ปัญหาการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

นางสาวกรวิกา ขวัญเมือง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2555
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS ON EXPRESSION TO EXEMPT THE LIABILITY BY THE PRESUMPTION OF LAW

Miss Kornviga Khwanmuang

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2012
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย
โดย	นางสาวกรวิกา ขวัญเมือง
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศร)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.อังคณาวดี ปิ่นแก้ว)

นางสาวกรวิกา ขวัญเมือง : ปัญหาการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย. (PROBLEMS ON EXPRESSION TO EXEMPT THE LIABILITY BY THE PRESUMPTION OF LAW) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รศ.ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, 228 หน้า.

ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในทางแพ่งมีทั้งที่เป็นส่วนของข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญาและในส่วนของข้อสันนิษฐานความรับผิดทางละเมิด ซึ่งล้วนแต่เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความรับผิดให้แก่บุคคลบางประเภทโดยที่กฎหมายมิได้สนใจถึงความผิดของบุคคลเหล่านั้นว่าได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่ประการใด จึงมีปัญหาทางกฎหมายว่าบุคคลต่างๆ เหล่านี้จะแสดงเจตนาล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายได้หรือไม่

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ แนวความคิดเบื้องหลังของบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดของบุคคล และปัญหาการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายของประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่า บทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายมีความเป็นมาและแนวความคิดเบื้องหลังในอันที่จะคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับการเยียวยาตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ อันเป็นเสมือนข้อบังคับของสังคมให้บุคคลที่กฎหมายวางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้นั้นต้องรับผิดไว้ก่อนเพื่อคุ้มครองบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งมากกว่า ดังนั้น บทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายจึงเป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม จะใช้เจตนาของเอกชนมายกเว้นบทกฎหมายข้อสันนิษฐานความรับผิดนี้ไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายอีกส่วนหนึ่งอนุญาตให้ตกลงยกเว้นกันได้ นอกจากนี้บทบัญญัติที่ควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ยังก่อให้เกิดปัญหาการตีความว่าข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายนั้นรวมอยู่ในขอบข่ายของพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ จึงต้องพิจารณาในขอบเขตของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

ผู้เขียนได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาด้วยการแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 220 ส่วนท้าย อีกทั้งให้มีการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแสดงเจตนาให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม

สาขาวิชา นิติศาสตร์ ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2555 ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก .....

5285953734 : MAJOR LAWS
KEYWORDS : presumption of liability / contract / tort

KORNVIGA KHWANMUANG : PROBLEMS ON EXPRESSION TO EXEMPT THE LIABILITY BY THE PRESUMPTION OF LAW. ADVISOR : ASSOC.PROF.SANUNKORN SOTTHIBANDHU, 228 pp.

The presumptions of liability in the private law are included the presumption of liability in the law of contract and also the law of tort which are the provisions imposed the liability to some kind of persons without considering their fault, intention or negligence. Therefore, the legal problems arise that whether those persons can declare their intention to exempt the liability which is presumed by law.

In this thesis, the author aims to study the presumption of civil liability in every aspect such as the historical background, the theory of the law of presumption of liability and comparison with the other countries in the approaches of controlling the expression to exempt the presumption of liability by law. Studying in comparison Thai legislation with foreign legislation namely United Kingdom and Federal Republic of German, it is found that all of the provisions which presume liabilities to some persons have their historical and theory background to protect the other persons whom injured or being a victim. These provisions seem to be the rule in order to enforce defendant to indemnify against the innocent victim. Therefore, the provisions of presumption liability are concerning public order, person cannot declare their expression to exempt these liabilities unless there is another provision granted parties agree to do so. In addition, The Unfair Contract Term B.E. 2540, which is a special Act of controlling person to express his intention to exclude his liability, does not cover the expression to exempt the liability of presumption by law. Moreover, this Act causes many legal problems so that such expression has to be considered only in the scope of Civil and Commercial Code.

The author proposes to amend the Unfair Contract Terms B.E. 2540 and also amend the last sentence of section 220 of the Civil and Commercial Code. Moreover the author suggests that the lawyer should apply the law of controlling the expression to exclude liability in accordance with the spirit of the presumption of liability provisions.

Field of Study : LAWS Student's Signature .....

Academic Year: 2012 Advisor's Signature .....

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอระลึกถึงพระคุณของท่านศาสตราจารย์(พิเศษ) คัมภีร์ แก้วเจริญ ที่ท่านได้กรุณารับเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ โดยคำแนะนำของท่านในชั้นสอบโครงร่างเป็นการวางรากฐานแนวคิดสำคัญของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างมาก แต่ท่านได้ละโลกนี้ไปเสียก่อนเวลาที่ผู้เขียนจะได้ทำการสอบปิดเล่มวิทยานิพนธ์ คุณงามความดี ความปรารถนาดีของท่านที่มอบให้แก่ลูกศิษย์คนนี้จะดำรงอยู่ในใจของผู้เขียนตราบนานเท่านาน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศร ที่กรุณารับเป็นประธานสอบปิดเล่มวิทยานิพนธ์นี้สืบต่อจากท่านศาสตราจารย์(พิเศษ) คัมภีร์ แก้วเจริญ และกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์ และท่านอาจารย์ ดร. อังคณาวดี ปิ่นแก้ว ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านคณะกรรมการทุกท่านได้เมตตาชี้แนะแนวทางและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์และจุดประกายต่อยอดความคิดให้แก่ผู้เขียนเป็นอันมาก

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงไปด้วยดีมิได้เลย หากปราศจากความเมตตากรุณาจากท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ ที่รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ท่านคอยให้คำแนะนำ ชี้ทางที่ผิดและบอกแนวทางที่ถูกต้องในการทำวิทยานิพนธ์ และคอยกวดขันเอาใจใส่ต่อผลงานของนิสิตในที่ปรึกษาของท่านด้วยความวิริยะอุตสาหะเป็นอย่างยิ่งด้วยจิตวิญญาณของความเป็นครูอย่างแท้จริง

ท้ายสุดนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณพ่อ แม่ พี่สาว คุณพงศ์สิน ลัคนากุลและครอบครัวครอบครัวทรงสกุล และขอบพระคุณเจ้านายและเพื่อนร่วมงานที่บริษัท เรอเน่ ฟิลิป แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด บริษัท เบเคอร์แอนด์แม็คเค็นซี่ จำกัด และบริษัทดีเคเอสเอช (ประเทศไทย) จำกัด และเพื่อนสภาไหหลำที่เข้าใจและคอยเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตลอดมา หากวิทยานิพนธ์นี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย..... ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... จ
กิตติกรรมประกาศ..... ฉ
สารบัญ..... ช

บทที่

1. บทนำ
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... 1
2. วัตถุประสงค์ในการศึกษา..... 2
3. สมมติฐานของการศึกษา..... 3
4. ขอบเขตของการศึกษา..... 3
5. วิธีการดำเนินการศึกษา..... 3
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา..... 4

2. แนวความคิดและความเป็นมาของข้อสันนิษฐานความรับผิดทางกฎหมาย..... 6
1. ที่มาและบทบาทความสำคัญของข้อสันนิษฐานของกฎหมาย..... 6
2. ความแตกต่างระหว่างกฎหมายที่สันนิษฐานความผิดกับกฎหมายที่สันนิษฐานความรับผิด..... 8
3. พัฒนาการทางกฎหมายและแนวความคิดต่างๆ อันนำไปสู่บทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายละเมิดตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน.... 12
   - 3.1 ความรับผิดอย่างเคร่งครัดในยุคกฎหมายโบราณ..... 12
   - 3.2 ยุคกฎหมายโรมัน..... 14
     - 3.2.1 ข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสิบสองโต๊ะ..... 15
     - 3.2.2 ความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นภายใต้ lex aquilia..... 17
     - 3.2.3 Obligationes quasi ex delicto : ในฐานะบ่อเกิดแห่งหนี้ที่กำหนดความรับผิดโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย..... 22
     - 3.2.4 แนวความคิดและข้อสรุปเกี่ยวกับเกณฑ์ในการจัดกลุ่มความรับผิดในหนี้ทางกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes quasi ex delicto) 30
   - 3.3 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดอย่างเคร่งครัดในยุคกลางถึงยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมและกฎหมายสมัยใหม่..... 37
     - 3.3.1 แนวความคิดแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) 38

บทที่ **หน้า**

3.3.2 ทฤษฎีรับภัย (Theory of risk) 39

3. การแสดงเจตนายกเว้นข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในระบบกฎหมายไทย 43

1. ข้อความคิดว่าด้วยการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในทางแพ่ง..... 43

1.1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายในการยอมรับการแสดงเจตนาของเอกชน..... 43

ก. หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (The Autonomy of the Will) และหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy)... 43

ข. ขอบเขตข้อจำกัดของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาและหลักอิสระในทางแพ่ง..... 45

ค. แนวคิดทฤษฎีสังคมพิทักษ์ (Paternalism): ในฐานะแนวความคิดที่ต่อต้านหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา..... 46

1.2 ขอบเขตการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์..... 47

1.2.1 ความเป็นโมฆะของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 150..... 48

1.2.2 ความเป็นโมฆะของนิติกรรมที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 151..... 51

1.2.3 ความเป็นโมฆะของข้อสัญญายกเว้นความรับผิดหากลูกหนี้ฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามมาตรา 373..... 52

2. ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องสัญญา..... 54

2.1 หลักของการสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญา..... 55

2.2 ตัวอย่างข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในลักษณะสัญญาและเอกเทศสัญญาบางประเภท..... 56

2.3 ผลบังคับของข้อสันนิษฐานความรับผิดในบทบัญญัติของกฎหมาย.... 61

2.4 การตกลงยกเว้นความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญา..... 62

2.5 ข้อสังเกตกฎหมายพิเศษที่มีข้อกำหนดในการควบคุมการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยในขอบข่ายของเรื่องสัญญา..... 63

3. ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องละเมิด..... 65

บทที่ **หน้า**

3.1 หลักการทั่วไปของข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายลักษณะละเมิด..... 66

3.2 บทบัญญัติและหลักพื้นฐานข้อสันนิษฐานความรับผิดของในกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เฉพาะความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์..... 67

3.3 ผลของข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายละเมิด..... 72

3.4 การตกลงยกเว้นความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิด..... 73

4. กฎหมายพิเศษที่มีข้อกำหนดในการควบคุมการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยในขอบข่ายของความรับผิดเพื่อละเมิด..... 74

4.1 การศึกษาวิจัยเรื่องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของนักกฎหมายไทยในอดีต..... 74

4.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในส่วนที่ว่าด้วยการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในทางแพ่ง..... 77

4.3 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในส่วนที่ว่าด้วยการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดล่วงหน้า..... 92

4. การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดในกฎหมายต่างประเทศ..... 97

1. ประเทศเยอรมัน..... 97

1.1 หลักทั่วไปของความรับผิดทางสัญญาของประเทศเยอรมัน..... 98

1.1.1 ข้อยกเว้นหลักความผิดโดยมีความผิด..... 99

1.1.2 ตัวอย่างบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน..... 100

1.1.3 ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ขาย..... 103

1.2 หลักทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศเยอรมัน..... 105

1.2.1 ตัวอย่างบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน..... 105

1.3 แนวความคิดว่าด้วยการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดทางแพ่งในประเทศเยอรมัน..... 109

2. ประเทศสหราชอาณาจักร..... 114

2.1 หลักทั่วไปของความรับผิดตามสัญญาของประเทศอังกฤษ..... 115

บทที่ **หน้า**

2.1.1 บทบัญญัติใน The Sale of Goods Act 1979 ที่กำหนดความรับผิดของผู้ขายอันเกี่ยวข้องกับความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิ..... 116

2.1.2 การตกลงยกเว้นข้อสัญญาโดยปริยายตามที่กำหนดตาม the Sale of Goods Act 1979..... 120

2.2 หลักความรับผิดทางละเมิดของประเทศอังกฤษ..... 121

2.2.1 ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษ..... 122

1. ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัตว์อันตราย..... 122

2. ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสิ่งที่หลุดรอดออกไปจากที่ดิน..... 123

2.2.2 ข้อยกเว้นความรับผิดในความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามกฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ..... 123

2.3 แนวความคิดว่าด้วยการการควบคุมยับยั้งการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในประเทศอังกฤษ..... 124

2.3.1 ข้อความคิดทั่วไป..... 124

2.3.2 หลักควบคุมยับยั้งข้อยกเว้นความรับผิดของศาล..... 127

2.3.2.1 เป็นข้อสัญญาที่ถือได้ว่าถูกผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา..... 128

2.3.2.2 ผ่านการทดสอบการตีความสัญญา..... 138

2.3.3 หลักควบคุมยับยั้งข้อยกเว้นความรับผิดในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 (Unfair Contract Terms Act 1977)..... 146

2.3.3.1 ขอบเขตของ Unfair Contract Terms Act 1977.... 146

2.3.3.2 ประเภทของความรับผิดที่จะถูกตรวจสอบโดย Unfair Contract Terms Act 1977 หากมีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด..... 147

2.3.3.3 การตรวจสอบควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิด ตาม Unfair Contract Terms Act 1977..... 148

บทที่ **หน้า**

5. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ..... 156

ส่วนที่ 1 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานที่ปรากฏใน Unfair Contract Term Act 1977 ของประเทศสหราชอาณาจักรเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทย..... 156

1. ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในประเด็นเรื่องความครอบคลุมถึงการตรวจสอบการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย..... 160

ก. ปัญหาการตีความมาตรา 8 วรรคสองที่ระบุว่า “เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง”..... 160

ข. ปัญหาคำว่า “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” ในวรรคสองนั้น มีความหมายอย่างไร..... 162

ค. ปัญหาผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่ “มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี”..... 165

ง. เปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 2(2) แห่ง Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศอังกฤษ..... 166

ส่วนที่ 2 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย..... 168

1. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญา..... 168

1.1 เปรียบเทียบการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในหลักกฎหมายหนี้ทั่วไป..... 169

1.2 เปรียบเทียบการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานความรับผิดในเอกเทศสัญญา..... 170

1.3. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญา 172

2. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายละเมิด..... 175

บทที่ **หน้า**

ส่วนที่ 3 วิเคราะห์ปัญหานิติวิธีของระบบกฎหมายไทยในการใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ประกอบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์..... 182

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 185

1. บทสรุป..... 185
2. ข้อเสนอแนะ..... 188

รายการอ้างอิง..... 192

ภาคผนวก..... 203

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์..... 228

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในชีวิตประจำวันของทุกคนอาจเคยพบเห็นการติดป้ายประกาศยกเว้นความรับผิด เช่น ในบริเวณที่จอดรถ ในประตูทางเข้าสถานที่ต่างๆ โดยเจ้าของสถานที่ติดประกาศไว้เพื่อให้ทราบว่าเขาจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายใดๆ ที่เกิดกับรถที่เข้ามาจอดในสถานที่นั้น หรือบางกรณีพบว่ามีป้ายประกาศของทางเทศบาลว่าเสาไฟฟ้านี้เป็นทรัพย์สินของทางเทศบาล โดยเทศบาลจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายใดๆ ทั้งสิ้น หรือในบางครั้งที่มีการทำสัญญาซื้อขายสินค้ากับผู้ขายสินค้าในข้อสัญญาซื้อขายนั้นมีข้อหนึ่งที่กำหนดยกเว้นความรับผิดของผู้ขายในความชำรุดบกพร่องใดๆ ของสินค้า การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดเหล่านี้ หากพิเคราะห์ตามบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอาจพบว่า บุคคลที่แสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของตนดังกล่าวนั้นอาจมีความรับผิดที่กฎหมายกำหนดความรับผิดบางประการไว้จึงต้องมายกเว้นความรับผิดของตนไว้ล่วงหน้าก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้น ซึ่งบทกฎหมายที่กำหนดความรับผิดโดยไม่คำนึงถึง “ความผิด” ของบุคคลผู้นั้น แม้ว่าบุคคลที่ต้องรับผิดนั้นจะไม่ได้กระทำความผิดนั้นโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่ประการใดก็ตาม ซึ่งไม่ว่าบทกฎหมายในเรื่องสัญญาหรือละเมิด ก็มีตัวบทกฎหมายลักษณะนี้เช่นกัน ซึ่งในทางตำราบางครั้งก็เรียกความรับผิดประเภทนี้ว่า ความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ความรับผิดอย่างเคร่งครัด หรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด จึงเกิดมีปัญหาว่าการแสดงเจตนาล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนี้จะมีผลทางกฎหมายประการใดหรือไม่

หากย้อนกลับไปก่อนปี พ.ศ. 2540 ปัญหานี้คงไม่จะไม่น่าสนใจเท่าไรนัก เพราะกรณีการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวยกเว้นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดไว้เคร่งครัดน่าจะเป็นที่ชัดเจนว่าไม่อาจทำได้อยู่แล้วโดยสภาพ แต่เมื่อมีการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้น โดยมีบทบัญญัติมาตรา 8 วรรคสอง ที่มีสาระสำคัญในการกำหนดให้ข้อตกลงประกาศ หรือคำแจ้งความที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่งซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น ทำให้อาจเกิดการตีความไปได้ว่า การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดไม่ว่ากรณีใด ถ้าไม่ใช่การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้แสดงเจตนาหรือบุคคลอื่นที่ผู้แสดงเจตนาต้องรับผิดชอบซึ่งเป็นโมฆะตามวรรคหนึ่งของมาตรานี้แล้ว อย่างน้อยที่สุดการแสดงเจตนานั้นก็มีผลทางกฎหมายใช้บังคับได้ แต่อาจบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม อันทำให้เกิดปัญหาในการที่จะต้องมาพิเคราะห์ว่าหลักกฎหมายในการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานแท้จริงเป็นเช่นไร

เมื่อพิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในกฎหมายไทยข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาวิจัยถึงหลักกฎหมายในการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าบทบัญญัติตามข้อสันนิษฐานมีอะไรบ้าง มีประวัติศาสตร์ความเป็นมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันอย่างไร มีหลักการสำคัญอย่างไร โดยผู้เขียนสนใจที่จะศึกษาถึงการควบคุมการแสดงเจตนาว่ามีกฎหมายอะไรบ้างที่คอยควบคุมให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย และการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น จะถูกควบคุมให้การแสดงเจตนานั้นมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ประการใด

2. วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาหลักพื้นฐาน แนวคิด และความเป็นมาของข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายแพ่งโดยเริ่มตั้งแต่ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในยุคก่อนกฎหมายโรมันตลอดเรื่อยมาจนยุคสมัยใหม่ในปัจจุบัน

2. เพื่อศึกษาและตระหนักถึงความสำคัญของข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายในทางแพ่งตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

3. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการของข้อสันนิษฐานของกฎหมายทั้งในส่วนของข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญาและข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และแนวความคิดของข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญาและละเมิดกฎหมายของต่างประเทศ โดยพิจารณาศึกษากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหราชอาณาจักร

4. เพื่อศึกษาถึงหลักการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามกฎหมายไทย ทั้งในส่วนของบทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และศึกษาปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่ใช้ควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และศึกษาควบคู่กับพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

5. เพื่อศึกษาปัญหาของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในต่างประเทศและการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในแนวทางของกฎหมายของประเทศนั้นๆ กล่าวคือ กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหราชอาณาจักร

6. เพื่อศึกษาถึงนิติวิธีในการพิจารณาข้อยกเว้นความรับผิดของระบบกฎหมายที่สำคัญของโลก กล่าวคือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์ ว่ามีความแตกต่างกันอย่างไรและควรนำมาปรับใช้ให้เข้ากับระบบกฎหมายของไทยอย่างไร

7. เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาของการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในประเทศไทยให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม และให้เป็นไปตามหลักความยุติธรรมทางกฎหมายด้วย

3. สมมติฐานของการศึกษา

บุคคลไม่สามารถแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายได้

4. ขอบเขตของการศึกษา

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมาย รวมทั้งแนวความคิดของข้อสันนิษฐานความรับผิดในทางแพ่ง โดยจะศึกษาเป็นตัวอย่างเพียงบางมาตราของข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญา และข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายละเมิดในส่วนของความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ที่ปรากฏในบทกฎหมายทั่วไปของประเทศไทย ประเทศเยอรมัน แต่สำหรับประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น มีขอบเขตการศึกษาคือศึกษาในเรื่องหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดอย่างเคร่งครัด และบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดในความชำรุดบกพร่องและรอนสิทธิใน Sale of Goods Act 1979 เท่านั้น

ส่วนขอบเขตการศึกษาปัญหาการควบคุมการแสดงเจตนานั้น ในกฎหมายของประเทศไทย มีขอบเขตอยู่ที่บทกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในกฎหมายของประเทศเยอรมันในเรื่องการควบคุมการแสดงเจตนานั้น มีขอบเขตการศึกษาในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเฉพาะส่วนที่ว่าด้วยการร่างข้อสัญญามาตรฐานทางธุรกิจ (Drafting contractual obligations by means of standard business terms) และสำหรับประเทศอังกฤษจะศึกษาการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดใน Unfair Contract Terms Act 1977

ทั้งนี้ ผู้เขียนมุ่งเน้นที่จะศึกษาปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเท่านั้น มิได้มุ่งประเด็นที่การศึกษาการแสดงเจตนาจำกัดความรับผิดแต่อย่างใด

5. วิธีการดำเนินการศึกษา

การดำเนินการศึกษาเพื่อเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบการศึกษาโดยอาศัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการรวบรวมข้อมูล

จากตัวบทกฎหมาย ศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลจากตำรา บทความทางกฎหมาย รวมทั้งแนวคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง แหล่งข้อมูลทางอินเตอร์เน็ต ทั้งในกฎหมายของไทยและกฎหมายของต่างประเทศ และนำข้อมูลเหล่านี้มาศึกษาและวิเคราะห์เพื่อทำความเข้าใจปัญหาต่างๆ และเรียบเรียงเนื้อหา เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ เหมาะสม และเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้องด้วยกันทุกฝ่าย

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. ทำให้ทราบถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ แนวคิด ทฤษฎี และเจตนารมณ์เบื้องหลังของบทบัญญัติอันว่าด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายทั้งในส่วนของข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญาและกฎหมายละเมิด

2. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และข้อยกเว้นต่างๆ ของข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายในเรื่องสัญญาและทราบถึงความแตกต่างกับข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายละเมิดของกฎหมายไทยและต่างประเทศ

3. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายพิเศษที่สำคัญที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิด กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และทราบถึงปัญหาของพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ก่อปัญหาความไม่เป็นธรรมในการยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย และการศึกษานี้จะนำไปสู่การแสดงให้เห็นถึงปัญหาและเสนอแนวทางและวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ต่อไป

4. ทำให้ทราบถึงความเป็นมา และแนวคิดของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ว่ามีหลักการเบื้องหลังอย่างไร และมีที่มาจากกฎหมายของนานาอารยประเทศใดบ้าง และมีหลักการที่เหมือนหรือแตกต่างจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทยอย่างไร

5. ทำให้ทราบถึงนิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย โดยเฉพาะเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในระบบกฎหมายของอารยประเทศ ได้แก่ นิติวิธีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ของประเทศอังกฤษ และนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ในประเทศเยอรมัน อันนำมาสู่การพิจารณาและแก้ไขปัญหาการใช้การตีความการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมของนานาอารยประเทศ

6. ทำให้มีแนวทางในการแก้ไขปัญหาของการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายทั้งในส่วนของข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายในเรื่องสัญญา

และข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายละเมิดของประเทศไทยอันนำมาซึ่งข้อสรุปของปัญหาและข้อเสนอแนะแนวทางสำหรับการแก้ไขปัญหานั้น

บทที่ 2

แนวความคิดและความเป็นมาของข้อสันนิษฐานความรับผิดทางกฎหมาย

ก่อนหน้าที่กฎหมายเรื่องละเมิดจะได้รับการพัฒนาเป็นความรับผิดทางแพ่งอย่างที่ทราบอยู่ในปัจจุบันนี้นั้น ในอดีตกาลมักจะมีการกล่าวถึง ความรับผิดทางละเมิดผสมผสานปนเปอยู่กับความรับผิดทางอาญาอันเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดในรูปแบบหนึ่งเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ในสมัยก่อนจึงยังไม่สามารถแยกแนวความคิดระหว่างความรับผิดทางทั้งสองชนิดนี้ออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด ต่อมากฎหมายก็ได้พัฒนาการมาเป็นลำดับโดยเริ่มที่ต้องการให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นให้เสมือนหนึ่งว่า ไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น โดยที่ไม่ใช่แนวความคิดที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นดังเช่นความมุ่งหมายของกฎหมายอาญาอีกต่อไป จึงได้เกิดทฤษฎีความรับผิดทางละเมิดในส่วนกฎหมายแพ่งขึ้น กฎหมายแพ่งในส่วนละเมิดก็ได้รับการพัฒนามาเป็นลำดับตามบริบทของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยจนกระทั่งมีการสร้างบทกฎหมายที่สันนิษฐานความรับผิดของบุคคลในทางแพ่งขึ้นอันเป็นส่วนหนึ่งของความรับผิดเพื่อละเมิดในปัจจุบัน ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงความหมายของข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ตลอดจนแนวคิดทฤษฎีความรับผิดเพื่อละเมิดโดยเฉพาะในเรื่องแนวคิดของความรับผิดโดยปราศจากความผิดตั้งแต่ในอดีตมาจนถึงปัจจุบันเพื่อให้ทราบและตระหนักถึงเจตนารมณ์เบื้องหลังของกฎหมายลักษณะละเมิดอันมีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดในทางแพ่งทั้งในกฎหมายละเมิดและกฎหมายสัญญา * ได้ชัดเจนยิ่งขึ้นอันจะเป็นฐานความรู้ในการวิจัยลำดับต่อไป

1. ที่มาและบทบาทความสำคัญของข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

การจะศึกษาถึงเรื่องข้อสันนิษฐานของกฎหมายนี้ ในเบื้องต้นสมควรที่จะกล่าวถึงที่มาของข้อสันนิษฐานของกฎหมายโดยเริ่มที่วิวัฒนาการของวิชาความรู้ของมนุษย์เสียก่อน

ท่านรองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย[1] ให้คำนิยามคำว่า “ความรู้” ในทางนิติปรัชญาไว้ว่า “ความรู้” หมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างที่มนุษย์ได้ประสบพบเห็นหรือรับรู้จดจำ รวมทั้งที่ได้รับการบอกเล่าถ่ายและทอดกันมา ในเบื้องแรกจะเป็นลักษณะของความรู้ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป และพัฒนาความรู้ที่ประสบพบเรื่อยมาเป็นจนสามารถสรุปรวมเป็นความรู้ทั่วไปอันเป็นหลักการหรือหลักวิชา จนกระทั่งเกิดเป็นความคิดรวบยอดที่เรียกว่า “ศาสตร์ (Science)” อันมีลักษณะเป็น “หลักทั่วไป” และเป็น “นามธรรม” ซึ่งเป็นความรู้ที่ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะปรากฏการณ์ในเรื่องที่

---

* สำหรับข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญานั้น จากการศึกษาพบว่า สมัยโบราณยังไม่มีความชัดเจนถึงขนาดที่กล่าวได้ว่ามีกรณีที่คู่สัญญาจะต้องรับผิดโดยไม่สนใจความผิด เช่นในเรื่องความรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้น ในยุคโรมันคลาสสิค ผู้ขายทาสและสัตว์พาหนะต้องรับผิดถ้าทาสหรือสัตว์พาหนะที่ซื้อขายนั้นมีความชำรุดบกพร่อง อันเป็นหนี้ตามสัญญาซื้อขาย แต่กรณีก็ไม่ชัดเจนว่าเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิดของผู้ขายโดยไม่ชัดเจนเท่าความรับผิดในเรื่องละเมิดดังจะได้ศึกษาพัฒนาการความเป็นมาในบทนี้ต่อไป

[1] สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น,พิมพ์ครั้งที่ 15(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 21-23.

มนุษย์ได้สัมผัสมาแล้ว แต่จะเป็นหลักวิชาที่อาจใช้อ้างอิงไปถึงส่วนอื่นที่มนุษย์ยังไม่รู้หรือไม่เคยมีประสบการณ์ได้อีกด้วย[2]

เมื่อมนุษย์สะสมความรู้ถึงขั้นเป็นศาสตร์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมอันนำไปสู่พัฒนาการโดยการกลั่นกรองความรู้จากเรื่องหนึ่ง ไปสู่ความรู้ในเรื่องอื่นๆ ซึ่งที่มีคุณภาพสูงขึ้นอีก ทั้งหมดทั้งปวงนี้เกิดขึ้นจากความสามารถในการใช้สติปัญญาของมนุษย์ในอันที่จะแยกแยะได้ว่าความรู้บางอย่างเป็นเรื่องเข้าใจผิด ความรู้บางอย่างเป็นจริงและถูกต้อง ประกอบกับในยุคต่อๆ มา ผู้คนในสังคมเริ่มมีทัศนะหรือความคิดจิตใจในเชิงวิพากษ์วิจารณ์ (critical mind) สิ่งต่างๆ ในเรื่องความถูก ผิด และสิ่งที่ควรจะเป็น มีการทดสอบ ตรวจสอบและพิเคราะห์เปรียบเทียบข้อมูลความรู้เพื่อที่จะแยกแยะว่าข้อมูลต่างๆ นั้นเป็นจริงหรือไม่จริงอย่างไร อันส่งผลทำให้ความรู้แบบสามัญสำนึกในยุคแรกๆ ของมนุษยชาติ มีวิวัฒนาการเรื่อยมาจนกลายเป็นความรู้ที่มีเหตุผล เป็นระบบระเบียบ มีลักษณะทั่วไป มีวิธีคิด วิธีค้นหา และวิธีพิสูจน์ที่จะสามารถนำมายืนยันได้ว่าเป็นความรู้ที่ถูกต้องและเป็นจริง[3] การสันนิษฐานข้อเท็จจริงบางประการก็เป็นผลิตผลหนึ่งที่มาจากพัฒนาการทางความคิดและสติปัญญาของมนุษย์ สะสมกันมาตั้งแต่ครั้งบุพกาลจนกระทั่งเกิดความคิดสรุปรวบยอด จนเกิดมีการสันนิษฐานขึ้นมาในเชิงแนวความคิดทางตรรกศาสตร์เกิดขึ้น

สำหรับเรื่องข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น ก็เป็นความรู้ชนิดหนึ่งที่นักคิดทางกฎหมายนำเอาเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดอย่างเดิมซ้ำๆ ผนวกกับพัฒนาการทางการคิดเชิงวิเคราะห์ข้อมูล ในลักษณะที่เป็นตรรกะความคิดว่า เมื่อสิ่งนี้มี สิ่งนั้นจึงมี หรือเมื่อสิ่งนี้เกิด สิ่งนั้นจึงเกิด เป็นต้น นักคิดต่างๆ จึงได้รวบรวมเหตุการณ์ลักษณะเดียวกันที่เกิดขึ้นสรุปเป็นหลักข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการคาดหมายเหตุการณ์อื่นๆ อย่างมีเหตุผล ในทางกฎหมายจึงได้สร้างหลักของข้อสันนิษฐานขึ้นมาไว้ในกฎหมายเพื่อให้บุคคลในสังคมยึดถือปฏิบัติ อีกทั้งด้วยเหตุที่ธรรมชาติของกฎหมาย คือหลักแห่งเหตุผล ซึ่งข้อสันนิษฐานของกฎหมายก็มีหลักของเหตุผลเป็นฐานที่ตั้งแห่งการรองรับหลักการสันนิษฐานเช่นกัน ด้วยความมีเหตุมีผลเช่นนี้เองข้อสันนิษฐานของกฎหมายจึงได้รับการยอมรับและยอมปฏิบัติตามจากสังคม[4] ในฐานะที่เป็นหลักแห่งเหตุผลซึ่งบุคคลต่างๆ ในสังคมก็เห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและสมควรให้ผลทางกฎหมายเป็นไปตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมายนั้นๆ

ในกฎหมายไทย ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นการทั่วไปว่า “ข้อสันนิษฐาน” คืออะไร แต่ในประเทศฝรั่งเศสได้มีบทนิยามของคำว่า “ข้อสันนิษฐาน” ไว้อย่างชัดเจน[5] และมีลักษณะเป็นสากลอันสามารถนำมาอธิบายความหมายของ “ข้อสันนิษฐาน” ของไทยได้เช่นเดียวกัน

---

[2] ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา,พิมพ์ครั้งที่ 12(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 24.

[3] สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น, หน้า 22-23.

[4] นพปฏล เมืองรักษ์, “ข้อสันนิษฐานในกฎหมายล้มละลาย : ศึกษากรณีความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคล,”(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 12.

[5] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 13(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553), หน้า 322.

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในส่วนที่ว่าด้วยการพิสูจน์ในหนี้และการชำระหนี้ (Chapter VI : Of the Proof of Obligations and of Payments) มาตรา 1349 ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า "ข้อสันนิษฐาน" ไว้ว่า "*ข้อสันนิษฐานคือเหตุการณ์ที่บทบัญญัติกฎหมายหรือศาลได้สร้างขึ้นจากข้อเท็จจริงที่ยังไม่เป็นที่รู้กัน หรือจากข้อเท็จจริงที่เป็นที่รู้กันอยู่แล้ว*[6]"

เมื่อพิจารณาความหมายของข้อสันนิษฐานของกฎหมายแล้วเห็นได้ว่า การมีหลักเรื่องข้อสันนิษฐานมีคุณประโยชน์ในวงการกฎหมายอย่างมากในการลดภาระของการพิสูจน์ของทั้งคู่ความและศาล โดยข้อสันนิษฐานนี้ได้ถูกนำมาใช้ทั้งในทางสารบัญญัติและทางวิธีสบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานและการผลักภาระการพิสูจน์

อนึ่ง ขอบข่ายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งพิเคราะห์ในเรื่องการยกเว้นความรับผิดในทางแพ่งตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสารบัญญัติในขอบข่ายของข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายละเมิดและกฎหมายสัญญาเท่านั้น กล่าวคือจะมุ่งพิจารณาเฉพาะในเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายส่วนแพ่งที่กำหนดความรับผิดให้เป็นไปตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายปรากฏโดยทั่วไปในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายซึ่งได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลมีความรับผิด (Liability) หากเกิดข้อเท็จจริงบางอย่างขึ้นตามที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ ได้อนุมานสันนิษฐานเอาไว้ โดยมิได้มุ่งประเด็นในการศึกษาข้อสันนิษฐานของกฎหมายในส่วนของวิธีสบัญญัติแต่ประการใด

2. ความแตกต่างระหว่างกฎหมายที่สันนิษฐานความผิดกับกฎหมายที่สันนิษฐานความรับผิด

เมื่อกล่าวถึงคำว่า "ข้อสันนิษฐานของกฎหมาย" ในทางสารบัญญัติที่ผู้ร่างกฎหมายได้นำเอามาตรฐานความประพฤติที่คนในสังคมเห็นว่าการกระทำเช่นไรเป็นการสมควรหรือไม่สมควรอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในสังคม โดยนำมากำหนดในรูปของบทบัญญัติกฎหมายอันจะแปลงสภาพจากมาตรฐานทางสังคมเป็นมาตรฐานในเชิงกฎหมายนั้น[7] พึงต้องระมัดระวังในการพิจารณาศึกษาด้วยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ เป็นตัวบทกฎหมายที่วางข้อสันนิษฐานหรือคาดหมายถึงเรื่องอะไร โดยอาจจะเป็นบทสันนิษฐานความผิด (presumption of fault) หรืออาจจะเป็นบทสันนิษฐานความรับผิด (presumption of liability)* ซึ่งทั้งสองกรณีนี้มีความหมาย และผลของการสันนิษฐานที่แตกต่างกันกล่าวคือ

---

[6] Art. 1349 "Presumptions are the consequences that a statute or the court draws from a known fact to an unknown fact." [online], 14 May 2012. Available from: http://www.lexinter.net/ENGLISH/civil_code.htm

[7] คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ละเมิดแต่ไม่เลินเล่อ," บทบัณฑิตย์ 39 (ธันวาคม 2525): 478.

* คำว่า Presumption of liability หรือบทสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมาย เป็นคำที่ท่านศาสตราจารย์(พิเศษ) คัมภีร์ แก้วเจริญใช้ในบทความของท่าน รายละเอียดโปรดอ่านใน คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ละเมิดแต่ไม่เลินเล่อ," บทบัณฑิตย์ 39 (ธันวาคม 2525): 478., K.W. Rayan, An Introduction to the Civil Law,(Brisbane: Law Book Co. of Australia, 1962), p.123.

