

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมาของคำสินไหมทดแทน

กฎหมายละเมิดเป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลไว้ในบรรพ 2 ตั้งแต่มาตรา 420-452 ความรับผิดเพื่อละเมิดซึ่งกฎหมายกำหนดไว้นั้นสามารถแบ่งหมวดหมู่เป็น 3 ประการด้วยกันคือ¹

1. ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเอง
2. ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของผู้อื่น
3. ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากทรัพย์สินก่อให้เกิดความเสียหาย

ตารางที่ 1 ความรับผิดเพื่อละเมิด²

ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเอง	ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของผู้อื่น	ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากทรัพย์สินก่อให้เกิดความเสียหาย
มาตรา 420	มาตรา 425	มาตรา 433
มาตรา 423	มาตรา 427	มาตรา 434
มาตรา 428	มาตรา 429	มาตรา 436
มาตรา 432	มาตรา 430	มาตรา 437

เมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคลอื่นแล้วผู้กระทำละเมิดหรือผู้ต้องรับผิดเพื่อละเมิดย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยหนี้อันเกิดจากมูลละเมิดนี้ถือเป็นหนี้ตามกฎหมายที่เกิดเป็นหนี้ขึ้นทันทีที่มีการละเมิดผู้กระทำละเมิดหรือผู้ต้องรับผิดเพื่อละเมิดตกเป็นผู้ผิดนัดทันทีนับแต่วันที่มีการละเมิด ผู้เสียหายจึงมีสิทธิเรียกให้

¹ สุมาลี วงษ์วิจิตร.(2553).กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรรได้.กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.หน้า 7

² เรื่องเดียวกัน.หน้า 7

ผู้กระทำละเมิดหรือผู้ต้องรับผิดเพื่อละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ทันทีนับแต่ละเมิด ดังนั้นก่อนอื่นควรทำความเข้าใจ คำว่า “ความเสียหาย” คำว่า “ค่าเสียหาย” และคำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” เสียก่อน เนื่องจากการชดใช้ความเสียหายมีทั้งกรณีที่เกิดจากการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้และการชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิด ป.พ.พ. ได้บัญญัติคำทั้งสามนี้ทั้งในมาตรา 213 ถึงมาตรา 218 มาตรา 222 มาตรา 223 และมาตรา 225 ว่าด้วยการไม่ชำระหนี้และในมาตรา 438 ถึงมาตรา 448 ว่าด้วยค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด คำว่า “ค่าสินไหมทดแทน” นั้น อาจมีหลายคนเข้าใจ สับสนว่ามีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ค่าเสียหาย” อันที่จริงแล้ว “ค่าสินไหมทดแทน” เป็นคำที่แปลมาจากศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “Compensation” ซึ่ง แปลว่าการชดเชยความเสียหายจึงมิได้หมายถึงแต่เพียงการชดใช้เป็นเงินเพื่อความเสียหายอันได้เกิดขึ้น ที่เรียกว่า “ค่าเสียหาย” (Damages) เท่านั้น แต่หากพิจารณาถึงหลักการทั่วไปอันเป็นพื้นฐานสำคัญของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด ก็คือ ความมุ่งหมายที่จะเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนมิได้มีการละเมิดเกิดขึ้น (Status Quo Ante) นั่นเอง ดังนั้น “ค่าสินไหมทดแทน” จึงมีความหมายกว้างกว่า “ค่าเสียหาย”³

ความเสียหาย (Damage) หมายถึง ความสูญเสียหรือผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิ หรือชื่อเสียงของบุคคล ดังนั้นความเสียหายมิได้จำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องของเงินเท่านั้น ความเสียหายในทางอื่น ๆ ก็ได้ ทั้งในเรื่องของสัญญาและละเมิด เช่น ป.พ.พ. มาตรา 634 ผู้ขนส่งจะต้องรับผิดต่อคนโดยสารในความเสียหายอันเกิดแก่ตัวผู้โดยสารด้วย มาตรา 446 ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่มีใช้ตัวเงินอีกด้วยก็ได้ ค่าเสียหาย (Damages) หมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้ เป็นการชดใช้ความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งมีใช้ทรัพย์สินก็ได้ แต่การแก้ไขหรือชดใช้ความเสียหายส่วนใหญ่ก็ต้องชดใช้กันด้วยเงิน ค่าเสียหายนี้ศาลจะต้องคำนวณให้ว่าเจ้าหนี้ควรจะได้รับเป็นเงินเท่าใด โดยถือความเสียหายเป็นหลัก ความเสียหายนั้นโดยปกติผู้กล่าวอ้างจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น แต่ในเรื่องค่าเสียหายนั้น แม้เจ้าหนี้จะไม่พิสูจน์หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใดแน่ เมื่อมีความเสียหายแล้วศาลก็อาจกำหนดให้ได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งในเรื่องละเมิดมาตรา 438 ก็ให้ศาลวินิจฉัยให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แม้จำเลยจะไม่ได้ให้การปฏิเสธหรือโต้แย้งข้อกล่าวหาของโจทก์เกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหาย ศาลก็ไม่จำเป็นต้อง

³ โสภณ รัตนกร.(2548).คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้.กรุงเทพฯ:นิติบรรณาการ. หน้า

ให้จำเลยชำระเต็มตามจำนวนที่โจทก์กล่าวอ้าง ศาลย่อมกำหนดให้ตามความเป็นจริงและตามความเหมาะสม โดยมุ่งที่จะให้เป็นการชำระตามที่โจทก์เสียหายเท่านั้น⁴

ค่าสินไหมทดแทน (Compensation) หมายถึง การทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ เนื่องจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาหรือมีการละเมิด เป็นเรื่องทำนองเดียวกับค่าเสียหายนั่นเอง แต่คำว่าค่าสินไหมทดแทน เน้นหลักกฎหมายที่ว่าบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจะต้องทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนไม่มีเหตุการณ์อันต้องรับผิดชอบ ส่วนในกรณีของละเมิดเห็นได้ชัดว่าการทดแทนเพื่อให้ผู้ถูกละเมิดกลับสู่ภาวะก่อนที่จะถูกละเมิด มิได้จำกัดอยู่เฉพาะการชดเชยด้วยเงินซึ่งเป็นค่าเสียหายเท่านั้นแต่รวมถึงการอย่างอื่น เช่น การชดเชยราคาทรัพย์สิน การทำให้ชื่อเสียงเขากลับคืนดีด้วย เป็นต้น ในกรณีของสัญญาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายซึ่งเกิดจากการไม่ชำระหนี้ก็มีความมุ่งหมายจะให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้ตามสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งค่าสินไหมทดแทนมุ่งประสงค์ในการชำระค่าเสียหายตามที่เป็นจริงมิใช่เป็นการลงโทษลูกหนี้หรือเป็นการให้รางวัลแก่เจ้าหนี้ แม้ค่าสินไหมทดแทนจะเป็นการชดเชยความเสียหายทำนองเดียวกับค่าเสียหาย แต่ก็ไม่เหมือนกันทีเดียว แม้จะคล้ายกันและใช้แทนกันได้ในบางกรณีแต่ก็ไม่เสมอไป ค่าเสียหายเป็นส่วนหนึ่งของค่าสินไหมทดแทน แต่ค่าสินไหมทดแทนมิได้จำกัดอยู่เฉพาะการชดเชยกันด้วยเงินอย่างกรณีของค่าเสียหาย แต่รวมถึงการคืนทรัพย์สินด้วย ในความหมายที่แท้จริงคำว่าค่าสินไหมทดแทนเป็นคำที่นำมาจากภาษาอังกฤษว่า Compensation ซึ่งหมายถึงการทดแทนหรือการชดเชยความเสียหายมิได้มุ่งเฉพาะเรื่องเงินทองอย่างค่าเสียหายและการคืนทรัพย์สินในบางกรณีมิใช่เป็นเรื่องค่าเสียหายโดยแท้ แต่การที่ตัวบทภาษาไทยมีคำว่า “ค่า” และ “สินไหม” นำหน้าคำว่า “ทดแทน” อยู่ด้วย ทำให้แยกกันไม่ออกจากคำว่า “ค่าเสียหาย”⁵ มากนัก

สำหรับ ป.พ.พ. ของไทยมีบทบัญญัติ มาตรา 438 วรรคสอง บัญญัติถึงค่าสินไหมทดแทนไว้แต่เพียงกว้างๆ ว่า “อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้นรวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อัน ใ้ก่อขึ้นด้วย”⁶

หากพิจารณาถ้อยคำในมาตราดังกล่าวแล้วอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดมีเพียง 3 ประการ คือการคืนทรัพย์สิน การใช้ราคาทรัพย์สินและค่าเสียหาย ดังที่บัญญัติไว้ใน ป.พ.พ.

⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 159

⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 160

⁶ Compensation may include restitution of the property of which the injured person has been wrongfully deprived of its value as well as damages to be granted for injury caused. อ้างถึงใน โสภณรัตนากร.(2533).อ้างแล้ว. หน้า 160

มาตรา 438 วรรคสอง เท่านั้น แท้จริงแล้ว คำว่า “ได้แก่” ในบทบัญญัติดังกล่าวนั้นด้วยทลบบัญ ภาษาอังกฤษใช้ คำว่า “may include” ซึ่งแปลว่า “อาจหรือย่อมรวมถึง” มาตรา 438 วรรคสอง นี้จึง เป็นเพียงการยกตัวอย่างการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการ ละเมิดเท่านั้น กล่าวโดยทั่วไปแล้ว “ค่าสินไหมทดแทน” จึงหมายถึงการเยียวยาความเสียหายที่เกิด จากการละเมิดเพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือน ไม่มีการละเมิดหรือกลับคืนใกล้เคียง ฐานะเดิมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เช่น หากเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยละเมิด การเยียวยาให้ ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ก็คือ การคืนทรัพย์สินหากไม่สามารถคืนทรัพย์สินนั้น ได้ก็ต้องเยียวยาให้ ผู้เสียหายกลับคืนใกล้เคียงฐานะเดิมมากที่สุดเมื่อไม่มีวิธีอื่นใดก็ต้องใช้ราคาเป็นเงินหรือหากทำให้ ทรัพย์สินเสียหายก็อาจเยียวยาในรูปแบบที่เฉพาะเจาะจงโดยการซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นแต่หากผู้เสียหาย ต้องใช้เงินในการซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นเองก็อาจเยียวยาโดยการชดใช้เงินเป็นค่าเสียหาย เป็นต้น⁷

ตารางที่ 2 ตารางค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด⁸

เสียหายต่อทรัพย์สิน	เสียหายต่อชีวิต	เสียหายต่อ ร่างกาย อนามัย	เสียหายต่อ เสรีภาพ	เสียหายต่อ ชื่อเสียง
มาตรา 438 วรรคสอง	มาตรา 443 มาตรา 445	มาตรา 444 มาตรา 445 มาตรา 446	มาตรา 445 มาตรา 446	มาตรา 447

2.1 ประวัติความเป็นมา

ในสมัยโบราณที่การกระทำละเมิดยังมีได้แยกออกจากการทำความผิดทางอาญา เมื่อ บุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายอันมิชอบด้วยกฎหมายแก่อีกบุคคลหนึ่ง บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิแก่ แก่นในทำนองเดียวกันและเท่าเทียมกัน เรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ตามกฎหมายตาลิโ (Lex Talionis) ของชาวยุโรป แต่ผู้เสียหายอาจสละสิทธิแก่แก่น แล้วเรียกเอาค่าทำขวัญแทนก็ได้ แต่ ingsนี้ต้องเป็นเรื่องที่บุคคลทั้งสองฝ่ายได้มีเจตนาเช่นนั้นเพื่อผ่อนผันแก่กัน กฎหมายในระยะแรกเริ่ม นี้ยังถือว่าการฟ้องคดีละเมิดเป็นการฟ้องร้องคดีอาญาอยู่ เพราะฉะนั้นถ้าผู้ทำละเมิดตายก็ไม่อาจ

⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 161

⁸ สุมาลี วงษ์วิฑิต. *อ้างแล้ว*. หน้า 8

เรียกร้องให้ทนายรับผิดชอบได้ในระยะต่อมาเมื่อสังคมมีการติดต่อกันมากขึ้นและมีความเจริญเพิ่มมากขึ้นการให้สิทธิแก่แก่นั่นเองก่อให้เกิดปัญหาแก่สังคม รัฐหรือผู้ปกครองในสมัยนั้นเห็นว่าหากปล่อยให้ทดแทนความเสียหายจากการกระทำของตน เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะดังเช่นก่อนถูกทำละเมิดบุคคลใช้สิทธิแก่แก่นั่นเองสังคมย่อมไม่มีความสุข รัฐหรือผู้ปกครองจึงเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหามาจากการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาความสงบแก่สังคม โดยถือว่าการก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นเป็นการกระทำละเมิดต่อรัฐ และจะได้รับการลงโทษอย่างรุนแรงเพื่อไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่คนอื่น ต่อมาได้มีวิวัฒนาการโดยการละเมิดเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้อื่นมีนักกฎหมายให้ทัศนะว่าถึงเหตุควรชดใช้ค่าสินไหมทดแทนว่า เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่ผู้ก่อความเสียหาย⁹

ต่อมาเมื่อรัฐมีความมั่นคงมากขึ้น จึงห้ามมิให้แก่นั่นเอง แต่ให้จ่ายค่าทำขวัญแทน แม้วิวัฒนาการทางกฎหมายของแต่ละประเทศจะไม่เท่ากัน แต่ในที่สุดก็เกิดแนวคิดที่ว่ารัฐเท่านั้นที่จะมีสิทธิลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นหน้าที่ของหลักความรับผิดชอบทางอาญา ส่วนผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิดเท่านั้น ดังนั้น จึงทำให้เกิดการแบ่งแยกกฎหมายละเมิดออกจากกฎหมายอาญาตามกฎหมายโรมันในราว 450 ก่อนคริสตศักราช โดยมีการจัดทำกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งบัญญัติให้ผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามที่กฎหมายกำหนด และผู้กระทำละเมิดต้องรับโทษทางอาญาด้วย ในสมัยต่อมานับตั้งแต่ศตวรรษที่ 6 ในอาณาจักรโรมันได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับแรกซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายสิบสองโต๊ะและถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายเล่มแรกของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในปัจจุบัน โดยบัญญัติให้ละเมิดเป็นหนี้ทางแพ่งแยกออกจากประมวลกฎหมายอาญา¹⁰

ประเทศเยอรมนี

จากการศึกษาพบว่า¹¹ ในประเทศเยอรมนี กฎหมายลักษณะละเมิด หรือในภาษาเยอรมันเรียกว่า อันเนอร์ละบิท แฮนลุง (Unerlaubte Handlung) มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายดั้งเดิมของโรมัน ซึ่งมุ่งประสงค์ที่จะควบคุมการล้างแค้นให้เป็นที่ยุติโดยถูกต้องตามจารีตประเพณีและต่อมาได้เน้นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย แนวคิดในการทำประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันเริ่มขึ้นภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นอาศัยแนวคิดที่มีอยู่ใน

⁹ ร.แดงกาด์.(2526).ประวัติกฎหมายไทย(กฎหมายเอกชน)คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2478. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 72

¹⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 73

¹¹ โสภณ รัตนากร.(2533).อ้างแล้ว. หน้า 13-15

กฎหมายโรมันและแนวคิดประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนีได้สร้างประมวลกฎหมายของตนเอง โดยเน้นปรัชญาความคิดของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย¹² (Historical Law School)¹³

ละเมิดตามกฎหมายแพ่งเยอรมันมีหลักสำคัญ คือเป็นการกระทำที่ล่วงสิทธิของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีอำนาจ บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติอยู่ในมาตรา 823-853 โดยมีหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับความรับผิดทางละเมิดแยกออกได้ตามมาตรา 823 วรรคแรกและวรรคสอง นอกจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายละเมิดแล้วยังจะต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องนี้มาพิจารณาประกอบด้วยโดยเฉพาะในมาตรา 226 และมาตรา 242

มาตรา 823 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยปราศจากสิทธิตามกฎหมายทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของบุคคลอื่นจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น”¹⁴

มาตรา 823 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดความรับผิดทางละเมิดจากการกระทำของตนเอง โดยแยกองค์ประกอบที่สำคัญไว้ 5 ประการคือ

1. มีความเสียหายแก่สิทธิประการใดประการหนึ่งในมาตรา 823 วรรคแรก
2. จำเลยเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย
3. ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully)
4. ความเสียหายนั้นต้องเกิดจากการกระทำโดยจงใจ (Willfully) หรือประมาทเลินเล่อ
5. ความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำของจำเลย

อนึ่ง บทบัญญัติของประมวลกฎหมายเยอรมันยืนยันหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดว่าจะต้องเป็นการกระทำที่มีความผิด (Fault) อันมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเกิดขึ้น

¹² แนวความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ (Historical Law) สำนักนี้มีนักปรัชญาที่มีชื่อเสียง คือ ซาวิญญี่ (Savigny) ซึ่งมีความเห็นว่า กฎหมายเกิดจากความรู้สึกทางศีลธรรม ความรับผิดชอบชั่วดีของคนในชาติ ชีวิตความเป็นมาเป็นการเอาประวัติศาสตร์ของชนชาติมาสร้างเป็นกฎหมาย สำนักนี้จึงเห็นว่ากฎหมายเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ของคนในชาตินั้นเอง. อ้างถึงวิกิพีเดีย

¹³ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์. หน้า 15

¹⁴ “(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.” อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร. (2533). *อ้างแล้ว*. หน้า 13-15

ในองค์ประกอบประการที่ 1 ที่ว่ามีความเสียหายแก่สิทธิประการใดประการหนึ่งในมาตรา 823 วรรคแรก ซึ่งสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 823 วรรคแรก มีอยู่ 4 ประการ คือ (1) ชีวิต (2) ร่างกายและอนามัย (3) เสรีภาพ และ (4) ทรัพย์สินและสิทธิอื่นใด

ความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต หมายถึงความเสียหายอันเกิดจากการฆ่าผู้อื่น ซึ่งเป็นการให้สิทธิบุคคลที่สาม เช่น ทายาทในอันที่จะฟ้องร้อง ความเสียหายที่เกิดแก่ร่างกายและอนามัย หมายถึงความเสียหายอันเกิดเนื่องจากการถูกทำร้ายร่างกาย อนึ่งการทำให้ผู้อื่นได้รับการกระทบกระเทือนทางประสาท (Nervious Shock) ก็อยู่ในความหมายนี้ ความเสียหายแก่เสรีภาพ เป็นความเสียหายต่อตัวบุคคลประเภทหนึ่งซึ่งเป็นการจำกัดความอิสระในการเคลื่อนไหวของบุคคล

ความเสียหายแก่ทรัพย์สิน เป็นความเสียหายแก่กรรมสิทธิ์ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่สิ่งของต่างๆ หรือเป็นความเสียหายแก่สิทธิครอบครอง โดยในบางกรณีรวมถึงความเสียหายในทางเศรษฐกิจด้วย นอกจากนี้ยังมีประโยชน์ต่างๆ ที่กฎหมายรับรอง เช่น ภาระจำยอมหรือสิทธิของเจ้าทรัพย์ในอันที่จะได้รับสิ่งที่พึงได้จากการมีทรัพย์นั้น สิทธิในชื่อสิทธิบัตร สิทธิในทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ซึ่งมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เฉพาะว่าการกระทำละเมิดจะต้องเป็นการล่วงสิทธิประการใดประการหนึ่งที่ปรากฏในมาตรา 823 ซึ่งก็ต้องหมายถึงสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น ไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา สิทธิเด็ดขาดที่อยู่ในความหมายของคำว่า “สิทธิอื่นใด” ตามมาตรา 823 นี้ได้แก่ สิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ สิทธิตามสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ หรือ การออกแบบซึ่งได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเป็นพิเศษการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพก็เป็นสิทธิเด็ดขาดอันได้รับความคุ้มครองตามมาตรา

มาร์เกซินิส (Markesinis)¹⁵ ได้อธิบายคำว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดว่าตามกฎหมายเยอรมันนั้นค่อนข้างแน่ชัดว่าหมายถึงสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) อื่นๆ อันเป็นสิทธิซึ่งมีต่อบุคคลทุกคน และสามารถใช้ยันกับบุคคลทุกคนความเสียหายที่เกิดแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 823 วรรคแรกจะต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครอง เช่น ภาระจำยอม สิทธิในชื่อสิทธิบัตรและทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมอื่นๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะรวมทั้งสิทธิในทางความคิดตามพระราชบัญญัติงานสร้างสรรค์ทางศิลปกรรม แต่สิทธิสัมพันธ์ (Relative Right) เช่นสิทธิที่เกิดจากสัญญาและก่อความสัมพันธ์เฉพาะบุคคลไม่อยู่ในความหมายแห่งมาตรานี้ แต่การกระทำเดียวกันอาจก่อความรับผิดชอบทางสัญญาและละเมิดได้ในบางกรณี ซึ่งในกรณีเช่นนั้น โจทก์สามารถเลือกฟ้องในทางที่เห็นว่าจะเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า นอกจากนี้ มาร์เกซินิส ยังอธิบายว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด รวมถึงความสัมพันธ์ในครอบครัว เช่นสิทธิของบิดามารดา เป็นต้น ซึ่งเคยมีคดีฟ้องหย่าคดี

¹⁵ เป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายละเมิดและเป็นอาจารย์ที่มหาวิทยาลัยคอลเลจ ประเทศอังกฤษ อ้างถึงในวิกิพีเดีย

หนึ่ง เมื่อบิดาหมคอำนาจปกครองลงและไม่ยอมส่งบุตรให้มารดาถือถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 823 วรรคแรก

เนื่องจากในระยะแรกภายหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หลักเกณฑ์พื้นฐานในมาตรา 823 และมาตรา 826 ไม่สามารถครอบคลุมถึงปัญหาต่างๆ ได้ทั่วถึง เช่นสิทธิในบุคลิกภาพ สิทธิบัตร หรือกรณีอื่นที่เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ศาลสูงของเยอรมัน (Bundesgerichtshof) จึงได้พัฒนาโดยตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ให้ครอบคลุมถึงสิทธิต่างๆ โดยเฉพาะความเสียหายในทางธุรกิจโดยแท้ซึ่งเป็นการยอมรับว่าจะมีความเป็นธรรมหากมีการคุ้มครองถึง โดยศาลได้ตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” หมายถึงสิทธิในชื่อ สิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ (Right to an Established and Operative Business) สิทธินี้เป็นสิทธิที่ศาลกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองกิจการทางพาณิชย์มิให้ประโยชน์ที่ผู้ประกอบการควรจะได้รับถูกละเมิด แม้ว่าการค้ำนั้นจะพึงมีการแข่งขันกันในระบบเสรีนิยมแต่บุคคลก็ไม่ควรถูกล่วงละเมิดสิทธิดังกล่าว อย่างไรก็ตามการใช้ก็ยังมีข้อควรระวังมากกว่าการคุ้มครองทรัพย์สินตามปกติ โดยศาลยังคงยึดหลักนี้อยู่หากมีการกระทำอื่นๆ ครอบงำประกอบละเมิดตามมาตรา 823 วรรคหนึ่ง ศาลก็จะกำหนดให้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน นอกจากนี้ศาลเยอรมันยังตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” รวมไปถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) และยังรวมถึงมูลค่าและสิทธิซึ่งกฎหมายกำหนดคุ้มครองจากการอันมิชอบด้วยกฎหมายสิทธิต่างๆ เหล่านี้จึงเป็นสิทธิเด็ดขาดตามแนวคิดของศาลเยอรมัน

