

## วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศไทย

ก่อนที่จะพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศไทย ควรที่จะทำความเข้าใจในเบื้องต้นก่อนถึงความหมายของคำว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพ" หรือ "ผู้มีวิชาชีพ" (The Professional) "การงานอันเป็นวิชาชีพ" (Profession) ตลอดจนวิเคราะห์กฎหมายควบคุมผู้มีวิชาชีพตามความหมายดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้ทราบว่า คำว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพ" หรือ "ผู้มีวิชาชีพ" ที่ผู้เขียนมุ่งที่จะวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น หมายถึงเฉพาะผู้ประกอบวิชาชีพที่มีกฎหมายออกมาควบคุมวิชาชีพแล้วเท่านั้น

### 3.1 ความหมายและคำจำกัดความของคำว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพ" "ผู้มีวิชาชีพ" (The Professional) ตามกฎหมายควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพและหลักการทั่วไปของกฎหมายควบคุมวิชาชีพ

#### 3.1.1 ความหมายและคำจำกัดความ

นักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายและคำจำกัดความคำว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพ" หรือ "ผู้มีวิชาชีพ" (The Profession) และ "งานอันเป็นวิชาชีพ" (Profession) ไว้ดังนี้

"การงานอันเป็นวิชาชีพ" (Profession) หมายความว่า งานที่ต้องใช้ความรู้พิเศษทางวิชาการในส่วนความคิด ไม่ใช่ในทางกำลั้่งกายมีผลเป็นการผูกขาดทำได้แต่โดยบุคคลผู้มีคุณสมบัติอันที่เกษาอบรมโดยเหมาะสม<sup>1</sup> เช่น การแพทย์ กฎหมาย หรือ บัญชี และทนายความ รวมถึงวิชาชีพอื่น ๆ ด้วย เช่น นักวิทยาศาสตร์ วิศวกร เป็นต้น<sup>2</sup>

<sup>1</sup> จิตติ ตึงศัพท์, "คดีของวิชาชีพทางกฎหมาย" เอกสารในการสัมมนาเรื่องจริยธรรมของนักกฎหมาย เสนอที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 19 - 20 ธันวาคม 2528. (อัครสำเนา)

<sup>2</sup> จิตติ ตึงศัพท์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร : บริษัทพิชการพิมพ์ จำกัด, 2523), หน้า 1722.

"วิชาชีพ" (Profession) คือ อาชีพที่ต้องมีการศึกษาขั้นสูง มีการอบรมเป็นพิเศษ และมีเจตนาเพื่อรับใช้ประชาชน วิชาชีพนั้นมีหลายประเภทด้วยกัน เช่น กฎหมาย แพทย์ สถาปัตยกรรม วิศวกรรม เป็นต้น<sup>3</sup>

"วิชาชีพ" (Profession) ในความหมายอย่างแคบ คือ คนที่จะประกอบอาชีพนี้ได้ต้องมีความรู้และคุณสมบัติ ตลอดจนประสบการณ์พิเศษที่ผู้ประกอบอาชีพทั่วไปในฐานะลูกจ้าง ครู พ่อค้า ฯลฯ อาจไม่ต้องมี ซึ่งได้แก่วิชาชีพสถาปัตยกรรม วิศวกรรม กฎหมาย แพทย์<sup>4</sup>

จากความหมายและคำจำกัดความทั่วไปของคำว่า "ผู้มีวิชาชีพ" (The Professional) และ "การงานอันเป็นวิชาชีพ" (Profession) และ "วิชาชีพ" (Profession) ดังกล่าวใน 3.1 นั้น จะเห็นได้ว่า นอกจากจะหมายถึง แพทย์ (Doctors) ทนายความ (Lawyers) สถาปนิก (Architect) วิศวกร (Engineers) แล้ว ยังหมายรวมถึงนักวิทยาศาสตร์ (Physical Scientist) ด้วย แต่ผู้ประกอบวิชาชีพ" ที่ผู้เขียนจะพิจารณาถึงความรับผิดชอบในการกระทำละเมิด จะจำกัดเฉพาะ

---

<sup>3</sup> บัญญัติ สุชีวะ, "จริยธรรมของนักกฎหมาย." เอกสารในการสัมมนาเรื่อง จริยธรรมของนักกฎหมาย เสนอที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 19 - 20 ธันวาคม 2528. (อัครสำเนา)

<sup>4</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ภาพรวมความรับผิดชอบในวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในกฎหมายฝรั่งเศสและไทย." เอกสารในการสัมมนาเรื่อง สถาปนิก - วิศวกร และความรับผิดชอบต่อกฎหมาย เสนอที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 8 พฤศจิกายน 2528. (อัครสำเนา).

การกระทำละเมิดของผู้มีวิชาชีพที่อยู่ในความควบคุมของกฎหมายควบคุมวิชาชีพ<sup>5</sup> คือ หนายความ ผู้สอบบัญชีรับอนุญาต ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม (แพทย์) ผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม (วิศวกร) และผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุม (สถาปนิก) ผู้ซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพแล้วจากองค์กรควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพแต่ละวิชาชีพที่กฎหมายควบคุมวิชาชีพกำหนดไว้เท่านั้น ดังที่จะได้กล่าวถึงหลักการทั่วไปของกฎหมายควบคุมวิชาชีพโดยสังเขปในหัวข้อต่อไป

### 3.1.2 หลักการทั่วไปของกฎหมายควบคุมวิชาชีพ

ด้วยเหตุที่ปัจจุบันนี้มีวิชาชีพหลายสาขา และมีการควบคุมโดยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายเหล่านี้เกิดขึ้นเนื่องจากการวิวัฒนาการของสังคมจากสังคมดั้งเดิมในสมัยโบราณ มาเป็นสังคมที่สลับซับซ้อน วิชาชีพต่าง ๆ ในสังคมที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลจากการแบ่งงานของสมาชิกของสังคมออกเป็นกลุ่มอาชีพหรือวิชาชีพต่าง ๆ ขึ้น เพื่อพิทักษ์ผลประโยชน์ของวิชาชีพของตน ประกอบกับเมื่อผู้ประกอบการประเทศเห็นความสำคัญของกลุ่มวิชาชีพนั้น ๆ จึงมีการออกกฎหมายควบคุมวิชาชีพขึ้น ซึ่งขณะนี้ในประเทศไทยมีกฎหมายควบคุมวิชาชีพอยู่หลายฉบับได้บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมผู้มีวิชาชีพ คือ วิชาชีพทางกฎหมาย วิชาชีพวิศวกรรมและสถาปัตยกรรม วิชาชีพผู้สอบบัญชีและแพทย์ กฎหมายควบคุมวิชาชีพเหล่านี้ เมื่อนำมาวิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นว่าหลักการทั่วไปในการวางมาตรการในการควบคุมวิชาชีพที่เหมือนกัน ดังต่อไปนี้

<sup>5</sup>"พระราชบัญญัติหนายความ พ.ศ. 2528," ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) 102 (19 กันยายน 2528) : ม.ป.ป.

"พระราชบัญญัติผู้สอบบัญชี พ.ศ. 2505," ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) 98 (1 พฤศจิกายน 2505) : 79.

"พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525," ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) 111 (11 สิงหาคม 2525) : 99.

"พระราชบัญญัติวิชาชีพวิศวกรรม พ.ศ. 2505," ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) 67 (27 กรกฎาคม 2505) : 79.

"พระราชบัญญัติวิชาชีพสถาปัตยกรรม พ.ศ. 2508," ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) 114 (31 ธันวาคม 2508) : 82.

1. กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพไว้โดยมีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตใต้นั้นต้องมีคุณสมบัติและความรู้ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งส่วนใหญ่กำหนดให้ต้องเป็นผู้ผ่านการศึกษาระดับปริญญาตรีในสาขาวิชาที่นั้น ๆ มาโดยมีปริญญาหรือประกาศนียบัตรเป็นหลักฐาน

2. กำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตสำหรับวิชาชีพชั้น วิธีการเช่นนี้เป็นการที่จะทำให้สามารถตรวจสอบปริมาณผู้ที่ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตได้ ทำให้การควบคุมดูแลความประพฤติหรือจริยธรรมในหมู่ผู้ประกอบวิชาชีพทำได้แน่นอน

3. จัดตั้งหรือกำหนดองค์การควบคุมการประกอบวิชาชีพชั้น ซึ่งองค์การที่ทำหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพที่กำหนดตามกฎหมายในประเทศไทยนี้มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ

3.1 ลักษณะที่มีชื่อว่า "สภา" สภาวิชาชีพเหล่านี้กฎหมายจะกำหนดให้มีสภาพเป็นนิติบุคคลอิสระ สามารถดำเนินกิจการต่าง ๆ ของตนเองได้โดยไม่ต้องอาศัยระเบียบราชการและรับสมาชิกเข้าสังกัด มีคณะกรรมการดำเนินกิจการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย สภาวิชาชีพเหล่านี้ได้แก่

ก. เนติบัณฑิตยสภา<sup>6</sup> ทำหน้าที่ควบคุมมารยาททนายความรับขึ้นทะเบียนทนายความ และมีอำนาจลงโทษทนายความที่ประพฤติผิดมารยาทด้วย แต่ปัจจุบันมีสภาทนายความทำหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพทนายความโดยเฉพาะ

ข. แพทยสภา<sup>7</sup> ทำหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ค. สภาทนายความ<sup>8</sup> ทำหน้าที่ควบคุมมารยาทของทนายความ

<sup>6</sup> "พระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507," ราชกิจจานุเบกษา 240 (21 เมษายน 2507) : 81.

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 6 และ 45.

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 6.

3.2 ลักษณะที่มีชื่อว่า "คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพ" ซึ่งได้แก่ คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพวิศวกรรม (ก.ว.) ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพวิศวกรรม พ.ศ. 2505 คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม (ก.ส.) ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพสถาปัตยกรรม พ.ศ. 2508 และคณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสอบบัญชี (ก.บ.ช.) ตามพระราชบัญญัติผู้สอบบัญชี พ.ศ. 2505

คณะกรรมการเหล่านี้ กฎหมายจะกำหนดให้รัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยมีหัวหน้าส่วนราชการ เช่น ปลัดกระทรวงหรืออธิบดี เป็นประธาน และมีวาระของคณะกรรมการซึ่งส่วนมากกฎหมายกำหนดไว้ 2 ปี และมีการตั้งสำนักงานของคณะกรรมการเหล่านี้ขึ้นเป็นส่วนราชการในกระทรวงหรือในกรมที่หัวหน้าส่วนราชการนั้น ๆ เป็นประธานคณะกรรมการ และคณะกรรมการประเภทนี้ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย

4. กฎหมายกำหนดให้องค์การในข้อ 3 มีหน้าที่สอดส่องดูแลความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพ และมีอำนาจในการสอบสวนผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าประพฤติตนละเมิดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ รวมทั้งลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งส่วนมากกฎหมายให้อำนาจลงโทษแก่องค์การดังกล่าวในการสั่งพักใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาตด้วย กฎหมายบางฉบับให้อำนาจในการรื้อกล่าวตักเตือนและภาคทัณฑ์ด้วย

5. กฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพต้องปฏิบัติตามมารยาทแห่งวิชาชีพ หรือจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพซึ่งมารยาทหรือจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพนี้จะออกโดยกฎกระทรวงหรือข้อบังคับของสภาวิชาชีพ ในข้อ 3 นั้นเอง

นอกจาก "สภา" และ "คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพ" ดังกล่าวในข้อ 3.1 และ 3.2 ซึ่งเป็นสถาบันควบคุมแล้ว ยังมีสถาบันวิชาชีพซึ่งทำหน้าที่เป็นศูนย์รวมของผู้ประกอบวิชาชีพกำหนดมาตรฐานการปฏิบัติ แลกเปลี่ยนความคิดเห็นในระหว่างสมาชิก เพื่อแก้ปัญหาต่าง ๆ กันคว่ำและแนะนำความรู้ทางวิชาการที่เกิดขึ้นใหม่แก่สมาชิก เป็นปากเสียงของผู้ประกอบวิชาชีพและรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมของวิชาชีพในการตอรอง สถาบันวิชาชีพในประเทศไทยขณะนี้ส่วนใหญ่จะจัดตั้งในรูปของสมาคม ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 72 (5) สถาบันวิชาชีพเหล่านี้ คือ สมาคมสถาปนิกสยาม วิศวกรรมสถาน