ข้อสันนิษฐานความผิด (Presumption of Fault)

ท่านศาสตราจารย์พิเศษ คัมภีร์ แก้วเจริญกล่าวว่า ข้อสันนิษฐานความผิด (Presumption of Fault) เป็นวินัยทางกฎหมายที่กำหนดให้ถือปฏิบัติไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายต่างๆ เช่น พระราชบัญญัติการจัดวางรางรถไฟ พระราชบัญญัติจราจรทางบก เป็นต้น โดยกฎหมายหรือพระราชบัญญัติเหล่านั้น มิได้กำหนดความรับผิดทางแพ่งไว้โดยเฉพาะ หากผู้ใดฝ่าฝืนวินัยหรือมาตรฐานทางกฎหมายนี้จึงเป็นที่รับฟังได้ว่า การกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายนั้นขัดต่อมาตรฐานความประพฤติ ซึ่งกฎหมายสันนิษฐานไว้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ กรณีจึงเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เป็นเพียงการผลักภาระการพิสูจน์ความผิด (Fault) ในคดีละเมิดจากฝ่ายผู้เสียหายไปสู่ฝ่ายที่กระทำการนั้นโดยต้องพิสูจน์ว่าตนมีข้อแก้ตัวอย่างไร ว่าตนนั้นไม่ได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายสันนิษฐาน[8] ซึ่งโดยปกติแล้วหากไม่มีข้อสันนิษฐานความผิดเช่นนี้ ฝ่ายโจทก์ผู้กล่าวอ้างว่ามีความเสียหายจำต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย แต่ด้วยกรณีที่มีข้อสันนิษฐานความผิดไว้อันเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความผิดจากโจทก์มายังจำเลย จำเลยจึงมีหน้าที่แก้ตัวว่าตนมิได้เป็นผู้ผิด กล่าวโดยย่อที่สุด ข้อสันนิษฐานความผิด เป็นบทกฎหมายที่สันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอันมิชอบด้วยกฎหมายโดยเป็นการสันนิษฐานว่าจำเลยกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น อันเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความผิดไปยังจำเลย ไม่ใช่เรื่องความรับผิดอย่างเคร่งครัด[9] ที่จะเป็นเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานความผิด (Presumption of fault) อยู่ในมาตรา 422 ที่บัญญัติว่า “ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่นๆ ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนเช่นนั้นท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด”

ในคำอธิบายหรือตำรากฎหมายละเมิดของไทยส่วนใหญ่* ได้วางรูปแบบการอธิบายบทบัญญัติมาตรา 422 นี้ไว้ในองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดในเรื่อง “การกระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย” ด้วยเหตุที่กล่าวมาแล้วว่า ข้อสันนิษฐานความผิดหรือบทกฎหมายสันนิษฐานความไม่ชอบในมาตรา 422 นี้เป็นกรณีที่กฎหมายคาดการณ์ไว้ในเบื้องต้นว่าผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นเป็นผู้ผิดไว้ก่อน ซึ่งในต้นร่างภาษาอังกฤษของมาตรา 422 นี้ผู้ร่างใช้คำว่า “is presumed to be in the fault” โดยคำว่า Fault ทั้งในตำราของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (common law) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ล้วนให้ความหมายในทำนองที่ว่า Fault หมายถึงความมิชอบหรือความผิด อันเป็นองค์ประกอบแฝงอยู่ในเรื่องของความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ มาตรา 422 จึงเป็นบทกฎหมายสำคัญอันเป็นแม่บทในเรื่อง

---

[8] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ละเมิดแต่ไม่เลินเล่อ,” บทบัณฑิตย์ : 478.

[9] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ละเมิดกับสังคม,” อัยการนิเทศ 46 (มิถุนายน 2527): 104.

* เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 (ภาค 1-2) ของท่านศาสตราจารย์ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ของท่านศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดของท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ส่วนในคำอธิบายกฎหมายละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้ ของท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ อธิบายมาตรา 422 ไว้ในเรื่องกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งก็เป็นเรื่องความผิดหรือความมิชอบ (Fault) ด้วยเช่นเดียวกัน

การผลักภาระการพิสูจน์ความผิด ซึ่งโดยมากในคดีละเมิดส่วนใหญ่การผลักภาระการพิสูจน์นี้จะเป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันถือไว้ก่อนว่าเป็นผู้ผิด อย่างไรก็ดี จำเลยอาจสืบแก้ตัวได้ว่าตนเองไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ[10] จำเลยมีข้อแก้ตัวอย่างไรก็มีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบพิสูจน์ก่อนเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าจะสันนิษฐานเอาเป็นเด็ดขาดว่าจำเลยต้องผิดเสมอไป ผลที่สุดจำเลยอาจไม่ต้องรับผิดก็ได้[11]

ข้อสันนิษฐานความรับผิด (Presumption of Liability)

เรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิด (Presumption of Liability) หรือที่นักกฎหมายบางท่าน[12] เรียกว่าความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมาย* เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ถึงขนาดเป็นการสันนิษฐานกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีความรับผิดบางประการ หากเกิดเหตุการณ์ที่เข้าองค์ประกอบของบทบัญญัติของกฎหมายที่สันนิษฐานความรับผิดนั้นๆ กรณีนี้ข้อสันนิษฐานความรับผิดจึงเป็นความรับผิดโดยปราศจากเงื่อนไข โดยเงื่อนไขในที่นี้ อธิบายเพิ่มเติมกล่าวคือเป็นเรื่องความรับผิดทางแพ่งที่ไม่อาศัยองค์ประกอบของความผิดคือเรื่องการจงใจหรือประมาทเลินเล่อมาเป็นสาระสำคัญแห่งความรับผิด หรือที่ในต่างประเทศเรียกกันว่าเป็น “ความรับผิดแบบเคร่งครัด หรือความรับผิดโดยปราศจากเงื่อนไข” (Strict Liability or Absolute Liability) กรณีเช่นนี้ กฎหมายสันนิษฐานไว้ในเบื้องต้นเลยว่าจำเลยหรือบุคคลที่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้น เป็นบุคคลลำดับแรกที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย แม้ว่าบุคคลนั้นๆ จะได้มิได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม เพราะในเบื้องแรกกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงประเด็นเรื่องความผิด (fault) ของผู้ที่ต้องรับผิดแต่ประการใด[13]

ข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมาย (Presumption of Liability) ในส่วนแพ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องละเมิด ถือกำเนิดและมีพัฒนาการขึ้นมาด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายนั้นๆ มีวัตถุประสงค์สำคัญในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายให้กลับมาสู่ฐานะเสมือนกับไม่เคยได้รับความเสียหายเช่นนั้นมาก่อน แต่ในบางกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นแต่ผู้ที่กระทำผิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อตัวจริงไม่อาจอยู่ในสถานะที่จะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ อาจเป็นเพราะด้วยสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำละเมิดก็ดี เพราะความอ่อนด้อยทางประสบการณ์และการอยู่ภายใต้อำนาจการดูแลของผู้ที่รับผิดชอบดูแลผู้กระทำละเมิดก็ดี หรือเป็นเพราะว่าความเสียหายนั้นไม่ได้เกิดจากคนเป็นผู้กระทำ แต่เป็นความเสียหายที่เกิดเนื่องจากสัตว์ หรือทรัพย์สินของผู้นั้นก็ดี เหตุผลเหล่านี้ก่อให้เกิดแนวความคิดที่กฎหมายต้องถือเอาหรือสันนิษฐานความ

---

[10] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ลัทธิผลักภาระการพิสูจน์ในคดีละเมิด,” วารสารอัยการ 58 (ตุลาคม 2525): 32-34.

[11] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2),(กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพาณิช, 2527), หน้า 488.

[12] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้,พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 171-172.

* ในบริบทแห่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อาจใช้ถ้อยคำว่า “ความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมาย” บ้าง หรือ “ความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย” เพื่อความไพเราะทางภาษาเท่านั้น ขอให้เข้าใจว่า ผู้เขียนตั้งใจกล่าวถึง “ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมาย” ตามนัยที่อธิบายข้างต้นนี้ มิได้มีความหมายที่ผิดแผกแตกต่างกันแต่ประการใด

[13] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ลัทธิผลักภาระการพิสูจน์ในคดีละเมิด,” วารสารอัยการ: 32.

รับผิดเอาไว้ให้บุคคลบางคนที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับคนหรือทรัพย์ที่ก่อความเสียหายมากที่สุดเข้ามาเป็นผู้รับผิดในความเสียหายนั้นแทน ในทางตำราเรียกความรับผิดเช่นนี้ว่า “ความรับผิดโดยไม่ต้องมีความผิด”[14] (Objective Responsibility หรือ No fault Liability หรือ Liability without Fault)

อนึ่ง คำว่า “ข้อสันนิษฐานความรับผิด” ตามความหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ในตำรากฎหมายบางเล่มนั้น ผู้แต่งอาจใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อาทิเช่น หนังสือกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด ของท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตร เรียกว่า “กฎหมายสันนิษฐานความผิด”[15] ส่วนท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ใช้คำว่า “ข้อสันนิษฐานความผิด”[16] ซึ่งผู้เขียนคาดว่าท่านทั้งสองได้อธิบายตามแนวทฤษฎีทางกฎหมายฝรั่งเศสที่เรียกว่า presumption de faute ซึ่งท่าน Marcel Planiol ปรมาจารย์กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ได้กล่าวไว้ในทำนองว่าข้อสันนิษฐานความผิด (Presumption of fault) นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายสร้างข้อสันนิษฐานความผิดนี้ขึ้นมาเพื่อที่ผู้เสียหายจะได้ไม่ต้องมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ความผิดของผู้ก่อความเสียหาย กล่าวคือเป็นบทบัญญัติให้ผู้เสียหายได้รับยกเว้นไม่จำต้องพิสูจน์ถึงความผิดแต่อย่างไร ซึ่งท่าน Marcel Planiol ได้ยกกรณีข้อสันนิษฐานความผิดตามความหมายของท่าน ซึ่งได้แก่ 1. ความรับผิดในความเสียหายที่บุคคลอื่นเป็นผู้กระทำ 2. ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสัตว์และสิ่งปลูกสร้าง[17] แต่อย่างไรก็ดี ความหมายของ “ข้อสันนิษฐานความรับผิด” ตามนัยยะที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ก็มีความหมายโดยนัยเช่นเดียวกันกับคำเรียกของท่านปรมาจารย์ทางกฎหมายละเมิดของไทยทั้งสองท่านนั้นกับทั้งคำเรียกของท่าน Marcel Planiol อีกด้วย กล่าวคือ เป็นกรณีที่กฎหมายสันนิษฐานหรือให้ถือว่าได้มีการกระทำความผิดหรือประมาทเลินเล่อ โดยมีแนวคิดว่าบุคคล “อาจมีส่วนผิด”อยู่ด้วยในการที่เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือมีความบกพร่องในการควบคุมดูแลบุคคลหรือทรัพย์ที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของตน ท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ อธิบายต่อไปด้วยว่า ที่ว่า “อาจมีส่วนผิด” นั้นไม่ได้หมายความว่าบุคคลนั้นๆ มีส่วนกระทำความผิดแล้วจริงๆ แต่ทว่ายังเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากความผิดของบุคคลนั้นๆ ด้วยหรือไม่ กฎหมายจึงตั้งข้อสันนิษฐานโดยอนุมานจากข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติเป็นองค์ประกอบของบทบัญญัตินั้นๆ ซึ่งท่านเรียกว่า “ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย”

ในส่วนถ้อยคำที่จะใช้เรียกบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลต้องรับผิดก่อน แม้ตนจะไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนี้ จะเรียกว่าเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดหรือจะเรียกว่าข้อสันนิษฐานความผิดตามงานเขียนของท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นนี้เป็นเรื่องมุมมองว่าบทบัญญัติกฎหมายนั้นสันนิษฐานว่ามีความผิด (Fault) อันเป็นการ

---

[14] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 171-172.

[15] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 177-180.

[16] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 321-331.

[17] Marcel Planiol, Treatise on the civil law volume 2 part 1 Nos.1 to 1657, trans. Luisiana State Law Institute (Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurispru clence, 1959), p. 506.

สันนิษฐานในส่วนของ“เหตุ” ที่ทำให้มีความรับผิดตามกฎหมาย หรืออาจจะมองว่าเป็นบทบัญญัติที่สันนิษฐานว่ามีความรับผิด (Liability) อันเป็นการดูที่ “ผล” ว่าบทบัญญัติเหล่านี้กำหนดผลให้บุคคลต่างๆ ต้องมีความรับผิดทั้งๆที่ไม่มีการกระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งในเรื่องถ้อยคำนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากไม่เคร่งครัดหรือยึดติดกับถ้อยคำมากจนเกินไป ไม่ว่าจะมองมุมไหนระหว่างข้อสันนิษฐานความผิด หรือข้อสันนิษฐานความรับผิดก็หากพิจารณาในเรื่องของความรับผิดกรณีที่ไม่มีความผิด (No fault liability) ก็อาจใช้แทนกันได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอแยกใช้คำว่า “ข้อสันนิษฐานความผิด” ไว้ในความหมายเฉพาะบริบทของมาตรา 422 อันเป็นบทสันนิษฐานความผิดที่ผู้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อมุ่งคุ้มครองผู้อื่น อันเป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ผิด กล่าวคือสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้กระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในมาตรา 420

ส่วนคำว่า “ข้อสันนิษฐานความรับผิดทางกฎหมาย (Presumption of Liability)” ในกรอบการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายความถึงบทบัญญัติที่วางหลักความรับผิดของบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดด้วยตนเองโดยตรง แต่เนื่องจากผู้นั้นมีส่วนต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่ตนดูแลซึ่งเป็นผู้กระทำตัวจริง (ได้แก่บทบัญญัติเรื่องละเมิดในมาตรา 425, 427, 429 และมาตรา 430) หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับสัตว์หรือทรัพย์ที่ก่อความเสียหายนั้นขึ้น (อันได้แก่บทบัญญัติมาตรา 433, 434 ,436 และมาตรา 437) โดยเน้นในประเด็นที่ว่า ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ามีความรับผิดโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายนี้ ไม่ได้เป็นผู้กระทำความเสียหายนั้น ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ความผิด (Fault) ของผู้นั้นเหมือนเช่นความรับผิดเพื่อละเมิดกรณีทั่วๆไป ถ้าหากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงเข้ากรณีดังที่กฎหมายบัญญัติข้อสันนิษฐานความผิดไว้ก็ต้องรับผิดชอบไปตามแต่ที่กฎหมายกำหนดไว้ในแต่ละเรื่อง

ในลำดับต่อไปนี้จะได้ศึกษาถึงความเป็นมาและพัฒนาการของความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เพื่อหยั่งทราบถึงที่มา วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของบทบัญญัติในทางแพ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องละเมิดอันเป็นบทสันนิษฐานความรับผิดตั้งแต่อดีตกาลเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันโดยไล่เรียงมาตามลำดับเวลา (chronological) ดังต่อไปนี้

3. พัฒนาการทางกฎหมายและแนวความคิดต่างๆ อันนำไปสู่บทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายละเมิดตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

3.1 ความรับผิดอย่างเคร่งครัดในยุคกฎหมายโบราณ

กล่าวกันว่า ประวัติศาสตร์มวลมนุษยชาติ เริ่มตั้งแต่ที่มนุษย์เริ่มรู้จักการประดิษฐ์ตัวอักษรบันทึกเรื่องราว ในประวัติความเป็นมาของกฎหมายละเมิดที่มีบันทึกไว้ในประวัติศาสตร์ก็เช่นกัน เมื่อสืบค้นลงไปในรายละเอียดแล้ว พบว่า เริ่มปรากฏร่องรอยกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องละเมิด

ตั้งแต่ยุคเริ่มประวัติศาสตร์ในดินแดนบริเวณสามเหลี่ยมลุ่มแม่น้ำไทกริส-ยูเฟรติส (Tigris-Euphrates Delta) เมื่อประมาณ 2100 ปีก่อนคริสตกาล หรือที่เรียกว่ายุคสุเมเรีย (Sumeria)

จากการสืบค้นหาต้นตอรากเหง้าทางประวัติศาสตร์ของความรับผิดโดยไม่มีความผิด (No fault liability) พบว่า แม้กระทั่งในยุคโบราณนี้ก็มีการกำหนดความรับผิดให้แก่บุคคลที่แม้จะมีการกระทำผิดโดยไม่จงใจ ผู้นั้นก็ยังคงต้องรับโทษ แต่กระนั้นก็ดี ในยุคนั้นยังไม่ได้แยกกฎหมายออกจากความเชื่อทางศาสนาอย่างชัดเจน การทำผิดต่อสิ่งที่กฎหมายบัญญัติถือว่าเป็นบาป (sin) เป็นอาชญากรรมและเป็นการกระทำละเมิดในขณะเดียวกัน[18] กฎหมายของชนเผ่าสุเมเรียนนั้นจะเน้นหนักในบริบทของการออกกฎระเบียบคำสั่งให้มีการชดใช้เยียวยาผู้เสียหาย เพื่อนำหลักการชดใช้เยียวยาตอบแทนนี้มาแทนที่หลักสัญชาติญาณของการแก้แค้นทดแทนซึ่งเป็นเรื่องที่จะกระทำโต้ตอบกันอย่างไม่สิ้นสุดและผู้มีอำนาจในสังคมก็จะควบคุมได้ยาก ในสมัยนั้นได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับละเมิดแล้ว เช่น กฎหมายของ Ur-Nummu ในราวๆ ปี 1934-1924 ก่อนคริสตกาล กำหนดให้มีการใช้เงิน (Silver) แทนการแก้แค้น (for putting out a man's eye)[19] นอกจากนั้นยุคสุเมเรียนนี้ยังได้มีกฎหมายที่ชื่อว่า Code of Lipit-Ishtar โดยมีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรฐานความประมาทเลินเล่อสำหรับสิ่งของที่จะทำความเสียหายแก่บ้านเรือนของคนอื่นด้วย[20] หลังจากนี้อีกประมาณ 24 ปีต่อมา (ในปี 1900 ก่อนคริสตกาล) ชาวสุเมเรียนได้มีการพัฒนาต่อยอดความคิดจากกฎหมาย Code of Lipit-Ishtar ด้วยการกำหนดให้มีการชดเชยความเสียหาย (compensation) ที่เกิดแก่บุคคลอื่น โดยความเสียหายนั้นมีสาเหตุมาจากสัตว์หรือทรัพย์สิน เช่น ความเสียหายจากเรือที่ล่ม (sunken boats) กำแพงพังทะลายลงมา (collapsing walls) อันเป็นความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินซึ่งทำความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือความเสียหายอันเกิดจากสัตว์เช่นวัวขวิดหรือสุนัขกัดผู้อื่นให้เสียหาย (gored oxen, bitting dogs) เป็นต้น

ต่อมาอีกประมาณ 2-3 ศตวรรษ กฎหมายต่างๆ ของชาวสุเมเรียนได้ถูกนำมาเป็นพื้นฐานของประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (Code of Hammurabi 1700 ปีก่อนคริสตกาล) อันเป็นกฎหมายที่มีชื่อเสียงที่สุดในยุคสุเมเรียน ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายยุคแรกๆ ที่รวบรวมหลักการเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิด อันได้แก่ เรื่องความจงใจกระทำละเมิด ประมาทเลินเล่อ ความรับผิดอย่างเคร่งครัด (strict liability) หลักเรื่องผลโดยตรง (direct causation) หลักเรื่องมาตรฐานทางภาวะวิสัยของการกระทำ(objective standards for conduct) การใช้เงินทดแทนความเสียหายสำหรับ

---

[18] อนันต์ จันทรโอภากร, วิวัฒนาการของกฎหมายลักษณะละเมิด [ออนไลน์], 25 เมษายน 2555. แหล่งที่มา: http://www.comepee.com/webboard/show.php?Category=&No=359

[19] Ken Shigley, 4,000 years of "tort reform" [onlne], 5 May 2012. Available from: http://www.atlantainjurylawblog.com/tort-reform-in-georgia/4000-years-of-tort-reform.html

[20] "§11 If adjacent to the house of a man the bare ground of another man has been neglected and the owner of the house has said to the owner of the bare ground, "Because your ground has been neglected someone may break into my house: strengthen your house," and this agreement has been confirmed by him, the owner of the bare ground shall restore to the owner of the house any of his property that is lost." Francis R. Steele, The Code of Lipit – Ishtar [online], 2 May 2012. Available from: http://oilib.uchicago.edu/books/steele_code_of_lipit-ishtar.pdf, p. 15.

ความเสียหายต่อเอกชน (monetary compensation for private harms) และอาจรวมไปถึงเรื่องต่างฝ่ายต่างประมาทเลินเล่ออีกด้วย (and perhaps even contributory negligence)[21]

จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับแบบแผนความประพฤติของชนชาติสุเมเรียนที่กล่าวมาแล้วนั้น ต่อมาเมื่อโมเสส (Moses) ผู้นำทางศาสนาของชาวฮิบรูได้ปลดปล่อยชาวฮิบรูจากการเป็นทาสของชนชาติอียิปต์ได้เมื่อปี 1440-1290 ก่อนคริสตกาล โมเสสได้บัญญัติกฎและถ่ายทอดคัมภีร์ Torah ที่เป็นคัมภีร์หนึ่งในห้าเล่มของพระคัมภีร์เก่า (the Pentateuch) โดยสะท้อนพื้นฐานความคิดของกฎหมายของสุเมเรียนและประมวลกฎหมายของฮัมมูราบีไว้ด้วย ซึ่งจากคัมภีร์ Torah นี่เองที่ทำให้ท่าน Ken Shigley อดีตเลขาธิการเนติบัณฑิตยสภาแห่งมลรัฐจอร์เจีย ผู้เขียนบทความเรื่อง 4,000 years of "tort reform" เกิดความคิดขึ้นว่ากฎหมายละเมิดอาจมีรากฐานหยั่งลึกมาจากความเชื่อทางศาสนา เช่น ในพระคัมภีร์เก่ามีบทกำหนดเกี่ยวกับเรื่อง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สิน เช่น ไฟไหม้ สัตว์พลัดหลง หรือกระทิงตัวหนึ่งไปขวิดทำร้ายกระทิงอีกตัวหนึ่ง หรือเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เนื้อตัวร่างกายของคน เช่น กระทิงขวิดคน เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีเรื่องของการป้องกันภยันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นจากหลังคาบ้านผู้อื่นที่ขาดการบำรุงรักษาปรากฏในพระคัมภีร์เก่าอีกด้วย

เมื่อศึกษากฎหมายในยุคต้นประวัติศาสตร์ของโลก ก็ได้พบเห็นร่องรอยของหลักเรื่องความรับผิดโดยปราศจากความผิดของเอกชนอยู่บ้างแล้ว ซึ่งกฎหมายละเมิดในยุคนั้นมีขึ้นมาโดยผู้ปกครองต้องควบคุมไม่ให้เอกชนดำเนินการแก้แค้นทดแทนอย่างไม่มีขอบเขต อีกทั้งกฎหมายละเมิดก็ยังมีที่มาจากความเชื่อทางด้านศาสนาเป็นหลักเพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยของสังคมอีกด้วย

3.2 ยุคกฎหมายโรมัน

ก่อนที่จะได้กล่าวถึงที่มาและแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดโดยปราศจากความผิดของกฎหมายโรมันอย่างละเอียดลึกซึ้งนั้น ผู้เขียนขอกล่าวถึงแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดอย่างเคร่งครัดของนักคิดชนชาติกรีกโบราณสักเล็กน้อยเพื่อนำมาสู่ยุคโรมันกล่าวคือ นักปรัชญาเมธีชาวกรีกที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งคือท่าน Plato ได้มีงานเขียนทางกฎหมายเรื่องหนึ่งที่มีหัวข้อว่า "การกระทบกระทั่งระหว่างเพื่อนบ้าน (little repeated torts between neighbor)" โดยในงานเขียนนั้นมีนัยยะที่แสดงให้เห็นว่า ในสมัยกรีกโบราณมีแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดอันเคร่งครัด (Strict Liability) สำหรับความเสียหายแก่เนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของบุคคลอื่น อีกทั้งยังกล่าวถึงเรื่องการใช้ค่าเสียหายเป็นเงินให้ทดแทนสำหรับการกระทำที่ขัดกับสามัญสำนึก (churlish conduct) อีกด้วย[22]

สำหรับในยุคโรมันอันเป็นยุคที่กฎหมายได้รับการพัฒนาอย่างมากจนเป็นต้นแบบกฎหมายของประเทศต่างๆ หลายประเทศในโลกตราบจนทุกวันนี้ โดยโรมันได้มีแนวความคิดเกี่ยวกับ

---

[21] Ken Shigley, 4,000 years of "tort reform" [online]

[22] Ibid.

กฎหมายละเมิดที่กำหนดความรับผิดให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยที่บุคคลนั้นๆ ไม่ได้กระทำให้เกิดความเสียหายด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ในกฎหมายโรมันได้มีพัฒนาการที่สำคัญของเรื่องความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without fault) มาโดยตลอด เริ่มตั้งแต่ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ กฎหมายชื่อ lex aquilia โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบ่อเกิดแห่งหนี้ที่เรียกว่า “หนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Obligationes quasi ex delicto)” โดยผู้เขียนจะขอกล่าวเป็นลำดับต่อไปนี้

3.2.1 ข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสิบสองโต๊ะ

กฎหมายสิบสองโต๊ะ (The Law of Twelve Tables) มาจากการบันทึกกฎหมายประเพณีให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในอาณาจักรโรมัน เมื่อประมาณ 450 ปีก่อนคริสตกาล ซึ่งก็มีเนื้อหาส่วนที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดเช่นกัน แต่มิใช่ความรับผิดเพื่อละเมิดในความหมายทางแพ่งเช่นในแนวความคิดปัจจุบัน โดยในยุคโรมันนั้นมีแนวคิดคือรัฐต้องการที่จะแทรกแซงหยุดยั้งการแก้แค้นทดแทน ซึ่งในอดีตก่อนหน้าที่จะมีกฎหมายสิบสองโต๊ะนั้น การแก้แค้นทดแทนโดยไม่มีขอบเขตจำกัดนั้นเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในสังคม แต่ต่อมาเมื่อการแก้แค้นทดแทนนั้นเริ่มทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น โดยมีการใช้กำลังอาวุธในการแก้แค้น และมีการตอบโต้ห้ำหั่นกันไปมาไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งการใช้อาวุธทำร้ายซึ่งกันและกันนั้นก็ยังเป็นเรื่องที่เป็นภัยกระทบต่อความมั่นคงในอำนาจของผู้ปกครอง รวมทั้งยังความไม่สงบสุขในสังคมโดยรวมอีกด้วย[23]

หลักความคิดเรื่องละเมิดในสมัยโรมันนั้นวางอยู่บนหลักการลงโทษแบบเดียวกับคดีอาญา อันมีสาเหตุมาจากการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็น “การกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย” (unlawful conduct) ดังนั้น มาตรการบังคับทางละเมิดจึงปะปนกับมาตรการทางอาญา อาทิเช่น มีการกำหนดค่าเสียหายแบบลงโทษเป็น “ค่าปรับ” (Penalty)[24] โดยมิได้มีการพิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับอย่างแท้จริงเหมือนแนวคิดทางละเมิดในปัจจุบัน โดยค่าปรับในสมัยโรมันนั้นจะกำหนดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนตายตัว เช่น การทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บกระดูกหัก ผู้กระทำต้องเสียค่าปรับ 300 asses การทำร้ายร่างกายบาดเจ็บเล็กน้อยต้องเสียค่าปรับ 25 asses หรืออาจกำหนดเงินค่าปรับเป็นจำนวนเท่าของทรัพย์ที่เสียหาย เช่น ปรับสองเท่าของมูลค่าของทรัพย์ที่ถูกขโมย เป็นต้น[25]

โดยในโต๊ะที่ 7 ของกฎหมายสิบสองโต๊ะ กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการกระทำผิดศีลธรรมไว้ในมาตราที่ 1 กล่าวว่า “หากสัตว์สี่เท้าของผู้ใดก่อความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ให้เจ้าของสัตว์นั้นยื่นข้อเสนอต่อผู้เสียหายให้ประเมินความเสียหาย หากผู้เสียหายไม่ยินดีรับข้อเสนอนั้น เจ้าของสัตว์ต้องส่งมอบตัวสัตว์ที่ก่อความเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย”[26]

---

[23] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ละเมิดกับสังคม,” อัยการนิเทศ : 84-85.

[24] Ibid.: 84.

[25] Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law(Oxford: Clarendon Press, 1975), pp. 209-210.

[26] If a quadruped causes injury to anyone, let the owner tender him the estimated amount of the damage; and if he is unwilling to accept it, the owner shall, by way of reparation, surrender the animal that caused the injury.

ในมาตราดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของหลักการฟ้องคดีที่เรียกว่า noxa กล่าวคือ เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยสัตว์เป็นต้นเหตุ รวมไปถึงการกระทำของทาสและผู้ที่อยู่ในอำนาจปกครอง ซึ่งเจ้าของสัตว์ นายทาส หรือหัวหน้าครอบครัวอาจจะต้องมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น[27] อันเป็นความรับผิดโดยที่ตนเองไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่ประการใด แต่เป็นความรับผิดเพื่อการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น หรือรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสัตว์ของตนเท่านั้น

กฎหมายสิบสองโต๊ะนี้ได้ กำหนดให้มีการเยียวยาความเสียหายโดยใช้การฟ้องร้องที่เรียกว่า the action de pauperie ซึ่งเป็นการฟ้องคดีกรณีความเสียหายอันเกิดจากสัตว์สี่เท้าโดยให้ฟ้องเจ้าของสัตว์ได้[28] แต่อย่างไรก็ดีในความหมายของ pauperie ในกฎหมายโรมันต้องการสื่อความหมายในทำนองที่ว่า ความเสียหายนี้ทำให้ผู้ได้รับความเสียหายยากจนขึ้น (pauperie เป็นรากศัพท์ของ poverty[29] หรือ impoverishment[30]) อันเป็นรากฐานของความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัตว์ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ในปัจจุบันด้วย

ต่อมาอีกสองร้อยปีโดยประมาณท่าน Ulpian ได้นำความหมายของ the action de pauperie มาใช้ในลักษณะที่เป็นการฟ้องให้รับผิดในความเสียหายเกิดขึ้นโดยปราศจากความผิดใดๆ ทางกฎหมายของผู้ต้องรับผิดที่ว่า “[P]auperies est damnum sine iniuria facientis datum”

ความหมายนี้อธิบายได้สองนัยยะสำคัญ กล่าวคือ ข้อแรก สาเหตุของความเสียหายในกรณี the action de pauperie เป็นที่แน่ชัดว่าเป็นตัวสัตว์นั้นเองเป็นต้นเหตุ ข้อสองคือสัตว์ไม่สามารถที่จะกระทำความผิดทางกฎหมายได้เพราะสัตว์ปราศจากซึ่งความคิดและความมีเหตุมีผล[31] ในกฎหมายโรมันบ่งแสดงไว้อย่างชัดเจนว่าสัตว์ไม่สามารถใช้เหตุผลได้ ดังนั้นจึงจะโยนความผิดให้สัตว์ไม่ได้[32] หลักการฟ้องร้องเจ้าของสัตว์โดยที่เจ้าของสัตว์ไม่ได้มีความผิดใดๆ แต่ยังต้องรับผิดชอบในการที่สัตว์ของตนไปสร้างความเสียหายแก่ผู้อื่นตามบทบัญญัติของกฎหมายสิบสองโต๊ะและตามประกาศของ praetor นั้น กล่าวได้ว่าเป็นหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดที่ไม่ต้องคำนึงถึงความผิดของเจ้าของสัตว์ (owner’s fault) แต่ประการใด อย่างไรก็ดี เจ้าของสามารถหลุดพ้นจากความรับผิดนี้ได้ด้วยการยกสัตว์นั้นให้แก่ผู้เสียหาย (noxal surrender) ได้[33]เหล่านี้ล้วนแสดงให้เห็นว่าในยุคกฎหมาย

---

[27] The Law of the Twelve Tables [online], 24 May 2012. Available from: http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm

[28] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 256.

[29] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2(Capetown: Juta & Co., Ltd, 1990), p.1096.

[30] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict(Atlanta: Scholars Press, 1989), p. 137.

[31] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1096.

[32] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน,พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 164.

[33] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 137.

สิบสองโต๊ะนี้ได้มีบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดของเจ้าของสัตว์ให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่มาจากสัตว์ แม้ว่าบทบัญญัติอาจจะไม่ชัดแจ้งว่าเป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าของมีความรับผิดเช่นประมวลกฎหมายในปัจจุบันก็ตาม ซึ่งไม่ว่าจะอยู่ในช่วงของกฎหมายโรมันยุคใด ความรับผิดต่อความเสียหายที่สัตว์ก่อขึ้นย่อมผูกติดอยู่กับความเป็นเจ้าของสัตว์ ซึ่งสัตว์นั้นสามารถก่อความเสียหายได้ตลอดเวลา เจ้าของสัตว์จึงเป็นผู้ที่สมควรจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายมากที่สุด เพราะเจ้าของเป็นผู้ทำให้เกิดความเสี่ยงภัย (risk) แก่ผู้อื่น[34] นอกจากนี้ อีกเหตุผลหนึ่งคือลำพังตัวสัตว์เองนั้นไม่อาจทำละเมิดได้ เพราะสัตว์ไม่ใช่คนและไม่มีความรู้สำนึกในการกระทำความเสียหายนั้นๆ จึงอาจเป็นเรื่องที่ดูไร้ประโยชน์หากจะลงโทษสัตว์ที่ไม่รู้สำนึกในการกระทำและไม่ได้ทำให้สถานะของผู้เสียหายดีขึ้นมา

อนึ่ง ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ นอกจากจะมีความรับผิดเรื่องความเสียหายอันเกิดจากสัตว์ในโต๊ะที่ 7 มาตราที่ 1 ที่ให้ฟ้องคดีได้โดยใช้ action de pauperie ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ยังปรากฏมีเรื่องความรับผิดอย่างเคร่งครัดของเจ้าของสัตว์ โดยสัตว์นั้นได้ทำความเสียหายต่อทรัพย์สินของผู้อื่น[35] อีกมาตราหนึ่ง คือมาตรา 5 ของโต๊ะที่ 7 ที่กำหนดให้เจ้าของสัตว์ที่ปล่อยปละละเลยสัตว์สี่เท้าของตนไปกินหญ้าในที่ดินของผู้อื่น เจ้าของสัตว์จำต้องมอบสัตว์นั้นให้แก่เจ้าของที่ดินเพื่อเป็นการชดเชย[36] ซึ่งมีวิธีการฟ้องร้องคดีรูปแบบความเสียหายเช่นนี้เรียกว่า actio de pastu[37] อย่างไรก็ดี การฟ้องคดีเจ้าของที่ปล่อยให้สัตว์สี่เท้าไปทำลายเรือกสวนไร่นาในที่ดินของผู้อื่น ท่านศาสตราจารย์ Zimmermann กล่าวไว้ในทำนองว่า กรณีอาจมองได้ว่าเป็นการที่เจ้าของสัตว์เป็นผู้กระทำความเสียหายโดยทางอ้อม ราวกับว่าจำเลยหรือเจ้าของสัตว์นั้นเป็นผู้ควบคุมให้สัตว์นั้นเข้าไปยังที่ดินของผู้เสียหายเลยทีเดียว ซึ่งเจ้าของสัตว์นั้นก็จำต้องมีความรับผิดภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดที่ตนเองไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรง (under a strict noxal liability) แต่ต่อมาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดจาก action de pastu ในกฎหมายสิบสองโต๊ะนั้นลดบทบาทลงเมื่อต่อมาได้มีการตรากฎหมาย lex aquilia ขึ้น

3.2.2 ความรับผิดเพื่อบุคคลอื่นภายใต้ lex aquilia

Lex Aquilia เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดที่ตราขึ้นโดยการผลักดันของสมาชิกสภาชนชั้นต่ำ (plebeian tribune) ที่มีนามว่าท่าน Aquilius ในราวๆ ปี 287 ก่อนคริสตกาลซึ่งกฎหมายนี้มีผลผูกพันทั้งชนชั้นสูงและประชาชนชั้นต่ำของโรมันทั้งหมดด้วย[38] วัตถุประสงค์หลักของการตรา lex aquilia ก็เพื่อที่จะให้มีการชดใช้ความเสียหายในทรัพย์สินของ

---

[34] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1100.

[35] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law,3rd ed.(Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 327.

[36] **Law V.** Anyone who turns cattle on the land of another, for the purpose of pasture, shall surrender the cattle, by way of reparation. รายละเอียดโปรดดู The Law of the Twelve Tables [online], 24 May 2012. Available from: http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm

[37] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1107.

[38] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 327.

ผู้อื่นโดยความตั้งใจที่จะให้แทนที่บทบัญญัติที่เคยมีมาก่อนหน้านี้[39] กล่าวคือต้องการให้ lex aquilia มาแทนที่และแก้ไขโทษปรับในกฎหมายสิบสองโต๊ะนั่นเอง*

บทบัญญัติใน lex aquilia แบ่งออกเป็น 3 บท (chapters) ซึ่งบทที่เกี่ยวกับเรื่องการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะอยู่ในบทที่ 1 และบทที่ 3

บทที่ 1 ของ lex aquilia กล่าวว่า ผู้ใดกระทำการฆ่าทาสชายหรือทาสหญิงหรือสัตว์สี่เท้าของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิโดยชอบ ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษด้วยการจ่ายเงินให้แก่เจ้าของทาสหรือสัตว์นั้นเป็นจำนวนเงินสูงสุดที่เจ้าของควรจะได้จากทาสหรือสัตว์ในปีนั้น[40]

ส่วน **บทที่ 3 ของ lex aquilia** กล่าวว่า นอกเหนือจากกรณีที่ทรัพย์สินอันได้แก่ทาสหรือสัตว์ถูกฆ่าตายแล้ว ผู้ใดทำให้เสียหายแก่ผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ อาทิ วางเพลิง ทำให้แตกหัก หรือทำให้เสียหายซึ่งทรัพย์สินอื่นใดของผู้อื่น ผู้นั้นต้องจ่ายเงินตามมูลค่าของทรัพย์ในมูลค่าสามสิบวันก่อนมีการกระทำความเสียหายนั้น[41]

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. อนันต์ จันทรโอภากร เห็นว่า บทบัญญัติบทที่ 3 มีลักษณะกว้างขวางและเป็นการทั่วไปมากกว่าบทที่ 1 ดังนั้นบทบัญญัติบทที่ 3 นี้จึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความรับผิดเพื่อละเมิดในกาลต่อมา โดยบทที่ 3 นี้ เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยมิชอบทุกชนิด หรืออาจเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย โดยไม่ว่าจะกระทำด้วยวิธีการใด อาทิ การเผา การทำลาย หรือการทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นแตกหักทำลายเสียหายลง ซึ่งมีการตีความกว้างไกลไปถึงเรื่องการผสมปลอมปนไวน์หรือน้ำมันอันเป็นเหตุทำให้ทรัพย์นั้นเสียคุณภาพที่ดีไปด้วย[42]

นักกฎหมายในสมัยโรมันที่มีชื่อเสียงในยุคนั้น ได้แก่ท่าน Gaius และท่าน Ulpian ต่างกล่าวถึงบทบัญญัติของ lex aquilia ว่ามีขอบเขตความรับผิดที่รวมไปถึงกรณีของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำความผิดของบุคคลอื่น เช่น ทาส หรือ ผู้ที่อยู่ในปกครองของเขานั้นเองด้วย[43] ซึ่งในช่วงปลายยุคทองของกฎหมายโรมัน praetor อนุญาตให้ผู้เสียหายฟ้องร้องนายทาสหรือหัวหน้า

---

[39] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 3.

