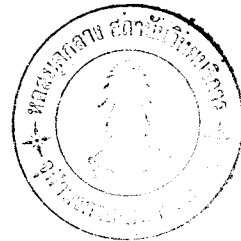


ประมาททางละเมิดคืออะไร



๑.๑ ประวัติ

ก่อนที่จะทราบความเป็นมาเกี่ยวกับความหมายของคำว่า "ประมาท" ในทางละเมิด จะต้องเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อนว่า "ประมาท" หรือการกระทำโดยประมาทในที่นี้เป็นเหตุหนึ่งของการกระทำอันเป็นความผิด เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายย่อมเป็นละเมิด ทั้งนี้เพราะการกระทำละเมิดโดยทั่วไปจะต้องประกอบด้วยการกระทำผิดต่อกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย เมื่อความประมาทเป็นเหตุหนึ่งของการกระทำโดยละเมิดเช่นนี้ "ประมาท" จึงมีวิวัฒนาการมาอย่างไร

ในสมัยโรมัน ความหมายของคำว่า "ประมาท" มีที่ใช้อยู่ในกฎหมายว่าด้วยหนี้อันเกิดจากสัญญาซึ่งเรียกว่า *ex contractu* และหนี้อันเกิดจากมูลละเมิดคือ *ex delicto* ประมาทตามกฎหมายโรมันมีชื่อเรียกว่า *culpa* ซึ่งมีหลักอยู่ว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบเมื่อเขาขาดความระมัดระวัง หรือรีบร้อนในการกระทำ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย กรณีเช่นนี้ เขามีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหาย^๑

อย่างไรก็ตาม การกระทำโดยประมาท หรือ *culpa* นี้ จะต้องขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมด้วย ดังตัวอย่างใน ๒ กรณีคือ ชายผู้หนึ่งกำลังซ่อมพวงหอก ในขณะที่ได้มีทาสผู้หนึ่งเดินผ่านมา และถูกหอกของชายผู้นั้นถึงแก่ความตาย ชายนั้นจะผิดหรือไม่ และอีกกรณีหนึ่ง ถ้าชายผู้นั้นเป็นทหารกำลังซ่อมรบอยู่ในค่ายหรือในสถานที่สำหรับฝึกซ้อม เณรผู้มีทหารหรือบุคคลอื่นผ่านมาถูกอาวุธถึงแก่ความตาย การกระทำของชายผู้เป็นทหาร

^๑W.L. Burdick, The Principle of Roman Law and Their Relation to Modern Law (New York: The Lawyer Co-operative Publishing Co., 1938), p. 414.

ขอมรบนัน ตามกฎหมายโรมันถือว่า เขาไม่มีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท แต่ในกรณีแรก เขาผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท ทั้งนี้เพราะตามกฎหมายโรมันนั้น กรณีที่จะถือว่าเป็นประมาทหรือไม่ของค่านึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมด้วย ในกรณีแรกชายผู้ชอมพุ่งหอกจะต้องระมัดระวังว่าในพฤติการณ์ เช่นนั้นอาจมีผู้สัญจรไปมา ควรที่เขาจะต้องใช้ความระมัดระวังมิให้พลาดไปถูกผู้อื่น ด้วยเหตุนี้จึงถือว่า เขาทำให้คนตายโดยประมาท ส่วนในกรณีที่ ๒ นั้น เมื่อทหารได้ชอมอาวุธอยู่ในสนามที่ฝึกชอม ผู้อื่นไม่มีหน้าที่เข้าไปเกี่ยวข้อง ในพฤติการณ์เช่นนี้ทหารไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้น เขาจึงไม่มีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท และนอกจากพฤติการณ์แวดล้อมแล้วในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ต้องระวังตามวิสัยหรือวิชาชีพก็ถือเป็นสิ่งสำคัญในการวินิจฉัยว่าบุคคลประมาทหรือไม่ด้วย เช่น แพทย์หรือช่าง ต้องใช้ความระมัดระวังตามความชำนาญในสาขาวิชาชีพนั้น ๆ เป็นต้น^๒

นอกจากนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับระดับของความประมาท ตามกฎหมายโรมันได้แบ่งความหนักเบาของประมาทออกเป็น *lata, latior, latissima, magna, gravior, levis* และ *levissima* แต่ละระดับต่าง ๆ ดังกล่าวนี้เป็นไปในทางทฤษฎีเท่านั้น ส่วนในการปฏิบัตินั้นยากที่จะวัดความแตกต่างออกไปได้^๓ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักในเรื่องประมาทนี้มีที่ใช้อยู่ในกฎหมายโรมันมาก่อน

ในระยะหลังจากสมัยโรมันจนถึงต้นศตวรรษที่ ๑๕ ความหมายของคำว่า "ประมาท" ในทางละเมิดมิได้ถูกวิเคราะห์ขึ้นเป็นศัพท์ต่างหาก แต่นักนิติศาสตร์หลายท่านก็ยอมรับว่า ประมาทเป็นส่วนสำคัญของการกระทำละเมิด เห็นได้จากตอนต้นศตวรรษที่ ๑๖ Fitzherbert ซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์ในสมัยนั้นได้กล่าวอธิบายว่า บุคคลจะต้องใช้ความ

^๒A.H. William, Introduction of Roman Law (edited by F.H. Lawson, 9th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1955) p. 146- p. 146 - 147.

^๓Burdick, op. cit., p. 414.

ระมัดระวังให้เหมาะสมกับหน้าที่ของเขา เช่น เป็นนายช่างหรือเป็นแพทย์^๕ เป็นต้น และเขาจะต้องรับผิดชอบเมื่อเขาขาดความระมัดระวัง เช่นว่านั้น

จนกระทั่งถึง ค.ศ. ๑๘๒๕ ในวงการของนักกฎหมายเริ่มยอมรับว่าการกระทำโดยประมาทเป็นพื้นฐานของการกระทำผิดในทางละเมิด ทั้งนี้เพราะในสมัยนั้นเป็นระยะที่มีการเคลื่อนไหวทางค่านอกอุตสาหกรรม กล่าวคือ เป็นยุคแห่งการปฏิวัติอุตสาหกรรม มีความเจริญทางค่านวิทยาศาสตร์ เป็นยุคแห่งการกำเนิดเครื่องจักรกลต่าง ๆ กำเนิดรถไฟ เครื่องจักรกล ฯลฯ ด้วยเหตุนี้เองจึงมีคดีมากมายที่เกิดขึ้นเพราะอุบัติเหตุจากเครื่องจักรกลเหล่านี้ นี่เป็นจุดเริ่มต้นที่เป็นเหตุให้นักกฎหมายเพ่งจุดสนใจไปที่ความประมาท และพยายามตั้งคำจำกัดความของความประมาทขึ้นมา ตลอดจนการวางระดับมาตรฐานของความประมาท^๕

ตามประวัติศาสตร์กฎหมายไทย กฎหมายลักษณะละเมิดปรากฏอยู่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา มูลละเมิดมีอยู่ทั่วไป ตั้งแต่พระอัยการพรมศักดิ์, กฎหมายลักษณะลักพา, กฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะโจร, กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ^๖ เป็นต้น ในกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ดังกล่าวมานี้ บัญญัติถึงการกระทำผิด การชดใช้ค่าเสียหาย และโทษ โดยมีได้กล่าวให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าการกระทำนั้น ๆ จะต้องประกอบด้วยเจตนาหรือประมาท ถึงอย่างไรก็ตามในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จก็ได้กล่าวถึงกรณีความผิดอันเกิดจากการกระทำโดยประมาทไว้ในบางมาตรา เช่น

บทเฉพาะ "ถึงเทศกาลเดือน ๖ เดือน ๘ เมื่อข้าวเป็นต้นเป็นลำให้ผูกข้างม้า โค กระบือ เสืออย่าปล่อย ถ้าเจ้าของปล่อยให้มันหลุดไปกินข้าวทานเจ้าของต้องรับผิดชอบ

^๕Sir P.H. Winfield, Winfield on Torts (7th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1963) p. 166.

^๕William L. Prosser, Hand Book of the Law of Torts (St. Paul Minn: West Publishing Co., 1941) p. 171.

^๖เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. หนังสือปราชญาเรื่องกฎหมายสมัยอยุธยา (พระนคร: คณะกรรมการจัดงานอนุสรณ์อยุธยา, ๒๕๑๐) หน้า ๕.

เจ้าของลงข่าวกล่าวไว้ในนา มีข้อห้ามมิให้ไถเพลิง เหยียบข้าวท่น ต้นข้าวขึ้นอยู่ในนา
ท่นแล้ว ห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปสู่มปลาทงปลาให้ชาวของท่นเสียหาย"^๗

บทที่ ๑๕๓ "ผู้ใดตากไม้ใกล้หนทาง และมีผู้เข้ามาใกล้ ขวานหลุดจากมือไป
ต้องเข้า เป็นบาปกรรมแก่ผู้ตาย ให้ผู้ตากทำบุญส่งไปให้แก่ผู้ตาย ถ้าขวานหลุดจากมือทั้งตัว
ทั้งค้ำมิให้ใช้ค้ำท่น"^๘

จากบทบัญญัติทั้ง ๒ นี้ จะเห็นได้ว่า ในกรณีการไถเพลิงก็คื การกระทำให้
ขวานหลุดจากมือไปของผู้อื่นก็คื ล้วนแต่เป็นการกระทำโดยไม่ตั้งใจทั้งสิ้น ในความหมาย
โดยประการทั้ง ๒ นี้ น่าจะหมายถึงกรณีประมาท เพราะเป็นการกระทำอันเกิดจากการ
ขาดความระมัดระวัง เป็นผลให้ผู้อื่นต้องได้รับความเสียหาย

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ก็ยังคงใช้กฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาอยู่
เช่นเดิม เพียงแต่มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายบางลักษณะ จนกระทั่งเมื่อประกาศใช้
กฎหมายลักษณะอาญา ความหมายในเรื่องประมาทจึงได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา
มาตรา ๔๓ บัญญัติว่า

"ที่ว่ากระทำโดยประมาทนั้น ท่านอธิบายว่าบุคคลกระทำโดยมิได้ตั้งใจ แต่
กระทำโดยอาการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังว่าต่อไปนี้คือ

๑. กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชนก็คื
๒. ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ในกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น (เป็นหมอ
หรือเป็นช่าง เป็นคน ละเลยการอันควรต้องทำให้คืในทางศิลปศาสตร์นั้นเสียก็คื
๓. ทำฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็คื เหล่านี้ถึง
กระทำโดยมิได้ตั้งใจท่านก็ว่ากระทำโดยฐานประมาท"

ครั้นเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญา บทบัญญัติในเรื่องประมาทได้เปลี่ยนไป
ตามมาตรา ๕๕ วรรค ๔ คือ

"กระทำโดยประมาท ใดแก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดย

^๗ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. เรื่องเดิม, หน้า ๒๑.

^๘ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๒.

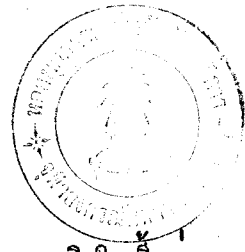
ปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่"

นี่เป็นความหมายของคำว่า ประมาท ที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่จะสังเกตได้ว่า ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย คำว่าประมาทมิได้ใช้อยู่ในกฎหมายหลายลักษณะ แต่บทนิยามหรือวิเคราะห์ศัพท์ความหมายของคำว่าประมาทก็มีได้ระบุไว้ในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง โดยเฉพาะ แม้แต่ในกฎหมายลักษณะละเมิด ก็มีแต่มาตรา ๔๒๒ บัญญัติว่าถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์ เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืน เช่นนั้นท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด ดังนั้น โดยทั่ว ๆ ไปอาจอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาใช้ประกอบการวินิจฉัย รวมทั้งการพิจารณาจากแนวบันทึกฐานคำพิพากษาของศาลเป็นเกณฑ์

๑.๒ ความหมายของคำว่าประมาท

หลังจากศตวรรษที่ ๑๙ เป็นต้นมา นักนิติศาสตร์หลายท่านพยายามให้คำจำกัดความของคำว่า "ประมาท" ไว้มากมาย โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษและอเมริกา นักนิติศาสตร์ได้สังเกตเห็นความสำคัญและให้คำจำกัดความไว้ ซึ่งแยกได้ ๓ ประการคือ

๑. ประมาท คือ สภาวะทางจิตใจ ซึ่งหมายความว่า ประมาทเป็นลักษณะสำคัญอย่างหนึ่งของจิตใจ ซึ่งตรงข้ามกับเจตนา โดยที่เจตนาอันเป็นกรณีที่อยู่กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล ส่วนประมาท ผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล แต่ได้กระทำไปโดยการขาดความระมัดระวัง ประมาทอาจเกิดจากความคิดที่สะเพร่าของบุคคล เช่น การใช้กรงเลี้ยงสัตว์ที่ร้ายในสภาพที่ไม่มั่นคง สัตว์นั้นอาจหลุดออกมาทำร้ายบุคคลอื่นหรือการกระทำโดยประมาทนั่นเอง ผู้กระทำมีเจตนาในการกระทำแต่ไม่ประสงค์ให้เกิดผลบางประการ เช่น กรณีการขับรถเร็วเป็นเหตุให้ผู้ขับไม่สามารถใช้ห้ามล้อได้ทัน จึงชนบุคคลอื่นบาดเจ็บ กรณีเช่นนี้ผู้ขับรถมีเจตนาในการขับรถเร็ว แต่ก็ไม่ปรารถนาที่จะชนผู้อื่น ท่านอาจารย์บัญญัติ สุชีวะ ได้อธิบายไว้ว่า เป็นอาการที่ผู้กระทำแม้จะมีความตั้งใจอยู่บ้าง



แต่การกระทำนั้นก็ยังมีความไม่ตั้งใจปนอยู่ด้วย^๕

เกี่ยวกับความหมายที่ว่า ประมาทเป็นสภาวะทางจิตใจ ท่าน Eve. J ได้ อธิบายความหมายของสภาวะทางจิตใจ จากคดี Vaughan v. Menlove ว่า ท่าทีของ จิตใจนั้นย่อมต่างจากภัยที่ปรากฏชัดเจน โดยในคดีนี้มีอยู่ว่า จำเลยได้กองฟางไว้ในลักษณะ ที่น่าจะติดไฟได้ มีผู้ตักเตือนจำเลยให้เห็นถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้น แต่จำเลยกลับกล่าวว่า ตนจะรับผิดชอบ ต่อมาเพลิงได้ลุกไหม้ขึ้นจริง ๆ เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย เช่นนี้ ถือว่ามีใจจำเลยตั้งใจให้เกิดเพลิงลุกไหม้ แต่เป็นเพราะความประมาทของเขาจึงเป็นเหตุ ให้เพลิงลุกไหม้ขึ้น^๖ เพราะฉะนั้นสภาวะทางจิตใจจึงหมายถึงความรู้สึกภายในจิตใจของ ผู้กระทำต่อภัยซึ่งมีลักษณะไม่แน่นอน คืออาจจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ ส่วนภัยที่ปรากฏ ชัดเจนย่อมไม่อยู่ในความหมายนี้

อย่างไรก็ตาม ท่าน Salmond ไม่เห็นด้วยกับความหมายที่ว่า ประมาท เป็นสภาวะทางจิตใจ โดยให้เหตุผลว่า ประมาทมิใช่สภาวะทางจิตใจ แต่เป็นการกระทำ ที่ขาดความระมัดระวัง เพราะประมาทเป็นเพียงการกระทำที่ผู้กระทำมิได้คาดคิดว่า การ กระทำของตนจะเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น ส่วนการกระทำโดยเจตนา นั้น ผู้กระทำมีความตั้งใจที่จะก่อความเสียหายขึ้น ประมาทจึงเป็นเพียงการกระทำที่ขาดความ ระมัดระวัง เท่านั้น มิใช่สภาวะทางจิตใจ เพราะสภาวะทางจิตใจนั้นผู้กระทำจะต้องมุ่ง ประสงค์ถึงอันตรายหรือผลที่จะเกิดขึ้นโดยตรง แต่ท่าน Salmond ก็ยอมรับว่า การกระทำ โดยประมาทนั้นผู้กระทำอาจจะรู้สึกถึงภัยที่จะเกิดขึ้นได้ เพียงแต่ผู้กระทำไม่ตั้งใจที่จะให้ เกิดอันตรายขึ้นเท่านั้น^๗

^๕บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", บทบัญญัติ เล่ม ๒๑ ตอน ๒, (เมษายน, ๒๕๐๖), หน้า ๒๗๕.

^๖J. Charlesworth, Charlesworth on Negligence (4th ed. by R.A. Percy, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1962) p. 1.

^๗Sir John W. Salmond, Salmond or The Law of Torts (13th ed. by R.F.V. Heuston, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1961) p. 404 - 405.

ถึงแม้ว่าท่าน Salmond จะไม่ยอมรับว่าประมาทเป็นสภาวะทางจิตใจก็ตาม ก็ไม่เป็นปัญหาสำคัญซึ่งจะนำมาถกเถียงกัน เพราะไม่ว่าประมาทจะเป็นสภาวะทางจิตใจ หรือเป็นการกระทำหรือความประพฤติกก็ตาม สำคัญที่ยอมรับเป็นกรณีของผู้กระทำปราศจากเจตนาและไต่กระทำไปโดยการขาดความระมัดระวัง ซึ่งก่อให้เกิดผลที่ผู้กระทำไม่ปรารถนานั้นก็คือความเสียหายด้วยกันทั้งสิ้น

๒. ความประมาทคือ ความประพฤติกที่ขาดความระมัดระวัง ในแง่นี้ประมาทหมายถึงความประพฤติกหรือการกระทำ ซึ่งขาดความระมัดระวัง แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและระดับของวิญญูชนเป็นหลักด้วย ความหมายที่ว่าประมาทคือความประพฤติกหรือการกระทำที่ขาดความระมัดระวังนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นความประพฤติกที่ประอบด้วยความปลอดภัยซึ่งผู้กระทำไม่ประสงค์จะให้เกิดผล (คือความเสียหาย) แม้นเขาจะรู้สึกว่าจะอาจเกิดภัยขึ้นได้ก็ตาม^{๑๒}

เมื่อกล่าวถึงความประมาทเป็นความประพฤติกที่ขาดความระมัดระวังนั้น จำเป็นต้องกล่าวถึงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายด้วย เพราะล้าพังความประพฤติกหรือการกระทำที่ขาดความระมัดระวัง ถ้าไม่เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแล้ว ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในทางละเมิด หรือในการกระทำนั้นถ้าผู้กระทำไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังแล้ว ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดชอบ^{๑๓} หน้าที่ซึ่งกล่าวถึงนี้คือหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้น โดยที่จำเลยไม่กระทำตามหน้าที่ที่เป็นเหตุให้เกิดผลคือความเสียหายต่อโจทก์ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์เพราะการไม่กระทำตามหน้าที่นั้น นอกจากนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังนั้นตามกฎหมาย Common Law ถือระดับของวิญญูชนในพฤติการณ์นั้น ๆ เป็นหลักในการวางมาตรฐานแห่งความประพฤติก^{๑๔} อนึ่ง การที่ถือว่าประมาทคือความประพฤติกหรือการกระทำที่ขาดความระมัด

^{๑๒}Salmond, op. cit., p. 405.

^{๑๓}Charlesworth, op. cit., p. 2.

^{๑๔}O Hood Phillips, A First Book of English Law (6th ed., London: Sweet & Maxwell, Ltd., 1909) p. 308.



ระวัง จะชี้ข้อแตกต่าง ระหว่างประมาทกับอุบัติเหตุได้ชัด คือการกระทำโดยประมาทเป็นแบบ เฉพาะของความประพฤตินั้น ซึ่งถ้าเกิดขึ้นเพราะเขาประพฤติด้อยกว่าระดับ มาตรฐานของปกติชนที่มี เหตุผลสมควรก็เป็นพื้นฐานประมาท แต่ถ้าเกิดขึ้นเพราะเหตุอื่น ก็เป็นอุบัติเหตุ^{๑๕}

๓. ประมาทในความหมายซึ่งเป็นละเมิดโดยลักษณะเอกเทศ ความหมายโดย ประการนี้เป็นการแยกให้เห็นความสำคัญของประมาทในอีกแง่หนึ่ง เพราะตามกฎหมายของ อังกฤษและอเมริกา ถือว่าประมาทเป็นละเมิดลักษณะหนึ่งซึ่งต่างจากละเมิดในลักษณะอื่นๆ^{๑๖} ประมาทในกรณีนี้หมายถึง การไม่กระทำตามที่อันพึงต้องใช้ความระมัดระวังตามกฎหมาย คั้งนั้น หน้าที่ตามกฎหมายจึงเป็นสิ่งซึ่งสำคัญ และเกี่ยวข้องกับความประมาทอย่างใกล้ชิด นักนิติศาสตร์หลายท่านมีความเห็นในทำนองเดียวกันว่า หน้าที่ตามกฎหมายเป็นสิ่งซึ่งสำคัญ ในเรื่องของความประมาท และการที่บุคคลกระทำการโดยขาดความระมัดระวังในหน้าที่ ซึ่งบัญญัติไว้ตามกฎหมายเป็นเหตุให้บุคคลอื่นต้องได้รับความเสียหายแล้วไซ้ ย่อมเกิดขึ้น แก่จำเลยในอันที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับโจทก์ เพราะผลแห่งการไม่กระทำตามที่ นั้น นักนิติศาสตร์ที่มีความเห็นในทำนองนี้ได้แก่ Willes J., Lord Macmillan, Talbot J. และ Lord Wright^{๑๗} เป็นต้น

ประมาทในความหมายซึ่งเป็นการไม่กระทำตามที่จึงเป็นละเมิดในลักษณะ พิเศษอย่างหนึ่ง และตามกฎหมายอังกฤษถือเป็นหลักสำคัญ ๓ ประการ คือ

๑. บุคคลมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้อื่นตามกฎหมาย
 ๒. ไม่กระทำตามที่นั้น
 ๓. เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น
- หลักเกณฑ์ทั้ง ๓ ประการนี้ผู้เขียนใครจะชอกกล่าวในบทต่อไป

^{๑๕}สง่า ดินะสมิต, กฎหมายอาญา เล่ม ๒ (พระนคร: โรงพิมพ์คุรุสภา ลาดพร้าว, ๒๕๑๔) หน้า ๘๐.

