



รายงานผลการวิจัย

เรื่อง

ทบทวนปรับปรุงกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

ศึกษาเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด

**Revise and Reform Tort Law
in the Civil and Commercial Code**

โดย

รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

รายงานการวิจัยนี้ได้รับทุนอุดหนุนจากมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2551

กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยเล่มนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาจากท่านคณบดี ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร
รองศาสตราจารย์ ดร.สรชัย พิศาลบุตร ศาสตราจารย์ไพจิตร บุญญพันธ์ ที่ได้ให้ความกรุณาให้
คำปรึกษา คำแนะนำ และชี้แนวทางอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง

ขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อท่านศาสตราจารย์ ดร.วาริ นาสกุล รองศาสตราจารย์
ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ที่กรุณาให้สัมภาษณ์ทำให้ผู้วิจัยได้รับ
ความกระจ่างในปัญหา และมีแนวทางที่ถูกต้องในการดำเนินการวิจัย

ขอขอบคุณเพื่อนคณาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ อาจารย์วันเพ็ญ พินเือก คุณสกุลทิพย์
อนันตรักษ์ และเจ้าหน้าที่ของศูนย์วิจัยทุกท่าน ที่ได้ให้ความช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก และเป็น
กำลังใจอย่างดี

ขอขอบคุณคุณวรุณช ปัญจะวัตร ที่ได้ช่วยเหลือในการวิเคราะห์ข้อมูลทางสถิติ และอำนวยความสะดวก
ในการจัดทำ จนทำให้งานวิจัยเล่มนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี

หากงานวิจัยเล่มนี้มีข้อผิดพลาด และบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับแต่เพียงผู้เดียว

รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ก
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญตาราง.....	ฉ
สารบัญกราฟ.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	1
1.3 แนวทางในการศึกษาวิจัย.....	2
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	2
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
บทที่ 2 บ่อเกิด วิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมาและแนวความคิดของกฎหมายละเมิด.....	4
2.1 บ่อเกิดของกฎหมายละเมิด.....	4
2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด.....	5
2.3 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายลักษณะละเมิดในประเทศไทย.....	6
2.4 แนวความคิดของกฎหมายละเมิดในต่างประเทศ	12
2.4.1 ประเทศเยอรมัน.....	12
2.4.2 ประเทศญี่ปุ่น.....	13
2.4.3 ประเทศฝรั่งเศส.....	14
2.5 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.....	16
2.6 ความเห็นของนักวิชาการที่มีต่อกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยในปัจจุบัน...	18
2.7 ประเด็นที่ควรศึกษาวิเคราะห์ เพื่อนำมาปรับปรุงตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ลักษณะละเมิด.....	18

	หน้า
บทที่ 3 การวิเคราะห์ และสังเคราะห์ กฎหมายลักษณะละเมิดโดยศึกษาจากแนวความคิด ของนักวิชาการและเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ.....	40
ประเด็นแรก บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ควรใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” หรือไม่ และควรบัญญัติเพิ่มเติมถึง “ความเสียหาย แก่จิตใจ” ด้วยหรือไม่.....	40
ประเด็นที่สอง คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ควรบัญญัติ เพิ่มเติมโดยละเอียดไปถึง สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด โดยละเอียดด้วย หรือไม่.....	64
ประเด็นที่สาม เหตุยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากความยินยอมของ ผู้เสียหายนั้น ควรมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือไม่.....	69
ประเด็นที่สี่ เด็กกระทำละเมิดต้องรับผิดเสมอบุคคลโดยทั่วไปหรือไม่.....	80
ประเด็นที่ห้า เรื่องความรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย กฎหมายควรบัญญัติครอบคลุมถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ด้วย หรือไม่.....	88
ประเด็นที่หก ความรับผิดร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) นั้น พิจารณาถึงสิทธิในการไล่เบี้ยของนายจ้าง ในความรับผิดของนายจ้างต่อการ กระทำลูกจ้าง และควรมีกฎหมายบัญญัติถึงนิติบุคคลต้องร่วมรับผิดเมื่อผู้แทนนิติ บุคคลทำละเมิดหรือไม่.....	104
ประเด็นที่เจ็ด เรื่องอายุความละเมิดเหมาะสมหรือไม่.....	129
บทที่ 4 ผลการวิเคราะห์ข้อมูล.....	
4.1 ผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากการสำรวจ.....	138
4.1.1 ลักษณะของผู้ตอบแบบสำรวจ ความรู้ ความเข้าใจในแบบสำรวจ ร้อยละของผู้ตอบสอบถาม.....	139
4.1.2 ร้อยละของความคิดเห็นที่มีต่อกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	141

	หน้า
4.1.3 เหตุผลที่มีผู้เสนอแนะเพิ่มเติม จากเหตุผลสำคัญที่เห็นด้วย และไม่เห็นด้วย ในแต่ละประเด็น.....	145
4.2 ผลการวิเคราะห์เกี่ยวกับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิด.....	157
4.3 ผลการวิเคราะห์ข้อมูล โดยการหาค่าความสัมพันธ์.....	170
บทที่ 5 สรุปผล และเสนอแนะ.....	174
5.1 สรุปผล	
ประการที่หนึ่ง ผลจากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ของไทยและต่างประเทศ.....	174
5.1.1 กฎหมายลักษณะละเมิดของไทย.....	175
5.1.2 กฎหมายเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ	175
ประการที่สอง สรุปผลการนำเสนอข้อมูลในเชิงปริมาณที่ได้จากการวิเคราะห์ ทางสถิติ.....	184
ประการที่สาม เสนอเพื่อปรับปรุงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	187
5.2 เสนอแนะ.....	188
บรรณานุกรม.....	190
ภาคผนวก.....	194
แบบสอบถาม.....	195
ประวัติผู้เขียน.....	200

สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
ตารางที่ 1	ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.....	16
ตารางที่ 2	ความรู้ ความเข้าใจของผู้ตอบแบบสำรวจ แสดง จำนวนคน และร้อยละ.....	139
ตารางที่ 3	จำนวน และร้อยละ ของผู้ตอบแบบสำรวจจำแนกตาม กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย เพศ อายุ สถานภาพสมรส ศาสนา ระดับการศึกษา.....	140
ตารางที่ 4	เปอร์เซ็นต์ ค่าความถี่ความคิดเห็น ในภาพรวมของความคิดเห็นเกี่ยวกับ ประเด็นต่างๆ ที่มีต่อกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.	142
ตารางที่ 5	เกณฑ์การแปลความหมายของค่าเฉลี่ย.....	157
ตารางที่ 6	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 1 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	157
ตารางที่ 7	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 2 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	158
ตารางที่ 8	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 3 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	159
ตารางที่ 9	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 4 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	160
ตารางที่ 10	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 5 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	161
ตารางที่ 11	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 6 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	162
ตารางที่ 12	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 7 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	163
ตารางที่ 13	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 8 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	165
ตารางที่ 14	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 9 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบน มาตรฐาน.....	165
ตารางที่ 15	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 10 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่า เบี่ยงเบนมาตรฐาน.....	166

	หน้า
ตารางที่ 16 ความคิดเห็นในประเด็นที่ 11 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่า เบี่ยงเบนมาตรฐาน.....	167
ตารางที่ 17 ความคิดเห็นในประเด็นที่ 12 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่า เบี่ยงเบนมาตรฐาน.....	168
ตารางที่ 18 ความคิดเห็นในประเด็นที่ 13 จำแนกตาม ค่าความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่า เบี่ยงเบนมาตรฐาน.....	169

สารบัญกราฟ

กราฟที่		หน้า
กราฟที่ 1	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 1 จำแนกตาม ค่าความถี่	157
กราฟที่ 2	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 2 จำแนกตาม ค่าความถี่	158
กราฟที่ 3	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 3 จำแนกตาม ค่าความถี่	159
กราฟที่ 4	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 4 จำแนกตาม ค่าความถี่	160
กราฟที่ 5	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 5 จำแนกตาม ค่าความถี่	161
กราฟที่ 6	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 6 จำแนกตาม ค่าความถี่	162
กราฟที่ 7	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 7 จำแนกตาม ค่าความถี่	163
กราฟที่ 8	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 8 จำแนกตาม ค่าความถี่	164
กราฟที่ 9	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 9 จำแนกตาม ค่าความถี่	165
กราฟที่ 10	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 10 จำแนกตาม ค่าความถี่	166
กราฟที่ 11	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 11 จำแนกตาม ค่าความถี่	167
กราฟที่ 12	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 12 จำแนกตาม ค่าความถี่	168
กราฟที่ 13	ความคิดเห็นในประเด็นที่ 13 จำแนกตาม ค่าความถี่	169

ชื่อเรื่อง : ทบทวนปรับปรุงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศึกษาเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด
 ผู้วิจัย : รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี สถาบัน : นิติศาสตร์
 ปีที่พิมพ์ : 2551 สถานที่พิมพ์ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
 แหล่งที่เก็บรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ : จำนวนหน้างานวิจัย : 203 หน้า
 : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิดนั้น ได้ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2468 นับล่วงถึงปัจจุบันได้ 80 ปีเศษ ถือเป็นกฎหมายที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรม อันมีความมุ่งหมายเพื่อใช้เยียวยาความเสียหาย โดยให้ผู้เสียหายได้มีโอกาสเรียกร้องจากผู้ก่อเหตุละเมิดได้เป็นส่วนตัว เพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่จากการที่กฎหมายลักษณะละเมิด ได้มีการใช้บังคับ เป็นเวลานาน ยังไม่ได้มีการทบทวนปรับปรุงปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน อันอาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพได้ ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการทบทวน ปรับปรุง แก้ไขกฎหมายลักษณะละเมิด เพื่อเป็นการศึกษา และพัฒนากฎหมายให้เกิดความยุติธรรม เหมาะสมสอดคล้อง กับสภาพการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

งานวิจัยเล่มนี้ศึกษาทั้งในเชิงคุณภาพและปริมาณ มีการสัมภาษณ์นักวิชาการ โดยผู้วิจัยได้ทบทวนกฎหมายที่มีอยู่เพื่อปรับปรุงกฎหมายลักษณะละเมิด โดยศึกษาและรวบรวมประเด็นที่คาดว่าจะปัญหา 7 ประเด็นดังนี้

ประเด็นแรก บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ควรใช้คำว่า "โดยผิดกฎหมาย" หรือไม่ และควรบัญญัติเพิ่มเติมถึง "ความเสียหายแก่จิตใจ" ด้วยหรือไม่

ประเด็นที่สอง คำว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ตามมาตรา 420 ควรบัญญัติเพิ่มเติมโดยละเอียดไปถึง สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด โดยละเอียดด้วยหรือไม่

ประเด็นที่สาม เหตุยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ควรมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

ประเด็นที่สี่ เด็กกระทำละเมิดต้องรับผิดเสมอบุคคลโดยทั่วไปหรือไม่

ประเด็นที่ห้า เรื่องความรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย กฎหมายควรบัญญัติครอบคลุมถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ด้วยหรือไม่

ประเด็นที่หาคความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) นั้น พิจารณาถึงสิทธิในการไล่เบี้ยของนายจ้าง ในความรับผิดชอบของนายจ้างต่อการกระทำลูกจ้าง และควรมีกฎหมายบัญญัติถึงนิติบุคคลต้องร่วมรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิดหรือไม่

ประเด็นที่เจ็ดเรื่องอายุความละเมิดเหมาะสมหรือไม่

ผู้วิจัยได้นำแนวความคิด ศึกษาข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง นำมาเปรียบเทียบกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น เป็นหลักและนำผลที่ได้มาสำรวจความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิดทั้งทางตรงและทางอ้อม ได้แก่ ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ นักวิชาการด้านกฎหมาย และประชาชนที่รู้กฎหมายละเมิด ผลการศึกษาพบว่ากลุ่มผู้ตอบแบบสำรวจ เห็นด้วยกับแนวทางการแก้ไขกฎหมายละเมิดตามแบบสอบลาม ผู้วิจัยจึงเสนอแนวทางในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 5 ละเมิด เพื่อนำข้อมูลที่ได้มานำเสนอเพื่อใช้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด

ABSTRACT

Title: Revise and Reform Tort Law in the Civil and Commercial Code
Researcher: Associate Professor Pinit Tipmanee **Institution:** Dhurakij Pundit University
Year of Publication: 2008 **Publisher:** Dhurakij Pundit University
Sources: Dhurakij Pundit University **No. of pages:** 203 pages

Abstract

Tort law in the Civil and Commercial Code has been enforced since 1925 (B.E. 2468), over 80 years ago. Tort law is one of the vital laws in our justice system which aims to reimburse and indemnify damages; it is allowed injured person a personal rights over persons who commit a wrongful act against him in order to mitigate damages. Since Tort law has been enforced for a long period of time without any reformation, tort law may inefficiency in a current situation. Researcher then deems to revise and reform Tort law for the purpose of studying and developing law in order to make law more efficiency and justify and suitable for the current situation. In this research, researcher uses both quantitative and qualitative research methodologies. This research is aimed to revise and reform the tort law in Thailand. From the research, it is found that there are seven points to focus which are;

The first point is whether the word "*unlawfully*" should be omitted from Section 420 and whether the word "*mental damaged*" should be added in Section 420.

The second point is whether the term "*any right*" in Section 420 should be explained more by including terms "*right to work or right to perform any business activity, family right, honor, privacy or any other rights*".

The third point is whether a consensus from an injured person can be categorised as an exemption for tort liability.

The forth point is whether a minor should be treated as an adult when committing a wrongful act.

The fifth point is whether “*punitive damages*” should be included in one of the compensations for wrongful acts.

The sixth point is whether tort law should specify how much an employer is entitled to be reimbursed from an employee for the consequence of a wrongful act committed by such employee regarding to a concept of “vicarious liability” and whether a juristic person should be jointly liable with a representative of a company when such representative committing a wrongful act.

The seventh point is whether a current period of tort law is appropriated. Researcher gathered all concepts of tort law and studied all relevant information by comparing foreign civil law such as German law and Japanese law with Thai law. Researcher considered all comments from questionnaires answered by who directly and indirectly involve in tort law such as judges, attorneys, lawyers, academic professors and people who has knowledge of tort law. According to the study, it shows that people who answered the questionnaire agree with the methodology to revise and reform tort law. Therefore, in order to make law more efficiency, researcher proposes the method to reform a law of “the Wrongful Acts” under Civil and Commercial Code, Book 2, title 5.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“ละเมิด” เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงความรับผิดชอบของบุคคลในทางแพ่ง เป็นหนึ่งที่เกิดขึ้นจาก “นิติเหตุ” (Legal Cause) ไม่ได้เกิดจาก “นิติกรรม” (Legal Act) ดังเช่นสัญญาอย่างอื่น ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียกความรับผิดชอบในส่วนละเมิดว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” ภายหลังมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ.2468 ในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิดได้บัญญัติอยู่ในบรรพ 2 นับล่วงถึงปัจจุบันได้ 80 ปีเศษ ถือเป็นกฎหมายที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรม อันมีความมุ่งหมายเพื่อใช้เยียวยาความเสียหาย โดยให้ผู้เสียหายได้มีโอกาสเรียกร้องจากผู้ก่อเหตุละเมิดได้เป็นส่วนตัว เพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น

แต่จากการที่กฎหมายลักษณะละเมิด ได้มีการใช้บังคับเป็นเวลานาน ยังไม่ได้มีการทบทวนปรับปรุงปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน อันอาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพได้ ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการทบทวน ปรับปรุง แก้ไขกฎหมายลักษณะละเมิด เพื่อเป็นการศึกษา และพัฒนากฎหมายให้เกิดความยุติธรรม เหมาะสมสอดคล้อง กับสภาพการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.2 วัตถุประสงค์

1. เพื่อเปรียบเทียบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เฉพาะในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศไทยกับกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น
2. เพื่อเสนอ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เฉพาะในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิด โดยเฉพาะในส่วนของมาตราที่เหมาะสม ที่ควรปรับปรุงแก้ไข
3. เพื่อสำรวจ ความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งโดยตรง และ

โดยอ้อม ได้แก่ ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ นักวิชาการด้านกฎหมาย และประชาชนทั่วไป เกี่ยวกับข้อเสนอในการแก้ไข ปรับปรุง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เฉพาะในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิด

1.3 แนวทางในการศึกษาวิจัย

1. รวบรวม และศึกษาข้อดี ข้อเสีย โอกาส และอุปสรรคของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เฉพาะในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิด ในมาตรา 420,429,438,448 และเพิ่มเติมผู้ที่ต้องร่วมรับผิดชอบ เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น
2. สัมภาษณ์แบบเจาะจงบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ และมีความเชี่ยวชาญ ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์ ดร.วาริน นาสกุล ศาสตราจารย์ ไพจิตร บุญญพันธุ์ รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกิติ เป็นต้น
3. ร่างกฎหมายในประเด็นที่ควรแก้ไข ซึ่งได้จากผลการวิเคราะห์ ข้อ 1. เพื่อนำมาประกอบกับการวิเคราะห์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เฉพาะในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศไทยในปัจจุบัน
4. นำร่างกฎหมายตามข้อ 2. และข้อ 3. ไปสอบถามความคิดเห็นจากจากผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งทางตรงและทางอ้อม ได้แก่ ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ นักวิชาการด้านกฎหมาย และประชาชนทั่วไป เพื่อนำมาใช้ในการปรับปรุงร่างกฎหมายที่เขียนขึ้นให้มีความครบถ้วนสมบูรณ์ และมีความเป็นไปได้ในการนำกฎหมายดังกล่าวไปใช้มากที่สุด
5. ปรับปรุงร่างกฎหมายที่เขียนขึ้นตามข้อเสนอแนะ ที่มีประโยชน์ของผู้ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำเสนอเป็นกฎหมายลักษณะละเมิดที่สมบูรณ์ต่อไป

1.4 ขอบเขตการวิจัย

ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เฉพาะในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิด ในมาตรา 420,429,438,448 และเพิ่มเติมผู้ที่ต้องร่วมรับผิดชอบ โดยนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ช่วยสร้างแนวความคิดในทางกฎหมาย และเป็นส่วนหนึ่งในการชี้แนะ เพื่อให้เกิดการแก้ไข พัฒนากฎหมาย เพื่อนำมาใช้ให้มีประสิทธิภาพ และปฏิบัติได้จริงตามวัตถุประสงค์ของความยุติธรรมอันจะนำมาซึ่งความเชื่อมั่นและศรัทธาของประชาชนในสังคม
2. เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการกำหนดแนวทางในการพัฒนาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เฉพาะในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิดกฎหมายต่อไป

บทที่ 2

บ่อเกิด วิวัฒนาการ ประวัติความเป็นมา และแนวความคิดของกฎหมายละเมิด

2.1 บ่อเกิดของของกฎหมายละเมิด

กฎหมายว่าด้วยเรื่องละเมิดเกิดจากแนวความคิดทางศีลธรรมที่ว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบเมื่อตนกระทำผิดในทางศีลธรรม หรือกระทำความชั่ว ถ้าตนมิได้ทำชั่วก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

ในขั้นแรกถือกันว่าบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องได้รับการตอบแทนเท่าเทียมกันกับที่ผู้เสียหายได้รับ เรียกว่า **LEX TALIONIS** หรือ กฎหมายประเภท “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” กล่าวคือ ผู้ถูกละเมิดอาจเข้าทำการตอบแทนได้โดยมีพิกัดที่เคร่งครัดว่า จะได้รับการแก้แค้นจากผู้กระทำละเมิดอีก แต่ผู้ถูกกระทำละเมิดอาจแสวงหาสิทธิที่จะทำการแก้แค้นทดแทนเสียได้ โดยเรียกเอาค่าทำขวัญตามแต่ที่จะตกลงกันกับผู้ทำละเมิด

ภายหลังจากที่มนุษย์ได้รวมกันเป็นปึกแผ่น และรัฐมีความมั่นคงขึ้น จึงมีการห้ามมิให้แก้แค้นทำแทนระหว่างบุคคลต่อบุคคล และระหว่างครอบครัวต่อครอบครัว อันเป็นเหตุให้ความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องได้รับความกระทบกระเทือน มีการกำหนดจำนวนเงินค่าทำขวัญที่ผู้เสียหายจำต้องรับเอาเมื่อตนถูกระทำละเมิด ในขั้นนี้ผู้กระทำละเมิดจึงกลายเป็นลูกหนี้แท้จริงของผู้เสียหาย ดังนั้นละเมิดจึงเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้หนึ่งอย่างหนึ่งตราบจนถึงปัจจุบันนี้

ในที่สุดเมื่อรัฐเจริญขึ้น และมีความมั่นคงเพียงพอ ก็ได้วางบทลงโทษไม่เพียงแต่สำหรับความผิดที่มุ่งร้ายต่อรัฐเท่านั้น แต่รวมถึงความผิดที่มุ่งร้ายต่อเอกชนด้วย เช่นการฆ่า การลักทรัพย์ การทำร้ายร่างกาย และรัฐได้สงวนสิทธิที่จะลงอาญาแก่ผู้กระทำความผิด ให้เป็นของตนแต่เพียงผู้เดียว ส่วนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิด คงมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ชดเชยความเสียหายนั้น โดยบางรัฐก็ให้เอกชน ผู้ได้รับความเสียหายเรียกค่าทดแทน จากผู้ละเมิดเกินกว่ามูลค่าของความเสียหายที่ตนได้รับ โดยถือว่าการลงโทษผู้ละเมิดไปในตัว บางรัฐก็มอบให้รัฐเป็นผู้ใช้สิทธิลงอาญา

แก่ผู้กระทำผิดร้ายแรง ส่วนความผิดนอกจากนั้นให้เอกชนผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกค่า
ทดแทนได้เอง ละเมิดเป็นหลักกฎหมายที่เกิดก่อนลักษณะกฎหมายอื่นใดทั้งหมด¹

2.2 วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด

ชาวโรมันเป็นชาติที่บัญญัติกฎหมายลักษณะละเมิด โดยในยุคของจักรพรรดิจัสติเนียน ได้มีการรวบรวมกฎหมายเรียกว่า กฎหมายสิบสองโต๊ะ กฎหมายลักษณะละเมิดอยู่ในโต๊ะที่ 8 ผู้ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ละเมิดชำระเงินค่าทดแทนแก่ตนตามอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่นกรณีลักทรัพย์นอกจากจะเรียกให้ส่งมอบทรัพย์ที่ถูกลักคืนแล้ว เจ้าทรัพย์ยังมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทนความเสียหายจากผู้เสียหายได้อีก หรือจะฟ้องร้องต่อบ้านเมืองให้ลงอาญาทางกายแก่คนร้ายลักทรัพย์ก็ได้ ถ้าเจ้าทรัพย์จับตัวคนร้ายได้ในขณะลัก เจ้าทรัพย์จะลงโทษทางร่างกายแก่คนร้ายได้ ถ้าคนร้ายลักทรัพย์ในเวลากลางคืนหรือใช้อาวุธ เจ้าทรัพย์ก็ฆ่าคนร้ายนั้นเสียได้ ถ้าคนร้ายมิได้ถูกทำอันตรายถึงตาย ก็จะต้องตกเป็นทาสของเจ้าทรัพย์ สำหรับกรณีฆ่าคนโดยเจตนา กฎหมายโรมัน ได้ยกเลิกสิทธิเรียกร้องเอาเงินค่าทดแทนของผู้เสียหายอย่างเด็ดขาด กล่าวคือรัฐเข้ารับเป็นธุระปราบปรามลงโทษเสียเอง

ในที่สุดกฎหมายก็วิวัฒนาการมาถึงจุดที่ถือว่าสิทธิที่จะลงอาญาแก่ผู้กระทำผิดนั้น เป็นสิทธิของรัฐอย่างเด็ดขาด ส่วนตัวผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดนั้น คงมีแต่เพียงสิทธิที่จะเรียกร้องให้ทดแทนความเสียหายเท่านั้น และเปลี่ยนแปลงจากหลักที่ว่าถ้าไม่ทำชั่วก็ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นหลักที่ว่าความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ไม่ใช่เฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของตนเองเท่านั้น แต่ยังต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเป็นผลของการกระทำของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบ หรือความเสียหายต่อสิ่งของซึ่งตนมีหน้าที่ดูแลอีกด้วย เช่น นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในการทำละเมิดของลูกจ้าง ตัวการต้องร่วมรับผิดชอบในการทำละเมิดของตัวแทน บิดามารดาหรือผู้อนุบาลต้องร่วมรับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้เยาว์ หรือบุคคลวิกลจริต และครูบาอาจารย์ หรือนายจ้างต้องร่วม

¹ เสนีย์ ปราโมช, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2501 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้ ละเมิด และนิรโทษกรรม (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2501) หน้า 759.

รับผิดชอบในการทำละเมิดของผู้ไร้ความสามารถ ผู้ดูแลสัตว์และสิ่งของต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดจากสัตว์และสิ่งของ เป็นต้น²

2.3 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายลักษณะละเมิดในประเทศไทย

ก่อนสมัยกรุงศรีอยุธยา ประเทศไทยได้มีจารีตประเพณีใช้บังคับมาก่อนแล้ว ประเพณีที่เกี่ยวกับกฎหมายละเมิดนั้น ห้ามไม่ให้จัดการแก้แค้นกันเองโดยพลการ มีบทบัญญัติเป็นจำนวนมากในกฎหมายกล่าวห้ามไม่ให้ราษฎรในพระราชอาณาจักรใช้กำลังลงโทษผู้ทำให้ตนเสียหายด้วยตนเอง จะต้องนำเอาการละเมิดไปฟ้องร้องต่อโรงศาลตามระเบียบเสมอไป ผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะโจร ตามมาตรา 39, 66, 131, 137, 140 อาญาหลวง มาตรา 28, 97, 102, 126 อาญาราชฎูร มาตรา 1, 2, 3, 4, 6 เป็นต้น

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ถือว่าการแก้แค้นเป็นการกระทบกระเทือนหมิ่นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ผู้ทำการแก้แค้นโดยพลการจะได้รับโทษ ดังจะเห็นได้จาก กฎหมายลักษณะโจร มาตรา 137 ซึ่งบัญญัติว่า “โจรเข้าบ้านผิดเวลา และเจ้าของบ้านที่นั่งด้อมมองในรั้วในบ้าน แลจับโจรๆ ต่อสู้รบเจ้าบ้านๆ ฟันแทงโจรตายท่านว่าโจรนั้นตายเสีย ถ้าแลโจรนั้นมีได้ต่อสู้ ฟันแทงโจรบาดเจ็บเล่นหนักก็ดี มิได้เล่นหนักอยู่กับที่ก็ดี ให้จับเอาเป็นอย่าให้ฆ่าฟันโจรนั้นตาย ถ้าฟันแทงโจรนั้นตาย ให้ลงโทษแก่ผู้ทำ อนึ่ง โจรปล้นสดมภ์ ย่องเบาลักทรัพย์สิ่งสิน และเจ้าสินฟันแทงโจรตายตายเสียเปล่า ถ้าแลผู้ใดมิได้กระทำตามพระราชบัญญัติ ให้ลงโทษในระวางละเมิดพระอาญาท่าน”

นอกจากนี้ยังมีในลักษณะอาญาราชฎูร มาตรา 1, 2 และ 4 และลักษณะทาส ซึ่งมีใจความว่า “บุคคลที่ถูกทาสของผู้อื่นมาลักเอาทรัพย์ไป ถ้าตนจับทาสไว้เสียโดยพลการ บุคคลที่ถูกลักทรัพย์นั้นย่อมมีความผิด” ในลักษณะตระลาการ มาตรา 15 ก็ห้ามมิให้บังคับกันเอง ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดลักพระราชทรัพย์ก็ดี ติค่าบาดเจ็บถึงตายก็ดี ผิดถูกถูกเมียท่านก็ดี ลักสินราชฎูรก็ดี ท่านให้ว่ากล่าว ซึ่ง ท่านอายุคให้ว่านั้น ท่านมิให้เอาสินไหมแก้กันเอง ถ้าสินไหมนั้นมีถึงแสน ท่านมิให้ถือโทษแก่เขาเลย ถ้าสินนั้นถึงแสนขึ้นไป มีผู้บังคับเอาสินไหมไซ้ ผู้นั้นละเมิดพระราชอาญาให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

² วิชา มหาคณ, หลักกฎหมายละเมิด ศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2523) หน้า 1-3.

ก่อนที่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จะได้ประกาศใช้ กฎหมายเรื่องละเมิดก็มีกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะโจร พระราชกำหนดลักษณะข่มขืน ล่วงประเวณี ร.ศ.118 พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ.118 และประกาศลักษณะหนี ร.ศ.119³ ครั้งพระราชบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ประกาศใช้ก็ได้ยกเลิกกฎหมายลักษณะโจร กฎหมายลักษณะอาญาหลวง กฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะอาญาราชฎูร์ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ประกาศลักษณะหนี เสียจึงยังคงเหลือตกค้างอยู่ที่เฉพาะละเมิด ที่มีลักษณะซึ่งเป็นการละเมิดทางแพ่งจริงๆ ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จเท่านั้น

ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 87 และ 88⁴ ได้บัญญัติแยกลักษณะการฟ้องคดีแพ่งออกจากอาญา

เมื่อกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ประกาศใช้ได้ประมาณ 10 ปีเศษ ก็ได้มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ.2466 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แยกกฎหมายละเมิดออกไปเป็นเอกเทศลักษณะหนึ่งเลยทีเดียว และนับแต่นั้นมากฎหมายว่าด้วยละเมิดปรากฏเป็นเรื่องต่างหากจากทั้งทางอาญาและทางแพ่งด้วยกัน นับแต่ พ.ศ.2467 ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1,2 เริ่มบังคับใช้แต่นั้นมา

กฎหมายลักษณะละเมิดแต่เดิมนั้น กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะโจร พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ.118 และประกาศลักษณะหนี ร.ศ.119 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงรวบรวมไว้โดยละเอียดเพียงพอที่จะทำความเข้าใจได้เป็นอย่างดี

³ ร.แดงกาศ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) คำสอนปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง พุทธศักราช 2478 พิมพ์ครั้งที่ 3 หน้า 248.

⁴ กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 87 กล่าวถึงลักษณะที่จะฟ้องผู้กระทำความผิดนี้ ท่านว่าฟ้องเป็นสองคดีก็ได้ คือ

- 1) ฟ้องคดีอาญา ขอให้ลงโทษตามกฎหมายลักษณะอาญาก็ได้ อย่างหนึ่ง และ
- 2) ฟ้องคดีทางแพ่ง ขอให้ชดเชยค่าเสียหายอันได้เกิดขึ้นเพราะความผิดนั้นก็ได้ อีกอย่างหนึ่ง

ลักษณะฟ้องคดีทางแพ่งนั้น จะร้องได้ทั้งที่จะขอคืนทรัพย์หรือราคาทรัพย์ที่ต้องเสียไปโดยมิชอบเพราะความผิดที่เกิดขึ้นนั้น และจะร้องขอสินไหมใช้ทดแทนความเสียหายเพราะความผิดนั้นด้วยก็ได้ การฟ้องในทางแพ่งดังว่ามานี้ท่านให้ฟังเข้าใจว่า เพื่อประโยชน์ของผู้กระทำร้ายและได้รับความเสียหายในคดีนั้นฝ่ายเดียว

ส่วนกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 88 กล่าวถึงคดีเรื่องใดฟ้องในทางอาญาแล้ว ท่านว่าเหตุที่ได้ฟ้องในทางอาญานั้น ไม่ขัดขวางแก่ความชอบธรรมของผู้ที่ได้รับความเสียหาย จะฟ้องคดีเรื่องนั้นในทางแพ่งอีกทางหนึ่ง

พิจารณากฎหมายลักษณะวิาทมีบัญญัติไว้ 46 มาตรา มีอยู่หลายมาตราได้ใหม่ (ปรับ) ผู้กระทำผิด มีบางมาตรา ได้ใหม่เป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง เช่น มาตรา 3 พินัยนั้นเป็นค่าปรับเข้า ท้องพระคลังจัดเป็น โทษอาญา ส่วนสินไหม จัดเป็นโทษทางแพ่ง ให้แก่ผู้เสียหาย

ตัวอย่างในเรื่องละเมิดที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะวิาทนี้ มีตัวอย่างที่พอจะเห็นได้ เช่น บทบัญญัติในมาตรา 1 มีว่าวิาทค่ากัน วิาทตีกัน โทษ 9 กระทง 10 กระทง มิให้เรียกกระทงใหม่ โทษสิ่งใดหนักให้เอาแต่สิ่งหนึ่งตั้งใหม่ ให้เอาบันดาศักดิ์ผู้สูงนฝ่ายเดียวตั้งใหม่ให้แก่ผู้ชนะ ถ้อยที่ ถ้อยค่าตีกันให้ใหม่กลบกลบกัน เหลื่อนั้นเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง มาตรา 2 เป็นเรื่องสืบคนตีคนเดียว บาดเจ็บ มาตรา 5 เป็นพ่อตาแม่ยายและลูกเขยค่าตีกัน ลูกสะใภ้กับพ่อผัวแม่ผัวค่าตีกัน เมียหลวงเมีย น้อยค่าตีกัน และญาติลำดับอื่นอีกหลายประเภท

พิจารณากฎหมายลักษณะโจรมีอยู่ 167 มาตรา ส่วนมากกล่าวถึงประเภทของทรัพย์ที่ถูกลัก และโทษที่จะลงเกี่ยวกับทรัพย์ที่ลักนั้น ตัวอย่างที่มีลักษณะละเมิดปนอยู่ด้วย เช่น มาตรา 22 บัญญัติ ว่า “โจรปล้นสะดม ลักทรัพย์สิ่งของ ช้าง ม้า โค กระบือ เจ้าของจับทรัพย์สิ่งของ ช้าง ม้า โค กระบือ นั้นส่งมายังสภาจำเมืองร้อยแขวง ถ้าพวกพ้องพี่น้องญาติกาอ้ายผู้ร้าย มาชิงเอาช้าง ม้า โค กระบือ ทรัพย์สิ่งของนี้ไปจากสภาจำเมืองร้อยแขวง ท่านว่าผู้นั้นละเมิดให้เร่งเอาตัวจงได้ ให้ทวน ด้วยลวดหลัง 30/60 ที ให้เอาของนั้นตั้งใหม่กึ่งโจร ถ้ามิได้ของคืนมาให้ทวน แล้วให้ใหม่จงบเต็ม” มาตรา 104 บัญญัติว่า “ถ้าโจรลักช้าง ม้า วัว ควาย และทรัพย์สิ่งของ มาแต่อื่น และมีผู้ลักเอาไปต่อ โจรนั้นแล้ว แลเจ้าของมาพบพิจารณา เมื่อพิจารณาเป็นสัจว่าลักมาแต่โจรนั้นจริง ท่านให้ใหม่แก่ผู้ ลักก่อนนั้นคนเดียว ถ้าได้ตัวทั้งสองโจรให้เอาทุนทรัพย์ตั้งใหม่ทวีคูณคู่กันทั้งสองโจร สินไหม โจรหนึ่งให้แก่เจ้าของทรัพย์สินไหมโจรหนึ่งให้เอาเป็นหลวง”

ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ มีบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องละเมิดอยู่หลายมาตรา และมีปรากฏอยู่ มากกว่าลักษณะอื่นๆ ซึ่งมีตัวอย่างในส่วนที่ 1 มาตรา 1 บัญญัติว่า “ถึงเทศกาล เดือน 6/7/8/9 เข้า เป็นต้นเป็นลำให้ขุนเกษตราธิบดี มีตราสารบัญญัติออกไปเมืองนอกขอบพระนคร ให้ตีฆ้องร้อง ป่าวโฆษณา แก่ผู้มีช้าง ม้า โค กระบือ ให้ผูกถือไว้ อย่าให้ปล่อยปลละละเสีย ให้เลี้ยงโดยขาด ถ้าลุ่ม หลุด เชือกขาดปลอกขาดจากหลักแหล่ง เข้าไร่นากินเข้าท่านครั้งหนึ่ง ให้จับเอาช้าง ม้า โค กระบือ ไว้ ถ้าเจ้าของมันมาขอ ท่านว่าให้คืนให้แก่มันครั้งหนึ่งก่อน ถ้าแลเจ้าของขอโดยขนาดแล้วเจ้าไร่นา มิได้ ท่านว่าผู้นั้นเสียลัก ช้าง ม้า โค กระบือท่านให้เอาค่าช้าง ม้า โค กระบือ ให้แก่เจ้าของ ถ้าถึง 2 ครั้ง ให้เจ้าเข้าบอกแก่นายบ้านนายเมือง ผู้เฝ้าผู้ แก่ให้รู้จงบ่านบ ให้เจ้าช้าง ม้า โค กระบือ ใช้เข้าท่าน ตามมากและน้อย ถ้าหาเจ้าของมาขอได้มิได้ ให้เจ้าเข้าเอา ช้าง ม้า โค กระบือ ไปบอกแก่สภาจำ เมือง ให้ตรารูปพรรณสัตว์นั้น เวนตัวสัตว์ให้แก่เจ้าเข้า ถ้าช้าง ม้า โค กระบือจะมาไล่ให้ไหวเจ้าทุ่ง เหล้าพะเนียงหนึ่ง ผ้าขาวผืนหนึ่งให้ใช้เข้าท่าน จึงให้สัตว์ไปให้แก่เจ้าของ ถ้าเจ้าของยัง มิมาได้ช้าง ม้า

โค กระบือ ซึ่งจับไว้ให้นั้นหายตาย ให้ผู้จับบอกแก่สภาเจ้าเมืองค่านับ อย่าเอาโทษแก่เขาเลย ถ้ามิได้บอกช้าง ม้า โค กระบือ ท่านหายตาย ให้ใช้ของท่านกึ่งหนึ่ง ถ้าเจ้าของมาติดตามขอมิให้ไถ่เอาไว้ของเขาล่อยหายตาย ท่านว่าให้ผู้เอาไว้ใช้ของท่านจงเต็มค่า ถ้ากินถึง 3 ครั้งก็ดีแลปล่อยให้กินเลี้ยงให้กิน เข้าท่านเมื่อเป็นต้นเป็นลำดับดี ให้ไหมช้างฟุตัวละ 24000 เมียตัวละ 20000 ม้าฟุตัวละ 9000 ม้าเมียตัวละ 8000 โคฟุตัวละ 10000 เมียตัวละ 9000 กระบือฟุตัวละ 11000 เมียตัวละ 10000 ให้ใช้เข้าท่านโดยมากแลน้อย ให้คืนตัวสัตว์นั้นให้เจ้าของ ถ้ากินเข้าท่านเมื่อออกรวงให้ไหมช้างฟุตัวละ 44000 เมียตัวละ 33000 ม้าฟุตัวละ ฯลฯ ถ้ากินเข้ากล้าท่านให้ไหมช้างฟุตัวละ ฯลฯ ถ้ากินเข้าบ้านยังไม่เป็นรวง ให้ไหมช้างฟุตัวละ ฯลฯ ให้ใช้เข้าท่านตามมากแลน้อย” ในส่วนที่ 7 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ขับฝูงวัวไปลุยเข้าท่านเสี้ยกดี ขับฝูงควายลุยเข้า ท่านเสี้ยกดี ขับโหลงลุยเข้า ท่านเสี้ยกดี ท่านให้ไหมโดยกระบิลเมือง” ในส่วนที่ 8 มาตรา 6 “ผู้ใดเลี้ยงหมูให้พิทักษ์รักษาใต้เสาไว้ อย่าให้ปล่อยปละละไปกินเข้าท่าน ฯลฯ” ในส่วนที่ 10 มาตรา 8 “ถ่อเรือลัดเข้าท่านลู่เหล็ก ท่านให้ไหม 22000 ในส่วน 18 มาตรา 16 ผู้ใดลักไขน้าในนาท่านออกเสียให้ไหม ฯลฯ” ในส่วนที่ 27 มาตรา 25 “ผู้ใดบังอาจปิกเข้าลงในนาท่านว่าเป็นนาของตนให้ไหม ในตอนท้ายของหมุมมาตราชุดนี้ มีข้อความว่า กล่าวในลักษณะที่ไร/นา โดยสังเขปเท่านี้”

ต่อมาได้บัญญัติว่าด้วยที่บ้าน ที่สวน ไร่นาอีก 12 มาตรา ที่เกี่ยวกับละเมิดแทบจะไม่มีบัญญัติไว้เลย คงมีอยู่บ้างเพียงเล็กน้อย เช่น ส่วนที่ 44 มาตรา 2 บัญญัติว่าหัวป่าแลที่มีเจ้าของสืบสร้าง แลผู้นั้นตายได้แก่ลูกหลาน ถ้าแลผู้ใดไปแผ้วถางเอาเอง ท่านว่าคนผู้นั้นบังอาจให้ไหมลาหนึ่งเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง คั้นที่นั้นให้แก่พี่น้องลูกหลานมัน

ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จมีบัญญัติเรื่องละเมิดว่าด้วยประบัดสิน ซึ่งคล้ายกับเรื่องละเมิดคือในส่วนที่ 99 มาตรา 1 “ซื้อสิ่งของกันตกลงราคาแล้ว ผู้ซื้อเอาสิ่งของไปยังมีได้ให้เงินแก่ผู้ขายฯ ทวงถามมิรับว่า มิได้ซื้อก็ดี มากกว่าน้อยก็ดี ผู้ขายให้เรียกตัวมาพิจารณาเป็นสัจดังหนึ่งสี่ร้อย ท่านว่ามันประบัดสิน ท่านให้ไหมทวิคูณยกคุณให้เจ้าของ เหลื่อนั้นเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง ถ้าพิจารณามิเป็นสัจมักได้ท่านฉนใด ให้ท่านได้ตนฉนนับข้าง” ในส่วนที่ 129 มาตรา 2 บัญญัติว่า “ข้างตกมันแลควานชีแลให้ข้างแทงข้างท่านตาย ให้ใช้ข้างท่าน” ส่วนที่ 138 มาตรา 11 บัญญัติว่า “ผู้ใดถากไกลหนทางแลมีผู้เข้ามาใกล้ ขวานหลุดจากมือไปต้องท่าน เป็นบาปกรรมแก่ผู้ตายให้ผู้ถากไปช่วยทำบุญส่งไปแก่ผู้ตาย ถ้าขวานหลุดจากมือทั้งตัวทั้งด้าม ให้ใช้ค่าคนท่าน” ส่วนที่ 139 มาตรา 12 “การงานท่านทำไว้ผู้ใดหรือล้างเสีย ให้ทำให้การงานของท่าน ถ้าทำให้มิได้ให้ใช้ค่าสิ่งของๆ ท่านจงถ้วน” ในส่วนที่ 145 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้ใด ต่ำ/ส่อ ท่านว่าเป็นกระสือกระหางจะกะละพิจารณาเป็นสัจหาก ต่ำ/ส่อ ท่านดั่งนั้นให้ลงโทษโดยโทษานุโทษแล้วให้ไหมเท่าค่าตัวผู้ ต่ำ/ส่อ นั้น เป็น

ลินไหม/พินัย กิ่งเป็นสัจว่าเป็นกระสือกระหางจะกละจริงไซร์ ให้เอาผู้เป็นกระสือกระหางจะกละ มาขวิดขาระพาเสียวทรัพย์สิ่งสินมันให้เอาเข้าพระคลังหลวง”

พระราชกำหนดข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ.118 มีบัญญัติไว้ 8 มาตรา มีมาตรา 4 มีเรื่องละเมิด โดยบัญญัติว่า “ชายใดข่มขืนทำการชำเราหญิงดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 (การกระทำที่ถือว่าข่มขืนชำเราหญิง 4 ประการ) พิจารณาเป็นสัจให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิได้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงให้แก่หญิงตั้งแต่ 1000 บาท ลงมาด้วยก็ได้ ฯลฯ”

ประกาศลักษณะนื้อมีอยู่ 7 มาตรา ที่เกี่ยวกับละเมิดมีตัวอย่างดังนี้ มาตรา 1 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดหลอกลวงเอาเงินอาญาของมาได้จากผู้อื่น โดยจงใจที่จะนื้อแล้ว ให้มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ฎาปรับไม่เกินจตุรศุณ ฎาท้งจำท้งปรับ มาตรา 4 บัญญัติว่า ผู้ใดหลอกขายหลอกแลกฎาหลอกให้เป็นประกัน เช่น จำนำและขายฝากเป็นต้น ที่ดินโรงเรือนที่พึ่งเคลื่อนจากที่ไม่ได้โดยที่ทราบว่ที่ดินโรงเรือนนั้นหาใช่ของตนไม่ และโดยที่มีความประสงค์จะนื้อเอาผลประโยชน์ และได้รับผลประโยชน์มาบ้างแล้ว ดังนี้ให้มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ฎาให้ปรับไม่เกินจตุรศุณ ฎาท้งจำท้งปรับ” มาตรา 6 บัญญัติว่า “ผู้ที่ถูกนื้อ มีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์ที่มันนื้อไปได้ แต่จะต้องฟ้องครั้งเดียวจะเป็นความอาญาอย่างเดียวกันก็ดี ฎาแพ่ง เรียกทรัพย์สินคืนก็ดี ฎาท้งอาญาและแพ่งรวมกันก็ดี แต่ถ้ากรมอัยการฟ้องทางอาญาแล้ว ผู้ที่ถูกนื้อจะฟ้องแพ่งรวมสำนวนกับสำนวนกรมอัยการก็ได้ ฎาจะฟ้องเป็นคดีของตนต่างหากก็ได้

อย่างไรก็ดีจะเป็นแพ่งฎาอาญา ต้องฟ้องภายใน 6 เดือน นับแต่วันที่ ได้ทราบความ” พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ.118 สรุปได้ว่า ในมาตรา 4 กำหนดความผิดและโทษสำหรับการหมิ่นประมาทพระเจ้าอยู่หัว พระมหเทสิ พระบรมโอรสาธิราช และพระเจ้าแผ่นดินต่างประเทศ มาตรา 6 เป็นบทกำหนดความผิดแห่งการที่เอกชนทำการประทุษร้ายต่อชื่อเสียงของกันและกันเองไว้โดยตรง นับว่าเป็นกฎหมายไทยบทแรกที่รับรู้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในชื่อเสียงของเอกชนในทางอาญา มาตรา 7 ถึง 9 กำหนดความผิดสำหรับเจ้าของ และผู้ขายหนังสือพิมพ์ที่โฆษณาข้อความหมิ่นประมาท พระราชกำหนดนี้ส่วนมากเป็นเรื่องในทางอาญา แต่มีมาตรา 12 พุดเป็นเรื่องทางแพ่งอยู่ด้วย ให้เงินที่ศาลปรับจำเลยตามมาตรา 6 เป็นค่าทำขวัญแก่ผู้ถูกหมิ่นประมาทที่เข้ามาเป็นโจทก์ฟ้องกับอัยการด้วย ตัวอย่างที่บัญญัติในเรื่องนี้ เช่น มาตรา 6 บัญญัติว่า “ผู้ใดโฆษณาประกาศเองฎายังให้ผู้อื่น โฆษณาประกาศแทนตัว เพื่อให้คนทั้งหลาย (จะเป็นคนผู้ถูกหมิ่นประมาทเองก็ดี ฎาคณอื่นก็ดี) ได้อ่านให้เห็น ฎาได้รับข้อความอันใดอันหนึ่ง ฎาสั่งใดสิ่งหนึ่งเป็นถ้อยคำวาจา ฎาเครื่องหมายที่ได้เขียนฎาตีพิมพ์ ฎาทำอย่างอื่นให้แลเห็นเป็นที่เข้าใจได้จะเป็นความจริงก็ดี ฎามิได้เป็นความจริงก็ดี ซึ่งตนมุ่งหมายจะหมิ่นประมาทผู้อื่น ฎาจะขั้วเข้าให้ผู้อื่นโกรธแค้น

ด้วยข้อความถ่าสิ่งที่กล่าวมาแล้ว ที่เป็นเหตุประจักษ์ผู้อื่นให้ได้รับความเสียหายเสียหาย ฤๅความสับสน
ประมาทถูกรุกของมหาชนทั้งหลายจนเขาต้องเสียชื่อเสียงกิตติคุณความดีไป ท่านว่าผู้นั้นกระทำผิด”

เมื่อพิจารณาเป็นสังขว่า ผู้นั้นกระทำผิดต่อข้อห้ามดังเช่นกล่าวมาแล้ว ก็ให้จำคุกไว้มีกำหนด
ไม่เกินกว่า 2 ปี ฤๅให้ปรับเป็นเงินไม่เกินกว่า 1,000 บาท ฤๅทั้งจำคุกและปรับด้วย ฯลฯ ในวรรค
ต่อๆ มา ได้กล่าวถึงข้อยกเว้น 8 ข้อ ซึ่งถือเป็นความผิด มาตรา 12 บัญญัติว่า “บันดาเงินซึ่งศาล
ปรับผู้กระทำผิดต่อมาตรา 4 และมาตรา 5 นั้น ต้องให้ส่งเป็นพินัยไว้จ่ายราชการ แต่เงินซึ่งศาล
ปรับผู้กระทำผิดต่อมาตรา 6 นั้น ต้องเป็นเงินทำขวัญให้แก่ผู้ซึ่งถูกรุกประจักษ์ด้วยข้อความ ถ่าสิ่งที่
ต้องห้ามโดยพระราชกำหนดนี้ ซึ่งมาเป็นโจทก์ฟ้องร้องกล่าวโทษผู้กระทำผิดนี้ ซึ่งมาเป็นโจทก์
ฟ้องร้องกล่าวโทษผู้กระทำผิด ผู้ทำผิดขอขมาโทษและขอทำขวัญก็ให้ศาลเปรียบเทียบและควรยก
เป็นเหตุกรุณาลดหย่อนโทษด้วย”

ที่กล่าวเรื่องละเมิดดังที่ปรากฏในกฎหมายเก่าข้างต้นมาแล้วนี้ เห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะ
ละเมิด มีบัญญัติจัดการกระจายไม่เป็นหมวดหมู่เหมือนดังที่ได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ในปัจจุบัน เพราะยังปรากฏรวมๆ กันอยู่ในส่วนของอาญาทั้งสิ้น⁵

กฎหมายลักษณะละเมิดที่ได้มีการจัดเป็นหมวดหมู่อย่างเป็นระเบียบนั้น ได้เริ่มประกาศใช้
เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2466 และให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467
และนับแต่วันที่ได้ประกาศใช้ก็ได้ประกาศยกเลิกบรรดากฎหมาย กฎ และข้อบังคับอื่นๆ ในส่วนที่
มีบัญญัติไว้แล้ว หรือซึ่งแย้งกับที่ได้ประกาศใช้แล้วนี้

ตามประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งแรก ซึ่งได้มีการรวมรวมเรื่องละเมิด
ไว้เป็นหมวดหมู่คล้ายคลึงกับปัจจุบัน มีบัญญัติไว้ในบรรพ 2 ลักษณะ 4 แบ่งเป็น 3 หมวด คือ
หมวดที่ 1 ว่าด้วย ความจะต้องใหม่เพราะละเมิด
หมวดที่ 2 ว่าด้วยเรื่อง ยึดตัวเอง ป้องกันชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งชอบด้วยกฎหมาย ความ
จำเป็น

หมวดที่ 3 คำสินไหมทดแทนเพราะทำละเมิด

ประกาศกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2466
ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ
1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ฉบับปัจจุบัน ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2468 ซึ่งมี
ผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2468 เป็นต้นไป

⁵ วิชา มั่นสกุล, “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
แผนกนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2516 หน้า 1-7.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดในปัจจุบัน แยกบัญญัติไว้เป็น 4 หมวด ได้แยกอธิบายไว้แต่ละหมวด ดังนี้⁶

หมวดที่ 1 ความรับผิดเพื่อละเมิด อธิบายถึงหลักเกณฑ์ของละเมิด ความแตกต่างระหว่างละเมิดกับสัญญา ความรับผิดในการกระทำของตนรวมทั้งความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น ตลอดจนความรับผิดอันเกิดจากทรัพย์และสัตว์ เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นแล้วจะต้องรับผิดในความเสียหายนั้นหรือไม่

หมวดที่ 2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด หมวดนี้บัญญัติเมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้นแล้วจะเรียกให้ชดใช้ได้เพียงใด

หมวดที่ 3 นิรโทษกรรม หมวดนี้บัญญัติถึงการกระทำที่เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้ใด บางกรณีกฎหมายบัญญัติยกเว้นไม่ต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทน

2.4 แนวความคิดของกฎหมายละเมิดในต่างประเทศ

2.4.1 ประเทศเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ในส่วนของความรับผิดทางละเมิดนี้มีพื้นฐานในรูปแบบของจารีตประเพณีซึ่งผูกพันอยู่กับกฎหมายโรมัน ดังนั้นบุคคลผู้รับผิดชอบจะต้องเป็นผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือบุคคลจะต้องรับผิดชอบต่อเมื่อ ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully) และเป็นการกระทำที่ผิด (Culpably) หลักเรื่องความรับผิดเด็ดขาดไม่มีปรากฏอยู่ในประมวลแพ่งเยอรมันเลยทั้งนี้เพราะความคิดของนักกฎหมายเยอรมันมีอยู่ว่า กฎหมายทั่วไปจะได้รับการเสริมแต่งด้วยบทบัญญัติพิเศษเฉพาะเรื่อง เมื่อเป็นเช่นนั้นนักกฎหมายเยอรมันจึงรู้จักหลักเรื่องความรับผิดเด็ดขาด จากพระราชบัญญัติเฉพาะนักนิติบัญญัติก็มีความคิดว่าหลักเรื่องละเมิด (Principle of Fault) ยังคงเป็นแก่นของกฎหมายละเมิด และเห็นว่าความรับผิดเด็ดขาดเป็นเพียงข้อยกเว้น และจะมีผลดีมากกว่าหากบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเฉพาะ ในช่วงที่มีการร่างประมวลแพ่งเยอรมันเคยมีผู้เสนอความคิดว่าควรจะมีการบัญญัติรับรองหลักความรับผิดเด็ดขาดไว้ในประมวลกฎหมาย เพราะมีบางกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้รับการเยียวยาเนื่องจากที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลย แต่ความคิดนี้ก็ไม่ได้รับการยอมรับเพราะผู้

⁶ พจน ชาญปาคม ,คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2523) หน้า 1

ร่างประมวลแพ่งเยอรมันล้วนได้รับอิทธิพลจากพวก Pandectist ซึ่งต้องการอนุรักษ์หลักกฎหมายโรมันที่มีพื้นฐานเรื่องความผิดดังกล่าวข้างต้น ในเมื่อความผิดเด็ดขาดเป็นความผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without fault) ผู้ร่างจึงไม่อาจยอมรับหลักความรับผิดเด็ดขาดเข้าไว้ในประมวลแพ่งได้เลย หลักความรับผิดเด็ดขาดจึงปรากฏอยู่นอกประมวลกฎหมายแพ่ง

ศาลเยอรมันมีทัศนคติว่าหลักความรับผิดเด็ดขาดนี้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ใช่หน้าที่ของฝ่ายตุลาการแม้กฎหมายพิเศษของเยอรมันหลายฉบับจะบัญญัติถึงความรับผิดเด็ดขาดไว้ก็ตาม แต่เมื่อมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่ตรงกับหลักกฎหมายนั้นๆ ก็จะนำกฎหมายดังกล่าวไปใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) ไม่ได้เพราะหลักความรับผิดเด็ดขาดเป็นบทบัญญัติยกเว้นจากหลักทั่วไปของความรับผิดทางละเมิดและศาลเยอรมันเองก็มีความเห็นว่าหากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วย่อมแสดงว่านักนิติบัญญัติไม่ได้เห็นด้วยกับความรับผิดเช่นนั้น ในกรณีนี้ศาลสามารถช่วยผู้เสียหายได้ เพียงการโอนภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลย เมื่อจำเลยมีหน้าที่ต้องระมัดระวังไว้ก่อน กล่าวคือมักจะใช้ในกรณีที่บุคคลใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะเช่น การบริการให้ความสะดวกสบายต่างๆ จะต้องจัดหาและกระทำการเพื่อระมัดระวังเพื่อมิให้เกิดอันตรายแก่สาธารณชน หลักความรับผิดเด็ดขาดนี้เป็นที่รู้จักกันในหมู่นักกฎหมายเยอรมันในชื่อว่า "Gefahrungshaftung" ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายพิเศษในรูปของพระราชบัญญัติต่างๆ⁷

ซึ่งในกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ได้บัญญัติถึงความหมายของละเมิด ไว้ในมาตรา 823 วรรคแรก ซึ่งเป็นที่มาของมาตรา 420 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยชนิดคำต่อคำ ดังนี้ "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."

"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

2.4.2 ประเทศญี่ปุ่น

ในด้านความคิดเกี่ยวกับพื้นฐานความรับผิดทางละเมิดนั้น กฎหมายญี่ปุ่นเรียกกฎหมายละเมิดว่า "Fuho koi" ซึ่งหมายความถึงการกระทำมิชอบด้วยกฎหมาย (an unlawful act) ซึ่งมีค่านิยามว่าหมายถึง การกระทำของบุคคลโดยจงใจ (willfully) หรือประมาทเลินเล่อ (negligently) ซึ่ง

⁷ Cohn, E.J. (1978) Manual of German Law (third edition) (PP.160) London: Butter Worth.

เป็นการล่วงสิทธิของบุคคลอื่น และก่อความเสียหายให้แก่เขา การกระทำนั้นเป็นการขัดแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายและการกระทำนี้หมายถึงการงดเว้นไม่กระทำตามหน้าที่ที่ตนเองมีอยู่ตามกฎหมายด้วยจากบทบัญญัติในมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้บัญญัติว่า “บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อฝ่าฝืนสิทธิของบุคคลอื่น หรือคุ้มครองป้องกันส่วนได้เสียตามกฎหมายอื่นๆ มีผลต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้น”

Art.709 “ A person who has intentionally or negligently infringed any right of others, or legally protected interest of others, shall be liable to compensate any damages resulting in consequence.”

หลักสำคัญของความรับผิดทางละเมิดในประมวลแพ่งญี่ปุ่นคือความผิด (fault) และนักกฎหมายญี่ปุ่นก็ถือว่าเป็นการเพียงพอแล้วสำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดทางละเมิด⁸

2.4.3 ประเทศฝรั่งเศส

ในช่วงเวลาที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มีแนวความคิดเรื่องความรับผิดทางละเมิดว่าบุคคลใดก็ตามหากโดยการกระทำของเขาเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะต้องทดแทนในความเสียหาย ถ้าความเสียหายนั้น เกิดขึ้นอย่างจงใจ (Willfully) หรือประมาทเลินเล่อ (Negligently) แนวความคิดนี้เกิดขึ้นครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 จากสำนักกฎหมายธรรมชาติซึ่งเสนอความเห็นว่าการกระทำควรมีเหตุผลและหลักทั่วไปกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสรับรองหลักทั่วไปของความรับผิดทางละเมิดว่าบุคคลต้องรับผิดในความเสียหาย เมื่อความเสียหายนั้นเกิดขึ้น จากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของเขาหลักนี้เป็นที่ยอมรับในศตวรรษที่ 19 ปรากฏอยู่ในมาตรา 1382 และ 1383 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Nippon Civil Code) ดังนี้

Art.1382 “Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it.”

มาตรา 1382 บัญญัติว่า “ การกระทำใดของบุคคลซึ่งทำให้บุคคลอื่นเสียหายโดยการกระทำของตน ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน”

Art.1383 “Everyone is liable for the damage he causes not only by his intentional act, but also by his negligent conduct or by his imprudence”

⁸ Kato Ichiro. (1981). Environmental law and policy in Pacific basin area. (pp.399) New York:Oxford University Press. อ้างจาก สันต์ชัย เหล่าสันติสุข ,เล่มเดิม, หน้า 23.

มาตรา 1383 บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งเกิดขึ้น ไม่เพียงแต่กระทำโดยจงใจของตนเท่านั้น แต่รวมถึงต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวังของตนด้วย”

Art.1384 Paragraph 1 “A person is liable not only for the damages he causes by his own act, but also for that which is caused by the acts of persons for whom he is responsible, or by things which are in his custody”

มาตรา 1384 วรรค 1 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบไม่เพียงแต่เพื่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเขาเท่านั้น ทั้งนี้ในรับผิดชอบถึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่เขาต้องรับผิดชอบ หรือจากทรัพย์สินที่อยู่ในอารักขาของเขาด้วย”

ซึ่งมาตรา 1384 ยังคงผูกพันอยู่กับความผิด (Fault) ของเขา กล่าวคือหากผู้ที่อยู่ในฐานะต้องรับผิดชอบแสดงให้เห็นว่าเขาไม่บกพร่องในหน้าที่ดูแลแล้ว บุคคลนั้นย่อมหลุดพ้นความรับผิดไป ทั้งนี้เพราะนักกฎหมายถือว่ามาตรา 1384 เป็นข้อสันนิษฐานความผิด (Presumption of Fault) เท่านั้น⁹

⁹David Rene. (1980) English Law and French Law. (pp.151) London:Stevens,Bell Yard, Temple Bar. อ้างจาก สันตชัย เหล่าสันติสุข “ ความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้ก่อมลพิษทางสิ่งแวดล้อม” เก็บถาวร
 วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต พ.ศ.2550 หน้า 19.

2.5 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด*

ตารางที่ 1 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด

ป.พ.พ. ไทย	เยอรมัน	ญี่ปุ่น	สวีต	ฝรั่งเศส	บราซิล
420	823	709			
421	226		2 ๖2		
422	823 ๖2				
423	824				
424			53 ๖1		
425	831	715			
426		715 ๖3	55 ๖3		
427	-	-	-	-	-
428		716			
429	827-829	712,713		1310	
430	832	714			
431	-	-	-	-	-
432	830	719	50		
433	833	718	56		
434	836-838,840 ๖3	717	58	1386	
435	908		59		
436					1529
437				1384	1527
438		710	43		
439	848				
440	849				
441	851				
442	846				

*References For the Civil And Commercial Code Book I,II. จากบันทึกของ ศ.ไพจิตร บุญญพันธ์.

ตารางที่ 1 (ต่อ)

ป.พ.พ. ไทย	เยอรมัน	ญี่ปุ่น	สวิส	ฝรั่งเศส	บราซิล
443	844		45		
444			46		
445	845				
446	847				
447	249,824	723	43		
448	852		60		
449	227-231	720	52 ๖1		
450	228				
451	229-231		52		
452			57		

2.6 ความเห็นของนักวิชาการที่มีต่อกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยในปัจจุบัน

2.6.1 สัมภาษณ์ความคิดเห็นของศาสตราจารย์ ดร.วาริ นาสกุล อาจารย์ผู้สอนกฎหมายวิชา กฎหมายลักษณะละเมิด ในวันที่ 6 มกราคม พ.ศ.2552 เวลา 13.00 น.

ถาม: ในฐานะที่กฎหมายลักษณะละเมิด ได้ใช้บังคับถึงปัจจุบันประมาณ 80 กว่าปีมาแล้ว อาจารย์คิดว่ามีประเด็นใดที่เห็นความแก้ไขหรือไม่

ตอบ: เห็นควรแก้ไขสี่ละ อย่างน้อยมาตรา 429 ที่บัญญัติว่า "บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถ เพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของ บุคคลเช่นนี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตาม สมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น" ต้องแก้ไขแน่ๆ เรื่องบุคคลใดแม้ไร้ความสามารถ เพราะเหตุเป็นผู้ ไร้ความสามารถหรือวิกลจริต ข้อที่หนึ่งคนวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถหรือไม่ ถ้าคน วิกลจริตทำละเมิดมันก็จะเข้า มาตรา 420 ทำไมต้องมาเขียนมาตรานี้ละ มาตรานี้มีไว้เพื่อที่จะให้ มี คนมาร่วมรับผิดชอบเพราะถ้าเป็นผู้เยาว์ก็ต้องให้บิดามารดาาร่วมรับผิดชอบ คนไร้ความสามารถที่ศาลตั้งให้ ผู้อนุบาลรับผิดชอบ แต่คนวิกลจริตไม่มีเลย เขียนทำไมเอาออกเสียดีกว่า เพราะอย่างไรเขาทำละเมิด เขาก็ต้องรับผิดชอบอยู่แล้วตามมาตรา 420

ส่วนมาตราอื่นก็ยังพอรับได้ อีกมาตราที่อาจารย์อยากจะขอแก้ไข อย่างเช่นมาตรา 421 ที่ว่า "การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย" มีความเห็นเป็น 2 อย่าง ในเรื่องการใช้สิทธิ คือการใช้สิทธิโดยแกล้ง กับการใช้สิทธิเกินส่วน แต่ อาจารย์บางท่านก็ให้ความเห็นว่าการใช้สิทธิโดยแกล้งไม่มี อาจารย์เลยอยากให้เขาเขียนให้ชัดไป เลยได้ไหม ที่เถียงกันอยู่ในความคิดของอาจารย์เข้าใจว่าการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดเสียหายแก่ บุคคลอื่นนั้น แบ่งเป็น 2 อย่างคือ การใช้สิทธิโดยแกล้งและการใช้สิทธิเกินส่วน

การใช้สิทธิโดยแกล้งคือเราไม่ได้ประโยชน์เลย แต่คนอื่นเขาเสียประโยชน์ อย่างเช่น ตัวอย่างในต่างประเทศ เราหลงรักผู้หญิงตรงข้ามบ้านแต่ผู้หญิงไม่รักเรา จึงแต่งตัวเป็นผีเรามี สิทธิ เราไปยืนที่หน้าต่างทุกวันเวลาเดียวกัน ผู้หญิงเห็นเข้าตกใจถึงแก่ความตาย เรามีความผิด เป็น การใช้สิทธิโดยแกล้ง แต่ตัวอย่างในประเทศไทยไม่ค่อยจะมีแต่ในต่างประเทศมีเยอะ เช่นบ้านอยู่ ใกล้สนามบิน มีคนทำงานแล้วใส่แม่เหล็กเวลาเครื่องบินบินผ่านมันก็สะเทือน ก็ถือเป็นการใช้สิทธิ โดยแกล้ง เพราะไม่ได้ประโยชน์ เขาก็เถียงว่าได้ประโยชน์เหมือนกันเพราะไม่ผ่านบ้านเขา อันนี้ก็ ยังเถียงกันอยู่

สำหรับเมืองไทยก็เคยมีตัวอย่างสร้างกำแพงที่ตลาดท่าเตียน โดยสร้างกำแพงเสียสูง ซึ่ง ตลาดท่าเตียนเป็นตลาดเดี่ยว มีการขนส่งทั้งวันทั้งคืนเป็นตลาดขายส่ง ข้างตลาดมีบ้านเศรษฐีเขา

หมวดหมู่เลยสร้างกำแพงป้องกันเสียงเขาทำได้ แต่ถ้าต่อสูงขึ้นไปอีก ปัญหาว่าอันนี้จะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยแกล้งหรือใช้สิทธิเกินส่วน คำถามว่าการก่อกำแพงทั้งหมดนี้ผิดอะไร เราก็บอกว่าการใช้สิทธิเกินส่วน แต่ถ้าบอกว่ามันพอดีแล้วต่อขึ้นไปอีกจะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยแกล้ง มีบางคนไม่ค่อยเข้าใจตรงนี้ อาจารย์ก็อยากให้เราทำอะไรเสียเขียนให้ clear เสีย จะขยายความตัวอย่างเมื่อครั้งนั้นคือการที่สร้างกำแพงเพื่อไม่เห็นเสียงเข้ามาเขามีสิทธิทำได้เขามีสิทธิ แต่ถ้าสร้างกำแพงมากขึ้นเกินกว่าความจำเป็นปิดบังสายลมแสงแดด คนตลาดทำเตียนเขาร้องศาลบอกว่าต้องรื้อเพราะเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน เพราะคุณมีส่วนที่ทำเท่าที่จำเป็น ถ้าเราถามเฉพาะข้างบนเป็นการใช้สิทธิโดยแกล้ง แต่ถ้าถามทั้งหมดเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน อาจารย์เลยเห็นว่าการใช้สิทธิตามมาตรา 421 มันมี 2 อย่าง

ถาม: แล้วมันต่างจากมาตรา 5¹⁰ อย่างไร

ตอบ: มาตรา 5 เราทุกคนต้องใช้สิทธิโดยสุจริต เราใช้สิทธิคนอื่นต้องเสียสิทธิ เราได้ประโยชน์จากสิทธิ แต่ถ้าการที่เราได้ประโยชน์จากสิทธิโดยทำให้คนอื่นเสียประโยชน์มากกว่ามันจะไปเข้ามาตรา 421

ถาม: ประเด็นมาตรา 420 ที่ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหาย...” คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ควรใช้คำนี้หรือไม่

ตอบ: ควรใช้อย่างนี้ถูกแล้ว ไม่ผิดกฎหมายไม่เป็นละเมิด แน่นอนที่สุดการกระทำจะเป็นละเมิดได้ ต้องทำโดยผิดกฎหมาย ถ้าไม่ผิดกฎหมายไม่เป็นละเมิด การผิดกฎหมายต้องแยกว่า

ข้อหนึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งหรือเปล่า เช่น กฎหมายอาญาบัญญัติว่าเอาทรัพย์ใครไปผิดฐานลักทรัพย์ ผิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง แต่กฎหมายไม่สามารถเขียนการกระทำความคิดทุกอย่างได้ เรามีความคิดใหม่เกิดขึ้นเรื่อย ดังนั้นกฎหมายจึงเอา มาตรา 421 มาใส่ว่าถ้าเราใช้สิทธิเรามีสิทธิ แต่ว่าถ้าเราใช้สิทธิคนอื่นเสียหายเกินส่วนหรือโดยแกล้งเป็นการผิดหรือไม่ข้อหนึ่ง แล้วก็มาตรา 422¹¹ เข้ามาแทรกเหมือนกัน ที่ว่า “ความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์ เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่นๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด” อีกข้อหนึ่ง มันคล้ายกับข้อ 1 เช่น ขับรถฝ่าไฟแดงผิดกฎหมายเฉยๆ แต่ฝ่าไฟแดงแล้วชนคน

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 422 บัญญัติว่า “ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์ เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่นๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด”

ผิด มาตรา 422 ต้องตอบว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์ปกป้อง บุคคลอื่น ๆ พระราชบัญญัติจราจร ปกป้องบุคคลอื่น ๆ แน่นอนเขาบอกให้คุณขับรถเปิดไฟ เป็นการปกป้องเราหรือ ไม่ใช่เป็นการ ปกป้องบุคคลอื่น ๆ ให้รู้ว่าจะรถมาชน หรือเวลาเลี้ยวให้เปิดไฟเลี้ยว ปกป้องคนข้างหลังที่เราจะเลี้ยว กฎหมายปกป้องเราก็มีย เช่น เราเป็นข้าราชการเราจะเดินทางเราจะเบียดเบียด ถ้าเราเบียดผิด ปกป้องเรา ถ้าปกป้องตัวเราเองไม่เข้ามาตรา 422 มาถึงสันนิษฐานว่าผู้ฝ่าฝืนผิด ปกติฝ่ายใดกล่าว อ้างฝ่ายนั้นนำสืบ ถ้าผิดกฎหมายข้อ 1 และ 2 โจทก์นำสืบ แต่พอถึงมาตรา 422 โจทก์ไม่ต้องนำสืบ เลย ผู้ที่ถูกฟ้องต้องนำสืบว่าผิดกฎหมายก็จริงแต่มันไปเข้าข้อยกเว้น มีข้อยกเว้น 2 อัน หนึ่ง กฎหมายบัญญัติไว้ สองความยินยอม

ถาม: ในเรื่อง "จงใจ" ในทางแพ่ง กับคำว่า "เจตนา" ในทางอาญา มีความหมายเหมือนกันหรือไม่

ตอบ: คล้ายกันแต่ไม่เหมือนกัน อาจารย์แห่งอาจารย์ อาจารย์เจตนามีจงใจรู้ว่าจะทำให้เกิด ความเสียหาย เพราะฉะนั้นเจตนาจึงมีจงใจ แต่จงใจอาจไม่มีเจตนาก็ได้ เช่นอาจารย์เหยียงมีดไป โดนใครที่ชั่งในฝูงชนรู้ว่าจะเสียหายอาจารย์จงใจแต่ไม่มีเจตนา มันต่างกัน

ถาม: ความเสียหายที่เกี่ยวกับจิตใจ บัญญัติไว้ในมาตรา 420 หรือไม่

ตอบ: ไม่มี มีฎีกาบอกว่าไปซื้อตัวดูภาพยนตร์ เขาจฉายเขาเรียกค่าเสียหายทางจิตใจ ศาล ยกฟ้อง ความเสียหายทางจิตใจนี้เป็นเรื่องที่เขาพยายามเอามาใส่ ในประเทศญี่ปุ่นก็มีความเสียหาย ทางจิตใจควรจะได้ คิดง่าย ๆ ฎีกาที่ว่าเรามีลูกชายอ้วนแมวสีสวาท จมน้ำตายแมวเรียกได้เพราะเป็น ทรัพย์สิน แต่ลูกตายเรียกไม่ได้ ค่าปลงศพก็เรียกไม่ได้ เพราะไม่มีศพจะปลงค่าค้นหาศพก็ไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมาย แต่จิตใจยิ่งกว่าแมวตายแก่ไหนน่าจะ让他เรียก

ถาม: คำว่า "สิทธิ" ควรจะระบุชัดเจนหรือไม่

ตอบ: เขาบอกว่าคำว่า "สิทธิ" ต้องเป็นสิทธิเด็ดขาด ถ้าสิทธิใดเด็ดขาดเช่น สิทธิใน รัฐธรรมนูญ ถ้าสิทธิสัมพัทธ์ไม่เกี่ยว

คำว่าสิทธิแบ่งเป็น 2 อย่างคือ สิทธิเด็ดขาด (absolute right) และสิทธิสัมพัทธ์ (relative right) มาตราที่พูดถึง absolute right เท่านั้น ถ้า absolute right คุณฟ้องได้ทุกคน แต่ถ้า relative right คุณ ฟ้องได้คนเดียว

ถาม: "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด" ควรบัญญัติไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายหรือไม่

ตอบ: ความจริงแล้วไม่ใช่ความยินยอมไม่เป็นละเมิดนะ แต่ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย มันเป็นสุภาษิตละตินแต่ที่นี้ พอความยินยอมไม่ก่อความเสียหายมันก็ไม่เป็นละเมิด ต้อง ลองร่างมาก่อน ถ้าเขียนลงในหมวดนิติโทษกรรมแล้วไม่เข้าทำอย่างไรเขียนดีกว่า

ถาม: ในความเห็นของอาจารย์ หมวดนิรโทษกรรม โดยเฉพาะคำว่า “นิรโทษกรรม” (justifiable acts) ควรเปลี่ยนหรือไม่

ตอบ: ถ้าเปลี่ยนแล้วควรเปลี่ยนเป็นอะไร แต่ในหมวดนี้บทสรุปคือมันไม่ได้รับโทษ หรือได้รับโทษน้อย แล้วจะไม่ใช่นิรโทษกรรมหรือ ถ้าไม่ใช่นิรโทษกรรมแล้วมันเป็นอะไร อาจารย์ไม่มี idea ว่าถ้าเปลี่ยนแล้วจะใช้ชื่ออะไร

ถาม: เรื่องเด็กกระทำละเมิด

ตอบ: เด็กต้องรับผิดชอบตาม 420 บวกมาตรา 429 มาตรา 429 มันดอกหัวตาไปว่าเด็กต้องรับผิดชอบ และบิดามารดาต้องรับผิดชอบด้วย กฎหมายเน้นว่าบิดามารดาต้องรับผิดชอบด้วย ใครทำใครต้องรับผิดชอบ เด็กก็ผิดด้วย แต่จะมีความสามารถในการรับผิดชอบแค่ไหนอีกเรื่องหนึ่ง เขาเป็นเด็กถ้าไม่ให้บิดามารดาาร่วมรับผิดชอบด้วยผู้เสียหายก็เสียหายเปล่าๆ กฎหมายจึงบังคับให้บิดามารดาาร่วมรับผิดชอบด้วย เด็กแขนขาด เด็กเป็นบ้า ก็ยังรับผิดชอบ เด็กคนหนึ่งแขนขาด เดินผ่านรถอาจารย์เอาขาเตะ รถอาจารย์บอบเด็กผิด แต่ที่นี้เวลาตอบข้อสอบอาจารย์เข้มงวดมาก ไม่ค่อยมีใครทำตามอาจารย์เลย ถ้าอาจารย์พูดถึงเด็ก โอเค เด็กต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 บวก 429 แต่ถ้าอาจารย์บอกว่าเด็กวิกลจริตหัวอาจารย์ต้องรับผิดชอบใหม่ อาจารย์ต้องการให้นักศึกษาตอบว่า “เด็ก” ก็เป็นผู้ใด ผู้ใดไม่ได้บอกว่าวิกลจริตหรือไม่วิกลจริต เพราะฉะนั้น แม้แต่เขาวิกลจริต เขาก็ต้องรับผิดชอบ

ถาม: ควรหรือไม่ที่จะให้มีกฎหมายบัญญัติอายุว่าเด็กควรอายุเท่าใด

ตอบ: ไม่ควร ระบุว่าเด็กเล็กเป็นผู้ใด ทำคือการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สึก เด็ก 2 ขวบ มันรู้สึกไหมมันก็ไม่เข้าแล้ว ถ้าเด็ก 6 ขวบ รู้สึกไหม มันก็รู้สึก โดยดูเรื่องสำนึกเป็นหลัก ไม่ต้องมีการระบุอายุเหมือนกฎหมายอาญา ดูตามข้อเท็จจริง

ถาม: ความรับผิดชอบร่วมกับผู้อื่น กรณีนายจ้างต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของลูกจ้างนั้น นายจ้างจะไล่เบี่ยจากลูกจ้างในกรณีที่นายจ้างได้จ่ายไปแล้ว ได้เพียงใด

ตอบ: นายจ้างซึ่งใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกมีสิทธิไล่เบี่ยได้ เฉพาะค่าสินไหมทดแทน เวลาที่นายจ้างปฏิเสธข้อต่อสู้นายจ้างต้องเสียค่าทนายความ ค่าฤชาธรรมเนียม นายจ้างเสียค่าพยานที่มา สิ่งเหล่านี้ศาลสั่งให้นายจ้างจ่าย แต่นายจ้างสามารถไล่เบี่ยได้เฉพาะค่าสินไหมทดแทน อย่างอื่นไล่เบี่ยไม่ได้ ดังนั้นเมื่อนายจ้างแพ้นายจ้างจ่ายนายจ้างไล่เบี่ยได้เฉพาะค่าสินไหมทดแทน ก็กฎหมายไม่ได้ให้ลูกจ้างชดใช้ ลูกจ้างจนออกอย่างนั้นจะไปเอาอะไรเขา

ถาม: อาจารย์คิดว่า หลัก Vicarious Liability นั้น ควรเพิ่มถึงเรื่องอื่นอีกบ้างหรือไม่ เช่น นิติบุคคลต้องร่วมกันรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิดหรือไม่

ตอบ: ปัจจุบันมีความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่นอยู่ในเรื่องนายจ้าง-ลูกจ้าง ตัวการ-ตัวแทน ผู้เยาว์-บิดามารดา คนไร้ความสามารถ-ผู้อนุบาล ครูบาอาจารย์ นายจ้างหรือบุคคลอื่น - นักเรียน

หรือผู้ซึ่งรับดูแลของตน แต่ต้องดูว่าการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลทำในนามตัวการของบริษัทหรือเปล่า เขาเป็นตัวแทนหรือเปล่า เมื่อกฎหมายละเมิดให้ใช้ตัวแทนก็ใช้ตัวแทนสิ ใช้ผู้แทนทำไม ต้องดูให้คินะ ถ้าเป็นหน่วยงานของรัฐเดี๋ยวนี้ไม่ใช่แล้ว กฎหมายเก่าใช้โดยใช้มาตรา 76 ไปใช้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เพราะฉะนั้นฎีกาเก่าๆ ไปอิงไม่ได้ ฎีกาเก่าๆ อธิบดีไปทำงานไปทำละเมิดคนอื่น กรมต้องรับผิดชอบ เพราะถือว่าอธิบดีเป็นตัวแทนของกรม เดี่ยวนี้ไม่ใช่กฎหมาย ถ้าอธิบดีทำผิดในกิจการของกรมกรมจ่าย ถ้าอธิบดีไม่ได้ทำผิดในกิจการของกรมทำผิดส่วนตัวกรมก็จ่ายแล้วมาไล่เบี้ยทีหลัง ตอนนี้อะไรก็เข้าละเมิดทั้งนั้น เรื่องแพทย์ก็เหมือนกัน

ถาม: อายุความละเมิดเหมาะสมแล้วหรือยัง

ตอบ: อาจารย์ไม่ขัดข้องมันก็แล้วแต่ว่าในแต่ละประเทศเห็นความสำคัญแค่ไหน

ถาม: มีเรื่องอะไรที่อาจารย์เห็นว่าข้อสังเกตควรแก้ไขหรือไม่

ตอบ: ก็มี มาตรา 423 เรื่องการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งฝ่าฝืนต่อความจริง มีนักวิชาการบางท่านให้ความเห็นว่า ถ้าไม่เข้าแล้วไม่ต้องไปมาตรา 420 อาจารย์เห็นว่าต้องไป มาตรา 420

2.6.2 สัมภาษณ์ความคิดเห็นของรองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ในวันที่ 14

มกราคม พ.ศ.2552 เวลา 13.00 น.

