

# แต่ทำให้เสียใจ เรียกค่าเสียหายได้หรือไม่

\*ผู้ช่วยศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

มีเรื่องตลกร้ายเรื่องหนึ่งที่ถูกกระทำก็ไม่ได้มีเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหาย แต่ผลทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเศร้าโศกเสียใจเป็นอันมาก ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2816/2528 โจทก์เป็นบิดาของนางสาวจันทร์เพ็ญ ก.ไปที่ปราชญ์โทรเลขแล้วก็ส่งโทรเลขมายังโจทก์ว่า “อ้อยถึงแก่คอตแล้ว” แต่พนักงานปราชญ์กลับส่งโทรเลขไปบอกถึงโจทก์ว่า “อ้อยถึงแก่กรรมแล้ว” โจทก์ตกใจมาก ได้จัดเตรียมพิธีกรรมทางศาสนาจัดรถไปรับศพที่แก่คอต เสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ถึง 18,000 บาท โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายนี้จากกรมปราชญ์โทรเลข โดยฟ้องพนักงานปราชญ์โทรเลขเป็นจำเลยที่ 1 ฟ้องกรมปราชญ์โทรเลขเป็นจำเลยที่ 2 โดยฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากความเศร้าโศกเสียใจมาด้วย ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อทราบข่าวทางโทรเลขว่าบุตรสาวถึงแก่กรรมนั้น ความเศร้าโศกเสียใจของโจทก์เป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อทราบข่าวร้ายแต่ไม่ใช่ความเสียหายตามกฎหมาย ไม่มีบทกฎหมายใดที่บัญญัติให้สิทธิโจทก์เรียกค่าเสียหายในเรื่องนี้ได้

สืบเนื่องจากคำพิพากษาฎีกาเรื่องดังกล่าวหลายคนเมื่อได้อ่านคำพิพากษาฎีกาในเรื่องนี้มีความเห็นที่ขัดแย้ง พาลคิดว่าศาลตัดสินใจร้ายเงินเล็กน้อยเมื่อเทียบกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก็ควรชดใช้ค่าเสียหายเพราะถือว่าเป็นค่าเสียหายที่สมเหตุสมผลดีแล้ว

เรื่องดังกล่าวมีข้อพิจารณา 2 ประเด็น คือ

1. ข้อพิจารณาในทางกฎหมายแพ่ง
  2. ข้อพิจารณาในทางกฎหมายปกครอง
- ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในข้อเขียนนี้

## 1. ข้อพิจารณาในทางกฎหมายแพ่ง

เรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า กรณีมีข้อพิจารณาเรื่องละเมิด หากจะมองว่าเป็นเรื่องความผิดฐานละเมิดหรือไม่ ต้องเข้าใจว่าความรับผิดฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี

ท่านว่าผู้หนึ่งทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติไว้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ในมาตรา 823 วรรคแรก และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 709<sup>1</sup> โดยหลักพื้นฐานของความรับผิดฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 420 แบ่งได้โดยสังเขป 4 ประเด็นดังนี้

1) ต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

คำว่า “จงใจ” หมายถึงกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้วก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ<sup>2</sup> หรือคำว่า “ประมาทเลินเล่อ” หมายถึงการกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่<sup>3</sup>

โดยในความผิดทางละเมิดนั้น ระดับความระมัดระวังไม่ใช่ระดับของวิญญูชนเหมือนอย่างความรับผิดทางสัญญา การวินิจฉัยความ

รับผิดของผู้กระทำความเสียหายต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะในสังคมเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย ความระมัดระวังจึงอาจแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์แห่งตัวบุคคลไม่แน่นอนคงที่เหมือนกรณีความรับผิดทางสัญญา

ตัวอย่างเช่น มีเจตนาตั้งใจทำร้าย แต่ผู้ถูกทำร้ายได้รับผลถึงตายก็เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา แต่สำหรับจงใจทางแพ่งนั้น เพียงมุ่งประสงค์ให้เกิดความเสียหายเท่านั้น จะเสียหายมากน้อยไม่สำคัญต้องรับผิดทั้งสิ้น<sup>4</sup>

