฟ้องร้องบังคับคดี การจะปรับใช้เพียงฐานความรับผิดใดเพียงความรับผิดเดียวอาจไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม จึงควรให้สิทธิเลือกฟ้องร้องบังคับคดีแก่โจทก์โดยเลือกฟ้องฐานความรับผิดที่เป็นธรรมต่อตนมากที่สุดตามแนวคิดของเยอรมัน และศาลมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายอีกครั้งหนึ่งโดยการพิพากษาไม่เกินคำขออนุญาตจะต้องพิจารณาตามคำบรรยายฟ้องที่โจทก์ร้องขอแล้วยังต้องพิจารณาสำนวนคดีที่ปรากฏในทางพิจารณาเพิ่มเติมด้วยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมโจทก์ผู้เสียหายมากที่สุดดังเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส และไม่ปรับใช้ความรับผิดใดความรับผิดหนึ่งโดยการชั่งน้ำหนัก

คำฟ้องของโจทก์เป็นหลัก หรือเมื่อโจทก์เลือกฟ้องร้องบังคับคดีมาแล้วศาลจะไม่พิจารณาอีกฐาน ความรับผิดหนึ่งดังเช่นแนวปฏิบัติของศาลอังกฤษ

หลักเกณฑ์การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดของไทยจึงควรเลือกปรับใช้ความรับผิด ที่เป็นธรรมมากที่สุด และคำนึงถึงความตกลงโดยปริยายในเรื่องของอายุความฟ้องร้องบังคับคดีและ หลักความผิดในกฎหมายสัญญาด้วย ซึ่งในการคำนึงถึงกฎหมายสัญญานี้จะนำมาเป็นข้อจำกัดได้แต่เพียง ข้อเท็จจริงที่จำเลยได้ก่อให้เกิดความเสียหายในทางทรัพย์สินเท่านั้น สำหรับความเสียหายต่อร่างกาย เสรีภาพ หรืออนามัย แม้จะเป็นความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้จากความรับผิดตามสัญญา แต่ในความเสียหาย ดังกล่าวจะนำอายุความฟ้องร้องบังคับคดีหรือหลักความผิดตามกฎหมายสัญญามาจำกัดการปรับใช้ ความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้ เนื่องจาก มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่การตกลง ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่กำหนดว่าห้ามทำข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ของประชาชนซึ่งคู่สัญญาจะกำหนดให้แตกต่างไม่ได้ โดยมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรมยังได้กำหนดไว้ว่า ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบทบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือ บางส่วน ข้อสัญญานั้นยังเป็นโมฆะอีกด้วย นอกจากนั้น ต้องคำนึงเสมอว่าแม้โดยหลักการจะสามารถ เลือกปรับใช้ความรับผิดได้ทั้ง 2 ฐาน แต่ในทางพิจารณาคดี การที่ศาลจะหยิบยกข้อกฎหมายเรื่องใด มาปรับใช้ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่มาสู่ศาลและการนำสืบข้อเท็จจริงในคดีด้วย อย่างเช่นกรณี สัญญาฝากทรัพย์ เมื่อคู่ความอ้างว่าได้มีการเคลื่อนย้ายทรัพย์ที่ฝากไปอีกสถานที่หนึ่งและเนื่องจาก ความประมาทเลินเล่อของจำเลยทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์ที่เคลื่อนย้ายนั้น จึงยังมีข้อเท็จจริง ที่ศาลต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าเมื่อฝากทรัพย์แล้วทำไมต้องเคลื่อนย้ายทรัพย์ ซึ่งการเคลื่อนย้ายทรัพย์ ดังกล่าวด้วยความประมาทและทำให้เกิดความเสียหายจึงไปเข้าองค์ประกอบของการกระทำผิด กฎหมายละเมิดอีกด้วย