* ในช่วงแรกของยุคโรมัน มติของสภาชนชั้นต่ำมิใช่กฎหมายที่ใช้บังคับกับพลเมืองโรมันทุกคน แต่ต่อมาภายหลังจึงได้รับการยอมรับให้มติของสภาชนชั้นต่ำเป็นกฎหมายที่ใช้กับพลเมืองโรมันด้วย รายละเอียดโปรดดู Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 327.

[40] "If anyone wrongfully (iniuria) slays a male or female slave belonging to another person, or a four-footed herd animal, let him be condemned to pay to the owner as much money as the maximum the property as worth in the year" รายละเอียดโปรดดู Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 4.

[41] "Of other property, apart from a slain and heard animal, if anyone causes loss to another by wrongfully (iniuria) burning, breaking, or rending, let him be condemned to pay the owner as much money as the matter (res) will be worth within the next thirty days (after the act in question)" รายละเอียดโปรดดู Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 6.

[42] อนันต์ จันทรโอภากร, วิวัฒนาการของกฎหมายลักษณะละเมิด [ออนไลน์]

[43] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 5.

ครอบครัวได้สำหรับความเสียหายที่กระทำโดยทาสหรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจปกครอง โดยให้ฟ้องร้องด้วยวิธีที่เรียกว่า actio legis Aquiliae in factum* ตามหลักทั่วไปของความรับผิดภายใต้ lex aquilia (Aquilian Liability) แต่อย่างไรก็ดี กรณี lex aquilia จะไม่รวมไปถึงการฟ้องคดีที่เกิดความเสียหายที่เกิดจากสัตว์ซึ่งจะอยู่ภายใต้กฎหมายสิบสองโต๊ะที่สามารถฟ้องเจ้าของสัตว์นั้นได้ด้วยวิธีที่เรียกว่า actio de pauperies[44] ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องกฎหมายสิบสองโต๊ะข้างต้นได้อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ดีหลักการฟ้องร้อง the actio de pauperie ก็ได้นำมาใช้กับเหตุการณ์ความเสียหายอันเกิดจากเหตุการณ์อันเป็นอันตรายในบทบัญญัติที่ 3 ของ Lex aquilia ด้วย[45]

ต่อไปนี้จะขอกล่าวถึงเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นอันได้แก่ กรณีที่ทาสหรือผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง ที่เป็นผู้ทำผิดหรือละเมิดต่อบทบัญญัติ lex aquilia ที่เรียกว่า Vicarious and Noxal Liabililty

Noxal Liability เป็นความรับผิดของหัวหน้าครอบครัว หรือนายทาส ซึ่งในสมัยโรมันนั้น ทาสถือว่าเป็นทรัพย์ (res) ของนายทาส เมื่อบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของหัวหน้าครอบครัว หรือทาสไปกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายก่อความเสียหายให้แก่เอกชนรายอื่น ผู้เสียหายย่อมสามารถฟ้องหัวหน้าครอบครัวหรือนายทาสได้ โดยสันนิษฐานให้ความรับผิดชอบในความเสียหายตกแก่หัวหน้าครอบครัวหรือนายทาสไว้ก่อน ซึ่งก็เป็นอีกความรับผิดหนึ่งที่บุคคลหนึ่งต้องรับผิดโดยที่ตัวเองไม่ได้กระทำความผิด (no-fault liability)[46]กรณีที่ทาสหรือผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองไปทำกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (delict) นายทาสหรือหัวหน้าครอบครัวอาจจะมีความรับผิดทางแพ่งโดยการจ่ายค่าสินไหมเพื่อทดแทนสิทธิแก้แค้นของผู้เสียหายต่อผู้กระทำผิด หรืออาจเลือกใช้วิธีส่งมอบทาสหรือผู้กระทำผิดซึ่งเป็นผู้ใต้อำนาจปกครองของตนยกให้แก่ผู้เสียหาย (noxal surrender) อนึ่ง ในกรณีส่งมอบทาสให้กับผู้เสียหาย นายทาสไม่จำเป็นต้องส่งมอบทาสในลักษณะที่ยังมีชีวิตอยู่ก็ได้ กล่าวคือ กฎหมายยินยอมให้ส่งมอบทาสนั้นให้แก่ผู้เสียหายในลักษณะที่เป็นศพแล้วก็ได้อีกด้วย[47]

---

* actio in factum เป็นการฟ้องคดีรูปแบบที่สร้างขึ้นใหม่อันเป็นการฟ้องคดีที่ได้รับอนุญาตจาก praetor เป็นกรณีๆ เมื่อไม่ปรากฏว่าเข้าหลักการฟ้องร้องรูปแบบใดๆ ใน ius civile ซึ่งกฎหมายโรมันจะมีการแบ่งแยกระบบการฟ้องร้องออกเป็น 2 ระบบคือ การฟ้องคดีตาม ius civile ที่มีการกำหนดรูปแบบการฟ้องคดีไว้เฉพาะเรื่อง และการฟ้องคดีตาม ius honorarium ที่เกิดจากการดำเนินงานของ praetor ซึ่งอนุญาตให้ฟ้องร้องได้เป็นรายๆ ไปอันเป็นการเสริมให้กฎหมายโรมันมีความยืดหยุ่นมากยิ่งขึ้น รายละเอียดโปรดอ่านใน The Source of Roman Law [online], 2013, January 31. Available from: http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/9780199574889.pdf

[44] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 137.

[45] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1097.

[46] Ibid., p.1118.

[47] อนันต์ จันทรโอภากร, วิวัฒนาการของกฎหมายลักษณะละเมิด [ออนไลน์]

กรณีตัวอย่างของ Noxal Liability เช่น

ก. หากนายทาสไม่คาดคิดหรือรับรู้มาก่อนว่าทาสของตนจะไปฆ่าบุคคลอื่น นายทาสต้องจ่ายค่าเสียหายเป็นจำนวนไม่เกินค่าตัวตามจริงของทาสผู้กระทำความผิดนั้น หรือนายทาสอาจปลดเปลื้องความรับผิดของตนด้วยการยกทาสรายนั้นให้แก่โจทก์ก็ได้[48]

ข. หากทาสผู้หลบหนีจากนายทาสไปแล้ว นายทาสยังได้ชื่อว่าเป็นเจ้าของทาสผู้นั้นอยู่ หากทาสนั้นไปฆ่าผู้อื่น นายทาสแม้ว่าจะสุจริตก็ยังคงต้องรับผิดชอบภายใต้การฟ้องคดีตาม lex aquilia[49]

ค. หากทาสของผู้เช่านา หรือคนคุมไฟของผู้เช่านาประมาทเลินเล่อเผลอหลับไปทำให้โรงนาถูกไฟไหม้เสียหาย กรณีเกิดเป็นหนี้ที่ผู้เช่านาต้องรับผิดชอบภายใต้สัญญาเช่านา ซึ่งต้องรับผิดชอบในความเสียหายไฟไหม้โรงนาด้วย ในฐานะที่ผู้เช่านาเป็นผู้ประมาทเลินเล่อในการคัดเลือกบริวารของตนในการเฝ้าโรงนา[50]

ง. หากทาสของผู้เช่านาจงใจวางเพลงเผาโรงนา ผู้เช่านาต้องมีความรับผิดภายใต้สัญญาเช่านา หรือภายใต้ lex aquilia อย่างใดอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ผู้เช่านาสามารถยกทาสผู้ก่อเหตุให้แก่ผู้ให้เช่านาได้ (noxal surrender)

จ. ผู้ใดจ้างทาสของผู้อื่นให้ควบคุมขับขี่ล่อ (mule) ซึ่งทาสผู้นั้นได้ผูกล่อด้วยบังเหียนไว้กับนิ้วเท้าของตน ด้วยเหตุนี้ล่อนั้นจึงเพริดหนีไป ทำให้นิ้วเท้านั้นฉีกขาด ซึ่งนักกฎหมายก่อนยุคทองของกฎหมายโรมันนามว่า Fabius MELA กล่าวว่า กรณีเช่นนี้เป็นการกระทำที่ขาดซึ่งทักษะของทาสตามที่ทาสสำหรับจ้างให้ขับขี่บังคับล่อพึงกระทำ เจ้าของทาสจึงอาจถูกฟ้องร้องได้บนฐานของสัญญาเช่าล่อ แต่ถ้าหากล่อนั้นเกิดอาการหวาดกลัวหรือตกใจแล้วไปก่อความเสียหาย กรณีเช่นนี้ทั้งเจ้าของล่อและเจ้าของทาสอาจถูกฟ้องร้องฐานละเมิดได้ภายใต้ Lex Aquilia

กรณีที่ซับซ้อนขึ้นไปอีก กล่าวคือ เมื่อไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง หากเจ้าของทาสนั้นแสดงออกว่าทาสรายนั้นเป็นผู้มีประสบการณ์ในการขี่ล่อ ท่าน Fabius MELA อนุญาตให้เจ้าของล่อสามารถฟ้องร้องเจ้าของทาสได้ตามสัญญา กรณีนี้ ท่าน Ulpian ได้มีความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่ากรณีอาจเลือกฟ้องร้องได้ตาม lex aquilia ด้วยเช่นเดียวกัน โดยเรียกได้เต็มตามจำนวนความเสียหาย ซึ่งผู้เขียนตำรา A Casebook on the Roman Law of Delict ตั้งประเด็นปัญหาว่า ตามหลัก lex aquilia เจ้าของทาสที่ให้เช่าทาสนั้นมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการป้องกันความเสียหายที่ผู้เช่าทาสอาจได้รับหากทาสนั้นไม่มีคุณสมบัติตามที่แสดงไว้ตามสัญญา หรือไม่[51]

---

[48] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p.124.

[49] Ibid., p.126.

[50] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 125.

[51] Ibid., p. 131.

ในประวัติศาสตร์กฎหมายโรมัน Lex aquilia ถือได้ว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอันสำคัญที่เป็นบทบัญญัติต้นเรื่องของความรับผิดเพื่อละเมิดในสมัยนั้นก็ว่าได้ ซึ่งนักกฎหมายที่สนใจศึกษาค้นคว้ากฎหมายโรมันในปัจจุบันก็ยังคงมองว่า lex aquilia นี้มีความมุ่งหมายในทางลงโทษผู้ที่กระทำละเมิด โดยเห็นได้จากบทบัญญัติของ lex aquilia ที่มีการกำหนดให้จำเลยต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์ถึงสองเท่าของความเสียหาย อันเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษคล้ายกับโทษปรับในทางอาญา มากกว่าที่จะเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์หลักในการเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่เสียหาย

ต่อมา หลังยุคทองของกฎหมายโรมัน ในช่วงปีคริสตศักราชที่ 527 จักรพรรดิจัสติเนียนแห่งโรมันได้ทรงจัดทำประมวลกฎหมายเอกชน ซึ่งนักกฎหมายในยุคศตวรรษที่ 13 ได้ขนานนามประมวลกฎหมายนี้ว่าเป็นร่างกายของกฎหมายแพ่ง (CORPUS IURIS CIVILIS) ในมูลบทนิติศาสตร์ (institutiones*) อันเป็นหนึ่งในผลงานที่รวมอยู่ใน CORPUS IURIS CIVILIS ของจักรพรรดิจัสติเนียนนั้น ได้แบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้หรือพันธะผูกพันทางกฎหมาย (Obligatio) ออกเป็น 4 บ่อเกิด ได้แก่[52]

1. หนี้ที่เกิดจากสัญญา (obligationes ex contractu)

2. หนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายสัญญา (obligationes quasi ex contractus)

3. หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes ex delicto)

4. หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่คล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes quasi ex delicto)

ความรับผิดตาม lex aquilia ถูกจัดอยู่ในบ่อเกิดแห่งหนี้บ่อที่ 3 กล่าวคือเป็นหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนหนี้ในบ่อเกิดที่ 4 อันได้แก่หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่คล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องพิจารณาแยกต่างหากออกไปเป็นอีกหัวข้อหนึ่งเพราะถือเป็นแหล่งกำเนิดแห่งหนี้ที่สำคัญอันเป็นการกำหนดความรับผิดสำหรับบุคคลโดยจะไม่มีการพิจารณาความผิด (Liability without fault) หรือที่เรียกว่าเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัด (strict liability) อันเป็นประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์ ซึ่งจะได้อธิบายรายละเอียดในหัวข้อต่อไปนี้

---

* instituteiones (ท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์เรียกว่า “มูลบทนิติศาสตร์”) ที่เป็นส่วนหนึ่งของ corpus juris civilis ของจักรพรรดิจัสติเนียนนี้ พระองค์ทรงนำต้นแบบแนวทางมาจาก institutiones ที่เป็นงานเขียนของท่าน Gaio นักปราชญ์กฎหมายในยุคทองของกฎหมายโรมันอันมีชื่อว่า institutiones เหมือนกัน โดยท่าน Gaio เขียน institutiones ไว้เพื่อเป็นคู่มือหรือตำราสำหรับนักศึกษากฎหมายเท่านั้น แต่สำหรับ institutiones ใน corpus juris civilis ของจักรพรรดิจัสติเนียนนี้ institutiones มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายด้วย แต่เป็นกฎหมายในลักษณะที่รวบรวมหลักกฎหมายสำคัญๆ ที่เป็นหลักเบื้องต้นมาจัดไว้เป็นหมวดหมู่เพื่อประโยชน์ในการศึกษากฎหมายของคนรุ่นหลังในฐานะที่เป็นแบบอย่างที่ต้องเดินตามและมีค่าบังคับเป็นกฎหมาย รายละเอียดโปรดอ่านใน ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 133-134., ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 39-40.

[52] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 40-42.

3.2.3 Obligationes quasi ex delicto : ในฐานะบ่อเกิดแห่งหนี้ที่กำหนดความรับผิดโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลย

ในประวัติศาสตร์ตลอดช่วงชีวิตแรกของกฎหมายโรมันก่อนถึงการล่มสลายของอาณาจักร ซึ่งกินเวลากว่าพันปีนั้น มีแนวคิดในการแบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้อันโดดเด่นจากนักนิติศาสตร์สองท่านในช่วงระยะเวลาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ท่าน Gaius (ราวศตวรรษที่ 2 อันเป็นยุคทองของกฎหมายโรมัน) และท่านจักรพรรดิจัสติเนียน (ราวศตวรรษที่ 6)

ท่าน Gaius แบ่งแยกหนี้ตามกฎหมายของยุคทองไว้เป็น 2 ประเภทโดยใช้เกณฑ์แหล่งที่มาของหนี้ไว้ในงานเขียนของท่านที่ชื่อว่าInstitutiones จำแนกโดยสังเขป ได้แก่[53]

1. หนี้ที่เกิดจากสัญญา (obligationes ex contractu) สัญญาคือข้อตกลงอันใช้บังคับได้ตามกฎหมายโรมัน

2. หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes ex delicto) คือการกระทำผิดใดๆ ซึ่งไม่ใช่เป็นการผิดสัญญา

อย่างไรก็ดี การจำแนกบ่อเกิดแห่งหนี้เป็นสองประเภทตามแหล่งที่มาของหนี้อย่างคร่าวๆ ของท่าน Gaius นี้ ท่าน Gaius เห็นว่า ยังคงมีหนี้บางประการที่ไม่อาจจัดแบ่งลงในลักษณะใดลักษณะหนึ่งในสองบ่อเกิดข้างต้น[54] ซึ่งท่าน Gaius ก็ได้พยายามที่จะแบ่งแยกประเภทความรับผิดบางประการที่ไม่ได้เกิดจากการผิดสัญญาโดยแน่แท้ แต่ทว่าเป็นเรื่องความรับผิดอย่างเคร่งครัดที่กฎหมายกำหนดขึ้นโดยไม่ได้สนใจความผิดของผู้ที่ต้องรับผิดว่ามีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ (regardless of culpa)[55] เมื่อผ่านยุคของท่าน Gaius ไปอีกประมาณ 400 ปีถัดมา จักรพรรดิจัสติเนียนได้ทรงแบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้ขึ้นมาเพิ่มเติมจากบ่อเกิดแห่งหนี้ตามแนวของท่าน Gaius ข้างต้น ซึ่งเป็นการตัดตอนมาจากบ่อเกิดแห่งหนี้เบ็ดเตล็ดของท่าน Gaius (obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris) ที่ท่าน Gaius ไม่อาจจัดแบ่งเข้าไว้ในกลุ่มใดในสองกลุ่มข้างต้นได้[56] อันได้แก่ประเภทที่เพิ่มเติมมาดังนี้

---

[53] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 125. แต่ในตำราของท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ์ โสติพันธุ์ ได้กล่าวไว้ว่าท่าน Gaius ได้แบ่งบ่อเกิดแห่งหนี้ออกเป็น 3 บ่อเกิด คือ 1 หนี้ที่เกิดจากสัญญา (obligationes ex contractu) 2. หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes ex delicto) และ 3. หนี้ที่เกิดจากการกระทำอื่นๆ (varie causarum figurae) ได้แก่เรื่อง จัดการงานนอกสั่ง การชำระหนี้โดยไม่มีหนี้ และการก่อหนี้แก่ทายาทโดยธรรมเพื่อประโยชน์ของทายาทโดยพินัยกรรม เป็นต้น รายละเอียดโปรดอ่าน ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 40.

[54] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 125.

[55] Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," The Journal of Legal History [online], 16 April 2010. Available from: http://www.informaworld.com/smpp/title~content=t713636195: 19.

[56] Edward Poste, Institutes of Roman Law by Gaius with a translation and commentary [online], 16 April 2010. Avialable from: http://files.libertyfund.org/files/1154/Gaius_0533.pdf p. 313.

3. หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่คล้ายสัญญา (obligationes quasi* ex contractu) อันได้แก่ เรื่องจัดการงานนอกสั่ง การชำระหนี้โดยไม่มีหนี้ และการก่อหนี้แก่ทายาทโดยธรรมเพื่อประโยชน์ของทายาทโดยพินัยกรรม[57]

4. หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่คล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes quasi ex delicto) อันได้แก่ หนี้ที่ท่าน Gaius เห็นว่าเป็นหนี้ที่ไม่ได้เกิดขึ้นและเกี่ยวข้องกับสัญญาอย่างแน่แท้ แต่มีความคล้ายคลึงกับเรื่องละเมิด แต่ก็ไม่อาจจัดเข้าไว้ด้วยกันในบ่อเกิดแห่งหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในบ่อเกิดที่สองได้ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น หนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นประเด็นสำคัญอันเป็นจุดเริ่มต้นในพัฒนาการของข้อสันนิษฐานความรับผิดมาจนถึงปัจจุบัน

ในประมวลกฎมายของจักรพรรดิจัสติเนียนในส่วนที่เป็นมูลบทนิติศาสตร์ (Institutes of Justinian) พระองค์ทรงแบ่งหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes quasi ex delict) ออกเป็น 4 กรณี ได้แก่

1. กรณีความรับผิดในการทิ้งขว้างสิ่งของหรือเทราดของเหลวจากโรงเรือน (deiectum vel effusum : Things poured or thrown)

ในยุคกฎหมายโรมัน ประกาศนโยบายของ praetor ได้กำหนดให้การทิ้งขว้างสิ่งของหรือเทราดของเหลวออกมาจากโรงเรือนเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัด (strict liability)[58] โดยกำหนดให้ผู้อยู่ในโรงเรือน (habitator**) ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีที่มีการทิ้งขว้างสิ่งของหรือเทราดของเหลวจากโรงเรือนลงมายังที่สาธารณะที่ผู้คนสัญจรไปมา[59] และทำให้เกิดความเสียหายต่อคนอื่น กรณีเช่นนี้ Praetor กำหนดให้บุคคลที่อยู่ในโรงเรือนต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นสองเท่า

---

* มีการศึกษาในเชิงภาษาศาสตร์พบว่า คำว่า “quasi-delict และ quasi-contract” นั้นเพิ่งมีปรากฏในงานเขียนของโรมันในช่วงศตวรรษที่ 6 ซึ่งก่อนหน้านั้นไม่เคยพบว่ามีการใช้คำนี้มาก่อน โดยพบการใช้คำว่า “quasi-delict และ quasi-contract” ครั้งแรกใน Institutes ของจักรพรรดิจัสติเนียนซึ่งเขียนเป็นภาษากรีกโดยท่าน Theophilus ศาสตราจารย์กฎหมายในกรุงคอนแสตนติโนเปิลและเป็นผู้ช่วยจักรพรรดิจัสติเนียนในการจัดทำ Institutes (หรือในบางครั้งก็เรียกว่า Paraphrase of Theophilus หรือ Institutes of Theophilus) แล้วแปลจากภาษากรีกเป็นภาษาละตินโดยใช้คำว่า “quasi-delicton และ quasi-contracton” อันเป็นการสะดวกอย่างยิ่งที่จะใช้คำว่า “quasi -delict” สำหรับเหตุการณ์ที่เป็นสาเหตุให้เกิดหนี้ แต่ก็เป็นเรื่องที่อันตรายอยู่ไม่ใช่น้อยเพราะก่อนหน้านี้ในโรมันไม่เคยมีการเรียกชื่อเหตุการณ์ที่เป็นสาเหตุให้เกิดหนี้มาก่อน อีกทั้งยังมีความไม่ชัดเจนว่า คำว่า “quasi” มีหน้าที่ในประโยคเป็นคำสันธาน (conjunction) หรือเป็นคำกิริยาวิเศษณ์ (adverb) ซึ่งมีความหมายต่างกัน กล่าวคือ หากคำว่า “quasi” เป็นคำสันธาน จะแปลว่า “ราวกับ, เสมือน, คล้าย” (‘as if’) แต่ถ้าเป็นกิริยาวิเศษณ์ จะแปลว่า “เกือบจะ, แทบจะ” (‘almost’) รายละเอียดโปรดอ่าน Eric Descheemaeker, “Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law,” The Journal of Legal History [online],: 3. แต่สำหรับในวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนจะขอเรียกหนี้ชนิด obligationes quasi ex delicto ว่า “หนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” โดยให้สอดคล้องกับตำรากฎหมายไทยและตำรากฎหมายละเมิดต่างประเทศที่โดยมากมักจะใช้คำว่า “as if” หรือ “as through”

[57] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 40.

[58] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 360.

** บุคคลผู้อยู่ในโรงเรือนหรือผู้ครอบครองโรงเรือน (habitator หรือ occupier) ในกฎหมายโรมันหมายถึงบุคคลคนเดียวกันซึ่งก็คือหัวหน้าครอบครัว (paterfamilias) ทั้งนี้เนื่องจากในสมัยโรมัน คนที่มีสิทธิตามกฎหมายและอาจถูกฟ้องร้องได้ก็คือหัวหน้าครอบครัว (paterfamilias) เท่านั้น

[59] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 158.

ของความเสียหาย ทั้งนี้ แม้ว่าตัว habitator นั้นจะไม่ได้เป็นผู้ที่ทิ้งขว้างหรือเทราดสิ่งของออกมาจากโรงเรือน หรือแม้กระทั่งตนเองจะไม่ได้อยู่ในที่นั้นขณะที่มีการขว้างหรือเทราดสิ่งของออกมาจากโรงเรือนก็ตาม

ความผิดในลักษณะเช่นนี้ในยุคของท่าน Gaius อันเป็นยุคทองของกฎหมายโรมันกำหนดให้เป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัดของบุคคลที่อยู่ในโรงเรือน โดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงความบกพร่องหรือความผิดของบุคคลที่อยู่ในโรงเรือนผู้ต้องรับผิดนั้นแต่อย่างใดเลย แต่ในสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียนนั้น ผู้ครอบครองโรงเรือนจะต้องรับผิดเฉพาะกรณีที่ตนมีความประมาทเลินเล่อ (culpa) เท่านั้น*** อย่างไรก็ดี habitator ยังสามารถไล่เบี้ยค่าเสียหายที่ได้จ่ายไปแล้วคืนจากผู้กระทำความผิดตัวจริงได้ โดยสามารถฟ้องผู้กระทำความผิดตัวจริงที่เป็นผู้ขว้างหรือเทราดสิ่งของลงทางสาธารณะทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายได้ตาม Lex Aquilia[60]

2. กรณีการวางหรือห้อยทรัพย์สินเหนือทางสาธารณะอันอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้สัญจรไปมา (positum vel suspensum : Res suspensae)

เรื่องการวางหรือห้อยสิ่งของเหนือทางสาธารณะหรือที่ชุมชนนั้น เป็นเสมือนกฎที่เคร่งครัดที่ Praetor กำหนดห้ามไว้ว่าหากมีการวาง แขวน หรือห้อยสิ่งใดๆ เหนือทางสาธารณะที่มีผู้สัญจรไปมา หรือสถานที่พบปะกัน โดยอาจไม่มีการติดตรึงทรัพย์นั้นไว้อย่างแน่นหนาเพียงพอ อันอาจเป็นอันตราย หรือก่อความเสียหายต่อผู้อื่นได้ เพียงเท่านี้ Praetor ก็กำหนดความรับผิดไว้แล้วว่ากรณีเช่นนี้สามารถฟ้องร้องต่อบุคคลที่อยู่ในโรงเรือน (habitator) ซึ่งได้แก่ ผู้ครอบครองโรงเรือนสำหรับการฝ่าฝืนกฎข้อนี้ได้แล้ว แม้ว่าจะยังไม่เกิดการบาดเจ็บหรือเสียหายใดๆ เกิดขึ้นเลยก็ตาม[61] ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการป้องกันภยันตรายสาธารณะอันอาจเกิดแก่ประชาชนทั่วไป จึงยอมให้ฟ้องคดีต่อผู้ครอบครองโรงเรือนหรืออาคารนั้นได้ทันทีที่มีพฤติการณ์เช่นนั้น ทั้งนี้ แม้ว่าผู้ครอบครองจะไม่มีความผิดใดๆ กล่าวคือ ไม่ได้เป็นผู้วางหรือห้อยสิ่งของนั้นๆ ด้วยตัวเองเลยก็ตาม[62]

กรณีเรื่องการวางหรือห้อยสิ่งของ (positum vel suspensum) นี้ จะมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกรณีการขว้างหรือเทราดสิ่งของตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 1. อันบุคคลที่ต้องรับผิดอย่างเคร่งครัดก็คือหัวหน้าครอบครัว (paterfamilias) เช่นเดียวกัน[63] โดยมีความเกี่ยวพันกันคือหากเกิดเหตุการณ์ที่สิ่งของที่วางหรือห้อยนั้นพลัดตกลงมาทำความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้นมาจริงๆ กรณีจะพลิกผันกลับกลายเป็นการฟ้องคดีผู้ครอบครองโรงเรือนตาม deiectum vel effusum (ความรับ

*** ในตอนท้ายของหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้มาสรุปอีกครั้งว่าจักรพรรดิจัสติเนียนเข้าใจเจตนารมณ์ของท่าน Gaius นักกฎหมายในยุคทองคลาดเคลื่อนไปจากความต้องการที่จะแยกความรับผิดประเภทนี้ออกมาเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัด โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความผิดของผู้ที่ต้องรับผิดเลย

[60] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 360.

[61] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 159.

[62] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 360.

[63] Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," The Journal of Legal History [online],: 10.

ผิดในการทิ้งขว้างหรือเทราดของจากโรงเรือน) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1. ข้างต้น[64] อีกทั้งตัวผู้ที่กระทำความผิดด้วยการวางหรือห้อยสิ่งของเองนั้นอาจต้องรับผิดในการจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่วางหรือห้อยสิ่งของทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บหรือตายตามกฎหมาย Lex Aquilia ด้วย[65]

นอกจากนี้ เช่นเดียวกันกับข้อที่ 1 ที่กล่าวมาแล้วว่าในยุคทองอันเป็นยุคของท่าน Gaius นั้น ความรับผิดของผู้ครอบครองโรงเรือน กล่าวคือหัวหน้าครอบครัวนี้ เป็นความรับผิดที่เคร่งครัดอันจะต้องรับผิดเสมอโดยไม่ต้องนำสืบถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ครอบครองโรงเรือนเลย[66] ตามนัยของ institutes ของท่าน Gaius[67] โดยไม่คำนึงถึงว่าเขาจะรู้หรือไม่หรือสามารถที่จะยับยั้งป้องกันไม่ให้มีการวางหรือห้อยสิ่งของนั้นได้หรือไม่ก็ตาม กล่าวคือเป็นความรับผิดโดยไม่สนใจเรื่อง “ความผิด (fault)” เลย แต่ในยุคต่อมาในสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียนนั้นโจทก์จะต้องมีการพิสูจน์ความผิด(fault) เสียก่อน[68] โดยผู้ครองโรงเรือนจะต้องรับผิดตามเรื่องนี้ก็เฉพาะกรณีที่ตนประมาทเลินเล่อ (culpa) เท่านั้น[69]

อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่สมัยโรมันจวบจนกระทั่งศตวรรษที่ 18 การฟ้องคดีประเภทนี้ออกจะเป็นเรื่องของบทกำหนดโทษแก่ผู้ที่อาจก่ออันตรายแก่การสัญจรสาธารณะ ซึ่งต่อมาเมื่อเกิดรัฐสมัยใหม่ การรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะ การเยียวยาแก้ไขในกรอบของกฎหมายเอกชนจะมีประสิทธิภาพก็ด้วยการให้องค์กรตำรวจเป็นผู้ดูแลและป้องกันอันตรายกับประชาชน ซึ่งรวมถึงเรื่องการวางหรือห้อยสิ่งของในลักษณะที่อาจเกิดอันตรายแก่สาธารณชนด้วย[70] กรณีจึงอาจพิจารณาได้ว่าการวางหรือห้อยสิ่งของที่กล่าวมานี้อันเป็นหนึ่งในสี่เรื่องที่อยู่ในบ่อเกิดแห่งหนี้ลักษณะ obligationes quasi ex delicto ส่อแสดงว่าเป็นกรณีที่เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดอย่างเคร่งครัด แต่มีประเด็นแปลกแยกตรงที่จักรพรรดิจัสติเนียนทรงกำหนดให้ต้องมีการพิสูจน์ความผิด (culpa) ของจำเลยด้วยเช่นเดียวกับกรณีการขว้างสิ่งของหรือการเทราดของเหลวจากโรงเรือนในข้อ 1 ข้างต้น เป็นเรื่องที่น่าคิดว่าเหตุใดท่านจึงกำหนดไว้เช่นนั้น

---

[64] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 159.

[65] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 361.

[66] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 159-160.

[67] D.9.3.5.6 “The praetor says: Let no-one have a thing, the fall of which could harm anyone, placed in the eaves or an overhanging roof, above a place of public passage or concourse. Against anyone who has acted in contravention of these provision, I shall give an action on the fact for ten solidi. If a slave is said to have acted without his master’s knowledge, I shall order noxal surrender in the alternative” รายละเอียดโปรดดู Eric Descheemaeker, “Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law,” The Journal of Legal History [online],: 10.

[68] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 51.

[69] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 160.

[70] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1127.

3. กรณีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์ที่มอบให้นายเรือ เจ้าสำนักโรงแรมหรือเจ้าของคอกม้าดูแล (actio contra nautas, caupones, stabularios : The action against ship-operators, innkeepers, and stablekeepers)

Praetor กำหนดให้บุคคลที่มีสถานะเป็นนายจ้าง ได้แก่ นายเรือหรือผู้รับขนส่งของ (nauta) เจ้าสำนักโรงแรม (caupo) หรือเจ้าของคอกม้า (stabulatius)* มีหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อโจทก์ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลที่อยู่ในความดูแลของนายจ้างนั้นไปกระทำละเมิด ก่อความเสียหายแก่ทรัพย์สินโดยผิดกฎหมาย เช่น ลักทรัพย์หรือการทำลาย ทำให้เสียหายซึ่งทรัพย์สิน[71] ที่โจทก์มอบไว้ให้อยู่ในอารักขาแก่บรรดานายจ้างนั้น นอกจากนี้ในกรณีของเจ้าสำนักโรงแรมยังต้องมีความรับผิดในการกระทำของผู้พักอาศัยประจำในโรงแรมอันมีลักษณะเป็นการเช่าอยู่ระยะยาว (long-term residents of inns) แต่ไม่จำต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้เช่าพักแบบขาจร เพราะเจ้าสำนักโรงแรมไม่สามารถเลือกรับเฉพาะบุคคลบางคนมาพักเป็นลูกค้าจรได้ เพราะจะมีกฎหมายกำหนดให้เจ้าสำนักโรงแรมจะมีความผิดเพื่อละเมิดอันเป็นการหมิ่นศักดิ์ศรีของแขกผู้พักอาศัยได้[72] แต่เจ้าสำนักโรงแรมมีสิทธิสามารถเลือกแขกผู้พักอาศัยประจำได้ เช่นเดียวกันกับเรื่องเช่าทรัพย์ตามกฎหมายปัจจุบันผู้ให้เช่าคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาเช่า ประกาศของ Praetor ที่อนุญาตให้โจทก์ผู้เสียหายฟ้องคดีแก่บุคคลเหล่านั้นได้ เป็นเรื่องที่ถือว่ามีประโยชน์มาก เพราะกรณีมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่บุคคลผู้เป็นนายจ้างนั้น เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากโจทก์ในการรับฝากทรัพย์สินสิ่งของ ไว้ในอารักขาของพวกเขาเหล่านั้น[73] กรณีจึงควรต้องมีความรับผิดอย่างเคร่งครัดโดยอย่างน้อยที่สุดก็ในฐานะอันเนื่องมาจากการจ้างแรงงาน ซึ่งนายจ้างเหล่านั้นอาจจะไม่ได้มีความผิดอย่างไรเลยก็ตาม

ในกรณีเรื่องแนวคิดเรื่องความผิด (fault) ของบรรดานายจ้างนั้น ในยุคของจักรพรรดิจัสติเนียนและยุคต่อมา กลับเป็นแนวคิดว่า บรรดานายจ้างมีความรับผิดเพราะเนื่องจากตนมีความประมาทเลินเล่อ (culpa) หรือบกพร่องในการเลือกคนที่เหมาะสม (culpa in eligendo)[74] เพราะการประกอบสัมมาอาชีพเช่นนั้นย่อมเป็นการรับรองอย่างหนึ่งแล้วว่าได้มีการคัดเลือกจ้างงานมาเฉพาะบุคคลที่ซื่อสัตย์และมีความระมัดระวังรอบคอบมาเป็นลูกจ้างของตน ซึ่งต่อมาในกฎหมายสมัยใหม่นี้อาจมีการพิจารณาเป็นแต่ละกรณีๆ ในแต่ละเรื่องของความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (vicarious liability) หรือหน้าที่ในการระมัดระวังของบุคคลที่ไม่ใช่ตัวแทน (non-delegable duty of care) แต่อย่างไรก็ดี ในหลักฐานทางประวัติศาสตร์ยุคโรมัน ก็ไม่เคยมีปรากฏว่านายจ้างสามารถอ้างได้เลยว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการป้องกันความเสียหายและการคัดเลือกลูกจ้างที่เหมาะสมอย่างดีแล้วเพื่อยกเว้นความรับผิดนี้ได้เลย กรณีอาจเป็นเรื่องที่นักกฎหมายในยุคของจักรพรรดิจัสติเนียนพยายามสรรหาความผิดของนายจ้างเพื่อสนับสนุนว่านายจ้างมีความผิดจึงสมควรต้องมีความรับผิด

---

* เฉพาะในหัวข้อนี้ ผู้เขียนขอใช้คำว่า “นายจ้าง” แทน “นายเรือหรือผู้รับขนส่งของ (nauta) เจ้าสำนักโรงแรม (caupo) หรือเจ้าของคอกม้า” เพื่อความสะดวกในการอ่านให้กระชับชัดเจนเป็นสำคัญ

[71] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 160.

[72] เรื่องเดียวกัน.

[73] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, pp. 360-361.

[74] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 49.

ตามความผิดนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายธรรมชาติและหลักทางศาสนาว่าบุคคลจะมีความรับผิดเมื่อมีความผิดตามแนวคิดของตน แม้ทั้งที่ก่อนหน้านี้ในยุคทอง ก็เป็นเรื่องที่ Praetor กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดไว้อยู่แล้วว่านายจ้างต้องรับผิด[75]

ในเรื่องความรับผิดของนายจ้าง ในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ซึ่งนอกจากเรื่องหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes quasi ex delicto) ที่นายจ้างต้องรับผิดในการที่ลูกจ้างลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์แล้ว โจทก์ผู้เสียหายยังคงสามารถเลือกฟ้องนายจ้างให้ต้องรับผิดเยียวยาความเสียหายตามสัญญา receptum ได้ด้วย[76] แต่ทั้งนี้ต้องเลือกว่าจะฟ้องฐานใดฐานหนึ่งเท่านั้น

อนึ่ง เรื่อง Receptum[77] (การรับรอง) ในกฎหมายโรมันเป็นการรับรองหรือรับประกันตามสัญญาอย่างไม่เป็นทางการของเจ้าสำนักโรงแรม ผู้รับขนส่งของและเจ้าของคอกม้า ว่าจะรักษาทรัพย์ซึ่งฝากไว้ในอารักขาให้ปลอดภัย อันมีลักษณะที่คล้ายเรื่อง warranty ในกฎหมายสัญญาของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในปัจจุบัน โดยหลักเรื่อง receptum นี้ ผู้เสียหายสามารถเป็นโจทก์เลือกฟ้องนายจ้างได้ใน 2 ลักษณะคำฟ้องระหว่างการฟ้องเรื่อง receptum (หนี้สัญญา) และการฟ้องร้องในเรื่อง furti adversus nautas (มูลหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) แต่ต้องเลือกฟ้องทางใดทางหนึ่ง ซึ่งอาจเปรียบเทียบทางได้ทางเสียในการฟ้องคดีแต่ละเรื่อง ดังนี้

1. การฟ้องนายจ้างในลักษณะหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีข้อดีกว่าการฟ้องในเรื่อง receptum ในเรื่องจำนวนเงิน เพราะหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะได้รับค่าเสียหายสองเท่าเลยทันทีโดยไม่มีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยได้รับทรัพย์นั้นไว้ในอารักขาเองเหมือนในเรื่อง receptum

2. หากฟ้องนายจ้างตามฐานของสัญญาเรื่อง receptum แล้ว ผู้เสียหายยังสามารถฟ้องผู้กระทำละเมิดตัวจริงได้อีกโสดหนึ่งด้วย

3. การฟ้องคดีเจ้าสำนักโรงแรม ผู้รับขนส่งของและเจ้าของคอกม้าตามเรื่องหนี้คล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (action quasi ex delicto) มีข้อด้อยตรงที่คดีจำพวกนี้ถูกจำกัดไว้สำหรับการที่ลูกจ้างเป็นผู้กระทำการลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์เท่านั้น แต่การฟ้องคดีนายจ้างตามหลักสัญญาเรื่อง receptum จะมีขอบข่ายความรับผิดที่กว้างขวางมากกว่าการฟ้องตามหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยจะมีความรับผิดตามสัญญาที่รวมไปถึง

---

[75] Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," The Journal of Legal History [online],: 9, 18.

[76] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 361.

[77] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 160 – 161.

การที่ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตามเป็นคนลักทรัพย์หรือทำลายทรัพย์ที่ฝากไว้[78] กรณีจะเป็นการดีสำหรับผู้เสียหายมากกว่าหากจะดำเนินการฟ้องคดีภายใต้ receptum มากกว่าที่จะดำเนินการเยียวยาภายใต้ action quasi ex delicto[79] ในกรณีที่ไม่แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดเป็นลูกจ้างของจำเลยหรือไม่ เพราะ receptum จะกว้างขวางครอบคลุมยิ่งกว่า

4. หากนายจ้างตายลงเสียก่อน โจทก์ก็จะหมดสิทธิในการฟ้องร้องคดีเรื่องหนี้คล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไป ไม่สามารถเรียกร้องเอากับทายาทของนายจ้างได้[80] แต่หากฟ้องตาม receptum คดีจะไม่สิ้นสุดตามความตายของจำเลย

ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าจะฟ้องร้องตาม receptum หรือฟ้องตามคดีเรื่องหนี้คล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เจตนารมณ์ของกฎหมายน่าจะมุ่งประสงค์จะให้ผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายเป็นสองเท่าอยู่ดี เพราะหากฟ้องนายจ้างตามหนี้คล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะได้ค่าเสียหายสองเท่าทันที แต่หากฟ้องเรื่อง receptum ผู้เสียหายจะได้ค่าเสียหายจากนายจ้างหนึ่งเท่า และอาจมีทางได้จากผู้กระทำละเมิดตัวจริงได้อีกหนึ่งทาง แต่การฟ้องนายจ้างจะมีผลดีกว่าการฟ้องลูกจ้าง เพราะนายจ้างมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าลูกจ้างอันมีโอกาสที่จะได้รับค่าเสียหายที่แน่นอนกว่า ซึ่งผู้กระทำความผิดตัวจริงโดยมากจะเป็นลูกจ้างที่มีฐานะด้อยกว่า และอาจล้มละลายได้[81] แต่กระนั้นก็ดี หากนายจ้างตายไปก่อน สิทธิในการฟ้องร้องในมูลหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมสิ้นสุดลง แต่ผู้เสียหายยังไม่สิ้นสิทธิฟ้องทายาทนายจ้างตามหลักสัญญาเรื่อง receptum พร้อมกับฟ้องลูกจ้างผู้ทำละเมิดตัวจริง ซึ่งอย่างน้อยที่สุด ผู้เสียหายก็อาจได้รับค่าเสียหายจากทายาทของนายจ้าง

4. การฟ้องคดีผู้พิพากษาที่ไม่รู้ระเบียบวิธีพิจารณาหรือตัดสินคดีเกินขอบแห่งอำนาจ (iudex qui litem suam facit : Erring Judge)

หลักกฎหมายตามประกาศของ praetor ที่ออกข้อกำหนดเรื่องนี้มาสำหรับการที่ผู้พิพากษา (iudex) ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีผิดพลาดทั้งในการรับฟังข้อเท็จจริงและการมีคำพิพากษา ซึ่งเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ค่อนข้างเข้าใจยากว่าเหตุใดจักรพรรดิจัสติเนียนทรงจัดให้การฟ้องคดีต่อ iudex ที่ไม่รู้ระเบียบวิธีพิจารณาหรือตัดสินคดีเกินขอบอำนาจอยู่ในกลุ่มบ่อเกิดแห่งหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกรณีจะดูเหมือนว่าเป็นเรื่องที่ iudex เป็นผู้กระทำความผิดด้วยตัวเอง[82] อันแสดงให้เห็นว่า iudex ท่านนั้นขาดความรอบคอบหรือขาดความรู้ความชำนาญในหน้าที่ของตน[83] และนักกฎหมายปัจจุบันบางท่านยังตั้งข้อสังเกตว่าความรับผิดของ

---

[78] W.W. Buckland, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian [online], 20 July 2012. Available from: http://archive.org/stream/textbookofromanl00buckuoft#page/527/mode/1up/search/obligation p. 528.

[79] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1127.

[80] Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 326.

[81] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 160.

[82] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 227.

[83] อนันต์ จันทรโอภากร, วิวัฒนาการของกฎหมายลักษณะละเมิด [ออนไลน์]

iudex เช่นนี้อาจไม่แตกต่างกับเรื่องความรับผิดของแพทย์ที่ผ่าตัดโดยประมาทเลินเล่อ แต่ความรับผิดของแพทย์กลับเป็นไปตาม Lex Aquilia อันจัดอยู่ในบ่อเกิดแห่งนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes ex delicto)[84]

เนื่องจากในสมัยโรมันก่อนยุคทองยังไม่มีระบบการอุทธรณ์คำพิพากษา Praetor จึงกำหนดให้มีการฟ้องคดีต่อ iudex ที่ทำหน้าที่โดยไม่ยุติธรรมตามที่ผู้พิพากษาพึงต้องกระทำ ดังนั้นหาก iudex มีคำพิพากษาออกมาโดยไม่ชอบด้วยความยุติธรรม ตนก็มีความรับผิดที่จะต้องจ่ายค่าเสียหายแก่ฝ่ายโจทก์ตามที่โจทก์เสียสิทธิไปอันเนื่องมาจากคำพิพากษาที่ผิดแผกแตกต่างไปจากหลักความเป็นธรรม ซึ่งในยุคแรกๆ iudex อาจต้องรับผิดตามประกาศของ praetor ในเรื่องนี้หากตนเองจงใจมีคำพิพากษาที่ผิดนั้น แต่ในยุคต่อมาอาจต้องรับผิดแม้เพียงมีคำพิพากษาโดยประมาทเลินเล่อ แต่อย่างไรก็ดี ในยุคทองของกฎหมายโรมันนั้น ความรับผิดในเรื่องนี้เป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัด (strict liability) เช่นเดียวกันกับสามกรณีที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่ง iudex ต้องมีความรับผิดในทุกกรณีหากคำพิพากษานั้นออกมาโดยไม่ชอบธรรมและต้องรับผิดชอบในความผิดที่ตัดสินคดีโดยไม่รู้กฎหมายอย่างถ่องแท้ด้วย[85] iudex ตัดสินมาอย่างไรก็ต้องถือว่าเป็นที่สุด กรณีจึงเป็นการยากที่จะทราบว่าหลักเกณฑ์อะไรเป็นเครื่องวัดว่าคำพิพากษานั้นไม่ชอบด้วยหลักความยุติธรรม และเป็นความรับผิดของ iudex ที่แคบมากที่จะมีกรณีให้ต้องรับผิดได้

นักนิติศาสตร์ที่สนใจศึกษากฎหมายโรมันบางท่าน[86] เห็นว่า กรณีความรับผิดของผู้พิพากษา (iudex) นี้ถูกจัดไว้ในเรื่องหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะว่า iudex ต้องรับผิดโดยปราศจากความผิดของเขาเช่นเดียวกับเรื่องความรับผิดของผู้ครอบครองโรงเรือน นายเรือ หรือเจ้าสำนักโรงแรมในเรื่องอื่นๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ด้วยเหตุผลที่ว่า iudex ต้องรับผิดในการกระทำผิดของคนอื่นเช่นกัน กล่าวคือรับผิดเนื่องจากการกระทำความผิดของจำเลยในคดีที่ตนเข้าข้างนั่นเอง ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นหรือความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์สิน (noxal liability) นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่า ผู้ที่ต้องรับผิดนั้น มีความผิด (fault)หรือไม่ ในกฎหมายโรมัน หัวหน้าครอบครัว (paterfamilias) มีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากบุตรหรือทาสที่อยู่ในอำนาจปกครองของตน รวมถึงสิ่งของหรือสัตว์ของตนด้วย แต่หัวหน้าครอบครัวมีทางเลือกที่จะยกตัวผู้กระทำความผิดตัวจริง (noxal) ให้แก่ผู้เสียหายได้[87]

เรื่องการฟ้องคดี iudex ที่ไม่รู้ระเบียบวิธีพิจารณาหรือตัดสินคดีเกินขอบแห่งอำนาจ (iudex qui litem suam facit) นี้เป็นเรื่องเดียวที่มีปัญหาทำให้การแบ่งกลุ่มของหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(obligationes quasi ex delicto) บ่งชัดได้ยากว่ามีเกณฑ์อย่างไรในการจัดกลุ่มความรับผิดประเภทนี้ให้รวมเข้าไว้ด้วยกัน

---

[84] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1126.

[85] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 227.

[86] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 227., W.W. Buckland, Roman Law and common law : a comparison in outline, 2nd ed.,(Cambridge : At the University Press, 1965), p. 396.

[87] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1126.

3.2.4 แนวความคิดและข้อสรุปเกี่ยวกับเกณฑ์ในการจัดกลุ่มความรับผิดในหนี้ทางกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (obligationes quasi ex delicto)

ตลอดระยะเวลาหลายศตวรรษที่ผ่านมา นักนิติศาสตร์ที่สนใจกฎหมายโรมันได้พยายามตั้งข้อสังเกตถึงความแตกต่างระหว่างหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (delict) กับหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(quasi ex delict) อันมีข้อคิดเห็นแตกต่างกันไป อาทิเช่น

- ความเห็นของท่าน Buckland นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของอังกฤษเห็นว่าหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(quasi ex delicto) เป็นเรื่องของความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (vicarious liability)[88]

- ในมุมมองของนักกฎหมายอิตาลี ท่าน Arangio – Ruiz ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่ศึกษากฎหมายโรมันที่มีผลงานเป็นที่ยอมรับมากมายนั้นเห็นว่าหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (delict) มีที่มาจากกฎหมายแพ่งของพลเมืองโรมัน (civil law) ส่วนหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(quasi ex delicto) มีที่มาจากการทำงานของ praetor ที่สร้างกฎเกณฑ์ความรับผิดจำพวกนี้ขึ้นมา[89] ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ ก็ได้จำแนกโดยใช้เกณฑ์นี้เช่นเดียวกัน[90]

- ส่วนความเห็นของท่าน J.M. Kelly แห่งไอแลนด์และท่าน Peter Birks ผู้ได้รับคำกล่าวขานว่าเป็นนักกฎหมายที่ยิ่งใหญ่ที่สุดในยุคศตวรรษที่ 20 ของอังกฤษ[91] เห็นพ้องต้องกันว่าในการจำแนกเรื่อง quasi delict เป็นการแบ่งประเภทความรับผิดบนฐานของสถานะภาพหรือฐานะพิเศษที่มีอยู่ก่อนของจำเลยผู้ที่ต้องรับผิดนั้นเอง (prior assumption of a special position)[92]

- ท่าน Bruce W. Frier นักกฎหมายปัจจุบันผู้สนใจกฎหมายโรมันเห็นว่า quasi ex delict เป็นหลักการสำคัญที่ก่อตั้งแนวความคิดเรื่องความรับผิดที่ไม่ต้องมีการพิสูจน์ความผิดว่าจำเลยมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (liability base not on demonstrable fault) ซึ่งพัฒนามาเป็นรูปแบบของความรับผิดอย่างเคร่งครัด (strict liability) ในกฎหมายปัจจุบัน[93]

---

[88] W.W. Buckland, A Textbook of Roman Law,3rd ed. by P. Stein, Cambridge, 1963, p.599. cited by Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," The Journal of Legal History: 4.

[89] V. Arangio-Ruiz, Istituzioni di diritto romano, 9th ed., Naples, 1947, p. 377. Cited by Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," The Journal of Legal History [online],: 4.

[90] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 49.

[91] 12 July 2012. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Peter_Birks

[92] J.M. Kelly, Roman Litigation, Oxford, 1966, p. 116. Cited by Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," The Journal of Legal History [online],: 4.

[93] Bruce W. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict, p. 227.

นอกจากนี้ ยังมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า quasi ex delicto มีพื้นฐานมาจากการกระทำประมาทเลินเล่อในความผิดตาม lex aquilia บ้างเห็นว่าการจำแนกประเภท quasi ex delicto เป็นเพียงการจัดจำแนกให้สอดคล้องกับเรื่องของสัญญาที่มีทั้ง contractual และ quasi ex contractual[94] อีกทั้งตั้งข้อสังเกตว่าจักรพรรดิจัสติเนียนอาจต้องการเพียงจัดแบ่งประเภททุกอย่างให้ลงด้วยเลข 4 ทั้งหมดก็เท่านั้นเอง[95] แต่ความเห็นของนักกฎหมายสมัยใหม่ ได้พยายามอธิบายว่าความรับผิดตาม delictual นั้นเป็นความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการจงใจ (intentional infliction of harm) ส่วนความรับผิดตาม obligationes quasi ex delicto เป็นความรับผิดในลักษณะที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (negligence)[96] ซึ่งแนวความคิดสุดท้ายนี้ได้ส่งทอดมายังประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในการแบ่งประเภท delict และ quasi-delict เป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจ กับกรณีประมาทเลินเล่ออีกด้วย ซึ่งนักวิชาการฝรั่งเศสเห็นสอดคล้องต้องกันแล้วว่า delicts กำหนดไว้สำหรับความเสียหายจากการกระทำอันจงใจก่อความเสียหาย ในขณะที่ quasi-delict มีความหมายว่าเป็นการกระทำความผิดโดยประมาทเลินเล่อ[97] แต่ทั้งนี้ไม่ว่ากฎหมายฝรั่งเศสจะเข้าใจการแบ่งแยกประเภทความรับผิดเพื่อละเมิดทั้งสองประเภทนี้ไปในทิศทางเช่นนั้นก็ตาม แต่กรณีอาจจะไม่ใช่บทสรุปที่แน่นอนและสอดคล้องกับรากฐานความคิดดั้งเดิมในยุคทองของกฎหมายโรมันก็เป็นได้[98]

กระนั้นก็ดีแนวความคิดเกี่ยวกับเกณฑ์ในการจำแนก obligationes quasi ex delicto ที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนี้ยังไม่อาจที่จะสามารถอธิบายและโน้มน้าวให้เห็นตามไปได้อย่างไม่ตะขิดตะขวงใจ เพราะยังมีประเด็นเรื่องความรับผิดของ iudex (litem suam fecerit) ที่เป็นอุปสรรคซึ่งยากต่อการคิดวิเคราะห์ว่าอะไรคือหลักเกณฑ์ในการรวมกลุ่มความรับผิดเหล่านี้ไว้ด้วยกันใน obligationes quasi ex delicto

จากการศึกษาสืบค้นในประเด็นนี้อย่างละเอียดแล้ว ผู้เขียนพบผลงานทางวิชาการของท่าน Eric Descheemaeker* โดยท่านศึกษาเชิงลึกจนได้ข้อสรุปเกี่ยวกับลักษณะที่สำคัญของ

---

[94] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, pp. 1128-1129.

[95] ประชุม โฉมฉาย, กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน, หน้า 163., Andrew Brokowshi and Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, p. 359.

[96] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, p. 1129.

[97] Barry Nicholas, The French Law of Contract,2nd ed.(Oxford: Clarendon Press Oxford, 1992), p. 30., ปรีดี พนมยงค์, บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์ และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ตอนที่ 2, (พระนคร: นิติสาสน์, 2471), หน้า 212.

[98] Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," The Journal of Legal History [online],: 2.

* ท่าน Eric Descheemaeker จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย Bristol ประเทศอังกฤษ ได้ศึกษาเกี่ยวกับเรื่อง obligationes quasi ex delicto ไว้อย่างแตกฉานในวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอกของท่านที่ชื่อว่า "The division of Wrongs : a historical comparative study" โดยมีท่าน Peter Birks และศาสตราจารย์ David Ibbetson เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และมีท่านศาสตราจารย์ Ernest Metzger และ Reinhard Zimmermann เป็นคณะกรรมการตรวจสอบวิทยานิพนธ์นี้ด้วย บทความทาง

obligationes quasi ex delicto ว่าเป็นการรวบรวมจัดกลุ่มความรับผิดประเภทที่เป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัด โดยมิจำต้องพิจารณาถึงความผิดคือความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของจำเลยแต่ประการใด โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังจะกล่าวต่อไปนี้

"จากการค้นพบหลักฐานทางโบราณคดีในประเทศสเปนอันได้แก่ tabula contribianti (แผ่นทองแดงที่เขียนคำพิพากษา) และ lex Irnitana (กฎหมายที่ว่าด้วยการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษา (iudex)) ซึ่งถูกค้นพบในปี 1979 และปี 1981 ตามลำดับ ทำให้ท่าน Eric Descheemaeker ได้ข้อสรุปของเรื่องการแบ่งประเภทความรับผิดระหว่าง delict และ quasi delict เป็นที่แน่นอนแล้วว่าในยุคทองของกฎหมายโรมันนั้น ความรับผิดในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (delictual liability) เป็นความรับผิดบนฐานของการกระทำความผิด (fault or culpa based liability) ในขณะที่ความรับผิดในหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (quasi-delict liability) โดยตัวมันเองแล้วเป็นความรับผิดที่เคร่งครัดหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นความรับผิดตามสถานการณ์ (strict or situational liability) ซึ่งมุ่งพิจารณาในประเด็นที่เกิดปัญหาในการทำความเข้าใจกลุ่มหนี้ประเภทนี้คือความรับผิดของ iudex ว่าเหตุใดจึงถูกบรรจุไว้ในความรับผิดกลุ่มนี้ ทั้งๆ ที่หากเป็นความรับผิดของแพทย์ที่ทำการผ่าตัดหรือให้การรักษาโดยผิดพลาด กลับจัดอยู่ในเรื่องของความรับผิดใน lex aquilia ซึ่งเมื่อพิเคราะห์ดูแล้วทั้งสองกรณีเป็นความแตกต่างระหว่างสองสิ่งที่น่าจะเหมือนกันแต่กลับจัดไว้ในเรื่องความรับผิดที่แตกต่างกัน"[99]

iudex นั้นจะมีความรับผิดอยู่ภายใต้หัวข้อสองหัวข้อ ได้แก่ ความล้มเหลวในการตัดสินพิพากษาให้ถูกต้อง (failure to give a valid decision) และ ความผิดพลาดในการรับฟังข้อเท็จจริงและการปรับข้อกฎหมาย (error of fact or law)

ก. ความล้มเหลวในการตัดสินพิพากษาให้ถูกต้อง (failure to give a valid decision)

ในการค้นพบ Lex Irnitana แสดงให้เห็นว่าในระบบกฎหมายโรมันนั้น การปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษา (iudex) เป็นหน้าที่ของพลเมืองโรมัน ไม่ใช่เป็นทางเลือกในการประกอบอาชีพของพลเมืองโรมันที่ต้องการประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษา ในประเด็นนี้ lex irnitana บ่งชัดว่า iudex ได้รับแต่งตั้งมาจากการสรรหาซึ่งคล้ายๆ กับลูกขุนของประเทศอังกฤษในปัจจุบัน ซึ่งคู่ความจะเลือกจากรายชื่อ iudex ซึ่งผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษานี้จะไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่เป็นเพียงบุคคลธรรมดาที่มีชื่อในบัญชีรายชื่อ ซึ่งบัญชีนี้จะมีการเปลี่ยนแปลงไปเรื่อยๆ[100] ไม่ว่าบุคคลในบัญชีรายชื่อนั้นจะสมัครใจเป็นผู้พิพากษาในคดีหรือไม่ก็ตาม ซึ่งอาจจะมีบางคนในรายชื่อนั้นที่ไม่ต้องการที่จะวินิจฉัยคดีนั้นเลยก็ไม่มีทางปฏิเสธได้ ด้วยเหตุนี้ การที่ iudex ไม่มาปรากฏตัวในวันพิจารณาถือเป็น **ความเสี่ยงภัยอย่างแท้จริง (genuine risk)**

วิชาการเรื่อง Obligationes quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law ก็เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิตของท่าน

[99] Reinhard Zimmernann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2, pp.1126-1127.

[100] W.W. Buckland, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian [online], 20 July 2012. Available from: http://archive.org/stream/textbookofromanl00buckuoft#page/603/mode/1up, p. 603.

นอกจากนี้ การพิจารณาคดีในโรมันจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณารวมถึงมีคำพิพากษาให้จบสิ้นในวันเดียวซึ่งต้องทำให้เสร็จก่อนค่ำ(one-day event) แต่ถ้ามีเหตุทำให้กระบวนพิจารณาไม่เสร็จในวันนั้น iudex จำต้องอนุญาตให้เลื่อนการพิจารณาออกไป โดยก่อนพระอาทิตย์ตกดิน iudex จะต้องมีคำสั่งหรือคำอนุญาตให้เลื่อนออกไปอย่างเป็นทางการ มิฉะนั้นถือว่า iudex มีความผิดเช่นกัน ในการนี้ iudex ต้องสาบานว่าองค์ประกอบข้อเท็จจริงที่คู่ความมอบให้แก่ iudex นั้นยังไม่สามารถทำให้เขาตัดสินคดีได้จึงมีความจำเป็นต้องเลื่อนการพิจารณาคดีออกไป หาก iudex ไม่ได้ทำเช่นนั้น อันทำให้เหตุการณ์ในคดีของโจทก์ย่ำแย่ลงโดยไม่อาจหวังว่าจะฟื้นคืนมาได้อีก เป็นเหตุทำให้โจทก์อาจได้รับผลกระทบและสูญเสียรูปคดีสิ้นสิทธิเรียกร้องทุกอย่าง ดังนั้น ภารกิจหลักของ iudex อันดับแรก คือ ต้องตัดทอนรวบรัดการพิจารณาให้สั้นลง และอันดับที่สองคือต้องเก็บรวบรวมประเด็นทางเทคนิคที่จำเป็นไว้ให้หมดก่อนค่ำวันนั้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันความผิดพลาดในคดี ซึ่งถ้า iudex ไม่กระทำเช่นนั้น ถือได้ว่า “เป็นผู้สร้างคดีแก่ตนเอง (he made the case his own)”

ประเด็นสำคัญอยู่ในบัญชีรายชื่อที่ 19 ของ lex irnitana (panel 19 of lex irnitana) ในบัญชีรายชื่อนี้นี้ทำให้เข้าใจได้อย่างชัดเจนถึงกรณีที่เรียกว่า “ความเสี่ยงของผู้พิพากษา (at the judge’s peril)” iudex พึงต้องกระทำตามรูปแบบเฉพาะ (technicality) อย่างถูกต้องเหมาะสมเพื่อที่จะไม่ทำให้รูปคดีเสียไป มิเช่นนั้น เขาได้ชื่อว่ามีความรับผิดโดยไม่คำนึงถึงข้อควรตำหนิในการกระทำของเขาเลย (irrespective of the blameworthiness of his conduct) กรณีไม่ใช่เป็นเรื่องแปลกใดๆ นัก เพราะผลประโยชน์ของคู่ความนั้นมีมาก ซึ่งไม่อาจเทียบได้กับหน้าที่การดำเนินกระบวนพิจารณาของ iudex ที่จะสามารถป้องกันความเสียหายได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หาก iudex ไม่ได้กระทำให้ถูกต้องตามรูปแบบวิธีการแล้ว กรณีก็มิใช่ประเด็นสำคัญว่า iudex ท่านนั้นได้กระทำการโดยประมาทหรือจงใจหรือไม่ ซึ่งบ่งเฉพาะอย่างชัดเจนว่าเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัดโดยตรงและกรณีนี้คือความรับผิดตามสถานการณ์ (situational liability) อันเป็นความรับผิดที่ไม่มีเรื่องความผิด (fault) เป็นปัจจัยสำคัญ อันได้แก่ความรับผิดที่เกิดขึ้นโดยตรงจากสถานการณ์ ที่เกิดขึ้นจริง แต่หากอาศัยเพียงข้อมูลจาก lex irnitana เพียงเท่านั้นก็ไม่ใช่บทสรุปในตัวเอง ซึ่งเงื่อนไขของความผิดอาจจะมีอยู่โดยนัยยะที่ซ่อนเร้นก็ได้

ข. ความผิดพลาดในการรับฟังข้อเท็จจริงและการปรับข้อกฎหมาย (Error of fact or law)

ความสลับซับซ้อนยิ่งขึ้นไปอีกในหัวข้อที่สองนี้ที่เป็นเหตุการณ์โน้มนำให้ผู้พิพากษามีความรับผิดนั้นคือการทำผิดกฎหมายหรือการฟังข้อเท็จจริงผิดไป

จากแหล่งข้อมูลคำกล่าวของท่าน Gaius และท่าน Ulpian นักปราชญ์ในยุคกฎหมายโรมันได้ให้ตัวอย่างเกี่ยวกับสถานการณ์ความรับผิดของ iudex ในสองลักษณะคือ ท่าน Gaius กล่าวว่า ผู้พิพากษาที่ไม่ดำเนินตามประกาศของ praetor (*condemnation* of the *formula*) จึงจะต้องมีความรับผิด แต่ต่อมาท่าน Ulpian กล่าวว่า iudex ที่กระทำการโดยฉ้อฉลไม่

ชอบด้วยกฎหมายมีความรับผิดในกรณีนี้ด้วย* อย่างไรก็ตาม เนื้อแท้ของการพิจารณาเรื่องความรับผิดของ iudex พบได้จาก tabula contrebiensis ซึ่งเป็นการเผยมุมมองใหม่ของกระบวนการพิจารณาคดีของโรมัน ที่แสดงว่ากรอบความรับผิดที่อาจจะเกิดขึ้นได้ภายใต้หัวข้อความผิดพลาดในการรับฟังข้อเท็จจริงและการปรับข้อกฎหมาย (error of fact or law) นั้นมีโอกาสน้อยมากที่จะเกิดความรับผิดเช่นนี้

จาก tabula contrebiensis พบว่าในสมัยโรมัน คำพิพากษาจะถูกบันทึกไว้ในแผ่นทองแดง (Bronze) ซึ่งในนั้นจะไม่มีการกล่าวถึงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในประเด็นแห่งคดี แต่จะบอกแค่เพียงว่าใครเป็นฝ่ายชนะคดี ด้วยเหตุดังกล่าว จึงไม่มีโอกาสแม้แต่เพียงน้อยนิดสำหรับการที่คู่ความจะไม่พอใจในเหตุผลของคำพิพากษาและกระบวนการพิจารณาคดี จนนำไปสู่การฟ้องร้องผู้พิพากษาในการทำหน้าที่ผิดพลาดในการรับฟังข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย เมื่อภาพรวมทั่วไปของคำพิพากษาของกฎหมายโรมันเป็นเช่นนี้ ความรับผิดของ iudex ภายใต้หัวข้อนี้จึงควรจำกัดอยู่เพียงความผิดพลาดที่มองเห็นได้จากการบันทึก เช่น หาก praetor มีคำสั่งลงมายัง iudex ว่าให้ประกาศว่าจำเลยมีความผิดหรือต้องจ่ายเงินคืนจำนวน 50,000 sesterces แต่ iudex กลับมาตัดสินว่าจำเลยต้องจ่ายเงินคืน 100,000 sesterces ซึ่งคู่ความไม่จำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงทุกประการเกี่ยวกับฐานที่มาของคำตัดสินของ iudex เพื่อที่จะทราบว่าผลของคำพิพากษานั้นผิด iudex ต้องรับผิดเฉพาะกรณีที่คำตัดสินของเขาเกินเลยกว่าขอบเขตอำนาจตามคำสั่งของ praetor (*ultra vires* the *formula*) เพราะในกรณีนั้น คำพิพากษาจะเป็นโมฆะและข้อเรียกร้องของโจทก์ก็จะสิ้นสุดไปเสียเลย

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ชัดว่า กรณีความรับผิดของ iudex เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด แม้ว่าในความเป็นจริงเมื่อพิจารณาดูแล้ว ความล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ของ iudex อาจเป็นเพราะความประมาทเลินเล่อหรืออาจจงใจปฏิบัติหน้าที่ด้วยความทุจริตก็ตาม แต่ก็มิใช่เรื่องสำคัญอย่างไรเลย ทว่า เรื่องที่เป็นสาระสำคัญยิ่งกว่าคือ ความรับผิดของ iudex ไม่ได้มาจากเงื่อนไขของการที่โจทก์ต้องพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อหรือความจงใจฉ้อฉลแต่อย่างใด แม้ว่า iudex จะปฏิบัติหน้าที่อย่างดีด้วยความวิริยะอุตสาหะก็ยังคงมีความรับผิดเท่าเทียมกัน

กรณีอาจเทียบเคียงให้เห็นภาพได้ชัดเจนยิ่งขึ้นกับความรับผิดในระบบคอมมอนลอว์เรื่องหมิ่นประมาทและเรื่องบุกรุก (defamation and trespass)[101] อันเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามกฎหมายอังกฤษ ซึ่งผู้กระทำการหมิ่นประมาทต้องรับผิดตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดแม้ว่าจะกระทำการไปโดยไม่มีเจตนาประสงค์ร้ายหรือมีความประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด (แต่ในกฎหมายโรมันนั้น ความผิดฐานหมิ่นประมาทอยู่ภายใต้เรื่อง iniuria จำเลยต้องกระทำด้วยความจงใจและมีเจตนาที่จะหมิ่นประมาทผู้อื่นด้วย)

---

* มีเพียงต้นฉบับเดียวที่พบว่า Ulpian พูดถึงความรับผิดของ iudex ว่า เมื่อ iudex ได้พิจารณาคดีโดยฉ้อฉลก็คือกรณีที่ make the case his own ซึ่งเป็นเพียงหลักฐานเดียวที่กล่าวถึงความรับผิดของ iudex ในการกระทำการฉ้อฉลโดยจงใจ อันเกี่ยวข้องกับระดับของความผิด “fault”

[101] Eric Descheemaeker, “Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law,” The Journal of Legal History [online],: 17.

อย่างไรก็ดี ท่าน Gaius นักปราชญ์ในยุคทองของกฎหมายโรมันนั้นมีความคิดเกี่ยวกับเรื่องประเภทของความรับผิดคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายquasi delictal อยู่ในใจแล้วว่าเป็นความรับผิดแบบที่ไม่สนใจว่าจำเลยจะมีความผิดหรือไม่ (regardless of culpa) โดยท่านพยายามที่จะอธิบายชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างองค์ประกอบของความผิด (fault) และ คล้ายความผิด (quasi-fault) แล้ว แต่ในสมัยนั้นอาจเป็นเรื่องที่อธิบายให้ผู้อื่นเข้าใจได้ยากด้วยว่าเป็นความผิดโดยเคร่งครัดซึ่งไม่นำประเด็นความผิดมาพิจารณา ทั้งนี้เนื่องจากในเรื่อง quasi-delict ก็มีความเกี่ยวข้องในเรื่องความน่าตำหนิ น่าประณาม (culpa) อยู่ภายในตัวมันเองอยู่ด้วย ยิ่งไปกว่านั้นการแบ่งประเภทความรับผิดที่ไม่มีเรื่องน่าตำหนิหรือน่าประณาม (culpable) ออกจากประเภทของความผิดในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (the class of delict) แล้ว บรรดาความรับผิดประเภท quasi delict ก็จะไม่มีชื่อเรียกกลุ่มความรับผิดพวกนี้อีกด้วย (เนื่องจากที่ได้อธิบายไว้แล้วในเชิงอรรถข้างต้นว่า คำว่า quasi delict เป็นคำที่ปรากฏในภายหลังราวศตวรรษที่ 6 แต่ในยุคทองของกฎหมายโรมันเกิดขึ้นราวศตวรรษที่ 2) แต่ quasi delict เป็นความรับผิดที่กฎหมายสร้างขึ้นมาโดยบุคคลไม่อาจปฏิเสธความรับผิดได้ ความคิดของผู้คนในขณะนั้นอาจมองว่าเป็นเรื่องที่ผิดปกติที่จะมีความคิดเรื่องความรับผิดที่จำเลยไม่มีความผิด (fault) ดังนั้น ท่าน Gaius จึงได้พยายามที่จะสร้างหลักความรับผิดอีกชนิดหนึ่งที่ไม่สามารถจัดเข้าพวกกับ delict ได้ เพราะจำเลยไม่ได้มีความผิดอย่างสมบูรณ์ (no *culpa* proper) อันเป็นการรวบรวมความรับผิดเพื่อการกระทำความผิดของบุคคลอื่นหลายๆเรื่องที่ไม่ได้แตกต่างกันมากจนเกินไป รวมเข้าไว้ด้วยกันเป็นอีกกลุ่มหนึ่งต่างหากจากกลุ่มหนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (delict)

จากการศึกษาของท่าน Eric Descheemaeker นั้น ท่านทราบจากข้อเขียนบทคัดย่อ (digest) ของท่าน Gaius เรื่อง res cottidianae ซึ่งเป็นงานเขียนที่ไม่มีเคยถูกเขียนซ้ำหรือเขียนแทรกแต่อาจถูกตัดทอนลงไปโดยผู้แปลซึ่งน่าจะเป็นพวกไบเซนไทน์ (Byzentines) ที่แยกแยะชุดหนังสือผลงานข้อคิดเห็นของท่าน Gaius (The bulk of Gaius's argument) โดยผู้แปลได้เอาแนวความคิดเรื่องความรับผิดโดยไม่มีความผิดออกไป เหลือไว้เพียงส่วนที่เป็นการเน้นเรื่องความผิด (fault) ซึ่งงานเขียนของท่าน Gaius นับเป็นการสื่อแสดงถึงระดับความคิดที่สูงส่งในงานเขียน institues ของท่าน Gaius อันอาจทำให้พวก Byzentine ยังไม่สามารถเข้าถึงได้ว่าจะมีความรับผิดได้โดยปราศจากความผิดของจำเลยได้อย่างไร ดังนั้น เมื่อส่วนที่เป็นการอธิบาย quasi-delict จะมาจากความคิดของพวก Byzentine ที่พยายามใช้เหตุผลของตนเองในการตัดสินว่าความรับผิดประเภท quasi-delictal ก็อยู่บนพื้นฐานของความผิดอีกโสดหนึ่งด้วย ความเข้าใจเกี่ยวกับเกณฑ์ในการจำแนกกลุ่ม quasi-delict เริ่มคลาดเคลื่อนไปจากแนวความคิดดั้งเดิมในยุคทองนั้นน่าจะมีปฐมเหตุมาจาก institutiones ของจักรพรรดิจัสติเนียนในศตวรรษที่ 6 ซึ่งพระองค์ทรงเป็นจักรพรรดิในอาณาจักรไบเซนไทน์หรือจักรวรรดิโรมันตะวันออกเช่นกัน โดยทรงพยายามอธิบายความคิดบางประการในเรื่อง fault ให้ซับซ้อนลงไปอีกในเรื่องของ quasi-fault บ้าง quasi-delict บ้าง ด้วยกระแสความคิดที่พยายามสร้างระบบให้จำเลยมีความผิด (culpabilization) ในความรับผิดต่อกระทำกลุ่มของ obligationes quasi ex delicto และอาจผนวกด้วยกับแนวความคิดของนักบุญ Augustine[102] ที่เน้นคำสอนทางศาสนาที่ว่า บุคคลควรต้องรับผิดเมื่อมีความผิดเท่านั้น ซึ่งแม้จะเป็น

[102] คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ละเมิดกับสังคม," อัยการนิเทศ: 97.

