



บทที่ 3

ค่าเสียหายในทางละเมิด

ประเภทค่าเสียหาย

เมื่อระบบกฎหมายแตกต่างกัน ทำให้แนวความคิดในการกำหนดค่าเสียหายทางละเมิดเกิดความแตกต่างทั้งในแง่คุณลักษณะของศาลเอง และในลักษณะความเสียหายซึ่งจากระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบ อาจแยกประเภทค่าเสียหายได้เป็น 3 กลุ่ม คือ¹

1. ค่าเสียหายตามความมุ่งหมาย

ค่าเสียหายทางละเมิดอาจแบ่งออกตามความมุ่งหมายในการกำหนดได้เป็น 2 ประเภท คือ ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) กับค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages)

1.1 ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน (Compensatory Damages) เป็นค่าเสียหายในลักษณะ "ค่าสินไหมทดแทน" ที่ผู้ละเมิดจะต้องจ่ายชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย เพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนถูกกระทำละเมิดให้ได้ใกล้เคียงมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ ไม่ว่าจะ เป็นกรณีความเสียหายที่ปรากฏในรูปของตัวเงินค่าใช้จ่าย รายได้ที่ขาดไป หรือความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน¹ การกำหนดค่าเสียหายแบบนี้เป็นหลักเกณฑ์ของ Civil Law ส่วนทาง Common Law ถ้อยหลักการผสมคือจะกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเพื่อลงโทษตอบแทนแก่ผู้ละเมิดด้วย

¹ คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ค่าเสียหายในคดีละเมิด," วารสารกฎหมาย 7 (กุมภาพันธ์ 2526): 28.

ค่าเสียหายแบบนี้เกิดจากแนวความคิดที่ว่าเรื่องละเมิดนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งเรียกว่า "Compensatory idea of tort" ความคิดแบบนี้กำหนดการลงโทษเป็นหน้าที่ของกฎหมายอาญา ส่วนเรื่องการชดเชยค่าเสียหายเป็นหน้าที่โดยเฉพาะของกฎหมายละเมิด ซึ่งแต่เดิมนั้นไม่มีกฎหมายที่เรียกว่าละเมิดหรืออาญาแน่นอนลงไป แต่มีการลงโทษ ปรับปรับ และชดเชยค่าเสียหาย ตามแนวคิดที่เรียกว่า "vengeance idea" กล่าวคือป้องกันมิให้ผู้เสียหายหรือญาติพี่น้องของเขาทำการอาฆาตพยาบาท อันเป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ครั้นสังคมเจริญขึ้นอิทธิพลของปรัชญาโดยเฉพาะของ Stoics และ Aristotle ทำให้คนเริ่มแยกละเมิดออกจากอาญา

ในหนังสือ Nicomachaen Ethic ของ Aristotle นั้น ได้วางแนวกฎหมายละเมิดสัญญาตามหลักความยุติธรรมในเรื่องค่าชดเชยค่าเสียหายที่รู้จักทั่วไปในนามของ corrective justice หรือ rectificatory justice ตามหลักการของ Aristotle นั้นจะเกี่ยวข้องกับเฉพาะปัจเจกชนโดยไม่คิดลงโทษจำเลยเพื่อให้เป็นตัวอย่างในสังคมเหตุผลของเขาจึงไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบต่อสังคม แต่มุ่งต่อการแก้ข้อขัดแย้งเฉพาะบุคคล

ความคิดในแนวนี้ได้แพร่หลายในยุโรปตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 โดย Grotius และ Pufendorf ทำให้ทฤษฎีละเมิดมีพื้นฐานในเรื่องความคิดในเรื่องการแบ่งความเสียหายและแบ่งความเสียหายและชดเชยค่าเสียหายโดยไม่มี การลงโทษ หรือเล่นบท การสอนสั่ง (education role) ทฤษฎีนี้ถ้าวิวัฒนาการสูงสุดอดแล้วจะปรากฏว่ามีการสร้างระบบประกันสังคม โดยมีรัฐเป็นผู้รับผิดชอบ ในที่สุด Fault principle ในละเมิดก็ถูกยกเลิกไปกฎหมายละเมิดสิ้นความหมาย ทฤษฎีเสียหายและประกันสังคมเข้ารับหน้าที่ชดเชยค่าเสียหายไปแทน ตามความคิดแนวนี้ในขณะที่กฎหมายละเมิดยังทำหน้าที่อยู่นั้น การชดเชยค่าเสียหายอาจมีการเปลี่ยนแปลงให้หนักขึ้นได้ตามสถานการณ์เรียกว่า "aggravated damages" ค่าเสียหาย

แบบนี้อาจมากกว่าค่าเสียหายธรรมดา แต่ก็ไม่ใช่ "punitive damage" อยู่นั่นเอง²

ค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทนมีลักษณะสำคัญดังนี้

- 1) เป็นการชดเชยทดแทนความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจริงๆ
- 2) ปกติฝ่ายผู้เสียหายต้องพิสูจน์ความเสียหายที่ตนได้รับให้ปรากฏต่อศาล
- 3) อาจผ่อนชำระค่าเสียหายได้เป็นงวดๆหรือเป็นรายปีลักษณะนี้มีเฉพาะ

ตามระบบคอมมอน ลอว์ ซึ่งเข้าใจว่าภายใต้หลักการที่ถือว่าละเมิดเป็นหนี้ทางแพ่งอย่างหนึ่งจึงย่อมมีการผ่อนชำระค่าเสียหายได้เหมือนหนี้ประเภทอื่นๆ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน (B.G.B.) มาตรา 843, 844, 845 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายค่าขาดรายได้ให้แก่ผู้เสียหายที่ถูกละเมิดแก่ร่างกายหรืออนามัย การจ่ายค่าขาดอุปการะเลี้ยงดูแก่บุคคลที่ 3 ในกรณีผู้อุปการะถูกทำละเมิดถึงตาย และการจ่ายค่าขาดแรงงานแก่บุคคลที่สามนั้นอาจจ่ายเป็นรายปีได้โดยมีหลักประกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 ศาลอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนวนได้ภายในระยะเวลา 2 ปี โดยแก้ไขคำพิพากษา ส่วนทางคอมมอนลอว์ทั้งในอังกฤษและอเมริกา ต่างมีหลักการชำระค่าเสียหายคราวเดียว (Single Recovery Principle) ซึ่งคงสืบเนื่องจากแนวความคิดปะปนระหว่างทางละเมิดกับทางอาญา ทำให้ค่าเสียหายทางละเมิดมีลักษณะเด็ดขาดไม่มีการแก้ไขหรือผ่อนชำระหลักตายตัวของคอมมอนลอว์เช่นนี้ทำให้เกิดปัญหาในเรื่อง "ค่าเสียหายในอนาคต" เพราะศาลได้แต่ประมาณการกำหนดจำนวนค่าเสียหายเมื่อผิดพลาดตกหล่นก็ไม่อาจแก้ไขได้³

² จิตติ ติงศภัทรีย์ และรองพล เจริญพันธ์ , "ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา," วารสารนิติศาสตร์ 9 (2520): 192-193.

³ คัมภีร์ แก้วเจริญ , "ค่าเสียหายในคดีละเมิด," : 28-29.

1.2 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) หรือที่บางครั้งเรียกว่า (Exemplary Damages และ Vindictive Damages) พัฒนามาจากหลักเกณฑ์ความรับผิดทางอาญาเป็นสำคัญ ซึ่งเริ่มขึ้นจากการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความรู้สึกนึกคิดและศีลธรรมอันดี (immoral act) การใช้มาตรฐานกฎเกณฑ์ศีลธรรมอันดีของประชาชนมาเป็นเครื่องชี้ว่าสิ่งใดเป็นละเมิดหรือไม่ โดยทั่วไปแล้วค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้น นอกเหนือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายธรรมดาที่กำหนดให้ผู้ละเมิดต้องใช้แก่ผู้เสียหายเพื่อตอบแทนความรุนแรงแห่งพฤติการณ์ของการกระทำละเมิด

ในทางทฤษฎีนั้นเปิดโอกาสให้ศาลตีความวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดเป็น 4 แบบด้วยกัน คือ

1) ความคิดในเรื่องละเมิดนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับชดใช้ค่าเสียหายเพียงอย่างเดียว เรียกว่า Compensatory idea of tort

ความคิดแบบนี้กำหนดให้การลงโทษเป็นหน้าที่ของกฎหมายอาญาส่วนเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายนั้นเป็นหน้าที่โดยเฉพาะของกฎหมายละเมิด แต่เดิมนั้นไม่มีกฎหมายที่เรียกว่าละเมิดหรืออาญาแน่นอนลงไป แต่มีการลงโทษ ปรับปรับและชดใช้ค่าเสียหายตามแนวความคิดที่เรียกว่า "vengeance idea" คือการป้องกันมิให้ผู้เสียหายหรือญาติพี่น้องของเขาทำการอาฆาตพยาบาท อันเป็นการขัดขวางความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประชาชน กฎหมายลักษณะนี้จึงเรียกว่ากฎหมายเกี่ยวข้อกับความสงบเรียบร้อย ครั้นสังคัมเจริญขึ้นอิทธิพลของปรัชญาโดยเฉพาะของ Stoics และของ Aristotle ทำให้คนเริ่มแยกละเมิดออกจากอาญา

2) ความคิดในเรื่องละเมิดนั้นมีวัตถุประสงค์สองประการที่ซ้อนกันคือ

- ชดใช้ค่าเสียหาย (compensatory idea) และ
- ชดใช้ให้เกิดความพอใจแก่โจทก์เพื่อให้หายขุ่นข้องหมองใจในตัวจำเลย (idea of satisfaction) เพื่อให้เกิดความพอใจและหายขุ่นข้อง ค่าเสียหายย่อมมาก

กว่าปกติ แต่นักนิติศาสตร์มีความเห็นว่าค่าเสียหายประเภทนี้เป็นเพียงแปรเปลี่ยนให้หนักขึ้น (aggrated damages) ไม่ใช่การลงโทษที่จริงจะเห็นได้ว่าผลโดยทางอ้อมเป็นการลงโทษ แต่ทฤษฎีทางจิตวิทยาไม่นิยมการลงโทษโดยตรงกลับนิยมการลงโทษทางอ้อมที่ไม่ใช่เป็นแบบฟอร์ม เรียกว่า informal manner หรือ gemeinschaften manner

3) ความคิดในเรื่องละเมิดนั้นมีวัตถุประสงค์สองประการ คือ

- ชดใช้ค่าเสียหาย (compensatory idea) และ
- ชดใช้ให้เกิดความพอใจแก่โจทก์เพื่อให้หายข้องหมองใจในตัวจำเลย

(idea of satisfaction)

การชดใช้ค่าเสียหายถือเป็นการลงโทษ (punitive damages) การลงโทษที่เป็นแบบฟอร์มเช่นนี้เรียกว่า "formal manner" หรือ "gesellschaftenmanner"

4) ละเมิดมีวัตถุประสงค์ที่รวมกันหลายประการเรียกว่า cluster of idea

คือ

- compensatory idea
- idea of satisfaction
- deterrent idea คือความคิดที่จะทำให้ประชาชนหลีกเลี่ยงการ

ทำความเสียหาย เพราะฉะนั้นบทบาทของละเมิดคือการสั่งสอนทั้งผู้กระทำผิด และตักเตือนประชาชนให้เห็นเป็นตัวอย่าง (educational role of tort)

การป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดนั้นอาจเป็นการกระทำโดยเฉพาะ (specific deterrence) คือ ลงโทษการกระทำบางประการที่เป็นภัยหรือสร้างอันตรายร้ายกาจให้สูงขึ้นในสังคม หรืออาจจะเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (general deterrence) กล่าวคือแม้ว่าการกระทำบางประการจะเป็นภัยแต่กฎหมายไม่ห้ามโดยตรงกลับให้ทางเลือก (choice) แก่ประชาชนว่าจะเลือกทำหรือไม่ ถ้าทำก็ต้องชดใช้ค่าเสียหาย เพราะฉะนั้น General Deterrence ก็คือ ความคิดที่จะสร้างทางเลือกให้แก่ประชาชนว่าจะประพฤติในขอบข่าย หรือจะยอมจ่ายเงินมากกว่าปกติ ด้วยเหตุนี้ (general deterrence) จึงช่วยผ่อนคลาย

ทฤษฎีการลงโทษให้ดูเสมือนว่าเบาบางขึ้นประเทศส่วนใหญ่ เช่น อังกฤษ และเยอรมัน จึงนิยมผสมผสานความคิดทั้งที่เป็นแบบ specific deterrence และ general deterrence นี้บางครั้งเรียกว่า MARKET DETERRENCE ซึ่งเป็นทั้งลงโทษและให้แรงกระตุ้น (incentives) ในการเลือก

ความคิดทั้ง 4 แบบที่นักนิติศาสตร์วิเคราะห์กฎหมายลักษณะละเมิดนั้น ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางในโลก แต่ในสวีเดนนักนิติศาสตร์ในต้นศตวรรษที่ 20 กลับยึดถือความคิดแบบที่ 2 เป็นหลัก กล่าวคือยึดถือในความคิดแบบ compensatory idea และ idea of satisfaction นี้ได้ถูกบรรจุลงไปในประมวลกฎหมายแพ่งสวีเดน และในประมวลกฎหมายหนี้ในปี 1907 และ 1911 ตามลำดับผู้ที่สนับสนุนความคิดนี้ คือ C.Chr. Burckhardt ผู้ซึ่งได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากนักนิติศาสตร์เยอรมัน คือ Degenkolb ทั้ง Burckhardt และ Degenkolb กล่าวว่า idea of satisfaction ไม่ใช่เรื่องการลงโทษทางอาญาแต่เป็นการให้ค่าเสียหายที่มากขึ้น (aggravated damages) เพราะกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องชดใช้ค่าเสียหายมิใช่เรื่องของการลงโทษ ความเห็นของ Burckhardt ในตอนต้นศตวรรษนั้นปัจจุบันมีนักนิติศาสตร์สวีเดนเป็นจำนวนมากที่ไม่เห็นด้วยกับความคิดของ Burckhardt และ Degenkolb นักนิติศาสตร์กลุ่มนี้มี Drucy Gmur, Becker และ Oftinger เป็นต้น ต่างพยายามอธิบายว่าที่จริงแล้วนั้น idea of satisfaction ก็คือ punitive idea นั้นเองมากไปกว่านั้นนักนิติศาสตร์กลุ่มนี้ยังเห็นว่าความคิดในการให้ค่าเสียหายเพื่อเป็นการลงโทษนั้นเป็นแนวโน้มของโลก ความคิดในเรื่องละเมิดนั้นจะต้องประกอบด้วยกลุ่มของความคิดประเภทต่างๆกัน คือ compensatory, satisfaction และ general deterrence idea จึงจะเรียกได้ว่าเป็นความคิดที่สมบูรณ์จริงๆ

ในสหรัฐนั้นแต่เดิมนักชดใช้ค่าเสียหาย (compensatory idea) เป็นหลักในการวิเคราะห์กฎหมายละเมิดเพราะฉะนั้นนักนิติศาสตร์ทั่วไป เช่น Roscoe Pound นิยมวิเคราะห์การวิวัฒนาการของกฎหมายละเมิดว่าแยกตัวจากกฎหมายอาญาอย่างเด็ดขาด ในทางละเมิดเป็นเรื่องของการชดใช้ค่าเสียหาย ส่วนอาญาเป็นเรื่องของการลงโทษ Pound

จึงวิเคราะห์ความคิดทางละเมิดว่า ค่อยๆ แยกตัวออกมาจากอาญาโดยเด็ดขาด ในที่สุด ความผิดทางละเมิด (fault-principle) ก็เหือดหายไป รัฐจะเข้ามารับหน้าที่ประกัน สังคมชดเชยค่าเสียหายเอง ความคิดแนวนี้นำให้ Pound แบ่งวิวัฒนาการทางละเมิดเป็น 4 ขั้นตอน ดังนี้

1) revenge idea (vengeance idea) ละเมิดกับอาญายังรวมกันอยู่โดยมี วัตถุประสงค์เป็นการลงโทษ

2) compensatory idea ละเมิดค่อยๆ แยกตัวจากอาญาโดยละเมิดเป็นเรื่อง ของการชดเชยค่าเสียหายซึ่งชดเชยเฉพาะเมื่อจำเลยมีความผิด (fault idea)

3) compensatory idea การชดเชยค่าเสียหายขยายรวมไปถึงกรณี strict liability ด้วย

4) social insurance idea รัฐสวัสดิการเริ่มเข้ามามีบทบาทชดเชยค่าเสียหายตามหลักทฤษฎีเสี่ยงภัย

คำสอนของ Pound ทำให้คนเริ่มไขว่เขวโดยนึกว่า Pound หยุดการวิเคราะห์ ลงตรงนี้ แต่ถ้าศึกษาทฤษฎีให้ดีๆ จะเห็นว่า หลังการวิวัฒนาการมาถึงขั้นตอนที่ 4 แล้ว ความเห็นในเรื่องละเมิดจะแปรเปลี่ยนไปหารูปเดิม คือคนเริ่มมองกฎหมายว่าเป็นเครื่องมือป้องกัน การละเมิดด้วย เรียกว่า contralling หรือ preventive measure คนจึงเริ่มคิด ป้องกันการละเมิดในอนาคตโดยการใช้กฎหมายเป็นเครื่องป้องกัน วิวัฒนาการจึงเพิ่มอีก 2 ขั้นตอน คือ

1) การใช้กฎหมายสังคม (social laws) เช่น consumer protection, labour legislations และใช้กฎหมายปกครอง (administrative law) เช่น ตรวจสอบใบขับขี่และพวก saety rules ต่างๆ เป็นเครื่องมือป้องกันละเมิด

2) ในขั้นสุดท้ายนี้ คนกลับนำเอาความคิดทางละเมิดที่วิวัฒนาการมาแล้วทั้ง 4 ขั้นตอนข้างต้นมาสังเคราะห์กัน (synthesis of idea) ดังนั้นคนจึงเริ่มนิยมนำเอาความ

คิดในเรื่องลงโทษทางอาญามาตั้งเคราะห์กับความคิด เรื่องชดใช้ค่าเสียหายทางละเมิดอีกครั้งทำให้การให้ค่าเสียหายทางละเมิดเป็นความคิดที่มีการลงโทษปนอยู่ด้วยละเมิดจึงกลับมาพร้อมกับอาญาอีกครั้ง⁴

ตามแนวความคิดขั้นพื้นฐานถือได้ว่าค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นการลงโทษอย่างหนึ่งในทางแพ่งไม่ใช่เป็นค่าสินไหมทดแทนค่าเสียหายที่ได้รับ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจมีลักษณะเป็นทั้งการลงโทษและการทดแทน เช่นในสหรัฐอเมริกา มี 2-3 มลรัฐที่ถือว่าการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษไม่ใช่เพื่อจะลงโทษจำเลยแต่อย่างเดียว แต่เป็นการทดแทนแก่โจทก์สำหรับการทุกข์ทรมานจากการกระทำละเมิดด้วย ค่าเสียหายเช่นนี้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นช่องทางในคดีที่มีพฤติกรรมไร้ศีลธรรม หรือมีลักษณะรุนแรง ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษก็คือค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นการลงโทษทางแพ่งอย่างหนึ่งและกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่คล้ายคลึงกันอันจะเกิดขึ้นในอนาคต ภายใต้แนวความคิดนี้เอง ค่าเสียหายดังกล่าวจึงต้องขึ้นอยู่กับพื้นฐานของนโยบายสาธารณะ (Public Policy) และประโยชน์ของสังคมและสาธารณะ (The Interest of Society and for the Public Benefit) ไม่ใช่เพียงเพื่อเป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับเท่านั้น กล่าวคือเป็นแนวความคิดในทางอาญามากกว่าเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่ง² ดังนั้นค่าเสียหายในเชิงลงโทษอาจจะถูกกำหนดให้เป็นค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ไม่อาจเป็นตัวเงินได้ เช่น ความทุกข์ทรมานทางจิตใจ (Mental Distress) และความเดือดร้อนรำคาญ (Vexation) หรือความเสียหายต่อความรู้สึก อย่างไรก็ตามค่าเสียหายในเชิงลงโทษนี้ไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นในแนวความคิดของการลงโทษทางอาญา⁵ แต่ดูเหมือนว่าจะเป็นค่าเสียหายที่ขยายส่วนเพิ่มขึ้นสำหรับการกระทำผิดทางแพ่ง

⁴ จิตติ ดิงศภัทรีย์ และรองพล เจริญพันธ์ , "ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา," : 192-193.

⁵ กฤษฎณา พิษณุโกศล, "ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 17-18.

ลักษณะสำคัญของค่าเสียหายเชิงลงโทษโทษ มีดังนี้

- 1) เป็นค่าเสียหายที่กำหนดลงโทษตอบแทนผู้กระทำละเมิดเพื่อปราบมิให้ทำมิชอบเช่นนั้นอีก และขณะเดียวกันยังเป็นเยี่ยงอย่างกระทำตามด้วย
- 2) ฝ่ายโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายส่วนนี้เพราะศาลจะพิจารณา กำหนดเองตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงลักษณะความร้ายแรงแห่งละเมิดสภาพและ ปริมาณความเสียหายที่โจทก์ได้รับตลอดจนฐานะทางเศรษฐกิจของจำเลย
- 3) เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้น นอกเหนือจากค่าเสียหายที่ชดเชยทดแทน ความเสียหายจริงๆ (ถ้ามี) แต่ในบางคดีอาจไม่ปรากฏความเสียหายจริงที่จะทดแทนศาลก็ จะกำหนดค่าเสียหายแบบเป็นโทษนี้ให้อย่างเดียว
- 4) ศาลจะกำหนดให้เฉพาะกรณีละเมิดที่พฤติการณ์รุนแรง มีลักษณะการ กระทำเช่นเดียวกับในคดีอาญา เช่น การใช้กำลังทำร้าย ข่มขู่หลอกลวง ฉ้อฉล ซึ่งผู้ละเมิด มุ่งหมายให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้เสียหาย หรือมุ่งหมายให้ผู้เสียหายอับอายหรือถูกเหยียดหยาม ตัวอย่างคดีที่ศาลเคยกำหนด เช่น คดี Huckie V. Money, 1763 บางครั้งในคดีประมาทเส้นเลือดอย่างร้ายแรง ศาลก็ยังกำหนดค่าเสียหายแบบเป็น โทษให้⁶

ค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ในระยะหลังทางคอมมอน ลอว์ พยายามหลีกเลี่ยงไม่ กำหนดโดยมีแนวคิดที่ว่า การป้องกันไม่ให้เกิดการทำละเมิดนั้นอาจเป็นการกระทำโดยเฉพาะ (specific deterrence) คือลงโทษการกระทำบางประการ ที่เป็นภัยหรือสร้างอันตราย เลี่ยงภัยให้สูงขึ้นในสังคม หรืออาจจะเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (general deterrence) กล่าวคือแม้ว่าการกระทำบางประการจะเป็นภัย แต่กฎหมายไม่ห้ามโดยตรง แต่กลับให้ทาง เลือก (choice) แก่ประชาชนว่าจะเลือกทำหรือไม่ ถ้าทำก็ต้องชดเชยค่าเสียหาย เพราะ

⁶ คัมภีร์ แก้วเจริญ , "ค่าเสียหายในคดีละเมิด" 30-31

ฉะนั้น General Deterrence ก็คือความคิดที่จะสร้างทางเลือกให้แก่ประชาชนว่าจะประพฤติในขอบข่าย หรือจะยอมจ่ายเงินมากกว่าปกติ ด้วยเหตุนี้ (general deterrence) จึงช่วยผ่อนคลายนโยบายการลงโทษให้ดูเสมือนว่าเบาบางขึ้นประเทศส่วนใหญ่ เช่น อังกฤษ และเยอรมัน จึงนิยมผสมผสานความคิดทั้งที่เป็น แบบ specific deterrence และ general deterrence นี้บางครั้งเรียกว่า MARKET DETERRENCE ซึ่งเป็นทั้งลงโทษและให้แรงกระตุ้น (incentives) ในการเลือก โดยเฉพาะในอังกฤษตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946⁷ หลังคำพิพากษาคดี Rooks v. Barnard เป็นต้นมา เนื่องจากศาลสูง House of Lords วางหลักเกณฑ์ค่าเสียหายแบบเป็นโทษนี้ว่าจะมีได้เฉพาะ 3 กรณีต่อไปนี้เท่านั้น

- ก. คดีที่เจ้าพนักงานของรัฐจงใจทำลาย เม็ดฝ้ายฝืนกฎหมายรัฐธรรมนูญ
- ข. คดีที่จำเลยจงใจหวังผลกำไรเป็นจำนวนสูงกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการกระทำละเมิดของจำเลย
- ค. คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้จ่ายค่าเสียหายแบบเป็นโทษแก่ผู้เสียหาย

สำหรับประเทศไทย เช่นเดียวกับประเทศในระบบ คอมมอน ลอว์ ทั้งหลายโดยหลักการย่อมไม่มีกำหนดค่าเสียหายแบบเป็นโทษเพื่อลงโทษจำเลย แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลเคยเลี้ยวไปกำหนดเบี้ยท้าวัญบ้างค่าเสียหายเพื่อลอบขวัญโจทก์บางในคดีที่ไม่ปรากฏความเสียหายแต่โดยพฤติการณ์โจทก์ควรได้รับการชดเชย⁸ ดังตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 336/2475 คดีอุทธรณ์กระทำอนาจาร ศาลฎีกาพิพากษาว่า "ในชั้นที่จำเลยต้องหาคดีอาญา จำเลยยังให้การและนำสืบ ว่า จำเลยกับโจทก์เคยลักลอบร่วมประเวณีกันซึ่งทวีความเสียชื่อเสียงเกียรติยศแก่โจทก์ (นางสาวเลง) อยู่ชั่วชีวิต จึงให้จำเลยใช้ค่าสินไหม

⁷ จิตติ ติงศภัทรีย์ และรองพล เจริญพันธ์ , "ทัศนะจากคำพิพากษาศาลฎีกา"
: 192-193.

⁸ คัมภีร์ แก้วเจริญ , "ค่าเสียหายในคดีละเมิด," : 31.

ทดแทนหรือเบี้ยทำขวัญให้โจทก์ 1,500 บาท เพื่อให้สมแก่เหตุที่เจ้าทุกข์ระงับโจทก์และเป็น
 เยี่ยงอย่างสำหรับป้องกันไม่ให้กระทำความผิดชนิดนี้อีกในภายหน้า"

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายบางท่าน เห็นว่า ถ้าพิจารณาหลักเกณฑ์ที่มาของมาตรา
 438 คือกฎหมายลักษณะหนี้ของสวิส ก็จะเห็นว่า ศาลสวิสไม่มีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทด
 แทนเป็นการลงโทษจำเลยในคดีละเมิดได้ ทั้งนี้เพราะนโยบายของกฎหมายละเมิดมีไว้เพื่อ
 เยียวยาความเสียหาย มิใช่ลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้นการที่ศาลจะใช้อำนาจตาม
 มาตรา 438 กำหนดค่าสินไหมทดแทนมากกว่าความเสียหายที่แท้จริงและเป็นการลงโทษ
 เพื่อเป็นเยี่ยงอย่างจึงไม่น่าจะถูกต้องกับหลักการของกฎหมายลักษณะละเมิดเท่าใดนักเพราะ
 แท้ที่จริงแล้ว ศาลไม่ได้มีอำนาจกำหนดได้ตามอำเภอใจแต่จะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดจากพฤติ
 การณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด และจะกำหนดให้เกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับ
 หรือเกินกว่าความเสียหายจริงอย่างไรก็ตาม โจทก์สามารถแสดงข้อเท็จจริงและพฤติการณ์
 ในการกระทำละเมิดของจำเลยให้ปรากฏต่อศาลเพื่อใช้เป็นเหตุผลในการขอให้มีการชดใช้
 ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายของโจทก์ได้เสมอเพราะเป็นสิทธิตามกฎหมายที่โจทก์พึง
 ขอได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายไทยนั้นให้ได้ตามความเสียหาย
 ที่โจทก์นำสืบ และไม่จำกัดแต่ก็มีมิใช่เป็นการลงโทษถ้าจะจัดประเภทควรเป็นประเภทค่า
 สินไหมทดแทนตามความเสียหายจริง (substantial damage) นั่นเอง

ในปัจจุบันไม่มีใครมีแนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยค่าสินไหมทดแทนเป็นการลงโทษให้เห็น
 เท่าใดแล้ว เหตุผลอาจอยู่ที่นโยบายของศาลที่จะใช้กฎหมายละเมิดให้เป็นเครื่องมือในการ
 ชดใช้เยียวยาทางแพ่งอย่างแท้จริง⁹

⁹ สุขุม ศุภนิคย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด
 (กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์, 2537), หน้า 208-209.

2. ค่าเสียหายที่กำหนดขึ้นโดยแนวทางปฏิบัติของศาล

ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ค่าเสียหายตามความเสียหาย (Substantial Damages) ประเภทหนึ่ง กับค่าเสียหายแบบเป็นพิธี (Nominal Damages) และ (Contemptuous Damages) อีกประเภทหนึ่ง

2.1 ค่าเสียหายตามความเสียหาย (Substantial Damages) เป็นค่าเสียหายที่ศาลประเมินให้มีจำนวนเท่าเทียมกับความเสียหายในเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริงๆ เช่นนั้น เช่น ในคดี Moss v. Christchurch R.D.C. 1925 จำเลยก่อความรบกวนปล่อยประกายไฟเครื่องจักรไอน้ำลุกลามไหม้บ้านของโจทก์ซึ่งให้ผู้อื่นเช่า ศาลอังกฤษกำหนดค่าเสียหายโดยนำผลต่างของราคาก่อนไฟไหม้กับราคาก่อนหลังจากถูกไฟไหม้มาเป็นเกณฑ์โดยมิได้ถือตามราคาก่อสร้างบ้านหลังใหม่ให้มีสภาพดีดั้งเดิม หลักคดีนี้อาจเปรียบเทียบได้กับกรณีการใช้ราคาทรัพย์สินอันลดน้อยลง เพราะละเมิดทำให้บุบสลายทาง ซิวิล ลอร์ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (B.G.B.) มาตรา 849 ซึ่งมีหลักเกณฑ์เหมือนกับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 440 ดังนั้น "ราคาทรัพย์สินอันลดน้อยลง" น่าจะหมายถึงผลต่างของราคาทรัพย์สินก่อนละเมิดกับหลังจากถูกทำให้บุบสลาย โดยคิดตามราคาในวันเกิดเหตุละเมิดอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการประมาณราคาซึ่งจะมีประโยชน์ในการคำนวณดอกเบี้ยต่อไปด้วยมีข้อควรสังเกต หลักคดี Moss. กำหนดค่าเสียหายแบบ Substantial damages โดยมุ่งชดเชยแทนความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจริงๆ ต่างจากการกำหนดค่าเสียหายโดยพิจารณาผลของการแก้ไขความเสียหายซึ่งนำ "ผลรวมของค่าช่อมกับค่าเสื่อมราคาทรัพย์สินหลังจากซ่อมแล้ว" มาเป็นเกณฑ์กำหนดจำนวนค่าเสียหาย

2.2 ค่าเสียหายแบบเป็นพิธี ประกอบด้วยค่าเสียหายแบบปลอมขวัญอย่างหนึ่ง กับค่าเสียหายแบบสมน้ำหน้าโจทก์อีกอย่างหนึ่ง

1) ค่าเสียหายแบบปลอมขวัญ (Nominal Damages) เป็นค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อยๆ มิได้มุ่งหมายให้เป็นการลงโทษจำเลยหรือจะให้ชดเชยกันอย่างจริงจังศาลกำหนด

ให้พอเป็นพิธีในกรณีไม่ปรากฏความเสียหายต่อโจทก์ แต่ก็ยังให้มีการชดเชยกันเนื่องจากศาล เห็นว่าการกระทำของจำเลย ในกรณีนั้นเป็นการบกร่องต่อหน้าที่เป็นการรบกวนสิทธิของ โจทก์ หรือเป็นกรณีที่โจทก์น่าจะได้รับความเสียหายจริงๆ แต่บังเอิญไม่สามารถนำพยาน หลักฐานมาสืบให้ปรากฏปริมาณความเสียหายได้

ค่าเสียหายแบบปลอบขวัญ ถ้าพิจารณาตามหลักการของซีวิลลอว์คงไม่อาจ กำหนดให้ได้ เฉพาะกรณีไม่ปรากฏความเสียหายจริงที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ สำหรับศาลไทยเคย กำหนดค่าเสียหายในรูปของเบี้ยทำขวัญซึ่งคล้ายกับค่าเสียหายแบบปลอบขวัญของคอมมอนลอว์

2) ค่าเสียหายแบบสมน้ำหน้าโจทก์ (Contemptuous Damages) เป็นค่าเสียหายจำนวนเล็กน้อยๆ ซึ่งศาลกำหนดให้เป็นพิธี เหมือนกันกับกรณีที่ปรากฏความเสียหาย ตามหลักฐานของโจทก์ แต่เนื่องจากศาลไม่เห็นด้วยกับค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องหรือไม่ เห็นด้วยกับพฤติการณ์ของฝ่ายโจทก์ที่กระทำต่อฝ่ายจำเลย จึงกำหนดค่าเสียหายให้เพียง นิดๆหน่อยๆ ในลักษณะที่เห็นว่าสมแล้วที่โจทก์ต้องรับความเสียหายคดีนั้น ค่าเสียหายแบบนี้ ต่างจากค่าเสียหายแบบปลอบขวัญ ซึ่งเป็นกรณีที่ปรากฏความเสียหายตามทางการนำสืบ ของโจทก์แต่อย่างใด

กรณีค่าเสียหายแบบสมน้ำหน้าโจทก์เป็นดุลพินิจของศาลคอมมอน ลอว์ ซึ่งมี ได้เคร่งครัดในหลักการทดแทนความเสียหาย และพยายามหลีกเลี่ยงการกำหนดค่าเสียหาย ตามความเสียหายโดยอ้างพฤติการณ์นอกประเด็นแห่งคดีของฝ่ายโจทก์ที่ไม่เหมาะสม ถ้า พิจารณาทางซีวิล ลอว์ การกำหนดค่าเสียหายต้องเป็นไปตามความเสียหายซึ่งอาศัยพฤติ การณ์แห่งละเมิดนั้นเองมาพิจารณาว่าเหมาะสมหรือไม่จึงเข้าใจว่าค่าเสียหายประเภทนี้คง ไม่มี¹⁰

¹⁰ คัมภีร์ แก้วเจริญ , "ค่าเสียหายในคดีละเมิด," : 31

3. ค่าเสียหายตามลักษณะความเสียหาย

บุคคลย่อมมีสิทธิอยู่สองประเภทด้วยกัน คือ

- 1) สิทธิอันอยู่ในกองทรัพย์สิน(droits patrimoniaux) สิทธิประเภทนี้เราอาจหมุนให้เป็นตัวเงินได้ ทั้งนี้ โดยโอนขายกันได้
- 2) สิทธิอันอยู่นอกกองทรัพย์สิน(droits es-patrimoniaux) สิทธิประเภทนี้ไม่อาจหมุนเป็นตัวเงิน เพราะ เป็นสิทธิเฉพาะตัวบุคคลไม่อาจโอนหรือขายกันได้เลย เช่น สิทธิในสภาพบริบูรณ์แห่งร่างกายของมนุษย์ (droits a la personalite) สิทธิในครอบครัว (droits de famille) เป็นต้น ¹¹

ตามกฎหมายฝรั่งเศส มีความแตกต่างกันระหว่างความเสียหายในทางวัตถุ (material damage) กับความเสียหายทางศีลธรรม (moral damage) กล่าวคือความเสียหายในทางวัตถุนั้นอาจกล่าวได้ว่า เป็นความเสียหายต่อสิทธิในกองทรัพย์สิน (the victim's rights of property) ส่วนความเสียหายทางศีลธรรมนั้นเป็นความเสียหายต่อสิทธินอกกองทรัพย์สิน (the victim's extra-patrimonial rights)

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความเสียหายทั้งหลายที่เกิดขึ้นโดยละเมิดนั้น อาจแบ่งประเภทตามลักษณะของความเสียหายได้ดังนี้

3.1 General Damages คือค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายซึ่งเรียกว่า General Damage ความเสียหายนี้เป็นความเสียหายประเภทหนึ่งซึ่งกฎหมายสันนิษฐานทั่วไปโดยเปรียบเทียบกับคดีก่อนๆมิใช่กำหนดจากคำฟ้องของโจทก์ General

¹¹ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 62.

Damage นี้จะถูกกำหนดไว้ในกรณีที่มีความเสียหาย เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง (loss of reputation) ความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน (pain and suffering) หรือการสูญเสียการประกอบการงานในอนาคต (loss of future earnings)

ความเสียหายที่เรียกว่า General Damage เป็นความเสียหายที่ไม่อาจกำหนดเป็นจำนวนตัวเลขที่แน่นอนได้ (damage not accurately quantifiable in money terms) ดังนั้นในการที่โจทก์ใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย โจทก์ต้องเรียกค่าเสียหายเป็นจำนวน (at large) แล้วศาลก็จะประมาณค่าเสียหายนั้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่โจทก์ถูกรถยนต์ของจำเลยชนได้รับความเจ็บปวด (pain) และได้รับอันตรายแก่กาย ศาลก็จะกำหนดค่าเสียหายให้ตามดุลพินิจของศาล มิใช่กำหนดให้ตามฟ้องของโจทก์

ดังได้กล่าวแล้วว่า General Damages เป็นค่าเสียหายตามความเสียหายที่สันนิษฐานกันทั่วๆไปโดยเปรียบเทียบกับคดีอื่นๆ ท่านองเดียวกับคดีเรื่องนั้นว่า ผู้เสียหายควรได้รับความเสียหายเพราะการกระทำละเมิดในคดีนั้นเพียงใด ความเสียหายที่จะต้องมีการสันนิษฐานตามนัยนี้ จึงเป็นความเสียหายทางศีลธรรมซึ่งพิสูจน์ให้เห็นจริงได้ยากและต้องมีการประมาณการออกมาหรือในบางทีชนะ เช่น อังกฤษเห็นว่าความเสียหายทางวัตถุในบางกรณีเช่นค่าใช้จ่ายในอนาคตก็ต้องประมาณการเป็น Special Damages ออกมาเพราะไม่อาจพิสูจน์กำหนดเป็นจำนวนตัวเลขที่แน่นอนได้ในขณะคำนวณค่าเสียหายแต่ของอเมริกามีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า บรรดาค่าใช้จ่ายทั้งที่เกิดขึ้นแล้วและในอนาคตต่างเป็นความเสียหายที่อาจพิสูจน์ให้เห็นจริงได้จึงไม่ต้องประมาณค่าเสียหายแบบ General Damages แต่โจทก์อาจระบุนขอและพิสูจน์ให้ปรากฏเพื่อกำหนดเป็นค่าเสียหายแบบ Special Damages

คดีละเมิดต่อร่างกายเป็นเหตุให้ต้องตัดแขน ย่อมสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายต้องเจ็บปวด ทนทุกข์ทรมานและทุพพลภาพ ฯลฯ หรือ คดีหมิ่นประมาทเป็นเหตุให้เสียชื่อเสียง ขาดการคบหาสมาคมจากผู้อื่นก็เป็นความเสียหายที่อาจสันนิษฐานได้เช่นเดียวกันจึงกำหนดค่าเสียหายแบบ General Damages ออกมาเป็นตัวเงินได้โดยประมาณการ

ตามจำนวนที่สมควรไม่ต้องคำนวณนับอย่าง Special Damages เพราะไม่มีจำนวนแท้จริง จะเห็นได้ว่า General Damages เป็นค่าเสียหายโดยประมาณ จึงเป็นดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดตามจำนวนที่เห็นสมควรไม่ต้องผูกพันตามพฤติการณ์แวดล้อมตัวโจทก์เสมอไป ฝ่ายโจทก์ก็ไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหายเพียงแต่ระบุในคำขอท้ายฟ้องว่า ขอค่าเสียหายประเภท General Damages โดยไม่ต้องระบุเจาะจงจำนวนค่าเสียหาย เช่น คดีละเมิดทำให้เสียแขน การนำสืบพยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่ามีเหตุการณ์ละเมิดขึ้นจริงจนโจทก์ต้องถูกตัดแขน ก็ถือว่าเพียงพอที่ศาลจะกำหนด General Damages ในรูปค่าเจ็บปวดทรมานทุกข์ทรมานได้ โจทก์ไม่ต้องระบุจำนวนเงินเพราะมิใช่กรณีที่จะคำนวณได้ว่าเสียแขนคิดเป็นเงินเท่านั้นเท่านี้บาท ดังนั้นในคดีบางเรื่องที่โจทก์ระบุขอ Specific Damages แล้วไม่อาจพิสูจน์ความเสียหายได้ จึงปรากฏบ่อยครั้งที่ศาลจะประมาณการกำหนด General Damages ให้แทน

การกำหนดค่าเสียหายของศาลไทยมีลักษณะเป็น General Damages จำกัดเฉพาะคดีละเมิดต่อร่างกาย โดยตีความว่าความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 มีเฉพาะกรณีละเมิดต่อร่างกายและเสรีภาพ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษากฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษากฎีกาที่ 1037/2491 วินิจฉัยว่าในเรื่องละเมิดนอกจากผู้เสียหายจะได้รับค่าแพทย์ค่ายาที่เสียไปแล้วยังอาจได้รับค่าเสียหาย ในการถูกทำร้ายและทรมานทุกข์ทรมานด้วย

คำพิพากษากฎีกาที่ 1859/2518 วินิจฉัยว่าค่าทรมานซึ่งผู้เสียหายได้ฟ้องคดีแล้ว จึงตายลงนั้น ผู้เข้าเป็นคู่ความแทนคดีต่อไปได้

คำพิพากษากฎีกาที่ 1921/2520 ลูกจ้างของจำเลยขับรถประจำทางโดยประมาทเลินเล่อเลี้ยวรถด้วยความเร็วเกินสมควร โจทก์เตรียมจะลงยืนที่หน้าประตูรถถูกรถเหวี่ยงตกจากรถต้องผ่าตัดสมองโจทก์ ทุพพลภาพตลอดชีวิต ทุกข์ทรมานทั้งกายและจิตใจไม่สามารถประกอบอาชีพได้ตามปกติ จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายเหล่านี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 128/2522 โจทก์ถูกรถจำเลยชนเกิดรอยแผล เป็นซึ่งทำให้โจทก์เสียบุคลิกและโจทก์ต้องทนทุกข์ทรมานเป็นความเสียหายซึ่งมิใช่ตัวเงินซึ่ง ไม่ซ้ำซ้อนกัน โจทก์เรียกได้ตามมาตรา 446

คำพิพากษาฎีกาที่ 2488/2523 สุนัขของจำเลยหลบหนีออกไปได้ขณะ จำเลยเปิดประตู สุนัขจึงออกไปกัดโจทก์ได้ แสดงว่าจำเลยมิได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรในการเลี้ยงดูสุนัข จำเลยจึงต้องชดเชยค่าเสียหายให้โจทก์รวมทั้งทดแทนความตกใจ และทนทุกข์ทรมานด้วย

ตามคำพิพากษาที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่ากรณีละเมิดต่อร่างกายนั้นศาล กำหนดค่าเสียหายสำหรับความเจ็บปวดทนทุกข์ทรมานให้ได้แต่ถ้าเป็นละเมิดต่อชีวิตแล้วศาล ปฏิเสธไม่รับรู้ความเสียหายทางศีลธรรม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1742/2499 (ประชุมใหญ่) จำเลยฆ่าบุตรโจทก์ ถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ทำให้โจทก์ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดู โดยไม่ต้องคำนึงว่า ในปัจจุบันบุตรที่ตายจะได้อุปการะเลี้ยงดูโจทก์ซึ่งเป็นมารดาอยู่หรือไม่ ส่วนค่าเสียหายจะเท่าใดศาลย่อมกำหนดให้ตามสมควร ส่วนค่าเสียหายเพื่อความวิบวัก โทมนั้นนั้นเรียกไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 292/2502 ค่าเสียหายฐานละเมิดนั้น ไม่รวมถึง ค่าที่ต้องสูญเสียบุตรไปเพราะละเมิดนอกเหนือไปจากค่าที่ต้องขาดอุปการะตามกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2502 วินิจฉัยว่า สามีไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความว้าเหว เพราะสูญเสียภริยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิตของสามีมีความสุข เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 677/2510 จำเลยฆ่าละเมิดให้มารดาโจทก์ด้วย

โจทก์ว่าเหว่ขาดที่เคาะพหลักและอุปการะที่มารดาดูแลบ้านเรือนและบุตรโจทก์ ศาลไม่ให้ค่าสินไหมทดแทนในส่วนนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 477/2514 (ประชุมใหญ่) กรณีละเมิดที่เป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวัง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้จะเป็นบิดาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

ทางซีวิลลอว์ การกำหนด General Damages มีวงแคบกว่าของคอมมอนลอว์ เนื่องจากแนวความคิดของซีวิล ลอว์ ที่มุ่งกำหนดค่าเสียหายเพื่อชดเชยแทนเฉพาะความเสียหายจริงๆที่โจทก์ได้รับทำให้เคร่งครัด ในการกำหนดค่าเสียหายแบบ Special Damages ซึ่งมีลักษณะเห็นจริงเห็นจังพิสูจน์ได้ เช่นค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเพราะละเมิดค่าเสียหายของ General Damages ปกติไม่ค่อยจะยอมรับกันอาจมียกเว้นบ้าง ในกรณีที่อาจสันนิษฐานได้อย่างค่อนข้างแน่ชัดว่า เป็นความเสียหายที่ต้องเกิดจากการกระทำละเมิดขึ้นเช่น ความเจ็บปวดทรมานทุกข์ทรมานทางซีวิล ลอว์ จึงจะผ่อนคลายให้อำนาจกำหนดค่าเสียหายชดเชยแก่กันได้ซึ่งก็คือ General Damages นั่นเอง

การกำหนดค่าเสียหายของศาลไทยมีลักษณะเป็น General Damages จำกัดเฉพาะคดีละเมิดต่อร่างกายโดยตีความว่า ความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 มีเฉพาะกรณีละเมิดต่อร่างกายและเสรีภาพ

3.2 Special Damages คือ ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายซึ่งเรียกว่า "Special Damages" (compensation for special damage) ความเสียหายแบบ Special Damage นี้เป็นความเสียหายชนิดซึ่งไม่ได้เกิดจากการสันนิษฐานโดยกฎหมาย (will not be presumed by the Law)

ค่าเสียหายแบบ Special Damages นี้แตกต่างจากค่าเสียหายแบบ General Damages กล่าวคือ ค่าเสียหายแบบ Special Damages นี้จะต้องมีการพิสูจน์

ในกระบวนการพิจารณาคดี ส่วนค่าเสียหายแบบ General Damages ศาลอาจกำหนดให้โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ค่าเสียหาย โดยเหตุที่ความเสียหายที่จะนำมากำหนดค่าเสียหายแบบ Special Damages เป็นความเสียหายเชิงวัตถุที่เกิดขึ้นจริงเฉพาะในคดีเรื่องนั้น ดังนั้นฝ่ายโจทก์ย่อมสามารถพิสูจน์ให้เห็นจริงได้เช่น ในคดีละเมิดต่อร่างกายจะกำหนด ค่าเสียหายแบบ Special Damages ตามจำนวนค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล จำนวนค่าขาดรายได้ระหว่างรักษาตัว ซึ่งโจทก์จะต้องพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงให้ปรากฏต่อศาล ดังนั้นในระบบซีวิล ลอว์ และคอมมอน ลอว์ โจทก์จึงต้องระบุค่าเสียหายแบบ Special Damages ในคำขอท้ายฟ้องเป็นรายการๆไป รายการใดพิสูจน์ได้น้อยกว่าที่ขอ ศาลก็จะให้ตามที่ปรากฏคือตามที่จ่ายจริง แต่ไม่เกินคำขอ ¹²

ค่าเสียหายตามแนวทางการพิจารณาคดีของศาลไทย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าแนวความคิดในการกำหนดค่าเสียหาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดของไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุด โดยหลักการจึงไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพื่อลงโทษจำเลย แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติศาลไทยเคยกำหนดค่าเสียหายไปในทางกำหนดเบี้ยทำขวัญให้บ้างให้ค่าเสียหายเพื่อปลอบขวัญโจทก์บ้างโดยพฤติการณ์ฝ่ายโจทก์น่าจะได้รับความเสียหายจากจำเลยและโจทก์ควรได้รับการชดเชย ซึ่งกรณีเช่นนี้ศาลมักจะหาทางออกโดยกำหนดเบี้ยทำขวัญหรือค่าปลอบขวัญ อาทิเช่น

ในคดี ร.ต.ต.คุ้ม (คำพิพากษาฎีกาที่ 366/2474) จำเลยใช้อาวุธปืนยิงพยายามฆ่าโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่ แต่กระสุนพลาดเป้าหมายศาล

¹² คัมภีร์ แก้วเจริญ , "ค่าเสียหายในคดีละเมิด," : 31.

ฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นกรณีอุกฉกรรจ์ร้ายแรง ถือว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย จึงให้ค่าสินไหมทดแทนตามควรแก่พฤติการณ์จำนวน 2,500 บาท และอีกคดีหนึ่งก็คือ คดีนายเลียง (คำพิพากษาฎีกาที่ 336/2475) จำเลยอุทธรณ์ว่าจำเลยผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงสาวจนถูกฟ้องเป็นจำเลยคดีอาญา แล้วยังนำสืบให้ร้ายผู้เสียหายในคดีอาญานั้นอีกว่าสมยอมลักลอบร่วมประเวณีกับตน เป็นการเพิ่มความเสียหายแก่ผู้เสียหาย ศาลฎีกากำหนดให้จำเลยใช้เบี้ยทำขวัญ 1,500 บาท ให้สมแก่เหตุเจ้าทุกข์ระกำใจเป็นอย่างยิ่งมิให้ทำผิดอีกในภายหน้า

ซึ่งในคดีนายเลียง แม้ศาลจะใช้ถ้อยคำประกอบคำวินิจฉัยในทำนองจะกำหนด "ค่าเสียหายเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง" (Exemplary Damages) หรือ (Punitive Damages) แต่ความเสียหายคดีนี้มีลักษณะเป็น "ความเสียหายทางศีลธรรม" (moral damages) หรือความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 466 ดังนั้น การกำหนดค่าทำขวัญแก่หญิงที่ถูกอุทธรณ์ว่าจำเลยผู้เสียหายจึงมีลักษณะเป็น General Damages ซึ่งไม่ขัดกับหลักการของซีวิลลอว์และถือเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทน มิใช่เพื่อลงโทษผู้ละเมิดดังกล่าวแล้วข้างต้น

แต่สำหรับ คดีร.ต.ต. คุ่มค่อนข้างแน่ชัดว่าศาลกำหนด "ค่าเสียหายเชิงลงโทษ" เพราะไม่ปรากฏประเด็นเรื่องความเสียหายทางจิตใจที่โจทก์ได้รับเท่ากับว่าการกำหนดค่าเสียหายคดีนี้มีได้คำนึงถึงเรื่องความเสียหายเพื่อชดเชยกันแต่มุ่งลงโทษจำเลยโดยแท้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าถ้าจะพิจารณาหลักเกณฑ์ที่มาของมาตรา 438 คือกฎหมายลักษณะหนี้ของสวิสก็จะเห็นว่า ศาลสวิสไม่มีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นการลงโทษจำเลยในคดีละเมิดได้ ทั้งนี้เพราะนโยบายของกฎหมายละเมิดมิไว้เพื่อเยียวยาความเสียหายมิใช่ลงโทษผู้กระทำผิด ดังนั้นการที่ศาลจะใช้อำนาจตามมาตรา 438 กำหนดค่าสินไหมทดแทนมากกว่าความเสียหายที่แท้จริงและเป็นการลงโทษเป็นเยี่ยงอย่าง จึงไม่น่าจะต้องกับหลักการของกฎหมายลักษณะละเมิดเท่าใดนัก เพราะที่แท้จริงแล้วศาลไม่ได้มีอำนาจกำหนดได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดและจะกำหนดให้เกินกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับ หรือเกินกว่าที่โจทก์ฟ้องหรือขอ

มาในคำฟ้องมิได้โจทก์เองก็ไม่มีสิทธิร้องค่าสินไหมทดแทนเกินกว่าความเสียหายจริง อย่างไรก็ตามโจทก์สามารถแสดงข้อเท็จจริง และพฤติการณ์ในการกระทำละเมิดของจำเลยให้ปรากฏต่อศาลเพื่อใช้เป็นเหตุผลในการขอให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายของโจทก์ได้เสมอเพราะเป็นสิทธิตามกฎหมายที่โจทก์พึงขอได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายไทยนั้นให้ได้ตามความเสียหายที่โจทก์สืบได้ และไม่จำกัดแต่ก็มีใช้เป็นการลงโทษถ้าจะจัดประเภทควรเป็นประเภทค่าสินไหมตามความเสียหายจริง¹³

ข้อควรพิจารณาต่อไปคำทำขวัณที่ศาลไทยกำหนดโดยอาศัย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรกนี้ มีความคล้ายคลึงกับ "ค่าเสียหายแบบปลอมขวัณ" (Nominal Damages) ของ คอมมอน ลอว์ เพราะต่างมีลักษณะเป็นค่าเสียหายจำนวนเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งกำหนดเป็นพิธิในกรณีที่ไม่ปรากฏความเสียหาย โดยมุ่งหมายจะปลอมขวัณโจทก์จริงๆ มิใช่เพื่อลงโทษจำเลย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า "คำทำขวัณ" ที่ศาลไทยเคยกำหนดอาจมีลักษณะเป็นทั้งค่าเสียหายแบบค่าสินไหมทดแทน ค่าเสียหายแบบเป็นโทษ และค่าเสียหายแบบปลอมขวัณของ Common Law สำหรับกรณีกำหนดให้เป็นค่าสินไหมทดแทนจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรก โดยศาลมีดุลพินิจที่จะกำหนดค่าเสียหายเพียงเล็กๆ น้อยๆ ให้เพื่อชดเชยทดแทนกันก็ได้ หากเห็นว่าเหมาะสมแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดและเนื่องจากความหมายของคำว่า "ค่าสินไหมทดแทน" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคสอง บัญญัติไว้กว้างๆ ว่ารวมถึง "ค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ" ดังนั้นในบางครั้งที่ศาลกำหนดค่าเสียหายให้ชดเชยกันเป็นจำนวนเล็กๆ น้อยๆ จึงอาจเป็นค่าเสียหายที่กำหนดตามความเสียหายอย่างอื่นมิใช่คำทำขวัณ

¹³ สุขุม ศุภนิคย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 209.

ค่าเสียหายที่เรียกไม่ได้

ละเมิดเป็นการล่วงสิทธิผิดหน้าที่โดยไม่มีอำนาจหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายอำนาจหรือข้อแก้ตัวที่จะทำละเมิดได้นั้น อาจจะไม่เกี่ยวกับลักษณะการที่ไม่เป็นละเมิดเพราะมีอำนาจทำได้ หรืออาจเกี่ยวกับความสามารถของจำเลยที่ไม่อาจจะทำละเมิดได้ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำได้กล่าวการโดยผู้เสียหายไม่อาจเรียกค่าเสียหายได้ ดังนี้

1. Act of state ถ้าการละเมิดที่ทาลงนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล ตามปกติรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบและบุคคลที่กระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาลนั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบด้วยการกระทำของรัฐบาล คือการกระทำละเมิดต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลซึ่งไม่ใช่คนในบังคับอังกฤษ

2. Judicial Act อำนาจตุลาการผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการทั้งหลายที่ได้ทำ หรือขีดเขียนหรือพูดออกไปในระหว่างที่ทำการตามหน้าที่ของผู้พิพากษา ตามกฎหมายอังกฤษ ผู้พิพากษาศาลสูงไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการที่กระทำเช่นเดียวกันแม้จะทำได้ทำผิดหรือพูดโดยมีอคติความลำเอียงหรือโดยมุ่งร้ายหมายขวัญ หรือเพื่อเห็นแก่สินจ้างสินบนอะไรก็ตามไม่ต้องรับผิดชอบ ส่วนผู้พิพากษาศาลต่ำ (Interior court) ก็มีอำนาจตุลาการเช่นเดียวกันแต่ต้องทำการภายในขอบเขตของอำนาจ (Jurisdiction) ถ้าทำการเกินอำนาจเช่นพิจารณาคดีเกินอำนาจแบะทำละเมิดในระหว่างนั้น จะอ้างอำนาจตุลาการขึ้นแก้ตัวไม่ได้ข้อที่จะวินิจฉัยว่าผู้พิพากษาศาลต่ำทำเกินอำนาจหรือไม่นั้น ต้องอาศัยความรู้ ความเห็นของผู้พิพากษาเป็นเกณฑ์ ถ้าผู้พิพากษารู้อยู่แก่ใจว่าตนทำเกินอำนาจตามกฎหมาย เช่นนี้เรียกว่าผู้พิพากษาทำเกินอำนาจ แต่ถ้าข้อเท็จจริงในคดีมีลักษณะซึ่งคนรู้กำหนดตามธรรมดาอาจจะวินิจฉัยผิดไปได้ว่าคดีอยู่ในอำนาจของตนโดยสุจริตแล้ว และทำการไปตามหน้าที่ผู้พิพากษาแม้ความจริงคดีจะเป็นการเกินอำนาจ ผู้พิพากษาศาลต่ำก็ไม่ต้องรับผลแห่งละเมิดที่ทาลงระหว่างนั้นเฉพาะละเมิดฐานหมิ่นประมาท ทนาย พยาน คู่ความ ที่พูด หรือเขียนข้อความใดๆในทางคดีย่อมได้รับช้อยกเว้นจากความรับผิดชอบ

3. Executive Act อำนาจตุลาการเจ้าพนักงานที่ทำการตามอำนาจศาลเช่น เจ้าพนักงานยึดทรัพย์ (Sheriff) ผู้คุมนักโทษหรือตำรวจที่ได้ทำตามหมายของศาลซึ่งมีอำนาจ ไม่ต้องรับผิดชอบในละเมิดที่ตนได้ทำไปตามหมายของศาลแต่ต้องทำการตามหมายโดยเคร่งครัด เช่นศาลมีหมายให้ยึดทรัพย์ของ ก. เจ้าพนักงานไปยึดทรัพย์ของ ข. เจ้าพนักงานจะแก้ตัวไม่ขึ้น เจ้าพนักงานของรัฐบาลในแง่อื่นนอกจากที่ว่านี้ตามปกติไม่ได้รับยกเว้นจากความรับผิดชอบละเมิด

4. Statutory Authority อำนาจตามพระราชบัญญัติ กิจการบางอย่างแม้จะทำลงเป็นการละเมิด ถ้ารัฐอธิปไตยเห็นควรจะให้ทำประโยชน์ใหญ่ยิ่งของประชาชนแล้ว จะออกพระราชบัญญัติพิเศษบงการให้ทำละเมิดนั้นโดยเจาะจงก็ได้ แต่ข้อยุ่งยากเกิดจากการที่พระราชบัญญัติไม่ได้ใช้คำสั่งให้ทำละเมิดโดยตรง เป็นแต่บงการหรืออนุญาตให้ทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่เป็นละเมิด แต่ถ้าทำลงแล้วจะมีผลเป็นละเมิดเช่นนี้บุคคลจะอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทำการละเมิดต่อกันได้เพียงไร เช่น มีพระราชบัญญัติให้บริษัททำการรถไฟ การประปา หรือตั้งโรงงาน ใช้เครื่องจักรกล หรือเครื่องอุปกรณ์ ซึ่งมีลักษณะจะก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่คนอื่นได้โดยรอบข้างเพียงไรจะถือว่า กฎหมายมีความประสงค์จะทำลายสิทธิของเอกชน ทั้งนี้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะแปลพระราชบัญญัติได้เป็น 2 นัย คือ

1) พระราชบัญญัติมีความประสงค์ที่จะทำการที่สิ่งนั้นโดยเด็ดขาด (Absolute Authority) ซึ่งมีข้อที่จะต้องแยกวินิจฉัยได้เป็น 3 ประการ คือ

- ถ้าพระราชบัญญัติให้อำนาจและสั่งการใดๆโดยเฉพาะเจาะจง ผู้ที่ได้รับอำนาจทำการไปตามคำสั่งของพระราชบัญญัติไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด
- ถ้าพระราชบัญญัติบงการให้ทำการใดๆ และกำหนดรายละเอียดวิธีดำเนินการของการนั้นไว้ ผู้รับบงการทำการไปตามรายละเอียดวิธีดำเนินการนั้นแล้ว ไม่ต้องรับผิดชอบ เมื่อผลของการที่เกิดเป็นละเมิด
- ถ้าพระราชบัญญัติเป็นแต่บงการให้ทำการใดๆ โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดวิธีดำเนินการไว้ปล่อยให้ผู้รับบงการไปเลือกหาวิธีดำเนินการเอาเองถ้าและบุคคล

ผู้รับบงการได้เลือกวิธีทำกรนั้นลงไป เกิดผลเป็นละเมิด ตกเป็นหน้าที่ของผู้รับบงการจะต้องนำสืบว่า การละเมิดเป็นผลของการกระทำตามคำสั่งในพระราชบัญญัติโดยจะหลีกเลี่ยงเสียไม่ได้ ถ้าปรากฏว่าผู้รับบงการอาจจะหลีกเลี่ยงเสียได้ไม่ทำการละเมิดโดยใช้ความระมัดระวังในการเลือกวิธีดำเนินการอันไม่สมควรเช่นนี้แล้ว เห็นว่าผู้รับบงการยังต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด

2) พระราชบัญญัตินั้นเป็นแต่โดยอนุญาตจะทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ (Condition Authority) โดยไม่ได้บงการหรือสั่งให้ทำซึ่งจะทำก็ได้ไม่ทำก็ได้เช่นนี้ ผู้รับอำนาจจะทำการได้ แต่เฉพาะที่เกิดผลไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่น ถ้าจะทำการลงไปและไม่มีผลอย่างอื่น นอกจากจะเป็นการละเมิดสิทธิของเขาแล้ว ก็จำต้องงดเสียและจะทำการตามที่พระราชบัญญัติอนุญาตไม่ได้ หากทำการลงไปเกิดผลเป็นละเมิด แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างที่สุดก็หาได้รับข้อยกเว้นจากความผิดฐานละเมิดอย่างใดไม่ อย่างไรเป็นพระราชบัญญัติที่สั่ง อย่างไรเป็นพระราชบัญญัติที่อนุญาตนั้นเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องแปลดูความประสงค์จากข้อความในพระราชบัญญัติ ถ้าพระราชบัญญัติให้ทำการใดๆ และการนั้นจะเกิดผลอย่างอื่นไม่ได้นอกจากเป็นละเมิด ศาลตีความว่า พระราชบัญญัติสั่งให้ทำการนั้น แต่ถ้าวพระราชบัญญัติให้ทำการใดๆ และผลแห่งการนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นละเมิดจะเป็นละเมิดก็ต่อเมื่อทำลงในกาลเทศะบางอย่างเช่นนี้ศาลย่อมตีความว่าเป็นพระราชบัญญัติที่อนุญาตเท่านั้น

5. อำนาจพิเศษ (Special Authority) บุคคลที่มีอำนาจพิเศษบางอย่างที่จะทำการเพื่อป้องกันสงวนสิทธิของตนได้โดยลำพัง ไม่ต้องมาขอรับรองอำนาจศาล คือ

1) สิทธิที่จะใช้กำลังแต่พอสมควรในเหตุจำเป็น เพื่อต่อสู้ป้องกันตนเอง หรือผู้อื่นให้พ้นจากอันตรายอันเกิดจากการใช้กำลังอันผิดต่อกฎหมาย เช่น ต่อสู้ป้องกันคนที่มาทำร้ายโดยผิดกฎหมาย

2) สิทธิที่จะกำลังแต่พอควรเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นใช้กำลังบุกรุกเข้ามาในที่ดิน ซึ่งเราครอบครองอยู่

3) เมื่อบุคคลเข้ามาแย่งที่ดินซึ่งเราครอบครองอยู่เรามีสิทธิเข้าไปยึดถือครอบครองได้ตามเดิม ถ้าเป็นการที่จะทำได้โดยสงบปราศจากการใช้กำลัง



- 4) เมื่อบุคคลใดเอาสิ่งของเราไปโดยมิชอบ เรามีสิทธิที่จะพากลับคืนมาได้ ถ้าจำเป็นก็อาจใช้กำลังได้พอสมควร
- 5) บุคคลมีสิทธิที่จะระงับความเดือดร้อนรำคาญที่เกิดขึ้นในที่ดินข้างเคียง อันเป็นอันตรายหรือทำความเสียหายแก่ตน เช่น ไฟไหม้ในที่ข้างเคียง เรามีสิทธิดับไฟนั้นได้ โดยไม่เป็นบุกรุก
- 6) ผู้ปกครองที่ดินมีสิทธิจะยึดสิ่งของที่เข้ามาอยู่ในที่ดินของตนโดยผิดกฎหมายและทำความเสียหายแก่ที่ดินของตน และมีสิทธิที่จะยึดเอาไว้จนกว่าเจ้าของจะใช้ค่าเสียหาย
- 7) อำนาจพิเศษอื่นๆ เช่นสิทธิของบิดามารดาที่จะทำโทษสั่งสอนบุตร ครูปราบปรามลงโทษศิษย์แต่พอสมควรสิทธิที่กล่าวข้อความเพื่อป้องกันส่วนได้เสียของตนเหล่านี้ เป็นต้น

6. Volenti non fit injuria ความยินยอมของโจทก์ไม่เป็นละเมิดเมื่อโจทก์ได้ยินยอมโดยตรงหรือโดยปริยายให้จำเลยทำละเมิดแก่ตนแล้ว ภายหลังจากมาเรียกร้องค่าเสียหายจากจำเลยไม่ได้ การยินยอมโดยตรงนั้นไม่ต้องกล่าวถึง แต่การยินยอมโดยปริยายนั้น ได้แก่ อาการที่โจทก์เข้าฝ่าอันตรายซึ่งจำเลยอาจจะก่อให้เกิดขึ้น เช่น คนเจ็บไปหาหมอ หมอทำการผ่าตัด ถ้าข้อเท็จจริงไม่ปรากฏเป็นอย่างอื่น ก็ถือว่ามี การยินยอมโดยปริยายให้หมอทำร้ายร่างกายโดยผ่าตัดได้ แต่ควรสังเกตว่าเพียงแต่การที่โจทก์รู้ว่าจำเลยหรือทรัพย์สินของจำเลยจะก่อให้เกิดอันตราย และโจทก์ยังฝ่าอันตรายไม่ได้พยายามจะรักษาตัวเองให้รอดพ้นจากอันตรายนั้น คงเป็นแต่เหตุผลข้อพิสูจน์ของการยินยอมโดยปริยายอย่างหนึ่งเท่านั้นไม่ใช่ข้อชี้ขาดว่าเป็นการยินยอมโดยปริยายเสียทีเดียว มีหลักวินิจฉัยในคดีระหว่าง Smith v Baker แต่ถ้าฟังได้ว่าโจทก์ได้ยินยอมให้จำเลยทำละเมิดแก่ตนแล้ว ความยินยอมของโจทก์เป็นข้อแก้ตัวของจำเลยได้ และยิ่งกว่านั้น ถ้าโจทก์ได้มีส่วนในการทำละเมิดด้วยแล้ว จำเลยก็อาจจะยกความข้อนี้ขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้เหมือนกันเช่นในเรื่องที่โจทก์จำเลยต่างได้ประมาทเลินเล่อด้วยกันทั้งสองฝ่าย

7. Accident อุบัติเหตุและ Act of GOD เหตุสุดวิสัยอุบัติเหตุคือเหตุการณ์ที่ที่เกิดขึ้นเนื่องจากอำนาจของคน ถ้าบุคคลทำการใดโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยมิได้มีความจงใจ หรือโดยประมาทเลินเล่อได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการเสียหายแก่ผู้อื่น เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการเสียหายเช่นนั้น เรียกว่าอุบัติเหตุซึ่งจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ คดีระหว่าง Holmes v Mather แต่ผู้ที่จะอ้างอุบัติเหตุขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้นั้น จะต้องได้ทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย ถ้ากิจการบางอย่างที่กฎหมายว่าจะต้องทำโดยเสี่ยงเคราะห์ตนเอง เช่น ถ้าเราจุดไฟเผาทรัพย์สินที่ดินของเรา ไฟไหม้ลุกลามไปติดบ้านเรือนใกล้เคียงเช่นนี้แล้ว แม้เราจะไม่ได้มีความสามารถเลินเล่อหรือมีเจตนาจงใจอย่างใดเลย เราก็ยังต้องรับผิดชอบเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากกำลังธรรมชาติ เช่น ฝนตก พายุพัด เช่นนี้เป็นต้นกล่าวคือเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยไม่มีผู้ใดจะป้องกันได้ แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างที่สุดแล้วก็ตาม เหตุสุดวิสัยเป็นข้อแก้ตัวที่พ้นผิดได้เสมอไป แม้แต่ในเรื่องที่กฎหมายว่าบุคคลได้ทำการโดยเสี่ยงเคราะห์ตนเอง ก็ยังอาจอ้างเหตุพ้นวิสัยเป็นข้อแก้ตัวได้

8. พระเจ้าแผ่นดินหรือประมุขของประเทศอิสราเอล ทูต คณะทูตระหว่างประจำการ จะถูกฟ้องไม่ได้ เว้นแต่จะยินยอมเข้ามาเป็นจำเลย

9. นิติบุคคล ซึ่งตั้งขึ้นโดยกฎหมายย่อมมีความสามารถจะฟ้องหรือถูกฟ้องเพื่อละเมิดให้รับผิดชอบได้อย่างบุคคลธรรมดา แม้จะเป็นละเมิดที่เกี่ยวกับเจตนามุ่งร้าย ก็อาจถูกฟ้องให้รับผิดชอบได้ การใดที่ตัวแทนของนิติบุคคลได้ทำลงเป็นการนอกวัตถุประสงค์หรือนอกขอบอำนาจของนิติบุคคลที่เรียกว่า Ultra Vires นิติบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะกิจการที่ตัวแทนของนิติบุคคลได้ทำลงไปโดยไม่มีใครสั่ง และเป็นการนอกขอบวัตถุประสงค์และอำนาจของนิติบุคคลนั้นถือว่าเป็นการกระทำของตัวผู้แทนนั้นโดยส่วนตัว เช่น สมาคมซึ่งเรียกว่า Trade Union จะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ตามได้รับสิทธิพิเศษตามพระราชบัญญัติซึ่งเรียกว่า Trade Disputes Act ค.ศ.1906 ซึ่งบัญญัติว่า การฟ้องกล่าวหาสมาคม Trade Union จะเป็นสมาคมของกรรมกร หรือนายจ้างก็ดี หรือฟ้องสมาชิกหรือเจ้าพนักงานของสมาคมเช่นว่านั้นโดยตนเอง และแทนสมาชิกทั้งหลายของสมาคมก็ดี เพื่อละเมิดซึ่ง

กล่าวว่าได้ทำโดยหรือเพื่อสมาคม Trade Union นั้น ห้ามมิให้ศาลรับไว้พิจารณา

10. บุคคลวิกลจริต ตามปกติความวิกลจริตไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้ แต่อาจอ้างหลักฐานเพื่อปฏิเสธเจตนาบางอย่าง เช่นในละเมิดต้องมีเจตนาความมุ่งร้ายหรือความจงใจอันมีบังคับอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น อาจจะอ้างความวิกลจริตขึ้นเป็นข้อหักล้างเจตนา นั้นได้ และถ้าความวิกลจริตมีอาการร้ายแรงจนผู้วิกลจริตไม่เป็นเจ้าของจากการอาการความนั้นเคลื่อนไหวของตนเองแล้วเช่นนี้ผู้วิกลจริตก็ไม่ต้องรับผิด

11. ผู้จัดการทรัพย์สินมรดก จะฟ้องหรือถูกฟ้องในเรื่องละเมิดต่อตัวตนของผู้ตายหรือละเมิดที่ผู้ตายทำต่อตัวตนของผู้อื่นไม่ได้ เพราะถือสิทธิเรียกร้องส่วนตัวตายตามตัว แต่ถ้าเป็นเรื่องละเมิดเกิดผลเสียหายแก่ทรัพย์สินมรดกแล้วตามปกติผู้จัดการมรดกย่อมฟ้องและถูกฟ้องได้¹⁴

¹⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สุวรรณศรี, 2479), หน้า 165.