2) โดยผิดกฎหมาย

ในความรับผิดทางละเมิดไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเหมือนกฎหมายอาญา เพราะกฎหมายแพ่งไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ดังนั้นเมื่อไรก็ตามที่ผู้กระทำล่วงสิทธิผิดหน้าที่ (breach of a duty) นั่นก็คือบุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาทำละเมิด ถ้าผู้ใดทำละเมิดก็เป็นการล่วงสิทธิของเขา เป็นการผิดหน้าที่ที่มีต่อเขา และหน้าที่ต้องเป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นโดยทั่วไป (general) และการทำผิดหน้าที่นี้ย่อมฟ้องเรียกร้องเอาค่าเสียหายได้

<sup>1</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 4 พ.ศ.2523 โครงการตำรา ชุดตำราลำดับที่ 4 คณะกรรมการสัมมนาวิจัยฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 227.

<sup>2</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2503 หน้า 470.

<sup>3</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539) หน้า 19.

<sup>4</sup> ปสพ นพรมภา, คำอธิบายกฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้ 2 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตฯ พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ.2531 หน้า 14.

3) ทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น

ซึ่งจากหลักข้อนี้เองที่เป็นคำตอบว่า ฎีกาข้างต้นนั้นศาลตัดสินเช่นไร ตามมาตรา 420 บัญญัติว่า “...ทำต่อบุคคลอื่นให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี...” มีความหมายว่า ไม่จำกัดเฉพาะเพียงการเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ฯลฯ เท่านั้น เพราะคำในตอนที่ท้ายที่ว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” มีความหมายที่มีนัยกว้างมาก แต่ไม่รวมถึง “ความเศร้าโศกเสียใจ” ตามฎีกาที่ยกมาข้างต้น

4) ความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำละเมิด นั่นคือถ้าไม่มีการกระทำ ความเสียหายก็ไม่เกิด ผู้นั้นต้องรับผิด อาจนำหลัก “ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล”<sup>5</sup> มาใช้ โดยไม่มีหลักที่แน่นอนปรับแก้กรณีต่างๆ ได้ทั่วไปในทุกกรณี เป็นปัญหาทางธรรมชาติหรือตามข้อเท็จจริงไม่ใช่ปัญหาทางกฎหมาย มาตรา 420 ไม่ได้บัญญัติว่าจะต้องรับผิดในผลอย่างไร แต่ผลบางอย่างอันสืบเนื่องมาจากการกระทำของผู้ก่อความเสียหายนั้นอาจอยู่นอกขอบเขตที่ควรจะต้องรับผิด เพราะเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งอาจเป็นผลมาจากเหตุหลายอย่างหลายประการ จึงเป็นการแน่ชัดว่าจะให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดในผลทั้งหมดไม่ได้ คงรับผิดเฉพาะความเสียหายที่เป็นผลเนื่องมาจากการกระทำ

ของตน ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายซึ่งโดยปกติไม่มีทางที่จะเกิดจากการกระทำของตน

ผลของการกระทำละเมิด ผู้กระทำจะต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามมาตรา 438 วรรคสอง ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันพึงจะบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย โดยค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์จะได้รับเท่าใดนั้น ศาลมีอำนาจวินิจฉัยให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด (มาตรา 438 วรรคแรก) แต่อย่างไรก็ดีความมุ่งหมายในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นมุ่งเพียงให้ผู้เสียหายกลับคืนฐานะเดิมเหมือนเมื่อยังไม่มีการละเมิดมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ไม่ได้ต้องการให้ผู้เสียหายร่ำรวยจากค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับ จึงทำให้นักกฎหมายไม่เรียกการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนว่าเป็นโทษหรืออาญา เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่กล่าวมาแล้วคือต้องการเพียงบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ทำให้เกิดขึ้นเท่านั้น ต่างจากแนวคิดของกฎหมายโรมันแต่เดิม<sup>6</sup> เช่น กฎหมาย 12 โต๊ะ ในราว 450 ปี ก่อนคริสตกักราช โต๊ะที่ 8 ว่าด้วยเรื่องละเมิด ข้อที่ 2 ว่า “ผู้ใดทำให้เขาชกแล้วไม่ยอมให้ค่าทำขวัญ เขาจะทำให้ผู้นั้นชกบ้างก็ได้” หรือกรณีรับฝากทรัพย์แล้วยกยอกเอาเป็นของตน ข้อที่ 19 ว่า “ผู้รับของไว้โดยทุจริตคิดเอาเสียให้ปรับตาม

<sup>5</sup>ไพจิตร บุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525)

<sup>6</sup>จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย , ค่าเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด ,วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 เล่ม 4 (ธันวาคม 2538) หน้า 154.

ราคาทรัพย์สินที่ฝากเป็นทวิคูณ” หรืออย่างในประเทศอังกฤษ (ซึ่งใช้กฎหมายระบบ Common Law) อาจมีการกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็นการลงโทษแก่ผู้กระทำละเมิด (Punitive Damages) เช่นเป็นค่าเสียหายแบบสมน้ำหน้าโจทก์<sup>7</sup> (Contemptuous Damages) ค่าเสียหายที่เป็นการซ้ำเติม<sup>8</sup> (Aggravated Damages) หรือค่าเสียหายที่เป็นการลงโทษ<sup>9</sup> (Exemplary Damages)

ตัวอย่างของคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งศาลมีคำพิพากษาให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ถึงแม้จะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความเสียหายหรือตกใจ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาแตกต่างจากศาลไทยโดยสิ้นเชิง ตัวอย่างเช่น

Donoghue V. Stevenson (1932)  
A.C.562 , HL.

โจทก์สั่ง Ginger-beer มาดื่ม โดย Ginger-beer บรรจุในขวดทึบแสง ผู้ดื่มเข้าใจว่าในขวดไม่ควรมีสิ่งใดนอกจาก Ginger-beer เมื่อรินดื่มถ้วยที่ 2 มีซากหอยทาก (Snail) อยู่ในแก้ว โจทก์ตกใจอย่างมากทำให้อาเจียนออกมา คดีนี้โจทก์ฟ้องร้องผู้ผลิตที่มีหน้าที่ระมัดระวัง (Duty of care) ตรวจสอบคุณภาพสินค้าก่อนออกจากโรงงานไม่ให้มีสิ่งใดเจือปน และยังเรียกค่าเสียหายที่ทำให้โจทก์ตกใจได้อีกด้วย

Mc Loughlin V. O'Brian (1983)  
AC 410

โจทก์ได้รับข่าวร้ายว่าสามีถึงแก่กรรมเกิดความตกใจ เรียกค่าเสียหายจากความตกใจได้ ต้องขออย่าว่าทั้งสองตัวอย่างเป็นเรื่องแนวคำตัดสินของศาลอังกฤษเท่านั้น จะใช้เป็นบรรทัดฐานกับการ

<sup>7</sup> ตัวอย่างเช่น ก. ฟ้อง ข. เป็นคดีทำร้ายร่างกายและปรากฏว่าการที่ ก. ถูกทำร้ายนั้นเป็นเพราะ ก. ยั่ว ข. ด้วยคำพูดที่ไม่น่าฟัง ในคดีเช่นนี้ ก. ยั่ว ข. ก. อาจได้รับแค่เพียงค่าเสียหายในนาม ถ้าเขาไม่กล่าวคำนั้น ค่าเสียหายอาจจะมากขึ้น บางทีโจทก์อาจถูกปฏิเสธการใช้ค่าเสียหายทั้งหมดถือเป็นค่าเสียหายแบบสมน้ำหน้าโจทก์

<sup>8</sup> ตัวอย่างเช่น นอกจากทำร้ายแล้วยังกล่าวข้อความหมิ่นประมาทผู้เสียหายอีก การกระทำอันประสงคร้ายคิดมุ่งร้ายพยาบาล ศาลจะกำหนดค่าเสียหายโดยอาศัยเหตุนี้มีสนับสนุนในคดี Mc Carry V. Associated Newspaper Ltd. (1965) 2QB. ศาลได้ตัดสินในเรื่องค่าเสียหายว่าค่าเสียหายมีหลายชนิดรวมกันอยู่นอกจากความเสียหายที่คิดเป็นเงินได้ หรือความเสียหายต่อชื่อเสียงในสังคมจากคำหมิ่นประมาทแล้ว ยังรวมความเสียหายตามธรรมชาติ (natural injury) ต่อความรู้สึกของโจทก์ความเศร้าโศกเสียใจตามธรรมชาติและความทุกข์ ซึ่งอาจรู้สึกจากการถูกกล่าวข้อความหมิ่นประมาท ถ้ามีการกระทำที่เป็นการก้าวร้าวอุกอาจของจำเลย ซึ่งเป็นการเพิ่มความเสียหายแต่จิตใจ ทำลายความภาคภูมิใจของโจทก์และความเชื่อมั่นในตนเอง เหตุเหล่านี้ถูกนำมาคิดทำให้ค่าเสียหายมีมากขึ้น