แห่งประเทศไทย และสมาคมนักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่า สถาบันวิชาชีพเหล่านี้ไม่มีอำนาจลงโทษผู้ประกอบการวิชาชีพใด ๆ ทั้งสิ้น จึงทำให้สถาบันวิชาชีพนี้อาจควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพได้อย่างเต็มที่ เช่น กรณีผู้สอบบัญชีรับอนุญาต ซึ่งแม้ว่าในปัจจุบันนี้แม้ว่าสถาบันควบคุมจะได้เชิญผู้สอบบัญชีรับอนุญาตเข้าร่วมในการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งต่าง ๆ ตามกฎหมายก็ตาม แต่ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันควบคุมกับสถาบันวิชาชีพยังมีได้เป็นไปตามแบบฉบับของประเทศที่ได้พัฒนาแล้ว กล่าวคือ กฎหมายมิได้กำหนดว่าผู้ขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้สอบบัญชีรับอนุญาตต้องเป็นสมาชิกสมาคมนักบัญชีฯ ทำให้ผู้สอบบัญชีรับอนุญาตส่วนหนึ่งไม่สนใจเข้าร่วมในกิจการของสมาคมนักบัญชีฯ และสมาคมนักบัญชีฯ ไม่อาจทำหน้าที่ควบคุมกันเองได้อย่างเต็มที่ ซึ่งในภายหน้าหากได้มีการบัญญัติให้ผู้สอบบัญชีรับอนุญาตเป็นสมาชิกสมาคมนักบัญชีฯ และให้สมาคมมีส่วนรับผิดชอบในการควบคุมลงโทษผู้ประกอบการที่ปฏิบัติไม่เข้าขั้นมาตรฐานแล้ว ก็จะช่วยทำให้สมาคมนักบัญชีเป็นปึกแผ่นมั่นคงขึ้น สามารถรับบทบาทสำคัญในการพัฒนาประเทศเช่นเดียวกับในประเทศที่เจริญแล้ว<sup>9</sup>

จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายควบคุมวิชาชีพดังกล่าวได้จำแนกความรับผิดชอบไว้ 2 ประเภทเท่านั้น คือ ความรับผิดชอบทางวินัย จรรยาในวิชาชีพ และความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพ โดยสถาบันควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจลงโทษเฉพาะผู้กระทำความผิดทางวินัย จรรยาในวิชาชีพเท่านั้น และมีอำนาจลงโทษเพียง 2 ประการ คือ สั่งพักใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต ส่วนความรับผิดชอบทางอาญานั้นกฎหมายกำหนดโทษอาญาสำหรับบุคคลที่มีได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ นอกจากนั้นกฎหมายควบคุมวิชาชีพก็กำหนดแต่เพียงมาฆาต (ethics) ในวิชาชีพ เช่น คุณธรรม คือ เป็นลักษณะข้อห้ามเสียเป็นส่วนมาก และกำหนดไว้ในลักษณะกว้างจนยากที่จะเข้าใจในรายละเอียดได้ เช่น "ปฏิบัติงานที่ได้รับทำด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต ตามหลักปฏิบัติและวิชาการ . . ." ส่วนในเรื่องมาตรฐาน (Standards) ซึ่งหมายถึงหน้าที่และคุณภาพของงานในรายละเอียด กลับมิได้ปรากฏในกฎกระทรวงดังกล่าว แต่กลับไปกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น วิชาชีพสถาปนิกและวิศวกร มีเกณฑ์มาตรฐานอยู่ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และกฎหมายท้องถิ่นที่

<sup>9</sup> สุวัฒน์ สุธาธรรม และ พยอม สิงห์เสนห์, การสอบบัญชี, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2526), หน้า 1 - 23.

ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว เช่น ขอบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นต้น ดังนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า หากกฎหมายควบคุมวิชาชีพได้กำหนดทั้งมรรยาท (ethics) และมาตรฐาน (Standards) ในวิชาชีพแล้ว จะเป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายในการนำสืบถึงความผิดฐานละเมิด และเป็นเครื่องมือให้ศาลวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดโดยเฉพาะในประเด็นที่ว่า จะถือว่ากฎหมายควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพนั้นเป็นกฎหมายที่มีเพื่อประสงค์จะปกป้องผู้อื่นหรือไม่เพียงใด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 422 <sup>10</sup> ดังที่จะได้วิจัยต่อไปในหัวข้อ 3.2

### 3.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

จากการพิจารณากฎหมายควบคุมวิชาชีพดังกล่าว ใน 3.1 แล้ว ปรากฏว่ากฎหมายควบคุมวิชาชีพดังกล่าวมิได้บัญญัติวางหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีในอันที่จะใช้เป็นแนวพิจารณาความรับผิดในทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพไว้เลย นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดแล้ว จะเห็นได้ว่า จากกฎหมายลักษณะละเมิดนี้ก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพไว้เป็นกรณีเฉพาะเรื่องดังเช่น ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดขึ้นเพราะสัตว์ (มาตรา 433) ความรับผิดในความเสียหายเพราะสิ่งปลูกสร้างหรือต้นไม้ (มาตรา 434) ความรับผิดในความเสียหายเพราะของตกจากโรงเรือน (มาตรา 436) และความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากของอันตราย (มาตรา 437) ซึ่งความรับผิดเหล่านี้กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์แห่งความรับผิด รวมทั้งข้อยกเว้นที่จะปลดเปลื้องความรับผิดไว้นอกเหนือจากบทบัญญัติอันเป็นหลักทั่วไปตามมาตรา 420 ดังนั้นในการพิจารณาความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพจึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 420 อันเป็นบททั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าว

<sup>10</sup> มาตรา 422 บัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด"

ความรับผิดทางละเมิดเกิดจากการลวงสิทธิ ผิดหน้าที่ (breach of duty) หมายความว่า บุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ผู้อื่นใดมากระทำละเมิด ผู้ใดกระทำความผิด ลวงสิทธิผิดหน้าที่ ซึ่งมีกฎหมายกำหนดใหม่ต่อบุคคลอื่นและผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย จากผู้กระทำผิดเพื่อชดเชยแทน ความรับผิดทางละเมิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นโดยเฉพาะเจาะจง หากทำให้คืนสภาพ เดิมไม่ได้ก็พยายามที่จะให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด แตกต่างกับความรับผิดทางอาญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด มุ่งบำบัดความเสียหายแก่ชุมชนเป็นส่วนรวม เพราะเมื่อเกิดการกระทำความผิดอาญาขึ้นมาครั้งใด ชุมชนก็ย่อมได้รับการกระทบกระเทือน กฎหมายจึงลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญา เพื่อให้ผู้กระทำผิดชดเชยและเป็นการยับยั้งบุคคล อื่นไม่ให้เอาอย่าง การกระทำอันใดที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิดอาญาส่วนมากจะเป็นละเมิดด้วย เพราะนอกจากการกระทำอันนั้นจะไปกระทบกระเทือนต่อชุมชนโดยส่วนรวมตามที่กฎหมายบัญญัติ แล้วยังทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนเป็นส่วนตัวด้วย<sup>11</sup>

จากหลักเกณฑ์ที่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 420<sup>12</sup> ซึ่งบัญญัติว่า

<sup>11</sup> วารีนาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, (กรุงเทพมหานคร : มงคลการพิมพ์, 2518), หน้า 4 - 5.

William L, Prosser, Law of Torts, 4 d. ed., (Minnesota : West Publishing Co., 1978), pp. 4 - 7.

<sup>12</sup> มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรคแรก บัญญัติว่า "A person who wilfully 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."



"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตามว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อถ่วงนั้น"

แยกองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดได้เป็น 2 ประการ

1. ต้องมีการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย
2. การกระทำนั้นทำให้เขาได้รับความเสียหายในสิทธิเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย หรือสิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ

3.2.1 ต้องมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กระทำต่อบุคคลอื่น ๆ โดยผิดกฎหมาย

ละเมิดโดยทั่วไปต้องเป็นการกระทำ คำว่า "การกระทำ" จะต้องเป็นการกระทำของมนุษย์เท่านั้น และหมายรวมถึงบุคคลทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์ หรือบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะ หรือบุคคลวิกลจริต นอกจากนี้อาจหมายรวมถึงบุคคลที่ต้องรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น หรือรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือสิ่งของ ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลนั้นต้องรับผิดในกรณีต่อบุคคลที่กระทำละเมิดมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องอยู่กับตน<sup>13</sup> หรือกรณีความเสียหายเกิดจากทรัพย์สินหรือสิ่งของซึ่งอยู่ในความครอบครองดูแลของตน

อย่างไรจึงถือว่ามี การกระทำต้องเทียบเคียงกับการวินิจฉัยการกระทำในทางอาญาซึ่งหมายถึง การเคลื่อนไหวอิริยาบถโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น ถ้าเป็นการเคลื่อนไหวโดยไม่รู้สำนึกแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำ เช่น การเคลื่อนไหวในขณะที่ป่วยจนไม่มีสติ เมาสู่ราถึงขนาดไม่รู้ตัว ละเมอ ตกใจจนไร้สติควบคุม เหล่านี้ไม่เป็นการกระทำ นอกจากนี้การกระทำรวมถึงการงดเว้นกระทำในเมื่อมีหน้าที่ต้องกระทำบางประการ<sup>14</sup> ซึ่งถือเป็นการกระทำอย่างหนึ่ง

<sup>13</sup> เช่น เป็นตัวการตัวแทน, นายจ้าง, ลูกจ้าง เป็นต้น.

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 5 บัญญัติว่า "การกระทำให้หมายรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย"

หากงดเว้นกระทำการนั้นเสียอาจเป็นละเมิดได้ เช่น แพทย์หรือนางพยาบาลรับดูแลรักษา คนไข้อยู่ที่โรงพยาบาลแล้วละเลยหรืองดเว้นไม่ทำการรักษาพยาบาล เป็นเหตุให้คนไข้ถึงแก่ความตาย อาจต้องรับผิดชอบประมาทเลินเล่อ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 371/2480, 881/2495)

การกระทำละเมิดตามมาตรา 420 จะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงจะถือว่าผิดไป ซึ่งเป็นหลักสำคัญเพราะถ้าไม่มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ<sup>15</sup> แล้ว เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นผลจะเรียกว่า เป็นการกระทำของบุคคลไม่ได้ เช่น เป็นคนไข้เพื่อคลั่งหรือคนบ้าคลุ้มคลั่งจนไม่มีสติทำร้ายคนอื่น จะให้รับผิดชอบละเมิดไม่ได้ เพราะไม่เป็นเจ้าของอาการเคลื่อนไหวของตนเอง เป็นต้น

### 3.2.1.1 กระทำโดยจงใจ (Wilful)

การกระทำโดยจงใจ แสดงถึงความผิดของจำเลยที่จงใจกระทำหรือละเว้นกระทำ เป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย อย่างไรก็ตามจะเรียกว่ากระทำ "โดยจงใจ" นั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ และมีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้พยายามอธิบายคำว่า "จงใจ" ไว้ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า "ความจงใจ หมายความว่า ความรู้ ความตั้งใจของตนเอง อาการเคลื่อนไหวของบุคคลเกิดแก่ความตั้งใจต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าบุคคลผู้เป็นเจ้าของอาการเคลื่อนไหวรู้ความตั้งใจที่จะทำอะไรลงไปแล้ว หากได้ทำลงไปโดยประสงค์ต่อผลอันใดหรืออาจแลเห็นผลแห่งการกระทำนั้นได้ ก็ได้ชื่อว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ"<sup>16</sup> ทั้งนี้อาศัย

<sup>15</sup> การกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ เป็นองค์ประกอบทางจิตใจ ซึ่งเป็นหลักสำคัญที่จะแยกความรับผิดในทางละเมิดธรรมดา (Ordinary Liability) ออกจากความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) เพราะในความรับผิดเด็ดขาดไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบทางจิตใจข้อนี้ ซึ่งหมายความว่า บุคคลนั้นต้องรับผิดไม่จำต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ.