มาตรา 823 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติว่า “บุคคลใดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอันมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคลอื่นก็เกิดความรับผิดเช่นเดียวกันถ้าตามลักษณะของบทบัญญัตินั้น การฝ่าฝืนจะเป็นไปได้โดยไม่ต้องอาศัยความผิดในส่วนของผู้กระทำหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะมีต่อเมื่อมีความผิดที่ถือได้ว่าเป็นของผู้นั้น”¹⁶ หลักเกณฑ์ในมาตรา 823 วรรคสอง เกิดขึ้นเมื่อมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้อื่น ซึ่งกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองบุคคลอื่นอาจเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ได้ โดยเฉพาะกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งคุ้มครองบุคคล หรือกลุ่มบุคคลทั่วไป ความสำคัญอยู่ที่ต้องเกิดความเสียหายขึ้น นอกจากนี้ องค์ประกอบอื่นๆ ของมาตรา 823 วรรคแรกต้องนำมาใช้กับมาตรานี้ด้วย อาทิ องค์ประกอบในส่วนของการล่วงละเมิดสิทธิเด็ดขาดของบุคคลอื่นหรือจำเลยเป็นผู้ก่อความเสียหายเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งองค์ประกอบในส่วนของการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หนึ่งจึงถือได้ว่า

¹⁶ “(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 case of fault.” อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร.(2533).อ้างแล้ว.หน้า 13-15

มาตรานี้เป็นความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Based on Fault) เช่นเดียวกับ บทบัญญัติมาตรา 823 วรรคแรก

หลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายแพ่งเยอรมันประการต่อมาเป็นไปตามมาตรา 826 “ผู้ใดจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นในลักษณะที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย”¹⁷

บทบัญญัติมาตรานี้ถือเป็นบทบัญญัติความรับผิดฐานละเมิดเพิ่มเติมและแยกต่างหากจาก บทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 823 วรรคแรก นอกจากนี้ยังเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดทาง ละเมิดประการหนึ่งซึ่งช่วยบรรเทาความแข็งกระด้างของหลักกฎหมายละเมิดตามมาตรา 823 วรรคแรก ตัวอย่างของการกระทำละเมิดตามบทบัญญัตินี้ คือ กรณีที่บุคคลที่สามชักชวนให้บุคคลที่เป็น คู่สัญญาผิดสัญญาแก่กัน หรือชักชวนหุ้นส่วนของผู้อื่นให้มาร่วมประกอบการค้าแข่งกับผู้อื่น หรือ เกี้ยยกล่อมให้ลูกจ้างออกจากงานของนายจ้างแล้วตนเองจ้างเอาไว้เพราะแข่งขันกัน นอกจากนี้ยังมี ตัวอย่างอื่นๆ เช่น การผูกขาดทางเศรษฐกิจในบางกรณี การชักชวนให้ผู้อื่นขายสินค้าให้แก่ตนทั้งๆ ที่รู้อยู่แล้วว่าบุคคลนั้นขายสินค้านั้นให้แก่ผู้อื่นอยู่แล้ว เป็นต้น

ความรับผิดตามมาตรานี้ กฎหมายกำหนดว่าต้องมีการจงใจกระทำโดยไม่จำเป็นว่าผู้กระทำ จะต้องรู้สำนึกว่าการกระทำนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีและไม่จำเป็นต้องรู้ถึงชนิดและประมาณของ ความเสียหายที่จะเกิดขึ้น กฎหมายต้องการเพียงให้ผู้กระทำรู้ว่าความเสียหายอาจเกิดขึ้นจากการ กระทำของตนเท่านั้น อนึ่งการไม่ใยดีว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำของตนหรือไม่ ก็ถือ ว่าเพียงพอ ถ้อยคำที่ว่า “Contra Bonus Mores” ศาลเยอรมันได้อธิบายว่า เป็นการฝ่าฝืนความรู้สึก ของผู้กระทำตามความเหมาะสมดังเช่นคนทั่วไปที่จะคิดและเห็นว่ายุติธรรมซึ่งเป็นทัศนะของคน ทั่วไปมาตรฐานของหลักนี้ไม่ตายตัวเปลี่ยนแปลงไปตามเวลาและสถานการณ์ การงดเว้นการกระทำก็อาจ ผิดตามมาตรานี้ได้ ถ้ามีหน้าที่ตามศีลธรรมที่จะต้องกระทำ ดังนั้น แม้การกระทำผิดสัญญาจะไม่ เป็นละเมิดตามมาตรา 823 วรรคแรก แต่ถ้าบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ทำให้เสียสิทธิตามสัญญานั้น ย่อมเป็นละเมิดได้ตามมาตรา 826

หลักเกณฑ์ประการต่อมาที่จะต้องนำมาใช้ประกอบการพิจารณาความรับผิดทางละเมิด ซึ่ง อยู่นอกบทบัญญัติในเรื่องละเมิด คือ หลักการใช้สิทธิโดยสุจริตอันเป็นบทบัญญัติในลักษณะนี้ ทั้งนี้ตามมาตรา 226 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งบัญญัติว่า “การใช้สิทธิโดยมี

¹⁷ “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.” อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร.(2533).อ้างแล้ว.หน้า 13-

วัตถุประสงค์เพียงเพื่อจะก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นเป็นการอันมิชอบกฎหมาย”¹⁸ หลักในมาตรานี้เป็นการใช้สิทธิของตนให้ผู้อื่นเสียหายโดยตนเองไม่ได้รับประโยชน์ หลักการใช้สิทธิในทางที่ผิดเป็นหลักที่เกิดขึ้นในกลางศตวรรษที่ 19 ในประเทศฝรั่งเศสโดยในกฎหมายแพ่งเยอรมันเรียกว่า “Schikannaverbot” ซึ่งมาจากแนวความคิดเรื่องการใช้สิทธิจะต้องกระทำโดยสุจริตที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน เรียกว่า แอ็กเซคชั่นดอลี เจเนอเรีย (Exception Doli Generalia) และนักกฎหมายเยอรมันนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะหนี้ โดยอธิบายว่าเป็นหลักการที่ใช้เฉพาะกรณีที่ผู้มีสิทธิได้จงใจกระทำ เพื่อก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้อื่นเพียงอย่างเดียว กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการใช้สิทธิในลักษณะกลั่นแกล้งให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย

นอกจากหลักในมาตรา 226 แล้วยังมีการบัญญัติหลักสุจริตในมาตรา 242 ของกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งบัญญัติว่า “ลูกหนี้ต้องปฏิบัติชำระหนี้ให้เป็นไปตามหลักสุจริต และคำนึงถึงปกติประเพณีด้วย”¹⁹

คำว่าสุจริตเป็นคำที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมันมาจากภาษาละตินว่า บอนา ฟัยดี (Bona Fides) แปลว่า ความซื่อสัตย์หรือสัจจะที่ดี ภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Treu und Glauben” หลักนี้เป็นหลักที่แสดงถึงความประพฤติปฏิบัติระหว่างบุคคลในสังคมเป็นหลักสากลในประเทศที่เจริญแล้ว โดยถือว่าในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนจะต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน ดังนั้นมาตรา 242 จึงเป็นมาตราที่สำคัญซึ่งได้พัฒนามาเป็นหลักเกณฑ์ควบคุมหลักอื่นๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยเจตนารมณ์ของผู้ร่าง เพื่อให้ประชาชนมีจิตสำนึกในการปฏิบัติชำระหนี้ให้ถูกต้อง ศาลเยอรมันได้ตีความหลักกฎหมายตามมาตรา 242 อย่างกว้างขวาง ความมุ่งหมายเดิมของมาตรานี้คงต้องการเพียงให้มีการคำนึงถึงเนื้อหาที่จริงของหนี้ตามสัญญาและเพียงเพื่อกำหนดลักษณะและวิธีการชำระหนี้ แต่ต่อมาศาลและนักกฎหมายได้พัฒนาเป็นบทบัญญัติควบคุมเกี่ยวกับการชำระหนี้ที่สำคัญยิ่งและเป็นหลักนิติจริยธรรม (Principle of Legal Ethics) คลอบคลุมไปทั่วระบบกฎหมาย ศาลเยอรมันได้ใช้มาตรานี้อุดช่องโหว่ต่างๆ ของกฎหมายและใช้เป็นหลักในการพัฒนากฎหมายเป็นการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งให้ทันสมัยขึ้น ดังนั้นถ้าเกิดความเสียหายจากการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตก็อาจต้องรับผิดชอบละเมิด นอกจากนี้ในปัจจุบันศาลเยอรมันยังได้นำหลัก “Treu und

¹⁸ “The exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another” อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร.(2533).อ้างแล้ว.หน้า 13-15

¹⁹ “An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration” อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร.(2533).อ้างแล้ว.หน้า 13-15

Glauben” ไปใช้แทนที่หลัก “Schikanaverbot” และถือว่าการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนั้นก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดด้วย

ตัวอย่างกรณีที่ศาลเยอรมันนำมาตรา 242 ไปใช้ให้เกิดความเป็นธรรมเช่น กรณีของ ทนายความของเจ้าหนี้ไม่แนะนำให้เจ้าหนี้ทราบว่า การดำเนินคดีล้มละลายกับลูกหนี้จะไม่คุ้มค่า ศาลจึงตัดสินให้ทนายความจะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ กรณีที่ผู้ติดต่อหาเงินกู้ทำข้อตกลงว่าไม่ว่าจะหาเงินกู้ได้หรือไม่ ผู้ประสงค์จะกู้จะต้องจ่ายบำเหน็จให้เสมอศาลถือว่าเป็นการไม่เป็นธรรมและผิดปกติประเพณีค้าขาย ข้อตกลงใช้บังคับไม่ได้ นอกจากนั้น ศาลถือว่าเป็นผู้ได้รับสิทธิอุปถัมภ์ จะต้องปฏิบัติหน้าที่อุปถัมภ์นอกเหนือไปจากหน้าที่ประธานด้วย เช่น แม้สัญญาเช่าจะระงับและผู้เช่าย้ายไปอยู่ที่อื่นแล้ว ผู้ให้เช่าก็ยังคงต้องส่งจดหมายของผู้เช่าไปให้ผู้เช่ายังที่อยู่ใหม่ หรือในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยได้เรียกร้องเงินจากบริษัทประกันจำนวน 9,600 มาร์ค เมื่อทรัพย์ที่ประกันเกิดความเสียหายขึ้นแต่บริษัทประกันภัยยินยอมที่จะจ่ายเงินเพียง 7,000 มาร์ค ในที่สุดเมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น บริษัทกลับไม่ยอมรับผิดเลย ศาลสูงของเยอรมันได้ตัดสินว่าการกระทำของบริษัทประกันภัยเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตและผู้เอาประกันภัยสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนฐานผิดสัญญาได้ อีกตัวอย่างหนึ่ง ในปี ค.ศ. 1923 ค่าของเงินเยอรมันตกต่ำลงมาก เนื่องจากสงครามลูกหนี้ได้นำเงินซึ่งเป็นหนี้ที่เกิดก่อนสงครามมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่มูลค่าของเงินได้ตกลงไปมาก ศาลเยอรมันได้นำหลักในมาตรา 242 มาตัดสินว่าการที่ลูกหนี้ฉวยโอกาสตอนค่าเงินตกต่ำลงอย่างมากมาชำระหนี้ ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