<sup>9</sup> เป็นค่าเสียหายที่เป็นการแก้แค้น (Vindictive Damages) หรือการตอบแทนแก้แค้น (Retribution) ค่าเสียหายนี้มีได้มีเจตนาชดใช้ความเสียหายแก่โจทก์ มีผู้เห็นขัดแย้งเช่น คดี Rookes V. Barnard (1964) A.C.1129. Lord Devlin ได้กล่าวว่า “ค่าเสียหายที่เป็นการลงโทษนั้นมีได้ และมันมักจะแยกออกไปจากหลักการและเหตุผลที่วางจุดมุ่งหมายของค่าเสียหาย คือการชดเชยให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมมากกว่าการลงโทษ แต่การแยกออกจากหลักการใช้ค่าเสียหาย อาจเป็นลึกลับสมควร”

พิจารณาในศาลไทยไม่ได้ เมื่อเข้าใจหลักพื้นฐานใน ความผิดฐานละเมิดของไทยแล้ว ความเสียหายที่จะ เรียกร้องค่าเสียหายได้นั้น ต้องไม่ใช่ความโศกเศร้า เสียใจซึ่งเป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้นเท่านั้น ตามคำ พิพากษาฎีกาที่ 2816/2528 ในเรื่อง “อ้อยถึงแก่ กรรมแล้ว” เห็นว่าศาลฎีกาได้ตัดสินถูกต้องและเป็น ธรรมที่สุด ตามที่กฎหมายได้บัญญัติแล้ว แต่ หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นค่าเสียหายซึ่งเกิดจาก การถูกทำร้ายร่างกายจนได้รับความทรมานทุกข์ทรมาณ หรือได้รับบาดเจ็บจนทุพพลภาพหรือพิการ ค่าเจ็บ ป่วยค่าทุกข์ทรมาณระหว่างเจ็บป่วย หน้าเสียโฉม เส้นประสาทเสื่อมเสีย ขาดความสุขสำราญในชีวิต เสียเปลี่ยนแปลงไป เสื่อมเสียเสรีภาพเพราะถูก หน่วงเหนี่ยวกักขัง เสียหายแก่ชื่อเสียง ความซอกซำ ระกำใจเพราะถูกทำละเมิด เช่นแท้งบุตรคนแรก เพราะถูกรถชน ค่าที่หญิงเสียความบริสุทธิ์เพราะถูก ช่มชู้นชำเราหรือในกรณีที่หญิงที่ถูกทำละเมิดทาง อาญาเป็นทุรศีลธรรม(ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276-287) ที่กล่าวมาทั้งหมดนั้น ถือเป็น ค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ตามกฎหมายบัญญัติไว้ ในมาตรา 446 บัญญัติว่า “ในกรณีทำให้เขาเสีย หายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขา เสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหม ทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินอีก ด้วยก็ได้...” กฎหมายให้เรียกร้องค่าเสียหายได้ เฉพาะแต่กรณีที่เสียหายแก่ร่างกาย อนามัย และ เสรีภาพ เท่านั้น ส่วนการเรียกร้องค่าเสียหายนั้น

ศาลจะกำหนดให้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรง แห่งละเมิด เพราะค่าเสียหายทดแทนความเสียหาย ที่มิใช่ตัวเงิน ย่อมจะนำสืบว่าคิดเป็นจำนวนเงินเท่า ไດไม่ได้เอง<sup>10</sup>

กรณีใดที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินในความผิดฐานละเมิดได้

มีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่เป็นแนวทาง ในการเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 6110/2539 จำเลยก่อ สร้างอาคารชิตที่ดินของโจทก์โดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งนอกจากทำให้โจทก์เสียหายแก่ทรัพย์สินของ โจทก์แล้ว ยังทำให้โจทก์เสียหายแก่ร่างกายและ อนามัย โจทก์ยอมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัว เงินที่โจทก์ต้องทุกข์ทรมาณจิตใจ และไม่ใช่ค่าสิน โหมทดแทนที่ไกลเกินเหตุ

คำพิพากษาฎีกาที่ 3407/2535 จำเลย ตอกเสาเข็มปลูกสร้างอาคารโรงแรม 16 ชั้น ทำให้ โจทก์ทนทุกขเวทนาแสนสาหัส นอนไม่หลับเพราะ หนาวหู่ ฝุ่นละอองจากการก่อสร้างทำให้บ้านเรือน สกปรก บ้านสั่นสะเทือน หินและไม้ตกลงบนหลังคา บ้านโจทก์อันอาจจะเกิดความเสียหายต่อโจทก์และ บริวารได้ ไม่ปรากฏว่าความทรมานทุกข์ทรมาณสาหัส ดังกล่าวเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจของโจทก์ แต่เป็นเรื่องเสียหายต่ออนามัยและสิทธิจะอยู่อย่าง สงบไม่ถูกรบกวนเพราะความทรมาณนอนไม่หลับ อันเนื่องมาจากฝุ่นละออง เสียงจากการก่อสร้างอัน

<sup>10</sup> จิตติ ดิงศภัทย์ ,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลหนี้,อ้างแล้ว หน้า 317.

ได้แก่การตอกเสาเข็มและความหวาดระแวงอันเกิดจากสิ่งของตกหล่นลงมาบนหลังคา อันอาจเกิดอันตรายแก่อาคารและผู้อาศัยในบ้าน เหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลาประมาณ 2 เดือน ทำให้โจทก์เสียหายแก่นามยวบรวมทั้งสิทธิส่วนตัวที่จะมีความเป็นอยู่อย่างสงบสุข ทั้งทางร่างกายและจิตใจ โจทก์มีสิทธิได้รับใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1789, 1790/2518 จำเลยมีข้อหาเฉพาะข้อใดที่ติดโรงงานของจำเลย คนของจำเลยควบคุม มีควันดำไปทางถนนจนรถไม่เห็นทางผ่านไม่ได้ รถ 3 คันชนกัน จำเลยต้องรับผิดชอบไม่ใช่เหตุสุดวิสัย เพราะจำเลยป้องกันได้

## 2. ข้อพิจารณาในทางกฎหมายปกครอง

เรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า กรณีมีข้อพิจารณาเรื่องทางกฎหมายปกครอง โดยหากจะมองอีกมุมว่า พนักงานไปรษณีย์ในฐานะผู้แทนของกรมไปรษณีย์โทรเลขซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐทำงานในหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน จะนำมาพิจารณาในศาลปกครองได้หรือไม่ พิจารณาโดยอาศัยหลักพื้นฐาน 2 ข้อ ดังนี้

1. เรื่องดังกล่าวเป็นสัญญาปกครองหรือไม่
  2. เป็นเรื่องละเมิดในทางปกครองหรือไม่
- ในประเด็นที่ว่า เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น เพราะจากที่เคยเข้าใจกันว่าหากเป็นสัญญาทางปก

ครองแล้วจะต้องอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองได้ แต่ในความจริงแล้วไม่ใช่ว่าสัญญาปกครองทุกเรื่องต้องนำมาพิจารณาคดีในศาลปกครองทั้งหมด แต่แท้จริงแล้วสัญญาที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (les personnes morales de droit public หรือเรียกย่อๆ ว่า นิติบุคคลมหาชน les personnes publiques) ทำกับเอกชนหรือทำระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันเองนั้น แยกออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่คือ

ก. “สัญญาทางปกครอง” จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายปกครองบังคับกับสัญญาที่เกิดขึ้น

ข. “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน” จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมซึ่งจะใช้ระบบกฎหมายเอกชนบังคับตามสัญญาเช่นว่านั้น<sup>11</sup>

โดยความแตกต่างของทั้งสองสัญญานี้ หากเป็น “สัญญาทางปกครอง” ในประเภทแรก มีข้อกำหนดอันเป็นสาระสำคัญ 2 อย่างคือ

ก.1 ข้อกำหนดตามกฎหมายมหาชน กล่าวคือ กฎหมายปกครอง ที่วางระเบียบเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งอาจกำหนดไว้โดยตรงในสัมปทานหรือกำหนดไว้ในบทกฎหมายก็ได้

ก.2 ข้อกำหนดอันเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ที่กำหนดสิทธิประโยชน์และหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้รับสัมปทาน เช่น อายุของ

<sup>11</sup>ชาญชัย แสวงศักดิ์, มานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ 1 กุมภาพันธ์ 2541) หน้า 45.

สัมปทาน สิทธิและประโยชน์ที่ฝ่ายปกครองให้แก่ผู้รับสัมปทาน เป็นต้น<sup>12</sup>

ตัวอย่างเช่นเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เอกชนทำสัมปทานรถไฟ หรือไฟฟ้า หรือน้ำประปา มีอายุ 3 ,5 หรือ 30 ปี ขึ้นกับวงเงินที่ลงทุน ขนาดของกิจการ ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่สามารถตกลงกันได้ ซึ่งถือเป็นข้อกำหนดหนึ่งในสัญญาทางปกครอง โดยมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในคดีดังกล่าวกำหนดให้อยู่ในขอบเขตอำนาจศาลปกครอง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ<sup>13</sup> ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างเอกชนไปปลูกป่า, สัญญาจ้างก่อสร้างโรงเรียน โรงพยาบาล สะพาน รวมตลอดถึงสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการของทางราชการ หรือสัญญาสัมปทานรถไฟ เป็นต้น

ส่วนสัญญาประเภทที่สองคือ “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน”

เป็นสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน โดยรัฐยอมผูกพันตามข้อสัญญาหรือข้อกำหนดที่ทำไว้กับเอกชน

ตัวอย่างเช่น กระทรวงต่างประเทศ ต้องการปรับปรุงกระทรวงให้สวยงามจึงว่าจ้างให้บริษัทเอกชนมารับจ้างทาสีกระทรวง หรือจ้างเอกชนมาดูแลเวรยาม ถือว่าเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน

เมื่อแยกประเภทของสัญญาได้แล้ว จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นพนักงานโปรษณีย์ในฐานะตัวแทนของกรมโปรษณีย์โทรเลขปฏิบัติหน้าที่โดยส่งโทรเลขมีข้อความที่ผิดพลาด ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ซึ่งเป็นเอกชนนั้น ไม่มีลักษณะที่เป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เนื่องจากเป็นเพียงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้รับบริการตกลงด้วยความสมัครใจตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น จึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

แม้ไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่จะมองว่าเป็นละเมิดทางปกครองโดยการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้หรือไม่ เพราะหากเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเรียกว่าเป็นการกระทำในทางปกครอง หากการกระทำในทางปกครองนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย

<sup>12</sup>ประยูร กาญจนดุล ,คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พิมพ์ครั้งที่ 4 พ.ศ.2538) หน้า 148.

<sup>13</sup>ชาญชัย แสวงศักดิ์,คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน พ.ศ.2542) หน้า 159.

แก่เอกชน เอกชนที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องหรือฟ้องร้องเป็นคดีให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ ถือเป็นภาระละเมิดทางปกครองยังคงต้องพิจารณาโดยศาลปกครองอยู่นั่นเอง

การกระทำในทางปกครองที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ

1. การกระทำในทางกฎหมาย
2. การกระทำในทางปฏิบัติการ

“การกระทำในทางกฎหมาย” หมายถึง การกระทำที่มุ่งโดยตรงให้เกิดผลทางกฎหมาย การกระทำที่พนักงานไปรษณีย์ให้บริการส่งโทรเลข แก่โจทก์นั้น ไม่ได้มีลักษณะเป็นการสัญญาแต่อย่างใด แต่เป็นเรื่อง “การปฏิบัติการทางปกครองหรือการกระทำในทางปฏิบัติการ” ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิหน้าที่ของบุคคล แต่เป็นการกระทำในทางวัตถุต่างๆ ไป ตัวอย่างเช่น การขอมถน การส่งเอกสาร การตีเส้นจราจร หรือ การส่งโทรเลข ฯลฯ ซึ่งการกระทำเหล่านี้ไม่อาจมีการดำเนินคดีเพื่อขอให้เพิกถอนการกระทำได้ เพราะไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่จะให้มีการเพิกถอน แต่หากก่อให้เกิดความเสียหายในแง่ละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เช่นกระทำโดยประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหาย ซึ่งเจ้าหน้าที่ของกรมไปรษณีย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร ถือเป็นเรื่องละเมิดทางปกครองได้

อาจเปรียบเทียบกับหลักความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลแพ่งเยอรมัน (Buergerliches Gesetzbuch หรือตัวย่อว่า BGB) มาตรา 839 นำมาถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้ “เจ้าพนักงานผู้ใดจงใจหรือประมาทกระทำการ

ละเมิดหน้าที่การงานซึ่งเขาได้รับมอบหมายต่อบุคคลภายนอก จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกนั้นเพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นแต่การละเมิดนั้น ถ้าความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นแต่เพียงให้ถือเอาได้ว่าเป็นความผิดของเจ้าพนักงานผู้นั้น เขาจะต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อผู้เสียหายไม่สามารถจะได้รับความเสียหายจากทางอื่น” โดยพิจารณาประกอบกับรัฐธรรมนูญ (the Basic Law) มาตรา 34 ขยายความรับผิดชอบไปถึงรัฐด้วย ไม่เฉพาะแต่เจ้าพนักงานของรัฐเท่านั้น มีเนื้อหาโดยถอดความเป็นภาษาไทยดังนี้ “บุคคลใดก็ตามในการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามที่ได้รับมอบหมาย ถ้าได้ฝ่าฝืนอำนาจหน้าที่ราชการต่อบุคคลภายนอก รัฐหรือองค์การปกครองซึ่งเป็นหน่วยงานที่ผู้นั้นสังกัดอยู่จะเป็นผู้รับผิดชอบ โดยมีสิทธิไล่เบียดในกรณีที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลธรรมดาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้” นั่นคือหากเจ้าหน้าที่ของรัฐทำละเมิดในการปฏิบัติราชการไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ตามหลักกฎหมายเยอรมัน รัฐและองค์การของรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในผลละเมิดที่เกิดต่อเอกชนโดยตรงเป็นหลัก แต่มีสิทธิไล่เบียดจากเจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

จากการวิเคราะห์มาทั้งหมด คำพิพากษาฎีกาที่ 2816/2528 เรื่อง “อ้อยถึงแก่กรรมแล้ว” พอดีสรุปได้ดังนี้

1. เนื่องจากตามกฎหมายไทยความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้นั้น ต้องไม่ใช่ความโศกเศร้าเสียใจซึ่งเป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้นเท่านั้น ผู้เขียนมีความเห็นพ้องด้วย

2. ในแง่มุ่งทางปกครอง พิจารณาจาก ทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองได้  
ข้อเท็จจริงแล้วเห็นได้ว่าแม้ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง  
แต่เป็นการละเมิดอันเป็นผลจากปฏิบัติการ

บรรณานุกรม

- คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2526, กุมภาพันธ์). คำเสียหายในคดีละเมิด. กฎหมาย, 7, 3, หน้า 25-43.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2528, ธันวาคม). คำเสียหายอันเป็นโทษในคดีละเมิด. นิติศาสตร์, 15, 4, หน้า 152-161.
- จิตติ ดิงศภักย์. (2503). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึงมาตรา 452. พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา.
- (2523). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้แก้ไขเพิ่มเติม. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2542). คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางการปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชูชีพ ปิณฑะสิริ. (2525). การละเมิดสิทธิส่วนตัว. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประยูร กาญจนดุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 4ปรับปรุงเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ปสพ นพรัมภา. (2531). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม และ พ.ร.บ.บริษัทมหาชน จำกัด. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิศ.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2525). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- มยุรี ภักด์รงค์. (2545, สิงหาคม). คำเสียหาย. หมอชาวบ้าน, 24, 280, หน้า 48-49.
- ศักดิ์ สนองชาติ. (2539). คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- สุจิน ชื่อสุวรรณ. (2532). ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.