เพียงประมาทเลินเล่อก็ตาม จึงทำให้ในสมัยของจัสติเนียนได้รับอิทธิพลจากความคิดทางศาสนาด้วย จึงทรงพยายามกำหนดความรับผิดทางแพ่งในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกอย่างให้ต้องมีการพิสูจน์ความผิดของจำเลยเสียก่อน และตอกย้ำด้วยการแปลความอีกครั้งหนึ่งในอีกสิบสองศตวรรษถัดมาอันปรากฏแนวคิดความผิดใน obligationes quasi ex delicto ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสปัจจุบันอันสืบสายมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของท่านจักรพรรดิจัสติเนียน ว่าเป็นความผิดทางละเมิดโดยความประมาทเลินเล่อ ในขณะที่ obligationes ex delicto หมายถึงหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากความจงใจกระทำ (intentional act)[103] ทั้งหมดนี้ถือเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนที่สืบเนื่องยาวในเรื่อง quasi-delict ของประเทศฝรั่งเศสมาโดยตลอด[104]

ประเด็นนี้ท่านรองศาตราจารย์ ดร. อนันต์ จันทรโอภากร ก็มีความเห็นสอดคล้องกับท่าน Eric Descheemaeker ว่า กฎหมายคลาสสิคหรือกฎหมายโรมันยุคทองนั้นชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าความรับผิดของ iudex เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด และความคิดเรื่อง quasi-delict ก็มีแนวความคิดในเรื่องความรับผิดอย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกัน แต่แนวความคิดนี้ถูกลืมไปในสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียน[105] ตรงที่พระองค์ทรงต้องการให้มีการพิสูจน์ความผิดหรือความบกพร่อง (culpa) ของจำเลยเสียก่อนนั่นเอง

ฉะนั้น กล่าวให้ได้ใจความโดยสรุปคือ ความรับผิดกลุ่มของหนี้ตามกฎหมายคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(obligationes quasi ex delicto) นี้เป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัดโดยปราศจากการพิสูจน์ความผิดของจำเลย หรือที่กฎหมายสมัยใหม่ในปัจจุบันโดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่มีประมวลกฎหมายเรียกกฎหมายประเภทนี้ว่า “ความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย (presumption of liability)”[106] แต่ความคิดที่ว่าด้วยความรับผิดโดยไม่ต้องพิจารณาถึงความผิด (fault) ของผู้ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดที่เฟื่องฟูในยุคทองของกฎหมายโรมันนี้ กลับลบเลือนไปในราวศตวรรษที่ 6 ยุคของจักรพรรดิจัสติเนียนและท่านนักบุญ Augustine ด้วยกระแสความคิดที่ว่าด้วยความรับผิดที่ผู้กระทำต้องมีความผิดอย่างน้อยที่สุดคือมีความประมาทเลินเล่อ (culpa) อย่างไรก็ดี เมื่อต่อมาสังคมมีพัฒนาการทางด้านวิทยาศาสตร์ อุตสาหกรรมและเทคโนโลยีมากขึ้นในยุคสมัยใหม่ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดความรับผิดทางละเมิดในลักษณะที่เป็นการปิดปากไม่ให้ปฏิเสธความรับผิดตามหลักความผิด (fault) กล่าวคือ ปฏิเสธว่าตนไม่ได้กระทำความเสียหายโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งหลักความรับผิดที่เน้นความสำคัญของสาธารณประโยชน์นี้เป็นที่รู้จักกันในนามของ “ความรับผิดอย่างเคร่งครัด (strict liability)”[107] ที่ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงแนวความคิดในหัวข้อต่อไป

---

[103] Barry Nicholas, The French Law of Contract, p. 30.

[104] Eric Descheemaeker, “Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law,” The Journal of Legal History [online],: 1, 2, 20.

[105] อนันต์ จันทรโอภากร, วิวัฒนาการของกฎหมายลักษณะละเมิด [ออนไลน์]

[106] K.W. Rayan, An Introduction to the Civil Law, p.123.

[107] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ละเมิดกับสังคม,” อัยการนิเทศ; 101.

3.3 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดอย่างเคร่งครัดในยุคกลางถึงยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมและกฎหมายสมัยใหม่

ย้อนไปในสมัยของจักพรรดิจัสติเนียนอันเป็นช่วงเวลาที่ใกล้เคียงกับที่แนวคิดทางศาสนาคริสต์เริ่มมีอิทธิพลครอบคลุมความคิดของคนในสมัยนั้น ซึ่งนักวิชาการสมัยใหม่มักกล่าวเรียกยุคนี้ว่าเป็นยุคกลาง (Middle age) เป็นช่วงหลังจากที่อาณาจักรโรมันตะวันตกล่มสลาย –ในราวปลายศตวรรษที่ 5 ซึ่งกินเวลายาวนานร่วม 1,000 ปี[108] ซึ่งต้องเข้าใจว่าเป็นยุคที่กฎหมายพระในศาสนาคริสต์มีอิทธิพลอย่างมากจึงมีการนำศีลธรรมทางกฎหมายพระ (Cannon Law) มาปรุงแต่งหลักกฎหมายให้เป็นไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ นำไปสู่แนวความคิดความรับผิดเพื่อละเมิดในอันที่ผู้ต้องรับผิดจะต้องมีความผิด (fault) อย่างสมบูรณ์เต็มรูปแบบ นักกฎหมายในยุคนั้นมักจะอ้างอิงคำกล่าวของท่านนักบุญ Augustine ที่ว่า “บุคคลไม่พึงต้องมีความรับผิดตามกฎหมายหากเขาไม่มีความผิดหรือความน่าตำหนิในจิตใจ[109]” แนวความคิดเช่นนี้ทำให้มีการวางหลักทั่วไปของความรับผิดทางแพ่งได้อย่างกว้างๆ ว่า หากมีความเสียหายใดเกิดขึ้นเนื่องจากมีการทำความผิด (fault) ซึ่งความผิดนั้นแม้จะเป็นเพียงการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเพียงเล็กน้อยอันเป็นการกระทำที่น่าตำหนิได้ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น รวมไปถึงในยุคกลางมีความเชื่อว่าบุคคลไม่ควรจะต้องรับผิดในความเสียหายเพราะอุบัติเหตุ (accident) ซึ่งเขาอาจไม่ได้มีความผิดอย่างชัดแจ้งแต่อย่างใดด้วย ดังนั้นขอบเขตความรับผิดทางแพ่งในยุคโรมันหลังคลาสสิกต่อเนื่องมาถึงยุคกลางนี้จึงขึ้นอยู่กับสองปัจจัยคือ 1. ความผิด (fault) และ 2. ความเสียหาย[110] เมื่อกฎหมายและศาสนาเชื่อมโยงกันอย่างแน่นแฟ้น คนทำผิดก็ต้องเป็นผู้ชดใช้ กอร์ปกับต่อมาแนวความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม (individualism) ได้เริ่มเข้ามามีบทบาทในสังคมในปลายของยุคกลางราวศตวรรษที่ 13 ในอันที่จะสนับสนุนให้ปัจเจกบุคคลมีเจตนาอิสระในการเลือกที่จะกระทำการใดๆ ที่ไม่ก่อความเดือดร้อนล่วงละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่น และในขณะเดียวกันก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน หากมีความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ต้องมีหน้าที่ในการผูกพันชดใช้ค่าเสียหาย[111] ดังนั้นจึงต้องกระทำการด้วยความระมัดระวังเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น ด้วยเหตุนี้ หลักคิดเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อละเมิดในเรื่องของความผิดไม่ว่าจะกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงมีความสำคัญมากจนแทบไม่มีแนวคิดความรับผิดโดยปราศจากความผิดปรากฏขึ้นในยุคนี้เลย

นอกจากความคิดทางศาสนาที่ครอบงำคนในสังคมอย่างรุนแรง และอิทธิพลของลัทธิปัจเจกชนนิยมแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า อาจมีสาเหตุมาจากการที่เมื่อโรมันตะวันตกล่มสลายลงไปแล้วพวกอนารยชนหรือคนป่า (barbarian) เข้ามามีอำนาจซึ่งคนพวกนี้ไม่อาจคิดไปได้ถึงว่าจะมีความรับผิดโดยปราศจากความผิดซึ่งกฎหมายควรกำหนดให้บุคคลอื่นเข้ามารับผิดชอบในความเสียหายเช่นที่เคยมีมาในยุคทองของกฎหมายโรมันทั้งนี้แม้จะได้อ่านงานเขียนของท่าน Gaius ซึ่งเป็นนักกฎหมาย

---

[108] ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 139.

[109] “Actus reum non facit nisi mens rea : An act does not make a person legally liable unless the mind is legally blameworthy” โปรดดู อนันต์ จันทรโอภากร, วิวัฒนาการของกฎหมายลักษณะละเมิด [ออนไลน์]

[110] อนันต์ จันทรโอภากร, วิวัฒนาการของกฎหมายลักษณะละเมิด [ออนไลน์]

[111] คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ละเมิดกับสังคม,” อัยการนิเทศ: 93,96.

บุคคลสำคัญในยุคทองก็ตีความหรือเขียนคำอธิบายแทรกระหว่างบรรทัด (interpolate) ด้วยความความเข้าใจของตน โดยอาจคาดไม่ถึงว่าจะมีความรับผิดอีกประเภทหนึ่งที่ไม่อิงอาศัยความผิดของจำเลยเป็นปัจจัยสำคัญก็ได้ คนยุคหลังโรมันคลาสสิกจึงคิดได้เพียงชั้นเดียวว่าผู้ที่ต้องรับผิดชอบก็ควรจะเป็นผู้ที่กระทำความผิดเท่านั้นและจะต้องมีการพิสูจน์ความผิดของจำเลยเสียก่อนอีกด้วย[112]

อย่างไรก็ดี เมื่อสังคมก้าวเข้ามาสู่ยุคของการปฏิวัติอุตสาหกรรมในศตวรรษที่ 18 เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วทั้งทางด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม มีการใช้เครื่องจักรเข้ามาแทนแรงงานของมนุษย์และบ่อยครั้งที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการดำเนินการของเครื่องจักรกล ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความรับผิดทางกฎหมายที่หากจะนำหลักการกระทำผิดโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ หากจะต้องให้ผู้เสียหายต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความผิด (fault) ของผู้ที่เกี่ยวข้อง ก็อาจเป็นเรื่องที่เหลือวิสัยที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ให้เห็นถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลยได้ หรืออาจหาตัวผู้รับผิดชอบที่มีศักยภาพในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไม่ได้เพียงพอ ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับการเยียวยาตามสมควร กฎหมายจึงต้องพลวัตตามสภาพสังคม จึงเกิดมีแนวความคิดที่ต้องกำหนดความรับผิดอย่างเคร่งครัด (strict liability) ที่ผู้เสียหายไม่จำต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีความรับผิด (Liability without fault) โดยอิงอาศัยแนวความคิดทางสังคมต่างๆ เป็นแรงสนับสนุน กล่าวคือ

3.3.1 แนวความคิดแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarianism)[113]

ทฤษฎีอรรถประโยชน์นี้ก่อตั้งขึ้นเมื่อปลายศตวรรษที่ 18 ในประเทศอังกฤษอันเป็นดินแดนแห่งแรกของโลกที่ปฏิวัติอุตสาหกรรม มีการใช้เครื่องจักรกลเข้ามาใช้แทนแรงงานมนุษย์ ซึ่งเครื่องจักรไอน้ำและนวัตกรรมใหม่ๆ ที่สร้างสรรค์ขึ้นมานั้นล้วนเป็นทรัพย์ที่ก่ออันตรายได้โดยสภาพในสมัยนั้น ลูกจ้าง คนใช้แรงงานหรือบุคคลภายนอกได้รับอันตรายและบาดเจ็บจากการดำเนินการของเครื่องจักรครั้งแล้วครั้งเล่า แต่ก็เป็นการยากสำหรับผู้ได้รับความเสียหายในการที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายนั้น เพราะต่างไม่อาจพิสูจน์ได้ถึงความผิดของเจ้าของโรงงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ทฤษฎีอรรถประโยชน์ซึ่งเป็นทฤษฎีทางการเมืองที่มีอิทธิพลมากขึ้นในสมัยนั้นก็เริ่มเข้ามามีบทบาทในการผดุงความยุติธรรมนี้ด้วยเช่นกัน

แนวคิดอรรถประโยชน์นิยมถือกำเนิดโดยนักปรัชญาการเมือง เจอเรมี เบ็นแธม (Jeremy Bentham) ซึ่งเสนอหลักที่ว่าการกระทำที่ดีที่สุดคือการกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์สุขมากที่สุดแก่คนจำนวนมากที่สุด (The greatest happiness of the greatest number) และต่อมาท่านจอห์น สจ๊วต มิลล์ (John Stuard Mill) ได้เสริม เพิ่มเติมทฤษฎีอรรถประโยชน์นี้ด้วยการนำหลักศีลธรรมและจริยธรรมเข้ามาปรุงแต่งหลักปรัชญานี้ให้เป็นที่ยอมรับมากยิ่งขึ้น[114] โดยมีหลักการให้รัฐต้องปกครองประเทศโดยเน้นที่ประโยชน์และความสุขมวลรวมของประเทศเป็นสำคัญ ใน

---

[112] Eric Descheemaeker, "Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law," The Journal of Legal History [online],: 18.

[113] คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ละเมิดกับสังคม," อัยการนิเทศ: 100-102.

[114] Silaphuchaya, แนวคิดอรรถประโยชน์และทฤษฎีความยุติธรรม, [ออนไลน์], 14 กรกฎาคม 2555. แหล่งที่มา http://integratedsciences-sila.blogspot.com/2011/05/blog-post.html

ขณะเดียวกันจะต้องปรับปรุงกฎหมายให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับสภาวการณ์เพื่อลดความเหลื่อมล้ำและความขัดแย้งระหว่างชนชั้นและกลุ่มบุคคลจากผลของการขยายตัวของสังคมอุตสาหกรรม ดังนั้น การดำเนินการเพื่อให้บรรลุถึงอรรถประโยชน์สูงสุดของสังคมจึงต้องกระตุ้นให้ปัจเจกชนดำเนินการใดๆ ในกรอบของเสรีภาพของตนได้ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องคำนึงถึงความสำคัญของสังคมทั้งมวลด้วย โดยการให้รัฐใช้เครื่องมือในทางกฎหมายในการแทรกแซงเสรีภาพของปัจเจกชน เพื่อส่งเสริมความสุขของคนในสังคม ประนีประนอมผลประโยชน์ของกลุ่มคนต่างๆ อีกทั้งยังต้องใช้ในการถ่วงดุลประโยชน์ของปัจเจกชนด้วย[115]

ท่าน จอห์น สจ๊วต มิลล์ (John Stuard Mill) มีแนวความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมบนแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมในตอนหนึ่งว่า *"มีสององค์ประกอบสำคัญในทัศนคติของความยุติธรรมคือความปรารถนาในการที่จะลงโทษบุคคลผู้ที่ก่อภยันตรายแก่สังคม และความตระหนักรู้และความเชื่อว่าจะมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อาจได้รับภยันตรายนั้น*[116]" ประกอบกับแนวความคิดว่าด้วยผลประโยชน์มวลรวมของสังคมต้องมีความสำคัญเป็นอันดับหนึ่ง โดยกล่าวว่า *"กฎหมายและการจัดการทางสังคมจะต้องมอบความสุขหรือผลประโยชน์สำหรับปัจเจกชนทุกๆ คนและประสานประโยชน์ให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ บางคราวการที่ต้องค้นหาความผิด (fault) ก็เป็นเรื่องที่อยู่สูงเกินไปกว่าหลักมนุษยธรรม*[117]"

แนวความคิดทางการเมืองของลัทธิอรรถประโยชน์นิยมนี้ส่งผลมาถึงแนวความรับผิดทางแพ่งเรื่องละเมิดอยู่มากพอสมควร ด้วยความต้องการที่จะปรับปรุงกฎหมายให้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการลดความเหลื่อมล้ำและความขัดแย้งระหว่างชนชั้น นักกฎหมายจึงเริ่มเห็นความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดทางละเมิดในอันที่จะมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสังคมโดยรวม โดยไม่มุ่งเน้นไปที่การแสดงให้ปรากฏซึ่งความผิด (fault) ของผู้ต้องรับผิดแต่อย่างใดอันเป็นไปตามหลักมนุษยธรรมในยุคนั้นที่คนยากคนจนมักเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการดำเนินกิจการที่อันตรายของกลุ่มนายทุนซึ่งแม้ว่าบทกฎหมายเช่นนี้จะเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของเอกชนในลักษณะที่กฎหมายจะไม่รับฟังว่าจำเลยมีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตามเพราะนี่เป็นไปตามรัฐประศาสโนบายอันเป็นไปเพื่อประโยชน์และความสุขของส่วนรวม

3.3.2 ทฤษฎีรับภัย (Theory of risk)[118]

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ก่อตั้งโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสคือท่านศาสตราจารย์ Saleilles ในช่วงศตวรรษที่ 19 อันเป็นระยะเวลาไล่เลี่ยกับการเกิดขึ้นของลัทธิอรรถประโยชน์ในประเทศอังกฤษที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทฤษฎีรับภัยนี้เป็นทฤษฎีที่เป็นกระแสต้านทานแนวความคิดของลัทธิเสรีนิยม (le liberalisme) ฝ่ายที่สนับสนุนให้มนุษย์ดำรงตนด้วยความสามารถของตัวเองอย่างอิสระ มีสิทธิและเสรีภาพในการคิด พูด หรือกระทำการใดๆ โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ

---

[115] คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ละเมิดกับสังคม," อัยการนิเทศ: 101-102.

[116] John Stuad Mill, UTILITARIANISM [online], 20 July 2012. Available from: http://archive.org/stream/ed2utilitarianism00milluoft#page, p. 96.

[117] Ibid., pp.32-33.

[118] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, หน้า 103-115.

ซึ่งแนวคิดของลัทธิเสรีนิยมนี้ก่อให้เกิดช่องว่างทางสังคมอย่างรุนแรง ผู้ที่มีความสามารถดำเนินกิจการใดๆ ก็จะใช้สิทธิของตนอย่างเต็มที่ด้วยความเอารัดเอาเปรียบคนชั้นแรงงานหรือคนชั้นล่างที่ไม่มีทางเลือก ซึ่งในทางละเมิดนั้นได้เกิดมีอุบัติเหตุหรือความเสียหายจากการดำเนินกิจการของอุตสาหกรรมและหลายครั้งหลายคราที่ผู้เสียหายไม่ได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายเนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ถึงความผิด (fault) ของผู้ก่อความเสียหายนั้นได้ ท่านศาสตราจารย์ Saleilles จึงนำเสนอแนวความคิดทฤษฎีรับภัยสำหรับความรับผิดเพื่อละเมิดขึ้นมา อันมีสาระสำคัญและข้อโต้แย้งทฤษฎีรับภัยจากนักกฎหมายท่านอื่นๆ ดังกล่าวต่อไปนี้

1. เนื่องจากทฤษฎีรับภัยนี้ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของนักปรัชญากลุ่มที่เรียกตัวเองว่า le positivism ซึ่งมีความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาว่า การที่ผู้กระทำความผิดอาญาต้องกระทำสิ่งนั้นๆ ก็เนื่องจากได้รับแรงกระตุ้นให้กระทำความผิดนั้น ทั้งนี้แรงกระตุ้นที่ว่านั้นอาจเกิดจากการสั่งสมบ่มเพาะจากสภาพสังคม กรรมพันธุ์ หรือความอัตคัดขัดสนที่บีบคั้นกดดัน หรือปั้นแต่งให้เขามีพฤติกรรมเช่นนั้นเช่นนี้ จนนำไปสู่การกระทำผิดอาญาได้ เมื่อพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมของสังคมที่บ่มเพาะให้คนก่ออาชญากรรมเช่นนี้แล้วก็ไม่อาจเรียกได้ว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดแต่อย่างไร นอกจากนี้ยังเห็นว่าการลงโทษทางอาญาไม่ควรที่จะอาศัยอ้างอิงจากสิ่งที่อยู่ในใจของผู้กระทำ (intention) เพราะเป็นเรื่องที่หยั่งรู้ได้ยาก ซึ่งหากจะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยการพิจารณาองค์ประกอบภายในจิตในก็เป็นเรื่องที่จะพิสูจน์ได้ยาก กรณีจึงเป็นไปได้น้อยมากที่จะลงโทษผู้กระทำผิดได้สักคนหนึ่ง แนวคิด le positivism จึงเห็นว่าไม่ควรที่จะต้องพิจารณาสิ่งที่อยู่ในใจของผู้กระทำ แต่ควรดูที่องค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิดแต่ละกรรมนั้นๆ ก็เป็นอันเพียงพอแล้ว

แนวความคิดของ le positivism กลับส่งอิทธิพลในทางแพ่งมากกว่าทางอาญา เนื่องจากความรับผิดในทางแพ่งนั้นมิได้เป็นเรื่องที่ต้องลงโทษเกี่ยวข้องกับเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำละเมิด แต่เป็นเพียงการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้นซึ่งยอมรับได้ง่ายกว่าทางอาญา ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีรับภัยจึงก่อตัวขึ้นโดยเห็นว่า หลักเกณฑ์ทางละเมิดนั้นไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ความผิด (fault) แต่อย่างใด เพียงเป็นผู้ก่อความเสียหายก็ควรถือว่าเป็นละเมิดแล้ว ซึ่งมีเหตุผลที่น่าคิดคล้อยตามไปได้ว่า ความรับผิดทางแพ่งไม่ใช่การลงโทษ จึงไม่จำต้องนำเอาองค์ประกอบเรื่องความผิด (fault) เข้ามาพิจารณาในเรื่องละเมิดแต่อย่างใด มิเช่นนั้นอาจทำให้คิดเห็นไปได้ว่า ความรับผิดทางแพ่งเป็นการลงโทษจำเลยอีกโสดหนึ่งนอกจากกฎหมายอาญาไปเสียได้

2. วัตถุประสงค์หลักของทฤษฎีรับภัยคือการนำเอาองค์ประกอบเรื่องความผิด (fault) ออกจากหลักเกณฑ์ของความรับผิดทางละเมิด ซึ่งท่าน Saleilles มีความเห็นว่าลำพังเพียงมีความเสียหายกับมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของผู้ก่อภัยกับผลความเสียหายเท่านั้น ก็เป็นอันเพียงพอสำหรับความรับผิดชอบทางแพ่งเรื่องละเมิดแล้ว ซึ่งแนวความคิดเช่นนี้ถือกันว่าเป็นต้นตำรับของทฤษฎีรับภัยโดยแท้

อย่างไรก็ดี แนวความคิดทฤษฎีรับภัยโดยแท้นี้มีความเคร่งครัดเกินไปจึงมีผู้เสริมแต่งองค์ประกอบของทฤษฎีรับภัยเพื่อลดความเข้มงวดในการหาตัวผู้รับผิดชอบในความเสียหายและปรุงแต่งให้มีความผ่อนคลายมากขึ้น เพื่อให้ปัจเจกชนมีความกล้าพอในการใช้สิทธิ เสรีภาพของตน กระทำการสร้างสรรค์ความเจริญ เนื่องจากหากถือตามทฤษฎีรับภัยโดยแท้ตามแนวความคิดของท่าน Saleilles แล้ว อาจจะไม่มีผู้กล้าที่จะสร้างสรรค์ผลงาน ริเริ่มดำเนินกิจการใดๆ เพราะกริ่งเกรงว่าจะต้องมีความรับผิดทางแพ่งตามมา ด้วยเหตุนี้จึงได้มีนักกฎหมายปรุงแต่งหลักทฤษฎีรับภัยให้ผ่อนปรนมากยิ่งขึ้น อาทิเช่น มีการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดถ้าหากกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดปกติ (Act Abnormal) อันยิ่งไปกว่าการใช้สิทธิตามปกติธรรมดาที่บุคคลอื่นๆ ในฐานะเดียวกับเขาก็จะกระทำ กับทั้งยังมีบางท่านที่เสริมหลักทฤษฎีรับภัยด้วยหลักเกณฑ์เพิ่มเติมที่ว่า “การเอาประโยชน์ในเชิงการค้าพาณิชย์อันเป็นกิจการที่หากำไร” อันถือว่าเป็นความเสี่ยงภัยทางอาชีพของผู้กระทำการที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลอื่นๆ โดยถือเสมือนว่าความเสียหายนี้เป็นหนึ่งในการดำเนินธุรกิจซึ่งอาจมีได้ทั้งกำไรและขาดทุน ซึ่งความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็เป็นหนึ่งในกรณีที่อาจถือว่าเป็นการขาดทุน ซึ่งก็เป็นเรื่องปกติในการดำเนินธุรกิจ

3. ในอีกมุมหนึ่ง ทฤษฎีรับภัยก็ถูกนักกฎหมายคัดค้านอย่างมากมายด้วยเช่นเดียวกันว่า หลักกฎหมายที่พัฒนาแล้วไม่ควรที่จะทอดทิ้งประเด็นเรื่องความผิดของบุคคลไม่เช่นนั้นจะเป็นการทำลายระบบความรับผิดที่นักนิติศาสตร์ได้สั่งสมหลักการพิจารณาเรื่ององค์ประกอบภายในจิตใจของผู้กระทำมานับร้อยๆ ปี แต่ทฤษฎีรับภัยกลับตัดสินความรับผิดของบุคคลเพียงสิ่งที่มองเห็นและจับต้องได้นั่นคือการมีการกระทำและมีความเสียหายเกิดขึ้นเท่านั้น กฎหมายจึงสมควรที่จะต้องพิจารณาความผิดของตัวบุคคลด้วย นอกจากนี้ยังอ้างด้วยว่าทฤษฎีรับภัยยังขัดแย้งต่อหลักคำสอนทางศีลธรรมและศาสนา เพราะทฤษฎีนี้จะทำให้จำเลยต้องรับภัยในการใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากกรณีที่ไม่อาจตำหนิจำเลย กับทั้งจำเลยก็ไม่อาจห้ามมิให้มีความเสียหายเกิดขึ้นได้ กอร์ปกับในเรื่องบทเสริมแต่งของทฤษฎีรับภัยที่เพิ่มเติมหลักเรื่อง “การกระทำที่ผิดปกติ” กับหลักเรื่อง “การเอาประโยชน์ในเชิงการค้าพาณิชย์อันเป็นกิจการที่หากำไร”นั้น ผู้ค้านเห็นว่า เมื่อพิจารณาให้ลึกซึ้งแล้ว สิ่งเหล่านั้นก็คือการนำเอาเรื่องความผิด (fault) กลับเข้ามาเช่นเดิมเช่นกัน เป็นแต่เพียงการแปลงชื่อและความเข้มงวดของความผิดในเรื่องเจตนาและความประมาทลงไปเท่านั้นเอง

ในปัจจุบันนี้ การที่มีข้อกำหนดให้บุคคลที่สามารถรับภาระได้ดีที่สุดและมีส่วนรับภัยนั้นด้วยได้ร่วมรับผิดด้วยโดยที่บุคคลนั้นไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือเพราะมีบุคคลอื่นที่ตนต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นนั้นด้วย อันเป็นแบบของความรับผิดเด็ดขาด ซึ่งก็ถือว่าเป็นนโยบายที่ชอบด้วยเหตุผลอยู่เหมือนกัน[119]

จากการที่ได้ศึกษาถึงพัฒนาการของข้อสันนิษฐานความรับผิดตั้งแต่ยุคประวัติศาสตร์เรื่อยมาจนถึงยุคสมัยใหม่ในปัจจุบันแล้ว คงมิอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายละเมิดทั้งในอดีตและปัจจุบันถือเอาหลักเกณฑ์ที่กฎหมายสันนิษฐานว่าจำเลยมีความผิดเป็นบทกฎหมายหลักของเรื่อง

[119] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 330.

ความรับผิดเพื่อละเมิด เพราะนั่นย่อมเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา เพียงแต่ในแต่ละยุคแต่ละสมัยก็ย่อมมีข้อพิจารณาในการวางหลักเกณฑ์ความรับผิดที่เข้มงวดและเคร่งครัดในการหาตัวผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายในบางเรื่อง บางสถานการณ์ ซึ่งไม่ควรต้องมารับกรรมเพราะบาปเคราะห์ที่ตนเองไม่ได้สร้างหรือก่อขึ้นมา ซึ่งกฎหมายไม่ต้องการให้ความเสียหายนั้นตกเป็นเพียงโชคร้ายของผู้เสียหายต้องรับเคราะห์ไปเท่านั้น จึงได้พยายามหาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดสำหรับบางคนและบางสถานการณ์ที่อาจไม่จำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์ความผิด (fault) ของเขา แต่เป็นกรณีที่กฎหมายวางกฎเกณฑ์หรือวางข้อสันนิษฐานไว้ว่าเขานั้นต้องเป็นผู้ที่รับผิดชอบในความเสียหายนั้นเช่นกัน อันอาจเรียกได้ว่าเป็นความรับผิดโดยไม่มีความผิด (Liability without fault หรือ No fault liability) นั่นเอง

บทที่ 3

การแสดงเจตนายกเว้นข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

ในบทนี้จะได้ศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับการแสดงเจตนาว่ามีหลักพื้นฐานอะไรอยู่เบื้องหลัง ขอบเขตของกฎหมายในการควบคุมการแสดงเจตนาในกฎหมายไทย แนวความคิดของข้อสันนิษฐานของกฎหมายทั้งในเรื่องสัญญาและละเมิด พร้อมทั้งจะได้พิจารณาและศึกษาถึงบทบัญญัติเหล่านั้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เข้าใจภาพรวมของข้อสันนิษฐานความรับผิดในทางแพ่งและการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในเชิงรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

1. ข้อความคิดว่าด้วยการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในทางแพ่ง

1.1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายในการยอมรับการแสดงเจตนาของเอกชน

การแสดงเจตนาในทางแพ่ง หมายถึงการแสดงออกซึ่งความต้องการของเอกชนผู้แสดงเจตนาโดยประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง[1] กฎหมายยอมรับให้เอกชนมีอิสระในการแสดงเจตนาของตนให้เกิดผลผูกพันตนเองได้ ซึ่งในทางกฎหมายแพ่งแล้ว มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญอันสอดแทรกอยู่อย่างลึกซึ้งในแนวความคิดเบื้องหลังของบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยหนี้หรือความผูกพันในทางกฎหมายระหว่างบุคคล หลักการดังกล่าวนั้นได้แก่หลักเสรีภาพนั่นเอง[2] อันเป็นหลักที่อยู่เบื้องหลังการยอมรับเจตนาที่แสดงออกของบุคคล ส่งผลให้เกิดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักอิสระทางแพ่งของเอกชนขึ้นตามมา

ก. หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (The Autonomy of the Will) และหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy)

ภายหลังจากยุโรปผ่านพ้นช่วงที่เรียกว่าเป็นยุคมืด (Dark Ages) อันเป็นยุคที่ศาสนาคริสตร์มีบทบาทครอบงำความคิดของคนให้มีความเชื่อและศรัทธาในพระเจ้า ต่อมาเมื่อมีการติดต่อค้าขายกันแพร่หลายทำให้ครอบครัวพ่อค้าและชนชั้นกลางในยุโรปเริ่มมีฐานะดีและมีเวลาว่างมากขึ้น จึงได้หวนกลับมาศึกษาแนวความคิดของชาวกรีกและโรมันโดยยุคที่มีการรื้อฟื้นศึกษาแนวคิดของอารยธรรมกรีกโรมันนี้เกิดขึ้นในราวศตวรรษที่ 14 – 17 เรียกว่ายุคฟื้นฟูศิลปะวิทยาการ (Renaissance Age) ทำให้มีการศึกษาวิเคราะห์และเห็นคุณค่าในแนวคิดของนักปราชญ์สมัยกรีกและโรมันที่มีการยอมรับนับถือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เชื่อในศักยภาพและความดีงามอันอยู่ภายในตัว

---

[1] กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101) ชั้นปริญญาตรี ภาคเรียนที่ 1 ปีการศึกษา 2555 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 8.

[2] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา,พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 19.

ของมนุษย์ และยกย่องศักดิ์ศรีและเสรีภาพของเอกชน[3] จากการที่ได้ศึกษาข้อความคิดทางปรัชญาของกรีกโรมันจึงส่งอิทธิพลมายังแนวคิดในทางสังคมศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในแนวคิดทางนิติศาสตร์ จากแนวคิดที่เชื่อว่าเอกชนหรือปัจเจกบุคคลมีคุณค่าในตัวเองจนส่งผลก่อให้เกิดหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (The Autonomy of the Will) และหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) อันเป็นหลักการที่สำคัญยิ่งในกฎหมายเอกชนของนานาอารยประเทศจนถึงปัจจุบัน

คำกล่าวที่ว่า เอกชนต้องมีอิสระในทางแพ่ง บุคคลย่อมมีความสามารถก่อตั้งความสัมพันธ์แห่งชีวิตในทางแพ่งของเขาได้ตามชอบใจและโดยเสรี โดยอาศัยการกระทำผ่านเครื่องมือทางกฎหมายที่เรียกว่า “นิติกรรม สัญญา”[4] ความคิดดังกล่าวนี้มาจากแนวคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งมีความเชื่อว่ามนุษย์เป็นผู้ที่มีสิทธิในตัวเอง สิ่งที่แสดงออกมาโดยความคิดพิจารณาของมนุษย์ล้วนมีค่าและมีความศักดิ์สิทธิ์ทั้งสิ้น การที่บุคคลจะแสดงออกซึ่งเจตนาด้วยความต้องการจะให้มีผลผูกพันตัวเอง จึงเป็นสิ่งที่รัฐและบุคคลอื่นๆ ควรเคารพในการแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลนั้นๆ สิ่งใดที่เอกชนมีเจตนาต้องการให้เกิดผลเป็นไปอย่างไร กฎหมายต้องยอมรับบังคับบัญชาให้เท่าที่จะทำได้ แต่ทั้งนี้ เจตนานั้นต้องไม่ขัดต่อประโยชน์ส่วนได้เสียของมหาชนคนส่วนใหญ่ด้วย[5] ดังนั้น กฎหมายจึงไม่ควรเข้าไปก้าวล่วงบีบบังคับผลลัพธ์ของการแสดงเจตนาของปัจเจกบุคคลให้แตกต่างไปจากเจตนาในใจจริงของบุคคลผู้แสดงออกซึ่งเจตนาเช่นนั้น เว้นแต่มีกรณีพิเศษจริงๆ เท่านั้น กฎหมายจึงจะมีบทบาทเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย[6] อย่างไรก็ตาม ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันภายใต้กฎหมายแพ่งนั้น ยังคงถือหลักการอันสำคัญว่า เจตนาของปัจเจกบุคคลที่อยู่ในวงเขตของกฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์และควรได้รับการเคารพอย่างยิ่ง โดยเอกชนจะมีเสรีภาพในการทำสัญญา เสรีภาพในทรัพย์สิน และเสรีภาพในทางบุคคลทั่วไป อันรวมเรียกได้ว่า “ความเป็นอิสระของเอกชน (private autonomy)”

หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญเบื้องต้นอันพัฒนาไปสู่หลักการพื้นฐานทางกฎหมายเอกชนอื่นๆ อีกมากมาย เช่น หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (Sanctity of Contract) บุคคลจึงมีความเป็นอิสระในอันที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมใดๆ ได้ตามชอบใจ[7] แต่ทั้งนี้ก็มิใช่จะเป็นเสรีภาพอันปราศจากขอบเขตเพราะเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนย่อมถูกจำกัดโดยเสรีภาพของบุคคลอื่น[8] และข้อจำกัดบางประการของกฎหมาย

---

[3] ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา,พิมพ์ครั้งที่ 12(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 88.

[4] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายลักษณะมูลหนี้หนึ่ง,(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 33.

[5] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2),(กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพาณิช, 2527), หน้า 8.

[6] สุธาบดี สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบ 1,(กรุงเทพมหานคร: แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 1.

[7] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 33.

[8] กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101), หน้า 5.

ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมชได้เปรียบเทียบไว้อย่างน่าฟังว่า เจตนาเปรียบได้เสมือนกับไม้เท้ากายสิทธิ์ ซึ่งสามารถชี้ต้นตาย ชี้ปลายเป็นได้ กฎหมายยอมรับบังคับบัญชาตามเจตนาให้ โดยถือว่า การแสดงเจตนาทำนิติกรรมใด หากได้ทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว เจตนาอันนั้นย่อมกลายเป็นกฎหมายสำหรับเอกชนนั้นๆ แล้ว[9] นั่นย่อมแสดงให้เห็นว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญมากในกฎหมายเอกชนถึงขนาดยอมรับให้เป็นกฎหมายสำหรับคู่สัญญาที่แสดงเจตนาต่อกัน ซึ่งหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในส่วนที่ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ก็ได้ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเป็นสำคัญเช่นเดียวกัน แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติหลักอิสระในทางแพ่งไว้อย่างชัดแจ้ง แต่พอจะเห็นหลักเกณฑ์ของหลักอิสระทางแพ่งนี้ได้จากในมาตรา 151[10] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน

ข. ขอบเขตข้อจำกัดของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาและหลักอิสระในทางแพ่ง

แม้ว่าแนวความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยมจะสนับสนุนให้ปัจเจกชนแสดงออกซึ่งความต้องการให้เกิดผลในทางกฎหมายอย่างใดๆ โดยถือว่าสิ่งที่แสดงออกมานั้นมีความศักดิ์สิทธิ์และสามารถแสดงออกได้โดยอิสระตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นนั้น แต่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักอิสระในทางแพ่งของเอกชนก็มิได้ยิ่งใหญ่เสียจนกระทั่งเกินเลยขอบเขตส่วนได้เสียของมหาชน เสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของเอกชนจะใช้บังคับได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อประโยชน์ของประชาชนและประเทศชาติส่วนรวม ตราบใดที่การแสดงเจตนานั้นไม่ล้ำเส้นขอบวงของประโยชน์มหาชน เอกชนจะดำเนินการอย่างไรในกิจการของตนเองภายใต้ส่วนได้เสียและความพึงพอใจ เอกชนนั้นๆ ก็ย่อมได้ แต่ถ้าเมื่อใดที่การแสดงเจตนานั้นได้ล่วงล้ำเข้าไปในดินแดนประโยชน์ของมหาชนส่วนรวมแล้ว การแสดงเจตนาที่เคยศักดิ์สิทธิ์จะกลับกลายเป็นความไร้ค่า หรือเป็นโมฆะกรรมในสายตาของกฎหมาย เสมือนกับกฎหมายไม่รับรองความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่กระทบต่อประโยชน์มหาชน หรือกล่าวอีกนัยคือ ความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของเอกชนรายหนึ่งๆ จะไม่สามารถลบล้างประโยชน์ของมหาชนได้เลย ดังที่ท่าน Cicero นักปราชญ์ชาวโรมันได้กล่าวไว้ว่า Salus populi suprema lex (The welfare of the people shall be the supreme law) หมายความว่า ความปลอดภัยของประชาชนโดยรวมเป็นกฎหมายสูงสุด[11] ซึ่งมาตรา 151 ก็ได้ยืนยันหลักการนี้เช่นกันว่า เจตนาของบุคคลจะไม่ยิ่งใหญ่เท่าความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมและความปลอดภัยของประชาชน[12] หากเจตนาของบุคคลต้องด้วยข้อห้ามหรือข้อจำกัดที่กล่าวมาข้างต้นอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว เจตนานั้นย่อมเสียเปล่า ไร้ผลทางกฎหมาย และไม่มีความศักดิ์สิทธิ์เหลืออยู่อีกต่อไป จึงกลายเป็นหลักที่รับรู้กันอยู่ว่า “สิ่งใดที่กฎหมายไม่ห้าม สิ่งนั้นย่อมทำได้” กล่าวคือ หลักเกณฑ์เพื่อเข้ากับระเบียบสังคมนี้เป็นหลักยกเว้น หากไม่ประสงค์ให้เอกชนทำต้องมีการ

---

[9] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 9.