ทั้งนี้ ศาลเยอรมันใช้หลักสุจริตอย่างกว้างขวาง ก็อาจมีข้อเสียบ้างคือทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย โดยสรุปภายใต้กฎหมายแพ่งเยอรมันการกระทำละเมิดจะต้องกระทำต่อสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น

ประเทศญี่ปุ่น

จากการศึกษาพบว่า²⁰ ในประเทศญี่ปุ่นประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นแบ่งออกเป็น 5 บรรพ บรรพ 1 บทบัญญัติทั่วไป บรรพ 2 ทรัพย์สิน บรรพ 3 หนี้ บรรพ 4 ครอบครัว บรรพ 5 มรดก ความรับผิดทางละเมิดอยู่ในส่วนที่ 3 ในเรื่องนี้

การพยายามร่างประมวลกฎหมายญี่ปุ่นเริ่มภายใต้ความริเริ่มของกระทรวงยุติธรรมทันที หลักจากการก่อตั้งรัฐบาลจักรวรรดิ ในปี ค.ศ.1870 รัฐบาลเมจิได้มีการตั้งคณะกรรมการร่างและเริ่มแปลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งในเวลานั้นกฎหมายฝรั่งเศสกำลังแพร่หลายไปทั่วโลก โดยมีที่ปรึกษา

²⁰ ฟินิจ ทิพย์มณี.(2551).*บททวนปรับปรุงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ศึกษาเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ:

ชาวฝรั่งเศสเป็นกรรมการชื่อ กุสเทป โบซันเนล (Gustave Emile Boissonnade) จากมหาวิทยาลัยปารีส ซึ่งเป็นผู้ริบบทบาทเป็นอันมาก ซึ่งร่างนี้แล้วเสร็จในปี ค.ศ.1878 เป็นร่างที่เรียกว่า แทบจะลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและในปี ค.ศ.1890 ก็ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายฉบับนี้ โดยจะให้เริ่มมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ.1893 ประมวลกฎหมายฉบับนี้ถูกคัดค้านอย่างรุนแรง โดยกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยอ้างเหตุผลว่าการเปลี่ยงไม่ดีไม่เหมาะสมกับสภาพของญี่ปุ่น และละทิ้งจารีตประเพณีของญี่ปุ่นเสียหายทำให้ร่างกฎหมายของ โบซันเนล ถูกเลื่อนเวลาบังคับใช้ออกไป โดยไม่มีกำหนดและในขณะเดียวกัน ญี่ปุ่นก็ได้ทราบว่าการประเทศเยอรมันกำลังร่างประมวลกฎหมายขึ้นรัฐบาลเมจิได้ตั้งคณะกรรมการชุดใหม่เพื่อร่างประมวลกฎหมายอีกครั้ง ในครั้งนี้ผู้ร่างเป็นนักกฎหมายญี่ปุ่น 3 คน โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งฉบับเก่า และตรวจแก้ไขใหม่ด้วยการนำเอากฎหมายเยอรมัน สวิส และจารีตประเพณีของญี่ปุ่นมาร่วมพิจารณาปรับปรุงร่างใหม่ ซึ่งสามารถใช้ได้ทางปฏิบัติและเหมาะสม ในที่สุดประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นฉบับสมบูรณ์ก็ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1896 และใช้มาจนกระทั่งปัจจุบัน

กล่าวว่าการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดตามกฎหมายญี่ปุ่น หมายถึง การกระทำที่บุคคลหนึ่งกระทำโดยจงใจประมาทเลินเล่อและก่อความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่นซึ่งอาจตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการละเมิดได้ดังนี้

1. ละเมิดเป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายแก่สิทธิบุคคลอื่นและการกระทำที่ล่วงสิทธิของบุคคลอื่นนี้เป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งของกฎหมาย ดังนั้นผู้ที่กระทำไปตามสิทธิที่ตนมีอยู่จึงไม่เป็นละเมิด
2. แม้การไม่ชำระหนี้จะเป็นการขัดแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายแต่ก็ไม่เป็นการผิดกฎหมายบทความในมาตรานี้ เพราะการไม่ชำระหนี้มีกฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องนี้โดยเฉพาะแล้ว
3. การกระทำนี้ต้องกระทำโดยจงใจและประมาทเลินเล่อ
4. แม้ว่าการกระทำจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นก็ไม่เป็นละเมิด อาจกล่าวโดยสรุปว่า ละเมิดคือการกระทำซึ่งไม่ใช่การไม่ชำระหนี้และการกระทำนั้นได้กระทำต่อสิทธิของบุคคลอื่น และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยเป็นการกระทำที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำ

ทั้งนี้ ตามกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นมาตรา 709 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อละเมิดสิทธิของผู้อื่นจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้น”²¹

²¹ “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” อ้างถึงในพินิจ ทิพย์มณี.อ้างแล้ว.

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติทั่วไป ซึ่งกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นดูเหมือนจะมีความใกล้เคียงกับกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปเพียงมาตราเดียวในขณะที่กฎหมายแพ่งเยอรมันมีการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ถึง 3 กรณี องค์ประกอบของมาตรานี้แยกเป็น 4 ประการ

1. ผู้กระทำต้องมีความผิด คือต้องกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ
2. การกระทำนั้นต้องมีขอบด้วยกฎหมาย
3. มีความสัมพันธ์ระหว่างความผิดและความเสียหาย
4. มีความเสียหายเกิดขึ้น

บทบัญญัตินี้ในชั้นร่างผู้ร่างมีความประสงค์ที่จะให้เป็นนามธรรม เพื่อให้ศาลสามารถตีความเพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ ได้ เช่น ปัญหาสิ่งแวดล้อม ปัญหาอุบัติเหตุ เป็นต้น ซึ่งไม่เฉพาะแต่ศาลสูงเท่านั้นที่ตีความมาตรานี้อย่างกว้างขวาง แม้แต่ศาลล่างก็ตีความบทบัญญัตินี้อย่างกว้างขวางด้วยเช่นกัน กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 709 ไม่มีคำว่า “ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย” ทั้งนี้เพราะถือว่าการละเมิดสิทธิของผู้อื่น โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว นอกจากนี้ศาลญี่ปุ่นได้ตีความคำว่า “สิทธิ” อย่างกว้างขวาง โดยที่ยังไม่มีคำจำกัดความที่แน่ชัดทั้งนี้ หากศาลเห็นว่าสิทธินั้นๆ สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายละเมิดศาลก็จะถือว่ามี การล่วงสิทธิเกิดขึ้น องค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของละเมิด คือเป็นการล่วงสิทธิและสิทธินี้จะเป็นสิทธิอะไรก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินเท่านั้น อาจเป็นสิทธิเกี่ยวกับสถานะของบุคคล เช่น เสรีภาพ ชื่อเสียง รวมทั้งสิทธิที่เกิดตามกฎหมาย กฎหมายมหาชน แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นสิทธิที่ใช้ยืนยันกับบุคคลได้ทั่วโลก ซึ่งความเสียหายนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นเงินเป็นทอง อาจเป็นความเสียหายที่รูปร่าง หรือไม่รูปร่างก็ได้ แต่จะต้องไม่ใช่การไม่ชำระหนี้ตามสัญญา จากตัวอย่างสิทธิต่างๆ ที่กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นคุ้มครองนี้ อาจสรุปได้ว่าสิทธิที่กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นลักษณะละเมิดมุ่งคุ้มครองนี้ต้องเป็นสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น นอกจากหลักเกณฑ์ทั่วไปตามมาตรา 709 นี้ ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นยังมีบทบัญญัติในมาตรา 1 ที่บัญญัติถึงการใช้สิทธิทางแพ่งที่จะต้อง ใช้สิทธิโดยสุจริตและในแนวทางที่เป็นธรรมซึ่งต้องนำมาใช้ประกอบการตีความความรับผิดชอบทางละเมิดด้วย

ประเทศฝรั่งเศส

บทบัญญัติของกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสรับแนวความคิดจากปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ที่เชื่อว่ากฎหมายมีที่มาจากเหตุผลที่มนุษย์สามารถรู้เองได้เป็นหลักธรรมอันเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติและมีความเป็นสากล นักกฎหมายฝรั่งเศสพูดถึงการละเมิดในแง่ของความรับผิดชอบทางละเมิด หรือที่เรียกในกฎหมายฝรั่งเศสว่า “La Responsabilite Civile Delictuelle” ไม่ใช่การผิดสัญญา นักกฎหมายที่มีชื่อเสียง และ

เป็นผู้สร้างแนวคิดพื้นฐานของความรับผิดชอบทางละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศส คือ จิน โดแมท (Jean Domat) เป็นผู้แยกแยะองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดในส่วนของความรับผิดชอบและความเสียหาย โดยได้นำเอาแนวคิดเรื่องความผิดมาสร้างหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ไม่ใช่เฉพาะการก่อให้เกิดอันตรายโดยจงใจเท่านั้นแต่รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรด้วย ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นหลักการของบทบัญญัติมาตรา 1382-1383 ตามมาตรา 1382 บัญญัติว่า “การกระทำใด ๆ ของมนุษย์อันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่น ไซร้ย่อมบังคับบุคคล ซึ่งกระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้น ให้ทดแทนความเสียหาย” มาตรา 1383 บัญญัติว่า “ทุกคนต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ซึ่งเขาได้กระทำขึ้นไม่เพียงแต่กระทำโดยจงใจแต่ต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อของเขาด้วย”²²

บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคล 4 ประการ²³

1. เพื่อให้ละเว้นจากการทำความเสียหายสิ่งของและบุคคล
2. เพื่อให้บุคคลละเว้นจากการรบกวนผู้อื่น กล่าวคือจากการกระทำต่างๆ ที่หลอกลวงผู้อื่น
3. เพื่อให้ละเว้นจากการกระทำซึ่งต้องใช้กำลัง หรือความสามารถซึ่งบุคคลหนึ่งไม่สามารถควบคุมในระดับที่ต้องการ
4. เพื่อให้มีความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการป้องกันสิ่งของที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่น ตามบทบัญญัตินี้จำเลยจะมีความรับผิดชอบถ้าโจทก์สามารถพิสูจน์ว่า การทำความผิดเกิดจากการกระทำของจำเลยและความเสียหายนั้นเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของโจทก์

จากบทบัญญัติตามมาตรา 1382-1383 นี้สามารถแยกองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดที่สำคัญตามกฎหมายฝรั่งเศสได้ 3 ประการ ได้แก่²⁴

1. ความเสียหาย (Prejudice)
2. ความผิด (Faute)
3. ความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหายนั้น (Relation De Cause a Effect et Le Prejudice)

ความเสียหายอันเป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดแก่ตนโดยเฉพาะ (Personal) มิใช่ความเสียหายที่เกิดแก่ผู้อื่น นอกจากนี้ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน (Certain) และโดยตรง (Direct) ความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้แบ่งออกได้เป็น 2

²² ปรีดี เกษมทรัพย์. *อ้างแล้ว*. หน้า 112

²³ ปรีดี เกษมทรัพย์. *อ้างแล้ว*. หน้า 113

²⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร. (2523). *หลักกฎหมายแพ่งพาณิชย์ลักษณะละเมิด*. กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ. หน้า 54

ประการใหญ่คือ ความเสียหายในทางวัตถุ (Le damage materiel) และความเสียหายในทางศีลธรรม (Le damage moral)

1. ความเสียหายในทางวัตถุ หมายถึงการทำความเสียหายแก่สิทธิทางทรัพย์สินซึ่งรวมถึงการก่อให้เกิดความสูญเสียกำไรและค่าจ้างอันอาจคำนวณเป็นตัวเงินได้แน่นอน

2. ความเสียหายในทางศีลธรรม หมายถึงความเสียหายต่อสิทธิที่อยู่นอกเหนือกองทรัพย์สินฝ่ายนิติบัญญัติและศาลฝรั่งเศสได้แปลความอย่างกว้างขวาง โดยให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่ทำต่อสิทธิในสภาพบุคคล เกียรติยศ ชื่อเสียงในวิชาชีพ เสรีภาพ สิทธิส่วนตัวและสิทธิในครอบครัว อำนาจปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้รวมทั้งความเสียหายแก่ร่างกาย การกระทำละเมิดนั้นบางครั้งอาจก่อให้เกิดความเสียหายทั้งในทางทรัพย์สินและทางศีลธรรมได้ เช่น ละเมิดเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บทางร่างกายความเจ็บปวดอันเนื่องมาจากบาดแผลที่ได้รับนั้นเป็นความเสียหายในทางทรัพย์สิน เป็นต้น

บทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติกว้างๆ ไม่จำกัดขอบเขตว่าจะเป็นการละเมิดสิทธิประเภทใดบ้าง แต่เป็นที่เข้าใจกันเป็นยุติว่าการผิดสัญญาไม่เป็นละเมิด ในทางปฏิบัติคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส คอร์เดอคาสเดชัน (Cour De Cassation) จะถือเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัย ในปี ค.ศ. 1833 ศาลสูงได้ยอมรับว่าความเสียหายในทางศีลธรรม (Moral Damage) ย่อมฟ้องร้องในทางละเมิดได้นับตั้งแต่ความเสียหายแก่สิทธิในครอบครัว ชื่อเสียง เกียรติยศ ข้อสังเกตประการหนึ่งที่เป็นข้อบกพร่องของมาตรา 1382-1383 คือไม่ได้กำหนดว่าความเสียหายแก่สิทธิประเภทใดบ้างที่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งศาลฝรั่งเศสได้ใช้ดุลยพินิจในการตีความกฎหมายอย่างกว้างขวาง และศาลอาจตีความโดยการขยายความได้ศาลฝรั่งเศสได้ตีความความเสียหายแก่สิทธิต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในหลายกรณี เช่น สิทธิคุ้มครองความรักใคร่ซึ่งกันและกัน หรือความเสียหายต่อสิทธิในครอบครัว เป็นต้น และถึงแม้ว่ากฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะไม่ได้กำหนดว่า สิทธิประเภทใดบ้างที่จะได้รับความคุ้มครองแต่เมื่อได้ทำการศึกษาวิเคราะห์แล้วจะเห็นว่าสิทธิต่างๆ ที่กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสให้ความคุ้มครองนั้นหมายความเฉพาะสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น ไม่หมายรวมถึงการผิดสัญญา²⁵

สรุป แนวคิดของกฎหมายประเทศต่างๆ ในเรื่องสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองในทางละเมิดเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งในความรับผิดชอบทางละเมิดไม่ว่าจะเป็นในระบบกฎหมายใด ทั้งนี้เพราะความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นเรื่องของการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำของผู้ก่อความเสียหาย โดยในกฎหมายโรมันความเสียหายที่เกิดขึ้นส่วนมากจะเป็นเรื่องการทำ ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สิน แต่ตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 23 ได้บัญญัติ

²⁵ จิตติ ดิงศภัทย์.(2526). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 172

ถึงสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองอันได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งแนวทางคำอธิบายในทางคำราก็ได้อธิบายไปในทางเดียวกันว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่ศาลจะคุ้มครองให้ฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้นั้นจะต้องเป็นสิทธิเด็ดขาด แต่ก็ยังมีหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดอื่นๆ ที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการตีความให้คุ้มครองถึงสิทธิต่างๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น

ตามกฎหมายแพ่งญีปุ่น กล่าวถึงการล่วงสิทธิของบุคคลอื่น โดยไม่ได้มีการให้คำนิยามหรืออธิบายว่าสิทธิประเภทใดบ้างที่จะได้รับความคุ้มครอง ศาลตีความสิทธินี้อย่างกว้างขวาง สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาประกอบกับความร้ายแรงแห่งละเมิดว่าเหมาะสมหรือไม่เป็นกรณีๆ ไป อย่างไรก็ตามสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดนี้ต้องเป็นสิทธิที่ไ้ยันกับบุคคลได้ทั่วโลก มิใช่หมายถึงสิทธิตามสัญญาซึ่งก็หมายถึงสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้แยกประเภทของความเสียหายที่กฎหมายรับรองไว้ 2 ประการ คือ ความเสียหายในทางวัตถุ (Le damage material) และความเสียหายในทางศีลธรรม (Le damage moral) ซึ่งจะต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน และโดยตรง ซึ่งศาลอนุญาตให้เรียกค่าเสียหายในทางศีลธรรมได้นับตั้งแต่ความเสียหายแก่สิทธิในครอบครัวต่อสิทธิในชื่อเสียง และเกียรติยศ จนกระทั่งสิทธิคุ้มครองความรักใคร่ซึ่งกันและกัน (Sentiment d’Affection) ทั้งนี้ คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญจึงกำหนดว่าความเสียหายใดที่สามารถเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ โดยศาลฝรั่งเศสมีการกำหนดให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความเสียหายต่อสิทธิต่างๆ เป็นอันมากและแม้ว่ากฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะมีได้มีการแบ่งประเภทของสิทธิออกเป็นสิทธิเด็ดขาดและสิทธิสัมพันธ์ดังเช่นกฎหมายแพ่งของเยอรมัน แต่สิทธิต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ล้วนแต่เป็นสิทธิเด็ดขาดทั้งสิ้นมิใช่เป็นสิทธิตามสัญญา

เห็นว่าแนวคิดในเรื่อง “สิทธิ” ที่ได้รับความคุ้มครองในทางละเมิดในประเทศต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ล้วนให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ดขาดทั้งสิ้น โดยจะแยกความรับผิดชอบทางละเมิดออกจากความรับผิดชอบทางสัญญาและการผิดสัญญาไม่เป็นละเมิด เว้นแต่การผิดสัญญานั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดด้วยในขณะเดียวกัน

ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ละเมิดกับผู้เสียหาย จึงมีความสัมพันธ์แต่ในทางหนึ่งเท่านั้น การชดใช้ค่าเสียหายจึงเป็นเพียงการทำให้ผู้เสียหายไม่เสียหายอีกต่อไป และขึ้นอยู่กับความเสียหายว่ามากน้อยเพียงใด ครั้นถึงศตวรรษที่ 13 ในประเทศอังกฤษ กำหนดให้เอกชนผู้เสียหายต้องขอหมายเรียกจากศาลเพื่อเรียกจำเลยมาให้การ ทำให้เกิดหมายเรียกเฉพาะคดีรวมทั้งหมายเรียกคดี

ละเมิด (Writ of Trespass) อันเป็นจุดเริ่มต้นของละเมิดในทางแพ่งด้วย จากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ต่างมีแนวความคิดแยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดออกจากความรับผิดทางประมวลกฎหมายอาญา²⁶ ทำให้สามารถกำหนดค่าเสียหายทางละเมิดได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีความผิดทางอาญาหรือไม่และมีโทษเพียงใด

ประเทศไทย

ในประเทศไทย ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาได้มีจารีตประเพณีห้ามมิให้ผู้ได้รับความเสียหายแก่เค้นด้วยประการใดๆ โดยพลการหรือตามอำเภอใจ การกำหนดจำนวนเงินที่ผู้กระทำละเมิดต้องชำระเป็นหน้าที่ศาล หาใช่หน้าที่ของผู้เสียหายไม่ ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดต้องรับโทษเพราะเป็นการกระทบกระเทือนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ในเวลาต่อมา พระมหากษัตริย์ทรงแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เรียกค่าทำขวัญแทนตามจารีตประเพณี เพื่อทดแทนค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งตรงกับ “ค่าสินไหมทดแทน” ในกฎหมายปัจจุบัน และจำนวนค่าสินไหมทดแทนเปลี่ยนแปลงไปตามความเสียหายที่เกิดขึ้นมากหรือน้อยเพียงใด เช่น ในกรณีทำให้เขาตาย การคำนวณค่าสินไหมทดแทนให้คำนึงถึงอายุ เพศ วัย อาชีพและศักดิ์นาประกอบ กรณีการทำร้ายให้บาดเจ็บ การคำนวณสินไหมทดแทนให้พิเคราะห์ถึงความบาดเจ็บมากน้อยที่ได้รับและศักดิ์นาประกอบด้วย²⁷

ในสมัยที่ใช้กฎหมายตราสามดวง ความรับผิดทางละเมิดถือเป็นความผิดที่ต้องชดใช้ค่าปรับ ซึ่งต้องตกเป็นของหลวงส่วนหนึ่งเรียกว่าพินัย และอีกส่วนให้ผู้เสียหายเรียกว่าสินไหม ดังนั้น จะเห็นว่าสินไหมมีลักษณะเป็นทั้งค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งและค่าปรับทางอาญาเพราะถือว่ากระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วยังถูกจำคุกอีกด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความหนักเบาของข้อหา แล้วแต่กรณี โดยส่วนใหญ่ผู้เสียหายมักเรียกค่าไถ่ (มีความหมายเดียวกับค่าสินไหมทดแทนในปัจจุบัน) เป็นจำนวนที่สูงกว่าความเสียหายจริง²⁸

กฎหมายลักษณะละเมิดที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้แยกออกจากกฎหมายอาญาเด็ดขาด เมื่อได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451) โดยได้ยกเลิกกฎหมายที่มีลักษณะอาญาทั้งสิ้น และวางหลักความแตกต่างระหว่างความรับผิดทางอาญาและทางแพ่ง แนวความคิดเรื่องค่าสินไหมก็เปลี่ยนไปเป็นว่าผู้ต้องเสียหายไม่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเกินกว่ามูลค่าความเสียหายจริงที่ตนได้รับเนื่องจากละเมิด ต่อมา พ.ศ. 2466 ก็มีการบัญญัติกฎหมายละเมิดไว้

²⁶ คัมภีร์ แก้วเจริญ.(2526,กุมภาพันธ์).ค่าเสียหายในคดีละเมิด.วารสารกฎหมาย,7,3. หน้า 26-27

²⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส.(2534).ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย.หน้า 10.

²⁸ ร.แสงกาต์.(2526).อ้างแล้ว.หน้า.86

โดยเฉพาะ ป.พ.พ. บรรพ 2 ตั้งแต่มาตรา 420 ถึงมาตรา 452 โดยถือเอาแบบอย่างจากประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) หลายประเทศด้วยกัน²⁹ ตามตารางข้างล่างนี้

ตารางที่ 3 ที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด³⁰

ป.พ.พ.ไทย (ม.)	เยอรมัน (ม.)	ญี่ปุ่น (ม.)	สวิสเซอร์แลนด์ (ม.)	ฝรั่งเศส (ม.)	บราซิล (ม.)
420	823	709	-	-	-
421	226	-	2 ว.2	-	-
422	823 ว.2	-	-	-	-
423	824	-	-	-	-
424	-	-	53 ว.1	-	-
425	831	715	-	-	-
426	-	715 ว.3	55 ว.3	-	-
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 ว.3	717	58	1386	-
435	908	-	59	-	-
436	-	-	-	-	1529
437	-	-	-	1384	1527

²⁹ สนิทกันต์ สิทธิเวชเดช.(2549).คำสันนิษฐานใหม่ทดแทนกรณีละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางจิตใจ.วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์.กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.หน้า 9

³⁰ พินิจ ทิพย์มณี.อ้างแล้ว.หน้า.16

ป.พ.พ.ไทย (ม.)	เยอรมัน (ม.)	ญี่ปุ่น (ม.)	สวิสเซอร์แลนด์ (ม.)	ฝรั่งเศส (ม.)	บราซิล (ม.)
438	-	710	43	-	-
439	848	-	-	-	-
440	849	-	-	-	-
441	851	-	-	-	-
442	846	-	-	-	-
443	844	-	45	-	-
444	-	-	46	-	-
445	845	-	-	-	-
446	847	-	-	-	-
447	249,824	723	43	-	-
448	852	-	60	-	-
449	227-231	720	52 ว.1	-	-
450	-	-	-	-	-
451	-	-	52	-	-
452	-	-	57	-	-

*References For The Civil And Commencial Code Book จากบันทึกของ ศ.ไพจิตร บุญญพันธ์

มาตราหลักที่นำมาวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ คือ มาตรา 420 ซึ่งมีที่มาจากประเทศเยอรมนีและญี่ปุ่น มาตรา 438 จากประเทศญี่ปุ่นและสวิสเซอร์แลนด์ และมาตรา 446 จากประเทศเยอรมนี

หลักการพื้นฐานของค่าสินไหมทดแทน³¹

ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1. หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution in Intergrum) เป็นหลักการทั่วไปในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยมีหลักการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักการนี้ จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหายที่

³¹ จิตรา เพียรล้ำเลิศ.(2555).หนังสือเรียนวิชาละเมิด.กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.หน้า 8-10,11

เกิดขึ้นจริงเป็นสำคัญมิได้มุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำละเมิด โดยให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยความเสียหายมากกว่าความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับแต่อย่างใด

2. หลักการลงโทษ คือ หลักการเฉพาะเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษ โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ ลงโทษผู้กระทำละเมิดที่มีพฤติกรรมอันชั่วร้ายให้มีความเข็ดหลาบ (Punishment) และป้องปรามมิให้บุคคลในสังคมถือเอาพฤติกรรมนั้นเป็นเยี่ยงอย่างในอนาคต (Deterrence) หลักการนี้ จึงมุ่งกำหนดค่าสินไหมทดแทนในลักษณะของ “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” (Punitive Damages) ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่กำหนดเพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริง

หลักการพื้นฐานของค่าสินไหมทดแทนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งมีรากฐานสำคัญมาจากกฎหมายโรมันนั้นมีหลักในการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดตามทฤษฎีว่าด้วยหนี้ (Theory of Obligations) โดยถือว่าการละเมิดเป็นหนี้ในทางแพ่งที่ผู้กระทำละเมิดต้องชดใช้ตามความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับเท่านั้น การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในระบบกฎหมาย Civil Law จึงมุ่งให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น

ส่วนหลักการพื้นฐานของค่าสินไหมทดแทนในระบบกฎหมาย Common Law มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งชดใช้ความเสียหายแท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับ เช่น ที่ยึดถือในระบบกฎหมาย Civil Law เท่านั้น ในระบบกฎหมาย Common Law นอกจากจะมีค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (Compensatory Damages) แล้วยังมีค่าเสียหายที่มีได้มุ่งชดเชยความเสียหาย (Non – Compensatory Damages) เช่น ค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิดและป้องปรามมิให้มีการกระทำเช่นเดียวกันนั้นในอนาคตอีกด้วย

สำหรับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตาม ป.พ.พ. ของไทย มีหลักการพื้นฐานเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law คือ หลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับเพื่อมุ่งให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีการละเมิด อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเรื่องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษของระบบกฎหมาย Common Law จึงได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เป็นต้น

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน (Non – Pecuniary Damage)³²

ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน หมายถึง ค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิด เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายซึ่งไม่อาจคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ (Non – Pecuniary Damage) กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่เป็นนามธรรมและมีได้มีมูลค่าทางเศรษฐกิจโดยตรง ตำราฝรั่งเศส เรียกว่า “Prejudice Moral” ซึ่ง ศาสตราจารย์ จีต เศรษฐบุตร เรียกว่า “ความเสียหายต่อสิทธินอก กองทรัพย์สิน” เช่น ความทุกข์ทรมานเจ็บปวด ความเศร้าโศกเสียใจ ความเสียหายต่อเสรีภาพ ชื่อเสียง เป็นต้น ความเสียหายดังกล่าวนี้ เมื่อไม่สามารถชดใช้ด้วยวิธีอื่น เพื่อเยียวยาให้ผู้เสียหาย กลับคืนสู่ฐานะเดิมก็ต้องชดใช้เป็นเงินหรือค่าเสียหาย

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินนี้ นักกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law บางประเทศมีความเห็นแตกต่างกันแยกเป็น 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก ไม่เห็นด้วยที่กฎหมายให้สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนอันมิใช่ตัวเงินด้วยเหตุผลต่างๆ เช่น พิสูจน์ความมีอยู่ของความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินไม่ได้ โดยเห็นว่าเป็นเรื่องทางจิตใจซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคล ทั้งเป็นการผิดศีลธรรมที่จะนำสิ่งที่มีคุณค่าสูงมาประเมินค่าเป็นเงิน

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าแม้ความเสียหายไม่เป็นตัวเงินจะพิสูจน์ได้ยาก แต่เชื่อว่าพิสูจน์ไม่ได้ และการเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ตนได้รับมิได้ผิดศีลธรรมแต่กลับเป็นสิ่งจำเป็นและ ยุติธรรมที่จะให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาสำหรับ ป.พ.พ. ลักษณะละเมิดของไทยได้ยอมรับให้ เรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน ดังนี้

1. ป.พ.พ. มาตรา 446 ซึ่งมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 847 ได้ให้สิทธิผู้เสียหายเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินโดยจำกัดเฉพาะความเสียหายที่มีใช่ตัวเงิน อันเกิดจากกรณีทำละเมิดให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย อนามัย เสรีภาพหรือหญิงต้องเสียหาย เพราะถูกละเมิดอันเป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ เช่น ผลแห่งละเมิดทำให้ผู้เสียหายทุพพลภาพตลอดชีวิต นอกจากเรียกค่าเสียหาย เพื่อการเสียความสามารถประกอบการงานตาม ป.พ.พ. มาตรา 444 แล้วความทุพพลภาพยังเป็นที่มาของความทุกข์ทรมานทางจิตใจ จึงเรียกค่าเสียหายที่มีใช่ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 446 ได้ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 6303/2547, 67/2539)

2. ป.พ.พ. มาตรา 447 ซึ่งมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 723 ได้ให้สิทธิผู้เสียหายแก่ชื่อเสียงที่จะขอให้จัดการตามควรเพื่อทำให้ชื่อเสียงกลับคืนดีแล้วยังได้บัญญัติรับรองสิทธิของผู้เสียหายดังกล่าวที่จะเรียกค่าเสียหายแก่ชื่อเสียงอันเป็นค่าเสียหายที่มีใช่ตัวเงินด้วยหรือไม่

³² จิตรา เพียรล้ำเลิศ. *อ้างแล้ว*, หน้า 8-21, 22, 23

ก็ได้ทั้งนี้ แม้ ป.พ.พ. ของไทยกำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินแต่ก็กำหนดให้เป็น “สิทธิเฉพาะตัว” ผู้เสียหายเท่านั้น จึงไม่อาจโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ และหากผู้เสียหายมีสิทธิตาย สิทธิดังกล่าวนี้ ย่อมไม่ตกทอดเป็นมรดกไปยังทายาท เว้นแต่สิทธินั้นได้มีการรับสภาพกัน โดยสัญญาสิทธินั้นย่อมเปลี่ยนเป็นมรดกสัญญาจึง โอนและตกทอดแก่ทายาทได้หรือถ้าผู้เสียหายได้ฟ้องคดีไว้ก่อนตายทายาท จึงรับมรดกความของผู้เสียหายต่อไป

อนึ่ง ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินในกรณีอื่นๆ นอกเหนือ จากที่ ป.พ.พ. ของไทยบัญญัติให้สิทธิไว้โดยเฉพาะหรือไม่ ดังเช่น

กรณีละเมิดเป็นเหตุให้เสียหายแก่ชีวิต ป.พ.พ. มิได้มีบทบัญญัติเฉพาะรับรองสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทน “ค่าแห่งชีวิต” ของผู้ตายที่ต้องสูญเสียไปอาจเพราะคำนี้ว่า “ค่าแห่งชีวิต” นั้น เป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินไม่ได้อันเป็นสิทธิเฉพาะตัวผู้เสียหายเมื่อผู้ถูกทำละเมิดซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงนั้นตายไป แล้วย่อมสิ้นสภาพบุคคลไม่อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนได้และสิทธิดังกล่าวก็ไม่ตกทอดแก่ทายาทหรืออาจเป็นเพราะเห็นว่าชีวิตมนุษย์ยากแก่การกำหนดค่าสินไหมทดแทน จึงมีข้อที่น่าพิจารณาว่า “ค่าแห่งชีวิต” ที่ต้องสูญเสียไปเพราะละเมิดนั้นไม่ควรได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือไม่

อีกทั้งกรณีละเมิดเป็นเหตุให้เสียหายแก่ชีวิตนี้ เคยมีแนวคำพิพากษาศาลไทยว่า ป.พ.พ. มิได้มีบทบัญญัติเฉพาะให้สิทธิ บิดา มารดา สามี ภรรยา หรือ บุตรของผู้ตายเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทางจิตใจ เช่น ความเศร้าโศกเสียใจ ความทุกข์โทมนัส หรือ ความว่าเหว เพราะสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รัก ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินแต่อย่างใด (คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502, 1550/2518) แต่มีนักกฎหมายไทยอีกส่วนหนึ่งมีความเห็นแตกต่างออกไปว่าความเสียหายทางจิตใจ ซึ่งเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 438 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องค่าสินไหมทดแทน จึงไม่จำกัดว่าต้องมีบทบัญญัติเฉพาะกำหนดให้เรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินในกรณีเฉพาะเท่านั้นจึงจะเรียกได้

จึงเห็นได้ว่าแม้ ป.พ.พ. จะยอมรับให้เรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินแต่ทางปฏิบัติ ในแนวคำพิพากษาของศาลไทยก็มักมีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินอย่างเคร่งครัดหรือจำกัด อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันประเทศไทยได้มีแนวคิดที่ยอมรับค่าเสียโอกาสซึ่งเป็นค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน ดังเห็นได้จากบันทึกหลักการและเหตุผล ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ. ... ท้ายวิทยานิพนธ์เล่มนี้ที่กำหนดเพิ่มมาตรา 438

จากเดิม

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อนนั้นด้วย”

เป็น

“มาตรา 438 ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้ต้องเสียหายได้เสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น ค่าเสียหายอย่างใด ๆ อันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอันสืบเนื่องจากละเมิด รวมทั้งค่าเสียโอกาสของผู้ต้องเสียหายและความเสียหายทางจิตใจ และค่าเสียหายเพื่อการลงโทษศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

(1) พฤติการณ์แห่งละเมิดยากที่จะพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ใดหรือยากที่จะพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง หรือ

(2) ค่าสินไหมทดแทนการคืนทรัพย์สินอันผู้ต้องเสียหายได้เสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น และค่าเสียหายอย่างใด ๆ อันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอันสืบเนื่องจากละเมิดที่ศาลอาจกำหนดให้ได้นั้น จำนวนเป็นเงินรวมกันได้ไม่เกินห้าหมื่นบาท

ในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคสาม ความต้องปรากฏต่อศาลว่า

ผู้กระทำละเมิดมีเจตนาร้าย หรือจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือมีพฤติการณ์ทารุณโหดร้ายหรือไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่นและให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดพฤติการณ์ของผู้กระทำละเมิดที่ได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นและพฤติการณ์ของผู้ต้องเสียหายที่ได้เข้าไปมีส่วนในการละเมิดนั้น ทั้งนี้ จำนวนค่าเสียหายเพื่อการลงโทษที่ศาลกำหนดต้องไม่เกินสองเท่าของจำนวนค่าสินไหมทดแทนการคืนทรัพย์สินอันผู้ต้องเสียหายได้เสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้นและค่าเสียหายอย่างใด ๆ อันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอันสืบเนื่องจากละเมิดที่ศาลกำหนด เว้นแต่กรณีจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดดังกล่าวจำนวนเป็นเงินรวมกันได้ไม่เกินห้าหมื่นบาท ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของจำนวนค่าสินไหมทดแทนนั้น”

ตารางที่ 4 ตารางค่าสินไหมทดแทนที่กฎหมายให้เรียกร้องได้³³

เสียหายต่อทรัพย์สิน	เสียหายต่อชีวิต	เสียหายต่อร่างกาย อนามัย	เสียหายต่อ เสรีภาพ	เสียหายต่อ ชื่อเสียง
1. คี้นทรัพย์สิน 2. ใช้ราคาแทน การคืนทรัพย์สิน 3. ค่าเสียหาย	1. ค่าปลงศพ 2. ค่าใช้จ่ายอัน จำเป็นเกี่ยวเนื่อง กับการปลงศพ 3. ค่ารักษาพยาบาล ก่อนตาย 4. ค่าขาดประโยชน์ ทำมาหาได้ก่อน ตาย 5. ค่าขาดไร้อุปการะ 6. ค่าชดใช้ค่าขาด การงาน	1. ค่าใช้จ่ายอัน ต้องเสียไป 2. ค่าขาดประโยชน์ ทำมาหาได้ ระหว่างเจ็บป่วย 3. ค่าเสีย ความสามารถ ประกอบการงาน 4. ค่าชดใช้ค่าขาด การงาน 5. ค่าความเสียหาย อย่างอื่นอันมิใช่ ตัวเงิน	1. ค่าชดใช้ค่า ขาดการงาน 2. ค่าความ เสียหายอย่าง อื่นอันมิใช่ ตัวเงิน	1. ค่าเสียหาย 2. ให้จัดการให้ ชื่อเสียง กลับคืนดี คังเดิม 3. ทั้งข้อ 1 และ 2

2.2 ความหมายของคำว่า “ค่าเสียโอกาส”

ก่อนที่จะศึกษาในบทต่อไป ควรทำความเข้าใจ คำว่า “ค่าเสียโอกาส” เนื่องจากค่าเสียโอกาสในทางนิติศาสตร์ไม่ได้ให้ความหมายไว้ จึงจำเป็นต้องนำความหมายในทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งให้คำนิยามดังต่อไปนี้

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือมูลค่าของผลตอบแทนจากกิจกรรมที่สูญเสียโอกาสไปในการเลือกทำกิจกรรมอย่างหนึ่ง ต้นทุนค่าเสียโอกาสเป็นต้นทุนที่ถูกอ้างถึงในวิชาเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากเป็นการบ่งบอกถึงการเลือกตัวเลือกที่ต้องการทั้งหมดแต่ไม่สามารถเลือกพร้อมกันได้ และเป็นแนวคิดที่สำคัญในการที่จะใช้ทรัพยากรที่มีจำกัดให้มีประสิทธิภาพสูงสุด หรือ ต้นทุนค่าเสียโอกาสไม่ได้หมายถึงมูลค่ารวม แต่หมายถึงเฉพาะมูลค่าที่ให้ผลตอบแทนดีที่สุดใน

³³ สุมาลี วงษ์วิฑิต. *อ่วงแล้ว*. หน้า 235

ในบรรดาตัวเลือกอื่นที่เสียโอกาสไปเท่านั้น³⁴ ซึ่งเป็นค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน นอกจากความหมายดังกล่าวข้างต้น ยังมีความหมายอื่นอีก ดังนี้

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือต้นทุนที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจเลือกสิ่งต่าง ๆ³⁵

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือต้นทุนที่เกิดขึ้นจากการสูญเสียโอกาสในการเลือกทางเลือกที่ดีลำดับถัดไปเพราะได้เลือกทางเลือกนี้แล้ว³⁶

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือต้นทุนในการใช้ทรัพยากรในการทำอะไอย่างใดอย่างหนึ่ง³⁷

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือมูลค่าสูงสุดของสิ่งที่เราเสียไป³⁸

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือ คุณค่าหรือมูลค่าของทางเลือกที่ดีที่สุดในบรรดาทางเลือกทั้งหลายที่ต้องสละไป เมื่อมีการตัดสินใจเลือกทางใดทางหนึ่งในการใช้ทรัพยากรนั้น³⁹

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือ มูลค่าของทางเลือกที่ดีที่สุดของลำดับต่อไป แต่ไม่ได้ตัดสินใจเลือก⁴⁰

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือ การลงทุนใช้ทรัพยากรก้อนหนึ่งไปสำหรับทำกิจการหนึ่งกิจการใด⁴¹

ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือ ต้นทุนการผลิตที่เป็นค่าตอบแทนหรือค่าชดเชยที่เจ้าของปัจจัยการผลิตชนิดต่าง ๆ และตัวผู้ผลิตเองควรที่จะได้รับ แต่ไม่ยอมเสียสละไม่รับค่าตอบแทนนั้น ทั้งๆ ที่ได้มีการเอาปัจจัยการผลิตนั้นไปใช้ในการผลิต⁴²

³⁴ <http://th.wikipedia.org/wiki> (13 กุมภาพันธ์ 2554)

³⁵ ประพันธ์ เสวตนันท์.พค.2550.หลักเศรษฐศาสตร์. หน้า 5

³⁶ วรัญญา ภัทรสุข.ม.ย 2549.เศรษฐศาสตร์ 1 : หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค. หน้า 3

³⁷ บุญคง หันจางสิทธิ์.มค 2544.ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับวิชาเศรษฐศาสตร์ : จุลภาคและมหภาค. หน้า 2

³⁸ มณีรัตน์ ภิญโญภูษาฤกษ์.กค 2551.หลักเศรษฐศาสตร์มหภาคเบื้องต้น. หน้า 14

³⁹ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคน.มย 2550.หลักเศรษฐศาสตร์มหภาค. หน้า 26

⁴⁰ ศิรณ พงษ์มณฑพัฒน์.สค 2548.เศรษฐศาสตร์มหภาค : ทฤษฎี นโยบาย และการวิเคราะห์สมัยใหม่. หน้า 5

⁴¹ วิทยากร เชียงกุล.มค 2547.อธิบายศัพท์ การบริหารจัดการสมัยใหม่. หน้า 211

⁴² เรณู สุขารมณ.2546.เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐศาสตร์การผลิตและการวิจัยเชิงปฏิบัติการ หน่วย 1-8. หน้า

ดังนั้น จึงสรุปว่า ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) คือ มูลค่าความเสียหายที่เกิดจากการเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งทำให้สูญเสียสิ่งที่ไม่ได้เลือก ซึ่งเป็นไปตาม “กฎการหามาได้ยากของทรัพยากร” (Law of Scarcity)⁴³

2.3 ทฤษฎี

กฎการหามาได้ยากของทรัพยากร (Law of Scarcity) กล่าวว่า ทรัพยากรมีจำกัด (Scarce Resource) เมื่อเปรียบเทียบกับความต้องการที่ไม่จำกัด (Unlimited Wants) จึงจำเป็นที่จะต้องมีการเลือกใช้ (Choice) เมื่อมีการเลือกใช้ก็จะเกิดค่าเสียโอกาสเสมอ⁴⁴

ดังนั้น การมีอยู่อย่างจำกัด (Scarcity) ของทรัพยากรการผลิตทุกอย่างในโลกนั้นล้วนมีอยู่อย่างจำกัด เกี่ยวเนื่องจากทรัพยากรบางอย่างใช้แล้วหมดไปไม่สามารถสร้างขึ้นมาทดแทนได้และทรัพยากรบางอย่างใช้ไปแล้วสามารถที่จะสร้างขึ้นมาทดแทนได้ แต่ก็มีปัญหาและอุปสรรคในด้านเวลาเข้ามาเกี่ยวข้องเพราะทรัพยากรบางอย่างต้องใช้เวลาอันยาวนานในการสร้างขึ้นใหม่เพื่อนำไปทดแทน ดังนั้น ในทางเศรษฐศาสตร์จึงถือว่าทรัพยากรการผลิตทุกอย่างนั้นมีอยู่อย่างจำกัด ไม่ว่าจะเป็นที่ดิน ทรัพยากรทางธรรมชาติ เครื่องจักร เทคโนโลยี รวมถึงแรงงาน ฯลฯ เมื่อนำทรัพยากรดังกล่าวมาเข้าสู่กระบวนการผลิต ก็จะได้ผลผลิตทางสินค้าและบริการในปริมาณที่มีจำกัดเช่นกัน⁴⁵

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ค่าเสียโอกาสของผู้เสียหายต้องมีโอกาสเลือกทำกิจกรรมตั้งแต่ 2 อย่างขึ้นไป แต่มีผู้กระทำละเมิดทำให้ผู้เสียหายไม่ได้เลือกในสิ่งที่ดีที่สุด ดังนั้นค่าสินไหมทดแทนจึงต้องเท่ากับมูลค่าที่ให้ผลตอบแทนที่ดีที่สุดของกิจกรรมนั้น เช่น ผู้หญิงคนหนึ่งสามารถเลือกได้ว่าตนเองจะเป็นแม่บ้านเพื่อดูแลลูกได้ชั่วโมงละ 500 บาท หรือจะเป็นพนักงานประจำได้ชั่วโมงละ 1,000 บาท หรือจะเป็นผู้จัดการสาขาได้ชั่วโมงละ 2,000 บาท เมื่อเธอเลือกที่จะเป็นแม่บ้านเพื่อดูแลลูก แต่มีผู้มากระทำละเมิดทำให้เธอไม่สามารถเป็นแม่บ้านได้ ดังนั้น แม่บ้านคนนี้อาจสามารถประกอบอาชีพอื่นซึ่งมีรายได้สูงกว่าค่าจ้างคนทำงานบ้านทั่วไป เพียงแต่เลือกที่จะเป็นแม่บ้าน ดังนั้น การเป็นแม่บ้านจึงอาจมีคุณค่าสูงกว่าการประกอบอาชีพอื่นๆ ศาลจึงควรกำหนดค่าเสียหายอย่างน้อยเท่ากับรายได้ของอาชีพก่อนมาเป็นแม่บ้าน ซึ่งเป็นค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) ของแม่บ้านผู้นี้ มิใช่กำหนดตามค่าจ้างคนทำงานบ้าน (Replacement Cost) (คำพิพากษาฎีกาที่ 5207/2550)⁴⁶

⁴³ บุญคง หันจางสิทธิ์.มค 2544.ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับวิชาเศรษฐศาสตร์ : จุลภาคและมหภาค. หน้า 2.

