

การพิสูจน์ค่าเสียหายในทางละเมิด

ข้อความทั่วไป

เมื่อบุคคลใดก่อความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นโดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ ก็ย่อมเป็นการชอบธรรมที่จะต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ผู้นั้น กฎหมายจึงบังคับว่าบุคคลนั้นจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายดังที่อริสโตเติลนักปราชญ์ผู้มีชื่อเสียงของกรีกได้กล่าวไว้ว่า

"ความชอบธรรมมีอยู่ 2 ประการ ประการแรกเป็นความชอบธรรมในการจัดสรรปันส่วน (Justitia Distributio) และประการที่สองเป็นความชอบธรรมในทางชดเชย (Justitia Commutativa) หมายถึงการแบ่งสรรปันส่วนทรัพย์สิน ชื่อเสียง เกียรติยศ ตำแหน่งและผลประโยชน์หรือความสุขอื่นระหว่างสมาชิกในสังคม และเมื่อจัดสรรแบ่งปันกันเรียบร้อยแล้ว ก็เป็นอันรู้ว่าส่วนของใครของมัน ถ้าผู้ใดมาทำให้ส่วนของอีกผู้หนึ่งเสียหาย ก็จะต้องชดใช้ให้ดี เช่น เดิมตามความยุติธรรม"¹

ในการที่จะได้รับชดเชยความเสียหายนั้น การพิสูจน์ความเสียหาย (Proof of Damage) จึงเป็นสิ่งจำเป็นในการฟ้องคดีละเมิด ทั้งนี้ เนื่องจากว่าความเสียหายอันเกิดแต่การละเมิดนั้นบางกรณีก็อาจเห็นความเสียหายได้อย่างชัดเจน บางกรณีความเสียหายก็ไม่อาจปรากฏแน่ชัดได้ว่าเสียหายอย่างไรบ้าง เป็นจำนวนเท่าใด สำหรับตัวศาลเองในบางกรณีไม่อาจจะทราบจำนวนค่าเสียหายได้ จึงต้องมีการพิสูจน์ความเสียหายให้ปรากฏแก่ศาลก่อนที่จะกล่าวถึงการพิสูจน์ค่าเสียหายนั้นสมควรกล่าวถึงค่าเสียหายในคดีละเมิดไว้พอสังเขปดังนี้

1. ค่าเสียหายในคดีละเมิด

ความรับผิดชอบทางละเมิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นโดยเฉพาะเจาะจง หากทำให้คืนสภาพเดิมไม่ได้ก็พยายามที่จะให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด ดังนั้นการกระทำที่ผู้อื่นเสียหายโดยผิดกฎหมาย ย่อมเป็นมูลหนี้ประการหนึ่งที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น

1 วิชา มหากฎ, หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา, หน้า 9.

1.1 บทนิยามคำว่า "ค่าเสียหาย"

ก่อนที่จะพิจารณาถึงความหมายของคำว่า "ค่าเสียหาย" สมควรที่จะศึกษาถึงความหมายของคำว่า "ความเสียหาย" ที่จะก่อให้เกิดผลให้มีการชดเชยกันด้วยค่าเสียหายตามหลักกฎหมายเสียก่อน

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2493 ได้ให้ความหมายของคำว่า "เสียหาย" ไว้ว่า หมายถึง "เสื่อมทราม"

คำว่า "เสื่อม" หมายถึง เสียไป, สิ้นไป, ค่อยหมดไป, น้อยไป, หย่อนลง, โทรมลง, ไม่เจริญ

คำว่า "ทราม" หมายถึง เสื่อม, เลว, อ่อน, น้อย

เมื่อกล่าวโดยสรุป ความเสียหายจึงหมายถึง ความเสียไป, สิ้นไป, ค่อยหมดไป, น้อยไป, หย่อนลง, โทรมลง, ไม่เจริญ ซึ่งเป็นความไม่ดั่งามทั้งหลายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายนั่นเอง เช่น ทรัพย์เสียไป ชีวิตสิ้นไป ร่างกายพิการ เงินที่ทำมาหาได้ลดน้อยลง จิตใจเสื่อมโทรม ชื่อเสียงเกียรติคุณหย่อนลง หรือหมดไป กิจการทรุดโทรมไม่เจริญ เป็นต้น ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาได้รับความไม่ดั่งาม ความเสื่อมทรามดังว่ามานี้กฎหมายถือว่าผู้นั้นทำเละเมิด จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น¹

เมื่อได้ทราบถึงความหมายของความเสียหายว่าหมายถึงอะไรแล้วก็กลับมาพิจารณาคำว่า "ค่าเสียหาย" มีความหมายอย่างไร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบัญญัตินิยามของคำว่า "ค่าเสียหาย" ไว้โดยตรง แต่บทบัญญัติซึ่งจะต้องพิจารณาได้แก่ มาตรา 222 และมาตรา 438

มาตรา 222 บัญญัติว่า "การเรียกเอาค่าเสียหายได้แก่การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย เช่นที่ตามปกติย่อมเกิดแต่การไม่ชำระหนี้"¹

มาตรา 438 วรรค 2 บัญญัติว่า "อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด ถ้าใช้ราคาทรัพย์สินนั้นรวมทั้งค่าเสียหายอันพึงจะบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย"

เมื่อพิจารณากฎหมายในบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 222 และมาตรา 438 และความหมายของความเสียหายแล้ว ก็พอจะให้ความหมายของคำว่า "ค่าเสียหาย" ได้ในความหมายทั่วไปว่า คือ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้น เพื่อที่จะชดเชยความเสียหาย และให้ความ

1 นवलพรรณ จ้าวสุวรรณ, "ค่าเสียหายทางศีลธรรม", หน้า 9.

กระการลงอาญาแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเสียเอง แต่ทว่าก็ยังคงมีการอันเป็นผิดกฎหมายอีกบางอย่าง ซึ่งมีผลทำให้ผู้เสียหายจากการกระทำผิดนั้นอาจเรียกเอาเงินปรับจากผู้เป็นต้นเหตุก่อการนั้น ๑ ได้อยู่อีก¹ ในความผิดฐานลักทรัพย์จำนวนค่าเสียหาย (the amount of damage) ที่จะทำให้ยื่นยอมขึ้นอยู่กับสิทธิของโจทก์ (the title of the plainliff) และลักษณะของการลักทรัพย์ (the character of theft)²

กฎหมายอินเดีย ตามที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์ออกจะเป็นกฎหมายที่อยู่ในขั้นที่ก้าวหน้าเจริญกว่ากฎหมายโรมัน ในกฎหมายอินเดียนั้นนอกจากที่จะไม่มีร่องรอยแสดงให้เห็นเค้าของสิทธิแก่กันแล้ว ยังกลับปรากฏว่าแม้การละเมิดที่ทำความเสียหายให้แก่เพียงแก่เอกชนโดยเฉพาะเท่านั้น รัฐก็ยังเข้ารับเป็นธุระจัดการลงโทษผู้ทำเลเมิดเสียเองแทนเอกชนผู้เสียหายทุก ๆ กรณี กฎหมายอินเดียบัญญัติให้ผู้ทำการอันเป็นผิดต้องรับโทษทางอาญา โทษทางอาญานี้ยังต้องมีโทษทางศาสนา มาเพิ่มเติมอีก ความมุ่งหมายอันสำคัญของผู้แต่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์นั้น คือกำหนดถึงโทษต่าง ๆ ซึ่งกษัตริย์ผู้ประสงคจะอำนวยความสะดวกความเป็นอยู่อย่างดี จะพึงทรงใช้ลงแก่ผู้ทำความผิดเพื่อให้เป็นการลบล้างความผิดนั้น การลงโทษผู้ทำผิดนี้จะไม่ให้ผลประโยชน์โดยตรงอย่างใดแก่ผู้ถูกละเมิดเสียหายเลย สิทธิของผู้เสียหายจะถูกจำกัดลงแต่เพียงให้ได้รับการทดแทนความเสียหายอันมีขึ้นแก่ตนเท่านั้น ทว่านอกเหนือจากที่เป็นอยู่ในกฎหมายเรื่องละเมิดในปัจจุบันนี้ เช่น ในการฆ่าคนตายโดยเจตนา ผู้ทำผิดจะถูกลงอาญาทางร่างกายหนักหรือเบาตามแต่กรณีความผิด แต่ไม่มีการบัญญัติบังคับว่าผู้ฆ่าคนตายนั้นจะต้องใช้สินไหมอย่างใดให้ญาติของผู้ตาย ส่วนในเมื่อการลงโทษเป็นการเรียกเอาเงินปรับจากผู้กระทำความผิด เงินที่เรียกมานั้นก็จะตกได้แก่รัฐทั้งหมด โดยไม่มีการแบ่งส่วนให้แก่ผู้เสียหายเพราะความผิดนั้นเลย เช่นการตำหรือการหมิ่นประมาทในเมื่อไม่เป็นการร้ายแรง ผู้ทำความผิดในเรื่องเช่นนี้จะต้องถูกลงอาญาแต่เพียงปรับ และเงินที่เรียกเป็นค่าปรับมาได้นี้จะตกเป็นของรัฐทั้งหมด สำหรับการลักทรัพย์ในบางกรณีก็เช่นเดียวกันอีก คนร้ายที่ลักทรัพย์จะถูกลงโทษปรับเป็นจำนวนหลายเท่าของมูลค่าแห่งทรัพย์ที่ตนลักไป เงินค่าปรับนี้ยอมจะตกได้แก่รัฐทั้งหมด เจ้าทรัพย์จะได้รับแต่เพียงทรัพย์ที่ถูกลักไปคืนมาเท่านั้น ส่วนในกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บนั้น ผู้แต่งคัมภีร์ส่วนมากเป็นแต่เพียงกำหนดจำนวนค่าปรับซึ่งจะตกแก่รัฐไว้โดยไม่กล่าวไว้ว่า ผู้ถูกบาดเจ็บจะเรียกค่าทำขวัญอย่างไรได้บ้าง นอกจากจะเรียกให้ผู้ที่ทำร้ายตนออกค่าใช้จ่ายในการรักษาบาดเจ็บเท่านั้น

1 ดร.ร. แลงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน), หน้า 75-76.

2 Henry John Roby, Roman Private Law, p.209.

แต่ทว่าในกรณีนี้เอง กาดุกายน กล่าวว่าจะจะมีการกำหนดค่าทำขวัญให้แก่บุคคลที่ถูกทำร้ายบาดเจ็บนั้น เป็นจำนวนเท่ากับจำนวนค่าปรับที่รัฐจะเรียกเอาคืนด้วย มนุก็ได้อ้างหลักการไว้ในหนังสือมณูธรรมศาสตร์ บรรพ 8 มาตรา 288 ว่า "บุคคลซึ่งโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อได้ทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหายจำต้องทดแทนความเสียหายนั้น และต้องชำระค่าปรับถวายแก่ษัตริย์เป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าของความเสียหายนั้น"

หลักการของกาดุกายนและของมนุนี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจ โดยเหตุที่มีลักษณะคล้ายกับเรื่องปรับเป็นสินไหมกึ่งพิณัยกึ่งในกฎหมายเก่าของไทย แต่หลักการที่ว่านี้จะมีปรากฏอยู่ที่แต่ในคัมภีร์ของกาดุกายน และของมนุ เฉพาะในตอนที่กำลังถึงกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ และกรณีทำความเสียหายให้แก่ทรัพย์สินเท่านั้น ก่อนหน้าที่จะมีการแต่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์กล่าวคือในสมัยคัมภีร์พระเวท การฆ่าคนตายโดยเจตนาได้เป็นที่ถือกันว่า เป็นการกระทำความผิดอันต้องเอกชนโดยเฉพาะ และมีผลให้ครอบครัวของผู้ถูกฆ่านั้นมีสิทธิบังคับให้ผู้ฆ่าใช้ค่าทำขวัญได้ซึ่งคิดเป็นวัว 100 ตัว ยิ่งกว่านั้นในบางภาคของประเทศอินเดียยังมีปรากฏอัตราที่กำหนดจำนวนค่าทำขวัญที่จะต้องมีการชำระให้แก่กันในกรณีที่เกิดมีการทำร้ายถึงชีวิตต่อบุคคลหรือต่อสัตว์พาหนะ จำนวนค่าทำขวัญ เช่นว่านี้เปลี่ยนแปลงไปตามอายุหรือเพศของบุคคลหรือสัตว์ที่ตาย บางกรณีค่าทำขวัญนี้คิดให้แก่กันเป็นที่ดิน

นอกจากบทบัญญัติในคัมภีร์เหล่านี้ ยังมีจารีตประเพณีอีกมากซึ่งในจารีตประเพณีเหล่านี้ได้มีแนวความคิดอย่างโบราณที่ถือว่า ผู้ทำละเมิดย่อมจะต้องใช้ค่าไถ่ให้แก่ผู้ถูกละเมิด เพื่อเป็นการไถ่ความผิดล่วงเกินที่ตนได้กระทำไป

กฎหมายของมอญและพม่า ได้มีบทบัญญัติในเรื่องละเมิดทั้งปวงว่าให้มีการทำโทษด้วยวิธีใช้ค่าปรับซึ่งผู้ทำละเมิดจะพึงต้องใช้ให้แก่ผู้ถูกละเมิดเสียหาย เช่น ในมณูธรรมศาสตร์ของพระเจ้าวาเรรุ มิได้มีบทใดซึ่งบัญญัติว่าผู้ร้ายที่ฆ่าคนตายโดยเจตนาจะต้องถูกลงอาญาทางร่างกาย เช่น โทษจำคุกหรือประหารชีวิต คงมีแต่เพียงโทษใช้ค่าทำขวัญให้แก่ผู้เสียหายเท่านั้น และจำนวนค่าทำขวัญนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงไปได้สุดแต่ศักดิ์หรือความมั่งคั่งของผู้เสียหาย ดังเช่น การฆ่าสมณพราหมณ์ด้วยเจตนา ค่าปรับจะต้องเป็นจำนวนร้อยบาทหรือยอทอง การฆ่าผู้เป็นแม่ทัพตาย ค่าปรับจะต้องเป็นทาส 400 คน การฆ่าขุนนางข้าราชการชั้นเอกตาย ค่าปรับจะต้องชำระเป็นทาสจำนวน 300 คน การฆ่าขุนนางข้าราชการชั้นจัตวาตายลง ค่าปรับจะต้องเป็นทาส 80 คน สำหรับการทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ การค้า การกล่าวหาว่าเป็นหมิ่นประมาท เหล่านี้ก็เช่นเดียวกันอีก ย่อมทำให้มีการเรียกเอาค่าปรับได้สูง

หรือค่าแล้วแต่ศักดิ์ของผู้เสียหาย ค่าปรับที่เรียกเอามาได้เนื่องจากการละเมิดขึ้นย่อมจะตกเป็นสิทธิของ เอกชนผู้ถูกละเมิดเสียหายโดยสิ้นเชิง เมื่อเกิดมีการละเมิดขึ้น รัฐจะกระทำหน้าที่เพียงคอยช่วยให้ประกันความมั่นคงแก่ผู้ถูกละเมิดในอันที่จะได้รับชำระค่าทำขวัญที่เขาสิทธิจะได้รับ¹

กฎหมายไทย จากการค้นคว้าของนักประวัติศาสตร์กฎหมาย เป็นที่เชื่อกันว่าตั้งแต่ก่อนสมัยกรุงศรีอยุธยา ไทยได้มีจารีตประเพณีอยู่แล้ว ห้ามผู้ต้องเสียหายเนื่องจากการกระทำอันเป็นผิดนั้นมิให้จัดการแก้แค้นผู้กระทำผิดด้วยประการใด ๆ โดยผลการ และตามอำเภอใจ ทั้งนี้ก็เพราะมีบทบัญญัติเป็นจำนวนมากในกฎหมายเก่า ห้ามราษฎรในพระราชอาณาจักรมิให้เข้าใช้กำลังลงโทษบุคคลอื่นที่ได้กระทำความเสียหายให้แก่คนนั้นเสียเอง คนจะต้องนำเอาการละเมิดที่ทำให้คนเสียหายนี้ไปฟ้องร้องยังโรงศาลตามระเบียบเสมอไป และถ้าหากผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ กฎหมายเก่าบัญญัติให้ต้องรับโทษ ซึ่งบางครั้งก็เป็นโทษหนักและรุนแรง

ตามกฎหมายในกรุงศรีอยุธยาถือว่าการแก้แค้น เป็นการกระทบทกระเทือนหมิ่นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ยิ่งกว่านั้นการที่ผู้เสียหายบังคับเอาสินไหมโดยผลการตนเองก็เป็นถือว่าการกระทำผิดเหมือนกัน การกำหนดจำนวนเงินที่ผู้ละเมิดจะชำระเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องกำหนดหาใช่เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายไม่ อย่างไรก็ตามวิธีการที่ยอมให้ผู้เสียหาย เรียกเงินสินไหมแทนการแก้แค้นนั้น เป็นเรื่องที่มีปฏิบัติกันมานานแล้ว ก่อนสมัยกรุงศรีอยุธยา กล่าวคือ จำนวนเงินค่าสินไหมที่ผู้ละเมิดต้องใช้ในกรณีละเมิดต่าง ๆ นั้น ในชั้นแรกจารีตประเพณีเองได้ค่อย ๆ วางกำหนดลงไป ในกาลต่อมาพระมหากษัตริย์ได้ทรงเปลี่ยนแปลงแก้ไขอัตราค่าสินไหมซึ่งจารีตประเพณีได้กำหนดไว้แล้วแต่วิธีเรียกเงินค่าทำขวัญแทนการแก้แค้นนั้น พระมหากษัตริย์ทำได้เป็นผู้ตั้งขึ้นไม่ เงินสินไหมนั้นในเบื้องต้นเป็นเงินที่เรียกเอาเพื่อใช้เป็นค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเหตุนี้สินไหมจึงตรงกันกับที่เรียกในกฎหมายปัจจุบันนี้ว่า "ค่าสินไหมทดแทน" และเนื่องจากเป็นค่าทดแทนความเสียหาย เช่นนี้จำนวนของสินไหมจึงเปลี่ยนแปลงไปตามความเสียหายมากหรือน้อยที่เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกละเมิด เช่นในกรณีลักทรัพย์การคำนวณสินไหมจะต้องถือเอามูลค่าของทรัพย์ที่ถูกลักเป็นเกณฑ์สำหรับคำนวณ ในกรณีทำร้ายบาดเจ็บ สินไหมจะต้องคำนวณโดยพิเคราะห์ถึงความบาดเจ็บมากหรือน้อยที่ได้รับและศักดิ์ของผู้ต้องบาดเจ็บ

สินไหมหาใช่เป็นแต่เพียงค่าทดแทนความเสียหายเท่านั้นไม่ ตามธรรมดาสินไหมมักจะเป็นเงินซึ่งมีจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายอันเกิดขึ้นจริง ที่เป็นดังนี้เพราะตามสภาพเดิมสินไหมเป็นจำนวนเงินซึ่งผู้ถูกละเมิดยอมรับแทนที่จะใช้สิทธิแก้แค้นลงโทษแก่ผู้ทำละเมิด และก็เป็นธรรมดา

1 คร.ร. แลงกาด์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย(กฎหมายเอกชน), หน้า 77-81.

อยู่เอง เพื่อเป็นการตอบแทนกับที่คนสละสิทธิแก่กัน ผู้เสียหายย่อมจะเรียกเอาค่าไถ่โทษให้เป็นจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายที่ได้รับจริง จำนวนของสินไหมที่เรียกเอาในกรณีละเมิดต่าง ๆ นี้ในเวลาต่อมาได้ตั้งขึ้นเป็นอัตราแน่นอนโดยจารีตประเพณี และได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้เป็นกฎหมาย ซึ่งก็คงมีลักษณะเป็นค่าไถ่โทษเหมือนสมัยเดิม คือมีจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายดังกล่าวแล้ว อันถือได้ว่าสินไหมนี้เป็นโทษที่ไต่ลงแก่ผู้กระทำละเมิด ท่านเองเดียวกับโทษปรับในกฎหมายปัจจุบัน ฉะนั้นการกำหนดจำนวนเงินที่เป็นสินไหมจึงต้องอาศัยพิเคราะห์ถือเอาเกณฑ์ความหนักเบาของความผิดเป็นสำคัญด้วย กล่าวคือต้องพิเคราะห์ถึงเจตนาและความรับผิดชอบแท้จริงของผู้กระทำละเมิด¹

อย่างไรก็ตาม ถ้าจะพิเคราะห์สินไหมตามหลักกฎหมายปัจจุบันนี้แล้วจะเห็นได้ว่าสินไหมมีลักษณะเป็นทั้งค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งและค่าปรับทางอาญา โดยทั่วไปแล้วการเรียกสินไหมมีจุดประสงค์จะให้เป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดด้วยอีกโสดหนึ่งด้วย และในบางกรณีปรากฏว่า สินไหมล้วนมีลักษณะเป็นโทษแต่อย่างเดียว ในกรณีเช่นนี้สินไหมเป็นเงินปรับที่กฎหมายให้ตกได้แก่ผู้ถูกกระทำละเมิด โดยผู้นั้นมิได้รับความเสียหายแต่อย่างใด

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในสมัยโบราณนั้น ได้คำนึงถึงหลักศาสนาเป็นสำคัญ เช่น บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 353 กล่าวว่า เมื่อนุคคลผู้หนึ่งขณะตกไม้อยู่ และตัวขวานหลุดจากด้ามไปถูกบุคคลอีกผู้หนึ่งถึงแก่ความตาย เช่นนี้ นุคคลผู้ทำให้เขาถึงตายโดยไม่เจตนาย่อมไม่ต้องรับผิดใช้สินไหมอย่างใด เป็นแต่เพียงช่วยครอบครัวผู้ตายออกเงินค่าทำบุญอุทิศส่วนกุศลไปให้ผู้ตาย เงินที่ออกนี้กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าจะต้องใช้เงินเท่าใด แต่ถ้าปรากฏว่าขวานได้หลุดจากมือทั้งตัวขวานและด้ามไปถูกอีกคนหนึ่งตาย ดังนี้ ผู้ทำให้เขาตายโดยไม่เจตนาต้องใช้ค่าตัวผู้ตายซึ่งถ้าเป็นกฎหมายในสมัยปัจจุบันแล้วก็อาจไม่ทำให้เกิดความรับผิดทางแพ่งแต่อย่างใด ที่เห็นได้ชัดว่านำเอาหลักศาสนาพุทธมาใช้ในการคำนวณค่าสินไหมก็คือ กฎหมายลักษณะวิവാท ศักราช 1269 ซึ่งเกี่ยวกับการด่า และการทำร้ายร่างกาย โดยอาศัยเลขสามจำนวนคือเลข 10 หมายถึงกุศลธรรม 10 ประการ เลข 1 หมายถึงจิต (เจตนา) และเลข 5 หมายถึงปัญญาอินทรีย์ คือ ภายคนะภายในทั้ง 5 สำหรับละเมิดด้วยคำด่า อัตราค่าปรับไหมให้บวก 1 เข้ากับ 10 จะได้ผลลัพท์ 11 เป็นอัตราค่าปรับไหมละเมิดด้วยคำด่า แล้วคูณด้วย เลข 1,000 ซึ่งเป็นจำนวนเลขที่หมายถึงความรู้สึกโกรธแค้น ผลลัพท์จะเป็นจำนวนเบี้ยที่ผู้กระทำละเมิดจะ

1 นवलพรรณ ง้าวสุวรรณ, "ค่าเสียหายทางศีลธรรม", หน้า 54-56.

ต้องชำระ คือ 11,000 ตัว เลขนี้ใช้บังคับแก่บุคคลผู้มีศักดินา 5 ไร่ สำหรับผู้มีศักดินา 10 ไร่ จำนวนเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า และเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ จนถึงศักดินา 400 ไร่ เป็นต้น ค่าปรับสำหรับ ละเมิดดังกล่าวนี้ย่อมแบ่ง เป็นของรัฐกึ่งหนึ่งและ เป็นของผู้ละเมิดอีกกึ่งหนึ่ง

เมื่อพิจารณาเหตุผลหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับค่าสินไหมในสมัยโบราณของไทยดังกล่าวแล้ว จะพบว่ามิใช่อแตกต่างไปจากกฎหมายในสมัยปัจจุบัน คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังต่อไปนี้ คือ

(1) ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายโบราณมีลักษณะ เป็นทั้งค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่ง และค่าปรับในทางอาญา ทั้งนี้โดยมีจุดประสงค์จะให้เป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิดด้วยอีกสาเหตุหนึ่ง แต่ค่าสินไหมทดแทนในปัจจุบันมิใช่เป็นค่าปรับในทางอาญา เพราะมิได้มุ่งประสงค์จะให้เป็นการลงโทษผู้กระทำละเมิด แต่มุ่งที่จะให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิมเหมือนยังไม่มีการละเมิด

(2) ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายโบราณมักจะกำหนดจำนวนตายตัวไว้ก่อนแล้ว หรือมิฉะนั้นก็จะกำหนดวิธีคิดคำนวณค่าสินไหมไว้เสร็จเรียบร้อย โดยคำนึงถึงศักดินาที่ผู้กระทำละเมิดได้รับอยู่ แต่ค่าสินไหมทดแทนในปัจจุบันมิได้กำหนดจำนวนเอาไว้ตายตัว นอกจากนี้ก็ได้วางหลักเกณฑ์การคำนวณค่าสินไหมทดแทนเอาไว้ ยิ่งไปกว่านั้นในปัจจุบันได้ยกเลิกศักดินาของบุคคลไปแล้ว การคำนวณค่าสินไหมทดแทนของศาลจึงไม่ต้องอาศัยศักดินาที่ผู้กระทำละเมิดได้รับอยู่หากแต่ศาลมักจะคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจ ทางครอบครัว และทางสังคมของผู้ถูกกระทำละเมิดในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนว่าควรจะให้มากน้อยเท่าใด จึงจะเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย

(3) ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายโบราณมักจะให้เพื่อเป็นการไถ่บาปเคราะห์ที่ผู้กระทำละเมิดได้สร้างไว้ เช่น กรณีตากไม้แล้วขวานหลุดมือถูกผู้อื่นถึงตายดังกล่าวข้างต้น แต่ค่าสินไหมทดแทนในปัจจุบันมิได้มีจุดประสงค์เพื่อไถ่บาปเคราะห์ แต่เพื่อให้สิ่งที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไปกลับคืนดังเดิม

(4) ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายโบราณมิได้แยกแยะออกเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สิน และค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อสิทธินอกกองทรัพย์สินอย่างชัดเจน เหมือนค่าสินไหมทดแทนในปัจจุบัน¹

1.3 ประเภทของค่าเสียหาย

ค่าเสียหายในคดีละเมิดแยกประเภทได้เป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มแรก แยกตามความมุ่งหมายของการกำหนดค่าเสียหาย กลุ่มที่สอง แยกตามลักษณะของความเสียหาย กลุ่มที่สาม แยก

1 เรื่องเดียวกัน, หน้า 57-58.

ตามแนวทางในการปฏิบัติของศาลในการกำหนดค่าเสียหาย

1.3.1 ค่าเสียหายจากความมุ่งหมาย

ละเมิดคือ การประทุษร้ายหรือกระทำผิดในทางแพ่ง (a species of civil injury or wrong) กฎหมายแพ่ง เป็นกฎหมายเอกชน มีวัตถุประสงค์ป้องกันสิทธิของเอกชน ซึ่งมีต่อกันโดยให้บุคคลที่ต้องเสียหายบังคับสิทธิของตน เอาแก่ผู้ก่อความเสียหายหรือผู้ที่ต้องรับผิดชอบ เป็นการบังคับให้คืนสู่สภาพก่อนมีการละเมิดเกิดขึ้น เท่าที่จะเป็นไปได้ เช่น เอาทรัพย์ของเขาไป ก็ต้องคืนทรัพย์แก่เขา ถ้าไม่อาจเป็นไปได้ก็ให้ได้รับการเยียวยาเป็นค่าเสียหายในความเสียหายที่ได้รับ เช่น ต้องชดใช้เงินเป็นค่าเสียหาย¹ ความผิดทางละเมิดมุ่งที่ตัวผู้เสียหายเป็นสำคัญว่า ผู้เสียหายซึ่งถูกกระทำการล่วงสิทธิผิดหน้าที่นั้นเสียหายอย่างไร และควรได้รับชดใช้เพื่อบรรเทา ความเสียหายอย่างไรบ้าง²

ค่าเสียหายทางละเมิดอาจแบ่งออกตามความมุ่งหมายในการกำหนดได้เป็น 2 ประเภท คือ ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) กับค่าเสียหายแบบเป็นการลงโทษ (punitive Damages)

1.3.1.1 ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages)

เป็นค่าเสียหายในลักษณะ "ค่าสินไหมทดแทน" ที่ผู้ละเมิดจะต้องจ่ายชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย เพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนถูกกระทำละเมิด ให้ได้ใกล้เคียงมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ ไม่ว่าจะ เป็นกรณีความเสียหายที่ปรากฏในรูปของตัวเงินค่าใช้จ่าย รายได้ที่ขาดไป หรือความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน การกำหนดค่าเสียหายแบบนี้ เป็นหลักเกณฑ์ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law³

ค่าเสียหายแบบนี้ เกิดจากแนวความคิดที่ว่า ในเรื่องละเมิดนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการชดใช้ค่าเสียหายแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งเรียกว่า "Compensatory idea of Tort" ความคิดแบบนี้กำหนดให้การลงโทษเป็นหน้าที่ของกฎหมายอาญา ส่วนเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายนั้น เป็นหน้าที่โดยเฉพาะของกฎหมายละเมิด ซึ่งแต่เดิมนั้นไม่มีกฎหมายที่เรียกว่าละเมิดหรืออาญาแน่นอนลงไป แต่มีการลงโทษ, ปรับพินัย, และชดใช้ค่าเสียหายตามแนวความคิดที่เรียกว่า "vengeance idea" กล่าวคือป้องกันมิให้ผู้เสียหายหรือญาติพี่น้องของเขาทำการอาฆาตพยายาฆาต

1 จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 4; ไพจิตร บุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 42.

2 วาริ นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ลามมิควรได้, หน้า 9.

3 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", วารสารกฎหมาย ปีที่ 7 ฉบับที่ 3 (กุมภาพันธ์, 2526) : 28.

อันเป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายลักษณะนี้จึงเรียกว่า กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ครั้นสังคมเจริญขึ้นอิทธิพลของปรัชญาโดยเฉพาะของ Stocis และของ Aristotle ทำให้คนเริ่มคิดแยกละเมิดออกจากอาญา

ในหนังสือ Nicomachaen Ethics ของ Aristotle นั้น ได้วางแนวกฎหมาย ละเมิดสัญญาตามหลักความยุติธรรมในเรื่องชดใช้ค่าเสียหาย ที่รู้จักทั่วไปในนามของ corrective justice หรือ rectificatory justice ตามหลักการของ Aristotle นั้นจะเกี่ยวข้อง เฉพาะปัจเจกชนคือชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ปัจเจกชนโดยไม่คิดลงโทษจำเลย เพื่อให้เป็นตัวอย่างในสังคม เหตุผลของ เขาจึงไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบต่อสังคม แต่มุ่งต่อการแก้ข้อขัดแย้ง เฉพาะตัวบุคคล

ความคิดตามแนวนี้ได้แพร่หลายในยุโรปตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 โดย Grotius และ Pufendorf ทำให้ทฤษฎีละเมิดมีพื้นฐานอยู่ที่ความคิดในเรื่องการแบ่งความเสี่ยงภัยและแบ่งความเสียหายและชดใช้ค่าเสียหาย ไม่มีการลงโทษหรือเล่นบทการศึกษาสั่งสอน (educational role)¹

กล่าวโดยสรุป ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) นี้ จะถูกกำหนดให้เป็นการทดแทนความเสียหายในทางวัตถุ (material loss) แก่โจทก์² ทั้งนี้ เพื่อจะได้กลับคืนสู่ฐานะดัง เดิมก่อนถูกทำลาย ละเมิด

ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทนมีลักษณะสำคัญดังนี้

1. เป็นการชดใช้ทดแทนความเสียหายที่ได้รับจริง ๆ
2. ปกติฝ่ายผู้เสียหายต้องพิสูจน์ความเสียหายที่ตนได้รับให้ปรากฏต่อศาล
3. อาจผ่อนชำระค่าเสียหายได้เป็นงวด ๆ หรือเป็นรายปี เช่น ตามประมวลกฎหมาย

แพ่งเยอรมัน มาตรา 843, 844, 845 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายค่าขาดรายได้ ให้แก่ ผู้เสียหายที่ถูกละเมิดแก่ร่างกายหรืออนามัย การจ่ายค่าขาดอุปการะเลี้ยงดูแก่บุคคลที่สาม ในกรณี ผู้อุปการะถูกกระทำละเมิดถึงตายและการจ่ายค่าขาดแรงงานแก่บุคคลที่สามนั้นอาจจ่ายเป็นรายปี ได้โดยมีหลักประกัน ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบ Common Law เช่น อังกฤษ และอเมริกา ต่างมีหลักการชำระค่าเสียหายคราวเดียว (Single Recovery Principle) ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากแนวความคิดปะปนระหว่างทางละเมิดกับทางอาญาทำให้ค่าเสียหายทางละเมิด

1 จิตติ ดิงศภัทย์ และรองพล เจริญพันธ์, "ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ตอน 3 (2520) : 192-193.

2 R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts, p.716.

มีลักษณะเด็ดขาดไม่มีการแก้ไขหรือผ่อนชำระ หลักตายตัวของ Common Law นี้ทำให้เกิดปัญหาในเรื่อง "ค่าเสียหายในอนาคต" เพราะศาลได้แต่ประมาณการกำหนดจำนวนค่าเสียหาย เมื่อผิดพลาดตกหล่นก็ไม่อาจแก้ไขได้ในภายหลัง¹

1.3.1.2 ค่าเสียหายแบบเป็นการลงโทษ (Punitive Damages)

ค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษ (punitive damages) หรือเรียกอย่างอื่น เช่น vindictive damages หรือ exemplary damages หรือ smart money อาจถูกกำหนดให้แก่โจทก์ผู้ซึ่งพิสูจน์ได้ว่าเขาได้รับความเสียหายเนื่องจากการจงใจ, ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นการกำหนดค่าเสียหายซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด (Wrongdoer) สำหรับความผิดที่ได้กระทำไป²

Punitive Damages นี้ถูกนำมาใช้และเป็นที่ยอมรับกันครั้งแรกในคดีระหว่าง Wilkes V. Wood (1763) โดยศาลได้วินิจฉัยว่า "ค่าเสียหายที่กำหนดให้มันไม่เพียงแต่จะต้องเป็นที่พอใจของผู้ได้รับความเสียหายเท่านั้น แต่จะต้องเป็นการลงโทษสำหรับความผิดนั้น เพื่อมิให้กระทำอีกต่อไป"³ การที่กำหนดให้ผู้ละเมิดต้องใช้ค่าเสียหายแบบเป็นโทษ (Punitive Damages) ให้แก่ผู้เสียหายก็โดยเหตุผลที่ว่า เพื่อให้เป็นการตอบแทนความรุนแรงแห่งพฤติการณ์ของการกระทำละเมิด โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษผู้ละเมิดซึ่งมีพฤติการณ์จงใจไม่นำพาดอกกฎหมายและสิทธิของบุคคลอื่น การกำหนดค่าเสียหายแบบนี้เป็นหลักการของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law โดยเฉพาะ ดังนั้นค่าเสียหายทางละเมิดของ Common Law จึงกำหนดโดยวัตถุประสงค์ควบคู่กันทั้งให้เป็นค่าสินไหมทดแทนและเพื่อลงโทษผู้ละเมิดด้วย⁴

ท่านอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายความหมายคำว่า Punitive Damages หรือ Exemplary Damages ว่า "เป็นค่าเสียหายเป็นการลงโทษ กล่าวคือ เมื่อมีการละเมิดสิทธิ โดยผู้ทำละเมิดรู้ว่าการกระทำของตนเป็นผิด แต่ยังคงจงใจขืนทำละเมิดโดยโหดบึ้งอาจไม่เกรงกลัวกฎหมายของบ้านเมือง และไม่เหลียวแลเคารพสิทธิของผู้อื่นเช่นนี้แล้ว ศาลอาจจะ

1 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 28-29.

2 Kenneth R. Redden, Punitive Damages, (Virginia : The Michie Company, 1980), p.23.

3 Harry Street, The Principles of the Law of Damages, (London: Sweet and Maxwell, 1962), p.29.

4 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 29.

กำหนดค่าเสียหายให้เป็นพิเศษนอกจากที่โจทก์ได้รับตามความเป็นจริง"¹

การให้ค่าเสียหาย เป็นการลงโทษที่เกิดจากแนวความคิดที่เรียกว่า "deterrent idea" คือความคิดที่จะทำให้ประชาชนหลีกเลี่ยงการทำความเสียหาย เพราะฉะนั้นบทบาทของละเมิดคือการสั่งสอนทั้งผู้กระทำผิดและดักเตือนประชาชนให้เห็นเป็นตัวอย่าง (educational role of tort) การป้องกันไม่ให้เกิดการทำละเมิดนั้นอาจเป็นการกระทำโดยเฉพาะ (specific deterrence) คือ ลงโทษการกระทำบางประการที่เป็นภัย หรือสร้างอัตราเสี่ยงภัยให้สูงขึ้นในสังคม หรืออาจจะเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (general deterrence) กล่าวคือแม้ว่าการกระทำบางประการจะเป็นภัย แต่กฎหมายไม่ห้ามโดยตรงแต่กลับให้ทางเลือก (choice) แก่ประชาชนว่าจะเลือกทำหรือไม่ ถ้าทำก็ต้องชดใช้ค่าเสียหาย เพราะฉะนั้น General Deterrence คือความคิดที่จะสร้างทางเลือกให้แก่ประชาชนว่าจะประพฤตินอขอบข่ายหรือจะยอมจ่ายเงินมากกว่าปกติ ด้วยเหตุนี้ General Deterrence จึงช่วยผ่อนคลายนโยบายการลงโทษให้ดูเสมือนว่าเบาบางขึ้น ประเทศส่วนใหญ่ เช่น อังกฤษ และเยอรมัน จึงนิยมผสมผสานความคิดทั้งที่เป็นแบบ Specific Deterrence และ General Deterrence เข้าด้วยกัน General Deterrence บางครั้งเรียกว่า Market Deterrence ซึ่งเป็นทั้งโทษและให้แรงกระตุ้น (incentives) ในการเลือก²

ลักษณะสำคัญของค่าเสียหายแบบ เป็นโทษมีดังนี้³

- (1) เป็นค่าเสียหายที่กำหนดลงโทษตอบแทนผู้กระทำละเมิดเพื่อปรามมิให้ทำมิชอบ เช่นนั้นอีก และขณะเดียวกันยังเป็น เยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นมิให้กระทำความผิด
- (2) ฝ่ายโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายนี้ เพราะศาลจะพิจารณากำหนดเองตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงลักษณะความร้ายแรงแห่งละเมิดสภาพและปริมาณความเสียหายที่โจทก์ได้รับตลอดจนฐานะทาง เศรษฐกิจของจำเลย
- (3) เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าเสียหายที่ชดใช้ทดแทนความเสียหายจริง ๆ (ถ้ามี) แต่ในบางคดีอาจไม่ปรากฏความเสียหายจริงที่จะทดแทน ศาลก็จะกำหนดแต่ค่าเสียหายแบบ เป็นโทษนี้ให้อย่างเดียว

1 เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, หน้า 142.

2 จิตติ ดิงศกัทธิย์ และรองพล เจริญพันธ์, "ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา", หน้า 195-196.

3 คัมภีร์ แก้ว เจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 29-30.

(4) ศาลจะกำหนดให้เฉพาะกรณีละเมิดที่มีพฤติการณ์รุนแรง มีลักษณะการกระทำ เช่นเดียวกับในคดีอาญา เช่น การใช้กำลังทำร้าย ข่มขู่หลอกลวง ฉ้อฉล ซึ่งผู้ละเมิดมุ่งหมายให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหาย หรือมุ่งหมายให้ผู้เสียหายอับอายหรือถูกเหยียดหยาม

ตัวอย่างคดีที่ศาลของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law กำหนดค่าเสียหายแบบเป็นการลงโทษ

คดีระหว่าง Huckle V. Money (1763) จำเลยควบคุมตัวโจทก์ไว้โดยไม่มีหมายและโดยปราศจากอำนาจประมาณ 6 ชั่วโมง ศาลอังกฤษเห็นว่า เป็นการก่อกวนอันตรายต่อประชาชน จึงเห็นพ้องกับคณะลูกขุนที่กำหนดค่าเสียหายให้เป็นจำนวนเงิน 300 ปอนด์¹

คดี William V. Settle (1960) ข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยเป็นช่างภาพอาชีพ เคยถ่ายภาพโจทก์และภริยาในงานวันแต่งงาน ต่อมาอีก 2 ปี พ่อตาของโจทก์ถูกฆาตกรรม เป็นข่าวครึกโครม จำเลยแอบนำภาพถ่ายดังกล่าวไปขายให้หนังสือพิมพ์ทำข่าว ศาลกำหนดค่าเสียหายจำนวน 1,000 ปอนด์ เนื่องจากเป็นการละเมิดความรู้สึกและเกียรติยศของครอบครัวโจทก์ ซึ่งศาลให้ข้อสังเกตว่าร้ายแรงยิ่งกว่าการทำอันตรายต่อทรัพย์สินของบุคคลเสียอีก²

คดีระหว่าง Liberty National Life Insurance Company V. Weldon (1958) ข้อเท็จจริงได้ความว่า บริษัทประกันภัยประมาณเงินเล็กน้อยอย่างร้ายแรง ที่ยอมออกกรมธรรม์ประกันชีวิตของเด็กหญิง เซอร์รี่ให้แก่บ้านุญธรรม ซึ่งตามกฎหมายถือว่าเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียทางประกันภัย จะเอาประกันชีวิตมิได้ ต่อมาบ้านุญธรรมฆ่าเด็กหญิง เซอร์รี่โดยมุ่งหวังเงินประกัน ศาลสูงแห่งรัฐอลาบามา กำหนดให้จำเลยคือบริษัทประกันภัยต้องชดใช้ค่าเสียหายแบบเป็นโทษให้เพิ่มเติมจากค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามปกติรวมแล้วจำเลยต้องชดใช้ถึง 75,000 ดอลลาร์³

ค่าเสียหายแบบเป็นโทษนี้ในระยะหลัง ศาลสูงของอังกฤษ (House of Lords) ได้วางหลักเกณฑ์ค่าเสียหายแบบเป็นโทษนี้ว่าจะมีได้เฉพาะ 3 กรณีต่อไปนี้ คือ

(1) คดีที่เจ้าพนักงานของรัฐจงใจทำละเมิดฝ่าฝืนกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือ

1 J.A. Jolowicz, T. Ellis Lewis and D.M. Harris, Winfield and Jolowicz on Tort, p.567.

2 Harvey McGregor, The Common Law Library, (London : Sweet & Maxwell, 1961), p.199.

3 James H. Donaldson, Casualty Claim Practice, p.62.

(2) คดีที่จำเลยจงใจหวังผลกำไร เป็นจำนวนสูงกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการกระทำละเมิดของจำเลย เช่นในคดี Cassell Co.Ltd. V. Broome ซึ่งชี้ขาดในปี 1972 จำเลยลงพิมพ์ข้อความเท็จมุ่งให้โจทก์เสียหายโดยจำเลยหวังรายได้จากการพิมพ์จำหน่าย เป็นจำนวนสูงกว่าค่าเสียหายที่คาดว่าจะต้องชดใช้แก่โจทก์ในคดีนั้น ศาลกำหนดค่าเสียหายแยกเป็นโทษให้โจทก์เพิ่มจาก 14,000 ปอนด์ เป็น 25,000 ปอนด์

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้จ่ายค่าเสียหายแบบ เป็นโทษแก่ผู้เสียหาย¹

โดยที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law โดยหลักการย่อม จะไม่มีการกำหนดค่าเสียหายแบบ เป็นโทษเพื่อลงโทษจำเลย แต่ในทางปฏิบัติมีคำพิพากษาที่ตัดสิน ในทำนอง Punitive Damages เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 366/2474 จำเลยกับพวกกระทำผิดฐานพยายามฆ่าโจทก์ ศาลฎีกา พิพากษาลงโทษไปแล้ว โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน 4,000 บาท ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าตาม ข้อเท็จจริงในสำนวนคดีอาญาปรากฏว่านายบ๊อ จำเลยเป็นคนมีทรัพย์สินอยู่ในตำบลบางพลี ชอบเล่น การพนันและเป็นนักเลงหัวไม้ เมื่อโจทก์ออกไปเป็นหัวหน้าสถานีตำรวจอำเภอบางพลี ก็ปฏิบัติหน้าที่ ราชการโดยเคร่งครัดไม่เข้าเป็นพวกของนายบ๊อ และคอยขัดขวางไม่ให้นายบ๊อประพฤติเช่นเคยมา จึงเป็นเหตุให้นายบ๊อเกลียดชังโจทก์ ครั้นในคืนเกิดเหตุมีงานทำศพที่วัดบางโจลง โจทก์ไปรักษาการณ์ อยู่ที่วัดนั้น นายบ๊อจำเลยจึงใช้จำเลยอื่นกับพวกเอาปืนยิงโจทก์ โจทก์บาดเจ็บ กรรมการศาลฎีกา เห็นว่าตามข้อเท็จจริงดังกล่าวมานี้ จำเลยต้องรับผิดฐานละเมิดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์ ส่วน ค่าสินไหมทดแทนนั้นแม้โจทก์จะนำสืบไม่ได้ว่าได้เสียหายไปมากน้อยเท่าใดก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาตรา 438 ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด คดีนี้ปรากฏ ว่าจำเลยกระทำการอย่างอุกอาจอย่างร้ายแรงมาก กล่าวคือ ก่อนที่จำเลยจะยิงโจทก์ จำเลยได้ แสดงกิริยาอุหឹងโจทก์ โดยมีได้เกรงขามในอำนาจราชการเสียเลย เป็นต้นว่าจำเลยถือปืนมาล้อม โจทก์กลางที่ชุมนุมชน ทำให้โจทก์ออกไปตีกัน และเอาไฟฟ้าเดินทางฉายหน้าโจทก์ แล้วใช้ปืนยิงโจทก์ โดยซึ่งหน้า หากแต่ว่ากระสุนปืนพลาดที่สำคัญ โจทก์จึงเป็นแต่ได้รับบาดเจ็บ เป็นการนำหวาดเสียว มาก กรรมการศาลฎีกาเห็นว่า ศาลล่างทั้งสองกำหนดค่าสินไหมให้จำเลยใช้ให้โจทก์เป็นเงิน 2,500 บาท นั้นสมควรแล้ว

1 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 5



คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 336/2475 คดีได้ความว่า เจ้าทุกข์ในคดีจุดคร่าอนาจารห้อง เรียกค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญจากจำเลยอีกส่วนหนึ่งต่างหาก จากห้องขอให้ลงโทษในทางอาญาแล้วได้ การกำหนดค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญในคดีเช่นนี้ ศาลกำหนดให้ตามเหตุที่เจ้าทุกข์ได้รับความชอกช้ำระกำใจ ในคดีนี้โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย 3,000 บาท ศาลชั้นต้นตัดสินให้ค่าสินไหมทดแทน 1,500 บาท ศาลอุทธรณ์ให้ 200 บาท ศาลฎีกาให้ 1,500 บาท โดยศาลฎีกากล่าวไว้ในคำพิพากษาว่า "...กรรมการศาลฎีกาตรวจสอบจำนวนและประชุมปรึกษาแล้วเห็นว่า จำเลยไม่เพียงแต่จุดคร่ากระท่ออนาจารแก่นางสาวเถงเท่านั้น ชั้นที่จำเลยถูกฟ้องในทางอาญาจำเลยยังให้การและนำพยานสืบว่านายถมยงจำเลยกับนางสาวเถง เคยลักลอบร่วมประเวณีกัน อันทวีความเสียหายชื่อเสียงเกียรติยศให้นางสาวเถงได้รับความอับอายอยู่ชั่วชีวิต การกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญทดแทนความเสียหายในคดีชนิดนี้ควรกำหนดให้สมควรกับเหตุที่โจทก์ได้รับความชอกช้ำระกำใจ และเพื่อให้เป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันการกระทำความผิดชนิดนี้ในภายหน้า ข้อจำกัดมีเพียงว่ามีให้เหลือเกินไปเท่านั้น ศาลฎีกาเห็นว่าที่ศาลจังหวัดนนทบุรีกำหนดจำนวนเงินสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญให้แก่โจทก์เป็นจำนวน 1,500 บาทนั้น สมควรแก่เหตุการณ์ในคดีนี้แล้ว..."

จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกากล่าวไว้ชัดว่ากำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นการลงโทษเพื่อไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่าง ความเสียหายอันแท้จริงของโจทก์คือเสียหาย เสรีภาพและถูกจับต้องร่างกายซึ่งคำนวณเป็นราคาเงินไม่ได้เช่นกัน ศาลกำหนดให้สูงกว่าที่เสียหายจริง แต่สมควรแก่พฤติการณ์และความรุนแรงแห่งละเมิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1016/2497 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกำหนดค่าเสียหายฐานละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำเอาบทประพันธ์ของโจทก์ไปแสดงละครนั้น ศาลกำหนดให้ตามสมควรแก่พฤติการณ์และรูปคดี โดยถือเอาค่าคู่ที่จำเลยเก็บได้หักค่าอากรมหรสพออก ส่วนค่าเช่าโรงไม้หักให้ เพราะถ้าหักค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ได้แล้ว จำเลยก็อาจไม่ต้องเสียค่าเสียหายให้แก่โจทก์ ส่วนอากรมหรสพนั้นเป็นเงินที่ผู้ดูจ่ายให้แก่รัฐบาล จำเลยเป็นผู้เรียกเก็บแทนเท่านั้น จึงให้หักออกได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1617-1618/2500 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีนี้จำเลยรื้อถอนทำลายครัวส่วนซิมและห้องน้ำของโจทก์ ทำให้โจทก์ขาดเสียซึ่งความชอบธรรมที่จะได้ใช้ทรัพย์สินของโจทก์ตามปกติไปด้วยนั้น ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดให้ค่าเสียหายตามที่เห็นสมควรนอกจากราคาทรัพย์สินก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2501 จำเลยใช้ชื่อ "บริษัทเมืองทองการแวนจำกัด" เปลี่ยนชื่อบริษัทเมืองทองของโจทก์ซึ่งใช้มานานเพื่อให้ลูกค้าหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของห้างโจทก์ โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย 100,000 บาท ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ได้ลงทุนโฆษณาชื่อห้างของโจทก์นี้ไปแล้วทางหนังสือ วิทยุ และโปสเตอร์ สิ้นเงินประมาณหนึ่งล้านบาท จำเลยไม่มีสิทธิที่จะใช้คำว่า "เมืองทอง"

(1) ความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สิน ซึ่งเป็นความเสียหายในทางวัตถุ (prejudice materiel หรือ dommage patrimonial) ความเสียหายชนิดนี้อาจตีราคาเป็นเงินได้ (pecuniary loss) โดยทั่วไปเป็นความเสียหายทางด้านทรัพย์สิน กล่าวคือเป็นความเสียหายที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในทางทรัพย์สินของปัจเจกชน หรือกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ในทางการเงินของบุคคลข้อสำคัญก็คือเป็นความเสียหายซึ่งพิสูจน์ได้ เช่น การทำลายหรือการทำให้เสื่อมค่าของสิ่งของซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิของผู้อื่นหรือค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลอันเนื่องมาจากการได้รับอุบัติเหตุ ตลอดจนการสูญเสียรายได้หรือผลกำไรอื่น ๆ (loss of earning or other profits) เป็นต้น

(2) ความเสียหายต่อสิทธินอกกองทรัพย์สิน เป็นความเสียหายในทางจิตใจซึ่งคำร่าฝรั่งเศสมักเรียกว่า prejudice moral หรือ dommage moral ความเสียหายประเภทนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิในทางทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ซึ่งเป็นเงิน กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นความเสียหายซึ่งไม่อาจตีราคาเป็นเงินได้ (non-pecuniary loss) เช่น ความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอันเกี่ยวกับเกียรติยศ (droit de la personnalite atteintes a l'honneur) ความเชื่อในทางศาสนา (aux convictions religieuses) ความรักชาติ (ou patriotiques) เกี่ยวกับชื่อเสียงในการประกอบอาชีพ (a la reputation professionnelle) เกี่ยวกับสถานภาพส่วนตัวและเกี่ยวกับสิทธิในครอบครัว (pour atteintes a L'etat civil et aux droits de famille)¹

ค่าเสียหายตามลักษณะของความเสียหายอาจแยกประเภทได้ดังนี้ คือ

1.3.2.1 General Damages General Damages คือค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายซึ่งเรียกว่า General Damage ความเสียหายนี้เป็นความเสียหายประเภทหนึ่งซึ่งกฎหมายสันนิษฐานทั่ว ๆ ไป โดยเปรียบเทียบกับคดีก่อน ๆ มิใช่กำหนดจากคำฟ้องของโจทก์² General Damages นี้จะถูกกำหนดให้ในกรณีที่มีความเสียหาย เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง (loss of reputation) ความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน (pain and suffering) หรือการสูญเสียการประกอบกิจการในอนาคต (loss of future earnings)³

1 นवलพรรณ จ้าวสุวรรณ, "ค่าเสียหายทางศีลธรรม", หน้า 13-14.

2 R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts, p.715.

3 Philip S James, General Principles of the Law of Torts,

ความเสียหายซึ่งเรียกว่า General Damage เป็นความเสียหายที่ไม่อาจกำหนดเป็นจำนวนตัวเลขที่แน่นอนได้ (damage not accurately quantifiable in money terms) ดังนั้น ในการที่โจทก์ใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย โจทก์ต้องเรียกค่าเสียหายเป็นจำนวน (at large) แล้วศาลก็จะประมาณการค่าเสียหายนั้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่โจทก์ถูกรถยนต์ของจำเลยชนได้รับความเจ็บปวด (pain) และได้รับอันตรายแก่กาย ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายให้ตามดุลพินิจของศาล มิใช่กำหนดให้ตามฟ้องของโจทก์¹

ดังได้กล่าวแล้วว่า General Damages เป็นค่าเสียหายตามความเสียหายที่สันนิษฐานกันทั่ว ๆ ไป โดยเปรียบเทียบกับคดีอื่น ๆ ทำนองเดียวกับคดีเรื่องนั้นว่าผู้เสียหายควรได้รับความเสียหายเพราะการกระทำละเมิดในคดีนั้นเพียงใด ความเสียหายที่จะต้องมีการสันนิษฐานค่านับนี้จึงเป็นความเสียหายทางศีลธรรมซึ่งพิสูจน์ให้เห็นจริงได้ยากและต้องมีการประมาณการออกมาหรือในบางทัศนะเช่น อังกฤษ เห็นว่าความเสียหายทางวัตถุในบางกรณี เช่น ค่าใช้จ่ายในอนาคต ก็จะต้องประมาณการเป็น Special Damages ออกมา เพราะไม่อาจพิสูจน์กำหนดเป็นจำนวนตัวเลขที่แน่นอนได้ในขณะคำนวณค่าเสียหาย แต่ของอเมริกันมีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่าบรรดาค่าใช้จ่ายทั้งที่เกิดขึ้นแล้วและในอนาคต ต่างเป็นความเสียหายที่อาจพิสูจน์ให้เห็นจริงได้ จึงไม่ต้องประมาณการค่าเสียหายแบบ General Damages แต่โจทก์อาจระบุขอและพิสูจน์ให้ปรากฏเพื่อกำหนดเป็นค่าเสียหายแบบ Special Damages

คดีละเมิดต่อร่างกายเป็นเหตุให้ต้องตัดแขน ย่อมสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายต้องเจ็บปวดทนทุกข์ทรมานและทุพพลภาพ ฯลฯ หรือ คดีหมิ่นประมาท เป็นเหตุให้เสียชื่อเสียง ขาดการคบหาสมาคมจากผู้อื่น ก็เป็นความเสียหายที่อาจสันนิษฐานได้เช่นเดียวกัน จึงกำหนดค่าเสียหายแบบ General Damages ออกมาเป็นตัวเงินได้โดยประมาณการตามจำนวนที่สมควร ไม่ต้องคำนวณนับอย่าง Special Damages เพราะไม่มีจำนวนแท้จริง

จะเห็นได้ว่า General Damages เป็นค่าเสียหายโดยประมาณจึงเป็นดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดตามจำนวนที่เห็นสมควร ไม่ต้องผูกพันตามพฤติการณ์แวดล้อมตัวโจทก์เสมอไป ฝ่ายโจทก์ก็ไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหาย เพียงแต่ระบุในคำขอท้ายฟ้องว่า ขอค่าเสียหายประเภท General Damages โดยไม่ต้องระบุเจาะจงจำนวนค่าเสียหาย เช่น คดีละเมิดทำให้

¹ Glanville Williams and B.A. Hepple, Foundations of the Law of Tort, p.61.

เสียหาย การนำสืบพยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่ามีเหตุการณ์จะเกิดขึ้นจริงจนโจทก์ต้องถูกคัดค้าน ก็ถือว่าเพียงพอที่ศาลจะกำหนด General Damages ในรูปค่าเจ็บปวดทรมานทุกข์ทรมานได้ โจทก์ไม่ต้องระบุจำนวนเงิน เพราะมิใช่กรณีที่จะคำนวณได้ว่า เสียหายคิดเป็นเงินเท่านั้นเท่านั้นมาต ดังนั้น ในคดีบางเรื่องที่โจทก์ระบุขอ Specific Damages แล้วไม่อาจพิสูจน์ความเสียหายได้ จึงปรากฏบ่อย ๆ ที่ศาลจะประมาณการกำหนด General Damages ให้แทน

ทาง Civil Law การกำหนด General Damages มีวงแคบกว่าของ Common Law เนื่องจากแนวความคิดของ Civil Law ที่มุ่งกำหนดค่าเสียหายเพื่อชดใช้ทดแทน เฉพาะความเสียหายจริง ๆ ที่โจทก์ได้รับ ทำให้เคร่งครัดในการกำหนด ค่าเสียหายแบบ Special Damages ซึ่งมีลักษณะเห็นจริงเห็นจังพิสูจน์ได้ เช่น ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเพราะละเมิด ค่าเสียหายของ Civil Law จึงมีลักษณะแบบ Special Damages เป็นส่วนใหญ่ ส่วนค่าเสียหายแบบ General Damages ปกติไม่ค่อยจะยอมรับกัน อาจมียกเว้นบ้างในกรณีที่อาจสันนิษฐานได้อย่างค่อนข้างแน่ชัดว่าเป็นความเสียหายที่ต้องเกิดจากการกระทำละเมิดขึ้น เช่น ความเจ็บปวดทรมานทุกข์ทรมาน ทาง Civil Law จึงจะผ่อนคลายเป็นอันมากกำหนดค่าเสียหายชดใช้แก่กันได้ซึ่งก็คือ General Damages นั่นเอง¹

การกำหนดค่าเสียหายของศาลไทยที่มีลักษณะเป็น General Damages จำกัดเฉพาะคดีละเมิดต่อร่างกายโดยดีความว่าความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 มีเฉพาะกรณีละเมิดต่อร่างกายและเสรีภาพ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1037/2491 วินิจฉัยว่า ในเรื่องละเมิดนอกจากผู้เสียหายจะได้รับค่าแพทย์ค่ายาที่เสียไปแล้ว ยังอาจได้รับค่าเสียหายในการถูกทำร้ายและทรมานทุกข์ทรมานด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1859/2518 วินิจฉัยว่า ค่าทรมานทุกข์ทรมานซึ่งผู้เสียหายได้ฟ้องคดีแล้วจึงตายลงนั้น ผู้เข้าเป็นคู่ความแทนว่าคดีต่อไปได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1921/2520 ลูกจ้างของจำเลยขับรถประจำทางโดยประมาท เลินเล่อเลี้ยวรถด้วยความเร็วเกินสมควร โจทก์เตรียมจะลงยืนที่หน้าประตูรถ ถูกรถเหวี่ยงตกจากรถ ต้องผ่าตัดสมองโจทก์ ทุพพลภาพตลอดชีวิตทุกข์ทรมานทั้งกายและจิตใจ ไม่สามารถประกอบอาชีพได้ตามปกติ จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายเหล่านี้

1 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 37-38..

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 128/2522 โจทก์ถูกรถจำเลยชน รอยแผลเป็นซึ่งทำให้โจทก์เสียบุคลิก และโจทก์ต้องทนทุกข์ทรมาน เป็นความเสียหายซึ่งมิใช่ตัวเงินซึ่งไม่เข้าซ้อนกัน โจทก์เรียกได้ตามมาตรา 446.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2488/2523 สุนัขของจำเลยหลบหนีออกไปได้ขณะจำเลยเปิดประตู สุนัขจึงออกไปกัดโจทก์ได้ แสดงว่าจำเลยมิได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรในการเลี้ยงดูสุนัข จำเลยจึงต้องชดเชยค่าเสียหายให้โจทก์รวมทั้งทดแทนความตกใจและทนทุกข์ทรมานด้วย

ตามคำพิพากษาที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า กรณีละเมิดต่อร่างกายนั้นศาลกำหนดค่าเสียหายสำหรับความเจ็บปวดทนทุกข์ทรมานให้ได้ แต่ถ้าเป็นละเมิดต่อชีวิตแล้ว ศาลปฏิเสธไม่รับรู้ความเสียหายทางศีลธรรม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1742/2499 (ประชุมใหญ่) จำเลยฆ่าบุตรโจทก์ถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ ทำให้โจทก์ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดู โดยไม่ต้องคำนึงว่าในปัจจุบันบุตรที่ตายจะได้อุปการะเลี้ยงดูโจทก์ซึ่งเป็นมารดาอยู่หรือไม่ ส่วนค่าเสียหายจะเท่าใดศาลย่อมกำหนดให้ตามสมควร ส่วนค่าเสียหายเพื่อความวิบวาทณ์นั้นเรียกไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2502 ค่าเสียหายฐานละเมิดนั้น ไม่รวมถึงค่าที่ต้องสูญเสียบุตรไป เพราะละเมิดนอกเหนือไปจากค่าที่ต้องขาดอุปการะตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502 วินิจฉัยว่า สามีนไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความว่าเหว เพราะสูญเสียภริยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุข เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 677/2510 จำเลยทำละเมิดให้มารดาโจทก์ตาย โจทก์ว่าเหวขาดที่เคารพหลักและอุปการะที่มารดาดูแลบ้านเรือนและบุตรโจทก์ ศาลไม่ให้ค่าสินไหมทดแทนในส่วนนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 477/2514 (ประชุมใหญ่) กรณีละเมิดที่เป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวัง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้จะเป็นบิดาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1550/2518 ค่าเสียหาย เพราะละเมิดทำให้บุตรโจทก์ตาย ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 และไม่มีบทกฎหมายอื่นที่บัญญัติให้เรียกค่าชอกช้ำระกำใจในเหตุที่ต้องสูญเสียบุตรไป

กล่าวโดยสรุป ในการกำหนดค่าเสียหายของศาลไทยที่มีลักษณะเป็น General Damages นั้น จำกัดเฉพาะคดีละเมิดต่อร่างกาย ส่วนละเมิดต่อชีวิตนั้นศาลไม่กำหนดให้โดยเหตุผลที่ว่าไม่มีกฎหมายให้เรียกได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อที่น่าพิจารณาในทางทฤษฎีว่า การที่ทาง Civil Law นำความเสียหายทางศีลธรรมหรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินมากำหนดค่าเสียหาย ซึ่งต้องประมาณการเป็นจำนวนเงินค่าเสียหายแบบ General Damages ออกมานั้น มีลักษณะเป็นการลงโทษผู้ละเมิด เพราะมิได้กำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายจริง ๆ นั้น จะขัดกับหลักการกำหนดค่าเสียหายของ Civil Law เองที่มุ่งให้ชดใช้ความเสียหายอันได้กล่าวแล้วหรือไม่ เรื่องนี้อาจกล่าวได้ว่าตามความเป็นจริงนั้นไม่ว่าความเสียหายทางศีลธรรมหรือความเสียหายเชิงวัตถุ จะให้มีการชดใช้กันอย่างเต็มภาคภูมิจนถึงจุดอิ่มตัวของผู้เสียหายย่อมเป็นไปได้ อย่างมากก็เป็นแต่เพียงหาแนวทางกำหนดค่าเสียหายให้เป็นที่พอใจของผู้เสียหายมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ ถ้าจะกล่าว เฉพาะกรณีความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน การที่ผู้เสียหายต้องเสียอวัยวะร่างกายก็ต้องเจ็บปวดทรมานก็ดี ย่อมจะประมาณการออกมาเป็นตัวเงินค่าเสียหายมิได้ จึงได้แต่กำหนดค่าเสียหายแบบ General Damages ตามทางการสันนิษฐานทั่ว ๆ ไปว่า เป็นอัตราที่เหมาะสมเพื่อชดใช้แก่ผู้เสียหาย ทั้งนี้ ก็เพื่อที่จะเยียวยาจิตใจของผู้เสียหาย เพื่อให้เขากลับสู่สภาพเดิมก่อนถูกกระทำละเมิดทั้งกายและใจให้ได้มากที่สุด อันเป็นหลักการชดใช้ค่าเสียหายตามแนวของ Civil Law นั้นเอง¹

1.3.2.2 Special Damages

Special Damages คือ ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายซึ่งเรียกว่า "Special Damage." (compensation for special damage) ความเสียหายแบบ Special Damage นี้ เป็นความเสียหายชนิดหนึ่งซึ่งไม่ได้เกิดจากการสันนิษฐานโดยกฎหมาย (will not be presumed by the Law)²

1 เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

2 R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts, pp.715-716.

ในคดีละเมิด เช่น กรณีประมาทเลินเล่อ (negligence) และละเมิดเกี่ยวกับธุรกิจ สิทธิเรียกร้องจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการพิสูจน์ความเสียหายที่แท้จริง (actual damage) ความเสียหายที่แท้จริงนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า "Special Damage" เป็นความเสียหายเชิงวัตถุ (substantial damage) ซึ่งสามารถคำนวณเป็นตัวเลขได้ (capable of pecuniary assessment)¹ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า Special Damages เป็นค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริงที่โจทก์ได้รับซึ่งอาจคำนวณเป็นเงินได้ ตัวอย่าง เช่น การสูญเสียรายได้ หรือค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล²

ค่าเสียหายแบบ Special Damages นี้แตกต่างจากค่าเสียหายแบบ General Damages กล่าวคือ ค่าเสียหายแบบ Special Damages นี้จะต้องมีการพิสูจน์ในกระบวนการพิจารณาคดี ส่วนค่าเสียหายแบบ General Damages ศาลอาจกำหนดให้โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ค่าเสียหาย³

โดยเหตุที่ความเสียหายที่จะนำมากำหนดค่าเสียหายแบบ Special Damages เป็นความเสียหายเชิงวัตถุที่เกิดขึ้นจริง เฉพาะในคดีเรื่องนั้น ดังนั้น ฝ่ายโจทก์ย่อมสามารถพิสูจน์ให้เห็นจริงได้ เช่น ในคดีละเมิดต่อร่างกายจะกำหนดค่าเสียหายแบบ Special Damages ตามจำนวนค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล จำนวนค่าขาดรายได้ระหว่างรักษาตัว ซึ่งโจทก์จะต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้ปรากฏต่อศาล ดังนั้นทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law โจทก์จึงต้องระบุขอค่าเสียหายแบบ Special Damages ในคำขอท้ายฟ้องเป็นรายการ ๆ ไป รายการใดพิสูจน์ได้น้อยกว่าที่ขอ ศาลก็จะให้ตามที่ปรากฏคือตามที่ได้รับจริง แต่ไม่เกินคำขอ⁴

1.3.3 ค่าเสียหายตามแนวปฏิบัติของศาลในการกำหนดค่าเสียหาย

ในทางปฏิบัติศาลต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการนำสืบของคู่ความมาเป็นเครื่องกำหนดค่าเสียหาย บางคดีปรากฏความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง ๆ แต่บางคดีไม่ปรากฏ เมื่อพิจารณาโดยนัยนี้ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดจึงอาจแบ่งเป็น 2 ประเภทคือค่าเสียหายตามความเสียหายและค่าเสียหายตามแบบพิธี

1.3.3.1 ค่าเสียหายตามความเสียหาย ได้แก่ค่าเสียหายที่เรียกว่า "Substantial Damages" ซึ่งเป็นค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายทางวัตถุ (material loss)⁵ ความหมายของค่าเสียหายประเภทนี้นั้นท่านอาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า

1 Harry Street, Principles of the Law of Damages, (London : Sweet & Maxwell, 1962), p.19.

2 Philip S. James, General Principles of the Law of Torts, p.419.

3 Harry Street, Principles of the Law of Damages, p.18.

4 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 36-37.

5 Philip S. James, General Principles of the Law of Torts, p.419

"Substantial Damages หมายถึง ค่าเสียหายอย่างหนักโดยมากคำนวณเอาตามผลร้ายแรงแห่งความเสียหายอันเกิดแต่การละเมิด"¹

อย่างไรก็ตาม Substantial Damages นี้เป็นค่าเสียหายที่ศาลประเมินให้มีจำนวนเท่าเทียมกับความเสียหาย ในเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง ๆ เนื่องมาแต่การกระทำผิดซึ่งความเสียหาย เช่นนี้ถ้าเสียหายไปเท่าใดก็ย่อมจะได้ชดใช้เป็นจำนวนเท่าที่ ต้องเสียหายไป ดังสุภาษิตที่ว่า Restitutio in integrum"²

ตัวอย่างที่ศาลอังกฤษกำหนดค่าเสียหายแบบ Substantial Damages เช่นคดีระหว่าง Moss V. Christchurch R.D.C. (1925) จำเลยก่อความรบกวนปล่อยประกาย ไฟฟ้าเครื่องจักร ใอน้ำลูกกลมใหม่บ้านของโจทก์ซึ่งให้ผู้อื่นเช่า ศาลอังกฤษกำหนดค่าเสียหายโดยนำผลต่างของราคา บ้านก่อนไฟไหม้กับราคายานหลังจากถูกไฟไหม้มาเป็นเกณฑ์ โดยมีได้ถือเกณฑ์ตามราคาค่าก่อสร้าง บ้านหลังใหม่³ การกำหนดค่าเสียหายของไทยที่มีลักษณะเป็น Substantial Damages ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 467/2492 คดีได้ความว่า โจทก์ฟ้องว่าจำเลยทำให้ไฟไหม้ดินยาง ของโจทก์เสียหาย 1,020 ดัน คิดเป็นเงิน 5,100 บาท ขอให้ศาลบังคับให้จำเลยใช้ค่าเสียหายให้ ศาลฎีกาได้กล่าวในคำพิพากษาว่า "...ศาลฎีกาพิจารณาคดีแล้วเห็นว่า คดีนี้โจทก์ฟ้องเรียกค่าทดแทน ในการที่ดินยางพาราของโจทก์ถูกไฟไหม้เสียหาย 1,020 ดัน คิดเป็นเงิน 5,100 บาท ทางพิจารณา ก็พึงได้ว่าดินยางของโจทก์ถูกไฟไหม้เสียหายจริงตามจำนวนที่ฟ้อง เป็นแต่เสียหายมากบ้างน้อยบ้าง แล้วแต่ว่าถูกไฟไหม้เพียงไร ที่เสียหายมากก็ถึงตายที่น้อยหน่อยก็กรีดน้ำยางไม่ได้โดยเปลือกใหม่ ต้องรอจนเปลือกขึ้นมาใหม่จึงจะใช้กรีดน้ำยางได้ เห็นว่าดินยางที่ถูกไฟไหม้กรีดน้ำยางไม่ได้ต้องรอ ไปอีก เช่นนี้ ก็เรียกได้ว่าเสียหายเช่นเดียวกัน เว้นแต่การคำนวณค่าเสียหายย่อมอาจจะลดหลั่น ลงบ้าง ที่ศาลอุทธรณ์ไม่คิดค่าเสียหายให้เสียเลยสำหรับดินยางประเภทที่ถูกไฟไหม้แต่ต้องรอไปอีก จึงกรีดน้ำยางได้ โดยถือว่าเป็นการนอกฟ้องนี้ ศาลนี้ไม่เห็นด้วย และเห็นว่าตามพฤติการณ์แห่งข้อ เท็จจริงที่ปรากฏมา การที่ศาลชั้นต้นคำนวณค่าเสียหายให้จำเลยชำระให้โจทก์ในกรณีนี้เป็นเงิน 4,000 บาทนั้น เป็นการสมควรแก่รูปคดีแล้ว ส่วนที่โจทก์ขอให้จำเลยใช้ค่าเสียหายให้โจทก์เติมตาม ฟ้องนั้น เท่าที่สืบมายังไม่พอจะบังคับให้ดังขอ..."

1 เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, หน้า 1

2 R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts, p.715.

3 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 32.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 909/2497 จำเลยทำละเมิดทำลายท่อระบายน้ำของโจทก์ทำให้น้ำเต็มเข้าสวนโจทก์ ต้นผลไม้ตาย ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ให้ค่าเสียหายแตกต่างกัน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามที่โจทก์นำสืบถึงเรื่องราคาค่าผลไม้ที่จะขายผลไม้ได้ในปีหนึ่ง ๆ ก็ไม่ได้ความแน่นอนว่า ต้นไม้ขนาดใหญ่ได้ผลมากน้อยเท่าใด ขายได้ราคาเท่าใด เพราะไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนว่า ต้นไม้ต้นหนึ่งจะได้ผลปีหนึ่ง เป็นจำนวนเท่าใด ตามที่โจทก์เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด เมื่อโจทก์นำสืบความเสียหายไม่ได้ว่าเสียหาย เท่าใดแน่ ก็เป็นเรื่องอยู่ในอำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1497/2498 หลังคาเรือนของจำเลยรูกล้ำเข้าไปในที่ดินของโจทก์ เป็นเหตุให้น้ำฝนจากชายคาเรือนของจำเลยไหลสาดเข้าไปในฝาโรงเรือนของโจทก์ และทำให้น้ำท่วมของโจทก์เสียหาย แต่ไม่ได้ความชัดเจนว่าจำเลยบุกรุกที่ดินของโจทก์กว้างยาวเท่าใด ดังนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดต่อโจทก์ แม้โจทก์จะสืบไม่ได้ว่าการที่น้ำฝนไหลไปถูกฝาโรงเรือนโจทก์เสียหายเท่าใดก็ตาม เมื่อฟังว่าจำเลยละเมิดแล้ว ศาลก็ย่อมวินิจฉัยให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1169/2501 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยที่ 2 ลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ได้ขโมยรถยนต์โดยสารประจำทางในทางการที่จ้างโดยประมาณเงิน เลื่อนรถยนต์ของโจทก์ข้างหลังเสียหายทั้งคัน ขอให้ชดเชยราคาที่เสียหายเป็นเงิน 40,000 บาท ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยทำละเมิดจริง คงถกเถียงกันในเรื่องค่าเสียหาย จำเลยว่าเสียหายเล็กน้อย ขอให้ตีตั้งเดิมเสียค่าซ่อมราว 3,000 ถึง 3,600 บาท ศาลชั้นต้นเห็นว่ารถของโจทก์ไม่ได้เสียหายหมดทั้งคัน แต่จะเสียหายเล็กน้อยเพียงใด ค่าซ่อมเท่าใด ค่าเสื่อมราคาเท่าใด ไม่ปรากฏในสำนวน ศาลไม่อาจคำนวณให้ได้ ศาลยอมให้ตามสมควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด กำหนดให้จำเลยใช้เงิน 20,000 บาท ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า โจทก์มิได้สืบถึงค่าซ่อมและค่าเสื่อมราคาว่าเท่าใด ฝ่ายจำเลยนำสืบว่าค่าซ่อมอย่างมากไม่เกิน 3,600 บาท ปรากฏว่าความเสียหายของรถโจทก์คือตัวถังตอนท้ายบู๊นกระเทือนไปถึงตอนกลาง ฝาปิดท้ายรถหลุดออกไป เส้าประตูล้อซ้ายขวาไม่ปรากฏว่าเครื่องยนต์เสีย เห็นควรกำหนดค่าซ่อมให้เป็นเงิน 5,000 บาท และรถยนต์ของโจทก์ขณะถูกชนมีราคาถึง 40,000 บาท ถูกชนท้ายด้วยรถขนาดใหญ่อย่างแรงย่อมทำให้ได้รับความชอกช้ำมาก แม้จะซ่อมด้วยช่างฝีมือดีเท่าใด ก็ไม่เหมือนของเดิมได้ เห็นควรกำหนดค่าเสื่อมราคาให้โจทก์ 8,000 บาท รวมเป็นค่าเสียหายทั้งสิ้น 13,000 บาท

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงไม่ได้ความว่า ความเสียหายทั้งคันจริงค้างข้อหาของโจทก์โดยรถคันนี้อาจซ่อมแซมให้ใช้การได้ แต่ไม่ตีความสภาพเดิม ศาลก็อาจคำนวณค่าเสียหายแก่โจทก์ให้ลดน้อยลงได้ ตามความแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

1.3.3.2 ค่าเสียหายแบบเป็นพิธี ประกอบด้วยค่าเสียหายซึ่งเรียกว่า "Nominal Damages" และ "Contemptuous Damages"

1.3.3.2.1 Nominal Damages ค่าเสียหายประเภทนี้ได้มีนักนิติศาสตร์ได้อธิบายความหมายไว้ต่าง ๆ กัน ดังนี้

ท่านอาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่า "Nominal Damages" (ค่าเสียหายอย่างต่ำ) คือการละเมิด ไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายอย่างใด หรือโจทก์เป็นผู้ที่ไม่สมควรจะได้รับค่าสินไหมทดแทนด้วยประการใด ๆ เช่นนี้แล้วศาลย่อมกำหนดค่าเสียหายให้แต่เพียงเล็กน้อยเท่านั้น เป็นเพียงเพื่อรับรู้ว่าได้มีการละเมิดสิทธิกัน"¹

ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ อธิบายว่า "Nominal Damages (ค่าเสียหายในนาม) เป็นค่าเสียหายที่เรียกกันได้เฉพาะในกรณีที่เป็นการละเมิดซึ่งอาจฟ้องได้ในตัวเอง (actionable per se) แม้โจทก์จะไม่ได้ได้รับความเสียหายเลยก็ตาม เช่น คดีบุกรุก หมิ่นประมาท เป็นต้น"²

ชาร์ล.ที. แมคคอคมิก (Charles T. McCormick) อธิบายว่า "Nominal Damages คือ ค่าเสียหายซึ่งกำหนดให้สำหรับการละเมิดสิทธิตามกฎหมาย (infracton of a legal right) ถึงแม้ว่าจะไม่ปรากฏความเสียหายหรือสิทธิซึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับความสูญเสียหรือความเสียหาย ตัวอย่างเช่น กรณีบุกรุกและการบุกรุกนั้นไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย หรือสิทธิในทรัพย์สินแต่ประการหนึ่งประการใด"³

อาร์.เอฟ.วี. ฮิวส์ตัน (R.F.V. Heuston) อธิบายว่า "Nominal Damages" คือ ค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อย (a small sum of money) เช่น 1 ชิลลิง การกำหนดค่านั้นไม่ได้กำหนดเป็นการชดเชยความเสียหายที่แท้จริง แต่เป็นการกำหนดเนื่องจากสิทธิตามกฎหมายของโจทก์ถูกละเมิดโดยจำเลย"⁴

1 เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด หน้า 142.

2 ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 130

3 Charles T. McCormick, Handbook on the Law of Damages, (St. Paul, Minn : West Publishing Co., 1935), p.85.

4 R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts, p.713.

เจ.เอ. โจโลวิคซ์ (J.A. Jolowicz) อธิบายว่า "Nominal Damages คือ ค่าเสียหายที่ถูกกำหนดให้เมื่อลิติตตามกฎหมายของโจทก์ถูกละเมิดถึงแม้ว่าเขาไม่ได้รับความเสียหายที่แท้จริง (no actual damage) ค่าเสียหายนี้ย่อมเรียกได้ในกรณีที่เป็นการละเมิดซึ่งอาจฟ้องได้ในตัวเอง (actionable per se)"¹

กล่าวโดยสรุป Nominal Damages คือค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อยที่ศาลกำหนดให้แก่โจทก์เนื่องจากลิติตตามกฎหมายของโจทก์ถูกละเมิด แม้ว่าการละเมิดนั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายเล็ก ๆ น้อย ๆ นี้มิได้มุ่งหมายให้เป็นการลงโทษจำเลย หรือจะให้ชดใช้กันอย่างจริงจัง ศาลกำหนดให้พอเป็นพิธีในกรณีไม่ปรากฏความเสียหายต่อโจทก์ แต่ก็ยังให้มีการชดใช้กัน เนื่องจากศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลยในกรณีนั้นเป็นการบกพร่องต่อหน้าที่ เป็นการรบกวนลิติตของโจทก์ หรือเป็นกรณีที่โจทก์น่าจะได้รับความเสียหายจริง ๆ แต่บังเอิญไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาลิติตให้ปรากฏปริมาณความเสียหายได้²

ตัวอย่างที่ศาลกำหนดค่าเสียหายแบบ Nominal Damages เช่น คดีระหว่าง Constantine V. Imperial Hotels Ltd (1944) จำเลยกระทำความผิดโดยล่วงลิติตผิดหน้าที่ (breach of duty) ต่อแขกของโรงแรม เมื่อจำเลยปฏิเสธที่จะอำนวยความสะดวกต่อโจทก์ในการเข้าพักโรงแรม ศาลวินิจฉัยว่าถึงแม้ว่าจำเลยจะอำนวยความสะดวกแก่โจทก์ในเวลาต่อมาแล้วก็ตาม จำเลยต้องให้ค่าเสียหายแบบ Nominal Damages 5 กินี (guineas) แก่โจทก์³

คดีระหว่าง Ashby V. White (1703) วินิจฉัยว่า ผู้มีลิติตออกเสียงเลือกตั้งมีลิติตฟ้องคดีต่อเจ้าหน้าที่ ซึ่งกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายขัดขวางมิให้ใช้ลิติตในการเลือกตั้ง ศาลกำหนดค่าเสียหายให้ 5 ปอนด์

1.3.3.2.2 Contemptuous Damages เป็นค่าเสียหายแบบเย้ยหยัน (derisory damages) ซึ่งศาลกำหนดให้เป็นจำนวนค่ากว่าที่โจทก์ใช้ลิติตเรียกร้อง หรือเป็นค่าเสียหายซึ่งศาลไม่พอใจในพฤติการณ์ของโจทก์ในเรื่องนั้น ๆ ค่าเสียหายเหล่านี้แตกต่างจากค่าเสียหายแบบ Nominal Damages กล่าวคือ ค่าเสียหายแบบ Contemptuous Damages

1 J.A. Jolowicz, T.Ellis Lewis and D.M. Harris, Winfield and Jolowicz on Tort, p.565.

2 หัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 34.

3 J.A. Jolowicz, T.Ellis Lewis and D.M. Harris, Winfield and Jolowicz on Tort, p.565.

อาจถูกกำหนดให้ในกรณีที่มีการละเมิดไม่ว่าเป็นการละเมิดซึ่งฟ้องได้ในตัวเองหรือไม่ก็ตาม (whether actionable per se or not)¹

ค่าเสียหายแบบ Contemptuous Damages นั้น จำนวนเงินซึ่งกำหนดให้เป็นการเย้ยหยัน derisitory เดิมกำหนดให้ 1 ฟาธิง (one farthing) แต่ปัจจุบันกำหนดให้ 1 เพนนี ค่าเสียหายประเภทนี้เป็นคุณลักษณะของศาลในการกำหนด² ตัวอย่างเช่น คดีระหว่าง Kelly V. Sherlock ข้อเท็จจริงได้ความว่า จำเลยลงข้อความหมิ่นประมาทโจทก์อย่างรุนแรงทางหนังสือพิมพ์เป็นคดีละเมิด ต่อมาฝ่ายโจทก์กระทำการโต้ตอบหมิ่นประมาทจำเลยบ้าง ศาลอังกฤษเห็นว่าสมแล้วที่โจทก์ต้องเสียหายจึงกำหนดค่าเสียหายให้เพียง 1 ฟาธิง³

การกำหนดค่าเสียหายแบบนี้แม้จะ เป็นการกำหนดค่าเสียหายให้ต่ำกว่าความเสียหายจริง แต่ก็เป็นคนละกรณีกับการลดปริมาณความเสียหาย ตามพฤติการณ์ซึ่งฝ่ายโจทก์เองบกพร่องหรือประมาทร่วมในการก่อความเสียหายคดีนั้นด้วย กล่าวคือ กรณีค่าเสียหายแบบ Contemptuous นี้ เป็นคุณลักษณะของศาล Common Law ซึ่งมีได้เคร่งครัดในหลักการทดแทนความเสียหายและพยายามหลีกเลี่ยงการกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายโดยอ้างพฤติการณ์นอกประเด็นแห่งคดีของฝ่ายโจทก์ที่ไม่เหมาะสม⁴

2 ผู้พิสูจน์ค่าเสียหาย

ดังได้กล่าวแล้วว่า การพิสูจน์ความเสียหาย (proof of damage) เป็นสิ่งจำเป็นในการฟ้องคดีละเมิด แต่ในบางคดีฟ้องคดีโดยไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหาย เหตุผลสำหรับความแตกต่างก็คือความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ (historical) และโดยไม่มี ความเกี่ยวข้องทางวิทยาศาสตร์ (scientific classification) แต่เนื่องจากการฟ้องคดีโดยเฉพาะคดีละเมิดมีมากกว่าปกติ และกฎหมายละเมิดได้มีการพัฒนามากขึ้น ดังนั้นจึงมีความจำเป็นในการพิสูจน์ความเสียหาย จะเห็นได้จากคดีละเมิดดังต่อไปนี้

(1) ปกติในคดีบุกรุกที่ดินโดยบุคคลหรือสิ่งทรมทรัพย์ ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความเสียหาย แต่การบุกรุกที่ดินโดยไม่เจตนา (unintentional trespass) ของบุคคลในปัจจุบันเป็นสิ่งจำเป็นที่จะพิสูจน์ความเสียหาย (คดีระหว่าง letang V Cooper (1965))

(2) คดีก่อความรำคาญแก่เพื่อนบ้าน (nuisance) ไม่ว่าจะ เป็นความเสียหายที่

1 Harry Street, The Law of Torts, (London : Butterworths, 1963), p. 447.

2 J.A. Jolowicz, T. Ellis Lewis and D.M. Harris, Winfield and Jolowicz on Tort, p. 565.

3 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 35.

4 เรื่องเดียวกัน

ความเสียหายที่รบกวนความสงบสุขของบุคคลอื่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเสียง รวมทั้ง nuisance ที่มีผลต่อ สิทธิในทางทรัพย์สิน (rights of property), สิทธิเจ้าของที่ชายฝั่ง แม่น้ำ (rights of riparian owners), สิทธิเกี่ยวกับแสง (right of light) สิทธิ สิทธิในการใช้ทาง (rights of way) เหล่านี้มีความจำเป็นในการพิสูจน์ความเสียหายที่แท้จริง (substantive injury)¹

เนื่องจากความเสียหายอันเกิดแต่การละเมิดนั้น บางกรณีก็อาจเห็นความเสียหายได้อย่างชัดเจน บางกรณีความเสียหายก็ไม่อาจปรากฏแน่ชัดได้ว่าเสียหายอย่างไรบ้าง เป็นจำนวนเท่าใด สำหรับตัวศาลเองในบางกรณีไม่อาจจะทราบจำนวนค่าเสียหายได้ เมื่อไม่ทราบจำนวนค่าเสียหายจึงเป็นการลำบากที่จะกำหนดความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิมก่อนถูกกระทำละเมิดอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เมื่อศาลไม่อาจทราบจำนวนความเสียหายได้ ศาลจึงกำหนดเป็นตามความเห็นสมควรซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล อันอาจก่อให้เกิดปัญหาว่า คำสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดให้นั้นบางทีไม่อาจชดเชยความเสียหายได้อย่างยุติธรรม

ดังนั้น เมื่อศาลเองไม่อาจทราบจำนวนความเสียหายได้ จึงต้องมีการพิสูจน์ความเสียหายให้ปรากฏแก่ศาล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งความเสียหายนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องพิสูจน์ หรือทำให้ปรากฏแก่ศาลในทางพิจารณา บุคคลผู้มีหน้าที่พิสูจน์ความเสียหายในคดีละเมิด อาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ตามกฎหมายโรมัน หนี้มูลละเมิดเป็นหนี้ที่เกิดจากการกระทำผิดกฎหมายของบุคคลใด ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ดังนั้นผู้ได้รับความเสียหายย่อมฟ้องคดีต่อผู้กระทำละเมิดให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้

ในกฎหมายโรมันมีหลักทั่วไปอยู่ว่า "the burden of proof falls, as a general rule, on the party making an assertion" (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat)

หลักนี้หมายความว่า ภาระการพิสูจน์โดยทั่วไปตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง ดังนั้นเมื่อโจทก์ฟ้องคดีเรียกค่าเสียหาย โจทก์จึงมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความเสียหายตามที่กล่าวอ้างนั้น²

1 A.L. Armitage, Cleck & Lindsell on Torts, p.167.

2 Henry John Roby, Roman Private Law, p.409.

ตามกฎหมายฝรั่งเศส มีหลักหน้าที่น่าสับสนเป็นใจความว่า "Celui qui allegue un fait contraire a la situation acquise de l'adversaire est tenu d'en etablir la verite celui qui invoque une situation acquise c'est a dire une situation 'normale' n'a rien a prouver"

ถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "ผู้ใดที่อ้างว่ามีพฤติการณ์อย่างหนึ่งซึ่งผิดกับสภาพซึ่งฝ่ายตรงข้ามสืบได้มาแล้ว ผู้นั้นมีหน้าที่น่าสับสน ส่วนผู้ที่อ้างสภาพธรรมดาแล้ว ไม่จำเป็นจะต้องสืบ"¹

เมื่อพิจารณาจากหลักนี้ จะเห็นได้ว่า เมื่อบุคคลใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงในทางตรงข้ามเพื่อเข้าถือเอาสิทธินั้น บุคคลนั้นต้องพิสูจน์ความจริงนั้น เช่น กรณีบุคคลใดฟ้องร้องคดีเพื่อได้มาซึ่งสิ่งใดที่เขาไม่มีหรือบุคคลใดอ้างสิทธิความเป็นเจ้าหนี้หรือสิทธิของเขาต่อทรัพย์สิน บุคคลนั้นต้องพิสูจน์ตรงกับสภาพกฎหมายที่ว่า "Onus probandi incumbit actori"

ในทางปฏิบัติ เมื่อการพิสูจน์ไม่ได้เกิดขึ้นโดยบุคคลผู้ซึ่งควรจะพิสูจน์ศาลก็จะพิพากษายกฟ้อง (the judge should decide against his claim) แต่ถ้าใจทักพิสูจน์ได้ความตามนั้นเขาก็จะชนะคดี ถ้าจำเลยโต้แย้งใจทักโดยกล่าวอ้างข้อยกเว้น (exception) หรือข้อต่อสู้อย่างอื่นทำนองเดียวกันดังนี้ จำเลยต้องพิสูจน์ ภาระการพิสูจน์ในคดีซึ่งตกแก่จำเลยนี้เรียกตามสภาพกฎหมายว่า "Reus in exceptione fit actor"

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า "ภาระการพิสูจน์ย่อมตกอยู่กับผู้กล่าวอ้าง" (the burden of proving incumbs on him who alleges)²

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1315 บัญญัติว่า

"He who claims execution of an obligation must prove it Reciprocally, he who claims to be released must prove payment or the fact which has produced the extinction of his obligation"³

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา ๑๓๑๔ วรรคแรกจะเห็นได้ว่า บุคคลใดใช้สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้บุคคลนั้นต้องพิสูจน์ ดังนั้นในการบรรเทาความเสียหายใจทักต้องพิสูจน์ถึงสิทธิเรียกร้องของเขา ในทางตรงกันข้ามบุคคลใดกล่าวอ้างว่าหนี้นั้นระงับแล้วบุคคลนั้นมีหน้าที่

1 จีค เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 24.

2 Marcel Fernand Planiol, Treatise on the Civil Law, pp. 31-32.

3 John H. Crabb, The French Civil Code, p. 243.

นำสืบด้วยเช่นเดียวกัน¹

ในคดีละเมิดก่อนที่โจทก์จะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าเขาได้รับความเสียหายและความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำ (act) หรือละเว้นกระทำ (omission) ซึ่งจำเลยต้องรับผิดชอบ²

กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมายฝรั่งเศส เมื่อโจทก์ฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายนั้น

ตามกฎหมายเยอรมัน มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่นำสืบไว้ว่า "คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งยกเป็นข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ของตน" (each party must prove those facts which gave rise to the rights or defences on which it relies)³

ในคดีละเมิดเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะพิสูจน์ว่าเขาได้รับความเสียหายและความเสียหายนั้นเป็นสิทธิตามกฎหมายอย่างหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823⁴

ในคดีที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 823 โจทก์ต้องพิสูจน์ 2 ประการด้วยกัน คือ ประการแรกพิสูจน์ถึงความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้น และประการที่สอง ขอบเขตความเสียหายที่เกิดขึ้นถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 287 จะให้อำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายได้ก็ตาม⁵ การที่กฎหมายกำหนดให้โจทก์ต้องพิสูจน์ความเสียหายก็โดยเหตุผลที่ว่าศาลจะให้ค่าเสียหายได้ก็ต่อเมื่อสิทธิเรียกร้องสำหรับค่าสินไหมทดแทนนั้นได้มีการพิสูจน์แล้ว⁶

1 Peter Herzog, Civil Procedure in France, pp.310-311.

2 F.H. Lawson, A.E. Anton and L. Neville Brown, Amos and Walton's Introduction to French Law, p.207.

3 E.J. Cohn, Manual of German Law, Vol II, p.219.

4 Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, German Private and Commercial Law, p.152.

5 E.J. Cohn, Manual of German Law. Vol I, p.109.

6 Ernest J. Schuster, The Principles of German Civil Law, p.335.

กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมายเยอรมันโจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ถึงความเสียหายนั้น
ตามกฎหมายสวิส มีหลักเกณฑ์ว่าด้วยพยานหลักฐาน (Rules of Evidence)
 เกี่ยวกับหน้าที่นำสืบกำหนดไว้ว่า "In the absence of a special provision to the
 contrary, the burden of proving an alleged fact rests on the party who
 bases his claim on that fact"¹

หลักนี้มีสาระสำคัญว่า "เว้นแต่จะมีกฎหมายพิเศษบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ภาระการ
 พิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องนั้นย่อมตกแก่คู่ความซึ่งอ้างข้อเท็จจริงในการใช้สิทธิเรียกร้อง"

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในเรื่องหน้าที่นำสืบโดยทั่ว ๆ ไปนั้น กฎหมายของสวิสยึด
 หลักที่ว่า "ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องพิสูจน์"

ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ (The Code of Obligations) ของสวิสมาตรา
 42 วรรคแรก บัญญัติว่า "ผู้ใดเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายผู้นั้นต้องสืบค่าเสียหาย"²

มาตรา 49 บัญญัติว่า "Any person who has been injured in his
 personal interests can claim damages if the defendant's act was
 culpable, and can further claim a sum of money by way of moral
 compensation if this is justified by the special gravity of the
 injury and of the culpability"³

มาตรา 49 มีสาระสำคัญคือบุคคลใดได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายย่อม
 เรียกร้องค่าเสียหายได้ถ้าหากว่าการกระทำของจำเลยกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ยิ่งกว่านั้น
 ยังอาจเรียกร้องค่าเสียหายทางศีลธรรมได้ ในกรณีได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 41 วรรคแรกและมาตรา 49 จะเห็นได้ว่า
 โจทก์ผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด และได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยนั้น
 จึงมีหน้าที่นำสืบถึงค่าเสียหาย

อย่างไรก็ตาม ถ้าความเสียหายนั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้ เพื่อความยุติธรรมศาลอาจ
 กำหนดค่าเสียหายได้ตามพฤติการณ์แห่งคดีดังที่ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้ของสวิส มาตรา 42
 วรรคสอง บัญญัติว่า "Where the exact amount of the damage can not be prove
 the judge shall fix the damages equitably according to the circumstances"

1 Ivy Williams, The Swiss Civil Code, (Milford : Oxford University Press., 1925), p.2.

2 นवलพรณ จ้าวสุวรรณ, "ค่าเสียหายทางศีลธรรม", หน้า 76.

3 Ivy Williams, The Sources of Law in the Swiss Civil Code, p.92.

ตามกฎหมายอิตาลี กฎหมายวิธีพิจารณาความของอิตาลีมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับหน้าที่นำสืบอยู่ว่า "บุคคลใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งคือข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดสิทธิ (creates) , ระวังซึ่งสิทธิ (extinguishes), เปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิ (modifies) หรือขัดขวางการก่อให้เกิดสิทธิ (impedes the creation of a right) บุคคลนั้นต้องมีภาระการพิสูจน์ (burden of proof)¹

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมาตรา 2697 บัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า "One who asserts a right in judicial proceedings must prove the facts on which the right is based.

One who asserts the invalidity of such facts, or claims that the right has been modified or extinguished, must prove the facts on which the defense is based."²

มาตรา 2697 ถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "บุคคลใดกล่าวอ้างสิทธิในกระบวนการพิจารณาทางศาลต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงซึ่งอาศัยเป็นข้ออ้างแห่งสิทธินั้น

บุคคลใดกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ของข้อเท็จจริงบางอย่างหรือสิทธิเรียกร้องนั้นถูกเปลี่ยนแปลงหรือระงับลง บุคคลนั้นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงซึ่งอ้าง เป็นข้อต่อสู้"

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 2697 จะเห็นได้ว่ามีหลักคล้าย ๆ กับกฎหมายไทย กล่าวคือยึดหลักที่ว่า "ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องพิสูจน์" แต่กฎหมายของอิตาลีได้บัญญัติถึงข้อเท็จจริงไว้ชัดว่าเป็นข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดสิทธิ (facts that create a right) , ข้อเท็จจริงซึ่งเปลี่ยนแปลงสิทธิ (facts that modify a right) , ข้อเท็จจริงซึ่งระงับสิทธิ (facts that extinguish a right) และข้อเท็จจริงซึ่งขัดขวางการก่อให้เกิดสิทธินั้น (facts that impede the creation of a right)

ในคดีละเมิดเมื่อโจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของจำเลย จึงเท่ากับว่าโจทก์กล่าวอ้างข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดสิทธิในอันที่จะได้รับค่าเสียหาย โจทก์จึงมีหน้าที่พิสูจน์ความเสียหาย

1 Maruo Cappeletti and Joseph M. Perillo, Civil Procedure in Italy, p.187.

2. Mario Beltramo, Giovanni E Longo and John Henry Merryman, Italian Civil Code, p.687.

อย่างไรก็ตามภาระการพิสูจน์นั้นบางครั้งถูกกำหนดโดยได้ทำสัญญาไว้ก่อน (prior contract) หรือข้อกำหนดในการฟ้องคดี¹ ซึ่งในเรื่องข้อตกลงเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์นั้น ประมวลกฎหมายแห่งอิตาลีบัญญัติไว้ในมาตรา 2698 มีข้อความเป็นภาษาอังกฤษว่า "Agreements whereby the burden of proof is reversed or modified are void when the issue concerns rights which cannot be disposed of by the parties or when the reversal or modification has the effect of making the exercise of the right by one of the parties excessively difficult"²

มาตรา 2698 ถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "ข้อตกลงเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ที่กลับหรือเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ย่อมเป็นโมฆะ ถ้าประเด็นเกี่ยวกับสิทธิไม่อาจโอนไปโดยคู่ความหรือเมื่อการกลับหรือเปลี่ยนแปลงนั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อการใช้สิทธิของคู่ความคนใดคนหนึ่งอย่างมาก"

บทบัญญัติมาตรา 2698 นี้มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายของประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ คู่ความอาจตกลงกำหนดภาระการพิสูจน์โดยทำสัญญาไว้ก่อน (prior contract) แต่ถ้าหากว่าข้อตกลงในการกลับหรือเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์นั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อการใช้สิทธิของคู่ความคนใดคนหนึ่งอย่างมากแล้ว ข้อตกลงนั้นย่อมเป็นโมฆะ

กล่าวโดยสรุป ภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ตามกฎหมายอิตาลียึดถือหลักที่ว่า "ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องพิสูจน์" ดังนั้นเมื่อโจทก์ฟ้องคดีเรียกค่าเสียหาย โจทก์จึงมีหน้าที่พิสูจน์ความเสียหาย

ตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์ บุคคลใดเรียกร้องค่าเสียหายในคดีละเมิดโดยทั่วไป จะต้องพิสูจน์ว่าเขาได้รับความเสียหาย และความเสียหายนั้นเกิดจากความผิดของจำเลย เขาอาจพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์นี้ถึงแม้ว่าจะมีข้อสันนิษฐานที่ว่า ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นโดยปราศจาก 3 ความผิด (his loss would not have occurred without such wrongful conduct)

1 Maruo Cappelletti and Joseph M. Perillo. Civil Procedure in Italy, p.187.

2 Mario Beltramo. Giovanni E. Longo and John Henry Merryman, Italian Civil Code, p.687.

3 The Netherlands Ministry of Justice, The Netherlands Civil Code Book 6. the Law of Obligations, p.394.

ในกรณีที่โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายในคดีละเมิด โจทก์จึงมีหน้าที่พิสูจน์ความเสียหาย ตามกฎหมายออสเตรเลีย ประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรเลีย มาตรา 1298 บัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า "A person who asserts that he has been prevented from the performance of a contractual or legal obligation without any fault on his part must bear the burden of proof thereof"¹

มาตรา 1298 ถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า "บุคคลใดกล่าวอ้างว่าเขาถูกขัดแย้งจากการชำระหนี้ตามสัญญาหรือหนี้ตามกฎหมายโดยมิใช่ความผิดของเขา บุคคลนั้นมีการภาระการพิสูจน์ในสิ่งนั้น"

บทบัญญัติมาตรา 1298 เป็นหลักทั่วไปเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ว่าบุคคลใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดภาระการพิสูจน์ย่อมตกอยู่กับบุคคลนั้น ดังนั้น ในการฟ้องคดีละเมิดเมื่อโจทก์กล่าวอ้างถึงค่าเสียหายซึ่งเป็นหนี้อันเกิดจากมูลละเมิด โจทก์จึงมีหน้าที่นำสืบถึงความเสียหายนั้น

ตามกฎหมายอังกฤษ มีหลักทั่วไปว่า "คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันเป็นมูลพิพาทขึ้นมาฝ่ายนั้นมิหน้าที่นำสืบ" (he who asserts a matter must prove it) หรือ (the burden of proof lies upon the party who substantially asserts the affirmative of the issue)²

มีคดีมากมายซึ่งภาระการพิสูจน์ในประเด็นข้อใดข้อหนึ่งหรือหลายข้อตกแก่โจทก์ ในขณะที่ภาระการพิสูจน์ในประเด็นข้ออื่น ๆ ตกอยู่กับจำเลย ในการฟ้องคดีสำหรับความประมาทเงินเลื่อ ภาระการพิสูจน์ถึงความประมาทเงินเลื่อ (negligence) และความเสียหาย (damage) ตกอยู่กับโจทก์³

ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับโจทก์ผู้ฟ้องคดีละเมิดไม่ใช่เป็นการตกลงกันเองระหว่างคู่ความ โจทก์ไม่เพียงแต่พิสูจน์ถึงความประมาทเงินเลื่อ แต่ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เขาได้รับด้วย⁴

1 Paul L. Baeck., The General Civil Code of Austria, p.254.

2 G.D. Nokes, An Introduction to Evidence, p.462; D.W.Elliott, Phipson's manual of the Law of Evidence, p.214; John Huxley Buzzard, Phipson on Evidence, p.36; J.D. Heydon, Cases and Materials on Evidence, p.14.

3 G.D. Nokes, An Introduction to Evidence, p.463.

4 P.A. Landon, Pollock's Law of Torts, p.340.

ในคดีละเมิดมีหลักเบื้องต้นอยู่ว่า โจทก์ต้องพิสูจน์ความเสียหาย (plaintiff must prove damage) เพราะเหตุว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันและแก้ไขความเสียหายและถ้าหากว่าไม่มีความเสียหายก็ไม่มีกรฟ้องร้องคดี (if there has been no harm there is no complaint) แต่ในคดีละเมิดบางอย่างโจทก์อาจได้รับค่าเสียหายประเภท Norminal Damages ซึ่งข้อเท็จจริงเป็นที่ยอมรับกันว่าลิดตามกฎหมายของเขาถูกกระทำ ละเมิด ถึงแม้ว่าเขาจะไม่ได้รับความเสียหายแม้แต่น้อย¹

การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อร่างกายและความเสียหายต่อทรัพย์สิน การระงับการพิสูจน์ตกแก่โจทก์ เป็นหลักที่มีมาตั้งแต่คดีทางหลวง (highway cases) ในปี ค.ศ.1875 และท่านผู้พิพากษา Diplock J. ได้กล่าวไว้ในคดี Weaver V. Ward(1616) ว่า "บุคคลใดกล่าวอ้างบุคคลนั้นต้องพิสูจน์ ซึ่งหลักนี้เป็นรากฐานของกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน"²

ตามกฎหมายอเมริกา ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความสูญเสียหรือเสียหายนั้น โจทก์มีภาระการพิสูจน์ (burden of prove) ไม่ว่าข้อเท็จจริง (fact) , สาเหตุ (cause) และขอบเขตของความเสียหาย (the extent of such loss) อย่างไรก็ตามในการพิสูจน์นั้นอาจเกิดขึ้นโดยการอนุมานมากกว่าโดยตรง (may be inferential rather than direct) ตัวอย่างเช่น การฟ้องคดีเกี่ยวกับหมิ่นประมาท (defamation) ความเสียหายจะถูกสันนิษฐานจากการพิสูจน์ถึงการกระทำผิด (damage is presumed from proof of wrongdoing)

ในการใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อความเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เช่น ความเจ็บปวดและทนทุกข์ทรมาน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดจะมีผลต่อการพิสูจน์ จากนั้นเป็นหน้าที่ของลูกขุนในการกำหนดค่าเสียหาย ในกรณีที่ความเสียหายนั้นอาจคำนวณเป็นเงินได้ โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเสียหายจริงตามที่กล่าวอ้าง พยานความเห็น (Opinion evidence) หรือการประมาณความเสียหายนั้นจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะยอมรับฟังพยานความเห็นได้ในกรณีที่ความเห็นนั้นเกี่ยวข้องกับราคาทรัพย์สินหรือการบริการ³

1 Glanville Williams and B.A. Hepple, Foundations of the Law of Tort, p.52.

2 Ibid, p.49.

3 Charles T. McCormick, Handbook on the Law of Damages, p.53.

ในคดีแห่งธรรมดามีหลักทั่วไปอยู่ว่า เมื่อคู่ความฝ่ายใดซึ่งกล่าวอ้างเป็นประเด็น ต้องพิสูจน์ให้ได้ความจริงตามที่กล่าวอ้าง - ดังนั้นภาระการพิสูจน์ย่อมตกอยู่กับเขา¹

ในการชดเชยค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริง (substantial damages) ในการฉ้อฉลหรือเรียกฟ้องเพื่อความสูญเสียหรือเสียหายนั้น โจทก์ต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงความสูญเสียหรือเสียหายซึ่งเป็นผลจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของจำเลย²

กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมายของอเมริกาเป็นหลักทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่ว่า "ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องพิสูจน์" ดังนั้น เมื่อโจทก์ฟ้องคดีเรียกค่าเสียหาย หน้าที่นำสืบถึงค่าเสียหายจึงตกอยู่กับโจทก์

ตามกฎหมายแคนาดา โจทก์ต้องพิสูจน์คดีของเขา ภาระการพิสูจน์ตกแก่โจทก์ในการพิสูจน์ถึงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) , การกระทำและผล (Causation) ความเสียหาย (damage) บุคคลผู้มีภาระการพิสูจน์จะต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักหรือมีความเป็นไปได้ และโดยปราศจากเหตุแห่งข้อสงสัยทั้งปวง³

ตามกฎหมายไทย สำหรับหลักกฎหมายไทยนั้นมิได้มีบทบัญญัติบอกไว้ชัดเจน เช่นหลักของกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายสวิส แต่ทว่าก็ถือหลักอันเดียวกันนี้เอง โดยบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84 กล่าวคือ เมื่อคู่ความกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดที่คนฟ้องหรือต่อสู้คดีก็ต้องนำสืบข้อเท็จจริงนั้น เพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าจะรับฟังได้เพียงใด

การฟ้องร้องคดีละเมิดเรียกค่าสินไหมทดแทนนั้น เมื่อโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำละเมิดเป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย เช่น กรณีละเมิดเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ โจทก์จึงขอเรียกค่าเสียหาย ดังนี้ โจทก์จึงมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจริงดังฟ้อง

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ถือว่าโจทก์มีหน้าที่นำสืบถึงความเสียหาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 698/2480 ฟ้องว่ากระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ทรัพย์สินเสียหาย เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องนำสืบให้สม เมื่อโจทก์ไม่สืบต้องยกฟ้อง

1 William T. Fryer, Selected Writings on the Law of Evidence and Trial, p.997.

2 Charles T. McCormick, Handbook on the Law of Damages, p.53.

3 G.H.L. Fridman, Introduction to the Law of Torts, p.260.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 47/2489 ในกรณีที่โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย ฝ่ายจำเลยไม่รับรองค่าเสียหายนั้น แม้จำเลยมิได้นำสืบหักล้างอย่างไร โจทก์คงมีหน้าที่ต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าได้เสียหายไปเท่าใดแน่

• คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 237/2491 โจทก์ฟ้องว่า เรือภาณุรังษีซึ่งแล่นด้วยเครื่องจักรกลได้แล่นชนเรือใบของโจทก์ล้มโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย ขอให้ใช้ค่าเสียหายจำเลยให้การปฏิเสธความรับผิดและว่าเรือโจทก์แล่นผ่านหน้าเรือจำเลยในระยะใกล้ด้วยความประมาทเลินเล่อ จำเลยไม่ต้องรับผิด ดังนี้ กรณีต้องด้วยมาตรา 437 จำเลยเป็นฝ่ายมีหน้าที่นำสืบก่อนในข้อที่จะไม่ต้องรับผิด ส่วนในเรื่องค่าเสียหาย เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องนำสืบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 314/2504 ในการฟ้องเรียกค่าเสียหายนั้น แม้จำเลยจะไม่ได้ต่อสู้โต้แย้งจำนวนค่าเสียหายก็เป็นหน้าที่ของโจทก์ผู้กล่าวอ้างจะต้องนำสืบโดยตลอด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 242/2515 การที่จำเลยดำเนินคดีโจทก์อันมีความหมายทำนองว่าโจทก์และบุพการีเป็นคนล่าถอย มีบุตรกับชายอื่นซึ่งมิใช่สามีของคนนั้น เป็นความเสียหายเกี่ยวกับชื่อเสียงและตัวบุคคล ไม่เกี่ยวกับการค้าขายของโจทก์ โจทก์จะเรียกค่าเสียหายโดยอ้างว่ารายได้จากการค้าขายตกต่ำลงหาได้ไม่

ในเรื่องค่าเสียหาย โจทก์เป็นฝ่ายที่จะต้องนำสืบพิสูจน์ให้เห็นว่าตนได้เสียหายจริงตามจำนวนที่ฟ้อง เรียกร้องจากจำเลย

คำพิพากษามางเรื่องศาลวินิจฉัยว่า ถ้าโจทก์ไม่นำสืบให้เห็นว่าเสียหายเท่าใด ศาลพิพากษายกฟ้องได้เลย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 626/2484 ในคดีที่ท้าวท่าละเมิดและเรียกค่าเสียหายนั้นถ้าโจทก์ไม่นำสืบให้เห็นว่าเสียหายเป็นเงินทองเท่าไรแล้ว ศาลพิพากษายกฟ้องได้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่ากรณีเป็นการท้าวละเมิดหรือไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ได้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาว่า "...เมื่อได้ท้าวละเมิดแล้ว ตามกฎหมายผู้ทำก็ย่อมต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ผู้ถูกละเมิดจะต้องฟ้องเรียกและนำสืบถึงค่าเสียหาย ถ้าหากจำนวนค่าเสียหายที่ฟ้องเรียกนั้นตนพิสูจน์ให้เห็นจริงไม่ได้ ก็ไม่มีอะไรที่จะต้องใช้ ดังเช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้โจทก์แสดงไม่ได้ว่าเสียหายอย่างไร ศาลจึงไม่ต้องวินิจฉัยว่าเป็นละเมิดหรือไม่ โปรครระวังว่า ตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ไม่ใช่ตัดสินว่ากรณีเช่นนี้ไม่อาจมี

ความเสียหาย แต่ตัดสินใจในทางว่าโจทก์ไม่แสดงให้เห็นว่าเสียหายดังที่อ้างนั้นอย่างไร
เหตุแห่งความเสียหายที่อ้างอิง เป็นสิ่งสำคัญยิ่ง แม้โจทก์จะเสียหายเท่าจำนวนที่ฟ้อง แต่อ้าง
เหตุแห่งความเสียหายผิด ศาลก็ย่อมตัดสินให้จำเลยใช้ค่าเสียหายไม่ได้โดยถือว่าเป็นการ
นอกฟ้อง และไม่เป็นการยุติธรรมที่จะบังคับให้จำเลยใช้ค่าเสียหายในเหตุอย่างอื่นที่โจทก์มิได้
อ้างอิงหรือมิได้ประสงค์ฟ้อง เรียกในฟ้องนั้น ๆ เพราะจำเลยไม่มีโอกาสกล่าวแก้และไม่ได้
คำนึงถึง และคิดคำนวณถึงค่าเสียหายจำนวนนั้น ฉะนั้น แม้ศาลฎีกาจะเห็นเหตุการณ์ที่โจทก์
เสียหายก็หาใช้วิธีสันนิษฐานที่ศาลฎีกาจะไปหยิบยก เหตุที่โจทก์ไม่ได้อ้างอิงนั้นขึ้นมากล่าวว่าไม่
...

อย่างไรก็ตามได้มีคำพิพากษาในระยะหลัง ๆ ที่วินิจฉัยว่าคำสันนิษฐานทดแทนนั้น
แม้โจทก์นำสืบไม่ได้ว่าเสียหายเท่าไรแน่ ศาลอาจกำหนดให้ได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์และ
ความร้ายแรงแห่งละเมิด ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 909/2497, 1204/2511
ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

3. วิธีพิสูจน์ค่าเสียหาย

การแสดงพยานหลักฐานต่อศาลนั้น เป็นการนำพยานหลักฐานมาสืบในประเด็นที่
ได้เถียงกัน แต่คู่ความมีสองฝ่าย ย่อมนำสืบพร้อมกันไม่ได้ต้องมีฝ่ายใดนำสืบก่อนหลังตาม
กฎหมายวิธีพิจารณาความ จึงให้ศาลระบุว่าจะให้ฝ่ายใดนำสืบก่อน ในกรณีที่คู่ความฝ่ายใด
กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด อีกฝ่ายหนึ่งไม่รับ ฝ่ายกล่าวอ้างต้องนำสืบ การฟ้องร้องคดีละเมิด
เรียกค่าเสียหายก็เช่นกัน เมื่อโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำละเมิด เป็นเหตุให้โจทก์
เสียหาย เช่น กรณีละเมิด เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหาย
จากจำเลยเป็นเงินจำนวนหนึ่ง โจทก์จึงต้องมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับความ
เสียหายจริงดังฟ้อง และค่าเสียหายนั้นโจทก์ก็ควรจะได้รับเต็มตามฟ้อง ปัญหาที่สำคัญก็คือ
โจทก์จะพิสูจน์ได้อย่างไรและด้วยวิธีใดว่าค่าเสียหายควรจะเป็นจำนวนดังที่โจทก์เรียกร้อง

ดังได้กล่าวแล้วว่าความเสียหายเป็นจุดสำคัญในเรื่องละเมิด ถ้าการละเมิด
ไม่ทำให้เกิดความเสียหายตามความเป็นจริงหรือตามกฎหมายแล้ว ความรับผิดชอบฐานละเมิด
ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ที่เรียกว่าเสียหายตามกฎหมายนั้นคือ การละเมิดบางอย่างกฎหมายถือว่า

ทำให้เกิดความเสียหายอยู่ในตัว (per se) โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้รับความเสียหายโดยความเป็นจริง มีตัวอย่างเช่น การบุกรุกที่ดิน (Tresspass) ในเรื่องเช่นนี้กิริยาที่ทาละเมิดนั้นเองถือว่าเป็นการเสียหาย แม้ความจริงจะไม่ได้ได้รับความเสียหายอย่างใดเลยก็ยังเป็นละเมิด แต่การละเมิดอย่างอื่นโดยมากไม่เป็นละเมิดในตัว โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าการละเมิดนั้นได้ทำความเสียหายที่อาจจะคำนวณนับได้ เป็นราคาเงินได้ ความรับผิดชอบละเมิดจึงจะเกิดขึ้น¹

ความเสียหายที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้มันจะต้อง เป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรู้ หลักนี้มีที่มาจากกฎหมายโรมัน กล่าวคือการทำละเมิดจะต้องรับผิดทางละเมิดในกฎหมายโรมัน นอกจากการกระทำละเมิดจะเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ยังจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 4 ประการ คือ มีการกระทำ (Act) , การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจ (Injuria) , มีความเสียหาย (Damnum) และประการสุดท้ายโจทก์มีกรรมสิทธิ์ กล่าวคือทรัพย์สินที่ถูกทำให้เสียหายจำต้อง เป็นทรัพย์สินสมบัติของโจทก์ ในส่วนที่เกี่ยวกับความเสียหาย (Damnum) นั้น ต้อง เป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรองให้มีการเยียวยา²

ในกรณีที่ความเสียหายนั้น เป็นความเสียหายที่กฎหมายไม่รับรู้ความรับผิดชอบละเมิดก็ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ในเรื่องความเสียหายที่กฎหมายไม่รับรู้นั้น มีข้อนำพิจารณาดังนี้ คือ

(1) การกระทำหรือละเว้นที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้นกฎหมายไม่ถือว่าเป็นละเมิด แม้จะมีการเสียหายเกิดขึ้นมีผลร้ายแรงสักปานใด ผู้ที่ทำการหรือละเว้นการให้เกิดความเสียหายนั้นหา มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบไม่ เพราะการกระทำหรือละเว้นนั้นไม่เป็นละเมิด ความเสียหายเช่นนี้ เรียกว่า Damnum Sine Injuria มีคดีระหว่าง Mayor of Bradford V. Pickles คดีนี้ข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยมีที่ดินใกล้เคียงกับการประปาของโจทก์ จำเลยพยายามจะขายที่ดินของตนให้แก่โจทก์ที่จะใช้ในการประปา แต่ในที่สุดไม่เป็นที่ตกลงกัน จำเลยจึงแก้มลึงสูบน้ำจากทางน้ำใต้ดินของตนเสีย ทำให้น้ำไหลผ่านไปสู่การประปาของโจทก์ไม่ได้ โจทก์นำสืบได้ว่า

1 เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, หน้า 141.

2 สุรศักดิ์ มณีศร, "ปริบทของความรับผิดทางละเมิดในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์", หน้า 25.

จำเลยมีเจตนามุ่งร้ายจะแกล้งโจทก์และการกระทำของจำเลยทำให้โจทก์เสียหาย เป็นเงินทองมากมาย ศาลตัดสินว่าสิทธิที่จะสูบน้ำขึ้นจากที่ดินซึ่งเป็นของบุคคลนั้น เป็นสิทธิซึ่งกฎหมายรับรู้ ดังได้มีคำพิพากษาศาลตัดสินไว้ก่อนแล้ว ในคดีระหว่าง Chase more V. Richards เมื่อจำเลยมีสิทธิอยู่แล้ว แม้ในการใช้สิทธินั้นจำเลยจะได้มีเจตนาอันมิชอบและแม้โจทก์จะได้รับความเสียหายจำเลยก็ไม่ต้องรับผิด เพราะการกระทำของจำเลยไม่เป็นละเมิด

(2) การกระทำหรือละเว้นของจำเลย เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลคนหนึ่ง แต่ความเสียหายกลับไปตกอยู่กับบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งไม่ได้ถูกละเมิดสิทธิ ความเสียหาย เช่นนี้กฎหมายไม่รับรู้ เพราะผู้ถูกละเมิดจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ เท่านั้น

คดีระหว่าง Earl V. Lubbock คดีนี้โจทก์เป็นคนรับจ้างขับรถ จำเลยทำสัญญากับนายจ้างของโจทก์ รับทำการจะซ่อมแซมรถ แต่ได้ทำการซ่อมแซมโดยบกพร่อง เลินเล่อ จนเมื่อโจทก์เอามาขับล้อหลุดโจทก์ตกลงมาได้รับบาดเจ็บเสียหาย ตัดสินว่าจำเลยทำสัญญากับนายโจทก์ จึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาจะระวังความปลอดภัยของนายโจทก์เท่านั้น ตัวโจทก์เอง เป็นคนนอกสัญญา จำเลยจึงไม่มีหน้าที่ที่จะต้องระวังความปลอดภัยของโจทก์ ฉะนั้นแม้โจทก์จะได้รับความเสียหายจะว่าจำเลยทำละเมิดสิทธิของโจทก์ไม่ได้

(3) การกระทำหรือละเว้นของจำเลยล่วงละเมิดสิทธิของโจทก์และทำให้โจทก์เสียหาย แต่ความเสียหายที่โจทก์ได้รับนั้นมีโชชนิตที่กฎหมายประสงค์จะป้องกัน

ตัวอย่างคดีระหว่าง Gorris V. Scott คดีนี้มีพระราชบัญญัติตั้งข้อบังคับไว้ว่าเจ้าของเรือที่รับจ้างขนส่งสัตว์จะต้องทำคอกกั้นสัตว์ไว้ โจทก์จ้างจำเลยเจ้าของเรือให้ขนส่งแกะของโจทก์ แต่เรือจำเลยไม่มีคอกกั้นสัตว์ เรือถูกพายุคลื่นพัดแกะตกทะเลตาย ตัดสินว่าจำเลยไม่ต้องรับผิด เพราะความประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ให้มีคอกนั้น เพื่อป้องกันโรคติดต่อระหว่างสัตว์ มิใช่เพื่อป้องกันมิให้สัตว์ตกทะเลตาย ความเสียหายที่โจทก์ได้รับจึงมิใช่ความเสียหายที่กฎหมายประสงค์จะป้องกัน

ในกรณีที่ดิน เหตุคือการกระทำหรือละเว้นของจำเลยกับปลายเหตุที่เกิดความเสียหายแก่ใจทักนั้น ยังไม่ติดต่อเกี่ยวเนื่องกัน พอจะเรียกได้ว่าจำเลยเป็นผู้ทำความเสียหายนั้น เช่นนี้ จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะเรียกว่าเป็นความเสียหายไกลกว่าเหตุ (Damage too remote)¹

ดังได้กล่าวแล้วว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแบ่งตามลักษณะของความเสียหายได้เป็น

- (1) ความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สินซึ่ง เป็นความเสียหายในทางวัตถุ
- (2) ความเสียหายต่อสิทธินอกกองทรัพย์สินซึ่ง เป็นความเสียหายในทางจิตใจ

ความเสียหายในทางวัตถุเป็นความเสียหายซึ่งอาจตีราคาเป็นเงินได้ (pecuniary loss) โดยทั่วไปเป็นความเสียหายทางด้านทรัพย์สิน กล่าวคือเป็นความเสียหายที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในทางทรัพย์สินของปัจเจกชน หรือกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ในทางการเงินของบุคคลเช่นในคดีละเมิดต่อร่างกาย จำนวนค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล จำนวนค่าขาดรายได้ระหว่างรักษาตัว เหล่านี้เป็นความเสียหายซึ่งใจทักสามารถพิสูจน์ให้เห็นจริงได้ ดังนั้นการที่ใจทักขอค่าเสียหายแบบ Special Damages ใจทักจึงต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้ปรากฏต่อศาล²

สำหรับค่าเสียหายเพื่อความเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 บัญญัติว่า "ในกรณีทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป และค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบภารงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนทั้งใน เวลาปัจจุบันนั้นและใน เวลาอนาคตด้วย"

บทบัญญัติมาตรา 444 ใจทักผู้เสียหาย เรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัย เช่น ค่ารักษาพยาบาล และค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไปได้ กล่าวคือเมื่อร่างกายต้องเสียหายโดยการทำเลเมิด เช่น ถูกรถยนต์ชน หรือรถยนต์ชนกันทำให้

¹ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, หน้า 143-146.

² Harry Street, Principles of the Law of Damages, p.18; Harry Street, The Law of Torts, p.447.

กระดูกหัก อวัยวะส่วนใดได้รับอันตราย หรือทำความเดือดร้อนรำคาญให้เสียหายแก่นามัย เป็นผลให้ร่างกายป่วยเจ็บ ย่อมต้องมีการรักษาทั้งสิ้น การรักษาตามปกติแล้วมักรักษาใน โรงพยาบาล สุขศาลา คลินิกของแพทย์ ต้องเสียค่ายา ค่าเลือด ค่าน้ำเกลือ ค่าเอกซเรย์ ค่าห้อง ค่ารักษาของแพทย์ ค่าบ่วงการ และค่าจ้างเฝ้าอาการของคนไข้ ค่าพาหนะในการ เยี่ยมไข้ของเจ้าของคนไข้ ค่าพาหนะในการซื้อยา หาก สิ่งจำเป็นที่ต้องใช้ในการรักษาพยาบาล รวมทั้งค่าโรงแรมของบุคคลที่ปรนนิบัติคนไข้ถ้าอยู่ร่วมกับคนไข้ในโรงพยาบาลไม่ได้ และจำเป็น ต้องพักแรม เช่นนี้ ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการรักษาพยาบาล¹ กรณีเหล่านี้โจทก์ต้อง พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลไปเป็นเงินจำนวนเท่าใด โดยนำหลักฐาน การจ่ายเงินค่ารักษาพยาบาลมาแสดงต่อศาล อย่างไรก็ตามถ้าโจทก์พิสูจน์ได้ว่าได้ใช้จ่ายไป จริง เป็นแต่จำนวนเงินที่จ่ายไปนั้นไม่มีหลักฐานแสดงได้ว่าได้ใช้จ่ายไปเป็นจำนวนเท่าใดแน่นอน ศาลอาจกำหนดเป็นการประมาณคือกำหนดจำนวนเงินให้จ่ายเลยชดใช้ตามความเหมาะสม ดังจะ เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 450/2516 ซึ่งวินิจฉัยว่า "เมื่อโจทก์ออกจากโรงพยาบาลแล้ว ต้องซื้อยามารักษาอีกตามคำสั่งแพทย์ แม้ไม่มีใบเสร็จมาแสดงก็น่าเชื่อว่าโจทก์ต้องซื้อยามา รักษาจริง ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์กำหนดค่ายาให้ 1,000 บาทพอเหมาะสมแล้ว"

ค่าเสียหายตามความเสียหายจริง (substantial damages) เป็นคำสินไหม ทดแทนสำหรับความเสียหายทางวัตถุ (material loss)² ในการชดใช้ค่าเสียหายแบบ substantial damages สำหรับสิทธิเรียกร้องเพื่อความสูญเสียหรือความเสียหายนั้น โจทก์ ต้องพิสูจน์ความสูญเสีย (loss) หรือความเสียหาย (damage) และพิสูจน์ว่าความเสียหาย เกิดจากการกระทำของจำเลย ข้อเท็จจริงอื่นซึ่งโจทก์ต้องพิสูจน์นั้นมีหลักเกณฑ์และข้อแตกต่าง ซึ่งอาจช่วยโจทก์ได้ กล่าวคือ การพิสูจน์ความเสียหาย (the proof of the damage) อาจเกิดขึ้นและถือเป็นส่วนหนึ่งในการพิสูจน์ถึงการกระทำผิด เช่น ในกรณีรอยถูกแทง, รอยบาดแผลจากกระสุนปืนซึ่งปรากฏบนเท้าของผู้เสียหาย ในบางกรณีที่พยานหลักฐานของความ

1 พจนี บุษปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 570-571.

2 Philip S. James, General Principles of the Law of Tort, p.419.

เสียหาย เป็นพิเศษยากแก่การนำมาแสดง ดังนั้นจึงต้องมีการสันนิษฐานความเสียหายเบื้องต้น โดยคณะลูกขุนก็จะอนุมานขอบเขตของความเสียหายจากข้อเท็จจริงในการกระทำผิด เช่น กรณีความผิดฐานหมิ่นประมาท (defamation) ความเสียหายคือชื่อเสียงจะถูกสันนิษฐาน (injury to reputation are presumed) หรือกรณีฟ้องค่าฟ้องธนาคารที่เขาสลากเงินสำหรับการทำให้เสื่อมเสียเกียรติยศในเรื่องเช็ค ความเสียหายคือเครดิตจึงอาจถูกอนุมาน (injury to credit may be inferred)¹

ในการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดจากละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ นั้น โดยทั่วไป ถ้าหากว่าข้อเท็จจริงของความเสียหาย (the fact of damage) มีเหตุผลพอในการอนุมานจากข้อเท็จจริงอื่นที่ได้พิสูจน์แล้วก็ถือได้ว่าเป็นการพิสูจน์ที่พอเพียง ไม่มีหลักใด ๆ ที่กำหนดว่าความเสียหายเบื้องต้นจะต้องถูกพิสูจน์โดยตรงมากกว่าการอาศัยพฤติการณ์แวดล้อม ดังนั้นในกรณีที่บาดเจ็บสาหัสหรือความเสียหายต่อร่างกาย ข้อเท็จจริงที่ผู้เสียหายได้รับความเจ็บปวด (pain) จึงอาจถูกอนุมานความทุกข์ทรมาน (mental suffering) หรือการถูกเหยียดหยาม (humiliation) ก็อาจถูกอนุมานเช่นเดียวกันโดยเหตุผลที่ว่า เป็นผลธรรมดาที่สืบเนื่องมาจากความผิดนั้น

ในกรณีที่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงของความเสียหาย (the fact of loss) ปกติแล้วโจทก์ต้องพิสูจน์ตรงเท่าที่มัน เป็นสิ่งที่อาจพิสูจน์ได้ (susceptible of proof) เช่น ความเสียหายต่อสิ่งของหรือที่ดินและความเสียหายต่อสิทธิในทางวัตถุทั่วไป แต่การพิสูจน์นั้นไม่อาจนำไปใช้ในกรณีที่เป็นการเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เช่น ความเจ็บปวด (pain), ความทุกข์ทรมาน (mental suffering), การถูกเหยียดหยาม (humiliation)²

ไม่ใช่เรื่องง่ายเสมอไปสำหรับโจทก์ที่จะประสบความสำเร็จในการพิสูจน์ความเสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการที่จะหาข้อมูลที่น่าจำเป็นเพื่อทำให้กำหนดค่าเสียหายเป็นตัวเงิน วิธีการที่ดีที่สุดจะต้องอาศัยพยานหลักฐานของโจทก์ (evidence of the plaintiff) หรือความเห็น (opinion) หรือ การกะประมาณจำนวนของความ

1 Charles T. Mc Cormick, Handbook on the Law of Damages, pp.53-54.

2 Ibid, p.55.

เสียหาย (estimate of the amount of the damage)

อย่างไรก็ตาม ในกรณีลิตีเรียกร็องเกี่ยวกับทรัพย์สินสูญหายหรือถูกทำลาย พยานความเห็น (opinion evidence) เกี่ยวกับมูลค่าของที่ดิน, สิ่งของ อาจถูกนำมาเข้ามาเป็นพยานในการพิสูจน์เพื่อให้ทราบถึงมูลค่าของสิ่งเหล่านั้น ในทำนองเดียวกันลิตีเรียกร็องสำหรับความเสียหายต่อทรัพย์สิน บุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งรู้อาจให้การถึงมูลค่า (value) ของทรัพย์สินเหล่านั้นก่อนเกิดความเสียหายและมูลค่า (value) ภายหลังได้รับความเสียหาย

บางศาลในอเมริกาที่ไม่เคร่งครัดนักก็จะให้พยานให้ความเห็นโดยตรงถึงจำนวนค่าเสียหายของทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงที่เห็นได้ชัดแจ้งจะต้องนำมาแสดงต่อศาลด้วย ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้ทำให้การประมาณได้ดีสำหรับตัวมันเองอยู่แล้ว เพราะเหตุว่าตามหลักแล้วเพียงแต่ความเห็นไม่อาจที่จะนำมาเป็นเครื่องมือช่วยลูกขุนได้เลย ดังนั้นถ้อยคำของพยานเกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหายที่ได้รับจากการถูกทำร้ายร่างกาย หรือจำนวนค่าเสียหายที่ไม่ได้มีการกำหนดล่วงหน้าในกรณีผิดสัญญา ซึ่งมีบ่อยครั้งที่ไม่อาจรับฟัง เป็นพยานหลักฐานได้¹

สิ่งที่ช่วยในการพิสูจน์ถึงความเสียหายอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้คือ

1. การใช้บันทึกเพื่อช่วยพยานในการพิสูจน์ (Use of Memoranda to Aid Witness)

โดยทั่วไปผลของหลักความเห็น (opinion rule) ก็คือพยานหลักฐานของความเสียหาย (the evidence of loss) จะต้องมีลักษณะเห็นได้ชัดและเฉพาะเจาะจง อีกทั้งตามสถานการณ์ทำให้เห็นได้เช่นนั้น เพื่อให้เข้ากับหลักเกณฑ์อันนี้ โจทก์ต้องวางแผนในเรื่องพยานหลักฐานล่วงหน้าด้วยความระมัดระวัง เพื่อยื่นต่อศาลในประเด็นเรื่องข้อเท็จจริงและขนาดของความเสียหายซึ่งนับได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญ

ถ้าความเสียหายมีหลายอย่างหลายรายการ ในการที่จะให้การถึงความเสียหายทั้งหมด (testify to the total loss) เป็นจำนวนเดียวไม่อาจที่จะรับฟังได้ในฐานะที่เป็นความเห็นหรือการสรุปและพยานไม่อาจจดจำรายละเอียดได้ กรณีเช่นนี้จึงเป็นการที่พยาน

1 Ibid, p.56.

จะนำบันทึก (memorandum) เข้ามาด้วยในการสืบพยาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นบันทึกที่พยานทำขึ้นเอง หรือเป็นบันทึกที่พยานได้รับรองความถูกต้องแล้วและจะต้องเป็นการให้ข้อมูลที่เฉพาะเจาะจง บันทึกเช่นนี้พยานอาจตรวจสอบได้ในขณะที่อยู่บนคอกพยาน เพื่อฟื้นความทรงจำ หลังจากนั้นพยานก็สามารถที่จะให้การได้ด้วยความถูกต้อง บันทึกดังกล่าวจึงเป็นประโยชน์ในการพิสูจน์ความเสียหาย¹

(2) การใช้บันทึกของรายได้ที่ผ่านมา (the record of past profits)

ในการพิสูจน์ความเสียหาย

ในการพิสูจน์ถึงสิทธิเรียกร้องสำหรับค่าเสียหายเพื่อความสูญเสีย รายได้ (loss of profits) ในคดีละเมิดนั้น บันทึกของรายได้ที่ผ่านมา (the record of past profits) โดยปกติเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุดเท่าที่จะหาได้ (the best available evidence) รายได้ที่ผ่านมา (past profits) ปกติเห็นได้จากสมุดบัญชีต่าง ๆ ในกิจการของคน และการกะประมาณ (estimates) ของพยานจะนำมาใช้ไม่ได้ ถ้าหากสมุดบัญชีเหล่านั้นยังคงมีอยู่ ความเห็นของพยานในเรื่องจำนวนรายได้ที่ได้รับมานั้นจะไม่ใช่ที่ยอมรับไว้แต่เป็นความเห็นของผู้เชี่ยวชาญซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นโดยตรง²

(3) การนำพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witnesses) มาพิสูจน์

พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witnesses) เป็นสิ่งจำเป็นหรือควรมีในการฟ้องร้องคดีละเมิดเพราะเหตุที่ว่ากรณีพยานผู้เชี่ยวชาญมีประโยชน์ใหญ่ ๆ 2 ประการคือ

(1) เพื่อช่วยเหลือคณะลูกขุน สำหรับข้อเท็จจริงซึ่งอยู่นอกเหนือความรู้ธรรมดาของลูกขุนแต่ละคน เช่น ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ (scientific data) เป็นต้น

(2) ในคดีละเมิดเนื่องจากการประกอบวิชาชีพ (professional negligence case) เพื่อที่จะพิสูจน์ถึงมาตรฐานของความระมัดระวัง (standard of care)

1 Ibid, p.56.

2 William L. Prosser and John W. Wade, Cases and Materials on Torts, p.1074; Charles T. Mc Cormick, Handbook on the Law of Damages, p.107.

ในอเมริกามีหลักทั่วไปว่าด้วยพยานหลักฐานอยู่ว่า พยานบุคคลต้องให้การเพียงข้อเท็จจริง (facts) ไม่ใช่ความเห็น (opinions) หรือข้อสรุป (conclusion) ดังนั้นในการพิจารณาคดีของลูกขุนจะวินิจฉัยพยานหลักฐานในข้อเท็จจริง หลักซึ่งคัดค้านการรับฟังพยานความเห็นเรียกว่า "ultimate issues"

ในกรณีที่จำเลยประมาทเลินเล่อข้อห้ามดังกล่าวไม่ได้คาดเสมอไป อย่างน้อยที่สุดอาจมีประเด็นโต้เถียงกันว่า โจทก์ได้รับความเสียหายเนื่องจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือไม่ ดังนั้นพยานความเห็นจึงมีความจำเป็นในการชี้แจงน้ำหนักเกี่ยวกับผลของความเสียหาย อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witnesses) อาจถูกเรียกมาให้การอันเป็นการช่วยเหลือลูกขุน ตัวอย่างเช่น การที่แพทย์ประมาทเลินเล่อ ในคดีซึ่งเรียกว่า "malpractice case"¹

ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสืบถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยได้แก่คดีระหว่าง Fish V. Kapur (1948) โจทก์ได้ยื่นฟ้องจำเลยซึ่งเป็นทันตแพทย์ที่ถอนฟันให้โจทก์ โดยกล่าวว่าจำเลยตั้งใจถอนกรามซี่สุดท้ายข้างขวาของโจทก์ขณะที่โจทก์ได้รับยาสลบหมดความรู้สึกโดยในการถอนนั้นจำเลยได้ปล่อยให้โคนของกราม เหลือติดอยู่ในขากรรไกร และว่าในการฉายเอ็กซเรย์ในเวลาต่อมาได้ประจักษ์ว่ากระดูกขากรรไกรได้หัก โจทก์อ้างพยานผู้เชี่ยวชาญ 2 คนมาสืบ โดยพยานคนหนึ่งให้การว่า อาจเป็นไปได้ที่กระดูกขากรรไกรหักได้ทั้ง ๆ ที่ไม่มีความประมาทเลินเล่อ พยานอีกคนหนึ่งก็มีความเห็นอย่างเดียวกันและให้การว่าในการถอนฟัน การแตกหักของกระดูกย่อมเกิดขึ้นได้ และอาจเกิดขึ้นได้โดยมิใช่ความผิดของทันตแพทย์แต่อย่างใด บางครั้งโคนรากของฟันก็ยังคงติดอยู่ในปากและนั่นก็ไม่ใช่ความผิดของทันตแพทย์เช่นกัน

ท่านผู้พิพากษา Lynskey กล่าวว่า "เท่าที่ปรากฏจากพยานหลักฐานข้าพเจ้าไม่อาจถือได้ว่าเพราะเหตุที่กระดูกได้แตกหักขึ้นในขณะที่ถอนฟันนั้น ในตัวเองจะเป็นพยานถึงความประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด"²

1 Edward J. Kionka, Tort in a Nutshell Injuries to Persons and Property, pp.78-79.

2 อุทิศ วีรวัฒน์, "ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชีพ ; ความรับผิดชอบของแพทย์โรงพยาบาล และทันตแพทย์", หน้า 398.

ในเรื่องความรับผิดชอบของแพทย์นี้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับแพทย์ กล่าวคือเป็นหน้าที่ของฝ่ายคนไข้จะต้องพิสูจน์ค่ากล่าวอ้างของตน การพิสูจน์ให้เห็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมกระทำได้โดยนำคนไข้หรือผู้รู้เห็นมาให้การต่อศาล การพิสูจน์ในข้อที่ว่าการรักษาพยาบาลอย่างไรจึงจะถูกต้อนั้นย่อมนำผู้ชำนาญการพิเศษมาเบิกความได้ นอกจากนี้เอกสารต่าง ๆ ที่จะใช้ให้เห็นพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมนำมาเป็นพยานหลักฐานได้ เช่น จดหมายของแพทย์ บันทึกการรักษาพยาบาลของแพทย์ เป็นต้น¹

ในประเทศฝรั่งเศส ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงบางอย่างซึ่งเป็นเรื่องทางเทคนิค โดยที่ศาลไม่อาจวินิจฉัยได้ บุคคลผู้ซึ่งอาจถูกเรียกเข้ามาในคดีก็คือผู้เชี่ยวชาญ (experts) ดังนั้นเพื่อความยุติธรรมแห่งกฎหมาย ศาลจึงควรที่จะต้องอาศัย ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ (expert opinion) ในคดีซึ่งศาลเห็นว่าบุคคลนั้นเป็นผู้รู้แจ้งเห็นจริงมากกว่าเขา²

ในการรับฟังความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสบัญญัติไว้ในมาตรา 1747 ซึ่งมีข้อความเป็นภาษาอังกฤษว่า "The indemnity is determined by experts if it is a question of manufacturing, Factories or other installations which require large advances"³

มาตรา 1747 มีสาระสำคัญว่า "ค่าเสียหายจะถูกกำหนดโดยผู้เชี่ยวชาญ ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการผลิต, โรงงาน หรือการติดตั้ง ซึ่งกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนสูงเกินไป"

ตามกฎหมายเยอรมัน พยานผู้เชี่ยวชาญ (Sachverständige) อาจถูกเรียกให้เข้ามาในคดีโดยศาลหรือคู่ความ โดยปกติพยานผู้เชี่ยวชาญต้องให้การด้วยลายลักษณ์อักษร (written opinion) และผู้พิพากษามีอำนาจในการประเมินคำพยานผู้เชี่ยวชาญ และต้องสรุปความเห็นในเวลาต่อมา⁴

1 ไพศาลย์ กุมาลย์วิสัย, "ความรับผิดชอบของแพทย์ในกรณีละเมิดประมาทเลินเล่อ (ตอนที่ 2)", ตุลหาท ปีที่ 8 เล่ม 2 (กุมภาพันธ์, 2504) : 112.

2 Marcel Fernand Planiol, Treatise on the Civil Law, p.14.

3 John H. Crabb, The French Civil Code, p.326.

4 E.J. Cohn, Manual of German Law Vol II, p.225.

ตามกฎหมายไทย ในทางแห่งผู้ที่ถูกศาลตั้ง เรียกว่า "ผู้เสียหาย" แต่ถ้าเป็นบุคคลที่คู่ความอ้างมา เรียกว่า "ผู้มีความรู้เสียหาย" ผู้เสียหายอาจส่งความเห็นเป็นหนังสือต่อศาลโดยไม่ต้องมาเบิกความด้วยตนเองได้ แต่ผู้มีความรู้เสียหาย จะต้องมาให้การด้วยวาจาเสมอ¹

ผู้เขียนเห็นว่าพยานผู้เสียหายไม่ว่าโดยศาลตั้งเองหรือคู่ความอ้างมาก็ตาม เป็นสิ่งจำเป็นหรือควรมีในการฟ้องร้องคดีละเมิด เนื่องจากว่าในการพิสูจน์ถึงความผิด, ความเสียหายนั้นในบางกรณีอยู่นอกเหนือความรู้ธรรมดาของศาล ตัวอย่างเช่น จำเลยดอกเส้าเข็มเพื่อสร้างตึกเป็นเหตุให้บ้านของโจทก์ได้รับความเสียหายเนื่องจากแรงสั่นสะเทือนของการดอกเส้าเข็ม การที่นำพยานผู้เสียหายมาสืบถึงความผิดและค่าเสียหายเนื่องจากแรงสั่นสะเทือนจึงเป็นประโยชน์ต่อศาลในการพิจารณาคดี

ที่กล่าวมาแล้ว เป็นเรื่องสิ่งที่จะช่วยในการพิสูจน์ความเสียหายที่โจทก์ได้รับเนื่องจากการกระทำละเมิดโดยประมาทเล็กน้อย อย่างไรก็ตามในการพิสูจน์ความเสียหายเพื่อให้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้ตามฟ้องนั้นจะมีหลักเกณฑ์พอที่จะอาศัยเป็นเครื่องพิสูจน์ได้อย่างไรบ้างนั้นก่อนอื่นเราก็ควรมาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของศาลในการกำหนดค่าเสียหายเสียก่อน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 บัญญัติให้ศาลกำหนดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ (circumstances) และความร้ายแรง (gravity) แห่งละเมิด

ประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของสวิส มาตรา 42(2) บัญญัติ เป็นภาษาอังกฤษว่า "Where the exact amount of the damage cannot be proved, the judge shall fix the damages equitably according to the circumstances"²

บทบัญญัติมาตรา 42(2) มีสาระสำคัญว่า "เมื่อจำนวนค่าเสียหายไม่สามารถพิสูจน์ได้ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์ (circumstances) ที่เกิดขึ้น"

1 โอสถ โกศิน, คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 209.

2 Ivy Williams, The Sources of Law in the Swiss Civil Code, p.117.

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมาตรา 2056 (2) บัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า

"The damage arising from loss of earnings shall be equitably estimated by the judge according to the circumstances of the case"¹

บทบัญญัติมาตรา 2056 (2) มีสาระสำคัญว่า "ความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการขาดรายได้ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้ตามพฤติการณ์ของคดี"

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่จะอาศัยเป็น เครื่องพิสูจน์ความเสียหายได้ 2 ประการ คือ

1. พฤติการณ์แห่งละเมิด
2. ความร้ายแรงแห่งละเมิด

1. พฤติการณ์แห่งละเมิด หมายถึงสิ่งแวดล้อมและสถานการณ์ต่าง ๆ เช่น ฐานะส่วนตัวและทางสังคมของผู้เสียหาย เช่น จำเลยกล่าวหมิ่นประมาทโจทก์ว่าเป็นหญิงไม่ดี เทียบหากิน โจทก์ก็ต้องพิสูจน์ความเสียหายว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเพราะเป็นผู้ที่มีบุคคลรู้จักกันไป และพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ควรได้รับค่าเสียหายมากกว่ากรณีที่โจทก์เป็นบุคคลที่ไม่ค่อยมีใครรู้จัก

อย่างไรก็ตามฐานะทางการเงินของคู่กรณีก็อาจนำมาคำนึงถึงด้วย เช่น ในกรณีที่จำเลยกล่าวหมิ่นประมาทโจทก์ว่าเป็นหญิงไม่ดี เทียบหากินนั้นโจทก์ก็อาจพิสูจน์ว่าจำเลยมีฐานะการเงินดี โจทก์ควรจะได้รับค่าเสียหายมากกว่ากรณีที่จำเลยมีฐานะการเงินไม่ดี ทั้งนี้เพื่อให้จำเลยเข็ดหลาบมิให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นอีกต่อไป มิฉะนั้นจำเลยก็ย่อมจะเอาเงินมาแลกกับการกล่าวหมิ่นประมาทได้เรื่อย ๆ ไป

การพิสูจน์ถึงค่าเสียหายที่กำหนดให้สำหรับการสูญเสียการประกอบอาชีพในอนาคต (future loss of earning) โจทก์ต้องนำสืบถึง อายุ (age) , สุขภาพ (health), นิสัย (habits) , อาชีพ (occupation)²

1 Mario Beltramo, Giovanni E. Longo. and John Henry Merryman, Italian Civil Code, p.505.

2 Charles T. Mc Cormick, Handbook on the Law of Damages, p. 302.

2. ความร้ายแรงแห่งละเมิด

ในกรณีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ โจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่า เป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อย่างธรรมดาหรืออย่างอ่อน ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและอย่างธรรมดานั้นพอจะแยกความแตกต่างได้ คือ ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น เกือบเท่ากับจงใจ เพราะผิดวิสัยของบุคคลธรรมดาจะทำได้ แต่ความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาหรืออย่างอ่อนนั้น เป็น เพียงแค่ปราศจากความระมัดระวัง เท่านั้น

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและอย่างธรรมดานั้น ในการกำหนดค่าเสียหายศาลกำหนดให้แตกต่างกันกล่าวคือถ้าโจทก์นำสืบได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลกำหนดค่าเสียหายให้มากกว่าประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียน เห็นว่า ในการพิสูจน์ค่าเสียหายในทางละเมิดนั้น โจทก์จึงต้องนำสืบถึงพฤติการณ์แห่งคดี และพิสูจน์ให้ศาลเห็นความร้ายแรงแห่งละเมิดว่า โจทก์สมควรที่จะได้รับค่าเสียหายเต็มความฟ้อง เช่น กรณีหญิงผู้หนึ่งถูกชายกล่าวสบประมาทในที่ชุมชนว่า เป็นผู้หญิงหากินชั้นสูงย่อมถือได้ว่า เป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิงนั้นตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หญิงนั้นยอมฟ้อง เรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ โดยนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 วรรค 2 ซึ่งโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนมีฐานะทางครอบครัวและทางสังคมดี เป็นที่นับหน้าถือตาของคนทั่วไปมีชื่อเสียงเกียรติคุณเป็นที่ปรากฏ การที่ถูกสบประมาท เช่นนี้ทำให้ได้รับความเสียหายร้ายแรงมาก ฐานะทางสังคมย่อมเสียไปชื่อเสียงและเกียรติคุณเสื่อมเสียลง

อย่างไรก็ตามมีค่าเสียหายบางประเภท เช่นค่าเสียหายแบบ เป็นโทษ(Punitive Damages) โจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์จำนวนค่าเสียหาย เพราะศาลจะพิจารณากำหนดเองตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงลักษณะความร้ายแรงแห่งละเมิด สภาพและปริมาณความเสียหายที่โจทก์ได้รับตลอดจนฐานะทางเศรษฐกิจของจำเลย¹

1 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 29.

กล่าวโดยสรุป เมื่อโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำละเมิดเป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย โจทก์จึงมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย และค่าเสียหายที่โจทก์ควรได้รับนั้นมีเพียงใด

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงให้เห็นถึงการนำสืบค่าเสียหายของโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 940/2501 จำเลยสร้างโรงภาพยนตร์ในที่ดินของจำเลย การดอกเส้าเข้มทำให้ตึกข้างเคียงสะเทือนคานฝ้าร้าว เป็นละเมิด

จำผู้รับ เหมาดอกเส้าเข้มทำให้ตึกข้างเคียงเสียหาย ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบเพราะเป็นผู้ผิดในการงานที่สั่งให้ทำ

ตามคดีนี้โจทก์ได้ปลูกสร้างตึกอยู่อาศัยอยู่ก่อนแล้ว จำเลยมีที่ดินติดต่อกับที่ดินของโจทก์ โจทก์เซ็นหนังสือยินยอมให้จำเลยปลูกสร้างโรงภาพยนตร์ติดต่อกับเขตที่ดินโจทก์ โดยรับรองว่าถ้ามีการเสียหายเกิดขึ้นเนื่องจากการก่อสร้างโรงภาพยนตร์จำเลยแล้ว จำเลยยอมใช้ค่าเสียหายให้ โจทก์จึงได้เซ็นหนังสือยินยอมให้จำเลยทั้งสอง (ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างสร้างโรงภาพยนตร์) ได้ดอกเส้าเข้มลงราก โดยใช้เส้าเข้มขนาดใหญ่มาก และยาวประมาณ 17 เมตร เนื่องจากการดอกเส้าเข้มขนาดใหญ่และยาวมากใกล้ชิดรั้วและตัวตึกของโจทก์ได้รับความเสียหายเกิดรอยแตก ร้าวขึ้นที่คานคาดฝ้าตึกหลายแห่ง และรอยร้าวได้เพิ่มขึ้นเมื่อมีการดอกเส้าเข้มต่อ ๆ มาอีก จำต้องรื้อคานคาดฝ้าออกสร้างใหม่ นอกจากนี้ยังทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโจทก์อีกหลายอย่าง เช่น คานรั้วบางอันถูกตัด สังกะสีล้อมรั้วประมาณ 50 แผ่นชำรุดเสียหาย เส้ารั้วบางต้นหัก บางต้นเอน ล้ม รั้วต้นไม้หัก ต้นไม้ตาย ฯลฯ ทั้งนี้ เกิดขึ้นเพราะเครื่องดอกเส้าเข้มดันทะลุเข้าไปในบ้านของโจทก์ นอกจากนั้นการขุดดินทำคลองราก ทำให้ดินในที่ของโจทก์พังทลายเข้าไปในที่ดินของจำเลย

จำเลยได้ปฏิเสธฟ้องของโจทก์และตัดฟ้องว่า โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง เพราะการดอกเส้าเข้มก่อสร้างโรงภาพยนตร์นี้ จำเลยได้จ้างเหมาให้แก่ผู้รับเหมาก่อสร้าง จำเลยหาได้ควบคุมหรือบัญชางานเองไม่ หากโจทก์อ้างว่าได้รับความเสียหายเนื่องในการก่อสร้างนี้ก็ชอบจะเรียกร้องเอาจากผู้รับเหมาของจำเลย

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ววินิจฉัยข้อตัดฟ้องของจำเลย ว่า "รอยแตกร้าวที่คานฝ้าของโจทก์เกิดจากการดอกเส้าเข้มโรงภาพยนตร์ของจำเลยซึ่งนายคู่เป็นผู้อนุมัติ การดอกเส้าเข้มของผู้รับเหมาแทนจำเลย ถือว่าอยู่ในความควบคุมของจำเลยซึ่งเป็นตัวการ คานคาดฝ้าตึกของโจทก์เสียหายถึงขนาดต้องรื้อออกทำใหม่ ซึ่งจะต้องเสียค่าแรงรื้อ

ประมาณ 2,000 บาท ค่าก่อสร้างใหม่รวมค่าแรง ค่าสัมภาระประมาณ 9,000 บาท ค่าผล
กำไรของผู้รับเหมา 3,000 บาท รวมประมาณ 14,000 บาท แต่ศาลชั้นต้นเห็นว่า ผลกำไร
ของผู้รับเหมานั้นไม่ใช่ค่าเสียหายแท้จริง เป็นเรื่องไกลกว่าเหตุจะเรียกค่าผลกำไรนี้ไม่ได้
ค่าเรือและทำดาตฟ้าใหม่ควรเป็นเงิน 10,000 บาท ส่วนสังกะสีเสียหายไปราว 40 แผ่น
โจทก์ไม่นำสืบว่าราคาแผ่นละเท่าใด ควรคำนวณราคาค่าสังกะสีเป็นเงิน 400 บาท รวมค่า
เสียหายของโจทก์ 10,400 บาท พิพากษาให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์เป็นเงิน 10,400 บาท
กับดอกเบี้ยอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ตั้งแต่วันฟ้องจนกว่าจะใช้เงินเสร็จ ข้อหาอื่นให้ยก

ศาลอุทธรณ์เห็นพ้องกับข้อวินิจฉัยของศาลชั้นต้นเป็นส่วนใหญ่ เว้นแต่ที่ให้จำเลยชดใช้
ค่าเรือและทำดาตฟ้าเดิมของโจทก์ 10,000 บาท แก่คำพิพากษาให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์
เพิ่มอีก 4,000 บาท นอกจากนั้นให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

เมื่อความเสียหายของโจทก์เกิดจากการตกเสา เข็มโรงภาพยนตร์ของจำเลย ๗
ก็ต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดนั้น แม้จำเลยได้จ้างเหมาให้ผู้รับเหมาตอกเสา เข็มตามสัญญาจ้าง
เหมา และให้นาย-duty เป็นผู้ควบคุมการตอกเสา เข็มให้เป็นไปตามสัญญาตั้งที่จำเลยกล่าว จำเลย
ต้องรับผิดชอบโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 เพราะจำเลยเป็นผู้ผิดใน
การงานที่สั่งให้ทำ เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย

ส่วนค่าเสียหายของโจทก์ก็นำสืบได้ตามคำพยานโจทก์ ว่าจะต้องใช้เงินค่าทำดาตฟ้า
ตึกชั้นใหม่เป็นเงิน 14,000 บาท และสังกะสีล้อมรั้วของโจทก์เสียหายไปราว 40 แผ่น โจทก์
ไม่นำสืบว่าราคาแผ่นละเท่าใด ศาลชั้นต้นได้คำนวณค่าเสียหายให้โจทก์เป็นเงินค่าสังกะสี
400 บาท ซึ่งไม่เกินสมควร ฉะนั้นที่ศาลอุทธรณ์ซึ่งขาดตัดสินให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ก็
รวมทั้งสิ้นเป็นเงิน 14,400 บาท เป็นการชอบด้วยรูปคดีแล้ว"

อย่างไรก็ตาม แม้หน้าที่ในการนำสืบจำนวนค่าเสียหายนั้น เป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะ
ต้องนำสืบให้ปรากฏแก่ศาล ในทางพิจารณา แต่หากว่าโจทก์นำสืบถึงค่าเสียหายให้ศาลเห็นไม่ได้
หรือปรากฏว่าโจทก์ไม่นำสืบถึงค่าเสียหายเลย ศาลอาจกำหนดให้ได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์
และความร้ายแรงแห่งละเมิด ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 909/2497 จำเลยทำละเมิดทำลายท่อระบายน้ำ ทำให้น้ำเค็ม
เข้าสวนโจทก์ ต้นผลไม้ตาย ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ให้ค่าเสียหายแตกต่างกัน ศาลฎีกาพิพากษา
ในเรื่องค่าเสียหายดังนี้



"ตามที่โจทก์นำสืบถึง เรื่องราคาค่าดอกผลที่จะขายผลไม้ได้ในระยะปีหนึ่ง ๆ ก็ไม่ได้ความแน่นอนว่า อย่างไรก็ได้ผลมากน้อยเท่าไร ขายได้ราคาเท่าไร เพราะไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนว่า ต้นผลไม้ต้นหนึ่งจะได้ผลปีหนึ่งมีจำนวนเท่าไรเท่านี้ ตามที่โจทก์เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด เมื่อโจทก์นำสืบความเสียหายไม่ได้ว่า ได้เสียหายเท่าไรแน่ ก็เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดหนึ่ง ที่ศาลอุทธรณ์กำหนดค่าเสียหายให้โจทก์ 7,000 บาท นั้น ก็ไม่ได้ความว่าจำเลยที่ 1 เป็นผู้ร้องขอ หากจำเลยที่ 3 ค้างหากเป็นผู้เสนอให้ ศาลนี้จึงเห็นว่าค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ควรจะได้รับในเรื่องนี้เพียง 3,500 บาท ก็เป็นจำนวนพอสมควรแล้ว เพราะต้นไม้ที่ตายไปมีจำนวนค่อนข้างมากอยู่"

คำพิพากษาศาลฎีกานี้จะเห็นได้ว่า โจทก์สืบไม่ได้ชัดว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับคิดเป็นราคาเงินเป็นจำนวนเท่าใด ศาลจึงกำหนดให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อย่างไรก็ตามคำพิพากษาเรื่องนี้ยังมีหมายเหตุท้ายฎีกากล่าวไว้ว่า "ความรับผิดชอบละเมิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีความเสียหายเป็นหน้าที่ของโจทก์จะต้องสืบให้ได้ความว่าได้มีความเสียหายเกิดขึ้นจริง แต่การนำสืบว่าได้มีความเสียหายเกิดขึ้นกับการนำสืบราคาเงินแห่งความเสียหายนั้นต่างกัน ถ้าโจทก์นำสืบข้อแรกไม่ได้ว่า ได้มีความเสียหายเกิดขึ้น การละเมิดก็ไม่มี ศาลต้องยกฟ้อง แต่ถ้าโจทก์สืบได้ว่ามีความเสียหายแต่ราคาเงินของความเสียหายมีเท่าใด โจทก์สืบไม่ได้ชัดศาลอาจกำหนดให้ได้ ตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าจำเลยควรต้องรับผิดชอบตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ทั้งนี้มิใช่ศาลกะให้เองตามอำเภอใจ แต่เป็นกรณีที่ศาลอาจใช้ความรู้ทั่วไปไปคำนวณให้ได้เอง แต่ถ้ากรณีใดเป็นเรื่องพิเศษ ที่ศาลไม่สามารถใช้ความรู้ทั่วไปคำนวณให้ได้ ก็เป็นที่แน่ว่าศาลจะไม่ตัดสินให้จำเลยใช้ค่าเสียหายเหมือนกัน"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 768/2509 จำเลยกระทำละเมิดอันเป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย แต่ปริมาณแห่งความเสียหายนั้น ข้อเท็จจริงยังไม่แจ้งชัด ศาลกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1204/2511 จำเลยแกล้งบิดกันทางการจ่ายอม เป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย ย่อมเป็นการทำละเมิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แม้โจทก์จะนำสืบค่าเสียหายแน่นอนมิได้ ศาลก็กำหนดให้เองตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2589/2520 ทางน้ำธรรมชาติไหลซัดเซาะ เข้ามาในที่นาของ โจทก์แล้วผ่านต่อไปลงหนองนอกนาโจทก์ ทางน้ำนั้น เป็นของโจทก์ ประชาชนปล่อยสัตว์ลงกินน้ำ ยังถือไม่ได้ว่าโจทก์อุทิศให้เป็นสาธารณะ โจทก์นำสืบค่าเสียหายไม่ได้ ศาลไม่กำหนดให้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1482-1484/2524 จำเลยให้การปฏิเสธลอย ๆ ในเรื่องค่าเสียหายที่เกิดจากละเมิด และศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นเพียงว่าค่าเสียหายตามข้อเรียกร้องของโจทก์มีหรือไม่ เมื่อโจทก์สืบไม่ได้ความชัดเจนที่ตนมีหน้าที่นำสืบว่าโจทก์ได้เสียหายไปจริงตามฟ้อง ศาลชั้นต้นมีอำนาจที่จะรับฟังพยานหลักฐานจำเลย เป็นส่วนหนึ่งเพื่อประกอบดุลพินิจที่จะกำหนดค่าเสียหายให้ตามสมควร ตาม ป.พ.พ. มาตรา 438 ไม่เป็นการนอกประเด็น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3101/2524 เครื่องหมายการค้ารายพิพาทของจำเลย เกือบเหมือนเครื่องหมายการค้าของโจทก์ มีลักษณะเป็นการเลียนแบบ เป็นการทำให้ละเมิดคือโจทก์ โจทก์ย่อมได้รับความเสียหาย เพราะทำให้ผู้ซื้อสินค้าเข้าใจผิดว่าสินค้าของจำเลย เป็นสินค้าของโจทก์ จำเลยต้องชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์ แม้โจทก์นำสืบจำนวนค่าเสียหายไม่ได้แน่ชัด ศาลก็กำหนดให้ได้ตามที่เห็นสมควร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3289/2525 โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยใช้ค่าทำศพบุตรโจทก์ซึ่งถึงแก่ความตาย เพราะการกระทำละเมิดของลูกจ้างจำเลย แม้โจทก์จะมีได้นำสืบถึงรายละเอียดว่าได้ใช้จ่ายค่าทำศพไปเป็นจำนวนเท่าใด ศาลก็วินิจฉัยกำหนดให้ได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 438.

4 การกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิด

เมื่อบุคคลใดก่อความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นโดยไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ และความเสียหายที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำและการงดเว้นการกระทำดังกล่าวมาแล้ว ก็ย่อมเป็นการชอบธรรมที่จะต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นและทำขวัญให้แก่ผู้เสียหายนั้น กฎหมายจึงบังคับว่าบุคคลนั้นจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย¹

ในสมัยที่ละเมิดยังมีได้แยกออกจากการกระทำผิดทางอาญา เมื่อบุคคลหนึ่งกระทำการใดอันก่อความเสียหายขึ้นแก่อีกบุคคลหนึ่งรัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว เว้นเสียแต่การกระทำนั้น จะมีลักษณะเป็นการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม เมื่อใดที่เกิดการกระทำอันขัดต่อความสงบเรียบร้อย...เช่น...การใช้กำลังหรืออาวุธทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน หรือการใช้กำลังทำลายทรัพย์สิน

¹ วาริ นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ลามมิควรได้, หน้า 185.

ของผู้อื่น การกระทำนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นการโต้แย้งต่ออำนาจปกครอง ผู้ปกครองในฐานะเป็นผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของชุมชนจึงจำต้อง เข้าแทรกแซง เพื่อกำหราบมิให้เกิดการกระทำ เช่นนั้นอีก วิธีการแทรกแซงจึงมีลักษณะรุนแรง เป็นการลงทัณฑ์แก่ผู้กระทำผิดอย่างที่เราเรียกกันว่า "ตาต่อตา ฟันต่อฟัน" ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายคาลิโอ (Lex talionis)¹

อย่างไรก็ดี การลงทัณฑ์เพียงอย่างเดียวมักไม่เพียงพอตามความรู้สึกของผู้เสียหาย เช่น ก.บุกกรุกเข้าไปในบ้านเรือนของ ข. ทำลายทรัพย์สินต่าง ๆ และจุดไฟเผา แม้ทางบ้านเมืองจะจับ ก. มาลงโทษทางร่างกาย ข. ก็ยังคงรู้สึกว่าคุณยังไม่ได้รับใช้คืนในสิ่งที่คุณต้องสูญเสียไป ความรู้สึกเช่นนี้ทำให้เอกชนผู้เสียหายพยายามหาทางแก้แค้นทดแทนต่อไป อย่างกรณีดังกล่าว ข. ย่อมหาทางเอาไฟเผาบ้านของ ก. บ้าง ผลก็คือทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในชุมชนอย่างไม่มีที่สิ้นสุด

จากสภาพการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดมาตรการแทรกแซงขึ้นอีกอันหนึ่งได้แก่ รัฐจะต้องเข้าไปทำหน้าที่เป็นคนกลางกำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้ผู้ละเมิดชดใช้แก่ผู้เสียหาย ในระยะนั้นเนื่องจากแนวความคิดทางละเมิดและทางอาญายังไม่อาจแยกออกจากกันดังกล่าวแล้ว การกำหนดค่าเสียหายจึงมักเป็นไปในทางลงโทษมากกว่าที่จะคำนึงถึงความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดแก่ผู้เสียหาย เช่น มักกำหนดตามลักษณะความรุนแรง ถ้าใช้เหล็กเป็นอาวุธมักจะต้องใช้ค่าเสียหายมากกว่าใช้ไม้หรือบางครั้งมีการนำเอาฐานะของผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหายมาคำนึงประกอบการกำหนดค่าเสียหายด้วย ยิ่งไปกว่านั้นรัฐจะถือเป็นโอกาสในฐานะคนกลางผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดค่าเสียหาย ขอส่วนแบ่งบ้างโดยกำหนดเป็นพินัยหลวงด้วยก็มี อย่างที่ตามกฎหมายไทยโบราณเคยเรียกว่า "สินไหมกิ่งพิไนยกิ่ง"

ในสมัยต่อมา นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 6 ทางอาณาจักรโรมันได้ออกประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรก (Corpus Juris Civilis) ขึ้น ซึ่งเป็นที่มาของละเมิดทาง Civil Law โดยบัญญัติละเมิดให้เป็นหนึ่อย่างหนึ่งในทางแพ่งที่จะต้องมีการชดใช้กัน ไม่ได้บัญญัติรวมกันอย่างในกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งเคยรวมละเมิดกับคดีอาญาไว้ในโต๊ะที่ 8

1 ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน), หน้า 74.

ครั้นสืบเนื่องมาถึงศตวรรษที่ 13 กำเนิดของระบบหมายเรียกในประเทศอังกฤษ ซึ่งกำหนดให้เอกชนผู้เสียหายต้องขอให้ศาลออกหมายเรียก ผู้ที่จะเป็นจำเลยมาให้การ ทำให้เกิดหมายเรียกเฉพาะคดีต่าง ๆ รวมทั้ง "หมายเรียกคดีละเมิด" (Writ of Tresspass) อันเป็นจุดเริ่มต้นของละเมิดในทางแพ่งด้วย จากเหตุการณ์ดังกล่าวนี้เองทำให้ระบบกฎหมายทั้ง Civil Law และ Common Law ต่างมีแนวความคิดแยกความรับผิดชอบทางอาญากับทางละเมิดออกจากกัน ยังผลให้การกำหนดค่าเสียหายในทางละเมิดแก่ผู้เสียหายสามารถปฏิบัติได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำนั้นจะเข้าลักษณะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ และผู้กระทำจะต้องได้รับโทษทัณฑ์เพียงใด¹

4.1 จุดมุ่งหมายในการกำหนด

ความรับผิดชอบทางละเมิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นโดยเฉพาะเจาะจง หากทำให้คืนสภาพเดิมไม่ได้ก็พยายามที่จะให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด ดังนั้น การกระทำให้ผู้อื่นเสียหายโดยผิดกฎหมายย่อมเป็นมูลหนึ่งประการหนึ่งที่จะต้องใช้คำสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น ท่านผู้พิพากษาแบล็คเบิร์น (Lord Blackburn) ได้กล่าวไว้ในคดีระหว่าง Livingstone V. Rawyards Coal Co. (1880) ว่า

"Where any injury is to be compensated by damages, in settling the sum of money to be given for reparation of damages you should as nearly as possible get at that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation"²

1 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 25-27.

2 Harry Street, Principles of the Law of Damages, p.3.

คำกล่าวของท่านผู้พิพากษา Blackburn มีสาระสำคัญว่า "เมื่อความเสียหายใด ๆ ก็ตามได้ถูกทดแทนด้วยค่าเสียหาย ในการกำหนดจำนวนเงินที่จะให้เป็นการช่อมแซมความเสียหายนั้น ควรกำหนดจำนวนเงินให้ใกล้เคียงกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับเท่าที่จะเป็นไปได้"

จากคำกล่าวของท่านผู้พิพากษา Blackburn จึงเป็นการสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายในการทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นสมดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "Restitutio in integrum"¹ ซึ่งหมายถึงการกลับสู่สภาพเดิมดังได้กล่าวแล้วว่าจุดเริ่มต้นของค่าเสียหายทางละเมิดของ Civil Law กับ Common Law นั้นต่างกัน โดยทาง Civil Law เกิดจากประมวลกฎหมายแพ่งของโรมัน ซึ่งตามทฤษฎีว่าด้วยหนี้ (theory of Obligations) หนี้ละเมิดเป็นประเภทหนึ่งของหนี้ในทางแพ่งที่คู่กรณีจะต้องมีการชดใช้กัน ส่วนทาง Common Law เริ่มจากหมายเรียกคดีละเมิด (writ of Trespass) การกำหนดค่าเสียหายทั้งสองระบบจึงมีความมุ่งหมายแตกต่างกันในหลักการใหญ่ ๆ กล่าวคือ ทาง Civil Law มุ่งหมายให้ผู้ละเมิดชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นในทำนองเดียวกับหนี้ตามสัญญา โดยยึดความเสียหายที่แท้จริงซึ่งผู้เสียหายได้รับเป็นเกณฑ์แล้วกำหนดค่าเสียหายไปตามนั้น โดยเหตุผลที่ว่าผู้เสียหายไม่พึงได้รับการชดใช้เกินกว่าหนี้ที่ผู้ละเมิดมีต่อคน ส่วนทาง Common Law มิได้ยึดมั่นในทฤษฎีว่าด้วยหนี้ ดังนั้นจึงยังมีแนวความคิดทางอาญาเจือปน เพราะนอกจากจะกำหนดให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับแล้ว บางครั้งศาล Common Law อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็นการลงโทษผู้ละเมิดให้แก่ผู้เสียหายอีกโสดหนึ่งด้วย²

การที่ศาลให้ค่าเสียหายอันเป็นการลงโทษ (punitive damages) เช่นนี้ เพราะทัศนคติที่ศาลมีต่อหน้าที่ของกฎหมายลักษณะละเมิดนั้นค่อนข้างกว้างกว่าธรรมดา เพราะศาลที่ให้ค่าเสียหาย เช่นนี้ย่อมมองวัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดว่ามีได้มีไว้เพื่อชดใช้ความเสียหาย แต่เพียงอย่างเดียว แต่กฎหมายลักษณะละเมิดนั้นยังมีไว้เพื่อเหตุผลที่สำคัญอีก 3 ประการคือ

- (1) เพื่อให้โจทก์เกิดความพอใจและหายขุ่นเคืองจำเลย (idea of satisfaction)
- (2) เพื่อลงโทษจำเลยเป็นการสั่งสอนมิให้จำเลยประพฤติดี เช่นนี้อีก เรียกว่า

educational role of tort

- (3) เพื่อมิให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่น เรียกว่า "deterrence"

1 R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts, p.715.

2 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 27.

นอกจากเหตุผล 3 ประการนี้แล้วการให้ค่าเสียหายเป็นการลงโทษนี้ในบางกรณีน่าจะ
เป็น เครื่องมือควบคุมอัตราเสี่ยงภัยในสังคมและอัตราของละเมิดให้ลดน้อยลงมากที่สุด¹

การให้ค่าเสียหายเป็นการลงโทษ (punitive damages) นี้ ถูกนำมาใช้และ
เป็นที่ยอมรับกันครั้งแรก ในคดีระหว่าง Wilkes V. Wood(1763) โดยศาลได้วินิจฉัยว่า
"ค่าเสียหายที่กำหนดให้มันไม่เพียงแต่จะต้องเป็นที่พอใจของผู้ได้รับความเสียหายเท่านั้น แต่จะต้อง
เป็นการลงโทษสำหรับความผิดนั้น เพื่อมิให้กระทำอีกต่อไป"²

ในประเทศโซเชี่ยลลิสต์ โดยเฉพาะรัสเซียแต่ดั้งเดิมได้รับเอาแนวความคิดที่ว่าละเมิด
เป็นเรื่องของการชดใช้ความเสียหายแต่เพียงอย่างเดียว (Compensatory idea) ครั้นนาน
วันเข้ามีผู้เสนอให้นำเอาทฤษฎีเสี่ยงภัย (theory of risk) มาใช้ ตามแนวความคิด
เช่นนี้ทำให้รัฐรับภาระหน้าที่เรื่องการจัดตั้งสวัสดิการและการประกันสังคม (social
insurance) ขึ้น รัสเซียจึงวิวัฒนาการในการชดใช้ความเสียหายตามแนวประกันสังคม และ
แนวทฤษฎีเสี่ยงภัยตลอดมา ในรัสเซียนั้นจึงมีปัญหาเรื่องอัตราการทำละเมิดสูงขึ้นทุกขณะจนจะกลายเป็น
ภัยสังคมอยู่แล้ว ทั้งนี้เพราะประชาชนไม่รู้จักหน้าที่ระมัดระวัง เพราะเหตุที่ว่าตนไม่ได้เป็นผู้
จ่ายค่าเสียหาย รัฐทำหน้าที่รับผิดชอบไปหมด เมื่อเป็นเช่นนี้รัสเซียจึงพยายามแก้ปัญหาด้วยการ
บัญญัติหน้าที่รับผิดชอบให้ประชาชนเคารพซึ่งกันและกัน (comradely mutual respect)
บทบัญญัตินี้ทำให้หลักเรื่องความผิด (fault principle) และทฤษฎีการลงโทษทางละเมิด
(punitive idea of tort) กลับมาเป็นพื้นฐานของกฎหมายละเมิดอีกครั้งหนึ่ง อย่างไรก็ตาม
ในปัจจุบันแนวโน้มในกฎหมายละเมิดรัสเซียอาจสรุปได้ดังนี้

(1) ในคดีละเมิดที่จำเลยมีการกระทำผิด คือจงใจหรือประมาท การให้ค่าเสียหาย
ถือเป็นการลงโทษ (punitive damages) และโจทก์เรียกร้องได้จากจำเลยโดยตรง

(2) ในกรณีละเมิดที่จำเลยไม่ได้กระทำผิด ดังที่เรียกว่าความรับผิดเด็ดขาด
(strict liability) นั้น รัฐได้จัดการประกันสังคม (social insurance) ขึ้น
โดยที่ฝ่ายโจทก์เรียกค่าเสียหายจากรัฐ แต่จะเรียกจากจำเลยไม่ได้³

1 จิตติ ดิงศภัทย์ และรองพล เจริญพันธุ์, "ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา",
หน้า 190-191.

2 Harry Street, The Principles of the Law of Damages, p.29.

3 จิตติ ดิงศภัทย์ และรองพล เจริญพันธุ์, "ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา",
หน้า 197-199.

4.2 แนวปฏิบัติทั่วไปในการกำหนดค่าเสียหาย

โดยทั่ว ๆ ไป อาจกล่าวได้ว่าในการกำหนดค่าเสียหายไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิด ต้องทำให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิม (restitutio in integrum) เช่น การจ่ายเงินค่าเสียหายแก่โจทก์เพื่อซ่อมแซมสิ่งที่เขาต้องเสียหายไป เนื่องจากการละเมิด¹

ในทางปฏิบัติศาลต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการนำสืบของคู่ความมาเป็นเครื่องกำหนดค่าเสียหายบางคดีปรากฏความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง ๆ แต่บางคดีก็ไม่ปรากฏอย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่ามีความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง ๆ ศาลก็ประเมินค่าเสียหายให้มีจำนวนเท่ากับความเสียหายได้ ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่าง Moss V.Christchurch R.D.C. (1825) ข้อเท็จจริงได้ความว่า จำเลยก่อความรบกวน ปล่องประกายไฟเครื่องจักรไอน้ำ ลูกกลมใหม่บ้านของโจทก์ซึ่งให้ผู้อื่นเช่า ศาลกำหนดค่าเสียหายโดยนำผลต่างของราคามันก่อนไฟไหม้กับราคามันหลังจากถูกไฟไหม้มาเป็นเกณฑ์โดยมิได้ถือตามราคาค่าก่อสร้างบ้านหลังใหม่ให้มีสภาพดีดังเดิม²

การกำหนดค่าเสียหายโดยยึดหลัก Restitutio in integrum ในกรณีความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นเงินได้นั้น เป็นสิ่งซึ่งไม่ค่อยยุ่งยากเพราะกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายที่แท้จริงซึ่งคำนวณเป็นตัวเลขได้ และในทางปฏิบัติโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าเขาได้รับความเสียหายและความเสียหายนั้นอาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ (pecuniary loss)³

คดีระหว่าง Admiralty Commissioners V. S.S.Susquehanna (1926) วินิจฉัยว่า "กฎหมายระบบ Common Law นั้นอาจกล่าวได้ว่าในการกำหนดค่าเสียหายไม่ว่าจะเป็นละเมิดหรือสัญญา ค่าเสียหายซึ่งทดแทนเป็นเงินนั้นจะชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย สำหรับความเสียหายที่เป็นผลธรรมดาที่เกิดจากการกระทำผิดนั้น"⁴

คดีระหว่าง Admiralty Commissioners V.S.S.Valeria(1922) วินิจฉัยว่า "ในการคำนวณค่าเสียหายให้พิจารณาว่าได้รับความเสียหายซึ่งอาจคิดเป็นจำนวนได้เท่าใดแล้วกำหนดไปตามนั้น แต่ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลธรรมดาจากการกระทำผิดต่อผู้เสียหาย"⁵

1 Philib S.James, General Principles of the Law of Tort,p.428.

2 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 32.

3 Harry Street, Principles of the Law of Damages, p.3

4 David A. McI. Kemp, The Quantum of Damages, Vol.I (London : Sweet & Maxwell, 1961), p.2.

5 Ibid.

ความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ (Pecuniary loss) ได้แก่

(1) ค่าใช้จ่าย (Expenses) โจทก์มีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่จ่ายไปจริงในกรณีได้รับบาดเจ็บ เช่น ค่าใช้จ่ายในการผ่าตัด, ค่าใช้จ่ายสำหรับพยาบาล, ค่ายา เป็นต้น

ในกรณีโจทก์ได้รับการรักษาพยาบาลจากภรรยาของเขา และด้วยเหตุที่ภรรยาต้องมาคอยดูแลโจทก์เป็นเหตุให้ภรรยาต้องขาดรายได้ (loss of earnings) ไปนั้น โจทก์อาจได้รับชดเชยค่าเสียหายสำหรับการขาดรายได้นั้นด้วย¹

(2) การสูญเสียรายได้หรือผลกำไรอื่น ๆ (Loss of earnings or other profits) โจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหาย สำหรับรายได้หรือผลกำไรซึ่งเขาต้องเสียไปเนื่องจากการได้รับบาดเจ็บที่เกิดขึ้นระหว่างการพิจารณาคดี²

ในกรณีที่ความเสียหายนั้นไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (non-pecuniary loss) เช่น ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและตกใจเสียขวัญ (pain, suffering and shock), การสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต (loss of amenities of life), การสูญเสียความหวังของชีวิต (loss of expectation of life) เหล่านี้ ตามกฎหมายอเมริกาการกำหนดค่าเสียหายอยู่ในดุลพินิจของลูกขุน (Jury) ซึ่งศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องด้วย เว้นแต่คณะลูกขุนไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ นอกจากนี้ศาลจะเป็นผู้ตัดทอนค่าเสียหายที่ลูกขุนกำหนดขึ้นนั้นมิให้เกินสมควร³

อย่างไรก็ตาม The Restatement of the Law of Torts 1934 ของอเมริกา มาตรา 47 บี ได้บัญญัติว่า "ถ้าโดยการกระทำที่เป็นการละเมิดของเขาเอง ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ (ที่กฎหมายคุ้มครอง) ของบุคคลอื่น ในการพิจารณาคดีของผู้กระทำผิดละเมิดนั้น ศาลจะนำเอาความทุกข์ทางอารมณ์ที่เกิดขึ้นจากการรุกราน (invasion) หรือจากการกระทำที่เป็นละเมิด เข้าร่วมพิจารณาในการคิดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ด้วย"⁴

1 คดีระหว่าง Gallagher V. Liverpool Co-operative Society (1955)

2 David A. McI Kemp, The Quantum of Damages, pp.6-12.

3 Fowler V. Harper and Fleming James, the Law of Torts, p.1321.

4 พิศวาท สุคนธ์พันธุ์, "ความเสียหายทางจิตใจตามกฎหมายระบบคอมมอนลอว์",

ตามกฎหมายจีน ในกรณีที่ทำให้เขาถึงตายโดยผิดกฎหมายบิดามารดาบุตรและคู่สมรสของผู้ที่ต้องเสียหายย่อม เรียกร้องให้ชดใช้ตัวเงินตามสมควร เพื่อความเสียหายอันมิให้ความเสียหายในทางทรัพย์สินได้ อย่างไรก็ตามในการกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจกำหนดขึ้น โดยพิจารณาจากฐานะทางสังคม ฐานะทางครอบครัว อาชีพ ฐานะทางเศรษฐกิจ และขนาดของความทุกข์ทรมานของคู่กรณี แต่ถ้าได้รับเงินช่วยเหลือ เนื่องจากการเย็บเย็บ โดยผู้กระทำละเมิดหรือบุคคลที่สาม ก็เป็นสิ่งที่อาจนำมาพิจารณาประกอบการกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนด้วย¹

กล่าวโดยสรุป การคำนวณค่าเสียหายซึ่งไม่อาจคำนวณราคาเป็นเงินได้ (non-pecuniary loss) ให้พิจารณาโดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวง รวมทั้งอาศัยประสบการณ์ และสามัญสำนึกของผู้พิพากษาผู้พิจารณาตัดสินคดีประกอบด้วย²

กรณีการกำหนดค่าเสียหายแบบ Contemptuous Damages ซึ่งเป็นค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อย ๆ ที่ศาลกำหนดให้พอเป็นพิธีนั้น แม้จะเป็นการกำหนดค่าเสียหายให้ต่ำกว่าความเสียหายจริง แต่ก็เป็นคนละกรณีกับการลดปริมาณความเสียหาย (mitigation of damages) ตามพฤติการณ์ซึ่งฝ่ายโจทก์เองบกพร่องหรือประมาทร่วม (contributory negligence) ในการก่อความเสียหายคดีนั้นด้วย กล่าวคือกรณีค่าเสียหายแบบ Contemptuous Damages เป็นดุลพินิจของศาล Common Law ซึ่งมีได้เคร่งครัดในหลักการทดแทนความเสียหาย และพยายามหลีกเลี่ยงการกำหนดค่าเสียหายตามความเสียหายโดยอ้างพฤติการณ์นอกประเด็นแห่งคดีของฝ่ายโจทก์ที่ไม่เหมาะสม ส่วนทาง Civil Law การกำหนดค่าเสียหายต้องเป็นไปตามความเสียหายซึ่งอาศัยพฤติการณ์แห่งละเมิดนั้นเองมาพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่ อย่างไรก็ตามกรณีลดปริมาณความเสียหายนั้น อาจเกิดได้ทั้ง 2 ระบบ เพราะหลังจากปรากฏความเสียหายในคดีตามทางการนำสืบของโจทก์แล้ว หากปรากฏพฤติการณ์ที่โจทก์เองก็บกพร่องหรือประมาทร่วมด้วย ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายให้ตามปริมาณความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง ๆ ไม่ได้ แต่จะต้อนำพฤติการณ์ดังกล่าวมานำพิจารณาประมาณการว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลย เป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงใด³

1 นवलพรรณ จ้าวสุวรรณ, "ค่าเสียหายทางศีลธรรม", หน้า 68.

2 David A. McI Kemp, The Quantum of Damages, p.57.

3 คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด", หน้า 35.

4.3 ดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหาย

เมื่อโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำละเมิดเป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย โจทก์จึงมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย และค่าเสียหายที่โจทก์ควรจะได้รับนั้นมีเพียงใด ในกรณีที่โจทก์นำสืบถึงค่าเสียหายให้ศาลเห็นไม่ได้ หรือปรากฏว่าโจทก์ไม่ได้นำสืบถึงค่าเสียหายเลย ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้ได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล

4.3.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับดุลพินิจ

4.3.1.1 ความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ"

คำว่า "ดุลพินิจ" ความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2493 สรุปความหมายได้ว่าหมายถึงการวินิจฉัยเห็นสมควร

สำหรับความหมายในทางกฎหมายนั้นมีความหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตามหลักความยุติธรรม¹ ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้พิจารณาไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (circumstances) และรวมถึงการใช้วิจารณญาณในการตัดสินใจของตัวผู้พิพากษานั้นเอง โดยไม่ขึ้นกับวิจารณญาณหรือการตัดสินใจของบุคคลอื่นใด (uncontrolled by the judgement or conscience of others)

ในบางครั้งที่มีความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ" อาจรวมหรือไม่รวมถึงคำพิพากษาที่จะต้องพิจารณาค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ขัดแย้งกัน (conflicting evidence) อีกทั้งจำต้องปรับข้อเท็จจริงเหล่านั้นให้เข้ากับหลักกฎหมายที่ยังเคลือบคลุมอยู่อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ความหมายของดุลพินิจจึงมีความหมายถึงสิ่ง 3 ประการดังนี้ คือ

- (1) ค้นหาข้อเท็จจริง (finds facts)
- (2) ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)
- (3) พิจารณาเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริง

และข้อกฎหมายแล้ว (decides what is desirable in the circumstances after the facts and the Law are known)

องค์ประกอบ 3 ประการของดุลพินิจนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความหมายทั้งหมด

¹ Henry C.Black, Black's Law Dictionary, 4 d.ed. (St.Paul. Minn : West Publishing Co., 1951), p.553. อ้างถึงใน นพพร โพธิ์รังสิยากร, "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ", (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 5.

ของคำว่า "ดุลพินิจในกฎหมาย" และมักเรียกองค์ประกอบทั้งสาม นี้รวมกันว่า "พฤติกรรมแห่งดุลพินิจ" (the exercise of discretion)

ด้วยเหตุที่ดุลพินิจในทางกฎหมาย มีความหมายและพฤติกรรมดังได้กล่าวไว้แล้วนี้เอง ทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรทัดคติในหลาย ๆ ครั้งจึงไม่มีความจำเป็นที่จะแยกข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจให้ออกจากกัน เพราะการค้นหาข้อเท็จจริงซึ่งบางครั้งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดปรับใช้กฎหมาย เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคู่ความที่จำต้องนำเอากฎหมายมาปรับใช้ ซึ่งเรียกว่า "adjudicative facts" ส่วนข้อเท็จจริงที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของการกำหนดปรับใช้กฎหมาย หรือนโยบายหรือพฤติกรรมแห่งดุลพินิจ เรียกว่า "Legislative facts"

F.A. Hayek ได้อธิบายว่า "ดุลพินิจ" (Discretion) นั้นมีสองลักษณะด้วยกันคือ²

(1) อำนาจในการวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายบริหารที่องค์กรนิติบัญญัติกำหนดให้ใช้ภายใต้มาตรฐานทางกฎหมาย

(2) อำนาจในการวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายบริหารที่ใช้โดยเสรีโดยไม่มีมาตรฐานทางกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้

กล่าวโดยสรุป คำว่า "ดุลพินิจ" หมายถึงการวินิจฉัยคดีตามที่เห็นสมควรซึ่งเป็นอำนาจของศาลหรือฝ่ายบริหาร ที่วินิจฉัยภายใต้ขอบเขตกฎหมายหรือวินิจฉัยไปโดยเสรีไม่มีขอบเขต

4.3.1.2 วิธีการควบคุมการใช้ดุลพินิจ

ดุลพินิจยุติธรรมที่แท้จริงนั้นนอกจากจะต้องมีขอบเขต โครงสร้าง และกฎเกณฑ์ชี้แนะในการใช้ดุลพินิจแล้ว เพื่อให้ผสมกับความยุติธรรม จะต้องมีการควบคุมการใช้ดุลพินิจเพื่อเหตุผลสำคัญคือป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดและไม่ยุติธรรม วิธีการควบคุมดุลพินิจมีดังนี้คือ³

1. การร้องอุทธรณ์ฎีกายังศาลสูง การร้องคัดค้านการใช้ดุลพินิจหรือคำวินิจฉัยโดยวิธีการร้องอุทธรณ์หรือฎีกาไปยังศาลสูงนี้ เป็นวิธีการที่มีประวัติพื้นฐานและความเป็นมาที่เก่าแก่อย่างหนึ่งโดยเปิดโอกาสหรือจำกัดบางโอกาสให้ร้องคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลล่าง

1 นพพร โพธิ์ริงลียากร, "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ", หน้า 6-7.

2 รองพล เจริญพันธ์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523), หน้า 11.

3 นพพร โพธิ์ริงลียากร, "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ", หน้า 35-38.

2. กำหนดผู้ใช้ดุลพินิจมากมาย การทบทวนดุลพินิจนั้นมีใช้มีแต่เพียงการให้องค์กรอื่น นอกเหนือจากองค์กรผู้ใช้ดุลพินิจเป็นผู้ทบทวนเท่านั้น แต่โดยที่แท้จริงแล้ว การทบทวนหรือการควบคุม การใช้ดุลพินิจ อาจมาจากในหมู่คณะขององค์กรที่ใช้ดุลพินิจนั่นเอง โดยการกำหนดให้มีองค์คณะในการพิจารณาใช้ดุลพินิจจำนวนมากมาย เช่น กำหนดให้คณะลูกขุน (jury) มีจำนวน 12 นาย ย่อมให้ผลดีกว่าลูกขุนนายเดียว เพราะสามารถควบคุมทบทวนซึ่งกันและกันในจุดอ่อน อารมณ์และแนวความคิด เห็น ผู้พิพากษา 3 นายย่อมดีกว่าผู้พิพากษานายเดียวด้วยเหตุผล เช่นเดียวกัน

4.3.2 กฎหมายให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจ

ในการกำหนดค่าเสียหายทางละเมิด แม้ใจทุกไม่สามารถนำสืบถึงจำนวนค่าเสียหายได้ กฎหมายให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโดยให้พิจารณาถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

ประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้ของสวิส มาตรา 42(2) บัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า

"where the exact amount of the damage cannot be proved, the judge shall fix the damages equitably according to the circumstances"¹

บทบัญญัติ มาตรา 42(2) มีสาระสำคัญว่า "เมื่อจำนวนค่าเสียหายไม่สามารถพิสูจน์ได้ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์ (circumstances) ที่เกิดขึ้น"

ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา 2056(2) บัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า

"The damage arising from loss of earnings shall be equitably estimated by the judge according to the circumstances of the case"²

บทบัญญัติมาตรา 2056(2) มีสาระสำคัญว่า "ความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการขาดรายได้ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้ตามพฤติการณ์ของคดี"

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 บัญญัติว่า "ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด"

1 Ivy Williams, The Sources of Law in the Swiss Civil Code, p.117.

2 Mario Beltramo, Giovanni E. Longo and John Henry Merryman, Italian Civil Code, p.505.

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 438 นี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายให้อำนาจศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่าผู้กระทำละเมิดจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนสถานใดและเพียงใด กล่าวคือกฎหมายให้ศาลกำหนดความเสียหายก่อนว่ามีมากน้อยเพียงใด กฎหมายไม่ได้ยินยอมให้คู่กรณีกำหนดค่าเสียหายกันเอง ทั้งนี้เพราะถ้าผู้เสียหาย เป็นผู้กำหนดก็ย่อมกำหนดไปในทางที่ตนได้เปรียบ ซึ่งย่อมเป็นทางให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหายเปรียบได้ กฎหมายจึงบัญญัติให้ศาลซึ่งเป็นคนกลางเป็นผู้วินิจฉัยเป็นเรื่อง ๆ ไปว่าความเสียหายอย่างไรควรได้รับการชดเชยอย่างไรและเพียงใด

การที่กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดก็โดยเหตุผลที่ว่า

- (1) ในบางกรณีสภาพของความเสียหายเป็นการยากที่จะพิสูจน์ความเสียหายนั้น
- (2) ความเสียหายนั้นแม้จะพิสูจน์ได้ก็จะต้องเสียค่าใช้จ่ายมากมายเกินสมควร
- (3) การพิสูจน์ความเสียหายบางกรณี อาจทำให้ผู้นำสืบได้รับความเสียหายอย่างอื่น เช่น อาจเป็นการเปิดเผยความลับในทางธุรกิจหรือเปิดเผยชื่อของผู้เคยทำกิจธุระด้วยกันซึ่งเป็นการไม่สมควรที่จะบังคับให้ผู้เสียหายต้องกระทำเช่นนั้น

ในกรณีที่กล่าวมานี้ถ้าศาลบังคับให้ผู้เสียหายต้องนำสืบแล้ว ผู้เสียหายก็จะไม่ดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อไป ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองทางศาล¹

4.3.3 การกำหนดค่าเสียหาย

ในสมัยโรมัน รากฐานและโครงสร้างของละเมิดปรากฏอยู่ในสองบทของ Lex Aquilia บทที่หนึ่งว่าด้วยการฆ่าทาสและฆ่าวัวควาย การกำหนดโทษโดยการให้ค่าสินไหมทดแทนให้คำนวณจากมูลค่าสูงสุดของทาสหรือสัตว์ที่มีอยู่ในปีหนึ่งก่อนถูกฆ่า

กรณีการทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินสมบัติของบุคคลอื่นโดยการ "เผา, การทำให้แตกหัก, การทำลาย" การคำนวณค่าสินไหมทดแทนในกรณีนี้ให้คิดจากราคาที่สูงสุดใน 30 วันสุดท้ายที่ผ่านมา²

กรณีความผิดฐานลักทรัพย์จำนวนค่าเสียหายที่กำหนดให้แตกต่างกันขึ้นอยู่กับสิทธิของโจทก์ และลักษณะการกระทำผิด กล่าวคือ ถ้าโจทก์ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์ จำนวนค่าเสียหายที่จะได้รับให้คำนวณเสมือนหนึ่งว่าทรัพย์นั้นไม่ได้ถูกขโมย แต่ถ้าโจทก์เป็นเจ้าของการคำนวณค่าเสียหายให้คิดจากราคาสูงสุดในเวลาทรัพย์ถูกขโมย³

1 วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ลากมิควรได้, หน้า 188-189.

2 สุรศักดิ์ มีมิตร, "ปริบทของความรับผิดทางละเมิดในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์", หน้า 24.

3 Henry John Roby, Roman Private Law, p.209.

ตามประวัติศาสตร์กฎหมายไทย กฎหมายลักษณะกรมศักดิ์ บทที่ 21 มีความว่า "ราษฎรหาความแก่กันด้วยเนื้อความประการใด ๆ ก็ดี จะปรับผู้แพ้นั้น ถ้าหากันมีทุนทรัพย์ ให้เอาทุนทรัพย์ตั้งใหม่ ถ้าหาทุนทรัพย์มิได้ ให้เอารูปความนั้นตั้งใหม่" เช่นในกรณีลักทรัพย์ การคำนวณสินไหมจะต้องถือเอามูลค่าของทรัพย์ที่ถูกลักเป็น เกณฑ์สำหรับคำนวณ ในกรณีทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ สินไหมจะต้องคำนวณโดยพิเคราะห์ถึงความบาดเจ็บมากหรือน้อยที่ได้รับและศักดิ์ของผู้ต้องบาดเจ็บ

ที่ว่าสินไหมเป็นจำนวนเงินเพื่อทดแทนความเสียหายซึ่งเกิดจากการละเมิดนั้น ความจริงสินไหมหาได้เป็นแค่เพียงค่าทดแทนความเสียหายเท่านั้นไม่ ตามธรรมดาสินไหมมักจะ เป็นเงินซึ่งมีจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายอันเกิดขึ้นจริง อย่างไรก็ตามตามสภาพเดิม สินไหมเป็นจำนวนเงินซึ่งผู้ถูกละเมิดยอมรับแทนที่จะใช้สิทธิแก้แค้นลงโทษแก่ผู้ทำละเมิด และก็เป็นธรรมดาอยู่เองเพื่อเป็นการตอบแทนที่คนสละสิทธิแก้แค้น, ผู้เสียหายย่อมจะเรียกเอาค่าไถ่โทษให้เป็นจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายที่ได้รับจริง จำนวนของสินไหมที่เรียกเอาในกรณี ละเมิดต่าง ๆ นี้ ในเวลาต่อมาก็ค่อย ๆ ดั้งขึ้นเป็นอัตราที่แน่นอนโดยจารีตประเพณี และอัตรานี้ ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรใช้เป็นกฎหมาย แต่อัตราของสินไหมนี้แม้ในเวลาที้ออกเป็นกฎหมาย แล้ว ก็ยังมีลักษณะเป็นค่าไถ่โทษเหมือนสมัยดั้งเดิมอยู่อีก คือสินไหมย่อมมีจำนวนสูงกว่ามูลค่าของ ความเสียหายดังกล่าวแล้ว ในการที่จำนวนสินไหมเกินค่าเสียหายเลยไปนั้น ก็ถือได้ว่าสินไหมนี้ เป็นโทษที่ใช้ลงแก่ผู้ทำละเมิด

กล่าวโดยสรุป วิธีกำหนดจำนวนสินไหมหรือเงินปรับนี้ สมัยโบราณกำหนดโดยใช้สอง วิธีต่างกันคือ บางกรณีกฎหมายวางจำนวนไว้แน่นอนตายตัวก่อนแล้ว หรือมิฉะนั้นก็เป็นจำนวนที่อาจ เปลี่ยนแปลงได้มากน้อยต่าง ๆ กัน ตามแต่องค์ประกอบต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดเป็นการละเมิดขึ้น แต่ โดยทั่วไปแล้วจำนวนสินไหมเหล่านี้กฎหมายได้กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วตามที่กล่าวนี้ได้แก่วิธีปรับไหม ตามอัตราพิกัด ซึ่งสันนิษฐานว่าเป็นวิธีเดิม และบางทีก็ปรากฏมีอีกวิธีหนึ่งคือจำนวนสินไหมเปลี่ยน ไปตามรูปเรื่องของการละเมิดเป็นราย ๆ สุดแต่มูลค่าของความเสียหายอันเกิดขึ้นแท้จริง ตามวิธีนี้ จึงต้องปฏิบัติเหมือนดังในกฎหมายปัจจุบันนี้ คือต้องเริ่มด้วยการคำนวณความเสียหายก่อนที่จะสามารถ วางกำหนดจำนวนสินไหมได้ วิธีนี้น่าสันนิษฐานว่าเป็นวิธีที่เกิดขึ้นภายหลังวิธีตั้งอัตราพิกัด¹

1 ร. แลงกาดี, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมาย เอกชน), หน้า 107-109.

เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้น กฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของศาลในการกำหนด ทั้งนี้ศาลต้องคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

4.3.3.1 กำหนดตามพฤติการณ์แห่งละเมิด (circumstances of fault)

การที่กฎหมายให้ศาลวินิจฉัยตามพฤติการณ์ (circumstances) แห่งละเมิด นั้นก็เพราะในการทำละเมิดแต่ละรายอาจมีเหตุอันก่อให้เกิดความเสียหายได้หลายเหตุรวมกันอยู่ เหตุเหล่านี้ย่อมต้องนำมาคำนึงในการวินิจฉัยกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบ ไม่ใช่แต่จะพิจารณาเฉพาะความผิดของผู้กระทำละเมิดอย่างเดียว¹

เมื่อเกิดการกระทำความผิดโดยละเมิดขึ้นและผลที่ตามมาคือความเสียหายแล้ว ในบางกรณีความเสียหายมิได้เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว ผลแห่งความเสียหายอาจเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งศาลจะต้องวินิจฉัยว่าฝ่ายใดควรจะต้องรับผิดชอบจากผลแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น และนับเป็นข้อยุ่งยากสำหรับศาลมิใช่น้อย เพราะในบางกรณีผู้ที่ประมาทเลินเล่อก่อนต้องรับผิดชอบ แต่บางกรณีฝ่ายที่ประมาทเลินเล่อในภายหลังต้องรับผิดชอบหรืออาจจะต้องรับผิดชอบด้วยกัน เมื่อได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อทั้งสองฝ่ายก็ได้ นอกจากนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายด้วยก็ได้ และการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำโดยละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ในบางกรณีก็ไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นข้อปฏิเสธความรับผิดชอบได้เสมอไป ดังจะกล่าวเป็นลำดับไป

4.3.3.1.1 ผู้เสียหายมีส่วนประมาทอยู่ด้วย

ในกรณีที่ความเสียหายของโจทก์เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย และโจทก์เองก็มีส่วนประมาทเลินเล่อด้วยตามกฎหมาย Common Law โจทก์ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหาย (the plaintiff can recover nothing) หลักนี้เรียกว่า "Contributory negligence"

หลักดังกล่าวเริ่มใช้ในต้นศตวรรษที่ 19 ในคดีระหว่าง Butterfield V. Forrester (1809) ซึ่งข้อเท็จจริงได้ความว่า A เอาเสามาวางเกะกะกีดขวางถนนไว้ B ขับรถมา

1 ไพจิตร บุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด,

ด้วยความเร็วและได้ชนเสาล้มลงได้รับบาดเจ็บ เสาซึ่งนำมาวางไว้นั้นสามารถมองเห็นได้
ในระยะ 100 หลา ดังนี้ A ไม่ต้องรับผิดชอบ B

ท่านผู้พิพากษา Bayley กล่าวว่า "ถ้าหากว่าเขาได้ใช้ความระมัดระวังตาม
สมควรแล้วเขาจะต้องเห็นเสาที่วางกีดขวางถนนนั้น ดังนั้น อุบัติเหตุที่เกิดขึ้นเกิดจากความผิด
ของเขาด้วย"¹

จากคดีดังกล่าว การที่โจทก์มีส่วนประมาทเลินเล่อนั้นถือว่าเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย
อย่างหนึ่ง ดังนั้น เพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงข้อต่อสู้ดังกล่าว จำเลยต้องพิสูจน์ดังนี้²

1. ความเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลจากการเข้าเสี่ยงซึ่งเกิดจากความประมาทของ
โจทก์
2. ความประมาทของโจทก์มีส่วนทำให้เขาเสียหาย
3. โจทก์มีส่วนในความผิด (fault) หรือ ความประมาทเลินเล่อ (negligence)
ด้วย

ปัญหาเกี่ยวกับ contributory negligence ไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การล่งสิทธิผิด
หน้าที่ (breach of duty) ระหว่างโจทก์และจำเลย หลักดังกล่าวนี้เป็นข้อยกเว้นหลัก
ทั่วไปที่ว่า การกระทำของโจทก์ที่มีส่วนประมาทถูกพิจารณาเช่นเดียวกับการกระทำของจำเลยที่
ประมาทเลินเล่อ กล่าวอีกนัยหนึ่ง contributory negligence เป็นประธาน (subjective)
ในขณะที่ประมาทก่อน (primary negligence) เป็นกรรม (objective)³

หลัก contributory negligence มีข้อยกเว้นอยู่ในเรื่องเรือชนกันในห้อง
ทะเลหลวงซึ่ง Maritime Conventions Act, 1911 มาตรา 1 บัญญัติว่า "ถ้าความ
เสียหายเกิดขึ้นแก่เรือสินค้าหรือทรัพย์สินบนเรือ เพราะความผิดของเรือสองลำหรือมากกว่านั้น
ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเฉลี่ยความรับผิดชอบในระหว่างเรือที่ผิดนั้นตามความร้ายแรงแห่ง
ความผิดของคน แต่ถ้าเป็นการพันวิสัยที่จะหยั่งรู้ถึงความร้ายแรงแห่งความผิดนั้น ก็ให้เฉลี่ยความ
เสียหายไปเท่า ๆ กัน"⁴

1 J.A. Jolowicz, T.Ellis Lewis and D.M. Harris, Winfield and Jolowicz on Tort, p.106.

2 Harry Street, The Law of Torts, p.152.

3 R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts, p.696.

4 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", หน้า 285.

การที่ผู้เสียหายมีส่วนประมาทอยู่ด้วยดังกล่าวข้างต้นนั้นตาม Common Law จำเลยย่อมยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีละเมิดได้เสมอโดยไม่จำเป็นต้องเป็นละเมิดชนิดใด แต่ยังมีข้อต่อสู้อีกชนิดหนึ่งซึ่งเรียกว่า Avoidable consequence คือ ข้อต่อสู้ที่ว่าผู้เสียหายควรจะปิดเป่าบรรเทาค่าเสียหายได้ ถ้าปฏิบัติการด้วยความระมัดระวังพอสมควร เช่น ก.ถูกรถยนต์ชนเพราะความผิดของคนขับ ก.มีบาดเจ็บที่เท้าเพียงเล็กน้อย ถ้า ก.ให้แพทย์รักษาเสียก็จะหายได้ใน 15 วัน แต่ก.ปล่อยปละละเลยไม่ยอมรับการรักษา จนเป็นเหตุให้เชื้อโรคอย่างอื่นเข้าแผล และต้องตัดขาในที่สุด ก.จะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่ถูกตัดขามีได้ คงเรียกได้แต่เพียงค่าสินไหมทดแทนที่มีบาดเจ็บเท่านั้น

ข้อแตกต่างระหว่างข้อต่อสู้ contributory negligence และ avoidable consequence อยู่ที่ข้อต่อสู้ประการแรกเกิดจากความประมาทของโจทก์ก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้น แต่ข้อต่อสู้ประการหลังเกิดจากความประมาทของโจทก์เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว โดยโจทก์ไม่พยายามจะปิดเป่าความเสียหายในเมื่อความเสียหายนั้นอาจจะหลีกเลี่ยงได้ และข้อต่อสู้ประการแรกถ้าฟังได้จำเลยไม่ต้องรับผิด แต่ข้อต่อสู้ประการหลังจำเลยไม่ต้องรับผิด เฉพาะค่าเสียหายที่อาจจะปิดเป่าหรือหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น¹

ตามกฎหมายอเมริกา ในการฟ้องคดีละเมิดโดยประมาทเล็กน้อยมีข้อต่อสู้ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอยู่ 2 ประการ คือ การที่ผู้เสียหายมีส่วนประมาทด้วย (contributory negligence) และการรับที่จะเสี่ยงภัย (assumption of risk) ข้อต่อสู้ทั้งสองประการนี้ใช้เพื่อประโยชน์ของจำเลยอย่างไรก็ตามโดยทั่วไปในการอ้างข้อต่อสู้ทั้งสองประการนี้ในคดีละเมิดจะต้องพิสูจน์ให้เห็นจริงตามข้อต่อสู้ ศาลส่วนใหญ่ในอเมริกาถือว่าภาระการพิสูจน์ถึง contributory negligence ของโจทก์ตกแก่จำเลย²

มีทฤษฎีเป็นจำนวนมากได้อ้างเหตุผลในการอธิบายถึงข้อต่อสู้ contributory negligence เช่น หลักนี้เป็นพื้นฐานการลงโทษ (penal basis) และ การที่โจทก์ถูกปฏิเสธในการได้รับชดเชยค่าเสียหาย ถือได้ว่าเป็นการลงโทษเขาสำหรับความผิดที่ได้กระทำไป (misconduct) บางทฤษฎีเห็นว่าโจทก์ไม่ควรได้รับค่าเสียหายโดยเหตุผลที่ว่าโจทก์ควรมาศาลด้วยมือสะอาด (the plaintiff is required to come into court with "clean hands")³

1 เรื่องเดียวกัน, หน้า 286.

2 William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p.426.

3 Ibid, p.427.

หลัก contributory negligence การที่ผู้เสียหายมีส่วนประมาทอยู่ด้วย จำเลยย่อมยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้เสมอ และถ้าฟังได้ จำเลยก็ไม่ต้องรับผิดเช่นกัน

โดยที่หลัก เรื่องผู้เสียหายมีส่วนประมาทอยู่ด้วยดังกล่าวข้างต้นยังไม่อาจถือได้ว่า ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี เพราะบางครั้งความประมาทของผู้เสียหายมิใช่สาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็เรียกร้องค่าเสียหายมิได้ ทั้ง ๆ ที่ผู้เสียหายเป็นฝ่ายต้องเสียหายอยู่มาก ดังนั้นศาลทั้งในอังกฤษและอเมริกาจึงผ่อนคลายนโยบายไปใช้หลักโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายว่าเป็นของฝ่ายใดแทน หลักนี้ทางอังกฤษเรียกว่า The Doctrine of Last Opportunity และทางอเมริกาเรียกว่า The Doctrine of Last clear chance

หลักโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายนี้ถือว่าถ้าฝ่ายใดเป็นฝ่ายสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ และไม่หลีกเลี่ยงแล้ว ฝ่ายนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้

กล่าวโดยสรุปก็คือฝ่ายใดเป็นฝ่ายที่ทำให้เกิดความเสียหาย ฝ่ายนั้นจะต้องรับผิด¹

ตัวอย่าง เช่น คดีระหว่าง Davies V. Mann (1842) ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์ประมาทเลน เลื่อ ปล่อยให้ลาเดินไปมาในถนนหลวง (highway) จำเลยขับรถมาด้วยความเร็วปกติชนลาถึงแก่ความตาย ถ้าจำเลยใช้ความระมัดระวัง เขาก็สามารถหลีกเลี่ยงจากอุบัติเหตุได้ แต่ปรากฏว่าเขาขับรถเร็วเกินไป ศาลตัดสินว่า แม้ว่าโจทก์จะประมาทเลน เลื่อ ก็ตาม แต่โจทก์ยังได้รับชดใช้ค่าเสียหายเพราะเหตุที่ว่า จำเลยยังสามารถที่จะหลีกเลี่ยงผลที่เกิดจากความประมาทเลน เลื่อได้ ถ้าหาก เขาใช้ความระมัดระวังตามควร²

ในการพิจารณาเห็นว่าฝ่ายใดมีโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายนั้น ต้องคำนึงถึงระยะเวลา สถานที่หรือพฤติการณ์ต่าง ๆ ระหว่างความประมาทของโจทก์และของจำเลย ประกอบด้วยว่าสิ่ง เหล่านั้นทำให้ความประมาทของจำเลย เป็นสาเหตุเดียว เท่านั้น หรือมิใช่ที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ถ้าใช่จำเลยต้องรับผิดฝ่ายเดียวถ้าไม่ใช่ กล่าวคือความประมาทของโจทก์ก็มีส่วนทำให้เกิดความเสียหายขึ้นด้วย ตามหลัก Common Law โจทก์ก็เรียกร้องค่าเสียหายมิได้

1 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", หน้า 286-287.

2 Harry Street, The Law of Torts, p.153.

ตัวอย่างเช่นคดีระหว่าง Swadling V. Cooper (1931) จำเลยขับรถด้วยความเร็วผิดปกติมาตามถนนหลวง และได้ชนโจทก์ซึ่งขับขีรถจักรยานยนต์ตรงทางแยกเล็ก ๆ ถึงแก่ความตาย โดยโจทก์ผู้ขับขีรถจักรยานยนต์ได้ขับรถออกมาจากทางแยกข้างถนนนั้นโดยมิได้ให้เสียงสัญญาณก่อน ดังนี้ ถือว่าจำเลยไม่ต้องรับผิด เพราะระยะเวลาที่จำเลยสามารถเห็นรถจักรยานยนต์ได้ก่อนชนมีเพียงวินาทีเดียวเท่านั้น จึงถือว่าความตายเกิดจากความประมาทของโจทก์เอง¹

นอกจากนี้ไม่เพียงแต่จะถือว่าฝ่ายใดมีโอกาสสุดท้ายจริง ๆ ที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายได้เท่านั้น หากยังถือต่อไปว่า ถ้าฝ่ายใดควรจะมีโอกาสสุดท้าย แต่เนื่องจากความประมาทของตนจึงทำให้ไม่มีโอกาสสุดท้าย เช่นนั้นขึ้น ก็ต้องถือว่าผู้นั้นมีโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงได้ จึงต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ตัวอย่างเช่นคดีระหว่าง British Columbia Electric Ry. V. Loach (1916) ข้อเท็จจริงได้ความว่า ก. กับ ข. นั่งรถม้ามาด้วยกัน และด้วยความประมาทของคนทั้งสอง รถม้าจึงวิ่งตัดหน้ารถไฟตรงทางข้ามซึ่งกำลังวิ่งมาในอัตราความเร็ว 35-40 ไมล์ต่อชั่วโมง ผู้ขับรถไฟเห็นรถม้าในในระยะ 400 ฟุต ได้ใช้ห้ามล้อทันที ถ้าห้ามล้อดีรถไฟจะหยุดได้ในระยะ 300 ฟุต แต่เนื่องจากห้ามล้อไม่ดี รถไฟจึงชนรถม้าเข้าเป็นเหตุให้ ก. ถึงแก่ความตาย Privy Council วินิจฉัยว่าบริษัทรถไฟต้องรับผิด เพราะแม้ว่าผู้ขับรถไฟจะมีได้ทำการอย่างใดอันเป็นความประมาทต่อจากความประมาทของ ก. ก็ตาม แต่ถือว่าเนื่องจากความประมาทของบริษัทรถไฟที่นำรถซึ่งมีห้ามล้อไม่ดีมาวิ่งอันเป็นความประมาทที่มีมาก่อนความประมาทของ ก. จึงทำให้ผู้ขับรถไฟไม่สามารถหลีกเลี่ยงความเสียหายไปได้ แม้ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากความประมาทของ ก. อยู่ด้วย²

หลัก เรื่องโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอันมาก เพราะมิได้ให้ความเป็นธรรม ดังนั้นรัฐสภาของอังกฤษจึงได้ออกพระราชบัญญัติมาฉบับหนึ่งชื่อว่า Law Reform (Contributory Negligence) Act, 1945 ยกเลิกหลัก Common Law ที่ว่าถ้าโจทก์มีส่วนประมาทในการก่อให้เกิดความเสียหายอยู่ด้วยแล้ว โจทก์จะเรียกค่าเสียหายไม่ได้ โดยเปลี่ยนเป็นว่าแม้โจทก์จะมีส่วนประมาทในความเสียหายด้วยก็ยังมีสิทธิได้รับค่าเสียหายอยู่ เพียงแต่ค่าเสียหายลดลงมาตามส่วน ดังจะเห็นได้จากมาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า "Where any

1 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", หน้า 287.

2 เรื่องเดียวกัน, หน้า 289.

person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person, a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such an extent as the court thinks just and equitable having regard to the plaintiff's share in the responsibility for the damage"¹

มาตรา 1 มีสาระสำคัญว่า "เมื่อบุคคลใดได้รับความเสียหายเนื่องจากความผิดของคนและเนื่องจากความผิดของผู้อื่นด้วย สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจะไม่ถูกลบลงไปเพราะเหตุที่ตนมีส่วนผิดด้วย แต่ค่าเสียหายที่จะได้รับนั้นจำต้องลดลงตามส่วนที่ศาลเห็นสมควรและยุติธรรม โดยถือตามส่วนที่โจทก์เป็นผู้ผิดในความเสียหายนั้นด้วย"

ในการกำหนดค่าเสียหายนั้น หากปรากฏว่าเพราะความประมาทของจำเลยจึงทำให้โจทก์ตกอยู่ในภาวะอันตรายโดยฉุกเฉิน และโจทก์ได้กระทำการอย่างใดลงไปเพื่อความปลอดภัยของคนซึ่งแม้จะปรากฏต่อมาว่าการกระทำเช่นนั้นไม่ถูกต้องก็ตาม ถ้าโจทก์ได้กระทำไปเพราะเห็นว่าอันตรายอาจจะเกิดขึ้นดังที่ตนคิดไว้ได้ และถ้าการกระทำเช่นนั้นมิเหตุสมควร ก็ไม่ถือว่าโจทก์มีส่วนประมาทอยู่ด้วย ในกรณีเช่นนี้จำเลยจึงต้องรับผิดชอบแต่ผู้เดียว

ตัวอย่างเช่น คดีระหว่าง Jones V. Boyce (1816) ข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์เป็นผู้โดยสารในรถม้า ปรากฏว่ารถไอออนเอนท่าทำจะคว่ำลง จึงได้กระโดดลงมาจากรถม้า ขาหัก แม้ในที่สุดรถม้าจะมีได้พลิกคว่ำลงอย่างที่โจทก์ก็คิด ก็ยังคงถือว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในการที่โจทก์ขาหัก ไม่ถือว่าโจทก์มีส่วนประมาทด้วย (contributory negligence)²

โดยที่ Law Reform (Contributory Negligent) Act, 1945 ถือว่าแม้โจทก์จะมีส่วนประมาทในความเสียหายอยู่ด้วย ก็ยังมีสิทธิได้รับค่าเสียหายอยู่ เพียงแต่ค่าเสียหายลดลงตามส่วนแห่งความประมาทของคนที่ทำให้เกิดความเสียหายเท่านั้น ฉะนั้น จึงถือว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ยกเลิกหลักการเรื่องโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายไปในตัว เพราะเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความประมาททั้งสองฝ่ายแล้ว ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ แต่จะมากน้อยเพียงใดหรือมิได้เลยก็สุดแล้วแต่ความประมาทของคน

1 Philip S. James, General Principles of the Law of Torts, pp. 74-75.

2 Harry Street, The Law of Torts, p. 158.

คดีที่ตัดสินภายหลังจากพระราชบัญญัติฉบับนี้มีหลายคดี เช่น คดีระหว่าง Sayers V. Harlow Urban District Council (1958) ข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์ซึ่งเป็นสตรีได้เข้าสวมสาธารณะของจำเลย เมื่อหยอดเหรียญเพนนีที่ช่องประตูแล้วก็บิดลูกบิดประตูเข้าไป และบิดประตู ปรากฏว่าลูกบิดประตูข้างในหลุดอยู่ทำให้เปิดประตูออกมาไม่ได้ โจทก์พยายามส่งเสียงให้คนช่วยอยู่นานประมาณ 10-15 นาทีแต่ไม่ได้ผล โจทก์จึงปีนขึ้นไปบนส้วมและใช้มือยึดท่อน้ำและประตู เพื่อจะโหนตัวออกจากช่องเหนือประตู แต่โหนขึ้นไม่ไหวโจทก์จึงลงมา เผอิญเท้าที่เหยียบล้อใส่กระดาษชำระสั้น โจทก์จึงทกล้มมีบาดเจ็บ และได้ฟ้องจำเลย เรียกค่าเสียหาย ศาลชั้นต้นไม่ให้ค่าเสียหาย อ้างว่าความเสียหายไกลต่อเหตุ ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าจำเลยประมาท และความเสียหายเป็นผลธรรมดาที่ย่อมจะเกิดขึ้นได้ การที่โจทก์ปีนส้วมเพื่อหาทางออกเป็นการกระทำอันสมควร แต่โจทก์ประมาทอยู่ด้วยที่ไปเหยียบล้อใส่กระดาษซึ่งไม่ใช่สิ่งมั่นคง เข้าศาลจึงลดค่าเสียหายลงหนึ่งในสี่¹

คดีระหว่าง O'Connell V. Jackson (1971) ข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัสจากการถูกชนตกจากรถสามล้อ เครื่องโดยการขับรถอย่างประมาท เลิน เล่อของจำเลย ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายทั้งหมดที่โจทก์ได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของจำเลยและเหตุที่จะอุทธรณ์มีเพียงประการเดียวคือ ปัญหาที่ว่า การที่โจทก์ละเลยไม่สวมหมวกกันน็อค เป็นการละเมิดร่วม (contributory negligence) หรือไม่ ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าเป็นการละเมิดร่วม โดยให้เหตุผลว่าผู้เสียหายควรจะคาดเห็นถึงความน่าจะเป็นไปได้ที่ผู้เสียหายจะต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับอุบัติเหตุ แม้ว่าตนเองจะขับรถด้วยความระมัดระวังอย่างเต็มที่ก็ตาม และเป็นการสมควรที่จะคาดว่าตนควรจะต้องสวมหมวกกันน็อค เพื่อลดความเสี่ยงจากการบาดเจ็บสาหัสที่จะบังเกิดแก่ตน โดยที่มีได้ปฏิบัติดังกล่าวผู้เสียหายได้เพิ่มความบาดเจ็บของตนให้มากขึ้น จึงควรที่จะลดค่าสินไหมทดแทนลง 15 เปอร์เซ็นต์²

คดีระหว่าง Owens V. Brimmell (1976) ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์จำเลย เป็นเพื่อนกัน เคยออกไปร่วมดื่มสุราและกลับบ้านด้วยกันโดย โจทก์อาศัยรถยนต์จำเลยกลับบ้านครั้งคืนเกิด เหตุทั้งคู่ดื่ม เบียร์คนละประมาณ 4-5 ขวด แล้วพากันกลับบ้าน ระหว่างทางจำเลยขับรถขึ้นไปบนทางเท้าชนเสาไฟฟ้าเป็นเหตุให้โจทก์ซึ่งโดยสารไปด้วยได้รับบาดเจ็บสาหัส จำเลยรับว่า

1 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", หน้า 289-290.

2 ประสบสุข บุญเดช, "ผู้เสียหายมีส่วนทำความผิดที่ไม่สวมหมวกกันน็อคหรือคาดเข็มขัดนิรภัย", ตุลาการ ปีที่ 23 เล่ม 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม, 2519): 28.

เหตุเกิดเพราะความประมาทของคนแต่ต่อสู้ว่าโจทก์ก็มีส่วนประมาทอยู่ด้วยที่โดยสารไปในรถ
ทั้ง ๆ ที่รู้อยู่แล้วว่าความสามารถในการขับรถยนต์ของจำเลยได้ลดน้อยลงไปเนื่องจากปริมาณ
ของอัลกอฮอล์ที่จำเลยบริโภคกับโจทก์ในคืนนั้น

ศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษโดยท่านผู้พิพากษาวิทคินส์ วินิจฉัยว่า คนโดยสารอาจ
มีส่วนประมาทด้วยหากทราบว่าคนขับรถได้บริโภคอัลกอฮอล์เข้าไปมากถึงขนาดที่น่าจะทำให้
ความสามารถในการขับรถด้วยความระมัดระวังและปลอดภัยลดน้อยลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหาก
ได้ร่วมดื่มกับผู้ที่จะเป็นคนขับรถที่ตนจะโดยสารหลังจากการดื่มนั้นแล้ว ฟังได้ว่าโจทก์มีส่วนร่วม
ประมาทด้วย โดยมีส่วนผิดร้อยละ 20¹

คดีระหว่าง Worsfold V. Howe (1980) ข้อเท็จจริงได้ความว่า จำเลย
ประสงค์จะขับรถออกจากทางโทเพื่อเลี้ยวขวาเข้าสู่ทางเอกไปทางทิศใต้ แต่เนื่องจากการจราจร
ติดขัดมาก รถบรรทุกน้ำมันที่แล่นมาทางทิศเหนือ จึงหยุดเพื่อเว้นช่องว่างพอให้รถของจำเลย
แล่นผ่านออกไปได้ ทั้ง ๆ ที่จำเลยไม่สามารถมองเห็นทางด้านเหนือได้เพราะรถบรรทุกน้ำมัน
บังอยู่ จำเลยจึงค่อย ๆ ออกรถผ่านรถบรรทุกน้ำมันออกไปทีละนิด และเมื่อรถของจำเลยผ่าน
รถบรรทุกน้ำมันไปได้เพียงหนึ่งหรือสองฟุต ก็ถูกชนโดยรถมอเตอร์ไซด์ของโจทก์ ซึ่งแล่นแข่งรถ
บรรทุกน้ำมันขึ้นมา โจทก์ได้รับบาดเจ็บและเรียกร้องค่าเสียหาย ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าโจทก์ขับรถ
มอเตอร์ไซด์มาด้วยความเร็วมาก และเป็นความผิดของโจทก์เอง แต่ในความเห็นของผู้พิพากษานั้น
ผู้กรณีมีส่วนผิดเท่า ๆ กัน แต่ได้ตัดสินไปตามนัยคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษในคดี
Clarke V. Winchurch (1969) 1 All E.R. 275 ซึ่งตัดสินว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดแต่ประการ
ใด

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษโดยท่านผู้พิพากษามีกาบ บราวน์ และไดน์ลัน ตัดสินว่า
ไม่มีหลักกฎหมายแต่ประการใดว่าผู้ขับรถมีสิทธิที่จะขับรถออกมาทีละนิดโดยมองไม่เห็นทางข้างหน้า
คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ยกขึ้นอ้างนั้น เป็นคำตัดสินเฉพาะเรื่อง เป็นพิเศษตามข้อเท็จจริงในคดีนั้น
ซึ่งศาลอุทธรณ์มีอำนาจแก้ไขคำพิพากษาของศาลชั้นต้น แต่ในคดีนี้ ผู้พิพากษาที่หนึ่งพิจารณากล่าวว่า

1 วิสาร พันธนะ, "วงการกฎหมายทั่วไป", ตุลพาท ปีที่ 24 เล่ม 3
(พฤษภาคม-มิถุนายน, 2520) : 119.

คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีส่วนผิดเท่า ๆ กัน ดังนั้น ศาลอุทธรณ์จึงกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์ได้รับเพียงครึ่งหนึ่งของที่ศาลชั้นต้นกำหนดให้¹

ในอเมริกา หลักเรื่องโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายนั้นยังคงยอมรับกันอยู่ โดยศาลส่วนมากถือว่าถ้าโจทก์ไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงความเสียหายได้ เพราะเหตุคนเป็นฝ่ายประมาทก่อน และจำเลยเห็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้นได้ทันทั่วทั้งที่จะหลีกเลี่ยงให้พ้นได้ ถ้าใช้ความระมัดระวังตามสมควร แต่จำเลยก็มีได้กระทำการเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายนั้น จำเลยย่อมรับผิดชอบฝ่ายเดียวหรือถ้าโจทก์อาจจะหลีกเลี่ยงความเสียหายได้ แต่เนื่องจากความไม่เอาใจใส่หรือไม่สนใจของคนจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และจำเลยรู้ถึงความไม่สนใจของโจทก์นั้น ทั้งเห็นอันตรายที่จะเกิดขึ้นนั้นได้ทันทั่วทั้งที่จะหลีกเลี่ยงให้พ้นได้ แต่จำเลยก็มีได้กระทำการหลีกเลี่ยงดังกล่าว จำเลยก็ยังต้องเป็นผู้รับผิดชอบฝ่ายเดียวอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ถ้าโจทก์ไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้เพราะความประมาทของคนและจำเลยก็ไม่อาจจะเห็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้นได้ ศาลบางศาลในอเมริกาก็ยังถือว่าจำเลยจะต้องรับผิดชอบถ้าจำเลยสามารถจะเห็นความเสียหายนั้นได้ทันทั่วทั้งที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายนั้นได้ หากคนใช้ความระมัดระวังตามสมควร

ถ้าเป็นเรื่องที่โจทก์และจำเลย เพียงแต่ขาดความเอาใจใส่หรือสนใจเท่านั้นหรือถ้าเป็นเรื่องที่จำเลยเห็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้หากแต่เพราะความประมาทของคนที่มีอยู่ก่อน แล้วจึงทำให้จำเลยไม่อาจหลีกเลี่ยงความเสียหายนั้นได้ เช่น ก. ขับรถยนต์ไปตามถนน เห็นคนเดินถนนได้ในระยะไกลจึงได้พยายามห้ามล้อ หากแต่ห้ามล้อรถไม่ดีจึงหยุดไม่ทันและชนเข้า ศาลในอเมริกาส่วนมากถือว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ

หลักของอเมริกานี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่นักกฎหมายของอเมริกามาก เพราะศาลส่วนมากถือว่าแม้โจทก์จะประมาท แต่ถ้าจำเลยได้เห็นความเสียหายว่าจะต้องเกิดขึ้นจากความประมาทของโจทก์และสามารถจะหลีกเลี่ยงได้ทัน แต่การที่จำเลยไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้เพราะความประมาทของคนแล้วจำเลยจะต้องรับผิดชอบ ตรงกันข้ามถ้าจำเลยไม่สามารถจะเห็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นไม่ว่าความไม่สามารถจะเห็นนั้นเกิดจากความประมาทของคนหรือเกิดจากความไม่ตั้งใจและไม่สนใจของคนก็ตาม จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ เข้าทำนองที่ว่าผู้ที่ประมาทมากกลับรับผิดชอบน้อยหรือไม่

1 กนก อินทร์ทรัพย์, "วงการกฎหมายทั่วไป", ตุลหาท ปีที่ 27 เล่ม 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม, 2523) : 106.

ต้องรับผิดชอบ เช่น ก. ขับรถยนต์มาด้วยความระมัดระวังและมองดูทางด้านหน้าตลอดเวลา เห็นคนเดินเข้มาข้ามถนนในระยะที่ ก. จะหยุดรถได้ทัน แต่ ก. ตัดสินใจผิดใช้ห้ามล้อเข้าไป จึงชนเข้า ก. ต้องรับผิดชอบ ในกรณีอย่างเดียวกัน ก. ขับรถมาโดยไม่ระมัดระวัง ไม่ค่อยดูทางด้านหน้า จึงไม่มีโอกาสจะเห็นคนที่เดินข้ามถนน และไม่มีโอกาสจะหยุดหรือหลีกเลี่ยงได้จึงชนเข้า หรือเมื่อ ก. เห็นคนเดินข้ามถนนก็ได้พยายามใช้ห้ามล้อแล้วแต่เนื่องจากห้ามล้อไม่ดี จึงชนเข้า ก. ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งสองกรณี

ดังนั้น จะเห็นว่าถ้าถือเอาหลักโอกาสสุดท้ายที่จะหลีกเลี่ยงได้เป็นเกณฑ์วินิจฉัยความรับผิดชอบแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง นักกฎหมายอเมริกาส่วนมากจึงมีความเห็นโน้มเอียงไปในทางที่ว่า ควรจะต้องแบ่งค่าเสียหายกันในระหว่างโจทก์และจำเลย ตามความประมาทเล็กน้อยของแต่ละฝ่ายที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งเรื่องนี้ก็มีกฎหมายอยู่หลายฉบับที่บัญญัติไว้ เช่นนั้นแล้ว เช่น The Federal Employers Liability Act, The Merchant Marine Act และพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการรถไฟ และกรรมกรต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งบัญญัติว่า คนงานที่มีส่วนประมาทอยู่ด้วยมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ แต่ค่าเสียหายให้ลดลงตามส่วนแห่งความประมาทของตน¹

ตามกฎหมายฟิลิปปินส์ สิทธิของโจทก์ที่จะได้รับชดเชยค่าเสียหายขึ้นอยู่กับความประมาทเล็กน้อยของโจทก์เองคงจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งฟิลิปปินส์ มาตรา 2179 ซึ่งบัญญัติว่า "เมื่อความประมาทเล็กน้อยของโจทก์เป็นผลโดยตรงแก่ความเสียหายของเขา เขาไม่มีสิทธิได้รับชดเชยความเสียหาย แต่ถ้าความประมาทเล็กน้อยของเขามีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย และความเสียหายเป็นผลโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการขาดความระมัดระวังของจำเลย โจทก์มีสิทธิได้รับชดเชยความเสียหาย แต่ศาลอาจกำหนดให้น้อยลง"²

กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมาย Common Law หลัก contributory negligence นี้ แม้โจทก์ผู้เสียหายจะมีส่วนประมาทเล็กน้อยอยู่ด้วยก็ตาม โจทก์ก็ยังคงมีสิทธิได้รับค่าเสียหายเพียงแต่ค่าเสียหายลดลงตามส่วนแห่งความประมาทของคนที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น

ในเรื่องการพิจารณาถึง contributory negligence นั้นตกเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องนำสืบ เพราะเหตุที่ว่าเป็นเรื่องข้อต่อสู้ (a matter of defence) ของจำเลย³

1 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", หน้า 290-291.

2 J. Cezar S. Sangco, Philippine Law on Torts and Damages, p.116.

3 Glanville L. Williams, Joint Torts and Contributory Negligence, (London : Stevens and Sons Limited., 1977), p.386; Harry Street, The Law of Torts, p.152; William. L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p.426; Sir Arthur Underhill, A Summary of the Law of Torts, p.196.

Sir Wilfrid Greene M.R. กล่าวไว้ในคดีระหว่าง Stimson V. Standard Telephones & Cables Ltd. (1940) ว่า "ถึงแม้ว่าการกระทำที่สุจริตของจำเลยที่ฟ้องจะแสดงให้เห็นว่าการกระทำของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก็ เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะ พิสูจน์ว่า โจทก์มีส่วนผิดในความประมาทเลินเล่อ นั้นด้วย (the plaintiff was guilty of contributory negligence)¹

ตามกฎหมายเยอรมัน ถ้าจำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่าโจทก์มีส่วนผิดอยู่ด้วยสำหรับ อุบัติเหตุที่เกิดขึ้นไม่ว่ามากกว่าหรือน้อยกว่าก็ตาม ความรับผิดชอบของจำเลยจะเบาบางลงเนื่องจาก โจทก์มีส่วนประมาทสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น²

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 254(1) บัญญัติว่า "If a fault of the person injured has contributed to the harm, the duty of compensation and its extent are dependent upon the circumstances, and in particular the degree to which the harm was caused primarily by one or the other party."³

มาตรา 254(1) มีสาระสำคัญว่า "ถ้าผู้เสียหายมีส่วนก่อความผิดอยู่ด้วยการชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ และความร้ายแรงซึ่งคู่ความคนใดคนหนึ่งก่อความเสียหายขึ้น ก่อน"

ตามกฎหมายเยอรมันจะเห็นได้ว่า การที่โจทก์มีส่วนประมาทอยู่ด้วยเป็นผลให้ศาล กำหนดค่าเสียหายให้น้อยลง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แห่งการละเมิด

ในฝรั่งเศส หลัก contributory negligence ไม่มีบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส แต่ให้อำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายตามอัตราส่วนของความประมาทเลินเล่อ

ศาลฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่า มาตรา 1382 ไม่ได้บัญญัติว่าความรับผิดชอบของจำเลยจะ หดสั้นไปในกรณีที่มีความเสียหายนั้น โจทก์มีส่วนผิดอยู่ด้วย แต่ความประมาทเลินเล่อของโจทก์ เป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งซึ่งจะนำไปใช้ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่เขา⁴

1 Glanville L. Williams, Joint Torts and Contributory Negligence, p.387.

2 Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, German Private and Commercial Law : An Introduction, p.153.

3 K.W. Ryan, An Introduction to the Civil Law, (Sydney : Halstead Press, 1962), p.119.

4 Ibid.

ตามกฎหมายไทย มีบทบัญญัติว่าด้วยการเฉลี่ยค่าสินไหมทดแทนไว้เช่นเดียวกันคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 และมาตรา 223

มาตรา 442 บัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่ง อย่างไม่ได้ของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติมาตรา 223 มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

มาตรา 223 บัญญัติว่า "ถ้าผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้สินจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาท ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อซึ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร"

การกระทำโดยประมาทเส้น เล่อทั้งสองฝ่ายนั้นมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้ศาลได้วินิจฉัยว่าฝ่ายใดจะต้องรับผิดชอบ ดังนั้นศาลจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาวินิจฉัยและศาลฎีกาได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาวินิจฉัยในคำพิพากษาต่อไปนี้ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 933/2472 จำเลยที่ 1 เป็นนายเรื่อนำเรือกลไฟกาอิงเข้าเทียบท่าบอเนียว ไบจักร เรือกลไฟกาอิงพัดเอาน้ำเข้าไปในเรือฉลอมของโจทก์ ซึ่งบรรทุกข้าวสาร จอดอยู่ที่ท่าหน้าสะพานใกล้เคียงกับท่าท่าบอเนียวจมลงเสียหาย 2,000 บาทเศษ โจทก์ฟ้องเรียกให้จำเลยชดใช้

จำเลยสู้คดีว่า โจทก์เป็นฝ่ายผิดเพราะจอดเรือซ้อนลำกันถึง 8 ลำ ผิดพระราชบัญญัติเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 มาตรา 46

ศาลคดีต่างประเทศวินิจฉัยว่า จำเลยเส้นเล่อในภายหลัง ความเสียหายเกิดเพราะจำเลยเส้นเล่อ ต้องรับผิดชอบตามฎีกาที่ 713/2469 ต้องใช้ค่าเสียหาย

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า ถ้าโจทก์ไม่ฝ่าฝืนกฎหมายจอดเรือซ้อนลำออกไปในแม่น้ำแล้ว การโดนกันก็จะไม่เกิดขึ้น จำเลยที่ 1 ไม่ได้ประมาท พิพากษายกฟ้อง

ศาลฎีกาเห็นว่า ที่ศาลอุทธรณ์ฟังว่าจำเลยที่ 1 ไม่ได้ประมาท การฟังข้อเท็จจริงดังนี้ ผิดกับพยานหลักฐานในสำนวน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เรือกาอิงอยู่ห่างท่าราวครึ่งไมล์เห็นแล้วว่าเรือฉลอมจอดกีดขวางอยู่อย่างไร จำเลยรู้ดีว่าการที่จะนำเรือใหญ่เทียบท่าในขณะที่มีเรือเล็ก ๆ จอดลำออกไปในแม่น้ำเกาะกะอยู่เช่นนี้ อาจมีอันตรายเกิดขึ้นได้หลายประการ เพราะจะถือท้ายเรือ

ใหญ่เพื่อหลบหลีกอุปสรรคต่าง ๆ ไม่ได้คล่องแคล่ว นอกจากจะใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุด และจำเลยก็รับว่า รู้สึกเหมือนกันว่าการที่จะนำเรือกายิงเทียบท่าคราวนี้อาจมีอันตรายเกิดขึ้นได้ ทั้งจำเลยรู้อยู่เต็มใจว่ามีเรือลอมตั่ง 30 ลำ ผูกติดมาข้างซ้ายเรือกายิง และรู้ดีด้วยว่าน้ำหนักของเรือลอม เหล่านี้ถ่วงหัวเรือทำให้ถือท้ายไม่ได้สะดวก เมื่อจำเลยรู้แล้วว่าการที่จะนำเรือของคนซึ่งมีน้ำหนักถ่วงหัวเรือเข้าเทียบท่าในเวลามีอุปสรรคต่าง ๆ กีดขวางอยู่นั้น อาจทำความเสียหายให้แก่ผู้อื่น จำเลยยังขืนแล่นเข้าไปโดยอาการอันฝ่าอันตรายดังนี้ กรรมการเห็นว่าจำเลยที่ 1 กระทำโดยประมาท

เหตุที่ทำให้เรือจำเลยโดนเรือโจทก์นั้นหาใช่เพราะการที่โจทก์จอดเรือซ้อนลำลำออกไปในแม่น้ำโดยผิดกฎหมายไม่ เพราะเรือของโจทก์จอดอยู่กับที่และไม่ได้จอดอยู่ที่ท่าบอเนียวจะเป็นเหตุให้โดนกับเรือจำเลยที่แล่นมาไม่ได้

ในกรณีเกิดการเสียหายซึ่งทั้งสองฝ่ายประมาทหรือเลินเล่อด้วยกัน แต่ฝ่ายใดจะต้องรับผิดชอบหรือต้องรับผิดชอบก่อน มีหลักกฎหมายดังนี้

(1) ฝ่ายหนึ่งได้กระทำการประมาทหรือเลินเล่อขึ้นก่อน และเป็นเหตุใกล้ชิดให้อีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงอันตรายที่จะเกิดขึ้น ฝ่ายผู้กระทำการประมาทหรือเลินเล่อก่อนนั้นต้องรับผิดชอบ

(2) ฝ่ายหนึ่งได้กระทำการประมาทเลินเล่อขึ้นก่อน แต่ไม่เป็นเหตุใกล้ชิดที่จะให้เกิดอันตราย ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรตามธรรมดาแล้ว อาจหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดอันตรายขึ้นได้เลย แต่เพราะความประมาทเลินเล่อของฝ่ายนี้ในภายหลัง จึงได้เกิดอันตรายขึ้น ฝ่ายที่กระทำการประมาทหรือเลินเล่อในภายหลังนี้ต้องรับผิดชอบ

(3) ถ้าทั้งสองฝ่ายได้กระทำการประมาทหรือเลินเล่อด้วยกัน และเป็นเหตุใกล้ชิดต่อผลแห่งความอันตรายด้วยกันทั้งสองฝ่ายแล้ว ได้ชื่อว่าทั้งสองฝ่ายต่างผิดด้วยกัน

ตามข้อเท็จจริงและเหตุผลในท้องสำนวนดังกล่าวข้างต้น กรรมการเห็นว่าฝ่ายจำเลยเป็นผู้กระทำการเลินเล่อขึ้นในภายหลังตามหลักกฎหมายในข้อ 2 เพราะการที่โจทก์จอดเรือโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทยนั้น ไม่กระทำให้เกิดผลยิ่งไปกว่าทำให้มีเหตุการณ์ขึ้นอันหนึ่ง ซึ่งย่อมจะไม่ทำให้เกิดเสียหายขึ้นได้เลย นอกจากจำเลยจะได้ทำความเลินเล่อขึ้นในภายหลัง อันเป็นเหตุใกล้ชิดที่ทำให้เรือเกิดโดนกันขึ้น ก็คือการที่จำเลยฝ่าอันตรายโดยรู้อยู่แล้วว่าน่าจะเป็นเหตุอันตรายขึ้น และนำเรือกายิงเข้าเทียบท่าท่าบอเนียว โดยปราศจากความ

ระมัดระวังอันสมควร เพราะฉะนั้นจำเลยจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นแต่ฝ่ายเดียว

คำพิพากษานี้จึงเป็นการวางหลักในกรณีเกิดการเสียหายซึ่งทั้งสองฝ่ายประมาทหรือเลินเล่อด้วยกันว่าฝ่ายใดจะต้องรับผิดชอบหรือมีต้องรับผิดชอบกัน อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 442 และ 223 นี้มิได้หมายความว่า เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นเพราะผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วยผู้เสียหายจะต้องได้รับค่าสินไหมทดแทนโดยเพียงแต่ลดลงตามพฤติการณ์เสมอไป ถ้าศาลเห็นว่าฝ่ายผู้เสียหายเป็นฝ่ายก่อให้เกิดความเสียหายยิ่งกว่าอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว เมื่อศาลพิเคราะห์ตามพฤติการณ์ จะไม่ให้ฝ่ายที่เสียหายได้รับค่าสินไหมทดแทนเลยก็ได้ เช่น

คำพิพากษากฎีกาที่ 463/2503 ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์นำรถยนต์ไปจอดอยู่ทางขวาของถนนตรงทางโค้ง โดยมีได้จุดโคมไฟไว้ในเวลากลางคืน และจอดขวางถนนเข้าไปเกือบถึงกลางถนน โจทก์จอดรถอยู่เช่นนั้นสัก 5 นาที ซึ่งมีเวลาพอที่จะเห็นรถออกไปให้พ้นทางได้แต่ก็มิได้กระทำ รถจำเลยขับมาในอัตราความเร็วสูงจึงชนรถโจทก์ ต่างฝ่ายต่างเสียหาย โจทก์และจำเลยจึงฟ้องและฟ้องแย้ง เรียกค่าสินไหมทดแทนซึ่งกันและกัน

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่อของโจทก์จำเลยด้วยกันทั้งสองฝ่าย กรณีจึงต้องปรับด้วยมาตรา 442 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ กฎหมายให้ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนสูงต่ำตามส่วนแห่งความเสียหายของผู้มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย ความเสียหายที่เกิดในเรื่องนี้ฝ่ายโจทก์ได้รับมากกว่าฝ่ายจำเลยและเป็นความประมาทอย่างมากของฝ่ายโจทก์ เมื่อใคร่ครวญอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาท ศาลฎีกาเห็นว่าค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์จำเลยต่างขอมา ควรให้เป็นพับแก่คนจึงให้ยกฟ้องโจทก์และฟ้องแย้งของจำเลยเสีย

ในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้นจากความประมาทมีข้อที่ควรจะพิจารณาค่าว่าจำเลย เป็นฝ่ายประมาทฝ่ายเดียวหรือไม่ ถ้าใช่ จำเลยก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มที่ ถ้าโจทก์ก็มีส่วนประมาทอยู่ด้วย ในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้น ให้พิเคราะห์ว่าระหว่างความประมาทของโจทก์และของจำเลย ความประมาทของใครที่ก่อให้เกิดความเสียหายยิ่งหย่อนกว่ากัน ถ้าโจทก์ประมาทน้อยกว่า โจทก์ก็ได้รับค่าสินไหมทดแทนไปเป็นส่วนใหญ่ ถ้าจำเลยประมาทน้อยกว่า โจทก์ก็ได้รับค่าสินไหมทดแทนไปน้อย หรืออาจไม่ได้เลย ถ้าทั้งสองฝ่ายประมาทเท่ากันต่างก็ต้องรับผิดชอบเท่า ๆ กัน¹

1 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", หน้า 294.

ความประมาทของโจทก์ที่จะถือว่าเป็นเหตุให้ศาลลดหย่อนค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 442 และ 223 นั้น จะต้องเป็นความประมาทที่มีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้นด้วย ถ้าความประมาทของโจทก์ไม่เกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเลย กล่าวคือไม่ว่าโจทก์จะประมาทหรือไม่ ความเสียหายก็ต้องเกิดขึ้นอยู่ดีแล้ว ศาลย่อมไม่ถือเอาความประมาทของโจทก์มาเป็นเหตุลดหย่อนค่าสินไหมทดแทน เพราะถือไม่ได้ว่าโจทก์มีส่วนทำผิดอยู่ด้วย ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2497 ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์ขับรถมาถึงทางแยกแล้วจะเลี้ยวไปตามถนนสาย ก. จำเลยขับรถแล่นมาจากถนนสาย ก. จะเลี้ยวไปทางถนนที่รถโจทก์แล่นมา แล้วเกิดชนกันขึ้นตรงสี่แยก ได้ความว่ารถของโจทก์ห้ามล้อใช้การไม่ได้ เป็นการฝ่าฝืนกฎจราจร แต่จำเลยก็ขับรถกินทางรถโจทก์ เป็นการผิดกฎจราจรเช่นกัน

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์เป็นฝ่ายเลนเล่อในชั้นค้น จำเลยเป็นฝ่ายเลนเล่อในชั้นหลัง แต่เห็นว่าแม้รถของโจทก์จะมีห้ามล้อซึ่งใช้การได้ โจทก์ก็ไม่สามารถหยุดรถได้ทันที่ เพราะจำเลยเลี้ยวรถปิดทางโจทก์ในระยะใกล้ จำเลยจึงเป็นผู้เลนเล่อจนเป็นเหตุให้รถของโจทก์และรถของจำเลยชนกันขึ้น จำเลยจึงต้องรับผิด

ในกรณีที่โจทก์มีส่วนผิดอยู่ด้วย แต่มีส่วนผิดน้อยกว่าจำเลย ศาลอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนน้อยลง ทั้งนี้อยู่ในดุลพินิจของศาล ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1640/2520 รถจักรยานยนต์กับรถยนต์บรรทุกหินชนกัน โดยรถยนต์ไม่ชะลอความเร็วเมื่อถึงสี่แยก รถจักรยานยนต์ขับเร็วผ่านสี่แยกเป็นฝ่ายประมาทมาก ฝ่ายรถยนต์ก็ยังคงรับผิด แต่มีส่วนผิดน้อยกว่า ศาลพิพากษาให้รับผิด 1 ใน 3 ของความเสียหายของฝ่ายรถจักรยานยนต์ซึ่งผู้ขับถึงตาย

4.3.3.1.2 ความยินยอมของผู้เสียหาย

มีสุภาษิตกฎหมายโรมันอยู่บทหนึ่งว่า Voluntati non fit injuria (That to which a man consents cannot be considered an injury) ซึ่งหมายความว่าถ้าผู้เสียหายสมัครใจยอมเสี่ยงภัยต่อภัยอันตรายหรือความเสียหายใด ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้แล้ว เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตน ก็ย่อมจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายต้องรับผิดชอบหาได้ไม่¹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง "ไม่มีความเสียหายในเมื่อได้กระทำแก่บุคคลที่ให้ความยินยอม" (No injury is done to one who consents)²

1 เรื่องเดียวกัน, หน้า 296.

2 R.F.V. Heuston, Salmond on the Law of Torts, p.664.

สภาวิชนี้วิวัฒนาการจากกฎหมายโรมันที่ว่าพลเมืองมีอิสระในการขายตัวเองให้เป็นทาส ต่อมาในศตวรรษที่ 19 ก็ได้นำหลักนี้มาใช้ในกฎหมายละเมิด¹

คำว่า "ความยินยอม" คืออะไรนั้น ท่านอาจารย์พจน์ บุษปาคม ได้อธิบายว่า ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้นิยามคำว่า ความยินยอมไว้ แต่ได้มีคำนิยามของเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน ในคำอธิบายกฎหมายละเมิด ได้อธิบายหลักเกณฑ์ของความยินยอมไว้ดังนี้

คำว่า "ยินยอม" แสดงถึงความสมัครใจที่จะได้รับการประทุษร้ายอย่างหนึ่ง ความยินยอมนี้อาจจะแสดงโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องประกอบด้วย

1. ยินยอมต่อการประทุษร้ายนั้น
2. โดยบุคคลที่มีความสามารถให้ความยินยอม และมีได้ให้ความยินยอมเพราะถูกข่มขู่หรือความเข้าใจผิด เพราะเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่²

การให้ความยินยอมนั้นอาจกระทำโดยตรง เช่น การพูดด้วยวาจา หรือการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด³ บางกรณีความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมโดยชัดแจ้ง (express consent) เช่น การที่บุคคลใดได้อนุญาตให้อีกบุคคลหนึ่งเข้ามาในเขตที่ดินของเขา, ยินยอมให้สัมผัสตัวเขา, ให้ความยินยอมโดยตรงแก่การเล่นกีฬา เช่น ค่อยมวย มวยปล้ำ หรือความยินยอมโดยตรงให้หมอทำการผ่าตัดในทางแพทย์หรือยอมให้โฆษณาข้อความซึ่งหมิ่นประมาทแก่ตน เมื่อมีความยินยอมดังกล่าวก็ไม่เป็นละเมิด⁴

การให้ความยินยอมโดยปริยาย (implied consent) อาจเป็นการแสดงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งบุคคลธรรมดาควรจะเข้าใจทำทางนั้น เช่น ไปหาหมอเพื่อรักษาโรค หมอมอกต้องฉีดยา เขาจึงยกแขนให้ฉีดยา โดยไม่ทักท้วงหรือพูดว่าอะไร เช่นนี้กรณีถือได้ว่าเป็นการยินยอมโดยปริยาย เขาจะปฏิเสธว่าไม่ได้ยินยอมไม่ได้ หรือเช่น กรณีชาวบ้านทั่วไปยินยอมให้บุคคลใด ๆ เดินผ่านที่นาได้ ดังนี้ไม่ถือว่าเป็นการนุกฎ ความยินยอมโดยปริยายอาจจะมีได้ในชีวิตประจำวัน เช่น การหยอกล้อ หรือกรณีการเล่นกีฬาย่อมมีความยินยอมโดยปริยายในการสัมผัสทางร่างกาย⁵

1 Ibid.

2 พจน์ บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 55.

3 William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p.103.

4 Sir Arthur Underhill, A Summary of the Law of Torts, p.27.

5 William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p.103.

ความยินยอมนั้นต้องกระทำภายในขอบเขตที่ได้ให้ความยินยอม เช่น ความยินยอมให้ทำการผ่าตัดบางประเภทไม่หมายความว่ายอมให้ผ่าตัดอย่างอื่น ไม่ว่าจะมีความจำเป็นในการรักษาพยาบาลนั้นอย่างไร¹ หรือกรณีโจทก์สมัครต่อยมวย ไม่ได้ยินยอมให้ฆ่าเขา โจทก์เพียงแต่ยินยอมให้จำเลยต่อเขา ความยินยอมให้ด้วยหมัด ไม่ถือว่ายินยอมให้ทำด้วยวิธีการอย่างอื่น เช่น การกีดนิ้วมือกรณีมวยปล้ำ หรือการแทงด้วยมีด การยอมให้ทิ้งก้อนหิน 2-3 ก้อนลงในที่ดิน ไม่ถือว่ายินยอมให้นำก้อนหินใหญ่ลงในลำธาร²

ความยินยอมที่จะเป็นข้อแก้ตัวได้นั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ผู้ให้ความยินยอมได้ให้โดยอิสระ (The Consent must be freely given) โดยปราศจากการขู่ข่มขู่บังคับ หลอกลวงหรือสำคัญผิด ดังตัวอย่างคดีระหว่าง Imperial Chemical Industries Ltd. v. Shatwell ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์และน้องชายของโจทก์ทำงานในที่ระเบิดหินของจำเลย ทั้งโจทก์และน้องได้ตกลงไม่ทำตามคำสั่งของจำเลย และตามกฎหมายบังคับที่เขาจะต้องทำได้ทดลองชนวนระเบิดโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามที่ควรจะต้องทำ ปรากฏว่าได้เกิดระเบิดขึ้น ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ โจทก์จึงได้ฟ้องนายจ้างให้ร่วมรับผิดชอบ

ศาลพิพากษาว่า จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ โจทก์ได้ยินยอมต่อการกระทำเช่นนั้นซึ่งเป็นเหตุให้ตนได้รับบาดเจ็บ และยิ่งกว่านั้นโจทก์ได้สมัครใจเสี่ยงภัยให้ตนได้รับบาดเจ็บ³

ความยินยอมที่ให้โดยสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือข่มขู่ หรือความยินยอมที่ให้โดยมีข้อโต้แย้งอยู่นั้นไม่เรียกว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ แต่ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุญาตถือว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจของผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถด้วย⁴

ความยินยอมโดยถูกข่มขู่ด้วยกำลัง หรือขู่ที่จะให้ดำเนินคดีตามกฎหมายต้องถือว่าไม่มีความยินยอมอยู่เลย เพราะเป็นการบังคับต่อการให้ความยินยอมโดยอิสระของโจทก์ การขู่ข่มขู่อาจจะขู่ว่าจะให้เกิดผลร้ายต่อโจทก์เองหรือญาติผู้ใกล้ชิดของโจทก์ก็ได้ แต่การขู่ซึ่งเป็น

1 พจน์ มุขปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 58.

2 William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p.105.

3 ประทีป ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญา", (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 38-39.

4 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", หน้า 297.

เพียงการจะจับกุมในอนาคตรหรือการบุ่ทางเศรษฐกิจ เช่น ขู่ว่าจะให้ออกจากงาน ศาลถือว่า แม้จะมีความยินยอมซึ่งมีความล้ง เลออยู่บ้าง ก็ยังถือว่าเป็นความยินยอม¹

ความยินยอมของผู้เสียหายย่อม เป็นข้อยกเว้นความผิดในกรณีที่ไม่ขัดต่อความสำนึก ในศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้กล่าวไว้ดังต่อไปนี้

หลักกฎหมายของฝรั่งเศส ไม่ยอมรับหลักยกเว้นความผิดโดยความยินยอมในกรณีอื่น ๆ นอกจากที่เป็นความผิดต่อสิทธิซึ่งผู้เสียหายอาจจำหน่ายหรือสละได้ แต่ในการยกเว้นความผิด เพราะการกระทำบางอย่าง เช่น การกระทำของแพทย์หรือการเล่นกีฬา นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส ให้เหตุผลว่า สิทธิของบุคคลนั้นจะใช้หรือจำหน่ายได้ก็ต่อเมื่อไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน ในกรณีที่ยกเว้นความผิดเพราะความยินยอม เช่น การเล่นกีฬา หรือการแพทย์ นักนิติ ศาสตร์ให้ความเห็นว่า ยกเว้นความผิด เพราะกฎหมายและประเพณีอนุญาตให้ทำได้ แต่ไม่รับรู การทำหมั้น เพราะขัดต่อประโยชน์ของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชน

หลักกฎหมายของอังกฤษ นักนิติศาสตร์อธิบาย เหตุผลการยกเว้นความผิดในการเล่น กีฬาว่ากฎหมายไม่ห้ามการเล่นกีฬาที่ไม่ได้กระทำด้วยความอาชวาท และไม่ขัดต่อความรู้สึกใน ธรรมจรรยาในสมัยนั้นโดยไม่เห็นว่าเป็นการทารุณโหดร้าย ส่วนการต่อสู้กันที่เป็นความผิด เพราะ ขัดต่อศีลธรรมซึ่งมีคิมหาชนไม่ยอมรับ การเล่นกีฬาใดจะเล่นได้เพียงใด ย่อมแล้วแต่คิมหาชน ในเวลาและท้องถิ่นนั้น²

หลักกฎหมายของอเมริกัน ย่อมให้มีการให้ความยินยอมในการกระทำใดที่ไม่เป็น อันตรายร้ายแรงต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้กระทำได้ไม่มีศาลในรัฐใดได้อธิบายไปในทางที่ว่า "ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี" ทั้งนี้ เพราะศาลทั้งหลายถือหลักที่ว่า ความผิด อาญาทั้งปวงย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีทั้งสิ้นจึงไม่มี ประโยชน์อันใดที่จะบัญญัติหรือที่จะกำหนดข้อยกเว้นในกรณีนี้ ถ้าหากจะมีข้อยกเว้นอนุญาตให้ผู้เสียหาย ยินยอมได้ ก็ควรจะเป็นว่า "แม้การกระทำผิดนั้นจะขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีแต่ ผู้เสียหายผู้นั้นมิได้กระทบทกระเทือนอย่างร้ายแรง และผู้นั้นรู้อยู่แล้วว่า ตนจะถูกกระทบทกระเทือน อย่งไร ซึ่งหากคนจะขัดขืนหรือหลีกเลี่ยงก็ย่อมจะกระทำได้ การให้ความยินยอมในกรณีเช่นนี้ จึงควรเป็นข้อยกเว้นความรับผิด" ดังนั้น การอนุญาตให้อีกฝ่ายหนึ่งกล่าวคำดูหมิ่น การทำร้าย

1 William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p.108.

2 พจน์ มุขปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 70.

ร่างกายที่ไม่เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจสาหัส ย่อมอาจให้ความยินยอมได้

ในกรณีของการรักษาพยาบาล การผ่าตัด กฎหมายสหรัฐถือว่าอาจให้ความยินยอมได้ และด้วยความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ ในขอบเขตของความยินยอม ศาลส่วนใหญ่ถือว่าเป็นความยินยอมที่อาจให้โดยชอบ ส่วนในกรณีของการกีฬาต่าง ๆ ถือว่าอาจให้ความยินยอมได้โดยถือว่าจารีตประเพณีอนุญาตให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมได้¹

หลักทั่วไปของประเทศส่วนใหญ่ ในการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้นในทางแพ่งถือว่าอาจจะยกสูภาษิต *Volenti non fit injuria* ขึ้นใช้เป็นข้อแก้ตัวได้ โดยถือหลักที่ว่า เมื่อผู้เสียหายยินยอมต่อการกระทำ ก็ถือว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น เมื่อไม่มีความเสียหายจึงไม่มีความผิดฐานละเมิดจึงไม่อาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งได้ อย่างไรก็ตามการที่จะยกหลักนี้เป็นข้อแก้ตัวได้นั้นจะต้องได้ความปรากฏชัดว่าเป็นการยินยอม เพียงแต่รู้ว่าอาจจะเกิดความเสียหายขึ้นเท่านั้นยังไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอม ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่าง *Dann v. Hamilton* (1939) ข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์ขอโดยสารนั่งรถของจำเลยไปโดยที่โจทก์รู้ว่าจำเลยเมาสุรา ระหว่างทางจำเลยประมาททำให้รถคว่ำและโจทก์ได้รับบาดเจ็บ ดังนี้ไม่ถือว่าโจทก์ให้ความยินยอมในอันตรายที่เกิดขึ้น ศาลตัดสินให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์²

ในกรณีที่การกระทำอันมิชอบของบุคคลหนึ่ง ทำให้บุคคลอื่นตกอยู่ในภยันตรายใกล้จะถึงและผู้เสียหายได้ยอมเสี่ยงภัยเข้าไปช่วยในลักษณะซึ่งบุคคลผู้มีความกล้าหาญสมควรย่อมจะต้องกระทำเช่นนั้น และได้รับอันตรายจากการช่วยนั้นผู้กระทำการอันมิชอบนั้นจะอ้างหลักความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้อแก้ตัวมิได้ เพราะถือว่าบุคคลธรรมดาในภาวะเช่นนั้นก็ต้องกระทำดั่งนั้นเช่นกัน ทั้งยังถือว่าเป็นหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะต้องกระทำอีกด้วย กรณีที่เกิดขึ้นนี้เรียกว่า "rescue case" ดังตัวอย่างในคดีระหว่าง *Haynes v. G. Harwood and Son* (1935) ข้อเท็จจริงได้ความว่า ลูกจ้างของจำเลยจอดรถม้าทิ้งไว้ริมถนนแล้วไปที่อื่นเสีย เด็กคนหนึ่งขว้างก้อนหินไปถูกม้าเข้า ม้าตกใจจึงพารถวิ่งไปตามถนน โจทก์ซึ่งเป็นตำรวจอยู่บนสถานีตำรวจเห็นเหตุการณ์ และเห็นว่ารถนั้นกำลังจะชนหญิงและเด็ก ๆ จึงเข้าไปช่วยยึดม้าพยายามดึงให้หยุด

1 ประทีป ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา", หน้า 83-84.

2 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", หน้า 297.

เลยถูกฆ่าลากไปได้รับอันตราย ศาลถือว่าจำเลยต้องรับผิดชอบจะอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อแก้ตัว หรือจะอ้างว่าผู้เสียหายมีส่วนประมาทอยู่ด้วยไม่ได้ ทั้งไม่ถือว่าความเสียหายนี้ไกลต่อเหตุด้วย¹

คดีระหว่าง Baker V. T.E. Hopkins and Son Ltd. ข้อเท็จจริงได้ความว่า บริษัทจำเลยรับจ้างทำความสะอาดบ่อน้ำ ได้ใช้เครื่องสูบน้ำออกจากบ่อโดยไม่ทราบว่าการกระทำเช่นนั้นทำให้อากาศเสีย เกิดการรวมตัวอยู่ในบ่อและกว่าจะระเหยก็หลายวัน เมื่อผู้จัดการบริษัทจำเลยทราบเช่นนั้นจึงห้ามคนงานมิให้ลงบ่อจนกว่าควันในบ่อจะระเหยหมดแล้ว รุ่งขึ้นผู้จัดการได้ส่งคนงานอีกไม่ให้ลงไป ในบ่อนั้นจนกว่าผู้จัดการจะไปถึง แต่คนงานคนหนึ่งไม่เชื่อ ได้ลงไป ในบ่อนั้นและสลักอากาศเสียหมดสติไป คนงานอีกคนหนึ่งได้ตามลงไปก็หมดสติไปด้วย พอดีแพทย์นายหนึ่งผ่านมาทราบเรื่อง เข้า ทั่ว ที่มีผู้ทัศนแล้ว ก็ยังลงไปช่วยโดยเอา เชือกผูกเอาไว้ให้คนข้างบนยึดไว้ พอลงไปแล้วก็ช่วยอะไรคนงานไม่ได้ คนข้างบนจึงดึง เชือกขึ้นมา ปรากฏว่าแพทย์ผู้นั้นหมดสติ และเชือกรัดถึงแก่ความตายศาลพิพากษาว่าบริษัทจำเลยต้องรับผิดชอบในความตายของแพทย์ผู้นั้น เพราะถือว่า มีหน้าที่ที่จะต้อง ให้ความระมัดระวังต่อแพทย์ โดยบริษัทจำเลยย่อม เห็นแล้วว่า เนื่องจากความประมาทของคนงานจึงได้รับอันตราย และการที่มีผู้มาช่วยคนงานนั้นย่อม เป็นของธรรมดาที่จะเกิดขึ้นได้เสมอ ความตายของแพทย์ผู้นั้นจึง เป็นผลโดยตรงจากการฝ่าฝืนหน้าที่ เช่นว่านั้น บริษัทจำเลยจะอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาแก้ตัวมิได้ เพราะ เป็นความผิดของคนที่เกี่ยวข้องอันเป็นภัย และถูกเงิน เช่นนั้นขึ้น ทำให้แพทย์ผู้นั้นต้องเสี่ยงต่ออันตราย หรือแม้ความตายของคน เข้าช่วยผู้ที่ประสบภัยอันตรายอันไกลจะถึงนั้น²

คดีระหว่าง Bowater V. Rowley Regis Corporation(1944) ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์เป็นลูกจ้างในบริษัทของจำเลย โดยทำหน้าที่เป็นคนขับ เกรียน มีม้าตัวหนึ่งเป็นม้าพยศซึ่งโจทก์ทราบดีและหัวหน้าคนงานของจำเลยก็ทราบ แต่หัวหน้าคนงานออกคำสั่งให้โจทก์ใช้ม้านี้แทนเกรียน โจทก์คัดค้านแต่ไม่สำเร็จจำเลยต้องยอมใช้ม้านั้นเทียม เกรียน โจทก์ขับเกรียนอยู่หนึ่งเดือนจึงประสบอุบัติเหตุม้าพยศ สาเหตุที่ม้าพยศก็เพราะขณะที่จำเลยขับ เกรียนไปนั้นมิกำลังเด็กเล่น Cricket อยู่ ม้าจึงพยศ

1 Philip S. James, General Principles of the Law of Torts, p.389.

2 บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท" , หน้า 297-298.

โจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดในความประมาทของหัวหน้าคนงาน จำเลยอ้างหลัก
Volenti Non Fit Injuria เป็นข้อแก้ตัว

ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษพิพากษาว่า โจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอมด้วยความเต็มใจ
แต่เกรงจะถูกไล่ออกจากงานจึงจำใจรับ ศาลตัดสินว่าในกรณีเช่นนี้ จำเลยจะอ้างหลัก
Volenti Non Fit Injuria ไม่ได้¹

คดีระหว่าง Williams V. Port of Liverpool Stevedoring Co.Ltd.
(1956) ในคดีนี้ด้วยความยินยอมของนายจ้าง กลุ่มกรรมกรท่าเรือใช้ระบบการทำงานที่อันตราย
โจทก์ก็เป็นกรรมกรด้วย แต่คัดค้านระบบการทำงานที่เสี่ยงภัยแบบนั้น กลุ่มคนงานบังคับให้โจทก์
ร่วมด้วย ซึ่งโจทก์ก็จำยอมครั้นโจทก์ประสบอุบัติเหตุ นายจ้างกลับอ้างหลัก Volenti เป็น
ข้อแก้ตัว ศาลตัดสินว่าโจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอมด้วยความเต็มใจ หลัก Volenti จึงใช้ไม่
เป็นผลในกรณีเช่นนี้²

ในกรณีนายจ้างลูกจ้าง และลูกจ้างได้ฟ้องนายจ้างสำหรับการบาดเจ็บที่เกิดขึ้นจาก
การทำงานนั้น คดีในศตวรรษที่ 19 ถือว่า ถ้าคนงานได้รู้ถึงอันตรายของการทำงานก็เป็นการ
เพียงพอแล้วถือว่าได้สมัครใจยอมรับภัยดังกล่าวไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้³ ดังจะเห็นได้จาก
คดีระหว่าง Thomas V. Quartermaine(1887) ข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์เป็นคนงาน
ของจำเลยซึ่งเป็นผู้รับเหมาสร้างทางรถไฟ ในขณะที่กำลังสะกดหิน ปรากฏว่าหินได้ตกลงมาถูก
โจทก์ได้รับบาดเจ็บ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าโจทก์รู้ถึงอันตรายซึ่งเกิดขึ้นจากปืนจันทน์ที่ใช้ในการตัดหิน
โจทก์ฟ้องฐานประมาทเลินเล่อให้คนได้รับบาดเจ็บ จำเลยต่อสู้โดยอ้างสุภาษิต Volenti non
fit injuria

The House of Lords พิพากษาว่า แม้โจทก์จะรู้ถึงอันตรายเสี่ยงภัยก็ตาม
พยานหลักฐานที่ปรากฏแก่ลูกขุนว่าเขาไม่ได้สมัครใจที่จะเข้าเสี่ยงภัย แม้ The House of
Lords ได้ยอมรับว่า ความยินยอมโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจจะอนุมานเอาจากการ
กระทำทั่วไป” แต่ก็ถือว่า การรู้อย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอที่จะถือว่ายินยอม⁴

1 รອງพล เจริญพันธ์, "การใช้หลัก Volenti Non Fit Injuria เป็น
ข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ตอน 3 (2520) :
96-97.

2 เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

3 Harry Street, The Law of Torts, p.163.

4 Ibid.

คดีระหว่าง Woodleg V. Metropolitan Districk Ry. (1877)

ข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยได้จ้างให้ผู้รับเหมาให้ทำงานในอุโมงค์รถไฟซึ่งเป็นของจำเลย โจทก์เป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาได้ทำงานในอุโมงค์ซึ่งมืดและมีอันตรายโดยมีรถไฟของจำเลยวิ่งผ่านไปมาบ่อย ๆ และภายหลังที่เขาได้ทำงานที่นั่น ซึ่งระยะเวลาหนึ่งโดยรู้ว่าจำเลยไม่เอาใจใส่ในความปลอดภัยของเขา เขาได้รับบาดเจ็บโดยความประมาทเลินเล่อของรถไฟจำเลยที่วิ่งผ่านไป ศาลพิพากษาว่าบริษัทรถไฟจำเลยต้องรับผิดชอบ¹

ตามกฎหมายไทย นำหลักความยินยอมมาใช้ได้โดยถือว่าไม่เป็นละเมิด ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้อธิบายว่า "ตามหลักกฎหมายแพ่งของไทย การนำหลักความยินยอมของผู้เสียหายมาใช้ปรับแก้คดีได้โดยใช้ในฐานะเป็นกฎหมายภายใน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งเป็นเรื่องที่กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งจึงเป็นความผิดฐานละเมิด แต่ถ้าผู้ได้รับความเสียหายให้ความยินยอม การกระทำนั้นย่อมไม่เสียหาย เมื่อไม่เกิดความเสียหาย จึงไม่เป็นความผิดฐานละเมิด"²

มีปัญหาจะต้องพิจารณาว่าความยินยอมของฝ่ายผู้ต้องเสียหาย เป็นเกณฑ์ให้ศาลลดค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ เรื่องนี้ได้มีนักนิติศาสตร์ได้ให้ความเห็นไว้ดังต่อไปนี้

ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า "การกระทำของผู้เสียหายอาจเป็นส่วนหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิด คือจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กรณีก็ต้องด้วยมาตรา 442, 223 ซึ่งอาจต้องแบ่งความรับผิดชอบตามส่วน แต่ถ้าผู้เสียหายได้รับความเสียหายเองโดยสมัครใจ มิใช่เพราะจำเป็นเนื่องจากการกระทำของจำเลยแล้ว ก็เข้าหลักที่ว่าเมื่อผู้เสียหายยอมแล้วก็ไม่เป็นความผิด"³

อาจารย์สมพร พรหมพิคาธร เห็นว่า "ความยินยอมของผู้เสียหายต้องไม่เอาไปปนกับหลักหักกลบลบความเสียหายตามมาตรา 442 กับมาตรา 223 เพราะเป็นคนละเรื่อง กล่าวคือ เรื่องความยินยอมไม่เป็นละเมิดเลย ความเสียหายที่จะไปหักกลบลบกันตามมาตรา 442.

1 ประทีป ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญา", หน้า 443.

2 ไพจิตร ปุญญพันธุ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย", ดูพาท ปีที่ 20 เล่ม 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์, 2516) : 29.

3 จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 226.

223 ก็เกิดขึ้นไม่ได้”¹

ท่านอาจารย์บัญญัติ สุชีวะ เห็นว่า “หลักความยินยอมของผู้เสียหายนี้ แม้จะเป็นหลักกฎหมายของอังกฤษและอเมริกา แต่ก็น่าจะนำมาใช้กับกฎหมายของไทยได้ เพราะความว่า “ถ้าผู้เสียหายมีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วย” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 223 นั้นย่อมจะกินความกว้างพอที่จะให้หมายถึงความผิดของผู้เสียหายแม้จะเกิดจากความยินยอมของคนด้วย ดังนั้นหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นก็อาจจะนำมาใช้ได้ในข้อที่ว่า อย่างไรก็ตามจะถือว่าความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิดตามมาตรา 223 ส่วนในกรณีการแข่งขันและกีฬา นั้นย่อมจะถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีได้ว่า ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นอันมิใช่เป็นการจงใจประทุษร้ายแล้วผู้ที่สมัครใจ เข้าร่วมการแข่งขันหรือการกีฬา ย่อมจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกันมิได้ จารีตประเพณีดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับนับถือมาช้านานแล้ว และไม่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างใด จึงใช้บังคับได้”²

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งถือว่าไม่เป็นการละเมิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510 นายน่วม เหตุทอง โจทก์ นายฉิ่ง คล้ายสมบัติ จำเลย

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยบังอาจใช้มีดฟันทำร้ายโจทก์ได้รับอันตรายสาหัส ศาลได้พิพากษาลงโทษจำเลยไปแล้ว โจทก์ได้รับความเสียหาย เสียค่ารักษาพยาบาล เสียความสามารถประกอบการงาน ค่าฉดรายรายได้ที่เคยได้ 2 ปีเป็นเงิน 36,834 บาท ขอให้ศาลบังคับให้จำเลยใช้เงินจำนวนนี้พร้อมด้วยดอกเบี้ยนับแต่วันทำละเมิด

จำเลยรับว่าได้ใช้มีดฟันทำร้ายร่างกายโจทก์จริง แต่ผู้คดีว่า โจทก์เสพรามีนเมา แล้วอวดอ้างว่าเป็นผู้ยุ่งคงกระพันฟันไม่เข้า สำแดงให้จำเลยลองฟันดู จำเลยไม่ฟันโจทก์ดำ ว่าต่าง ๆ จำเลยจึงฟัน จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย เพราะโจทก์ก่อเหตุขึ้นเอง

ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า จำเลยฟันเพราะโจทก์ทำให้ทดลองของขลัง เครื่องราง ยอมให้จำเลยทำแก้ตน เป็นการสละสิทธิตามกฎหมายแพ่ง การยินยอมของโจทก์โดยสมัครใจเช่นนี้ เห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นละเมิด พิพากษายกฟ้อง

1 สมพร พรหมพิศาธ, “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด”, บทบัญญัติคดี เล่ม 23 ตอน 1 (มกราคม, 2508) : 28.

2 บัญญัติ สุชีวะ, “ประมาท”, หน้า 298.

ศาลอุทธรณ์ฟังว่า จำเลยพันโจทก์เนื่องจากโจทก์อวดอ้างว่าอยู่ยงคงกระพัน ดำ
 ทำทนายให้จำเลยลองฟันแขนโจทก์ จำเลยจึงฟัน เห็นว่าการกระทำของจำเลยเข้าลักษณะ
 เป็นประทุษกรรมต่อโจทก์โดยผิดกฎหมาย โจทก์ได้รับความเสียหาย เป็นการจงใจโดยรู้สำนึก
 ผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน ซึ่งก่อให้เกิดความรำคาญทางละเมิด แต่โจทก์มี
 ส่วนส่งเสริมช่วยผู้ให้จำเลยพัน ลดค่าสินไหมทดแทนกึ่งหนึ่ง คงให้จำเลยใช้ 1,044 บาท
 พิพากษาให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์ตามจำนวนดังกล่าว

ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่เห็นว่า การที่โจทก์ทำให้จำเลยพัน เพื่อทดลองคาถา
 อาคมที่ตนเชื่อถือ และอวดอ้างว่าคนอยู่ยงคงกระพันนั้น เป็นการที่โจทก์ได้ยอมสมัครใจให้
 จำเลยทำต่อร่างกายตน เป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ตามกฎหมายจึงถือ
 ไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้
 ฎีกาของจำเลยฟังขึ้น พิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ให้บังคับคดีตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ท่านอาจารย์ไพจิตร บุญญพันธุ์ ได้บันทึกไว้ว่าหลักที่ว่า
 ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด มีความหมายว่า บุคคลที่ยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่ง หรือบุคคล
 ที่เข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นมิได้ ความ
 ยินยอมของผู้เสียหายโดยปกติย่อมทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อ
 ร่างกายหรือทรัพย์สิน เมื่อไม่มีผลประโยชน์ของสาธารณชนเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็ย่อมจะปล่อยให้
 บุคคลกำหนดชะตากรรมของตนเอง ปัญหาว่าความยินยอมของผู้เสียหายในทางอาญาที่กฎหมาย
 บัญญัติไว้ว่า แมื่อยินยอมก็ยังไม่เป็นความผิดนั้น จะใช้เป็นข้อแก้ตัวในทางแพ่งได้หรือไม่ ปัญหาข้อนี้
 ยังไม่แน่ลงไป คำพิพากษาของศาลต่างประเทศก็ยังไม่เห็นพ้องต้องกันของเราจะถืออย่างไร
 ผู้บันทึกเห็นว่า บทบัญญัติทางแพ่งเพื่อชดเชยค่าเสียหายแก่เอกชน แม้กฎหมายอาญาจะบัญญัติ
 ความยินยอมไว้ก็ยังคงเอาความยินยอมเป็นข้อต่อสู้ได้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยว่าไม่ เป็นความยินยอมและอาจ เป็นละเมิดได้
 เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 231/2504 เจ้าของเดิมปลูกสร้างร้านกล้วยไม้รูกลำ เข้าไป
 บนหลังคาครัวในเขตห้องของโจทก์โดยโจทก์ยินยอมให้ปลูก ต่อมาจำเลยรับโอนห้องนั้นมาจาก
 เจ้าของเดิม โจทก์บอกให้จำเลยรื้อร้านกล้วยไม้ส่วนที่รูกลำบนหลังคาครัวของโจทก์ จำเลย

ไม่ยอมหรือเป็นละเมิด การที่โจทก์ยินยอมให้ปลุกมาแต่เดิมนั้นแม้จะไม่เป็นละเมิด แต่ก็ไม่ได้ทำให้เกิดมีสิทธิที่จะให้สิ่งปลุกสร้างรुकล้าอยู่ได้ตลอดไป เมื่อโจทก์ไม่ยินยอมแล้วจำเลยก็ต้องร้องไป

4.3.3.2 กำหนดตามความร้ายแรงแห่งละเมิด (gravity of fault)

ในกฎหมายโบราณนั้น ความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบทางแพ่งหาได้แยกออกจากกันให้เป็นที่ยึดเหนี่ยวไม่ ดังกล่าวมาแล้ว ฉะนั้น เมื่อความผิดล่วงละเมิดรายใดมีเหตุร้ายแรงประกอบเข้ามา ความผิดรายนั้นก็ย่อมเป็นปัจจัยทำให้ผู้ถูกละเมิดเสียหายมีความขุ่นแค้นมากขึ้น และเป็นเหตุให้ผู้เสียหายนี้เรียกร้องเอาค่าทำขวัญให้สูงขึ้นจนสมกับความอาชาตแค้นเคือง เพราะในชั้นเดิมนั้นค่าทำขวัญนี้ผู้เสียหายเรียกจากผู้ทำละเมิด เพื่อเป็นค่าไถ่ให้ตนงดเว้น ไม่ใช่ใช้สิทธิแก่คนตอบแทนผู้ละเมิด โดยเหตุนี้จึงย่อมถือกันว่า ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าทำขวัญได้สูงกว่า ในกรณีละเมิดธรรมดาซึ่งไม่มีลักษณะร้ายแรงประกอบ

ในกฎหมายเก่าของไทย มีบทบัญญัติอยู่เป็นจำนวนมากที่มีบัญญัติให้การละเมิดซึ่งมีเหตุร้ายแรงประกอบเข้ามานั้นมีผลเรียกเอาเงินสินไหมเป็นจำนวนสูงได้ เช่น มาตรา 7 ของกฎหมายลักษณะวิวาท บัญญัติว่าคู่วิวาทฝ่ายหนึ่งหลังจากได้เลิกการวิวาทกันแล้ว ได้ถืออาวุธไปลอบทำร้ายอีกฝ่ายหนึ่ง ๗ ถนนหนทาง หรือตลาดแห่งใดแห่งหนึ่งเช่นนี้ ผู้ลอบทำร้ายจะต้องถูกปรับใหม่เป็นจำนวนสองเท่าของจำนวนสินไหมที่จะต้องใช้ในการพิลละเมิดทำร้ายธรรมดา ในกรณีละเมิดด้วยคำคำหรือการทำร้ายร่างกายบาดเจ็บซึ่งประกอบด้วยการมุกรุกก็เช่นเดียวกัน มาตรา 40 บัญญัติให้ผู้ละเมิดใช้ค่าสินไหมเพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณ¹

ในการกำหนดความรับผิดชอบแห่ง กฎหมายถือหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (principle of compensation) เป็นสำคัญกว่าความผิดของผู้กระทำจึงต้องถือเอาขนาด (magnitude) ของการกระทำละเมิด เป็นเครื่องวัด กล่าวคือความสูญเสียที่ผู้เสียหายได้รับ ไม่ต้องคำนึงถึงบุคลิกของผู้กระทำละเมิดหรือมูลเหตุจงใจของการกระทำ การที่ผู้กระทำละเมิดคนหนึ่งต้องชดใช้ค่าเสียหายมากกว่าอีกคนหนึ่งไม่ใช่เพราะบุคคลแรกมีความผิดมากกว่า แต่เป็นเพราะได้กระทำละเมิดสำเร็จสมตามความมุ่งหมายไว้มากกว่า หรือได้หลีกเลี่ยงผลซึ่งตนไม่ได้ตั้งใจไว้เป็นผลสำเร็จน้อยกว่า²

1 ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน), หน้า 113-114.

2 ไพจิตร บุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด,

ในทางอาญานั้น สมัยดั้งเดิมถือหลักว่าถ้าความผิดที่กระทำลงก่อให้เกิดผลร้ายเพียงใด โทษที่จะได้รับก็รุนแรงเพียงนั้น ซึ่งเป็นหลักที่เรียกว่า Lex Talionis (Law of retaliation) คือ คาค่อคา ฟันค่อฟัน¹ เมื่อประมวลกฎหมายอาญาใช้บังคับการกำหนดโทษสำหรับความผิดทางอาญาได้ใช้ระบบสองระบบ คือ

(1) ระบบคำนึงถึงผล (Erfolgsstrafrecht) คือ ถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นร้ายแรงมาก ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษหนักขึ้นตามส่วนของผลของการกระทำ ในทางตรงกันข้ามถ้าผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นเป็นผลเล็กน้อย ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษให้น้อยลง

(2) ระบบคำนึงถึงจิตใจ (Willenstrafrecht) คือ ถ้าจิตใจชั่วมาก ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษหนักมากตามส่วนของความชั่วของจิตใจ²

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามความร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438 นี้ มีนักนิติศาสตร์ได้ให้ความเห็นไว้ดังต่อไปนี้

นายบุญช่วย อธิบายว่า "ในการกำหนดสินไหมนั้น ความเจตนาของจำเลยเป็นข้อสำคัญอันหนึ่งซึ่งศาลมักจะยกขึ้นวินิจฉัยว่าควรจะกำหนดอย่างไร เช่นกับถ้าจำเลยได้กระทำผิดโดยไม่ได้มีเจตนาร้ายเลย การกำหนดสินไหมคงน้อยกว่าเมื่อจำเลยได้กระทำโดยเจตนาร้าย แต่ยังมีเหตุผลอื่น ๆ อีกที่จะทำให้กำหนดสินไหมมากและน้อย เช่นในคดีเรื่องหนึ่งที่ศาลแพ่งจำเลยเป็นบริษัทรวาง รถรางของจำเลยได้โดนรถม้าของโจทก์เสียหายกระทำโจทก์ตกจากรถโดยความเลินเล่อของคนขับรถราง ศาลแพ่งได้กำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เกินกว่าธรรมดาโดยอ้างเหตุว่าบริษัทรวางเลินเล่อมาก"³

ท่านอาจารย์ ดร.วาริ นาสกุล อธิบายว่า "ถ้าผู้กระทำละเมิดกระทำโดยจงใจ ศาลย่อมให้ค่าสินไหมทดแทนสูงกว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่ก็ต้องไม่เกินความเสียหายจริง ๆ ดังกล่าวแล้ว เช่น

นาย ก. ยิงเจ้าพนักงานได้รับบาดเจ็บเพียงเล็กน้อยน่าสับสนไม่ได้ว่าเสียหายเท่าใด แต่นาย ก. ทำโดยใจอกอากร้ายแรง ในลักษณะดูหมิ่นเหยียดหยามไม่เกรงขามอำนาจบ้านเมือง ศาลย่อมกำหนดค่าเสียหายให้เป็นอย่างสูงได้ แต่ถ้านาย ก. ทำโดยเป็นการป้องกันหากแต่เกินควรกว่าเหตุ ศาลย่อมกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้น้อยลงได้

1 วิชา มหาคุณ, "ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ", ตุลพาท ปีที่ 24 เล่ม 2 (มีนาคม-เมษายน, 2520) : 55.

2 หยุด แสงอุทัย, "การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา" ตุลพาท ปีที่ 7 เล่ม 8 (สิงหาคม, 2503) : 931-933.

3 นายบุญช่วย, หลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแบ่ง, หน้า 53.

ในกรณีกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ศาลจะพิจารณาถึงว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อย่างธรรมดา หรืออย่างอ่อน"¹

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามความร้ายแรงแห่งละเมิดนอกจากจะพิจารณาถึงจิตใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว เหตุอย่างอื่นย่อมนำมาพิจารณาด้วย เช่น ข่มขืนกระทำชำเรา ครั้งเดียวหรือหลายครั้งหลายหน หรือจนได้รับอันตรายสาหัสหรือมีลักษณะเป็นการโหมหนุงหรือไม่ เป็นการฆ่าบุพการีหรือเจ้านักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่หรือผู้ที่ช่วยเหลือเจ้านักงานหรือโดยใคร่ครองไว้ก่อน หรือโดยทรามานหรือทารุณโหดร้ายหรือไม่ บุกรุกครอบครองอยู่ชั่วครู่หรือเป็นเวลานาน หรือการกระทำละเมิดบางอย่างอาจมีผลต่อเนื่องกัน ฯลฯ การกล่าวห่มั้นประมาทครั้งเดียวหรือต่อหน้าบุคคลเพียง 2-3 คนแล้วแต่กรณี²

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามความร้ายแรงแห่งละเมิด เช่น กรณีที่ต่างคนต่างประมาทเลินเล่อทำให้ผู้อื่นเสียหาย ศาลอาจให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ตามความผิดหรือประมาทเลินเล่อมากและน้อยยิ่งกว่ากันก็ได้ (ฎีกาที่ 751/2498, 809/2498) ยิงเจ้านักงานได้รับบาดเจ็บเพียงเล็กน้อย แต่จำเลยทำโดยอุกอาจร้ายแรงในลักษณะอุห่มั้นเหี้ยมคหยาม ไม่เกรงอำนาจบ้านเมือง เป็นที่หวาดเสียวมาก ศาลกำหนดค่าเสียหายให้อย่างสูงได้ (ฎีกาที่ 366/2474) จำเลยจุดคร่ำหญิงไปเพื่ออนาจาร เมื่อถูกฟ้องยังสู้คดีว่าหญิงสมัครใจกับจำเลย เป็นการทวีความเสียหาย ศาลกำหนดค่าเสียหายให้สมกับความชอกช้ำระกำใจ (ฎีกาที่ 336/2475) กรณีละเมิดสิทธิแสดงละคร ศาลกำหนดว่าค่าเสียหายให้ตามจำนวนค่าดูที่จำเลยเก็บได้ โดยหักค่าอาหารมหรสพแต่ไม่หักค่าเช่าโรง (ฎีกาที่ 1016/2497) จำเลยทำลายครวและห้องน้ำ โจทก์ใช้สิ่งเหล่านั้นไม่ได้ตามปกติ ขาดความสุข ศาลให้ค่าเสียหายสูงกว่าราคาทรัพย์สินที่ถูกทำลายตามที่เห็นสมควร (ฎีกาที่ 1617-1618/2500) จำเลยทำเลเมิดโดยจงใจ ทั้งที่มีผู้ทักท้วงแล้ว เป็นพฤติการณ์ที่แสดงความร้ายแรงที่ศาลคำนึงในการกำหนดค่าเสียหาย (ฎีกาที่ 64/2501)

ในการที่ศาลจะวินิจฉัยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้น ย่อมจะต้องคำนึงถึงฐานะทางสังคมและการเงินของคู่กรณี (La position sociale et des resource financieres des parties) มาประกอบดุลพินิจด้วย

1 วาริ นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ลากมิควรได้, หน้า 192.

2 ไพจิตร บุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 146-147.

เช่น จำเลยกล่าวหมิ่นประมาทโจทก์ว่าเป็นหญิงไม่ดี เทียวหากิน ถ้าโจทก์จำเลย เป็นบุคคลที่ไม่ค่อยมีบุคคลที่รู้จักก็อาจกำหนดค่าเสียหายให้เป็นจำนวนน้อยกว่าที่โจทก์จำเลย เป็นผู้ที่มีบุคคลรู้จักกันทั่วไป แต่ถ้าจำเลยมีฐานะทางการเงินดีก็อาจกำหนดให้สูงกว่ากรณีจำเลยมีฐานะการเงินไม่ดี เพื่อให้เข็ดหลาบ มิให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นอีกต่อไป มิฉะนั้นจำเลยก็ย่อมจะเอาเงินมาแลกกับการกล่าวหมิ่นประมาทได้เรื่อย ๆ ไป แม้ฐานะการเงินของโจทก์ก็ต้องคำนึงด้วยเช่นเดียวกัน เช่น กล่าวหมิ่นประมาทเศรษฐีอาจให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายสูงกว่าคนยากจน เพราะเงินค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อยย่อมไม่สู้เป็นประโยชน์เหมือนกับคนยากจน ไม่เพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายที่เศรษฐีได้รับได้ แต่ถ้าจำเลยเป็นคนยากจน การที่จะกำหนดให้ จำเลยชดใช้จำนวนสูง ย่อมเป็นที่เดือดร้อนแก่จำเลยเกินไป ดังนี้เป็นต้น ทางปฏิบัติอาจทำให้เป็นที่เข้าใจกันว่า ฐานะทางสังคมและทางการเงินของผู้กรณีดังกล่าวย่อมใช้เฉพาะกรณีที่เป็นความเสียหายอันคำนวณเป็น ตัวเงินมิได้เท่านั้น ถ้าหากเป็นความเสียหายอันคำนวณเป็นตัวเงินได้แล้ว ก็ย่อมไม่อาจนำมา ประกอบดุลพินิจได้ แต่โดยหลักหาเป็นเช่นนั้นไม่ เงินเพียง 5-10 บาท อาจเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ สำหรับคนจน เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับความเป็นอยู่ของชีวิต เมื่อถูกลักขโมยไป ก็ย่อมมีความเดือดร้อน เสียหาย ยิ่งกว่าผู้มีฐานะทางการเงินที่ดีกว่า หลักก็คงเป็นไปตามที่กล่าวมาแล้ว ที่ว่าความเสียหาย อาจมิได้มีอยู่แต่เฉพาะความเสียหายในทางทรัพย์สินเท่านั้น แต่มีความเสียหายทางจิตใจอันคำนวณ เป็นเงินมิได้รวมอยู่ด้วย ศาลจึงอาจกำหนดค่าเสียหายให้อีกได้ โดยกำหนดให้สูงถึง 11-15 บาท โดยอาศัยพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด¹

นักนิติศาสตร์บางท่านยังเห็นต่อไปว่าในบางกรณีศาลคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ อีก เช่น ความประพฤติกของจำเลยหลังจากกระทำผิด ตัวอย่างเช่น จำเลยต่อสู้กลบเกลื่อนความจริง และไม่ยอมตกลงเรื่องเงินกับโจทก์ตลอดมา² หรือบางท่านเห็นว่า ความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะ บรรเทาความเสียหายก็เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องคำนึงเหมือนกัน แม้ในทางอาญายังเป็นเหตุบรรเทาโทษ ในทางแพ่งก็ควรถือเป็นเหตุลดค่าเสียหายได้ เช่น ได้ช่วยออกเงินค่ารักษาพยาบาลไปก่อน ที่ผู้เสียหายจะนำคดีมาฟ้องศาล เป็นต้น³

1 เรื่องเดียวกัน, หน้า 150.

2 จิตติ ดิงศภัทย์ และรองพล เจริญพันธ์, "ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา", หน้า 190.

3 วาริ นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ลากมิควรได้, หน้า 193.

ในอังกฤษ ในการให้ค่าเสียหายทางจิตใจ ศาลจะคำนึงถึงอายุของผู้เสียหายด้วย เช่น คดีระหว่าง Heaps V. Perrite Ltd (1937) กรรมการซึ่งยังหนุ่มถูกทำให้แขนขาทั้งสองข้าง ศาลให้ค่าเสียหาย 10,000 ปอนด์ แต่ในคดีระหว่าง Bird V. Cocking and Son Ltd. (1951) ชายอายุ 61 ปี เสียแขนข้างหนึ่ง ส่วนอีกข้างหนึ่งแม้ไม่ต้องถูกตัดทิ้ง แต่ก็ใช้งานอะไรไม่ได้ ศาลกำหนดค่าเสียหายให้ 7,000 ปอนด์¹

4.4 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ตามสัญญากับการชดใช้ค่าเสียหายในทางละเมิด

ความรับผิดทางแพ่งมีอยู่ 2 ประเภท คือ ความรับผิดเนื่องด้วยการไม่ชำระหนี้ หรือความรับผิดตามสัญญา (La responsabilité contractuelle) กับความรับผิดทางละเมิด (La responsabilité délictuelle)²

ความรับผิดทางสัญญา หมายถึง เมื่อได้มีข้อตกลงกันไว้อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว คู่กรณีต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น ๆ ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามย่อมจะต้องรับผิด (Responsabilité contractuelle)

ความรับผิดทางละเมิด หมายถึง เมื่อได้มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ต่อนुकคผู้อื่นทำให้เขาได้รับความเสียหาย ผู้กระทำจะต้องรับผิด (Responsabilité délictuelle)

4.4.1 จุดมุ่งหมายในการชดใช้ค่าเสียหาย

โดยที่การชดใช้ความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะชดใช้ความเสียหายอันเกิดแต่การที่เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้ตามสิทธิของตน ซึ่งเจ้าหนี้อาจเรียกค่าเสียหายได้โดยหลักดังนี้

ตามกฎหมายไทยก็เช่นเดียวกับหลักของกฎหมายนานาประเทศ ในเรื่องการชดใช้ความเสียหายด้วยค่าเสียหายนั้น โดยที่กฎหมายมุ่งหรือพยายาม ที่จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน หรือทางเศรษฐกิจ ให้อยู่ในสถานะที่เขาจะพึงได้รับ ถ้าได้มีการชำระหนี้โดยสมบูรณ์หรืออย่างน้อยก็ให้ได้ใกล้เคียงมากที่สุดเท่าที่จะพึงกระทำได้เพื่อ

1 สมโชค เจริญลาภ, "ละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ", หน้า 552.

2 จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งลักษณะละเมิด, หน้า 16-17.

3 วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด

จัดการงานนอกสิ่ง ลากมิกควรได้, หน้า 6.

ทำให้ความเสียหายหมดไปหรือน้อยไปมากที่สุด และด้วยหลักดังกล่าวนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ เป็นค่าสินไหมทดแทนซึ่งเป็นเงินจำนวนหนึ่ง โดยมีจำนวนเท่ากับหรือใกล้เคียงกับจำนวนที่เจ้าหนี้จะได้รับในการชำระหนี้ นั้น ในเวลาและสถานที่ที่กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์แห่งหนี้เดิม โดยรวมถึงผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เขาควรจะได้รับ และผลที่เขาต้องสูญเสียสิ่งที่เขามีอยู่ไปและโดยหลักดังกล่าวนี้เอง เราจึงอาจสันนิษฐานได้ว่า เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายจากมูลค่าสุทธิที่จะได้รับถ้าเขาได้รับการชำระหนี้ และมูลค่าสุทธิดังกล่าวนั้นคือมูลค่าซึ่งเราอาจประเมินค่าสินไหมทดแทนให้ได้ ตามจำนวนแห่งมูลค่านั้น ซึ่งอาจอธิบายได้ว่าถ้าการที่เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้ไม่สมบูรณ์ โดยมีการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะพึงได้รับประโยชน์อย่างใดบ้างจากการชำระหนี้ นั้น มูลค่าที่เจ้าหนี้ต้องเสียไปหรือต้องขาดไปนั้น เป็นจำนวนเท่าใด ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ ก็พึงเรียกให้ชดใช้กันได้เป็นจำนวนอย่างนั้นหรือเท่านั้น เช่นในสัญญาซื้อขายสิ่งของ เมื่อฝ่ายลูกหนี้ผิดสัญญาไม่รับมอบสิ่งของที่ซื้อขายกัน ลินค้าราคาตกลดน้อยลง เจ้าหนี้จำเป็นต้องขายขาดทุนไป มิฉะนั้นของจะต้องเสียเป็นคั้น มูลค่าของจำนวนความเสียหายคือมูลค่าของราคาระหว่างราคาตลาดตามสัญญาซื้อขายกับราคาตามที่ขายไปจริงต่างกัน เท่าใด มูลค่าดังกล่าว เป็นราคาของความเสียหายที่ต้องชดใช้กัน¹

การยอมให้ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ของอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นคู่กรณีนั้น เรียกค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายดังกล่าวก็โดยที่กฎหมายมีจุดมุ่งหมายเพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น เพื่อให้ความเสียหายหมดไป หรืออย่างน้อยก็ให้มีความเสียหายเหลืออยู่น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่อย่างไรก็ตามการให้ชดใช้ค่าสินไหมหรือการทดแทนก็มีขอบเขตจำกัด เหมือนกันโดยกฎหมายยอมให้ชดใช้กันเพื่อให้เจ้าหนี้ได้คงคืนสภาพและมีผลประโยชน์ดังว่าได้มีการชำระหนี้โดยครบถ้วนแล้ว กล่าวคือให้เจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนในฐานะที่จะพึงได้รับในกรณีที่จะมีการชำระหนี้กันเกิดขึ้น มิใช่ให้รับผิดหรือชดใช้ในความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ทั้งสิ้น หรือมิใช่เป็นการชดใช้กันเพื่อให้เจ้าหนี้ได้คงคืนสภาพและฐานะเหมือนดังว่ามิได้มีหนี้ต่อกันเลย ดังนั้น สภาพของเจ้าหนี้ที่จะพึงได้รับประโยชน์ของค่าสินไหมทดแทนนั้น จะมีเพียงเท่ากับที่จะพึงได้รับจากการชำระหนี้เท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า การชำระหนี้

1 พรรณิภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้", (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 58-59.

จะพึงอำนวยการประโยชน์ให้แก่เจ้าหนี้อย่างไร การชดใช้ค่าเสียหายก็จะพึงอำนวยการประโยชน์ ให้แก่เจ้าหนี้เช่นกัน ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายลักษณะหนี้ได้คำนึงถึงสภาพและข้อเท็จจริงทั่วไปว่า การที่บุคคลสองฝ่าย เข้ามาก่อนดีสัมพันธ์กันโดยเกิดหนี้ขึ้นมาแล้วนั้น อย่างน้อยบุคคลฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้ก็ย่อมมุ่งประสงค์ต่อผลของหนี้เป็นข้อแรกและเป็นธรรมดาของการก่อให้เกิดหนี้ ซึ่งถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ครบถ้วนบริบูรณ์ เรื่องก็คงไม่มีปัญหาเจ้าหนี้เองก็สมประโยชน์และได้รับความพอใจ แต่หากการมิได้เป็นไปดั่งนั้น เจ้าหนี้มิได้รับการชำระหนี้หรือได้รับแต่ไม่ถูกต้องครบถ้วนและเกิดมีความเสียหายขึ้นมาแล้วกฎหมายเห็นว่า เจ้าหนี้นั้นเองจะต้องได้รับผลประโยชน์ที่จะทดแทนความเสียหายนั้น เช่นเดียวกับที่จะพึงได้รับจากการชำระหนี้ ค่าเสียหายจึงควรมีขนาดเท่ากับหรือใกล้เคียงกับจำนวนที่เขาต้องสูญเสียหรือขาดไปจากการที่เขาจะได้รับการไม่ได้รับการชำระหนี้ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่เจ้าหนี้ที่ได้รับ ความเสียหาย ดังนั้นโดยจุดมุ่งหมายของกฎหมายดังกล่าวจึงเกิดหลักในการชดใช้ความเสียหายกันว่า "ถ้าการชำระหนี้จะพึงอำนวยการประโยชน์ให้แก่เจ้าหนี้อย่างไร การชดใช้ค่าเสียหายก็พึงคำนวณ เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์ก้าวหน้า เป็นอย่างอื่น เพื่อที่จะให้เจ้าหนี้ได้คงคืนสภาพหรือสถานะทางเศรษฐกิจการเงินหรือความก้าวหน้า เช่นเดียวกับที่ได้มีการชำระหนี้กันถูกต้องบริบูรณ์" (L'execution par equivalent)¹

ในทางละเมิดกฎหมายมุ่งประสงค์จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่นโดยเฉพาะเจาะจง หากทำให้คืนสภาพเดิมไม่ได้ก็พยายามที่จะให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด² การทำให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิม (restitutio in integrum) ก็โดยกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์เพื่อซ่อมแซมสิ่งที่เขาจะต้องเสียหายไปเนื่องจากการละเมิด³

การใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำละเมิดนั้นมีบัญญัติแตกต่างไปจากการชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปในการชดใช้ความเสียหายในมูลหนี้เมื่อมีการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ นั้น ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายมีจุดมุ่งหมายในการให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดคือ เพื่อบรรเทาความเสียหายที่ผู้ถูกละเมิดได้รับ เพื่อให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิม

1 เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), หน้า 851.

2 วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้, หน้า 8.

3 Philip S. James, General Principles of the Law of Torts, p.428.

เหมือนเมื่อก่อนมีการละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งถ้าไม่มีทางอื่นก็ให้ชดใช้กัน เป็นเงินอัน เป็นวิธีชดใช้ได้ทั่วไปในเมื่อไม่สามารถหาวิธีอื่นได้ดีกว่านั้นได้ แม้แต่ความเสียหายที่ได้รับทางจิตใจซึ่ง เป็นความเสียหายในทางศีลธรรมไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ ก็อาจต้องบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายกันเป็นตัวเลข เพราะไม่มีทางอื่นที่จะทำได้ดีกว่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นความเสียหายอันแน่นอนและเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้ทำละเมิดแล้ว ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบไม่จำกัดว่าต้องเป็นผลตามปกติหรือผลพิเศษที่คาดหมายได้ดัง เช่นกรณีผิดสัญญาไม่ชำระหนี้

4.4.2 การชดใช้ค่าเสียหาย

วัตถุประสงค์เบื้องต้นในการทดแทนความเสียหายก็คือการชดใช้ค่าเสียหาย ค่าเสียหายในคดีละเมิดกำหนดโดยมีจุดมุ่งหมาย เพื่อที่จะทำให้นุคคลผู้ได้รับความเสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมหรือใกล้เคียงก่อนถูกกระทำละเมิดเท่าที่จะเป็นไปได้ และค่าเสียหายสำหรับการผิดสัญญามุ่งหมายที่จะทำให้โจทก์อยู่ในสภาพ เสมือนหนึ่งว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์¹

ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เจ้าหน้าที่ได้รับนั้นมีหลักเกณฑ์ว่าต้องใช้ความเสียหายทั้งหมดที่เจ้าหน้าที่ได้รับความเสียหายมาตรา 218 วรรค 2 และมาตรา 222 ซึ่งจะต้องชดใช้ดังนี้

1. ทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ที่ร่อยหรอไป (Damnum emergens the "Out-of-pocket" rule)
2. ผลประโยชน์ที่เจ้าหน้าที่ควรจะได้รับ (Lucrum cessans the "loss-of-bargain" rule)²

ทั้งนี้หมายถึง การเรียกค่าเสียหายนั้นมีหลักเกณฑ์ว่าเรียกได้ทั้งส่วนที่เจ้าหน้าที่ต้องสูญเสียไป หรือส่วนที่ทำให้ทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ลดน้อยถอยลงไป นอกจากนี้ยังเรียกค่าเสียหายได้แม้กระทั่งผลประโยชน์หรือผลกำไรที่เจ้าหน้าที่จะได้รับถ้ามีการชำระหนี้เกิดขึ้น ซึ่งหมายถึงส่วนที่จะทำให้ทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่เพิ่มขึ้น ถ้าได้มีการชำระหนี้กัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการเรียกค่าเสียหายนั้นเรียกได้ทั้งขาดทุนและกำไร คือความเสียหายซึ่งเจ้าหน้าที่ขาดไปจากทรัพย์สินของคนอื่น เรียกว่าขาดทุน (Perte eprouvee) และความเสียหายที่เจ้าหน้าที่ขาดทุน ทางที่จะได้เพิ่มขึ้นในทรัพย์สินของคนอื่นเรียกว่าขาดกำไร (gain manque) และความเสียหายทั้งสองประเภทดังกล่าว นี้...เจ้าหน้าที่มีสิทธิเรียกร้องเอาจากลูกหนี้แทนการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ยังผลเสียหายแก่

1 Charles T. McCormick, Handbook on the Law of Damages, p.560.

2 วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้และประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2514), หน้า 158.

เจ้าหน้าที่¹

ค่าเสียหายที่เป็นการทดแทนความเสียหาย (real damages) นั้น การกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ใช้เป็นหลักในการกำหนดทั้งกรณีผิดสัญญาและละเมิด ส่วนค่าเสียหายแบบเป็นโทษ (punitive damages) ใช้เฉพาะกรณีละเมิดเท่านั้นจะนำมาใช้ในกรณีผิดสัญญาไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าการชดใช้ค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญานั้น มีจุดหมายเพื่อที่จะชดเชยให้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับผลประโยชน์ที่ก้าวหน้าในทางการเงิน หรือทางเศรษฐกิจ เช่นเดียวกับหรือใกล้เคียงที่เขาจะได้รับถ้ามีการชำระหนี้กันโดยถูกต้อง ส่วนในทางละเมิดการที่ศาลกำหนดค่าเสียหายอันเป็นการลงโทษก็เพื่อเป็นการลงโทษการกระทำที่เป็นความผิดโดยมีเจตนาร้ายและการกระทำผิดอันร้ายแรงดังจะเห็นได้จากการวินิจฉัยของศาลอังกฤษในคดีระหว่าง Wilkes v. Wood (1763) ศาลวินิจฉัยว่า "ค่าเสียหายที่กำหนดให้มันไม่เพียงแต่จะเป็นที่พอใจของผู้ได้รับความเสียหายเท่านั้น แต่จะต้องเป็นการลงโทษสำหรับความผิดนั้น เพื่อมิให้กระทำอีกต่อไป"²

ค่าเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้นั้น ไม่อาจเรียกให้ชดใช้ได้ในกรณีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามหลักกฎหมายไทย ส่วนในทางละเมิดนั้น เรียกได้ตามมาตรา 446 ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้นอาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้หรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ก็ได้ ดังนั้นตามหลักจึงถือกันว่าความเสียหายเป็นรูปร่างคำนวณเป็นเงินได้ หรือความเสียหายทางจิตใจคำนวณเป็นเงินไม่ได้ ถ้าเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้ว ก็เป็นมูลความผิดฐานละเมิดได้³

ในเรื่องทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดในความเสียหายว่าความเสียหายอย่างไรจึงจะให้รับผิดและชดใช้ค่าเสียหายกันนั้น เมื่อพิจารณาอุบอบเขตของกฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 วรรคต้นแล้ว จะเห็นได้โดยถ้อยคำในคัมภีร์นั้นมีหลักตรงกับทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมที่ว่าผู้กระทำความผิดต้องรับผิดเฉพาะในผลปกติที่เกิดจากการกระทำของตน ซึ่งในมาตรา 222 มีความว่า "การเรียกเอาค่าเสียหายนั้นได้แก่การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความ

1 พรรณิภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้", หน้า 61.

2 Harry Street, The Principle of the Law of Damages, p.29.

3 จิตติ ดิงศภิษฐ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 192.

เสียหาย เช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้” ซึ่งโดยบทบัญญัตินั้น เห็นได้ว่าคู่กรณีต้องมีหนี้ผูกพันกันอยู่ก่อนแล้ว คือ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้จึงต้องรับผิดโดยผลปกติที่ย่อมจะเกิดขึ้น แต่การไม่ชำระหนี้ นั้น นอกจากจะคาด เห็นผลจากพฤติการณ์พิเศษดังความในวรรคสองของมาตราเดียวกันนี้ อีกส่วนหนึ่ง

ซึ่งเมื่อ เปรียบเทียบกับความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายไทยนั้น ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่า ในทางละเมิดจะให้ผู้กระทำผิดรับผิดในผลเพียงใดก็ตาม แต่จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและการใช้กฎหมายมาปรับกับคดีรวมทั้งคำอธิบายกฎหมายต่าง ๆ นั้นสรุปได้ว่า โดยหลักกฎหมายไทยในเรื่องละเมิดนั้น เราใช้หลักทฤษฎีเจือปนหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุมาใช้ปรับกับคดีในเรื่องละเมิด คือผู้กระทำผิดจะต้องรับผิดในผลของการกระทำผิดที่เป็นผลโดยตรงที่ใกล้ชิดกับเหตุและไม่ไกลเกินไป โดยไม่คำนึงว่าจะ เป็นผลที่ตนคาดเห็นหรือไม่ก็ตาม ถ้าเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการกระทำผิดของตนแล้ว ผู้กระทำผิดก็ต้องรับผิดในผลนั้น ดังนั้นความรับผิดในการกระทำผิดในเรื่องละเมิดจึงมีขอบเขตกว้างขวางกว่าในทางสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้ ซึ่งตามมาตรา 438 นั้น บัญญัติให้ศาลกำหนดค่าเสียหายได้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งตามถ้อยคำจะเห็นว่าไม่มีขอบเขตตายตัว วางหลักไว้กว้าง ๆ เพื่อปรับได้กับทุกกรณี ไม่บังคับว่าต้อง เป็นผลปกติ หรือคู่กรณีต้องคาด เห็นมาก่อนถ้าเป็นผลพิเศษ เช่นเดียวกับหลักกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นว่าหลักที่ศาลในประเทศส่วนมากใช้คือผลโดยตรง อันมีนัย เอนเอียงไปคามทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเจือปนนั้น เป็นหลักที่ถูกต้องไม่จำกัดว่ามูลหนี้ที่ผู้ทาละเมิดจะต้องรับผิดนั้นจำกัดอยู่ในเบื้องต้น เฉพาะผลปกติที่ ควรจะเกิดขึ้นเท่านั้น

จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่าความรับผิดอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ นั้นตามหลักกฎหมายไทย เราใช้หลักความรับผิดตามทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ส่วนความผิดในกรณีละเมิดนั้นมีความรับผิดกว้างกว่าและยึดถือทฤษฎีเจือปน ซึ่งมีความแตกต่างกันโดยในทางละเมิดกฎหมายจึงให้ศาลพิจารณากำหนดค่าเสียหายในทางละเมิดได้โดยอิสระ โดยวินิจฉัยตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ต่างกับค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติไว้คล้อยตามทฤษฎีมีมูลเหตุเหมาะสม

4.4.3 ดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหาย

ตามปกติการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีละเมิดนั้น โดยหลักกฎหมายมาตรา 438 ให้ศาล เป็นผู้กำหนดโดยใช้วินิจฉัยพิจารณากำหนดตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

ดังนั้นการที่โจทก์ขอมาในฟ้องและพิสูจน์ว่าคนควรจะได้รับค่าเสียหายทางละเมิด เป็นจำนวนเท่า นั้นเท่านี้บาท ก็เป็นเพียงการกะประมาณราคาความเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่ง โดยอาศัยพฤติการณ์แห่งคดีและความร้ายแรงแห่งละเมิด เป็นแนวทางในการคำนวณค่าสินไหมทดแทน เมื่อศาลพิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงพฤติการณ์แห่งคดีและความร้ายแรงของละเมิดแล้ว ศาลก็จะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ ในบางกรณีที่มีความเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ หรือในกรณีความเสียหายที่เกิดจากการที่จำเลยมีจิตใจชั่วร้ายนั้น ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้สูงกว่าจำนวนความเสียหายก็ได้ กรณีเช่นนี้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายทางละเมิดโดยใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ โดยใช้ดุลพินิจภายในขอบแห่งกฎหมายมาตรา 438 วรรค 1 เช่น ก.ตี ข. 1 ที ข.บาดเจ็บต้องเสียค่าหมอค่ายา 500 บาท ในกรณีที่ทำโดยอุกอาจไม่ยำเกรง และมีเจตนาร้าย ศาลอาจเห็นว่า การละเมิดที่ ก.ทำเป็นการร้ายแรงและกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นเงิน 2,000 บาท ก็ได้ หรือกรณีทำโดยไม่ตั้งใจหรือพลั้งพลาดศาลอาจคิดค่าสินไหมทดแทนให้เพียง 500 บาท หรือจะให้เกิดกว่านั้นสักหน่อย เช่น ให้ใช้ค่าสินไหมทดแทน 600 บาท ก็ได้ เฉพาะเรื่องในชั้นกำหนดจำนวนค่าเสียหายอันก่อให้เกิดมูลหนี้เรื่องละเมิดเช่นนี้ จึงขอที่จะกล่าวได้ว่า ค่าสินไหมทดแทนในเรื่องละเมิดนั้นอยู่ในดุลพินิจของศาลตามความหมายในมาตรา 438 วรรค 1

ส่วนการเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายฐานผิดสัญญา หรือไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ นั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าให้อำนาจศาลในการที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ดังนั้น จึงมาถึงปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าศาลมีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายอันเนื่องมาแต่การไม่ชำระหนี้หรือไม่

โดยจุดมุ่งหมายของการให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ นั้นมุ่งที่จะให้ชดใช้กันเพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาแต่คู่กรณีฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เป็นเหตุให้เขาเสียประโยชน์และเกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้น ค่าสินไหมทดแทนที่จะพึงกำหนดนั้นก็มิชอบเขตว่าให้ทดแทนในจำนวนที่เท่ากับหรือใกล้เคียงกับประโยชน์ที่จะได้รับ ถ้ามีการชำระหนี้กันเกิดขึ้น โดยมีหลักว่าเสียหายจริงเท่าใดก็ชดใช้กันเท่านั้น แต่ไม่เกินจำนวนที่จะได้รับถ้าได้มีการชำระหนี้กันเกิดขึ้น

สำหรับค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น กฎหมายได้บัญญัติกำหนดขอบเขตของค่าเสียหายไว้แล้วตามมาตรา 222 อันเป็นหลักในการที่จะกำหนดจำนวนค่าเสียหายไว้แล้ว เมื่อพิจารณาถึงจุดมุ่งหมายและพิจารณาจากตัวบทมาตรา 222 แล้ว น่าจะเห็นได้ว่าในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ นั้นศาลไม่มีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายโดยใช้วินิจฉัยของศาลและพฤติการณ์แห่งคดีเป็นสำคัญดังเช่นคดีละเมิด ดังนั้นการกำหนดค่าเสียหายอันเกิดมาแต่การไม่ชำระหนี้ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ฝ่ายผู้เรียกร้องต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าเสียหายไปจริงเป็นจำนวนเท่าใด เพียงใด เมื่อศาลเชื่อข้อเท็จจริงเหล่านั้นแล้ว ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายโดยใช้ข้อเท็จจริงแห่งความเสียหายอันนั้นเป็นสำคัญ และเป็นหลักในการกำหนด มิได้กำหนดตามความพอใจโดยใช้ดุลพินิจของศาลหรือใช้พฤติการณ์แห่งคดีเป็นหลักในการกำหนดค่าเสียหาย ดังนั้น การที่จำเลยได้กระทำผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้โดยเจตนาชั่วร้ายหรือโดยความสุจริตวิธีกำหนดค่าเสียหายก็เหมือนกันทั้งสิ้น ผิดกับค่าเสียหายที่เกิดจากละเมิดที่พิจารณากำหนดค่าเสียหายสูงขึ้น โดยพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดีเป็นเหตุได้ด้วยดังตัวอย่างที่ยกผ่านมา จึงสรุปได้ว่าศาลไม่มีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายฐานผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การที่ให้ฝ่ายผู้เรียกร้องค่าเสียหายเป็นฝ่ายนำสืบให้จำนวนค่าเสียหายปรากฏแก่ศาลนั้น ถ้าโจทก์ไม่นำสืบหรือนำสืบให้ศาลเห็นความเสียหายไม่ได้ กรณีเช่นนี้ได้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานว่า แม้กรณีจะเป็นเช่นนั้นก็ตาม ให้ศาลกำหนดค่าเสียหายได้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีโดยวิสัยวิญญูชน กรณีเช่นนี้ก็อธิบายได้ว่ามิใช่เป็นดุลพินิจของศาล แต่เป็นกรณีที่ศาลต้องพิจารณาว่าเขาเสียหายเท่าใดก็ให้อีกฝ่ายหนึ่งใช้เท่านั้น อันเป็นหลักตามมาตรา 222 โดยศาลจะใช้ดุลพินิจตัดสินให้มากหรือน้อยกว่าที่เสียหายจริงตามความพอใจของศาลไม่ได้ ศาลต้องพิจารณาให้ปรากฏโดยใช้วิสัยวิญญูชนว่าเขาเสียหายไปเท่าใด และกำหนดให้ตามนั้น ซึ่งก็ต้องเข้าใจกันว่าตามสมควรเท่าที่ปรากฏความเสียหาย มิใช่ตามสมควรแล้วแต่ใจศาล หรืออีกนัยหนึ่งโจทก์สืบไม่ได้ถึงความเสียหายเป็นพิเศษอย่างใด แต่พฤติการณ์สื่อให้เห็นได้ว่าโจทก์ต้องเสียหาย เพราะขาดประโยชน์ไม่ได้กำไรอะไรไปบ้าง ซึ่งควรจะได้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ปรากฏนั้นเท่าใด ศาลก็จะได้กำหนดให้ใช้กันตามควรเท่าจำนวนที่ปรากฏว่าเสียหายอย่างใกล้เคียงที่สุด โดยอาศัยมาตรา 222 เป็นหลักในการพิจารณา (ฎีกาที่ 258/2486, 1015/2487, 250/2489, 241/2492, 1999/2497)¹

1 เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 865-866 ; พรรณีภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้", หน้า 217-219.

กล่าวโดยสรุป ในการกำหนดจำนวนเงินที่จะให้เป็นการช่อมแซมความเสียหายนั้น ควรกำหนดจำนวนเงินให้ใกล้เคียงกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ เท่าที่จะ เป็นไปได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับจุดมุ่งหมายในการทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นสมดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "Restitutio in integrum"

อย่างไรก็ตามในกรณีละเมิดโดยประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือละเมิดที่มีพฤติการณ์รุนแรงมีลักษณะการกระทำ เช่นเดียวกับในคดีอาญา เช่น การใช้กำลังทำร้าย ข่มขู่ หลอกลวง ฉ้อฉล ซึ่งผู้กระทำละเมิดมุ่งหมายให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหาย หรือมุ่งหมายให้ผู้เสียหายอับอายหรือถูกเหยียดหยาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลไทยควรกำหนดค่าเสียหายแบบ เป็นโทษ (Punitive Damages) ในกรณีที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้ เพราะเหตุว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดมิได้มีไว้เพื่อชดใช้ความเสียหายแต่เพียงอย่างเดียว แต่กฎหมาย ลักษณะละเมิดนั้นยังมีไว้เพื่อ เหตุผลที่สำคัญอีก 3 ประการ คือ

(1) เพื่อให้โจทก์เกิดความพอใจและหายขุ่นเคืองจำเลย (idea of satisfaction)

(2) เพื่อลงโทษจำเลย เป็นการสั่งสอนมิให้จำเลยประพฤติผิด เช่นนี้อีก เรียกว่า educational role of tort

(3) เพื่อมิให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่น เรียกว่า "deterrence"

นอกจากเหตุผล 3 ประการนี้แล้ว การให้ค่าเสียหายแบบ เป็นโทษนี้ในบางกรณีน่าจะ เป็น เครื่องมือควบคุมอัตราเสี่ยงภัยในสังคมและอัตราของละเมิดให้ลดน้อยลงมากที่สุด

มีปัญหาที่น่าพิจารณาคือ ในการกำหนดค่าเสียหายของศาลนั้น ศาลจะคำนึงถึงปัจจัยอื่น เช่น ภาษี (tax) การเงินเฟ้อ (inflation) ด้วยหรือไม่ ปัญหาที่ศาลไทยไม่พิจารณาไกลถึงขนาดนั้น แต่ศาลในอังกฤษเขาจะนำสิ่งเหล่านี้มาคำนึงถึงด้วยในการกำหนดค่าเสียหายซึ่งจะขอกล่าวพอสังเขป คือ

(1) ปัญหาเรื่องภาษี (tax) ในการคำนวณค่าเสียหายสำหรับความสูญเสียรายได้ (loss of earnings) ความรับผิดชอบของโจทก์ (the plaintiff's liability) สำหรับภาษี ทั้ง income tax และ surtax ต้องนำมาคำนึงถึงด้วย (must be taken into account)

หลักนี้จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลสูง (The House of Lords) ในคดีระหว่าง British transport Commission V. Gourley (1956) ข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์เป็นวิศวกรโยธาผู้มีชื่อเสียงคนหนึ่ง ปรากฏว่าโจทก์ได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุทางรถไฟ ถึงแม้ว่าต่อมาโจทก์ยังคงสามารถที่จะทำงานได้แต่รายได้ของเขาลดลงเรื่อย ๆ เนื่องจากการบาดเจ็บในคราวนั้น จำเลยยอมรับผิดชอบในจำนวนค่าเสียหายที่กำหนดให้แก่โจทก์สำหรับความสูญเสียรายได้ (loss of earnings) ที่ผ่านมา และที่จะได้ในภายหน้า (past and prospective) ศาลต้องคำนึงถึง income tax และ surtax ซึ่งโจทก์ต้องชำระภาษีสำหรับรายได้เหล่านั้น¹

คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) ในคดีระหว่าง Billingham V. Hughes (1949) ซึ่งกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์เป็นเงิน 37720 ปอนด์ สำหรับความสูญเสียรายได้ (loss of earnings) โดยไม่คำนึงถึงภาระในการเสียภาษี (the incidence of tax) ปรากฏต่อมาว่าจำเลยอุทธรณ์ ท่านผู้พิพากษา Pearce จึงได้กำหนดค่าเสียหายสำหรับความสูญเสียรายได้ (loss of earnings) โดยนำภาษีมาราคำนึงถึงด้วย (tax should be taken into account) โดยกำหนดเป็นจำนวนเงิน 6695 ปอนด์ ศาลสูง (The House of Lords) พิพากษาว่าต้องนำภาษี (tax) เข้ามาราคำนึงถึงด้วย (tax should be taken into account) และกำหนดจำนวนภาษีเป็นจำนวนเงิน 6695 ปอนด์ ซึ่งเป็นจำนวนที่ถูกต้องสำหรับความสูญเสียรายได้ (loss of earnings)²

ในกรณีที่โจทก์ไม่ได้มีภูมิลำเนาในสหราชอาณาจักร (The United Kingdom) และต้องสูญเสียรายได้ (loss of earnings) เนื่องจากการบาดเจ็บของเขา ภาระในการเสียภาษีจากรายได้ของเขาต้องนำมาคำนวณด้วย และภาษีจากรายได้จะมีจำนวนไม่เกินกว่าการคำนวณภาษีในกรณีที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในสหราชอาณาจักร

กรณีหญิงมีสามีซึ่งยังอยู่กับสามีปกติไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับภาษี สามีรับผิดชอบสำหรับภาษีจากเงินได้นั้น หญิงมีสามีซึ่งถูกกระทำละเมิดและสูญเสียรายได้ (loss of earnings) มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหาย โดยไม่ต้องนำจำนวนภาษีมาราคำนวณด้วย

1 David A. McI Kemp and Margaret Sylvia Kemp, The Quantum of Damages, p.43; Harry Street, Principles of the Law of Damages, p.89.

2 David A. Mc.I Kemp and Margaret Sylvia Kemp, The Quantum of Damages, p.43.

ในการคำนวณภาชนะนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับรายได้สำหรับสัปดาห์ใดสัปดาห์หนึ่ง แต่ขึ้นอยู่กับรายได้ต่อปี¹

(2) ปัญหาเรื่องเงินเฟ้อ (inflation)

ในการคำนวณค่าเสียหาย มีข้อที่น่าพิจารณาประการหนึ่งซึ่ง เป็นปัญหาสำหรับโจทก์ ปัญหาดังกล่าวก็คือภาวะเงินเฟ้อ (inflation) จำนวนค่าเสียหายที่กำหนดให้ในอดีตที่ผ่านมา เป็น เครื่องแสดงให้เห็นว่าไม่เพียงพอสำหรับการที่มีภาวะเงินเฟ้อในเวลาต่อมา²

ดังนั้นในการกำหนดจำนวนเงินซึ่งทดแทนความเสียหายแก่โจทก์สำหรับความเสียหาย ซึ่งเขาได้รับนั้นควรจะคำนึงถึง (should take into account) ค่าของเงินที่เปลี่ยนไป ใน ท่านองเดียวกันถ้ากำหนดค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อร่างกาย (personal injuries) ในวันนี้ควรจะยึดถือการกำหนดในปีก่อน ๆ ที่ผ่านมาแล้ว เปรียบเทียบด้วย และต้องคำนึงถึงมูลค่าของเงินที่แท้จริง (the real value of money must be taken into account) เป็นสิ่งประกอบอีกด้วย

ท่านผู้พิพากษา Hodson กล่าวไว้ในคดีระหว่าง Harris V. Harris (1957) ว่า "บันทึกเกี่ยวกับค่าเสียหายในปัจจุบันสำหรับคดีประเภทเดียวกันนั้น เป็นความจริงที่ว่าบันทึก (record) นั้นแสดงให้เห็นถึงการกำหนดให้สูงกว่า ถึงแม้ว่าคดีต่าง ๆ ซึ่งเคยตัดสินไปเมื่อสองสามปีล่วงมาแล้วนั้น เงินปอนด์ไม่ได้มีค่าต่ำกว่าที่เป็นอยู่เวลานี้"

ท่าน Lord Normand ได้กล่าวในคดีระหว่าง Sands V. Devan (1945) ว่า "ในการกำหนดความเสียหายเป็นตัวเงิน ควรคำนึงถึงจำนวนและความเกี่ยวพันระหว่างความคงที่และความเปลี่ยนแปลงในค่าของเงิน (value of money)"

ในการกำหนดค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียความหวังของชีวิต (loss of expectation of life) ท่านผู้พิพากษา Streatfeild กล่าวไว้ในคดีระหว่าง Hart V. Griffiths-Jones (1948) ว่า "ในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์เป็นจำนวน 200 ปอนด์ ในปี ค.ศ. 1941 ในคดี Benham V. Gambling นั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1946 การที่ศาลสูง (The House of Lords) กำหนดค่าเสียหายเป็นเงินจำนวน 200 ปอนด์ เท่ากันให้แก่โจทก์ จึงไม่เป็นการยุติธรรมเพราะค่าของเงินจำนวน 200 ปอนด์ ในปี ค.ศ. 1941 นั้นย่อมลดลง"

1 Ibid, pp.44-48.

2 Harry Street, Principles of the Law of Damages, p.125.

ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่เห็นพ้องกันโดยทั่วไปว่า การที่ค่าของเงินปอนด์ลดลงนั้น ควรจะนำมาคำนึงด้วย (ought to be taken into account) ในการกำหนดค่าเสียหาย¹ ในบางครั้งศาลจำเป็นต้องมีผู้เชี่ยวชาญเพื่อที่จะช่วยชี้เกี่ยวกับตัวเลขในการกำหนดค่าเสียหาย ดังนั้นจึงควรจัดหาพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witnesses) เพื่อนำมาแก้ไขปัญหากรณีเงินเพื่อนี้

โจทก์ต้องนำพยานหลักฐานเกี่ยวกับสถิติ (actuarial evidenc) ซึ่งเกี่ยวกับผลของเงินเพื่อในอนาคตมาแสดงต่อศาล ในกรณีที่เขาใช้สถิติเรียกร้องสำหรับค่าเสียหายเพื่อความสูญเสียรายได้ (loss of earnings) เนื่องจากการพิการ ในคดีระหว่าง Gollan V. Duncan (1960) ศาลเห็นว่าพยานหลักฐานเหล่านี้ควรรับฟัง และศาลพอใจจากพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert evidence) ในการคาดคะเนการที่ค่าของเงินตกไป (money values would continue to fall)²

ที่กล่าวมาแล้ว เป็น เรื่องการกำหนดค่าเสียหายซึ่งศาลในอังกฤษคำนึงถึง เรื่องภาษี (tax), ภาวะเงินเพื่อ (inflation) ด้วยในการกำหนด อย่างไรก็ตามในการกำหนดค่าเสียหายของศาลไทยนั้นปัญหาเรื่องภาษี (tax), เงินเพื่อ (inflation) จึงเป็นสิ่งที่น่าพิจารณาเป็นอย่างยิ่งทั้งนี้ เพื่อให้การกำหนดค่าเสียหาย เป็นไปโดยถูกต้องและยุติธรรม

1 David A. McI. Kemp and Margaret Sylvia Kemp., The Quantum of Damages, pp.68-70.

2 Harry Street, Principle of the Law of Damages, p.125.