

บทที่ 2

พัฒนาการและแนวคิดกฎหมายลักษณะละเมิด

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้วางหลักทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดฐานละเมิดไว้ว่า การกระทำให้ผู้อื่นเสียหายโดยผิดกฎหมาย ข่อมเป็นมูลหนี้ประการหนึ่งที่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ซึ่งความเสียหายนั้นเป็นหลักที่จะต้องมิเพื่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิด และความเสียหายที่อ้างต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สินหรือสิทธินอกกองทรัพย์สิน ซึ่งเรียกว่า “ค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน” ก็ได้

2.1 พัฒนาการของกฎหมายละเมิด

2.1.1 ลักษณะกฎหมายละเมิด

ละเมิดเป็นการกระทำที่ล่วงสิทธิผิดหน้าที่จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันเป็นความรับผิดทางแพ่งประเภทหนึ่ง ซึ่งแต่เดิมเรียกว่า “การประทุษร้ายทางแพ่ง” จนมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเรียกว่า “ละเมิด” โดยหนี้ อันเป็นความรับผิดในทางแพ่งนี้ เกิดได้โดย “นิติกรรม” และ “นิติเหตุ” หนี้ในทางนิติกรรมเกิดจากการกระทำอันชอบด้วยกฎหมาย ด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติไว้ ซึ่งได้แก่นิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมสองฝ่าย หรือที่เรียกว่าสัญญาตามลักษณะทั่วไปในบรรพ 2 ลักษณะ 2 หรือเอกเทศสัญญาตามบรรพ 3 เป็นต้น ส่วนหนี้ในทางนิติเหตุเป็นหนี้ที่ผู้กระทำมิได้สมัครใจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล แต่เกิดขึ้นโดยกฎหมายบังคับ คือ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง लागиควรได้ ซึ่งบัญญัติไว้ในบรรพ 2 เช่นเดียวกัน ทรัพย์สิน ครอบครอง และมรดก ตามบรรพ 4, 5, 6 รวมตลอดทั้งหนี้ภาษีอากร การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ตามกฎหมายอื่น เป็นต้น¹

¹ เติ้ง เห่งนิติ. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. หน้า 1-2.

ในเรื่องความรับผิดชอบแบ่งเป็นหลายประเภท เรียกว่า ความรับผิดชอบศีลธรรม ความรับผิดชอบทางกฎหมาย ความรับผิดชอบทางกฎหมายยังแบ่งเป็น ความรับผิดชอบอาญาและความรับผิดชอบทางแพ่ง ความรับผิดชอบทางแพ่งยังแบ่งเป็น ความรับผิดชอบสัญญาและความรับผิดชอบละเมิด

2.1.2 ความรับผิดชอบอาญาและทางแพ่ง

แนวแบ่งแยกระหว่างความรับผิดชอบอาญาและความรับผิดชอบทางแพ่ง กฎหมายที่จะทำให้เกิดความรับผิดชอบขึ้นได้นั้นมีอยู่สองประเภท คือ กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายมหาชน มีวัตถุประสงค์คุ้มครองป้องกันความปลอดภัยของสมาคมมนุษย์ ส่วนกฎหมายแพ่งนั้นเป็นกฎหมายเอกชนมีวัตถุประสงค์คุ้มครองป้องกันสิทธิของเอกชนที่มีต่อกัน กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งจึงมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน และเป็นเหตุให้เราเข้าใจความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบอาญาและความรับผิดชอบทางแพ่งด้วย

สำหรับความรับผิดชอบทางแพ่งและโดยเฉพาะว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดนั้น ปัญหาว่า จะต้องมีความเสียหายแก่เอกชนเป็นประเด็นสำคัญยิ่งนัก หากฟ้องเรื่องความรับผิดชอบละเมิด ไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายแก่ใจทักแล้ว จะต้องยกฟ้องทันที หากดูต่อไปว่าความเสียหายแก่เอกชนในความรับผิดชอบละเมิดสำคัญเพียงใด แต่สำหรับความผิดทางอาญานั้น การวินิจฉัยว่าการกระทำใดมีความเสียหายแก่ชุมชนหรือไม่ขึ้นอยู่กับผู้ร่างกฎหมาย เนื่องจากข้อแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบอาญาและความรับผิดชอบทางแพ่งในเรื่องประเภทความเสียหายต่างกัน จึงมีผลแตกต่างกัน²

เหตุที่ผู้รับผิดชอบอาญาต้องได้รับโทษ ทำให้เขาเสียเสรีภาพหรืออาจถึงเสียชีวิต จึงได้มีหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญาซึ่งใช้บังคับอยู่ หลักเกณฑ์นี้กล่าวว่า “ไม่มีกฎหมายข่ม ไม่มี การลงโทษ” หมายความว่า จะไม่มีความรับผิดชอบอาญาอย่างใด หากไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าผิด และกำหนดโทษไว้โดยเฉพาะ เพราะผลความรับผิดชอบอาญานั้นรุนแรงมาก หากไม่มีหลักดังกล่าว บัญญัติไว้ มนุษย์จะรู้สึกไม่แน่ใจในการกระทำของคนว่าจะมีความผิดหรือไม่ และจะปล่อยให้ผู้พิพากษามีอำนาจเกินไป ผู้พิพากษาจะตีความในกฎหมายอาญาอย่างฟุ่มเฟือยและลงโทษจำคุกได้อย่างง่าย ๆ เสรีภาพของมนุษย์จะถูกจำกัดเกินควร

² จีค เทรมบูตท. (2545). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. หน้า 21 - 22.

2.1.3 ละเมิดกับความผิดทางอาญา

ในการเปรียบเทียบระหว่างการกระทำละเมิดกับความผิดทางอาญา คือความรับผิดทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกันอย่างไร จึงไม่เกี่ยวข้องกับว่าจะถือว่ามีความผิดทางอาญาหรือความรับผิดทางละเมิดหรือไม่ ซึ่งเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก จึงไม่ใช่เรื่องเอาความรับผิดที่มีขึ้นแล้ว ไปเปรียบเทียบกับความรับผิดที่ยังไม่เกิดขึ้น หรือยังไม่มี ความรับผิด

ละเมิดเป็นการประทุษร้ายหรือการกระทำผิดทางแพ่งอย่างหนึ่ง มีความแตกต่างกับการกระทำผิดทางอาญา ความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะแห่งการเสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือทางอาญามีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษผู้กระทำผิด โทษที่ได้รับก็มี ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน เป็นต้น ส่วนทางแพ่งนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้คนที่ต้องเสียหายบังคับสิทธิของตนเอาแก่ผู้ก่อความเสียหาย หรือผู้ต้องรับผิด เป็นการบังคับเอาโดยให้คืนสู่สภาพก่อนมีการละเมิดเกิดขึ้นเท่าที่จะเป็นไปได้ เช่น เอาทรัพย์สินเขาไปก็ต้องคืนทรัพย์สินนั้นแก่เขา ถ้าหากไม่อาจเป็นไปได้อีกก็ให้ได้รับการเยียวยาเป็นค่าเสียหายในความเสียหายที่ได้รับ เช่น ถ้าคืนทรัพย์สินไม่ได้ดังกล่าว ก็ต้องชดเชยเงินเป็นค่าเสียหาย

ในความรับผิดทางละเมิด ผู้กระทำเพียงแต่มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ส่วนความผิดทางอาญานั้น โดยปกติผู้กระทำจะต้องมีเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 จึงจะถือว่ามีความผิด จึงเข้าใจว่าเจตนาในทางอาญากับจงใจในทางแพ่งนั้น เจตนาทางอาญาย่อมมีระดับสูงกว่าจงใจทางแพ่ง หากมีความพหุคติกันไม่ แม้จะมีจงใจทางแพ่ง แต่ก็หาเจตนาทางอาญาเสมอไปไม่ เพราะเจตนาในทางอาญานั้น หมายถึงกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะที่เขยื้อนผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลนั้น ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำมิได้ ส่วนจงใจในทางแพ่งนั้น เพียงแต่รู้สำนึกถึงผลเสียหายอันจะเกิดจากการกระทำของตนเท่านั้น ก็เป็นจงใจแล้ว

ในทำนองเดียวกัน กรณีประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง ซึ่งในทางอาญาเรียกว่าประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาทนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก ระดับแห่งความประมาทเลินเล่อทางแพ่งและประมาททางอาญา หากเท่าเทียมกันไม่ ในทางแพ่งที่ว่า “ประมาทเลินเล่อ” หมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจ³ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรโดยเทียบกับระดับแห่งความระมัดระวังของคนธรรมดาซึ่งอยู่ในฐานะ

³ ไพจิตร บุญญพันธุ์. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 47-48.

ของผู้กระทำและคำนึงถึงพฤติการณ์อื่นประกอบด้วย ส่วนทางอาญานั้นกระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำด้วยความมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ ให้เพียงพอไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ประมาททางอาญาย่อมเป็น ประมาทเลินเล่อทางแพ่ง แต่ประมาทเลินเล่อทางแพ่งอาจไม่เป็นประมาททางอาญาก็ได้ เพราะ ในทางอาญามุ่งหมายถึงการไม่ระมัดระวังถึงขนาดที่จะเป็นภัยแก่ชุมชน จึงหาทางป้องกันโดย กำหนดโทษไว้⁴

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ความรับผิดชอบทางอาญาดังกล่าวต้องมีเจตนา แต่หากการกระทำโดยเจตนา เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหาย จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดในทางแพ่งหรือไม่นั้น กรณี ดังกล่าวต้องพิจารณาคำว่า “ละเมิด” ซึ่งหมายถึงการล่วงเกิน กล่าวคือ เมื่อมีการยินยอมกันแล้ว ก็ย่อมไม่เป็นการล่วงเกิน ไม่เป็นละเมิด แต่มีหลักกฎหมายทั่วไปอยู่ว่า “ความยินยอมไม่ทำให้ เป็นละเมิด” หลักดังกล่าวมีความหมายว่า บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่ง หรือบุคคลซึ่งเข้า เสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำ หรือความเสียหายนั้นไม่ได้ และจำเลย ยกเป็นข้อต่อสู้ได้ ในกรณีที่มีการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย หรือทรัพย์สินเสียหาย ความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อร่างกาย หรือทรัพย์สิน และถือว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้นเลย

ในกรณีที่ความยินยอมของผู้เสียหายมีส่วนเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาอยู่ด้วย ปัญหาจึงมีต่อไปอีกว่า การยินยอมต่อความผิดอาญา ผู้กระทำละเมิดจะยกเป็นข้อต่อสู้ในทางแพ่งได้ หรือไม่นั้น โดยปกติบุคคลเมื่อรับผิดชอบทางอาญาก็มักจะรับผิดชอบทางแพ่งด้วย แต่ก็ไม่เสมอไป เพราะความผิดทางอาญามีได้ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือละเมิดสิทธิของใครก็ได้ เช่น การเล่นพนันโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น จึงเพียงแต่มีผิดรับโทษทางอาญานั้น การที่บุคคล ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ก็มีได้หมายความว่า จะต้องรับผิดชอบทางอาญาดัง ผู้กระทำย่อมรับผิดชอบทางแพ่ง เท่านั้น การพิจารณาถึงความรับผิดชอบ ก็พิจารณาตามบทกฎหมายต่างกัน เพราะความรับผิดชอบทางอาญา และทางแพ่งมีสภาพต่างกัน มีความมุ่งหมายในการที่บัญญัติขึ้นต่างกัน ในทางอาญาการกระทำ ความผิด เป็นการกระทำที่ทำลายความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การลงโทษ ก็เพื่อการปราบปราม ส่วนทางแพ่งเป็นบทบัญญัติเพื่อให้เป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเกิด

⁴ แท่งเดิม. หน้า 48.

แก่เอกชนผู้ต้องเสียหาย ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีเหตุอะไรที่จะเอาบทบัญญัติ หรือข้อวินิจฉัยทางอาญามาจริงใจในทางแพ่ง

ความยินยอมต่อการกระทำทางอาญา จะนำมาเป็นข้อต่อสู้ทางแพ่งได้หรือไม่นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติไว้ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” ซึ่งอาจทำให้เห็นได้ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดทางอาญาย่อมตกเป็นโมฆะ เพราะเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยเหตุที่ต้องแยกความรับผิดทางแพ่งกับทางอาญาออกจากกัน เพราะมีบทบัญญัติให้รับผิดต่างกันดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ความยินยอมนั้น จะเป็นความยินยอมต่อการกระทำผิดทางอาญาและร้ายแรงสักเพียงไร ในทางแพ่งก็ยังคงเอาความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทำให้ไม่ต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งได้

2.1.4 ละเมิดกันัญญา

เพื่อให้เข้าใจความรับผิดทางละเมิด ควรเข้าใจว่าความรับผิดทางแพ่งนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ชนิด ได้แก่ ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด และคนเข้าใจว่าความรับผิดทางแพ่งหมายถึงกรณีใด กล่าวคือ มีการกระทำของบุคคลทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายนี้ต้องเป็นความเสียหายแก่เอกชน และกฎหมายบังคับให้บุคคลผู้เป็นต้นเหตุแห่งการกระทำนั้นใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย กฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องความรับผิดทางแพ่งนี้ ก็ได้แก่กฎหมายแพ่ง

ส่วนความรับผิดทางแพ่งอีกประเภทหนึ่ง คือ ความรับผิดเรื่องด้วยการไม่ชำระหนี้ หรือชดเชยให้เข้าหลักนิติศาสตร์ คือ ความรับผิดทางสัญญา⁵ แต่อย่างไรก็ดี ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด มีข้อแตกต่างกันอยู่บ้าง ทั้งนี้ก็เนื่องจากเหตุว่า ความรับผิดทางสัญญาว่าถึงกรณีที่มิหนึ่ผูกพันนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้จัดขึ้นอยู่ก่อนแล้ว ก่อนเกิดความรับผิดต่างได้ตกลงกันแล้วถึงหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน ส่วนความรับผิดทางละเมิดนั้น ไม่มีหนี้หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้จะกระทำการจัดขึ้นและผู้จะเสียหายแต่อย่างใด⁶

ความรับผิดทางละเมิดต่างกับความรับผิดทางสัญญานั้น อาจกล่าวได้ว่า การผิดสัญญาเป็นการล่วงสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคล ถ้าเป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลหนึ่งหรือหลายคนโดย

⁵ จี๊ด เศรษฐบุตร. (2545). หั้คคกฎหมายแพ่งลักณะละเมิด. หน้า 34.

⁶ แถ่งคิม. หน้า 37.

เฉพาะแล้วก็ไม่เป็นละเมิด⁷ เพราะความรับผิดเพื่อละเมิดเกิดจากการล่วงละเมิดหน้าที่ (breach of a duty) มิใช่การใช้สิทธิและหน้าที่นั้นกฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้นแรก หน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นโดยทั่วไป (general) และการทำผิดหน้าที่นี้ย่อมฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายกันได้ ที่ว่าเป็นการล่วงละเมิดหน้าที่นั้น หมายความว่า บุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาทำละเมิด ผู้ใดมาทำจึงเป็นการล่วงละเมิดของเรา เป็นการผิดหน้าที่ที่มีต่อเรา บุคคลจะก่อการละเมิดโดยการตกลงมิได้ ท้ายที่สุดที่จะถือว่าเป็นละเมิดได้นั้น จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น⁸ ดังนั้น ข้อแตกต่างระหว่างละเมิดและผิดสัญญาข้อหนึ่งแต่ลักษณะของประโยชน์ที่จะคุ้มครอง กล่าวคือ หน้าที่ในลักษณะละเมิดได้ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายเป็นเบื้องต้นแรก แต่หน้าที่ตามสัญญานั้น คู่สัญญาเป็นฝ่ายกำหนดขึ้นเองในลักษณะละเมิดหน้าที่นั้นย่อมมีต่อบุคคลทั่วไป ส่วนตามสัญญาหน้าที่ย่อมมีต่อบุคคลหนึ่งหรือหลายคนโดยเฉพาะตามที่ระบุไว้ในสัญญา ความรับผิดทางละเมิดนั้น จะต้องมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งกรณีไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้อันมีอยู่ตามสัญญา ไม่ต้องการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความรับผิดทางละเมิดเป็นการบังคับความประพฤติปฏิบัติของบุคคลระหว่างกัน อันไม่เกี่ยวกับสัญญาซึ่งผูกพันระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น ส่วนความรับผิดทางสัญญา การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้าหรือไม่ถูกต้องความความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ จำกัดเฉพาะหนี้ที่ตนเป็นผู้ก่อสัญญาขึ้น ซึ่งตนจะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้เท่านั้น ถ้าหากเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ หรือได้รับชำระหนี้ไม่ตรงกับมูลหนี้ ลูกหนี้ก็ต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญา ถ้าหากไม่อาจเป็นไปได้ก็ต้องถูกบังคับให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้เจ้าหนี้เพื่อความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ⁹

ตามที่ได้กล่าวถึงความแตกต่างระหว่างละเมิดกับผิดสัญญา จึงอาจมีความยุ่งยากเกิดขึ้นเมื่อการกระทำผิดอันเดียวกันเป็นทั้งผิดสัญญาและละเมิด เพราะการกระทำอันเดียวกันอาจเป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญาในขณะเดียวกันได้ มิใช่ว่าถ้าเป็นละเมิดแล้วจะไม่ทำให้เป็นผิดสัญญา โดยปกติความรับผิดทางสัญญาและละเมิดต่างก็อยู่คนละส่วนกัน แต่ในพฤติการณ์บางกรณีอาจเกิดขึ้นพร้อมกันก็ได้ การที่มีสัญญาอยู่ระหว่างคู่กรณีนั้น อาจเป็นช่องโอกาสทำให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นได้ จึงมีความรับผิดเกิดขึ้นทั้งสองกรณี

⁷ ไพจิตร บุญพันธุ์. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.

หน้า 49.

⁸ แท่งเดิม. หน้า 1-2.

⁹ แท่งเดิม. หน้า 49.

มีหลายกรณีที่บุคคลผูกพันตนโดยสัญญาที่จะทำหน้าที่บางอย่างซึ่งขึ้นอยู่กับตน นอกเหนือไปจากที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาด้วยแล้ว และไม่เกี่ยวกับสัญญาเลข เมื่อผิดสัญญานั้นก็ย่อมเป็นละเมิดด้วย โดยที่ในกรณีเช่นนั้น ความรับผิดชอบทางละเมิดอาจจะมีขึ้นได้เช่นเดียวกัน แม้หากจะไม่มีสัญญาเลข การผิดสัญญาอาจจะเป็นละเมิดในตัวเองได้ ถ้าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดของผู้อื่นด้วย กล่าวคือ ทำให้มีผลเสียหายแก่ตัวบุคคลหรือทรัพย์สินด้วย เช่น ผิดสัญญาในข้อที่ว่า ผู้ยืมมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมไปอันเป็นการยืมใช้คงรูป หรือไม่ยอมคืนทรัพย์สินนั้นแก่เขาก็ย่อมเป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญา ผิดสัญญาก็โดยเหตุที่ว่า ได้มีข้อสัญญาจะต้องคืนทรัพย์สินภายในกำหนดเวลา หรือเมื่อได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้นเสร็จแล้ว และเป็นละเมิดก็เพราะบุคคลใดย่อมไม่อาจยึดถือทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิ หรือแพทย์ซึ่งรับรักษากันไข้โดยสัญญา ปฏิเสธไม่ยอมรักษาย่อมเป็นผิดสัญญาอย่างเดียวกัน แต่ถ้ามารักษาและคนไข้กลับได้รับความเสียหายเนื่องจากการรักษาโดยประมาณเกินเลื้อของแพทย์ย่อมเป็นทั้งผิดสัญญาและละเมิด ผิดสัญญาในแง่ที่ว่า แพทย์มีหน้าที่ต้องรักษากันไข้ให้หายตามสัญญา และเป็นละเมิดในแง่ที่แพทย์ทำการรักษาโดยประมาณเกินเลื้อทำให้คนไข้ได้รับความเสียหาย

2.2 แนวคิดกฎหมายลักษณะละเมิด

แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิด ยึดถือหลักที่ว่า เมื่อมีความเสียหายต้องมีการชดเชยเยียวยาความเสียหายดังกล่าว ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย ดังนั้น ความรับผิดชอบในแนวคิดนี้ไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายในจิตใจของผู้กระทำ แต่เมื่อมีผู้เสียหายจะต้องมีผู้ชดเชยความเสียหาย ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน หรือเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินก็ตาม

2.2.1 แนวคิดความรับผิดเพื่อละเมิด

กฎหมายลักษณะละเมิดมีบัญญัติอยู่ในบรรพ 2 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ เพราะการกระทำละเมิดเป็นมูลแห่งหนี้อย่างหนึ่งเช่นเดียวกับลักษณะสัญญาจัดการงาน นอกสั่ง ลาภมิควรได้ ซึ่งมีบัญญัติอยู่ในบรรพ 2 ด้วยกัน ความรับผิดเพื่อละเมิดเป็นนิติเหตุ กล่าวคือเป็นเหตุการณ์ที่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องรับผิด แต่มีข้อสังเกตว่ากฎหมายลักษณะละเมิดได้บัญญัติถึงว่า การกระทำนั้น จะต้องก่อให้เกิดความเสียหาย จึงจะเป็นการกระทำละเมิด อาจทำให้เข้าใจไปได้ว่า การก่อความเสียหายย่อมเป็นการก่อการละเมิดเสมอไป พึงเข้าใจว่าแม้จะเป็นการกระทำของมนุษย์ ถ้าหากเป็นการกระทำที่ไม่มีใครอาจป้องกันได้ ก็อาจเป็นเหตุสุดวิสัยได้

ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด เกิดจากการล่วงละเมิดหน้าที่ มีใช้การใช้สิทธิและหน้าที่นั้น กฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้น หน้าทีนี้เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นโดยทั่วไป และการทำผิดหน้าที่นี้ ข้อมฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายกันได้ ที่ว่าเป็นการล่วงละเมิดหน้าที่นั้น หมายความว่า บุคคลทั่วไป ข้อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาทำละเมิด ผู้ใดมาทำจึงเป็นการล่วงละเมิดของเรา เป็นการผิดหน้าที่ที่มีต่อเรา ส่วนการผิดสัญญา นั้น เป็นการล่วงละเมิดหน้าที่ส่วนบุคคล กล่าวคือ ถ้าเป็นหน้าที่ที่มีต่อ บุคคลหนึ่งหรือหลายคน โดยเฉพาะแล้วก็ข้อมไม่เป็นการละเมิด บุคคลจะก่อการละเมิดโดยการ ตกลงไม่ได้ ดังนั้น จะถือว่าเป็นละเมิดได้นั้น จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น

ความรับผิดชอบของบุคคลในการกระทำของตนเองมีบัญญัติไว้ตามมาตรา 420 ว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้น ทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นแม่บท เป็นบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในการกระทำของตนเอง ซึ่งหมายความว่า บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบจะต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ บุคคลใดที่กระทำการเข้าหลักเกณฑ์ดังบัญญัติไว้ในมาตรานี้ กฎหมายถือว่ากระทำละเมิด แต่ที่ว่าเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเองนั้น มิได้หมายความว่า เมื่อกล่าวถึงความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นแล้ว จะไม่มีการกระทำของบุคคลอื่นนั้นด้วย บุคคลอื่นนั้นก็ยังต้องกระทำและรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง อันเป็นละเมิดตามมาตรา 420 นี้

มาตรา 420 จะแยกพิจารณาหลักเกณฑ์แห่งการกระทำละเมิด ดังนี้

1. ความหมายของคำว่า “ผู้ใด” มีความหมายเบื้องต้นว่า ที่จะต้องว่าเป็นการกระทำละเมิดได้นั้น ต้องเป็นการกระทำของมนุษย์ ซึ่งหมายรวมถึงบุคคลทุกชนิด ไม่ว่าบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น หรือความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือสิ่งของด้วย ถ้าหากบุคคลที่ต้องรับผิดชอบนั้นมีการกระทำด้วย

2. การกระทำ การนึกคิดไม่ใช่การกระทำตามกฎหมาย แต่เป็นการฐานะทางจิตใจ เบื้องแรกอาจเข้าใจกันว่า การเคลื่อนไหวในอิริยาบถข้อมเป็นการกระทำ แท้จริงการเคลื่อนไหวดังกล่าวไม่ใช่การกระทำของบุคคล การกระทำหมายถึง การเคลื่อนไหวในอิริยาบถโดยรู้สำนึก ในการเคลื่อนไหวนั้น และผู้กระทำสามารถบังคับการเคลื่อนไหวได้ด้วย ถ้าหากเป็นการเคลื่อนไหวที่ไม่รู้สำนึกแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ จะเห็นได้จากความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “กระทำ... ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ”

มีข้อสังเกตว่า ผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน จะถือว่ามีอาการกระทำได้อย่างไร เพราะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 บัญญัติว่า บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดแล้วไม่ต้องรับโทษ ถ้ายังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ก็ต้องรับโทษ แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมายถือว่าบุคคลดังกล่าวได้กระทำความผิด เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษหรือศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่ศาลกำหนดไว้เพียงใดก็ได้เท่านั้น ซึ่งต้องเข้าใจว่าความสามารถหรือไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือบังคับตนเองได้นั้น ไม่เกี่ยวกับความรู้สำนึกในการเคลื่อนไหว หรือในการที่กระทำ ถ้ารู้สำนึกในการเคลื่อนไหวหรือในการที่กระทำแล้ว ก็เป็นการกระทำแต่เมื่อจะถือว่ามีอาการกระทำก็อาจเป็นการกระทำที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่องก็ได้ หรืออาจกระทำขณะที่ยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้างก็ได้ ส่วนที่ว่าจะยกเว้นไม่ต้องรับโทษ หรือศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดได้นั้น เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน เท่านั้น

3. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แม้ความจริงจงใจหรือประมาทเลินเล่อจะมีการกระทำด้วยก็ตาม จงใจหมายถึง รู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าจะเกิดผลหรือความเสียหายแล้ว ก็เป็นจงใจ ซึ่งไม่จำเป็นต้องรู้จากตัวผู้ที่ได้รับความเสียหาย

ประมาทเลินเล่อ หมายถึง ไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ รวมถึงในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย ความระมัดระวังที่ว่ามีต่างกับความระมัดระวังในความรับผิดชอบทางสัญญา ซึ่งกฎหมายวางระดับโดยทั่วไปไว้ในระดับของวิญญูชน เว้นแต่บางกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้ความระมัดระวังยิ่งหรือหย่อนกว่านั้น คืออาจไม่ถึงระดับความระมัดระวังอย่างวิญญูชนหรือเหนือกว่าก็ได้ ความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ระดับความระมัดระวังจะสมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำความเสียหายนั้น แตกต่างจากความรับผิดชอบทางสัญญา โดยต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะในสังคมเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย ความระมัดระวังจึงอาจแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์แห่งตัวบุคคล ไม่แน่นอนคงที่เหมือนกรณีความรับผิดชอบทางสัญญา¹⁰

เกี่ยวกับจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้น พึงสังเกตว่า ที่ว่ารู้สำนึกถึงผลเสียหายในกรณีจงใจก็ดี การไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้กรณีประมาทเลินเล่อก็ดี ไม่เกี่ยวกับความสามารถหรือไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือ

¹⁰ จิตติ ดิงศักดิ์. (2523). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. หน้า 474 - 475.

