

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ทุนวิจัย

กองทุนรัชดาภิเษกสมโภช

รายงานวิจัย

การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย

โดย

ศักดา รัตนกุล

มีนาคม 2555

กิตติกรรมประกาศ

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณคณะกรรมการกองทุนรัชดาภิเษกสมโภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่เห็นความสำคัญทางวิชาการของหัวข้อวิจัยนี้ และได้ให้การสนับสนุนโดยการให้ทุนวิจัย ซึ่งทำให้ผู้วิจัยสามารถจัดซื้อหนังสือตำราภาษาต่างประเทศที่ทันสมัยและสมบูรณ์จำนวนมากเพียงพอที่จะทำให้งานวิจัยชิ้นนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณท่านธานีศ เกศวพิทักษ์ ผู้พิพากษาประธานแผนกคดีผู้บริโภคในศาลฎีกา และท่านชาญณรงค์ ปราณจิตต์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ซึ่งเป็นบุคคลสำคัญในการยกพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะสองฉบับที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษโดยท่านผู้พิพากษาอาวุโส ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ได้กรุณาสละเวลามาฟังการนำเสนอรายงานความก้าวหน้าของงานวิจัยฉบับนี้ของผู้วิจัยในวันที่ 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2553 และได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการปรับปรุงรายงานความก้าวหน้าให้มีความสมบูรณ์และถูกต้องกับบริบทของระบบกฎหมายไทยมากยิ่งขึ้น ผู้วิจัยขอขอบพระคุณท่านสมบัติ พงศ์พิงศภัค ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น และศาสตราจารย์สุชม สุภนิตย์ที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการปรับปรุงรายงานความก้าวหน้าให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้วิจัยขอขอบคุณนายกฤษพล คมสัจด์ธรรม ซึ่งทำหน้าที่ผู้ช่วยวิจัยได้อย่างดีเยี่ยมและเป็นผู้ช่วยวิจัยที่มีความสามารถทางวิชาการและการทำวิจัยที่สูงมากเกินผู้ช่วยวิจัยในรุ่นเดียวกัน และนางสาวปิยารัตน์ ส่งเสริมรัตนกุล ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ประสานงานธุรการได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด อันเป็นบทบาทสำคัญที่ทำให้งานวิจัยสำเร็จลุล่วงด้วยดี

ดังที่ท่านชาญณรงค์ ปราณจิตต์ ได้สรุปไว้ว่า แม้ว่าท่านจะเห็นด้วยว่า ข้อเสนอและข้อเสนอแนะของรายงานฉบับนี้จะถูกต้องและเหมาะสมกับบริบททางสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไทยในปัจจุบันก็ตาม แต่ควรมีการศึกษาต่อยอดงานวิจัยชิ้นนี้ว่า ในอนาคตประเทศไทยควรมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเอาแก่ผู้บริหารของบริษัทนายหน้าจัดหาคนงานไปทำงานต่างประเทศที่ถือใบอนุญาต และผู้บริหารขององค์กรธุรกิจที่กระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหรือไม่ด้วย ข้อเสนอแนะข้างต้นจึงเป็นหัวข้อที่ท้าทายนักวิจัยด้านนิติศาสตร์ของไทยอย่างยิ่ง

ผู้วิจัยหวังว่า งานวิจัยฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อวงการนิติศาสตร์ของไทยบ้างไม่มากก็น้อย
และหากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา รัตนกุล

30 กันยายน 2553

บทคัดย่อภาษาไทย

ชื่อโครงการวิจัย	การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายไทย
ชื่อผู้วิจัย	รองศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล
เดือนและปีที่ทำวิจัยเสร็จ	30 กันยายน 2553

บทคัดย่อ

ประเทศไทยได้มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎีการนำบทบัญญัติเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) มาใช้บังคับในประเทศไทยพอสมควรซึ่งผลการศึกษาดังกล่าวได้นำมาซึ่งการพัฒนาแนวคิดเรื่องดังกล่าวในกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ โดยการกำหนดให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งนอกจากจะเป็นการให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายที่มากกว่าค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเพื่อชดเชยให้กับผู้เสียหายและเป็นการลงโทษผู้กระทำผิดแล้ว ยังถือเป็นมาตรการเพื่อป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดหรือเกิดการกระทำความผิดซ้ำด้วย แต่ในคดีละเมิดทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 นั้น เป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้มีการกำหนดเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษไว้อย่างชัดเจนแต่ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดได้ตามความร้ายแรงและพฤติการณ์ของการกระทำความผิดฐานละเมิดได้

จากการศึกษาพบว่า การตีความบทบัญญัติมาตรา 438 ของกฎหมายละเมิดทั่วไปให้กว้างขึ้นหรือการแก้ไขมาตราดังกล่าวให้รวมถึงการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ชัดเจน จะเป็นการไม่เหมาะสมที่จะนำการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมารวมไว้ในมาตรา 438 เพราะอาจทำให้เกิดปัญหาทั้งในเชิงทฤษฎีและเชิงปฏิบัติอยู่หลายประการ กล่าวคือ มาตรา 438 ถูกสร้างขึ้นมาจากวัตถุประสงค์แห่งการเยียวยาความเสียหายเท่านั้น ส่วนวัตถุประสงค์ในการป้องปรามและการลงโทษก็ควรจะเป็นบทบาทของระบบกฎหมายอาญา แม้ผู้วิจัยสรุปว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ควรรวมอยู่ในกฎหมายละเมิดหรือกฎหมายสัญญา แต่ผู้วิจัยเห็นว่า การรับเอาหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้จะมีประโยชน์อย่างมากต่อพัฒนาการกฎหมายของประเทศในระบบลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ถ้าจะมีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้จริง ก็ควรมีอยู่ในกฎหมายพิเศษและเป็นกฎหมายใหม่

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ

Project Title	Adoption of Punitive Damages into the Thai Law
Name of the Researcher	Associate Professor Dr. Sakda Thanitcul
Completed Date	September 30, 2010

Abstract

Recently, there are a number of research papers which studied concepts and theories concerning an adoption of punitive damages into Thai legal system. As a result, punitive damages has been officially adopted in several *sui generis* legislations allowing courts to impose punitive damages on wrongdoers. Not only courts can impose an extra-compensatory damages which contains a penalizing aspect, but also a deterrence measure to prevent its future occurrence. According to damages calculation of general tort law under Book 2 of Thai Civil and Commercial Code, however, such provision does not explicitly state whether a court can impose punitive damages on a wrongdoer or not since the court could only determine extent of compensation according to the circumstances and the gravity of the wrongful act.

This study concludes that neither broad interpretation of Section 438 or modification of such section in order to officially include punitive damages is desirable because a number of theoretical and practical problems are expected to arise. Normally, Section 438 was drafted only as to purpose of compensation for the harm done, while the objectives of punishment and deterrence are supposed to lie in an area of criminal laws, and not that of tort and contract laws. Nevertheless, the author could not deny that punitive damages is significantly contributing to the legal development in civil law countries. Therefore, if one believes that an adoption of punitive damages is really indispensable, it should then be introduced into new *sui generis* laws.

สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	i
บทคัดย่อภาษาไทย	iii
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	iv
สารบัญ	v
รายการตารางประกอบ	ix
บทนำ	1
บทที่ 1 แนวความคิดพื้นฐานการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิด	2
1.1 ประวัติกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย	2
1.2 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	6
1.2.1 บททั่วไป	6
1.2.2 การกำหนดค่าสินไหมทดแทน	9
1.2.3 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอื่นอันมิใช่ตัวเงิน	13
1.2.4 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีผู้เสียหายมีส่วนผิด	16
1.3 ความเกี่ยวพันกับกฎหมายอาญา	19
1.3.1 ความรับผิดทางแพ่งในเรื่องละเมิดกับความรับผิดทางอาญา	19
1.3.1.1 ผลแห่งการกระทำ	19
1.3.1.2 ข้อแตกต่างในเรื่องการแก้ไขหรือเยียวยา	19
1.3.1.3 ข้อแตกต่างในเรื่องผู้ดำเนินคดี	20
1.3.1.4 ความระงับสิ้นแห่งคดี	20
1.3.1.5 องค์ประกอบแห่งการกระทำผิด	20
1.3.2 การกระทำที่ต้องรับผิดทั้งทางแพ่งและอาญา	21

บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานค่าเสียหายเชิงลงโทษตามหลักกฎหมายต่างประเทศ	22
2.1 ความหมายของค่าเสียหายเชิงลงโทษ	22
2.2 ประวัติและวิวัฒนาการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ	23
2.3 วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ	24
2.3.1 การป้องปราม	24
2.3.2 การลงโทษ	26
2.3.3 ส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายทางแพ่ง	26
2.3.4 ทดแทนแก่โจทก์ในค่าเสียหายที่กฎหมายไม่ครอบคลุม	27
2.3.5 ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่นๆ	27
2.4 ประโยชน์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ	27
2.4.1 ปทัณฐานที่ถูกลงโทษ	28
2.4.2 การลงโทษหรือแก้แค้น	29
2.4.3 การป้องปราม	32
2.4.4 เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ที่สนับสนุนค่าเสียหายเชิงลงโทษ	33
2.4.4.1 นำผลกระทบภายนอกมาคิดเป็นต้นทุน	33
2.4.4.2 เพื่อทดแทนผู้เสียหายเมื่อผู้ละเมิดอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ	35
2.4.4.3 การคำนวณค่าเสียหายที่แท้จริงยุ่งยาก	43
2.4.4.4 เพื่อป้องปรามการละเมิดเชิงกลยุทธ์	43
2.5 ข้อเสียของค่าเสียหายเชิงลงโทษ	44
2.5.1 การป้องปรามมากเกินไป	44
2.5.2 จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่แน่นอน	45
2.5.3 ผู้เสียหายต้องการฟ้องคดีมากขึ้น	45
บทที่ 3 การบังคับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏในต่างประเทศ	47
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	47
3.1.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา	47
3.1.1.1 ผู้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ	47
3.1.1.2 ปัจจัยในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ	47

3.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษและหลักศุนนติกระบวน	68
3.1.2.1 ปัญหาของการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ	68
3.1.2.2 การปฏิรูปกฎหมายละเมิด	72
3.1.2.3 หลักฐานเชิงประจักษ์กับความพยายามปฏิรูปกฎหมายละเมิด	81
3.1.2.4 หลักศุนนติกระบวน	82
3.1.2.5 การห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญา	103
3.2 ประเทศเยอรมัน	105
3.2.1 แนวคิดพื้นฐานของค่าสินไหมทดแทน	105
3.2.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้ระบบกฎหมายเยอรมัน	108
3.2.2.1 ค่าเสียหายกรณีบาดเจ็บและทนทุกข์ทรมาน	109
3.2.2.2 การละเมิดสิทธิส่วนบุคคล	111
3.2.2.3 การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา	113
3.2.2.4 ความรับผิดชอบโดยปราศจากความสัมพันธ์	114
3.2.2.5 ค่าเสียหายสำหรับการเลือกปฏิบัติ	115
3.2.3 สถานะปัจจุบันของค่าเสียหายเชิงลงโทษ	116
3.3 ประเทศฝรั่งเศส	118
3.3.1 หลักพื้นฐานของค่าสินไหมทดแทน	118
3.3.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้ระบบกฎหมายฝรั่งเศส	118
3.3.2.1 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา	119
3.3.2.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้ค่าเสียหายปกติ	120
3.3.3 ความพยายามนำค่าเสียหายเชิงลงโทษบัญญัติในกฎหมายฝรั่งเศส อย่างเป็นทางการ	123
3.3.3.1 โครงการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่ง	124
3.3.3.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษในโครงการอวองต์	124
3.3.3.3 ปฏิบัติต่อโครงการอวองต์	125
3.4 ประเทศญี่ปุ่น	127

บทที่ 4 การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายไทย	131
4.1 สถานะปัจจุบันของค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้กฎหมายไทย	131
4.1.1 ความคิดเห็นจากนักกฎหมาย	131
4.1.2 คำพิพากษาฎีกาที่อาจเกี่ยวข้อง กับค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด	133
4.1.3 กฎหมายพิเศษ	140
4.1.3.1 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551	140
4.1.3.2 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น จากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551	144
4.1.3.3 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545	147
4.2 แนวทางที่เหมาะสมในการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กับคดีละเมิดทั่วไป	150
4.2.1 ทางเลือกแรก : นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้กับคดีละเมิดทั่วไป	151
4.2.1.1 บทบาทของกฎหมายละเมิด	151
4.2.1.2 การกระทำที่เข้าข่ายที่จะปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ	152
4.2.1.3 ปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ	155
4.2.1.4 ปัจจัยควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เหมาะสม	173
4.2.1.5 ปัญหาที่ควรพิจารณา	176
4.2.1.6 การปรับใช้ในกฎหมายละเมิดมาตรา 438	187
4.2.2 ทางเลือกที่สอง : ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ควรอยู่ในกฎหมายละเมิดทั่วไป	192
4.2.2.1 ข้อโต้แย้งในเชิงทฤษฎี	193
4.2.2.2 ข้อโต้แย้งในเชิงปฏิบัติ	197
4.3 ความเหมาะสมของระบบกฎหมายแพ่งปัจจุบัน	216
บทที่ 5 บทสรุป วิเคราะห์และข้อเสนอแนะ	218
5.1 สรุปและวิเคราะห์	218
5.2 ข้อเสนอแนะ	221
บรรณานุกรม	223

รายการตารางประกอบ

ตาราง		หน้า
ตารางที่ 3.1	เปรียบเทียบความรับผิดชอบของผู้ละเมิดต่อการปรับใช้ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ	52
ตารางที่ 3.2	ตารางเปรียบเทียบการพิจารณาคดีระหว่างผู้พิพากษากับคณะลูกขุนในคดีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษของศาลระดับมลรัฐ โดยใช้ข้อมูลจากหน่วยปกครองย่อย (Counties) 75 แห่ง ในปี 2001	82
ตารางที่ 3.3	แสดงจำนวนคดีในคดีละเมิดแต่ละประเภทที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ	94
ตารางที่ 3.4	แสดงค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลให้ในคดีแต่ละประเภท	95
ตารางที่ 3.5	แสดงความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษ	96
ตารางที่ 3.6	แสดงคดีทางแพ่งประเภทต่างๆที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ	99
ตารางที่ 3.7	แสดงความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายที่แท้จริง	100
ตารางที่ 3.8	แสดงการแยกอัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงในคดีที่พิจารณาโดยคณะลูกขุน	102
ตารางที่ 4.1	แสดงถึงค่าทำนายความที่ศาลอาจกำหนดให้คู่ความรับผิดชอบได้	202

บทนำ

ในช่วงเวลาที่ผ่านมา ประเทศไทยได้มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎีการนำบทบัญญัติเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) มาใช้บังคับในประเทศไทย ซึ่งจากผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวได้นำมาซึ่งการพัฒนาแนวคิดดังกล่าวในกฎหมายเฉพาะหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 โดยการกำหนดให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งนอกจากจะเป็นการให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายที่มากกว่าค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเพื่อชดเชยให้กับผู้เสียหายและเป็นการลงโทษผู้กระทำผิดแล้ว ยังถือเป็นมาตรการเพื่อป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดหรือเกิดการกระทำความผิดซ้ำเกิดขึ้นด้วย (Deterrence)

อย่างไรก็ตาม แม้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในปัจจุบันจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 เรื่องละเมิด ซึ่งว่าเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหาย แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มิได้มีการกำหนดเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่เป็นเพียงดุลยพินิจของศาลที่สามารถกำหนดได้ตามความร้ายแรงและพฤติการณ์ในการกระทำความผิดฐานละเมิดเท่านั้น ซึ่งศาลไทยได้เคยมีคำพิพากษากำหนดค่าสินไหมทดแทนในลักษณะของค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาแล้วหลายคดีในคำพิพากษาฎีกาที่ 336/2475 และ 64/2501 ประกอบกับการให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในปัจจุบันก็ถูกกำหนดไว้ในอัตรา 2 เท่า ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษและป้องกันการกระทำความผิด ดังนั้น การศึกษาถึงเหตุผล ความจำเป็น ข้อดี ข้อเสียความเป็นไปได้ในการนำเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายละเมิดซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือความเป็นไปได้ในการนำมาใช้ในกฎหมายหลักอื่นๆ ของประเทศไทยแล้วแต่ความเหมาะสม เพื่อประโยชน์ต่อการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย และการนำกฎหมายมาปรับใช้ได้เป็นการทั่วไปโดยไม่ต้องฟ้องร้องตามกฎหมายเฉพาะแยกต่างหาก อันจะก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำต่อการพัฒนากฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายในอนาคต นอกจากนี้ การศึกษาถึงหลักเกณฑ์พร้อมเสนอแนวทางเชิงลึกในการกำหนดและคำนวณค่าเสียหายในเชิงลงโทษก็จะทำให้การนำเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาบังคับใช้ได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์มากยิ่งขึ้น

บทที่ 1

แนวความคิดพื้นฐานการกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิด

1.1 ประวัติกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย

ตามประวัติศาสตร์กฎหมายไทย มีจารีตประเพณีตั้งแต่ก่อนสมัยกรุงศรีอยุธยาบังคับว่ามีให้มีการแก้แค้นกันเองโดยพลการ ห้ามมิให้ราษฎรในพระราชอาณาจักรใช้กำลังลงโทษผู้ทำให้ตนเสียหายด้วยตนเอง จะต้องนำเอาการละเมิดไปฟ้องร้องต่อศาลตามระเบียบเสมอ หากผู้ใดฝ่าฝืนสิ่งที่กฎหมายเก่าบัญญัติก็ต้องรับโทษ ซึ่งพบในกฎหมายลักษณะโจร อาญาหลวง อาญาราชฎูร์ เป็นต้น¹

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ถือว่าการที่ผู้เสียหายเรียกสินไหมด้วยตนเองโดยพลการเป็นการกระทำผิด เพราะการกำหนดจำนวนเงินที่ผู้ละเมิดจะต้องชำระเป็นหน้าที่ของศาล² แต่เนื่องจากกฎหมายแบ่งในกลุ่มนี้มิได้แยกจากออกจากความรับผิดชอบอาญาโดยเด็ดขาด มูลละเมิดในสมัยนั้นได้แก่ กฎหมายลักษณะลักพา กฎหมายลักษณะวิวาทลงปีศาจ (มะเส็ง) มหาศักราช 1269³ และพระอัยการพมศักดิ์จุลศักราช 955 (พ.ศ. 2136) สำหรับความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายต่อบุคคล กฎหมายลักษณะโจร พ.ศ. 1910 สำหรับความเสียหายต่อทรัพย์สิน และกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ⁴ ตามกฎหมายเก่านี้ คำว่า “ละเมิด” เป็นฐานความผิดอย่างหนึ่งซึ่งมีโทษปรับตามกฎหมายลักษณะกรรมศักดิ์⁵ ดังนั้น ความหมายของคำว่า “ละเมิด” จึงไม่เหมือนกับความหมาย “ละเมิด” ในปัจจุบัน กฎหมายที่กล่าวมานี้ บัญญัติถึงความผิด

¹ วิชา มั่นสกุล, ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516), หน้า 1.

² สมบัติ เดียววิเศษ, การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 9.

³ กฎหมายลักษณะวิวาท มาตรา 6 “ผู้ใดวิวาทตีต่อกัน แลผู้ใดอยู่ใกล้รู้เห็นมิได้ห้ามปราม ถ้าตีกันถึงมรณภาพไซ้ ให้ไหม้ผู้มิได้ห้ามปรามนั้นเป็นข้อละเมิดพระราชอาญา...”

⁴ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. หนังสือปาฐกถาเรื่องกฎหมายสมัยอยุธยา, พระนคร: คณะกรรมการจัดงานอนุสรณ์อยุธยา, 2510 หน้า 5.

⁵ ชื่อกฎหมายลักษณะหนึ่ง ซึ่งกำหนดครว้างโทษปรับตามศักดิ์นา อายุ และความร้ายแรงหนักเบาของความผิดที่กระทำ

การชดเชยค่าเสียหายและโทษ โดยไม่ได้กล่าวถึงองค์ประกอบทางกฎหมายลักษณะละเมิดว่าจะต้องประกอบด้วยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ มีเพียงเฉพาะกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จที่กล่าวถึงความรับผิดชอบที่เกิดจากความประมาทในบางมาตรา⁶ จะเห็นได้ว่า กฎหมายละเมิดนี้อยู่อย่างกระจัดกระจายไม่เป็นหมวดหมู่ และยังปะปนรวมกับกฎหมายอาญา

ในสมัยรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ที่โปรดให้มีการชำระกฎหมายเก่าแล้วรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายขึ้น เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” ถือว่า ความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นความผิดที่ต้องชดเชยค่าปรับให้โดยค่าปรับส่วนหนึ่งให้ตกเป็นของหลวงเรียกว่า “พินัย” และค่าปรับอีกส่วนหนึ่งให้แก่ผู้เสียหาย เรียกว่า “สินไหม” และเรียกรวมกันว่า “ให้ไหมเป็นสินไหมถึง พินัยถึง” มีผู้กล่าวว่า สินไหมมักจะเป็นเงินที่มีจำนวนสูงกว่ามูลค่าของความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง จึงอาจเป็นการรวมค่าปรับทางอาญาเข้าไว้ด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ นอกจากสินไหมเป็นค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น แล้วยังมีวัตถุประสงค์ให้เป็นการลงโทษผู้ละเมิดด้วย⁷

ต่อมาเมื่อมีการแยกกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งออกจากกัน โดยการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ตั้งแต่วันที่ 12 กันยายน พ.ศ.2451 (ร.ศ. 127) ความรับผิดชอบส่วนแพ่งและอาญาก็แยกจากกันเด็ดขาด ส่วนละเมิดที่เหลืออยู่ก็มีลักษณะเป็นละเมิดทางแพ่งอย่างแท้จริง⁸ แนวความคิดก็เปลี่ยนไปเป็นว่า ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดไม่เกินกว่ามูลค่าความเสียหายแท้จริงที่ตนได้รับ

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อเริ่มเข้าสู่ยุคอุตสาหกรรม ได้มีการนำเครื่องจักรเข้ามาใช้ในประเทศไทยมากขึ้นเรื่อยๆ ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินมากขึ้น ซึ่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบางส่วนไม่เพียงพอที่จะบังคับให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ ศาลไทยจึงได้นำหลักประมาทเลินเล่อมาใช้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับอุบัติเหตุทางรถยนต์⁹ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 97 พ.ศ.

⁶ มัทยา จารุพันธ์, ประมาทในทางละเมิด, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518), หน้า 3.

⁷ กฤษณา พิชณุโกศล, ค่าเสียหายเชิงลงโทษ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 6-7.

⁸ ร. แลงกานต์, ประวัติศาสตร์ไทย (กฎหมายเอกชน) ละเมิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3, พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2491 หน้า 123 -124, 132 – 133.

⁹ อ้างแล้วข้างบน หน้า 161-162.

2457 ก็มีการฟ้องคดีอุบัติเหตุทางรถยนต์โดยจำเลยหรือลูกจ้างที่ขับรถยนต์โดยประมาทเดินเลื้อจนโจทก์ได้รับบาดเจ็บ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเองและของลูกจ้างด้วย¹⁰

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ได้ทรงแสดงความคิดของ “ละเมิด” ด้วยคำว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง” ซึ่งก่อให้เกิดผลหลายประการ ดังนี้

- (1) การประทุษร้ายทางแพ่งเป็นการก่อกวนนี้ตามกฎหมาย
- (2) หนี้ที่เกิดจากการประทุษร้ายทางแพ่งเป็นหนี้ตามกฎหมายแพ่งมิใช่หนี้ตามกฎหมายอาญาเดิม เนื่องจากตามกฎหมายเก่าของไทย จะถือว่า ละเมิดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องเสียเงินเป็นสินไหมหรือเบี้ยปรับแก่ทางการ มิใช่แก่ผู้เสียหาย
- (3) ผู้กระทำต้องมีความผิด
- (4) การประทุษร้ายก่อให้เกิดความเสียหาย
- (5) ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งได้ เพราะมิใช่ทางอาญา¹¹

ต่อมาเมื่อเริ่มประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว บรรดากฎหมาย กฎ และข้อบังคับอื่นๆ ซึ่งขัดหรือแย้งกับประมวลกฎหมายใหม่ก็ได้ถูกยกเลิกไป พร้อมกันนั้น กฎหมายลักษณะละเมิดก็ได้ถูกจัดหมวดหมู่ไว้อย่างชัดเจนในบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ พ.ศ. 2466 เป็นครั้งแรก¹² โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467

กฎหมายลักษณะละเมิดถูกบัญญัติไว้ในบรรพ 2 ลักษณะ 4

- (1) หมวดที่ 1 ว่าด้วยความจะต้องใหม่เพราะละเมิด ประกอบด้วย 7 มาตรา

ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 186 “ผู้ใดจงใจฉ้อโกงผู้อื่น ทำผิดต่อบุคคลผู้หนึ่ง ให้เสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ให้เสียหายแก่ร่างกายก็ดี ให้เสียปกติจิตก็ดี ให้เสียเสรีภาพก็ดี ให้เสียชื่อเสียงก็ดี ให้เสียทรัพย์สินก็ดี ให้เสียสิทธิประการใดประการหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้แก่ผู้ต้องเสียหาย” มาตรานี้เป็นบทหลักเช่นเดียวกับ มาตรา 420 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

- (2) หมวดที่ 2 ว่าด้วยเรื่อง ยึดซื้อเอง ป้องกันชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งชอบด้วยกฎหมาย ความจำเป็น ประกอบด้วย 5 มาตรา

¹⁰ ดูคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 87 พ.ศ. 2457, ที่ 392 พ.ศ. 2461, ที่ 18 พ.ศ. 2462 เป็นต้น.

¹¹ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2552 หน้า 48-49.

¹² สมยศ เชื้อไชย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับใช้เรียน, กรุงเทพฯ วิญญูชน, 2549 หน้า 14.

(3) หมวดที่ 3 คำสินไหมทดแทนเพราะทำละเมิด ประกอบด้วย 6 มาตรา

หลังการประกาศใช้ ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์และมีข้อเสนอแนะมากมาย จึงได้มีการตรวจชำระใหม่และประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2468 ซึ่งปรากฏว่าด้วยเรื่องละเมิดดังเช่นในปัจจุบันนั่นเอง

กฎหมายลักษณะละเมิดของไทยมีที่มาโดยเทียบเคียงจากกฎหมายลักษณะหนี้ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายประเทศด้วยกัน เช่น ประเทศเยอรมันนี¹³ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศญี่ปุ่น มาตรา 420 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นมาตราสำคัญอันวางหลักเรื่องละเมิดของกฎหมายไทยในปัจจุบันในความหมายของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ที่ว่าเป็นการประทุษร้ายทางแพ่งซึ่งเป็นการทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง จึงต้องเยียวยาผู้ใช้คำสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหายเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนมิได้มีการทำละเมิดเกิดขึ้น มิใช่ความรับผิดชอบอาญาที่มุ่งหมายจะให้จ่ายค่าปรับแก่รัฐ¹⁴

กฎหมายละเมิดในมาตรา 420 นี้เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญที่สุดเป็นหลักทั่วไปที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งระหว่างบุคคลในสังคมที่ไม่มีนิติสัมพันธ์กันมาก่อน เมื่อมีการละเมิดก่อความเสียหายในทางแพ่ง มาตรานี้เป็นฐานให้ผู้เสียหายเรียกค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะเรื่องหรือมีกฎหมายเฉพาะเรื่องแต่ไม่เข้าเงื่อนไข กล่าวให้ชัดเจน คือ มาตรานี้เป็นเสมือนหลักทั่วไปที่ครอบคลุมความรับผิดชอบทางละเมิด ตัวอย่างเช่น ในคดีอุบัติเหตุทางรถยนต์ การฟ้องร้องคดีแพ่งต่อศาลจะอาศัยมาตรานี้เป็นพื้นฐานอันแรก และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในการคุ้มครองผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นผู้โดยสาร ผู้ขับขี่ยานพาหนะ หรือผู้เดินถนนที่ได้รับบาดเจ็บ¹⁵

¹³ German Civil Code Section 823. Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.” Translation by *Bundesministerium der Justiz and juris GmbH*, at www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

¹⁴ อ่างแล้วข้างบน.

¹⁵ วันชัย ศศิโรจน์, กฎหมายเกี่ยวกับคำสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อบุคคลที่เกิดจากอุบัติเหตุทางรถยนต์, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 1-3.

1.2 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.2.1 บททั่วไป

ในกฎหมายไทยมีบทบัญญัติเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดเป็นบททั่วไป ไว้ในมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหาย ถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

มาตรานี้เป็นหลักทั่วไปในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการทำละเมิด ซึ่งเมื่อเป็นการละเมิดแล้ว ผลที่ตามมาคือ ต้องมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะว่า เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น โดยผู้กระทำไม่มีสิทธิที่จะกระทำก็ต้องชำระค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ผู้เสียหาย กฎหมายจึงบังคับให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว

ปกติแล้ว บุคคลที่กระทำละเมิดก็ต้องรับผิดในสิ่งที่ตนเองกระทำ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดในการละเมิดที่บุคคลนั้นไม่ได้กระทำ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บัญญัติกรณีดังกล่าวไว้หลายกรณี อันได้แก่ ความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัตว์ของตนหรืออยู่ในความดูแลของตน และความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินของตนหรือที่อยู่ในความครอบครองดูแลรักษาของตน

องค์ประกอบในมาตรา 420 สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) ผู้ใดกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

“จงใจ” คือ การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายต่อบุคคลอื่นที่เกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่อีกฝ่ายแล้วก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ¹⁶ ต่างจาก “เจตนา” ทางอาญาตรงที่ว่า การกระทำโดยจงใจเป็นการกระทำที่รู้สำนึกว่าจะเกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น โดยไม่ต้องเจาะจงว่าจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างไรอย่าง

¹⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526.

หนึ่งโดยเฉพาะ¹⁷ “จงใจ” จึงมีความหมายกว้างกว่า “เจตนา” ทางกฎหมายอาญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกระทำโดยเจตนา ถือเป็นกรกระทำโดยจงใจอันเป็นละเมิดในทางกฎหมายแพ่งเสมอ¹⁸ นอกจากนี้ เจตนาในทางอาญาเป็นเจตนาเฉพาะเรื่องและเจตนาชั่วร้าย ส่วนจงใจในทางละเมิดไม่จำเป็นต้องมีความชั่วร้ายแฝงอยู่ เพียงแค่รู้สำนึกว่าทำให้อันอื่นเสียหายก็พอแล้ว¹⁹

“ประมาทเลินเล่อ” ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัตินิยามไว้โดยเฉพาะ จึงต้องเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ซึ่งบัญญัติว่า

“การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำความคิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่”

อธิบายได้ว่า บุคคลที่ทำละเมิดนั้นมิได้ตั้งใจหรือมุ่งหมายให้เสียหาย กล่าวคือ ไม่ได้ตั้งใจต่อผลหรือไม่เล็งเห็นผล แต่ทำไปโดยขาดความระมัดระวัง²⁰ หรืออาจพิจารณาได้ว่าการกระทำโดยจงใจเป็นเรื่องที่พิจารณาภายในของบุคคลนั้น แต่การกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเรื่องที่พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏภายนอก²¹

รศ.ดร.ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์ อธิบายหลักในการพิจารณาความประมาทเลินเล่อไว้สองวิธีคือ ในทางอัตวิสัย กล่าวคือ การพิจารณานี้จะไม่พิจารณาโดยใช้มาตรฐานของวิญญูชนเนื่องจากผู้กระทำละเมิดอาจเป็นผู้เยาว์ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะหรืออาจเป็นผู้สูงอายุมากได้ เพราะมูลหื่นละเมิดโดยประมาทเลินเล่อนี้เกิดขึ้นโดยมิได้มีเจตนา ผู้กระทำจึงอาจเป็นบุคคลใดก็ได้นั่นเอง หากใช้มาตรฐานของวิญญูชนจะไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรม เพราะผู้ไร้ความสามารถย่อมประมาทเลินเล่ออยู่ตลอดไป ในขณะที่ผู้ประกอบการวิชาชีพที่ปฏิบัติโดยใช้ความระมัดระวังสูงกว่าคนธรรมดาเป็นปกติ ก็จะไม่มีการประมาทเลินเล่ออย่างแน่นอน การพิจารณาต้องสมมติบุคคลขึ้นมาบุคคลหนึ่งในลักษณะที่

¹⁷ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550 หน้า 15.

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 178.

¹⁹ ศนันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11 หน้า 62.

²⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16

²¹ ศนันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11 หน้า 67.

เป็นนามธรรมเพื่อเปรียบเทียบกับบุคคลที่ทำให้เกิดความเสียหาย แล้วพิจารณาว่าบุคคลที่ถูกสมมติขึ้นมาอยู่ในสถานการณ์เดียวกันแล้ว บุคคลที่ถูกสมมติขึ้นนี้จะมีปฏิกิริยาต่อสถานการณ์ดังกล่าวอย่างไร ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาเช่นนี้ได้ คือผู้พิพากษาซึ่งต้องพิเคราะห์โดยอาศัยหลักเหตุผล ประมวลข้อเท็จจริงทั้งหมดแล้วพิจารณาว่าบุคคลที่สมมติขึ้นมาสมควรทำเช่นไร ส่วนอีกวิธีหนึ่งจะมอง ในทางภาวะวิสัย ซึ่งมองว่าประมาทเลินเล่อ หมายถึง การไม่เคารพกฎหมาย กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ คำสั่งหรือระเบียบ²²

(2) กระทบต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย

(3) บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ²³

เนื่องจากกฎหมายไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การกระทำที่จะถือว่าเป็นละเมิดจึงจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้ครบทั้ง 4 ประการ ถ้าขาดหลักเกณฑ์ใดไปหลักเกณฑ์หนึ่ง ก็จะไม่ถือว่าเป็นการละเมิด เช่น ถ้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ยังไม่เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แต่ไม่ผิดกฎหมาย ก็ย่อมไม่เป็นละเมิด เป็นต้น

ละเมิดเป็นนิติเหตุที่กฎหมายรองรับทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันระหว่างผู้กระทำละเมิดและผู้เสียหายแม้ว่าผู้กระทำมิได้มีเจตนามุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย²⁴ เมื่อมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น จึงก่อให้เกิดสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย และก่อนหน้าที่แก่ผู้กระทำละเมิดที่จะต้องชดใช้ค่า

²² อ้างแล้วข้างบน หน้า 64-67.

²³ วาริ นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลากมิกวรได้, กรุงเทพฯ:วิบูลย์กิจการพิมพ์, 2544 หน้า 18; อาจารย์บางท่านก็แยกหลักเกณฑ์ไว้ เป็น 3 ประการ คือ

1. กระทบต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย
2. กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
3. เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย

ดู ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิด และความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2544 หน้า 6.

²⁴ ศักดิ์ สอนองชาติ, อ้างแล้วข้างบน หน้า 2.

สินไหมทดแทนเพื่อการกระทำละเมิดของตน และหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสิทธิเรียกร้องของฝ่ายที่มีสิทธิก็คือหนี้²⁵

อย่างไรก็ตาม มาตรา 420 นี้กล่าวแต่เพียงว่า เมื่อทำละเมิดแล้วก็ต้องมีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ค่าสินไหมทดแทนคืออะไร ใครเป็นผู้กำหนด และกำหนดอย่างไร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีมาตราเฉพาะสำหรับพิจารณาอีกต่างหาก ซึ่งก็คือ มาตรา 438

1.2.2 การกำหนดค่าสินไหมทดแทน

มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะถึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย”

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ละเมิดถือหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงต้องพิจารณาที่ความสูญเสียที่ผู้เสียหายได้รับ โดยไม่คำนึงถึงมูลเหตุจิตใจของผู้กระทำ และเนื่องจากกฎหมายไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลไม่มีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนอย่างเป็นทางการเป็นอิสระดังเช่นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มาตรา 438 นี้เป็นการกำหนดกรอบหรือแนวทางของการใช้ดุลพินิจของศาล ว่า ศาลจะกำหนดสถานใด เพียงใด ก็แล้วแต่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด²⁶ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ (status quo ante)²⁷

²⁵ อ้างแล้วข้างบน.

²⁶ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์ , อ้างแล้วในเชิงจรดที่ 11 หน้า 277 ; ดู คำพิพากษาฎีกาที่ 1501/2531, 2046/2541, 7242/2543

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 775/2532 (การทำละเมิดต่อทรัพย์สินของผู้อื่น ผู้ทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 เมื่อจำเลยกระทำละเมิดทำให้ต่อม่อสะพานของโจทก์เสียหายจำเลยก็ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนในการกระทำดังกล่าวเท่านั้น โจทก์จะให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในการรื้อสะพานนั้นหาได้ไม่).

“พฤติกรรม” หมายถึง ข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกระทำของจำเลยและข้อเท็จจริงนอกเหนือจากการกระทำของจำเลย เช่น การยิงปืนเข้าไปในชุมนุมชน หรือการขับรถเร็วในบริเวณที่มีคนพลุกพล่าน การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน²⁸ จำเลยทำละเมิดโดยจงใจ ทั้งที่มีผู้ทักท้วงแล้วถือเป็นพฤติกรรมร้ายแรงที่ศาลต้องคำนึงถึงในการกำหนดค่าเสียหาย²⁹

“ความร้ายแรงแห่งละเมิด” หมายถึง ผลหรือระดับของความเสียหายอันสืบเนื่องมาจากลักษณะแห่งการกระทำ เช่น การใช้อาวุธสงครามทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือการกระทำที่ทารุณโหดร้ายจนทำให้ผู้เสียหายเสียชีวิต³⁰

มาตรานี้กำหนดให้ศาลต้องพิจารณาพฤติกรรมและความร้ายแรงแห่งละเมิดในการคำนวณและกำหนดค่าเสียหาย ซึ่งหากการทำละเมิดมีหลายเหตุรวมกันอยู่ ก็ต้องนำเหตุเหล่านี้มาเป็นปัจจัยในการพิจารณาค่าเสียหายที่ต้องรับผิดชอบด้วย ไม่ใช่พิจารณาแต่การกระทำของผู้ละเมิดฝ่ายเดียวเสมอไป เช่น อุบัติเหตุรถชน นอกจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยแล้ว ยังต้องคำนึงถึงพื้นผิวของทางไม่เรียบ หรือแสงสว่างไม่เพียงพอ³¹

กรณีละเมิดซึ่ง โจทก์ผู้หนึ่งมีส่วนผิดด้วย แต่โจทก์อีกผู้หนึ่งมิได้มีส่วนทำผิดร่วมด้วยนั้น ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ที่มิได้มีส่วนผิดแม้จะไม่นำมาตรา 442 มาใช้ แต่ศาลก็มีอำนาจพิจารณาพฤติกรรมและความร้ายแรงแห่งละเมิดของจำเลยและกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 438 ได้ กล่าวคือ เมื่อมีเหตุไม่ควรให้จำเลยต้องรับผิดชอบเพียงผู้เดียว ศาลก็ไม่จำเป็นต้องให้จำเลยรับผิดชอบเต็มความเสียหายนั้นเสมอไป³²

ค่าสินไหมทดแทนในกรณีละเมิดต่อทรัพย์สินนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สิน และค่าเสียหาย หากทรัพย์สินที่ได้ไปยังอยู่ในวิสัยที่จะคืนได้ก็ต้องคืน หากไม่มีทางคืนได้ก็ให้ใช้ราคาทรัพย์สิน กล่าวคือ ถ้ายังได้รับความเสียหายอื่นใดอีกนอกเหนือจากการละเมิดต่อทรัพย์สินแล้วก็มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเป็นตัวแทนด้วย ซึ่งเป็นการชดเชยโดยทั่วไปเมื่อไม่

²⁸ สุขุม สุภนิศย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 206.

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 64/2501

³⁰ สุขุม สุภนิศย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 207.

³¹ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 297.

³² คำพิพากษาฎีกาที่ 1134-1135/2509

สามารถหาวิธีอื่นได้ดีกว่า³³ จากตัวบทกฎหมายตีความได้ว่า คำสินไหมทดแทนมีความหมายกว้างกว่า ค่าเสียหาย เพราะรวมทั้งการคืนทรัพย์สินหรือใช้ราคาและค่าเสียหาย ดังนั้น ค่าเสียหายจึงเป็นส่วนหนึ่งของคำสินไหมทดแทน³⁴

การพิจารณาตัวบทอย่างคร่าวๆ อาจทำให้เข้าใจว่า การชดใช้คำสินไหมทดแทนมีเพียง 3 กรณีเท่านั้น ซึ่งทำให้การใช้คำสินไหมทดแทนมีความหมายแคบไปมาก และไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ประสงค์ในการเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ³⁵ หากพิจารณาให้ละเอียดกว่านี้ก็จะเห็นว่า วรรคสองของมาตรา 438 ใช้คำว่า “...ได้แก่...” มีความหมายเพียง เป็นตัวอย่าง หรือ หมายความรวมถึง (may include) ซึ่งแปลว่า คำสินไหมทดแทนที่ถูกกำหนดตามกฎหมายละเมิดมาตรา 438 นี้ไม่ได้จำกัดว่าเพียง 3 กรณีเท่านั้น แต่ยังมีกรณีอื่นๆ อีกมาก เช่น ในกรณีการไขข่าวแพร่หลาย มาตรา 447 ศาลมีอำนาจจัดการตามสมควรได้³⁶ นอกจากนี้ คำว่า “สถานใด” ในวรรคแรก ก็แสดงว่า การใช้คำสินไหมทดแทนมิได้จำกัดอยู่เฉพาะที่บัญญัติไว้ในวรรคสองเท่านั้น ศาลจึงสามารถวินิจฉัยให้ใช้ราคาหรือใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 438 วรรคสอง รวมทั้งให้ชดเชยกลับคืนดีตามมาตรา 447 หรือให้ถอนชื่อบริษัทที่ดั่งเลียนแบบผู้อื่นได้³⁷ ถ้าการละเมิดบางอย่างมีผลต่อเนื่องกันไป เช่น การแย่งการครอบครองทรัพย์สินผู้อื่น ก็มีวิธีการระงับความเสียหายที่ชัดเจนคือ การให้ส่งคืนทรัพย์สินหรือขับไล่จำเลยออกจากทรัพย์สินพิพาท ถ้ามีสิ่งปลูกสร้างก็บังคับให้รื้อถอนไป หรือให้ระงับมิให้กระทำละเมิดต่อไป³⁸

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายให้อำนาจผู้พิพากษากำหนดคำสินไหมทดแทนได้อย่างกว้างขวางเมื่อจำเลยทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์มีหน้าที่นำสืบให้ได้ความว่า มีความเสียหายเกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์

³³ สุขุม สุภนิตย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 209.

³⁴ ศักดิ์ สมองชาติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 23 หน้า 184.

³⁵ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551 หน้า 148-149.

³⁶ สุขุม สุภนิตย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 208.

³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 64/2501.

³⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 299.

แห่งมาตรา 42³⁹ อย่างไรก็ตาม แม้โจทก์จะนำสืบค่าเสียหายแน่นอนไม่ได้ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ได้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด⁴⁰ ดังนั้น ต้องพิจารณาก่อนว่าค่าเสียหายที่โจทก์ขอมาเป็นค่าอะไร เป็นค่าเสียหายโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของจำเลยหรือไม่ ถ้าไม่ทราบว่าเป็นค่าอะไรแล้ว ศาลย่อมใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องและเหมาะสมไม่ได้ ศาลจึงไม่กำหนดค่าเสียหายในส่วนนั้นให้⁴¹

ยังมีผู้กล่าวเพิ่มเติมอีกว่า ศาลควรจะคำนึงถึงฐานะทางสังคมและการเงินของผู้ละเมิดและผู้เสียหายในการกำหนดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด เช่น ในคดีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ละเมิดมีฐานะทางการเงินดี ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนที่สูงมากได้เพื่อให้เซ็ดหลาบมิให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลอื่นอีกต่อไป มิฉะนั้นจำเลยก็ย่อมจะเอาเงินมาแลกกับการกล่าวหมิ่นประมาทได้เรื่อยๆ ในทางกลับกัน ถ้าผู้เสียหายมีฐานะทางการเงินดี ศาลก็อาจกำหนดค่าเสียหายให้สูงขึ้นได้เช่นกัน เพราะค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อยที่เศรษฐกิจได้รับจะมีประโยชน์น้อยกว่าค่าเสียหายจำนวนเท่ากันที่คนจนได้รับ⁴²

ความเสียหายนั้นอาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินได้ (pecuniary damage) หรือความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ (non-pecuniary damage) ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่มีตัวเงินอันเป็นมูลฐาน เช่น ความเสียหายต่อชีวิตที่ต้องให้ชดใช้ด้วยเงิน เพราะไม่มีวิธีการอื่นที่ดีกว่าในการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับมาเหมือนเดิมได้อีกแล้ว ส่วนความเสียหายที่เป็นตัวเงินก็ย่อมชดใช้ค่าเสียหายได้ง่าย

³⁹ อ้างแล้วข้างบน หน้า 295 (ท่านศาสตราจารย์อธิบายเพิ่มเติมว่า ประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวีตส์ มาตรา 42 บัญญัติว่า “โจทก์มีหน้าที่นำสืบว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น ในกรณีที่น่าสืบจำนวนแน่นอนของความเสียหายไม่ได้ ศาลกำหนดให้ตามความยุติธรรม โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์ตามปกติและทางปฏิบัติของผู้เสียหายนั้น” โดยมาตรา 438 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย คัดมาจากมาตรานี้ของประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวีตส์ ซึ่งไม่มีในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จึงนำหลักของกฎหมายเยอรมันมาใช้ในกรณีกำหนดค่าเสียหายต่างๆ ไป ตามมาตรา 438 ไม่ได้)

⁴⁰ ฎีกาที่ 909/2497, 768/2509, 1204/2511, 3101/2524.

⁴¹ ฎีกาที่ 3317/2536.

⁴² ไพจิตร ปุญญพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 35 หน้า 165.

กว่า เช่น ค่ารักษาพยาบาล และยิ่งรวมถึงผลประโยชน์หรือกำไรที่ผู้เสียหายควรจะได้ หากมิได้เกิดละเมิดขึ้น⁴³ โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นผลตามปกติหรือที่คาดหมายได้ในกรณีผิดสัญญา⁴⁴

มีผู้ให้ความเห็นว่า ข้อสังเกตที่สำคัญของมาตรานี้คือ การใช้พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดสามารถขยายไปถึงการให้ค่าเสียหายทางจิตใจอันมิใช่ตัวเงินได้ด้วย เช่น คนจนถูกขโมยเงินไป 10 บาท ศาลก็อาจกำหนดค่าเสียหายให้ 11-15 บาท เพราะแม้เป็นเพียงเงินจำนวนน้อยนิดแต่ก็มีค่ามากสำหรับคนจน⁴⁵

1.2.3 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอื่นอันมิใช่ตัวเงิน

มาตรา 446 บัญญัติว่า “ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่อาจโอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

อนึ่ง หญิงที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุรศีลธรรมแก่ตน ก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้”⁴⁶

⁴³ อ้างแล้วข้างบน หน้า 150-151; ฎีกาที่ 1636/2509(ขาดค่าเช่าที่ควรจะให้เช่าได้), ฎีกาที่ 2324/2514 (รายได้ในการใช้รถรับส่งเป็นแท็กซี่ที่ขาดไป , ฎีกาที่ 1275/2520 (ค่าที่ไม่ได้ใช้รถจักรยานยนต์ที่ถูกขโมย).

⁴⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16.

⁴⁵ ไพจิตร บุญญพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 35 หน้า 165.

⁴⁶ มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 847(ปัจจุบันมาตรานี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว แต่หลักการยังคงมีอยู่โดยได้ถูกย้ายไปไว้ที่อื่น เนื่องจากการปรับปรุงประมวลกฎหมาย).

“In the case of injury to the body or health of another, or in the case of deprivation of liberty, the injured party may also demand an equitable compensation in money for the damage which is not a pecuniary loss. The claim is not transferable, and does not pass to the heirs, unless it has been acknowledged by contract, or an action on it has been commended.

ค่าเสียหายตามมาตรา 446 เป็นค่าเสียหายที่ไม่เป็นรูปธรรมและมิได้มีมูลค่าทางเศรษฐกิจโดยตรง⁴⁷ หรือเป็นค่าเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ แต่ท้ายที่สุดแล้วก็ต้องมีการเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายด้วยเงิน⁴⁸ และเนื่องจากค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินนี้ โจทก์ไม่สามารถนำสืบให้ชัดเจนได้ว่าเป็นจำนวนเงินเท่าไร ศาลจึงจะกำหนดให้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด⁴⁹ ตัวอย่างของความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัย เช่น ค่าเสื่อมสุขภาพอนามัย⁵⁰ การมีแผลเป็นบนใบหน้าโจทก์ก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าทำศัลยกรรมเพื่อลบรอยแผลเป็นในโอกาสข้างหน้าได้⁵¹ ค่าความเจ็บปวดทรมานทุกข์ทรมานระหว่างรักษาพยาบาล⁵² นอกจากความทุกข์ทรมานแล้ว ความตกใจจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก็เรียกค่าเสียหายได้⁵³ การที่ต้องทูลพลภาพพิการตลอดไป เช่น เสียแขนขา หรือมีแผลเป็นบนใบหน้าทำให้ดูน่าเกลียดน่ากลัวก็เป็นค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินซึ่งมาตรา 446 ขอมรับเป็น

A likeclaim belongs to a woman against whom an immoral crime of offence is committed, or she is induced by fraud, by threats, or by an abuse of a relation of dependence to permit illicit cohabitation.” เป็นมาตราที่อนุญาตอย่างชัดเจนให้ชดเชยค่าเสียหายสำหรับอาชญากรรมและทรมานทุกข์ทรมานได้ ผู้ร่างกฎหมายถือว่ามาตรานี้เป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 253 ซึ่งบัญญัติว่าค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินไม่อาจชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้, The University of Texas at Austin, Institute for Transnational Law, at http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=645 (last visited 5 January 2010).

⁴⁷ ศนันท์กรณ (จำปี) โสตถิพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11 หน้า 293.

⁴⁸ สุขุม สุภนิตย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 256.

⁴⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 317.

⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1936/2517

⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2501/2517

⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 1068/2509, 1134-1135/2509, 69/2511, 1794/2517, 1859/2518

⁵³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2488/2523

ฐานให้ฟ้องทางละเมิดได้⁵⁴ ส่วนความเสียหายต่อเสรีภาพ เช่น มีผู้ขัดขวางงานมหรสพให้ล้มเลิกโดยมิชอบ ทำให้วัดเสียเสรีภาพในการดำเนินงานภายในขอบเขตของกฎหมาย⁵⁵

ความเสียหายทางจิตใจก็ถือว่าเป็นความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินด้วย แต่มีความเสียหายบางประการที่ศาลไทยยังไม่ยอมรับ เช่น ความอับอายเนื่องจากเสียความบริสุทธิ์⁵⁶ ค่าเสียชื่อเสียงของสามีที่เกิดจากความว่าห่วยเพราะสูญเสียภรรยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุข⁵⁷ ความชอกช้ำระกำใจเพราะสูญเสียบุตร⁵⁸

สังเกตว่า แม้กฎหมายจะกำหนดให้ชดเชยต่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้ แต่ก็จำกัดเฉพาะความเสียหายแก่ร่างกาย อนามัย หรือทำให้เสียเสรีภาพ และหญิงที่ต้องเสียหายถูกทำผิดอาญาเป็นทาสีลธรรมแก่ตนเท่านั้น ส่วนความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด ก็ยอมอ้างมาตรานี้เพื่อเรียกค่าเสียหายไม่ได้⁵⁹ กรณีที่มีความเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินก็สามารถเรียกได้ทั้งสองประการ⁶⁰ ส่วนในกรณีหญิงที่ต้องเสียหายเพราะถูกทำผิดอาญาเป็นทาสีลธรรมแก่ตน ก็ต้องเป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 ถึง 287⁶¹ ที่น่าสนใจ คือ กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงกรณีละเมิดต่อชีวิตไว้ ซึ่งทำให้ความโศกเศร้าอันทมิฬ ความว่าห่วยขาดคู่ทุกข์ยากที่น่าจะเป็นความเสียหายประเภทนี้ แต่ตัวบทกลับไม่เปิดช่องจนไม่อาจแปลความเป็นอื่นอย่างอื่นได้⁶² และข้อจำกัดอีกประการคือ ค่าเสียหายนี้

⁵⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 128/2522, 379/2518

⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 809/2487

⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 378/2483

⁵⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502

⁵⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1550/2518

⁵⁹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 35 หน้า 217.

⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1895/2512 (ผลของการละเมิดทำให้โจทก์เสียหายโดยทุพพลภาพตลอดชีวิต โจทก์จึงเรียกค่าการที่เสียความสามารถประกอบการทำงานอาชีพได้ตามมาตรา 444 และความทุพพลภาพที่เกิดขึ้นยังเข้ากรณีเป็นความเสียหายแก่ร่างกายของโจทก์ตามมาตรา 446 โจทก์จึงเรียกได้ทั้งสองประการ).

⁶¹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 35 หน้า 218.

⁶² สุขุม ศุภนิตย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 257.

เป็นสิทธิเฉพาะตัวไม่ตกทอดไปสู่ทายาท และไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ จึงทำให้สิทธิตามมาตรานี้ สิ้นสุดเมื่อตายนั่นเอง

1.2.4 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีผู้เสียหายมีส่วนผิด

มาตรา 442 บัญญัติว่า “ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยใคร ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”⁶³

มาตรา 223 บัญญัติว่า “ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยใคร ท่านว่าหนี้อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้ถึงอันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างร้ายแรงผิดปรกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือเพียงแต่ละเลยไม่บำบัดปกป้อง หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้นท่านให้นำมาใช้บังคับโดยอนุโลม”⁶⁴

⁶³ มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 846

“If, in the cases provided for by 884, 845 some fault of the injured party has contributed in causing the damage which the third party has sustained, the provisions of 254 apply to the claim of the third party”

⁶⁴ มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 254

“If any fault of the injured party has contributed to causing the damage, the obligation to compensate the injured party and the extent of the compensation to be made depends upon the circumstance, especially upon how far the injury has been caused predominantly by the one or the other party.

This applies also even if the fault of the injured party consisted only in an omission to call the attention of the debtor to the danger of unusually high damage which the debtor neither know nor

มาตรานี้ หมายความว่า ถ้าผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหายด้วย เพราะว่าคุณเองก็มีส่วน ผิดอยู่เหมือนกัน เช่น ผู้เสียหายจอดรถไว้กลางถนน โดยไม่มีสัญญาณเตือนว่ารถเสียแล้วผู้ขับขี่รถยนต์ อื่นขับรถชน เป็นต้น⁶⁵ ผู้ทำละเมิดไม่ได้เป็นผู้เดียวในเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั้งหมด ดังนั้น ผู้ละเมิดจึงไม่ควรรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายสำหรับความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้น มิฉะนั้นแล้วจะเป็นการไม่ยุติธรรมแก่ผู้ทำละเมิด ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อผู้เสียหายมีส่วนผิดแต่กลับได้รับ ชดเชยจากความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด เท่ากับว่า ผู้ละเมิดต้องจ่ายค่าเสียหายมากกว่าความผิดที่ตนทำ และผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้นไปทดแทนในส่วนที่ผู้เสียหายควรจะต้องจ่าย ศาลจึงควรแบ่ง ความเสียหายให้จ่ายแต่ละคนชดใช้ตามความร้ายแรงแห่งละเมิด แต่เมื่อรวมกันแล้วต้องไม่เกินความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด⁶⁶ ศาลต้องพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์แห่งความเสียหายที่ทำให้ทั้ง โจทก์และจำเลย ได้รับ ว่าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดน้อยกว่ากันเพียงไร โดยการแยกพิจารณาว่า ฝ่ายใดก่อให้เกิดความเสียหายมากน้อยเท่าไร⁶⁷ สิ่งสำคัญคือ ต้องไม่พิจารณาว่าฝ่ายไหนได้รับความเสียหายมากกว่ากันเท่าไร แต่ต้องพิจารณาว่า ใครมีส่วนผิดมากกว่ากัน⁶⁸

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดเกิดจากเหตุ 4 ประการ ในประการแรก เกิดจากผู้เสียหายมีส่วนผิดกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ⁶⁹ การประมาทเลินเล่อของทั้งสองฝ่ายทำให้เกิดความเสียหายกับฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายก็ได้ เช่น จำเลยปล่อยปละละเลยให้สะพานผุพัง โจทก์ข้าม สะพานและตกลงไปในช่องโหว่ เพราะมีวแต่ดูแลเด็กชกกันที่หัวสะพาน จึงเป็นการประมาทเลินเล่อของ จำเลย แต่ก็มีผลของความผิดของโจทก์อยู่ด้วย โจทก์ควรจะได้รับค่าสินไหมทดแทนมากน้อยเพียงใดต้องอาศัย พฤติการณ์ดังกล่าวเป็นประมาณ⁷⁰ หรือโจทก์ยื่นโหนบันไดรถโดยสาร จำเลยก็ทราบดีแต่ก็ขับรถต่อไป

should have known, or in an omission to avert or mitigate the damage. The provision of Section 278 applies *mutatis mutandis*.”

⁶⁵ สุขุม ศุภนิติย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 228.

⁶⁶ พจน์ ปุษปาคม, คำบรรยาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด, กรุงเทพฯ สำนักอบรม ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 524.

⁶⁷ สุขุม ศุภนิติย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 228 – 289 ; คำพิพากษาฎีกาที่ 463/2503.

⁶⁸ ศักดิ์ สอนองชาติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 23 หน้า 207-208.

⁶⁹ ศักดิ์ สอนองชาติ, อ้างแล้วข้างบน.

⁷⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 769/2513.

โดยไม่จัดการมิให้มีการเกาะห้อยโหนเช่นนั้นเสียก่อน จึงถือได้ว่าจำเลยกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และถือว่าโจทก์เองก็มีส่วนประมาทเลินเล่อด้วย⁷¹

เหตุประการที่ 2 เกิดจากผู้เสียหายมีส่วนทำความผิดโดยจงใจ เช่น การที่โจทก์ด่าจำเลยด้วยถ้อยคำหยาบคายและพาดพิงไปถึงบิดามารดาจำเลย จำเลยจึงทำร้ายร่างกายโจทก์ ถือได้ว่า ความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความผิดของโจทก์ด้วย ศาลมีอำนาจลดค่าสินไหมทดแทนได้⁷² หรือโจทก์สมรักรใจวิวาทต่อสู้กับจำเลยจน โจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส ถือว่า โจทก์ยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับตนเอง ถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย⁷³

เหตุสองประการสุดท้าย เกิดจากเหตุอันควรที่ผู้ละเมิดควรจ่ายค่าเสียหายน้อยลงแม้ผู้เสียหายจะไม่มีส่วนผิดอย่างชัดเจนเหมือนสองประการแรก เหตุดังกล่าวปรากฏอยู่ในวรรคสองของมาตราเดียวกัน เหตุประการที่สาม คือ ผู้เสียหายไม่เตือนผู้ทำละเมิดให้รู้ถึงความเสียหายร้ายแรงผิดปกติ เพราะถ้าเตือนก่อนให้ลูกหนี้ตระหนักถึงความเสียหายที่กำลังจะเกิดขึ้นแล้วลูกหนี้ก็อาจจะปิดป้องความเสียหายได้โดยง่าย เช่น โจทก์มอบรถให้จำเลยซ่อม โดยมีได้บอกกล่าวให้จำเลยทราบว่ามีรถมีสินค้าที่มีมูลค่าสูงบรรทุกอยู่ในตู้ทึบ เมื่อจำเลยมอบรถให้แก่ผู้แอบอ้างว่าเป็นลูกจ้าง โจทก์ไป เป็นเหตุให้สินค้าในรถสูญหาย ย่อมถือได้ว่าโจทก์มีส่วนทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหาย ศาลจึงมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์มากขึ้นเพียงใดก็ได้โดยอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาท⁷⁴

ในกรณีสุดท้าย เมื่อผู้เสียหายไม่บำบัดปิดป้องหรือบรรเทาความเสียหายนั้น เมื่ออยู่ในวิสัยที่จะทำได้ แต่กลับงดเว้นเสีย เช่น ไฟไหม้รถจักรยานยนต์ ซึ่งคนขับรถยนต์สามารถจะถอยหลังรถยนต์ให้พ้นจากอันตรายจากไฟลุกไหม้ได้ แต่กลับไม่ทำ ซึ่งถือได้ว่า เป็นการไม่บำบัดปิดป้องหรือบรรเทาความเสียหาย เจ้าของรถยนต์ต้องรับความเสียหายอันเกิดแก่รถยนต์ของตน⁷⁵

⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 624/2515.

⁷² คำพิพากษาฎีกาที่ 1207/2516.

⁷³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1508/2531.

⁷⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2500/2526.

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 381/2525.

1.3 ความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา

1.3.1 ความรับผิดชอบทางแพ่งในเรื่องละเมิดกับความรับผิดชอบทางอาญา

1.3.1.1 ผลแห่งการกระทำ

ความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นความเสียหายต่อเอกชน ส่วนความรับผิดชอบทางอาญาเป็นความเสียหายต่อสังคมหรือมหาชน

1.3.1.2 ข้อแตกต่างในเรื่องการแก้ไขหรือเยียวยา

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองประเภทแตกต่างกัน เพราะกฎหมายลักษณะละเมิดมีขึ้นเพื่อเยียวยาฝ่ายเอกชนผู้ได้รับความเสียหายโดยเฉพาะ ความรับผิดชอบทางละเมิดจะทำให้ผู้ละเมิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเต็มจำนวนเพื่อให้เสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีความเสียหายเกิดขึ้น กฎหมายแพ่งจึงไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้อื่น ส่วนความรับผิดชอบทางอาญามุ่งลงโทษตัวผู้กระทำความผิดเพื่อให้เจ็ดหลาบไม่กระทำความผิดซ้ำในภายหน้าอีก รวมทั้งไม่ให้บุคคลอื่นๆ เอาเยี่ยงอย่างตามด้วย ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 จึงกำหนดโทษไว้ 5 สถาน อันได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน โดยมีเหตุผลอยู่ว่า “สมาคมมนุษย์เท่านั้นสามารถจะลงโทษมนุษย์ได้ ส่วนเอกชนธรรมดาไม่สามารถจะลงโทษเอกชนด้วยกัน เอกชนใดได้รับความเสียหาย เอกชนนั้นก็มิสิทธิแต่เพียงจะให้ทรัพย์สินของตนกลับคืนมาสู่สภาพเดิมเท่านั้น”⁷⁶

⁷⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 6 2550, หน้า 23 (ท่านศาสตราจารย์อธิบายเพิ่มเติมว่า แม้ความรับผิดชอบทางแพ่งจะเป็นการบังคับให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยไม่เป็นการลงโทษ แต่คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส ก็ยังสามารถชี้ไปได้ว่ามีแนวโน้มเป็นการลงโทษผู้ละเมิดอยู่ด้วย เพราะแม้พบความเสียหายแท้จริงเพียงเล็กน้อยจากความผิดที่ร้ายแรง ศาลก็มักจะบังคับให้ผู้ผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนมาก).

1.3.1.3 ข้อแตกต่างในเรื่องผู้ดำเนินคดี

ความรับผิดชอบทางละเมิดให้เอกชนผู้ได้รับความเสียหายต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเอง เพราะเมื่อต้องการที่จะได้รับการเยียวยา ก็ต้องยอมใช้ทรัพยากรของตัวเองเพื่อให้ตัวเองฟื้นฟูสุขภาพเดิม ในทางตรงกันข้าม ความรับผิดชอบทางอาญาเกิดขึ้นเนื่องจากเป็นความเสียหายต่อสังคมหรือสาธารณชน และยังมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด สมควรที่รัฐต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินคดี ถ้าให้ผู้เสียหายดำเนินคดีเอง อาจไม่เป็นธรรมในแง่ที่ว่า ผู้เสียหายเป็นผู้ถูกระทำความผิดแล้วยังต้องเสียเงินและเวลาเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษอีก ดังนั้น ปกติแล้วรัฐจะเป็นฝ่ายนำคดีขึ้นสู่ศาล แต่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ไม่ปิดโอกาสให้ฝ่ายเอกชนสามารถฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลได้เอง

1.3.1.4 ความระงับสิ้นแห่งคดี

การตายของผู้ทำละเมิดไม่ทำให้ความรับผิดชอบทางละเมิดระงับลงไป เพราะว่าความรับผิดชอบทางละเมิดมุ่งชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย กฎหมายพิจารณาที่ทรัพย์สินของผู้ละเมิด เมื่อผู้กระทำความผิดตายไม่ว่าจะก่อนหรือหลังการถูกฟ้องร้อง ความรับผิดชอบในกองทรัพย์สินก็ไม่ได้ระงับตามไปด้วย ซึ่งปรากฏในมาตรา 1600⁷⁷ ในทางตรงกันข้าม เนื่องจากกฎหมายอาญามุ่งลงโทษผู้กระทำความผิด เมื่อผู้กระทำความผิดตาย ก็จึงไม่อาจลงโทษตัวผู้กระทำความผิดได้โดยสภาพ สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องจึงระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(1)⁷⁸

1.3.1.5 องค์ประกอบแห่งการกระทำความผิด

ความรับผิดในทางละเมิดตามมาตรา 420 จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้วทำให้เกิดความเสียหาย ในขณะที่ กฎหมายอาญา มาตรา 59 กำหนดให้ บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาทในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้

⁷⁷ มาตรา 1600 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ กองมรดกของผู้ตายได้แก่ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้”

⁷⁸ มาตรา 39 “สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไปดังต่อไปนี้ (1) โดยความตายของผู้กระทำความผิด ...”

ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท⁷⁹ ดังนั้น องค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดหรือเจตนา จึงเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาเนื่องจากวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั่นเอง หากขาดเจตนาก็ไม่ควรลงโทษ ส่วนกฎหมายละเมิดมุ่งชดใช้เยียวยาผู้เสียหาย การจงใจหรือเจตนา ก็ย่อมทำให้เกิดความรับผิดชอบอยู่แล้ว ส่วนความประมาทเกินแล้ว⁸⁰ นั้นเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังที่เพียงพอแล้วทำให้เกิดความเสียหายจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนอยู่เช่นเดียวกัน

1.3.2 การกระทำที่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญา

การกระทำบางกรณีแม้เป็นการกระทำเพียงครั้งเดียวแต่ทำให้เกิดความรับผิดชอบได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา เช่น การลักทรัพย์เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาที่ชัดเจน และก็ถือว่าเป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งด้วย เพราะเป็นการกระทำโดยจงใจ โดยผิดกฎหมาย และทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นด้วย ซึ่งส่งผลให้ผู้กระทำต้องถูกดำเนินคดีสำหรับคดีทั้ง 2 ประเภท ถือว่าเป็นคนละเรื่อง ไม่เกี่ยวข้องกัน แม้อาจจะดำเนินคดีไปพร้อมกันได้ก็ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่โทษทางอาญาที่จำเลยได้รับจะนำไปลดค่าสินไหมทดแทนที่จำเลยต้องชำระแก่โจทก์ไม่ได้ ในทางกลับกันค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งที่จำเลยต้องชำระในคดีส่วนแพ่งก็จะนำไปลดโทษในคดีอาญาไม่ได้ เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองแตกต่างกัน

⁷⁹ มาตรา 59 ประมวลกฎหมายอาญา “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา”

⁸⁰ มาตรา 59 ประมวลกฎหมายอาญา “... กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่ ...”

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานค่าเสียหายเชิงลงโทษตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อได้ทราบแนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในประเทศไทยแล้ว ในบทนี้ผู้เขียนจะนำเสนอแนวคิดพื้นฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะเริ่มจากการให้ความหมายของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ประวัติและวิวัฒนาการ ในส่วนต่อไปจึงพิจารณาข้อดีข้อเสียและประโยชน์ที่ได้รับจากการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในต่างประเทศ

2.1 ความหมายของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษมิได้เป็นสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ “เป็นค่าปรับทางเอกชนกำหนดโดยคณะลูกขุนเพื่อลงโทษการกระทำที่น่าตำหนิ (reprehensible conduct) และป้องปราม (deter) การกระทำผิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต”⁸¹ วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพียงประการเดียวนั้นไม่เพียงพอที่จะอธิบายถึงฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ได้ ค่าเสียหายประเภทนี้จึงถูกเรียกว่า ค่าเสียหายทดแทนที่มากกว่าธรรมดา (extracompensatory damages)⁸² ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากค่าเสียหายที่แท้จริง⁸³ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นอัตราส่วนเดียวกับค่าเสียหายที่แท้จริง หรือกล่าวในอีกมุมหนึ่งก็คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษพิจารณาที่ลักษณะการทำความผิดของจำเลย โดยมีได้พิจารณาความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย

⁸¹ Gertz v. Welch, 418 U.S. 323, 350 (1974) (“they are private fines levied by civil juries to punish reprehensible conduct to deter its future occurrence.”)

⁸² Dan B. Dobbs, The Law of Torts, § 381 (2004).

⁸³ Michael Polinsky and Steven Shavell, In Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest (Ed.), Encyclopedia of Law and Economics (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2000), Volume II, at 764.

2.2 ประวัติและวิวัฒนาการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ⁸⁴

ในปี 1763 มีคดี *Huckle v. Money*⁸⁵ และ *Wilkes v. Wood*⁸⁶ ที่แสดงว่า ประเทศอังกฤษยอมรับการบังคับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างชัดเจน ภายหลังจากได้มีคดีอื่นๆ อีกมากที่ศาลให้ความเห็นชอบกับการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในกรณีละเมิดโดยจงใจ ได้แก่ การทำร้ายร่างกาย การจำคุกโดยไม่ถูกต้อง การบุกรุก ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ค่าเสียหายเชิงลงโทษใช้เพื่อเป็นการสนับสนุนระบบกฎหมายอาญา แต่เนื่องจากค่าเสียหายเชิงลงโทษปรากฏในคดีบางประเภทเท่านั้นซึ่งในคดีที่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดก็สูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงไม่มากนัก สาธารณชนจึงไม่ให้ความสำคัญกับค่าเสียหายเชิงลงโทษมากนัก

จนกระทั่งต้นปี 1960 ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงมากเพราะมีคดีละเมิดจำนวนมากที่กำหนดให้ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษและมีความเป็นไปได้ที่จะมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหลายครั้งต่อสินค้าชนิดเดียวกัน การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็กลายเป็นสาเหตุทำให้ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษ นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการกระทำที่จงใจมุ่งร้ายหรือกระทำความผิดอย่างร้ายแรง ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้สูงถึงสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง มลรัฐบางแห่งกำหนดให้การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่สำหรับการประมาทเลินเล่อธรรมดายังไม่เป็นเหตุผลเพียงพอให้ศาลหรือคณะลูกขุนมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

มีหลักฐานปรากฏว่า กฎหมายที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษมีผลกระทบกับจำนวนคดีและจำนวนของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ก่อนปี 1976 มีคดีเพียง 3 คดีเท่านั้นที่ศาลสูงยื่นคำพิพากษาศาลล่างอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีความสัมพันธ์อย่างต่ำกับค่าเสียหายที่แท้จริง แต่หลังจากนั้น จำนวนคดีที่ศาลให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มขึ้นอย่างไม่เคยมีมาก่อนทั้งในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์และคดีละเมิดทั่วไป

⁸⁴ American Tort Reform Association: Punitive Damages Reform, at <http://www.atra.org/show/7343> (last visited 14 November 2009); Dan Markel, Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction, 2009 Cornell L. rev. 249, 253 (2009).

⁸⁵ *Huckle v. Money*, 95 Eng. Rep. 768 (K.B. 1763).

⁸⁶ *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. 489 (C.P. 1763).

ในอดีต ศาลในระบบจารีตประเพณีกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์หลายประการ เช่น เพื่อทดแทนความเสียหายที่มีอาจคำนวณเป็นเงินได้ หรือเพื่อการลงโทษสำหรับความผิดที่จำเลยได้ก่อขึ้น เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่นานมานี้ กรอบของค่าสินไหมทดแทนตามปกติได้ขยายไปครอบคลุมความเสียหายที่เป็นนามธรรมแล้ว อันได้แก่ ค่าเสียหายต่อจิตใจและเกียรติยศ (hurt feelings and indignities) ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่นำไปทดแทนค่าเสียหายประเภทดังกล่าวจึงถูกใช้น้อยลง⁸⁷ หรืออาจกล่าวได้ว่า ค่าเสียหายที่มีใช้ตัวเงินที่โจทก์ไม่เคยได้รับในอดีต ได้รวมอยู่ในค่าเสียหายที่แท้จริงแล้ว ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Philip Morris คณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินแก่ภรรยาของผู้ที่เสียชีวิตด้วยโรคมะเร็งปอดเป็นเงินจำนวน 21,000 และค่าเสียหายที่มีใช้ตัวเงินจำนวน 800,000 เหรียญสหรัฐ⁸⁸

2.3 วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

เหตุผลในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ เมื่อใดก็ตามที่บุคคลใดทำละเมิดอย่างร้ายแรง บุคคลนั้นควรถูกเรียกให้ชำระทั้งค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นไปเพื่อลงโทษการทำละเมิด พร้อมกับป้องปรามผู้ทำละเมิดและบุคคลอื่นๆ จากการทำละเมิดแบบเดียวกันในอนาคต⁸⁹

2.3.1 การป้องปราม (Deterrence)

การป้องปรามเป็นเหตุผลที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดสำหรับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ และยังเป็นหนึ่งในเป้าหมายทางสังคมด้วย ทั้งนี้ เพื่อป้องปรามผู้ละเมิดและผู้อื่น ไม่ให้กระทำความผิด อันจะทำให้เกิดผลเสียหายได้อันเป็นหนึ่งในมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อความประพฤติของบุคคล⁹⁰

⁸⁷ ดู Cooper Indus., Inc. v. Leatherman Tool Group., 532 U.S. 424, 437-438 n.11 (2001).

⁸⁸ ดู Philip Morris USA v. Williams, 127 S. Ct. 1057, 1061 (2007).

⁸⁹ Sandra N. Hurd & Frances E. Zoller, State Punitive Damages Statutes: A Proposed Alternative, 20 J. Legis. 191, 192 (1994).

⁹⁰ Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harv. L. Rev. 869 (1998).

การป้องปรามจะประสพผลสำเร็จเมื่อสามารถโน้มน้าวให้บุคคลไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายเพราะเกรงกลัวโทษตามกฎหมาย⁹¹ ประชาชนจะเต็มใจปฏิบัติตามกฎหมายก็ต่อเมื่อตระหนักดีว่ากฎหมายนั้นถูกบังคับใช้อย่างจริงจัง ในกรณีที่ค่าสินไหมทดแทนเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะป้องปรามการทำละเมิด ค่าเสียหายเชิงลงโทษสามารถสร้างแรงจูงใจในระดับที่เหมาะสม (Optimal incentive) ให้แก่ผู้ที่อาจกระทำการละเมิดนั้นไม่ให้เกิดความคิดได้

การป้องปรามแบ่งได้เป็นสองกรณี คือ การป้องปรามทั่วไป (General Deterrence) หมายถึง ผลของการป้องปรามพฤติกรรมที่อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายของบุคคลที่อยู่ภายใต้พฤติกรรมเดียวกันในอนาคต และการป้องปรามเฉพาะ (Specific Deterrence) หมายถึง ผลแห่งการป้องปรามพฤติกรรมของจำเลยในคดีที่ศาลพิจารณาเท่านั้น⁹² การป้องปรามยังแบ่งออกได้เป็นสองระดับคือ การป้องปรามในระดับที่เหมาะสม (Optimal deterrence) เพื่อให้ผู้ละเมิดต้องแบกรับความเสียหายที่ตนก่อขึ้นแก่ผู้อื่นเสมือนว่าความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตนเอง (Cost internalization) และการป้องปรามเบ็ดเสร็จ (Complete deterrence) มีวัตถุประสงค์เพื่อหยุดการกระทำผิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตทั้งหมด

พึงสังเกตว่า การป้องปรามเบ็ดเสร็จนี้ไม่ได้หมายความว่าต้องทำให้ผู้ทำละเมิดตกไปอยู่ในสถานะที่ต่ำกว่าสถานะก่อนกระทำความผิดเสียทีเดียว (ในขณะที่วัตถุประสงค์ของการลงโทษต้องการให้ผู้ละเมิดมีสถานะที่ต่ำกว่าก่อนทำละเมิด) เพราะการป้องปรามเบ็ดเสร็จมีขึ้นเพื่อลดแรงจูงใจในการทำละเมิดแบบเดียวกันในอนาคต⁹³

⁹¹ กรุณาดู Jack P. Gibbs, Deterrence Theory and Research, in Nebraska Symposium on Motivation 1985: The Law as a Behavioral Instrument 87 (Gary B. Melton ed., 1985).

⁹² Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 877-78.

⁹³ Edward L. Rubin, Punitive Damages: Reconceptualizing the Runcible Remedies of Common Law, Wis. L. Rev. 131, 142 (1998).

2.3.2 การลงโทษ (Punishment)

การลงโทษเป็นเหตุผลที่ได้รับการยอมรับเช่นเดียวกับการป้องปราม มีที่มาจากหลักการว่า ความผิดทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นทางแพ่งหรืออาญาสมควรได้รับการลงโทษ⁹⁴ เมื่อใดก็ตามที่ผู้ทำละเมิดกระทำในสิ่งที่สังคมมองว่าเป็น การกระทำที่เลวทราม (Egregious Conduct) ต่อผู้เสียหาย ผู้ทำละเมิดจึงสมควรได้รับโทษ⁹⁵ ในกรณีของการลงโทษหรือแก้แค้น (Retribution) จะคำนึงถึงผลกระทบทางด้านศีลธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่การกลับคืนสู่สถานะเดิมซึ่งเป็นอยู่ก่อนเกิดเหตุละเมิดนั้นถูกมองว่าไม่เพียงพอ⁹⁶ นอกจากนี้ การลงโทษก็เป็นความพยายามที่จะให้ความสำคัญกับคุณค่าของผู้เสียหาย และยังเป็น การส่งสัญญาณให้กับสังคมว่า ผู้ทำความผิดเป็นผู้ที่ควรได้รับการตำหนิ⁹⁷

2.3.3 ส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายทางแพ่ง (Encouragement of Private Law Enforcement)

มีเหตุการณ์หลายกรณีที่ผู้เสียหายตัดสินใจไม่ดำเนินคดีกับผู้ทำละเมิดเพราะค่าสินไหมทดแทนที่ศาลมีสิทธิกำหนดให้ไม่คุ้มกับต้นทุนในการดำเนินคดีเพราะค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงมาก โจทก์ไม่เพียงแต่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลและค่าจ้างทนายความเท่านั้น แต่ยังรวมถึง ค่าเสียโอกาส ค่าเสียเวลา และค่าประโยชน์ที่จะได้รับหากนำเงินไปทำประโยชน์ในด้านอื่นที่ให้ประโยชน์ได้ ดังนั้น แม้มีการละเมิดเกิดขึ้นจริง แต่ผู้ทำละเมิดกลับไม่ต้องจ่ายค่าเสียหาย เมื่อผู้ละเมิดทราบข้อเท็จจริงตรงจุดนี้ดี ก็แสดงว่า ค่าเสียหายที่แท้จริงประการเดียวนั้นไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ละเมิดหยุดทำละเมิดในอนาคต

⁹⁴ Michael Rustad & Thomas Koenig, The Historical Continuity of Punitive Damage Awards: Reforming the Tort Reformers, 42 Am. U. L. Rev. 1269, 1320 (1993).

⁹⁵ Jennifer K. Robbennolt, Determining Punitive Damages: Empirical Insights and Implications for Reform, 50 Buffalo L. Rev. 103, 112 (2002).

⁹⁶ ดู Cooper Indus., Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 121 S. Ct. 1678, 1683 (2001).

⁹⁷ Marc Galanter & David Luban, Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism, 42 Am. U. L. Rev. 1393, 1432-33 (1993).

ค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเป็นส่วนเพิ่มขึ้นจากค่าเสียหายที่แท้จริงจึงสร้างแรงจูงใจในระดับที่เหมาะสมให้ผู้เสียหายนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกร้องสิทธิที่ตนเองมีต่อผู้ทำละเมิด ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายแพ่งให้เต็มประสิทธิภาพ

2.3.4 ทดแทนแก่โจทก์ในค่าเสียหายที่กฎหมายไม่ครอบคลุม

ศาลกล่าวว่า การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษควรมีขึ้นเพื่อชดเชยค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินและความเสียหายอื่นๆที่ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายไม่ครอบคลุม⁹⁸ ความจริงแล้ว มีความเสียหายหลายประเภทที่ถือเป็นต้นทุนหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแต่ศาลกลับไม่ยอมรับเป็นความเสียหายและไม่กำหนดให้ผู้เสียหายในความหมายของค่าสินไหมทดแทน ผู้เสียหายจึงน่าจะสามารถใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อชดเชยค่าเสียหายในส่วนที่ศาลไม่ยอมรับว่าเป็นค่าเสียหายได้

2.3.5 ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่นๆ

การเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายทางศาล คู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ค่าทนายความที่อาจสูงถึง 1 ใน 3 ของจำนวนค่าเสียหายที่จะได้รับหากชนะคดี แต่ค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดให้ผู้เสียหายมิได้คำนึงถึงประเด็นนี้ มีผลให้ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้จึงไม่เพียงพอที่จะเยียวยาผู้เสียหายเพื่อให้ได้รับค่าเสียหายเต็มจำนวน เพราะผู้เสียหายชนะคดีต้องนำเงินค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ไปชำระค่าทนายความเสียก่อน

2.4 ประโยชน์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีบทบาทสำคัญเมื่อการลงโทษทางอาญาและทางปกครองไม่เหมาะสม⁹⁹ ในขณะที่การลงโทษทางอาญาส่วนใหญ่จะลงโทษแก่ผู้มีรายได้น้อยและไม่สำคัญ การลงโทษทางแพ่ง

⁹⁸ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 939.

⁹⁹ อ้างแล้วข้างบน หน้า 1425-26.

มุ่งไปที่กลุ่มบุคคลที่กฎหมายอาจไม่ได้สนใจอันหมายถึงกลุ่มบุคคลที่มีการศึกษาและมีทรัพย์สินพอสมควร

2.4.1 ปทัณฐานที่ถูกกำหนด (Norm Projection)

เหตุผลนี้ต้องการแสดงให้เห็นว่าสาธารณชนและสังคมได้รับรู้และตระหนักถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษแก่ผู้ที่ทำผิดกฎหมายว่า ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด วัตถุประสงค์นี้จะบรรลุผลก็ต่อเมื่อค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวนสูงมากจนสามารถป้องปรามการฝ่าฝืนกฎหมายได้เบ็ดเสร็จ ดังนั้น ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นจำนวนไม่มาก ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรจะมีอัตราสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นจำนวนมาก¹⁰⁰

ในคดีของ Kelco¹⁰¹ โจทก์ Joseph Kelly ฟ้องจำเลยว่า จำเลยได้ฝ่าฝืนกฎหมายต่อต้านการผูกขาดโดยใช้การขายต่ำกว่าต้นทุน (predatory pricing) ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายประมาณ 51,000 เหรียญสหรัฐ ศาลตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าสินไหมทดแทนตามจริง และค่าเสียหายเชิงลงโทษแก่โจทก์อีก 6 ล้านเหรียญสหรัฐ จำเลยซึ่งไม่พอใจในคำตัดสินร้องขอให้ศาลลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลงเพราะจำนวนเงินดังกล่าวไม่เป็นอัตราส่วนที่เหมาะสมกับค่าเสียหายที่แท้จริง จำเลยจึงเห็นว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเกินกว่าที่ควรจะเป็นซึ่งอาจส่งผลให้ขัดกับ the Eight Amendment¹⁰²

หากศาลเห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรมีอัตราส่วนที่สัมพันธ์กับค่าเสียหายที่แท้จริงก็อาจส่งผลกระทบต่อให้จำเลยประเมินค่าเสียหายเป็นแค่ต้นทุนในการประกอบธุรกิจ (cost of conducting business) และเป็นความเสี่ยงว่าอาจถูกบังคับตามกฎหมาย (enforcement lottery) บริษัทจะใช้กลยุทธ์

¹⁰⁰ Marc Galanter & David Luban, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 97 หน้า 1430.

¹⁰¹ *Browning-Ferris Indus. V. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257, 279 (1989).

¹⁰² เป็นส่วนหนึ่งของ the United States Bill of Rights ที่จำกัดมิให้มีการกำหนดค่าประกันตัว ค่าปรับ ที่สูงเกินไป รวมทั้งมิให้มีการลงโทษอันไม่ปกติและทารุณ, “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”, A Service of the U.S. Government Printing Office, at <http://www.gpoaccess.gov/constitution/html/amdt8.html> (last visited on 8 December 2009).

การขายต่ำกว่าต้นทุนเช่นเดิมโดยคำนวณล่วงหน้าว่า หากโอกาสที่จะถูกลงโทษผูกกับค่าเสียหายที่ศาลกำหนดต่ำกว่ากำไรที่จะได้รับจากการทำผิดกฎหมาย บริษัทก็จะยังคงใช้การขายต่ำกว่าทุนต่อไปเพราะให้ผลตอบแทนมากกว่า และทำให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่านั่นเอง ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงเกินกว่ากำไรที่จะได้รับมาก (โดยมีเงื่อนไขว่า บริษัทไม่สามารถนำค่าเสียหายในอนาคตนี้มาคำนวณเพื่อหากำไรอย่างแน่นอน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องไม่มีความสัมพันธ์เป็นสัดส่วนกับค่าเสียหายแท้จริง) ก็จะเป็นการบังคับให้บริษัทต้องปฏิบัติตามกฎหมาย¹⁰³

การที่ศาลกำหนดให้ผู้ละเมิดชำระเพียงค่าเสียหายที่แท้จริงอาจทำให้ผู้ละเมิดมองกฎหมายว่าเป็น ปทัณฐานที่ตั้งให้มีการปฏิบัติตาม แต่ถ้าปฏิบัติตามไม่ได้ก็เพียงเสียเงินเพิ่ม ผลสุดท้ายแล้วผู้ละเมิดจะมองกฎหมายเป็นเพียงแค่ทางเลือกหนึ่งเท่านั้นเอง ดังนั้น ปทัณฐาน ของกฎหมายที่ดีและที่ควรจะเป็นต้องสามารถบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างแท้จริง มิใช่ขึ้นอยู่กับการคำนวณต้นทุนกำไรของบริษัท¹⁰⁴

นอกจากนี้ ในขั้นตอนการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ ก็ควรจะนำฐานะทางการเงินของบริษัทมาพิจารณาประกอบด้วย เพื่อให้จำนวนค่าเสียหายมีผลให้จำเลยเกรงกลัวต่อการบังคับใช้กฎหมายในอนาคตอีก และในกรณีของผู้ที่ทำความผิดแบบเดียวกันซึ่งมีฐานะทางการเงินสูงกว่าก็จะได้เกรงกลัวเช่นกัน เพราะว่าจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษจะมีอัตราส่วนแปรผันกับฐานะทางการเงินที่ดีขึ้น สรุปได้ว่า หากต้องการให้ ปทัณฐานเป็นการบังคับใช้กฎหมายอย่างแท้จริง ศาลก็ควรจะนำฐานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดมาพิจารณาด้วย

2.4.2 การลงโทษหรือแก้แค้น (Punishment or Retribution)

โดยปกติ ความรับผิดชอบทางละเมิดมักจะปรับใช้กับความผิดที่ไม่ควรได้รับการลงโทษ ตัวอย่างเช่น การไม่ใช้ความระมัดระวังหรือใช้ระดับความระมัดระวังแล้วแต่ไม่เพียงพอ หรือไม่มีเจตนาแล้วทำให้เกิดความเสียหายกับบุคคลอื่น ผู้เสียหายจะได้รับค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น ในทางกลับกัน ถ้าการกระทำความผิดที่ควรถูกดำเนินและควรได้รับการลงโทษ เช่น มีเจตนาร้ายหรือ อาฆาตพยาบาท เป็นต้น การชดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็ไม่อาจ

¹⁰³ Marc Galanter & David Luban, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 97 หน้า 1430.