ถาม: ในเรื่อง "จงใจ" ในทางแพ่ง กับคำว่า "เจตนา" ในทางอาญา มีความหมายเหมือนกันหรือไม่

ตอบ: คงไม่เหมือนกัน เพราะเจตนาในทางอาญาอยากให้เกิดขึ้น แต่จงใจในทางแพ่งบางทีไม่อยากจะให้เกิดขึ้นก็ได้ แต่เพราะการกระทำของเรา ในทางอาญาเมื่อมีเจตนาแล้ว ถ้าการกระทำมันไม่มีผลเกิดขึ้นอย่างที่เราต้องการก็มีความผิดฐานพยายาม ต้องการฆ่าเขาให้ตายแต่เขาไม่ตาย เจตนา ลงโทษเขาฐานฆ่าคนตายไม่ตายต้องลงโทษเขาฐานพยายาม ส่วนจงใจ เราทำอะไรไปผลจะเกิดขึ้นเมื่อเกิดขึ้นแล้วแม้ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นอย่างที่เราต้องการให้เกิดแต่ก็ถือว่าความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ละเมิดก็เกิดขึ้นแล้ว เป็นการเกิดขึ้นโดยจงใจแล้วต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่หนักเบาที่ขึ้นกับพฤติการณ์และความร้ายแรงของละเมิด

ส่วนพฤติการณ์ หมายถึงความเสียหายเกิดขึ้นมากน้อยขนาดไหน ก็ควรได้รับการชดใช้แค่นั้นไป ทำให้เห็นความแตกต่างของจงใจตามมาตรา 420 และเจตนาตามมาตรา 59 กฎหมายอาญาอย่างไร

ถาม: ประเด็นมาตรา 420 ที่ว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหาย..." คำว่า "โดยผิดกฎหมาย" ควรใช้คำนี้หรือไม่

ตอบ: คำนี้มันน่าจะเปลี่ยนแปลงไป เห็นด้วยว่าน่าจะใช้คำอะไรที่เหมาะสมกว่าคำว่า “ผิดกฎหมาย” เพราะถ้าดูตามมาตรา 424 บอกว่าในการพิจารณาคดีละเมิดไม่ต้องดูว่าเขาต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ เพราะฉะนั้นคำว่า “ผิดกฎหมาย” เรามักจะใช้ใน sense ของความผิดทางอาญา เพราะฉะนั้นคำๆ นี้ น่าจะใช้คำอื่นมากกว่าคำว่า “ผิดกฎหมาย” น่าจะใช้คำว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ก็น่าจะโอเค

ถาม: อาจารย์มองว่าความเสียหายที่เกี่ยวกับจิตใจ ควรจะเรียกค่าเสียหายได้ หรือไม่

ตอบ: เรามักยึดถือกฎหมายในหมวด 2 คำสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด เราตีความตั้งแต่มาตรา 439 ถึง 447 ว่าเสียหายต่อด้านอะไร ตั้งแต่ทรัพย์สินเป็นต้น ไปถึงเสียหายต่อชื่อเสียง ก็เลยตีความว่ามีองค์ประกอบของกฎหมายให้อะไรบ้าง เรียกได้แค่นั้น เพราะฉะนั้นจึงไปดูมาตรา 446¹² อย่างเดียวเพราะมีกฎหมายพูดเอาไว้ก็มีทางเรียกได้ แต่มาตรา 446 ก็มีการตีความว่า มาตรา 446 ก็มาจากมาตรา 420 ว่าเสียหายต่ออะไรก็ไม่อาจใช้มาตรา 446 ได้ แต่ถ้าเราจะดูจากมาตรา 438¹³ ซึ่งเป็นแม่บทใหญ่ของการกำหนดคำสินไหมทดแทนผู้ละเมิด คำสินไหมทดแทนจะให้กันสถานใดแล้วแต่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด คำสินไหมทดแทนที่จะให้กันนั้นได้แก่อะไร มาตรา 438 ยังบอกอีกว่าต้องเป็นความเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ ความจริงมาตรา 438 ควรเป็น หลักกลาง ส่วนมาตรา 439-447 ควรเป็น หลักเฉพาะ สำหรับความเสียหายต่อชีวิต ต่อร่างกาย ต่อทรัพย์สิน ต่ออนามัย ต่อชื่อเสียง เรียกอะไรกันก็ได้บ้าง ถ้าเป็นเช่นนั้นก็ให้เรียกตามกฎหมายเฉพาะ แต่ถ้าตรงไหนไม่เข้ากฎหมายเฉพาะก็น่าจะมาพิจารณาตามมาตรา 438 หลักทั่วไป แต่ศาลไทยไม่ให้ พูดง่ายๆ ศาลไทยไม่เอามาตรา 438 มาใช้ให้เป็นประโยชน์เลย จะเอามาตรา 438 มาใช้เมื่อมีการคำนวณว่าจะได้มากน้อยขนาดไหนจึงจะอ้างถึงมาตรา 438 มาใช้เท่านั้นเอง อย่างความเสียหาย ในเชิงลงโทษ ความจริงก็อยู่ในมาตรา 438 แต่กฎหมายก็ไม่ให้ ให้ไม่ได้ ปัญหาความเสียหายทางจิตใจเป็นความเสียหาย เพราะจิตใจเป็นสิทธิของคน

ถาม: ถ้านำความเสียหายทางจิตใจมาใช้ไว้ในมาตรา 420 เห็นสมควรหรือไม่

¹² มาตรา 446 บัญญัติว่า “ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาคำสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้”

¹³ มาตรา 438 บัญญัติว่า “คำสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งคำสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย”

ตอบ: อันนี้แล้วแต่ แต่ถ้าเราคิดว่าเราจะใช้มาตรา 438 ให้เป็นประโยชน์เราอาจไม่จำเป็นต้องใส่ไว้ในมาตรา 420 ในความเสียหายทุกอย่าง แต่อย่าลืมว่าต่อ “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” คำนี้มันครบอยู่แล้ว หากใส่คำว่า “จิตใจ” อีก เกิดมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวอีก ทำไมไม่ใส่มา เราครุรัฐธรรมนูญปี 2551 มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในหลายๆ ด้านทำไมไม่นำมาใส่อีก ความจริงแล้วความเสียหายว่าต่ออะไรบ้างมาตรา 420 นั้นน่าจะคลุม โดยคำว่าสิทธิอย่างอื่นมันปิดประตูอยู่แล้ว

ถาม: คำว่า “สิทธิ” ตามมาตรา 420 กว้างไปหรือไม่

ตอบ: ความจริงไม่กว้าง หากตีความตามที่ศาลฎีกากำหนดครอบคลุมต้องแล้ว ว่าต้องเป็นสิทธิที่มีกฎหมายรองรับ และคุ้มครองให้ แล้วสิทธิต่อความเศร้าโศกเสียใจ หรือทางจิตใจนี้มีกฎหมายรองรับหรือไม่ ต้องถามว่า ศักดิ์ศรี หรือความเป็นอยู่ของมนุษย์มีบัญญัติไว้โดยตรงหรือไม่ มันอาจไม่มีตรงๆ แต่ศักดิ์ศรีของมนุษย์หรือความเป็นอยู่ของมนุษย์ไม่ยอมให้ใครมารบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวบุคคลทุกอย่างเป็นเรื่องทางจิตใจทั้งนั้น เห็นว่าเป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ไม่น่าที่จะต้องมาเพิ่มความเสียหายทางจิตใจ เว้นแต่อาจไปดูในกฎหมายใหม่เรื่องพระราชบัญญัติความรับผิดชอบในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 บัญญัติถึงความรับผิดชอบทางจิตใจ ก็อาจจะสมควรนำสิ่งเหล่านี้มาบัญญัติในมาตรา 420 ได้ เพื่อให้กฎหมายสอดคล้องได้ เทียบเคียงดูในกฎหมายที่มีหลักการเดียวกันก็อาจดูว่าเขาได้บัญญัติเรื่องจิตใจโดยเฉพาะ ก็อาจจะมีเหตุผลที่จะนำมาเพิ่มเติมในมาตรา 420 ได้

ถาม : ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” ควรบัญญัติไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายหรือไม่

ตอบ : คงไม่ต้องบัญญัติไว้หรอกนะเพราะขณะนี้พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมก็ได้พูดเอาไว้ ตามมาตรา 8 และมาตรา 9 อยู่แล้ว แสดงว่าปัจจุบันนี้มีพูดเอาไว้แล้ว ถามว่าควรอยู่ในนิรโทษกรรมหรือไม่ ซึ่งมาจากภาษาอังกฤษว่า *Justifiable Acts* เหมือนกับการบัญญัติหลักเกณฑ์ให้สามารถทำได้ โดยไม่ต้องรับผิดชอบในสิ่งที่เกิดขึ้น แต่ถ้าบัญญัติให้ความยินยอมเป็นนิรโทษกรรมผมยังไม่เห็นด้วยจริงๆ ความยินยอมเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ จะอ้างความยินยอมทำนั่นทำนี่ไม่ได้นะ เป็นการอ้างเพื่อให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดเท่านั้นเอง แต่ความยินยอมไม่ได้ทำให้ผู้กระทำมีสิทธิกระทำ เหมือนป้องกัน เหมือนจำเป็น เหมือนทำตามคำสั่ง เหมือนการช่วยเหลือตนเองในภาวะฉุกเฉิน มันเป็นเรื่องที่มีสิทธิกระทำได้ นั่นคือนิรโทษกรรม เพราะฉะนั้นนิรโทษกรรมคือการนิรโทษอะไร คือนิรโทษที่กฎหมายบอกว่ามีสิทธิกระทำได้ เมื่อทำแล้วกฎหมายบัญญัติว่าด้วยเรื่องนิรโทษกรรมให้

ถาม: เรื่องเด็กกระทำละเมิด ตามมาตรา 429 ในกรณีเด็กเล็กมากจะมีผลอย่างไร

ตอบ: มาตรา 429 มาจาก มาตรา 420 ที่การกระทำคืออะไร ต้องรู้สำนึก รู้ว่าตนเองทำอะไร อยู่ แต่สมมุติเด็ก 3 ขวบก็ไม่มี ถ้ารู้ถือว่าเป็นการกระทำ ถ้าเป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบ มาตรา 420 ทำให้เด็กคนนั้นอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ต้องตีความว่ารู้สำนึกคืออะไร เพราะมาตรา 429 เรียกว่า **Vicarious Liability** เป็นความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น มันต้องมีคนหนึ่งทำละเมิดขึ้นมาเสียก่อน ดังนั้นต้องเอามาตรา 420 มาจับเสียก่อน

ถาม: ดังนั้นมาตรา 429 ควรจำกัดอายุเด็กไว้เลยเหมือนทางอาญาดีหรือไม่

ตอบ: เราต้องเข้าใจว่าเป็นเรื่องทางแพ่งต้องการคุ้มครองความเสียหายของผู้เสียหาย ส่วนทางอาญาดูต้องการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด ทางอาญามีการจำแนกอายุว่าควรลงโทษดีหรือไม่ ควรเอาเด็กมาของจำติดคุกติดตะรางหรือไม่ นั่นคือกฎหมายอาญาควรแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมหรือไม่ แต่ในทางละเมิดหากตีเส้นที่เด็ก 7 ขวบทำอะไรลงไปไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แล้วพ่อแม่เด็กต้องรับผิดชอบหรือไม่ เราจะแบ่งเส้นขนาดไหน สมมุติว่าเด็ก 3 ขวบบางคนเขาเจริญวุฒิภาวะมากกว่าเด็ก 3 ขวบโดยทั่วไปแล้ววันหนึ่งเอาตะปูไปจีดรถยนต์คนอื่นเสียหายขึ้นมา ถ้าเราไปตีเส้นที่ 5 หรือ 6 ขวบถึงผิดทางแพ่งคงไม่ได้ เพราะทางแพ่งมีขึ้นเพื่อต้องการคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับการเยียวยา อย่างน้อยก็จากพ่อแม่ ถ้าเรารู้ว่าลูกเรา 3 ขวบคนนี้มีวุฒิภาวะค่อนข้างจะสูงฉลาด คุณต้องระมัดระวัง

ถาม : ดังนั้นอาจารย์เห็นว่ามาตรานี้ดีอยู่แล้วไม่ต้องระบุอายุของเด็กให้ชัดเจนใช่หรือไม่

ตอบ : ไม่เห็นด้วย ถ้าจะไปตีหรือจำกัดอายุเหมือนกฎหมายอาญา

ถาม : ในกรณีนายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ทำละเมิดในทางการที่จ้างนั้น นายจ้างจะมาไล่เบี้ยจากลูกจ้างได้แค่ไหนเพียงใด

ตอบ : นายจ้างก็ควรไล่เบี้ยเอาจากลูกจ้างได้ตามกฎหมาย เพราะแม้ลูกจ้างทำในทางการที่จ้างแต่คุณ ไม่มีสิทธิไปทำละเมิดบุคคลอื่นเขา ทำให้นายจ้างเขาเดือดร้อนต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้คุณเพราะคุณไปทำละเมิด การที่คุณไปทำละเมิดถือเป็นการที่คุณไปทำผิดซึ่งโดยปกติแล้ว นายจ้างต้องรับผิดชอบ แต่เนื่องจากมีหลักเรื่อง **Vicarious Liability** นายจ้างจึงต้องร่วมรับผิดชอบด้วย เมื่อนายจ้างจ่ายค่าสินไหมทดแทนไปแล้วทุกๆ ที่เขาไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนด้วยซ้ำไป ก็จึงมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกจ้างได้ (ตามมาตรา 426)

ถาม : นายจ้างควรไล่เบี้ยจากลูกจ้างได้เพียงใด

ตอบ : ควรจะคืนทั้งหมดเพราะไม่ใช่ลูกหนี้ร่วม เพราะมันเป็น Joint Liabe ไม่ใช่ Joint debtor ซึ่ง Joint debtor คือรับผิดชอบแบบลูกหนี้ร่วม (มาตรา 296¹⁴) ส่วน Joint Liabe ไม่ใช่รับผิดชอบแบบลูกหนี้ร่วมแต่รับผิดชอบร่วมกันกับบุคคลที่เป็นตัวลูกหนี้ เช่นมาตรา 426 หรือกฎหมายเรื่องตัวเงิน เป็นต้น

ถ้าได้เบี้ยได้ครึ่งหนึ่งนั้น ก็คือหนี้ที่รับผิดชอบเพื่อกันแทนกันนี้คือ Joint debtor รับผิดชอบและแทนนั้นหมายถึงเจ้าหนี้สามารถบังคับเอาากับใครก็ได้ ผู้ถูกบังคับต้องรับผิดชอบร่วมกับอีกหนึ่งและต้องรับผิดชอบอีกคนหนึ่ง ก็เลยไปไล่เบี้ยเอาจากอีกบุคคลได้เพียงครึ่งเดียว แต่หลัก Vicarious Liability ไม่หลักความรับผิดชอบหรือแทน (Joint debtor) แต่เป็นความรับผิดชอบที่กฎหมายสร้างขึ้นมาจากเฉพาะ

ถาม : อายุความละเมิดสั้นเกินไปหรือไม่

ตอบ : ผมว่าไม่สั้นหรืออก อายุความมันมีขึ้นเพื่อเร่งรัดให้เกิดการฟ้องร้องกัน เพราะถ้าไม่เร่งรัดจะทำให้พยานหลักฐานที่มันมีอยู่มันไม่ครบตามข้อเท็จจริงที่มันเกิดขึ้น ส่วนหลักฐานนั้นทนายโจทก์จะไปค้นหาได้อย่างไรเป็นเรื่องความสามารถ ดังนั้นจะขยายอายุความมากขึ้นก็ไม่มีเหตุผลอะไร ที่เราจะต้องไปแตะเรื่องอายุความให้มีการขยายให้นานขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายสิ่งแวดล้อม แต่เรื่องละเมิดตามมาตรา 420 นี้เป็นเรื่องละเมิดต่อปัจเจกชน มันน่าจะรู้ว่าปัจเจกชนคนนี้เสียหายเท่าไรได้รับความเสียหายเท่าไร ขนาดเดียวกันมันก็ยังมีกฎหมายบอกมาให้แก้ไขคำพิพากษาได้ ถ้าหากว่าทุกอย่างมันเปลี่ยนแปลงไปภายใน 2 ปีนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาก็แสดงว่ามีทางออกแล้ว โดยที่ไม่จำเป็นต้องหันมามองเรื่องอายุความ

ถาม: อาจารย์คิดว่ากฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมตรงไหนบ้าง อย่างไร

ตอบ : เรื่องความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะตามมาตรา 437¹⁵ เกิดจากทรัพย์อันตราย ทรัพย์อันตรายตรงนี้ควรเป็น Strict Liability ที่มีข้อแก้ตัวเพราะอย่าลืมนะ มาตรา 437 มีทั้ง

¹⁴ มาตรา 296 บัญญัติว่า “ในระหว่างลูกหนี้ร่วมกันทั้งหลายนั้น ท่านว่าต่างคนต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าส่วนที่ลูกหนี้ร่วมกันคนใดคนหนึ่งจะพึงชำระหนี้ เป็นอันจะเรียกเอาจากคนนั้นไม่ได้ไซ้ร์ ยังขาดจำนวนอยู่เท่าไรลูกหนี้คนอื่น ๆ ซึ่งจำต้องออกส่วนด้วยนั้นก็ต้องรับใช้ แต่ถ้าลูกหนี้ร่วมกันคนใดเจ้าหนี้ได้ปลดปล่อยหนี้จากหนี้อันร่วมกันนั้นแล้ว ส่วนที่ลูกหนี้คนนั้นจะพึงต้องชำระหนี้ก็ตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ไป”

¹⁵ มาตรา 437 บัญญัติว่า “บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใดๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง

ยานพาหนะและวัตถุอันตรายอยู่ในมาตราเดียวกัน ยานพาหนะนี้เห็นด้วยว่าควรมีข้อแก้ตัวได้ ไม่ควรเป็น **Absolute Liability** เสียเลยแต่ถ้าเป็นทรัพย์สินอันตรายทำไมต้องมีข้อแก้ตัว และขณะนี้ มีพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ.2535 เป็น **Absolute Liability** คือไม่มีข้อแก้ตัว เมื่อมันมีกฎหมายเฉพาะแล้วมันยังมีความจำเป็นอยู่หรือที่จะเอาเรื่องทรัพย์สินอันตรายมาอยู่ในมาตรา 437 วรรคสองอยู่ด้วย เพราะจะทำให้เขาไม่มาใช้มาตรา 437 วรรคสอง เขาไปใช้พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 เขาได้รับประโยชน์มากกว่า และไม่มีข้อแก้ตัว

ในเรื่องความเสียหายในทางจิตใจทำไมไม่เอามาตรา 438 มาใช้ให้เป็นประโยชน์ให้มากขึ้น ทำไมเราต้องมาตีความเฉพาะเจาะจงตามมาตรานั้นๆ เนื่องจากกฎหมายเราบัญญัติไว้แค่นี้ จึงให้แค่นี้ เมื่อทำให้เขาตายค่าสินไหมทดแทนควรจะได้รับอะไรบ้าง หนึ่ง สอง สาม ความเสียหายเพราะความทุกข์ทรมานที่ทำให้เขาตายเรียกไม่ได้เพราะกฎหมายไม่เปิดช่อง แทนที่กฎหมายอยากให้ ศาลอยากให้ ให้ไม่ได้ ทำไมไม่หันมามองมาตรา 438¹ ว่าค่าสินไหมทดแทนนั้นหมายถึงค่าเสียหาย ส่วนคุณจะให้เท่าใดอีกเรื่องหนึ่งแต่ให้ได้ ส่วนให้ได้เท่าไรอยู่ที่ดุลพินิจของศาล

2.6.3 สัมภาษณ์ความคิดเห็นของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ในวันที่ 23

มกราคม พ.ศ.2552 เวลา 13.00 น.

ถาม : ประเด็นมาตรา 420 ที่ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหาย...” คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ควรใช้คำนี้หรือไม่

ตอบ : เหมาะแล้ว ผมไม่เห็นว่าจะมีข้อขัดข้องอะไร เพราะหลักมันคือองค์ประกอบหนึ่ง ต้องมีความผิด สองต้องเกิดความเสียหาย สามต้องผิดกฎหมาย หลักผิดกฎหมายถ้าเราจะใช้คำอื่น นี้ก็มีคนพยายามนะอย่างเช่นท่านอาจารย์จรัญฯ ท่านพยายามจะใช้คำอื่นคณะกรรมการฯ ที่พิจารณา ก็เห็นว่าไม่จำเป็น หรือมีคนยกว่า จะใช้คำว่า “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” มันก็ได้เหมือนกัน จริงๆ แล้วต้นตอคำว่านี้มาจากคำว่า “Rechtswidrigkeit” ในภาษาเยอรมัน ก็แปลว่า “ผิดกฎหมาย” ถ้าให้ถูกแล้วแปลว่าโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แล้วถ้าหากว่าคำนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันคืออยู่แล้ว ก็ไม่มีเหตุจำเป็น ไม่มีเหตุที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด นักกฎหมายก็เข้าใจว่า “โดยปราศจากอำนาจโดยชอบ”

ถาม : อาจารย์มองว่าความเสียหายที่เกี่ยวกับจิตใจ ควรจะบัญญัติเพิ่มในมาตรา 420 หรือไม่

ตอบ : ความเสียหายทางจิตใจ เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ถูกได้ยากในทางทฤษฎี เขาเห็นกันว่ามันไม่ควรบัญญัติแต่เห็นว่าควรอยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักในการที่จะกำหนดค่าเสียหาย

ความข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงบุคคลผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่งทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือโดยอาการกลไกของทรัพย์สินนั้นด้วย”

มากกว่าที่จะให้เป็นสิทธิในการเรียกค่าเสียหายโดยตรง เพราะมันไปขึ้นกับพฤติการณ์และความร้ายแรงในการกระทำความผิด

ถาม : นั้นหมายถึงอาจารย์มองว่าศาลใช้ดุลยพินิจได้เองใช่หรือไม่

ตอบ : ใช่ แต่มันขึ้นกับการที่คุณจะนำไปใส่ใช้น้ำหนักตอนไหน เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว ไม่ใช่ไม่เกิดความเสียหาย แต่ที่น้ำหนักของความเสียหายมันเป็นอย่างไร มันขึ้นกับว่าในหลักเรื่องนี้เป็นหลักการชั่งน้ำหนักในการให้ชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งมันสามารถเพิ่มได้ตอนนั้นได้ คือเรายอมรับว่ามันความเสียหายแต่เราไม่สามารถวัดได้ว่าเสียหายเท่าใดในส่วนของค่าเสียหายทางจิตใจ ศาลไม่เคยปฏิเสธว่าไม่เสียหายแต่ศาลบอกว่ามันคิดคำนวณไม่ได้ ปัญหาว่าวิธีคิดคำนวณคิดคำนวณอย่างไร วิธีคิดคำนวณมันต้องคิดตามมาตรฐานความรู้สึคนึกคิดของวิญญูชน ที่นี้เรารู้ว่ามันเป็นค่าทดแทนซึ่งมันไม่สามารถทดแทนกันได้ วิธีที่ใช้กันในต่างประเทศ ซึ่งก็ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายโดยตรงแต่เป็นเทคนิคที่ศาลพัฒนาขึ้น แต่ถ้าเราเชื่อว่าศาลไม่สามารถพัฒนาได้ก็จำเป็นต้องเขียน แต่ความคิดเห็นของผมว่ามันไม่ต้องเขียนหรอก เพราะมันขึ้นกับผู้สอนในมหาวิทยาลัยได้พัฒนาความรู้ในเรื่องเหล่านี้หรือไม่ ต่อให้เขียน แต่ความรู้ในมหาวิทยาลัยมันไม่มีพัฒนา ก็ไม่รู้จะคิดคำนวณอย่างไร มันก็ไม่มีประโยชน์

แม้แต่เรื่องความเสียหายอย่างอื่น ทุกวันนี้ที่มันไขว้เขวกันเพราะมันไม่มีการพัฒนาองค์ความรู้เรื่องนี้ แม้กระทั่งค่าเสียหายต่างๆ ที่เป็นค่าเสียหาย ค่าสินไหมทดแทน วิธีการคิดคำนวณค่าสินไหมทดแทนตามปกติ ที่เป็นราคาค่าเงินได้ มีมัย มีใครเขียนอธิบาย หรือพัฒนาองค์ความรู้หรือไม่ มีการศึกษาวิจัย ซึ่งจริงๆ การวิจัยในเชิงปริมาณทำเรื่องนี้ได้ดีมาก ทำการศึกษาเช่น ศึกษาความเสียหายที่เกิดจากรถยนต์ ความเสียหายที่เกิดจากร่างกาย ค่ารักษาพยาบาลมีความคุ้มค่าจริงหรือเปล่า น่าสนใจมากมีวิธีคิดต่างๆ มีทฤษฎี ที่ใช้สำหรับคิดเรื่องพวกนี้ แต่เราไม่เคยไปสนใจ ผมเคยดูไม่ได้สอนละเมิดโดยตรง ต้องพัฒนาหลักวิชา กฎหมายเขียนไว้ชัดเจนแต่พัฒนาหลักวิชามันไม่มีก็เลยกลายเป็นดุลยพินิจของศาลอย่างเดียว กลายเป็นเรื่องเชื่อหรือไม่เชื่อ เป็นเรื่องตกลงไป มันต้องได้รับการทดสอบจากหลักวิชา ว่าความเชื่อชาญของผู้คิดคำนวณค่าเสียหายนั้นเมื่อได้รับการทดสอบจากหลักวิชาแล้วมันน่าเชื่อถือหรือไม่ มันรับได้หรือไม่ ไม่ใช่ศาลจะไปใช้ดุลยพินิจ ไปลดเพิ่มตามใจชอบ โดยทั่วไปศาลก็ประมาณเอา

ถาม : คำว่าสิทธิตามมาตรา 420 มันควรจะเป็นอย่างไร ควรเพิ่มเติมหรือไม่ เพราะมีสิทธิอีกมากมาย

ตอบ : เพิ่มเท่าไรก็ไม่หมด เพราะหลักมันก็มีเป็นเรื่องตีความกฎหมายว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดหรือไม่ เพราะถ้าเอาแบบของฝรั่งเศสมันก็ไม่มีการสิ้นสุด กลายเป็นว่าผิดสัญญาที่ฟ้องกันได้ ก็แค่ผิดสัญญาแล้วฟ้องละเมิด ฝรั่งเศสผิดสัญญาฟ้องละเมิดได้ ซึ่งก็เป็นเพราะทฤษฎีของฝรั่งเศสเกิดขึ้นใน

ยุคที่แยกกันไม่ชัดทุกวันนี้ก็เป็นปัญหาของเขา เพราะฉะนั้นการแยกว่าเรื่องใดเป็นละเมิดเรื่องใด เป็นสัญญาเป็นสิ่งที่สำคัญ ในทางวิชาการต้องทำให้มันชัด เรื่องนี้อังกฤษและเยอรมันเห็น เหมือนกัน มันควรเดินตามเส้นนี้ไม่ควรเดินตามเส้นของฝรั่งเศสซึ่งทำให้กว้างเกินไป เพราะอะไรก็ เรียกกันได้หมด ในที่สุดก็แยกกันไม่ออก เพราะความรับผิดชอบทางสัญญามันฟ้องกันง่ายกว่าความรับผิดชอบทางละเมิด

ถาม : ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” ควรบัญญัติไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายหรือไม่

ตอบ: ผมไม่เห็นด้วยเลย เพราะว่า มันเป็นเรื่องที่ขมขื่นกันมาในยุคต้นๆ และมัน กว้างมาก เรื่องหลายเรื่องที่เรายินยอมไม่ได้เช่นยินยอมให้ตัดแขนตัดขา มันก็อ้างไม่ได้ ในที่สุด ทฤษฎีก็มาตอบประเด็นหลายประเด็นไม่ได้ เช่นขอบเขตของความยินยอมมีแค่ไหน สุดท้ายก็ต้อง ไปตอบในด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีจริงๆ แล้วหลักที่มันทำให้ชอบด้วยกฎหมายหรือทำให้ มันไม่เป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายเพราะมีจารีตประเพณี อนุญาตให้ทำได้หรือทำได้ด้วยเหตุผล ในเรื่องอื่น และเหตุผลอันหนึ่งซึ่งช่วยทำให้มันไม่ผิดกฎหมายคือเรื่องความยินยอมซึ่งก็อยู่ใน ขอบเขตจริงๆ ไม่ได้เป็นเหตุเรื่องความยินยอมจริงๆ เป็นเรื่องชอบด้วยกฎหมาย คือหนึ่งชอบด้วย กฎหมายตามที่กฎหมายบัญญัติ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ก็ต้องดูว่ามีจารีตประเพณี ถ้าไม่มี จารีตประเพณีก็ให้ดูกฎหมายใกล้เคียงยิ่ง ถ้าไม่มีกฎหมายใกล้เคียงยิ่งก็ต้องดูหลักกฎหมายทั่วไป หรือไม่ ความยินยอมเข้ามาเป็นเพียงส่วนผสมเท่านั้น ไม่เช่นนั้นกฎหมายมันมั่วไปหมด เพราะถ้า ยินยอมกันได้เอาอะไรมาเป็นอำนาจ

ถาม : ในปัจจุบันมี พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 9 พูดเรื่องหลักเกณฑ์ ความยินยอมไว้

ตอบ : เรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเป็นปัญหา ในเรื่องมาตรา 150 มันมาช่วยขยาย ความหมายของมาตรา 150 ให้กว้างขึ้น แล้วมาช่วยจำกัดขอบเขตของความยินยอมเท่านั้นเอง คือ มาตรา 150 มันเป็นเรื่องวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม มันเป็นเรื่องใจความมีผลแห่งนิติกรรม ไม่ใช่ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหาย ที่นี้มีปัญหาอย่างเช่นว่า ข้อตกลงยกเว้นความรับผิด ทั้งหลาย มันคืออะไร นิติกรรมมันมีแล้ว แต่ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดมันเป็นส่วนหนึ่งหรือเป็น ข้อกำหนดหนึ่งของนิติกรรม แต่บางเรื่องมันตกลงยกเว้นไม่ได้เพราะมันไปขัดต่อหลักสุจริต และ เหตุที่มันไปขัดต่อหลักสุจริตนี้เองมันก็มีเรื่องอื่นๆ ตามมา อย่างเช่น ข้อตกลงเรื่อง 373¹⁶ ที่ไปตกลง ยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำโดยตรง หรือเกิดจากกลฉ้อฉล หรือประมาทเลินเล่ออย่าง

¹⁶ มาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อกลฉ้อ ฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

ร้ายแรงซึ่งก็มีผลให้การกระทำเป็น โมฆะ เหตุผลของมันจริงๆ แล้วเป็นเพราะข้อตกลงนั้นมันฝ่าฝืนหลักสุจริต เพราะถ้าตกลงอย่างนี้นิติกรรมมันมีไม่ได้ เพราะเจตนารับผิดชอบและไม่รับผิดชอบมันมีไม่ได้ อันหนึ่งเจตนาตกลงกันคือตกลงรับผิดชอบ และมาตกลงยกเว้นว่าฉันไม่ต้องรับผิดชอบ มันเป็นการตกลงขัดกันเอง มันเป็นเหตุผลเรื่องหลักสุจริต

ในความเห็นของผมไม่เห็นด้วยที่จะไปแก้กฎหมาย การแก้กฎหมายจะต้องแก้ไขโดยหลักวิชามันไปไม่ได้แล้ว ถ้าหลักวิชายังไปได้ก็ต้องว่ากันไปตามหลักวิชาทำให้กฎหมายมันมีชีวิตชีวา และมีความยืดหยุ่นมากกว่า

ถาม : เรื่องผู้เยาว์กระทำละเมิด ตามมาตรา 429 นั้นควรระบุให้ชัดเหมือนกฎหมายอาญา หรือไม่ว่าผู้เยาว์ควรอายุเท่าไร

ตอบ : ไม่ต้องบอกหรือไม่ต้องมีการกระทำละเมิดเสียก่อน เด็ก 1 เดือนทำละเมิดหรือเปล่า เป็นผู้เยาว์แต่ไม่มีทางทำละเมิดได้ 1 ขวบก็ไม่มีทางเป็น 5 ขวบมันยังไม่รู้ผลของการกระทำของตนมันมีแต่การเคลื่อนไหวร่างกายมันจะไปละเมิดอะไรละ มันไปละเมิดของผู้ควบคุมดูแลต่างหาก มันไม่ได้รับผิดแทนกัน เด็กไร้เดียงสาจะทำละเมิดได้อย่างไร เมื่อไม่เข้าใจผลแห่งการกระทำเลยจะจงใจ/ประมาทกระทำละเมิดมันเป็นไปได้ ดังนั้นถ้าจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ได้มันก็เข้ามาตรา 429 ไม่ได้ มันก็เป็นเรื่องหลักวิชาธรรมดา บ้านเรามันไม่พูดให้ครบ

ถาม : แต่กฎหมายอาญาเขาชัดเจน

ตอบ : ของไทยก็ดี นะไม่ได้บัญญัติ เพราะเราเอาแบบสวิส สวิสไม่บัญญัติ สวิสให้ดูที่ความรับผิดชอบชั่วดี เพราะถ้า 5 ขวบ เขารู้จักผิดชอบชั่วดีแล้วละ เช่น โมเสส 5 ขวบ แต่งเพลงได้ สมเด็จพระเจ้าฟ้ากรมพระมหาวชิรุณหิศ อายุ 5 ขวบเขียนบันทึกแต่งกลอนเป็นภาษาสันสกฤตได้แล้วละ แล้วเขาารู้ผิดชอบชั่วดีแล้ว เขาก็ทำละเมิดได้แล้ว

ถาม : คดี นักศึกษา Abac ตรกรดเมล์ ศาลให้ตั้ง 12 ล้านบาท

ตอบ : เข้าใจว่าศาลได้รับอิทธิพลการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งคนยังพูดกันน้อยไม่มีบทความที่ได้แย้งให้เห็นชัดเจนว่าทำไม ประเทศในภาคพื้นยุโรปเขาไม่รับ เหตุผลที่สำคัญของโครงสร้างอังกฤษ โครงสร้างของยุโรป อังกฤษหลังสงครามโลกครั้งที่สองมันเป็นสังคมรัฐสวัสดิการ หลังจากที่พรรคเลเบอร์เข้ามาแล้ว สวัสดิการสังคมเปรียบพร้อมมันไม่มีเหตุจำเป็นที่ต้องไปคุ้มครองเป็นพิเศษ เพราะมันจะได้รับการคุ้มครองจาก Social Network ต่างๆ อยู่แล้ว ความเสียหายจึงตกเป็นภาระของสังคมอยู่แล้ว เพราะสังคมได้จัดโครงสร้างเป็นสังคมที่คุ้มครองสวัสดิภาพสังคมอย่างเข้มข้น แต่อเมริกันไม่มี ยุโรปมันมีมานานแล้ว เพราะฉะนั้นเขาจึงไม่เอาเรื่องนี้ เพราะไม่มีความจำเป็น ของเราก็ต้องพิจารณาว่าของเราเป็นรัฐ ที่เป็นสวัสดิการสังคมไปเรียบร้อยแล้วนะหลังรัฐธรรมนูญปี พ.ศ.2540 มาตั้งแต่ปี พ.ศ.2531 แล้ว มีการประกันสุขภาพถ้วนหน้า

ฯลฯ ที่สำคัญที่เขาถกเถียงกันมาก ก็คือการกำหนดค่าเสียหายในการลงโทษ ผลจริงมันไม่ได้เกิดการลงโทษ เพราะเหตุว่าผู้ประกอบการที่ถูกลงโทษในเรื่องเหล่านี้มันก็จะผลักภาระไปให้ผู้บริโภคอยู่ดี มันก็เพียงแค่อคิดเป็นต้นทุนเท่านั้นไม่เกิดอะไร ทำให้เกิดความเข้าใจสับสนเกี่ยวกับความเสียหาย และความรับผิดชอบของบุคคลว่าถ้าบริษัทใหญ่มันต้องรับผิดชอบแบบนี้ ถ้าบริษัทเล็กมันต้องรับผิดชอบเท่ากันหรือไม่เท่ากัน มันทำให้เกณฑ์ในสังคมเสียหายเหมือนกับกรณีที่มีการบัญญัติความรับผิดชอบในทางอาญามากเกินไปโดยไม่แยกว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่เพียงแต่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย เช่นไม่ข้ามถนนทางม้าลายมันไม่ใช่ความผิดอาญา มันเป็นเรื่องการกระทำที่ขัดต่อความเป็นระเบียบเรียบร้อย ก็ถูกปรับไปสิ บ้านเรามันไม่แยก แต่ในต่างประเทศมันแยกว่าอันนี้มันเป็น Public Order หรือเป็นเรื่อง Crime คุณไปทิ้งขยะมันจะ Crime ได้ไง แต่มันผิดกฎหมายมหาชนแน่นอน และมีโทษด้วย ในเยอรมันมีการแยก ความผิดอุกฉกรรจ์ ความผิดธรรมดา และความผิดต่อความสงบเรียบร้อย

ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยไม่ใช่เป็นความผิดอาญา มันเป็นเรื่องผิดต่อระเบียบบ้านเมือง อย่างนี้เราควรมีควรแก้ มันทำให้เกิดความเข้าใจชัดเจนขึ้น ว่าอันไหนเป็นความผิดในระดับไหน ไม่เช่นนั้นคนจะแยกไม่ออกว่าอะไรเป็นเรื่องดีเรื่องชั่วหรือว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความเป็นระเบียบเรียบร้อย

ถาม : กฎหมายใหม่ๆ มีการออกกฎหมายในเชิงลงโทษว่าให้ปรับไม่เกิน 2 เท่า หรือ 3 เท่า

ตอบ : อย่างนี้ทำให้ต่อไปมันเฟือ เพราะ concept ของนักกฎหมายมันไม่ทัน มันต้องพัฒนาทางวิชาการ

ถาม : ในเยอรมันคิดอย่างไร

ตอบ : มันเป็นมานานแล้ว เขาบอกว่ามันเป็นเรื่องที่ทำให้จิตสำนึกของคนมันมั่ว ถ้าการลงโทษมันมั่ว มันจะกระทบต่อความรู้สึกในใจ ในที่สุดก็จะกลายเป็นแล้วแต่อำนาจรัฐ ซึ่งมันไม่ได้ถ้าเป็นอย่างนี้มันปกครองยาก ในที่สุดแล้วก็แล้วแต่ใครมีอำนาจ ประชาชนก็แล้วแต่คนมีอำนาจ ก็ยุ่งความรับผิดชอบต่อลำดับไหน ในเรื่องการบัญญัติอาญาให้เพื่อไปนี้ อย่างเช่นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันว่าจะลงโทษนักการเมืองที่โกงการเลือกตั้งด้วยการตัดสิทธิทางการเมืองหรือไม่ ในเรื่องนี้ในเยอรมันเห็นว่ามันไม่ควรเป็นโทษมันควรเป็นมาตรการในการปกครอง มิฉะนั้นก็เป็นเรื่องกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าดำรงตำแหน่ง แต่ไม่ใช่เรื่องการลงโทษ เรื่องบางเรื่องมันผิดที่นโยบาย ไม่ใช่ผิดเพราะคุณทำผิด คนโกงมันผิดนะ แต่คนที่มันอยู่ร่วมด้วยแล้วมันไม่ได้ป้องกันไม่ให้เกิดความผิด มันไม่ได้ชั่ว แต่ผิดด้วยนโยบาย เพราะนโยบายของรัฐมันต้องช่วยกันป้องกันแต่คุณไม่ได้ป้องกัน เหมือนกันการไม่รักษาความสะอาด ผมก็ไม่ให้คุณทำงาน ผลเหมือนกัน แต่วิธีการบัญญัติให้เป็นการลงโทษ

หรือไม่มันต่างกัน มันทำให้จิตสำนึกของคนในสังคมมันชัดเจน อันนี้มันเป็นเรื่องทฤษฎี ผมพยายามรักษาไว้

ถาม : ในกรณีนายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ทำละเมิดในทางการที่จ้างนั้น นายจ้างจะมาไล่เบี้ยจากลูกจ้างได้แค่ไหนเพียงใด

ตอบ : ตามหลักมันต้องคิดว่าเป็นความรับผิดชอบหรือไม่ ละเมิดร่วมหรือไม่ เรื่องนี้มันเป็นฎีกาปี พ.ศ.2527 เป็นเรื่องความคิดไม่แจ่มชัดในเรื่องละเมิดเท่านั้น ว่าการกระทำซึ่งลูกจ้างนายจ้างกระทำนั้นมันสามารถหักกลบลบหนี้กันได้อย่างไร ผมคิดว่าอันนี้เป็นเรื่องวิชาการไม่ชัดเจนมากกว่าไม่ใช่เป็นเรื่องหลักกฎหมายไม่ดี เพราะกฎหมายให้ไล่เบี้ยได้ แต่ไล่เบี้ยได้แต่หากเป็นละเมิดร่วมลูกหนี้ก็หักกลบลบหนี้ได้สิ ผมไม่รู้ว่ามีปัญหาเรื่องนี้เป็นเรื่องความบกพร่องของทนายความด้วยหรือเปล่า ที่ไม่ยกเป็นข้อต่อสู้ทำให้ศาลเข้าไปตัดสินไม่ได้

ปัญหาจำนวนมากแพ้เพราะทนายความไม่เข้าใจกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 1303¹⁷ ทนายความไม่เคยยก เรื่องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต พอไม่ยก ความจริงศาลก็อาจตัดสินได้ แต่ศาลก็ไม่ตัดสิน ศาลก็ไม่พิพากษาเกินคำขอ เมื่อไม่ยกข้อต่อสู้ก็ไม่พิพากษา อันนี้เป็นความเข้าใจผิดในเรื่อง concept ไม่ใช่ผิดที่กฎหมาย

ถาม : อายุความละเมิดสั้นเกินไปหรือไม่

ตอบ : คู่อายุความในต่างประเทศ แล้วแต่กรณีแต่ยาวกว่าของเรา แต่ในอดีตของเราไม่ค่อยรู้หนังสือ และตอนนั้นเราคิดว่าถ้าปล่อยขี้ดเชื้อแล้วจะเป็นภาวะกับศาลมากเกินไปตามร่างกฎหมาย อันนี้ผมคิดว่าแก้ได้ แต่ถ้าแก้แล้วต้องแก้ทั้งระบบ ต้องดูระบบอายุความทั้งหมด อายุความอย่างเช่นจัดการงานนอกสั่งลามิควรรได้ อันนี้เขา 30 ปี จากประเทศที่เราออกมา แต่ตอนนั้นเราไม่เอาแบบเขาเพราะเราคิดว่ามันไม่มีหลักฐานอะไร ที่จะรู้พินกันได้ มันจะทำให้คดีรกรงศาลกันไป แต่เดี๋ยวนี้มันเปลี่ยนไปแล้ว คือต้องทำระบบอายุความให้เป็น unity และเข้าใจง่ายสำหรับประชาชน คือหนึ่งสมควรแก่เหตุแก่เรื่องราวของมัน สองประชาชนเข้าใจง่าย ไม่ใช่มีอายุความสี่ห้าอย่างซับซ้อนซ้อนกันไปซ้อนกันมาแล้วในที่สุดก็ไปสู่กันในเรื่องเทคนิค และตีความกฎหมายผมคิดว่าไม่ถูก

¹⁷ มาตรา 1303 บัญญัติว่า "ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่นๆ แต่ต้องได้ทรัพย์นั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและได้การครอบครองโดยสุจริต

ท่านมิให้ใช้มาตรานี้บังคับถึงสังหาริมทรัพย์ซึ่งระบุไว้ในมาตราก่อนและในเรื่องทรัพย์สินหาย กับทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำผิด"

2.6.4 สัมภาษณ์ความคิดเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร บุญญพันธุ์ ในวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2552 เวลา 11.00 น.

ถาม : คำว่า “ผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 อาจารย์มีความเห็นอย่างไร

ตอบ : ที่แปลความกันมาด้วยบทเดิมในภาษาอังกฤษใช้คำว่า **Unlawfully** แต่ในกฎหมายจีนใช้ **Wrongfully** ซึ่งรวมถึงสิ่งที่ไม่มีความหมายให้อำนาจด้วย ในสวิตเซอร์แลนด์ใช้คำนี้ใหม่โดยใช้คำว่า “โดยอาการที่มีชอบด้วยกฎหมาย” ให้กว้างขึ้น

ถาม : ในเรื่อง “ความเสียหายต่อจิตใจ”

ตอบ : เดิมไม่ยอมรับ แต่ปัจจุบันยอมรับแล้ว เพราะในกฎหมายอาญาก็มีด้วยบทกฎหมาย ปัจจุบันรับรองไว้ว่าอาจมีการทำร้ายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่จิตใจกันได้ (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295,390,391) ไม่ต้องมีการแก้ไขกฎหมายแล้ว เพราะที่จะคลุมถึงความเสียหายทางจิตใจอันเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินด้วย ตามมาตรา 438 ที่ว่าค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้ได้ โดยสถานใด เพียงใด อันควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้น ก็กว้างพอที่จะใช้แก่ความเสียหายทางจิตใจได้อยู่แล้ว ที่ว่า “ความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย” ในวรรคสอง ก็คลุมถึงความเสียหายทางจิตใจ รวมอยู่ในคำว่า “อย่างใดๆ” จึงไม่จำกัดว่าต้องถึงกับมีบทกฎหมายให้เรียกค่าเสียหายทางจิตใจ จึงจะเรียกได้

ถาม : คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด”

ตอบ : กว้างพอ ในกฎหมายญี่ปุ่นใช้คำว่า “สิทธิ” อย่างเดียว เมืองไทยเราเอามาจากเยอรมัน มาตรา 823 ส่วนฝรั่งเศสไม่ใช่อะไรทำต่อคนที่ผิดแล้ว มาตรา 1382 รวมถึงสิทธิส่วนตัวด้วย เช่น แอบถ่ายรูป ส่งกล้องดู ฯลฯ จริงๆ ใช้คำว่า “สิทธิ” ตัวเดียวก็พออย่างญี่ปุ่น แต่เราออกมาจากเยอรมัน

ถาม : หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ควรนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลยหรือไม่

ตอบ : ไม่ต้อง อาจารย์จัดติฯ ดีความแล้วว่า มาตรา 420 ถ้ายินยอมแล้วไม่เข้ามาตรา 420 ไม่ต้องมีบัญญัติ เมืองไทยเราพอมีปัญหาที่ขอบจะคิดออกกฎหมายนั้นกฎหมายนี้ มีพอกินแล้ว ฝรั่งเศสมี 6-7 มาตราเองในเรื่องละเมิด ของเรามีมากมายเป็นปี

ถาม : หมวดในเรื่องนิรโทษกรรม ใช้คำนี้อาจารย์ว่าเหมาะสมหรือไม่

ตอบ : มันมาจากภาษาอังกฤษว่า “Justifiable Acts” มีเรื่องจำเป็น ป้องกัน เป็นการกระทำที่ชอบ ไม่เป็นผิดกฎหมายตามมาตรา 420 เป็นข้อแก้ตัวอันทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดฐานละเมิด เป็นวิธีการบังคับพิเศษ (extra-judicial enforcement) หรือ “ช่วยตัวเอง” (self-help)

ถาม : เด็กกระทำละเมิดจะมีความผิดตามมาตรา 429 หรือไม่

ตอบ : เด็กขวบครึ่งปีสภาวะคือการกระทำหรือไม่ ต้องเป็นการกระทำ ต้องรู้ในการเคลื่อนไหวตนเอง ผู้เยาว์ทำละเมิดได้ถ้า 18-19 ปี ลูกผมอายุ 13 ปี ไปตีเขาก็กระทำละเมิดได้ แต่ต้องอยู่ในสภาพจิตใจที่กระทำละเมิดได้ มีการกระทำ ถ้าผมเอาหลานอายุขวบครึ่งรู้อาจจะตีแล้วตีได้ อาจารย์อย่างนี้เป็นการกระทำของเด็กหรือไม่ ไม่แต่เป็นการกระทำของผม มาตรา 429 ก็เป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 นั่นเอง

ถาม : ควรกำหนดเกณฑ์อายุให้ชัดเจนเช่นกฎหมายอาญาหรือไม่

ตอบ : ผมกลัวว่าถ้าบัญญัติให้ชัด จะแยกว่านี้ ผมที่มีอยู่มันคืออยู่แล้ว

ถาม : การที่นายจ้างจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ลูกจ้างที่กระทำละเมิดนั้นควรไล่เบี้ยได้เพียงใด

ตอบ : ควรไล่เบี้ยได้หมดเลย

2.6.5 สัมภาษณ์ความคิดเห็นของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ในวันที่ 7 มกราคม พ.ศ.2552 เวลา 13.00 น.

ถาม : ในเรื่อง "จงใจ" ในทางแพ่ง กับคำว่า "เจตนา" ในทางอาญา มีความหมายเหมือนกันหรือไม่

ตอบ : เหมือนกัน ในเยอรมันพูดด้วยซ้ำ กฎหมายเราในมาตรา 420 ลอกมาจากเยอรมัน word by word แตกต่างเพียงนิดเดียว ตรงที่เขาบอกว่า "กรรมสิทธิ์หรือสิทธิอย่างอื่น" ของเราบอกว่า "ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่น" นอกนั้นก็เหมือนกันทั้งหมด และถ้าแปลของเยอรมัน "ผู้ใดเจตนาหรือประมาททำต่อผู้อื่น โดยผิดกฎหมาย..." เหมือนกันเลย เพราะฉะนั้นคำว่า "จงใจ" ก็คือเจตนา นั่นเอง เจตนาที่พิจารณาเหมือนกฎหมายอาญาทุกอย่าง

เช่น เจตนาฆ่า คือ กระทำโดยรู้ว่าวัตถุหรือสิ่งที่จะกระทำต่อ นั้นเป็นมนุษย์ และผู้กระทำต้องการให้มนุษย์ผู้นั้นถึงแก่ความตาย "เจตนาลักทรัพย์" ก็คือ กระทำโดยรู้ว่าวัตถุหรือสิ่งที่จะกระทำต่อ นั้นเป็นทรัพย์ของผู้อื่น และผู้กระทำต้องการเอาทรัพย์นั้นเป็นของตน เป็นต้น

จากนิยามของ "กระทำโดยเจตนา" นั้น จะเห็นได้ว่า "กระทำโดยเจตนา" ประกอบด้วย ส่วนประกอบ 2 ส่วน คือ "ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความคิด" หรืออาจเรียกสั้นๆ ว่า "ส่วนรู้" กับ "ส่วนประสงค์ต่อผลและยอมเสี่ยงเห็นผล" หรืออาจเรียกสั้นๆ ว่า "ส่วนต้องการ"

ที่ว่า "ประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผล" เป็น "ส่วนต้องการ" ของการ "กระทำโดยเจตนา" นั้น ก็เพราะว่า กรณีเป็นความต้องการของผู้กระทำความคิดที่จะให้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความคิดนั้นเกิดขึ้นจริง ซึ่งความต้องการนี้อาจเป็นความต้องการโดยตรงหรือที่

กฎหมายเรียกว่า “ประสงค์ต่อผล” หรือเป็นความต้องการโดยอ้อมหรือที่กฎหมายเรียกว่า “ยอมเล็งเห็นผล” อย่างใดอย่างหนึ่ง”

ถาม : คำว่า “สิทธิ” ควรจะระบุชัดเจนหรือไม่

ตอบ : สิทธิอย่างอื่นอะไรก็ได้ แต่ของเยอรมันบอกว่าชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่น คำว่า “สิทธิอย่างอื่น” ต้องตีความถึงลึกลับสิ่งที่นำมา เพราะฉะนั้นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 คำว่าสิทธิอย่างอื่น ต้องเป็น **Absolute** เหมือนกรรมสิทธิ์ ชีวิต ไม่ใช่สิทธิอะไรก็ได้ เพราะฉะนั้นเราเอามาใช้ของเรากว้างโลกเลย ของเขาที่ยกตัวอย่างว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดเช่น การครอบครอง เขาถือเป็นเรื่องเด็ดขาด ในกฎหมายแพ่งเราไม่ได้พูดเรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนใหญ่เราจะพูดเราทรัพย์สิน เรามองว่าครอบครองเป็นสิทธิ ครอบครองไม่ใช่สิทธิแต่เป็น **fact** เป็นข้อเท็จจริง เราเข้าใจผิดเพราะกฎหมายแพ่งของเราลอกมาจากญี่ปุ่น ญี่ปุ่นลอกจากเยอรมัน แต่คนศึกษากฎหมายแพ่งศึกษาที่อังกฤษ

ถาม : ความเสียหายที่เกี่ยวกับจิตใจ ควรบัญญัติไว้ในมาตรา 420 หรือไม่

ตอบ : อันนี้มันนโยบายของรัฐในการบัญญัติกฎหมายพูดไปก็ถกเถียงกันได้ ไม่ใช่เรื่องจะถามความเห็น

ถาม : “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” ควรบัญญัติไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายหรือไม่

ตอบ : คือกฎหมายมันเป็นระบบ ที่เราเรียกว่า **Legal Order** สิ่งไหนที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้มันก็ต้องเอากฎหมายอาญามาใช้ เหมือนเจตนาว่าไม้มันไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องดูกฎหมายอาญาว่ามันอธิบายว่าอย่างไร ประมาทไม่ได้เขียนไว้ในกฎหมายแพ่งแต่เขียนไว้ในกฎหมายอาญา ในขณะเดียวกันความยินยอมถ้าไม่มีในกฎหมายทั้งแพ่งและอาญา อาจจำเป็นต้องบัญญัติ ถ้าบัญญัติแล้วเอาไปใช้ในกฎหมายอาญาได้ด้วย มันเป็น **Legal Order** เช่น ลักทรัพย์ที่บอกว่าลักกระแสไฟฟ้าไม่ใช่ลักทรัพย์ เพราะคำว่า “ทรัพย์” ในกฎหมายอาญามันไม่มี มันไม่มีนิยาม ต้องไปดูในระบบกฎหมาย ต้องตีความเรียกว่า **Systematical Interpretation** ใน **System** ของกฎหมายมีหรือไม่ เราก็ดูกฎหมายแพ่ง ทรัพย์คือสิ่งมีรูปร่าง ไฟฟ้ามันไม่มีรูปร่าง เราใช้ไม่เป็น ไม่คู่ **Legal Order** เพราะฉะนั้นการตีความ

กฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายที่ยิ่งใหญ่มาก กฎหมายอาญาเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญ แต่ระบบกฎหมายเกิดขึ้นในระบบกฎหมายแพ่งก่อน หลักในกฎหมายแพ่งใช้หมด

ถาม : อายุความละเมิดเหมาะสมแล้วหรือยัง

ตอบ : ในเยอรมันไม่ใช่ 1 ปี ในความเห็นผมคิดว่ามันอาจไม่คุ้มทำให้การใช้สิทธิในทางศาลถูกจำกัดมากไปหน่อย ยกตัวอย่าง กฎหมายแพ่งมีอายุความ กฎหมายอาญามีอายุความ แต่

กฎหมายวินัยไม่มีอายุความ เพราะเป็นกฎหมายมหาชน เช่นถ้าอาจารย์ทำผิดวินัยตอนเข้ารับราชการ จะติดตัวอาจารย์ไปตลอด แต่ถ้าเยอรมันมีอายุความ มันเป็นนโยบายกฎหมาย ถามว่าสั้นใหม่เท่าที่ เกิดกรณีพิพาทก็เห็นว่าสั้น สั้นเกินเหตุ แต่เราต้องมองสังคมว่าเป็นอย่างไร เราจะทำนโยบายอะไร ต้องมองสังคมด้วย

2.7 ประเด็นที่ควรศึกษาวิเคราะห์ เพื่อนำมาปรับปรุงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด

จากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษา และสัมภาษณ์นักวิชาการ นำมาวิเคราะห์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดของไทย พบว่ามีปัญหาบางประการสำคัญในประเด็นดังต่อไปนี้

1) บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ควรใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” หรือไม่

เนื่องจากมาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งคำว่า “ผิดกฎหมาย” นั้น มาจากคำว่า “Unlawfully” ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าไม่น่าจะใช้คำนี้ หากต้องมีคำเหล่านี้ น่าจะใช้คำว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” มากกว่าเนื่องจากคำว่า การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง การกระทำของบุคคลที่ปราศจากอำนาจ (without Authority)

กล่าวคือ “แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นก็เป็นละเมิดได้”¹⁸ จึงหมายความว่าผู้ใดทำอะไรโดยปราศจากอำนาจ ถือว่าทำโดยผิดกฎหมายทั้งสิ้น

โดยมาตรา 420 นี้ ปรากฏหลักฐานการร่างกฎหมายว่าได้เทียบเคียงมาจากมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งตำรากฎหมายเยอรมันได้อธิบายคำว่า “ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย” ว่าหมายถึง การประทุษร้ายต่อสิทธิของผู้อื่นโดยปราศจากอำนาจ หรือเกินกว่าอำนาจที่มีอยู่ ซึ่งหมายความว่า การละเมิดสิทธิของผู้อื่นเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัวเอง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำเช่นนั้นผิดกฎหมาย เว้น

¹⁸ สุขุม สุภนิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2532) หน้า 23.

แต่ผู้กระทำจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้ ส่วนตำราประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น ได้อธิบายคำว่า “ละเมิด” ไว้ว่าเป็นการกระทำที่ต่างหากไปจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น ข้อควรสังเกตมีว่า ประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น มาตรา 709 ไม่มีคำว่า “ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย” ทั้งนี้เพราะถือว่าการละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว¹⁹

2) คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ควรบัญญัติเพิ่มเติมโดยละเอียดไปถึงสิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด โดยละเอียดด้วยหรือไม่

ตามบทบัญญัติในมาตรา 420 คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเป็นความชาญฉลาดของผู้ร่างกฎหมายลักษณะละเมิดเป็นอย่างมากที่ใช้คำนี้ เนื่องจากเมื่อปี พ.ศ.2468 ผู้ร่างคงยังนึกไม่ออกว่าจะมีสิทธิอะไรที่จะเกิดขึ้นอีก จึงเขียนไว้อย่างกว้างขวางมาก เป็นการแก้ปัญหาที่ต้องมาแก้ไขกฎหมายโดยไม่จำเป็น

ดังนั้นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดรวมไปถึงสิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใดที่อาจเกิดขึ้นในภายหน้าด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” นี้ ประมวลกฎหมายมาตรา 420 ของประเทศไทย นำมาจากประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 823 ที่ว่า “A person who willfully or negligently injures the life, health, freedom, property or other right of another contrary to law is bound to compensate him for any damage arising therefrom” ซึ่งในเยอรมันจะหมายรวมถึงสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น

3) ความเสียหายที่เกิดจากละเมิด ควรจะรวมถึงความเสียหายด้านจิตใจด้วยหรือไม่ สืบเนื่องจากมาตรา 420 ในเรื่องของทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น มาตรา 420 บัญญัติว่า “...เสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี...” แม้จะมีความหมายที่มีนัยกว้างมาก แต่ไม่รวมถึงความเสียหายด้านจิตใจ ความเศร้าโศกเสียใจ²⁰ เห็นว่าสมควรหรือไม่จะขยายไปถึงความเสียหายด้านจิตใจด้วย

4) เหตุยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ควรบัญญัติไว้โดยชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

ในเรื่องเหตุยกเว้นความรับผิดเพราะความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้

¹⁹ ดูหมายเหตุความเห็นของ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย ทำคำพิพากษาฎีกาที่ 38/2496.

²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2816/2528

โดยแจ้งชัด เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตามจารีตประเพณี หรือมาจากสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า "Volenti non fit injuria" หากความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเห็นควรให้บัญญัติเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไว้ในหมวดนิรโทษกรรมเป็นอีกมาตราหนึ่งว่า "ความยินยอมซึ่งไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยความสมัครใจของผู้เสียหายนั้น ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น"

5) ในเรื่องความรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย กฎหมายควรบัญญัติครอบคลุมถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษด้วยหรือไม่

ผลของการกระทำละเมิด ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามมาตรา 438 วรรคสอง บัญญัติว่า "อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย" ซึ่งความมุ่งหมายในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นมุ่งเพียงให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเหมือนเมื่อยังไม่มีการละเมิดมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ มีการกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็นการลงโทษแก่ผู้กระทำละเมิด (Punitive Damages) เช่นเป็นค่าเสียหายแบบสมน้ำหน้าโจทก์ (Contemptuous Damages) ค่าเสียหายที่เป็นการซ้ำเติม (Aggravated Damages) หรือค่าเสียหายที่เป็นการลงโทษ (Exemplary Damages) ในแต่ละรูปแบบที่แตกต่างกัน เห็นสมควรหรือไม่ที่จะขยายการเรียกร้องค่าเสียหาย ให้ศาลกำหนดค่าเสียหายทดแทนความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินได้ด้วย ซึ่งในกฎหมายอื่นมีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษแล้ว เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนพิการ พ.ศ.2550 พระราชบัญญัติความผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 หรือพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 เป็นต้น

6) ในเรื่องความสามารถของบุคคลผู้กระทำผิดละเมิดนั้น โดยเฉพาะกรณีผู้เยาว์ กระทำละเมิดควรกำหนดกรอบอายุไว้อย่างชัดเจน เหมือนเช่นกฎหมายอาญาหรือไม่

ในเรื่องของความสามารถ หากกระทำละเมิด ผู้กระทำผิดจะอ้างสถานะ หรือความสามารถ เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบไม่ได้ แต่โดยหลักทั่วไปในกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว "ผู้กระทำต้องรู้สำนึกในการกระทำละเมิดนั้น" ดังนั้นหากทารกทำความเสียหาย ถือว่าไม่มีการกระทำ เพราะไม่รู้สำนึกในการกระทำ ความผิดจึงผู้ที่พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งประมาทเลินเล่อ ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 โดยตรง และถือละเมิดนั้นเป็นการกระทำของบุคคลนั้นโดยตรง

ซึ่งมาตรา 429 ในเรื่องความรับผิดชอบบิดามารดาหรือผู้อนุบาลในละเมิดที่ผู้เยาว์ได้กระทำนั้น บัญญัติว่า "บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดชอบที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านี้ต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะ

พิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น” กฎหมายลักษณะละเมิดของไทยมาตรา 429 นี้มีบทบัญญัติคล้ายกับ มาตรา 712-714 วรรคแรก ของกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แต่ในกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 827-829 และ 832 มีหลักกำหนดความรับผิดชอบในทางละเมิดของผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริตไว้ต่างกับของไทยในแง่เกณฑ์อายุของผู้เยาว์ ถ้าต่ำกว่า 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบ แม้ 7 ปีบริบูรณ์ไม่เกิน 18 ปี แต่ไม่รู้ผิดชอบก็ไม่ต้องรับผิดชอบและผู้ดูแลบุคคลที่เป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลดีแล้ว²¹ กฎหมายควรกำหนดเกณฑ์อายุ ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสามารถของบุคคลผู้กระทำละเมิดให้แน่นอนหรือไม่

7) ในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่นนั้น ควรบัญญัติถึงนิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด หรือไม่

ทฤษฎีว่าด้วยหลัก Vicarious Liability หรือความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่นนั้น กฎหมายไทยใช้หลักนโยบายของรัฐ (Public Policy) ในการจับคู่ความรับผิด โดยอาศัยความสัมพันธ์ในรูปกฎหมาย ไว้ 5 ประการ ดังนี้

1. นายจ้าง - ลูกจ้าง (มาตรา 425)
2. ตัวการ - ตัวแทน (มาตรา 427)
3. ผู้ว่าจ้างทำของ - ผู้รับจ้างทำของ (มาตรา 428)
4. บิดา มารดา ผู้อนุบาล - ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต (มาตรา 429)
5. ครู อาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ดูแล - บุคคลไร้ความสามารถ (มาตรา 430)

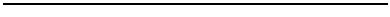
เห็นว่าควรเพิ่มหลักที่ 6 ในเรื่อง “นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด”

หรือไม่

8) ควรขยายความอายุความละเมิดเพิ่มมากขึ้นกว่าเดิมหรือไม่

ในเรื่องอายุความ (มาตรา 448) ละเมิดกำหนดอายุความ 1 ปี นับแต่ผู้เสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้น 10 ปีนับแต่วันทำละเมิด ซึ่งอายุความนี้สัมพันธ์กับหน้าที่นำสืบในเรื่องละเมิด ซึ่งตกอยู่กับโจทก์ ที่จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นเป็นประจักษ์ว่าเป็นละเมิด และมีค่าสินไหมทดแทนเกิดขึ้นจริง ระยะเวลา 1 ปีนับแต่ผู้เสียหายรู้ถึงการละเมิดค่อนข้างน้อย เมื่อเทียบกับคดีละเมิดในบางคดีที่เป็นเรื่องซับซ้อนยากต่อการพิสูจน์ การกระทำที่เป็นความผิด ให้เป็นที่ประจักษ์ ดังนั้นเห็นว่าควรพิจารณาในการขยายอายุความมากกว่า 1 ปี นับแต่ผู้เสียหายรู้ถึงการละเมิด

²¹ สุขุม สุกนิตย์, เล่มเดิม หน้า 141.



DEU

บทที่ 3

การวิเคราะห์ และสังเคราะห์ กฎหมายลักษณะละเมิด โดยศึกษา จากแนวความคิดของนักวิชาการและเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

การวิเคราะห์ และสังเคราะห์กฎหมายลักษณะละเมิด

จากการศึกษา สัมภาษณ์นักวิชาการ และนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง จากการศึกษาพบว่ากฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีประเด็นที่นำมาศึกษา ดังนี้

ประเด็นแรก บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ควรใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” หรือไม่ และควรบัญญัติเพิ่มเติมถึง “ความเสียหายแก่จิตใจ” ด้วยหรือไม่

สืบเนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 420 ที่ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

Section 420. “A person who, willfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, liberty, property or any right of another person, is said to commit a wrongful act and is bound to make compensation therefore.”

การกระทำที่จะถือว่าละเมิดต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการดังนี้

1. เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
2. โดยผิดกฎหมาย
3. เกิดความเสียหาย
4. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแห่งการกระทำ

มีรายละเอียดซึ่งต้องแยกพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังนี้

1. เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติความหมายของ คำว่า “การกระทำ” ว่า

หมายความว่าอย่างไร แต่พออาศัยเทียบเคียง (Analogy) โดยนำประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59
วรรคท้าย มาใช้แปลความ โดยอนุโลมได้ว่า “การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่ง
อันใดขึ้น โดยคนเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”

นักวิชาการได้อธิบายลักษณะของการกระทำไว้ในทัศนะที่แตกต่างกัน ดังนี้

- การกระทำหมายถึง การเคลื่อนไหวอิริยาบถ โดยความรู้สำนึกในการเคลื่อนไหว
นั้น การเคลื่อนไหวในเวลาหลับ เวลาละเมอ หรือเวลาไม่รู้สึกรู้ตัวอย่างอื่น เช่น เวลาป่วยไม่มีสติ
วิกลจริต เมฆขนาดไม่รู้ตัว เด็กที่ยังเล็กไม่รู้เคียงสาทำอะไรลงไป การสะอึกสะอื้นโดยสัญชาตญาณ
เพราะตกใจไร้สติควบคุม ไม่เป็นการกระทำตามความหมาย¹

- เบื้องแรกอาจเข้าใจกันว่าการเคลื่อนไหวในอิริยาบถย่อม เป็นการกระทำ แท้จริง
การเคลื่อนไหวดังกล่าวไม่ใช่การกระทำ การกระทำหมายถึงการเคลื่อนไหวในอิริยาบถ โดยรู้สำนึก
ในการเคลื่อนไหวนั้น และผู้กระทำสามารถบังคับการเคลื่อนไหวได้ด้วย ถ้าหากเป็นการเคลื่อนไหว
ที่ไม่รู้สำนึกแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ จะเห็นได้จากความในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59
วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำ... ได้แก่การกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ” เด็กที่ยังไม่รู้
เคียงสาว่าจะทำอะไรลงไป การเคลื่อนไหวในเวลาหลับ เช่น เวลาพลิกตัว หาว ละเมอ อันเป็นไป
ตามสัญชาตญาณของมนุษย์หรือเวลาไม่รู้สึกรู้ตัวอย่างอื่น เวลาป่วยจนไม่มีสติ วิกลจริต เมฆสุราถึง
ขนาดไม่รู้ตัวว่าได้ทำอะไรไปบ้าง ไม่เป็นการกระทำแต่ถ้ายังรู้สึกรู้ตัวอยู่บ้าง ไม่มากก็น้อยก็ยังถือว่าเป็น
การกระทำ เพราะอาการดังกล่าวย่อมมีหลายขนาด หลายระดับ เช่น คนที่นอนเล่น ขณะตื่น
รู้สึกรู้ตัวอยู่ พลิกตัวไปมา คนที่ง่วงนอนและหาวออกมาในขณะที่รู้สึกรู้ตัว อาการพลิกตัวหรือหาว
ย่อมเป็นการกระทำของบุคคลได้เช่นกัน อาการสะอึกสะอื้นโดยสัญชาตญาณเพราะตกใจ ไร้สติ
ควบคุม ไม่เป็นการกระทำ แต่เป็นอาการที่แสลงทำก็เป็นกรกระทำ เรียกไม่ได้ว่าเป็นอาการสะอึก
สะอื้นโดยสัญชาตญาณ การที่บุคคลกระตักหูตนเองได้โดยไม่รู้สึกรู้ตัว ย่อมไม่เป็นการกระทำของ
บุคคลนั้น แต่ถ้าหากทำหูกระตักอันอยู่ในบังคับของจิตใจ ก็เป็นการกระทำ ฯลฯ²

- “ทำ” การกระทำ หรือ “ทำ” ตามถ้อยคำในคำบทหมายถึงอิริยาบถของผู้ทำละเมิด
มีการเคลื่อนไหวในร่างกายโดยรู้สึกรู้ตัว เรียกว่าโดยจิตบังคับ เช่น การยกไม้ตี เดินไปสะดุดของแตก
เสียหาย มิใช่การเคลื่อนไหวของร่างกายที่บุคคลผู้นั้น ไม่มีความรู้สึกรู้ตัวหรือจิตใจบังคับให้กระทำ เช่น

¹ ความเห็นของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา
354-452 (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 4 พ.ศ.2523) หน้า 177.

² ความเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ
ละเมิด (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2544) หน้า 6-7.

การละเมอ คนเพ้อไข้ หรือคนเมานอนไม่ได้สติ แต่ถ้าคนเคยละเมอหรือเคยเมานอนไม่ได้สติแล้วไปทำ ความเสียหายให้แก่ผู้อื่น บุคคลผู้นั้นจะต้องระวังในการนอนไม่ให้ละเมอไปทำความเสียหาย หรือ คนเคยเมาก็ต้องคอยระวังไม่ดื่มสุราให้เมานอนหมดสติ แม้ขณะละเมอหรือเมานอนจะไม่ถือว่าเป็นการ กระทำ แต่บุคคลนั้นก็เริ่มกระทำในการนอนโดยไม่ระวัง หรือดื่มสุราโดยไม่ระวัง เรียกว่ามีการ กระทำในช่วงนี้แล้ว ต่อไปทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายก็ต้องรับผิดชอบละเมิด เช่นเดียวกับ การเคลื่อนไหวของเด็กไร้เดียงสา ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำ เด็กทารกย่อมมิได้ทำละเมิด แต่ผู้ดูแล เด็กอาจต้องรับผิดชอบในผลของเด็กที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้ ถ้าไม่ดูแลเด็กทารกให้ดี ถือว่าผู้ดูแล เด็กกระทำโดยประมาทเสียเองตามมาตรา 420 กรณีนี้ ผู้ดูแลเด็กทารกไม่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 429 เพราะเด็กทารกมิได้ทำละเมิดดังกล่าว แต่ไม่หมายถึงผู้เยาว์ซึ่งรู้ผิดชอบแล้ว คนบ้าที่กระทำในขณะที่ ถูกบุคคลอื่นจับหรือกระตุก ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ กรณีของเด็กไร้เดียงสาหรือเด็กทารกนี้เป็นการ กระทำของผู้ไม่รู้ผิดผิดและชอบ แต่ถ้าเป็นเด็กโตหรือผู้เยาว์เป็นผู้ที่รู้ผิดผิดและชอบแล้ว อาจเป็น ผู้กระทำละเมิดได้ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับผู้เยาว์หรือผู้ไม่บรรลุนิติภาวะที่ไม่สามารถทำนิติกรรมได้ สมบูรณ์โดยลำพังปัญหาความสามารถของผู้เยาว์เป็นเรื่องของนิติกรรมไม่ใช่นิติเหตุ เช่นเดียวกับ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถเรียกไม่ได้ว่าเป็นผู้ไม่รู้ผิดผิดและชอบ เสียทีเดียวยังอาจต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิดอยู่ตามมาตรา 429 (ฎีกาที่ 780/2483) ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป³

- การกระทำ หมายความว่า การเคลื่อนไหวของร่างกายโดยรู้สำนึก ในการเคลื่อนไหว นั้น เป็นการกระทำของร่างกายที่อยู่ในบังคับของจิตใจ การเคลื่อนไหวในเวลาหลับ เวลาละเมอ หรือเวลาไม่รู้สึกรู้หาอย่างอื่น เช่นเวลาป่วยไม่มีสติ วิกลจริต เมาสุราถึงขนาดไม่รู้ตัว เด็กที่ยังเล็กไม่ รู้เดียงสาว่าทำอะไรลงไป การสะอึกสัวโดยสัญชาตญาณเพราะไร้สติควบคุม ไม่เป็นการกระทำ ความหมายของกฎหมาย⁴

- การกระทำ หมายความว่า การแสดงความรู้สึกนึกคิดภายในใจของตนออกมาให้ บุคคลทั่วไปทราบ โดยการเคลื่อนไหวร่างกายไม่ว่าโดยทางใด จะโดยทางกริยาอาการ วาจาหรือ ลายลักษณ์อักษรก็ได้ และผู้แสดงนั้นได้รู้สึกสำนึกในการเคลื่อนไหวของตน เช่น คำตีสีระชะขาว

³ ความเห็นของอาจารย์เพ็ง เพ็งนิตติ ,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรุงเทพมหานคร: Athataya co.,Ltd. พ.ศ.2543) หน้า 34-35.

⁴ ความเห็นของ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ,คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2540) หน้า 7.

การตีศีรษะของขาเป็นการกระทำ เพราะเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายโดยที่คำรู้สึกสำนึกในการเคลื่อนไหวของตน หรือ ข. ใช้ปืนขู่ ก. ให้ตีศีรษะ ก. การตีของ ก. เป็นการกระทำ เพราะทั้งคำและ ก. ต่างรู้สึกสำนึกในการเคลื่อนไหวของตน แต่ถ้า ก. ละเมอตี ข. หรือ ก. เมาสุราจนไม่รู้สึกรู้ตัว ข. การกระทำของ ก. ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ เพราะ ก. ไม่รู้สึกในการเคลื่อนไหวของตน หรือผู้เยาว์ 4-5 เดือน เคลื่อนไหวร่างกายโดยทำควมเสียหายให้แก่ทรัพย์สินของผู้อื่น เช่น ถูกแก้วเจียรไนของผู้อื่นแตก ไม่ถือว่าผู้เยาว์กระทำเพราะผู้เยาว์ไม่รู้สึกรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวของตน⁵

ในกฎหมายเยอรมันได้อธิบายเพิ่มเติมถึงการก่อความเสียหาย โดยการละเว้นการกระทำซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจะมีได้เฉพาะกรณีจำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำหน้าที่ที่ถือว่าอาจเกิดจากสัญญาหรือเกิดจากฐานะทางข้อเท็จจริง (factual position) ซึ่งจำเลยได้ก่อขึ้นก็ได้

ศาลได้วางหลักไว้ว่า ทุกคนที่เข้ามามีความสัมพันธ์กับสาธารณชน จะต้องให้ความเอาใจใส่ต่อฐานะของผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับสาธารณชนนั้น โดยเฉพาะบุคคลที่เปิดทรัพย์สินไม่ว่าชนิดใดเพื่อให้บุคคลอื่นได้เข้าไปถึง จะต้องใช้ความระมัดระวังทุกทางที่จะหลีกเลี่ยงอันตรายอันอาจเกิดจากการใช้สิ่งให้อำนวยความสะดวกที่ว่านั้น ซึ่งเรียกว่าหน้าที่คุ้มครองการจราจร

ตัวอย่างเช่น

- 1) ก. อนุญาตให้รถจอดในสถานที่จอด แม้จะไม่มี ความรับผิดชอบตามกฎหมายในการที่ ทำเช่นนั้น แต่ก็ เป็นหน้าที่ของ ก. จะต้องดูแล ประดูสถานที่จอดรถอยู่ในสภาพที่ใช้งานได้
- 2) เจ้าสำนักโรงแรมจะต้องรับผิดชอบดูแลให้เก้าอี้ในโรงแรมอยู่ในสภาพที่ปลอดภัย แม้ว่า บุคคลที่มีไข้แบกจะเป็นผู้ใช้เก้าอี้เหล่านั้น
- 3) เทศบาลจะต้องรับผิดชอบดูแลให้ถนนอยู่ในสภาพซึ่งอาจใช้ได้โดยไม่มีอันตราย แม้ว่าดิน ฟ้าอากาศจะทำให้ถนนเสียหายก็ตาม

กล่าวโดยทั่วไป ศาลเยอรมัน โน้มเอียงที่จะถือว่าบุคคลและบรรษัทสาธารณะมีหน้าที่ เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยของบุคคลที่เกี่ยวกับสาธารณชนยิ่งกว่าศาลอังกฤษ มาตรา 823 ย่อมคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคซึ่งได้รับสินค้าที่เป็นอันตรายหรือชำรุดบกพร่องโดยที่ ผู้บริโภคมิได้มีความสัมพันธ์โดยตรงทางใดๆ กับผู้ผลิตและผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าจากผู้ขายปลีก

⁵ ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการ งานนอกสั่ง ลากมิกวรได้ (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2544) หน้า 21.

ไม่ใช่ชื่อจากผู้ผลิต ผู้ผลิตจะต้องมีคำเตือนในกรณีที่สินค้าเป็นอันตรายไม่ว่าในตัวเองหรือโดยการ
ใช้⁶

ดังนั้นสรุปได้ว่าความหมายของการกระทำตามมาตรา 420 นั้นหมายรวมถึงการกระทำและ
การละเว้นการกระทำอันบุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำด้วย

จงใจ

นอกจากจะเป็นการกระทำแล้ว การกระทำนั้นต้องกระทำโดย “จงใจ” ซึ่งตามกฎหมาย
ไม่ได้นิยามศัพท์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่นักวิชาการได้อธิบายลักษณะของ “จงใจ” ไว้ดังนี้

- สำหรับความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ *faute intentionnelle* นั้นดูไม่มีปัญหา
เป็นการกระทำโดยตั้งใจให้เขาเสียหาย การกระทำที่โหดร้าย *acte m?chant* เข้าใจว่า การที่จะค้นว่า
มีความผิดโดยจงใจหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาเช่นเดียวกับความผิดทางอาญาที่กระทำโดยเจตนา
ต้องดูถึงสภาพความในใจ *?tat d' ?me* ของผู้ต้องหาด้วยเมื่อพบความตั้งใจจะให้เขาเสียหายแล้วจึง
จะเรียกว่า มีความผิดที่จงใจหรือตั้งใจหรือเจตนากระทำ

ด้วยเหตุนี้ผู้ไม่รู้ผิดและชอบ (*personnes priv?es de raison*) ซึ่งได้แก่เด็กไม่รู้เดียงสา ผู้
วิกลจริต กระทำการใดๆ จะเรียกว่า เขาทำผิดโดยจงใจไม่ได้ เพราะผู้ไม่รู้ผิดและชอบย่อมไม่
สามารถมองเห็นผลแห่งการกระทำของเขาได้ ฉะนั้น การกระทำของเขานั้นจะเรียกว่าเขาได้มุ่ง
ประสงค์ต่อผลไม่ได้โดยเอง

ในที่สุดอยากให้อธิบายไว้ด้วยว่า ตามกฎหมายฝรั่งเศส *faute intentionnelle* ความผิดโดย
เจตนา นั้น หมายถึงความผิดที่กระทำขึ้นโดยประสงค์ต่อผล หากการกระทำนี้อาจรู้ถึงผลการกระทำ
เพียงเท่านั้นยังเรียกไม่ได้ว่ามี *intention* สำหรับกฎหมายไทยเรายังเป็นที่สงสัยอยู่ว่า จะหมายเช่น
เดียวหรือไม่ ถ้ากฎหมายอาญาแล้วสิ่งที่เรียกว่า เจตนามาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของ
เราได้อธิบายว่ากระทำโดยตั้งใจและประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้นได้ ซึ่ง
หมายความว่า การกระทำนี้อาจจะแลเห็นผลแห่งการกระทำนั้น ก็เรียกว่ากระทำโดยเจตนาแล้ว
เช่นนี้ ความผิดโดยจงใจทางละเมิดก็น่าจะเหมือนกับเจตนาทางอาญา⁷

⁶ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท:กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ,
อ้างแล้ว หน้า 24-25.

⁷ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร.จิด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2539) หน้า 120-121.

- “โดยจงใจ” มีความหมายคล้ายกับ “โดยเจตนา” ในทางอาญาแตกต่างกันแต่เพียงว่า การกระทำโดยจงใจนั้น หมายถึงกระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำว่าจะเป็นผลเสียหายต่อบุคคลนั้น แต่มิได้หมายเลยไปถึงว่าต้องเจองใจให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างเช่น กระทำ “โดยเจตนา” ฉะนั้นการกระทำโดยเจตนาในทางอาญาจึงเป็นการกระทำ “โดยจงใจ” ในความหมายของมาตรา 420 เสมอ ทั้งนี้เพราะจงใจมีความหมายกว้างกว่าเจตนาตนเอง ตัวอย่างเช่น ก.ใช้มีดแทง ข.เป็นเหตุให้ ข.ได้รับบาดเจ็บสาหัส การกระทำของ ก.เป็นเจตนาทำร้ายร่างกายในทางอาญา ขณะเดียวกันเป็นจงใจทำละเมิดต่อร่างกายของ ข. โดยทางแพ่ง⁸

- จงใจ หมายความว่า การกระทำที่รู้สำนึกถึงผลเสียหาย ที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ แม้ผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากกว่าที่เข้าใจ ถ้าได้ทำโดยที่เข้าใจว่าจะมีผลเสียหายอยู่บ้างแล้ว แม้จะเล็กน้อยเพียงใด ก็เป็นการกระทำความเสียหายโดยจงใจอยู่นั่นเอง⁹

- คำว่า “จงใจ” (wilful) มีความหมายไม่ตรงกับคำว่า “ตั้งใจ” (intentional) เกี่ยวกับการจงใจซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แปลมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “willfully” ก่อนอื่นใครกล่าวว่า ต้นฉบับหรือคำแปลประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั้งภาษาอังกฤษและฝรั่งเศสใช้คำว่า “intention” ซึ่งมีความหมายถึงความมุ่งหมาย ความตั้งใจ เจตนา ซึ่งคำว่า “เจตนา” ไม่ประสงค์จะใช้ในที่นี้เพราะเป็นคำทางอาญาไป คำแปลฉบับภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและจีนใช้คำว่า “intentionally” ต้นฉบับประมวลกฎหมายลักษณะนี้ สวิสให้คำฝรั่งเศสว่า “intentionnellement” ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 คำแปลบางฉบับก็ใช้คำว่า “intentionally” อย่างคำแปลประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 709 บางฉบับก็ใช้คำว่า “willfully” ซึ่งคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งจีนให้คำอธิบายว่า กล่าวโดยเคร่งครัด คำว่า “จงใจ” (willfulness) ไม่ต่างกับการกระทำละเมิดโดยตั้งใจ (intentional wrong)¹⁰

⁸ ความเห็นของ ศาสตราจารย์สุขุม ศุภนิคย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2543) หน้า 15.

⁹ ความเห็นของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452, อ่างแล้ว หน้า 178.

¹⁰ ความเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, เล่มเดิม หน้า 26-27.

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า จงใจ หมายถึงการกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตนเอง โดยมีนักวิชาการบางท่านได้อธิบายความแตกต่างของ “จงใจ” ทางแพ่ง และ “เจตนา” ทางอาญา ผู้กระทำจะต้องรู้สำนึกในการกระทำนั้น แต่ “จงใจ” ในทางแพ่งนั้นผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมุ่งหมายต่อผล เพียงแต่รู้สำนึกในการกระทำแล้วรู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นด้วย คือรู้ว่าจะทำให้เขาเสียหาย แต่จะเสียหายเท่าไรเพียงใดนั้นเป็นเรื่องการคิดค่าเสียหาย มิใช่เป็นเรื่องคว่ามีความเสียหายหรือไม่จึงไม่สำคัญ แต่ “เจตนา” ทางอาญา ผู้กระทำนอกจากจะรู้สำนึกในการกระทำแล้ว ผู้กระทำยังต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น เช่น ก.ยิง ข.ล้มลง ข.ตาย ในทางอาญาเป็นการกระทำโดยเจตนา ในทางแพ่งต้องถือว่า ก.ได้กระทำโดยจงใจเป็นเหตุให้ ข.ตาย เพราะก.รู้สำนึกในความเสียหายที่เกิดขึ้น¹¹

ประมาทเลินเล่อ

การกระทำที่จะถือเป็นการละเมิดได้นั้นต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งตามมาตรา 420 ไม่ได้นิยามศัพท์คำว่า “ประมาทเลินเล่อ” โดยเฉพาะไว้ แต่พอจะศึกษาเทียบเคียงกับคำว่า “กระทำโดยประมาท” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่ ที่ว่า “การกระทำโดยประมาท ได้แก่การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า “การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ” หมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย¹² หลักสำคัญอยู่ที่ว่า จะต้องมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างใดอย่างหนึ่งประกอบการกระทำ เพราะถ้าไม่มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการนั้นแล้ว เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นผลที่เรียกว่าเป็นการกระทำของบุคคลไม่ได้ เช่นคนเป็นไข้เพื่อค้ำหรือคนบ้าค้ำจนไม่มีสติทำร้ายร่างกายคนอื่นจะได้รับความเสียหายเห็นจะไม่ได้ เพราะเขามีได้เป็นเจ้าของอาการเคลื่อนไหวของตนเอง ฉะนั้นใครก็ตาม เด็กไม่เคียงสาอายุ 2-3 ขวบเอาปืนมาเล่น ปืนลั่นออกไปโดนผู้อื่นบาดเจ็บ หรือถึงตาย จะว่าเด็กมีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อมิได้ มาตรา 429 ที่ว่าผู้ไร้ความสามารถจะต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดนั้น เมื่อเกี่ยวกับ

¹¹ วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวร ได้, อ่างแล้ว หน้า 32-33.

¹² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452, อ่างแล้ว หน้า 180.

หลักแห่งความรับผิดในมาตรา 420 เห็นจะต้องเข้าใจว่าจะต้องรับผิดเมื่อเป็นบุคคลที่พอจะมีความ
 จงใจหรือประมาทเลินเล่อได้ตามหลัก ในมาตรา 420 นั้น ไม่มีความรับผิดอะไรยิ่งไปกว่าผู้
 ความสามารถธรรมดาอันต้องประกอบพร้อมด้วยความจงใจหรือประมาทอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถึง
 อย่างไม่ก็ใช้มาตราอื่นบังคับไม่ได้ นอกจากมาตรา 420 นี้ นอกจากจะเป็นเรื่องที่บัญญัติไว้เป็น
 เอกเทศ ไม่ต้องประกอบด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ¹³

เกณฑ์ที่จะถือว่าเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอก็คือ “การไม่ใช้ความระมัดระวัง
 ตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งในภาวะเช่นนั้นบุคคลผู้ใช้จักต้องมี” หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง วิสัยอย่าง
 นั้น พฤติการณ์อย่างนั้น ควรจะอย่างไร แล้วไม่ทำก็เป็นประมาทเลินเล่อ เช่น โทศัพทที่มีถือคูกุ
 ขณะขับรถ ทำให้รถเสียหลักไปชนรถยนต์คันอื่น ถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อได้

คำว่า “ประมาทเลินเล่อ” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ประเทศต่างๆ
 ส่วนมากมีบัญญัติไว้ในแม่บทลักษณะละเมิด จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งสเปน อิตาลี
 ฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส แม้ตามกฎหมายฝรั่งเศสจะถือว่าประมาทเลินเล่อก็
 เป็นความผิดอย่างหนึ่งก็ตามดังกล่าวมาแล้ว สำหรับกฎหมายสเปนนั้น นอกจากบัญญัติคำว่า
 “ประมาทเลินเล่อ” (negligence) ไว้ ก็ยังบัญญัติคำว่า “ความผิด” (faute) ไว้ด้วย แต่ไม่บัญญัติคำว่า
 “จงใจ” ซึ่งก็ย่อมรวมอยู่ในความหมายของคำว่า “ความผิด” นั่นเอง ส่วนกฎหมายจีนนั้นตรงกันข้าม
 ไม่กล่าวถึงคำว่า “ประมาทเลินเล่อ” กล่าวเฉพาะคำว่า “จงใจหรือความผิด” ซึ่งคำว่า “ความผิด”
 ย่อมรวมถึงประมาทเลินเล่อด้วย¹⁴

2. โดยผิดกฎหมาย มีความหมายว่า ถ้าการกระทำนั้นเป็นการล่วงสิทธิ โดยผิดหน้าที่ที่
 ต้องเคารพต่อสิทธินั้น เป็นการกระทำผิดกฎหมายในตัวไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำผิด
 เช่นนั้นเป็นผิดกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง¹⁵ มาจากคำว่า “Unlawfully” ซึ่งมีความหมายว่า “ไม่ชอบด้วย
 กฎหมาย¹⁶” ไม่หมายถึงผิดกฎหมาย

¹³ เสนีย์ ปราโมช, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2501 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2
 ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรถ ได้ ละเมิด และนิรโทษกรรม , อ่างแล้ว หน้า 774.

¹⁴ ไพจิตร บุญยพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานา
 ประเทศ , เล่มเดิม หน้า 27-28.

¹⁵ พจน์ ปุษปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนัก
 อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2523) หน้า 43.

¹⁶ ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พิมพ์ครั้งที่ 5 พ.ศ.2547.

นักวิชาการได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไว้ดังนี้

(1) ละเมิดเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายนั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติชัดเจน เช่น กฎหมายอาญาบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิด เช่น มาตรา 350 โกงเจ้าหนี้ ก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยไม่มีปัญหา แต่ความผิดฐานละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดเจนว่าการกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายดังเช่นประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ในมาตรานี้หมายความเพียงว่า ถ้าได้กระทำความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคล คือชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิเด็ดขาดอย่างอื่นของบุคคล โดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้แล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอยู่ในตัว อีกนัยหนึ่งคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ในมาตรานี้แปลมาจาก Unlawfully ในต้นร่าง ซึ่งใช้ในมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีความหมายในทางปฏิเสธเช่นเดียวกับ คำว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” ที่ใช้ในมาตรา 421 เท่านั้นเอง¹⁷

(2) คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” เป็นคำในมาตรา 420 ทำให้เข้าใจว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วย่อมไม่เป็นละเมิด แท้จริงแล้วคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” นั้นหมายความว่า กระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิหรือทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully) ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นก็เป็นละเมิดได้ ตัวอย่างเช่น ก. จงใจขึ้นไปนั่งบนหน้าหม้อรถยนต์ของ ข. แม้ความเสียหายไม่เกิดขึ้นจนเห็นประจักษ์ แต่การกระทำของ ก. ก็เป็นละเมิดได้ ส่วนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใดเป็นเรื่องที่ต้องนำสืบ และไม่ใช่ว่าประเด็นที่ทำให้ขาดองค์ประกอบอันเป็นละเมิด แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดอย่างชัดเจน เช่น ประมวลกฎหมายอาญา การกระทำผิดกฎหมายนั้นย่อมเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัว¹⁸

(3) เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า “ผิดกฎหมาย” ในเรื่องละเมิด ตามมาตรา 420 แล้ว ไม่ได้หมายความว่า การกระทำนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะชัดเจนก็ได้ กล่าวคือ คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 กับคำว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” ที่ใช้ในมาตรา 421 ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Unlawfully” เหมือนกัน จึงน่าจะหมายความเช่นเดียวกัน และถ้าได้

¹⁷ ความเห็นของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 เล่มเดิม, หน้า 172-173.

¹⁸ ความเห็นของศาสตราจารย์สุยม สุภณิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด, อ่างแล้ว หน้า 22.

พิจารณาความในมาตรา 420 แล้ว คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” หมายความว่า ถ้าได้กระทำความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยกระทำการล่วงสิทธิเด็ดขาดของบุคคล (Absolute Right) คือ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด และการกระทำนั้นผู้กระทำนั้นไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัว กฎหมายให้กระทำได้แล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายแล้ว¹⁹

(4) คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” นั้นถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กฎหมายอาญาบัญญัติว่า การกระทำอันใดเป็นความผิดก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีปัญหา แต่ความรับผิดฐานละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 โดยหลักความรับผิดทางละเมิดเกิดจากการผิดหน้าที่ (breach of a duty) ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นเบื้องต้น นอกจากนี้ก็เป็นหน้าที่ที่เกิดจากสัญญาหรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงดังกล่าวมาแล้ว คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 อาจทำให้เข้าใจผิดไปได้ว่า ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำใดเป็นความผิด แท้จริงคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 นี้มีความหมายแต่เพียงว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” (unlawful) ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 421 เท่านั้น (ฉบับร่างภาษาอังกฤษของมาตรา 420 นี้ใช้คำว่า unlawful ตรงกับคำว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” ในมาตรา 421 ถ้าได้กระทำโดยไม่มีสิทธิ (sans droit) หรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้แล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ดังนั้น ถ้ากระทำโดยมีสิทธิตามกฎหมาย แม้จะเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ก็ไม่เป็นผิดกฎหมาย²⁰

ดังนั้นการกระทำโดยผิดกฎหมาย (unlawfully) ตามมาตรา 420 มีความหมายเพียงว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” โดยประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส มาตรา 41 เทียบได้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 420 ใช้คำว่า “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” (d' une maniere illicite) เป็นถ้อยคำที่ใช้แทนคำว่า “โดยไม่มีสิทธิ” (sans droit) แห่งประมวลกฎหมายปี 1881 อย่างไม่ดี การกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 41 ก็หมายถึงการกระทำที่เป็นการก่อความเสียหายโดยไม่มีสิทธินั่นเอง

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 ซึ่งเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 420 ก็มีบทบัญญัติว่า “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” (unlawfully) เช่นเดียวกัน หมายความว่า ความเสียหายนั้นจะต้องไม่เกิดจากเหตุใดเหตุหนึ่งซึ่งทำให้การกระทำ

¹⁹ ความเห็นของอาจารย์ปสพ นพรัมภา, คำอธิบายกฎหมายแพ่ง ลักษณะมูลหนี้ 2 ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท เอ็ดดิสัน เพรส โปรดักส์ จำกัด) หน้า 17.

²⁰ ความเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด อ่างแล้ว หน้า 15.

ของจำเลยเป็นการกระทำที่ชอบ เช่น สิทธิของบิดามารดา หรือครูบาอาจารย์จะทำโทษเด็ก การป้องกัน เป็นต้น

ในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1382 ที่ว่า “ความผิด” (la faute) นั้น นอกจากจะหมายถึงความผิดที่ตั้งใจกระทำกับความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำได้กล่าวมาแล้ว มีความหมายถึงการกระทำความผิดที่เป็นการละเมิดต่อบทกฎหมาย (fait illicite) ด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งเงิน มาตรา 184 ใช้คำว่า “โดยมิชอบ” (wrongfully) ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” (unlawfully)²¹

(1) คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ด้วยภาษาอังกฤษใช้คำว่า “unlawful” ซึ่งควรจะแปลว่าโดยมิชอบด้วยกฎหมาย มากกว่าโดยผิดกฎหมาย ถ้าหากจะแปลว่า โดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้วจะทำให้เราเข้าใจความหมายที่แท้จริงยิ่งขึ้น เพราะคำว่ามิชอบด้วยกฎหมายนั้นแสดงว่าไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติห้ามเอาไว้ก่อน ไม่จำเป็นต้องผิดกฎหมายเรื่องใด มาตราใด เพียงแต่ผู้กระทำได้กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีข้อแก้ตัวตามกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายใดสนับสนุนว่ากระทำได้ ก็แสดงว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น²²

(2) กระทำโดยผิดกฎหมาย หมายความว่า กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แม้มาตรา 420 จะบัญญัติไว้ว่า การกระทำละเมิดต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย แต่มาตรา 421 ซึ่งบัญญัติถึงการกระทำละเมิดโดยการใช้สิทธิเกินส่วนหรือแก่งัดผู้อื่น ก็เรียกว่าการกระทำนั้นว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกระทำโดยผิดกฎหมาย จึงมีความหมาย 3 ประการ คือ

1. การกระทำซึ่งมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด
2. การล่วงสิทธิหรือประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่น
3. การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น²³

²¹ ความเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท:กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, เล่มเดิม หน้า 28-29.

²² ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.วาริ นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ตากมิกวรได้, อ่างแล้ว หน้า 59.

²³ ความเห็นของศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539, อ่างแล้ว หน้า 27.

กล่าวโดยสรุป ความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่มีความเห็นสอดคล้องกันในความหมายของคำว่า "ผิดกฎหมาย" ที่มาจากคำว่า "Unlawfully" มีความเห็นว่าไม่น่าจะใช้คำนี้ เห็นว่าน่าจะใช้คำว่า "ไม่ชอบด้วยกฎหมาย" มากกว่าเนื่องจากคำว่า การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง การกระทำของบุคคลที่ปราศจากอำนาจ (without Authority) เนื่องจากแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด

เนื่องจากแท้จริงแล้ว บุคคลอาจใช้อำนาจได้หลายทาง เช่น

1. มีอำนาจตามกฎหมาย เช่น ตำรวจมีอำนาจจับโจรได้ อาศัยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
2. มีอำนาจมาจากจารีตประเพณี เช่น รดน้ำได้ในวันสงกรานต์ ชกมวยได้บนเวที เล่นกีฬารักบี้มีการกระทบกันอย่างรุนแรงได้
3. อำนาจมาจากสัญญา
4. อำนาจมาจากคำพิพากษาของศาล
5. อำนาจมาจากความยินยอม (consent) หมายถึงผู้เสียหายยอมให้ผู้อื่นกระทำละเมิดต่อตัวเอง (Volenti non fit injuria)

หากผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นก็ถือเป็นละเมิดได้ จึงหมายรวมว่า ผู้ใดทำอะไรโดยปราศจากอำนาจ ที่ถือว่าทำโดยผิดกฎหมาย และยังรวมไปถึงการกระทำโดยไม่มีสิทธิ หรือกระทำไปโดยล่วงสิทธิของผู้อื่นซึ่งผู้กระทำไม่มีสิทธิที่จะกระทำด้วย

หากพิจารณาจากมูลเหตุหรือที่มาของมาตรา 420 แล้ว ปรากฏหลักการร่างกฎหมายว่าได้เทียบเคียงมาจากมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งตำรากฎหมายเยอรมันได้อธิบายคำว่า "ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย" ว่าหมายถึง การประทุษร้ายต่อสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากอำนาจ หรือเกินกว่าอำนาจที่มีอยู่ ซึ่งหมายความว่า การละเมิดสิทธิของผู้อื่นเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัวเอง โดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำเช่นนั้นผิดกฎหมาย เว้นแต่ผู้กระทำจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้ ส่วนตำราประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ได้อธิบายคำว่า "ละเมิด" ไว้ว่าเป็นการกระทำที่ต่างหากไปจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น ข้อควรสังเกตมีว่า ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 709 ไม่มีคำว่า "ทำต่อบุคคล

อื่นโดยผิดกฎหมาย” ทั้งนี้เพราะถือว่าการละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว²⁴อยู่แล้ว

3. ต้องเกิดความเสียหาย เจตนารมณ์ของกฎหมายลักษณะละเมิด มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย เป็นการที่ผู้ต้องเสียหายบังคับสิทธิของตนแก่ผู้ก่อความเสียหาย หรือผู้ต้องรับผิดชอบ เป็นการบังคับเอาโดยให้คืนสู่สภาพก่อนมีการละเมิดเกิดขึ้นเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่กฎหมายลักษณะละเมิดของไทยไม่ได้รับรองประโยชน์ทุกอย่างที่บุคคลต้องการ คงจำกัดไว้ตามที่บัญญัติในมาตรา 420 ว่า ทำให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด ถ้าทำให้นอกจากที่บัญญัติไว้นี้หาเป็นละเมิดไม่ ดังนั้น ความดีใจ เสียใจ เศร้าโศก เจ็บใจ เหล่านี้กฎหมายของไทยไม่ถือว่าเป็นการทำให้เสียหาย²⁵

พิจารณาจากแนวคำพิพากษาฎีกาในเรื่องที่ไม่เป็นมูลหนี้ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ เช่น คำสัญญาเสียบุตร (292/2502) ค่าเสียหายทางจิตใจเพราะเกิดว่าแห้วสัญญาเสียภริยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตมีความสุข (789/2502) เรียกร้องเพื่อความทุกข์โทรมนัส (1742/2499) ค่าสินไหมทดแทนทางจิตใจเพื่อความชอกช้ำระกำใจในเหตุที่ต้องสูญเสียบุตร (1550/2518) เป็นต้น

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้อธิบายถึงลักษณะของความเสียหายตามมาตรา 420 ว่ามี 3 ลักษณะ คือ

1. ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน ความเสียหายที่แน่นอน อาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน หรือความเสียหายอันเกิดขึ้นแล้วในเวลาปัจจุบันหรือความเสียหายในอนาคตอันจะต้องเกิดขึ้นแน่นอน

2. ต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่กฎหมายยอมรับรอง ถ้าเป็นความเสียหายโดยพฤตินัย เช่นผู้เสียหายยินยอมให้กระทำ แม้จะเกิดความเสียหายก็ไม่ใช่ความเสียหายตามกฎหมายอันจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้

3. ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น กล่าวคือ เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งกฎหมายรับรองคุ้มครอง หากไม่มีกฎหมายรับรองก็เรียกค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ (ฎีกาที่ 789/2502)²⁶ สำหรับ “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว”

²⁴ ฎหมายเหตุความเห็นของ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย ท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 38/2496.

²⁵ พจนี ปุษปาคม, เล่มเดิม หน้า 160.

²⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, เล่มเดิม หน้า 58-59.

(right of privacy) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 35 ได้บัญญัติใน ส่วนที่ 3 ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลไว้ว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อัน เป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ ส่วนตัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์สาธารณะ” ทำให้ได้รับการคุ้มครองด้วย

แต่อย่างไรก็ตามละเมิดตามมาตรา 420 นั้นไม่รวมถึงการทำให้เสียหายแก่จิตใจ นักวิชาการ บางท่านได้อธิบายความเสียหายแก่จิตใจในเรื่องความเสียหายแก่ร่างกาย ไว้ว่าความเสียหายต่อ จิตใจหมายถึงเป็นอันตรายแก่จิตใจ จิตใจในที่นี้แม้จะไม่มีรูปร่างแต่ไม่ใช่อารมณ์ เช่น ดีใจ เสียใจ รัก โกรธ อับอาย เสรีโสภ ว่างเหว เพราะเรื่องเหล่านี้ไม่ใช่เป็นอันตรายต่อจิตใจ

คำพิพากษาฎีกาที่ 273/2509 อันตรายต่อจิตใจต้องเป็นผลจากการทำร้าย เพราะตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 บัญญัติว่า เป็นเหตุให้เกิดอันตราย แต่ความรู้สึกว่าถูกเหยียด หยาม เจ็บใจ แค้นใจเหล่านี้เป็นอารมณ์ หากไม่ใช่เป็นอันตรายต่อจิตใจไม่

การที่จะเป็นอันตรายต่อจิตใจต้องเป็นการกระทำให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจ เช่น จิตฟั่นเฟือน ทำให้ตกใจกลัว วิดกกังวลจนประสาทเสีย รดชนทำให้ประสาทเสียเรียกค่าเสียหายทาง จิตใจได้ แต่ถ้าขับรถหวาดเสียวทำให้ตกใจกลัว โดยไม่มีกระทบกระเทือนร่างกายเป็นการทำให้ ตกใจกลัวอย่างเดียวเรียกค่าตกใจกลัวไม่ได้²⁷

ศาลไทยยังมีได้ยอมรับค่าเสียหายทางจิตใจ โดยเหตุผลที่ว่า ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ เรียกเรื่องค่าเสียหายทางจิตใจได้ เป็นความเสียหายที่มีอยู่จริง โดยพฤติการณ์ มีข้อจำกัด ทั้งที่การแพทย์ ให้ความสำคัญทางด้านจิตใจจะต้องควบคู่กับร่างกาย ศาลใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ในการพิจารณาค่าเสียหายทางจิตใจ ซึ่งไม่แน่นอน ปัจจุบันค่าเสียหายทางจิตใจไม่ สอดคล้องกับที่มนุษย์เผชิญอยู่ ความเสียหายทางร่างกายต้องคู่กับจิตใจ เพราะจิตใจก็ต้องการ การรักษาควบคู่กัน ทำให้รัฐต้องสูญเสียประชากรที่มีคุณภาพ เป็นภาระแก่สังคม และผู้ต้องเสียหายจาก การกระทำละเมิด ไม่ได้รับการทดแทนที่เป็นธรรม²⁸

ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 2816/2528 โจทก์เป็นบิดาของนางสาวจันทร์เพ็ญ ก.ไปที่ไปรษณีย์ โทรเลขแล้วก็ส่งโทรเลขมายังโจทก์ว่า “อ้อยถึงแก่งค้อแล้ว” แต่พนักงานไปรษณีย์กลับส่งโทรเลข

²⁷ ความเห็นของอาจารย์เพ็ง เพ็งนิต, เล่มเดิม หน้า 133.

²⁸ สีนีกันต์ สิทธิเวช “คำสันนิษฐานใหม่ทดแทนกรณีละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางจิตใจ” วิทยานพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต พ.ศ.2549 หน้า 138.

ไปบอกถึงโจทก์ว่า “อ้อยถึงแก่กรรมแล้ว” โจทก์ตกใจมาก ได้จัดเตรียมพิธีกรรมทางศาสนาจัดรดไปรับศพที่แก่งคอย เสียค่าใช้จ่ายต่างๆ ถึง 18,000 บาท โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายนี้จากกรมไปรษณีย์โทรเลข โดยฟ้องพนักงานไปรษณีย์โทรเลขเป็นจำเลยที่ 1 ฟ้องกรมไปรษณีย์โทรเลขเป็นจำเลยที่ 2 โดยฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากความเศร้าโศกเสียใจมาด้วย ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อทราบข่าวทางโทรเลขว่าบุตรสาวถึงแก่กรรมนั้น ความเศร้าโศกเสียใจของโจทก์เป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อทราบข่าวร้ายแต่ไม่ใช่ความเสียหายตามกฎหมายไม่มีบทกฎหมายใดที่บัญญัติให้สิทธิโจทก์เรียกค่าเสียหายในเรื่องนี้ได้

หากพิจารณาจากกฎหมายแพ่งเยอรมันอันเป็นที่มาของมาตรา 420 ของไทยตามมาตรา 823 พบว่าไม่ได้บัญญัติรวมไปถึงการทำให้เสียหายแก่จิตใจ แต่มีบัญญัติเพิ่มเติมในเรื่องความเสียหายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในมาตรา 826²⁹ ไว้ว่า “บุคคลใดโดยจงใจก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยอาการที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี ต้องชดเชยค่าทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น” แต่เรื่องดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้กล่าวถึงในประเด็นของความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยอาการที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีว่าแต่อย่างใด และจากการศึกษาพบว่าในกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ไม่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายทางจิตใจไว้เช่นเดียวกับประเทศไทย

ผู้วิจัยมีความเห็นว่ามาตรา 420 ควรบัญญัติเพิ่มเติมถึงความเสียหายแก่จิตใจให้ชัดเจนด้วยว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี จิตใจก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” มีความเห็นเกี่ยวกับการทำให้เสียหายแก่จิตใจว่าควรถือเป็นละเมิด มีเหตุผลประกอบดังนี้

(1) การทำให้เสียหายแก่จิตใจไม่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 420 แต่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในการที่ถูกทำร้าย อันเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่จิตใจไว้ตามมาตรา 295,391 และในมาตรา 295 ถือว่าการทำร้ายแก่จิตใจเป็นการทำร้ายร่างกายด้วย ดังนั้นในทางแพ่งน่าจะถือว่ามีกรทำละเมิดให้บุคคลเสียหายแก่จิตใจได้ด้วย (ฎีกาที่ 2816/2528) แต่มีหมายเหตุของท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ในหนังสือคำพิพากษาฎีกาจัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา ว่าค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 438 คลุมถึงความเสียหายทางจิตใจด้วย โดยไม่จำเป็นต้องมี

²⁹ Section 826 **Intentional damage contrary to public policy** “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.”

กฎหมายบัญญัติว่าให้เรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ ความจริงศาลฎีกาก็มิได้วินิจฉัยว่าการทำละเมิดให้บุคคลเสียหายแก่จิตใจมิไม่ได้ แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวน่าจะหมายความว่า ค่าเสรีโทศกเสียใจไม่ใช่ค่าเสียหายที่จะเรียกร้องได้เพราะถ้ายอมให้เรียกร้องได้ ก็อาจจะมีการเรียกค่าออกหัก ผิดหวังเสียใจหรืออับอายขายหน้าในอีกหลายกรณี³⁰

(2) โดยทั่วไปความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้น อาจจะเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินหรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินก็ได้ ที่จริงความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกายอนามัย และเสรีภาพก็เป็นที่เห็นได้อยู่ในตัวว่ารวมทั้งความเสียหายที่เป็นเงิน เช่นค่ารักษาพยาบาล ค่าที่ต้องขาดประโยชน์ เพราะไม่สามารถประกอบการทำงาน และความเจ็บปวดเสียหายอันเป็นความเสียหายในทางความรู้สึกของจิตใจ ซึ่งไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ตามหลักจึงถือกันว่าความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายเป็นรูปร่างคำนวณเป็นเงินได้ หรือความเสียหายทางจิตใจคำนวณเป็นเงินไม่ได้ (moral) ถ้าเป็นความเสียหายที่แน่นอน (certain) แล้ว ก็เป็นมูลความผิดฐานละเมิดได้³¹

หากพิจารณาจากคำตัดสินของศาลในคดีที่เกี่ยวกับความเสียหายทางจิตใจ ศาลไทยไม่ยอมรับโดยให้เหตุผลว่าเป็นความเสียหายที่ไม่มีรูปร่าง ไม่ชัดเจนเช่นความเสียหายแก่ชีวิต หรือแก่ร่างกาย หากเปรียบเทียบกับคดีอาญา ในเรื่องเกี่ยวกับจิตใจ กฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจน เช่น ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 บัญญัติว่า "ผู้ใดทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น..." ความหมายของคำว่า "อันตรายแก่จิตใจ" ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ว่า อันตรายแก่จิตใจเป็นคำที่บัญญัติขึ้นใหม่ เดิมใช้คำว่า ทำให้วิกลจริต แต่คำว่าอันตรายแก่จิตใจ ไม่ต้องถึงขนาดทำให้หมดความรู้สึกผิดชอบ เพียงแต่จิตใจยังปกติอยู่ เช่น ทำให้ผวา ทำให้เวียนศีรษะ คลื่นไส้ หรือเป็นลมสลบไปหรือทำให้เจ็บป่วย เป็นไข้ เป็นต้น ไม่ใช่เป็นอันตรายต่ออารมณ์ ถ้าก่อให้เกิดความรู้สึกแค้น เสียใจ เสรีใจ เจ็บใจ เหล่านี้เป็นการกระทบกระเทือนต่ออารมณ์ของผู้ถูกระทำ มิใช่อยู่ในความหมายของคำว่าอันตรายต่อจิตใจ³² ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ได้อธิบายหลักเรื่อง "ความปลอดภัยของร่างกาย" ซึ่งในมาเปรียบเทียบมิได้หมายถึงขนาดต้องเกิดบาดแผลหรือเกิดความเจ็บปวด แต่หมายรวมถึงสภาวะของการถูก

³⁰ ความเห็นของศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ, เล่มเดิม หน้า 61-62.

³¹ ความเห็นของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452, อ้างแล้ว หน้า 192.

³² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2532) หน้า 2185.

กระทบที่ไม่ชอบ ที่ไม่มีบาดแผลหรือความเจ็บปวดใดๆ เลยด้วยสภาพการถูกตัดผมหรือถูกโกน
หนวดก็ถือว่าเป็นความปลอดภัยของร่างกาย³³

คำพิพากษาฎีกาที่ 247/2538 ค่าเสียหายเพราะร่างกายพิการทำให้สังขมรังเกียจ อับอายขาย
หน้า ไม่ได้เล่นกีฬา ไม่ได้สมรส ขาดความสุขสำราญเป็นเรื่องการขาดหรือการสูญเสียความสุข
ความสำราญจากความรู้สึกที่ดี เป็นค่าเสียหายเกี่ยวกับความรู้สึกทางด้านจิตใจอันมิใช่ตัวเงิน ตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ส่วนค่าทนต์ทุกขั้วทนต์เป็นเรื่องการต้องทนยอมรับ
ความเจ็บปวด หรือทรมานก็เป็นค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน แต่ก็มีค่าใช้จ่ายเดียวกันจึงไม่ซ้ำซ้อน

คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502 สามิไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความ
ว้าเหว เพราะสูญเสียภริยาที่เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามิมีความสุข เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้
เรียกร้องได้

ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดของประเทศไทยนั้น มีที่มาหรือยกร่างมา
จากกฎหมายญี่ปุ่น มาตรา 710 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อความ
เสียหายตามบทบัญญัติตามมาตราก่อน จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แม้ความเสียหายนั้น จะมีใช้
ตัวเงิน และโดยไม่ต้องคำนึงว่า ความเสียหายเช่นนั้นจะเกิดจากการกระทำต่อร่างกาย เสรีภาพ
ชื่อเสียง หรือสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอื่นหรือไม่³⁴” แม้ไทยจะนำมาจาก Nippon Civil Code ก็ตาม
แต่กฎหมายญี่ปุ่น ไม่ได้จำแนกสิทธิที่ถูกล่วงละเมิดไว้ของของไทย ศาลญี่ปุ่นกำหนดค่าเสียหาย
สำหรับความเสียหายที่มีความสัมพันธ์กับการกระทำละเมิดโดยไม่มีข้อจำกัดต่างๆ อย่างกรณี การ
ไม่ชำระหนี้ ในการใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่อาจคำนวณเป็น
เงินได้ด้วย นอกจากให้ชดใช้ในความเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว ก็ยังอาจให้ใช้ความเสียหายที่ไม่เป็น
ตัวเงินอีก โดยศาลมีอำนาจคำนวณค่าเสียหายได้โดยอิสระ³⁵ แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้บัญญัติไปถึง
สิทธิฟ้องร้องค่าเสียหายทางจิตใจไว้อย่างชัดเจน

³³ คณิต ฌ นคร ,กฎหมายอาญา ภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด พ.ศ.
2549) หน้า 116.

³⁴ Nippon Civil Code Article 710 Compensation for damages Other than Property “Person liable for
damages under the preceding article must also compensate for than those to property, regardless of whether the
body, liberty or reputation of others have been infringed, or property rights of others have been infringed”

³⁵ สีนีกันต์ สิทธิเวชเดช “ค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางจิตใจ” อ้างแล้ว
หน้า 84

ปัจจุบันมีแนวความคิดในเรื่องเกี่ยวกับความเสียหายทางจิตใจ ที่บัญญัติครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกี่ยวกับจิตใจ โดยมีการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้อย่างชัดเจน เช่น พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 ให้คำจำกัดความคำว่า “ความเสียหาย” และ “ความเสียหายต่อจิตใจ” ไว้ในมาตรา 4 ได้นิยามศัพท์ไว้ดังนี้

“ความเสียหาย” หมายความว่าความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเสียหายต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น

“ความเสียหายต่อจิตใจ” หมายความว่า ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความหวาดกลัว ความวิตกกังวล ความเศร้าโศกเสียใจ ความอับอาย หรือความเสียหายต่อจิตใจอย่างอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน

อีกทั้งยังให้อำนาจศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อจิตใจในมาตรา 11 ว่า “นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามิ ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

(2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใดๆ ตามสมควร เพราะป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้รับบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย” แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการยอมรับให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจ ถือเป็น การขยายขอบเขตของค่าเสียหายให้มากขึ้น

หากพิจารณาจากแนวความคิดในเรื่องความเสียหายทางจิตใจในต่างประเทศ ซึ่งมีที่มาจากประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์เป็นหลัก มีแนวความคิดที่น่าสนใจว่า “มนุษย์มีสิทธิที่จะปลอดภัยจากความบอบช้ำทางจิตใจเท่าเทียมกับที่เขามีสิทธิที่จะอยู่ได้โดยปราศจากรอยแผลบนร่างกาย โดยความเป็นจริงแล้ว การปกป้องคุ้มครองจิตใจ อาจจะมีความสำคัญยิ่งกว่าการปกป้องคุ้มครองอวัยวะส่วนต่างๆ ของร่างกาย ถ้าเรามองดูโลกรอบๆ ตัวเรา ก็จะเห็นว่าจิตใจที่สมบูรณ์ในร่างกายพิการ สามารถบรรลุถึงความสำเร็จในการที่จะทำประโยชน์ให้แก่ปัจเจกชนหรือสังคมได้มากกว่าคนที่ร่างกายสมบูรณ์แต่มีจิตบกพร่องจะทำได้” ทั้งยังยอมรับว่ามนุษย์เป็นหน่วยหนึ่งที่ไม่แบ่งแยกไม่ได้ในรูปของ “ทางจิตใจ” “ทางกาย” และ “ทางอารมณ์” ซึ่งมีปฏิสัมพันธ์ต่อกันและกันอย่างใกล้ชิดอยู่ตลอดเวลา กฎหมายถือว่า ความเจ็บปวดทางจิตใจ (mental anguish) เป็นส่วนประกอบของค่าเสียหาย (a parasitic component of damages) มานานแล้ว จะเห็นได้จาก The Restatement of the law of torts ที่ระบุไว้อย่างแจ่มชัดว่า “ถ้าโดยการกระทำที่เป็นละเมิดของเขานเอง ผู้กระทำได้ต้องรับผิดชอบ (ที่กฎหมายคุ้มครอง) ของบุคคลอื่น ในการพิจารณาคดีของผู้กระทำผิดละเมิดนั้น ศาลจะนำเอาความทุกข์ทางอารมณ์ที่เกิดขึ้นจากการรุกราน (invasion) หรือจากการกระทำที่เป็นละเมิด เข้ามาร่วมพิจารณาในการคิดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ด้วย”³⁶

ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวถึงความเสียหายในทางจิตใจ ใน The Restatement (second) of Torts 1979 Art. 905 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่คู่กรณีไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหาย ประกอบด้วย

- (a) อันตรายจากร่างกาย และ
- (b) ความเสียหายทางจิตใจ”³⁷

The Restatement (second) of Torts 1979 Art. 924 บัญญัติว่า “ผลที่เกิดจากการถูกทำละเมิดให้สิทธิได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่ผ่านมาหรือความเสียหายที่คาดหวังไว้

- (a) การบาดเจ็บทางร่างกาย และความเสียหายทางจิตใจ
- (b) ความสูญเสีย หรือการขาดรายได้
- (c) ค่ารักษาพยาบาลหรือค่าใช้จ่ายอย่างอื่นที่เหมาะสม

³⁶ พิศวาส สุขธนพันธุ์ “ความเสียหายทางจิตใจตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์” วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 2 ปีที่ 12 พ.ศ.2524 หน้า 166-171.

³⁷ “Compensatory damages that may be awarded without proof of pecuniary loss include compensation
(a) for bodily harm, and
(b) for emotional distress.”

(d) ความเสียหายแก่ทรัพย์สิน หรือธุรกิจที่มีสาเหตุจากการรุกราน³⁸”

The Restatement (second) of Torts 1979 Art. 926 บัญญัติว่า “ภายใต้บทบัญญัติกฎหมาย ในกรณีผู้ถูกระทำละเมิดยังไม่ถึงแก่ความตาย ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดจะไม่เกี่ยวกับความตาย ความรับผิดชอบในการทำละเมิดไม่มีผลไปถึงความตาย ไม่ว่าจะก่อนหรือระหว่างพิจารณา เว้นแต่

(a) ความตายของผู้เสียหาย จำกัดเพียง กรณีฟื้นฟูฐานะเดิมที่ต้องสูญเสีย หรือการขาดรายได้ ค่าเสียหายทางจิตใจ และภัยอันตรายอื่นที่ได้รับก่อนถึงแก่ความตาย

(b) ความตายของผู้กระทำละเมิด ทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสิ้นสุดลง³⁹”
บทบัญญัติของรัฐ Kansas Kan St. Ann. Par. 60-1904 (1993) ได้บัญญัติในเรื่องการชดเชยความเสียหายไว้ดังนี้

(a) “ความเสียหายอาจกำหนดเพื่อชดเชยและไม่เกินความเสียหาย:

- (1) ความโศกเศร้าเสียใจ ความทุกข์ทรมาน หรือความทุกข์โศกเนื่องด้วยมรณกรรม
- (2) ความสูญเสียทางสังคม ความเป็นมิตร ความสะดวกสบาย หรือการคุ้มครองป้องกัน
- (3) ความสูญเสียในการใช้ชีวิตสมรส การเอาใจใส่ การให้คำแนะนำ หรือเป็นที่ปรึกษา
- (4) ความสูญเสียการดูแลและเอาใจใส่อย่างเหมาะสมสำหรับบุตร

³⁸ “ One whose interests of personality have been tortiously invaded is entitled to recover damages for past or prospective

- (a) bodily harm and emotional distress
- (b) loss or impairment of earning capacity;
- (c) reasonable medical and other expenses; and
- (d) harm to property or business caused by the invasion.”

³⁹ “Under statutes providing for the survival of tort actions, the damages for a tort not involving death for which the tortfeasor is responsible are not affected by the death of either party before or during trial, except that

- (a) the death of the injured person limits recovery for damages for loss or impairment of earning capacity, emotional distress and all other harms, to harms suffered before the death, and
- (b) the death of the tortfeasor terminated liability for punitive damages.”

(5) ความสูญเสียการอบรมสั่งสอนจากบิดามารดา การให้คำแนะนำ หรือการให้การศึกษา

(6) ค่าใช้จ่ายในการจัดพิธีศพผู้ตายตามควรแก่ฐานะ”

เห็นว่าในสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะในรัฐ **Kansas** บัญญัติถึงความเสียหายทางจิตใจในความโศกเศร้าเสียใจไว้อย่างชัดเจน⁴⁰

ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายทางจิตใจในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น คดี **Johnson v. State** ศาลยอมให้ค่าเสียหายสำหรับภัยทางอารมณ์ที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ เพราะมีร่องรอยทางกายภาพที่ปรากฏออกมาภายนอก (**objective physical manifestations**) ในคดีนี้ ลูกสาวของคนป่วยในโรงพยาบาลรัฐบาลแห่งหนึ่งได้นำคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับภัยทางอารมณ์ที่เธอได้รับเนื่องจากการที่โรงพยาบาลได้แจ้งให้เธอทราบอย่างผิดพลาดว่า มารดาของเธอได้สิ้นชีวิตแล้ว ผลของข่าวสารนี้รวมทั้งการที่โจทก์ต้องไปประสบกับเหตุการณ์ต่างๆ ตลอดจนการที่ต้องไปดูศพ ซึ่งแท้จริงแล้วไม่ใช่ศพของมารดาของเธอ โจทก์บรรยายถึง “ฝันร้ายที่เกิดขึ้นแล้วเกิดขึ้นอีก ความฝันอันน่ากลัวเกี่ยวกับความตาย ความยากลำบากในการตั้งสมาธิ ความฉุนเฉียว ความไม่สามารถที่จะทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความตึงเครียด และความกระวนกระวายทั่วไป ศาลเห็นว่าโรงพยาบาลเป็นผู้ทำให้เกิดความเจ็บป่วย (**injury**) นั้นขึ้นโดยตรงต่อโจทก์โดยความเลินเล่อในการส่งข่าวสารที่ผิดจิตแพทย์ของโจทก์และจำเลย เห็นพ้องต้องกันว่า เนื่องจากผลของเหตุการณ์นั้น ผู้ร้องได้มีอาการกระวนกระวายอย่างมาก กล่าวคือ มีอาการโรคจิตประสาท เนื่องจากมีความกังวลหรือความหวาดกลัวตลอดเวลา (**anxiety neurosis**) จากหลักฐานที่ปรากฏผู้เชี่ยวชาญของโจทก์ให้การว่า มีร่องรอยที่ปรากฏออกมาภายนอก (**objective manifestations**) ที่ตัวโจทก์ในการยอมให้ค่าเสียหาย

⁴⁰The Kansas statute, for example, provides in part:

(a) Damages may be recovered for , but are not limited to:

- (1) Mental anguish , suffering or bereavement;
- (2) Loss of society, companionship , comfort or protection ;
- (3) Loss of marital care, attention , advice or counsel;
- (4) Loss of filial care or attention;
- (5) Loss of parental care , training , guidance or education ; and
- (6) Reasonable funeral expenses for the deceased.

Kan. St. Ann. Par. 60-1904 (1993). This statute clearly allows recovery for many types of intangible emotional losses due to the loss of the decedent. อ้างจาก Joseph W. Glannon.(1995). The Law of tort. Little, Brown and company (Canada) Limited. p.291.

ศาลได้อ้างคดี *Battalla* และคดี *Ferrara v. Galluchio* โดยกล่าวว่า... “อาศัยคดี *Battalla* และคดี *Ferrara* และเหตุผลที่ศาลทั้งสองได้อ้างถึงเราควรจะให้ค่าเสียหายสำหรับภัยทางอารมณ์แก่คนที่ต้องประสบเคราะห์กรรมอันเกิดขึ้นโดยตรงจากการละเมิด ถ้ามีหลักฐานเพียงพอที่จะแสดงถึงความต่อเนื่องระหว่างเหตุและผล (causation) ความหนักหน่วงของภัยที่ได้รับและหลักประกันความแท้จริง (guarantee of genuineness) ที่ศาลในคดี *Ferrara* อ้างถึง⁴¹”

หรือในประเทศอังกฤษ ในคดีที่เกี่ยวข้องกับความปวดร้าวหรือความกระทบกระเทือนทางจิตใจ ศาลอังกฤษได้กล่าวไว้ว่า... “ไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปแล้วที่จะพิจารณาว่าการก่อให้เกิดสิ่งทีเรียกว่าความกระทบกระเทือนทางจิตใจสามารถที่จะนำมาฟ้องร้องได้หรือไม่ ความคิดอันไม่ละเอียดอ่อนที่ว่า กฎหมายควรรับรองแต่เพียงบาดเจ็บทางกายที่เกิดจากการกระทบกระทั่งเท่านั้น ได้ถูกละเลยแล้ว และเดี๋ยวนี้ก็เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าเราสามารถที่จะฟ้องร้องกันได้ในกรณีที่การบาดเจ็บเกิดจากความกระทบกระเทือนที่ผ่านสื่อทางตาและทางหู โดยที่ไม่ต้องมีการสัมผัสทางกายโดยตรงเลย ความแตกต่างระหว่างความกระทบกระเทือนทางใจ และการบาดเจ็บทางร่างกายนั้น ไม่ใช่เรื่องทางวิทยาศาสตร์ เพราะความกระทบกระเทือนทางจิตใจในทุกกรณีเป็นผลของหรืออย่างน้อยที่สุดก็คู่กันมากับการรบกวนทางร่างกายบางอย่างในระบบของผู้ป่วยนั้น ความกระทบกระเทือนทางจิตใจอาจมีผลร้ายแรงกว่าสิ่งที่เกิดจากการกระทบกระทั่งทางกายเสียอีก⁴²” จึงเห็นได้ว่าในกฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ ให้ความสำคัญคุ้มครองไปถึงผู้ได้รับบาดเจ็บทางจิตใจหรือทางอารมณ์ด้วย

ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งศาลมีคำพิพากษาให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์มีดังนี้

ในคดี *Yates v. South Kirby Colerries* โจทก์ในคดีนี้มีอาชีพทำเหมืองมาตลอดชีวิต วันหนึ่งขณะที่โจทก์กำลังทำงานอยู่ตามปกติ เขาได้ยินเสียงร้อง เขาจึงได้วิ่งออกไปดูและก็ได้เห็นเพื่อร่วมงานของเขาอนอยู่ใต้ไม้ที่หักลงไป เลือดออกที่ศีรษะ หูและตา โจทก์ประคองเพื่อนผู้เคราะห์ร้ายให้ลุกขึ้นและพาไป ในเวลาเพียงไม่กี่นาทีหลังจากนั้น เพื่อนก็ได้สิ้นชีวิต โจทก์พยายามที่จะกลับไปทำงานต่อ แต่ไม่สามารถที่จะทำเช่นนั้นได้ ผู้พิพากษาพบว่าโจทก์เป็นโรคประสาทอ่อน

⁴¹ 372 N.Y.S. 2d. 996 (C.A.N.Y.) (1958). อ้างจาก พิศวาส สุคนธพันธุ์ “ความเสียหายทางจิตใจตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์” อ้างแล้ว หน้า 177.

⁴² *Bourhill V. Young* (1943) A.C.92,103, per Lord Macmillan,H.L. อ้างจาก พิศวาส สุคนธพันธุ์ “ความเสียหายทางจิตใจตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์” อ้างแล้ว หน้า 168.

(neurasthenia) ที่เกิดจากอุบัติเหตุที่ศาลได้ให้คำตัดสินใหม่ทดแทนแก่โจทก์ และเมื่อศาลเข้าสู่ศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้ยื่นตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น

Donoghue v. Stevenson (1932) A.C.562, HL. โจทก์สั่ง Ginger-beer มาดื่ม โดย Ginger-beer บรรจุในขวดทึบแสง ผู้ดื่มเข้าใจว่าในขวดไม่ควรมีสิ่งใดนอกจาก Ginger-beer เมื่อรินดื่ม ถ้วยที่ 2 มีซากหอยทาก (Snail) อยู่ในแก้ว โจทก์ตกใจอย่างมากทำให้อาเจียนออกมา คดีนี้โจทก์ฟ้องร้องผู้ผลิตที่มีหน้าที่ระมัดระวัง (duty of care) ตรวจสอบคุณภาพสินค้าก่อนออกจากโรงงานไม่ให้มีสิ่งใดเจือปน และยังเรียกค่าเสียหายที่ทำให้โจทก์ตกใจได้อีกด้วย

Mc Loughlin v. O'Brian (1983) AC 410 โจทก์ได้รับข่าวร้ายว่าสามีถึงแก่กรรมเกิดความตกใจ เรียกค่าเสียหายจากความตกใจได้ ซึ่งต่างจากคำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502⁴³

ตามที่กล่าวมาแล้วนั้น แม้กฎหมายไทย จะมีมาตรา 438 ให้ศาลเป็นผู้กำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิดก็ตาม หรือมาตรา 446 จะกำหนดให้ผู้เสียหายเรียกร้องค่าเสียหายอันมิใช่เป็นตัวเงินได้ หากพิจารณาจากคำพิพากษาฎีกาต่างๆ ที่พอจะนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการใช้ดุลพินิจของศาลในแต่ละคดี ปรากฏว่าผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายในทางจิตใจ เช่นการเศร้าโศก ฯลฯ ได้เลย เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเห็นควรหรือไม่ที่มีการกำหนดเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 ว่าควรรวมถึงการทำให้เสียหายแก่จิตใจด้วย จึงจะทำให้ผู้เสียหายอาจเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ตามมาตรา 446 ที่บัญญัติว่า " ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินอีกด้วยได้..."

4. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแห่งการกระทำ อาจเรียกว่าความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล หรือระหว่างความคิดกับความเสียหาย เมื่อบุคคลนั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ความเสียหายดังกล่าว เกิดขึ้นจากการกระทำโดยผิดกฎหมายและโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบุคคลนั้นหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การกระทำกับความเสียหายมีความสัมพันธ์กันหรือไม่ ถ้าการกระทำมีความสัมพันธ์กับความเสียหาย คือเป็นเหตุเป็นผลของกัน

⁴³ คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502 สามีไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความวุ่นวาย เพราะสูญเสียภริยาที่เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุข เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

และกันแล้ว ผู้กระทำจำเป็นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เช่น คำตีศีรษะขาวแตก การที่ศีรษะแตกย่อมสัมพันธ์กับการกระทำของคำ⁴⁴

สรุป

⁴⁴ วารี นาสกุล ,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ตากมิกวรได้,อ้างแล้ว หน้า 109.

ประเด็นที่สอง คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ควรบัญญัติเพิ่มเติมโดยละเอียดไปถึง สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด⁴⁵ โดยละเอียดด้วยหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ความหมายของคำว่า “สิทธิ” คือประโยชน์ส่วนได้เสียที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้อันเป็นการผูกพันบุคคลผู้มีหน้าที่ให้กระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิ

คำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487 ได้วินิจฉัยและอธิบายคำว่าสิทธิไว้ว่า “คำว่าสิทธิกล่าวโดยย่อและรวบรัดได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ก็ต้องแล้วแต่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิโดยได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย การคำมีกฎหมายอาญา มาตรา 339(2) บัญญัติลงโทษจะนั้นจะต้องถือว่ากฎหมายรับรองว่าบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาค่า การที่จำเลยค่าโจทก์จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิของโจทก์ และเป็นการละเมิดตามมาตรา 420”

คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” นั้น อันที่จริงความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน เหล่านี้ย่อมเป็นความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลทั้งสิ้น เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิ

⁴⁵ ค้นร่างจากเอกสาร โครงการประชุมกลุ่มย่อย (Fogus Group) เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่..) พ.ศ... (ละเมิด) มาตรา 419/3 “ความเสียหายตามความในลักษณะนี้ หมายรวมถึง ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย จิตใจ เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด

สิทธิอื่นใดตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึง ประโยชน์ที่แม้มิได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นสิทธิประโยชน์ที่บุคคลพึงมีพึงได้ในสังคม รวมทั้งสิทธิต่างๆ ของทารกในครรภ์มารดา หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” โดยมีหลักการ: เพื่อเป็นการอธิบายความหมายของคำว่า “ความเสียหาย” และ “สิทธิอื่น” ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะการรับรองสิทธิอื่น ๆ ถือเป็นารองรับสิทธิประโยชน์ใหม่ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในสังคมได้แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การกำหนดสิทธิอย่างชัดแจ้งไว้ในกฎหมายโดยไม่ต้องรอให้กฎหมายรัฐธรรมนูญรับรองก่อนจะทำให้กฎหมายละเมิดมีความร่วมสมัยและมีพัฒนาการทางกฎหมายมากยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการจะให้กฎหมายละเมิดทำหน้าที่กำหนดหรือรับรองสิทธิ นอกเหนือจากการชดใช้เยียวยาค่าเสียหายแต่ประการเดียว

บริบูรณ์ในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สิน สิ่งเหล่านี้จึงรวมอยู่ในความหมายของ คำว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั่นเอง สิทธิอันเป็นมูลฐานที่จะเกิดการละเมิดได้นี้ ถ้าเป็นสิทธิเด็ดขาดซึ่ง กฎหมายรับรองคุ้มครองอันบุคคลทั่วไปต้องเคารพก็ไม่มีปัญหาอะไร แต่สิทธิซึ่งผูกพันเฉพาะ บุคคลเช่น สิทธิในหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ ย่อมต้องเป็นไปตามมูลแห่งหนี้ เช่น สัญญา เป็นต้น การทำผิดสัญญา เป็นแต่การไม่ชำระหนี้ ไม่เป็นละเมิด⁴⁶

ความเห็นในเรื่องของ "สิทธิ" ต่อเนื่องจากการพิจารณาในเรื่องความเสียหายทางจิตใจที่ได้ กล่าวไปแล้ว หากมีกฎหมายอื่นบัญญัติคุ้มครองความเสียหายทางจิตใจก็เป็นการทำให้เสียหายแก่ สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 เช่นในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 บัญญัติว่า "ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ฯลฯ" และมาตรา 390 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจต้องระวางโทษ ฯลฯ" กฎหมายรับรองและคุ้มครอง การทำให้เสียหายทางจิตใจเหมือนกัน แม้จะไม่ระบุว่าจิตใจในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ก็เข้าในคำว่า สิทธิ เพราะมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครทำอันตรายโดยเจตนาหรือประมาทให้เสียหายแก่จิตใจ⁴⁷

ศาสตราจารย์ไพจิตร บุญญพันธุ์ มีความเห็นว่า ไม่ว่าจะเป็สิทธิใดๆ ความเสียหายถึงแก่ ชีวิต ร่างกาย ฯลฯ ดังที่ได้บัญญัติในมาตรา 420 ย่อมหมายถึงความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลทั้งสิ้น เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย ฯลฯ สิ่งเหล่านี้อยู่ในความหมายของคำว่าสิทธิอย่างหนึ่ง อย่างใดอยู่แล้วนั่นเอง ฉะนั้นที่ว่า "ทำต่อบุคคล" นั้นก็หมายความว่าทำต่อสิทธิของบุคคล ว่ากันที่ จริง จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติคำว่า ชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สิน จะมีบัญญัติไว้แต่เพียง คำว่า "สิทธิ" คำเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้ว ตามมาตรา 420 ซึ่งได้คัดลอกมาจากประมวลกฎหมาย แพ่งเยอรมัน⁴⁸ มาตรา 423 จึงเป็นข้อความที่ออกจะฟุ่มเฟือยไป⁴⁹

⁴⁶ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452, อ่างแล้ว หน้า 193.

⁴⁷ พจน์ ปุษปาคม, เล่มเดิม หน้า 162.

⁴⁸ เปรียบเทียบกับ ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 709 บัญญัติว่า "บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อฝ่าฝืน สิทธิของบุคคลอื่น หรือคุ้มครองป้องกันส่วนได้เสียทางกฎหมายอื่นๆ มีผลต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้น"

Art.709 " A person who has intentionally or negligently infringed any right of others, or legally protected interest of others, shall be liable to compensate any damages resulting in consequence."

ส่วนในประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส ไม่ได้บัญญัติคำว่า "สิทธิ" ไว้เลย มาตรา 41 บัญญัติว่า "ผู้ใด ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือปราศจากความ ระมัดระวัง จำต้องทดแทนความเสียหาย" ("Celui qui cause un dommage ? autrui...")

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์⁴⁹ ที่ว่า “ความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน ย่อมหมายถึงความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลทั้งสิ้น เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สิน สิ่งเหล่านี้จึงอยู่ในความหมายของคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 อยู่แล้วนั่นเอง ฉะนั้นที่ว่า “ทำต่อบุคคล” นั้นก็หมายความว่าทำต่อสิทธิของบุคคล ว่ากันที่จริง จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติคำว่าชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สิน จะมีบัญญัติไว้แต่เพียง คำว่า “สิทธิ” คำเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้ว ซึ่งย่อมรวมถึงสิทธิในชื่อเสียงหรือเกียรติคุณทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของเขา โดยประการอื่นดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 423 อันได้มีบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดเป็นเอกเทศอีกฐานหนึ่งต่างหากจากมาตรา 420”⁵⁰ ส่วนสิทธิอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิส่วนตัว (right of privacy) สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว คงรวมถึง “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” แล้ว เพราะถือเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 35 ได้บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ถือเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว การเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของผู้อื่นอันเป็นสิทธิส่วนตัวทำให้ได้รับความเสียหายถือเป็นละเมิดทั้งสิ้น

เช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศสก็ไม่ได้บัญญัติถึงคำว่า สิทธิ พิจารณาได้จากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Nippon Civil Code) บัญญัติว่า Art.1382 “Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it.”

มาตรา 1382 บัญญัติว่า “การกระทำใดของบุคคลซึ่งทำให้บุคคลอื่นเสียหายโดยการกระทำของตน ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน”

แม้ในประเทศที่กล่าวมาแล้วจะไม่ได้บัญญัติถึงความเสียหายต่อ “สิทธิ” แต่ก็มี ความหมายว่า กระทำต่อสิทธิของบุคคลนั่นเอง

⁴⁹ ความเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท:กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, เล่มเดิม หน้า 34-35.

⁵⁰ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด อ้างแล้ว หน้า 30.

หากพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศที่ถือเป็นที่มาในการร่างกฎหมายละเมิดของไทย บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ ดังนี้

1. กฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ใน Section 823 Liability in damages บัญญัติว่า “ (1) 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. (2) 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 fault. ”

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น

บุคคลซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย อันมีความประสงค์ปกป้องบุคคลอื่น ต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน การฝ่าฝืนอาจเกิดขึ้นได้แม้ผู้กระทำจะไม่ได้กระทำผิดเอง แต่ผู้นั้นจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีความผิดบางประการ อันจะถือให้เขาต้องรับผิดชอบได้”

พบว่าความหมายของคำว่า “สิทธิอื่นใด” ตามกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 นั้นให้หมายรวมเฉพาะสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) หรือทรัพย์สินเท่านั้น ไม่ใช่สิทธิสัมพัทธ์ (relative rights) ดังนั้น สิทธิในหนี้หรือสิทธิในสัญญาจึงไม่อยู่ในความหมายแห่งสิทธิ (ทั้งนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันยังมี มาตรา 824 บัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับกรณีที่เกิดความเสียหายต่อสิทธิอื่น นอกจากทรัพย์สิน หรือสิทธิเด็ดขาดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 823 (1) Endangering credit บัญญัติว่า “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.”

“บุคคลใดกล่าวไขข่าว หรือแพร่หลายความจริงโดยไม่สุจริต เป็นอันตรายต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือทางทำมาหาได้ตามที่เป็นอย่างอยู่ หรือทางเจริญก้าวหน้า ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้กระทั่งเขาไม่รู้ว่าไม่เป็นความจริง แต่เขาควรรู้” แต่ในมาตรา 420 หาได้มีความหมายเฉพาะ “สิทธิเด็ดขาด” หรือ “ทรัพย์สิน” แต่อย่างใด อย่างมาตรา 823 ในกฎหมายเยอรมันไม่ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 เป็นบทบัญญัติพิเศษที่อธิบายเรื่องการกระทำอันเป็นละเมิดไม่เหมือนกับเยอรมันที่ยังมีบัญญัติ มาตรา 824, 826 บัญญัติถึงการละเมิดต่อสิทธิอื่นๆ ไว้ด้วย ดังนั้นคำว่า “สิทธิอื่นใด” ในมาตรา 420 จึงควรหมายความถึงการ

ทำให้เกิดเสียหายต่อ "สิทธิ" ทั้งหลายอันมีกฎหมายรับรองคุ้มครองไว้ โดยไม่จำกัดแต่เฉพาะสิทธิที่เป็นทรัพย์สินหรือสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น เหตุนี้การทำให้เสียหายต่อสิทธิตามสัญญาอันเป็นบุคคลสิทธิจึงเป็นละเมิดด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 152/2523 การที่จำเลยร่วมกับพวกในการนัดหยุดงานปิดล้อมสนามบินและบีบบังคับให้สายการบินเลิกสัญญากับโจทก์ ถ้าไม่เลิกสัญญาจะไม่ยอมเลิกปิดล้อม และไม่ยอมให้เครื่องบินเดินทางต่อไปนั้น การบีบบังคับให้เลิกสัญญาดังกล่าวเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทำให้โจทก์เสียหายจึงเป็นการละเมิด จำเลยต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้น แม้โจทก์จะขาดทุนอยู่ก็ตาม

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นแนวใหม่ที่ศาลฎีกาไม่เคยวินิจฉัยเช่นนี้มาก่อน เดิมบางคำร่าถือว่า "สิทธิอื่นใด" ในมาตรา 420 นี้คือทรัพย์สินหรือสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น ไม่ใช่สิทธิตามสัญญา บัดนี้ ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยแล้วว่าสิทธิตามสัญญาถูกบุคคลนอกสัญญาทำละเมิดได้⁵¹

2. กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น Nippon civil code Article 709 Damages in torts บัญญัติว่า "A person who has intentionally or negligently infringed any right of others, or legally protected interest of others, shall be liable to compensate any damages resulting in consequence"

"บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดละเมิดต่อสิทธิอื่น ๆ หรือประโยชน์อื่นที่กฎหมายรับรองคุ้มครอง ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดนั้น"

กฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นไม่ได้ระบุนรายละเอียดถึงสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สินใดไว้เลยเพียงบัญญัติสั้นๆ ว่า "สิทธิอื่น ๆ" ซึ่งคงหมายรวมถึงสิทธิที่กล่าวมาแล้วข้างต้นและรวมถึงสิทธิในชื่อเสียง หรือเกียรติคุณทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญอื่นๆ อีกด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นระบุแต่สิทธิอย่างเดียว... เห็นว่าสิทธิคำเดียวคลุมได้ทั้งหมดละเมิดกว้างมากเพราะสิทธิตามกฎหมายมีอยู่ทุกบทกฎหมายทั้งกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งเมื่อเป็นการกระทำผิดอาญาต่อบุคคลก็เป็นการทำให้เสียสิทธิ⁵²

ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นความชาญฉลาดของผู้ร่างกฎหมายลักษณะละเมิดเป็นอย่างมากที่ใช้คำนี้ในสมัยนั้น เมื่อปี พ.ศ.2468 ผู้ร่างคงยังนึกไม่ออกว่าจะมีสิทธิอะไรที่จะเกิดขึ้นอีก จึงเขียนไว้กว้างขวางมาก เป็นวิธีการที่ทำให้ไม่ต้องมาแก้ไขกฎหมายโดยไม่จำเป็นเมื่อเกิดสิทธิใหม่ๆ ขึ้นมา ดังนั้นคำว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" จึงรวมไปถึง สิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณ สิทธิในเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร ฯลฯ หรือสิทธิอื่นๆ ที่จะตามมาในอนาคต

⁵¹ สุขุม ศุภนิคย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, อ่างแล้ว หน้า 29.

⁵² พจน์ ปุษปาคม, เล่มเดิม หน้า 172.

ประเด็นที่สาม เหตุยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายนั้น
ควรมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

การกระทำที่เป็นละเมิด มีหลักในการแก้ตัวที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด หลักที่สำคัญที่นักกฎหมายมักยกมากล่าวอ้างเสมอ คือการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความยินยอมของตัวผู้เสียหายเอง

ความยินยอม หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งอนุญาตหรือยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบุคคลผู้อนุญาตหรือยอมนั้นยอมรับผลหรือภัยที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ ความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งแตกต่างกับความยินยอมของผู้เสียหายในทางอาญากล่าวคือในทางแพ่งโดยทั่วไปแล้วความยินยอมทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายเพราะถือว่าเมื่อผู้เสียหายยินยอมแล้วความเสียหายก็ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้⁵³ หรือความยินยอม หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งสมัครใจ ให้คนอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (ประทุษร้าย) โดยยอมรับผลหรือเสี่ยงต่อภัยที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ (ไม่ใช่กรณีมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ผู้เสียหายตกลงยินยอมไม่เอาค่าเสียหาย)⁵⁴

ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิดนี้ ไม่มีบัญญัติอยู่ในกฎหมายไทย แต่มีที่มาจากสุภาษิตกฎหมายลาตินที่ว่า “Volenti non Fit Injuria” (That to which a man consents cannot be considered an injury) แปลว่า เมื่อให้ความยินยอมก็ไม่ถือว่ามีความเสียหาย และเมื่อไม่มีความเสียหายแล้วผู้ให้ความยินยอมย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องให้มีการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ผลเสียหายจะเกิดขึ้นจริง

แท้จริงแล้วความยินยอมเป็นหลักของกฎหมายปิดปาก (Estoppel) ฝ่ายเสียหายไม่ให้อ้างว่าตนเสียหาย ดังนั้น จึงเป็นข้ออ้างที่ฝ่ายผู้กระทำมีสิทธิยกขึ้นอ้างได้เพียงฝ่ายเดียว⁵⁵

ตามกฎหมายแพ่งของไทยนั้นได้นำหลักความยินยอมมาใช้ในเรื่องละเมิด กรณีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายตามมาตรา 420 และให้ความยินยอม การกระทำนั้นย่อมไม่เสียหาย เมื่อไม่เกิดความเสียหาย จึงถือว่าไม่เป็นความผิดฐานละเมิด

⁵³ วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้ (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ.2544) หน้า 78.

⁵⁴ ความเห็นของอาจารย์ปศพ นพรัมภา, คำอธิบายกฎหมายแพ่ง ลักษณะมูลหนี้ 2 ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลากมิกควรได้, อ้างแล้ว หน้า 19-20.

⁵⁵ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2543) หน้า 39.

ความยินยอมเป็นการแสดงความประสงค์ของผู้ยินยอมที่อนุญาตให้กระทำต่อคนได้ โดยยอมรับผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ ไม่ว่าจะแสดงออกโดยตรงหรือโดยปริยาย

ความยินยอมที่แสดงออกโดยตรง หมายถึงการแสดงออกโดยชัดแจ้งให้เขากระทำ จะเป็นโดยกิริยา วาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแสดงโดยวิธีใดๆ ให้รู้ว่าได้ยินยอมให้มีการกระทำแก่ตนได้

ความยินยอมโดยปริยาย หมายถึงการไม่ได้แจ้งการกระทำของบุคคลอื่น จนเขาเข้าใจว่าเราอนุญาตให้กระทำได้ เป็นต้นว่าการนั่ง หรือไม่แสดงอาการขัดขวางจนผู้กระทำเข้าใจว่าเรายินยอม เช่น เราหล้มเลือดออก แล้วเพื่อนเอายาใส่แผลมาใส่ให้ เรอบอกเขาว่ากลัวเส็บ แต่ก็มิได้ขัดขึ้น คัดค้านหรือหลบหนีแต่อย่างใด กลับอยู่เฉยๆ จนกระทั่งเขาทายาให้เสร็จ เช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการยินยอมแล้ว แม้จะเป็นการนั่งเฉยหรือพูดแต่เพียงว่ากลัวเส็บ โดยมิได้ปกป้องคัดค้านหรือหลบหนีไปให้พ้นแต่อย่างใด⁵⁶

ตัวอย่างเช่น นายแดงยอมให้ทันตแพทย์ถอนฟันคุณ ถือว่านายแดงได้ยินยอมและยอมรับผลของการถอนฟันนั้น มีผลให้การกระทำของทันตแพทย์ไม่เป็นละเมิด หรือการยินยอมให้ใช้มีดฟันแขนของตนเองเพื่อทดลองคาถาอาคม หากผู้ให้ความยินยอมแขนขาด ผู้กระทำไม่ถือเป็นการละเมิด

ความเห็นต่อเหตุที่นำ "หลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด" มาใช้ในกฎหมายไทย เนื่องจาก⁵⁷

1. กฎหมายอาญาอันเป็นบทบัญญัติที่บังคับเข้มงวดยิ่งกว่าทางแพ่ง ยังแยกการกระทำผิดออก 2 ประการ ได้แก่ความผิดต่อรัฐ คือความผิดอันยอมความกันไม่ได้ และความผิดอันยอมความได้ ซึ่งเป็นความผิดที่ผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์ เจ้าพนักงานจึงจะนำคดีขึ้นฟ้องร้องได้ เมื่อผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ ก็ยอมทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไป แม้กฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยแท้ยังยอมรับความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้ผู้เสียหายพ้นโทษไปได้

2. ตามมาตรา 442 บัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำมาตรา 223 มาใช้บังคับโดยอนุโลม" ซึ่งมาตรา 223 วรรคแรกที่นำมาใช้นั้น ได้บัญญัติว่า "ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี่อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมาก

⁵⁶ วิชา มั่นสกุล , "ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2516) หน้า 245.

⁵⁷ หลวงจรัญนิติศาสตร์,บันทึกคำสอนชั้นปริญญาโท กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อ้างจาก ไพจิตร บุญญพันธุ์,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2538) หน้า 21-22.

น้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาท ข้อสำคัญก็คือ ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แม้ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหาย ประกอบกันด้วย เช่น โจทก์จำเลยต่างก็มีความประมาทเลินเล่อด้วยกัน (contributory negligence) ยังให้พิเคราะห์ดูว่าฝ่ายใดจะประมาทเลินเล่อยิ่งหย่อนกว่ากัน ถ้าหากโจทก์ประมาทถึง 60% ส่วนจำเลยประมาทเพียง 40% โจทก์ก็ย่อมเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยไม่ได้ นอกจากนี้ยังจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่จำเลยอีก เพราะฝ่ายโจทก์ประมาทมากกว่า (ถ้าหากจำเลยฟ้องแย้ง ก็อาจตัดสินให้โจทก์ใช้ได้เสียทีเดียว)

3. ตามมาตรา 5 การใช้สิทธิจะต้องกระทำโดยสุจริต ฉะนั้น เมื่อผู้เสียหายยอมให้กระทำแล้ว จะกลับมาเรียกค่าสินไหมทดแทนอีก ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริตชอบที่จะไม่ยอมให้เรียกร้องกันได้

4. หลักกฎหมายที่มายกเว้นนั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ที่จะต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง ก็แต่เฉพาะบทบัญญัติที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาเท่านั้น และเหตุที่ไม่ได้บัญญัติหลักเรื่องความยินยอมไม่เป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายนั้นก็มีเหตุผลที่ว่าอาจเป็นเพราะว่าเป็นการยากที่จะกำหนดลงไปว่า ความยินยอมอย่างไรจึงไม่เป็นความผิด ซึ่งอาจจะเกินความสามารถของมนุษย์ ที่จะบัญญัติให้ครบถ้วน จนเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้การได้ จึงต้องปล่อยให้เป็นหลักที่ใช้วินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไปซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมายว่าอย่างไรจึงจะเหมาะสม⁵⁸

5. ตามมาตรา 4⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เห็นได้ว่า หลักกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องเป็นหลักกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป ดังนั้น จารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป ก็ย่อมถือเป็นหลักกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

⁵⁸ ความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.จิตติ ดิงศรัทธี, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม-สิงหาคม 2520 (พระนคร:นำอักษรการพิมพ์ พ.ศ.2520) หน้า 52-53.

⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้นความเห็นของนักวิชาการบางท่าน⁶⁰ เห็นว่า เรื่องความยินยอมแม้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็อาจจะนำหลักดังกล่าวมาใช้ได้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วรรคสามได้

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่อ้างถึงหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 576/2488 หญิงยินยอมร่วมประเวณีกับชาย โดยชายหลอกว่าจะเลี้ยงดูเป็นภรรยา ไม่เป็นละเมิดต่อหญิง

คำพิพากษาฎีกาที่ 231/2504 สร้างร้านกล้วยไม้รुकกล้าห้อง โดยเจ้าของยินยอม ไม่เป็นละเมิด แต่ถ้าเจ้าของเปลี่ยนใจให้หรือ ถ้าไม่รู้ก็เป็นละเมิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 (ประชุมใหญ่) การที่โจทก์ทำให้อำเภอยื่นฟ้องเพื่อทดลองคาถาอาคมซึ่งตนเชื่อถือ และอวดอ้างว่าตนอยู่ยงคงกะพันนั้น เป็นการที่โจทก์ยินยอมหรือสมัครใจให้อำเภยทำต่อร่างกายเป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นเอง ตามกฎหมายถือไม่ได้ว่า โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องอำเภยให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 713/2512 โจทก์ยินยอม หรือสมัครใจให้อำเภยปิดกั้นลำรางพิพาทเท่ากับโจทก์เต็มใจยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต จะถือว่าอำเภยละเมิดต่อโจทก์ไม่ได้ อำเภยไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 564/2518 โจทก์ได้เสียกับอำเภย แม้จะเป็นเพราะถูกอำเภยหลอกกลางว่า จะเลี้ยงดู โจทก์เป็นภรรยา การกระทำของอำเภยก็ไม่เป็นละเมิด โจทก์จะฟ้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุดังกล่าวไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 248/2523 ม.ฝ่ายหนึ่งกับอำเภยที่ 1,2 วิวาทกัน ม.ถูกอำเภยที่ 1 ยิงตาย ภริยาของ ม.ฟ้องอำเภยที่ 1 เรียกค่าเสียหาย ศาลฎีกาว่า เป็นเรื่องสมัครใจยินยอมเข้าเสี่ยงภัยยอมรับอันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตน จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำละเมิด

แต่อย่างไรก็ตามมีกรณีบางเรื่องที่ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม ถือเป็นประทุษกรรมที่ไม่ได้รับความยินยอม ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ หาก⁶¹

1. มีเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้นอย่างแท้จริงและแจ้งชัด จำเป็นต้องกระทำก่อนได้รับความยินยอม
2. ในกรณีเช่นนั้นวิญญูชนยอมต้องให้ความยินยอม

⁶⁰ ความเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย" คลยพาท เล่ม 1 ปีที่ 20 มกราคม-กุมภาพันธ์ พ.ศ.2516 (พระนคร:โรงพิมพ์การศาสนา พ.ศ.2516) หน้า 27.

⁶¹ พจน ปุชปาคม ,คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2523) หน้า 61.

3. ผู้กระทำไม่รู้ หรือไม่มีเหตุที่ควรรู้ว่าผู้ถูกกระทำจะไม่ให้ความยินยอม ถ้าได้มีโอกาสถามเขา

ตัวอย่างเช่น ก.ต้องการฆ่าตัวตายโดยจะกระโดดหน้าต่าง ข.จึงไล่กลอนทั้งประตูหน้าต่างป้องกันไม่ให้ ก.ฆ่าตัวตาย ข.ไม่ต้องรับผิดชอบต่อก.

ตัวอย่างเช่น ก.พยายามทำร้ายตัวเอง ข.ซึ่งระวังอยู่มัดมือและเท้าเพื่อป้องกันไม่ให้ทำเช่นนั้น ข.ไม่ต้องรับผิดชอบต่อก.

ตัวอย่างเช่น ก.ใช้กำลังโดยไม่เกินจำเป็นผลัก ข.คนตาบอดออกจากทางวิ่งของรถยนต์ที่เข้ามาใกล้ โดยให้ล้มลงที่พื้น ก.ไม่ต้องรับผิดชอบต่อก.

ตัวอย่างเช่น ก.ถูกรถยนต์ทับสลบ ถูกหามส่งโรงพยาบาล ข.เป็นหมอเวรเห็นมีความจำเป็นต้องช่วยชีวิต ข.ตัดขาออก ก.ฟื้น ข.ไม่ต้องรับผิดชอบต่อก.

เรื่องดังกล่าว หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายในต่างประเทศได้ยอมรับสุภายศกฎหมายที่ว่า “เมื่อมีความยินยอมแล้ว ย่อมไม่เป็นละเมิด” (Volenti non Fit Injuria) เช่น กฎหมายในประเทศเยอรมัน ได้บัญญัติกฎหมายที่กล่าวคือความยินยอมของผู้เสียหาย ย่อมเป็นข้อยกเว้นความผิด โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเยอรมัน German Criminal Code (StGB) มาตรา 228⁶² ที่ว่า “ผู้ใดกระทำให้เกิดอันตรายแก่กายของผู้อื่น ด้วยความยินยอมของผู้นั้น การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำนั้นไม่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี”

หรือในหลักกฎหมายแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา นักนิติศาสตร์ของอเมริกา ได้ให้ความเห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมเป็นข้อแก้ตัวได้ในฟ้องเรื่องการรบกวนโดยเจตนาต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน โดยถือหลักเบื้องต้นของกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่ว่า Volenti non Fit Injuria – one who consents no wrong is done โดยถือหลักว่า เมื่อเขายินยอมแล้วก็ไม่เป็นละเมิด ทำที่ของศาลไม่ใช่เป็นกรณีของการปกครองระหว่างบิดาที่มีต่อบุตร ดังนั้นเมื่อเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชน ศาลก็จะปล่อยให้เอกชนทำตามความประสงค์ของเขา และไม่ป้องกันเขาจากความโง่เขลาของเขา ที่ยอมให้คนอื่นทำความเสียหายแก่เขา⁶³

⁶² German Criminal Code (StGB) Section 228 Consent

“Whoever commits bodily injury with the consent of the injured person only acts unlawfully if the act is, contrary to good morals.” ที่มา <http://www.juscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>

⁶³ Willim L. prosser, The Law of torts. (American civil law) 2nd ed P.82 อ้างจาก ประพิน ประชญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2522 หน้า 111.

แม้ในประเทศฝรั่งเศสจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อให้ความยินยอมแล้ว ย่อมไม่เป็นละเมิด แต่มีกฎหมายที่เทียบเคียงและอธิบายได้มีนัยตรงกันกับหลักความยินยอม บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1109⁶⁴ ใน Section I – Of Consent ความว่า ถ้า ความยินยอมนั้นให้โดยผิดหลงหรือเข้าใจผิด ถูกบังคับหรือข่มขู่ให้ยินยอมถือว่าไม่ได้ให้ความ ยินยอม หรือที่กล่าวไว้ในกฎหมายฝรั่งเศส ถ้าเป็นความยินยอมที่เป็นความเสียหายเกี่ยวกับ ทรัพย์สิน (dommage aux biens) ก็ยินยอมกันได้ ไม่ถือว่าเป็นความผิด แต่ถ้าเป็นความเสียหาย เกี่ยวกับร่างกาย (dommage corporel) ความยินยอมก็ไม่มีผลอะไร อย่างไรก็ดี ในบางกรณีการตกลง ยินยอมเกี่ยวกับร่างกายก็อาจใช้บังคับกันได้ ถ้าหากเป็นการตกลงเพื่อความสะอาดเรียบร้อยหรือ สุขภาพอนามัยหรือความสวยงาม เช่นยอมให้ช่างตัดผมหรือตัดเล็บ ให้แพทย์ผ่าตัดหรือสูบเอา เลือดออกจากร่างกายเพื่อใช้ประโยชน์สำหรับบุคคลอื่น ฯลฯ และถือว่าไม่มีความผิด

ในกฎหมายสวีต ถ้าผู้เสียหายยอมต่อการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้น ก็ฟ้องคดีเรียก ค่าทดแทนไม่ได้ ถือว่าความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิดเช่นเดียวกัน ส่วนในกฎหมายไทย ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁶⁵ ได้ให้ความเห็นว่าโดยหลักไม่ว่าจะเป็นความยินยอมในความเสียหายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือเนื้อตัวบุคคล แม้ความยินยอมของโจทก์มีส่วนเกี่ยวข้องกับความรับ ผิดทางอาญาอยู่ด้วย ในทางแพ่งก็ยังคงเอาความยินยอมของโจทก์ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ทำให้ไม่ต้องรับ ผิดชดใช้ค่าทดแทนทางแพ่งได้⁶⁵

ในปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งได้บัญญัติใน เรื่องของความยินยอมไว้อย่างมีนัยสำคัญทางกฎหมาย ในมาตรา 8 และมาตรา 9

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของ ผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือ ของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดไม่ได้

⁶⁴Section I – Of Consent Art.1109 “There is no valid consent, where the consent was given only by error, or where it was extorted by duress or abused by deception.

⁶⁵ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท:กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานา ประเทศ , เล่มเดิม หน้า 32.

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

ส่วนมาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้” ทำให้ผู้เป็นบทกฎหมายที่ชัดเจนให้นำมาใช้กับกฎหมายละเมิดด้วย ถือเป็นภาระแก้ไข เปลี่ยนแปลงหลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (Volenti non Fit Injuria)

หากพิจารณามาตรา 9 ในพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 หมายความว่า รวมถึง ความยินยอมที่ทำได้ไม่ว่าจะขณะมีการกระทำละเมิด รวมทั้งกรณียินยอมสละสิทธิเรียกค่าเสียหายในละเมิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ก็แสดงว่าต่อแต่นี้ไปหลักเรื่องความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายจะนำไปใช้ได้เฉพาะเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายมาตรา 9 นี้เท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ใช่กรณีที่ต้องห้าม โดยชัดแจ้ง โดยกฎหมาย เช่นยินยอมให้ทำร้ายร่างกาย หรือไม่ใช่กรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี เช่น ยินยอมให้ข่มขืน หรือเอาตัวไปเป็นสินค้าในการค้าบริการทางเพศ นอกเหนือจากนี้หลักเรื่องความยินยอมยังคงถือว่าผู้เสียหายไม่เสียหายในทางละเมิด ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ จึงเท่ากับว่าจำกัดขอบเขตความยินยอมที่จะยกขึ้นอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดของผู้กระทำให้แคบลง ความยินยอมที่จะอ้างเพื่อไม่ต้องรับผิดในทางละเมิดก็คงเหลือแต่กรณีผู้เสียหายยินยอมให้ใช้ทรัพย์สิน ยินยอมให้ใช้ชื่อของผู้เสียหายในการทำธุรกิจกล่าวโดยง่ายก็คงเป็นเรื่องยินยอมเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิฯ ที่ไม่ใช่ชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย นั่นเอง⁶⁶

ผู้วิจัยเห็นว่าหลักในเรื่องความยินยอมของไทย เริ่มวิวัฒนาการขึ้น หากเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน จากท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา 616/2482 การที่บุคคลเข้าสมาคม โดยมีข้อบังคับขอมให้สมาคมเขียนสมาชิกที่ทำผิดได้ 3-5 ทีเดียวไม่ เพื่อไม่ให้เกิดคดีในโรงศาล ไม่ถือว่าการเขียนในกรณีที่ยินยอมกันนี้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา สมาคมไม่ใช่อั้งยี่ สมาชิกไม่มีความผิดฐานเป็นอั้งยี่ ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้บันทึกท้ายอธิบายในเรื่องความยินยอมไว้ด้วยว่า ตามกฎหมายเยอรมัน การเขียนเป็นการผิดกฎหมายเพราะเป็นการทำร้ายร่างกาย นักนิติศาสตร์เยอรมันมีความเห็นว่า ถ้าการยินยอมไม่เป็นการขัดต่อศีลธรรมของประชาชน บุคคลย่อมมีอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำร้ายตนเองได้ และความยินยอมนี้เป็นเหตุให้การทำร้ายของ

⁶⁶ ยังเป็นข้อคำถามอ้างในสุขุม สุภนิคย์,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,อ้างแล้ว หน้า 41.

ผู้อื่นเป็นการชอบด้วยกฎหมาย การยอมให้ช่างตัดผม และยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดเป็นการถูกต้องตามศีลธรรมจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การขายอวัยวะของตนเองให้แก่ผู้อื่น เป็นการยินยอมที่ไม่ถูกต้องตามศีลธรรม จึงไม่ใช่เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย ถ้าเดินตามหลักกฎหมายเยอรมัน เราจะต้องถือว่า การยอมให้เขียนในกรณีนี้เป็นการขัดต่อศีลธรรม เพราะเท่ากับยอมให้หัวหน้าหรือสมาชิกอื่นของสมาคม มีอำนาจพิพากษาคดีแทนศาลยุติธรรม ซึ่งจะถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยศีลธรรมไม่ได้เลย

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 8 และมาตรา 9 อาจก่อให้เกิดความสับสนเป็นอย่างมากอันเนื่องจากในกฎหมายละเมิดไม่ได้บัญญัติหลักความยินยอมไว้ให้ชัดเจน หากพิจารณาถึงบทบัญญัติเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายตามมาตรา 9 กำหนดว่า มิให้ยกเป็นข้อจำกัดความรับผิดชอบหรือยกเว้นความรับผิดชอบในทางละเมิดค่อนข้างจะสับสนอยู่ในการปรับใช้กฎหมายทั่วไปที่ควรต้องชัดเจน และรวมอยู่ในประมวลกฎหมายเล่มเดียวกันมากกว่าที่จะแยกบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะเช่นนี้ ที่สำคัญก็คือข้อสัญญา คือการตกลงผูกพันในทางแพ่ง ส่วน "ยินยอม" เป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบที่สามารถยกมาพิจารณาในทางละเมิด หากถือว่าข้อเท็จจริงด้านผู้เสียหายที่แสดงความยินยอมทุกกรณีเป็นข้อตกลงแล้ว ผู้เขียนคิดว่า⁶⁷ เส้นแบ่งแยกระหว่างละเมิดและสัญญาจะไม่มีอีกต่อไป พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ควรควบคุมการทำข้อตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดชอบในทางละเมิดของคู่กรณี มิให้เป็นการเอาเปรียบโดยไม่เป็นธรรมจนเกินไปอย่างเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แต่ควรใช้มาตรา 8 ทั้งในกรณีผู้เสียหายเป็นฝ่ายสละสิทธิและผู้กระทำเป็นฝ่ายตกลงยกเว้นความรับผิดชอบโดยไม่ต้องแยกบัญญัติไว้ในมาตรา 9 ส่วนการทำละเมิด ควรมิบทกเว้นการนำหลักความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาใช้มากนักน้อยเพียงใด และควรบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ เป็นเรื่องควรพิจารณาข้อเท็จจริงและความเข้าใจของผู้ใช้กฎหมายในปัจจุบันว่าปรับหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วถูกต้องเหมาะสมเพียงใด

ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นควรเพิ่มหลักข้อนี้ให้ชัดเจนไว้ในหมวดนิติโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นอีกมาตราหนึ่ง โดยอาจพิจารณาเป็น 2 ลักษณะคือ

1. ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น

⁶⁷ ความเห็นของ สุขุม สุกนิตย์, เล่มเดิม หน้า 43-44.

2. ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นความยินยอมสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อีกทั้งเมื่อก้าวถึงเรื่องนิรโทษกรรมแล้ว มีประเด็นเพิ่มเติมตามกฎหมายลักษณะละเมิดใน หมวด 3 กฎหมายไทยใช้คำว่า “นิรโทษกรรม” ซึ่งหากพิจารณาจากตัวบทในภาษาอังกฤษใช้คำว่า *justification acts* น่าจะแปลได้ว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” เสียมากกว่า ซึ่งคำว่า “นิรโทษกรรม” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “amnesty” เพราะคำว่า “นิรโทษกรรม” หมายถึง การตรากฎหมาย ย้อนหลังเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดทางการเมืองหรือความผิดอาญาก็ได้ แก่บุคคล หรือ กลุ่มบุคคล โดยบุคคลดังกล่าวจะไม่ตกอยู่ภายใต้การดำเนินคดีตามกฎหมาย โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้ลืม ความบาดหมางกับเหตุการณ์ในอดีตที่เกิดขึ้นแล้ว⁶⁸ ดังเช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบัญญัติในมาตรา 309 ว่า “บรรดาการใดๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าว ไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้” เช่นนี้จึงจะถือได้ว่าเป็นกฎหมายนิรโทษ กรรมเพราะจะมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอดีตที่เกิดขึ้นก่อนและหลังวันที่กฎหมายประกาศใช้

หากพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ให้ความหมายคำว่า นิรโทษกรรม หมายความว่า “ตามกฎหมายแพ่ง หมายถึง การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แก่ผู้อื่น ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่า ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่น การกระทำการป้องกันโดยชอบ ด้วยกฎหมาย การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย; ตามกฎหมายอาญา หมายถึง การลบล้าง การกระทำความผิดอาญาที่บุคคลได้กระทำมาแล้ว โดยมีกฎหมายที่ออกภายหลังการกระทำผิด กำหนดให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด และให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด” หรือจะแยกพิจารณาเป็นแต่ละคำจากพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 คำว่า “นิรโทษ” หมายความว่า ไม่มีโทษ ส่วน “กรรม” หมายถึง การ การกระทำ การงาน กิจ รวมความ แล้วคงหมายถึง การกระทำที่ไม่มีโทษ ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมาก็ยังไม่ใช่ความหมายที่แท้จริงของนิรโทษกรรมตามความหมายกฎหมายละเมิดที่แท้จริง

ในเรื่องนิรโทษกรรมของไทย มีที่มาจาก German Civil Code (BGB) Division 6 Section 227-231 Exercise of right, self-defence, self-help แต่ในกฎหมายแพ่งเยอรมันใช้คำว่า “การใช้สิทธิ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการช่วยตัวเอง” ซึ่งต่างจากของไทย

⁶⁸ หนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไท วันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ.2550

นักวิชาการทางกฎหมาย ศาสตราจารย์ ดร.วาริ นาสกุล ให้คำจำกัดความคำว่า นิรโทษกรรม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึงการกระทำที่กฎหมายกำหนดว่าผู้กระทำไม่ต้องรับผิด กล่าวคือ การกระทำนั้นโดยตัวเองเป็นละเมิดเพราะครอบคลุมความผิดฐานละเมิด แต่กฎหมายเห็นว่าในบางกรณีผู้กระทำความผิดอาจทำเพราะความจำเป็นหรือเหตุอื่น โดยที่ตนเองไม่ประสงค์จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกทำละเมิด จึงเห็นความจำเป็นว่า ไม่ควรให้ผู้กระทำนั้นต้องรับผิดชอบถึงภัยพิบัติหลักเกณฑ์เป็นข้อยกเว้นความรับผิดไว้ เมื่อการกระทำใดเข้ากรณีตามกำหนดไว้ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย หรือให้ชดเชยค่าเสียหายแต่ให้ชดเชยน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง⁶⁹ กล่าวคือเป็นการกระทำที่ถือเป็นละเมิดแล้ว แต่ผู้กระทำไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน แต่มีนักวิชาการบางท่านเห็นต่างในความหมายโดยเห็นว่า “นิรโทษกรรม” หมายถึง การกระทำที่รับยกเว้นไม่ต้องรับผิดแต่จะหมายถึงการกระทำที่เป็นละเมิดแต่ไม่ต้องรับผิด หรือหมายถึงกรณีที่ไม่เป็นละเมิดและเพราะกฎหมายให้อำนาจทำได้ ดังที่มีคำอธิบายไว้ในตำรากฎหมายละเมิดไว้แตกต่างกัน⁷⁰ ดังเช่น ความเห็นของศาสตราจารย์ หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช เห็นว่านิรโทษกรรมนั้นต้องเป็นกรณีที่เป็นละเมิดแล้ว แต่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องรับผิดชดเชยค่าสินไหมทดแทน โดยอธิบายว่า “นิรโทษกรรมในเรื่องละเมิดเข้าใจว่าหมายถึงความถึงกรรมที่เป็นละเมิดแล้ว แต่กฎหมายไม่บังคับให้ต้องรับผิดชดเชยค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้เพราะมีเหตุอันจำเป็นบางอย่างที่บุคคลจะทำการอย่างอื่นไม่ได้ นอกจากทำละเมิด ต่างกับกรณีที่บุคคลอาจทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ไม่ผิดกฎหมาย เช่น บิดาใช้อำนาจตามมาตรา 1839(5) โยติทำโทษบุตรตามสมควร เรื่องเช่นนี้เป็นกรณีที่มีอำนาจทำได้ไม่ผิดกฎหมายไม่ครอบคลุมเป็นละเมิดตามมาตรา 420 หากนิรโทษกรรมอันเป็นละเมิดแล้วแต่กฎหมายไม่เอา “โทษ” ไม้”⁷¹

ส่วนแนวความคิดของศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ มีความต่างออกไป โดยเห็นว่า นิรโทษกรรมหมายถึง การกระทำที่ชอบ (justifiable acts) บางท่านเห็นว่าหมายถึงกรรมที่เป็นละเมิดแล้ว แต่กฎหมายไม่บังคับให้ต้องรับผิดชดเชยค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้เพราะมีเหตุอันจำเป็นบางอย่างที่บุคคลจะทำการอย่างอื่นไม่ได้ นอกจากทำละเมิด ความเห็นดังกล่าวอาจถูกต้อง ถ้าหากเป็นการกระทำโดยความจำเป็นตามมาตรา 450 ที่จริงถ้าถือว่าเป็นละเมิดแล้ว ก็ต้องชดเชยค่าสินไหม

⁶⁹ วาริ นาสกุล ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่งและลากม็ควรถ ได้ อ้างแล้ว หน้า 294.

⁷⁰ สุขุม สุขนิคย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด ,อ้างแล้ว หน้า 273.

⁷¹ เสนีย์ ปราโมช ,คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2501 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ,อ้างแล้ว หน้า 835.

ทดแทนโดยหลักในมาตรา 420 แต่ลักษณะนิรโทษกรรมผู้กระทำความผิดต้องรับผิดใช้คำสืงใหม่
 ทดแทนไม่ หากหมายความถึงว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น แต่ไม่เป็นละเมิด เพราะแม้จะมีการกระทำ ก็
 เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายยอมให้กระทำได้ จึงมิใช่การกระทำผิดกฎหมายอันจะเข้าองค์ประกอบหรือ
 หลักเกณฑ์แห่งการกระทำละเมิดดังกล่าวแล้ว ดังนั้นน่าจะชอบด้วยหลักการมากกว่า⁷² กล่าวคือท่าน
 เห็นว่านิรโทษกรรมไม่ใช่การทำให้ละเมิดเพราะเป็นกรณีกฎหมายบัญญัติให้ทำได้

ดังนั้น ถือว่าเป็นประเด็นที่ควรนำมาพิจารณาว่า นิรโทษกรรมซึ่งมีผลให้ไม่ต้องชดใช้
 ค่าเสียหายหรือใช้แต่เพียงเล็กน้อย แต่ไม่ได้มีบัญญัติว่าเป็นละเมิดหรือไม่ จึงเกิดแนวคิดแตกต่าง
 เป็นสองนัย คือเห็นว่าไม่เป็นละเมิด หรือต้องเป็นเรื่องละเมิดก่อน แต่ไม่ต้องรับโทษ ในรายละเอียด
 กฎหมายได้กำหนดถึงเหตุที่จะเป็นนิรโทษกรรมในมาตรา 449 ถึงมาตรา 452 โดยจำแนกเป็น 5
 ประการ ดังนี้

1. จากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย
2. จากการทำตามคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมาย
3. จากการทำละเมิดต่อทรัพย์
4. จากการป้องกันเพื่อให้สมดังสิทธิ
5. จากการทำละเมิดต่อสัตว์ของผู้อื่น

หากพิจารณาจากเหตุทั้ง 5 ประการแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าทั้งหมด มีเหตุน่าพิจารณาว่า
 ยังคงใช้คำว่า "นิรโทษกรรม" เช่นเดิม หรือควรจะปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมกับความหมายใน
 ภาษาอังกฤษ **justification acts** ที่น่าจะแปลว่า "เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้" เพื่อเป็นการตัด
 ปัญหาความขัดแย้งในเรื่องแนวความคิดและทำให้เกิดบรรทัดฐานที่ทำให้ผู้ใช้กฎหมายเห็นตรงกัน
 ในเรื่องดังกล่าว

⁷²ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, อ่างแล้ว หน้า 239.

ประเด็นที่สี่ เด็กกระทำละเมิดต้องรับผิดชอบบุคคลโดยทั่วไปหรือไม่

ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของผู้เยาว์นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 429 บัญญัติว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรือวิกลจริต ก็ยังคงต้องรับผิดในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านี้ย่อมต้องรับผิดร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น” โดยไม่ต้องพิจารณาในเรื่องความสามารถของบุคคลว่าเป็นผู้หย่อนความสามารถ⁷³ หรือไม่ เหมือนดังเช่นการทำนิติกรรม อันมีลักษณะดังนี้

เงื่อนไขของ “การกระทำ” ที่จะถือว่าเป็นการทำละเมิดนั้น ผู้วิจัยได้กล่าวถึงแล้วในประเด็นปัญหาแรก (ดูรายละเอียดในเรื่อง “การกระทำคืออะไร”) สรุปได้ว่าเป็นการเคลื่อนไหว อิริยาบถ โดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหว รู้ว่ากำลังเอื้อมมือ ยึดแขน ยึดขา ไม่หมายรวมถึงการเคลื่อนไหวที่ไม่รู้สึกตัวหรือจิตใจไม่ได้บังคับให้กระทำ เช่น คนเพื่อไข้ คนไม่ได้สติถึงแม้มีการเคลื่อนไหวแต่ทำไปโดยไม่รู้สึกตัว ดังนั้นหากเป็นการเคลื่อนไหวโดยไม่รู้สึกตัวแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำ แต่หากยังรู้สึกตัวอยู่บ้าง ไม่มากก็น้อยยังถือว่าเป็นการกระทำ การเคลื่อนไหวของเด็กไร้เดียงสา ย่อมไม่เป็นการกระทำ เด็กทารกย่อมไม่ได้ทำละเมิดแต่อย่างใด การกระทำละเมิดนั้นยังหมายความรวมทั้งการกระทำ การละเว้นในเมื่อมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลเสียหายด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1640/2506)

เมื่อพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้เยาว์ตามมาตรา 429 แล้ว เห็นว่า ผู้เยาว์ต้องรับผิดเมื่อการกระทำของตนเป็นละเมิดหรือไม่ นักวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันดังนี้

1. เห็นว่าการกระทำของเด็กผู้ยังไม่รู้ผิดและชอบ จะทำให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้

1.1 เห็นว่าผู้จะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อการกระทำของตนเป็นละเมิด ตามมาตรา 420 กล่าวคือ จะต้องเป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบดังที่กล่าวมาแล้วในลักษณะ (1) โดยจะต้องปรากฏว่าผู้เยาว์ได้กระทำโดยจงใจและประมาทเลินเล่อและตามมาตรา 423 คือละเมิดหมิ่นประมาทนั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้นบิดามารดาของผู้เยาว์ยังต้องร่วมรับผิดกับผู้เยาว์ซึ่งทำละเมิดอีกด้วย ไม่ว่าละเมิดนั้นจะเป็นละเมิดในลักษณะใด เช่นเป็นละเมิดที่กระทำโดยจงใจ หรือละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ หรือละเมิดโดยหมิ่นประมาท หรือเพราะความเสียหายที่เกิดจากสัตว์ ฯลฯ ก็ตาม ทั้งนี้ไม่ว่า

⁷³กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความถึงความหมายของผู้หย่อนความสามารถ แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ผู้หย่อนความสามารถหมายถึง ผู้เยาว์ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนไร้ความสามารถ และคู่สมรส ซึ่งกฎหมายจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมไว้ เพื่อช่วยเหลือคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น

ผู้เยาว์นั้นจะมีอายุเท่าใด ในเรื่องผู้เยาว์ทำละเมิดนี้ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าเด็กที่มีอายุน้อยมากๆ เช่น เด็กอายุประมาณ 4-5 เดือน น่าจะไม่สามารถทำละเมิดโดยจงใจได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าเด็กอาจทำละเมิดโดยประมาทเดินเล่นได้ เช่น เด็กอายุ 2-3 ขวบ ถ้าผู้เสียหายพิสูจน์ได้ว่า การกระทำของเด็กครบตามหลักเกณฑ์ มาตรา 420 กฎหมายจึงเอาผิดกับตัวผู้ทำละเมิดและกับบิดามารดาของเด็กนั้น เพื่อจะให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชย เพราะถ้าฟังแต่ผู้เยาว์บางครั้งก็ไม่อาจชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้⁷⁴

1.2 ผู้เยาว์และคนไร้ความสามารถกระทำละเมิดตาม มาตรา 420 แล้ว ผู้เยาว์และคนไร้ความสามารถนั้น ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่ไม่หย่อนความสามารถ และบิดามารดาหรือผู้อนุบาล ยังต้องรับผิดชอบร่วมด้วย ตามมาตรา 429

ผู้วิจัยเข้าใจว่าเหตุผลที่เห็นว่าการกระทำของเด็กผู้ยังไม่รู้ผิดและชอบ ก็ทำให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดได้น่าจะเนื่องมาจากแนวความคิดหรือเหตุผลที่มีจากกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีได้กล่าวว่า ละเมิดต้องมีหลักเกณฑ์ *imputabilit*? (หมายความว่า กระทำต้องกระทำโดยเข้าใจถึงผลแห่งการกระทำนั้น) ยิ่งกว่านั้น ในมาตรา 1310 ยังกล่าวว่าผู้เยาว์ยังต้องรับผิดชอบในทางละเมิด ด้วยบท แห่งมาตรานี้ไม่ได้แบ่งคำว่า “ผู้เยาว์ ลงไปอย่างไร เหตุใดจะแยกแยะแล้วถือว่าเด็กไร้เดียงสาไม่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด คำว่าผู้เยาว์ย่อมกินความถึงผู้ไร้เดียงสาด้วย อนึ่งบุคคลผู้ที่ไม่รู้จักผิดและชอบนี้ หากมีลาภมิควรได้ ย่อมจะต้องกินลาภนี้แก่ผู้เสียหาย เหตุใดในเรื่องละเมิดจะต้องวินิจฉัยให้ต่างกันไปได้กล่าวไว้แต่ต้นแล้วว่า ความรับผิดชอบทางละเมิด ไม่ใช่ปัญหาเรื่องจับคนมาลงโทษ หากแก่เป็นเรื่องเอาทรัพย์สินของเขามาใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย จึงไม่จำเป็นต้องเอากฎเกณฑ์ทางอาญา คือความรู้ผิดชอบมาวินิจฉัยด้วย⁷⁵

2. เห็นว่าการกระทำของเด็กผู้ยังไม่รู้ผิดและชอบ ไม่ทำให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดแต่อย่างใด

การกระทำของเด็กเป็นละเมิดหรือไม่ต้องวินิจฉัยตามมาตรา 420 เว้นแต่

⁷⁴ วารี นาสกุล ,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ,อ้างแล้ว หน้า 200.

⁷⁵ ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร , หลักกฎหมายลักษณะละเมิด ,อ้างแล้ว หน้า 130. เป็นแนวคิดตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

หลักเกณฑ์ในข้อเท็จจริงหรือประมาทเลินเล่อ ต้องวินิจฉัยตามสติปัญญาของเด็กในระดับที่มีอายุเท่านั้นว่า สามารถที่จะเข้าใจในความรับผิดชอบแห่งการกระทำของตนหรือสามารถที่จะมีความตั้งใจได้หรือไม่ และในกรณีประมาทเลินเล่อ ต้องวินิจฉัยว่าสติปัญญาและความสามารถของเด็กอายุเท่านั้นรู้ถึงการหลีกเลี่ยงและเลี่ยงภัยหรือไม่

เด็กที่ไร้เดียงสาไม่สามารถมีความตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อได้ การกระทำของเด็กไม่เป็นละเมิด ไซ้ว่าผู้ที่มีหน้าที่ดูแลหรือผู้ที่รับดูแลไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของเด็กก็หาไม่ เมื่อผู้นั้นละเลยต่อหน้าที่ดูแลหรือประมาทเลินเล่อ ย่อมเป็นความผิดของตนเองที่ก่อความเสียหายนั้นขึ้น จึงต้องรับผิดชอบในความผิดของตนเอง⁷⁶

ความเห็นของท่านอาจารย์พจน์ ปุษปาคม มองการที่ผู้เยาว์กระทำละเมิด โดยมีแนวทางพิจารณาว่า การกระทำของเด็กหากไร้เดียงสาไม่ถือเป็นการละเมิดเพราะไม่อาจทำโดยตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อได้ แม้เด็กไม่ผิดฐานละเมิด แต่ผู้ที่มีหน้าที่ดูแลหรือผู้ที่รับดูแลยังคงต้องรับผิดชอบเหมือนตนเองเป็นผู้กระทำตามมาตรา 420

ความเห็นของศาสตราจารย์ไพจิตร บุญญพันธุ์ เห็นว่าในเรื่องผู้เยาว์ทำความเสียหายต้องรับผิดชอบฐานละเมิดหรือไม่ หากไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ย่อมไม่เป็นละเมิด มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าผู้เยาว์มีความรับผิดชอบหนักยิ่งกว่าบุคคลธรรมดาไป เพราะบุคคลธรรมดาจะมีความรับผิดชอบฐานละเมิดนั้น จะต้องมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ที่จะถือว่าเป็นการกระทำนั้นจะต้องมีการเคลื่อนไหวในอิริยาบถโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น และสามารถบังคับการเคลื่อนไหวนั้นได้ และที่จะถือว่าจงใจ จะต้องรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้าเป็นเด็กไร้เดียงสาไม่รู้สำนึกในการกระทำของตน ย่อมจะถือว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ได้ แต่ถ้ารู้ว่าได้ทำอะไรลงไป เพียงแต่ไม่รู้สึกละอายหรือยับยั้งไม่ได้ อาจเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อได้⁷⁷

หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา โดยดูจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 934/2517 โจทก์อายุ 3 ปี นางสาวจำเนียรผู้เลี้ยงนำไปเล่นที่บ้านจำเลย เด็กชายไล่ บัวทอง อายุ 5 ขวบบุตรจำเลยใช้ธนูยิงหรือหนังสติ๊กยิงเล่นในบริเวณบ้าน เด็กชายไล่ ยืนที่พื้นดิน ยิงหนังสติ๊กขึ้นมาบนเรือน กระสุนถูกนัยน์ตาเด็กชายสนธยาซึ่งยืนอยู่ที่ระเบียงเรือน โดยบังเอิญ

⁷⁶ พจน์ ปุษปาคม คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ,อ้างแล้ว หน้า 339.

⁷⁷ ไพจิตร บุญญพันธุ์,คำสอนชั้นปริญญาโท:กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ , เล่มเดิม หน้า 45.

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยปล่อยให้เด็กชายไล่เล่นหนังสติ๊กในบริเวณบ้านไม่รบกวนผู้ใด โดยสามัญสำนึกไม่มีเหตุอันคาดหมายว่าจะก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นได้ เหตุที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ ไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะเป็นเหตุให้ถูกนัยน์ตาเด็กชายสนธยา จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลเด็กชายไล่แล้ว จึงไม่ต้องรับผิดชอบในผลละเมิด

หากพิจารณาจากฎีกาข้างต้นพบว่าจำเลยไม่ได้ต่อสู้ว่าการกระทำของผู้เยาว์ไม่ผิด แต่เพียงพิสูจน์ว่าตนเองได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น จะเห็นว่ากฎหมายไทยยังยึดหลักผู้เยาว์ทำละเมิดย่อมต้องรับผิดชอบอยู่นั่นเอง

หากพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติในเรื่องเด็กกระทำความผิดไว้ ดังนี้

1. กฎหมายแพ่งในประเทศเยอรมัน ใน Section 828 Minors บัญญัติว่า (1) "A person who has not reached the age of seven is not responsible for damage caused to another person.
- (2) A person who has reached the age of seven but not the age of ten is not responsible for damage that he inflicts on another party in an accident involving a motor vehicle, a railway or suspension railway. This does not apply if he intentionally caused the injury
- (3) A person who has yet reached the age of eighteen is, to the extent that his responsibility is not excluded under subsection (1) or (2), not responsible for damage he inflicts on another person if, when committing the damaging act, he does not have the insight required to recognize his responsibility."

"เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด เด็กอายุ 7 ถึง 18 ปี ไม่ต้องรับผิด ถ้าไม่รู้ผิดชอบ แต่ศาลอาจให้ใช้เงินเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายก็ได้ในเมื่อไม่สามารถให้ผู้ดูแลเด็กใช้ค่าเสียหายได้"

หลักในกฎหมายเยอรมันที่ว่าเด็กอายุยังไม่ครบ 7 ปีบริบูรณ์ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้นเป็นข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาดของกฎหมายทำนองเดียวกับหลักในประมวลกฎหมายอาญาของไทย (มาตรา 73) แม้เด็กผู้กระทำนั้น จะมีใจเด็กที่ไร้เดียงสา รู้และเข้าใจในการกระทำของตนว่าจะเกิดความเสียหายให้แก่ใครได้บ้าง ก็ไม่ต้องรับผิด แต่ที่ว่าไม่ต้องรับผิดนั้น จะว่าการกระทำของเด็กไม่เป็นละเมิดย่อมไม่ได้ เพราะเด็กที่รู้และเข้าใจในสภาพการกระทำของตนก็ยังสามารถก่อความเสียหายโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อได้ เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว ก็ย่อมเป็นการละเมิดอยู่ดี เพียงแต่กฎหมายบัญญัติว่าไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ต้องเสียหาย ทำนองเดียวกับหลัก

ในกฎหมายอาญาของไทยที่ว่าเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับโทษ แต่การกระทำของเด็กนั้นยังเป็นการผิดต่อกฎหมายอยู่⁷⁸

2. กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น Nippon civil code Article 712 Capacity for Liability บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้เยาว์ทำความเสียหายแก่บุคคลอื่น ถ้าผู้เยาว์ไม่มีสติปัญญาเพียงพอที่จะเข้าใจถึงความรับผิดชอบจากการกระทำของตนเอง ผู้เยาว์จะไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น”

“In case where a minor has inflicted damaged on others, if the minor does not sufficient intellectual capacity to appreciate his/her liability for his/her own act, the minor shall not be liable to compensate for that act.”

Article 713 บัญญัติว่า “บุคคลที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขาดความรู้สำนึกหรือจิตใจที่เพื่อนไม่สมประกอบ ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย แต่หากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากเหตุการณ์ชั่วครั้งชั่วคราว โดยตั้งใจ หรือประมาทเลินเล่อซึ่งตนต้องรับผิดชอบ ยังต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น”

“A person who has inflicted damages on others while he/she lacks the capacity to appreciate his/her liability for his/her own act due to mental disability shall not be liable to compensate for the same; provided, however, that this shall not apply if he/she has temporarily invited that condition, intentionally or negligently.”

กล่าวโดยสรุปจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 712,713 ได้บัญญัติให้ ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริตไม่ต้องรับผิดชอบละเมิดในการที่กระทำลงโดยไม่รู้สำนึกหรือยับยั้งไม่ได้ ทำนองเดียวกับกฎหมายธรรมดา (Schuster no.285 pp.336,337, de Becker Annotated art. 712,713 pp.275,276)⁷⁹

พบว่าในกฎหมายแพ่งโดยเฉพาะของเยอรมัน มีหลักชัดเจนว่าผู้ที่ไม่รู้ผิดและชอบทำละเมิดไม่ได้ และยังกำหนดอายุเด็กที่ก่อให้เกิดความเสียหายไว้อย่างชัดเจนถือเป็นหลักเกณฑ์ที่น่าสนใจยิ่ง

หรือหากพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนโดยพิจารณาถึงพัฒนาการทางร่างกายและจิตใจ ตามการเจริญวัยหรือตามอายุของมนุษย์ เมื่อมนุษย์เจริญวัยขึ้นจนเป็น “ผู้ใหญ่” มนุษย์ก็จะสามารถแยกแยะความถูกต้องหรือมี “ความรู้ผิดชอบ” บุคคลบางคนอาจมีความบกพร่องบางประการในตัวตนของเขา ซึ่งความบกพร่องนี้อาจมีมาแล้วตั้งแต่กำเนิดหรืออาจ

⁷⁸ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, เล่มเดิม หน้า 49.

⁷⁹ แปล โดยจิตติ ดิงศักดิ์ย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452, อ้างแล้ว หน้า 260.

เกิดขึ้นภายหลังก็ได้ และเนื่องจากความบกพร่องในตัวตนของเขาจึงเป็นเหตุให้เขาขาด “ความรู้ผิดชอบ” หรือไม่สามารถบังคับตนเอง เขาจึงได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายลงไป

บุคคลที่ยังไม่เจริญวัยจนกระทั่งเป็น “ผู้ใหญ่” และได้กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายและบุคคลที่มีความบกพร่องและได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย จึงต่างเป็นบุคคลที่ขาด “ความรู้ผิดชอบ” หรือขาด “ความสามารถบังคับตนเอง” บุคคลดังกล่าวนี้ในทางกฎหมายอาญาถือว่าเป็นบุคคลที่ไม่มี “ความสามารถในการทำชั่ว” และการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของเขาคือเป็นการกระทำที่ปราศจาก “ความชั่ว” (Schuld) ซึ่งมาจากหลักที่สำคัญ “ไม่มีการลงโทษโดยปราศจากความชั่ว” (nulla poena sine culpa) นั่นคือจะลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่วไม่ได้

ในทางอาญา กฎหมายกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับ “ความสามารถในการทำชั่ว” กฎหมายแบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

(1) บุคคลที่ขาดหรือไม่มี “ความสามารถในการทำชั่ว” เลย คือเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ในขณะที่กระทำความผิด (มาตรา 73⁸⁰ และ 74⁸¹ ประมวลกฎหมายอาญา) และบุคคลที่มีจิตบกพร่องโรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ในขณะที่กระทำความผิด (มาตรา 65⁸² ประมวลกฎหมายอาญา)

⁸⁰ มาตรา 73 บัญญัติว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ”

⁸¹ มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควร จะเรียกบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาดักเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดามารดาหรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดามารดาหรือผู้ปกครองไปโดยวางข้อกำหนดให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งต้องไม่เกินสามปี และกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควร ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งพันบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองและศาลเห็นว่าไม่สมควร จะเรียกบิดามารดาหรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่า จะยอมรับข้อกำหนดที่บัญญัติไว้สำหรับบิดามารดาหรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้นก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลผู้นั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติเด็กนั้น เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุมประพฤติเด็กนั้น

(2) บุคคลที่อาจมี “ความสามารถในการทำชั่ว” คือบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีในขณะที่กระทำความผิด (มาตรา 75⁸³ ประมวลกฎหมายอาญา) และ

(3) บุคคลที่มี “ความสามารถในการทำชั่ว” ที่สมบูรณ์ คือบุคคลที่มีอายุกว่าสิบแปดปี (มาตรา 76⁸⁴ ประมวลกฎหมายอาญา)⁸⁵

โดยพิจารณาถึงความเจริญวัยของบุคคล หรือกำหนด “ความสามารถในการทำชั่ว” (Schuldfähigkeit) พิจารณาที่อายุของบุคคล และความสมบูรณ์ทางจิตของบุคคล แต่ในทางแพ่ง โดยเฉพาะในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีการแยกความรับผิดชอบในทางแพ่งเหมือนเช่นในกฎหมายอาญาซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยในการกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับความสามารถในการทำชั่ว “หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล” (Individualization of punishment) เหมือนเช่นใน

(4) ถ้าเด็กนั้น ไม่มีบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้ หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้น ไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (2) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรมและสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นว่านี้ ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจ เช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแล อบรมและสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้น ไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนดแต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (2) (3) (4) และ (5) นั้น ถ้าในขณะใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ความปรากฏแก่ศาลโดยศาลรู้เอง หรือตามคำเสนอของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการหรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่อดูแล อบรมและสั่งสอน หรือเจ้าพนักงานว่า พฤติกรรมเกี่ยวกับคำสั่งได้เปลี่ยนแปลงไป ก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้น หรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจในมาตรานี้”

⁸² มาตรา 65 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น”

⁸³ มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่ปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง”

⁸⁴ มาตรา 76 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

⁸⁵ คณิต ฅ นคร,กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ 3 พ.ศ.2551) หน้า 252-523.

กฎหมายอาญา ซึ่งหากในกฎหมายแพ่งมีกฎหมายบัญญัติแบ่งบุคคลตามเกณฑ์อายุของเขาเหล่านั้น จะเป็นการแก้ปัญหามันในการที่จะต้องพิจารณาว่าผู้เยาว์ต้องรับผิดชอบหรือไม่ กฎหมายแพ่งในประเทศเยอรมัน กล่าวคือ “เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด เด็กอายุ 7 ถึง 18 ปี ให้ศาลพิจารณาคูว่าได้กระทำไปโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ แต่หากอายุเกินกว่า 18 ปี ขึ้นไปให้รับผิดชอบดังเช่นบุคคลธรรมดา” หรือในกฎหมายอาญาของไทยคงที่กล่าวมาแล้วได้

ความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาที่ยกขึ้นมากล่าว เนื่องมาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดที่ต้องการให้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นหากกฎหมายบัญญัติให้การกระทำของเด็กไม่เป็นการกระทำละเมิดแล้วจะทำให้หาผู้ชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายไม่ได้ มีผลให้ผู้เสียหายต้องรับบาปเคราะห์โดยลำพัง แต่ในความเป็นจริงกฎหมายที่มีอยู่ชัดเจนและตอบปัญหาได้คืออยู่แล้ว นั่นคือผู้ดูแลหรือมีหน้าที่ต้องดูแลเป็นผู้ต้องชดเชยค่าสินไหมที่เกิดความเสียหายตามมาตรา 420 อันอาจเนื่องมาจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการดูแลเด็ก ถือเป็นความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามมาตรา 420 ไม่ใช่เป็นเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น และผู้วิจัยยังเห็นเพิ่มเติมว่า

1. การที่เด็กกระทำละเมิดโดยไม่รู้ผิดและชอบนั้น ไม่ถือเป็นการละเมิดเพราะไม่อาจทำโดยตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่อย่างไรก็ตามแม้เด็กไม่ผิดฐานละเมิด แต่ผู้ที่มีหน้าที่ดูแลหรือผู้ที่รับดูแลยังคงต้องรับผิดชอบเหมือนตนเองเป็นผู้กระทำตามมาตรา 420 อยู่นั่นเอง

2. แม้เป็นที่เด็กกระทำโดยไม่รู้ผิดและชอบนั้นในกฎหมายลักษณะละเมิดของไทยจะไม่ได้กำหนดเกณฑ์อายุในการกระทำผิดว่าเกณฑ์อายุใดไม่ต้องรับโทษ แต่หากนำแนวความคิดตามกฎหมายอาญาในเรื่องความรับผิดทางอาญามาปรับใช้ การกระทำที่เด็กเป็นผู้กระทำละเมิดนั้นก็ยังคงถือเป็นความผิด แต่หลักกฎหมายอาญาจะลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่วไม่ได้ หรือหลัก “ไม่มีการลงโทษโดยปราศจากความชั่ว” (*nulla poena sine culpa*) นั่นคือ แม้การกระทำของเด็กจะเป็นความผิด แต่ไม่อาจลงโทษเด็กนั้นได้ เพราะกระทำไปโดยปราศจากความชั่ว

3. ควรมีการบัญญัติกฎหมายไว้ให้ชัดเจนว่าเด็กอายุเท่าใดกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง โดยดูตัวอย่างจากต่างประเทศเช่น ประเทศเยอรมัน

ประเด็นที่ห้าเรื่องความรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย กฎหมายควรบัญญัติครอบคลุมถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ⁸⁶ ด้วยหรือไม่

ในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดนั้น ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อขึ้นนั้นด้วย” ศาลไทยใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามพฤติกรรมและความร้ายแรงของการทำละเมิด โดยยึดหลักชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเสมือนไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น หรือให้ไม่สามารถจะทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ก็ต้องชดใช้ให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสภาพที่ใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุด

คำว่า “ค่าเสียหาย” หมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้ เป็นการชดใช้ความเสียหาย ความเสียหายอาจเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งมีทรัพย์สินก็ได้ แต่การแก้ไขหรือชดใช้ความเสียหายส่วนใหญ่ก็ต้องชดใช้กันด้วยเงิน ค่าเสียหายนี้ศาลจะต้องคำนวณให้ว่าเจ้าหนี้ควรจะได้รับเป็นเงินเท่าใด โดยถือความเสียหายเป็นหลัก ความเสียหายนั้นโดยปกติผู้กล่าวอ้างจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น แต่ในเรื่องค่าเสียหายนั้นแม้เจ้าหนี้จะไม่พิสูจน์ หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใดแน่ เมื่อมีความเสียหายแล้วศาลก็อาจกำหนดให้ได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งในเรื่องละเมิด มาตรา 438 ก็ให้ศาลวินิจฉัยค่าสินไหมทดแทนให้ตามควรแก่

⁸⁶ อาจเกิดสับสนได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมีลักษณะเช่นเดียวกับค่าเสียหายทางจิตใจหรือไม่ แท้จริงแล้วค่าเสียหายทั้งสองชนิดแตกต่างกัน กล่าวคือ แม้ค่าเสียหายทางจิตใจจะนำพฤติกรรมการกระทำละเมิดมาพิจารณาค่าเสียหาย แต่เนื่องจากค่าเสียหายชนิดนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหาย การพิจารณาพฤติกรรมของผู้กระทำละเมิดจึงเป็นการประเมินว่า การกระทำเช่นนี้จะก่อให้เกิดความเสียหายทางจิตใจต่อผู้เสียหายเพียงใดและผู้เสียหายควรได้รับค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่าใดถึงจะเพียงพอต่อความเสียหายที่ได้รับ

แต่สำหรับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิด และป้องปรามมิให้ผู้ใดมีพฤติกรรมเช่นเดียวกันนี้อีก การประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงต้องให้ความสำคัญกับพฤติกรรมของผู้กระทำละเมิดเป็นหลัก โดยพิจารณาว่าจะต้องกำหนดจำนวนค่าเสียหายเพียงใดจึงจะทำให้ผู้กระทำละเมิดเข็ดหลาบ และไม่หวนกลับมากระทำละเมิดเช่นเดิมอีก ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ จะมุ่งพิจารณาไปที่พฤติกรรมอันชั่วร้ายของผู้กระทำละเมิดมากกว่าการคำนึงถึงความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ อ้างจาก ปริญญาวัน ชมเสวก “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2550 หน้า 3.

พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แม้จำเลยจะไม่ได้ให้การปฏิเสธหรือโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของโจทก์เกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหาย ศาลก็ไม่จำเป็นต้องให้จำเลยชำระเต็มตามจำนวนที่โจทก์เรียกร้อง ศาลย่อมกำหนดให้ตามความเป็นจริงและตามความเหมาะสมโดยมุ่งที่จะให้เป็นการชดใช้ตามที่โจทก์เสียหายเท่านั้น

แม้คำสินไหมทดแทน ตามมาตรา 438 จะเป็นการชดใช้ความเสียหายทำนองเดียวกับค่าเสียหาย แต่ก็ไม่เหมือนกันทีเดียว แม้จะคล้ายกันและใช้แทนกันได้ในบางกรณีแต่ก็ไม่เสมอไป ค่าเสียหายเป็นส่วนหนึ่งของคำสินไหมทดแทน แต่คำสินไหมทดแทนมิได้จำกัดอยู่เฉพาะการชดใช้กันด้วยเงินอย่างกรณีของค่าเสียหาย ความจริงคำว่า “คำสินไหมทดแทน” เป็นคำที่มาจากภาษาอังกฤษว่า *compensation* ซึ่งหมายถึงการทดแทน หรือการชดใช้ความเสียหายมิได้มุ่งเฉพาะเรื่องเงินทองอย่างค่าเสียหาย แต่การที่ด้วยภาษาไทยมีคำว่า “ค่า” และ “สินไหม” นำหน้าคำว่า “ทดแทน” อยู่ด้วย ทำให้แยกกันไม่ค่อยออกจากคำว่า “ค่าเสียหาย” จึงมีการสับสนกันอยู่เสมอ⁸⁷

มุมมองจากคำพิพากษาฎีกาที่ได้กล่าวถึง ความแตกต่างของคำสินไหมทดแทนและค่าเสียหายจากคำพิพากษาฎีกาที่ 548/2521 เห็นว่า คำว่า “ค่าเสียหาย” และคำว่า “คำสินไหมทดแทน” มีความหมายในทำนองเดียวกันไม่ต่างกัน ประกอบกับศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้มีหมายเหตุท้ายฎีกานี้ว่า “คงเลิกความเห็นที่ว่าค่าเสียหายกับคำสินไหมทดแทนนี้ความหมายต่างกัน ซึ่งเป็นเรื่องขอไปทีโดยไม่ถูกต้องได้แล้ว”

ส่วนวิธีการชดใช้คำสินไหมทดแทนนั้น ศาลย่อมจะหาวิธีที่เหมาะสมเพื่อให้โจทก์กลับคืนอยู่ในฐานะเดิม อย่างเมื่อครั้งที่ยังไม่ได้มีการละเมิดเกิดขึ้น เช่น โจทก์ถูกจำเลยลักม้าไป ศาลจะสั่งให้จำเลยคืนม้าตัวนั้นให้โจทก์ หรือปล่อยควันหรือส่งเสียงหนวกหูโดยโรงงานของจำเลย ก็ให้จำเลยระงับการก่อความรำคาญ หรือจำเลยก่อกำแพงรูก้ำเข้าไปในที่ของโจทก์ ก็ให้จำเลยทำลายหรือรื้อกำแพงนั้นเสีย⁸⁸

หากพิจารณาในส่วนของค่าเสียหายตามมาตรา 438 วรรคสอง นอกเหนือจากการคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สิน “ค่าเสียหาย” ยังหมายรวมถึงค่าเสียหายที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 420 ที่ว่า “...เสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี” แต่ค่าเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนและเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิด

⁸⁷ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพมหานคร:นิติบรรณการ พ.ศ.2547) หน้า 146-147.

⁸⁸ วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบาย ลักษณะละเมิด หมิ่นประมาท ,เล่มเดิม หน้า 366.

ส่วนค่าเสียหายในอนาคตที่แน่นอนก็ยังสามารถเรียกได้ เช่น ทำให้ไม่สามารถประกอบกิจการในอนาคต เป็นค่าเสียหายในอนาคตที่แน่นอน เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4018/2533 โจทก์โดยสารรถยนต์ที่ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 เป็นผู้ขับขี่ ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ โจทก์ต้องลางานเพื่อพัก รักษาตัวจนเกินกว่าระยะเวลาที่นายจ้างของโจทก์กำหนดให้ นายจ้างจึงไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือนเพราะ ลาเกินสิทธิ เมื่อการพิจารณาขึ้นเงินเดือนมีอัตรากำหนดแน่นอนอยู่แล้ว การที่โจทก์ไม่ได้เลื่อนขึ้น เงินเดือนจึงมีผลโดยตรงจากการกระทำของลูกจ้างซึ่งกระทำในการที่จ้างของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบ

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 1576/2506 วินิจฉัยว่า ผู้ตายเป็นบุตรคนโตของโจทก์เรียนบัญชี พิเศษได้ประกาศนียบัตรการบัญชีชั้นต้นเคยรับราชการเป็นทหารได้ยศสิบตรี มีฝีมือในการตัดเสื้อดี เป็นหัวเรี่ยวหัวแรงร้านตัดเสื้อของโจทก์ แบ่งรายได้จากร้านตัดเสื้อให้โจทก์เดือนละ 750 บาท ลูกจ้างของจำเลยขับรถโดยสารคนโดยสารของโจทก์ตาย ซึ่งจำเลยจะต้องรับผิดชอบในผลละเมิดของ ลูกจ้าง โจทก์ฟ้องเรียกค่าขาดรายได้อุปการะเดือนละ 750 บาท มีกำหนด 10 ปี ศาลชั้นต้นเห็นว่า เป็น ค่าเสียหายในอนาคตที่ไม่แน่นอน จึงให้คิดตามสมควรแก่ฐานะและกิจการงานสำหรับรายการนี้ เป็นเงิน 40,000 บาท ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เหตุที่ขาดแรงงานของบุตรไปนั้น ผู้ตายมีอายุ 23 ปีแล้ว ไม่มีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องทำงานให้โจทก์ แต่มีความผูกพันตาม กฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดาและมารดา ไม่ว่าจะบรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่ เหตุที่ขาดบุตร ผู้ซึ่งทำรายได้เพื่อเลี้ยงดูโจทก์ และผู้ตายมีความสามารถ มีคนนิยมฝีมือตัดเสื้อเป็นพฤติกรรมที่ศาล วินิจฉัยถึงสำหรับเหตุนี้ด้วย ที่โจทก์เรียกร้องให้ใช้มีกำหนด 10 ปี ก็เป็นความหวังที่มีเหตุผลว่า โจทก์และบุตรผู้ตายน่าจะอยู่ต่อไปได้ถึง 10 ปี เพราะผู้ตายอายุเพียง 23 ปี และโจทก์ก็อายุ 47 ปี เท่านั้น มิใช่ปราศจากเหตุผลเลื่อนลอยดังจำเลยอุทธรณ์ ศาลฎีกาเห็นว่า ควรกำหนดเพิ่มขึ้นให้จำเลยใช้ ค่าอุปการะแก่โจทก์เป็นเงิน 50,000 บาท

คำพิพากษาฎีกาที่ 1828/2548 วินิจฉัยว่า ค่าเสียหายที่ศาลอุทธรณ์กำหนดตามคำพิพากษา เป็นค่าปลงศพมีจำนวน 50,000 บาท เป็นหนี้ที่โจทก์ทั้งสองมีสิทธิจะได้รับร่วมกัน ไม่อาจแบ่งแยก เป็นหนี้ของโจทก์แต่ละคนได้ แต่ในส่วนของค่าขาดรายได้อุปการะที่กำหนดให้โจทก์ทั้งสองได้รับ รวมกันจำนวน 200,000 บาท นั้น เป็นหนี้ที่สามารถแบ่งแยกเป็นส่วนหนึ่งของโจทก์แต่ละคน โดยโจทก์ ทั้งสองสามารถฟ้องเรียกเฉพาะส่วนของตนโดยลำพังได้ ทุนทรัพย์ที่พิพาทชั้นฎีกาจึงต้องถือตาม จำนวนค่าเสียหายที่โจทก์แต่ละคนมีสิทธิที่จะเรียกร้องจากจำเลยทั้งสอง เมื่อแบ่งแยกค่าเสียหายใน ส่วนค่าขาดรายได้อุปการะของโจทก์ทั้งสองคนละครั้งเป็นเงินคนละ 100,000 บาท และนำไปรวมกับ ค่าเสียหายที่เป็นค่าปลงศพจำนวน 50,000 บาทแล้ว ทุนทรัพย์พิพาทชั้นฎีกาของโจทก์ทั้งสองแต่ละ

คน จึงไม่เกิน 200,000 บาท ต้องห้ามมิให้ฎีกาในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 248 วรรคหนึ่ง

การที่ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนอย่างไรนั้น เพื่อต้องการให้บรรลุป่าหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อเยียวยาความเสียหายระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน และเพื่อไม่ให้ผู้เสียหายแก่แก่คนผู้กระทำละเมิดด้วยตนเอง คงมีแต่เพียงสิทธิจะได้รับความเสียหายในจำนวนที่ใกล้เคียงกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น เพียงมุ่งเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น แตกต่างจากเจตนารมณ์ของมาตรการในทางอาญา ซึ่งเป็นเรื่องของ การลงโทษ มีทั้งเป็นการป้องกันและปราบปรามทำให้เด็ดขาด

แนวความคิดของนักวิชาการบางท่าน⁸⁹ ในเรื่องค่าเสียหาย ท่านได้แบ่งประเภทของค่าเสียหาย ออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. ค่าเสียหายตามที่ศาลสร้างขึ้น

1.1 ค่าเสียหายแต่เพียงในนามหรือค่าเสียหายที่ให้แต่พอเป็นพิธี (Nominal Damages) เป็นค่าเสียหายที่โจทก์ถูกละเมิด แต่ความเสียหายนั้นไม่สามารถคำนวณหรือพิสูจน์ได้ว่าเสียหายไปเป็นจำนวนมากน้อยเท่าใด แต่สืบได้ว่าเสียหายจริง ศาลกำหนดค่าเสียหายให้ตามสมควรได้ เพื่อเป็นการรับรองสิทธิของโจทก์ที่ถูกละเมิด การกำหนดค่าเสียหายนี้เป็นหลักการของระบบกฎหมายจารีตประเพณีโดยเฉพาะ

1.2 ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เป็นการกำหนดค่าเสียหายทางละเมิดที่ศาลกำหนดเป็นการลงโทษลูกหนี้ที่กระทำละเมิดด้วยความจงใจอย่างร้ายแรง เพื่อปรามมิให้กระทำมิชอบเช่นนั้นอีก และขณะเดียวกันยังเป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นมิให้กระทำด้วย ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เพื่อทดแทนความเสียหายจริงจึงเป็นจำนวนค่าเสียหายที่มากกว่าความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ โดยฝ่ายโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายส่วนนี้เพราะศาลจะพิจารณากำหนดเองตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงลักษณะความร้ายแรงแห่งละเมิด สภาพและปริมาณความเสียหายที่โจทก์ได้รับตลอดจนฐานะทางเศรษฐกิจของจำเลย

2. ค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริง (Substantial Damages) มีวัตถุประสงค์ในการ

⁸⁹ ความเห็นจากศาสตราจารย์ หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร:อภัยรเจริญศาสน์ พ.ศ.2505) หน้า 863.

ทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ โดยการกำหนดค่าเสียหายจากความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับจริง จากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ซึ่งต้องมีการคำนวณหรือการพิสูจน์ความเสียหายตามข้อเท็จจริง ไม่ว่าจะเสียหายมากหรือจะเสียหายน้อยก็งาม เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้รับผิดชอบได้ตามนั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ และศาลจะพิพากษาให้เท่าที่โจทก์สืบได้ โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438

จากแนวความคิดที่กล่าวมาแล้วข้างต้นเมื่อย้อนมาพิจารณาถึงความรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้ครอบคลุมรวมไปถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ข้อ 1.2 ไว้เลย

ตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาที่ 7166/2542 กรณีเครื่องบินเที่ยวบินที่ ทีจี 311 ของการบินไทยตกที่เมืองกาฐมาณฑุ ประเทศเนปาลแล้วชาวต่างประเทศคนหนึ่งเสียชีวิต บุตรของชาวต่างชาติ คนดังกล่าวจึงมาฟ้องนักบินของการบินไทยว่าจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงขอให้กำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นจำนวนเงิน 20 ล้านบาท ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาว่าค่าเสียหายในเชิงลงโทษไม่มีในกฎหมาย ค่าเสียหายจะเรียกได้ตามมาตรา 438 ถึง 448 ศาลจึงไม่กำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้

ความหมายของค่าสินไหมทดแทนอันเป็นการลงโทษ หรือค่าเสียหายในเชิงลงโทษ คือ ค่าเสียหายที่นอกจากจะให้ผู้เสียหายได้รับชดใช้แล้ว ยังมุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำละเมิดให้เจ็บปวด (ปราบปราม) เพื่อให้บุคคลอื่นไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่าง (ป้องกัน)

การที่กฎหมายไทยไม่มีเพราะประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และเหตุที่ในระบบลายลักษณ์อักษรไม่มีหลักการเรื่องค่าสินไหมทดแทนอันเป็นการลงโทษ เนื่องจากถือว่า ละเมิดนั้นเป็นหนี้จึงต้องมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้เกิดคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิม ซึ่ง Concept ของกฎหมายก็ไม่มีค่าสินไหมทดแทนอันเป็นการลงโทษ ไม่เหมือนกับในกฎหมายอาญา⁹⁰ ผู้วิจัยเห็นว่าหากกฎหมายละเมิดของไทยนำแนวความคิดหรือหลักการเรียกค่าเสียหายอันเป็นการลงโทษมาใช้ สามารถทำหน้าที่ลงโทษผู้กระทำละเมิดและป้องปรามพฤติกรรมที่ชั่วร้าย มิให้เกิดขึ้นในภายภาคหน้าได้อีก เพื่อความสงบสุขของประชาชนในสังคมซึ่งประเทศที่มีการนำวิธีการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย

⁹⁰ เชมภูมิ ภูมิดาวร, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาแพ่งชั้นสูง ครั้งที่ 7 วันที่ 12 กรกฎาคม พ.ศ.2549

นิวซีแลนด์ และแคนาดา เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาเห็นว่ามีส่วนคดีก็อาจมีแนวความคิด
แก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้

ลักษณะสำคัญของค่าสินไหมทดแทนอันเป็นการลงโทษ หรือค่าเสียหายในเชิงลงโทษ มี
ดังนี้⁹¹

1. เป็นค่าเสียหายที่กำหนดลงโทษตอบแทนผู้กระทำละเมิดเพื่อปรามมิให้ทำมิชอบ
เช่นนั้นอีก และขณะเดียวกันยังมุ่งเพื่อให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นมิให้กระทำตามเช่นนั้นด้วย
2. เป็นค่าเสียหายที่ฝ่ายโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงจำนวนค่าเสียหายในส่วนนี้ เพราะศาลจะ
พิจารณากำหนดให้เองตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงลักษณะความร้ายแรงแห่งละเมิด ฐานะทาง
เศรษฐกิจของจำเลย ตลอดจนสภาพ และปริมาณของความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการถูกระทำ
ละเมิดนั้น
3. เป็นค่าเสียหายที่กำหนดเพิ่มให้มากขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่ชดใช้ทดแทน
ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Actual Damages) แต่ในบางคดีซึ่งอาจไม่ปรากฏความเสียหายจริงที่จะ
ชดใช้ทดแทนได้ ศาลก็จะกำหนดแต่เฉพาะค่าเสียหายในเชิงลงโทษนี้เพียงอย่างเดียว
4. ศาลจะกำหนดให้เฉพาะในกรณีของการกระทำที่มีพฤติการณ์รุนแรงมีลักษณะของการ
กระทำเช่นเดียวกับในคดีอาญา เช่น มีการใช้กำลังทำร้าย ข่มขู่ หลอกลวง ใช้อาวุธ ซึ่งผู้กระทำละเมิด
มุ่งหมายให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหาย มุ่งให้ผู้เสียหายอับอาย หรือถูกเหยียด
หยาม

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ได้มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ
โดยเฉพาะ ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นแบ่งการเรียกค่าเสียหาย (Damages) ออกเป็นค่าเสียหายที่เป็น
การเยียวยาความเสียหาย (Compensatory Damages) กับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive
Damages)

สำหรับค่าเสียหายที่เป็นการเยียวยาความเสียหาย (Compensatory Damages) เป็น
ค่าเสียหายที่ตามปกติศาลจะสั่งให้จำเลยจ่ายแก่ผู้เสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายที่ได้รับ ซึ่งแบ่งได้
เป็น 3 ประการ

⁹¹ กฤษณา พิชญ โกลล, ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย พ.ศ.2531) หน้า 17.

1. ค่าเสียหายในความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary Damages) เป็นค่าเสียหายที่จ่ายให้แก่ผู้เสียหายแทนตัวเงินที่สูญเสียไป เช่น ค่ารักษาพยาบาล หรือค่าขาดรายได้ อันเนื่องมาจากอาการบาดเจ็บ

2. ค่าเสียหายในความเสียหายที่มีไม่ใช่ตัวเงิน (Non - Pecuniary Damages) เป็นค่าเสียหายที่จ่ายเพื่อชดเชยความเสียหายที่มีไม่ใช่ตัวเงิน เช่น ความเจ็บปวดทรมานทางกายและจิตใจ

3. ค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียความสุข (Hedonic Losses) เป็นค่าเสียหายที่จ่ายให้เพื่อชดเชยความสงบสุขในชีวิตที่สูญเสียไป

ส่วนค่าเสียหายในเชิงลงโทษนั้น (Punitive Damages) เป็นค่าเสียหายที่ศาลสั่งให้จ่ายให้แก่โจทก์เพื่อเป็นการลงโทษ โดยศาลจะสั่งให้โจทก์จ่ายค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่จำเลย เมื่อการกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำโดยมีเจตนาชั่วร้ายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Malicious and Reckless) เช่น ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการที่รู้ว่าผลิตภัณฑ์ของตนผลิตออกมามีความบกพร่อง หรือละเลยที่จะป้องกันอันตรายที่จะเกิดจากผลิตภัณฑ์นั้น ซึ่งค่าเสียหายในเชิงลงโทษนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนที่จำเลยกระทำละเมิดสิทธิของผู้บริโภค นอกเหนือจากค่าเสียหายตามปกติที่โจทก์ได้รับ ทดแทนความเสียหายโดยกำหนดเอาผลประโยชน์หรือกำไรที่จำเลยได้รับจากการที่จำเลยได้ผลประโยชน์จากการทำละเมิดมาเป็นฐาน และเพื่อเป็นการลงโทษและยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ

สำหรับการกำหนดจำนวนของค่าเสียหายนี้ หากเป็นการพิจารณาโดยมีคณะลูกขุน (Jury) คณะลูกขุนจะเป็นผู้กำหนดจำนวนค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ทั้งนี้ ในแต่ละมลรัฐจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้แตกต่างกัน เช่น ไม่เกินสองเท่า หรือสามเท่า หรือสี่เท่าของค่าเสียหายตามปกติ (Compensatory Damages) เป็นต้น ส่วนคดีที่ไม่ได้พิจารณาโดยมีลูกขุนนั้น ผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายเอง

แต่อย่างไรก็ตาม จำเลยมีสิทธิพิสูจน์ว่า ค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่ศาลกำหนดนั้นเกินสมควร ซึ่งละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของจำเลย (Due Rights in Fourteenth Amendment) ซึ่งศาลในสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีการเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้แตกต่างกันดังเช่นหากเป็นเรื่องความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นศาลอาจพิจารณาโดยดูจาก

1. ผู้ประกอบการที่รู้ว่าสินค้านั้นมีอันตราย และรู้วิธีที่จะลดความเป็นอันตรายนั้น ลงจนถึงระดับที่ยอมรับได้โดยทั่วไป แต่ไม่ดำเนินการ
2. ผู้ขายรู้ว่าสินค้านั้นเป็นอันตรายแต่ปิดบังซ่อนเร้นไว้ หรือ
3. ภายหลังที่ตรวจพบว่าสินค้านั้นมีความบกพร่อง แต่ผู้ประกอบการไม่ดำเนินการใดๆ ที่

เหมาะสม เช่น ไม่แจ้งให้ผู้ขายสินค้าและผู้บริโภคทราบถึงเหตุดังกล่าว เป็นต้น หรือยังคงดำเนินการผลิตสินค้านั้นต่อไปอีก⁹²

ตัวอย่างคดีที่มี การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในต่างประเทศ เช่น

คดี *BMW of North American, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 563 (1996) เมื่อ ค.ศ. 1990 โจทก์ซื้อรถยนต์ยี่ห้อ บี เอ็ม ดีดับเบิลยู (BMW) ซึ่งเป็นรถใหม่จากตัวแทนจำหน่ายมลรัฐอลาบามาในราคา 40,000 ดอลลาร์สหรัฐ โจทก์พบในภายหลังว่ารถยนต์คันดังกล่าวมีการทำสีใหม่โดยผู้ขายไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่มีการทำสีใหม่ อันเป็นความผิดฐานฉ้อโกง ภายใต้กฎหมายแห่งมลรัฐ คณะลูกขุนตัดสินให้ BMW ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเงิน 4,000 ดอลลาร์สหรัฐ และกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษอีก 4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือ 160 ล้านบาท แต่จำเลยขอต่อสู้ต่อศาลมลรัฐอลาบามาว่า ค่าเสียหายในเชิงลงโทษที่กำหนดนั้นเกินสมควรไม่เหมาะสม ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญต่อจำเลย ซึ่งศาลสูงแห่งมลรัฐอลาบามาเห็นด้วยได้ปรับลดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเหลือ 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือ 80 ล้านบาท

คดี *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, No. CV-93-024191995WL360309 (N.M. Dist. Ct. Aug. 18, 94) กาแฟร้อนแมคโดนัลด์ "The Case of Spilled Coffee" เมื่อปี ค.ศ. 1992 นายไลเบค (Ms. Liebeck) อายุ 79 ปี ขับรถยนต์ไปซื้อกาแฟราคา 49 เซนต์ จากร้านแมคโดนัลด์ (McDonald's) แล้ววางถ้วยกาแฟที่หน้าตักเปิดฝาเพื่อเติมครีม และน้ำตาล น้ำร้อนได้หกจากถ้วย โฟมลวกขาทั้งสองข้าง และเป่าจนไหม้ นางไลเบค ต้องเข้ารับรักษาตัวที่โรงพยาบาล คณะลูกขุนตัดสินให้นางไลเบคชนะคดี โดยให้ค่าสินไหมทดแทน 160,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือ 6,400,000 บาท และ 2.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือ 108 ล้านบาท สำหรับค่าเสียหายในเชิงลงโทษต่อแมคโดนัลด์ สำหรับกาแฟที่ร้อนเกินไป (อุณหภูมิสูงกว่าบรรทัดฐานทางอุตสาหกรรมจนทำให้ผิวหนังไหม้ได้) ต่อมาก็มีการอุทธรณ์ขึ้นไป ซึ่งศาลสูงของมลรัฐเห็นว่าสูงไปจึงได้ลดเฉพาะค่าเสียหายอันเป็นการลงโทษเหลือ 480,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือ 19,200,000 บาท (สามเท่าของค่าสินไหมทดแทน) ซึ่งแม้ต่อมาแมคโดนัลด์กับนางไลเบคได้เจรจาตกลงกันได้และทำสัญญาประนีประนอมยอมความโดยแมคโดนัลด์ยอมจ่ายเงินจำนวนหนึ่ง แต่ห้ามคู่กรณีนำไปเปิดเผย ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายของศาลก็เป็นแนวทางให้เห็นถึง การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษของประเทศสหรัฐอเมริกา

⁹² สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์ "ร่างกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยกับผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง" วารสารนิติศาสตร์ 33,4 ธันวาคม พ.ศ. 2546 หน้า 697.

คดี *Hymowitz v. Eli Lilly and Co.*, 539 N.E.2d 1069, 1075(N.Y.1989) ซึ่งเป็นกรณีโจทก์ป่วยเป็นมะเร็งที่มีสาเหตุมาจากแม่ของโจทก์ใช้ยา “DES daughters” ขณะที่โจทก์อยู่ในครรภ์ (โรคมะเร็งชนิดนี้ผู้เชี่ยวชาญเห็นแล้วสามารถบอกได้ว่าเกิดจาก DES) คือ บริษัทผลิตยาได้ทดลองยา และขายอันตรายโดยประมาท ศาลสหรัฐอเมริกาที่พิจารณาคดี DES ไม่ได้ใช้กฎหมายละเมิดเพื่อการชดใช้ค่าเสียหายแต่เพียงอย่างเดียว แต่เพื่อให้บริษัทผลิตยาทดลอง และจำหน่ายยาด้วยความระมัดระวังมากยิ่งขึ้น โดยกฎหมายละเมิดสมัยใหม่จะมุ่งเพื่อยับยั้งป้องปรามไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่าง (Deter tent)

กรณีล่าสุดเมื่อเดือนสิงหาคม พ.ศ.2548 คณะลูกขุนของศาลมลรัฐเท็กซัส สหรัฐอเมริกา ได้ตัดสินให้บริษัท Merck ต้องรับผิดชอบต่อการเสียชีวิตของนาย Robert Ernst จากอาการหัวใจเต้นผิดปกติหลังจากรับประทานยา Vioxx ติดต่อกันนาน 8 เดือน ให้แก่นาง Carol Ernst ภรรยา เป็นค่าเสียหายเพื่อชดเชยทางด้านจิตใจเป็นจำนวนเงิน 24.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) อีกเป็นจำนวนถึง 229 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยให้เหตุผลว่าบริษัทเมอร์คให้ความสำคัญกับกำไรมากกว่าการให้ความสำคัญกับสวัสดิภาพของประชาชน และรู้ถึงความผิดปกติของยาที่จำหน่าย อีกทั้งยังปกปิดข้อมูล และละเลยจดหมายเตือนขององค์กรอาหารและยาของสหรัฐอเมริกา ทั้งๆ ที่กฎหมายของมลรัฐเท็กซัสกำหนดให้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 1.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ฉะนั้นโจทก์จะได้รับค่าเสียหายรวม 26.1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁹³

ส่วนในประเทศอังกฤษ มีหลักเกณฑ์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ตัวอย่างเช่นผู้พิพากษาหัวหน้าศาล Pratt ได้วางวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ในคำตัดสินคดี *Wikes v. Wood*⁹⁴ ว่าลูกขุนมีอำนาจในการกำหนดค่าเสียหายได้มากกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับซึ่งค่าเสียหายนี้ได้ถูกกำหนดขึ้นไม่เพียงแต่ให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายพึงพอใจเท่านั้น แต่ยังทำหน้าที่ลงโทษผู้กระทำละเมิดและป้องปรามมิให้พฤติกรรมนั้นๆ เกิดขึ้นในภายภาคหน้าได้อีก และยังไปกว่านั้นค่าเสียหายยังอยู่ในฐานะที่เป็นเครื่องพิสูจน์ความไม่พอใจของลูกขุน ในการกระทำละเมิดนั้นๆ ด้วย

⁹³ สุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์, “ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ: การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกริก พ.ศ.2548. หน้า 48.

⁹⁴ *Wikes v. Wood*, 98 Eng. Rep.489(C.P.1763) อ้างจาก ประณูญวัน ชมเสวก “ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด” อ้างแล้ว หน้า 55.

คดี *John v. MGN Ltd.*⁹⁵ หรือที่รู้จักในฐานของศิลปิน Sir Elton John ได้ฟ้องบริษัท MGN ซึ่งเป็นสำนักพิมพ์ของหนังสือพิมพ์รายหนึ่ง ด้วยเหตุที่ได้ลงบทความว่า Sir Elton John มีวิธีการลดความอ้วนแบบแปลกประหลาดจนอาจคร่าชีวิตตัวเองได้ ในคดีนี้ถูกขุนตัดสินให้ Sir Elton John ได้รับค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้เป็นจำนวน 75,000 ปอนด์ และค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนเงิน 275,000 ปอนด์ บริษัท MGN อุทธรณ์คำตัดสินนี้ และศาลอุทธรณ์ได้ลดจำนวนค่าเสียหายที่พิสูจน์ได้เป็น 25,000 ปอนด์ แม้ข้อความในบทความนี้จะไม่เป็นความจริงและยังเป็นการล่วงละเมิดต่อ Sir Elton John อีกทั้งสำนักพิมพ์นี้ยังมีได้มีความระมัดระวังในการตรวจสอบความถูกต้องของเนื้อหาที่ลงในหนังสือพิมพ์ แต่ก็ไม่ได้ทำให้ชื่อเสียงของ Sir Elton John เสียหาย ศาลได้ตัดสินให้จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวน 275,000 ปอนด์ เป็นจำนวนที่มากเกินไปอย่างชัดเจนภายใต้พฤติการณ์นั้น และกำหนดให้ 50,000 ปอนด์เป็นจำนวนที่พอเหมาะ⁹⁶

แม้กระนั้นหากพิจารณากฎหมายในประเทศไทย ในหลายฉบับ หรือคำพิพากษาฎีกาในหลายๆ คดี มีแนวทางในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่สูงเกินกว่าปกติ และมีลักษณะที่เป็นการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษอยู่ด้วย คงมาจากสาเหตุเพื่อขยับยั้งปราบปราม และเพื่อไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นมิให้กระทำตามทำให้เห็นว่าแนวคิด หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดเริ่มเปลี่ยนไป ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1011/2549 จำเลยที่ 1 เป็นผู้ควบคุมยานพาหนะรถเมล์สาย 207 ขับรถด้วยความเร็ว ประมาทเลินเล่อ ทำให้บุตรโจทก์พลัดตกจากรถ ศีรษะกระแทกพื้นอย่างรุนแรงและเสียชีวิต จำเลยที่ 1 เป็นพนักงานขับรถของขนส่งมวลชนกรุงเทพ บริษัทเดินรถร่วมต้องมีมาตรฐานความปลอดภัยย่อมต้องทราบดีว่า ประตูลมที่ติดตั้งรถคันเกิดเหตุชำรุดใช้การไม่ได้ ควรให้ช่างซ่อมแซม กลับนำมาใช้โดยใช้สายยางรัดประตู เป็นการขาดความระมัดระวัง จำเลยที่ 2 เป็นเจ้าของรถและประกอบกิจการเดินรถร่วมกับจำเลยที่ 4 ต้องร่วมรับผิดชอบฐานเป็นนายจ้าง ส่วนจำเลยที่ 5 เป็นผู้รับสัมปทานจากจำเลยที่ 6 ซึ่งเป็นองค์กรขนส่งมวลชนกรุงเทพ ต้องร่วมรับผิดชอบค่าใช้จ่าย ไร่อุปการะแก่โจทก์ทั้งสองซึ่งเป็นบิดามารดาของผู้ตายร่วมกันเดือนละ 46,000 บาท เป็นเวลา 20 ปี รวมเป็นเงิน 11,040,000 บาท ศาลเห็นตามใบรับรองผลการศึกษาจากมหาวิทยาลัย ผู้ตามเรียนคณะบริหารการเงินระหว่างประเทศ มีผลการศึกษาอยู่ในระดับที่ดีมาก โดยเฉพาะภาษาญี่ปุ่นและภาษาอังกฤษ ประกอบกับฐานะการเงินของโจทก์ เชื่อว่าสามารถจะส่งผู้ตายไปศึกษาต่อยัง

⁹⁵ *John v. MGN Ltd.*, Q.B.586 (C.A.1997)

⁹⁶ *John Y. Gotanda*, supra note 9, p.405.

ต่างประเทศ หากมีชีวิตมีโอกาสรอบอ้อมชีพมีรายได้สูง และดอกเบี้ยนับแต่วันทำละเมิดถึงวันฟ้องเป็นเงิน 207,000 บาท พิพากษาให้จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 4 ที่ 5 และที่ 6 ร่วมกับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงิน 11,497,000 บาท เมื่อหักจากจำนวนเงินที่บริษัทประกันภัยชำระให้โจทก์ทั้งสองเป็นเงิน 750,000 บาท คงเหลือค่าสินไหมทดแทนทั้งสิ้น 10,747,000 บาท

คำพิพากษาของศาลแพ่งที่ 1011/2549 ข้างต้น ศาลได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะให้แก่บิดามารดาของผู้ตายเป็นจำนวนเงินที่สูงกว่าคดีอื่นๆ ทั้งนี้ เนื่องจากการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์ในการเรียกไว้ตายตัว แต่ขึ้นอยู่กับกรณีที่โจทก์ผู้เรียกร้องสามารถนำพยานหลักฐานต่างๆ มาแสดงให้ศาลเห็นว่า โจทก์ควรจะได้ค่าขาดไร้อุปการะเพียงใด เพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนอย่างไรก็ตาม แม้ว่าตัวโจทก์ผู้เรียกร้องจะไม่สามารถแสดงพยานหลักฐานต่างๆ ได้ ศาลก็ใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ ถือเป็นคดีประวัติศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงการใช้ดุลพินิจในการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ซึ่งสังคมส่วนใหญ่เห็นว่าเหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับในแนวทางการลงโทษ ซึ่งผลของคำวินิจฉัยต่างจากคำพิพากษาของ 2 คดีแรก

คดีหมายเลขแดงที่ 5238-5244/2547 (คดี "โป๊ะล้ม") ซึ่งเป็นคดีที่ผู้ได้รับบาดเจ็บและตายของผู้ที่ถึงแก่ความตายรวม 16 คน เป็นโจทก์ฟ้องบริษัท สุภัทรา จำกัด บริษัทเรือด่วนเจ้าพระยา จำกัด กรุงเทพมหานคร และกรมเจ้าท่า เป็นจำเลย ศาลแพ่งมีคำสั่งรวมพิจารณาเป็นคดีแพ่งหมายเลขดำที่ 4241/2539 เป็นกรณีละเมิดอันเกิดจากการที่โป๊ะเทียบเรือที่อยู่ในความรับผิดชอบล้มและจมในแม่น้ำเจ้าพระยา ระหว่างพิจารณาศาลอนุญาตให้โจทก์ถอนฟ้องบริษัทสุภัทราจำกัด จำเลยที่ 1 และบริษัทเรือด่วนเจ้าพระยาจำกัด จำเลยที่ 2 และเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ.2547 ศาลแพ่งมีคำพิพากษาให้กรุงเทพมหานครซึ่งเป็นจำเลยที่ 3 ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์รวมกว่าสิบล้านบาท

กฎหมายในประเทศไทยที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับในการนำหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้ โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ได้ให้อำนาจศาลสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษผู้กระทำความผิดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นเชิงลงโทษได้ ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่นำหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 8 และมาตรา 13 ดังนี้

มาตรา 8 บัญญัติว่า "เมื่อมีหลักฐาน โดยชัดแจ้งว่าผู้ใดละเมิดหรือกำลังจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูก หรือ

กำลังจะถูกละเมิดสิทธินั้น มีสิทธิดังต่อไปนี้ (1) ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้นั้นระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า เป็นการชั่วคราว และ (2) ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า และฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้”

มาตรา 13 บัญญัติว่า “ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการฟ้องคดีตามมาตรา 8 (2) ศาลมีอำนาจกำหนดตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ (1) นอกจากกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างแท้จริง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าคืน ผลประโยชน์ที่ได้จาก หรือเนื่องจากการละเมิดโดยคิดรวมเข้าไปในค่าสินไหมทดแทนได้ (2) ในกรณีที่ไม้อาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตาม (1) ได้ ให้ศาลกำหนด ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร (3) ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาถ่มถุยเป็นเหตุ ให้ความลับทางการค้าดังกล่าวเสื่อมสภาพ การเป็นความลับทางการค้าให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ เพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหม ทดแทนตาม (1) หรือ (2)”

2. พระราชบัญญัติความผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พศ.2551 บัญญัติถึงค่าเสียหายทางจิตใจไว้ ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ แก่ผู้ประกอบการที่ได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้า โดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้น ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้ว ไม่ดำเนินการใดๆ ตามสมควร เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ไว้ในมาตรา 4, 5 และ 11 ดังนี้

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ความเสียหายต่อจิตใจ หมายความว่า ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความหวาดกลัว ความวิตกกังวล ความเศร้าโศกเสียใจ ความอับอาย หรือความเสียหายต่อจิตใจอย่างอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน

สินค้าที่ไม่ปลอดภัย หมายความว่า สินค้าที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุจากความบกพร่องในการผลิตหรือการออกแบบ หรือไม่ได้กำหนดวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา คำเตือน หรือข้อมูลเกี่ยวกับสินค้า หรือกำหนดไว้แต่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชัดเจนตามสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสภาพของสินค้า รวมทั้งลักษณะการใช้งาน และการเก็บรักษาตามปกติธรรมดาของสินค้าอันพึงคาดหมายได้”

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย และสินค้านั้น ได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม”

มาตรา 11 บัญญัติว่า "นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(4) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามิ ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

(5) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใดๆ ตามสมควร เพราะป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของผู้เสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัย ของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้รับบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย"

3. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคที่ถูกเอาเปรียบ เนื่องจากขาดอำนาจต่อรองในการเข้าทำ มีเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภค โดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภค ได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เมื่อศาลพิพากษาให้ผู้ประกอบธุรกิจชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงได้ตามที่ศาลเห็นสมควร โดยกำหนดวิธีพิจารณาคดีไว้เฉพาะ ให้สิทธิเรียกร้องในลักษณะค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ ในมาตรา 40 และ 41 ดังนี้

มาตรา 40 บัญญัติว่า "ถ้าการกระทำที่ถูกต้องฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบการกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภค โดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภค ได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบธุรกิจชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาล

เห็นสมควร ทั้งนี้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภครับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับสถานะทางการเงินของผู้ประกอบการธุรกิจ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคร่วมในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนเงินไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด”

มาตรา 41 บัญญัติว่า “ในคดีผู้บริโภค เมื่อศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีหรือจำหน่ายคดีเสียจากสารบบความหากข้อเท็จจริงปรากฏแก่ศาลว่ายังมีสินค้าที่ได้จำหน่ายไปแล้วหรือที่เหลืออยู่ในท้องตลาดอาจเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้บริโภคโดยส่วนรวม และไม่อาจใช้วิธีป้องกันอย่างอื่นได้ให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งต่อไปนี้

(1) ให้ผู้ประกอบการจัดการประกาศและรับสินค้าดังกล่าวซึ่งอาจเป็นอันตรายคืนจากผู้บริโภคเพื่อทำการแก้ไขหรือเปลี่ยนให้ใหม่ภายในเวลาที่กำหนดโดยค่าใช้จ่ายของผู้ประกอบการเอง แต่ถ้าเป็นกรณีที่ไม่อาจแก้ไขหรือดำเนินการตามที่กล่าวข้างต้นได้ ก็ให้ใช้ราคาตามที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงลักษณะและสภาพของสินค้าขณะรับคืน รวมทั้งความสุจริตของผู้ประกอบการประกอบด้วย

(2) ห้ามผู้ประกอบการจำหน่ายสินค้าที่เหลืออยู่และให้เรียกเก็บสินค้าที่ยังไม่ได้จำหน่ายแก่ผู้บริโภคกลับคืนจนกว่าจะได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสินค้าดังกล่าวให้มีความปลอดภัย แต่ถ้าเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ศาลจะมีคำสั่งห้ามผู้ประกอบการผลิตหรือนำเข้าสินค้านั้นก็ได้ และหากเป็นที่สงสัยว่าผู้ประกอบการจะเก็บสินค้าที่เหลือไว้เพื่อจำหน่ายต่อไปให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการทำลายสินค้าที่เหลือนั้นด้วย

ถ้าความปรากฏในภายหลังว่าผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ให้ศาลมีอำนาจสั่งจับกุมและกักขัง ผู้ประกอบการหรือผู้ที่มีอำนาจทำการแทน ของผู้ประกอบการในกรณีที่ผู้ประกอบการเป็นนิติบุคคลไว้จนกว่าจะได้ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว หรือสั่งให้เจ้าพนักงานคดีหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดดำเนินการ โดยให้ผู้ประกอบการเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่าย และหากผู้ประกอบการไม่ชำระ ให้บุคคลนั้นมีอำนาจบังคับคดีกับผู้ประกอบการเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของหนี้ ตามคำพิพากษา ผู้ประกอบการหรือผู้ที่มีอำนาจทำการแทนของผู้ประกอบการในกรณีที่ผู้ประกอบการเป็นนิติบุคคลที่ถูกจับกุมโดยจงใจขัดคำสั่ง จะต้องถูกกักขังไว้จนกว่าจะมีประกันหรือประกันและหลักประกันตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรกำหนดว่าตนยินยอมที่จะปฏิบัติตาม

คำสั่งทุกประการ แต่ทั้งนี้ ห้ามมิให้กักขังผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้มีอำนาจทำการแทนของผู้ประกอบธุรกิจ ในกรณีธุรกิจเป็นนิติบุคคลแต่ละครั้งเกินกว่าหกเดือนนับแต่วันจับหรือกักขัง แล้วแต่กรณี

ดังนั้นในปัจจุบันหากผู้บริโภคยื่นฟ้องคดีต่อผู้ประกอบกิจการ นอกเหนือจากที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงตามมาตรา 438 แล้วศาลยังสามารถกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ (Punitive Damages) ได้อีกด้วย

4. พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนพิการ พ.ศ.2550 ได้กำหนดความคุ้มครองคนพิการเพื่อมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพื่อเหตุสภาพทางกายหรือสุขภาพ ในลักษณะค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ในมาตรา 15 และ 16 ดังนี้

มาตรา 15 บัญญัติว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการจะกระทำมิได้

การกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงการกระทำหรืองดเว้นกระทำที่แม้จะมีได้มุ่งหมายให้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ โดยตรง แต่ผลของการกระทำนั้นทำให้คนพิการต้องเสียสิทธิประโยชน์ที่ควรจะได้รับ เพราะเหตุแห่งความพิการด้วย

การเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผลทางวิชาการ จารีตประเพณี หรือประโยชน์สาธารณะสนับสนุนให้กระทำได้ตามความจำเป็นและสมควรแก่กรณี มิถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง แต่ผู้กระทำการนั้นจะต้องจัดให้มีมาตรการช่วยเหลือเยียวยาหรือรักษาซึ่งสิทธิหรือประโยชน์แก่คนพิการตามความจำเป็นเท่าที่จะทำได้”

มาตรา 16 บัญญัติว่า “คนพิการที่ได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการตามมาตรา 15 มีสิทธิร้องขอต่อคณะกรรมการ ให้มีคำสั่งเพิกถอนการกระทำ หรือห้ามมิให้กระทำการนั้นได้ คำสั่งของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

การร้องขอตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะฟ้องร้องค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายอย่างอื่น อันมิใช่ตัวเงินให้แก่คนพิการที่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ และหากเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่คนพิการ ไม่เกินสี่เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงด้วยก็ได้

หลักเกณฑ์และวิธีการในการร้องขอ และการวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด”

ดังนั้นมีข้อเสนอแนะว่า

1. ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

2. ควรบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคสาม ถึงเรื่องการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ชัดเจนว่า "หากความเสียหายเกิดมีขึ้นโดยจงใจ และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำละเมิดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง" หรือไม่

ประเด็นที่หกรับผิดร่วมกับบุคคลอื่น (**Vicarious Liability**) นั้น พิจารณาถึงสิทธิในการไล่เบี้ยของนายจ้าง ในความรับผิดของนายจ้างต่อการกระทำลูกจ้าง และควรมีกฎหมายบัญญัติถึงนิติบุคคลต้องร่วมรับผิดเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิดหรือไม่

บุคคลจะต้องรับผิดเมื่อมีการทำละเมิด ตั้งอยู่บนพื้นฐานความรับผิดแบ่งได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1. ความรับผิดเพราะตนเองเป็นผู้กระทำ (**liability based on fault**) เป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด ที่ตนเองได้ลงมือกระทำละเมิดเองจึงต้องรับผิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420-424 ตัวอย่างเช่น นายแดงสร้างบ้านรुक้าเข้าไปในที่ดินข้างเคียงของนายเขียว นายแดงทำละเมิดต้องรับผิด

2. ความรับผิดเพราะบุคคลอื่นเป็นผู้ทำละเมิด (**Vicarious liability**) เป็นความรับผิดที่ตนเองไม่ได้เป็นผู้กระทำ แต่ต้องรับผิดเพราะเป็นผู้มีความสัมพันธ์บางอย่างกับบุคคลนั้นจึงต้องร่วมรับผิดด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 425-427 และ 429-431 ตัวอย่างเช่น นายดำเป็นคนขับรถซึ่งเป็นลูกจ้างของนายเขียว ขับรถด้วยความเร็วสูงชนนายม่วง ได้รับบาดเจ็บสาหัส นายดำต้องรับผิดตามพื้นฐานความรับผิดเพราะตนเองเป็นผู้กระทำ (**liability based on fault**) แต่ขณะเดียวกันนายเขียวอยู่บ้านไม่ทราบเรื่องด้วยแต่ต้องรับผิดร่วมกับนายดำ ในความรับผิดเพราะบุคคลอื่นเป็นผู้ทำละเมิด

3. ความรับผิดเด็ดขาด (**Strict liability**) เป็นความรับผิดเพราะว่าทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลในความควบคุม หรือในความครอบครอง ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 433-437 ตัวอย่างเช่น นายฟ้าเอากระถางต้นไม้วางไว้บนระเบียงบ้าน ลมพัดแรงกระถางตกใส่ศีรษะนายชมพูซึ่งเดินผ่านมา ถือว่าทรัพย์สินไปก่อให้เกิดความเสียหาย นายฟ้าซึ่งเป็นผู้ครอบครองต้องรับผิด

ในประเด็นดังกล่าวผู้วิจัยมุ่งให้ความสนใจแต่เฉพาะความรับผิดเพราะบุคคลอื่นเป็นผู้ทำละเมิด (**Vicarious liability**) แต่ต้องรับผิดร่วมกับบุคคลอื่นด้วย หมายความว่า เป็นความรับผิดของบุคคลผู้หนึ่งในการกระทำละเมิดของบุคคลอีกผู้หนึ่ง โดยที่บุคคลที่ต้องรับผิดคนก่อนนั้น ไม่ได้กระทำละเมิดด้วยตนเอง⁹⁷

ความรับผิดในผลแห่งละเมิดของบุคคลอื่น หรือความผิดเพื่อผู้อื่นนั้น คำว่า “เพื่อผู้อื่น” หรือ “เพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น” มิใช่เป็นเรื่องความผิดแทนที่กันหรือความรับ

⁹⁷ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, อ่างแล้ว หน้า 64.

ผิดร่วมกันในลักษณะที่ผู้ทำละเมิดไม่ต้องรับผิดเลยเพราะมีผู้อื่นมารับผิดแทนหรือผู้ทำละเมิดรับผิด กิ่งหนึ่งร่วมกับผู้อื่นซึ่งรับผิดร่วมกันในอีกส่วนหนึ่ง ในทางตรงข้ามความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิด จากการกระทำของบุคคลอื่น เป็นเรื่องที่ว่าผู้กระทำละเมิดคงมี "ความผิด" และ "ความรับผิด" อยู่ หากแต่ด้วยเหตุผลบางประการกฎหมายกำหนดให้บุคคลอื่นซึ่งมิได้เป็นผู้กระทำละเมิด หรืออีกนัย หนึ่งมิได้เป็นผู้ก่อ "ความผิด" แต่ต้องมี "ความรับผิด" บุคคลเช่นว่านี้อาจต้องรับผิดเพราะมี ความสัมพันธ์ตามกฎหมายหรือสัญญากับผู้ทำละเมิด และในทางตอบแทนกันเมื่อบุคคลดังกล่าวรับผิด ไปแล้วเท่าใดอาจไปไต่เบียดเอากลับคืนจากผู้ทำละเมิดได้⁹⁸

หลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าใครควรมีความสัมพันธ์ในแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ไม่ เหมือนกัน ซึ่งเป็นไปตามรัฐประศาสนโยบาย (Public policy) ของแต่ละประเทศโดยสำแดงในรูป ของกฎหมาย เฉพาะในประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึง ความสัมพันธ์ (Connection) เป็นคู่ดังนี้

คู่ที่หนึ่ง นายจ้างและลูกจ้าง

ความสัมพันธ์ที่เก่าแก่ที่สุดในโลก และได้มีบัญญัติไว้ตั้งแต่สมัยจักรพรรดิจัสติเนียน (Justinian) มีการรวบรวมไว้เป็นประมวล ชื่อว่า Corpus Juris Civilis หลักที่เก่าแก่ซึ่งอยู่ในประมวล นั้นคือ หลักนายกับบ่าว (Master and Servent) บัญญัติให้ นายต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดของทาส ทุกอย่าง ซึ่งต่อมาสังคมไม่มีทาส จึงมีวิวัฒนาการเป็นความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง (Employer and Employee) แทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 425 โดยเทียบเคียง มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 715

ประเทศไทยในสมัยรัชกาลที่ 5 พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ (กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์) ท่านได้ทรงสอนวิชา ประทศรัยทางแพ่ง (กฎหมายละเมิดในปัจจุบัน) พระองค์ท่านได้อ้างสุภาษิต กฎหมายละเมิดที่ว่า Respondeat superior ซึ่งในสมัยนั้นแปลว่า "เป็นนายเขาต้องรับสนอง" (Qui facit per alium facit per se) ผู้กระทำการ โดยผ่านผู้อื่นต้องรับผลของการกระทำนั้นดูว่าตนเอง ซึ่งกฎหมายทุกประเทศยึดถือหลัก Respondeat superior ที่ถือว่าเก่าแก่ที่สุด มาสำแดงเป็นกฎหมาย เพื่อบังคับใช้เช่นกัน

มูลเหตุที่นำไปสู่ความสัมพันธ์อันเป็นเหตุให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดในการที่ลูกจ้างทำ ละเมิดเนื่องจาก เพราะนายจ้างเป็นฝ่ายไว้เนื้อเชื่อใจให้ลูกจ้างกระทำการนั้นจนเกิดเป็นการละเมิด

⁹⁸ วารี นาสกุล ,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดควรได้ ,อ้าง แล้ว หน้า 1504.

ขึ้น เมื่อนายจ้างเป็นฝ่ายรับประโยชน์จากผลงานของลูกจ้าง นายจ้างก็ควรรับผิดชอบอันเกิดจากผลงานของลูกจ้างด้วยเช่นกัน แต่นักนิติศาสตร์บางท่านกลับอธิบายไปในทางความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างว่าสัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาพิเศษที่ให้นายจ้างมีอำนาจเด็ดขาดเหนือลูกจ้างไม่ว่าอำนาจในการบังคับบัญชาหรือในการใช้ความระมัดระวัง การที่นายจ้างต้องรับผิดชอบผลแห่งละเมิดที่ลูกจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นก็เนื่องมาจากความผิดของนายจ้างเอง ที่ไม่ใช้ความระมัดระวังในการเลือกลูกจ้างให้ดี หรือไม่ใช้ความระมัดระวังดูแลลูกจ้างตามควรแก่หน้าที่จนเป็นเหตุให้เกิดการอันเป็นละเมิด

เหตุผลเหล่านี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์กันมากว่าไม่ถูกต้อง เพราะบางครั้งนายจ้างต้องรับผิดชอบ แม้ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามควรแล้ว หรือบางครั้งนายจ้างอาจไม่ได้รับประโยชน์จากการกระทำของลูกจ้างเลยก็ได้ กฎหมายของบางประเทศปิดปากห้ามนายจ้างพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว เช่น กฎหมายไทย เป็นต้น แต่กฎหมายบางประเทศ เช่น สวิต เม็กซิโก และเยอรมันอนุญาตให้นายจ้างพิสูจน์หลีกเลี่ยงความรับผิดได้

ตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาที่ 174/2528⁹⁹ จำเลยที่ 2 เป็นลูกจ้างขับรถโดยได้รับเงินเดือนของบริษัทวานเพชรบริการ จำกัด ซึ่งเป็นเจ้าของรถยนต์โดยสารประจำทางได้นำรถยนต์โดยสารประจำทางคันที่ก่อละเมิดขับรถชนสามล้อที่มาร่วมในเส้นทางเดินรถของจำเลยที่ 1 (องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร) โดยจำเลยที่ 1 ตกกลงให้เข้ามาเดิน รถยนต์โดยสารประจำทางคันเดียวกันกับสิรถยนต์โดยสารประจำทางของจำเลยที่ 1 และมีตราของจำเลยที่ 1 ที่ข้างรถทั้งสองด้าน พนักงานเก็บเงินค่าโดยสารประจำรถยนต์โดยสารประจำทางได้รับเงินเดือนจากจำเลยที่ 1 ถือว่าบริษัทวานเพชรบริการจำกัด ร่วมกิจการเดินรถกับจำเลยที่ 1 การที่รถยนต์โดยสารประจำทางตามฟ้องมาเดินรับส่งคนโดยสารในลักษณะเช่นนี้ ถือเป็นกิจการของจำเลยที่ 1 ด้วย จำเลยที่ 2 คนขับรถยนต์โดยสารประจำทางตามฟ้อง ซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทวานเพชรบริการจำกัด ย่อมเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ด้วย ดังนั้น จำเลยทั้งสองต้องร่วมกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากการกระทำละเมิดขับรถชนสามล้อที่ถึงแก่ความตาย

ปัจจุบันนักนิติศาสตร์สมัยใหม่หลายท่านเริ่มมีความเห็นว่าเหตุผลสำคัญที่นายจ้างต้องรับผิดชอบเนื่องมาจากรัฐประศาสนโยบาย ซึ่งเป็นแนวนโยบายที่เห็นกันว่า การกำหนดให้นายจ้างเป็นฝ่ายรับผิดชอบนั้นเป็นการถูกต้องและสอดคล้องกับสภาวะในสังคมปัจจุบัน ซึ่งลูกจ้างมักเป็นคนยากจนขาดทุนทรัพย์ ส่วนนายจ้างมักเป็นฝ่ายร่ำรวยหรือมีเงินนั้นก็มิใช่หลักทรัพย์มั่นคง ยิ่งกว่าผู้เป็นลูกจ้าง

⁹⁹ เเนติบัญญัติยสภา ,ตอนที่ 1 พ.ศ.2528 หน้า 89-97.

หากกฎหมายไม่กำหนดให้นายจ้างเป็นฝ่ายรับผิดชอบแล้ว ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับผิดชดใช้จากทางใดเลย เพราะลูกจ้างไม่อยู่ในฐานะจะชดใช้ค่าเสียหายให้ได้¹⁰⁰

นักกฎหมายบางท่านให้เหตุผลต่อแนวความคิดนี้ว่ามีเหตุผลมากที่ทำให้นายจ้างควรต้องรับผิดชอบ เพราะนายจ้างเป็นผู้ควบคุมลูกจ้าง นายจ้างเป็นตัวจักรสำคัญที่หมุนให้เครื่องเดินไป นายจ้างเป็นผู้เลือกลูกจ้างและไว้ใจลูกจ้าง ลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาชิตยก็ดี ละทิ้งการงานไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือทำประการอื่นอันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้อง และสุจริตก็ดี นายจ้างย่อมมีสิทธิไล่ลูกจ้างออกได้ โดยไม่ต้องบอกล่วงหน้า หรือให้สินไหมทดแทน (มาตรา 583) เมื่อนายจ้างมีสิทธิเลือกลูกจ้างได้ตามชอบใจ และลูกจ้างต้องทำตามคำสั่งของนายจ้างดังกล่าว นายจ้างจึงควรต้องรับผิดชอบในละเมิดของลูกจ้างดีกว่าให้ผู้เสียหายที่บริสุทธิ์ต้องรับบาป ย่อมเป็นที่ยอมรับกันว่าผู้ที่จ้างคนอื่นทำงาน ก็ควรจะต้องรับผิดชอบในการนั้น หรือพูดกันอย่างเปิดอก คนรวยควรจะต้องรับผิดชอบ ศาลมักกล่าวว่าผู้ซึ่งให้คนอื่นทำก็เท่ากับทำด้วยตนเอง หรือมักกล่าวว่า *respondeat superior- let the superior answer*¹⁰¹

บทสรุปของเหตุผลในเรื่องแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของนายจ้างต่อการกระทำลูกจ้าง มีดังนี้

1. เห็นว่านายจ้างควรต้องรับผิดชอบในผลแห่งงานที่ตนได้ประโยชน์ และตนเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาดูแลการทำงานของลูกจ้าง เป็นผู้คัดเลือกลูกจ้าง ดังนั้นจึงควรมีหน้าที่ป้องกันความเสียหายได้ดีที่สุด
2. นายจ้างอยู่ในฐานะที่ดีที่สุดที่จะแบกภาระชดใช้ความเสียหาย (ไม่ตัดสิทธิที่จะไล่เบียดเอาจากลูกจ้างผู้ทำละเมิด) หรือหลักที่เรียกว่า *One who best bears it*. ไม่ควรให้ผู้เสียหายรับบาปเคราะห์
3. หลักที่ถือว่าการกระทำของลูกจ้างนั้นเปรียบเหมือนนายจ้างกระทำเอง (*Qui facit per alium facit per se*) ทำให้นายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง
4. หลักที่ถือว่า นายจ้างอยู่ในฐานะที่ดีที่สุดที่จะกระจายความรับผิดชอบในผลเสียหายไปยังสังคมได้โดยการเอาประกันภัยความเสียหายหรือการถือเอาค่าเสียหายซึ่งตนต้องรับผิดชอบเป็นต้นทุนในการผลิตได้¹⁰²

¹⁰⁰ วาริ นาสกุล ,เล่มเดิม หน้า 155.

¹⁰¹ ความเห็นของอาจารย์วงษ์ วีระพงษ์ ,คำอธิบายหมิ่นประมาท (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์อักษรการพิมพ์ พ.ศ.2507) หน้า 193-194.

¹⁰² สุขุม สุขนิคย์,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด ,อ้างแล้ว หน้า 93.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 425 เรื่องความรับผิดของนายจ้างในละเมิดที่ ลูกจ้างทำในทางหน้าที่จ้าง บัญญัติว่า “ นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่ง ลูกจ้างได้กระทำไปในทางหน้าที่จ้างนั้น” มีที่มาเทียบเคียงจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 831 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 725

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 831 (1) Liability for vicarious agents บัญญัติว่า “A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not apply if the principal exercises reasonable care when selecting the person deployed and, to the extent that he is to procure devices or equipment or to manage the business activity, in the procurement or management, or if the damage would have occurred even if this care had been exercised.”

“บุคคลใดจ้างบุคคลอื่นให้จัดการงานต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหาย นั้นๆ แม้ความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลภายนอก รวมถึงความรับผิด ในความเสียหายเกิดจากไม่ใช้ความระมัดระวังในการเลือกลูกจ้าง และเมื่อนายจ้างได้จัดหา เครื่องมือเครื่องใช้หรือควบคุมจัดการการจ้างการทำงานหรือความเสียหายจะเกิดขึ้นแม้จะใช้ความ ระมัดระวังแล้ว”

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น Article 715 (1) Liability of Employers บัญญัติว่า “A person who employs others for a certain business shall be liable for damages inflicted on a third party by his/her employees with respect to the execution of that business; provided, however, that this shall not apply if the employer exercised reasonable care in appointing the employee or in supervising the business, or if the damages could not have been avoided even if he/she had exercised reasonable care.”

“บุคคลใดจ้างบุคคลอื่นในการจัดการกิจการต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายแก่บุคคลภายนอก แต่บทบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับหากนายจ้างได้ระมัดระวังตามสมควรในการ แต่งตั้งลูกจ้างหรือดูแลกิจการแล้ว หรือความเสียหายไม่อาจหลีกเลี่ยง แม้จะใช้ความระมัดระวังตาม สมควรแล้ว”

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวความคิดที่นายจ้างต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดและเมื่อ วิเคราะห์จากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 831 (1) “บุคคลซึ่งจ้างคนอื่นทำงานใด ย่อม ต้องชดใช้ค่าทดแทนในความเสียหายซึ่งผู้อื่นได้ก่อขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลภายนอกใน

การปฏิบัติงานนั้น หน้าที่ที่จะชดใช้ค่าทดแทนย่อมไม่เกิดขึ้น ถ้าหากนายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาในการเลือกลูกจ้าง และกรณีที่ต้องจัดหาเครื่องมือ เครื่องใช้ และควบคุมดูแลงาน ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาเกี่ยวกับการจัดหาและการควบคุมดูแล หรือความเสียหายย่อมเกิดขึ้นได้ แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้น” ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น Article 715 (1) “ผู้ใดจ้างบุคคลอื่นให้ทำกิจการงานอย่างใด ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างต่อบุคคลภายนอก...” ซึ่งมีแนวคิดและที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงทำให้มีแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวคล้ายกัน

ผู้วิจัยประสงค์ศึกษาในประเด็นเรื่องสิทธิไล่เบี่ย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 426 บัญญัติว่า “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น” หากลูกจ้างทำละเมิดภายในทางการที่จ้าง เป็นผลให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบด้วย แม้นายจ้างจะไม่ได้รู้เห็น ไม่มีส่วนในการจงใจ หรือประมาท เลินเล่อทำละเมิดด้วย ก็ยังคงต้องรับผิดชอบ แต่ไม่ตัดสิทธินายจ้างที่จะเรียกให้ลูกจ้างชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ตนเองชดใช้ไปภายหลัง แม้เหตุละเมิดจะเกิดจากการทำงานในทางการที่จ้างก็ตาม แต่ปัญหาว่านายจ้างจะได้รับชดใช้จนสิ้นเชิงเท่าที่ตนได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้เขาไปแล้วนั้นหรืออย่างไร ซึ่งในเรื่องการใช้สิทธิไล่เบี่ยนั้นมาตรา 426 นั้นมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น Article 715 (3) Liability for vicarious agents บัญญัติว่า “The provisions of the preceding two paragraphs shall not preclude the employer or supervisor from exercising their right to obtain reimbursement against the employee. กล่าวคือ “บทบัญญัติข้างต้นสองวรรคแรก (เมื่อนายจ้างได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อการละเมิดอันลูกจ้างได้ทำไปแล้วนั้น) ไม่ตัดสิทธิ นายจ้างหรือผู้ควบคุมงาน ที่จะได้รับชดใช้จากลูกจ้าง” ในเรื่องการใช้สิทธิไล่เบี่ยมีนักวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันดังนี้

ความเห็นประการแรก หากพิจารณาประกอบมาตรา 432 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น” ดังนั้นในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น มาตรา 725 นายจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้าง จึงน่าจะคิดว่าสิทธิที่จะไล่เบี่ยของนายจ้างต่อลูกจ้างอยู่ในบังคับแห่งมาตรา 423 วรรค 3 นี้ด้วย โดยถ้านายจ้างมิได้เกี่ยวข้องรู้เห็นด้วยเลย สักแต่ลูกจ้างทำไปในทางการ ศาลอาจให้ลูกจ้างต้องรับผิดชอบมาก นายจ้างก็จะได้ชดใช้จากลูกจ้างมาก แต่ถ้านายจ้างมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วย อาจต้องแบ่งส่วนรับผิดชอบด้วยได้ชดใช้จาก

ลูกจ้างแต่น้อย ถ้าไม่ได้รับความอย่างใดข้างต้นอาจต้องรับผิดชอบเท่ากัน ถ้าดังนั้นก็อาจได้ชดเชยแบ่งเป็นส่วนเท่ากันตามแต่เรื่อง¹⁰³

ความเห็นประการที่สอง นายจ้างชอบที่จะได้รับการชดเชยจากลูกจ้าง ในกรณีที่ลูกจ้างทำละเมิดในทางการที่จ้าง และนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบด้วยนั้น เมื่อนายจ้างได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้ว นายจ้างย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยจากลูกจ้างได้ เพราะการที่ลูกจ้างทำละเมิดนั้นแม้ว่าจะการทำในทางการที่จ้างก็ตาม ก็ไม่มีเหตุที่จะต้องให้นายจ้างรับผิดชอบด้วย กล่าวคือ นายจ้างมิได้เป็นผู้ใช้ให้ทำละเมิดหรือสนับสนุนหรือช่วยเหลือในการทำละเมิดนั้น เช่น ลูกจ้าง ข. ในขณะที่ทำการงานในทางการที่จ้างนั้นได้ทำละเมิดต่อ ค. เป็นเงิน 5,000 บาท เช่นนี้ เมื่อ ข. ใช้เงิน 5,000 บาท ให้ ค. แล้ว ข. เรียกร้องให้ ก. ใช้เงิน 5,000 บาท นั้นแก่ตนได้ ทั้งนี้เพราะมาตรา 426 บัญญัติว่า “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดเชยจากลูกจ้างนั้น” ด้วยเหตุนี้เราอาจกล่าวได้ว่า แม้ในกรณีที่เป็นความรับผิดชอบบุคคลภายนอก นายจ้างและลูกจ้างจะต้องรับผิดชอบร่วมกันเหมือนว่าเป็นลูกหนี้ร่วม แต่ในระหว่างผู้เป็นนายจ้างและลูกจ้างด้วยกัน นายจ้างย่อมอยู่ในฐานะที่จะได้รับชดเชยจากลูกจ้างเต็มตามจำนวนที่ได้ชำระไป แต่ถ้านายจ้างเป็นผู้ใช้หรือสนับสนุนหรือช่วยเหลือในการทำละเมิดโดยตรง นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบด้วย และในระหว่างนายจ้างและลูกจ้างต้องถือว่ารับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่นๆ¹⁰⁴ มีความเห็นแนวทางเดียวกับ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่าเมื่อนายจ้างใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วมีสิทธิได้รับชดเชยคืนจากลูกจ้างจนเต็มจำนวน เพราะความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ลูกจ้างจะขอเฉลี่ยความรับผิดชอบกับนายจ้างหาได้ไม่ (ฎีกาที่ 1712/2527) สิทธิที่นายจ้างจะได้รับชดเชยคืนเรียกว่าสิทธิไล่เบี้ย ตามพจนานุกรม คำว่า “ไล่เบี้ย” หมายความว่าเรียกร้องเอาค่าเสียหายเป็นลำดับไปจนถึงคนสุดท้าย แต่สิทธิไล่เบี้ยของนายจ้างตามมาตรา 426 จำกัดเฉพาะค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดอันตนได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายไป ซึ่งรวมทั้งดอกเบี้ยนับแต่วันละเมิดจนถึงวันชำระเสร็จด้วย กล่าวคือ นายจ้างใช้ค่าสินไหมทดแทนไปเท่าไรก็มีสิทธิไล่เบี้ยได้เพียงเท่านั้น ส่วนค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีอันนายจ้างต้องเสียไปมิใช่ค่าสินไหมทดแทนจึงไล่เบี้ยไม่ได้ (ฎีกาที่ 648/2522) แต่ค่าฤชาธรรมเนียมที่ศาลพิพากษาให้นายจ้างและลูกจ้างร่วมกันชดเชยให้ผู้เสียหายในคดีก่อนมีผลให้นายจ้าง

¹⁰³ ความเห็นของ ศาสตราจารย์ หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช อ้างจากคำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2501 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วย จัดการงานนอกสิ่ง ลากมิกวรร ได้ ละเมิด และ นิรโทษกรรม (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2501) หน้า 807-808.

¹⁰⁴ ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร.วาริ นาสกุล, เล่มเดิม หน้า 182-183.

และลูกจ้างเป็นลูกหนี้ร่วมของผู้เสียหายความรับผิดในระหว่างลูกหนี้ร่วมต้องเป็นไปตามมาตรา 296 ซึ่งบัญญัติให้ต้องรับผิดเป็นส่วนเท่าๆ กัน นายจ้างมีสิทธิให้ลูกจ้างชดใช้ค่าธรรมเนียมนิยมนในส่วนที่ชำระเกินไปกว่าความรับผิดคืนจากลูกจ้างได้ตามส่วน (ฎีกาที่ 3091/2535)¹⁰⁵

ความเห็นประการที่สาม เห็นว่าการที่กฎหมายกำหนดนายจ้างร่วมกันรับผิดกับลูกจ้างในมาตรา 425 นั้น เป็นเรื่องกำหนดให้รับผิด แท้จริงนายจ้างมิได้กระทำละเมิดและไม่อยู่ในฐานะผู้ต้องรับผิดในกรณีทำละเมิดร่วม อันจะถือว่าเป็นลูกหนี้ร่วมกับลูกจ้างแต่ประการใด เว้นไว้แต่จะมีข้อเท็จจริงเป็นประการอื่น ดังนั้น จะว่านายจ้างอยู่ในฐานะลูกหนี้ร่วมและจะไล่เบี้ยลูกหนี้ร่วมด้วยกันได้เท่าที่ตนอยากใช้หนี้ไปเกินกว่าความรับผิดในส่วนแห่งตนจึงไม่ถูก ตรงกันข้ามนายจ้างมีสิทธิได้รับชดใช้คืนเต็มจำนวนที่ตนชดใช้แทนลูกจ้างผู้ทำละเมิด แต่อย่างไรก็ตามในระหว่างนายจ้างกับคนภายนอกนั้นต้องถือว่านายจ้างเป็นลูกหนี้ร่วมกับลูกจ้าง ดังนั้น คนภายนอกมีสิทธิเรียกให้นายจ้างหรือลูกจ้างคนใดคนหนึ่งชำระหนี้ได้โดยสิ้นเชิง เพราะฉะนั้นควรเข้าใจว่ากฎหมายบัญญัติว่า "ต้องร่วมกันรับผิด" ในมาตรา 425 นั้น เพื่อให้คนภายนอกผู้เสียหายใช้สิทธิเรียกร้องจากทั้งนายจ้างและลูกจ้างได้โดยสิ้นเชิง หากได้มีความหมายว่าถือเป็นการละเมิดร่วมกันอันเป็นลูกหนี้ร่วมดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 432 แต่อย่างไรก็ตาม¹⁰⁶ สอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการบางท่านที่เห็นว่าตัวบทมาตรา 432 วรรค 3 ใช้คำว่า "ในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าต่างต้องรับผิดเป็นส่วนเท่าๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น" ตามมาตรา 425,430 บัญญัติให้นายจ้างร่วมรับผิดกับลูกจ้าง อาจทำให้มองไปว่าต้องบังคับกันตามมาตรา 432 วรรค 3 ด้วย แต่มาตรา 425,430 เป็นเรื่องที่นายจ้างจะต้องไม่มีส่วนกระทำละเมิดหรือยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการกระทำละเมิด ถ้านายจ้างไม่ได้กระทำการดังกล่าวด้วยแล้ว ก็จะนำมาตรา 432 วรรค 3 นี้มาใช้บังคับไม่ได้ วรรค 3 นี้บัญญัติอยู่ในมาตรา 432 ไม่ได้ยกขึ้นเป็นมาตราหนึ่งต่างหาก ตามวรรค 1 ของมาตรา 432 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยบุคคลหลายคนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยร่วมกันกระทำละเมิด ส่วนตามวรรค 2 นั้นเป็นเรื่องที่บุคคลผู้ยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการทำละเมิด ถือว่ากระทำละเมิดร่วมกันด้วย อันเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ไม่ใช่เรื่องกฎหมายให้รับผิดร่วมกันตามวรรค 3 เป็นเรื่องที่บุคคลร่วมกันกระทำละเมิดหรือกฎหมายถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันดังบัญญัติไว้ในวรรค 1-2 จะต้องรับผิดเป็นส่วนเท่าๆ

¹⁰⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2540) หน้า 99-100.

¹⁰⁶ ความเห็นของ ศาสตราจารย์สุขุม สุภนิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด, อ้างแล้ว หน้า 111.

กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น ผู้กระทำละเมิดคนใดชดใช้ค่าทดแทนให้ผู้ต้องเสียหายไปเกินส่วนของตนก็เรียกร้องคนอื่นชดใช้คืนให้แก่ตนได้ ในส่วนที่เกินไปนั้น เป็นเรื่องที่จะเรียกร้องเอาระหว่างกันเอง ตัวบทจึงใช้คำว่า “ในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกัน...” แต่ถ้าเกี่ยวกับผู้ต้องเสียหายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกแล้ว ก็ยังต้องเป็นลูกหนี้ร่วมกัน ต้องบังคับกันตามมาตรา 291-295 ฉะนั้นตามมาตรา 432 วรรค 3 นี้จึงไม่ใช่บังคับในกรณีที่บุคคลต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น ถ้าหากนายจ้างมีส่วนผิดอยู่ด้วย ก็จะใช้สิทธิไล่เบี่ยไม่ได้ เช่น นายจ้างสั่งให้คนขับรถด้วยความเร็วสูงเกินขนาดจนเกิดการละเมิดขึ้น นายจ้างจะใช้สิทธิไล่เบี่ยจากคนขับรถซึ่งเป็นลูกจ้างไม่ได้ กรณีต้องบังคับกันตามมาตรา 432 มิใช่มาตรา 426,431 นี้¹⁰⁷

ความเห็นประการที่สี่ มีนักนิติศาสตร์บางท่านในต่างประเทศให้ความเห็นว่า นายจ้างไม่ควรมิสิทธิไล่เบี่ยจากลูกจ้างอีกต่อไป ถ้าหากว่าลูกจ้างกระทำละเมิดในทางการที่จ้างโดยประมาทเลินเล่อ เหตุผลส่วนใหญ่ของนิติศาสตร์ฝ่ายนี้มีว่า

1. กฎหมายลักษณะละเมิดเป็นเรื่องที่มีความประสงค์จะให้ผู้เสียหายได้รับชดใช้ความเสียหายเป็นสำคัญ มิใช่เป็นเรื่องประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิด ฉะนั้น เมื่อพิจารณาในด้านผู้เสียหาย ไม่ว่าจะได้รับชดใช้คืนจากผู้ใดก็ไม่น่าจะเป็นข้อสำคัญ
2. นายจ้างเป็นผู้ประกอบการลงทุน จึงควรเล็งเห็นแล้วว่าตนอาจประสบกับผลกำไรหรือขาดทุนและความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดของลูกจ้างของตนได้ ฉะนั้น จึงควรหาทางบำบัดความเสียหายของตน โดยการเข้าทำสัญญาประกันภัยความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของลูกจ้าง

รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องนี้ปรากฏในบทความกฎหมายตามวารสารในต่างประเทศเป็นอันมาก โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา แต่มิได้มีการยอมรับในทางปฏิบัติกันจริงจังนัก เพราะทฤษฎีดังกล่าวยังมีผลเสียอีกหลายประการและออกจะไม่เป็นธรรมแก่นายจ้างเท่าใดนัก อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าในหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรตัดสิทธิไล่เบี่ยของรัฐบาลในฐานะนายจ้าง ในอันที่จะไล่เบี่ยเอาจากลูกจ้างของตนซึ่งกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ ในกรณีนี้ถือกันว่าแม้รัฐบาลในฐานะนายจ้างจะไม่ใช้ผู้ประกอบการลงทุนและไม่อยู่ใน

¹⁰⁷ ในกรณีที่เป็นความผิดร่วมกัน (*faute commune*) คือนายจ้างมีส่วนผิดอยู่ด้วยนั้น ก็ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ ศาลจะได้วินิจฉัยเป็นประการอื่น (มาตรา 432 วรรค 3) ศาลอาจแบ่งแยกจำนวนค่าสินไหมทดแทนระหว่างนายจ้างลูกจ้างตามความร้ายแรงแห่งการละเมิดอันจะโทษเอาแก่นายจ้างลูกจ้างคนหนึ่งคนใดได้ ออกจาก ไพจิตร บุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ความรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อิสานการพิมพ์ พ.ศ.2507) หน้า 129-130.

ฐานะจะเข้าทำสัญญาประกันภัยความเสียหายได้ดังนายจ้างที่เป็นเอกชน แต่รัฐบาลก็ยังอยู่ในฐานะจะกระจายความรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนได้โดยทางภาษีอากร

วิวัฒนาการดังกล่าวปรากฏชัดเจนในประเทศสังคมนิยมซึ่งถือว่าลูกจ้างเป็นชนชั้นกรรมาชีพอันควรได้รับความคุ้มครอง ถ้าการกระทำละเมิดของลูกจ้างไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือตั้งใจแกล้งแล้ว นายจ้างควรเป็นฝ่ายรับผิดชอบอย่างเด็ดขาด เช่นกฎหมายแพ่งของประเทศอังกฤษ โสเวียต รัสเซีย เซโกสโลวาเกีย โปแลนด์ และเยอรมันตะวันออก ในประเทศเยอรมันตะวันออกนั้น ศาลถึงกับวินิจฉัยว่า ถ้าลูกจ้างเป็นฝ่ายถูกบังคับให้ชำระค่าสินไหมทดแทนก่อน ลูกจ้างอาจไล่เบี่ยเอาจากนายจ้างได้ในประเทศอังกฤษถือว่าลูกจ้างไม่อยู่ในวิสัยจะชำระค่าสินไหมทดแทนได้¹⁰⁸

ความเห็นประการห้า ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร มีความเห็นโดยเปรียบเทียบกับแนวความคิดทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เห็นว่าผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นมีสิทธิฟ้องไล่เบี่ยเอาจากตัวผู้ก่อความเสียหายได้ แต่ปัญหาว่าเขาจะไล่เบี่ยเอาได้เต็มทั้งจำนวนหรือบางส่วนนั้นกลับเป็นข้อทู่เถียงกันในหมู่นักนิติศาสตร์

สำหรับความเห็นของท่าน Demogue เห็นว่า ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นนั้นไม่น่าจะมีสิทธิเรียกไล่เบี่ยจากตัวผู้ก่อความเสียหายได้เต็มจำนวน เพราะแท้จริงผู้รับผิดชอบก็มีส่วนทำผิดอยู่ด้วยเหมือนกัน คือในการอบรมดีไม่ดีบ้าง ขาดการควบคุมดูแลบ้าง ดังที่ได้ชี้ให้เห็นในเมื่อพิจารณามูลฐานแห่งหลักกฎหมายนี้ ฉะนั้นเขาจึงต้องมีส่วนถูกบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยไล่เบี่ยเอาจากใครไม่ได้ ดังเช่นกรณีที่มีการกระทำละเมิดร่วมกันหลายคน จำจะต้องรับบาปทั่วถึงกันหมด จะไล่เบี่ยได้ก็แต่บางส่วนเท่านั้น

ความข้อนี้ นักนิติศาสตร์อีกฝ่ายหนึ่ง หาเห็นฟ้องด้วยโดยตลอดไม่ เขาถือว่าจริงอยู่ถ้าผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นก็ได้มีส่วนทำความผิดขึ้นเช่นกัน ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนที่เป็นผิดด้วยโดยไม่มีสิทธิไล่เบี่ยเรียกคืนจากผู้ก่อความเสียหายได้เต็มจำนวน แต่ปัญหาอยู่ที่ว่า จะอย่างไรเล่าว่าเขาก็ได้กระทำผิดด้วย เขาเห็นว่าการที่ต้องอาศัยหลักความผิดตามหลักเกณฑ์ธรรม คือมาตรา 1382 ประมวลกฎหมายฝรั่งเศส จึงเป็นหน้าที่ของผู้ก่อความเสียหายที่ถูกผู้รับผิดชอบฟ้องร้องไล่เบี่ยที่จะนำสืบให้เห็นจริงว่าตัวผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นก็มีส่วนทำความผิดเช่นกัน มิฉะนั้นแล้วผู้ก่อความเสียหายจะต้องใช้ค่าสินไหมให้แก่ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นเต็มจำนวน การที่วินิจฉัยอย่างความเห็นของ Demogue ที่วางหลักลงไปตายตัวว่าผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นคงเรียกไล่เบี่ยเอาค่าชดใช้ได้เพียงบางส่วนนั้น เป็นการวินิจฉัยข้ามหลักดังกล่าวข้างต้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง เขาได้ยอมให้ผู้ก่อความเสียหายเอาหลักกฎหมายตามมาตรา

¹⁰⁸ วารีนาสกุล, เล่มเดิม หน้า 185-186.

1384 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาใช้ยื่นแก่ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นได้ ซึ่งหาเป็นของบังควรไม่ เพราะหลักกฎหมายตามมาตรา 1384¹⁰⁹ ซึ่งสันนิษฐานให้มีความผิดขึ้นนั้น ได้ร่างขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหายเท่านั้น หากใช้ประโยชน์แก่ผู้ก่อความเสียหายด้วยไม่ จึงเป็นการจำเป็นที่ผู้ก่อความเสียหายจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นก็ได้กระทำความผิดด้วย ดังนั้นผู้ก่อความเสียหายจึงจะถ่ายภาระรับใช้ให้แก่ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นนั้นได้บ้าง มิฉะนั้นแล้วตัวผู้ก่อความเสียหายจะชดใช้แก่ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นเต็มจำนวน

ตามกฎหมายไทยของเรานั้น มาตรา 426 และมาตรา 431 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กล่าวไว้ชัดว่า ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นนั้นชอบที่จะได้ค่าชดใช้จากผู้ก่อความเสียหายได้ แต่ก็มีปัญหาถดถอยไปอีกว่าจะเรียกให้ชดใช้ได้เต็มจำนวนหรือแต่บางส่วนเท่านั้น เห็นว่าในเรื่องนี้พอจะเทียบเคียงได้กับคำอธิบายที่กล่าวไว้ข้างต้น¹¹⁰

ความเห็นประการที่หก ผลจากการประชุมกลุ่มย่อยเพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิด มีความเห็นว่า “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้กระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น แต่ถ้การกระทำละเมิดหรือความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของนายจ้าง หรือตัวแทน หรือลูกจ้างอื่นของนายจ้างประกอบด้วยไซ้ ให้นายจ้างได้รับชดใช้เพียงเท่าส่วนแห่งความผิดของลูกจ้างผู้ทำละเมิดเท่านั้น”¹¹¹ มาจากหลักการที่ว่า เป็นการแก้ไขเพื่อให้เกิดความชัดเจนตามหลักเรื่อง

Vicarious liability หรือการร่วมรับผิดชอบต่อผู้เสียหายว่าเป็นความผิดลักษณะ **Jointly** หรือ **Severally Liability** ซึ่งศาลฎีกาได้วางแนวนโยบายไว้ชัดเจนในคำพิพากษาคดีแรงงานว่า กรณีที่นายจ้างมีส่วนผิด เช่น ใช้ลูกจ้างเกินกำลังจะไต่เบี่ยเต็มจำนวนไม่ได้ ซึ่งต้องอาศัยหลักความเป็นธรรม ดังนั้นการเขียนมาตรา 426 ต้องสอดคล้องกับกฎหมายแรงงานด้วย

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส Art.1384 “A person is liable not only for the damages he causes by his own act, but also for that which is caused by the acts of persons for whom he is responsible, or by things which are in his custody.

.....Masters and employers, for the damage caused by their servants and employees in this functions for which they have been employed.”

¹¹⁰ จิต เศรษฐบุตร ,หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด ,อ้างแล้ว หน้า 209-210.

¹¹¹ เอกสารประกอบการประชุมกลุ่มย่อยเพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิด วันศุกร์ที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2551 ณ.ห้องกมลทิพย์ โรงแรมสยามซิตี้.

ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่า

1. นายจ้างควรต้องรับผิดชอบในละเมิดของลูกจ้างหรือไม่
2. ในเรื่องการไล่เบี่ย นายจ้างควรต้อง

2.1 ในระหว่างบุคคลนายจ้างและลูกจ้างนั้น ต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทน เห็นว่าต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน หรือ

2.2 เมื่อนายจ้างใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วมีสิทธิได้รับชดเชยคืนจากลูกจ้างจนเต็มจำนวน เพราะความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ลูกจ้างจะขอเนรลี่ยความรับผิดชอบกับนายจ้างไม่ได้ หรือ

2.3 นายจ้างไม่ควรมีสิทธิไล่เบี่ยจากลูกจ้างอีกต่อไป หรือ

2.4 ให้นายจ้างได้รับชดเชยเพียงเท่าส่วนแห่งความผิดของลูกจ้างผู้ทำละเมิดเท่านั้น

ตอนที่สอง ตัวการและตัวแทน

ถือเป็นเกณฑ์ความรับผิดชอบร่วมกันที่มีมาเก่าแก่และเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ กล่าวคือ ตัวการต้องรับผิดชอบเมื่อตัวแทนทำละเมิด เรียกหลักนี้ว่า **Principle and agent** มีที่มาจากกฎหมายโรมัน (**Jus Civile**) จากหลัก **Mandatum Contractum** ซึ่งน่าจะเข้าใจได้ว่าเป็นต้นรากฐานของกฎหมายว่าด้วยตัวแทนที่ใช้กันอยู่ทุกวันนี้¹² หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 บัญญัติว่า “บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้น ท่านให้ใช้บังคับแต่ตัวการและตัวแทนด้วยโดยอนุโลม” หมายถึง หากตัวแทนกระทำละเมิดภายในขอบอำนาจของตัวแทน ตัวการต้องร่วมรับผิดชอบ ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายเยอรมันมาตรา 831¹³

¹² ไชยเจริญ สันติศิริ ,คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2493 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า ตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2500) หน้า 2.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน Section 831 (1) Liability for vicarious agents บัญญัติว่า “A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not apply if the principal exercises reasonable care when selecting the person deployed and, to the extent that he is to procure devices or equipment or to manage the business activity, in the procurement or management, or if the damage would have occurred even if this care had been exercised.”

“บุคคลซึ่งจ้างคนอื่นทำงานใด ย่อมต้องชดเชยค่าทดแทนในความเสียหายซึ่งผู้นั้นได้ก่อขึ้น โดยมีขอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลภายนอกในการปฏิบัติงานนั้น หน้าที่ที่จะชดเชยค่าทดแทนย่อมไม่เกิดขึ้น ถ้าหากนายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาในการเลือกลูกจ้าง และกรณีที่ดินต้องจัดหาเครื่องมือ เครื่องใช้ และควบคุมดูแล

การที่ตัวการต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของตัวแทนก็อาศัยสภาวะพิเศษเดียวกับที่นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดของลูกจ้าง คือ *respondent superior-let the superior answer*¹¹⁴

ตัวแทน หมายถึง บุคคลที่มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง ทั้งนี้ตัวแทนนั้นจะเป็นการแต่งตั้งแสดงออกชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 บัญญัติว่า "อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดังนี้"

"ทำการแทน" หมายความว่า กรณีที่การแสดงเจตนามิได้มาจากบุคคลซึ่งควรจะได้กระทำ แต่มาจากบุคคลอื่นและผลแห่งการแสดงเจตนาอันนี้เสมือนว่าบุคคลแรกเป็นผู้ได้แสดงเจตนาอันนี้ การทำการแทนอาจเป็นรูปตัวแทน ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ การที่จะมีตัวแทนขึ้นนี้จะต้องมีเจตนาที่จะกระทำการแทนบุคคลอื่น และมีได้กระทำในนามของตนเองเจตนานี้อาจปรากฏออกมาโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้

ผลของการเป็นตัวแทนนั้น ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลาย ที่ตัวแทนได้ทำไปภายในขอบอำนาจฐานตัวแทนซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 820¹¹⁵ ดังนั้นกฎหมายจึงถือว่าการกระทำต่างๆ ที่ตัวแทนกระทำแทนตัวการตามที่ได้รับมอบหมายเป็นเสมือนการกระทำของตัวเอง ตัวแทนเป็นเพียงเครื่องมือของตัวการที่ทำให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นเท่านั้น หากตัวแทนกระทำการภายในขอบอำนาจและได้กระทำการในนามของตัวการแล้ว ตัวแทนเป็นอันหลุดพ้นความผูกพันต่อบุคคลภายนอก ส่วนตัวการต้องรับผิดชอบแทนตัวแทน รวมถึงกรณีที่ตัวแทนทำละเมิดอีกด้วย

ตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาในเรื่องที่ตัวแทนทำละเมิดตัวการต้องรับผิดชอบมีดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1049/2505 มารดาเป็นเจ้าของรถยนต์โดยสาร ได้มอบหมายให้บุตร (อายุ 27 ปี) เป็นตัวแทนในการรับขนส่งผู้โดยสารเก็บผลประโยชน์ให้แก่มารดา แม้มารดาจะมีใช้นายจ้างของบุตร แต่เมื่อบุตรขับรถโดยประมาททำให้รถคว่ำ และผู้โดยสารบาดเจ็บ ก็เป็นการทำละเมิด ให้การเป็นตัวแทนของมารดาฯ จึงต้องรับผิดชอบร่วมด้วยตามมาตรา 427

งาน ตนได้ใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาเกี่ยวกับการจัดการและการควบคุมดูแล หรือความเสียหายย่อมเกิดขึ้นได้ แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้น"

¹¹⁴ วงศ์ วีระพงศ์ ,คำอธิบายลักษณะละเมิด หมิ่นประมาท ,อ้างแล้ว หน้า 204.

¹¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 820 บัญญัติว่า "ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลาย อันตัวแทนหรือตัวแทนช่วงได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน"

คำพิพากษาฎีกาที่ 620/2522 จำเลยที่ 2 ใช้จำเลยที่ 1 นำเรือไปรับจ้างบรรทุกสินค้าแทน จำเลยที่ 2 จำเลยที่ 1 ตกงทำกิจการนั้นถือได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทน จำเลยที่ 2 ต้องรับผิดชอบกับ จำเลยที่ 1 ในละเมิดที่จำเลยที่ 1 ขับเรือทำให้บุตรโจทก์ตาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2258/2527 องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพจำเลยที่ 3 ได้เช่ารถยนต์ของ จำเลยที่ 2 มาใช้ในการเดินรถโดยสารของตน โดยมีจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 เป็น คนขับ ดังนี้ ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 3 เมื่อจำเลยที่ 1 ขับรถยนต์โดยสารโดย ประมาทชนโจทก์ได้รับบาดเจ็บจำเลยที่ 3 ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดของจำเลยที่ 1 ด้วย

คู่ที่สาม ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง

แท้จริงแล้วผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างไม่ถือเป็นความสัมพันธ์ที่บุคคลหนึ่งต้องรับผิดชอบเมื่อผู้อื่น กระทำ (Vicarious Liability) แต่กฎหมายไทยกลับบัญญัติจับคู่ความสัมพันธ์ไว้ จนดูประหนึ่งให้ เข้าใจเสมือนว่า “ผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดชอบละเมิดในการที่ผู้รับจ้างกระทำละเมิด” เช่นเดียวกับนายจ้าง และลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ดังที่กล่าวมาแล้ว

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างในสัญญาจ้างทำของ มีข้อแตกต่างจาก ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานอยู่อย่างสำคัญในส่วนที่ว่าด้วย อำนาจบังคับบัญชา นายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการลูกจ้างได้ แต่ผู้ว่าจ้างในสัญญาจ้างทำของ ไม่มีอำนาจในการบังคับบัญชาผู้รับจ้าง เพราะสัญญาจ้างทำของมีวัตถุประสงค์คือความสำเร็จของ การงานที่ผู้ว่าจ้างให้ทำเท่านั้น วิธีทำเป็นเรื่องของผู้รับจ้าง โดยลำพัง ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลอันใดที่ จะต้องกำหนดให้ผู้ว่าจ้างเข้าไปร่วมรับผิดชอบในผลละเมิดที่ผู้รับจ้างกระทำไปโดยลำพังตนเอง กฎหมายมาตรา 428 จึงบัญญัติยืนยันไว้อีกชั้นหนึ่งว่า ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายในกรณี ผู้รับจ้างก่อขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ผู้ว่าจ้างก็ต่อเมื่อผู้ว่าจ้างเป็นผู้ผิดในการงานที่ สั่งให้ทำหรือคำสั่งที่ให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง¹¹⁶ เท่านั้น

ดังนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ว่าจ้างทำของไม่ ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ ว่าจ้างเว้นแต่ ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ให้ไว้ หรือในการ เลือกหาผู้รับจ้าง” เป็นการกำหนดข้อยกเว้นเพื่อให้ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบเท่านั้น

¹¹⁶ สุขุม สุกนิคย์, ถ้อยคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด, อ้างแล้ว หน้า 125.

ตัวอย่างเช่น นายแดงจ้างให้นายดำรื้อบ้านของตนเอง หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก นายแดงไม่ต้องรับผิดชอบ แต่หากบ้านที่นายแดงสั่งให้นายดำเป็นผู้รื้อเป็นของนายเหลือง เช่นนี้ นายแดงในฐานะผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบ

ตัวอย่างเช่น นายม่วงเป็นอาจารย์เรียกรถแท็กซี่ให้ไปส่งตนเองที่มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เกรงว่าจะไปสอนไม่ทัน จึงกำชับบอกให้คนขับแท็กซี่ขับให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ ทำให้เกิดอุบัติเหตุชนรถยนต์คันอื่น นายม่วงผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบ

ในเรื่องความรับผิด ถ้อยคำในตัวบทมาตรา 428 ใช้คำว่า “ความเสียหาย” ไม่ใช่ “การทาละเมิด” หรือ “ละเมิด” อย่างที่บัญญัติไว้ในมาตรา 425, 429, 430 แต่ใช้คำว่า “ความเสียหาย” นั้นย่อมมีความหมายรวมถึงกรณีที่ผู้รับจ้างทำของนั้นได้ก่อความเสียหายโดยละเมิดด้วยไปในตัว ซึ่งผู้รับจ้างก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 อันเป็นหลักทั่วไป ถ้าการที่ผู้รับจ้างทำนั้นละเมิดด้วย ความรับผิดของผู้ว่าจ้างผู้รับจ้างอาจจะเป็นความรับผิดซึ่งต่างก็เป็นละเมิดในการกระทำของแต่ละคน ไม่ร่วมกันก็ได้หรือร่วมกันก็ได้ แล้วแต่กรณี¹¹⁷ ดังนั้นในส่วนของความรับผิดระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจึงไม่ใช่เป็นความรับผิดร่วมกันตามกฎหมาย ดังเช่นความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างหรือตัวการและตัวแทนดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นแต่อย่างใด

ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 มีที่มาจากประมวลแพ่งของประเทศญี่ปุ่น Article 716 Liability of Party Ordering Work บัญญัติว่า “A party ordering work shall not be liable for the damages a contractor inflicted on a third party with respect to his/her work; provided, however, that this shall not apply if the party ordering work is negligent in his/her order or instructions.” ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างตามมาตรา 428 จึงไม่จัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

คู่ที่สี่ ผู้เยาว์กับบิดามารดา

แม้โดยหลักแล้วผู้เยาว์ทำนิติกรรม ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม มิฉะนั้น นิติกรรมเป็นโมฆะ แต่ในเรื่องละเมิดนั้น ผู้เยาว์กระทำละเมิด ผู้เยาว์นั้นต้องรับผิดชอบใช้

¹¹⁷ พ.จิตร์ บุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, อ่างแล้ว หน้า 91.

ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาทั่วไป เพียงแต่บิดามารดา หรือผู้แทน โดยชอบธรรม ต้องร่วมรับผิดชอบด้วยเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 429 บัญญัติว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรือวิกลจริต ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำ ละเมิด บิดามารดา หรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นนี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแล ซึ่งทำอยู่นั้น”

ผู้เยาว์ หมายถึง ผู้หย่อนความสามารถเนื่องจากอายุ กล่าวคือ อายุที่ไม่ถึง 20 ปีบริบูรณ์ และไม่ได้ทำการสมรสตามกฎหมาย แต่ผู้เยาว์ดังกล่าวต้องไม่ใช่เด็กไร้เดียงสาไม่รู้สำนึกในการกระทำ ซึ่งไม่อาจกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ย่อมกระทำละเมิดไม่ได้ กรณีเช่นนี้ผู้มีหน้าที่ดูแล ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิด โดยถือว่าผู้มีหน้าที่ดูแลนั้นขาดความระมัดระวังอันเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย¹¹⁸ ดังนั้นผู้เยาว์ซึ่งมิใช่เด็กไร้เดียงสาไม่รู้สำนึกทำ ละเมิด บิดามารดาจะต้องร่วมรับผิดชอบ เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่ หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น

เหตุที่กฎหมายให้บิดามารดารับผิดชอบเพราะบิดามารดามีหน้าที่ควบคุมดูแลและให้การศึกษา แก่บุตรผู้เยาว์ตามมาตรา 1564 เมื่อบุตรประพฤติไม่ดียอมติเตียนไปถึงบิดามารดา กฎหมายจึงให้อำนาจแก่บิดามารดาในการอบรมดูแลและทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนตามมาตรา 1567 สิ่งเหล่านี้เรียกว่าอำนาจปกครอง อันทำให้บุตรต้องเชื่อฟังบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครอง ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงให้บิดามารดาาร่วมรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดของบุตร¹¹⁹

ตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาในเรื่องที่ผู้เยาว์กระทำละเมิด บิดามารดาต้องรับผิดชอบด้วย มีดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 847/2496 บุตรอายุ 9 ปี ชอบเล่นปืน เอาปืนของบิดาไปยิงนกกับเพื่อน ตอนกลางวันครั้งหนึ่ง มีผู้มาบอกบิดา บิดาสั่งให้ผู้นั้นเก็บปืนไว้ ตอนเย็นบุตรไปหลอกเอาปืนจากผู้เก็บ โดยบอกว่าบิดาให้มาเอาปืนแล้วนำไปเที่ยวยิงนกกับเพื่อน ทำปืนลั่นถูกคนอื่นตายโดยประมาท บิดาต้องรับผิดชอบ แม้จะสั่งให้เก็บปืนไว้ แต่ก็ไม่ได้กำชับผู้เก็บว่า อย่ามอบให้เด็กไป ยังเรียกไม่ได้ว่า ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลบุตรผู้เยาว์

¹¹⁸ ศักดิ์ สนองชาติ ,คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบ ทางละเมิด ,อ้างแล้ว หน้า 112

¹¹⁹ เพิ่ง เพิ่งนิติ ,คำอธิบายว่าด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์? ละเมิด ,อ้างแล้ว หน้า 244.

คำพิพากษาฎีกาที่ 149/2526 บิดามารดาผู้เห็นยินยอมให้บุตรผู้เยาว์ขับจี้รถจักรยานยนต์ เป็นมานานแล้ว ต่อมายอมให้ซื้อรถ และปล่อยให้ไปค้างคืนนอกบ้านเป็นประจำ และเป็น เวลานานๆ เมื่อบุตรขับรถชนคนถึงตาย แม้ขณะเกิดเหตุบุตรจะมีอายุ 19 ปีเศษ บิดามารดาก็ต้องร่วม รับผิดชอบด้วย

ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 429 มาจากประเทศเยอรมันและ ประเทศญี่ปุ่น ดังนี้

กฎหมายแพ่งในประเทศเยอรมัน ใน Section 828 Minors บัญญัติว่า

(1) "A person who has not reached the age of seven is not responsible for damage caused to another person.

(2) A person who has reached the age of seven but not the age of ten is not responsible for damage that he inflicts on another party in an accident involving a motor vehicle, a railway or suspension railway. This does not apply if he intentionally caused the injury

(3) A person who has yet reached the age of eighteen is, to the extent that his responsibility is not excluded under subsection (1) or (2), not responsible for damage he inflicts on another person if, when committing the damaging act, he does not have the insight required to recognize his responsibility."

กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น Nippon civil code Article 712 Capacity for Liability บัญญัติว่า "In case where a minor has inflicted damaged on others, if the minor does not sufficient intellectual capacity to appreciate his/her liability for his/her own act, the minor shall not be liable to compensate for that act."

Article 713 บัญญัติว่า "A person who has inflicted damages on others while he/she lacks the capacity to appreciate his/her liability for his/her own act due to mental disability shall not be liable to compensate for the same; provided, however, that this shall not apply if he/she has temporarily invited that condition, intentionally or negligently."

คู่ที่ห้า คนไร้ความสามารถ กับผู้อนุบาล

ถือเป็นความสัมพันธ์ที่กฎหมายจับคู่ความสัมพันธ์ให้ต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยบัญญัติไว้ใน มาตราเดียวกับผู้เยาว์และบิดามารดา ตามมาตรา 429 บัญญัติว่า "บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็น...วิกลจริต ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด...ผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านี้ย่อมต้องรับ

ผิดร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าคนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแล ซึ่งทำ
อยู่นั้น”

ผู้ไร้ความสามารถเพราะวิกลจริต หมายถึง คนวิกลจริตที่ศาลสั่งว่าเป็น “คนไร้
ความสามารถ” แล้ว และไม่หมายถึงคนเสมือนไร้ความสามารถ แต่หากเป็นคนวิกลจริตที่ศาลไม่ได้
สั่งเป็นคนไร้ความสามารถ ถ้าทำละเมิด ผู้ดูแลอาจต้องรับผิดชอบตามมาตรา 430 ไม่ใช่มาตรา 429 นี้ ซึ่ง
จะได้กล่าวต่อไป

กรณีที่หก ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่น กับนักเรียนหรือผู้ซึ่งรับดูแลของตน
ความสัมพันธ์ในกรณีนี้เป็นการกำหนดความรับผิดชอบของผู้มีหน้าที่ดูแลผู้ไร้ความสามารถ ในผล
แห่งการละเมิดที่ผู้ไร้ความสามารถได้ทำขึ้นเช่นเดียวกับมาตรา 429 ความรับผิดชอบอยู่ที่การบกพร่อง
ในหน้าที่ดูแลผู้ไร้ความสามารถ... แต่ต่างกันที่ตัวผู้มีหน้าที่ดูแล เพราะบุคคลที่เข้ารับหน้าที่ดูแลตาม
มาตรานี้เกิดขึ้นตามข้อเท็จจริงและต่างกัน ในหน้าที่นำสืบเกี่ยวกับการที่มิได้ใช้ความระมัดระวังตาม
สมควร¹²⁰ มาตรา 430 บัญญัติได้ว่า “ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแลบุคคลผู้ไร้
ความสามารถอยู่เป็นนิตยภัตก็ชั่วครั้งคราวก็ชั่วจำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิดซึ่ง
เขาได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นๆ มิได้ใช้ความ
ระมัดระวังตามสมควร”

ผู้ซึ่งรับดูแลตามมาตรา 430 ที่อาจต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถมีดังนี้¹²¹

1. **ครูบาอาจารย์** หมายถึงผู้สอนนักเรียนผู้เยาว์ และมีหน้าที่รับดูแล ปัญหาว่าจะมีหน้าที่
ดูแลหรือไม่ ต้องอยู่ที่ข้อเท็จจริง เช่น ครูใหญ่ อาจต้องดูแลนักเรียนทั้งหมดเฉพาะในโรงเรียน และ
ในเวลาเปิดเรียน ครูประจำชั้นย่อมมีหน้าที่ดูแลเฉพาะชั้นเรียน ด้านนอกห้องเรียนหรือเวลาพัก
กลางวันอาจไม่ได้อยู่ในความดูแล ครูพิเศษที่จ้างมาสอนที่บ้านย่อมไม่มีหน้าที่ดูแล การดูแลคงอยู่
กับบิดามารดา อาจารย์ระดับมหาวิทยาลัยมีฐานะเป็นผู้บรรยาย ไม่มีอำนาจทางปกครอง จึงไม่ใช่
ผู้ดูแลแม้จะมีผู้เยาว์เป็นนักศึกษาอยู่ด้วย

2. **นายจ้าง** หมายถึงผู้มีลูกจ้างเป็นผู้ไร้ความสามารถคือ ผู้เยาว์ หรือคนวิกลจริต ตาม
สัญญาจ้างแรงงาน และนายจ้างนั้นมีหน้าที่ในการดูแลผู้ไร้ความสามารถนั้นด้วย เช่น ผู้ไร้
ความสามารถอยู่ในบ้าน หรือที่ทำงานของตนด้วย ตามมาตรา 425 นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบ

¹²⁰ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, อ่างแล้ว หน้า 103.

¹²¹ ปสพ นพรมภา, คำอธิบายกฎหมายแพ่ง ลักษณะมูลหนี้ 2 ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลากม็คว
ได้, อ่างแล้ว หน้า 86.

ลูกจ้าง ในผลละเมิดที่ลูกจ้างกระทำละเมิดไปในทางการที่จ้าง แต่เมื่อนายจ้างมีหน้าที่ดูแลลูกจ้างที่ เป็นผู้ไร้ความสามารถด้วย แม้ลูกจ้างนั้นกระทำละเมิดนอกทางการที่จ้าง นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบด้วย มาตรา 430

3. บุคคลอื่น หมายถึงบุคคลอื่นนอกจากครูบาอาจารย์ และนายจ้างซึ่งรับผิดชอบต่อผู้ไร้ความสามารถ ไม่ว่าจะรับผิดชอบอยู่เป็นนิติบุคคล หรือชั่วคราวชั่วคราว เช่น ผู้รับเลี้ยงเด็ก ผู้รับดูแลรักษาผู้วิกลจริต บิดาไม่ชอบด้วยกฎหมายที่บุตรผู้เยาว์อยู่ด้วย ผู้ปกครองผู้เยาว์ตามมาตรา 1585 ปู่ ย่า ตา ยาย รับเลี้ยงหลาน พี่เลี้ยงโดยมีสัญญา หรือโดยสมัครใจเองชั่วคราวคราว เป็นต้น

ตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง มีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 356/2511 ครูประจำชั้นเห็นเด็กนำเอากระบอกพลูมาเล่น เกรงจะเกิดอันตราย ได้เก็บไปทำลายและห้ามมิให้เล่นต่อไป แต่เด็กใช้กระบอกพลูยิงกันในตอนกลางวันและนอกห้องเรียน เป็นเหตุให้เด็กคนหนึ่งตาบอด ถือว่าครูได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว ไม่ต้องรับผิดชอบด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2076/2518 หลานอายุ 13 ปี มาพักอยู่กับยายเพื่อเรียนหนังสือ หลานเล่นไม้หึ่งกับเพื่อน รับไม้ได้ขว้างไปถูกเด็กตาบอด ถือว่าตา ยายเป็นผู้รับผิดชอบแล้วต้องรับผิดชอบร่วมกับหลาน

ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 430 มาจากประเทศเยอรมันและประเทศญี่ปุ่น ดังนี้

กฎหมายแพ่งในประเทศเยอรมัน ใน Section 832 บัญญัติไว้ ดังนี้

“A person who is bound by law to exercise supervision over a person who needs supervision on account of minority, or on account of his mental or physical condition, is bound to make compensation for any damage which the latter unlawfully causes to a third party, The duty to make compensation does not rise if he fulfils his duty of supervision, or if the damage would have been occasioned notwithstanding the exercise of proper supervision.

The same responsibility attaches to a person who undertakes the supervision by contract”

กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 714 วรรคท้าย มีความว่า

“A person whose duty is to supervise and control an incapacitated person in the place of the legal supervisor is likewise subject to the responsibility of the preceding paragraph”

ในมาตรา 430 ของไทย แม้ว่าจะมีที่มาจากกฎหมายแพ่งเยอรมันหรือกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นก็

ตาม แต่เนื้อหาในมาตรา 430 มีความหมายแตกต่างไปจากกฎหมายของประเทศทั้งสองอยู่บ้าง กล่าวคือ หน้าที่ดูแลในมาตรานี้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นหน้าที่ตามกฎหมายหรือหน้าที่ตามข้อตกลง โดยสัญญาเท่านั้น แม้แต่หน้าที่เกิดจากข้อเท็จจริงบางประการ เช่น สมภารใจรักใคร่จึงดูแลผู้เยาว์ไว้ให้ ดังนี้ก็เป็นผู้ดูแลตามมาตรา 430 นี้ได้¹²²

ทั้งหมดที่กล่าวมาเป็นการสัมพันธ์ซึ่งกันและกันไปตามรัฐประศาสนโยบาย (Public policy) ของประเทศไทยซึ่งได้แสดงในรูปของกฎหมายกำหนดขึ้น ถือเป็น ความรับผิดชอบเพราะบุคคลอื่นเป็นผู้ทำละเมิด (Vicarious liability) ซึ่งเป็นความรับผิดชอบที่ตนเองไม่ได้เป็นผู้กระทำ แต่ต้องรับผิดชอบเพราะเป็นผู้มีความสัมพันธ์บางอย่างกับบุคคลนั้นจึงต้องร่วมรับผิดชอบด้วย สรุปความสัมพันธ์เป็นคู่กันดังนี้

1. นายจ้าง ลูกจ้าง
2. ตัวการ ตัวแทน
3. ผู้เยาว์กับบิดามารดา
4. คนไร้ความสามารถ กับผู้อนุบาล
5. ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่น กับนักเรียนหรือผู้ซึ่งรับดูแลของตน

ทั้งนี้ไม่รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง ดังเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้ว

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์ทั้ง 5 คู่ ผู้วิจัยพบว่ามีความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ในบรรพอื่นซึ่งสมควรนำมารวมไว้ในเรื่องละเมิดเพื่อให้ง่ายและสะดวกในการบังคับใช้ ความสัมพันธ์ที่เห็นว่าควรที่จะเพิ่มเติม คือ **ความสัมพันธ์ระหว่างผู้แทนนิติบุคคลกับนิติบุคคล** ซึ่งผู้วิจัยมีเหตุผล ให้ความสำคัญที่ควรนำมารวมอยู่ในความสัมพันธ์ที่ตนเองไม่ได้กระทำแต่ต้องรับผิดชอบ ดังนี้

นิติบุคคลได้แก่คนหมู่หนึ่งหรือทรัพย์กองหนึ่ง หรือกิจการอันใดอันหนึ่ง ซึ่งกฎหมายยอมให้สิทธิและหน้าที่ เช่นว่า ยอมให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ ยอมให้เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ ยอมให้เป็นโจทก์ฟ้องคดีในศาล หรืออีกนัยหนึ่งมีหมู่คน หรือกองทรัพย์ เป็นกิจการที่กฎหมายสมมติให้เป็นบุคคลอีกคนหนึ่งต่างหากจากบุคคลที่รวมเข้ากัน หรือที่เกี่ยวข้องในกองทรัพย์หรือกิจการนั้นๆ เช่น สมาคม บริษัทจำกัด เป็นต้น แต่นิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น เพราะฉะนั้นสิทธิ

¹²² สุขุม สุกนิษฐ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด, อ่างแล้ว หน้า 139.

และหน้าที่ของนิติบุคคลจึงไม่เหมือนกับบุคคลธรรมดาที่เดียว โดยต้องอยู่ในขอบเขตตาม ข้อบัญญัติแห่งกฎหมายกับทั้งต้องแล้วแต่วัตถุประสงค์ในการที่ได้ตั้งนิติบุคคลนั้นขึ้น¹²³

กล่าวโดยสรุป “นิติบุคคล” จึงหมายถึง องค์กรที่กฎหมายสมมติให้มีสภาพเป็นบุคคล โดยกฎหมายอาจกำหนดไว้โดยตรงให้้องค์กรนี้มีสภาพเป็นบุคคล เช่น สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือ ก.ล.ต. มีสภาพเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 17 เป็นต้น หรืออาจเป็นนิติบุคคลโดยการจดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ เช่น การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด เป็นต้น¹²⁴ โดยสภาพแล้วนิติบุคคลบริหารงานเองไม่ได้ต้องมีผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้แสดงออกแทนนิติบุคคล¹²⁵ ส่วนผู้แทนนิติบุคคล (Representative) นั้น เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการแสดงความประสงค์ของนิติบุคคล แม้ผู้แทนจะมีสภาพแตกต่างหากจากนิติบุคคล แต่ผู้แทนก็ทำหน้าที่เป็นเสมือนอวัยวะที่สำคัญเป็นส่วนหนึ่งส่วนเดียวกันกับนิติบุคคลนั้น ฉะนั้น นิติบุคคลย่อมไม่อาจแยกออกจากผู้แทนของนิติบุคคลได้ การกระทำใดๆ หากผู้แทนนิติบุคคลทำไปภายในขอบอำนาจ นิติบุคคลย่อมต้องผูกพันในนิติกรรมนั้น

ตัวอย่างเช่น กิจการในรูปบริษัทจำกัด เมื่อจดทะเบียนตั้งบริษัทจำกัดแล้ว ย่อมถือว่าบริษัทนั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีสภาพบุคคลตามกฎหมายเสมือนหนึ่งเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง จึงมีทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย (Separate of Legal Entity) รวมถึงบริษัทนั้นย่อมมีความสามารถในการทำนิติกรรมต่างๆ ได้ในนามตนเองด้วย แต่ทั้งนี้เนื่องจากบริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคล คือบุคคลสมมติในทางกฎหมาย ไม่มีสมองหรือแขนขา ที่จะสามารถกระทำการใดๆ ด้วยตนเองได้ ดังนั้น การแสดงออกถึงความประสงค์และการประกอบกิจการต่างๆ ของบริษัทจึงต้องแสดงโดยผ่านผู้แทนของบริษัท ซึ่งได้แก่ กรรมการของบริษัท โดยกรรมการบริษัทจะเป็นผู้แสดงความประสงค์หรือมีอำนาจกระทำการแทนบริษัทได้โดยเสมือนหนึ่งเป็นการกระทำของบริษัทเอง ทำให้การกระทำของกรรมการย่อมมีผลผูกพันบริษัทนั้น และหาก

¹²³ พระยาเทพวิฑูร ,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240 (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2476-2478) หน้า 249-250.

¹²⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ,ความรับผิดชอบผู้บริหารกิจการ (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด พ.ศ.2539) หน้า 14.

¹²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 บัญญัติว่า “นิติบุคคลต้องมีผู้แทนคนหนึ่งหรือหลายคน ทั้งนี้ตามที่กฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งจะได้กำหนดไว้ ความประสงค์ของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดยผู้แทนของนิติบุคคล”

กรรมการกระทำการภายในขอบอำนาจ ภายใต้วัตถุประสงค์และหนังสือบริคณห์สนธิ กรรมการนั้นย่อมไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัทหรือบุคคลภายนอกเลย

การดำเนินการของผู้แทนนิติบุคคล กฎหมายได้กำหนดกรอบอำนาจและมีหน้าที่ในการดำเนินงานไว้ ดังนี้

1. กรณีห้างหุ้นส่วน ผู้จัดการต้องจัดการงานของห้างหุ้นส่วนด้วยความระมัดระวังให้มากเสมือนกับจัดการงานของตนเอง¹²⁶ อีกทั้งในกรณีหากเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด เฉพาะหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นจึงจะเป็นผู้จัดการได้¹²⁷

2. ในกรณีของบริษัทจำกัด กรรมการบริษัท มีความเกี่ยวพันกันบริษัทจำกัดในฐานะเป็นตัวแทน¹²⁸ และในการประกอบกิจการของบริษัทกรรมการต้องเอื้อเพื่อสอดคล้องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง¹²⁹

3. ในกรณีของบริษัทมหาชนจำกัด กรรมการมีอำนาจและหน้าที่¹³⁰ จัดการบริษัทตามวัตถุประสงค์ข้อบังคับและมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ด้วยความซื่อสัตย์และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท¹³¹

¹²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1039 บัญญัติว่า "ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดจัดการงานของห้างหุ้นส่วนด้วยความระมัดระวังให้มากเสมือนกับจัดการงานของตนเองฉะนั้น"

¹²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1087 บัญญัติว่า "อันว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ท่านว่าต้องให้แต่เฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นเป็นผู้จัดการ"

¹²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 บัญญัติว่า "ความเกี่ยวพันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน"

¹²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 บัญญัติว่า "ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดคล้องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง

ว่าโดยเฉพาะ กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันในประการต่างๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) การใช้จ่ายเงินค่าหุ้นนั้น ได้ใช้กันจริง
- (2) จัดให้มีและรักษาไว้ให้เรียบร้อย ซึ่งบรรดาสถกบัญญัติและเอกสารที่กฎหมายกำหนดไว้
- (3) การแจกเงินปันผลหรือดอกเบี้ยให้เป็นไปโดยถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้
- (4) บังคับการให้เป็นไปโดยถูกต้องตามมติของที่ประชุมใหญ่"

¹³⁰ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 77 บัญญัติว่า "คณะกรรมการมีอำนาจและหน้าที่จัดการบริษัท ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ข้อบังคับและมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

คณะกรรมการอาจมอบหมายให้กรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนหรือบุคคลอื่นใดปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่ง แทนคณะกรรมการก็ได้ เว้นแต่บริษัทจะมีข้อบังคับไม่ให้คณะกรรมการมีอำนาจดังกล่าวโดยระบุไว้ชัดแจ้ง"

หากฝ่าฝืนหรือไม่กระทำการในกรอบอำนาจนั้น ผู้แทนนิติบุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

กล่าวโดยสรุปอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจึงเป็นอำนาจของหุ้นส่วนผู้จัดการหรือกรรมการบริษัท เนื่องจากห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเป็นนิติบุคคล การแสดงออกถึงความประสงค์ หรืออำนาจกระทำการแทนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดถือเสมือนหนึ่งเป็นการกระทำของนิติบุคคลนั้น ดังนั้นถ้าการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เกิดจากการสั่งการ การกระทำ หรือไม่สั่งการหรือไม่กระทำการอันเป็น หน้าที่ที่ต้องกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงาน นิติบุคคลนั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นด้วย ดังนั้นการดำเนินกิจการต่างๆ ของนิติบุคคล จึงต้องให้ผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้แสดงความประสงค์ของนิติบุคคลแทน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 70) ซึ่งหมายความว่า การกระทำต่างๆ ของผู้แทนนั้นย่อมเสมือนหนึ่งนิติบุคคลได้ทำเอง และย่อมผูกพันตัวนิติบุคคลนั้น เช่น เมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำสัญญาในนามนิติบุคคล กับบุคคลภายนอกแล้ว นิติบุคคลย่อมจะต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น

131 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 85 บัญญัติว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามกฎหมายวัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัท หรือผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี อาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัท เรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนบริษัทก็ได้

(2) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้

ผู้ถือหุ้นซึ่งดำเนินการตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้วแต่กรณี”

นอกจากนั้น นิติบุคคลนี้ย่อมจะต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เช่นต้องรับผิดชอบ ลูกจ้างของตนไปก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ในการทำตามกิจการที่จ้างได้ หรือความรับผิด ในกิจการที่ผู้แทนของตนได้ทำไปตามมาตรา 76 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล เป็นเหตุให้เกิด ความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น แต่ ไม่สูญเสียสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาแก่ผู้ก่อความเสียหาย

ถ้าความเสียหายแก่บุคคลอื่นเกิดจากการกระทำที่ไม่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจ หน้าที่ของนิติบุคคล บรรดาบุคคลดังกล่าวตามวรรคหนึ่งที่ได้เห็นชอบให้กระทำการนั้นหรือได้เป็นผู้กระทำการดังกล่าวต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้น”

พิจารณาโดยอาศัยแนวคำพิพากษาฎีกาเปรียบเทียบได้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 787-788/2506 (ประชุมใหญ่) เจตนาของนิติบุคคลย่อมแสดงออกทาง ผู้แทนนิติบุคคลตามนัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 75¹³² เมื่อผู้แทนของนิติบุคคล แสดงเจตนาอันใดซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้แทนในทางการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของ นิติบุคคล เจตนาที่ผูกพันและต้องถือว่าเป็นเจตนาของนิติบุคคลนั่นเอง ฉะนั้นนิติบุคคลจึงมีเจตนา อันเป็นองค์ประกอบความผิดในทางอาญาและกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนา ซึ่งทั้งนี้ จะต้องพิจารณาตามลักษณะความผิด พฤติการณ์แห่งการกระทำและอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคล ประกอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเป็นรายๆ ไป

เมื่อนายบุญเพชร หัวหน้าผู้จัดการได้กระทำการไปในอำนาจหน้าที่ของนายบุญเพชร ในทางการค้าอันเป็นวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนจำเลย และเพื่อประโยชน์ในทางการค้าของ หุ้นส่วนจำเลยถือได้ว่าเป็นเจตนาและการกระทำของหุ้นส่วนจำเลยด้วย

ศาลฎีกาจึงพิพากษาลงโทษห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่เป็นจำเลยด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 3954/2536 จำเลยที่ 1 เป็นพยาบาลประจำโรงพยาบาลสังกัดกระทรวง สาธารณสุข โจทก์กระทำละเมิดต่อเด็กหญิง พ.บุตรผู้เสียหายจนเป็นเหตุให้เด็กหญิง พ. ได้รับ อันตรายสาหัสและพิการตลอดชีวิต และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำตามหน้าที่ของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้แทนของโจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคล โจทก์จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น แต่โจทก์มีสิทธิไล่เบี้ยเอาแก่จำเลยที่ 1 ผู้กระทำละเมิดได้เมื่อโจทก์ได้ชดใช้ค่าสินไหม ทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายไปแล้วตาม ป.พ.พ.มาตรา 76

¹³² ในปัจจุบัน หมายถึง มาตรา 70 วรรคสอง บัญญัติว่า “ความประสงค์ของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดย ผู้แทนนิติบุคคล”

ในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศที่ใช้แนวความคิดในระบบคอมมอนลอว์ ถือว่ากรรมการของบริษัทมีฐานะเป็น “ตัวแทน” ของบริษัท บริษัทจะต้องกระทำการต่างๆ ผ่านทางตัวแทน โดยมีกรรมการของบริษัทเป็นตัวแทน และบริษัทเป็นตุลาการ ในคดี *Ferguson v. Wilson* (ปี ค.ศ.1866) ผู้พิพากษา *Cairns L.J.* ได้วินิจฉัยว่า “กรรมการของบริษัทเป็นเพียงตัวแทนของบริษัทเท่านั้น โดยสภาพของบริษัทแล้วบริษัทย่อมไม่สามารถกระทำการใดได้ด้วยตนเอง ทั้งนี้เพราะบริษัทนั้นไม่มีตัวตนบริษัทเป็นเพียงแต่กระทำการโดยผ่านทางกรรมการ และในความสัมพันธ์ของกรรมการบริษัท ก็เป็นกรณีโดยทั่วไปของตัวการและตัวแทนเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อตัวแทนจำต้องรับผิดชอบ คือคือความรับผิดชอบของบรรดากรรมการบริษัท ส่วนในกรณีความรับผิดชอบก็คือความรับผิดชอบของบรรดากรรมการบริษัท ส่วนในกรณีความรับผิดชอบเฉพาะที่พึงมีต่อตัวการเท่านั้นแล้ว ก็ย่อมเป็นความผิดที่พึงมีต่อบริษัทนั่นเอง”¹³³

ปัจจุบันมีกฎหมายพิเศษที่บัญญัติถึงกรณีนิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิดไว้ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 36 ว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ถ้าการกระทำความผิด ของนิติบุคคลนั้น เกิดจากการสั่งการ การกระทำ หรือไม่สั่งการหรือไม่กระทำการอันเป็น หน้าที่ที่ต้องกระทำของกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของ นิติบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย” ถือเป็นกรยอมรับหลักความสัมพันธ์ระหว่างผู้แทนนิติบุคคลกับนิติบุคคล

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เมื่อนิติบุคคลถือว่ามีสภาพเป็นบุคคลต่างหากจากบรรดาผู้เป็นสมาชิกทั้งหลาย เสมอว่าเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง แต่โดยสภาพแล้วนิติบุคคลไม่อาจมีการกระทำต่างๆ ของตนเอง จึงต้องแสดงออกทางบรรดา “ผู้แทนนิติบุคคล” ทั้งหลาย ดังนั้นจึงเห็นสมควรหรือไม่ที่จะเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดโดยเพิ่มเติมว่า “นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด” ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

¹³³ สมชัย วิชญไพสิฐสกุล, “หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2530) หน้า 3.

ประเด็นที่เจ็ดเรื่องอายุความละเมิดเหมาะสมหรือไม่

สืบเนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิด ต้องการให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้มากที่สุด การชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากการทำละเมิด อาจกระทำการตามมาตรา 438 วรรคสองได้แก่

1. การคืนทรัพย์สินหรือการชำระราคา
2. การชดใช้ค่าเสียหาย

แต่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ได้มีแต่เพียงการคืนหรือชำระราคาและการชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น กรณีทำให้บุคคลอื่นเสียหายแก่ชื่อเสียง ศาลอาจสั่งให้จัดการเพื่อให้ชื่อเสียงคืนดีตามมาตรา 447 ก็ถือเป็นการใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างหนึ่ง อยู่ในหมวด 2 เรื่องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด การให้หยุดการทำละเมิดต่อเนื่องแม้ไม่ใช่ค่าสินไหมทดแทน แต่ก็อาจฟ้องได้ตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ เช่น การอยู่โดยละเมิดแล้วไม่ยอมออก ต้องอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 หรือสิทธิครอบครองตามมาตรา 1375 เรียกคืนการครอบครอง หรือการระงับเรื่องการก่อความเดือดร้อนรำคาญตามมาตรา 1337 การให้หรือสิ่งปลูกสร้างที่ละเมิด การเรียกให้จัดการเพื่อปิดป้องภัยอันตรายอันจะพึงเกิดจากสิ่งปลูกสร้างตามมาตรา 435 หรือการฟ้องหน่วยงานของรัฐที่ไม่ออกไปอนุญาตในการทำกิจการบางอย่างตามที่ขอ¹³⁴ ทั้งหมดเป็นตัวอย่างการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากการทำละเมิด

จากความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด เมื่อพิจารณาถึงอายุความเรียกค่าเสียหายมาตรา 448 แยกพิจารณาเป็น 2 กรณีคือ

1. ค่าเสียหายจากละเมิดซึ่งไม่เป็นความผิดอาญา
2. ค่าเสียหายจากละเมิดซึ่งเป็นความผิดอาญา

ปัญหาที่ผู้วิจัยให้ความสนใจในเรื่องอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องซึ่งเกิดแต่มูลละเมิดอันไม่เป็นความผิดอาญามาตรา 448 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า " สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด" โดยกฎหมายกำหนดไว้เป็น 2 ช่วงเวลา ดังนี้

1. อายุความ 1 ปีนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิด และรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่า

¹³⁴ เพิ่ง เพิ่งนิติ ,คำอธิบายว่าด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิดความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรุงเทพมหานคร:อจทศฯ พ.ศ.2543) หน้า 326.

สินไหมทดแทน การรู้ต้องประกอบด้วย 2 กรณี คือ ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ที่จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน เพราะมีบางกรณีที่ผู้เสียหายไม่รู้ว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น และก็ไม่รู้ว่าใครเป็นผู้กระทำละเมิดหรือเป็นผู้ที่จะรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย เช่น จอครดทิ้งไว้เฉยๆ ไม่ทราบว่าคุณชน โดยละเมิดแล้ว อายุความ 1 ปีก็ยังไม่เริ่มนับ ต่อมาอีก 1 เดือน จึงรู้ว่ารถถูกชน ดังนี้ เป็นต้น แม้จะรู้ถึงการละเมิดแล้ว แต่ไม่รู้ตัวผู้ที่จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ต่อเมื่อรู้ตัวผู้ที่จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วยแล้ว อายุความจึงจะเริ่มนับ เช่น ต่อมาอีก 6 เดือนจึงรู้ตัวผู้ที่จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีอาจมีได้บ่อยๆ ที่รู้แต่เพียงการละเมิด แต่ไม่รู้ตัวผู้ที่จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่นผู้ละเมิดขับรถชนแล้วหนี ยังไม่ทราบว่าใครเป็นผู้ขับ เป็นต้น อายุความก็ยังไม่เริ่มนับอยู่ดี จนต่อมามีอีกช่วงเวลาหนึ่งจึงรู้ แม้กระนั้นก็ยังไม่ว่าผู้ที่จะพึงชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจนล่วงเวลาไปอีกชั่วระยะเวลาหนึ่งจึงได้รู้อายุความจึงเริ่มนับแต่วันที่รู้ทั้งสองกรณีแล้ว¹³⁵

2. อายุความ 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด มีแนวคำพิพากษาพิจารณาพื่อนำมาเป็นบรรทัดฐานได้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2154/2522 จำเลยขับรถชนเสาไฟฟ้าของโจทก์โดยละเมิด โจทก์มอบให้การไฟฟ้าฯ ดูแลรักษาซ่อมแซมเสาไฟฟ้าตลอดจนตราค่าเสียหาย มิได้มอบให้เรียกชดเชยค่าเสียหายด้วย การไฟฟ้าฯ จึงมิใช่ตัวแทนโจทก์ การไฟฟ้าฯ รู้เหตุละเมิด ไม่ถือว่าโจทก์รู้จนกว่าการไฟฟ้าฯ จะแจ้งให้โจทก์ทราบ อายุความ 1 ปี นับแต่โจทก์รับแจ้งเหตุ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1784/2527 เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยบุกรุกอยู่ในที่พิพาทต่อเนื่องตลอดมา คดีโจทก์จึงไม่ขาดอายุความที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายย้อนหลังไป 1 ปี นับแต่วันฟ้อง

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ในมาตรา 448 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 852 มีความว่า "The claim for compensation for any damage arising from an unlawful act is barred by prescription in three years from the time at which the injured party has knowledge of the identify of the person bound to make compensation ; in the absence of such knowledge , in thirty years the commission of the act.

If the person bound to make compensation has acquired anything by the unlawful act at the expense of the injured party, he is , even after lapse of the period of prescription , bound to return if under the provisions relating to the return of unjustified benefits."

¹³⁵ พจนานุกรมกฎหมาย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2538) หน้า 224-225.

“สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดจากการละเมิดนั้น ถ้ามิได้ฟ้องเสียหายในสามปีนับแต่เวลาที่ผู้เสียหายได้รู้ถึงการละเมิดและตัวบุคคลผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ย่อมเป็นอันขาดอายุความ ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่รู้ดังกล่าว ต้องฟ้องคดีภายในสามสิบปีนับแต่เวลากระทำละเมิด

ถ้าบุคคลใดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งมาโดยการละเมิดนั้นเป็นทางให้ผู้เสียหายเสียเปรียบ บุคคลนั้นจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการคืนลาภอันมิควรได้ (unjustified benefits) แม้จะล่วงพ้นกำหนดเวลาอายุความดังกล่าวไปแล้วก็ตาม”

ในประเทศญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นบัญญัติเรื่องอายุความไว้ในมาตรา 742 มีความว่า “The right to demand compensation for damage which has arisen from an unlawful act shall lapse by prescription if not exercised within three years from the time when the injured party or his legal representative became aware of such damage and of the identity of the person who caused it; the same shall apply if twenty years have elapsed from the time when the unlawful act was committed.”

“สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการละเมิด ถ้าไม่ใช่เสียหายในสามปีนับแต่เวลาที่ผู้เสียหายหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เสียหายได้รู้ถึงความเสียหายเช่นว่านั้นและรู้ถึงตัวบุคคลผู้ก่อความเสียหายเป็นอันขาดอายุความ แต่ถ้าพ้นกำหนดยี่สิบปีนับแต่เวลากระทำละเมิด ก็ถือว่าเป็นอันขาดอายุความเช่นเดียวกัน”¹³⁶

ประเด็นที่ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตที่ยกขึ้นพิจารณาถึงอายุความ ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของประเทศไทยตามมาตรา 448 วรรคแรก โดยกำหนดให้มีอายุความ 1 ปีนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิด และรู้ตัวผู้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น เห็นว่ามีความเหมาะสมหรือไม่อย่างไร เมื่อพิจารณาจากทั้งประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่นซึ่งประเทศไทยค่อนข้างยึดถือเป็นแบบอย่างมีอายุความต่างจากของไทยเป็นอย่างมาก จึงนำมาพิจารณาว่าอายุความที่ใช้บังคับอยู่เหมาะสมหรือไม่ หรือควรขยายอายุความมากกว่า 1 ปีหรือไม่อย่างไร ดังนี้

ประการแรก อายุความเป็นเรื่องต้องสัมพันธ์กับหน้าที่นำสืบและภาระการพิสูจน์ การกำหนดภาระการพิสูจน์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 วรรคแรก บัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของ

¹³⁶ แปลโดยไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท:กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, เล่มเดิม หน้า 140.

คน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง” ซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า “ภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่ความซึ่งกล่าวอ้าง หาได้ตกอยู่กับผู้ปฏิเสธไม่” (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat)

ดังนั้น การกำหนดภาระการพิสูจน์ ตามหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” ภาระการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อ (Negligence) และความเสียหาย (Damage) จึงต้องตกอยู่กับโจทก์ผู้ฟ้องคดีละเมิด มีข้อยกเว้น ที่ไม่ต้องพิสูจน์ 2 ประการ คือ

1. ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป หรือซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ หรือซึ่งศาลเห็นว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแล้ว ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2791/2546 ประกาศรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตร เรื่องห้ามจับสัตว์น้ำในท้องที่บางแห่ง ซึ่งประกาศรัฐมนตรีนั้นเป็นที่รู้กันว่ามีใช้กฎหมาย ปัญหาว่า ข้อเท็จจริงที่รู้กันทั่วไปหรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อประกาศนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ถือว่ารู้กันทั่วไป โจทก์ไม่ต้องนำสืบอีก

คำพิพากษาฎีกาที่ 436/2509 (ประชุมใหญ่) พิพากษาเรื่องเรือหางยาว ตามฟ้องมิได้ระบุว่า มีระวางเท่าไร พระราชบัญญัติศุลกากรบัญญัติเรื่องระวางเรือไว้ว่า เรือนั้นต้องมีระวางบรรทุก 250 ตัน แต่โจทก์บรรยายมาแต่ว่าเรือนั้นเป็นเรือยนต์หางยาว ปัญหาเรือหางยาวมีระวางเท่าไร ศาลรู้ได้เองหรือไม่ว่ามีระวางถึง 250 ตัน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เรือยนต์หางยาวเป็นที่รู้จักกันทั่วไปว่าเป็นเรือเล็กไม่ใหญ่โตใช้วิ่งรับส่งในแม่น้ำ ถ้าคล่อง ข้อเท็จจริงที่ว่าเรือหางยาวมีระวางไม่ถึง 250 ตัน กลายเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้อยู่แล้ว ก็คือข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไป

2. ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตน ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว

ในเรื่องภาระการพิสูจน์ ผู้วิจัยพบปัญหาในการพิสูจน์การกระทำของจำเลยเป็นเรื่องทำได้ยาก โดยเฉพาะที่เป็นเรื่องซับซ้อนยากต่อการพิสูจน์ ว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อของผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย จึงเป็นภาระหนักมากในการพิสูจน์ ตัวอย่างเช่น ในคดีสิ่งแวดล้อม ในการดำเนินคดีสิ่งแวดล้อมนั้น ในเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 มาตรา 96¹³⁷ และมาตรา 97¹³⁸ ไม่ได้

¹³⁷ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 มาตรา 96 บัญญัติว่า “แหล่งกำเนิดมลพิษใดก่อให้เกิด หรือเป็นแหล่งกำเนิดของการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษอันเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพอนามัย หรือเป็นเหตุให้ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือของรัฐเสียหายด้วยประการใดๆ เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษนั้น มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายเพื่อการนั้น ไม่ว่าจะการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือ

บัญญัติไว้ ซึ่งยังต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 84 อยู่นั่นเอง โดยผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหาย (Causation and Remoteness of damage) ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำได้ยากและต้องใช้เวลามากเพื่อที่จะรู้ถึงเหตุแห่งการละเมิด ถึงแม้จะรู้ตัวผู้ที่จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วก็ตาม แต่อายุความเพียง 1 ปี เป็นเรื่องที่ทำให้ลำบากและเป็นการยาก เช่นการพิสูจน์ถึงสารเคมีหรือสารพิษบางชนิดที่มีความสลับซับซ้อนทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์ในบางครั้ง บางกรณีก็ต้องนำข้อมูลทางชีววิทยามาประกอบการคำนวณค่าของสารเพื่อให้ทราบถึงผลกระทบที่จะออกมาในรูปแบบต่างๆ ก็เป็นเรื่องทางเทคนิคเฉพาะ รวมถึงความเป็นไปได้ของผลเสียหายที่เกิดขึ้นก็ต้องใช้หลักวิชาการเข้ามาวิเคราะห์ นอกจากนี้ในบางกรณีการเกิดปัญหาของสิ่งแวดล้อมมีสาเหตุมาจากแหล่งสาเหตุที่หลากหลาย ในบางครั้งใช้เวลานานถึงจะเกิดผลออกมา ดังนั้นในเรื่องของการรวบรวมพยานหลักฐานไม่ทันการณ์ กล่าวคือพยานหลักฐานของโจทก์ที่นำมาสู่การพิจารณาของศาลจะไม่ใช่พยานหลักฐานที่มีอยู่ขณะที่เริ่มเกิดปัญหา แต่เป็นพยานหลักฐานที่ได้มาภายหลังจากที่โจทก์ได้รับผลร้ายแล้ว ซึ่งพยานหลักฐานที่ได้มาในภายหลังนั้นอาจเปลี่ยนสถานะไปแล้ว ทำให้ผลของการทดสอบทางวิทยาศาสตร์หรือทางการแพทย์เปลี่ยนไปไม่ตรงกับความเป็นจริงพยานหลักฐานที่ได้มาดังกล่าวจึงเป็นพยานหลักฐานที่ขาดน้ำหนัก เพราะไม่สามารถนำสืบถึงการกระทำของจำเลยได้อย่างชัดเจน

ตัวอย่างกรณีคดีมยุรี เติวิยะ ฟ้องสำนักงานประกันสังคม และบริษัทอิเล็กทรอนิกส์ (ไทยแลนด์) จำกัด¹³⁹ ว่าโจทก์เจ็บป่วยด้วยโรคพิษโลหะหนักสารอูมิโนจากการทำงานหลังจากที่ได้ทำงานให้กับบริษัทมาเป็นเวลาถึง 4 ปี แต่ศาลก็ได้พิพากษายกฟ้องเพราะโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์

ประมาทเลินเล่อของเจ้าของ หรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่ในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่ามลพิษเช่นนั้นเกิดจาก

1. เหตุสุดวิสัยหรือการสงคราม
2. การกระทำตามคำสั่งของรัฐบาลหรือเจ้าพนักงานของรัฐ
3. การกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ที่ได้รับอันตรายหรือความเสียหายเอง หรือของบุคคลอื่นซึ่ง

มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบโดยตรงหรือโดยอ้อมในการรั่วไหลหรือการแพร่กระจายของมลพิษนั้น”

¹³⁸ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 มาตรา 96 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำหรือละเว้นการกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการทำลายหรือทำให้สูญหาย หรือเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นของรัฐ หรือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายให้แก่รัฐตามมูลค่าทั้งหมดของทรัพยากรธรรมชาติที่ถูกทำลาย สูญหาย หรือเสียหายไปนั้น”

¹³⁹ สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ , การศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งกองทุนทดแทนความเสียหายต่อสุขภาพ

จากมลพิษ (รายงานการวิจัย) (กรุงเทพมหานคร:คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2533) หน้า 99.

ให้ศาลเห็นได้ว่า อาการเจ็บป่วยของโจทก์เกิดจากสารอูมิโนจากโรงงานของจำเลย โจทก์จึงไม่ได้
รับการเยียวยา

ประการที่สอง ในบางกรณีคดีละเมิดที่เกิดขึ้น มีการตกลงให้ระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่
เกลี่ย (Mediation)¹⁴⁰ ซึ่งในปัจจุบันมีการนำมาใช้แก้ปัญหาคือพิพาทกันอย่างมาก เพื่อให้ยุติข้อพิพาท
เป็นวิธีการที่พอใจของทั้งสองฝ่าย การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนำมาใช้ 2 รูปแบบ ดังนี้

1. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณา
ของศาล โดยศาลเป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งหากคู่ความสามารถตกลงกันได้ก็จะมีการทำสัญญา
ประนีประนอมความและศาลจะมีคำพิพากษาตามคำคู่ความตกลงกัน โดยมีข้อยกเว้นบางประการ
หรือหากตกลงกันได้เพียงบางส่วนศาลก็จะสืบพยานและมีคำพิพากษาในประเด็นที่ตกลงกันไม่ได้
เท่านั้น

2. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจะมีการฟ้องร้องคดี
ต่อศาลหรือแม้จะฟ้องร้องคดีต่อศาลแล้ว แต่คู่ความประสงค์จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเองโดยไม่
ประสงค์จะดำเนินการในศาลก็ได้¹⁴¹

ผู้วิจัยต้องการจะกล่าวถึงในรูปแบบของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาลก่อนจะมี
การฟ้องร้องคดีละเมิดที่เกิดขึ้นต่อศาล หากมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีละเมิดกันนอกศาล ถือ
เป็นวิธีการลดปริมาณคดีสู่ศาล ที่ประหยัด ลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และลดภาระศาลไปได้เป็น
อย่างมาก แต่หากคู่กรณีนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย โดยไม่มีการฟ้องคดีละเมิดต่อศาล
แต่ยังไม่เสร็จหรือยังไม่สามารถตกลงกันได้ มีผลให้อายุความละเมิดยังคงเดินอยู่ เนื่องจากเป็นคดีที่มี
อายุความ 1 ปี อีกทั้ง ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ที่จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ไม่
ฟ้องร้องทำให้ระยะเวลาล่วงเลยจนหมดอายุความในการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น
หากกระบวนการไกล่เกลี่ยไม่ทำให้เกิดความพอใจ คู่พิพาทหรือผู้ที่ได้รับความเสียหาย ต้องการนำ
คดีละเมิดฟ้องร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป คู่พิพาทย่อมต้องเสียประโยชน์ใน
เรื่องอายุความในการฟ้องร้อง

¹⁴⁰ Black's law ให้ความหมาย Mediation คือ การแทรกแซงหรือสอดแทรกของบุคคลที่สาม เพื่ออยู่
ระหว่างกลางบุคคลสองฝ่ายที่มีข้อพิพาท เพื่อชักจูงให้บุคคลที่มีข้อพิพาทปรับเปลี่ยน หรือข้อตกลงในปัญหาข้อ
พิพาทได้ เป็นการตกลงในข้อพิพาทโดยการกระทำที่เป็นกลางหรือบุคคลที่เป็นกลาง

¹⁴¹ คู่มือการระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน, (กรุงเทพมหานคร:สำนักการระงับข้อพิพาทสำนักงานศาล
ยุติธรรม พ.ศ.2550) หน้า 20.

ประการที่สาม ศึกษาจากแนวทางของกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องที่มีอายุความมากกว่า 1 ปี ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 บัญญัติถึงสิทธิในการฟ้องคดีละเมิดในความลับการค้าโดยกำหนดถึง 3 ปีนับแต่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด โดยบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 10 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ฟ้องคดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าเมื่อพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูกละเมิดสิทธิรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีการละเมิด”

ประการที่สี่ แนวคิดในเรื่องการขยายอายุความในการฟ้องร้องคดีละเมิดในต่างประเทศ ตามกฎหมายฝรั่งเศส อายุความรับผิดชอบทางแพ่งโดยมากมีระยะเวลาสั้นกว่าอายุความรับผิดชอบทางอาญา โดยเฉพาะเรื่องความรับผิดชอบละเมิด กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติให้มีอายุความถึง 30 ปี ส่วนความรับผิดชอบทางอาญานั้น สำหรับคดีอุกฉกรรจ์มีอายุความฟ้องร้อง 10 ปี คดีธรรมดา 3 ปี คดีลหุโทษ 1 ปี แต่ว่าในกรณีที่การกระทำนั้นเป็นผิดทั้งกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งแล้ว กฎหมายฝรั่งเศสมีบทบัญญัติพิเศษอีกข้อหนึ่งว่าด้วยอายุความกล่าวคือ การฟ้องร้องทางแพ่งจะมีอายุความเท่ากับการฟ้องร้องทางอาญา

ทำไมจึงควรถือเอาอายุความทางอาญาเป็นเกณฑ์โดยตัดเวลาอายุความทางแพ่งให้สั้นเข้า นั่น นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้พยายามยกเหตุผลออกแสดง มีว่าหากปล่อยให้อายุความทางแพ่งนานกว่าอายุความทางอาญาแล้ว จะเป็นการไม่เหมาะที่จะปล่อยให้เจ้าทุกข์เป็น โจทก์ฟ้องร้องทางแพ่ง เพราะทำให้รื้อฟื้นความผิดขึ้นมา โดยชุมชนไม่มีอำนาจจะฟ้องร้องให้ลงโทษทางอาญาได้ นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสหลายท่านได้ดำเนินไว้อย่างมากมายนั่นคืออายุความรับผิดชอบทางแพ่งนั้น นานมากเกินไป มีระยะเวลาถึง 30 ปี เมื่ออายุความรับผิดชอบทางอาญานั้นสั้นกว่า และกฎหมายถือว่าเอาอายุความอาญานี้เป็นหลักแล้วย่อมทำให้เปิดโอกาสเห็นสิ่งที่ไม่ยุติธรรมขึ้น คือ ความผิดอย่างร้ายแรงถึงกับจะต้องรับโทษทางอาญา กลับได้ผลประโยชน์เพราะอายุความแพ่งกลับมีระยะสั้นเข้าเป็นเพียง 10 ปีบ้าง 3 ปี หรือ 1 ปี อย่างอายุความอาญานั้น ส่วนความผิดที่ไม่ร้ายแรง กล่าวคือ ไม่มีผลถึงกับลงโทษทางอาญา กลับได้ผลร้าย เพราะอายุความที่ตนจะต้องถูกฟ้องร้องมีเวลาถึง 30 ปี ดังนี้ มักเกิดกรณีที่แปลกประหลาดขึ้น คือระหว่างพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งฝ่ายจำเลยต่อสู้ในเรื่องอายุความ จะต้องนำพยานมาสืบให้ศาลเห็นว่า ความผิดของตนนั้นร้ายแรงจัดขึ้นกฎหมายอาญาส่วนฝ่ายโจทก์กลับจะเถียงในทางตรงกันข้ามว่า ความผิดของจำเลยไม่ร้ายแรงถึงเช่นนั้นไม่เข้าความรับผิดชอบทางอาญาแต่อย่างใด

นักกฎหมายฝรั่งเศสต่างมีความปรารถนาขอให้แก้ไขบทบัญญัติอย่างเร่งร้อนโดยวิธีวางหลักดังนี้ คือ อายุความส่วนไหนสั้นให้ยึดเอาอายุความส่วนที่ยาวกว่า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเรา เข้าใจหลักนี้ดี กล่าวคือยอมเห็นด้วยเหมือนกันว่า เมื่อมีกรณีความผิดทั้งแพ่งและอาญาเกิดขึ้น ไม่ควรจะให้อายุความทางแพ่งและอายุความทางอาญามีเวลาต่างกัน มิฉะนั้นจะทำให้เกิดมีการพิจารณาคดีความรับผิดชอบทางอาญาหรือทางแพ่งทางใดแต่ทางเดียว โดยเปิดโอกาสไม่ได้รับฟ้องร้องความผิดอีกทางหนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 51 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าไม่มีผู้ใดฟ้องทางอาญา สิทธิของผู้เสียหายที่จะฟ้องทางแพ่งเนื่องจากความผิดนั้นย่อมระงับไปตามกำหนดเวลาดังที่กฎหมายลักษณะอาญาบัญญัติไว้ในเรื่องอายุความฟ้องอาญา...” ย่อมแสดงว่า อายุความ ทางแพ่งจะมีระยะยาวกว่าอายุความทางอาญาไม่ได้

แต่ว่าอายุความรับผิดชอบทางละเมิดนั้นมีระยะเวลาสั้นมากกว่ากฎหมายฝรั่งเศสคือ หนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะฟ้องต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ฤ 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด ส่วนอายุความรับผิดชอบทางอาญาของเรายาวกว่าคือคดีที่ความผิดต้องระวางโทษ ประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตให้ฟ้องได้ใน 20 ปี คดีที่ความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่า 7 ปีขึ้นไปจนถึง 20 ปี ให้ฟ้องได้ใน 15 ปี คดีความผิดต้องระวางโทษจำคุกเดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึง 7 ปี ให้ฟ้องได้ใน 5 ปี คดีอื่นๆ ฟ้องได้ในปีหนึ่ง เนื่องจากอายุความรับผิดชอบทางแพ่งโดยมากสั้นกว่าอายุความรับผิดชอบทางอาญา จึงทำให้ผู้กระทำผิดอย่างร้ายแรงถึงเป็นผิดทางอาญาไม่ได้ผลประโยชน์ของความร้ายนั้นๆ ในทางแพ่งได้ ตรงกันข้ามหากปรากฏว่าอายุความทางอาญายาวกว่าอายุความทางแพ่ง อายุความทางแพ่งนี้จะยี่ระยะเวลาออกไปตามอายุความทางอาญา เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเรามาตรา 448 วรรค 2 บัญญัติว่า ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมิโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ ท่านให้เอาอายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ¹⁴²

หรือหากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องของสิทธิเรียกร้องก่อนอายุความสิ้นสุดลง Section 852 Claim for restitution after end of limitation period บัญญัติว่า “If by a tort the person liable to pay compensation obtains something at the cost of the injured person, then even after the claim to compensation for the damage arising from a tort is statute-barred he is obliged to make restitution under the provisions on the return of unjust enrichment. This claim is statute-barred ten years after it arises, or, notwithstanding the date on which it arises, thirty years after the date on which the act causing the injury was committed or after the other event that triggered the loss.”

¹⁴² จิต เศรษฐบุตร ,หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร:โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2539) หน้า28-30.

มาตรา 852 “ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในสิ่งที่ได้กระทำละเมิดที่เป็นค่าเสียหายต่อผู้ถูกละเมิด การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนขึ้นอยู่กับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยผู้เสียหายสามารถเรียกร้องให้ชดใช้ เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิม การใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหายนั้นสิบปีนับแต่รู้ว่าถูกละเมิด ในทางกลับกันสามสิบปีนับแต่การกระทำความคิดเกิดขึ้นจริง” ได้กำหนดอายุความไว้คล้ายกับกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งพอจะวิเคราะห์ได้ว่าอายุความในแต่ละประเทศจะกำหนดไว้อย่างไร คงขึ้นอยู่กับความสำคัญของนโยบายรัฐว่าให้ความสำคัญกับคดีละเมิดในขณะนั้นอย่างไร หากประเทศนั้นๆ เห็นความสำคัญของกฎหมายละเมิดก็อาจกำหนดอายุความไว้ค่อนข้างยาว อย่างไรก็ตามแม้กำหนดอายุความไว้นานเพียงใด แต่ในความเป็นจริง อายุความที่มีระยะเวลาต่างๆ ขณะฟ้องผู้เสียหายจะยังคงมีหลักฐานอยู่หรือไม่ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอายุความละเมิดนั้น เพียง 1 ปี นับแต่เวลาที่วันที่ยุติความเสียหายและรู้ถึงตัวผู้กระทำละเมิด หรือ 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด

ประการที่ห้า มีผลจากการประชุมกลุ่มย่อยเพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิด มีความเห็นว่า “สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นสองปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปี นับแต่วันทำละเมิด

ในกรณีที่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัยจะต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ผู้เสียหายต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่รู้ถึงความเสียหาย

แต่ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมิโทษตามกฎหมายอาญาและมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้น ไชร์ ท่านให้อายุความที่ยาวนั้นมาบังคับ¹⁴³ เป็นแนวทางหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีผู้สนใจในการขยายอายุความให้มากไปกว่าเดิม เพื่อประโยชน์สุดท้ายให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายให้มากที่สุด

¹⁴³ เอกสารประกอบการประชุมกลุ่มย่อยเพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิด วันศุกร์ที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2551 ณ.ห้องกมลทิพย์ โรงแรมสยามซิตี้.

บทที่ 4

ผลการวิเคราะห์ข้อมูล

บทนี้เป็นการนำเสนอข้อมูลในเชิงปริมาณ ที่ได้จากการวิเคราะห์ทางสถิติ ถึงลักษณะของผู้ตอบแบบสอบถาม ค่าเฉลี่ยความคิดเห็น การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อเสนอแนะ และความเห็นในคำถามปลายเปิด ร้อยละ ของกลุ่มผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย โดยจำแนกตามความคิดเห็น และประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ รวมทั้งวิเคราะห์ความสัมพันธ์ ระหว่างลักษณะของผู้ตอบแบบสอบถาม โดยรวม กับประเด็นความคิดเห็น เกี่ยวกับประเด็นต่างๆ ที่มีต่อกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

4.1 ผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากการสำรวจ

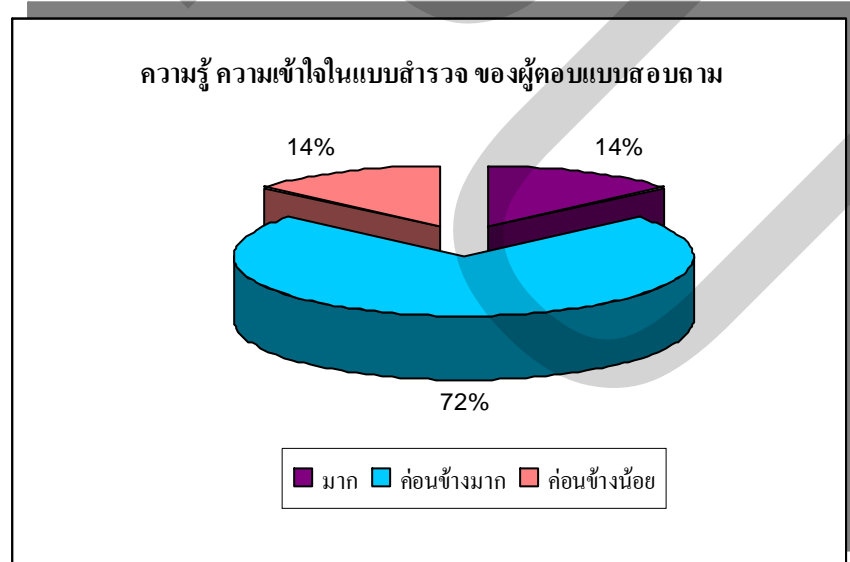
ในการวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้จากความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องทั้งโดยตรงและโดยอ้อมทั้งสามกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเลือกมาเป็นตัวอย่าง จำนวนรวมทั้งสิ้น 50 ราย ซึ่งในจำนวนนี้เมื่อจำแนกตามกลุ่ม ผู้ตอบพบว่า ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ มี 16 คน คิดเป็นร้อยละ 32 ของกลุ่มผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด กลุ่มนักวิชาการด้านกฎหมาย มี 15 คน คิดเป็นร้อยละ 30 และกลุ่มประชาชน มี 19 คน คิดเป็นร้อยละ 38 ผลการวิเคราะห์ที่สำคัญสามารถสรุปได้ดังนี้

4.1.1 ลักษณะของผู้ตอบแบบสำรวจ ความรู้ ความเข้าใจในแบบสำรวจ ร้อยละ ของผู้ตอบแบบสำรวจของแต่ละกลุ่มจำแนกตาม เพศ อายุ สถานภาพสมรส ศาสนา ระดับการศึกษา

ตารางที่ 2

ความรู้ ความเข้าใจของผู้ตอบแบบสำรวจ แสดง จำนวนคน และร้อยละ

มีความรู้ ความเข้าใจในระดับ	จำนวน (คน)	ร้อยละ
มาก	7	14
ค่อนข้างมาก	36	72
ค่อนข้างน้อย	7	17
น้อย	-	-
รวม	50	100



ตารางที่ 3

จำนวน และร้อยละ ของผู้ตอบแบบสำรวจจำแนกตาม กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย เพศ อายุ สถานภาพสมรส ศาสนา ระดับการศึกษา

สถานภาพส่วนบุคคล	จำนวน (คน)	ร้อยละ
กลุ่มที่ 1 (กลุ่มผู้ใช้กฎหมายโดยตรง)		
อัยการ	5	10
ผู้พิพากษา	6	12
ทนายความ	5	10
กลุ่มที่ 2 (กลุ่มผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม)		
นักวิชาการ	15	30
กลุ่มที่ 3 (กลุ่มประชาชนทั่วไป)		
ประชาชน	19	38
รวม	50	100
เพศ		
ชาย	36	72
หญิง	14	28
รวม	50	100
อายุ		
ต่ำกว่า 20 ปี	-	-
20-30 ปี	15	30
31-40 ปี	19	38
41 ปีขึ้นไป	16	32
รวม	50	100
สถานภาพสมรส		
โสด	31	62
สมรส	18	36
หม้าย	1	2
รวม	50	100

ตารางที่ 3 (ต่อ)

สถานภาพส่วนบุคคล	จำนวน (คน)	ร้อยละ
ศาสนา		
พุทธ	49	98
คริสต์	1	2
อิสลาม	-	-
รวม	50	100
ระดับการศึกษา		
มัธยมศึกษา/อาชีวศึกษา	-	-
ปริญญาตรี	14	18
ปริญญาโท	35	70
สูงกว่าปริญญาโท	1	2
รวม	50	100

4.1.2 ความคิดเห็นที่มีต่อกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ผลการวิเคราะห์แบบสำรวจความคิดเห็นที่มีต่อกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตารางที่ 4

เปอร์เซ็นต์ ค่าความถี่ความคิดเห็น ในภาพรวมของความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นต่างๆ ที่มีต่อ
กฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเด็น	ระดับความคิดเห็น				
	เห็นด้วย อย่างยิ่ง	เห็น ด้วย	ไม่มี ความเห็น	ไม่เห็น ด้วย	ไม่เห็นด้วย อย่างยิ่ง
1. คำว่า “ผิดกฎหมาย (Unlawfully)” ในมาตรา 420 เห็นว่าคำนี้ยังคงเหมาะสมหรือไม่ เพราะแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำให้เกิดความเสียหาย การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นละเมิด	24% (12)	46% (23)	4% (2)	22% (11)	4% (2)
2. ควรเพิ่มเติมการเรียกค่าเสียหายให้รวมไปถึง “การทำให้เสียหายแก่จิตใจ” เช่น การเศร้าโศกเสียใจ หรือการทำให้เกิดความว้าเหว เป็นต้น (ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติความรับผิดความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 บัญญัติให้เรียกร้องได้)	20% (10)	52% (26)	6% (3)	16% (8)	6% (3)
3. ควรเพิ่มเติมคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ให้ชัดเจน โดยเพิ่มเติมไปถึง “ชื่อเสียง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบกิจการงาน หรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด”	24% (12)	46% (23)	4% (2)	22% (11)	4% (2)
4. ควรบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจนว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” (Volenti non fit injuria) ไว้ในประมวลกฎหมายแทนที่จะนำเอาสุภาษิตกฎหมายลาตินมาใช้ (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)	26% (12)	44% (22)	6% (3)	18% (9)	6% (3)
5. ควรบัญญัติว่า “ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นความยินยอมสำหรับการกระทำที่ห้ามโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” (เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 8 และ 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)	36% (18)	46% (23)	8% (4)	8% (4)	2% (1)

ตารางที่ 4 (ต่อ)

ประเด็น	ระดับความคิดเห็น				
	เห็นด้วย อย่างยิ่ง	เห็น ด้วย	ไม่มี ความเห็น	ไม่เห็น ด้วย	ไม่เห็นด้วย อย่างยิ่ง
6. กฎหมายลักษณะละเมิดในหมวด 3 ใช้คำว่า “นิรโทษกรรม (justifiable acts)” ซึ่งน่าจะแปลว่าการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ในความเป็นไปในหมวดนี้หลายเรื่องผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบแต่รับผิดชอบน้อยกว่าเห็นว่าจะเปลี่ยนชื่อหมวดใหม่เป็นคำว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้”	16% (8)	40% (20)	24% (12)	14% (7)	6% (3)
7. มาตรา 429 บัญญัติให้ผู้เยาว์กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบแต่ในความจริงเด็กไร้เดียงสากระทำโดยไม่รู้สำนึกไม่น่าจะถือเป็นการละเมิด เช่น เด็ก 2 ขวบ หยิบแก้วน้ำขว้างใส่พี่เลี้ยงถือว่าเด็กทำละเมิดเห็นควรให้กฎหมายบัญญัติให้ชัดเจนว่า “เด็กอายุเท่าใดกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับผิดชอบ” (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)	24% (12)	46% (23)	4% (2)	22% (11)	4% (2)
8. เห็นควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า “เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด” (เปรียบเทียบจากมาตรา 828 กฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 712 กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นประกอบ)	20% (10)	48% (24)	6% (3)	20% (10)	6% (3)
9. เจตนารมณ์เดิมของกฎหมายละเมิดต้องการเยียวยาผู้เสียหายให้ได้รับค่าเสียหายที่ใกล้เคียงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมากที่สุด แต่เห็นควรมีกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เพื่อเป็นการลงโทษและเพื่อยับยั้งการกระทำผิดต่อไป เช่น นักศึกษา ABAC ตกรถเมล์ ศาลให้ชดใช้ประมาณ 11 ล้านบาท เป็นต้น (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)	18% (9)	50% (25)	12% (6)	10% (5)	10% (5)

ตารางที่ 4 (ต่อ)

ประเด็น	ระดับความคิดเห็น				
	เห็นด้วย อย่างยิ่ง	เห็น ด้วย	ไม่มี ความเห็น	ไม่เห็น ด้วย	ไม่เห็นด้วย อย่างยิ่ง
10. เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า “หากความเสียหายเกิดมีขึ้นโดยจงใจและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำละเมิดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ให้ศาลมีอำนาจกระทำคำสั่งใหม่ทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง” (เทียบกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 พระราชบัญญัติความผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนพิการ พ.ศ.2550)	26% (13)	46% (23)	12% (6)	10% (5)	6% (3)
11. กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ตามมาตรา 425 และบัญญัติในมาตรา 426 ให้นายจ้างมีสิทธิไล่เบี้ยจากลูกจ้างต่อไปได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าไล่เบี้ยได้เพียงใด ดังนั้นเห็นควรเพิ่มเติมสิทธิในการไล่เบี้ยให้ชัดเจน (หากเห็นด้วยให้ตอบเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น)	14% (7)	60% (30)	2% (1)	12% (6)	12% (6)
(หากเห็นด้วยให้ตอบเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น) ก. ในระหว่างบุคคลนายจ้างและลูกจ้างนั้น ต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนเห็นว่าจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน	เห็นด้วย 46% (23)				
ข. นายจ้างเมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วมีสิทธิได้รับชดเชยจากลูกจ้างจนเต็มจำนวน	เห็นด้วย 24% (12)				
ค. ปรับปรุงกฎหมายใหม่ให้ “นายจ้างไม่ควรไล่เบี้ยลูกจ้างอีกต่อไป” เพราะได้ทำไปในทางการที่จ้าง	เห็นด้วย 10% (5)				

ตารางที่ 4 (ต่อ)

ประเด็น	ระดับความคิดเห็น				
	เห็นด้วย อย่างยิ่ง	เห็น ด้วย	ไม่มี ความเห็น	ไม่เห็น ด้วย	ไม่เห็นด้วย อย่างยิ่ง
12. หลักในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เช่น นายจ้าง - ลูกจ้าง (มาตรา 425) ตัวการ - ตัวแทน (มาตรา 427) ผู้ว่าจ้างทำของ - ผู้รับจ้างทำของ (มาตรา 428) บิดา มารดา ผู้อนุบาล - ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต (มาตรา 429) ครู อาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ดูแล - บุคคลไร้ความสามารถ (มาตรา 430) เห็นว่า ควรเพิ่มหลักเรื่อง "นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด" เพื่อให้หลักนี้นำมารวมอยู่ในกฎหมาย ลักษณะละเมิดให้ครบถ้วนสมบูรณ์	24% (12)	46% (23)	4% (2)	22% (11)	4% (2)
13. อายุความละเมิดเห็นควรเพิ่มจาก 1 ปี เป็น 2 ปี โดยบัญญัติว่า "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้น 2 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ที่จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมแทน หรือเมื่อพ้น 10 นับแต่วันทำละเมิด"	24% (12)	42% (21)	16% (8)	14% (7)	4% (2)

4.1.3 เหตุผลที่มีผู้เสนอแนะเพิ่มเติม จากเหตุผลสำคัญที่เห็นด้วย และไม่เห็นด้วยในแต่ละประเด็น ที่ต้องการให้นำไปปรับปรุงหรือมีข้อคิดเห็นเพิ่มเติมอาจนำไปใช้ประโยชน์ได้ มีดังนี้

ประเด็นที่ 1. คำว่า "ผิดกฎหมาย (Unlawfully)" ในมาตรา 420 เห็นว่าคำนี้ยังคงเหมาะสมหรือไม่ เพราะแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำให้เกิดความเสียหาย การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นละเมิด

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ควรบัญญัติว่า "โดยผิดกฎหมาย" มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่า กระทำให้เกิดความเสียหายโดยยินยอมเป็นความผิด
- ไม่เห็นด้วย ผิดกฎหมายเป็นคำที่รุนแรงเกินไปสำหรับเรื่องของละเมิด
- ไม่เห็นด้วย เพราะการกระทำละเมิดนั้น บางเรื่องก็อาจจะไม่ผิดกฎหมายโดยการที่บุคคล ต้องกระทำกับบุคคลโดยตรงเพราะเรื่องละเมิดเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น

สุนัขของเราไปกัดคนข้างบ้าน อย่างนี้ไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่เป็นการที่ทรัพย์สินของเราไปก่อความเสียหายให้กับบุคคลอื่น ก็เป็นการละเมิด อยู่แล้ว ฉะนั้นความผิดกฎหมายจึงไม่ต้องมีใน ม. 420 ก็ได้ สรุปตัดคำว่าผิดกฎหมายออกไป ความของละเมิดก็ยังเหมือนเดิม คือทำต่อบุคคลอื่นให้เขาเสียหาย

- ไม่เห็นด้วย น่าจะใช้ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะบางอย่างการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย ก็เป็นการกระทำละเมิดได้
- ไม่เห็นด้วย เพราะไม่เจาะจงถึงขอบเขตความผิด
- ไม่เห็นด้วย เพราะที่ไม่ครอบคลุมในทุกกรณีไป ว่าผิดกฎหมาย ต้องเป็นละเมิด
- ไม่เห็นด้วย เพราะยังมีกฎหมายจารีตและประเพณีให้ยกโทษได้
- เห็นด้วย เพราะเป็นบรรทัดฐาน ซึ่งทุกคนเข้าใจ และรู้ถึงการกระทำของตน เพราะกฎหมายเป็นตัวชี้ความผิด ไม่ใช่การกระทำ
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดนั้น ก็เพื่อเยียวยา ความเสียหายให้แก่ผู้ถูกรกระทำละเมิด ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดไว้การกระทำ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้ ก็ยังเป็นละเมิด

ประเด็นที่ 2 ควรเพิ่มเติมการเรียกค่าเสียหายให้รวมไปถึง “การทำให้เสียหายแก่จิตใจ” เช่น การเศร้าโศกเสียใจ หรือการทำให้เกิดความว้าวุ่น เป็นต้น (ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติความรับผิด ความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 บัญญัติให้เรียกร้องได้)

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง การทำให้เสียหายแก่จิตใจไม่สามารถประเมินค่าเป็นเงินได้ โดยปกติไม่มีใครจงใจทำละเมิดผู้อื่นโดยไม่มีเหตุ และในสังคมแท้จริงแล้วไม่มีความเสมอภาค
- บัญญัติเป็นความผิด และมีฎีกาออกมาก็น่าจะมีบรรทัดฐาน เทียบเคียงกันกับต่างประเทศ
- ไม่เห็นด้วย เพราะการที่คนเราจะเสียใจนั้น ร้องค่าเสียหายกันมิได้บางคนอาจจะเสียใจในบางเรื่อง ไม่เสียใจก็มี อาจจะเกิดปัญหาหาได้ภายหลัง
- เห็นด้วย ให้มีความชัดเจนเฉพาะ ให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่มีผลการใช้บังคับอย่างเป็นรูปธรรม
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะพุทธศาสนาสอนให้ทำจิตใจให้บริสุทธิ์ให้ปลง ในปล่อยวางและเข้าใจชีวิต

- เห็นด้วย เพราะต่างประเทศ สามารถเรียกร้องได้ แต่จะต้องระบุเป็นเรื่องๆ ไป หรือเรื่องใด ควรที่จะเรียกร้องได้ เช่นความเสียหาย หรือความหว่าเหว่ เมื่อมีกฎหมาย
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง ควรเพิ่มเติมการเรียกค่าเสียหายให้รวมไปถึงการกระทำให้เกิดความเครียด และความกังวล
- มีกฎหมายเฉพาะทางอยู่แล้ว
- เห็นด้วย เพราะความเสียหายบางสิ่งบางอย่าง ที่เสียหายไป มันไม่สามารถกลับคืนสู่สภาพเดิมได้ บุคคลผู้ได้รับการเสียหายได้รับค่าชดเชย หรือค่าสินไหมทดแทน ตามราคาทรัพย์สินแล้ว แต่ทรัพย์สินบางอย่างอาจจะมีคุณค่าทางจิตใจ เช่นเป็นของเก่าของบรรพบุรุษ เป็นทรัพย์สินรดกตกทอดมา แล้วมีคนทำให้เสียหายไปถึงชดใช้ราคาทรัพย์สิน แล้วแต่ของใหม่ก็ไม่เหมือนของเดิม ฉะนั้นเห็นด้วยกับการเพิ่มเติม การเรียกร้องค่าเสียหาย ให้รวมไปถึงการทำให้เสียหายแก่จิตใจ ด้วยก็ดี
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง บางกรณีผู้ถูกระทำละเมิดได้รับความเสียหายทางจิตใจจริง แต่การกำหนดควรพิจารณาตามพฤติการณ์แห่งคดี
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะต้องการให้การเยียวยา ถึงผู้ที่มีผลกระทบต่อสภาพทางจิตใจ ที่มีสาเหตุมาจากการทำละเมิด
- ไม่มีความเห็น เนื่องจาก พ.ร.บ ดังกล่าวนั้นกำหนดให้ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากตัวทรัพย์สินเรียกร้องได้ แต่บุคคลไม่ใช่ทรัพย์สินสมควรให้เรียกได้ หากกำหนดให้มีการเรียกร้องได้จะกำหนดได้อย่างไรว่า การเสรีโสภกเสียหายอย่างนี้ เรียกได้เท่าใด จะเป็นการยุ่งยากต่อผู้ร่างกฎหมาย หากไม่กำหนดว่า การเสรีโสภกเพียงนี้ เรียกเท่าใด ศาลจะใช้ดุลพินิจในการพิพากษา น่าจะไม่เกิดความเป็นธรรมขึ้นสังคม

ประเด็นที่ 3 ควรเพิ่มเติมคำว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ให้ชัดเจนโดยเพิ่มเติมไปถึง "ชื่อเสียง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบกิจการงาน หรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด"

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ควรเพิ่มเติมสิทธิอื่นใดเป็นเพียงการเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจเท่านั้น
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง โดยไม่ควรเพิ่มจำกัดสิทธิไว้ในตัวบทกฎหมาย เนื่องจากความหมายของคำว่าสิทธิ ดังกล่าวนั้นได้ครอบคลุมไปถึงสิทธิทุกสิ่ง ทุกอย่างที่ประชาชนมีอยู่แล้ว และสามารถใช้ได้ตลอดไม่ว่าในอนาคตนั้น จะมีสิทธิต่างๆ เกิดขึ้นใหม่ก็ตาม

- ไม่เห็นด้วย เพราะคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด กินความหมาย อยู่แล้ว มิเช่นนั้นในอนาคตเราต้องเพิ่มบทบัญญัติไปเรื่อยๆ กฎหมายเราเป็น กฎหมาย Civil Law ประมวลกฎหมาย เป็นกฎหมายหลัก การบัญญัติจึงบัญญัติเป็นหลัก เพื่อให้ครอบคลุม และนำไปใช้ได้กับหัวข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นอยู่แล้วไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้ละเอียดชัดเจน ไม่เหมือนกับการบัญญัติ พ.ร.บ. หรือการบัญญัติ กฎหมายของพวก Common Law
- ไม่เห็นด้วย ควรเป็นขั้นตอนการศึกษาในรายละเอียดไม่ต้องแก้ไขด้วยทกฎหมาย
- ไม่เห็นด้วย เพราะคำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด มีความหมายครอบคลุมสิทธิเอาไว้ อย่างกว้างขวางแล้ว ไม่จำเป็นต้องเพิ่มเติมให้ยืดยาวไปอีก
- ไม่เห็นด้วย เพราะกฎหมายเดิมเป็นการบัญญัติสิทธิ ไว้อย่างกว้างๆ สามารถครอบคลุม ได้ถึงอยู่แล้ว ถ้าไปบัญญัติไว้ โดยเฉพาะชัดเจนก็ไม่สามารถปรับบทกฎหมาย กรณีที่มีการกระทบต่อสิทธิที่กว้าง ๆ ที่เพิ่มขึ้น
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ของไทย ม.40 และให้ศาลใช้ในการพิจารณา และพิพากษาในคดี ได้อย่างถูกต้อง ไม่ต้องใช้ดุลพินิจของศาล เพียงอย่างเดียว เพราะคนที่เป็นศาลใช้ดุลพินิจไม่เหมือนกันทุกอย่าง
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เมื่อมีเรื่องขึ้นศาล หากระบุ ไว้ในกฎหมายถูก เป็นเรื่องๆ ไปจะง่าย สำหรับการใช้ดุลพินิจของศาล และความชัดเจนของประชาชน โดยทั่วไป ในการตีความกฎหมาย สำหรับประชาชนทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษากฎหมาย
- เห็นด้วย เพราะทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันต่างคนต่างอ้างสิทธิ ดังนั้น ควรเขียนให้ชัดเจนถึงสิทธิของคน ไว้ชัดเจนถึงการใช้สิทธิอย่างมีขอบเขต แน่นนอน ตายตัว
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง โดยเฉพาะ บุคคลผู้มีตำแหน่งเป็นบังคับบัญชาที่จิตใจทำลาย บุคคลผู้ได้บังคับบัญชา
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรองรับไว้แล้ว

ประเด็นที่ 4 ควรบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจนว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” (Volenti non fitinjuria) ไว้ในประมวลกฎหมายแทนที่จะนำเอาสุภาษิตกฎหมายลาตินมาใช้ (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด ซึ่งนำมาขัดกับหลักมนุษยธรรม เช่นยินยอมให้ผู้อื่นทำร้ายร่างกายตนเองแล้วไม่ต้องรับผิดชอบ จึงไม่น่าจะบัญญัติไว้ เช่น

กรณี หมอผ่าตัดแล้วไม่ต้องให้ญาติหรือคนไข้ เช่นตยินยอม ย่อมกระทำมิได้ เพราะจะเป็นขัดต่อหลักมนุษยธรรม และเป็นฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดเจน

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ไม่ให้คุ้มครองสิทธิ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- ไม่เห็นด้วย ต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี
- เห็นด้วย กับการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจน ว่าความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด เพราะใช้ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับวิชาเยียวยาอย่างเช่น การรักษาคนป่วยฉุกเฉินไม่จำเป็นต้องคอยญาติหรือผู้ดูแล ให้สิทธิในการรักษาของหมอได้ เช่นความผิดแม้จะเกิดอะไรขึ้นภายหลัง
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง ถ้าบัญญัติว่า "ความยินยอมโดยรู้สำนึก หรือสมัครใจ และไม่ตกอยู่ภายใต้ อำนาจหรือความยำเกรงของผู้ใด ไม่ทำให้เป็นละเมิด"

ประเด็นที่ 5 ควรบัญญัติว่า "ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นความยินยอมสำหรับการกระทำที่ ต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" (เพื่อให้ สอดคล้องกับมาตรา 8 และ 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)

- ไม่เห็นด้วย เพราะการกระทำใดที่ขัดต่อการกระทำที่ต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อย นั้นควรจะต้องรับผิดชอบในเรื่อง นั้นๆ
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะหลักเรื่องความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นหลัก โดยทั่วไปที่ไม่ควรให้ผู้กระทำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะการให้ความยินยอมของบุคคลด้วยใจสมัครนั้น หากไม่ผิด กฎหมาย หรือศีลธรรมอันดีแล้ว ก็สมควรที่จะไม่ให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ ตัวอย่างที่ บุคคลยินยอมด้วยใจสมัครแล้วผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ ก็คือการบริจาคโลหิต เช่น ผู้ บริจาคโลหิตสมัครใจบริจาค หรือยินยอม และให้เจาะเลือด ไปโดยที่ผู้บริจาคไม่ แข็งแรงต้องบริจาค ไปจำนวนเท่าใด ส่วนใหญ่ แพทย์ หรือผู้เจาะแล้วดูเอาเลือด ไปนั้น เอาไปตามความคิดของตนเองนี้ ได้ศึกษามาว่าการ เอาเลือดออกจาก ร่างกายของมนุษย์ไปจำนวนเท่านี้จะไม่ทำให้ผู้บริจาคโลหิตเป็นอันตรายต่อผู้ บริจาค
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เนื่องจากพื้นฐานของไทยอยู่ในระบบเครือญาติที่ยากจะแก้ไข ผู้เสียหายต้องยอมรับเพื่อความอยู่รอด

- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เรื่องความยินยอมไม่น่าจะบัญญัติไว้ เพราะเป็นเรื่องลำบากในการใช้ดุลยพินิจของศาล ว่าเรื่องใดขัดต่อความสงบเรียบร้อย

ประเด็นที่ 6 กฎหมายลักษณะละเมิดในหมวด 3 ใช้คำว่า "นิรโทษกรรม (justifiable acts)" ซึ่งน่าจะแปลว่าการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ในความเป็นจริงในหมวดนี้หลายเรื่องผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบแต่รับผิดชอบน้อยลงเท่านั้น เห็นว่าน่าจะเปลี่ยนชื่อหมวดใหม่เป็นคำว่า "เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้"

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะอาจทำให้เกิดการโต้แย้งของนักกฎหมายรวมถึงผู้กระทำละเมิดที่ไม่ต้องการชดใช้เมื่อไปทำละเมิด
- ไม่เห็นด้วย เรื่องนิรโทษกรรม ไม่น่าจะเปลี่ยน เพราะโดยปกติ คนทั่วไปรู้อยู่แล้ว เพราะใช้กันมานานแล้ว หากใช้คำว่าผู้กระทำผิด อาจเข้าใจคลาดเคลื่อนได้
- ไม่เห็นด้วย มันไม่ใช่เหตุที่ผู้กระทำ มีอำนาจกระทำได้ มันเป็นข้อยกเว้น ไม่ใช่หลัก หากบัญญัติมันจะกลายเป็นหลัก
- ไม่เห็นด้วย ควรใช้คำว่า ละเมิดที่ไม่ต้องใช้คำสืงใหม่ทดแทนเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 420 แต่คำว่านิรโทษกรรม เป็นคำที่ใช้ใน ป. อาญาจึงไม่ควรนำมาใช้ในทางแพ่ง
- ไม่เห็นด้วย เพราะผู้กระทำได้กระทำผิดละเมิด แต่ไม่ต้องรับโทษ เพราะมีการนิรโทษกรรมไว้ ไม่ใช่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ผู้มีอำนาจควรใช้อำนาจด้วยดุลยพินิจที่ถูกต้อง และเหมาะสม
- เห็นด้วย ควรเปลี่ยนใช้คำอื่น เพราะนิรโทษกรรมใช้ในทางอาญา
- เห็นด้วย เพราะคำว่านิรโทษกรรมนี้ใช้ใน ป.อาญา ไม่ควรนำมาใช้ในทางแพ่ง

ประเด็นที่ 7 มาตรา 429 บัญญัติให้ผู้เยาว์กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบ แต่ในความจริงเด็กไร้เดียงสากระทำโดยไม่รู้สำนึกไม่น่าจะถือเป็นการละเมิด เช่น เด็ก 2 ขวบ หยิบแก้วน้ำขว้างใส่พี่เลี้ยง ถือว่าเด็กทำละเมิด เห็นควรให้กฎหมายบัญญัติให้ชัดเจนว่า "เด็กอายุเท่าใดกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับผิดชอบ" (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะกฎหมายระบุ อายุของเด็กอยู่แล้ว การกระทำของเด็ก อายุไม่เกิน 10 ปี ไม่ต้องรับโทษ
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ควรกำหนดอายุให้ชัดเจนดูจากการรู้สำนึกเป็นหลัก
- ไม่เห็นด้วย ดูที่การรู้สำนึกอยู่แล้ว
- ไม่เห็นด้วย กับ ม. 429 เนื่องจากการที่บุคคลตาม ม.429 นั้นได้ก่อให้เกิดผลแห่งละเมิด แท้จริงแล้วการก่อให้เกิดผลแห่งละเมิดนั้น ไม่น่าจะเป็นการกระทำ ตาม ม. 420 แต่อย่างใด เนื่องจากบุคคล ตาม ม. 429 ดังกล่าวนั้นได้ก่อไปโดยไม่รู้สำนึก ซึ่งแท้จริงแล้วไม่ควรจะบัญญัติให้บุคคลดังกล่าว นั้น ต้องรับผิดชอบในผลดังกล่าว แต่ควรบัญญัติโดยชัดเจนว่า บิดา มารดา หรือผู้อนุบาลของบุคคลดังกล่าว นั้นต้องรับผิดชอบ (กฎหมายปิดปาก)
- ไม่เห็นด้วย เพราะเป็นการกำหนดหน้าที่ ของบิดา มารดา ผู้ซึ่งต้องดูแลผู้เยาว์อยู่แล้ว ถ้าไปกำหนดอายุเป็นเงื่อนไข อาจเป็นช่องทางในการใช้ป็นเครื่องมือในการทำละเมิดได้ ซึ่งอาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับสังคมได้ แต่ควรกำหนดไว้ในข้อยกเว้นให้ชัดเจน
- เห็นด้วย เพราะตามกฎหมายไทยที่ใช้ผู้ปกครอง บิดา มารดา ต้องระมัด ระวังดูแลเด็กดังกล่าว
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง ควรกำหนดอายุของเด็กในการกระทำที่ถือว่าเป็น ความผิดแต่อายุ 10 ปีขึ้นไป

ประเด็นที่ 8 เห็นควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า “เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด” (เปรียบเทียบกับมาตรา 828 กฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 712 กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นประกอบ)

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เนื่องจากกฎหมายอาญากับแพ่ง แยกจากกันแต่ควรต้องสอดคล้องกันด้วย
- ไม่เห็นด้วย ควรจะให้ลดลง เหลือ ไม่เกิน 5 ปี ของความรับผิดชอบที่เด็กจะได้รับ เพราะปัจจุบันนั้นเด็ก อายุ 5 ปี มีความผิด จิตสำนึกรู้ผิดชอบ รู้ถึงการทำชั่ว ตัวอย่างผู้ใหญ่ มักจะใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด
- ควรกำหนดเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเด็กที่มีอายุมากกว่า 7 ปี แต่ไม่ถึง 14 ปี จึงจะถือว่าเป็นการกระทำที่บิดา มารดา มีความรับผิดชอบในทางละเมิดของผู้เยาว์

- ไม่เห็นด้วย กับการกำหนดเรื่องอายุ ปัจจุบันเด็กอายุ 7 ปี ได้รับการศึกษาแล้วบางคน สามารถเข้าใจ ได้ดี การทำการได้ ไม่เหมือนอดีต เด็กจะได้รับการศึกษาเมื่ออายุ 7 ปีขึ้นไป
- ไม่เห็นด้วย ควรไม่เกิน 5 ขวบ ไม่ต้องรับผิดชอบเพราะเด็ก 5 ขวบ ยังไร้เดียงสามากกว่าเด็กอายุไม่เกิน 7 ขวบ
- ไม่เห็นด้วย เพราะกฎหมายควรระบุความผิดละเมิดที่ชัดเจน
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี กระทำไปโดยยังไม่รู้สำนึก ถ้ารู้ก็ยังไม่น่าจะเพียงพอ

ประเด็นที่ 9 เจตนารมณ์เดิมของกฎหมายละเมิดต้องการเยียวยาผู้เสียหายให้ได้รับค่าเสียหายที่ใกล้เคียงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมากที่สุด แต่เห็นควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เพื่อเป็นการลงโทษและเพื่อยับยั้งการกระทำผิดต่อไป เช่น นักศึกษา ABAC ตกรถเมล์ ศาลให้ชดใช้ประมาณ 11 ล้านบาท เป็นต้น (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง หลักการใช้ดุลยพินิจของศาลเนื่องเอาอนาคตมากำหนดชดชึ่งไม่สามารถพิสูจน์ให้ชัดเจนได้ ทำให้เกิดความคิดของสังคมเป็น 2 ทาง คือ เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะเป็นเรื่องของการคำนวณรายได้ในอนาคต โดยกฎหมายไม่ได้ตัดสินเรื่องในอนาคต ซึ่งจะเยียวยา เพียงความเสียหายที่แท้จริง คือการลงทุนสำหรับการศึกษาและการเลี้ยงดูที่ผ่านมา
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง 1. ความผิดทางแพ่งไม่อาจกำหนดโทษในทางอาญาได้ 2. สามารถฟ้องในคดีอาญา เพื่อลงโทษ ฐานกระทำโดยเจตนา หรือกรณีที่มาตราบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบฐานทำโดยประมาท
- ไม่เห็นด้วย เรื่องนี้ศาลไม่ได้มองความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่มองค่าของเด็กคนนี้เรียนในที่ ที่มีชื่อเสียง ศาลควรจะมองว่าพ่อแม่ของเด็กมีลูกกี่คน หรือเพราะมีลูกคนเดียวอาจจะไม่มีใครดูแลตอนแก่ อย่างมองว่าผู้กระทำละเมิดมีเงินเยอะ
- ไม่เห็นด้วย เนื่องจากหากมีการกำหนดกฎเกณฑ์ ของค่าความเสียหาย เป็นบรรทัดฐาน นั้น ผู้เสียหายอาจไม่ได้การเยียวยา ความเสียหาย ที่ใกล้เคียงที่สุด เนื่องจากบุคคล แต่ละบุคคลที่เสียหายนั้น มีสภาพหรือ สถานะที่ไม่เหมือนกัน ซึ่งการกำหนดค่าเสียหาย นี้ น่าจะอยู่ที่ดุลพินิจของศาล เหมือนเดิมคืออยู่แล้ว (หากศาลใช้

ดุลยพินิจที่เหมาะสม ดังนั้นจุดนี้ จึงน่าจะแก้ที่ศาลที่ศาลมากกว่า การตั้งหลักเกณฑ์ให้ศาล)

- ไม่เห็นด้วย เพราะความเสียหายที่ประมาณไว้ใกล้เคียงกว่าเหตุ
- เจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องละเมิด ควรเยียวยาค่าเสียหาย ให้แก่ผู้เสียหายพอสมควรแก่พฤติการณ์ ไม่มากเกินไปกว่าความเป็นจริง ที่คาดหวังยังไม่ได้เป็นการสมมติที่ไม่มีพื้นฐานของชีวิตจริง อันเป็นลักษณะทำคุณกรรม ฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ และการชดเชยค่าสินไหมทดแทน เป็นการลงโทษทรัพย์สิน ที่จำเลยต้องรับกรรมมากพอแล้ว ประกอบกับสภาพทางสังคมถูกประนามจากการกระทำโดยเจตนาทางอ้อมควรเยียวยาตามสภาพคุณภาพของชีวิตในสังคม
- ไม่มีความเห็น เนื่องจากการคาดการณ์ หรือใช้ดุลยพินิจในอนาคตนั้น ไม่ถูกต้อง เพราะไม่มีผู้ใดรู้อนาคตว่า นาย ก. นาย ข. ได้ทำงานอย่างไร หรือจะรับราชการหรือไม่ หรือจะเป็นนักธุรกิจ หรือประกอบอาชีพส่วนตัวก็ได้ และการกระทำผิดตามตัวอย่างนั้น ทางการลงโทษก็ต้องรับผิดชอบ ส่วนการละเมิด ก็ต้องรับผิดชอบนั้น เห็นว่า ไม่ถูกต้อง เป็นการเอาเปรียบต่อผู้กระทำความผิดมากเกินไป คือต้องรับผิดชอบทั้ง 2 ฝ่าย คิดว่าเพียงลงโทษในทางอาญาก็เพียงพอแล้ว
- เห็นด้วย แต่หลักเกณฑ์จะต้องไม่เป็นการให้อ่านาใจไป ควรใช้ดุลยพินิจแก่ผู้พิพากษามาก เกินสมควร

ประเด็นที่ 10 เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า “หากความเสียหายเกิดมีขึ้นโดยจงใจ และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำละเมิดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ให้ศาลมีอำนาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง” (เทียบกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 พระราชบัญญัติความผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนพิการ พ.ศ.2550)

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ศาลลงโทษแต่ไม่เกินสองเท่าไม่ได้เป็นสาระสำคัญที่ทำให้ผู้ทำละเมิดและผู้ถูกละเมิดได้รับ
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง กรณีต้องเป็นผู้เสียหาย ค่าแท้จริงเท่านั้นตามกฎหมายและเสียหายความเป็นกลาง และการกำหนดค่าเสียหาย ต้องพิจารณา ค่าปัจจัยอื่น ของจำเลยประกอบด้วย

- ไม่เห็นด้วย กับการกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แน่นอนเอาไว้ ควรกำหนดเป็นอัตราที่สูงสุดที่ผู้เสียหายพึงได้รับ โดยไม่ควรให้ศาลใช้ดุลพินิจ
- ไม่เห็นด้วย เพราะต้องการหลักเกณฑ์ที่กำหนดมาตรฐานวัดที่เป็นรูปธรรมกว่านี้
- ไม่มีความเห็น ความเสียหายในมูลเหตุละเมิด ควรชดใช้ค่าเสียหายตามความเป็นจริง เหมาะสมในทางสังคม เศรษฐกิจพอเพียง ตามหลักสัจธรรม การไม่เบียดเบียนตนเอง และผู้อื่น เหนือกว่าค่าชดใช้ตามอำนาจแก้แค้น
- เห็นด้วย แต่ควรกำหนดความหมายของ **Phrase** ที่มีผลกระทบต่อสังคม ในชัดเจนว่ามีความหมายกว้างขวางเพียงใด

ประเด็นที่ 11 กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ตามมาตรา 425 และบัญญัติในมาตรา 426 ให้นายจ้างมีสิทธิไล่เบียดจากลูกจ้างได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าไล่เบียดได้เพียงใด ดังนั้นเห็นควรเพิ่มเติมสิทธิในการไล่เบียดให้ชัดเจน (หากเห็นด้วยให้ตอบเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น)

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง จะกำหนดไม่ได้เนื่องจากนายจ้าง ลูกจ้างตามสภาพความเป็นจริงฐานะความมั่งมีต่างกัน เมื่อกำหนดแล้วลูกจ้างต้องมีความสามารถชดใช้ด้วย
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ก็ได้เท่าที่จะเรียกได้ ทางปฏิบัติผู้พิพากษาจะดูว่านายจ้างมีส่วนผิดมากน้อยเพียงไร อยู่แล้ว อยู่ที่มีการนำสืบของทั้งสองฝ่าย (นายจ้างและนายจ้าง) แล้วศาลจะกำหนดเป็น เปอร์เซนต์เองว่ารับผิดชอบเท่าไร แต่เหตุที่ทำให้นายจ้างไล่เบียดได้นั้นคือ ยังไงนายจ้างต้องจ่ายให้ผู้เสียหายไปก่อน เต็มจำนวน แล้วค่อยมาไล่เบียดตามความรับผิดชอบ จึงไม่ต้องกำหนดเรื่องไล่เบียด นอกจากนั้นเรื่องไล่เบียดมีกำหนดไว้ในหลักเรื่องนี้อยู่แล้ว
- ไม่เห็นด้วย เนื่องจาก สิทธิในการไล่เบียดที่นายจ้างมีต่อลูกจ้างนั้นที่แท้จริงแล้วได้ถูกกำหนดไว้ในคำพิพากษาของศาลอยู่แล้ว หรือ ตามหมวด 2 ในเรื่องนี้อยู่แล้ว
- ไม่เห็นด้วย เพราะพฤติการณ์การกระทำของลูกจ้างแต่กรณีในการกระทำละเมิดนั้นจะเพิ่มเติมสิทธิในการไล่เบียดให้ชัดเจน น่าจะไม่เหมาะสม เพราะพฤติการณ์ละเมิดต้องเป็นกรณีๆ ไป
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ควรบัญญัติอย่างชัดเจนเป็นกับทั้ง 2 ฝ่าย

(หากเห็นด้วยให้ตอบเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น)

ก. ในระหว่างบุคคลนายจ้างและลูกจ้างนั้น ต้องรับผิดชอบกันใช้ค่าสินไหมทดแทนเห็นว่าจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง หากลูกจ้างไม่ใช้ค่าสินไหมจะทำอย่างไร และหากเกินกว่ากำลังลูกจ้างมาก
- ไม่เห็นด้วย หากรับผิดชอบกันใช้ค่าสินไหมทดแทน เท่าๆ กันแล้วลูกจ้างก็จะขาดความระมัดระวัง เพราะถือนายจ้างจะต้องรับผิดชอบเท่ากับลูกจ้าง
- ต้องดูว่านายจ้างมีส่วนผิดด้วยหรือไม่

ข. นายจ้างเมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วมีสิทธิได้รับชดใช้จากลูกจ้างจนเต็มจำนวน

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง กรณีนี้หากลูกจ้างมีความตั้งใจทำตามคำสั่ง ก็ไม่ควรเป็นคั้งนั้น
- ถ้านายจ้างไม่มีส่วนผิดเลย เช่นข้อเท็จจริงชัดเจนว่านายจ้างกำชับลูกจ้างอย่างถี่ถ้วนแล้ว ลูกจ้างก็อย่าทำ
- ไม่เห็นด้วย เพราะนายจ้างมีหน้าที่ในการดูแลลูกจ้างจึงควรรับผิดชอบครั้งหนึ่ง
- ไม่เห็นด้วย เพราะนายจ้างจะต้องรับผิดชอบในส่วนที่เป็นนายจ้าง ซึ่งต้องคอยดูแลเอาใจใส่ลูกจ้าง เพื่อให้ นายจ้างคอยบังคับบัญชาลูกจ้าง อย่าได้กระทำละเมิด ไม่ควรรับการชดใช้เต็มจำนวน
- ไม่มีความเห็น นายจ้างเมื่อชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วมีสิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ลูกจ้างได้ แต่ไม่ควร ให้ไล่เบี้ยเกินกว่าครั้งหนึ่ง ในจำนวนที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง หรือเป็นลักษณะสวัสดิการลูกจ้าง ตามคุณธรรมร่วมรับผิดชอบทางสังคมสงเคราะห์

ค. ปรับปรุงกฎหมายใหม่ให้ “นายจ้างไม่ควรไล่เบี้ยลูกจ้างอีกต่อไป” เพราะได้ทำไปในทางการที่จ้าง

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง กรณีนี้ไม่ควรเป็นเพราะทำให้เปิดช่องแก่ลูกจ้างจงใจทำละเมิด
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะหากไม่ให้นายจ้างไล่เบี้ยได้จะทำให้ลูกจ้างทำโดยขาดความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่

- ไม่เห็นด้วย เพราะจะเป็นการส่งเสริมให้ลูกจ้างปฏิบัติงานโดยขาดความระมัดระวัง ไม่รับผิดชอบ
- ไม่มีความเห็น ประเด็นการไล่เบียดระหว่าง นายจ้างกับลูกจ้าง เป็นลักษณะการใช้จิตสำนึก ส่วนหนึ่งต่อความรับผิดชอบ อันเกิดจากความประมาท หรือเจตนาโดยทางอ้อม เพื่อให้ลูกจ้างมีความสำนึกผิด เพื่อป้องกันเหตุทางสังคม ให้ร่วมรับผิดชอบต่อไป

ประเด็นที่ 12 หลักในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เช่น นายจ้าง - ลูกจ้าง (มาตรา 425) ตัวการ - ตัวแทน (มาตรา 427) ผู้ว่าจ้างทำของ - ผู้รับจ้างทำของ (มาตรา 428) บิดา มารดา ผู้อนุบาล - ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต (มาตรา 429) ครู อาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ดูแล - บุคคลไร้ความสามารถ (มาตรา 430) เห็นว่าควรเพิ่มหลักเรื่อง "นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด" เพื่อให้หลักนี้นำมารวมอยู่ในกฎหมายลักษณะละเมิดให้ครบถ้วนสมบูรณ์

- ไม่เห็นด้วย เพราะหลักทั่วไปเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคลได้บัญญัติไว้แล้วใน พพพ. ม 76 สามารถนำมาใช้ได้เลย
- ไม่เห็นด้วย เพราะมีอยู่ในตัวการ-ตัวแทนอยู่แล้ว
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง ทำให้กฎหมายในเรื่องละเมิดมีความสมบูรณ์มากขึ้นในเรื่องขาดความรับผิดชอบ

ประเด็นที่ 13 อายุความละเมิดเห็นควรเพิ่มจาก 1 ปี เป็น 2 ปี โดยบัญญัติว่า "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้น 2 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมแทน หรือเมื่อพ้น 10 นับแต่วันทำละเมิด"

- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง 1 ปี กับ 2 ปี มันไม่ได้ต่างอะไรกันเพราะฝ่ายเสียหายต้องการได้รับการชดใช้ยิ่งเร็วยิ่งดี
- ไม่เห็นด้วย การที่กฎหมายกำหนดไว้เป็น 1 ปี นับ แต่รู้การละเมิดนั้น นับว่าเป็นมาตรฐานที่ดีอยู่แล้ว เพราะหากรู้นับแต่วันทำละเมิดแล้วไม่ไปดำเนินคดี กับผู้ทำละเมิด ก็เท่ากับว่ายินยอมให้บุคคลอื่นกระทำต่อตน (ในกรณีที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย) จึงไม่น่าจะเปลี่ยน
- ไม่เห็นด้วยเพราะนานเกินไป จะมีเรื่องดกเบียดเข้ามาเกี่ยวข้องกับด้วย

- เห็นด้วย เพราะอายุงาน 1 ปี สั้นเกินไป บางครั้งการประเมินประนีประนอมต้องใช้เวลานานเมื่อตกลงไม่ได้ นำคดีมาฟ้องศาลทำให้ขาดอายุความ
- เห็นด้วยอย่างยิ่ง อายุความ 1 ปี สั้นไป
- ไม่มีความเห็น อายุความในเรื่องละเมิดนั้น 1 ปี นับแต่วันรู้เรื่องการกระทำละเมิดคดีแล้ว เพราะเงื่อนไข ระยะเวลากำหนด การใช้สิทธิเรียกร้อง ประกอบกับข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน สามารถพิสูจน์ได้ ถ้าใช้ระยะเวลา มากกว่า นี้คู่กรณีอาจใช้ความคาดหวังที่เกินความพฤติการณ์ แห่งกรณีค่าสินไหมทดแทน ก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมที่ไม่เป็นธรรมได้
- เห็นด้วย เพราะจะทำให้ผู้เสียหายได้มีเวลาในการไกล่เกลี่ย ประนีประนอมยอมความ
- ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ควรบัญญัติกำหนด อายุความละเมิดอย่างเหมาะสม
- ข้อเสนอแนะเพิ่มเติม / บทบัญญัติควรมีความชัดเจน และมีการตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริง ที่อยู่เบื้องหลังของกฎหมาย ไม่ควรขยายความจนเกินไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลใด บุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ

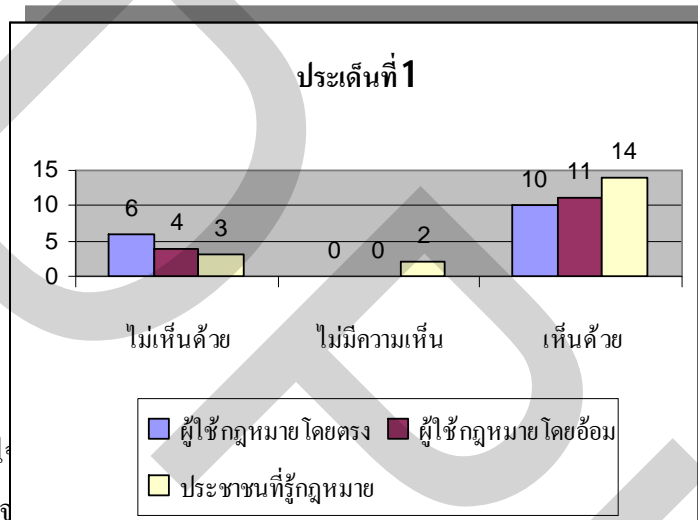
4.2 ความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วรรคห้า ความถี่ ค่าเฉลี่ย และค่าเบี่ยงเบนมาตรฐาน ซึ่งแปลความหมายจากเกณฑ์การให้คะแนนค่าคะแนนเฉลี่ยตามตาราง และแสดงผลเป็นกราฟแท่ง (ค่าความถี่) ประกอบ แสดงดังนี้ ตารางที่ 5

เกณฑ์การแปลความหมายของค่าเฉลี่ย	
ค่าเฉลี่ยอยู่ระหว่าง	แปลความหมาย
4.50 - 5.00	เห็นด้วยอย่างยิ่ง
3.50 - 4.49	เห็นด้วย
2.50 - 3.49	ไม่มีความเห็น
1.50 - 2.49	ไม่เห็นด้วย
1.00 - 1.49	ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง

ประเด็นที่ 1 คำว่า "ผิดกฎหมาย (Unlawfully)" ในมาตรา 420 เห็นว่าคำนี้ยังคงเหมาะสมหรือไม่ เพราะแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำให้เกิดความเสียหาย การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นละเมิด

ตารางที่ 6

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มี ความเห็น	เห็น ด้วย	รวม	\bar{x}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	6	0	10	16	3.87	1.500	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	4	0	11	15	4.20	1.373	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	3	2	14	19	4.31	1.204	เห็นด้วย
รวม	13	2	35	50	4.14	1.340	เห็นด้วย



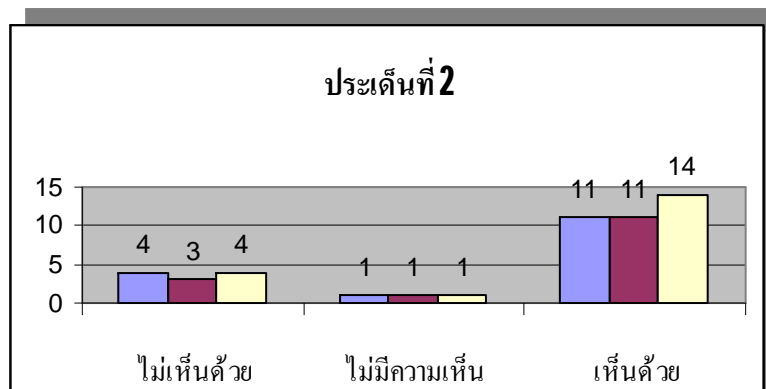
กราฟที่ 1

ประเด็นที่ 2
เสรีภาพสื่อมวลชน
เสียหายที่เกิดจ

“แก๊งค์ใจ” เช่น การ
บุกรุกความรับผิดชอบ

ตารางที่ 7

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มี ความเห็น	เห็น ด้วย	รวม	\bar{x}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	4	1	11	16	4.12	1.360	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	3	1	11	15	4.26	1.279	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	4	1	14	19	4.26	1.284	เห็นด้วย
รวม	11	3	36	50	4.22	1.282	เห็นด้วย



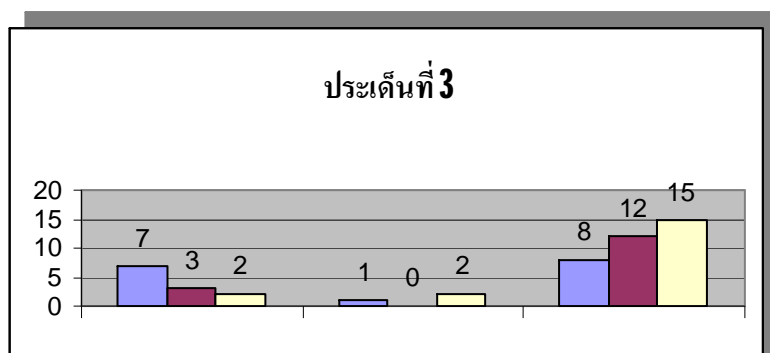
กราฟที่ 2

ประเด็นที่ 3 ควรเพิ่มเติมคำว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ให้ชัดเจน โดยเพิ่มเติมไปถึง "ชื่อเสียง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบกิจการงาน หรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด"

ตารางที่ 8

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	7	1	8	16	3.56	1.504	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	3	0	12	15	4.40	1.242	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	2	2	15	19	4.47	1.073	เห็นด้วย
รวม	12	3	35	50	4.16	1.314	เห็นด้วย

ประเด็นที่ 3

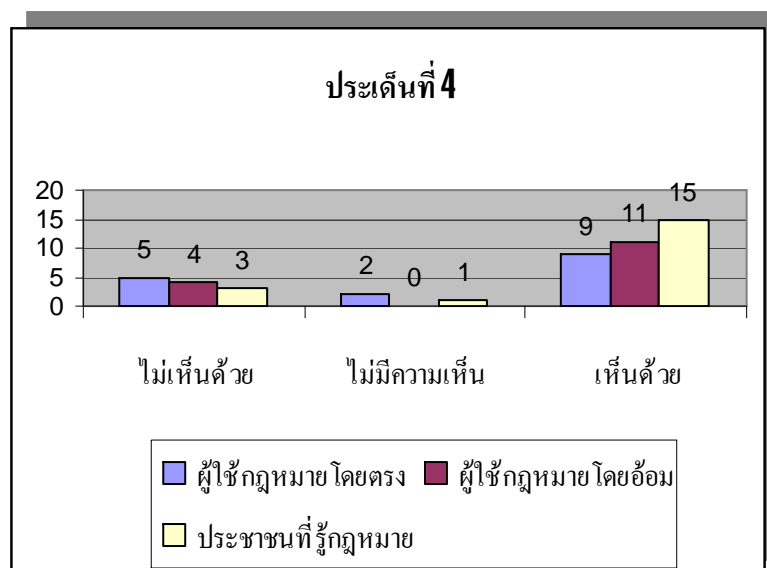


กราฟที่ 3

ประเด็นที่ 4 การบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจนว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” (Volenti non fit injuria) ไว้ในประมวลกฎหมายแทนที่จะนำเอาสภากฎหมายลาตินมาใช้ (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

ตารางที่ 9

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	5	2	9	16	3.81	1.424	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	4	-	11	15	4.20	1.373	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	3	1	15	19	4.42	1.169	เห็นด้วย
รวม	12	3	35	50	4.16	1.314	เห็นด้วย

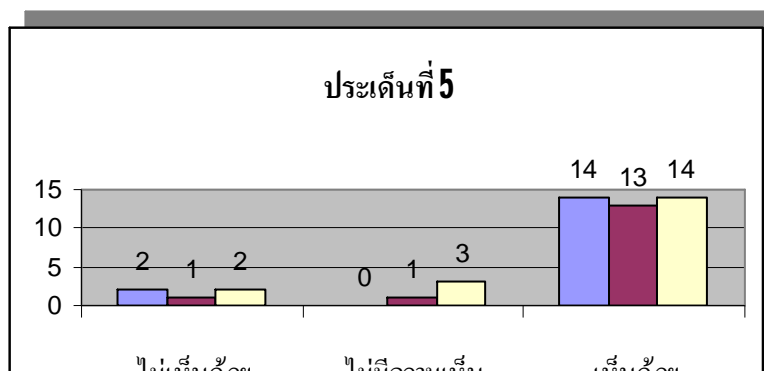


กราฟที่ 4

ประเด็นที่ 5 ควรบัญญัติว่า “ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นความยินยอมสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” (เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 8 และ 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)

ตารางที่ 10

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	2	-	14	16	4.62	1.024	เห็นด้วยอย่างยิ่ง
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	1	1	13	15	4.66	0.899	เห็นด้วยอย่างยิ่ง
ประชาชนที่รู้จักกฎหมาย	2	3	14	19	4.36	1.116	เห็นด้วย
รวม	5	4	41	50	4.54	1.014	เห็นด้วย

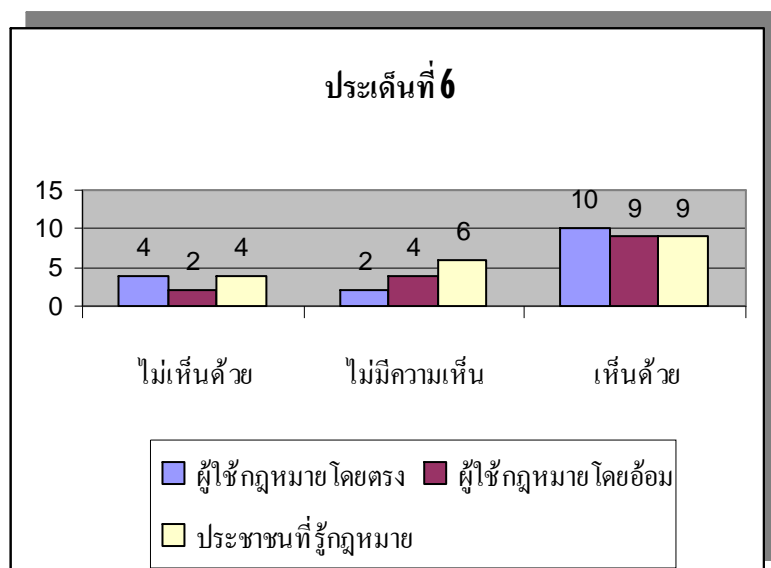


กราฟที่ 5

ประเด็นที่ 6 กฎหมายลักษณะละเมิดในหมวด 3 ใช้คำว่า “นิรโทษกรรม (justifiable acts)” ซึ่งน่าจะแปลว่าการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ในความเป็นไปในหมวดนี้หลายเรื่องผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบแต่รับผิดชอบน้อยลงเท่านั้น เห็นว่าน่าจะเปลี่ยนชื่อหมวดใหม่เป็นคำว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้”

ตารางที่ 11

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	4	2	10	16	4.00	1.366	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	2	4	9	15	4.06	1.222	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้จักกฎหมาย	4	6	9	19	3.73	1.284	เห็นด้วย
รวม	10	12	28	50	3.92	1.275	เห็นด้วย



กราฟที่ 6

ประเด็นที่ 7 มาตรา 429 บัญญัติให้ผู้เยาว์กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบ แต่ในความจริงเด็กไร้เดียงสากระทำโดยไม่รู้สำนึกไม่น่าจะถือเป็นการละเมิด เช่น เด็ก 2 ขวบ หยิบแก้วน้ำขว้างใส่พี่เลี้ยงถือว่าเด็กทำละเมิด เห็นควรให้กฎหมายบัญญัติให้ชัดเจนว่า "เด็กอายุเท่าใดกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับผิดชอบ" (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

ตารางที่ 12

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	6	1	9	16	3.75	1.483	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	5	1	9	15	3.86	1.457	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้จักกฎหมาย	2	1	16	19	4.57	1.017	เห็นด้วย
รวม	13	3	34	50	4.10	1.343	เห็นด้วย

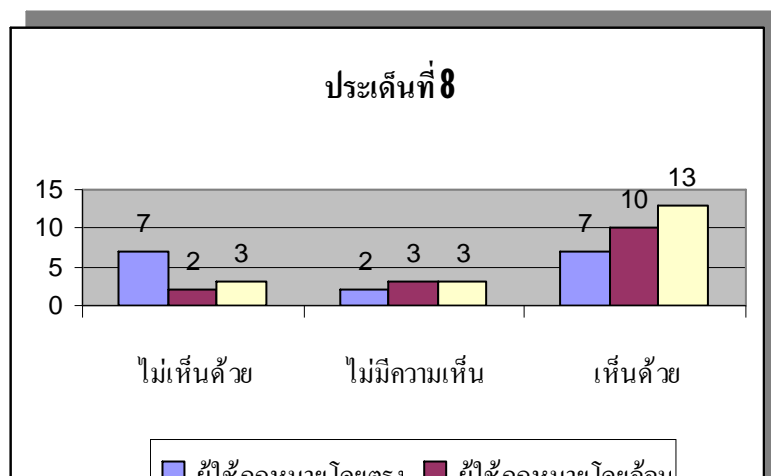


กราฟที่ 7

ประเด็นที่ 8 เห็นควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า "เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับพินิจฐานละเมิด"
(เปรียบเทียบจากมาตรา 828 กฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 712 กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นประกอบ)

ตารางที่ 13

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	7	2	7	16	3.43	1.459	ไม่มีความเห็น
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	2	3	10	15	4.20	1.208	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	3	3	13	19	4.21	1.228	เห็นด้วย
รวม	12	8	30	50	3.96	1.324	เห็นด้วย

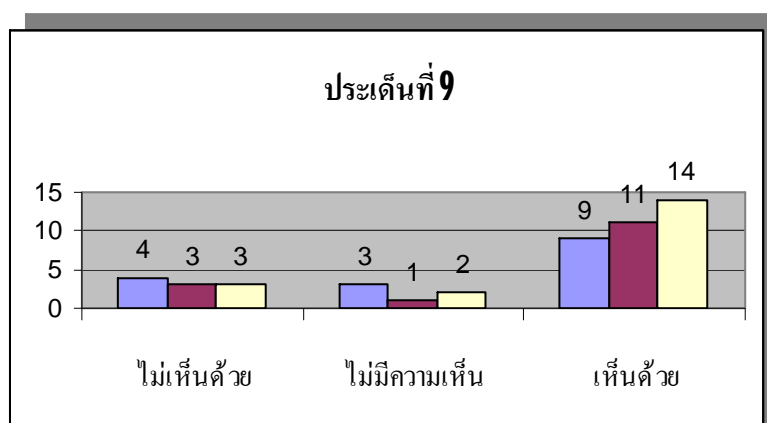


กราฟที่ 8

ประเด็นที่ 9 เจตนาารมณ์เดิมของกฎหมายละเมิดต้องการเยียวยาผู้เสียหายให้ได้รับค่าเสียหายที่ใกล้เคียงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมากที่สุด แต่เห็นควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เพื่อเป็นการลงโทษและเพื่อยับยั้งการกระทำผิดต่อไป เช่น นักศึกษา ABAC ตกรถเมล์ ศาลให้ชดใช้ประมาณ 11 ล้านบาท เป็นต้น (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

ตารางที่ 14

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	4	3	9	16	3.87	1.360	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	3	1	11	15	4.26	1.279	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	3	2	14	19	4.31	1.204	เห็นด้วย
รวม	10	6	34	50	4.16	1.267	เห็นด้วย

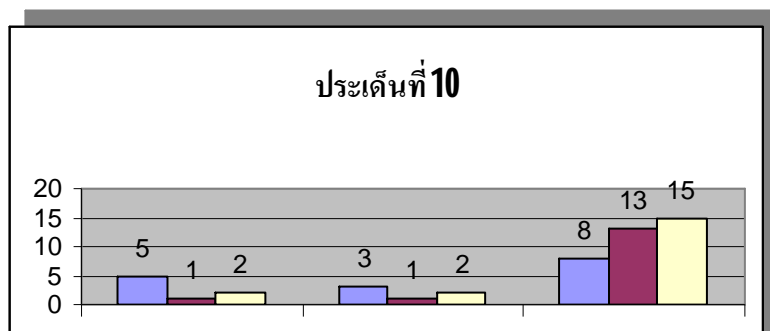


กราฟที่ 9

ประเด็นที่ 10 เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า "หากความเสียหายเกิดมีขึ้นโดยจงใจและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำละเมิดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ให้ศาลมีอำนาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง" (เทียบกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 พระราชบัญญัติความผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนพิการ พ.ศ.2550)

ตารางที่ 15

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	5	3	8	16	3.68	1.400	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	1	1	13	15	4.66	0.899	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	2	2	15	19	4.47	1.073	เห็นด้วย
รวม	8	6	36	50	4.28	1.195	เห็นด้วย



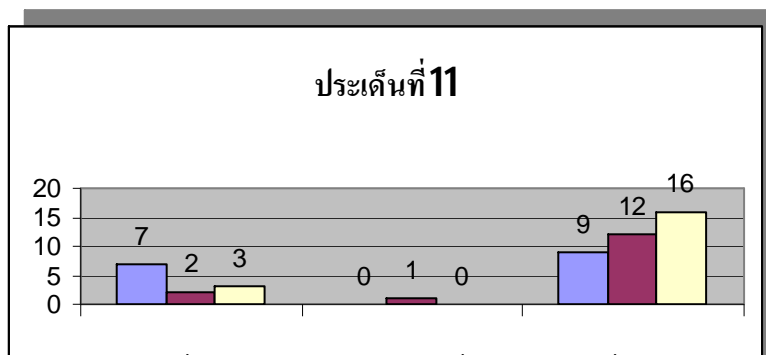
กราฟที่ 10

ประเด็นที่ 11 กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ตามมาตรา 425 และบัญญัติในมาตรา 426 ให้นายจ้างมีสิทธิไล่เบี่ยเอาจากลูกจ้างได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าไล่เบี่ยได้เพียงใด ดังนั้นเห็นควรเพิ่มเติมสิทธิในการไล่เบี่ยให้ชัดเจน (หากเห็นด้วยให้ตอบเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น)

ตารางที่ 16

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	7	-	9	16	3.68	1.537	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	2	1	12	15	4.46	1.125	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	3	-	16	19	4.52	1.123	เห็นด้วย
รวม	12	1	37	50	4.24	1.302	เห็นด้วย

ประเด็นที่ 11



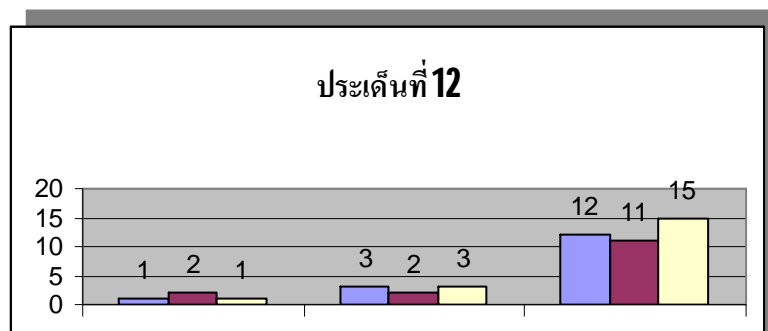
กราฟที่ 11

ประเด็นที่ 12 หลักในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เช่นนายจ้าง - ลูกจ้าง (มาตรา 425) ตัวการ - ตัวแทน (มาตรา 427) ผู้ว่าจ้างทำของ - ผู้รับจ้างทำของ (มาตรา 428) บิดา มารดา ผู้อนุบาล - ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต (มาตรา 429) ครู อาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ดูแล - บุคคลไร้ความสามารถ (มาตรา 430) เห็นว่าควรเพิ่มหลักเรื่อง "นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด" เพื่อให้หลักนี้นำมารวมอยู่ในกฎหมายลักษณะละเมิดให้ครบถ้วนสมบูรณ์

ตารางที่ 17

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{x}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	1	3	12	16	4.43	1.030	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	2	2	11	15	4.33	1.175	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้กฎหมาย	1	3	15	19	4.52	0.964	เห็นด้วยอย่างยิ่ง
รวม	4	8	38	50	4.44	1.033	เห็นด้วย

ประเด็นที่ 12

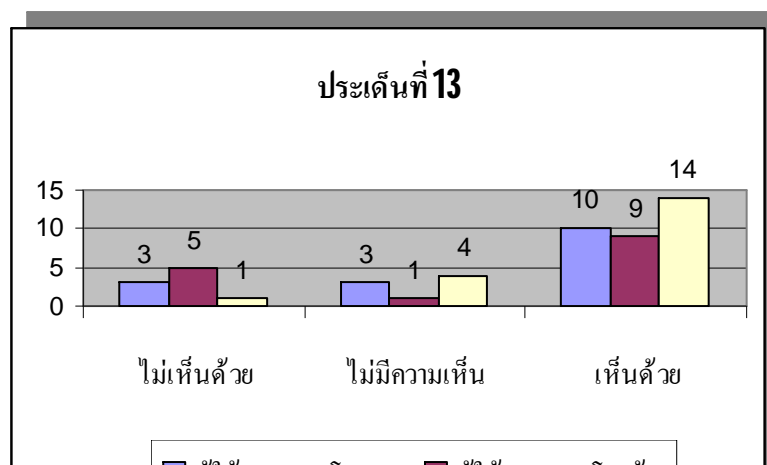


กราฟที่ 12

ประเด็นที่ 13 อายุความละเมิดเห็นควรเพิ่มจาก 1 ปี เป็น 2 ปี โดยบัญญัติว่า "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้น 2 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้น 10 นับแต่วันทำละเมิด"

ตารางที่ 18

กลุ่มผู้ใช้กฎหมาย	ไม่เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	เห็นด้วย	รวม	\bar{X}	S.D	แปลผล
ผู้ใช้กฎหมายโดยตรง	3	3	10	16	4.06	1.289	เห็นด้วย
ผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม	5	1	9	15	3.86	1.457	เห็นด้วย
ประชาชนที่รู้จักกฎหมาย	1	4	14	19	4.42	1.017	เห็นด้วย
รวม	9	8	33	50	4.14	1.245	เห็นด้วย



กราฟที่ 13

4.3 ผลการวิเคราะห์ข้อมูล โดยการหาค่าความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผู้ตอบแบบสอบถาม จำแนกตาม เพศ อายุ และการศึกษา กับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ 13 ประเด็น ดังตารางต่อไปนี้

DRU

ตารางที่ 19 ผลการวิเคราะห์ข้อมูล โดยการหาค่าความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผู้ตอบแบบสอบถาม
จำแนกตาม เพศ อายุ และการศึกษา

ประเด็น	สถานภาพทั่วไป		
	เพศ	อายุ	การศึกษา
	Sig.	Sig.	Sig.
1. คำว่า "ผิดกฎหมาย (Unlawfully)" ในมาตรา 420 เห็นว่าคำนี้ยังคงเหมาะสมหรือไม่ เพราะแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำให้เกิดความเสียหาย การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นละเมิด	.106	.358	.345
2. ควรเพิ่มเติมการเรียกค่าเสียหายให้รวมไปถึง "การทำให้เสียหายแก่จิตใจ" เช่น การเศร้าโศกเสียใจ หรือการทำให้เกิดความวุ่นวาย เป็นต้น (ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติความรับผิดความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 บัญญัติให้เรียกร้องได้)	.977	.753	.635
3. ควรเพิ่มเติมคำว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ให้ชัดเจนโดยเพิ่มเติมไปถึง "ชื่อเสียง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบกิจการงาน หรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด"	.133	.983	.083
4. ควรบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจนว่า "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria)" ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งที่ให้นำเอาสุภาษิตกฎหมายลาตินมาใช้ (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)	.446	.947	.816
5. ควรบัญญัติว่า "ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นความยินยอมสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" (เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 8 และ 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)	.051	.848	.233
6. กฎหมายลักษณะละเมิดในหมวด 3 ใช้คำว่า "นิรโทษกรรม (justifiable acts)" ซึ่งน่าจะแปลว่าการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด แต่ในความเป็นไปในหมวดนี้หลายเรื่องผู้กระทำยังคงต้องรับผิดแต่รับผิดน้อยลงเท่านั้น เห็นว่าน่าจะเปลี่ยนชื่อหมวดใหม่เป็นคำว่า "เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้"	.115	.628	.683
7. มาตรา 429 บัญญัติให้ผู้เยาว์กระทำละเมิดต้องรับผิด แต่ในความจริงเด็กไร้เดียงสากระทำโดยไม่รู้สำนึกไม่น่าจะถือเป็นการละเมิด เช่น เด็ก 2 ขวบ หยิบแก้วน้ำขว้างใส่พี่เลี้ยงถือว่าเด็กทำละเมิด เห็นควรให้กฎหมายบัญญัติให้ชัดเจนว่า "เด็กอายุเท่าใดกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับผิด" (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)	.298	.979	.734

ตารางที่ 19 (ต่อ)

ประเด็น	สถานภาพทั่วไป		
	เพศ	อายุ	การศึกษา
	Sig.	Sig.	Sig.
8. เห็นควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า “เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด” (เปรียบเทียบจากมาตรา 828 กฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 712 กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นประกอบ)	.803	.318	.478
9. เจตนารมณ์เดิมของกฎหมายละเมิดต้องการเยียวยาผู้เสียหายให้ได้รับค่าเสียหายที่ใกล้เคียงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมากที่สุด แต่เห็นควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เพื่อเป็นการลงโทษและเพื่อยับยั้งการกระทำผิดต่อไป เช่น นักศึกษา ABAC ตกเกรด ศาลให้ชดเชยประมาณ 11 ล้านบาท เป็นต้น (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)	.804	.148	.802
10. เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า “หากความเสียหายเกิดขึ้นโดยจงใจและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำละเมิดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ให้ศาลมีอำนาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง” (เทียบกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 พระราชบัญญัติความผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนพิการ พ.ศ.2550)	.765	.192	.802
11. กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบลูกจ้างในผลแห่งละเมิดตามมาตรา 425 และบัญญัติในมาตรา 426 ให้นายจ้างมีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกจ้างได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าไล่เบี้ยได้เพียงใด ดังนั้นเห็นควรเพิ่มเติมสิทธิในการไล่เบี้ยให้ชัดเจน	.224	.062	.923
12. หลักในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เช่น นายจ้าง - ลูกจ้าง (มาตรา 425) ตัวการ - ตัวแทน (มาตรา 427) ผู้ว่าจ้างทำของ - ผู้รับจ้างทำของ (มาตรา 428) บิดา มารดา ผู้อนุบาล - ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต (มาตรา 429) ครู อาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ดูแล - บุคคลไร้ความสามารถ (มาตรา 430) เห็นว่าควรเพิ่มหลักเรื่อง “นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด” เพื่อให้หลักนี้สามารถอยู่ในกฎหมายลักษณะละเมิดให้ครบถ้วนสมบูรณ์	.081	.299	.981

ตารางที่ 19 (ต่อ)

ประเด็น	สถานภาพทั่วไป		
	เพศ	อายุ	การศึกษา
	Sig.	Sig.	Sig.
13. อายุความละเมิดเห็นควรเพิ่มจาก 1 ปี เป็น 2 ปี โดยบัญญัติว่า "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้น 2 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมแทน หรือเมื่อพ้น 10 นับแต่วันทำละเมิด"	.479	.963	.676

จากผลการวิเคราะห์ข้อมูล โดยการหาค่าความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผู้ตอบแบบสอบถาม จำแนก ตาม เพศ อายุ และการศึกษา กับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ลักษณะละเมิด ตาม ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ 13 ประเด็นพบว่า กลุ่มผู้ตอบแบบสอบถามจำแนกตามเพศ อายุ และการศึกษา ไม่ส่งผลกับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิด

บทที่ 5

สรุปผล และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาข้อมูลตั้งแต่บทที่ 1 ถึงบทที่ 4 ในเรื่องทบทวนปรับปรุงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศึกษาเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด ผู้วิจัยสรุปผลการศึกษาวิจัยและเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.1 สรุปผล

ประการที่หนึ่ง จากการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายแพ่งของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น ที่เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะละเมิด มีเนื้อหาโดยสรุปดังนี้

5.1.1 ในกรณีกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศไทย เดิมทีมีที่มาจากก่อนสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยในสมัยนั้นยังคงเป็นจารีตประเพณีมาก่อน ห้ามไม่ให้จัดการแก้แค้นกันเองโดยพลการ มีบทบัญญัติเป็นจำนวนมากในกฎหมายกล่าวห้ามไม่ให้ราษฎรในพระราชอาณาจักรใช้กำลังลงโทษผู้ทำให้ตนเสียหายด้วยตนเอง จะต้องนำเอาการละเมิดไปฟ้องร้องต่อศาลตามระเบียบเสมอไป ผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษ

ครั้นในสมัยกรุงศรีอยุธยา ถือว่าการแก้แค้นเป็นการกระทบกระเทือนหมิ่นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ผู้ทำการแก้แค้นโดยพลการจะได้รับโทษ ดังมีปรากฏได้จาก กฎหมายลักษณะโจร กฎหมายลักษณะอาญาราชฎูร์ เป็นต้น ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ประกาศใช้ได้ยกเลิกกฎหมายลักษณะโจร กฎหมายลักษณะอาญาหลวง กฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะอาญาราชฎูร์ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ประกาศลักษณะน้อ เพียงยังคงไว้เฉพาะละเมิดที่มีลักษณะซึ่งเป็นการละเมิดทางแพ่งเท่านั้น ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ

ต่อมาเมื่อกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ประกาศใช้ได้ประมาณ 10 ปีเศษ ได้มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ.2466 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แยกกฎหมายละเมิดออกไว้เป็นเอกเทศลักษณะหนึ่งเดียว และนับแต่นั้นมากฎหมายว่าด้วยละเมิดปรากฏเป็นเรื่องต่างหากจากทั้งทางอาญาและทางแพ่ง นับแต่ พ.ศ.2467 ซึ่งประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1,2 เริ่มบังคับใช้แต่นั้นมา กฎหมายลักษณะละเมิดที่ได้จัดเป็นหมวดหมู่
 อย่างเป็นทางการเป็นระเบียบนั้น ได้เริ่มประกาศใช้เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ.2466 และให้ใช้
 บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2467 ซึ่งหากนับล่วงถึงปัจจุบันใช้บังคับมา 80 ปีเศษ ถือเป็น
 กฎหมายที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรม อันมีความมุ่งหมายที่สำคัญเพื่อใช้เยียวยาความเสียหาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดนั้น ได้แยกบัญญัติเป็น 4 หมวด ดังนี้

หมวดที่ 1 ความรับผิดเพื่อละเมิด

หมวดที่ 2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด

หมวดที่ 3 นิรโทษกรรม

รวมทั้งสิ้น 33 มาตรา ผู้วิจัยต้องการทบทวนกฎหมายที่มีอยู่เพื่อปรับปรุงกฎหมายลักษณะ
 ละเมิดในประเด็นที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำมาทบทวนเพื่อเป็นแนวทางทางในการปรับปรุงกฎหมาย
 ลักษณะละเมิดต่อไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 420,429,438,425,426,448
 โดยรวบรวมและกำหนดประเด็นที่คาดว่าจะมีปัญหา 7 ประเด็นดังนี้

ประเด็นแรก บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ควรใช้คำว่า
 “โดยผิดกฎหมาย” หรือไม่ และควรบัญญัติเพิ่มเติมถึง “ความเสียหายแก่จิตใจ” ด้วยหรือไม่

ประเด็นที่สอง คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ควรบัญญัติเพิ่มเติมโดย
 ละเอียดยไปถึง สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ
 ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด โดยละเอียดด้วยหรือไม่

ประเด็นที่สาม เหตุยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายนั้น
 ควรมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

ประเด็นที่สี่ เด็กกระทำละเมิดต้องรับผิดเสมอบุคคลโดยทั่วไปหรือไม่

ประเด็นที่ห้า เรื่องความรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย กฎหมายควรบัญญัติ
 ครอบคลุมถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ด้วยหรือไม่

ประเด็นที่หก ความรับผิดร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) นั้น พิจารณาถึงสิทธิใน
 การไล่เบี้ยของนายจ้าง ในความรับผิดของนายจ้างต่อการกระทำลูกจ้าง และควรมีกฎหมายบัญญัติ
 ถึงนิติบุคคลต้องร่วมรับผิดเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิดหรือไม่

ประเด็นที่เจ็ด เรื่องอายุความละเมิดเหมาะสมหรือไม่

5.1.2 ในกรณีกฎหมายต่างประเทศ ผู้วิจัยได้ศึกษาในประเด็นดังกล่าวข้างต้น โดย
 เปรียบเทียบกับกรณีของกฎหมายในต่างประเทศ พบว่า

ประเด็นแรก บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ควรใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” หรือไม่ และควรบัญญัติเพิ่มเติมถึง “ความเสียหายแก่จิตใจ” ด้วยหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

Section 420. “A person who, willfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, liberty, property or any right of another person, is said to commit a **wrongful act** and is bound to make compensation therefore.”

ประเด็นที่ว่ามาตรา 420 มีความเหมาะสมหรือไม่ที่จะใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” เพราะเมื่อศึกษาถึงความหมายของ คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” หมายความว่า แม้เป็นการกระทำที่เป็น การล่วงสิทธิ หรือผิดหน้าที่ที่ต้องเคารพต่อสิทธินั้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายในตัวไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำผิดเช่นนั้นเป็นผิดกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งมีที่มาจากคำว่า “Unlawfully” ในความหมายว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ไม่หมายรวมแต่เฉพาะเรื่องผิดกฎหมาย เท่านั้น

ในต่างประเทศเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 อันเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 420 บัญญัติว่า “ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย” ตามตำรากฎหมายเยอรมัน ได้อธิบายคำนี้ว่าหมายถึง การประทุษร้ายต่อสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากอำนาจ หรือเกินกว่าอำนาจที่มีอยู่ หมายความว่า การละเมิดสิทธิของผู้อื่นเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัวเอง โดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำเช่นนั้นผิดกฎหมายเว้นแต่ผู้กระทำจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้ หรือในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 709 ได้อธิบายคำว่า “ละเมิด” ไว้ว่า เป็นการกระทำที่ต่างหากไปจากการไม่ปฏิบัติตามนี้ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น โดยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 709 นั้น ไม่ได้ระบุถึงคำว่า “ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย” ไว้เลย ทั้งนี้เพราะถือว่าการละเมิดสิทธิของผู้อื่น โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ถือเป็นการผิดกฎหมายอยู่ในตัวอยู่แล้ว

ส่วนในประเด็นที่ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 นั้น ไม่ได้รวมถึงการทำให้เสียหายแก่จิตใจไว้ด้วย ทั้งแนวการพิจารณาของศาลไทยยังไม่ยอมรับค่าเสียหายทางจิตใจ ด้วยเหตุผลหลักที่ว่า ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจได้

หากพิจารณาจากกฎหมายแพ่งเยอรมันอันเป็นที่มาของมาตรา 420 ของไทยตามมาตรา 823 พบว่าไม่ได้บัญญัติรวมไปถึงการทำให้เสียหายแก่จิตใจ แต่มีบัญญัติเพิ่มเติมในเรื่องความเสียหายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในมาตรา 826 ไว้ว่า “บุคคลใดโดยจงใจก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยอาการที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี ต้องชดใช้ค่าทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น” แต่เรื่องดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้กล่าวถึงในประเด็นของความเสียหายแก่บุคคลอื่น โดยอาการที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีว่าแต่อย่างใด และจากการศึกษาพบว่าในกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ไม่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายทางจิตใจไว้เช่นเดียวกับประเทศไทย

เช่นเดียวกับกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 710 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามบทบัญญัติตามมาตรา 699 จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แม้ความเสียหายนั้น จะมีใช้ตัวเงิน และโดยไม่ต้องคำนึงว่า ความเสียหายเช่นนั้นจะเกิดจากการกระทำต่อร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอื่นหรือไม่” แม้ไทยจะนำแนวคิดส่วนหนึ่งมาจาก Nippon Civil Code ก็ตาม แต่กฎหมายญี่ปุ่นไม่ได้จำแนกสิทธิที่ถูกล่วงละเมิดไว้ของของ ไทย ศาลญี่ปุ่นกำหนดค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่มีความสัมพันธ์กับการกระทำละเมิดโดยไม่มีข้อจำกัดต่างๆ อย่างกรณี การไม่ชำระหนี้ ในการใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ด้วย นอกจากนี้ให้ชดใช้ในความเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว ก็ยังอาจให้ใช้ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอีก โดยศาลมีอำนาจคำนวณค่าเสียหายได้โดยอิสระ แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้บัญญัติชัดเจนไปถึงสิทธิฟ้องร้องค่าเสียหายทางจิตใจไว้

อย่างไรก็ตามหากศึกษาถึงกฎหมายของฝ่าย Common law โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวถึงความเสียหายในทางจิตใจไว้อย่างกว้างขวางเช่น ใน The Restatement (second) of Torts 1979 Art. 905 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่คู่กรณีไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหาย ประกอบด้วย

- (a) อันตรายจากร่างกาย และ
- (b) ความเสียหายทางจิตใจ”

The Restatement (second) of Torts 1979 Art. 924 บัญญัติว่า “ผลที่เกิดจากการถูกทำละเมิดให้สิทธิได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่ผ่านมาหรือความเสียหายที่คาดหวังไว้

- (a) การบาดเจ็บทางร่างกาย และความเสียหายทางจิตใจ
- (b) ความสูญเสีย หรือการขาดรายได้
- (c) ค่ารักษาพยาบาลหรือค่าใช้จ่ายอย่างอื่นที่เหมาะสม
- (d) ความเสียหายแก่ทรัพย์สิน หรือธุรกิจที่มีสาเหตุจากการรุกราน”

The Restatement (second) of Torts 1979 Art. 926 บัญญัติว่า “ภายใต้บทบัญญัติ

กฎหมาย ในกรณีผู้ถูกระทำละเมิดยังไม่ถึงแก่ความตาย ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดจะไม่เกี่ยวกับความตาย ความรับผิดชอบในการทำละเมิดไม่มีผลไปถึงความตาย ไม่ว่าก่อนหรือระหว่างพิจารณา เว้นแต่

(a) ความตายของผู้เสียหาย จำกัดเพียง กรณีที่ฟื้นฟูฐานะเดิมที่ต้องสูญเสีย หรือการขาดรายได้ ค่าเสียหายทางจิตใจ และภัยอันตรายอื่นที่ได้รับก่อนถึงแก่ความตาย

(b) ความตายของผู้กระทำละเมิด ทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสิ้นสุดลง”

อีกทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา หากพิจารณาถึงกฎหมายในระดับมลรัฐ ตัวอย่างเช่นในรัฐ Kansas มีกฎหมายบัญญัติถึงกำหนดถึงความเสียหายทางจิตใจ หรือในความโศกเศร้าเสียใจไว้อย่างชัดเจน หรือหากศึกษาถึงการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้ประเทศอังกฤษ พบว่าในกฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ นอกจากจะให้ความคุ้มครองถึงความเสียหายทางจิตใจแล้วยังคุ้มครองรวมไปถึงผู้ได้รับบาดเจ็บทางจิตใจหรือทางอารมณ์อีกด้วย

ประเด็นที่สอง คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ควรบัญญัติเพิ่มเติมโดยละเอียดไปถึง สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด โดยละเอียดด้วยหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ความหมายของคำว่า “สิทธิ” คือประโยชน์ส่วนได้เสียที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้อันเป็นการผูกพันบุคคลผู้มีหน้าที่ให้กระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิ แต่คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” นั้น ตามนัยของมาตรา 420 หมายถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลทั้งสิ้น เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิบริบูรณ์ในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สิน จึงรวมอยู่ในความหมายของ คำว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นมูลฐานที่จะทำให้เกิดละเมิดได้

แต่มีแนวความคิดของนักวิชาการที่ประสงค์ไม่เกิดปัญหาในการตีความหรือการบังคับใช้กฎหมาย และให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 35 ที่ได้บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” โดยให้บัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 420 โดยบัญญัติครอบคลุมถึง “สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด” เพื่อให้ชัดเจนไม่ให้เกิดความสับสนไปถึงสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่น โดยให้ถือเป็นสิทธิที่ได้รับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย และให้ถือเป็นละเมิดทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ใน Section 823 Liability in damages ได้อธิบายความหมายของคำว่า “สิทธิอื่นใด” หมายรวมเฉพาะสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) หรือทรัพย์สินเท่านั้น สิทธิในหนี้หรือสิทธิในสัญญาจึงไม่อยู่ในความหมายแห่งสิทธิ อีกทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 824 บัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับกรณีที่เกิดความเสียหายต่อสิทธิอื่น นอกจากทรัพย์สิน หรือสิทธิเด็ดขาด โดยบัญญัติ “บุคคลใดกล่าวไขข่าว หรือแพร่หลายความจริงโดยไม่สุจริต เป็นอันตรายต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือทางทำมาหาได้ตามที่ เป็นอยู่ หรือทางเจริญก้าวหน้า ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้กระทั่งเขาไม่รู้ว่าเป็นความไม่จริง แต่เขาควรรู้” โดยกำหนดรายละเอียดไว้ด้วย

แต่ในกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น Nippon civil code Article 709 Damages in torts ไม่ได้ระบุ รายละเอียดถึงสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สินใดไว้เลยเพียงบัญญัติสั้นๆ เพียงว่า “สิทธิอื่นๆ” ซึ่งคงหมายรวมถึงสิทธิที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และรวมถึงสิทธิในชื่อเสียง หรือเกียรติคุณทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญอื่นๆ ทั้งหมดทั้งสิ้น โดยในกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นเห็นว่าการละเมิดถึง “สิทธิอื่นๆ” เพียงอย่างเดียว ก็มีอำนาจครอบคลุมได้ทั้งหมด เพราะสิทธิตามกฎหมายมีอยู่ ทุุกบทยกกฎหมายอยู่แล้ว

ประเด็นที่สาม เหตุยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิด เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ควรมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิดนี้ ไม่มีบัญญัติอยู่ในกฎหมายไทย แต่มีที่มาจากสุภาษิตกฎหมายลาตินที่ว่า “Volenti non Fit Injuria” (That to which a man consents cannot be considered an injury) แปลว่า เมื่อให้ความยินยอมก็ไม่ถือว่ามีความเสียหาย และเมื่อไม่มีความเสียหายแล้วผู้ให้ความยินยอมย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องให้มีการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ผลเสียหายจะเกิดขึ้นจริงก็ตาม

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ได้นำหลักความยินยอมมาใช้ในเรื่องละเมิด กรณีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายตามมาตรา 420 และให้ความยินยอม การกระทำนั้นย่อมไม่เสียหาย เมื่อไม่เกิดความเสียหาย จึงถือว่าไม่เป็นความผิดฐานละเมิด

แม้ในกฎหมายในประเทศเยอรมันจะไม่ได้บัญญัติหลักเรื่องความยินยอม ไม่เป็นละเมิดไว้ในกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่จากการศึกษาพบว่ามิบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเยอรมัน German Criminal Code (StGB) มาตรา 228 ที่ว่า “ผู้ใดกระทำให้เกิดอันตรายแก่กายของผู้อื่น ด้วยความยินยอมของผู้นั้น การกระทำเช่นนั้น ไม่เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำนั้นไม่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี”

เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อให้ความยินยอมแล้ว ย่อมไม่เป็นละเมิด แต่มีกฎหมายที่เทียบเคียงและอธิบายได้มีนัยตรงกันกับหลักความยินยอม บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1109 ใน Section I – Of Consent ความว่า ถ้าความยินยอมนั้นให้โดยผิดหลงหรือเข้าใจผิด ถูกบังคับหรือข่มขู่ให้ยินยอมถือว่าไม่ได้ให้ความยินยอม หรือที่กล่าวไว้ในกฎหมายฝรั่งเศส ถ้าเป็นความยินยอมที่เป็นความเสียหายเกี่ยวกับทรัพย์สิน (dommage aux biens) ก็ยินยอมกันได้ ไม่ถือว่าเป็นความผิด แต่ถ้าเป็นความเสียหายเกี่ยวกับร่างกาย (dommage corporel) ความยินยอมก็ไม่มีผลอะไร อย่งไรก็ดี ในบางกรณีการตกลงยินยอมเกี่ยวกับร่างกายก็อาจใช้บังคับกันได้ ถ้าหากเป็นการตกลงเพื่อความสะอาดเรียบร้อยหรือสุขภาพอนามัยหรือความสวยงาม เช่นยอมให้ช่างตัดผมหรือตัดเล็บ ให้แพทย์ผ่าตัดหรือสูบเอาเลือดออกจากร่างกายเพื่อใช้ประโยชน์สำหรับบุคคลอื่น ฯลฯ และไม่ถือเป็นความผิด

ประเด็นที่สี่ เด็กกระทำละเมิดต้องรับผิดชอบบุคคลโดยทั่วไปหรือไม่

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 429 บัญญัติว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรือวิกลจริต ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดา หรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นนี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น” เห็นว่าไม่มีกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องความสามารถของบุคคล ว่าอายุเท่าใดจึงต้องรับผิดชอบเหมือนเช่นในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73

หากพิจารณากฎหมายแพ่งในประเทศเยอรมัน ใน Section 828 Minors บัญญัติให้ เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด เด็กอายุ 7 ถึง 18 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบ ถ้าไม่รู้ผิดชอบ แต่ศาลอาจให้ใช้เงินเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายก็ได้ในเมื่อไม่สามารถให้ผู้ดูแลเด็กใช้ค่าเสียหายได้

ส่วนกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น Nippon civil code Article 712,713 Capacity for Liability ได้บัญญัติให้ ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิดในการที่กระทำลง โดยไม่รู้สำนึกหรือยับยั้งไม่ได้

ประเด็นที่ห้าเรื่องความรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย กฎหมายควรบัญญัติครอบคลุมถึงการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ด้วยหรือไม่

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดนั้น ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อขึ้นนั้นด้วย” ศาลไทยใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามพฤติกรรมและความร้ายแรงของการทำละเมิด โดยยึดหลักการใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเสมือนไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น หรือให้ไม่สามารถจะทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ก็ต้องชดใช้ให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสภาพที่ใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุด ไม่มีแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ซึ่งแนวคิดในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิด และป้องปรามมิให้ผู้ใดมีพฤติกรรมเช่นเดียวกันนี้อีก การประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงต้องให้ความสำคัญกับพฤติกรรมของผู้กระทำละเมิดเป็นหลัก โดยพิจารณาว่าจะต้องกำหนดจำนวนค่าเสียหายเพียงใดจึงจะทำให้ผู้กระทำละเมิดเจ็บตลอบ และไม่หวนกลับมากระทำละเมิดเช่นเดิมอีก ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ จะมุ่งพิจารณาไปที่พฤติกรรมอันชั่วร้ายของผู้กระทำละเมิดมากกว่าการคำนึงถึงความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ

แนวคิดของไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) จึงเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับทั้งประเทศเยอรมันและญี่ปุ่น โดยถือว่าหลักการเรื่องค่าสินไหมทดแทนอันเป็นการลงโทษ เป็น concept ของกฎหมายอาญา ซึ่งต่างจากประเทศที่ใช้กฎหมายระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา เป็นต้น

ประเด็นที่หกรับผิดร่วมกับบุคคลอื่น (**Vicarious Liability**) นั้น พิจารณาถึงสิทธิในการไล่เบี้ยของนายจ้าง ในความรับผิดของนายจ้างต่อการกระทำลูกจ้าง และควรมีกฎหมายบัญญัติถึงนิติบุคคลต้องร่วมรับผิดเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิดหรือไม่

ความรับผิดของนายจ้างในละเมิดที่ลูกจ้างทำในทางการที่จ้าง บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 425 ที่ว่า "นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น" ถือเป็นความรับผิดที่ตนเองไม่ได้เป็นผู้กระทำ แต่ต้องรับผิด เพราะเป็นผู้มีความสัมพันธ์บางอย่างกับบุคคลนั้นจึงต้องร่วมรับผิดด้วย

มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน **Liability for vicarious agents** มาตรา 831 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น **Liability of Employers** มาตรา 715 และในเรื่องการใช้สิทธิไล่เบี้ยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 426 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น **Article 715 (3) Liability for vicarious agents** ให้อำนาจนายจ้างได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อการละเมิดอันลูกจ้างได้ทำไปแล้วนั้น ไม่ตัดสิทธินายจ้างหรือผู้ควบคุมงาน ที่จะได้รับชดใช้จากลูกจ้าง

แต่หากพิจารณาจากแนวคิดของทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส เห็นว่าผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นมีสิทธิฟ้องไล่เบี้ยเอาจากตัวผู้ก่อความเสียหายได้ แต่ปัญหาว่าจะไล่เบี้ยเอาได้เต็มทั้งจำนวนหรือบางส่วนนั้นเป็นข้อถกเถียงกันในหมู่นักนิติศาสตร์

โดยฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นนั้น ไม่น่าจะมีสิทธิเรียกไล่เบี้ยจากตัวผู้ก่อความเสียหายได้เต็มจำนวน เพราะแท้จริงผู้รับผิดชอบก็มีส่วนทำผิดอยู่ด้วยเหมือนกัน คือในการอบรมไม่ดีบ้าง ขาดการควบคุมดูแลบ้าง ดังที่ได้ชี้ให้เห็นในเมื่อพิจารณามูลฐานแห่งหลักกฎหมายนี้ ฉะนั้นเขาจึงต้องมีส่วนถูกบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยไล่เบี้ยเอากับใครไม่ได้ ดังเช่นกรณีที่มีการกระทำละเมิดร่วมกันหลายคน จำจะต้องรับบาปทั่วถึงกันหมด จะไล่เบี้ยได้ก็แต่บางส่วนเท่านั้น

นักนิติศาสตร์อีกฝ่ายหนึ่ง ไม่เห็นฟ้องด้วย โดยรับว่าจริงบางส่วน ถ้าผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นก็ได้มีส่วนทำความผิดขึ้นเช่นกัน ผู้นั้นก็ต้องรับผิดในการกระทำของตนที่เป็นผิดด้วย โดยไม่มีสิทธิไล่เบี้ยเรียกคืนจากผู้ก่อความเสียหายได้เต็มจำนวน แต่ปัญหายุ่งยากว่า จะชี้้อย่างไรเล่าว่าเขาก็ได้กระทำผิดด้วย เขาเห็นว่าก็ต้องอาศัยหลักความผิดตามหลักเกณฑ์ธรรม คือมาตรา 1382 ประมวลกฎหมายฝรั่งเศส จึงเป็นหน้าที่ของผู้ก่อความเสียหายที่ถูกผู้รับผิดชอบฟ้องร้องไล่เบี้ยที่จะนำสืบให้เห็นจริงว่าตัวผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นก็มีส่วนทำความผิดเช่นกัน มิฉะนั้นแล้วผู้ก่อความเสียหายจะต้องใช้ค่าสินไหมให้แก่ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นเต็มจำนวน การที่วินิจฉัยอย่างความเห็นของ **Demogue** ที่วางหลักลงไปตายตัวว่าผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของ

ผู้อื่นคงเรียกร้องไล่เบี้ยเอาค่าชดใช้ได้เพียงบางส่วนนั้น เป็นการวินิจฉัยข้ามหลักดังกล่าวข้างต้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง เขาได้ยอมให้ผู้ก่อความเสียหายเอาหลักกฎหมายตามมาตรา 1384 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาใช้บังคับแก่ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นได้ ซึ่งหาเป็นของบังควรไม่ เพราะหลักกฎหมายตามมาตรา 1384 ซึ่งสันนิษฐานให้มีความผิดขึ้นนั้น ได้ร่างขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหายเท่านั้น หากประโยชน์แก่ผู้ก่อความเสียหายด้วยไม่ จึงเป็นการจำเป็นที่ผู้ก่อความเสียหายจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นก็ได้กระทำความผิดด้วย ดังนี้ผู้ก่อความเสียหายจึงจะถ่ายภาระรับใช้ให้แก่ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นนั้น ได้บ้าง มิฉะนั้นแล้วตัวผู้ก่อความเสียหายจะชดใช้แก่ผู้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำของผู้อื่นเต็มจำนวน

ประเด็นที่เจ็ดเรื่องอายุความละเมิดเหมาะสมหรือไม่

อายุความละเมิดของไทยตามของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448 วรรคแรก บัญญัติว่า " สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด" กำหนดให้มีอายุความ 1 ปีนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิด และรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น เห็นว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาจากทั้งประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่นซึ่งประเทศไทยค่อนข้างยึดถือเป็นแบบอย่าง มีอายุความต่างจากของไทยเป็นอย่างมาก

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 852 กำหนดให้ สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดจากการละเมิดนั้น ถ้ามิได้ฟ้องเสียภายในสามปีนับแต่เวลาที่ผู้เสียหายได้รู้ถึงการละเมิดและตัวบุคคลผู้จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ย่อมเป็นอันขาดอายุความในกรณีที่ผู้เสียหายไม่รู้ดังกล่าว ต้องฟ้องคดีภายในสามสิบปีนับแต่เวลากระทำละเมิด

ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นบัญญัติเรื่องอายุความไว้ในมาตรา 742 กำหนดให้ สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการละเมิด ถ้าไม่ใช่เสียภายในสามปีนับแต่เวลาที่ผู้เสียหายหรือผู้แทน โดยชอบธรรมของผู้เสียหายได้รู้ถึงความเสียหายเช่นว่านั้นและรู้ถึงตัวบุคคลผู้ก่อความเสียหายเป็นอันขาดอายุความ แต่ถ้าพ้นกำหนดยี่สิบปีนับแต่เวลากระทำละเมิด ก็ถือว่าเป็นอันขาดอายุความเช่นเดียวกัน

จากการศึกษาพบว่าทั้งประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น กำหนดให้มีอายุความ 3 ปีนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิด และรู้ตัวผู้กระทำความผิด

ประการที่สอง สรุปผลการนำเสนอข้อมูลในเชิงปริมาณ ที่ได้จากการวิเคราะห์ทางสถิติ ถึงลักษณะของผู้ตอบแบบสอบถาม ค่าเฉลี่ยความคิดเห็น การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อเสนอแนะและความเห็นในคำถามปลายเปิด ร้อยละ ของกลุ่มผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย โดยจำแนกตามความคิดเห็น และประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ รวมทั้งวิเคราะห์ความสัมพันธ์ ระหว่างลักษณะของผู้ตอบแบบสอบถาม โดยรวม กับประเด็นความคิดเห็น เกี่ยวกับประเด็นต่างๆ ที่มีต่อกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการวิเคราะห์ข้อมูลจากแบบสำรวจ ได้ผลสรุปดังต่อไปนี้

5.2.1 การวิจัยมีการจัดแบ่งกลุ่มผู้สำรวจออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มที่หนึ่ง กลุ่มผู้ใช้กฎหมายโดยตรง ได้แก่ ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ กลุ่มที่สอง กลุ่มผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม ได้แก่ กลุ่มนักวิชาการด้านกฎหมาย และกลุ่มที่สาม กลุ่มประชาชนทั่วไป

5.2.2 ผลจากการวิเคราะห์ข้อมูล โดยการหาค่าความสัมพันธ์โดยใช้วิธีการทดสอบไครสแควร์ (Chi Square Test) ระหว่าง กลุ่มผู้ใช้กฎหมายโดยตรง กลุ่มผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม และกลุ่มประชาชนทั่วไป กับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 13 ประเด็น ที่ระดับนัยสำคัญ 0.05 พบว่า กลุ่มผู้ใช้กฎหมายโดยตรง กลุ่มผู้ใช้กฎหมายโดยอ้อม และกลุ่มประชาชนทั่วไป ไม่ส่งผลหรือไม่มีความสัมพันธ์กับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิด แตกต่างกันอย่างไม่มีนัยสำคัญที่ระดับ 0.05 ปรากฏว่าทุกกลุ่มมีความคิดเห็นไปในแนวทางเดียวกัน

5.2.3 ผลจากการวิเคราะห์ข้อมูล โดยการหาค่าความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผู้ตอบแบบสอบถาม จำแนกตาม เพศ อายุ และการศึกษา กับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ 13 ประเด็นพบว่า กลุ่มผู้ตอบแบบสอบถามจำแนกตามเพศ อายุ และการศึกษา ไม่ส่งผลหรือไม่มีความสัมพันธ์กับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะละเมิด แตกต่างกันอย่างไม่มีนัยสำคัญที่ระดับ 0.05 ปรากฏว่าไม่ว่าเพศ อายุ และการศึกษา ไม่มีความสัมพันธ์กับความคิดเห็นในประเด็นดังกล่าว

5.2.4 ผลที่ได้จากความคิดเห็นในภาพรวมของความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นต่างๆ ที่มีต่อกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเด็นที่ 1. คำว่า "ผิดกฎหมาย (Unlawfully)" ในมาตรา 420 เห็นว่าคำนี้ยังคงเหมาะสมหรือไม่ เพราะแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำให้เกิดความเสียหาย การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นละเมิด

ประเด็นที่ 2 ควรเพิ่มเติมการเรียกค่าเสียหายให้รวมไปถึง “การทำให้เสียหายแก่จิตใจ” เช่น การเศร้าโศกเสียใจ หรือการทำให้เกิดความว้าเหว เป็นต้น (ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 บัญญัติให้เรียกร้องได้)

ประเด็นที่ 3 ควรเพิ่มเติมคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ให้ชัดเจนโดยเพิ่มเติมไปถึง “ชื่อเสียง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบกิจการงาน หรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด”

ประเด็นที่ 4 ควรบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจนว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” (Volenti non fitinjuria) ไว้ในประมวลกฎหมายแทนที่จะนำเอาสุภาษิตกฎหมายลาตินมาใช้ (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

ประเด็นที่ 5 ควรบัญญัติว่า “ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นความยินยอมสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” (เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 8 และ 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)

ประเด็นที่ 6 กฎหมายลักษณะละเมิดในหมวด 3 ใช้คำว่า “นิรโทษกรรม (justifiable acts)” ซึ่งน่าจะแปลว่าการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด แต่ในความเป็นจริงในหมวดนี้หลายเรื่อง ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดแต่รับผิดน้อยลงเท่านั้น เห็นว่าน่าจะเปลี่ยนชื่อหมวดใหม่เป็นคำว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้”

ประเด็นที่ 7 มาตรา 429 บัญญัติให้ผู้เยาว์กระทำละเมิดต้องรับผิด แต่ในความจริงเด็กไร้เดียงสากระทำโดยไม่รู้สำนึกไม่น่าจะถือเป็นการละเมิด เช่น เด็ก 2 ขวบ หยิบแก้วน้ำขว้างใส่พี่เลี้ยง ถือว่าเด็กทำละเมิด เห็นควรให้กฎหมายบัญญัติให้ชัดเจนว่า “เด็กอายุเท่าใดกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับผิด” (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

ประเด็นที่ 8 เห็นควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า “เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดฐานละเมิด” (เปรียบเทียบกับมาตรา 828 กฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 712 กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นประกอบ)

ประเด็นที่ 9 เจตนารมณ์เดิมของกฎหมายละเมิดต้องการเยียวยาผู้เสียหายให้ได้รับค่าเสียหายที่ใกล้เคียงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมากที่สุด แต่เห็นควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เพื่อเป็นการลงโทษและเพื่อยับยั้งการกระทำผิดต่อไป เช่น นักศึกษา ABAC ดรณมณี ศาลให้ชดเชยประมาณ 11 ล้านบาท เป็นต้น (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)

ประเด็นที่ 10 เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า “หากความเสียหายเกิดมีขึ้นโดยจงใจ และประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำละเมิดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ให้ศาลมีอำนาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหม

ทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง" (เทียบกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 พระราชบัญญัติความผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนพิการ พ.ศ.2550)

ประเด็นที่ 11 กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ตามมาตรา 425 และบัญญัติในมาตรา 426 ให้นายจ้างมีสิทธิไล่เบี่ยเอาจากลูกจ้างได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าไล่เบี่ยได้เพียงใด ดังนั้นเห็นควรเพิ่มเติมสิทธิในการไล่เบี่ยให้ชัดเจน (หากเห็นด้วยให้ตอบเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น)

- ก. ในระหว่างบุคคลนายจ้างและลูกจ้างนั้น ต้องรับผิดชอบกันใช้ค่าสินไหมทดแทนเห็นว่าจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน
- ข. นายจ้างเมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วมีสิทธิได้รับชดเชยจากลูกจ้างจนเต็มจำนวน
- ค. ปรับปรุงกฎหมายใหม่ให้ "นายจ้างไม่ควรไล่เบี่ยลูกจ้างอีกต่อไป" เพราะได้ทำไปในทางที่จ้าง

ประเด็นที่ 12 หลักในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เช่น นายจ้าง - ลูกจ้าง (มาตรา 425) ตัวการ - ตัวแทน (มาตรา 427) ผู้ว่าจ้างทำของ - ผู้รับจ้างทำของ (มาตรา 428) บิดา มารดา ผู้อนุบาล - ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต (มาตรา 429) ครู อาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ดูแล - บุคคลไร้ความสามารถ (มาตรา 430) เห็นว่าควรเพิ่มหลักเรื่อง "นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด" เพื่อให้หลักนี้สามารถอยู่ในกฎหมายลักษณะละเมิดให้ครบถ้วนสมบูรณ์

ประเด็นที่ 13 อายุความละเมิดเห็นควรเพิ่มจาก 1 ปี เป็น 2 ปี โดยบัญญัติว่า "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้น 2 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้น 10 นับแต่วันทำละเมิด"

กลุ่มผู้ตอบแบบสำรวจ เห็นด้วยกับแนวทางการแก้ไขตามแบบสอบถาม ส่วนในประเด็นที่ 11 ผู้วิจัยให้เลือกตอบเพียงประเด็นเดียวจากผลการสำรวจพบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยกับข้อ ก. เป็นอันดับแรก รองลงมาคือข้อ ข. และมีผู้เห็นด้วยกับข้อ ค. เป็นลำดับสุดท้าย

ประการที่สาม เพื่อนำเสนอกฎหมายในส่วนของมาตราที่เห็นว่าเหมาะสม และควรมีการปรับปรุงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเกิดจากการมีส่วนร่วมและยอมรับของผู้เกี่ยวข้อง ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

จากผลการศึกษาซึ่งได้ทำการสำรวจแล้วพบว่ามิได้มีผู้เห็นด้วยกับเนื้อหาตามกฎหมาย จึงเป็นที่มาในการเสนอแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 5 ละเอียด ได้ดังนี้

1. ควรเสนอแก้ไขในมาตรา 420 โดยแก้จากคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” เป็น “**โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย**”
2. ควรเสนอเพิ่มเติมในมาตรา 420 โดยเพิ่มเติมคำว่า “จิตใจ” เข้าไป เป็น “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี **จิตใจก็ดี** เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”
3. ควรเสนอเพิ่มเติมในมาตรา 420 โดยเพิ่มเติมรายละเอียดของคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” เพิ่มเป็น “สิทธิในการประกอบกิจการงานหรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด”
4. ควรเสนอเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติว่า “ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นความยินยอมสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”
5. ควรเสนอแก้ไขชื่อ “หมวด 3 นิรโทษกรรม” เป็น “**หมวด 3 เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้**”
6. ควรเสนอแก้ไขในมาตรา 429 โดยแก้จากคำว่า “ผู้เยาว์” เป็น “**เด็กอายุเกินกว่า 7 ปี**”
7. ควรเสนอเพิ่มเติม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติว่า “หากความเสียหายเกิดขึ้นโดยจงใจและประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำละเมิดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ให้ศาลมีอำนาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง”
8. ควรเสนอเพิ่มเติมในมาตรา 426 โดยเพิ่มเติมรายละเอียดของคำว่า “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันถูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้ชดใช้จากลูกจ้างนั้น” บัญญัติในวรรคสองว่า “**ในระหว่างบุคคลนายจ้างและลูกจ้างนั้น ต้องรับผิดชอบกันใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน**”

9. ควรเสนอเพิ่มเติม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติว่า "นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำละเมิด"
10. ควรเสนอแก้ไขในมาตรา 448 โดยแก้อายุความจาก "1 ปี" เป็น "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้น 2 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมแทน หรือเมื่อพ้น 10 นับแต่วันทำละเมิด"

5.2 เสนอแนะ

จากการวิจัยพบว่าแม่ผลที่ได้จากความคิดเห็นในภาพรวมเกี่ยวกับประเด็นต่างๆ จากการสอบถามกลุ่มผู้ตอบแบบสำรวจ จะมีแนวทางที่เห็นด้วยกับการแก้ไขตามแบบสอบถาม แต่ผู้วิจัยมีข้อเสนอโดยรวมดังนี้

1. ประเด็นที่เห็นว่าควรเพิ่มเติมการเรียกค่าเสียหายให้รวมไปถึง "การทำให้เสียหายแก่จิตใจ" เข้าไปด้วยนั้น แท้จริงแล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีมาตรา 438 ซึ่งถือเป็นหลักในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนต่อผู้กระทำละเมิด โดยพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ว่าศาลจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาอย่างไร ซึ่งหากพบว่ามีความเสียหายแม้จะเสียหายแก่จิตใจศาลก็น่าจะนำมาตรา 438 มาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพได้อยู่เอง โดยไม่ต้องมีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมมาตรา 420 ก็ได้ อีกทั้งความเสียหายทางจิตใจก็ถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งตามมาตรา 420

แต่อย่างไรก็ตามมีปัญหาว่าศาลจะใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักอย่างไร เมื่อพบว่ามีความเสียหายทางจิตใจ ผู้วิจัยมีข้อเสนอว่าควรพัฒนาเทคนิควิธีคิดให้ชัดเจน พัฒนาองค์ความรู้ในเรื่องดังกล่าว รวมถึงวิธีการคิดคำนวณค่าเสียหายในปัจจุบันให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนมีเหตุผลรองรับ

2. ประเด็นที่เกี่ยวกับการนายจ้างจะไล่เบี้ยจากลูกจ้างนั้น หากอาศัยหลักการหรือทฤษฎีถือเป็นเรื่อง Joint Liable ไม่ใช่เป็นเรื่องความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) ผู้วิจัยเห็นว่าควรศึกษาถึงความแตกต่างและแนวคิดในเรื่องนี้เพื่อให้เกิดเป็นแนวทางการพัฒนา และบังคับใช้กฎหมายอย่างถูกต้องและเป็นธรรมที่สุด

3. ผู้วิจัยเห็นว่ายังบทบัญญัติอีกหลายมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่เห็นควรนำมาปรับปรุงแก้ไข เช่น

- ก. มาตรา 429 บัญญัติว่า "บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริต ก็ยังต้องรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่า"

นี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาค้ำย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น” ปัญหาคือคนวิกลจริตไม่ใช่คนไร้ความสามารถ กฎหมายไม่ได้ตั้งผู้ดูแล แม้คนวิกลจริตทำละเมิดย่อมผิดตามมาตรา 420 อยู่แล้ว เหตุใดจึงบัญญัติไว้เช่นนี้

ข. มาตรา 437 บัญญัติว่า “บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใดๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง

ความข้อนี้ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงบุคคลผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่งทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือโดยอาการกลไกของทรัพย์สินนั้นด้วย” ปัญหาคือ “ทรัพย์สินอันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ” เหตุใดจึงมีข้อแก้ตัวในความเสียหายที่เกิดขึ้นอีก ทั้งๆ ที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยอันตราย พ.ศ.2535 บัญญัติถึงความผิดไว้โดยไม่มีข้อแก้ตัวแต่อย่างใด เป็นเรื่องที่น่านำมาศึกษาต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

- จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2549 พิมพ์ครั้งที่ 5)
- จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 394 ถึงมาตรา 452, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 4 พ.ศ.2523)
- ปศพ นพรัมภา, คำอธิบายกฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ 2 ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรรได้ (กรุงเทพมหานคร:บริษัท เอดิสัน เพรส โปรดักส์ จำกัด) พ.ศ.2531.
- พจน์ ปุษปาคม ,คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา)
- พระยาเทพวิฑู , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240 (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2476-2478)
- เพ็ง เพ็งนิตติ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิดความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรุงเทพมหานคร : Athataya millennium co.,Ltd. 2543)
- ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยความรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดของลูกจ้าง (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์อีสานการพิมพ์ พ.ศ.2507)
- _____, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ พ.ศ.2548)
- _____, คำสอนชั้นปริญญาโท:กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน พ.ศ. 2549)
- โรแบร์ แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร:ไทยวัฒนาพานิช พ.ศ.2526)
- วงษ์ วีระพงศ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด หมิ่นประมาท (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์ พ.ศ.2507)
- วารี นาสกุล ,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรรได้ (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง)
- ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ พ.ศ.2540)

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ความรับผิดชอบของผู้บริหารกิจการทางแพ่งและทางอาญา (กรุงเทพฯ
มหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน พ.ศ.2539)

สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร :
นิติบรรณการ)

เสนีย์ ปราโมช, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2501 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ 2 ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ละเมิด และนิรโทษกรรม คัดจาก
หนังสือนิติกรรม และหนี้ พิมพ์ พ.ศ.2479 (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
พ.ศ.2501)

โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพมหานคร:นิติ
บรรณการ พ.ศ.2547)

เอกสารประกอบการประชุมกลุ่มย่อยเพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิด จัดทำโดย
คณะอนุกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิด คณะกรรมการพัฒนาการบริหารงาน
ยุติธรรมแห่งชาติ .

วิทยานิพนธ์

กฤษณา พิษณุโกศล, "ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชา
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2531.

กฤษณา พิษณุโกศล,ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย พ.ศ.2531)

ณัฐวุฒิ วรรณวานิช, "การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายเนื่องจากการละเมิด"
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2538.

นพรัตน์ สนั่นพานิชกุล, "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามบทบัญญัติมาตรา 420 ศึกษาในแง่ประวัติและ
หลักกฎหมายเปรียบเทียบ" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์ พ.ศ.2538.

นิวิฐชัย สำเนาพันธุ์, ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัท ภายใต้หลักการไม่ค้ำนึ่งถึง
สภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2529)

ประพิณ ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา" วิทยานิพนธ์นิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2522.

ปริญญาวัน ชมเสวก , "ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2549

ภัชฎา รุจิเรข "บทบาทของผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทจำกัด ในการป้องกันครอบครัวทางธุรกิจ"
(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย พ.ศ.2538)

ว่าที่ร้อยตรีสุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์ , "ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ: การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย"
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกริก พ.ศ.2548.

วิชา มั่นสกุล, "ความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
แผนกนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2516.

ศินีนาถ เกียรติกังวาฬไกล, "ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ" วิทยานิพนธ์นิติศาสตร
มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2531.

สมชัย วิชญไพศุภสกุล, "หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย"
(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2530)

สินีกันต์ สิทธิเวชเดช, "ค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางจิตใจ"
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต พ.ศ.2548.

สุเทพ สุนหว่า, "การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิดที่รัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก"
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2548.

สุนิสา โมระศิลป์, "ความรับผิดเพื่อละเมิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ
ศึกษากรณีเฉพาะความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต พ.ศ.2549.

สุรศักดิ์ มณีศรี , "ปริมาณของการรับผิดในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์"
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2524.

บทความ

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย , "ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด" วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 4.

จิตติ ดิงศักดิ์ , "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด" วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม-สิงหาคม 2520 (พระนคร:นํ้าอักษรการพิมพ์ 2520)

จิตติ ดิงศักดิ์ และรองพล เจริญพันธุ์ , "ทัศนะจากคำพิพากษาฎีกา" ,วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 9
เล่มที่ 3 พ.ศ.2520.

- ทรัพย์ คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", วารสารกฎหมาย ฉบับที่ 7 เล่มที่ 3
กุมภาพันธ์ พ.ศ.2526.
- พินิจ ทิพย์มณี, "แค่ทำให้เสียใจเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่" สุทธิปริทัศน์ ปีที่ 18 ฉบับที่ 54
มกราคม-เมษายน พ.ศ.2547.
- พิศวาท สุขนธพันธุ์, "ความเสียหายทางจิตใจตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์" วารสารนิติศาสตร์
ฉบับที่ 2 ปีที่ 12 พ.ศ.2524
- ไพจิตร บุญญพันธุ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย" ดุษฎีสาร เล่ม 1 ปีที่ 20
มกราคม-กุมภาพันธ์ พ.ศ.2516 (พระนคร: โรงพิมพ์การศาสนา พ.ศ.2516)
- ว่าที่ร้อยตรีสุรัชย์ พ่วงชูศักดิ์, "ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ: การนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทย" ดุษฎี
สาร เล่ม 2 ปีที่ 53 พฤษภาคม-สิงหาคม 2549.
- วิษณุ เครื่องงาม, "ความยินยอม-การยอมตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา" วารสารกฎหมาย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พฤษภาคม ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (พระนคร: บริษัทพิมพ์ จำกัด
พ.ศ.2517)
- สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, "ร่างกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่
ปลอดภัยกับผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง" วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 4 ปีที่ 33 ธันวาคม
พ.ศ.2546.
- สุขุม สุภนิตย์, "ค่าสินไหมทดแทนในมาตรา 438: สิทธิของผู้เสียหายและอำนาจตามกฎหมายของ
ศาล", บทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงส์ทีย์
อนันต์ จันทรโอภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด" วารสาร 60 ปี ดร.ปรีดี เกษม
อำนวยการ, "ชีวิตคนกับค่าสินไหมทดแทน", บทความพิเศษ เล่ม 21 ตอน 4 ตุลาคม พ.ศ. 2506.

BOOKS

- Cooke, Philip John. Law of Tort. Second Edition. London: Pitman Publishing, 1995.
- Cohn, E.J.. Manual of German Law. London: The Eastern Press Ltd. Of London and Reading,
1986.
- Foster, Nigel G. ,German Law & Legal System. London: Blackstone Press Ltd., 1994.
- Giliker, Paula and Beckwith, Silas. Tort. Sweet & Maxwell's Textbook Series, 2000.
- John G. Fleming. The Law of torts. Sydney: Law Book Co., 1992.

ภาคผนวก

แบบสอบถาม

วิจัย เรื่องปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ลักษณะละเมิด

ส่วนที่ 1 ความรู้/ความเข้าใจเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ลักษณะละเมิด

ท่านมีความรู้หรือความเข้าใจเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรา 420 ที่ว่า “ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหาย ถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” มากน้อยเพียงไร

มีความรู้ ความเข้าใจ ระดับ

มาก ค่อนข้างมาก ค่อนข้างน้อย น้อย

ไม่มีความรู้ ความเข้าใจเลย (ไม่ต้องตอบในส่วนต่อไป)

กลุ่มผู้ตอบแบบสอบถาม

อัยการ ผู้พิพากษา ทนายความ
 นักวิชาการ ประชาชน

ส่วนที่ 2 ข้อมูลส่วนตัวของผู้ตอบแบบสอบถาม

2.1 เพศ

ชาย
 หญิง

2.2 อายุ

ต่ำกว่า 20 ปี 20-30 ปี
 31-40 ปี 41 ปีขึ้นไป

2.3 สถานะภาพสมรส

โสด สมรส อื่นๆ (ระบุ).....

2.4 ศาสนา

พุทธ คริสต์ อิสลาม อื่นๆ (ระบุ).....

2.5 ระดับการศึกษา

มัธยมศึกษา/อาชีวศึกษา ปริญญาตรี
 ปริญญาโท สูงกว่าปริญญาโท

ส่วนที่ 2 ความคิดเห็นของท่านที่มีต่อกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรุณาเขียนเครื่องหมาย ✓ ลงในช่องแสดงระดับความคิดเห็นที่ตรงกับความคิดเห็นของท่าน

(หากไม่เห็นด้วย หรือไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง กรุณาให้เหตุผลที่ไม่เห็นด้วย ในช่องสุดท้ายของตารางในประเด็นนั้นๆ)

ประเด็นเกี่ยวกับเรื่อง	ระดับความคิดเห็น					เหตุผล สำคัญที่ไม่ เห็นด้วย
	เห็นด้วย อย่างยิ่ง	เห็นด้วย	ไม่มี ความเห็น	ไม่เห็น ด้วย	ไม่เห็นด้วย อย่างยิ่ง	
1. คำว่า "ผิดกฎหมาย (Unlawfully)" ในมาตรา 420 เห็นว่าคำนี้ยังคงเหมาะสมหรือไม่ เพราะแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำให้เกิดความเสียหาย การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นละเมิด						
2. ควรเพิ่มเติมการเรียกค่าเสียหายให้รวมไปถึง "การทำให้เสียหายแกล้งใจ" เช่น การเสิร์ฟโศกเสีใจ หรือการทำให้เกิดความวุ่นวาย เป็นต้น (ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติความรับผิดชอบเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 บัญญัติให้เรียกร้องได้)						
3. ควรเพิ่มเติมคำว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ให้ชัดเจนโดยเพิ่มเติมไปถึง "ชื่อเสียง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบกิจการงาน หรือประกอบอาชีพ สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือสิทธิอื่นใด"						
4. ควรบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจนว่า "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด" (Volenti non fit injuria) ไว้ในประมวลกฎหมายแทนที่จะนำเอาสุภาษิตกฎหมายลาตินมาใช้ (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)						

ประเด็นเกี่ยวกับเรื่อง	ระดับความคิดเห็น					เหตุผลสำคัญที่ไม่เห็นด้วย
	เห็นด้วยอย่างยิ่ง	เห็นด้วย	ไม่มีความเห็น	ไม่เห็นด้วย	ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง	
5. ควรบัญญัติว่า “ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหาย ผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น เว้นแต่เป็นความยินยอมสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” (เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 8 และ 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)						
6. กฎหมายลักษณะละเมิดในหมวด 3 ใช้คำว่า “นิรโทษกรรม (justifiable acts)” ซึ่งน่าจะแปลว่าการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ในความเป็นในหมวดนี้หลายเรื่องผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบ แต่รับผิดชอบลดลงเท่านั้น เห็นว่าน่าจะเปลี่ยนชื่อหมวดใหม่เป็นคำว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้”						
7. มาตรา 429 บัญญัติให้ผู้เยาว์กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบ แต่ในความจริงเด็กไร้เดียงสากระทำโดยไม่รู้สำนึกไม่น่าจะถือเป็นการละเมิด เช่น เด็ก 2 ขวบ หยิบแก้วน้ำขว้างใส่พี่เลี้ยงถือ是孩子ทำละเมิด เห็นควรให้กฎหมายบัญญัติให้ชัดเจนว่า “เด็กอายุเท่าใดกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับผิดชอบ” (หากเห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)						
8. เห็นควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า “เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ไม่ต้องรับผิดชอบฐานละเมิด” (เปรียบเทียบจากมาตรา 828 กฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 712 กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นประกอบ)						

ประเด็นเกี่ยวกับเรื่อง	ระดับความคิดเห็น					เหตุผล สำคัญที่ไม่ เห็นด้วย
	เห็นด้วย อย่างยิ่ง	เห็นด้วย	ไม่มี ความเห็น	ไม่เห็น ด้วย	ไม่เห็นด้วย อย่างยิ่ง	
9. เจตนารมณ์เดิมของกฎหมายละเมิดต้องการ เยียวยาผู้เสียหายให้ได้รับค่าเสียหายที่ใกล้เคียง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมากที่สุด แต่เห็นควรมี การกำหนดหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายใน เชิงลงโทษ เพื่อเป็นการลงโทษและเพื่อยับยั้งการ กระทำผิดต่อไป เช่น นักศึกษา ABAC ตกรถมดล ศาลให้ชดใช้ประมาณ 11 ล้านบาท เป็นต้น (หาก เห็นด้วยกรุณาตอบข้อต่อไป)						
10. เห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า "หาก ความเสียหายเกิดมีขึ้นโดยจงใจและประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำละเมิดที่ มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมอย่างร้ายแรง ให้ ศาลมีอำนาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการ ลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง" (เทียบกับพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ.2545 พระราชบัญญัติความผิดในสินค้าที่ไม่ ปลอดภัย พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณา คดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติส่งเสริม และพัฒนาคุณภาพชีวิตของคนพิการ พ.ศ.2550)						
11. กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบ ลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ตามมาตรา 425 และ บัญญัติในมาตรา 426 ให้นายจ้างมีสิทธิไล่เบียดเอา จากลูกจ้างได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าไล่เบียดได้ เพียงใด ดังนั้นเห็นควรเพิ่มเติมสิทธิในการไล่เบียด ให้ชัดเจน (หากเห็นด้วยให้ตอบเพียงข้อใดข้อ หนึ่งเท่านั้น)						

ประเด็นเกี่ยวกับเรื่อง	ระดับความคิดเห็น					เหตุผล สำคัญที่ไม่ เห็นด้วย
	เห็นด้วย อย่างยิ่ง	เห็นด้วย	ไม่มี ความเห็น	ไม่เห็น ด้วย	ไม่เห็นด้วย อย่างยิ่ง	
(หากเห็นด้วยให้ตอบเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น) ก. ในระหว่างบุคคลนายจ้างและลูกจ้างนั้น ต้อง รับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนเห็นว่าจะต้องรับ ผิดเป็นส่วนเท่าๆ กัน						
ข. นายจ้างเมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วมี สิทธิได้รับชดใช้จากลูกจ้างจนเต็มจำนวน						
ค. ปรับปรุงกฎหมายใหม่ให้ "นายจ้างไม่ควรได้ เบี้ยลูกจ้างอีกต่อไป" เพราะได้ทำไปในทางการ ที่จ้าง						
12. หลักในเรื่องความรับผิดชอบกับบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เช่นนายจ้าง - ลูกจ้าง (มาตรา 425) ตัวการ - ตัวแทน (มาตรา 427) ผู้ว่า จ้างทำของ - ผู้รับจ้างทำของ (มาตรา 428) บิดา มารดา ผู้อนุบาล - ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต (มาตรา 429) ครู อาจารย์ นายจ้าง หรือผู้ดูแล - บุคคลไร้ ความสามารถ (มาตรา 430) เห็นว่าควรเพิ่มหลัก เรื่อง "นิติบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำ ละเมิด" เพื่อให้หลักนี้นำมารวมอยู่ในกฎหมาย ลักษณะละเมิดให้ครบถ้วนสมบูรณ์						
13. อายุความละเมิดเห็นควรเพิ่มจาก 1 ปี เป็น 2 ปี โดยบัญญัติว่า "สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิด แต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้น 2 ปี นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้ จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้น 10 นับ แต่วันทำละเมิด"						

ส่วนที่ 3 ข้อเสนอแนะ และความคิดเห็นในการปรับปรุงกฎหมายลักษณะละเมิดนอกเหนือจากคำถาม 13 ข้อ
ข้างต้น

.....

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

ที่อยู่ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 110/1-4 ถนนประชาชื่น หลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

ประวัติการศึกษา

ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ปริญญาโท นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ประสบการณ์การทำงาน

1. ปัจจุบันดำรงตำแหน่ง อาจารย์ประจำและรองผู้อำนวยการศูนย์วิจัยและพัฒนาทางนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
2. ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยคณบดีฝ่ายกิจการนักศึกษา คณะนิติศาสตร์ ระหว่าง พ.ศ. 2541 ถึง พ.ศ.2544
3. ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักกิจการนักศึกษา ระหว่าง พ.ศ. 2544 ถึง พ.ศ.2546
4. ดำรงตำแหน่งรองผู้อำนวยการศูนย์วิจัยและพัฒนาทางนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ ระหว่าง พ.ศ. 2547 ถึงปัจจุบัน
5. ได้ผ่านการรับรองคุณภาพการสอนตั้งแต่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2547 ถึง ปัจจุบัน รวม 3 สมัย จากคณะกรรมการวิชาการ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
6. ผู้บรรยายประจำของศูนย์พัฒนาบุคลากรคุณภาพและการสื่อสาร PCDC มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ผลงานทางวิชาการ

งานวิจัย

1. ได้ร่วมวิจัยกลุ่มเรื่องความเหลื่อมล้ำของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในสังคมเมืองและสังคมชนบท ภายใต้โครงการวิจัย "สังคมชนบทสู่สังคมเมือง:พลวัตสู่ทศวรรษหน้า" สถาบันวิจัยสังคมและเศรษฐกิจ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เพื่อเฉลิมฉลองครบรอบ 36 ปี วันสถาปนามหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต แล้วเสร็จปี พ.ศ.2546

2. วิจัยเรื่องกฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีการวินิจฉัยปัญหาทางจิต ประเภทโครงการวิจัยทั่วไป โดยได้ทุนวิจัยจากมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต แล้วเสร็จเมื่อเดือนสิงหาคม พ.ศ.2548

3. วิจัยเรื่องการทบทวนความเหมาะสมเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการบริโภคสุรา โดยได้ทุนวิจัยจากศูนย์วิจัยปัญหาสุรา (ศวส.) สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข (สวรส.) สำนักงานกองทุนสนับสนุนการส่งเสริมสุขภาพ (สสส.) แล้วเสร็จเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ.2550

4. ได้ร่วมวิจัยกลุ่มเรื่องรายงานความก้าวหน้าโครงการติดตาม ประเมินผลและพัฒนารูปแบบและแนวทางการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล เป็นงานวิจัยได้รับทุนจากสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม แล้วเสร็จปี พ.ศ.2549

5. วิจัยเรื่องทบทวนปรับปรุงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศึกษาเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด เป็นงานวิจัยที่ได้รับทุนจากมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต แล้วเสร็จ พ.ศ.2552

งานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

1. จัดทำหนังสือหลักกฎหมายบริษัทจำกัด (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด) พิมพ์ครั้งที่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2545 พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม กันยายน พ.ศ.2546 พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม พฤศจิกายน พ.ศ.2547)

2. จัดทำหนังสือหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด) พิมพ์ครั้งที่ 1 สิงหาคม พ.ศ.2546 พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม พฤษภาคม พ.ศ.2548

3. จัดทำหนังสือหลักกฎหมายตัวแทนและนายหน้า (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด เมษายน พ.ศ. 2547)

4. จัดทำหนังสือหลักกฎหมายธุรกิจ (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม กรกฎาคม พ.ศ.2550)

5. จัดทำหนังสือหลักกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด แก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ.2551)

6. จัดทำหนังสือหลักกฎหมายประกันภัย (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด พ.ศ.2550)

7. ได้ร่วมจัดทำหนังสือกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา กับ ร.ศ. ดร.วีระ โลจายะ และ อาจารย์ฉนิษฐา จุลสมัย ตามหลักสูตรประกาศนียบัตรวิชาชีพชั้นสูง (ปวส.) กระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ.2546

รหัส 3200-1011 สำนักงานคณะกรรมการอชีวศึกษา (กรุงเทพมหานคร:บริษัทพัฒนาวิชาการ (2535) จำกัด พ.ศ.2550)

8. บทความเรื่อง "บำเหน็จหรือบำนาญ อย่างไรหนึ่ดีกว่ากัน" พิมพ์ในวารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน 2544 และนำมาเผยแพร่ในวารสารสมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชินูปถัมภ์ ฉบับเดือนมิถุนายน พ.ศ.2545 ตลอดครบรอบ 55 ปี

9. บทความฉลองครบรอบ 36 ปี มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เรื่อง "แค่ทำให้เสียใจ เรียกค่าเสียหายได้หรือไม่" พิมพ์ในวารสารสุทธิปริทัศน์ ปีที่ 18 ฉบับที่ 54 มกราคม-เมษายน พ.ศ. 2547

10. บทความเรื่อง "กฎหมายทำแท้งในกรณีที่มีโรคทางจิต" พิมพ์ในวารสารสุทธิปริทัศน์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 57 มกราคม-เมษายน พ.ศ.2548 และรายงานผลการวิจัยในวารสารคุณภาพชีวิตกับกฎหมาย มหาวิทยาลัยมหิดล ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม-ธันวาคม พ.ศ.2548

11. บทความเรื่อง "ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นละเมิด ควรบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่" พิมพ์ในวารสารคุณภาพชีวิตกับกฎหมาย ปีที่ 4 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม-ธันวาคม พ.ศ. 2551

งานสอนภายนอกมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต และงานบริการสังคม

1. เป็นคณะกรรมการบริหารกระบวนการยุติธรรมในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามประกาศแพทยสภาที่ 71/2551
2. เป็นอาจารย์พิเศษสอนวิชากฎหมายสัญญาและละเมิดชั้นสูง (LAW 708) หลักสูตร LL.M (นิติศาสตรมหาบัณฑิต) คณะนิติศาสตร์ วิทยาลัยตาปี
3. เคยเป็นคณะกรรมการจัดทำพจนานุกรมศัพท์นิติศาสตร์ ราชบัณฑิตยสถาน
4. เคยเป็นอาจารย์พิเศษ โรงเรียนนายร้อยตำรวจสามพรานในหลักสูตร กอศ.

งานอบรมบุคลากร

เป็นผู้บรรยายประจำของศูนย์พัฒนาบุคลากรและการสื่อสาร PCDC มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

1. เป็นผู้บรรยายในโครงการฝึกอบรมหลักสูตร "การพัฒนาบุคลากรหลักของศูนย์การท่องเที่ยว กีฬา และนันทนาการจังหวัด" จำนวน 2 รุ่น ให้กับผู้อำนวยการศูนย์การท่องเที่ยว กีฬา และนันทนาการจังหวัด รุ่นละ 20 ท่าน ในวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2551 และวันที่ 17 มีนาคม 2551

2. เป็นผู้บรรยายในหัวข้อวิชา "การพัฒนาบุคลากร" ให้แก่ข้าราชการสำนักงานปลัดกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาในสังกัดส่วนกลาง จำนวน 60 คน ในวันที่ 27 พฤษภาคม 2551 ณ ห้องประชุม 1 ชั้น 2 กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา
3. เป็นผู้บรรยายในโครงการฝึกอบรมหลักสูตร "บุคลิกภาพสำหรับพนักงานขับรถมืออาชีพ" สำหรับพนักงานขับรถ ของสำนักงานเศรษฐกิจการคลังกระทรวงการคลัง จำนวน 14 ท่าน ในวันที่ 31 พฤษภาคม 2551 ณ.สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง
4. เป็นผู้บรรยายในโครงการฝึกอบรมหลักสูตร "พัฒนาบุคลิกภาพและมารยาทในการรับประทานอาหาร" ให้กับสถาบันพัฒนาข้าราชการกรุงเทพมหานคร จำนวน 40 ท่าน ในวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2551 ณ. โรงแรมแอสปี้ดอินท์ กรุงเทพฯ
5. เป็นผู้บรรยายในโครงการปัจฉิมนิเทศ ประจำปีการศึกษา 2551 มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี วันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2552 อาคารปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ ในหัวข้ออิริยาบถและมารยาทสังคม
6. เป็นผู้บรรยายหลักสูตรนักรับราชการแพทย์และสาธารณสุข รุ่นที่ 2 สำนักการแพทย์ วิชา "การพัฒนาบุคลิกภาพของผู้บริหาร" ณ. โรงแรมปรินซ์ พาเลซมหานาค วันที่ 26 พฤษภาคม 2552 เวลา 9.00-16.00 น.