จิตพื้นเพือน เพราะแม้จะไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ก็ยังถือว่ารู้สำนึกถึงผลเสียหาย หรือไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้อยู่นั่นเอง เพราะถ้าผู้กระทำรู้ว่าได้กระทำอะไรลงไป เพียงแต่ไม่รู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับหรือยับยั้งตนเองได้ อาจเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อได้

คำว่า “ทำต่อบุคคลอื่น” ตามมาตรา 420 มิได้หมายความว่าแต่เพียงการกระทำในทางเคลื่อนไหวหรือวิยาบถ เท่านั้น ยังหมายถึงการกระทำความผิดกระทำอีกด้วย แต่ก็เป็นกรณการกระทำความผิดหรือละเว้นไม่กระทำการที่มีหน้าที่ต้องทำ หน้าที่นี้อาจเกิดจากกฎหมายก็ได้ หรือเกิดจากสัญญา หรือเกิดจากความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายก็ได้ หรือเป็นผลมาจากฐานะทางข้อเท็จจริงซึ่งผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้น ในข้อที่ว่าหน้าที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย หรือฐานะทางข้อเท็จจริงซึ่งผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้นนั้น เช่น แพทย์ประจำโรงพยาบาลระหว่างเดินทางกลับบ้านเห็นผู้ป่วยเจ็บก็เข้าช่วยเหลือรักษาพยาบาลอันมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญา หากกระทำความผิดไม่ทำหน้าที่ต่อไปให้ตลอด ก็ย่อมเป็นการกระทำความผิดต่อบุคคลที่อยู่ในฐานะอันสามารถควบคุมสิ่งของหรือบุคคลใดเพื่อความปลอดภัยของบุคคลอื่น ย่อมมีหน้าที่ต้องทำการตามสมควรเพื่อความปลอดภัยของบุคคลอื่น¹¹

4. โดยผิดกฎหมาย นอกจากมีการกระทำและการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์อีกว่า จะต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ที่ว่า “โดยผิดกฎหมาย” นั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กฎหมายอาญาบัญญัติว่า การกระทำความผิดอันใดเป็นความผิด ก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีปัญหา แต่ความรับผิดฐานละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า การกระทำความผิดอันใดถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย โดยหลักความรับผิดทางละเมิดเกิดจากผิดหน้าที่ ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เป็นเบื้องต้น คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 อาจทำให้เข้าใจผิดไปได้ว่า ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า การกระทำความผิดใดเป็นความผิดแท้จริง คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามมาตรา 420 นี้ มีความหมายแต่เพียงว่ามีข้อขัดแย้งกฎหมาย

5. มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น แม้จะมีการกระทำโดยผิดกฎหมาย ก็มีได้หมายความว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นเสมอไป เมื่อความเสียหายยังมิได้เกิดขึ้น ก็ยังไม่เป็นการละเมิด จะเป็นการละเมิดก็ต่อเมื่อการที่ได้กระทำลงนั้นมีผลให้เกิดความเสียหาย ที่ว่าเกิดขึ้นนั้นต้องเกิดขึ้นจริง ๆ คือความเสียหายมีอยู่ หรือได้มีอยู่แล้วขณะที่ฟ้องร้องให้รับผิดชอบนั้น ไม่เพียงแต่น่าจะเป็นอันตราย

¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 478.

หรือน่าจะเกิด หรือน่าจะเสียหายอย่างหนักที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา กล่าวคือ เพียงแต่คาดหมายว่า จะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้น ไม่ถือว่าเป็นความเสียหาย ตามมาตรา 420 อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นความเสียหาย คงต้องอาศัยการวินิจฉัยของบุคคลธรรมดา หรือปกติชนที่คิดเห็นโดยชอบในสังคมเป็นมาตรฐาน

มาตรา 420 มีความว่า “.....ทำต่อบุคคลอื่นให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี...” ดูคล้ายกับเป็นการจำกัดว่า ต้องเป็นการเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ฯลฯ ดังที่บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น แท้จริงมนุษย์เราอยู่ในสังคมของบ้านเมืองด้วยสิทธิของปวงชน ฉะนั้นความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน ย่อมหมายถึงความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลทั้งสิ้น เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพและทรัพย์สิน สิ่งเหล่านี้จึงอยู่ในความหมายของคำว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 อยู่แล้วนั่นเอง ฉะนั้นที่ว่า “ทำต่อบุคคล” นั้น ก็หมายความว่า ทำต่อสิทธิของบุคคล ว่ากันที่จริง จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติคำว่า ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพและทรัพย์สิน จึงบัญญัติไว้แต่เพียงคำว่า “สิทธิ” คำเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้ว ซึ่งย่อมรวมถึงสิทธิในชื่อเสียง หรือเกียรติคุณ ทางท่ามาหาได้ หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 423

ความเสียหายอันเป็นมูลค่าความผิดฐานละเมิดนั้น อาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้หรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินก็ได้ ความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ หมายถึง ความเสียหายที่ไม่มีรูปร่าง มองไม่เห็นอย่างชนิดที่มีรูปร่างทางร่างกายหรือทรัพย์สิน การที่มีมาตรา 446 ซึ่งบัญญัติถึงสิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ในการที่ทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย อนามัยและเสรีภาพ และหญิงที่ต้องเสียหายเพราะการกระทำผิดอาญาเป็นทุณษีกรรมไว้ด้วยนั้น ไม่หมายความว่า ตามมาตรา 420 นั้น จะเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินไม่ได้ เพียงแต่มาตรา 446 เป็นบทขยายของมาตรา 420 ซึ่งให้สิทธิแก่ผู้ต้องเสียหายจะเรียกเอาหรือไม่ด้วยก็ได้เท่านั้น แต่สิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินดังกล่าวนี้ ย่อมรวมทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงินด้วย เช่น เมื่อทำให้ค้ายันตี อันเป็นการทำให้เสียหายถึงแก่ชีวิต ก็ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน แต่เมื่อค้ายันตีแล้ว ย่อมไม่มีความเสียหายที่เป็นตัวเงินดังกล่าวเกิดขึ้นได้ไปในตัว มีแต่ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน แต่ในกรณีทำให้คายนั่น ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอื่น ๆ ตามมาตรา 443 บรรคแรก นั้น ก็ย่อมเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน แต่ถ้ายังไม่ค้ายันตีก็ได้แก่

คำรักษาพยาบาล ค่าเสียหายที่ต้องขาดประโยชน์ที่ตามมาได้ เพราะไม่สามารถประกอบการทำงานนั้น ก็เป็นค่าเสียหายในความเสียหายที่เป็นตัวเงินทั้งสิ้น

6. ความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำของผู้ทำความเสียหาย ตามหลักเรียกว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล หรือระหว่างความผิดกับความเสียหาย ไม่มีหลักแน่นอนที่จะปรับแก้กรณีต่าง ๆ ได้ทั่วไปทุกกรณี เพราะอะไรเป็นเหตุของอะไรนั้น เป็นปัญหาทางธรรมชาติ หรือตามข้อเท็จจริง ไม่ใช่ปัญหากฎหมาย มาตรา 420 มิได้บัญญัติว่า จะต้องรับผิดชอบในผลอย่างไร แต่ผลบางอย่างอันสืบเนื่องมาจากการกระทำของตน ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งโดยปกติไม่มีทางที่จะเกิดจากการกระทำของตน จึงต้องหาหลักเกณฑ์ปรับแก้ปัญหาต่าง ๆ ว่า ผลที่จะต้องรับผิดชอบนั้น ควรอยู่ในขอบเขตอย่างไร ปัญหาข้อนี้ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยอาศัย ตรรกวิทยา ความคิดธรรมดา ความยุติธรรม และบรรทัดฐานที่มีมา เป็นตัวอย่าง ตามที่ได้มีผู้ซึ่งได้เคยใช้วิธีพิจารณาพิจารณาถึงความเห็นวินิจฉัยเป็นแบบอย่างว่า ในกรณีนั้น ๆ ควรมีความรับผิดชอบหรือไม่ เพียงใด¹²

การร่วมกันทำละเมิด ตามมาตรา 432 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลหลายคนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยร่วมกันทำละเมิด ท่านว่าบุคคลเหล่านั้นจะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงกรณีที่ไม่สามารถสืบรู้ตัวได้แน่ว่า ในจำนวนที่ทำละเมิดร่วมกันนั้น คนไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย

อนึ่ง บุคคลผู้ย่งส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการทำละเมิด ท่านก็ให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันด้วย

ในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น”

ที่ว่าร่วมกันกระทำละเมิดนั้น ไม่ใช่กรณีความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น การร่วมกันทำละเมิดย่อมเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเองตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 และเป็นเรื่องบุคคลหลายคนร่วมกันทำละเมิด ไม่ใช่เรื่องใช้บุคคลเป็นเครื่องมือกระทำละเมิด ไม่ใช่เรื่องคนร่วมด้วยสัตว์ก่อความเสียหาย

ความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำละเมิดของบุคคลหลายคน โดยที่ไม่ใช่กรณีร่วมกันกระทำละเมิดและความเสียหายนั้นแยกกันได้ บุคคลเหล่านั้นต่างก็ย่อมรับผิดชอบในผลที่แต่ละคนต่างได้ก่อขึ้น สำหรับการรับผิดชอบนั้น ศาลก็ย่อมกำหนดให้แต่ละคนชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามควร

¹² แหล่งเดิม. หน้า 490.

แห่งพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ตามมาตรา 438 ไม่ใช่กำหนดให้ทุกคนร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามมาตรา 432 วรรคแรก ที่ว่าให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดก็เพราะในกรณีที่ว่านี้ การที่ผู้เสียหายถูกทำร้ายมาก่อนแล้วนั้นย่อมเป็นพฤติการณ์ที่ศาลจะต้องคำนึงถึงด้วยส่วนหนึ่งในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน

การร่วมกันทำละเมิดต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนา หรือมุ่งหมายร่วมกัน ไม่ใช่เพียงมีเจตนาคล้ายคลึงหรือทำนองเดียวกัน ไม่ใช่เพียงกระทำการในเวลาเดียวกันพร้อม ๆ กัน นอกจากนี้จะต้องมีการกระทำร่วมกัน เพื่อความมุ่งหมายร่วมกัน

ตามมาตรา 432 วรรคแรก ตอนท้ายที่ว่า “ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงกรณีที่ไม่สามารถสืบรู้ตัวได้แน่ว่า ในจำพวกที่ทำละเมิดร่วมกันนั้น คนไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย” กล่าวคือ แม้จะไม่ได้รู้ตัวได้แน่ว่า ในจำพวกที่ร่วมกันทำละเมิดนั้น ใครเป็นผู้ก่อความเสียหายอันใด ก็จะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น แล้วพึงระวังว่าต้องเป็นกรณีที่ได้รับความว่า เป็นการที่บุคคลหลายคนก่อความเสียหายโดยร่วมกันทำละเมิด ไม่ใช่เรื่องต่างคนต่างก่อความเสียหายโดยไม่ร่วมกัน

ตามมาตรา 432 วรรคสอง จะเห็นได้ว่า การยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการทำละเมิดมิใช่การร่วมกันกระทำละเมิด แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นการร่วมกันทำละเมิด ในการที่จะวินิจฉัยว่าอย่างไรเป็นการยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการกระทำละเมิด มีความจำเป็นในข้อที่ว่าต่างกับการร่วมกันกระทำละเมิดอย่างไร เพราะกฎหมายให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกัน โดยโยงไปบังคับกันตามมาตรา 432 วรรคแรก อยู่แล้ว บุคคลผู้ยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการกระทำละเมิดมีความหมายเทียบได้กับผู้ร่วมในการกระทำผิดและผู้สนับสนุนในการกระทำผิดคิด ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84, 85 และ 86 แม้เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือ ซึ่งเทียบได้กับผู้สนับสนุน การกระทำผิดก็ต้องรับผิดชอบร่วมกันในผลแห่งละเมิดเช่นเดียวกัน

กรณีที่บุคคลหลายคนได้ร่วมกันกระทำละเมิด กฎหมายมุ่งหมายถึงการกระทำมิได้ดูผลแห่งความเสียหายว่าแยกกันได้หรือไม่ แม้หากจะไม่ว่าในระหว่างผู้ร่วมกันทำละเมิดนั้น ผู้ใดทำอะไรลงไปบ้าง หรือผู้ใดทำให้เกิดความเสียหายมากน้อยเพียงใด ทุก ๆ คน ก็ต้องรับผิดชอบร่วมกันในผลแห่งละเมิดนั้น เสมอจำนวนความเสียหาย จะแก้ตัวอ้างเหตุให้พ้นจากความผิด ตามมาตรา 432 หาได้ไม่

ความรับผิดชอบของผู้ร่วมกันทำละเมิดเป็นหนี้ร่วมต่อผู้เสียหาย ตามมาตรา 291 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นสิทธิของผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าหนี้ จะเรียกชำระค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิดแต่คนใดคนหนึ่งโดยสิ้นเชิง หรือแต่โดยส่วนก็ได้ตามแต่จะเลือก

ผู้กระทำละเมิดร่วมทุกคนยังคงผูกพันอยู่ทั่วทุกคนจนกว่าหนี่จะได้ชำระเสร็จสิ้นเชิง ส่วนตาม มาตรา 432 วรรคสาม นั้น เป็นบทบัญญัติว่าด้วยส่วนแบ่งความผิดรับในเมื่อมีการเรียกร้องระหว่าง ผู้ต้องรับผิดชอบร่วมกัน มิใช่บทบัญญัติให้เป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันแบ่งแยกกันใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้ผู้เสียหายรับไปตามส่วนของผู้ต้องรับผิดชอบแต่ละคน และใช้เฉพาะระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่ง ต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ซึ่งอาจเป็นผู้ร่วมทำละเมิดตามวรรคแรก หรือบุคคล ผู้บงการเสริม หรือช่วยเหลือในการกระทำละเมิด ซึ่งตามวรรคสองให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วม กันอันต้องบังคับกันตามวรรคแรกเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับหนี่หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิดร่วม กันที่มีต่อผู้เสียหาย นอกจากนั้นตามมาตรา 432 วรรคสาม นี้ มีหลักเช่นเดียวกับ มาตรา 296 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติให้บุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่างต้อง รับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น

2.2.2. แนวคิดเรื่องความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน

กฎหมายลักษณะละเมิด เป็นบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในการกระทำของ ตน ซึ่งหมายความว่า บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบจะต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิ อย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด.....” ดังนั้น บุคคลใดที่กระทำการเข้าหลักเกณฑ์ ดังกล่าว กฎหมายถือว่ากระทำละเมิด เมื่อมีการกระทำโดยผิดกฎหมายอันเป็นการกระทำละเมิดและ เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้น อาจเป็นความเสียหายที่ คำนวณเป็นเงินได้หรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินก็ได้ ความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ดังที่ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ว่า “ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย หรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อ ความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้.....” ซึ่งเป็นบทบัญญัติถึงสิทธิเรียกร้องเอา ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินในการที่ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย

ถ้าปรากฏจำนวนความเสียหายว่าเป็นจำนวนเงินเท่าใดแน่นอน โดยปกติศาลกำหนดให้ ตามนั้น จำนวนเงินแน่นอนนี้จะปรากฏได้ก็เฉพาะแต่ความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ แต่มิได้ หมายความว่า เมื่อผู้เป็นโจทก์ฟ้องคดีขอทำใดก็ได้ให้เท่านั้น ศาลอาจลดจำนวนเงินตามที่ขอมาลงได้ ทั้งนี้เป็นไป ตามหลักที่ว่า จะใช้กันโดยสถานใด เพียงใด ย่อมเป็นไปตามควรแก่พฤติการณ์และ ความร้ายแรงแห่งละเมิดนั่นเอง ซึ่งโจทก์มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า คนได้เสียหายจริง

ตามจำนวนที่ฟ้องเรียกร้องจากจำเลย แต่เมื่อข้อเท็จจริงยังไม่แน่ชัด หรือโจทก์นำสืบให้เห็นแน่ชัดไม่ได้ หรือโจทก์ไม่ควรได้รับค่าเสียหายถึงขนาดนั้น ศาลอาจคำนวณค่าเสียหายให้แก่โจทก์ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดได้

ถ้าเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินไม่ได้ เป็นความเสียหายที่ไม่มีรูปร่าง เห็นไม่ได้ อย่างความเสียหายทางร่างกายหรือทรัพย์สิน ก็จะคำนวณค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินให้แน่นอนไม่ได้ไปในตัว ย่อมมีทางแต่เพียงจะชดเชยค่าสินไหมทดแทนกันเป็นเงินเท่านั้น ส่วนการกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายในความเสียหายที่ว่ามี จะวางกฎเกณฑ์ให้แน่นอนตายตัวเพื่อใช้บังคับแก่ทุกกรณีไม่ได้โดยเด็ดขาด โดยจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ (circumstances) แต่ละกรณี ซึ่งย่อมจะเปลี่ยนแปลงแตกต่างกันไป

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อมีการละเมิดร้ายแรงกันอาจมีความเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและมีใช้ตัวเงิน อันเป็นผลจากการละเมิดนั้นเกิดขึ้นในคราวเดียวกันได้ จึงอาจให้ใช้ทั้งค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินรวมกัน หรือพร้อมกันไป แต่มิได้หมายความว่า จะต้องใช้ทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินเกิดขึ้นเสมอไป อาจมีความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดเพียงอย่างเดียว ก็มีความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ไม่มีความเสียหายที่เป็นตัวเงิน หรือมีแต่ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ไม่มีความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ทำให้ตาบอดก็ ไม่ต้องเสียค่ารักษาพยาบาล แต่ต้องใช้ค่าปลงศพ ก็มีความเสียหายเป็นตัวเงินด้วย หรือทำร้ายร่างกายไม่บาดเจ็บ ไม่ต้องเสียค่ารักษาพยาบาล ก็เป็นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน นอกจากนั้นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

ผู้เขียนมีความเห็นว่ายังหมายความว่ารวมถึง ความเจ็บปวดทรมานทุกข์ทรมานระหว่างรักษาพยาบาล หรือการที่ต้องทุพพลภาพการคลอไป ความชอกช้ำระกำใจก็เรียกค่าเสียหายได้ เพราะเป็นผลของการกระทำละเมิดนั่นเอง และยังมีแนวคิดว่าการเรียกร้องค่าเสียหายจากความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินน่าจะขยายความรวมถึง ความเสียหายทางจิตใจ ความเสียหายต่อเสรีภาพ ชื่อเสียง เกียรติคุณ และสิทธิอื่นใด ฯลฯ ซึ่งเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน ก็เป็นความเสียหายที่เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนกันได้ แม้เป็นความเสียหายที่ไม่มีรูปร่างมองไม่เห็นอย่างชนิดมีรูปร่างทางร่างกายหรือทรัพย์สิน

2.2.3 ความหมายของคำว่าละเมิด

มนุษย์เราเมื่อเกิดมาย่อมมีความเกี่ยวพันอยู่กับสังคม ในธุรกิจการงานตลอดจนความเป็นอยู่ จึงมีความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นในฐานะที่แตกต่างกันไปแล้วแต่มูลเหตุ เมื่อเป็นเช่นนี้เพื่อให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยเหตุที่ตนเองไม่มีส่วนผิดอยู่ด้วยได้รับการเยียวยาในทางกฎหมาย เพื่อให้บรรลุผลดังกล่าวเท่าที่จะเป็นไปได้ มิฉะนั้นจะไม่เป็นธรรมแก่สังคมเท่าที่ควร

ตามมาตรา 420 เป็นความรับผิดชอบของบุคคลในการกระทำของตนเอง เป็นที่เห็นกันได้ว่าในการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 นั้น ผู้กระทำความผิดใช้บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินวัตถุสิ่งของเป็นเครื่องมือกระทำละเมิดได้ ไม่ใช่แค่เพียงใช้กำลังร่างกายประทุษร้าย หรือวาจากล่าวหมิ่นประมาทเท่านั้น แม้แต่การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย ซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนความจริงเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณ ของบุคคลอื่น หรือแก่การทำมาหาได้ หรือทางเจริญ โดยประการอื่น ตามมาตรา 423 ความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 นั้น ในบางกรณีจำเป็นต้องใช้วัตถุสิ่งของ หรือบุคคลอื่นเป็นเครื่องมือในการกระทำละเมิด จึงจะเกิดผลดังกล่าว ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม

ความรับผิดตามมาตรา 420 เป็นความรับผิดชอบของบุคคลในการกระทำของตนเอง จึงไม่ใช่เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหาย ฯลฯ แล้ว ก็ย่อมเป็นการกระทำละเมิดทั้งสิ้น ซึ่งตามมาตรา 420 นี้จะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วยเสมอเป็นสำคัญ ที่ว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นั้น ต้องเข้าใจว่าการกระทำหมายถึง ความเคลื่อนไหวในอิริยาบถโดยรู้สำนึกในความเคลื่อนไหวนั้น ถ้าหากเป็นความเคลื่อนไหวที่ไม่รู้สำนึกแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ หมายถึง รู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตนประมาทเลินเล่อ หมายถึง ไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ รวมถึงในลักษณะผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย

คำว่า “ละเมิด” ไม่ใช่คำใหม่ เป็นคำที่มีอยู่ในกฎหมายเก่าแล้ว แต่กฎหมายเก่าใช้คำนี้ในความหมายต่างกับที่เข้าใจกันอยู่ในปัจจุบัน คือในกฎหมายเก่า คำว่าละเมิดนี้ หมายถึงแค่เพียงการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายชนิดหนึ่งเท่านั้น ซึ่งได้แก่เรื่องที่เป็นการฝ่าฝืนพระราชโองการคือละเมิดพระราชอาญา เหตุการณ์ที่ถือว่าเป็นละเมิดในกฎหมายเก่านั้น เป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายอาญา ผู้กระทำจะต้องรับโทษตามวิธีบังคับของกฎหมายอาญา บุคคลที่ก่อการละเมิดต้องเสียเงินจำนวนหนึ่งเป็นทำนองสินไหม แต่ผิดกันในเรื่องสำคัญ โดยที่เงินซึ่งเสียให้ไปนั้น ไม่ใช่

ให้แก่เอกชนผู้ต้องเสียหาเพราะการนั้น แต่ให้ตกให้แก่ท้องพระคลังหลวง ถ้าจะเปรียบกับสมัยปัจจุบัน ก็เปรียบกับค่าปรับ ซึ่งการปรับเป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่ง ละเมิดตามกฎหมายเก่ามิใช่ผลของหนี้ชนิดหนึ่งดังเช่นละเมิดในกฎหมายปัจจุบัน ที่กฎหมายจัดว่าเป็นผลของหนี้ ดังเช่นกฎหมายปัจจุบันเรียกละเมิดนั้นว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” ได้ใช้สืบต่อมาจนถึงเวลาที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีความหมายชัดเจนดีกว่าคำว่า “ละเมิด” และไม่ทำให้เกิดความเข้าใจปะปนระหว่างการทำไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นผลของหนี้ตามกฎหมาย กับการที่เรียกว่าเป็นละเมิดในกฎหมายเก่า ซึ่งเป็นความผิดทางอาญาโดยเฉพาะ¹³

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 คำว่า “ละเมิด” หมายความว่า ล่วงเกิน, ฝ่าฝืน, ทำโดยพลการ ฉบับ พ.ศ. 2525 หมายความว่า ล่วงเกิน หรือฝ่าฝืนจารีตประเพณี หรือกฎหมายที่มีบัญญัติไว้ นอกจากความหมายตามมาตรา 420 ซึ่งเป็นเรื่องบุคคลรับผิดชอบในการกระทำของตนนี้แล้ว ในการใช้กฎหมายนั้น ต้องใช้ตามตัวอักษร ซึ่งหมายความว่า ต้องใช้ในความหมายของถ้อยคำอย่างธรรมดา (usual meaning) ซึ่งอาจไม่ตรงกับความหมายตามพจนานุกรมเสมอไป คำว่า “ละเมิด” อาจมีความหมายว่า การที่บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ก็โดยที่มีกฎหมายให้ต้องรับผิดชอบ แม้ตนจะไม่ได้เป็นผู้กระทำตามมาตรา 420 ก็ตาม ดังจะเห็นได้จากมาตราต่าง ๆ ในลักษณะละเมิดที่มีใช้การกระทำของมนุษย์ เพราะความหมายของคำว่า “ละเมิด” นั้น กว้างขวางและยังไม่แน่นอน ฉะนั้นที่ว่า “คำสั่งไหมทดแทนเพื่อละเมิด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 2 เฉพาะคำว่า “ละเมิด” แม้หากจะไม่มี ความหมายทำนองเดียวกับความหมายของคำว่า “ละเมิด” ตามกฎหมายเก่าก็ตาม แต่ก็มีความหมายตามพจนานุกรมและความหมายอย่างถ้อยคำธรรมดา ดังกล่าวมาแล้วเช่นเดียวกัน เมื่อมีกฎหมายให้บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์หรือสิ่งของ แม้ตนจะไม่ได้เป็นผู้กระทำตามมาตรา 420 ก็ตาม ก็ต้องนำบทบัญญัติในหมวด 2 ที่ว่าด้วย “คำสั่งไหมทดแทนเพื่อละเมิด” นี้มาใช้บังคับด้วยเช่นเดียวกัน ส่วนคำว่า “โดยละเมิด” ตามมาตรา 443 บรรคสอง ไม่หมายความว่า บุคคลกระทำละเมิดตามมาตรา 420 โดยใช้สัตว์เป็นเครื่องมือ และมีได้หมายความว่า สัตว์นั้นได้กระทำละเมิดตามมาตรา 420 แต่ประการใด เพราะสัตว์มิใช่ผู้ใด มิใช่มนุษย์ มิใช่เรื่องที่ผู้รู้หรือยั้วสัตว์กระทำต่อบุคคลอื่น โดยใช้สัตว์เป็นเครื่องมืออันจะบังคับกันได้ ตามมาตรา 420 อยู่แล้ว แต่เป็นเรื่องที่บุคคลรู้หรือยั้วสัตว์โดยไม่มีสิทธิกระทำได้ แล้วสัตว์นั้นไปก่อความเสียหาย

¹³ ไพจิตร บุญพันธุ์. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.

อีกทีหนึ่ง ฉะนั้นคำว่า “ละเมิด” ตามมาตรา 433 วรรคสอง นี้ จึงมีความหมายอย่างด้อยค่าธรรมดา เช่นเดียวกัน¹⁴

2.2.4 ความเสียหายทางละเมิด

ในเบื้องต้นจะมีความรับผิดชอบทางละเมิดได้ ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหาย..” และเหตุผลที่สนับสนุนว่า ความรับผิดชอบทางละเมิดต้องมีความเสียหายนั้น ก็คือหลักความรับผิดชอบทางละเมิดติดกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา หลักความรับผิดชอบทางละเมิดมีวัตถุประสงค์มุ่งไปในทางใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ใช่ลงโทษอาญาแก่ผู้ละเมิด เมื่อไม่มีความเสียหายเพื่อบังคับให้ใช้ค่าทดแทนแล้ว ก็ย่อมไม่มีละเมิด ไม่จำเป็นจะต้องวินิจฉัยหลักเกณฑ์อื่นอีกต่อไป หากมาฟ้องศาล ศาลก็ต้องยกฟ้องโดยอ้างเหตุว่าไม่เกี่ยวข้องกับข้อหาประโยชน์ ก็ไม่มีการฟ้องร้อง นอกจากนั้นต้องเข้าใจด้วยว่า ความเสียหายที่กล่าวต้องได้แก่ใจที่ผู้ฟ้องร้องเอง เป็นความเสียหายแก่ตนโดยเฉพาะ มิใช่ความเสียหายแก่ผู้อื่นผู้ใด หากคดีที่ฟ้องร้องได้ความว่า มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น แต่ไม่ใช่ใจที่ตนแล้ว ศาลก็จำเป็นจะต้องยกฟ้องเสีย เพราะคดีที่พิจารณาเป็นเรื่องที่ผูกมัดใจที่จำเลยสองฝ่ายเท่านั้น หากพิจารณาให้ใช้ความเสียหายแล้ว ต่อมาผู้เสียหายจริง ๆ มาฟ้องร้องอีก ศาลมีจำเป็นจะต้องบังคับผู้ละเมิดให้ใช้เป็นครั้งที่สองไป แต่ต้องเข้าใจด้วยเหมือนกันว่า ความผิดครั้งเดียวอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหลายคน เช่น ทำให้คนตาย ย่อมทำให้เกิดความเสียหายหลายคน มีบิดา มารดา สามี ภรรยา ต้องขาดการอุปการะเลี้ยงดู หรือถ้าผู้ตายมีบุตรหลายคน เขาก็อาจจะถูกให้เสียค่าเสียหายแก่รายตัวตามมาตรา 445 บางครั้งผู้เสียหายผู้หนึ่งก็มีสิทธิเรียกร้องให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนใหม่เฉพาะเท่านั้น แต่กรณีดังกล่าวดูไม่มีปัญหาที่ถกเถียงเท่าไรว่า ความรับผิดชอบต้องมีหลักเกณฑ์ความเสียหาย แต่อย่างไรจึงจะเรียกว่าเป็นความเสียหายนั้น ก็เป็นเรื่องที่น่าพิจารณาอยู่ เท่าที่จับหลักได้ก็คือความเสียหายนั้นต้องเป็นของแน่นอน (certain) แต่เท่านี้ยังหาหมดปัญหาเรื่องความเสียหายไม่ ความเสียหายนั้นบางอย่างหานับคำนวณเป็นเงินได้ไม่ หรือความเสียหายในทางศีลธรรม มีผู้สงสัยกันอีกมากว่าจะเป็นกรณีที่เรียกร้องฐานรับผิดชอบทางละเมิดได้หรือไม่

กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของนานาประเทศ ต่างก็วางหลักไว้เป็นแนวเดียวกันว่า จะมีความรับผิดชอบทางละเมิดได้ ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น ถ้าความเสียหายยังไม่เกิดขึ้น แม้จะ

¹⁴ แท่งเคิม. หน้า 311.

มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและโดยผิดกฎหมายแล้ว ก็ยังไม่เป็นละเมิด ดังจะเห็นได้จากมาตรา 420 ที่บัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จะสังเกตได้ว่า ความในมาตรา 420 จำกัดว่าต้องเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ส่วนความเสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของเขาในประการอื่น ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 433 นอกจากนี้ในมาตรา 446 ยังบัญญัติถึงความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินอีกด้วย ฉะนั้นจึงกล่าวได้โดยทั่วไปว่าความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้น อาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินหรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินก็ได้

สำหรับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่า รวมทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (pecuniary loss) เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าที่ต้องขาดประโยชน์เพราะไม่สามารถประกอบกิจการ และความเสียหายในความรู้สึกของจิตใจที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (non-pecuniary loss) เช่น ความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน และตกใจเสียขวัญ (pain, suffering and shock) การสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต การสูญเสียความหวังในชีวิต การได้รับความลำบากและไม่สะดวกสบาย ตามหลักจึงถือกันว่าความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายเป็นรูปร่างคำนวณเป็นเงินได้ หรือเป็นความเสียหายทางจิตใจคำนวณเป็นเงินไม่ได้ก็ตาม ถ้าเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้วก็เป็นความผิดฐานละเมิดได้ ซึ่งมีได้หมายความว่าเฉพาะสิ่งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมทั้งผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเป็นสิ่งที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นนั้นด้วย ส่วนความเสียหายที่ไม่แน่นอนนั้น เป็นแต่เพียงความคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดก็ได้ ความคาดหมายเช่นนี้จึงไม่ถือว่าเป็นความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิด

2.2.5 ค่าเสียหายเพื่อละเมิด

ละเมิดเป็นการกระทำที่ล่วงสิทธิผิดหน้าที่จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น อันเป็นความรับผิดชอบทางแพ่งประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำต้องรับผิดชอบทางแพ่งฐานละเมิด ต้องชดใช้ค่าเสียหาย

คำว่า “ค่าเสียหาย” หมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ถูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้ เป็นการชดใช้ความเสียหาย ความเสียหายอาจเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งมีใช้ทรัพย์สินก็ได้ แต่การแก้ไขหรือชดใช้ความเสียหายส่วนใหญ่ก็ต้องชดใช้กันด้วยเงิน

ค่าเสียหายนี้ศาลจะต้องคำนวณให้ว่าเจ้าหนี้ควรจะได้รับเป็นเงินเท่าใด โดยถือความเสียหายเป็นหลัก ความเสียหายนั้นโดยปกติผู้กล่าวอ้างจะต้องนำสืบให้ศาลเห็น แต่ในเรื่องค่าเสียหายนั้น แม้เจ้าหนี้จะไม่พิสูจน์ หรือพิสูจน์ไม่ได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใดแน่ เมื่อมีความเสียหายแล้วศาลก็อาจกำหนดให้ได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งในเรื่องละเมิด มาตรา 438 ก็ให้ศาลวินิจฉัยค่าสินไหมทดแทนให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด แม้จำเลยจะไม่ได้ให้การปฏิเสธหรือโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของโจทก์เกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหาย ศาลก็ไม่จำเป็นต้องให้จำเลยชำระเต็มตามจำนวนที่โจทก์เรียกร้อง ศาลย่อมกำหนดให้ตามความเป็นจริงและตามความเหมาะสม โดยมุ่งที่จะให้เป็นการชดเชยตามที่โจทก์เสียหายเท่านั้น

แม้ค่าสินไหมทดแทน ตามมาตรา 438 จะเป็นการชดเชยความเสียหายตนเองเกี่ยวกับค่าเสียหาย แต่ก็ไม่เหมือนกันทีเดียว แม้จะคล้ายกันและใช้แทนกันได้ในบางกรณีแต่ก็ไม่เสมอไป ค่าเสียหายเป็นส่วนหนึ่งของค่าสินไหมทดแทน แต่ค่าสินไหมทดแทนมิได้จำกัดอยู่เฉพาะการชดเชยกันด้วยเงินอย่างกรณีของค่าเสียหาย ความจริงคำว่าค่าสินไหมทดแทนเป็นคำที่เอามาจากภาษาอังกฤษว่า compensation ซึ่งหมายถึงการทดแทน หรือการชดเชยความเสียหาย มิได้มุ่งเฉพาะเรื่องเงินทองอย่างค่าเสียหาย แต่การที่ด้วยบทภาษาไทยมีคำว่า “ค่า” และ “สินไหม” นำหน้าคำว่า “ทดแทน” อยู่ด้วย ทำให้แยกกันไม่ค่อยออกจากคำว่า “ค่าเสียหาย” จึงมีการสับสนกันอยู่เสมอ¹⁵