¹⁰⁴ อ้างแล้วข้างบน หน้า 1430-31.

ทดแทนการถูกละเมิดสิทธิของโจทก์ได้อย่างเพียงพอ¹⁰⁵ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ทำละเมิดมีเจตนาร้ายต้องการให้ผู้เสียหายได้รับความอับอายโดยการต่อว่าท่ามกลางสาธารณชน ความรับผิดชอบทางละเมิดกลับให้ค่าเสียหายแก่โจทก์ตามจริงซึ่งเป็นจำนวนไม่มากนัก ผู้ทำละเมิดจึงได้รับประโยชน์มากกว่าความรับผิดชอบทางกฎหมาย

ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษ “มีวัตถุประสงค์เดียวกับโทษทางอาญา”¹⁰⁶ เพราะ “มีวัตถุประสงค์ที่จะป้องปรามและลงโทษ”¹⁰⁷ อย่างไรก็ตาม ศาลต้องพึงตระหนักไว้ว่า บางครั้งการป้องปรามโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) ก็ไม่มีบทบาทต่อการป้องอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ เช่น ในกรณีของการฆ่าคนตาย การป้องปรามมิให้ผู้ตายถูกจำเลยทำละเมิดในอนาคตอีกก็จะไม่มีประโยชน์ใดๆ หรือในกรณีของการฆ่าญาติของตนเองเพื่อให้ได้รับมรดกจำนวนมหาศาล วัตถุประสงค์ในการป้องปรามก็จะไม่มีประโยชน์ใดๆอีก ในเมื่อไม่มีญาติท่านอื่นที่มีทรัพย์สินจำนวนมากอีกแล้ว ทั้งสองกรณีแสดงชัดเจนว่าวัตถุประสงค์ในการป้องปรามเฉพาะจะมองไปในอนาคตซึ่งอาจไม่ทำให้เกิดประโยชน์ในบางกรณี ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งเป็นการมองไปข้างหลัง (backward-looking) หรืออธิบายให้ชัดเจนก็คือ การลงโทษเพราะสิ่งที่ได้ทำไปแล้วจะเกิดประโยชน์และคุณค่าได้มากกว่า¹⁰⁸

นักกฎหมายส่วนมากอ้างว่าวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษคือ การลงโทษและการป้องปราม (retribution and deterrence) โดยตั้งสมมติฐานเบื้องต้นว่าวัตถุประสงค์ทั้งสองเป็นส่วนประกอบซึ่งกันและกัน¹⁰⁹ แต่แนวความคิดนี้ก็ถูกโต้แย้งว่า ทฤษฎีของวัตถุประสงค์ทั้งสองมีพื้นฐานขัดกันเอง เพราะในขณะที่การลงโทษหรือการแก้แค้นเป็นการมองในอดีตโดยพิจารณาว่าการกระทำของผู้ละเมิด ผู้ละเมิดควรจะได้รับลงโทษโดยไม่สนใจผลแห่งการกระทำเลย ในขณะที่การป้องปรามจะมองไปข้างหน้าและมองไปที่โอกาสของการเกิดเหตุการณ์เดียวกันในอนาคต

¹⁰⁵ Mark A. Geistfeld, Punitive Damages, Retribution, and Due Process, 81 S. Cal. L. Rev. 263, 269 (2008).

¹⁰⁶ State Farm Mut. Auto Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 417 (2003) (“serve the same purposes as criminal penalties”).

¹⁰⁷ อ้างแล้วข้างบนหน้า 416.

¹⁰⁸ Mark A. Geistfeld, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 105 หน้า 269-270.

¹⁰⁹ ดู Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 168-69 (1962).

ผู้ทำความผิดที่ต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษก็อาจต้องรับผิดชอบในทางอาญาอีก ผู้ทำความผิดจึงต้องรับโทษสองครั้ง จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้มีการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในบางกรณีเท่านั้น ส่วนในกรณีที่เป็นการประมาทเลินเล่อธรรมดาจะไม่มีมีการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ¹¹⁰

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ทั้งค่าเสียหายเชิงลงโทษและทางอาญาไปพร้อมกันต่อความผิดที่กระทำเพียงแค่ครั้งเดียวก็จะทำให้เกิดปัญหาการห้ามฟ้องซ้ำ (double punishment)¹¹¹ ซึ่งขัดกับหลักกฎหมายโดยสิ้นเชิงและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ทำความผิดเพราะได้รับโทษรวมกันสูงกว่าการกระทำผิด แต่มีนักกฎหมายให้คำอธิบายว่า มีแนวคิดพื้นฐานที่แยกความเสียหายออกเป็นสองส่วน คือ ความเสียหายส่วนหนึ่งจะตกแก่ผู้เสียหายในคดี และความเสียหายส่วนที่เหลือจะตกแก่สังคมอันเป็นส่วนรวม ถ้าการเยียวยาโดยใช้ค่าเสียหายสามารถทดแทนความเสียหายต่อผู้เสียหายได้เต็มจำนวน ความเสียหายที่เหลืออยู่ก็คือผลกระทบต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของสิทธิของผู้ทรงสิทธิโดยทั่วไป (General classes of right holder) ที่ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน จึงอาจปรับใช้กฎหมายอาญาได้เท่านั้น ตรงกันข้าม ถ้าโจทก์ได้รับการเยียวยาไม่เต็มจำนวนก็แสดงว่าโจทก์ได้รับความเสียหายนอกเหนือจากความเสียหายต่อสิทธิของผู้ทรงสิทธิโดยทั่วไป โจทก์จึงอาจได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ และจำเลยก็ต้องได้รับโทษทางอาญาอีกต่อหนึ่งด้วย ดังนั้น หลักการนี้จึงตั้งอยู่บนข้อสมมติฐานเบื้องต้นว่า ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาไม่เต็มจำนวนจึงมีโอกาสรับค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติม สรุปแล้ว หลักการนี้มองว่า กฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อปรับใช้กับความเสียหายที่เกิดต่อสาธารณชนโดยทั่วไป มิใช่ต่อผู้เสียหายคนใดคนหนึ่ง และค่าเสียหายเชิงลงโทษมีขึ้นเพื่อชดเชยแก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายเพราะค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ไม่สามารถชดเชยความเสียหายได้เต็มจำนวน¹¹²

ในมุมมองของการลงโทษเบ็ดเสร็จ ถ้าผู้ละเมิดมีพฤติกรรมที่รุนแรง (Outrageous Behavior) สังคมก็ต้องการกำหนดบทบังคับต่อพฤติกรรมเช่นนี้ เพราะถือว่าก่อให้เกิดความเสียหายที่เกินกว่าหรือเท่ากับความเสียหายที่เกิดแก่ผู้เสียหาย (ซึ่งเรียกว่า การลงโทษที่สมบูรณ์แบบ หรือ “Ideal Retribution”) แต่ทว่าค่าสินไหมทดแทนที่มีค่าเท่ากับความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายเพียงรายเดียวไม่สามารถเติมเต็มความต้องการของสังคมเช่นนี้ได้ กฎหมายจึงอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมาเติมเต็มส่วนที่สังคมต้องการได้ ดังนั้น การลงโทษที่คิดที่สุดและเป็นที่น่าพอใจที่สุดจะเกิดขึ้นเมื่อผลรวมของ

¹¹⁰ Mark A. Geistfeld, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 105 หน้า 273-74.

¹¹¹ Mark A. Geistfeld, อ้างแล้วข้างบน

¹¹² สำหรับรายละเอียดของการอภิปราย กรุณาดู Dan Markel, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 84 หน้า 274.

ค่าเสียหายมีค่าเท่ากับการลงโทษที่สมบูรณ์แบบ ถ้าหากการละเมิดไม่ได้รับการลงโทษเช่นนี้แล้วก็แสดงว่า มีต้นทุนทางสังคมเกิดขึ้นต่อการละเมิดเพราะการลงโทษมากเกินไปหรือน้อยเกินไป¹¹³

2.4.3 การป้องปราม (Deterrence)

การป้องปรามคือการป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์เดียวกันขึ้นอีกในอนาคตโดยไม่ได้มุ่งไปที่จำเลยในคดีเท่านั้น (Specific Deterrence) แต่รวมไปถึง บุคคลใดก็ตามที่มีโอกาสทำละเมิดแบบเดียวกันอีกในอนาคต (General Deterrence) คำพิพากษาที่ประกอบไปด้วยค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงต้องมีประสิทธิภาพในการป้องกันการกระทำแบบเดียวกันอีกในอนาคต กฎหมายต้องบังคับปรับเงินจำนวนที่เหมาะสมออกจากจำเลย โดยเฉพาะในคดีบางประเภทที่การป้องปรามเป็นสิ่งสำคัญมากเพราะจำเลยยังคงมีกำไรหรือผลประโยชน์คงเหลืออยู่แม้จะได้ชำระค่าเสียหายที่แท้จริงไปแล้ว¹¹⁴ การป้องปรามได้รับการยอมรับว่ามีอิทธิพลเหนือกว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษเสียอีก

เมื่อค่าเสียหายเชิงลงโทษมีผลป้องปรามแล้ว บุคคลที่วางแผนทำละเมิดไว้เบื้องต้นแล้วจะเปลี่ยนพฤติกรรมไปใช้วิธีการขออนุญาตอีกฝ่ายเพื่อกระทำการแทน (หรือกฎหมายเรียกว่า สัญญานั้นเอง) เพราะการขออนุญาตที่ถูกต้องตามกฎหมายจะให้ประโยชน์ต่อบุคคลได้มากกว่า ซึ่งเป็นการบังคับใช้หลักกฎหมายทรัพย์สิน (Enforcement of property rule)¹¹⁵ กล่าวคือ หากธุรกรรมที่เกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย (voluntary market transaction) มีต้นทุนต่ำกว่าต้นทุนที่เกิดจากละเมิด

¹¹³ Peter Diamond, Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard of Risks to Others, 18 J. L. Econ & Org., 117 (2002).

¹¹⁴ Dan B. Bobbs, อ้างถึงหน้าในเชิงบรรณที่ 88 § 381 (2).

¹¹⁵ Property Rule คือ หลักการในการคุ้มครองทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง โดยเจ้าของจะมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นทุกประการ ไม่ว่าจะเป็สิทธิในการจำหน่าย โอน หรือเรียกคืนจากผู้ไม่มีสิทธิ หรือแม้กระทั่งนำไปทำลาย ซึ่งหลักการนี้สะท้อนใน ป.พ.พ. มาตรา 1336 ในขณะที่หลักการในทางตรงข้ามจะเรียกว่า Liability Rule คือการที่เจ้าของสิทธิ ไม่มีสิทธิในการห้ามมิให้ผู้อื่นนำไปใช้ได้ เจ้าของมีสิทธิได้เพียงการได้รับเงินตอบแทนในจำนวนที่เหมาะสมเท่านั้น

แสดงได้ว่าการละเมิดไม่มีประสิทธิภาพ กฎหมายจึงควรถัดจำนวนการละเมิดให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเครื่องมือหนึ่งนั่นเอง¹¹⁶

2.4.4 เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ที่สนับสนุนค่าเสียหายเชิงลงโทษ

2.4.4.1 นำผลกระทบภายนอกมาคิดเป็นต้นทุน(Cost Internalization)¹¹⁷

จากมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ เหตุผลที่สนับสนุนค่าเสียหายเชิงลงโทษคือการรวบรวมต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นมาไว้ที่การกระทำ (Cost Internalization) โดยใช้ความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นเครื่องมือเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดสรร (Allocative Efficiency) ซึ่งเป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ไม่สนใจการลงโทษผู้ละเมิดแต่สนใจว่าผู้ละเมิดควรชำระค่าเสียหายเป็นจำนวนที่ถูกต้องทางสังคม (socially compensable amount) หมายถึง จำนวนเงินที่เท่ากับความสูญเสียที่เกิดขึ้นทั้งหมดไม่ว่าต่อผู้เสียหายในคดีหรือต่อสังคม¹¹⁸ ศาลอาจพบปัญหาว่าการคำนวณค่าเสียหายไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ หรือกฎหมาย

¹¹⁶ ฟิงดิงข้อสังเกตไว้ว่า ในกรณีที่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการละเมิดโดยจงใจได้อย่างแม่นยำ และเป็นการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ แต่คู่กรณีพบอุปสรรคทำให้ไม่อาจยินยอมทำธุรกรรมได้ เช่น มีจำนวนคู่ความมากเกินไป ค่าเจรจาต่อรองสูงเกินไป เป็นต้น การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะไม่ทำให้เกิดผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพที่สุด เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษป้องปรามส่งผลป้องปรามการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น ถ้าศาลไม่พบปัญหาในการคำนวณความเสียหายออกมาเป็นตัวเงิน ก็จะไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

¹¹⁷ Externality คือ ผลกระทบของธุรกรรม (transaction) ต่อผู้ที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมโดยตรง ซึ่งทำให้ราคาไม่ได้แสดงถึงต้นทุนหรือประโยชน์ที่แท้จริงในการบริโภคสินค้าหรือบริการ หากธุรกรรมให้ผลดีกับบุคคลภายนอกมากกว่าจะเรียกว่า external benefit หรือ positive externality หากให้ผลเสียกับบุคคลภายนอกมากกว่า จะเรียกว่า external cost หรือ negative externality ดังนั้น กฎหมายละเมิดจึงเป็นเสมือนเครื่องมือหนึ่งของภาครัฐที่ internalize all relevant costs เพื่อให้ผู้กระทำต้องนำต้นทุนที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลภายนอกมารวมคำนวณด้วย ผลคือ ผู้กระทำต้องใช้ accurate marginal cost curves ซึ่งทำให้สะท้อนราคาที่ถูกต้องของการกระทำได้

¹¹⁸ Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, Law and Economics, (US:Norton&Company) หน้า 311(2008).

ห้ามนำความสูญเสียที่เกิดขึ้นจริงบางประการมารวมในค่าสินไหมทดแทน เช่น ค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียความสุข (hedonic losses) ความเจ็บปวดและความทรมานทุกข์ทรมาน (pain and suffering) ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์แล้ว ความสูญเสียเหล่านี้ถือเป็นต้นทุนประการหนึ่ง¹¹⁹

ศาสตราจารย์ Jeffrey Harrison และ Jules Theeuwes ชี้ให้เห็นว่า ระบบกฎหมายละเมิดไม่สมบูรณ์แบบเพราะไม่สามารถรวบรวมความสูญเสียทั้งหมดมาไว้ที่ผู้ทำความผิดได้อย่างเต็มจำนวน โดยยกตัวอย่างเหตุการณ์ที่มีผู้ได้รับผลกระทบจำนวนมาก แต่เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายแต่ละรายในจำนวนน้อย เช่น สินค้าที่ถูกขายเป็นจำนวนมาก (mass products) ผู้เสียหายแต่ละรายจะกำหนดว่าการฟ้องผู้ผลิตจะได้รับค่าสินไหมทดแทนไม่คุ้มต้นทุนที่เสียไปจึงตัดสินใจไม่ฟ้องคดีคิดว่า หรือถ้ามีผู้เสียหายที่ตัดสินใจฟ้องคดีก็อาจประนีประนอมยอมความนอกศาลซึ่งทำให้ผู้เสียหายได้เงินจำนวนต่ำกว่ากรณีที่คดีดำเนินไปจนถึงสิ้นสุด ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ผลิตจึงทำให้ต้นทุนการผลิตต่ำกว่าความเป็นจริงอันส่งผลให้ปริมาณสินค้าถูกผลิตออกมามากเกินไป ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีบทบาทปรับระดับต้นทุนของการผลิตสินค้าให้อยู่ในระดับที่ถูกต้องได้ และทำให้สินค้าถูกผลิตออกมาในปริมาณที่เหมาะสม¹²⁰

นอกจากนี้ ถ้าผู้กระทำคำนวณต้นทุนที่เกิดขึ้นจากการกระทำทั้งต่อผู้กระทำเองและบุคคลภายนอกหรือสังคมได้อย่างแท้จริง ก็จะไม่เกิดการกระทำที่ไม่มีประสิทธิภาพขึ้น (Inefficient Behavior) กล่าวคือ การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายที่มากกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงกับผู้เสียหายที่ตัดสินใจฟ้องคดีจะเป็นการป้องปรามการละเมิดที่ผู้ละเมิดไม่ได้ใส่ใจต่อผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับสังคมได้¹²¹ หากไม่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษก็จะมีแต่ความผิดพลาดในการบังคับใช้กฎหมาย (enforcement errors) เท่านั้นที่อาจทำให้ผู้ละเมิดต้องรวมต้นทุนที่เกิดต่อสังคมไว้ในการละเมิดด้วย ดังนั้น การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรจะกำหนดในระดับที่ทำให้ผลประโยชน์ในการฝ่าฝืนกฎหมายหมดไปและบังคับให้ผู้ละเมิดต้องรวมต้นทุนต่อสังคมที่เกิดจากการกระทำไว้ทั้งหมด¹²² ถ้าหลักกฎหมายละเมิดรวมต้นทุนมาไว้ได้

¹¹⁹ Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, อ้างแล้วข้างบนหน้า 312.

¹²⁰ Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, อ้างแล้วข้างบนหน้า 312-313.

¹²¹ Thomas C. Galligan Jr., Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages, 51 LA. L. Rev. 3, 10-12 (1990).

¹²² Robert D. Cooter, Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?, 40 Ala. L. Rev. 1143, 1148 (1989).

ทั้งหมดแล้ว บุคคลใดบุคคลหนึ่งยังเห็นว่าประโยชน์จากการทำละเมิดมีค่ามากกว่าต้นทุนที่เกิดขึ้นทั้งหมดแล้ว กฎหมายก็ควรสนับสนุนให้บุคคลนี้ทำละเมิด เพราะการกระทำที่ทำให้เกิดประโยชน์มากกว่าผลเสียย่อมทำให้เกิดประโยชน์แก่สังคมในท้ายที่สุด

สังเกตว่า ทฤษฎีการรวบรวมต้นทุนแตกต่างจากทฤษฎีการลงโทษ (retributive theory) กล่าวคือ ทฤษฎีการลงโทษจะพิจารณาเจตนาของจำเลยว่ามีเจตนาร้ายหรือไม่ (mens rea) ส่วนทฤษฎีการรวบรวมต้นทุนไม่สนใจถึงลักษณะของการกระทำหรือเจตนาของจำเลยแม้แต่น้อย โดยทฤษฎีการรวบรวมต้นทุนจะวางหลักการไว้ว่าผู้ละเมิดต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนต่อการกระทำของตนแต่ก็สามารถทำละเมิดต่อไปได้เรื่อยๆ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ละเมิดต้องจ่ายเงินสำหรับสิ่งที่ตนทำ¹²³

2.4.4.2 เพื่อทดแทนผู้เสียหายเมื่อผู้ละเมิดอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ (Escape Probability)

ประเด็นที่ควรพิจารณา คือ เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดจากเจตนาที่มุ่งร้ายต่อผู้เสียหายแล้วเพราะอาจเกิดจากการดำเนินชีวิตหรือธุรกิจตามปกติ แล้วทำไมค่าเสียหายที่อยู่บนพื้นฐานของความเสียหายที่แท้จริงจึงไม่เพียงพอ เหตุผลสำคัญคือ ผู้ทำละเมิดมีโอกาสไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตนเอง ไม่ว่าจะเกิดจากการที่ผู้เสียหายไม่สามารถระบุตัวผู้ละเมิดได้เพราะพฤติกรรมไม่เอื้ออำนวย เช่น ผู้เสียหายถูกรถชนในเวลากลางคืน เป็นต้น หรือผู้เสียหายอาจระบุตัวผู้ละเมิดได้แต่ไม่มีหลักฐานอื่นเพียงพอที่จะโน้มน้าวให้ศาลเชื่อถือ เช่น แม้พยานจะจำรูปพรรณสัณฐานของคนร้ายได้ แต่ก็ไม่มีประจักษ์พยานอื่น และถึงแม้ผู้เสียหายจะมีหลักฐานทุกอย่างพร้อม แต่ผู้เสียหายอาจไม่ดำเนินคดีก็ได้ เพราะค่าเสียหายที่จะได้รับไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงควรมีบทบาทจะทำให้ความรับผิดชอบคาดคะเน (expected liability) มีค่าเท่ากับความเสียหายคาดคะเนต่อสังคม (expected social harm) ซึ่งจำเป็นต่อการทำให้เกิดประสิทธิภาพทางสังคม (social efficiency)

(1) ความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับค่าเสียหาย

ก่อนที่ผู้เขียนจะอธิบายเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ในคดีที่ผู้ละเมิดอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ผู้เขียนใคร่ขออธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับค่าเสียหายอันมีอิทธิพลต่อการกระทำเป็นประการแรก เพราะจะทำให้สามารถเข้าใจหลักการพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ในประเด็นนี้ได้ดียิ่งขึ้น

¹²³ Dan Markel, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 84 หน้า 239, 243.

ในทางทฤษฎีถือว่า ถ้าค่าเสียหายที่ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบมีค่าเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นก็จะทำให้เกิดแรงจูงใจในการใช้ระดับความระมัดระวังที่เหมาะสม¹²⁴ เพราะบุคคลใดบุคคลหนึ่งยินดีชำระเงินเป็นจำนวนน้อยเพื่อสร้างระดับความระมัดระวังล่วงหน้าที่เหมาะสม เพื่อลดค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตซึ่งเป็นจำนวนเงินที่สูงกว่า หลักการนี้ทำให้เกิดความสอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ทำให้เกิดประสิทธิภาพทางสังคมอันสูงสุด ถ้าความความรับผิดชอบมีค่าสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (คือการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่แท้จริง) บุคคลจะใช้จ่ายเพื่อสร้างระดับความระมัดระวังที่มากเกินไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อใดก็ตามที่ต้นทุนการสร้างระดับความระมัดระวังสูงกว่าความเสียหายที่ลดได้ ก็จะเป็นการขัดกับหลักประสิทธิภาพโดยสิ้นเชิง

ตัวอย่างเช่น ถ้าโรงงานปล่อยมลพิษทางอากาศแก่หมู่บ้านใกล้เคียงทำให้เกิดความเสียหายที่เป็นจำนวนทั้งหมด 1,000,000 บาท โรงงานอาจหลีกเลี่ยงการปล่อยมลพิษนี้ได้โดยการซื้อเครื่องกรองอากาศเพื่อดักจับสารอันเป็นพิษก่อนปล่อยควันออกไปสู่อากาศภายนอกโดยใช้เงินจำนวน 200,000 บาท (ภายใต้เงื่อนไขว่า การใช้เครื่องกรองอากาศถือว่าโรงงานใช้ระดับความระมัดระวังที่เพียงพอทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบเพราะประมาทเล็กน้อย) ถ้าระบบกฎหมายให้โรงงานมีความรับผิดชอบตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงนั่นก็คือ 1,000,000 บาท โรงงานจะซื้อเครื่องกรองอากาศเป็นมูลค่า 200,000 บาท เพราะโรงงานประหยัดค่าใช้จ่ายจากการไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมายแฝงเป็นเงินจำนวน 800,000 บาท (1,000,000-200,000) บาท และยังเพิ่มค่าสวัสดิการสังคม (Social welfare) ได้ในจำนวนเท่ากันอีกด้วย

ภายใต้ระบบกฎหมายละเมิดเดียวกัน ถ้าค่าเครื่องกรองอากาศราคา 1,500,000 บาท โรงงานจะไม่ซื้อเครื่องกรองอากาศแต่จะปล่อยมลพิษแล้วจ่ายค่าเสียหายที่แท้จริงแทน เพราะโรงงานเลือกที่จะจ่ายค่าเสียหายตามความรับผิดชอบทางแฝงเป็นเงินจำนวน 1,000,000 บาท เพื่อหลีกเลี่ยงการซื้อค่าเครื่องกรองอากาศเป็นเงินจำนวน 1,500,000 บาท ทำให้โรงงานประหยัดเงินไปได้ 500,000 บาท (1,500,000-1,000,000) และทำให้เกิดประสิทธิภาพต่อสังคมสูงสุดอีกเช่นกัน ประเด็นที่น่าสังเกตคือ ถ้าโรงงานตัดสินใจซื้อเครื่องกรองอากาศ โรงงานจะมีต้นทุนเพื่อสร้างระดับความระมัดระวังที่มากกว่าความเสียหายที่อาจลดได้ อันเป็นการขัดกับหลักประสิทธิภาพทางสังคม

แต่เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายละเมิดกำหนดให้ผู้ละเมิดรับผิดชอบต่ำกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เช่น แม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นจริงจำนวน 1,000,000 บาท และค่าเครื่องกรองอากาศมีมูลค่า 500,000 บาท แต่กฎหมายให้โรงงานรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเพียงแค่ 400,000 บาท โรงงานย่อมตัดสินใจเลือกที่จะ

¹²⁴ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 883-873.

ปล่อยมลพิษแล้วชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่ง แต่กลับเป็นทางเลือกที่แย่ที่สุดต่อสังคมเพราะทำให้ค่าของสวัสดิการสังคมลดลงถึง 600,000 เลยที่เดียว (1,000,000-400,000) เพราะนอกจากโรงงานไม่ซื้อเครื่องกรองอากาศแล้วยังต้องจ่ายค่าเสียหายต่ำกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงอีก

ในทางตรงกันข้าม ถ้ากฎหมายละเมิดให้ความรับผิดชอบทางละเมิดสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เช่น หากโรงงานปล่อยมลพิษต่อบ้านใกล้เคียง โรงงานจะต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษอีกเป็นจำนวน 1,000,000 บาท ดังนี้ เท่ากับว่าความรับผิดชอบทางกฎหมายของโรงงานหากปล่อยมลพิษ คือ 2,000,000 บาท (ค่าเสียหายที่แท้จริง 1,000,000 บาท + ค่าเสียหายเชิงลงโทษ 1,000,000 บาท) โรงงานก็ยังมีแรงจูงใจมากขึ้นที่จะใช้ความระมัดระวังที่เพียงพอ นั่นคือ การซื้อเครื่องกรองอากาศราคา 500,000 บาท เพื่อจะได้ไม่ต้องรับผิดชอบทางกฎหมายจำนวน 2,000,000 บาท

ประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งของการใช้ความรับผิดชอบโดยประมาทเลินเล่อก็คือ เมื่อบุคคลใช้ระดับความระมัดระวังที่เพียงพอแล้ว บุคคลนั้นก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางละเมิดได้ทันที บุคคลนั้นจะไม่ใช้ความระมัดระวังในระดับที่มากขึ้นอีกต่อไปแล้ว แม้ความรับผิดที่เกิดขึ้นมีค่ามากขึ้นก็ตาม กฎหมายเช่นนี้ดูเหมือนว่ายิ่งทำให้ค่าเสียหายที่ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบมีค่ามากขึ้นเท่าใด (โดยมีความรับผิดชอบต่ำอยู่ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง) ก็จะยิ่งสร้างแรงจูงใจให้ผู้ละเมิดใช้ความระมัดระวังต่อการทำกิจกรรมได้ดีขึ้น ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในตัวอย่างข้างต้น

อย่างไรก็ตาม ความผิดพลาดในการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Error) เป็นตัวแปรที่มีอิทธิพลให้บุคคลใช้ความระมัดระวังมากเกินไป กล่าวคือ ศาลอาจกำหนดระดับการใช้ความระมัดระวังผิดพลาดก็เป็นได้ ทำให้บุคคลผู้ใช้ระดับความระมัดระวังเหมาะสมแล้วยังต้องรับผิดชอบในความเสียหายอีก บุคคลนั้นๆจึงเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมใช้ระดับความระมัดระวังมากขึ้นและมากเกินไปกว่าปกติธรรมดาที่สังคมต้องการ¹²⁵

ดังนั้น การเพิ่มค่าเสียหายสำหรับความรับผิดเพราะประมาทเลินเล่อก็จะยิ่งทำให้ปัญหานี้แย่ลงไปอีก และยังทำให้บุคคลนั้นๆทำกิจกรรมในจำนวนน้อยกว่าที่ควรจะเป็นอีกด้วย เมื่อย้อนกลับไปที่

¹²⁵ ตัวอย่างเช่น แม้การขับรถบนถนนด้วยความเร็ว 70 กิโลเมตรต่อชั่วโมง กฎหมายถือว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังที่สมควรแล้ว แต่ถ้าจำเลยไม่สามารถนำสืบในศาลได้ว่า ขณะที่เกิดอุบัติเหตุขับรถด้วยความเร็ว 70 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบแม้ได้ปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ในอนาคต จำเลยหรือบุคคลอื่นก็จะใช้ความระมัดระวังมากขึ้นโดยการขับรถบนถนนที่ช้ากว่า 70 กิโลเมตรต่อชั่วโมงซึ่งไม่ใช่ความเร็วที่สังคมพึงประสงค์

ตัวอย่างโรงงานข้างต้น ถ้าศาลเห็นว่าแม้การซื้อเครื่องกรองอากาศมาใช้แล้วก็ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าโรงงานได้ใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสม ในอนาคตโรงงานก็จะยังต้องใช้ระดับความระมัดระวังที่มากขึ้นไปอีก โดยการลงทุนในขั้นตอนการกำจัดมลพิษอันอาจมีมูลค่าสูงกว่าความเสียหายที่ลดได้จริง

สรุปได้ว่า ในกรณีของประมาทเลินเล่อ บุคคลใดๆ จะใช้ความระมัดระวังได้อย่างเหมาะสมแก่พฤติการณ์ กฎหมายจะต้องให้ผู้ละเมิดชำระค่าเสียหายที่เท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น ไม่ควรจะให้รับผิดชอบมากกว่าหรือน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

ส่วนในกรณีของการละเมิดโดยจงใจ ย่อมไม่เกี่ยวข้องกับใดๆกับการใช้ความระมัดระวังของผู้ละเมิด เพราะผู้ละเมิดมีเจตนาทำละเมิดโดยแน่ชัดอยู่แล้ว จึงไม่ต้องพิจารณาถึงการใช้ระดับความระมัดระวังที่เหมาะสมใดๆ มีการตั้งสมมติฐานเบื้องต้นว่าละเมิดประเภทนี้เกิดประโยชน์ได้มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งประโยชน์ที่ว่านี้ถูกนับรวมในค่าสวัสดิการสังคมได้ ดังนั้น ถ้าการละเมิดประเภทใดที่ทำให้ประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง กฎหมายก็สมควรจะยอมรับให้ละเมิดประเภทนี้เกิดขึ้นได้เพราะทำให้สังคมมีประสิทธิภาพสูงขึ้น (เพราะค่าของสังคมสวัสดิการสังคมเพิ่ม) หรือที่ถูกเรียกว่า การละเมิดอย่างมีประสิทธิภาพ (Efficient Tort) โดยมีเงื่อนไขว่า กฎหมายละเมิดสามารถรวบรวมต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายและสังคมได้

การละเมิดอย่างมีประสิทธิภาพ มีหลักการอยู่ว่า ในเมื่อบุคคลใดๆคำนวณต้นทุนที่อาจเกิดขึ้นจากการทำกิจกรรมแล้วเห็นว่า ประโยชน์ที่จะได้รับเมื่อหักลบด้วยค่าใช้จ่ายหรือความรับผิดชอบตามกฎหมายที่เกิดขึ้นแล้ว ยังเหลือประโยชน์อยู่ บุคคลนั้นก็ควรจะทำกิจกรรม โดยกฎหมายละเมิดเป็นเครื่องมือทางกฎหมายหนึ่งที่จะรวบรวมต้นทุนที่เกิดขึ้นทั้งหมดมาไว้ใน การคำนวณของผู้ละเมิด เพื่อให้ต้นทุนที่ผู้ละเมิดใช้พิจารณาสะท้อนต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายและสังคม

เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายละเมิดให้ผู้ละเมิดรับผิดชอบน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม ก็จะทำให้เกิดการละเมิดที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคมอันมากกว่าประโยชน์ทั้งหมดที่ได้รับ เรียกเหตุการณ์นี้ว่า การละเมิดที่ไม่มีประสิทธิภาพ (Inefficient tort) และกฎหมายละเมิดไม่สมควรยินยอมให้เกิดขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น ยังทำให้ผู้ละเมิดทำกิจกรรมในจำนวนที่มากเกินไป (Socially excessive level of activity) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายละเมิดมีผลทำให้เกิดการป้อนปรามที่น้อยเกินไปจนไม่สามารถยับยั้งการละเมิดที่ไม่มีประสิทธิภาพได้

ในทางกลับกัน เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายละเมิดกำหนดให้ผู้ละเมิดรับผิดชอบมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ก็จะทำให้ผู้ที่กำลังจะทำละเมิดที่ให้ประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหยุดทำ

ละเมิด เพราะความรับผิดชอบทางกฎหมายสูงกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎหมายละเมิดมีผลป้องกันปรามมากเกินไปจนไปยับยั้งการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ

ในกรณีละเมิดโดยจงใจ สรุปได้ว่า กฎหมายละเมิดควรเรียกให้ผู้ละเมิดมีความรับผิดชอบเท่ากับความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น เพื่อไม่ทำให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไปหรือน้อยเกินไปนั่นเอง

(2) ความรับผิดชอบทางกฎหมายควรมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น

จากคำอธิบายข้างต้น ผู้เขียนมิได้หมายความว่าความรับผิดชอบทางกฎหมายควรจะทำกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเสมอไป เพราะเหตุว่า ในความเป็นจริงนั้น ผู้ละเมิดมีโอกาสที่จะหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้และไม่ต้องจ่ายค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าจะไม่ได้ใช้ระดับความระมัดระวังที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์

หลักการคิดเบื้องต้นของบุคคลที่มีความคิดอย่างเป็นเหตุเป็นผล (Rational actor) คือ บุคคลหนึ่งจะกระทำการใด ก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นให้ผลประโยชน์ต่อตนเองมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นต่อตนเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าการกระทำใดๆทำให้เกิดประโยชน์สุดท้ายได้ โดยผลประโยชน์ต่อตนเองหักลบด้วยต้นทุนที่ตนเองต้องเสียไป แล้วยังมีค่าเป็นบวก ก็หมายความว่า บุคคลจะกระทำการนั้นๆต่อไป ตราบเท่าที่ ต้นทุนที่เกิดขึ้นไม่สูงเกินกว่าหรือเท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับ

ยกตัวอย่างเช่น ถ้าบริษัทโดยสารขนส่งพบว่าเครื่องยนต์ของรถโดยสารที่ใช้ดำเนินการรับส่งผู้โดยสารเป็นประจำเกิดข้อบกพร่อง(แม้ว่าจะยังสามารถเดินเครื่องได้อยู่)มีโอกาที่จะระเบิดและทำให้เกิดอันตรายต่อผู้โดยสารหรือประชาชนอื่นที่ใช้เส้นทางเดียวกัน ประเด็นทางธุรกิจมีอยู่ว่าบริษัทขนส่งควรจะซ่อมแซมบำรุงรักษาเครื่องยนต์หรือไม่ การนำรถโดยสารกลับมาซ่อมแซมทำให้เกิดต้นทุนทางธุรกิจจำนวนหนึ่ง เพราะนอกจากต้นทุนค่าเครื่องยนต์และอุปกรณ์อื่นๆแล้วยังมีค่าเสียโอกาสจากการไม่ได้นำรถออกใช้ขนส่งผู้โดยสารอีกหลายวันทำการและยังมีค่าใช้จ่ายให้วิศวกรเพื่อซ่อมแซมรถยนต์โดยสารอีก เมื่อเปรียบเทียบต้นทุนการซ่อมแซมกับต้นทุนที่บริษัทอาจถูกฟ้องร้องคดีเพราะเครื่องยนต์ระเบิด ถ้าบริษัทเห็นว่า การนำรถออกไปใช้ประโยชน์โดยซ่อมแซมจะให้กำไรกับบริษัทมากกว่าการนำรถกลับมาซ่อมแซมให้ถูกต้อง รถโดยสารก็จะยังคงวิ่งบนถนนต่อไปแม้ว่าจะมีความเสี่ยงที่เครื่องยนต์รถโดยสารจะระเบิดมีค่าสูงขึ้น แต่เมื่อใดก็ตามมีผู้ได้รับบาดเจ็บอันเนื่องมาจากเครื่องยนต์รถโดยสารระเบิด ก็จะทำให้บริษัทต้องรับผิดชอบในทางละเมิด อันได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดประโยชน์จากการไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ เป็นต้น ค่าเสียหายที่แท้จริงที่ต้องจ่ายมีมูลค่า

มากกว่าต้นทุนของการนำรถกลับมาซ่อมแซมให้รถยนต์กลับใช้งานได้ตามปกติ ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าว การตัดสินใจที่ดีที่สุดของบริษัทคือการนำรถกลับมาซ่อมแซมนั่นเอง

แต่ในความเป็นจริงแล้วการตัดสินใจกลับไม่ง่ายเช่นนั้น เพราะใช้ว่ารถยนต์จะระเบิดทุกครั้งที่ถูกนำออกไปใช้ ถึงแม้จะเกิดระเบิดขึ้นก็ใช้ว่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้โดยสารเสียชีวิต การระเบิดอาจไม่มีใครได้รับบาดเจ็บก็ได้ ถึงแม้จะมีผู้โดยสารได้รับบาดเจ็บก็ไม่ได้หมายความว่าอาการบาดเจ็บจะเป็นที่รุนแรง และถึงแม้จะเกิดอาการบาดเจ็บอย่างรุนแรงกับผู้โดยสารก็ใช้ว่าผู้โดยสารทุกคนจะยื่นฟ้องคดีเสียชีวิต และถึงแม้จะฟ้องคดีก็มีได้หมายความว่าผู้เสียหายจะชนะและได้รับเงินชดเชยอย่างเต็มจำนวน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้ความรับผิดชอบจะสูงกว่าต้นทุนของการซ่อมแซมรถยนต์ให้กลับมาใช้งานได้ตามปกติ แต่กลับมีปัจจัยอื่นๆที่บั่นทอนมิให้บริษัทต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ ผลสุดท้ายคือ โอกาสที่บริษัทต้องรับผิดชอบตามกฎหมายและต้องรับผิดชอบต่อความเป็นจริงต่ำกว่าในทางทฤษฎีอยู่มาก

สมมติว่า รถยนต์ระเบิดทำให้ผู้โดยสารหนึ่งรายได้รับแผลลอกที่แขนเพราะมีเศษของรถยนต์กระจายเฉี่ยว ผู้เสียหายจึงไปรักษาที่โรงพยาบาลปรากฏในใบเสร็จว่าค่ารักษาพยาบาลเป็นเงินจำนวนทั้งสิ้น 1,000 บาท และวันต่อมาผู้เสียหายก็สามารถใช้แขนได้ตามปกติ ประเด็นมีอยู่ว่าผู้เสียหายควรจะฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายหรือไม่ จริงอยู่ที่ว่าผู้เสียหายจะได้รับค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเต็ม 1,000 บาทแน่นอน แต่ผู้เสียหายก็อาจเพิกเฉยถึงต้นทุนการฟ้องคดี อันได้แก่ ค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายจ้างทนายความ ต้นทุนสองประการนี้รวมกันแล้วก็มีความเป็นไปได้ที่อาจสูงกว่าค่าสินไหมทดแทนที่มีฐานบนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว ผู้เสียหายจะฟ้องคดีทำไมเมื่อการฟ้องคดีทำให้ฐานะตัวเองแย่ลงไปกว่าก่อนฟ้องคดีเสียอีก เมื่อบริษัททรกโดยสารทราบเช่นนี้แล้วก็จะปฏิเสธไม่จ่ายค่าเสียหาย และถึงแม้บริษัทจะมิโนบายจ่ายค่าเสียหายที่แท้จริงแก่ผู้โดยสารที่ได้รับบาดเจ็บ บริษัทก็ยังคงมีความรับผิดชอบตามความเป็นจริงน้อยกว่าทางทฤษฎีอยู่ดี ซึ่งหมายความว่า แม้กฎหมายละเมิดบังคับให้ผู้ละเมิดต้องชดเชยค่าเสียหายที่แท้จริงแต่กฎหมายมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของจำเลยได้อย่างไม่เต็มประสิทธิภาพ

กล่าวให้ชัดเจนคือ เหตุผลสำคัญที่สุดที่ทำให้กฎหมายละเมิดควรกำหนดความรับผิดชอบมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง คือ โอกาสที่ผู้ละเมิดอาจหลุดพ้นจากความรับผิดได้¹²⁶ ดังที่ได้อธิบายไปแล้ว

¹²⁶ Robert D. Cooter, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 122 (อธิบายถึงปัญหานี้ไว้เช่นกัน โดยใช้คำว่า ความผิดพลาดในการบังคับคดี (Enforcement Error) แทน).

ข้างต้นว่า เมื่อเกิดอุบัติเหตุขึ้น ก็มีได้หมายความว่า จำเลยจะต้องรับผิดชอบเต็ม 100% ด้วยหลายสาเหตุ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว กฎหมายละเมิดควรเป็นอย่างไรเพื่อเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมให้ประชาชนนำความรับผิดชอบทางกฎหมายอย่างเต็มจำนวนไปพิจารณาก่อนตัดสินใจกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง

มีนักกฎหมายหลายท่านให้ความเห็นว่า ถ้าค่าเสียหายมีจำนวนเท่ากับความเสียหาย แรงจูงใจเพื่อลดความเสียหายจะอยู่ในระดับที่เหมาะสมที่สุด แต่เมื่อใดก็ตามที่ค่าเสียหายมีจำนวนสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง จะเกิดแรงจูงใจที่จะลดความเสี่ยงโดยการใช้อย่างระมัดระวังที่มากเกินไปเกินความจำเป็น ซึ่งส่งผลให้เกิดจำนวนกิจกรรมน้อยเกินไปซึ่งเป็นผลเสีย อย่างไรก็ตาม ที่การกำหนดค่าเสียหายสูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงมีความเป็นไปได้ในบางกรณี¹²⁷

การพิจารณาที่โอกาสของผู้กระทำความผิดที่ควรจะได้รับรางวัลโทษตามกฎหมาย แต่อาจหลุดพ้นจากการดำเนินคดีได้ โดยหลายเหตุผล ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้เสียหายถูกรถชนในขณะที่กลางคืนไม่สามารถทราบได้ว่าผู้ขับรถคันนั้นเป็นใคร หรือบริษัทที่ปล่อยสารพิษลงแม่น้ำก็มีโอกาสที่จะถูกจับกุมได้น้อย เพราะผู้เสียหายต้องสืบหาผู้ก่อความเสียหายตั้งแต่ต้นแม่น้ำ หรือในกรณีที่ผู้เสียหายทราบถึงการกระทำความผิดแต่ไม่อาจหาพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักเพียงพอเพื่อมาสนับสนุนคดีของตนในชั้นศาลได้ แม้กระทั่งผู้เสียหายทราบถึงผู้กระทำความผิดและมีพยานหลักฐานเพียงพอ ผู้เสียหายก็อาจไม่ฟ้องคดีก็ได้เพราะเหตุว่า ไม่คุ้มต้นทุนที่เสียไปจากการฟ้องคดี¹²⁸

ปกติแล้วการนำคดีขึ้นสู่ศาลมีค่าใช้จ่ายสูง ไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียมศาล ค่าจ้างทนายความ ค่าเสียโอกาส และเวลาที่เสียไปหากนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น หากโจทก์ได้รับเพียงแค่ค่าเสียหายที่แท้จริง ก็ต้องนำเงินเหล่านี้มาหักกับค่าใช้จ่ายทั้งหมดก่อนแล้วเงินที่เหลือนี้เองจะเป็นการชดใช้ให้แก่โจทก์อย่างแท้จริงซึ่งตัวอย่างนี้แสดงให้เห็นว่า ในทางปฏิบัติระบบศาล ไม่ได้สมบูรณ์เสมอไป บางครั้งค่าทนายความอาจสูงมากจนถึงครึ่งหนึ่งของค่าเสียหายทั้งหมดที่โจทก์ขอด้วยซ้ำ หากกฎหมายละเมิดไม่ทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ทำให้โจทก์ไม่มีแรงจูงใจฟ้องคดีเพียงพอ¹²⁹

ในมุมมองของผู้ทำละเมิด ถ้ากฎหมายละเมิดเรียกให้ผู้ละเมิดรับผิดชอบเท่าความเสียหายในคดีที่ถูกฟ้องร้อง ก็จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้ผู้ละเมิดทำละเมิดต่อไปเพราะค่าเสียหายที่ต้องชำระให้กับ

¹²⁷ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90.

¹²⁸ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วข้างบน; Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 118.

¹²⁹ Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, อ้างแล้วข้างบน หน้า 314.

ผู้เสียหายในคดีนั้นน้อยกว่า ความเสียหายที่ได้ทำไว้ทั้งหมด ผลสุดท้ายแล้วแรงจูงใจในการลดความเสียหายจะไม่เพียงพอ การแก้ไขให้แรงจูงใจอยู่ในระดับที่พอเหมาะก็ต้องเพิ่มค่าเสียหายในคดีที่ถูกฟ้องให้มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในคดีเพราะส่วนต่างระหว่างค่าเสียหายในคดีกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจะทดแทนความเสียหายในคดีที่ผู้ละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบ สุดท้ายแล้วจะทำให้ระดับของแรงจูงใจเพื่อลดความเสียหายกลับมามีอยู่ในระดับที่พอเหมาะ

ดังนั้น ศาลจึงควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ต่อเมื่อผู้ทำละเมิดมีโอกาสที่จะหลุดพ้นจากความรับผิดเท่านั้น¹³⁰ ในการคำนวณเบื้องต้น คือ การนำความเสียหายในคดีไปหารโดยค่าของโอกาสที่โอกาสที่ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดชอบจะเท่ากับความรับผิดคาดคะเนที่ผู้ละเมิดควรจะรับผิดชอบ หากต้องการทราบค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ให้นำค่าความรับผิดคาดคะเนนี้ไปลบด้วยความเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ยกตัวอย่างเช่น ผู้ทำละเมิดก่อความเสียหายแก่ผู้เสียหาย 1 ล้านบาท โดยคำนวณแล้วว่า ผู้ทำละเมิดมีโอกาสที่จะต้องรับผิดชอบเพียงหนึ่งในสาม ดังนั้น ผู้ทำละเมิดจึงควรชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายทั้งหมด 3 ล้านบาท (นำ 1 ล้านบาท หารด้วย 1 ใน 3) และในเงินจำนวนนี้เป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ 2 ล้านบาท (3 ล้านบาท - 1 ล้านบาท) ซึ่งถือว่าเป็นค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุด¹³¹

ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาคือว่า โจทก์ได้รับค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายที่ตนเองได้รับจะเป็นธรรมหรือไม่¹³² โดยปกติแล้ว ในมุมมองของประสิทธิภาพในการจัดสรร (Allocative efficiency) ไม่สนใจว่าใครจะได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะการปรับใช้เสียหายเชิงลงโทษพิจารณาที่ว่ามีการสร้างแรงจูงใจในระดับที่เหมาะสมต่อผู้ละเมิดหรือบุคคลอื่น ๆ เท่านั้น ส่วนผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายจำนวนเท่าไร ไม่เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณา

¹³⁰ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 874.

¹³¹ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วข้างบน (การใช้วิธีนี้อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ในประเด็นเกี่ยวกับการคำนวณ โอกาสที่จำเลยจะไม่ต้องรับโทษได้ ในชั้นศาลจึงต้องมีข้อมูลมากเพียงพอเพื่อให้ศาลนำไปคำนวณได้อย่างถูกต้อง)

¹³² Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 118 หน้า 314.

2.4.4.3 คำนวณค่าเสียหายที่แท้จริงยุ่งยาก¹³³

ผู้เขียนกล่าวไปข้างต้นแล้วว่า ค่าสินไหมทดแทนที่สูงกว่าค่าเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด หากมีโอกาสทราบได้ว่าค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นเท่าไร เพราะศาลมักจะพบปัญหาเรื่องการคำนวณค่าเสียหายเป็นประจำอยู่แล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินที่ต้องคำนวณให้เป็นตัวเงิน ศาลควร จะกำหนดค่าเสียหายเป็นเท่าไร ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายสูงเกินไปจะทำให้บุคคลใช้ความระมัดระวัง สูงเกินไป ซึ่งทำให้ทุกฝ่ายแย่ลง (worse off) และป้องปรามการกระทำละเมิดที่มีประสิทธิภาพ (efficient offense)¹³⁴ ไปด้วย ในขณะที่เดียวกัน ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายน้อยเกินไปก็จะมี การละเมิดที่ไม่มี ประสิทธิภาพจำนวนมากขึ้นไป ศาลจึงต้องพยายามอย่างสุดความสามารถเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่ แท้จริงที่ถูกต้องที่สุด

ในกรณีละเมิดโดยจงใจ ผู้ทำละเมิดทราบและมีเจตนาทำละเมิดต่อผู้เสียหาย ผู้ทำละเมิดย่อม ทราบดีว่าผลแห่งการกระทำทำให้เกิดต้นทุนเป็นจำนวนเท่ากับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่มีประเด็นทาง กฎหมายและประเด็นทางข้อเท็จจริง ทำให้เกิดอุปสรรคต่อการคำนวณและกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริง ได้ เช่น การคำนวณความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม การเปลี่ยนความเศร้าโศกเสียใจที่ใบหน้าเสีย โงมให้เป็นตัวเงิน ความเสียใจเพราะแขนหนึ่งข้างไม่อาจใช้การได้อีก เป็นต้น ผู้ทำละเมิดย่อมมี แรงจูงใจทำละเมิดอีกเพราะมีโอกาสสูงมากที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายต่ำกว่าความเป็นจริง แต่ถ้าศาล ปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ต้นทุนของการทำละเมิดจะเพิ่มขึ้นจนสูงกว่าหรือเท่ากับประ โยชน์ที่ได้รับ จากการทำละเมิด และในท้ายที่สุดแล้วมีผลป้องปรามการทำละเมิดครั้งต่อไปได้

2.4.4.4 เพื่อป้องปรามการละเมิดเชิงกลยุทธ์

ศาสตราจารย์ David Friedman ให้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ไว้ว่า มีละเมิดบางประเภทที่ผู้ทำ ละเมิดได้ประโยชน์จากละเมิดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยยกตัวอย่างถึง การทำร้ายผู้ชาย หนึ่งคนที่เข้ามาพัวพันกับผู้หญิงที่ตนชื่นชอบ การทำร้ายนี้ไม่ได้ลงมือทำเพราะว่าชอบการทำร้ายแต่

¹³³ David D. Friedman, Law's Order: What Economics has to do with law and why it matters (2000) หน้า 208 (อภิปรายประเด็นดังกล่าวไว้อย่างละเอียด).

¹³⁴ Efficient offense หรือ การกระทำความผิดที่มีประสิทธิภาพ หมายถึง การที่ผู้กระทำความผิดตั้งใจฝ่าฝืนต่อกฎหมายเพราะการฝ่าฝืนแล้วถูกลงโทษตามกฎหมาย จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงกว่า ซึ่งในทาง เศรษฐศาสตร์แล้วจะก่อให้เกิดผลดีต่อสังคมมากกว่าการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด

เป็นเพราะความต้องการป้องปรามชายคนนี้และชายคนอื่นที่ชอบผู้หญิงคนเดียวกัน ผลที่ได้รับคือ ชายคนดังกล่าวและชายคนอื่นที่ชื่นชอบผู้หญิงคนเดียวกันจะตัดสินใจจีบผู้หญิงคนอื่นแทน

ในทางเศรษฐศาสตร์ การทำร้ายชายที่มาพัวพันกับผู้หญิงของตัวเองนอกจากจะเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับชายคนนั้นแล้ว ยังเพิ่มต้นทุนให้กับชายคนอื่นๆ ที่สนใจผู้หญิงคนเดียวกันด้วยเพราะเมื่อทราบว่าชายที่เคยมาพัวพันกับผู้หญิงคนนี้ได้ทำร้าย ชายคนอื่นย่อมเกรงกลัวว่าจะถูกทำร้ายเช่นเดียวกัน และเป็นการลดแรงจูงใจในการจีบผู้หญิงคนนี้ จากตัวอย่างนี้จึงเห็นได้ชัดว่า การทำร้ายครั้งแรกเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับผู้ชายทุกๆ คนที่สนใจในผู้หญิงคนเดียวกัน การชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพียงสำหรับการทำร้ายครั้งเดียวจึงไม่สะท้อนต้นทุนทั้งหมดที่ผู้ได้รับผลกระทบทุกคนแบกรับ ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสมที่สุดเพราะทำให้ผู้ละเมิดต้องแบกรับต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนได้ ส่งผลให้ประสิทธิภาพของการละเมิดเชิงกลยุทธ์ลดลงอย่างมาก

2.5 ข้อเสียของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

2.5.1 การป้องปรามมากเกินไป (Over deterrence)

ประชาชนส่วนใหญ่ไม่ชอบความเสี่ยง (risk-averse person) หมายถึง ผู้ที่ไม่ต้องการแบกรับความเสี่ยงใดๆ และพร้อมจะตัดสินใจเลือกทางที่เสี่ยงน้อยกว่าเสมอ ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจสร้างปัญหาสำหรับบุคคลประเภทนี้เพราะบุคคลประเภทนี้ไม่มั่นใจว่าพฤติกรรมของตนอาจทำให้ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่¹³⁵ การที่มีโอกาสเดาล่วงหน้าได้ว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่ หรือแม้จะสามารถคาดเดาถึงความรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษได้แต่ความรับผิดชอบมีค่าสูงมาก บุคคลจะตัดสินใจใช้ความระมัดระวังมากขึ้น โดยเลือกทางที่ให้น้อยที่สุดต่อความรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ดังนั้น แม้การกระทำมีประโยชน์ แต่บุคคลจะตัดสินใจไม่กระทำเพราะไม่ทราบแน่ชัดถึงต้นทุนที่เกิดขึ้นหรือทราบถึงต้นทุนแต่ต้นทุนสูงมากจนเกินไป (prohibitively high) เมื่อบุคคลตัดสินใจไม่กระทำ ผลเสียจึงเกิดแก่สวัสดิการสังคม เพราะเหตุผลสองประการ คือ บุคคลส่วน

¹³⁵ John E. Calfee and Richard Craswell, Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards, 70 Va. L. Rev. 965, 968 (1984).

เพิ่ม (people at margin) จะถูกป้อนปรามจากการกระทำที่อาจให้ประโยชน์ และบุคคลไม่อาจใช้ทรัพยากรกับกิจกรรมที่ให้ประโยชน์มากกว่าได้¹³⁶

2.5.2 จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่แน่นอน (Unpredictability)

ค่าเสียหายที่ยากต่อการคาดการณ์ล่วงหน้าเป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรมและไม่มีประสิทธิภาพ¹³⁷ ความรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนเงินที่สูงมากต่อการกระทำเพียงครั้งเดียวอาจทำให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบและล้มละลายอย่างไม่เป็นธรรม ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ไม่แน่นอนย่อมป้องปรามการกระทำที่มีประสิทธิภาพได้ และระบบกฎหมายที่สร้างความไม่แน่นอนเพราะผู้ละเมิดไม่อาจทราบล่วงหน้าว่าจะรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่าใดก็อาจขัดกับหลักการด้านความเป็นธรรมและหลักศุนนติ กระบวน (Due process) ได้

2.5.3 ผู้เสียหายต้องการฟ้องคดีมากขึ้น (Eager Victims)

เนื่องจากค่าเสียหายเชิงลงโทษสร้างแรงจูงใจให้ผู้เสียหายนำคดีขึ้นสู่ศาลเพราะผู้เสียหายมีโอกาส โชคดีได้รับค่าเสียหายจำนวนมากเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่แท้จริงในศาล และถึงแม้จะไม่มี การฟ้องศาล ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีอิทธิพลต่อจำนวนค่าเสียหายหากมีการประนีประนอมยอมความนอกศาลเพราะผู้ละเมิดต้องการลดความเสี่ยงที่อาจต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมาก ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเพิ่มอำนาจการต่อรอง (bargaining position) ให้ผู้เสียหายทำให้ผู้เสียหายอยู่ในสถานะที่จะต่อรองเพื่อให้ได้รับค่าเสียหายจำนวนสูงขึ้น

ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็น โชคลาภ (windfall) ของผู้เสียหายเพราะผู้เสียหายรับค่าเสียหายเกินกว่าจำนวนความเสียหายแท้จริงส่งผลให้ผู้เสียหายมีแรงจูงใจในการฟ้องคดีเพิ่มสูงขึ้นจนเกินไปและอาจบิดเบือนวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของค่าเสียหายเชิงลงโทษ บุคคลจะจงใจเพิ่มโอกาสให้ตัวเองได้รับความเสียหายเพราะให้ผลประโยชน์มากกว่าการใช้ทรัพย์สินหรือร่างกายตนเองตามปกติ ยกตัวอย่าง

¹³⁶ Amelia J. Toy, Statutory Punitive Damage Caps and the Profit Motive: An Economic Perspective, 40 Emory L.J. 303, 326-27 (1991).

¹³⁷ Robert D. Cooter, อ้างแล้วในเชิงบรรณคดีที่ 422 หน้า 1145.

เช่น การยินยอมให้ทรัพย์สินของตนเองถูกขโมยได้ง่ายขึ้นโดยการวางทิ้งไว้ในที่สาธารณะและไม่ดูแลจนมีผู้เดินผ่านมาและขโมยไป ผู้เสียหายที่จับจ้องดูอยู่ก็จะจับตัวผู้ขโมยและนำมูลเหตุนี้ไปฟ้องคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะผู้เสียหายอาจได้รับประโยชน์มากกว่าการนำทรัพย์สินของตนเองออกขายหรือให้เช่า ดังนั้น การกระทำเช่นนี้ออกจากจะเป็นรูปแบบของการประมาทเลินเล่อโดยผู้เสียหายมีส่วนผิดแล้ว (Contributory negligence) ยังเป็นสิ่งที่บั่นทอนระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินเอกชนด้วย¹³⁸

¹³⁸ Amelia J. Toy, อ้างแล้วในเชิงจรดที่ 136 หน้า 328-29.

บทที่ 3

การบังคับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏในต่างประเทศ

เมื่อได้ทราบแนวคิดพื้นฐานของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมาแล้ว บทนี้จึงเสนอประเด็นที่เกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษในต่างประเทศที่ปรากฏในบทความจากนักวิชาการที่มีชื่อเสียงและแนวคำวินิจฉัยศาลในคดีที่สำคัญ โดยเริ่มจากหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ปัญหาเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษและสุนทรียะบรรณที่พบในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักเพราะเป็นประเทศต้นแบบที่มีการบังคับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างเป็นปกติ ในส่วนต่อไปนี้จะพิจารณาแนวคิดพื้นฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้กฎหมายละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่ ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1.1 ผู้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

มลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้คณะลูกขุนมีดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ได้ในคดีบางประเภท เช่น การกระทำความผิดอย่างรุนแรงโดยมีเจตนาร้าย¹³⁹ ผู้ที่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษคือคณะลูกขุน ส่วนศาลมีหน้าที่ทบทวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ

3.1.1.2 ปัจจัยในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ในคดี Haslip ศาลให้คำสั่งคณะลูกขุนเพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจของคณะลูกขุนในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ ให้พิจารณาวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษจำเลยและปกป้องสาธารณะชนเท่านั้น¹⁴⁰ แต่ทว่ามีผู้พิพากษาท่านหนึ่งเห็นแย้งว่า (Dissenting Opinion) ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรได้รับการพิจารณาจากปัจจัย 7 ประการ

¹³⁹ Smith's Food & Drug Centers, Inc. v. Bellegarde, 114 Nev. 602, 958 P.2d 1208 (Nev. 1998).

¹⁴⁰ Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 18 (1991) หน้า 19.

1. ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับความเสียหายที่แท้จริงและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น (Possible additional harm) ถ้าหากความเสียหายและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นสูงมาก ศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงได้
2. ระดับของการลงโทษ (Reprehensibility) ก็เป็นสิ่งที่สำคัญเช่นกัน เช่น ระยะเวลาในการทำละเมิด ความตระหนักถึงภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้น หรือแม้กระทั่งความพยายามปกปิดการละเมิดก็มีส่วนเกี่ยวข้องเช่นกัน
3. ถ้าการละเมิดทำให้ผู้ละเมิดได้ประโยชน์ ก็ควรดึงกำไรออกไปให้มากกว่ากำไรที่ได้รับเพื่อให้ผู้ละเมิดขาดทุน
4. ฐานะทางการเงินของจำเลย
5. ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทั้งหมดของผู้เสียหาย เพื่อสร้างแรงจูงใจให้โจทก์นำคดีขึ้นสู่ศาล
6. ถ้าหากผู้ละเมิดมีความรับผิดชอบทางอาญา ก็ควรลดค่าเสียหายเชิงลงโทษตามนั้น
7. ถ้าหากผู้ละเมิดมีความรับผิดชอบทางแพ่งจากการกระทำเดียวกัน ก็ควรลดค่าเสียหายเชิงลงโทษเช่นกัน¹⁴¹

ประเด็นที่ควรได้รับการพิจารณาเกี่ยวกับปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา มีดังนี้

ก) ความรุนแรงของความเสียหายและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น (Harm Severity and Possible Additional Harm)

มีงานวิจัยหลายชิ้นพบว่าความรุนแรงหรือความเป็นไปได้ที่จะเกิดความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นกับผู้เสียหายมีอิทธิพลต่อการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยคณะลูกขุน มีงานวิจัยชิ้นหนึ่งสอบถามประชาชนที่มีคุณสมบัติเป็นลูกขุนได้ โดยให้ประเมินคดีละเมิดที่เกิดความเสียหายต่อร่างกายหรือจิตใจจำนวน 10 คดี ให้ประเมินความรุนแรงของการกระทำของจำเลย และกำหนดโทษที่เหมาะสมซึ่งรวมถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย งานวิจัยพบว่า ความรุนแรงของความเสียหายต่อโจทก์มีอิทธิพลจริงต่อการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยลูกขุน เพราะในคดีที่ผู้เสียหายบาดเจ็บอย่างรุนแรง ก็จะมีค่าเสียหาย

¹⁴¹ Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, อ้างแล้วข้างบนหน้า 51-52.

เชิงลงโทษมากตามไปด้วย¹⁴² ยิ่งไปกว่านั้น ผลกระทบที่พบก็ยิ่งมากขึ้นในคดีที่ผู้ละเมิดเป็นบริษัทขนาดใหญ่ขึ้น¹⁴³ ในงานวิจัยอีกชิ้นหนึ่งพบความสัมพันธ์รูปแบบเดียวกันด้วย กล่าวคือ ประชาชนที่มีสิทธิเป็นลูกขุนได้และผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงขึ้นเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นไปแล้วและที่อาจเกิดขึ้นสูงขึ้น¹⁴⁴ และยังมีงานวิจัยอีกหลายชิ้นที่ใช้ข้อมูลจาก county ในประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นกันที่ค้นพบความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดโดยลูกขุน นอกจากนี้ยังมีงานวิจัยอีกหลายชิ้นที่ค้นพบว่าในคดีเกี่ยวกับความรับผิดในผลิตภัณฑ์ (Product Liability) และความผิดเกี่ยวกับความประมาทในการรักษาพยาบาล (Medical Malpractice) ผู้เสียหายจะได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นอัตราส่วนที่สูงกว่าในคดีประเภทอื่นๆ ทั้งนี้ การใช้ความรุนแรงของความเสียหายต่อผู้เสียหายนี้ก็เป็นที่ยอมรับได้ทางกฎหมายให้เป็นหนึ่งในปัจจัยของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แม้ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาจะปฏิเสธที่กล่าวถึงความสัมพันธ์ที่เป็นตัวเลขอย่างชัดเจนระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์และค่าเสียหายเชิงลงโทษ¹⁴⁵ แต่ศาลก็ได้กล่าวว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษควรมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้น¹⁴⁶

ในคดี TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.¹⁴⁷ ศาลสรุปว่า นอกจากจะนำความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมาพิจารณาในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ ควรรวมถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลยด้วย และศาลก็ให้คำอธิบายด้วยว่า ถ้าเพทนายที่จำเลยทำขึ้นสัมฤทธิ์ผลในการหลบเลี่ยงจ่ายค่าลิขสิทธิ์ (royalty fee) สำหรับน้ำมันที่ผลิตได้ ก็จะทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นมีค่าสูงกว่าความเสียหายแท้จริงที่เป็นปัญหาในคดีต่อโจทก์ได้ จึงมีเหตุอันสมควรที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

¹⁴² Daniel Kahneman et al., Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages, 16 J. Risk & Uncertainty 49, 62 – 63 (1998).

¹⁴³ Daniel Kahneman et al., อ้างแล้วข้างบนหน้า 63-64.

¹⁴⁴ Jennifer K. Robbennolt, Punitive Damages Decision Making: The Decisions of Citizens and Trial Court Judges, 26 Law & Hum. Behav. 315 (2002).

¹⁴⁵ BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 582 (1996); TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp., 509 U.S. 443, 458 (1993); Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 18 (1991).

¹⁴⁶ BMW of N. Am., Inc. v. Gore, อ้างแล้วข้างบนหน้า 580-83.

¹⁴⁷ 509 U.S. 443 (1993).

แต่ก็มีผู้ให้ความเห็นโต้แย้งว่า ไม่ควรนำความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเป็นปัจจัยในการพิจารณา เพราะเป็นเรื่องแปลกที่จะนำผลกระทบในทางทฤษฎี(เพราะไม่เกิดขึ้นจริง)ของการกระทำของจำเลยมา เชื่อมโยงกับการลงโทษจำเลยทางแพ่ง และคงเป็นการไม่เหมาะสมหากศาลหรือคู่ความเสียหายใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่มากขึ้นเพื่อคำนวณความเสียหายที่น่าจะเกิดขึ้นแทนที่จะนำค่าใช้จ่ายเหล่านี้ไปคำนวณ ให้ได้ค่าเสียหายที่แท้จริงที่ถูกต้อง¹⁴⁸

ข) พฤติกรรมที่สังคมไม่ยอมรับ (Socially Unacceptable Behavior)

ศาลมีอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีต่างๆไปได้ แม้ว่าจะปรากฏว่าจำเลยจะเป็นผู้ผิด ศาลก็ยังไม่อาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ได้ เพราะวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษคือการ ป้องปรามไม่ให้จำเลยหรือผู้อื่นทำละเมิดแบบเดียวกันอีก ดังนั้น การกระทำบางประเภทเท่านั้นที่เป็น เหตุอันสมควรให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เช่น การกระทำที่มีความก้าวร้าว (outrageous) เจตนาชั่วร้าย (evil) หรือความสะเพร่าไม่สนใจต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสิทธิของผู้อื่น (reckless indifference to the rights of others)¹⁴⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสะเพร่าไม่สนใจ (reckless disregard) เป็นเหตุที่สำคัญต่อการให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในหลายมลรัฐ¹⁵⁰ กล่าวอีกในนัยหนึ่งคือ การกระทำ ของจำเลยจะต้องผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำของระดับความน่าลงโทษ (threshold of culpability) มาก่อน ส่วนการ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) ก็เป็นเหตุให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ เช่นกัน¹⁵¹ การประพฤติประเภทข้างต้นนี้ควรใช้ปัจจัยหลักเพื่อพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิง ลงโทษ ในกรณีที่เป็นการละเมิดโดยมีเจตนาชั่วร้าย หากประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับเป็นผลโดยตรงจาก ความทนทุกข์ทรมานของผู้เสียหาย ก็จะถือว่าประโยชน์นี้ไม่ถูกนับรวมให้เป็นสวัสดิการสังคม(Social Welfare) ดังนั้น แม้จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเพื่อป้องปรามความผิดประเภทนี้ ก็ไม่ทำให้ค่า ของสวัสดิการสังคมลดลง ศาลจึงต้องกังวลถึงการป้องปรามที่มากเกินไป

¹⁴⁸ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 914-17.

¹⁴⁹ Restatement (Second) of Torts 908(2) (1977) (“outrageous, because of the defendant’s evil motive or his reckless indifference to the rights of the others.”); ดู Conn. Gen. Stat. § 52-240b (1995); La. Civ. Code Ann. §§ 2315.3, 1315.4 (West 1995).

¹⁵⁰ ตัวอย่างเช่น Utah Code Ann §78-18-1(1)(a) (West 1992).

¹⁵¹ ตัวอย่างเช่นในคดี Wisker v. Hart, 766 P.2d 168 (Kan. 1988).

ยิ่งไปกว่านั้น ในบางมลรัฐยกระดับให้โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีภาวะจิตใจที่น่าลงโทษ (culpable state of mind) โดยมีหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือ (clear and convincing evidence) มากกว่ามาตรฐานการชั่งน้ำหนักมาตรฐานในคดีแพ่งปกติ (traditional preponderance of the evidence standard)¹⁵²

ในคดี Gore ศาลได้พิจารณาความน่าลงโทษจากปัจจัย ดังนี้

- (1) ความเสียหายเกิดขึ้นกับร่างกาย หรือทางทรัพย์สิน
- (2) การละเมิดแสดงถึงความสะเพร่าไม่สนใจต่ออนามัยหรือความปลอดภัยของผู้อื่น
- (3) ผู้เสียหายมีความอ่อนแอทางด้านการเงิน (financial vulnerability)
- (4) ละเมิดเกิดขึ้นหลายครั้ง หรือเป็นอุบัติเหตุแยกต่างหาก
- (5) ความเสียหายเกิดจากเจตนาร้าย (intentional malice) กลอุบาย (trickery) การฉ้อโกง (deceit) หรือเป็นเพียงแค่อุบัติเหตุ

เมื่อการละเมิดของจำเลยน่าถูกลงโทษจนค่าเสียหายแท้จริงไม่สามารถทำให้เกิดการลงโทษ หรือการป้อปรามได้อย่างเหมาะสม ก็ควรจะมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ¹⁵³

มีงานวิจัยเชิงประจักษ์แสดงถึงความสัมพันธ์กันอย่างชัดเจนของการกระทำที่น่าถูกลงโทษ กับ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ งานวิจัยชิ้นนี้พบว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะถูกพบได้มากในคดีที่เกี่ยวกับละเมิด โดยจงใจ การฉ้อโกง การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถือว่าเป็นเรื่องปกติเพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษ ก็มีขึ้นเพื่อตอบโต้กับการกระทำเช่นนี้ ในงานวิจัยของ Horowitz and Bordens ที่ศึกษาผลกระทบของ พฤติกรรมที่น่าถูกลงโทษโดยใช้ผู้ที่มีคุณสมบัติเป็นลูกขุนได้ ในคดีอันเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ผลิตภัณฑ์ พบว่ามีความสัมพันธ์สูงมากระหว่างวันที่จำเลยควรทราบถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับ จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ กล่าวคือ ยิ่งวันที่จำเลยควรทราบถึงโอกาสในการก่อให้เกิดความเสียหาย ของผลิตภัณฑ์เร็วขึ้นเท่าไร ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็สูงมากขึ้นตามกัน¹⁵⁴ ส่วนในงานวิจัยอีกชิ้นหนึ่งได้

¹⁵² Restatement (Second) of Torts §908(1) (1979).

¹⁵³ State Farm Mut. Auto. Ins. V. Campbell, 123 S. Ct. 1513, 1521 (2003).

¹⁵⁴ Irwin A. Horowitz & Kenneth S. Bordens, An Experimental Investigation of Procedural Issues in Complex Tort Trials, 14 Law & Hum. Behav. 269, 281 (1990).

ค้นพบว่า นักศึกษาและลูกขุนที่เพิ่งสำเร็จการทำหน้าที่เป็นลูกขุนกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมากขึ้น ในคดีที่จำเลยกระทำในวิธีการที่น่าจะได้รับการลงโทษ¹⁵⁵

ค) โอกาสหลุดพ้นจากความรับผิด (Escape Probability)

ในบทความของ ศาสตราจารย์ Polinsky และ Shavel เสนอว่า การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ควรขึ้นอยู่กับโอกาสที่ผู้กระทำความผิดอาจหลุดพ้นจากคดีได้ โดยนำค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหารด้วย โอกาสที่จะหลุดพ้นจากความรับผิด¹⁵⁶ เพราะการคำนวณเช่นนี้จะทำให้จำเลยมีความรับผิดคาดคะเน (expected liability) เท่ากับการไม่หลบหนี และนำไปสู่การใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสม

ยกตัวอย่างเช่น ในคดีอุบัติเหตุรถชนผู้เสียหาย ขอให้จริงปรากฏผู้กระทำความผิดมีโอกาสไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายเพราะไม่อาจพิสูจน์ตัวผู้ทำละเมิดได้ หรือพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างละเมิดกับความเสียหายไม่ได้ หรือค่าคดีความสูงกว่าค่าสินไหมทดแทนที่จะได้รับ เมื่อนำมารวมกันแล้วพบว่า ผู้ขับรถมีโอกาสรับผิดตามกฎหมายเพียง 1 ใน 20 ของความรับผิดที่แท้จริงเท่านั้น ความรับผิดตามกฎหมายที่อ้างอิงจากค่าเสียหายที่แท้จริง คือ 100,000 บาท

ตารางที่ 3.1 : เปรียบเทียบความรับผิดของผู้ละเมิดต่อการปรับใช้ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

	ความรับผิดกรณี ไม่หลบหนี	ความรับผิดกรณีหลบหนีแต่ ถูกจับได้ (ค่าเสียหายที่แท้จริง×ตัวคูณ ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ)	ความรับผิดคาดคะเน (ความรับผิดกรณีหลบหนี× โอกาสรับผิดตามกฎหมาย)
ไม่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ	100,000	$100,000 \times 1 = 100,000$	$\frac{100,000}{20} = 5,000$
มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ	100,000	$100,000 \times 20 = 2,000,000$	$\frac{2,000,000}{20} = 100,000$

ค่าเสียหายที่แท้จริง = 100,000 บาท / โอกาสรับผิดตามกฎหมาย = 1 ใน 20

¹⁵⁵ Edith Greene et al., Compensation Plaintiffs and Punishing Defendants: Is Bifurcation Necessary?, 24 Law & Hum. Behav. 187, 196 (200).

¹⁵⁶ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 887-888.

ในกรณีที่กฎหมายละเมิดไม่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ เมื่อเกิดเหตุการณ์รถชนขึ้นและผู้ขับขี่รถยนต์ทราบว่า ตนเองมีโอกาสรับผิดเพียง 1 ใน 20 (5%) ผู้ขับขี่ย่อมมีแรงจูงใจ (incentive) สูงมากในการหลบหนีจากสถานที่แห่งการกระทำความผิด เพราะหากต้องรับผิดก็ต้องจ่ายเงิน 100,000 บาทซึ่งมีโอกาสเพียง 1 ครั้งจาก 20 ครั้ง แต่โอกาสอีก 19 จาก 20 ครั้งผู้ขับขี่ไม่ต้องเสียเงินเลย โดยเฉลี่ยแล้ว ผู้ละเมิดที่หลบหนีมีความรับผิดชอบคาดคะเนเพียง 5,000 บาทเท่านั้น ซึ่งต่างกับค่าเสียหายแท้จริงถึง 95,000 บาท (100,000-5,000) ดังนั้น การตัดสินใจโดยยึดติดกับผลประโยชน์ของตนเองก็ต้องเลือกทางที่เสียต้นทุนน้อยที่สุด กลยุทธ์ที่ดีที่สุดที่สุดในกรณีนี้ คือ การเลือกหลบหนีอย่างแน่นอน

ในทางตรงกันข้าม หากกฎหมายละเมิดปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษและคิดแปรผันตามโอกาสที่ผู้ทำละเมิดจะรับผิด เหตุการณ์ที่ผู้ละเมิดหลบหนีแต่ถูกจับภายหลัง ผู้ละเมิดต้องรับผิดสูงถึง 2,000,000 บาท (100,000×20) โดยโอกาสนี้เกิดขึ้นเพียง 1 ใน 20 เท่านั้น ส่วน 19 ครั้งที่เหลือ ผู้ขับขี่รถยนต์ไม่ต้องรับผิดเพราะหลบหนีสำเร็จ เมื่อนำมาคำนวณแล้ว ถ้าผู้ขับขี่หลบหนีจะมีความรับผิดชอบคาดคะเนที่ 100,000 บาท (2,000,000÷20) เท่ากับความรับผิดชอบกรณีผู้ขับขี่ไม่หลบหนีนั่นเอง ดังนั้น กลยุทธ์ที่ดีที่สุดของผู้ขับขี่รถยนต์จึงไม่เกิดขึ้น เพราะไม่ว่าจะตัดสินใจหลบหนีหรือไม่ ก็มีความรับผิดชอบคาดคะเนเท่ากันทั้งสองทาง

ข้อดีของการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้วิธีนี้ก็คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะเป็นจำนวนที่เหมาะสมที่สุด เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ทำให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไป (over deterrence) หรือน้อยเกินไป (under deterrence) ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงเกินไปเพิ่มระดับการใช้ความระมัดระวัง (level of precaution) สูงขึ้นเกินความจำเป็น และค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ต่ำเกินไปจะป้องปรามการละเมิดบางประเภทไม่ได้¹⁵⁷

ในคดี BMW¹⁵⁸ โจทก์ซื้อรถยนต์ BMW จากผู้ค้าปลีก (Dealer) ในมลรัฐ Alabama แต่ภายหลังทราบว่า บริษัท BMW ทาสีรถยนต์เพื่อกลบความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนรถยนต์ถูกนำเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกา โจทก์พบข้อเท็จจริงหลังจากใช้รถยนต์มาถึงเก้าเดือนเพราะนำรถยนต์เข้าร้าน detail shop ประเด็นที่ต้องพิจารณามีอยู่ว่า ผู้ซื้อรถไม่อาจค้นพบความผิดปกติของรถได้โดยง่าย จึงมีความเป็นไปได้สูงที่บริษัทจำเลยจะหลุดพ้นจากความรับผิด หรือถ้าผู้เสียหายพบความเสียหายนี้แต่ค่าเสียหายที่แท้จริงน้อยเกินไป (ในคดีปรากฏว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นทำให้มูลค่ารถยนต์ลดลง 4,000 เหรียญสหรัฐ)

¹⁵⁷ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วข้างบนหน้า 890.

¹⁵⁸ BMW of North America, Inc. V. Gore, 116 S. Ct. 1589 (1996).

ผู้เสียหายจะมีแรงจูงใจน้อยเกินไปที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลเรียกค่าเสียหายเพราะไม่คุ้มต้นทุนหากต้องสู้คดีกับบริษัทใหญ่

ข้อเท็จจริงปรากฏเพิ่มเติมว่า มีรถยนต์ยี่ห้อเดียวกันถูกทาสีกลบเกลื่อนรอยถลอกทั้งหมด 14 คัน และก่อนหน้าคดีของโจทก์ก็มีเป็นคดีแบบเดียวกันในชั้นศาล 1 คดี เท่ากับว่า เฉพาะในมลรัฐ Alabama บริษัทจำเลยมีโอกาสรับผิดทางกฎหมาย 2 คันจากรถยนต์ที่ทาสีปกปิดจำนวน 14 คัน หรือเท่ากับโอกาสที่จะต้องรับผิด 1 ใน 7 นั่นเอง¹⁵⁹ เมื่อนำค่าเสียหายแท้จริงที่เท่ากับ 4,000 เหรียญสหรัฐมาหารด้วยโอกาสที่จำเลยจะต้องรับผิด ค่าเสียหายในคดีเพื่อการป้องปรามที่เหมาะสมที่สุด (optimal deterrence) คือจำนวน 28,000 เหรียญสหรัฐนั่นเอง (4,000 ÷ 1/7) โดยแบ่งเป็นค่าเสียหายที่แท้จริง 4,000 เหรียญสหรัฐและค่าเสียหายเชิงลงโทษ 24,000 เหรียญสหรัฐ¹⁶⁰

คณะลูกขุนในคดีกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงจำนวน 4,000 เหรียญสหรัฐและค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวน 4,000,000 เหรียญสหรัฐต่อมา ศาลฎีกาของมลรัฐ Alabama ทบทวนลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลงครึ่งหนึ่งเหลือ 2,000,000 เหรียญสหรัฐ ในท้ายที่สุด ศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนดังกล่าวสูงมากเกินไป (grossly excessive) จนขัดกับหลักสุกนิตี กระบวน (Due process clause of Fourteenth Amendment) ศาลฎีกาของมลรัฐ Alabama จึงทบทวนลดค่าเสียหายเชิงลงโทษเหลือ 50,000 เหรียญสหรัฐ¹⁶¹ ซึ่งเป็นจำนวนที่สมเหตุสมผลกว่าและใกล้เคียงกับการคำนวณโดยใช้โอกาสในการรับผิดของจำเลย¹⁶²

¹⁵⁹ Polinsky and Shavell เห็นว่า ไม่ว่าจะคำนวณเฉพาะรถ BMW ที่ถูกทาสีกลบรอยเสียหายเฉพาะในมลรัฐอลาบามา หรือทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาารวมกัน สุดท้ายก็จะทำให้ บริษัทจำเลยต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และค่าเสียหายเชิงลงโทษในจำนวนที่เท่ากันอยู่ดี, กรุณาดู Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90.

¹⁶⁰ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วข้างบน หน้า 902.

¹⁶¹ กรุณาดู Berton Spence, Punitive Damage in Alabama After BMW v. Gore : Are Outcome Anymore Predictable?, 59 Ala. Law. 314 (1998).

¹⁶² Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วข้างบน หน้า 902.

ในคดี Exxon Valdez¹⁶³ เรือบรรทุกน้ำมันขนาดใหญ่ของจำเลยชนปีกการังบริเวณมลรัฐอลาสกาทำให้น้ำมันรั่วลงทะเลกว่า 11 ล้านแกลลอน และปนเปื้อนแถบชายฝั่งอลาสกากว่า 1,300 ไมล์ ทำให้เกิดความเสียหายแก่สภาพแวดล้อมและสังคมแถบนั้นอย่างร้ายแรง¹⁶⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า กัปตันเรือลำที่เกิดอุบัติเหตุเคยเข้ารับการรักษานี้เกี่ยวกับอาการบริโกลคเรียมที่มีแอลกอฮอล์ และขณะที่เกิดอุบัติเหตุกัปตันก็ได้บริโกลคเรียมที่มีแอลกอฮอล์ซึ่งขัดกับกฎที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน คณะลูกขุนจึงถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่แยแสต่อความเสียหายที่เกิดต่อผู้อื่นซึ่งเป็นเหตุให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มได้ คณะลูกขุนจึงกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวน 5 พันล้านเหรียญสหรัฐ¹⁶⁵ แต่บริษัท Exxon หรือจำเลย เห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนดังกล่าวสูงมากเกินไป จึงอุทธรณ์คดีต่อไป จนในที่สุดท้ายศาลทบทวนลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลงเหลือเพียง 507 ล้านดอลลาร์สหรัฐโดยมีความสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่แท้จริง 1 ต่อ 1¹⁶⁶

อย่างไรก็ตาม ถ้าคณะลูกขุนและผู้พิพากษายึดหลักการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แปรผันกับโอกาสที่จำเลยอาจหลุดพ้นจากการกระทำผิดได้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีย่อมแตกต่างกันออกไปเพราะจากสถานการณ์และหลักฐานที่พบในคดีทั้งหมด ซึ่งชี้ชัดได้ว่า โอกาสที่จำเลยหลุดพ้นจากความรับผิดในคดีเกือบจะเป็นศูนย์ ในเมื่อเรือบรรทุกน้ำมันขนาดมหึมาชนกับแนวปีกการังจนติดอยู่ที่นั่น และยังทำให้น้ำมันรั่วเป็นจำนวนมหาศาลอีก แทบจะเป็นไปไม่ได้ที่เรือของจำเลยจะหลบหนีออกจากที่เกิดเหตุ นอกจากนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สภาวะแวดล้อมและชายฝั่งแถบอลาสกาก็เป็นที่ชัดเจนว่าเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของจำเลย ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

¹⁶³ In re Exxon Valdez, 270 F.3d 1215, 1223 (9th Cir. 2001). สำหรับรายละเอียดของคดีกรุณาดู Joseph J. Chambers, In Re Exxon Valdez: Application of Due Process Constraints on Punitive Damages Awards, 20 Alaska L. Rev. 195 (2003).

¹⁶⁴ สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมกรุณาดู Exxon Valdez Oil Spill Trustee Council, Legacy of an Oil Spill Trustee Council – 20 Years After the Exxon Valdez, at <http://www.evostc.state.ak.us/> (Last visited on Oct. 9, 2009).

¹⁶⁵ Robert E. Jenkins & Jill Watry Kastner, Running Aground in a Sea of Complex Litigation: A Case Comment On the Exxon Valdez Litigation, 18 UCLA J. Envtl. L. & Pol'y 151, 155-59 (2000).

¹⁶⁶ Los Angeles Times, at <http://articles.latimes.com/2008/jun/26/nation/na-valdez26> (last visited on Oct 9, 2009).

จึงเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เพราะค่าเสียหายที่แท้จริงก็เพียงพอแล้วที่จะเป็นการป้องปรามทั้งบริษัทจำเลย และบริษัทอื่นที่ทำธุรกิจแบบเดียวกัน ให้ใช้ความระมัดระวังอย่างสมควรเพื่อมิให้เกิดเหตุการณ์แบบเดียวกันขึ้นอีก¹⁶⁷

ในทางตรงกันข้าม หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่า เรือของจำเลยแอบลักลอบปล่อยทิ้งน้ำมันหรือ สิ่งปนุกูลลงในทะเล ปกปิดการกระทำความผิดนี้และหลบหนีออกไปจากที่เกิดเหตุ ดังนี้ ค่าเสียหายเชิง ลงโทษที่แปรผันกับ โอกาสที่ผู้เสียหายจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบจึงจำเป็นเพื่อยับยั้งมิให้จำเลยกระทำ ความผิดแบบเดิมซ้ำอีก¹⁶⁸

ง) ฐานะทางการเงินของจำเลย (Defendant's Wealth)

ฐานะทางการเงินเป็นประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อ ป้องปรามและลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด ก่อนปี 2003 ศาลเกือบทุกแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกา อนุญาตให้คณะลูกขุนนำฐานะทางการเงินของจำเลยมาพิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในช่วง การสืบข้อเท็จจริงเพราะระดับของการลงโทษหรือการป้องปรามควรมีความสัมพันธ์กับระดับความผิด ที่ผู้นั้นกระทำ¹⁶⁹

ในมุมมองของวัตถุประสงค์ป้องปรามทั่วไปและเฉพาะ ฐานะทางการเงินของจำเลยเป็นปัจจัย พิจารณากำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ คณะลูกขุนที่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือศาลที่ทบทวน ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะต้องทราบถึงฐานะทางการเงินของจำเลยเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ ถูกต้องและเหมาะสมกับจำเลยเป็นคดีๆ ไปเพื่อป้องกันการละเมิดของจำเลยที่มีฐานแตกต่างกัน ได้อย่าง มีประสิทธิภาพ มีผู้กล่าวว่า “จำเลยต่างรายกันก็สมควรจ่ายค่าเสียหายที่แตกต่างกัน”¹⁷⁰

¹⁶⁷ Polinsky and Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 904.

