

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทน ในประเทศไทย

จากการที่ได้มีการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดของประเทศต่างๆ ทั้งประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย และระบบจารีตประเพณีมาแล้ว ในลำดับต่อไปผู้เขียนจะได้นำเอาหลักกฎหมายที่ได้จากการศึกษานี้มาวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

1. ลักษณะความเสียหาย

การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย คือ การกระทำอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดกฎหมายได้กำหนดเรื่องการให้ความคุ้มครองในเรื่องการชดเชย หรือกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการกระทำการละเมิดขึ้นกับฝ่ายหนึ่ง โดยผลของการกระทำละเมิดนั้นนำไปสู่เรื่องของการฟ้องร้องบังคับคดีให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน กรณีที่มีการกระทำอันก่อให้เกิดการเสียหายขึ้น

1.1 สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกำหนดจากบทบัญญัติมาตรา 420 ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นจากการกระทำละเมิด โดยหลักการที่ว่าบุคคลอื่นได้รับความเสียหายนั้น ทำให้เสียหายแก่สิทธิ หรือเป็นการล่วงสิทธิของบุคคลอื่นนั่นเอง และสิทธิที่ระบุไว้นั้นจึงเห็นได้ว่าสิทธิทั้งหมดนี้ล้วนมีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาดดังนั้น โดยหลักการตีความตามกฎหมายไทย สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ต้องหมายถึงสิทธิเด็ดขาด คือสิทธิที่จะใช้บังคับบุคคลทั่วไปไม่ใช่สิทธิที่ใช้บังคับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะจงใจเท่านั้น สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย เช่น สิทธิในเรื่องชื่อเสียง เกียรติคุณ สิทธิในการใช้ชื่อ สิทธิในความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิในทางทำมาหากิน ดังนั้นการชักจูงให้บุคคลอื่นไม่ให้ซื้อสินค้าของร้านค้าใด หรือการ

กลั่นแกล้งไม่ให้เขาดำเนินธุรกิจได้ตามปกติก็ต้องถือว่าเป็นการทำให้เกิดเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่ง
อย่างไร ส่วนความเสียหายที่เป็นผลจากการล่วงสิทธิก็คือรายได้ที่ต้องขาดไปนั่นเอง

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติถึงสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดไว้ในมาตรา 823 และ
มาตรา 826 แต่ไม่สามารถครอบคลุมถึงปัญหาต่างๆ ได้ทั่วถึง เช่นสิทธิในบุคลิกภาพ สิทธิบัตร
หรือกรณีอื่นที่เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ศาลสูงของเยอรมันจึงได้พัฒนาโดยตีความ
คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ให้ครอบคลุมถึงสิทธิต่างๆ โดยเฉพาะความเสียหายในทางธุรกิจ
โดยแท้ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าจะมีความเป็นธรรมดา หากมีการคุ้มครองถึงโดยศาลได้ตีความคำว่า “สิทธิ
อย่างหนึ่งอย่างใด” หมายถึงสิทธิในชื่อ และสิทธิในการก่อตั้ง และดำเนินธุรกิจ โดยถือว่าสิทธินี้เป็น
สิทธิที่ศาลสร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองกิจการทางพาณิชย์มิให้ประโยชน์ที่ผู้ประกอบการควรจะได้รับถูก
ละเมิด แม้ว่าการค้านั้นจะเพียงมีการแข่งขันกันในระบบเสรีนิยม แต่บุคคลก็ไม่ควรถูกล่วงละเมิด
สิทธิดังกล่าว แต่การใช้ก็ยังมิช้อระวังมากกว่าการคุ้มครองทรัพย์สินตามปกติ ซึ่งศาลยังคงยึดหลักนี้
อยู่ หากมีการกระทำอื่นๆ ครอบงำประกอบละเมิดตามมาตรา 823 วรรคหนึ่ง ศาลก็จะให้ชดใช้ค่า
สินไหมทดแทน นอกจากนี้ศาลเยอรมันยังตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” รวมไปถึงสิทธิใน
ความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) และยังรวมถึงมูลค่า และสิทธิซึ่งกฎหมายกำหนดคุ้มครองจาก
การอันมิชอบด้วยกฎหมายสิทธิต่างๆ เหล่านี้จึงเป็นสิทธิเด็ดขาดตามแนวคิดของศาลเยอรมัน

ส่วนกฎหมายเดิมของอังกฤษละเมิดแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ การละเมิดสิทธิ
โดยทั่วไป (Trespass) และการละเมิดสิทธิโดยเฉพาะ (Action on the Case) ตามแนวคำอธิบายทาง
ตำราที่มีนักวิชาการอธิบายในเรื่องสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองว่าสิทธิที่กฎหมายอังกฤษคุ้มครอง
ได้แก่ สิทธิในบุคลิกภาพ สิทธิในทางทรัพย์สิน และสิทธิในทางร่างกาย ซึ่งไม่รวมถึงการผิดสัญญา
เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอื่น คือให้ความคุ้มครองสิทธิโดยเด็ดขาดเท่านั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าสิทธิที่ผู้เสียหายจะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำละเมิดตาม
กฎหมายนั้นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของประเทศในระบบซีวิลลอว์ หรือประเทศในระบบคอม-
มอนลอว์ สิทธินั้นต้องเป็นสิทธิเด็ดขาด เท่านั้น

1.2 ความเสียหายต่อสิทธินอกทรัพย์สิน

นอกจากความเสียหายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในบางกรณีการกระทำเดียวกันอาจ
ก่อให้เกิดความเสียหายอีกประการหนึ่งคือ ความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ซึ่งส่วนใหญ่
มักเป็นความเสียหายต่อความรู้สึก หรือความเสียหายต่อจิตใจของผู้เสียหายศาลไม่สามารถจะ
เปรียบเทียบเอาความเสียหายนั้นๆ กับจำนวนเงินเพื่อเป็นการทดแทนให้แก่ผู้เสียหายได้ แต่ตาม
กฎหมายไทยได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนในมาตรา 446 ให้ศาลต้องกำหนดค่าเสียหายเหล่านี้แก่

ผู้เสียหาย นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความคิดเห็นการทดแทนหรือชดเชยความเสียหายก็ควรต้องเป็นการกำหนดเป็นตัวเงินนั่นเอง แต่ประการสำคัญคืออะไรตัวกำหนดค่าเสียหายในแต่ละกรณี

1.2.1 ความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้

จากการศึกษาความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้นั้นตามบัญญัติของกฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ว่ากรณีที่ทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกาย หรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ชื่อเสียงก็ดีผู้เสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ ซึ่งการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่าการพิจารณาให้มีการชดเชยค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินนั้นมีกรอบจำกัดเฉพาะเป็นความเสียหายแก่ร่างกาย อนามัย หรือทำให้เสียชื่อเสียงเท่านั้น ส่วนความเสียหายต่อชื่อเสียง เกียรติคุณย่อมเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินที่สามารถเรียกค่าเสียหายตามหลักทั่วไปในมาตรา 438 อยู่แล้ว (ไพจิตร ปุญญพันธุ์, 2539, หน้า 158) ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอันเกิดจากการกระทำที่เป็นความเสียหายแก่ร่างกายได้แก่ ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานของบาดแผลการสูญเสียอวัยวะ หรือทุพพลภาพอันเป็นเหตุกระทบกระเทือนถึงจิตใจของผู้เสียหาย หรือก่อให้เกิดการสูญเสียอื่นๆ เช่น สามีหรือภรรยาทอดทิ้งไปเกิดความชอกช้ำใจ หรือเสียสุขภาพจิตไม่ว่าจะเป็นความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นในปัจจุบันหรือในอนาคต

1.2.2 ความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้

ส่วนความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินในบทบัญญัติของกฎหมายไทย บัญญัติว่า “อนึ่ง หญิงที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดศีลธรรมแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้” คำว่า ทำนองเดียวกันนี้มีความหมายถึงค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้เรียกร้องได้เฉพาะความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดอันเป็นความผิดอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ถึงมาตรา 287 ในความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอันเกิดจากการกระทำดังกล่าว ดังเช่น การอับอายขายหน้า การถูกเหยียดหยาม คุณค่าความเป็นสาวที่ตกต่ำลงในทางการพิจารณาของศาลต้องเป็นการที่ผู้เสียหายได้มีการเรียกร้องในคำฟ้องศาลจึงจะมีอำนาจพิจารณาให้ และการที่ศาลจะให้ตามฟ้องประการใดเพียงใด หรือจะไม่ให้เลยก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปในมาตรา 438 ซึ่งกฎหมายให้เป็นดุลพินิจของศาลอย่างกว้างขวาง

ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินดังกล่าวกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าจะเป็นการใด โดยเฉพาะเจาะจง และผู้เสียหายจะใช้สิทธิเรียกร้องหรือไม่ก็ได้ และสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา 446 นี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เสียหาย โดยกฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า “สิทธิเรียกร้องนี้ไม่อาจโอนกันได้และไม่สืบทอดไปยังทายาท” เนื่องจากโดยสภาพความเสียหายย่อมติดตัว

ผู้เสียหายอยู่ตลอดไปอย่างแน่นอน และในประการสำคัญหากผู้เสียหายไม่ตั้งใจเรียกร้องในค่าเสียหายส่วนนี้ ผู้อื่นย่อมไม่มีสิทธิจะเรียกร้องแทนได้เว้นแต่ผู้เสียหายได้มีการเรียกร้องกันไว้แล้วในทางสัญญาหรือในทางศาลทายาทจึงจะสืบสิทธินั้นไป

2. วัตถุประสงค์ของความรับผิดชอบละเมิด

คำว่า ค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 438 วรรคสอง ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้เกิดขึ้นด้วยกฎหมายละเมิด จึงมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์หรือหน้าที่ดังนี้ กฎหมายละเมิดกำหนดขึ้นสำหรับการกระทำ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นพฤติกรรมที่ต่อต้านสังคมความรับผิดชอบในกฎหมายละเมิดความผิดในทางแพ่ง ซึ่งมีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียว หรือหลายบุคคลก็ได้ การกระทำละเมิดเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายลักษณะละเมิดกำหนดให้ชำระมัดระวังต่อบุคคลทั่วไป กฎหมายละเมิดจึงมุ่งแก้ไขเยียวยาความเสียหายของเอกชน ไม่ใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ การชดใช้เยียวยาทางละเมิดนั้นจึงเป็นกำหนดให้ผู้เสียหายฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายของผู้กระทำละเมิด โดยสรุปวัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดก็เพื่อแก้ไขความสูญเสีย และชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายให้บุคคลที่ได้รับ ความเสียหายเนื่องจากการกระทำของบุคคลอื่น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายละเมิดในประเทศไทยแล้วค่าเสียหายจึงได้แก่การคืนทรัพย์สินรวมถึงค่าเสียหายอันพึงบังคับใช้หากจะถือว่าค่าเสียหายหมายถึงเงินที่ใช้แก่เจ้าหน้าที่เท่านั้นแล้วที่ว่าการเสียหายก็คือค่าสินไหมทดแทนค่าสินไหมก็คือ ค่าเสียหายที่ย่อมเป็นการถูกต้อง แต่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมิได้หมายถึงเฉพาะเงินอันเป็นค่าเสียหายแต่หมายถึงการคืนทรัพย์สิน การชดใช้ราคาตลอดจนการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งมีความหมายโดยกว้างว่าค่าเสียหายนั้นค่าสินไหมทดแทนจึงกินความหมายของค่าเสียหายแล้วยังรวมถึงการคืนทรัพย์สินการใช้คืนทรัพย์สินอีกด้วย

ค่าเสียหายจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของค่าสินไหมทดแทนหรือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าค่าเสียหายก็เป็นค่าสินไหมทดแทนอย่างหนึ่งนั่นเอง ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 222 แห่งกฎหมายลักษณะหนี้ได้บัญญัติไว้ให้เจ้าหน้าที่เรียกเอาจากลูกหนี้เพื่อทดแทนความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตราดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นมูลความรับผิดชอบตามสัญญา และการที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามสัญญาได้นั้น ย่อมจะต้องมีการก่อกันสัมพันธ์กันระหว่างเจ้าหน้าที่และลูกหนี้มาก่อน ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของสัญญาที่มีผลสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ กล่าวคือความรับผิดชอบตามสัญญาจะต้องมีการทำข้อตกลงกันเพื่อ

ปฏิบัติการชำระหนี้ได้อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ตกลงกันได้ และมีการผิดสัญญาทำให้เจ้าหนี้เสียหายจึงมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้จากลูกหนี้ นั้นได้ แต่สำหรับมูลค่าความผิดเพื่อละเมิดจะเห็นได้ว่าผู้ทำละเมิด และผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องมีนิติสัมพันธ์กันมาก่อน ไม่มีการตกลง หรือคาดคะเนผลแห่งละเมิดแต่ประการใด ความรับผิดเพื่อละเมิด จึงมีผลต่อทุกคนที่อาจเข้ามาเป็นผู้เสียหายได้ และจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากละเมิดทั้งสิ้นตามมาตรา 438

สำหรับวัตถุประสงค์ของการใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมูลค่าความรับผิดตามสัญญาจะพบว่าเพื่อให้เจ้าหนี้ได้คงคืนสภาพ และได้ผลเหมือนอย่างว่าได้มีการชำระหนี้อย่างครบถ้วน แต่ในขณะที่มูลค่าความรับผิดเพื่อละเมิด การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามมาตรา 438 ก็เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ไม่ว่าจะโดยคืนทรัพย์สิน การใช้ระคาทรัพย์ หรือการใช้เงินค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ ที่เกิดจากการละเมิดแต่เพียงอย่างเดียว

ตามกฎหมายของประเทศในระบบคอมมอนลอว์ ความรับผิดฐานละเมิดพัฒนามาจากหลักเกณฑ์ความรับผิดทางอาญาเป็นสำคัญ ซึ่งเริ่มขึ้นจากการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความรู้สึกนึกคิดและศีลธรรมอันดี โดยใช้มาตรฐานกฎหมายศีลธรรมอันดีของประชาชนมาเป็นเครื่องชี้ว่าสิ่งใดเป็นละเมิด ดังนั้นในบางประเทศของกลุ่มกฎหมายสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา จึงได้พัฒนาหลักเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายที่จะเป็นการลงโทษโดยใช้ค่าเสียหายดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องในการละเมิดเป็นเครื่องมือในการลงโทษคล้ายกับโทษทางอาญา กล่าวคือศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษแก่ผู้ถูกทำละเมิดเป็นจำนวนมากมาเทียบกว่าความเสียหายที่แท้จริงการที่ศาลกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษก็เพื่อที่จะให้บรรล่วัตถุประสงค์จากการกระทำละเมิดจึงเป็นการกำหนดค่าเสียหายเหล่านี้เป็นการสนับสนุนให้เหยื่อ (ผู้เสียหาย) ที่รู้สึกต้องการแก้แค้นผู้กระทำผิดได้รับความพอใจโดยถูกต้อง และเป็นการป้องกันการที่ผู้เสียหายจะทำการแก้แค้นด้วยตนเอง ซึ่งอาจจะทำให้สังคมเกิดความไม่สงบสุขเป็นการลงโทษผู้กระทำผิด เพื่อชดเชยสำหรับการกระทำผิดของเขาเป็นการป้องกันจากการรับโทษซ้ำเนื่องจากการกระทำผิดของเขา ถ้าการกำหนดค่าสินไหมทดแทนขึ้นอยู่กับความสูญเสียที่เป็นตัวเงินต่อ โจทก์เท่านั้นก็จะต้องปล่อยผู้กระทำผิดที่อยู่ในฐานะทางการเงินอย่างเดียวกันไป เสมือนว่าเขาไม่ได้กระทำละเมิดศาลก็อาจจะต้องการกำหนดการป้องกันให้มากขึ้นเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างศาลอุทธรณ์ได้ให้เหตุผลว่าเพื่อป้องกันบุคคลอื่นมิให้กระทำตาม โดยเอากรณีของจำเลยเป็นตัวอย่างศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพื่อว่าจำเลยจะได้คืนทรัพย์สินที่ได้มาโดยไม่สุจริตให้

3. หลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหาย

การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้มากที่สุดไม่ว่าจะโดยการคืนทรัพย์สิน การชดใช้ราคาทรัพย์สิน หรือการจ่ายเงินค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดจากการละเมิดตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

สำหรับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 438 ถึง มาตรา 447 โดยมีมาตรา 438 เป็นมาตราซึ่งบัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด” เป็นบทบัญญัติหลักทั่วไปในการกำหนดให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนมีความสำคัญเทียบได้กับมาตรา 420 อันเป็นแม่บทลักษณะละเมิดในลักษณะ 1 ว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิด แต่ยังมีบทบัญญัติต่อไปจนถึงมาตรา 447 จึงเห็นได้ว่า ถ้ากรณีตกอยู่ในบังคับของมาตราใดโดยเฉพาะก็ต้องพิจารณาตามบทบัญญัตินั้น กรณีนอกจากบทบัญญัติเฉพาะเรื่องก็ต้องพิจารณาตามบททั่วไปตามมาตรา 438

3.1 หลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน

บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะละเมิดนอกจากมาตรา 438 อันเป็นบททั่วไปแล้วยังมีมาตราอื่นๆ กำหนดไว้ถึงความเสียหายเฉพาะอย่าง ซึ่งกฎหมายลักษณะละเมิดได้กำหนดรายละเอียดวิธีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นกรณีเฉพาะเรื่องนั้นๆ อยู่แล้ว ฉะนั้นหากกรณีมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว และสามารถปรับบทได้กับบทบัญญัติในมาตราใด การกำหนดค่าสินไหมทดแทนก็จำเป็นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรานั้น แต่หากไม่สามารถปรับบทได้กับมาตราใดแล้ว ก็ต้องพิจารณาการกำหนดวิธีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังที่ระบุในมาตรา 438 แทน แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่า เมื่อได้เรียกค่าสินไหมทดแทนในบทบัญญัติเฉพาะเรื่องที่กฎหมายกำหนดรายละเอียดไว้แล้ว ผู้เสียหายจะไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายแต่อย่างใด ตามบทบัญญัติในมาตรา 438 วรรค 2 อีกกล่าวคือ ผู้เสียหายจะเรียกค่าสินไหมทดแทนทั้งตามที่ระบุไว้ในบทเฉพาะเรื่อง และบททั่วไปในมาตรา 438 วรรค 2 อีกด้วยก็ได้ หากปรากฏว่าค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับยังมาครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายก็เพื่อให้เขากลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนหนึ่งไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น หรือให้ใกล้เคียงกับฐานะเดิมให้

มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่เนื่องจากการทำให้เขากลับสู่ฐานะเดิมนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย และไม่อาจจะทำได้ทุกกรณีไป หากไม่มีทางอื่นก็ต้องใช้เงินอันเป็นวิธีที่ชดใช้ได้ทั่วไปในเมื่อไม่สามารถหาวิธีอื่นได้ดีกว่านั้น

อย่างไรก็ดี ในเรื่องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จะเห็นได้ว่า ในบางครั้งการทำให้ความเสียหายที่เสียไปให้กลับคืนมาอย่างเดิม แม้ในเรื่องความเสียหายที่คิดเป็นเงินได้จะให้มีทดแทนความเสียหายให้กลับคืนมาอย่างเดิมได้ก็ยากอยู่ เพราะความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้วจะแก้ไขให้หมดไปเหมือนอย่างเดิมนั้นเป็นเรื่องวิสัย ผู้เสียหายจึงได้รับแต่สิ่งตอบแทน เช่นคิดราคาค่าเงินจำนวนเท่าราคาของสิ่งของที่ถูกทำลายไปนั้น ไม่ใช่ว่าผู้เสียหายจะได้ของที่มีสภาพอย่างเดียวกับของเดิมจริงๆ ฉะนั้น การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงไม่ไม่หมายความว่า ลบล้างความเสียหายนั้นออกได้หากแต่เพียงให้สิ่งตอบแทนให้สมกับความเสียหาย คือให้ผู้เสียหายได้รับความพอใจที่แทนความเสียหายที่เกิดขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการทดแทนความเสียหายนั่นเอง ซึ่งการทดแทนความเสียหายก็เป็นกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งเป็นได้ตั้งแต่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือการใช้ราคาทรัพย์สินนั้นรวมทั้งค่าเสียหายอันพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดจากการกระทำละเมิด ดังปรากฏในมาตรา 438 วรรค 2 นั้นเอง

3.1.1 การคืนทรัพย์สิน หมายถึง อันจะต้องเสียไปเพราะละเมิดกรณีผู้เสียหายไปโดยอำนาจทั้งนี้ไม่ว่าผู้กระทำละเมิดจะมีเจตนาทุจริตหรือไม่ก็ตามย่อมเป็นละเมิดผู้กระทำละเมิดย่อมจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของอย่างไรก็ดี ในบางครั้งอาจมีกรณีที่ไม่สามารถคืนทรัพย์สินนั้นได้ เพราะทรัพย์สินถูกทำลายไปเสียก่อนก็ดี ทำลายทรัพย์สินนั้นอันเป็นการละเมิดก็ดี ก็ต้องชดใช้ด้วยประการอื่น

3.1.2 การใช้ราคาทรัพย์สิน หมายถึง กรณีที่ไม่สามารถคืนทรัพย์สินนั้นได้ เพราะทรัพย์สินนั้นถูกทำลาย บุกสลาย หรือสูญหายไปแล้ว และจะชดใช้ด้วยประการอื่น โดยหาทรัพย์สินชนิด และแบบเดียวกันมาทดแทนให้ก็ไม่ได้ เนื่องจากมีชิ้นเดียวในโลก หรือเป็นทรัพย์สินประจำตระกูล ฯลฯ ในกรณีนี้จึงจำต้องมีการใช้ราคาทรัพย์สินทดแทนกัน

3.2 ค่าเสียหายอันพึงบังคับให้ใช้

การบังคับให้ชดใช้เป็นเงินเพื่อให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นหมดสิ้นไป ความเสียหายที่จะต้องชดใช้นั้นต้องเป็นผลของกรรมละเมิด จึงจะถือเป็นความเสียหายที่กรรมละเมิดก่อให้เกิด และจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามมาตรา 420 ความเสียหายที่ก่อขึ้นแยกได้ 2 อย่าง คือ

3.2.1 ความเสียหายเป็นเงินเป็นทอง เช่น ทำให้ตัวทรัพย์สินเสียหายคิดมูลค่าได้เป็นค่าซ่อมให้คืนดี ค่าเสื่อมราคา หรือ เสียหายจากการขาดประโยชน์อันพึงจะได้ค่าขาดไร้อุปกรณ์ ค่าขาดแรงงาน ซึ่งคำนวณเป็นราคาได้

3.2.2 ความเสียหายที่ไม่เป็นเงินทอง ติราคาไม่ได้ เช่น ทำให้ร่างกายพิการถูกตัดแขนตัดขา เพราะกระดูกหักเนื่องจากถูกรถยนต์ชน ทำให้เสียอนามัย ทนทุกข์ทรมาน เสียเสรีภาพโดยถูกกักขัง ถูกหมิ่นประมาท ถูกค่า เหล่านี้ไม่มีราคาที่จะคำนวณเป็นตัวเงินได้ แต่ก็เป็นการเสียหายที่บังคับให้ใช้ได้

ในการกำหนดให้ใช้เงินค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่าใดเพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ศาลมีอำนาจกำหนดให้ใช้เพียงใดก็ได้ตามสมควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิดดังที่บัญญัติในมาตรา 438 วรรคแรก ค่าเสียหายจึงไม่จำกัดเท่ากับความเสียหาย ศาลอาจกำหนดเป็นการลงโทษให้ใช้มากกว่าที่เสียหายจริงก็ได้ หรือตามพฤติการณ์ควรให้จำเลยใช้น้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยจำเลยไม่ควรรับผิดชอบในความเสียหายทั้งหมด ศาลจะให้ใช้บางส่วนก็ได้ หรือศาลอาจกำหนดเป็นการประมาณความเสียหายที่จำเลยต้องรับผิดชอบก็ได้

กล่าวให้ชัด ก็คือ ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย โดยดูจากพฤติการณ์แห่งละเมิด เช่น ในการทำละเมิดแต่ละรายอาจมีเหตุผลอันก่อให้เกิดความเสียหายได้หลายเหตุอยู่ร่วมกัน เหตุเหล่านี้ย่อมต้องนำมาคำนึงในการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบ ดังนี้ศาลอาจกำหนดให้ผู้ทำละเมิดใช้ค่าเสียหายเฉพาะส่วนที่ตนก่อความเสียหายก็ได้ หรือหากผู้กระทำละเมิดทำไปโดยความจำเป็น ศาลก็อาจยกเว้นความรับผิดชอบเสียเลยก็ได้ เป็นต้น หรือกรณีศาลกำหนดค่าเสียหายโดยวินิจฉัยจากความร้ายแรงแห่งละเมิด ก็ดูจากลักษณะของการกระทำว่ามีความร้ายแรงมากน้อยเพียงใด เช่น ผู้กระทำละเมิด ได้กระทำละเมิดเพียงครั้งเดียวหรือหลายครั้ง กระทำละเมิดโดยทำร้ายจนได้รับอันตรายสาหัส กระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน หรือโดยทรมาน หรือทารุณ โหดร้ายเสียหายหรือไม่ แล้วจึงกำหนดค่าเสียหายให้มาก หรือน้อยตามความร้ายแรงนั้น ซึ่งจุดนี้เอง ศาลจึงอาจจะกำหนดค่าเสียหายให้ผู้กระทำละเมิดมากกว่าที่ผู้เสียหายเสียหายจริง เพื่อเป็นการลงโทษด้วยก็ได้ เพราะมาตรา 438 เปิดช่องไว้แล้ว ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 336/2475 อย่างไรก็ดีมีนักกฎหมายบางท่าน เห็นว่าการกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาจากความร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438 นี้ มิใช่การลงโทษผู้กระทำผิด แต่เพียงเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในการชดใช้ค่าเสียหายตามธรรมชาติบางส่วนถือเป็นวิธีชดเชยที่เป็นอุดมการณ์ คือ เป็นการกระทำให้กลับไปสู่ฐานะเสมือนได้มีอยู่ก่อนเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความเสียหาย หรือฐานะเดียวกัน แต่การใช้ค่าเสียหายตามธรรมชาตินี้ยากที่จะกระทำได้ เพราะเหตุว่าเป็นการยากที่จะทำความเสียหายให้หมดโดยย้อนหลังขึ้นไป เช่น การชดเชยการที่ไม่ได้ใช้ทรัพย์สินที่เอา

ไปจนถึงวันที่ศาลพิพากษา นอกจากนี้การกลับคืนสู่ฐานะเดิมอาจจะเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไป ศาลจึงสั่งให้ค่าเสียหายเป็นเงิน การที่ศาลจะกำหนดเงินค่าเสียหายมากกว่าที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายจริงอันเป็นการลงโทษผู้กระทำการละเมิดนั้นไม่สามารถทำได้ ทั้งนี้มีเหตุผลคือ การจะเอาความผิดในทางกฎหมายแพ่งไปปนกับกฎหมายอาญาที่ประสงค์จะลงโทษคนเพราะความชั่วไม่ได้ กฎหมายแพ่งนั้นมีความประสงค์จะเจี่ยความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ระหว่างผู้กระทำละเมิด และผู้ได้รับความเสียหายตามความยุติธรรม ฉะนั้น ความเสียหายที่แท้จริงจึงเป็นความเสียหายสูงสุดที่ศาลจะพึงให้ผู้กระทำละเมิดชำระได้ แต่ศาลย่อมมีอำนาจลดให้น้อยลงไปได้มาตรา 438 ศาลจะให้ผู้กระทำละเมิดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นการลงโทษในทางแพ่งไม่ได้ การกำหนดให้ใช้ค่าเสียหายนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ได้รับความเสียหายไม่ได้มุ่งหมายที่จะให้ผู้ก่อความเสียหายได้รับความทุกข์ทรมาน

ความคิดเห็นของผู้เขียน อาจมีกรณีที่ศาลกำหนดค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษผู้ทำละเมิดได้ แม้ตามกฎหมายไทยจะเป็นระบบชีวิตล่อว์ และแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายเพื่อลงโทษผู้ละเมิดจะเป็นของระบบคอนมอนล่อว์ที่มีความคิดทางอาญาเจือปน แต่ในทางปฏิบัติบางครั้งศาลไทยก็กำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย โดยนำแนวคิดของทั้งสองระบบมาผสมกันดังตัวอย่างพิพากษาฎีกาที่ยกมากล่าวถึงข้างต้น แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าน่าจะมีแต่ในกรณีที่มีการกระทำละเมิดโดยจงใจ โดยอุกอาจ ใด่ร่ตรงไว้ก่อน หรือโดยทรมานหรือทารุณโหดร้าย ฯลฯ เท่านั้น ส่วนกรณีประมาทเลินเล่อไม่น่าจะมีการกำหนดค่าเสียหายเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดได้ เนื่องจากในทางอาญาการลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องพอใจว่าการกระทำนั้นทำไปด้วยเพราะเจตนาที่ชั่วร้าย (Harmful Tendencies) และเป็นการลงโทษเพื่อยับยั้งการทำผิดในอนาคตอันเป็นเรื่องของเจตนากระทำผิดในทางอาญา ส่วนกรณีประมาทเลินเล่อก็อาจมีลงโทษในทางอาญาได้เช่นกัน เพราะเป็นเรื่องของประโยชน์ตามกฎหมายที่รัฐมุ่งจะคุ้มครองแต่ในกรณีความรับผิดชอบทางแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชน และการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อส่วนใหญ่เป็นเรื่องของอุบัติเหตุ (Accident) ผู้กระทำละเมิดไม่ได้มีเจตนาที่ชั่วร้ายแต่ประการใดอาจทำละเมิดไปโดยขาดความระมัดระวังตามควรเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ยังไม่น่าที่จะเป็นการกำหนดค่าเสียหายเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดได้

นอกจากนี้ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายของผู้ถูกระทำละเมิดนั้นหาได้จำกัดอยู่เพียงการคืนตัวทรัพย์สินหรือการไ้ช้ราคา และการชดใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 438 แต่อย่างใดไม่ อาจมีทางอื่นที่จะจัดการทำให้เสียหายถูกลบล้างเสียได้ กล่าวคือในบางกรณีวิธีการดังกล่าวข้างต้นก็ยังไม่เพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายได้ หรือสภาพของสิทธิอันมีวิธีบังคับอย่างอื่นใด เพื่อให้ผลของการละเมิดสิ้นไป นอกจากการไ้ช้เงินแทนราคาทรัพย์สิน หรือเป็น

ค่าเสียหาย ศาลอาจบังคับให้ใช้เงินรวมทั้งบังคับวิธีอื่นตามสภาพของสิทธิด้วยก็ได้ เช่น ห้ามกระทำต่อไปซึ่งการกระทำอันเป็นละเมิด ห้ามใช้ทรัพย์สินของผู้เสียหาย ซึ่งผู้กระทำละเมิดไม่มีสิทธิใช้ เนื่องจากผู้เสียหายได้บอกเลิกสัญญาเพราะผู้ทำละเมิดผิดสัญญาไปแล้วขอให้ถอนการจดทะเบียนชื่อบริษัทที่ผู้ทำละเมิดใช้ชื่อกับของผู้เสียหาย

ในกรณีที่ผู้ถูกทำให้เสียหายแก่ชื่อเสียงตามมาตรา 423 โดยการกล่าว หรือไขข่าวแพร่หลาย ซึ่งข้อความที่ไม่เป็นความจริงนั้น เพียงการชดใช้เป็นตัวเงินให้แก่ผู้กระทำละเมิดที่ต้องเสียชื่อเสียงนั้นไม่สามารถที่จะเยียวยาความเสียหายของเขาได้ กล่าวคือ ชื่อเสียงเกียรติคุณของเขาก็ยังไม่อาจกลับคืนดีดังเดิมได้ หากการกล่าว หรือไขข่าวแพร่หลายได้กระทำโดยการลงหนังสือพิมพ์ วิธีการเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้รับความพอใจ อันเป็นการทดแทนความเสียหายนั้นก็อาจใช้วิธีการประกาศแก้ข่าว หรือขอขมากันให้แก่เอกชน หรือสาธารณชนทราบด้วยการลงข่าว รวมทั้งจ่ายค่าเสียหายเป็นตัวเงินอีกต่างหากด้วยก็ได้ ตามมาตรา 447 เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการกำหนดค่าสินไหมทดแทนมีความหมายใกล้เคียงกันแต่คนละเวลา คือค่าเสียหายเกิดขึ้นเมื่อมีการเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งเมื่อมีการเสียหายก็คิดค่าเสียหายเท่ากับจำนวนเงินที่เสียหายแต่ค่าสินไหมทดแทนเกิดตามมาทีหลัง คือต้องมีการเสียหายก่อนจึงจะมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนได้ และค่าสินไหมทดแทนอาจจะไม่เท่ากับค่าเสียหายค่าสินไหมทดแทนอาจได้น้อยกว่าค่าเสียหายแล้วแต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นว่าส่งผลมากน้อยเพียงไหน และค่าสินไหมทดแทนอาจจะกินไปถึงค่าเสียหายในอนาคตด้วย เช่น การทุพพลภาพ ซึ่งผู้เสียหายจะเสียหายเสียโอกาสในการประกอบอาชีพ ดังนั้นผู้ทำให้เสียหายต้องจ่ายสินไหมทดแทน ค่าเสียหายเกิดจากการกระทำที่สิ่งของไม่เหมือนเดิม เช่น ในกรณีรถชนกันมูลค่าแต่ความเสียหาย ส่วนค่าสินไหมทดแทน กรณีผิดสัญญาหมั้น (หญิง) ชายเรียกของหมั้นเดิมคืน และเรียกค่าสินไหมทดแทนจากชายอื่นที่เป็นสาเหตุในการบอกเลิกสัญญาหมั้น

3.3 หลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงิน

จากความเสียหายที่เป็นเงินเป็นทอง เช่น ทำให้ตัวทรัพย์สินเสียหายคิดมูลค่าได้เป็นค่าซ่อมแซมให้คืนดี ค่าเสื่อมราคา หรือเสียหายจากการขาดประโยชน์อันจะพึงได้ ค่าขาดไร้อุปการะ ค่าขาดแรงงานซึ่งคำนวณเป็นราคาได้ อีกอย่างหนึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นเงินเป็นทอง ติราคาไม่ได้ เช่น ทำให้ร่างกายพิการถูกตัดแขน ตัดขา เพราะกระดูกหัก เนื่องจากถูกรถยนต์ชนทำให้เสียอนามัย ทนทุกข์ทรมาน เสียเสรีภาพโดยถูกกักขัง ถูกหมิ่นประมาท ถูกด่า เหล่านี้ไม่มีราคาจะคำนวณเป็นตัวเงินได้ แต่ก็ เป็นความเสียหายที่บังคับให้ชดใช้ได้

สำหรับในประเทศอังกฤษก็มีแบ่งประเภทของความเสียหาย (Head of Damage) ที่นำมาสู่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เป็น 2 ประเภท คือ ความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (Pecuniary Loss) และความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (Non-pecuniary Loss) โดยที่ประเภทแรกเป็นการพิจารณาถึงต้นทุนของการซ่อมแซม (The Cost of Restoring) ทรัพย์สินที่ผู้เสียหายมีอยู่เดิมแล้ว ประเมินค่าเสียหายตามมูลค่าที่ลดน้อยลงของทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้เสียหาย ส่วนประเภทหลังเป็นการพิจารณาถึงความเสียหายในบางกรณี เช่น การทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัย (Personal Injury) ย่อมมีความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ด้วย ได้แก่ ความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน (Pain and Suffering) การเสียความสุขหรือความรื่นรมย์เพลิดเพลินในชีวิต (Loss of Amenity) เป็นต้น ซึ่งในบางครั้งอาจกล่าวได้ว่าความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้นี้กำหนดให้ก็เพื่อเป็นการปลอบขวัญ (Solace) ผู้เสียหาย โดยการกำหนดเงินให้แก่เขาเพื่อให้เขาได้รับความพอใจจากการได้มาซึ่งสินค้าหรือการบริการที่เขาชื่นชอบนั่นเอง

เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดแล้ว ก็ย่อมจะต้องมีการบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่กัน ซึ่งเพื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จะเห็นได้ว่าอาจจำแนกการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดออกได้เป็น 2 ลักษณะๆ หนึ่ง คือ ให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินเพราะเป็นความเสียหายแก่สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรา 420 และศาลกำหนดค่าเสียหายให้ได้ตามมาตรา 438 ส่วนอีกลักษณะหนึ่งเป็นการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน

3.3.1 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน

ค่าสินไหมทดแทนประเภทนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางเศรษฐกิจ (Economic Compensation) เป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่มุ่งเน้นเยียวยาความเสียหายที่เป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้เสียหายให้คืนสู่ฐานะเดิม กล่าวคือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายสำหรับบรรดาทรัพย์สินของผู้เสียหายที่ต้องสูญเสียไป เพราะการกระทำอันเป็นละเมิด ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนประเภทนี้จะบังคับให้มีการคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้เสียหายไม่ว่าการสูญเสียนั้นจะเป็นการเสียไปโดยถูกเอาไป หรือถูกทำลายไปก็ตามผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้เสียหายในกรณีที่เป็นผู้ที่เอาทรัพย์สินไป แต่หากกรณีปรากฏว่าไม่สามารถจะคืนทรัพย์สินนั้นได้จึงบังคับให้ชำระค่าทรัพย์สินนั้นแทน นอกจากนี้แล้วยังบังคับให้ต้องชดใช้เงิน สำหรับความเสียหายอย่างอื่นที่เกิดจากการละเมิดนั้นด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่มีบัญญัติอยู่แล้วในมาตรา 438 วรรคสองที่ผู้เขียนได้อธิบายถึงไปแล้วในตอนต้นนั่นเอง

3.3.2 การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นอย่างอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน

สำหรับค่าสินไหมทดแทนประเภทนี้ เป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างอื่นที่มีได้ มุ่งเน้นที่จะเยียวยาความเสียหายในทางเศรษฐกิจอย่างประเภทแรก แต่มุ่งเน้นที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในประเภทอื่นๆ เป็นต้นว่า การจัดการตามควร เพื่อให้ชดใช้เสียงของผู้เสียหาย กลับคืนดีดังเดิม ตามมาตรา 447 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง เมื่อผู้ต้องเสียหายร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้น “จัดการตามควร” เพื่อให้ชดใช้เสียงของผู้เสียหายนั้นกลับคืนดีแทน ให้ใช้ค่าเสียหาย หรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในบางครั้งการเยียวยาความเสียหายโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน หรือการจ่ายค่าเสียหายอย่างเดียวไม่เป็นการเพียงพอ หรือไม่ทำให้ความเสียหายของผู้เสียหายกลับคืนดีขึ้นได้ เนื่องจากเป็นเรื่องการทำให้เสียหายแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณ ดังนั้น การเยียวยาความเสียหายโดยลำพังแต่กำหนดเงินค่าเสียหายจึงไม่เพียงพอต้องทำให้สังคมกลับเข้าใจในทางที่ถูกต้อง โดยการประกาศให้เอกชน หรือสาธารณชนทราบด้วยการลงประกาศหนังสือพิมพ์ หรืออาจจะยึด และทำลายวัตถุที่ก่อให้เกิดการเสื่อมเสียชื่อเสียงนั้นเสีย แต่ทั้งนี้ศาลจะต้องเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดวิธีการดังกล่าวขึ้น เนื่องจากตามมาตรา 447 ไม่ได้กำหนดวิธีการเอาไว้ แต่ทั้งนี้การที่ศาลจะกำหนดวิธีการดังกล่าวให้ผู้เสียหายได้ ต่อเมื่อผู้เสียหายจะต้องร้องขอต่อศาลให้สั่งการดังกล่าวด้วย ถ้าไม่มีการร้องขอศาลจะสั่งให้ไม่ได้ อันเป็นหลักฐานในกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ศาลย่อมไม่พิพากษานอกเหนือเกินไปกว่าที่โจทก์ก็ร้องขอ นอกจากนี้แล้วในบางกรณีอาจไม่ต้องด้วยมาตรา 447 ศาลก็อาจสั่งให้ผู้ต้องรับผิดชอบจัดการตามมาตรา 447 อันเป็นบทใกล้เคียงอย่างยิ่ง (มาตรา 4 วรรคสอง) เช่น กล่าว หรือไขข่าวว่าพ่อค้าขายของเทียมซึ่งไม่เป็นความจริง ศาลก็สั่งให้จัดการตามมาตรา 447 นี้ได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด แม้จะสามารถแยกประเภทได้ 2 ลักษณะดังกล่าวข้างต้น แต่มิได้หมายความว่า การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะจำกัดอยู่เพียงการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น คือการกระทำละเมิดในบางครั้งอาจก่อความเสียหาย ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ครอบคลุมความเสียหายจำต้องมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทั้ง 2 ประเภทประกอบกันดังที่มาตรา 447 ได้บัญญัติไว้ว่า “ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นจัดการตามควร เพื่อให้ชดใช้เสียงของผู้เสียหายนั้นกลับคืนดีแทน ให้ใช้ค่าเสียหาย หรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้” นั้นหมายความว่า การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอาจเป็นกรณีการจัดการตามควรเพื่อให้ชดใช้เสียงของผู้เสียหายนั้นกลับคืนดีแทน ให้ใช้ค่าเสียหายประการหนึ่ง และการจัดการตามควรเพื่อให้ชดใช้เสียงของผู้เสียหายนั้นกลับคืนดีกับ ให้ใช้ค่าเสียหายด้วยอีกประการหนึ่ง

ในทำนองเดียวกันก็มิได้หมายความว่า การชดเชยค่าสินไหมทดแทนจะต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้ง 2 ประเภทประกอบกันทุกครั้งไป เพราะบางกรณีการกระทำละเมิดได้ก่อให้เกิดความเสียหายแต่เพียงประเภทเดียว เช่น ทำให้เขาตายทันทีไม่ต้องเสียค่ารักษาพยาบาล การบุกรุกไปในที่ดินของคนอื่น โดยไม่ได้ทำความเสียหายอะไรอื่นอีก เหล่านี้จะเห็นได้ว่ามีแต่ความเสียหายที่จะมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นอย่างอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สิน หรือกรณีของการลักทรัพย์ของผู้เสียหายไปข่มขืนชดเชยค่าสินไหมทดแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน หรือกรณีของการลักทรัพย์ของผู้เสียหายไปข่มขืนชดเชยค่าสินไหมทดแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินเพียงอย่างเดียวคือ คินทรัพย์ หรือ ไร่ราคาทรัพย์ ฯลฯ

สำหรับค่าเสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของการชดเชยค่าสินไหมทดแทน เพื่อละเมิดในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน แต่หากพิจารณาตามความมุ่งหมายในการกำหนดค่าเสียหายของแต่ละระบบกฎหมายที่แตกต่างกันหลักการใหญ่ๆ คือระบบชีวิตลอร์ และระบบคอมมอนลอร์ จะเห็นได้ว่าระบบชีวิตลอร์มุ่งหมายให้ผู้ละเมิดชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นในทำนองเดียวกับหนี้ตามสัญญา โดยยึดความเสียหายที่แท้จริงซึ่งผู้เสียหายได้รับเกณฑ์แล้วกำหนดค่าเสียหายไปตามนั้น โดยเหตุผลที่ว่าผู้เสียหายไม่เพียงได้รับการชดเชยเกินกว่าหนี้ที่ผู้ละเมิดมีต่อตน ส่วนระบบคอมมอนลอร์มิได้ยึดมั่นในทฤษฎีว่าด้วยหนี้ ดังนั้นจึงยังมีแนวความคิดทางอาญาเจือปน เพราะนอกจากจะกำหนดให้ผู้ละเมิดชดเชยค่าเสียหายตามความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับแล้ว บางครั้งศาลคอมมอนลอร์อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็นการลงโทษผู้ละเมิดให้แก่ผู้เสียหายอีก โสดหนึ่งด้วยนั่นเอง

4. ขอบเขตของค่าเสียหายต่อสิทธินอกทรัพย์สิน

ประเทศไทยอยู่ในกลุ่มของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายดั่งนั้น โดยหลักการแล้วย่อมจะไม่มีกำหนดค่าเสียหายต่อสิทธินอกทรัพย์สินอย่างทางคอมมอนลอร์เช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายทั้งหลาย ทั้งนี้เพราะแนวความคิดในการกำหนดค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายของชีวิตลอร์ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น เพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุด แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติศาลไทยเคยกำหนดค่าเสียหายในคดีที่ไม่ปรากฏความเสียหายที่มีการชดเชยทดแทน แต่โดยพฤติการณ์ฝ่ายโจทก์น่าจะได้รับความเสียหายจากจำเลย หรือกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนมากเกินกว่าความเสียหายจริงที่โจทก์ได้รับ โดยอาศัย ป.พ.พ. มาตรา 438 ที่ให้อำนาจศาลไว้

การใช้ค่าเสียหายจะเป็นค่าเสียหายใดบ้าง ไม่ใช่กรณีของมาตรา 438 วรรค 2 จะต้องพูดถึง แต่เป็นเรื่องของมาตราต่อๆ ไปเท่าที่กฎหมายไทยจะยอมรับได้ เช่น ค่าเสียหายเพราะเหตุไม่อาจคืนทรัพย์สิน ค่าขาดประโยชน์ หรือกำไรในส่วนที่ตนควรจะได้ ค่าปลงศพ ค่าใช้จ่ายอื่นๆ อันจำเป็นในการปลงศพ ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดไร้แรงงาน ค่าขาดไร้อุปการะ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่เป็นค่าเสียหายที่มองเห็น หรือวัดได้บางอย่างอาจมีใบเสร็จนำมาแสดงบางอย่างไม่อาจโต้แย้งได้ว่ามีจำนวนเท่าใดแน่ ค่าเสียหายเหล่านี้มักกฎหมายเรียกว่าค่าเสียหายเป็นตัวเงิน หรือค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายอันอาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ที่กล่าวเช่นนี้มีได้หมายความว่าไม่มีค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เพราะสภาพของค่าเสียหายย่อมเป็นเงินเสมอ และค่าสินไหมทดแทนอาจไม่เป็นเงินก็ได้ แต่ที่ต้องแยกเป็นค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน และไม่เป็นตัวเงินนั้นเป็นการเรียก เพื่อแบ่งแยกให้เห็นว่าค่าเสียหายบางอย่างคำนวณได้ บางอย่างคำนวณไม่ได้ค่าเสียหายประเภทหลังนี้เองที่ทำให้เกิดเป็นปัญหาขึ้นมากทั้งในระบบคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์ผู้ร่างกฎหมายจะต้องคิดให้รอบคอบว่าจะยอมรับค่าเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้มากน้อยเพียงใดในระบบกฎหมายไทยได้ยอมรับไว้เพียงที่บัญญัติไว้ในมาตรา 446 ซึ่งบัญญัติว่า

ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะต้องเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่โอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาทเว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

อนึ่ง หญิงที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำผิดอาญาเป็นทุรศีลธรรมแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้

ข้อนี้เท่ากับว่า ค่าเสียหายเพื่อทดแทนความเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้มีจำกัด เฉพาะกรณีประทุษร้ายต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีประทุษร้ายต่อชีวิต ทรัพย์สิน หรือชื่อเสียงเกียรติคุณ นักกฎหมายบางท่านเรียกว่าเป็นค่าทำขวัญ หรือค่าเสียหายได้เปล่า ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ปริมาณแห่งค่าเสียหาย และถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของเจ้าหนี้โดยแท้ ผู้ใดจะเรียกร้องแทนก็มิได้ ทั้งมีอาจโอนแก่กันได้เจ้าหนี้ก็ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องแทนลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้เสียหายได้ เช่นลูกหนี้ถูกฟันหน้าเสียโฉม เสียหายจริง 8,000 บาท แต่ศาลอาจจะให้ได้ถึง 10,000 บาท หรือมากกว่านั้น ส่วนที่เกินนั้นจะเรียกว่ากำไรในส่วนของโจทก์ หรือการลงโทษในส่วนของจำเลยก็ได้ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 438 ศาลจะกำหนดให้เท่าใดก็ได้ตามพฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิดก็เหมือนกรณีที่คณะลูกขุนกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษในระบบคอมมอนลอว์นั่นเอง หลักเช่นนี้ประเทศอื่นๆ ในกลุ่มซีวิลลอว์ก็มี เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ อิตาลี หรือญี่ปุ่น ซึ่งกฎหมายของประเทศเหล่านี้เป็นที่มาของกฎหมายละเมิดของไทย แต่ศาลไทย

และศาลของประเทศดังกล่าวไม่สมควรใจที่จะถือว่าเป็นการลงโทษจำเลย ซึ่งก็ไม่มีปัญหาในการให้เหตุผล เพราะเป็นการกำหนดตามกฎหมายศาลเพียงให้เหตุผลซึ่งตามเนื้อความของมาตรา 446 ก็เพียงพอแล้ว ยิ่งกว่านั้นศาลไทยยังสะดวกใจยิ่งขึ้นที่จะกำหนดค่าเสียหายประเภทเดียวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษเพราะหลักวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย โจทก์ต้องขอค่าเสียหายว่าจะเรียกร้องเอาเท่าใด ต้องเสียเงินค่าธรรมเนียมศาลในส่วนที่ตนจะเรียกร้องไม่ว่าจะได้ครบตามจำนวนนั้นหรือไม่ และศาลจะไม่พิจารณาเกินคำขอ ฉะนั้นถ้าโจทก์ถูกพินหน้าเสียโฉม เสียหาย 8,000 บาท และขอค่าเสียหาย 8,000 บาทศาลย่อมไม่ให้ค่าเสียหายตามมาตรา 446 อีก เพราะโจทก์มิได้ขอวิธีปฏิบัติเหล่านี้ อาจแตกต่างในระบบคอมมอนลอว์ที่ศาลอาจพิพากษาเกินคำขอได้บ้าง และเมื่อไม่มีตัวบทเป็นหลักแหล่งให้อ้างอิง ศาลอาจกล่าวในคำพิพากษาว่าที่ให้ก็เพราะเป็นการลงโทษจำเลย

อย่างไรก็ดีมีนักกฎหมายไทยบางฝ่ายมีความเห็นว่า ปพพ.มาตรา 438 ได้ให้อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายโดย “วินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” ดังนั้นศาลจะกำหนดตามความพอใจ โดยไม่มีหลักเกณฑ์ไม่ได้ เพราะมีคำว่า “ตามควร” และ “แห่งละเมิด” กำกับอยู่ ศาลจึงวินิจฉัยความรับผิดชอบของจำเลยเสียก่อน เมื่อจำเลยต้องรับผิดชอบแล้วจึงจะบังคับให้ชดเชย แต่จะชดเชยเพียงใดก็ต้องดูความเสียหายที่เกิดขึ้นพฤติการณ์ และความร้ายแรงของการทำละเมิดมาประกอบกันแล้วกำหนดให้สมควรแก่กรณี การกำหนดไม่จำต้องให้เท่ากับค่าเสียหาย เพราะให้อำนาจศาลที่จะกำหนดตามความร้ายแรงแห่งละเมิด ศาลจึงกำหนดเป็นการลงโทษให้ใช้มากกว่าที่เสียหายจริงก็ได้ หรือตามพฤติการณ์ควรให้จำเลยใช้น้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยจำเลยไม่ควรรับผิดชอบในความเสียหายทั้งหมด ศาลจะให้ใช้บางส่วนก็ได้ หรือศาลอาจกำหนดเป็นการประมาณความเสียหายที่จำเลยต้องรับผิดชอบ แต่ไม่อาจตีราคาเป็นเงินแน่นอน หรือคำนวณเป็นจำนวนเงินแน่นอนได้ เช่น ความเสียหายที่มีชีวิตเงินตามมาตรา 446 ความเสียหายในอนาคต เช่น เสียความสามารถในการทำงาน ขาดไร้อุปการะ เป็นต้น ในกรณีทั่วไปนอกจากค่าสินไหมทดแทนที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะกรณีแล้วมีหลักที่ศาลไทยกำหนดค่าเสียหายตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิดดังนั้น (พจน์ บุษปาคม, 2520, หน้า 458) จึงต้องกำหนดเป็นการลงโทษกำหนดเป็นการประมาณความเสียหาย และกำหนดให้น้อยกว่าเสียหายจริง

4.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิด

ตามหลักกฎหมายไทยผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี จำต้องให้ค่าสินไหมทดแทนนั้นในหลักประการแรกที่ว่ากระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ นั้นในที่นี้หมายความว่ากระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้น

จะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ แม้ผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากกว่าที่เข้าใจถ้าได้ทำโดยที่เข้าใจว่าจะมีผลเสียหายอยู่บ้างแล้ว แม้จะเล็กน้อยเพียงใดก็เป็นการกระทำความเสียหายโดยจงใจอยู่นั่นเอง โดยเหตุนี้การกระทำโดยสุจริตแต่เข้าใจผิดในข้อเท็จจริงไม่เป็นการกระทำที่เสียหายโดยจงใจเพราะหาได้รู้ถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นไม่ ถ้าหากว่าตามความเข้าใจโดยสุจริตนั้นเป็นการที่ผู้กระทำชอบที่จะทำได้โดยไม่เป็นการเสียหายต่อผู้อื่น เช่น นายทรัพย์ของผู้อื่นเพราะเข้าใจผิดโดยสุจริตว่าทรัพย์นั้นเป็นของตนเองยอมไม่จงใจทำความเสียหายแก่ใคร ส่วนจะเป็นประมาทเลินเล่อหรือไม่ อาจเป็นไปได้ส่วนหนึ่งแต่ในขณะเดียวกันต้องเข้าใจให้ชัดเจนไปว่าทำโดยจงใจก็หมายความรวมถึงการกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น และได้กระทำลง โดยรู้ข้อเท็จจริงเหล่านั้นอยู่แล้ว แม้ในใจจริงผู้ทำไม่คิดว่าการที่จงใจกระทำลงไปนั้นจะเกิดความเสียหายก็เป็นการกระทำโดยจงใจเหมือนกันอันเป็นหลักวินิจฉัยการกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้นนั่นเอง

จงใจต่างจากเจตนาตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 เพราะเจตนาต้องมีความมุ่งหมายอันประสงค์ หรือเล็งเห็นผลที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะส่วนจงใจไม่มุ่งหมายต่อผลอันใดโดยเฉพาะเพียงแต่รู้ว่าจะเกิดความเสียหายแก่เขาเท่านั้นพอ เช่น ก. ทำร้าย ข. ถึงตาย ถ้า ก. ทำร้ายโดยเจตนา และ ก. เล็งเห็นผลว่า ข. จะตายในทางอาญาก็เป็นการกระทำที่ตายโดยเจตนาแต่ถ้า ก. ไม่เล็งเห็นผลนั้นแต่ความตายเป็นผลโดยตรงจากการที่ ก. ได้ทำร้าย ข. โดยเจตนา ก. มีความผิดฐานฆ่าคนโดยไม่เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 290 เพราะไม่มีเจตนาฆ่า แต่ในทางแพ่งการกระทำของ ก. เป็นการกระทำโดยจงใจทั้งที่ไม่เป็นฆ่าคนโดยเจตนาในทางอาญา (คำพิพากษาฎีกาที่ 1104/2509) การที่ ก. ทำร้าย ข. โดยรู้ข้อเท็จจริงว่าตนกระทำร้ายร่างกาย ข. แม้ ก. ไม่รู้ว่าจะเป็นอันตรายแก่ ข. ก็เป็นการกระทำแก่ ข. โดยจงใจ ข. จะไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กาย และจิตใจหรือตายก็เป็นการที่ ก. ทำโดยจงใจ

การที่กระโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึงกระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วยระดับความระมัดระวังที่จะสมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐานเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำ ความผิดเสียหายนั้นแตกต่างกับความรับผิดชอบทางสัญญา โดยต้องเปรียบเทียบกันกับบุคคลซึ่งมีความระมัดระวังตามพฤติการณ์ และตามฐานะในสังคมเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหายความระมัดระวังจึงอาจแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์ตามตัวบุคคลไม่แน่นอนคงที่เหมือนกรณีความรับผิดชอบทางสัญญา

คำว่าทำการต่อบุคคลอื่นนั้นหาได้หมายความแต่เพียงการกระทำในทางเคลื่อนไหว อิริยาบถเท่านั้นไม่ หากยังหมายถึงการงดเว้นไม่กระทำอีกด้วยแต่ต้องเป็นการงดเว้นไม่ทำการที่มี

หน้าที่ต้องทำ หน้าที่นี้อาจเกิดจากกฎหมายบัญญัติ เกิดจากสัญญา หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทาง
ข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายก็ได้

หลักที่ว่า “จงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เขาเสียหาย” นี้ก็คือหลักในกฎหมายโรมัน
เรื่อง “ความผิด” ซึ่งหมายถึงความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อต่อตัวสิทธิของบุคคลอื่นนั่นเอง คำว่า
“ความผิด” ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Fault” หรือ “Culpability” และตรงกับภาษาเยอรมันว่า
“Schuld” “ความผิด” เป็นสภาพทางจิตใจของผู้กระทำเป็นเรื่องของความรู้ผิดชอบชั่วดี หรือ
ความสามารถในการใช้วิจารณญาณว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นได้
หรือไม่ ถ้ากระทำทั้งๆ ที่รู้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือละเลย
ไม่ใช้วิจารณญาณ หรือความสามารถของตนเองเพื่อพิจารณาเสียก่อนว่าบุคคลอื่นจะได้รับความ
เสียหายจากการกระทำของตนสังคมจะถือว่าการกระทำอันนั้นน่าตำหนิหรือเป็น “ความผิด” ซึ่ง
ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลอื่นอันเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำนั้น

หลักที่ว่า “กระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย” นั้นถ้ามีกฎหมายบัญญัติชัดเจน เช่น กฎหมาย
อาญาบัญญัติว่าการกระทำอันใดเป็นความผิดก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยไม่มีปัญหา แต่
ความรับผิดฐานละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดเจนว่าการกระทำอันใดถือว่าเป็นการ
กระทำผิดกฎหมายดังเช่นประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 2 คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ในมาตรานี้
หมายความว่าถ้าได้กระทำตามความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคล คือชีวิต ร่างกาย อนามัย
เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิเด็ดขาดอย่างอื่นของบุคคลอื่นเป็นหลักเกณฑ์ประการที่ 3 ซึ่งจะได้
กล่าวต่อไป โดยไม่มีสิทธิ หรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้ทำได้แล้วก็ถือเป็นการกระทำโดยผิด
กฎหมายอยู่ในตัว อีกนัยหนึ่งคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ในมาตรานี้แปลมาจาก “Unlawfully” ใน
ต้นร่างซึ่งใช้ในมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีความหมายในทางปฏิเสธ
เช่นเดียวกับคำว่า “มิชอบด้วยกฎหมาย” ที่ใช้ในมาตรา 421 เท่านั้นเอง

ความรับผิดชอบของ ป.พ.พ. มาตรา 420 ที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้
“ความผิด” ซึ่งหมายถึงการทำให้เสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่นโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อเป็น
เกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดจึงเรียกว่า ไลอะบิลิตี เบซ ออน ฟอลท (Liability
Based on Fault) ซึ่งตามหลักนี้แม้การกระทำของผู้ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น แต่ถ้าเป็นการ
กระทำโดยสุจริตผู้ก่อความเสียหายนั้นก็ไม่ต้องรับผิดเพราะขาดองค์ประกอบทางจิตใจ อย่างไรก็ตาม
เห็นควรกล่าวต่อไปในที่นี้ว่าความคิดที่ว่าความรับผิดทางละเมิดอยู่บนพื้นฐานของ “ความผิด” นี้ได้
ยึดถือกันเรื่อยมาจนถึงปลายศตวรรษที่ 18 และต้นศตวรรษที่ 19 เมื่อเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้น
คนงานในโรงงานอุตสาหกรรมต้องได้รับบาดเจ็บอยู่เสมอจากการทำงานของเครื่องจักรกล
ยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล ยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรก็ก่อให้เกิดความ

เสียหายขึ้นในสังคมเสมอ ถ้ายึดถือแนวความคิดที่ว่าผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมี “ความผิด” คดีเหล่านี้ส่วนใหญ่แล้วผู้เสียหายก็จะไม่ได้รับการเยียวยา

สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในศตวรรษที่ 18 และ 19 ทำให้ศาล และฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปพยายามที่จะลดความแข็งแกร่งของหลักความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด ซึ่งพอจะสรุปได้ว่าวิธีการที่นำมาใช้นั้นมีอยู่ 3 รูปแบบ คือ

โดยการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังไว้สูงมากสำหรับกิจการบางเรื่อง เช่น เจ้าของโรงงานที่ผลิตวัตถุมีพิษ หรือวัตถุอันตรายจะต้องใช้ความระมัดระวังสูงสุดเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คนงาน ซึ่งมีผลทำให้ความรับผิดของเจ้าของโรงงานนั้นใกล้เคียงกับความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ประเทศที่นำรูปแบบนี้ไปใช้ได้แก่อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา โดยการกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานความผิดของจำเลยไว้ และจำเลยมีหน้าที่ต้องนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานซึ่งหลายกรณีก็ถูกกฎหมายกำหนดข้อที่จะนำสืบหักล้างไว้อย่างจำกัดมาก โดยบัญญัติเป็นกฎหมายพิเศษเป็นกรณีๆ ไปว่าในสถานการณ์หรือเหตุการณ์เช่นใดที่จะให้มีการรับผิดอย่างเด็ดขาด คือไม่ต้องพิจารณาว่ามีการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของจำเลยหรือไม่ วิธีการเช่นนี้ประเทศเยอรมันได้นำไปใช้เพราะเห็นว่าความรับผิดเด็ดขาดไม่ได้อยู่ในขอบเขตของความรับผิดทางละเมิด แต่เป็นความผิดตามกฎหมายพิเศษ ซึ่งศาลจะไม่นำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเหล่านี้ไปใช้เทียบเคียง ตัวอย่างความรับผิดเด็ดขาดตามกฎหมายเยอรมัน เช่น ความรับผิดเกี่ยวกับการดำเนินกิจการรถไฟ การติดตั้งท่อ หรือสายไฟฟ้าเพื่อขนส่ง หรือจัดจำหน่ายไฟฟ้า หรือแก๊ส ความเสียหายที่เกิดจากท่อของเหลว ไอน้ำ และก๊าซ การควบคุมยานพาหนะที่เดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล และเครื่องบิน การติดตั้งเพื่อการผลิต และแยกธาตุวัสดุเกี่ยวกับปรมาณู ความรับผิดจากมลภาวะมลพิษของน้ำ ความรับผิดเกี่ยวกับความเสียหายเกี่ยวกับยา ความเสียหายที่เกิดจากสัตว์เลี้ยง เป็นต้น

4.2 หลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหาย

สำหรับหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายไทยนั้นตาม ป.พ.พ. มาตรา 438 วรรคแรกกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าค่าสินไหมทดแทนจะพึงชดใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด การฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิด โจทก์จึงต้องสืบให้ศาลเห็นถึงความเสียหายของโจทก์ได้รับจากการละเมิดของจำเลยศาลจึงจะกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ได้ หากโจทก์ไม่สามารถนำสืบค่าเสียหายให้ศาลเห็นได้การกำหนดค่าเสียหายย่อมต้องเป็นไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 438 วรรคแรก คือศาลจะวินิจฉัยค่าเสียหายโดยพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด

“พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” นั้นคำว่า “พฤติการณ์” ตามพจนานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 หมายความว่าเหตุการณ์ที่เป็นไป คำว่า “ร้ายแรง” หมายความว่า รุนแรง ร้ายแรงเกินควร พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิดจึงหมายถึงเหตุการณ์ที่เป็นไป และความรุนแรงแห่งละเมิด เช่นการละเมิดนั้นผู้กระทำละเมิดแต่ฝ่ายเดียวเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น หรือผู้เสียหายมีส่วนร่วมกระทำละเมิดได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความประมาทเลินเล่อ เป็นไปตามปกติธรรมดา หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการนำสืบให้เห็นถึงค่าเสียหายที่ตนได้รับก็ตามศาลก็หาจำเป็นต้องกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์เต็มตามที่นำสืบได้แต่อย่างใดไม่ ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจ กำหนดค่าเสียหายแก่โจทก์ต่ำกว่าที่ปรากฏจากการนำสืบก็ได้ ดังนั้นไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร โจทก์จึงควรต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงพฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งการละเมิดเสมอจากการวิเคราะห์ ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายในกรณีต่างๆ ดังกล่าวข้างต้นนั้น ด้วยหลักการ และเหตุผลที่ได้มาการวิเคราะห์นี้ผู้เขียนจะ ได้ทำการสรุป และเสนอแนะในแต่ละประเด็นในลำดับต่อไป