<sup>16</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทโรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์ จำกัด, 2527), หน้า 480.

เทียบเคียงกับหลักในกฎหมายอาญาที่เป็นหลักใกล้เคียง (มาตรา 4) ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร กล่าวว่า "เป็นการกระทำโดยตั้งใจให้เขาเสียหาย" <sup>17</sup> ศาสตราจารย์ จิตติ ตึงศภทัช กล่าวว่า "การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ" แต่มีคำหมายเลยไปถึงว่าต้องเจาะจงใจให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นโดยเฉพาะอย่างเช่น กระทำ "โดยเจตนา" ไม่นั้นการกระทำโดยเจตนาในทางอาญาจึงเป็นการกระทำ "โดยจงใจ" ในความหมายของมาตรา 420 เสมอ <sup>18</sup> ตัวอย่างเช่น ก. ไข่มืดแทง ข. เป็นเหตุให้ ข. ได้รับบาดเจ็บสาหัส การกระทำของ ก. เป็นเจตนาทำร้ายร่างกายในทางอาญา ขณะเดียวกันเป็นจงใจทำลายเม็ดต่อร่างกายของ ข. ในทางแพ่ง <sup>19</sup>

จากคำอธิบายของบรรดานักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า การกระทำโดยจงใจเป็นการกระทำที่ต้องมีผลเสียหายเกิดขึ้นต่างหากจากการกระทำ ถ้ามีแต่เพียงการกระทำโดยไม่มีความเสียหายย่อมไม่เป็นละเมิด (ไม่มีพยายามละเมิดเหมือนกับในทางอาญา) การกระทำโดยจงใจ จึงหมายความว่ารู้ถึงผลเสียหายหรือรู้ว่าจะเกิดความเสียหาย กล่าวคือ รู้อยู่แล้วถ้าทำไปเช่นนั้นเขาจะเสียหาย ส่วนความเสียหายจะมากน้อยระดับใด เช่น

<sup>17</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 104.

<sup>18</sup> จิตติ ตึงศภทัช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 178.

<sup>19</sup> สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 13.

บาดเจ็บหรือตายนั้นไม่สำคัญในชั้นวินิจฉัย คำว่า "จงใจ" แต่เป็นเรื่องของการคำนวณค่าสินไหมทดแทนอีกเรื่องหนึ่ง แต่ถ้าไม่ประสงค์ต่อผลแม้จะเล็งเห็นผลก็ไม่ใช่จงใจ อาจเป็นเพียงประมาทเลินเล่อ<sup>20</sup> ที่เรียกว่าประมาทโดยจงใจ<sup>21</sup> หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence)<sup>22</sup> แต่เจตนาในทางอาชญาอันมุ่งถึงผลที่ประสงค์หรือเล็งเห็นผลอันอาจรวมอยู่ในความสำเร็จแห่งการกระทำ โดยไม่ต้องมีผลต่างหากจากความสำเร็จแห่งการกระทำนั้นก็ได ในความผิดบางฐานเพียงแต่ว่าจะเกิดความเสียหายก็ครบองค์ความผิดแล้ว

---

<sup>20</sup> ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า "การกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นการกระทำโดยมิได้ตั้งใจต่อผลหรือไม่อาจแลเห็นผลได้ หากแต่ได้ทำไปโดยขาดความระมัดระวังที่ควรใช้".

<sup>21</sup> คำรากกฎหมายอเมริกัน เรียกว่า "recklessness" หรือ "wanton or wilful misconduct"

<sup>22</sup> ศาสตราจารย์จิตติ ติงพิภย์, ได้อธิบายคำว่า ประมาทโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) ว่าเป็นการประมาทโดยรู้สึกว่าเป็นการเสี่ยงจะเกิดภัยแต่ยังขึ้นทำลงไป โดยคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงได้เป็นประมาทโดยจงใจ ข้อแตกต่างอยู่ที่ว่าเจตนาโดยเล็งเห็นผลนั้นเห็นว่าผลจะเกิดขึ้นแน่ ๆ ส่วนประมาทโดยจงใจนั้นเพียงแต่คาดเห็นว่า ผลอาจเกิดขึ้นได้ โดยไม่แน่ว่าจะเกิดและคิดว่าสามารถหลีกเลี่ยงผลนั้นได้ ท่านอาจารย์พจน์ ปุษปากม ได้อ้างตัวอย่างของพระยาอรรถกวีนิพนธ์ว่า ก. ขับรถยนต์เร็วหรือไปตามถนนที่มีคนสัญจรพลุกพล่าน ถ้า ก. เห็นอยู่แน่ ๆ ว่าจะต้องทับคนตาย ก. มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา (เล็งเห็นผล) ถ้า ก. เพียงแต่คาดหมายอยู่แล้วว่าอาจทับคนตายแต่ไม่แน่ว่าจะเกิดขึ้นนั้น ก. มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท (ร้ายแรง).

อนึ่ง ในเรื่องละเมิดนี้ เมื่อผู้กระทำประสงค์ให้เกิดความเสียหายอันเป็นการจงใจกระทำแล้ว แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นมาน้อยกว่าที่ประสงค์เพียงใดก็เป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจ ความเสียหายที่เกิดขึ้นนอกเหนือความประสงค์เป็นปัญหาในเรื่องค่าเสียหายที่ต้องใช้มาน้อยเพียงใดเท่านั้น

กรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำโดยจงใจให้เกิดความเสียหายอันจะนำไปสู่ความรับผิดชอบละเมิดนั้นไม่มีใครมีปัญหาเป็นคดีความกันเท่ากับกรณีกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งปัญหาว่าอย่างไรเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อนี้จะได้กล่าวต่อไปใน 3.2.1.2

### 3.2.1.2 โดยประมาทเลินเล่อ (Negligence)

กระทำโดยประมาทเลินเล่อ<sup>23</sup> แสดงถึงความผิดอีกอย่างหนึ่งนอกเหนือจากการกระทำโดย "จงใจ" ดังที่ได้กล่าวมาแล้วใน 3.2.1.1 ซึ่งการกระทำโดยจงใจนั้นพิเคราะห์กับเจตนาตั้งใจภายใน การกระทำโดยประมาทเลินเล่อพิเคราะห์กันตามอากัปกิริยาภายนอกที่หย่อนความระมัดระวัง ความในใจจะเป็นอย่างไรไม่สำคัญ<sup>24</sup> อย่างไรก็ตามจึงจะได้อธิบายว่าเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังเป็นประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 มิได้อธิบายไว้ มีนักนิติศาสตร์บางท่านได้ให้คำอธิบายไว้ คือ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า "หมายความว่า การกระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ใช่ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้ รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระวังจะไม่กระทำด้วย<sup>25</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 มิได้ให้คำอธิบาย

<sup>23</sup> ประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องของ "การกระทำ" ซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการกระทำ กล่าวคือ อยู่ในความรู้สำนึก บังคับของจิตใจ ทั้งยังรวมถึงการงดเว้นกระทำในเมื่อจำเลยมีหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใด

<sup>24</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 181.

<sup>25</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180.

เรื่องประมาทเลินเล่อตามกฎหมายแพ่งไว้แล้ว ก็พอจะอนุมานให้หลักประมาทตามกฎหมายอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 มาพิจารณาเทียบเคียงในฐานะที่เป็นบทกฎหมาย โกล่เคียง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4) ซึ่งบัญญัติว่า "กระทำโดยประมาท โด่แก่ กระทำ ความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะ เช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หา ได้ใช้ให้เพียงพอไม่" จากบทบัญญัตินี้ ประมาท คือ ขาดความระมัดระวัง หรือมีความระมัดระวัง แต่ยังไม่เพียงพอ ส่วนความระมัดระวังเพียงใดจึงจะเรียกว่าไม่เพียงพอนี้เป็นประเด็นในเรื่อง ขนาดหรือระดับของความระมัดระวัง (Degree of Care)

#### มาตรฐานหรือขนาดของความระมัดระวัง

เรื่องขนาดหรือระดับของความระมัดระวังนี้เป็นประเด็นที่จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าผู้กระทำใดกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในลักษณะละเมียดก็มิได้กำหนดว่าให้ใช้ความระมัดระวังระดับใด ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้กล่าวว่า ขนาดหรือระดับความระมัดระวังที่จะสมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำความเสียหายนั้น ต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีสภาพร่างกาย (physical attributes) อย่างเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย แต่มีสติปัญญาความสามารถทางจิตใจ เป็นปกติสำหรับบุคคลในสภาพทางร่างกายเช่นนี้ บุคคลที่สมมติจะต้องอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหายด้วย<sup>26</sup> กล่าวคือ การกระทำใดโหน เพียงใดจึงจะถือว่าไม่ใช่ความระมัดระวังตามสมควรนั้น ได้ถูกกำหนดเป็นมาตรฐานขึ้นโดยสังคมแต่ละสังคม เมื่อใดก็ตามที่บุคคลนั้นไม่สามารถปฏิบัติให้ได้ตามมาตรฐานของสังคมนั้นก็เป็นความประมาท แมว่าจะมีสาเหตุมาจากความโง่เขลาเบาปัญญา ความหลงลืม หรือแม้แต่อารมณ์อื่นเนื่องมาจากความตื่นเต้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สังคมจะวางเงื่อนไขเกี่ยวกับบุคคลนั้นมีให้เป็นคนโง่เขลาเบาปัญญา โดยการสร้างบุคคลซึ่งถูกสมมติขึ้นมากนหนึ่ง เป็นบุคคลผู้ซึ่งมีเหตุผลสมควร ซึ่งมีความรอบคอบตามปกติ

<sup>26</sup> จิตติ ติงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 วาดวยมูลแห่งหนึ่ง, หน้า 180.

(reasonable man of ordinary prudence) และมีความระมัดระวัง และทำตนให้อยู่ในระดับมาตรฐานได้อยู่ตลอดเวลา<sup>27</sup>

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ประมาทเลินเล่อเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอ สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ ความระมัดระวังที่จักต้องมีตามวิสัย (Nature) ของบุคคลในภาวะเช่นนั้น และในเหตุการณ์ (Circumstances) อย่างนั้น ซึ่งการที่จะใช้ความระมัดระวังมากน้อยเพียงใดต้องอยู่ที่วิสัยและเหตุการณ์ด้วย ดังนั้นการพิจารณาวิสัยกับเหตุการณ์ จะต้องพิจารณาควบคู่กันไป

วิสัย (Nature) คือ สภาพของบุคคลผู้กระทำว่ามีลักษณะหรือสภาพอย่างไร การพิจารณาเรื่องวิสัยนี้ต้องดูฐานะ (status) ของผู้กระทำว่าเป็นเด็ก ผู้ใหญ่ สตรี คนชรา ผู้มีวิชาชีพ ผู้เชี่ยวชาญ พิจารณาประกอบเป็นต้น ดังนั้น การวัดความระมัดระวังตามวิสัย จึงหมายความว่า บุคคลทั่ว ๆ ไปที่อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำนั้น เขาใช้ความระมัดระวังเพียงใด หากตนเองใช้ความระมัดระวังไม่ถึงขั้นที่เขาใช้กันแสดงว่าขาดความระมัดระวังตามวิสัย

การใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพ<sup>28</sup> (The Professional) ดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.1 ว่า ผู้มีวิชาชีพ คือ ผู้ที่มีความรู้ ความชำนาญ ตลอดจนมีประสบการณ์ที่แตกต่างหรือสูงกว่าคนธรรมดาทั่วไป และซึ่งความรู้ ความสามารถเช่นนั้น โดยปกติแล้ว คนธรรมดาสามัญทั่วไปไม่อาจรู้และปฏิบัติได้ ด้วยเหตุนี้การใช้ความระมัดระวังจึงต้องวัดเอาจากผู้มีวิชาชีพ เช่นเดียวกับในสังคมนั้นว่าเขาใช้ความระมัดระวังกันอย่างไรในเหตุการณ์อันเดียวกัน คดีส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับประมาทเลินเล่อในวิชาชีพมักจะต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert) เพื่ออธิบายถึงหน้าที่ในการระมัดระวังหรือแนวปฏิบัติในวิชาชีพนั้น

<sup>27</sup> William L. Prosser, Law of Torts, p. 146.

<sup>28</sup> ชูศักดิ์ ธีรินิล, คำராประกอบการศึกษากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่ง และลามิควรไค้, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทประชาชน จำกัด, 2526), หน้า 44 - 46.

เพราะโดยปกติแล้วคนธรรมดาทั่วไป (Layman) ที่มีไต่ศึกษาเล่าเรียนมาโดยตรง จะไม่อาจทราบในข้อเท็จจริงที่ผู้มีวิชาชีพประกอบอยู่ ควรแก้ไขปัญหานั้นอย่างไร เช่น ควรวินิจฉัยโรคเบื้องต้นว่าเป็นโรคอะไร เพื่อทำการรักษาในเบื้องต้นได้ถูกต้อง ดังนั้นเป็นต้น ในทางตรงกันข้าม หากความประมาทเลินเล่อตามพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องการมิได้ใช้ความระมัดระวังตามหลักวิชาของวิชาชีพ เช่น การที่แพทย์ตัดขาของคนไข้มือข้าง ค้างนี้ย่อมไม่มีปัญหาเกี่ยวกับวิชาชีพแต่อย่างใด เป็นประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไป ปัญหาในเรื่องผู้มีวิชาชีพส่วนใหญ่ มักเป็นปัญหาในเรื่องการให้บริการ (Services) เป็นทนายความว่าความให้ลูกค้า แพทย์รักษาคนไข้คดีที่เป็นประมาทเลินเล่อในการให้บริการ ส่วนใหญ่มีที่มาจากสัญญา (Contract) ที่มีต่อกัน เช่น สัญญาว่าความ สัญญาจ้างออกแบบปลูกสร้างอาคาร การพิจารณาละเมิดตามวิชาชีพจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของความเสียหายเป็นกรณี ๆ ไป ประกอบการวินิจฉัยขนาดความระมัดระวัง

คดีเรื่องประมาทเลินเล่อในวิชาชีพมีปัญหาคณะนี้อย่างไร เป็นประมาทเลินเล่อขาดความระมัดระวัง ทั้งนี้เพราะในบางกรณีผู้มีวิชาชีพ อาจต้องตัดสินใจโดยอาศัยความรู้วินิจฉัยสั่งการโดยพลการไม่มีแนวบรรทัดฐาน แต่ตนเองคิดว่าเป็นการถูกต้องตามหลักวิชาการ เช่น การที่ทนายความตั้งรูปคดี อ้างฐานมูลฟ้องแล้วถูกยกฟ้องหรือศาลพิพากษาให้แพ้คดีเพราะการขาดความรอบคอบในการนับอายุความฟ้องคดี แพทย์วินิจฉัยโรคปรากฏว่าไม่เคยมีคดีหรือแนวปฏิบัติเคยกระทำมาก่อน หากปรากฏว่าแพทย์วินิจฉัยโรคผิด ทนายความตั้งรูปคดีผิด จะเป็นประมาทเลินเล่อเพียงไรนั้น ศาลอเมริกันถือว่า ผู้มีวิชาชีพต้องรู้หลักพื้นฐานอันเป็นความรู้ทั่วไปในวิชาชีพของตนที่ผู้อื่นเขาถือเป็นหลักสากลทำนองเดียวกัน การปฏิบัติหน้าที่ตามวิชาชีพต้องกระทำด้วยความสุจริตใจ และใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นผู้อื่นเขาใช้ อยางไรก็ดีในเรื่องปัญหาที่ต้องการการวินิจฉัยตัดสินใจนั้น การที่ผู้มีวิชาชีพกระทำการใดโดยสุจริตระมัดระวัง โดยพื้นฐานของหลักวิชาความรู้ แม้จะเป็นการผิดพลาดที่เรียกว่า "Error of judgment" ศาลอเมริกันถือว่าไม่เป็นประมาทเลินเล่อ ในทางตรงกันข้ามแล้ว หากเป็นเรื่องของการผิดพลาดเพราะขาดความรู้ ความสามารถในระดับเฉลี่ย ซึ่งผู้มีวิชาชีพคนอื่น ๆ เขามีกัน หรือเป็นเพราะการปฏิบัติหน้าที่โดยเลินเล่อ ไม่สุจริต ผู้นั้นย่อมต้องรับผิดชอบในละเมิด



การที่ทำนายความว่าความโดยอ้างอิงบทกฎหมายที่มีอยู่ยอมเป็นการใช้ความระมัดระวังตามวิชาชีพ การที่กฎหมายนั้นถูกวินิจฉัยในภายหลังว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ ย่อมไม่อาจเอาผิดต่อทำนายความได้ ในทางตรงกันข้าม การที่ทำนายความฟ้องคดีให้ลูกความเมื่อล่วงเลยระยะเวลาทำให้ศาลพิพากษายกฟ้อง เพราะคดีขาดอายุความ ทำนายความต้องรับผิดชอบ จะอ้างว่าไม่รู้วาคดีขาดอายุความไม่ได้ เป็นหน้าที่ของทำนายความต้องรู้และระมัดระวัง<sup>29</sup>

ข้อควรสังเกตบางประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง วิชาชีพนั้นเป็นเรื่องของผู้มีความรู้ ความชำนาญ ดังนั้นผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องใช้ความระมัดระวังที่ผู้ประกอบวิชาชีพในวิชาชีพเช่นนั้นควรต้องใช้ด้วย จะอ้างว่าคนธรรมดาใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด ผู้กระทำก็ได้ใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกันหาเพียงพอไม่ เพราะวิชาชีพเป็นกิจการที่ต้องใช้ความรู้ ความชำนาญ จึงต้องมีความระมัดระวังสูงกว่าคนธรรมดา ประการที่สอง กรณีผู้ไม่มีความรู้ความชำนาญ หรือไม่เคยมีประสบการณ์มาก่อน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นคนธรรมดาสามัญทั่วไป (มิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพ) ได้กระทำการที่เรียกได้ว่า เป็นวิชาชีพแล้ว จะอ้างว่าตนไม่มีความรู้หรือไม่มีความสามารถอย่างเช่นผู้ประกอบวิชาชีพนั้น จึงไม่อาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ และจะมาเกณฑ์ให้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้ เดียง เช่นนี้ไม่ได้ เพราะประมาทเลินเล่อ มีหลักว่า กระทำการอันไม่สมควรกระทำก็เป็นประมาทเลินเล่อเหมือนกัน เช่น หมอเดือนไปประกอบอาชีพอย่างแพทย์ โดยไม่มีความรู้และศึกษาทางแพทย์มาโดยตรง ฉีดยาผู้เสียหายจนชาลิบ เพราะโคนเส้นประสาท ดังนั้นจำเลยจะอ้างว่าไม่มีความรู้อย่างแพทย์ ไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้ ย่อมจะแก้ตัวเช่นนี้ไม่ได้ เพราะเมื่อจำเลยกระทำในทางวิชาชีพของแพทย์ จำเลยต้องมีความรู้และใช้ความระมัดระวังขนาดของแพทย์ เช่นเดียวกับคนขับรถไม่เป็น ขึ้นขับรถก็ต้องถูกบังคับให้ใช้ความระมัดระวังอย่างคนขับรถเป็น ถ้าไม่มีความสามารถจะกระทำอย่างนั้น ขึ้นเข้าไปทำก็เป็นกรกระทำที่ไม่สมควรกระทำ ได้ชื่อว่าประมาทเลินเล่อตั้งแต่แรกเข้ากระทำการนั้นแล้ว เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นยอมเป็นละเมิด<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Willam L. Prosser, Torts, Cases and Materials, 5th, ed.

(New York : The Foundation Press, Inc., 1971), p. 194.

<sup>30</sup> พจนี ปุณฺปาตม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด, (แก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 3) หน้า 125 - 126.

### เหตุการณ์ (Circumstances)

เหตุการณ์ คือ ข้อเท็จจริงภายนอก หรือสภาพแวดล้อมภายนอก ซึ่งผู้กระทำไป เกี่ยวข้อง<sup>31</sup> ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ย่อมหมุนเวียนเปลี่ยนไปไม่คงที่ การใช้ความระมัดระวังต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ ในกรณีเหตุการณ์ฉุกเฉิน (Emergency) เช่น ตกอยู่ภายใต้อันตรายอย่างหนึ่งอย่างใด เป็นต้น ย่อมไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้อย่าง เช่นกรณีปกติ ดังนั้นเหตุการณ์ฉุกเฉินซึ่งต้องนำมาประกอบในการพิจารณาความระมัดระวัง ใดๆก็ตามมิได้หมายความว่า กรณีฉุกเฉินจะสามารถใช้เป็นข้อแก้ตัวได้ว่าไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้ หลักอยู่ที่ว่าคนทั่วไป (reasonable man) ในฐานะของผู้กระทำเขาปฏิบัติกันอย่างไร หากมีเหตุการณ์ฉุกเฉินขึ้นเช่นนั้น กล่าวคือ เหตุการณ์อย่างหนึ่งผู้กระทำในวิสัยแพทย์ อาจใช้ความระมัดระวังได้ระดับหนึ่ง ซึ่งแพทย์ทั่วไปก็ใช้ได้เพียงแค่นั้น เช่น ตกอยู่ในภาวะสงครามหรือฉุกเฉินมีเครื่องมือไม่พอ แพทย์ก็จะต้องรักษาด้วยความระมัดระวังระดับหนึ่ง แต่มิใช่ไม่ต้องการระมัดระวังเสียเลย ดังนั้นแพทย์ยังสามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ใช่ให้เพียงพอก็เป็นประมาทได้

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์การกระทำโดยประมาทเส้นเลือดดังกล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนั้น อาจถือได้ว่า บุคคลกระทำโดยประมาทเส้นเลือดต่อเมื่อมิได้ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลทั่วไปซึ่งอยู่ในภาวะเช่นเดียวกับตนในวิสัยอย่างเดียวกัน และในเหตุการณ์อย่างเดียวกันนั้นจักใช้ความระมัดระวังได้ หรือผู้กระทำโดยประมาทใช้ความระมัดระวังน้อยกว่าบุคคลทั่วไปในภาวะวิสัยและเหตุการณ์อย่างเดียวกันนั้น หรือผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ใช่ให้เพียงพอในขณะที่บุคคลที่อยู่ในวิสัยและเหตุการณ์อย่างเดียวกันนั้นอาจใช้ได้

สำหรับในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลไทยใช้หลักวินิจฉัยในคดีความผิดเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทโดยผู้มีวิชาชีพ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 279/2467, 721/2475, 946 - 947/2475 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 605/2527 เป็นต้น คำพิพากษาที่ยกเป็นตัวอย่างนี้ล้วนแต่เป็นกรณีวิชาชีพทางแพทย์แทบทั้งสิ้น สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพอื่น ๆ เช่น

<sup>31</sup> สุขุม กุญญิตย์, "ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิกและวิศวกร," เอกสารในการสัมมนาเรื่องสถาปนิก - วิศวกร และความรับผิดชอบทางกฎหมาย เสนอที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 8 พฤศจิกายน 2528. (อัสสำเนา)

วิชาชีพวิศวกรรม วิชาชีพสถาปัตยกรรม วิชาชีพผู้สอบบัญชี และวิชาชีพทนายความ นั้น จากการค้นคว้าแล้วปรากฏว่ายังไม่มียุติคดีที่เป็นประเด็นโดยตรงในเรื่องดังกล่าว ดังปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 771/2527 ซึ่งคดีนี้เป็นเรื่องที่สถาปนิกฟ้องผู้อ้างว่าละเมิด มีข้อเท็จจริงดังนี้

"โจทก์ซึ่งเป็นสถาปนิกรับจ้างออกแบบบ้านให้จำเลยที่ 1 มีหน้าที่โดยอัตโนมัติที่จะต้องตรวจสอบการดำเนินการก่อสร้างและให้คำแนะนำแก่ผู้ดำเนินการหรือผู้ควบคุมงาน รวมทั้งผู้รับเหมาก่อสร้าง ทั้งนี้เพื่อให้รูปแบบที่ก่อสร้างออกมาตรงตามสถาปัตยกรรมที่โจทก์เป็นผู้ออกแบบไว้ เมื่อบ้านชำรุดเพราะการทรุดตัวของรากฐานไม่เท่ากัน การที่จำเลยที่ 1 ร้องเรียนกล่าวหาโจทก์ซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมาย ไม่มีข้อเท็จจริงที่จะถือว่าจำเลยมีเจตนากลั่นแกล้งให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ส่วนผลของการร้องเรียนคณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม (ก.ส.) จำเลยจะมีมติลงโทษจำเลยหรือไม่ จำเลยที่ 1 ไม่ได้เกี่ยวข้องกับคดี จึงไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์

คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม จำเลยมีหนังสือแจ้งข้อกล่าวหาและให้โจทก์ไปให้ถ้อยคำต่อคณะกรรมการตามรายชื่อที่แนบไป เมื่อโจทก์ไม่ได้แก้ไขข้อกล่าวหา จึงเป็นสิทธิของคณะกรรมการที่จะดำเนินการไต่สวนไปได้ตามข้อบังคับคณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม ว่าด้วยการไต่สวนผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมในกรณีถูกกล่าวหาหรือสั่งพักหรือเพิกถอนใบอนุญาต และการที่คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม สั่งพักใบอนุญาตโจทก์ จึงไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์"

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นทั้งหมดนั้นจะเห็นได้ว่า ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพขนาด และระดับความระมัดระวังต้องพิจารณาอย่างผู้ที่ประกอบวิชาชีพด้วยกันทั้งนี้ กล่าวคือ การประกอบวิชาชีพเป็นวิสัยอย่างหนึ่ง ดังนั้นการพิจารณาระดับแห่งความระมัดระวัง จึงมิได้เทียบเคียงกับบุคคลธรรมดา ตามวิสัยของบุคคลธรรมดา หากแต่ต้องสมมติเทียบเคียงกับบุคคลผู้มีวิชาชีพเช่นเดียวกันกับผู้กระทำว่าในวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้นควรใช้ความระมัดระวังแค่ไหนเพียงใด

ส่วนในเรื่องมาตรฐานแห่งความระมัดระวังนั้น อาจกล่าวได้ว่ามาตรฐานแห่งความระมัดระวังในกรณีผู้กระทำเป็นผู้มีวิชาชีพนั้น ศาลไทยใช้มาตรฐานแห่งวิชาชีพที่ประกอบวิชาชีพ ต้องอาศัยความชำนาญเป็นเกณฑ์วินิจฉัย<sup>32</sup> และกฎหมายไทยยอมรับการนำพยานผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพนั้นเองมานำสืบสนับสนุนว่า มาตรฐาน (Standards) ของวิชาชีพในเรื่องนั้นเป็นอย่างไร ซึ่งมาตรฐานนั้นผู้มีวิชาชีพควรจะได้ปฏิบัติตามมาตรฐาน (Standards) ในวิชาชีพนั้นในกรณีที่เป็นประเด็นพิพาทในคดี และเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น การพิจารณาพิสูจน์ตกอยู่แก่โจทก์ ซึ่งต้องพิสูจน์ให้ได้ความว่า จำเลยซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลผู้มีวิชาชีพอย่างเดียวกับจำเลยอยู่ในพฤติการณ์อย่างเดียวกันสามารถใช้ความระมัดระวังได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ การให้ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญผู้มีวิชาชีพอย่างเดียวกับจำเลยว่าจะให้ความเห็นได้ชัดเจนเพียงใด ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนที่จะชี้ชัดลงไปว่าจำเลยละเมิดหน้าที่ทางวิชาชีพ (professional duties) จริงหรือไม่

### 3.2.1.3 กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย (Unlawful)

การที่เข้าไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นจะต้อง เป็นการที่กระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย บุคคลจะทำความเสียหายแก่ตนเองสักเท่าใดก็ไม่ผิดกฎหมาย ต่อเมื่อไปทำกับผู้อื่นผิดต่อกฎหมายเกิดความเสียหายจึงจะเป็นละเมิด

"โดยผิดกฎหมาย" (Unlawful) นั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กฎหมายอาญาบัญญัติว่า การกระทำอันใดเป็นความผิดก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีปัญหา แต่ความรับผิดฐานละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย ดังเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2<sup>33</sup> กล่าวว่า "โดยผิดกฎหมาย"

<sup>32</sup> จิตติ ตีงภักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180.

<sup>33</sup> ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, (แก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5) (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สุทธิแสงการพิมพ์, 2525), หน้า 14 - 15.

ในมาตรา 420 นี้ ปรากฏหลักฐานการร่างกฎหมายว่าได้เทียบเคียงมาจากมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งตำรากฎหมายเยอรมันได้อธิบายคำว่า "ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย" ว่าหมายถึง การประทุษร้ายต่อสิทธิของผู้อื่นโดยปราศจากอำนาจ หรือเกินกว่าอำนาจที่มีอยู่ ซึ่งหมายความว่า การละเมิดสิทธิของผู้อื่นเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัวเอง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำเช่นนั้นผิดต่อกฎหมาย เว้นแต่ผู้กระทำจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้ ส่วนตำราประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ได้อธิบายคำว่า "ละเมิด" ไว้ว่าเป็นการกระทำที่ต่างหากไปจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น ข้อควรสังเกตมีว่า ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 709 ไม่มีคำว่า "ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย" ทั้งนี้เพราะถือว่าการละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นผิดกฎหมาย อยู่ในตัว<sup>35</sup>

โดยสรุปแล้วการกระทำโดยผิดกฎหมาย จึงมีความหมายว่า เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่มีอยู่ การละเมิดสิทธิของผู้อื่นย่อมเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติ จุดสำคัญจึงควารู้ว่าผู้อื่นนั้นมีสิทธิตามกฎหมาย การทำให้สิทธิของผู้อื่นเสียหายกระทบกระเทือน คือ การผิดกฎหมาย โดยเหตุนี้หากผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำได้ แม้จะเกิดความเสียหายต่อผู้หนึ่งผู้ใด ก็ย่อมไม่เป็นละเมิด เพราะการกระทำโดยมีอำนาจยอมทำให้การกระทำไม่เป็นผิดกฎหมาย

<sup>34</sup> จิตติ ตึงสนิท, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 วรรคยมูลแห่งหนึ่ง, หน้า 173.

<sup>35</sup> คู่มือกฎหมายแพ่งของ ดร.หยุด แสงอุทัย หมายเหตุพิพากษานี้ที่ 38/2496.

### 3.2.2 ต้องมีความเสียหายและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหาย

หลักที่ว่ามีความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น หมายความว่า แม้จะมีการกระทำโดยผิดกฎหมายแล้ว แต่ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้นก็ยังไม่เป็นละเมิด ซึ่งจะเกิดเป็นละเมิดขึ้นก็ต่อเมื่อความผิดที่กระทำลงนั้นมีผลให้เกิดความเสียหายขึ้น และอาจกล่าวได้โดยทั่วไปว่าความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้นอาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินหรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินก็ได้ (มาตรา 423 และมาตรา 446) ถ้าเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้วก็เป็นมูลความผิดฐานละเมิดได้ ความเสียหายที่แน่นอนนี้ก็มีได้หมายความเฉพาะผลที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมทั้งผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย เช่น กรณีตามมาตรา 444 อันเป็นที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นด้วย แต่ทั้งนี้ย่อมไม่หมายความถึงความเสียหายที่ไม่แน่นอน ซึ่งยังเป็นเพียงความคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดก็ได้ ความคาดหมายเช่นนี้ยังไม่ถือเป็นความเสียหายตามความคาดหมายในมาตรา 420 นี้ เมื่อมีการกระทำอันผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว หลักประการสุดท้ายที่จะต้องพิจารณาคือ ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลจากการกระทำของผู้กระทำความเสียหายโดยผิดกฎหมายและโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ดังที่เรียกกันว่า "ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Relative of Causality between Fault and Damage)" ซึ่งหลักเกณฑ์ประการสุดท้ายนี้ หากโจทก์ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าผลเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลจากการกระทำของจำเลยแล้วก็ย่อมเอาผิดแก่จำเลยไม่ได้ กรณีดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 420 จะเห็นได้ว่า มิได้บัญญัติถึงขอบเขตความรับผิดชอบของจำเลยในคดีละเมิดไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่ด้วยทศในคำว่า "จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามการจะให้อำนาจต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของเขา จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่าง เหตุกับผลของการกระทำ

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นความพยายามที่จะพิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยเป็นเหตุที่แท้จริงของความเสียหายหรือไม่ และพยายามที่จะสร้างนโยบายทางกฎหมายว่า ความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากการกระทำของจำเลยนั้นควรจะกำหนดขอบเขตให้จำเลยต้องรับผิดชอบในระดับใด จึงจะเกิดความเป็นธรรมต่อผู้ละเมิดและผู้เสียหายมากที่สุด และเพื่อให้การใช้กฎหมายละเมิดสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน และสามารถแก้ไขปัญหา

ความสัมพันธ์ระหว่างความขัดแย้งของผลประโยชน์ทางปัจเจกชน และผลประโยชน์ทางสังคม ซึ่งในเรื่องนี้นักกฎหมายได้พยายามหาข้อยุติว่าอะไรเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผล คือ ความเสียหายขึ้นจนเป็นละเมิดซึ่งต้องมีการเยียวยาชดเชย ซึ่งนักกฎหมายทั้งในระบบประมวลกฎหมายและจารีตประเพณีได้พยายามสร้างทฤษฎีไว้มากมายด้วยกันเพื่อนำมาใช้พิจารณาหาข้อยุติดังกล่าว<sup>36</sup> นอกจากนี้ศาลในประเทศต่าง ๆ ทั้งที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและจารีตประเพณีต่างก็มีแนววินิจฉัยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลต่างกันในแง่ของคำอธิบายหรือการเรียกชื่อทฤษฎี เหตุผลที่อ้าง เช่น ศาลเรียกว่าเป็นเหตุโดยตรง โกลชิต หรือเป็นเหตุสำคัญ ฯลฯ ศาลบางประเทศไม่พยายามตั้งกฎเกณฑ์แน่นอนในเรื่องนี้ เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่ยึดอยู่กับข้อเท็จจริงในคดีนั้น ๆ อย่างไรก็ตามไม่ว่าศาลหรือนักนิติศาสตร์ จะเรียกเหตุผลหรือแนวคิบทฤษฎีที่ยกขึ้นอ้างว่าอย่างไรก็ดูเหมือนว่าจะไม่แตกต่างจากแนวทฤษฎี 2 ทฤษฎีที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน ดังต่อไปนี้เท่าใดนัก<sup>37</sup>

1. ทฤษฎีเงื่อนไข หรือทฤษฎีผลโดยตรง หรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ (Causa sine qua non) ทฤษฎีนี้ถือว่าหากปรากฏว่าถ้าไม่มีการกระทำดังที่ถูกกล่าวหาแล้ว ผลจะไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น ต้องถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลอันเกิดขึ้นจากการกระทำที่ถูกกล่าวหา ผลอันหนึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุหลาย ๆ ประการ ถ้าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นเหตุอันหนึ่งในเหตุหลาย ๆ เหตุนั้นด้วยแล้ว ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบ ไม่จำกัดคำนึงถึงว่ายังมีเหตุอื่นอีกที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วยเหมือนกัน เพราะถือว่าเหตุทุก ๆ เหตุมีน้ำหนักเท่ากัน จะถือว่าเป็นแต่เหตุบางประการเท่านั้นที่ก่อให้เกิดผลขึ้นหาได้ไม่ เพราะถ้าไม่มีเหตุทุก ๆ ประการเหล่านั้นรวมเข้าด้วยกันแล้ว ผลก็ย่อมไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น<sup>38</sup>

<sup>36</sup> สุรศักดิ์ มณีศรี, "ปริมาตรของความรับผิดชอบทางละเมิดในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524),

<sup>37</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 211.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 212.