[10] มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

[11] อักขราทร จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา,พิมพ์ครั้งที่ 5(กรุงเทพ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 9.

[12] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 10-11.

ห้ามไว้ แต่ถ้าการใดกฎหมายไม่ได้ห้าม ย่อมมีเสรีภาพที่จะทำนิติกรรมนั้นได้[13] และจากที่กล่าวไปแล้วข้างต้น นอกจากตัวกฎหมายที่เป็นขอบเขตข้อจำกัดของเสรีภาพในทางแพ่งของเอกชนแล้ว ยังมีข้อจำกัดเสรีภาพของบุคคลเอกชนแต่ละรายอีกประการหนึ่ง นั่นคือ “เสรีภาพของบุคคลอื่น” ตัวอย่างเช่น การกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย เช่น การตกลงในสัญญาซื้อขาย นิติสัมพันธ์คือสัญญาซื้อขายจะไม่อาจเกิดจากการกำหนดขึ้นตามอำเภอใจของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว แต่จะต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายด้วย[14]

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว จึงเกิดปัญหาให้ต้องพิจารณาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่า หากพิเคราะห์เพียงในแง่มุมของเสรีภาพในการแสดงเจตนา บุคคลจะสามารถอาศัยการแสดงเจตนาของตนเองที่ทำไว้เป็นการล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดในกรณีที่ตนเองมิได้เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นโดยตรง กล่าวคือมิได้มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้ความเสียหายเกิดขึ้นได้หรือไม่ การแสดงเจตนาเช่นนั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบ ศีลธรรม และความปลอดภัยของประชาชนตามที่กล่าวมาข้างต้นหรือไม่ ทั้งนี้เหตุผลหรือมูลเหตุจูงใจของการแสดงเจตนานั้นอาจเพื่อเป็นการควบคุมความเสี่ยงและค่าใช้จ่ายในการต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันมิได้เกิดจากความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตนเอง โดยให้ความรับผิดอยู่ในขอบวงที่จำกัดอยู่ที่ความรับผิดในความผิดของตนเองเท่านั้น

ค. แนวคิดทฤษฎีสังคมพิทักษ์ (Paternalism)*: ในฐานะแนวความคิดที่ต่อต้านหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสังคมพิทักษ์ (Paternalism) เป็นแนวคิดที่แตกแขนงต่อยอดมาจากปรากฏการณ์ความคิดเห็นทางการเมืองที่ต้องการให้รัฐเข้ามาแทรกแซงช่วยเหลือผู้มีกำลังน้อยกว่า หรือบางครั้งเรียกว่าลัทธิการเข้าแทรกแซง (interventionnisme)[15] แนวคิดนี้เกิดขึ้นมาเนื่องจากความมีเสรีภาพจนสุดโต่งมากเกินไปของความคิดลัทธิเสรีนิยม (Libertinism) หรือลัทธิการค้าเสรี (Free trade or Laissez Faire) ซึ่งในปลายศตวรรษที่ 19 ปัจเจกชนที่มีทุนรอนมาก เริ่มสะสมความมั่งคั่ง ความเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตน และความมีอิทธิพลเหนือกว่าปัจเจกบุคคลรายอื่นแล้วใช้ช่องของเสรีภาพในการแสดงเจตนาของตนในทางกดขี่และเอารัดเอาเปรียบคนที่ด้อยกว่า จึงสั่งสมให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมมากขึ้นเรื่อยๆ

---

[13] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 24.

[14] กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101), หน้า 5.

* ลัทธิ Paternalism เป็นลัทธิหนึ่งที่แตกแขนงออกมาจากลัทธิสังคมนิยม (Socialism) ซึ่งท่านศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะเป็นผู้ขนานนาม Paternalism ว่าเป็น ”ทฤษฎีสังคมพิทักษ์” ส่วนท่านอาจารย์ ดร. รองพล เจริญพันธ์ เรียกว่า ลัทธิหรือแนวคิดแบบปิตาธรรมนิยม รายละเอียดโปรดอ่านใน สรุปผลการสัมมนาเรื่อง “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” วันพุธที่ 27 มกราคม 2536 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ. บทบัณฑิตย์ 48 (มิถุนายน 2536): 120., วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 21 – 23.

[15] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 107.

แนวความคิดสังคมพิทักษ์ (Paternalism) จึงเกิดขึ้นมาโดยมีแนวคิดที่ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนควรเป็นไปในทางเอื้ออาทร ปกป้องดูแลกันในลักษณะแบบพ่อปกครองลูก รัฐเป็นผู้ปกครองประเทศเปรียบเสมือนบิดาที่คอยปกป้องบุตร และมีหน้าที่จะต้องดูแลให้บุตรทุกคนได้รับความสุขและได้รับประโยชน์ที่เท่าเทียมกัน ในขณะเดียวกัน ประชาชนจะต้องไม่ใช้สิทธิของตนเองในทางที่ขัดแย้งกับประชาชนคนอื่นซึ่งถือเป็นพี่น้องกัน ฉันใดก็ฉันนั้น รัฐต้องคอยควบคุมกรอบความประพฤติของปัจเจกชนแต่ละคนในสังคมให้อยู่ภายในกรอบของกฎหมาย ไม่ให้ปัจเจกชนรายใดใช้สิทธิในการแสดงเจตนาไปในทางที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของประชามหาชน ด้วยเหตุนี้ แนวคิดสังคมพิทักษ์นี้ จึงยึดถือหลักการว่า สิทธิของปัจเจกชนในการกระทำการใดๆ จะไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) แต่เป็นเพียงสิทธิสัมผัส (Relative Rights) ซึ่งถือประโยชน์ของสังคมโดยรวมเป็นใหญ่ เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงเป็นของมหาชน ปัจเจกบุคคลอ้างยันสิทธินั้นได้เพียงว่ามีสิทธิครอบครองที่ดีกว่าปัจเจกชนรายอื่นเท่านั้น จึงไม่มีเสรีภาพใดของปัจเจกบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่จะอยู่เหนือกฎเกณฑ์ของสังคมได้ หากทุกคนในสังคมคำนึงถึงประโยชน์ของมหาชนมาก่อนประโยชน์ของตนเอง สังคมนั้นก็จะอยู่กันอย่างสงบสุข นักกฎหมายทั้งหลายจึงได้พยายามสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อคานกับหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา จึงเกิดเป็นหลักกฎหมายที่ควบคุมขัดขวางการแสดงเจตนาให้มีวงขอบที่จำกัดลง

1.2 ขอบเขตการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดขอบเขตของการแสดงเจตนาและควบคุมมิให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดงเจตนาก้าวล่วงไปบนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ผู้ใดไม่อาจล่วงละเมิดได้ อีกทั้งมีบทบัญญัติที่ป้องกันไม่ให้การแสดงเจตนานั้นเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยกำหนดหลักของการควบคุมและจำกัดขอบเขตของการแสดงเจตนาไว้อย่างชัดแจ้งนั้นว่าเป็นบทกฎหมายที่บังคับตายตัว (jus cogens) เอกชนจะดำเนินการใดให้ผิดแผกแตกต่างจากข้อกำหนดในกฎหมายมาตรานั้นๆ ไม่ได้ บทบัญญัติที่เป็นบทบังคับตายตัวนี้มักจะมีข้อความที่กำหนดในทำนองที่ว่า หากฝ่าฝืนหรือมีการกำหนดที่แตกต่างไปจากบทบัญญัตินั้นจะเป็นโมฆะ[16] ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมชจึงได้เตือนให้นักกฎหมายต้องทำความเข้าใจถึงหลักเกณฑ์ที่จะมีผลเป็นการขัดขวางการแสดงเจตนาให้ดี เพราะหากรู้ว่ากฎหมายใดเป็นหลักควบคุมขัดขวางการแสดงเจตนาแล้ว กฎหมายอื่นๆ ทั่วไปที่ไม่ใช่กฎหมายที่ขัดขวางการมีผลของการแสดงเจตนาแล้วไซร้ เจตนาของเอกชนย่อมมีความศักดิ์สิทธิ์ จึงบังคับได้ตามเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา[17] สำหรับบทบัญญัติในบททั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นการจำกัดขอบเขตการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิด อาจกล่าวได้ว่ามีดังต่อไปนี้

---

[16] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 52.

[17] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 97.

1.2.1 ความเป็นโมฆะของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 150[18]

มาตรา 150 เป็นบทหลักและบททั่วไปในเรื่องการจำกัดขอบเขตของการแสดงเจตนาหรือการกระทำใดๆ[19] ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง หรือมีวัตถุประสงค์ของการแสดงเจตนาที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน การแสดงเจตนาหรือการกระทำอันใดที่ฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวนั้น กฎหมายกำหนดผลไว้อย่างชัดเจนว่าการเช่นนั้นเป็นอันไร้ผลทางกฎหมายตกเป็นโมฆะกรรม ซึ่ง “วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม” ในมาตรา 150 มีความหมายรวมความตั้งแต่เนื้อหาสาระแห่งนิติกรรม วัตถุแห่งนิติกรรม ลักษณะแห่งนิติกรรม พฤติกรรมต่างๆ ของคู่กรณี รวมไปถึงประโยชน์สุดท้ายอันเกิดจากการปฏิบัติตามความผูกพันแห่งนิติกรรมนั้นด้วย ในการพิจารณาว่าวัตถุประสงค์นั้นเป็นการขัดต่อมาตรา 150 ในรายละเอียดต่างๆ ที่จะกล่าวในเบื้องหน้าหรือไม่นั้น มีหลักในการพิจารณาว่าต้องพิเคราะห์จากตัวนิติกรรมนั้นเอง ไม่ใช่ความต้องการหรือวัตถุประสงค์ของผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรม[20]

เนื่องจากมาตรา 150 เป็นบททั่วไปในการจำกัดขอบเขตของวัตถุประสงค์ของการแสดงเจตนาจึงบัญญัติด้วยถ้อยคำที่มีความหมายกว้างๆ เพื่อให้ครอบคลุมกรณีให้มากที่สุด ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลหรือผู้ใช้กฎหมายได้ใช้ดุลพินิจในการปรุงแต่งกฎหมายให้มีความเป็นธรรมและเหมาะสมมากที่สุด กระนั้นก็ดี กรณีจึงอาจทำให้เกิดปัญหาว่า อย่างไรที่เรียกได้ว่าขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง อะไรคือศีลธรรมอันดีของประชาชน การกระทำแค่ไหนเพียงไรที่เข้าขั้นที่เรียกได้ว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

นักกฎหมายทั้งหลายได้พยายามอธิบายถ้อยคำในมาตรา 150 แต่ละองค์ประกอบพอสรุปความได้ดังนี้

ก. วัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

คำว่า “วัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย” (expressly prohibited by law) รวมความแล้วหมายถึง การกระทำที่มีความมุ่งหมายหรือประโยชน์สุดท้าย[21] ให้เกิดผลที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจน[22] ซึ่งโดยมากกฎหมายที่ห้ามนี้จะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย อาจเป็นกฎหมายในส่วนของแพ่ง อาญา หรือกฎหมายอื่นๆ ก็ได้[23] อย่างไรก็ดี เคยมีคำ

---

[18] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

[19] กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101), หน้า 92.

[20] กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101), หน้า 92.

[21] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 101.

[22] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา,พิมพ์ครั้งที่ 17(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 65.

[23] คำพิพากษาฎีกาที่ 4978/2550 วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งตามพรบ.คุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ป.พ.พ.

พิพากษาฎีกาที่ 499/2479 วินิจฉัยว่า การต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายคือกรณีที่มีกฎหมายเขียนเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ โดยไม่จำต้องมีถ้อยคำที่เป็นการห้ามแต่ประการใด เช่น ในกฎหมายอาญาบัญญัติว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ผู้นั้นต้องระวางโทษ ซึ่งก็มิได้มีถ้อยคำว่า ห้ามฆ่าคนแต่อย่างใด แต่การทำสัญญาว่าจ้างมือปืนให้ไปฆ่าคน สัญญานี้ก็มีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ซึ่งนักกฎหมายบางท่าน[24] กล่าวว่า ที่ว่าต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายนี้ไม่ได้หมายความว่าต้องมีบทกฎหมายวางข้อห้ามหรือระบุโดยตรงว่าทำไม่ได้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีที่กฎหมายนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายไปในทางห้าม ยับยั้ง หรือป้องกันไม่ให้ใช้การแสดงเจตนาทำนิติกรรมมายกเว้นบทบัญญัตินั้นๆ ของกฎหมายด้วย ซึ่งถือว่าเป็นกรณีการทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเลี่ยงกฎหมายอันเป็นการต้องห้ามด้วยเช่นกัน

ในชั้นนี้เริ่มมีปัญหาให้พิจารณาว่า บทกฎหมายที่กำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้นั้น ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ต้องห้ามชัดแจ้ง ตามมาตรา 150 หรือไม่ เพราะมิได้มีถ้อยคำเป็นการห้ามปรามอย่างชัดเจน การแสดงเจตนาเช่นนี้จะถือว่ามีวัตถุประสงค์เป็นขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้งหรือมีวัตถุประสงค์เป็นการเลี่ยงกฎหมายอันเป็นการต้องห้ามหรือไม่

ข. วัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย

การแสดงเจตนาโดยมีวัตถุประสงค์อันเป็นการพ้นวิสัย หมายถึง การแสดงเจตนานั้นไม่สามารถบังเกิดผลขึ้นมาได้อย่างแน่แท้ มีผลเท่ากับว่าผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นมีความตั้งใจมิให้นิติกรรมนั้นมีผลตามกฎหมายเลย[25] เสมือนกับว่าแสดงเจตนาออกมาทั้งๆ ที่ความมุ่งหมายสุดท้ายของเจตนานั้นไม่มีใครสามารถทำให้มันเป็นผลได้ เรื่องการแสดงเจตนาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยนี้ เป็นอีกหนึ่งขอบกั้นที่ขัดขวางการแสดงเจตนาของบุคคล ซึ่งหากกฎหมายยอมรับบังคับให้มีการแสดงเจตนาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยแล้ว กฎหมายก็จะไม่เป็นที่น่าเคารพยำเกรง กลับกลายเป็นอำนาจที่จะถูกเย้ยหยันเพราะกฎหมายไม่ควรที่จะไปบังคับในสิ่งที่เหลวไหลและไม่อาจเป็นไปได้เลย[26]

กรณีเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามที่มีข้อกฎหมายสันนิษฐานความรับผิดไว้นี้ จะเข้ากรณีที่เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เป็นอันพ้นวิสัยนี้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์สุดท้ายของการกระทำการแสดงเจตนานี้ ก็เพื่อที่จะยกเว้นความรับผิดล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดมีความเสียหายขึ้น ซึ่งการยกเว้นความรับผิดล่วงหน้านี้ ไม่น่าจะเป็นการพ้นวิสัยแต่ประการใด เพราะหากเมื่อเกิดความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ผู้เสียหายยังสามารถทำนิติกรรมในการประนีประนอมยอมความ หรือยกโทษไม่เอาความ ไม่ติดใจเรียกร้องค่าเสียหายก็ย่อมทำได้ แต่อย่างไรก็ดี การแสดงเจตนาล่วงหน้าในการยกเว้นความรับผิดกรณีที่มีกฎหมายสันนิษฐานความรับผิดไว้นี้อาจจะถูกยับยั้งผลของการแสดงเจตนาดังกล่าวนี้ โดยหลักกฎหมายที่ขัดขวางการแสดงเจตนาหลักอื่นๆ ที่นอกจากเรื่องวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยในมาตรา 150 ก็เป็นไปได้

---

[24] กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101), หน้า 95, 99.

[25] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 71.

[26] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 115.

ค. วัตถุประสงค์อันขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีขอประชาชน

ในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นักกฎหมายในแต่ละยุคแต่ละสมัยได้พยายามให้คำนิยาม ตีความและอธิบายความหมายของวลีนี้ โดยรวบรวมสรุปได้ว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีลักษณะดังต่อไปนี้[27]

1. เป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะในการคุ้มครองประโยชน์ส่วนได้เสียของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม ถือว่าประโยชน์ของสังคมอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนเพื่อความคงอยู่ของสังคมและความสงบสุขของผู้ที่อยู่ร่วมกันในสังคม

2. เป็นกฎหมายที่สังคมกำหนดขึ้นมาเพื่อบังคับเอกชนแต่ละราย เพื่อให้สังคมอยู่ได้ด้วยความปรองดอง ไม่เบียดเบียนกัน ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะให้ความคุ้มครองปกปักษ์รักษาเอกชนที่อยู่ในสังคมนั้นเอง

3. เป็นกฎหมายที่มีลักษณะไม่ได้เกี่ยวเนื่องกับเอกชนในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลเฉพาะราย แต่กระทบกระเทือนส่วนได้เสียของสังคมโดยรวม อันได้แก่ผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคมหรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว

4. มีความผันแปรไปตามสังคมและกาลสมัย ซึ่งผู้ที่จะทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดให้เป็นที่ยุติว่ากรณีอย่างไรเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชน คือองค์กรตุลาการ ดังนั้นการจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ จึงต้องควรยึดถือคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลฎีกาด้วยอีกโสดหนึ่ง ถึงแม้คำวินิจฉัยของศาลฎีกาจะมิใช่บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศไทยก็ตาม แต่ก็ยังเป็นแหล่งศึกษาที่ทำให้ทราบได้ว่าในกาลสมัยนี้มีคตินิยมว่าการใดเป็นการกระทำที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

5. ตัวอย่างลักษณะกฎหมายที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น กฎหมายด้านเศรษฐกิจมหภาค กฎหมายด้านการควบคุมวิชาชีพ กฎหมายที่กำหนดรูปแบบในการทำนิติกรรม เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวกับศีลธรรมโดยตรง อาทิ ห้ามมิให้มีการสมรสซ้อนในขณะที่ตนยังมีคู่สมรสอยู่ หรือการกำหนดห้ามมิให้มีการสมรสกันระหว่างญาติ เป็นต้น

นอกจากมาตรา 150 ซึ่งเป็นบทกฎหมายหลักสำคัญแล้ว หลักกฎหมายที่มีลักษณะในการขัดขวางหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดให้เป็นโมฆะ ยังมีอีกหลายมาตราที่กำหนดผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดไปในทางที่ไร้ซึ่งผลบังคับใช้ดังจะได้พิจารณาเป็นรายมาตราต่อไปนี้

---

[27] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 27-29., ประพนต์ ศาตะมาน, “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” วารสารสมาคมธรรมศาสตร์ (2518): 134., เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 117-120., ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 71-73, อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” บทบัณฑิตย์ 32 (มีนาคม 2518): 14.

1.2.2 ความเป็นโมฆะของนิติกรรมที่แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 151[28]

ดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วว่า มาตรา 151 เป็นพยานหลักฐานว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ยอมรับหลักอิสระในทางแพ่งและเสรีภาพในการทำนิติกรรมโดยมิได้ปล่อยให้หลักเสรีภาพนั้นเป็นเพียงแนวความคิดทั่วไปเท่านั้น โดยมาตรา 151 กำหนดไว้เป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีในนิติกรรมตกลงยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ากฎหมายนั้นต้องไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การอันนั้นไม่เป็นโมฆะ[29] ในทางกลับกัน ถ้าเมื่อใดก็ตามที่คู่กรณีในนิติกรรมตกลงยกเว้นระหว่างกันว่าจะไม่นำบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีมาใช้บังคับกับนิติกรรมของตน การตกลงกันเช่นนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 151

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ มักจะมีความเข้าใจในทำนองที่ว่า นิติกรรมใดที่คู่กรณีตกลงกันแล้วเป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะตามมาตรา 150[30] แต่สำหรับเรื่องนี้ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ มีความเห็นว่า กรณีเป็นการปรับใช้กฎหมายที่คลาดเคลื่อนจากตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากมาตรา 150 สิ่งที่ “ต้องห้าม” นั้นเป็นเรื่องของ “วัตถุประสงค์” ของนิติกรรมซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกับสิ่งที่กฎหมายต้องห้ามอย่างชัดแจ้ง หรือขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่มาตรา 151 เป็นเรื่องของการตกลงที่ “แตกต่าง” กับ “บทบัญญัติของกฎหมาย” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[31] ซึ่งผู้เขียนก็เห็นพ้องกับการปรับใช้กฎหมายตามแนวนี้เช่นกัน

ในการพิจารณาว่า บทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากจะใช้หลักในการพิจารณาเช่นเดียวกันกับที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในมาตรา 150 ข้างต้น นอกจากนั้น ยังอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คือกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประเด็นต่างๆ อันได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรม กฎหมายที่เกี่ยวกับสถาบันครอบครัว กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอกสัญญา หรือผู้ที่อ่อนแอกว่าในด้านฐานะทางเศรษฐกิจ หรือกฎหมายเกี่ยวกับอายุความฟ้องร้อง เป็นต้น[32] โดยท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตร ได้อธิบายสรุปไว้อย่างเข้าใจได้ง่ายว่า กฎหมายที่เป็นการแปลเจตนา หรือเป็นการเก็ง

---

[28] มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

[29] วีรวัฒน์ จันทโชติ, “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ,”(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า110.

[30] เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 865/2548, 1273/2547 , 4791/2546, 3704/2546, 4341/2552 เป็นต้น โดยในคำพิพากษาฎีกาเหล่านั้นไม่ปรากฏว่ามีประเด็นแห่งคดีเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม” ที่จะปรับใช้กับมาตรา 150 แต่กรณีควรจะปรับใช้กับมาตรา 151 มากกว่า เพราะเป็นเรื่องการตกลงที่แตกต่างกับกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

[31] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 29.

[32] เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

เจตนาของคู่กรณีว่าน่าจะตกลงกันอย่างนั้นอย่างนี้ กฎหมายเช่นนั้นไม่ใช่กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน[33]

ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาต่อไปว่า บทกฎหมายที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้น เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะทำให้การตกลงยกเว้นปฏิเสธความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายไว้ก่อนล่วงหน้านั้น เป็นโมฆะหรือไม่ อย่างไร เพราะหากข้อตกลงยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้านั้นไม่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่สัญญาก็สามารถตกลงกันได้ตามหลักอิสระทางแพ่งตามมาตรา 151[34] โดยจะได้พิเคราะห์กันต่อไปในบทวิเคราะห์

1.2.3 ความเป็นโมฆะของข้อสัญญายกเว้นความรับผิดหากลูกหนี้ฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามมาตรา 373[35]

มาตรา 373 เป็นมาตราเดียวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กล่าวถึงไว้ในบททั่วไปอย่างชัดเจนในเรื่องของการมีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดล่วงหน้าของลูกหนี้ที่กฎหมายกำหนดให้ตกเป็นโมฆะ หากเป็นการทำข้อสัญญาในการตกลงล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ในสัญญา* โดยตกลงว่าลูกหนี้จะไม่ต้องรับผิดชอบในผลเสียหายตามสัญญาอันเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเกิดจากการชำระหนี้โดยฉ้อฉลของลูกหนี้

กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีการทำข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ว่า หากตัวลูกหนี้เองนั้นไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ล่าช้าเพราะความตั้งใจโดยทุจริตของตัวลูกหนี้เอง หรือตกลงกันว่าลูกหนี้จะไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ทั้งสิ้นหากการชำระหนี้ตามสัญญานั้นไม่ถูกต้องเนื่องจากความละเลยไม่ใส่ใจในการชำระหนี้เลยแม้แต่น้อยนิด ตามนัยยะของการตกลงเช่นนั้น ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากความรับผิดโดย เจ้าหนี้จะมาใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ต้องรับผิดตามกฎหมายเรื่องหนี้ไม่ได้เลย[36] ซึ่งในมุมของกฎหมายถือว่าข้อสัญญาที่กำหนดในลักษณะเช่นนี้นั้นเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อหลักความสุจริตและขัดต่อรากฐานของกฎหมายลักษณะหนี้อย่างสิ้นเชิง[37] เพราะโดยหลักพื้นฐานในเรื่อง

---

[33] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 36-37.

[34] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 430.

[35] มาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

มาตรา 220 บัญญัติว่า “ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนแห่งตนกับทั้งของบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้นั้นโดยขนาดเสมอกับว่าเป็นความผิดของตนเองฉะนั้น แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนี้ด้วยไม่”

* นักกฎหมายส่วนใหญ่มองว่ามาตรา 373 นี้จะต้องเป็นกรณีความตกลงในสัญญาเท่านั้นและต้องมิใช่การแสดงเจตนาของบุคคลใดเพียงฝ่ายเดียว เพราะการกระทำฝ่ายเดียวนั้นไม่มีใครที่จะมาเป็นผู้ร่วมทำความตกลงด้วยได้ กรณีจะเกิดเป็น “ความตกลง” ตามองค์ประกอบของมาตรา 373 ได้ก็ต่อเมื่อมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว รายละเอียดโปรดอ่านในศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย นิติกรรมและสัญญา ,พิมพ์ครั้งที่ 10(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 435., ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 430.

[36] จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394 ปรับปรุงโดย ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์(กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 114.

[37] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 431.

สัญญาและหนี้โดยทั่วไปแล้ว เมื่อเกิดสัญญาก็ย่อมเกิดหนี้ และเกิดมีสถานะของความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ระหว่างกัน ซึ่งลูกหนี้นั้นก็ต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้

เมื่อหลักการเรื่องหนี้มีอยู่เช่นนี้ การจะแสดงเจตนาล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ในความฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเสมือนกับการจะบอกกล่าวให้เจ้าหนี้รู้ไว้เสียก่อนล่วงหน้าว่าต่อไปนี้จะมีการชำระหนี้โดยฉ้อฉลหรือมีการชำระหนี้โดยที่ลูกหนี้อาจดำเนินการด้วยความไม่ระมัดระวังเลยแม้แต่น้อย กฎหมายจึงกำหนดไว้เลยว่าข้อสัญญาเช่นนี้ไร้ผล ตกเป็นโมฆะ เพราะหากปล่อยให้ข้อสัญญาเช่นนี้มีผลได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาแล้ว ผลสุดท้ายจะกลับกลายเป็นการทำลายหลักการในกฎหมายสัญญาเสียหมด ในทางตรงกันข้าม หากจำเลย(ลูกหนี้)ตกลงในสัญญาว่าจะยินยอมรับผิดชอบต่อโจทก์ (เจ้าหนี้) หากเกิดกรณีการทุจริตในการชำระหนี้และเกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ไม่ว่ากรณีใดๆ ข้อสัญญาเช่นนี้จึงไม่ใช่ข้อสัญญาที่ยกเว้นให้โจทก์ไม่ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของโจทก์ สัญญานี้จึงไม่เข้ากรณีมาตรา 373 จึงไม่ตกเป็นโมฆะ[38]

มองอย่างเพียงผิวเผินอาจจะเห็นได้ว่าหลักการของมาตรา 373 นี้เป็นหลักการที่ดีในการกำหนดขอบเขตขัดขวางความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาที่เกินเลยมากเกินไป แต่หากพิจารณาให้ถ้วนถี่ มาตรา 373 นี้แทบจะไม่มีพื้นที่สำหรับการนำมาปรับใช้ ทั้งนี้ เนื่องจากขอบเขตและองค์ประกอบของมาตรา 373 มีแคบเกินไปมาก กล่าวคือ การตกลงล่วงหน้าที่จะเข้ากรณีมาตรา 373 นั้นต้องเป็นการตกลงยกเว้นความรับผิดเท่านั้น ไม่รวมถึงการจำกัดความรับผิด[39] ทั้งยังติดข้องด้วยหลักการตีความกฎหมายที่ว่าด้วยการตีความบทกฎหมายที่เป็นบทยกเว้นอันจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด โดยไม่รวมถึงกรณีที่ลูกหนี้ ประมาทเลินเล่อธรรมดาที่ไม่ถึงขนาดขั้นร้ายแรง[40] ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 373 จะนำมาใช้บังคับให้การกระทำนั้นตกเป็นโมฆะได้จะต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้เท่านั้นที่เป็นผู้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือกระทำฉ้อฉลเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่กระทำโดยตัวแทน หรือลูกจ้างของลูกหนี้ แต่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้ที่ปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาจริงๆ ในระหว่างคู่สัญญาที่เป็นผู้ประกอบการ ก็คือตัวแทน หรือลูกจ้างของลูกหนี้นั่นเอง

ดังนั้น การยกเว้นความรับผิดของลูกจ้างหรือตัวแทนของลูกหนี้ในการฉ้อฉล หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงย่อมใช้บังคับได้ ไม่ตกเป็นโมฆะตามนัยของมาตรา 373 เนื่องจากเป็น

---

[38] คำพิพากษาฎีกาที่ 6784/2549 วินิจฉัยว่า “ตาม ป.พ.พ. มาตรา 373 ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าที่จะตกเป็นโมฆะจะต้องมีข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน เมื่อสัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นสัญญาที่จำเลยที่ 2 ยินยอมรับผิดต่อโจทก์กรณีเกิดการทุจริตในการขอรับเงินชดเชยค่าภาษีอากรของจำเลยที่ 1 และเกิดความเสียหายแก่โจทก์ไม่ว่ากรณีใดๆ จึงมิใช่สัญญาที่ยกเว้นให้โจทก์ไม่ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของโจทก์ สัญญาดังกล่าวจึงไม่ตกเป็นโมฆะ”

[39] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 431.

[40] ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 2867/2541ที่วินิจฉัยว่า “ความตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้าจะเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ต้องเป็นข้อยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือเพื่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน แต่ข้อตกลงระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 ที่ว่า หากสินค้าที่ธนาคารโจทก์ รับจำนำเกิดความชำรุด บุบสลาย เสียหาย สูญหายหรือเสื่อมโทรมไม่ว่าจะโดยเหตุใด ๆ โจทก์ย่อมไม่ต้องรับผิดไม่มีข้อตกลงชัดเจนยกเว้นมิให้โจทก์รับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของโจทก์ข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือขัดต่อกฎหมายสามารถใช้บังคับได้”

บทบัญญัติที่ยกเว้นหลักการเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา จึงต้องตีความเคร่งครัด นอกจากนี้ มาตรา 373 ยังจำกัดขอบเขตการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่เกิดตามข้อสัญญาเท่านั้นที่ให้ตกเป็นโมฆะ ไม่ได้เป็นการกำหนดขอบเขตการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในเรื่องละเมิดด้วย เพราะในบทบัญญัตินั้นกำหนดตัวบุคคลผู้ยกเว้นความรับผิดไว้คือ “ลูกหนี้” ซึ่งมีนัยยะว่าต้องมีสัญญากันเกิดขึ้นแล้ว จึงจะเกิดสถานะความเป็น “เจ้าหนี้” และ “ลูกหนี้” ได้* นั่นย่อมบ่งชี้ได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่า มาตรา 373 มีขอบวงที่ปรับใช้อย่างจำกัดมากจนไม่เหลือความน่ายำเกรงให้ลูกหนี้ที่ประสงค์จะอ้างอำนาจความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนากริ่งเกรงความเป็นโมฆะของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือความจงใจฉ้อฉลแต่ประการใดเลย[41] ไม่เพียงเท่านั้น เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ประกาศและมีผลใช้บังคับแล้ว ยิ่งแทบจะเป็นการปิดตายมาตรา 373 ให้ไม่ต้องถูกนำมาบังคับใช้มากยิ่งขึ้นไปอีก เพราะเนื้อหาของพระราชบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างขวาง ครอบคลุมเนื้อความของมาตรา 373 จนมีนักกฎหมายบางท่านกล่าวว่าในเรื่องข้อห้ามเกี่ยวกับความตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดของลูกหนี้เพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ตามมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ได้ถูกบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก้ไขหลักดังกล่าวนั้นไปแล้ว[42] ดังจะได้ศึกษาในรายละเอียดของพระราชบัญญัตินี้ในหัวข้อต่อๆ ไป

2. ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องสัญญา

เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วย่อมก่อให้เกิดหนี้ขึ้นอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล มีฝ่ายที่เรียกว่า “ลูกหนี้” คือผู้ที่ต้องกระทำการอันใดอันหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า “เจ้าหนี้” ซึ่งกฎหมายบังคับให้ลูกหนี้ต้องกระทำการชำระหนี้นั้น ซึ่งโดยหลักแล้วหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยอาจจะเป็นกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ผิดเวลา ผิดสถานที่ ผิดในวัตถุที่ควรใช้ในการชำระหนี้ หรือการที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นกรณีที่ลูกหนี้มี “**ความผิด**” ทั้งสิ้น ซึ่งอาจเกิดจากความจงใจไม่ชำระหนี้ หรือประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติการชำระหนี้ก็เป็นได้ อันเป็นไปตามหลักทั่วไปของความรับผิดทางแพ่งทุกประเภท[43] ซึ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จะถือหลักทั่วไปว่า “ไม่มีความรับผิดโดยไม่มีความผิด” (No Liability Without Fault)[44] จึงมีบทบัญญัติของกฎหมายบังคับให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ ตลอดจนบังคับลูกหนี้ให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้กระทำผิด หรือมีส่วนผิดในการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออัน

---

* สำหรับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตร ท่านได้แสดงความเห็นว่า มาตรา 373 อาจบังคับใช้กับความตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดทางละเมิดที่เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย รายละเอียดโปรดอ่านใน จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, หน้า 46.

[41] สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “ข้อจำกัดความรับผิดในสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ 16 (กันยายน 2529): 121-122.

[42] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 76

[43] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์-เช่าซื้อ,พิมพ์ครั้งที่ 5(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญชน, 2554) หน้า 195.

[44] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้,พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญชน, 2555), หน้า 23.

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ดังที่กำหนดไว้เป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 และ 215[45]

อย่างไรก็ดี หลักเรื่อง “ความรับผิด” (Liability) ของลูกหนี้ได้มีการขยายความไปไกลถึงการวางข้อสันนิษฐานความรับผิด ให้ลูกหนี้ต้องมีความรับผิดบางประการแม้ว่าลูกหนี้จะไม่มีความผิด (fault) อันเป็นความรับผิดที่เรียกว่า Objective Responsibility โดยที่ลูกหนี้จะต้องมีความรับผิด แม้ว่าตัวเองจะไม่ได้กระทำการโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม[46]

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายสัญญาและเอกเทศสัญญายังได้มีบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นการสันนิษฐานความรับผิดของลูกหนี้ให้ต้องมีความรับผิดไว้ก่อนโดยที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นมิได้สนใจว่าลูกหนี้ผู้ที่กฎหมายวางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้นั้น จะมีความผิดหรือไม่แต่ประการใด ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1 หลักของการสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญา

ความรับผิดตามสัญญา (contractual liability) โดยหลักแล้วก็คือความรับผิดที่เกิดจาก “ความผิด” ในการไม่ชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ[47] แต่ก็มีหลายกรณีที่กฎหมายวางหลักสันนิษฐานความรับผิดของคู่สัญญาไว้โดยที่ผู้ที่ต้องรับผิดไม่ได้กระทำ “ความผิด” แต่อย่างใด โดยเรียกบทบัญญัติเหล่านั้นว่า “ข้อสันนิษฐานความรับผิด” ซึ่งข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญาก็เป็นความรับผิดของบุคคลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยมีมูลมาจากผลแห่งหนี้[48] อันเกิดจากเสรีภาพในการทำนิติกรรมสัญญานั่นเอง

จากการสังเกตตัวบทกฎหมายในขอบข่ายของเรื่องนิติกรรมสัญญาพบว่า การเลือกกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในการปรับบทความรับผิดตามสัญญานั้นมีหลายขั้นตอน เพราะสิ่งที่จะนำมาเป็นกรอบกฎหมายระหว่างคู่สัญญามิได้มีเพียงที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีกรอบที่คู่สัญญาอาศัยหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาสร้างขึ้นมาใช้ระหว่างกันเองอีกด้วย ดังนั้น การพิจารณาถึงความรับผิดขั้นสุดท้ายของบุคคลที่จะต้องรับผิดตามสัญญาทางแพ่ง มีขั้นตอนในการพิจารณาเป็นลำดับ กล่าวคือ[49]

ขั้นตอนที่ 1 เป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นบทหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่ถูกกำหนดกันขึ้นบังคับใช้ระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน

---

[45] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 222.

[46] โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป,พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553), หน้า 48-49.

[47] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 26.

[48] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 13(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553), หน้า 325.