ค่าเสียหายในกรณีละเมิด ผู้ถูกทำละเมิดจะเรียกร้องให้ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายในความเสียหายนั้น มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 ถึงมาตรา 448 แต่หาได้มีบทบัญญัติในมาตราใดระบุว่า ความเสียหายที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบขอบเขตแค่ไหน เพียงใด จะต้องเป็นความเสียหายที่อาจคาดหรือเห็นได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งมีผู้เห็นว่าผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบ แม้ในความเสียหายที่ไม่อาจคาดหมายได้ เมื่อเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดของตน¹⁶ นอกจากนั้นหากพิจารณาค่าเสียหายในกรณีละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 ถึงมาตรา 448 เปรียบเทียบกับค่าเสียหาย ตามมาตรา 222 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่ การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้” จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 222 วรรคแรก เป็นค่าเสียหายกรณีไม่ชำระหนี้ จึงไม่อาจนำมาใช้กับกรณีละเมิดได้ กรณีละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 ในการกำหนดค่าเสียหายนั้น ศาลมีดุลพินิจกว้างขวาง

¹⁵ ไสกณ รัตนกร. (2533). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. หน้า 146-148.

¹⁶ ไสกณ รัตนกร. (2547). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. หน้า 169.

โดยไม่ถูกจำกัด ซึ่งหลักความคาดเห็น ตามมาตรา 222 เพียงแต่ว่าความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดเท่านั้น เพราะละเมิดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บางกรณีอาจผิดกฎหมายด้วย ผู้ละเมิดจึงต้องรับผิดชอบกว้างขวางยิ่งกว่ากรณีของผิดสัญญา

2.2.6 ประเภทของความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน

ความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 กรณีคือ

2.2.6.1 กรณีละเมิดต่อร่างกาย อนามัย ชื่อเสียงและเสรีภาพ ความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ได้แก่

1) ความเจ็บปวด ทุกข์ทรมานและตกใจเสียขวัญ (pain, suffering and shock) ในทุกคดีของความเสียหายต่อบุคคล (personal injury) จะมีกรณีเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน และบางครั้งถึงขนาดตกใจเสียขวัญเกิดขึ้นเสมอ ซึ่งไม่สามารถเปรียบเทียบความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างความเจ็บปวดและความทุกข์ทรมานได้ นอกจากจะกล่าวได้เพียงว่า ความทุกข์ทรมานสาหัสน้อยกว่าความเจ็บปวด อย่างไรก็ตามคำทั้งสองคำถูกใช้ร่วมกันอยู่เสมอ ๆ เมื่อศาลตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าเสียหาย ส่วนตกใจเสียขวัญนั้น ควรจะเป็นผลของความเจ็บปวดทุกข์และทรมานอีกทอดหนึ่ง นอกจากนั้น คำตัดสินของศาลสำหรับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน บางครั้งอาจคำนึงถึงวันเวลาแห่งชีวิตของผู้ได้รับความเสียหายที่เหลือนอยู่ ซึ่งผู้ได้รับความเสียหายจำเป็นต้องใช้ด้วยความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานใจ

สำหรับการสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิตเป็นสาเหตุแห่งความเสียหายซึ่งยากที่จะกำหนดจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนได้ ส่วนใหญ่แล้วศาลจะตัดสินให้ค่าเสียหาย อันเนื่องจากการสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิตอย่างสมเหตุสมผล และอยู่ในขอบเขตซึ่งเป็นไปได้ยากมาก โดยต้องอาศัยประสบการณ์ชีวิตและสามัญสำนึกของผู้พิพากษา

2) ความเสียหายต่อรูปโฉม หรือรูปร่างหน้าตา เช่น กรณีถูกกระทำละเมิดได้รับบาดเจ็บจนรูปหน้าเสียโฉม ข้อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่า เป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหายเป็นอย่างยิ่ง และไม่ต้องสงสัยเลยในกรณีที่เกิดแก่หญิง ไม่ว่าจะมีรูปโฉมอันสวยงามหรือไม่ก็ตาม หากใบหน้ามีเหตุอันต้องทำให้เสียโฉมไปแล้ว หญิงย่อมได้รับความทุกข์ทรมานใจ และขาดความสุขไปจนตลอดชีวิต จึงสมควรที่จะได้รับค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน เพื่อเป็นการปลอบขวัญแก่หญิงนั้น

3) ความเสียหายต่อเสรีภาพ (deprivation of liberty) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 บัญญัติว่า “...ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพ ข้อมเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้” ทั้งนี้เพราะประเทศไทยเป็นประเทศเสรีประชาธิปไตย

ย่อมถือว่าเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งมนุษย์ทุกคนจะต้องมี ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ หลักนี้ได้รับการคุ้มครองและรับรองทั้งในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและในกฎหมายอื่น ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา โดยถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ชน ฉะนั้น ถ้าผู้ใดล่วงละเมิดเสรีภาพส่วนบุคคลจนเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้ เช่น ถูกจับกุมคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ถูกบังคับขู่เข็ญ หรือถูกข่มขู่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เหล่านี้ย่อมเห็นได้ว่าเป็นเรื่องกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหายเป็นอย่างยิ่ง กฎหมายจึงยินยอมให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้

4) ความเสียหายต่อสุขภาพอนามัย (injury to health) ความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่รัฐถือว่าเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องจัดการให้พลเมืองมีสุขภาพพลานามัยสมบูรณ์และมีความสุข เพื่อที่จะทำประโยชน์ให้แก่รัฐได้อย่างเต็มที่ โดยถือหลักว่า จิตใจที่ดีย่อมอยู่ในเรือนร่างอันสมบูรณ์ หากร่างกายไม่แข็งแรงอ่อนแอ เต็มไปด้วยโรคภัยไข้เจ็บแล้ว จิตใจย่อมหดหู่ เศร้าหมอง ดังนั้น รัฐจึงบัญญัติกฎหมายเป็นการคุ้มครองสุขภาพ อนามัย ของบุคคลเอาไว้ หากผู้ใดล่วงละเมิดทำให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพ ย่อมเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายอย่างอื่น อันมิใช่ตัวเงินได้

5) ความเสียหายต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ บุคคลย่อมมีสิทธิในอันที่จะรักษาเกียรติยศชื่อเสียงของตน หากผู้ใดล่วงละเมิดทำให้เกิดความเสียหายต่อเกียรติยศ ชื่อเสียงแล้ว ถือเป็นการละเมิดต่อเกียรติคุณ (credit) เป็นการประทุษร้ายต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ โดยทั่วไปไม่อาจเรียกร้องค่าปลอบขวัญ แต่ถ้ามการประทุษร้ายเช่นนั้นในขณะเดียวกันก็เป็นการประทุษร้ายต่อชื่อเสียงด้วย ก็เรียกร้องค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย จึงบัญญัติคำทั้งสองคำนี้ควบคู่กันตามมาตรา 423 ที่ว่า “ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย ซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของบุคคลอื่น...” จึงเรียกร้องค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้

6) ความเสียหายอันเป็นทิวศิลธรรมแก่หญิง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในมาตรา 446 วรรคสอง ว่า หญิงที่ผิดต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทิวศิลธรรมแก่ตน ย่อมมีสิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้” ซึ่งหมายถึงกรณีความเสียหายของหญิง เพราะการกระทำความผิดในทางอาญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญายกบัญญัติไว้ในลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 287 เช่น ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร เป็นต้น

2.2.6.2 กรณีละเมิดทำให้ถึงแก่ความตาย ความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ได้แก่ ความเสียหายต่อความรัก หรือความเศร้าโศกเสียใจอันเนื่องมาจากความรัก อาลัยผู้ตาย เมื่อบุคคลใด บุคคลหนึ่งถูกกระทำละเมิดถึงตาย ช่อมเป็นทีเห็นได้ว่า ผู้ที่มีชีวิตอยู่ซึ่งมีสายสัมพันธ์รักใคร่กัน ได้แก่ ญาติพี่น้อง สามีภรรยา บิดา มารดา หรือบุตร ช่อมมีความเศร้าโศกเสียใจที่ต้องสูญเสีย คนที่เขารักไป และได้รับความทุกข์ทรมานเป็นอย่างมากในการที่ต้องจากกันไปก่อนเวลาอันสมควร ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ไม่ได้บัญญัติยินยอม ให้ค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินในกรณีละเมิดทำให้ถึงแก่ความตายได้