ทฤษฎีนี้มีข้อเสียอยู่ที่ว่า เป็นการผลัการะความรับผิดชอบที่เกินกว่าความเป็นจริง และไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้กระทำเพราะในบางกรณีอาจมีเหตุอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่าเหตุเดิมแทรกซ้อนขึ้นและเป็นต้นเหตุให้เกิดผลได้อย่างชัดเจน ถ้าถือว่าทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันหมดทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบมากเกินกว่าความเป็นจริง

2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม หรือทฤษฎีผลธรรมดาทฤษฎีนี้ถือว่า ในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลขึ้นนั้นในแง่ความรับผิดชอบของผู้กระทำการใดแล้ว เฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเช่นว่านั้นเท่านั้นที่ผู้กระทำนั้นจะต้องรับผิดชอบ เช่น ก. ผลัก ข. ลมลง ข. ถึงแก่ความตาย เพราะกระโหลกศีรษะของ ข. บางกว่าปกติ เมื่อศีรษะกระทบพื้นจึงแตกและถึงแก่ความตาย ก. ไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งความตายของ ข. แต่รับผิดชอบเฉพาะผลธรรมดาอันอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของ ก. กล่าวคือ อาจเป็นความรับผิดชอบแต่ทำร้ายร่างกาย ข. 39

ทฤษฎีผลธรรมดานี้มีข้อเสียตรงที่ว่า ทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงไม่ได้รับการชดเชยเยียวยา เพราะถือว่าการกระทำเฉพาะแต่ที่เป็นเหตุอันเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้นเท่านั้นที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ ดังนั้นจึงเป็นการผลัการะให้แก่ผู้เสียหายซึ่งมิได้มีส่วนผิดจะต้องรับเอาความเสียหายนั้นไว้อย่างไม่ยุติธรรม

ดังได้กล่าวมาแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ไม่มีบทบัญญัติว่า ในทางละเมิดผลเช่นใดที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบ และจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นได้ว่าศาลใช้ถ้อยคำที่ไม่แน่ชัดว่าเป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยหลักทฤษฎีใดแน่ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 131/2496 วินิจฉัยว่า "ฯลฯ ในเรื่องละเมิด กฎหมายคุ้มครองผลแห่งการกระทำอันเป็นผลธรรมดา หรือโดยตรงหรือใกล้ชิดกับเหตุเท่านั้น ซึ่งความจริงผลธรรมดา โดยตรง หรือใกล้ชิดกับเหตุเท่านั้น" มีความหมายแตกต่างกันอยู่ในตัว 40 แต่อย่างไรก็ตามก็คำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับใช้คำพิพากษาไว้ชัดเจนว่าใช้หลักทฤษฎีผลโดยตรงเช่น

39 เรื่องเดียวกัน.

40 เรื่องเดียวกัน, หน้า 216.



คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 143/2498 จำเลยขับรถยนต์โดยประมาทชนกับรถยนต์ของผู้เสียหาย รถของผู้เสียหายไปกระทบเสาไฟฟ้า รถเสียหายเพราะกระแทกเสาไฟฟ้า ศาลวินิจฉัยว่า "การที่รถของโจทก์ไปกระทบกับเสาไฟฟ้า เป็นผลโดยตรงจากกำลังแรงดันของการที่ถูกรถของจำเลยชนมิใช่รถของโจทก์ไปชนเข้าเอง จำเลยต้องรับผิดชอบ"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1358 - 1369/2506 การที่จำเลยหรือห้องแถวทำให้สามี่โจทก์เสียใจไปกระทันหันตาย การที่โจทก์ต้องเสียค่าทำศพและมีค่าใช้จ่ายสินค่านั้น ความเสียหายนั้นไม่ใช่ว่าผลแห่งการกระทำของจำเลย ฉะนั้นจะเรียกร้องให้จำเลยรับผิดชอบไม่ได้

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า ศาลไทยใช้ทฤษฎีผลโดยตรงหรือทฤษฎีเงื่อนไขในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในคดีละเมิดไม่ว่าจะเป็นจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดเสียหายจะจำกัดความรับผิดในมูลหนี้ละเมิดให้เหมือนหนี้ผิดสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นบทบัญญัติทั่วไปในลักษณะที่มาใช้บังคับแก่หนี้ละเมิดมิได้ ทั้งนี้เพราะหนี้ละเมิดนั้นความเสียหายเกิดขึ้นแล้วจึงเกิดหนี้การชำระหนี้ละเมิดก็คือ การเยียวยาให้ผู้ถูกทำละเมิดกลับคืนสู่สภาพเดิมเท่าที่จะทำได้ ผลแห่งความเสียหายจึงไม่อาจคาดหมายหรือหยั่งรู้ได้คงค้างการผิดสัญญาอันเป็นเรื่องที่คู่กรณีสามารถรู้ได้ถึงความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นเมื่อมีการผิดสัญญาไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ดังนั้นความรับผิดในหนี้ละเมิด จึงไม่ถูกจำกัดเฉพาะแต่ความเสียหายที่อาจคาดหมายได้เหมือนอย่างหนี้ผิดสัญญา มิฉะนั้นผู้เสียหายในคดีละเมิดก็จะต้องรับบาปเคราะห์แห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นเกินกว่าผู้กระทำคาดหมายได้เสมอไป ผู้ทำละเมิดจึงอาจต้องรับผิดในผลเสียหายอันเป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการละเมิดของตน แม้นจะไม่อาจคาดหมายได้

ด้วยเหตุที่การกำหนดขอบเขตแห่งความรับผิดในหนี้ละเมิดอาศัยหลักทฤษฎีผลโดยตรงหรือทฤษฎีเงื่อนไขดังกล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าจะเป็นการกำหนดความรับผิดให้แก่ผู้กระทำโดยไม่มีขอบเขต เฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีเหตุหลายเหตุที่นำไปสู่ผลเสียหาย ทั้งนี้เพราะทฤษฎีนี้ไม่คำนึงว่าจะอะไรจะเป็นเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดผลเสียหายสุดท้ายขึ้น ในกรณีดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 จะเห็นได้ว่าช่วยทำให้การใช้ทฤษฎีเงื่อนไขไม่มีทางผ่อนคลายลงได้โดยไม่เกิดความรับผิดเกิน

กว่าความผิด<sup>41</sup> ซึ่งมาตรา 438 บัญญัติว่า "คำสั่งใหม่ทดแทนจะพึงใช้โดยศาลใดเพียงใด นั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด" ฉะนั้นศาลจึงมีบทบาท ในการกำหนดคำสั่งใหม่ทดแทนตามที่กฎหมายบทนี้ให้อำนาจไว้ โดยศาลจะพิจารณาตามข้อเท็จจริง อันเป็นมูลแห่งละเมิดว่าผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบอย่างน้อยเพียงใด โดยอาศัยพฤติการณ์ที่กระทำ ประกอบกับความร้ายแรงแห่งการกระทำเป็นเกณฑ์นั้นย่อมหมายความว่าศาลมีบทบาทในการพิจารณา กำหนดขอบเขตแห่งความรับผิดชอบโดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้กระทำรับผิดชอบไม่มีที่สิ้นสุด นอกจากนี้ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 และ 223 ยังได้บัญญัติให้ศาลมีบทบาทในการกำหนดความ รับผิดชอบตามความร้ายแรงแห่งละเมิด ในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายด้วยแสดงให้ เห็นว่าการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลโดยใช้ทฤษฎีเจือปนนั้น ในแง่ของบท บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่าด้วยคำสั่งใหม่ทดแทน ได้บัญญัติทางแก้ไขความรับผิด ตามทฤษฎีเจือปนให้มีขอบเขตที่อาจกำหนดได้<sup>42</sup>

แม้ศาลไทยจะใช้ทฤษฎีเจือปนหรือทฤษฎีผลโดยตรงในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผลในคดีละเมิดไม่ว่าจะเป็นจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดเสียหาย ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นก็ตาม กรณีอาจเป็นปัญหาว่าในกรณีที่มิใช่เหตุแทรกแซงซึ่งถือว่าเป็นเหตุอันใหม่ ที่เป็นเหตุให้เกิดผลเสียหายขึ้นหลังจากการกระทำอันแรกได้สิ้นสุดลงแล้วนั้น ทฤษฎีเจือปนจะใช้ ใดหรือไม่ กล่าวคือ ผู้กระทำคนหลังต้องรับผิดชอบตามทฤษฎีเจือปนใช่ แต่มีปัญหว่าผู้กระทำคนแรก ยังคงต้องรับผิดชอบถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นในขั้นสุดท้ายหรือไม่<sup>43</sup> ในเรื่องนี้ศาลไทยใช้หลักทฤษฎี เจือปน และทฤษฎีผลธรรมดากวินิจฉัย กล่าวคือ หากเหตุแทรกแซงมีน้ำหนักพอที่จะทำให้เกิดผล เสียหาย สุดท้ายขึ้น และผู้กระทำคนแรกอาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดเหตุแทรกแซงนั้นผู้กระทำคนแรก ก็ต้องรับผิดชอบ แต่หากเหตุแทรกแซงนั้นผู้กระทำคนแรกไม่สามารถคาดหมายได้ก็ทำให้ขาดความ สัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลสุดท้าย และทำให้ผู้กระทำคนแรกต้องรับผิดชอบเพียงเท่าที่ตนเอง

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 216 - 218 ข้อ 246 - 247 และ หน้า 220 ข้อ 299.

<sup>42</sup> สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 40.

<sup>43</sup> จิตติ ดิงสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 223 - 224.

ก่อนนั้นเท่านั้น ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า ความคาดหมายใดหรือไม่ว่าจะเป็นจุดที่ชี้ให้เห็นว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่ไกลออกไปจากการกระทำโดยตรงของจำเลยหรือไม่<sup>44</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1898/2518 ลูกจ้างจำเลยขับรถชนรถของโจทก์ ยางที่โจทก์รับจ้างบรรทุกมาในรถถูกคนลักไป เป็นผลโดยตรงโจทก์ใช้ราคายางแก่ผู้ว่าจ้างไป แล้วโจทก์รับช่วงสิทธิของเจ้าของยางที่จะให้จำเลยใช้ราคายางซึ่งหายไปโดยจำเลยต้องรับผิดชอบด้วย แต่จะเรียกดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่ค่าละเมิดก่อนวันที่โจทก์รับช่วงสิทธิไม่ได้

คดีนี้จะถือว่าจำเลยผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบโดยอาศัยทฤษฎีเงื่อนไขหรือผลโดยตรงแต่อย่างเดียวไม่ว่าจะถูกต้อง ทั้งนี้เพราะมีเหตุแทรกแซงเกิดขึ้นหลังจากที่จำเลยทำละเมิดแล้ว และเหตุแทรกแซงนี้ก็สามารถคาดหมายได้ถึงผลเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้อื่น (ทฤษฎีผลธรรมดา) แต่ศาลฎีกามีคำอธิบายไว้<sup>45</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2523 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการต่อท่อสูบน้ำมันเบนซินจากเรือบรรทุกน้ำมัน เจ้าคลังน้ำมันของจำเลยที่ 3 ที่ 4 เมื่อเดินเครื่องสูบน้ำมันแล้วเป็นเหตุให้น้ำมันเบนซิน 5,195 ลิตร รั่วไหลตกไปในแม่น้ำแผ่กระจายไปบนผิวน้ำ ถ่านที่เหลือจากการหุงต้มทิ้งลงในแม่น้ำตามปกติ ซึ่งทำให้เกิดไฟลุกไหม้น้ำมันเบนซินผิวน้ำลุกลามไหม้บ้านเรือนทรัพย์สินของโจทก์อย่างรวดเร็วเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของจำเลยที่ 1 และที่ 2 จำเลยทั้งสองต้องร่วมรับผิดชอบต่อโจทก์ในความเสียหายที่เกิดขึ้น

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าเป็นตัวอย่างทั่วไปในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องเหตุแทรกแซง แต่สำหรับกรณีตัวอย่างของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น เท่าที่ผู้เขียนค้นคว้าจากคำวินิจฉัยกฎหมายไทยและคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วไม่ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยกฎหมายไทยเล่มใดยกตัวอย่างในการพิจารณาปัญหาเรื่องเหตุแทรกแซงดังกล่าวไว้เลย อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่ามี ข้อเท็จจริงกรณีกล่าวหาว่าผู้ประกอบ

<sup>44</sup> สุขุม ศุภนิศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 41 และ 43.

<sup>45</sup> ฉบับที่กฎหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1898/2518.

วิชาชีพกระทำละเมิดเข้าสู่การพิจารณาของศาล แต่อย่างไรก็ตามเพื่อประกอบการพิจารณา หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนขอสมมติตัวอย่างการวินิจฉัยปัญหาเรื่อง เหตุแทรกแซงกรณี จำเลยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ ดังนี้

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสถาปนิกได้เซ็นสัญญาออกแบบอาคารซึ่งมีโครงสร้างหลังคาเป็น เหล็กสูงจากระดับพื้นดิน 15 เมตร ที่ปลายหลังคาเป็นรางน้ำ ค.ส.ล. กว้าง 1.50 เมตร แขนงอยู่ที่ปลายโครงสร้างเหล็ก ในขณะที่ก่อสร้างสถาปนิกและวิศวกรโครงสร้างผู้ซึ่งมีหน้าที่ ต้องไปตรวจการก่อสร้าง แต่ปรากฏว่าสถาปนิกและวิศวกรโครงสร้างไม่ไปหลังคาขึ้นไปตรวจ ดูการเชื่อมต่อเหล็กกับโครงสร้างเสริมเหล็กในรางน้ำ ค.ส.ล. ด้วยความเชื่อใจว่าวิศวกร ผู้ควบคุมการก่อสร้างจะต้องเชื่อมต่อเหล็กตามแบบที่วิศวกรโครงสร้างได้กำหนดไว้ สถาปนิกและ วิศวกรโครงสร้างจึงอนุมัติให้วิศวกรผู้ควบคุมการก่อสร้างเหคอนกรีตได้ ภายหลังถอดไม้แบบ รางน้ำ ค.ส.ล. พังลงมา ทำให้คนงานได้รับบาดเจ็บ จึงพบว่าวิศวกรผู้ควบคุมการก่อสร้างมิได้ ทำการเชื่อมต่อเหล็กตามแบบที่วิศวกรโครงสร้างได้กำหนดไว้ จึงเป็นเหตุให้รับน้ำหนักไม่ไหว จึงมี ปัญหาว่าสถาปนิกและวิศวกรโครงสร้างต้องรับผิดชอบการบาดเจ็บของคนงานหรือไม่ จากข้อ เท็จจริงดังที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า เหตุแทรกแซงในกรณีนี้คือ ความประมาทเลินเล่อของวิศวกร ผู้ควบคุมการก่อสร้างซึ่ง ไม่ทำการเชื่อมต่อเหล็กตามแบบที่วิศวกรโครงสร้างกำหนดไว้ และเหตุ แทรกแซงนี้เป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายดังกล่าวขึ้น ส่วนกรณีของสถาปนิกและวิศวกร โครงสร้างจะเห็นได้วาก็ประมาทเลินเล่อเช่นกันในการไม่ตรวจดูให้แน่ชัดว่ามี การเชื่อมต่อเหล็ก กับโครงสร้างเสริมเหล็กในรางน้ำ ค.ส.ล. แล้วหรือไม่ ก่อนที่จะสั่งให้เหคอนกรีต ซึ่งสถาปนิก และวิศวกรโครงสร้างก็สามารถคาดหมายได้ถึงเหตุแทรกแซงดังกล่าว ดังนั้นกรณีข้อเท็จจริงดังกล่าว นี้สถาปนิกและวิศวกรโครงสร้างจะต้องรับผิดชอบถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นสุดท้ายด้วย คือ การบาดเจ็บของ คนงาน

แต่ประเด็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพคนใดประมาทหรือไม่นั้นก็ต้องเทียบเคียงกับผู้ประกอบ วิชาชีพประเภทเดียวกันในสถานการณ์อย่างเดียวกัน ซึ่งโจทก์นำสืบได้ไม่ถ้อยหนัก

กล่าวโดยสรุปในการวิเคราะห์องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำละเมิดนั้น ให้อำนาจพิจารณาว่า หากไม่มีการกระทำที่ผู้ประกอบวิชาชีพถูกกล่าวหาแล้ว ผลจะไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น ต้องถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้น เป็นผลอันเกิดขึ้นจากการกระทำที่ถูกกล่าวหาของผู้ประกอบวิชาชีพ กล่าวคือ อาศัยหลักทฤษฎีเจือปนหรือทฤษฎีผลโดยตรง (Causa sine qua non) ในการพิจารณา กำหนดขอบเขตความรับผิดทางละเมิดในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของผู้ประกอบวิชาชีพ ส่วนปัญหาที่ว่า จะเป็นการกำหนดความรับผิดให้แก่ผู้กระทำโดยไม่มีขอบเขตนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ซึ่งบัญญัติว่า "ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด" จะช่วยทำให้การใช้ทฤษฎีเจือปนมีทางผ่อนคลายลงได้ โดยไม่เกิดความรับผิดเกินกว่าความผิด

### 3.3 ความรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict Liability) ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความรับผิดในละเมิดดังที่ได้อธิบายมาใน 3.2 เป็นความรับผิดเพื่อละเมิดที่ตนเองกระทำ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420) ซึ่งยึดถือหลักที่ว่า จะต้องมีความผิดจึงจะมีความรับผิดได้ No Liability without Fault หรือที่เรียกว่า Fault Theory กล่าวคือ ต้องมีองค์ประกอบเรื่องจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำให้เกิดความเสียหาย และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงจะเป็นละเมิด ส่วนความรับผิดในทางละเมิดอีกประเภทหนึ่งซึ่งแตกต่างจากความรับผิดในละเมิดดังกล่าวข้างต้น คือ หลักที่ว่าด้วย ความรับผิดโดยไม่มี ความผิด (Liability without fault) หรือที่เรียกว่า เป็นความรับผิดเด็ดขาดในทางละเมิด (Strict Liability)<sup>45</sup> หรือ No fault liability หรือ Absolute liability หรือ Liability without fault ซึ่งหลักนี้ไม่แตกต่างจาก

<sup>45</sup> Henry C. Black, Black's Law Dictionary, 4d ed., (Minnista : West Publishing Co., 1968), p. 1591 ให้ความหมายของคำว่า "Strict Liability" ไว้ว่า หมายถึงความรับผิดที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดทั้งที่ไม่มี ความผิด กรณีที่จะถือว่าเป็นความรับผิดเด็ดขาดคือเมื่อมิใช่การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ มิใช่การกระทำโดยมีเจตนาดีหรือเจตนาร้าย และไม่ว่าจำเลยจะรู้หรือไม่รู้ถึงการกระทำนั้นหรือไม่ก็ตาม จำเลยก็ไม่พ้นจากความรับผิด.

หลักตั้งเดิมก่อนศตวรรษที่ 19 ที่ถือว่า "ผู้ใดก่อผู้อื่นรับภัย" หรือที่เรียกว่า "ทฤษฎีรับภัย" คือเน้นที่ความเสียหาย ไม่เน้นที่ความผิด และมีความมุ่งหมายเพื่อให้ผู้ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นต้องชดเชยค่าเสียหาย โดยมีค่านิ่งว่าผู้ละเมิดจะต้องกระทำความผิดด้วย เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นและรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้ก่อแล้วก็ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ละเมิดไม่ว่าการกระทำที่ก่อความเสียหายนั้นจะผิดหรือถูกเพราะถือว่ามนุษย์เรามีได้กระทำการใด ๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คือ อาจมีผลดีหรือผลร้ายก็ได้ ผู้กระทำจะต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้น ถ้ามีภัยคือความเสียหายเกิดขึ้น เขาก็จะต้องรับความเสียหายนั้น ความเสียหายต้อง เป็นพิบัติไป กับเขา <sup>46</sup> ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่มีอันตรายโดยสภาพหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตราย ใต้วงแขนว่ากิจการของจำเลยจะได้รับอนุญาตโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้วก็ตาม แต่จำเลยก็ยัง ต้อง รับผิดชอบเพราะถือว่าจำเลยกระทำโดยมีเจตนาที่จะขยายหรือกระจายภาวะความเสี่ยงภัยไปยัง บุคคลข้างเคียงและเหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ ในกรณีที่ไม่อาจจะพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดฝ่ายใดเพียง ต้อง รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องพิจารณาในแง่ความยุติธรรมทางสังคมโดยโยน ความเสียหายให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แม้ว่าฝ่ายนั้นจะ ไม่มีความผิดเลยก็ตาม

นอกจากนี้ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุณณพันธ์ ได้ให้เหตุผลของการกำหนดให้มีความรับผิด เด็ดขาดขึ้นไว้ว่า เนื่องจากความเสียหายอันเกิดจากเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นบ่อยหรือ เกิดขึ้น ใต้วงแขน แต่ผู้เสียหายไม่อาจพิสูจน์ถึงสาเหตุที่เกิดขึ้นหรือพิสูจน์ได้ยาก เพราะอาจเป็นไปได้ว่า เหตุที่เกิดอยู่ในความรู้เห็นของจำเลยแต่ผู้เดียวที่เป็นผู้ก่อขึ้น ผู้เสียหายอาจพิสูจน์ได้ว่าเหตุใด เกิดขึ้นจริง แต่ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าเหตุนั้นเกิดขึ้นอย่างไร อันจะเป็นการแสดงถึงมูลกรณีหรือที่มา แห่งความประมาทเลินเล่อของจำเลย <sup>47</sup> ตัวอย่างเช่น ลูกจ้างที่ได้รับความเสียหายเนื่องจาก เครื่องจักรกลในโรงงานขณะปฏิบัติงานในทางการว่าจ้าง ไม่อาจพิสูจน์ถึงสาเหตุที่เครื่องจักรกล ก่อให้เกิดความเสียหายได้หรือกรณีความเสียหายอันเกิดจากการลงพิมพ์โฆษณาข้อความหมิ่นประมาท ของหนังสือพิมพ์ หากต้องพิสูจน์ว่าบรรณาธิการรู้หรือควรรู้ก็เป็นเรื่องที่ยากแก่การพิสูจน์อย่างยิ่ง

<sup>46</sup> จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งลักษณะละเมิด, หน้า 89.

<sup>47</sup> ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่องประมวลกฎหมายอาญา ลักทรัพย์ โดยใช้อุปายมีได้หรือไม่ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, หน้า 52.

ดังนั้นหากกฎหมายไม่กำหนดใหม่บุคคลซึ่งต้องรับผิดโดยเด็ดขาดแล้วก็จะเกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคม เพราะบรรดาผู้เสียหายย่อมต้องหาทางที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามด้วยตนเองให้ได้ จึงจำเป็นต้องกำหนดใหม่มีความรับผิดเด็ดขาดขึ้น

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีบทบัญญัติที่กำหนดใหม่ความรับผิด แต่ไม่มีการกระทำที่ถือว่าจริงใจ ประมาทเลินเล่อ ใต้เกณฑ์มาตรา 433 - 437 ซึ่งกล่าวถึงความรับผิดในกรณีที่ไม่มีการทำละเมิดของบุคคล แต่กฎหมายสันนิษฐานความรับผิด<sup>48</sup> (Presumption of responsibility) ไว้ว่า ผู้ใดต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้นจึงอาจเรียกความรับผิดในมาตรากังกล่าวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ว่าเป็นบทสันนิษฐานความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Strict Liability) และบทสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือสิ่งของอันตรายบางมาตราก็เป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาด แต่บางมาตราก็เป็นบทสันนิษฐานไม่เด็ดขาดมีข้อยกเว้นไว้ ดังจะเห็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่มาตรา 433 - 437 ดังนี้

มาตรา 433 "ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะสัตว์ หมายความว่าเจ้าของสัตว์ หรือบุคคลผู้รับเลี้ยง ครอบครอง ควบคุมรักษาไว้แทนเจ้าของ จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่สัตว์นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรแก่การเลี้ยง ครอบครอง รักษาตามชนิดและนิสัยของสัตว์ หรือตามพฤติการณ์อย่างอื่น หรือพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นย่อมจะต้องเกิดขึ้นทั้งที่ได้อาศัยความระมัดระวังถึงเพียงนั้น

อนึ่ง บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น จะใช้สิทธิไล่เบียดเอาแก่บุคคลที่เราหรือยัวสัตว์นั้นโดยละเมิด หรือเอาแก่เจ้าของสัตว์อื่นมาเราหรือยัวสัตว์นั้น ๆ ก็ได้"

<sup>48</sup> ดูเพิ่มเติมไพจิตร ปุณฺณพันธ์, "คำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่อง ปี 2517 เรื่อง ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย".

มาตรา 434 "ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะเหตุที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นก่อสร้างไว้อันชำรุดบกพร่องกีด หรือบำรุงรักษาไม่เพียงพอกีด ท่านว่าผู้ครองโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น ๆ จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ถ้าวุฒิศรองได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อปกป้องมิให้เกิดความเสียหายเช่นนั้น ท่านว่าผู้เป็นเจ้าของจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน"

มาตรา 436 "บุคคลผู้อยู่ในโรงเรือนต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดเพราะของตกลงมาจากโรงเรือนนั้น หรือเพราะสิ่งขวางของไปตกในที่อันมิควร"

มาตรา 437 "บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใด ๆ อันเคลื่อนตัวกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง"

จะเห็นได้ว่าในมาตรา 436 เท่านั้นที่เป็นบทสันนิษฐานความผิดเด็ดขาดโดยไม่มีข้อแก้ตัว

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ความรับผิดโดยเด็ดขาด (Strict Liability) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือที่เรียกว่าเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิด (Presumption of responsibility) นั้น กฎหมายบัญญัติให้เป็นความรับผิดเด็ดขาดก็เฉพาะแต่ความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือสิ่งของอันตรายเท่านั้น มิได้บัญญัติให้ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ความรับผิดโดยเด็ดขาดแต่ประการใด



### 3.4 บทสันนิษฐานความผิด (Presumption of Fault) ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 422

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าหน้าที่ในการนำสืบในศาลว่าการกระทำใดเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยปกติตกเป็นหน้าที่ของฝ่ายซึ่งยื่นฟ้อง แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีตกเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องที่จะต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการกระทำที่ชอชอบด้วยกฎหมายแล้ว หรือมิฉะนั้นก็พิสูจน์ว่าตนเหตุแห่งความเสียหายนั้น ๆ เกิดจากบุคคลอื่น ก็จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 422 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืน เช่นนั้นท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ผิด"

บทบัญญัติมาตรา 422 นี้เป็นบทสันนิษฐานความผิดประการหนึ่ง กล่าวคือ ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้อื่นแล้ว ก็ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด หลักเกณฑ์ในมาตรา 420 ที่ว่ามีการกระทำโดยผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นอันสันนิษฐานได้ตามมาตรา 422 นี้ แต่หลักเกณฑ์ประการอื่น คือ ความเสียหายเป็นผลสืบเนื่องมาจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายนั้นยังคงต้องพิสูจน์ให้ได้ความต่อไป<sup>49</sup> กล่าวคือ โจทก์ต้องบรรยายฟ้องว่าจำเลยฝ่าฝืนกฎหมายใดอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์

การกระทำที่จะเข้าตามข้อสันนิษฐานของมาตรา 422 นี้ จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ กล่าวคือ

1. จะต้องเป็นการฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายมิใช่เพียงแต่เป็นการฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับเท่านั้น
2. จะต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ๆ มิใช่เพื่อปกป้องตัวผู้กระทำเอง หรือบัญญัติไว้เพื่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองตามธรรมดา ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนกฎหมายบางกรณีจึงไม่เข้าตามมาตรานี้ อย่างไรก็ตามดังได้กล่าวมาแล้ว มาตรา

<sup>49</sup> ไพจิตร ปุณณกันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 24.

422 เป็นเพียงข้อสันนิษฐานส่วนหนึ่งของมาตรา 420 เท่านั้น มิใช่สันนิษฐานว่าบุคคลนั้นกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอันจะต้องรับผิดทีเดียว ยังจะต้องมีการพิสูจน์ต่อไปให้ครบองค์ประกอบของกฎหมายด้วย

บทบัญญัติมาตรา 422 นี้ มีที่มาจากกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรค 2 ซึ่งมีข้อความเป็นภาษาอังกฤษว่า

"The same obligation is placed upon a person who infringes a statute intended for the protection of others. If, according to the provisions of the statute, an infringement of this is possible even without fault, the duty to make compensation arises only in the event of fault" <sup>50</sup>

มาตรา 823 วรรค 2 ถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "บุคคลผู้ซึ่งฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ จะต้องรับผิดเช่นเดียวกันภายในขอบเขตของกฎหมาย การฝ่าฝืนอาจเกิดขึ้นได้แม้ผู้กระทำผิดนั้นไม่มีความผิด แต่ผู้กระทำผิดจะต้องชดเชยค่าเสียหายก็ต่อเมื่อในกรณีผู้กระทำผิดกระทำโดยมีความผิดเท่านั้น"

บทบัญญัติมาตรา 823 วรรค 2 นี้ มีนักนิติศาสตร์ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายเยอรมันได้ให้ความเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 823 วรรค 2 นี้ ยังคงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของหลักความรับผิดทางละเมิด คือ หลักความผิด (Fault Principle) เสมอ <sup>51</sup> แต่มีนักนิติศาสตร์บางท่านมีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า ผู้กระทำการฝ่าฝืนบทบังคับของกฎหมายเช่นนี้ ต้องรับผิดในความ

<sup>50</sup> Ian S. Forrester, Simon L. Goren and Hans - Michael Ilgen, The German Civil Code, p. 135.

<sup>51</sup> Ryan K.W., An introduction to the Civil Law, p. 111 - 112.

เสียหายที่เกี่ยวไม่'เป็นข้อสันนิษฐานความผิด (Presumption of Fault)<sup>52</sup> สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรา 823 วรรค 2 น่าจะเป็นเรื่องข้อสันนิษฐานความผิดมากกว่าที่จะเป็นเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict or Absolute Liability)

ส่วนบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 422 นั้นจะเห็นได้ว่าบัญญัติไว้ชัดเจนว่าการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ผิดนั้นคือ เป็นข้อสันนิษฐานความผิดนั่นเอง ตกเป็นภาระหน้าที่ของจำเลยจะต้องนำสืบแก้ตัวว่าตนไม่ผิด (กรณีมิใช่ความรับผิดโดยเคร่งครัด) ทั้งนี้ด้วยเหตุที่ว่าการฝ่าฝืนบทบังคับของกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้อื่นถือว่าเป็นการขัดต่อปทัสถานทางสังคม (Norms) หรือ "มาตรฐานแห่งความประพฤติ" (Standard of Behaviours) ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยนำมากำหนดเป็นมาตรฐานโดยตัวบทกฎหมายอันจะเกิดเป็นสภาพบังคับทางกฎหมาย ผู้ใดฝ่าฝืนยอมรับฟังได้ว่าการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนนั้นขัดต่อมาตรฐานแห่งความประพฤติ และถือได้ว่าเป็นการอันมิชอบ<sup>53</sup> ดังนั้นจึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด

ปัญหาว่าอย่างไรเป็น "กฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ๆ" เรื่องนี้เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดลงไปอย่างเด่นชัด เหตุเพราะกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายใด ส่วนใหญ่จะมีที่ประสงค์จะปกป้องบุคคลทั้งสิ้นที่เห็นได้ชัดก็คือ กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับความสุขของบ้านเมืองเกี่ยวข้องกับคนทั่วไป เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายจราจร กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายควบคุมการค้าและป้องกันการผูกขาด กฎหมายแรงงานเหล่านี้เป็นกฎหมายที่ปกป้องบุคคล แต่เราจะให้ความหมายที่แท้จริงของกฎหมายบทบัญญัติในมาตรา 422 นี้ ได้อย่างไร ศาลเยอรมันยอมรับว่า กฎหมายตามมาตรา 823 วรรค 2 นี้ มีความหมายถึง กฎ หรือระเบียบใด ๆ ที่กำหนด

<sup>52</sup> จิตติ คิงส์ทีย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 237.

<sup>53</sup> คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ละเมิดแต่ไม่เลินเล่อ," บทบัญญัติ 39 (2525).

คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ละเมิดกับสังคม," อัยการนิเทศ 46 (2527).

ข้อปฏิบัติแห่งสังคมไว้ (rule refers to any kind of legal norm) เป็นกฎหมาย ตามความหมายของมาตรา 823 วรรค 2 นี้ แต่การกำหนดข้อปฏิบัติแห่งสังคมนั้นต้องมีวัตถุประสงค์ จะปกป้องบุคคลทุกคน มิใช่เพื่อความเรียบร้อยของสังคมสาธารณะแต่อย่างเดียว ดังนั้นถ้ากฎ หรือระเบียบใดออกมาเพื่อใช้บังคับเพื่อการปฏิบัติราชการที่คล่องตัวมากขึ้น หรือเพื่อสะดวกแก่การ ควบคุมการปฏิบัติตามกฎหมาย กฎหรือระเบียบนั้นไม่ใช่กฎหมายตามความหมายของมาตรา 823 วรรค 2 นี้<sup>54</sup> กฎหมายมาตรา 422 ของไทยก็ว่าจะตีความเช่นเดียวกันกับที่ศาลเยอรมันได้ วางแนวไว้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3063/2526 กฎกระทรวง ฉบับที่ 36 (พ.ศ. 2519) ออกตามความในพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2473 ข้อ 8 (5) ที่กำหนดให้ผู้รับ อนุญาตให้ประกอบการรับจ้างบรรทุกคนโดยสารได้ไม่เกิน 7 คน ในท้องที่กรุงเทพมหานคร ต้องไม่ ยินยอมให้ผู้ขับขี่ซึ่ง เป็นลูกจ้างของบริษัทจำกัดหรือสมาชิกของสหกรณ์หรือบุคคลอื่น เขารถของบริษัท หรือสหกรณ์ไปหารายได้นั้น มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อควบคุมการประกอบการรับจ้างบรรทุกคนโดยสาร ของผู้ที่ได้รับใบอนุญาต มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลภายนอก หากผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ ประกอบการฝ่าฝืนกฎกระทรวง โดยนำรถของตนไปให้บุคคลอื่น เขารายได้ก็อาจได้รับโทษตามที่ กฎหมายบัญญัติไว้ หรืออาจถูกนายทะเบียนยานพาหนะสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการเท่านั้น ผู้รับอนุญาตให้ประกอบการหาจ้ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่ผู้เช่าได้กระทำขึ้นไม่

ในแง่ของกฎหมายควบคุมวิชาชีพที่มีอยู่ในปัจจุบัน เฉพาะในประเทศไทยนั้นยังไม่อาจถือ ได้ว่าจะเป็นบทกฎหมายที่มีไว้เพื่อปกป้องบุคคลอื่นได้ทุกฉบับ คงต้องพิจารณาในรายละเอียดว่า กฎหมายควบคุมวิชาชีพฉบับใดที่มีบทบัญญัติถึง เกณฑ์มาตรฐานที่เป็น Norms ซึ่งจะปรับบทตาม มาตรา 422 ได้ และเป็นประโยชน์แก่โจทก์

<sup>54</sup> สุขุม ศุภนิคย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 61.