¹⁶⁸ Polinsky and Shavell, อ้างแล้วข้างบน

¹⁶⁹ Restatement (Second) of Torts 908(2) (1979) (“In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the....wealth of the defendant”).

¹⁷⁰ Lori Woodward O’Connell, The Case for Continuing to Award Punitive Damages, 36 Tort & Inc. L. J. 873, 895 (2001).

ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษมิได้แปรผันตามฐานะทางการเงินของจำเลย ความสามารถของโจทก์ที่จะฟ้องจำเลยที่มีความมั่งคั่งเพื่อให้เกิดการป้องปรามจะเป็นไปได้ยากเนื่องด้วยสาเหตุหลายประการ¹⁷¹ เช่น ทนายความเรียกค่าจ้างสูง และทนายจะยิ่งเรียกค่าจ้างสูงขึ้นถ้าจำเลยเป็นผู้มีฐานะทางการเงินดีมาก

ในมุมมองของบริษัทขนาดใหญ่ ฐานะทางการเงินของบริษัทยังเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญมาก เนื่องจากหากค่าเสียหายเชิงลงโทษถูกกำหนดเป็นจำนวนที่ต่ำมากเมื่อเทียบกับขนาดของบริษัท วัตถุประสงค์ป้องปรามการละเมิดในอนาคตอาจไม่ได้ผลเพราะค่าเสียหายที่บริษัทต้องรับผิดชอบมีจำนวนน้อยมากจนไม่กระทบกำไรและความสามารถในการทำเงินของบริษัทแม้แต่น้อย

นอกจากนี้ ถ้าพนักงานบริษัทดำเนินงานบางขั้นตอนที่ไม่ต้องและส่งผลกระทบให้เกิดความเสียหายที่น้อยมาก แต่การเปลี่ยนขั้นตอนการดำเนินธุรกิจหรือการเพิ่มขั้นตอนความปลอดภัยให้มากขึ้นจะทำให้บริษัทขนาดใหญ่ต้องแบกรับต้นทุนที่สูงขึ้นมาก บริษัทขนาดใหญ่ก็จะยังคงดำเนินการตามนั้นต่อไป เนื่องจากการตัดสินใจดำเนินการของบริษัทขึ้นอยู่กับการศึกษาต้นทุนกับผลประโยชน์ที่เกิดจากการกระทำนั้นๆ ถ้าบริษัททำกำไรได้ก็ย่อมดำเนินการตามนั้นโดยไม่สนใจต้นทุนทางสังคม (Social cost) ที่จะเกิดขึ้นตามมา¹⁷² ดังนั้น การกำหนดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็จะมีผลให้บริษัทขนาดใหญ่เหล่านี้หันมาให้ความสำคัญกับประเด็นเล็กค่าเสียหายเล็กๆที่อาจทำให้บริษัทต้องรับผิดชอบทางกฎหมายเป็นเงินจำนวนมากได้

ในคดี Ford Pinto¹⁷³ มีข้อเท็จจริงว่า บริษัทฟอร์ดผลิตรถยนต์รุ่น Pinto ออกมาจำหน่ายเป็นจำนวนมาก รถรุ่นแรกๆมีปัญหาเรื่องระบบความปลอดภัยทางด้านหลังของตัวรถ หากตัวรถได้รับแรงกระแทกอย่างแรงเข้าทางกระโปรงท้ายจะทำให้ถังน้ำมันระเบิดได้ง่ายกว่ารถยนต์ยี่ห้อและรุ่นอื่นในยุคนั้น บริษัทตระหนักและทราบถึงข้อเท็จจริงนี้อย่างดีแต่ปฏิเสธแก้ไขข้อบกพร่องนี้ เพราะเมื่อคำนวณแล้วบริษัทจะเสียค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้เสียชีวิตจากอุบัติเหตุเป็นจำนวนเงินน้อยกว่าค่าใช้จ่ายเรียก

¹⁷¹ Leila C. Orr, Making A Case For Wealth-Calibrated Punitive Damages, 37 Loy. L.A. L. Rev. 1739, 1744 (2004). (เห็นว่า ความร่ำรวยของจำเลยต้องเป็นตัวแปรหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกต้อง เพื่อการลงโทษและการป้องปรามให้ได้ผล และเพื่อให้ระบบกฎหมายแพ่งสามารถปกป้องผู้มีสถานะอ่อนแอซึ่งไม่สามารถปกป้องตัวเองได้).

¹⁷² กรุณาตุ Thomas Koenig & Michael Rustad, "Crimtorts" as Corporate Just Deserts, 31 U. Mich. J.L. Reform 289, 312 (1998).

¹⁷³ Grimshaw v. Ford Motor Co., 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981).

รถยนต์ที่จำหน่ายออกไปแล้วกลับมาซ่อม แม้ศาลในคดีนี้จะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษแก่ผู้เสียหายถึง 3.5 ล้านเหรียญสหรัฐ¹⁷⁴ แต่คำพิพากษาของศาลจะมีประสิทธิภาพมากกว่านี้ถ้านำมูลค่าทรัพย์สินสุทธิ (net worth) ของบริษัทฟอร์ดมาพิจารณาเป็นหนึ่งในตัวแปรเพื่อคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ¹⁷⁵ ในปีนั้น มูลค่าทรัพย์สินสุทธิของบริษัทฟอร์ดสูงถึง 7.7 พันล้านเหรียญสหรัฐ ดังนั้น การที่บริษัทจงใจละเลยความปลอดภัยของลูกค้าเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ แต่บริษัทกลับต้องรับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพียงแค่ 3.5 ล้านเหรียญสหรัฐ เงินจำนวนนี้จึงไม่อาจทำให้ฐานะของบริษัทฟอร์ดกระทบกระเทือนเท่าไรนัก

ในทางเศรษฐศาสตร์มีการตั้งสมมติฐานที่สะท้อนถึงการลดน้อยถอยลงของอรรถประโยชน์ส่วนเพิ่มของเงิน (diminishing marginal utility of money) ว่าเงินหน่วยหนึ่งมีอรรถประโยชน์ส่วนเพิ่มสำหรับคนจนสูงกว่าคนรวย ถ้าคนจนกับคนรวยทำเงินหายในจำนวนเท่ากัน คนจนจะได้รับความเสียหายที่มากกว่า แม้ว่าเงินจะมีค่าในตัวของมันเองเท่ากันแต่คนจนจะสามารถใช้ประโยชน์จากเงินในจำนวนเท่ากันได้มากกว่าคนรวย¹⁷⁶ ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็จึงควรจะนำฐานะทางการเงินของผู้ละเมิดเป็นปัจจัยพิจารณาด้วยโดยบังคับให้คนรวยจ่ายเงินเป็นจำนวนมากกว่าคนจนเพื่อให้ผลของการลงโทษมีค่าเท่ากันในท้ายที่สุด¹⁷⁷ นอกจากนี้ การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยวิธีนี้สร้างความเป็นธรรมเพราะทำให้ค่าการสูญเสียประโยชน์ (disutility) ที่เกิดกับคนรวยและคนจนเท่ากัน¹⁷⁸

¹⁷⁴ Grimshaw v. Ford Motor Co., อ้างแล้วข้างบน หน้า 771.

¹⁷⁵ Peter Diamond, Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard to Others, 18 J.L. Econ. & Org. 117, 128 (2002).

¹⁷⁶ อรรถประโยชน์ (Utility) คือความพอใจที่บุคคลได้รับจากการบริโภคสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่ง ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง ผู้บริโภคจะได้รับความพอใจมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับความต้องการในการบริโภคซึ่งจะแตกต่างกันไปตามเวลา สถานที่ และความจำเป็น ดังนั้นสินค้าชนิดเดียว จำนวนเท่ากัน จึงให้อรรถประโยชน์ต่างกันสำหรับผู้บริโภคแต่ละคน ส่วนอรรถประโยชน์เพิ่ม (Marginal utility) คือความพอใจที่ผู้บริโภคได้รับเนื่องจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ เพิ่มขึ้น 1 หน่วย

¹⁷⁷ David G. Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, 39 Vill. L. Rev. 363, 386(1994).

¹⁷⁸ Dorsey D. Ellis, Jr., Fairness and Efficiency in the Law of the Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1, 61 (1982).

คดี Haslip¹⁷⁹ ศาลให้คณะลูกขุนพิจารณาปัจจัย 7 ประการเพื่อคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อเป็นที่เหมาะสมแก่วัตถุประสงค์ลงโทษและป้องปราม¹⁸⁰ มีปัจจัย 2 ประการ คือ ความสามารถในการทำกำไร และฐานะทางการเงินของจำเลย¹⁸¹ ศาลกล่าวต่อไปอีกว่า ฐานะทางการเงินของจำเลยเป็นตัวแปรสำคัญในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสม ในคดี TXO¹⁸² ศาลก็นำปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจากคดี Haslip มาใช้เช่นเดียวกัน ศาลได้กล่าวว่า แม้ว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีจะสูงมาก แต่เมื่อพิจารณาฐานะทางการเงินของจำเลย ค่าเสียหายดังกล่าวก็ไม่ได้มากจนเกินกว่าเหตุ¹⁸³

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายจำนวนหนึ่งไม่เห็นด้วยกับการนำฐานะทางการเงินของจำเลยมาเป็นปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ซึ่งปฏิเสธด้วยข้อสนับสนุนของการลดน้อยถอยลงของอรรถประโยชน์ส่วนเพิ่ม (declining-utility argument) ระบุว่า การใช้ฐานะทางการเงินของผู้ละเมิดมาพิจารณาเท่ากับศาลมองข้ามข้อเท็จจริงว่าผู้มีฐานะทางการเงินดีมีโอกาสทำจำนวนธุรกรรมได้มากกว่าผู้มีฐานะทางการเงินน้อย¹⁸⁴ ยกตัวอย่างเช่น บริษัทที่มีเงินทุน 2 ล้านบาทต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าบริษัทที่มีเงินทุน 1 ล้านบาทถึง 2 เท่า ทั้งๆที่บริษัทที่มีเงินทุนมากกว่าทำธุรกรรมเป็นจำนวนรายการมากกว่าบริษัทที่สอง ถ้ามีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อธุรกรรมที่ต่ำลง ก็จะทำให้บริษัทที่มีเงินทุนมากกว่าต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวนรวมกันที่สูงมาก และทำให้บริษัทที่มีฐานะทางการเงินดีต้องใช้ความระมัดระวังทำธุรกิจสูงกว่าที่ควรจะเป็น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แปรผันกับฐานะทางการเงินของจำเลยอาจทำให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไป (over deterrence) ต่อบริษัทที่มีฐานะทางการเงินดีกว่า¹⁸⁵ ยิ่งไปกว่านั้น ในเมื่อข้อโต้แย้งนี้ตั้งสมมติฐานไว้ว่าผู้มีฐานะทางการเงินดีกว่าจะได้รับอรรถประโยชน์จากเงินอีกหนึ่งหน่วยที่ได้รับมากกว่าคนที่ฐานะการเงินต่ำกว่าอยู่แล้ว และถ้าการเสียเงินหนึ่งหน่วยก็จะได้รับความเสียหายมากกว่าคนที่

¹⁷⁹ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991).

¹⁸⁰ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, อ้างแล้วข้างบน หน้า 21.

¹⁸¹ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, อ้างแล้วข้างบน หน้า 22.

¹⁸² TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (1993).

¹⁸³ TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., อ้างแล้วข้างบน หน้า 462.

¹⁸⁴ David Crump, Evidence, Economics, and Ethics: What Information Should Jurors Be Given to Determine The Amount Of A Punitive Damage Award?, 57 Md. L. Rev. 174, 219 (1998).

¹⁸⁵ David Crump, อ้างแล้วข้างบน หน้า 219-20.

เงินมากกว่าแจกเช่นเดียวกัน หากวิเคราะห์หลักการนี้ลงไปลึกอีก จะเห็นได้ว่า ผู้ที่มีฐานะไม่ดีจะเกรงกลัวต่อความรับผิดชอบมากยิ่งขึ้นไปกว่าคนที่มีฐานะดีเสียอีก ซึ่งหมายความว่า คนที่มีเงินน้อยที่สุดจะเป็นคนที่ต้องจ่ายค่าเสียหายเป็นจำนวนมากที่สุดนั่นเอง¹⁸⁶ ดังนั้น ผู้ที่มีเงินน้อยก็ยิ่งต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษให้น้อยลงไปอีกเพื่อให้ได้ผลของการลงโทษและป้องปรามที่เท่าเทียมกับผู้ที่มีฐานะดีที่ต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษสูง

ในอีกมุมมองหนึ่งเห็นว่า บริษัทที่มีผลประกอบการดีไม่น่าจะใช้กลยุทธ์ที่ไม่สุจริต เพราะผลประกอบการน่าจะเกิดมาจากการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพมากกว่า และมีความเป็นไปได้สูงกว่าที่บริษัทที่มีผลประกอบการไม่ดี (marginal competitor) ต้องการสร้างต้นทุนให้ภายนอก (externalize cost) ทำให้เกิดต้นทุนทางสังคมสูงกว่าบริษัทที่มีผลประกอบการดี ดังนั้น ถ้านำมูลค่าทรัพย์สินสุทธิของผู้ละเมิดเป็นปัจจัยหนึ่งก็ควรจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแปรผกผันกับฐานะทางการเงินของผู้ละเมิด เพื่อเป็นการป้องปรามบริษัทที่มีผลประกอบการไม่ดีไม่ให้โอนต้นทุนออกไปสู่สังคม นอกจากนี้ การที่บริษัทกลุ่มนี้กระทำการไม่ดีต่างๆ เช่น การฉ้อโกง หรือยักยอกทรัพย์สิน เพื่อให้บริษัทอยู่รอดพ้นจากวิกฤตได้ แต่บริษัทกลุ่มนี้ก็กลับต้องรับผิดทางกฎหมายละเมิดต่ำกว่าบริษัทที่มีมูลค่าทรัพย์สินสุทธิสูงที่ได้ทำความชั่วร้ายในรูปแบบเดียวกันก็คงจะเป็นสิ่งที่ไม่ควรให้เกิดขึ้นเท่าใดนัก ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าบริษัทกลุ่มนี้ยังทรนถ่วงหน้าอีกว่า หากการทำละเมิดถูกจับได้ก็รับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษในจำนวนไม่สูงมากนัก ในขณะที่ถ้าการละเมิดเป็นผลสำเร็จจะได้รับผลประโยชน์อันมหาศาลเท่ากับว่า กฎหมายสร้างแรงจูงใจให้แก่บริษัทกลุ่มที่มีผลประกอบการไม่ดีเพื่อกระทำความชั่วร้ายต่อสังคมนั่นเอง¹⁸⁷

ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อมา คือ ฐานะทางการเงินขาดความสัมพันธ์กับการทำละเมิด และ การลงโทษจึงควรพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้ละเมิดเท่านั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงความร่ำรวยเลย¹⁸⁸ ไม่ว่าผู้ละเมิดจะเป็นบริษัทมหาชนหรือนุคคลธรรมดาต่างใช้วิธีการคำนวณต้นทุนและกำไรเหมือนกันอยู่ดีเพื่อพิจารณาว่าการกระทำใดจะคุ้มค่าหรือไม่ ดังนั้น ฐานะทางการเงินจึงไม่มี

¹⁸⁶ David Crump, อ้างแล้วข้างบน หน้า 220.

¹⁸⁷ David Crump, อ้างแล้วข้างบน หน้า 220-22.

¹⁸⁸ Mark A. Klugeit, "Where the Rubber Meets the Road": Theoretical Justifications vs. Practical Outcomes in Punitive Damages Litigation, 52 Syracuse L. Rev. 803, 839 (2002).

ความสัมพันธ์ใดๆกับการกระทำเลย ถึงแม้ว่า คนธรรมดาหรือบริษัทไม่ว่าจะมีฐานะดีหรือไม่ดีก็หากต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่ากันก็สามารถให้ผลลัพธ์แห่งการป้องปรามที่เท่ากันได้¹⁸⁹

อย่างไรก็ตาม มีงานวิจัยจำนวนไม่น้อยที่ค้นพบความสัมพันธ์กันระหว่างฐานะทางการเงินของจำเลยและจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ มีการใช้สถานะของจำเลยที่เป็นบริษัทเพื่อแสดงถึงฐานะทางการเงินที่ดีกว่าบุคคลธรรมดา และพบว่าจำเลยที่มีสถานะเป็นบริษัทจะทำให้ถูกกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวนที่มากกว่ากรณีที่จำเลยเป็นบุคคลธรรมดา¹⁹⁰ คณะลูกขุนก็มีความเป็นไปได้มากที่อาจอคติในการพิจารณาหลักฐานทางการเงินของบริษัทขนาดใหญ่¹⁹¹ ในงานวิจัยของ Jennifer Robbennolt พบว่าฐานะทางการเงินของจำเลยมีอิทธิพลต่อจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยเก็บข้อมูลจากประชาชนที่มีสิทธิเป็นลูกขุนได้และผู้พิพากษาของศาลชั้นต้นซึ่งพบว่าจะมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อจำเลยที่ร่ำรวยมากกว่าจำเลยที่ยากจน¹⁹² และในงานวิจัยเชิงทดลอง (experimental study) ของ Daniel Kahneman ที่ศึกษาผู้ที่มีสิทธิเป็นลูกขุนได้ ค้นพบว่าขนาดของบริษัทที่ถูกกำหนดโดยกำไรรายปีมีอิทธิพลอย่างชัดเจนต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิดต่อชีวิตหรือร่างกาย¹⁹³ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาเคยวินิจฉัยไว้หลายคดีที่กำหนดให้ฐานะทางการเงินของจำเลย เป็นหนึ่งในปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษและได้รับรองให้ศาลสามารถทบทวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ใช้ฐานะทาง

¹⁸⁹ Victor E. Schwartz, Mark A. Behrens & Joseph P. Mastro Simone, Reining in Punitive Damages “Run Wild”: Proposals for Reforms By Courts And Legislatures, 65 Brook L. Rev. 1003, 1022-23 (1999)

¹⁹⁰ Mark A. Peterson, Syam Sarma, Michael G. Shanley, RAND Institute For Civil Justice, Punitive Damages: Empirical Findings 49-53 (1987) (เห็นว่า จำเลยที่เป็นนิติบุคคลอาจถูกกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้มากกว่าบุคคลธรรมดาหรือองค์กรสาธารณะ), at <http://www.rand.org/icj/pubs/juries.html> (last visited 10 February 2010).

¹⁹¹ มีการอ้างถึงงานวิจัยของสถาบันแคลิฟอร์เนีย ที่ให้ข้อสรุปว่า ลูกขุนให้ความสำคัญกับบุคคลมากกว่าบริษัท การที่ผู้เสียหายฟ้องคดีบริษัทใหญ่ ทนายความของโจทก์มีความน่าเชื่อถือกว่าทนายความจำเลย และการที่ลูกขุนกำหนดค่าเสียหาย 1 ล้านเหรียญสหรัฐเสมือนให้ผลเท่ากับ การตบลงบนมือของบริษัทเท่านั้นเอง, David Crump, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 184 หน้า 222.

¹⁹² Jennifer K. Robbennolt, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 144.

¹⁹³ Daniel Kahneman et al., อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 142 หน้า 64.

การเงินเป็นปัจจัยได้¹⁹⁴ นอกจากนี้มีรัฐต่างๆ ยังได้กำหนดอย่างชัดเจนถึงการใช้จ่ายฐานะทางการเงินของจำเลยเป็นปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย¹⁹⁵

จ) ผลประโยชน์ที่ผู้ทำละเมิดได้รับ (Gain perceived by tortfeasor)

การใช้หลักฐานว่า การทำละเมิดให้ค่าหรืออรรถประโยชน์กับผู้ทำละเมิดหรือไม่ ก็เป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เช่นกัน ถ้ากำหนดได้เหมาะสมก็จะทำให้เกิดการป้องปรามอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ปกป้องสิทธิของประชาชนที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินประเภทต่างๆ บุคคลอื่นใดไม่อาจก้าวล้ำสิทธิเหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่นได้หากไม่ได้รับความยินยอม แต่ถ้ามีบุคคลที่ไม่ใส่ใจต่อหลักกฎหมายทรัพย์สินนี้และจงใจเข้าใช้ทรัพย์สินเหล่านี้โดยไม่ได้รับรับความยินยอม ก็เป็นการสมควรที่จะปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะค่าเสียหายแท้จริงนั้นไม่เพียงพอที่จะป้องปรามมิให้บุคคลเดียวกันหรือบุคคลอื่นกระทำการอย่างเดียวกันในอนาคตอีก การที่กฎหมายละเมิดกำหนดให้เพียงค่าเสียหายแท้จริงนั้น แสดงว่า กฎหมายไม่ได้สนับสนุนให้เคารพสิทธิในทรัพย์สินเท่าใดนัก บุคคลใดต้องการทรัพย์สินใดก็ไม่ต้องไปเสียเวลาต่อรองเจรจาทำสัญญากับเจ้าของเพื่อขอใช้สิทธิในทรัพย์สินนั้น เพราะบุคคลนั้นอาจคาดการณ์ได้อย่างชัดเจนว่าศาลจะบังคับให้

¹⁹⁴ กรณาคู Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 22 (1991); TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp. 509 U.S. 443, 464 (1993); Restatement (Second) of Torts 908 (1979).

¹⁹⁵ กรณาคู Alaska Stat. 09.17.020(c)(6)(Michie 2000) (the financial condition of the defendant); Cal.Civ.Code3295(d) (West1997); Kan.Stat.Ann.60-3702(b)(6) (1994); Md.CodeAnn.,Cts.&Jud.Proc.10-913(a) (1998); Minn.Stat.Ann.549.20(3)(West2000); Miss.CodeAnn.11-1-65(1)(e) (1999); Mo.Ann.Stat.510.263(2) (West2001); Mont.CodeAnn.27-1-221(7)(a) (1996); N.J.Stat.Ann.2A:15-5.12(c)(4) (West2000); N.C.Gen.Stat.1D-35(2)(i) (1999); OhioRev.CodeAnn.2315.21(D)(c)(i) (Anderson1998); Okla.Stat.Ann.tit.23,9.1(A) (WestSupp.2001);40Pa.Cons.Stat.Ann.1301.812-A(a)(West1999);Tex.Civ.Prac.&Rem.CodeAnn.41.011 (Vernon1997).

รับผิดชอบเพียงค่าเสียหายแท้จริงเท่านั้น ซึ่งค่าเสียหายนี้จะไม่เกินไปกว่าประโยชน์ที่อาจได้รับจากการใช้ทรัพย์สินนั้นๆ¹⁹⁶

เหตุผลสำคัญที่อธิบายได้ว่า ทำไมผู้ละเมิดจงใจเข้าใช้ประโยชน์ต่อสิทธิในทรัพย์สินโดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของทรัพย์สินนั้น (Contractual Bypass) ก็คือ กำไรหรืออรรถประโยชน์ที่ผู้ละเมิดจะได้รับมีมูลค่าสูงกว่าความรับผิดที่กฎหมายกำหนด¹⁹⁷ ยกตัวอย่างเช่น ในขณะที่ฝนตก นายแดงเห็นร่มวางไว้หน้าอาคารจึงหยิบมาใช้ทันที ทำให้นายขาวซึ่งเป็นเจ้าของร่มได้รับความเสียหาย ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายเท่ากับความเสียหายที่นายขาวได้รับซึ่งมีค่าเท่ากับราคาร่ม หากฝนตกในอนาคต นายแดงก็จะปฏิบัติเช่นเดิมอีก เพราะประโยชน์ที่นายแดงได้รับจากการใช้ร่มในขณะที่ฝนตกนั้นมากกว่าความรับผิดทางละเมิดที่ศาลกำหนด (อาจถูกโต้แย้งได้ว่า ให้ใช้กฎหมายอาญาเพื่อป้องปรามปัญหาเช่นนี้ แต่ในชั้นทฤษฎีนี้ผู้เขียนขอจำกัดขอบเขตการวิเคราะห์เพียงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) การกระทำบางประเภทอาจให้ประโยชน์แก่ผู้กระทำได้มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหาย แต่ถึงกระนั้นก็เป็นสิ่งที่สังคมไม่พึงประสงค์อยู่ดีเพราะผู้เสียหายไม่ได้รับประโยชน์ใดๆจากการทำละเมิดเลย ถ้าผู้เสียหายได้รับประโยชน์จากการถูกละเมิด ผู้เสียหายก็คงยินยอมทำสัญญากับผู้ที่จะทำละเมิดตั้งแต่นั้นแล้วนั่นเอง ดังนั้น ความรับผิดที่ทำให้ผู้ละเมิดไม่ได้กำไรย่อมแสดงให้เห็นว่า นอกจากผู้ละเมิดจะต้องชำระค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ยังต้องยกประโยชน์ที่ตนได้รับเพิ่มเติมจากการทำละเมิดคืนให้กับผู้เสียหายด้วย เพื่อให้ผู้ละเมิดหรือผู้อื่นขาดแรงจูงใจในการกระทำความผิดในอนาคตอีกเพราะถึงแม้ทำละเมิดไปก็ไม่อาจเก็บประโยชน์ไว้ที่ตัวเองได้ เมื่อนำหลักการนี้ไปปรับใช้กับตัวอย่างข้างต้น ศาลต้องกำหนดค่าเสียหายซึ่งเท่ากับราคาร่มบวกด้วยประโยชน์จากการได้ใช้ร่มในขณะที่ฝนตกเข้าไปด้วย โดยให้ประโยชน์เพิ่มเติมอยู่ในรูปของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ ถือว่า การเข้าใช้ทรัพย์สินโดยปราศจากความยินยอมนี้เองที่สังคมไม่พึงประสงค์และควรจะต้องป้องปรามให้มากที่สุด เนื่องจากการกระทำที่ทำให้สวัสดิการสังคมลดลง หลักการพื้นฐานมีอยู่ว่า การกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงให้แก่ผู้เสียหายเพื่อทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่

¹⁹⁶ Amelia J. Toy, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 136 หน้า 303; Haddock, McChesney & Spiegel, An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions, 78 Calif. L. Rev. 1 (1990).

¹⁹⁷ การเจรจาขึ้นยังทำให้เกิด transaction cost สำหรับการทำธุรกรรมโดยถูกกฎหมาย ซึ่งเป็นต้นทุนสำคัญที่ทำให้ราคาทรัพย์สินสูงขึ้น, กรุณาดู Ronald Coase, the Problem of Social Cost, 3 J. Law Econ. 1 (1960).

สถานะเดิม ex post (make him whole ex post) เป็นสิ่งที่ไม่เพียงพอ ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงควรถูกกำหนดให้นำกำไรออกจากกำไรและทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมในเชิง ex ante (make him whole ex ante) เพื่อให้ป้องกันการละเมิดในอนาคตได้อย่างเบ็ดเสร็จ

ทฤษฎีพื้นฐานของการใช้เศรษฐศาสตร์เพื่อวิเคราะห์กฎหมายมีอยู่ว่า ธุรกรรมที่เกิดจากความยินยอมจะสะท้อนความต้องการของทั้งสองฝ่ายได้อย่างแท้จริง ซึ่งเป็นสิ่งที่พึงประสงค์มากกว่าธุรกรรมที่เกิดจากการบังคับเพราะธุรกรรมที่เกิดจากความยินยอมจะทำให้เกิดประสิทธิภาพแบบพारेโตได้ เพราะทั้งสองฝ่ายจะมีสถานะที่ดีขึ้นกว่าเดิม (better off) หรือ อย่างน้อยที่สุดฝ่ายหนึ่งจะมีสถานะที่ดีขึ้นแต่อีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่มีสถานะแย่ลง และเป็นการเพิ่มสวัสดิการสังคมได้ในท้ายที่สุด ในมุมมองของบุคคลผู้ประพฤติอย่างเป็นเหตุเป็นผล (rational actor) จะไม่ยินยอมทำสัญญาที่ทำให้สถานะตนเองแย่ลงอย่างแน่นอน

นอกจากนี้ ธุรกรรมที่เกิดจากความยินยอมสามารถคุ้มครองความคาดหวังของเจ้าของทรัพย์สินได้ดีกว่า เมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งมีทรัพย์สินในครอบครองก็ย่อมคาดหวังจะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของตัวเอง และถ้าเมื่อไรที่บุคคลนี้ต้องการหยุดใช้ทรัพย์สินของตัวเองก็ควรจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของบุคคลนั้นเอง เจ้าของจึงมีสิทธิจำหน่ายต่อให้กับบุคคลอื่นภายใต้เงื่อนไขที่เจ้าของทรัพย์สินกำหนดเอง ดังนั้น การจงใจละเมิดหลักการสัญญา จะส่งผลกระทบไม่เพียงแก่เฉพาะเพียงมูลค่าของทรัพย์สินเท่านั้น แต่รวมถึงความคาดหวังของเจ้าของที่จะได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นๆด้วย ประโยชน์ส่วนหลังนี้เองที่ค่าเสียหายที่แท้จริงไม่อาจทดแทนได้อย่างเต็มจำนวน ในกรณีของตลาดเบาบาง (thin market) จะทำให้ปัญหานี้ส่งผลกระทบมากขึ้น¹⁹⁸ เพราะไม่อาจประเมินมูลค่าของทรัพย์สินล่วงหน้าได้ ดังนั้น ระบบกฎหมายที่ส่งเสริมให้ประชาชนทำสัญญาเพื่อใช้ทรัพย์สินมากกว่าระบบกฎหมายที่สนับสนุนให้ใช้กฎหมายละเมิดเพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากในการค่าเสียหายแท้จริงและยังคุ้มครองความคาดหวังของเจ้าทรัพย์สินได้ดีกว่า¹⁹⁹

¹⁹⁸ หมายถึง ตลาดที่มีสินค้าแตกต่างกัน หรือยากแก่การหาสิ่งอื่นมาทดแทน หรือสินค้าที่ไม่มีราคามาตรฐานตายตัว ซึ่งข้อพิจารณาสำคัญของตลาดแบบนี้คือการที่เจ้าของไม่สามารถหาทรัพย์สินมาทดแทนทรัพย์สินเดิมได้ด้วยราคาที่ทราบล่วงหน้า ผู้จะทำธุรกรรมจะทราบราคาก็ต่อเมื่อได้เข้าไปเจรจาราคาแล้วนั่นเอง

¹⁹⁹ Amelia J. Toy, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 136 หน้า 308-313.

ในคดี Ford Motor²⁰⁰ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ตัวแทนโฆษณาของบริษัทฟอร์ดมีความประสงค์จะจ้างนักร้องชื่อ Bette Midler เพื่อร้องเพลงที่ทำให้โจทก์โด่งดังในปี 1970 เพื่อใช้เป็นส่วนหนึ่งในการโฆษณาสำหรับบริษัทฟอร์ด แต่โจทก์ปฏิเสธทำสัญญากับบริษัทในการนำเสียงของโจทก์ไปใช้ แต่ทว่าตัวแทนกลับจ้างอดีตนักร้องสนับสนุน (backup singer) ของโจทก์เพื่อร้องเพลงในโฆษณาแทนและสั่งให้นักร้องผู้นี้เลียนแบบเสียงโจทก์ให้ได้ใกล้เคียงที่สุดเท่าที่จะทำได้ ทำให้มีผู้เข้าใจผิดจำนวนมากว่าเสียงในโฆษณานั้นเป็นเสียงของโจทก์ คดีนี้เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการจงใจไม่เคารพสิทธิในทรัพย์สินโดยการละเมิดในตลาดบางอย่าง การที่จำเลยไม่สนใจต่อการเจรจาต่อรองการใช้เสียงของโจทก์ (ถึงแม้ว่าเคยเจรจาแล้ว แต่ถ้าจำเลยใช้ความพยายามมากกว่านี้ ก็อาจทำให้โจทก์ยินยอมก็ได้) แต่กลับไปใช้วิธีที่ไม่สนใจต่อสิทธิของโจทก์ ในเมื่อเสียงของนักร้องมีอาชีพเป็นสิ่งที่ได้ทราบกันอยู่โดยทั่วกัน และจำเลยยังจงใจลอกเลียนเสียงของโจทก์เพื่อนำมาขายสินค้า เสมือนว่า ผู้ขายมีสิ่งที่ไม่ควรเป็นของตัวเอง และจำเลยทำละเมิดต่อโจทก์แล้วนั่นเอง²⁰¹

จากตัวอย่างในคดีก็แสดงให้เห็นชัดว่า ค่าเสียหายที่แท้จริงโดยไม่คำนึงถึงกำไรของผู้ทำละเมิดนั้นไม่เพียงพอที่จะป้องปรามการกระทำแบบเดียวกันในอนาคตได้ และวิธีการขจัดแรงจูงใจที่ไม่เคารพหลักสิทธิในทรัพย์สินที่เหมาะสมที่สุดก็คือการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่นำกำไรทั้งหมดออกจากการทำละเมิดนั้นเอง ผู้ที่อาจทำละเมิดจะทราบล่วงหน้า (ex ante) ว่าการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจะส่งผลให้ศาลกำหนดค่าเสียหายแท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งทำให้ผู้ละเมิดไม่ได้ประโยชน์ใดๆจากการทำละเมิดเลย บุคคลนี้จึงเลือกเจรจาต่อรองเพื่อให้ได้ใช้ทรัพย์สินอันถูกต้องตามกฎหมายเพราะอย่างน้อยก็มีโอกาสได้กำไรจากการทำธุรกรรมได้ การปรับใช้กฎหมายเช่นนี้ทำให้ให้มั่นใจได้ว่าจะไม่มีบุคคลใดกระทำการแบบเดียวกันในอนาคตอีก ซึ่งส่งผลให้ บุคคลใดก็ตามที่ต้องการทรัพย์สินของบุคคลอื่นเลือกที่จะเจรจาต่อรองเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินอันเป็นไปตามกฎหมาย²⁰²

อย่างไรก็ตาม การใช้ปัจจัยนี้มีข้อจำกัดเนื่องจากปรับใช้ได้กับการละเมิดบางประเภทเท่านั้น เพราะการละเมิดโดยจงใจ เช่น ลักทรัพย์ ยักยอก นื้อโกง บุกรุก ครอบครอง การละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลยอมคำนวณประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับได้ง่าย แต่ในกรณีอุบัติเหตุก็อาจจะเป็นเหตุที่ไม่มีใครได้ประโยชน์

²⁰⁰ Midler v. Ford Motor Co., 849 F. 2d. 460 (9th Cir. 1988).

²⁰¹ Midler v. Ford Motor Co., อ้างแล้วข้างบนหน้า 463.

²⁰² Amelia J. Toy, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 136 หน้า 316-322.

นอกจากนี้ ศาลก็พบอุปสรรคในการพิจารณาว่ากำไรหรือประโยชน์ที่ได้รับนั้นมีค่าเท่าไรเพราะบุคคลแต่ละคนให้คุณค่ากับสิ่งของต่างๆ ไม่เท่ากัน ถ้าหากบริษัทขนาดใหญ่ที่ขายสินค้าหลายประเภทใช้กลยุทธ์ขายต่ำกว่าต้นทุนในสินค้าบางกลุ่มเท่านั้น ศาลก็คงใช้กำไรของบริษัททั้งหมดเป็นเกณฑ์ในการตัดสินไม่ได้ เหตุผลแล้วบริษัทมีกำไรก็เพียงพอแล้วที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สมควร เพราะบริษัทมีวัตถุประสงค์เพื่อทำกำไรให้กับผู้ถือหุ้น ดังนั้น ข้อควรพิจารณาไม่ได้อยู่ที่กิจการต่างๆ ไปของบริษัท แต่เฉพาะการทำละเมิดที่เกิดขึ้นเท่านั้น หรือกล่าวให้ชัดเจนก็คือ เฉพาะกำไรที่ได้จากการทำละเมิดนั่นเอง เพื่อให้การใช้ปัจจัยประเภทนี้เหมาะสมกับหลักกฎหมายละเมิด²⁰³

แต่ก็มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ควรเป็นไปตามความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ควรนำประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการทำละเมิดไปรวมคำนวณเพราะเหตุว่าหากทำเช่นนี้ก็อาจจะเป็นการป้องปรามที่มากเกินไปได้ เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษมีผลป้องปรามการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ เว้นแต่ การละเมิดในบางประเภทที่ประโยชน์ที่จำเลยได้รับเป็นสิ่งที่ผิดต่อสังคม (socially illicit) และผู้ละเมิดเป็นบุคคลธรรมดา²⁰⁴

จ) เพื่อทดแทนค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี (Accounting for Costly Litigation)

การเยียวยาโดยใช้ระบบกฎหมายมีค่าใช้จ่ายจำนวนหนึ่ง เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ เป็นต้น ถึงแม้เป็นคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงเพียงน้อยนิด การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็อาจจะจำเป็นทั้งนี้เพื่อให้ผู้เสียหายฟ้องผู้ละเมิดได้ ค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดให้แม้จะขึ้นชื่อว่าเป็นค่าสินไหมทดแทนแต่ก็มิได้ทดแทนความเสียหายอย่างแท้จริง เพราะค่าสินไหมทดแทนมีค่าต่ำกว่าต้นทุนที่แท้จริงที่ผู้ละเมิดทำให้เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นสิ่งจำเป็น²⁰⁵

ค่าจ้างทนายความอาจสูงมากเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่แท้จริงที่จะได้รับเมื่อคดีเสร็จสิ้น ทำให้เกิดผลเสียมากกว่าหากผู้เสียหายตัดสินใจฟ้องคดีแล้วศาลไม่สามารถให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

²⁰³ David Crump, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 184 หน้า 227-28.

²⁰⁴ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 918..

²⁰⁵ David Friedman, An Economic Explanation of Punitive Damages, 40 Ala. L. Rev. 1125, 1127-28 (1989), available at <http://www.daviddfriedman.com/Academic/Punitive/Punitive.html> (last visited January 30, 2010).

แม้ว่าผู้ละเมิดจะได้ทำสิ่งที่เลวร้ายเป็นอย่างมากก็ตาม²⁰⁶ ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าผู้ละเมิดเป็นผู้มีฐานะทางการเงินดีมาก และถูกผู้ที่มีฐานะทางการเงินด้อยกว่าฟ้องคดี ผู้ละเมิดจะใช้กลยุทธ์การชื้อคดีออกไปให้นานที่สุดเพื่อให้ต้นทุนในการฟ้องคดีของผู้เสียหายมีจำนวนสูงมากจนทำให้การฟ้องคดีเป็นสิ่งที่ไม่คุ้มค่าใช้จ่ายที่เสียไป²⁰⁷ และในพร้อมนั้นจำนวนยังได้สร้างชื่อเสียงให้กับตัวเองว่า ถ้าใครกล้ามาฟ้องคดีก็จะถูกถ่วงเวลาเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นการป้องปรามไม่ให้มีผู้อื่นกล้ามาฟ้องคดีอีก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การถ่วงเวลานอกจากจะเพิ่มต้นทุนให้กับคู่ความแล้วยังเพิ่มต้นทุนให้กับคนที่อาจฟ้องคดีในอนาคตได้อีก²⁰⁸

กฎหมายละเมิดจะให้ค่าสินไหมทดแทนในจำนวนที่เท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่กฎหมายกลับไม่ได้สนใจค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการดำเนินคดีของผู้เสียหายเลย ไม่ว่าจะเป็นค่าทนายความ ค่าเสียเวลา ค่าเสียโอกาสของผู้เสียหาย เมื่อใดก็ตามที่การฟ้องคดีของโจทก์ทำให้มีค่าใช้จ่ายมากขึ้นจนค่าใช้จ่ายนั้นมากกว่าค่าสินไหมทดแทนที่จะได้รับเมื่อคดีเสร็จสิ้น โจทก์ก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะฟ้องคดีเพราะการฟ้องคดีทำให้สถานะของโจทก์แย่ยิ่งไปกว่าก่อนฟ้องคดีเสียอีก ดังนั้น ถ้าผู้ละเมิดที่มีเงินจำนวนมากถึงเห็นถึงข้อบกพร่องนี้ก็อาจใช้ให้เป็นประโยชน์กับตนเองได้ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วก็จะไม่มีใครกล้าฟ้องคดี และทำให้ผู้ละเมิดสามารถทำละเมิดได้ตามใจชอบ ถึงแม้ว่าอาจมีผู้ที่มีฐานะดีพอที่จะสู้คดีจนถึงที่สุดได้และได้รับชัยชนะจนได้ค่าเสียหายแท้จริงคืน แต่ก็มิได้หมายความว่าผู้ละเมิดจะเกรงกลัว เพราะโดยเฉลี่ยแล้วผู้ละเมิดก็ยังรับผิคน้อยกว่าที่ควรต้องรับผิดชอบในส่วนต่างที่สูงอยู่ดี

ด้วยเหตุผลข้างต้น ถ้าศาลยินยอมให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ก็จะสร้างแรงจูงใจแก่ผู้เสียหายเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายของตนเองที่ต้องออกไปก่อน และขณะเดียวกันก็ยังได้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนด้วย เพราะถือนำค่าเสียหายเชิงลงโทษไปชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเพื่อให้ค่าสินไหมทดแทนได้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง²⁰⁹ ฟังสังเกตว่า แม้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

²⁰⁶ David G. Owen, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 177 หน้า 378.

²⁰⁷ โดยอยู่บนพื้นฐานที่ว่า จำนวนสามารถแบกรับต้นทุนค่าใช้จ่ายได้สูงกว่าเพราะมีฐานะทางการเงินดีกว่า

²⁰⁸ Leila C. Orr, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 171 หน้า 1745.

²⁰⁹ Lori Woodward O'Connell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 170 หน้า 878.

ทำให้วัตถุประสงค์แห่งการป้องปรามบรรลุตแต่ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจถูกใช้เป็นตัวกระตุ้นให้มีคดีความขึ้นสู่ศาลมากเกินไปก็ได้²¹⁰

ข) ความรับผิดทางแพ่งจากการกระทำเดียวกัน

มีความเป็นไปได้ในข้อเท็จจริงว่า ผู้ละเมิดคนเดียวคนที่ทำการละเมิดครั้งเดียวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายหลายรายได้ และถ้าผู้เสียหายหลายรายฟ้องคดีแพ่งแยกกันต่างหาก แล้วศาลควรจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนเท่าไร ในคดี Haslip และ Green Oil Co. v. Hornsby²¹¹ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาสนับสนุนแนวความคิดว่า ถ้าจำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์หลายรายต่อการกระทำเพียงครั้งเดียว ศาลก็ควรจะลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลง²¹² ดังนั้น ศาลก็ควรจะใช้ปัจจัยนี้พิจารณาลดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ถูกต้องพอเหมาะเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดผลแห่งการป้องปรามที่มากเกินไป แต่อาจเกิดปัญหาว่า หากผู้เสียหายฟ้องร้องคดีไม่พร้อมกัน ศาลที่ตัดสินคดีเป็นคดีแรกก็ไม่ทราบว่า จะมีผู้เสียหายมาฟ้องเพิ่มเติมอีกหรือไม่และเมื่อไร ดังนั้นจึงอาจมีปัญหว่าศาลในคดีแรกควรจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเท่าไร และศาลในคดีถัดมาควรจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยพิจารณาที่ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลในคดีที่หนึ่งได้กำหนดให้จำเลยต้องรับผิดหรือไม่

3.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษและหลักศุนนิตีกระบวนการ (Criticism and Due Process)

3.1.2.1 ปัญหาของการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ในทศวรรษที่ผ่านมา มีบทวิจารณ์มากมายเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายวิชาการ²¹³ ธุรกิจ²¹⁴ ศาล²¹⁵ หรือแม้กระทั่งจากฝ่ายนิติบัญญัติ²¹⁶ โดยประเด็น

²¹⁰ Paola Pellini, Punish or Deter? Theoretical Issues And Judicial Cases on Punitive Damages, ILSU Working Paper No. 2008-06/EN, available at www.bocconilegalpapers.org (last visited 1 December 2009).

²¹¹ 539 So. 2d 218, 224 (Ala. 1989).

²¹² Polinsky and Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 924.

²¹³ กรุณาดู W. Kip Viscusi, Why There Is No Defense of Punitive Damages, 87 Geo. L.J. 381(1998).

หลักๆ นั้นมุ่งไปที่ การให้คณะลูกขุนเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะทำให้เกิดความไม่เป็นกลาง คาดคะเนไม่ได้ ลำเอียงต่อโจทก์มากกว่า และยังขาดหลักการที่ถูกต้องในการกำหนดค่าเสียหาย โดยเฉพาะค่าเสียหายเชิงลงโทษ ยิ่งไปกว่านั้น มีการกล่าวอ้างว่า คณะลูกขุนที่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวนสูงมากทำให้เกิดปัญหาตึงเครียดในชั้นศาล และทำให้กระบวนการยุติธรรมดำเนินการได้ช้าลง²¹⁷ ผู้พิพากษาผู้ให้ความเห็นแย้งในคดี Haslip กล่าวว่า ในปีที่ผ่านมาได้มีการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วของจำนวนคดีและจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ²¹⁸ ดังนั้น จึงมีความเคลื่อนไหวในแต่ละมลรัฐเพื่อแก้ไขกฎหมายละเมิดอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ²¹⁹

ในอดีต มีคดีหลายประเภทที่คณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แตกต่างกันมากจนมีผู้วิจารณ์ว่ากฎหมายเช่นนี้ทดแทนความเสียหายต่อผู้เสียหายไม่เท่าเทียมกัน และการให้อำนาจแก่คณะลูกขุนในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษทำให้คู่ความไม่อาจคาดเดาค่าเสียหายที่จะถูกกำหนดได้ ปกติแล้ว สังคมมักจะสนใจกับคดีใหญ่ที่ถูกสื่อประโคมข่าวเพียงไม่กี่คดีเท่านั้น ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดก็คือ

²¹⁴ กรุณาดู Richard J. Mahoney & Stephen E. Littlejohn, Innovation on Trial: Punitive Damages Versus New Products, 246 Science 1395 (1989).

²¹⁵ กรุณาดู Fay v. Parker, 53 N.H. 342, 382 (1873).

²¹⁶ มลรัฐหลายแห่งกำหนดค่าสูงสุดของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สามารถกำหนดได้ในชั้นศาล

²¹⁷ Peter W. Huber, Liability: The Legal Revolution and Its Consequence (1988); Dan Quayle, Civil Justice Reform, 41 Am. U. L. Rev. 559 (1992).

²¹⁸ Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1, 61 (1991) (O'Connor, J., dissenting); กรุณาดู George L. Priest, The Problem and Efforts to Understand It, in Punitive Damages: How Juries Decide 1 (2002) (ได้กล่าวว่า ในระยะเวลาสองทศวรรษที่ผ่านมา ได้มีการพบเห็นการเพิ่มขึ้นอันอย่างรวดเร็วของคดี และจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดโดยคณะลูกขุนในคดีแพ่ง ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดคือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษในปี 2000 \$144.8 พันล้าน ที่ถูกกำหนดโดยคณะลูกขุน ในคดีที่ผู้เสียหายรวมตัวกันฟ้องผู้ผลิต).

²¹⁹ Victor E. Schwartz, Mark A. Behrens & Joseph P. Mastro Simone, Reining in Punitive Damages “Run Wild”: Proposals for Reform By Courts And Legislatures, 65 Brook. L. Rev. 1003, 1010 (1999) (ได้เสนอว่าควรจะมีการปฏิรูปกฎหมายละเมิดเพื่อ แก้ไขผลกระทบจากค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีจำนวนสูง และแนะนำให้ฝ่ายนิติบัญญัติและศาลพิจารณาข้อจำกัดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ).

คดีลูกค้าผู้ซื้อกาแฟจากของ McDonald ลวก²²⁰ ลูกค้าอายุ 79 ปีเข้ารับการรักษาพยาบาลเป็นเวลาหนึ่งอาทิตย์เพราะได้รับอาการบาดเจ็บจากการถูกลวระดับสองและสามหลังจากถูกกาแฟหกใส่ขณะนั่งอยู่ในรถที่จอดอยู่ ข้อเท็จจริงปรากฏเพิ่มเติมว่า McDonald เก็บกาแฟในอุณหภูมิที่สูงกว่าร้านอาหารอื่น 20 องศาฟาเรนไฮต์ และเคยได้รับการร้องเรียนเกี่ยวกับประเด็นเดียวกันนี้กว่า 700 ครั้งภายในระยะเวลาที่มากกว่า 10 ปี ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวน 2.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ส่วนในคดี Exxon ที่ได้ทำน้ำมันประอะเป็อนทะเลในแถบชายฝั่งอลาสกา คณะลูกขุนให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษถึง 5 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง ซึ่งเป็นจำนวนสูงถึง 2.5 พันล้านเหรียญสหรัฐ แม้ว่าคดีนี้เกิดขึ้นมานานกว่า 20 ปีแล้วแต่ก็ได้รับความสนใจจากสื่อและประชาชนอย่างต่อเนื่อง²²¹

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่าคำวิจารณ์เหล่านี้ไม่ได้สนใจถึงขั้นตอนการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยคณะลูกขุนเลย เพราะวิจารณ์ที่ตัวเงินค่าเสียหายอันเป็นผลสุดท้าย เหตุผลที่ในอดีตนั้นมีการศึกษาเกี่ยวกับขั้นตอนการตัดสินใจของคณะลูกขุนไม่มากนัก เพราะคณะลูกขุนได้รับอิสระในการกำหนดค่าเสียหายนั่นเอง บทบาทของศาลมีเพียงให้คำแนะนำขั้นต่ำ (minimum guidance) แก่คณะลูกขุนเท่านั้น และคณะลูกขุนก็ได้รับคำแนะนำเช่นกันว่า การกำหนดค่าเสียหายสำหรับอาการบาดเจ็บไม่มีมาตรฐานตายตัว ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงจากการกระทำความคิดให้เป็นตัวเงิน เช่น การเปลี่ยนนิ้วเท้าหรือแขนที่สูญเสียไปจึงเป็นปัญหาประการใหญ่อย่างหนึ่ง²²²

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า มีนักกฎหมายบางส่วนไม่เห็นด้วยที่ให้คณะลูกขุนเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เนื่องจากค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีที่ถูกประ โคมข่าวแต่ละคดีไม่มีมาตรฐานและขาดความแน่นอน จึงมีบทความที่ให้ความเห็นไปหลายแนวทาง บทความบางส่วนเห็นว่า การให้

²²⁰ กรุณาดู Lieback v. McDonald's Rests., P.T.S., Inc., No. CV-93-02419, 1995 WL 360309 (D.N.M. Aug. 18 1994).

²²¹ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้ทบทวนและลดค่าเสียหายเชิงลงโทษในภายหลัง กรุณาดู CBS NEWS at <http://www.cbsnews.com/stories/2009/02/02/eveningnews/main4769328.shtml> (last visited 14 November 2009);

New York Times at <http://www.cbsnews.com/stories/2009/02/02/eveningnews/main4769328.shtml> (last visited 14 November 2009).

²²² Edith Greene, On Juries and Damage Awards: The Process of Decisionmaking, 52 Law and Contemporary Problems, 225-26(1989).

คณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจขัดกับรัฐธรรมนูญหรือเป็นนโยบายที่ไม่เหมาะสม เมื่อคณะลูกขุนตัดสินให้จำเลยรับผิดก็ควรให้ศาลมีบทบาทกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะผู้พิพากษาสามารถแยกแยะอารมณ์ขณะนั่งพิจารณาคดีได้ดีกว่า ผู้พิพากษาไม่ได้รับอิทธิพลจากฐานะทางการเงินของจำเลย มีประสบการณ์ในการลงโทษมากกว่า และมีข้อมูลมากกว่าจากการลงโทษในคดีอื่น ๆ²²³ ในขณะที่บทความอีกชิ้นหนึ่งยอมรับว่าคณะลูกขุนสมควรเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่ก็ควรจะให้ศาลมีอำนาจพิจารณาบททวนอีกชิ้นหนึ่ง เพราะผู้พิพากษามีความสามารถมากกว่าที่จะบรรลุมูลค่าประสงค์การลงโทษและการป้องปราม และสามารถลดต้นทุนของความไม่แน่นอน (Reduction of uncertainty cost) ดังนั้น การที่ผู้ร่างกฎหมายกำหนดเพดานขั้นสูงของค่าเสียหายและเพิ่มเกณฑ์มาตรฐานของพยานหลักฐาน (standard of evidence) อนุญาตให้มีการแยกกระบวนการพิจารณาของค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Bifurcation of trials) จึงเป็นการโอนอำนาจของคณะลูกขุนที่พิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษไปที่ผู้พิพากษาจึงเป็นสิ่งที่พึงประสงค์²²⁴

ด้วยเหตุผลข้างต้น นักกฎหมายจึงให้ความไว้วางใจกับศาลมากกว่า เพราะเห็นว่าศาลให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษน้อยกว่าทั้งในเชิงจำนวนคดีที่ขึ้นศาลและในเชิงของความแน่นอนของจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ อย่างไรก็ตาม งานวิจัยเชิงประจักษ์กลับไม่พบหลักฐานที่สนับสนุนคำกล่าวอ้างที่วิจารณ์ว่าคณะลูกขุนไร้ซึ่งความสามารถและไม่มีความรับผิดชอบต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษเนื่องจากผู้พิพากษาส่วนมากเห็นด้วยกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่กำหนดโดยคณะลูกขุนและสนับสนุนระบบกฎหมายที่ให้คณะลูกขุนมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างแข็งขัน นอกจากนี้ยังไม่พบหลักฐานที่สนับสนุนว่าคณะลูกขุนที่ตัดสินคดีมีความชำนาญในการตัดสินคดีน้อยกว่าผู้พิพากษา และยังมีเหตุผลแสดงความเป็นไปได้ว่าคณะลูกขุนอาจตัดสินคดีได้ดีกว่าผู้พิพากษาอีกด้วย งานวิจัยชิ้นเดียวกันไม่พบว่า คณะลูกขุนสงสาร โจทก์มากกว่าจำเลย หรือกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าเพราะ

²²³ Paul Mogin, Why Judges, Not Juries, Should Set Punitive Damages, 65 U. Chi. L. Rev. 179 (1998).

²²⁴ กรุณา ดู Lisa M. Sharkey, Judge or Jury: Who Should Assess Punitive Damages, 64 U. Cin. L. Rev. 1089 (1996).

จำเลยมีฐานะดี นอกจากนี้ ค่าเสียหายที่กำหนดโดยคณะลูกขุนโดยเฉลี่ยแล้วก็อยู่ในระดับปานกลาง และค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดมีความสอดคล้องกันกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง²²⁵

มีบทความวิจัยเชิงทดลองชิ้นหนึ่ง (Experimental research) เปรียบเทียบระหว่างบุคคลที่มีสิทธิเป็นลูกขุนได้ ผู้พิพากษาและทนายความให้กำหนดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน ในกรณีละเมิดต่อร่างกาย พบว่าลักษณะเฉพาะของอาการบาดเจ็บมีอิทธิพลต่อค่าเสียหายที่กำหนดโดยคณะลูกขุนและผู้พิพากษา และค่าเสียหายที่ถูกกำหนดโดยคณะลูกขุนจะมีความสอดคล้องกันกับค่าเสียหายที่ถูกกำหนดโดยผู้พิพากษา ซึ่งชี้ให้เห็นว่า ทั้งคณะลูกขุนและผู้พิพากษากำหนดค่าเสียหายสูงขึ้นในคดีประเภทเดียวกันนั่นเอง เพียงแต่ค่าเสียหายที่ถูกกำหนดโดยคณะลูกขุนจะสูงกว่าและผันแปร (variance) มากกว่าค่าเสียหายที่ถูกกำหนดโดยผู้พิพากษา²²⁶ งานวิจัยเชิงประจักษ์อีกหลายชิ้นพบว่าไม่มีความแตกต่างระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดโดยผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุน²²⁷ ในขณะที่ มีงานวิจัยบางส่วนพบว่าผู้พิพากษาจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนน้อยกว่า²²⁸

3.1.2.2 การปฏิรูปกฎหมายละเมิด (Tort Reform)

แนวคำพิพากษาของค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Jurisprudence of punitive damages) มีการพัฒนาและปรับตัวอย่างมาก โดยฝ่ายนิติบัญญัติพยายามปฏิรูปกฎหมายละเมิดเสียใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาจำนวน

²²⁵ Neil Vidmar, The Performance of the American Civil Jury: An Empirical Perspective, 40 Ariz. L. Rev. 849 (1998).

²²⁶ Roselle L. Wissler et al. Decision making about General Damages: A Comparison of Jurors, Judges, and Lawyers, 98 Mich. L. Rev. 751 (1999).

²²⁷ Kevin M. Clermont & Theodore Eisenberg, Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism, 77 Cornell L. Rev. 1124 (1992); Theodore Eisenberg et al., Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study, 87 Cornell L. Rev. 743, 762 (2002).

²²⁸ กรูณาฑู Reid Hastie & W. Kip Viscusi, What Juries Can't Do Well: The Jury's Performance As a Risk Manger, 40 Ariz. L. Rev. 901; W. Kip Viscusi, Jurors, Judges, and the Mistreatment of Risk by the Courts, 30 J. Legal Stud. 107.

ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ไม่อาจควบคุมได้ (Wildly unrestrained) ความพยายามในการปฏิรูปกฎหมาย ละเมิด ได้แก่²²⁹

ก) ห้ามมิให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Outright ban)

มลรัฐบางส่วนไม่ยอมรับหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีกฎหมาย (statutory provision)²³⁰ และแนวคำพิพากษาของศาล²³¹ ที่ห้ามมิให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเลยไม่ว่าจะ โดยคณะลูกขุนหรือผู้พิพากษา

ข) กำหนดเพดานขั้นสูงและความสัมพันธ์กับค่าเสียหายแท้จริง (Caps and Ratios)

มลรัฐบางส่วนจำกัดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้เพดานขั้นสูงสุดที่กำหนดไว้ล่วงหน้าเป็น จำนวนเหรียญสหรัฐ²³² ยกตัวอย่างเช่น ในมลรัฐเวอร์จิเนียกำหนดเพดานค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงิน จำนวน 350,000 เหรียญสหรัฐโดยไม่มีข้อยกเว้น ถ้าคณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเกินกว่า

²²⁹ หากสนใจรายละเอียดในประเด็นนี้กรุณาดู Jennifer K. Robbennolt, Determining Punitive Damages: Empirical Insights and Implications for Reform, 50 Buffalo L. Rev. 103, 167-90 (2002).

²³⁰ กรุณาดู N.H. Rev. Stat. Ann. 507:16 (1986) (ห้ามกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเว้นแต่กรณีที่มี กฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจน).

²³¹ กรุณาดู Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler, 25 P. 2072, 1073-74 (Wash. 1891).

²³² กรุณาดู Heidi Li Feldman, Harm and Money: Against the Insurance Theory of Tort Compensation, 75 Tex. L. Rev. 1567 (1997) (อภิปรายถึงกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นข้างต้น); E.g. Alaska Stat. 09.17.010(b) (Michie 1996) (จำกัดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินที่ 500,000 เหรียญสหรัฐ); Cal. Civ. Code 3333.2(b) (West Supp. 1997) (จำกัดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินที่ 250,000 เหรียญสหรัฐ); O.C.G.A. 51-12-6 (Supp. 1997) (กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อชดเชยความเศร้าโศกไม่ได้); Ga. Code Ann. 51-12-5.1(g) (Supp. 1997) (จำกัดค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ให้เกิน 250,000 เหรียญสหรัฐเว้นแต่โจทก์แสดง ให้เห็นว่าจำเลยกระทำการโดยมีเจตนาให้เกิดความเสียหาย); Ind. Code Ann. 27-12-14-3 (Michie 1994) (จำกัดค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงที่ 750,000 เหรียญสหรัฐในคดีที่มีผู้เสียชีวิต บางประเภท); Va. Code Ann. 8.01-38.1 (Michie 2000) (\$350,000).

เงินจำนวนดังกล่าว ผู้พิพากษาก็มีหน้าที่ลดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เหลือเพียง 350,000 เหรียญสหรัฐ²³³ ส่วนในมลรัฐจอร์เจียได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ว่าการกระทำของจำเลยต้องแสดงให้เห็นถึง “การทำความผิดโดยจงใจ มีเจตนาร้าย หลอกลวง หรือการขาดความระมัดระวังซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่าไม่ใส่ใจต่อผลที่จะตามมา”²³⁴ และกำหนดเพดานค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ที่ 250,000 เหรียญสหรัฐโดยมีข้อยกเว้นในคดีอันเกี่ยวกับความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์หรือการละเมิดที่มีเจตนาโดยเฉพาะเจาะจงที่จะทำให้เกิดความเสียหาย²³⁵

มลรัฐบางแห่งก็ใช้วิธีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นอัตราส่วนเดียวกันกับค่าเสียหายแท้จริงหรือไม่ก็ใช้ทั้งวิธีการกำหนดเพดานขั้นสูงและอัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงรวมกัน²³⁶ ยกตัวอย่างเช่น ในมลรัฐโคโลราโดให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่กำหนดให้กับผู้ละเมิดต้องมีจำนวนเท่ากับค่าเสียหายแท้จริงเท่านั้นแต่ศาลมีอำนาจเพิ่มค่าเสียหายเชิงลงโทษไปจนถึง 3 เท่าของค่าเสียหายแท้จริงได้ถ้าโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำบางประเภทที่ถูกระบุไว้ในกฎหมาย²³⁷ มลรัฐเท็กซัสกำหนดว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องมีจำนวนไม่เกิน 200,000

²³³ Va. Code Ann. § 6-11-20(a) (Supp. 1990).

²³⁴ Ga. Code Ann. § 51-12-5.1(b) (Supp. 1997) (“willful misconduct, malice, fraud, wantonness, oppression, or that entire want of care which would raise the presumption of conscious indifference to consequences”).

²³⁵ Id. at § 51-12-5.1(e)(1),(f),(g).

²³⁶ E.g. Nev. Rev. Stat. Ann. 42.005 (Michie 1996) (ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงไม่เกิน 100,000 เหรียญสหรัฐ เพดานค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวน 3 เท่าจากค่าเสียหายที่แท้จริง แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่ามากกว่า 100,000 เหรียญสหรัฐค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องไม่เกิน 300,000 เหรียญสหรัฐ); Colo. Rev. Stat. 13-21-102(1)(a)(2000) (ค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องมีจำนวนไม่เกินความเสียหายที่แท้จริง); Conn. Gen Stat. 52-240b (2000) (ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีความรับผิดชอบอันเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ต้องมีจำนวนไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง). 40 Pa. Cons. Stat. 1301.812-A(g) (1999) (ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่กำหนดต่อแพทย์ต้องมีจำนวนไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง เว้นแต่ในคดีที่พบว่ามิเจตนากระทำผิด).

²³⁷ Colo. Rev. Stat. § 13-21-102.

เหรียญสหรัฐ หรือถ้าใช้วิธีการคำนวณอีกวิธีหนึ่ง ให้นำ 2 เท่าของค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินรวมกับค่าเสียหายอันมิใช่เป็นตัวเงิน ซึ่งผลรวมนี้อาจต้องมีจำนวนไม่เกิน 750,000 เหรียญสหรัฐ²³⁸

ค) ความยุ่งยากในการพิสูจน์

การเพิ่มภาระการพิสูจน์แก่โจทก์เป็นส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดความสมดุลแก่การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะค่าเสียหายลงโทษมิใช่เพื่อลงโทษจำเลย²³⁹ ในขณะที่การพิสูจน์เพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามปกติเป็นการพิสูจน์โดยใช้หลักพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักมากกว่า (preponderance of evidence) แต่เมื่อโจทก์ต้องการให้จำเลยรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ โจทก์ก็มีความจำเป็นต้องนำสืบโดยใช้หลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือ (clear and convincing evidence) ซึ่งเป็นเกณฑ์การพิสูจน์ที่ยากขึ้นอีกระดับหนึ่ง²⁴⁰ มลรัฐโคโลราโดเลือกใช้ภาระการพิสูจน์ที่สูงขึ้นไปอีก คือ การพิสูจน์จนปราศจากความสงสัย (beyond reasonable doubt) อาจกล่าวได้ว่าเป็นภาระการพิสูจน์ที่สูงเทียบเท่ากับภาระการพิสูจน์ในคดีอาญาเลยทีเดียว²⁴¹ พึงตระหนักว่า ภาระการพิสูจน์ที่สูงขึ้นจะสัมฤทธิ์

²³⁸ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 41.008.

²³⁹ Sandra N. Hurd & Frances E. Zolloers, State Punitive Damages Statutes: A proposed Alternative, 20 J. Legis. 191, 201 (1994).

²⁴⁰ See, e.g., Ala. Code 6-11-20(a) (Supp. 2000); Alaska Stat. 09.17.020m (Michie 2000); Cal. Civ. Code 3294(a) (West 1997); Fla Stat. Ann. 768.725 (West 2000); Ga. Code Ann. 51-12-5.1(b) (2000); Idaho Code 6-1604(1) (Michie 1998); Ind. Code Ann. 34-51-3-2 (1998); Iowa Code 668A.1(1)(a) (1998); Kan. Stat. Ann. 60-3702(c) (1998); Minn. Stat. Ann. 549.20(a) (West 2000); Miss. Code Ann. 11-1-65(1)(a) (1999); Mont. Code Ann. 27-1-221(5) (2001); Nev. Rev. Stat. 42.005 (1996); N.J. Stat. Ann. 2A:15-5.12 (West 2000); N.C. Gen. Stat. 1D-15(b) (1999); N.D. Cent. Code 32-03.2-11(1) (1996); Ohio Rev. Code Ann. 2315.21(D)(2) (Anderson 1998); Okla. Stat. Ann. tit. 23, 9.1(B) (Supp. 2001); Or. Rev. Stat. Ann. 18.537(1) (1999); S.C. Code Ann. 15-33-135 (1993); Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. 41.003 (Vernon 2001); Utah Code Ann. 78-18-1(1)(a) (2000); see also Unif. Model Punitive Damages Act 5 (1996).

²⁴¹ Colo. Rev. Stat. Ann. 13-25-1227(2) (West 1997).

ผลเมื่อคณะลูกขุนสามารถแยกแยะได้อย่างชัดเจนถึงความแตกต่างของระดับพยานหลักฐานและสามารถปรับใช้หลักการดังกล่าวได้อย่างถูกต้อง

ง) แยกการกำหนดให้จำเลยรับผิด และการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษออกจากกัน (Bifurcation)

ศาลแบ่งกระบวนการพิจารณาคดีออกโดยนำประเด็นที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแยกออกจากกระบวนการพิจารณาคดีในประเด็นอื่น²⁴² โดยส่วนมากแล้วมลรัฐจะแยกประเด็น

²⁴² ตัวอย่างเช่น *Alaska Stat. 09.17.020(a)* (Michie 1997) (แยกกระบวนการพิจารณาสำหรับการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ); *Cal. Civ. Code 3295(d)* (West 1997) (จำเลยอาจร้องขอให้มีการแยกกระบวนการพิจารณาได้); *Ga. Code Ann. 51-12-5.1(2)* (2000) (เริ่มกระบวนการพิจารณาอีกครั้ง เพื่อกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษได้); *Kan. Stat. Ann. 60-3702(a)* (1992) (จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษจะถูกกำหนดในกระบวนการพิจารณาที่แยกออกไปต่างหาก); *Minn. Stat. Ann. 459.20(3)* (West 2000) (มีการแยกกระบวนการพิจารณาในการกำหนดให้จำเลยต้องรับผิดและการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษออกจากกัน); *Mo. Rev. Stat. 510.263(1)* (2001) (คู่ความอาจร้องขอแยกการพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษได้); *Mont. Code Ann. 27-1-221(7)(a)* (1996) (แยกกระบวนการพิจารณาสำหรับการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ); *Nev. Rev. Stat. 42.005* (1999) (แยกกระบวนการพิจารณาสำหรับการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ); *N.J. Stat. Ann. 2A:15-5.13* (West 2000) (จำเลยอาจร้องขอให้แยกกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษได้); *N.C. Gen. Stat. 1D-30* (2000) (จำเลยอาจร้องขอให้แยกกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษได้); *N.D. Cent. Code 32-03.2-11* (1999) (คู่ความอาจร้องขอให้แยกกระบวนการพิจารณาของค่าเสียหายเชิงลงโทษได้); *Ohio Rev. Code Ann. 2315.21* (West 2001) (คู่ความอาจร้องขอให้แยกกระบวนการพิจารณาของค่าเสียหายเชิงลงโทษได้); *Okla. Stat. Ann. tit. 23, 9.1* (West 2001) (แยกกระบวนการพิจารณาในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ); *40 Pa. Cons. Stat. Ann. 1301.812-A(e)* (West 1999) (แยกกระบวนการพิจารณาในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ); *Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. 41.009* (Vernon 2001) (จำเลยอาจร้องขอเพื่อแยกกระบวนการพิจารณาการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้); *Utah Code Ann. 78-18-1(2)* (1996) (หลักฐานที่เป็นฐานะทางการเงินของจำเลยจะรับฟังได้หลังจากพบว่าจำเลยต้องรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้วเท่านั้น); see also Unif.

เรื่องการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยการร้องขอของกลุ่มความ เนื่องจากกลุ่มความกังวลว่าคณะลูกขุนอาจนำข้อมูลที่ปรากฏในคดีแต่เกี่ยวข้องกับประเด็นอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำฐานะทางการเงินของจำเลยมาเป็นข้อพิจารณาเพื่อวินิจฉัยว่าจำเลยควรรับผิดชอบในคดีหรือไม่ แท้จริงแล้วฐานะทางการเงินของจำเลยเป็นปัจจัยในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งเป็นประเด็นที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากคณะลูกขุนพบว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในคดี

จ) ค่าเสียหายเชิงลงโทษบางส่วนตกแก่รัฐ (Split-Recovery Status)

ในมุมมองของโจทก์ถือว่า โจทก์ได้รับโชคลาภอย่างมหาศาล (windfall) ซึ่งคล้ายคลึงกับการถูกรางวัลสลากกินแบ่งหรือชนะเกมสล็อตเสี่ยงโชค (lottery or jackpot) มีผลให้โจทก์ร่ำรวยได้ในช่วงข้ามคืน ปัญหาจึงเกิดขึ้นเพราะถ้าโจทก์ถูกละเมิดโดยบริษัทที่มีฐานะทางการเงิน โจทก์จะมีแรงจูงใจสูงมากในการฟ้องคดีเพราะผลแห่งคดีอาจทำให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนที่คาดไม่ถึงก็เป็นได้ ดังนั้น มลรัฐหลายแห่งจึงออกกฎหมายเพื่อให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษบางส่วนตกแก่รัฐ²⁴³

Model Punitive Damages Act 11 (อนุญาตให้มีการแยกกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษได้).

²⁴³ ตัวอย่างเช่น *Alaska Stat. 09.17.020(j)* (Michie 1997) (ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษครึ่งหนึ่งตกแก่กองทุนของมลรัฐ); *Ga. Code Ann. 51-12-5(e)(2)* (2000) (ในคดีความรับผิดชอบอันเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ ให้ 3 ใน 4 ของจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษไปหักต้นทุนและค่าธรรมเนียมในคดี แล้วโอนให้แก่สำนักงานการคลังและบริการทางการเงิน); 735 Ill. Comp. Stat. Ann. 2-1207 (West 1992) (ศาลอาจแบ่งค่าเสียหายเชิงลงโทษระหว่างโจทก์ ทนายความของโจทก์ และแผนบริการบุคคลของมลรัฐได้); *Ind. Code Ann. 34-51-3-6* (West 1999) (นำ 3 ใน 4 ของค่าเสียหายเชิงลงโทษตกแก่กองทุนทดแทนเหยื่อจากการกระทำความผิดที่รุนแรง); *Iowa Code Ann. 668A.1(2)* (West 1998) (ให้ 3 ใน 4 ของค่าเสียหายเชิงลงโทษตกแก่กองทุนซ่อมแซมเอกชน); *Mo. Rev. Stat. 537.675* (1997) (นำค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนครึ่งหนึ่งตกแก่กองทุนชดเชยผู้เสียหายในคดีละเมิด); *Or. Rev. Stat. Ann. 18.540* (1999) (ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษร้อยละ 60 ตกแก่บัญชีชดเชยผู้เสียหายในคดีอาญา); 73 *Pa. Cons. Stat. 2105(3)* (2001) (ศาลมีดุลพินิจเลือกองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการกุศลหรือการศึกษาวิจิตรศิลป์); *Utah Code Ann. 78-18-1(3)* (2000) (นำค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนครึ่งหนึ่งของส่วนที่เกินกว่า 20,000 เหรียญ

กฎหมายเช่นนี้มีเจตนารมณ์นำศาลลอยที่โจทก์ได้รับบางส่วนออกโดยไม่ลดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่จำเลยรับผิดชอบ ทั้งนี้เพื่อให้หน้าที่ของค่าเสียหายเชิงลงโทษในการป้องปรามและลงโทษจำเลยยังคงมีประสิทธิภาพ²⁴⁴ ถ้าโจทก์ได้รับค่าเสียหายที่แท้จริงเต็มอัตราแล้ว โจทก์ก็ไม่ควรได้รับส่วนที่เพิ่มขึ้นมานอกเหนือจากค่าเสียหายที่แท้จริง จึงเห็นค่าเสียหายเชิงลงโทษเหมือนกับโทษปรับที่จำเลยต้องจ่ายให้แก่รัฐ²⁴⁵

อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้เสียหายมีโอกาสได้รับค่าเสียหายที่เกินกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงก็อาจทำให้แรงจูงใจของโจทก์ในการฟ้องคดีลดลงไปด้วย²⁴⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่ผู้ละเมิดมีโอกาสสูงมากที่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้ ก็ยิ่งทำให้โจทก์ไม่คุ้มต้นทุนที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าจ้างทนายความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าจ้างทนายความที่ได้รับเงินตามอัตราส่วนของผลแห่งคดี (contingency fee) เนื่องจากทนายความประเภทนี้ไม่ต้องการทำคดีที่ได้รับค่าจ้างน้อยก็เป็นได้ ต้นทุนของโจทก์ก็ยิ่งเพิ่มมากขึ้นเพราะต้องใช้เวลามากขึ้นในการค้นหาทนายความที่สนใจทำคดีที่มีค่าจ้างน้อย เหตุเพราะว่า ซึ่งแท้จริงแล้ว ในคดีที่มีความเสี่ยงสูงมาก ค่าเสียหายก็ควรจะมีจำนวนสูงมากขึ้นตามไปด้วย

ฉ) ให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแทน (Judge-determined Punitive Damages)

เนื่องจากมีความเห็นโต้แย้งว่า ผู้พิพากษาลำเอียงน้อยกว่าลูกขุนและมีความสามารถสูงกว่าเกิดจากทั้งการอบรมและประสบการณ์ด้านนี้โดยเฉพาะ ผู้พิพากษาความเหมาะสมกว่าในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ผู้พิพากษาเคยให้ความเห็นไว้ว่า คงมีโอกาสคาดหวังให้คณะลูกขุนตีความกฎหมายเช่นเดียวกับตัวผู้พิพากษา เพราะผู้พิพากษาทำงานภายใต้ระเบียบวินัยในองค์กรที่จัดลำดับชั้นตาม

สหรัฐไปหักลบด้วยค่าธรรมเนียมและต้นทุนแล้วให้ตกแก่กองทุนทั่วไปของมลรัฐ). But see *Ala. Code 6-11-21(1)* (1999) (มิให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษตกแก่รัฐ).

²⁴⁴ Mitchell Polinsky and Steven Shavell, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 90 หน้า 921.

²⁴⁵ *Smith v. Wade*, 461 U.S. 30, 59 (1982) (Rehnquist, J., dissenting).

²⁴⁶ Dede W. Welles, Charitable Punishment: A Proposal to Award Punitive Damages to Nonprofit Organizations, 9 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 203, 204-05 (1998).

อาวุธซึ่งสนับสนุนการบังคับและปรับใช้กฎหมายที่เป็นแบบแผนเดียวกัน²⁴⁷ มลรัฐบางแห่งจึงให้อำนาจให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแทนที่จะเป็นคณะลูกขุน²⁴⁸ หน้าที่ของคณะลูกขุนคือ การตัดสินว่าจำเลยต้องรับผิดชอบและต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายแท้จริงจำนวนเท่าไร แต่สำหรับค่าเสียหายเชิงลงโทษ คณะลูกขุนจะมีหน้าที่เพียงตัดสินว่า จำเลยต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ผู้พิพากษาจะมีหน้าที่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแทน

ข) ให้คำแนะนำลูกขุนเกี่ยวกับวิธีการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Jury Instructions)

โดยปกติ คณะลูกขุนมีดุลพินิจตัดสินให้จำเลยรับผิดชอบต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งรวมถึงการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมด้วย แต่ผู้พิพากษาก็มีอำนาจให้คำแนะนำแก่คณะลูกขุนเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมได้ แต่ทว่า วิธีการควบคุมเช่นนี้มีประโยชน์ต่อการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น²⁴⁹ ตัวอย่างของคำแนะนำเช่น

“ถ้าคุณพบว่าการกระทำของจำเลยเป็นไปโดยจงใจโดยมุ่งร้าย และมีความสัมพันธ์กับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ คุณอาจกำหนดค่าเสียหายที่เกินไปกว่าค่าเสียหายอื่นที่จำเลยต้องรับผิดชอบเพื่อลงโทษจำเลยและป้องปรามจำเลยและผู้อื่นจากการกระทำความผิดแบบเดียวกันหากคุณเชื่อว่าความยุติธรรมและ ประโยชน์สาธารณะมีความจำเป็น”²⁵⁰

²⁴⁷ *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 596 (1996) (Breyer, J., concurring).

²⁴⁸ ตัวอย่างเช่น *Conn. Gen. Stat. Ann.*, 52-240b (West 1991) (ศาลมีอำนาจกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ); 15 *U.S.C.* 2805(d)(2) (1994) (ศาลมีอำนาจกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ); Model Uniform Products Liability Act 120(B).

²⁴⁹ Jennifer K. Robbennol, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 95 หน้า 185.

²⁵⁰ Instructions Given to Jury: In the United States District Court For the Northern District of Illinois Eastern Division, at www.ilnd.uscourts.gov/Judge/KENNELLY/mfk_04c6906.pdf (last visited March 11, 2010) (“If you find that the [defendant]’s conduct was willful and wanton and proximately caused injury to the [plaintiff] and if you believe that justice and the public good require it, you may, in addition to any other damages to which you find the [plaintiff] entitled, award an amount which will serve to punish the [defendant] and to deter the [defendant] and others from similar conduct.”)

คำแนะนำข้างต้นถูกพบได้เป็นปกติ แต่มีผู้ให้ความเห็นว่า คำแนะนำดังกล่าวคลุมเครือมากและไม่อาจเป็นแนวทางที่เพียงพอแก่การตัดสินใจของคณะลูกขุนที่ไม่มีความรู้ทางกฎหมาย คณะลูกขุนก็ไม่สามารถทราบได้ว่าค่าเสียหายเท่าใดที่จะเหมาะสมแก่การลงโทษจำเลย และยังพบอุปสรรคในการคำนวณเนื่องจากการเปลี่ยนอารมณ์โกรธแค้นอย่างรุนแรงเป็นจำนวนเงิน²⁵¹ จึงมีมีลรัฐบางแห่งออกกฎหมายสร้างมาตรฐานสำหรับคำแนะนำของลูกขุนในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ดังเช่น ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีการให้คำแนะนำที่ประกอบไปด้วยความหมายของคำศัพท์กฎหมายรวมถึงปัจจัยที่ลูกขุนสามารถนำไปใช้พิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้²⁵² ใน Model Punitive Damages Act รวมรายการของปัจจัยที่อาจนำไปใช้พิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ด้วย²⁵³ ใดๆก็

²⁵¹ Jennifer K. Robbennol, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 95 185-56.

²⁵² นอกจากการให้คำสั่งและความหมายของศัพท์ทางกฎหมายและยังให้ปัจจัยสามประการ ดังต่อไปนี้
“...In arriving at any award of punitive damages, you are to consider the following:

- (1) The reprehensibility of the conduct of the defendant.
- (2) The amount of punitive damages which will have a deterrent effect on the defendant in the light of defendant's financial condition.
- (3) That the punitive damages must bear a reasonable relation to the injury, harm, or damage actually suffered by the plaintiff”, California Jury Instructions - Civil 14.71 (8th ed. 1994); see also *Cal. Civ. Code 3294* (West 1997).

²⁵³ Section 7 of the Model Punitive Damages Act reads, in relevant part:

(a) If a defendant is found liable for punitive damages, a fair and reasonable amount of damages may be awarded The court shall instruct the jury in determining what constitutes a fair and reasonable amount of punitive damages to consider any evidence that has been admitted regarding the following factors:

- (1) the nature of defendant's wrongful conduct and its effect on the claimant and others;
- (2) the amount of compensatory damages;
- (3) any profit or gain, obtained by the defendant through the wrongful conduct, in excess of that likely to be divested by this and any other actions against the defendant for compensatory damages or restitution;

ตาม แต่ยังไม่มีความชัดเจนว่ากฎหมายที่สร้างมาตรฐานค่าเสียหายของลูกขุนจะมีอิทธิพลต่อจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดโดยคณะลูกขุนเท่าใด

3.1.2.3 หลักฐานเชิงประจักษ์กับความพยายามปฏิรูปกฎหมายละเมิด

ความพยายามในการปฏิรูปกฎหมายละเมิดไม่สอดคล้องกับหลักฐานเชิงประจักษ์ที่สนับสนุนว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษยังอยู่ในความควบคุมได้ ในปัจจุบันมีงานวิจัยเชิงประจักษ์จำนวนหนึ่งที่ศึกษารูปแบบโดยรวมของค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยเก็บจากกลุ่มคดีจำนวนมากในหลายมลรัฐ มีข้อสรุปว่าแม้คดีสัญญาและคดีละเมิดแต่ละประเภท เช่น อุบัติเหตุทางรถยนต์ วิชาชีพ หรือละเมิดโดยจงใจ จะมีค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แตกต่างกัน แต่ในภาพรวมแล้ว ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ได้ถูกกำหนดบ่อยครั้งอย่างที่สื่อและประชาชนเข้าใจ และแม้จะมีคดีบางคดีที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงมากแต่ก็มีเพียงไม่กี่คดีเท่านั้น

(4) the defendant's present and future financial condition and the effect of an award on each condition;

(5) any fines, penalties, damages, or restitution paid or to be paid by the defendant arising from the wrongful conduct;

(6) any adverse effect of the award on innocent persons; any remedial measures taken or not taken by the defendant since the wrongful conduct;

(7) compliance or noncompliance with any applicable standard promulgated by a governmental or other generally recognized agency or organization whose function it is to establish standards; and

(8) any other aggravating or mitigating factors relevant to the amount of the award.,

Unif. Model Punitive Damages Act 7 (1996), available at

<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/mpda/MPDAFNAL.htm> (last visited Dec. 6, 2001).

ตารางที่ 3.2 ตารางเปรียบเทียบการพิจารณาคดีระหว่างผู้พิพากษา กับ คณะลูกขุน ในคดีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษของศาลระดับมลรัฐ โดยใช้ข้อมูลจากหน่วยปกครองย่อย (counties) 75 แห่งในปี 2001

	คณะลูกขุน	ผู้พิพากษา ²⁵⁴
จำนวนคดีที่โจทก์ชนะ	4,617	1,794
ร้อยละของคดีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ	5.7%	4.4%
ค่ามัธยฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษ	\$50,000	\$46,000
ร้อยละของคดีที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่ากับหรือสูงกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ	13.9%	2.3%

แหล่งที่มา : Punitive Damage Awards in Large Counties, 2001

ตารางที่ 3.2 แสดงว่า

(1) โจทก์ผู้ชนะในคดีแพ่งในปี 2001 และได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษพบในคดีที่ตัดสินโดยคณะลูกขุนร้อยละ 5.7 และพบในคดีที่ผู้พิพากษาเป็นผู้ตัดสินร้อยละ 4.4

(2) ค่ามัธยฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ให้แก่โจทก์ผู้ชนะคดีนั้น ไม่ได้มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญระหว่างคดีที่ถูกตัดสินโดยคณะลูกขุน (50,000 เหรียญสหรัฐ) หรือผู้พิพากษา (46,000 เหรียญสหรัฐ)

(3) คดีที่โจทก์ชนะและได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดโดยคณะลูกขุนจำนวน 260 คดี มีเพียงร้อยละ 14 จากจำนวน 260 คดีนี้เท่านั้นที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงถึง 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐหรือเกินกว่านั้น ในขณะที่คดีที่ถูกตัดสินโดยผู้พิพากษาจำนวน 79 คดีจะได้รับค่าเสียหายเท่ากับหรือมากกว่า 1 ล้านดอลลาร์เพียงร้อยละ 2 เท่านั้น

3.1.2.4 หลักสุภนติกระบวนการ (Due Process Clause)

ในอดีตมีคำพิพากษาของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาจำนวนไม่ต่ำกว่า 7 คดีที่กลับค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้เหตุผลทางรัฐธรรมนูญ²⁵⁵ การใช้หลักสุภนติกระบวนการภายใต้อำนาจของ the Fourteenth

²⁵⁴ Bench trial คือ การพิจารณาคดีที่ไม่มีคณะลูกขุนนั่งพิจารณา แต่เป็นผู้พิพากษาแทน.

Amendment²⁵⁶ จึงกลายเป็น ปทัณฐาน ของศาลในการทดสอบความถูกต้องของขั้นตอนการกำหนดค่าเสียหายเพื่อให้ได้จำนวนที่เหมาะสมที่สุด²⁵⁷ และอิทธิพลบางส่วนมาจากการที่ทางรัฐบาลกลาง

²⁵⁵ ตัวอย่างเช่น *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 123 S. Ct. 1513 (2003); *Cooper Indus., Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001); *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994); *TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp.*, 509 U.S. 443 (1993); *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991); *Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989).

²⁵⁶ U.S. Const. amend. XIV, § 1 (“Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law...”); see also *Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327, 331 (1986) (quoting U.S. Const. amend. XIV, § 1); มาตรการนี้ได้แบ่งออกเป็นสองส่วนใหญ่ๆ เพื่อปกป้องสิทธิของประชาชน ได้แก่ หลักศุนนิตีกระบวนการวิธีสบัญญัติและสารบัญญัติ

1. หลักศุนนิตีกระบวนการวิธีสบัญญัติ (procedural due process) เกี่ยวข้องกับขั้นตอนหรือวิธีการที่ถูกต้อง เช่น การบอกกล่าวหรือการพิจารณาอย่างเป็นธรรมก่อนที่รัฐบาลจะจำกัดเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน ประเด็นที่ค่าเสียหายเชิงลงโทษถูกพิจารณาบ่อยมักจะเกี่ยวกับจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงเกินไปว่าจำเป็นก็ควรจะได้รับการบอกกล่าวอย่างเป็นธรรมก่อนว่าอาจถูกกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงมากได้ ส่วนขั้นตอนการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ อันได้แก่ คำแนะนำที่ให้กับลูกขุน หรือกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้พิพากษาลดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ก็เคยเป็นประเด็นสำคัญที่พิจารณามาแล้ว;

2. หลักศุนนิตีกระบวนการสารบัญญัติ (substantive due process) เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองมิให้รัฐบาลจำกัดสิทธิในเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชนไม่ว่ารัฐบาลจะดำเนินการอย่างเป็นทางการหรือไม่ หลักการพื้นฐานคือ เป็นความคุ้มครองการใช้อำนาจของรัฐบาลและยังเป็นการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์มิให้รัฐบาลมาก้าวล้านตนเอง ในประเด็นของค่าเสียหายเชิงลงโทษคือ จำเลยมักจะกล่าวอ้างว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงเกินไปหรือความแตกต่างอย่างมากระหว่างค่าเสียหายแท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษมีผลเสมือนกับเป็นการยึดทรัพย์สินไปโดยปราศจากหลักศุนนิตีกระบวนการและยังอยู่นอกเหนือขอบเขตของการลงโทษด้วยภายใต้หลักศุนนิตีกระบวนการด้วย

²⁵⁷ Cass R. Sunstein et al., *Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 *Yale L.J.* 2071, 2087 (1998) (“Hence a majority of recent Justices ... have argued that the

ต้องการสอดคล้องดูแลการตัดสินใจของศาลประจำมลรัฐมากขึ้นซึ่งเกิดภายหลังการบังคับใช้ของ the Fourteenth Amendment ไม่นานนัก²⁵⁸

ก) การปรับใช้หลักสุทธินิกระบวนกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ

มีคดีสำคัญ 2 คดีที่มีการบังคับใช้ข้อจำกัดของสุทธินิกระบวนมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายแท้จริง และตัดสินใจให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนสูงมากจนขัดกับรัฐธรรมนูญ²⁵⁹ แม้ศาลไม่ประสงค์จะกำหนดอัตราส่วนตายตัวระหว่างค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ก็ได้กล่าวว่า ศาลต้องให้ความมั่นใจได้ว่าค่าเสียหายมีความสมเหตุสมผลและเป็นอัตราส่วนที่เหมาะสมระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นและค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับตามปกติ²⁶⁰ แม้ว่าจะมีบางกรณีที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ไม่เป็นอัตราส่วนกับค่าเสียหายแท้จริง แต่ตามปกติก็ต้องมีความสัมพันธ์เป็นอัตราส่วนที่เหมาะสมด้วย²⁶¹

ในคดี BMW, Cooper และ State Farm ที่ถือได้ว่าเป็นคำตัดสินสำคัญ (landmark federal decisions) ศาลฎีกาเริ่มแสดงความกังวลถึงข้อจำกัดทางด้านรัฐธรรมนูญ (constitutional constraints) ของค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงเกินไปจะขัดกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แต่ทว่า ศาลก็มิได้กำหนดข้อจำกัดอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมเพื่อลดค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่าง

Due Process Clause requires constraints on jury discretion that will provide fair notice to potential defendants and limit the role of arbitrary or irrelevant factors.").

²⁵⁸ กรุณาดู Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1877).

²⁵⁹ State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 421 (2003); BMW v. Gore, 517 U.S. 559, 586 (1996).

²⁶⁰ State Farm Mutual Automobile Inc. Co. v. Campbell, อ้างแล้วข้างบนหน้า 426.

²⁶¹ State Farm Mutual Automobile Inc. Co. v. Campbell, อ้างแล้วข้างบนหน้า 425.

แท้จริง²⁶² ในคดี Kelco²⁶³ ศาลฎีกาพิจารณาค่าปรับที่สูงเกินไปของ Eighth Amendment ว่าไม่สามารถนำไปจำกัดการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีแพ่งได้²⁶⁴

ในปี 1991 ศาลฎีกาได้กล่าวเป็นครั้งแรกถึงการนำหลักศุนนิตีกระบวนมาปรับใช้เพื่อจำกัดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ²⁶⁵ ในคดี Haslip²⁶⁶ ศาลได้พยายามพิจารณาปรับใช้หลักศุนนิตีกระบวนเพื่อให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่มีผลตามรัฐธรรมนูญ²⁶⁷ ศาลยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า คุณพินิจอย่างไรขีดจำกัดของคณะลูกขุนในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจจะทำให้เกิดผลที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ²⁶⁸ สุดท้ายแล้ว ศาลยอมรับว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีความสัมพันธ์กับค่าเสียหายแท้จริง แต่ศาลก็มิได้กำหนดอัตราส่วนอย่างชัดเจนเพื่อให้ศาลในคดีอื่นๆ ได้ใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาต่อไป²⁶⁹ การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงถึง 4 เท่า อาจขัดกับรัฐธรรมนูญแต่ก็ยังมีได้ถือว่าขัดกับรัฐธรรมนูญเสียทีเดียว²⁷⁰

²⁶² Joseph J. Chambers, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 163 หน้า 201.

²⁶³ Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989).

²⁶⁴ Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc v. Kelco Disposal, Inc., อ้างแล้วข้างบน หน้า 263-64 (“does not constrain an award of [punitive] damages in a civil suit.”).

²⁶⁵ Theodore Olson, et al., Constitutional Challenges to Punitive Damages After BMW v. Gore 4 (George C. Landrith ed., 1998).

²⁶⁶ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991)

²⁶⁷ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, อ้างแล้วข้างบน หน้า 18 (“Whether the Due Process Clause rendered the punitive damages award in [Haslip] constitutionally unacceptable”).

²⁶⁸ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, อ้างแล้วข้างบน (“unlimited jury discretion ... in the fixing of punitive damages award may invite extreme results that jar one’s constitutional sensibilities.”).

²⁶⁹ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, อ้างแล้วข้างบน หน้า 22-24.

²⁷⁰ Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, อ้างแล้วข้างบน หน้า 23-24 (“may be close to the line ... [but] does not cross the line into the area of constitutional impropriety.”).

ในคดี TXO²⁷¹ ศาลพิพากษาว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงสูงมากไม่ขัดต่อหลักสุกนิตีกระบวน แต่ก็ได้กล่าวอีกครั้งหนึ่งว่า ความสมเหตุสมผล (reasonableness in mind) เป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเกินไปหรือไม่ ซึ่งอาจทำให้ขัดกับหลักสุกนิตีกระบวนสารบัญญัติ²⁷² คำพิพากษาปรากฏว่าศาลตัดสินยืนตามคำพิพากษาของศาลล่างที่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เป็นอัตราส่วนกับค่าเสียหายแท้จริง ถึง 526 เท่าเพราะจำเลยกระทำโดยมุ่งร้ายและถือโกง²⁷³ แม้ว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษจะดูเป็นจำนวนเงินที่สูงมาก แต่เมื่อพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องกับเงินจำนวนกว่า 1,000,000 เหรียญสหรัฐ เจตนาทุจริตของจำเลยในการใช้แผนการ โกงเงินต่อประชาชนในวงกว้างประกอบกับฐานะทางการเงินของจำเลย ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดจึงไม่อยู่เหนือขอบอำนาจที่มตรัฐอนุญาต

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาในคดีให้ความเห็นไว้ว่า ในคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของบุคคลอื่น (vicarious liability) ประมาทเลินเล่อหรือความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดอาจทำให้เกิดปัญหายุ่งยากกว่านี้²⁷⁴

ส่วนในประเด็นของหลักสุกนิตีกระบวนทางวิธีบัญญัติ (procedural due process) จำเลยอ้างว่าการที่ไม่ได้รับหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าว่าคณะลูกขุนมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงมากเป็นการขัดหลักสุกนิตีกระบวน แต่ศาลฎีกากล่าวว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ขัดกับหลักนี้เพราะกฎหมายละเมิดระบุไว้ชัดเจนแล้วว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจถูกกำหนดเพื่อตอบโต้การทำละเมิดอย่างร้ายแรงได้ ยิ่งไปกว่านั้น จำเลยยังได้กล่าวอ้างอีกว่า คณะลูกขุนไม่ควรจะได้รับคำแนะนำจากศาลให้นำฐานะทางการเงินของจำเลยมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่ศาลก็ได้ปฏิเสธคำกล่าวอ้างนี้ และอ้างถึงคำวินิจฉัยในคดี Pacific Mutual ว่าศาลในคดีนั้นก็ไม่ได้ให้คำแนะนำคณะลูกขุนเพื่อนำฐานะทางการเงินของจำเลยมาพิจารณาได้

ในคดี Honda²⁷⁵ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กฎหมายของมลรัฐ โอเรกอน (Oregon) ที่ปฏิเสธมิให้ผู้พิพากษามีอำนาจลดหรือมิให้บังคับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดโดยคณะลูกขุน ขัดกับหลักสุก

²⁷¹ TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (1993).

²⁷² TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., อ้างแล้วข้างบน หน้า 453, 458.

²⁷³ TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., อ้างแล้วข้างบน หน้า 453, 462.

²⁷⁴ TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., อ้างแล้วข้างบน หน้า 469.

²⁷⁵ Honda Motor Co. v. Oberg, 512 U.S. 445 (1994).

นิติกระบวนการวิธีสบัญญัติ²⁷⁶ ศาลยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า อำนาจของศาลที่จะทบทวนการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษของคณะลูกขุนเป็นเครื่องมือคุ้มครองจำเลยต่อค่าเสียหายที่สูงเกินควร²⁷⁷ แต่ในประเด็นของหลักศุนิติกกระบวนการสบัญญัติ ศาลก็ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญมีบทบาทในการจำกัดขนาดของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ต่อมา ในคดี BMW²⁷⁸ ศาลฎีกาพิพากษาด้วยคะแนนเสียง 5-4 ว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีขัดกับหลักศุนิติกกระบวนการ²⁷⁹ ศาลยังได้แนะนำแนวทางสำหรับการพิจารณาว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญจะยอมรับได้ (constitutionally excessive) หรือไม่ ภายหลังจากแนวทางนี้ได้กลายเป็นเสมือนป้ายชี้ทาง (guidepost) ในคดีต่อๆ ไป

1. ระดับของการกระทำที่สมควรถูกลงโทษ (Degree of reprehensibility of the defendant's conduct)
2. อัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและความเสียหายที่แท้จริง (Ratio between plaintiff's actual loss and punitive damages award)
3. มาตรการทั้งทางแพ่งและทางอาญาอื่นที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิดอย่างเดียวกัน (Other civil or criminal sanctions available for comparable misconduct)²⁸⁰

หลังจากศาลปรับใช้แนวทาง 3 ประการนี้ต่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ศาลวินิจฉัยเพิกถอนค่าเสียหายเชิงลงโทษ และส่งคดีกลับไปศาลฎีกาแห่งมลรัฐอลาบามาเพื่อตัดสินใหม่²⁸¹

ในคดี Cooper²⁸² ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกายืนยันว่าหลักศุนิติกกระบวนการจำกัดการลงโทษที่สูงมากเกินไปแก่ผู้ทาละเมิดได้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยทำอุปกรณ์การโฆษณาโดยใช้รูปภาพดัดแปลง

²⁷⁶ Honda Motor Co. v. Oberg, อ้างแล้วข้างบน หน้า 434-35.

²⁷⁷ Honda Motor Co. v. Oberg, อ้างแล้วข้างบน หน้า 421 (“judicial review of the size of punitive damages awards has been a safeguard against excessive verdicts for as long as punitive damages have been awarded.”).

²⁷⁸ BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

²⁷⁹ BMW of North America, Inc. v. Gore, อ้างแล้วข้างบน หน้า 574-75.

²⁸⁰ BMW of North America, Inc. v. Gore, อ้างแล้วข้างบน หน้า 575-85.

²⁸¹ BMW of North America, Inc. v. Gore, อ้างแล้วข้างบน หน้า 585-86.

²⁸² Cooper Industries, Inc. V. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001).

ซึ่งโจทก์เป็นเจ้าของเพื่อวัตถุประสงค์ในการโฆษณาผลิตภัณฑ์ที่คล้ายกัน คณะลูกขุนพบว่าจำเลยทำละเมิดในความผิดส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ (trade dress infringement) และการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม (unfair competition) คณะลูกขุนจึงกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินจำนวน 50,000 เหรียญสหรัฐ คณะลูกขุนยังพบอีกว่า จำเลยกระทำโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของโจทก์ (conscious indifference) จึงกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวนสูงถึง 4.5 ล้านดอลลาร์ ศาลอุทธรณ์ยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ไม่สูงเกินส่วน โดยอ้างถึงหลักกฎหมายที่ปรากฏในคดี *BMW of North America, Inc. v. Gore*²⁸³

คดี *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*²⁸⁴ ก็เป็นคดีนำหลักการจากคดี *BMW* มาปรับใช้ และเสนอให้ศาลฎีกานำไปใช้เพื่อจำกัดบทบาทของการใช้ฐานะทางการเงินของจำเลยเพื่อพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษ ศาลฎีกาวินิจฉัยกลับคำพิพากษาของศาลฎีกาประจำมลรัฐยูทาห์ที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงถึง 145 ล้านดอลลาร์ โดยให้เหตุผลว่าขัดกับหลักศุภนิติกระบวน ศาลได้อธิบายไว้ชัดเจนถึงความสำคัญของการใช้แนวทางข้างต้น 3 ประการในการประเมินค่าเสียหายเชิงลงโทษว่าเกินสมควรหรือไม่ ศาลยังได้กล่าวถึงการให้ฐานะทางการเงินของจำเลยด้วยว่าอาจเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่จะถูกนำไปใช้ก็ต่อเมื่อค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงเกินไปอาจทำให้จำเลยล้มละลาย ศาลจึงต้องลดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เหมาะสม

ข้อเท็จจริง คือ *State Farm* จำเลยเป็นบริษัทประกอบกิจการรับประกันภัยให้กับนายแคมป์เบล เมื่อนายแคมป์เบลก่อให้เกิดอุบัติเหตุอย่างร้ายแรงบนทางหลวงในมลรัฐยูทาห์ทำให้ผู้ขับขี่รถยนต์ที่สวนทางมาทั้งเสียชีวิต และเป็นอัมพาต ในขณะที่นายแคมป์เบลไม่ได้รับอันตรายใดๆ ใดๆ ไรก็ตาม แม้ว่าพนักงานสืบสวนจะให้ความเห็นตรงกันว่าอุบัติเหตุเกิดจากการกระทำของนายแคมป์เบลอย่างแน่นอน แต่บริษัทจำเลยกลับไม่ยอมรับข้อเสนอประนีประนอมยอมความในวงเงินไม่เกิน 50,000 เหรียญสหรัฐและตัดสินใจปฏิเสธความรับผิดชอบ บริษัทจำเลยได้ให้ความมั่นใจแก่นายแคมป์เบลว่า จำเป็นต้องรับผิดชอบต่ออุบัติเหตุที่เกิดขึ้นและบริษัทเองจะทำหน้าที่แทนให้ในชั้นศาล แต่ปรากฏว่าคณะลูกขุนกลับกำหนดให้นายแคมป์เบลรับผิดชอบต่ออุบัติเหตุที่เกิดขึ้นทั้งหมด แต่บริษัทจำเลยกลับไม่ยอมจ่ายเงินในส่วนที่เกินจากวงเงินประกัน นายแคมป์เบลจึงได้อุทธรณ์คดีขึ้นสู่ศาลฎีกาประจำมลรัฐยูทาห์

²⁸³ 517 U.S. 559 (1996)

²⁸⁴ 123 S. Ct. 1513 (2003).

แต่ศาลพิพากษาขึ้นในค่าเสียหายจำนวน 186,849 เหรียญสหรัฐ นายแคมป์เบลจึงนำคดีขึ้นสู่ศาลฟ้องร้องบริษัทจำเลย โดยอ้างถึงเจตนาร้าย น้อ โกง และการจงใจทำให้เกิดความโศกเศร้าทางอารมณ์

ในชั้นพิจารณาคดี นายแคมป์เบลเสนอหลักฐานแสดงว่าการที่บริษัทจำเลยไม่ประนีประนอมยอมความนอกศาลเพื่อให้ผู้เสียหายฟ้องร้องผู้ทำละเมิดเองเป็นส่วนหนึ่งของกลยุทธ์ของบริษัทที่จะกำหนดเพดานขั้นสูงของการจ่ายค่าประกันต่อสิทธิเรียกร้องแต่ละรายการ และหลักฐานยังแสดงว่าบริษัทจำเลยยังได้กระทำการอันแสดงถึงการน้อ โกงอีกหลายประการ คณะลูกขุนในคดีนี้จึงพบว่าบริษัทจำเลยกระทำการโดยทุจริต มีเจตนาและความร้ายแรงเพียงพอที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ จึงกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริง 2.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐและค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวน 145 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แต่ศาลชั้นต้นพิจารณาบททวนลดค่าเสียหายที่แท้จริงลงเหลือ 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐและค่าเสียหายเชิงลงโทษเหลือ 25 ล้านดอลลาร์สหรัฐ คู่ความทั้งสองฝ่ายจึงนำเรื่องขึ้นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาประจำมลรัฐยูทาห์ แต่ศาลพิพากษาขึ้นให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนเท่าเดิม คือ 145 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ต่อมาคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งพิพากษาว่า ปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการพิจารณาว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษสมเหตุสมผลหรือไม่ คือการพิจารณาว่าการกระทำที่น่าถูกลงโทษ ศาลสรุปในประเด็นแรกว่า การลงโทษที่มากกว่าการลงโทษตามปกติเพียงเล็กน้อย ก็สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เช่นกัน ศาลจึงสรุปว่า การกระทำของจำเลยไม่เพียงพอนำมาซึ่งค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงถึง 145 ล้านดอลลาร์สหรัฐได้ มีข้อสังเกตว่า ศาลไม่ยอมรับฟังการกระทำของบริษัทจำเลยนอกเขตมลรัฐ เหตุเพราะว่าเป็นการก้าวเกินขอบอำนาจของหลักศุนิติกระบวนจึงพิจารณาเพียงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับนายแคมป์เบลที่ปรากฏในคดีเท่านั้น

ในประเด็นที่สอง ศาลปฏิเสธที่จะกำหนดอัตราส่วนที่ชัดเจนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายแท้จริง แต่ศาลก็ได้ย้ำว่า มาตรการการลงโทษต้องมีเหตุผลอันสมควรและมีอัตราส่วนสัมพันธ์กับความเสียหายที่เกิดขึ้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องมีพื้นฐานมาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของการกระทำของจำเลยและความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์ ดังนั้น มีค่าเสียหายในคดีไม่ก็คดีเท่านั้นที่มีอัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายแท้จริงที่เกินกว่า 1 เท่าแล้วจะสอดคล้องกับหลักศุนิติกระบวนได้ การใช้อัตราส่วนเป็นเลขหลักเดียวย่อมจะสอดคล้องตามหลักศุนิติกระบวนมากกว่าอัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงที่สูงถึง 500 เท่า ในขณะที่อัตราส่วนเป็นเลข 2 หลักอาจเหมาะสมกับการกระทำที่ควรถูกลงโทษอย่างมาก (highly reprehensible act) แม้ทำให้เกิดความเสียหายน้อย ในทางตรงกันข้าม ถ้าค่าเสียหายแท้จริงมีมาก อัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงที่น้อยลงอาจเป็นเพดานขั้นสูงของหลักประกันศุนิติกระบวนได้ ค่า

สินไหมทดแทนในคดีที่สูงถึง 1 ล้านเหรียญสหรัฐ เพื่อทดแทนแก่ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินและมีใช้ตัวเงิน ศาลเห็นว่า ค่าสินไหมทดแทนจำนวนดังกล่าวมีส่วนประกอบของการลงโทษอยู่ในตัวจึงไม่ควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอีก นอกจากนี้ ศาลยังปฏิเสธเหตุผลของศาลฎีกาแห่งมลรัฐยูทาห์ที่ใช้อัตรา การตรวจพบการทำความผิดที่ต่ำ (low delectability) และความมั่งคั่งของจำเลย ดังนั้น ศาลจึงกล่าวว่า ถ้าอัตราส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่าถึง 145 เท่า ก็อาจสันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเกินไป และการใช้ฐานะทางการเงินของจำเลยมาสนับสนุนก็ไม่ทำให้ค่าความเสียหายเชิงลงโทษถูกต้องขึ้นมาได้เนื่องจากทรัพย์สินของจำเลยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้น ศาลจึงพิพากษาลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลง

ประเด็นที่สามเกี่ยวเนื่องกับการเปรียบเทียบระหว่างบทลงโทษที่เกี่ยวข้อง โดยศาลนำความผิดฐานฉ้อโกงตามกฎหมายมลรัฐที่มีค่าปรับจำนวน 10,000 เหรียญสหรัฐมาเปรียบเทียบกับค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวน 145 ล้านเหรียญสหรัฐ ศาลฎีกาจึงได้ปฏิเสธแนวทางของศาลฎีกาประจำมลรัฐยูทาห์ที่อ้างถึงความเสียหายที่เกิดจากใบอนุญาตการประกอบธุรกิจ การลดลงของกำไร และโอกาสที่จะถูกจำคุก ด้วยเหตุว่าเป็นหลักฐานที่มาจากนอกมลรัฐและการกระทำที่ไม่มีความเกี่ยวเนื่องกัน หลังจากศาลได้วิเคราะห์ทั้งสามประเด็นแล้วศาลก็ได้กล่าวว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีค่าเท่ากับหรือใกล้เคียงกับค่าความเสียหายแท้จริงเป็นสิ่งที่ยอมรับได้

สรุปแล้ว ฐานะทางการเงินของจำเลยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเพิ่มขึ้นของค่าเสียหายเชิงลงโทษ แม้คำพิพากษาในคดีนี้อาจเหมือนกับว่าไม่ยอมรับการใช้ฐานะทางการเงินของจำเลยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่แท้จริงแล้วศาลอาจนำฐานะทางการเงินของจำเลยมาปรับใช้ได้ แต่ต้องนำมาปรับใช้เพื่อลดค่าเสียหายเท่านั้นภายใต้เงื่อนไขที่ว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงเกินไปอาจทำให้จำเลยล้มละลายได้²⁸⁵ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าหากว่าการกระทำของจำเลยควรได้รับการลงโทษ แต่ความยากจนของจำเลยอาจส่งผลให้การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนมากนั้นไม่มีประโยชน์ในการลงโทษและป้องปรามการกระทำความผิดในอนาคต

อย่างไรก็ตามในคดี Mathias²⁸⁶ ศาลกลับตีความว่าผลแห่งคดี State Farm ทำให้สามารถนำฐานะทางการเงินของจำเลยมาใช้เพื่อเพิ่มค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ในบางสถานการณ์ Seventh Circuit

²⁸⁵ Leila C. Orr, Making a Case For Wealth-Calibrated Punitive Damages, 37 Loy. L.A. L. Rev. 1739, 1758 (2004).

²⁸⁶ Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc., 347 F. 3d. 672 (7th Cir. 2003).

ยื่นตามคำพิพากษาศาลชั้นล่างให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ในคดีนี้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ใช้บริการของโรงแรมถูกกัดโดยแมลงที่อาศัยอยู่ในเตียงขณะพักอยู่ในโรงแรม ผู้พิพากษา Posner ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในเสียงข้างมากสรุปว่าฐานะทางการเงินของจำเลยเป็นข้อพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีที่จำเลยมีฐานะเพียงพอที่จะต่อสู้คดีได้อย่างก้าวร้าว ประกอบกับค่าเสียหายแท้จริงเป็นจำนวนเงินที่ต่ำ จำเลยที่ร่ำรวยสามารถทำให้การต่อสู้คดีเกิดต้นทุนสูงมากจนทำให้โจทก์ไม่สามารถหาทนายความที่ได้รับค่าจ้างจากส่วนแบ่งของเงินจากคำพิพากษาได้ (contingency fee basis) มาสู้คดีได้ ผู้พิพากษา Posner จึงเห็นว่าในสถานการณ์ดังกล่าวนี้อาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงที่มากกว่าเลขหลักเดียวได้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้เสียหายมีแรงจูงใจเพียงพอในการนำคดีขึ้นสู่ศาลนั่นเอง

ส่วนในประเด็นที่ว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษขัดกับหลักสุทธินิติกระบวนของจำเลยหรือไม่ จำเลยโต้แย้งว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรเป็นจำนวน 20,000 เหรียญสหรัฐเพื่อให้มีมูลค่าเป็นอัตราส่วนกับค่าเสียหายแท้จริง 4 เท่า ซึ่งเป็นไปตามหลักในคำพิพากษาคดี State Farm (ซึ่งกล่าวว่าย้อตราส่วนดังกล่าวยังไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญเสียทีเดียว) แต่ผู้พิพากษา Posner กลับไม่เห็นด้วยโดยอ้างว่า ศาลฎีกามีได้วางหลักดังกล่าวไว้ว่าต้องเป็น 4 เท่า และยังคงกล่าวอีกว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นสิ่งจำเป็นเพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงน้อย แต่ยากต่อการคำนวณเพราะเกี่ยวเนื่องความรู้สึกของผู้ถูกละเมิดด้วย หากศาลไม่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ จำเลยก็จะยังคงทำความผิดซ้ำแล้วซ้ำเล่าอยู่ตลอดไป แม้ว่าหลักสุทธินิติกระบวนจะจำกัดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยพิจารณาที่การกระทำของจำเลย ไม่ใช่ฐานะทางการเงิน แต่ในบางกรณีนั้น ฐานะทางการเงินของจำเลยก็มีส่วนเกี่ยวข้อง หากเป็นสถานการณ์ที่ได้กล่าวไปข้างต้น ดังนั้น มูลค่าทรัพย์สินสุทธิของจำเลยสูงถึง 1.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐยอมทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีไม่สูงเกินไป

คดี Exxon ผู้พิพากษาเสียงข้างมากลงความเห็น ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่อาจมีอัตราส่วนต่อค่าเสียหายที่แท้จริงเกินกว่า 1 เท่าได้ (ประมาณ 507.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) ซึ่งสะท้อนถึงเจตจำนงของศาลที่ต้องการกำจัดความไม่แน่นอนของจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ ในเมื่อกฎหมายพาณิชย์นาวีซึ่งเป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐไม่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษในกฎหมายฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาจึงได้ตัดสินตามรูปแบบของศาลในระบบจารีตประเพณี ศาลยังได้พิจารณาการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในระดับระหว่างประเทศและระดับมลรัฐที่มีในอดีต และพบว่ามีความคิดเห็นส่วนใหญ่เห็นสอดคล้องกันว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่มีขึ้นเพื่อลงโทษและป้องปรามการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหาย ดังนั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึง

ปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการเมินเฉยไม่แยแสต่อผู้อื่น หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือควรได้รับการดำเนินในระดับที่ใกล้เคียงกัน และยังสามารถปรับใช้ได้เมื่อการละเมิดถูกจับได้ยาก หรือค่าเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนต่ำเกินไปเนื่องจากแรงจูงใจในการฟ้องคดีมีน้อย²⁸⁷

ต่อมาศาลกล่าวว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในอดีตพบว่า อัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายแท้จริงมีค่าน้อยกว่า 1 เท่า ปัญหาที่แท้จริงเกิดจากความเป็นไปไม่ได้ในการคาดการณ์จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ ผู้พิพากษาส่วนใหญ่เห็นว่า บทลงโทษควรจะสามารรถคาดการณ์ได้อย่างสมเหตุสมผล แม้กระทั่งคนชั่วก็ควรคาดการณ์ได้ว่าการกระทำของตนทำให้ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่าไร ศาลยังได้พิจารณาวิธีการหลีกเลี่ยงค่าเสียหายที่สูงเกินไป เพื่อให้สามารถคาดการณ์ได้ง่ายขึ้น ดังนี้

(1) การให้คำแนะนำแก่ผู้พิพากษาและคณะลูกขุน

(2) กำหนดเพดานค่าเสียหายเชิงลงโทษ

(3) กำหนดอัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายแท้จริง หรือกำหนดเพดานขั้นสูงของอัตราส่วนดังกล่าว

ผู้พิพากษาในคดีจึงมีความเห็นว่า วิธีการพิจารณาข้อสุดท้ายเหมาะสมมากที่สุด นอกจากนี้ภายใต้กฎหมายพาณิชย์นั้น เมื่อการกระทำขาดความยั้งคิด (reckless) มีเจตนา (intentional) หรือประสงค์ร้าย (malicious) ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรมีจำนวนใกล้เคียงกับค่ามัธยฐาน (median) ของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายแท้จริง และเพื่อมิให้มีค่าเสียหายที่ยากแก่การคาดการณ์ ศาลได้พิจารณาให้อัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงเป็น 1 เท่าซึ่งเป็นข้อจำกัดขั้นสูงที่มีความเป็นธรรมสำหรับคดีทางทะเล²⁸⁸

มีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ในอนาคต ถ้าศาลกำหนดให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีอัตราส่วนสูงกว่า 1 ต่อ 1 จะทำให้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษขัดกับหลักสุกนิตีกระบวนทัศน์หรือไม่ แต่ศาลก็มีทางเลือกที่จะ

²⁸⁷ Report from Washington: The Supreme Court Limits Punitive Damages Award In The Exxon Valdez Case To 1:1 Ratio To Compensatory Damages, at www.simpsonthacher.com (last visited 27 October 2009).

²⁸⁸ Report from Washington, อ้างแล้วข้างบน หน้า 3.

ดำเนินรอยตามแนวคำพิพากษาในคดี State Farm ได้ ซึ่งมีความยืดหยุ่นมากกว่า แต่ถูกศาลการณ์ได้ยากกว่านั่นเอง²⁸⁹

ข) หลักฐานเชิงประจักษ์

ในคดีข้างต้นแสดงถึงความล้มเหลวของศาลที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีจำนวนสูงมาก²⁹⁰ ในอดีตมีการวิจารณ์ว่า คณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยไม่มีเหตุผลและขาดหลักการรองรับ แต่ทว่าหลักฐานเชิงประจักษ์หลายชิ้นค้นพบว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น ศาลมิได้ให้บ่อยนัก²⁹¹ และยังมีความสัมพันธ์อย่างเป็นเหตุเป็นผลกับค่าเสียหายแท้จริงด้วย

(1) Punitive Damage Awards in Large Counties 2001²⁹²

หลักฐานเชิงประจักษ์ชิ้นแรกที่สนับสนุนประเด็นดังกล่าวมาจากสถิติข้อมูลของเขตปกครองย่อย (counties) ที่ใหญ่ที่สุด 75 แห่งในประเทศสหรัฐอเมริกาในปี 2001 ให้ข้อมูลมีความสำคัญดังต่อไปนี้

จากตารางที่ 3.3 จะเห็นได้ว่า ในจำนวนคดีละเมิดที่โจทก์ชนะจำนวน 4,080 คดี มีเพียง 217 คดี หรือร้อยละ 5.3 ที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยอัตราส่วนสูงสุดของคดีที่โจทก์มีโอกาสได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษคือ คดีหมิ่นประมาทที่ร้อยละ 58 การละเมิดโดยจงใจที่ร้อยละ 36 และการคุมขังหรือจำคุกอย่างไม่ถูกต้องที่ร้อยละ 26

²⁸⁹ คดี State Farm ศาลให้ข้อจำกัดไว้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจมีอัตราส่วนแตกต่างกันได้ตามข้อเท็จจริงและสถานการณ์ ถ้าหากค่าสินไหมทดแทนมีจำนวนมากแล้ว ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีค่าเท่ากับค่าเสียหายแท้จริงก็ไม่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักศุภนิติกระบวน

²⁹⁰ กรุณาดู State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003); BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

²⁹¹ กรุณาดู Neil Vidmar & Mary R. Rose, Punitive Damages by Juries in Florida: In Terrorem and In Reality, 38 Harv. J. Legis. 487 (2001); Theodore Eisenberg et al., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 227 หน้า 745 .

²⁹² Bureau of Justice Statistics, Punitive Damage Awards in Large Counties 2001, available at <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=dcdetail&iid=242> (last visited March 11, 2010).

ตารางที่ 3.3 : แสดงจำนวนคดีในคดีละเมิดแต่ละประเภทที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ประเภทคดี	จำนวนคดี	โจทก์ผู้ชนะคดี		
		จำนวนคดี	คดีที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ	
			จำนวน	ร้อยละ
คดีละเมิด	7,948	4,080	217	5.3%
รถยนต์	4,235	2,581	54	2.1
ความบกพร่องของ สถานที่	1,268	520	8	1.5
ความรับผิดชอบใน ผลิตภัณฑ์	158	70	3	4.3
ละเมิดโดยจงใจ	375	214	78	36.4
ความประมาทในการ รักษาพยาบาล	1,156	307	15	4.9
ความรับผิดชอบทาง วิชาชีพ	102	51	7	13.7
หมิ่นประมาทและดู หมิ่น	95	40	23	57.5
สัตว์ทำร้าย	99	66	6	9.1
การเบียดบังทรัพย์สิน ของผู้อื่น	27	13	3	23.1
การจับกุมและจำคุก โดยไม่ถูกต้อง	45	19	5	26.3
อื่นๆหรือละเมิดที่ไม่ ทราบเหตุ	390	200	16	8.0

ตารางที่ 3.4 แสดงถึงค่ามัธยฐานและค่าสูงสุดของจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษพร้อมทั้งจำนวนคดีที่ศาลให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูง ซึ่งปรากฏว่าร้อยละ 50 ของคดีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษทางละเมิด โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่า 25,000 เหรียญสหรัฐ โดยมีค่าสูงสุดอยู่ที่ 100,000,000 เหรียญสหรัฐ แบ่งเป็นคดีเกี่ยวกับความรับผิดในผลิตภัณฑ์ให้ค่ามัธยฐานสูงสุดคือ 433,000 เหรียญสหรัฐ รองลงมาคือ ความผิดที่เกิดจากความประมาทในการรักษาพยาบาลที่ 187,000 เหรียญสหรัฐ และความรับผิดที่เกิดจากการเบียดบังทรัพย์สินของผู้อื่นที่ 100,000 เหรียญสหรัฐ ตามลำดับ

ตารางที่ 3.4 : แสดงค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลให้ในคดีแต่ละประเภท

ประเภทคดี	คดีแพ่งที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ				
	จำนวนคดี	จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ		จำนวนคดีที่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ	
		ค่ามัธยฐาน	ค่าสูงสุด	1 ล้านเหรียญสหรัฐหรือมากกว่า	10 ล้านเหรียญสหรัฐหรือมากกว่า
คดีละเมิด	217	\$25,000	\$100,000,000	23	5
รถยนต์	54	5,000	30,000,000	7	1
ความบกพร่องของสถานที่	8	33,000	160,000	-	-
ความรับผิดในผลิตภัณฑ์	3	433,000	500,000	-	-
ละเมิดโดยจงใจ	78	16,000	4,500,000	9	-
ความประมาทในการรักษาพยาบาล	15	187,000	75,000,000	2	2
ความรับผิดทางวิชาชีพ	7	1,000	40,000	-	-
หมิ่นประมาทและดูหมิ่น	23	77,000	700,000	-	-

สัตว์ทำร้าย	6	68,000	135,000	-	-
การเบียดบังทรัพย์สิน ของผู้อื่น	3	100,000	100,000	-	-
การจับกุมและจำคุก โดยไม่ถูกต้อง	5	8,000	100,000	-	-
อื่นๆหรือละเมิดที่ ไม่ทราบเหตุ	16	470,000	100,000,000	4	1

ตารางที่ 3.5 แสดงว่าคดีละเมิดจำนวนร้อยละ 40 ของคดีที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษจะถูกกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง และคดีละเมิดจำนวนร้อยละ 5.5 ของคดีที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ จะมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงมากกว่า 4 เท่าตัวซึ่งจะถูกพบในคดีละเมิดโดยจงใจ 17 คดี คดีละเมิดประเภทหมิ่นประมาทและดูหมิ่น 10 คดี และอุบัติเหตุทางถนน 7 คดี อย่างไรก็ตาม ค่ามัธยฐานของคดีทั้งสามประเภทกลับต่ำกว่า 40,000 เหรียญสหรัฐ

ตารางที่ 3.5 : แสดงความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ประเภทคดี	คดีแพ่งที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ				
	จำนวนคดีที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ	ค่ามัธยฐานของจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ		จำนวนคดีที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ	
		ค่าเสียหายที่แท้จริง	ค่าเสียหายเชิงลงโทษ	ค่าเสียหายเชิงลงโทษมากกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง	ค่าเสียหายเชิงลงโทษมากกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง 4 เท่า
คดีละเมิด	217	\$36,000	\$25,000	86	39
รถยนต์	54	26,000	5,000	13	7
ความบกพร่องของสถานที่	8	84,000	33,000	3	-

ความรับผิดชอบใน ผลิตภัณฑ์	3	16,562,000	433,000	-	-
ละเมิดโดยจงใจ	78	15,000	16,000	37	17
ความประมาทใน การรักษาพยาบาล	15	757,000	187,000	4	1
ความรับผิดชอบทาง วิชาชีพ	7	40,000	1,000	-	-
หมิ่นประมาท และดูหมิ่น	23	36,000	77,000	17	10
สัต์ว์ทำร้าย	6	183,000	68,000	-	-
การเบียดบัง ทรัพย์สินของผู้อื่น	3	93,000	100,000	3	-
การจับกุมและ จำคุกโดยไม่ ถูกต้อง	5	300	8,000	3	3
อื่นๆหรือละเมิดที่ ไม่ทราบเหตุ	16	171,000	470,000	7	1

(2) Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data²⁹³

ในปี 2006 มีงานวิจัยเชิงประจักษ์ชิ้นสำคัญที่น่าคิดจำนวนมากจากหลายมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาวิเคราะห์เพื่อหาความแตกต่างระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดโดยศาลกับที่

²⁹³ Heise, Michael, Eisenberg, Theodore, Wells, Martin T., Hannaford-Agor, Paula, LaFountain, Neil, Munsterman, G. Thomas and Ostrom, Brian, Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data, 3 Journal of Empirical Legal Studies, 263-95 (2006), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=912309> (last visited March 11, 2010).

ถูกกำหนดโดยคณะลูกขุน และความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายแท้จริง โดยใช้ฐานข้อมูลคดีของปี 1992 1996 และ 2001 ได้ข้อสรุปสำคัญ 3 ประการว่า

1. คณะลูกขุนและศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในอัตราที่เท่ากับค่าเสียหายแท้จริง
2. จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ได้สูงขึ้น
3. คณะลูกขุนและผู้พิพากษามีแนวโน้มที่จะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษแตกต่างกันในความเสียหายที่เกิดแก่ร่างกายและคดีที่ความเสียหายมิได้เกิดแก่ร่างกาย กล่าวคือ สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายต่อการเงิน คณะลูกขุนจะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราสูงกว่า ในทางตรงกันข้าม สำหรับคดีที่เกิดความเสียหายต่อร่างกาย ผู้พิพากษาที่นิ่งพิจารณาจะค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราสูงกว่า²⁹⁴

(3) Civil Bench and Jury Trials in State Courts, 2005²⁹⁵

ในปี 2005 คดีทางแพ่งทั่วไปที่โจทก์ชนะ(ทั้งคดีละเมิดและสัญญา)และได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษมีเพียงร้อยละ 5 จากคดีทั้งหมดเท่านั้น โดยจากตัวอย่างของจำนวนคดีละเมิดที่โจทก์ได้ร้องขอให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวน 822 คดี โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษเพียง 254 คดี (ร้อยละ 31) มีคดีที่ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษกว่า 250,000 เหรียญสหรัฐจำนวน 59 คดี (ร้อยละ 23 ของคดีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ) และมีคดีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษเกินกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จำนวน 43 คดี (ร้อยละ 17 ของคดีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ) และมีค่ามัธยฐานอยู่ที่ 55,000 เหรียญสหรัฐ สำหรับค่ามัธยฐานสูงสุดพบในคดีที่เกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับความประมาทในการรักษาพยาบาล

²⁹⁴ Heise, Michael, Eisenberg, Theodore, Wells, Martin T., Hannaford-Agor, Paula, LaFountain, Neil, Munsterman, G. Thomas and Ostrom, Brian, อ้างแล้วข้างบน.

²⁹⁵ Bureau of Justice Statistics, Civil Bench and Jury Trials in State Courts, 2005, at <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=554> (last visited March 11, 2010).

ตารางที่ 3.6 : แสดงคดีทางแพ่งประเภทต่างๆที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

โจทก์ผู้ชนะคดีที่ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีแพ่ง					
ประเภทคดี	จำนวนโจทก์ที่ขอ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ	ค่าเสียหายเชิงลงโทษ		จำนวนคดีที่มีค่าเสียหายเชิง ลงโทษ	
		จำนวน	ค่ามัธยฐาน	มากกว่า 250,000 เหรียญ สหรัฐ	มากกว่า 1 ล้านเหรียญสหรัฐ
คดีละเมิด	822	254	\$55,000	59	43
ความประมาทใน การรักษาพยาบาล	56	6	\$2,835,000	5	5
ละเมิดโดยจงใจ	141	126	81,000	13	4
ความบกพร่อง ของสถานที่	31	12	50,000	5	2
หมิ่นประมาท และดูหมิ่น	38	24	13,000	9	6
ยานพาหนะ	417	67	7,500	9	8
สัตว์ทำร้าย	23	0	/	/	/

ตามที่เคยได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ตั้งแต่ปี 1996 ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาพยายามที่จะทบทวนการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษว่ามีอัตราส่วนที่สูงเกินส่วนอย่างมากหรือไม่²⁹⁶ ต่อมาในปี 2003 ศาลก็ได้ให้ความเห็นอีกว่า มีคดีไม่กี่คดีที่ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายแท้จริงสูงกว่าเลขหนึ่งหลักที่อาจสอดคล้องกับหลักศุนษนิตีกระบวน

²⁹⁶ In *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996) ศาลฎีกาได้พิพากษาให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงถึง 500 เท่า นั้น สูงเกินส่วนอย่างมากและขัดกับรัฐธรรมนูญ.

ได้²⁹⁷ ความเห็นของศาลฎีกานี้จึงมีความสอดคล้องกับหลักฐานเชิงประจักษ์ซึ่งเห็นว่า ร้อยละ 37.4 ของคดีละเมิดที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริง และร้อยละ 8.3 ของคดีละเมิดเท่านั้นที่อัตราส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงมากกว่า 4 เท่า

ตารางที่ 3.7 : แสดงความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายที่แท้จริง

	คดีที่โจทก์ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ	ผลรวมของค่าเสียหาย(หลักพัน)			อัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริง		
		รวม	ค่าเสียหายเชิงลงโทษ	ค่าเสียหายที่แท้จริง	สูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง	สูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง อย่างน้อย 2 เท่า	สูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง อย่างน้อย 4 เท่า
คดีละเมิด	254	\$802,227	\$335,550	\$454,781	ร้อยละ 37.4	ร้อยละ 20.8	ร้อยละ 8.3

(4) Variability in Punitive Damages: An Empirical Assessment of the U.S. Supreme Court's Decision in Exxon Shipping Co. v. Baker²⁹⁸

ในคดี Exxon²⁹⁹ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาอ้างอิงถึงงานวิจัยที่ชื่อ Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data โดยเห็นว่าเป็นงานวิจัยเชิงประจักษ์(empirical studies) ที่สามารถลดคำวิจารณ์ที่มีต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เป็นอย่างดีและยังทำให้เกิดความมั่นใจได้อีกว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้ความควบคุม³⁰⁰ ศาลยังได้ตระหนักถึงความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายแท้จริงว่ามีความสำคัญเพียงพอที่จะขยายหลักศุนนิติกระบวนเพื่อจำกัดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ³⁰¹ อย่างไรก็ตาม

²⁹⁷ State Farm Automobile Insurance Company v. Campbell , 123 S.Ct. 1513 (2003).

²⁹⁸ Eisenberg, Theodore, Heise, Michael and Wells, Martin T., Variability in Punitive Damages: An Empirical Assessment of the U.S. Supreme Court's Decision in Exxon Shipping Co. v. Baker, Cornell Legal Studies Research Paper No. 09-011, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1392438> (last visited March 11, 2010).

²⁹⁹ Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S.Ct. 2606 (2008).

³⁰⁰ Exxon Shipping Co. v. Baker, อ้างแล้วข้างบน หน้า 2624.

³⁰¹ Exxon Shipping Co. v. Baker, อ้างแล้วข้างบน หน้า2625.

ตาม ศาลแสดงความกังวลถึงค่าเฉลี่ย(mean)และค่าการเบี่ยงเบนมาตรฐาน (standard deviation) ของ อัตราความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงที่มีค่าสูง แม้ว่าในคดีนี้จะ เกี่ยวข้องกับคดีทางทะเลแต่ผลแห่งคดีนี้ก็กลับขยายวงกว้างไปที่คดีประเภทอื่น ๆ ที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ ด้วย³⁰² ศาลได้กล่าวว่าอัตราส่วนของค่ามัธยฐาน (median ratio) ของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อ ค่าเสียหายแท้จริงมีค่าต่ำกว่า 1 (0.62:1) แต่อัตราส่วนของค่าเฉลี่ย (mean ratio) อยู่ที่ 2.90:1 และ ค่า เบี่ยงเบนมาตรฐานมีค่าที่ 13.81³⁰³

ต่อมา คณะผู้จัดทำงานวิจัยชุดเดียวกับที่ศาลอ้างอิงถึงออกมาวิจารณ์คำพิพากษาของศาลฎีกา ว่า ศาลตีความจากข้อมูลงานวิจัยไม่ถูกต้อง โดยให้เหตุผลว่างานวิจัยที่ศาลอ้างอิงมิได้สนับสนุนคำ พิพากษาของศาลที่ให้เพดานบนของอัตราความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหาย แท้จริงเป็น 1 ต่อ 1 เพราะเหตุว่าอัตราค่าเฉลี่ย(mean ratio)และค่าเบี่ยงเบนมาตรฐาน(standard deviation)ของคดีที่มีค่าเสียหายแท้จริงต่ำ จะมีค่าสูงกว่าค่าของคดีที่มีค่าเสียหายแท้จริงสูงอย่างเห็นได้ ชัด ดังนั้น คำพิพากษาของศาลจึงบกพร่องเพราะศาลมองข้ามความแตกต่างระหว่างคดีที่มีค่าเสียหาย แท้จริงสูงและต่ำ³⁰⁴ คณะผู้จัดทำงานวิจัยจึงเห็นว่า ศาลอ้างอิงถึงข้อสรุปของสถิติเกี่ยวกับค่าเฉลี่ยและค่า เบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายแท้จริง โดยที่ไม่ได้พิจารณาภาพรวม ของสถิติเลย³⁰⁵

³⁰² Hayduk v. City of Johnstown, 580 F.Supp.2d 429, 483 n.46 (W.D. Pa. 2008) (“Although Exxon is a maritime law case, it is clear that the Supreme Court intends that its holding have a much broader application”).

³⁰³ Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S.Ct. 2606, 2625 (2008).

³⁰⁴ Theodore Eisenberg, Michael Heise, and Martin T. Wells, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 298.

³⁰⁵ Theodore Eisenberg, Michael Heise, and Martin T. Wells, อ้างแล้วข้างบนหน้า 9.

ตารางที่ 3.8 : แสดงการแยกอัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงในคดีที่

พิจารณาโดยคณะลูกขุน

ช่วงของค่าเสียหายที่แท้จริง (เหรียญสหรัฐ)	ค่ามัธยฐานของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริง	ค่าเฉลี่ยของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริง	ค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริง	จำนวนคดี
0 - 999	24.69	101.47	175.44	11
1,000 - 9,999	1.00	9.64	39.37	43
10,000 - 99,999	0.56	1.68	3.58	162
100,000 - 999,999	0.55	1.62	3.32	151
1,000,00 - 9,999,999	0.42	1.46	3.71	57
10 ล้าน – 100 ล้าน	0.57	1.12	1.31	13
มากกว่า 100 ล้าน	2.41	2.41	-	1

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในคดีที่ค่าเสียหายแท้จริงต่ำกว่า 1 หมื่นเหรียญสหรัฐ ทั้งค่าเฉลี่ยและค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายแท้จริงมีค่าสูงมาก แสดงถึงการกระจายของกลุ่มตัวเลขทำให้เกิดความยากจนแทบจะเป็นไปไม่ได้ในการคาดเดาถึงจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษหากมีคดีความเกิดขึ้น ส่วนในคดีที่มีค่าเสียหายแท้จริงสูงเกินกว่า 1 แสนเหรียญสหรัฐ ตัวเลขของค่าเฉลี่ยและค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายแท้จริงกลับมีค่าค่อนข้างต่ำซึ่งแสดงถึงความแน่นอนและทำให้ง่ายต่อการคาดเดาค่าเสียหายเชิงลงโทษหากมีคดีความเกิดขึ้น

แต่ทว่า ศาลในคดี Exxon กลับใช้การคาดเดาที่แทบเป็นไปไม่ได้ของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่อ้างอิงกับอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงที่พบในคดีที่มีทุนทรัพย์ต่ำ แล้วนำปัญหานี้ไปปรับใช้ในคดีที่มีทุนทรัพย์สูง ถ้ากล่าวให้เฉพาะเจาะจงคือ ในคดี Exxon นี้ ศาลจะนำค่าแปรผัน (variance, จำนวนกำลังสองของค่าเบี่ยงเบนมาตรฐาน) ของคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงต่ำกว่า 10,000 เหรียญสหรัฐมาใช้ในคดีที่มีค่าเสียหายแท้จริงสูงถึง 500 ล้านดอลลาร์สหรัฐมิได้³⁰⁶

³⁰⁶ Theodore Eisenberg, Michael Heise, and Martin T. Wells, อ้างแล้วข้างบนหน้า 20.

อย่างไรก็ตาม ตารางที่ 3.7 แสดงว่าค่าเฉลี่ยของอัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นฟังก์ชันลดของจำนวนของค่าเสียหายที่แท้จริง (decreasing function of the size of the compensatory award size) ซึ่งสมเหตุสมผลกับการใช้ตัวคูณที่มีค่าน้อยลงเมื่อค่าเสียหายแท้จริงมีค่าสูงขึ้น³⁰⁷ จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่คดีที่มีค่าเสียหายแท้จริงต่ำสุด ไปจนถึงคดีมีค่าเสียหายไม่เกินหนึ่งร้อยล้านเหรียญสหรัฐนั้นจะมีค่าเฉลี่ยของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายแท้จริงลดลงไปเรื่อยๆ (ยกเว้นค่าเสียหายที่เกินกว่า 100 ล้านดอลลาร์เพราะมีแค่คดีเดียวเท่านั้น) ดังนั้น การที่ศาลพิพากษาลดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีนี้จากอัตราส่วน 5 เท่าไปที่อัตราส่วน 1 เท่า แสดงว่าศาลปรับอัตราส่วนไปใกล้กับอัตราค่าเฉลี่ยที่สอดคล้องกับข้อมูลตามตารางที่ 3.7 แล้ว³⁰⁸

สรุปว่า การที่ศาลวางแนวบรรทัดฐานให้มีการใช้อัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงเป็น 1 ต่อ 1 ก็มีได้สร้างความเปลี่ยนแปลงแก่หลักพื้นฐานของการกำหนดอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายแท้จริงเท่าไรนัก เพราะว่ามีผลสอดคล้องกับสถิติของคดีที่ผ่านมาอยู่แล้วดังจะเห็นได้จากตารางที่ 3.7 แต่ศาลก็ได้ตั้งข้อสงวนไว้ว่ามีปัจจัยอื่นที่อาจทำให้อัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่าสูงขึ้นในคดีที่มีค่าเสียหายแท้จริงต่ำได้ โดยมีข้อควรระวังอยู่ที่ว่า หากศาลอื่นๆ มิได้ตระหนักถึงข้อเท็จจริงนี้ ก็อาจจะนำอัตราส่วน 1 ต่อ 1 ไปใช้กับคดีที่มีค่าเสียหายแท้จริงต่ำได้ จนทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษถูกกำหนดให้อย่างไม่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงของแต่ละคดีได้³⁰⁹

3.1.2.5 การห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญา (Double Jeopardy)³¹⁰

หลักการห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญา ปรากฏใน Fifth Amendment เพื่อปกป้องมิให้เกิดเหตุการณ์ – กรณี ได้แก่

³⁰⁷ Theodore Eisenberg, Valerie Hans, and Martin T. Wells, The Relation Between Punitive and Compensatory Awards: Combining Extreme Data With the Mass of Awards, Cornell Law School Legal Studies Research Papers (2006), available at <http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp.papers/52> .

³⁰⁸ Eisenberg, Theodore, Heise, Michael and Wells, Martin T., อ้างแล้วในเชิงบรรณที่ 298 หน้า 20.

³⁰⁹ Eisenberg, Theodore, Heise, Michael and Wells, Martin T., อ้างแล้วข้างบน หน้า 21-22.

³¹⁰ Please see, Dan Markel, How Should Punitive Damages Work?, 157 U. Pa. L. Rev. 1383, 1450-60 (2009).

1. การฟ้องคดีครั้งที่สองจากการกระทำความผิดเดียวกันหลังจากถูกตัดสินให้พ้นโทษ
2. การฟ้องคดีครั้งที่สองสำหรับการกระทำความผิดเดียวกันหลังจากได้ถูกตัดสินว่ากระทำผิด
3. ถูกลงโทษหลายครั้งจากการกระทำความผิดเดียวกัน³¹¹

ในอดีต ศาลเคยพิพากษามาแล้วว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับการกระทำความผิดเดียวกันต่อผู้เสียหายคนเดียวกันไม่ถือว่าเป็นการลงโทษครั้งก่อนในคดีอาญาครั้งหลัง ดังนั้น การฟ้องเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่อยู่ในขอบเขตของข้อห้ามการฟ้องซ้ำของ fifth amendment

ศาลในคดี *Helvering v. Mitchell*³¹² พิพากษาว่า กฎหมายสามารถกำหนดทั้งบทลงโทษทางแพ่งและอาญาต่อการกระทำหรือการละเว้นอย่างเดียวกันได้ ซึ่งมาตราที่กล่าวถึงการห้ามฟ้องซ้ำนั้นเพียงแต่ห้ามการลงโทษซ้ำหรือพยายามจะลงโทษครั้งที่สองสำหรับการกระทำความผิดเดียวกัน ส่วนในคดี *United States v. Ely*³¹³ ศาลพิพากษาว่า คำร้องขอโทษเพื่อขอค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ทำให้เกิดการลงโทษทางอาญา มาตราอันเกี่ยวกับการห้ามฟ้องซ้ำจึงไม่ครอบคลุมถึงการลงโทษจำเลยในคดีนี้ และในคดี *Hansen v. Johns-Manville Prods. Corp.*³¹⁴ ศาลพิพากษาว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ใช่การลงโทษทางอาญาและการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหลายครั้งก็ยังถือว่าสอดคล้องกับหลักการห้ามฟ้องซ้ำ ในคดี *Hudson*³¹⁵ ศาลก็พิพากษาเช่นกันว่า หลักการห้ามฟ้องซ้ำคุ้มครองเพียงการลงโทษทางอาญาครั้งที่สองในความผิดเดียวกันเท่านั้น การฟ้องทางแพ่งระหว่างเอกชนด้วยกันเองก็ไม่สามารถหยิบยกหลักการห้ามฟ้องซ้ำมาต่อสู้ได้³¹⁶ และแจกเช่นเดียวกัน แม้จะได้มีการพิพากษาลงโทษทางอาญา เช่น ปรับ จำคุก ไปแล้ว ก็ไม่ขัดขวางการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิดสำหรับการกระทำอันเดียวกัน³¹⁷ หรือในคดีที่จำเลยได้รับการพิพากษาให้พ้นผิดในคดีอาญาก็ยังต้องรับโทษในคดีแพ่ง

³¹¹ U.S. Const. amend. V. ("a second prosecution for the same offense after acquittal; a second prosecution for the same offense after conviction; and multiple punishments for the same offense.")

³¹² 303 U.S. 391, 399 (1938).

³¹³ *United States v. Ely*, 142 F.3d 1113, 1121 (9th Cir. 1997).

³¹⁴ 734 F.2d. 1036, 1042 (5th Cir. 1984).

³¹⁵ *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 104 (1997).

³¹⁶ *Hudson v. United States*, อ้างแล้วข้างบน หน้า 101.

³¹⁷ กรุณาดู *Shore v. Gurnett*, 18 Cal. Rptr. 3d 583, 586-87 (Ct. App. 2004).

เกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เพราะหลักการห้ามฟ้องซ้ำเกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาเท่านั้น³¹⁸ แม้หลังจากที่รัฐบาลได้ฟ้องด้วยนามตัวเองและได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้วจากการกระทำความผิด รัฐบาลยังสามารถฟ้องคดีอาญาต่อจำเลยได้อีก³¹⁹ ซึ่งในกรณีของรัฐบาลนี้ จึงทำให้เกิดปัญหาอีกว่า รัฐบาลได้ผลประโยชน์สองต่อจากทั้งการลงโทษในคดีอาญา (โทษปรับ) แล้วยังสามารถเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษได้อีก

3.2 ประเทศเยอรมัน

3.2.1 แนวคิดพื้นฐานของค่าสินไหมทดแทน

ในอดีต ประมวลกฎหมายแพ่งปรัสเซีย (Prussian Civil Code) ยอมให้ศาลกำหนดค่าเสียหายที่สูงเกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับได้โดยคำนวณค่าเสียหายสัมพันธ์กับระดับของความร้ายแรงของละเมิด ขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งบาวาเรียน (Bavarian Civil Code) เห็นว่าการลงโทษครั้งที่สองไม่มีประโยชน์เพราะมีการลงโทษการละเมิดในกฎหมายอาญาไปแล้ว ในขณะที่ปัจจุบัน กฎหมายของประเทศเยอรมันยอมรับแนวทางให้หน้าที่การชดเชยเป็นหน้าที่เดียวของค่าเสียหาย นักวิชาการผู้มีชื่อเสียงในวงกว้างไม่เพียงแต่ต่อต้านแนวคิดการนำค่าเสียหายไปชดเชยอาการบาดเจ็บและทรมานเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการรวมค่าเสียหายและการลงโทษเข้าด้วยกัน³²⁰

ในขณะที่ค่าเสียหายของประเทศสหรัฐอเมริกามีหน้าที่คู่ เพราะค่าเสียหายมีขึ้นเพื่อเยียวยาผู้เสียหาย และลงโทษผู้ละเมิดและป้องปรามผู้อื่นจากพฤติกรรมแบบเดียวกัน ส่วนค่าเสียหายภายใต้กฎหมายเยอรมันมีหลักการพื้นฐานที่แตกต่างกันออกไปเพราะค่าเสียหายภายใต้ระบบกฎหมายเยอรมัน

³¹⁸ State v. McDowell, 699 A.2d 987, 989 (Conn. 1997).

³¹⁹ United States v. Beszborn, 21 F.3d 62, 67-68 (5th Cir. 1994).

³²⁰ Volker Behr, Enforcement of United States Money Judgments in Germany, 13 J.L. & Com. 211, 217 (1994).

ยึดถือหลักการชดเชย (Compensation) และกลับคืนสู่สถานะเดิม (Restitution) เท่านั้น³²¹ กฎหมายเยอรมันจึงห้ามมิให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะวัตถุประสงค์ของการลงโทษอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาและนอกเหนือกฎหมายเอกชน ศาลเยอรมันยังถือว่าการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเรื่องเกี่ยวเนื่องกับนโยบายสาธารณะพื้นฐานของประเทศด้วย³²² ภายใต้มาตรา 249(1) ของประมวลกฎหมายแพ่งแห่งประเทศเยอรมันกำหนดให้บุคคลผู้รับผิดชอบในความเสียหายต้องทำให้ผู้เสียหายหรือทรัพย์สินที่เสียหายกลับไปสู่สถานะเหมือนมิได้มีการละเมิดเกิดขึ้น³²³ ถ้าผู้เสียหายได้รับอาการบาดเจ็บหรือทรัพย์สินเสียหาย มาตรา 249(2) อนุญาตให้ผู้เสียหายเรียกร้องการชำระหนี้เป็นตัวแทนการกลับคืนสู่สถานะเดิมได้³²⁴ โดยทั่วไป เมื่อการกลับคืนสู่สถานะเดิมเป็นไปได้หรือไม่มีเหตุผลเพียงพอ ผู้ละเมิดจะมีความรับผิดชอบชำระเงินแทน ส่วนมาตรา 252 ให้ค่าเสียหายรวมถึงกำไรที่

³²¹ Nils Jansen and Lukas Rademacher, Punitive Damages in Germany, In Helmut Koziol(ed.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol.25 (2009).

³²² John Y. Gotanda, Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is The Tide Changing?, 45 Colum. J. Transnat'l L. 507, 518 (2007).

³²³ BGB, Section 249(1) "A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.", at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#BGBengl_000P249 (last visited 15 February 2010).

³²⁴ BGB, Section 249(2) "Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred."

ขาดหายไป³²⁵ และมาตรา 253 ให้ค่าเสียหายสำหรับอาการบาดเจ็บและทันทูกษ์ทรมาณภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้³²⁶

แนวความคิดพื้นฐาน คือ ผู้เสียหายไม่ควรได้รับประโยชน์อื่นใดจากผลของค่าเสียหายที่ศาลแห่งประเทศเยอรมันกำหนดให้ ค่าเสียหายอันเกี่ยวเนื่องกับอาการบาดเจ็บและความทันทูกษ์ทรมาณก็ ต้องมีขึ้นเพื่อการเยียวยาความเสียหายเท่านั้น ส่วนฐานะทางการเงินของผู้ละเมิดมิใช่ประเด็นที่ต้อง พิจารณาในการกำหนดค่าเสียหาย ดังนั้น หน้าที่ของค่าเสียหายภายใต้ระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีขึ้น เพียงเพื่อการชดเชยความเสียหาย ส่วนการลงโทษผู้ละเมิดอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาเท่านั้น

นอกจากนี้ แนวความคิดของค่าเสียหายเชิงลงโทษยังอาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันสองมาตรา กล่าวคือ มาตรา 103(2) แห่งรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า การลงโทษจะกระทำ ได้ก็ต่อเมื่อบทลงโทษและเงื่อนไขของการลงโทษถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ส่วนมาตรา 103(3) ห้ามมิให้มีการลงโทษจำเลยเป็นครั้งที่สองสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวกัน³²⁷

ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำพิพากษาของศาลประเทศอื่นที่รองรับค่าเสียหายเชิง ลงโทษ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้ถูกศาลประเทศเยอรมันปฏิเสธเช่นกัน คดีที่สำคัญคดีหนึ่งของ ศาลประเทศเยอรมันคือคดีที่ศาลฎีกา (German Supreme Court, BGH) ต้องพิจารณาว่า ศาลสามารถ บังคับคำพิพากษาของศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้หรือไม่ ในคดีดังกล่าวศาลของประเทศ สหรัฐอเมริกาตัดสินให้ผู้เยาว์ได้รับค่าเสียหายเป็นจำนวนทั้งสิ้นประมาณ 750,000 เหรียญสหรัฐ สำหรับการกระทำความผิดทางเพศ ในเงินจำนวนดังกล่าวประกอบไปด้วยค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวน 400,000 เหรียญสหรัฐ ศาลฎีกาแห่งประเทศเยอรมันจึงวินิจฉัยว่า ศาลไม่สามารถบังคับค่าเสียหายเชิง ลงโทษในประเทศเยอรมันได้ เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษขัดกับนโยบายสาธารณะหรือความสงบ

³²⁵ BGB, Section 252 “The damage to be compensated for also comprises the lost profits. Those profits are considered lost that in the normal course of events or in the special circumstances, particularly due to the measures and precautions taken, could probably be expected.”

³²⁶ BGB, Section 253 “ (1) Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the cases stipulated by law.

(2) If damages are to be paid for an injury to body, health, freedom or sexual self-determination, reasonable compensation in money may also be demanded for any damage that is not pecuniary loss.

³²⁷ Nils Jansen and Lukas Rademacher, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 321 หน้า 75-86.

เรียบร้อยของประชาชน³²⁸ ตามมาตรา 328(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลไม่สามารถบังคับคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ขัดกับนโยบายสาธารณะของประเทศเยอรมันได้ เพราะการขัดกันระหว่างคำพิพากษาศาลต่างประเทศกับนโยบายสาธารณะจะทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกันกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายเยอรมัน³²⁹ กฎหมายเยอรมันห้ามมิให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจากการละเมิดเพราะฝ่ายนิติบัญญัติแบ่งแยกหน้าที่ของกฎหมายอย่างชัดเจนว่าการพิจารณาลงโทษจำเลยอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายอาญาและค่าเสียหายไม่สามารถกำหนดเพื่อลงโทษผู้ละเมิดได้³³⁰ ดังนั้น ศาลประเทศเยอรมันจึงมีอาจบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศหากประกอบไปด้วยค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือค่าเสียหายเป็นเยี่ยงอย่าง

นอกจากนี้ มาตรา 723 และ 328(1) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความทางแพ่งของประเทศเยอรมันห้ามมิให้มีการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่มีหลักการไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายประเทศเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ศาลกล่าวว่า ค่าเสียหายที่มีได้มีขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายไม่สอดคล้องกับหลักการความได้สัดส่วนของรัฐธรรมนูญ และยังเป็นกรรวมกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเข้าด้วยกันอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย³³¹

3.2.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้ระบบกฎหมายเยอรมัน

แม้จะได้อธิบายข้างต้นมาแล้วว่า กฎหมายเยอรมันไม่ยอมรับค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ทว่ามิ้นกิววิชาการบางท่านโต้แย้งว่า ศาลแห่งประเทศเยอรมันเคยใช้อำนาจมาตรา 249 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่สูงกว่าการชดเชยอย่างเดีขมาอย่างต่อเนื่อง และยังสามารถโต้แย้งอีกว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายอื่น ๆ มีเจตนาที่จะป้องปรามการกระทำที่ไม่พึงประสงค์อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักการลงโทษเช่นกัน ดังนั้น กฎหมายเอกชนของประเทศเยอรมันจึง

³²⁸ Volker Behr, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 320 หน้า 230-31.

³²⁹ Wolfgang Wurmnest, Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany, 23 Berkeley J. Int'l L. 175, 194 (2005).

³³⁰ Wolfgang Wurmnest, อ้างแล้วข้างบน หน้า 196.

³³¹ Nils Jansen and Lukas Rademacher, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 321 หน้า 76.

มิได้ปฏิเสธวัตถุประสงค์การป้องปรามอย่างที่ได้เคยคิดไว้³³² ศาลมักจะอ้างเหตุผลเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่มีไว้วัตถุประสงค์เพียงแต่การเยียวยาความเสียหายเพียงประการเดียว เพราะพบว่าเหตุผลดังกล่าวสอดคล้องกับเหตุผลของค่าเสียหายเชิงลงโทษ³³³

3.2.2.1 ค่าเสียหายกรณีบาดเจ็บและทนทุกข์ทรมาน (Damages for pain and suffering)

ค่าเสียหายประเภทนี้มีความสำคัญที่สุดต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศเยอรมันเพราะเป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการค่าเสียหายเชิงลงโทษไปสู่กฎหมายประเภทอื่นๆ³³⁴ ในอดีต กฎหมายของประเทศเยอรมันปฏิเสธที่จะกำหนดค่าเสียหายต่อความเจ็บปวดเพราะไม่สามารถคำนวณความเจ็บปวดออกมาเป็นตัวเงินได้ (non-pecuniary loss) มีเพียงความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (pecuniary loss) เท่านั้นที่อาจถูกชดเชยเป็นเงินได้ ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจนำค่าเสียหายไปชดเชยความเสียหายต่อความเจ็บปวดและทนทุกข์ทรมานได้³³⁵ เหตุผลประการต่อมา คือ ศาลไม่สามารถคำนวณค่าเสียหายสำหรับอาการบาดเจ็บและทนทุกข์ทรมานโดยไม่พิจารณาประเด็นเรื่องระดับความร้ายแรงของการละเมิดไม่ได้ แต่ทว่าการพิจารณาระดับความร้ายแรงของการละเมิดเป็นการพิจารณาการกระทำที่นำไปสู่ความเสียหาย แต่มิใช่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าเสียหายเสียทีเดียว³³⁶

มาตรา 253(2) ของประมวลกฎหมายแพ่งแห่งประเทศเยอรมันอนุญาตให้ศาลกำหนดค่าเสียหายสำหรับความสูญเสียที่เกิดขึ้นต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือการตัดสินใจทางเพศของตนเอง (sexual self-determination) แม้ในช่วงแรก ค่าเสียหายประเภทนี้ถูกเข้าใจว่าเป็นการลงโทษอย่างหนึ่งภายใต้กฎหมายเอกชน แต่ศาลก็ยืนยันอย่างหนักแน่นว่าค่าเสียหายประเภทนี้ไม่ใช่เครื่องมือเพื่อการลงโทษ

³³² Nils Jansen and Lukas Rademacher, อ้างแล้วข้างบน.

³³³ Volker Behr, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 320 หน้า 130.

³³⁴ Volker Behr, อ้างแล้วข้างบน 131.

³³⁵ ฟังสังเกตว่าปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งอนุญาตให้มีการเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับอาการบาดเจ็บและควาทนทุกข์ทรมานได้ จึงถือว่าค่าเสียหายประเภทนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักการที่ค่าเสียหายมีขึ้นเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น

³³⁶ Volker Behr, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 320 หน้า 131-132.

อย่างไรก็ตาม กฎหมายมาตรานี้มีข้อบกพร่องเพราะศาลไม่สามารถคำนวณความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินนี้ได้อย่างเหมาะสมเพราะไม่มีมาตรฐานตายตัวเพื่อการประเมินความเจ็บปวดเนื่องจากบุคคลอื่นไม่อาจรู้สึกถึงความเจ็บปวดของอีกบุคคลหนึ่งได้ ยิ่งไปกว่านั้น ในปี 1975 ศาลปฏิเสธที่จะให้ค่าเสียหายสำหรับอาการบาดเจ็บและทรมานทุกข์ทรมาน เนื่องจากผู้เสียหายได้รับอาการบาดเจ็บอย่างรุนแรงจนไม่สามารถรับรู้ถึงอาการบาดเจ็บที่เกิดขึ้น การชดเชยความเสียหายที่ทรมานทุกข์ทรมานจึงเป็นไปได้ (เพราะผู้เสียหายไม่รู้สึกทรมานทุกข์ทรมานนั่นเอง) ศาลกำหนดให้เพียงค่าเสียหายเพียงเล็กน้อยซึ่งเปรียบเสมือนสัญลักษณ์ของค่าเสียหายประเภทนี้เท่านั้น

ในปี 1955 ศาลฎีกาแห่งประเทศเยอรมันกล่าวว่า ค่าเสียหายมีหน้าที่ให้ผู้เสียหายพึงพอใจ (Genugtuung, satisfaction)³³⁷ ซึ่งถือว่าการวิวัฒนาการสำคัญของหลักค่าเสียหาย³³⁸ ต่อมาในปี 1958 ศาลฎีกาแห่งประเทศเยอรมันวินิจฉัยให้มีการชำระค่าเสียหายสำหรับการบาดเจ็บและทรมานทุกข์ทรมานอันเกิดจากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเป็นครั้งแรก ซึ่งถือว่าการพิพากษานี้ขัดกับมาตรา 253 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศเยอรมันอย่างชัดเจนเพราะศาลอาจกำหนดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินเฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่พบในประมวลกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีกฎหมายบทใดให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินสำหรับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล³³⁹

นักวิชาการจำนวนมากเห็นว่า หลักความพึงพอใจนำการลงโทษมาไว้ในกฎหมายอันเกี่ยวกับค่าเสียหาย แต่สุดท้ายแล้ว ในขณะที่มีคดีจำนวนหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนช่วงปี 1980 ศาลกล่าวว่าความพึงพอใจของผู้เสียหายนี้สามารถบรรลุผลได้ด้วยโทษทางอาญาเช่นกัน แต่ ณ ปัจจุบันศาลยื่นข้อ

³³⁷ “The claim for damages for pain and suffering under section 847 German Civil Code is not an ordinary claim for damages but instead a claim of its own character bearing a two fold function: This claim give to the victim adequate compensation for damages which are not pecuniary, and at the same time it shall take into account that the tortfeasor owes satisfaction for what he did to the victim”, BGHZ; Volker Behr, อ้างแล้วข้างบน หน้า 133.

³³⁸ U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach, Freiburg Law Students Journal 11/2007, at http://www.freilaw.de/journal/de/ausgabe%206/6_Aufmolk%20-%20Punitive%20Damages.html (last visited 12 February 2010).

³³⁹ U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach, อ้างแล้วข้างบน.

ชัดเจนว่าสิทธิของผู้เสียหายที่ได้รับความพึงพอใจภายใต้กฎหมายเอกชนจะไม่ถูกระงับหรือลดลงแม้ผู้ทำความผิดจะได้รับการลงโทษตามกฎหมายอาญาไปแล้ว

3.2.2.2 การละเมิดสิทธิส่วนบุคคล (Infringement of Personality Rights)

มีการอภิปรายประเด็นเรื่องสิทธิส่วนบุคคลในระหว่างขั้นตอนการบัญญัติกฎหมายแต่มีหลักฐานปรากฏชัดเจนว่าผู้ร่างกฎหมายจงใจไม่นำสิทธิส่วนบุคคลมาใส่ในประมวลกฎหมายแพ่งแห่งประเทศเยอรมัน ในขณะที่มาตรา 253 วางหลักว่า ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้ในกรณีที่มิกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และมาตรา 847 (ถูกยกเลิกไปแล้ว) ก็มีได้กล่าวถึงค่าเสียหายสำหรับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเลย แต่ทว่า ศาลฎีกาแห่งประเทศเยอรมันกลับพัฒนาหลักสิทธิส่วนบุคคลให้ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายละเมิด และยังคงขยายค่าเสียหายสำหรับอาการบาดเจ็บและทรมานให้รวมถึงสิทธิเรียกร้องสำหรับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อข้างต้น

ในปี 1958 มีคดีสำคัญคดีหนึ่งที่ศาลฎีกาแห่งประเทศเยอรมันวินิจฉัยให้จำเลยชำระค่าเสียหายสำหรับอาการบาดเจ็บและความทรมานเพราะจำเลยนำภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปใช้โดยไม่ถูกต้อง ประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญมีอยู่ว่า แม้มาตรา 253 มิได้อนุญาตให้ศาลกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้เพราะสิทธิส่วนบุคคลไม่ได้รับการกล่าวถึงในมาตรา 847 และข้อเท็จจริงยังปรากฏเพิ่มเติมอีกว่าแนวความคิดที่จะนำสิทธิส่วนบุคคลบัญญัติไว้ในมาตรา 847 ได้รับการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติแล้วแต่ถูกปฏิเสธ นอกจากนี้ศาลมีอาจหาพื้นฐานทางกฎหมายรองรับไม่ว่าในประมวลกฎหมายเดียวกันหรือการเทียบเคียงกับกฎหมายอื่น แต่ทว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมัน (the German Federal Constitutional Court) วินิจฉัยว่า พัฒนาการของกฎหมายเช่นนี้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพราะรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันบัญญัติเรื่องสิทธิส่วนบุคคลอย่างชัดเจนและคำพิพากษาของศาลส่งเสริมให้สิทธิส่วนบุคคลได้รับความคุ้มครองได้ดีขึ้น³⁴⁰

ประเด็นที่สองเกี่ยวข้องกับข้อจำกัดของค่าเสียหายประเภทนี้ ศาลฎีกาแห่งประเทศเยอรมันจำกัดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินเฉพาะเหตุการณ์ที่เป็นความผิดอย่างรุนแรงหรือการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลอย่างมาก ศาลจะพิจารณาโดยใช้ผู้ละเมิดเป็นแนวทาง (tortfeasor-oriented considerations) เพราะนอกจากศาลจะพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดแก่ผู้เสียหายแล้ว ศาลจะพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจ

³⁴⁰ Volker Behr, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 320 หน้า 133-134.

ของผู้ละเมิดด้วย มีคดีหนึ่งศาลกล่าวว่า ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายสำหรับอาการบาดเจ็บและความ
ทนทุกข์ทรมาน ได้ก็ต่อเมื่อความผิดของจำเลยรุนแรงและละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้เสียหายอย่างมี
นัยสำคัญ ในเมื่อจำเลยละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของโจทก์จนได้รับประโยชน์ ศาลจึงเชื่อมความสัมพันธ์
ระหว่างมูลเหตุจูงใจของจำเลยกับค่าเสียหาย

วิธีการที่ศาลจะปรับใช้ข้อพิจารณาโดยใช้ความผิดหรือผู้ละเมิดเป็นแนวทางในการกำหนด
ค่าเสียหาย คือ การใช้หลักความพึงพอใจ ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 มีแนวความคิดว่า ผู้ละเมิดต้องได้รับบท
บังคับทางกฎหมายที่เพียงพอ เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยอย่างเหมาะสม

ในปี 1994 มีคดี Caroline ข้อเท็จจริงปรากฏว่านิศสารฉบับหนึ่งนำบทสัมภาษณ์ปลอมมา
ตีพิมพ์เผยแพร่โดยอ้างว่าเป็นบทสัมภาษณ์ของเจ้าหญิง Caroline แห่งประเทศโมนาโก ผู้เสียหายนำ
เรื่องขึ้นสู่ศาล ศาลฎีกาจึงกำหนดค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนเกือบ 90,000 ยูโร ศาลกล่าวอย่างชัดเจนว่า
นอกจากความพึงพอใจแล้วการฟ้องปรามก็เป็นเหตุผลสำคัญในคำพิพากษานี้ หรือหากกล่าวอีกนัยหนึ่ง
คือ วิธีการคำนวณค่าเสียหายที่ใช้มาดั้งเดิมไม่สามารถยับยั้งการละเมิดได้อย่างเพียงพอเพราะค่าเสียหาย
ที่ศาลเคยกำหนดนั้นต่ำกว่ากำไรโดยปกติที่เกิดจากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล³⁴¹ ดังนั้น ศาลจึง
จำเป็นต้องตั้งกำไรออกมาจากผู้ละเมิดเพื่อปรามการละเมิดในอนาคต คำพิพากษานี้ได้รับการ
วิจารณ์ว่าศาลใช้เหตุผลเดียวกันกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ ถ้าไม่มีบทบังคับทางแพ่งเช่นนี้แล้วก็เท่ากับว่า
ระบบกฎหมายละทิ้งวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการปกป้องสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน

แต่มีนักกฎหมายบางส่วนโต้แย้งว่า คำพิพากษาดังกล่าวมิใช่ค่าเสียหายเชิงลงโทษเสียทีเดียว
เพราะหลักการชดเชยก็สามารถอธิบายคำพิพากษานี้ได้เช่นกัน เพราะการกำหนดค่าเสียหายเช่นนี้มี
เจตนารมณ์เพื่อให้ความเท่าเทียมที่ถูกรบกวน (disturbed equality) กลับคืนสู่สภาพเดิม เนื่องจากบุคคล
ที่มีเจตนาใช้สิทธิของบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์แห่งตนไม่ควรกักเก็บประโยชน์ที่เกิดขึ้นแก่ตนเองได้ ผู้
ละเมิดจึงไม่ควรถือประโยชน์ส่วนเกินที่ทำให้ผู้ละเมิดมีสถานะสูงขึ้นกว่าสถานะก่อนเกิดการละเมิด

นอกจากนี้ มีนักวิชาการให้ความเห็นว่า ในคดีอันเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ศาล
เยอรมันให้ความเห็นเสมอว่าความพึงพอใจ (Satisfaction) มีความสำคัญมากกว่าการเยียวยาความ
เสียหายทางการเงินที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย แต่ถึงกระนั้น หลักการของความพึงพอใจก็ไม่ได้แตกต่างไป

³⁴¹ U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach, อ้างแล้วใน
เชิงอรรถที่ 338; Gotanburg 519

จากหลักการของการชดเชยเพราะถึงอย่างไรก็เป็นวิธีการทำให้สิทธิที่ถูกละเมิดกลับขึ้นมาสู่สถานะเดิม³⁴²

3.2.2.3 การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ภายใต้ระบบกฎหมายเยอรมัน เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา อันได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายทางการค้าและการออกแบบที่จดทะเบียนไว้ มีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากการละเมิดโดยใช้วิธีการคำนวณอื่นนอกจากการอ้างอิงกับความเสียหายที่แท้จริงได้ เพราะศาลคำนวณค่าเสียหายที่แท้จริงอันรวมถึงกำไรที่ขาดหายไปได้ยาก ศาลจึงอาศัยการคำนวณค่าเสียหายทั้งหมด 3 วิธี

(1) ให้ผู้เสียหายนำสืบความเสียหายที่ได้รับ โดยวิธีการนี้มีพื้นฐานมาจากมาตรา 251 และ 252 ของประมวลกฎหมายแพ่ง อันมีจุดมุ่งหมายเพื่อการเยียวยาความเสียหายเท่านั้น

(2) ค่าธรรมเนียมการขออนุญาตใช้สิทธิตามสมควร (Licensing fee) แต่ในทางปฏิบัติ ศาลมักจะกำหนดค่าเสียหายสูงกว่าค่าเสียหายที่โจทก์น่าจะได้รับการค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิตามสมควรได้ ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะไม่ต้องการอนุญาตให้ใช้สิทธิตั้งแต่แรกก็ตาม

(3) ประโยชน์ที่จำเลยได้รับการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ผู้เสียหายอาจขอให้ศาลคำนวณโดยอ้างอิงกับกำไรอันผิดกฎหมายที่ผู้ละเมิดได้รับแม้ว่ากำไรที่ผู้ละเมิดได้รับจะสูงเกินกว่ากำไรที่โจทก์อาจได้รับตามสมควรจากการใช้สิทธิตามทรัพย์สินทางปัญญาด้วยตนเอง วิธีการนี้เป็นรูปแบบของการใช้ผู้ละเมิดเป็นแนวทาง (tortfeasor-oriented approach)³⁴³ เพราะศาลสนใจที่ผู้ละเมิดกับการกระทำของผู้ละเมิดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ศาลเยอรมันยอมรับว่า การคำนวณวิธีนี้อ้างอิงกับความยุติธรรมตามธรรมชาติที่มีหลักว่าผู้ละเมิดไม่ควรได้รับกำไรจากการทำผิด ศาลจึงสันนิษฐานว่าเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีกำไรเท่ากับที่ผู้ละเมิดได้กำไร ส่วนการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภทอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินระหว่างความเสียหายที่แท้จริงกับกำไรที่ได้รับก็เป็นได้

ในมุมมองของทฤษฎีแตกต่าง (Difference theory) ซึ่งเป็นวิธีการดั้งเดิมในการคำนวณค่าเสียหายพิจารณาว่า ทรัพย์สินของผู้เสียหายก่อนและหลังจากที่มีการละเมิดแตกต่างกันเท่าไร ส่วน

³⁴² Nils Jansen and Lukas Rademacher, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 321.

³⁴³ U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 338.

ต่างนี้เองคือค่าเสียหายที่ผู้ละเมิดต้องชำระให้กับผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะให้สิทธิแก่ผู้เสียหายเพื่อขอจำนวนเงินที่สูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงได้ แต่ก็ยังสรุปไม่ได้ว่าวิธีการคำนวณค่าเสียหายเช่นนี้เป็นการให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะนอกจากความแตกต่างของทรัพย์สินแล้วยังถือได้ว่าผู้เสียหายได้ถูกพรากเอาไปซึ่งสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของที่ได้ถูกจัดสรรไว้แล้ว (allocated proprietary right) และแม้ว่าวิธีการนี้จะถูกมองได้ว่าเป็นการรวมหลักลาภมิควรได้ (unjust enrichment) และหลักจัดการงานนอกสั่ง (negotiorum gestio) เข้าด้วยกัน อันเป็นการขัดต่อหลักแห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ผู้เสียหายก็ยังมีสิทธิเรียกร้องให้ฟื้นคืนกลับสู่สภาพเดิมอยู่ดี โดยสรุปแล้ว ตรายใดที่สามารถใช้การฟื้นคืนสถานะของคู่กรณีให้เท่าเทียมกันเพื่ออธิบายค่าเสียหายนี้ได้แล้ว ค่าเสียหายชนิดนี้ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ

นักวิชาการทางนิติศาสตร์ของไทยบางท่านเห็นว่า ในกรณีตาม (3) ข้างบนนั้น สามารถที่จะนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งมาตรา 405³⁴⁴ มาปรับใช้กับแนวคิดของประเทศเยอรมันได้³⁴⁵

3.2.2.4 ความรับผิดโดยปราศจากความสัมพันธ์ (Liability without causation)

ในคดี GEMA ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า GEMA เป็นองค์กรจัดเก็บค่าธรรมเนียมการใช้ลิขสิทธิ์อันเป็นตัวแทนของสมาชิกทั้งหมด (Collective organization) และรวบรวมเงินค่าธรรมเนียมให้กับเจ้าของงานลิขสิทธิ์ด้วย ศาลพิพากษาให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ชำระเงินค่าเสียหายเพิ่มขึ้นอีก 1 เท่าตัวให้กับ GEMA ด้วย โดยศาลให้เหตุผลว่าผู้ละเมิดจะต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายที่ GEMA ต้องออกไปเพื่อตรวจจับการกระทำที่ผิดกฎหมายทั้งนี้เพื่อปกป้องประโยชน์ของสมาชิกอันเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แท้จริง แม้ว่า

³⁴⁴ มาตรา 405 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บทบัญญัติทั้งหลายที่กล่าวมาในสิบมาตราก่อนนั้น ท่านมิให้ใช้บังคับแก่กรณีที่บุคคลหนึ่งเข้าทำการงานของผู้อื่น โดยสำคัญว่าเป็นการงานของตนเอง

ถ้าบุคคลใดถือเอากิจการของผู้อื่นว่าเป็นของตนเอง ทั้งที่รู้แล้วว่าตนไม่มีสิทธิจะทำเช่นนั้น ไซ้รู้ท่านว่าตัวการจะใช้สิทธิเรียกร้องบังคับ โดยมูลตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 395, 396, 399 และ 400 นั้นก็ได้ แต่เมื่อได้ใช้สิทธิตั้งว่ามานี้แล้ว ตัวการจะต้องรับผิดชอบผู้จัดการตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 502 วรรค 1”

³⁴⁵ สุขุม ศุภนิศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549 หน้า 70-78.

พฤติกรรมของผู้ละเมิดจะมีได้เป็นสาเหตุโดยตรงของค่าใช้จ่ายประเภทนี้แต่ก็มีได้ชัดเจนว่าอำนาจที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายประเภทนี้ได้ได้อีกคดีหนึ่ง ศาลตัดสินว่า นอกจากบริษัททรานจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาต่อความเสียหายที่เกิดแก่แรงงานแล้ว ยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายการนำแรงงานคนใหม่มาทดแทนคนเก่าภายหลังจากที่เกิดอุบัติเหตุแล้ว อันถือได้ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดของจำเลย มีผู้ตั้งข้อสังเกตแนวความคิดจากคำพิพากษาทั้งสองคดีว่า ศาลไม่สนใจประเด็นที่ว่าค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นก่อนหรือหลังเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความเสียหาย ผู้ละเมิดก็ต้องรับผิดชอบ

จากคดีข้างต้นอาจทำให้เข้าใจได้ว่า เมื่อหลักการของการเยียวยาตามความเสียหายและหลักความรับผิดชอบของปัจเจกบุคคล (Individual responsibility) ไม่สามารถอธิบายค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายได้ ก็อาจทำให้มีผู้ตีความว่า ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้เป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ ซึ่งเป็นการตีความที่ไม่ถูกต้อง เพราะศาลยืนยันเสมอมาว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวมีความเชื่อมโยงโดยตรงต่อการเยียวยาความเสียหาย และยังคงคล้องกับหลักการของความยุติธรรมแบบแก้ไขให้ถูกต้อง (Corrective justice) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ จำเลยควรมีส่วนรับผิดชอบต่อมาตรการที่ทำให้เกิดค่าใช้จ่าย เมื่อการกระทำของจำเลยส่งผลให้โจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น จำเลยจึงต้องแบกรับภาระของค่าใช้จ่ายส่วนนี้เช่นกัน

3.2.2.5 ค่าเสียหายสำหรับการเลือกปฏิบัติ (Damages for Discrimination)

ในปี 2006 ประเทศเยอรมันบังคับใช้ General Equal Treatment Act (AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) เพื่ออนุวัติ EU Directive ทั้งหมด 4 ฉบับ ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มการคุ้มครองการเลือกปฏิบัติระหว่างนายจ้างและลูกจ้างให้ดีขึ้น กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงเพิ่มหน้าที่และภาระของฝ่ายนายจ้างสูงขึ้น การเลือกปฏิบัติที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1 ได้แก่ การเลือกปฏิบัติเพราะเชื้อชาติ จริยธรรม (ethical origin) ศาสนา ความเชื่อ เพศ ความพิการ อายุ หรือรสนิยมทางเพศ (Sexual Orientation)

มาตรา 15(1)1, (2)1 บัญญัติให้นายจ้างรับผิดชอบต่อความเสียหายทางทรัพย์สินและมีใช้ทรัพย์สินต่อบุคคลที่ถูกปฏิเสธการว่าจ้างเพราะเหตุผลที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในกรณีที่ศาลพบว่ามี การเลือกปฏิบัติการจ้างลูกจ้าง กฎหมายจำกัดจำนวนค่าเสียหายขั้นสูงเท่ากับเงินเดือนจำนวน 3 เดือน แต่ในกรณี

ที่ผู้สมัครที่มีคุณสมบัติที่สุดแต่ไม่ได้รับการว่าจ้างก็มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายโดยไม่มีเพดานขั้นสูงจำกัด³⁴⁶

EU Directives บัญญัติว่าค่าเสียหายที่ศาลกำหนดต้องมีประสิทธิภาพ (effective) ได้สัดส่วน (proportionate) และป้องปรามได้ (dissuasive) จึงอาจสันนิษฐานได้ว่า ศาลแรงงานจะประเมินจำนวนค่าเสียหายโดยอ้างอิงจากฐานะทางการเงินของนายจ้างแต่ละราย ส่วนศาลยุติธรรมแห่งยุโรปบังคับให้มีการชำระค่าเสียหายอย่างสูงเพื่อการป้องปรามอย่างแท้จริงซึ่งค่าเสียหายน่าจะสูงกว่าการชำระค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อยที่เป็นเพียงแค่สัญลักษณ์³⁴⁷ แม้ผู้สมัครงานที่ไม่มีคุณสมบัติเพียงพอแต่ถูกปฏิเสธงานโดยเหตุผลที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็มีโอกาสได้รับค่าเสียหายจำนวนมากเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่ได้จากคดีละเมิดสิทธิส่วนบุคคล

แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเยอรมันจะไม่ยอมรับว่าค่าเสียหายประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ แต่กฎหมายแห่งสหภาพยุโรปกำหนดให้ค่าเสียหายภายใต้กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์ลงโทษนายจ้างสำหรับพฤติกรรมที่เป็นปฏิปักษ์กับสังคม กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นข้อยกเว้นจากหลักการเยียวยาความเสียหายที่แท้จริงภายใต้ระบบกฎหมายประเทศเยอรมัน

3.2.3 สถานะปัจจุบันค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้นว่า แม้ระบบกฎหมายเยอรมันจะไม่ยอมรับค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะยึดถือเพียงแต่การเยียวยาเต็มจำนวนเท่านั้น แต่กลับมีกฎหมายและคำพิพากษาจำนวนไม่น้อยที่ให้

³⁴⁶ German Antidiscrimination Law - The General Equal Treatment Act, at <http://www.xing.com/net/juristes/vos-publications-nouvelles-juridiques-your-articles-law-news-28272/german-antidiscrimination-law-the-general-equal-treatment-act-3146189/> (last visited 16 February 2010).

³⁴⁷ Case 14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891, cited from Heather Macrae, Rescaling Gender Relations: The Influence of European Directives on the German Gender Regime, at sp.oxfordjournals.org/cgi/content/full/13/4/522 (last visited March 12, 2010).

ค่าเสียหายที่มีไว้วัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาประการเดียวนั้น เช่น ในคดีอันเกี่ยวกับค่าเสียหายจากการบาดเจ็บและความทรมานทุกข์ทรมาน ศาลและนักกฎหมายก็อธิบายการกำหนดค่าเสียหายที่สูงกว่าการเยียวยาตามปกติโดยใช้หลักการของความพึงพอใจ แต่การอธิบายเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับคดีที่มีการตีพิมพ์ทศวรรษก่อนของเจ้าหญิงโมนาโคเพราะในคดีดังกล่าวศาลกล่าวอย่างชัดเจนว่าการป้องปรามเป็นเหตุผลหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหาย ส่วนกฎหมายแรงงานก็อาจให้ค่าเสียหายเพื่อป้องปรามได้เช่นกันซึ่งการป้องปรามนี้เองที่เป็นวัตถุประสงค์สำคัญที่สุดของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ในขณะที่คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาก็มีวิธีการคำนวณค่าเสียหายที่ไม่มีฐานอยู่บนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเพราะศาลอาจคำนวณค่าเสียหายโดยใช้กำไรที่ผู้ละเมิดได้รับเป็นเกณฑ์ได้

ในเมื่อระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับความมีอยู่ของค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยมีการปรับใช้ในกฎหมายบางประเภทแล้ว ก็มีความเป็นไปได้ว่า ในอนาคตอันใกล้ ระบบกฎหมายเยอรมันจะยอมรับค่าเสียหายเชิงลงโทษมากขึ้นโดยนำไปปรับใช้ในคดีประเภทอื่นๆเพื่อป้องปรามการกระทำความผิด

มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้นในประเทศเยอรมันจนทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษมิใช่ข้อยกเว้นของค่าเสียหายอีกต่อไป แต่กลายเป็นตัวแทนของค่าเสียหายรูปแบบใหม่อันเป็นการยืนยันหลักการที่ว่ากระทำความผิดต้องไม่ทำให้เกิดประโยชน์เพราะการยึดติดกับค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาประการเดียวจะทำให้ระบบค่าเสียหายไม่มีประสิทธิภาพ แม้อาจมีบางกรณีที่สามารถใช้หลักการของลามิกควร์ได้เพื่อดึงกำไรออกจากการละเมิดได้ แต่เนื่องด้วยข้อจำกัดของหลักกฎหมายลามิกควร์จึงส่งผลให้หลักการลามิกควร์ได้ทำหน้าที่ป้องปรามได้ไม่เพียงพอ สรุปว่า ระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้ว³⁴⁸ และในอนาคตอันใกล้นี้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาอาจไม่ขัดกับนโยบายสาธารณะของประเทศเยอรมันอีกต่อไป³⁴⁹

ในทางตรงกันข้าม นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่า ณ ปัจจุบันนี้ถือว่าหลักการของค่าเสียหายในประเทศเยอรมันยังไม่ยอมรับวัตถุประสงค์ในการป้องปราม หลักการของกฎหมายรับรองเพียงการเยียวยาตามความเป็นธรรมเท่านั้น แม้ศาลรับรองสิทธิเรียกร้องที่เกินกว่าความสูญเสียทางการ

³⁴⁸ Volker Behr, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 320 หน้า 147.

³⁴⁹ U.S. punitive damages awards before German courts – Time for a new approach, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 338.

เงินของผู้เสียหายแต่ศาลมิได้พิจารณาข้อสนับสนุนของค่าเสียหายเชิงลงโทษในกาหนดค่าเสียหายที่แท้จริง ถ้ามองว่าการกำหนดค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้ว หลักการของลามิกควรได้ก็อาจถูกมองได้ว่าเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษเช่นกัน³⁵⁰

3.3 ประเทศฝรั่งเศส³⁵¹

3.3.1 หลักพื้นฐานของค่าสินไหมทดแทน

ศาลฎีกาแห่งประเทศฝรั่งเศสวางหลักการใช้ค่าเสียหายเพื่อการเยียวยาเต็มจำนวน (principle of full compensation for losses, reparation integrale) หมายถึง การกำหนดค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยไม่ทำให้ฐานะของโจทก์ดีขึ้นหรือแย่ลง³⁵²

3.3.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

หลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ปรากฏในระบบกฎหมายประเทศฝรั่งเศสเพราะไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงหรือห้ามมิให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ไม่นุญาตให้มีการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะหลักการดังกล่าวถูกพิจารณาให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายอาญา³⁵³ ยิ่งไปกว่านั้น ศาลประเทศฝรั่งเศสยังไม่เคยกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างเป็นทางการด้วย

³⁵⁰ Nils Jansen and Lukas Rademacher, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 321.

³⁵¹ Jean-Sebastien Borghetti, Punitive Damages in France, In Helmut Koziol(ed.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol.25 55, 73 (2009).

³⁵² หลักการมาจากมาตรา 1382 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฝรั่งเศสที่บัญญัติว่า “Any at whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it”.

³⁵³ Georges Cavalier and Jean-Sebastien Queguiner, Punitive Damages and French Public Policy, at <http://ssrn.com/abstract=1174363> (last visited 25 March 2010).

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเช่นนี้อาจถูกโต้แย้งได้ว่า ในบางกรณี จำเลยอาจต้องชำระค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น และประเด็นที่สำคัญที่สุดประเด็นหนึ่งคือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้รับการยอมรับจากโครงการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสให้เป็นประเด็นที่ได้รับการพิจารณา

3.3.2.1 กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

การยึดค่าไถ่ที่ผิดกฎหมายเป็นบทบังคับปกติสำหรับคดีอาญา³⁵⁴ แต่สำหรับคดีทางทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศฝรั่งเศสมาตรา 331-1-4 (Intellectual Property Code, Code de la propriété intellectuelle) ให้อำนาจศาลแพ่งสั่งยึดรายได้ไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมดที่เกิดจากการการปลอมแปลงและให้ตกแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยมีข้อจำกัดอยู่ว่าค่าเสียหายนี้จะต้องไม่เกินกว่าค่าไถ่ที่ผู้ละเมิดได้รับ ดังนั้น ถ้าประโยชน์ที่ผู้เสียหายได้รับมีมูลค่าเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็แสดงว่าบทบังคับดังกล่าวอาจเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษได้

ในมาตรา 331-1-3 ซึ่งอนุวัติตามมาตรา 13 ของ Counterfeiting EU Directive มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มความคุ้มครองทางกฎหมายต่อการละเมิดลิขสิทธิ์และการปลอมแปลงในภาคพื้นยุโรป แม้ EU Directive จะกำหนดห้ามมิให้มีการกำหนดหนี้เพื่อรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่วิธีการคำนวณค่าเสียหายกลับไม่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ วิธีการเช่นนี้เบี่ยงเบนออกจากหลักการชดเชยเต็มจำนวนของกฎหมายฝรั่งเศสอย่างชัดเจน เพราะศาลอาจพิจารณาค่าไถ่ที่ผู้เสียหายไม่ได้รับและค่าไถ่อย่างไม่เป็นธรรมที่ผู้ละเมิดได้รับ และถ้าผู้เสียหายร้องขอ ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่งซึ่งไม่ต่ำกว่าค่ารอยอลดีหรือค่าธรรมเนียมหากผู้ละเมิดร้องขอให้เจ้าของอนุญาตใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาที่พิพาท

ในกรณีของค่าเสียหายที่เท่ากับค่าไถ่ที่ขาดหายไปของผู้เสียหายและค่าธรรมเนียมการขออนุญาตใช้สิทธิไม่เป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะเป็นค่าเสียหายที่เท่ากับความเสียหายแท้จริง แต่วิธีการคำนวณค่าเสียหายโดยใช้ค่าไถ่อย่างไม่เป็นธรรมที่ผู้ละเมิดได้รับเพื่อเป็นปัจจัยกำหนดค่าเสียหายในคดีทรัพย์สินทางปัญญาแสดงให้เห็นว่าค่าไถ่ส่วนนี้เองที่เป็นการเพิ่มฐานะของผู้เสียหาย

³⁵⁴ กรณาคู Article L. 615-14 IPC: (“Any person who has knowingly infringed the rights of the owner of a patent, as defined in Articles L613-3 to L613-6, shall be liable to a three-year prison term and a fine of 300,000 €”).

จนอาจเกินกว่าความเสียหายแท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับด้วย³⁵⁵ (แต่ก็พึงตระหนักไว้ว่า ศาลจะไม่ใช้ค่าเสียหายประเภทนี้ในการชดเชยค่าเสียหายในกรณีและผู้ละเมิดไม่ได้รับกำไร) การคำนวณค่าเสียหายประเด็นนี้เองที่ถือว่ามีค่าสำคัญในเชิงที่เป็นสัญลักษณ์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษประเภทแรกในประเทศฝรั่งเศส

สรุปว่า ประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาฉบับปัจจุบันส่งผลกระทบต่อข้อกำหนดค่าเสียหายในคดีละเมิด 2 ประเด็นสำคัญ กล่าวคือ ประเด็นแรกเกี่ยวข้องกับปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายที่มีได้อ้างอิงกับความเสียหายที่เกิดต่อผู้เสียหายเท่านั้นอันเป็นการเบี่ยงเบนออกจากหลักการชดเชยเต็มจำนวน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเนื่องอีกว่าหลักการชดเชยเต็มจำนวนอาจมิใช่หลักการที่เป็นส่วนหนึ่งของนโยบายสาธารณะ (public policy) อีกต่อไป และทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีอาจปฏิเสธการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่ใช้วิธีการคำนวณแบบเดียวกันได้อีกเพราะประเทศฝรั่งเศสไม่อาจอ้างว่าการคำนวณค่าเสียหายในศาลต่างประเทศเป็นการขัดกับนโยบายสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสได้อีกต่อไป³⁵⁶ ในประเด็นที่สองเกี่ยวเนื่องกับการตั้งกำไรที่ผู้ละเมิดได้รับอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งจะเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นวิธีการคำนวณแบบหนึ่งของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

3.3.2.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้ค่าเสียหายปกติ

ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ค่าเสียหายสำหรับการผิดสัญญาและการละเมิดจะถูกจำกัดอยู่แค่เพียงทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมเหมือนมิได้มีเหตุการณ์นั้นๆเกิดขึ้น³⁵⁷

³⁵⁵ มาตรา 331-1-3 ของ Code de la propriete intellectuelle “When setting damages, the courts should take into account all appropriate aspects, such as the negative economic consequences, including lost profits, which the injured party has suffered, any unfair profits made by the infringer and the moral prejudice caused to the right holder by the infringement. However, as an alternative and on the request of the injured party, the court may set the damages as a lump sum which cannot be less than the amount of royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorization to use the intellectual property right in question.”.

³⁵⁶ Georges Cavalier and Jean-Sebastien Queguiner, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 353.

³⁵⁷ กรุณาคู Code Civil art. 1382 (Fr.).

ทั้งทนายความและนักวิชาการชาวฝรั่งเศสเชื่อว่าศาลประเทศฝรั่งเศสกำหนดค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับเท่านั้น แต่พิจารณาพฤติกรรมของผู้ละเมิดด้วยโดยมีเจตนาลงโทษผู้ละเมิดเมื่อปรากฏความผิดที่เป็นการจงใจไม่เคารพต่อประโยชน์ของโจทก์ ศาลจะกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่สูงเกินกว่าจำนวนปกติโดยไม่เรียกชื่อว่าเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างเป็นทางการและไม่แยกออกจากค่าเสียหายที่เป็นการชดเชย การค้นหาคำพิพากษาที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นเรื่องยาก เพราะศาลที่กำหนดค่าเสียหายมิได้ให้คำอธิบายว่าค่าเสียหายที่ศาลกำหนดเป็นความเสียหายประเภทใด

ผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศสไม่จำเป็นต้องให้คำอธิบายถึงเหตุผลในการกำหนดค่าเสียหาย เพราะเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาของศาลชั้นต้นและอุทธรณ์โดยแท้ ส่วนศาลฎีกา (Cour de cassation) มีอำนาจเพียงการควบคุมดุลพินิจของศาลล่างซึ่งอาจกลับคำตัดสินได้หากปรากฏว่าศาลล่างตัดสินขัดกับหลักการเสียหายเต็มจำนวน แต่ทว่า การกลับคำตัดสินในส่วนค่าเสียหายไม่ค่อยเกิดขึ้นเพราะศาลล่างมิได้ให้คำอธิบายว่าค่าเสียหายถูกคำนวณอย่างไร

นอกจากนี้ การคำนวณค่าเสียหายภายใต้หลักการเสียหายเต็มจำนวนยังมีอาจอ้างอิงจากค่ามาตรฐานได้ เพราะค่าเสียหายต้องได้รับการกำหนดตามแต่ข้อเท็จจริงแห่งคดี แม้ว่าจะตระหนักถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ค่าเสียหายที่มาจากค่ามาตรฐานจะมีอยู่จริงโดยเฉพาะสำหรับคดีความเสียหายต่อร่างกาย แต่ศาลก็ไม่อาจกล่าวอย่างเป็นทางการได้ว่าศาลกำหนดค่าเสียหายโดยอ้างอิงกับค่ามาตรฐานเพราะมิฉะนั้น ค่าเสียหายอาจถูกศาลสูงกลับคำตัดสินได้ ถ้าศาลยอมรับอย่างเป็นทางการถึงค่าเสียหายที่อ้างอิงกับค่ามาตรฐาน ก็จะส่งผลดีในเชิงวิชาการเพราะนักกฎหมายสามารถแยกแยะค่าเสียหายเชิงลงโทษออกจากค่าเสียหายที่แท้จริงเพื่อทราบถึงจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏในแต่ละคดีได้อย่างชัดเจน แม้ว่าทนายความไม่อาจประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลกำหนดในแต่ละคดีได้อย่างถูกต้องแต่ในบางคดีกลับปรากฏค่อนข้างชัดเจนว่าศาลมิได้กำหนดค่าเสียหายจากความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับแต่กำหนดเพื่อลงโทษผู้ละเมิด โดยมีเหตุผลหลายประการที่สนับสนุนคำกล่าวอ้างดังต่อไปนี้

เหตุผลประการแรก คือ มีคดีจำนวนหนึ่งที่ศาลให้ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายทางศีลธรรม (dommage moral, moral damage) ต่อกรณีอุบัติเหตุที่เสียชีวิตเนื่องจากความผิดของจำเลยจะมีค่าเฉลี่ยสูงกว่าค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายทางศีลธรรมที่เกิดจากความรับผิดชอบแม้ผู้กระทำไม่มีความผิด (No-fault liability) จึงเป็นที่ชัดเจนว่าค่าสินไหมทดแทนทางศีลธรรม (extra-patrimonial damage) เป็นวิธีที่ง่ายที่สุดในการให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ และกฎหมายฝรั่งเศสก็ยอมรับการเพิ่มขึ้นของค่าเสียหายภายใต้ค่าเสียหายทางศีลธรรม เนื่องจากค่าเสียหายประเภทนี้อาจถูกประเมินให้เป็นตัว

เงินที่แท้จริงได้ประกอบกับศาลมีอาจใช้ค่ามาตรฐานได้ ในการคำนวณศาลจึงต้องพิจารณาทั้งความเสียหายที่โจทก์ได้รับประกอบกับพฤติกรรมการที่นำลงโทษของจำเลยหรือกำไรที่เกิดจากการละเมิด

สำหรับสิทธิส่วนบุคคล (personality right) เช่น เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิส่วนบุคคล ถ้ามีการละเมิดสิทธิดังกล่าว นักกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสเชื่อกันอย่างกว้างขวางว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายสูงขึ้นเมื่อปรากฏว่าผู้ละเมิดจงใจละเมิดสิทธินี้เพื่อให้ได้กำไร เช่น หนังสือพิมพ์จงใจละเมิดโดยเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อดึงดูดให้มีลูกค้ามากขึ้น แต่ว่าการแยกค่าเสียหายเชิงลงโทษออกจากค่าเสียหายแท้จริงเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ ศาลฎีกาแห่งประเทศฝรั่งเศสเคยพิพากษาว่า เพียงแค่พบว่าเกิดละเมิดขึ้นก็ส่งผลให้ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับการชดเชยแล้ว อันหมายความว่า ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายได้แม้ผู้เสียหายจะพิสูจน์ความเสียหายไม่ได้หรือแม้จะไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้นเลย ในกรณีหลังนี้เอง ที่ค่าเสียหายมิได้มีขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายแต่มีขึ้นเพื่อลงโทษเท่านั้น

ในคดีของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม นักกฎหมายเห็นพ้องต้องกันว่า ศาลจะนำกำไรที่จำเลยได้รับจากการกระทำและระดับความรุนแรงของความผิดมาพิจารณากำหนดค่าเสียหายด้วย มีหลักฐานปรากฏชัดเจนว่าค่าเสียหายในบางคดีสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

สรุปว่า ถึงแม้กฎหมายฝรั่งเศสจะไม่รับรองค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างเป็นทางการแต่ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีอยู่ภายใต้ชื่อของค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายทางศีลธรรม เมื่อสถานการณ์เป็นเช่นนี้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีลักษณะจำกัดมากและมีจำนวนค่อนข้างต่ำ นักกฎหมายบางส่วนจึงตั้งข้อสงสัยว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษเช่นนี้จะมีประสิทธิภาพในการป้องปรามพฤติกรรมผิดได้เพียงใด แม้การแยกค่าเสียหายเชิงลงโทษออกจากค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นเป็นไปได้ แต่การจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ได้แก่ ยิ่งพฤติกรรมของจำเลยควรถูกลงโทษมากเท่าไร ค่าเสียหายก็ควรที่จะยิ่งสูงขึ้น แม้ศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายจากกำไรที่จำเลยได้รับ แต่ก็เป็นที่เชื่อกันว่า ศาลพยายามที่จะดึงกำไรออกจากจำเลยให้ได้เพื่อป้องปรามการทำผิดในอนาคต

มีข้อสังเกตหนึ่งที่น่าสนใจของระบบกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับต้นทุนในการดำเนินคดี เพราะภายใต้มาตรา 700 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ศาลอาจสั่งให้ฝ่ายที่แพ้คดีจ่ายค่าดำเนินคดีทั้งหมดหรือบางส่วนให้กับฝ่ายที่ชนะคดีได้ ค่าใช้จ่ายนี้หมายถึงค่าทนายความ (ศาลจะกำหนดให้เป็นเงินก้อนเดียว ประมาณ 10,000 – 200,000 ยูโร) และค่าธรรมเนียมของพยาน

ผู้เชี่ยวชาญซึ่งถูกกำหนดโดยศาล ส่วนค่าธรรมเนียมศาลนั้นผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องชำระ³⁵⁸ ดังนั้นประเด็นเรื่องการให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อชดเชยค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีจึงไม่เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณา

3.3.3 ความพยายามนำค่าเสียหายเชิงลงโทษบัญญัติในกฎหมายฝรั่งเศสอย่างเป็นทางการ

เนื่องจากประเด็นเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับความสนใจอย่างมากในประเทศฝรั่งเศส จนมีผู้ให้ความเห็นว่า ประเทศฝรั่งเศสอาจมีความสามารถในการแข่งขันในเวทีโลกได้ดีขึ้นหากปรับแนวความคิดดังกล่าวมาใช้ สอดคล้องกับแนวคิดของนักการเมืองประเทศฝรั่งเศสที่ประสงค์ให้กฎหมายสนับสนุนและคุ้มครองภาคธุรกิจได้ดีขึ้น ด้วยเหตุผลนี้จึงมีความพยายามนำแนวคิดของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในกฎหมายฝรั่งเศส การรับค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้จะเพิ่มหน้าที่ให้กับความรับผิดชอบแห่งอีก 2 ประการ นั่นคือ การลงโทษและการป้องปรามซึ่งมักจะถูกละเลยเนื่องจากนักกฎหมายมุ่งความสนใจไปที่หน้าที่การชดเชยเท่านั้น แม้วัตถุประสงค์ในการลงโทษและการป้องปรามจะเป็นหน้าที่หลักของกฎหมายอยู่แล้วแต่มีความเชื่อกันว่ากฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือตอบโต้พฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ที่ปรากฏในสังคมได้ไม่เพียงพอ

ผู้สนับสนุนการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายแย้งเห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดเพื่อแก้ไขปัญหาใดๆจากการกระทำความผิด (lucrative fault, fautes lucratives) อันหมายถึง การละเมิดโดยจงใจซึ่งผู้ทำละเมิดทราบดีว่าความรับผิดชอบตามกฎหมายน้อยกว่าประโยชน์ที่ได้รับ ความรับผิดชอบตามกฎหมายที่ชดเชยเพียงแก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงไม่อาจป้องปรามผู้ที่อาจทำละเมิดในอนาคตได้เพราะผู้ที่อาจทำละเมิดเห็นว่าแม้จะต้องรับผิดชอบโดยการชำระเงินก็ยังมีผลประโยชน์หลงเหลืออยู่ ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษสามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยบังคับให้ผู้ละเมิดต้องชำระค่าเสียหายตามกำไรที่ได้รับซึ่งอาจมีจำนวนเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง หลักการ

³⁵⁸ Thomas Bouvet, IP Enforcement Week : Calculation of damages, 13-17 November 2006 EPO Munich, at academy.epo.org/schedule/2006/jc01/Friday/T.%20Bouvet.pdf (last visited 12 February 2010).

นี้จึงมีประโยชน์มากต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายการแข่งขันทางการค้า และกฎหมายคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการร่างกฎหมายเพื่อนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายประเทศฝรั่งเศส ทนายความจำนวนมากได้ออกมาต่อต้านการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้ เพราะไม่ต้องการให้กฎหมายละทิ้งหลักการชดเชยเต็มจำนวนอันเป็นหัวใจสำคัญของความรับผิดชอบแพ่ง และยังเห็นว่าการลงโทษไม่ควรอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบแพ่ง ถ้านำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ก็อาจสร้างปัญหาต่อการปกป้องสิทธิของจำเลยและการจำกัดดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

3.3.3.1 โครงการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่ง

ประธานาธิบดี Jacques Chirac ร้องขอให้นักวิชาการชั้นนำชาวฝรั่งเศส นำโดยศาสตราจารย์ Pierre Catala ใช้โอกาสครบรอบ 200 ปีของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสเพื่อทำโครงการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งอันเกี่ยวกับหนี้เพื่อให้ทันสมัยมากขึ้นหลังจากมิได้ถูกปฏิรูปมาตั้งแต่ปี 1804 โครงการอวองต์ (Avant-project Catala) ถูกนำเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมเมื่อเดือนกันยายน 2005³⁵⁹ แม้ว่ารัฐบาลจะกล่าวว่าร่างกฎหมายมีความน่าสนใจแต่ประมวลกฎหมายแพ่งกลับไม่ได้รับการแก้ไขตามข้อเสนอของโครงการ

3.3.3.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษในโครงการอวองต์

ผลงานบางส่วนของโครงการอวองต์ (Avant-project) ที่เจาะจงไปที่ความรับผิดชอบแพ่งถูกร่างโดยกลุ่มของนักวิชาการภายใต้การดูแลของศาสตราจารย์ Genevieve Viney และ Georges Durry ร่างกฎหมายได้เริ่มต้นขึ้นโดยยึดถือหลักการชดเชยเต็มจำนวนตามมาตรา 1370 ว่า วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายมีขึ้นเพื่อทำให้สถานะของผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนไม่มีเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น ผู้เสียหายต้องไม่ได้รับประโยชน์มากขึ้นหรือเสียหายมากขึ้นจากค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ ยกเว้นแต่จะปรากฏในกฎหมายเฉพาะหรือข้อสัญญา

แต่ร่างกฎหมายมาตรา 1371 กล่าวถึงข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวไว้ให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ในบางกรณี ซึ่งกล่าวว่า “เมื่อบุคคลใดกระทำความผิดโดยจงใจและเป็น

³⁵⁹ John Y. Gotanda, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 322 หน้า 517.

ความคิดเพื่อให้ได้รับประโยชน์ บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษนอกเหนือจากค่าสินไหมทดแทน ศาลมีดุลพินิจจัดสรรค่าเสียหายประเภทนี้บางส่วนให้กับการคลังสาธารณะ (Public treasury) ได้ คำพิพากษาของศาลที่สั่งให้ชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษจะต้องให้เหตุผลสนับสนุน โดยเฉพาะ จำนวนของค่าเสียหายประเภทนี้ก็ต้องแตกต่างหากจากค่าเสียหายประเภทอื่น และค่าเสียหายเชิงลงโทษมีอาจเป็นวัตถุประสงค์เดียวกันได้³⁶⁰

ร่างกฎหมายนี้เองที่สะท้อนแนวความคิดที่ต้องการแก้ไขปัญหาของ Faute lucrative เพราะเนื้อความดังกล่าวสร้างความสัมพันธ์อย่างชัดเจนระหว่างปัญหานี้กับค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อป้องกันการละเมิดที่ให้ประโยชน์กับผู้กระทำ การที่กฎหมายมิให้เอาค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นวัตถุประสงค์กันภัยก็เพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่จะละเมิดโอนความเสี่ยงที่อาจต้องรับผิดชอบไปยังผู้รับประกันภัยด้วย

ส่วนในประเด็นที่ศาลอาจจัดสรรค่าเสียหายเชิงลงโทษไปที่การคลังสาธารณะ (Public treasury) นี้มีขึ้นเพื่อตอบโต้ข้อโต้แย้งที่ว่าค่าเสียหายต้องไม่ทำให้โจทก์ร่ำรวยขึ้นโดยไม่สมควร การปฏิรูปกฎหมายนี้ยังต้องการลดดุลพินิจของศาลโดยการใช้วิธีบัญญัติ นอกจากนี้ ร่างกฎหมายนี้ยังบังคับให้ศาลต้องให้เหตุผลสนับสนุนอย่างชัดเจนถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษอีกทั้งจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ต้องแตกต่างหากจากค่าเสียหายประเภทอื่นด้วย ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงปรากฏอย่างชัดเจนว่าเป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่แยกออกมาต่างหากและมีลักษณะของตัวเอง

3.3.3.3 ปฏิบัติต่อโครงการอวองต์

ในรายงานของโครงการอวองต์ที่ถูกร่างโดยหอการค้าและอุตสาหกรรมของกรุงปารีสได้กล่าวว่า ความพยายามนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในกฎหมายฝรั่งเศสถูกวิจารณ์อย่างรุนแรง เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษจะทำให้จำเลยได้รับโทษมากเกินไปและยังทำให้เกิดความสับสนระหว่างความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับผิดชอบทางอาญา ความรับผิดชอบทางแพ่งเองควรจะผูกติดอยู่กับ

³⁶⁰ ผู้ร่างมาตรานี้ได้รับแนวคิดมาจากมลรัฐ Quebec ประเทศแคนาดาที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรสำหรับกฎหมายเอกชน ประมวลกฎหมายแพ่งใหม่ของ Quebec มีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบรรจุไว้ด้วย นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสจำนวนหนึ่งจึงเชื่อว่าแม้หลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษจะมีที่มาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ก็สามารถนำมาใช้กับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้อย่างลงตัว

หลักการชดเชยเต็มจำนวนเท่านั้น ผู้รายงานให้ความเห็นว่าศาลมีบทบังคับทางแพ่งที่ประสิทธิภาพต่อผู้ละเมิดอยู่แล้วเพราะศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นจำนวนมากได้

นอกจากนี้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษยังได้ถูกวิจารณ์อีกซึ่งปรากฏในรายงานร่างโดยคณะผู้ทำงานตั้งขึ้นโดย Cour de cassation เพื่อศึกษาโครงการอวองต์ รายงานดังกล่าวเห็นว่า คำจำกัดความของความผิดซึ่งเปิดช่องให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้นั้นคลุมเครือและไม่แน่นอน ในกรณีการจัดสรรค่าเสียหายเชิงลงโทษไปที่ Public treasury จะทำให้ความเป็นสูงสุดขององค์กรไม่ชัดเจนและทำให้ความแตกต่างระหว่างค่าปรับทางแพ่ง (amende civile) และค่าปรับ (astreinte) ไม่ชัดเจน คณะศึกษากลุ่มนี้ให้ความเห็นว่า ความรับผิดชอบของกฎหมายแพ่งควรจะยึดติดกับหลักการของการชดเชยเต็มจำนวน ส่วนการลงโทษพฤติกรรมที่น่าตำหนิควรจะหันไปปรับใช้บทบังคับทางอาญาและทางปกครองเสียมากกว่า รายงานทั้ง 2 ฉบับที่วิจารณ์โครงการอวองต์ แสดงถึงความลังเลจากภาคธุรกิจและผู้พิพากษาศาลสูงกับการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

แม้จะมีนักวิชาการที่ออกมาเห็นด้วยกับการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ แต่ก็ได้ตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับโครงการอวองต์ว่า ถ้ากฎหมายมิได้กล่าวชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้วศาลควรจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนด เช่น ระดับของความผิด คำที่ได้จากการกระทำ หรือความสามารถในการชำระค่าเสียหาย และสำหรับในคดีบางประเภท ศาลควรจะมีดุลพินิจที่มีขอบเขตจำกัดหรือไม่ และควรจะใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษรวมไปกับบทบังคับทางอาญาด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นหลังนี้เองก็มีความเกี่ยวข้องกับศาลยุโรปเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนด้วย (European Court of Human Rights) เนื่องจากมาตรา 1371 ให้อำนาจศาลนำค่าเสียหายบางส่วนโอนไปที่ Public Treasury ได้ทำให้ค่าเสียหายส่วนนี้มีความใกล้เคียงกับค่าปรับทางอาญา ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงอาจมีประเด็นเกี่ยวพันกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (the European Convention on Human Rights) ซึ่งได้วางเกณฑ์อันเกี่ยวกับบทบังคับทางอาญาไว้

สรุปว่า การที่โครงการอวองต์นำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งจึงไม่น่าเป็นที่เชื่อถือ ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติคงจะไม่เสนอการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในระยะเวลานี้เองก็ไม่น่าเป็นไปได้ แต่สำหรับคดีประเภทอื่นก็อาจมีการดำเนินการปฏิรูปต่อไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีสิ่งแวดล้อมที่คณะกรรมการผู้รับผิดชอบในการปฏิรูปกฎหมายได้สนับสนุนให้มีการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับความผิดที่เกิดโดยจงใจทำให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

3.4 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นรับเอาประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์มาจากประเทศเยอรมันนี โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการแปลมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันคำต่อคำเป็นมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น ทั้งนี้ มาตรา 823 และมาตรา 709 ก็คือบทบัญญัติเรื่องละเมิดนั่นเอง จึงทำให้เห็นได้ชัดเจนว่ากฎหมายละเมิดของประเทศญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันนี

แนวคิดทางวิชาการของนักวิชาการส่วนใหญ่ของประเทศญี่ปุ่นเกี่ยวกับบทบาทของกฎหมายละเมิด (fuhoukoi) มีความคล้ายคลึงกับแนวคิดทางวิชาการของนักวิชาการประเทศเยอรมันนีข้างต้น กล่าวคือ บทบาทหลักของกฎหมายละเมิดคือบทบาทของการให้ผู้ทำละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อให้สถานะของผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนมีการละเมิดให้มากที่สุด โดยบทบาทเพื่อการลงโทษผู้ทำละเมิดของกฎหมายละเมิดนั้นไม่ได้รับการยอมรับ แต่อย่างไรก็ดี ก็มีนักวิชาการส่วนน้อยที่ได้เถียงว่ากฎหมายละเมิดมีบทบาทในการลงโทษผู้กระทำละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีผู้ทำละเมิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ข้าราชการโรค ซึ่งเป็นพฤติกรรมละเมิดในเชิงต่อต้านสังคม³⁶¹

สำหรับความเห็นทางวิชาการของศาสตราจารย์ KATO ซึ่งเขียนตำรากฎหมายละเมิดที่ได้รับการยอมรับมากในวงการนิติศาสตร์ของประเทศญี่ปุ่นนั้น เห็นว่าบทบาทหลักของกฎหมายละเมิดคือการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิม (โดยให้ผู้ทำละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทน) ส่วนบทบาทที่เป็นการปราม (Deterrence) มิให้จำเลยกระทำละเมิดอีกเป็นบทบาทเสริมบทบาทของการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น และมีความสัมพันธ์โดยตรงกับการขอให้ศาลสั่งให้ผู้ทำละเมิดหยุดกระทำการ (เช่น กรณีรถไฟหัวจรวดที่วิ่งผ่านเมือง Nagoya แล้วทำให้ชาวบ้านรำคาญเสียงดังของรถไฟหัวจรวด จนชาวบ้านต้องฟ้องขอให้ศาลสั่งให้รถไฟหยุดการก่อเสียงดังรำคาญดังกล่าว เป็นต้น) ส่วนบทบาทของกฎหมายละเมิดในเชิงลงโทษนั้นเป็นไปได้ในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นจริงๆ เท่านั้น³⁶²

คำพิพากษาที่สำคัญมากของประเทศญี่ปุ่นที่ปฏิเสธไม่ยอมรับค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษได้แก่ คำพิพากษาของศาลฎีกาประเทศญี่ปุ่น (11 ก.ค. 1997) ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

³⁶¹ Masanobu KATO, Jimu Kanri, Futou Ritoku, Fuhou Koi (การบริหารจัดการลาภมิควรได้และละเมิด) สำนักพิมพ์ Yuhikaku, 2005, หน้า 381.

³⁶² KATO, อ้างแล้วข้างต้น

“ศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษากรณีบริษัทญี่ปุ่นทำสัญญากู้ยืมเงินกับบริษัทซึ่งตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยบริษัทญี่ปุ่นมีการกระทำที่เป็นการฉ้อโกงด้วย ศาลจึงพิพากษาให้จำเลย (บริษัทญี่ปุ่น) ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเงิน 45,000 เหรียญสหรัฐ และค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษเป็นจำนวนเงิน 1,125,000 เหรียญสหรัฐ ให้กับนิติบุคคลสหรัฐอเมริกา (บริษัทอเมริกัน) แต่เนื่องจากบริษัทญี่ปุ่น (จำเลย) ไม่มีสินทรัพย์อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา โจทก์ (บริษัทอเมริกัน) จึงฟ้องต่อศาลยุติธรรมในประเทศญี่ปุ่นเพื่อขอให้ศาลญี่ปุ่นบังคับตามคำพิพากษาให้ (ตามบทบัญญัติของมาตรา 24 ของกฎหมายว่าด้วยการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ) แต่มีเงื่อนไขตามมาตรา 118 (3) ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นพิพากษาว่าค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษตามคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นในเฉพาะส่วนของค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษดังกล่าวศาลฎีกาปฏิเสธที่จะบังคับให้”³⁶³

ก่อนที่ศาลฎีกาจะมีคำพิพากษาในปี 1996 นั้น ได้มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมจำนวนอย่างน้อย 4 คำพิพากษาที่ยืนยันว่าประเทศญี่ปุ่นไม่รับเอาค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษมาเป็นความรับผิดชอบ เนื่องจากศาลเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยคำพิพากษาดังกล่าวมีดังนี้³⁶⁴

คำพิพากษาศาลชั้นต้นเมืองโตเกียว (1 กุมภาพันธ์ 1982) (1044 Hanrei Jiho 19)

โจทก์ฟ้องประเทศญี่ปุ่น บริษัทผลิตยารักษาโรค แพทย์และโรงพยาบาลเป็นจำเลย และขอให้ศาลสั่งให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ โดยโจทก์ได้อ้างว่าโจทก์ได้กินยารักษาโรคเรียกชื่อทางการแพทย์ว่า Chloroquine เป็นระยะเวลาานานมากเพื่อรักษาโรคไตอักเสบเรื้อรัง (chronic nephritis) ซึ่งยารักษาโรสดังกล่าวได้ทำให้โจทก์ต้องตาบอดและมีอาการของโรคอื่นๆ อีก

ศาลตัดสินโดยให้เหตุผลว่า ในการที่ศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากความเจ็บปวด

³⁶³ KATO, อ้างแล้วข้างต้น, หน้า 380.

³⁶⁴ Yukihiro MASAMI, The Product Liability Law in Japan, เอกสารสืบเนื่องการสัมมนา Law on Consumer Protection in Japan and Thailand จัดโดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ Institute of Developing Economies (IDE-JETRO), เดือนมีนาคม พ.ศ. 2544, หน้า 68.

และทุกซ์ทรมานันั้น ศาลต้องนำปัจจัยที่ว่า ผู้ทำละเมิดมีเจตนาอย่างไรมาประกอบการพิจารณาด้วย อย่างไรก็ดี การนำเอาเจตนาของจำเลยมาเป็นเงื่อนไขเพื่อให้จำเลยต้องรับผิดชอบมากขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษนั้น ย่อมขัดกับหลักการของระบบค่าเสียหายที่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายที่เป็นธรรมแก่โจทก์เท่านั้น ศาลจึงไม่สามารถตีความในลักษณะเพื่อเป็นการลงโทษภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศของเราได้

คำพิพากษาศาลชั้นต้นเมืองโตเกียว (18 พฤษภาคม 1982) (1231 Hanrei Jiho 3)

โจทก์ฟ้องประเทศญี่ปุ่น บริษัทผลิตยารักษาโรค แพทย์และโรงพยาบาลเป็นจำเลย และขอให้ศาลสั่งให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ โดยโจทก์ได้อ้างว่าโจทก์ได้กินยารักษาโรคเรียกชื่อทางการแพทย์ว่า Chloroquine เป็นระยะเวลานานมากเพื่อรักษาโรคไตอักเสบเรื้อรัง (chronic nephritis) หรือโรคผิวหนังที่เรียกว่า lupus erythematosus ซึ่งยารักษาโรคดังกล่าวได้ทำให้โจทก์ต้องตาบอดและมีอาการของโรคอื่นๆ อีก

ศาลชั้นต้นได้ตัดสินโดยให้เหตุผลว่า การกำหนดค่าเสียหายให้มีจำนวนสูงขึ้นเนื่องจากจำเลยมีเจตนาที่จะทำละเมิดแก่โจทก์เพื่อเป็นการลงโทษจำเลยนั้น นอกจากจะขัดกับระบบค่าเสียหายซึ่งประสงค์ให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายที่เป็นธรรมแก่โจทก์แล้ว ยังขัดแย้งอย่างมากกับระบบกฎหมายของประเทศเราที่มีการแยกความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญาออกจากกันอย่างชัดเจนและเด็ดขาด และมีการกำหนดให้รัฐเท่านั้นที่มีอำนาจผูกมัดในการลงโทษผู้กระทำผิด

คำพิพากษาศาลสูงเมืองโตเกียว (11 มีนาคม 1988) (1271 Hanrei Jiho 3)

โจทก์ฟ้องประเทศญี่ปุ่น บริษัทผลิตยารักษาโรค แพทย์ และ โรงพยาบาลเป็นจำเลย และขอให้ศาลสั่งให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ โดยโจทก์ได้อ้างว่าโจทก์ได้กินยารักษาโรคเรียกชื่อทางการแพทย์ว่า Chloroquine เป็นระยะเวลานานมากเพื่อรักษาโรคไตอักเสบเรื้อรัง (chronic nephritis) ซึ่งยารักษาโรคดังกล่าวได้ทำให้โจทก์ต้องตาบอดและมีอาการของโรคอื่นๆ อีก

ศาลตัดสินโดยให้เหตุผลว่า ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเจ็บปวดและทรมานทุกซ์ทรมานันั้น ต้องพิจารณาลักษณะของการละเมิดด้วย อย่างไรก็ดี วัตถุประสงค์ของระบบค่าเสียหายของประเทศเรานั้นมีเพียงประการเดียวคือ การกำหนดให้ผู้ทำละเมิดจ่ายค่าเสียหายให้กับผู้เสียหาย นอกจากวัตถุประสงค์ดังกล่าวแล้ว ระบบค่าเสียหายไม่ได้มีการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษและป้องปรามมิให้มีการกระทำละเมิดอีก โดยการกำหนดค่าเสียหายที่มีจำนวนเงินสูงมากให้กับผู้เสียหายเพื่อลงโทษผู้ทำละเมิดและป้องปรามมิให้มีการกระทำละเมิดในลักษณะดังกล่าวอีก

คำพิพากษาศาลชั้นต้นเมืองโตเกียว 27 พฤษภาคม 1994 (1498 Hanrei Jiho 10)

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์ได้ซื้อจักรยานซึ่งผลิตโดยบริษัทของจำเลย เมื่อโจทก์ขี่จักรยานตามปกติ จักรยานได้พลิกคว่ำเนื่องจากที่จับหักและทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ ส่วนจักรยานที่โจทก์ซื้อได้ซ่อมที่จับให้ แต่ที่จับที่หักอีกทำให้โจทก์ได้บาดเจ็บอีก โจทก์จึงได้ทำการร้องเรียนผ่านคนกลางไปยังจำเลย จำเลยได้เสนอที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนจำนวน 300,000 เยน เป็นเงินค่าปลอบขวัญให้แก่โจทก์ แต่โจทก์เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินจำนวน 10,000,000 เยน ทำให้ตกลงกันไม่ได้ โจทก์จึงได้นำคดีมาฟ้อง

ศาลตัดสินโดยให้เหตุผลว่า ระบบค่าเสียหายเพื่อความเจ็บปวดและการทรมานทุกซ์ทรมานนั้นคือระบบค่าเสียหายที่กำหนดให้จำเลยต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายด้านจิตใจที่ผู้เสียหายได้รับจากการถูกระทำละเมิด ในการกำหนดค่าเสียหายนั้น ศาลต้องกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่พอสมควรสมผลแก่ความเสียหายซึ่งรวมถึงความเสียหายต่อจิตใจที่ผู้เสียหายได้รับด้วย

บทที่ 4

การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายไทย

เมื่อได้ทราบการบังคับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา อันเป็นตัวแทนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น บทนี้จึงเป็นการพยายามนำแนวความคิดพื้นฐานที่ปรากฏมาปรับใช้ในกฎหมายละเมิดของประเทศไทย โดยผู้เขียนจะเริ่มจากการอธิบายสถานะปัจจุบันของค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้กฎหมายไทยทั้งจากความเห็นของนักวิชาการ ศาล และกฎหมายพิเศษต่างๆ ต่อไปจึงจะเสนอความคิดเห็นต่อการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในประเทศไทยว่าควรจะออกมาในรูปแบบใดจึงจะเหมาะสมที่สุด

4.1 สถานะปัจจุบันของค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้กฎหมายไทย

4.1.1 ความคิดเห็นจากนักกฎหมาย

แนวความคิดพื้นฐานของการใช้ค่าเสียหายเพื่อการละเมิด คือ การเยียวยาผู้เสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนความเสียหายมิได้เกิดขึ้น ซึ่งเป็นหลักการเยียวยาที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร รศ.ดร.ศนันท์กรณ์ โสคติพันธุ์³⁶⁵ให้ความเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายที่มากกว่าความเสียหายที่แท้จริงเสมือนหนึ่งว่าเป็นการลงโทษแก่ผู้ละเมิดจึงไม่ได้รับการรองรับด้วยทฤษฎีพื้นฐานการเยียวยาความเสียหายของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แม้การใช้ค่าเสียหายเพื่อลงโทษจำเลยสำหรับการกระทำต่างๆจะมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้นแต่ก็เท่ากับว่าถ้าระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรยอมรับก็เท่ากับว่าระบบกฎหมายย้อนยุคกลับไปสู่ความคิดสมัยโรมันโบราณซึ่งไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น³⁶⁵ และการที่กฎหมายบังคับให้ผู้ทำละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนก็ถือได้ว่าเป็นการลงโทษผู้ละเมิดอยู่แล้วเพราะผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก³⁶⁶

³⁶⁵ ศนันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11 หน้า 275-76.

³⁶⁶ ศนันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้วข้างบน.

ศาสตราจารย์สุชม ศุภนิคย์ให้ความเห็นไว้ว่า จากคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นว่าการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดศาลสามารถกำหนดได้โดยถือว่าเป็นการลงโทษจำเลย³⁶⁷ หรือทดแทนความเสียหายแท้จริงหรือเป็นการยอมรับว่าโจทก์ถูกละเมิด แม้ไม่มีความเสียหายเป็นรูปธรรมเกิดขึ้น³⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ท่าน ศาสตราจารย์สุชม ศุภนิคย์ มีความเห็นว่า มาตรา 438 ไม่น่าจะมีอำนาจให้ศาลใช้เพื่อกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเป็นเชิงอย่าง เพราะไม่ถูกต้องกับหลักการของกฎหมายลักษณะละเมิด ศาลไม่มีอำนาจในการกำหนดค่าเสียหายได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดและจะกำหนดให้เกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับหรือเกินกว่าที่โจทก์ขอมาในคำฟ้องมิได้ ในทางด้านโจทก์เองก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเกินกว่าความเสียหายแท้จริง³⁶⁹

ศาสตราจารย์ ดร.วาริ นาสกุล ได้กำหนดขอบเขตของค่าเสียหายไว้ 2 ประการ คือ ค่าเสียหายในกรณีที่ทรัพย์สินที่มีอยู่ลดน้อยลงและค่าเสียหายจากการขาดโอกาสการเพิ่มขึ้นของทรัพย์สินที่มีอยู่ อำนาจมาตรา 438 แสดงว่าศาลไม่เพียงแต่จะพิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ แต่จะพิจารณารวมไปถึงว่าควรจะให้ผู้ละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเท่าใด แต่ทว่า กฎหมายไม่ได้เปิดช่องให้ศาลกำหนดค่าเสียหายมากกว่าความเป็นจริง กฎหมายให้อำนาจแต่เพียงให้ผู้ละเมิดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด เพราะเหตุว่า ศาลจะให้ผู้ละเมิดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นการลงโทษดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายอาญามีได้ ค่าเสียหายมิไว้เพื่อประโยชน์ของผู้ได้รับความเสียหาย ไม่มีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้ก่อความเสียหายได้รับความทุกข์ทรมาน³⁷⁰

³⁶⁷ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 366/2474, 336/2475, 1617-1618/2500, 64/2501.

³⁶⁸ Nominal Damage เป็นค่าเสียหายอย่างต่ำ ในกรณีที่ไม่มีความเสียหายเป็นจำนวนแน่นอน เช่น การที่จำเลยเอาไม้มาปักในที่ดินแก่โจทก์ ศาลพิพากษาให้หรือไม้้อออก และใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ 1 บาท (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 926-929/2475); การค่าเช่าอันเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งหน้าตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 339(2) นั้น ถือว่าทำละเมิดต่อสิทธิของโจทก์ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และโจทก์ได้รับความเสียหายแล้ว แม้จะคิดเป็นเงินเป็นทองไม่ได้ ศาลกำหนดค่าเสียหายให้ 4 บาท (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487)

³⁶⁹ สุชม ศุภนิคย์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17 หน้า 210-212.

³⁷⁰ วาริ นาสกุล, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23 หน้า 248-49.

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ก็ได้อธิบายถึงอำนาจในมาตรา 438 ไว้เพียงว่า ถ้าโจทก์ผู้มีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาสู้บไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเกิดความเสียหายแต่ตนเท่าใด ศาลจึงจะใช้อำนาจแห่งมาตรานี้กำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเท่านั้นเอง³⁷¹

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า ปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายแท้จริงกับค่าเสียหายเชิงลงโทษมีความแตกต่างกัน เมื่อค่าเสียหายแท้จริงเกิดจากหลักฐานที่แสดงว่าเกิดความเสียหายต่อโจทก์จริงศาลก็กำหนดได้โดยไม่มีข้อขัดข้อง ปัญหาจะมีแต่เพียงในกรณีที่โจทก์นำสืบถึงค่าเสียหายที่แน่นอนไม่ได้เท่านั้น ส่วนในกรณีของค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น ก็มีปัจจัยอื่นๆที่นำมาพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสม เช่น พฤติกรรมความชั่วร้ายของจำเลย ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับ และฐานะทางการเงินของจำเลย³⁷²

โดยสรุปแล้ว นักกฎหมายฝ่ายนี้มีความเห็นว่า มาตรา 438 เป็นการให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยขึ้นอยู่กับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการทำละเมิด โดยมีเพดานขั้นสูงที่ความเสียหายแท้จริงที่โจทก์ได้รับเท่านั้น เพราะเป็นไปเพื่อชดเชยผู้เสียหายให้เสมือนมิได้มีการละเมิดเกิดขึ้น มิใช่การลงโทษแก่จำเลย

ในทางตรงกันข้าม มีนักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งเห็นว่า การใช้อำนาจตามมาตรา 438 สามารถกำหนดเพิ่มเติมสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงได้เพื่อลงโทษผู้ละเมิด ยกตัวอย่างเช่น อาจารย์พจน์ ปุษปาคมให้ความเห็นว่า หลักการกำหนดค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดสามารถกำหนดเพื่อลงโทษจำเลยได้³⁷³

4.1.2 คำพิพากษาฎีกาที่อาจเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด

ก) คำพิพากษาฎีกาที่ 366/2474

ระหว่างร้อยตำรวจตรีคุ้ม โจทก์กับนายป๊อกับพวกจำเลย ศาลในคดีอาญาพิพากษาลงโทษจำเลยในข้อหากระทำผิดฐานพยายามฆ่าโจทก์มาแล้ว โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน 4,000 บาท ศาล

³⁷¹ จิติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16 หน้า 295.

³⁷² ปริญญาวัน ชมเสวก, ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550) หน้า 98.

³⁷³ พจน์ ปุษปาคม, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 66 หน้า 532-33.

ชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทน 2,500 บาท ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามข้อเท็จจริงในสำนวนคดีอาญาปรากฏว่า จำเลยเป็นคนมีทรัพย์สินในตำบลบางพลี ชอบเล่นการพนันและ เป็นนักเลงหัวไม้ เมื่อโจทก์ออกไปเป็นหัวหน้าสถานีตำรวจอำเภอบางพลีก็ปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ โดยเคร่งครัด ไม่เข้าเป็นพวกของนายป้อและคอยขัดขวางมิให้นายป้อประพฤติเช่นเคยมา จึงเป็นเหตุให้ นายป้อกับพวกมีความเกลียดชังโจทก์ ครั้นในคืนเกิดเหตุมีงานทำศพที่วัดบางโกลนซึ่งโจทก์ก็ไป รักษาการอยู่ที่วัดนั้น นายป้อกับจำเลยจึงใช้จำเลยอื่นกับพวกเอาปืนยิงโจทก์ได้รับบาดเจ็บ

กรรมการศาลฎีกาเห็นว่า ตามข้อเท็จจริงดังกล่าวมานี้ จำเลยจะต้องรับผิดชอบละเมิดโดยใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์ แม้โจทก์จะนำสืบไม่ได้ว่าค่าเสียหายเป็นจำนวนมากน้อยเท่าใดโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดคดีนี้ปรากฏว่า จำเลยกระทำการอย่างอุกอาจและร้ายแรงมาก กล่าวคือ ก่อนที่จำเลยจะยิงโจทก์ จำเลยได้แสดงกิริยาดูหมิ่นโจทก์โดยมิได้เกรงขามในอำนาจราชการ เป็นต้นว่า จำเลยถือปืนมาล้อมโจทก์กลางที่ชุมนุม ทำให้โจทก์ออกไปตีกัน และเอาไฟฟ้าฉายหน้าโจทก์แล้วใช้ปืนยิงโจทก์โดยซึ่งหน้า เป็นการนำหวาดเสียวมาก กรรมการศาลฎีกาเห็นว่า ศาลล่างทั้งสองกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้จำเลยชดใช้ให้แก่โจทก์เป็นจำนวนเงิน 2,500 บาทนั้นสมควรแล้ว พิพากษายืน

แม้ตามนัยแห่งคำพิพากษานี้ มีนักวิชาการตีความไปในทำนองที่ว่า ศาลฎีกาให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษแก่ผู้เสียหาย³⁷⁴ เช่น อาจารย์พจน์ได้ให้ความเห็นว่า “แม้โจทก์จะเสียหายจริงเพียงบาดเจ็บเป็นการกำหนดอย่างลงโทษจำเลย...เป็นการกำหนดค่อนข้างสูงให้สมกับความอวดดีมีทรัพย์สิน หยามอำนาจในราชการของเจ้าพนักงาน”³⁷⁵ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเปิดช่องให้มีการเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินในมาตรา 446 ได้ แต่ทว่า ตามข้อเท็จจริงแห่งคดีไม่ปรากฏประเด็นเรื่องความเสียหายทางจิตใจให้พิจารณา จึงเท่ากับว่า ค่าเสียหายที่ศาลให้มิได้มุ่งทดแทนความเสียหายที่เกิดแก่

³⁷⁴ พจน์ ปุษปาคม, อ้างแล้วข้างบน หน้า 534-35; ดู สุขุม ศุภนิศย์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 210-212; วิชา มั่นสกุล, ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง”, (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516) หน้า 130; กฤษณา พิษณุโกศล, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 74-75.

³⁷⁵ พจน์ ปุษปาคม, อ้างแล้วข้างบน.

จิตใจของผู้เสียหาย ประกอบกับค่าเสียหายทางกายภาพที่เกิดขึ้นจริงก็ไม่น่าจะสูงถึง 2,500 บาท ดังนั้น ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้จึงมุ่งลงโทษจำเลยโดยแท้³⁷⁶

แต่ก็มีผู้ที่ไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่า แม้ค่าเสียหายที่ศาลให้ในคดีนี้มีจำนวนสูงถึง 2,500 บาท แต่เนื่องจากพฤติกรรมของจำเลยมีความร้ายแรงมากจำนวนค่าเสียหายจึงมากตามไปด้วย แต่ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ของการชดเชยความเสียหายแก่โจทก์เท่านั้น คำพิพากษาไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษหรือป้องปรามจำเลยแต่อย่างใด ค่าเสียหายจำนวนดังกล่าวรวมถึงค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย ประกอบกับพฤติกรรมความร้ายแรงของจำเลยที่ส่งผลให้ศาลสามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินจำนวนให้สอดคล้องได้ โดยอำนาจของมาตรา 438³⁷⁷

ข) คำพิพากษาฎีกาที่ 336/2475

เดิมศาลพิพากษาจำคุกจำเลยฐานอุกฉกร์กระทำอนาจารนางสาวแดง โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย 3,000 บาท ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ในชั้นที่จำเลยเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา จำเลยได้ให้การและนำสืบว่านายถมยงจำเลยกับนางสาวแดงเคยลักลอบร่วมประเวณีกัน ซึ่งทวีความเสื่อมเสียชื่อเสียงให้แก่นางสาวแดงอยู่ชั่วชีวิต ศาลจึงกำหนดให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญให้แก่โจทก์เป็นเงินจำนวน 1,500 บาท เพื่อให้สมแก่เหตุที่เข้าทุกขระกำใจ และเป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันไม่ให้ความผิดเช่นนี้เกิดขึ้นอีกในภายหน้า

คำพิพากษาฎีกานี้มีจุดพิจารณาที่น่าสนใจมากที่สุด ที่ศาลได้อธิบายว่า “...ค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญให้แก่โจทก์...เป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันไม่ให้เกิดความผิดเช่นนี้เกิดขึ้นอีกในภายหน้า...” ซึ่งวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง (Exemplary Damages) นี้เอง เป็นเนื้อแท้เดียวกับวัตถุประสงค์ในการป้องปรามอันเป็นหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ จึงมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่าคำพิพากษาฎีกานี้เป็นแสดงถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะศาลให้ค่าสินไหมทดแทนสูงกว่าความเสียหายจริง ภายใต้งื่อนไขของความเหมาะสมแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด³⁷⁸

³⁷⁶ คัมภีร์, แก้วเจริญ, ค่าเสียหายในคดีละเมิด. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 7 (ฉบับที่ 3 กุมภาพันธ์ 2526) หน้า 41.

³⁷⁷ ปริญญาวัน ชมเสวก, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 372 หน้า 100-101.

³⁷⁸ กล่อม อสิรพันธุ์, หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2497), หน้า 133-134.

แต่ก็มีผู้เห็นแย้งเช่นกันโดยอธิบายว่า แม้จะเรียกว่าเป็นค่าเสียหายเป็นเยี่ยงอย่าง แต่ความจริงก็เป็นเพียงแค่การชดเชยความเสียหายทางจิตใจด้วยเท่านั้น³⁷⁹ ค่าเสียหายจำนวนสูงมากในคดีนี้น่าจะเป็นเพื่อการเยียวยาความเสียหายทางศีลธรรมหรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามมาตรา 446 มากกว่า เพราะเหตุที่โจทก์เป็นหญิงและถูกคุกคร่าอนาจาร ความเสียหายที่ได้รับจึงไม่อาจประเมินค่าเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนได้³⁸⁰

แต่ทว่านักกฎหมายฝ่ายแรก ก็ได้โต้แย้งอีกว่า เมื่อพิเคราะห์ถึงเจตนา ถ้อยคำของศาล และพฤติการณ์ของจำเลยแล้ว เห็นได้ว่า ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้ว แต่เนื่องจากการทำละเมิดเป็นผลให้ผู้เสียหายได้รับผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจ และความรู้สึก ซึ่งทำให้นักกฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรที่ยึดถือทฤษฎีการเยียวยาให้กลับคืนใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุด สามารถใช้มาตรา 446 อันเกี่ยวกับค่าเสียหายทางจิตใจมาอธิบายได้ จึงทำให้ค่าเสียหายเพื่อมุ่งลงโทษจำเลยใจคดีนี้ไม่ชัดเจนเหมือนคดีข้างต้นที่ความเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนต่ำกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างเห็นได้ชัด³⁸¹

ค) คำพิพากษาฎีกาที่ 64/2501

โจทก์จดทะเบียนเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดที่มีชื่อว่า “บริษัทเมืองทอง” ตั้งอยู่ที่ถนนเขาวราช จำหน่ายนาฬิกา ปากกา และแว่นตาไซซัส ซึ่งเป็นเอเจนต์ของห้างบิกริม ต่อมาจำเลยจดทะเบียนตั้งบริษัทจำกัดชื่อ “บริษัทเมืองการแว่นจำกัด” เมื่อปี พ.ศ. 2497 ภายหลังจากการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดโจทก์หลายปี จำเลยทำการขายแว่นตาอย่างเดียว โดยสั่งมาจากต่างประเทศ แต่ไม่ใช่แว่นตาไซซัส จำเลยเอาชื่อห้างโจทก์ไปใช้เพื่อให้ลูกค้าหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของห้างโจทก์ แต่สินค้าของจำเลยคุณภาพต่ำทำให้โจทก์เสียชื่อเสียงในการค้าและขาดความเชื่อถือซึ่งทำให้โจทก์ขาดผลประโยชน์รายได้เป็นเงิน 100,000 บาทขอให้จำเลยใช้ค่าเสียหายจำนวนนี้

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์ได้ลงทุนโฆษณาชื่อห้างของโจทก์นี้ไปแล้วทั้งทางหนังสือ วิทยู และโปสเตอร์สิ้นเงินไปตั้งล้านบาท จำเลยไม่มีสิทธิที่จะใช้คำว่า “เมืองทอง” อยู่ในชื่อบริษัทของจำเลย ทำให้ชื่อเสียงของร้านโจทก์เสียหาย ศาลฎีกาเห็นว่าพฤติการณ์ที่โจทก์นำสืบแสดงความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีผู้ทักท้วงในที่ประชุมแล้ว ยังฝืนใช้ชื่อของโจทก์อีก แสดงว่ามีเจตนาที่จะ

³⁷⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 298.

³⁸⁰ ปริญาวัน ชมเสวก, อ้างในเชิงอรรถที่ 372 หน้า 101-102.

³⁸¹ กฤษณา พิชญโกศล, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 76-77.

ละเมิดสิทธิของโจทก์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ได้ตามควรแก่กรณี และที่ศาลอุทธรณ์กำหนดให้ 50,000 บาท หากเกินสมควรไม่ จึงพิพากษาขึ้น

มีนักกฎหมายที่ให้ความเห็นว่า คำพิพากษานี้เป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะเมื่อปรากฏว่าการเขียนชื่อของจำเลยให้เหมือนโจทก์ทำให้โจทก์เสียหายแล้ว แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า โจทก์ไม่เสียหายเป็นเงินเพราะได้รับกำไรมากขึ้นตลอดระยะเวลาที่ถูกละเมิดก็ตาม ค่าสินไหมทดแทนจำนวน 50,000 บาทจึงเป็นการลงโทษจำเลยส่วนหนึ่ง³⁸² ในขณะที่นักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยก็ได้อธิบายว่า ศาลไม่ได้ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่เป็นเพียงค่าเสียหายตามปกติ เพราะ โจทก์ในคดีนี้ไม่สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้นั่นเองอันเนื่องมาจากอาจมีปัจจัยอื่นที่ทำให้โจทก์ได้รับกำไรมากขึ้นเอง หากไม่มีการเขียนชื่อร้าน โจทก์ก็คงจะได้รับกำไรมากกว่าที่เป็นอยู่นั่นเอง ศาลจึงใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดกำหนดค่าเสียหายได้เพื่อชดเชยแก่กำไรที่ควรจะได้รับ³⁸³

เนื่องจากความยากในการพิสูจน์ถึงตัวเลขที่เหมาะสมของความเสียหายที่โจทก์ได้รับ จึงอาจทำให้ไม่สามารถสรุปได้ว่า ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้จำนวน 50,000 บาทนี้ จะเท่ากับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหรือเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเกินกว่าค่าเสียหายแท้จริงนั่นเอง³⁸⁴

ง) คำพิพากษาฎีกาที่ 886/2475

นายบุญหลี่ ลิมปีสุต โจทก์ บริษัทตะกั่วป่า แวลเลย์ดินเครดดิ้ง (บังคับอังกฤษ) จำเลย คดีนี้ โจทก์ฟ้องว่า เมื่อ 30 ปีเศษมานี้ นางกิมก้อ มารดาโจทก์ตาย พวกญาติให้ซินแสหาชัยภูมิพื้นที่สวนจู้ฝิ่งศพได้ที่บริเวณปากคลองตำบลบางไทร จังหวัดตะกั่วป่า เมื่อได้รับอนุญาตจากผู้ปกครองท้องที่ตามระเบียบแล้ว โจทก์และญาติจึงนำศพนางกิมก้อไปทำพิธีฝัง และจัดทำรูปสวนจู้ฝิ่งมีรั้วล้อมไว้ โจทก์ทำการสักการะบูชาเช่นไหว้ตามลัทธิศาสนาประเพณีนิยมทุกๆ ปี และปกครองดูแลบำรุงพื้นที่ตลอดมา ซึ่งมีราคาประมาณ 2,600 บาท ในระหว่างวันที่ 5 สิงหาคมถึง 3 กันยายน พ.ศ. 2474 จำเลยละเมิดสิทธิของ

³⁸² พจน์ ปุຍาคม, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 66 หน้า 534; กฤษณา พิษณุโกศล, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 81-84.

³⁸³ จิตติ ดิงศัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 298, ปริญญาวัน ชมเสวก, อ้างในเชิงอรรถที่ 372 หน้า 103.

³⁸⁴ ปริญญาวัน ชมเสวก, อ้างแล้วข้างบน.

โจทก์ โดยใช้พวกคนงานเอาสายสมอเรือชุดแร่ว้ามข้ามขวางซุ้มรายนี้เป็นเหตุให้สายสมอปิดฟาคร้วลัม ทั้ง 4 ด้าน และถูกรูปวงซุ้มเสียหาย โจทก์ร้องต่อกำนันและห้ามปรามจำเลยมาตั้งแต่ต้น จำเลยหาฟังไม่ กลับใช้เรือชุดแร่ว้ามลายขวางซุ้มตลอดทั้งบริเวณที่ฝั่งศพมารดาโจทก์เสียหายไปหมดสิ้น พฤติการณ์ที่ จำเลยได้กระทำลงดังกล่าวทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษอย่างร้ายแรง จึงขอให้ศาลบังคับ จำเลยใช้ค่าที่ดินและวงซุ้ม ค่ารั้วหลุมลัม และรูปวงซุ้ม กับค่าเสียหายที่โจทก์ต้องขาดจากการปฏิบัติหน้าที่ศีลธรรมอันดีตามลัทธิศาสนา ประเพณีนิยม รวมทั้งสิ้นเป็นเงิน 7,100 บาท

ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายโดยคิดเป็นค่ารั้ว 40 บาท ค่าที่ดินรายนี้กับวงซุ้ม 700 บาท ซึ่งมีราคา ยิ่งกว่าธรรมดา เนื่องจากการที่โจทก์ต้องเสียเงินให้กับซินแสหาชัยภูมิฝั่งศพ ส่วนค่าจ้างซินแส ศาลเห็นว่า โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องเรียก เพราะเป็นค่าเสียหายอันห่างไกลกับเหตุ นอกจากนี้ ศาลยังกำหนด ค่าเสียหายในการที่จำเลยละเมิดศีลธรรมอันดีตามลัทธิศาสนา ตามที่โจทก์ฟ้องเรียกอีกเป็นจำนวน 5,000 บาท รวมทั้งสิ้น 5,740 บาท

ในประเด็นอันเกี่ยวกับค่าเสียหายในการที่จำเลยละเมิดศีลธรรมอันดีตามลัทธิศาสนา จำนวน 5,000 บาทนี้เองที่เป็นปัญหาว่าอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาเห็นในประเด็นนี้ว่า โจทก์ฟ้องเรียก ค่าสินไหมทดแทนต่อการละเมิดต่อทรัพย์สินรวมกันมา มิได้เจาะจงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน สำหรับการที่จำเลยต้องขาดจากการปฏิบัติหน้าที่ศีลธรรมอันดีตามลัทธิศาสนา ประเพณีนิยมอย่างเดียว ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายประการหลังนี้ โจทก์ฟ้องเรียกเกี่ยวเนื่องขึ้นมาด้วยกันกับที่โจทก์ต้องเสีย วงซุ้มและที่ดินไป ซึ่ง ป.พ.พ. มาตรา 438 อนุญาตให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด ไม่ได้หมายความว่า ถ้ามีการละเมิดต่อทรัพย์สินแล้ว โจทก์จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะสำหรับความเสียหายในตัวทรัพย์สินเท่านั้นไม่ และเมื่อโจทก์มีสิทธิที่จะ ฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายในตัวทรัพย์สินรวมทั้งค่าเสียหายตามควรแก่ พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดได้ดังนี้แล้ว ความมากน้อยแห่งค่าสินไหมทดแทนย่อมเป็น คุณพินิจของศาล

คดีนี้ มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา กล่าวว่า การที่ทำให้ขาดจากการปฏิบัติเช่นไหว้ไม่เป็นการทำความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งดังว่าไว้ในมาตรา 420 เลยเพราะไม่ใช่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของใคร และจะว่าเป็นการเสียหายต่อทรัพย์สินโดยตรงก็ไม่ได้ เพราะการที่ไม่ต้อง เช่นไหว้จะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายในทางทรัพย์สินเสียอีก หรือจะว่าเป็นการเสียหายต่อเสรีภาพก็ ไม่ได้ เพราะคำว่า เสรีภาพตามมาตรา 420 มิได้หมายถึงเสรีภาพโดยทั่วไปไม่จำกัด ซึ่งกรณีตามฎีกานี้ ก็ไม่ถือว่าเสียหายต่อเสรีภาพตามความหมายของมาตรา 420 ด้วย นอกจากนี้จะว่าการปฏิบัติเช่นไหว้

เป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ยังไม่สงสัย เพราะโดยปกติทั่วไป สิทธิต้องมีกฎหมายบอกกล่าวรับรองไว้ชัดแจ้ง แต่คดีนี้ ฟ้องเรียกค่าเสียหายในการทำละเมิดต่อทรัพย์สินรวมกันมา จึงไม่มีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่าเป็นละเมิดหรือไม่ แต่มีข้อน่าคิดว่า ถ้าโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายสำหรับการขาดปฏิบัติการ เช่น ไหว้ขึ้นมาอย่างเดียว ศาลจะพิพากษาให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม การที่ต้องขาดจากการเช่นไหว้ เป็นพฤติการณ์ร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งศาลอาจกำหนดให้ได้เกินกว่าค่าแห่งทรัพย์สินที่เสียหายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 438 การที่บุคคลทำละเมิดเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของเขานั้น มิได้หมายความว่าผู้เสียหายจะได้แต่ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะความเสียหายในตัวทรัพย์สินเท่านั้น เพราะตามพฤติการณ์อาจเป็นการทำละเมิดโดยโอหังบังอาจละเมิดสิทธิของเขาโดยกิริยาหยาบช้ำขัดต่อศีลธรรม หรือทำความเสียหายเป็นสิ่งที่ทำให้เขาได้รับทุกข์ระทมใจก็เป็นได้ ซึ่งทั้งนี้ศาลย่อมมีอำนาจที่จะเพิ่มค่าสินไหมทดแทนให้มากขึ้นได้ตามความร้ายแรงแห่งละเมิด การทำความเสียหายต่อที่ดินธรรมดาไม่ร้ายแรงเท่าที่ดินที่เขาทำสวนซุ้ยไว้เป็นที่เคารพบูชา เพราะฉะนั้น การที่จำเลยทำลายที่ดินสวนซุ้ยของโจทก์ จึงนับได้ว่า เป็นพฤติการณ์ร้ายแรงแห่งละเมิดอย่างหนึ่ง ซึ่งศาลอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพิ่มขึ้นจากค่าเสียหายในตัวที่ดินนั้นได้ และความมากน้อยแห่งจำนวนค่าสินไหมทดแทนย่อมจะกำหนดเอาได้แต่ตามพฤติการณ์ข้อเท็จจริง

เมื่อพิจารณาหมายเหตุท้ายฎีกานี้ก็อาจจะตีความไปได้ว่า ศาลกำหนดค่าเสียหายเกินกว่าค่าเสียหายทางทรัพย์สินซึ่งอาจจะมุ่งลงโทษจำเลยด้วยก็ได้เพราะจากพฤติการณ์แห่งคดีก็เข้ากับหลักเกณฑ์ที่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ประกอบกับค่าเสียหายจำนวน 5,000 บาทนี้ก็ไม่ใช้ความเสียหายแท้จริง นอกจากนี้ก็ยังไม่ใช้ค่าเสียหายเพื่อเป็นการรองรับสิทธิที่โจทก์มีอยู่ เพราะจำนวนเงินดังกล่าวมีค่าสูงมากเมื่อเทียบกับค่าเงินในสมัยนั้น³⁸⁵ อย่างไรก็ตาม ศ.จิตติ ดิงศภัทย์กลับมีความเห็นว่า ในกรณีที่เป็นการทำละเมิดต่อสิทธิที่เป็นทรัพย์สินอันอาจกำหนดราคาเป็นเงินได้นั้น อาจมีความเสียหายต่อจิตใจอันคำนวณเป็นราคามีได้รวมอยู่ด้วย ซึ่งศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายให้อีกได้โดยอาศัยพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยคำนวณราคาทรัพย์สินของโจทก์ให้สูงกว่าธรรมดา³⁸⁶

ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ในคดีนี้ มีข้อสังเกตที่ว่า ศาลไม่สามารถปรับใช้มาตรา 446 ได้เลย เพราะไม่เข้ากับหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างชัดเจน เนื่องจากมิใช่ความเสียหายต่อร่างกาย อนามัยหรือ

³⁸⁵ กฤษณา พิชญ โภส, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 80.

³⁸⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 297.

เสรีภาพเลย หากแต่เป็นความเสียหายต่อทรัพย์สินที่มีความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินติดอยู่ด้วยเท่านั้น ศาลจึงต้องใช้มาตรา 438 อันเป็นบททั่วไปไปปรับใช้ เพื่อให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายที่สะท้อนถึงมุมมองทางด้านศีลธรรมได้ด้วย

4.1.3 กฎหมายพิเศษ

4.1.3.1 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551

มาตรา 42 ถ้าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบการกระทำ โดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภค โดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด

ก) หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

(1) ต้องเป็น “ผู้ประกอบการ” ซึ่งหมายถึง ผู้ประกอบการตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และให้หมายความรวมถึงผู้ประกอบการตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยด้วย³⁸⁷

³⁸⁷ มาตรา 3 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย³⁸⁸

(2) องค์ประกอบ

- 2.1 เจตนาเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรม หรือ
- 2.2 จงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย หรือ
- 2.3 ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภค หรือ
- 2.4 กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน

(3) เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการธุรกิจชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค

(4) โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ

- 4.1 ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ
- 4.2 ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับ
- 4.3 ฐานะทางการเงินของผู้ประกอบการธุรกิจ
- 4.4 การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น
- 4.5 การที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหาย

เนื่องจากผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ในเรื่องคุณภาพสินค้าหรือบริการ ตลอดจนเทคนิคการตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจ ทั้งยังขาดอำนาจต่อรองในการเข้าทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการทำให้ผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบอยู่เสมอ³⁸⁹ จึงถือได้ว่า การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเป็นหลักการที่พัฒนามาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้อาจเพียงพอต่อการป้องปรามผู้ประกอบการผู้มีได้กระทำด้วยความสุจริต หรือกระทำการต่ำกว่ามาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสม หรือไม่เป็นธรรมนั่นเอง ทั้งนี้ตามนัยแห่งมาตรา 12³⁹⁰ เหตุผลสำคัญมีอยู่ว่า สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจ

³⁸⁸ มาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522.

³⁸⁹ หมายเหตุ ท้ายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.

³⁹⁰ มาตรา 12 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ผู้ประกอบการธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริตโดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม

ถูกกระจายต่อสาธารณชนเป็นวงกว้าง ถ้าแม้ขั้นตอนการผลิตหรือให้บริการบางส่วนมีจุดบกพร่องไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคเป็นจำนวนมากซึ่งอาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยของสังคม³⁹¹ เนื่องจากถ้าความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับน้อยนิดจนไม่คุ้มค่าต่อการนำคดีขึ้นสู่ศาล ผู้บริโภคก็จะตัดสินใจไม่นำคดีขึ้นสู่ศาล

ข) ข้อจำกัด

ขอบเขตของค่าเสียหายเชิงลงโทษปรากฏอย่างชัดเจนในวรรคสองของมาตราเดียวกัน โดยเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเท่าไรนั้นก็ขึ้นอยู่กับจำนวนของค่าเสียหายที่แท้จริง ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนไม่เกิน 50,000 บาท ศาลจะมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกิน 5 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด ซึ่งเท่ากับว่า ภายใต้เพดานแรกนี้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลจะกำหนดได้คือ 250,000 บาทนั่นเอง แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนมากกว่า 50,000 บาท ก็ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด

ค) ข้อสังเกต

(1) เนื่องจากเป็นคดีผู้บริโภคฟ้องผู้ประกอบการธุรกิจ จึงมีเพียง ผู้ประกอบการเท่านั้นที่อาจรับผิดชอบต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษ

(2) พระราชบัญญัติไม่ได้กำหนดมูลแห่งการฟ้องคดีไว้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงอาจเกิดได้ทั้งจากมูลละเมิดหรือสัญญาก็ได้

(3) มาตรฐานนี้ให้อำนาจแก่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติมแก่ศาล ดังนั้น จึงเป็นดุลพินิจของศาลโดยแท้ โจทก์ไม่ต้องขอ³⁹² การที่ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่จึงเกิดจากมูลเหตุ 4 ประการอันได้แก่ เจตนาเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรม หรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภค หรือ กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน

³⁹¹ ชาญณรงค์ ปราณิจิตต์, คำอธิบาย พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, หน้า 133.

³⁹² ชาญณรงค์ ปราณิจิตต์, อ้างแล้วข้างบน หน้า 133-134.

(4) ศาลจะต้องกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงก่อนเสมอ แล้วจึงกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อไป

ง) ประเด็นที่ควรพิจารณา

ถ้ามีผู้บริโภครายรวมตัวกันเป็นโจทก์ฟ้องผู้ประกอบการรายเดียว และศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้บริโภคอันเป็นโจทก์แต่ละรายไม่เท่ากัน แล้วศาลควร จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ผู้บริโภคแต่ละรายแยกกันและใช้เพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษแยกกัน หรือศาลควรจะใช้วิธีการคำนวณโดยรวมค่าเสียหายที่แท้จริงทั้งหมดที่ต้องจ่ายแก่ผู้เสียหายเข้าด้วยกันแล้วใช้เพดานขั้นสูงทีเดียว

ถ้ากฎหมายมิได้กำหนดให้เพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษแตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับค่าเสียหายที่แท้จริงก็คงจะไม่เกิดปัญหาใดๆ เพราะไม่ว่าจะใช้วิธีการคำนวณแบบไหน ก็จะทำให้ผลสุดท้ายที่เท่ากัน แต่ทว่าในเมื่อกฎหมายได้แบ่งแยกลำดับชั้นไว้เช่นนี้แล้ว จึงมีโอกาทำให้เกิดปัญหาในการคำนวณได้ ยกตัวอย่างเช่น ถ้าโจทก์ที่ 1 จะได้รับค่าเสียหายแท้จริง 30,000 บาท ในขณะที่โจทก์ที่ 2 จะได้รับค่าเสียหายแท้จริง 70,000 บาท ถ้าศาลเลือกที่จะใช้วิธีการคำนวณแยกกัน ด้วยอำนาจของมาตรา 42 ก็จะทำให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับโจทก์ที่ 1 ได้สูงถึง 150,000 บาท ($30,000 \times 5$) ในขณะที่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้โจทก์ที่ 2 ได้เพียงแค่ 140,000 บาท เท่านั้น ($70,000 \times 2$) และยิ่งหมายความว่า จำเลยต้องชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวน 290,000 บาท ($150,000 + 140,000$) ในทางตรงกันข้าม ถ้ามีการนำค่าเสียหายที่แท้จริงที่จำเลยต้องชำระแก่โจทก์ทั้งสองมารวมกัน เป็น 100,000 บาท ($30,000 + 70,000$) แล้วศาลจึงกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 200,000 บาท ($100,000 \times 2$) แล้วจึงแบ่งให้โจทก์ที่ 1 เป็นจำนวน 60,000 บาท ($30,000 \times 2$) ส่วนโจทก์ที่ 2 ได้เป็นจำนวน 140,000 ($70,000 \times 2$)

อธิบายให้ชัดเจนก็คือ การใช้วิธีการคำนวณแบบวิธีโดยแยกกันนี้ นอกจากจะทำให้ผู้เสียหายที่ได้รับค่าเสียหายที่แท้จริงต่ำ มีโอกาสได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษสูง แล้วยังทำให้ผู้ประกอบการต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่า การใช้วิธีการคำนวณแบบรวมกัน ประเด็นนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า การคำนวณรวมกันน่าจะถูกต้องกับหลักการมากกว่า เพราะการให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ใช่สิทธิของ

ผู้บริโภคแต่ละราย และถ้าศาลคำนวณแยกกันก็จะทำให้ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายน้อยกว่าแต่กลับได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนมากกว่า³⁹³

4.1.3.2 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.

2551

มาตรา 11 บัญญัติว่า “นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใดๆตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ ฐานะทางการเงินของผู้ประกอบการที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย”

ก) หลักเกณฑ์

(1) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้

(ก) ผลิต หรือ

(ข) นำเข้า หรือ

(ค) ขาย

(2) โดย;

³⁹³ ชาญณรงค์ ปราณิจิตต์, อ้างแล้วข้างบน หน้า 334-335

- (ก) รู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย
 - (ข) มิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง
 - (ค) เมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใดๆ ตามสมควร เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย
- (3) ให้ศาลจ่ายค่าสินไหมทดแทนได้ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น
- (ก) ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ
 - (ข) การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า
 - (ค) ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า
 - (ง) การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย
 - (จ) ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ
 - (ฉ) ฐานะทางการเงินของผู้ประกอบการ
 - (ช) การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น
 - (ซ) การที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย
- (4) แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง

ข) ข้อจำกัด

ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ต้องไม่เกิน 2 เท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 (2) ดังกล่าวจะเห็นว่า มีหลักการคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 มาก³⁹⁴ แต่มีความต่างกันในเรื่องเพดานชั้น

³⁹⁴ มาตรา 42 ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบการกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภค โดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้

สูง กล่าวคือ ตามมาตรา 11 (2) ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กำหนดเพดานชั้นสูงไว้ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงโดยไม่มีข้อยกเว้น แต่ตามมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 กำหนดเพดานชั้นสูงไว้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงเหมือนกันแต่มีข้อยกเว้น ทำให้เกิดประเด็นปัญหาขึ้นมาว่า หากมีคดีที่ฟ้องจำเลยตามพระราชบัญญัติความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในศาลซึ่งเป็นคดีผู้บริโภค ศาลจะกำหนดค่าเสียหายโดยใช้เพดานค่าเสียหายตามกฎหมายฉบับใด ?

ผู้พิพากษาอาวุโส ซึ่งเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการกร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ได้แสดงความคิดเห็นว่า ศาลควรจะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 วรรคสอง ซึ่งมีบทขยายเพดานชั้นสูงเป็นไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง ในกรณีที่ค่าเสียหายที่แท้จริงไม่เกินห้าหมื่นบาทซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้เสียหายหรือผู้บริโภคมากกว่า ด้วยเหตุผลสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 3 บัญญัติรับรองมาตรฐานขั้นต่ำของการคุ้มครองสิทธิของ “ผู้เสียหาย” เอาไว้ว่า

มาตรา 3 “ในกรณีที่มีกฎหมายใด บัญญัติเรื่องความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไว้โดยเฉพาะ ซึ่งให้ความคุ้มครองผู้เสียหายมากกว่าที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ให้บังคับตามกฎหมายนั้น”

(2) บทบัญญัติแห่งมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 จงใจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพดานชั้นสูงของมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เพราะมิได้มีข้อความบัญญัติไว้ตอนต้นของมาตรา 42 ว่า “ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย...”

ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการธุรกิจ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด”

เหมือนดังเช่นหลักการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมให้แก่ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งแสดงให้เห็นชัดแจ้งว่า หลักการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมตามมาตรา 18 นั้น ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมตามมาตรา 10 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงให้แก่เฉพาะกรณีที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สมาคม และมูลนิธิซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้การรับรองฟ้องคดีแทนผู้เสียหายเท่านั้น หากผู้เสียหายฟ้องคดีเอง ย่อมไม่ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายจะหยิบยกบทบัญญัติแห่งมาตรา 3 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นขึ้นกล่าวอ้างว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 18 ให้ค่าคุ้มครองผู้เสียหายมากกว่าเพื่อที่จะได้รับสิทธิที่ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงไม่ได้ แต่หากผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่มีเงินเสียค่าธรรมเนียมศาล หรือหากไม่ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมจะได้รับความเดือนร้อนเกินสมควร ผู้เสียหายก็ชอบที่จะใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 156 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 7 ที่จะยื่นคำร้องขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้³⁹⁵

4.1.3.3 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

มาตรา 13 บัญญัติว่า “ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการฟ้องคดีตาม มาตรา 8(2) ศาลมีอำนาจกำหนดตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) นอกจากกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างแท้จริง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิ ในความลับทางการค้าคืนผลประโยชน์ที่ได้จาก หรือเนื่องจากการละเมิด โดยคิดรวมเข้าไปในค่าสินไหมทดแทนได้

(2) ในกรณีที่ไม้อาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตาม (1) ได้ ให้ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าตามจำนวนที่เห็นสมควร

(3) ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่าการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาถลำนแก่ง เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าดังกล่าวสิ้นสภาพ การเป็นความลับทาง

³⁹⁵ ธานีศ เกศวพิทักษ์, กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, กรุงเทพฯ: บริษัท ยูเนี่ยน อุลตราไวโอเร็ด จำกัด, 2551 หน้า 152-153.

การค้า ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ เพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้ แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนตาม (1) หรือ (2)”

มาตรา 8 บัญญัติว่า “เมื่อมีหลักฐาน โดยชัดแจ้งว่าผู้ใดละเมิดหรือกำลังจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูก หรือกำลังจะถูกละเมิดสิทธินั้น มีสิทธิดังต่อไปนี้”

(1) ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้นั้นระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้านั้นเป็นการชั่วคราว และ

(2) ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้

การใช้สิทธิตาม (1) อาจกระทำได้ก่อนการฟ้องคดีตาม (2)”

มาตรา 3 บัญญัติว่า “ความลับทางการค้า หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกัน โดยทั่วไปหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ”

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีขึ้นเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับนโยบายการส่งเสริมการประกอบธุรกิจให้เป็นไปอย่างเสรี และป้องกันการกระทำอันไม่เป็นธรรม แนวคิดความลับทางการค้าเกิดจากความพยายามที่จะคุ้มครองทรัพย์สินของเจ้าของมิให้ผู้อื่นนำไปลอกเลียนแบบโดยไม่ได้รับอนุญาต ภายใต้หลักความเชื่อสัตย์ที่มีต่อกัน แม้ว่าคู่กรณีจะไม่มีการทำสัญญาระหว่างกันก็ตาม ต่อมาหลักการนี้จึงได้พัฒนาเป็นหลักแห่งความมั่นใจ (law of confidence) ซึ่งเป็นจารีตประเพณีที่ใช้ในการคุ้มครองความลับทางการค้าในอังกฤษในปัจจุบัน³⁹⁶ กฎหมายความลับทางการค้ามีประโยชน์ต่อองค์กรธุรกิจ

³⁹⁶ ธนพจน เอกโยคยะ, กฎหมายความลับทางการค้า, ใน นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์ ตุลาคม 2547) หน้า 733; จันทร์กะพ้อ ต่อสุวรรณ, ความลับทางการค้า: ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นความลับทางการค้า, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 2547, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว พฤศจิกายน 2547) หน้า 269; ประสพสุข บุญเดช, ความลับทางการค้า, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 2545 (กรุงเทพฯ) หน้า 29.

เป็นอย่างมากในยุคข้อมูลข่าวสารเพราะสามารถใช้คุ้มครองข้อมูลทางธุรกิจขององค์กรต่างๆ ได้โดยตรง ถ้าองค์กรใดมีข้อมูลที่เหนือกว่าก็จะประสบความสำเร็จในธุรกิจนั้นๆ กฎหมายฉบับนี้จึงมีความสำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลดังกล่าว และยังสามารถคุ้มครองถึงประดิษฐ์ในช่วงเริ่มแรกได้อีกด้วย³⁹⁷ ส่วนกฎหมายนี้เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะต้องการป้องกันไม่ให้มีการจารกรรมทางอุตสาหกรรม (Industrial espionage)³⁹⁸

กฎหมายจึงต้องให้ความคุ้มครองสิทธิในข้อมูล (rights in information) บางอย่างอันมีความสำคัญแก่เจ้าของสิทธิ ซึ่งเจ้าของสิทธินี้เองที่มีความประสงค์จะรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับส่วนตัวเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

ก) หลักเกณฑ์

(1) การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

(ก)จงใจ

(ข) เจตนาถั่นแก้ง

(2) เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า

(3) ศาลสามารถสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากค่าสินไหมทดแทนแท้จริง ผลประโยชน์สืบเนื่องจากการละเมิด ได้

(4) แต่ต้องไม่เกินสองเท่าจากค่าสินไหมทดแทน

นอกจากผู้ละเมิดต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนเชิงลงโทษแล้วก็ยังคงอาจต้องรับผิดชอบอีกด้วย ถ้าพบว่ามีเจตนาถั่นแก้งให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับความเสียหายในการประกอบธุรกิจ³⁹⁹

³⁹⁷ ธนพจน เอกโยคยะ, อ่างแล้วข้างบน.

³⁹⁸ ประสพสุข บุญเดช, อ่างแล้วในเชิงจรดที่ 396 หน้า 73.

³⁹⁹ มาตรา 33 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 บัญญัติว่า “ผู้ใดเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นให้เป็นที่ล่วงรู้โดยทั่วไปในประการที่ทำให้ความลับทางการค้านั้นสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้าโดยเจตนาถั่นแก้งให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับความเสียหายในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะกระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร การกระจายเสียงหรือการแพร่ภาพ หรือการเปิดเผยด้วยวิธีอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

แม้พระราชบัญญัตินี้จะเป็กฎหมายฉบับแรกที่นำแนวคิดของค่าเสียหายเชิงลงโทษใส่ไว้ โดยใช้การจูงใจหรือเจตนาถั่นแถ้งให้สั้สภาพความลับทางการค้าเป็นองค์ประกอบให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่สิ่งที่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงคือ ปัจัยหรือพฤติกรรมที่ศาลสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ยกตัวอย่างเช่น เมื่อจำเลยมีเจตนาอันชั่วร้ายถั่นแถ้งโดยพิมพ์ความลับทางการค้าของโจทก์ลงบนอินเทอร์เน็ต ทำให้สั้สภาพความลับทางการค้าทำให้โจทก์เสียหายเป็นเงินจำนวน 100,000 บาท ศาลก็มีอำนาจที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่แท้จริงได้ แต่ทว่า ศาลควรจะกำหนดให้เท่าไรนั้น กฎหมายฉบับนี้เปิดให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระมากเกินไป สิ่งเดียวที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นขอบเขตคือเพดานค่าสินไหมทดแทนเชิงลงโทษจำนวนไม่เกิน 2 เท่า ซึ่งเท่ากับ 200,000 บาท แต่ในช่วงระยะห่างระหว่าง 0 ถึง 200,000 บาทนี้ คู่ความไม่อาจคาดเดาได้เลย ถ้ามองไปที่กฎหมายพิเศษอีกสองฉบับที่กล่าวถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้เหมือนกันก็จะเห็นได้ชัดว่ามีการกำหนดพฤติกรรมที่ศาลสามารถนำมาเป็นปัจัยในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้อย่างชัดเจน

ข) ข้อจำกัด

ต้องไม่เกิน 2 เท่าจากค่าสินไหมทดแทน

4.2 แนวทางที่เหมาะสมในการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กับคดีละเมิดทั่วไป

เมื่อทราบสถานะปัจจุบันของค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้กฎหมยละเมิดของประเทศไทยแล้ว แล้ว ผู้เขียนจึงได้เสนอแนะแนวทางการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษทั้งสั้สองแนวทาง โดยแนวทางแรก ผู้เขียนได้เสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้ศาลมีอำนาจและดุลพินิจที่เหมาะสมต่อการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ ส่วนแนวทางที่สอง ผู้เขียนได้ให้เหตุผลเพื่อปฏิเสธการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในมาตรา 438 เพราะเหตุว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่สอดคล้องกับทฤษฎีพื้นฐานของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและมีปัญหาในทางปฏิบัติ

4.2.1 ทางเลือกแรก : นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้กับคดีละเมิดทั่วไป

4.2.1.1 บทบาทของกฎหมายละเมิด

หลักการชดเชยความเสียหายต่อผู้เสียหายตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีวัตถุประสงค์เพียงแค่การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้เหมือนกับว่าไม่เคยมีความเสียหายได้เกิดขึ้นต่อผู้เสียหาย (to make him whole) ถ้ายังสามารถคืนทรัพย์สินได้ก็ให้คืนทรัพย์สินขึ้นเดี๋ยวกัน ถ้าการคืนทรัพย์สินอันเดิมเป็นไปได้ก็ให้ใช้ราคาทรัพย์สินนั้นแทน และถ้ายังมีค่าเสียหายใดๆเพิ่มเติมมาอีก ก็ให้บังคับเพื่อให้ใช้ค่าเสียหายใดๆอีกก็ได้ ซึ่งปรากฏในมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างชัดเจน

ประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นประการแรกคือว่า หลักการการชดเชยเต็มจำนวนนี้มีประสิทธิภาพเพียงใดกับการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายและมีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด เป็นความจริงอยู่ว่า การใช้หลักการนี้จะทำให้ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดชอบค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงต่อผู้เสียหายซึ่งดูเหมือนประหนึ่งว่าเพียงพอที่จะสร้างแรงจูงใจในระดับที่เหมาะสมให้กับบุคคลๆหนึ่งในการใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่ออีกบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะทั้งต่อร่างกาย ชีวิต ทรัพย์สิน หรือแม้แต่กระทั่งจิตใจ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่า มีสาเหตุหลายประการที่ทำให้กฎหมายละเมิดที่สะท้อนหลักการชดเชยค่าเสียหายที่แท้จริงเต็มจำนวนนั้น ไม่เพียงพอกับสถานการณ์จริง เช่น ผู้ละเมิดเห็นค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นเพียงต้นทุนอย่างหนึ่งซึ่งถ้าผลประโยชน์ที่กลับด้วยต้นทุนมีค่าเป็นบวกก็จะทำให้การละเมิดเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเพราะประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับมากกว่าความเสียหายต่อผู้เสียหาย หรือการที่ผู้ละเมิดมีโอกาสหลุดพ้นจากความรับผิดชอบสูงมาก ก็จะทำให้ผู้ละเมิดทำละเมิดต่อไปเพราะความรับผิดชอบคือนมีค่าต่ำกว่าความรับผิดชอบที่แท้จริง

ในประเด็นนี้จึงเห็นได้ชัดว่า การที่กฎหมายให้ค่าเสียหายตามที่เกิดขึ้นจริงเท่ากับว่ากฎหมายมองย้อนกลับไปในอดีต กฎหมายไม่มองไปว่าอนาคตจะมีการละเมิดอีกครั้งหรือไม่ ดังเช่นว่าให้ผู้ละเมิดกลับไปแก้ไขเหตุการณ์ในอดีตให้ถูกต้อง ส่วนอนาคตจะเป็นอย่างไรก็ได้เพราะกฎหมายละเมิดไม่มีหน้าที่ป้องปรามพฤติกรรมของบุคคลในอนาคต ผู้เขียนจึงเห็นว่า นี่เป็นจุดบกพร่องสำคัญที่กฎหมายละเมิดควรจะได้รับการแก้ไขให้มีบทบาทมากขึ้น เพื่อให้สามารถหยุดการกระทำที่สังคมไม่พึงประสงค์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตให้หมดไปได้ โดยการขยายบทบาทและหน้าที่ของกฎหมายละเมิดให้รวมถึงค่าเสียหายที่เพิ่มเติมไปจากค่าเสียหายที่แท้จริง ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ละเมิดและผู้อื่นที่ตกอยู่ภายใต้

พฤติการณ์แบบเดียวกัน ไม่ทำการกระทำเยี่ยงเดียวกันอีก และกฎหมายละเมิดก็ควรจะมีบทบาบทตนเองเพื่อลงโทษผู้ละเมิดได้ด้วย

ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวไปแล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ระบบกฎหมายละเมิดของประเทศไทย ควรพิจารณานำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ และต้นแบบกฎหมายละเมิดอันมีค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นองค์ประกอบอันสำคัญก็ควรจะหนีไม่พ้นการนำคำพิพากษาศาลฎีกาของแต่ละมตรัฐบทความ และงานวิจัยจำนวนมากจากประเทศสหรัฐอเมริกาอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษมาวิเคราะห์และปรับใช้ให้เหมาะสมกับระบบกฎหมายในประเทศไทย

ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่า ไม่ควรนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการละเมิดทุกกรณี แต่ควรจะนำมาใช้กับการละเมิดบางประเภทเท่านั้น เพราะในบางคดีค่าเสียหายที่แท้จริงก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาอย่างเต็มจำนวนและยังเป็นการลงโทษผู้ละเมิดอยู่ในระดับหนึ่ง และยังไปบังคับให้ผู้ละเมิดต้องจ่ายค่าเสียหายเพิ่มเติมไปอีกก็อาจจะให้ประโยชน์กับสังคมน้อยกว่าภาระที่ผู้ละเมิดต้องรับไว้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การละเมิดที่ควรรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษได้นั้นควรขึ้นอยู่กับเหตุ 2 ประการ อันได้แก่ การทำละเมิดที่มุ่งร้าย (Malicious act) และการประมาทเลินเล่อไม่แยแสต่อสิทธิของผู้อื่น (Reckless disregard)

4.2.1.2 การกระทำที่เข้าข่ายที่จะปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ก) การทำละเมิดที่มุ่งร้าย (Malicious Act, Wanton)

แม้ว่าทางทฤษฎีของละเมิดโดยใช้การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ได้ยอมรับไปตั้งแต่แรกแล้วว่า กฎหมายละเมิดควรยอมรับให้มีการละเมิดเกิดขึ้นได้ โดยมีเงื่อนไขว่าการละเมิดต้องให้ผลประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าผลเสียทั้งหมดที่เกิดขึ้น เพราะการละเมิดแบบนี้ทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดแก่สังคมได้ (Social Efficiency) กฎหมายละเมิดจึงไม่ควรมีความรับผิดชอบสูงเกินไป เพราะมิฉะนั้นแล้วจะทำให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไป (Over deterrence) จนไปกระทบต่อการละเมิดที่มีประสิทธิภาพได้ หรือถ้ากฎหมายละเมิดให้ค่าเสียหายที่น้อยไปกว่าค่าเสียหายแท้จริง ก็กลับกลายเป็นว่า จะเกิดการป้องปรามที่น้อยเกินไป (Under deterrence) เพราะจะมีจำนวนการละเมิดในระดับหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคมมากกว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นทั้งหมดเกิดขึ้น

แต่ทว่า กลับมีการกระทำบางประเภทที่ไม่มีทางที่จะให้ประโยชน์ได้มากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ซึ่งหมายถึงการกระทำที่มีความประสงค์ร้ายต่อผู้อื่น เพราะประโยชน์ที่เกิดขึ้นมาจาก

ความเสียหายต่อผู้เสียหายเท่านั้น แสดงว่า ประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ ไม่ถูกรวมในสวัสดิการทางสังคม (Social welfare) ตัวอย่างที่ชัดเจนของการกระทำประเภทนี้ คือ การทำร้ายร่างกาย การข่มขืนกระทำชำเรา หรือการวางเพลิง เพราะไม่มีทางให้ประโยชน์ต่อผู้ทำความผิดได้มากไปกว่าผลเสียหายที่เกิดขึ้นกับเหยื่อผู้โชคร้าย กฎหมายจึงไม่ต้องกังวลว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษจะป้องปรามการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ เพราะการละเมิดที่มีประสิทธิภาพไม่อาจเกิดขึ้นได้ และสังคมก็มองว่าความผิดเช่นนี้ควรจะไม่เกิดขึ้นเลย หรือจำนวนความผิดควรเป็นศูนย์นั่นเอง

กฎหมายละเมิดที่ให้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจึงไม่อาจป้องปรามการทำความผิดแบบเดียวกันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตได้อย่างเหมาะสม ด้วยเหตุผลนี้เองที่สนับสนุนการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษบรรจุในกฎหมายละเมิด ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ละเมิดรับผิดชำระค่าเสียหายที่เกินกว่าความเสียหายแท้จริงและเกินกว่าประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ และผลรวมของค่าเสียหายควรจำนวนสูงมากจนทำให้ไม่มีผู้ใดกล้าที่จะละเมิดเช่นนี้อีกเลย และยังทำให้ค่าของสวัสดิการสังคมเพิ่มไปสู่ระดับสูงสุดอีกด้วย (Maximizing social welfare) ซึ่งเท่ากับว่า วัตถุประสงค์ในการป้องปรามเบ็ดเสร็จประสบผลสำเร็จแล้ว

ข้อสังเกต มีอยู่ว่า ปกติแล้วการป้องปรามนั้นควรจะมีค่าที่เหมาะสม (Optimal deterrence) แต่ในกรณีนี้เองที่การป้องปรามควรจะเป็นไปอย่างเบ็ดเสร็จ (Complete deterrence) เพราะความผิดทำให้เกิดแต่ผลเสียต่อสังคมเท่านั้น

แม้ว่าการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจะทำให้เกิดผลเสียสองประการสำคัญคือ การป้องปรามที่มากเกินไป และความไม่แน่นอนของจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ ซึ่งส่งผลบิดเบือนจำนวนของกิจกรรมที่เหมาะสมที่สุด (Optimal level of activity) ไม่ให้เกิดขึ้นได้ แต่ทว่า ความผิดประเภทที่กล่าวมาแล้วนี้ไม่ถูกนับรวมในสวัสดิการสังคม และจำนวนความผิดที่เหมาะสมที่สุดคือ ไม่มีเลย ดังนั้น การป้องปรามที่สูงมากกับความเคียดแค้นถึงความเสียหายไม่ได้ก็ยิ่งทำให้ผู้ละเมิดเกรงกลัวกว่าความรับผิดชอบทางกฎหมายกว่าเดิมอีก ซึ่งถือเป็นข้อดี

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่มุ่งร้ายต่อบุคคลอื่นเกิดจากความเสียหายต่อบุคคลอื่นเท่านั้น ประโยชน์ที่ได้มาจึงไม่ถูกนับให้อยู่ในสวัสดิการสังคม ดังนั้น กฎหมายละเมิดจึงไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะทำให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไป เพราะเพิ่มค่าสวัสดิการสังคมให้สูงสุดได้ต้องไม่มีการกระทำที่มุ่งร้ายเลย และยิ่งบุคคลกลัวที่จะต้องชำระค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่ไม่สามารถคาดเดาได้ หรือสามารถคาดเดาได้แต่เป็นจำนวนสูงจนชำระไม่ไหว ก็ยังเป็นผลดีและทำให้การกระทำเยี่ยงนี้ไม่เกิดขึ้นเลย

นอกจากนี้ ยังมีข้อสนับสนุนอีกประการหนึ่งที่เหมาะสมที่สุดคือ ปทัณฐานที่ถูกกำหนด (Norm Projection) อันหมายถึง มุมมองของประชาชนว่ากฎหมายละเมิดมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อะไร เป็นกฎหมายบังคับให้ประชาชนต้องเคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดหรือไม่ หรือเป็นกฎหมายที่ถือว่าเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งในการกระทำใดๆ เท่านั้นเองหรือไม่ กฎหมายละเมิดจึงเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งในการดำเนินธุรกิจเท่านั้น ยิ่งสำหรับการกระทำที่มีแต่ความประสงค์ร้ายนี้เองที่ไม่ควรเกิดขึ้นในสังคม ดังนั้น ปทัณฐานที่ถูกกำหนดขึ้นสำหรับกฎหมายละเมิดถึงการกระทำประเภทนี้จึงมีหลักการว่าประชาชนต้องเกรงกลัวการบังคับใช้กฎหมายละเมิดเพื่อมิให้ฝ่าฝืนกฎหมายประเภทนี้ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะได้รับประโยชน์เท่าใดหรือไม่

การปรับค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการละเมิดนี้ก็ควรจะใช้สำหรับคดีละเมิดที่เกิดโดยจงใจ และมุ่งร้ายทำให้เกิดความเสียหายบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องตระหนักถึงเหตุผลจากการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ที่ยอมรับการละเมิดที่มีประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นได้ในสังคม เพราะเพิ่มค่าสวัสดิการสังคมให้สูงขึ้น ดังนี้ เมื่อศาลพบว่าการกระทำของจำเลยอันเป็นการละเมิดเกิดขึ้นโดยเจตนามุ่งร้าย ศาลก็จะมีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติมขึ้นมาทันที

ข) ประมาทเลินเล่อโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่น (Reckless disregard)

เมื่อผู้ละเมิดกระทำการโดยมิได้แยแสคำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นใดๆ เลยโดยคำนึงถึงแต่เพียงผลประโยชน์ที่ตนเองจะได้รับเท่านั้น ซึ่งไม่สะท้อนถึงการตัดสินใจของประชาชนในสังคมที่ต้องคำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ของบุคคลอื่นด้วย ถ้ากฎหมายละเมิดบังคับให้บุคคลประเภทนี้รับผิดชอบเพียงค่าเสียหายที่แท้จริง กฎหมายก็ไม่อาจมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของบุคคลประเภทนี้ได้ เพราะถึงอย่างไรค่าเสียหายที่แท้จริงก็ไม่มีค่าสำคัญเพียงพอที่บุคคลประเภทนี้จะต้องเอาใจใส่ ดังนั้นค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงอาจมีบทบาทเปลี่ยนพฤติกรรมให้บุคคลประเภทนี้ใส่ใจกับการกระทำของตนเองมากขึ้น

แม้การประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาจะไม่เพียงพอต่อการชดเชยค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่าใดนัก แต่ถ้าการประมาทเลินเล่อมีความร้ายแรงที่สูงมากขึ้นเรื่อยๆ จนเป็นการประมาทเลินเล่อที่ร้ายแรงมาก ๆ จนเกือบเท่ากับจงใจอันเป็นการขาดความระมัดระวังที่ผิดปกติวิสัยของบุคคลทั่วไป ศาลจึงควรเพิ่มจำนวนค่าเสียหายให้มากขึ้นเพื่อสะท้อนระดับของการไม่ใช้ความระมัดระวังที่มากขึ้นไปด้วย

การละเมิดประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องมีความมุ่งร้ายเป็นองค์ประกอบด้วย ประชาชนใช้ชีวิตอย่างปกติธรรมดาหรือบริษัทธุรกิจดำเนินธุรกิจตามปกติแล้วทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่

แยะแต่ต่อสิทธิที่บุคคลอื่นมีอยู่ตามกฎหมาย ผู้ละเมิดก็ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายที่แท้จริงพร้อมกับค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย

การกระทำหรือกิจกรรมในประเภทนี้แตกต่างจากการละเมิดโดยมุ่งร้ายเพราะ การกระทำประเภทนี้ให้ประโยชน์หรืออรรถประโยชน์จากการกระทำด้วย เมื่อหักลบด้วยต้นทุนและค่าใช้จ่ายอื่นๆ แล้ว ถ้ามีค่าเป็นบวกก็ถูกนับให้รวมในค่าสวัสดิการสังคมได้ เพราะวัตถุประสงค์ของการกระทำคือการหาผลประโยชน์ แต่ขั้นตอนการหาผลประโยชน์ก็อาจจะไปกระทบสิทธิของบุคคลอื่นได้

การละเมิดประเภทนี้ที่วัตถุประสงค์หลักของการกระทำเป็นที่ยอมรับได้ตามกฎหมายและทำให้เกิดประโยชน์ไม่ว่าต่อผู้ทำละเมิดเองหรือว่าต่อสังคม โดยมีจำเป็นต้องทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นเสียทีเดียว เช่น การขับรถยนต์โดยประมาทเลนเล่อชนผู้เสียหาย ก็มีได้หมายความว่า วัตถุประสงค์ของการนำรถยนต์ออกมาขับคือต้องการทำร้ายผู้เสียหาย เพราะผู้ขับมีเจตนาต้องการขับรถยนต์ให้ถึงที่หมายเพื่อไปทำธุระ แต่ระหว่างที่อยู่ในเขตชุมชนอาจใช้ความเร็วมากเกินไปจนควบคุมรถไม่อยู่ก็เป็นได้ หรือการที่บริษัทหนึ่งผลิตสินค้าออกมาขายให้กับประชาชนแล้วสินค้าสร้างความเสียหายต่อผู้บริโภคจนถูกฟ้องร้องเป็นคดีละเมิด ก็แสดงว่าการละเมิดเป็นอุบัติเหตุจากการที่บริษัทต้องการจะทำกำไรโดยการขายสินค้าให้กับผู้บริโภคเท่านั้นเอง ประโยชน์อันเกิดจากการกระทำประเภทนี้จึงถูกนับรวมอยู่ในค่าสวัสดิการสังคมได้ ดังนั้น เพื่อไม่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไปเบียดบังการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีขึ้นเพื่อให้เกิดการป้องปรามที่เหมาะสม (optimal deterrence) จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ไม่สูงมากก็บรรลุวัตถุประสงค์ได้ ในขณะที่ถ้าเป็นการกระทำที่มุ่งร้ายจะต้องใช้วัตถุประสงค์การป้องปรามอย่างเบ็ดเสร็จ (complete deterrence) โดยใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมาก

4.2.1.3 ปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

เมื่อศาลพบว่าการละเมิดเป็น โดยจงใจอย่างมุ่งร้ายหรือประมาทเลนเล่อไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นแล้ว ศาลก็จะมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษควรจะเป็นเท่าไรเป็นประเด็นที่สำคัญมากที่สุดเพราะมีหลักฐานปรากฏชัดเจนในประเทศสหรัฐอเมริกาว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากเกินไปถูกวิจารณ์อย่างหนักถึงความไม่เหมาะสมเพราะทำให้เกิดผลเสียมากเกินไป แต่ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนต่ำเกินไปก็จะทำให้วัตถุประสงค์แห่งค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่เกิดผลอย่างเต็มประสิทธิภาพ การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใส่ไว้ในกฎหมายไทย ผู้เขียนจึง

เห็นว่า เป็นการสมควรที่จะนำถกเถียงและเสนอปัจจัยที่ใช้เป็นแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมได้

ก) ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและที่อาจเกิดขึ้น

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็มีความสัมพันธ์กับค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนสูงก็มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษของคณะลูกขุนและศาลได้ เช่น ในคดีที่ผู้เสียหายได้รับอาการบาดเจ็บอย่างรุนแรง คณะลูกขุนจะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้มากขึ้น และอิทธิพลต่อการตัดสินใจนี้จะมากยิ่งขึ้นไปอีกในคดีที่ผู้ละเมิดเป็นบริษัทขนาดใหญ่

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า แท้จริงแล้วถ้าเห็นวัตถุประสงค์ในการป้องปรามเป็นหลักการอันสำคัญก็อาจเป็นไปได้ว่า ในคดีที่ศาลพบความรุนแรงของความเสียหายและศาลกำหนดให้ค่าเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนสูง ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็อาจจะไม่มีความจำเป็นเท่าใดนัก เพราะเหตุว่า เมื่อวิเคราะห์ภายใต้ปัจจัยนี้ประการเดียวแล้ว ค่าเสียหายที่เท่ากับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็น่าจะเพียงพอแล้วต่อการป้องปรามการละเมิดในอนาคตได้ในระดับที่เหมาะสม และต้องไม่ลืมไปว่า ค่าเสียหายที่แท้จริงอันมีค่าสูงก็แสดงถึงการลงโทษจำเลยอยู่ในระดับหนึ่งแล้ว การที่คณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงในคดีที่พบความรุนแรงก็อาจถือได้ว่าคณะลูกขุนใช้อารมณ์บังคับบัญชาใช้หลักการและเหตุผลที่ถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าค่าเสียหายที่แท้จริงจะมีจำนวนต่ำก็ไม่ได้หมายความว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษควรมีจำนวนต่ำด้วยเสมอไป เพราะแม้การละเมิดจะทำความเสียหายเพียงน้อยนิด แต่มีโอกาสเป็นไปได้ว่าถ้าการทำละเมิดของจำเลยเป็นผลสำเร็จลุล่วงลงก็อาจจะทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายได้มากกว่านี้มาก⁴⁰⁰ ผู้พิพากษาควรที่จะมีดุลพินิจนำความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้มาแปรเปลี่ยนให้อยู่ในรูปแบบค่าเสียหายเชิงลงโทษ มิฉะนั้นแล้ว ค่าเสียหายจะไม่เพียงพอที่จะป้องปรามการทำละเมิดแบบเดียวกันอีกในอนาคต เพราะถ้าผู้ละเมิดคำนวณแล้วเห็นว่า การทำละเมิดมีความเสี่ยงที่จะสำเร็จและไม่สำเร็จ ถ้าการละเมิดเป็นผลสำเร็จก็จะทำให้รับผิดชอบชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่ถ้าการละเมิดไม่เป็นผลสำเร็จผู้ละเมิดรับผิดชอบชำระเพียงค่าเสียหายแท้จริง

⁴⁰⁰ ในคดี BMW ศาลก็ได้ยอมรับอย่างชัดเจนถึงความสัมพันธ์อย่างเป็นเหตุเป็นผลของค่าเสียหายเชิงลงโทษและความเสียหายที่แท้จริงประกอบกับความเสียหายที่น่าจะเกิดขึ้น, 116 S. Ct. at 1602.

รวมกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีค่าน้อยลง ความรับผิดชอบของผู้ละเมิดจึงมีค่าต่ำกว่าความรับผิดชอบในกรณีที่การทำละเมิดสำเร็จ ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ควรปรับใช้ในกรณีที่การละเมิดสำเร็จและไม่สำเร็จควรมีจำนวนเท่ากันเพราะอาจเพิ่มน้ำหนักต่อการตัดสินใจของผู้ที่กำลังวางแผนทำละเมิดไม่ให้ทำละเมิดได้⁴⁰¹ การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเช่นนี้จะป้องปรามต่อการละเมิดในอนาคตได้อย่างแท้จริง ส่วนในมุมมองของการลงโทษก็ถือได้ว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อลงโทษจำเลยมีหลักการเดียวกันกับที่กฎหมายอาญาลงโทษการพยายามกระทำความผิดด้วย

จึงอาจสรุปในปัจจัยแรกได้ว่า ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีมากอยู่แล้วก็อาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่าน้อยแต่ถ้าการกระทำของจำเลยเป็นผลสำเร็จแล้วจะทำให้เกิดความเสียหายมาก ก็น่าจะมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เท่ากับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นเพื่อป้องปรามจำเลยสำหรับการกระทำในอนาคต และขังลงโทษจำเลยได้ด้วย

ข) การกระทำที่สังคมยอมรับไม่ได้ และควรได้รับการลงโทษ

คงปฏิเสธไม่ได้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นในสังคมอันมีความร้ายแรงแตกต่างกันควรได้รับการลงโทษที่แตกต่างกันซึ่งเป็นการสะท้อนแนวคิดด้านศีลธรรมของประชาชน พฤติกรรมบางประเภทที่สังคมพอทนไหวก็อาจจะรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษบ้าง แต่สำหรับพฤติกรรมที่สังคมมีอาชญากรรมได้ด้วยการใดๆทั้งสิ้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ต้องสะท้อนระดับความร้ายแรงที่สังคมยอมรับไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น การจงใจบุกรุกเข้าไปในที่ดินของผู้เสียหาย กับการวางเพลิงก็ควรได้รับการลงโทษที่ไม่เท่าเทียมกัน

ในอดีตได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยใช้ปืนยิงร้อยตำรวจตรีได้รับบาดเจ็บ กรรมการศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยกระทำการอย่างอุกอาจและร้ายกาจมาก เพราะก่อนจำเลยจะยิงโจทก์จำเลยได้แสดงกิริยาดูหมิ่นโจทก์โดยมิได้เกรงขามในอำนาจราชการ เช่น ถีป็นมาลื้อโจทก์กลางชุมชน ทำให้โจทก์ออกไปตีกัน และเอาไฟฟ้าฉายหน้าโจทก์แล้วจึงใช้ปืนยิงโจทก์โดยซึ่งหน้า

ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำประเภทนี้เองที่ควรได้รับการดำเนินคดีและการลงโทษ(เพิ่มเติมจากกฎหมายอาญา)อย่างมาก ทั้งการกระทำของจำเลยก็ไม่มีทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆแก่สังคม จาก

⁴⁰¹ แม้จะถือได้ว่าเป็นการนำผลที่ไม่อาจเกิดขึ้นจริงหรือเป็นผลทางทฤษฎีมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ผลที่อาจเกิดขึ้นได้จริงนี้เองก็ถูกปฏิเสธไม่ได้ว่า เป็นปัจจัยหนึ่งที่ผู้ละเมิดนำมาคำนวณว่าควรจะทำละเมิดครั้งปัจจุบันหรือไม่ และในอนาคตควรจะทำอีกหรือไม่

ข้อเท็จจริงก็เป็นที่ชัดเจนว่า จำเลยในคดีนี้ได้เกรงกลัวการบังคับใช้กฎหมายใดๆเลย นอกจากการลงโทษทางกฎหมายอาญาซึ่งมีข้อจำกัดแล้ว ถ้าปล่อยให้จำเลยรับผิดชอบเพียงค่าเสียหายที่แท้จริง ซึ่งก็คือ ค่ารักษาพยาบาลและค่าขาดประโยชน์ คงจะไม่เป็นธรรมเท่าใดนัก นำแปลกที่ว่า ภายใต้กฎหมายละเมิดของไทยปัจจุบัน การละเมิดไม่ว่าจะเกิดโดยจงใจอย่างมีเจตนาชั่วร้ายหรือการละเมิดจากความประมาทเลินเล่อธรรมดาแต่ผู้เสียหายกลับได้รับค่าเสียหายเท่ากันเพราะความเสียหายเกิดขึ้นเท่ากัน เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วกฎหมายละเมิดที่ปราศจากค่าเสียหายเชิงลงโทษจะสามารถป้องกันการกระทำความผิดในอนาคตแบบเดียวกันได้อีกเช่นไร

ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วว่าประโยชน์ประการหนึ่งของค่าเสียหายเชิงลงโทษคือ การป้องปรามการละเมิดเชิงกลยุทธ์ (To deter strategic tort) การที่จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ออกอาจมากต่อสังคม เท่ากับว่านอกจากจำเลยจะทำให้โจทก์เสียหายแล้ว จำเลยยังสร้างต้นทุนแก่สังคมอีกด้วย เพราะตำรวจหรือผู้บังคับใช้กฎหมายท่านอื่นหรือประชาชนทั่วไปย่อมเกิดความเกรงกลัวอิทธิพลของจำเลยขึ้นมา ตำรวจท่านอื่นย่อมมีแรงจูงใจน้อยลงที่บังคับใช้กฎหมายกับจำเลยในอนาคต ประชาชนทั่วไปก็ยิ่งเกรงกลัวอิทธิพลของจำเลยยิ่งขึ้นไปอีกเพราะแม้แต่ตำรวจรักษาความสงบสุขของสังคมยังถูกยิงกลางที่ชุมนุมชนได้ ยิ่งดูจากพฤติกรรมแห่งคดีแล้วน่าจะเชื่อได้ว่าจำเลยเป็นผู้มีอิทธิพลสูงในสังคม ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่รวบรวมต้นทุนที่เกิดแก่สังคมเหล่านี้มาไว้ด้วยจึงสามารถป้องปรามการกระทำความผิดเช่นนี้ต่อจำเลยได้ นอกจากจำเลยยังต้องถูกจำคุกแล้ว ทรัพย์สินของจำเลยก็ต้องถูกเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายอีกด้วย เพื่อให้จำเลยมีสถานะแย่งลงมากเมื่อเทียบกับสถานะของจำเลยก่อนการทำละเมิดประเภทนี้

ในคดี BMW⁴⁰² ศาลวางหลักการทบทวนค่าเสียหายเชิงลงโทษว่าสูงเกินไปหรือไม่ โดยศาลได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ปัจจัยนี้มีความสำคัญที่สุดในการพิจารณาถึงความเหมาะสมผลในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะความผิดบางประการก็ควรได้รับการลงโทษมากกว่าความผิดอื่น ความผิดที่ไม่รุนแรงมีความสำคัญน้อยกว่าความผิดที่รุนแรงมาก การล่อโจง หลอกหลวง ก็น่าถูกลงโทษมากกว่าการประมาทเลินเล่อ ศาลอธิบายถึงปัจจัยของการกระทำที่ควรได้รับการดำเนิน ดังต่อไปนี้

- (ก) การจงใจอย่างมุ่งร้าย (intentional malice)
- (ข) การจงใจทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน (intentional infliction of economic injury by affirmative acts of misconduct)

⁴⁰² *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 116 S. Ct. 1589 (1996).

- (ค) ผู้เสียหายมีความอ่อนแอทางการเงิน (the target is financially vulnerable)
- (ง) การจงใจกล่าวถึงข้อความอันเป็นเท็จ (deliberate false statements)
- (จ) การปกปิดพยานหลักฐานของมูลเหตุจูงใจที่ไม่เหมาะสม (concealment of evidence of improper motive)
- (ฉ) การละเมิดที่เกิดขึ้นหลายครั้ง

เพราะการกระทำเหล่านี้ย่อมเกี่ยวข้องกับการกระทำที่เลวทราม (egregiously improper conduct) ซึ่งสนับสนุนการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูง

ยิ่งไปกว่านั้น ในคดี State Farm ศาลได้อธิบายถึงการปรับใช้ BMW guidepost ในประเด็นอันเกี่ยวเนื่องกับหลักการพิจารณาถึงการกระทำที่น่าถูกลงโทษ ซึ่งสรุปออกมาได้ว่า

- (ก) เป็นการกระทำต่อร่างกาย หรือต่อทรัพย์สิน
- (ข) เป็นการละเมิดที่เพิกเฉยต่ออนามัยและความปลอดภัยของผู้อื่นหรือไม่
- (ค) เป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นซ้ำกันหลายครั้ง หรือเป็นอุบัติเหตุแยกต่างหาก
- (ง) เป็นการจงใจโดยมีเจตนาร้าย การฉ้อโกง หลอกลวง หรือเป็นเพียงแค่อุบัติเหตุ⁴⁰³

ในเมื่อกฎหมายสันนิษฐานว่าโจทก์จะได้รับเงินชดเชยเต็มจำนวนจากค่าเสียหายที่แท้จริง ศาลจึงควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเมื่อการละเมิดน่าจะได้รับการลงโทษมากจนต้องมีบทบังคับบางอย่างอื่นเพื่อทำให้เกิดการลงโทษและการป้องปราม⁴⁰⁴ แต่ศาลต้องพิจารณาเฉพาะการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์เท่านั้น จะพิจารณาการกระทำอันอยู่นอกเหนือคดีความไม่ได้ มิฉะนั้นอาจทำให้เกิดการลงโทษโดยใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำเดียวกันได้

โดยสรุปแล้ว ปัจจัยที่ควรได้รับการพิจารณา หากจะนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย คือ

- (ก) ระดับและความร้ายแรงของการกระทำที่น่าจะถูกลงโทษ เช่น ถ้าความเสียหายเกิดแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ย่อมร้ายแรงกว่าความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สิน ถ้าความเสียหายเกิดจากการละเมิดที่จงใจโดยมุ่งร้ายย่อมร้ายแรงกว่าการละเมิดที่เกิดโดยการประมาทเลินเล่อ หรือถ้าการละเมิดเกิดจากการกระทำที่ไม่ใส่ใจหรือแสร้งต่อผลเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นต่อความปลอดภัยของผู้อื่นเลย แนวคิดเช่นนี้น่าจะมีเหตุผลเพียงพอที่จะสนับสนุนการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนสูงขึ้น

⁴⁰³ BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. (1996) หน้า 576-577.

⁴⁰⁴ BMW of N. Am., Inc. v. Gore, อ้างแล้วข้างบน หน้า 575.

- (ข) การที่ผู้ละเมิดตระหนักดีถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นถ้าหากการละเมิดสำเร็จลุ่กลง ถ้าผู้ละเมิดทราบดีว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายเป็นสิ่งที่แย่มาก ดังเช่น การนำน้ำกรดไปสาดหน้าผู้เสียหายจะทำให้เกิดภัยอันตรายต่อร่างกาย อนามัย และจิตใจของผู้เสียหายเป็นอันมาก ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ต้องสะท้อนความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้ละเมิดให้ได้อย่างดีด้วย
- (ค) ระยะเวลาในการทำละเมิดว่า การละเมิดที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นแค่ครั้งเดียวหรือเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ยกตัวอย่างเช่น การฉุดคร่าผู้หญิงมาเพื่อข่มขืนแล้วจึงหนีไป กับการฉุดคร่าผู้หญิงมากักขังแล้วทำการข่มขืนซ้ำแล้วซ้ำเล่า
- (ง) ความพยายามที่จะปกปิดการละเมิด ก็แสดงได้ว่า ระดับความน่าลงโทษควรสูงขึ้น เพราะผู้ละเมิดจงใจโดยมุ่งร้ายกับผู้เสียหาย แล้วยังกระทำการเพิ่มเติมเพื่อปกปิดความผิดของตนเองอีกแสดงถึงเจตนาทุจริตที่มากขึ้นไปอีก ยกตัวอย่างเช่น การวางเพลิงอาคารของบุคคลอื่นแล้วทำลายหลักฐานที่จะเชื่อมโยงมาถึงตนเอง ก็ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายควรตอบโต้ให้เหมาะสมด้วยการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงขึ้น

คดี TXO เป็นตัวอย่างสำคัญ เพราะจำเลยกระทำโดยเจตนาทุจริตออกเพทุบายปฏิเสธสิทธิที่โจทก์มี เพื่อให้มีการเจรจาอันเกี่ยวกับสิทธิการพัฒนาน้ำมันและแก๊สของโจทก์ครั้งใหม่ ซึ่งจะส่งผลให้จำเลยได้รับเงินจำนวนมหาศาลจากการเจรจาครั้งใหม่นี้ เมื่อศาลใช้เจตนาทุจริตประกอบกับฐานะทางการเงินดีมากของจำเลย ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเป็นอัตราส่วนสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงถึง 526 เท่าได้ โดยไม่ขัดกับหลักสุคนิติกะบวน โดยแบ่งเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงจำนวน 19,000 เหรียญสหรัฐ และค่าเสียหายเชิงลงโทษ 10 ล้านเหรียญสหรัฐ แม้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงอย่างมาก แต่ก็มีผลสมเหตุสมผลกับการกระทำที่นำลงโทษของจำเลยนั่นเอง ศาลยังได้กล่าวอีกว่า ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่ามากกว่านี้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนต่อค่าเสียหายที่แท้จริง 1 เท่าก็อาจสมเหตุสมผลแล้วที่จะเป็นเพดานขั้นสูงได้

ในระบบกฎหมายไทย การละเมิดแบบใดที่ควรได้รับการลงโทษมากหรือน้อย ก็ไม่อาจมีกฎเกณฑ์ตายตัวได้ ผู้เขียนเชื่อว่า ควรใช้ปัจจัยนี้เป็นปัจจัยสำคัญปัจจัยหนึ่งในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่การจะแปรเปลี่ยนการกระทำที่น่าถูกลงโทษเป็นจำนวนเงิน ก็ยังคงเป็นคำถามสำคัญว่า เงินจำนวนขั้นต่ำที่สุดเท่าใดที่จะสามารถป้องปรามการกระทำเช่นนี้ได้ทั้งการป้องปรามทั่วไปและการป้องปรามเฉพาะกรณี ในอนาคต ถ้ามีค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้จริงก็คงต้องมีการศึกษาโครงสร้างของค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับการละเมิดที่มีระดับความร้ายแรงแตกต่างกัน แต่ในเบื้องต้นแล้วก็อาจสรุป

ได้ว่า ถ้าการละเมิดนำถูกลงโทษมากก็เป็นเหตุผลสมควรให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงได้แม้ค่าเสียหายที่แท้จริงจะมีค่าน้อยก็ตาม ส่วนในคดีละเมิดเกิดจากการกระทำที่นำถูกลงโทษน้อยลง ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีจำนวนน้อยลงก็จะสามารถป้องปรามและลงโทษจำเลยได้

ก) โอกาสหลุดพ้นจากความรับผิด

เหตุผลสำคัญที่สุดที่ทำให้กฎหมายละเมิดควรกำหนดความรับผิดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง คือ โอกาสที่ผู้ละเมิดอาจหลุดพ้นจากความรับผิดได้ เมื่อเกิดอุบัติเหตุขึ้นก็มีได้หมายความว่า จำเลยจะต้องรับผิดเต็มทุกกรณีเพราะมีเหตุหลายประการที่ทำให้ผู้ละเมิดไม่ต้องรับผิด เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว กฎหมายละเมิดควรทำอย่างไรให้จำเลยหรือบุคคลที่อาจเป็นจำเลยในอนาคตต้องนำความรับผิดทางกฎหมายอย่างเต็มจำนวนไปพิจารณาก่อนตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

กฎหมายนำค่าเสียหายเชิงลงโทษไปปรับใช้ได้โดยใช้โอกาสที่ผู้ทำละเมิดจะหลุดพ้นจากความรับผิดแปรเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ ปัจจุบันเป็นหนึ่งในปัจจัยหลักในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด เพื่อสร้างเป็นสูตรและแนวทางในการคำนวณค่าเสียหายที่ชัดเจน และเพื่อให้ได้จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมที่สุด

ยกตัวอย่างเช่น ถ้าโอกาสที่ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดคือ 1 ใน 4 โดยมีความเสียหายที่แท้จริง 1,000 บาท ก็จะได้สูตรในการคำนวณ ดังนี้

$$\frac{\text{ความเสียหายที่แท้จริง}}{\text{โอกาสที่ต้องรับผิด}} = \text{ความรับผิดคาดคะเน (=ค่าสินไหมทดแทน)}$$

$$\frac{1,000}{1/4} = 1,000 \times 4 = 4,000$$

$$\text{ความรับผิดคาดคะเน} - \text{ความเสียหายที่แท้จริง} = \text{ค่าเสียหายเชิงลงโทษ}$$

$$4,000 - 1,000 = 3,000$$

สรุปได้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษในกรณีนี้คือ 3,000 บาท และนำรวมไปในความเสียหายที่แท้จริงเป็นความรับผิดทางกฎหมายสุทธิ 4,000 บาท เงินจำนวนนี้เองที่ผู้ทำละเมิดจะนำไป

คำนวณเพื่อพิจารณาว่าควรจะทำกิจกรรมที่มีความเสี่ยงหรือไม่ หรือควรจะใช้ระดับความระมัดระวังเท่าใด เพื่อมิให้ตนรับผิดชอบเพราะประมาทเลินเล่อ การตัดสินใจที่อยู่บนพื้นฐานนี้เองที่จะทำให้เกิดการกระทำที่สังคมต้องการมากที่สุด

ยกตัวอย่างเช่น ถ้าโรงงานอุตสาหกรรมแถบภาคตะวันออกเฉียงใต้ปล่อยสารพิษลงสู่แม่น้ำและชายฝั่ง มีความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง 200,000 บาท และโรงงานมีโอกาสถูกผู้บังคับใช้กฎหมายจับกุมอันนำไปสู่การฟ้องคดีในชั้นศาล 1 ใน 100 ดังนั้น ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงเมื่อถูกจับได้คือ 200,000 บาท เท่ากับว่า การลักลอบปล่อยของสารพิษจะทำให้เกิดความรับผิดชอบคาดคะเนของโรงงานอยู่ที่เพียง 2,000 (200,000 ÷ 100) เท่านั้น แสดงว่ากฎหมายละเมิดบกพร่องในการป้องปรามการละเมิด และโรงงานย่อมมีแรงจูงใจอย่างล้นเหลือให้ทำการละเมิดต่อไปเรื่อยๆ

อย่างไรก็ตาม ถ้าถูกจับได้แล้วกฎหมายบังคับให้โรงงานรับผิดชอบจำนวน 20,000,000 บาท (200,000 ÷ 1/100) หมายความว่า มีโอกาส 1 ใน 100 ที่โรงงานจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายถึง 20,000,000 บาท ส่วนโอกาสที่เหลือ 99 ใน 100 ที่โรงงานไม่ถูกใครจับได้ ในการตัดสินใจปล่อยสารพิษลงแม่น้ำโรงงานจะนำความรับผิดชอบตามกฎหมาย 20,000,000 มาหารด้วย โอกาสทั้งหมด คือ 100 แล้วจะได้ ค่าความรับผิดชอบคาดคะเนอยู่ที่ 200,00 บาทซึ่งเท่ากับความรับผิดชอบที่แท้จริง

ไม่ว่าโรงงานจะปล่อยสารพิษแล้วยินยอมจ่ายค่าเสียหายที่แท้จริงแต่โดยดีเป็นเงินจำนวน 200,000 บาท หรือโรงงานจะลักลอบปล่อยสารพิษก็จะมีความรับผิดชอบโดยเฉลี่ยอยู่ที่ 200,000 บาท เช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อโรงงานต้องตัดสินใจเลือกระหว่าง 2 ทางเลือกนี้ โรงงานย่อมลังเลที่จะลักลอบปล่อยของเสียเพราะความรับผิดชอบคาดคะเนของการเลือกทั้ง 2 ทางเท่ากัน

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนได้เคยอธิบายมาแล้วว่า การวิเคราะห์พฤติกรรมของนักธุรกิจจะมีการตั้งสมมติฐานให้นักธุรกิจเป็น บุคคลที่ไม่ชอบความเสี่ยง(risk averse)⁴⁰⁵ อันหมายความว่า ถ้าธุรกิจหรือ

⁴⁰⁵ Risk Aversion (การไม่ชอบความเสี่ยง) หมายถึง ลักษณะความรู้สึกของบุคคลที่ไม่ชอบความเสี่ยงหรือเกลียดชังความเสี่ยง ความเสี่ยงจึงเปรียบเสมือนสินค้าเสีย (bads) สำหรับผู้ที่ไม่ชอบความเสี่ยง (risk averter) ดังนั้น ถ้าจะให้เขายอมแบกรับความเสี่ยงมากขึ้น เขาจะต้องได้รับการชดเชยด้วยผลตอบแทนที่มีอัตราสูงขึ้นไปกว่าเดิม ส่วนผู้ที่ชอบความเสี่ยง (risk lover) จะมีความรู้สึกที่ตรงกันข้าม กล่าวคือ เขายินดีที่จะแบกรับความเสี่ยงในอัตราที่สูงกว่าเดิม แม้ว่าอัตราผลตอบแทนจากการลงทุนจะเพิ่มขึ้นในอัตราเท่าเดิมก็ตาม และถ้าหากบุคคลใดชอบรับความเสี่ยงที่สูงขึ้น โดยผลตอบแทนจากการลงทุนที่จะมาชดเชยด้วยความเสี่ยงนั้นต้องเพิ่มขึ้นในอัตราเดียวกัน ก็แสดงว่าบุคคลนั้นมีความรู้สึกที่เป็นกลางกับ

นักลงทุนต้องเลือกระหว่างทางเลือกสองทางนี้แล้ว ก็จะเลือกทางที่ให้ความเสี่ยงน้อยกว่านั่นก็คือ ทางเลือกแรกที่ยินยอมจ่ายค่าเสียหายแต่โดยดี ถึงแม้จะเป็นที่ชัดเจนว่า ต้องจ่ายค่าเสียหายแน่นอน แต่นักธุรกิจก็สามารถกำจัดความเสี่ยงที่จะต้องจ่ายเงินจำนวน 20,000,000 บาทออกไปได้ ซึ่งถ้าต้องจ่ายเงินจำนวนนี้จริงก็อาจมีผลให้บริษัทถึงกับล้มละลายเลยก็เป็นได้ แต่ถ้าผู้ลงทุนเป็นประเภทผู้ที่เป็นกลางกับความเสี่ยง (Risk Neutral) ก็คงยังลังเลที่จะเลือกระหว่าง 2 ทางเลือกนี้ แต่ที่ผู้เขียนอาจสรุปได้ ณ จุดนี้คือ แม้ผู้ลงทุนจะเป็นประเภทผู้เป็นกลางกับความเสี่ยง ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็สร้างความเปลี่ยนแปลงแก่การตัดสินใจของนักลงทุน ได้อย่างมีนัยสำคัญ

ง) ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับ

พื้นฐานของปัจจัยนี้ คือ ถ้าการละเมิดทำให้จำเลยได้รับผลประโยชน์ใดๆ เกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ต้องมีค่าเพียงพอที่จะดึงผลประโยชน์ที่เกินกว่านี้ออกไปจากผู้ละเมิดให้ได้ทั้งหมดเพื่อให้ผู้ละเมิดไม่มีสถานะดีกว่าสถานะก่อนทำละเมิด แต่ทว่า การละเมิดประเภทจงใจโดยมีเจตนามุ่งร้ายอันเกี่ยวกับการละเมิดที่ประโยชน์หรือความพึงพอใจของผู้ละเมิดเกิดจากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายเท่านั้น ถ้าตั้งสมมติฐานว่า ความพึงพอใจที่ผู้ละเมิดได้รับมีค่าเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายแล้ว ก็แสดงว่าผู้ละเมิดไม่ได้รับกำไรใดๆจากการกระทำ เพราะแค่ค่าเสียหายที่แท้จริงก็สามารถทำให้ผู้ละเมิดกลับไปมีสถานะเท่ากับเริ่มแรกได้คืออยู่แล้ว แต่บทบาทของการใช้ผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับเป็นปัจจัยหนึ่งจะมีบทบาทมากขึ้นเมื่อเปลี่ยนสมมติฐานเป็นว่า ผู้ละเมิดได้รับอรรถประโยชน์ที่อยู่ในรูปแบบของความพึงพอใจ (Utility) มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ดังนี้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงควรสะท้อนแนวความคิดนี้และทำให้ผู้ละเมิดไม่ได้รับประโยชน์ใดๆจากการกระทำ⁴⁰⁶

ความเสี่ยง (risk neutral) อย่างไรก็ตาม ในการวิเคราะห์พฤติกรรมของนักลงทุน มักจะอยู่ภายใต้ข้อสมมติฐานที่ว่านักลงทุนเป็นบุคคลที่ไม่ชอบความเสี่ยง, ทรานด์ ปริดาตักดี, พจนานุกรมเศรษฐศาสตร์, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 1 2549, หน้า 360-61.

⁴⁰⁶ ปัญหาสำคัญของการนำอรรถประโยชน์ส่วนเกินกว่าความเสียหายมาใช้เป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ คือ การคำนวณให้ได้ถูกต้อง เช่นว่า การที่ผู้ละเมิดคร่ำคร่าหญิงสาวมาข่มขืนนี้ จะก่อให้เกิดอรรถประโยชน์กับผู้ละเมิดเท่าไร ความเสียหายที่เกิดกับผู้เสียหายเท่าไร และส่วนต่างของค่าทั้งสองเป็นเท่าไร

ปัจจัยเรื่องผลประโยชน์นี้จะถูกนำมาวิเคราะห์เป็นอย่างมากสำหรับการละเมิดประเภทที่ผู้ละเมิดกระทำโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่น เพราะการละเมิดประเภทนี้ถูกกระตุ้นโดยผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน ผู้ประกอบธุรกิจมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การดำเนินธุรกิจเพื่อให้ได้รับกำไรสูงสุด ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะทำกิจกรรมและดำเนินกิจกรรมต่อไปเรื่อยๆ ถ้ากิจกรรมนั้นสามารถทำให้รายได้สูงกว่าต้นทุนที่เสียไปได้ โดยปกติแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมองว่าความรับผิดชอบทางกฎหมายคือต้นทุนอย่างหนึ่ง แม้จะเกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคผู้ประกอบธุรกิจก็มีความรับผิดชอบที่จะต้องจ่ายค่าเสียหาย ผู้ประกอบธุรกิจก็จะดำเนินกิจกรรมต่อไป โดยมีเงื่อนไขว่า ผลประโยชน์ที่ได้รับมากกว่าความรับผิดชอบทางกฎหมาย

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2501 ที่ จำเลยได้จดทะเบียนตั้งชื่อบริษัทขายแว่นตาอันเป็นการเอาชื่อห้างของโจทก์ไปเพื่อให้ลูกค้าหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของห้างโจทก์ แม้จะมีผู้ทักท้วงโจทก์ในที่ประชุมแล้ว และช่วงระยะเวลาที่มีการละเมิดกำไรของโจทก์ก็มีได้ลดลง แต่ศาลก็กำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์เป็นเงินจำนวน 50,000 บาท

ในคดีนี้วัตถุประสงค์หลักแห่งการละเมิดของจำเลยคือการค้าหากำไรโดยการทำธุรกิจขายแว่นตานั้นเอง แต่จำเลยกลับใช้ชื่อของโจทก์ซึ่งก็ถือได้ว่าเข้าข่ายที่กฎหมายอาจให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เพราะจำเลยควรระมัดระวังได้ว่าการนำชื่อห้างมาใช้จะทำให้โจทก์เสียหาย การละเมิดจึงไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นที่กฎหมายรองรับ ประเด็นที่ต้องพิจารณามีอยู่ว่า ค่าเสียหายเท่าไรถึงจะเพียงพอทำให้จำเลยหยุดใช้ชื่อเลียนแบบห้างของโจทก์และป้องปรามมิให้บุคคลอื่นในภายภาคหน้ากระทำการในแบบเดียวกันอีก ถ้าตั้งข้อสันนิษฐานว่าค่าขาดส่วนแบ่งตลาดที่แว่นตาของร้านโจทก์ต้องเสียไปนั้นเท่ากับส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้นของร้านจำเลย กฎหมายก็ต้องถือว่ารายได้ทั้งหมดที่จำเลยได้รับเป็นผลมาจากการเลียนชื่อร้านของโจทก์ ซึ่งแท้จริงแล้วลูกค้าควรจะไปซื้อแว่นตาจากร้านโจทก์ทั้งหมด ดังนี้กฎหมายละเมิดก็ต้องนำกำไรทั้งหมดที่จำเลยได้ไปคืนให้กับโจทก์ แม้การที่โจทก์คงมีกำไรอยู่ตลอดในขณะที่ได้รับการละเมิดชื่อห้างก็มีได้หมายความว่าโจทก์ไม่เสียหายเลยเพราะเหตุว่า ถ้าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น โจทก์ก็คงจะมีลูกค้ามาใช้บริการและได้กำไรเป็นตัวเงินที่สูงกว่านี้อีก แต่ก็ต้องไม่ลืมไปถ้าสันนิษฐานเช่นนี้แค่ใช้หลักการการเยียวยาอย่างปกติของกฎหมายละเมิดไทยก็เพียงพอแล้วที่จะเยียวยาผู้เสียหายได้เพราะส่วนแบ่งตลาดที่เสียไปมีค่าเท่ากับส่วนแบ่งตลาดที่ตนเองได้รับ ค่าเสียหายที่แท้จริงจึงเพียงพอที่จะป้องปรามการละเมิดในอนาคตได้

แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นถ้าหากเปลี่ยนสมมติฐานเป็นว่า จำเลยยังมีกำไรอื่นใดอีกนอกเหนือจากส่วนแบ่งตลาดที่แย่งชิงมาได้ เช่น การขายส่วนประกอบของแว่นตาหรือคอนแทคเลนส์ที่ร้านผู้เสียหายไม่ได้

ขายแต่มีผู้ซื้อสินค้าคิดว่าเป็นร้านของผู้เสียหายจึงเข้ามาใช้บริการ เป็นต้น ถ้าใครส่วนนี้เองที่กฎหมายละเมิดของไทยไม่ครอบคลุมถึง และถึงแม้ผู้ละเมิดจะถูกฟ้องละเมิดและต้องจ่ายค่าเสียหายอันเท่ากับส่วนแบ่งตลาดที่แย่งมาได้แล้ว ผู้ละเมิดก็ยังเหลือกำไรที่ได้รับอยู่อีก ซึ่งจะส่งต่อมามีว่า ผู้ละเมิดก็ต้องการทำละเมิดต่อไปในอนาคตอีกนั่นเอง เหตุเพียงเพราะกำไรยังสูงกว่าต้นทุน และเท่ากับว่า กฎหมายละเมิดไม่สามารถป้องปรามการทำละเมิดเช่นนี้ได้เหมาะสม

สรุปว่า ถ้าค่าเสียหายตามกฎหมายละเมิดไม่ได้ดังกำไรที่จำเลยได้รับทั้งหมดออก ก็แสดงว่า กฎหมายละเมิดไม่สามารถป้องปรามการทำละเมิดในอนาคตได้อย่างเหมาะสมเพราะจำเลยก็ยังเห็นว่า แม้ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดแก่โจทก์ไปแล้วตนเองก็ยังเหลือประโยชน์เก็บไว้อีก เท่ากับว่า กฎหมายละเมิดสร้างแรงจูงใจให้จำเลยทำละเมิดต่อไปในอนาคต เช่น ไปเลียนซื้อร้านคนอื่น หรือบุคคลภายนอกที่เห็นว่าจำเลยในคดีนี้ยังคงได้รับกำไร บุคคลภายนอกก็จะกระทำการแบบเดียวกันอีก เพราะถึงถูกจับได้และต้องรับผิดชอบกฎหมายก็ยังคงมีกำไรเหลืออยู่ซึ่งดีกว่าไม่มีเลย

ในทางทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ถือว่า ชุกรกรรมที่เกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่ายจะสะท้อนการตัดสินใจและความต้องการของทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นสิ่งที่พึงประสงค์มากกว่า ชุกรกรรมที่เกิดจากการบังคับ เพราะว่า ชุกรกรรมที่เกิดจากความยินยอมจะทำให้เกิดประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Efficiency)⁴⁰⁷ อันเป็นผลเพิ่มค่าสวัสดิการสังคมได้ ก่อนที่จำเลยในคดีจะทำการเลียนแบบซื้อห้างร้านของโจทก์มาใช้ จำเลยย่อมมี 2 ทางเลือกในการจะใช้ชื่อของห้างโจทก์ ทางเลือกแรก คือ การเจรจากับโจทก์เพื่อขออนุญาตใช้สิทธิในชื่อของห้างโจทก์โดยถูกต้องตามกฎหมาย และทางเลือกที่สอง คือ การไม่สนใจในการขออนุญาตและนำชื่อของโจทก์ไปใช้โดยพลการทันที จำเลยจะเลือกวิธีไหน จำเลยผู้ทำธุรกิจย่อมคำนวณอย่างเป็นเหตุเป็นผลแล้วว่าการเลือกวิธีที่สองจะทำให้จำเลยได้รับกำไรมากกว่าการเลือกวิธีแรก ทั้งๆที่กฎหมายมีเจตนารมณ์บังคับให้จำเลยเคารพสิทธิการใช้ชื่อของโจทก์และบังคับให้จำเลยต้องเลือกวิธีแรก

⁴⁰⁷ หมายความว่า สภาวะการณ์ที่การจัดสรรทรัพยากรหรือผลผลิตอยู่ในส่วนผสมที่ทำให้สังคมได้รับสวัสดิการสูงสุดแล้ว เมื่อบรรลุภาวะนี้แล้ว จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่จะสามารถทำให้บุคคลหนึ่งรู้สึกดีขึ้น โดยมิทำให้อีกบุคคลหนึ่งรู้สึกเลวลงได้อีก การจัดสรรทรัพยากรในส่วนผสมดังกล่าวจึงเป็นการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพสูงสุดตามแนวคิดของวิลเฟรด พาร์โธ,

at <http://www.economicexpert.com/a/Pareto:efficiency.html> (last visited 16 January 2010).

กฎหมายละเมิดจะมีบทบาทอย่างไรให้จำเลยและผู้ที่กำลังวางแผนทำละเมิดแบบเดียวกันในอนาคตต้องเปลี่ยนการตัดสินใจโดยเลือกที่จะเจรจาขอใช้ชื่อให้ถูกต้องตามกฎหมาย นั่นคือ ถ้าจำเลยเลือกที่จะเลียนแบบชื่อของห้างโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตและถูกจับได้ กฎหมายละเมิดก็ต้องมีหน้าที่ตั้งกำแพงกั้นที่ผู้ละเมิดได้รับออกให้หมดเป็นอย่างน้อย เมื่ออยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นนี้แล้ว ผู้ที่วางแผนจะทำละเมิดก็ต้องเปลี่ยนการตัดสินใจอย่างแน่นอน เพราะถ้าเลือกทางเลือกที่สองแล้วก็หมายความว่า จะไม่ได้รับกำไรหรือประโยชน์ใดๆจากการกระทำเลย หรือเหนื่อยเปล่านั่นเอง ในขณะที่ถ้าเลือกทางเลือกที่หนึ่ง เจรจาเพื่อให้ได้ชื่อร้านมาใช้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย แล้วไปลงทุนสร้างธุรกิจก็อาจจะทำให้กำไรก็เป็นได้

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ภายใต้กฎหมายละเมิดที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ การเลือกที่จะเลียนแบบชื่อห้างร้านโดยไม่ได้รับอนุญาตจะทำให้ ผู้ละเมิดมีสถานะเป็น ขาดทุน(ติดลบ) หรือเท่าทุน(ศูนย์) เท่านั้น แต่ถ้าผู้นั้นเลือกเคารพสิทธิของเจ้าของชื่อและเข้าไปเจรจาเพื่อขอใช้ชื่อ สถานะของผู้นี้ก็อาจจะเป็นไปได้ทั้ง ขาดทุน(ลบ) เท่าทุน(ศูนย์) หรือได้กำไร(บวก) กฎหมายละเมิดรูปแบบนี้ย่อมสร้างอิทธิพลและแรงจูงใจที่ถูกต้องต่อพฤติกรรมของประชาชน

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 886/2475 เป็นคดีที่บริษัทจำเลยจงใจละเมิดต่อโจทก์โดยใช้เรือชุดแร่ทำลายฮวงซุ้ยตลอดทั้งบริเวณที่ฝั่งศพมารดาโจทก์เสียหายไปหมดสิ้น ทั้งๆที่โจทก์ร้องต่อกำนันและห้ามปรามจำเลยมาตั้งแต่ต้นแล้ว จำเลยหาฟังไม่

จากข้อเท็จจริงแห่งคดีจะเห็นได้ว่า จำเลยในคดีไม่ได้เคารพต่อสิทธิของโจทก์ที่มีอยู่เหนือบริเวณฝั่งศพของมารดาโจทก์เลย แม้จะมีผู้ห้ามปรามแล้วก็ไม่ใส่ใจ กลับใช้สายสมอเรือชุดแร่ข้ามฮวงซุ้ยจนเกิดความเสียหายแก่รั้วทั้งสี่ด้านและรูปฮวงซุ้ย จำเลยซึ่งเป็นบริษัทต่างชาติทำอย่างมีเหตุมีผล เพราะเห็นว่าการเพิกเฉยต่อสิทธิของโจทก์แล้วทำธุรกิจต่อไปโดยไม่ต้องเปลี่ยนแผนการจะได้ประโยชน์จากการกระทำได้มากกว่าการเข้าเจรจาขอใช้พื้นที่ของจำเลยโดยการจ่ายเงินค่าใช้พื้นที่ให้กับจำเลย ถ้าใช้การวิเคราะห์ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าบทบาทของกฎหมายละเมิดเพื่อตอบโต้การจงใจทำให้เกิดผลเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นนั้น กฎหมายต้องตั้งกำแพงกั้นหรือผลประโยชน์อื่นใดที่ผู้ละเมิดได้รับออกให้หมดสิ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ละเมิดและผู้ที่จะละเมิดภายใต้พฤติกรรมเดียวกันในอนาคตต้องเคารพต่อสิทธิของโจทก์โดยเข้าไปเจรจาขอใช้พื้นที่อย่างถูกต้องตามกฎหมาย

การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายในคดี 5,740 บาท อาจจะถือว่าสูงสำหรับโจทก์ แต่ข้อพิจารณาคือ ค่าเสียหายดังกล่าวมีจำนวนสูงพอหรือไม่ที่จะมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของจำเลยในอนาคต ถ้าประโยชน์ที่จำเลยได้รับยังมีค่ามากกว่า 5,740 บาทก็แสดงว่าจำเลยจะยังคงทำละเมิดต่อไปโดยถือเสียว่า ความรับ

ผิดทางกฎหมายคือต้นทุนในการทำธุรกิจนั่นเอง ในกรณีเช่นนี้ศาลจึงควรนำหลักฐานอื่นใดที่แสดงว่าจำเลยได้รับประโยชน์จากการใช้ที่ดินพิพาทมากำหนดเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษและตั้งประโยชน์ตรงนี้ ออก

โดยสรุปแล้ว ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีขึ้นเพื่อตั้งผลประโยชน์หรือกำไรออกจากพฤติกรรมของจำเลยเพื่อให้ผลของกิจกรรมไม่ก่อให้เกิดกำไร นอกจากนี้ผู้ละเมิดยังเสี่ยงขาดทุนจากการดำเนินธุรกิจ ในขณะที่ การดำเนินกิจกรรมที่ไม่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ผู้ประกอบการก็ยังมีโอกาสได้กำไร

มีกฎหมายพิเศษยอมรับให้คำนวณค่าสินไหมทดแทนโดยใช้ประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับปรากฏในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 13(1) ซึ่งให้อำนาจศาลมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าคืนผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากการละเมิด อันนอกเหนือจากค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นไปแล้วได้

จ) ฐานะทางการเงินของจำเลย

เหตุผลสำคัญที่สุดเหตุผลหนึ่งที่ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะมีบทบาทป้องปรามการละเมิดในอนาคตได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องสามารถถึงความสนใจของผู้ละเมิดและผู้ที่เกี่ยวข้องมาไว้ได้ ถ้าบุคคลธรรมดาผู้มีทรัพย์สินเป็นจำนวนมากเห็นว่า เมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่ต้องจ่ายแล้ว เห็นว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการละเมิดคุ้มค่า ผู้ละเมิดก็จะกระทำแน่นอน เพราะส่วนบุคคลนี้มีฐานะทางการเงินดีจนค่าเสียหายที่ต้องรับผิดชอบไม่มีผลใดๆต่อฐานะทางการเงิน และต่อการตัดสินใจในการทำละเมิดแบบเดียวกันอีกในอนาคต

ยกตัวอย่างเช่น ถ้าการชกต่อยบุคคลหนึ่งที่มาต่อว่าด้วยถ้อยคำหยาบคายแล้วจะทำให้อารมณ์ดีขึ้น เมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่แท้จริงอันได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล เป็นเงินจำนวน 5,000 บาทแล้ว ผู้มีเงินเป็นพันล้านบาทก็ยอมละเลยการใช้กฎหมายบังคับคดี และเข้าชกต่อยผู้มาต่อว่าอย่างแน่แท้เพราะจำนวนเงิน 5,000 บาทที่จะต้องจ่ายเป็นค่าเสียหายนี้ไม่สามารถลดจำนวนทรัพย์สินอย่างมีนัยสำคัญได้

บริษัทขนาดใหญ่หรือบุคคลธรรมดาผู้มีเงินร่ำรวยมหาศาลย่อมไม่สนใจต่อค่าเสียหายที่แท้จริงอันน้อยนิดเพราะค่าเสียหายมีผลกระทบต่อฐานะทางการเงินที่ต่ำ ดังนั้น ค่าเสียหายที่แท้จริงรวมกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีค่าน้อยก็ไม่อาจจะมียุทธิพลแปรเปลี่ยนรูปแบบการปฏิบัติต่อผู้ละเมิดได้เท่าใดนัก จึงอาจต้องใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างสูงเพื่อทำให้เกิดความแตกต่างต่อฐานะทางการเงินของผู้

ละเมิดอย่างมีนัยสำคัญ และทำให้ผู้ละเมิดต้องไต่ตรองให้ดีถึงบทบังคับอย่างรุนแรงที่จะตามมา ภายหลัง

ในทางตรงกันข้าม ถ้าปัจจัยอื่นๆที่ได้กล่าวมาข้างต้น เช่น ระดับของความน่าลงโทษของการกระทำมีอยู่สูงมากจนผู้พิพากษาเห็นว่าควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนมาก แต่ฐานะทางการเงินของจำเลยย่ำแย่มากแล้ว ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรจะได้รับค่าปรับผันตามไปด้วย เพราะผู้พิพากษาต้องตระหนักให้ดีว่า วัตถุประสงค์หลักคือการป้องปรามเท่านั้น แม้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะเป็นจำนวนน้อยนิด แต่ถ้าสามารถทำให้วัตถุประสงค์นี้บรรลุผลได้ ผู้พิพากษาก็ต้องพร้อมที่จะลดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ได้จำนวนต่ำที่สุดโดยไม่ลดผลแห่งการป้องปราม

ปกติแล้ว บุคคลผู้มีทรัพย์สินมากกับบุคคลผู้มีทรัพย์สินน้อยจะสามารถแบกรับความเสี่ยงได้แตกต่างกัน บุคคลผู้มีทรัพย์สินน้อยย่อมต้องการแบกรับความเสี่ยงให้น้อยที่สุด(risk-averse สูง) ในขณะที่บุคคลผู้มีทรัพย์สินมากยอมแบกรับความเสี่ยงได้มากกว่า (risk-averse ต่ำ, risk-neutral มากขึ้น) ซึ่งหมายความว่า บุคคลที่ไม่ชอบความเสี่ยงยอมกลัวที่จะต้องรับผิดชอบเป็นเงินจำนวนมาก การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ไม่สูงมากก็เพียงพอแล้ว แต่สำหรับบุคคลที่เป็นกลางกับความเสี่ยงจะเกรงกลัวความรับผิดชอบลง ดังนั้น กฎหมายจึงต้องบังคับให้ชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงขึ้น

ยิ่งในกรณีบริษัทใหญ่แล้ว ถ้าผู้เสียหายถูกละเมิดจากขั้นตอนการปฏิบัติงานในบริษัททำให้เกิดความเสียหายค่อนข้างน้อย ผู้บริหารระดับสูงมีอาจทราบด้วยซ้ำว่ามีการละเมิดประเภทนี้เกิดขึ้นเพราะการละเมิดถูกทำโดยพนักงานระดับล่าง ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนที่สูงย่อมดึงความสนใจของผู้บริหารระดับสูงซึ่งเป็นผู้วางนโยบายของบริษัทได้ดีกว่า เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนสูงจนส่งผลกระทบต่อผลกำไรของบริษัทซึ่งผู้บริหารอาจแก้ไขด้วยการเปลี่ยนรูปแบบการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดการละเมิดไปเป็นรูปแบบปฏิบัติงานที่ดีขึ้น

คดี Mathias วางหลักการไว้ว่า ศาลจะนำฐานะทางการเงินมาพิจารณาได้เมื่อจำเลยมีทรัพยากรเพียงพอที่จะต่อสู้คดีได้อย่างก้าวร้าวประกอบด้วยค่าเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนน้อย เพราะเหตุว่า การฟ้องคดีของผู้เสียหายไม่คุ้มต้นทุนกับค่าเสียหายที่แท้จริงที่จะได้รับ และการที่จำเลยมีทรัพยากรหรือฐานะทางการเงินดีมาก จำเลยก็อาจใช้เงินจำนวนนี้เพื่อประวิงคดีออกไปให้นานที่สุด เพื่อให้การดำเนินคดีของโจทก์มีต้นทุนสูงมาก กฎหมายจึงต้องให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติม

กฎของการลดน้อยถอยลงของอัตราประโยชน์ส่วนเพิ่มของเงินก็มีส่วนสนับสนุนการใช้ฐานะทางการเงินของจำเลยเป็นปัจจัยหนึ่งเช่นกัน เนื่องจากบุคคลผู้มีทรัพย์สินไม่เท่ากันจะให้ความสำคัญกับเงินจำนวนเท่ากันไม่เท่ากัน ยกตัวอย่างเช่น คนหาบเร่แผงลอยหรือคนหาเช่ากินค่าที่มีปัจจัยสี่ในชีวิตไม่

เพียงพอ ถ้าบุคคลประเภทนี้ทำละเมิดอย่างร้ายแรงจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษเพียงเล็กน้อยอาจส่งผลป้อนปรามที่เพียงพอได้⁴⁰⁸ เนื่องจากเงินจำนวนเล็กน้อยก็เป็นสิ่งสำคัญมากเพื่อซื้อสิ่งของพื้นฐานสำหรับใช้ในการดำรงชีวิต ส่วนบุคคลผู้มีทรัพย์สินสิ้นเหลือก็ย่อมมองคุณค่าของเงินน้อยลงเพราะเงินสามารถตอบสนองความต้องการพื้นฐานที่จำเป็นได้ทั้งหมดแล้ว ส่วนสินค้าที่ทำให้ความพึงพอใจของบุคคลนี้มีมากขึ้นก็จะต้องใช้เงินเป็นจำนวนมากขึ้นตามลำดับ ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีจำนวนสูงมากจึงจำเป็นเพื่อลดความพึงพอใจของบุคคลประเภทนี้ให้ได้ในระดับที่เหมาะสม ถ้ากฎหมายละเมิดต้องการป้อนปรามต่อการละเมิดในประเภทนี้แล้วย่อมเป็นที่แน่นอนว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องมีอัตราส่วนที่แปรผันสูงขึ้นตามฐานะทางการเงินของจำเลย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดผลแห่งการป้อนปรามที่เท่ากัน

ข้อโต้แย้งของการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แปรผันกับฐานะทางการเงินของจำเลยเห็นว่าบริษัทขนาดใหญ่สามารถทำกิจกรรมเป็นจำนวนมากกว่าบริษัทขนาดเล็กกว่าได้ แต่ถ้าพบภายหลังว่ากิจกรรมที่ทำนี้เป็นการละเมิด บริษัทขนาดใหญ่กลับต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อกิจกรรมเป็นจำนวนเงินที่มากกว่าเพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษแปรผันตามฐานะทางการเงินของบริษัท สุดท้ายแล้วถ้าการทำกิจกรรมหลายกิจกรรมเป็นการละเมิด ก็เท่ากับว่า บริษัทขนาดใหญ่ต้องเสียค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยรวมมากกว่าที่ควรจะเสีย แต่ผู้เขียนเห็นว่า ข้อโต้แย้งนี้มีได้สนใจวิธีการควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษ นั่นก็คือ ศาลอาจลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลงได้ ถ้าปรากฏว่าจำเลยคนเดียวกันเคยได้รับการลงโทษทางแพ่งในคดีอื่นๆแล้วหรือมีโอกาสที่จะได้รับการลงโทษทางแพ่งในอนาคต เช่น ถ้าในคดีก่อนหน้านี้อ ผลจากการทำกิจกรรมประเภทเดียวกันทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนเงินที่แปรผันตามฐานะทางการเงิน ในคดีที่ศาลกำลังพิจารณาอยู่ศาลก็ควรเห็นใจและลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลงเพราะเหตุว่าจำเลยได้รับการลงโทษและป้อนปรามในคดีที่ก่อนหน้านี้อแล้ว

ข้อโต้แย้งต่อมากล่าวถึง ผู้แข่งขันทางการค้าที่มีผลประกอบการไม่ดี (marginal competitor) น่าจะเป็นผู้ทำกิจกรรมที่เป็นอันตรายและทำให้เกิดต้นทุนต่อสังคมได้สูงกว่าบริษัทที่มีผลประกอบการดี ซึ่งกลับกลายเป็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษถูกกำหนดเป็นจำนวนสูงขึ้นต่อบริษัทที่มีผลประกอบการดีแต่สำหรับบริษัทที่มีผลประกอบการไม่ดีกลับต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็น

⁴⁰⁸ อาจดูข้อโต้แย้งได้ว่า บุคคลประเภทนี้ถูกเรียกว่า Judgment-proof defendant ซึ่งหมายถึง บุคคลที่จะไม่เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมแม้ต้องชำระค่าเสียหายตามกฎหมายละเมิด เพราะไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระแม้เพียงค่าเสียหายที่แท้จริง ดังนั้น จึงต้องปรับใช้กฎหมายอาญาแทน เพราะการใช้โทษจำคุกอาจป้อนปรามได้ดีกว่า

จำนวนเงินน้อยกว่าทั้งๆที่เป็นผู้มีโอกาสกระทำกิจกรรมที่ส่งผลเสียต่อสังคมได้มากกว่า ผู้เขียนได้กล่าวตั้งแต่แรกแล้วว่า การป้องปรามในกรณีแบบนี้คือการป้องปรามอย่างเหมาะสม ถ้าบริษัทที่มีฐานะทางการเงินไม่ดี แม้จะได้รับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษน้อย แต่ก็สามารถให้ผลแห่งการป้องปรามที่น่าพอใจได้แล้ว ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนมากจนทำให้บริษัทต้องล้มละลายและออกจากตลาดก็คงจะไม่สมเหตุผลนัก ผู้เขียนยอมรับข้อโต้แย้งที่ว่า บริษัทที่ผลประกอบการต่ำเมื่อทราบข้อเท็จจริงนี้แล้วย่อมจะมีแรงจูงใจสูงขึ้นในการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเพราะทราบดีว่าแม้จะถูกจับได้แต่ต้องรับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษในจำนวนที่ไม่ทำให้ต้องล้มละลาย แต่ผู้เขียนเห็นว่าบริษัทประเภทนี้แค่รับผิดชำระค่าเสียหายที่แท้จริงกับค่าเสียหายเชิงลงโทษบางส่วนก็มากพอแล้วที่จะทำให้บริษัทเกรงกลัวความรับผิดทางกฎหมาย เพราะหากพลาดพลั้งไปก็ถึงขั้นล้มละลายได้เลยทีเดียว แรงจูงใจตามที่กล่าวอ้างมาจึงไม่น่าจะสูงเท่าที่ได้อ้างไว้

โดยสรุปแล้ว วัตถุประสงค์หลักของค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ การป้องปรามการกระทำ ความผิดในอนาคต ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนต่ำมาก ก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่มีรายรับต่อปีมหาศาล ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงควรยืดหยุ่นและปรับเปลี่ยนได้โดยขึ้นอยู่กับฐานะทางการเงินของบริษัท ถ้าบริษัทได้รับกำไรต่อปีจำนวนมาก ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรจะถูกกำหนดให้สูงมากสอดคล้องกับกำไร เพื่อให้มีผลกระทบอย่างแท้จริงต่อการตัดสินใจในการดำเนินธุรกิจ ในทางกลับกัน ถ้าหากผู้ประกอบการอยู่ในภาวะย่ำแย่มีกำไรต่อปีต่ำมากหรือขาดทุน ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากก็ยิ่งกระทบต่อความมั่นคงของบริษัทจนอาจทำให้บริษัทต้องถอนตัวจากตลาดเลยด้วยซ้ำ ฐานะทางการเงินของบริษัทจึงควรเป็นข้อพิจารณาเพื่อลดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้น้อยลงได้

จ) ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องในการดำเนินคดี

ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นอุปสรรคสำคัญทำให้ผู้เสียหายไม่สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกร้องสิทธิตามมูลละเมิด ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่เห็นได้ชัด คือ ค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆที่คู่ความจะต้องชำระ เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าสืบพยานนอกศาล ค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง ค่าทนายความเป็นต้น ถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนอย่างหนึ่งในการฟ้องคดี ถ้าต้นทุนของคดีมีค่าเท่ากับหรือเกินกว่าค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับก็จะมีประโยชน์ใดๆที่จะฟ้องคดี ซึ่งทำให้เกิดผลเสียประการสำคัญ คือ ผู้ละเมิดไม่ต้องรับผิดชำระค่าเสียหายนั่นเอง

ถ้าแบ่งประเภทของคดีละเมิดเบื้องต้นเป็น 2 ประเภทคือ คดีที่มีทุนทรัพย์มากกับคดีที่มีทุนทรัพย์น้อย ในคดีที่มีทุนทรัพย์มากค่าใช้จ่ายในคดีต่อทุนทรัพย์จะมีค่าเป็นอัตราส่วนที่น้อยลง⁴⁰⁹ ทำให้ผู้เสียหายมีแรงจูงใจที่จะฟ้องคดีอยู่แล้วเพราะถ้าฟ้องคดีชนะก็มีโอกาสได้ค่าเสียหายคืนเป็นจำนวนมาก แม้จะหักกับต้นทุนในคดีแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้ผู้เสียหายไม่ได้รับค่าเสียหายเต็มจำนวน แต่ก็ยังได้รับสูงในระดับหนึ่ง ในขณะที่คดีที่มีทุนทรัพย์น้อย ค่าใช้จ่ายในคดีต่อทุนทรัพย์จะมีค่าเป็นอัตราส่วนสูงขึ้นจนอาจใกล้เคียงหรือเท่ากับจำนวนทุนทรัพย์เลยก็เป็นได้แม้โอกาสชนะคดีมีสูงมาก แต่ถึงชนะคดีสิ่งที่ได้รับก็คือ การได้รับรองถึงสิทธิของตนเองที่จะไม่ถูกละเมิดเท่านั้นเองเพราะศาลให้ค่าสินไหมทดแทนได้น้อยซึ่งผู้เสียหายต้องนำเงินจำนวนนี้ไปชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีก่อนชดเชยความเสียหาย ดังนั้น คนที่ตัดสินใจอย่างเห็นเหตุเป็นผลคงไม่ฟ้องคดีเรียกเงินคืน แม้ตนเองจะได้รับความเสียหาย แต่ถ้าฟ้องคดีก็ยิ่งจะทำให้ตนเองได้รับความเสียหายที่มากขึ้นไปอีก การฟ้องคดีจึงทำให้ตนเองตกอยู่ในสถานะที่เลวร้ายลงกว่าเดิมอีก (worse off) ถ้าผู้ละเมิดหรือผู้ที่ต้องการจะทำละเมิดทราบดีถึงข้อเท็จจริงนี้ ก็อาจใช้ข้อบกพร่องในประเด็นนี้ขัดขวางไม่ให้ผู้เสียหายนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ ข้อบกพร่องนี้จึงเป็นเหตุผลสำคัญให้ค่าเสียหายมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของผู้เสียหายอย่างมีนัยสำคัญเพื่อให้ผู้เสียหายมีแรงจูงใจนำคดีขึ้นสู่ศาลมากขึ้น โดยศาลจะให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีความของผู้เสียหายได้ภายใต้ชื่อของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

การส่งเสริมให้มีการเคารพในสิทธิและทรัพย์สินเป็นการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายแพ่งอีกทางหนึ่งด้วย (Encouragement of Private Enforcement) ถ้าบุคคลใดมีสิทธิเรียกร้องที่ถูกต้องตามกฎหมายที่สามารถเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบได้ กฎหมายก็ควรสนับสนุนและส่งเสริมให้บุคคลนี้สามารถเรียกร้องได้อย่างแท้จริง มิเช่นนั้นแล้ว บุคคลที่ทำละเมิดกับบุคคลอื่นไว้และมีความรับผิดชอบติดตัวแต่กลับไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายก็เหมือนกับว่า ผู้ละเมิดมีความรับผิดชอบตามกฎหมายแต่ไม่มีความรับผิดชอบในทางเป็นจริง และยังเท่ากับว่ากฎหมายสร้างแรงจูงใจให้บุคคลนี้ไปทำละเมิดกับบุคคลอื่นอีกเพราะผู้เสียหายรายต่อไปก็ไม่ฟ้องคดีอีกเช่นกัน

⁴⁰⁹ แม้จำนวนต้นทุนที่แท้จริงจะเป็นตัวเลขที่สูงขึ้น เช่น ต้องเสียค่าธรรมเนียมขึ้นศาลมากขึ้น ต้องมีการสืบพยานนอกศาลมากขึ้น ต้องเสียค่าป่วยการและค่าพาหนะพยานมากขึ้น แต่ถึงอย่างไร ผู้เขียนก็เห็นว่าโดยเฉลี่ยแล้วทุนทรัพย์ของคดีประเภทนี้ย่อมมีค่าสูงมากขึ้นเป็นอัตราที่สูงกว่าค่าใช้จ่ายที่มากขึ้นตามนั่นเอง

ยิ่งไปกว่านั้น ในคดีความที่ผู้เสียหายต้องสู้กับผู้มีฐานะทางการเงินดี (ภายใต้สมมติฐานที่ว่า ผู้ที่มีความมั่งคั่ง ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลย่อมได้รับคำปรึกษาจากทนายความผู้เชี่ยวชาญ ได้ดีกว่าบุคคลที่มีความมั่งคั่งน้อย)⁴¹⁰ สถานะทางการต่อรองย่อมไม่เท่าเทียมกัน ยกตัวอย่างเช่น บริษัทขนาดใหญ่และมีฝ่ายกฎหมายภายในพร้อมให้คำปรึกษาอยู่ครบถ้วนแล้ว เมื่อพบกับผู้เสียหายรายเล็กๆ ที่มีข้อเรียกร้องในทางละเมิดก็ยอมใช้อำนาจการต่อรองที่สูงกว่าเพื่อระงับคดีโดยจ่ายค่าเสียหายซึ่งเป็นอัตราส่วนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่จะได้รับถ้าคดีไปสู่ชั้นศาล ผู้เสียหายไม่ยอมฟ้องคดี ค่าจ้างทนายความมีส่วนสำคัญมากในการต่อสู้กับบริษัทใหญ่ เมื่อบริษัทใหญ่เห็นว่าฝ่ายโจทก์มีฐานะทางการเงินไม่ดีแล้วฟ้องร้องมา ทางบริษัทก็จะใช้กลยุทธ์การประวิงคดีออกไปให้นานที่สุด สร้างประเด็นปัญหาในคดีไม่รู้จบเพราะทราบดีว่าผู้เสียหายไม่อาจสู้คดีได้นานเพราะแบกรับค่าใช้จ่ายอย่างจำกัด จนท้ายที่สุดแล้วผู้เสียหายก็ต้องยอมถอนฟ้องไป นอกจากนี้การที่บริษัทใหญ่ประวิงคดีต่อผู้เสียหายก็ยังให้ประโยชน์เพิ่มได้อีกเพราะเหตุว่า ผู้เสียหายรายอื่นเห็นตัวอย่างที่ถูกยื้อคดีออกไปแล้ว จึงเกรงกลัวและไม่กล้าฟ้องคดีอีก จนต้องหยุดข้อเรียกร้องลงหรือยอมระงับคดีนอกศาลเป็นเงินจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น ดังนั้น บริษัทใหญ่ใช้กลยุทธ์การสร้างข้อเสียดึงให้กับตัวเองแล้วว่าจะไม่ยอมอ่อนข้อให้กับบุคคลใด อันเป็นกลยุทธ์ที่ส่งผลเสียมากต่อสังคมส่วนรวม แล้วถ้าเกิดมีผู้เสียหายคนหนึ่งที่มีเงินและความสามารถเพียงพอที่จะต่อสู้กับบริษัทขนาดใหญ่ได้ ประเด็นปัญหาคือ ผู้เสียหายคงไม่ฟ้องเป็นคดีความเนื่องจากการต่อสู้คดีเป็นเวลานานทำให้ต้นทุนค่าใช้จ่ายสูงกว่าค่าเสียหายที่จะได้รับ ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ชดเชยค่าใช้จ่ายต่างๆจึงสามารถแก้ปัญหานี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

⁴¹⁰ ผู้เขียนกล่าวถึงผู้ละเมิดที่มีฐานะทางการเงินดีเพื่อต้องการสื่อว่า ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี(รวมถึง ค่าทนายความ) เป็นอุปสรรคทำให้เกิดสถานะการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้มีค่าเท่ากับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี โดยไม่ต้องพิจารณาว่าจำเลยจะมีฐานะทางการเงินดีหรือไม่ ก็อาจให้การป้องปรามและการลงโทษได้เหมาะสมแล้ว

4.2.1.4 ปัจจัยควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เหมาะสม

ก) บทบังคับทั้งทางแพ่งและอาญาจากการกระทำเดียวกันที่ผู้ละเมิดได้รับไปแล้ว หรืออาจจะได้รับในอนาคต

จุดเริ่มต้นของการควบคุมด้วยวิธีนี้มาจากหลักในคดี BMW ที่พิจารณาถึง การเปรียบเทียบระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลกำหนดให้และโทษทางแพ่งและทางอาญาอื่นๆที่จะนำมาปรับใช้สำหรับการกระทำแบบเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นการลงโทษที่รุนแรงอย่างมากหรือไม่ เช่น ถ้าโทษทางอาญาที่อาจนำมาปรับใช้กับการละเมิดที่เกิดในคดีได้คือ 2,000 เหรียญสหรัฐ แต่คณะลูกขุนกลับกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงถึง 2,000,000 เหรียญสหรัฐแสดงว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีค่าเทียบเท่ากับโทษทางอาญาที่รุนแรงมาก แต่ศาลตั้งข้อสงสัยไว้ว่า อาจไม่ต้องปรับใช้หลักการนี้ก็ได้หากการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงมีความจำเป็นเพื่อป้องปรามการละเมิดในอนาคต

ผู้พิพากษาต้องตระหนักดีกว่า ไม่ใช่ว่าการรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้วจะทำให้จำเลยต้องหมดอนาคตไปเสียเลยทีเดียว เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษมีขึ้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องปรามด้วยการให้จำเลยรับผิดชอบเป็นเงินจำนวนน้อยที่สุด ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยได้รับโทษทางอาญาจากการกระทำเดียวกันไปแล้ว แล้วผู้พิพากษาเห็นว่า การลงโทษทางอาญานี้เหมาะสมแล้วที่จะไม่ทำให้ผู้ละเมิดกลับมาประพฤติปฏิบัติเช่นเดิมอีก ก็คงจะมีเหตุอันไม่เพียงพอที่ผู้พิพากษาจะกำหนดให้จำเลยรับผิดชอบเพิ่มเติมอีก

แต่เมื่อใดก็ตามที่ผู้พิพากษาเห็นว่า โทษทั้งทางแพ่งและทางอาญาที่จำเลยได้รับในคดีก่อนหน้านี้ยังไม่เหมาะสมพอให้จำเลยเกรงกลัวการกระทำแบบเดียวกันในอนาคตอีก ผู้พิพากษาก็ย่อมจะใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อให้ผู้ละเมิดเกรงกลัวอีกก็เป็นได้

สำหรับในคดีการกระทำเดียวกันทำให้เกิดผู้เสียหายหลายราย แล้วผู้เสียหายแยกคดีกันฟ้อง ในเมื่อศาลเห็นถึงความร้ายแรงของการละเมิดและระดับที่ควรได้รับการลงโทษของจำเลยแล้ว ศาลให้จำเลยรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงมากให้กับโจทก์ในคดีแรก ส่วนโจทก์ในคดีที่สองศาลก็คงไม่อาจบังคับให้จำเลยต้องใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงมากดังเช่นคดีแรกได้ เพราะมีฉะนั้นแล้วก็อาจไม่เป็นธรรมกับจำเลยเท่าใดนักที่ต้องเสียค่าเสียหายเชิงลงโทษถึง 2 เท่าจากการกระทำ ความผิดแค่ครั้งเดียว แต่ผู้เสียหายอาจเห็นว่าศาลปฏิบัติไม่เท่าเทียมกันเพราะผู้เสียหายผู้ฟ้องคดีคนแรกได้ลาถอยก่อนใหญ่ แต่ผู้เสียหายผู้ฟ้องคดีคนที่สองได้เพียงค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ในมุมมองของ

เศรษฐศาสตร์กฎหมายละเมิดไม่สนใจถึง การกระจายความมั่งคั่ง (Distribution of wealth) เท่าใดนัก ระบบกฎหมายสนใจเพียงแต่การทำให้เกิดประสิทธิภาพที่สุดก็เพียงพอแล้ว แม้ผู้เสียหายจะได้รับเงินไม่เท่ากัน แต่ค่าเสียหายทำให้วัตถุประสงค์แห่งการป้องปรามบรรลุผลก็พอแล้ว

ในกรณีการละเมิดที่เป็นความผิดทางอาญาด้วยก็อาจพิจารณาได้ค่อนข้างง่าย เพราะเป็นการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้⁴¹¹ ศาลที่พิจารณาลงโทษจำเลยและศาลที่สั่งให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนจึงเป็นศาลเดียวกัน ผู้พิพากษาในคดีจึงสามารถพิจารณาทบทวนได้ง่ายว่า เมื่อเทียบค่าเสียหายเชิงลงโทษกับโทษทางอาญา เช่น ปรับหรือจำคุก ที่จำเลยได้รับแล้ว มีความแตกต่างกันมากน้อยเพียงใด หากแตกต่างกันแล้วค่าเสียหายเชิงลงโทษมีค่าสูงกว่าโทษทางอาญามากแค่ไหน หากแตกต่างกันมากเกินไปก็แสดงว่าสูงเกินส่วน จนทำให้จำเลยต้องแบกรับโทษที่มากจนเกินการป้องปรามที่มากเกินไป

ข) การบรรเทาความเสียหาย

การเยียวยาที่ดีที่สุดคือ การเยียวยาให้ได้ครบตามจำนวนความเสียหาย บางครั้งผู้ละเมิดที่ได้ทำไปไม่ว่าจะเพราะมีเจตนามุ่งร้ายหรือมิได้ตระหนักต่อสิทธิของผู้อื่นในตอนแรกจนทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย แต่ภายหลังปรากฏว่าบุคคลนี้ช่วยบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นบ้าง เช่น การแสดงตัวออกมายอมรับผิดและออกค่ารักษาพยาบาลให้บางส่วน หรือการแจ้งเตือนผู้เสียหายถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อเนื่องจากการละเมิด อันเป็นการช่วยหยุดมิให้ความเสียหายลุกลามไปอีก และยังเยียวยาความเสียหายบางส่วนด้วย ความจำเป็นในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงลดลง จำเลยจึงไม่ควรรับผิดชอบถูกลงโทษอย่างเต็มที่ และการออกมาแสดงตนเช่นนี้ยังแสดงว่าจำเลยไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบแล้ว

นอกจากนี้ การลงโทษผู้ละเมิดและการป้องปรามก็ไม่มีผลสมเหตุสมผลอีกต่อไป เพราะเมื่อจำเลยกระทำเช่นนี้แล้วก็แสดงว่าจำเลยสำนึกถึงผลแห่งการกระทำและคงจะมีโอกาสทำแบบนี้อีกต่อไปในอนาคตน้อยลง

อย่างไรก็ตาม ถ้ามองจากมุมมองที่จำเลยได้รับประโยชน์จากการทำละเมิดมากกว่าที่จะต้องจ่ายค่าเสียหาย ถึงแม้ว่าจำเลยจะช่วยบรรเทาความเสียหายใดๆ ในคดีแล้ว แต่แท้จริงแล้วประโยชน์จากทำ

⁴¹¹ มาตรา 44/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ละเมิดยังคงมีอยู่มิได้หายไปไหน การบรรเทาความเสียหายเป็นแค่ฉากบังหน้าตัวตนที่แท้จริงของผู้ละเมิดเท่านั้น ถ้าศาลตัดสินใจไม่ปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเป็นการดิ่งกำไรของจำเลยออกไปแล้ว วัตถุประสงค์ในการป้องปรามการทำละเมิดก็จะไม่มีทางบรรลุผลได้ ดังนั้นเฉพาะข้อยกเว้นในกรณีที่จำเลยยังได้รับกำไรอยู่อีก ศาลก็ควรจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อดิ่งกำไรหรือผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับออกทั้งหมดอยู่ดี

ค) ผู้ละเมิดมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย

ข้อพิจารณานี้มาจากหลักการเดียวกับที่ปรากฏในกฎหมายละเมิดมาตรา 442 ซึ่งอ้างอิงไปถึงมาตรา 223 ถ้าผู้เสียหายมีส่วนผิดและทำให้เกิดความเสียหายด้วย ผู้ละเมิดก็ต้องจ่ายค่าเสียหายเป็นจำนวนที่น้อยลง จึงได้นำหลักการเดียวกันนี้มาพิจารณาถึงการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย เพราะวัตถุประสงค์หนึ่งของการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ การลงโทษผู้ละเมิด ดังนั้น ถ้าความเสียหายทั้งหมดไม่ได้เกิดจากการกระทำของผู้ละเมิดแล้ว ก็เป็นอันไม่สมควรที่จะให้จำเลยใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเต็มส่วน

การลดค่าเสียหายเชิงลงโทษในกรณีนี้ให้นำมาปรับใช้เฉพาะกับการกระทำของผู้ละเมิดที่ไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นเท่านั้น เพราะเหตุว่า ผู้เสียหายก็ควรจะต้องใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสมเช่นกัน เพราะถ้าผู้เสียหายได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นแล้ว ความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดของผู้ละเมิดก็คงจะมีค่าน้อยลงนั่นเอง และเท่ากับว่า ผู้ละเมิดก็มีส่วนผิดรับผิดชอบในค่าเสียหายที่แท้จริงน้อยลง เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว ถ้าผู้ละเมิดยังรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษอีก ก็ควรจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษในอัตราส่วนที่น้อยลงตามเช่นกัน

การลดระดับการใช้ความระมัดระวังนี้เองทำให้เพิ่มโอกาสการเกิดความเสียหายให้สูงขึ้นได้ และถ้าเกิดความเสียหายขึ้นจริง ระดับของความเสียหายก็จะมากขึ้นด้วย ดังนั้น ระบบกฎหมายจึงกลัวว่าผู้เสียหายจะจงใจลดการใช้ระดับความระมัดระวังของตนเองลง เพราะทราบว่า ถ้าถูกละเมิดแล้วอาจได้รับเงินจำนวนมากจากค่าเสียหายเชิงลงโทษ กฎหมายจึงเข้ามาควบคุมลดค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษให้อยู่ในระดับที่ต่ำลง โดยกฎหมายต้องลดแรงจูงใจไม่ให้ผู้เสียหายจงใจลดระดับความระมัดระวังทำให้ตนเองเสี่ยงต่อการถูกละเมิดมากขึ้น

4.2.1.5 ปัญหาที่ควรพิจารณา

ก) การปรับใช้เพดานขั้นสูงและความสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่แท้จริง

เหตุผลเบื้องต้นของการใช้ข้อจำกัดแบบนี้ ก็คือ การเกรงกลัวว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษจะทำให้เกิดการฟ้องร้องที่มากเกินไป และทำให้ผู้ละเมิดใช้ความระมัดระวังสูงเกินควร (excessive precaution) จนทำให้เกิดจำนวนกิจกรรมน้อยลงกว่าที่ควรจะเป็น ในอดีตมีบางคดีที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นอัตราสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงกว่า 500 เท่า⁴¹² จนทำให้ผู้ประกอบการที่มีความเสี่ยงต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษเกรงกลัว เช่น โรงงานผลิตสินค้าจำนวนมากที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้บริโภคได้ โรงงานอาจไม่กล้าปล่อยผลิตภัณฑ์ใหม่มาสู่ตลาดและยอมเสียค่าใช้จ่ายในการทดสอบสินค้าเพื่อความปลอดภัยของผู้บริโภคที่มากจนเกินไป แม้การเพิ่มความปลอดภัยเป็นสิ่งที่ดีเพราะให้ประโยชน์กับผู้บริโภค แต่กลับไม่เหมาะสมในเชิงเศรษฐกิจเพราะผู้ผลิตจะลงทุนด้านการทดสอบความปลอดภัยมากเกินไปจนความจำเป็น และผลกระทบต้นทุนนี้ไปให้กับผู้บริโภคโดยการเพิ่มราคาสินค้านอกจากนี้ ในตลาดจะไม่มีสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีทันสมัยเพราะผู้ผลิตเกรงกลัวความรับผิดชอบจำนวนมาก ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากจะชะลอการขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจจนไม่เกิดประสิทธิภาพสูงสุด จึงไม่แปลกที่มลรัฐหลายแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายจำกัดเพดานขั้นสูง

อย่างไรก็ตาม การที่ใช้เพดานขั้นสูงในการตอบโต้การฟ้องร้องในระดับที่มากเกินไปอาจไม่ได้แก้ปัญหาก็ถูกจุด⁴¹³ เพราะเหตุว่า ผู้ที่อาจทำละเมิดแยกไม่ออกว่าการกระทำใดที่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่ ผลกระทบคือ บุคคลจะใช้เวลาความระมัดระวังมากขึ้นสำหรับการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะจะเป็นละเมิดแต่ก็ไม่ใช้ละเมิดประเภทที่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ถ้ากฎหมายสามารถขีดเส้นแบ่งได้ชัดเจนว่า การกระทำประเภทใดที่อาจได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษและการกระทำประเภทใดไม่ไม่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ประชาชนสามารถคาดเดาและนำมาไตร่ตรองก่อนลงมือกระทำทำได้ง่ายกว่า การแยกแยะประเภทของคดีเช่นนี้ นอกจากทำให้จำนวนกิจกรรมอยู่ในระดับที่เหมาะสมแล้วยังป้องปรามการละเมิดได้อย่างสัมฤทธิ์ผล ดังนั้น รัฐจึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้เพดานเป็นตัวเงินหรือเพดานอัตราความสัมพันธ์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายที่แท้จริง เพราะ

⁴¹² TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp., 509 U.S. 443 (1993)

⁴¹³ Amelia J. Toy, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 136 หน้า 327-28.

การระบุประเภทของคดีที่ผู้ละเมิดต้องชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ชัดเจนเป็นวิธีการที่แก้ไขปัญหาที่ดีกว่า

การใช้เพดานขั้นต่ำหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนกับค่าเสียหายแท้จริงนั้นก็อาจไม่เหมาะสมเท่ากับการใช้ฐานะทางการเงินของผู้ละเมิดเป็นปัจจัยคำนวณหนึ่งก็เป็นไปได้ หากแต่ให้ผลลัพธ์ตรงข้ามกัน⁴¹⁴ เพราะส่วนต่างระหว่างค่าเสียหายที่ได้รับและความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงนั้นมีอยู่ แต่การใช้เพดานขั้นต่ำหรืออัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ผูกติดกับค่าเสียหายแท้จริงก็อาจทำให้แรงจูงใจในการป้องปรามการกระทำความผิดในอนาคตน้อยกว่าที่ควรจะเป็น (under deterrence)⁴¹⁵ ถ้าคำนวณกำไรต้นทุนพื้นฐานแล้วพบว่าต้นทุนที่จะต้องเสีย (รวมถึง ค่าเสียหายเชิงลงโทษ) ยังน้อยกว่ากำไรหรือประโยชน์ที่จะได้รับการละเมิด การละเมิดก็จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

ดังนั้น ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนไม่สูงพอที่จะเพิ่มต้นทุนของการทำละเมิดให้สูงเกินกว่าประโยชน์ที่ผู้ละเมิดจะได้รับ ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็จะทำหน้าที่ป้องปรามการกระทำความผิดได้อย่างไม่เต็มประสิทธิภาพ จากเหตุนี้การกำหนดเพดานขั้นต่ำสูงจึงเป็นหนึ่งในอุปสรรคขัดขวางการบรรลุวัตถุประสงค์หลักสองประการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ สังคมคงไม่ต้องการให้บริษัทขนาดใหญ่เห็นระบบกฎหมายและค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเพียงต้นทุนในการทำธุรกิจ ทั้งนี้เพื่อให้การกระทำบางประการที่บริษัทได้รับกำไรสูงแต่เกิดผลเสียหายต่อสังคมเป็นวงกว้างไม่เกิดขึ้น

ในกรณีของการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยพิจารณาจากโอกาสที่ผู้ทำละเมิดอาจหลุดพ้นความรับผิด ถ้ากฎหมายกำหนดเพดานของค่าเสียหายก็คงจะทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีความรุนแรงไม่เพียงพอ ในคดีที่ผู้กระทำความผิดมีโอกาสถูกลงโทษในคดีเพียง 1 ใน 10 เท่านั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรสูงถึง 9 เท่าของค่าเสียหายแท้จริง เพื่อให้ผู้ละเมิดมีความรับผิดคาดคะเนเป็นจำนวนเท่ากับกรณีที่ผู้ละเมิดสารภาพผิด แต่การใช้เพดานความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายที่แท้จริงที่ 3 เท่า กลับทำให้ช่วงระยะที่จะเกิดการป้องปรามที่เหมาะสม (optimal deterrence) อยู่ในช่วงที่ต่ำมาก กล่าวคือ การป้องปรามที่เหมาะสมเกิดในช่วงที่ ผู้ละเมิดมีโอกาสต้องรับผิดในคดี เพียง 1 ใน 4 เท่านั้น เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงสุดมีเพียง 3 เท่าจากค่าเสียหายที่แท้จริง เมื่อใดก็ตามที่ผู้ละเมิดมี

⁴¹⁴ ปกติแล้ว การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แปรผันตามฐานะทางการเงินของผู้ละเมิด จะถูกวิจารณ์ว่าทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเกินไปจนเกิดการป้องปรามที่มากเกินไป แต่สำหรับการปรับใช้เพดานขั้นต่ำของค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจทำให้เกิดการป้องปรามที่น้อยเกินไป

⁴¹⁵ David Crump, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 184 หน้า 223.

โอกาสรับผิดชอบในคดีน้อยกว่า 1 ใน 4 การฟ้องปรามจะน้อยเกินไปจนไม่สัมฤทธิ์ผล แม้ว่าผู้ละเมิดมีโอกาสรับผิดชอบ 1 ใน 20 แต่ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนสูงสุดได้เพียง 3 เท่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของผู้ละเมิดเลย หรือถ้ามีอิทธิพลก็คงไม่มากนัก

ในประเด็นถัดมาคือ แม้มีผู้วิจารณ์ว่าจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ยากต่อการคาดการณ์จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม แต่ผู้เขียนเห็นว่าถ้าใช้มุมมองจากการฟ้องปรามแล้ว ก็คงจะเห็นชัดว่า การที่บริษัทขนาดใหญ่ไม่อาจคาดการณ์ถึงความรับผิดชอบสูงสุดได้ก็อาจมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของบริษัทขนาดใหญ่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เมื่อบริษัทมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อทำกำไร บริษัทย่อมต้องการทราบต้นทุนในการทำธุรกิจที่ชัดเจน โดยมีความเสี่ยงต่อความรับผิดชอบภายนอกให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ บริษัทจึงไม่ต้องการเสี่ยงต่อความรับผิดทางกฎหมายเป็นเงินจำนวนที่ไม่อาจทราบได้ล่วงหน้า ดังนั้นบริษัทจะเลือกการดำเนินธุรกิจที่ให้ความปลอดภัยกับตัวเองมากกว่าโดยไม่ดำเนินกิจกรรมที่อาจรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ในประเด็นเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมีส่วนกระตุ้นให้ผู้เสียหายฟ้องคดีมากจนเกินไปนั้น การกำหนดเพดานชั้นสูงหรือการใช้อัตราความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายแท้จริงก็มีได้แก่ปัญหาที่ถูกต้องอีกเช่นกัน เพราะวัตถุประสงค์หลักของการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษคือการฟ้องปรามและการลงโทษผู้กระทำความผิดนั่นเอง โดยไม่สนใจทางฝั่งของผู้เสียหาย トラบดีที่เกิดการละเมิดขึ้น ผู้เสียหายก็ควรมีแรงจูงใจที่เพียงพอในการจ้างทนายและนำคดีขึ้นสู่ศาล ดังนั้น แม้ว่าลากลอยจำนวนมากจะไปตกที่ผู้เสียหาย แต่ก็เป็นปัญหาไม่ได้ว่าการทำละเมิดเกิดขึ้นอยู่จริง การกำหนดเพดานชั้นสูงจะส่งผลแต่เพียงทำให้การฟ้องปรามไม่เพียงพอ

ส่วนในกรณีที่ผู้เสียหายใช้ความระมัดระวังน้อยเกินไปเพื่อให้ตนเองมีความเสี่ยงต่อการถูกละเมิดได้มากขึ้น โดยหวังว่าจะได้ประโยชน์จากค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น การกำหนดเพดานชั้นสูงก็ไม่ใช่ว่าการแก้ปัญหาที่ถูกต้องเหมือนกัน เพราะกฎหมายสามารถแก้ปัญหาได้มีประสิทธิภาพกว่านั้น โดยให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษบางส่วนตกแก่รัฐ ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้อย่างเต็มอัตราและผู้เสียหายก็ไม่ได้รับลากลอยด้วย⁴¹⁶

การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่ควรถูกจำกัดด้วยข้อห้ามใดๆตามกฎหมาย ศาลควรมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงแต่ละคดี ในขณะที่ขั้นตอนการกำหนดเพดานชั้นสูง ผู้ร่างมิได้สนใจถึงความจำเป็นของแต่ละคดีที่ต้องการค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนไม่

⁴¹⁶ Amelia J. Toy, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 136 หน้า 329.

เท่ากัน แต่กลับใช้ค่าเฉลี่ยหรือค่ามาตรฐานแทน จึงอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะเพดานชั้นสูงอาจสูงเกินความจำเป็นในคดีที่มีทุนทรัพย์น้อย แต่กลับต่ำไปสำหรับคดีที่มีทุนทรัพย์สูงมาก หรือถ้ามีการใช้เพดานของอัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายแท้จริงก็ไม่อาจป้องปรามจำเลยในคดีที่มีความเสียหายแท้จริงต่ำมาก แต่กระนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงมาก เช่น มีอัตราสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงถึง 100 เท่าก็อาจขัดกับหลักความได้สัดส่วนและความยุติธรรมของการแก้แค้นทดแทน (concept of proportionality and retributive justice) ก็เป็นไปได้

โดยสรุปแล้ว การใช้ข้อจำกัดของค่าเสียหายเชิงลงโทษทั้งเพดานชั้นสูงและความสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ เพราะปรากฏหลักฐานจากกฎหมายของมลรัฐหลายแห่งที่กล่าวถึงเพดานค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ทว่า ข้อจำกัดดังกล่าวต้องมีค่าสูงมากเพื่อมิให้ส่งผลบั่นทอนวัตถุประสงค์แห่งการป้องปราม⁴¹⁷

ข้อที่ควรนำมาพิจารณาในระบบกฎหมายไทย คือ ถ้าผู้ประกอบการและภาครัฐกังวลเป็นอย่างยิ่งถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนสูงมากที่ขาดการควบคุมที่เหมาะสมอาจทำให้เศรษฐกิจชะลอตัวลงยิ่งในช่วงที่ภาวะเศรษฐกิจโลกอยู่ในขั้นวิกฤตอันส่งผลให้แรงซื้อจากผู้บริโภคมีปริมาณต่ำลง แล้วต้นทุนในการผลิตสินค้ายังสูงขึ้นเพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยไม่มีข้อจำกัดแล้ว ก็ยิ่งเป็นการซ้ำเติมผู้ประกอบการภาคธุรกิจให้แย่งลงไปอีก จึงควรให้มีการใช้เพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ว่าเป็นจำนวนเงินตายตัว หรือเป็นอัตราส่วนกับค่าเสียหายที่แท้จริง

ถ้าต้องการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้จริงๆ ในเมื่อในประเทศไทยไม่มีหน่วยงานใดที่รวบรวมสถิติคดีละเมิดอันเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีต่างๆมารวมกัน และการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้ฐานจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า เพดานชั้นสูงเท่าไรที่เหมาะสมที่สุด

ถ้าจะใช้เพดานชั้นสูงเป็นตัวเลขตายตัว ผู้เขียนเห็นว่า ไม่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่งเพราะการใช้ตัวเลขเช่นนี้ทำให้กฎหมายเถรตรงจนเกินไปและขาดความยืดหยุ่น พึงตระหนักเสมอว่า วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษคือ การป้องปราม ดังนั้น ความยืดหยุ่นของค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นปัจจัยสำคัญเพราะเพดานชั้นสูงที่กำหนดไว้ล่วงหน้าไม่อาจสะท้อนความต้องการของคดีที่มีทุนทรัพย์แตกต่างกันได้

⁴¹⁷ David Crump, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 184 หน้า 224

ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดเพดานชั้นสูงไว้ที่ 1 ล้านบาท ถ้าคดีที่มีทุนทรัพย์เพียง 1 หมื่นบาท มาฟ้องคดี บทบาทของเพดานชั้นสูงก็คงไม่มากเท่าใดนักเพราะคงมีคดีไม่กี่ประเภทที่ศาลจะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเกินกว่า 1 ล้านบาท (อันเป็นอัตราส่วนสูงถึง 100 เท่า) ในขณะที่คดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงสูงมากถึง 10 ล้านบาท ก็เป็นไปได้อย่างชัดเจนว่า เพดานชั้นสูง 1 ล้านบาทจำกัดดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่จะทำให้เกิดการป้องปรามได้อย่างเหมาะสม เพราะ 1 ล้านบาทในคดีนี้ เป็นเพียงร้อยละ 10 ของค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น

ในขณะเดียวกัน การใช้อัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อความเสียหายที่แท้จริงเพียงประการเดียวก็ขาดความยืดหยุ่นเฉกเช่นเดียวกับการใช้เพดานชั้นสูงที่เป็นจำนวนเงินตายตัว เพราะในคดีเล็กที่มีความเสียหายต่อผู้บริโภคต่ำมากแต่เกิดจากการละเมิดที่น่าถูกลงโทษ จึงต้องมีค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูง เช่น 5 เท่า หรือ 10 เท่าจากค่าเสียหายที่แท้จริง แต่ศาลมีอาจกำหนดให้ได้เพราะถูกเพดานดังกล่าวปิดป้องไว้ไม่ให้เกิดการป้องปรามที่เหมาะสมได้ ในทางตรงกันข้าม เช่น คดี Mathias มีค่าเสียหายที่แท้จริงเพียง 5,000 เหรียญสหรัฐ เท่านั้นแต่คณะลูกขุนกลับให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงถึง 186,000 เหรียญสหรัฐ จำเลยจึงอ้างว่าเพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีควรเป็น 20,000 เหรียญสหรัฐ (หรือเป็น 4 เท่าของอัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายที่แท้จริง อันเป็นหลักการของคดี Haslip) ถ้าหากเกินกว่านั้น ก็แสดงว่าขัดกับหลักรัฐธรรมนูญ ศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของจำเลย และรับรองว่าอัตราส่วนในคดี 37.2 เท่าไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ จากตัวอย่างจะเห็นได้ว่า ถ้ากฎหมายกำหนดเลขอัตราส่วนตายตัวสำหรับอัตราของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายแท้จริง ก็จะทำให้ศาลถูกจำกัดโดยกรอบของกฎหมายไม่ให้ใช้อำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมต่อคดีได้

ในขณะที่ประเทศไทย ประชาชนส่วนใหญ่เป็นชนชั้นแรงงานซึ่งดำรงชีพอยู่โดยได้รับรายได้น้อย ถ้าการให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษบนพื้นฐานของค่าเสียหายที่แท้จริงอันประกอบไปด้วย ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ และค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน การที่ชนชั้นแรงงานได้รับรายได้เป็นจำนวนน้อยมากก็จะทำให้เรียกค่าขาดแรงงานซึ่งเป็นปัจจัยหลักสำหรับศาลในการกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงได้ต่ำ และทำให้เพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แปรผันตามค่าเสียหายที่แท้จริงมี

ค่าต่ำมากไปด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เพดานอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริง อาจมีผลกีดกันผู้มีรายได้น้อยได้ต่ำอย่างไม่เป็นธรรมก็ได้⁴¹⁸

ในคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงสูงมาก ถ้ากฎหมายกำหนดเพดานอัตราไว้สูงมาก (เพื่อให้เหมาะสมกับคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงน้อย) ก็อาจจะเป็นการสูงเกินไปจนขาดบทบาทในการควบคุมที่เหมาะสมได้ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การใช้ตัวเลขตายตัวทำให้ขาดความยืดหยุ่นอย่างที่สมควรจะเป็น กฎหมายจึงสมควรหาวิธีการที่เหมาะสมกว่าเพื่อควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ผู้เขียนเห็นคล้ายตามกับบทงานวิจัยในเชิงประจักษ์ของสถาบัน Cornell ที่กล่าวว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา มีลักษณะเป็นฟังก์ชันลดของจำนวนของค่าเสียหายที่แท้จริง (decreasing function of the size of the compensatory award size)⁴¹⁹ กล่าวคือ ในคดีละเมิดที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงน้อย (ต่ำกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) ทั้งค่าเฉลี่ยและค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่าสูงมาก อันหมายความว่า การกระจายของกลุ่มตัวเลขทำให้เกิดความยากจนแทบจะเป็นไปไม่ได้ในการคาดเดาถึงจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ หากมีคดีความเกิดขึ้น ส่วนในคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงสูง (มากกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ) ตัวเลขของค่าเฉลี่ยและค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงกลับมีค่าค่อนข้างน้อย แสดงว่าจำนวนค่าเสียหายมั่นคงและทำให้ง่ายต่อการคาดเดาค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงสูง

คำพิพากษาในคดีสำคัญ คือ คดี State Farm ก็ให้ความเห็นไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ หากความเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนน้อย อัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงที่สูงมาก อาจถูกต้องตามหลักศุนนติกระบวน เช่น การละเมิดที่ควรถูกลงโทษอย่างสูง (highly reprehensible act) ก็มีความสมควรที่จะใช้เลขอัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นเลขสองหลักได้ เป็นต้น แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่ามาก อัตราส่วนดังกล่าวที่มีค่าน้อยลงเท่ากับค่าเสียหายที่แท้จริงสอดคล้องกับหลักศุนนติกระบวน ได้เช่นกัน ดังนั้น ค่าเสียหายที่ถูกต้องในแต่ละคดีต้องมีฐานมาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของการกระทำของจำเลยและความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์

⁴¹⁸ Limiting Punitive Damages: What Will Deter Bad Corporate Conduct Now?,

at https://www.citizen.org/print_article.cfm?ID=835 (last visited on 18 January 2010).

⁴¹⁹ Eisenberg, Theodore, Heise, Michael and Wells, Martin T., อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 298.

สรุปว่า ในคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงน้อยกว่ามากจะใช้เพดานของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เท่ากันมิได้เพราะเหตุผลดังกล่าวข้างต้นก็แสดงให้เห็นชัดเจนแล้วว่า คดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงต่ำก็ไม่ควรจะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ต่ำตามไปด้วย ในขณะที่คดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงสูงศาลก็ไม่ควรให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนสูงตามขึ้นไปด้วยอีก หลักการแบบเดียวกันนี้ก็ได้ปรากฏมาแล้วในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 ที่ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนไม่เกิน 50,000 บาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกิน 5 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ถ้าต้องการใช้วิธีการควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษมิให้ขัดกับวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ หลักการนี้จึงมีความเหมาะสมให้เกิดความยืดหยุ่นต่อคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงแตกต่างกันอันเป็นการสะท้อนบทสรุปจากงานวิจัยดังกล่าวได้อย่างดีเยี่ยม

ปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณามีอยู่ว่า จำนวนเงินเท่าใดจึงจะเหมาะสมกับการจำแนกค่าเสียหายที่แท้จริงออกเป็นสองกลุ่ม และเมื่อแยกแล้วควรจะใช้เพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่าใด แต่ผู้เขียนมีโอกาสให้ตัวเลขที่ชัดเจนที่เหมาะสมที่สุดได้เพราะขอบเขตของงานวิจัยมิได้ครอบคลุมถึงการกำหนดตัวเลข เพราะการกำหนดตัวเลขแบ่งกลุ่มและเพดานของอัตรา ไม่ควรจะเกิดจากการหยิบยกมาในอากาศแล้วนำมาใส่ไว้ในกฎหมาย แต่ควรจะเกิดจากการศึกษาการวิจัยเชิงประจักษ์ เพื่อให้เกิดการป้อนปรัมาที่เหมาะสมได้ แต่อย่างน้อยที่สุดแล้วผู้เขียนก็เห็นว่า ตัวเลขดังกล่าวต้องสะท้อนถึงหลักการของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงที่เป็นฟังก์ชันลดให้ได้

ข) พยานหลักฐาน และระดับความยากในการพิสูจน์

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การเพิ่มความยากในการพิสูจน์ถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ควบคุมให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสมคูล เมื่อผู้เสียหายต้องการค่าเสียหายที่นอกเหนือจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับตัวเองในคดีแล้วก็ควรมีหลักฐานเพิ่มเติมเช่นกัน เพื่อให้ศาลเชื่อได้ว่า ทำไมผู้เสียหายจึงควรได้รับค่าเสียหายส่วนเกิน

มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนมากเลือกใช้ หลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือ (Clear and convincing evidence) เพื่อเป็นเกณฑ์มาตรฐานเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ หรือบางมลรัฐก็เลือกระดับมาตรฐานเดียวกับกฎหมายอาญา นั่นคือ การนำสืบโดยปราศจากข้อสงสัย (Beyond reasonable doubt) อันเป็นมาตรฐานสูงสุดในระบบการนำสืบที่ใช้ในปัจจุบัน เพราะเมื่อค่าเสียหายเพื่อลงโทษ

จำเลยมีวัตถุประสงค์ในทำนองเดียวกันกับวัตถุประสงค์ที่ปรากฏในกฎหมายอาญา โจทก์จึงต้องนำสืบให้ได้อย่างปราศจากข้อสงสัยเช่นกัน

แต่ระบบกฎหมายละเมิดของไทยใช้มาตรฐานการนำสืบเพียงการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเท่านั้น (Preponderance of evidence) ก็อาจทำให้โจทก์หรือผู้เสียหายได้รับประโยชน์มากเกินไป เพราะไม่จำเป็นต้องนำสืบพยานหลักฐานที่มีมาตรฐานสูงมากก็มีโอกาสได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เสียหายในประเทศไทยแบกรับภาระน้อยมากที่จะค้นหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์จนได้รับค่าเสียหายที่แท้จริงพร้อมกับค่าเสียหายเชิงลงโทษ⁴²⁰

ในทางตรงกันข้าม ภาระเกือบทั้งหมดในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงตกไปที่ผู้พิพากษา ผู้รับผิดชอบในคดีนี้ เพราะกฎหมายละเมิดให้ดุลพินิจและอำนาจทั้งหมดไปที่ผู้พิพากษาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ไม่ว่าหลักฐานที่ปรากฏในคดีจะผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำเพื่อให้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ อันได้แก่ การจงใจโดยมุ่งร้าย (malicious act) หรือการละเมิดโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่น (reckless disregard to the rights of other) ก็อยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษาว่า หลักฐานที่โจทก์นำสืบนั้นปรากฏถึงเหตุดังกล่าวหรือไม่ และเมื่อผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำแล้ว ผู้พิพากษาก็ต้องกำหนดให้ได้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรจะเป็นเท่าใดจึงจะเหมาะสมซึ่ง

ประเด็นที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับเกณฑ์พยานหลักฐาน คือ ในเมื่อระบบกฎหมายไทยใช้ขั้นตอนวิธีการพิจารณาแบบกล่าวหา กล่าวคือ ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่ต้องนำสืบ⁴²¹ ศาลไม่มีอำนาจเรียกเอกสารหรือพยานหลักฐานใดๆ และศาลก็ไม่มีอำนาจนำข้อเท็จจริงนอกคดีมาพิจารณาได้ จึงเกิดปัญหาได้ว่า โจทก์ควรมีหน้าที่นำสืบค่าเสียหายเชิงลงโทษเพียงใด เพราะเหตุว่า ถ้าโจทก์สืบแต่เพียงให้ผ่าน

⁴²⁰ แม้วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษจะเหมือนกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา แต่เนื่องจากโทษทางกฎหมายแพ่งคือ การชดใช้เงินเท่านั้น ส่วนโทษทางอาญา มีความเกี่ยวข้องกับ ชีวิต (ประหารชีวิต) หรือการขาดอิสรภาพ(จำคุกและกักขัง) ดังนั้น มาตรฐานของพยานหลักฐานในกฎหมายอาญาจึงต้องสูงกว่ากฎหมายแพ่งเพราะถ้าหากผิดพลาดไป กฎหมายไม่สามารถทำให้ผู้ได้รับโทษคืนชีวิตขึ้นมาได้ หรือไม่สามารถคืนอิสรภาพในอดีตให้แก่ผู้ได้รับโทษได้อย่างเหมาะสม ส่วนในกฎหมายแพ่งนี้ แม้จะตัดสินผิดพลาดไป ก็สามารถใช้วิธีการชดเชยด้วยเงินเพื่อแก้ไขแทนได้

⁴²¹ ปรากฏในมาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่า คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น

เกณฑ์ขั้นต่ำก็เพียงพอแล้วให้เป็นหน้าที่ของศาลกำหนดค่าเสียหายให้เหมาะสม แต่ศาลกลับมีอำนาจตามข้อจำกัดของกฎหมาย คือ พิจารณาได้เพียงหลักฐานที่ปรากฏในคดีเท่านั้น แล้วถ้าในทางพิจารณาไม่ปรากฏถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับ หรือฐานะทางการเงินของจำเลย แต่ศาลเห็นว่าข้อพิจารณาเหล่านี้เป็นปัจจัยสำคัญในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ ก็คงจะทำให้เกิดปัญหา ดังนั้น แม้ประเด็นเหล่านี้จะไม่เกี่ยวข้องกับการนำสืบตามมาตรา 420 หรือ 438 ตามปกติ โจทก์ควรต้องนำสืบให้ได้ทั้งหมด หรือกล่าวให้ถูกต้องคือ โจทก์ต้องนำสืบถึงปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ 7 ประการดังที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด แม้โจทก์ไม่สามารถทำคำขอเสนอศาลเพื่อคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ได้ แต่โจทก์ก็ต้องนำสืบเพื่อเป็นพยานหลักฐานในคดีให้ศาลสามารถหยิบยกมาใช้เป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ได้

พึงสังเกตว่า ในกรณีของค่าเสียหายที่แท้จริงนั้น แม้โจทก์ไม่สามารถนำสืบถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้เป็นตัวเลขที่ชัดเจนได้ แต่ผู้พิพากษาก็มีอำนาจตามมาตรา 438 ในการกำหนดค่าเสียหายตามความร้ายแรงและพฤติการณ์แห่งละเมิดให้ได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ควรนำหลักการนี้มาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะเป็นหลักการที่เปิดดุลพินิจให้ผู้พิพากษาได้มากเกินไป กฎหมายก็ควรกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษให้กับผู้พิพากษา เพื่อให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ถูกกำหนดมีฐานอันหนักแน่นให้จำเลยและประชาชนเชื่อถือตัวเลขที่ปรากฏในคำพิพากษาให้มากขึ้น มีบางคดีในอดีตที่ศาลใช้อำนาจตามมาตรา 438 กำหนดค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่ง แต่ไม่อาจเข้าใจได้ว่า ค่าเสียหายจำนวนนี้มีที่มาได้อย่างไร อะไรเป็นฐานในการคำนวณ ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษใช้วิธีการเช่นเดียวกันนี้ก็คงจะขาดน้ำหนักและความน่าเชื่อถือลงไปมาก นอกจากนี้ ข้อเสียอีกประการหนึ่ง คือ ระบบนี้ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ละเมิดหรือจำเลยมีโอกาสป้องกันตัวเอง เพราะการกำหนดค่าเสียหายตามปกติจำเลยสามารถเสนอหลักฐานมาได้แม้จะได้ว่า ค่าเสียหายที่โจทก์พิสูจน์ไม่เป็นความจริง แต่ทว่า ในกรณีของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลมีดุลพินิจกำหนดตามความร้ายแรงและพฤติการณ์แห่งละเมิด แสดงว่า จำเลยไม่อาจต่อสู้ในประเด็นนี้ได้เลยตั้งแต่ต้องชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษตามที่ศาลกำหนดมาเท่านั้น

ถ้าระบบกฎหมายเปลี่ยนเป็นว่า ให้โจทก์สามารถนำสืบถึงปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษพร้อมกับวิธีการคำนวณและเขียนมาในคำขอท้ายฟ้องถึงตัวเลขที่ชัดเจน ก็จะเป็นการเพิ่มภาระของโจทก์ให้มากขึ้นไปอีก เพราะ โจทก์และทนายของโจทก์ต้องอ้างข้อเท็จจริงในคดี และนำมาเป็นหลักฐานสนับสนุนจำนวนเงินที่เหมาะสมแก่การให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ข้อดีของระบบนี้คือ สามารถลดภาระของศาลในการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ดี ถ้าศาลเชื่อก็

สามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษตามนั้นได้เลย หรือหากสูงเกินไปศาลก็ยังมีอำนาจสุดท้ายในการ ทบทวนสูตรการคำนวณและลดตัวเลขลงจนเหลือจำนวนที่เหมาะสมได้ และจำเลยมีโอกาสดูโต้แย้ง โจทก์โดยนำเสนอหลักฐานต่อศาลเพื่อพิสูจน์หักล้างว่า วิธีการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษของจำเลย นั้นไม่เหมาะสมได้ ข้อเสียที่เห็นได้ชัดคือ กระบวนการพิจารณาย่อมใช้เวลานานมากขึ้นและทำให้ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมีค่าสูงขึ้นมาก

แม้ผู้เขียนจะกล่าวแต่แรกแล้วว่า ระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ให้นำสืบโดยใช้ มาตรฐานการเปรียบเทียบพยานหลักฐานเท่านั้น อาจทำให้โจทก์ได้รับประโยชน์มากเกินไป แต่แท้จริง แล้ว การจะได้มาซึ่งค่าเสียหายเชิงลงโทษ โจทก์มีภาระมากขึ้นเช่นกันเพราะต้องนำสืบถึง พยานหลักฐานอันเกี่ยวกับปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะถ้าโจทก์ไม่นำสืบปัจจัย ต่างๆ ศาลก็อาจหดยกมาอ้างได้ เช่น ความรุนแรงของการละเมิด การกระทำที่ควรได้รับการดำเนิน และผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับก็อาจปรากฏชัดเจนในกระบวนการพิจารณา แต่ปัจจัยอื่นๆ อันได้แก่ ฐานะทางการเงินของจำเลย ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และโอกาสหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ก็ไม่อาจ ปรากฏชัดในกระบวนการพิจารณาก็เป็นได้ และครั้งจะใช้ดุลพินิจอย่างกว้างตามวรรคแรกของมาตรา 438 ก็จะเป็นการไม่เหมาะสม เท่ากับว่าโจทก์มีภาระนำสืบในหลายประเด็นมากทั้งในเชิงกว้างและใน เชิงลึก จึงสรุปในประเด็นนี้ได้ว่า โจทก์อาจได้รับประโยชน์จากเกณฑ์มาตรฐานของพยานหลักฐานที่ต่ำ กว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ก็ไม่ใช่ทั้งหมด

เมื่อวิเคราะห์ในประเด็นนี้แล้วเห็นว่า อำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นดุลพินิจของศาล โดยแท้ โจทก์จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นคำขอมาท้ายฟ้องถึงเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่โจทก์ก็ควร จะนำสืบถึงพฤติการณ์ต่างๆ ในคดีเพื่อสนับสนุนคำฟ้องของตนเพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยได้ว่า การทำ ละเมิดที่เป็นประเด็นพิพาทในคดีมีเจตนามุ่งร้ายหรือไม่ หรือเป็นการประมาทเลินเล่อโดยไม่คำนึงถึง สิทธิของผู้อื่นหรือไม่ และยังคงต้องนำสืบถึงพฤติการณ์อื่นๆ ด้วย เช่น ฐานะทางการเงินของจำเลย กำไร หรือประโยชน์ที่จำเลยได้รับเป็นต้น เพื่อให้ศาลสามารถนำหลักฐานเหล่านี้มาพิจารณาเพื่อกำหนด ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมในคดีได้

ค) ปัญหาการห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญา

วัตถุประสงค์หลักแห่งกฎหมายอาญาคือการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เข็ดหลาบ และจะได้ ไม่กระทำความผิดอีกในอนาคต ซึ่งก็เป็นวัตถุประสงค์ในการป้องปรามด้วย และนอกจากนี้ การละเมิด ส่วนใหญ่ที่ถูกจัดให้อยู่ในประเภทละเมิดอย่างจงใจโดยมุ่งร้ายก็มักจะเป็นการละเมิดที่เป็นมูลแห่ง

คดีอาญาได้ด้วย จึงอาจเกิดปัญหาได้ว่า ผู้ทำละเมิดอาจจะได้รับการลงโทษสองครั้ง ซึ่งมากเกินไปและสังคมไม่พึงประสงค์ให้เกิดขึ้น ในขณะที่ค่าสินไหมทดแทนมีหน้าที่เพียงแต่เยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายให้ได้กลับไปสู่สถานภาพเดิมเสมือนไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น ระบบกฎหมายไทยได้แบ่งแยกหน้าที่ไว้อย่างดีเยี่ยมแล้วว่า หน้าที่ในการลงโทษและป้องปรามเป็นหน้าที่หลักของกฎหมายอาญา ส่วนหน้าที่ในการเยียวยาผู้เสียหายก็ให้เป็นหน้าที่ของกฎหมายแพ่ง⁴²² การที่ให้อำนาจผู้พิพากษาในคดีแพ่งสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ก็เท่ากับว่า กฎหมายแพ่งได้ก้าวล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตของกฎหมายอาญา และนำไปสู่ปัญหากับหลักการห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญาได้ (Double Jeopardy)

แต่ทว่า เมื่อได้ดูแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้วางหลักไว้ชัดเจนว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีความสอดคล้องกับหลักการห้ามฟ้องซ้ำ แม้จำเลยได้รับโทษทางอาญาไปแล้วศาลในคดีแพ่งก็อาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษแก่จำเลยได้อีก เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษ มิใช่โทษทางอาญาแต่อย่างใด หลักการห้ามฟ้องซ้ำจะปรับใช้สำหรับการลงโทษทางด้านอาญาครั้งที่สองเท่านั้น มิได้ปรับใช้ไปถึง บทบังคับทางแพ่ง

นอกจากนี้ ในกฎหมายไทย 3 ฉบับ อันได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ได้กำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้อย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ร่างกฎหมายอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ผู้เขียนเสนอนี้ไม่น่าจะมีปัญหาใดๆ กับหลักการดังกล่าวข้างต้น

อย่างไรก็ตาม ถ้าศาลเห็นว่า ทั้งโทษในทางอาญาและค่าเสียหายเชิงลงโทษรวมกันทำให้เกิดผลกระทบต่อจำเลยอย่างมาก เช่น จำเลยถูกฟ้องคดีแพ่งอันเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาในความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์ แล้วถูกตัดสินจำคุก 1 ปี และปรับเป็นเงินอีกจำนวนหนึ่ง แล้วศาลก็อาจไม่ต้องกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ได้ หรือถ้ากำหนดก็เป็นจำนวนน้อยนิดเท่านั้น เช่นว่า อาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อสะท้อนการกระทำที่อุกอาจมากๆ ของจำเลยก็เป็นได้ ศาลต้องตระหนักว่าแม้แนวคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับให้มีการให้โทษทางอาญาควบคู่ไปกับโทษทางแพ่งได้โดยไม่ขัดกับหลักการห้ามฟ้องซ้ำ แต่ว่ามีคำพิพากษาแนวอื่นๆ ที่วางหลักเกี่ยวกับปัจจัยควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้การพิจารณาโทษทางอาญาที่จำเลยได้รับหรืออาจได้รับในอนาคตด้วยเพื่อให้ผลเสียสุทธิที่เกิดแก่จำเลยมีความเหมาะสม

⁴²² ดู กฤษณา พิชณญ โภทศ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 93.

โดยสรุปแล้ว ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้แม้จำเลยจะได้รับโทษทางอาญามาแล้ว แต่ศาลก็ไม่ควรกำหนดสูงเพราะมิเช่นนั้นแล้วผลเสียจะตกแก่จำเลยสูงเกินไป

4.2.1.6 การปรับใช้ในกฎหมายละเมิดมาตรา 438

ก) การปรับใช้ผ่านทางถ้อยคำ “พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด”

ในบทข้างต้นนี้ผู้เขียนได้อธิบายถึงการนำหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏในระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้โดยใช้กฎหมายและคำพิพากษาจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตัวแทนหลัก เพื่อเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้ ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาคือว่า เมื่อได้หลักการมาแล้วจะนำมาปรับใช้ให้เข้ากับระบบกฎหมายละเมิดไทยให้เหมาะสมที่สุดได้อย่างไร

ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นบททั่วไปของกฎหมายละเมิด กล่าวถึง ความรับผิดทางละเมิดของบุคคลที่ก่อความเสียหายให้กับผู้อื่น แต่มาตรา 420 เองกลับไม่ได้กล่าวถึงขั้นตอนการกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ละเมิดไว้เลย ในขณะที่มาตรา 438 เป็นมาตราเฉพาะที่วางหลักการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น การจะนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ จึงต้องพิจารณาตามมาตรา 438 เป็นหลัก

ในวรรคแรกของมาตรา 438 กล่าวว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” ประเด็นที่ควรพิจารณาจึงมีอยู่ว่า ควรจะนำหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ไว้ในเนื้อความของวรรคแรกของมาตราดังกล่าวหรือไม่

ถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 438 วรรคแรก เมื่อพิเคราะห์แล้วเห็นว่ามีความเพื่อเปิดช่องให้มีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ได้ เพราะศาลมีดุลพินิจในการวินิจฉัยกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่ “พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” ศาลจึงมีอำนาจที่จะสามารถใช้ปัจจัย 7 ประการพร้อมด้วย 3 ปัจจัยควบคุมการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ภายใต้อำนาจแห่งมาตรานี้ เมื่อนำไปเทียบเคียงกับกฎหมายพิเศษของไทยที่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ อันได้แก่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 ก็เขียนไว้ชัดเจนว่า การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ “...โดยคำนึงถึง พฤติการณ์ต่างๆ เช่น...” หรือในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ศาลมี

อำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษได้ตามที่ศาลเห็นสมควร “...โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น...”

ส่วนคำว่า “ความร้ายแรงแห่งละเมิด” ก็เป็นคำที่เหมาะสมมากต่อการสะท้อนการละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่รุนแรง ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สินของผู้เสียหาย ซึ่งถือได้ว่าเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เช่นกัน

พึงสังเกตไว้ว่า แม้มตรา 438 วรรคสองจะกล่าวถึงว่า ค่าสินไหมทดแทน คือ ค่าเสียหายอันจะถึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย แต่ก็มีได้หมายความว่า ค่าเสียหายที่เพิ่มเติมไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะนำมาปรับใช้ไม่ได้ เพราะมีนักวิชาการหลายท่านให้ความเห็นไว้ว่า คำว่า “ได้แก่” ที่ปรากฏในวรรคสอง มิได้หมายความว่า ค่าสินไหมทดแทนจะถูกจำกัดอยู่แค่เพียงสามกรณีที่กล่าวถึงโดยชัดแจ้งเท่านั้น ค่าสินไหมทดแทนจึงรวมถึง การจัดการอำนาจตามสมควรได้ การทำให้ชื่อเสียงกลับคืนดี หรือการถอนชื่อบริษัทที่ตั้งเลียนแบบผู้อื่นก็ได้ ดังนั้น การสั่งให้จำเลยชดใช้เงินในจำนวนที่มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นก็อาจนำมาปรับใช้ได้

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้มาตรา 438 วรรคแรก มีนักวิชาการส่วนใหญ่ให้ความเห็นว่า กฎหมายให้อำนาจศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด เพราะมีความเสียหายที่ผู้เสียหายไม่อาจนำสืบให้ได้เป็นที่แน่ชัดถึงจำนวนตัวเงินอันเป็นที่แน่นอน เช่น ค่าเสียหายทางจิตใจ หรือค่าเสียหายอื่นใดที่ยากแก่การนำมาคำนวณเป็นตัวเงินที่ชัดเจน หากไม่มีมาตรานี้แล้ว ศาลก็ไม่มีอำนาจกำหนดค่าเสียหายที่โจทก์สืบไม่ได้เพราะอำนาจของศาลต้องมาจากกฎหมายที่บัญญัติไว้เท่านั้น ถ้าเป็นเช่นนี้แล้วคงจะไม่เป็นธรรมกับโจทก์ และถึงแม้โจทก์จะนำสืบไม่ได้ แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้วศาลก็คงปฏิเสธไม่ได้ว่าความเสียหายในส่วนนี้มีได้เกิดขึ้นแก่โจทก์ ดังนั้นกฎหมายมาตรา 438 จึงให้อำนาจนี้แก่ศาลในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้เหมาะสมแก่โจทก์⁴²³

ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าย้อนกลับไปพิจารณาทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วก็เห็นได้ชัดว่า กฎหมายละเมิดมีหน้าที่เพียงเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมเท่านั้น กฎหมายละเมิดไม่มีหน้าที่นอกเหนือจากนั้น ส่วนหน้าที่ในการป้องปรามหรือลงโทษผู้เสียหายก็ให้เป็นหน้าที่ของกฎหมายอาญาซึ่งแยกออกไปเป็นอีกประมวลกฎหมายหนึ่งต่างหาก มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงถูกร่างขึ้นเพื่อสะท้อนแนวความคิดเช่นนี้ แล้วจะมีความเหมาะสมหรือไม่ที่จะนำค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีวัตถุประสงค์มาก

⁴²³ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการกำหนดค่าเสียหายของประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส มาตรา 42.

ไปกว่าการเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายไปเสียไว้ในถ้อยคำเดียวกัน ดังเช่น การนำเครื่องมือที่ถูกคิดค้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งแต่ผู้ใช้กลับนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่งอันเป็นการแตกต่างจากวัตถุประสงค์ดั้งเดิม

ส่วนในเชิงปฏิบัติ ถ้ามีการปรับใช้จริง ศาลจะมีความมั่นใจเพียงใดที่จะใช้เพียงถ้อยคำที่มีอยู่เดิมเพื่อตีความกว้างขึ้นให้ครอบคลุมถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ จำเลยก็คงโต้แย้งอย่างไม่ต้องสงสัยว่า ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดนั้นสูงเกินส่วนโดยไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับอย่างเพียงพอ นักวิชาการก็ย่อมออกมาวิจารณ์และโต้แย้งคำพิพากษาของศาลกันอย่างล้นหลามถึงความไม่สอดคล้องกันของค่าเสียหายเชิงลงโทษและมาตรา 438

นอกจากนี้ การใช้เพียงถ้อยคำ “พฤติกรรมและความร้ายแรงแห่งละเมิด” จะทำให้เกิดปัญหาต่อผู้พิพากษาผู้กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษว่าจะใช้แนวทางอะไร อย่างไร เพื่อเป็นการแปรเปลี่ยนการกระทำที่ควรได้รับการดำเนินและการลงโทษ เปลี่ยนเป็นตัวเงินที่ชัดเจน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎหมายเปิดช่องทางให้ทำได้ แต่กฎหมายไม่ได้บอกว่าจะให้ทำได้อย่างไร ผลกระทบที่ตามมาเมื่อผู้พิพากษาไม่มีแนวทางที่เป็นแบบแผนหนึ่งเดียวอันชัดเจนคือ คำพิพากษาที่ปรากฏในหลายคดีจะไม่สอดคล้องกัน และมีโอกาสเกิดปัญหาค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเกินไปมาก ดังเช่นที่เคยเกิดปัญหาแล้วในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนมิได้ต้องการสื่อให้เห็นว่ากฎหมายควรกำหนดเพดานควบคุมค่าเสียหาย แต่ผู้เขียนต้องการสื่อว่า กฎหมายควรกำหนดแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ชัดเจนว่า ข้อเท็จจริงแห่งคดีประเด็นไหนที่เป็นปัจจัยในการพิจารณาค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ในเมื่อกฎหมายมีถ้อยคำที่จำกัด ปัญหานี้ย่อมเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ทั้งเหตุผลในเชิงทฤษฎีและในเชิงปฏิบัติปฏิเสธการนำหลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบรรจุในวรรคแรกของมาตรา 438 หากไม่มีการแก้ไขกฎหมายใดๆ

ข) ข้อเสนอร่างเพิ่มเติมในมาตรา 438

ผู้เขียนได้ใช้หลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษมาสนับสนุนการปรับใช้ในกฎหมายละเมิดไทยให้มีหน้าที่เพิ่มเติมไปจากหน้าที่แห่งการเยียวยาความเสียหายแล้วเพื่อทำกฎหมายละเมิดของไทยมีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่การปรับใช้หลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ในถ้อยคำที่มีอยู่เดิมของมาตรา 438 เป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์เช่นกัน ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การเสนอมาตรา 438 เพื่อให้สะท้อน

หลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษย่อมทำให้เกิดความชัดเจนได้มากกว่า เมื่อได้พิจารณาจากหลักการ และปัจจัยต่างๆที่ได้อธิบายมาข้างต้นแล้ว ร่างมาตรา 438 ใหม่ ควรมีเนื้อความเป็นดังนี้

มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตาม ความแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ ราคาศรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความสะดวกใดๆ อันได้ก่อขึ้นนั้น ด้วย

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ละเมิดได้ทำละเมิดโดยจงใจอย่างมุ่งร้าย มีเจตนาทุจริต หรือกระทำ โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่นเลย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการ ลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดย คำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับและอาจได้รับ การละเมิด ที่ควรได้รับการดำเนิน ผลประ โยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ โอกาสหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ฐานะทางการเงิน ของผู้ละเมิด ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน การที่ผู้ละเมิดได้บรรเทาความเสียหาย ที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย และบทบังคับทางแพ่งที่ถูก ปรับใช้หรืออาจถูกปรับใช้สำหรับการกระทำเดียวกัน

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคสาม ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่า ของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวน ไม่เกินห้าหมื่น บาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาล กำหนด”

เมื่อมีการพิสูจนตามคำฟ้องตามองค์ประกอบละเมิดในมาตรา 420 เรียบร้อยแล้ว และ กำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงแล้วตามวรรคหนึ่งและวรรคสองของมาตรา 438 อำนาจของศาลจึงทั้งหมดลง เพียงเท่านั้น แต่ถ้าศาลพบว่า การทำละเมิดของจำเลยเกิดขึ้นโดยจงใจอย่างมุ่งร้าย มีเจตนาทุจริต หรือ กระทำโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่นเลย อันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของความน่าดำเนิน (threshold of conduct) ของจำเลยที่สนับสนุนให้มีการใช้ค่าเสียหายที่เพิ่มเติมกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงได้

ศาลก็มีแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ 7 ประการ ดังที่ได้เคยอธิบายมาแล้ว อัน ได้แก่

1. ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับและอาจได้รับ
2. การละเมิดที่ควรได้รับการดำเนินคดี
3. ผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ
4. โอกาสหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ
5. ฐานะทางการเงินของผู้ละเมิด
6. ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี
7. ค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน

ปัจจัยควบคุมอีก 3 ประการ ดังนี้

8. บทบังคับทางแพ่งที่ถูกปรับใช้หรืออาจถูกปรับใช้สำหรับการกระทำเดียวกัน
9. การที่ผู้ละเมิดได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น
10. การที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

ปัจจัย 10 ประการข้างต้นนี้ มีความสัมพันธ์กันทั้งส่งเสริมให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนสูงขึ้นหรือมีจำนวนลดลงก็ได้ ปัจจัยหนึ่งอาจทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงขึ้นในคดีหนึ่ง แต่ก็อาจทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษลดต่ำลงในอีกคดีหนึ่งก็เป็นได้

ยกตัวอย่างเช่น ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าการถือโงงของจำเลยไม่เป็นผลสำเร็จ ค่าเสียหายที่แท้จริงจึงมีค่าน้อย ศาลก็อาจพิจารณาว่า เป็นการละเมิดที่ควรได้รับการดำเนินคดีเป็นอย่างยิ่ง เพราะถ้าแผนเป็นผลสำเร็จจะเกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายเป็นเงินจำนวนสูงมาก แต่ฐานะทางการเงินของจำเลยไม่สู้ดีนัก ดังนี้ แม้การละเมิดจะเป็นที่น่าดำเนินคดีและลงโทษ แต่การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนไม่สูงมาก ก็อาจเพียงพอแล้ว ต่อการป้องปราม และลงโทษจำเลยก็เป็นได้ ในทางกลับกัน ถ้าการละเมิดของจำเลยเกิดจากเจตนาร้ายให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายมาก เช่น การนำน้ำกรดไปสาดหน้าผู้รักของตนเอง แล้วปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ละเมิดมีฐานะทางการเงินดีมาก ดังนี้ ศาลก็อาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนเงินที่มีอัตราส่วนต่อค่าเสียหายที่แท้จริงสูงมากได้ เพื่อลงโทษจำเลยและป้องปรามผู้ที่อาจกระทำการอย่างเดียวกับจำเลย เพราะถ้าให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษน้อยนิด ผู้ละเมิดก็คงยินยอมเสียค่าใช้จ่ายเพื่อละเมิดต่อผู้เสียหายอยู่ตลอดไป

4.2.2 ทางเลือกที่สอง : ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ควรอยู่ในกฎหมายละเมิดทั่วไป

โดยปกติแล้ว ภายใต้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักการของการลงโทษอยู่นอกเหนือขอบเขตของระบบกฎหมายแพ่งเพราะการลงโทษแสดงว่าสาธารณชนไม่เห็นด้วยต่อพฤติกรรมบางประเภท⁴²⁴ แม้กฎหมายละเมิดสะท้อนแนวความคิดของการบังคับทางกฎหมาย⁴²⁵ แต่กฎหมายละเมิดก็อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเอกชน ทั้งภาควิชาการและศาลภายใต้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างไม่ยอมรับค่าเสียหายเชิงลงโทษเนื่องจากการขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 40 ของ the EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Introductory Act to the Civil Code) วางหลักว่า คำขอที่เกินกว่าค่าชดเชยตามปกติไม่อาจถูกบังคับได้ในประเทศเยอรมัน⁴²⁶

มีนักวิชาการให้ความเห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศสหรัฐอเมริกากำลังอยู่ในภาวะชะงัก(staggering) เพราะมีความพยายามปฏิรูปกฎหมายละเมิดเพื่อจำกัดจำนวนของค่าเสียหายเชิงลงโทษ จึงทำให้มีข้อสงสัยต่อระบบการให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เป็นเสาหลักสำคัญต้นหนึ่งของระบบค่าเสียหายในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดเพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือการเชื่อมความสัมพันธ์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายที่แท้จริง⁴²⁷ ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรยังอยู่ในภาวะลังเลที่จะรับค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบรรจุในกฎหมายละเมิดอันเป็นบทกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่ง เพราะถ้าประเทศที่เป็นต้นแบบของค่าเสียหายเชิงลงโทษกำลังเดินถอยหลังเพราะมีการจำกัดดุลพินิจของคณะลูกขุนและศาลทั้งในประเภทคดีที่อาจให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษและจำนวนของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่อาจถูกกำหนดในคดีๆหนึ่ง ปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ ประเทศไทยควรยอมรับหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่ ผู้เขียนจึงขอปฏิเสธการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ในกฎหมายละเมิดมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

⁴²⁴ Nils Jansen and Lukas Rademacher, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 321 หน้า 751.

⁴²⁵ หมายถึงว่า หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่หรือกระทำการที่เป็นความผิด ผู้กระทำก็จะได้รับบทบังคับทางกฎหมาย ซึ่งเป็นแนวความคิดที่เป็นไปในทางเดียวกับกฎหมายอาญา

⁴²⁶ Helmut Koziol, Punitive damages – A European Perspective, 68 La. L. Rev. 741, 751 (2008).

⁴²⁷ Volker Behr, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 320 หน้า 150.

4.2.2.1 ข้อโต้แย้งในเชิงทฤษฎี

ก) การแบ่งแยกกันของกฎหมายแพ่งและอาญา⁴²⁸

กฎหมายลายลักษณ์อักษรวางหลักการแยกกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งออกจากกันอย่างเด็ดขาด การลงโทษอยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายเอกชน ผู้เสียหายจึงไม่อาจเรียกค่าเสียหายที่มีวัตถุประสงค์อื่นนอกจากการชดเชยได้ ผู้พิพากษามีหน้าที่เป็นเพียงผู้รักษากฎหมายเท่านั้น ส่วนการสร้างกฎหมายเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้พิพากษาจึงต้องตีความกฎหมายอย่างถูกต้องเพื่อบังคับใช้กฎหมายโดยไม่คิดเขียน ระบบประมวลกฎหมายแพ่งทำให้ดุลพินิจของผู้บังคับกฎหมายอยู่ในขอบเขตที่จำกัดโดยให้ผู้พิพากษามีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ผู้พิพากษาจึงไม่อาจมีหน้าที่ในวางแผนนโยบายของประเทศ กล่าวคือ ผู้พิพากษามีหน้าที่ใช้ ปทัณฐานและหลักการที่พบในประมวลกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหากฎหมายเท่านั้น ส่วนวิถีทางเพื่อทำให้กฎหมายเป็นธรรมหรือมีประสิทธิภาพมากขึ้นเป็นเป้าหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ในขณะที่ระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะพิจารณาคดีเฉพาะเรื่อง (case-by-case basis) แต่ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความสอดคล้องกันภายในอย่างเป็นระบบจึงไม่ยอมรับหลักการอื่นที่แตกต่างออกไป เช่น หลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ เป็นต้น เนื่องจากเหตุผล 2 ประการ ได้แก่ กฎหมายโรมันมีอิทธิพลต่อพัฒนาการทางกฎหมายในยุโรปเพราะทนายความถูกสอนตั้งแต่เริ่มแรกว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มาจากผู้ออกกฎหมายมิได้เกิดจากขั้นตอนพลวัต (dynamic process) และเหตุผลที่สอง คือ จุดเด่นของพัฒนาการทางกฎหมายในยุโรปเกิดจากอิทธิพลของการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายนโปเลียนที่ทำขึ้นในปี 1804 กลายเป็นต้นแบบของความพยายามปฏิรูปกฎหมายในประเทศที่ตั้งอยู่ในยุโรปอื่นๆ โดยมีระบบสอดคล้องกันภายในประมวลกฎหมาย ดังนั้น นักกฎหมายจึงถูกสอนให้เรียนรู้หาคำตอบของปัญหากฎหมายจากของประมวลกฎหมายเท่านั้น ในขณะที่เหตุผลดังกล่าวมิได้มีอิทธิพลมากนักต่อพัฒนาการทางกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เพราะประเทศทั้งสองใช้วิธีการให้ทนายความโต้แย้งซึ่งกันและกันและให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่ตัดสินประเด็นต่างๆ ศาลของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีตัดสินคดีแต่ละคดีโดย

⁴²⁸ Michael L. Wells, Marion and W. Colquitt Carter, A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages, Research paper series paper No.09-11, available at <http://ssrn.com/abstract=1432574> (last visited 10 March 2010).

ใช้หลักจากคำพิพากษาในอดีตที่ชัดเจนและเกี่ยวข้องกับคดีมากที่สุด (precedents) โดยไม่สนใจว่าทฤษฎีที่ปรับใช้จะสอดคล้องกับทฤษฎีอีกอันหนึ่งหรือไม่ ศาลจะยกเหตุผลสนับสนุนเพื่อให้ได้ผลแห่งคดีที่ต้องการ กล่าวคือ ศาลไม่ประสบปัญหาความขัดแย้งกันของหลักการที่เป็นเป้าหมายของกฎหมายเอกชนอันหมายถึงการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมกับการลงโทษผู้ละเมิดที่เป็นวิธีหนึ่งในกฎหมายอาญา⁴²⁹

หนึ่งในเหตุผลที่สนับสนุนการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษคือ เพื่อนำไปสนับสนุนกฎหมายอาญาทำให้สมบูรณ์มากขึ้น แต่ถ้าเป็นเช่นนั้นจริง วิธีการแก้ไขที่ชัดเจนและง่ายที่สุดคือ การพัฒนากฎหมายอาญาให้สมบูรณ์แบบมากขึ้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องปรามและลงโทษได้ดีขึ้น และยังไม่ทำให้ระบบกฎหมายเอกชนต้องนำหลักการที่ขัดกับทฤษฎีพื้นฐานของระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ด้วย

การให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้กฎหมายละเมิดจะขัดกับการแบ่งแยกกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาออกจากกัน ผลกระทบที่เกิดขึ้นเมื่อรวมการลงโทษและการชดเชยเข้าด้วยกันคือจะบั่นทอนทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายอาญาสมัยใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการที่ว่าบุคคลจะได้รับโทษก็ต่อเมื่อการลงโทษถูกระบุไว้แล้วในกฎหมาย (nulla poena sine lege) ซึ่งการระบุนิติบัญญัติที่ต้องรับโทษเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็มีหน้าที่ทางศีลธรรมสร้างชัดเจนว่าการกระทำเช่นใดอาจส่งผลให้ผู้ทำต้องได้รับบทบังคับหรือได้รับการรื้อถอนจากอิสรภาพ ดังนั้น การที่ศาลกำหนดให้จำเลยชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นการมองข้ามแนวความคิดเช่นนี้⁴³⁰ เพราะศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในกรณีใดก็ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร

ในเมื่อกฎหมายแพ่งถูกออกแบบมาจากฝ่ายนิติบัญญัติให้มีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น โดยผู้ร่างมาตรา 438 มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะนำบทบัญญัติดังกล่าวให้ขยายความไปถึงค่าเสียหายที่มีได้อ้างอิงอยู่กับความเสียหายที่เกิดขึ้นถ้าจะนำหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาจากประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีมาใส่ไว้ในมาตรา 438 ก็คงจะไม่เหมาะสม เพราะกฎหมายที่ถูกออกแบบมาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หนึ่งแต่กลับมีการนำมาใช้จริงเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อีกอันหนึ่งจึงเท่ากับว่า ศาลปรับใช้กฎหมายผิดวัตถุประสงค์และส่งผลบั่นทอนกลไกของกฎหมายที่มีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ ผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ชัดเจนให้การเยียวยาความเสียหายเป็นหน้าที่

⁴²⁹ Michael L. Wells, Marion and W. Colquitt Carter, อ้างแล้วข้างบน.

⁴³⁰ กรุณาดู Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, 58 (Law Com. No. 247, 1997), at <http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc247.pdf> (last visited 10 March 2010).

ของกฎหมายละเมิด ส่วนการป้องปรามและการลงโทษเป็นหน้าที่ของกฎหมายอาญา ถ้าจะให้กฎหมายละเมิดมีหน้าที่เสริมในการป้องปรามและลงโทษก็จะส่งผลให้ความสมดุลของระบบกฎหมายเสียไป เนื่องจากค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ประโยชน์กับผู้เสียหายมากขึ้น แต่ในทางกลับกันประโยชน์ที่ผู้เสียหายได้รับมากขึ้นเท่าใดก็เป็นผลเสียต่อผู้ละเมิดในอัตราส่วนเดียวกัน การป้องปรามที่มากเกินไปจึงไม่น่าจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย

มีนักวิชาการที่ปฏิเสธการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ให้ความเห็นไว้ว่า วิธีการที่ดีที่สุดเพื่อการป้องปรามคือการพัฒนากฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง และกฎหมายวิธีพิจารณาความให้เกิดผลแห่งการป้องปรามที่ทรงประสิทธิภาพมากที่สุด และทำให้ระบบกฎหมายพัฒนาไปในแนวทางที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานทั้งหมดได้⁴³¹ แม้จะมีความเป็นไปได้ว่า เมื่อกฎหมายอาญาพัฒนามากขึ้นแล้วก็อาจทำให้มีคดีความขึ้นศาลมากเกินไปจนเกิดปัญหาคดีความค้างค้ำและศาลดำเนินคดีได้ช้ามาก แต่ทว่า ถ้ากฎหมายอาญาพัฒนาไปจนถึงระดับหนึ่งแล้ว ผลแห่งการป้องปรามก็ต้องเกิดขึ้นต่อการกระทำความผิดในสังคมอย่างแน่นอน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เมื่อความต้องการในการฟ้องคดีเพิ่มมากขึ้นในช่วงเวลาแรกเพราะกฎหมายอาญาถูกพัฒนาเพื่อให้เกิดการป้องปรามให้ดีขึ้นแล้ว เมื่อคดีเหล่านี้เสร็จสิ้น จำเลยถูกตัดสินให้รับผิดและต้องรับโทษ การป้องปรามต่อจำเลยในคดีเองและต่อบุคคลอื่นที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกันย่อมบรรลุผล และส่งผลมีการกระทำความผิดในสังคมน้อยลง จนความต้องการในการฟ้องคดีลดลงไปอยู่ในระดับดุลยภาพก็เป็นได้ ส่วนข้อโต้แย้งที่กล่าวว่า มีการใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นจำนวนมากเพื่อทำให้เกิดการป้องปราม เช่น การให้พนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดีแทน แต่เมื่อคดีความไปถึงมือของพนักงานอัยการแล้วก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของพนักงานอัยการเองว่าจะฟ้องเป็นคดีความหรือไม่ ถ้าหลักฐานยังไม่เพียงพออัยการก็ไม่อาจสั่งฟ้อง นอกจากนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยก็ไม่ตัดสิทธิให้ผู้เสียหายฟ้องคดีเองถ้าหากต้องการป้องปรามและลงโทษผู้กระทำความผิด แสดงว่าผู้เสียหายยอมใช้ทรัพยากรของตนเองซึ่งเป็นการลดต้นทุนที่รัฐต้องแบกรับส่วนหนึ่ง

ในอีกมุมมองหนึ่ง ถ้ามีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้จริงในประเทศไทยก็คงจะทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลแพ่งเป็นจำนวนมากเช่นกัน แต่การบังคับใช้เช่นนี้มีผลเสียเพราะเป็นการให้ศาลแพ่งทำหน้าที่ของศาลอาญา ดังนั้น การกำหนดให้ศาลอาญาทำหน้าที่นี้แม้จะทำให้คดีล่าช้าในช่วงเริ่มต้นก็น่าจะเหมาะสมกว่า

⁴³¹ Helmut Koziol, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 426 หน้า 761-762.

ข) กฎหมายเอกชนยึดถือความสัมพันธ์ระหว่างสองฝ่าย

ขอบเขตของกฎหมายเอกชนเกี่ยวพันกับความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุสองสิ่งขึ้นไป (two or more legal subjects) บุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจมีสิทธิต่ออีกบุคคลหนึ่งและเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องได้รับผลทางกฎหมาย ความสัมพันธ์เช่นนี้ต้องเกิดขึ้นโดยมีพื้นฐานมาจากความยินยอมของทั้งสองฝ่ายเท่านั้น (Mutual justification of legal consequences) ดังนั้น ข้ออ้างฝ่ายเดียวต่ออีกฝ่ายหนึ่งแม้จะหนักแน่นแค่ไหนก็ไม่อาจสนับสนุนการใช้กฎหมายเอกชนได้ เมื่อนำหลักการข้างต้นมาปรับใช้กับค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้วก็จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้เสียหายไม่ได้รับความเสียหายที่เกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริง และผู้เสียหายก็ยังไม่มีความผิดในทางกฎหมายได้ต่อผู้ละเมิดแล้ว ผู้เสียหายก็ไม่ควรมีสถานะที่อาจเรียกร้องได้สูงกว่าเดิมแต่อย่างใด ถ้าอ้างว่าต้องการให้การลงโทษหรือป้องปรามอีกฝ่ายหนึ่งบรรลุผลก็มีข้ออ้างเพื่อขอค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะการใช้กฎหมายอาญาเหมาะสมกว่า ถ้าปรับใช้กฎหมายเอกชนเพื่อการลงโทษ ค่าเสียหายที่จำเลยต้องชำระก็ควรตกเป็นของกองทุนที่ทำเพื่อสาธารณชนมากกว่าจะตกเป็นทรัพย์สินของผู้เสียหาย⁴³²

ค) ความแตกต่างของวิธีพิจารณาเกณฑ์พยานและหลักฐาน

เนื่องจากการลงโทษบุคคล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงสร้างมาตรการป้องกันสิทธิของจำเลยขึ้น อันได้แก่ ภาระการพิสูจน์ของกฎหมายอาญาที่ต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัย แต่กฎหมายแพ่งต้องการเพียงการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่สูงกว่าเท่านั้น จึงทำให้เกิดสถานการณ์ในคดีที่พยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะลงโทษจำเลยทางอาญาได้แต่โจทก์อาจฟ้องเป็นคดีแพ่งเพื่อลงโทษโดยใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ในจำนวนสุทธิที่เท่าเทียมกัน (เทียบการลงโทษจำคุกให้เป็นการค่าเสียหายทางละเมิด) โปรดสังเกตว่า เมื่อกฎหมายอาญามีเจตนารมณ์ไม่ต้องการลงโทษหรือป้องปรามจำเลยในคดีแล้ว กฎหมายอื่นก็ไม่ควรสอดแทรกเข้ามาทดแทนหน้าที่ของกฎหมายอาญาในส่วนนี้ การที่กฎหมายต้องการพยานหลักฐานที่สูงขึ้นก็เพื่อลดขอบเขตของคดีที่จำเลยจะถูกลงโทษ ในคดีความที่จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาเพราะพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจนปราศจากข้อสงสัย แต่จำเลยต้องมารับผิดทางแพ่งเป็นเงินจำนวนที่เกินกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงซึ่งค่าเสียหายส่วนนี้มีเองมีลักษณะของการป้องปรามและการลงโทษอยู่ในตัว ผลเสียสุทธิที่เกิดขึ้นแก่จำเลยที่มีความรับผิดชอบแต่ไม่มีความรับผิดชอบอาญา จึงอาจเท่ากับหรือมากกว่า ผลเสีย

⁴³² Helmut Koziol, อ้างถึงแล้วข้างบน หน้า 751-52.

สิทธิที่เกิดแก่จำเลยที่มีความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับผิดชอบทางอาญา⁴³³ โจทก์จึงอาจใช้กฎหมายละเมิดเป็นเครื่องมือเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายอาญาก็เป็นไปได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องมาตรการคุ้มครองสิทธิของจำเลย

4.2.2.2 ข้อโต้แย้งในเชิงปฏิบัติ

ก) คดีที่มีผู้เสียหายจำนวนมาก

ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจส่งผลกระทบต่ออย่างไม่เป็นธรรมกับผู้ทำละเมิดได้เพราะในคดีที่มีผู้เสียหายจำนวนมากแต่ผู้เสียหายตัดสินใจดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดไม่พร้อมกันก็อาจทำให้ผู้ละเมิดมีความรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนมากขึ้น ถ้าศาลในคดีแรกให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากกับผู้เสียหายรายแรกไปแล้วโดยใช้พื้นฐานจากกระทำที่เป็นเจตนาชั่วร้ายของผู้ละเมิด ต่อมาอีกไม่นานผู้เสียหายรายที่สองเห็นว่าผู้เสียหายคดีแรกฟ้องแล้วได้รับค่าเสียหายจำนวนมากจึงตัดสินใจฟ้องคดีตามศาลก็อาจให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากกับผู้เสียหายรายที่สองได้เช่นกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้ละเมิดต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวน 2 เท่าจากการกระทำผิดแค่ครั้งเดียว ซึ่งแสดงว่ากฎหมายลงโทษสูงเกินไปอย่างไม่มีเหตุผล⁴³⁴

อย่างไรก็ตาม หากศาลในคดีที่พิจารณาภายหลังเห็นว่า ผู้ละเมิดเคยรับผิดชอบและชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษไปแล้วเป็นเงินจำนวนมาก จึงไม่มีความจำเป็นต่อไปที่จะต้องกำหนดให้ผู้ละเมิดชำระค่าเสียหายจำนวนมากเพราะอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากผู้เสียหายรายแรกที่ฟ้องคดีแล้วได้รับเงินจำนวนมากจากคดีความ ในขณะที่ ผู้เสียหายรายต่อมาที่อาจได้รับบาดเจ็บมากกว่า แต่ได้รับเพียงค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ทั้งๆที่มีมูลเหตุมาจากกระทำผิดเดียวกัน

ผลกระทบที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้คือ ผู้เสียหายทุกคนจะมีแรงจูงใจฟ้องคดีให้เร็วที่สุด (Race to the court) เพราะถ้าใครฟ้องคดีเป็นคนแรกก็มีโอกาสได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากศาล ผู้ที่ฟ้องเป็นคนที่สองจะไม่ได้รับเงินที่เกินกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงเลย

⁴³³ ภายใต้ข้อสมมติฐานว่า ถ้าจำเลยได้รับโทษทางอาญาไปแล้ว ศาลจะไม่กำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในส่วนที่มีขึ้นเพื่อป้องปรามหรือลงโทษจำเลยอีก

⁴³⁴ Thomas B. Colby, Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs, 87 Minn. L. Rev. 583 (2003).

ข) ให้จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำละเมิด

วัตถุประสงค์หลักของค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ การป้องปรามการกระทำความผิดในอนาคต ยิ่งการกระทำความผิดทำให้ผู้ละเมิดได้รับประโยชน์หรือกำไรด้วยแล้ว ก็ยิ่งเป็นเหตุผลสมควรให้จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้รับ แต่ภายใต้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว กฎหมายแพ่งก็สามารถปรับใช้หลักการของลาภมิควรได้เพื่อบังคับให้จำเลยคืนทรัพย์สินที่ปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ ดังนั้น กฎหมายไทยจึงไม่ต้องใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์นี้⁴³⁵

ค) ค่าทนายความ

ระบบกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้ทนายความและผู้เสียหายที่ต้องการฟ้องคดีสามารถทำสัญญากันได้ว่า ถ้าหากชนะคดีทนายจะรับค่าทนายความเป็นเงินจำนวนถึงร้อยละ 40 (มากกว่า 1 ใน 3 ของค่าเสียหาย) ของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ (Contingency Fee) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ประเทศอเมริกาเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้เสียหายที่ต้องการฟ้องคดีเพื่อข่มขู่อีกฝ่ายหนึ่งว่าตนเองจะฟ้องคดีโดยแลกกับการที่ผู้เสียหายไม่อาจได้รับการชดเชยอย่างเต็มจำนวนเพราะต้องนำเงินไปชำระเป็นค่าทนายความ ดังนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ผู้เสียหายจะชนะคดีทันทีที่ไม่ได้หมายความว่าค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้จะสามารถนำไปชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมดเพราะต้องนำเงินส่วนหนึ่งไปชำระให้กับทนายความผู้รับผิดชอบในคดี ดังนั้น ภายใต้มุมมองนี้จึงถือว่าค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดให้มีได้ชดเชยความเสียหายอย่างเต็มจำนวน จึงเป็นเหตุผลสมควรที่ศาลอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่เพิ่มเติมจากปกติเพื่อนำเงินส่วนเกินไปชำระค่าทนายความและนำเงินส่วนที่เหลือไปชำระค่าเสียหายได้อย่างแท้จริง

ในทางตรงกันข้าม ระบบกฎหมายของประเทศยุโรปรวมทั้งประเทศไทยเองไม่อนุญาตให้ชดเชยค่าทนายความด้วยวิธีการอ้างอิงกับผลแห่งคดี จึงอาจสันนิษฐานได้ว่า ค่าทนายความที่ไม่แปรผันกับค่าสินไหมทดแทนมีค่าเป็นสัดส่วนไม่มากนักเมื่อเทียบกับค่าทนายความในประเทศอเมริกา ส่วนค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ได้รับจะสามารถชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้เกือบทั้งหมด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ค่าทนายความในประเทศไทยไม่น่าจะสูงเท่าค่าทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าสินไหมทดแทนที่ศาลไทยกำหนดจึงอาจนำไปชดเชยความเสียหายได้เกือบทั้งหมด ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่จำเป็นต้องให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อทดแทนค่าทนายความ ยิ่งไปกว่านั้น ระบบกฎหมายไทย

⁴³⁵ Helmut Koziol, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 426 หน้า 760.

วางกลไกช่องทางต่างๆ ที่อาจช่วยให้ผู้เสียหายสามารถดำเนินคดีต่อผู้ทำละเมิดได้ง่ายขึ้น เช่น คดีแพ่งเกี่ยวกับคดีอาญาที่อัยการเป็นผู้ฟ้องคดี การให้ผู้แพ่งได้รับผิดค่าฤชาธรรมเนียม การยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ความรับผิดชอบสุดท้ายต่อค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

(1) คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา

ในกรณีการละเมิดประเภทจงใจโดยมุ่งร้ายมักจะมีความสัมพันธ์กับกฎหมายอาญา ซึ่งหมายถึงคดีแพ่งที่ฟ้องบังคับตามสิทธิเรียกร้องอันมีมูลฐานความรับผิดชอบเนื่องมาจากการกระทำผิดทางอาญา หากมูลเหตุของการกระทำผิดอาญาใดทำให้ผู้กระทำนั้นต้องรับผิดชอบในทางแพ่งด้วย ก็จะเรียกคดีแพ่งดังกล่าวว่าเป็น“คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา” ยกตัวอย่างเช่น การขโมยทรัพย์สินของผู้อื่นก็ถือได้ว่าเป็นคดีอาญาเพราะเป็นความผิดที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและยังเป็นคดีแพ่งด้วยเพราะการกระทำของจำเลยเป็นมูลละเมิดอย่างหนึ่ง

ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยแทนผู้เสียหายนี้ และมีคำร้องให้คืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินติดมากับฟ้องอาญาสำหรับคดี 9 ประเภท ได้แก่ คดีลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก หนีโจก ชักยอกหรือรับของโจร⁴³⁶ หรือมีคำขอของผู้เสียหายขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน⁴³⁷ มิให้เรียกค่าธรรมเนียม ทั้งนี้ตามความในมาตรา 253⁴³⁸ แห่งประมวลกฎหมายวิธี

⁴³⁶ มาตรา 43 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “คดีลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก หนีโจก ชักยอกหรือรับของโจร ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสียไปเนื่องจากการกระทำผิดนั้น เมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีอาญา ก็ให้เรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายด้วย”.

⁴³⁷ มาตรา 44/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกาย ชื่อเสียงหรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการทำความผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้”.

⁴³⁸ มาตรา 253 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ซึ่งมีคำร้องให้คืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินติดมากับฟ้องอาญาตามมาตรา 43 หรือมีคำขอของผู้เสียหายขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมิให้เรียกค่าธรรมเนียม เว้นแต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าผู้เสียหายเรียก

พิจารณาความอาญา ผู้เสียหายจึงไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ในการดำเนินคดี เพราะกฎหมายยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมให้ และก็ไม่ต้องเสียค่าจ้างทนายความเพราะพนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดีแทนแล้ว จึงเป็นกลไกตามกฎหมายที่ให้ประโยชน์กับผู้เสียหายเป็นอย่างดี แม้ผู้กระทำความผิดไม่มีภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้กับผู้เสียหายก็จริงอยู่ แต่ผู้เสียหายก็ไม่ต้องดำเนินคดีด้วยตนเองอีกเช่นกัน

(2) ค่าฤชาธรรมเนียม และการยกเว้นค่าธรรมเนียมนา

ค่าธรรมเนียมนาเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งในการดำเนินคดี ถ้าผู้มีฐานะทางการเงินไม่ดีต้องการฟ้องคดีที่มีทุนทรัพย์มากก็ต้องชำระค่าธรรมเนียมนาตามจำนวนทุนทรัพย์ซึ่งได้ถูกกำหนดอัตราไว้ในตารางท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴³⁹ แต่ปัญหาที่ผู้เสียหายอาจไม่สามารถชำระค่าธรรมเนียมนาได้ถูกแก้ไขในกฎหมายระดับหนึ่งแล้ว เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 149 วรรคสี่ รับรองให้มีการยกเว้นค่าธรรมเนียมนาได้ โดยบัญญัติว่า

“คำฟ้อง คำฟ้องอุทธรณ์ คำฟ้องฎีกา คำร้องสอด คำให้การ หรือคำร้องคำขออื่นซึ่งได้ยื่นต่อศาลพร้อมคำร้องขอยกเว้นค่าธรรมเนียมนาตามมาตรา 156 ตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นใดส่วนคำร้องดังกล่าว ไม่ต้องนำเงินค่าธรรมเนียมนาและเงินวางศาลมาชำระ เว้นแต่ศาลจะได้อยกคำร้องนั้นเสีย”

มาตรา 156 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดมีความจำจนจะยกเว้นค่าธรรมเนียมนาในการฟ้องหรือต่อสู้คดี ให้ยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นที่จะฟ้องหรือได้ฟ้องคดีในวันนั้นพร้อมกับคำฟ้อง คำฟ้องอุทธรณ์ คำฟ้องฎีกา คำร้องสอด หรือคำให้การ แล้วแต่กรณี แต่ถ้าบุคคลนั้นตกเป็นผู้ไม่สามารถเสียค่าธรรมเนียมนาในภายหลัง จะยื่นคำร้องในเวลาใดๆ ก็ได้”

เอาค่าสินไหมทดแทนสูงเกินสมควร หรือดำเนินคดีโดยไม่สุจริต ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้เสียหายชำระค่าธรรมเนียมนาทั้งหมดหรือแต่เฉพาะบางส่วนภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ และถ้าผู้เสียหายเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ให้ถือว่าเป็นการทิ้งฟ้องในส่วนคดีแพ่งนั้น”.

⁴³⁹ ยิ่งคดีที่มีทุนทรัพย์มากเท่าไร ค่าธรรมเนียมนาที่ยังสูงขึ้นมากเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น ในคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาค่าเงินได้ ให้คิดค่าขึ้นศาลตามทุนทรัพย์ คือ ในส่วนของทุนทรัพย์ที่ไม่เกินห้าสิบล้านบาท ก็ให้เสียค่าธรรมเนียมนา (ค่าขึ้นศาล) ร้อยละ 2 แต่ไม่เกินสองแสนบาท และส่วนที่เกินห้าสิบล้านบาทขึ้นไป ก็ให้เสียร้อยละ 0.1 (ตาราง 1 (ค่าขึ้นศาล) ค่าธรรมเนียมนา ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง)

มาตรา 156/1 “เมื่อศาลได้พิจารณาคำร้องขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลเสร็จแล้วให้ศาลมีคำสั่งโดยเร็ว โดยศาลจะมีคำสั่งอนุญาตทั้งหมดหรือแต่เฉพาะบางส่วน หรือยกคำร้องนั้นเสียก็ได้

ห้ามมิให้ศาลอนุญาตตามคำร้องเช่นนั้น เว้นแต่จะเป็นที่เชื่อได้ว่าผู้ร้องไม่มีทรัพย์สินพอที่จะเสียค่าธรรมเนียมศาลหรือหากผู้ร้องไม่ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะได้รับความเดือดร้อนเกินสมควรเมื่อพิจารณาถึงสถานะของผู้ร้อง และในกรณีที่ผู้ร้องเป็น โจทก์หรือผู้อุทธรณ์หรือฎีกา การฟ้องร้องหรืออุทธรณ์หรือฎีกานั้นมีเหตุผลอันสมควรด้วย”

ผู้ร้องที่ต้องการได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่า

- ผู้ร้องไม่มีทรัพย์สินเพียงพอ หรือ
- หากผู้ร้องไม่ได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร

เมื่อเข้าเงื่อนไขข้างต้นข้อใดข้อหนึ่ง ศาลจึงมีอำนาจยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้ แต่พึงตระหนักไว้ว่า การยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลไม่ได้ครอบคลุมไปถึงค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับคดีความในส่วนอื่นๆ ด้วย เพราะปกติแล้ว การฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลนอกจากค่าทนายความแล้ว ค่าความยังต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียม ได้แก่ ค่าธรรมเนียมศาล ค่าสืบพยานหลักฐานนอกศาล ค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักของพยาน ผู้เชี่ยวชาญ ล่าม และเจ้าพนักงานศาล ค่าทนายความ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ตลอดจนค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายอื่นๆ บรรดาที่กฎหมายบังคับให้ชำระ⁴⁴⁰

จึงสังเกตได้ว่า ค่าธรรมเนียมศาลที่กฎหมายยกเว้นเป็นเพียงแค่หนึ่งในค่าฤชาธรรมเนียมที่คู่ความจะต้องเสียให้กับศาลอันเป็นขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการพิจารณาคดี ส่วนฤชาธรรมเนียมอื่นก็เป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายนั้นๆเองที่จะต้องแบกรับภาระออกค่าใช้จ่ายไปก่อน จนกระทั่งคดีเป็นที่สิ้นสุดกฎหมายจึงจะบังคับให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบในชั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง⁴⁴¹ ดังนั้น ถ้าผู้เสียหายมั่นใจว่ารูปคดีเป็นการละเมิดอย่างชัดเจน แม้ค่าเสียหายที่แท้จริงจะมีจำนวนน้อย แต่กฎหมายมาตรานี้ลดต้นทุนอันเป็นส่วนสำคัญของค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของผู้เสียหายได้ด้วย

⁴⁴⁰ มาตรา 149 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁴⁴¹ แต่กฎหมายก็มีได้ บังคับให้ผู้แพ้คดีจะต้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมในทุกกรณี เพราะสุดท้ายแล้วก็เป็นดุลพินิจของศาลที่จะให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้นรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง หรือให้คู่ความแต่ละฝ่ายรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมส่วนของตนหรือตามส่วนแห่งค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งคู่ความทุกฝ่ายได้เสียไปก่อนได้ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการดำเนินคดี

นอกจากนี้ ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า อุปสรรคสำคัญประการหนึ่ง คือ ผู้เสียหายถูกผู้ละเมิดที่มีฐานะดีกว่าประวิงคดีออกไปให้นานที่สุดเพื่อให้ผู้เสียหายแบกรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมากขึ้น แต่กฎหมายวางกลไกเพื่อแก้ไขปัญหานี้ไว้แล้ว ในมาตรา 166 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งวางหลักให้ คู่ความฝ่ายใดที่ทำให้ต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียมในกระบวนการพิจารณาใดๆ ที่ได้ดำเนินไปโดยไม่จำเป็นหรือมีลักษณะประวิงคดี หรือที่ต้องดำเนินไปเพราะความผิดหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คู่ความฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมนั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคู่ความฝ่ายนั้นจักได้ชนะคดีหรือไม่ แต่ถึงเพียงนั้นก็เห็นว่า แม้การกระทำของคู่ความจะมีลักษณะเป็นการประวิงคดีก็จริง แต่ศาลก็มีอำนาจให้คู่ความฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบได้เพียงค่าฤชาธรรมเนียมเมื่อคดีเป็นที่สิ้นสุดเท่านั้นเอง ผู้ฟ้องคดีต้องแบกรับค่าใช้จ่ายจำนวนดังกล่าวไปก่อนในขณะที่การพิจารณาคดียังไม่เสร็จสิ้น

สรุปได้ว่า กฎหมายช่วยเหลือผู้เสียหาย 2 ขั้นตอน คือ กฎหมายยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลตั้งแต่มีการฟ้องคดี และเมื่อเสร็จสิ้นคดีแล้วศาลอาจสั่งให้จำเลยรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมอื่นใดเมื่อคดีถึงที่สุดได้

(3) ค่าทนายความ⁴⁴²

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปิดช่องให้ศาลกำหนดค่าทนายความที่คู่ความจะต้องรับผิดชอบได้ตามที่เห็นสมควร โดยมีอัตราดังนี้

- ไม่ต่ำกว่าคดีละ 3,000 บาท
- การกำหนดค่าทนายความให้ศาลพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดีเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น

ตารางที่ 4.1 แสดงถึงค่าทนายความที่ศาลอาจกำหนดให้คู่ความรับผิดชอบได้

อัตรา	คดีมีทุนทรัพย์	คดีไม่มีทุนทรัพย์
อัตราขั้นสูงในศาลชั้นต้น	ร้อยละ 5	30,000 บาท
อัตราขั้นสูงในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา	ร้อยละ 3	20,000 บาท

⁴⁴² ตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

(4) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี⁴⁴³

ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นส่วนหนึ่งของค่าฤชาธรรมเนียม ศาลจึงมีอำนาจกำหนดให้ คู่ความซึ่งต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมตามมาตรา 161 ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแก่คู่ความอีก ฝ่ายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยในคดีที่มีทุนทรัพย์ต้องไม่เกินร้อยละ 1 ของจำนวนทุนทรัพย์ หรือ ในคดีไม่มีทุนทรัพย์ต้องไม่เกิน 5,000 บาท

การกำหนดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลคำนึงถึงค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่คู่ความได้ เสียไป รวมทั้งลักษณะและวิธีการดำเนินคดีของคู่ความ

เมื่อพิจารณาถึงปัจจัย 4 ประการข้างต้นนี้ แสดงว่ากฎหมายก็มีกลไกสนับสนุนผู้เสียหายให้ฟ้อง คดีได้ง่ายขึ้น แม้ผู้เสียหายมีฐานะทางการเงินไม่ดีก็มีโอกาสได้รับการช่วยเหลือจากภาครัฐในหลาย รูปแบบ เริ่มตั้งแต่ การให้พนักงานอัยการเป็นผู้เรียกค่าสินไหมทดแทนแทนก็ได้ในคดีแพ่งที่มีความ เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา และถ้าเป็นคดีแพ่งประการเดียวหรือเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาที่พนักงาน อัยการตัดสินใจไม่ฟ้องคดี ผู้เสียหายก็อาจขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้ ส่วนค่าฤชาธรรมเนียมอื่นๆ ผู้เสียหายก็อาจได้รับการชดใช้คืนเต็มจำนวนในภายหลังก็ได้ ส่วนค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการ ดำเนินคดี ศาลมีดุลพินิจที่จะบังคับให้ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบบางส่วนแทนได้แม้จะเป็นอัตราส่วนไม่ มากนักก็ตาม ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อชดเชยค่าทนายความและค่าใช้จ่าย ในคดีความอื่นๆ ก็คงไม่มีประโยชน์เท่าใดนักภายใต้ระบบกฎหมายไทย

ง) ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน

หนึ่งในเหตุผลหนึ่งสนับสนุนค่าเสียหายเชิงลงโทษคือการนำไปชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัว เงิน แต่แท้จริงแล้วถ้ากำหนดให้กฎหมายละเมิดรวมค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินอยู่ในค่าเสียหายที่แท้จริง แล้วก็คงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ปัญหาที่พบในปัจจุบันคือกฎหมายอาจ วางข้อจำกัดมากเกินไปหรือศาลไม่ยอมรับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินบางประเภทก็เป็นได้ ดังนั้น ถ้า กฎหมายเปิดช่องขยายขอบเขตของค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินให้มากขึ้นและศาลยอมรับค่าของของ ผู้เสียหายมากขึ้น ระบบกฎหมายละเมิดก็อาจทดแทนความเสียหายส่วนนี้ได้อย่างดีแล้ว

⁴⁴³ ตาราง 7 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในอดีตจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน เช่น ความเจ็บปวดและทนทุกข์ทรมาน มีความสัมพันธ์กันอย่างมาก เพราะศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเมื่อวิธีการเยียวยาด้วยค่าเสียหายที่แท้จริงไม่เปิดช่องให้ทำได้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีวัตถุประสงค์ทั้งเป็นการลงโทษและการเยียวยาความเสียหายไปพร้อมกัน อย่างไรก็ตาม ณ ปัจจุบัน ศาลเต็มใจกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงเพื่อชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินมากยิ่งขึ้นภายใต้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับอาการบาดเจ็บและทนทุกข์ทรมาน⁴⁴⁴ จึงอาจกล่าวได้ว่า การชดเชยค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินอันเกี่ยวเนื่องกับอาการเจ็บปวดและทนทุกข์ทรมานเพื่อให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีอาจรับฟังได้

พึงสังเกตว่าในกฎหมายละเมิดของไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินที่ศาลสามารถกำหนดเพื่อเยียวยาใจทักได้ตามที่ปรากฏในมาตรา 446 ผู้มีสิทธิเรียกร้องตามมาตรานี้ได้ คือ ผู้เสียหายเท่านั้นภายใต้ข้อจำกัดบางประการ ได้แก่ ความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ มีคำพิพากษาฎีกาเป็นจำนวนมากที่วางแนวทางการปรับใช้มาตราดังกล่าวไว้อย่างดีแล้ว ประเด็นที่ต้องพิจารณาจึงมีดังต่อไปนี้

ประเด็นแรกที่ต้องพิจารณามีอยู่ว่า ควรใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆที่ มาตรา 446 ไม่ครอบคลุมได้หรือไม่ เช่น ถ้าการกระทำที่มุ่งร้ายหรือการกระทำโดยไม่คำนึงถึงสิทธิหรือความปลอดภัยของผู้อื่นแล้วทำให้เกิดความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินต่อบุคคลที่สามที่มีผู้เสียหายโดยตรง ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรเข้าไปทดแทนความเสียหายส่วนนี้หรือไม่ (ในขณะที่มาตรา 446 อนุญาตเฉพาะผู้เสียหายโดยตรงเท่านั้น) เช่น ค่าเสรีภาพหรือสุขภาพจิตที่เกิดต่อบุพการี ผู้สืบสันดาน หรือเพื่อนร่วมงาน⁴⁴⁵ ถ้าหลักกฎหมายตามมาตรา 446 รับรองการชำระค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินไว้แล้วและศาลอาจคำนวณค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินนี้ออกมาเป็นค่าเสียหายที่ต้องชำระเป็นตัวเงินสำหรับผู้เสียหายโดยตรงได้ ศาลก็ย่อมทำแบบเดียวกันได้กับบุคคลที่สามที่ต้องเสียใจทนทุกข์ทรมานต่อการจากไปของคนที่คุณมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดด้วย

⁴⁴⁴ Voker Behr, Symposium: Private Law, Punishment, and Disgorgement: Punitive Damages in American And German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 Chi.-Kent L. Rev. 105, 124 (2003).

⁴⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 1550/2518 วางหลักชัดเจนว่า บุคคลที่สามไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินที่มีได้เกิดแก่ตนเอง

ตัวอย่างที่ชัดเจนของการให้ค่าเสียหายในประเด็นนี้ ปรากฏในมาตรา 11(1) ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ที่ให้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ⁴⁴⁶ อันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับความเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

ข้อแตกต่างสำคัญ คือ ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินข้อกฎหมายมาตรา 446 จะไม่รวมถึงค่าเสียหายทางจิตใจต่อบุคคลใกล้ชิดเลย เช่น ค่าเสียชื่อเสียงของสามีที่เกิดจากความว่าห่วยเพราะสูญเสียภรรยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุข⁴⁴⁷ ความชอกช้ำระกำใจเพราะเสียบุตร⁴⁴⁸ ซึ่งหมายความว่า ศาลไทยตีความมาตรา 446 เพียงแค่ค่าเสียหายต่อจิตใจที่เกิดแก่ผู้เสียหายเท่านั้น ศาลยังไม่ยอมรับค่าเสียหายต่อจิตใจของบุคคลใกล้ชิด แต่ทว่าหลักการในมาตรา 11(1) ได้ยอมรับหลักการนี้ไว้ว่า แม้ผู้เสียหายจะถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการีหรือผู้สืบสันดานสามารถเรียกค่าความเสียหายต่อจิตใจด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเครื่องมือหลักเชิงข้อจำกัดของมาตรา 446 ได้ ก็จะมีผู้อ้างความสัมพันธ์พิเศษกับผู้เสียหายโดยตรงจำนวนมาก และยังทำให้ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการดำเนินคดีความต่อการทำละเมิดครั้งเดียวสูงขึ้นไปอีก ถ้าค่าใช้จ่ายในคดีสูงมากขึ้นแล้ว ก็ยังทำให้จำเลยที่ต้องจ่ายค่าเสียหายอันรวมถึงค่าใช้จ่ายในคดีให้กับทั้งตนเองและโจทก์บางส่วนแล้ว ก็ยังต้องจ่ายค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินให้กับผู้เสียหายอื่นๆอีก จำนวนค่าเสียหายก็คงจะบานปลายไปสูงมาก และทำให้เกิดการฟ้องปรามที่มากเกินไป

นอกจากนี้ แม้การให้ค่าเสียหายประเภทนี้จะทำให้เกิดผลแห่งการฟ้องปรามต่อจำเลยได้ แต่เหตุผลอีกหนึ่งเหตุผลที่สำคัญก็คือ ผู้เรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้ไม่มีความสัมพันธ์อย่างเพียงพอกับเหตุแห่งการละเมิด แม้อาจมีความสัมพันธ์แต่กลับน้อยมากเสียจนระบบกฎหมายไม่ควรจะรองรับ

⁴⁴⁶ ในพรบ.ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย มาตรา 4 ได้ให้คำนิยามอย่างชัดเจนถึง “ความเสียหายต่อจิตใจ” ว่าหมายถึง ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความหวาดกลัว ความวิตกกังวล ความเศร้าโศกเสียใจ ความอับอาย หรือความเสียหายต่อจิตใจอย่างอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน

⁴⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502

⁴⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1550/2518

ความสัมพันธ์เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ในเมื่อมาตรา 446 ของกฎหมายละเมิดเขียนประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนแล้ว ถึงเงื่อนไขในการได้รับค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน และมีแนวคำพิพากษาฎีกาออกมาอย่างเพียงพอให้สามารถวางหลักเกณฑ์และคาดเดาได้ง่ายว่าค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินประเภทใดที่โจทก์สามารถเรียกได้ และค่าเสียหายประเภทใดที่โจทก์ไม่สามารถเรียกได้ จึงมีความสมควรที่จะดำเนินตามแนวคำพิพากษาของศาลต่อไป แม้การให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินจะมีส่วนทำให้เกิดการป้องปรามได้ แต่การให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเครื่องมือหลักเคียงกฎหมายมาตราอื่นอาจส่งผลให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไป

ในประเด็นที่เกี่ยวกับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินอื่นๆของผู้เสียหาย เช่น ความเสียหายต่อทรัพย์สินที่มีค่าทางจิตใจมากจนทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายทางจิตใจ แต่มาตรา 446 มิได้ครอบคลุมถึงความเสียหายชนิดนี้ การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไปทดแทนจะมีประโยชน์เพียงใดหรือไม่ แม้มาตรา 446 จะมีได้กำหนดไว้แต่ถ้าย้อนกลับไปดูตัวบทมาตรา 438 ว่า ศาลอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามแต่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดแล้วก็เห็นได้ว่า ตัวบทเปิดกว้างให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ได้ กล่าวคือ ถ้าศาลใช้อำนาจตามมาตรา 438 เพื่อทดแทนความเสียหายต่อส่วนนี้ได้แล้ว ก็คงไม่มีความจำเป็นใดๆที่จะต้องให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอีก

ส่วนในประเด็นที่สอง คือ เนื่องจากการคำนวณความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินให้เป็นจำนวนเงินเป็นเรื่องยากจึงมีนักวิชาการในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจแก้ไขปัญหานี้ได้ ถ้ามีการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้ว ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินของโจทก์ได้ภายใต้ชื่อของค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ผู้เขียนเห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ใช่วิธีการแก้ไขปัญหาก็ถูกต้องเพราะไม่ว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษศาลก็ต้องคำนวณความเสียหายออกมาเป็นจำนวนเงินอยู่ดี แม้ศาลจะปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษแต่ศาลก็ต้องกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งในการคำนวณ เช่น การที่บุคคลทั่วไปแขนขาดกับนักกีฬาเทนนิสแขนขาด ไม่ว่าศาลจะชดเชยเป็นค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามมาตรา 446 หรือชดเชยภายใต้ชื่อของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ศาลก็ต้องคำนวณความเสียหายนี้ออกมาเป็นตัวเงินเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การชดใช้ค่าเสียหายภายใต้กฎหมายละเมิดมาตรา 446 ก็น่าจะเป็นการเปิดดุลพินิจให้ศาลมีอำนาจอย่างเพียงพอแล้ว เพียงแต่จากคำพิพากษาในคดีที่ผ่านมาอาจดูเหมือนว่าศาลกำหนดค่าเสียหายต่ำเกินไปเท่านั้น โดยสรุปแล้ว ปัญหาจึงไม่ได้อยู่ที่ว่าศาลไม่มีอำนาจแต่อยู่ที่ว่าศาลจะกำหนดให้เท่าไรนั่นเอง ดังนั้น การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาชดเชยที่ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินนี้ก็ได้หมายความว่า จะแก้ปัญหาค่าเสียหายยากในการคำนวณได้

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 336/2475 จำเลยได้กระทำการละเมิดโดยการฉ้อโกงกระทำอนาจารนางสาวแดง ศาลจึงกำหนดให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญให้แก่โจทก์เป็นจำนวน 1,500 บาท เพื่อให้สมแก่เหตุที่เจ้าทุกข์ระกำใจ และเป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันไม่ให้ความผิดเช่นนี้เกิดขึ้นอีกในภายหน้า

คำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนที่แสดงว่า แม้ศาลจะเรียกชื่อว่าเป็นค่าเสียหายเป็นเยี่ยงอย่างเพื่อป้องกันการกระทำความผิดในภายภาคหน้า แต่เนื้อแท้ของค่าเสียหายแล้ว เป็นค่าเสียหายทางจิตใจอันมิใช่ตัวเงินซึ่งกฎหมายละเมิดของไทยก็บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 446 ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่มีความจำเป็นที่จะมีบทบาทใดๆต่อการชดเชยค่าเสียหายประเภทนี้ มิฉะนั้น ถ้าศาลในคดีกำหนดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินแก่โจทก์ตามมาตรา 446 แล้ว ข้อเท็จจริงยังปรากฏอีกว่า จำเลยได้รับโทษทางอาญาให้จำคุกด้วยแล้ว ถ้าศาลยังพิจารณาที่จะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ โดยใช้ปัจจัยจากความเสียหายต่อจิตใจอีกก็คงไม่เหมาะสมเพราะเป็นการใช้เหตุผลเดียวกันเพื่อสนับสนุนค่าเสียหาย 2 จำนวน แต่ถ้าศาลเห็นว่าเงิน 2 จำนวนนี้รวมกันมีความจำเป็นเพื่อชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินให้แก่ผู้เสียหายจริง ศาลอาจใช้วิธีการขยายจำนวนเงินที่ศาลกำหนดให้โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 446 ให้มากขึ้น ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่มีความจำเป็น

จ) จำนวนคดีความในชั้นศาล และต้นทุนการบังคับใช้กฎหมาย

ผลกระทบหนึ่งที่น่าจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน คือ จำนวนคดีความในชั้นศาลต้องเพิ่มขึ้นมากอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษข่มขู่สร้างแรงจูงใจเพิ่มเติมให้กับผู้เสียหายเพื่อนำคดีขึ้นสู่ชั้นศาลมากขึ้น ประชาชนส่วนใหญ่ย่อมมีประสบการณ์ถูกบุคคลอื่นทำละเมิดแก่ตนอยู่แล้ว แต่เนื่องด้วยเหตุหลายประการที่ทำให้ผู้ถูกละเมิดตัดสินใจไม่จ้างทนายความฟ้องร้อง หรือแม้แต่ทนายความเองยังไม่สนใจฟ้องร้องเป็นคดีความเลย เพราะการฟ้องคดีจนได้รับคำพิพากษาและได้รับเงินค่าสินไหมทดแทนไม่คุ้มค่ากับต้นทุนที่เสียไป ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเท่ากับเป็นการเพิ่มจำนวนค่าสินไหมทดแทนให้มากกว่าต้นทุน และทำให้ผู้เสียหายมีความประสงค์ฟ้องร้องคดีมากขึ้น⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ ในประเด็นเดียวกันนี้ ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย ชื่อ George Priest กล่าวว่า “ค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างไม่มีข้อจำกัดจะกระทบคดีที่ประประนอมยอมความนอกศาลถึงร้อยละ 95-98 และเป็นที่ยึดเหนี่ยวและโต้แย้งไม่ได้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีผลเพิ่มจำนวนเงินที่ถูกระงับนอกศาล และกระทบกระบวนการพิจารณาและเพิ่มโอกาสการฟ้องคดีด้วย”

ข้อพิจารณามีอยู่ว่า การที่มีผู้เสียหายมาฟ้องร้องคดีในศาลมากขึ้นเป็นเรื่องที่สังคมพึงประสงค์หรือไม่ เมื่อกลับไปพิจารณาว่ากฎหมายละเมิดมีขึ้นเพื่ออะไร กฎหมายละเมิดเกิดขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดต่อสิทธิ ทรัพย์สิน ร่างกาย เสรีภาพและชีวิตของประชาชนนั่นเอง เมื่อเกิดการละเมิดขึ้นก็แสดงว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วและผู้ทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบถึงแม้จะเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อยก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นเงินจำนวน 1 บาท 10 บาท หรือ 100 บาท ก็ต้องให้ผู้ละเมิดรับผิดชอบในเงินจำนวนนี้ มิฉะนั้นแล้วกฎหมายจะสร้างแรงจูงใจให้บุคคลที่ไม่ถูกต้อง กล่าวคือ ถ้าผู้ละเมิดทำความเสียหายเพียงเล็กน้อยแต่ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ก็หมายความว่า ผู้ละเมิดจะได้รับแรงจูงใจในการฝ่าฝืนหรือเพิกเฉยต่อกฎหมายละเมิดเพราะถึงอย่างไรก็ไม่มีใครฟ้องเป็นคดีความ ส่วนผู้เสียหายก็ต้องปกป้องตนเองมากขึ้น โดยทำกิจกรรมที่ทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการถูกละเมิดเป็นจำนวนที่น้อยลงกว่าเดิม ดังนั้น กฎหมายละเมิดจึงควรสนับสนุนปกป้องสิทธิและทรัพย์สินของเอกชนให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยการสนับสนุนให้ผู้เสียหายใช้วิธีการเยียวยาในระบบกฎหมายซึ่งเป็นที่สังคมพึงประสงค์ที่สุดนั่นเอง

ในอีกมุมมองหนึ่งนั้น เมื่อมีตัวอย่างคดีละเมิดถูกตีข่าวอย่างสะพัดแพร่หลายจนประชาชนทั่วไปตระหนักถึงความสำคัญและบทบาทของกฎหมายละเมิดที่มีต่อตนเอง หากไปทำละเมิดกับผู้อื่น อาจต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายเป็นจำนวนสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงมีมากขึ้น ก็ย่อมเกรงกลัวต่อการบังคับใช้กฎหมายเพราะนอกจากค่าเสียหายที่แท้จริงแล้ว ยังต้องเสียค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งอาจไม่แน่นอนและยากต่อการคาดเดา ทำให้ความแตกต่างของสถานะการเจรจาต่อรองเรียกค่าเสียหาย (Range of bargaining positions) แคบลง กล่าวคือ ผู้ละเมิดย่อมพึงพาการระงับคดีความนอกศาลเพราะการชำระค่าเสียหายนอกศาลลดความเสี่ยงต่อโอกาสที่อาจต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมาก ส่วนผู้เสียหายย่อมพอใจกับข้อเสนอของผู้ละเมิดมากขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มอำนาจการต่อรองของผู้เสียหายให้สูงขึ้น ผลกระทบที่ตามมาก็คือ คดีความในศาลอาจไม่เพิ่มในอัตราที่มากขึ้นอย่างที่คาดการณ์ไว้ก็เป็นได้ เพราะถ้าคู่ความสามารถเยียวนอกศาลได้ก็คงจะไม่เสียเวลาดำเนินคดีในศาลอย่างแน่นอน

ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วว่า ผลกระทบหนึ่งของการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายละเมิดคือการเพิ่มขึ้นของจำนวนคดีความในชั้นศาลแต่เมื่อมองจากมุมมองของผู้เสียหายและสังคมแล้ว

ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีประโยชน์เพราะเมื่อใดก็ตามที่เกิดการละเมิดขึ้นไม่ว่าจะทำให้เกิดความเสียหายเท่าใด ผู้เสียหายก็มีแรงจูงใจเพียงพอที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายเช่นนี้มีจุดบกพร่องที่สำคัญ นั่นคือ ต้นทุนการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement cost) หมายถึง ค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีในศาล ซึ่งมีไม่เพียงค่าจ้างทนายความหรือค่าใช้จ่ายของโจทก์เท่านั้น แต่หมายถึง ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับระบบการจัดการและดำเนินงานภายในศาล เช่น เงินเดือนผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เงินค่าก่อสร้างและบำรุงรักษาอาคาร เป็นต้น เมื่อกฎหมายสนับสนุนให้มีการฟ้องคดีสำหรับทุกๆมูลละเมิดที่เกิดขึ้นแล้ว ระบบการบังคับใช้กฎหมายก็ต้องรองรับจำนวนคดีความที่เพิ่มขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป

เมื่อจำนวนคดีเพิ่มขึ้น ถ้าศาลมีความประสงค์ให้องค์กรมีขนาดเท่าเดิมเพื่อมิให้ค่าใช้จ่ายในการจัดการองค์กรเพิ่มขึ้น โจทก์จะได้รับผลกระทบโดยตรงเพราะคดีความที่น่าจะเสร็จภายในระยะเวลาไม่กี่เดือนจะถูกเลื่อนออกไป ส่วนคดีความที่มีความซับซ้อนและน่าจะเสร็จช้าอยู่แล้วก็จะยิ่งช้าลงไปอีก ในต่างประเทศมีผู้กล่าวว่า “ความยุติธรรมที่มาช้าเทียบเท่ากับการถูกปฏิเสธความยุติธรรม”(Justice delayed is justice denied) อันหมายถึงว่า ถ้าการเยียวยาไม่ได้มาถึงในเวลาที่เหมาะสมก็มีค่าเท่ากับการมิได้รับการเยียวยาเลย หลักการนี้สนับสนุนการให้ศาลดำเนินคดีอย่างรวดเร็วเพราะการเยียวยาที่ล่าช้าเป็นสิ่งที่ไม่ยุติธรรมสำหรับผู้เสียหายที่ต้องทนทุกข์ทรมาน⁴⁵⁰ ดังนั้น คดีความที่ผู้เสียหายต้องการฟ้องคดีในชั้นศาลอยู่แล้ว(ไม่ว่าระบบกฎหมายจะอนุญาตกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่)จะได้รับผลกระทบ เพราะค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับมีค่าเท่ากับความเสียหายที่แท้จริงแต่ศาลกลับใช้ระยะเวลา นานกว่าเดิมมาก ความยุติธรรมก็คงจะไม่เกิด ประโยชน์อย่างเดียวที่ระบบการบังคับคดีเช่นนี้จะให้ ได้ปรากฏในสถานการณ์ที่ผู้เสียหายจะฟ้องคดีก็ต่อเมื่อผู้เสียหายมีโอกาสได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่านั้น เพราะอย่างน้อยการได้รับค่าเสียหายช้าแต่ก็ยังดีกว่าไม่มีโอกาสได้รับเลย ในอีกมุมมองหนึ่งคือ เมื่อจำนวนคดีเพิ่มขึ้น ภาระของผู้พิพากษาก็ย่อมมากขึ้นไปอีกเพราะผู้พิพากษาหนึ่งท่านต้องรับผิดชอบจำนวนคดีที่มากขึ้น จนถึงจุดหนึ่งก็อาจทำให้ประสิทธิภาพของผู้พิพากษาลดลงและเป็นการเพิ่มความเสี่ยงต่อความผิดพลาดในการบังคับใช้กฎหมายเพิ่มขึ้น (Enforcement Error) ซึ่งคงไม่ใช่สิ่งที่สังคมต้องการ

⁴⁵⁰ Justice delayed is justice denied, at

http://en.wikipedia.org/wiki/Justice_delayed_is_justice_denied (last visited 10 March 2010).

ทางเลือกของศาลที่เหมาะสมที่สุดคือการเพิ่มขนาดขององค์กรศาลให้ใหญ่ขึ้น จำนวนผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ก็ต้องมีมากขึ้น อาคารของศาลก็ต้องเพิ่มมากขึ้น เพื่อให้คดีความที่ถูกฟ้องไม่ค้างในศาลจนใช้ระยะเวลาเวลานานเกินไปในการดำเนินคดี อย่างไรก็ตาม การเพิ่มขนาดขององค์กรย่อมส่งผลโดยตรงต่อการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการบริหารองค์กรอันเป็นส่วนสำคัญของต้นทุนการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Cost) ซึ่งถือได้ว่าเป็นภาระของรัฐประการหนึ่ง ถ้ามีความต้องการบังคับใช้กฎหมายเพิ่มมากขึ้น ต้นทุนการบังคับใช้กฎหมายก็ย่อมเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญเช่นกัน

ผู้เขียนไม่ปฏิเสธข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐควรรับรองสิทธิของประชาชนให้ดีที่สุดไม่ว่าการละเมิดจะทำให้เกิดความเสียหายเพียง 1 บาท ผู้เสียหายก็ควรจะได้รับการสนับสนุนให้ปกป้องสิทธิของตนเอง อย่างไรก็ตาม การรับรองสิทธิของประชาชนมิได้มาโดยปราศจากค่าใช้จ่าย ยกตัวอย่างเช่น ถ้ารัฐสนับสนุนให้ประชาชนทุกคนฟ้องคดีแม้จะได้รับความเสียหายเพียง 1 บาท แต่การวางระบบกฎหมายเช่นนี้ รัฐต้องแบกรับภาระต้นทุนเพิ่มขึ้นอีก 100,000 บาทต่อปี การลงทุนของรัฐในการเพิ่มขนาดองค์กรศาลจะคุ้มต้นทุนที่เสียไปก็ต่อเมื่อมีประชาชนมาฟ้องคดีเท่ากับหรือเกินกว่า 100,000 คดี

จากตัวอย่างแสดงได้ชัดเจนว่า ค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการความยุติธรรมเป็นตัวแปรสำคัญที่มีอาจทำให้ขนาดขององค์กรศาลเพิ่มขึ้นได้สุด เพราะรัฐมีงบประมาณจำกัดไม่อาจแบกรับภาระของระบบยุติธรรมที่สมบูรณ์แบบได้ ถึงแม้ศาลมีแหล่งรายได้อีกทางหนึ่ง นั่นคือ การเพิ่มค่าธรรมเนียมศาลต่อคดีให้มากขึ้นเพื่อนำมาชดเชยกับต้นทุนการบริหารองค์กรที่สูงขึ้น แต่ทางเลือกนี้อาจทำให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงขึ้นได้ ผู้เขียนขออธิบายโดยใช้หลักการของกลไกตลาดที่มีจุดตัดของเส้นระดับอุปสงค์และอุปทานเป็นดุลยภาพของตลาดแล้ว การเพิ่มขึ้นของค่าธรรมเนียมศาลอันเป็นต้นทุนประการหนึ่งในการฟ้องคดีก็จะทำให้เส้นระดับของอุปทานขยับไปทางขวาและทำให้จุดดุลยภาพอยู่ต่ำลง หมายถึงว่าค่าธรรมเนียมศาลที่เพิ่มขึ้นจะทำให้ความต้องการในการฟ้องคดีของผู้เสียหายน้อยลง จำนวนการฟ้องคดีส่วนที่ลดลงนี้เองอาจเป็นปัญหาได้เพราะแสดงว่าสิทธิเรียกร้องทางที่ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีในระบบกฎหมายที่ไม่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่กลับไม่อาจฟ้องคดีในระบบกฎหมายที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะมีค่าธรรมเนียมศาลที่สูงขึ้นเป็นอุปสรรค

จ) ผู้เสียหายใช้กฎหมายละเมิดในทางมิชอบ

ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจส่งผลเสียบิดเบือนพฤติกรรมของประชาชนเพราะผู้เสียหายที่ต้องการรับเงินลาภลอยจำนวนมากศาลอาจจงใจเพิ่มโอกาสให้ตนเองได้รับความเสียหายง่ายขึ้น โดยปกติแล้ว

วิธีการทางหนึ่งที่ถูกหมายพียงประสงค์คือการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีเพื่อตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขในธุรกรรม เพราะความยินยอมนี้เองที่ทำให้การจัดสรรของสิทธิและทรัพย์สินนำไปสู่ประโยชน์อันสูงสุด แต่ถ้ามีผู้ที่คำนวณแล้วเห็นว่าหากมีการละเมิดเกิดขึ้นต่อทรัพย์สินของตนเองแล้วนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษจะทำให้ได้รับประโยชน์หรือกำไรที่มากกว่า เจ้าของทรัพย์สินก็อาจตั้งใจทำให้ตนเองเสี่ยงต่อการถูกละเมิดมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น หากเป็นผู้ใช้ถนนเดินในซอยแคบๆ ที่มีรถผ่านจำนวนมาก ผู้ใช้ถนนก็อาจตั้งใจลดระดับความระมัดระวังในการใช้ถนนลงเพื่อให้รถยนต์ที่ขับผ่านมีโอกาสเฉี่ยวชนได้มากขึ้น ถ้ามีอุบัติเหตุเกิดขึ้น ผู้เสียหายจะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายจำนวนสูงและผู้ขับขี่รถยนต์ต้องยอมรับผิดเพราะไม่ต้องการให้คดีขึ้นสู่ศาลเนื่องจากผู้ขับขี่อาจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเป็นจำนวนสูงขึ้นกว่าเดิม ตัวอย่างข้างต้นแสดงถึงปัญหาของการใช้สิทธิในทางที่ไม่สุจริตทำให้ผู้ขับขี่ยิ่งต้องใช้ระดับความระมัดระวังที่มากขึ้น และมากกว่ามาตรฐานที่กฎหมายละเมิดต้องการให้ผู้ขับขี่ระมัดระวังเสียอีกจนผู้ขับขี่อาจตัดสินใจลดจำนวนครั้งของขับขี่ลงเพื่อลดความเสี่ยงของตนเองต่ออุบัติเหตุเช่นนั้น ดังนั้น กฎหมายเช่นนี้จึงให้ผลลัพธ์ที่ไม่พึงประสงค์เพราะบิดเบือนพฤติกรรมของประชาชนในการดำเนินชีวิต

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยวางหลักการแก้ไขนี้ไว้แล้วในมาตรา 442 ซึ่งกล่าวถึงการละเมิดที่เกิดจากการประมาทเลินเล่อโดยผู้เสียหายก็มีส่วนผิดอยู่แล้วด้วย (Contributory Negligence) ถ้าศาลพบว่า การละเมิดไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ละเมิดเสียทีเดียว แต่ผู้เสียหายก็มีส่วนผิดอยู่ด้วย เช่น ไม่ได้ใช้ระดับความระมัดระวังที่เหมาะสมเอง ไม่ได้บรรเทาความเสียหายที่ตนเองน่าจะทำได้ง่าย ศาลก็จะต้องกำหนดค่าเสียหายโดยอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาท โดยพิจารณาว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร⁴⁵¹ ดังนั้น เมื่อศาลจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรนำข้อกฎหมายนี้ไปพิจารณาดูด้วยเช่นกันเพื่อให้หลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษถูกนำไปใช้ไปในทางที่ผิด เพราะหากผู้เสียหายยินยอมให้ตนเองเสี่ยงต่อการถูกละเมิดมากขึ้นจะบั่นทอนระบบกฎหมายที่ต้องการปกป้องสิทธิและทรัพย์สินเอกชน แต่มาตรา 442 อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติได้เพราะจำเลยต้องแบกรับภาระการพิสูจน์ว่าโจทก์ก็มีส่วนผิดอยู่ด้วยซึ่งอาจทำให้การแก้ไขปัญหามาตรา 442 ไม่สมบูรณ์แบบ

⁴⁵¹ มาตรา 442 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข) ช่องทางให้ทุนความหาประโยชน์จากคดีความ

ผลกระทบนี้เป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากจำนวนคดีความในศาลที่มากขึ้น โดยผู้ได้รับผลประโยชน์ก็คือ นักกฎหมายนั่นเอง กล่าวคือ ความต้องการหรืออุปสงค์ของทนายความในตลาดย่อมมีมากขึ้น ไม่ว่าทั้งฝ่ายผู้เสียหายและฝ่ายผู้ทำละเมิดเอง ในกรณีที่สมบูรณ์แบบที่สุดที่อาจเกิดขึ้นคือผู้เสียหายทุกคนจะจ้างทนายความเพื่อดำเนินคดีหรือระงับคดีนอกศาลและผู้ละเมิดทุกคนก็จะปฏิบัติเช่นเดียวกัน ส่วนศาลจะต้องทำงานมากขึ้นหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับบทบาทของทนายความกับการระงับคดีความนอกศาล แต่สิ่งที่แน่นอนที่สุดคือ ทนายความย่อมได้รับประโยชน์เกือบทั้งหมด

ประเด็นที่ควรพิจารณา คือ การโอนถ่ายความมั่งคั่ง (Transfer of wealth) จะเกิดขึ้นอย่างไร ทนายความจำเลยย่อมรับค่าจ้างจากจำเลยทั้งหมด ส่วนทนายความโจทก์ได้รับค่าจ้างจากใครแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ ในคดีที่โจทก์แพ้ ทนายความโจทก์ก็จะได้รับเงินจากโจทก์เต็มจำนวน แต่ถ้าโจทก์ชนะ ทนายความโจทก์ก็จะได้รับเงินส่วนใหญ่จากโจทก์ และส่วนที่เหลือจากจำเลยตามค่าทนายความตามตารางท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ไม่เกินร้อยละ 3 หรือ 5 ตามแต่ว่าคดีสิ้นสุดที่ชั้นศาลไหน) หมายความว่า ถ้าโจทก์แพ้คดี โจทก์และจำเลยเสียค่าจ้างทนายความเท่ากัน⁴⁵² แต่ถ้าโจทก์ชนะคดี โจทก์จะเสียค่าทนายความน้อยกว่าจำเลยเพราะจำเลยต้องจ่ายค่าทนายความให้โจทก์ส่วนหนึ่ง ดังนั้นหากวิเคราะห์เช่นนี้อาจดูเสมือนว่า ทนายความได้รับการโอนถ่ายความมั่งคั่งจากคู่ความ โดยจะได้รับจากจำเลยมากกว่าเล็กน้อยนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ถ้าจำเลยแพ้คดีความจำเลยต้องชำระค่าเสียหายที่แท้จริง ค่าเสียหายเชิงลงโทษ และค่าทนายความให้โจทก์ แล้วโจทก์จึงจะนำเงินก้อนนี้ไปชำระค่าทนายความ แล้วจึงเก็บส่วนที่เหลือไว้เพื่อเยียวยาความเสียหายของตนเองอย่างแท้จริง การโอนถ่ายความมั่งคั่งจึงเริ่มจากจำเลยไปที่โจทก์ และทนายความของโจทก์ในท้ายที่สุด แต่ถ้าโจทก์แพ้คดี การโอนถ่ายความมั่งคั่งจึงเหมือนเดิม กล่าวคือ จากโจทก์ไปที่ทนายโจทก์และจากจำเลยไปที่ทนายจำเลย

ปัญหาเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์จึงเกิดขึ้นเพราะว่า โดยจริยธรรมแล้วถ้าผู้เสียหายที่มาปรึกษากับทนายความ และทนายความประเมินรูปคดีแล้วเห็นว่าโอกาสชนะและแพ้มีเท่ากัน ทนายความผู้รับผิดชอบก็อาจมีแรงจูงใจในการฟ้องคดีไม่สูงนัก แต่ทนายความก็เป็นบุคคลธรรมดาคนหนึ่งที่ต้องการจะเพิ่มความมั่งคั่งให้ตนเองมากที่สุด (Maximize wealth) การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจทำให้ทนายความสามารถเรียกค่าจ้างทนายความสูงขึ้นอันทำให้เกิดปัญหา ความขัดแย้งของ

⁴⁵² ภายใต้สมมติฐานว่า อัตราค่าจ้างทนายความเท่ากัน เพื่อให้การวิเคราะห์ง่ายขึ้น

ผลประโยชน์ (Conflict of interest) ที่มีความเข้มข้นมากขึ้นได้⁴⁵³ เมื่อคดีสามารถให้ผลประโยชน์กับ ทนายความมากขึ้น ทนายความย่อมมีมูลเหตุจูงใจทำคดีมากขึ้น ไม่ว่าจะรูปคดีจะหมิ่นเหม่ไปในทาง เสียเปรียบมากกว่า ทั้งๆที่ ถ้ารูปคดีเสียเปรียบผู้เสียหายก็คงไม่ต้องการฟ้องคดีเพราะทำให้สถานะของตน แยกไปอีก(เสียค่าจ้างทนายความ แต่ไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนเพราะไม่ชนะคดี) แต่ทนายความ ได้ค่าจ้างเพราะค่าจ้างทนายไม่ได้ขึ้นอยู่กับผลแห่งคดี ดังนั้น ทนายความจึงอาจปิดบังหรือให้ข้อมูลที่ไม่ ถูกต้องกับลูกความเพื่อให้ลูกความตัดสินใจฟ้องคดี

ปัญหานี้จึงเป็นจุดบกพร่องสำคัญประการหนึ่งของการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเปรียบได้กับ การเพิ่มวงเงินในการพนันที่มีความเสี่ยงสูงขึ้น กล่าวคือ แทนที่ความเสี่ยงของผู้เสียหายในการฟ้องคดี จะมีค่าเท่าเดิมแต่ให้ผลตอบแทนแก่ผู้เสียหายมากขึ้น แต่ปัญหาของการขัดกันผลประโยชน์ของ ทนายความต่อลูกความจะทำให้ความเสี่ยงในการฟ้องคดีมีมากขึ้นตามไปด้วย(เพราะทนายความอยาก ฟ้องคดีแม้คดีมีโอกาสน้อย)

วิธีการแก้ไขขั้นพื้นฐาน คือ กฎหมายไทยไม่ควรอนุญาตให้ทนายความเรียกค่าจ้างโดยขึ้นอยู่กับ จำนวนค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ได้รับหากคดีชนะซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหานี้อยู่ในระดับหนึ่งแล้ว แต่ที่ปฏิเสธไม่ได้ว่า ถ้ากฎหมายยอมรับหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ผู้เสียหายก็อาจคาดหมายถึง ค่าเสียหายที่มากกว่าเดิมได้ ทนายความจึงเรียกค่าจ้างทนายความเป็นเงินจำนวนสูงขึ้นกว่าเดิม

ทางแก้ที่สอง คือ กฎหมายต้องมีมาตรฐานขั้นต่ำของการกระทำที่ทำให้ศาลมีอำนาจกำหนด ค่าเสียหายเชิงลงโทษ อันได้แก่ การละเมิดที่มีเจตนามุ่งร้าย หรือประมาทเลินเล่อไม่นำพาต่อความ เสียหายที่เกิดแก่สิทธิของผู้อื่น ยิ่งกฎหมายทำให้มาตรฐานนี้รัดกุมและชัดเจนมากขึ้นเท่าไร ก็จะทำให้มี จำนวนคดีที่เข้าข่ายที่ศาลจะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้น้อยลง แสดงว่ามีคดีละเมิดบางประเภทเท่านั้น ที่มีโอกาสได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ แม้จะไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาการขัดกันของผลประโยชน์ โดยตรง แต่ก็เป็นการจำกัดขอบเขตของคดีที่ทนายความจะเรียกค่าจ้างเป็นจำนวนมากขึ้นได้ และเมื่อมี การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไปได้ช่วงระยะเวลาหนึ่ง ก็จะมีแนวคำพิพากษาของศาลไทยออกมา จำนวนหนึ่งจนทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นว่า การละเมิดแบบใดที่ศาลไทยจะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ผู้เสียหายเองและทนายความสามารถคาดการณ์ได้ง่ายยิ่งขึ้นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผู้เสียหายมีโอกา สได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษแค่ไหน และเป็นจำนวนเท่าใด

⁴⁵³ แม้ภายใต้กฎหมายไทยจะไม่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ก็ปรากฏปัญหานี้ก็อยู่แล้ว เพียงแต่จะมีความ เข้มเข้นน้อยกว่ากฎหมายที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ทางแก้ที่สามมีไดู้่ภายในกฎหมายละเมิดแต่ขึ้นอยู่กับการควบคุมมรรยาทนายความในประเทศไทยว่ามีความแข็งแกร่งในทางปฏิบัติเท่าไหน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มาตรฐานการประกอบวิชาชีพที่สูงขึ้นย่อมเป็นทางแก้ไขปัญหานี้ได้ดีที่สุด

ณ) ระดับราคาสินค้าและบริการ

มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทยผ่านกฎหมายละเมิดอาจทำให้ ภาคธุรกิจต้องทำประกันภัยความรับผิดให้ครอบคลุมถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งอันจะทำให้ราคาสินค้าและบริการสูงขึ้น⁴⁵⁴ แต่ผู้เขียนตั้งข้อสงสัยไว้ว่า กฎหมายละเมิดใหม่นี้จะมีผลกระทบต่อราคาสินค้าและบริการเพียงใด

เนื่องจากพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคซึ่งได้มีการประกาศใช้และมีผลบังคับเป็นที่เรียบร้อยแล้วจะมีบทบาทสำคัญต่อระดับราคาสินค้าและบริการของภาคธุรกิจมากกว่าเพราะเป็นกฎหมายเฉพาะที่ปรับใช้เพื่อเอาผิดแก่ผู้ประกอบการธุรกิจโดยตรง พระราชบัญญัติทั้งสองก็อนุญาตให้ปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่เกิน 2 เท่าหรือ 5 เท่าของความเสียหายที่แท้จริงตามแต่กรณี ในเมื่อกฎหมายเฉพาะทั้งสองได้กำหนดความรับผิดเพิ่มเติมของผู้ประกอบธุรกิจไปแล้วสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างภาคธุรกิจกับผู้บริโภคสินค้าและบริการ กฎหมายละเมิดที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนใกล้เคียงกันหรือเท่ากันก็ไม่น่าจะสร้างผลกระทบเพิ่มเติมอย่างมีนัยสำคัญอีกแล้วต่อภาคธุรกิจที่จะต้องแบกรับความเสี่ยงในความรับผิดที่มากขึ้น

ข้อแตกต่างสำคัญระหว่างกฎหมายเฉพาะทั้งสองและกฎหมายละเมิดอันเป็นบททั่วไป คือกฎหมายเฉพาะทั้งสองจำกัดเพียงแก่ผู้ประกอบการธุรกิจเท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสินค้า ส่วนกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีข้อจำกัดนี้ จึงอาจมีการใช้กฎหมายละเมิดในความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ นอกจากผู้บริโภคได้อีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจปล่อยมลพิษสู่อากาศทำให้หมู่บ้านที่อยู่ปลายลมได้รับความเสียหายถือว่าอยู่นอกเหนือกฎหมายพิเศษทั้งสองฉบับ เพราะมิใช่คดีที่เกิดจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ (ไม่ใช่คดีผู้บริโภค) หรือคดีที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ตามแต่กรณี ดังนั้น ถ้าผู้เสียหายที่ต้องการฟ้องคดีก็ต้องกลับไปใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นบทละเมิดทั่วไปบังคับใช้

⁴⁵⁴ ปริญญาวัน ชมเสวก, อ้างในเชิงอรรถที่ 372 หน้า 120.

ในกรณีเช่นนี้ เมื่อกฎหมายละเมิดเข้ามาเสริมบทบาทให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์อันนอกเหนือจากตนเองและผู้บริโภคหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าเองแล้ว ก็ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องสนใจกับขั้นตอนการประกอบกิจการก่อนที่จะได้ผลผลิตสุดท้ายด้วยว่าทำให้เกิดผลกระทบกับบุคคลภายนอกอีกหรือไม่ แม้ว่าจะมิใช่การกระทำที่ประกอบไปด้วยเจตนามุ่งร้าย แต่ก็อาจเข้าข่ายการไม่นำพาดพิงสิทธิของผู้อื่นที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ในประเด็นนี้เองที่ถือว่าเป็นต้นทุนประการหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแบกรับภาระ และทำให้ผู้ประกอบธุรกิจผลักราคาที่ผู้บริโภค โดยการเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการให้สูงขึ้นนั่นเอง

สรุปได้ว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในกฎหมายละเมิดทั่วไปย่อมทำให้ระดับราคาสินค้าและบริการเพิ่มสูงขึ้นอย่างแน่นอน แต่ก็อาจไม่สูงมากเท่าที่คาดการณ์ไว้เพราะระดับราคาที่สูงขึ้นบางส่วนสะท้อนความรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องไปแล้ว

๓) การป้องปรามส่วนเพิ่ม (Marginal deterrence)

ค่าเสียหายเชิงลงโทษเข้ามาทดแทนข้อบกพร่องของกฎหมายอาญาที่มิอาจเอาผิดกับผู้กระทำ ความผิดได้ทั้งหมด แต่ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้เองก็ส่งผลเสียต่อกฎหมายอาญาเช่นกัน

พึงสังเกตว่ากฎหมายอาญากำหนดบทลงโทษแตกต่างกันสำหรับความผิดที่แตกต่างกัน เนื่องจากความแตกต่างกันนี้เองจะทำให้เกิดการป้องปรามส่วนต่างได้ (Marginal Deterrence) ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์มีโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 10,000 บาทถึง 20,000 บาท แต่ถ้าการชิงทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 20,000 บาทถึง 40,000 บาท การป้องปรามส่วนเพิ่ม หมายถึง บทลงโทษที่แตกต่างกันของความผิดที่มีระดับความร้ายแรงไม่เท่ากัน เพราะความรับผิดชอบในกรณีชิงทรัพย์จนมีผู้ได้รับอันตรายจะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักกว่าการชิงทรัพย์ธรรมดา โทษที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวจึงเป็นการป้องปรามส่วนเพิ่มเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดทำร้ายเจ้าของทรัพย์ มิฉะนั้นแล้วโทษจะเพิ่มขึ้นมาอีกเท่าตัวเลยทีเดียว แต่ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีค่าสูงจนถึงระดับที่ทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษบวกกับโทษทางอาญาของการชิงทรัพย์ตามปกติ แล้วมีค่าเท่ากับโทษของการชิงทรัพย์ที่ทำให้เจ้าของทรัพย์เสียชีวิต ก็เท่ากับว่า กฎหมายสร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้กระทำความผิดในการทำร้ายเจ้าของทรัพย์เพิ่มเติมจากการชิงทรัพย์ธรรมดาด้วย เพราะการทำร้ายเจ้าของทรัพย์ด้วยจะทำให้การชิงทรัพย์เป็นไปได้โดยสะดวกขึ้น ทำให้โอกาสหลบหนีจากการถูกจับกุมตัวน้อยลง และถึงแม้จะถูกจับ

แต่เจ้าของทรัพย์สินก็อาจจะระบุตัวผู้กระทำความผิดได้ยากขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อลงโทษเพิ่มเติมจากโทษตามกฎหมายอาญาจะลดการป้องปรามส่วนเพิ่มลง จนทำให้ระบบโครงสร้างของแรงจูงใจในกฎหมายอาญาผิดไปจากปกติ

4.3 ความเหมาะสมของกฎหมายแพ่งปัจจุบัน

ในบทก่อนนี้ผู้เขียนให้เหตุผลเพื่อปฏิเสธการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาไว้ในกฎหมายละเมิดของไทย ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ระบบกฎหมายละเมิดของไทยในปัจจุบันที่มีได้ให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายที่เกินไปกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงมีความสมควรดีแล้ว ส่วนวัตถุประสงค์ในการป้องปรามและการลงโทษก็ควรจะปล่อยให้ทำหน้าที่ของระบบกฎหมายอาญา มิฉะนั้นแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะแบ่งแยกกฎหมายแพ่งกับอาญาออกจากกันเพื่อเหตุใด ผู้เขียนเห็นว่า สิ่งที่สำคัญที่สุดของระบบกฎหมายคือ ความชัดเจนของข้อกฎหมาย บุคคลใดมีความรับผิดชอบเท่าใดสำหรับการกระทำของตนเอง บุคคลเช่นนี้ก็จะควรจะสามารถคาดการณ์ได้อย่างชัดเจนก่อนการลงมือกระทำ ในเมื่อหลักกฎหมายละเมิดซึ่งอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถูกบังคับใช้มาเป็นระยะเวลาอันพอสมควร มีคำพิพากษากฎีกาจำนวนมากที่ให้ความกระจ่างยิ่งขึ้นต่อการตีความข้อกฎหมายละเมิด ทำให้กฎหมายละเมิดของไทย ณ ปัจจุบัน ค่อนข้างชัดเจนและง่ายต่อการประเมิน โอกาสที่จะชนะคดีซึ่งถือว่าเป็นผลดีต่อฝ่ายผู้เสียหายเป็นอย่างยิ่ง ประเด็นปัญหาสำคัญของกฎหมายละเมิดจึงอยู่ที่การกำหนดค่าเสียหายในคดีเสียหายมากกว่า เพราะผู้เสียหายย่อมมีค่าขอค่าเสียหายมากกว่าความเป็นจริง และศาลก็มีหน้าที่ให้ความยุติธรรมแก่คู่ความโดยกำหนดค่าเสียหายที่ถูกต้องและเหมาะสมต่อทั้งทางฝ่ายผู้เสียหายและผู้ทำละเมิด แม้จะเคยมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้น่าจะต่ำกว่าความเป็นจริง แต่การแก้ไขปัญหานี้ด้วยการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ก็มีใช้วิธีการที่ถูกต้องเพราะการเพิ่มองค์ความรู้แก่ผู้พิพากษาเพื่อให้มีความสามารถเพียงพอในการกำหนดค่าเสียหายโดยอ้างอิงกับหลักเศรษฐศาสตร์น่าจะเป็นคำตอบที่ดีกว่า

โดยผู้เขียนเห็นว่า แม้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะไม่เหมาะสมกับกฎหมายละเมิดทั่วไป แต่เห็นได้ชัดว่าหลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษมีประโยชน์อย่างมหาศาลต่อพัฒนาการกฎหมายของประเทศในระบบลายลักษณ์อักษร ถ้าจะมีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้จริง ก็ควรมีอยู่ในกฎหมายพิเศษและเป็นกฎหมายใหม่ เพราะการจะนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้ก็ต้องมีการศึกษาผลกระทบตั้งแต่ขั้นตอนการร่างกฎหมายเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่พบ

ในกฎหมายพิเศษทั้ง 3 ฉบับอันได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 จึงมีความเหมาะสมดีแล้ว

พึงสังเกตว่า มูลเหตุที่ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในกฎหมายทั้ง 3 ฉบับส่วนใหญ่จะเป็นมูลละเมิดทั้งสิ้น ซึ่งแม้ระบบกฎหมายไทยจะมีหลักกฎหมายละเมิดอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว แต่การออกมาของกฎหมายพิเศษก็เป็นเหตุผลของตัวมันเองแล้วว่า กฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่สามารถจะจัดการกับปัญหาในรูปแบบใหม่ได้อย่างเหมาะสม

ข้อสังเกตต่อมาเกี่ยวข้องกับบุคคลผู้ที่อาจต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษมีความแตกต่าง เพราะในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ให้บุคคลที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายคือ ผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น ส่วนในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ให้บุคคลที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายคือ ผู้ประกอบการ ส่วนพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มิได้เจาะจงกลุ่มบุคคลที่อยู่ในขอบเขต จึงสรุปได้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่พบในกฎหมายพิเศษมุ่งเอาผิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการกับผู้เสียหายเป็นส่วนใหญ่ อาจเป็นเพราะความแตกต่างทางด้านฐานะในการต่อรองก็เป็นได้ ส่วนบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีได้ประกอบธุรกิจก็ให้มีการใช้กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาตามปกติ

ประเทศที่เป็นต้นแบบของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันก็มิได้ยอมรับหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติในระบบกฎหมายละเมิดทั่วไปเช่นกัน แม้ในประเทศฝรั่งเศสจะมีความพยายามที่ใกล้เคียงที่สุดแล้วแต่สุดท้ายก็ไม่ได้รับการยอมรับจากฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยซึ่งนำระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาจากทั้ง 2 ประเทศนี้ก็ไม่ควรจะก้าวข้ามพัฒนาการของระบบกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นต้นแบบ ระบบกฎหมายไทยที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเฉพาะในกฎหมายพิเศษโดยเจาะจงไปเฉพาะผู้ประกอบการเท่านั้น ส่วนการป้องปรามหรือการลงโทษสำหรับบุคคลธรรมดา ก็ให้เป็นหน้าที่ของกฎหมายอาญาเท่านั้นก็น่าจะเพียงพอแล้ว

บทที่ 5

บทสรุป วิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

5.1 สรุปและวิเคราะห์

ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นค่าปรับทางเอกชนที่ถูกกำหนดเพื่อลงโทษการกระทำที่น่าถูกลงโทษ และป้องปรามการกระทำความคิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นค่าเสียหายที่นอกเหนือจากค่าเสียหายที่มุ่งชดเชยตามปกติ ปกติแล้วศาลในประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยประเมินถึง ความรุนแรงของค่าเสียหายและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น พฤติกรรมของจำเลยที่สังคมไม่ยอมรับ โอกาสที่จำเลยอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ฐานะทางการเงินของจำเลย ผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ ทดแทนค่าใช้จ่ายที่โจทก์เสียไปในการดำเนินคดี และความรับผิดชอบทางแพ่งจากการกระทำความคิดเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ศาลกลับถูกวิจารณ์พอสมควรถึงความเหมาะสมในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษในบางคดีมีจำนวนสูงมากอย่างไม่สมเหตุสมผล จึงมีความพยายามในการปฏิรูปกฎหมายละเมิดเพื่อลดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษลง เช่น การกำหนดเพดานขึ้นสูงและความสัมพันธ์กันค่าเสียหายที่แท้จริง เป็นต้น แต่งานวิจัยเชิงประจักษ์หลายชิ้นแสดงให้เห็นว่า มีจำนวนคดีละเมิดเพียงไม่กี่คดีเท่านั้นที่ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษ และในกลุ่มคดีเหล่านี้ก็มีค่ามาตรฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่สูงเกินไปเลย มีคดีที่ได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษประมาณ 1 ใน 3 เท่านั้นที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริง และในคดีที่ค่าเสียหายแท้จริงต่ำ ทั้งค่าเฉลี่ยและค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายแท้จริงมีค่าสูงมาก แสดงถึงการกระจายของกลุ่มค่าเสียหายทำให้เกิดความยากจนแทบจะเป็นไปไม่ได้ในการคาดเดาถึงจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษหากมีคดีความเกิดขึ้น ส่วนในคดีที่มีค่าเสียหายแท้จริงสูง จำนวนค่าเฉลี่ยและค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายแท้จริงกลับมีค่าค่อนข้างต่ำซึ่งแสดงถึงความแน่นอนและทำให้ง่ายต่อการคาดเดาค่าเสียหายเชิงลงโทษหากมีคดีความเกิดขึ้น

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ ประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และ ญี่ปุ่น ไม่ยอมรับค่าเสียหายเชิงลงโทษในกฎหมายละเมิดบททั่วไปอย่างเป็นทางการ แม้จะมีคำพิพากษา

บางประเภทกล่าวถึง วัตถุประสงค์แห่งการป้อนปรัมเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหาย หรือมีกฎหมายพิเศษ เช่น กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เปิดช่องให้มีการคำนวณ โดยยึดถือกำไรที่จำเลยได้รับเป็นค่าเสียหายได้ แต่ในคดีที่ถูกร้องขอให้บังคับค่าเสียหายเชิงลงโทษตามคำพิพากษาต่างประเทศแล้ว ศาลกลับไม่ยอมรับค่าเสียหายประเภทนี้เป็นความรับผิดชอบทางแพ่ง จึงถือได้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษยังไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการในกฎหมายละเมิดที่เป็นบททั่วไป

สำหรับประเทศไทยแล้ว แม้จะมีคำพิพากษาฎีกาในอดีตที่อาจตีความได้ว่าเป็นค่าเสียหายที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นเชิงอย่างหรือเพื่อลงโทษจำเลย แต่ในคำพิพากษาฎีกาสมัยใหม่ ประกอบกับนักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่า กฎหมายละเมิดมิได้ให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายที่เกินไปกว่าค่าเสียหายเพื่อการเยียวยา ส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษในปัจจุบันปรากฏอยู่ในเฉพาะกฎหมายพิเศษ 3 ฉบับที่เพิ่งมีผลบังคับใช้ได้ไม่นานเท่านั้น

ผู้เขียนได้นำเสนอทางเลือก 2 ทางสำหรับการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ในกฎหมายไทย โดยทางเลือกที่ 1 เห็นว่า หลักการชดเชยตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะป้อนปรัมพฤติกรรมที่สังคมไม่พึงประสงค์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างเหมาะสม จึงควรขยายบทบาทและหน้าที่ของกฎหมายละเมิดเพื่อให้ป้อนปรัมและลงโทษผู้ละเมิดได้ด้วย แต่มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เดิมยังไม่เหมาะสมเพราะมาตราดังกล่าวถูกสร้างขึ้นเพื่อสะท้อนแนวคิดการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเท่านั้น ผู้เขียนจึงนำแนวทางจากบทบัญญัติงานวิจัย และคำพิพากษาที่สำคัญของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจำนวนมาก มาเป็นแนวทางเพื่อนำเสนอร่างใหม่ของมาตรา 438 อันเป็นแม่บทที่ให้อำนาจศาลกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิด หลักการสำคัญมีอยู่ว่า ไม่ควรนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้กับคดีละเมิดทุกกรณี แต่ควรจะนำมาใช้กับการละเมิดบางประเภทเท่านั้น อันได้แก่ การละเมิดที่มุ่งร้าย และการประมาทเลินเล่อไม่แยแสต่อสิทธิของผู้อื่น

มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ละเมิดได้ทำละเมิด โดยจงใจอย่างมุ่งร้าย มีเจตนาทุจริต หรือกระทำโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่นเลย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการ

ลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับและอาจได้รับ การละเมิดที่ควรได้รับการดำเนินคดี ผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ โอกาสหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ฐานะทางการเงินของผู้ละเมิด ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน การที่ผู้ละเมิดได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย และบทบังคับทางแพ่งที่ถูกปรับใช้หรืออาจถูกปรับใช้สำหรับการกระทำเดียวกัน

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคสาม ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด”

ส่วนทางเลือกที่ 2 เห็นว่า แม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นต้นแบบของค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ยังอยู่ในภาวะซังก้างงเพราะได้ถูกปฏิรูประบบค่าเสียหายเป็นอย่างมาก ส่วนประเทศระบบลายลักษณ์อักษรก็อยู่ในภาวะลังเลที่จะรับค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบรรจุในกฎหมายละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศฝรั่งเศสที่มีโครงการพยายามนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายละเมิดทั่วไปแต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จในท้ายที่สุด ผู้เขียนจึง ได้อ้างเหตุผลทั้งเป็นข้อโต้แย้งเชิงทฤษฎี เช่น การแบ่งแยกกันของกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ความแตกต่างของวิธีพิจารณาเกณฑ์พยานและหลักฐาน เป็นต้น และข้อโต้แย้งเชิงปฏิบัติ เช่น ในคดีที่มีผู้เสียหายจำนวนมากค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจส่งผลให้ผู้เสียหายรายย่อยแย่งกันมาฟ้องคดีให้เร็วที่สุด ในกรณีของค่าทนายความนั้นระบบกฎหมายของไทยก็มีกลไกช่วยเหลือให้ผู้เสียหายอยู่แล้ว ค่าเสียหายเชิงลงโทษยังอาจเพิ่มจำนวนคดีความในชั้นศาลซึ่งส่งผลเพิ่มต้นทุนการบังคับใช้กฎหมายอย่างต่อเนื่อง ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจเป็นช่องทางให้ผู้เสียหายหาประโยชน์จากกฎหมายโดยมิชอบ และยังเป็นช่องทางให้ทนายความหาประโยชน์จากคดีความ และส่งผลบิดเบือนระบบโครงสร้างแรงจูงใจของกฎหมายอาญาอีกด้วย

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ไม่ว่าจะตีความเนื้อความในมาตรา 438 ของกฎหมายละเมิดทั่วไปให้กว้างขึ้นหรือการแก้ไขมาตราดังกล่าวให้รวมถึงหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างชัดเจน แต่กลับไม่เหมาะสมที่จะนำหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ในมาตราดังกล่าวเพราะอาจทำให้เกิดปัญหาทั้งในเชิงทฤษฎีและเชิงปฏิบัติอยู่หลายประการ มาตรา 438 ถูกร่างมาเพื่อวัตถุประสงค์แห่งการเยียวยาความเสียหายเท่านั้น ส่วนวัตถุประสงค์ในการป้องปรามและการลงโทษก็ควรจะต้องปล่อยให้ เป็นหน้าที่ของระบบกฎหมายอาญา มิฉะนั้นแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะแบ่งแยกกฎหมายแพ่งกับอาญาออกจาก

กันเพื่อเหตุใด แม้จะเคยมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้น่าจะต่ำกว่าความเป็นจริง แต่การแก้ไขปัญหานี้ด้วยการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ก็มีวิธีการที่ถูกต้องเพราะการเพิ่มองค์ความรู้แก่ผู้พิพากษาเพื่อให้มีความสามารถเพียงพอในการกำหนดค่าเสียหายโดยอ้างอิงกับหลักเศรษฐศาสตร์น่าจะเป็นทางเลือกที่ดีกว่า

โดยผู้เขียนเห็นว่า แม้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะไม่เหมาะสมกับกฎหมายละเมิดทั่วไป แต่เห็นได้ชัดว่าหลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษมีประโยชน์อย่างมหาศาลต่อพัฒนาการกฎหมายของประเทศในระบบลายลักษณ์อักษร ถ้าจะมีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้จริง ก็ควรมีอยู่ในกฎหมายพิเศษและเป็นกฎหมายใหม่ เพราะการจะนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับใช้ก็ต้องมีการศึกษาผลกระทบตั้งแต่ขั้นตอนการร่างกฎหมายเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่พบในกฎหมายพิเศษทั้ง 3 ฉบับอันได้แก่ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 จึงมีความเหมาะสมดีแล้ว นอกจากนี้ยังอาจมี กฎหมายบางประเภทที่ควรได้รับการบัญญัติหรือแก้ไขเพื่อเพิ่มค่าเสียหายเชิงลงโทษไปอีกด้วย เช่น กฎหมายอันเกี่ยวกับการถือใบอนุญาตไปทำงานในต่างประเทศ กฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

(1) ด้วยข้อโต้แย้งเชิงทฤษฎีและเชิงปฏิบัติ ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายควรนำหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษรวมในกฎหมายพิเศษเฉพาะกรณีไป น่าจะเหมาะสมมากกว่าการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บังคับใช้มานานแล้ว

(2) ศาลไม่ควรตีความมาตรา 438 ให้ขยายความรวมไปถึงค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษผู้ละเมิด เพราะมาตรา 438 มีวัตถุประสงค์เพียงการเยียวยาผู้เสียหายเท่านั้น หากผู้เสียหายพิสูจน์ไม่ได้ก็ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งต้องไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริง

(3) ในการคำนวณค่าเสียหายเพื่อให้เหมาะสมแก่คดี ก็ควรมีการเพิ่มองค์ความรู้แก่ผู้พิพากษาเพื่อให้มีความสามารถเพียงพอในการกำหนดค่าเสียหายโดยอ้างอิงกับหลักเศรษฐศาสตร์น่าจะเป็น

ทางเลือกที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับค่าสินไหมทดแทนเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะหลักการทางเศรษฐศาสตร์จะทำให้ผู้เสียหายได้รับค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง มิใช่จำนวนค่าเสียหายที่ศาลหยิบยกมาโดยอ้างว่าเพื่อให้คู่ความพอใจแต่กลับไม่มีหลักการอ้างอิง

(4) ในอนาคตควรพิจารณาการนำค่าเสียหายในเชิงลงโทษไปใช้ในกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับ การลงโทษผู้บริหารบริษัทจัดหาคนงานไปทำงานต่างประเทศที่ซื้อ โกงคนงาน และการลงโทษผู้บริหารองค์กรธุรกิจที่กระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมด้วย

บรรณานุกรม

ภาษาอังกฤษ

Amelia J. Toy, Statutory Punitive Damage Caps and the Profit Motive: An Economic Perspective, 40 Emory L.J. 303 (1991).

Berton Spence, Punitive Damage in Alabama After BMW v. Gore : Are Outcome Anymore Predictable?, 59 Ala. Law. 314 (1998).

Cass R. Sunstein et al., Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law), 107 Yale L.J. 2071 (1998).

Dan B. Dobbs, The Law of Torts, § 381 (2004).

Dan Markel, Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction, 2009 Cornell L. rev. 239 (2009).

Dan Markel, How Should Punitive Damages Work?, 157 U. Pa. L. Rev. 1383 (2009).

Daniel Kahneman et al., Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages, 16 J. Risk & Uncertainty 49 (1998).

David Crump, Evidence, Economics, and Ethics: What Information Should Jurors Be Given to Determine The Amount Of A Punitive Damage Award?, 57 Md. L. Rev. 174 (1998).

David D. Friedman, Law's Order: What Economics has to do with law and why it matters (2000).

- David Friedman, An Economic Explanation of Punitive Damges, 40 Ala. L. Rev. 1125 (1989)
- David G. Owen, A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform, 39 Vill. L. Rev. 363 (1994).
- Dede W. Welles, Charitable Punishment: A Proposal to Award Punitive Damages to Nonprofit Organizations, 9 Stan. L. & Pol'y Rev. 203 1998).
- Dorsey D. Ellis, Jr., Fairness and Efficiency in the Law of the Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1 (1982).
- Edith Greene, On Juries and Damage Awards: The Process of Decisionmaking, 52 Law and Contemporary Problems (1989).
- Edith Greene et al., Compensation Plaintiffs and Punishing Defendants: Is Bifurcation Necessary?, 24 Law & Hum. Behav. 187 (200).
- Edward L. Rubin, Punitive Damages: Reconceptualizing the Runcible Remedies of Common Law, Wis. L. Rev. 131 (1998).
- Eisenberg, Theodore, Heise, Michael and Wells, Martin T., Variability in Punitive Damages: An Empirical Assessment of the U.S. Supreme Court's Decision in Exxon Shipping Co. v. Baker, Cornell Legal Studies Research Paper No. 09-011.
- Haddock, McChesney & Spiegel, An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions, 78 Calif. L. Rev. 1 (1990).

Heidi Li Feldman, Harm and Money: Against the Insurance Theory of Tort Compensation, 75 Tex. L. Rev. 1567 (1997)

Heise, Michael, Eisenberg, Theodore, Wells, Martin T., Hannaford-Agor, Paula, LaFountain, Neil, Munsterman, G. Thomas and Ostrom, Brian, Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data, 3 Journal of Empirical Legal Studies, 263 (2006).

Helmut Koziol, Punitive damages – A European Perspective, 68 La. L. Rev. 741 (2008).

Irwin A. Horowitz & Kenneth S. Bordens, An Experimental Investigation of Procedural Issues in Complex Tort Trials, 14 Law & Hum. Behav. 269 (1990).

Jack P. Gibbs, Deterrence Theory and Research, in Nebraska Symposium on Motivation 1985: The Law as a Behavioral Instrument 87 (Gary B. Melton ed., 1985).

Jean-Sebastien Borghetti, Punitive Damages in France, In Helmut Koziol(ed.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol.25, 55 (2009).

Jeffrey L. Harrison and Jules Theeuwes, Law and Economics, (US:Norton&Company) (2008).

Jennifer K. Robbennolt, Punitive Damages Decision Making: The Decisions of Citizens and Trial Court Judges, 26 Law & Hum. Behav. 315 (2002).

Jennifer K. Robbennolt, Determining Punitive Damages: Empirical Insights and Implications for Reform, 50 Buffalo L. Rev. 103 (2002).

John E. Calfee and Richard Craswell, Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards, 70 Va. L. Rev. 965 (1984).

John Y. Gotanda, Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is The Tide Changing?, 45 Colum. J. Transnat'l L. 507 (2007).

Joseph J. Chambers, In Re Exxon Valdez: Application of Due Process Constraints on Punitive Damages Awards, 20 Alaska L. Rev. 195 (2003).

Kevin M. Clermont & Theodore Eisenberg, Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism, 77 Cornell L. Rev. 1124 (1992)

Lisa M. Sharkey, Judge or Jury: Who Should Assess Punitive Damages, 64 U. Cin. L. Rev. 1089 (1996).

Lori Woodward O'Connell, The Case for Continuing to Award Punitive Damages, 36 Tort & Inc. L. J. 873 (2001).

Mark A. Geistfeld, Punitive Damages, Retribution, and Due Process, 81 S. Cal. L. Rev. 263 (2008).

Mark A. Klugheit, "Where the Rubber Meets the Road": Theoretical Justifications vs. Practical Outcomes in Punitive Damages Litigation, 52 Syracuse L. Rev. 803 (2002).

Marc Galanter & David Luban, Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism, 42 Am. U. L. Rev. 1393 (1993).

Masanobu KATO, Jimu Kanri, Futou Ritoku, Fuhou Koi (การบริหารจัดการลามกผิดวิสัยและละเมิด)
สำนักพิมพ์ Yuhikaku, 2005.

Michael L. Wells, Marion and W. Colquitt Carter, A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages, Research paper series paper No.09-11.

Michael Rustad & Thomas Koenig, The Historical Continuity of Punitive Damage Awards: Reforming the Tort Reformers, 42 Am. U. L. Rev. 1269 (1993).

Mitchell Polinsky and Steven Shavell, In Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest (Ed.), Encyclopedia of Law and Economics, (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2000), Volume II.

Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harv. L. Rev. 869 (1998).

Neil Vidmar, The Performance of the American Civil Jury: An Empirical Perspective, 40 Ariz. L. Rev. 849 (1998).

Neil Vidmar & Mary R. Rose, Punitive Damages by Juries in Florida: In Terrorem and In Reality, 38 Harv. J. Legis. 487 (2001).

Nils Jansen and Lukas Rademacher, Punitive Damages in Germany, In Helmut Koziol(ed.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law Vol.25 (2009).

Paul Mogin, Why Judges, Not Juries, Should Set Punitive Damages, 65 U. Chi. L. Rev. 179 (1998).

Peter Diamond, Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard of Risks to Others, 18 J. L. Econ & Org., 117 (2002).

Peter W. Huber, Liability: The Legal Revolution and Its Consequence (1988); Dan Quayle, Civil Justice Reform, 41 Am. U. L. Rev. 559 (1992).

Reid Hastie & W. Kip Viscusi, What Juries Can't Do Well: The Jury's Performance As a Risk Manger, 40 Ariz. L. Rev. 901 (1998).

Richard J. Mahoney & Stephen E. Littlejohn, Innovation on Trial: Punitive Damages Versus New Products, 246 Science 1395 (1989).

Robert D. Cooter, Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?, 40 Ala. L. Rev. 1143 (1989).

Robert E. Jenkins & Jill Watry Kastner, Running Aground in a Sea of Complex Litigation: A Case Comment On the Exxon Valdez Litigation, 18 UCLA J. Env'tl. L. & Pol'y 151 (2000).

Ronald Coase, the Problem of Social Cost, 3 J. Law Econ. 1 (1960).

Roselle L. Wissler et al. Decision making about General Damages: A Comparison of Jurors, Judges, and Lawyers, 98 Mich. L. Rev. 751 (1999).

Sandra N. Hurd & Frances E. Zoller, State Punitive Damages Statutes: A Proposed Alternative, 20 J. Legis. 191 (1994).

Theodore Eisenberg et al., Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study, 87 Cornell L. Rev. 743 (2002).

Theodore Eisenberg, Valerie Hans, and Martin T. Wells, The Relation Between Punitive and Compensatory Awards: Combining Extreme Data With the Mass of Awards, Cornell Law School Legal Studies Research Papers (2006).

Theodore Olson, et al., Constitutional Challenges to Punitive Damages After BMW v. Gore 4 (George C. Landrith ed., 1998).

Thomas B. Colby, Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs, 87 Minn. L. Rev. 583 (2003).

Thomas C. Galligan Jr., Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages, 51 LA. L. Rev. 3 (1990).

Thomas Koenig & Michael Rustad, "Crimtorts" as Corporate Just Deserts, 31 U. Mich. J.L. Reform 289 (1998).

Victor E. Schwartz, Mark A. Behrens & Joseph P. Mastro Simone, Reining in Punitive Damages "Run Wild": Proposals for Reforms By Courts And Legislatures, 65 Brook L. Rev. 1003 (1999)

Volker Behr, Enforcement of United States Money Judgments in Germany, 13 J.L. & Com. 211 (1994).

Volker Behr, Symposium: Private Law, Punishment, and Disgorgement: Punitive Damages in American And German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 Chi.-Kent L. Rev. 105 (2003).

W. Kip Viscusi, Why There Is No Defense of Punitive Damages, 87 Geo. L.J. 381(1998).

W. Kip Viscusi, Jurors, Judges, and the Mistreatment of Risk by the Courts, 30 J. Legal Stud. 107 (2000).

Wolfgang Wurmnest, Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany, 23 Berkeley J. Int'l L. 175 (2005).

Yukihiko MASAMI, The Product Liability Law in Japan, เอกสารสืบเนื่องการสัมมนา Law on Consumer Protection in Japan and Thailand จัดโดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ Institute of Developing Economies (IDE-JETRO), เดือน มีนาคม พ.ศ. 2544.

ภาษาไทย

กลุ่ม อสิริพันธุ์, หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2497).

กฤษณา พิษณุโกศล, ค่าเสียหายเชิงลงโทษ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531).

คัมภีร์, แก้วเจริญ, ค่าเสียหายในคดีละเมิด. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 7 (ฉบับที่ 3 กุมภาพันธ์ 2526).

ชาญณรงค์ ปราณจิตต์, คำอธิบาย พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.

จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, กรุงเทพฯ:โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 6, 2550.

จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526).

จันทร์กะพ้อ ต่อสุวรรณ, ความลับทางการค้า: ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นความลับทางการค้า, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 2547, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2547).

ชนพจน เอกโยคยะ, กฎหมายความลับทางการค้า, ใน นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุค
โลกาภิวัตน์ เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์, 2547).

ธานีศ เกศวพิทักษ์, กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.
2551, (กรุงเทพฯ: บริษัท ยูเนี่ยน อุดรธาไวโอเร็ด จำกัด 2551).

พจน์ ปุษปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา).

ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและหลักกฎหมาย
ลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551).

ปริญญาวัน ชมเสวก, ค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550).

ประสพสุข บุญเดช, ความลับทางการค้า, วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง
ประเทศ 2545 (กรุงเทพ).

ภราดร ปริดาศักดิ์, พจนานุกรมเศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549).

มัทยา จารุพันธ์, ประมาทในทางละเมิด, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2518).

ร. แลงกานต์, ประวัติศาสตร์ไทย (กฎหมายเอกชน) ละเมิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3, (พระนคร: โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัย วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2491).

วิชา มั่นสกุล, ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516).

วันชัย ศศิโรจน์, กฎหมายเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อบุคคลที่เกิดจากอุบัติเหตุทาง
ยานยนต์, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525).

วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้,
(กรุงเทพฯ:วิบูลย์กิจการพิมพ์, 2544).

ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้,
พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552).

ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ละเมิด และความรับผิด
ทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2544).

สมบัติ เดียววิเศษ, การกำหนดค่าเสียหายกรณีละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า, (วิทยานิพนธ์ปริญญา
โทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536).

สมยศ เชื้อไชย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับใช้เรียน, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2549)

สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้
, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549).

สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,
2550).

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. หนังสือปาฐกถาเรื่องกฎหมายสมัยอยุธยา (พระนคร: คณะกรรมการจัดงาน
อนุสรณ์อยุธยา, 2510).