⁴⁴ อ่างถึงบุญคง หันจางสิทธิ์.อ้างแล้ว. หน้า 2

⁴⁵ <http://www.idis.ru.ac.th/report/index.php?topic=525.0;wap2>. (14 กุมภาพันธ์ 2554)

⁴⁶ เนติบัณฑิตฯ.คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2550.กรุงเทพฯ:เปเปอ์ ไอเดีย กรุ๊ป.ตอน 9 หน้า 1614

2.4 หลักนิติเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการคิดค่าเสียหายที่เหมาะสม⁴⁷

นิติเศรษฐศาสตร์ เป็นสหวิทยาการที่นำเอาสองศาสตร์ อันได้แก่ นิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ มาช่วยอธิบายและทำความเข้าใจถึงพฤติกรรมของมนุษย์ได้ถูกต้องแม่นยำมากขึ้น โดยอาศัยมุมมองทางแนวคิด ทฤษฎีและวิธีวิทยา⁴⁸ที่แตกต่างกัน โดยนำมาประกอบกันในเชิงเกื้อหนุนเพื่ออุดช่องโหว่หรือแก้ไขข้อด้อยของศาสตร์แต่ละแขนง ผลที่ได้คือความสามารถในการทำความเข้าใจการกระทำของมนุษย์ภายใต้สถานการณ์ต่างๆ ได้ดีขึ้น

ในคดีละเมิด แนวคิดสำคัญที่จะเป็นฐานในการวิเคราะห์คือแนวคิดเรื่อง “ค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุด” (Optimal Damage) ซึ่งหมายถึงค่าเสียหายที่จะทำให้เกิดการป้องปรามการละเมิดในระดับที่เหมาะสมที่สุด (Optimal Deterrence) ทั้งนี้ คำว่า “ระดับที่เหมาะสมที่สุด” (Optimal) ในที่นี้หมายถึงระดับที่ไม่ทำให้เกิดการป้องปรามการละเมิดมากเกินไป (Over-Deterrence) หรือน้อยเกินไป (Under-Deterrence) ซึ่งต่างก็ก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมทั้งคู่

หลักนิติเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการคิดค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุด (Optimal Damage) เป้าหมายที่สำคัญของกฎหมายละเมิดในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์มี 2 ประการคือ การสร้างกลไกเพื่อชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายให้กลับคืนสู่สภาพที่เสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นและการสร้างกลไกเพื่อลงโทษหรือป้องปรามการละเมิด ทั้งนี้ การป้องปรามนั้นเป็นผลมาจากการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ทำกิจกรรมเสี่ยง⁴⁹ (Risky Activity) ที่อาจเป็นการกระทำละเมิดและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นต้องรับผิดชอบของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนเสมือนหนึ่งความเสียหายนั้นเกิดขึ้นกับตนเอง ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้นั้นมีแรงจูงใจ (Incentive) ที่จะใช้ความระมัดระวังในระดับที่เหมาะสมที่สุด (Optimal Level of Care) ในการทำกิจกรรมเสี่ยง ตัวอย่างของกิจกรรมเสี่ยงที่อาจก่อให้เกิดการละเมิด ได้แก่ การขับรถยนต์ การผลิตและจำหน่ายสินค้าที่อาจเป็นอันตราย เป็นต้น ซึ่งการกระทำกิจกรรมเหล่านี้ อาจก่อให้เกิดความเสียหายทั้งโดยจงใจหรือโดยอุบัติเหตุได้

ตามแนวคิดด้านนิติเศรษฐศาสตร์ ค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุด (Optimal Damage) ที่จะศาลควรกำหนดให้ผู้เสียหายควรจะได้เท่ากับมูลค่าความเสียหายจริง (Harm) ที่เกิดขึ้น ซึ่งหมายความว่าค่าเสียหายจะต้องไม่น้อยกว่าความเสียหายจริงและไม่มากกว่าความเสียหายจริง ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดค่าเสียหายให้เท่ากับมูลค่าความเสียหายจริงจะช่วยให้เกิดการป้องปรามการกระทำละเมิดที่

⁴⁷ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ.(2553).*การพัฒนากฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ในประเทศไทย*.สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.หน้า 72-73

⁴⁸ วิธีวิทยา (อังกฤษ: methodology) หมายถึง ขั้นตอนวิธี, กฎ, และการคาดการณ์อย่างมีหลักการ หรือชุดของสิ่งเหล่านั้นอ้างอิงถึง <http://th.wikipedia.org/wiki> (14 กุมภาพันธ์ 2554)

⁴⁹ หมายถึงผู้ที่อยู่ในสถานการณ์ที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายได้ตลอดเวลา

เหมาะสมที่สุด เพราะช่วยให้ระดับการกระทำเสี่ยง (Level of Risky Activity) และระดับระมัดระวังไว้ก่อน (Level of Precautions) อยู่ในระดับที่เหมาะสมที่สุดทั้งคู่ เพื่อที่จะอธิบายแนวคิดในการคิดค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุดดังกล่าวข้างต้น ดังเช่น โรงงานอุตสาหกรรมที่มีสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ไม่ปลอดภัยก่อให้เกิดอุบัติเหตุซึ่งทำให้คนงานบาดเจ็บ โดยได้รับความเสียหายคิดเป็นเงิน 10,000 บาท ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายได้หลายระดับ เช่น 5,000 บาท 10,000 บาท หรือ 15,000 บาท ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายที่ 5,000 บาท โรงงานที่สร้างความเสียหายมูลค่า 10,000 บาท จะต้องชดใช้เพียง 5,000 บาท หรือชดเชยในระดับที่ต่ำกว่ามูลค่าความเสียหายที่ตนก่อขึ้น ในกรณีนี้ ผู้ที่สร้างความเสียหายจะระมัดระวังน้อยเกินไป เช่น ไม่ติดตั้งอุปกรณ์เพื่อความปลอดภัย การกำหนดค่าเสียหายต่ำกว่ามูลค่าความเสียหายจริงที่เกิดขึ้นจึงทำให้เกิดการป้องปรามน้อยเกินไป (Under Deterrence) หรือป้องปรามไม่สมควรกับระดับที่ควรจะเป็น

อย่างไรก็ตาม หากศาลกำหนดค่าเสียหาย 15,000 บาท หรือสูงกว่ามูลค่าความเสียหายที่ก่อขึ้น ก็จะก่อให้เกิดการป้องปรามมากเกินไป (Over Deterrence) ซึ่งไม่ใช่สถานการณ์ที่พึงปรารถนา เช่นเดียวกัน เพราะการป้องปรามย่อมมีต้นทุนต่อสังคมด้วย เช่น หากโรงงานกังวลว่าเมื่อเกิดอุบัติเหตุแล้ว จะต้องใช้ค่าเสียหาย 15,000 บาท ก็จึงตัดสินใจลงทุนติดตั้งอุปกรณ์รักษาความปลอดภัยราคา 12,000 บาท เพื่อป้องกันความเสียหาย 10,000 บาท ซึ่งเป็นการลงทุนที่มากเกินไป ถือเป็นความสูญเสียทางสังคม ดังนั้น ในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ ค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุด (Optimal Damage) จึงควรเท่ากับมูลค่าความเสียหายจริง (Harm) หรือในกรณีนี้เท่ากับ 10,000 บาท เนื่องจากช่วยให้ป้องปรามการละเมิดได้อย่างเหมาะสม ไม่มากและไม่น้อยเกินไป

เมื่อได้พิเคราะห์จากคำพิพากษาของศาล ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้กรณีและผู้เสียหายถึงแก่ความตายกับผู้เสียหายที่ได้รับอันตรายบาดเจ็บสาหัส มีลักษณะที่น่าสนใจว่ากรณีทำให้ถึงตายจะจ่ายค่าเสียหายบางครั้งน้อยกว่าไม่ถึงแก่ความตาย ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 275/2532⁵⁰ ผู้โดยสารรถยนต์โดยสารปรับอากาศและญาติของผู้เสียหายดังกล่าวรวม 13 คน ได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องบริษัทผู้ประกอบการกับคนขับเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากคนขับรถยนต์โดยสารที่โจทก์กับญาติของโจทก์ซึ่งโดยสารมากับรถและถึงแก่ความตายไปแล้วได้กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้รถยนต์ที่โดยสารมาชนกับรถอื่น สามีมของโจทก์ที่ 1 บุตรโจทก์ที่ 2 และมารดาของโจทก์ที่ 3 ถึงแก่ความตายโจทก์อื่น ๆ ได้รับบาดเจ็บมากน้อยต่างกัน ในที่สุดศาลฎีกาได้ตัดสินให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ โจทก์ที่ 1 เป็นเงิน 250,000 บาท โจทก์ที่ 2 เป็นเงิน 150,000 บาท โจทก์ที่ 3 เป็นเงิน 81,728 บาท โจทก์ที่ 4 เป็นเงิน 41,213 บาท โจทก์ที่ 5 เป็นเงิน 211,306 บาท โจทก์ที่ 6 เป็นเงิน 18,010 บาท โจทก์ที่ 7 เป็นเงิน 105,236 บาท โจทก์ที่ 8 เป็นเงิน 20,155 บาท โจทก์ที่ 9 เป็นเงิน

⁵⁰ <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp> (14 กุมภาพันธ์ 2554)

139,370 บาท โจทก์ที่ 10 เป็นเงิน 29,408 บาท โจทก์ที่ 11 เป็นเงิน 35,941 บาท โจทก์ที่ 12 เป็นเงิน 94,130 บาท และโจทก์ที่ 13 เป็นเงิน 22,939 บาท นอกจากนั้นศาลฎีกายังได้ตัดสินว่ากรณีโจทก์บางคนเป็นนักเรียนและฟ้องเรียกค่าเสียหายเนื่องมาจากบาดเจ็บเป็นเหตุให้ต้องพักการศึกษาเล่าเรียนว่า ไม่มีกฎหมายเรื่องละเมิดให้จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเหล่านี้

ปัญหาดังกล่าว ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ธานินทร์ ภัยวิเชียร ได้กล่าวว่าเป็นความผิดของคนที่แปลร่างกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดเป็นภาษาไทยเพราะการร่างได้แปลมาเป็นภาษาอังกฤษก่อนแล้วจึงแปลเป็นภาษาไทยทำให้ตัวบทนี้กลายเป็นว่าค่าเสียหายสำหรับการทำละเมิดให้ถึงแก่ความตายถูกกว่าค่าเสียหายสำหรับการทำละเมิดที่ไม่ถึงแก่ความตาย⁵¹

นอกจากนี้ศาลไทยในปัจจุบันพิจารณากำหนดค่าเสียหายโดยพิเคราะห์จากหลักฐานเอกสารหรือพยานบุคคลเป็นสำคัญ เช่น ค่าซ่อมรถ ค่ารักษาพยาบาล สำหรับค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินและหาหลักฐานไม่ได้ ศาลจะกำหนดให้น้อยกว่าสภาพความเป็นจริงและค่าเงินในปัจจุบัน บางอย่างศาลก็ไม่ยอมกำหนดให้ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะฝ่ายโจทก์ไม่สามารถสืบโน้มน้าวให้ศาลเห็นถึงความเสียหายอันรุนแรงและปราศจากตรรกะที่ชัดชัดอื่นๆ มาเปรียบเทียบให้ศาลเห็นว่าควรจะกำหนดค่าเสียหายเปรียบเทียบกับตัวชีวิตสิ่งใดดี⁵²

⁵¹ ธานินทร์ ภัยวิเชียร, *ภาษากฎหมายไทย*, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 10 ฉบับที่ 3 กรกฎาคม - พฤศจิกายน 2529

⁵² เรือโทไชยศ วิพธานุพงศ์, 2533, *ศค วารสารอัยการ*, 13, 50. หน้า 160-162