^{๑๖}บัญญัติ สุชีวะ เรื่องเดิม, หน้า ๒๗๖.

^{๑๗}Charlesworth, *op. cit.*, p. 6.

ส่วนในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย อันได้แก่ประเทศทางภาคพื้นยุโรป ความหมายของความประมาทในการกระทำละเมิด มีได้แยกอธิบายไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ เพราะประเทศทางภาคพื้นยุโรปถือว่าประมาทเป็นเพียงองค์ประกอบของการกระทำละเมิด เท่านั้น^{๑๘} ในกรณีความผิดที่ได้กระทำโดยละเมิดมักจะคำนึงถึงการกระทำความผิด และผล อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายเป็นหลักใหญ่ เช่น

ประเทศฝรั่งเศส ได้บัญญัติกรณีละเมิดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๘๒ "การกระทำใด ๆ ของบุคคลอันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่นไซ้ โดยความผิดของเขานั้นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน"^{๑๙}

ดังนั้น การกระทำความผิดทางละเมิดของฝรั่งเศสจึงถือหลัก

๑. ต้องมีความเสียหาย เรียกว่า *Dommage* หรือ *Préjudice*
๒. ต้องมีความผิด เรียกว่า *Faute*
๓. ต้องมีความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหาย

(Relation de cause à effet entre la faute et le préjudice)^{๒๐}

จะเห็นได้ว่าในคำบทบัญญัติมาตรา ๑๓๘๒ ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งเป็นบทบัญญัติแม่บทในความรับผิดทางละเมิดนี้ มีถ้อยคำถึงความประมาทหรือจงใจไว้ แต่ได้ไปบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓๘๓ ว่า

"บุคคลทุกคนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งตนได้ทำให้เกิดขึ้นมิใช่แต่ เฉพาะเพื่อการกระทำ ยังรวมถึงที่เกิดโดยความประมาทเลินเล่อของตนด้วย"^{๒๑}

^{๑๘} บัญญัติ สุชีวะ เรื่องเคมิม, หน้า ๒๗๖.

^{๑๙} Art 1382: Tout fait queleconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer

^{๒๐} จีค เศรษฐบุศกร "ประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย", นิติศาสตร์ เล่ม ๓ ตอน ๒ (กันยายน, ๒๕๑๔) หน้า ๖๔

^{๒๑} Art 1383: Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence

จากบทบัญญัติในมาตรา ๑๓๘๓ นี้เอง จึงกล่าวได้ว่า โดยหลักทั่วไปของความรับผิดชอบที่เกิดจากการละเมิดนั้นแม้จะไม่บัญญัติไว้โดยตรงว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางละเมิดเมื่อเขาได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลอื่นอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายขึ้นก็ตาม กฎหมายก็มีไว้จะมองข้ามกรณีการกระทำอันเกิดจากความประมาทไปเสียทีเดียว เพราะตามมาตรา ๑๓๘๓ นี้ ได้บัญญัติไว้ว่าการกระทำละเมิดมิใช่จะเกิดจากการจงใจเพียงกรณีเดียว กรณีที่เกิดจากความประมาทหรือละเว้นการกระทำก็ถือว่าเป็นละเมิดด้วย

ท่านศาสตราจารย์ จี. เศรษฐบุตร อธิบายไว้ว่า "ความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น ๒ ชนิด คือ ความผิดที่ตั้งใจกระทำ *faute intentionnelle* กับความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ *faute non-intentionnelle* ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีคำ *faute intentionnelle* และ *faute non-intentionnelle* ที่จริง แต่เจ้าหน้าที่ของลักษณะว่าด้วยละเมิดนั้นเรียกว่า "*Des délits et des quasi-délits*" ซึ่งท่าน Pothier ได้ตีความไว้ว่า *délit* คือ การกระทำที่มีกมลอัน (dol) หรือมีความตั้งใจร้าย (*malignité*) จะให้เขาเสียหาย ส่วน *quasi-délit* นั้นคือการกระทำที่ไม่มีความตั้งใจร้าย แต่กระทำโดยประมาท (*imprudence*) อันไม่อาจจะยกโทษได้ และการที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่โลกด้าวข้อแตกต่างไว้ชัดแจนก็พอจะเข้าใจได้ว่า เพราะไม่มีประโยชน์เท่าใดนักในการรู้ความแตกต่างระหว่าง *délit* และ *quasi-délit* คือ ระหว่างความผิดที่ตั้งใจและความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจ เพราะผลนั้นเหมือนกัน จะผิดโดยตั้งใจหรือไม่ก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนทั้งคู่^{๒๒}

ท่านศาสตราจารย์ เกอูต์ กล่าวไว้ว่า "จุดประสงค์ของผู้นร่างกฎหมายมุ่งประสงค์ให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบไว้เพียงแต่ผลแห่งการกระทำของตนเท่านั้น ต้องรับผิดชอบในการละเว้นหรือประมาทเลินเล่อด้วย และความประมาทในที่นี้คือการขาดความระมัดระวัง ขาดความเอาใจใส่ และโดยการทำในสิ่งที่ควรกระทำเพื่อจะหลีกเลี่ยงความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่ผู้อื่น ส่วนความเลินเล่อคือการขาดความคิดเห็นล่วงหน้าถึงความเสียหาย การที่

^{๒๒} จี. เศรษฐบุตร เรื่องเดิม, หน้า ๑๑๑.

ไม่คิดว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้น ความเดินเลอบางที่เกี่ยวข้องการกระทำโดยแท้จริง เช่น การขับรถเร็วเกินกำหนดหรือการทดลองเกี่ยวกับวัตถุที่มีอันตราย ส่วนตัวอย่างความประมาทได้แก่การไม่จุดไฟในเวลากลางคืน หรือการไม่ใช้เครื่องป้องกัน เป็นต้น^{๒๓}

ประเทศเยอรมันได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๘๒๓ วรรคแรก ว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเดินเลอบ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"^{๒๔}

จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา ๘๒๓ นี้ บัญญัติเหมือนมาตรา ๘๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทั้งนี้ก็เพราะมาตรา ๘๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้เทียบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันนั่นเอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา ๘๒๓ นี้ยอมแสดงให้เห็นถึงความหมายของการกระทำโดยละเมิด และการกระทำโดยละเมิดนั้นอาจเกิดจากจงใจหรือประมาทเดินเลอบก็ได้ ซึ่งคำว่าละเมิดนี้ เยอรมันได้นำมาจากกฎหมายโรมันที่เรียกว่า "delict"^{๒๕} ความหมายของคำว่า ประมาท ตามกฎหมายเยอรมันนั้นหมายถึงการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งเป็นผลให้เกิดความเสียหายขึ้นเช่นกัน^{๒๖}

^{๒๓} เอช. เอกูต์, คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส โดย ดร. แอล. คูปลาต์ กับ ศ. เอกูต์ (พระนคร: สถาบันศึกษา, ๒๔๗๕), หน้า ๑๐๘๐.

^{๒๔} Article 823. "One, who designedly or negligently injures life, body, health, freedom, the property or any right of another bound to indemnify the other for the injury arising therefrom, The Civil Code of German Empire (Translated by Walter Lowy: London, Sweet & Maxwell, 1909) p. 203.

^{๒๕} delict หมายถึงการกระทำโดยผิดกฎหมายไม่ว่าจะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเดินเลอบก็ตาม

^{๒๖} The British Institute of International and Comparative Law, Manual of German Law, (Volume 1, ed. by E.J. Cohn, London: Oceana Publications, Inc., 1968) p. 95.

ในประเทศนอร์เวย์และเดนมาร์ก การกระทำโดยจงใจหรือประมาทในทางละเมิดมีขอบเขตกว้างมาก และมีกฎหมายหรือหลักสำคัญที่เรียกว่า culpa หลักนี้ก็คือบุคคลจะต้องรับผิดชอบในการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อซึ่งเป็นหลักสำคัญของกฎหมายลักษณะละเมิดและลักษณะสัญญา และการกระทำโดยละเมิดนั้นนอกจากจะถือหลักว่าบุคคลจะต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทแล้ว การกระทำนั้นจะต้องมีความผิดตามกฎหมายและก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นด้วย^{๒๗}

ประมาทตามความหมายที่ใช้ในประเทศนอร์เวย์และเดนมาร์ก จึงหมายถึงการกระทำซึ่งขาดความระมัดระวังอันเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย ส่วนระดับของความระมัดระวังนั้นถือระดับจากวิญญูชน เช่นกัน

นอกจากนี้ก็มีประเทศออสเตรเลีย บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐๕๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรเลียว่า "ผู้ใดที่รู้จักผิดและชอบใจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากความผิดของตนต่อผู้อื่น ไม่ว่าความผิดนั้นจะเป็นการกระทำ เป็นการปราศจากความระมัดระวัง เป็นประมาทหรือเป็นการต้องอาศัยความชำนาญก็ตาม"^{๒๘}

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๒๐๕๓ บัญญัติว่า "ผู้ใดโดยกระทำอันมีชอบหรือประมาททำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นโดยปราศจากข้ออ้างตามกฎหมายจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้อื่น"^{๒๙}

ประเทศญี่ปุ่น บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๐๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งว่า "บุคคลผู้ซึ่งโดยความจงใจหรือประมาทก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของผู้อื่นไซ้ ย่อมถูกผูกพันให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายซึ่งเขาได้ก่อขึ้น"^{๓๐}

^{๒๗} A General Survey, Danish and Norwegian Law (edited by the Danish Committee on Comparative Law, Copenhagen: G.E.C. Gad, 1963) p. 91-92

^{๒๘} บัญญัติ สุชีวะ เรื่องเคม, หน้า ๒๗๖

^{๒๙} เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน

^{๓๐} เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน

จากประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปและประเทศญี่ปุ่นที่กล่าวมาแล้ว เห็นได้
ว่า แม้ในคัมภีร์กฎหมายจะมีได้บัญญัติให้เห็นความหมายของความประมาทในทางละเมิดก็ตาม
แต่ก็ยอมรับว่าการกระทำโดยละเมิดนั้นย่อมเกิดจากการจงใจ และการประมาทด้วย โดย
เหตุนี้จึงเห็นได้ว่าถึงอย่างไร ประมาทก็เป็นเหตุสำคัญอย่างหนึ่งสำหรับความรับผิดทาง
ละเมิด

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับความประมาท
ในทางละเมิดได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒๐ ว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคล
อื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี
ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน
เพื่อการนั้น"

มาตรา ๔๒๐ นี้ถือเป็นแม่บทของการกระทำโดยละเมิด ซึ่งพอสรุปหลักได้ว่า

๑. ต้องมีการกระทำความผิดโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ
๒. การกระทำนั้นเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมาย
๓. เกิดความเสียหายซึ่งเป็นผลจากการกระทำนั้น

โดยเหตุนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อ ย่อมเป็นเหตุสำคัญของ
ความรับผิดในทางละเมิดประการหนึ่ง แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติ
วิเคราะห์ศัพท์ความหมายของความประมาทเลินเล่อไว้ จึงอาจนำบทวิเคราะห์ศัพท์ความ
หมายของความประมาทในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๔๓ และประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา ๕๕ วรรค ๔ รวมทั้งคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ไต่สวนไว้เป็นบันทึกรามาเป็นหลัก
ในการวินิจฉัยของศาล

อย่างไรก็ตาม คำว่า ประมาท นี้ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน
พ.ศ. ๒๔๕๓ หมายความว่า มัวเมา, เลินเล่อ, เฉลอ, ลืมสติ แต่ตามกฎหมายลักษณะ
อาญา มาตรา ๔๓ บัญญัติไว้ว่า

"ที่ว่าการกระทำโดยประมาทนั้น ท่านอธิบายว่า บุคคลกระทำโดยมิได้ตั้งใจแต่
กระทำโดยอาการอย่างใดอย่างหนึ่งตั้งว่าต่อไปนี้ คือ

- (๑) กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังอันควรเป็นวิสัยของปกติชนก็ดี

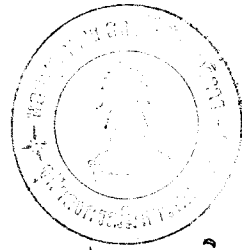
(๒) ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปศาสตร์ ในกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น เป็นหมอ หรือเป็นช่าง เป็นต้น ละเลยการอันควรต้องทำให้ดีในทางศิลปศาสตร์นั้นเสียก็คือ

(๓) ทำฝ่าฝืนกฎหมาย ขอบังคับ หรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี เหล่านี้ ถึงกระทำให้โดยมิได้ตั้งใจ ท่านถือว่ากระทำโดยฐานประมาท"

ส่วนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๕ วรรค ๔ บัญญัติว่า "กระทำโดยประมาทได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่"

สรุปความหมายของความประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๔๓ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๕ วรรค ๔ ได้ว่า ประมาท คือการกระทำซึ่งหมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก (ไม่รวมถึงการละเมอ) และรวมถึงการเว้นการที่ จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย แต่ในการกระทำหรือการเว้นการนั้นผู้กระทำได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง และการใช้ความระมัดระวังนั้นย่อมต้องคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์เป็นส่วนประกอบด้วย

อนึ่ง ตามที่กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๔๓ (๓) ที่ว่า ทำฝ่าฝืนกฎหมาย ขอบังคับ หรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายนั้น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นมั่นทศฐานว่า เพียงแต่ การฝ่าฝืนเท่านั้นหาเป็นประมาทไม่ การฝ่าฝืนนั้นจะต้องเป็นเหตุให้เกิดการกระทำความผิดนั้นด้วยจึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๖๑/๒๔๕๕ ระหว่าง พนักงานอัยการจังหวัดชลบุรี โจทก์ นายประจวน หรือจวด จำเลย มีความว่า เพียงแต่ขับรถยนต์โดยไม่ได้รับอนุญาตให้ขับแล้วเกิดชนคนตายขึ้น เมื่อไม่ได้ความว่า การชนคนนั้นเกิดโดยความประมาทปราศจากความระมัดระวังของผู้ขับ และปรากฏว่าผู้ขับ เคยขับรถยนต์โดยเรียบร้อยมา ๓ ปี การที่ไม่มีใบอนุญาตเท่านั้น หาทำให้เป็นผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทไม่ และต่อมาเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้วก็คงถือหลักเดียวกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๔/๒๕๐๑ และขอให้ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๒ ซึ่งบัญญัติ "ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใด อันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้น



เป็นผู้ผิด" จึงเห็นได้ว่ามาตรานี้ใช้โดยคำกระทัดรัดกว่า

ส่วนคำพิพากษากฎีกาที่เกี่ยวกับความหมายของความประมาทเลินเล่อนั้นมีมากมาย จึงขอยกตัวอย่างเพียงบางเรื่อง เช่น

คำพิพากษากฎีกาที่ ๕๑/๒๔๘๔ จำเลยขับรถรางมาในระยะไกล เห็นรถยนต์ขวางทางรถรางอยู่ แต่เข้าใจว่ารถยนต์คงถอยหลังได้ทันก่อนที่รถรางจะแล่นไปถึง จึงไม่ได้หยุดรถราง คงปล่อยให้แล่นไปเรื่อยจนชนรถยนต์ที่ขวางทางอยู่นั้น ถือได้ว่าจำเลยประมาท ผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก

คำพิพากษากฎีกาที่ ๑๗๘/๒๔๘๕ เจ้าของแจ้งว่าโดนคหาย และขอใบแทนไปแล้ว มีผู้ลอบเอาโฉนดมาหลอกจำนองโจทก์ เจ้าพนักงานที่ดินประมาทเลินเล่อไม่คู่ควรหมักแค้น ซึ่งหมายเหตุนั้นได้ออกใบแทนไปแล้วจึงทำจำนองให้ดังนี้ เจ้าพนักงานที่ดินและกรมที่ดินต้องรับผิดชอบในความเสียหายให้แก่โจทก์

คำพิพากษากฎีกาที่ ๑๒๒/๒๔๘๖ จำเลยขับรถรางมาแต่ไกล มองเห็นรถเมล์จอดส่งคนโดยสารอยู่ที่ริมทาง รถแต่มีได้ระมัดระวัง คงขับรถรางต่อไปและแล่นเบียดผู้เสียหายซึ่งลงจากรถแล้วเดินเลียบรถเมล์ไปข้างหน้ามีปากเจ็บ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแม้จะนับว่าเป็นความประมาทของผู้เสียหายอยู่ด้วยก็จริง แต่จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแก่ฐานะที่เป็นผู้ขับรถรางแล้วก็จะไม่มีทางเป็นอันตรายแก่ผู้เสียหายได้ จึงถือว่าเป็นความผิดของจำเลย

002943

คำพิพากษากฎีกาที่ ๑๒๐๑/๒๕๐๒ เทศบาลจัดการขยายถนน ทำให้หน้าซึ่งขอบเป็นคอนกรีตเข้ามาอยู่ในตัวถนน เมื่อเปิดถนนที่ขยายให้รถสัญจรไปมาได้ ก็ยังมีได้ถมบ่อทำให้เรียบเป็นพื้นทีถนนธรรมดา และมีได้จัดให้มีเครื่องหมายและสัญญาณไฟคิกตั้งให้เป็นที่สังเกตเห็นได้ในเวลาค่ำคืน โจทก์ขับรถยนต์ตกบ่อ เป็นเหตุให้รถยนต์เสียหายและโจทก์ได้รับบาดเจ็บ ดังนั้นต้องถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของเทศบาล ซึ่งจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์

คำพิพากษากฎีกาที่ ๒๗๑/๒๕๐๖ การที่จำเลยปล่อยให้ผู้ขับขี่บังคับบัญชาปฏิบัติผิดระเบียบเรื่อยมานั้น ถือได้ว่าเป็นการประมาทเลินเล่อ และเป็นเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้เกิดการทุจริตรายนี้ จำเลยต้องรับผิดชอบละเมิดชดใช้เงินให้แก่โจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๓๗/๒๕๑๐ เปิดก๊อกน้ำในห้องของคนแล้วลืมปิด เป็นเหตุให้น้ำท่วมพื้นห้องแล้วซึมไหลเข้าไปในห้อง ของบุคคลอื่นซึ่งติดต่อกัน และใช้ผนังห้องร่วมกัน ทำให้ข้าวของของเขาและผนังห้องเสียหาย ถือว่าเป็นผลเกิดจากความประมาท จึงเป็นการละเมิดที่ต้องรับผิดชอบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๖๘/๒๕๑๓ สะพานซึ่งอยู่ในความควบคุมดูแลของจำเลย ซึ่งเป็นเทศบาล เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องดูแลให้สะพานมั่นคงแข็งแรงเสมอ การที่จำเลยปล่อยให้สะพานชำรุดเสียหาย รื้อสะพานเป็นช่องโหว่อยู่ โจทก์เป็นเด็กเดินข้ามสะพานเอาหลังพิงราวสะพานเดินไปจนถึงช่องโหว่เพราะมีวัตถุเค็ดกั้นที่ข้างสะพาน ทั้งนี้ นับว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยอันเป็นการละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๕๔-๑๐๕๕/๒๕๑๓ จำเลยนำเรือรบแล่นตามแม่น้ำจะผ่านสะพานพระพุทธรูปท่า เห็นแต่ไกลว่าสะพานยังไม่เปิด จำเลยควรจะลดความเร็วแล้วเดินหน้าถอยหลังจนกว่าสะพานจะเปิด แต่ก็ไม่ได้ทำ จนใกล้สะพานจึงให้ทิ้งสมอจอกเรือก็กลับลำเอาท้ายไปปะทะเรือ, สะพาน และรั้วของราษฎรซึ่งอยู่ริมแม่น้ำเสียหาย ถ้าน้ำไหลและลมพัดอย่างปกติตามฤดูกาลเท่านั้นแล้ว จำเลยจะอ้างไม่ได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่จำเลยจะป้องกันได้ เพราะกระแสน้ำเชี่ยวและลมพัดแรง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความเสียหายเป็นเพราะความประมาทเลินเล่อของจำเลย

ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยว่า ไม่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๐๒/๒๕๘๖ ระเบียบของกระทรวงมหาดไทยใช้เฉพาะในวงอันจำกัดไม่ได้ประกาศเป็นกฎ ไม่มีผลบังคับโดยทั่วไป และประชาชนไม่จำเป็นต้องรับรู้ เป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่จะยืนยันแต่เพียงว่ามีระเบียบนั้น ๆ อยู่แล้ว หากปฏิบัติโดยจะรู้หรือไม่รู้ว่ามีอยู่ ก็เป็นการกระทำผิดกฎหมายในตัวแล้ว ทั้งนี้หาได้ไม่ การหาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่าฝืนระเบียบนั้น จะต้องปรากฏว่าผู้นั้นได้รู้ว่าระเบียบอยู่แล้วยังปฏิบัติฝ่าฝืน ถ้าเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติไปตามปกติ จะว่าการที่ไม่รู้และไม่ปฏิบัติตามระเบียบเป็นการประมาทเลินเล่ออันเป็นการละเมิดไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๓๐/๒๕๐๘ โจทก์ซื้อกระแสไฟ ๒๐๐ โวลต์จากจำเลย

จำเลยส่งกระแสไฟฟ้าตกลงมากับโจทก์ไม่ได้ โจทก์จึงต้องเพิ่มไฟโดยหม้อเพิ่มไฟ เพื่อให้รับสภาพได้ตามปกติ แล้วไฟฟ้าดับลงต่อมาไฟจึงติดขึ้นใหม่ แรงขึ้นสูงในทันทีทันใด ทำให้เครื่องปรับอัตโนมัติโทรทัศน์ของโจทก์เสีย ระหว่างที่ไฟฟ้าดับนั้น โจทก์ไม่ได้ลดหรือ ปลดหม้อเพิ่มไฟและไม่ได้ปิดเครื่องรับโทรทัศน์ ดังนั้นเห็นว่าโจทก์เป็นผู้นำเอาหม้อเพิ่มไฟ มาใช้เองเป็นพิเศษ โจทก์ต้องมีหน้าที่ระมัดระวังควบคุมหม้อเพิ่มไฟนั้น จะถือว่าจำเลย กระทำผิดหน้าที่หรือขาดความระมัดระวัง เป็นการประมาท เลินเล่อไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๔/๒๕๑๐ จำเลยไม่ได้ขับรถเร็ว และทางลวกไม่ที่ขับ มานั้นเป็นทางจำกัดบังคับให้ขับ โดยข้างหนึ่งเป็นคลอง อีกข้างหนึ่งเป็นเขา จะขับให้ ห่างคลองไปอีกไม่ได้ เพราะติดเขา การที่ล่อทวงเอียงนั้นก็เนื่องจากที่ตรงนั้นเป็นหลุม เอาหินกองไว้หินแตกเป็นเหตุให้รถลัดที่ผ่านไปทรุดต่ำลงและรถคันที่จำเลยขับก็ไม่ได้ คว้า ถ้าผู้ตายไม่ควนตัดสติใจกระโดดจากรถเหมือนคนอื่นก็คงไม่ได้รับอันตรายแต่อย่างใด ทั้งนี้หาใช่ความประมาทของจำเลยไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๕๘/๒๕๑๐ เจ้าพนักงานที่คืนไม่ยอมจดทะเบียนโอนที่ดิน ให้แก่โจทก์ตามคำสั่งศาล เพราะเห็นว่าไม่อาจทำได้ตามกฎหมาย ไม่ใช่เพราะมีสาเหตุ โจรธเคืองกับโจทก์มาก่อน ยังไม่พอจะถือว่าเจ้าพนักงานที่คืนนั้นจงใจหรือประมาท เลินเล่อ ทำต่อโจทก์ โดยผิดกฎหมายให้โจทก์เสียหาย

๑.๓ การละเว้นการกระทำเป็นประมาทหรือไม่

ปกติการกระทำความผิดโดยทั่วไปจะต้องประกอบด้วยการกระทำเป็นหลัก สำคัญ แต่ในบางกรณีกฎหมายก็ถือว่าการละเว้นการกระทำมีความผิดเช่นกัน เหตุใดจึง เป็นเช่นนั้น ทั้งนี้ก็เพราะการที่มนุษย์รวมกันอยู่เป็นสังคม จำเป็นต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกันนั้น ๆ เพื่อให้สังคมนั้นมีความเป็นอยู่โดยสงบสุขและเรียบร้อย มนุษย์จึงมี หน้าที่ต่อสังคมซึ่งอาจเกิดขึ้นโดย

๑. มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง
๒. หน้าที่ตามระเบียบปฏิบัติงาน
๓. หน้าที่เกิดจากความสัมพันธ์ตามสัญญา

๔. หน้าที่ตามศีลธรรม^{๓๑}

หน้าที่ต่าง ๆ ตามที่กล่าวมานี้ย่อมผูกพันบุคคลในอันที่จะต้องกระทำตาม (ยกเว้นหน้าที่ตามศีลธรรม) ทั้งนี้ถ้าผู้ใดละเว้นเสียย่อมมีความผิดตามกฎหมายไม่ว่า การละเว้นนั้นจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม

ในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดนั้น คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘/๒๔๕๖ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า "ตามมาตรา ๔๒๐ การละเมิดนั้นเป็นประทุษกรรม กระทำต่อบุคคลโดยผิดกฎหมาย คุ้มครองการฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่ห้ามไว้ หรือละเว้นไม่กระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำ หรือที่ตนมีหน้าที่ตามกฎหมายจะต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การละเว้นไม่กระทำในสิ่งที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้กระทำ หรือคนไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องกระทำหาเป็นละเมิดไม่"

ท่านอาจารย์พจน์ ปุณฺณปาคม ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการละเว้นการกระทำ ในการละเมิดไว้ว่า "ละเมิดต้องมีการกระทำ การกระทำรวมถึงการละเว้นหรืองดเว้น การที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย การกระทำคือการเคลื่อนไหวของร่างกายที่อยู่ในบังคับของจิตใจ ถ้ามิได้อยู่ในบังคับของจิตใจแล้วก็ไม่เรียกว่าเป็นการกระทำของคน เช่นขณะขับรถยนต์เกิดเป็นลมชักทำให้หมดสติ ไม่สามารถบังคับเครื่องยนต์กลไกได้ รถยนต์แล่นไปเอง เข้าไปชนร้านข้างถนนเสียหาย จึงไม่ใช่การขับรถเมื่อหมดสติแล้ว ไม่ใช่การกระทำของผู้ขับที่เป็นลมชัก เพราะไม่ได้จงใจหรือไม่ได้ประมาทเลินเล่อ กลายเป็นเหตุสุดวิสัยไม่ต้องรับผิดชอบแต่ถ้าผู้ขับเคยเป็นลมชักมาก่อนและเป็นอยู่บ่อย ๆ ย่อมรู้ตัวว่า เขาไม่ควรขับรถ เพราะอาจจะ เป็นลมชักขึ้นมาอีกเมื่อใดก็ได้ แต่เขายังขับรถ เมื่อลงมือขับก็ได้ชื่อว่าประมาทเลินเล่อแล้ว เพราะไม่ใช่ความระมัดระวังความวิสัย คนที่มีโรคเช่นนี้ไม่ควรขับรถ เมื่อกระทำโดยประมาทก็ต้องรับผิดชอบที่เกิดขึ้นเพราะ ความประมาทนั้น"^{๓๒}

^{๓๑}พจน์ ปุณฺณปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (ตอน ๑, พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๔) หน้า ๑๓ - ๑๔.

^{๓๒}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๕.

จากคำอธิบายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การละเว้นการกระทำย่อมต้องรับผิดชอบในทางละเมิด ถ้าหากการละเว้นการกระทำนั้นคนมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น ส่วนที่ว่าการละเว้นการกระทำจะเป็นประมาทได้หรือไม่นั้น ถ้าหากผู้ละเว้นการกระทำละเว้นไม่กระทำในสิ่งที่คนมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันความเสียหาย โดยความประมาทของตนการละเว้น เช่นนั้นย่อมถือเป็นประมาทและผู้ละเว้นย่อมต้องรับผิดชอบในทางละเมิดเช่นกัน

ตัวอย่างซึ่งนับเป็นฎีกาที่มีความสำคัญเกี่ยวกับการละเว้นการกระทำโดยประมาทนี้ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘/๒๔๘๖ ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับความประมาทในการละเว้นการกระทำตามหน้าที่ที่จักต้องกระทำ และเป็นคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจอันหนึ่ง ใจความมีดังนี้คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘/๒๔๘๖ ระหว่างสำนักนายกรัฐมนตรี โจทก์ นายธงชัย ที่ ๑ ม.จ.เฉลิมศรี ที่ ๒ จำเลย

คดีนี้จำเลยที่ ๑ เป็นหัวหน้ากองจำหน่ายสินค้าขององค์การ อ.จ.ส. มีหน้าที่จำหน่ายสินค้า จำเลยที่ ๑ ได้ขอเบิกเสื้อผ้าสำเร็จรูปจากกองพัสดุ อ.จ.ส. ๓๑,๕๐๐ ชุด โดยให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาไปขนมาเก็บไว้ที่อาคารถนนราชดำเนินซึ่งเป็นที่จำหน่าย จำเลยที่ ๑ ได้ลงนามในใบรับของ รับรองว่าถูกต้อง ต่อมาปรากฏว่าเสื้อผ้าสำเร็จรูปขาดหายไป ๖๖๗ ชุด โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบค่าใช้จ่าย โดยอ้างว่า จำเลยที่ ๒ ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทละเลยไม่ควบคุมดูแล ไม่ทำการตรวจสอบเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่องค์การ อ.จ.ส.

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยที่ ๑ มิได้ใช้ความระมัดระวังดูแลควบคุมรักษาทรัพย์สินดังกล่าวโดยใกล้ชิด และเคร่งครัดตั้งแต่ต้นจนปลาย จึงเป็นช่องทางให้คนใน อ.จ.ส. ที่ทำงานร่วมอยู่ด้วยลักหรือยักยอกทรัพย์สินรายนี้ไปได้บางส่วน หากใช่เป็นการละเมิดไม่เพราะจำเลยที่ ๑ มิได้ทำผิดกฎหมาย หรือละเว้นไม่กระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำ และไม่ได้ละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมาย ในอันที่จะต้องกระทำ หากการรั่วไหลเสียหายนั้นยังเกิดจากการกระทำของผู้อื่นซึ่งอยู่ภายในวงการบริหารของจำเลยที่ ๑ ในทางราชการ จำเลยที่ ๑ อาจต้องรับผิดชอบในทางราชการตามระเบียบข้อบังคับ หรือวิธีการตาม

ที่ทางราชการวางไว้แต่ในกรณีเช่นคดีนี้ ตามลักษณะว่าด้วยละเมิดห้ามมิให้โดยัญญัติว่าเป็นละเมิดไม่ จำเลยที่ ๑ จึงไม่ต้องรับผิดชอบฐานละเมิด

ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ท่านอาจารย์ กร.หยุด แสงอุทัย มีความเห็นวาทามมาตรา ๔๒๐ นี้ ปรากฏหลักฐานการร่างกฎหมายว่า ได้เทียบเคียงมาจากมาตรา ๔๒๓ ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา ๗๐๕ ของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ตามคำร่างกฎหมายเยอรมัน คำว่า "ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย" หมายความว่า การประทุษร้ายต่อสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่มีอยู่ ซึ่งหมายความว่า การละเมิดสิทธิของผู้อื่นเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัวโดยไม่จำต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นผิดกฎหมาย เว้นแต่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้ ส่วนคำร่างประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นได้อธิบายคำว่า "ละเมิด" ไว้ว่า เป็นการกระทำที่ต่างหากไปจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือทำให้ผู้อื่นเสียหาย โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจที่จะทำเช่นนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา ๗๐๕ ไม่มีคำว่า "ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย" ทั้งนี้เพราะถือว่าการละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว ดังนั้นข้อที่ต้องพิจารณาก็มีเพียงว่า จำเลยทั้ง ๒ มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำให้ทรัพย์สินของ อ.จ.ส.เสียหายโดยขาดการระมัดระวังของจำเลย หรือไม่เพราะถ้าความเสียหายต่อทรัพย์สินของ อ.จ.ส.เกิดจากการขาดการระมัดระวังของจำเลยแล้ว ก็มีปัญหาเพียงว่าจำเลยมีอำนาจทำได้หรือไม่เท่านั้น ซึ่งเห็นได้ชัดว่าไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจจำเลยไว้เลย

ท่านอาจารย์จิตติ คิงศกัณฑ์ เขียนหมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ว่าการละเว้นกระทำจะเป็นละเมิดได้เพียงใด เป็นปัญหาโต้เถียงกันอยู่มาก ถ้ามีกฎหมายบัญญัติให้กระทำแล้ว ละเว้นเสียย่อมเป็นละเมิดได้โดยไม่มีข้อสงสัย แต่เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติโดยตรงให้กระทำ กรณีอย่างใดจึงจะถือว่ามีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ มีหลักตามกฎหมายต่างประเทศ ๓ หลัก คือ

๑. หลักแคบที่สุด ตามกฎหมายอังกฤษ หลักนี้ต้องมีความสัมพันธ์กันบางประการอยู่ก่อน ซึ่งมักจะเกิดจากการกระทำโดยสมัครใจ จึงจะทำให้เกิดหน้าที่ต้องกระทำ อันจะเป็นมูลให้มีความรับผิดชอบทางละเมิดได้



๒. หลักที่กว้างออกไปอีก เป็นหลักตามกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ถือว่าหน้าที่ต้องกระทำอาจเกิดโดยกฎหมายกำหนดสำหรับคนทั่วไป หรือโดยหน้าที่ความวิชาชีพ หรือโดยหน้าที่ความสัญญา

๓. หลักกว้างที่สุด เป็นหลักตามกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย เช่นเดียวกัน เป็นหลักวินิจฉัยความผิด คือ ถ้าบุคคลธรรมดาที่อยู่ในเหตุการณ์ภายนอก เช่นเดียวกันควรกระทำแล้ว ก็ถือว่าการละเว้นไม่กระทำคั้งนั้นเป็นมูลความผิดฐานละเมิดได้^{๓๓}

ตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นถือว่า การละเว้นการกระทำเป็นประมาท พิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๘๓ บัญญัติว่า "บุคคลทุกคนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งตนได้ทำให้เกิดขึ้น มิใช่แต่เฉพาะเพื่อการกระทำ ยังรวมถึงที่เกิดโดยความประมาทหรือเลินเล่อของตน ท่าน ศ.เฮกูต์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า "จุดประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายต้องการให้บุคคลต้องรับผิดชอบในการละเว้นของตนด้วย กล่าวคือ การที่คนไม่กระทำก็ต้องรับผิดชอบ แต่ต้องพิจารณาความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของฝรั่งเศส มาตรา ๑๐๘๒ ประกอบด้วย เพราะมีหลักอยู่ว่า บุคคลไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งใดสิ่งหนึ่ง และการละเว้นไม่เป็นการผิด อาจเป็นความผิดได้เฉพาะในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นซึ่งบังคับให้มีการกระทำ นั่นก็คือ มีหน้าที่ต้องกระทำ และความผิดนี้อาจเกิดจาก

๑. การละเว้นหน้าที่อันชัดค่อกฎหมายโดยชัดเจน
๒. การละเว้นหน้าที่อันชัดค่อกฎหมายโดยปริยาย
๓. การละเว้นหน้าที่อันชัดค่อจรรยา^{๓๔}

^{๓๓}พจน์ ปุษปกคม เรื่องเคิม, หน้า ๒๕ - ๒๘ และพุดโน้ตท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๘/๒๔๘๖ หนังสือคำพิพากษาฎีกาของเนติบัณฑิตยสภา หน้า ๓๘ - ๔๓

^{๓๔}เฮกูต์ เรื่องเคิม, หน้า ๑๐๘๘