สำหรับกรณีที่โจทก์เลือกฟ้องร้องบนฐานความรับผิดใดเพียงฐานความรับผิดเดียวศาล มีบทบาทในการปรับใช้ข้อกฎหมายอย่างไร และหากศาลหยิบยกข้อกฎหมายอีกบทหนึ่งมาปรับใช้ โดยที่โจทก์ไม่ได้ร้องขอจะเป็นการพิพากษาเกินคำขอหรือไม่ เห็นว่าการพิพากษาเกินคำขอของไทย พิจารณาแต่เพียงคำบรรยายฟ้องของโจทก์เป็นหลัก โดยในการเขียนคำบรรยายฟ้องของโจทก์ ในบางกรณีอาจไม่รู้ถึงกระบวนการพิจารณาคดีและอาจไม่ได้รับเยียวยาความเสียหายเพียงเพราะว่า คำบรรยายฟ้องไม่แจ้งชัดหรือไม่ประกอบไปด้วยองค์ประกอบความรับผิดของกฎหมายฐานใดฐานหนึ่ง

ดังนั้นการพิจารณาว่าเกินคำขอหรือไม่ ควรเพิ่มอำนาจให้ศาลสามารถพิจารณาสำนวนในคดีที่ปรากฏแก่ศาลเพิ่มเติมด้วยตามกฎหมายวิธีพิจารณาคriminal ความแห่งของฝรั่งเศส โดยไม่ยึดแนวทางการปรับใช้ของอังกฤษที่หากโจทก์เลือกฟ้องร้องมาบนฐานความรับผิดชอบใดแล้วจะต้องปรับใช้ข้อกำหนดตามที โจทก์เลือกและถือว่าโจทก์สละสิทธิ์ที่จะได้รับการเยียวยาตามข้อกำหนดอื่น

สำหรับประเด็นเรื่องการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน เมื่อพิจารณาทั้งสามประเทศเห็นว่าไม่มีศาลของประเทศใดที่ปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน จึงควรที่จะปรับใช้บนฐานความรับผิดชอบใดความรับผิดชอบหนึ่งไปตลอด หากจะคำนึงถึงอายุความตามสัญญาหรือหลักความผิดที่ตกลงกันตามสัญญา ก็ควรปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาไปตลอด เพื่อไม่ให้เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ ที่มีได้ตั้งอยู่บนฐานของแนวคิด วิวัฒนาการ และเหตุผลของกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งแต่อย่างใด และอาจก่อให้เกิดการใช้อำนาจของศาลตามอำเภอใจได้ในอนาคต โดยอาจหยิบยกหลักเกณฑ์บนฐานความรับผิดชอบทั้งสองฐานมาเพื่อเป็นประโยชน์ให้กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไปจนเกินไป

ตามข้อสรุปข้างต้นสามารถสรุปเป็นตารางเปรียบเทียบได้ดังนี้

ตารางที่ 5 : ตารางเปรียบเทียบการปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน

ประเทศ	การปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน	ผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันและการพิพากษาไม่เกินคำขอ	การปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน
เยอรมัน	ปรับใช้ได้ทั้งสัญญาและละเมิด โดยต้องคำนึงถึงหลักความผิดและอายุความตามสัญญา	ศาลสามารถปรับใช้ข้อกำหนดที่คู่ความไม่ได้กล่าวอ้างได้ หากการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวโจทก์ได้รับการเยียวยาที่ดีกว่า	ไม่สามารถปรับใช้ผสมกันได้
ฝรั่งเศส	ปรับใช้ความรับผิดชอบตามสัญญาก่อนหากมีความสัมพันธ์กันตามสัญญา	ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคriminal ความแห่ง ศาลสามารถแปลคำคู่ความและปรับใช้ข้อกำหนดที่คู่ความไม่ได้กล่าวอ้างได้โดยพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงที่โจทก์บรรยายฟ้องและสำนวน	ไม่สามารถปรับใช้ผสมกันได้

ประเทศ	การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกัน	ผู้มีสิทธิเลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันและการพิพากษาไม่เกินคำขอ	การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกัน
		คดีที่ปรากฏแก่ศาลแต่ตามแนวปฏิบัติ คู่ความและศาลไม่มีสิทธิเลือกเนื่องจากอยู่ภายใต้ทฤษฎี non - cumul	
อังกฤษ	ปรับใช้ได้ทั้งสัญญาและละเมิด โดยต้องคำนึงถึงข้อตกลงในสัญญา	- โจทก์มีสิทธิเลือกฟ้องตามหลักการเลือกฟ้อง election และเมื่อเลือกฟ้องแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาตามความรับผิดที่โจทก์เลือก - หากโจทก์ไม่เลือกฟ้อง เพียงแต่บรรยายข้อเท็จจริง ศาลจะเลือกความรับผิดที่เป็นประโยชน์แก่โจทก์มากที่สุด	ไม่สามารถปรับใช้ผสมกันได้
ไทย (แนวทางที่ควรจะเป็น)	ปรับใช้ได้ทั้งสัญญาและละเมิด โดยต้องคำนึงถึงหลักความผิดและอายุความตามสัญญา และขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่มาสู่ศาลและการนำสืบข้อเท็จจริงในคดีด้วย	ศาลสามารถปรับใช้ข้อกฎหมายที่คู่ความไม่ได้กล่าวอ้างได้ โดยการพิจารณาว่าเกินคำขอหรือไม่พิจารณาทั้งตามคำบรรยายฟ้องและข้อเท็จจริงอื่นที่ปรากฏในสำนวนคดี	ไม่สามารถปรับใช้ผสมกันได้

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาเพื่อหาหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในข้อเท็จจริงเดียวกันของไทยแล้ว มีข้อเสนอแนะดังนี้

1. ปรับวิธีคิดให้เป็นไปตามทฤษฎีและในทำนองเดียวกันกับแนวปฏิบัติของศาลเยอรมัน ดังนี้

1.1 เลือกปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดก็ได้โดยต้องคำนึงถึงอายุความฟ้องร้อง บังคับคดีและหลักความผิดตามสัญญาด้วย กล่าวคือ หากมีความตกลงของคู่สัญญาในเรื่องดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย จะต้องปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา โดยถือว่าคู่สัญญาได้ตกลง จำกัดขอบเขตความรับผิดกันตามสัญญาแล้ว ซึ่งการเลือกปรับใช้ดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริง ที่มาสู่ศาลและการนำสืบข้อเท็จจริงในคดีด้วย

อย่างไรก็ดี ในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาตามความตกลงของคู่สัญญาไม่ว่าโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายในเรื่องอายุความฟ้องร้องบังคับคดีและหลักความผิด จะต้องพิจารณาเรื่องข้อห้าม จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดตามสัญญาด้วย กล่าวคือ หากเป็นกรณีคู่สัญญาผิดสัญญาก่อให้เกิด ความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ ซึ่งเป็นความเสียหายที่มีใช้ทางทรัพย์สินและเป็นสิทธิ เต็ดขาดอันอาจเรียกค่าเสียหายทางจิตใจซึ่งเรียกได้บนฐานความรับผิดเพื่อละเมิดในบางกรณี แม้จะเป็นความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม แต่เมื่อความเสียหาย ดังกล่าวไม่อาจตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้โดยการปรับใช้อายุความที่สั้นกว่าตามสัญญาหรือ การใช้หลักความผิดที่คู่สัญญาตกลงกัน หากเกิดความเสียหายดังกล่าว โดยหลักการแล้วจึงควรปรับใช้ ความรับผิดเพื่อละเมิด เว้นแต่ข้อเท็จจริงและการนำสืบข้อเท็จจริงในคดีไปไม่ถึง

สำหรับการผิดสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในทางทรัพย์สิน เมื่อพิจารณาข้อแตกต่าง ของผลความรับผิดในการปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดในกรณีที่มีความคาบเกี่ยวกันของ ความรับผิด จะเห็นว่า หากเป็นกรณีที่คู่สัญญากระทำผิดสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายในทางทรัพย์สิน แม้ความเสียหายทางทรัพย์สินจะเป็นสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายละเมิด แต่ความเสียหายทางทรัพย์สิน ตามกฎหมายละเมิดได้รับความคุ้มครองให้สามารถชดใช้เยียวยาความเสียหายเช่นเดียวกันกับการปรับใช้ ความรับผิดตามสัญญา และถึงแม้ว่าความรับผิดเพื่อละเมิดจะสามารถเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ ในบางกรณี แต่การก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน มิได้เป็นการกระทำต่อร่างกาย อนามัย หรือ เสรีภาพ ที่ศาลฎีกาจะยอมรับให้เรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้อยู่แล้ว อีกทั้ง การทำสัญญาเป็นการตกลง กำหนดขอบเขตในทางทรัพย์สินระหว่างคู่สัญญา โดยหลักการจึงควรปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา ซึ่งมีผลการปรับใช้ที่แตกต่างจากการปรับใช้ความรับผิดเพื่อละเมิด กล่าวคือ การกำหนดค่าเสียหาย อยู่บนฐานของสัญญาและหน้าที่นำสืบความผิดตกเป็นภาระของลูกหนี้ นอกจากนี้ ยังเป็นการปรับใช้ โดยคำนึงถึงอายุความการฟ้องร้องบังคับคดีและหลักความผิดที่ควรเป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงผูกพันกัน โดยปริยายตามกฎหมายสัญญาและไม่มีกฎหมายใดห้ามยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้อีกด้วย ดังนั้น

หากเกิดความเสียหายต่อสิทธิในทางทรัพย์สิน และข้อเท็จจริงและการนำสืบข้อเท็จจริงในคดีสามารถสืบถึงการผิดสัญญาได้ จึงควรปรับใช้ความรับผิดตามสัญญา

1.2 การปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดผสมกันในข้อเท็จจริงเดียวกันไม่สามารถทำได้ การเลือกปรับใช้ความรับผิดใดความรับผิดหนึ่ง เมื่อเลือกแล้วจะต้องปรับใช้ความรับผิดนั้นไปตลอด เพื่อไม่ให้เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ ที่มีได้ตั้งอยู่บนฐานของแนวคิด วิวัฒนาการ และเหตุผลของกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

2. เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดของศาล ให้เป็นไปตามวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส โดยเพิ่มเติมอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งนอกจากจะปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดตามคำบรรยายฟ้องของโจทก์แล้ว จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในสำนวนคดีที่ปรากฏต่อศาลแม้โจทก์จะไม่ได้บรรยายมาในคำฟ้องด้วย อนึ่ง การจะแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป อาจไม่เหมาะสม จึงขอเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติขึ้นใหม่โดยเฉพาะ ดังนี้

“คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีที่ผิดทั้งสัญญาและละเมิดต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ รวมถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีด้วย”

เพื่อขยายอำนาจของศาลให้สามารถปรับใช้ความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดได้กว้างขึ้น มากกว่าที่จะพิจารณาและพิพากษาไม่เกินคำบรรยายฟ้องของโจทก์ ซึ่งอาจทำให้โจทก์ไม่ได้รับการเยียวยา บนฐานความรับผิดที่ปรับใช้แล้วเป็นธรรมต่อโจทก์มากที่สุด และจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าหากศาลจะนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนคดีมาพิจารณาจะต้องให้โจทก์และจำเลยทราบประเด็นดังกล่าว และสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ด้วย

## บรรณานุกรม

### ภาษาอังกฤษ

- Annotated Civil Code of Japan. Translated by Becker, J. E. d. 1 ed. London: Butterworth & Co., 11 and 12 Bell Yard, Temple Bar. Law Publishers, 1909.
- Barry Nicholas. The French Law of Contract. 2 ed.: Clarendon Press, 1992.
- . An Introduction to Roman Law. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Basil S Markesinis. Comparative Introduction to the German Law of Torts. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Basil S Markesinis, H. U. The German Law of Torts a Comparative Treatise 4 ed. Oxford: Hart Publishing, 2002.
- Basil S Markesinis, H. U. a. A. J. The German Law of Contract a Comparative Treatise. second ed. Oregon: Hart Publishing, 2006.
- Bolt Burdon Kemp. The Interplay between Concurrent Liability in Tort and Contract : A Claimant's Perspective. (2015).
- Christian von Bar. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another. Walter de Gruyter, 2009.
- Christian von Bar and Ulrich Drobnig. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe a Comparative Study. Sellier European Law, 2004.
- Christian Wolf, N. Z. Evidence in Civil Law - Germany. Maribor: Institute for Local Self - Government and Public Procurement 2015.
- Chung hui wang. The German Civil Code Translated and Annotated with an Historical Introduction and Appendices. London: Stevens and sons, 1907.
- Copernic Avocats. "Sanctions for Contractual Non-Performance under French Law from the Napoleonic Code to Order N° 2016-131 of 10 February 2016."
- Curzon LB. Roman Law. London: Macdonold and Evans Ltd., 1966.
- E.J. Cohn. Manual of German Law. 6 ed. London: Oceana public-cation, 1968.
- Eva Steiner. French Law: A Comparative Approach. 2 ed.: Oxford University Press, 2018.

- F.W. Maitland. Equity, Also the Forms of Action at Common Law. 2 ed. Cambridge: CUP, 1910.
- Fabrizio Cafaggi. Creditor's Fault : In Search of a Comparative Frame. EUI Working Papers Law 2009/15 (2009).
- G.H. Treitel. Remedies for Breach of Contract : A Comparative Account. Third ed. London: Clarendon Press, 1991.
- Gene R. Shreer and Peter Raven-Hansen. Understanding Civil Procedure. 3 ed. US: Matthew Bender & company, 2002.
- Henri Lalou. La Responsabilité Civile. 2 ed. Paris: Librairie Dalloz, 1932.
- J.R. Lewis. Civil and Criminal Procedure. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- Jan M. van Dunné. Liability for Pure Economic Loss : Rule or Exception. European Review of Private Law 397-7 (1999).
- John Bell. Principle of French Law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- John G. Fleming. The Law of Tort. 8 ed. Australia: The Law Book Company Limited, 1992.
- Lord Justice Jackson. "Concurrent Liability : Where Have Things Gone Wrong." 16, 2014.
- Madeleine van Rossum. Concurrency of Contractual and Delictual Liability in a European Perspective. European Review of Private Law 3, 4 (1995).
- Martin Hogg. Promises and Contract Law : Comparative Perspectives. 2 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2011.
- Mindy Chen-Wishart. Contract Law. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Neil Andrews. The Reform of Civil Procedure : Essays on Access to Justice. Oxford: Clarendon Press., 1995.
- Oliver Rieckers Gerald Spindler. Tort Law in Germany. Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Olivier Moréteau. French Tort Law in the Light of European Harmonization. 6. Journal of Civil Law Studies 2013 (2013).
- P.A. Landon. Pollock on Torts. 15 ed.
- P.H. Winfield. Winfield on Tort : A Textbook of the Law of Tort.
- Peter de Cruz. Comparative Law in a Changing World. 2 ed. London, U.K.: Cavendish Publishing, 1999.
- Prosser William L. Handbook of the Law of Torts. 4 ed.: West Publishing Company, 1971.



- Raymond Youngs. English French & German Comparative Law. 2 ed. Oxonia U.K.: Routledge, 2007.
- . English, French & German Comparative Law. 3 ed. U.K.: Routledge, 2014.
- Robert Warden. The Elements of Roman Law. London: Sweet & Maxwell, 1956.
- Ruben De Graaff. Concurrent Claims in Contract and Tort : A Comparative Perspective. European Review of Private Law, September 2017 (2017).
- Saul Litvinoff. Louisiana Civil Law Treatise Obligations Book 1. West Pub. Co., 1969.
- Simon Deakin, A. J., and Basil Markesinis, . Markesinis and Deakin's Tort Law. 6 ed. Oxford: Clarendon Press, 2008.
- The Swiss Civil Code of December 10, 1907 (Effective January 1, 1912). Translated by Robert P. SHICK, A., LLB. Boston, USA: The Boston Book Company, 1915.
- Tai Hing Cotton Mill Limited V. Liu Chong Hing Bank & Ors: An Examina Tion. [Online]. Available from: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/SydlawRw/1986/10.pdf>
- Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin. Introduction to German Law. Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Winfield, P. H. A Textbook of the Law of Tort Winfield on Tort.
- Zimmermann R. The Law of Obligations : Roman Foundation of the Civilian Tradition. Johannesburg: Juta & Co.Ltd., 1992.

## ภาษาไทย

- เชมภูมิ ภูมิถาวร. กฎหมายลักษณะละเมิด รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาของพระยาเทพวิฑูร  
พหุลศรุตชาติ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย  
กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่มที่ 1 (ภาค 1-2)  
พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2). พิมพ์ครั้งที่ 2.  
กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2509.
- เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้. โรงพิมพ์  
กรมสรรพสามิต, 2515.

- ไพรัช โชติบัณฑิต, ความรับผิดในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิด. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2544.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2556.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 6. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553.
- กล่อม อิศรพันธ์. หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2497. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. "หลักความผิดและความรับผิดทางสัญญาในระบบกฎหมายไทย." In TU Law Conference ปาฐกถานิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ ชุด ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. อาคารเรียนรวมสังคมศาสตร์ (sc.1001) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต, 2558.
- คณิต ณ นคร. ปัญหาการกระทำและผล. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 2(2525).
- จำลอง สุขศิริ. คำอธิบายวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 2 (สมัยที่ 61 ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551.
- จิต เศรษฐบุตร์. กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 3 2(2515).
- . กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลความรับผิดทางละเมิด เล่ม 1. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479.
- . หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- . หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452. พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503.
- . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526.
- ชนาทร จิตติเตโช. ภาระการพิสูจน์ในกรณี "ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง". ตุลพาท 55, พฤษภาคม - สิงหาคม (2551).
- ดาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

- . หลักและขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญา. ใน อาจารย์บุชา : หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- ธนกร วรปรัชญากุล. หลักและความคิดพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ในทัศนะของนักกฎหมายยุโรป. บทบัญญัติ, 60 (2547).
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้. กรุงเทพมหานคร: บริษัท มีสมบัติ จำกัด, 2548.
- ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2519.
- . ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ หรือ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2526.
- พงศกร สุขชื่น. ความเสียหายในกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.
- พจน์ ปุชปาคม. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2525.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วนิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194 - 353. กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทีย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- พระยาเทพวิฑูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 มาตรา 1-240. พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2502.
- ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- มุรินทร์ พงศาปาน. หลักความผิดในกฎหมายลักษณะสัญญาของไทย. วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ 2, มิถุนายน 2557 (2557).
- วงษ์ วีระพงศ์. คำอธิบายลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: ไทยพิมพ์โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์, 2514.
- วรรณชัย บุญบำรุง. หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ 30, 1 (2543).
- วารี นาสกุล. คำอธิบายโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้. กรุงเทพมหานคร: จีรัชการพิมพ์, 2553.

- . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ล่ามมิควรได้.  
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518.
- วิชา มหาคุณ. หลักกฎหมายละเมิด ศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิด  
ทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง-หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.
- สิริลักษณ์ กิรติรัตนพฤกษ์. การกำหนดค่าเสียหาย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีผิดสัญญาและละเมิด.  
บัณฑิตวิทยาลัย, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. 2552.
- สุธรรม ภัทราคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 6.  
กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2518.
- สุขุม ศุภนิติย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์  
ประกายพริก, 2538.
- อนันต์ จันทโรภากร. โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด. ใน รวบรวมบทความในโอกาสครบรอบ  
60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮ้าส์, 2531.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ศิริประภา ปรีดา
วัน เดือน ปี เกิด	4 มีนาคม 2538
วุฒิการศึกษา	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ที่อยู่ปัจจุบัน	99/632 หมู่บ้านประดับดาวโครงการ 6 ถนนรัตนานิเบศร์ ตำบลท่าอิฐ อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY