

การลดค่าเสียหายเพื่อละเมิด โดยคำนึงถึงความเป็นธรรม*

เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม**

บทคัดย่อ

ในบทความชิ้นนี้ ผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์และเสนอว่า ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 438 ประกอบมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาปรับลดค่าเสียหายในคดีละเมิดลงได้ในกรณียกเว้นอย่างยิ่งเพื่อความเป็นธรรม หากเห็นเป็นที่ประจักษ์ว่าค่าเสียหายที่กำหนดจะก่อให้เกิดภาระทางการเงินแก่ผู้กระทำละเมิดอย่างมาก หรือระดับความร้ายแรงของความผิดไม่ได้สัดส่วนอย่างมากกับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยในการปรับลดค่าเสียหายนั้น ผู้เขียนเสนอว่าจะต้องเข้าเงื่อนไข 4 ประการ กล่าวคือ (1) ผู้กระทำละเมิดเป็นบุคคลธรรมดา (2) การกระทำละเมิดมิได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (3) มิใช่ความเสียหายที่เกิดต่อชีวิต ร่างกายและอนามัย และ (4) การกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนจะก่อให้เกิดภาระทางการเงินแก่ผู้กระทำละเมิดอย่างมาก หรือระดับความร้ายแรงของความผิดไม่ได้สัดส่วนอย่างมากกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

แต่เนื่องจากแนวทางดังกล่าวยังไม่เคยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางไว้เป็นบรรทัดฐานมาก่อน จึงอาจทำให้ศาลไม่ต้องการใช้ดุลพินิจเช่นที่ผู้เขียนเสนอ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนได้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไข 4 ประการในการปรับลดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในวรรค 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้หลักกฎหมายต่อไป

* สรุปรจากงานวิจัยทางนิติศาสตร์ เรื่อง “การลดค่าเสียหายเพื่อละเมิดโดยคำนึงถึงความเป็นธรรม” โครงการวิจัยวิชาการทางนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประจำปีงบประมาณ 2559

** น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ม. (กฎหมายเอกชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. LL.M. in International Civil and Commercial Law (Advanced Studies), Leiden University, The Netherlands อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

This Article suggests that, in exceptional cases where full compensation would lead to an oppressive financial burden on the injuring party or where the degree of fault is extremely disproportionate to the damage, damages can be reduced under Section 438 in conjunction with Section 5 of the Thai Civil and Commercial Code. In this regard, four prerequisites for reduction of damages must be met. First, the injuring party is a natural person. Second, the damage is not caused intentionally or by gross negligence. Third, it is not the damage to life, body, or health. Fourth, full compensation would lead to an oppressive financial burden on the injuring party or the degree of fault is extremely disproportionate to the damage.

However, the interpretation of Section 438 in conjunction with Section 5 of the Thai Civil and Commercial Code would not be accepted in practice as there has not been any precedent, especially the Supreme Court decisions, in this matter yet. Therefore, to be clear, this Article also proposes a revision to Section 442 of the Thai Civil and Commercial Code by adding the second paragraph that recognizes four prerequisites for reduction of damages on the ground of fairness.

1. บทนำ

โดยทั่วไปกฎหมายลักษณะละเมิดมีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการสร้างกลไกให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดได้รับการเยียวยาหรือได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้น (compensatory function) ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้รับการยอมรับทั้งในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป¹ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ² รวมถึงระบบกฎหมายไทย³

ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดมีหลักทั่วไปว่า ผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มตามความเสียหายที่เกิดขึ้น (principle of full compensation) กล่าวคือ หากผู้เสียหายสามารถพิสูจน์จำนวนความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำละเมิดได้ ผู้กระทำละเมิดย่อมมีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนดังกล่าว ตัวอย่างเช่น นาย B ขับรถโดยประมาทเลินเล่อไปชนรถยนต์ของนาย C ทำให้นาย C ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการซ่อมรถยนต์ 10,000 บาท และค่ารักษาพยาบาลจากอาการบาดเจ็บ 3,000 บาท เช่นนี้ นาย B มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวทั้งหมดให้แก่ นาย C เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ในกฎหมายลักษณะละเมิดอาจมีข้อยกเว้นหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน โดยกฎหมายอาจกำหนดเงื่อนไขให้มีการปรับลดค่าสินไหมทดแทนลงได้ในกรณีที่มิเหตุอันสมควรบางกรณี⁴ ซึ่งข้อยกเว้นที่ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ อาทิ กฎหมายอังกฤษ เยอรมัน และฝรั่งเศส ยอมรับให้ผู้กระทำละเมิดสามารถยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้มีการปรับลดค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ลงได้ก็คือ การที่ผู้เสียหายมีส่วนต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย (contributory negligence, *Mitverschulden*, *la faute de la victim*)⁵ หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนในระบบกฎหมายไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 ประกอบมาตรา 223

¹ Helmut Koziol, "Basic Questions of Tort law from a Germanic Perspective," at 75, Accessed February 9, 2017, http://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_BasicQuestions_ePDF_HighResOpen_FINAL.pdf.

² Cecil A. Wright, "Introduction to the Law of Torts," *The Cambridge Law Journal*, Vol.8 No.3, p. 238, (1942-1944).

นอกจากนี้ ประเทศที่ระบบกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษ เช่น ออสเตรเลีย ก็รับรองแนวคิดนี้เช่นเดียวกัน, โปรดดู John G. Fleming, *The Law of Torts*, 9th ed, (Sydney: LBC Information Services, 1998), p. 3.

³ จิต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 24-25.

⁴ W.V.H. Rogers, J. Spier, G. Viney, Preliminary observations, in J. Spier (ed.), *The Limits of Liability: keeping the floodgate shut*, (The Hague: Kluwer Law International, 1996), p. 2.

⁵ Cees van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed, (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 375.

แต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นการปรับลดค่าเสียหายมีปัญหาให้ต้องพิจารณาว่า ในระบบกฎหมายไทย ศาลผู้มีส่วนสำคัญในการกำหนดค่าเสียหายจะสามารถพิจารณาถึง “ความเป็นธรรม” (fairness) โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงสองประการต่อไปนี้ได้หรือไม่ กล่าวคือ

1. “สถานะทางเศรษฐกิจหรือภาระทางการเงินของผู้กระทำละเมิด” (financial position)

กล่าวคือ หากเห็นเป็นที่ประจักษ์ว่า ผู้กระทำละเมิดเป็นบุคคลที่ไม่มีรายได้หรือมีรายได้น้อย หากกำหนดให้ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง อาจส่งผลทำให้บุคคลนั้นต้องล้มละลายหรือประสบปัญหาทางการเงินอย่างร้ายแรง ตัวอย่างเช่น นาย A เป็นลูกจ้างในบริษัทรับเหมาก่อสร้าง ในขณะที่ปฏิบัติงาน ได้กระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ตึกที่กำลังก่อสร้างอยู่พังลงมาทั้งหลัง เช่นนี้ ศาลจะพิจารณาลดค่าเสียหายลงโดยอ้างหลักความเป็นธรรม เพื่อให้จำนวนค่าเสียหายที่ต้องชดใช้จริงสอดคล้องกับสถานะทางเศรษฐกิจของนาย A ได้หรือไม่ เป็นต้น

2. “ระดับความร้ายแรงของความผิด” (magnitude of fault) ของผู้กระทำละเมิด ไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

กล่าวคือ ในกรณีที่ระดับความร้ายแรงของความผิดของผู้กระทำละเมิดไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ยกตัวอย่างในกรณีมีเด็กอายุ 10 ขวบได้จุดพลุเล่นในช่วงเทศกาลลอยกระทงโดยไม่ระมัดระวัง เป็นเหตุให้เกิดไฟไหม้ตึกแถวเสียหายไป 5 คูหา คิดค่าเสียหายเป็นมูลค่าหลายล้านบาท กรณีเช่นนี้ ศาลจะพิจารณาปรับลดค่าเสียหายที่ผู้ต้องรับผิดชอบในเหตุดังกล่าวต้องชดใช้ลงได้หรือไม่ อย่างไร

จากปัญหาข้างต้น ผู้เขียนจะตอบปัญหาโดยใช้วิธีการศึกษากฎหมายเชิงเปรียบเทียบ (comparative legal study) โดยผู้เขียนจะศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบ (model law) สองฉบับ ได้แก่ The Principles of European Tort Law (PETL) และ The Draft Common Frame of Reference (DCFR) รวมไปถึงกฎหมายภายในของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายของประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส ฮังการี เนเธอร์แลนด์ เกาหลีใต้และบราซิล เนื่องจากระบบกฎหมายไทยเป็นระบบที่ใช้ประมวลกฎหมาย การศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายที่ใช้ระบบคล้ายคลึงกันย่อมทำให้ได้ทางออกต่อปัญหาที่สามารถนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยได้อย่างเหมาะสมยิ่งขึ้น

ในส่วนเค้าโครงของบทความ หลังจากได้กล่าวถึงประเด็นปัญหาในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการปรับลดค่าเสียหายในคดีละเมิดในหัวข้อที่ 1 แล้ว ในหัวข้อที่ 2 ผู้เขียนจะนำเสนอถึงแนวคิดของระบบกฎหมายต่างประเทศที่เลือกศึกษาเกี่ยวกับการปรับลดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความเป็นธรรม โดยจะชี้ให้เห็นว่าในระบบกฎหมายเหล่านั้นยอมรับการปรับลดค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร หลังจากนั้นในหัวข้อที่ 3 ผู้เขียนจะพิจารณาประเด็นดังกล่าวภายใต้ระบบกฎหมายไทยว่าการปรับลดค่าเสียหายมีเงื่อนไขอย่างไร เปิดช่องให้พิจารณาถึงความเป็นธรรมหรือไม่ โดยจะพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ต่อมาผู้เขียนได้วิเคราะห์



และเสนอแนวทางการใช้การตีความกฎหมาย รวมไปถึงข้อเสนอเพิ่มเติมกฎหมายไว้ในหัวข้อที่ 4 จากนั้นจะได้สรุปสิ่งที่ผู้เขียนนำเสนอในหัวข้อสุดท้ายต่อไป

2. การลดค่าเสียหายเพื่อละเมิดโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในระบบกฎหมายต่างประเทศ

2.1 การปรับลดค่าเสียหายตามแนวคิดของกฎหมายต้นแบบ

The Principles of European Tort Law (PETL)⁶ ได้วางหลักการเกี่ยวกับการปรับลดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมต่อผู้กระทำละเมิดไว้ในมาตรา 10:401⁷ กล่าวคือ หากศาลเห็นว่าเพื่อความเป็นธรรม การกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนจะก่อให้เกิดภาระอย่างมาก ในการนี้ ศาลอาจพิจารณาลดค่าเสียหายลงโดยพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายได้ทำประกันภัยไว้หรือไม่ หรือผู้เสียหายมีความจำเป็นต้องได้รับการชดใช้ค่าเสียหายจริงหรือไม่⁸

ทางคณะผู้จัดทำ PETL⁹ ได้ยกตัวอย่างการใช้มาตรา 10:401 ตัวอย่างเช่น¹⁰ D เป็นเด็กวัย 14 ปี ซึ่งเป็นลูกชายของคู่สามีภรรยาที่ว่างงาน ได้เข้าร่วมกิจกรรมเล่นสกีกับเพื่อนร่วมชั้นซึ่งจัดโดยโรงเรียน ปรากฏว่าในขณะที่ลงจากเนินเขานั้น D ได้สูญเสียการควบคุมสกีของตนและชนเข้ากับ P ซึ่งเป็นนักแสดงดนตรีมหาเศรษฐีจนทำให้ P ได้รับบาดเจ็บที่ใบหน้าและไม่สามารถทำการแสดงดนตรีได้ซึ่งงานดังกล่าว P จะได้รับค่าตอบแทนจำนวน 2 ล้านยูโร

ในกรณีนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบสถานะทางการเงินระหว่าง D และ P แล้ว การกำหนดให้ D ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้ P เต็มจำนวน (2 ล้านยูโร) จะทำให้ D ประสบกับภาระอย่างมาก ทั้งนี้

⁶ ต่อไปนี้บทความนี้เรียกว่า “PETL” สามารถดูภาพรวมนับตั้งแต่ความเป็นมาและเนื้อหาโดยสรุปได้ที่ Bernhard A. Koch, “Principles of European Tort Law,” *King’s Law Journal*, Vol.20, pp. 203-214 (2009).

⁷ “ในกรณียกเว้นอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาถึงสถานะทางการเงินของผู้กระทำ การชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนจะก่อให้เกิดภาระอย่างมากต่อผู้กระทำละเมิด ค่าเสียหายเช่นนั้นอาจลดลงได้ ในการพิจารณาลดค่าเสียหายให้คำนึงถึงฐานแห่งความรับผิดชอบตามมาตรา 1:101 ขอบเขตแห่งการคุ้มครองประโยชน์ตามมาตรา 2:102 และขนาดของความเสียหายเป็นพิเศษ” (แปลโดยผู้เขียน)

⁸ Ulrich Magnus, “Damages Rules in the Common European Sales Law and in the Principles of European Tort Law,” *International Trade and Business Law Review*, Vol. 17 Issue 1, p. 238 (2014).

⁹ PETL เป็นผลงานที่กลุ่มนักวิชาการจากหลายประเทศในยุโรปผู้เชี่ยวชาญกฎหมายลักษณะละเมิด ในนาม “Tilburg Group” หรือที่รู้จักกันในชื่อ “European Group on Tort Law” ได้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นการรวบรวมหลักการในกฎหมายว่าด้วยละเมิดและค่าเสียหายไว้เป็นหมวดหมู่ อาทิ ความมีขอบด้วยกฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ค่าเสียหาย ความผิด ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด ความรับผิดชอบเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ผู้กระทำละเมิดหลายคน เป็นต้น โปรดดู European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, (Austria: SpringerWienNewYork, 2005), pp. 12-15.

¹⁰ *Ibid*, p. 181.

เมื่อคำนึงประกอบกับระดับความร้ายแรงของความผิดที่ไม่มาก รวมไปถึงผลโดยตรงของการกระทำของ D ศาลอาจปรับลดค่าเสียหายลงได้

เช่นเดียวกับ The Draft Common Frame of Reference (DCFR)¹¹ ได้สร้างหลักการที่คล้ายคลึงกับ PETL ไว้ในข้อ 6:202 โดยวางหลักว่า ในกรณีที่จะก่อให้เกิดเป็นธรรมและสมเหตุสมผล บุคคลอาจได้รับการปลดเปลื้องจากความรับผิดในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ถ้าหากในกรณีที่ความเสียหายไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนจะไม่ได้สัดส่วนเมื่อเทียบกับความผิดของบุคคลผู้ก่อความเสียหาย เมื่อเทียบกับขอบเขตของความเสียหาย หรือวิธีการป้องกันความเสียหายนั้น¹²

สำหรับเกณฑ์ในการพิจารณาว่า บุคคลผู้ก่อความเสียหายจะได้รับการปลดเปลื้องไปทั้งหมดหรือลดส่วนความรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนลงหรือไม่นั้น ประการแรก ข้อ 6:202 วางกรอบใหญ่ด้วยการกำหนดว่า การการปลดเปลื้องหรือลดส่วนความรับผิดจะใช้ได้เฉพาะกรณีที่จะเกิดความเป็นธรรมและสมเหตุสมผลที่จะทำเช่นนั้น¹³ ประการต่อมา ความรับผิดจะต้องไม่เกิดจากการกระทำโดยจงใจ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อ 6:202 สามารถปรับใช้ได้กับความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือเป็นกรณีความรับผิดโดยเคร่งครัด¹⁴ ประการสุดท้าย การปลดเปลื้องค่าเสียหายทั้งหมดหรือลดแต่เพียงบางส่วนจะทำได้ต่อเมื่อกำหนดให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนจะไม่ได้สัดส่วนเมื่อเทียบกับความผิดของบุคคลผู้ก่อความเสียหาย เมื่อเทียบกับขอบเขตของความเสียหาย หรือวิธีการป้องกันความเสียหายนั้น

คณะผู้จัดทำ DCFR ได้ยกตัวอย่างการปรับใช้หลักการดังกล่าวไว้ ตัวอย่างเช่น กรณีเด็กวัย 8 และ 9 ขวบได้เล่นก่อกองไฟในโรงเลี้ยงสัตว์ แล้วต่อมาเกิดไฟไหม้โรงเลี้ยงสัตว์และลูกหลานจนเสียหายทั้งหมด ถ้าหากเจ้าของโรงเลี้ยงสัตว์ฟ้องคดีให้เด็กทั้งสองคนรับผิดชอบในค่าเสียหายโดยที่

¹¹ ต่อไปในบทความนี้เรียกว่า “DCFR”

DCFR เป็นผลงานทางวิชาการที่รวบรวมหลักการ (principles) คำนิยาม (definitions) และบทบัญญัติต้นแบบ (model rules) ของกฎหมายเอกชนยุโรปซึ่งจัดทำโดยกลุ่มนักวิชาการในยุโรปสองกลุ่ม คือ คณะศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งยุโรป (the Study Group on European Civil Code –the Study Group) และคณะวิจัยกฎหมายเอกชนที่บังคับใช้ในประชาคมยุโรป (the Research Group on Existing EC Private Law – the Acquis Group) โปรดดู Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline ed, (Munich: Sellier. European Law Publisher, 2009), pp. 3-4.

¹² Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume 4, (New York: Oxford University Press, 2010), p. 3784.

¹³ Reiner Schulze, “Non-contractual arising out of damage caused to another in the DCFR,” in Vincent Sagaert, Matthias Storme and Evelyne Terry (Eds.), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives, p. 228 Cambridge: Intersentia, 2012.

¹⁴ Christian von Bar, Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.), (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 972.



พวกเขาไม่มีโอกาสในการหารายได้เลยนั้น จะทำให้ชีวิตของเด็กทั้งสองนั้นประสบกับความยากลำบากอย่างมาก การลดส่วนค่าเสียหายลงจึงสามารถกระทำได้โดยถือว่าเป็นธรรมและสมเหตุสมผล¹⁵

2.2 การปรับลดค่าเสียหายตามแนวคิดกฎหมายภายในของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย

เมื่อได้พิจารณาหลักกฎหมายของระบบกฎหมายต่างประเทศที่เลือกศึกษา อันได้แก่กฎหมายของประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส ฮังการี เนเธอร์แลนด์ เกาหลีใต้และบราซิล ในประเด็นการปรับลดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมต่อผู้กระทำละเมิด ผลการศึกษาพบว่า มีทั้งระบบกฎหมายที่เปิดช่องและไม่เปิดช่องให้ศาลพิจารณาลดค่าเสียหายในคดีละเมิดลง กล่าวคือ

เมื่อได้พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฮังการี เนเธอร์แลนด์ เกาหลีใต้และบราซิล พบว่ากฎหมายได้เปิดโอกาสให้ศาลสามารถพิจารณาปรับลดค่าเสียหายเพื่อละเมิดโดยพิจารณาจากปัจจัยของฝ่ายผู้กระทำละเมิด ในกรณียกเว้นอย่างยิ่งเมื่อได้คำนึงถึงผลร้ายที่จะเกิดต่อสถานะทางการเงินของผู้กระทำละเมิด หรือ เมื่อพบว่ามีความไม่ได้สัดส่วนอย่างมากระหว่างระดับความร้ายแรงของความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้น

ยกตัวอย่างในระบบกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 109 วรรค 1 ได้เปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลดค่าเสียหายลงได้ หากศาลได้พิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดีทั้งปวง รวมไปถึงสภาพความรับผิดชอบ นิสัมพันธ์ที่ดำรงอยู่ระหว่างคู่กรณี และสถานะทางการเงินของคู่กรณีแล้ว เห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายเต็มจำนวนจะนำไปสู่ผลลัพธ์อันไม่พึงประสงค์อย่างชัดแจ้ง (clearly unacceptable result) แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำละเมิดได้รับการคุ้มครองหรือจะได้รับการคุ้มครองเพราะได้ทำประกันภัยไว้แล้ว ศาลไม่มีอำนาจลดค่าเสียหายลงได้ (มาตรา 109 วรรค 2)¹⁶

วัตถุประสงค์ของมาตรา 109 ของประมวลกฎหมายแพ่งดัตช์ คือ มุ่งคุ้มครองลูกหนี้หรือผู้กระทำละเมิดที่มีความอ่อนแอในทางเศรษฐกิจจากการต้องชดใช้ค่าเสียหายที่มีจำนวนมหาศาลซึ่งบุคคลเหล่านั้นไม่อาจรับภาระชดใช้ค่าเสียหายจำนวนนั้นได้¹⁷ ทำให้เห็นได้ว่า การเปิดช่องให้ลด

¹⁵ *Ibid*, pp. 971-972.

¹⁶ มีข้อนำสังเกตว่า ในร่างแรกของประมวลกฎหมายแพ่งดัตช์ การพิจารณาปรับลดค่าเสียหายเป็นอันต้องห้ามหากเป็นกรณีการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่ในมาตรา 109 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันไม่มีเงื่อนไขดังกล่าว ฉะนั้น ในการปรับใช้หลักกฎหมาย ทิศทางของศาลยังไม่เป็นแนวเดียวกัน กล่าวคือ ในบางคดี แม้ผู้กระทำละเมิดได้กระทำโดยจงใจ ศาลก็พิจารณาลดค่าเสียหายให้ แต่บางคดีศาลไม่พิจารณาปรับลดให้โดยอ้างว่าผู้กระทำละเมิดจงใจก่อให้เกิดความเสียหาย โปรดดู Alex-Geert Castermans et al. "Report on the french avant-projet de réforme de la responsabilité civile," pp.12-13. Accessed 24 January 2017, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01373466/document>, p. 14

¹⁷ *Ibid*, p. 13.

ค่าเสียหายลงก็เพื่อก่อให้เกิดผลที่เป็นธรรมต่อฝ่ายผู้กระทำละเมิด โดยทำให้สามารถดำรงชีวิตต่อไปได้และไม่ต้องตกอยู่ในสภาวะล้มละลายทางเศรษฐกิจอันเป็นผลจากการทำละเมิด

จากหลักการดังกล่าว มีตัวอย่างในคดีที่เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2005 กล่าวคือ Van den Boom เป็นผู้รับจ้างช่วงในการทำทางหลวงสายหนึ่ง ด้วยความประมาทเลินเล่อ Van den Boom ลืมติดตั้งป้ายเตือนผู้ขับขี่จนทำให้เกิดอุบัติเหตุร้ายแรงขึ้น ในคดีนี้ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าหากให้ Van den Boom ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เขาและครอบครัวจะล้มละลายทันที อีกทั้งโจทก์สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากบริษัทประกันภัยได้โดยไม่ทำให้บริษัทประกันภัยต้องประสบภาระมากนัก กรณีเช่นนี้ ศาลจึงลดค่าเสียหายที่ Van den Boom จะต้องชดใช้ลงตามมาตรา 109¹⁸

ในทางตรงกันข้าม ระบบกฎหมายเยอรมันอนุญาตให้มีการปรับลดค่าเสียหายลงได้เฉพาะกรณีผู้ต้องเสียหายมีส่วนผิด (contributory fault) ในความเสียหายเท่านั้น¹⁹ เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสไม่มีแนวคิดในการประเมินจำนวนค่าเสียหายโดยพิจารณาสถานะทางการเงินหรือระดับความร้ายแรงของความผิดของผู้กระทำละเมิด²⁰

2.3 สรุป

ในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อละเมิด ทุกระบบกฎหมายต่างประเทศที่เลือกศึกษาถือแนวคิดหลักเหมือนกัน คือ ผู้กระทำละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหาย (principle of full compensation) หากผู้เสียหายได้รับความเสียหายเท่าใดก็ต้องชดใช้เท่านั้น ไม่มากหรือน้อยไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แนวคิดดังกล่าวสะท้อนวัตถุประสงค์กฎหมายลักษณะละเมิดในการเยียวยาและชดใช้ความเสียหาย (reparation and compensation)

แต่ในประเด็นการปรับลดค่าเสียหาย นอกจากทุกระบบกฎหมายยอมรับการปรับลดค่าเสียหายในกรณีผู้เสียหายมีส่วนผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว บางระบบกฎหมายเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการปรับลดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมได้ กล่าวคือ PETL กฎหมายของอังกฤษ เนเธอร์แลนด์ และเกาหลีใต้ ยอมให้ปรับลดค่าเสียหายได้ หากการกำหนดค่าเสียหายจะทำให้ผู้กระทำละเมิดต้องประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และ DCFR และกฎหมายบราซิล ยอมให้ปรับลดค่าเสียหายได้ในกรณีที่ระดับความร้ายแรงของความผิดไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่แนวคิดเช่นนี้ไม่ได้รับการรับรองในระบบกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสแต่อย่างใด

¹⁸ Hof Den Haag 7 juni 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:BA1320, VR 2007/40. อ้างใน Alex-Geert Castermans et al. *supra note 16*, pp. 13-14.

¹⁹ B.S. Markesinis, *The German Law of Obligations: Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3rd ed, (New York: Oxford University Press, 1997), p. 911.

²⁰ ระบบกฎหมายของสเปน เบลเยียม โรมานีและกรีซก็ถือตามแนวคิดนี้เช่นเดียวกัน, โปรดดู Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *supra note 12*, pp. 3786-89.

3. การลดค่าเสียหายเพื่อละเมิดโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในระบบกฎหมายไทย

3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น

เมื่อการกระทำของบุคคลใดครบองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดตามที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 420 ถึง 437 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว บุคคลนั้นย่อมมีหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น ซึ่งค่าสินไหมทดแทนจะชดใช้กันอย่างไรนั้น มาตรา 438 จะเป็นบทบัญญัติที่วางหลักทั่วไปเอาไว้²¹

หลักการหรือความมุ่งหมายของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตาม มาตรา 438 ความเห็นในทางตำรากฎหมายลักษณะละเมิดยืนยันว่าอยู่บนพื้นฐานของการเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงฐานะเดิมที่เป็นอยู่ก่อนถูกกระทำละเมิดมากที่สุด (*status quo ante*)²² โดยมาตรา 438 เป็นหลักทั่วไปในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหากมีบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นการเฉพาะแล้วก็ย่อมบังคับไปตามบทบัญญัตินั้นๆ²³ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 438 อาจใช้พิจารณาประกอบบทเฉพาะได้²⁴

3.2 การปรับลดค่าเสียหาย

ในการพิจารณาคดีละเมิด ผู้เสียหายหรือโจทก์มีหน้าที่กล่าวอ้างและนำสืบให้เห็นถึงการกระทำอันครบองค์ประกอบละเมิด และพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายและจำนวนค่าเสียหายที่เป็น

²¹ “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย”

²² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง มาตรา ว่าด้วยจัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรถัด ละเมิด (มาตรา 395-452), โดยกองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, ปรับปรุงโดย เขมภูมิ ภูมิถาวร, ชวิน อุ่นภัทร, อำนาจ ตั้งศรีพิมาน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น.250.; ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่อง ข้อสันนิษฐานความผิดของกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2558), น.146.; ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, หลักกฎหมายละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.175.; วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลากมิควรถัด, (กรุงเทพมหานคร: วิบูลย์กิจการพิมพ์, 2544), น.246. ศนันท์กรณ โสถพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรถัด, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.315-316 และ สุขุม ศุภนิത്യ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2555), น. 205.

²³ ตัวอย่าง ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายและอนามัย มีบัญญัติในมาตรา 443-446

²⁴ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.147. และ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น. 175.

ผลจากการกระทำละเมิด ซึ่งหากสามารถพิสูจน์จำนวนค่าเสียหายได้ ศาลย่อมสามารถกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง หรือหากโจทก์ไม่สามารถนำสืบถึงค่าเสียหายได้ หรือเป็นกรณีการกำหนดค่าเสียหายในความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินตาม มาตรา 446 ศาลก็สามารถพิจารณากำหนดให้โดยดูจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดได้

ในฝั่งของจำเลยอาจยกข้อต่อสู้เพื่อให้ศาลพิจารณาปรับลดค่าเสียหายที่จำเลยต้องชดใช้ลงได้ ซึ่งในทางตำรา²⁵ อธิบายว่า หนึ่งในข้อต่อสู้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่สามารถนำมาใช้ได้ นั้น ได้แก่ ข้อต่อสู้เกี่ยวกับความผิดของผู้ต้องเสียหายตามมาตรา 442 ประกอบมาตรา 223²⁶ กล่าวคือ หากผู้เสียหายมีส่วนผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับค่าเสียหายเต็มตามความเสียหายได้²⁷

ข้อต่อสู้ดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เปิดช่องให้มีการลดค่าเสียหายได้ เฉพาะกรณีผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วย ตัวอย่างกรณีผู้เสียหายมีส่วนผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น อาทิ ผู้เสียหายมีส่วนกระทำโดยประมาทในการละเมิดด้วย (ฎ.10534/2558, 13675/2557, 7426-27/2557, 17868/2556, 7941/2556, 5249/2555, 10388/2553, 5391/2551, 7673/2550, 1722/2548, 480/2548, 8794/2547 ฯลฯ) ผู้เสียหายสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยหรือมีส่วนก่อให้เกิดเหตุที่เป็นละเมิด (ฎ.4466/2551, 6025/2550, 3346/2530, 602/2510) และผู้เสียหายละเลยไม่บำบัดป้องกัน หรือบรรเทาความเสียหาย (ฎ.2419/2536)

²⁵ พจน์ ปุษปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), น. 539.

²⁶ มาตรา 442 “ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม”

มาตรา 223 “ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้ อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือนลูกหนี้ให้รู้สึกถึงอันตราย แห่งการเสียหายอันเป็นอย่างร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือเพียงแต่ละเลยไม่บำบัดป้องกัน หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้นท่านให้นำมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม”

²⁷ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น. 346.

มีข้อสังเกตในคดีละเมิดว่า จำเลยอาจยกข้อต่อสู้ในประเด็นอื่น ๆ ได้ อาทิ การต่อสู้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นไกลกว่าเหตุ (remoteness of damage) ถือเป็นข้อต่อสู้ในองค์ประกอบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล หรือข้อต่อสู้เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายเอง (*volenti non fit iniuria*) อาจนำมาใช้ในการจำกัดขอบเขตความรับผิดชอบซึ่งจะมีผลให้จำนวนค่าเสียหายสามารถปรับลดลงมาได้ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า กรณีความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ นั้น ย่อมถือว่า ไม่ใช่ความเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนอยู่แล้ว กล่าวอีกนัย ความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุไม่ใช่ความเสียหายที่เป็นผลจากการกระทำละเมิด หรือกรณีความยินยอมของผู้เสียหายต่อการกระทำละเมิด ย่อมทำให้องค์ประกอบในข้อการกระทำโดยผิดกฎหมายของผู้ที่ละเมิดไม่มีอยู่ โดยสภาพการกระทำจึงไม่เป็นละเมิดอยู่เอง ฉะนั้น ในกรณีที่ผู้เสียหายถูกกระทำละเมิดและมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหาย การปรับลดค่าเสียหายที่จะต้องชดใช้จึงอาจทำได้ด้วยการยกข้อต่อสู้ตาม มาตรา 442 ประกอบมาตรา 223

เมื่อปรากฏว่าผู้เสียหายหรือโจทก์มีส่วนผิดในมูลละเมิดด้วย ศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งผลของการปรับใช้มาตรา 442 ประกอบมาตรา 223 อาจแบ่งออกได้เป็นสองกรณี ดังนี้

3.2.1 ปรับลดค่าเสียหายตามสัดส่วน

เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าโจทก์มีส่วนผิดอยู่ด้วย ตัวอย่างเช่น โจทก์มีส่วนประมาทเล็กน้อยในเหตุละเมิดหรือมีส่วนก่อเหตุละเมิดนั้น ศาลอาจลดส่วนค่าเสียหายที่ผู้กระทำความผิดจะต้องชดเชย โดยอัตราส่วนของการปรับลดค่าเสียหายมีหลายรูปแบบ อาทิ ลดค่าเสียหายลงครึ่งหนึ่ง (ฎ.16386/2558, 6235/2555, 3890/2553, 5413/2538, 3844/2538) ลดค่าเสียหายลง 3 ใน 4 ส่วน (ฎ.6025/2550) ลดค่าเสียหายลง 1 ใน 3 ส่วน (ฎ.7673/2550, 7883/2540, 4109/2539) ลดค่าเสียหายลงตามที่เห็นสมควร (ฎ.4466/2551, 5202/2547, 399/2546, 959/2540, 6280/2538, 2511/2538)

3.2.2 ตัดสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือไม่กำหนดค่าเสียหายเลย

ในกรณีที่ทั้งโจทก์และจำเลยประมาทเล็กน้อยไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน รวมไปถึงกรณีที่โจทก์มีส่วนผิดมากกว่า ศาลอาจพิจารณาตัดสิทธิโจทก์ในการเรียกค่าเสียหายหรือไม่กำหนดค่าเสียหายให้เลยก็ได้²⁸ แนวทางนี้ได้รับการวางหลักในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2524 ซึ่งศาลวางหลักว่า เมื่อต่างฝ่ายต่างกระทำความผิดต่อกันและประมาทเล็กน้อยพอ ๆ กัน ย่อมไม่อาจเรียกค่าเสียหายจากกันได้ ซึ่งคำพิพากษาในคดีต่อมาที่รับและถือตามแนวทางดังกล่าว อาทิ ฎ.17868/2556, 7941/2556, 5249/2555, 10388/2553, 10230/2553, 1722/2548, 480/2548, 8794/2547, 5491/2545, 8994/2542, 6992/2542, 4461/2542, 5092/2539, 5020/2538, 2337/2538, 230-231/2538 เท่ากับว่าศาลไทยตีความมาตรา 442 ประกอบมาตรา 223 ว่าความผิดของผู้เสียหายนอกจากจะเป็นเหตุในการลดส่วนค่าเสียหายที่จะได้รับแล้ว ยังถึงขนาดตัดสิทธิในการเรียกค่าเสียหายได้ หากเห็นได้จากพฤติการณ์ว่า ผู้เสียหายมีส่วนผิดไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าหรือมากกว่าผู้กระทำความผิด

หากไม่ปรากฏความผิดของฝ่ายผู้เสียหายหรือโจทก์ ศาลย่อมไม่สามารถนำ มาตรา 442 ประกอบมาตรา 223 มาใช้พิจารณาปรับลดค่าเสียหายได้ (ฎ.454/2508) และผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบเต็มจำนวน (ฎ. 880/2546)

²⁸ อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมชได้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2478 โดยให้ความเห็นว่า มาตรา 442 ประกอบมาตรา 223 เป็นบทบัญญัติที่ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้ค่าสินไหมทดแทนน้อยลง หากได้ถึงขนาดตัดสิทธิในการรับค่าสินไหมทดแทนโดยสิ้นเชิงแต่อย่างใด โปรดดู เชมภูมิ ภูมิถาวร, กฎหมายลักษณะละเมิด รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาของพระยาเทพวิฑูรพหุลศรุตชาติ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 288-289.

3.3 สรุป

ในระบบกฎหมายไทยต่อประเด็นการกำหนดค่าเสียหาย กฎหมายเปิดช่องให้จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้เพื่อให้ศาลพิจารณาปรับลดค่าเสียหายลงได้เฉพาะการกล่าวอ้างความผิดของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 ประกอบมาตรา 223 โดยหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ผู้เสียหายหรือโจทก์เองก็มีส่วนผิดอยู่ด้วย ศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจลดส่วนค่าเสียหายลงมาได้ แต่หากศาลเห็นว่าโจทก์มีส่วนผิดเท่ากับหรือมากกว่าจำเลย ศาลอาจไม่กำหนดค่าเสียหายให้เลยก็ได้ โดยการลดค่าเสียหายในกรณีนี้ก็สอดคล้องกับแนวคิดของทุกระบบกฎหมายต่างประเทศที่เลือกศึกษา

แต่อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติเปิดช่องไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการปรับลดค่าเสียหายโดยพิจารณาผลร้ายที่จะเกิดต่อสถานะทางการเงินหรือเศรษฐกิจของจำเลย หรือพิจารณาระดับความร้ายแรงของความผิดเมื่อเทียบกับความเสียหาย ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายต้นแบบ ได้แก่ PETL และ DCFR รวมไปถึงระบบกฎหมายฮังกาเรียน ดัทช์ เกาหลีใต้และบราซิลที่เปิดช่องไว้อย่างชัดเจนว่า นอกเหนือจากความผิดของผู้เสียหาย ศาลอาจพิจารณาปรับลดค่าเสียหายลงได้ในกรณียกเว้นอย่างยิ่ง เมื่อคำนึงถึงสถานะทางการเงินของผู้กระทำละเมิดและระดับความร้ายแรงของความผิดเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเบื้องหลังแนวคิดเช่นนี้ คือ การพิจารณาให้เกิดความเป็นธรรมซึ่งมิได้มุ่งเฉพาะฝั่งของผู้เสียหายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการพิจารณาจากทางฝั่งของผู้กระทำละเมิดด้วย

ปัญหาที่ยังคงต้องพิจารณาต่อไปว่า ในระบบกฎหมายไทยเปิดช่องให้ศาลพิจารณาปรับลดค่าเสียหายในประเด็นดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์และเสนอแนะในหัวข้อต่อไป

4. บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

4.1 ข้อเสนอการใช้การตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แม้จะไม่มีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รองรับไว้อย่างชัดเจน ผู้เขียนเสนอว่า ในกรณียกเว้นอย่างยิ่ง การปรับลดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงสถานะทางการเงินของผู้กระทำละเมิดและระดับความร้ายแรงของความผิดสามารถกระทำได้ภายใต้ระบบกฎหมายไทย เนื่องจากระบบกฎหมายไทยมีหลักสุจริตเป็นหลักการที่แทรกซึมที่มุ่งสร้างความเป็นธรรมต่อบุคคลทุกฝ่ายในนิติสัมพันธ์ใดนิติสัมพันธ์หนึ่ง โดยกรณีเช่นนี้ ศาลสามารถอ้างอิงหลักกฎหมายมาตรา 438 วรรค 1²⁹ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปในการคิดค่าเสียหายที่เปิดช่องให้ศาลกำหนดค่าเสียหายได้ตามพฤติการณ์และ

²⁹ “คำสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด”



ความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยนำมาใช้ประกอบกับแนวคิดที่ว่าด้วยหลักสุจริตทั่วไปที่แสดงออกผ่าน มาตรา 5³⁰

ปัญหาประการต่อมาคือ การที่ปรับใช้มาตรา 438 วรรค 1 ประกอบหลักสุจริตตามมาตรา 5 มีเงื่อนไขประการใดบ้างที่ศาลต้องใช้ประกอบการใช้ดุลพินิจ โดยในประเด็นนี้ ผู้เขียนเสนอว่า ภายใต้ขอบเขตของหลักสุจริต ศาลจะใช้ดุลพินิจปรับลดค่าเสียหายที่ผู้กระทำละเมิดต้องชดใช้ลงได้ ภายใต้เงื่อนไข 4 ประการดังต่อไปนี้

เงื่อนไขข้อแรก ผู้เขียนเห็นว่าควรจำกัดเฉพาะการกระทำละเมิดของบุคคลธรรมดาเท่านั้น เนื่องจากบุคคลในทางกฎหมายแพ่งมีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล³¹ ซึ่งบุคคลทั้งสองประเภท สามารถที่จะมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ แม้ว่าจะเป็นนิติบุคคลก็ตาม³² แต่อย่างไรก็ตาม นิติบุคคล ในทางกฎหมายเอกชนมักจะเป็นองค์กรในทางธุรกิจ อาทิ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัดหรือบริษัท มหาชนจำกัด ซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบกิจการเพื่อแสวงหากำไร³³ โดยสภาพองค์กรธุรกิจเหล่านี้ย่อม มีการร่วมลงทุนในระหว่างหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น จึงทำให้มีทรัพย์สินและเงินทุนในระดับหนึ่ง หาก องค์กรเหล่านี้ต้องรับผิดชอบในทางละเมิด โดยทั่วไปย่อมมีศักยภาพที่จะชดใช้ค่าเสียหายได้ หรือมี ศักยภาพที่จะหาช่องทางอื่นในการเยียวยาผู้เสียหาย อาทิ การทำประกันภัยเพื่อความรับผิด (liability insurance)

เงื่อนไขข้อที่สอง ผู้เขียนเสนอว่า การพิจารณาปรับลดค่าเสียหายไม่สามารถกระทำได้หาก การกระทำละเมิดเกิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กล่าวอีกนัยหนึ่ง การลด ค่าเสียหายอาจทำได้ในกรณีการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา

หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังกล่าวมิได้แบ่งแยกไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กรณีไหนถือว่ามี ระดับความผิด (magnitude of fault) มากน้อยกว่ากัน ฉะนั้น เพื่อใช้ในการพิจารณาประกอบ ประเด็นการลดค่าเสียหาย ผู้เขียนเสนอให้แบ่งแยกระดับความร้ายแรงของความผิด (fault) ออกเป็น 3 ระดับโดยเรียงลำดับจากระดับความร้ายแรงมากไปน้อย ได้แก่ (1) ความจงใจ (2) ความ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และ (3) ความประมาทเลินเล่อธรรมดา

³⁰ “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

แม้จะเห็นได้ว่าหลักสุจริตมีบทบาทหรือมีการปรับใช้มากในกฎหมายลักษณะสัญญา แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าหลัก สุจริตอาจนำมาใช้ในกฎหมายเอกชนลักษณะอื่น ๆ ได้ อาทิ กฎหมายลักษณะละเมิด กฎหมายครอบครัว กฎหมายมรดก กฎหมายแรงงาน กฎหมายธุรกิจและกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท เป็นต้น โปรดดู Martijn W. Hesselink, *The Concept of Good Faith*, in Arthur S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, 4th ed, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2011), p. 634.

³¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักกฎหมายบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 20. และ ศนันท์ภรณ์ ไสตลพิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น. 62.

³² นิติบุคคลอาจมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดได้ หากผู้มีอำนาจแทนได้ทำหน้าที่ไปภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติ บุคคลแล้วเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียหาย, โปรดดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เพิ่งอ้าว*, น. 254-255.

³³ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร, *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท*, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552), น. 3-15.

ประการแรก การกระทำโดยจงใจเป็นการกระทำโดยตั้งใจให้เกิดความเสียหายหรือโดยรู้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นจึงจัดให้เป็นความผิดที่มีระดับความร้ายแรงมากที่สุด ประการต่อมา การกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จัดเป็นระดับที่อยู่ระหว่างความจงใจและความประมาทเลินเล่อธรรมดา³⁴ แม้จะไม่ปรากฏในมาตรา 420 อย่างชัดเจน ก็อาจถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างหนึ่งซึ่งอาจมีระดับความร้ายแรงเทียบเท่าจงใจ ส่วนประมาทเลินเล่อธรรมดา คือ การกระทำที่ขาดความระมัดระวังดังเช่นวิญญูชนคนธรรมดาทั่วไปในฐานะเช่นจำเลยพึงจะมีหรือจะปฏิบัติ นิยามของความประมาทเลินเล่อในทางแพ่งมักจะอธิบายโดยเทียบเคียงมาตรา 59 วรรค 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญา³⁵ ซึ่งศาสตราจารย์จิติ ติงศภัทย์ เห็นว่าวิธีวินิจฉัยประมาทเลินเล่อทั้งในทางแพ่งและทางอาญาไม่แตกต่างกันแต่อย่างใด³⁶

แต่อย่างไรก็ดี แม้ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะปรากฏอยู่ในบทบัญญัติหลายมาตราของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³⁷ แต่หาได้มีการให้คำนิยามความหมายและขอบเขตไว้แต่อย่างใด ฉะนั้น หากพิจารณาตามความเห็นในทางวิชาการ อาจจะนิยามประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ว่าเป็นลักษณะของการขาดความระมัดระวังโดยมีความชั่วร้าย และผู้กระทำรู้ถึงภัยอันตรายที่จะเกิดแต่ก็เสี่ยงที่จะกระทำโดยคาดหวังว่าความเสียหายจะไม่เกิด³⁸ ซึ่งในท้ายที่สุดก็ขึ้นอยู่กับ การพิจารณาของศาลในแต่ละกรณีไป แต่หากพิจารณาจากกลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกา ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมักจะเกิดจากการกระทำละเมิดฝ่าฝืนกฎจราจรและฝ่าฝืนระเบียบ ข้อปฏิบัติตามกฎหมาย³⁹ รวมไปถึงการขาดความระมัดระวังในฐานะผู้มีวิชาชีพเช่นนั้นด้วย

จากระดับความร้ายแรงของความผิดที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การกระทำละเมิดโดยจงใจนั้นขัดต่อหลักสุจริตอย่างชัดเจนเนื่องจากมีเจตนามุ่งก่อความเสียหายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น หากเป็นการกระทำโดยจงใจใช้สิทธิโดยมุ่งให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นตามมาตรา 421 ย่อมเป็นละเมิดและขัดต่อหลักสุจริต นอกจากนี้ ผู้เขียนเสนอว่า ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงถือเป็นกรณีขัดต่อหลักสุจริตเช่นเดียวกัน เนื่องจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมักเป็นกรณีที่ผู้กระทำมิตั้งใจไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้น แม้ใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยก็ยังไม่เกิดความเสียหายขึ้นมาแล้วแต่หาได้ใช้ความระมัดระวังไม่ นอกจากนี้ หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมักเป็นเหตุแห่งการจำกัดสิทธิของบุคคล อาทิ ตามมาตรา 158 ผู้แสดงเจตนาจะถือเอาประโยชน์จากสำคัญผิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ได้ หรือเป็นเหตุที่ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ อาทิ ความ

³⁴ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงธรรมที่ 22*, น. 70.

³⁵ การกระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

³⁶ จิติ ติงศภัทย์, “ประมาทเลินเล่อ,” *วารสารกฎหมาย*, ปีที่ 4 ฉ.1 น. 22 (มกราคม-เมษายน 2521).

³⁷ มาตรา 158, 310, 373, 398, 441, 623, 879, 905, 949, 1598/8 และ 1731

³⁸ ธนศักดิ์ วิเศษรณนา, “ความรับผิดชอบละเมิดมาตรา 420: ศึกษากรณีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 56.

³⁹ *เพ็งอ้าว*, น. 68-79.



ตกลงยกเว้นความรับผิดเพื่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีผลตกเป็นโมฆะตามมาตรา 373 เหล่านี้ย่อมชี้ให้เห็นได้ว่าความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น เป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยซึ่งก็ย่อมถือว่าขัดต่อหลักสุจริตในระบบกฎหมายไทยด้วยเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ดี มีปัญหาว่า กรณีประมาทเลินเล่อทั่วไปนั้นถือว่าเป็นกรณีที่ขัดต่อหลักสุจริตหรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า หลักสุจริตใน ป.พ.พ. มาตรา 5 มิได้จำกัดเฉพาะการกระทำโดยจงใจเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการกระทำโดยประมาทเลินเล่อด้วย เนื่องจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อแล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดผลร้ายจะถือว่ากฎหมายให้สิทธิกระทำก็ไม่ใช่เหตุผลที่ถูก และจะถือว่าสุจริตก็ได้⁴⁰

ด้วยความเคารพต่อความเห็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ความประมาทเลินเล่อโดยทั่วไปไม่ใช่กรณีการมีจิตใจที่ชั่วร้ายหรือทุจริตดังเช่นกรณีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่เป็นเรื่องของพฤติการณ์ที่ผู้กระทำมิได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอตามวิสัยเช่นวิญญูชนในฐานเช่นนั้นพึงจะมีซึ่งบุคคลธรรมดาโดยทั่วไปย่อมมีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อได้เสมอไม่ว่าจะมากหรือน้อยก็ตาม หากมิได้ปรากฏว่าผู้นั้นมีจิตใจที่ชั่วร้ายหรือไม่แยแสต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อบุคคลอื่นแล้ว การจะสรุปโดยเด็ดขาดว่าความประมาทเลินเล่อขัดต่อหลักสุจริตทุกกรณีไปอาจไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบกับข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในทางสัญญาตาม ป.พ.พ. มาตรา 373 การตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้เพื่อความประมาทเลินเล่อธรรมดา ย่อมสามารถกระทำได้ ไม่ตกเป็นโมฆะ⁴¹ ต่างจากการยกเว้นความรับผิดเพื่อการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่ไม่สามารถกระทำได้ อันอาจสื่อได้ว่า ถ้าพึงความประมาทเลินเล่อไม่ใช่กรณีขัดต่อหลักสุจริตโดยเด็ดขาดแต่อย่างใด

เงื่อนไขประการที่สาม ผู้เขียนเสนอว่า การลดค่าเสียหายไม่อาจกระทำได้หากเป็นการกระทำละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายหรืออนามัยของผู้เสียหาย โดยเงื่อนไขนี้ ผู้เขียนพิจารณาเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540⁴² ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย โดยเหตุผลก็คือ จะเป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายที่ต้องได้รับความเจ็บปวด ทุกข์ทรมานจากอาการบาดเจ็บ หรือที่ต้องเสียชีวิตจากการกระทำละเมิดประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง การเปิดช่องดังกล่าวอาจมีผลส่งเสริมให้เกิด

⁴⁰ จิติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น. 25-26.

⁴¹ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, แก้ไขเพิ่มเติมโดยดาราพร ธิระวัฒน์, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 248.

⁴² มาตรา 8 “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น” (เน้นโดยผู้เขียน)

การกระทำละเมิดต่อชีวิต ร่างกายของบุคคลอื่นมากขึ้น หรืออาจทำให้บุคคลทั่วไปขาดการใส่ใจและระมัดระวังที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งในกรณีนี้ ควรมุ่งให้น้ำหนักความเป็นธรรมต่อผู้เสียหายมากกว่าฝ่ายผู้กระทำละเมิดหากเป็นความเสียหายที่เกิดต่อชีวิต ร่างกายและอนามัย

เงื่อนไขประการที่สี่ ผู้เขียนเสนอว่า ศาลอาจพิจารณาปรับลดค่าเสียหายลงได้ในสองกรณี กล่าวคือ กรณีแรก เมื่อพิจารณาจากจำนวนค่าเสียหายดังกล่าว อาจมีผลทำให้ผู้กระทำละเมิดซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องประสบปัญหาในทางการเงินอย่างรุนแรงหรือไม่มีความสามารถที่จะชดใช้ค่าเสียหายได้อย่างแน่แท้ หรือกรณีที่สอง ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับระดับความร้ายแรงของความผิดของผู้กระทำละเมิด

ในการพิจารณาเงื่อนไขในกรณีแรกที่เกี่ยวข้องกับฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำละเมิด ศาลอาจพิจารณาจากรายได้และทรัพย์สิน รวมทั้งหนี้สินของผู้กระทำละเมิดโดยเปรียบเทียบกับค่าเสียหายที่จะต้องชดใช้ว่า มีความสามารถที่จะชดใช้ค่าเสียหายได้หรือไม่ เป็นการก่อให้เกิดผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำละเมิดอย่างร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งผู้กระทำละเมิดจะต้องนำเสนอพยานหลักฐานให้ศาลเห็นตามสมควรเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น ไม่ว่าจะพยานเอกสารหรือพยานบุคคลก็ตาม ส่วนในกรณีที่สอง ศาลควรวินิจฉัยระดับความร้ายแรงแห่งละเมิดให้แน่ชัดเสียก่อนว่า เป็นการกระทำละเมิดในระดับใด จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในส่วนประมาทเลินเล่อ นั้น เป็นการกระทำประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ ซึ่งจากข้อเสนอนี้ในเงื่อนไขที่สาม อนุญาตให้ลดค่าเสียหายได้เฉพาะการกระทำประมาทเลินเล่อธรรมดาเท่านั้น จากนั้นให้พิจารณาเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงว่ามีความไม่ได้สัดส่วนอย่างมากหรือไม่

เมื่อครบเงื่อนไขทั้ง 4 ประการข้างต้น ผู้เขียนเสนอว่า ศาลอาจใช้ดุลพินิจปรับลดค่าเสียหายลงได้ตามสมควร แต่ไม่ควรลดค่าเสียหายเกินกว่าครึ่งหนึ่งของความเสียหายจริง เว้นแต่จะมีพฤติการณ์ที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดประกอบด้วย

นอกจากข้อเสนอกับเงื่อนไขข้างต้น ผู้เขียนเสนอว่า ศาลอาจจะต้องพิจารณาพฤติการณ์อื่น ๆ ประกอบด้วยเพื่อให้การกำหนดค่าเสียหายเกิดความเป็นธรรมมากที่สุด อาทิ ทางด้านของผู้เสียหาย ศาลควรพิจารณาว่าผู้เสียหายมีช่องทางการเยียวยาอื่นใดหรือไม่ ฐานะทางเศรษฐกิจของผู้เสียหายเป็นอย่างไร ส่วนทางด้านของผู้กระทำละเมิด ศาลควรพิจารณาว่ามีบุคคลอื่นต้องร่วมรับผิดชอบหรือไม่ และบุคคลดังกล่าวมีศักยภาพที่จะชดใช้ค่าเสียหายได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น หากลูกจ้างกระทำละเมิดในทางการที่จ้าง นายจ้างย่อมต้องร่วมรับผิดชอบ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 425 ซึ่งกรณีนี้แม้ลูกจ้างจะไม่สามารถชดใช้ค่าเสียหาย แต่หากนายจ้างมีศักยภาพที่จะชดใช้ได้ก็ไม่ควรที่จะปรับลดค่าเสียหายลงตามข้อเสนอข้างต้น

4.2 ข้อเสนอการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอดังกล่าวเป็นเรื่องของการใช้การตีความตบปัญหาตีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งพิจารณาบนพื้นฐานของหลักสุจริตซึ่งมีความเป็นนามธรรมสูง แต่หาก



นำมาใช้ในทางปฏิบัติของการพิจารณาคดี อาจพบว่าเมื่ออุปสรรคพอสมควร เนื่องจาก ประการแรก ศาลไทยมักจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยเดินตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นหลัก ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา พบว่าในการปรับลดค่าเสียหาย ศาลยังยึดถือเฉพาะช่องทางที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้อย่างชัดเจน นั่นก็คือ กรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดในความเสียหาย นอกจากนี้ ในแง่ของการปรับใช้หลักสุจริตโดยเฉพาะตาม ป.พ.พ. มาตรา 5 ศาลมักจะนำมาใช้ในกรณีการตัดอำนาจฟ้องของโจทก์เพราะเหตุของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตซึ่งเป็นการใช้หลักสุจริตที่ค่อนข้างจำกัดเมื่อเทียบกับบทบาทโดยทั่วไปของหลักสุจริตที่มีหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการเสริมเนื้อหาของบทบัญญัติของสัญญาหรือกฎหมาย หรือใช้แก้ไขพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม เหล่านี้เป็นต้น ฉะนั้น จึงมีแนวโน้มที่ศาลอาจไม่พิพากษาคดีโดยใช้การตีความกฎหมายที่ไม่เคยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกามาก่อน

ประการที่สอง หากพิจารณาในทางตำรากฎหมายลักษณะละเมิด ก็ให้เห็นได้ว่าไม่เคยมีการเสนอถึงช่องทางนี้มาก่อน จึงอาจก่อให้เกิดความคิดเห็นที่คัดค้านการตีความกฎหมายตามที่ผู้เขียนเสนอ ซึ่งเป็นข้อเสนอที่ค่อนข้างจะต้องตีความในลักษณะที่เป็นการยกเว้นแนวคิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนความเสียหาย (full compensation) ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่สำคัญของกฎหมายลักษณะละเมิด

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยการเพิ่มบทบัญญัติที่รองรับเงื่อนไขสี่ประการดังที่ได้เสนอไปข้างต้น โดยเห็นว่าหากได้รับการบัญญัติอย่างชัดเจนแล้ว ย่อมทำให้ผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะศาล สามารถปรับใช้กฎหมายได้โดยตรง โดยไม่ต้องตีความขยายบทบัญญัติในมาตรา 438 อีกต่อไป ฉะนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอเพิ่มเติมวรรคสองของมาตรา 442 โดยจะเรียงลำดับต่อเนื่องจากมาตรา 442 วรรค 1 ซึ่งเป็นกรณีการปรับลดค่าสินไหมทดแทนโดยผู้เสียหายมีส่วนผิด⁴³ โดยร่างวรรคสองของมาตรา 442 มีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“ในกรณีที่การกำหนดค่าสินไหมทดแทนจะทำให้ผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องประสบปัญหาทางเศรษฐกิจหรือปัญหาทางการเงินอย่างร้ายแรง หรือค่าสินไหมทดแทนที่กำหนดไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับความผิดของผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ศาลมีอำนาจปรับลดค่าสินไหมทดแทนลงได้ตามสมควรเพื่อความเป็นธรรม บทบัญญัติในวรรคนี้มีให้ใช้บังคับในกรณีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายหรืออนามัยของผู้ต้องเสียหาย”⁴⁴

⁴³ เป็นการเรียงลำดับตัวอย่างประมวลกฎหมายลักษณะหนี้สวิส มาตรา 44 ซึ่งในวรรคหนึ่งเป็นการลดค่าเสียหายเพราะเหตุผู้เสียหายมีส่วนผิด และในวรรคสองเป็นกรณีการลดค่าเสียหายเพราะเหตุผู้กระทำละเมิดจะประสบปัญหาทางการเงินอย่างร้ายแรง

⁴⁴ ในส่วนของข้อเสนอเพิ่มเติมกฎหมายที่ปรากฏในบทความนี้ ผู้เขียนได้แก้ไขปรับปรุงถ้อยคำจากรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เพื่อป้องกันความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนและเพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

4.3 สรุป

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเปิดช่องให้มีการปรับลดค่าเสียหายได้เฉพาะกรณีผู้เสียหายมีส่วนผิด ตามมาตรา 442 ประกอบมาตรา 223 แต่ผู้เขียนเห็นว่า ศาลยังมีช่องทางอื่นในการพิจารณาปรับลดค่าเสียหายเพื่อละเมิดลงได้โดยพิจารณาจากหลักสุจริตที่เป็นหลักการสำคัญ อันแทรกซึมอยู่ในระบบกฎหมายแพ่งทั้งระบบ โดยในประเด็นการปรับลดค่าเสียหาย ผู้เขียนเห็นว่า หลักสุจริตเรียกร้องให้พิจารณากำหนดค่าเสียหายที่มุ่งให้เกิดความเป็นธรรมไม่เฉพาะต่อผู้เสียหายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้กระทำละเมิดด้วย

ฉะนั้น หากการกำหนดค่าเสียหายจะทำให้เกิดภาระทางการเงินต่อผู้กระทำละเมิดอย่างมาก หรือระดับความร้ายแรงแห่งละเมิดไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับค่าเสียหาย ประกอบกับหากผู้กระทำละเมิดเป็นบุคคลธรรมดาและความเสียหายมิได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และเป็นความเสียหายที่มีใช้ต่อชีวิต ร่างกายและอนามัย ผู้เขียนเสนอว่า ศาลอาจใช้ดุลพินิจปรับลดค่าเสียหายลงได้ตามความเหมาะสม

5. บทสรุป

จากที่ผู้เขียนตั้งประเด็นปัญหาว่า ภายใต้ระบบกฎหมายไทย ศาลสามารถปรับลดค่าเสียหายที่ต้องชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมเมื่อพิจารณาจากสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำละเมิด หรือระดับความร้ายแรงของความผิดเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้หรือไม่ อย่างไร

หลังจากได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนเสนอว่า ภายใต้ขอบเขตของหลักสุจริต ศาลไทยสามารถกระทำได้ในกรณียกเว้นอย่างยิ่ง

5.1 การใช้การตีความกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ภายใต้ขอบเขตของหลักสุจริต ศาลสามารถพิจารณาปรับลดค่าเสียหายโดยคำนึงถึงสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำละเมิด หรือระดับความร้ายแรงของความผิดโดยเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ด้วยการอ้างอิงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรค 1 ประกอบมาตรา 5 โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไข 4 ประการ ดังต่อไปนี้ 1. ผู้กระทำละเมิดเป็นบุคคลธรรมดา 2. การกระทำละเมิดต้องมีได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง 3. ต้องมิใช่การกระทำละเมิดที่ก่อความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพหรืออนามัย และ 4. ค่าเสียหายที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้จะมีผลทำให้บุคคลนั้นประสบปัญหาในทางการเงินอย่างร้ายแรง หรือความเสียหายไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับระดับความร้ายแรงของความผิด

เมื่อครบเงื่อนไขทั้ง 4 ข้อ ศาลมีดุลพินิจที่จะปรับลดค่าเสียหายลงได้ตามที่สมควรและเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย แต่ไม่ควรปรับลดเกินกว่าครึ่งหนึ่งของค่าเสียหายจริง เว้นแต่กรณีที่ผู้เสียหาย



มีส่วนผิดร่วมด้วยซึ่งศาลสามารถพิจารณาควบคู่กันไปได้ นอกจากนี้ในการพิจารณาเงื่อนไขดังกล่าว ศาลต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์อื่น ๆ ประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาว่า ผู้เสียหายมีช่องทางได้รับการเยียวยาประการอื่นหรือไม่ อาทิ ได้รับชดเชยจากระบบประกันภัย หรือสวัสดิการของภาครัฐหรือไม่ หรือทางฝั่งของผู้กระทำละเมิด มีบุคคลที่ร่วมชดใช้ค่าเสียหายด้วยหรือไม่

5.2 ข้อเสนอเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อเสนอข้างต้นเป็นความเห็นอันเกิดจากการศึกษาวิเคราะห์ในทางวิชาการซึ่งยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รองรับไว้และไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักไว้อย่างชัดเจน กรณีเช่นนี้จึงอาจทำให้ศาลมีข้อจำกัดในการใช้การตีความกฎหมายเพื่อการพิจารณาพิพากษาคดีได้ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยการเพิ่มเติมวรรคสองของมาตรา 442 ปรากฏตามตารางเปรียบเทียบด้านล่างนี้

ตารางเปรียบเทียบ

	มาตรา 442 (ปัจจุบัน)	มาตรา 442 (ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติม)
วรรค 1	ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหาย ประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม	ไม่มีแก้ไข
วรรค 2	ไม่มี	ในกรณีที่การกำหนดค่าสินไหมทดแทนจะทำให้ผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องประสบปัญหาทางเศรษฐกิจหรือปัญหาทางการเงินอย่างร้ายแรง หรือค่าสินไหมทดแทนที่กำหนดไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเมื่อเทียบกับความผิดของผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ศาลมีอำนาจปรับลดค่าสินไหมทดแทนลงได้ตามสมควร เพื่อความเป็นธรรม บทบัญญัติในวรรคนี้ มิให้ใช้บังคับในกรณีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้ต้องเสียหาย