

บทที่ 4

วิเคราะห์บทบาทของศาลไทยในการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ กรณีความเสียหายแก่ชีวิต

จากการศึกษาความเป็นมาและแนวคิดบทบาทศาลในการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ ในบทที่ 2 ตลอดจนศึกษาบทบาทศาลทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ ในการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ กรณีความเสียหายแก่ชีวิต ในบทที่ 3 จะพบว่าประเทศไทยยังมีปัญหาและอุปสรรคในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวอยู่หลายประการ ซึ่งในบทที่ 4 นี้ ผู้เขียนวิทยานิพนธ์จะกล่าวถึง ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจในกรณีความเสียหายแก่ชีวิต สิทธิการฟ้องคดีของทายาทผู้ถูกระงับการละเมิด ในการเรียกร้องค่าเสียหายต่อจิตใจ มาตรา 446 วิเคราะห์บทบาทศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ ตลอดจนปัญหากระบวนการพิจารณาของศาลเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจในกรณีความเสียหายแก่ชีวิต เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายกรณีละเมิดเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจในกรณีความเสียหายแก่ชีวิต และบทบาทหน้าที่ของศาลในการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจในกรณีความเสียหายแก่ชีวิตในระบบกฎหมายไทยอย่างสมอภาคและเท่าเทียมกัน

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจในกรณีความเสียหายแก่ชีวิต

จากการศึกษาในบทที่ 2 และบทที่ 3 จะพบว่าค่าเสียหายในส่วนของความเสียหายต่อจิตใจนี้ ประเทศไทยยังมีได้บัญญัติกฎหมายรองรับค่าเสียหายประเภทนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กรณีละเมิดต่อชีวิต แต่กลับบัญญัติค่าเสียหายต่อจิตใจไว้ในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งทำให้เกิดข้อสงสัยว่าในเรื่องความเศร้าโศกเสียใจ ความว้าเหว่ ความทุกข์ทรมานต่อจิตใจ ควรจะเป็นค่าเสียหายประเภทนี้ด้วยหรือไม่ หากพิจารณาจากความรู้เบื้องต้นในทางแพ่งเกี่ยวกับความเสียหายต่อจิตใจในบทที่ 2 จะพบว่า จิตใจก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย ที่มีความสำคัญไม่ต่างไปจากอวัยวะต่าง ๆ ที่สามารถมองเห็นได้อย่างแขน ขา มือ เท้า เพียงแต่จิตใจไม่สามารถมองเห็นได้เท่านั้น แต่ทั้งนี้ก็สามารถสัมผัสได้โดยการแสดงออกมาในรูปแบบของอารมณ์ ส่วนอารมณ์ก็เป็นการแสดงออกมา

ของอาการทางจิตใจชนิดหนึ่ง เช่น อารมณ์โกรธ เกลียด กลัว รัก เป็นต้น ซึ่งหากเป็นกรณีที่ไม่ปกติแล้วก็จะนำมาซึ่งความเสียหายต่อทั้งกายและจิตใจได้เช่นกัน

ในทางการแพทย์นั้น อาการความผิดปกติทางจิตใจภายหลังภัยอันตรายหรือที่นิยมเรียกเป็นชื่อย่อว่า PTSD นั้น หมายถึงความผิดปกติทางด้านจิตเวชที่มีอาการเกิดขึ้นหลังจากได้ประสบต่อภาวะที่เป็นภัยอันตราย และกระทบกระเทือนต่อจิตใจอย่างรุนแรง โดยมีลักษณะหวาดวิตกและระลึกถึงเหตุการณ์นั้นบ่อย ๆ ความสนใจในสิ่งต่าง ๆ ลดน้อยลงหรือหมดไป รู้สึกห่างเหินจากญาติมิตรและคนใกล้ชิด มีอารมณ์ซึม เศร้าหมอง ไม่รื่นเริง ไม่แจ่มใส คิดอะไรไม่ค่อยออก ตื่นเต้นตกใจง่าย ขาดสมาธิ นอนไม่ค่อยหลับ

เหตุการณ์หรือประสบการณ์ของสิ่งที่จะก่อให้เกิดสภาวะ (ความเครียด) ที่สามารถพัฒนาไปสู่การเป็นโรคทางจิตประเภท PTSD ได้โดยเหตุการณ์เหล่านี้มีผลต่อการพิจารณาความรับผิดชอบในทางกฎหมายอย่างมากซึ่งในทางการแพทย์เรียกว่า Traumatic Event ได้โดยเหตุการณ์เหล่านี้มีผลต่อการพิจารณาความรับผิดชอบในทางกฎหมายอย่างมากซึ่งในทางการแพทย์เรียกว่า Traumatic Event ซึ่งมีลักษณะที่จำแนกออกได้ดังต่อไปนี้

1. เป็นเหตุการณ์หรือประสบการณ์โดยตรงของบุคคลนั้นเอง ในการถูกขู่ฆ่า การบาดเจ็บหรืออุบัติเหตุ
2. เป็นเหตุการณ์ หรือประสบการณ์ที่บุคคลนั้นเป็นพยานในเหตุการณ์ที่ร้ายแรงดังกล่าว
3. เป็นเหตุการณ์ หรือประสบการณ์ที่ทราบถึงสาเหตุการตาย การบาดเจ็บ หรือการถูกขู่ฆ่าอย่างไม่คาดคิดที่เกิดขึ้นกับครอบครัวตนเอง หรือบุคคลที่ใกล้ชิด

ในงานวิจัยเรื่องโรคซึมเศร้าที่กล่าวไว้ในบทที่2 จะเห็นว่าอาการของโรคซึมเศร้านี้ มักจะเกิดจากเหตุการณ์ของการสูญเสียคนที่รักไป เช่น ในเหตุการณ์แผ่นดินไหวที่อินเดียตะวันตก ที่คร่าชีวิตผู้คนไปกว่า 10,000 คน จากการศึกษาพบว่า 23 ครอบครัวที่รอดชีวิตจากเหตุการณ์ดังกล่าวพบว่า 23% มีอาการ PTSD 21% มีอาการซึมเศร้าอย่างรุนแรงและ 9% มีอาการผิดปกติในการปรับตัวอีกทั้งพบว่าการตายของญาติหรือคนใกล้ชิดมีผลเกี่ยวข้องอย่างมากต่อความผิดปกติด้านอาการซึมเศร้า แต่อย่างไรก็ตามเชื่อว่าโรคซึมเศร้าดังกล่าวนี้จะพบแต่เฉพาะในเหตุการณ์ของการสูญเสียคนที่รักไป อันหมายรวมถึงการสูญเสียคนรักไปในกรณีถูกกระทำละเมิดด้วย ซึ่งภาวะการปรับตัวผิดปกตินี้ จะนำมาซึ่งการทุกข์ทรมานอย่างมากเกินกว่าที่คาดว่าจะเป็นจากการเผชิญเหตุการณ์นั้น) และเมื่อเหตุการณ์ (หรือผลติดตามมา) สิ้นสุดลงอาการจะคงอยู่ต่อไปไม่น้อยกว่า 6 เดือน

สำหรับประเทศไทยนั้นหากพิจารณาในส่วนของความเสียหายต่อจิตใจ จากการศึกษากรณีผู้ถูกระงับการกระทำละเมิดได้รับความเสียหายแก่ชีวิต พบว่า ปัญหาที่สำคัญอันเป็นผลสืบเนื่องจากที่ผู้ถูกระงับการกระทำละเมิดถึงแก่ชีวิตนั้น ก็คือภาวะ โรคซึมเศร้า ของทายาทหรือบุคคลใกล้ชิดของผู้ถูกระงับการกระทำละเมิดนั้น โดยจากการศึกษาของคณะแพทยศาสตร์ ภาควิชาจิตเวชศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล พบว่า เมื่อมีความตายอันเกิดจากการถูกระงับการกระทำละเมิด บุคคลที่เป็นญาติใกล้ชิด อาทิเช่น บิดา มารดา บุตร คู่สมรส จะเกิดภาวะกดดันจนก่อให้เกิดโรคซึมเศร้า¹ และยิ่งไปกว่านั้น ผู้ป่วยโรคซึมเศร้าซึ่งถือเป็นโรคทางจิตเวชชนิดหนึ่งหากได้รับการกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างหนัก รวมถึงกรณีไม่ได้รับการเยียวยาอย่างทันทั่วถึง

จากการศึกษาของคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น พบว่า บุคคลดังกล่าวมีภาวะเสี่ยงถึงขั้นฆ่าตัวตายได้² และการฆ่าตัวตายดังกล่าวผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เห็นว่าเป็นผลโดยตรงตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมดังที่กล่าวไว้ในข้อ 2.1.4 อันสืบเนื่องจากการที่บุคคลอันเป็นที่รักถูกระงับการกระทำละเมิดจนถึงแก่ความตาย

นอกจากนี้เคยมีกรณีที่เป็นข่าวและถูกวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมอย่างมากกับกรณีที่รัฐมนตรีท่านหนึ่งได้นำกำลังตำรวจบุกค้นบ้านผู้ต้องสงสัยซึ่งเชื่อว่าเป็นนักค้ายาเสพติดรายใหญ่ ซึ่งในคดีนั้นตำรวจได้ใช้อาวุธปืนสงครามยิงเข้าไปในบ้านหลังต้องสงสัยนั้นเพราะเชื่อว่าจะมีการตอบโต้ด้วยอาวุธสงครามเช่นกัน แต่ปรากฏบุคคลที่อยู่ในบ้านกลับเป็นหญิงช่าวัยชราคนหนึ่งซึ่งหลบอาวุธปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่หลังตู้เย็นด้วยความตกใจกลัว โดยต่อมาพอมีข่าวแพร่ตามสื่อสารมวลชนต่าง ๆ สำนักงานตำรวจแห่งชาติก็ได้ชดเชยค่าเสียหายโดยกรณีนี้นักกฎหมายบางท่านได้ตั้งข้อสังเกตว่ากรณีนี้น่าจะเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพและควรเรียกค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินได้ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็เห็นว่าหากกรณีนี้ ผู้เสียหายตายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทายาทของผู้ถูกระงับการกระทำละเมิดก็ควรจะได้รับค่าเสียหายต่อจิตใจเช่นกัน

ดังนั้นหากพิจารณาเรื่องการชดเชยให้ซึ่งค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจในช่วงแรก ก็จะเห็นได้ว่าเป็นความเสียหายต่อจิตใจที่จำเป็นต้องมีเงื่อนไขที่สำคัญ คือ ต้องมีการบาดเจ็บทางร่างกายอันเป็นผลให้เกิดความเจ็บปวด หรือทุกข์ทรมานจากการบาดเจ็บดังกล่าว ซึ่งในความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานนี้เองที่ถือเป็นความเสียหายต่อจิตใจ แต่ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาในทางการแพทย์ที่มากขึ้น มีการรับรู้กายภาพของมนุษย์ว่าประกอบไปด้วยกาย จิตใจและอารมณ์ ในทางกฎหมายเองก็มีรูปแบบของความรับผิดชอบในความเสียหายต่อจิตใจที่ไม่ได้มีเงื่อนไขของการบาดเจ็บทางกาย

¹ จาก วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย, 56(3), 2554 กรกฎาคม – กันยายน. น. 280.

² จาก วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย, 56(2), 2554 เมษายน – มิถุนายน. น. 131.

ประเด็นต่อมา หากพิจารณาข้อกฎหมายการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจในต่างประเทศ จะพบว่าในประเทศอังกฤษคดี House of Lord ในคดี Broome v. Cassall ได้กล่าวถึงค่าเสียหายต่อจิตใจซึ่งได้รับความรู้สึกเจ็บปวดเพราะถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม เสียดเย้ยตีส่อ ความเศร้าโศกเสียใจอย่างสุดซึ้ง การกระทำของจำเลย รวมถึงการบุกรุก การล่วงละเมิดทางเพศ การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของตำรวจ และการใส่ร้ายโดยมิชอบ

หรือในคดี Alcock V. Chief Constable of South Yorkshire ในข้อเท็จจริงที่ว่าในเกมการแข่งขันฟุตบอลที่สนาม Hillsborough Stadium ตำรวจผู้ดูแลความปลอดภัยไม่ได้จัดการตามสมควรยินยอมให้ฝูงชนจำนวนมากเข้าไปในสนามจนเกินความจุของสนามที่จะรองรับได้ ทำให้ผู้คนอัดกันแน่นอยู่ในสนามจนขาดอากาศหายใจ และมีการพังทลายลงของอัฒจันทร์ในสนาม เป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตไปทั้ง 96 คน และมีผู้ได้รับบาดเจ็บอีกกว่าร้อยคน โดยในระหว่างการเกิดขึ้นของเหตุโศกนาฏกรรมดังกล่าวได้มีการถ่ายทอดสดทางโทรทัศน์และวิทยุ จากเหตุดังกล่าว มีผู้เสียหายที่อ้างว่าได้รับบาดเจ็บทางจิตใจทั้งที่อยู่ในที่เกิดเหตุและไม่ได้อยู่ในที่เกิดเหตุ แต่เป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับผู้ที่ได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต ไม่ว่าจะเป็นพ่อแม่ สามภริยา ญาติพี่น้อง หรือเพื่อน

ในคดี The House of Lords โดย Lord Devlin ให้แนวคิดว่า Exemplary Damages มีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษหรือขจัดขวางยับยั้งการกระทำผิด ดูเหมือนจะปฏิเสธหลักการทางแพ่งและทางอาญาทั้งค่าเสียหายในคดีละเมิด ไม่ได้จำกัดค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น ถ้าสามารถนำสืบค่าเสียหายพิเศษได้ ศาลก็กำหนดให้ได้ และค่าเสียหายของโจทก์ไม่เพียงแต่ถูกไล่ออกจากงานเท่านั้น ผู้เสียหายยังนำสืบให้เห็นถึงพฤติกรรมที่ได้รับผลกระทบ ตั้งแต่ความไม่สะดวกในการที่จะเปลี่ยนงานใหม่ ความทุกข์ทรมานจากการเปลี่ยนแปลงชีวิตความเป็นอยู่ และต้องนำสืบถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำละเมิด ซึ่งทำให้กระทบต่อจิตใจของผู้เสียหาย ทำให้กระทบต่อศักดิ์ศรีหรือความภาคภูมิใจ สิ่งเหล่านี้เป็นสาระสำคัญ ซึ่งคณะลูกขุนจะต้องคำนึงถึงในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนอย่างเหมาะสม

ต่อมากฎหมายอังกฤษจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า The Fatal Accident Act 1976 ไว้เพื่อรับรองค่าเสียหายสำหรับความเศร้าโศกเสียใจเนื่องจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รักไป โดยจำนวนค่าเสียหายที่จะมีการชดเชยให้กันคือ 10,000 ปอนด์³ เป็นจำนวนที่ตายตัว

³ อัตราแลกเปลี่ยนสกุลเงินปอนด์ของประเทศไทย.

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น กรณีละเมิดถึงแก่ความตายโดยผิดกฎหมายเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักกฎหมายดังนี้ คือ Restatement (Second) of Torts §925(1979) กล่าวคือ

เมื่อผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้เสียหายตาย ครอบครัวของผู้เสียหาย ย่อมได้รับการกระทบกระเทือน หลักกฎหมายคอมมอนลอว์อยู่ในช่วงเวลาที่กำลังพัฒนาอย่างน้อยที่สุดต้องมีการชดเชยค่าเสียหาย แม้เพียงบางส่วน หลักที่ถือปฏิบัติในระบบคอมมอนลอว์ในสหรัฐอเมริกาและอังกฤษในการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายเมื่อถูกระทำความผิดถึงแก่ความตาย มีข้อถกเถียงกันว่าไม่สามารถคำนวณ ค่าของมนุษย์เป็นตัวเงินได้ และคาดว่าโจทก์ไม่สามารถแสดงเหตุผลถึงความกลัวที่ถึงขนาดและคณะลูกขุน ไม่ได้ทบทวนถึงความเห็นอกเห็นใจของแม่หม้ายหรือลูกกำพร้าโดยการตายจากการกระทำละเมิดแยกเป็น 2 รูปแบบ

1) ส่วนใหญ่จะใช้โมเดลของ Lord Campbell's Act ซึ่งเป็นหลักการใหม่ในการกำหนดค่าเสียหาย โดยให้พิจารณาผลของการกระทำละเมิดที่ทำให้ผู้ถูกระทำความผิดถึงแก่ความตายว่าจะเกิดอะไรขึ้นกับครอบครัวของเขา

2) รัฐบาลรัฐยังคงหลักการเดิม Survival Act โดยคำนึงถึงความเสียหาย ณ เวลาที่ถึงแก่ความตายเท่านั้น ซึ่งในกฎหมาย The Restatement (second) of Torts 1979 มาตรา 925 มีความว่า “มาตรการการกำหนดค่าเสียหายให้ผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ตาย จะต้องคำนึงถึงบทบาทญาติของกฎหมายที่ก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องและการตีความบทกฎหมายนั้น”

ในคดี Baker v. Bolton (1808) ได้วางหลักทั่วไปในคอมมอนลอว์ว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหายที่เกิดเป็นตัวเงินได้ หรือความเสียหายอื่น ๆ จากความตายของผู้ตายไม่มีสิทธิเรียกร้องจากผู้กระทำละเมิด ดังนั้น คู่สมรส บิดามารดา หรือนายจ้างผู้ได้รับความเสียหายจากผู้กระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่คู่สมรส บุตรหรือคนรับใช้ ที่ทำให้สูญเสียการได้รับการบริการหรือสังคม ทำให้มีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นอันเป็นผลจากความตาย ซึ่งถูกปฏิเสธสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายดังกล่าว เช่นเดียวกับกรณีการตายของภริยา บุตรหรือคนรับใช้ ถึงแม้ว่าสิทธิของคู่สมรส บิดามารดาหรือนายจ้างไม่ได้สิ้นสุดไปตามความตายของผู้เสียหาย (เพราะผู้เสียหายตายด้วยตัวของเขาเอง) ค่าเสียหายไม่รวมกรณีถึงแก่ความตายในทันทีทันใด เช่น ค่าปลงศพ การสูญเสียความเป็นหุ้นส่วนหรือการได้รับการสนับสนุนจากบุคคลที่ตาย แต่ถ้าบุคคลนั้นได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ตาย จะได้รับการเยียวยาให้กลับสู่ฐานะเดิม หลักกฎหมายนี้ได้รับการเยียวยาในประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1846 โดยบัญญัติไว้ใน Lord Campbell's Act ซึ่งได้กำหนดผลประโยชน์ที่แน่นอนและจำนวนใกล้เคียงกับความสูญเสียที่ได้รับจากความตายของบุคคลนั้น

การละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับการแก้ไขในรัฐทุกรัฐว่าด้วยหลัก “การกระทำให้ตายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งส่วนใหญ่ได้รับรูปแบบจากกฎหมายอังกฤษมีบางรัฐได้บัญญัติหลักการเฉพาะการกระทำละเมิด สงวนสิทธิของผู้ตายในเวลาก่อนตายและในกรณีตาย ซึ่งเพิ่มสิทธิเรียกร้องในการเรียกค่าเสียหายอันเป็นผลจากความตายทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้ตาย ก่อนถึงแก่ความตาย มีสิทธิเรียกร้องหรือไม่ ถ้ากรณีผู้ตายยังมีชีวิตอยู่ ไม่มีสิทธิเรียกร้อง ค่าเสียหายดังกล่าว หรือกรณีผู้ตายมีส่วนประมาท ก็จะไม่ได้รับการเยียวยาหรือได้รับค่าเสียหายลดลง

บทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกาในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีตายไม่ได้กำหนดหลักตายตัวไว้ในบทบัญญัติ แต่ให้คำนึงถึงวิธีการกำหนดค่าเสียหายซึ่งแตกต่างกัน บทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้แบ่ง 4 แบบ ดังนี้

(1) ค่าเสียหายที่ทำให้สูญเสียการอุปการะ เลี้ยงดู การช่วยเหลือของผู้ตาย รัฐส่วนใหญ่จะใช้หลักเดียวกับประเทศอังกฤษ การกำหนดค่าเสียหายจะคำนึงถึงมูลค่าในปัจจุบันที่ผู้ตายให้ความอุปการะ ช่วยเหลือบุคคลที่อยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูภายใต้กฎหมายที่แม่หม้ายและบุตรของผู้ตาย สามารถเรียกร้องค่าเสียหายให้ครอบคลุมการกลับสู่ฐานะเดิม โดยคำนวณรายได้ของผู้ตายที่ควรจะได้ในส่วนที่จะนำมาให้ความช่วยเหลือกับครอบครัว หรือสิทธิผลประโยชน์ที่ครอบครัวควรจะได้รับจากผู้ตายซึ่งใช้หลัก Restatement (Second) of Torts § 924 (1979) ค่าเสียหายนี้จะรวมถึงค่าชดเชยสำหรับการสูญเสียผู้ให้คำปรึกษา ผู้ช่วยเหลือ ผู้ให้ความรู้ และความสัมพันธ์ในทางสังคม ซึ่งค่าเสียหายเหล่านี้สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ ค่าเสียหายทั้งหมดจะเป็นการทดแทนค่าของชีวิตผู้ตายที่เป็นตัวเงินสำหรับครอบครัวของเขา กรณีดังกล่าว ถ้าจำเลยสามารถแสดงข้อเท็จจริงว่าผู้ตายไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามปกติที่ควรจะเป็น ก็อาจจะลดค่าเสียหายที่ได้รับ เช่น ผู้ตายไม่ได้พักอาศัยอยู่ในบ้าน หรือไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูบุคคลในครอบครัว

(2) ค่าเสียหายที่ทำให้สูญเสียทรัพย์สิน ในรัฐบางรัฐหลักความตายจะใช้ ค่าเฉพาะหรือการตีความ มาตราการกำหนดค่าเสียหาย ในกรณีที่ทรัพย์สินลดลงเพราะความตายของบุคคลในรัฐเหล่านี้ จะกำหนดค่าเสียหาย เป็นจำนวนที่แน่นอนตามมูลค่า ในปัจจุบันของรายได้ ที่คาดหวังของผู้ตาย หักด้วยค่าใช้จ่ายส่วนตัวของผู้ตาย ค่าเสียหายดังกล่าวจะใกล้เคียงกับจำนวนที่ได้รับตามกฎหมายที่ใช้กับกลุ่มแรก ในกรณีที่สามีตายซึ่งต้องอุปการะภรรยา อย่างไรก็ตาม หลักการทั้งสองอาจจะให้ผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน เช่น กรณีที่บิดามารดาฟ้องร้องการตายของผู้เยาว์ที่เป็นบุตร ซึ่งตามปกติจะมีการคาดหวัง การช่วยเหลือเล็กน้อยจากบุตร ดังนั้นภายใต้กฎหมายที่นำมาใช้กับกลุ่มแรก บิดามารดาจะได้รับค่าเสียหายเพียงเล็กน้อย

ในรัฐบางรัฐค่าเสียหายได้วินิจฉัยจากการประมาณรายได้ของผู้ตาย ที่สะสมในช่วงเวลา ที่อายุสั้นลงกว่าปกติทั่วไป

ในรัฐอื่น ๆ ค่าเสียหายจะวินิจฉัยจากรายได้ที่ควรจะเป็นทั้งหมดของผู้ตาย และคำนวณ เป็นมูลค่าในปัจจุบัน ซึ่งเป็นมาตรการเดียวกับการกำหนดค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายกรณี ที่ผู้ตายไม่ตาย แต่ถ้าพิจารณาตลอดชีวิตจะได้จำนวนค่าสินไหมทดแทนมากกว่า เพราะว่าผู้เสียหาย ดังกล่าวยังมีชีวิตอยู่ เขาจะต้องมีค่าใช้จ่ายเพื่อครองชีพต่อไป

(3) การรวมกรณีตายและมีชีวิต ในบางรัฐหลักการ Survival ถูกตีความให้ได้กลับสู่ฐานะเดิมไม่เฉพาะความเสียหายที่ได้รับก่อนตาย แต่ให้รวมถึงค่าเสียหายจากผลของความตาย ด้วยมีแนวโน้มที่จะกำหนดค่าเสียหายให้กับมูลค่าตามภาวะเศรษฐกิจในชีวิตของผู้ตายแต่ต้อง พิจารณาถึง การกระทำของจำเลยด้วย ค่าเสียหาย จึงรวมทั้งความเสียหายที่ผู้ตายได้รับขณะยังมี ชีวิตอยู่ และมูลค่าการสูญเสียรายได้ของผู้ตาย หักด้วยค่าใช้จ่ายส่วนตัว ตามระยะเวลาที่คาดหมาย ได้ในชีวิตของผู้ตายหลักกฎหมายนี้ หลักเกณฑ์ค่าใช้จ่ายกรณีมีการกระทำ 2 กรรมและความสับสน ได้เกิดขึ้นบ่อย ๆ เมื่อมีการแยกกรณีตายและมีชีวิตอยู่

(4) การกำหนดโทษ มี 2 รัฐ ได้กำหนดค่าเสียหายโดยไม่คำนึงถึงความจำเป็น ของครอบครัวผู้ตาย ตลอดจนรายได้ที่คาดหวังของผู้ตาย แต่วินิจฉัยจากความร้ายแรงการกระทำ ความผิดของจำเลย

ส่วนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสบทบัญญัติความรับผิดชอบที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Based on Fault) ซึ่งใช้ในการพิจารณาความเสียหายได้อย่างทั่วไป ดังนี้

มาตรา 1382⁴ “การกระทำใด ๆ ของบุคคลซึ่งก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น บุคคลซึ่งกระทำ ความเสียหายโดยความผิดนั้นจำต้องทดแทนความเสียหาย”

มาตรา 1383⁵ “บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้นไม่เพียงแต่การกระทำ โดยจงใจของตนเท่านั้น แต่ยังรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความ ระมัดระวังอีกด้วย”

เมื่อพิจารณามาตรา 1382 ประกอบมาตรา 1383 แล้วก็จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะ ละเมิดของฝรั่งเศสได้เขียนไว้เป็นหลักการทั่วไปอย่างกว้าง ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้และ ตีความบทบัญญัติของกฎหมายอย่างยืดหยุ่นแก่ทุก ๆ กรณี จนในคำอธิบายทางตำราของกฎหมาย

⁴ Article 1382 Every act whatever of an individual which cause injury to another obliges the one wgoing to whom it has occurred to make up for it.

⁵ Article 1383 Every one is responsible for the injury which he has caused not only owing to his own act, but owing to hes negligence or his imprudence.

ฝรั่งเศสได้กล่าวไว้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีกฎเกณฑ์ใด ๆ จัดวางการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายจากการถูกระงับละเมิด อะไรก็ตามที่อยู่บนพื้นฐานแห่งกฎหมายแล้วย่อมได้รับความคุ้มครองและชดเชยให้ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายในทางวัตถุหรือความเสียหายในทางศีลธรรม⁶

หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยในมาตรา 443 ที่บัญญัติว่า

“ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั้น ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่าปลงศพรวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น ๆ อีกด้วย

ถ้ามิได้ตายในทันที ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล รวมทั้งค่าเสียหายที่ต้องขาดประโยชน์ที่ตามมาได้เพราะไม่สามารถประกอบกิจการนั้นด้วย

ถ้าเหตุที่ตายลงนั้นทำให้บุคคลหนึ่งคนใดต้องขาดรู้อุปการะตามกฎหมายไซ้รู้ท่านว่าบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จะพบว่ามิได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณี “ค่าเสียหายต่อจิตใจ” ไว้หากแต่จำกัดค่าสินไหมทดแทนที่อาจเรียกร้องได้ในกรณีมีการทำละเมิดถึงแก่ชีวิตเฉพาะค่าปลงศพและค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น กับค่าอุปการะที่ผู้ตายจะต้องเป็นผู้อุปการะบุคคลอื่นตามกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้เป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองผู้อยู่ในอุปการะของผู้ตาย สำหรับเรื่องค่าเสียหายต่อจิตใจนั้นกฎหมายไทยมิได้บัญญัติรับรองไว้ อาจเป็นเพราะเหตุที่เป็นเรื่องยากแก่การกำหนด ต่างกับความเสียหายที่เป็นรูปธรรมอื่น ๆ ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี มีแนวที่ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีทำละเมิดเขาถึงตาย ชนิดที่เรียกว่าค่าสินไหมทดแทนที่มีอาจคำนวณเป็นเงินได้ประเภทหนึ่ง เรียกว่า “loss of expectation of life” อย่างไรก็ตามก็ดี ยังมีความแตกต่างกันหลายฝ่ายในแง่ของความไม่แน่นอนในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนว่าควรกำหนดเป็นจำนวนเท่าใด บางฝ่ายเห็นว่าการสูญเสียความหวัง ในการดำรงชีวิตเป็นเรื่องจิตวิสัยไม่อาจกำหนดค่าเสียหายได้แม้จะกำหนดได้ก็เป็นเรื่องของผู้ตายไม่ได้ประโยชน์อันใด แต่เป็นเรื่องของทายาทได้ประโยชน์จากความตายผู้อื่นจึงไม่ควรกำหนดให้มากเกินไป อีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่าความสูญเสียความหวังในเรื่องการดำรงชีวิตเป็นเรื่องตามวิสัยสามารถกำหนดได้ เพราะเป็นเรื่องเดียวกันกับการสูญเสียทรัพย์สินหรืออวัยวะต่าง ๆ ของร่างกาย ดังนั้นการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจกรณีเสียชีวิตก็ควรจะสามารถกำหนดได้ ดังเช่นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีเสียชีวิต เรื่องนี้คำพิพากษาของศาลอังกฤษและศาลในประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณียังไม่ตรงกันนัก สำหรับศาลไทยมีแนววินิจฉัยว่าการเรียก

⁶ From *sophin Boyron and Simon Whittaker, Principles of French law* (p. 412), by John Bell, 2008, Oxford: Oxford University Press.

ค่าเสียหายในกรณีความโศกเศร้าทุกข์โทมนัสของผู้เป็นที่รัก เช่น บิดา มารดา บุตร นั้นจะเรียกค่าสินไหมให้คุ้มกับความเสียหายไม่ได้

ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเห็นควรเพิ่มถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 443 จากเดิม “ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั่น ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่าปลงศพ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น ๆ อีกด้วย” เป็น

“ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั่น ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่าปลงศพ ค่าเสียหายต่อจิตใจ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น ๆ อีกด้วย

ถ้ามิได้ตายในทันที ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล รวมทั้งค่าเสียหายที่ต้องขาดประโยชน์ตามมาหาได้เพราะไม่สามารถประกอบการทำงานนั้นด้วย

ถ้าเหตุที่ตายลงนั้นทำให้บุคคลหนึ่งคนใดต้องขาดไว้อุปการะตามกฎหมายไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ทั้งนี้การเพิ่มถ้อยคำ “ค่าเสียหายต่อจิตใจ” ดังกล่าวก็เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลมีบทบาทในการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจตามที่ผู้เสียหายร้องขอได้อย่างชัดเจน และเป็นการทำให้สิทธิของผู้ถูกระทำละเมิดในกรณีความเสียหายแก่ชีวิตในระบบกฎหมายไทยมีความอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

นอกจากนี้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เห็นควรเพิ่มคำว่า จิตใจ ไว้ในมาตรา 420 ด้วยดังนี้ “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี จิตใจก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่นอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

เพื่อจะเป็นการขยายสิทธิให้ผู้ถูกระทำละเมิดแก่ชีวิตหรือทายาทได้รับสิทธิในการเรียกค่าเสียหายต่อจิตใจได้

4.2 วิเคราะห์สิทธิของทายาทผู้ถูกระทำละเมิดถึงแก่ความตายในการเรียกร้องค่าเสียหายต่อจิตใจ มาตรา 446

สำหรับประเทศไทยนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ได้วางหลักกฎหมายกรณีสิทธิในการเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน หมายถึงความรวมถึง ความเสียหายต่อจิตใจ ซึ่งถือได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินดังนี้

“ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย หรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้

สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่โอนกันและไม่ตกสืบทอดไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันโดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว”

ซึ่งจะพบว่าตามมาตรา 446 นั้นมิได้บัญญัติรับรองให้ครอบคลุมถึง ความเสียหายต่อชีวิตไว้และ ผู้มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายอย่างอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงินอันรวมถึงค่าเสียหายต่อจิตใจก็เฉพาะแต่กรณีและผู้เสียหายจะต้องได้รับสภาพกันโดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้วเท่านั้น จะเห็นได้ว่าในแง่ศีลธรรมและความร้ายแรงแห่งละเมิดแล้ว การกระทำละเมิดเป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตายนั้น มีความร้ายแรงกว่าการกระทำให้เสียหายต่อร่างกาย หรืออนามัยเสียอีก แต่การกระทำละเมิดให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย กลับมีการชดเชยค่าเสียหายให้กันน้อยกว่าค่าเสียหายในกรณีอื่น ๆ ทั้งที่ความร้ายแรงนั้นมีมากกว่า

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์ขอตั้งข้อสังเกตว่า แม้ความเสียหายที่มีใช่ตัวเงิน จะหมายความว่า ความเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เป็นความเสียหายที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีความเสียหายมากกว่าความเสียหายต่อร่างกาย ดังเช่น ความเจ็บปวดทรมานทุกข์เวทนาระหว่างการรักษาพยาบาล หรือต้องทพพลภาพพิการ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เป็นต้น หากพิจารณาจากคำอธิบายของท่านศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร ที่ว่า “ความเสียหายต่อจิตใจ ซึ่งเป็นความเสียหายที่มีใช่ตัวเงิน (มาตรา 446 เรียกว่า ความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน)...ความเสียหายต่อจิตใจได้แก่ความเศร้าโศกเสียใจ ที่สูญเสียสมาชิกในครอบครัว ความเสียหาย ความรู้สึกเสียหน้าหรืออับอาย” ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าค่าเสียหายต่อจิตใจก็เป็นความเสียหายประเภทหนึ่งของค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายที่มีใช่ตัวเงิน

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาของผู้เขียนวิทยานิพนธ์ พบว่า ปัจจุบันในทางจิตเวชศาสตร์ ซึ่งเป็นศาสตร์ทางด้านการแพทย์ที่ศึกษาโรคทางด้านจิตใจ เพื่อการวินิจฉัยและการรักษาความเจ็บป่วยทางจิตใจเป็นหลักดังจะกล่าวไว้ในข้อ 2.5 นั้น มีเกณฑ์ในการวินิจฉัยโรคทางจิตเวชที่มักพบความเสียหายต่อจิตใจในหลาย ๆ รูปแบบของการเจ็บป่วยทางจิตใจตามหลักจิตเวชศาสตร์ และได้ให้การยอมรับว่า ภาวะเศร้าโศกเสียใจ ความทุกข์ทรมานจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รัก เป็นอาการป่วยทางจิตอย่างหนึ่ง เมื่อมีความตายอันเกิดจากการถูกระงับละเมิด บุคคลที่เป็นญาติใกล้ชิด อาทิเช่น พ่อแม่ ลูก คู่สมรส จะเกิดภาวะกดดันจนก่อให้เกิดโรคซึมเศร้า และยิ่งไปกว่านั้น ผู้ป่วยโรคซึมเศร้า ซึ่งถือเป็นโรคทางจิตเวชชนิดหนึ่ง หากได้รับการกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างหนัก รวมถึงกรณีไม่ได้รับการเยียวยาอย่างทันทั่วถึง บุคคลดังกล่าวมีภาวะเสี่ยงถึงขั้นฆ่าตัวตายได้ ผู้ป่วยดังกล่าวก็สามารถรักษาอาการดังกล่าวจนหายได้ ซึ่งจำนวนค่ารักษาพยาบาลดังกล่าวก็อาจถือว่าเป็นค่าเสียหายที่มีจำนวนแน่นอนและอาจมิใช่ความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ หรือค่าเสียหายที่มีใช่ตัวเงินอีกต่อไป

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากรูปแบบหรือวิธีการที่จะนำมาคำนวณค่าเสียหายระหว่างค่าเสียหายที่มีใช้ตัวเงิน กับ ค่าเสียหายต่อจิตใจก็แตกต่างกันกล่าวคือ ค่าเสียหายที่มีใช้ตัวเงินจะพิจารณาในลักษณะของการเยียวยาผู้ถูกระงับการกระทำละเมิดความเสียหายเช่นว่านี้ โดยพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงในการกระทำละเมิดที่ไม่อาจคำนวณค่าเสียหายที่แน่นอนให้แก่ผู้ถูกระงับการกระทำละเมิดได้ อาทิเช่น พฤติการณ์ที่ผู้ถูกระงับการกระทำละเมิดถูกกักขังอันเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพหรือพฤติการณ์การถูกละเมิดทำให้เกิดความเสียหายต่อเกียรติยศ ชื่อเสียง ฯลฯ แต่ ความเสียหายต่อจิตใจที่เรียกร้องค่าเสียหายต่อจิตใจนั้นเป็นค่าเสียหายแบบทดแทน เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มขึ้นไปในค่าสินไหมทดแทน หากพิจารณาเทียบเคียงกับกฎหมายของต่างประเทศ จะมุ่งเน้นการพิจารณา ค่าเสียหายต่อจิตใจ กรณีเกิดความเสียหายแก่ชีวิตให้กับความเศร้าโศกเสียใจเนื่องจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รัก กล่าวคือ พิจารณาจากความเศร้าโศกเสียใจ ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานอย่างรุนแรงของผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดสนิทสนมกับผู้ตาย บุคคลผู้มีหน้าที่และ ความผูกพันในอันที่จะอุปการะซึ่งกันและกันกับตัวผู้ตาย อันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายและเป็นความผูกพันทางศีลธรรม มีสิทธิได้รับค่าเสียหายสำหรับความเศร้าโศกเสียใจเนื่องจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รักไป หรือ บุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหายต่อจิตใจในรูปแบบของความเจ็บป่วยทางจิตหรือโรคทางจิตเวชมาเป็นแนวทางที่จะเยียวยาความเสียหาย

และหากพิจารณา พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในมาตรา 11(1) ที่บัญญัติว่า “ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ”

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ดังกล่าวได้ให้สิทธิแก่ทายาทในการเรียกค่าเสียหายต่อจิตใจในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตายไว้อย่างกว้าง ๆ กว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ซึ่งกล่าวไว้เป็น 2 นัย กล่าวคือ

1. ให้สิทธิแก่ทายาทในการเรียกค่าเสียหายต่อจิตใจ เพื่อความเสียหายของผู้เสียหายที่ถึงแก่ความตาย แต่ไม่ได้ตายทันที ซึ่งในระหว่างมีชีวิตอาจมีค่าเสียหายต่อจิตใจเกิดขึ้นทายาทจึงสามารถเรียกค่าเสียหายดังกล่าวโดยอาศัยความตามบทบัญญัตินี้ได้
2. ให้สิทธิแก่ทายาทในการเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจเพื่อความเสียหายของตัวทายาทเองในกรณีที่ทายาทที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับผู้เสียหายที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำละเมิด เช่น สามีภริยา บุพการี และผู้สืบสันดาน

ซึ่งหากพิจารณาโดยละเอียดจะเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่ามีพื้นฐานหรือเป็นส่วนหนึ่งจากการกระทำละเมิดของผู้ประกอบการซึ่งมีพัฒนาการมาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่กลับให้สิทธิแก่ทายาทของผู้เสียหายมากกว่า ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเห็นว่า เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชน ซึ่งถูกกระทำละเมิดจนถึงแก่ความตายน่าจะนำบทบัญญัตินี้มาปรับใช้ในบทบัญญัติพื้นฐานที่เกี่ยวกับกฎหมายละเมิดตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายในต่างประเทศจะพบว่า

สำหรับประเทศอังกฤษ ได้พิจารณา สิทธิในการฟ้องคดีโดย ในคดี Alcock V. Chief Constable of South Yorkshire ดังกล่าวมาแล้วในข้อ 4.1 ศาลในคดีนี้ได้แยกออกระหว่างการเป็นผู้เสียหายโดยตรงกับผู้เสียหายโดยอ้อม ดังต่อไปนี้

1. ผู้เสียหายโดยตรง (Primary Victim) คือ ผู้เสียหายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเหตุการณ์การกระทำละเมิดและอาจจะได้รับความเสียหายต่อร่างกาย หรือถูกทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่ตนเองซึ่งการพิจารณาว่าโจทก์เป็นผู้เสียหายโดยตรงหรือไม่นั้น เป็นการพิจารณาที่ตัวผู้เสียหายเองเป็นหลัก กล่าวคือเป็นรูปแบบที่ผู้เสียหายเป็นผู้เผชิญกับเหตุการณ์การกระทำละเมิดจากการกระทำของจำเลยด้วยตนเอง และได้รับความเสียหายต่อจิตใจ

2. ผู้เสียหายโดยอ้อม (Secondary Victim) คือ ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายต่อจิตใจจากการเห็นเหตุการณ์ หรือเป็นพยานในเหตุการณ์การเสียชีวิต การบาดเจ็บ หรือการทำให้ตกอยู่ในอันตรายซึ่งเกิดขึ้นกับผู้อื่นโดยหลักการที่ว่าต้องเป็นความเสียหายต่อจิตใจที่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้อย่างสมควรแล้ว ศาลก็ยังได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในการพิจารณาการเป็นผู้เสียหายโดยอ้อมดังต่อไปนี้

1) ผู้เสียหายโดยอ้อมต้องเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับผู้เสียหายโดยตรงที่ถูกกระทำละเมิด กล่าวคือ เฉพาะแต่ผู้เสียหายโดยอ้อมที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับผู้เสียหายโดยตรงที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดเท่านั้นที่จะได้รับการเยียวยาชดเชยให้ซึ่งค่าเสียหาย เช่น บิดามารดา บุตร สามีภรรยา ญาติ หรือเพื่อนที่ใกล้ชิด ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์เป็นกรณี ๆ ไป

2) ผู้เสียหายโดยอ้อมต้องเป็นผู้ที่อยู่ในเหตุการณ์ หรือได้รู้ได้เห็นผู้เสียหายโดยตรงทันทีหลังการเกิดขึ้นของการกระทำละเมิด ซึ่งต้องมีความใกล้ชิดกันอย่างเพียงพอของเวลาและสถานที่ที่เกิดการกระทำละเมิดกันขึ้น

3) ผู้เสียหายโดยอ้อมประสบกับการเจ็บป่วยทางจิตใจจากการได้เห็น หรือได้ยินการเกิดขึ้นของเหตุการณ์การกระทำละเมิดด้วยตนเอง กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ที่ประสบกับความเจ็บป่วยทางจิตใจผ่านการได้เห็น หรือได้ยินด้วยตนเอง สำหรับการรับรู้ถึงเหตุการณ์การกระทำละเมิดผ่านบุคคลที่ 3 การรับรู้เหตุการณ์ทางโทรทัศน์ หรือวิทยุ นั้น กฎหมายอังกฤษปฏิเสธที่จะชดเชยให้ซึ่งค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ แต่อย่างไรก็ตาม หาก ในข้อเท็จจริงบางคดีที่ว่ากริยาของโจทก์ซึ่งถูกฆ่าตัดเอาเต้านมของเธอ หลังจากการวินิจฉัยโรคผิดพลาดด้วยความประมาทเลินเล่อ ลูกชายของเธอที่รับรู้เหตุการณ์ของแม่ผ่านการพูดคุยกันทางโทรศัพท์ โดยในการพูดคุยนั้นมีการบอกถึงรายละเอียดที่เกิดขึ้นอย่างชัดเจน และยังบอกว่าแม่ของเธออาจถึงแก่ความตายด้วยลูกชายของเธอก็ประสบความสำเร็จในการเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจจากการรับรู้ถึงเหตุการณ์การกระทำละเมิดผ่านทางโทรศัพท์ได้

สำหรับในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีในคดีปี ค.ศ. 1973 ความว่าสามีของโจทก์ประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์และกลับมาที่บ้านในสภาพที่มีคราบเลือดเปื้อนตามเสื้อผ้าของเขา โจทก์ผู้เป็นภริยาเห็นสภาพเช่นนั้นของสามีทำให้เธอตกใจอย่างมาก และประสบกับความเจ็บป่วยทางจิตใจซึ่งส่งผลต่อมาให้เธอแท้งลูกในภายหลัง ศาลฝรั่งเศสตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากความเสียหายดังกล่าวแก่เธอ ซึ่งตรงกับหลัก *perte d'affection* (Suffering resulting from victim's death or injury) กล่าวคือเป็นค่าเสียหายสำหรับความเศร้าโศกเสียใจที่เกิดขึ้นเนื่องจากการบาดเจ็บ หรือตายของบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับตน กฎหมายลักษณะละเมิดของฝรั่งเศสยอมรับถึงการชดเชยให้กันซึ่งค่าเสียหายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ดังเช่น ค่าขาดไร้อุปการะ ค่าขาดแรงงาน หรือค่าปลงศพหรือจะเป็นความเสียหายต่อจิตใจ ดังเช่น ค่าความเศร้าโศกเสียใจที่เกิดขึ้นจากการบาดเจ็บหรือการตายของบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับตน (*Victims par ricochet*) โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กันในทางสายเลือดหรือโดยการแต่งงานเท่านั้น แต่ยังรวมถึงคู่หมั้นหรือผู้ที่อยู่ด้วยกันโดยยังมีได้แต่งงานด้วย ซึ่งจะพิจารณาจากความสัมพันธ์เป็นหลัก และสำหรับสิทธิในค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ในช่วงแรกศาลฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะชดเชยให้แต่อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1976 ศาลฝรั่งเศสก็ยอมรับสิทธิของผู้ตายโดยทายาทให้สามารถที่เรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจได้ไม่ว่าจะเป็นค่าเสียหายสำหรับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน หรือการสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิตรวมทั้งค่าแห่งชีวิตด้วย

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึง เห็นควรให้แก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 446 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย หรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้

สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่โอนกันและไม่ตกสืบทอดไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันโดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว”

แก้ไขเป็นว่า “ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้สิทธิเรียกร้องอันนี้โอนกันได้และตกสืบทอดไปถึงทายาทด้วย” และเพิ่มเติมในส่วนของมาตรา 446 วรรคสองเป็นว่า

“ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ อันเป็นผลเนื่องจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามิ ภริยา บิดา มารดา หรือบุตรของบุคคลนั้น ชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจคนละสองหมื่นบาท หรือตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา”

และนำมาตรา 446 วรรคสองเดิมที่บัญญัติว่า “อนึ่งหญิงที่ต้องสูญเสียเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุณยฆาตกรรมแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้” ไปไว้ในวรรคสาม

ทั้งนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเศร้าโศกเสียใจเนื่องจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รักไป จะต้องเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดสนิทสนมกับผู้ตาย บุคคลแรก ได้แก่ บิดา มารดา บุตร สามิภรรยา บุคคลเหล่านี้มีหน้าที่และความผูกพันในอันที่จะอุปการะซึ่งกันและกันกับตัวผู้ตาย อันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายและเป็นความผูกพันทางศีลธรรมและสำหรับกรณีบิดามารดาถึงแก่ความตายนั่น บุตรมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเนื่องจากความรักและอาลัยบิดามารดาได้เสมอ ไม่ว่าบุตรนั้นจะบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือไม่ เพราะกรณีเช่นนี้มีใช่เป็นกรณีเรียกค่าขาดไร้อุปการะซึ่งบุตรที่เรียกได้จะต้องเป็นผู้เยาว์ หรือเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแต่ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้ แต่กรณีเรียกค่าเสียหายเนื่องจากความรักเป็นความเสียหายที่กระทบกระเทือนจิตใจและความรู้สึกส่วนลึกของผู้ที่ต้องสูญเสีย บิดามารดา ค่าเสียหายสำหรับความเศร้าโศกเสียใจเนื่องจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รักเป็นความเสียหายต่อจิตใจ ชนิดหนึ่ง ซึ่งถือได้ว่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ต้องเสียหายเพราะความรักอาลัยในตัวผู้ตายเป็นผู้ใดก็เป็นของผู้นั้นโดยเฉพาะเพื่อเป็นการให้สิทธิแก่สามิ ภริยา บิดา มารดา หรือบุตรของบุคคลนั้นได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ กรณีผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย คนละสองหมื่นบาท และอาจเพิ่มจำนวนเงินดังกล่าวได้โดยอาจจะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้ผู้เขียนวิทยานิพนธ์ เห็นว่า จำนวนเงินสองหมื่นบาทนั้น ซึ่งผู้เขียนวิทยานิพนธ์ได้เทียบเคียงจากประเทศอังกฤษซึ่งได้บัญญัติกฎหมาย The Fatal Accident Act 1976 ไว้เพื่อรับรองค่าเสียหายสำหรับความเศร้าโศกเสียใจเนื่องจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รักไป โดยจำนวนค่าเสียหายที่จะมีการชดเชยให้กันคือ 10,000 ปอนด์เป็นจำนวนที่ตายตัวอย่างไรก็ตามผู้เขียนวิทยานิพนธ์เห็นว่า ศาลอาจใช้ดุลยพินิจปรับให้มากกว่า

จำนวนดังกล่าวได้โดยผู้เขียนจะได้กำหนดระดับความรุนแรงและค่าเสียหายต่อจิตใจตามตาราง ซึ่งจะกล่าวในข้อ 4.4 ต่อไป

แม้หากพิจารณาจากกฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายของประเทศอังกฤษดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 จะพบว่าบางกรณีคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษ บุคคลที่ได้รับความเสียหายต่อจิตใจ อาจไม่ใช่บิดามารดาหรือบุตร แต่เป็นบุคคลที่ใกล้ชิดกับผู้ตาย อาทิ เป็น ป้าที่เลี้ยงผู้ตายมาตั้งแต่กำเนิด ดังนั้นหากมีกรณีการทำละเมิดกับหลานจนถึงแก่ความตาย ป้าซึ่งเลี้ยงบุคคลดังกล่าวมาเสมือนลูกก็ควรได้รับความเสียหายต่อจิตใจในกรณีความเสียหายแก่ชีวิตด้วย แต่ผู้เขียนวิทยานิพนธ์เห็นว่าหากนำหลักบุคคลที่ใกล้ชิดกับผู้ตายดังกล่าวมาบัญญัติในกฎหมายไทยย่อมจะเกิดปัญหาในการพิพากษาอรรถคดีว่าความใกล้ชิดกับผู้ตายมากหรือน้อยเพียงใดจึงจะได้รับความเสียหายต่อจิตใจจึงควรจำกัดสิทธิเฉพาะสามี ภริยา บิดา มารดา หรือบุตรของผู้ตายเท่านั้น

ประการต่อมาผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เห็นว่า ควรกำหนดนิยามคำว่า “ความเสียหายต่อจิตใจ” ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบทนิยามดังกล่าวควรจะมี ความหมาย สอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ด้วย กล่าวคือ “ความเสียหายต่อจิตใจ” หมายความว่า ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความหวาดกลัว ความวิตกกังวล ความเศร้าโศกเสียใจ ความอับอาย หรือความเสียหายต่อจิตใจอย่างอื่นที่มีลักษณะ ทำนองเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณา บุคคลที่มีสิทธิที่จะได้รับความเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ได้แก่ สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตาย ซึ่งครอบคลุมถึง ปู่ ย่า ตา ยาย ถือเป็นบุพการีของผู้ตาย และลูก หลาน เหลน ลื่อ ซึ่งเป็นผู้สืบสันดานของผู้ตาย ซึ่งผู้เขียนวิทยานิพนธ์เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวให้สิทธิ แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อจิตใจกว้างเกินไป จึงเห็นควรให้แก้ไขพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในส่วนของบุคคลที่จะได้รับความเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ จำกัดสิทธิเฉพาะสามี ภริยา บิดา มารดา หรือบุตรของผู้ตายเท่านั้น เป็นไปตามมาตรา 446 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ผู้เขียนวิทยานิพนธ์แก้ไขใหม่ด้วย เพื่อให้บทบัญญัติทั้งสองไม่ขัดหรือแย้งกัน

4.3 วิเคราะห์บทบาทศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในกรณีที่สภาพร่างกายหรือจิตใจของกลุ่มความเป็นประเด็นในคดี เช่น โจทก์ได้รับความเสียหายเพียงใด ศาลมีสิทธิที่จะขอให้ผู้ได้รับความเสียหายนั้นไปรับการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเสนอความเห็นต่อศาลเพื่อประกอบการพิจารณาการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ หรือขอรายงานการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจของแพทย์ซึ่งได้เคยทำการตรวจรักษาไว้ในการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ กรณีความเสียหายแก่ชีวิตจำเป็นที่ศาลจะต้องมีเครื่องมือที่จะใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อนำไปสู่การกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจนั้น หากศึกษาจากบทบาทของศาลไทย ในบทที่ 3 จะพบว่าตามมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้วางหลักว่า กลุ่มความฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องนำสืบข้อเท็จจริง ย่อมมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานใด ๆ มาสืบได้ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจในอรรถคดีในการการแสวงหาข้อเท็จจริงคล้ายลักษณะของกฎหมายในระบบไต่สวนดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมได้ อาทิ มาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติว่า

“เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานใดที่รับฟังไม่ได้ก็ดี หรือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้แต่ได้ยื่นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ศาลปฏิเสธไม่รับพยานหลักฐานนั้นไว้

เมื่อศาลเห็นว่าพยานหลักฐานใดฟังเพื่อยืนยันสมควรหรือประวิงให้ชักช้าหรือไม่เกี่ยวแก่ประเด็น ให้ศาลมีอำนาจการสืบพยานหลักฐานเช่นนั้น หรือพยานหลักฐานอื่นต่อไป

เมื่อศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติมให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไป ซึ่งอาจรวมทั้งการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ”

โดยบทบัญญัติมาตรา 86 นี้เป็นเรื่องที่ให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางอันเป็นการค้นหาข้อเท็จจริงของคดี นับตั้งแต่การเข้าสู่สำนวนศาลของพยานว่าพยานประเภทใดรับฟังได้ รับฟังไม่ได้ หรือยื่นฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ เพื่อให้ได้พยานหลักฐานที่ชอบเท่านั้น จึงจะเสนอต่อศาลและรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ส่วนพยานหลักฐานบางประเภทแม้เกี่ยวข้องกับคดีแต่ฟังเพื่อยืนยันสมควรหรือประวิงคดีให้ชักช้าหรือไม่เกี่ยวแก่ประเด็นแห่งคดี ศาลก็มีอำนาจการสืบพยานหลักฐานนั้นได้

ประการสำคัญคือ ตามมาตรา 86 วรรคสาม เมื่อศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม

เช่น สั่งให้นำหรือหมายเรียกพยานบุคคล ซึ่งคู่ความระบุอ้างไว้แล้ว แต่ไม่ได้นำเข้าสืบเพื่อมาเบิกความเป็นพยาน หรือหมายเรียกพยานบุคคลซึ่งได้ความตามทางพิจารณาว่าเป็นผู้รู้เห็นเหตุการณ์ แต่ไม่มีฝ่ายใดอ้างมาสืบเป็นพยานบุคคลหรือที่เรียกว่า “พยานศาล” ตลอดจนมีอำนาจที่จะหมายเรียกพยานที่สืบมาแล้วเข้าสืบใหม่ด้วย ทั้งนี้โดยศาลมีอำนาจพิจารณาสั่งได้เองโดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ หรือการขอสืบพยานเพิ่มเติมดังกล่าวอาจกระทำโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำขอ โดยทำเป็นคำร้องต่อศาลและศาลมีอำนาจสั่งอนุญาตได้ตามที่จะพิจารณาเห็นสมควร อย่างไรก็ตาม ภารกิจที่ใช้ของศาลในการควบคุมการอ้างและการรับฟังพยานหลักฐานทั้งปวงนี้ มิใช่เป็นเรื่องที่ศาลจะใช้อำนาจตามอำเภอใจ แต่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามกลับพบว่าศาลไทยมักจะไม่นำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ ดังสังเกตจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการใช้อำนาจศาลเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั้นจะปรากฏน้อยมากและศาลจะใช้อำนาจนี้อย่างจำกัด เพื่อไม่ให้เกิดคำครหาได้ว่าศาลวางตัวไม่เป็นกลาง ดังหลักเรื่องความเป็นกลางของผู้พิพากษาดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2

ประเด็นที่กล่าวมาข้างต้นนั้นถือเป็นประเด็นที่สำคัญของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เนื่องจากบทบาทศาลที่สำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจตามระบบ Civil Law และ Common Law ต่างก็มีหลักให้คู่ความประสงค์ที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ส่วนศาลจะวางตนเป็นกลาง บทบาทของผู้พิพากษาหรือศาลในการสืบพยานศาลในศาลชั้นต้นจึงมีน้อยมาก เพราะศาลไทยมักจะปล่อยให้ทำหน้าที่ของคู่ความที่จะเสนอพยานหลักฐานและสืบพยาน

ประการต่อมาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 99 ได้ให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งกำหนดการตรวจหรือแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเช่นนั้นได้ ทั้งนี้เพื่อให้ได้ความจริงโดยการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลพินิจว่าสมควรจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ตรวจพิสูจน์และเสนอความเห็นต่อศาลหรือไม่ มิใช่เป็นการบังคับให้ศาลต้องกระทำเสมอไปและการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนี้อาจตั้งตามที่คู่ความได้ตกลงกันหรือตั้งจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลก็ได้ (มาตรา 129) ซึ่งคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2505) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ข้อ 3 โดยการรับฟังความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นไม่ว่าศาลจะต้องเชื่อและรับฟังตามนั้นเสมอไปเนื่องจากการให้ความเห็นเพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี และการแสดงความน่าจะเป็นไปได้หรือไม่ได้ ดังนั้น ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญจะมีน้ำหนักมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับ การตรวจสอบพยานหลักฐานของพยานผู้เชี่ยวชาญและความสมเหตุสมผลของความเห็นนั้นด้วย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ดังเช่นในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความของฝรั่งเศสจะนำวิธีการ “Measures d’instruction” มาใช้ซึ่งเป็น

มาตรการหรือวิธีการต่าง ๆ ที่ช่วยให้ศาลได้รับรู้ข้อเท็จจริงสำหรับการตัดสินคดีโดยมาตรการดังกล่าวเป็นการที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้สอดคล้องกับหลักการทั่วไปเกี่ยวกับบทบาทของศาลและคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ได้มีการกำหนดเพิ่มบทบาทของศาลให้มีบทบาทในเชิงรุกมากขึ้น โดยกำหนดให้ศาลเป็นผู้ควบคุมดูแลให้การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการดำเนินคดีต้องล่าช้า ดังจะเห็นได้จากมาตรา 10 และมาตรา 143 ที่ให้ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการที่มีคำสั่งใด ๆ เกี่ยวกับการรวบรวมข้อเท็จจริงและ มาตรการในการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ (un technicien) ของประเทศฝรั่งเศส เป็นมาตรการที่นับว่าเป็นเรื่องที่ซับซ้อนที่สุดในกระบวนการก่อนการพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษาจะสั่งให้มีผู้เชี่ยวชาญในเฉพาะกรณีที่การดำเนินคดีมีความยุ่งยากซับซ้อนหรือไม่เพียงพอที่จะทำให้ประเด็นแห่งคดีกระจ่างขึ้น คู่ความมักจะไม่ได้รับอนุญาตให้จ้างผู้เชี่ยวชาญของตนเองสำหรับรายงานที่ผู้เชี่ยวชาญได้จัดทำขึ้นเพื่อเสนอต่อศาลนั้นจะต้องประกอบด้วยความเห็นในประเด็นที่ผู้เชี่ยวชาญถูกเรียกมาให้ความรู้ความเห็นอันจะทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญไม่ถูกมัดศาลที่จะต้องถือตาม จึงสามารถสรุปได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจแก่ศาลอย่างกว้างขวางในการกำหนดทิศทางของกระบวนการพิจารณารวมทั้งการค้นหาข้อเท็จจริงโดยเฉพาะในขั้นตอนที่เกี่ยวกับการรวบรวมข้อเท็จจริงและเอกสารของคดีของผู้พิพากษาดิตตามคดี (JME) อันเป็นกลไกหรือมาตรการในการที่จะช่วยให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วและทำให้องค์กรคณะผู้พิพากษาไม่ต้องมาเสียเวลากับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนดังกล่าว

เมื่อพิจารณาบทบาทศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริงของไทย ถึงแม้ว่า ประเทศไทยนั้นจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะบัญญัติในรูปประมวลกฎหมาย ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังกล่าวจะให้อำนาจศาลไทย ในการแสวงหาข้อเท็จจริงได้เองก็ตาม แต่เนื่องจาก วิธีพิจารณานั้นได้รับอิทธิพลแนวคิดระบบกฎหมายแบบ Common Law จากประเทศอังกฤษ เพราะในอดีตบุคคลที่ได้ไปศึกษาวิชากฎหมายจากต่างประเทศเพื่อนำความรู้กลับมาพัฒนาประเทศ อาทิเช่น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งได้ทรงศึกษาวิชากฎหมายจากประเทศอังกฤษ และเมื่อทรงสำเร็จการศึกษา ก็ได้ทรงนำวิชากฎหมายดังกล่าวกลับมาตั้งโรงเรียนกฎหมายในประเทศไทยเป็นแห่งแรก พระองค์ได้ทรงนำแนวความคิดระบบกฎหมายแบบ Common Law มาเป็นแนวทางในการพิจารณาอรรถคดีต่าง ๆ ของผู้พิพากษาในสมัยนั้น กล่าวคือ ทรงนำแนวคิดหลักเรื่องความเป็นกลางของผู้พิพากษาโดยนำแนวคิดนิติปรัชญาของทางประเทศอังกฤษมาสอนในโรงเรียนกฎหมาย ซึ่งหลักเรื่องความเป็นกลางของผู้พิพากษาก็ถูกนำมาสอนในเวลานั้นด้วย ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์

โสภณ รัตนกร ที่ได้ให้ความเห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปัจจุบันของไทยเรานี้ให้อำนาจศาลในการสืบพยานไว้มากมาย เช่น มาตรา 116 ให้ศาลถามพยานได้เองและถามก่อนคู่ความผู้อ้างพยานมาตรา 119 ให้อำนาจศาลที่จะถามพยานในเวลาใดด้วยคำถามใดก็ได้ และศาลจะเรียกพยานที่เบิกความขัดกันในเรื่องสำคัญมาสอบปากคำพร้อมกันก็ได้มาตรา 86 ให้ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานได้รับฟังได้หรือไม่ ศาลมีอำนาจที่จะสั่งสืบพยานที่เห็นว่าพุ่มเพอเกินสมควรหรือเป็นการประวิงคดีหรือไม่เกี่ยวกับประเด็น ศาลจะเรียกพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมและเรียกพยานที่สืบมาสืบใหม่ก็ได้ แต่หากพิจารณาการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลไทยในทางปฏิบัติก็ยอมรับกันว่า ศาลไทยเรายังไม่ได้รับบทบาทที่กฎหมายให้ไว้มากนักโดยปกติศาลจะวางตัวเป็นกลาง ไม่เข้าไปสอดแทรกถามพยานโดยไม่จำเป็น ศาลจะไม่เรียกพยานมาสืบเองโดยเฉพาะในคดีแพ่งศาลจะไม่เข้าไปช่วยถามพยานให้ฝ่ายใดเลยวิธีปฏิบัติของศาลดังกล่าวมานั้นเป็นที่ยอมรับกันจนถือได้ว่าเป็นนิติประเพณี ผู้พิพากษาผู้ใดไม่ปฏิบัติตามแม้โดยกฎหมายจะมีอำนาจทำได้ ก็จะเป็นที่ครหาว่าไม่วางตัวเป็นกลาง และเมื่อพิจารณาประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการข้อ 9 ก็ได้บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานด้วยตนเองต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง”⁷

ศาลไทยก็ยังคงแนวคิดดังกล่าวเพื่อให้อิสระแก่คู่ความในการกล่าวอ้างพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนได้อย่างเต็มที่ โดยศาลมักจะไม่ใช่ดุลพินิจในการใช้อำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงด้วยตนเองตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยจึงมีลักษณะผสม แต่ทว่าเมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะไปทางระบบวิธีพิจารณาแบบกล่าวหาค่อนข้างมาก เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในกลุ่ม Civil Law โดยศาลมักจะไม่ใช่อำนาจดังกล่าวเท่าใดนัก ซึ่งสภาพการณ์เช่นนี้ยังเกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในสารเระและคดีไม่มีข้อยุ่งยาก รวมทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีผู้บริโภคดีด้วย

ด้วยเหตุและผล ดังที่กล่าวมาข้างต้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงเห็นว่าบทบาทศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริงในการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจกรณีผู้ถูกระทำละเมิดถึงแก่ชีวิตนั้นศาลควรจะเข้ามามีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงด้วยตนเอง โดยแม้ว่าศาลไม่อาจพิจารณาด้วยตนเองว่า ทายาทของผู้ถูกระทำละเมิดถึงแก่ชีวิตจะได้รับความเสียหายตามพฤติการณ์มากน้อยประมาณใดตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ตาม แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจ

⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น. 7-8), โดย โสภณ รัตนกร, 2544, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

แสวงหาข้อเท็จจริงด้วยตนเอง ตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 95 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญในการวิเคราะห์ เพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ

โดยในทางปฏิบัตินั้นการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลพินิจว่าสมควรจะแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ตรวจพิสูจน์และเสนอความเห็นต่อศาลหรือไม่ มิใช่เป็นการบังคับให้ศาลต้องกระทำเสมอไป และการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนี้อาจตั้งตามที่คู่ความได้ตกลงกันหรือตั้งจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลก็ได้ ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 ซึ่งคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2505) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 ข้อ 3⁸ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เห็นว่า เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งโจทก์และจำเลย กอปรกับในปัจจุบันโรงพยาบาลของรัฐหลายแห่งทั้งในกรุงเทพฯและต่างจังหวัดมีแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านจิตเวชศาสตร์ ซึ่งในชั้นนี้จึงเห็นว่าควรให้ศาลมีอำนาจแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านจิตเวชศาสตร์ประจำโรงพยาบาลของรัฐหรือแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพด้านจิตเวชศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนเป็นแพทย์อาสาสมัครซึ่งขึ้นทะเบียนตามระเบียบของกรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุขหรือศาลตั้งจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาลก็ได้เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในการให้ความเห็นว่าบุคคลผู้ใกล้ชิดของผู้ถูกระทำละเมิดตามข้อ 4.2 มีความเสียหายต่อจิตใจมากน้อยประการใดซึ่งในส่วน of จำนวนค่าเสียหายวิทยานิพนธ์จะกล่าวถึงวิธีคำนวณไว้ในข้อ 4.4 ต่อไป

4.4 วิเคราะห์ปัญหาการพิจารณาของศาลเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ ในกรณีความเสียหายแก่ชีวิต

การพิจารณาบทบาทของศาลในการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจนั้น ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ในลำดับแรกจะต้องเข้าใจความหมายของ คำว่า “ดุลพินิจ” สำหรับในมติกฎหมายนั้น คำว่า “ดุลพินิจ” มีความหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (Privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตามหลักความยุติธรรม ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้พิจารณาไปตามสภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (Circumstances) และรวมถึงการใช้วิจารณญาณในการตัดสินใจของตัวผู้พิพากษานั้นเองโดยไม่ขึ้นกับวิจารณญาณหรือ การตัดสินใจของบุคคลอื่นใด (Uncontrolled by the Judgment or Conscience of Others) โดย F.A. Hayek ได้อธิบายความหมายของ คำว่า “ดุลพินิจ” (Discretion)

⁸ ข้อ 3 ผู้ใดประสงค์จะขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญในศิลปะ วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการทำงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ เมื่อได้แสดงหลักฐานให้เป็นที่พอใจ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแล้วให้รับผู้นั้นขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญของศาลโดยเสียค่าจดทะเบียนสองร้อยบาท.

หมายถึงการวินิจฉัยคดีตามที่เห็นสมควรซึ่งเป็นอำนาจของศาลหรือฝ่ายบริหาร ที่วินิจฉัยภายใต้ของเขตกฎหมายหรือวินิจฉัยไปโดยเสรีไม่มีของเขต

ซึ่งกฎหมายมุ่งประสงค์จะเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งถูกกระทำละเมิด และการละเมิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนถูกทำละเมิด หากกลับคืนสภาพเดิมไม่ได้ก็พยายามที่จะให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และยังพบว่า บทบาทศาลในการพิจารณาคดีแพ่งที่สำคัญประการหนึ่งก็คือการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายของโจทก์ตามหลักความประสงค์ของคู่ความซึ่งหากศาลเห็นด้วยกับโจทก์ศาลก็จะพิพากษาไปตามที่โจทก์ได้พิสูจน์นั้น แต่หากศาลไม่เห็นด้วย ศาลก็จะใช้ดุลพินิจกำหนดให้มากกว่า หรือน้อยกว่าที่โจทก์นำเสนอขึ้นก็ได้ เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

จากการศึกษาบทบาทศาลไทยจะพบว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มีข้อน่าสังเกตว่า ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาจะปฏิเสธไม่ยินยอมให้ค่าเสียหายอันเนื่องจากรักอาลัยในตัวผู้ตาย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1742/2499 จำเลยฆ่าบุตร โจทก์ถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่าจำเลยได้กระทำการละเมิดต่อโจทก์ ทำให้โจทก์ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดูไป โดยมีต้องคำนึงว่าในปัจจุบันบุตรที่ตายจะได้กำลังอุปการะเลี้ยงดูโจทก์ผู้เป็นมารดาอยู่หรือไม่ ส่วนค่าเสียหายจะเท่าใดศาลย่อมกำหนดให้ตามสมควร ส่วนค่าเสียหายเพื่อความวิโยคโทมนัสนั้นเรียกไม่ได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

และพบว่าศาลไทยยังมีแนววินิจฉัยว่า การเรียกค่าเสียหายในกรณีความโศกเศร้าทุกข์โทมนัสของผู้เป็นที่รัก เช่น บิดา มารดา บุตร นั้นจะเรียกค่าสินไหมให้คุ้มกับความเสียหายไม่ได้ สามีไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อจิตใจเกิดความว่าเหวเพราะสูญเสียภริยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความ สุขจากผู้ที่ทำให้ ภริยาของตนถึงแก่ความตายเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้ ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2512 กรณีผู้ตายมีอายุ 44 มีรายได้เลี้ยงครอบครัวได้นั่งรถยนต์ของจำเลยไปชนต้นไม้ถึงแก่ความตาย ซึ่งศาลฎีกาพิพากษาว่าเป็นกรณีละเมิดที่เป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวังแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้จะเป็นบิดาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

ซึ่งหากพิจารณาทบทวนศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีที่ผู้เสียหายถูกทำละเมิดและเป็นความเสียหายต่อจิตใจ ในต่างประเทศดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 พบว่าประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดความเสียหายประเภทนี้เป็นความเสียหายซึ่งไม่อาจตีราคาเป็นตัวเงินได้ (Non-Pecuniary) เช่น ค่าเสียหายอันเนื่องจากความเสียหายทางด้านรูปโฉม

โนมพรรณความทุกข์ทรมานทางด้านจิตใจทั้งหมดอันเกิดจากบาดแผลและความพิการ ตลอดจนความทุกข์ทรมานอันเนื่องมาจากการสูญเสียคนที่ตนรัก ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและจิตใจเสียขวัญ การสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่มีการประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1804 เรื่องความรับผิดชอบในทางละเมิดจึงมีการบัญญัติไว้เป็นหลักการกว้าง ๆ อาทิมাত্রา 1382 “การกระทำใด ๆ ของบุคคลซึ่งก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น บุคคลซึ่งกระทำความเสียหายโดยความผิดนั้นจำต้องทดแทนความเสียหาย” หรือมาตรา 1383 “บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้นไม่เพียงแต่การกระทำโดยจงใจของตนเท่านั้น แต่ยังรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือปราศจากความระมัดระวังอีกด้วย”

เมื่อพิจารณามาตรา 1382 ประกอบมาตรา 1383 แล้วก็จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะละเมิดของฝรั่งเศสได้เขียนไว้เป็นหลักการทั่วไปอย่างกว้าง ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้และตีความบทบัญญัติของกฎหมายอย่างยืดหยุ่นแก่ทุก ๆ กรณีจนในคำอธิบายทางคำราชของกฎหมายฝรั่งเศสได้กล่าวไว้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีกฎเกณฑ์ใด ๆ ขัดขวางการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายจากการถูกกระทำละเมิด อะไรก็ตามที่อยู่บนพื้นฐานแห่งกฎหมายแล้วย่อมได้รับความคุ้มครองและชดเชยให้

ในเรื่องของความเสียหายต่อจิตใจตามกฎหมายลักษณะละเมิดของฝรั่งเศสซึ่งถือว่าเป็นความเสียหายในทางศีลธรรมนั้น ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องประสบกับรูปแบบของความเสียหายต่อจิตใจที่เป็นที่ยอมรับในทางกฎหมาย หรือเป็นพยานในเหตุการณ์การกระทำละเมิด ดังเช่นในกฎหมายอังกฤษหรือกฎหมายเยอรมัน ทุกรูปแบบของความเสียหายต่อจิตใจไม่ว่าจะเกิดขึ้นกับผู้เสียหายเอง หรือเกิดจากการตายหรือการได้รับบาดเจ็บของผู้อื่น กฎหมายฝรั่งเศสยินยอมที่จะชดเชยให้ซึ่งค่าเสียหายสำหรับความเสียหายดังกล่าว เพียงแต่ผู้เสียหายต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรง และเป็นความเสียหายที่แน่นอนจากการกระทำของผู้กระทำละเมิด โดยความเสียหายดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบของความเจ็บป่วยทางจิตใจ ตามหลักจิตเวชศาสตร์ ดังเช่น ในคดีปี ค.ศ. 1973 ความว่าสามีของโจทก์ประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์และกลับมาที่บ้านในสภาพที่มีกราบเลือดเปื้อนตามเสื้อผ้าของเขา โจทก์ผู้เป็นภริยาเห็นสภาพเช่นนั้นของสามีทำให้เธอตกใจอย่างมาก และประสบกับความเจ็บป่วยทางจิตใจซึ่งส่งผลต่อมาให้เธอแท้งลูกในภายหลัง ศาลฝรั่งเศสตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายจากความเสียหายดังกล่าวแก่เธอ นอกจากนั้นกฎหมายลักษณะละเมิดของฝรั่งเศสยังยอมรับความเสียหายต่อจิตใจที่เกิดจากการถูกทำร้ายหรือการตายของสัตว์เลี้ยงของตน หรืออาจอยู่ในรูปแบบของความเสียหายต่อจิตใจอื่น ๆ อย่างความเสียหายที่ไม่จำเป็นต้องมีเงื่อนไขในทางจิตเวช หรือความเศร้าโศกเสียใจจากการได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิตของบุคคลอันเป็นที่รัก โดยถือได้ว่าเป็นความเสียหายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ

ผู้ต้องเสียชีวิตในเหตุผลที่ว่าโดยอ้อมค่าตามมาตรา 1382 นี้มีความหมายรวมถึงความเสียหายในทางศีลธรรมด้วย ซึ่งผู้เสียหายจะต้องมีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดอย่างหนึ่งอย่างใดกับผู้เสียหายโดยตรง โดยไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นความสัมพันธ์กันทางสายเลือดหรือโดยการแต่งงานเท่านั้น แต่รวมถึงคู่หมั้นหรือผู้ที่อยู่ด้วยกันโดยยังมีได้แต่งงานด้วยจนอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าในกฎหมายลักษณะละเมิดของฝรั่งเศสนั้น ไม่ว่าจะเป็ความเสียหายต่อจิตใจในรูปแบบใด กฎหมายลักษณะละเมิดของฝรั่งเศสยินยอมที่จะชดใช้ให้ซึ่งรูปแบบของความเสียหายดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นความเสียหายโดยตรงและแน่นอน

นอกจากนี้ จากการศึกษาบทบาทศาลในการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจกรณีผู้ถูกละเมิดถึงแก่ชีวิตในประเทศอังกฤษ พบว่าได้บัญญัติ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า The Fatal Accident Act 1976 ไว้เพื่อรับรองค่าเสียหายสำหรับความเศร้าโศกเสียใจเนื่องจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รักไปโดยจำนวนค่าเสียหายที่จะมีการชดเชยให้กันคือ 10,000 ปอนด์ เป็นจำนวนที่ตายตัว

นอกจากนี้ความเสียหายต่อจิตใจที่เป็นที่ยอมรับในทางกฎหมายอย่างการเจ็บป่วยทางจิตใจ หรือการเกิดขึ้นของโรคทางจิตเวชโดยในเรื่องค่าความเสียหายต่อจิตใจอย่างการเจ็บป่วยทางจิตใจ หรือการเจ็บป่วยในทางจิตเวช JSB Guidelines ได้ให้แนวทางในการกำหนดค่าเสียหายไว้ว่า จะต้องพิจารณาปัจจัยเหล่านี้เพื่อบ่งชี้ถึงความมากน้อยของค่าเสียหาย กล่าวคือ

- 1) ความเสียหายต่อจิตใจที่เกิดขึ้นส่งผลกระทบต่อดำรงชีวิตและการงานหรือไม่
- 2) ความเสียหายต่อจิตใจนั้นมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์กับครอบครัว เพื่อน หรือผู้ที่เข้ามาติดต่อสัมพันธ์กับผู้เสียหายหรือไม่
- 3) ระยะเวลาของการรักษาจนหายเป็นปกติเป็นอย่างไร
- 4) อาการของโรคจะรุนแรงและ/หรือเพิ่มขึ้นในอนาคตหรือไม่เพียงใด
- 5) จะต้องมีการช่วยเหลือในทางการแพทย์มากน้อยเพียงใด
- 6) ความเสียหายต่อจิตใจส่งผลกระทบให้เกิดความเสียหายทางร่างกายตามมาหรือส่งผลกระทบต่อการใช้เพศสัมพันธ์หรือไม่ หรือเป็นการทำลายความไว้วางใจของใจทักเพียงใด

ให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจแก่บุคคลที่ใกล้ชิดกับผู้ตายได้ หากบุคคลดังกล่าว ได้รับความเสียหายต่อจิตใจในรูปแบบของความเจ็บป่วยทางจิตหรือโรคทางจิตเวช ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวจะพิจารณาจากระดับความรุนแรงที่กระทบกระเทือนต่อจิตใจ ซึ่งสามารถแสดงออกมาเป็นตารางประเมินระดับความรุนแรงของความเสียหายต่อจิตใจที่เกิดขึ้น

จากการศึกษาบทบาทศาลในการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจกรณีผู้ถูกกระทำละเมิดถึงแก่ชีวิตในต่างประเทศ ดังที่กล่าวมาข้างต้น วิทธานิพนธ์ฉบับนี้จึงเห็นควรให้ศาลไทยใช้ดุลยพินิจ

ในการกำหนดค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ ให้แก่ทายาทของผู้ถูกระทำละเมิดโดยต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 443 และ 446 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามข้อ 4.1 โดยเทียบเคียงกับแนวทางของกฎหมายฝรั่งเศสดังที่กล่าวไว้ข้างต้น เพื่อเปิดช่องทางให้ศาลไทยสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวได้

ในส่วนของการพิจารณาของศาลเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจกรณีผู้ถูกระทำละเมิดเสียชีวิตนั้น ในลำดับแรก วิทยานิพนธ์ เห็นว่า ควรให้สิทธิแก่สามี ภริยา บิดา มารดา หรือบุตรของบุคคลนั้นได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ กรณีผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตายคนละสองหมื่นบาทโดยการแก้ไขมาตรา 446 ดังที่กล่าวไว้ในข้อ 4.2 และศาลอาจเพิ่มจำนวนเงินดังกล่าวได้โดยอาจจะกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา ผู้เขียนวิทยานิพนธ์ เห็นว่าศาลอาจใช้ดุลยพินิจปรับให้มากกว่าจำนวนดังกล่าวได้ โดยผู้เขียนได้กำหนดระดับความรุนแรงและค่าเสียหายต่อจิตใจตามตารางซึ่งได้เทียบเคียงกับตารางกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจในต่างประเทศดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 โดยจะพบว่าประเทศอังกฤษมีการกำหนดตารางเพื่อให้ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าเสียหายต่อจิตใจให้แก่ทายาท ดังนั้น วิทยานิพนธ์จึงเห็นว่าประเทศไทยควรจัดทำตารางเพื่อกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจโดยตารางดังกล่าวจะกำหนดระดับความรุนแรงและค่าเสียหายต่อจิตใจ ดังนี้

ตารางที่ 4.1 ระดับความรุนแรงของความเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายต่อจิตใจ

ระดับความรุนแรงของ ความเสียหายต่อจิตใจ	รายละเอียดของลักษณะความเสียหาย ต่อจิตใจ	จำนวนค่าเสียหาย จะชดใช้
ความเสียหายต่อจิตใจ ที่มีระดับความรุนแรง มากที่สุด	เป็นกรณีที่ผู้เสียหายต้องประสบกับปัญหา ตามปัจจัยที่ได้กล่าวไว้ทั้งหมด และความ เป็นไปได้ของการฟื้นฟูก็เป็นไปได้โดยยาก	ตั้งแต่ 100,000 บาทขึ้นไป
ความเสียหายต่อจิตใจ ที่มีระดับความรุนแรง มาก	เป็นความเสียหายที่มีความใกล้เคียงกับความ เสียหายต่อจิตใจที่มีระดับความรุนแรงมาก ที่สุด ต่างกันที่การฟื้นฟูซึ่งความเสียหายต่อ จิตใจของความรุนแรงระดับนี้มีสภาพที่ต่ำกว่า ระดับความรุนแรงมากที่สุด	ตั้งแต่ 50,000 บาทขึ้นไป แต่ไม่เกิน 100,000 บาท
ความเสียหายต่อจิตใจ ที่มีระดับความรุนแรง ปานกลาง	จากปัจจัยที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เสียหายได้ ประสบกับปัญหาตามปัจจัยดังกล่าวเป็นบาง ข้อเท่านั้น และดูเหมือนว่าสามารถที่จะฟื้นฟู ความเสียหายต่อจิตใจได้เป็น อย่างดี	ตั้งแต่ 20,000 บาท ขึ้นไป แต่ไม่เกิน 50,000 บาท
ความเสียหายต่อจิตใจ ที่มีระดับความรุนแรง น้อย	เป็นความเสียหายต่อจิตใจที่มีผลกระทบเป็น การชั่วคราวแก่ผู้เสียหายเท่านั้น เช่นการนอน ไม่หลับหรือไม่สามารถดำเนินชีวิตประจำวัน ได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง	20,000 บาท

โดยตารางดังกล่าวจะเห็นได้ว่าจำนวนค่าเสียหายต่อจิตใจที่มีระดับความรุนแรงน้อย จะสอดคล้องกับจำนวนค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ ตามมาตรา 446 ที่ได้เสนอแก้ไขไว้ใน ข้อ 4.2 ซึ่งอาจประกาศในราชกฤษฎีกากำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจได้และเป็นการเปิดโอกาสให้ศาล สามารถใช้ดุลยพินิจขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นแพทย์จิตเวชศาสตร์ อาจเป็นแพทย์ ประจำโรงพยาบาลของรัฐหรือแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพด้านจิตเวชศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนเป็นแพทย์ อาสาสมัครซึ่งขึ้นทะเบียนตามระเบียบของกรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุขหรือศาล ตั้งจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญของศาล ดังที่กล่าวไว้ในข้อ 4.3 โดยหากในการทำความเห็นดังกล่าว ได้ความว่าผู้ได้รับความเสียหายต่อจิตใจในรูปแบบของความเจ็บป่วยทางจิตหรือโรคทางจิตเวช

มีระดับความรุนแรงมากที่สุด ระดับรุนแรงมาก หรือระดับปานกลาง แล้วแต่กรณี ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจมากกว่าสองหมื่นบาทได้

นอกจากนี้ศาลควรนำกระบวนการขึ้นตอนการทำคำพิพากษาของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาปรับใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อการชดเชยค่าเสียหายต่อจิตใจ ดังกรณีอำนาจศาลในการกล่าวสงวนสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งไว้ในคำพิพากษา ซึ่งในคดีแพ่งทั่วไป ศาลไม่อาจพิพากษาหรือสั่งแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ออกไปแล้วได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดให้ทำได้เฉพาะกรณี⁹ หรือเป็นกรณีแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อย¹⁰ เช่น การพิมพ์ผิด เป็นต้น หรือเป็นการกลับหรือแก้ไขโดยคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่า¹¹ เช่น ศาลชั้นอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา เป็นต้นแต่ในคดีผู้บริโภค โดยเฉพาะกรณีสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ความเสียหาย หรือโรคภัยไข้เจ็บที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้านั้น ในบางกรณีอาจต้องใช้ระยะเวลาอันพอสมควรที่ความเสียหายหรือโรคภัยไข้เจ็บจะแสดงอาการออกมาให้เห็นประจักษ์ และเป็นการพ้นวิสัยที่ศาลจะหยั่งรู้ได้แน่ในเวลาพิพากษาคิดว่าความเสียหายนั้นมีแท้จริงเพียงใด การที่จะยึดหลักการเหมือนคดีแพ่งทั่วไปที่ศาลไม่มีอำนาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ออกไปแล้วได้ จึงอาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคได้

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 40 จึงบัญญัติให้อำนาจศาลที่จะกล่าวในคำพิพากษาหรือคำสั่งว่ายังสงวนสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งในภายหลังได้ อันเป็นการขยายอำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายในคดีผู้บริโภคให้กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

- 1) ต้องเป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยเท่านั้น ดังนั้น หากเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินต่าง ๆ ย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะสงวนสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งได้
- 2) เป็นการพ้นวิสัยที่จะหยั่งรู้ได้แน่ว่าความเสียหายนั้นมีแท้จริงเพียงใดในเวลาพิพากษา ดังนั้น หากในเวลาพิพากษาคดียังอยู่ในวิสัยที่จะหยั่งรู้ได้แน่ว่าความเสียหายนั้นมีแท้จริงเพียงใด แต่โจทก์ซึ่งเป็นผู้บริโภคไม่ชวนชวยตรวจสอบหรือนำพยานหลักฐานที่มีอยู่มา

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/39 บัญญัติว่า “เมื่อผู้มีส่วนได้เสียแสดงว่าพฤติการณ์รายได้ หรือฐานะของคู่กรณีได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลจะสั่งแก้ไขในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูโดยให้เพิกถอน ลด เพิ่ม หรือกลับให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูอีกก็ได้...”

¹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 143.

¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 145.

แสดงให้เห็นว่าเป็นเช่นนั้นจริง ย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะสงวนสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งได้

3) การสงวนสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ศาลต้องกล่าวหรือระบุไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยกำหนดระยะเวลาไว้ด้วย ซึ่งระยะเวลาที่กำหนดนี้ต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง

4) ก่อนการแก้ไข ต้องให้ออกาสคู่ความอีกฝ่ายที่จะคัดค้าน

วิทยานิพนธ์ข้อตั้งข้อสังเกต ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 444 ได้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลยพินิจที่จะสงวนสิทธิให้แก้ไขคำพิพากษาในส่วนของการชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปในการถูกระงับการละเมิด ดังนี้

“มาตรา 444 ในกรณีทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้ชดใช้ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป และค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบกิจการงานสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ทั้งในเวลาปัจจุบันนั้นและในเวลาอนาคตด้วย

ถ้าในเวลาพิพากษาคดี เป็นพันวิสัยจะหยั่งรู้ได้แน่ว่าความเสียหายนั้นได้มีแท้จริงเพียงใดศาลจะกล่าวในคำพิพากษาว่ายังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นอีกภายในระยะเวลาไม่เกินสองปีก็ได้”

จะเห็นได้ว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการแก้ไขในส่วนการกำหนดค่าเสียหายต่อจิตใจ ในกรณีผู้ถูกระงับการละเมิดถึงแก่ความตาย บุคคลที่จะได้รับค่าเสียหายต่อจิตใจอย่างการเจ็บป่วยทางจิตใจหรือการเกิดขึ้นของโรคทางจิตเวช จะต้องพิจารณาปัจจัยเหล่านี้เช่น ระยะเวลาของการรักษาจนหายเป็นปกติเป็นอย่างไร อาการของโรคจะรุนแรงและหรือเพิ่มขึ้นในอนาคตหรือไม่เพียงใด เพื่อบ่งชี้ถึงความมากน้อยของค่าเสียหาย และในเวลาต่อมาหากศาลพันวิสัยจะหยั่งรู้ได้ว่ามีจำนวนค่าเสียหายต่อจิตใจที่แท้จริงเพียงใด ศาลก็ควรจะมีอำนาจใช้ดุลยพินิจสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นอีกได้ ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด