

## บทที่ 2

### วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายละเมิดและแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายไทย

#### 2.1 วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎี และสถานะทางกฎหมายของละเมิด

กฎหมายลักษณะละเมิดเป็นกฎหมายที่เก่าแก่มากตั้งแต่ในยุคโบราณเมื่อมนุษย์รวมตัวกันเป็นสังคม หากมีการประทุษร้ายเกิดขึ้นในสังคมผู้เสียหายมีอำนาจแก้แค้นผู้ที่ประทุษร้ายตนได้ โดยลำพังในลักษณะที่เรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ต่อมาเมื่อสังคมมนุษย์มีการพัฒนามากขึ้นจนมีผู้นำกลุ่ม ผู้นำชุมชน ตลอดจนกระทั่งมีรัฐและผู้ปกครองรัฐเกิดขึ้นมาความคิดเกี่ยวกับการรักษาความสงบภายในรัฐด้วยการกำหนดระเบียบและข้อกำหนดความประพฤติของประชาชนในรัฐ โดยถือว่าการฝ่าฝืนข้อกำหนดและข้อห้ามดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะลงโทษ ซึ่งทำให้เกิดการแบ่งแยกระหว่างการลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดโดยรัฐเพื่อให้เกิดความสงบสุขและปราบปรามมิให้เกิดการกระทำนั้นอีกส่วนผู้เสียหายที่ควรได้รับการชดเชยค่าเสียหายก็กำหนดให้มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเนื่องจากการประทุษร้ายนั้นได้เป็นอีกส่วนหนึ่ง เรียกว่า กฎหมายลักษณะละเมิด<sup>1</sup> ด้วยความเป็นมาดังกล่าว ทำให้นักกฎหมายและนักประวัติศาสตร์กฎหมายกล่าวกันว่าละเมิดเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายลักษณะอื่นทั้งหมด เพราะถือว่า “หลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน” เกิดขึ้นก่อนหลักการลงโทษทางอาญาหรือไม่ก็ต้องอ้างว่าละเมิดเป็นระยะหนึ่งแห่งประวัติศาสตร์ของกฎหมายอาญา รวมทั้งที่กล่าวว่าเกิดขึ้นก่อนกฎหมายอาญา ดังนั้นจึงสันนิษฐานได้ว่ากฎหมายลักษณะละเมิดนั้นมีหลักที่มาไม่ต่างจากหลักศีลธรรมซึ่งถือว่าการเบียดเบียนกันเป็นสิ่งที่ผิด เป็นความชั่วไม่ควรได้รับการสนับสนุน และเมื่อผิดหรือชั่วแล้วต้องมีการปราบปรามลงโทษเพื่อมิให้มีการกระทำเช่นนั้นอีกในสังคม

ตามศัพท์ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Tort” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “Tortus” ซึ่งมีความหมายว่าการกระทำความผิด (Wrong) หรือการกระทำโดยทุจริต (Crooked) ความหมายทั่วไปละเมิด หมายถึง การกระทำที่เป็นความผิดหรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตความหมายทางกฎหมาย

---

<sup>1</sup> สุขุม สุกนิตย์. (2538). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 1.

ละเมิด หมายถึง การกระทำโดยผิดกฎหมายทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนและเมื่อความเสียหายเกิดขึ้นผู้ที่เป็นผู้ก่อความเสียหายมีหน้าที่ต้องชดใช้ความเสียหายนั้น (He who breaks must pay) ละเมิด (Torts) เป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นเสียหายล่วงสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่ตนมีอยู่ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง เมื่อรัฐเจริญขึ้นมีความมั่นคงเพียงพอก็ได้วางบทลงโทษไม่เพียงแต่สำหรับความผิดที่มุ่งร้ายต่อรัฐเท่านั้นแต่รวมถึงความผิดที่มุ่งร้ายต่อเอกชนด้วย เช่น การฆ่า การลักทรัพย์ การทำร้ายร่างกาย และรัฐได้สงวนสิทธิที่จะลงอาญาแก่ผู้กระทำผิดให้เป็นของคนแต่เพียงผู้เดียว ส่วนผู้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดคงมีแต่สิทธิที่จะเรียกร้องให้ชดเชยความเสียหาย โดยบางรัฐก็ให้เอกชนผู้ได้รับความเสียหายเรียกค่าทดแทนจากผู้กระทำความผิดมากกว่ามูลค่าของความเสียหายที่ตนได้รับ โดยถือว่าเป็นการลงโทษผู้ละเมิดไปในตัว บางรัฐก็มอบให้รัฐเป็นผู้ใช้สิทธิลงอาญาแก่ผู้กระทำความผิดร้ายแรง ส่วนความผิดอื่นนอกจากนั้นให้เอกชนผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกค่าทดแทนได้เอง<sup>2</sup>

กฎหมายลักษณะละเมิด มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายดั้งเดิมของโรมันซึ่งมุ่งประสงค์ที่จะควบคุมการล้างแค้นให้เป็นไปโดยถูกต้องตามจารีตประเพณี แต่ต่อมาจึงได้เน้นหลักการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย เห็นได้ว่าเป็นยุคที่ได้มีการพัฒนากฎหมายอาญาขึ้นอย่างเป็นระบบพอสมควรแล้ว ซึ่งความรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในละเมิดเป็นการลงโทษอย่างหนึ่งยังแฝงอยู่ในกฎหมายลักษณะละเมิดของโรมัน ดังนั้นความรับผิดชอบในทางละเมิดจึงอยู่บนพื้นฐานของจิตใจของผู้กระทำเหมือนกับความผิดในทางอาญา กฎหมายลักษณะละเมิดของโรมันเป็นการบัญญัติความรับผิดชอบเป็นกรณีเฉพาะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปเมื่อได้มีการปฏิบัติเกิดขึ้นในสาธารณรัฐฝรั่งเศสความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติมีอิทธิพลอย่างสูงต่อการจัดทำประมวลกฎหมาย กฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงบัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นหลักทั่วไปและเขียนไว้เพียงไม่กี่มาตราเท่านั้น แนวความคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายได้แพร่หลายเข้าไปในประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป ซึ่งรวมทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีผู้นำแห่งสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย คือ Savigny ได้ถูกขึ้นคัดค้านการเลียนแบบอย่างประมวลกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยเน้นว่ากฎหมายเป็นเรื่องของความสำนึกร่วมกันของชนในชาติที่เรียกว่า วิญญาณประชาชาติ (Volksgist) ซึ่งแต่ละชาติมีขนบธรรมเนียมประเพณีและความสำนึกร่วมกันที่แตกต่างกันออกไป การคัดค้านนี้ทำให้การจัดทำประมวลกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต้องล่าช้าไปเป็นเวลาถึงครึ่งศตวรรษ แต่ในที่สุดประมวลกฎหมายของเยอรมันก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ดีที่สุดในขณะนั้น กฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

<sup>2</sup> โรแบร์ แลงการต์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 72-74.

จึงมีลักษณะแตกต่างจากของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเพราะนอกจากจะบัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดทั่วไปไว้แล้วยังบัญญัติกรณีเฉพาะเรื่องต่างๆ อีกด้วยสำหรับประเทศอังกฤษ กฎหมายละเมิดมีวิวัฒนาการมาจากระบบกฎหมายของศาล (Writ System) กฎหมายลักษณะละเมิดของระบบ Common Law จึงเป็นกรณีความรับผิดชอบเฉพาะเรื่องในฐานะต่างๆ แม้แต่ความรับผิดชอบเพื่อการทำโดยประมาทเลินเล่อก็เป็นความรับผิดชอบฐานหนึ่งเท่านั้น แต่ละฐานจึงเป็นเอกเทศไม่ปะปนกัน

กฎหมายลักษณะละเมิดในปัจจุบันมีวิวัฒนาการมาจากสองสายได้แก่ ระบบ Common Law และระบบ Civil Law ซึ่งก็ต่างมีความมุ่งประสงค์ที่จะหาหลักเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางละเมิดของบุคคล แต่รายละเอียดและวิธีการนั้นแตกต่างกันออกไป<sup>3</sup> ทั้งนี้ เพราะเหตุผลทางประวัติศาสตร์ สภาพเศรษฐกิจและสังคมตลอดจนความรู้สำนึกคิดของประชาชนที่แตกต่าง เช่น กรณีจำเลยขับรถโดยประมาทเลินเล่อทำให้เกิดอุบัติเหตุอย่างร้ายแรง ผู้เห็นเหตุการณ์พยายามเข้าช่วยเหลือผู้บาดเจ็บ จนตนเองได้รับอันตรายไปด้วย ปัญหาว่าจำเลยต้องรับผิดชอบต่อผู้เข้าช่วยเหลือผู้บาดเจ็บด้วยหรือไม่ กฎหมายแต่ละตระกูลมีวิธีคิดแตกต่างกัน กฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะถามว่า จำเลยมีหน้าที่ต่อผู้เข้าช่วยเหลือดังกล่าวด้วยหรือไม่ในการที่จะระมัดระวังป้องกันความเสียหายในขณะที่กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ว่าจะมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ (ขับรถโดยประมาท) และผลความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เข้าช่วยเหลือผู้ประสบภัยหรือไม่

### 2.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และสถานภาพทางกฎหมายของละเมิด

การกระทำละเมิดเป็นการกระทำที่จัดอยู่ในประเภทนิติเหตุ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีได้มุ่งผลในการเคลื่อนไหวสิทธิไม่ประสงค์หรือเจตนาจะก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็บัญญัติให้เกิดสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบต่อกันเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งที่สามารถบังคับกันต่อไปได้ โดยเหตุนี้นักนิติศาสตร์บางท่านเรียกหนี้ละเมิดว่าเป็นหนี้ทางกฎหมาย (Obligation Legate)

กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าละเมิดเป็นข้อผูกพันซึ่งเกิดขึ้น โดยไม่มีสัญญา (Disengagement quiseformen sans convention)

กฎหมายสเปนถือละเมิดเป็นที่เกิดจากความผิดหรือประมาทเลินเล่อ (Desobligations guinaissent de la faute ou de la negligence)

เมื่อความมุ่งหมายของกฎหมายละเมิดอยู่ที่การชดใช้เยียวยาความเสียหาย การที่จะถือว่าเป็นละเมิดจึงมิได้อยู่ที่ว่าบทกฎหมายกำหนดว่าอะไรเป็นละเมิดหรือไม่อย่างกฎหมายอาญาหากแต่

<sup>3</sup> อนันต์ จันทร โอภากร. (2531). *โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ: พี.เค.พรินคิงเฮาส์. หน้า 95-96.

อยู่หลักเกณฑ์ที่ว่าต้องมีความเสียหาย อันเป็นผลจากการกระทำล่วงละเมิดหรือมีการกระทำโดยไม่มีอำนาจทำให้เกิดขึ้น จึงมีการเรียกให้ผู้ก่อความเสียหายรับผิดชอบใช้ได้ ข้อนี้ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ยังคงถือว่าการจะเป็นละเมิดต้องมีกฎหมายกำหนดเป็นเรื่องๆ ไป เหมือนความผิดอาญา เช่น กฎหมาย Common Law ถือว่าความตายของผู้กระทำละเมิดทำให้ผู้เสียหายสิ้นสิทธิฟ้องร้องให้ใช้ค่าเสียหาย ในการนี้ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เปรียบเทียบว่า การกระทำจะเป็นละเมิดหรือไม่ในกฎหมายจารีตประเพณีต้องขึ้นอยู่กับว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้ เช่นนั้นหรือไม่เหมือนกับว่าจะมีโรคก็ต่อเมื่อมียารักษา แต่ในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ไม่ถือเช่นนั้น แต่พยายามกำหนดลักษณะแห่งการกระทำอันถือว่าเป็นละเมิดขึ้นไว้เป็นหลักทั่วไป ถ้ามีกรณีเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวเมื่อใดก็ปรับบทได้ว่าเป็นละเมิดและเรียกให้ชดใช้เยียวยาได้ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างของกฎหมายอาญาและกฎหมายละเมิดในประเด็นสำคัญนั้นไม่ว่าจะเป็นระบบจารีตประเพณีหรือระบบประมวลกฎหมาย ก็มีความเห็นตรงกันว่าคดีอาญานั้นเป็นเรื่องที่เป็นความผิดต่อสังคมกระทบกระเทือนต่อรัฐ ส่วนคดีละเมิดนั้นเป็นเรื่องที่ผู้เสียหาย คือเอกชนสามารถเรียกร้องให้มีการชดใช้เยียวยา เพื่อให้ความเสียหายนั้นหมดสิ้นไปโทษทางอาญานั้นเป็นการปราบปรามให้เด็ดขาด และป้องปรามมิให้มีผู้กระทำเช่นนั้นอีก การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดมิใช่โทษ แต่เป็นการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับสู่สภาพเดิมให้มากที่สุดที่จะทำได้กรณีอาจเป็นทั้งความผิดอาญาและละเมิดพร้อมกันได้หากว่าการกระทำนั้นๆ เข้าลักษณะที่กฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นความผิดในทางละเมิดด้วย ตัวอย่าง เช่น การทำร้ายร่างกาย หรือทำอันตรายแก่ชีวิตย่อมเป็นความผิดอาญา อันถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคม และถือว่าผู้เสียหายถูกทำละเมิดมีสิทธิเรียกร้องให้ชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้นได้ละเมิดกฎหมายมุ่งประสงค์จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่น โดยเฉพาะเจาะจง หากทำให้คืนสภาพเดิมไม่ได้ก็พยายามที่จะให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด การทำให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิม โดยกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์เพื่อชดเชยสิ่งที่เขาจะต้องเสียหายไป เนื่องจากการละเมิดกฎหมายมีจุดมุ่งหมายในการให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อบรรเทาความเสียหายที่ผู้ถูกละเมิดได้รับและทำให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิมเหมือนก่อนที่มีการละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งถ้าไม่มีทางอื่นก็ให้ชดใช้กันเป็นเงินอันเป็นวิธีชดใช้ได้ทั่วไปในกรณีที่ไม่สามารถหาวิธีอื่นได้ดีกว่านั้นได้ แม้แต่ความเสียหายที่ได้รับทางจิตใจซึ่งเป็นความเสียหายในทางศีลธรรมไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ ต้องบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายกันเป็นตัวเงินเพราะไม่มีทางอื่นที่จะทำได้ดีกว่านั้น ดังนั้น ถ้าเป็นความเสียหายอันแน่นอนและเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของ

ผู้ละเมิด ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบไม่จำกัดว่าต้องเป็นผลตามปกติหรือผลพิเศษที่คาดหมายได้ เช่น กรณีผิดสัญญาไม่ชำระหนี้

## 2.1.2 ทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิด

### 1) ทฤษฎีรับภัย

แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดในทางละเมิดในระบบกฎหมายจารีตประเพณีมีสองแนวใหญ่ๆ ได้แก่ แนวคิดก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 ที่ถือว่าเมื่อมีความเสียหายที่ต้องมีการชดเชยเยียวยา แนวคิดนี้มีพื้นฐานจากหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย ดังนั้นทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดในแนวคิดนี้ไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายในด้านจิตใจของผู้กระทำ เช่น จงใจกระทำ หรือการขาดความระมัดระวังแต่ประการใด เมื่อมีผู้เสียหายต้องมีผู้ชดเชยความเสียหายเท่ากับมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย ทั้งนี้เพราะถือว่าความคิดของมนุษย์อันเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจไม่อาจถูกพิจารณาได้ส่วนแนวคิดประการที่สองถือว่าความเสียหายที่จะมีผู้รับผิดชอบชดเชยเยียวยาให้ต้องเกิดจากการกระทำของบุคคลซึ่งจงใจกระทำหรือกระทำลงโดยขาดความระมัดระวังเท่านั้น ทั้งนี้เพราะแนวคิดดังกล่าวมีหลักการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลผู้กระทำมากกว่ามุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย

ในยุคแรกก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายละเมิดมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล ดังนั้นทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดจึงมิได้เน้นที่ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่พิจารณาถึงความเสียหายมากกว่าถือว่าผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบ ต่อมาทฤษฎีนี้ได้รับอิทธิพลจากศาสนาอย่างมากขึ้นถือว่าผู้ละเมิดเป็นผู้ประพฤติผิดศีลธรรมไปในตัวขยายหลักความรับผิดในทางละเมิดไปสู่เกณฑ์ที่ต้องพิจารณาการจงใจกระทำ ทำให้ความรับผิดในละเมิดจะเกิดแต่เฉพาะกรณีละเมิดโดยจงใจกระทำ หรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น เท่ากับเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของการใช้เสรีภาพของบุคคลตามแทนคิดประการที่สอง เหตุผลผู้ถือทฤษฎีรับภัยอ้างว่าไม่ควรจะมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดในเรื่องความรับผิดในทางละเมิดอยู่ 2 ประการ คือ

(1) เหตุผลทางกฎหมาย ผลแห่งความรับผิดทางละเมิด คือ การบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายมิใช่เป็นการลงโทษอย่างความรับผิดในทางอาญา ฉะนั้น กฎเกณฑ์ละเมิดก็ควรจะให้เข้ากับผลละเมิดเหมือนกัน คือ ไม่จำเป็นจะต้องมีความผิด การที่เอาความผิดเข้ามาในหลักเกณฑ์ละเมิดทำให้หลักกฎหมายเขวไปทำให้ผลแห่งความรับผิดทางละเมิดเป็นการลงโทษ

(2) เหตุผลทางพฤติการณ์ ผู้ถือทฤษฎีรับภัยได้อ้างว่า เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นและหาผู้กระทำผิดมิได้รับความยุติธรรมหรือที่จะให้ผลแห่งการกระทำหรือกรรมตกอยู่แก่ผู้ก่อการกระทำนั้น เจ้าทุกข์หรือผู้เสียหายไม่ได้ก่อเป็นแต่ถูกกระทำนั้น เพราะเหตุใดต้องรับกรรมหรือ

<sup>4</sup> สุขุม สุกนิตย์. อ้างแล้ว. หน้า 6-7.

จะต้องรับภัยนั้น การที่ถือหลักความผิดในเรื่องละเมิดเท่ากับให้ผู้ที่อยู่เฉยๆ ได้รับความบาปเคราะห์ หากถือตามทฤษฎีรับภัย คือ ให้ผู้ก่อภัยรับภัยเองแต่วิเคราะห์ว่าภัยนั้นเป็นผลเพราะเหตุใด และเหตุนี้ใครเป็นผู้ก่อ ผู้นั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายส่วนในเรื่องการหาตัวผู้ทำผิดตามหลักเก่าจะต้องพิจารณาถึงว่าการกระทำใดเป็นความผิด สิ่งใดผิดหรือไม่ผิดเป็นปัญหาซึ่งเปลี่ยนแปลงไปแล้วแต่ละท้องถิ่นและสมัยต่างกับการหาเหตุของความเสียหายซึ่งยอมใช้ได้ทุกท้องถิ่นและทุกสมัย<sup>5</sup>

## 2) ทฤษฎีความผิด

ทฤษฎีความผิด ถือว่าผู้ละเมิดเป็นผู้ประพฤติดิถีศีลธรรมไปในตัวและขยายหลักความผิดในทางละเมิดไปสู่เกณฑ์ที่ต้องพิจารณาการกระทำจงใจ ทำให้ความรับผิดชอบละเมิดจะเกิดแต่เฉพาะกรณี โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น เท่ากับเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของการใช้เสรีภาพของบุคคล

ปลายศตวรรษที่ 19 แนวทฤษฎีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในละเมิดชัดเจนมากขึ้นว่าจะต้องมี ความผิดจึงจะมีความผิดได้ No Liability without Fault หรือที่เรียกว่า Fault Theory เชื่อกันว่าเป็นแนวคิดซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบการค้าเสรี Laissez-faire และการปฏิวัติอุตสาหกรรมในยุโรป ทฤษฎีความผิดเชื่อว่าจะช่วยทำให้เกิดความกล้าเสี่ยงต่อการดำเนินกิจการต่างๆ มากขึ้น เพราะทฤษฎีให้รับผิดชอบโดยปราศจากความผิดขัดขวางต่อความเจริญทางอุตสาหกรรม เนื่องจากในทฤษฎีเดิม (รับผิดชอบโดยไม่ต้องจงใจหรือประมาท) นั้น ถ้าความเสียหายเกิดจากการทำอุตสาหกรรม ผู้ประกอบกิจการต้องรับผิดชอบโดยไม่มีข้อแก้ตัว<sup>6</sup>

## 3) ทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาด

ความคิดเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดอยู่บนพื้นฐานของ “ความผิด” ได้ยึดถือเรื่อยมาจนปลายศตวรรษที่ 18 และศตวรรษที่ 19 เมื่อเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้น คนงานในโรงงานอุตสาหกรรมต้องได้รับบาดเจ็บอยู่เสมอจากการทำงานของเครื่องจักรกล ยานพาหนะอันเดินด้วยจักรกล ความเสียหายจากการบริการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในสังคมเสมอมา ถ้ายึดแนวความคิดที่ว่าผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิด คดีดังกล่าวเหล่านี้ส่วนใหญ่ผู้เสียหายจะไม่ได้รับการเยียวยา

ปัจจุบันประเทศอุตสาหกรรมในยุโรปและอเมริกาดำเนินชีวิตประจำวัน เช่น อุบัติเหตุทางยานยนต์ความเสียหาย

<sup>5</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. (2518). *หลักกฎหมายแห่งลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 89.

<sup>6</sup> สุขุม สุภนิตย์. อ้างแล้ว. หน้า 97.

จากการบริโภคสินค้าและบริการ กรณีเหล่านี้ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ความผิดของผู้ละเมิด แต่เป็นการยากมากที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ได้ว่า ผู้ใดต้องรับผิดชอบเพราะจงใจทำให้เสียหาย หรือประมาทเลินเล่อในการผลิตสินค้าหรือให้บริการดังนั้น แนวคิดเกี่ยวกับการชดใช้เยียวยาในทางละเมิดจึงย้อนกลับไปสู่สมัยเริ่มแรก คือ เน้นความเสียหายไม่เน้นที่ความผิดเรียกว่าทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict liability) มีการนำเอาแนวคิดดังกล่าวไปบัญญัติในกฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะ หรือกฎหมายเกี่ยวกับการบินพาณิชย์ กฎหมายเกี่ยวกับความเสียหายจากการบริโภคผลิตภัณฑ์ กฎหมายค่าทดแทนความเสียหายในการทำงาน เป็นต้นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้ทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาดยังมีอยู่ เช่น ฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจหรือเจ้าของกิจการที่เป็นอันตราย อ้างว่าการโยนภาระความรับผิดชอบตามทฤษฎีนี้ทำให้อุตสาหกรรมหยุดชะงักและต้นทุนการผลิตสูงเพราะต้องผลิตให้มีคุณภาพระดับที่ปลอดภัยอย่างไม่มีข้อบกพร่องและในที่สุดย่อมกระทบกระเทือนผู้บริโภค เพราะผู้ผลิตย่อมผลักภาระนี้ไปที่ราคาสินค้า

อย่างไรก็ดี ตามทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาดก็ยังเป็นที่ยอมรับว่าเป็นความจำเป็นที่จะต้องให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในชีวิตปัจจุบัน เพราะเป็นเรื่องยากแก่การพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ถ้าผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อเกี่ยวกับการผลิตหรือการใช้สินค้าซึ่งมีความสลับซับซ้อนมาก ระบบที่มีบทบาทช่วยทำให้การเยียวยาชดใช้ความเสียหายในปัจจุบันยุติธรรมมากขึ้น ได้แก่ระบบประกันภัย ซึ่งในประเทศที่มีความเจริญทางอุตสาหกรรมจะมีระบบประกันภัยเพื่อความเสียหายของบุคคลที่สาม (Third Party Insurance) ที่มั่นคงและได้รับความนิยมนักกว้างขวาง ระบบประกันภัยจะกระจายภาระต้นทุนของผู้ผลิตได้อย่างดีช่วยทำให้สมาชิกในสังคมแบกรับภาระการเสี่ยงต่อความเสียหายมากขึ้น โดยถือว่าเป็นกระบวนการทางสังคมที่ยุติธรรม เพราะสมาชิกในสังคมต่างได้ประโยชน์จากการดำรงชีพด้วยความสะดวกสบายจากผลิตภัณฑ์หรือกิจกรรมที่เสี่ยงภัย ดังนั้นการแบกรับภาระด้านราคาสินค้าที่บวกค่าเสี่ยงภัยไว้ในตัว เพื่อเวลาที่เกิดความเสียหายขึ้นแล้วจะมีการชดใช้จากบริษัทประกันภัยจึงเป็นเรื่องที่ชอบด้วยเหตุผล

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางละเมิดเริ่มจากความรับผิดชอบเมื่อมีความเสียหาย (ทฤษฎีรับภัย) ไปสู่ความรับผิดชอบเพราะมีความผิด (Fault Theory) และเมื่อสภาพความเป็นอยู่ของมนุษย์เปลี่ยนแปลงไป หลักความรับผิดชอบเมื่อมีความผิดขาดความเหมาะสม ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบก็กลับไปสู่หลักที่ถือว่าเมื่อมีความเสียหายย่อมต้องมีความรับผิดชอบ แต่เรียกชื่อใหม่ว่าเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด หรือ Strict liability หรือ Absolute liability หรือ No fault liability หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดนี้มีส่วนช่วยให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้เยียวยาโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิด ใช้ในละเมิดที่เกิดจากกิจการอันตรายจากการบริโภคสินค้าและบริการ อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งเรื่องภาระความ

รับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในการใช้หลักความรับผิดชอบเด็ดขาด เฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเกี่ยวกับมาตรฐานความปลอดภัยของสินค้าและบริการซึ่งก่อให้เกิดภาระเรื่องทุนที่สูงขึ้นจนทำให้ธุรกิจแบกภาระไว้เกินกว่าที่ควรจะเป็น อย่างไรก็ตาม ความเห็นฝ่ายข้างมากก็ยังคงเห็นว่า สังคมปัจจุบันต้องการมาตรฐานที่ปลอดภัยดีกว่าการเหยียวยาชดใช้ และการเพิ่มภาระการลงทุนสามารถกระจายได้โดยการบวกเข้าไปในราคาสินค้า และการเอาประกันความเสียหายอันเป็นการแบ่งเบาภาระหรือกระจายความเสี่ยงภัยแก่สังคมได้โดยยุติธรรม

สำหรับกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศไทยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 5 ตั้งแต่มาตรา 420 ถึงมาตรา 452 มีที่มาหรือเทียบเคียงจากกฎหมายลักษณะละเมิดและลักษณะหนี้ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหลายประเทศด้วยกัน เป็นต้นว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สมาพันธรัฐสวิส ประเทศญี่ปุ่น ในเรื่องทฤษฎีรับผิดชอบในทางละเมิดที่อธิบายมาแล้วข้างต้นนั้น สำหรับกฎหมายไทยถือทฤษฎีความผิด คือ ต้องมีองค์ประกอบเรื่องจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำให้เกิดเสียหาย และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลจึงจะเป็นละเมิด

### 2.1.3 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ตามกฎหมายไทย<sup>7</sup>

1) แนวคิดตามกฎหมายเก่า ตามกฎหมายเก่าของประเทศไทยแนวความคิดในเรื่องละเมิดมีลักษณะทำนองเดียวกับความคิดของกฎหมายโรมัน คือ ละเมิดเป็นการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำได้ถูกลงโทษให้เสียเงินเป็นสินไหมหรือค่าปรับ ละเมิดในกฎหมายเก่าจึงมีลักษณะของความรับผิดชอบเป็นไปในทางอาญามากกว่าความรับผิดทางแพ่งเป็นที่เข้าใจกันในปัจจุบันในทางกฎหมายได้ใช้คำว่า “ละเมิด” แต่มิใช่ “ละเมิด” ในความหมายปัจจุบัน

2) แนวความคิดของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ได้ทรงสื่อความคิดของละเมิดด้วยคำว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” ซึ่งก่อให้เกิดผลหลายประการ คือ เป็นการกำหนดว่าการประทุษร้ายทางแพ่งก่อก่อนนี้ตามกฎหมายนี้ที่เกิดจากการประทุษร้ายทางแพ่งเป็นนี้ตามกฎหมายแพ่งมิใช่นี้ตามกฎหมายอาญาเดิม อาจเรียกว่า เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายการประทุษร้ายสื่ออยู่ในตัวว่าผู้กระทำได้มีความผิดการประทุษร้ายนั้นก่อความเสียหายขึ้นผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งได้ เพราะมิใช่ทางอาญาที่รัฐจะมาลงโทษหรือปรับค่าสินไหมทดแทน

3) แนวความคิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กล่าวถึงลักษณะของ “ละเมิด” ทำให้นับแต่นั้นมานักกฎหมายไทยก็เรียกการ

<sup>7</sup> ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติติพันธ์. (2553). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ตามสมควรได้* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 50-52.



กระทำที่ก่อความเสียหาย แก่ผู้อื่นนี้เป็นละเมิด แต่เป็นละเมิดในความหมายของ “ประทุษร้ายทางแพ่ง” มิใช่ละเมิดตามกฎหมายเก่า กล่าวคือ กระทำละเมิดก่อก่อนนี้ตามกฎหมายที่ผู้กระทำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหายอันเป็นลักษณะของความรับผิดชอบเท่านั้น มิใช่ความรับผิดชอบทางอาญา ละเมิดจึงมิได้มีความมุ่งหมายในการลงโทษผู้กระทำละเมิดแต่ประการใด กลับมุ่งหมายเหยียวย่าให้ผู้เสียหาย โดยที่ผู้กระทำต้องมีความผิดและต้องก่อความเสียหายขึ้น ผู้เสียหายก็จะได้รับการเหยียวย่าให้กลับไปอยู่ในฐานะเสมือนความเสียหายมิได้เกิดขึ้น

#### 2.1.4 หลักเกณฑ์และความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางละเมิดในกรณีทั่วไปนี้ ในกฎหมายไทยจะมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งมีที่มาจากมาตรา 1382 และมาตรา 1383 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรคแรก และมาตรา 826 มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 420 มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 709 ด้วย<sup>8</sup> ซึ่งประมวลกฎหมายของประเทศดังกล่าว มีดังนี้

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

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 มีความว่า “บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จึงต้องทำการทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้น”<sup>9</sup>

บุคคลใดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอันมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคลอื่น ก็เกิดความรับผิดเช่นเดียวกัน ถ้าตามลักษณะของบทบัญญัตินั้น การฝ่าฝืนจะเป็นไปได้โดยไม่ต้องอาศัย “ความผิด”

<sup>8</sup> โฟจิตร ปุณฺณพันธ์. (2521). “กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ”. *วารสารนิติศาสตร์* 3, หน้า 486.

<sup>9</sup> มาตรา 823 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

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

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

ของผู้กระทำนั้น หน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะมีก็ต่อเมื่อมีความผิดที่ถือได้ว่าเป็นของผู้นั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 มีความว่า “การกระทำใดๆ ของบุคคลซึ่งก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น บุคคลซึ่งกระทำความเสียหายโดยความผิดนั้นจำต้องทดแทนความเสียหาย”<sup>10</sup>

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1383 มีความว่า “บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้นไม่เพียงแต่การกระทำโดยจงใจของตนเท่านั้น แต่ยังรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หรือปราศจากความระมัดระวังอีกด้วย”<sup>11</sup>

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 709 มีความว่า “บุคคลใดโดยจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่อ ละเมิดสิทธิของผู้อื่น จำต้องทำการทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้น”<sup>12</sup>

จากบทบัญญัติกฎหมายของประเทศต่างๆ ข้างต้นเห็นได้ว่า กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ของประเทศไทย คล้ายกับกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรคแรก มากที่สุดเพราะ มาตรา 420 ของประเทศไทยได้ลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเกือบจะเรียกได้ว่าคำต่อคำเลยทีเดียว<sup>13</sup> ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แยกพิจารณาหลักเกณฑ์แห่งการกระทำละเมิด ดังต่อไปนี้

#### 1) ความหมายของละเมิด

มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

บทบัญญัติมาตรา 420 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้มีที่มาจากกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 823 วรรคแรก<sup>14</sup> ซึ่งข้อความแปลเป็นภาษาอังกฤษตรงกับ มาตรา 420 ของประเทศไทยคำต่อคำ ดังนี้

<sup>10</sup> มาตรา 1382 บัญญัติว่า

“Any act by which a person causes damage to another makes the person by whose fault the damage occurred liable to make reparation for such damage”

<sup>11</sup> มาตรา 1383 บัญญัติว่า

“Everyone is liable for the damage he caused not only by his acts, but also by his negligence or imprudence”

<sup>12</sup> มาตรา 709 “A person who violate intentionally or negligently the right of another is bound to make compensation for damage arising therefrom.”

<sup>13</sup> ไพโรจิตร์ บุญญพันธ์. อ่างแก้ว. หน้า 1.

<sup>14</sup> สุขุม สุกนิคย์. อ่างแก้ว. หน้า 209.

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

การกระทำอันเป็น “ละเมิด” จึงหมายถึง การกระทำให้เกิดเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิหรือที่เรียกว่า “ล่วงสิทธิ ผิดหน้าที่” ซึ่งหมายความถึง การล่วงล้ำเข้าไปทำให้เสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น อันคนมีหน้าที่จะต้องเคารพในสิทธินั้นจึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกันด้วย

ดังนั้น จึงสังเกตเห็นว่า การกระทำอันเป็นละเมิดในกฎหมายเยอรมันอันเป็นที่มาของ มาตรา 420 นั้น มีองค์ประกอบกล่าวคือ

- (1) ต้องมีการกระทำต่อบุคคลอื่น
- (2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- (3) โดยผิดกฎหมาย
- (4) มีความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง สิทธิอื่นๆ
- (5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

แตกต่างจาก “การอันจะเป็นละเมิด” ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งเน้นที่การกระทำผิดหน้าที่ซึ่งผู้กระทำมีต่อบุคคลอื่นทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นเป็นละเมิด ส่วนจะหาต่ออะไรนั้นไม่ได้กำหนดไว้ ดังนั้น “ละเมิด” ในความหมายของกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี จึงหมายความกว้างและวิเคราะห์แต่เพียงว่าการกระทำให้เกิดเสียหายเป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิและผิดหน้าที่หรือไม่ ความเสียหายเกิดจากการกระทำนั้นหรือไม่

## 2) องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420

(1) การกระทำ หมายถึง ความเคลื่อนไหวในอริยะบด โดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น และผู้กระทำสามารถบังคับความเคลื่อนไหวได้ด้วย มิได้หมายความว่าแต่เพียงการกระทำในทางเคลื่อนไหวในอริยะบด (Fait positif positive act) เท่านั้น ยังหมายถึงการงดเว้นไม่กระทำ (Omission) อีกด้วย แต่ต้องเป็นการงดเว้นหรือไม่กระทำการที่มีหน้าที่ต้องกระทำ

“การกระทำ หรือ ทำ” ถ้อยคำในคำบทหมายถึงอริยะบดของผู้กระทำละเมิด มีการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก เรียกว่าจิตบังคับ เช่น การยกไม้ตี เดินไปสะดุดของแตกเสียหาย มิใช่การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก เพราะบุคคลนั้นไม่มีความรู้สึกลึกหรือจิตบังคับให้กระทำ เช่น การละเมอ คนเมาจนไม่ได้สติ

การกระทำโดยจงใจ คือ การกระทำโดยรู้ถึงข้อเท็จจริงในผลแห่งการกระทำของตนเพียงแต่รู้ว่าจะทำให้เกิดความเสียหายไม่ต้องรู้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย เช่น รู้ว่าการกระทำของตน

จะก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่กาย แต่ในที่สุดผู้เสียหายถึงแก่ความตายเพราะเหตุส่วนตัว เช่น โลहितไหลไม่หยุด กะโหลกศีรษะบาง จำเลยก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายต่อชีวิต<sup>15</sup>

การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในภาวะเคลื่อนไหวนั้น เป็นการกระทำของร่างกายที่อยู่ในบังคับของจิตใจ การเคลื่อนไหวในการหลับ นอนละเมอหรือเวลาไม่รู้สึกรู้ตัวอย่างอื่น เช่น เวลาป่วยไม่มีสติ วิกลจริต เมาสุราถึงขนาดไม่รู้ตัว เด็กที่ยังเล็กไม่รู้เดียงสาว่าทำอะไรลงไป การสะอึกสัวโดยสัญชาตญาณเพราะไร้สติควบคุม ไม่เป็นการกระทำในความหมายของกฎหมายละเมิด

ในความหมายของ มาตรา 420 หมายความว่า การกระทำของบุคคลซึ่งรวมทั้งการงดเว้นกระทำแล้วเกิดความเสียหายด้วยอย่างไรถือว่ามี การกระทำต้องเทียบเคียงกับการวินิจฉัยการกระทำในทางอาญา ได้แก่ การเคลื่อนไหวของบุคคลที่จิตใจบังคับได้<sup>16</sup>

“การกระทำ” ในทางละเมิดหมายรวมถึงการงดเว้นกระทำอันเป็นผลให้เกิดผลเสียหายขึ้นด้วยการงดเว้นกระทำก็คือการงดเว้นไม่เคลื่อนไหวร่างกายภายใต้บังคับของจิตใจเช่นกัน และการงดเว้นกระทำนั้นหมายความดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 59 วรรคห้า ประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ งดเว้นการที่จักต้องทำเพื่อป้องกันผล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2496)

การกระทำหมายความว่ารวมถึง การงดเว้นการกระทำในกรณีที่ต้องป้องกันผลเสียหายมิให้เกิดนั้นต้องมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกัน หน้าที่นั้นอาจเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น บิดา มารดา มีหน้าที่เลี้ยงดูบุตร หน้าที่เกิดจากสัญญา เช่น ก. ตกลงรับเลี้ยงบุตรให้ ข. หรือหน้าที่เกิดจากความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เช่น ก. เข้าช่วย ข. ออกมาจากที่เพลิงไหม้แล้ว ข. มีบาดแผลสาหัส ก. ต้องนำตัว ข. ส่งสถานพยาบาลให้ ข. ได้รับการรักษาพยาบาลเพื่อ ข. จะได้พ้นอันตราย หน้าที่ต่างๆ เหล่านี้ถ้าผู้มีหน้าที่งดเว้นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ถือว่าการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1559-1560/2504 การละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 มีความหมายรวมทั้งการกระทำและละเว้นการกระทำอันบุคคลนั้นๆ จะต้องกระทำด้วย และคำว่า “กระทำ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 425 ซึ่งให้นายจ้างร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง หมายถึง การกระทำหรือละเว้นการกระทำเมื่อการกระทำหรือละเว้นนั้นเป็นไปในทางการที่จ้าง นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบ ควรพิจารณาข้อเท็จจริงและความเข้าใจของผู้ใช้กฎหมายในปัจจุบันว่าปรับหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วถูกต้องเหมาะสมเพียงใด ตัวอย่างเช่น

<sup>15</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ. (2555). *รวมคำบรรยายเนติ ภาค 1 สมัย 65*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาฯ. หน้า 298.

<sup>16</sup> เฟิง เฟิงนิติ. (2555). *รวมคำบรรยายเนติ ภาค 1 สมัย 65*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาฯ. หน้า 35.

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับยืนยันว่าการทะเลาะวิวาทต่อสู้ทำร้ายกันกลายเป็นยินยอมรับเอา ความเสียหายทั้งสองฝ่ายได้อย่างไร ทั้งๆ จงใจกระทำละเมิดต่อกันทั้งสองฝ่าย หาได้ยินยอมรับเอา ความเสียหายที่แม้คู่วิวาทก็ยังไม่ว่าจะเกิดมากน้อยเพียงใด ที่สำคัญคือ ผู้ทำร้ายกันและหวังจะ ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหายมากที่สุด กรณีเช่นนี้เป็นละเมิดทั้งฝ่าย สมควรปรับหลักกฎหมายลักษณะ ละเมิดกับทั้งสองฝ่าย ต่างฝ่ายต่างต้องรับผิดชอบมากน้อยตามการกระทำของตน

(2) โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ “โดยจงใจ” มีความหมายคล้ายกับเจตนาในทาง อาญา แตกต่างกันเพียงว่าการกระทำโดยจงใจหมายถึงการกระทำโดยสำนึกถึงการกระทำว่าจะเป็น ผลเสียหายต่อบุคคลอื่น แต่มิได้หมายเลยไปถึงว่าต้องเจาะจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างเช่น กระทำ “โดยเจตนา” ฉะนั้น การกระทำโดยเจตนาในทางอาญาจึงเป็นการ กระทำโดยจงใจ ในความหมายของมาตรา 420 เสมอ ทั้งนี้ ก็เพราะจงใจมีความหมายกว้างกว่าเจตนา

“จงใจ” หมายความว่า การกระทำที่รู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำ ของตน ถ้ารู้ว่าเกิดการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ แม้ผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากกว่าที่เข้าใจ ถ้าได้ทำโดยที่เข้าใจว่ามีผลเสียหายอยู่บ้างแล้ว แม้จะเกิด เพียงเล็กน้อยก็ตาม ก็ถือว่าเป็นการกระทำความเสียหายโดยจงใจอยู่นั่นเองคำว่า “จงใจหรือประมาท เลินเล่อ” นั้น จงใจ หมายถึง รู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากกระทำของตน ถ้ารู้ว่า จะเกิดผลหรือความเสียหายแก่เขาแล้วก็เป็นจงใจ<sup>17</sup>

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การพิจารณาอย่างใดเป็นการกระทำโดยจงใจ อย่างเป็นทางการ กระทำโดยเจตนาแม้จะถือว่าต้องเป็นการกระทำลง โดยรู้สำนึกในขณะกระทำเหมือนกันก็ตาม แต่จงใจกับเจตนา มีความหมายหนักเบาต่างกันตรงที่เจตนา นั้นหมายความว่า ทำโดยมุ่งประสงค์ หรือเล็งเห็นผลแห่งการกระทำด้วยแต่จงใจเพียงรู้สำนึกถึงผลเสียหายอันเกิดจากการกระทำของตน ก็เพียงพอแล้ว ผลเสียหายไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นมากน้อยดังที่คิดก็เป็นจงใจแล้วนอกจากผู้กระทำจะ กระทำโดยจงใจแล้ว อาจต้องรับผิดชอบละเมิดแม้จะมีได้กระทำโดยจงใจ แต่มีความประมาท เลินเล่อ

มีปัญหาว่า ประมาทเลินเล่อใน มาตรา 420 ควรมีความหมายว่าอย่างไร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้บัญญัติคำนิยามไว้ ดังนั้น อาจต้องเทียบเคียงกับการ กระทำโดยประมาทในทางอาญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำโดยมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดย ปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์ และผู้กระทำ อาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่” ดังนั้น ประมาทเลินเล่อในมาตรา 420

<sup>17</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์. อ่างแล้ว. หน้า 8-9.

ควรหมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จักต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลที่อยู่ในภาวะ อย่างเดียวกันกับผู้กระทำพึงใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ไม่ ตัวอย่างเช่น บุคคลทั่วไป ไม่ขับรถเร็วในขณะที่ฝนตกมองไม่เห็นทาง ผู้ใดขับรถเร็วในภาวะเช่นนั้นย่อมแสดงว่าประมาท หรือ ขับรถในเวลากลางคืนบุคคลธรรมดาจะเปิดไฟส่องทาง ผู้ใดขึ้นขับรถโดยไม่เปิดไฟส่องทางในเวลา กลางคืนย่อมแสดงว่าผู้นั้นประมาท

เห็นได้ว่า การพิเคราะห์กรณีประมาทเล็กน้อยต้องพิจารณาความระมัดระวังของ ผู้กระทำ ขนาดของความระมัดระวังพิจารณาจากวิสัยของผู้กระทำ กล่าวคือ สภาพภายนอกของตัว ผู้กระทำ เช่น ถ้าเป็นเด็กต้องมีขนาดความระมัดระวังอย่างเด็ก หรือเป็นผู้กระทำเป็นผู้มีวิชาชีพพิเศษ เช่น แพทย์ควรต้องมีความระมัดระวังอย่างแพทย์ ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การพิจารณาการกระทำโดย ประมาทในทางละเมิด ต้องพิเคราะห์ขนาดของความระมัดระวังของผู้กระทำ โดยเทียบกับบุคคลใน วิสัยและพฤติการณ์อย่างเดียวกันกับผู้กระทำว่าปกติบุคคลเช่นว่านั้นจะใช้ความระมัดระวัง ได้มากน้อยเพียงใด ถ้าหากปรากฏว่าบุคคลธรรมดาที่เป็นมาตรฐานเทียบเคียงอยู่ในพฤติการณ์ ภายนอกเช่นเดียวกันกับผู้กระทำจะใช้ความระมัดระวังมากกว่าผู้กระทำและความเสียหายย่อม ไม่เกิดขึ้นก็ต้องถือว่าผู้กระทำประมาท

(3) โดยผิดกฎหมาย หมายความว่า กระทำลงโดยไม่มียอำนาจหรือไม่มิตสิทธิหรือทำ โดยมีชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully) ดังนั้นแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็น ความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้น ก็เป็นละเมิดได้ แต่ถ้าเป็นกรณีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดอย่างชัดแจ้ง เช่น ประมวล กฎหมายอาญา การกระทำผิดกฎหมายนั้นย่อมเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวเมื่อ พิจารณาความหมายของคำว่า “ผิดกฎหมาย” ในเรื่องละเมิด มาตรา 420 แล้วไม่ได้หมายความว่า การกระทำนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะชัดแจ้งก็ได้ กล่าวคือ คำว่าผิดกฎหมายตาม มาตรา 420 คำว่ามิชอบด้วยกฎหมายที่ใช้ในมาตรา 421 ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Unlawfully เหมือนกัน จึงน่าจะหมายความเช่นเดียวกัน และถ้าได้พิจารณาความในมาตรา 420 แล้ว คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” หมายความว่า เพียงว่า ถ้าได้กระทำความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยการกระทำดังกล่าวสิทธิเด็ดขาดของ บุคคล (Absolute Right) คือชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด และการกระทำนั้น ผู้กระทำไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวซึ่งกฎหมายให้กระทำได้ ก็ถือเป็นการกระทำผิด กฎหมาย ซึ่งความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่มีความเห็นสอดคล้องกันในความหมายของคำว่า “ผิดกฎหมาย” ที่มาจากคำว่า Unlawfully มีความเห็นว่าไม่น่าจะใช้ ดังนั้นเห็นว่าน่าจะใช้คำว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” มากกว่า เนื่องจากคำว่ากระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึงการ

กระทำของบุคคลที่ปราศจากอำนาจ (Without Authority) เนื่องจากแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ซึ่งจากแท้จริงแล้วบุคคลอาจใช้อำนาจได้หลายทาง เช่นมีอำนาจตามกฎหมาย จารีตประเพณีสัญญาคำพิพากษา และความยินยอม (Consent)

(4) มีความเสียหาย คือ ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิตทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของบุคคลอื่นซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 420 บัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อบุคคลอื่นให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดก็ดี ความจริงแล้วการกระทำให้เสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ล้วนเป็นการกระทำต่อ “สิทธิ” ของบุคคลอื่นทั้งสิ้นสิ่งสำคัญคือต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น แต่ความเสียหายนั้นจะต้องชดใช้กันเป็นจำนวนเท่าใด อย่างไร เป็นอีกเรื่องหนึ่งซึ่งต้องวิเคราะห์ตามหลักเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ความเสียหายดังกล่าวต้องแน่นอนพอที่จะเป็นมูลให้เกิดการชดใช้ทดแทนกันได้ มิใช่เป็นความเสียหายที่คาดหมายว่าจะเกิดหรือน่าจะเกิดขึ้น ความเสียหายที่แน่นอนมิได้หมายความว่าต้องคำนวณเป็นจำนวนเท่านั้นบาทเท่านี้บาท แต่หมายความว่าเกิดความเสียหายเกิดขึ้นจริงๆ ส่วนจะเรียกร้องให้ชดใช้เป็นจำนวนเท่าใดนั้นเป็นเรื่องที่วาทถกกันอีกส่วนหนึ่ง เช่น ทำละเมิดโดยบุกรุกเข้าไปเคสหสนของผู้อื่น แม้ไม่มีอะไรชำรุดเสียหายเห็นประจักษ์เลยก็ตาม ก็เป็นการละเมิดอันถือว่าเสียหายอยู่ในตัว “สิทธิอื่นใด” ในมาตรา 420 หมายความว่าถึง “สิทธิ” ประเภทที่เป็นบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สินสิทธิ ในมาตรา 420 หมายความว่า เฉพาะทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้น คำว่า “สิทธิอื่นใด” จึงควรหมายความว่าทำให้เกิดเสียหายต่อ “สิทธิ” ทั้งหลายอันมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้โดยไม่จำกัดแต่เฉพาะสิทธิที่เป็นทรัพย์สินหรือสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น เหตุนี้การทำให้เสียหายต่อสิทธิตามสัญญาอันเป็นบุคคลสิทธิจึงเป็นละเมิด

(5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) การกระทำอันเป็นละเมิดนั้น แม้ว่าจะได้กระทำลงจนครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการดังกล่าวข้างต้น แต่หากโจทก์ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าผลเสียหายที่โจทก์ได้รับผลจากการกระทำของจำเลย ย่อมเอาผิดจำเลยไม่ได้แม้บทบัญญัติมาตรา 420 จะมีได้บัญญัติถึงขอบเขตความรับผิดชอบของจำเลยในคดีละเมิดไว้อย่างชัดเจนเพียงแต่ตัวบทใช้คำว่า “จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” แต่การจะให้จำเลยต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของเขาจำเป็นต้องมีหลักในการพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลของการกระทำ (Causation) ตามปกติผลย่อมเกิดจากเหตุ แต่การสรุปว่าผลจะเกิดเหตุใดเหตุหนึ่งเพียงเหตุเดียวเท่านั้น เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ แต่อย่างไรก็ดีในทางกฎหมายจำเป็นต้องมีข้อยุติว่าอะไรเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลคือความเสียหายขึ้นจนเป็นละเมิดซึ่งต้องมีการเยียวยาชดใช้ในเรื่องนี้ นักกฎหมายพยายามหาข้อยุติไว้มากมายหลายทฤษฎีด้วยกันแต่ไม่มีทฤษฎีใดที่สามารถตอบคำถามว่าอะไรเป็นเหตุแห่งผล ได้ดีที่สุด และใช้ได้กับทุกกรณีศาลในประเทศต่างๆ ทั้งที่ใช้ระบบกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรและระบบกฎหมายจารีตประเพณี มีแนววินิจฉัยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผลต่างกัน ในแง่ของคำอธิบายหรือการเรียกชื่อทฤษฎี เหตุผลที่อ้าง เช่น ศาลเรียกว่าเป็น เหตุโดยตรงใกล้เคียงหรือเป็นเหตุสำคัญ ฯลฯ ศาลบางประเทศไม่พยายามตั้งกฎเกณฑ์แน่นอนในเรื่องนี้ เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่ยื่นอยู่กับข้อเท็จจริงในคดีนั้นๆ อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะศาลหรือนักนิติศาสตร์ จะเรียกเหตุผลหรือแนวคิดทฤษฎีที่ยกขึ้นอ้างว่าอย่างใดก็ดูเหมือนว่าจะไม่แตกต่างจากแนวทฤษฎี เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผลที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันพอสรุปได้ 2 ทฤษฎี ดังนี้

(5.1) ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีผลโดยตรงหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ (Cause sine qua non) ถือว่าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งผลย่อมไม่เกิดขึ้น ดังนั้นถ้ามีการกระทำ หลายอย่างอันเป็นเหตุแห่งผลถือว่าเหตุทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันที่จะก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น หากพฤติกรรมของจำเลยเป็นเหตุหนึ่งในหลายเหตุ จำเลยก็ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นด้วย ตัวอย่าง เช่น ก. ผลัก ข. ล้มลง ขณะล้มลงนั้นศีรษะของ ข. พาดพื้นทำให้ ข. ถึงแก่ความตาย ก. ต้องรับผิดชอบ ในความตายของ ข. หรือ ก. พีน ข. ถูกที่แขนบาดเจ็บสาหัส ค. แทะ ข. ที่ท้อง ข. หรือ ก. ทิ้งก้อนหินหรือลง ในกอกหญ้าแห่งทำให้ไฟลุกไหม้ลามไปติดบ้านของ ข. ของ ค. และ ง. ก. ต้องรับผิดชอบในผลแห่งความ เสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นแม้ว่าจะมีเหตุอื่นที่ช่วยทำให้ไฟลุกไหม้ได้เร็วขึ้นด้วยก็ตาม ทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดผลนั้นมีความสำคัญเท่าๆ กัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำอันเดียวหรือ หลายรายการกระทำต่างก็ส่งผลได้เท่ากัน แม้การกระทำอันเดียวผลจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดก็ถือว่าเป็นผลจากเหตุอันเดียวกัน ผู้กระทำต้องรับผิดชอบทฤษฎีนี้มีข้อเสียอยู่ที่ว่า เป็นการลดทอนความรับผิดชอบ ที่เกินกว่าความเป็นจริง และไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้กระทำเพราะในบางกรณีอาจมีเหตุอื่นที่มี น้ำหนักมากกว่าเหตุเดิมแทรกซ้อนขึ้นเป็นเหตุให้เกิดผลได้อย่างชัดเจน ถ้าถือว่าทุกเหตุมีน้ำหนัก เท่ากันหมด ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบมากเกินไปเกินกว่าความเป็นจริง

(5.2) ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม หรือทฤษฎีผลธรรมดาทฤษฎีนี้ถือว่าเฉพาะการ กระทำที่เป็นเหตุสำคัญซึ่งจะส่งผลตามธรรมดาหรือเป็นเหตุเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิดขึ้นเท่านั้นที่ ถือได้ว่าเป็นเหตุที่จะต้องรับผิดชอบ ดังนั้น ก. ผลัก ข. ล้มลง ข. ถึงแก่ความตายเพราะกะโหลกศีรษะของ ข. บางกว่าปกติ เมื่อศีรษะกระทบพื้นจึงแตกและถึงแก่ความตาย ก. ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งความ ตายของ ข. แต่รับผิดชอบเฉพาะผลธรรมดาอันอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของ ก. กล่าวคือ อาจเป็น ความรับผิดชอบแค่ทำร้ายร่างกาย ข. เป็นต้น ทฤษฎีผลธรรมดามีข้อเสียทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ไม่ได้รับการชดเชยเยียวยา เพราะถือว่าการกระทำเฉพาะแต่ที่เป็นเหตุอันเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิด ความเสียหายขึ้นเท่านั้นที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ ดังนั้นจึงเป็นการลดทอนให้แก่มูลเหตุซึ่งมิได้มีส่วนผิดจะต้องรับเอาความเสียหายนั้นไว้อย่างไม่ยุติธรรมจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา แม้ว่าศาลจะ ใช้ถ้อยคำที่ไม่แน่ชัดว่าเป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักทฤษฎีใดแน่ เช่น ใช้คำว่า เป็นผลโดยตรง



ซึ่งใกล้ชิดกับเหตุ หรือเป็นผลธรรมดาซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำ หรือเป็นผลโดยตรงที่อาจเกิดขึ้นได้ เป็นธรรมดาจากการกระทำของจำเลย ตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13/2496 ในเรื่องละเมิด กฎหมายคุ้มครองแห่งการกระทำอันเป็นผลธรรมดาหรือ โดยตรงหรือใกล้ชิดกับเหตุเท่านั้นถ้าจำเลย ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของโจทก์เก็บรักษาสมุดเช็คและตราบอกบัญชีไว้เองก็เป็นการป้องกันอย่างดี ผู้ร้ายจะหาโอกาสปลอมเช็คไปเบิกเงินของโจทก์ได้ยาก อาจตำหนิจำเลยในทางปกครองได้ แต่จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด เพราะไม่ใช่ผลโดยตรงใกล้ชิดกับการกระทำของจำเลยจะเห็นได้ว่า แม้ศาลจะใช้ คำว่าผลธรรมดาหรือ โดยตรงหรือใกล้ชิดกับเหตุราวกับว่าเป็นอย่างเดียวกันก็ตาม แต่มิได้หมายความว่าศาลจะถือว่าผลธรรมดากับผลโดยตรงจะเหมือนกันบางฎีกาก็พิพากษาชัดเจนว่าใช้ หลักทฤษฎีผลโดยตรงเช่น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1358-1369/2506 การที่จำเลยรื้อห้องแถวทำให้ สามีโจทก์เสียใจไปกระโดดน้ำตาย การที่โจทก์ต้องเสียค่าทำศพและไม่ได้ขายสินค้านั้น ความเสียหายนั้นไม่ใช่ผลแห่งการกระทำของจำเลย ฉะนั้นจะเรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบไม่ได้)

ศาลไทยใช้ทฤษฎีผลโดยตรงในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและ ผลในคดีละเมิดไม่ว่าจะเป็นจิตใจละเมิดหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายเหตุผลมีอยู่ว่า หน้าที่เกิดจากมูลละเมิด ความเสียหายมีอาจคาดหมายได้เสมอไปจุดหน้าที่เกิดจากสัญญา ซึ่งคู่กรณีใน สัญญาย่อมรู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเป็นธรรมดา เนื่องมาจากการผิมนัดชำระหนี้ ดังนั้นถ้าจะ จำกัดความรับผิดในมูลหนี้ละเมิดให้เหมือนหนี้ผิดสัญญา ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222<sup>18</sup> แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เสียหายในคดีละเมิดต้องรับบาปเคราะห์แห่งความเสียหายที่ เกิดขึ้นเกินกว่าผู้กระทำคาดหมาย อย่างไรก็ดี สมควรพิจารณาว่าการที่ศาลฎีกาใช้ทฤษฎีเงื่อนไข หรือผลโดยตรงในการวินิจฉัยว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้วหรือไม่ อาจทำให้เกิดแง่คิดว่าจะเป็นการกำหนดความรับผิดให้แก่ผู้กระทำโดยไม่จำกัดขอบเขต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีเหตุหลายเหตุที่นำไปสู่ผลเสียหาย เช่น ก. ตีศีรษะ ข. ก. ใช้มีดแทง ข. และ ง. ใช้มีด แทงซ้ำที่แผลเดิม ข. ถึงแก่ความตาย เป็นต้น ดังนั้นใครต้องรับผิดแค่ไหนเพียงใดจะถือว่าทุกคนต้อง รับผิดชอบในความตายเสมอกันหรือไม่ ทั้งนี้เพราะทฤษฎีนี้ไม่คำนึงว่าอะไรจะเป็นเหตุสำคัญที่ส่งผล ให้เกิดผลเสียหายสุดท้ายขึ้น ในข้อนี้จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องกำหนดค่าสินไหม ทดแทนในมาตรา 438 นั้น บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้นให้ศาล วินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด”

<sup>18</sup> มาตรา 222 บัญญัติว่าการเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติ ย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระ หนี้หนี้

เจ้าหน้าที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้กระทั่งเพื่อความเสียหาย อันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษหากว่าคู่กรณี ที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว.

การเยียวยาผู้เสียหายให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กำหนดให้ผู้กระทำละเมิดต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ถูกทำละเมิด โดยการกำหนดค่าเสียหายตามหลักกฎหมายละเมิดมีหลักว่าความเสียหายต้องสามารถเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพที่เสมือนว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น หากทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมไม่ได้ ก็ต้องพยายามทำกลับให้คืนสู่สภาพที่ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด ค่าเสียหายที่ใช้เพื่อเยียวยาดังกล่าวเรียกว่า ค่าเสียหายเชิงทดแทน (Compensatory damages) การทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมมีนัยว่าศาลต้องกำหนดค่าเสียหายให้เท่ากับมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงินก็ตาม ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ถือว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายที่เหมาะสมเนื่องจากจะช่วยจูงใจให้เกิดการการใช้ความระมัดระวังในระดับที่เหมาะสมได้

ในทางปฏิบัติศาลจะกำหนดค่าเสียหายโดยอาศัยข้อเท็จจริงจากการนำสืบของโจทก์และจำเลย โจทก์มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานว่าตนเสียหายเพียงใด และจำเลยมีหน้าที่นำสืบหักล้างความเสียหายตามที่โจทก์กล่าวอ้าง โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีความเสียหายอะไรเกิดขึ้นบ้างและมีมูลค่าความเสียหายเท่าใดหากพิสูจน์ไม่ได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น ศาลก็จะไม่กำหนดค่าเสียหายให้แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจริงและโจทก์สามารถพิสูจน์ความเสียหายดังกล่าวมีมูลค่าแน่นอนได้ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายได้ตามจริงกรณีที่โจทก์สามารถพิสูจน์มูลค่าความเสียหายได้ ซึ่งโดยมากมักมีสาเหตุจากความเสียหายเหล่านั้นสามารถคำนวณออกมาเป็นเงินได้เช่นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือยากต่อการคำนวณออกมาเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายโดยอาศัยตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรก กล่าวคือ ศาลจะกำหนดค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

บทบัญญัติในมาตรา 438 นี้ ช่วยทำให้การใช้ทฤษฎีเงื่อนไขมีทางผ่อนคลายลงได้ โดยไม่เกิดความรับผิดชอบเกินกว่าความผิด เพราะศาลจะมีบทบาทในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยศาลจะพิจารณาตามข้อเท็จจริงอันเป็นมูลแห่งละเมิดว่าผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบอย่างน้อยเพียงใด โดยอาศัยพฤติการณ์ที่กระทำประกอบกับความร้ายแรงแห่งการกระทำเป็นเกณฑ์ย่อมาความว่าศาลมีบทบาทในการพิจารณากำหนดขอบเขตแห่งความรับผิดชอบได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้กระทำรับผิดชอบไม่มีที่สิ้นสุด<sup>19</sup> มาตรา 438 ที่ให้อำนาจศาลในการ

<sup>19</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: พิมพ์ลักษณ์. หน้า 174-178.

กำหนดขอบเขตแห่งความรับผิดชอบในคดีละเมิดและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442<sup>20</sup> ยังได้บัญญัติให้ศาลมีบทบาทในการกำหนดความรับผิดชอบตามความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายด้วย แสดงให้เห็นว่าการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลโดยใช้ทฤษฎีเจือใจ ในแง่ของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนบัญญัติทางแก่ให้ความรับผิดชอบตามทฤษฎีเจือใจมีขอบเขตที่อาจกำหนดได้

### 2.1.5 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด

ความหมายของค่าสินไหมทดแทนคำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน แต่หากพิจารณา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับภาษาอังกฤษจะพบว่าใช้คำ “To make Compensation Therefor” ซึ่งควรจะมีความหมายว่า “การกระทำเพื่อทดแทนความเสียหาย” เป็นการกระทำเยี่ยงไรก็ดี เพื่อให้ผู้เสียหายคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการละเมิดให้มากที่สุด คำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” ในกฎหมายต่างประเทศก็ได้ใช้ความหมายที่คล้ายคลึงกัน ดังนี้

#### คำแปลภาษาอังกฤษ

1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 และมาตรา 184 ของสาธารณรัฐประชาชนจีน ใช้คำว่า “...to compensate him for any damage assessingtherefrom...” (ทดแทนให้ผู้เสียหาย เพื่อความเสียหายอันเกิดจากกรณีนั้น)

2) กฎหมายประเทศญี่ปุ่น มาตรา 709 ใช้คำว่า “to make compensation for damage assessingtherefrom” ซึ่งก็หมายความว่าความตรงกับของประเทศไทย

3) ประมวลกฎหมายแพ่งสหภาพโซเวียต มาตรา 403 ใช้คำว่า “to repair the damage caused” (ทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น)

4) ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ สวิสฯ มาตรา 41 ใช้คำว่า “Repairer” ซึ่งหมายถึง ซ่อมแซม ชดใช้ปฏิสังขรณ์ ทำให้ดี<sup>21</sup>

ความมุ่งหมายในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หลักการอันเป็นพื้นฐาน คือ เพื่อเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับสู่สถานะเดิมเหมือนยังไม่มีมีการละเมิดซึ่งถ้าไม่มีทางอื่นก็ต้องใช้เงินทดแทนอันเป็นวิธีที่ชดใช้ได้ทั่วไป แต่เมื่อไม่สามารถหาวิธีอื่นให้ดีกว่านั้นได้แม้แต่ความเสียหายที่ได้รับทางจิตใจ ซึ่งเป็นความเสียหายในทางศีลธรรมที่ไม่เป็นตัวเงิน ก็อาจจะต้องบังคับให้ชดใช้เป็นตัวเงิน

<sup>20</sup> มาตรา 442 บัญญัติว่า ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วย โจร ฆ่า ทำร้าย บังคับขู่ข่ม หรือทำผิดอย่างอื่นในกฎหมายแพ่งหรืออาญา มาตรา 223 มาใช้บังคับโดยอนุโลม.

<sup>21</sup> วารีนาสกุล. (2518). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 8.

เพราะไม่มีทางอื่นจะทำได้ดีกว่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นความเสียหายอันแน่นอนและเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้ละเมิดนั้น ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบไม่จำกัดว่าต้องเป็นผลตามปกติหรือที่คาดหมายได้ดังกรณีผิดสัญญาไม่ชำระหนี้การกำหนดค่าสินไหมทดแทน มาตรา 438 ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัย ดังนั้นในกรณีที่ผู้เสียหายถูกทำละเมิดต่อทรัพย์สินถ้ายังอยู่ในวิสัยจะคืนได้ก็ต้องคืนทรัพย์สิน ถ้าคืนไม่ได้ทางที่จะเยียวยาได้ดีที่สุดก็คือใช้ราคาทรัพย์สิน<sup>22</sup> และผู้เสียหายยังมีความเสียหายอื่นใดก็มีสิทธิจะได้รับการเยียวยา อันเรียกเป็นค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้เกิดขึ้น ซึ่งความเสียหายดังกล่าวก็อาจแยกได้เป็น 2 ประการ คือ

1) ความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สินเป็นความเสียหายในทางวัตถุ ความเสียหายชนิดนี้อาจตีราคาเป็นเงินได้ โดยทั่วไปเป็นความเสียหายทางด้านทรัพย์สิน กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิในทางทรัพย์สินของปัจเจกชนหรือกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ในทางการเงินของบุคคล

2) ความเสียหายสิทธินอกกองทรัพย์สินเป็นความเสียหายในทางจิตใจซึ่งตำราฝรั่งมักเรียกว่า Damage moral ความเสียหายประเภทนี้เป็นความเสียหายซึ่งไม่อาจตีราคาเป็นเงินได้ เช่น ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากความเสียหายทางด้านรูปโฉม โนมนพรณ ความทุกข์ทรมานทางด้านจิตใจ ทั้งหมดอันเกิดจากบาดแผลและความพิการตลอดจนทุกข์ทรมานอันเนื่องมาจากการสูญเสียคนที่รัก

### 2.1.6 การกำหนดการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามมาตรา 438

กรณีค่าเสียหายในมูลละเมิดนั้น นอกจากในทางนำสืบและการจัดเตรียมพยานหลักฐานที่จะต้องจัดเตรียมพยานหลักฐาน เพื่อนำมาสืบให้เห็นว่า คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ก่อเหตุละเมิด และจะต้องรับผิดชอบแล้ว ประเด็นเรื่องค่าเสียหายก็เป็นประเด็นสำคัญที่คู่ความที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลเห็นว่า ได้รับความเสียหายจริงที่กล่าวอ้าง นอกจากนั้นต้องเตรียมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ความเสียหายประเภทใดซึ่งคู่ความฝ่ายที่ก่อให้เกิดเหตุละเมิดจะต้องรับผิดชอบและความเสียหายประเภทไหนไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งได้กำหนดแนวทางไว้แล้วว่า คู่ความฝ่ายที่ก่อเหตุละเมิดจะต้องรับผิดชอบจะทำให้การจัดเตรียมพยานหลักฐานเพื่อนำสืบให้เห็นถึงความเสียหายที่แท้จริงได้ครบถ้วนและถูกต้องยิ่งขึ้นความเสียหายในกรณีละเมิด มีบทบัญญัติตามกฎหมายที่ต้องพิจารณาตามมาตรา 438<sup>23</sup>

<sup>22</sup> วิชัย อริษะนันทกะ. อ้างแล้ว. หน้า 291.

<sup>23</sup> มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้สถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด”

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันได้เกิดขึ้นด้วย”.

มาตรา 438 วรรคแรก ได้ให้ศาลใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ใช้เพียงใดก็ได้ ตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แต่การที่จะกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวจำเป็นต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นถึงสภาพความเสียหายที่แท้จริงและตามความเป็นจริง แนวการวินิจฉัยและพิพากษาคดีจากพยานหลักฐานหลายประการประกอบกัน บางกรณีแม้ไม่มีพยานหลักฐานมาสืบโดยสมบูรณ์ หากปรากฏข้อเท็จจริงบางส่วนที่ทำให้ศาลเห็นว่ามีความเสียหาย ศาลก็จะใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรง บางกรณีได้มีการกำหนดแนวทางไว้ว่าไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ การนำพยานหลักฐานมาสืบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวย่อมไม่มีประโยชน์ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องหาพยานหลักฐานมานำสืบเฉพาะประเด็นที่สามารถกำหนดค่าเสียหายได้ เพื่อประกอบดุลยพินิจให้เห็นว่า มีคำพิพากษาให้ชดใช้ค่าเสียหายแล้ว

1) พฤติการณ์ หมายความว่า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของจำเลย เช่น จำเลยกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอย่างมาก ตลอดจนข้อเท็จจริงนอกเหนือจากการกระทำของจำเลย เช่น ขับรถโดยประมาทในขณะที่การจราจรในท้องถนนคับคั่งจอแจ หรือยิงปืนเข้าไปในที่ชุมชน จุดไฟในขณะที่มีลคพัดแรงและมีเชื้อเพลิงที่ติดไฟง่ายอยู่ในบริเวณนั้น กระทำโดยวางแผนไตร่ตรองไว้ก่อน หรือหลอกลวงให้ผู้เสียหายเชื่อใจจนหลงผิด เป็นต้น ควรสังเกตว่าการที่ศาลจะวินิจฉัยว่าค่าสินไหมทดแทนควรเป็นเท่าใด หรือควรชดใช้อย่างไร โดยอาศัยพฤติการณ์แห่งละเมิดมิใช่การพิจารณาว่าจำเลยได้มีพฤติการณ์ (การกระทำ) อันเป็นความรับผิดชอบตามทีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ เช่น พฤติการณ์ของจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ อันเป็นองค์ประกอบข้อหนึ่งแห่งความรับผิดชอบละเมิด ซึ่งเป็นข้อที่ต้องพิจารณาจนยุติไปแล้วก่อนที่จะถึงขั้นตอนการกำหนดค่าสินไหมทดแทน อย่างไรก็ตามเมื่อจำเลยทำโดยจงใจหรือกระทำโดยประมาทเลินเล่อก็ดี ก็เป็นส่วนหนึ่งแห่งพฤติการณ์ที่ศาลต้องนำมาวิเคราะห์เพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนเช่นกัน

2) ความร้ายแรงแห่งละเมิด คือผลหรือระดับของความเสียหายอันสืบเนื่องมาจากลักษณะแห่งการกระทำละเมิดของจำเลย เช่น จำเลยกระทำโดยอุกอาจจนทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายอย่างไม่คาดคิด เช่น ปล้นในเวลากลางวันกลางตัวเมือง ใช้อาวุธร้ายแรงทำให้ผู้เสียหายบาดเจ็บสาหัส กระทำซ้ำทำให้มีความเสียหายมากขึ้น หรือกระทำโดยทารุณโหดร้ายจนทำให้จิตใจหวนหรือเสียสติ เป็นข้อที่ศาลต้องนำไปพิจารณาเพื่อกำหนดความรับผิดชอบของจำเลย

ดังความหมายของมาตรา 438 วรรคแรก จึงมีว่า เมื่อศาลเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน และ โจทก์มีหน้าที่นำสืบแสดงว่าตนได้รับความเสียหายแม้ว่าความเสียหายนั้น โจทก์ไม่อาจนำสืบได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใด ศาลสามารถกำหนดให้ได้โดยอาศัยพฤติการณ์และความ

ร้ายแรงแห่งการกระทำของจำเลย และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา แต่หากว่า โจทก์ไม่สามารถสืบได้ว่าตนเสียหายเนื่องจากกระทำของจำเลยแล้วศาลก็ไม่อาจพิพากษาให้ได้ จำเลยรับผิดชอบได้ เช่น การกำหนดค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 นั้น โจทก์จะสืบไม่ได้ว่าเสียหายไปมากน้อยเท่าใดก็ดี ศาลก็มีอำนาจวินิจฉัยกำหนดให้ ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการละเมิดในกรณีแม้โจทก์จะเรียกค่าเสียหายมาแน่นอนในคำฟ้อง แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า โจทก์มิได้เสียหายถึงขนาดที่กล่าว ศาลมีอำนาจลดค่าเสียหายลงได้ ทั้งนี้แล้วแต่เหตุผล เช่น ตามพฤติการณ์แห่งคดี หรือเพราะ โจทก์มีส่วนผิดอยู่ด้วย เมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแล้ว ก็เป็นหน้าที่ผู้กระทำหรือผู้ต้องรับผิดชอบจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน<sup>24</sup> เป็นหนี้เกิดแต่ มูลละเมิดซึ่งถูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดมาแต่เวลาที่ทำละเมิด<sup>25</sup> ย่อมเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายได้ทันทีแม้จะยังไม่รู้จำนวนค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหาย เมื่อใช้สิทธิ เรียกร้อง คือ ฟ้องร้องต่อศาล ศาลก็อาจกำหนดให้แก่โจทก์ได้เช่นเดียวกัน เพราะศาลมีหน้าที่ วินิจฉัยว่าจะใช้โดยสถานใดเพียงใดอยู่แล้ว<sup>26</sup> ไม่เกี่ยวกับคำขอบังคับให้ชดใช้ซึ่งเป็นหน้าที่ของ โจทก์จะคำนวณเรียกร้องเอาตามที่โจทก์เห็นว่าจะเสียหายหรือตนควรจำได้เท่าใด และจะเห็นได้ว่า กรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแต่มูลละเมิดกับกรณีที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่กันเป็น คนละตอนกัน การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายเป็นผลเนื่องจากการละเมิด บทบัญญัติ ของกฎหมายที่แสดงให้เห็นชัดว่าเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วเป็นคนละตอนกับจำนวนค่าสินไหม ทดแทนหรือค่าเสียหายที่กฎหมายให้อำนาจศาลเป็นผู้กำหนด

ดังนั้น เมื่อการกระทำอันเป็นการละเมิดได้ส่งผลให้เกิดความเสียหายตลอดเวลา ถ้าหาก ปลดปล่อยให้เนิ่นช้าความเสียหายย่อมเกิดขึ้นและทับถมเพิ่มขึ้นทุกวันหากไม่มีการระงับการกระทำ ละเมิดนั้น ดังนั้น เพื่อให้มีการระงับการกระทำละเมิดไม่ให้เกิดความเสียหายเพิ่มขึ้นจึงจำเป็นต้องมี มาตรการที่คุ้มครองผู้ถูกกระทำละเมิดโดยการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้ จำเลยกระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิดหรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือมีคำสั่งอื่นใดอัน ที่จะบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่อาจได้รับต่อไปเนื่องจากการกระทำของผู้กระทำละเมิด<sup>27</sup>

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 420.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 206.

<sup>26</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 448.

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 254 (2).

## 2.2 วิวัฒนาการแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายไทย

แนวคิดของการคุ้มครองชั่วคราวนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ว่า ในการดำเนินการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลในคดีแพ่งนั้น คู่ความในคดีต่างมีวัตถุประสงค์ให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้มีการบังคับตามสิทธิของตน กล่าวคือ มีความมุ่งหมายให้มีการส่งมอบ ทรัพย์สินการเรียกให้ชำระหนี้ หรือการให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เริ่มจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลตั้งแต่การตรวจคำฟ้องจนถึงการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาดในแต่ละคดีไม่อาจปฏิเสธได้ว่าจะต้องใช้ระยะเวลาอันนานเท่าใด ซึ่งเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งประการใดแล้ว จะต้องมีความระมัดระวังการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเท่านั้น ก็ยังเป็นเพียงพอที่จะคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความฝ่ายที่จะชนะคดี บางครั้งคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำเป็นต้องร้องขอความคุ้มครองชั่วคราวจากศาลในระหว่างพิจารณาคดีเพราะถูกคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่ตัวว่าตนจะแพ้คดีกระทำการอย่างใดให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่สิทธิหรือทรัพย์สิน ที่จะทำการบังคับคดี อาจทำให้เกิดความเสียหายที่ไม่มีทางจะแก้ไขหรือแก้ไขได้ยากในภายหลังก็จะส่งผลให้เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นประการใดแล้วการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งก็อาจจะไร้ผล ดังนั้นกฎหมายจึงได้บัญญัติให้มีมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างพิจารณา เพื่อให้คู่ความที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายมาร้องขอรับความคุ้มครองจากศาล โดยด่วน เพื่อขจัดความเสียหายนั้นๆ ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษานี้มีใช้ส่วนหนึ่งของการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง หากแต่เป็นอุปกรณ์ส่วนหนึ่งของการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเท่านั้น ซึ่งเมื่อคู่ความฝ่ายใดชนะคดีแล้วประสงค์จะหาให้ได้รับผลตามคำพิพากษาจึงต้องขอให้ศาลบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นต่อไปอีก

### 2.2.1 การคุ้มครองชั่วคราวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา<sup>28</sup> หมายถึง วิธีการคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในระหว่างพิจารณา ทั้งนี้เพราะเหตุผลว่า การมีข้อพิพาทในทางแพ่งเกิดขึ้นย่อมนำมาซึ่งความเสียหายในลักษณะทรัพย์สิน หรือในด้านอื่นๆ แก่คู่ความทั้งสองฝ่าย เช่น โจทก์อาจเกิดความเสียหาย ถ้าหากการดำเนินกระบวนการพิจารณาล่าช้า ในกรณีที่มีจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ตลอดเวลา ความเสียหายก็เกิดขึ้น และทับถมทวีขึ้นทุกวัน หากจำเลยไม่ระงับการกระทำละเมิดนั้น ในบางกรณี โจทก์ไม่สามารถบังคับคดีกับจำเลย เพราะจำเลยได้โอนขาย หรือจำหน่ายทรัพย์สินของตนเองเสียทั้งหมด หรือแต่

<sup>28</sup> เสมรัช บุญเลิศ. (2540). *มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องคดี: ศึกษากรณีการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 44.

บางส่วนก่อน หรือในระหว่างการดำเนินคดี หากโจทก์จะชนะคดีในชั้นที่สุด โจทก์อาจไม่ได้รับการบรรเทาความเสียหายเลยก็ได้ ความเสียหายบางอย่างหากไม่ได้รับการคุ้มครองจากศาล ทันท่วงทีก็อาจนำมาซึ่งผลร้ายแรงต่อความเสียหายมากยิ่งขึ้น และในบางครั้งไม่มีทางจะแก้ไขหรือแก้ไขได้ยาก การดำเนินคดีแม้จะเป็นฝ่ายชนะในที่สุดก็จะไม่เป็นผลบรรเทาความเสียหายได้เท่าใดนัก ในกรณีของจำเลยผู้ถูกฟ้อง ก็อาจได้รับความเสียหายเช่นกัน เพราะหากจำเลยเป็นฝ่ายชนะคดีและศาลพิพากษาให้โจทก์ต้องได้รับผิดในการใช้ค่าฤชาธรรมเนียมแทนจำเลยก็ต้องบังคับเท่ากับโจทก์ หากโจทก์ยกย้ายทรัพย์สินเพื่อจะหลีกเลี่ยงไม่ยอมชำระค่าฤชาธรรมเนียม จำเลยก็ได้รับความเสียหาย กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้จำเลยได้รับความคุ้มครองเช่นกัน<sup>29</sup> การที่โจทก์ฟ้องให้จำเลยชำระหนี้ ถ้าในระหว่างพิจารณาจำเลยยกย้าย จำนาย จ่าย โอน ทรัพย์สินต่อไป ย่อมเป็นที่เสียหายแก่โจทก์ ทำให้โจทก์ไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้เมื่อศาลพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี กฎหมายจึงกำหนดวิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิของ โจทก์ โดยกฎหมายกำหนดให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษามาตรา 254<sup>30</sup>

#### 1) กระบวนการในการคุ้มครองชั่วคราวตามวิธีพิจารณาความแพ่ง

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดมาตรการวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาไว้ สืบเนื่องมาจากมีแต่วิธีการบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งเท่านั้น เป็นการเพียงพอที่จะคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ผู้ชนะคดี โดยเหตุว่าลูกหนี้ผู้แพ้คดีอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ในระหว่างพิจารณาคดีได้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงได้กำหนดวิธีการขึ้นไว้เพื่อเจ้าหนี้ผู้ชนะคดีได้ดำเนินการคุ้มครองประโยชน์ส่วนได้เสียของตนก่อนศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่ง

วิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาลักษณะ 1 ของภาค 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแบ่งออกเป็น 2 หมวด คือ หมวด 1 หลักทั่วไป เริ่มตั้งแต่มาตรา 253 ถึงมาตรา 265 จำแนกการคุ้มครองเป็น 3 ประเภท ตามลักษณะของผู้ที่ถูกคุ้มครอง ดังนี้

(1) วิธีการคุ้มครองประโยชน์จำเลย หรือการวางเงินหรือหาประกันค่าฤชาธรรมเนียม และค่าใช้จ่าย<sup>31</sup> และเป็นการคุ้มครองจำเลยชั่วคราวในระหว่างอุทธรณ์และฎีกา เป็นเรื่องคุ้มครอง

<sup>29</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. (2538). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งลักษณะวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา. กรุงเทพฯ: เคนโกรว กราฟฟิคดีไซน์ แอนด์ปริ้นติ้ง. หน้า 7-8.

<sup>30</sup> เอื้อน ขุนแก้ว. (2553). คู่มือการศึกษาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). ม.ป.ท.. หน้า 11.

<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 253.



จำเลยก่อนพิพากษา จำเลยเท่านั้นที่จะยื่นคำขอตามมาตรา 253 ได้ ฝ่ายโจทก์ไม่สามารถยื่นคำขอตามมาตราดังกล่าวได้<sup>32</sup>

มาตรา 253 ทวิ เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นมาเพราะมาตรา 253 บัญญัติให้จำเลยยื่นคำร้อง “ก่อนวันสืบพยาน” ซึ่งหมายความว่าต้องยื่นต่อศาลชั้นต้นเท่านั้น บทบัญญัติที่เพิ่มเติมจึงมีวัตถุประสงค์ให้จำเลยสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองประโยชน์ของคนในชั้นอุทธรณ์และฎีกาได้ด้วยเพราะ โจทก์อาจเป็นบุคคลที่อยู่ในเงื่อนไขของมาตรา 253 วรรคแรก และแพ้คดีในศาลชั้นต้นแล้วยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปแล้วแต่กรณี

(2) วิธีการคุ้มครองประโยชน์ของโจทก์ หรือการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณา<sup>33</sup>

โจทก์ขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษามาตรา 254 ในการฟ้องคดีนั้น คู่ความฝ่ายที่เป็น โจทก์ เมื่อเริ่มต้นฟ้องคดีแล้วจึงต้องการที่จะชนะคดีเพื่อที่จะได้ทรัพย์สินหรือให้จำเลยชำระหนี้ที่ค้างชำระแก่ตนหรือให้จำเลยงดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จำเลยก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน แต่ในระหว่างเริ่มต้นที่ฟ้องคดีจนศาลมีคำพิพากษาต้องใช้ระยะเวลาอันพอสมควรซึ่งในระหว่างนั้นจำเลยอาจก่อให้เกิดความเสียหายในทรัพย์สินซึ่งโจทก์สามารถบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของจำเลยได้ เช่น โอน ชุกซ่อน หรือยกย้ายทรัพย์สินซึ่งอาจถูกยึดมาบังคับคดี โดยจำเลยอาจมุ่งหวังเพื่อให้เกิดการยากแก่การบังคับคดี หรือไม่สามารถที่จะทำให้โจทก์บังคับคดีได้ กรณีเช่นนี้กฎหมายกำหนดวิธีการไว้เพื่อป้องกันและปลดปล่อยความเสียหายที่โจทก์จะได้รับเป็นแนวทางเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของโจทก์<sup>34</sup> โจทก์อาจมีคำขอฝ่ายเดียวให้ศาลจัดให้มีวิธีคุ้มครองตามมาตรา 254 โดยวิธีการยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องหรือในเวลาใดๆ ก่อนพิพากษา ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งจัดให้มีวิธีคุ้มครองอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ก่อนที่ศาลที่ศาลจะมีคำสั่งตามที่โจทก์ขอ ศาลอาจให้โจทก์นำจำนวนเงินตามที่เห็นสมควรมาวางศาล เพื่อเป็นประกันสำหรับค่าสินไหมทดแทน โจทก์ขอที่จะยื่นคำขอต่อศาลพร้อมคำฟ้อง หรือในเวลาใดๆ ก่อนพิพากษาจะทำได้เฉพาะ โจทก์เท่านั้น จำเลยไม่มีสิทธิร้องขอ คำขอคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวนอกจากสามารถยื่นต่อศาลชั้นต้นแล้ว โจทก์ยังสามารถยื่นต่อศาลอุทธรณ์และฎีกา เพื่อคุ้มครองในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาได้ด้วย

(3) วิธีการคุ้มครองประโยชน์ของทั้ง โจทก์และจำเลย หรือการคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความระหว่างพิจารณา<sup>35</sup> ให้สิทธิคู่ความในอันที่จะมีคำขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งกำหนดวิธีการ

<sup>32</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 253 ทวิ.

<sup>33</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 254.

<sup>34</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 254.

<sup>35</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 264.

เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความผู้ขอระหว่างพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา แต่จำกัดเฉพาะคู่ความเท่านั้น ย่อมรวมถึงทั้งโจทก์และจำเลยและผู้ร้องสอดด้วย และมาตรา 264 ไม่สามารถขอในกรณีเหตุฉุกเฉินดังเช่นมาตรา 254 ซึ่งวิธีการคุ้มครองตามมาตรา 254 เป็นการคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างพิจารณาแล้ว ยังเป็นวิธีการบังคับตามคำพิพากษาดังนั้น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 254 ด้วย

ส่วนในหมวด 2 บัญญัติคำขอในเหตุฉุกเฉินไว้เป็นกรณีพิเศษเริ่มตั้งแต่มาตรา 266 ถึงมาตรา 270

กรณีมีเหตุฉุกเฉินเมื่อโจทก์ยื่นคำขอตามมาตรา 254 โจทก์จะยื่นคำร้องรวมไปด้วย เพื่อให้ศาลมีคำสั่งหรือออกหมายตามที่ขอโดยไม่ชักช้าก็ได้<sup>36</sup> ให้ศาลพิจารณาคำขอเป็นการด่วน ถ้าเป็นที่พอใจจากคำแถลงของโจทก์หรือพยานหลักฐานที่โจทก์ได้นำมาสืบหรือ ที่ศาลได้เรียกมาสืบเองว่าคดีนั้นเป็นคดีมีเหตุฉุกเฉิน และคำขอนั้นมีเหตุผลสมควรอันแท้จริงให้ศาลมีคำสั่งหรือออกหมายตามที่ขอ ภายในขอบเขตและเงื่อนไขไปตามที่เห็นจำเป็นทันที ถ้าศาลมี คำสั่งให้ยกคำขอ คำสั่งเช่นว่านี้ให้เป็นที่สุดจำเลยอาจยื่นคำขอโดยพลัน ให้ศาลยกเลิกคำสั่งหรือหมาย อาจทำเป็นคำขอฝ่ายเดียว โดยได้รับอนุญาตจากศาลถ้าศาลมีคำสั่งยกเลิกคำสั่งเดิมตามคำขอ คำสั่งเช่นว่านี้ให้เป็นที่สุดการที่ศาลยกคำขอในเหตุฉุกเฉินหรือยกเลิกคำสั่งที่ได้ออกตามคำขอในเหตุฉุกเฉินนั้นย่อมไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะนำเสนอคำขอตามมาตรา 254 นั้นใหม่<sup>37</sup>

กรณีที่มีคำขอในเหตุฉุกเฉิน ให้ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่าคดีนั้นมีเหตุฉุกเฉินหรือไม่ ส่วนวิธีการที่ศาลจะกำหนดนั้น หากจำเป็นต้องเสื่อมเสียแก่สิทธิของคู่ความในประเด็นแห่งคดีก็ให้เสื่อมเสียเท่าที่จำเป็น<sup>38</sup> คำสั่งศาลซึ่งอนุญาตตามคำขอในเหตุฉุกเฉินนั้นให้มีผลบังคับตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 258 และมาตรา 258 ทวิ หนึ่ง ศาลจะสั่งให้โจทก์รอกการบังคับไว้จนกว่าศาลจะได้วินิจฉัยชี้ขาดคำขอให้ยกเลิกคำสั่ง หรือจนกว่าโจทก์จะได้วางประกัน<sup>39</sup>

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนทำการศึกษาคณะกรณีกู้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาตามมาตรา 254 (2) และมาตรา 266 เท่านั้น เนื่องจากเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับการขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ทำละเมิดระงับหรือละเว้นการกระทำละเมิดตามกฎหมายจึงกำหนดให้มีมาตรการบางอย่างมาคุ้มครองประโยชน์ของโจทก์ไว้ชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาคดี เพื่อมิให้ได้รับความ

<sup>36</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 266.

<sup>37</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 267.

<sup>38</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 268.

<sup>39</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 269.

เสียหายในกรณีที่จำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์เพิ่มมากขึ้น

วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษามีมาตั้งแต่สมัยรัตนโกสินทร์ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งได้ทรงวางระบบศาลยุติธรรมขึ้นใหม่ เนื่องจากเกิดเหตุการณ์ที่ชาวต่างประเทศไม่ยอมรับระบบกฎหมายไทย จึงได้มีการปฏิรูปตรวจแก้ไขกฎหมายในส่วนของสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ โดยในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้นได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นพิจารณาร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความที่สมบูรณ์ ซึ่งในส่วนของวิธีพิจารณาความแพ่งได้มีการตราพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 และพระธรรมนูญศาลกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ซึ่งในส่วนของพระราชบัญญัติพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 นั้น ได้มีบทบัญญัติในหมวด 7 ว่าด้วยการยึดทรัพย์ก่อนพิพากษาไว้ใน 2 มาตรา คือ

มาตรา 51 บัญญัติว่า “โจทก์ในคดีซึ่งฟ้องเรียกทุนทรัพย์เป็นจำนวนเงินตั้งแต่ 1,000 บาทขึ้นไป ด้วยเรื่องที่ได้ขายไป หรือเงินยา หรือเงินฝาก หรือบัญชี หรือค่าเช่า ค่าเช่าของ มีอำนาจที่จะขอให้ศาลออกหมายอายัดของจำเลยทั้งหมด หรือแต่บางส่วน และให้เจ้ากรมกองหมายรักษาไว้ต่างทัณฑ์ หรือประกันในจำนวนเงินที่โจทก์ฟ้อง

โจทก์จะขอให้ศาลออกหมายอายัดทรัพย์ได้ในเวลาที่ยื่นฟ้อง หรือเวลาที่ศาลยังไม่ได้ตัดสิน

ให้ศาลออกหมายอายัดทรัพย์อันนั้น โดยไม่ต้องบอกให้จำเลยรู้ เมื่อโจทก์แสดงให้เป็นที่พอใจของศาล โดยมีบุคคลตั้งแต่ 2 คน ขึ้นมาสาบานว่าฟ้องโจทก์เป็นความจริง และจำเลยไม่อยู่หรือที่สำนักของจำเลยไม่พบ หรือจำเลยได้ยกย้ายหรือจะขาย ได้ซุกซ่อนหรือจะซุกซ่อนหรือจะพาหนี หรือหยาบกทรัพย์สมบัติของจำเลยให้ผู้อื่นเพื่อประสงค์จะฉ้อเจ้าหนี้”

มาตรา 54 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีทุนทรัพย์ตั้งแต่ 200 บาทขึ้นไป เมื่อโจทก์ได้นำพยานมาให้ศาลสืบ ไม่ว่าเวลาใดๆ เมื่อยื่นฟ้อง หรือก่อนมีคำพิพากษาฉบับที่สุดให้ศาลเป็นที่พอใจว่าโจทก์มีเหตุผลอันดีในการที่จะฟ้องหาจำเลยแล้ว โจทก์มีอำนาจที่จะขอหมายจับตัวจำเลยไม่ได้ว่าตำบลใดในพระราชอาณาเขต (หรือในน่านน้ำ ภายในพระราชอาณาเขต)

ในการที่ศาลจะออกหมายจับนี้ ศาลจะต้องเห็นเป็นที่พอใจว่ามีเหตุอันสมควรเชื่อได้ดังต่อไปนี้ คือ จำเลยซ่อนตัวเสียเพื่อจะไม่รับหมายของศาลจำเลยได้ยกย้าย หรือซุกซ่อนทรัพย์สมบัติของตนเสีย หรือได้ซุกซ่อน ทำลาย หรือแก้ไข หรือฉีกสมุดบัญชี ซึ่งเกี่ยวกับการงานหรือการค้าของตนเพื่อจะฉ้อโจทก์ หรือเจ้าหนี้ของตนก็ดี หรือตามกิริยา หรือตามวิธีที่ทำการงาน หรือการค้าขายของจำเลย จำเลยจะหลีกเลี่ยงหนีหรือพ้อเห็นได้ว่า หลีกหนีไปเพื่อให้พ้นอำนาจของศาลก็ดี”

จะเห็นได้ว่า มาตรา 51 เป็นเรื่องการยึดทรัพย์ ส่วนมาตรา 54 เป็นเรื่องขอให้จับและกักขัง<sup>40</sup> ซึ่งถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติเริ่มแรกในเรื่องวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา ต่อมามีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2473 มีการเปลี่ยนชื่อหมวดเป็นหมวดที่ 7 ว่าด้วยคำสั่งห้ามและยึดทรัพย์ก่อนคำพิพากษา และได้มีการแก้ไขข้อความในมาตรา 51 และเพิ่มมาตรา 51 ทวิ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปี พ.ศ. 2473 นอกจากเป็นการแก้ไขถ้อยคำในตัวบทให้รัดกุมขึ้น<sup>41</sup> ยังเพิ่มกรณีจำเลยตั้งใจกระทำ หรือน่าจะกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิด หรือการผิดสัญญาที่ฟ้องร้องกันอยู่ ให้ศาลสามารถออกหมายห้ามชั่วคราวไม่ให้กระทำการนั้น ขึ้นมาใหม่ซึ่งใกล้เคียงกับบัญญัติที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ในการให้ศาลมีคำสั่งให้ระงับหรือละเว้นการกระทำละเมิดใดๆ

ต่อมาตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ประเทศไทยได้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้กล่าวให้ยกเลิกบรรดากฎหมายวิธีสบัญญัติที่ได้ใช้ไปพลางก่อนชั่วคราว ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รวบรวมกฎหมายที่กระจัดกระจายในที่ต่างๆ ให้เป็นหมวดหมู่ ซึ่งในภาค 4 ของพระราชบัญญัตินี้เอง ได้บัญญัติในเรื่องวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาไว้<sup>42</sup> ดังนี้

(1) ให้ยึด หรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยทั้งหมดหรือบางส่วนไว้ก่อนพิพากษา รวมทั้งจำนวนเงินหรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งถึงกำหนดชำระแก่จำเลยแล้วมอบให้เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือ เจ้าพนักงานอื่นใดที่ศาลเห็นสมควรรักษาไว้

(2) ให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งละเมิด หรือการผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือมีคำสั่งให้หยุดหรือป้องกันการเปลืองไปเปล่า การนุสลาย การโอน การขาย การยกย้าย หรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินใดๆ ที่พิพาทจนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

(3) ให้จับกุมและกักขังจำเลยไว้ชั่วคราว

ในระหว่างระยะเวลา นับแต่ศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด หรือชี้ขาดชั้นอุทธรณ์ไปจนถึงเวลาที่ศาลได้รับอุทธรณ์หรือรับฎีกา คำขอตามมาตรา นี้ให้ยื่นต่อศาลชั้นต้น ให้ศาลชั้นต้นมีอำนาจที่จะส่งอนุญาตหรือยกคำขอเช่นนี้

<sup>40</sup> เกียรติ จาคุนิลพันธุ์. (2536). *รวมคำบรรยายภาคสองสมัยที่ 46 การบรรยายครั้งที่ 2*. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร พรินต์ติ้ง กรุ๊ป. หน้า 74-75.

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 75-76 .

<sup>42</sup> สุนีย์ มัลลิกะมาลย์ และคณะ. (2525). *รายงานผลการวิจัยวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี: ภาคกฎหมายวิธีสบัญญัติ*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 47.

บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเลย นับตั้งแต่มีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ต่อมาในปี พ.ศ. 2538 รัฐสภาได้ผ่านร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2538 และมีผลใช้บังคับตามกฎหมายจนถึงปัจจุบัน

มาตรา 254 บัญญัติว่า “ในคดีอื่นๆ นอกจากคดีมโนสารเร่ โจทก์ชอบที่จะยื่นต่อศาลพร้อมกับคำฟ้อง หรือในเวลาใดๆ ก่อนพิพากษา ซึ่งคำขอฝ่ายเดียว ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งภายในบังคับแห่งเงื่อนไขซึ่งจะกล่าวต่อไป เพื่อจัดให้มีวิธีคุ้มครองใดๆ ดังต่อไปนี้

(1) ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของจำเลยทั้งหมด หรือบางส่วนไว้ก่อนพิพากษา รวมทั้งจำนวนเงินหรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งถึงกำหนดชำระแก่จำเลย

(2) ให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำ หรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิดหรือการผิดสัญญา หรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือมีคำสั่งอื่นใดอันที่จะบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่โจทก์อาจได้รับต่อไปเนื่องจากการกระทำของจำเลยหรือมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยโอน ขาย ยักย้าย หรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของจำเลย หรือมีคำสั่งให้หยุดหรือป้องกันการเปลืองไปเปล่า หรือการนุบสลายซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

(3) ให้ศาลมีคำสั่งให้นายทะเบียน พนักงานเจ้าหน้าที่หรือบุคคลอื่น ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายระงับการจดทะเบียน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนหรือการเพิกถอนการจดทะเบียนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของจำเลย หรือที่เกี่ยวกับการกระทำที่ถูกฟ้องร้องไว้ชั่วคราว จนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

(4) ให้จับกุมและกักขังจำเลยไว้ชั่วคราว ในระหว่างระยะเวลานับแต่ศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีหรือชี้ขาดอุทธรณ์ ไปจนถึงเวลาที่ศาลชั้นต้นได้ส่งสำนวนความที่อุทธรณ์หรือฎีกาไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาแล้วแต่กรณี คำขอตามมาตรานี้ให้ยื่นต่อศาลชั้นต้น ให้ศาลชั้นต้นมีอำนาจที่จะสั่งอนุญาตหรือยกคำขอเช่นว่านี้”

การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ. 2538 นี้ ได้ปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเสียใหม่ให้เหมาะสมและเป็นธรรมยิ่งขึ้นในหลายประการ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นผลดีทั้งต่อโจทก์และจำเลยเพราะทำให้มาตรการในการคุ้มครองโจทก์ในระหว่างพิจารณาของศาล และการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาของศาลเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ และยังทำให้จำเลยได้รับความคุ้มครองในเรื่องการชำระค่าฤชาธรรมเนียมมากขึ้น รวมทั้งวิธีการในการเรียกกรองคำสินไหมทดแทนและการพิจารณาของศาลก็ชัดเจนยิ่งขึ้นด้วย

โจทก์ขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา (Plaintiffs Apply for Provisional Measures) การคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษามาตรา 254 มาตรานี้มีบัญญัติไว้เพื่อประโยชน์ของโจทก์ เฉพาะโจทก์เท่านั้นที่มีสิทธิยื่นตามมาตรา นี้ เหตุผลเพราะผู้แพ้คดีที่ไม่สุจริตอาจกระทำให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้ชนะคดีได้ เช่น ทำให้การพิจารณาคดีล่าช้าเพื่อหาวิธีหลีกเลี่ยงการบังคับคดี หรือกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้การบังคับคดีเป็นไปไม่ได้หรือไร้ผล โดยชุกช่อนหรือยกย้ายทรัพย์สินซึ่งถูกยึดมาบังคับคดีเพื่อให้เป็นการยากแก่การบังคับ<sup>43</sup>

## 2.3 วิวัฒนาการแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องตามระบบกฎหมาย Common Law และ ระบบกฎหมาย Civil Law (Interim Injunction)

### 2.3.1 ระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวถือเป็นเรื่องสำคัญ ตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เป็นการออกคำสั่งคุ้มครอง (Injunction) ตามหลักความเป็นธรรม (Equity) เป็นอำนาจของศาลในระบบจารีตในศาลที่อาจมีการขอให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามวางค่าใช้จ่ายค่าธรรมเนียม ก่อนการพิจารณาคดีก็ได้ เนื่องจากตามปกติแล้วคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีจะเป็นผู้ชดใช้ค่าธรรมเนียมศาลรวมทั้งค่าทนายความแต่ถ้าคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีเป็นฝ่ายแพ้ คดีบางส่วนคู่ความฝ่ายนั้นต้องเสียค่าธรรมเนียมเป็นสัดส่วนที่ได้แพ้คดีนั้น หลักความเป็นธรรม (Equity) ได้เริ่มใช้ในประเทศอังกฤษในยุค Medieval คือ ช่วงศตวรรษที่ 11 ถึง 15 เนื่องมาจากประชาชนเริ่มประสบความเดือดร้อนเพราะกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถคุ้มครองได้อย่างเต็มที่ บางกรณีก็ไม่ได้มีกำหนดไว้ในกฎหมาย ประชาชนส่วนหนึ่งจึงนำความเดือดร้อนของตน ไปร้องเรียนกับ The Chancellor ซึ่งเป็นบุคคลที่มีอำนาจในประเทศเปรียบได้กับที่ปรึกษาพระองค์ของพระมหากษัตริย์ในยุคนั้น ผู้ดำรงตำแหน่ง The Chancellor จะเป็นนักบวชซึ่งจะถือว่าเป็นบุคคลที่มีความรู้สูงในสังคมและมีความรู้เรื่องกฎหมายดี The Chancellor จึงรับเรื่องร้องเรียนไว้พิจารณาและตัดสินเรื่องราวบรรเทาผลร้ายให้แก่ผู้ร้องไปตามที่ตนเห็นว่าริสุทธ์และเป็นธรรม โดยพยายามเลี่ยงไม่ให้เกิดความขัดแย้งกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ทำให้การพิจารณาคดีตัดสินคดีของอังกฤษนับแต่นั้นมี 2 ระบบต่างหากจากกัน คือ การพิจารณาคดีตัดสินคดีตามหลักกฎหมายกับตามหลักความเป็นธรรม มีการเยียวาก็แตกต่างกันออกไปด้วย กล่าวคือ ตามรูปแบบกฎหมาย Common Law เมื่อโจทก์ชนะคดีแล้วจะได้รับการเยียวที่กำหนด คือ ค่าเสียหาย ไม่ว่าโจทก์จะมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายอยู่ด้วยหรือไม่ก็ตาม

<sup>43</sup> พิพัฒน์ จักรางกูร. (2537). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง “วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง”. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร. หน้า 3.

ในขณะที่เดียวกัน โจทก์ก็จะขอให้ใช้มาตรการเยียวยาอย่างอื่นนอกจากนี้ไม่ได้เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ มาตรการเยียวยาตามหลักความเป็นธรรม จะเป็นที่ไปตามดุลยพินิจของ The Chancellor ดังนั้น หากเห็นว่าโจทก์ไม่สุจริต โจทก์ก็อาจไม่ได้รับความคุ้มครองดุลยพินิจของ The Chancellor นั้น ในขั้นตอนต้น ไม่มีบรรทัดฐานที่แน่นอนคงเป็นที่ไปตามที่ The Chancellor เห็นสมควร

ต่อมาศตวรรษที่ 16-17 คำสั่งของ The Chancellor เริ่มเป็นที่ไปตามหลักเกณฑ์มากขึ้น จนในศตวรรษที่ 19 แนวคิดที่จะผสมผสานแนวกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) กับหลักความเป็นธรรม (Equity) เข้าด้วยกันเพราะประชาชนประสบปัญหาในการขึ้นศาลที่ใช้หลักเกณฑ์ต่างกัน โดยประชาชนที่ดำเนินคดีตามกฎหมายที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล Queen's/King's Bench แต่หากต้องการดำเนินคดีตามหลักความเป็นธรรมจะต้องขึ้นศาล Chancery จึงมีการออกกฎหมาย The Common Law Procedure Act 1854 เพื่อให้ศาลฝ่าย Common Law ใช้มาตรการเยียวยาของทางฝ่าย Equity ได้ ในทางกลับกัน The Chancery Amendment Act 1858 ก็อนุญาตให้ศาลฝ่าย Equity ใช้มาตรการเยียวยาของฝ่าย Common Law ได้เช่นกัน จากนั้นมา The Judicature Act 1873, 1875 ได้ยุติการแบ่งแยกศาลดังกล่าวด้วยการแก้ปัญหาโดยจัดให้มี The Supreme Court of Judicature เป็นศาลสูง โดยพิจารณาคดีแยกเป็น 3 แผนก คือ Queen's Bench Division ซึ่งเปลี่ยนชื่อมาจาก Probate, Chancery Division เปลี่ยนชื่อมาจาก Divorce และ Family Division เปลี่ยนชื่อมาจาก Admiralty Division ซึ่งศาลสูงทั้ง 3 แผนกนี้ มีอำนาจใช้มาตรการเยียวยาทั้งตามกฎหมายและตามหลักความเป็นธรรม

#### 1) รูปแบบของคำสั่งคุ้มครอง (Injunction)<sup>44</sup>

คำสั่งคุ้มครองเป็นมาตรการเยียวยาตามหลักความเป็นธรรม (Equity) ซึ่งถือว่ามีประสิทธิภาพ เพราะเป็นมาตรการที่รวดเร็ว ไม่สิ้นเปลือง และได้ผลดีสามารถเลี่ยงความจำเป็นที่ต้องดำเนินการต่อไป ทำให้คดีไม่ต้องมาสู่ศาล ลักษณะสำคัญของคำสั่งคุ้มครอง คือ เป็นการบังคับบุคคลไม่ได้มุ่งบังคับต่อทรัพย์สิน ถือเป็นมาตรการที่มองผลในปัจจุบันและอนาคต เพราะมุ่งที่จะคุ้มครองไม่ให้ผลร้ายเกิดขึ้นแก่ผู้ร้องในขณะนั้นและในอนาคตไม่ได้มุ่งเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต รูปแบบของคำสั่งค่อนข้างยืดหยุ่นและให้ความคุ้มครองบุคคลได้ดีกว่ามาตรการตามกฎหมาย โดยทั่วไปคำสั่งคุ้มครองจะเป็นคำสั่งทางนิเสธ คือ จะเป็นคำสั่งห้ามไม่ให้บุคคลกระทำการใดๆ แต่อย่างไรก็ตาม มีบางคำสั่งที่ให้บุคคลกระทำการใดๆ คำสั่งคุ้มครองนี้ นอกจาก

<sup>44</sup> เนตินาฎ คงทอง. (2545). *วิธีการชั่วคราวในคดีแพ่ง “ศึกษากรณีความเป็นไปได้ในการนำวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องมาใช้ในคดีแพ่ง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 33.

แบ่งตามลักษณะการบังคับของคำสั่งแล้วยังอาจแบ่งออกตามระยะเวลาที่มีผลคุ้มครองไว้ด้วย คำสั่งคุ้มครองที่ได้แพร่หลายอยู่ในปัจจุบันแบ่งได้ ดังนี้<sup>45</sup>

(1) คำสั่งห้ามมิให้กระทำการ (Prohibitory Injunction) คือ คำสั่งให้บุคคลหยุดกระทำการต่อไป หรือหยุดกระทำซ้ำซึ่งการกระทำที่ไม่ชอบ คำสั่งห้ามมิให้กระทำการนี้ ถือเป็นต้นแบบของคำสั่งคุ้มครองตามหลักความเป็นธรรม (Equity) เพราะการกระทำที่ไม่ชอบจะหยุดลงทันที โดยไม่ต้องรอผลของคดีในที่สุด

(2) คำสั่งให้กระทำการ (Mandatory) คือ คำสั่งเพื่อให้การกระทำที่ไม่ชอบยุติลง โดยให้บุคคลกระทำการบางประการ คำสั่งนี้ไม่เป็นที่นิยมนักเพราะศาลอังกฤษเองก็ไม่แน่ใจว่าควร จะสั่งให้บุคคลกระทำการใดๆ หรือไม่และผลที่ตามมาจะเป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้ถูกบังคับตามคำสั่ง มากกว่าคำสั่งห้ามมิให้กระทำการ

(3) คำสั่งห้ามก่อนที่ผลร้ายจะเกิด (Quia Timet (Because H Fears) Injunction) คือ คำสั่งที่ออกเพื่อป้องกันสิทธิของโจทก์ที่ถูกบุคคลอื่นข่มขู่ว่าจะทำการละเมิดสิทธิ แต่การกระทำ ละเมิดดังกล่าวยังไม่ได้เกิดขึ้น คำสั่งนี้จึงเป็นคำสั่งให้บุคคลละเว้นที่จะกระทำการใดในอนาคต ซึ่งเป็นผลร้ายแก่บุคคลอื่น คำสั่งประเภทนี้แสดงให้เห็นข้อแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างกฎหมาย จารีตประเพณี (Common Law) กับหลักความเป็นธรรม (Equity) เพราะตามหลักความเป็นธรรม คำสั่งนี้ใช้บังคับได้แม้ผู้ร้องจะไม่มีสิทธิที่จะดำเนินคดีตามกฎหมาย

(4) คำสั่งชั่วคราว (Interlocutory Injunction) คือคำสั่งคุ้มครองในช่วงก่อนพิจารณาคดี โดยปกติผู้ร้องจะสามารถยื่นคำขอฝ่ายเดียวได้ หากคำสั่งชั่วคราวนี้มีกำหนดเวลาให้มีผลถึงวันเวลา แน่นอนเรียกว่า Interim Injunction คำสั่งชั่วคราวนี้จะเป็นคำสั่งที่ใช้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด Lord Denning ซึ่งเป็นผู้พิพากษาของอังกฤษได้ให้ความเห็นในคดี *Fellowes & Son V. Fisher* ว่า คำสั่งชั่วคราวทำให้ 99 ใน 100 คดีสิ้นสุดลงโดยคู่คดีสามารถเจรจาตกลงไม่ดำเนินคดีต่อไป

(4.1) Interlocutory Injunction คำสั่งนี้เป็นคำสั่งศาลประเภทหนึ่งที่มีการร้องขอ บ่อยครั้งในการฟ้องร้องคดี เหมาะสมที่จะใช้ในกรณีไม่ฉุกเฉินมากนักเพื่อเยียวยาความเสียหาย โดยศาลจะมีคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ผู้ให้เช่าปิด สถานที่เช่า ผู้เช่าอาจฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้เช่าหยุดกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งศาลจะ พิจารณาว่าจะให้คำสั่งประเภทนี้แก่ผู้เช่าหรือไม่โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ ผู้ยื่นคำขอได้กระทำ ละเมิดหรือผิดสัญญาหรือไม่ คำสั่งนี้สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสมตาม หลักกฎหมายสารบัญญัติหรือไม่

<sup>45</sup> เสมรชัย บุญเลิศ. อ่างแล้ว. หน้า 30.



การที่ศาลจะพิจารณาว่าจะให้คำสั่งนี้แก่ผู้ร้องขอหรือไม่ ในแนวคำพิพากษาในคดี American Cyanamid V. Ethicon Ltd. เป็นหลักการในการพิจารณา กล่าวคือ มีประเด็นสำคัญในคดีที่ควรจะได้รับพิจารณาหรือไม่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์เป็นความเสียหายที่จะไม่ได้รับการชดเชยอย่างเพียงพอหรือไม่ถ้าศาลไม่ออกคำสั่งประเภทนี้ ถ้าผลการพิจารณาปรากฏว่าโจทก์สมควรได้รับคำสั่งนี้จำเลยก็จะได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเพียงพอ (ความเสียหายที่จะเกิดอาจมีลักษณะความสูญเสียที่เป็นตัวเงิน หรือ เป็นความสูญเสียที่ไม่สามารถได้รับการชดเชยอย่างครบถ้วนหรือที่จำเลยไม่มีเจตนาที่จะจ่ายค่าเสียหาย) ถ้าผลพิจารณาคดีปรากฏว่าโจทก์ไม่สมควรได้รับคำสั่งนี้จากศาล ถ้าโจทก์และจำเลยจะไม่ได้รับการชดเชยความเสียหายแล้วก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าถ้าศาลออกคำสั่งไปแล้วฝ่ายใดจะได้รับความเดือดร้อนมากกว่ากันเป็นหลักที่รู้จักกันเรียกว่า “Balance of Convenience” ศาลจะประเมินความสูญเสียที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน เช่น เปรียบเทียบว่าผู้เช่าจะเดือดร้อนหรือไม่ถ้าต้องออกจากสถานที่เช่าจนกว่าจะมีการพิจารณาคดีและผู้ให้เช่าจะเดือดร้อนหรือไม่ถ้าอนุญาตให้ผู้เช่ากลับเข้าสถานที่เช่าจนกระทั่งมีการพิจารณาคดี ถ้าผู้เช่า (ซึ่งเป็นผู้ที่ขอให้ศาลออกคำสั่งนี้) จะเดือดร้อนเสียหายมากกว่าศาลก็จะออกคำสั่งนี้ให้ แต่ถ้าผู้ให้เช่าจะได้รับความเสียหายมากกว่าศาลก็จะไม่ออกคำสั่งนี้ให้ผู้เช่า การที่ศาลจะพิจารณาว่าควรออกคำสั่งชนิดนี้หรือไม่ศาลจะไม่พิจารณาความถูกต้องของคู่ความตามกฎหมายสารบัญญัติเพราะเป็นเรื่องที่จะกระทำในชั้นพิจารณาคดี ศาลจะออกคำสั่งประเภทนี้ในเวลาเดียวกันกับออกหมายศาลหรือหลังจากนั้นไม่นานโดยศาลต้องฟังความจากคู่ความทั้งสองฝ่ายซึ่งเวลาไม่มากหลังจากเริ่มการพิจารณาคดีในศาล การฝ่าฝืนคำสั่งของศาลนี้มีโทษจำคุกหรือปรับฐานละเมิดอำนาจศาล อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการดำเนินคดีในชั้นศาลต้องใช้ระยะเวลาอันจึงจะเกิดช่องว่างระหว่างช่วงเริ่มต้นดำเนินคดีถึงช่วงมีการพิจารณาคดี ดังนั้น คดีส่วนใหญ่ที่โจทก์ต้องการให้ศาลมีคำสั่งที่มีผลบังคับอย่างรวดเร็วจึงไม่ต้องรอนจนกระทั่งมีการพิจารณาคดี และถ้าเป็นกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินด้วย โจทก์ก็สามารถมีคำขอให้ศาลพิจารณาคดีฝ่ายเดียวฉุกเฉินที่เรียกว่า “Interim Injunction”

(4.2) Interim Injunction คำสั่งนี้เป็นคำสั่งคุ้มครองคู่ความในช่วงก่อนเริ่มการพิจารณาคดีมีความแตกต่างจากคำสั่งประเภท Interlocutory Injunction ในจุดที่ว่า Interim Injunction จะกำหนดระยะเวลาที่คำสั่งมีผลบังคับไว้อย่างชัดเจนกว่าโดยปกติผู้ร้องขอคำสั่งนั้นสามารถยื่นเป็นคำขอฝ่ายเดียวได้โดยศาลไม่ได้สืบพยานคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งประกอบคำขอ แม้ยังไม่ได้ฟ้องเป็นคดีต่อศาล

เงื่อนไขที่ศาลใช้พิจารณาในการออกคำสั่งนี้ใช้หลักเกณฑ์ของคดี American Cyanamid V. Ethicon Ltd. เช่นกัน คือ

- ผู้ขอมีเหตุฉุกเฉินไม่ได้รับความเป็นธรรม หรือจะได้รับความเสียหายมาก หรือเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาได้ เนื่องจากความล่าช้าหรือเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น ที่เกิดขึ้นก่อนมีการฟังจากคู่ความทั้งสองฝ่ายและมีข้อสำคัญในคดีอันควรที่จะได้รับการพิจารณา

- ศาลจะพิจารณาว่าการเยียวยาด้วยการชดใช้ค่าเสียหายนั้นเหมาะสมสำหรับผู้ร้อง หรือไม่ ถ้าไม่เหมาะสมศาลก็จะไม่พิจารณาอนุญาตคำสั่งคุ้มครอง แต่หากพิจารณาเห็นว่า การเยียวยา ด้วยการชดใช้ค่าเสียหายไม่เหมาะสม ศาลก็จะพิจารณาว่าคู่ความอีกฝ่ายสามารถได้รับชดเชย ความเสียหาย ถ้าต่อมาปรากฏว่าศาลไม่สมควรออกคำสั่งนี้ให้แก่ผู้ขอ

- ศาลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายว่าฝ่ายใด จะได้รับความเสียหายมากกว่ากันถ้ามีการออกคำสั่งดังกล่าว คือ ศาลจะดูความสมดุลระหว่างผลดีที่ ผู้ร้องจะได้รับ กับผลร้ายที่ผู้ถูกบังคับตามคำสั่งจะได้รับเมื่อศาลอนุญาตคำสั่งคุ้มครอง คำสั่งนี้จะ ควบคุมคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจนถึงวันที่คำสั่งระบุไว้

นอกจากนี้ยังมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ได้แพร่หลายอีก 2 รูปแบบ คือ

- คำสั่ง Anton Pillar Injunction ซึ่งคำสั่งนี้ตั้งชื่อคดี Anton Pillar KG V. Manufacturing Process Ltd. คำสั่งนี้เป็นคำสั่งที่ให้ผู้ร้องสามารถเข้าไปในเคหะสถานของบุคคลอื่น เพื่อตรวจสอบเอกสารและเก็บเอกสารดังกล่าวมาเก็บรักษาในความปลอดภัยของตน คำสั่งดังกล่าวน่าจะเป็นคำสั่งประเภทให้กระทำการ (Mandatory Injunction) เพราะมีลักษณะบังคับให้เจ้าของเคหะสถาน อนุญาตให้ผู้ร้องเข้าไปตรวจสอบเอกสารหากไม่อนุญาตถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล แต่เนื่องจาก คำสั่งคุ้มครองส่วนมากมีลักษณะเป็นนิเสธ จึงมีบางคนเห็นว่า คำสั่งนี้น่าจะเป็นคำสั่งห้ามมิให้ กระทำการ (Prohibitory Injunction) โดยมีให้เจ้าของเคหะสถานเคลื่อนย้ายหรือทำลายเอกสาร ดังกล่าว ซึ่งผลเท่ากับว่าให้ผู้ร้องเข้าไปในเคหะสถานเพื่อนำเอกสารดังกล่าวมาเก็บรักษาเพื่อป้องกันการ ถูกทำลายและจากการที่ผลของคำสั่งนี้ให้อาจบุคคลเข้าไปตรวจสอบและยึดเอกสารได้ ทำให้มี บางคนเข้าใจว่าคำสั่งนี้เป็นหมายค้นประเภทหนึ่ง แต่บางความเห็นมองว่าคำสั่งนี้ไม่น่าจะถือเป็น หมายค้น เพราะเป็นมาตรการเยียวยาทางแพ่ง ไม่ใช่มาตรการทางอาญาและเป็นมาตรการที่ดำเนินการ โดยผู้ร้องไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐและที่สำคัญ คือ ไม่อาจดำเนินการใดๆ โดยปราศจากคำอนุญาต ของเจ้าของเคหะสถาน คำสั่งในลักษณะนี้ใช้อย่างแพร่หลายในคดีทรัพย์สินทางปัญญาเพราะเป็น การเปิดโอกาสให้เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเข้าไปตรวจสอบหลักฐานเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของตน ได้ก่อนที่หลักฐานดังกล่าวจะถูกเคลื่อนย้ายหรือทำลาย

- คำสั่ง Mareva Injunction ซึ่งคำสั่งนี้ตั้งชื่อตามคดี Mareva SA V. International Bulk Carriers SA คำสั่งนี้เป็นคำสั่งห้ามมิให้บุคคลเคลื่อนย้ายหรือดำเนินการใดๆ เป็นเหตุให้เกิด

อุปสรรคต่อคำสั่งศาลในการดำเนินการกับทรัพย์สินดังกล่าวในภายหน้า คำสั่งนี้จะเป็นการคุ้มครองผู้ร้องในแง่ที่จะให้หลักประกันว่าเมื่อชนะคดีแล้ว ผู้ร้องอาจบังคับคดีเอาจากทรัพย์สินดังกล่าวได้

(5) คำสั่งถาวร (Perpetual Injunction) คือคำสั่งคุ้มครองที่ออกให้หลังเริ่มการพิจารณาคดี เมื่อคู่ความได้นำเสนอพยานหลักฐานของตนต่อศาลแล้ว คำสั่งดังกล่าวไม่มีผลถาวรตามชื่อเรียก เป็นเพียงคำสั่งที่มีผลคุ้มครองใจทักยืนานกว่าคำสั่งชั่วคราว

### 2.3.2 ระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นสหรัฐแบบหนึ่งซึ่งดูเหมือนจะมีแห่งเดียวในโลก ที่อำนาจของสหรัฐมีจำกัดเท่าที่ได้รับความนิยมจากรัฐต่างๆ ซึ่งมารวมเข้าด้วยกัน หากให้รัฐที่รวมเข้ากันมีอำนาจจำกัดเท่าที่รัฐบาลกลางมอบให้ดังเช่นแคนาดาหรือที่อื่นไม่ ผลในทางกฎหมาย คือ อำนาจใดที่ไม่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐว่าเป็นอำนาจของสหรัฐแล้ว ต้องถือว่าเป็นอำนาจของรัฐที่มารวมกันแต่ละรัฐ โดยเฉพาะ การใดไม่ได้มอบให้เป็นอำนาจของสหรัฐแล้ว ต้องถือว่าการนั้นสงวนไว้เป็นอำนาจของแต่ละรัฐ โดยเฉพาะ โดยเหตุนี้จึงมีปัญหาขึ้นสู่ศาลสูงสุดเสมอๆ ว่ากฎหมายที่รัฐบาลกลางบัญญัติขึ้นนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยเหตุที่อยู่นอกอำนาจที่ได้รับมาตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่อำนาจหน้าที่แต่ละรัฐได้มอบให้รัฐบาลกลางก็กว้างขวางพอที่จะดำเนินการปกครองให้ได้ผลเจริญก้าวหน้ามั่นคงแก่ส่วนรวมดังที่เห็นประจักษ์อยู่แล้ว<sup>46</sup> ซึ่งตอนแรกเริ่ม มลรัฐต่างๆ ก็พยายามปรับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามแบบอย่างของประเทศอังกฤษ ซึ่งประกอบด้วยระเบียบของศาล คำพิพากษาของศาลประเพณีและกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งคราว เนื่องจากหลักเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาความแพ่งปราศจากความยืดหยุ่น และเต็มไปด้วยแบบแผนพิธี เป็นเหตุให้มีการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสียใหม่ การตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของมลรัฐนิวยอร์ก (New York) ที่เรียกว่า “ฟิลด์โค้ด Field Code” ปี ค.ศ. 1848 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มลรัฐต่างๆ นำไปเป็นแบบอย่าง<sup>47</sup> และแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายอเมริกันอีกรูปแบบหนึ่ง ได้แก่ การพัฒนามากฎหมายและวิธีพิจารณาคดีที่เรียกว่า ความยุติธรรม (Equity) โดย Chancellor ในคริสต์ศตวรรษที่ 14 และ 15 ศาลหลวง (The King's Courts) เข้มงวดในการที่จะรับพิจารณาคดีประเภทต่างๆ Chancellor ซึ่งเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับกษัตริย์มากที่สุดและเป็นข้าราชการตำหนักที่มีบทบาทสำคัญของประเทศได้จัดตั้งศาลพิเศษ (Court of Chancery) เพื่อรับพิจารณาคดีที่ศาลหลวงปฏิเสธหรือไม่รับพิจารณา อำนาจพิจารณาพิพากษาของ Court of Chancery

<sup>46</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2501). “ข้อสังเกตในระบบกฎหมายอเมริกัน”. *อุลพาท*, หน้า 5.

<sup>47</sup> ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. (2524). *กฎหมายแองโกลอเมริกันเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 29.

จึงกว้างขวางมาก คำว่า “Equity” เป็นคำศัพท์เฉพาะหมายถึงกฎหมายและวิธีพิจารณาคดีของศาลหลวงที่ใช้กฎหมาย Common law ทั้งนี้ เนื่องจาก Equity ยึดหยุ่นกว่า Common law และการพิจารณาคดี Equity ไม่ต้องใช้ลูกขุน ในศาล Common law โดยปกติศาลจะพิพากษาให้คู่ความที่ชนะคดีได้รับการชดใช้ในรูปของค่าเสียหาย แต่ Court of Chancery มีอำนาจที่จะสั่งให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้<sup>48</sup>

นอกจากนั้น “Court of Chancery” ยอมรับพิจารณาคดีบางประเภทที่ศาลระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ไม่ยอมรับ เช่น คดี Trust ซึ่งหมายถึงการจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด Equity จึงมีสภาพเหมือนภาคผนวกของการอำนวยความยุติธรรมตามระบบกฎหมายอังกฤษ แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่า “Court of Chancery” มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่จำกัด แท้จริงแล้วมีอำนาจเพียงพิจารณาพิพากษาคดีที่ศาล ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้ได้เท่านั้น

ระบบการอำนวยความยุติธรรมแบบผสมโดยศาลระบบจารีตประเพณี (Common Law) และศาล Equity มีอิทธิพลต่อระบบศาลของสหรัฐอเมริกาด้วย ถึงแม้ว่าต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ได้มีการยุบเลิกศาล Equity ทั้งในสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ แต่หลักกฎหมาย Equity ก็ยังเหลืออยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนลึกของความคิดของผู้พิพากษา ทนายความ และนักกฎหมายทั่วไปนั้น ศาลระบบจารีตประเพณี (Common Law) กับ Equity ยังเป็นสิ่งที่แตกต่างกันอยู่สภาพบังคับเพื่อเยียวยาความเสียหายบางประเภทที่เรียกว่า “Injunction” ซึ่งหมายถึง คำสั่งของศาลที่สั่งให้ผู้หนึ่งผู้ใดกระทำการหรือหยุดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด จะต้องใช้กฎหมายของ Equity (หมายถึงกฎเกณฑ์ที่ใช้อยู่ใน Court of Chancery ก่อนที่จะถูกยกเลิกไป) และเช่นเดียวกัน คดี Trust ก็ต้องนำกฎหมายของ Equity มาบังคับใช้<sup>49</sup>

นอกจากนั้น วิธีพิจารณาความแพ่งของแต่ละมลรัฐนอกจากจะมีความแตกต่างกันมากในเรื่องเขตอำนาจศาลแล้ว ยังมีความแตกต่างกันในเรื่องการเยียวยา (Remedy) ที่โจทก์ประสงค์คดีแพ่งส่วนใหญ่ในศาลมักจะเป็นคดีฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนการทำละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย โจทก์แต่บางครั้งก็มีการฟ้องร้องในลักษณะเฉพาะ เช่น การฟ้องเรียกสังหาริมทรัพย์คืนจากจำเลยที่ไม่มีสิทธิยึดทรัพย์หรือครอบครองที่เรียกว่า (Replevin) หรือการฟ้องร้องที่เรียกเอาสิทธิการครอบครองสังหาริมทรัพย์คืนที่เรียกว่า (Ejectment) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การฟ้องขับไล่นั่นเอง นอกจากการฟ้องร้องในแบบต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วนั้นการฟ้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวแทนเงินจะเป็นปกติ เว้นแต่โจทก์แสดงให้เห็นว่าค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวแทนเงินนั้นจะไม่พอ ศาลอาจให้การเยียวยา

<sup>48</sup> เนตินาฎ คงทอง. อ้างแล้ว. หน้า 33.

<sup>49</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. (2527). “ระบบกฎหมายอเมริกัน”. *คู่มือกฎหมาย*, หน้า 57.

ทาง Equity ที่เรียกว่า Specific Performance คือ การบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามเฉพาะสิ่ง หรือ Injunction คือ การห้ามไม่ให้จำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งบางครั้งในการฟ้องคดีนั้น ในคำฟ้องนั้นเองอาจมีคำขอให้ศาลใช้วิธีการชั่วคราวก่อนคำพิพากษายึดทรัพย์ของจำเลยไว้ก่อน ถ้าหากโจทก์เกรงว่าเมื่อตนชนะคดีแล้ว จำเลยอาจไม่มีทรัพย์สินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษา บางครั้งอาจเป็นเรื่องที่โจทก์ขอให้ศาลห้ามจำเลยกระทำการอย่างอันเป็นผลเสียหายแก่คดีของโจทก์เป็นการชั่วคราว ทั้งนี้เพราะระยะเวลาในการดำเนินคดีอาจใช้เวลานาน เนื่องจากจำนวนคดีในแต่ละศาลมีมากน้อยไม่เท่ากัน ซึ่งบางคดีอาจต้องรอมากกว่าหนึ่งปีจึงจะพิจารณาตัดสิน<sup>50</sup>

### 2.3.3 ระบบกฎหมายราชอาณาจักรสวีเดน

โดยทั่วไปแล้วในการบังคับคดีคู่ความย่อมหวังจะให้มีความหลักประกันว่า การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นจะมีประสิทธิภาพ คู่ความจึงพยายามหาวิธีป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายที่จะเกิดหรือ ได้เกิดขึ้นแล้ว ดังนั้นวิธีการชั่วคราวจึงมีขึ้นหลักเกณฑ์การคุ้มครองคำสั่งระหว่างพิจารณาและกระบวนการพิจารณาก่อนการบังคับคดี (Security Measures, Interlocutory Decree and Summary Proceeding before Execution Authorities) ในราชอาณาจักรสวีเดนนั้นวิธีการคุ้มครองชั่วคราว<sup>51</sup> มีอยู่ 3 ความหมาย คือ

- 1) การยึดหรืออายัดทรัพย์ชั่วคราวและการให้หลักประกันโดยวิธีอื่น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วถือได้ว่าเป็นหลักประกันในการที่จะนำเงินมาชำระหนี้ตามบังคับคดี
- 2) คำสั่งอนุญาตให้กระทำการบางอย่างในระหว่างที่ข้อพิพาทยังไม่ยุติ
- 3) คำสั่งที่เกิดขึ้นก่อนมีการบังคับซึ่งจะเกี่ยวกับประเด็นสำคัญในคดี

ภายหลังจากเริ่มมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาวิธีการคุ้มครองระหว่างการพิจารณาอาจถูกอนุญาตโดยศาลชั้นต้น หรืออธิบดีกรมบังคับคดี ถ้าเป็นกรณีก่อนการเริ่มดำเนินคดี อธิบดีกรมบังคับคดีเท่านั้นที่มีอำนาจสั่งได้ แต่การตัดสินใจของอธิบดีกรมบังคับคดีนั้น อาจถูกอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ได้และคำตัดสินของศาลอุทธรณ์นั้นก็ยังไม่เป็นที่สุด ผู้ที่ได้รับความเสียหายอาจอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาได้

วิธีการคุ้มครอง และคำสั่งระหว่างพิจารณา (Security Measures and Interlocutory Decree)

- 1) ผู้ร้องต้องมีสิทธิในการอ้างสิทธิเรียกร้องในการตัดสินคดีที่ถึงที่สุด ซึ่งอาจมีผลในการปฏิบัติตามคำพิพากษา

<sup>50</sup> ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. อ้างแล้ว. หน้า 54.

<sup>51</sup> Hans Smit. (1965). *Civil Procedure in Sweden*. Martinus Nijhoff. The Netherlands. pp.219-226. อ้างถึงในเนตินาฎ คงทอง. อ้างแล้ว. หน้า 43.

2) ผู้ร้องต้องทำให้เป็นที่พอใจในคำร้องว่าสิทธิของผู้ร้องนั้นมีเหตุผลพอที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีการให้หลักประกันที่พอเพียงเพื่อชดเชยความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับคู่ความที่ได้รับผลร้าย

3) ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นว่า ถ้าไม่ได้รับความคุ้มครอง มูลค่าทรัพย์สินและการบังคับคดีอาจต้องเสี่ยงต่อความเสียหายได้

คำร้องขอให้คุ้มครองชั่วคราวนั้นให้เสนอต่อศาลเช่นเดียวกับคำร้องขอในการบังคับคดี ซึ่งศาลอาจให้ทำคำร้องเป็นหนังสือหรือแถลงด้วยวาจาก็ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่ยื่นคำร้องต่ออธิบดีกรมบังคับคดีต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้นถ้าคำร้องขอให้คุ้มครองชั่วคราวนั้นไม่มีเหตุผลชัดเจนก็จะถูกยกคำร้องทันที แต่ถ้าปรากฏว่าการมีคำสั่งตามคำร้องนั้นล่าช้า และจะเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้อง คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอาจถูกอนุญาตนำมาใช้ก่อน โดยไม่ต้องสอบคู่ความฝ่ายตรงข้าม และหลังจากคู่ความฝ่ายตรงข้ามปฏิบัติตามคำสั่งแล้วก็จะให้โอกาสในการฟังคู่ความฝ่ายตรงข้ามและภายหลังศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแล้ว คำสั่งที่ออกมาก่อนนั้นก็อาจถูกเพิกถอนหรือมีผลต่อไปเท่าที่จำเป็น วิธีการคุ้มครองชั่วคราวนี้ไม่สามารถคงอยู่ได้นอกเสียจากเพื่อประโยชน์แก่การบังคับคดี ดังนั้นถ้าสิทธิเรียกร้องในคดีได้ถูกเพิกถอน หรือมีการตัดสินถึงที่สุด หรือคู่ความฝ่ายตรงข้ามจัดหาหลักประกันให้เพียงพอแล้ว คำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวนั้นก็สิ้นสุดลงโดยคำสั่งศาลหรือคำสั่งของอธิบดีกรมบังคับคดีแล้วแต่กรณีว่าใครเป็นผู้ออกคำสั่งวิธีการคุ้มครอง (Security Measures) การยึดทรัพย์ชั่วคราว คือ วิธีที่ใช้กันโดยทั่วไป สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเรียกร้องที่เป็นตัวเงินหรือทรัพย์สิน และนอกจากยึดทรัพย์แล้วยังมีบางกรณีที่ห้ามลูกหนี้เดินทางได้อีกกรณีหนึ่งซึ่งคำสั่งกรณีเช่นนี้จะออกให้กรณีฉุกเฉินเป็นกรณีไป

1) การยึดทรัพย์ชั่วคราว (Provisional Attachment) การยึดทรัพย์ชั่วคราวนี้ต้องออกคำสั่งอย่างเคร่งครัด ซึ่งจะใช้บังคับกับทรัพย์สินในวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ

(1) เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้อง

(2) เพื่อเป็นประกันการบังคับคดีอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์

ในการยึดทรัพย์ดังกล่าวนี้อาจนำทรัพย์มาเก็บรักษาไว้ที่เจ้าพนักงานรักษาทรัพย์หรือให้ลูกหนี้เก็บรักษาไว้โดยเจ้าพนักงานจะประทับตรายึดไว้

2) คำสั่งห้ามเดินทาง (Travel Prohibition) ในคดีเกี่ยวกับหนี้สิน ถ้าเจ้าหนี้สามารถแสดงเหตุผลให้เชื่อได้ว่า ลูกหนี้จะเดินทางออกนอกราชอาณาจักรสวีเดน โดยไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้ อธิบดีกรมบังคับคดีหรือถ้าเป็นกรณีที่เริ่มต้นดำเนินคดีในศาลไว้แล้วศาลอาจสั่งห้ามไม่ให้ลูกหนี้เดินทาง โดยให้อยู่ในอาณาเขตที่กำหนด หรือจะให้ลูกหนี้วางประกัน

ให้เพียงพอแก่กรณีก็ได้ แต่คำสั่งห้ามเดินทางดังกล่าวนี้มีระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 3 เดือน และในกรณีดังกล่าวลูกหนี้อาจถูกจับกุมและถูกควบคุมตัวชั่วคราวได้

3) คำสั่งห้ามทำให้เกิดภาวะแก่ทรัพย์สิน (Injunction Dissipation) หมายถึง คำสั่งห้ามเกี่ยวกับการขาย การจำนอง หรือการทำให้เกิดภาวะเหนือสิ่งห้ามทรัพย์สิน ซึ่งคำสั่งดังกล่าวจะออกโดยศาลหรืออธิบดีกรมบังคับคดีแล้วแต่กรณีเพื่อห้ามไม่ให้ผู้ครอบครองก่อให้เกิดภาวะติดพันเหนือสิ่งห้ามทรัพย์สิน

4) คำสั่งคุ้มครองกรณีอื่น (Other Security Measures) นอกจากคำสั่งคุ้มครองกรณีต่างๆ ตามที่กล่าวมาแล้ว อธิบดีกรมบังคับคดี หรือศาลอาจออกคำสั่งให้มีการคุ้มครองชั่วคราวได้ กรณีอื่นตามความเหมาะสมแล้วแต่กรณี คำสั่งเช่นนี้อาจออกโดยตรงไปยังจำเลย หรือบุคคลที่อาจเป็นจำเลย โดยอาจกำหนดบทลงโทษเป็นการปรับ หรือห้ามกระทำการใดๆ ก็ได้ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการบังคับคดีเกิดความยุ่งยาก หรือทุนทรัพย์ หรือสิทธิเรียกร้องของโจทก์ หรือบุคคลที่อาจเป็นโจทก์ลดน้อยลง หรือตกต่ำ หรือถูกทำลาย