

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานค่าเสียหายเชิงลงโทษตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อได้ทราบแนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในประเทศไทยแล้ว ในบทนี้ผู้เขียนจะนำเสนอแนวคิดพื้นฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะเริ่มจากการให้ความหมายของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ประวัติและวิวัฒนาการ ในส่วนต่อไปจึงพิจารณาข้อดีข้อเสียและประโยชน์ที่ได้รับจากการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในต่างประเทศ

2.1 ความหมายของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษมิได้เป็นสินไหมทดแทนสำหรับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ “เป็นค่าปรับทางเอกชนกำหนดโดยคณะลูกขุนเพื่อลงโทษการกระทำที่น่าตำหนิ (reprehensible conduct) และป้องปราม (deter) การกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต”⁸¹ วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพียงประการเดียวนั้นไม่เพียงพอที่จะอธิบายถึงฐานของค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ได้ ค่าเสียหายประเภทนี้จึงถูกเรียกว่า ค่าเสียหายทดแทนที่มากกว่าธรรมดา (extracompensatory damages)⁸² ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากค่าเสียหายที่แท้จริง⁸³ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นอัตราส่วนเดียวกับค่าเสียหายแท้จริง หรือกล่าวในอีกมุมหนึ่งก็คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษพิจารณาที่ลักษณะการทำความผิดของจำเลยโดยมิได้พิจารณาความเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย

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

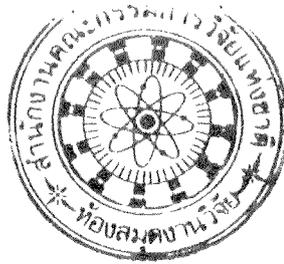
จนกระทั่งต้นปี 1960 ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงมากเพราะมีคดีละเมิดจำนวนมากที่กำหนดให้ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษและมีความเป็นไปได้ที่จะมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหลายครั้งต่อสินค้าชนิดเดียวกัน การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็กลายเป็นสาเหตุทำให้ต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษ นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการกระทำที่จงใจมุ่งร้ายหรือกระทำความผิดอย่างร้ายแรง ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้สูงถึงสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง มลรัฐบางแห่งกำหนดให้การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่สำหรับการประมาทเลินเล่อธรรมดายังไม่เป็นเหตุผลเพียงพอให้ศาลหรือคณะลูกขุนมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

มีหลักฐานปรากฏว่า กฎหมายที่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษมีผลกระทบกับจำนวนคดีและจำนวนของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ก่อนปี 1976 มีคดีเพียง 3 คดีเท่านั้นที่ศาลสูงยื่นคำพิพากษาศาลล่างอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีความสัมพันธ์อย่างต่ำกับค่าเสียหายที่แท้จริง แต่หลังจากนั้น จำนวนคดีที่ศาลให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มขึ้นอย่างที่ไม่เคยมีมาก่อนทั้งในคดีเกี่ยวกับความรับผิดในผลิตภัณฑ์และคดีละเมิดทั่วไป

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 เพื่อป้องปรามผู้ละเมิดและผู้อื่นไม่ให้กระทำความผิด 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) ให้แก่ผู้ที่อาจกระทำการละเมิดนั้นไม่ให้เกิดความผิดได้

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

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 และยังเป็นการส่งสัญญาณให้กับสังคมว่า ผู้ทำความผิดเป็นผู้ที่ควรได้รับการดำเนิน ⁹⁷

2.3.3 ส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายทางแพ่ง (Encouragement of Private Law Enforcement)

มีเหตุการณ์หลายกรณีที่ผู้เสียหายตัดสินใจไม่ดำเนินคดีกับผู้ทำละเมิดเพราะค่าสินไหมทดแทนที่ศาลมีสิทธิกำหนดให้ไม่คุ้มกับต้นทุนในการดำเนินคดีเพราะค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงมาก โจทก์ไม่เพียงแต่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลและค่าจ้างทนายความเท่านั้น แต่ยังรวมถึง ค่าเสียโอกาส ค่าเสียเวลา และค่าประโยชน์ที่จะได้รับหากนำเงินไปทำประโยชน์ในด้านอื่นที่ให้ประโยชน์ได้ ดังนั้น แม้มีการละเมิดเกิดขึ้นจริง แต่ผู้ทำละเมิดกลับไม่ต้องจ่ายค่าเสียหาย เมื่อผู้ละเมิดทราบข้อเท็จจริงตรงจุดนี้ก็คือแสดงว่า 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 ผู้เสียหายจึงน่าจะสามารรถใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อชดเชยค่าเสียหายในส่วนที่ศาลไม่ยอมรับว่าเป็นค่าเสียหายได้

2.3.5 ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่นๆ

การเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายทางศาล คู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ค่าทนายความที่อาจสูงถึง 1 ใน 3 ของจำนวนค่าเสียหายที่จะได้รับหากชนะคดี แต่ค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดให้ผู้เสียหายมิได้คำนึงถึงประเด็นนี้ มีผลให้ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้จึงไม่เพียงพอที่จะเยียวยาผู้เสียหายเพื่อให้ได้รับค่าเสียหายเต็มจำนวน เพราะผู้เสียหายชนะคดีต้องนำเงินค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ไปชำระค่าทนายความเสียก่อน

2.4 ประโยชน์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีบทบาทสำคัญเมื่อการลงโทษทางอาญาและทางปกครองไม่เหมาะสม⁹⁹ ในขณะที่การลงโทษทางอาญาส่วนใหญ่จะลงโทษแก่ผู้มิร้ายได้น้อยและไม่สำคัญ การลงโทษทางแพ่ง

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

⁹⁹ อ้างแล้วข้างบน หน้า 1425-26.

มุ่งไปที่กลุ่มบุคคลที่กฎหมายอาจไม่ได้สนใจอันหมายถึงกลุ่มบุคคลที่มีการศึกษาและมีทรัพย์สินพอสมควร

2.4.1 ปทัณฐานที่ถูกกำหนด (Norm Projection)

เหตุผลนี้ต้องการแสดงให้สาธารณชนและสังคมได้รับรู้และตระหนักถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษแก่ผู้ที่ทำผิดกฎหมายว่า ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด วัตถุประสงค์นี้จะบรรลุผลก็ต่อเมื่อค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวนสูงมากจนสามารถป้องปรามการฝ่าฝืนกฎหมายได้เบ็ดเสร็จ ดังนั้น ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นจำนวนไม่มาก ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรจะมียัตราสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นจำนวนมาก¹⁰⁰

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

หากศาลเห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรมีอัตราส่วนที่สัมพันธ์กับค่าเสียหายแท้จริงก็อาจส่งผลกระทบต่อให้จำเลยประเมินค่าเสียหายเป็นแค่ต้นทุนในการประกอบธุรกิจ (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 ที่จำกัดมิให้มีกำหนดค่าประกันตัว 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 หากโอกาสที่จะถูกลงโทษคู่กับค่าเสียหายที่ศาลกำหนดต่ำกว่าค่าอะไรที่จะได้รับจากการทำผิดกฎหมาย บริษัทก็จะยังคงใช้การขายต่ำกว่าทุนต่อไปเพื่อให้ผลตอบแทนมากกว่า และทำให้เกิดประสิทธิผลมากกว่านั่นเอง ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงเกินกว่าค่าอะไรที่จะได้รับมาก (โดยมีเงื่อนไขว่า บริษัทไม่สามารถนำค่าเสียหายในอนาคตนี้มาคำนวณเพื่อหากำไรอย่างแน่นอน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องไม่มีความสัมพันธ์เป็นสัดส่วนกับค่าเสียหายแท้จริง) ก็จะเป็นการบังคับให้บริษัทต้องปฏิบัติตามกฎหมาย¹⁰³

การที่ศาลกำหนดให้ผู้ละเมิดชำระเพียงค่าเสียหายที่แท้จริงอาจทำให้ผู้ละเมิดมองกฎหมายว่าเป็น ปทัณฐานที่สั่งให้มีการปฏิบัติตาม แต่ถ้าปฏิบัติตามไม่ได้ก็เพียงเสียเงินเพิ่ม ผลสุดท้ายแล้วผู้ละเมิดจะมองกฎหมายเป็นเพียงแค่ทางเลือกหนึ่งเท่านั้นเอง ดังนั้น ปทัณฐาน ของกฎหมายที่ดีและที่ควรจะเป็นต้องสามารถบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างแท้จริง มิใช่ขึ้นอยู่กับกำหนัดต้นทุนกำไรของบริษัท¹⁰⁴

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

ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษ “มีวัตถุประสงค์เดียวกับโทษทางอาญา”¹⁰⁶ เพราะ “มีวัตถุประสงค์ที่จะป้องปรามและลงโทษ”¹⁰⁷ อย่างไรก็ตาม ศาลต้องพึงตระหนักไว้ว่า บางครั้งการป้องปรามโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) ก็ไม่มีบทบาทต่อการป้องปรามอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ เช่น ในกรณีของการฆ่าคนตาย การป้องปรามมิให้ผู้ตายถูกจำเลยทำละเมิดในอนาคตอีกก็จะมีประโยชน์ใดๆ หรือในกรณีของ การฆ่าญาติของตนเองเพื่อให้ได้รับมรดกจำนวนมหาศาล วัตถุประสงค์ในการป้องปรามก็จะไม่มีประโยชน์ใดๆ อีก ในเมื่อไม่มีญาติท่านอื่นที่มีทรัพย์สินจำนวนมากอีกแล้ว ทั้งสองกรณีแสดงชัดเจนว่าวัตถุประสงค์ในการป้องปรามเฉพาะจะมองไปในอนาคตซึ่งอาจไม่ทำให้เกิดประโยชน์ในบางกรณี ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งเป็นการมองไปข้างหลัง (backward-looking) หรืออธิบายให้ชัดเจนก็คือ การลงโทษเพราะสิ่งที่ได้ทำไปแล้วจะเกิดประโยชน์และคุณค่าได้มากกว่า¹⁰⁸

นักกฎหมายส่วนมากอ้างว่าวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษคือ การลงโทษและการป้องปราม (retribution and deterrence) โดยตั้งสมมติฐานเบื้องต้นว่าวัตถุประสงค์ทั้งสองเป็นส่วนประกอบซึ่งกันและกัน¹⁰⁹ แต่แนวความคิดนี้ก็ถูกโต้แย้งว่า ทฤษฎีของวัตถุประสงค์ทั้งสองมีพื้นฐานชัดเจนเพราะในขณะที่การลงโทษหรือการแก้แค้นเป็นการมองในอดีตโดยพิจารณาที่การกระทำของผู้ละเมิด ผู้ละเมิดควรจะได้รับ การลงโทษโดยไม่สนใจผลแห่งการกระทำเลย 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 ส่วนในกรณีที่เป็นการประมาทเลินเล่อธรรมดาจะไม่มีปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ¹¹⁰

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ทั้งค่าเสียหายเชิงลงโทษและทางอาญาไปพร้อมกันต่อความผิดที่กระทำเพียงแต่ครั้งเดียวก็จะทำให้เกิดปัญหาการห้ามฟ้องซ้ำ (double punishment)¹¹¹ ซึ่งขัดกับหลักกฎหมายโดยสิ้นเชิงและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ทำความผิดเพราะได้รับโทษรวมกันสูงกว่าการกระทำผิด แต่มีนักกฎหมายให้คำอธิบายว่า มีแนวคิดพื้นฐานที่แยกความเสียหายออกเป็นสองส่วน คือ ความเสียหายส่วนหนึ่งจะตกแก่ผู้เสียหายในคดี และความเสียหายส่วนที่เหลือจะตกแก่สังคมอันเป็นส่วนรวม ถ้าการเยียวยาโดยใช้ค่าเสียหายสามารถทดแทนความเสียหายต่อผู้เสียหายได้เต็มจำนวน ความเสียหายที่เหลืออยู่ก็คือผลกระทบต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของสิทธิของผู้ทรงสิทธิโดยทั่วไป (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 การลงโทษที่ดีที่สุดและเป็นที่น่าพอใจที่สุดจะเกิดขึ้นเมื่อผลรวมของ

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)

การป้องปรามคือการป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์เดียวกันขึ้นอีกในอนาคต โดยไม่ได้มุ่งไปที่จำเลยในคดีเท่านั้น (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, อ้างถึงหน้าในเชิงอรรถที่ 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 กฎหมายจึงควรลดจำนวนการละเมิดให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ 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 ฟิงตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ในกรณีที่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการละเมิดโดยจงใจได้ อย่างแม่นยำ และเป็นการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ แต่คู่กรณีพบอุปสรรคทำให้ไม่อาจยินยอมทำธุรกรรมได้ เช่น มีจำนวนคู่ความมากเกินไป ค่าเจรจาต่อรองสูงเกินไป เป็นต้น การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะไม่ทำให้เกิดผลลัพธ์ที่มีประสิทธิภาพที่สุด เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษป้องปรามส่งผลป้องปรามการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น ถ้าศาลไม่พบปัญหาในการคำนวณความเสียหายออกมาเป็นตัวเลข ก็จะไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

¹¹⁷ Externality คือ ผลกระทบของธุรกรรม (transaction) ต่อผู้ที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้อง ธุรกรรมโดยตรงซึ่งทำให้ราคาไม่ได้แสดงถึงต้นทุนหรือประโยชน์ที่แท้จริงในการบริโภคสินค้าหรือบริการ หากธุรกรรมให้ผลดีกับบุคคลภายนอกมากกว่าจะเรียกว่า external benefit หรือ positive externality หากให้ผลเสียกับบุคคลภายนอกมากกว่า จะเรียกว่า external cost หรือ negative externality ดังนั้น กฎหมายละเมิดจึงเป็นเสมือนเครื่องมือหนึ่งของภาครัฐที่ internalize all relevant costs เพื่อให้ผู้กระทำต้องนำต้นทุนที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลภายนอกมารวมคำนวณด้วย ผลคือ ผู้กระทำต้องใช้อccurate 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) ผู้เสียหายแต่ละรายจะคำนวณว่าการฟ้องผู้ผลิตจะได้รับค่าสินไหมทดแทน ไม่คุ้มต้นทุนที่เสียไปจึงตัดสินใจไม่ฟ้องคดีคิดว่า หรือถ้ามีผู้เสียหายที่ตัดสินใจฟ้องคดีก็อาจประนีประนอมยอมความนอกศาลซึ่งทำให้ผู้เสียหายได้เงินจำนวนต่ำกว่ากรณีที่คดีดำเนินไปจนสิ้นสุด 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 ไม่ว่าจะเกิดจากการที่ผู้เสียหายไม่สามารถระบุตัวผู้ละเมิดได้เพราะพฤติการณ์ไม่เอื้ออำนวย เช่น ผู้เสียหายถูกรถชนในเวลากลางคืน เป็นต้น หรือผู้เสียหายอาจจะระบุตัวผู้ละเมิดได้แต่ไม่มีหลักฐานอื่นเพียงพอที่จะโน้มน้าวให้ศาลเชื่อถือ เช่น แม่พยานจะจำรูปพรรณสัณฐานของคนร้ายได้ 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.

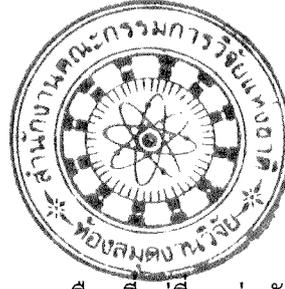
ในทางทฤษฎีถือว่า ถ้าค่าเสียหายที่ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบมีค่าเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นก็จะทำให้เกิดแรงจูงใจในการใช้ระดับความระมัดระวังที่เหมาะสม¹²⁴ เพราะบุคคลใดบุคคลหนึ่งยินดีชำระเงินเป็นจำนวนน้อยเพื่อสร้างระดับความระมัดระวังล่วงหน้าที่เหมาะสม เพื่อลดค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตซึ่งเป็นจำนวนเงินที่สูงกว่า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

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

ภายใต้ระบบกฎหมายละเมิดเดียวกัน ถ้าค่าเครื่องกรองอากาศราคา 1,500,000 บาท โรงงานจะไม่ซื้อเครื่องกรองอากาศแต่จะปล่อยมลพิษแล้วจ่ายค่าเสียหายที่แท้จริงแทน เพราะโรงงานเลือกที่จะจ่ายค่าเสียหายตามความรับผิดชอบทางแพ่งเป็นเงินจำนวน 1,000,000 บาท เพื่อหลีกเลี่ยงการซื้อค่าเครื่องกรองอากาศเป็นเงินจำนวน 1,500,000 บาท ทำให้โรงงานประหยัดเงินไปได้ 500,000 บาท (1,500,000-1,000,000) และทำให้เกิดประสิทธิภาพต่อสังคมสูงสุดอีกเช่นกัน ประเด็นที่น่าสังเกตคือ ถ้าโรงงานตัดสินใจซื้อเครื่องกรองอากาศ โรงงานจะมีต้นทุนเพื่อสร้างระดับความระมัดระวังที่มากกว่าความเสียหายที่อาจลดได้อันเป็นการขัดกับหลักประสิทธิภาพทางสังคม

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

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



ปล่อยมลพิษแล้วชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่ง แต่กลับเป็นทางเลือกที่แย่ที่สุดต่อสังคมเพราะทำให้ค่าของสวัสดิการสังคมลดลงถึง 600,000 เลยทีเดียว (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

ประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งของการใช้ความรับผิดชอบละเมิดโดยประมาทเลินเล่อก็คือ เมื่อบุคคลใช้ระดับความระมัดระวังที่เพียงพอแล้ว บุคคลนั้นก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางละเมิดได้ทันที บุคคลนั้นจะไม่ใช้ความระมัดระวังในระดับที่มากขึ้นอีกต่อไปแล้ว แม้ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นมีค่ามากขึ้นก็ตาม กฎหมายเช่นนี้ดูเหมือนว่ายิ่งทำให้ค่าเสียหายที่ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบมีค่ามากขึ้นเท่าใด (โดยมีความรับผิดชอบต่ำอยู่ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง) ก็จะช่วยสร้างแรงจูงใจให้ผู้ละเมิดใช้ความระมัดระวังต่อการทำกิจกรรมได้ดีขึ้น ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในตัวอย่างข้างต้น

อย่างไรก็ตาม ความผิดพลาดในการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Error) เป็นตัวแปรที่มีอิทธิพลให้บุคคลใช้ความระมัดระวังมากเกินไป กล่าวคือ ศาลอาจกำหนดระดับการใช้ความระมัดระวังผิดพลาดก็เป็นได้ ทำให้บุคคลผู้ใช้ระดับความระมัดระวังเหมาะสมแล้วยังต้องรับผิดชอบในความเสียหายอีก บุคคลนั้นๆจึงเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมใช้ระดับความระมัดระวังมากขึ้นและมากเกินไปกว่าปกติธรรมดาที่สังคมต้องการ¹²⁵

ดังนั้น การเพิ่มค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบเพราะประมาทเลินเล่อก็จะยิ่งทำให้ปัญหานี้แย่ลงไปอีก และยังทำให้บุคคลนั้นๆทำกิจกรรมในจำนวนน้อยกว่าที่ควรจะเป็นอีกด้วย เมื่อย้อนกลับไป

¹²⁵ ตัวอย่างเช่น แม้การขับรถยนต์บนถนนลื่นด้วยความเร็ว 70 กิโลเมตรต่อชั่วโมง กฎหมายถือว่าเป็นการใช้ความระมัดระวังที่สมควรแล้ว แต่ถ้าจำเลยไม่สามารถนำสืบในศาลได้ว่า ขณะที่เกิดอุบัติเหตุขับรถยนต์ด้วยความเร็ว 70 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบแม้ได้ปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ในอนาคต จำเลยหรือบุคคลอื่นก็จะใช้ความระมัดระวังมากขึ้นโดยการขับรถยนต์บนถนนลื่นช้ากว่า 70 กิโลเมตรต่อชั่วโมงซึ่งไม่ใช่ความเร็วที่สังคมพึงประสงค์

ตัวอย่าง โรงงานข้างต้น ถ้าศาลเห็นว่าแม้การซื้อเครื่องกรองอากาศมาใช้แล้วก็ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่า โรงงานได้ใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสม ในอนาคต โรงงานก็จะยังต้องใช้ระดับความระมัดระวังที่มากขึ้นไปอีก โดยการลงทุนในขั้นตอนการกำจัดมลพิษอันอาจมีมูลค่าสูงกว่าความเสียหายที่ลดได้จริง

สรุปได้ว่า ในกรณีของประมาทเลินเล่อ บุคคลใดๆจะใช้ความระมัดระวังได้อย่างเหมาะสมแก่พฤติการณ์ กฎหมายจะต้องให้ผู้ละเมิดชำระค่าเสียหายที่เท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น ไม่ควรจะให้รับผิดชอบมากกว่าหรือน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

ส่วนในกรณีของการละเมิดโดยจงใจ ย่อมไม่เกี่ยวข้องใดๆกับการใช้ความระมัดระวังของผู้ละเมิด เพราะผู้ละเมิดมีเจตนาทำละเมิดโดยแน่ชัดอยู่แล้ว จึงไม่ต้องพิจารณาถึงการใช้ระดับความระมัดระวังที่เหมาะสมใดๆ มีการตั้งสมมติฐานเบื้องต้นว่าละเมิดประเภทนี้เกิดประโยชน์ได้มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งประโยชน์ที่วานี้ถูกนับรวมในค่าสวัสดิการสังคมได้ ดังนั้น ถ้าการละเมิดประเภทใดที่ให้ประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง กฎหมายก็สมควรจะยอมรับให้ละเมิดประเภทนี้เกิดขึ้นได้เพราะทำให้สังคมมีประสิทธิภาพสูงขึ้น (เพราะค่าของสังคมสวัสดิการสังคมเพิ่ม) หรือที่ถูกรเรียกว่า การละเมิดอย่างมีประสิทธิภาพ (Efficient Tort) โดยมีเงื่อนไขว่า กฎหมายละเมิดสามารถรวบรวมต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายและสังคมได้

การละเมิดอย่างมีประสิทธิภาพ มีหลักการอยู่ว่า ในเมื่อบุคคลใดๆคำนวณต้นทุนที่อาจเกิดขึ้นจากการทำกิจกรรมแล้วเห็นว่า ประโยชน์ที่จะได้รับเมื่อหักลบด้วยค่าใช้จ่ายหรือความรับผิดชอบทางกฎหมายที่เกิดขึ้นแล้ว ยังเหลือประโยชน์อยู่ บุคคลนั้นก็ควรจะทำกิจกรรม โดยกฎหมายละเมิดเป็นเครื่องมือทางกฎหมายหนึ่งที่จะรวบรวมต้นทุนที่เกิดขึ้นทั้งหมดมาไว้ใน การคำนวณของผู้ละเมิด เพื่อให้ต้นทุนที่ผู้ละเมิดใช้พิจารณาสะท้อนต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายและสังคม

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

ในทางกลับกัน เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายละเมิดกำหนดให้ผู้ละเมิดรับผิดชอบมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ก็จะทำให้ผู้ที่กำลังจะทำละเมิดที่ให้ประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหยุดทำ

ละเมิด เพราะความรับผิดชอบทางกฎหมายสูงกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎหมายละเมิดมีผลป้องปรามมากเกินไปจนไปยับยั้งการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ

ในกรณีละเมิดโดยจงใจ สรุปได้ว่า กฎหมายละเมิดควรเรียกให้ผู้ละเมิดมีความรับผิดชอบเท่ากับความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น เพื่อไม่ทำให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไปหรือน้อยเกินไปนั่นเอง

(2) ความรับผิดชอบทางกฎหมายควรมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น

จากคำอธิบายข้างต้น ผู้เขียนมิได้หมายความว่าความรับผิดชอบทางกฎหมายควรจะเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเสมอไป เพราะเหตุว่า ในความเป็นจริงนั้น ผู้ละเมิดมีโอกาสที่จะหลุดพ้นจากความรับผิดไปได้และไม่ต้องจ่ายค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าจะไม่ได้ใช้ระดับความระมัดระวังที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์

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

ยกตัวอย่างเช่น ถ้าบริษัทโดยสารขนส่งพบว่าเครื่องยนต์ของรถโดยสารที่ใช้ดำเนินการรับส่งผู้โดยสารเป็นประจำเกิดข้อบกพร่อง(แม้ว่าจะยังสามารถเดินเครื่อง ได้อยู่)มีโอกาที่จะระเบิดและทำให้เกิดอันตรายต่อผู้โดยสารหรือประชาชนอื่นที่ใช้เส้นทางเดียวกัน ประเด็นทางธุรกิจมีอยู่ว่าบริษัทขนส่งควรจะซ่อมแซมบำรุงรักษาเครื่องยนต์หรือไม่ การนำรถโดยสารกลับมาซ่อมแซมทำให้เกิดต้นทุนทางธุรกิจจำนวนหนึ่ง เพราะนอกจากต้นทุนค่าเครื่องยนต์และอุปกรณ์อื่นๆแล้วยังมีค่าเสียโอกาสจากการไม่ได้นำรถออกใช้ขนส่งผู้โดยสารอีกหลายวันทำการและยังมีค่าใช้จ่ายให้วิศวกรเพื่อซ่อมแซมเครื่องยนต์โดยสารอีก เมื่อเปรียบเทียบต้นทุนการซ่อมแซมกับต้นทุนที่บริษัทอาจถูกฟ้องร้องคดี เพราะเครื่องยนต์ระเบิด ถ้าบริษัทเห็นว่า การนำรถออกไปใช้ประโยชน์โดยซ่อมแซมจะให้กำไรกับบริษัทมากกว่าการนำรถกลับมาซ่อมแซมให้ถูกต้อง รถโดยสารก็จะยังคงวิ่งบนถนนต่อไปแม้ว่าจะมีความเสี่ยงที่เครื่องยนต์รถโดยสารจะระเบิดมีค่าสูงขึ้น แต่เมื่อใดก็ตามมีผู้ได้รับบาดเจ็บเนื่องมาจากเครื่องยนต์รถโดยสารระเบิด ก็จะทำให้บริษัทต้องรับผิดชอบในทางละเมิด อันได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดประโยชน์จากการไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ เป็นต้น ค่าเสียหายที่แท้จริงที่ต้องจ่ายมีมูลค่า

มากกว่าต้นทุนของการนำรถกลับมาซ่อมแซมมาให้เครื่องยนต์กลับใช้งานได้ตามปกติ ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าว การตัดสินใจที่ดีที่สุดของบริษัทคือการนำรถกลับมาซ่อมแซมนั่นเอง

แต่ในความเป็นจริงแล้วการตัดสินใจกลับไม่ง่ายเช่นนั้น เพราะใช้ว่าเครื่องยนต์จะระเบิดทุกครั้งที่ถูกนำออกไปใช้ ถึงแม้จะเกิดระเบิดขึ้นก็ใช้ว่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้โดยสารเสียชีวิต การระเบิดอาจไม่มีใครได้รับบาดเจ็บก็ได้ ถึงแม้จะมีผู้โดยสารได้รับบาดเจ็บก็ไม่ได้หมายความว่าอาการบาดเจ็บจะเป็นที่รุนแรง และถึงแม้จะเกิดการบาดเจ็บอย่างรุนแรงกับผู้โดยสารก็ใช้ว่าผู้โดยสารทุกคนจะยื่นฟ้องคดีเสียชีวิต และถึงแม้จะฟ้องคดีก็ได้หมายความว่าผู้เสียหายจะชนะและได้รับเงินชดเชยอย่างเต็มจำนวน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้ความรับผิดชอบจะสูงกว่าต้นทุนของการซ่อมแซมเครื่องยนต์ให้กลับมาใช้งานได้ตามปกติ แต่กลับมีปัจจัยอื่นๆที่บั่นทอนมิให้บริษัทต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายอย่างเต็มที่ ผลสุดท้ายคือ โอกาสที่บริษัทต้องรับผิดชอบต่อกฎหมายและต้องรับผิดชอบต่อความเป็นจริงต่ำกว่าในทางทฤษฎีอยู่มาก

สมมติว่า เครื่องยนต์ระเบิดทำให้ผู้โดยสารหนึ่งรายได้รับแผลลอกที่แขนเพราะมีเศษของเครื่องยนต์กระจายเฉี่ยว ผู้เสียหายจึงไปรักษาที่โรงพยาบาลปรากฏในใบเสร็จว่าค่ารักษาพยาบาลเป็นเงินจำนวนทั้งสิ้น 1,000 บาท และวันต่อมาผู้เสียหายก็สามารถใช้แขนได้ตามปกติ ประเด็นมีอยู่ว่าผู้เสียหายควรจะฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายหรือไม่ จริงอยู่ที่ว่าผู้เสียหายจะได้รับค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเต็ม 1,000 บาทแน่นอน แต่ผู้เสียหายก็อาจเพิกเฉยถึงต้นทุนการฟ้องคดี อันได้แก่ ค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายจ้างทนายความ ต้นทุนสองประการนี้รวมกันแล้วก็มีความเป็นไปได้ที่อาจสูงกว่าค่าสินไหมทดแทนที่มีฐานบนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว ผู้เสียหายจะฟ้องคดีทำไมเมื่อการฟ้องคดีทำให้ฐานะตัวเองแย่ลงไปกว่าก่อนฟ้องคดีเสียอีก เมื่อบริษัทรถโดยสารทราบเช่นนี้แล้วก็จะปฏิเสธไม่จ่ายค่าเสียหาย และถึงแม้บริษัทจะมีนโยบายจ่ายค่าเสียหายที่แท้จริงแก่ผู้โดยสารที่ได้รับบาดเจ็บ บริษัทก็ยังคงมีความรับผิดชอบต่อความเป็นจริงน้อยกว่าทางทฤษฎีอยู่ดี 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 กฎหมายละเมิดควรเป็นอย่างไรเพื่อเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมให้ประชาชนนำความรับผิดชอบทางกฎหมายอย่างเต็มจำนวน ไปพิจารณาก่อนตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

มีนักกฎหมายหลายท่านให้ความเห็นว่า ถ้าค่าเสียหายมีจำนวนเท่ากับความเสียหาย แรงจูงใจเพื่อลดความเสียหายจะอยู่ในระดับที่เหมาะสมที่สุด แต่เมื่อใดก็ตามที่ค่าเสียหายมีจำนวนสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง จะเกิดแรงจูงใจที่จะลดความเสี่ยงโดยการ ใช้ระดับความระมัดระวังที่มากเกินไปจนเกินความจำเป็น ซึ่งส่งผลให้เกิดจำนวนกิจกรรมน้อยเกินไปซึ่งเป็นผลเสีย อย่างไรก็ตาม ที่การกำหนดค่าเสียหายสูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงมีความเป็นไปได้ในบางกรณี¹²⁷

การพิจารณาที่โอกาสของผู้กระทำความผิดที่ควรจะได้รับรางวัลโทษตามกฎหมาย แต่อาจหลุดพ้นจากการดำเนินคดีได้ โดยหลายเหตุผล ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้เสียหายถูกรถชนในขณะที่กลางคืนไม่สามารถทราบได้ว่าผู้ขับรถคันนั้นเป็นใคร หรือบริษัทที่ปล่อยสารพิษลงแม่น้ำก็มีโอกาสที่จะถูกจับกุมได้น้อย เพราะผู้เสียหายต้องสืบหาผู้ก่อความเสียหายตั้งแต่ต้นแม่น้ำ หรือในกรณีที่ผู้เสียหายทราบถึงการกระทำความผิดแต่ไม่อาจหาพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักเพียงพอเพื่อมาสนับสนุนคดีของตนในชั้นศาลได้ แม้กระทั่งผู้เสียหายทราบถึงผู้กระทำความผิดและมีพยานหลักฐานเพียงพอ ผู้เสียก็อาจไม่ฟ้องคดีก็ได้เพราะเหตุว่า ไม่คุ้มต้นทุนที่เสียไปจากการฟ้องคดี¹²⁸

ปกติแล้วการนำคดีขึ้นสู่ศาลมีค่าใช้จ่ายสูง ไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียมศาล ค่าจ้างทนายความ ค่าเสียโอกาส และเวลาที่เสียไปหากนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น หากโจทก์ได้รับเพียงแค่ว่าค่าเสียหายที่แท้จริง ก็ต้องนำเงินเหล่านี้มาหักกับค่าใช้จ่ายทั้งหมดก่อนแล้วเงินที่เหลือนี้เองจะเป็นการชดใช้ให้แก่โจทก์อย่างแท้จริงซึ่งตัวอย่างนี้แสดงให้เห็นว่า ในทางปฏิบัติระบบศาลไม่ได้สมบูรณ์เสมอไป บางครั้งค่าทนายความอาจสูงมากจนถึงครึ่งหนึ่งของค่าเสียหายทั้งหมดที่โจทก์ขอด้วยซ้ำ หากกฎหมายละเมิดไม่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ทำให้โจทก์ไม่มีแรงจูงใจฟ้องคดีเพียงพอ¹²⁹

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 สุดท้ายแล้วจะทำให้ระดับของแรงจูงใจเพื่อลดความเสียหายกลับมาอยู่ในระดับที่พอเหมาะ

ดังนั้น ศาลจึงควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ต่อเมื่อผู้ทำละเมิดมีโอกาสที่จะหลุดพ้นจากความรับผิดเท่านั้น¹³⁰ ในการคำนวณเบื้องต้น คือ การนำความเสียหายในคดีไปหารโดยค่าของโอกาสที่โอกาสที่ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดชอบจะเท่ากับความรับผิดคาดคะเนที่ผู้ละเมิดควรจะได้รับ หากต้องการทราบค่าเสียหายเชิงลงโทษก็นำค่าความรับผิดคาดคะเนนี้ไปลบด้วยความเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย 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 เพราะการปรับใช้เสียหายเชิงลงโทษพิจารณาที่ว่ามีการสร้างแรงจูงใจในระดับที่เหมาะสมต่อผู้ละเมิดหรือบุคคลอื่นๆเท่านั้น 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 หากมี อาจทราบได้ว่าค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นเท่าไร เพราะศาลมักจะพบปัญหาเรื่องการคำนวณค่าเสียหายเป็นประจำอยู่แล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินที่ต้องคำนวณให้เป็นตัวเงิน ศาลควร จะกำหนดค่าเสียหายเป็นเท่าไร ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายสูงเกินไปจะทำให้บุคคลใช้ความระมัดระวัง สูงเกินไป ซึ่งทำให้ทุกฝ่ายแย่ลง (worse off) และป้องปรามการกระทำละเมิดที่มีประสิทธิภาพ (efficient offense)¹³⁴ ไปด้วย ในขณะที่เดียวกัน ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายน้อยเกินไปก็จะมี การละเมิดที่ไม่มี ประสิทธิภาพจำนวนมากเกินไป ศาลจึงต้องพยายามอย่างสุดความสามารถเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่ แท้จริงที่ถูกต้องที่สุด

ในกรณีละเมิดโดยจงใจ ผู้ทำละเมิดทราบและมีเจตนาทำละเมิดต่อผู้เสียหาย ผู้ทำละเมิดย่อม ทราบดีว่าผลแห่งการกระทำทำให้เกิดต้นทุนเป็นจำนวนเท่ากับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่มีประเด็นทาง กฎหมายและประเด็นทางข้อเท็จจริง ทำให้เกิดอุปสรรคต่อการคำนวณและกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริง ได้ เช่น การคำนวณความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม การเปลี่ยนความเศร้าโศกเสียใจที่ใบหน้าเสีย โจมให้เป็นตัวเงิน ความเสียใจเพราะแขนหนึ่งข้างไม่อาจใช้การได้อีก เป็นต้น ผู้ทำละเมิดย่อมมี แรงจูงใจทำละเมิดอีกเพราะมีโอกาสสูงมากที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายต่ำกว่าความเป็นจริง แต่ถ้าศาล ปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ต้นทุนของการทำละเมิดจะเพิ่มขึ้นจนสูงกว่าหรือเท่ากับประโยชน์ที่ได้รับ จากการทำละเมิด และในท้ายที่สุดแล้วมีผลป้องปรามการทำละเมิดครั้งต่อไปได้

2.4.4.4 เพื่อป้องปรามการละเมิดเชิงกลยุทธ์

ศาสตราจารย์ David Friedman ให้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ไว้ว่า มีละเมิดบางประเภทที่ผู้ทำ ละเมิดได้ประโยชน์จากละเมิดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยยกตัวอย่างถึง การทำร้ายผู้ขาย 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 การที่ผู้กระทำความผิดตั้งใจฝ่า ฝืนต่อกฎหมายเพราะการฝ่าฝืนแล้วถูกลงโทษตามกฎหมาย จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงกว่า ซึ่งในทาง เศรษฐศาสตร์แล้วจะก่อให้เกิดผลดีต่อสังคมมากกว่าการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด

เป็นเพราะความต้องการป้องปรามชายคนนี้และชายคนอื่นที่ชอบผู้หญิงคนเดียวกัน ผลที่ได้รับคือ ชายคนดังกล่าวและชายคนอื่นที่ชื่นชอบผู้หญิงคนเดียวกันจะตัดสินใจจีบผู้หญิงคนอื่นแทน

ในทางเศรษฐศาสตร์ การทำร้ายชายที่มาพัวพันกับผู้หญิงของตัวเองนอกจากจะเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับชายคนนั้นแล้ว ยังเพิ่มต้นทุนให้กับชายคนอื่นๆที่สนใจผู้หญิงคนเดียวกันด้วยเพราะเมื่อทราบว่าชายที่เคยมาพัวพันกับผู้หญิงคนนี้ถูกทำร้าย ชายคนอื่นย่อมเกรงกลัวว่าจะถูกทำร้ายเช่นเดียวกัน และเป็นการลดแรงจูงใจในการจีบผู้หญิงคนนี้ จากตัวอย่างนี้จึงเห็นได้ชัดว่า การทำร้ายครั้งแรกเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับผู้ชายทุกๆคนที่สนใจในผู้หญิงคนเดียวกัน การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพียงสำหรับการทำร้ายครั้งเดียวจึงไม่สะท้อนต้นทุนทั้งหมดที่ผู้ได้รับผลกระทบทุกคนแบกรับ ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสมที่สุดเพราะทำให้ผู้ละเมิดต้องแบกรับต้นทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนได้ ส่งผลให้ประสิทธิภาพของการละเมิดเชิงกลยุทธ์ลดลงอย่างมาก

2.5 ข้อเสียของค่าเสียหายเชิงลงโทษ

2.5.1 การป้องปรามมากเกินไป (Over deterrence)

ประชาชนส่วนใหญ่ไม่ชอบความเสี่ยง (risk-averse person) หมายถึง ผู้ที่ไม่ต้องการแบกรับเสี่ยงใดๆและพร้อมจะตัดสินใจเลือกทางที่เสี่ยงน้อยกว่าเสมอ ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจสร้างปัญหาสำหรับบุคคลประเภทนี้เพราะบุคคลประเภทนี้ไม่มั่นใจว่าพฤติกรรมของตนอาจทำให้ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่¹³⁵ การที่มีโอกาสเดาเดาล่วงหน้าได้ว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่ หรือแม้จะสามารถคาดเดาถึงความรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษได้แต่ความรับผิดชอบมีค่าสูงมาก บุคคลจะตัดสินใจใช้ความระมัดระวังมากขึ้น โดยเลือกทางที่ให้ตนมีความเสี่ยงให้น้อยที่สุดต่อความรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ดังนั้น แม้การกระทำมีประโยชน์ แต่บุคคลจะตัดสินใจไม่กระทำเพราะไม่ทราบแน่ชัดถึงต้นทุนที่เกิดขึ้นหรือทราบถึงต้นทุนแต่ต้นทุนสูงมากจนเกินไป (prohibitively high) เมื่อบุคคลตัดสินใจไม่กระทำการผลเสียจึงเกิดแก่สวัสดิการสังคม 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

ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นโชคตก (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, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 422 หน้า 1145.

เช่น การยินยอมให้ทรัพย์สินของตนเองถูกขโมยได้ง่ายขึ้นโดยการวางทิ้งไว้ในที่สาธารณะและไม่ดูแลจนมีผู้เดินผ่านมาและขโมยไป ผู้เสียหายที่จับจ้องดูอยู่ก็จะจับตัวผู้ขโมยและนำมูลเหตุนี้ไปฟ้องคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะผู้เสียหายอาจได้รับประโยชน์มากกว่าการนำทรัพย์สินของตนเองออกขายหรือให้เช่า ดังนั้น การกระทำเช่นนั้นนอกจากจะเป็นรูปแบบของการประมาทเลินเล่อโดยผู้เสียหายมีส่วนผิดแล้ว (Contributory negligence) ยังเป็นสิ่งที่บั่นทอนระบบกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินเอกชนด้วย¹³⁸

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