

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.ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์³⁶⁵ให้ความเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายที่มากกว่าความเสียหายที่แท้จริงเสมือนหนึ่งว่าเป็นการลงโทษแก่ผู้ละเมิดจึงไม่ได้รับการรองรับด้วยทฤษฎีพื้นฐานการเยียวยาความเสียหายของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แม้การใช้ค่าเสียหายเพื่อลงโทษจำเลยสำหรับการกระทำต่างๆจะมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้นแต่ก็เท่ากับว่าถ้าระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรยอมรับก็เท่ากับว่าระบบกฎหมายย้อนยุคกลับไปสู่ความคิดสมัยโรมันโบราณซึ่งไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น³⁶⁵ และการที่กฎหมายบังคับให้ผู้ละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนก็ถือได้ว่าเป็นการลงโทษผู้ละเมิดอยู่แล้วเพราะผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก³⁶⁶

³⁶⁵ ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11 หน้า 275-76.

³⁶⁶ ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์, อ้างแล้วข้างบน.

ศาสตราจารย์สุชัย สุภนิศย์ให้ความเห็นไว้ว่า จากคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นว่า การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดศาลสามารถกำหนดได้โดยถือว่าเป็นการลงโทษจำเลย³⁶⁷ หรือทดแทนความเสียหายแท้จริงหรือเป็นการยอมรับว่า โจทก์ถูกละเมิด แม้ไม่มีความเสียหายเป็นรูปธรรมเกิดขึ้น³⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ท่าน ศาสตราจารย์สุชัย สุภนิศย์ มีความเห็นว่า มาตรา 438 ไม่น่าจะมีอำนาจให้ศาลใช้เพื่อกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเป็นเยี่ยงอย่าง เพราะไม่ถูกต้องกับหลักการของกฎหมายลักษณะละเมิด ศาลไม่มีอำนาจในการกำหนดค่าเสียหายได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดและจะกำหนดให้เกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับหรือเกินกว่าที่โจทก์ขอมาในคำฟ้องมิได้ ในทางด้าน โจทก์เองก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเกินกว่าความเสียหายแท้จริง³⁶⁹

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

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

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

³⁶⁹ สุชัย สุภนิศย์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17 หน้า 210-212.

³⁷⁰ วารี นาสกุล, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23 หน้า 248-49.

ท่านศาสตราจารย์จิตติ 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 มีนักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่เห็นว่า การใช้อำนาจตามมาตรา 438 สามารถกำหนดเพิ่มเติมสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงได้เพื่อลงโทษผู้ละเมิด ยกตัวอย่างเช่น อาจารย์พจน์ ปุษปาคมให้ความเห็นว่า หลักการกำหนดค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดสามารถกำหนดเพื่อลงโทษจำเลยได้³⁷³

4.1.2 คำพิพากษาฎีกาที่อาจเกี่ยวข้องกับค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด

ก) คำพิพากษาฎีกาที่ 366/2474

ระหว่างร้อยตำรวจตรีคุ้ม โจทก์กับนายป๊อกกับพวกจำเลย ศาลในคดีอาญาพิพากษาลงโทษจำเลยในข้อหากระทำความผิดฐานพยายามฆ่าโจทก์มาแล้ว โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน 4,000 บาท ศาล

³⁷¹ จิตติ 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 จำเลยเป็นคนมีทรัพย์สินอยู่ในตำบลบางพลี ชอบเล่นการพนันและเป็นนักเลงหัวไม้ เมื่อโจทก์ออกไปเป็นหัวหน้าสถานีตำรวจอำเภอบางพลีก็ปฏิบัติหน้าที่ทางราชการโดยเคร่งครัด ไม่เข้าเป็นพวกของนายป้อและคอยขัดขวางมิให้นายป้อประพฤติเช่นเคยมา จึงเป็นเหตุให้นายป้อกับพวกมีความเกลียดชังโจทก์ ครั้นในคืนเกิดเหตุมีงานทำศพที่วัดบางโหลงซึ่งโจทก์ก็ไปรักษาการอยู่ที่วัดนั้น นายป้อกับจำเลยจึงใช้จำเลยอื่นกับพวกเอาปืนยิงโจทก์ได้รับบาดเจ็บ

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

แม้ตามนัยแห่งคำพิพากษานี้ มีนักวิชาการตีความไปในทำนองที่ว่า ศาลฎีกาให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษแก่ผู้เสียหาย³⁷⁴ เช่น อาจารย์พจน์³⁷⁴ ได้ให้ความเห็นว่า “แม้โจทก์จะเสียหายจริงเพียงบาดเจ็บเป็นการกำหนดค่าลงโทษจำเลย...เป็นการกำหนดค่าก่อนข้างสูงให้สมกับความอวดดีมีทรัพย์สิน หยามอำนาจในราชการของเจ้าพนักงาน”³⁷⁵ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเปิดช่องให้มีการเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินในมาตรา 446 ได้ แต่ทว่า ตามข้อเท็จจริงแห่งคดีไม่ปรากฏประเด็นเรื่องความเสียหายทางจิตใจให้พิจารณา จึงเท่ากับว่า ค่าเสียหายที่ศาลให้มิได้มุ่งทดแทนความเสียหายที่เกิดแก่

³⁷⁴ พจน์ ปุษปาคม, อ่างแล้วข้างบน หน้า 534-35; ดู สุขุม ศุภนิคย์, อ่างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 17 หน้า 210-212; วิชา มั่นสกุล, ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516) หน้า 130; กฤษณา พิษณุ โกลล, อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 74-75.

³⁷⁵ พจน์ ปุษปาคม, อ่างแล้วข้างบน.

จิตใจของผู้เสียหาย ประกอบกับค่าเสียหายทางกายภาพที่เกิดขึ้นจริงก็ไม่น่าจะสูงถึง 2,500 บาท ดังนั้น ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้จึงมุ่งลงโทษจำเลยโดยแท้³⁷⁶

แต่ก็มีผู้ที่ไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่า แม้ค่าเสียหายที่ศาลให้ในคดีนี้มีจำนวนสูงถึง 2,500 บาท แต่เนื่องจากพฤติกรรมการของจำเลยมีความร้ายแรงมากจำนวนค่าเสียหายจึงมากตามไปด้วย แต่ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ของการชดเชยความเสียหายแก่โจทก์เท่านั้น คำพิพากษาไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษ หรือป้องปรามจำเลยแต่อย่างใด ค่าเสียหายจำนวนดังกล่าวรวมถึงค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย ประกอบกับพฤติกรรมการความร้ายแรงของจำเลยที่ส่งผลให้ศาลสามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินจำนวนให้สอดคล้องได้ โดยอำนาจของมาตรา 438³⁷⁷

ข) คำพิพากษาฎีกาที่ 336/2475

เดิมศาลพิพากษาจำคุกจำเลยฐานฉ้อโกงทำอนาจารนางสาวเลง โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย 3,000 บาท ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ในชั้นที่จำเลยเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา จำเลยได้ให้การและนำสืบว่านายถมยงจำเลยกับนางสาวเลงเคยลักลอบร่วมประเวณีกัน ซึ่งทวีความเสื่อมเสียชื่อเสียงให้แก่นางสาวเลงอยู่ชั่วชีวิต ศาลจึงกำหนดให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญให้แก่โจทก์เป็นเงินจำนวน 1,500 บาท เพื่อให้สมแก่เหตุที่เจ้าทุกข์ระกำใจ และเป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันไม่ให้ความผิดเช่นนี้เกิดขึ้นอีกในภายหน้า

คำพิพากษาฎีกานี้มีจุดพิจารณาที่น่าสนใจมากที่สุด ที่ศาลได้อธิบายว่า “...ค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญให้แก่โจทก์...เป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันไม่ให้เกิดความผิดเช่นนี้เกิดขึ้นอีกในภายหน้า...” ซึ่งวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง (Exemplary Damages) นี้เอง เป็นเนื้อแท้เดียวกับวัตถุประสงค์ในการป้องปรามอันเป็นหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ จึงมีนัยกฎหมายให้ความเห็น คำพิพากษาฎีกานี้เป็นแสดงถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะศาลให้ค่าสินไหมทดแทนสูงกว่าความเสียหายจริง ภายใต้เงื่อนไขของความเหมาะสมแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด³⁷⁸

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, หลีกทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2497), หน้า 133-134.

แต่ก็มีผู้เห็นแย้งเช่นกัน โดยอธิบายว่า แม้จะเรียกว่าเป็นค่าเสียหายเป็นเยี่ยงอย่าง แต่ความจริงก็เป็นเพียงแค่การชดเชยความเสียหายทางจิตใจด้วยเท่านั้น³⁷⁹ ค่าเสียหายจำนวนสูงมากในคดีนี้น่าจะเป็นเพื่อการเยียวยาความเสียหายทางศีลธรรมหรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามมาตรา 446 มากกว่า เพราะเหตุที่โจทก์เป็นหญิงและถูกคู่คร่าอนาจาร ความเสียหายที่ได้รับจึงไม่อาจประเมินค่าเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนได้³⁸⁰

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

ค) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2501

โจทก์จดทะเบียนเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดที่มีชื่อว่า “บริษัทเมืองทอง” ตั้งอยู่ที่ถนนเยาวราช อำเภอเมืองนาฬิกา ปากกา และแว่นตา ไซซส์ ซึ่งเป็นเอเยนต์ของห้างปีกริม ต่อมาจำเลยจดทะเบียนตั้งบริษัทจำกัดชื่อ “บริษัทเมืองการแว่นจำกัด” เมื่อปี พ.ศ. 2497 ภายหลังจากการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดโจทก์หลายปี จำเลยทำการขายแว่นตาอย่างเดียว โดยสั่งมาจากต่างประเทศ แต่ไม่ใช้แว่นตาไซซส์ จำเลยเอาชื่อห้างโจทก์ไปใช้เพื่อให้ลูกค้าหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของห้างโจทก์ แต่สินค้าของจำเลยคุณภาพต่ำทำให้โจทก์เสียชื่อเสียงในการค้าและขาดความเชื่อถือซึ่งทำให้โจทก์ขาดผลประโยชน์รายได้เป็นเงิน 100,000 บาทขอให้จำเลยใช้ค่าเสียหายจำนวนนี้

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

³⁷⁹ จิตติ ติงศภักดิ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 298.

³⁸⁰ ปริญญาวัน ชมแสวก, อ้างในเชิงอรรถที่ 372 หน้า 101-102.

³⁸¹ กฤษณา พิชญโกศล, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 76-77.

ละเมิดสิทธิของโจทก์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ได้ตามควรแก่กรณี และที่ศาลอุทธรณ์กำหนดให้ 50,000 บาท หากเกินสมควรไม่จึงพิพากษาขึ้น

มีนักกฎหมายที่ให้ความเห็นว่า คำพิพากษานี้เป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะเมื่อปรากฏว่าการเปลี่ยนชื่อของจำเลยให้เหมือนโจทก์ทำให้โจทก์เสียหายแล้ว แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าโจทก์ไม่เสียหายเป็นเงินเพราะได้รับกำไรมากขึ้นตลอดระยะเวลาที่ถูกละเมิดก็ตาม ค่าสินไหมทดแทนจำนวน 50,000 บาทจึงเป็นการลงโทษจำเลยส่วนหนึ่ง³⁸² ในขณะที่นักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยก็ได้อธิบายว่า ศาลไม่ได้ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่เป็นเพียงค่าเสียหายตามปกติ เพราะโจทก์ในคดีนี้ไม่สามารถพิสูจน์ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้นั่นเองอันเนื่องมาจากอาจมีปัจจัยอื่นที่ทำให้โจทก์ได้รับกำไรมากขึ้นเอง หากไม่มีการเปลี่ยนชื่อร้าน โจทก์ก็คงจะได้รับกำไรมากกว่าที่เป็นอยู่นั่นเอง ศาลจึงใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดกำหนดค่าเสียหายได้เพื่อชดเชยแก่กำไรที่ควรจะได้รับ³⁸³

เนื่องจากความยากในการพิสูจน์ถึงตัวเลขที่เหมาะสมของความเสียหายที่โจทก์ได้รับ จึงอาจทำให้ไม่สามารถสรุปได้ว่า ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้จำนวน 50,000 บาทนี้ จะเท่ากับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหรือเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเกินกว่าค่าเสียหายแท้จริงนั่นเอง³⁸⁴

ง) คำพิพากษาฎีกาที่ 886/2475

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

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

³⁸³ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16 หน้า 298, ปริญาวัน ชมเสวก, อ้างในเชิงอรรถที่ 372 หน้า 103.

³⁸⁴ ปริญาวัน ชมเสวก, อ้างแล้วข้างบน.

โจทก์ โดยใช้พวกคนงานเอาสายสมอเรือชุดแร่ว้ามข้ามขวางซุ้มรายนี้เป็นเหตุให้สายสมอบัดฟาดรั้วลัม ทั้ง 4 ด้าน และถูกรูปซุ้มเสียหาย โจทก์ร้องต่อกำนันและห้ามปรามจำเลยมาตั้งแต่ต้น จำเลยหาฟังไม่ กลับใช้เรือชุดแรกทำลายซุ้มตลอดทั้งบริเวณที่ฝั่งศพมารดา โจทก์เสียหายไปหมดสิ้น พฤติการณ์ที่ จำเลยได้กระทำลงดังกล่าวทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษอย่างร้ายแรง จึงขอให้ศาลบังคับ จำเลยใช้ค่าที่ดินและซุ้ม ค่ารั้วหลบลัม และรูปซุ้ม กับค่าเสียหายที่โจทก์ต้องขาดจากการปฏิบัติหน้าที่ศีลธรรมอันดีตามลัทธิศาสนา ประเพณีนิยม รวมทั้งสิ้นเป็นเงิน 7,100 บาท

ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายโดยคิดเป็นค่ารั้ว 40 บาท ค่าที่ดินรายนี้กับซุ้ม 700 บาท ซึ่งมีราคายิ่งกว่าธรรมดา เนื่องจากการที่โจทก์ต้องเสียเงินให้กับจีนแสหาชัยภูมิฝั่งศพ ส่วนค่าจ้างจีนแส ศาลเห็นว่า โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องเรียก เพราะเป็นค่าเสียหายอันห่างไกลกับเหตุ นอกจากนี้ ศาลยังกำหนด ค่าเสียหายในการที่จำเลยละเมิดศีลธรรมอันดีตามลัทธิศาสนา ตามที่โจทก์ฟ้องเรียกอีกเป็นจำนวน 5,000 บาท รวมทั้งสิ้น 5,740 บาท

ในประเด็นอันเกี่ยวกับค่าเสียหายในการที่จำเลยละเมิดศีลธรรมอันดีตามลัทธิศาสนา จำนวน 5,000 บาทนี้เองที่เป็นปัญหาว่าอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาเห็นในประเด็นนี้ว่า โจทก์ฟ้องเรียก ค่าสินไหมทดแทนต่อการละเมิดต่อทรัพย์สินรวมกันมา มิได้เจาะจงฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน สำหรับการที่โจทก์ต้องขาดจากการปฏิบัติหน้าที่ศีลธรรมอันดีตามลัทธิศาสนา ประเพณีนิยมอย่างเดียว ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายประการหลังนี้ โจทก์ฟ้องเรียกเกี่ยวเนื่องขึ้นมาด้วยกันกับที่โจทก์ต้องเสีย ซุ้มและที่ดินไป ซึ่ง ป.พ.พ. มาตรา 438 อนุญาตให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด ไม่ได้หมายความว่า ถ้ามีการละเมิดต่อทรัพย์สินแล้ว โจทก์จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะสำหรับความเสียหายในทรัพย์สินเท่านั้น ไม่ และเมื่อโจทก์มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายในทรัพย์สินรวมทั้งค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดได้ดังนี้แล้ว ความมากน้อยแห่งค่าสินไหมทดแทนย่อมเป็นดุลพินิจของศาล

คดีนี้ มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา กล่าวว่า การที่ทำให้ขาดจากการปฏิบัติเช่น ใหวัวไม่เป็นการทำความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งดังว่าไว้ในมาตรา 420 เลยเพราะไม่ใช่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของใคร และจะว่าเป็นการเสียหายต่อทรัพย์สินโดยตรงก็ไม่ได้ เพราะการที่ไม่ต้อง เช่น ใหวัวจะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายในทางทรัพย์สินเสียอีก หรือจะว่าเป็นการเสียหายต่อเสรีภาพก็ไม่ได้ เพราะคำว่า เสรีภาพตามมาตรา 420 มิได้หมายถึงเสรีภาพโดยทั่วๆ ไปไม่จำกัด ซึ่งกรณีตามฎีกานี้ ก็ไม่ถือว่าเสียหายต่อเสรีภาพตามความหมายของมาตรา 420 ด้วย นอกจากนี้จะว่าการปฏิบัติเช่น ใหวัว

เป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ยังไม่สงสัย เพราะโดยปกติทั่วไป สิทธิต้องมีกฎหมายบอกกล่าวรับรองไว้ชัดเจน แต่คดีนี้ ฟ้องเรียกค่าเสียหายในการทำละเมิดต่อทรัพย์สินรวมกันมา จึงไม่มีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่าเป็นละเมิดหรือไม่ แต่มีข้อที่น่าคิดว่า ถ้าโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายสำหรับการขาดปฏิบัติการ เช่น ไหว้ขึ้นมาอย่างเดียว ศาลจะพิพากษาให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม การที่ต้องขาดจากการเช่นไหว้ เป็นพฤติการณ์ร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งศาลอาจกำหนดให้ได้เกินกว่าค่าแห่งทรัพย์สินที่เสียหายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 438 การที่บุคคลทำละเมิดเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของเขานั้น มิได้หมายความว่าผู้เสียหายจะได้แต่ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะความเสียหายในตัวทรัพย์สินเท่านั้น เพราะตามพฤติการณ์อาจเป็นการทำละเมิดโดยโอหังบังอาจละเมิดสิทธิของเขาโดยกิริยาหยาบช้าขัดต่อศีลธรรม หรือทำความเสียหายเป็นสิ่งที่ทำให้เขาได้รับทุกขระทมใจก็เป็นได้ ซึ่งทั้งนี้ศาลย่อมมีอำนาจที่จะเพิ่มค่าสินไหมทดแทนให้มากขึ้นได้ตามความร้ายแรงแห่งละเมิด การทำความเสียหายต่อที่ดินธรรมดาไม่ร้ายแรงเท่าที่ดินที่เขาทำสวนชุกชุกชู่ไว้เป็นที่เคารพบูชา เพราะฉะนั้น การที่จำเลยทำลายที่ดินสวนชุกชุกชู่ของโจทก์ จึงนับได้ว่า เป็นพฤติการณ์ร้ายแรงแห่งละเมิดอย่างหนึ่ง ซึ่งศาลอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพิ่มขึ้นจากค่าเสียหายในตัวที่ดินนั้นได้ และความมากน้อยแห่งจำนวนค่าสินไหมทดแทนย่อมจะกำหนดเอาได้แต่ตามพฤติการณ์ข้อเท็จจริง

เมื่อพิจารณาหมายเหตุท้ายฎีกานี้ก็อาจจะตีความไปได้ว่า ศาลกำหนดค่าเสียหายเกินกว่าค่าเสียหายทางทรัพย์สินซึ่งอาจจะมุ่งลงโทษจำเลยด้วยก็ได้เพราะจากพฤติการณ์แห่งคดีก็เข้ากับหลักเกณฑ์ที่ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ประกอบกับค่าเสียหายจำนวน 5,000 บาทนี้ก็ไม่ใช่ความเสียหายแท้จริง นอกจากนี้ก็ยังไม่ใช่ค่าเสียหายเพื่อเป็นการรองรับสิทธิที่โจทก์มีอยู่ เพราะจำนวนเงินดังกล่าวมีค่าสูงมากเมื่อเทียบกับค่าเงินในสมัยนั้น³⁸⁵ อย่างไรก็ตาม ศ.จิตติ ดิงศภัทย์กลับมีความเห็นว่า ในกรณีที่เป็นการทำละเมิดต่อสิทธิที่เป็นทรัพย์สินอันอาจกำหนดราคาเป็นเงินได้นั้น อาจมีความเสียหายต่อจิตใจอันคำนวณเป็นราคามีได้รวมอยู่ด้วย ซึ่งศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายให้อีกได้โดยอาศัยพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดโดยคำนวณราคาทรัพย์สินของโจทก์ให้สูงกว่าธรรมดา³⁸⁶

ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้ในคดีนี้ มีข้อสังเกตที่ว่า ศาลไม่สามารถปรับใช้มาตรา 446 ได้เลย เพราะไม่เข้ากับหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างชัดเจน เนื่องจากมิใช่ความเสียหายต่อร่างกาย อนามัยหรือ

³⁸⁵ กฤษณา พิชญ โภทศ, 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 ถ้าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภค โดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการธุรกิจชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการธุรกิจ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด

ก) หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

(1) ต้องเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ซึ่งหมายถึง ผู้ประกอบการธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และให้หมายความรวมถึงผู้ประกอบการตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัยด้วย³⁸⁷

³⁸⁷ มาตรา 3 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551.

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ตั้งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการกิจการโฆษณาด้วย³⁸⁸

(2) องค์ประกอบ

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

(3) เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการธุรกิจชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค

(4) โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ

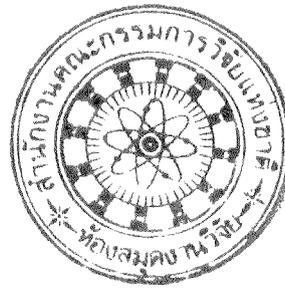
- 4.1 ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ
- 4.2 ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับ
- 4.3 ฐานะทางการเงินของผู้ประกอบการธุรกิจ
- 4.4 การที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น
- 4.5 การที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหาย

เนื่องจากผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ในเรื่องคุณภาพสินค้าหรือบริการตลอดจนเทคนิคการตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจ ทั้งยังขาดอำนาจต่อรองในการเข้าทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการทำให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบอยู่เสมอ³⁸⁹ จึงถือได้ว่า การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเป็นหลักการที่พัฒนาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้อาจเพียงพอต่อการป้องปรามผู้ประกอบการธุรกิจผู้มิได้กระทำด้วยความสุจริต 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 ผู้ประกอบการธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริต โดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม



ถูกกระจายต่อสาธารณชนเป็นวงกว้าง ถ้าแม้ขั้นตอนการผลิตหรือให้บริการบางส่วนมีจุดบกพร่องไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคเป็นจำนวนมากซึ่งอาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยของสังคม³⁹¹ เนื่องจากถ้าความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับน้อยนิดคนไม่คุ้มค่าต่อการนำคดีขึ้นสู่ศาล 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) เนื่องจากเป็นคดีผู้บริโภคฟ้องผู้ประกอบการ จึงมีเพียง ผู้ประกอบการเท่านั้นที่อาจรับผิดชอบต่อค่าเสียหายเชิงลงโทษ

(2) พระราชบัญญัติไม่ได้กำหนดมูลแห่งการฟ้องคดีไว้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงอาจเกิดได้ทั้งจากมูลละเมิดหรือสัญญาก็ได้

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

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

³⁹² ชาญณรงค์ ปราณจิตต์, อ้างแล้วข้างบน หน้า 133-134.

(4) ศาลจะต้องกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงก่อนเสมอ แล้วจึงกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อไป

ง) ประเด็นที่ควรพิจารณา

ถ้ามีผู้บริโภครายรวมตัวกันเป็นโจทก์ฟ้องผู้ประกอบการรายเดียว และศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภคอันเป็นโจทก์แต่ละรายไม่เท่ากัน แล้วศาลควรจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ผู้บริโภคแต่ละรายแยกกันและใช้เพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษแยกกัน หรือศาลควรจะใช้วิธีการคำนวณโดยรวมค่าเสียหายที่แท้จริงทั้งหมดที่ต้องจ่ายแก่ผู้เสียหายเข้าด้วยกันแล้วใช้เพดานขั้นสูงทีเดียว

ถ้ากฎหมายมิได้กำหนดให้เพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษแตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับค่าเสียหายที่แท้จริงก็คงจะไม่เกิดปัญหาใดๆ เพราะว่าจะไม่ว่าจะใช้วิธีการคำนวณแบบไหน ก็จะทำให้ผลสุดท้ายที่เท่ากัน แต่ทว่าในเมื่อกฎหมายได้แบ่งแยกลำดับชั้นไว้เช่นนี้แล้ว จึงมีโอกาสทำให้เกิดปัญหาในการคำนวณได้ 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 ($70,000 \times 2$) และยังหมายความว่า 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 บาท ($70,000 \times 2$)

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 ฐานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย”

ก) หลักเกณฑ์

(1) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้

- (ก) ผลิต หรือ
- (ข) นำเข้า หรือ
- (ค) ขาย

(2) โดย;

³⁹³ ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, อ่างแล้วข้างบน หน้า 334-335

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

ข) ข้อจำกัด

ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ต้องไม่เกิน 2 เท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 (2) ดังกล่าวจะเห็นว่า มีหลักการคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 มาก³⁹⁴ แต่มีความต่างกันในเรื่องเพดานขึ้น

³⁹⁴ มาตรา 42 ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบการกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบการชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค 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 ซึ่งเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค 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”

เหมือนดังเช่นหลักการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมให้แก่ผู้บริ โภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริ โภคดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551 ซึ่งแสดงให้เห็นชัดแจ้งว่า หลักการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมตามมาตรา 18 นั้น ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมตามมาตรา 10 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงให้แก่เฉพาะกรณีที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สมาคม และมูลนิธิซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้การรับรองฟ้องคดีแทนผู้เสียหายเท่านั้น หากผู้เสียหายฟ้องคดีเอง ย่อมไม่ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายจะหยิบยกบทบัญญัติแห่งมาตรา 3 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นขึ้นกล่าวอ้างว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551 มาตรา 18 ให้ความคุ้มครองผู้เสียหายมากกว่าเพื่อที่จะได้รับสิทธิที่ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงไม่ได้ แต่หากผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่มีเงินเสียค่าธรรมเนียมศาล หรือหากไม่ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมจะได้รับความสะดวก รวดเร็วเกินสมควร ผู้เสียหายก็ชอบที่จะใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 156 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค 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 ธานิศ เกศวพิทักษ์, กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริ โภค พ.ศ. 2551, กรุงเทพฯ: บริษัท ยูเนียน อุลตราไวโอเร็ด จำกัด, 2551 หน้า 152-153.

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

มาตรา 8 บัญญัติว่า “เมื่อมีหลักฐาน โดยชัดแจ้งว่าผู้ใดละเมิดหรือกำลังจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ผู้ควบคุมความลับทางการค้าที่ถูก หรือกำลังจะถูกละเมิดสิทธินั้นมีสิทธิดังต่อไปนี้”

(1) ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้นั้นระงับหรือละเว้นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้านั้นเป็นการชั่วคราว และ

(2) ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้นั้นละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าและฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้

การใช้สิทธิตาม (1) อาจกระทำได้ก่อนการฟ้องคดีตาม (2)”

มาตรา 3 บัญญัติว่า “ความลับทางการค้า หมายความว่า ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกัน โดยทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลซึ่งโดยปกติแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว โดยเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากการเป็นความลับ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ”

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

³⁹⁶ ธนพจน เอกโยคยะ, กฎหมายความลับทางการค้า, ใน นันทน อินทนนท์, ทรัพย์สินทางปัญญาในยุคโลกาภิวัตน์ เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์ ตุลาคม 2547) หน้า 733; จันทรกะพ้อ 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) เจตนาถล่นแกล้ง

(2) เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้า

(3) ศาลสามารถสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากค่าสินไหมทดแทนแท้จริง ผลประโยชน์สืบเนื่องจากการละเมิด ได้

(4) แต่ต้องไม่เกินสองเท่าจากค่าสินไหมทดแทน

นอกจากผู้ละเมิดต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนเชิงลงโทษแล้วก็ยังสามารถรับพิฆตทางอาญาอีกด้วย ถ้าพบว่าเจตนาถล่นแกล้งให้ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้รับความเสียหายในการประกอบธุรกิจ³⁹⁹

³⁹⁷ ธนพจน เอกโยคยะ, อ้างแล้วข้างบน.

³⁹⁸ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 396 หน้า 73.

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

แม้พระราชบัญญัตินี้จะเป็นกฎหมายฉบับแรกที่น่าแนวคิดของค่าเสียหายเชิงลงโทษใส่ไว้ โดยใช้การจูงใจหรือเจตนาถล่นแกล้งให้สื้นสภาพความล้บทางการค้าเป็นองค์ประกอบให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ แต่สิ่งที่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงคือ บัจจัยหรือพฤติกรรมที่ศาลสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ยกตัวอย่างเช่น เมื่อจำเลยมีเจตนาอันชั่วร้ายถล่นแกล้งโดยพิมพ์ความล้บทางการค้าของโจทก์ลงบนอินเทอร์เน็ต ทำให้สื้นสภาพความล้บทางการค้าทำให้โจทก์เสียหายเป็นเงินจำนวน 100,000 บาท ศาลก็มีอำนาจที่จะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่แท้จริงได้ แต่ทว่า ศาลควรจะกำหนดให้เท่าไรนั้น กฎหมายฉบับนี้เปิดให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระมากเกินไป สิ่งเดียวที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นขอบเขตคือเพดานค่าสินไหมทดแทนเชิงลงโทษจำนวนไม่เกิน 2 เท่า ซึ่งเท่ากับ 200,000 บาท แต่ในช่วงระยะห่างระหว่าง 0 ถึง 200,000 บาทนี้ คู่ความไม่อาจคาดเดาได้เลย ถ้ามองไปที่กฎหมายพิเศษอีกสองฉบับที่กล่าวถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้เหมือนกันก็จะเห็นได้ชัดว่ามีการกำหนดพฤติกรรมที่ศาลสามารถนำมาเป็นบัจจัยในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้อย่างชัดเจน

ข) ข้อจำกัด

ต้องไม่เกิน 2 เท่าจากค่าสินไหมทดแทน

4.2 แนวทางที่เหมาะสมในการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กับคดีละเมิดทั่วไป

เมื่อทราบสถานะปัจจุบันของค่าเสียหายเชิงลงโทษภายใต้กฎหมายละเมิดของประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนจึงได้เสนอแนะแนวทางการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษทั้งสื้นสองแนวทาง โดยแนวทางแรก ผู้เขียนได้เสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้ศาลมีอำนาจและดุลพินิจที่เหมาะสมต่อการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ ส่วนแนวทางที่สอง ผู้เขียนได้ให้เหตุผลเพื่อปฏิเสธการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในมาตรา 438 เพราะเหตุว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่สอดคล้องกับทฤษฎีพื้นฐานของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและมีปัญหาในทางปฏิบัติ

4.2.1 ทางเลือกแรก : นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้กับคดีละเมิดทั่วไป

4.2.1.1 บทบาทของกฎหมายละเมิด

หลักการชดเชยความเสียหายต่อผู้เสียหายตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีวัตถุประสงค์เพียงแต่การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้เหมือนกับว่าไม่เคยมีความเสียหายได้เกิดขึ้นต่อผู้เสียหาย (to make him whole) ถ้ายังสามารถคืนทรัพย์สินได้ก็ให้คืนทรัพย์สินขึ้นเดียวกัน ถ้าการคืนทรัพย์สินอันเดิมเป็นไปได้ก็ให้ชดเชยทรัพย์สินนั้นแทน และถ้ายังมีค่าเสียหายใดๆเพิ่มเติมมาอีก ก็ให้บังคับเพื่อให้ชดเชยค่าเสียหายใดๆอีกก็ได้ ซึ่งปรากฏในมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างชัดเจน

ประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นประการแรกคือว่า หลักการการชดเชยเต็มจำนวนนี้มีประสิทธิภาพเพียงใดกับการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายและมีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด เป็นความจริงอยู่ว่า การใช้หลักการนี้จะทำให้ผู้ละเมิดจะต้องรับผิดชอบค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงต่อผู้เสียหายซึ่งดูเหมือนจะประหนึ่งว่าเพียงพอที่จะสร้างแรงจูงใจในระดับที่เหมาะสมให้กับบุคคลๆหนึ่งในการใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่ออีกบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะทั้งต่อร่างกาย ชีวิต ทรัพย์สิน หรือแม้แต่กระทั่งจิตใจ แต่ที่ปฏิเสธไม่ได้ว่า มีสาเหตุหลายประการที่ทำให้กฎหมายละเมิดที่สะท้อนหลักการชดเชยค่าเสียหายที่แท้จริงเต็มจำนวนนั้น ไม่เพียงพอกับสถานการณ์จริง เช่น ผู้ละเมิดเห็นค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นเพียงต้นทุนอย่างหนึ่งซึ่งถ้าผลประโยชน์หักลบด้วยต้นทุนมีค่าเป็นบวกก็จะทำให้การละเมิดเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเพราะประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับมากกว่าความเสียหายต่อผู้เสียหาย หรือการที่ผู้ละเมิดมีโอกาสหลุดพ้นจากความรับผิดชอบสูงมาก ก็จะทำให้ผู้ละเมิดทำละเมิดต่อไปเพราะความรับผิดชอบค่านี้นั้นต่ำกว่าความรับผิดชอบที่แท้จริง

ในประเด็นนี้จึงเห็นได้ชัดว่า การที่กฎหมายให้ค่าเสียหายตามที่เกิดขึ้นจริงเท่ากับว่ากฎหมายมองย้อนกลับไปในอดีต กฎหมายไม่มองไปว่าอนาคตจะมีการละเมิดอีกครั้งหรือไม่ ดังเช่นว่าให้ผู้ละเมิดกลับไปแก้ไขเหตุการณ์ในอดีตให้ถูกต้อง ส่วนอนาคตจะเป็นอย่างไรก็ได้เพราะกฎหมายละเมิดไม่มีหน้าที่ป้องปรามพฤติกรรมของบุคคลในอนาคต ผู้เขียนจึงเห็นว่า นี่เป็นจุดบกพร่องสำคัญที่กฎหมายละเมิดควรจะได้รับแก้ไขให้มีบทบาทมากขึ้น เพื่อให้สามารถหยุดการกระทำที่สังคมไม่พึงประสงค์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตให้หมดไปได้ โดยการขยายบทบาทและหน้าที่ของกฎหมายละเมิดให้รวมถึงค่าเสียหายที่เพิ่มเติมไปจากค่าเสียหายที่แท้จริง ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ละเมิดและผู้อื่นที่ตกอยู่ภายใต้

พฤติการณ์แบบเดียวกันไม่ทำการกระทำเยี่ยงเดียวกันอีก และกฎหมายละเมิดก็ควรที่จะเพิ่มบทพาดตนเองเพื่อลงโทษผู้ละเมิดได้ด้วย

ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวไปแล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ระบบกฎหมายละเมิดของประเทศไทย ควรพิจารณานำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ และต้นแบบกฎหมายละเมิดอันมีค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นองค์ประกอบอันสำคัญก็คงจะหนีไม่พ้นการนำคำพิพากษาศาล กฎหมายของแต่ละมลรัฐ บทความ และงานวิจัยจำนวนมากจากประเทศสหรัฐอเมริกาอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษมา วิเคราะห์และปรับใช้ให้เหมาะสมกับระบบกฎหมายในประเทศไทย

ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่า ไม่ควรนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการละเมิดทุกกรณี แต่ ควรจะนำมาใช้กับการละเมิดบางประเภทเท่านั้น เพราะในบางคดีค่าเสียหายที่แท้จริงก็เพียงพอแล้วที่จะ ทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาอย่างเต็มจำนวนและยังเป็นการลงโทษผู้ละเมิดอยู่ในระดับหนึ่ง และยัง ไปบังคับให้ผู้ละเมิดต้องจ่ายค่าเสียหายเพิ่มเติมไปอีกก็คงจะให้ประโยชน์กับสังคมน้อยกว่าภาระที่ผู้ ละเมิดต้องรับไว้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การละเมิดที่ควรรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษได้นั้นควรขึ้นอยู่กับเหตุ 2 ประการ อันได้แก่ การทำละเมิดที่มุ่งร้าย (Malicious act) และการประมาทเลินเล่อไม่แยแสต่อสิทธิ ของผู้อื่น (Reckless disregard)

4.2.1.2 การกระทำที่เข้าข่ายที่จะปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ก) การทำละเมิดที่มุ่งร้าย (Malicious Act, Wanton)

แม้ว่าทางทฤษฎีของละเมิดโดยใช้การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ได้ยอมรับไปตั้งแต่แรกแล้วว่า กฎหมายละเมิดควรยอมรับให้มีการละเมิดเกิดขึ้นได้ โดยมีเงื่อนไขว่าการละเมิดต้องให้ผลประโยชน์ต่อ สังคมมากกว่าผลเสียทั้งหมดที่เกิดขึ้น เพราะการละเมิดแบบนี้ทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดแก่สังคมได้ (Social Efficiency) กฎหมายละเมิดจึงไม่ควรมีความรับผิดชอบสูงเกินไป เพราะมีผลแล้วจะทำให้เกิด การป้องปรามที่มากเกินไป (Over deterrence) จนไปกระทบต่อการละเมิดที่มีประสิทธิภาพได้ หรือถ้า กฎหมายละเมิดให้ค่าเสียหายที่น้อยไปกว่าค่าเสียหายแท้จริง ก็กลับกลายเป็นว่า จะเกิดการป้องปรามที่ น้อยเกินไป (Under deterrence) เพราะจะมีจำนวนการละเมิดในระดับหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อ สังคมมากกว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นทั้งหมดเกิดขึ้น

แต่ทว่า กลับมีการกระทำบางประเภทที่ไม่มีทางที่จะให้ประโยชน์ได้มากกว่าผลเสียที่เกิด ขึ้นกับผู้เสียหาย ซึ่งหมายถึงการกระทำที่มีความประสงค์ร้ายต่อผู้อื่น เพราะประโยชน์ที่เกิดขึ้นมาจาก

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

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

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

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

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่มุ่งร้ายต่อบุคคลอื่นเกิดจากความเสียหายต่อบุคคลอื่นเท่านั้น ประโยชน์ที่ได้มาจึงไม่ถูกนับให้อยู่ในสวัสดิการสังคม ดังนั้น กฎหมายละเมิดจึงไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะทำให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไป เพราะเพิ่มค่าสวัสดิการสังคมให้สูงสุดได้ต้องไม่มีการกระทำที่มุ่งร้ายเลย และยิ่งบุคคลกลัวที่จะต้องชำระค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่ไม่สามารถคาดเดาได้ หรือสามารถคาดเดาได้แต่เป็นจำนวนสูงจนชำระไม่ไหว ก็ยิ่งเป็นผลดีและทำให้การกระทำเยี่ยงนี้ไม่เกิดขึ้นเลย

นอกจากนี้ ยังมีข้อสนับสนุนอีกประการหนึ่งที่เหมาะสมที่สุดคือ ปทัณฐานที่ถูกกำหนด (Norm Projection) อันหมายถึง มุมมองของประชาชนว่ากฎหมายละเมิดมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อะไร เป็นกฎหมายบังคับให้ประชาชนต้องเคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดหรือไม่ หรือเป็นกฎหมายที่ถือว่า เป็นต้นทุนอย่างหนึ่งในการกระทำใดๆ เท่านั้นเองหรือไม่ กฎหมายละเมิดจึงเป็นเพียงทางเลือกหนึ่งในการดำเนินธุรกิจเท่านั้น ยิ่งสำหรับการกระทำที่มีแต่ความประสงค์ร้ายนี้เองที่ไม่ควรเกิดขึ้นในสังคม ดังนั้น ปทัณฐานที่ถูกกำหนดขึ้นสำหรับกฎหมายละเมิดถึงการกระทำประเภทนี้จึงมีหลักการว่า ประชาชนต้องเกรงกลัวการบังคับใช้กฎหมายละเมิดเพื่อมิให้ฝ่าฝืนกฎหมายประเภทนี้ ไม่ว่าจะบุคคลนั้น จะได้รับประโยชน์เท่าใดหรือไม่

การปรับค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการละเมิดนี้ก็ควรจะใช้สำหรับคดีละเมิดที่เกิดโดยจงใจ และมุ่งร้ายทำให้เกิดความเสียหายบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องตระหนักถึง เหตุผลจากการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ที่ยอมรับการละเมิดที่มีประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นได้ในสังคม เพราะเพิ่มค่าสวัสดิการสังคมให้สูงขึ้น ดังนี้ เมื่อศาลพบว่ากรกระทำของจำเลยอันเป็นการละเมิด เกิดขึ้น โดยเจตนามุ่งร้าย ศาลก็จะมีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติมขึ้นมาจากที่

ข) ประมาทเลินเล่อโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่น (Reckless disregard)

เมื่อผู้ละเมิดกระทำการ โดยมีได้แยแสคำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นใดๆเลยโดยคำนึงถึงแต่เพียง ผลประโยชน์ที่ตนเองจะได้รับเท่านั้น ซึ่งไม่สะท้อนถึงการตัดสินใจของประชาชนในสังคมที่ต้อง คำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ของบุคคลอื่นด้วย ถ้ากฎหมายละเมิดบังคับให้บุคคลประเภทนี้คิดเพียง ค่าเสียหายที่แท้จริง กฎหมายก็ไม่อาจมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของบุคคลประเภทนี้ได้ เพราะถึง อย่างไม่รู้ค่าเสียหายที่แท้จริงก็ไม่ได้มีความสำคัญเพียงพอที่บุคคลประเภทนี้จะต้องเอาใจใส่ ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงอาจมีบทบาทเปลี่ยนพฤติกรรมให้บุคคลประเภทนี้ใส่ใจกับการกระทำของ ตนเองมากขึ้น

แม้การประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาจะไม่เพียงพอต่อการชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่าใดนัก แต่ถ้าการประมาทเลินเล่อมีความร้ายแรงที่สูงมากขึ้นเรื่อยๆจนเป็นการประมาทเลินเล่อที่ร้ายแรงมาก ๆ จนเกือบเท่ากับจงใจอันเป็นการขาดความระมัดระวังที่ผิดปกตวิสัยของบุคคลทั่วไป ศาลจึงควรเพิ่ม จำนวนค่าเสียหายให้มากขึ้นเพื่อสะท้อนระดับของการไม่ใช้ความระมัดระวังที่มากขึ้นไปด้วย

การละเมิดประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องมีความมุ่งร้ายเป็นองค์ประกอบด้วย ประชาชนใช้ชีวิตอย่าง ปกติธรรมดาหรือบริษัทธุรกิจดำเนินธุรกิจตามปกติแล้วทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่

แยแสต่อสิทธิที่บุคคลอื่นมีอยู่ตามกฎหมาย ผู้ละเมิดก็ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายที่แท้จริงพร้อมกับค่าเสียหายเชิงลงโทษด้วย

การกระทำหรือกิจกรรมในประเภทนี้แตกต่างจากการละเมิด โดยมุ่งร้ายเพราะการกระทำประเภทนี้ให้ประโยชน์หรืออรรถประโยชน์จากการกระทำด้วย เมื่อหักลบด้วยต้นทุนและค่าใช้จ่ายอื่นๆ แล้ว ถ้ามีค่าเป็นบวกก็ถูกนับให้รวมในค่าสวัสดิการสังคมได้ เพราะวัตถุประสงค์ของการกระทำคือการหาผลประโยชน์ แต่ขั้นตอนการหาผลประโยชน์ก็อาจจะไปกระทบสิทธิของบุคคลอื่นได้

การละเมิดประเภทนี้ที่วัตถุประสงค์หลักของการกระทำเป็นที่ยอมรับได้ตามกฎหมายและทำให้เกิดประโยชน์ไม่ว่าต่อผู้ทำละเมิดเองหรือว่าต่อสังคม โดยมีจำเป็นต้องทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นเสียทีเดียว เช่น การขั้บรถยนต์โดยประมาทเลินเล่อชนผู้เสียหาย ก็มีได้หมายความว่า วัตถุประสงค์ของการนำรถยนต์ออกมาขั้บคือต้องการทำร้ายผู้เสียหาย เพราะผู้ขั้บมีเจตนาต้องการขั้บรถยนต์ให้ถึงที่หมายเพื่อไปทำธุระ แต่ระหว่างที่อยู่ในเขตชุมชนอาจใช้ความเร็วมากเกินไปจนควบคุมรถไม่อยู่ก็เป็นได้ หรือการที่บริษัทหนึ่งผลิตสินค้าออกมาขายให้กับประชาชนแล้วสินค้าสร้างความเสียหายต่อผู้บริโภคจนถูกฟ้องร้องเป็นคดีละเมิด ก็แสดงว่าการละเมิดเป็นอุบัติเหตุจากการที่บริษัทต้องการจะทำกำไรโดยการขายสินค้าให้กับผู้บริโภคเท่านั้นเอง ประโยชน์อันเกิดจากการกระทำประเภทนี้จึงถูกนับรวมอยู่ในค่าสวัสดิการสังคมได้ ดังนั้น เพื่อไม่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษไปเบียดบังการละเมิดที่มีประสิทธิภาพ วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีขึ้นเพื่อให้เกิดการป้องปรามที่เหมาะสม (optimal deterrence) จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ไม่สูงมากก็บรรลุวัตถุประสงค์ได้ ในขณะที่ถ้าเป็นการกระทำที่มุ่งร้ายจะต้องใช้วัตถุประสงค์การป้องปรามอย่างเบ็ดเสร็จ (complete deterrence) โดยให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมาก

4.2.1.3 ปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ

เมื่อศาลพบว่าการละเมิดเป็นโดยจงใจอย่างมุ่งร้ายหรือประมาทเลินเล่อไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นแล้ว ศาลก็จะมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษควรจะเป็นเท่าไรเป็นประเด็นที่สำคัญมากที่สุดเพราะมีหลักฐานปรากฏชัดเจนในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากเกินไปถูกวิจารณ์อย่างหนักถึงความไม่เหมาะสมเพราะทำให้เกิดผลเสียมากเกินไป แต่ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนต่ำเกินไปก็จะทำให้วัตถุประสงค์แห่งค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่เกิดผลอย่างเต็มประสิทธิภาพ การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ไว้ในกฎหมายไทย ผู้เขียนจึง

เห็นว่า เป็นการสมควรที่จะนำถกเถียงและเสนอปัจจัยที่ใช้เป็นแนวทางในการกำหนดค่าเสียหายเชิง
ลงโทษที่เหมาะสมได้

ก) ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและที่อาจเกิดขึ้น

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็มีความสัมพันธ์กับค่าเสียหายเชิงลงโทษ
เพราะถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนสูงก็มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ
ของคณะลูกขุนและศาลได้ เช่น ในคดีที่ผู้เสียหายได้รับอาการบาดเจ็บอย่างรุนแรง คณะลูกขุนจะให้
ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้มากขึ้น และอิทธิพลต่อการตัดสินใจนี้จะมากยิ่งขึ้นไปอีกในคดีที่ผู้ละเมิดเป็น
บริษัทขนาดใหญ่

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า แท้จริงแล้วถ้าเห็นวัตถุประสงค์ในการป้องปรามเป็นหลักการอัน
สำคัญก็อาจเป็นไปได้ว่า ในคดีที่ศาลพบความรุนแรงของความเสียหายและศาลกำหนดให้ค่าเสียหายที่
แท้จริงมีจำนวนสูง ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็อาจจะไม่มีความจำเป็นเท่าใดนัก เพราะเหตุว่า เมื่อวิเคราะห์
ภายใต้ปัจจัยนี้ประการเดียวแล้ว ค่าเสียหายที่เท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็น่าจะเพียงพอแล้วต่อ
การป้องปรามการละเมิดในอนาคตได้ในระดับที่เหมาะสม และต้องไม่ลืมไปว่า ค่าเสียหายที่แท้จริง
อันมีค่าสูงก็แสดงถึงการลงโทษจำเลยอยู่ในระดับหนึ่งแล้ว การที่คณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายเชิง
ลงโทษสูงในคดีที่พบความรุนแรงก็อาจถือได้ว่าคณะลูกขุนใช้อารมณ์บังคับั้งการใช้หลักการและเหตุผล
ที่ถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าค่าเสียหายที่แท้จริงจะมีจำนวนต่ำก็ไม่ได้หมายความว่าค่าเสียหายเชิง
ลงโทษควรมีจำนวนต่ำด้วยเสมอไป เพราะแม้การละเมิดจะทำความเสียหายเพียงน้อยนิด แต่มีโอกาส
เป็นไปได้ว่าถ้าการทำละเมิดของจำเลยเป็นผลสำเร็จลุล่วงลงก็อาจจะทำให้เกิดความเสียหายต่อ
ผู้เสียหายได้มากกว่านี้มาก⁴⁰⁰ ผู้พิพากษาควรที่จะมีดุลพินิจนำความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้มา
แปรเปลี่ยนให้อยู่ในรูปแบบค่าเสียหายเชิงลงโทษ มิฉะนั้นแล้ว ค่าเสียหายจะไม่เพียงพอที่จะป้องปราม
การทำละเมิดแบบเดียวกันอีกในอนาคต เพราะถ้าผู้ละเมิดคำนวณแล้วเห็นว่า การทำละเมิดมีความเสี่ยง
ที่จะสำเร็จและไม่สำเร็จ ถ้าการละเมิดเป็นผลสำเร็จก็จะทำให้รับผิดชอบชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงตาม
ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่ถ้าการละเมิดไม่เป็นผลสำเร็จผู้ละเมิดรับผิดชอบชำระเพียงค่าเสียหายแท้จริง

⁴⁰⁰ ในคดี BMW ศาลก็ได้ยอมรับอย่างชัดเจนถึงความสัมพันธ์อย่างเป็นทางการเป็นเหตุเป็นผลของค่าเสียหายเชิง
ลงโทษและความเสียหายที่แท้จริงประกอบกับความเสียหายที่น่าจะเกิดขึ้น, 116 S. Ct. at 1602.

รวมกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีค่าน้อยลง ความรับผิดชอบของผู้ละเมิดจึงมีค่าต่ำกว่าความรับผิดชอบในกรณีที่ทำให้การละเมิดสำเร็จ ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ควรปรับใช้ในกรณีที่การละเมิดสำเร็จและไม่สำเร็จควรมีจำนวนเท่ากันเพราะอาจเพิ่มน้ำหนักต่อการตัดสินใจของผู้ที่กำลังวางแผนทำละเมิด 'ไม่ให้ทำละเมิดได้'⁴⁰¹ การที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเช่นนี้จะป้องปรามต่อการละเมิดในอนาคตได้อย่างแท้จริง ส่วนในมุมมองของการลงโทษก็ถือได้ว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อลงโทษจำเลยมีหลักการเดียวกันกับที่กฎหมายอาญาลงโทษการพยายามกระทำความผิดด้วย

จึงอาจสรุปในปัจจัยแรกได้ว่า ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีมากอยู่แล้วก็อาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่าน้อยแต่ถ้าการกระทำของจำเลยเป็นผลสำเร็จแล้วจะทำให้เกิดความเสียหายมาก ก็น่าจะมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้เท่ากับ ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเพื่อป้องปรามจำเลยสำหรับการกระทำในอนาคต และยังลงโทษจำเลยได้ด้วย

ข) การกระทำที่สังคมยอมรับไม่ได้ และควรได้รับการลงโทษ

คงปฏิเสธไม่ได้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นในสังคมอันมีความร้ายแรงแตกต่างกันควรได้รับการลงโทษที่แตกต่างกันซึ่งเป็นการสะท้อนแนวคิดด้านศีลธรรมของประชาชน พฤติกรรมบางประเภทที่สังคมพองทนไหวก็อาจจะรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษบ้าง แต่สำหรับพฤติกรรมที่สังคมมีอาจรับได้ด้วยประการใดๆทั้งสิ้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ต้องสะท้อนระดับความร้ายแรงที่สังคมยอมรับไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น การจงใจบุกรุกเข้าไปในที่ดินของผู้เสียหาย กับการวางเพลิงก็ควรได้รับการลงโทษที่ไม่เท่าเทียมกัน

ในอดีตได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยใช้ปืนยิงร้อยตำรวจตรีได้รับบาดเจ็บ กรรมการศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยกระทำการอย่างอุกอาจและร้ายกาจมาก เพราะก่อนจำเลยจะยิงโจทก์ จำเลยได้แสดงกริยาคุกหมิ่นโจทก์โดยมิได้เกรงขามในอำนาจราชการ เช่น ถีป็นมาลื้อ โจทก์กลางชุมชน ทำให้โจทก์ออกไปตีกัน และเอาไฟฟ้าฉายหน้าโจทก์แล้วจึงใช้ปืนยิงโจทก์โดยซึ่งหน้า

ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำประเภทนี้เองที่ควรได้รับการดำเนินคดีและการลงโทษ(เพิ่มเติมจากกฎหมายอาญา)อย่างมาก ทั้งการกระทำของจำเลยก็ไม่มีทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆแก่สังคม จาก

⁴⁰¹ แม้จะถือได้ว่าเป็นการนำผลที่ไม่อาจเกิดขึ้นจริงหรือเป็นผลทางทฤษฎีมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ผลที่อาจเกิดขึ้นได้จริงนี้เองก็ถูกปฏิเสธไม่ได้ว่า เป็นปัจจัยหนึ่งที่ผู้ละเมิดนำมาคำนวณว่าควรจะทำละเมิดครั้งปัจจุบันหรือไม่ และในอนาคตควรจะทำอีกหรือไม่

ข้อเท็จจริงก็เป็นที่ชัดเจนว่า จำเลยในคดีนี้ได้เกรงกลัวการบังคับใช้กฎหมายใดๆเลย นอกจากการลงโทษทางกฎหมายอาญาซึ่งมีข้อจำกัดแล้ว ถ้าปล่อยให้จำเลยรับผิดชอบเพียงค่าเสียหายที่แท้จริง ซึ่งก็คือ ค่ารักษาพยาบาลและค่าขาดประโยชน์ คงจะไม่เป็นธรรมเท่าใดนัก น่าแปลกที่ว่า ภายใต้กฎหมายละเมิดของไทยปัจจุบัน การละเมิดไม่ว่าจะเกิดโดยจงใจอย่างมีเจตนาชั่วร้ายหรือการละเมิดจากความประมาทเลินเล่อธรรมดาแต่ผู้เสียหายกลับได้รับค่าเสียหายเท่ากันเพราะความเสียหายเกิดขึ้นเท่ากัน เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วกฎหมายละเมิดที่ปราศจากค่าเสียหายเชิงลงโทษจะสามารถป้องกันการกระทำความผิดในอนาคตแบบเดียวกัน ได้อีกเช่นไร

ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วว่าประโยชน์ประการหนึ่งของค่าเสียหายเชิงลงโทษคือ การป้องปรามการละเมิดเชิงกลยุทธ์ (To deter strategic tort) การที่จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ถูกอาจมาต่อสังคม เท่ากับว่านอกจากจำเลยจะทำให้โจทก์เสียหายแล้ว จำเลยยังสร้างต้นทุนแก่สังคมอีกด้วย เพราะตำรวจหรือผู้บังคับใช้กฎหมายท่านอื่นหรือประชาชนทั่วไปย่อมเกิดความเกรงกลัวอิทธิพลของจำเลยขึ้นมา ตำรวจท่านอื่นย่อมมีแรงจูงใจน้อยลงที่บังคับใช้กฎหมายกับจำเลยในอนาคต ประชาชนทั่วไปก็ยิ่งเกรงกลัวอิทธิพลของจำเลยยิ่งขึ้นไปอีกเพราะแม้แต่ตำรวจผู้รักษาความสงบสุขของสังคมยังถูกยิงกลางที่ชุมนุมชนได้ ยิ่งดูจากพฤติการณ์แห่งคดีแล้วน่าจะเชื่อได้ว่าจำเลยเป็นผู้มีอิทธิพลสูงในสังคม ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่รวบรวมต้นทุนที่เกิดแก่สังคมเหล่านี้มาไว้ด้วยจึงสามารถป้องปรามการกระทำความผิดเช่นนี้ต่อจำเลยได้ นอกจากจำเลยยังต้องถูกจำคุกแล้ว ทรัพย์สินของจำเลยก็ต้องถูกเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายอีกด้วย เพื่อให้จำเลยมีสถานะแย่ลงมากเมื่อเทียบกับสถานะของจำเลยก่อนการทำการละเมิดประเภทนี้

ในคดี BMW⁴⁰² ศาลวางหลักการทบทวนค่าเสียหายเชิงลงโทษว่าสูงเกินไปหรือไม่ โดยศาลได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ปัจจัยนี้มีความสำคัญที่สุดในการพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพราะความผิดบางประการก็ควรได้รับการลงโทษมากกว่าความผิดอื่น ความผิดที่ไม่รุนแรงมีความสำคัญน้อยกว่าความผิดที่รุนแรงมาก การฉ้อโกง หลอกหลวง ก็น่าถูกลงโทษมากกว่าการประมาทเลินเล่อ ศาลอธิบายถึงปัจจัยของการกระทำที่ควรได้รับการดำเนินคดี 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 หรือถ้าการละเมิดเกิดจากการกระทำที่ไม่ใส่ใจหรือแยแสต่อผลเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นต่อความปลอดภัยของผู้อื่นเลย 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) การที่ผู้ละเมิดตระหนักถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นถ้าหากการละเมิดสำเร็จลุล่วงลง ถ้าผู้ละเมิดทราบดีว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายเป็นสิ่งที่แย่มาก ดังเช่น การนำน้ำกรดไปสาดหน้าผู้เสียหายจะทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย อนามัย และจิตใจของผู้เสียหายเป็นอันมาก ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ต้องสะท้อนความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้ละเมิดให้ได้อย่างดีด้วย
- (ค) ระยะเวลาในการทำละเมิดว่า การละเมิดที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นแค่ครั้งเดียวหรือเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ยกตัวอย่างเช่น การฉุดคร่าผู้หญิงมาเพื่อข่มขืนแล้วจึงหนีไป กับการฉุดคร่าผู้หญิงมากักขังแล้วทำการข่มขืนซ้ำแล้วซ้ำเล่า
- (ง) ความพยายามที่จะปกปิดการละเมิด ก็แสดงได้ว่า ระดับความน่าลงโทษควรสูงขึ้น เพราะผู้ละเมิดจงใจโดยมุ่งร้ายกับผู้เสียหาย และยังกระทำการเพิ่มเติมเพื่อปกปิดความผิดของตนเองอีกแสดงถึงเจตนาทุจริตที่มากขึ้นไปอีก ยกตัวอย่างเช่น การวางเพลิงอาคารของบุคคลอื่นแล้วทำลายหลักฐานที่จะเชื่อมโยงมาถึงตนเอง ก็ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายควรตอบโต้ให้เหมาะสมด้วยการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงขึ้น

คดี TXO เป็นตัวอย่างสำคัญ เพราะจำเลยกระทำโดยเจตนาทุจริตออกเพทุบายปฏิเสธสิทธิที่โจทก์มี เพื่อให้มีการเจรจาอันเกี่ยวกับสิทธิการพัฒนาน้ำมันและแก๊สของโจทก์ครั้งใหม่ ซึ่งจะส่งผลให้จำเลยได้รับเงินจำนวนมหาศาลจากการเจรจาครั้งนี้ เมื่อศาลใช้เจตนาทุจริตประกอบกับฐานะทางการเงินดีมาของจำเลย ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเป็นอัตราส่วนสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงถึง 526 เท่าได้ โดยไม่ขัดกับหลักศุนิติกะบวน โดยแบ่งเป็นค่าเสียหายที่แท้จริงจำนวน 19,000 เหรียญสหรัฐ และค่าเสียหายเชิงลงโทษ 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐ แม้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงอย่างมาก แต่ก็มีเหตุผลสมเหตุสมผลกับการกระทำที่นำลงโทษของจำเลยนั่นเอง ศาลยังได้กล่าวอีกว่า ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่ามากกว่านี้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนต่อค่าเสียหายที่แท้จริง 1 เท่าก็อาจสมเหตุสมผลแล้วที่จะเป็นเพดานขั้นสูงได้

ในระบบกฎหมายไทย การละเมิดแบบใดที่ควรได้รับการลงโทษมากหรือน้อย ก็ไม่อาจมีกฎเกณฑ์ตายตัวได้ ผู้เขียนเชื่อว่า ควรใช้ปัจจัยนี้เป็นปัจจัยสำคัญปัจจัยหนึ่งในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่การจะแปรเปลี่ยนการกระทำที่นำถูกลงโทษเป็นจำนวนเงิน ก็ยังคงเป็นคำถามสำคัญว่า เงินจำนวนขั้นต่ำที่สุดเท่าใดที่จะสามารถป้องปรามการกระทำเช่นนี้ได้ทั้งการป้องปรามทั่วไปและการป้องปรามเฉพาะกรณี ในอนาคต ถ้ามีค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้จริงก็คงต้องมีการศึกษาโครงสร้างของค่าเสียหายเชิงลงโทษสำหรับการละเมิดที่มีระดับความร้ายแรงแตกต่างกัน แต่ในเบื้องต้นแล้วก็อาจสรุป

ได้ว่า ถ้าการละเมิดนำลูกลงโทษมากก็เป็นเหตุผลสมควรให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงได้แม้ค่าเสียหายที่แท้จริงจะมีค่าน้อยก็ตาม ส่วนในคดีละเมิดเกิดจากการกระทำที่นำลูกลงโทษน้อยลง ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีจำนวนน้อยลงก็น่าจะสามารถป้องปรามและลงโทษจำเลยได้

ค) โอกาสหลุดพ้นจากความรับผิด

เหตุผลสำคัญที่สุดที่ทำให้กฎหมายละเมิดควรกำหนดความรับผิดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง คือ โอกาสที่ผู้ละเมิดอาจหลุดพ้นจากความรับผิดได้ เมื่อเกิดอุบัติเหตุขึ้นก็มีได้หมายความว่า จำเลยจะต้องรับผิดเต็มทุกกรณีเพราะมีเหตุหลายประการที่ทำให้ผู้ละเมิดไม่ต้องรับผิด เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว กฎหมายละเมิดควรทำอะไรให้จำเลยหรือบุคคลที่อาจเป็นจำเลยในอนาคตต้องนำความรับผิดทางกฎหมายอย่างเต็มจำนวนไปพิจารณาก่อนตัดสินใจกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง

กฎหมายนำค่าเสียหายเชิงลงโทษไปปรับใช้ได้โดยใช้โอกาสที่ผู้ทำละเมิดจะหลุดพ้นจากความรับผิดแปรเปลี่ยนเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ ปัจจุบันเป็นหนึ่งในปัจจัยหลักในการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีละเมิด เพื่อสร้างเป็นสูตรและแนวทางในการคำนวณค่าเสียหายที่ชัดเจน และเพื่อให้ได้จำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เหมาะสมที่สุด

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

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

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

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

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

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

คำนวณเพื่อพิจารณาว่าควรจะทำกิจกรรมที่มีความเสี่ยงหรือไม่ หรือควรจะใช้ระดับความระมัดระวังเท่าใด เพื่อมิให้ตนรับผิดเพราะประมาทเลินเล่อ การตัดสินใจที่อยู่บนพื้นฐานนี้เองที่จะทำให้เกิดการกระทำที่สังคมต้องการมากที่สุด

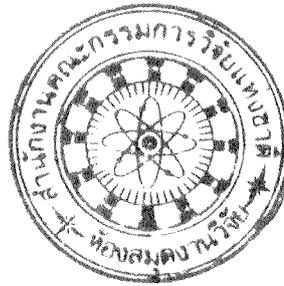
ยกตัวอย่างเช่น ถ้าโรงงานอุตสาหกรรมแถบภาคตะวันออกเฉียงเหนือปล่อยสารพิษลงสู่แม่น้ำและชายฝั่ง มีความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง 200,000 บาท และโรงงานมีโอกาสถูกผู้บังคับใช้กฎหมายจับกุมอันนำไปสู่การฟ้องคดีในชั้นศาล 1 ใน 100 ดังนี้ ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงเมื่อถูกจับได้คือ 200,000 บาท เท่ากับว่า การลักลอบปล่อยของสารพิษจะทำให้เกิดความรับผิดคาดคะเนของโรงงานอยู่ที่เพียง 2,000 ($200,000 \div 100$) เท่านั้น แสดงว่ากฎหมายละเมิดบทพร่องในการป้องปรามการละเมิด และโรงงานย่อมมีแรงจูงใจอย่างสิ้นเหลือให้ทำการละเมิดต่อไปเรื่อยๆ

อย่างไรก็ตาม ถ้าถูกจับได้แล้วกฎหมายบังคับให้โรงงานรับผิดชอบจำนวน 20,000,000 บาท ($200,000 \div 1/100$) หมายความว่า มีโอกาส 1 ใน 100 ที่โรงงานจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายถึง 20,000,000 บาท ส่วนโอกาสที่เหลือ 99 ใน 100 ที่โรงงานไม่ถูกใครจับได้ ในการตัดสินใจปล่อยสารพิษลงสู่แม่น้ำโรงงานจะนำความรับผิดตามกฎหมาย 20,000,000 มาหารด้วย โอกาสทั้งหมด คือ 100 แล้วจะได้ ค่าความรับผิดคาดคะเนอยู่ที่ 200,00 บาทซึ่งเท่ากับความรับผิดที่แท้จริง

ไม่ว่าโรงงานจะปล่อยสารพิษแล้วยินยอมจ่ายค่าเสียหายที่แท้จริงแต่โดยดีเป็นเงินจำนวน 200,000 บาท หรือโรงงานจะลักลอบปล่อยสารพิษก็จะมีค่ารับผิดโดยเฉลี่ยอยู่ที่ 200,000 บาท เช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อโรงงานต้องตัดสินใจเลือกระหว่าง 2 ทางเลือกนี้ โรงงานย่อมลังเลที่จะลักลอบปล่อยของเสียเพราะความรับผิดคาดคะเนของการเลือกทั้ง 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 และถ้าหากบุคคลใดยอมรับความเสี่ยงที่สูงขึ้น โดยผลตอบแทนจากการลงทุนที่จะมาชดเชยด้วยความเสี่ยงนั้นต้องเพิ่มขึ้นในอัตราเดียวกัน ก็แสดงว่าบุคคลนั้นมีความรู้สึกที่เป็นกลางกับ



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

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, ฆราวาส ปรีดาศักดิ์, พจนานุกรมเศรษฐศาสตร์, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 1 2549, หน้า 360-61.

⁴⁰⁶ ปัญหาสำคัญของการนำอรรถประโยชน์ส่วนเกินกว่าความเสียหายมาใช้เป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ คือ การคำนวณให้ได้ถูกต้อง เช่นว่า การที่ผู้ละเมิดลดคร่าหญิงสาวมาข่มขืนนี้ จะก่อให้เกิดอรรถประโยชน์กับผู้ละเมิดเท่าไร ความเสียหายที่เกิดกับผู้เสียหายเท่าไร และส่วนต่างของค่าทั้งสองเป็นเท่าไร

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

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2501 ที่ จำเลยได้จดทะเบียนตั้งชื่อบริษัทขายแวนตาอันเป็นการเอาชื่อห้างของโจทก์ไปเพื่อให้ลูกค้าหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าของห้างโจทก์ แม้จะมีผู้ทักท้วงโจทก์ในที่ประชุมแล้ว และช่วงระยะเวลาที่มีการละเมิดกำไรของโจทก์ก็มิได้ลดลง แต่ศาลก็กำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์เป็นเงินจำนวน 50,000 บาท

ในคดีนี้วัตถุประสงค์หลักแห่งการละเมิดของจำเลยคือการค้าหากำไร โดยการทำธุรกิจขายแวนตานั้นเอง แต่จำเลยกลับใช้ชื่อของโจทก์ซึ่งก็คือได้ว่าเข้าข่ายที่กฎหมายอาจให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ เพราะจำเลยควรจะคาดการณ์ได้ว่าการนำชื่อห้างมาใช้จะทำให้โจทก์เสียหาย การละเมิดจึงไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่นที่กฎหมายรองรับ ประเด็นที่ต้องพิจารณามีอยู่ว่า ค่าเสียหายเท่าไรถึงจะเพียงพอทำให้จำเลยหยุดใช้ชื่อเลียนแบบห้างของโจทก์และป้องปรามมิให้บุคคลอื่นในภายภาคหน้ากระทำการในแบบเดียวกันอีก ถ้าตั้งข้อสันนิษฐานว่าค่าขาดส่วนแบ่งตลาดที่แวนตาของร้านโจทก์ต้องเสียไปนั้นเท่ากับส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้นของร้านค้าจำเลย กฎหมายก็ต้องถือว่ารายได้ทั้งหมดที่จำเลยได้รับเป็นผลมาจากการเลียนชื่อร้านของโจทก์ ซึ่งแท้จริงแล้วลูกค้าควรจะไปซื้อแวนตาจากร้านโจทก์ทั้งหมด ดังนี้กฎหมายละเมิดก็ต้องนำกำไรทั้งหมดที่จำเลยได้ไปคืนให้กับโจทก์ แม้การที่โจทก์คงมีกำไรอยู่ตลอดในขณะที่ได้รับการละเมิดชื่อห้างก็มิได้หมายความว่าโจทก์ไม่เสียหายเลยเพราะเหตุว่า ถ้าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น โจทก์ก็คงจะมีลูกค้ามาใช้บริการและได้กำไรเป็นตัวเงินที่สูงกว่านี้อีก แต่ก็ต้องไม่ลืมไปถ้าสันนิษฐานเช่นนี้แค่ใช้หลักการการเยียวยาอย่างปกติของกฎหมายละเมิดไทยก็เพียงพอแล้วที่จะเยียวยาผู้เสียหายได้เพราะส่วนแบ่งตลาดที่เสียไปมีค่าเท่ากับส่วนแบ่งตลาดที่ตนเองได้รับ ค่าเสียหายที่แท้จริงจึงเพียงพอที่จะป้องปรามการละเมิดในอนาคตได้

แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นถ้าหากเปลี่ยนสมมติฐานเป็นว่า จำเลยยังมีกำไรอื่นใดอีกนอกเหนือจากส่วนแบ่งตลาดที่แย่งชิงมาได้ เช่น การขายส่วนประกอบของแวนตาหรือคอนแทคเลนส์ที่ร้านผู้เสียหายไม่ได้

ขายแต่มีผู้ซื้อสินค้าคิดว่าเป็นร้านของผู้เสียหายจึงเข้ามาใช้บริการ เป็นต้น ถ้าใครส่วนนี้เองที่กฎหมายละเมิดของไทยไม่ครอบคลุมถึง และถึงแม้ผู้ละเมิดจะถูกฟ้องละเมิดและต้องจ่ายค่าเสียหายอันเท่ากับส่วนแบ่งตลาดที่แย่งมาได้แล้ว ผู้ละเมิดก็ยังเหลือกำไรที่ได้รับอยู่อีก ซึ่งจะส่งต่อมาว่า ผู้ละเมิดก็ต้องการจะทำละเมิดต่อไปในอนาคตอีกนั่นเอง เหตุเพียงเพราะกำไรยังสูงกว่าต้นทุน และเท่ากับว่า กฎหมายละเมิดไม่สามารถป้องปรามการทำละเมิดเช่นนี้ได้เหมาะสม

สรุปว่า ถ้าค่าเสียหายตามกฎหมายละเมิดไม่ได้ดังกำไรที่จำเลยได้รับทั้งหมดออก ก็แสดงว่า กฎหมายละเมิดไม่สามารถป้องปรามการละเมิดในอนาคตได้อย่างเหมาะสมเพราะจำเลยก็ยังเห็นว่า แม้ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดแก่โจทก์ไปแล้วตนเองก็ยังเหลือประโยชน์เก็บไว้อีก เท่ากับว่า กฎหมายละเมิดสร้างแรงจูงใจให้จำเลยทำละเมิดต่อไปในอนาคต เช่น ไปเลียนซื้อร้านคนอื่น หรือบุคคลภายนอกที่เห็นว่าจำเลยในคดีนี้ยังคงได้รับกำไร บุคคลภายนอกก็จะกระทำการแบบเดียวกันอีก เพราะถึงถูกจับได้และต้องรับผิดชอบตามกฎหมายก็ยังคงมีกำไรเหลืออยู่ซึ่งดีกว่าไม่มีเลย

ในทางทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ถือว่า ธุรกรรมที่เกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่ายจะสะท้อนการตัดสินใจและความต้องการของทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นสิ่งที่พึงประสงค์มากกว่า ธุรกรรมที่เกิดจากการบังคับ เพราะว่าธุรกรรมที่เกิดจากความยินยอมจะทำให้เกิดประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Efficiency)⁴⁰⁷ อันเป็นผลเพิ่มค่าสวัสดิการสังคมได้ ก่อนที่จำเลยในคดีจะทำการเลียนแบบซื้อห้างร้านของโจทก์มาใช้ จำเลยย่อมมี 2 ทางเลือกในการจะใช้ชื่อของห้างโจทก์ ทางเลือกแรก คือ การเจรจากับโจทก์เพื่อขออนุญาตใช้สิทธิในชื่อของห้างโจทก์โดยถูกต้องตามกฎหมาย และทางเลือกที่สอง คือ การไม่สนใจในการขออนุญาตและนำชื่อของโจทก์ไปใช้โดยพลการทันที จำเลยจะเลือกวิธีไหน จำเลยผู้ทำธุรกิจย่อมคำนวณอย่างเป็นเหตุเป็นผลแล้วว่าการเลือกวิธีที่สองจะทำให้จำเลยได้รับกำไรมากกว่าการเลือกวิธีแรก ทั้งๆที่กฎหมายมีเจตนารมณ์บังคับให้จำเลยเคารพสิทธิการใช้ชื่อของโจทก์และบังคับให้จำเลยต้องเลือกวิธีแรก

⁴⁰⁷ หมายความว่า สภาวะการณ์ที่การจัดสรรทรัพยากรหรือผลผลิตอยู่ในส่วนผสมที่ทำให้สังคมได้รับสวัสดิการสูงสุดแล้ว เมื่อบรรลุภาวะนี้แล้ว จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่จะสามารถทำให้บุคคลหนึ่งรู้สึกดีขึ้นโดยมิทำให้อีกบุคคลหนึ่งรู้สึกเลวลงได้อีก การจัดสรรทรัพยากรในส่วนผสมดังกล่าวจึงเป็นการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพสูงสุดตามแนวคิดของวิลเฟรด พาเรโต,

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

กฎหมายละเมิดจะมีบทบาทอย่างไรให้จำเลยและผู้ที่กำลังวางแผนทำละเมิดแบบเดียวกันในอนาคตต้องเปลี่ยนการตัดสินใจโดยเลือกที่จะเจรจาขอใช้ชื่อให้ถูกต้องตามกฎหมาย นั่นคือ ถ้าจำเลยเลือกที่จะเลียนแบบชื่อของห้างโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตและถูกจับได้ กฎหมายละเมิดก็ต้องมีหน้าที่ตั้งกำแพงกั้นที่ผู้ละเมิดได้รับออกให้หมดเป็นอย่างน้อย เมื่ออยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นนี้แล้ว ผู้ที่วางแผนจะทำละเมิดก็ต้องเปลี่ยนการตัดสินใจอย่างแน่นอน เพราะถ้าเลือกทางเลือกที่สองแล้วก็หมายความว่าจะไม่ได้รับกำไรหรือประโยชน์ใดๆจากการกระทำเลย หรือเหนื่อยเปล่านั่นเอง ในขณะที่ถ้าเลือกทางเลือกที่หนึ่ง เจรจาเพื่อให้ได้ชื่อร้านมาใช้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย แล้วไปลงทุนสร้างธุรกิจก็อาจจะทำให้กำไรก็เป็นได้

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

ในคำพิพากษาฎีกาที่ 886/2475 เป็นคดีที่บริษัทจำเลยจงใจละเมิดต่อโจทก์โดยใช้เรือชุดแร่ทำลายสวนช้วยตลอดทั้งบริเวณที่ฝั่งศพมารดาโจทก์เสียหายไปหมดสิ้น ทั้งๆที่โจทก์ร้องต่อกำนันและห้ามปรามจำเลยมาตั้งแต่ต้นแล้ว จำเลยหาฟังไม่

จากข้อเท็จจริงแห่งคดีจะเห็นได้ว่า จำเลยในคดีไม่ได้เคารพต่อสิทธิของโจทก์ที่มีอยู่เหนือบริเวณฝั่งศพของมารดาโจทก์เลย แม้จะมีผู้ห้ามปรามแล้วก็ไม่ใส่ใจ กลับใช้สายสมอเรือชุดแร่มขำสวนช้วยจนเกิดความเสียหายแก่รั้วทั้งสี่ด้านและรูปสวนช้วย จำเลยซึ่งเป็นบริษัทต่างชาติทำอย่างมีเหตุมีผล เพราะเห็นว่าการเพิกเฉยต่อสิทธิของโจทก์แล้วทำธุรกิจต่อไป โดยไม่ต้องเปลี่ยนแผนการจะได้ประโยชน์จากการกระทำได้มากกว่าการเข้าเจรจาขอใช้พื้นที่ของจำเลย โดยการจ่ายเงินค่าใช้พื้นที่ให้กับจำเลย ถ้าใช้การวิเคราะห์ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าบทบาทของกฎหมายละเมิดเพื่อตอบโต้การจงใจทำให้เกิดผลเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นนั้น กฎหมายต้องตั้งกำแพงหรือผลประโยชน์อื่นใดที่ผู้ละเมิดได้รับออกให้หมดสิ้น 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 ค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องสามารถถึงความสนใจของผู้ละเมิดและผู้ที่เกี่ยวข้องทำละเมิดมาไว้ได้ ถ้าบุคคลธรรมดาผู้มีทรัพย์สินเป็นจำนวนมากเห็นว่า เมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่ต้องจ่ายแล้ว เห็นว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการละเมิดคุ้มค่า ผู้ละเมิดก็จะกระทำแน่นอน เพราะส่วนบุคคลนี้มีฐานะทางการเงินดีจนค่าเสียหายที่ต้องรับผิดชอบไม่มีผลใดๆต่อฐานะทางการเงิน และต่อการตัดสินใจในการทำละเมิดแบบเดียวกันอีกในอนาคต

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

บริษัทขนาดใหญ่หรือบุคคลธรรมดาผู้มีเงินร่ำรวยมหาศาลย่อมไม่สนใจต่อค่าเสียหายที่แท้จริงอันน้อยนิดเพราะค่าเสียหายมีผลกระทบต่อฐานะทางการเงินที่ดี ดังนั้น ค่าเสียหายที่แท้จริงรวมกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีค่าน้อยก็ไม่อาจจะมีอิทธิพลแปรเปลี่ยนรูปแบบการปฏิบัติต่อผู้ละเมิดได้เท่าใดนัก จึงอาจต้องใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างสูงเพื่อทำให้เกิดความแตกต่างต่อฐานะทางการเงินของผู้

ละเมิดอย่างมีนัยสำคัญ และทำให้ผู้ละเมิดต้องไต่ตรองให้ดีถึงบทบังคับอย่างรุนแรงที่จะตามมา ภายหลัง

ในทางตรงกันข้าม ถ้าปัจจัยอื่นๆที่ได้กล่าวมาข้างต้น เช่น ระดับของความน่าลงโทษของการกระทำมีอยู่สูงมากจนผู้พิพากษาเห็นว่าควรกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนมาก แต่ฐานะทางการเงินของจำเลยย่ำแย่มาแล้ว ดังนี้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรจะได้รับค่าแปรผันตามไปด้วย เพราะผู้พิพากษาต้องตระหนักให้ได้ว่า วัตถุประสงค์หลักคือการป้องปรามเท่านั้น แม้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะเป็นจำนวนน้อยนิด แต่ถ้าสามารถทำให้วัตถุประสงค์นี้บรรลุผลได้ ผู้พิพากษาก็ต้องพร้อมที่จะลดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ได้จำนวนต่ำที่สุดโดยไม่ลดผลแห่งการป้องปราม

ปกติแล้ว บุคคลผู้มีทรัพย์สินมากกับบุคคลผู้มีสินน้อยจะสามารถแบกรับความเสี่ยงได้แตกต่างกัน บุคคลผู้มีทรัพย์สินน้อยย่อมต้องการแบกรับความเสี่ยงให้น้อยที่สุด (risk-averse สูง) ในขณะที่บุคคลผู้มีทรัพย์สินมากย่อมแบกรับความเสี่ยงได้มากกว่า (risk-averse ต่ำ, risk-neutral มากขึ้น) ซึ่งหมายความว่า บุคคลที่ไม่ชอบความเสี่ยงย่อมกลัวที่จะต้องรับผิดชอบเป็นเงินจำนวนมาก การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ไม่สูงมากก็เพียงพอแล้ว แต่สำหรับบุคคลที่เป็นกลางกับความเสี่ยงจะเกรงกลัวความรับผิดชอบลง ดังนั้น กฎหมายจึงต้องบังคับให้ชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงขึ้น

ยิ่งในกรณีบริษัทใหญ่แล้ว ถ้าผู้เสียหายถูกละเมิดจากขั้นตอนการปฏิบัติงานในบริษัททำให้เกิดความเสียหายค่อนข้างน้อย ผู้บริหารระดับสูงมีอาจทราบด้วยซ้ำว่ามีการละเมิดประเภทนี้เกิดขึ้นเพราะการละเมิดถูกทำโดยพนักงานระดับล่าง ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนที่สูงย่อมดึงความสนใจของผู้บริหารระดับสูงซึ่งเป็นผู้วางนโยบายของบริษัทได้ดีกว่า เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนสูงจนส่งผลกระทบต่อผลกำไรของบริษัทซึ่งผู้บริหารอาจแก้ไขด้วยการเปลี่ยนรูปแบบการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดการละเมิดไปเป็นรูปแบบปฏิบัติงานที่ดีขึ้น

คดี Mathias วางหลักการไว้ว่า ศาลจะนำฐานะทางการเงินมาพิจารณาได้เมื่อจำเลยมีทรัพยากรเพียงพอที่จะต่อสู้คดีได้อย่างก้าวร้าวประกอบกับค่าเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนน้อย เพราะเหตุว่า การฟ้องคดีของผู้เสียหายไม่คุ้มต้นทุนกับค่าเสียหายที่แท้จริงที่จะได้รับ และการที่จำเลยมีทรัพยากรหรือฐานะทางการเงินดีมาก จำเลยก็อาจใช้เงินจำนวนนี้เพื่อประวิงคดีออกไปให้นานที่สุด เพื่อให้การดำเนินคดีของโจทก์มีต้นทุนสูงมาก กฎหมายจึงต้องให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มเติม

กฎของการลดน้อยถอยลงของอัตราประโยชน์ส่วนเพิ่มของเงินก็มีส่วนสนับสนุนการใช้ฐานะทางการเงินของจำเลยเป็นปัจจัยหนึ่งเช่นกัน เนื่องจากบุคคลผู้มีทรัพย์สินไม่เท่ากันจะให้ความสำคัญกับเงินจำนวนเท่ากันไม่เท่ากัน ยกตัวอย่างเช่น คนหาบเร่แผงลอยหรือคนหาเช่ากินค่าที่มีปัจจัยสี่ในชีวิตไม่

เพียงพอ ถ้าบุคคลประเภทนี้ทำละเมิดอย่างร้ายแรงจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษเพียงเล็กน้อยอาจส่งผลกระทบต่อปริมาณที่เพียงพอได้⁴⁰⁸ เนื่องจากเงินจำนวนเล็กน้อยก็เป็นสิ่งสำคัญมากเพื่อซื้อสิ่งของพื้นฐานสำหรับใช้ในการดำรงชีวิต ส่วนบุคคลผู้มีทรัพย์สินล้นเหลือก็ย่อมมองคุณค่าของเงินน้อยลงเพราะเงินสามารถตอบสนองความต้องการพื้นฐานที่จำเป็นได้ทั้งหมดแล้ว ส่วนสินค้าที่ทำให้ความพึงพอใจของบุคคลนี้มีมากขึ้นก็จะต้องใช้เงินเป็นจำนวนมากขึ้นตามลำดับ ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีจำนวนสูงมากจึงจำเป็นเพื่อลดความพึงพอใจของบุคคลประเภทนี้ให้ได้ในระดับที่เหมาะสม ถ้ากฎหมายละเมิดต้องการป้องปรามต่อการละเมิดในประเภทนี้แล้วย่อมเป็นที่แน่นอนว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษต้องมีอัตราส่วนที่แปรผันสูงขึ้นตามฐานะทางการเงินของจำเลย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดผลแห่งการป้องปรามที่เท่ากัน

ข้อโต้แย้งของการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แปรผันกับฐานะทางการเงินของจำเลยเห็นว่าบริษัทขนาดใหญ่สามารถทำกิจกรรมเป็นจำนวนมากกว่าบริษัทขนาดเล็กกว่าได้ แต่ถ้าพบภายหลังว่ากิจกรรมที่ทำนั้นเป็นการละเมิด บริษัทขนาดใหญ่กลับต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อกิจกรรมเป็นจำนวนเงินที่มากกว่าเพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษแปรผันตามฐานะทางการเงินของบริษัท สุดท้ายแล้วถ้าการทำกิจกรรมหลายกิจกรรมเป็นการละเมิด ก็เท่ากับว่า บริษัทขนาดใหญ่ต้องเสียค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยรวมมากกว่าที่ควรจะเสีย แต่ผู้เขียนเห็นว่า ข้อโต้แย้งนี้มิได้สนใจวิธีการควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษ นั่นก็คือ ศาลอาจลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลงได้ ถ้าปรากฏว่าจำเลยคนเดียวกันเคยได้รับการลงโทษทางแพ่งในคดีอื่นๆแล้วหรือมีโอกาสที่จะได้รับการลงโทษทางแพ่งในอนาคต เช่น ถ้าในคดีก่อนหน้านี้นั้น ผลจากการทำกิจกรรมประเภทเดียวกันทำให้จำเลยต้องรับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนเงินที่แปรผันตามฐานะทางการเงิน ในคดีที่ศาลกำลังพิจารณาอยู่ศาลก็ควรเห็นใจและลดค่าเสียหายเชิงลงโทษลงเพราะเหตุว่าจำเลยได้รับการลงโทษและป้องปรามในคดีที่ก่อนหน้านี้นี้แล้ว

ข้อโต้แย้งต่อมากล่าวถึง ผู้แข่งขันทางการค้าที่มีผลประกอบการไม่ดี (marginal competitor) น่าจะเป็นผู้ทำกิจกรรมที่เป็นอันตรายและทำให้เกิดต้นทุนต่อสังคมได้สูงกว่าบริษัทที่มีผลประกอบการดี ซึ่งกลับกลายเป็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษถูกกำหนดเป็นจำนวนสูงขึ้นต่อบริษัทที่มีผลประกอบการดีแต่สำหรับบริษัทที่มีผลประกอบการไม่ดีกลับต้องรับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็น

⁴⁰⁸ อาจถูกโต้แย้งได้ว่า บุคคลประเภทนี้ถูกเรียกว่า Judgment-proof defendant ซึ่งหมายถึง บุคคลที่จะไม่เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมแม้ต้องชำระค่าเสียหายตามกฎหมายละเมิด เพราะไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระแม้เพียงค่าเสียหายที่แท้จริง ดังนั้น จึงต้องปรับใช้กฎหมายอาญาแทน เพราะการใช้โทษจำคุกอาจป้องปรามได้ดีกว่า

จำนวนเงินน้อยกว่าทั้งๆที่เป็นผู้มีโอกาสกระทำกิจกรรมที่ส่งผลเสียต่อสังคม ได้มากกว่า ผู้เขียน ได้กล่าวตั้งแต่แรกแล้วว่า การป้องปรามในกรณีแบบนี้คือการป้องปรามอย่างเหมาะสม ถ้าบริษัทที่มีฐานะทางการเงินไม่ดี แม้จะได้รับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษน้อย แต่ก็สามารถให้ผลแห่งการป้องปรามที่น่าพอใจได้แล้ว ถ้าศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนมากจนทำให้บริษัทต้องล้มละลายและออกจากตลาดก็อาจจะไม่สมเหตุผล ผลนัก ผู้เขียนยอมรับข้อโต้แย้งที่ว่า บริษัทที่ผลประกอบการต่ำเมื่อทราบข้อเท็จจริงนี้แล้วย่อมจะมีแรงจูงใจสูงขึ้นไปในการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเพราะทราบดีว่าแม้จะถูกจับได้แต่ต้องรับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษในจำนวนที่ไม่ทำให้ต้องล้มละลาย แต่ผู้เขียนเห็นว่าบริษัทประเภทนี้ได้รับผิดต้องชำระค่าเสียหายที่แท้จริงกับค่าเสียหายเชิงลงโทษบางส่วนก็มากพอแล้วที่จะทำให้บริษัทเกรงกลัวความรับผิดทางกฎหมาย เพราะหากพลาดพลั้งไปก็ถึงขั้นล้มละลายได้เลยทีเดียว แรงจูงใจตามที่กล่าวอ้างมาจึงไม่น่าจะสูงเท่าที่ได้อ้างไว้

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

ฉ) ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องในการดำเนินคดี

ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นอุปสรรคสำคัญทำให้ผู้เสียหายไม่สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกร้องสิทธิตามมูลละเมิด ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่เห็นได้ชัด คือ ค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆที่คู่ความจะต้องชำระ เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าสืบพยานนอกศาล ค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง ค่าทนายความ เป็นต้น ถือได้ว่าเป็นค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนอย่างหนึ่งในการฟ้องคดี ถ้าต้นทุนของคดีมีค่าเท่ากับหรือเกินกว่าค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับก็จะไม่มีประโยชน์ใดๆที่จะฟ้องคดี ซึ่งทำให้เกิดผลเสียประการสำคัญ คือ ผู้ละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายนั่นเอง

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

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

⁴⁰⁹ แม้จำนวนต้นทุนที่แท้จริงจะเป็นตัวเลขที่สูงขึ้น เช่น ต้องเสียค่าธรรมเนียมขึ้นศาลมากขึ้น ต้องมีการสืบพยานนอกศาลมากขึ้น ต้องเสียค่าป่วยการและค่าพาหนะพยานมากขึ้น แต่ถึงอย่างไร ผู้เขียนก็เห็นว่าโดยเฉลี่ยแล้วทุนทรัพย์ของคดีประเภทนี้ย่อมมีค่าสูงมากขึ้นเป็นอัตราที่สูงกว่าค่าใช้จ่ายที่มากขึ้นตามนั่นเอง

ยิ่งไปกว่านั้น ในคดีความที่ผู้เสียหายต้องสู้กับผู้มีฐานะทางการเงินดี (ภายใต้สมมติฐานที่ว่า ผู้ที่มีความมั่งคั่ง ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลย่อมได้รับคำปรึกษาจากทนายความผู้เชี่ยวชาญ ได้ดีกว่าบุคคลที่มีความมั่งคั่งน้อย)⁴¹⁰ สถานะทางการต่อรองยอมไม่เท่าเทียมกัน ยกตัวอย่างเช่น บริษัทขนาดใหญ่และมีฝ่ายกฎหมายภายในพร้อมให้คำปรึกษาอยู่ครบถ้วนแล้ว เมื่อพบกับผู้เสียหายรายเล็ก ๆ ที่มีชื่อเรียกร่องในทางละเมิดก็ยอมใช้อำนาจการต่อรองที่สูงกว่าเพื่อระงับคดีโดยจ่ายค่าเสียหายซึ่งเป็นอัตราส่วนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับค่าเสียหายที่จะได้รับถ้าคดีไปสู่ชั้นศาล ผู้เสียหายไม่ยอมฟ้องคดี ค่าจ้างทนายความมีส่วนสำคัญมากในการต่อสู้กับบริษัทใหญ่ เมื่อบริษัทใหญ่เห็นว่าฝ่ายโจทก์มีฐานะทางการเงินไม่ดีแล้วฟ้องร้องมา ทางบริษัทก็จะใช้กลยุทธ์การประวิงคดีออกไปให้นานที่สุด สร้างประเด็นปัญหาในคดีไม่รู้จบเพราะทราบดีว่าผู้เสียหายไม่อาจสู้คดีได้นานเพราะแบกรับค่าใช้จ่ายอย่างจำกัด จนท้ายที่สุดแล้วผู้เสียหายก็ต้องยอมถอนฟ้องไป นอกจากนี้การที่บริษัทใหญ่ประวิงคดีต่อผู้เสียหายก็ยังให้ประโยชน์เพิ่มได้อีกเพราะเหตุว่า ผู้เสียหายรายอื่นเห็นตัวอย่างที่ถูกยื้อคดีออกไปแล้ว จึงเกรงกลัวและไม่กล้าฟ้องคดีอีก จนต้องหยุดข้อเรียกร้องลงหรือยอมระงับคดีนอกศาลเป็นเงินจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น ดังนั้น บริษัทใหญ่ใช้กลยุทธ์การสร้างชื่อเสียงให้กับตัวเองแล้วว่าจะไม่ยอมอ่อนข้อให้กับบุคคลใด 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 การเปรียบเทียบระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลกำหนดให้และโทษทางแพ่งและทางอาญาอื่น ๆ ที่จะนำมาปรับใช้สำหรับการกระทำแบบเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นการลงโทษที่รุนแรงอย่างมากหรือไม่ เช่น ถ้าโทษทางอาญาที่อาจนำมาปรับใช้กับการละเมิดที่เกิดขึ้นในคดีได้คือ 2,000 เหรียญสหรัฐ แต่คณะลูกขุนกลับกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงถึง 2,000,000 เหรียญสหรัฐ แสดงว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีค่าเทียบเท่ากับโทษทางอาญาที่รุนแรงมาก แต่ศาลตั้งข้อสงสัยไว้ว่า อาจไม่ต้องปรับใช้หลักการนี้ได้หากการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงมีความจำเป็นเพื่อป้องปรามการละเมิดในอนาคต

ผู้พิพากษาต้องตระหนักดีว่า ไม่ใช่ว่าการรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้วจะทำให้จำเลยต้องหมดอนาคตไปเสียเลยทีเดียว เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษมีขึ้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องปรามด้วยการให้จำเลยรับผิดชอบเป็นเงินจำนวนน้อยที่สุด ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยได้รับโทษทางอาญาจากการกระทำเดียวกันไปแล้ว แล้วผู้พิพากษาเห็นว่าการลงโทษทางอาญานี้สาสมแล้วที่จะไม่ทำให้ผู้ละเมิดกลับมาประพฤติปฏิบัติเช่นเดิมอีก ก็คงจะมีเหตุอันไม่เพียงพอที่ผู้พิพากษาจะกำหนดให้จำเลยรับผิดชอบเพิ่มเติมอีก

แต่เมื่อใดก็ตามที่ผู้พิพากษาเห็นว่า โทษทั้งทางแพ่งและทางอาญาที่จำเลยได้รับในคดีก่อนหน้า นี้ยังไม่สาสมพอให้จำเลยเกรงกลัวการกระทำแบบเดียวกันในอนาคตอีก ผู้พิพากษาก็ย่อมจะใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อให้ผู้ละเมิดเกรงกลัวอีกก็เป็นได้

สำหรับในคดีการกระทำเดียวกันทำให้เกิดผู้เสียหายหลายราย แล้วผู้เสียหายแยกคดีกันฟ้อง ในเมื่อศาลเห็นถึงความร้ายแรงของการละเมิดและระดับที่ควรได้รับการลงโทษของจำเลยแล้ว ศาลให้จำเลยรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงมากให้กับโจทก์ในคดีแรก ส่วน โจทก์ในคดีที่สองศาลก็คงไม่อาจบังคับให้จำเลยต้องใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนสูงมากดังเช่นคดีแรกได้ เพราะมีฉะนั้นแล้วก็อาจไม่เป็นธรรมกับจำเลยเท่าใดนักที่ต้องเสียค่าเสียหายเชิงลงโทษถึง 2 เท่าจากการกระทำ ความผิดแค่ครั้งเดียว แต่ผู้เสียหายอาจเห็นว่าศาลปฏิบัติไม่เท่าเทียมกันเพราะผู้เสียหายผู้ฟ้องคดีคนแรก ได้ลากลอยก้อนใหญ่ แต่ผู้เสียหายผู้ฟ้องคดีคนที่สองได้เพียงค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ในมุมมองของ

เศรษฐศาสตร์กฎหมายละเมิดไม่สนใจถึง การกระจายความมั่งคั่ง (Distribution of wealth) เท่าใดนัก ระบบกฎหมายสนใจเพียงแต่การทำให้เกิดประสิทธิภาพที่สุดก็เพียงพอแล้ว แม้ผู้เสียหายจะได้รับเงินไม่เท่ากัน แต่ค่าเสียหายทำให้วัตถุประสงค์แห่งการป้องปรามบรรลุลผลก็พอแล้ว

ในกรณีการละเมิดที่เป็นความผิดทางอาญาด้วยก็อาจพิจารณาได้ค่อนข้างง่าย เพราะเป็นการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้⁴¹¹ ศาลที่พิจารณาลงโทษจำเลยและศาลที่สั่งให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงเป็นศาลเดียวกัน ผู้พิพากษาในคดีจึงสามารถพิจารณาทบทวนได้ง่ายว่า เมื่อเทียบค่าเสียหายเชิงลงโทษกับโทษทางอาญา เช่น ปรับหรือจำคุก ที่จำเลยได้รับแล้ว มีความแตกต่างกันมากน้อยเพียงใด หากแตกต่างกันแล้วค่าเสียหายเชิงลงโทษมีค่าสูงกว่าโทษทางอาญามากแค่ไหน หากแตกต่างกันมากเกินไปก็แสดงว่าสูงเกินส่วน จนทำให้จำเลยต้องแบกรับโทษที่มากจนเกินการป้องปรามที่มากเกินไป

ข) การบรรเทาความเสียหาย

การเยียวยาที่ดีที่สุดคือ การเยียวยาให้ได้ครบตามจำนวนความเสียหาย บางครั้งผู้ละเมิดที่ได้ทำไปไม่รู้ว่าจะมีเจตนามุ่งร้ายหรือมิได้ตระหนักต่อสิทธิของผู้อื่นในตอนแรกจนทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย แต่ภายหลังปรากฏว่าบุคคลนั้นช่วยบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นบ้าง เช่น การแสดงตัวออกมาขอรับผิดชอบและออกค่ารักษาพยาบาลให้บางส่วน หรือการแจ้งเตือนผู้เสียหายถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อเนื่องจากการละเมิด อันเป็นการช่วยหุ้มนิให้ความเสียหายลุกลามไปอีก และยังเยียวยาความเสียหายบางส่วนด้วย ความจำเป็นในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงลดลง จำเลยจึงไม่ควรรับผิดชอบถูกลงโทษอย่างเต็มที่ และการออกมาแสดงตนเช่นนี้ยังแสดงว่าจำเลยไม่อาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบแล้ว

นอกจากนี้ การลงโทษผู้ละเมิดและการป้องปรามก็ไม่มีผลสมเหตุสมผลอีกต่อไป เพราะเมื่อจำเลยกระทำเช่นนี้แล้วก็แสดงว่าจำเลยสำนึกถึงผลแห่งการกระทำและคงจะมีโอกาสทำแบบนี้อีกต่อไปในอนาคตน้อยลง

อย่างไรก็ตาม ถ้ามองจากมุมมองที่จำเลยได้รับประโยชน์จากการทำละเมิดมากกว่าที่จะต้องจ่ายค่าเสียหาย ถึงแม้ว่าจำเลยจะช่วยบรรเทาความเสียหายใดๆ ในคดีแล้ว แต่แท้จริงแล้วประโยชน์จากทำ

⁴¹¹ มาตรา 44/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ละเมิดยังคงมีอยู่มิได้หายไปไหน การบรรเทาความเสียหายเป็นแค่จากบัญชีตัวตนที่แท้จริงของผู้ละเมิดเท่านั้น ถ้าศาลตัดสินใจไม่ปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเป็นการดิ่งกำไรของจำเลยออกไปแล้ว วัตถุประสงค์ในการป้องปรามการทำละเมิดก็จะมีทางบรรลุผลได้ 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 ระบบกฎหมายจึงกล่าวว่า ผู้เสียหายจะจงใจลดการใช้ระดับความระมัดระวังของตนเองลง เพราะทราบว่า ถ้าถูกละเมิดแล้วอาจได้รับเงินจำนวนมากจากค่าเสียหายเชิงลงโทษ กฎหมายจึงเข้ามาควบคุมลดค่าเสียหายที่แท้จริงและค่าเสียหายเชิงลงโทษให้อยู่ในระดับที่ต่ำลง โดยกฎหมายต้องลดแรงจูงใจไม่ให้ผู้เสียหายจงใจลดระดับความระมัดระวังทำให้ตนเองเสี่ยงต่อการถูกละเมิดมากขึ้น

4.2.1.5 ปัญหาที่ควรพิจารณา

ก) การปรับใช้เพดานขั้นสูงและความสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่แท้จริง

เหตุผลเบื้องต้นของการใช้ข้อจำกัดแบบนี้ ก็คือ การเกรงกลัวว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษจะทำให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไป และทำให้ผู้ละเมิดใช้ความระมัดระวังสูงเกินควร(excessive precaution) จนทำให้เกิดจำนวนกิจกรรมน้อยลงกว่าที่ควรจะเป็น ในอดีตมีบางคดีที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นอัตราสูงกว่าค่าเสียหายแท้จริงกว่า 500 เท่า⁴¹² จนทำให้ผู้ประกอบการที่มีความเสี่ยงต้องรับผิดค่าเสียหายเชิงลงโทษเกรงกลัว เช่น โรงงานผลิตสินค้าจำนวนมากที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้บริโภคได้ โรงงานอาจไม่กล้าปล่อยผลิตภัณฑ์ใหม่มาสู่ตลาดและยอมเสียค่าใช้จ่ายในการทดสอบสินค้าเพื่อความปลอดภัยของผู้บริโภคที่มากเกินไป แม้การเพิ่มความปลอดภัยเป็นสิ่งที่ดีเพราะให้ประโยชน์กับผู้บริโภค แต่กลับไม่เหมาะสมในเชิงเศรษฐกิจเพราะผู้ผลิตจะลงทุนด้านการทดสอบความปลอดภัยมากเกินไป และผลกระทบนี้นำไปให้กับผู้บริโภคโดยการเพิ่มราคาสินค้า นอกจากนี้ ในตลาดจะไม่มีสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีทันสมัยเพราะผู้ผลิตเกรงกลัวความรับผิดจำนวนมาก ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากจะชะลอการขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจจนไม่เกิดประสิทธิภาพสูงสุด จึงไม่แปลกที่มีรัฐหลายแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายจำกัดเพดานขั้นสูง

อย่างไรก็ตาม การที่ใช้เพดานขั้นสูงในการตอบโต้การป้องปรามในระดับที่มากเกินไปอาจไม่ได้แก้ปัญหาที่ถูกจุด⁴¹³ เพราะเหตุว่า ผู้ที่อาจทำละเมิดแยกไม่ออกว่าการกระทำใดที่ต้องรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่ ผลกระทบคือ บุคคลจะใช้ความระมัดระวังมากขึ้นสำหรับการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นละเมิดแต่ก็ไม่ใช่ละเมิดประเภทที่ต้องรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ถ้ากฎหมายสามารถชี้แจงแบ่งได้ชัดเจนว่า การกระทำประเภทใดที่อาจได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษและการกระทำประเภทใดที่ไม่ต้องรับผิดในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ประชาชนสามารถคาดเดาและนำมาไตร่ตรองก่อนลงมือกระทำทำได้ง่ายกว่า การแยกแยะประเภทของคดีเช่นนี้ นอกจากทำให้จำนวนกิจกรรมอยู่ในระดับที่เหมาะสมแล้วก็ยังป้องปรามการละเมิดได้อย่างสัมฤทธิ์ผล 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

การใช้เพดานขั้นสูงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีอัตราส่วนกับค่าเสียหายแท้จริงนั้นก็อาจไม่เหมาะสมเหมือนเช่นเดียวกับการใช้ฐานะทางการเงินของผู้ละเมิดเป็นปัจจัยคำนวณหนึ่งก็เป็นไปได้ หากแต่ให้ผลลัพธ์ตรงข้ามกัน⁴¹⁴ เพราะส่วนต่างระหว่างค่าเสียหายที่ได้รับและความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงนั้นมีอยู่ แต่การใช้เพดานขั้นสูงหรืออัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ผูกติดกับค่าเสียหายแท้จริงก็อาจทำให้แรงจูงใจในการป้องปรามการกระทำความผิดในอนาคตน้อยกว่าที่ควรจะเป็น (under deterrence)⁴¹⁵ ถ้าคำนวณกำไรต้นทุนพื้นฐานแล้วพบว่าต้นทุนที่จะต้องเสีย (รวมถึง ค่าเสียหายเชิงลงโทษ) ยังน้อยกว่ากำไรหรือประโยชน์ที่จะได้รับการละเมิด การละเมิดก็จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน

ดังนั้น ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนไม่สูงพอที่จะเพิ่มต้นทุนของการทำละเมิดให้สูงเกินกว่าประโยชน์ที่ผู้ละเมิดจะได้รับ ค่าเสียหายเชิงลงโทษก็จะทำหน้าที่ป้องปรามการกระทำความผิดได้โดยไม่เต็มประสิทธิภาพ จากเหตุนี้การกำหนดเพดานขั้นสูงจึงเป็นหนึ่งในอุปสรรคขัดขวางการบรรลุวัตถุประสงค์หลักสองประการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ สังคมคงไม่ต้องการให้บริษัทขนาดใหญ่เห็นระบบกฎหมายและค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเพียงต้นทุนในการทำธุรกิจ ทั้งนี้เพื่อให้การกระทำบางประการที่บริษัทได้รับกำไรสูงแต่เกิดผลเสียหายต่อสังคมเป็นวงกว้างไม่เกิดขึ้น

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

⁴¹⁴ ปกติแล้ว การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แปรผันตามฐานะทางการเงินของผู้ละเมิด จะถูกวิจารณ์ว่าทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงเกินไปจนเกิดการป้องปรามที่มากเกินไป แต่สำหรับการปรับใช้เพดานขั้นสูงของค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจทำให้เกิดการป้องปรามที่น้อยเกินไป

⁴¹⁵ David Crump, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 184 หน้า 223.

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

ในประเด็นถัดมาคือ แม้มีผู้วิจารณ์ว่าจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ขาดต่อการคาดการณ์จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม แต่ผู้เขียนเห็นว่าถ้าใช้มุมมองจากการฟ้องปรามแล้ว ก็คงจะเห็นชัดว่า การที่บริษัทขนาดใหญ่ไม่อาจคาดการณ์ถึงความรับผิดชอบสูงสุดได้ก็อาจมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของบริษัทขนาดใหญ่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เมื่อบริษัทมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อทำกำไร บริษัทย่อมต้องการทราบต้นทุนในการทำธุรกิจที่ชัดเจน โดยมีความเสี่ยงต่อความรับผิดภายนอกให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ บริษัทจึงไม่ต้องการเสี่ยงต่อความรับผิดทางกฎหมายเป็นเงินจำนวนที่ไม่อาจทราบได้ล่วงหน้า ดังนั้นบริษัทจะเลือกการดำเนินธุรกิจที่ให้ความปลอดภัยกับตัวเองมากกว่าโดยไม่ดำเนินกิจกรรมที่อาจรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ในประเด็นเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมีส่วนกระตุ้นให้ผู้เสียหายฟ้องคดีมากขึ้นไปนั้น การกำหนดเพดานชั้นสูงหรือการใช้อัตราความสัมพันธ์ระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายแท้จริงก็ได้แก้ปัญหาก็ถูกต้องอีกเช่นกัน เพราะวัตถุประสงค์หลักของการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษคือการฟ้องปรามและการลงโทษผู้กระทำความผิดนั่นเอง โดยไม่สนใจทางฝั่งของผู้เสียหาย ตราบใดที่เกิดการละเมิดขึ้น ผู้เสียหายก็ควรมีแรงจูงใจที่เพียงพอในการจ้างทนายและนำคดีขึ้นสู่ศาล ดังนั้น แม้ว่าศาลลอยจำนวนมากจะไปตกที่ผู้เสียหาย แต่ก็เป็นประโยชน์ไม่ได้ว่าการทำละเมิดเกิดขึ้นอยู่จริง การกำหนดเพดานชั้นสูงจะส่งผลแต่เพียงทำให้การฟ้องปรามไม่เพียงพอ

ส่วนในกรณีที่ผู้เสียหายใช้ความระมัดระวังน้อยเกินไปเพื่อให้ตนเองมีความเสี่ยงต่อการถูกละเมิดได้มากขึ้น โดยหวังว่าจะได้ประโยชน์จากค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้น การกำหนดเพดานชั้นสูงก็ไม่ใช่การแก้ปัญหาก็ถูกต้องเหมือนกัน เพราะกฎหมายสามารถแก้ปัญหาก็ได้มีประสิทธิภาพกว่านั้น 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 ข้อจำกัดดังกล่าวต้องมีค่าสูงมากเพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อวัตถุประสงค์แห่งการป้องปราม⁴¹⁷

ข้อที่ควรนำมาพิจารณาในระบบกฎหมายไทย คือ ถ้าผู้ประกอบการและภาครัฐกังวลเป็นอย่างยิ่งถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากที่ขาดการควบคุมที่เหมาะสมอาจทำให้เศรษฐกิจชะลอตัวลงยิ่งในช่วงที่ภาวะเศรษฐกิจโลกอยู่ในขั้นวิกฤตอันส่งผลให้แรงซื้อจากผู้บริโภคมีปริมาณต่ำลง แล้วต้นทุนในการผลิตสินค้ายังสูงขึ้นเพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยไม่มีข้อจำกัดแล้ว ก็ยังเป็นการซ้ำเติมผู้ประกอบการภาคธุรกิจให้แย่ลงไปอีก จึงควรให้มีการใช้เพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ว่าเป็นจำนวนเงินตายตัว หรือเป็นอัตราส่วนกับค่าเสียหายที่แท้จริง

ถ้าต้องการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้จริงๆ ในเมื่อในประเทศไทยไม่มีหน่วยงานใดที่รวบรวมสถิติคดีละเมิดอันเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีเก่ายุบรวมกัน 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

ในขณะที่เดียวกัน 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 ประชาชนส่วนใหญ่เป็นชนชั้นแรงงานซึ่งดำรงชีพอยู่โดยได้รับรายได้ขั้นต่ำ ถ้าการให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษบนพื้นฐานของค่าเสียหายที่แท้จริงอันประกอบไปด้วย ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ และค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน การที่ชนชั้นแรงงานได้รับรายได้เป็นจำนวนน้อยมากก็จะทำให้เรียกค่าขาดแรงงานซึ่งเป็นปัจจัยหลักสำหรับศาลในการกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงได้ต่ำ และทำให้เพดานของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่แปรผันตามค่าเสียหายที่แท้จริงมี

ค่าต่ำมากไปด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เพดานอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริง อาจมีผลกีดกันผู้มีรายได้น้อยได้ต่ำอย่างไม่เป็นธรรมก็ได้⁴¹⁸

ในคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงสูงมาก ถ้ากฎหมายกำหนดเพดานอัตราไว้สูงมาก(เพื่อให้เหมาะสมกับคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงน้อย) ก็อาจจะเป็นการสูงเกินไปจนขาดบทบาทในการควบคุมที่เหมาะสมได้ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การใช้ตัวเลขตายตัวทำให้ขาดความยืดหยุ่นอย่างที่เหมาะสมจะเป็นกฎหมายจึงสมควรหาวิธีการที่เหมาะสมกว่าเพื่อควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ผู้เขียนเห็นคล้อยตามกับบทงานวิจัยในเชิงประจักษ์ของสถาบัน Cornell ที่กล่าวว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา มีลักษณะเป็นฟังก์ชันลดของจำนวนของค่าเสียหายที่แท้จริง (decreasing function of the size of the compensatory award size)⁴¹⁹ กล่าวคือ ในคดีละเมิดที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงน้อย(ต่ำกว่า 1 หมื่นเหรียญสหรัฐ) ทั้งค่าเฉลี่ยและค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่าสูงมาก อันหมายความว่า การกระจายของกลุ่มตัวเลขทำให้เกิดความยากจนแทบจะเป็นไปไม่ได้ในการคาดเดาถึงจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ หากมีคดีความเกิดขึ้น ส่วนในคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงสูง (มากกว่า 1 แสนเหรียญสหรัฐ) ตัวเลขของค่าเฉลี่ยและค่าเบี่ยงเบนมาตรฐานของอัตราส่วนค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงกลับมีค่าค่อนข้างน้อย แสดงว่าจำนวนค่าเสียหายมันคงและทำให้ง่ายต่อการคาดเดาค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงสูง

คำพิพากษาในคดีสำคัญ คือ คดี State Farm ก็ให้ความเห็นไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ หากความเสียหายที่แท้จริงมีจำนวนน้อย อัตราส่วนของค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงที่สูงมาก อาจถูกต้องตามหลักสุกนิตินิกระบวน เช่น การละเมิดที่ควรถูกลงโทษอย่างสูง (highly reprehensible act) ก็มีความสมควรที่จะใช้เลขอัตราส่วนระหว่างค่าเสียหายเชิงลงโทษและค่าเสียหายที่แท้จริงเป็นเลขสองหลักได้ เป็นต้น แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงมีค่ามาก อัตราส่วนดังกล่าวที่มีค่าน้อยลงเท่ากับค่าเสียหายที่แท้จริงสอดคล้องกับหลักสุกนิตินิกระบวน 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 ในคดีที่มีค่าเสียหายที่แท้จริงน้อยกับมากจะใช้เพดานของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษที่เท่ากันไม่ได้เพราะเหตุผลดังกล่าวข้างต้นก็แสดงให้เห็นแล้วว่า 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 ไม่ควรที่จะเกิดจากการหยิบยกมาในอากาศแล้วนำมาใส่ไว้ในกฎหมาย แต่ควรที่จะเกิดจากการศึกษาการวิจัยเชิงประจักษ์ เพื่อให้เกิดการป้อนปรัมาที่เหมาะสมได้ แต่อย่างน้อยที่สุดแล้วผู้เขียนก็เห็นว่า ตัวเลขดังกล่าวต้องสะท้อนถึงหลักการของอัตราค่าเสียหายเชิงลงโทษต่อค่าเสียหายที่แท้จริงที่เป็นฟังก์ชันลดให้ได้

ข) พยานหลักฐาน และระดับความยากในการพิสูจน์

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การเพิ่มความยากในการพิสูจน์ถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ควบคุมให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสมมูล 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 มีความเกี่ยวพันถึง ชีวิต(ประหารชีวิต) หรือการขาดอิสระภาพ(จำคุกและกักขัง) ดังนั้น มาตรฐานของพยานหลักฐานในกฎหมายอาญาจึงต้องสูงกว่ากฎหมายแพ่งเพราะถ้าหากผิดพลาดไป กฎหมายไม่สามารถทำให้ผู้ได้รับโทษคืนชีวิตขึ้นมาได้ หรือไม่สามารถคืนอิสระภาพในอดีตให้แก่ผู้ได้รับโทษได้อย่างเหมาะสม 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 มีบางคดีในอดีตที่ศาลใช้อำนาจตามมาตราที่กำหนดค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่ง แต่ไม่อาจเข้าใจได้ว่า ค่าเสียหายจำนวนนี้มีที่มาได้อย่างไร อะไรเป็นฐานในการคำนวณ ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษใช้วิธีการเช่นเดียวกันนี้ก็คงจะขาดน้ำหนักและความน่าเชื่อถือลงไปมาก นอกจากนี้ ข้อเสียอีกประการหนึ่ง คือ ระบบนี้ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ละเมิดหรือจำเลยมีโอกาสป้องกันตัวเอง เพราะการกำหนดค่าเสียหายตามปกติจำเลยสามารถเสนอหลักฐานมาโต้แย้งได้ว่า ค่าเสียหายที่โจทก์พิสูจน์ไม่เป็นความจริง แต่ทว่า ในกรณีของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลมีดุลพินิจกำหนดตามความร้ายแรงและพฤติการณ์แห่งละเมิด แสดงว่า จำเลยไม่อาจต่อสู้ในประเด็นนี้ได้เลยตั้งแต่ต้องชดใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษตามที่ศาลกำหนดมาเท่านั้น

ถ้าระบบกฎหมายเปลี่ยนเป็นว่า ให้โจทก์สามารถนำสืบถึงปัจจัยในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษพร้อมกับวิธีการคำนวณและเขียนมาในคำขอท้ายฟ้องถึงตัวเลขที่ชัดเจน ก็จะเป็นการเพิ่มภาระของโจทก์ให้มากขึ้นไปอีก เพราะโจทก์และทนายของโจทก์ต้องอ้างข้อเท็จจริงในคดี และนำมาเป็นหลักฐานสนับสนุนจำนวนเงินที่เหมาะสมแก่การให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ข้อดีของระบบนี้คือ สามารถลดภาระของศาลในการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ดี ถ้าศาลเชื่อก็

สามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษตามนั้นได้เลย หรือหากสูงเกินไปศาลก็ยังมีอำนาจสุดท้ายในการ ทบทวนสูตรการคำนวณและลดตัวเลขลงจนเหลือจำนวนที่เหมาะสมได้ และจำเลยมีโอกาสโต้แย้ง โจทก์โดยนำเสนอหลักฐานต่อศาลเพื่อพิสูจน์หักล้างว่า วิธีการคำนวณค่าเสียหายเชิงลงโทษของจำเลย นั้นไม่เหมาะสมได้ ข้อเสียที่เห็นได้ชัดคือ กระบวนการพิจารณาใช้เวลานานมากขึ้นและทำให้ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมีค่าสูงขึ้นมาก

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

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

ค) ปัญหาการห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญา

วัตถุประสงค์หลักแห่งกฎหมายอาญาคือการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เช็ดหลาบ และจะได้ ไม่กระทำความผิดอีกในอนาคต ซึ่งก็เป็นวัตถุประสงค์ในการป้องปรามด้วย และนอกจากนี้ การละเมิด ส่วนใหญ่ที่ถูกจัดให้อยู่ในประเภทละเมิดอย่างจงใจโดยมุ่งร้ายก็มักจะเป็นการละเมิดที่เป็นมูลแห่ง

คดีอาญาได้ด้วย จึงอาจเกิดปัญหาได้ว่า ผู้ทำละเมิดอาจจะได้รับการลงโทษสองครั้ง ซึ่งมากเกินไปและสังคมไม่พึงประสงค์ให้เกิดขึ้น ในขณะที่ค่าสินไหมทดแทนมีหน้าที่เพียงแค่เยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายให้ได้กลับไปสู่สถานภาพเดิมเสมือนไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น 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 ก็ได้กำหนดให้ศาลสามารถใช้อดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้อย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ร่างกฎหมายอันเกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ผู้เขียนเสนอนี้ไม่น่าจะมีปัญหาใดๆ กับหลักการดังกล่าวข้างต้น

อย่างไรก็ตาม ถ้าศาลเห็นว่า ทั้งโทษในทางอาญาและค่าเสียหายเชิงลงโทษรวมกันทำให้เกิดผลกระทบต่อจำเลยอย่างมาก เช่น จำเลยถูกฟ้องคดีแพ่งอันเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาในความผิดฐานฉ้อโกงทรัพย์ แล้วถูกตัดสินจำคุก 1 ปี และปรับเป็นเงินอีกจำนวนหนึ่ง แล้วศาลก็อาจไม่ต้องกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ได้ หรือถ้ากำหนดก็เป็นจำนวนน้อยนิดเท่านั้น เช่นว่า อาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อสะท้อนการกระทำที่อุกอาจมาๆของจำเลยก็เป็นได้ ศาลต้องตระหนักว่าแม้แนวคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับให้มีการให้โทษทางอาญาควบคู่ไปกับโทษทางแพ่งได้โดยไม่ขัดกับหลักการห้ามฟ้องซ้ำ แต่ว่ามีคำพิพากษาแนวอื่นๆที่วางหลักเกี่ยวกับปัจจัยควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้การพิจารณาโทษทางอาญาที่จำเลยได้รับหรืออาจได้รับในอนาคตด้วยเพื่อให้ผลเสียสุทธิที่เกิดแก่จำเลยมีความเหมาะสม

⁴²² ดู กฤษณา พิชณญ โภทศ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7 หน้า 93.

โดยสรุปแล้ว ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้แม้จำเลยจะได้รับโทษทางอาญา มาแล้ว แต่ศาลก็ไม่ควรกำหนดสูงเพราะมิเช่นนั้นแล้วผลเสียจะตกแก่จำเลยสูงเกินไป

4.2.1.6 การปรับใช้ในกฎหมายละเมิดมาตรา 438

ก) การปรับใช้ผ่านทางถ้อยคำ “พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด”

ในบทข้างต้นนี้ผู้เขียนได้อธิบายถึงการนำหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ปรากฏในระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้โดยใช้กฎหมายและคำพิพากษาจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตัวแทนหลัก เพื่อเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้ ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาคือว่า เมื่อได้หลักการมาแล้วจะนำมาปรับใช้ให้เข้ากับระบบกฎหมายละเมิดไทยให้เหมาะสมที่สุดได้อย่างไร

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

ในวรรคแรกของมาตรา 438 กล่าวว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” ประเด็นที่ควรพิจารณาจึงมีอยู่ว่า ควรจะนำหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ไว้ในเนื้อความของวรรคแรกของมาตราดังกล่าวหรือไม่

ถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 438 วรรคแรก เมื่อพิเคราะห์แล้วเห็นว่ามีทางตีความเพื่อเปิดช่องให้มีการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ได้ เพราะศาลมีดุลพินิจในการวินิจฉัยกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่ “พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” ศาลจึงมีอำนาจที่จะสามารถใช้อำนาจ 7 ประการพร้อมด้วย 3 ปัจจัยควบคุมการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ภายใต้อำนาจแห่งมาตรานี้ เมื่อนำไปเทียบกับกฎหมายพิเศษของไทยที่ให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ อันได้แก่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 ก็เขียนไว้ชัดเจนว่า การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ “...โดยคำนึงถึง พฤติการณ์ต่างๆ เช่น...” หรือในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ว่า ศาลมี

อำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษได้ตามที่ศาลเห็นสมควร “... โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น...”

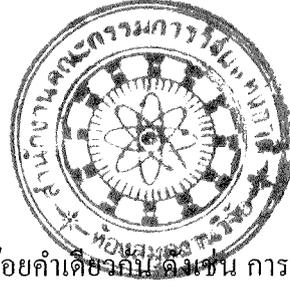
ส่วนคำว่า “ความร้ายแรงแห่งละเมิด” ก็เป็นคำที่เหมาะสมมากต่อการสะท้อนการละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่รุนแรง ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สินของผู้เสียหาย ซึ่งถือได้ว่าเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาเพื่อกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้เช่นกัน

พึงสังเกตไว้ว่า แม้มาตรา 438 วรรคสองจะกล่าวถึงว่า ค่าสินไหมทดแทน คือ ค่าเสียหายอันจะถึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย แต่ก็มิได้หมายความว่า ค่าเสียหายที่เพิ่มเติมไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะนำมาปรับใช้ไม่ได้ เพราะมีนักวิชาการหลายท่านให้ความเห็นไว้ว่า คำว่า “ได้แก่” ที่ปรากฏในวรรคสอง มิได้หมายความว่า ค่าสินไหมทดแทนจะถูกจำกัดอยู่แค่เพียงสามกรณีที่กล่าวถึงโดยชัดแจ้งเท่านั้น ค่าสินไหมทดแทนจึงรวมถึง การจัดการอำนาจตามสมควรได้ การทำให้ชื่อเสียงกลับคืนดี หรือการถอนชื่อบริษัทที่ตั้งเลียนแบบผู้อื่นก็ได้ ดังนั้น การสั่งให้จำเลยชดเชยเงินในจำนวนที่มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นก็อาจนำมาปรับใช้ได้

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

ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าย้อนกลับไปพิจารณาทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วก็เห็นได้ชัดว่า กฎหมายละเมิดมีหน้าที่เพียงเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมเท่านั้น กฎหมายละเมิดไม่มีหน้าที่นอกเหนือจากนั้น ส่วนหน้าที่ในการป้องปรามหรือลงโทษผู้เสียหายก็ให้เป็นหน้าที่ของกฎหมายอาญาซึ่งแยกออกไปเป็นอีกประมวลกฎหมายหนึ่งต่างหาก มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงถูกร่างขึ้นเพื่อสะท้อนแนวความคิดเช่นนี้ แล้วจะมีความเหมาะสมหรือไม่ที่จะนำค่าเสียหายเชิงลงโทษที่มีวัตถุประสงค์มาก

⁴²³ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการกำหนดค่าเสียหายของประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส มาตรา 42.



ไปกว่าการเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายไปใส่ไว้ในถ้อยคำเดียวกับดังเช่น การนำเครื่องมือที่ถูกคิดค้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งแต่ผู้ใช้กลับนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่งอันเป็นการแตกต่างจากวัตถุประสงค์ดั้งเดิม

ส่วนในเชิงปฏิบัติ ถ้ามีการปรับใช้จริง ศาลจะมีความมั่นใจเพียงใดที่จะใช้เพียงถ้อยคำที่มีอยู่เดิมเพื่อตีความกว้างขึ้นให้ครอบคลุมถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ จำเลยก็คงโต้แย้งอย่างไม่ต้องสงสัยว่า ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดนั้นสูงเกินส่วน โดยไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับอย่างเพียงพอ นักวิชาการก็ย่อมออกมาวิจารณ์และโต้แย้งคำพิพากษาของศาลกันอย่างล้นหลามถึงความไม่สอดคล้องกันของค่าเสียหายเชิงลงโทษและมาตรา 438

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

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ทั้งเหตุผลในเชิงทฤษฎีและในเชิงปฏิบัติปฏิเสธการนำหลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบรรจุในวรรคแรกของมาตรา 438 หากไม่มีการแก้ไขกฎหมายใดๆ

ข) ข้อเสนอร่างเพิ่มเติมในมาตรา 438

ผู้เขียนได้ใช้หลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษมาสนับสนุนการปรับใช้ในกฎหมายละเมิดไทยให้มีหน้าที่เพิ่มเติม ไปจากหน้าที่แห่งการเยียวยาความเสียหายแล้วเพื่อทำกฎหมายละเมิดของไทยมีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่การปรับใช้หลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษไว้ในถ้อยคำที่มีอยู่เดิมของมาตรา 438 เป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์เช่นกัน ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การเสนอมาตรา 438 เพื่อให้สะท้อน

หลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษย่อมทำให้เกิดความชัดเจน ได้มากกว่า เมื่อได้พิจารณาจากหลักการ และปัจจัยต่างๆ ที่ได้อธิบายมาข้างต้นแล้ว ร่างมาตรา 438 ใหม่ ควรมีเนื้อความเป็นดังนี้

มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตาม ควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้น ด้วย

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ละเมิดได้ทำละเมิดโดยจงใจอย่างมุ่งร้าย มีเจตนาทุจริต หรือกระทำ โดยไม่คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่นเลย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการ ลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดย คำนึงถึงพฤติการณ์ต่างๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับและอาจได้รับ การละเมิด ที่ควรได้รับการดำเนินคดี ผลประโยชน์ที่ผู้ละเมิดได้รับ โอกาสหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ ฐานะทางการเงิน ของผู้ละเมิด ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน การที่ผู้ละเมิดได้บรรเทาความเสียหาย ที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย และบทบังคับทางแพ่งที่ถูก ปรับใช้หรืออาจถูกปรับใช้สำหรับการกระทำเดียวกัน

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคสาม ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่า ของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนไม่เกินห้าหมื่น บาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาล กำหนด”

เมื่อมีการพิสูจน์ตามคำฟ้องตามองค์ประกอบละเมิดในมาตรา 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. การที่ผู้บริโภคมมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

ปัจจัย 10 ประการข้างต้นนี้ มีความสัมพันธ์กันทั้งส่งเสริมให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีจำนวนสูงขึ้นหรือมีจำนวนลดลงก็ได้ ปัจจัยๆหนึ่งอาจทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงขึ้นในคดีหนึ่ง แต่ก็อาจทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษลดต่ำลงในอีกคดีหนึ่งก็เป็นได้

ยกตัวอย่างเช่น ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าการฉ้อโกงของจำเลยไม่เป็นผลสำเร็จ 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 : ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ควรมีอยู่ในกฎหมายละเมิดทั่วไป

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(stagging) 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 ผู้พิพากษาจึงต้องตีความกฎหมายอย่างถูกต้องเพื่อบังคับใช้กฎหมายโดยไม่ผิดเพี้ยน ระบบประมวลกฎหมายแพ่งทำให้ดุลพินิจของผู้บังคับกฎหมายอยู่ภายในขอบเขตที่จำกัดโดยให้ผู้พิพากษามีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ผู้พิพากษาจึงไม่อาจมีหน้าที่ในวางแผนนโยบายของประเทศ กล่าวคือ ผู้พิพากษามีหน้าที่ใช้ ปทัณฐานและหลักการที่พบในประมวลกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหากฎหมายเท่านั้น ส่วนวิถีทางเพื่อทำให้กฎหมายเป็นธรรมหรือมีประสิทธิภาพมากขึ้นเป็นเป้าหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ในขณะที่ระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะพิจารณาคดีเฉพาะเรื่อง (case-by-case basis) แต่ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความสอดคล้องกันภายในอย่างเป็นระบบจึงไม่ยอมรับหลักการอื่นที่แตกต่างออกไป เช่น หลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ เป็นต้น เนื่องจากเหตุผล 2 ประการ ได้แก่ กฎหมายโรมันมีอิทธิพลต่อพัฒนาการทางกฎหมายในยุโรปเพราะทนายความถูกสอนตั้งแต่เริ่มแรกกว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มาจากผู้ออกกฎหมายมิได้เกิดจากขั้นตอนพลวัต (dynamic process) และเหตุผลที่สอง คือ จุดเด่นของพัฒนาการทางกฎหมายในยุโรปเกิดจากอิทธิพลของการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายนโปเลียนที่สร้างขึ้นในปี 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) ซึ่งการระบุการกระทำที่ต้องรับโทษเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็มีหน้าที่ทางศีลธรรมสร้างชัดเจนว่าการกระทำเช่นใดอาจส่งผลให้ผู้ทำต้องได้รับบทบังคับหรือได้รับการรื้อถอนจากอิสระภาพ ดังนั้น การที่ศาลกำหนดให้จำเลยชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเป็นการมองข้ามแนวความคิดเช่นนี้⁴³⁰ เพราะศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในกรณีใดก็ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร

ในเมื่อกฎหมายแพ่งถูกออกแบบจากฝ่ายนิติบัญญัติให้มีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น โดยผู้ร่างมาตรา 438 มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะนำบทบัญญัติดังกล่าวให้ขยายความไปถึงค่าเสียหายที่มีได้อ้างอิงอยู่กับความเสียหายที่เกิดขึ้นถ้าจะนำหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาจากประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีมาใส่ไว้ในมาตรา 438 ก็คงจะไม่เหมาะสม เพราะกฎหมายที่ถูกออกแบบมาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หนึ่งแต่กลับมีการนำมาใช้จริงเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อีกอันหนึ่ง จึงเท่ากับว่า ศาลปรับใช้กฎหมายผิดวัตถุประสงค์และส่งผลบั่นทอนกลไกของกฎหมายที่มีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ ผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ชัดเจนให้การเยียวยาความเสียหายเป็นหน้าที่

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

⁴³⁰ กรุณาตุ 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 เมื่อกฎหมายอาญาพัฒนามากขึ้นแล้วก็อาจทำให้มีคดีความขึ้นศาลมากเกินไปจนเกิดปัญหาคดีความค้างงและศาลดำเนินคดีได้ช้ามาก 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) บุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจมีสิทธิต่ออีกบุคคลหนึ่งและเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องได้รับผลทางกฎหมาย ความสัมพันธ์เช่นนี้ต้องเกิดขึ้น โดยมีพื้นฐานมาจากความยินยอมของทั้งสองฝ่ายเท่านั้น (Mutual justification of legal consequences) ดังนั้น ข้ออ้างฝ่ายเดียวต่ออีกฝ่ายหนึ่งแม้จะหนักแน่นแค่ไหนก็ไม่อาจสนับสนุนการใช้กฎหมายเอกชนได้ เมื่อนำหลักการข้างต้นมาปรับใช้กับค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้วก็จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้เสียหายไม่ได้รับความเสียหายที่เกินไปกว่าความเสียหายที่แท้จริง และผู้เสียหายก็ยังไม่มีความผิดในทางมิชอบได้ต่อผู้ละเมิดแล้ว ผู้เสียหายก็ไม่ควรมีสถานะที่อาจเรียกร้องได้สูงกว่าเดิมแต่อย่างใด ถ้าอ้างว่าต้องการให้การลงโทษหรือป้องปรามอีกฝ่ายหนึ่งบรรลุผลก็มีข้ออ้างเพื่อขอค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพราะการใช้กฎหมายอาญาเหมาะสมกว่า ถ้าปรับใช้กฎหมายเอกชนเพื่อการลงโทษ ค่าเสียหายที่จำเลยต้องชำระก็ควรตกเป็นของกองทุนที่เพื่อสาธารณชนมากกว่าจะตกเป็นทรัพย์สินของผู้เสียหาย⁴³²

ค) ความแตกต่างของวิธีพิจารณาเกณฑ์พยานและหลักฐาน

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

⁴³² Helmut Koziol, อ้างถึงแล้วข้างบน หน้า 751-52.

สิทธิที่เกิดแก่จำเลยที่มีความรับผิดชอบแพ่งและความรับผิดชอบอาญา⁴³³ โจทก์จึงอาจใช้กฎหมายละเมิดเป็นเครื่องมือเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายอาญาก็เป็นไปได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องมาตรการคุ้มครองสิทธิของจำเลย

4.2.2.2 ข้อโต้แย้งในเชิงปฏิบัติ

ก) คดีที่มีผู้เสียหายจำนวนมาก

ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจส่งผลกระทบต่ออย่างไม่เป็นธรรมกับผู้ทำละเมิดได้เพราะในคดีที่มีผู้เสียหายจำนวนมากแต่ผู้เสียหายตัดสินใจดำเนินคดีต่อผู้ละเมิดไม่พร้อมกันก็อาจทำให้ผู้ละเมิดมีความรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนมากขึ้น ถ้าศาลในคดีแรกให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากกับผู้เสียหายรายแรกไปแล้วโดยใช้พื้นฐานจากกระทำที่เป็นเจตนาชั่วร้ายของผู้ละเมิด ต่อมาอีกไม่นานผู้เสียหายรายที่สองเห็นว่าผู้เสียหายคดีแรกฟ้องแล้วได้รับค่าเสียหายจำนวนมากจึงตัดสินใจฟ้องคดีตามศาลก็อาจให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนมากกับผู้เสียหายรายที่สองได้เช่นกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้ละเมิดต้องจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเงินจำนวน 2 เท่าจากการกระทำความผิดแค่ครั้งเดียว ซึ่งแสดงว่ากฎหมายลงโทษสูงเกินไปอย่างไม่มีเหตุผล⁴³⁴

อย่างไรก็ตาม หากศาลในคดีที่พิจารณาภายหลังเห็นว่า ผู้ละเมิดเคยรับผิดชอบและชำระค่าเสียหายเชิงลงโทษไปแล้วเป็นเงินจำนวนมาก จึงไม่มีความจำเป็นต่อไปที่จะต้องกำหนดให้ผู้ละเมิดชำระค่าเสียหายจำนวนมากเพราะอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากผู้เสียหายรายแรกที่ฟ้องคดีแล้วได้รับเงินจำนวนมากจากคดีความ ในขณะที่ ผู้เสียหายรายต่อมาที่อาจได้รับบาดเจ็บมากกว่า แต่ได้รับเพียงค่าเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น ทั้งๆที่มีมูลเหตุมาจากการทำความผิดเดียวกัน

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 กฎหมายแพ่งก็สามารถปรับใช้หลักการของลาภมิควร ได้เพื่อบังคับให้จำเลยคืนทรัพย์สินที่ปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ ดังนั้น กฎหมายไทยจึงไม่ต้องใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์นี้⁴³⁵

ค) ค่าทนายความ

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

ในทางตรงกันข้าม ระบบกฎหมายของประเทศยุโรปรวมทั้งประเทศไทยเอง ไม่อนุญาตให้ชดเชยค่าทนายความด้วยวิธีการอ้างอิงกับผลแห่งคดี จึงอาจสันนิษฐานได้ว่า ค่าทนายความที่ไม่แปรผันกับค่าสินไหมทดแทนมีค่าเป็นสัดส่วนไม่มากนักเมื่อเทียบกับค่าทนายความในประเทศอเมริกา ส่วนค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ได้รับจะสามารถชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้เกือบทั้งหมด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ค่าทนายความในประเทศไทยไม่น่าจะสูงเท่าค่าทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าสินไหมทดแทนที่ศาลไทยกำหนดจึงอาจนำไปเยียวยาความเสียหายได้เกือบทั้งหมด ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่จำเป็นต้องให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อทดแทนค่าทนายความ ยิ่งไปกว่านั้น ระบบกฎหมายไทย

⁴³⁵ Helmut Koziol, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 426 หน้า 760.

วางกลไกช่องทางต่างๆ ที่อาจช่วยให้ผู้เสียหายสามารถดำเนินคดีต่อผู้ทำละเมิดได้ง่ายขึ้น เช่น คดีแพ่งเกี่ยวกับคดีอาญาที่อัยการเป็นผู้ฟ้องคดี การให้ผู้แพ้อับได้รับผิดค่าชดเชยธรรมเนียม การยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ความรับผิดชอบสุดท้ายต่อค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

(1) คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา

ในกรณีการละเมิดประเภทจงใจโดยมุ่งร้ายมักจะมี ความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา ซึ่งหมายถึงคดีแพ่งที่ฟ้องบังคับตามสิทธิเรียกร้องอันมีมูลฐานความรับผิดชอบเนื่องมาจากการกระทำความผิดทางอาญา หากมูลเหตุของการกระทำความผิดอาญาใดทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นต้องรับผิดชอบในทางแพ่งด้วย ก็จะเรียกคดีแพ่งดังกล่าวว่าเป็น“คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา” ยกตัวอย่างเช่น การขโมยทรัพย์สินของผู้อื่นก็ถือได้ว่าเป็นคดีอาญาเพราะเป็นความผิดที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและยังเป็นคดีแพ่งด้วยเพราะการกระทำของจำเลยเป็นมูลละเมิดอย่างหนึ่ง

ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยแทนผู้เสียหายนี้ และมีคำร้องให้คืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินติดมากับฟ้องอาญาสำหรับคดี 9 ประเภท ได้แก่ คดีลักทรัพย์ วิวังราว ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก น้อโกง ยักยอกหรือรับของโจร⁴³⁶ หรือมีคำขอของผู้เสียหายขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน⁴³⁷ มิให้เรียกค่าธรรมเนียม ทั้งนี้ตามความในมาตรา 253⁴³⁸ แห่งประมวลกฎหมายวิธี

⁴³⁶ มาตรา 43 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “คดีลักทรัพย์ วิวังราว ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก น้อโกง ยักยอกหรือรับของโจร ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสียไปเนื่องจากการกระทำความผิดนั้น เมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีอาญา ก็ให้เรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายด้วย”.

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

⁴³⁸ มาตรา 253 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ซึ่งมีคำร้องให้คืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินติดมากับฟ้องอาญาตามมาตรา 43 หรือมีคำขอของผู้เสียหายขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมิให้เรียกค่าธรรมเนียม เว้นแต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าผู้เสียหายเรียก

พิจารณาความอาญา ผู้เสียหายจึงไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ในการดำเนินคดี เพราะกฎหมายยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมให้ และก็ไม่ต้องเสียค่าจ้างทนายความเพราะพนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดีแทนแล้ว จึงเป็นกลไกตามกฎหมายที่ทำให้ประโยชน์กับผู้เสียหายเป็นอย่างดี แม้ผู้กระทำความผิดไม่มีภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้กับผู้เสียหายก็จริงอยู่ แต่ผู้เสียหายก็ไม่ต้องดำเนินคดีด้วยตนเองอีกเช่นกัน

(2) ค่าฤชาธรรมเนียม และการยกเว้นค่าธรรมเนียมนา

ค่าธรรมเนียมนาเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งในการดำเนินคดี ถ้าผู้มีฐานะทางการเงินไม่ดีต้องการฟ้องคดีที่มีทุนทรัพย์มากก็ต้องชำระค่าธรรมเนียมนาตามจำนวนทุนทรัพย์ซึ่งได้ถูกกำหนดอัตราไว้ในตารางท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁴³⁹ แต่ปัญหาที่ผู้เสียหายอาจไม่สามารถชำระค่าธรรมเนียมนาได้ถูกแก้ไขในกฎหมายระดับหนึ่งแล้ว เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 149 วรรคสี่ รับรองให้มีการยกเว้นค่าธรรมเนียมนาได้ โดยบัญญัติว่า

“คำฟ้อง คำฟ้องอุทธรณ์ คำฟ้องฎีกา คำร้องสอด คำให้การ หรือคำร้องขออื่นซึ่งได้ยื่นต่อศาลพร้อมคำร้องขอยกเว้นค่าธรรมเนียมนาตามมาตรา 156 ตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นใต้สวนคำร้องดังกล่าว ไม่ต้องนำเงินค่าธรรมเนียมนาและเงินวางศาลมาชำระ เว้นแต่ศาลจะได้อยกคำร้องนั้นเสีย”

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

เอาค่าสินไหมทดแทนสูงเกินสมควร หรือดำเนินคดีโดยไม่สุจริต ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้เสียหายชำระค่าธรรมเนียมนาทั้งหมดหรือแต่เฉพาะบางส่วนภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ และถ้าผู้เสียหายเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ให้ถือว่าเป็นการทิ้งฟ้องในส่วนคดีแพ่งนั้น”.

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

มาตรา 156/1 “เมื่อศาลได้พิจารณาคำร้องขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลเสร็จแล้วให้ศาลมีคำสั่งโดยเร็ว โดยศาลจะมีคำสั่งอนุญาตทั้งหมดหรือแต่เฉพาะบางส่วน หรือยกคำร้องนั้นเสียก็ได้

ห้ามมิให้ศาลอนุญาตตามคำร้องเช่นว่านั้น เว้นแต่จะเป็นที่เชื่อได้ว่าผู้ร้อง ไม่มีทรัพย์สินพอที่จะเสียค่าธรรมเนียมศาลหรือหากผู้ร้องไม่ได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะได้รับความเดือดร้อนเกินสมควรเมื่อพิจารณาถึงสถานะของผู้ร้อง และในกรณีที่ผู้ร้องเป็น โจทก์หรือผู้อุทธรณ์หรือฎีกา การฟ้องร้องหรืออุทธรณ์หรือฎีกานั้นมีเหตุผลอันสมควรด้วย”

ผู้ร้องที่ต้องการได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่า

- ผู้ร้องไม่มีทรัพย์สินเพียงพอ หรือ
- หากผู้ร้องไม่ได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร

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

จึงสังเกตได้ว่า ค่าธรรมเนียมศาลที่กฎหมายยกเว้นเป็นเพียงแค่หนึ่งในค่าฤชาธรรมเนียมที่คู่ความจะต้องเสียให้กับศาลอันเป็นขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการพิจารณาคดี ส่วนค่าธรรมเนียมอื่นก็เป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายนั้นๆเองที่จะต้องแบกรับภาระออกค่าใช้จ่ายไปก่อน จนกระทั่งคดีเป็นที่สิ้นสุดกฎหมายจึงจะบังคับให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบในชั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง⁴⁴¹ ดังนั้น ถ้าผู้เสียหายมั่นใจว่าอุปคดีเป็นการละเมิดอย่างชัดเจน แม้ค่าเสียหายที่แท้จริงจะมีจำนวนน้อย แต่กฎหมายมาตรานี้ลดต้นทุนอันเป็นส่วนสำคัญของค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของผู้เสียหายได้ด้วย

⁴⁴⁰ มาตรา 149 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁴⁴¹ แต่กฎหมายก็มีได้ บังคับให้ผู้แพ้คดีจะต้องชำระค่าฤชาธรรมเนียมในทุกกรณี เพราะสุดท้ายแล้วก็เป็นดุลพินิจของศาลที่จะให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้นรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง หรือให้คู่ความแต่ละฝ่ายรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมส่วนของตนหรือตามส่วนแห่งค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งคู่ความทุกฝ่ายได้เสียไปก่อนได้ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเหตุผลสมควรและความสุจริตในการดำเนินคดี

นอกจากนี้ ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า อุปสรรคสำคัญประการหนึ่ง คือ ผู้เสียหายถูกผู้ละเมิดที่มีฐานะดีกว่าประวิงคดีออกไปให้นานที่สุดเพื่อให้ผู้เสียหายแบกรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมากขึ้น แต่กฎหมายวางกลไกเพื่อแก้ไขปัญหาไว้แล้ว ในมาตรา 166 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งวางหลักให้ คู่ความฝ่ายใดที่ทำให้ต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียมในกระบวนการพิจารณาใดๆ ที่ได้ดำเนินไปโดยไม่จำเป็นหรือมีลักษณะประวิงคดี หรือที่ต้องดำเนินไปเพราะความผิดหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คู่ความฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมนั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าคู่ความฝ่ายนั้นจักได้ชนะคดีหรือไม่ แต่กึ่งปีตรงหน้าก็เห็นว่า 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 ศาลจึงมีอำนาจกำหนดให้คู่ความซึ่งต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมตามมาตรา 161 ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแก่คู่ความอีกฝ่ายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยในคดีมีทุนทรัพย์ต้องไม่เกินร้อยละ 1 ของจำนวนทุนทรัพย์ หรือในคดีไม่มีทุนทรัพย์ต้องไม่เกิน 5,000 บาท

การกำหนดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลคำนึงถึงค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่คู่ความได้เสียไป รวมทั้งลักษณะและวิธีการดำเนินคดีของคู่ความ

เมื่อพิจารณาถึงปัจจัย 4 ประการข้างต้นนี้ แสดงว่ากฎหมายก็มีกลไกสนับสนุนผู้เสียหายให้ฟ้องคดีได้ง่ายขึ้น แม้ผู้เสียหายมีฐานะทางการเงินไม่ดีก็มิมีโอกาสได้รับการช่วยเหลือจากภาครัฐในหลายรูปแบบ เริ่มตั้งแต่ การให้พนักงานอัยการเป็นผู้เรียกค่าสินไหมทดแทนแทนก็ได้ในคดีแพ่งที่มีความเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา และถ้าเป็นคดีแพ่งประการเดียวหรือเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาที่พนักงานอัยการตัดสินใจไม่ฟ้องคดี ผู้เสียหายก็อาจขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้ ส่วนค่าฤชาธรรมเนียมอื่นๆ ผู้เสียหายก็อาจได้รับการชดใช้คืนเต็มจำนวนในภายหลังก็ได้ ส่วนค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ศาลมีดุลพินิจที่จะบังคับให้ผู้ละเมิดต้องรับผิดชอบบางส่วนแทนได้แม้จะเป็นอัตราส่วนไม่มากนักก็ตาม ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อชดเชยค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในคดีความอื่นๆ ก็คงไม่มีประโยชน์เท่าใดนักภายใต้ระบบกฎหมายไทย

ง) ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน

หนึ่งในเหตุผลหนึ่งสนับสนุนค่าเสียหายเชิงลงโทษคือการนำไปชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน แต่แท้จริงแล้วถ้ากำหนดให้กฎหมายละเมิดรวมค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินอยู่ในค่าเสียหายที่แท้จริงแล้วก็คงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ ปัญหาที่พบในปัจจุบันคือกฎหมายอาจวางข้อจำกัดมากเกินไปหรือศาลไม่ยอมรับความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินบางประเภทก็เป็นได้ ดังนั้น ถ้ากฎหมายเปิดช่องขยายขอบเขตของค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินให้มากขึ้นและศาลยอมรับคำขอของผู้เสียหายมากขึ้น ระบบกฎหมายละเมิดก็อาจทดแทนความเสียหายส่วนนี้ได้พอดีแล้ว

⁴⁴³ ตาราง 7 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในอดีตจนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในประเทศสหรัฐอเมริกา ค่าเสียหายเชิงลงโทษกับค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน เช่น ความเจ็บปวดและทนทุกข์ทรมาน มีความสัมพันธ์กันอย่างมาก เพราะศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเมื่อวิธีการเยียวยาด้วยค่าเสียหายที่แท้จริงไม่เปิดช่องให้ทำได้ ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีวัตถุประสงค์ทั้งเป็นการลงโทษและการเยียวยาความเสียหายไปพร้อมกัน อย่างไรก็ตาม ณ ปัจจุบัน ศาลเต็มใจกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงเพื่อชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินมากยิ่งขึ้นภายใต้คำตัดสินใหม่ทดแทนสำหรับอาการบาดเจ็บและทนทุกข์ทรมาน⁴⁴⁴ จึงอาจกล่าวได้ว่า การชดเชยค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินอันเกี่ยวเนื่องกับอาการบาดเจ็บและทนทุกข์ทรมานเพื่อให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงมีอาจรับฟังได้

พึงสังเกตว่าในกฎหมายละเมิดของไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงคำสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินที่ศาลสามารถกำหนดเพื่อเยียวยาโจทก์ได้ตามที่ปรากฏในมาตรา 446 ผู้มีสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 446 นี้ได้ คือ ผู้เสียหายเท่านั้นภายใต้ข้อจำกัดบางประการ ได้แก่ ความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ มีคำพิพากษาฎีกาเป็นจำนวนมากที่วางแนวทางการปรับใช้มาตราดังกล่าวไว้อย่างดีแล้ว ประเด็นที่ต้องพิจารณาจึงมีดังต่อไปนี้

ประเด็นแรกที่ต้องพิจารณามีอยู่ว่า ควรใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษให้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆ ที่มาตรา 446 ไม่ครอบคลุมได้หรือไม่ เช่น ถ้าการกระทำที่มุ่งร้ายหรือการกระทำโดยไม่คำนึงถึงสิทธิหรือความปลอดภัยของผู้อื่นแล้วทำให้เกิดความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินต่อบุคคลที่สามที่มีผู้ใช้เสียหายโดยตรง ค่าเสียหายเชิงลงโทษควรเข้าไปทดแทนความเสียหายส่วนนี้หรือไม่ (ในขณะที่มาตรา 446 อนุญาตเฉพาะผู้เสียหายโดยตรงเท่านั้น) เช่น ค่าเสรีภาพ โศกกระทบทุกข์ต่อจิตใจที่เกิดต่อบุพการี 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 ค่าเสียอกเสียใจของสามีที่เกิดจากความว่าห่วยเพราะสูญเสียภรรยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุข⁴⁴⁷ ความชอกช้ำระกำใจเพราะเสียบุตร⁴⁴⁸ ซึ่งหมายความว่า ศาลไทยตีความมาตรา 446 เพียงแค่ค่าเสียหายต่อจิตใจที่เกิดแก่ผู้เสียหายเท่านั้น ศาลยังไม่ยอมรับค่าเสียหายต่อจิตใจของบุคคลใกล้ชิด แต่ทว่าหลักการในมาตรา 11(1) ได้ยอมรับหลักการนี้ไว้ว่า แม้ผู้เสียหายจะถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการีหรือผู้สืบสันดานสามารถเรียกค่าความเสียหายต่อจิตใจด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเครื่องมือหลีกเลี่ยงข้อจำกัดของมาตรา 446 ได้ ก็จะมีผู้อ้างความสัมพันธ์พิเศษกับผู้เสียหายโดยตรงจำนวนมาก และยังทำให้ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการดำเนินคดีความต่อการทำละเมิดครั้งเดียวสูงขึ้นไปอีก ถ้าค่าใช้จ่ายในคดีสูงมากขึ้นแล้ว ก็ยังทำให้จำเลยที่ต้องจ่ายค่าเสียหายอันรวมถึงค่าใช้จ่ายในคดีให้กับทั้งตนเองและโจทก์บางส่วนแล้ว ก็ยังต้องจ่ายค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินให้กับผู้เสียหายอื่นๆอีก จำนวนค่าเสียหายก็คงจะบานปลายไปสู่สูงมาก และทำให้เกิดการฟ้องปรามที่มากเกินไป

นอกจากนี้ แม้การให้ค่าเสียหายประเภทนี้จะทำให้เกิดผลแห่งการฟ้องปรามต่อจำเลยได้ แต่เหตุผลอีกหนึ่งเหตุผลที่สำคัญก็คือ ผู้เรียกร้องค่าเสียหายประเภทนี้ไม่มีความสัมพันธ์อย่างเพียงพอกับเหตุแห่งการละเมิด แม้อาจมีความสัมพันธ์แต่กลับน้อยมากเสียจนระบบกฎหมายไม่ควรจะรองรับ

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

⁴⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502

⁴⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1550/2518

ความสัมพันธ์เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ในเมื่อมาตรา 446 ของกฎหมายละเมิดเขียนประเด็นนี้ไว้อย่างชัดเจนแล้ว ถึงเงื่อนไขในการได้รับค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน และมีแนวคำพิพากษาฎีกาออกมาอย่างเพียงพอให้สามารถวางหลักเกณฑ์และคาดเดาได้ง่ายว่าค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินประเภทใดที่โจทก์สามารถเรียกได้ และค่าเสียหายประเภทใดที่โจทก์ไม่สามารถเรียกได้ จึงมีความสมควรที่จะดำเนินตามแนวคำพิพากษาของศาลต่อไป แม้การให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อทดแทนความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินจะมีส่วนทำให้เกิดการป้องปรามได้ แต่การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นเครื่องมือหลักเล็งกฎหมายมาตราอื่นอาจส่งผลให้เกิดการป้องปรามที่มากเกินไป

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

ส่วนในประเด็นที่สอง คือ เนื่องจากการคำนวณความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินให้เป็นจำนวนเงินเป็นเรื่องยากจึงมีนักวิชาการในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจแก้ไขปัญหานี้ได้ ถ้ามีการปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษแล้ว ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินของโจทก์ได้ภายใต้ชื่อของค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ผู้เขียนเห็นว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษไม่ใช่วิธีการแก้ไขปัญหาที่ถูกต้องเพราะไม่ว่าศาลจะกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษศาลก็ต้องคำนวณความเสียหายออกมาเป็นจำนวนเงินอยู่ดี แม้ศาลจะปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษแต่ศาลก็ต้องกำหนดจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งในการคำนวณ เช่น การที่บุคคลทั่วไปแขนขาติดนักกีฬาเทนนิสแขนขาดีไม่ว่าศาลจะชดเชยเป็นค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามมาตรา 446 หรือชดเชยภายใต้ชื่อของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ศาลก็ต้องคำนวณความเสียหายนี้ออกมาเป็นตัวเงินเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การชดใช้ค่าเสียหายภายใต้กฎหมายละเมิดมาตรา 446 ก็น่าจะเป็นการเปิดดุลพินิจให้ศาลมีอำนาจอย่างเพียงพอแล้ว เพียงแต่จากคำพิพากษาในคดีที่ผ่านมาอาจดูเหมือนว่าศาลกำหนดค่าเสียหายต่ำเกินไปเท่านั้น โดยสรุปแล้ว ปัญหาจึงไม่ได้อยู่ที่ว่าศาลไม่มีอำนาจแต่อยู่ที่ว่าศาลจะกำหนดให้เท่าไรนั่นเอง ดังนั้น การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาชดเชยที่ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินนี้ก็ได้หมายความว่าแก้ปัญหาคความยากในการคำนวณได้

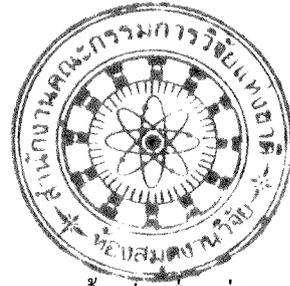
ในคำพิพากษาฎีกาที่ 336/2475 จำเลยได้กระทำการละเมิด โดยการฉุดคร่ากระทำอนาจาร นางสาวเลง ศาลจึงกำหนดให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญให้แก่โจทก์เป็นจำนวน 1,500 บาท เพื่อให้สมแก่เหตุที่เจ้าทุกข์ระกำใจ และเป็นเยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันไม่ให้ความผิดเช่นนี้เกิดขึ้นอีกในภายหน้า

คำพิพากษาฎีกานี้เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนที่แสดงว่า แม้ศาลจะเรียกชื่อว่าเป็นค่าเสียหายเป็นเยี่ยงอย่างเพื่อป้องกันการกระทำความผิดในภายภาคหน้า แต่เนื้อแท้ของค่าเสียหายแล้ว เป็นค่าเสียหายทางจิตใจอันมิใช่ตัวเงินซึ่งกฎหมายละเมิดของไทยก็บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 446 ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่มีความจำเป็นที่จะมีบทบาทใดๆต่อการชดเชยค่าเสียหายประเภทนี้ มิฉะนั้น ถ้าศาลในคดีกำหนดค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินแก่โจทก์ตามมาตรา 446 แล้ว ข้อเท็จจริงยังปรากฏอีกว่า จำเลยได้รับโทษทางอาญาให้จำคุกด้วยแล้ว ถ้าศาลยังพิจารณาที่จะให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้ปัจจัยจากความเสียหายต่อจิตใจอีกก็คงไม่เหมาะสมเพราะเป็นการใช้เหตุผลเดียวกันเพื่อสนับสนุนค่าเสียหาย 2 จำนวน แต่ศาลเห็นว่าเงิน 2 จำนวนนี้รวมกันมีความจำเป็นเพื่อชดเชยความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินให้แก่ผู้เสียหายจริง ศาลอาจใช้วิธีการขยายจำนวนเงินที่ศาลกำหนดให้โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 446 ให้มากขึ้น ดังนั้น ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงไม่มีความจำเป็น

จ) จำนวนคดีความในชั้นศาล และต้นทุนการบังคับใช้กฎหมาย

ผลกระทบหนึ่งที่น่าจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน คือ จำนวนคดีความในชั้นศาลต้องเพิ่มขึ้นมากอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะค่าเสียหายเชิงลงโทษย่อมสร้างแรงจูงใจเพิ่มเติมให้กับผู้เสียหายเพื่อนำคดีขึ้นสู่ชั้นศาลมากขึ้น ประชาชนส่วนใหญ่ย่อมมีประสบการณ์ถูกบุคคลอื่นทำละเมิดแก่ตนอยู่แล้ว แต่เนื่องด้วยเหตุหลายประการที่ทำให้ผู้ถูกละเมิดตัดสินใจไม่จ้างทนายความฟ้องร้อง หรือแม้แต่นายความเองยังไม่สนใจฟ้องร้องเป็นคดีความเลย เพราะการฟ้องคดีจนได้รับคำพิพากษาและได้รับเงินค่าสินไหมทดแทนไม่คุ้มค่ากับต้นทุนที่เสียไป ค่าเสียหายเชิงลงโทษจึงเท่ากับเป็นการเพิ่มจำนวนค่าสินไหมทดแทนให้มากกว่าต้นทุน และทำให้ผู้เสียหายมีความประสงค์ฟ้องร้องคดีมากขึ้น⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ ในประเด็นเดียวกันนี้ ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย ชื่อ George Priest กล่าวว่า “ค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างไม่มีข้อจำกัดจะกระทบคดีที่ประปรายนอมยอมความนอกศาลถึงร้อยละ 95-98 และเป็นที่ยืนยันและโต้แย้งไม่ได้ว่า ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีผลเพิ่มจำนวนเงินที่ถูกกระจับนอกศาล และกระทบกระบวนการพิจารณาและเพิ่มโอกาสการฟ้องคดีด้วย”,



ข้อพิจารณาเมื่ออยู่ว่า การที่มีผู้เสียหายมาฟ้องร้องคดีในศาลมากขึ้นเป็นเรื่องที่สังคมพึงประสงคฺ์หรือไม่ เมื่อกลับไปพิจารณาว่ากฎหมายละเมิดมีขึ้นเพื่ออะไร กฎหมายละเมิดเกิดขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดต่อสิทธิ ทรัพย์สิน ร่างกาย เสรีภาพและชีวิตของประชาชนนั่นเอง เมื่อเกิดการละเมิดขึ้นก็แสดงว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วและผู้ทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบถึงแม้จะเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อยก็ตาม ไม่ว่าจะเป็เงินจำนวน 1 บาท 10 บาท หรือ 100 บาท ก็ต้องให้ผู้ละเมิดรับผิดชอบในเงินจำนวนนี้ มิฉะนั้นแล้วกฎหมายจะสร้างแรงจูงใจให้บุคคลที่ไม่ถูกต้อง กล่าวคือ ถ้าผู้ละเมิดทำความเสียหายเพียงเล็กน้อยแต่ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ก็หมายความว่า ผู้ละเมิดจะได้รับแรงจูงใจในการฝ่าฝืนหรือเพิกเฉยต่อกฎหมายละเมิดเพราะถึงอย่างไรก็ไม่มีใครฟ้องเป็นคดีความ ส่วนผู้เสียหายก็ต้องปกป้องตนเองมากขึ้น โดยทำกิจกรรมที่ทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการถูกละเมิดเป็จำนวนที่น้อยลงกว่าเดิม ดังนั้น กฎหมายละเมิดจึงควรสนับสนุนปกป้องสิทธิและทรัพย์สินของเอกชนให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยการสนับสนุนให้ผู้เสียหายใช้วิธีการเยียวยาในระบบกฎหมายซึ่งเป็สิ่งที่สังคมพึงประสงคฺ์ที่สุดนั่นเอง

ในอีกมุมมองหนึ่งนั้น เมื่อมีตัวอย่างคดีละเมิดถูกตีข่าวอย่างสะพัดแพร่หลายจนประชาชนทั่วไปตระหนักถึงความสำคัญและบทบาทของกฎหมายละเมิดที่มีต่อตนเอง หากไปทำละเมิดกับผู้อื่นอาจต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายเป็จำนวนสูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงมีมากขึ้น ก็ยอมเกรงกลัวต่อการบังคับใช้กฎหมายเพราะนอกจากค่าเสียหายที่แท้จริงแล้ว ยังต้องเสียค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งอาจไม่แน่นอนและยากต่อการคาดเดา ทำให้ความแตกต่างของสถานะการเจรจาต่อรองเรียกค่าเสียหาย (Range of bargaining positions) แคบลง กล่าวคือ ผู้ละเมิดยอมพึงพาการระงับคดีความนอกศาลเพราะการชำระค่าเสียหายนอกศาลลดความเสี่ยงต่อโอกาสที่อาจต้องรับผิดชอบค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวนสูงมาก ส่วนผู้เสียหายยอมพอใจกับข้อเสนอของผู้ละเมิดมากขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพิ่มอำนาจการต่อรองของผู้เสียหายให้สูงขึ้น ผลกระทบที่ตามมาก็คือ คดีความในศาลอาจไม่เพิ่มในอัตราที่มากขึ้นอย่างที่ได้คาดการณ์ไว้ก็เป็นได้ เพราะถ้าคู่ความสามารถเยียวนอกศาลได้ก็จึงจะไม่เสียเวลาดำเนินคดีในศาลอย่างแน่นอน

ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วว่า ผลกระทบหนึ่งของการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายละเมิดคือการเพิ่มขึ้นของจำนวนคดีความในชั้นศาลแต่เมื่อมองจากมุมมองของผู้เสียหายและสังคมแล้ว

ค่าเสียหายเชิงลงโทษมีประโยชน์เพราะเมื่อใดก็ตามที่เกิดการละเมิดขึ้นไม่ว่าจะทำให้เกิดความเสียหายเท่าใด ผู้เสียหายก็มีแรงจูงใจเพียงพอที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล

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

เมื่อจำนวนคดีเพิ่มขึ้น ถ้าศาลมีความประสงค์ให้องค์กรมีขนาดเท่าเดิมเพื่อมิให้ค่าใช้จ่ายในการจัดการองค์กรเพิ่มขึ้น โจทก์จะได้รับผลกระทบโดยตรงเพราะคดีความที่น่าจะเสร็จภายในระยะเวลาไม่กี่เดือนจะถูกเลื่อนออกไป ส่วนคดีความที่มีความซับซ้อนและน่าจะเสร็จช้าอยู่แล้วก็จะยิ่งช้าลงไปอีก ในต่างประเทศมีผู้กล่าวว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าเทียบเท่ากับการถูกปฏิเสธความยุติธรรม”(Justice delayed is justice denied) อันหมายถึงว่า ถ้าการเยียวยาไม่ได้มาถึงในเวลาที่เหมาะสมก็มีค่าเท่ากับการมิได้รับการเยียวยาเลย หลักการนี้สนับสนุนการให้ศาลดำเนินคดีอย่างรวดเร็วเพราะการเยียวยาที่ล่าช้าเป็นสิ่งที่ไม่ยุติธรรมสำหรับผู้เสียหายที่ต้องทนทุกข์ทรมาน⁴⁵⁰ ดังนั้น คดีความที่ผู้เสียหายต้องการฟ้องคดีในชั้นศาลอยู่แล้ว(ไม่ว่าระบบกฎหมายจะอนุญาตกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือไม่)จะได้รับผลกระทบ เพราะค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับมีค่าเท่ากับความเสียหายที่แท้จริงแต่ศาลกลับใช้ระยะเวลา นานกว่าเดิมมาก ความยุติธรรมก็คงจะไม่เกิด ประโยชน์อย่างเดียวที่ระบบการบังคับคดีเช่นนี้จะให้ ได้ปรากฏในสถานการณ์ที่ผู้เสียหายจะฟ้องคดีก็ต่อเมื่อผู้เสียหายมีโอกาสได้รับค่าเสียหายเชิงลงโทษเท่านั้น เพราะอย่างน้อยการได้รับค่าเสียหายช้ำแต่ก็ยังดีกว่าไม่มีโอกาสได้รับเลย ในอีกมุมมองหนึ่งคือ เมื่อจำนวนคดีเพิ่มขึ้น ภาระของผู้พิพากษาก็ย่อมมากขึ้นไปอีกเพราะผู้พิพากษาหนึ่งท่านต้องรับผิดชอบจำนวนคดีที่มากขึ้น จนถึงจุดหนึ่งนี้อาจทำให้ประสิทธิภาพของผู้พิพากษาลดลงและเป็นการเพิ่มความเสียหายต่อความผิดพลาดในการบังคับใช้กฎหมายเพิ่มขึ้น (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 เพื่อให้คดีความที่ถูกฟ้องไม่ค้างค้างในศาลจนใช้เวลานานเกินไปในการดำเนินคดี อย่างไรก็ตาม การเพิ่มขนาดขององค์กรย่อมส่งผลโดยตรงต่อการเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายในการบริหารองค์กรอันเป็นส่วนสำคัญของต้นทุนการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement Cost) ซึ่งถือได้ว่าเป็นภาระของรัฐประการหนึ่ง ถ้ามีความต้องการบังคับใช้กฎหมายเพิ่มมากขึ้น ต้นทุนการบังคับใช้กฎหมายก็ย่อมเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญเช่นกัน

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

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

๓) ผู้เสียหายใช้กฎหมายละเมิดในทางมิชอบ

ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจส่งผลเสียบิดเบือนพฤติกรรมของประชาชนเพราะผู้เสียหายที่ต้องการรับเงินลาภลอยจำนวนมหาศาลอาจจงใจเพิ่มโอกาสให้ตนเองได้รับความเสียหายง่ายขึ้น โดยปกติแล้ว

วิธีการทางหนึ่งที่ถูกหมายพึงประสงค์คือการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีเพื่อตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขในธุรกรรม เพราะความยินยอมนี้เองที่ทำให้การจัดสรรของสิทธิและทรัพย์สินนำไปสู่ประโยชน์อันสูงสุด แต่ถ้ามีผู้ที่คำนวณแล้วเห็นว่าหากมีการละเมิดเกิดขึ้นต่อทรัพย์สินของตนเองแล้วนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษจะทำให้ได้รับประโยชน์หรือกำไรที่มากกว่า เจ้าของทรัพย์สินก็อาจจงใจทำให้ตนเองเสี่ยงต่อการถูกละเมิดมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น หากเป็นผู้ใช้ถนนดินในซอยแคบๆ ที่มีรถผ่านจำนวนมาก ผู้ใช้ถนนก็อาจจงใจลดระดับความระมัดระวังในการใช้ถนนลงเพื่อให้รถยนต์ที่ขับผ่านมีโอกาสเฉี่ยวชนได้มากขึ้น ถ้ามีอุบัติเหตุเกิดขึ้น ผู้เสียหายจะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายจำนวนสูงและผู้ขับขี่รถยนต์ต้องยอมรับผิดเพราะไม่ต้องการให้คดีขึ้นสู่ศาลเนื่องจากผู้ขับขี่อาจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเป็นจำนวนสูงขึ้นกว่าเดิม ตัวอย่างข้างต้นแสดงถึงปัญหาของการใช้สิทธิในทางที่ไม่สุจริตทำให้ผู้ขับขี่จะต้องใช้ระดับความระมัดระวังที่มากขึ้น และมากเกินกว่ามาตรฐานที่ถูกหมายละเมิดต้องการให้ผู้ขับขี่ระมัดระวังเสียอีกจนผู้ขับขี่อาจตัดสินใจลดจำนวนครั้งของขับขี่ลงเพื่อลดความเสี่ยงของตนเองต่ออุบัติเหตุเช่นนั้น ดังนั้น กฎหมายเช่นนี้จึงให้ผลลัพธ์ที่ไม่พึงประสงค์เพราะบิดเบือนพฤติกรรมของประชาชนในการดำเนินชีวิต

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยวางหลักการแก้ไขนี้ไว้แล้วในมาตรา 442 ซึ่งกล่าวถึงการละเมิดที่เกิดจากการประมาทเลินเล่อ โดยผู้เสียหายก็มีส่วนผิดอยู่แล้วด้วย (Contributory Negligence) ถ้าศาลพบว่า การละเมิดไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ละเมิดเสียทีเดียว แต่ผู้เสียหายก็มีส่วนผิดอยู่ด้วย เช่น ไม่ได้ใช้ระดับความระมัดระวังที่เหมาะสมเอง ไม่ได้บรรเทาความเสียหายที่ตนเองน่าจะทำได้ง่าย ศาลก็จะต้องกำหนดค่าเสียหายโดยอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาท โดยพิจารณาว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร⁴⁵¹ ดังนั้น เมื่อศาลจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษก็ควรนำข้อกฎหมายนี้ไปพิจารณาดูด้วยเช่นกันเพื่อไม่ให้หลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษถูกนำไปใช้ในทางที่ผิด เพราะหากผู้เสียหายยินยอมให้ตนเองเสี่ยงต่อการถูกละเมิดมากขึ้นจะบั่นทอนระบบกฎหมายที่ต้องการปกป้องสิทธิและทรัพย์สินเอกชน แต่มาตรา 442 อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติได้เพราะจำเลยต้องแบกรับภาระการพิสูจน์ว่าโจทก์ก็มีส่วนผิดอยู่ด้วยซึ่งอาจทำให้การแก้ไขปัญหาคือใช้มาตรา 442 ไม่สมบูรณ์แบบ

⁴⁵¹ มาตรา 442 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข) ช่องทางให้ทนายความหาประโยชน์จากคดีความ

ผลกระทบนี้เป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากจำนวนคดีความในศาลที่มากขึ้น โดยผู้ได้รับผลประโยชน์ก็คือ นักกฎหมายนั่นเอง กล่าวคือ ความต้องการหรืออุปสงค์ของทนายความในตลาดย่อมมีมากขึ้น ไม่ว่าทั้งฝ่ายผู้เสียหายและฝ่ายผู้ทำละเมิดเอง ในกรณีที่สมบูรณ์แบบที่สุดที่อาจเกิดขึ้นคือ ผู้เสียหายทุกคนจะจ้างทนายความเพื่อดำเนินคดีหรือระงับคดีนอกศาลและผู้ละเมิดทุกคนก็จะปฏิบัติเช่นเดียวกัน 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 ดังนั้นหากวิเคราะห์เช่นนี้อาจดูเหมือนว่า ทนายความได้รับการโอนถ่ายความมั่งคั่งจากคู่ความ โดยจะได้รับจากจำเลยมากกว่าเล็กน้อยนั่นเอง

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

ปัญหาเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์จึงเกิดขึ้นเพราะว่า โดยจริยธรรมแล้วถ้าผู้เสียหายที่มาปรึกษากับทนายความ และทนายความประเมินรูปคดีแล้วเห็นว่าโอกาสชนะและแพ้มีเท่ากัน ทนายความผู้รับผิดชอบก็อาจมีแรงจูงใจในการฟ้องคดีไม่สูงนัก แต่ทนายความก็เป็นบุคคลธรรมดาคนหนึ่งที่ต้องการจะเพิ่มความมั่งคั่งให้ตนเองมากที่สุด (Maximize wealth) การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอาจทำให้ทนายความสามารถเรียกค่าจ้างทนายความสูงขึ้นอันทำให้เกิดปัญหา ความขัดแย้งของ

⁴⁵² ภายใต้อรรถาธิบายว่า อัตราค่าจ้างทนายความเท่ากัน เพื่อให้การวิเคราะห์ง่ายขึ้น

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

ปัญหานี้จึงเป็นจุดบกพร่องสำคัญประการหนึ่งของการใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษอันเปรียบได้กับ การเพิ่มวงเงินในการพนันที่มีความเสี่ยงสูงขึ้น กล่าวคือ แทนที่ความเสี่ยงของผู้เสียหายในการฟ้องคดี จะมีค่าเท่าเดิมแต่ให้ผลตอบแทนแก่ผู้เสียหายมากขึ้น แต่ปัญหาของการขัดกันผลประโยชน์ของ ทนายความต่อลูกความจะทำให้ความเสี่ยงในการฟ้องคดีมีมากขึ้นตามไปด้วย(เพราะทนายความอยาก ฟ้องคดีแม้คดีมีโอกาสน้อย)

วิธีการแก้ไขขั้นพื้นฐาน คือ กฎหมายไทยไม่ควรอนุญาตให้ทนายความเรียกค่าจ้างโดยขึ้นอยู่กับ จำนวนค่าสินไหมทดแทนที่โจทก์ได้รับหากคดีชนะซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหานี้ในระดับหนึ่งแล้ว แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่า ถ้ากฎหมายยอมรับหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษ ผู้เสียหายก็อาจคาดหวังถึง ค่าเสียหายที่มากกว่าเดิมได้ ทนายความจึงเรียกค่าจ้างทนายความเป็นเงินจำนวนสูงขึ้นกว่าเดิม

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

⁴⁵³ แม้ภายใต้กฎหมายไทยจะไม่มีค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ก็ปรากฏปัญหานี้ก็อยู่แล้ว เพียงแต่จะมีความ เข้มขันน้อยกว่ากฎหมายที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ทางแก้ที่สามมิได้อยู่ภายในกฎหมายละเมิดแต่ขึ้นอยู่กับ การควบคุมมรรยาททนายความใน ประเทศไทยว่ามีความแข็งแกร่งในทางปฏิบัติเท่าใด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มาตรฐานการประกอบวิชาชีพที่สูงขึ้นย่อมเป็นทางแก้ไขปัญหานี้ได้ดีที่สุด

ณ) ระดับราคาสินค้าและบริการ

มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทยผ่านกฎหมาย ละเมิดอาจทำให้ ภาคธุรกิจต้องทำประกันภัยความรับผิดให้ครอบคลุมถึงค่าเสียหายเชิงลงโทษซึ่งเป็น ต้นทุนอย่างหนึ่งอันจะทำให้ราคาสินค้าและบริการสูงขึ้น⁴⁵⁴ แต่ผู้เขียนตั้งข้อสงสัยไว้ว่า กฎหมายละเมิด ใหม่จะมีผลกระทบต่อราคาสินค้าและบริการเพียงใด

เนื่องจากพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคซึ่งได้มีการประกาศใช้และมีผลบังคับเป็นที่เรียบร้อยแล้วน่าจะ มีบทบาทสำคัญต่อระดับราคาสินค้าและบริการของภาคธุรกิจมากกว่าเพราะเป็นกฎหมายเฉพาะที่ปรับใช้ เพื่อเอาผิดแก่ผู้ประกอบการธุรกิจโดยตรง พระราชบัญญัติทั้งสองก็อนุญาตให้ปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ไม่เกิน 2 เท่าหรือ 5 เท่าของความเสียหายที่แท้จริงตามแต่กรณี ในเมื่อกฎหมายเฉพาะทั้งสองได้กำหนด ความรับผิดเพิ่มเติมของผู้ประกอบธุรกิจไปแล้วสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างภาคธุรกิจกับผู้บริโภค สินค้าและบริการ กฎหมายละเมิดที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นจำนวนใกล้เคียงกันหรือเท่ากันก็ไม่น่าจะสร้างผลกระทบเพิ่มเติมอย่างมีนัยสำคัญอีกแล้วต่อภาคธุรกิจที่จะต้องแบกรับความเสี่ยงในความ รับผิดที่มากขึ้น

ข้อแตกต่างสำคัญระหว่างกฎหมายเฉพาะทั้งสองและกฎหมายละเมิดอันเป็นบททั่วไป คือ กฎหมายเฉพาะทั้งสองจำกัดเพียงแก่ผู้ประกอบการเท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสินค้า ส่วนกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีข้อจำกัดนี้ จึงอาจมี การใช้กฎหมายละเมิดในความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ นอกจากผู้บริโภคได้อีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น ถ้า ผู้ประกอบการธุรกิจปล่อยมลพิษสู่อากาศทำให้หมู่บ้านที่อยู่ปลายลมได้รับความเสียหายถือว่าอยู่นอกเหนือกฎหมายพิเศษทั้งสองฉบับ เพราะมิใช่คดีที่เกิดจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ(ไม่ใช่คดี ผู้บริโภค) หรือคดีที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ตามแต่กรณี ดังนั้น ถ้าผู้เสียหายที่ต้องการฟ้องคดีก็ต้อง กลับไปใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นบทละเมิดทั่วไปบังคับใช้

⁴⁵⁴ ปริญญาวัน ชมเสวก, อ้างในเชิงอรรถที่ 372 หน้า 120.

ในกรณีเช่นนี้ เมื่อกฎหมายละเมิดเข้ามาเสริมบทบาทให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์อันนอกเหนือจากตนเองและผู้บริโภคหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าเองแล้ว ก็ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องสนใจกับขั้นตอนการประกอบกิจการก่อนที่จะได้ผลผลิตสุดท้ายด้วยว่าทำให้เกิดผลกระทบกับบุคคลภายนอกอีกหรือไม่ แม้ว่าจะมิใช่การกระทำที่ประกอบไปด้วยเจตนามุ่งร้าย แต่ก็อาจเข้าข่ายการไม่นำพาดพิงของผู้อื่นที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายเชิงลงโทษ ในประเด็นนี้เองที่ถือว่าเป็นต้นทุนประการหนึ่งของผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแบกรับภาระ และทำให้ผู้ประกอบธุรกิจผลกระทบมาที่ผู้บริโภค โดยการเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการให้สูงขึ้นนั่นเอง

สรุปได้ว่า การปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษในกฎหมายละเมิดทั่วไปย่อมทำให้ระดับราคาสินค้าและบริการเพิ่มสูงขึ้นอย่างแน่นอน แต่ก็อาจไม่สูงมากเท่าที่คาดการณ์ไว้เพราะระดับราคาที่สูงขึ้นบางส่วนสะท้อนความรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องไปแล้ว

ด) การป้องปรามส่วนเพิ่ม (Marginal deterrence)

ค่าเสียหายเชิงลงโทษเข้ามาทดแทนข้อบกพร่องของกฎหมายอาญาที่มีอาจเอาผิดกับผู้กระทำ 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 มิฉะนั้นแล้วโทษจะเพิ่มขึ้นมาอีกเท่าตัวเลยทีเดียวนะ แต่ถ้าวินิจฉัยโทษมีค่าสูงจนถึงระดับที่ทำให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษบวกกับโทษทางอาญาของการชิงทรัพย์ตามปกติ แล้วมีค่าเท่ากับโทษของการชิงทรัพย์ที่ทำให้เจ้าของทรัพย์เสียชีวิต ก็เท่ากับว่า กฎหมายสร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้กระทำความผิดในการทำร้ายเจ้าของทรัพย์เพิ่มเติมจากการชิงทรัพย์ธรรมดาด้วย เพราะการทำร้ายเจ้าของทรัพย์ด้วยจะทำให้การชิงทรัพย์เป็นไปได้โดยสะดวกขึ้น ทำให้โอกาสหลบหนีจากการถูกจับกุมตัวน้อยลง และถึงแม้จะถูกจับ

แต่เจ้าของทรัพย์สินก็อาจจะระบุตัวผู้กระทำความผิดได้ยากขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อลงโทษเพิ่มเติมจากโทษตามกฎหมายอาญาจะลดการป้องปรามส่วนเพิ่มลง จนทำให้ระบบโครงสร้างของแรงจูงใจในกฎหมายอาญาผิดไปจากปกติ

4.3 ความเหมาะสมของกฎหมายแพ่งปัจจุบัน

ในบทก่อนนี้ผู้เขียนให้เหตุผลเพื่อปฏิเสธการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาไว้ในกฎหมายละเมิดของไทย ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ระบบกฎหมายละเมิดของไทยในปัจจุบันที่มีได้ให้อำนาจศาลกำหนดค่าเสียหายที่เกินไปกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงมีความสมควรดีแล้ว ส่วนวัตถุประสงค์ในการป้องปรามและการลงโทษก็ควรจะปล่อยให้ทำหน้าที่ของระบบกฎหมายอาญา มิฉะนั้นแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะแบ่งแยกกฎหมายแพ่งกับอาญาออกจากกันเพื่อเหตุใด ผู้เขียนเห็นว่า สิ่งที่สำคัญที่สุดของระบบกฎหมายคือ ความชัดเจนของข้อกำหนด บุคคลใดมีความรับผิดชอบทำอะไรสำหรับการกระทำของตนเอง บุคคลเช่นนี้ก็ควรจะสามารถคาดการณ์ได้อย่างชัดเจนก่อนการลงมือกระทำ ในเมื่อหลักกฎหมายละเมิดซึ่งอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถูกบังคับใช้มาเป็นระยะเวลานานพอสมควร มีคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากที่ให้ความกระจ่างยิ่งขึ้นต่อการตีความข้อกำหนดละเมิด ทำให้กฎหมายละเมิดของไทย ณ ปัจจุบันค่อนข้างชัดเจนและง่ายต่อการประเมิน โอกาสที่จะชนะคดีซึ่งถือว่าเป็นผลดีต่อฝ่ายผู้เสียหายเป็นอย่างมาก ประเด็นปัญหาสำคัญของกฎหมายละเมิดจึงอยู่ที่การกำหนดค่าเสียหายในคดีเสียหายมากกว่า เพราะผู้เสียหายย่อมมีค่าขอค่าเสียหายมากกว่าความเป็นจริง และศาลก็มีหน้าที่ให้ความยุติธรรมแก่คู่ความโดยกำหนดค่าเสียหายที่ถูกต้องและเหมาะสมต่อทั้งทางฝ่ายผู้เสียหายและผู้ทำละเมิด แม้จะเคยมีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดให้นำจะต่ำกว่าความเป็นจริง แต่การแก้ไขปัญหานี้ด้วยการนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาปรับใช้ก็มีใช้วิธีการที่ถูกต้องเพราะการเพิ่มองค์ความรู้แก่ผู้พิพากษาเพื่อให้มีความสามารถเพียงพอในการกำหนดค่าเสียหายโดยอ้างอิงกับหลักเศรษฐศาสตร์น่าจะเป็นคำตอบที่ดีกว่า

โดยผู้เขียนเห็นว่า แม้ค่าเสียหายเชิงลงโทษจะไม่เหมาะสมกับกฎหมายละเมิดทั่วไป แต่เห็นได้ชัดว่าหลักการค่าเสียหายเชิงลงโทษมีประโยชน์อย่างมากศาลต่อพัฒนาการกฎหมายของประเทศในระบบลายลักษณ์อักษร 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 ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันก็มีได้ยอมรับหลักการของค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติในระบบกฎหมายละเมิดทั่วไปเช่นกัน แม้ในประเทศฝรั่งเศสจะมีความพยายามที่ใกล้เคียงที่สุดแล้วแต่สุดท้ายก็ไม่ได้รับการยอมรับจากฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยซึ่งนำระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาจากทั้ง 2 ประเทศนี้ก็ไม่ควรจะก้าวข้ามพัฒนาการของระบบกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นต้นแบบ ระบบกฎหมายไทยที่ให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษเฉพาะในกฎหมายพิเศษโดยเจาะจงไปเฉพาะผู้ประกอบการเท่านั้น ส่วนการป้องปรามหรือการลงโทษสำหรับบุคคลธรรมดาให้เป็นที่ของกฎหมายอาญาเท่านั้นก็น่าจะเพียงพอแล้ว