[49] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้,พิมพ์ครั้งที่ 5(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552) หน้า 38-39

ขั้นตอนที่ 2 เป็นความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความรับผิดของคู่สัญญานี้อาจพิจารณาแยกได้เป็น 2 ลักษณะโดยแบ่งตามความต้องการ “ความผิด (Fault)” ของฝ่ายที่ต้องรับผิด ได้แก่

ก. บทกฎหมายที่กำหนดความรับผิดของคู่สัญญาที่ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องเมื่อคู่สัญญาฝ่ายนั้นมี “ความผิด (Fault)” คือเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะความรับผิดที่เรียกว่า Subjective Responsibility

ข. บทกฎหมายที่กำหนดความรับผิดของคู่สัญญาตามกฎหมายโดยแท้ ซึ่งไม่ได้สนใจว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดนั้น จะกระทำ “ความผิด”ใดๆ หรือไม่ เช่น เรื่องความรับผิดของผู้ขายในการที่ทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ ตามมาตรา 472 มาตรา 475 และมาตรา 479 เป็นต้น อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะความรับผิดที่เรียกว่า Objective Responsibility ซึ่งเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายโดยแท้ คู่สัญญาฝ่ายที่กฎหมายกำหนดความรับผิดไว้เช่นนี้จึงต้องรับผิดเสมอ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ[50] เรียกได้ว่าเป็นบทกฎหมายในเรื่องของสัญญาที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดที่เป็นประเด็นของวิทยานิพนธ์นี้ โดยจะได้พิเคราะห์ต่อไปว่า ข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญานั้น หากคู่กรณีจะตกลงยกเว้นบทบัญญัติเหล่านี้ไว้ล่วงหน้า จะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่

ขั้นตอนที่ 3 ขั้นตอนสุดท้ายของการพิจารณาความรับผิดตามหลักสัญญาทั่วไปนั้นมาจากรากฐานของความผิดของคู่สัญญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อเขามี “ความผิด (fault)” ตามหลักทั่วไปของการไม่ชำระหนี้ที่เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั่นเอง ซึ่งหากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้นั้นเกิดจากสาเหตุอื่นที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ไม่ควรต้องรับผิดเช่นกัน อันเป็นไปตามหลักของ No liability without fault อันเป็นหลักการพื้นฐานของความรับผิดทางแพ่ง[51] ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

ดังนั้น หลักของบทกฎหมายที่เป็นการสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญานั้นอาจสรุปได้ว่า เป็นความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอันเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดโดยปราศจาก “ความผิด” หรือการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อใดๆ ของคู่สัญญาฝ่ายนั้น ซึ่งเป็นบทยกเว้นหลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาที่ว่า คู่สัญญาจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อมีความผิดนั่นเอง[52]

2.2 ตัวอย่างข้อสันนิษฐานความรับผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสัญญาและเอกเทศสัญญาบางประเภท

---

[50] เรื่องเดียวกัน, หน้า 227

[51] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้),(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 204.

[52] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 197.

เพื่อเป็นการยกตัวอย่างให้พอสามารถเห็นภาพของข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องหนี้และเอกเทศสัญญาที่ในประมวลแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนโดยกำหนดความรับผิดให้กับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้ต้องมีความรับผิดทันทีที่เกิดเหตุการณ์ดังที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมิพักต้องคำนึงถึง “ความผิด” ของคู่สัญญาฝ่ายนั้นก่อนแต่ประการใด ผู้เขียนจะขอพิจารณาข้อสันนิษฐานความรับผิดที่ปรากฏในเรื่องหนี้และเอกเทศสัญญาซื้อขายพอให้เห็นเป็นตัวอย่างโดยสังเขป ซึ่งในเรื่องสัญญาซื้อขายจะมีบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดของผู้ขายในเรื่องของความรับผิดในความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิอย่างชัดเจน

ก. ข้อสันนิษฐานความรับผิดของลูกหนี้ในความผิดของตัวแทนแห่งตน กำหนดไว้ในมาตรา 220 ที่บัญญัติว่า *“ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนแห่งตน กับทั้งบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้นั้นโดยขนาดเสมอกับว่าเป็นความผิดของตัวเองฉะนั้น แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนี้ด้วยไม่”*

บทบัญญัติมาตรา 220 นี้ เป็นหนึ่งในตัวอย่างข้อสันนิษฐานความรับผิดแก่ลูกหนี้ในมูลหนี้หนึ่งๆ[53] ว่า หากลูกหนี้ได้ให้ตัวแทนของตนหรือบุคคลอื่นให้มาปฏิบัติการชำระหนี้แทน ซึ่งอาจจะเป็นตัวแทนตามมาตรา 797 ก็ดี ตัวแทนเชิดก็ดี บุคคลอื่นที่มีสัญญากับลูกหนี้ก็ดีมาปฏิบัติการชำระหนี้แทนลูกหนี้ กฎหมายจึงกำหนดวางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้แก่ลูกหนี้ที่ยอมให้บุคคลอื่นมาปฏิบัติการชำระหนี้แทนตนนั้น ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนแห่งตนเสมือนกับตัวลูกหนี้เป็นผู้กระทำความผิดนั้นเอง แม้ว่าตัวลูกหนี้เองนั้นจะไม่ได้กระทำการโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายก็ตาม แต่ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ตัวแทน หรือบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้นั้นได้ก่อให้เกิดขึ้น อันถือได้ว่าเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิดของลูกหนี้ ที่กฎหมายได้วางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้แก่ลูกหนี้ก่อน มาตรานี้จึงเป็นผลของหลักที่ว่า “ใครทำการโดยอาศัยผู้อื่น ถือเสมือนว่าได้ทำการนั้นด้วยตนเอง (Qui facit per alium facit per se)” โดยมีหลักคิดที่ว่า หากจะยอมปล่อยให้ลูกหนี้อ้างได้ว่าเป็นการกระทำของคนอื่นจึงไม่ยอมรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ กรณีก็จะเป็นการเอาเปรียบเจ้าหนี้มากเกินไป และเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักสุจริตอีกด้วย เหตุนี้จึงต้องมีบทบัญญัติมาตรา 220 เพื่อกำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของคนที่ตนใช้ให้ชำระหนี้ที่ผูกพันตัวลูกหนี้นั้นอยู่ก่อนแล้ว แม้ว่าตัวลูกหนี้เองจะไม่ได้ทำผิดอะไรด้วยก็ตาม[54]

ข. ข้อสันนิษฐานความรับผิดของผู้ขายในความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ซื้อขาย กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 472 ซึ่งบัญญัติว่า “ *ในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งขายนั้นชำรุดบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปรกติก็ดี ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาก็ดี ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิด*

ความที่กล่าวในมาตรานี้ย่อมใช้ได้ ทั้งที่ผู้ขายได้รู้แล้วหรือไม่รู้ว่าความชำรุดบกพร่องมีอยู่”

---

[53] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 324.

[54] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์),(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2520) หน้า 807-809.

มาตรานี้เป็นการประกันความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ซื้อขายด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย[55] โดยมีแนวความคิดเบื้องหลังว่า เป้าประสงค์สุดท้ายของการซื้อขายทรัพย์สินก็เพื่อที่จะให้ผู้ซื้อได้รับไปซึ่งกรรมสิทธิ์และสามารถใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ของตนในฐานะเจ้าของเหนือตัวทรัพย์นั้นได้อย่างบริบูรณ์ กอร์ปกับเมื่อพิจารณาตามบทหลักของสัญญาซื้อขายตามมาตรา 453[56] ที่กำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ ดังนั้น เมื่อผู้ขายได้ปฏิบัติการชำระหนี้ดังกล่าวแล้ว หนี้ของผู้ขายก็เป็นอันระงับสิ้นไป ดังนั้น การที่ผู้ขายต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องรวมถึงการรอนสิทธิด้วยนั้น เป็นการรับผิดที่สืบเนื่องมาจากสัญญาซื้อขายตามที่ได้ตกลงกันแล้วนั้น[57] ดังนั้นจึงมีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งที่เห็นว่าความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิเป็นความรับผิดตามกฎหมาย[58] ด้วยเหตุผลของความยุติธรรมแล้ว ผู้ขายย่อมจะต้องรับผิดชอบไม่ว่าผู้ขายจะได้กระทำให้เกิดความชำรุดบกพร่องนั้นหรือไม่ก็ตาม กฎหมายจึงวางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้กับผู้ขายโดยไม่คำนึงถึง “ความผิด” ของผู้ขาย เพราะผู้ขายอยู่ในฐานะที่น่าจะต้องรู้เรื่องความชำรุดบกพร่องนี้ได้ดีกว่าผู้ใดนั้นเอง[59] ซึ่งกฎหมายได้กำหนดความรับผิดของผู้ขายในความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ร้ายแรงถึงขนาดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว แม้ไม่มีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาให้ผู้ขายต้องรับผิดก็ตามผู้ขายก็ต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นอยู่ดี[60] เมื่อกฎหมายบัญญัติว่า ผู้ขายต้องรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องนั้นถือได้ว่ากฎหมายบังคับให้ผู้ขายรับประกันความชำรุดบกพร่องแม้ว่าผู้ขายจะไม่มีเจตนารับประกันความชำรุดบกพร่องนั้นก็ตาม ดังนั้น ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องจึงเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยแท้ มาตรา 472 วรรคสอง จึงบัญญัติให้ผู้ขายต้องรับผิด ทั้งที่ผู้ขายจะรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่าความชำรุดบกพร่องนั้นมีอยู่หรือไม่ก็ตาม[61]

มาตรานี้จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดบังคับให้ผู้ขายต้องรับผิดสำหรับความชำรุดบกพร่องอันถึงขนาดหรือเป็นสาระสำคัญที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ตนขายเสมอ ไม่ว่าความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นก่อนหรือขณะทำสัญญาซื้อขายนั้น ผู้ขายจะรู้หรือไม่ หรือมีส่วนร่วมให้เกิดความ

---

[55] ไพจิตร ปุญญพันธุ์ และ ประพนธ์ ศาตะมาน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย : พร้อมด้วยภาคผนวกบทความพิเศษ บทบัญญัติลักษณะขายฝากตามกฎหมายใหม่ที่ผิดพลาด,พิมพ์ครั้งที่ 15(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 103., ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2524), หน้า 216.

[56] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 บัญญัติว่า “อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย”

[57] ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 216.

[58] ไพจิตร ปุญญพันธุ์ และ ประพนธ์ ศาตะมาน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย : พร้อมด้วยภาคผนวกบทความพิเศษ บทบัญญัติลักษณะขายฝากตามกฎหมายใหม่ที่ผิดพลาด, หน้า 103. แต่ก็ยังมีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งที่เห็นว่าความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องเป็นความรับผิดตามสัญญา เพียงแต่มีกฎหมายยอมรับบังคับให้ตามสัญญาเท่านั้น รายละเอียดโปรดอ่านใน อำมาตย์เอกมนูภาณวิมลศาสตร์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรประเสริฐ, 2522), หน้า 25. และ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ผลงานวิจัยเสริมหลักสูตร พ.ศ. 2532 เรื่อง ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย [ออนไลน์], 14 พฤศจิกายน 2555. แหล่งที่มา http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~prokati/defliabt.pdf, หน้า 26.

[59] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 193.

[60] สุจินตนา ชุมวิสูตร, หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้,พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 121.

[61] ปัญญา ด่านพัฒนามงคล, “ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย,”(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 15-16.

เสียหายชำรุดบกพร่องนั้นหรือไม่ อีกทั้งไม่ว่าผู้ขายจะพยายามสืบพิสูจน์กล่าวอ้างว่าตนมิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องว่ามีอยู่หรือไม่ประการใดก็ตาม ผู้ขายก็ไม่พ้นผิดเพราะกรณีนี้เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายที่ไม่ต้องการ “ความผิด”ของผู้ขาย ความจำเป็นที่ผู้ขายจะอ้างว่าตนไม่มีความผิดโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้เกิดความชำรุดบกพร่องในทรัพย์ที่ซื้อขาย จึงไม่มี

ค. ข้อสันนิษฐานความรับผิดของผู้ขายในการรอนสิทธิ มีกำหนดเป็นหลักในการสันนิษฐานความรับผิดของผู้ขายไว้ 2 มาตรา กล่าวคือ

มาตรา 475 บัญญัติว่า *“หากว่ามีบุคคลผู้ใดมาก่อการรบกวนขัดสิทธิของผู้ซื้อในอันจะครองทรัพย์สินโดยปรกติสุข เพราะบุคคลผู้นั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ได้ซื้อขายกันนั้นอยู่ในเวลาซื้อขายก็ดี เพราะความผิดของผู้ขายก็ดี ท่านว่าผู้ขายจะต้องรับผิดในผลอันนั้น”*

และมาตรา 479 ที่บัญญัติว่า *“ถ้าทรัพย์สินซึ่งซื้อขายกันหลุดไปจากผู้ซื้อทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพราะเหตุการรอนสิทธิก็ดี หรือว่าทรัพย์สินนั้นตกอยู่ในบังคับแห่งสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเป็นเหตุให้เสื่อมราคา หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่การที่จะใช้ หรือเสื่อมความสะดวกในการใช้สอย หรือเสื่อมประโยชน์อันจะพึงได้แต่ทรัพย์สินนั้น และซึ่งผู้ซื้อหาได้รู้ในเวลาซื้อขายไม่ก็ดี ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิด”*

มาตรา 475 ถือเป็นหลักในเรื่องการรอนสิทธิที่ว่า เมื่อมีการรบกวนขัดสิทธิของผู้ซื้อในการครอบครองทรัพย์สินที่ซื้อไป ซึ่งผู้ขายจะต้องรับผิดเสมอ ซึ่งการรบกวนขัดสิทธินั้นอาจส่งผลให้ทรัพย์สินที่ซื้อขายหลุดไปจากผู้ซื้อสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนตามที่มาตรา 479 บัญญัติกำหนดรายละเอียดของลักษณะการรอนสิทธิไว้ ดังนั้น การจะปรับใช้มาตรา 479 ได้ จะต้องผ่านองค์ประกอบการรอนสิทธิตามมาตรา 475 เสียก่อน[62]

อย่างไรก็ดี ยังคงมีความเห็นในทางทฤษฎีแยกออกเป็น 2 ฝ่ายในเรื่องที่ว่าการประกันการรอนสิทธินี้เป็นความรับผิดเด็ดขาดของผู้ขายหรือไม่[63] กล่าวคือ

ฝ่ายแรกเห็นว่า การประกันการรอนสิทธิในประมวลแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดความรับผิดของผู้ขายไว้นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดความรับผิดให้แก่ผู้ขายที่ต้องรับผิดในการรอนสิทธิที่เกิดขึ้นกับผู้ซื้อ โดยมิพักต้องพิจารณาถึง “ความผิด” ของผู้ขายแต่อย่างใด อันเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัด (objective responsibility) ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการเยียวยาการสูญเสียการครอบครองแก่ผู้ซื้อเป็นสำคัญ

ฝ่ายที่สองเห็นว่า การอนสิทธิเป็นเรื่องผิดสัญญาธรรมดา ผู้ขายจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อผู้ขายมีความผิด ซึ่งอาจมีประเด็นว่า หากกรณีการประกันการรอนสิทธิเป็นเรื่องผิดสัญญาธรรมดาซึ่งต้องอาศัยความผิดของฝ่ายผู้ขายด้วยนั้น กรณีก็จะเกิดปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ว่าผู้ขายนั้นผิดจริงหรือไม่ด้วย

---

[62] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 209.

[63] เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.

นักกฎหมายของไทยส่วนใหญ่ ต่างเห็นพ้องต้องกันว่า เรื่องความรับผิดในการรอนสิทธินี้เป็นความรับผิดโดยกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ซื้อเป็นสำคัญ จึงไม่ต้องให้ความสำคัญในความสุจริตของผู้ขายหรือไม่แต่ประการใด เมื่อเกิดเหตุการณ์รอนสิทธิขึ้น ผู้ขายย่อมต้องรับผิดเสมอ ไม่ว่าผู้ขายจะรู้หรือไม่ก็ตาม[64]

อย่างไรก็ดี ความเห็นตามฝ่ายที่สองข้างต้นนั้นอาจมีส่วนถูกอยู่บ้างในกรณีที่ผู้รบกวนขัดสิทธิเพิ่งจะมีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อภายหลังจากการทำสัญญาซื้อขายได้เกิดขึ้น กรณีนี้ผู้ขายจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อการรบกวนขัดสิทธินั้นเกิดขึ้นจากความผิดของผู้ขาย ตามที่บัญญัติไว้ในส่วนหนึ่งของมาตรา 475 เหตุผลเนื่องมาจาก ในเวลาที่ทำการซื้อขายแล้ว กรรมสิทธิ์ย่อมโอนมายังผู้ซื้ออย่างสมบูรณ์แล้ว ไม่มีการรอนสิทธิโดยผู้รบกวนใดๆ มีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อ ถือว่าผู้ขายได้โอนกรรมสิทธิ์เสร็จสิ้นแล้ว แต่ต่อมาภายหลังสัญญาซื้อขายมีผู้มารบกวนขัดสิทธิของผู้ซื้อ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมาพิจารณาว่าการรบกวนขัดสิทธิครั้งนี้เกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้ขายหรือไม่ จึงต้องคำนึงถึงความผิดของผู้ขาย[65] อันเป็นไปตามหลักความรับผิดทางแพ่งทั่วไป ซึ่งในส่วนนี้เท่านั้นที่ผู้เขียนเห็นว่า การรอนสิทธิในกรณีนี้ไม่ใช่ความรับผิดเด็ดขาด ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่า หากเป็นการรบกวนขัดสิทธิชนิดที่ผู้รบกวนมีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อภายหลังจากมีการทำสัญญาซื้อขาย กรณีนี้จึงเป็นความรับผิดในการรบกวนขัดสิทธิที่มิใช่ข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายเพราะกรณีเช่นนี้ต้องพิจารณาถึงความผิดของผู้ขายตามหลักความรับผิดทั่วไป

ส่วนความรับผิดในการรอนสิทธิที่เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น ได้แก่กรณีที่บุคคลผู้รบกวนขัดสิทธิผู้ซื้อนั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์นั้นก่อนหรือขณะที่ทำการซื้อขายกันโดยในตัวบทกฎหมายกำหนดให้ผู้ขายมีความรับผิดเสมอ ในลักษณะของความรับผิด objective responsibility อันเป็นความรับผิดโดยกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ซื้อเป็นสำคัญ เพราะกฎหมายถือว่าบุคคลใดที่ซื้อทรัพย์สิน ก็ย่อมที่จะต้องได้ไปพร้อมซึ่งกรรมสิทธิ์และการครอบครองตัวทรัพย์ที่ซื้อเพื่อจะได้มีอำนาจเหนือตัวทรัพย์นั้นอย่างเต็มที่บริบูรณ์ แต่เมื่อใดก็ตามที่ปรากฏมีข้อเท็จจริงขึ้นมาว่ามีบุคคลอื่นที่มีสิทธิดีกว่าผู้ซื้อมากระทำการบางอย่างอันเป็นการรบกวนสิทธิของผู้ซื้อแล้ว ผู้ขายจะต้องรับผิดเสมอ ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ขายจะรู้ถึงการรอนสิทธินั้นหรือไม่ เพราะกฎหมายไม่ได้ให้ความสำคัญกับความสุจริตของผู้ขายในเรื่องนี้แต่ประการใด[66] ประกอบกับแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยที่แม้จะไม่ได้ระบุชัดว่าผู้ขายจะต้องรับผิดเด็ดขาดโดยไม่ว่าจะมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่ก็พอจะแปลความหมายโดยนัยจากแนวคำพิพากษาได้ว่าผู้ขายต้องรับผิดในการรอนสิทธิแม้ว่าจะไม่มีความผิดก็ตาม*

---

[64] ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), หน้า 182., ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 213.

[65] พาณิภัค ธนกิจไพบูลย์, "ความรับผิดในการรอนสิทธิตามสัญญาซื้อขาย,"(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 36-37.

[66] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 213.

* เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2053/2537 คำพิพากษาฎีกาที่ 926/2530 คำพิพากษาฎีกาที่ 2199/2514 และคำพิพากษาฎีกาที่932/2518 เป็นต้น

2.3 ผลบังคับของข้อสันนิษฐานความรับผิดในบทบัญญัติของกฎหมายสัญญา

จากตัวอย่างของบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญาที่ได้ยกขึ้นมาพิจารณาในหัวข้อที่แล้วนั้น จะพบได้ว่า องค์ประกอบของบทบัญญัติในส่วนของเหตุนั้น ไม่มีเรื่องของความผิดของบุคคลผู้ที่กฎหมายสันนิษฐานความผิดเลย มีแต่เป็นการบรรยายว่า หากเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น โดยไม่มีการพาดพิงอิงอาศัย “ความผิด” อันเกิดจากความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ที่ต้องรับผิดเลย แต่ผลในทางกฎหมายในบทบัญญัติแต่ละมาตรานั้น ล้วนแต่กำหนดผลให้บุคคลมีความรับผิดเพราะเหตุการณ์นั้นๆ ได้เกิดขึ้นตรงตามองค์ประกอบส่วนเหตุนั้นเอง ซึ่งเหตุผลเบื้องหลังของการมีบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องสัญญานั่นคือ กฎหมายต้องการจะคุ้มครองเจตนารมณ์พื้นฐานและวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นๆ เช่น ความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามสัญญาซื้อขายในเรื่องความชำรุดบกพร่อง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายกำหนดไว้โดยหลักว่าผู้ขายจะต้องรับผิดไม่ว่าผู้ขายจะรู้หรือไม่รู้ว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นมีความชำรุดบกพร่องหรือไม่ก็ตาม เพราะตนเองอยู่ในฐานะที่จะรู้เรื่องของทรัพย์นั้นได้ดีกว่าผู้ใด อันเป็นไปตามหลักผู้ขายต้องระวัง (caveat venditor)[67] อีกทั้งความชำรุดบกพร่องตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนี้ยังเป็นความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ซึ่งผู้ซื้อไม่อาจรู้ได้ กฎหมายจึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ขายน่าจะรู้ถึงความชำรุดบกพร่องนั้น

นอกจากนี้ หากคู่สัญญาประสงค์ที่จะกำหนดตั้งข้อสันนิษฐานความรับผิดนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อใช้ระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเองว่าหากเกิดเหตุการณ์ตามข้อสันนิษฐานความรับผิดตามสัญญากันนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกสันนิษฐานความรับผิดจะต้องมีความรับผิดขึ้นทันทีโดยมิพักต้องพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดตามสัญญาโดยอาศัยเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีที่สามารถทำได้ หากเป็นบทสันนิษฐานที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อกำหนดเช่นนี้ก็ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญากันได้ เช่น นาย ก. ทำสัญญาซื้อรถยนต์จากนาย ข. หนึ่งคัน โดยคู่สัญญาตกลงกันว่า หากรถยนต์มีรอยขีดข่วนแม้เพียงเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม นาย ข. ผู้ขายต้องรับผิดชอบ[68] อันเป็นการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดตามสัญญาขึ้นมาใช้ระหว่างกันเอง ความตกลงนี้ก็น่าที่จะใช้บังคับได้

ดังนั้นผลบังคับของข้อสันนิษฐานความรับผิดในบทบัญญัติของกฎหมาย จึงกำหนดให้บุคคลต้องมีความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดทันทีโดยไม่อาจสืบพิสูจน์แก้ตัวว่าตนสุจริตหรือ ไม่ได้จงใจ หรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายนั้นๆ ขึ้น เจ้าหนี้ตามสัญญาเพียงแต่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงตามองค์ประกอบส่วนเหตุ เช่น อ้างว่า ทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นชำรุดบกพร่อง ผู้ซื้อหรือเจ้าหนี้ก็มีภาระการพิสูจน์แค่ว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นมีความชำรุดบกพร่องจริงเท่านั้น แต่ไม่จำต้องพิสูจน์ว่าผู้ขายทราบว่าความชำรุดบกพร่องนั้นมีอยู่หรือไม่ แต่ทางด้านของลูกหนี้หรือผู้ขายกรณีที่ลูกหนี้หรือผู้ขายจะหลุดพ้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้นๆ มีแต่เพียงการพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงไม่ได้เป็นไปตามองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัตินั้น หรือเข้ากรณีที่กฎหมาย

---

[67] ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 199-200.

[68] เรื่องเดียวกัน, หน้า 208.

กำหนดยกเว้นให้ผู้ขายไม่ต้องรับผิดไว้ หรืออาจเข้ากรณีข้อยกเว้นความรับผิดตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดไว้อย่างชัดแจ้งในการทำสัญญาดังกล่าว ซึ่งการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในส่วนของกฎหมายสัญญานั้น จะทำได้หรือไม่เพียงใด จะได้ศึกษากันในหัวข้อต่อไป

2.4 การตกลงยกเว้นความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญา

แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีบทบัญญัติอันเป็นบทสันนิษฐานความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ ในมาตรา 220 มาตรา 472 มาตรา 475 และมาตรา 479 เป็นต้น อันทำให้ผู้ที่ถูกกฎหมายกำหนดให้มีความรับผิดไว้ในข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น จะต้องมีความรับผิดเสมอ เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะในมาตราอื่นๆ เช่น มาตรา 473 มาตรา 476 และ มาตรา 480 เป็นต้น[69] ลูกหนี้หรือผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดแม้จะยังคงมีความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิอยู่ก็ตาม[70]

นอกจากกรณีที่ลูกหนี้ตามสัญญาจะไม่ต้องรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเพราะเหตุที่มีกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้ตามที่กล่าวถึงข้างต้นนั้น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังเปิดโอกาสให้คู่สัญญาได้ตกลงกันล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในสัญญาต่างๆ นั้นได้อีกโสดหนึ่งด้วย เช่น ความรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปิดโอกาสให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ขายได้โดยกำหนดไว้ในมาตรา 483 ที่บัญญัติว่า “คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิด เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิก็ได้” ซึ่งการที่กฎหมายมาตรา 483 ยอมเปิดช่องไว้ให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันไม่ต้องรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินี้ จะต้องไม่ใช่กรณีการตกลงว่าจะไม่ต้องรับผิดที่ผู้ขายมีความผิดด้วย กล่าวคือ ผู้ขายมิได้ทำให้เกิดความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้นเสียเองหรือรู้ว่ามีเหตุเช่นนั้นแล้วแต่จงใจปกปิดไม่ให้ผู้ซื้อทราบตามมาตรา 485[71] ที่กำหนดขอบเขตของการตกลงยกเว้นความรับผิดไม่ให้เกินเลยจนล้ำเส้นถึงความไม่สุจริตของผู้ขายนั่นเอง โดยท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้เคยกล่าวไว้ว่าหลักการใน

---

[69] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473 บัญญัติว่า “ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดในกรณีดั่งจะกล่าวต่อไปนี้คือ

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้ว แต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่อง หรือควรจะได้รู้เช่นนั้น หากได้ใช้ความระมัดระวังอันพึงคาดหมายได้ แต่วิญญูชน

(2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้น เป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลา ส่งมอบและผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน

(3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด”

มาตรา 476 บัญญัติว่า “ถ้าสิทธิของผู้ก่อการรบกวนนั้นผู้ซื้อรู้อยู่แล้วในเวลา ซื้อขายท่านว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิด”

มาตรา 480 บัญญัติว่า “ถ้าอสังหาริมทรัพย์ต้องศาลแสดงว่าตกอยู่ในบังคับ แห่งภารจำยอมโดยกฎหมายไซร้ ท่านว่าผู้ขายไม่ต้องรับผิดเว้นไว้ แต่ผู้ขายจะได้รับรองไว้ในสัญญาว่าทรัพย์สินนั้นปลอดจากภารจำยอม อย่างใด ๆ ทั้งสิ้น หรือปลอดจากภารจำยอมอันนั้น”

[70] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 227.

[71] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 485 บัญญัติว่า “ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดนั้น ไม่อาจคุ้มความรับผิดของผู้ขายในผลของการอันผู้ขายได้กระทำไปเองหรือผลแห่งข้อความจริงอันผู้ขายได้รู้อยู่และปกปิดเสีย”

มาตรา 485 ก็เป็นหลักการที่คล้ายคลึงไปในแนวทางเดียวกันกับบทบัญญัติมาตรา 373 [72] เพียงแต่ว่าการบัญญัติมาตรา 485 เป็นกรอบจำกัดขอบเขตการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเฉพาะในเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิเท่านั้นนั่นเอง

นอกจากนี้ หากพิจารณากฎหมายในเรื่องหนี้ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการสันนิษฐานความรับผิดของลูกหนี้ที่ใช้ตัวแทนหรือบุคคลอื่นในการชำระหนี้ในมาตรา 220 นั้น การที่ลูกหนี้แสดงเจตนาตกลงยกเว้นความรับผิดที่กฎหมายมาตรา 220 สันนิษฐานความรับผิดไว้ให้แก่ตนนั้น กฎหมายก็ยังคงยินยอมให้เจ้าหนี้กับลูกหนี้ตกลงยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 220 ได้เช่นกัน อันพิจารณาได้จากความตอนท้ายของมาตรา 220 นั้นเองที่กล่าวว่า *"...แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนี้ด้วยไม่"* ซึ่งมาตรา 373 ได้กล่าวไว้ตั้งแต่ต้นแล้วว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดขวางการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดกรณีที่ลูกหนี้กระทำการโดยฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ตกเป็นโมฆะ ดังนั้น ลูกหนี้อาจทำความตกลงกับเจ้าหนี้ไว้ล่วงหน้าได้ว่า ลูกหนี้จะไม่รับผิดชอบเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลที่ตนใช้ให้ชำระหนี้แทน กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาและไม่เป็นโมฆะภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 373 ซึ่งในเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวย้ำไว้ด้วยว่าลูกหนี้ยังสามารถยกเว้นความรับผิดของตัวแทนแห่งตนได้แม้กระทั่งเป็นความประมาทเลินเล่อใดๆ ได้ทั้งสิ้นไม่จำกัดเพียงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น เพราะแม้กระทั่งความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กฎหมายยังยอมให้ลูกหนี้ยกเว้นความรับผิดได้ ดังนั้นความประมาทเลินเล่อที่ไม่ร้ายแรงก็ชอบที่จะทำความตกลงยกเว้นได้ด้วยเช่นกัน[73]

ดังนั้น มีประเด็นที่ควรพิจารณาว่าเหตุใดกฎหมายในเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดตามสัญญาจึงจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่กำหนดไว้ในทำนองที่ยอมให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญากันได้อีก ทั้งที่กฎหมายไทยก็ยอมรับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยเช่นกัน อันจะได้วิเคราะห์ในลำดับต่อไป

2.5 ข้อสังเกตกฎหมายพิเศษที่มีข้อกำหนดในการควบคุมการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยในขอบข่ายของเรื่องสัญญา

นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กล่าวถึงเรื่องการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญา เช่นเรื่องความรับผิดในความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิในสัญญาซื้อขาย เป็นต้น ยังมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทในการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวด้วย คือพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ. 2540 โดยมีมาตรา 6 บัญญัติว่า *"สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบ*

---

[72] จิตติ ติงศภัทิย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้,พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 62.

[73] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 813.

ธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น"

มาตรา 6 นี้ได้วางหลักใหม่เพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินเกี่ยวกับข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ[74] แต่กฎหมายมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้มิได้มีขอบเขตบังคับเป็นการทั่วไปกับคู่สัญญาทุกผู้ประเภท แต่ใช้สำหรับสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่เข้าทำสัญญาเพื่อส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภคอันเป็นการค้าปกติแห่งตน

โดยเนื้อหาของสัญญาที่อยู่ในขอบข่ายของมาตรา 6 มีดังนี้[75]

1. คู่สัญญาจะตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพโดยคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคไม่ทราบถึงความชำรุดบกพร่องนั้นไม่ได้ อันเป็นบทบัญญัติที่ห้ามโดยเด็ดขาด หากฝ่าฝืนจะตกเป็นโมฆะทันทีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 151 ประกอบกับมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัตินี้[76]

2. ข้อยกเว้นที่คู่สัญญาจะสามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้ คือกรณีที่ผู้บริโภค*ได้รู้*ถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้นมา*ตั้งแต่ขณะเวลาที่ทำสัญญา* ซึ่งการตกลงเช่นนั้น ไม่เป็นโมฆะ แต่ให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

สำหรับเรื่องนิติวิธี นั้น การตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจการค้าต้องปรับเข้ากับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ เพราะเป็นกฎหมายพิเศษอันที่จะต้องนำมาใช้ก่อนมาตรา 483 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป ตามหลักกฎหมายพิเศษตัดกฎหมายทั่วไป ที่ตรงกับภาษาละตินว่า Specialls generalebus[77]

อย่างไรก็ดี มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความลักลั่นระหว่างบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการตกลงยกเว้นข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายในเรื่องความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิที่มีผลทางกฎมายไม่ลงรอยกันอยู่อันจะเปิดช่องให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าอาศัยช่องว่างหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ซึ่งอาจไม่เป็นธรรมสมดังชื่อของพระราชบัญญัตินี้

---

[74] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 96.

[75] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 501-502.

[76] พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 11 บัญญัติว่า "ข้อสัญญาใดที่มิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ"

[77] สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป,พิมพ์ครั้งที่ 18(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 130.

ในชั้นนี้ ผู้เขียนกล่าวถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ในกรณีของข้อสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายอันได้แก่ยกเว้นความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไว้ เพื่อให้ได้ทราบในเบื้องต้นว่าหากเป็นกรณีสัญญาที่เป็นสัญญาการส่งมอบทรัพย์สินจากผู้ประกอบธุรกิจไปยังผู้บริโภค นอกจากจะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดของคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วนั้น ยังจะต้องพิจารณาผลของข้อตกลงยกเว้นความรับผิดความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อีกด้วย โดยขอกล่าวถึงแต่พอสังเขปเพียงเท่านี้

3. ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องละเมิด

หลักทั่วไปของความรับผิดทางแพ่ง ซึ่งรวมถึงความรับผิดทางละเมิดด้วยนั้น ผู้ที่จะต้องมีความรับผิดจะต้องเป็นผู้กระทำ “ความผิด” กล่าวคือได้กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อฝ่าฝืนหนึ้งดเว้นกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดห้ามไม่ให้ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นในสังคม ซึ่งมีบทหลักในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดอยู่ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นไปตามหลักไม่มีความรับผิดโดยปราศจากความผิด (No liability without fault) เช่นเดียวกันกับหลักเรื่องความรับผิดตามสัญญาทั่วไปที่เป็นความรับผิดที่ต้องการความผิด (Subjective Responsibility) แต่สำหรับบางกรณีแล้ว หลักทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางแพ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องละเมิดที่กฎหมายต้องการเยียวยาผู้เสียหายให้อยู่ในฐานะเสมือนว่าไม่มีความเสียหายนั้นเกิดขึ้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์นี้ได้ เนื่องจากเป็นเรื่องยากและเป็นภาระหนักสำหรับผู้เสียหายถ้าหากจะต้องพิสูจน์หา “ความผิด” ของผู้กระทำจึงเกิดแนวความคิดในการที่กฎหมายจะได้วางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่มีความใกล้ชิดกับเหตุการณ์ความเสียหายนั้นมากที่สุด เป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหาย โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ความผิดของบุคคลนั้นว่าได้กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ประการใด อันเป็นความรับผิดแบบ Objective Responsibility ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาพัฒนาการและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อันยาวนานของการมีข้อสันนิษฐานความรับผิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องละเมิดไว้อย่างละเอียดในบทที่ 2 แล้ว ส่วนที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นการศึกษาอภิปรายถึงหลักการทั่วไปของข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายลักษณะละเมิดที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดพอสังเขปเพื่อจะใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ปัญหาของวิทยานิพนธ์นี้ในบทวิเคราะห์ต่อไป

3.1 หลักการทั่วไปของข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายลักษณะละเมิด

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิด อาจพิจารณาแยกความรับผิดที่เกิดขึ้นบนข้อสันนิษฐานของกฎหมายออกได้เป็น 2 กลุ่ม[78] กล่าวคือ

กลุ่มแรก เป็นความรับผิดที่มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำละเมิดครบองค์ประกอบตามมาตรา 420 แต่กฎหมายวางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้ให้มีบุคคลอีกคนหนึ่งมารับผิดชอบในความเสียหายนั้นก่อน ซึ่งเรียกว่า “ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น” บัญญัติขึ้นมาเพราะเหตุผลว่าบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดนั้นถูกสันนิษฐานไว้ในเบื้องต้นว่ามีความบกพร่องบางประการ จึงเป็นเหตุให้มีการกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้น แต่ทั้งนี้ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีการบกพร่องนั้นเกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริง บทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดในกลุ่มแรกนี้ได้แก่ มาตรา 425 (นายจ้างต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง) มาตรา 427 (ตัวการต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของตัวแทน) มาตรา 429 (บิดามารดาหรือผู้อนุบาลต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของบุตรผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถ) ทั้งหมดนั้นล้วนแล้วแต่เป็นความรับผิดโดยที่นายจ้าง ตัวการ บิดามารดา หรือผู้อนุบาล มิได้เป็นผู้มีส่วนผิดในการกระทำละเมิด หรือแม้กระทั่งไม่ได้รู้เห็นด้วย ก็จำต้องรับผิดร่วมด้วย โดยเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมาย เมื่อเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดทางกฎหมายอันเป็นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น โดยที่บุคคลผู้ที่ต้องรับผิดร่วมด้วยนั้นไม่ได้กระทำละเมิดตามมาตรา 420 กฎหมายจึงบัญญัติให้เรียกร้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วคืนได้[79] ซึ่งในทางกลับกันหากบุคคลกระทำละเมิดเป็นการส่วนตัว โดยกระทำความเสียหายให้เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตนเอง ตนนั้นก็ย่อมต้องรับผิดเป็นส่วนตัว เมื่อได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้ว จะไปใช้สิทธิไล่เบี้ยใครไม่ได้ ดังนั้นเมื่อพิจารณาอย่างรอบด้านแล้ว กฎหมายก็มีการกำหนดให้บุคคลที่มีความรับผิดตามข้อสันนิษฐานกลุ่มที่หนึ่งนี้สามารถไล่เบี้ยผู้ทำละเมิดตัวจริงได้ ผลท้ายที่สุดคือ ความรับผิดก็เป็นของผู้ทำละเมิดตัวจริงอยู่ดี[80] เสมือนกับว่าเป็นเพียงการสำรองจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไปก่อนเท่านั้นเองซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าบรรดานายจ้าง ตัวการ หรือบิดามารดาหรือผู้อนุบาลก็ตาม ไม่ได้มีความรับผิดในผลสุดท้ายแต่ประการใด

กลุ่มที่สอง เป็นความรับผิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยที่ในทางกฎหมายแล้ว ไม่มีการกระทำละเมิดของบุคคลตามมาตรา 420 เลย แต่มีความเสียหายเกิดขึ้นอันเกิดจากทรัพย์อันได้แก่สัตว์เลี้ยง หรือสิ่งของ เช่น โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง ทรัพย์อันตราย เป็นต้น ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าบุคคลเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำละเมิดได้แต่สัตว์และสิ่งของไม่ใช่ “ผู้ใด” เพราะไม่ใช่บุคคลหรือมนุษย์[81] ไม่มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ฉะนั้น สัตว์และสิ่งของจึงไม่อาจเป็นผู้ทำละเมิดตามมาตรา 420 ได้ กฎหมายจึงได้วางข้อกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับตัวทรัพย์มากที่สุดใน

---

[78] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 172.

[79] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 331-332.

[80] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 173.

[81] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 6.

ขณะที่เกิดความเสียหายเป็นผู้ที่ต้องรับผิด บทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดกลุ่มที่สองนี้ ได้แก่ มาตรา 433 – 437

เมื่อพิจารณาข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายละเมิดทั้งสองกลุ่มข้างต้นจะพบว่า ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายละเมิดก็มีหลักการที่ไม่แตกต่างจากข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องสัญญาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกฎหมายวางข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นไม่ได้เป็นผู้กระทำ “ความผิด” โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่กฎหมายสันนิษฐานว่าอาจมีความบกพร่องอยู่บ้างบางประการ จึงกำหนดให้บุคคลนั้นๆ มีความรับผิดตามกฎหมายเพื่อให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยเหตุที่ตนเองไม่ได้มีส่วนผิดด้วยได้รับการเยียวยาในทางกฎหมายเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อจรรโลงความยุติธรรมแก่สังคม จึงได้จัดให้มีข้อสันนิษฐานบางอย่างไว้ในตัวบทกฎหมาย[82] อันเป็นแนวความคิดที่กำหนดความรับผิดโดยไม่ต้องมีความผิดเช่นที่มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานนั่นเอง

อย่างไรก็ดี ในส่วนของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอศึกษาในรายละเอียดของบทบัญญัติความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดในกลุ่มที่ 2 ข้างต้นเป็นตัวอย่างพอสังเขปเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากความรับผิดตามข้อสันนิษฐานกลุ่มที่ 2 นี้เองที่จะมีประเด็นปัญหาอย่างมากในการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐาน อันเป็นประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์นี้

3.2 บทบัญญัติและหลักพื้นฐานข้อสันนิษฐานความรับผิดของในกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เฉพาะความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดให้แก่บุคคลที่มีความเกี่ยวพันกับตัวทรัพย์ซึ่งรวมถึงสัตว์ด้วย โดยกำหนดไว้ใน 4 มาตรา กล่าวคือ

ก. <u>ข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสัตว์</u> มีกำหนดอยู่ในมาตรา 433 บัญญัติว่า “*ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะสัตว์ ท่านว่าเจ้าของหรือบุคคลผู้รับเลี้ยงรับรักษาไว้แทนเจ้าของจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดแต่สัตว์นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรแก่การเลี้ยงการรักษาตามชนิดและวิสัยของสัตว์ หรือตามพฤติการณ์อย่างอื่น หรือพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นย่อมจะต้องเกิดมีขึ้นทั้งที่ได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้น*

อนึ่ง บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น จะใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่บุคคลผู้ที่เร้าหรือยั่วสัตว์นั้นโดยละเมิด หรือเอาแก่เจ้าของสัตว์อื่นอันมาเร้าหรือยั่วสัตว์นั้นๆ ก็ได้”

ข. <u>ข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์</u> มีการกำหนดอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 3 มาตรา ได้แก่

---

[82] เรื่องเดียวกัน, หน้า 310.

1) มาตรา 434 ข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายจากโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือต้นไม้ ซึ่งบัญญัติว่า *"ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะเหตุที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นก่อสร้างไว้ชำรุดบกพร่องก็ดี หรือบำรุงรักษาไม่เพียงพอก็ดี ท่านว่าผู้ครองโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นๆ จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ถ้าผู้ครองได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อปัดป้องมิให้เกิดเสียหาย ฉะนั้นแล้ว ท่านว่าผู้เป็นเจ้าของจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน*

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงความบกพร่องในการปลูกหรือค้ำจุนต้นไม้หรือกอไผ่ด้วย

ในกรณีที่กล่าวมาในสองวรรคข้างต้นนั้น ถ้ายังมีผู้อื่นอีกที่ต้องรับผิดชอบในการก่อให้เกิดเสียหายนั้นด้วยไซร้ ท่านว่าผู้ครองหรือเจ้าของจะใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ผู้นั้นก็ได้"

2) มาตรา 436 ข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายจากของตกหล่นหรือทิ้งขว้างจากโรงเรือน หรือทิ้งขว้างไปในที่อันมิควร บัญญัติว่า *"บุคคลผู้อยู่ในโรงเรือนต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดเพราะของตกหล่นจากโรงเรือนนั้น หรือเพราะทิ้งขว้างของไปตกในที่อันมิควร"*

3) มาตรา 437 ข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกลหรือทรัพย์อันตราย อันบัญญัติว่า *"บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใดๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั้นเอง*

ความข้อนี้ให้ใช้บังคับตลอดถึงบุคคลผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่งทรัพย์อันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพ หรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้หรือโดยอาการกลไกของทรัพย์นั้นด้วย"

บทบัญญัติความรับผิดตามข้อสันนิษฐานในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้น มีหลักการพื้นฐานร่วมกัน โดยผู้เขียนจะขอกล่าวถึงความคิดรวบยอดของหลักการร่วมกันของบทบัญญัติทั้งหลาย ดังนี้

ก. แนวความคิดทั่วไป

บทบัญญัติมาตราต่างๆ เหล่านี้ เป็นนิติเหตุ กล่าวคือเป็นเหตุที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องรับผิด[83] อันเป็นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่กำหนดไว้โดยไม่ต้องการความผิดของบุคคลผู้ที่กฎหมายกำหนดให้รับผิดซึ่งแนวคิดเรื่องนี้มีพัฒนาอันยาวนานมาตั้งแต่ยุคกฎหมายโบราณส่งผ่านเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ดังที่ได้กล่าวไว้ในเบื้องแรกแล้ว แต่อาจสรุปแนวความคิดและฐานที่มาของบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายเกี่ยวด้วยความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ได้ว่า บุคคลที่กฎหมายกำหนดความรับผิดไว้นั้นเป็นผู้ที่ใกล้ชิดและได้ประโยชน์จากตัวทรัพย์ที่ก่อความเสียหายมากที่สุด จึงกำหนดให้มีหน้าที่ต้องระมัดระวังมิให้ทรัพย์นั้น

[83] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 119.

เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น[84] การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เนื่องจากกฎหมายสันนิษฐานว่าบุคคลเหล่านั้นได้ขาดความระมัดระวังตามสมควร[85] อีกทั้งบทบัญญัติเหล่านี้ยังมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองปกป้องผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกให้ได้รับการเยียวยากรณีได้รับบาปเคราะห์อันเกิดจากทรัพย์นั้นๆ โดยที่ตนเองไม่ได้มีส่วนทำให้เกิดความเสียหายนั้น ทั้งยังไม่อาจที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนเอาจากสัตว์หรือทรัพย์นั้นๆ ได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้รับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัตว์หรือทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองหรือดูแลนั้น[86] โดยอาศัยการสันนิษฐานว่าบุคคลที่กฎหมายวางความรับผิดไว้ให้นั้นน่าจะต้องมีความบกพร่องบางประการเกี่ยวกับหน้าที่ดูแลสัตว์หรือบกพร่องในการดูแลรักษาหรือใช้ทรัพย์นั้นๆ โดยไม่ต้องพิเคราะห์ถึงความผิด (fault) หรือการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างคดีละเมิดทั่วไป[87] ซึ่งก็มิได้หมายความว่าบุคคลที่ถูกกฎหมายกำหนดความรับผิดนั้นเป็นผู้ที่ปราศจากมลทินแต่อย่างใดไม่[88]

เนื่องจากความรับผิดที่กำหนดในมาตราต่างๆ ในเรื่องความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์นั้นเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย อันหมายความว่า หากบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดไม่อาจพิสูจน์หักล้างตามข้อยกเว้นความรับผิดที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของบทกฎหมายมาตรานั้นได้แล้ว ผลความรับผิดทางกฎหมายก็เป็นไปตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย นั่นคือต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นมิได้หมายความว่าทางฝ่ายผู้เสียหายจะต้องนำสืบพิสูจน์ว่าบุคคลที่กฎหมายกำหนดความรับผิดนั้นกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการไม่ใช้ความระมัดระวังในการควบคุมดูแลทรัพย์สินอย่างใดไม่[89] เพราะกรณีเช่นนั้นจะกลายเป็นเรื่องความรับผิดตามหลักทั่วไปในมาตรา 420 คือบุคคลต่างๆ เหล่านั้นเป็นผู้กระทำ “ความผิด” เสียเอง ซึ่งไม่ใช่ความมุ่งหมายของบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

ข. ตัวบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติที่ว่าด้วยความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ 4 มาตรานั้น วางความรับผิดชอบในความเสียหายนั้นให้เป็นหน้าที่ของบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ใกล้ชิดและได้ประโยชน์จากตัวสัตว์หรือทรัพย์ที่ก่อความเสียหายมากที่สุด ซึ่งบางมาตรากฎหมายจะกำหนดลำดับตัวบุคคลที่ต้องเป็นผู้รับผิดไว้หลายบุคคลตามลำดับ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ที่ต้องรับผิดจะมีเพียงคนหนึ่งคนใด เท่านั้น มิใช่ทุกคนที่มีสถานะตามที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายนั้นจะต้องรับผิดชอบทั้งหมด เช่น ในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัตว์ ตามมาตรา 433 ที่วางข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัตว์ไว้แก่เจ้าของสัตว์ หรือผู้รับเลี้ยงรับรักษาสัตว์นั้นแทนเจ้าของ คนใดคนหนึ่ง

---

[84] พจน์ ปุษปาคม, ละเมิด,(กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530), หน้า 384.

[85] ปรีดี พนมยงค์, บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์ และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ตอนที่ 2,(พระนคร: นิติสาสน์, 2471), หน้า 182-183.

[86] วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พริ้นติ้ง ,2554), หน้า 136.

[87] สุษม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553), หน้า 166.

[88] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, หน้า 179.

[89] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 269.

เท่านั้นมิใช่ว่าต้องรับผิดทั้งสองคน[90] สุดแล้วแต่ว่าขณะที่สัตว์ก่อความเสียหายนั้น ผู้ใดเป็นผู้ที่มีอำนาจในการดูแลสัตว์ในข้อเท็จจริง[91] โดยกฎหมายคาดการณ์เอาในเบื้องต้นว่าเจ้าของหรือผู้รับเลี้ยงรับรักษาสัตว์นั้นมีหน้าที่ในการดูแลสัตว์นั้นตามสมควร และจำเป็นที่จะต้องรู้จักนิสัยของสัตว์นั้นเป็นอย่างดี หากเกิดความเสียหายเกิดขึ้นเพราะสัตว์นั้นโดยไม่มีใครบังคับสัตว์หรือใช้สัตว์นั้นเป็นเครื่องมือกระทำความผิดแล้ว[92] กฎหมายจึงสันนิษฐานว่าบุคคลนั้นๆ บกพร่องในการดูแลจึงต้องรับผิดไว้ก่อนทั้งสิ้น โดยในมาตราอื่นๆ ก็ต้องมีคนใดคนหนึ่งรับผิดมิใช่ทั้งสองคน ได้แก่ ผู้ครองหรือเจ้าของโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างที่ชำรุดบกพร่อง ตามมาตรา 434 บุคคลผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะทรัพย์อันตราย หรือเจ้าของ ตามมาตรา 437 คนใดคนหนึ่งตามเงื่อนไขที่กำหนดในบทบัญญัตินั้นๆ* แต่สำหรับมาตรา 436 กำหนดความรับผิดไว้สำหรับบุคคลผู้ที่อยู่ในโรงเรือนเท่านั้นต้องรับผิดแต่เพียงผู้เดียวเมื่อเกิดความเสียหายจากกรณีของตกหล่นทิ้งขว้างจากโรงเรือนโดยไม่รู้ตัวผู้กระทำผิด ซึ่งบุคคลผู้ที่อยู่ในโรงเรือนก็คือผู้ที่อยู่ในโรงเรือนในฐานะผู้มีอำนาจหรือหน้าที่ในการดูแลโรงเรือนนั้นนั่นเอง[93] โดยบางคนที่ต้องรับผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายต้องรับผิดโดยเด็ดขาด บางคนอาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดที่มีตามตัวบทกฎหมายนั้นได้ และบางคนที่รับผิดชดใช้ความเสียหายไปแล้วก็ยังอาจเรียกคืนได้จากอีกคนหนึ่งด้วย ดังจะได้กล่าวต่อไป

ค. ข้อยกเว้นความรับผิด

บทสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ในแต่ละบทบัญญัติมักจะเป็นการวางหลักความรับผิดไว้ก่อน แล้ววางข้อยกเว้นซึ่งผู้ที่ถูกกฎหมายสันนิษฐานความรับผิดนั้นจะต้องเป็นผู้พิสูจน์หักล้างว่าความรับผิดของตนนั้นให้เข้ากรณีข้อยกเว้นตามกฎหมายนั้นๆ ดังเช่นที่ปรมาจารย์ทางกฎหมายของไทย 2 ท่าน กล่าวคือท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช[94] และท่านศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์[95] ได้กล่าวไว้สอดคล้องกันว่าความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัตว์หรือทรัพย์สินที่มีบทบัญญัติกำหนดไว้พิเศษ แยกต่างหากจากมาตรา 420 ดังนั้น บุคคลผู้ที่ต้องรับผิดจะแก้ตัวว่าตนไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ไม่พ้นความรับผิด ข้อแก้ตัวจะฟังได้อย่างไรก็ต้องไปว่ากันตามมาตรานั้นๆ ที่กำหนดความรับผิดแก่ตนโดยจะมีข้อกำหนดยกเว้นปลดเปลื้องความรับผิดไว้โสดหนึ่งต่างหากจากมาตรา 420

บทบัญญัติมาตรา 433 – 434 และมาตรา 436-437 เป็นเรื่องความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์อันเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดทางกฎหมายที่กฎหมายได้บัญญัติให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองควบคุมดูแลต้องรับผิดเพื่อความเสียหาย จึงไม่จำเป็นที่ผู้ต้องรับผิดนั้น

---

[90] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 118.

[91] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 269.

[92] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 113.

* อย่างไรก็ดี ปัญหาบุคคลผู้ที่ต้องรับผิดตามมาตรา 437 เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้ว่าทั้งผู้ครอบครองและผู้ควบคุมดูแลต้องรับผิดทั้งสองคน รายละเอียดโปรดอ่านใน ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 333-346.

[93] วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 153.

[94] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 478.

[95] จิตติ ติงศภัทิย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 272.

จะต้องกระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่บุคคลเหล่านั้นอาจสืบหักล้างความรับผิดได้เป็นเรื่องๆ ไปตามที่ตัวบทเปิดช่องไว้[96] โดยข้อปลดเปลื้องความรับผิดที่ปรากฏในบทบัญญัตินั้นๆ ซึ่งผู้ที่ต้องรับผิดจำต้องสืบพิสูจน์หักล้างตามข้อกำหนดในองค์ประกอบของบทบัญญัติมาตรานั้นๆ ได้แก่

ก.) มาตรา 433 ผู้ที่ต้องรับผิดต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรแก่การเลี้ยงการรักษาตามชนิดและวิสัยของสัตว์หรือตามพฤติการณ์อย่างอื่น หรือพิสูจน์ว่าความเสียหายนั้นย่อมจะต้องเกิดมีขึ้นทั้งที่ได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้น

ข.) มาตรา 434 ผู้ครองโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างต้องพิสูจน์ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อปัดป้องมิให้เกิดความเสียหายนั้นแล้ว หากพิสูจน์ได้เช่นนี้ผู้ครองก็ไม่ต้องรับผิด แต่ความรับผิดนั้นจะตกเป็นภาระแก่เจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างต้องรับผิดโดยไม่มีข้อยกเว้นความรับผิดที่กำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้แต่ประการใด โดยอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัตินี้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดสำหรับเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง[97]

ค.) มาตรา 437 ผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะที่เดินด้วยกำลังเครื่องจักรกลหรือครอบครองทรัพย์อันตรายอาจนำสืบแก้ตัวให้พ้นจากความรับผิดได้เพียง 2 กรณีคือเหตุสุดวิสัยและความผิดของผู้เสียหายเอง โดยมีข้อสังเกตว่า “เหตุสุดวิสัย” อันเป็นข้อยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 437 ต่างกับ “เหตุสุดวิสัย” อันเป็นข้อยกเว้นความรับผิดทางแพ่งทั่วไปอย่างไรหรือไม่นั้น ประเด็นนี้ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ อธิบายไว้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัยที่มีความหมายและลักษณะที่เหมือนกันทุกประการ แต่การปรับใช้จะแตกต่างกัน โดยหากกล่าวถึงเหตุสุดวิสัยตามมาตรา 437 จะเป็นกรณีที่ “ความเสียหาย” นั้นเกิดจากเหตุสุดวิสัย แต่หากกล่าวอ้างเหตุสุดวิสัยในความรับผิดทางแพ่งทั่วไปที่ต้องการองค์ประกอบเรื่อง “ความผิด” แล้ว ผู้ที่ต้องรับผิดก็จะอ้างเหตุสุดวิสัยขึ้นเป็นข้อยกเว้นความรับผิดอันเป็นการยกเว้นองค์ประกอบในเรื่องความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ[98]

ส่วนมาตรา 436 มิได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดไว้ ดังนั้น ผู้ที่อยู่ในโรงเรือนจึงไม่มีข้อแก้ตัวอย่างอื่นที่จะยกขึ้นอ้างได้ นอกเสียจากจะอ้างเหตุสุดวิสัยหรือมีความจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันอันตราย[99] อันเป็นข้ออ้างปฏิเสธความรับผิดโดยทั่วไปนั่นเอง

โดยเหตุที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากทรัพย์นั้นเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดทางกฎหมายนั้นเป็นความรับผิดเด็ดขาด กล่าวคือผู้ที่ต้องรับผิดไม่ต้องมีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วยเหตุนี้ กฎหมายของหลายประเทศจึงมีบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดข้อยกเว้นให้ผู้นั้นไม่ต้องมีความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย นั่นหมายความว่าบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดจะต้องรับผิดตามบทบัญญัติข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เว้นแต่ว่าตนจะสามารถพิสูจน์ให้ได้ความ

---

[96] ปรีดี พนมยงค์, บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์ และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ตอนที่ 2, หน้า 212.

[97] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 278.

[98] เรื่องเดียวกัน, หน้า 297.

[99] สุษม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ละเมิด, หน้า 183.

ตามที่กฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้จึงจะหลุดพ้นความรับผิดได้เช่นเดียวกันกับกฎหมายละเมิดของไทย[100]

ง. การไล่เบี้ยเรียกคืนค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลอื่น

หากบุคคลผู้ซึ่งถูกกฎหมายสันนิษฐานให้ต้องรับผิดตามบทบัญญัติข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปแล้ว บทบัญญัติในเรื่องความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์บางเรื่องยังมีบทกำหนดให้ผู้นั้นอาจมีสิทธิไล่เบี้ยโดยเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนที่จ่ายไปแล้วนั้นคืนจากบุคคลอื่นได้ เช่น เรียกจากผู้เร้าหรือยั่วสัตว์ หรือเจ้าของสัตว์ที่มาเร้าหรือยั่วสัตว์ของตน หรือกรณีความเสียหายจากความชำรุดบกพร่องของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างก็สามารถไล่เบี้ยได้จากบุคคลที่อาจต้องรับผิดชอบในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย อาทิ ผู้รับจ้างก่อสร้างโรงเรือน เป็นต้น โดยอาจเรียกได้ไม่เต็มจำนวนเหมือนเช่นการไล่เบี้ยในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่น เพราะกรณีความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสัตว์ที่มีบุคคลหรือสัตว์อื่นมายั่วหรือเร้าให้สัตว์ของตนไปก่อความเสียหายนั้น กรณีเทียบได้ราวกับว่า ทั้งเจ้าของสัตว์ที่ก่อความเสียหาย กับบุคคลที่เร้าหรือยั่วสัตว์ มีส่วนร่วมในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ทว่า การกระทำของแต่ละคนยังไม่เพียงพอถึงขั้นที่เรียกได้ว่ามีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่จะต้องรับผิดในการกระทำของตนเองตามมาตรา 420 ได้ ดังนั้น กรณีการไล่เบี้ยตามมาตรา 433 นี้จึงอาจไล่เบี้ยได้ไม่เต็มจำนวน[101] อย่างไรก็ดี ในบทบัญญัติมาตรา 436 และมาตรา 437 มิได้มีการกำหนดเรื่องการไล่เบี้ยจากบุคคลอื่นได้ ซึ่งแตกต่างกับกรณีที่มีการกำหนดสิทธิไล่เบี้ยในมาตรา 433 วรรค 2 และมาตรา 434 วรรค 3[102] ดังนั้นผู้ที่ต้องรับผิดตามมาตรา 436 และมาตรา 437 เมื่อชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปแล้วก็ไม่อาจใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่บุคคลอื่นใดได้ เพราะหากกฎหมายมุ่งหมายให้สามารถไล่เบี้ยได้ ก็คงได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วเช่นกัน[103]

3.3 ผลของข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายละเมิด

โดยหลักของความรับผิดทางละเมิดทั่วไปนั้น หลักเกณฑ์องค์ประกอบข้อหนึ่งที่ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ คือ ผู้เสียหายจะต้องนำสืบพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดไม่ว่าโดยจงใจ หรือความประมาทเลินเล่อของผู้ที่ต้องรับผิดให้ได้เสียก่อน จึงจะถือได้ว่าผู้นั้นมีความผิดอันจะต้องมีความรับผิดในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมา แต่บทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดทางละเมิดเป็นบทบัญญัติที่ไม่สนใจ “ความผิด” ของผู้กระทำแต่อย่างใด หากกรณีตามข้อเท็จจริงเข้าตามหลักองค์ประกอบของบทบัญญัตินั้นๆ ซึ่งจะไม่มีองค์ประกอบภายในจิตใจของผู้ที่ต้องรับผิดในเรื่องการกระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในตัวบทกฎหมายนั้นๆ เลย กอร์ปกับจำเลยซึ่งก็คือบุคคลที่กฎหมายสันนิษฐานความรับผิดนั้นไม่อาจสืบพิสูจน์ได้ว่ากรณีข้อที่ต้องรับผิดของตนนั้นเข้า

---

[100] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค ๑ ความรู้ทั่วไป และภาค ๒ ลักษณะละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญชน, 2546), หน้า 86.

[101] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 268-269.

[102] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 136.

[103] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 284.

ตรงตามองค์ประกอบข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในตัวบทกฎหมายนั้นๆ หรือเหตุสุดวิสัยใดๆ บุคคลนั้นก็ย่อมต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยจะมีสิทธิไล่เบี้ยเรียกเงินค่าสินไหมทดแทนที่จ่ายไปนั้นหรือไม่ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งภายหลังจากที่ได้รับผิดชดใช้ไปตามบทบัญญัติข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้นแล้ว โดยจำเลยจะอ้างว่าตนเองไม่ได้กระทำความเสียหายนั้นให้เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อประการใด ก็ไม่อาจหลุดพ้นความรับผิดได้[104]

แต่ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายได้ตั้งข้อสันนิษฐานทำให้ฝ่ายผู้เสียหายได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานด้วยการที่ลดภาระการนำสืบพิสูจน์ความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ต้องรับผิด ดังนั้น การตีความในตัวบทกฎหมายเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดนี้จึงจำเป็นต้องตีความอย่างเคร่งครัด จึงไม่ควรขยายความออกไปปรับกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายไม่ได้ระบุเอาไว้ โดยจะต้องพิจารณาพิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายเป็นสำคัญด้วย[105]

3.4 การตกลงยกเว้นความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิด

หัวข้อนี้เรียกได้ว่าเป็นหัวใจแห่งประเด็นปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เลยก็ย่อมได้ เนื่องจากการที่ได้ศึกษาถึงข้อสันนิษฐานความรับผิดทางแพ่งทั้งในส่วนของสัญญาและละเมิดมาแล้วนั้น ในเรื่องของข้อสันนิษฐานความรับผิดทางสัญญามีกฎหมายบัญญัติเปิดช่องไว้ให้สามารถตกลงยกเว้นความรับผิดกันได้ค่อนข้างชัดเจน เมื่อมีการตกลงยกเว้นความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดบทสันนิษฐานความรับผิดของคู่สัญญา โดยหลักก็จะใช้บังคับได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

แต่ในส่วนของการตกลงยกเว้นข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดนั้นจะเป็นประเด็นที่จะได้พิเคราะห์ถึงผลของการที่บุคคลที่ถูกกฎหมายกำหนดความรับผิดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้น จะแสดงเจตนาตกลงกันล่วงหน้าในการยกเว้นความรับผิดของตนเอง กรณีเช่นนี้จะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เพียงใด โดยผู้เขียนจะขอยกนำไปพิจารณาในส่วนของบทวิเคราะห์ แต่ในชั้นนี้ ผู้เขียนยังพบว่าท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตร ก็ได้เคยตั้งเป็นประเด็นไว้ในงานเขียนของท่านด้วยว่าข้อสัญญาไม่รับผิดทางละเมิดนั้น (ละเมิดทั่วไปโดยมิได้เฉพาะเจาะจงในเรื่องข้อสันนิษฐานของกฎหมาย – ผู้เขียน) เกิดเป็นปัญหาโต้เถียงกันมากว่าจะมีผลใช้บังคับหรือไม่ โดยฝ่ายหนึ่งกล่าวว่าบทบัญญัติเรื่องละเมิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อสัญญาไม่รับผิดทางละเมิดจึงต้องเป็นโมฆะ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า กรณีจะต้องแยกพิจารณาเพราะบทบัญญัติเรื่องละเมิดมีบางกรณีที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างใดไม่ เช่น กรณีที่มีความเสียหายทางละเมิดอันเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น ท่านศาสตราจารย์ ดร.จิ๊ดจึงตั้งเป็นประเด็นทิ้งไว้ว่า มาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวเป็นทำนองห้ามสัญญาไม่รับผิดเพื่อกลฉ้อฉลและเพื่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น จึงดูเหมือนจะอนุญาตให้ทำสัญญาไม่รับผิดในกรณีอื่นๆ ได้ ซึ่งข้อห้ามตามมาตรา 373 นี้กำหนดกินความแค่ความรับผิดทางสัญญาเท่านั้น หรือกินความรวมไปถึง

---

[104] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 478.

[105] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, หน้า 179-180.

ความรับผิดละเมิดด้วย ยังเป็นปัญหาที่น่าคิด[106] ซึ่งในส่วนวิเคราะห์ปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้พิจารณาถึงการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามสัญญาและละเมิดอันเป็นการยกเว้นบทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายเท่านั้น อันจะได้พิเคราะห์ต่อไป

4. กฎหมายพิเศษที่มีข้อกำหนดในการควบคุมการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยในขอบข่ายของความรับผิดเพื่อละเมิด

ในหัวข้อที่ 2.5 ผู้เขียนได้กล่าวถึงกฎหมายพิเศษที่มีข้อกำหนดในการควบคุมการแสดงเจตนาเพื่อยกเว้นความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิอันเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายในขอบข่ายของสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าไปบ้างแล้ว แต่ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงรายละเอียดของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพิจารณาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในส่วนของการที่บุคคลแสดงเจตนาล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ซึ่งอาจถือได้ว่ากฎหมายนี้เป็นอีกบทกฎหมายหนึ่งที่กำหนดกรอบในการจำกัดขอบเขตแห่งเสรีภาพในการแสดงเจตนาของเอกชนในเรื่องการยกเว้นความรับผิดทางแพ่งไว้อีกโสดหนึ่งด้วย โดยจะเป็นการศึกษาเพื่อนำไปเป็นตัวอย่างหนึ่งในการวิเคราะห์ผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามที่กฎหมายสันนิษฐานความรับผิดแก่บุคคลที่มิได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อันเป็นหัวใจของปัญหาแห่งวิทยานิพนธ์นี้ โดยขอเริ่มต้นพิจารณาที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ก่อน แล้วจึงพิจารณาถึงพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ตามลำดับ

4.1 การศึกษาวิจัยเรื่องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของนักกฎหมายไทยในอดีต*

ก่อนหน้าที่จะมีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นมาใช้บังคับในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2540 นั้น ได้มีนักกฎหมายไทยหลายท่านสนใจค้นคว้าถึงความเหมาะสมของการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมข้อจำกัดความรับผิดและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในปีพ.ศ. 2531 คุณวิชัย จิตตปาลกุล[107] ได้ทำวิจัยและเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยให้นำเอาแบบอย่างของประเทศเยอรมันมาใช้เป็นหลัก และในขณะเดียวกันก็ให้พิจารณาหลักการของกฎหมาย Unfair Contract Terms Act ของประเทศอังกฤษมาพิจารณาประกอบเท่านั้น เพราะประเทศเยอรมันมีการกำหนดความเป็นโมฆะแก่ข้อสัญญาที่ไม่เป็น

---

[106] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, หน้า 46.

* เนื่องจากมีผลวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นจำกัดความรับผิดและพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจำนวนมาก แต่ในที่นี้ ผู้เขียนขอกล่าวถึงงานวิจัยของนักกฎหมายบางท่านที่ผู้เขียนได้ศึกษาแล้วพบว่าเป็นประโยชน์เกี่ยวเนื่องกับวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนนี้เท่านั้น

[107] วิชัย จิตตปาลกุล, "สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม."(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 198-201.

ธรรมซึ่งศาลจะพิจารณาว่าข้อสัญญาใดใช้ได้หรือใช้ไม่ได้ อีกทั้งประเทศเยอรมันยังมีองค์กรเอกชนสำหรับดำเนินคดีต่อภาคธุรกิจได้โดยอาจขอให้ศาลสั่งระงับไม่ให้มีการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปบางประการได้ อันเป็นวิธีการป้องกันก่อนที่จะเกิดปัญหาแก่ประชาชนผู้บริโภคแต่ละราย

ต่อมาในปี พ.ศ. 2532 มีงานเขียนของคุณสุจิตรา โพทะยะ[108] ที่ศึกษาเรื่องข้อจำกัดความรับผิดในสัญญาและมีข้อเสนอแนะว่าการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นมาเพื่อควบคุมข้อจำกัดความรับผิดทำให้หลักกฎหมายเกิดความกระด้าง ไม่ยืดหยุ่น และให้ผลออกมาที่ไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาเพราะเมื่อออกพระราชบัญญัตินี้ไปได้สักระยะหนึ่ง ผู้ทำสัญญาก็จะคิดหาทางจำกัดความรับผิดของตนให้อยู่นอกจากกรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ และศาลก็จะไม่อาจใช้ดุลพินิจให้เกินเลยไปกว่าที่กำหนดไว้ในตัวบทกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมในคดีได้ คุณสุจิตราจึงเห็นว่าประเทศไทยยังไม่จำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติที่เป็นการควบคุมข้อจำกัดความรับผิดออกมาใช้บังคับโดยตรงอันจะทำให้เกิดปัญหาดังเช่นที่ต่างประเทศประสบอยู่ทุกวันนี้

ในปี พ.ศ. 2536 ภายหลังจากที่กระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ....มาแล้ว คุณอรนุช อาชาทองสุข[109] ได้ทำการวิจัยร่างกฎหมายดังกล่าวและมีความเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ... มีหลักการที่ดีที่ต้องการจะผดุงความยุติธรรมในสังคมอันเป็นการตอบสนองเสียงเรียกร้องที่ต้องการความเป็นธรรมของฝ่ายผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากฝ่ายที่มีอำนาจการต่อรองมากกว่าในการเข้าทำนิติกรรมสัญญา โดยเห็นว่าหากมีการบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามแบบของประเทศอังกฤษคือ The Unfair Contract Act 1977 คือวิธีการแก้ปัญหาที่เหมาะสมที่สุด เพราะกำหนดรายละเอียดและวิธีพิจารณาไว้อย่างดีแล้ว ว่าหากข้อจำกัดความรับผิดใดของคู่สัญญาไม่มีเหตุผลเพียงพอก็ไม่ให้มีผลบังคับได้เลย การที่ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. .... ที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรมเปิดโอกาสให้ศาลเข้ามามีอำนาจในการดูแลบังคับตามสัญญาเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร โดยมีกรอบการพิจารณาความเป็นธรรมไว้ในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้นทำให้ศาลมีโอกาสได้พิจารณาอย่างรอบคอบในด้านต่างๆ ทุกด้านแล้ว อย่างไรก็ดี คุณอรนุชมิได้มีความเห็นในประเด็นที่ว่า ร่างพระราชบัญญัตินี้มีผลทางกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายของนานาอารยประเทศที่กำหนดผลว่าหากข้อสัญญาใดที่ไม่สมเหตุสมผลศาลของต่างประเทศจะไม่ใช้บังคับเลย อีกทั้งมิได้พิจารณาในเรื่องระบบกฎหมายของซีวิลลอว์ กับคอมมอนลอว์ที่มีความแตกต่างกันในลำดับการพิจารณาบ่อเกิดของกฎหมายด้วยต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ประกาศใช้แล้ว คุณพัฒนา ชูสอน[110] ได้ทำการศึกษาในประเด็นปัญหากฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวกับมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม พบว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทย ยังไม่อาจนำมา

---

[108] สุจิตรา โพทะยะ, “ลักษณะและขอบเขตของข้อจำกัดความรับผิดในสัญญา.”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 117-120.

[109] อรนุช อาชาทองสุข, “การควบคุมและการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 218-225.

[110] พัฒนา ชูสอน, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการเยียวยาผู้บริโภค ศึกษากรณีสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 99-102.

ปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองทางด้านการทำสัญญาของผู้บริโภคได้ทั้งหมด เนื่องจากยังเป็นปัญหาว่าผลของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะมีลักษณะไปในทิศทางใด จะมีผลสมบูรณ์หรือโมฆะหรืออย่างไรซึ่งคุณพัฒนามองว่าประเด็นนี้ยังขาดความชัดเจน อีกทั้งรัฐยังไม่สามารถที่จะเข้าไปดูแลเพื่อลดทอนความไม่เป็นธรรมได้เท่าที่ควร จึงเสนอแนะให้มีการประกาศว่าสัญญาบางประเภทที่เคยถูกศาลพิพากษาให้เป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วนั้น เป็นธุรกิจที่ต้องมีการควบคุมในเรื่องการทำสัญญา นอกจากนี้ยังเสนอให้มีหน่วยงานที่เป็นตัวแทนของผู้บริโภคสามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้ยับยั้งการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ชั่วคราวเพื่อให้ศาลพิจารณาก่อน และเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับวิธีสบัญญัติในการดำเนินการฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเสียใหม่เป็นพิเศษเพื่อให้การดำเนินคดีเป็นไปอย่างรวดเร็วและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ยังมีงานวิจัยของ คุณวัฒนา เทพวุฒิสถาพร[111] ที่ทำการศึกษาแนวคิดและวิธีการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยเสนอให้มีการเพิ่มตัวอย่างการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 วรรค 3 ให้มีตัวอย่างจำนวนมากและครอบคลุมยิ่งขึ้น และให้แยกกรณีการวินิจฉัยเรื่องการได้เปรียบเกินสมควรกับการปรับลดสภาพบังคับกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกจากมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติเนื่องจากเป็นกรณีที่มีความซ้ำซ้อนกัน นอกจากนี้ยังควรต้องแยกพิจารณาระหว่างความไม่เป็นธรรมในมิติเนื้อหาของข้อสัญญา และความไม่เป็นธรรมในมิติของกระบวนการทำสัญญาควบคู่กันไปด้วย อีกทั้งยังเห็นควรให้มีวิธีการพิจารณาความคดีว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะ

สำหรับการวิจัยเกี่ยวกับประเด็นเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับล่าสุดในปีพ.ศ. 2555 ได้แก่งานเขียนของคุณแพทริญา อรัญมิ่ง[112] โดยได้ศึกษาปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยผลการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในฐานะที่เป็นหนึ่งในบรรดากฎหมายหลายฉบับที่เป็นกฎหมายที่คุ้มครองคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* โดยกฎหมายฉบับนี้ ศาลจะเป็นผู้มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบแก้ไขหรือปรับลดข้อสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี อันถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาภายหลังที่เกิดสัญญาขึ้นแล้วและต้องมีการฟ้องคดีต่อศาลก่อนด้วย โดยมีปัญหาว่า การตีความว่า “การมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” จะมีความหมายว่าอย่างไร ศาลสามารถใช้และตีความได้ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ อีกทั้งไม่มีมาตรการลงโทษที่จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเกิดความเกรงกลัวแต่อย่างใด คุณแพทริญาศึกษาถึงมาตรการการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อแก้ไขปัญหาการตีความกฎหมาย โดยให้แก้ไขดังนี้

---

[111] วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 283-288.

[112] แพทริญา อรัญมิ่ง, “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555), หน้า 298-203.

* กฎหมายที่สำคัญอื่นๆ ที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่คุ้มครองคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

1. ให้มีการบัญญัติให้สัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2. ให้มีการบัญญัติหลักการคุ้มครองกรณีที่เหตุอันเป็นรากฐานของสัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (หลัก clausula rebus sic stantibus)

3. เพิ่มความคุ้มครองผู้บริโภคโดยให้มีหลักการดังนี้

ก. “ราคาค่าบริการที่ไม่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้า จะคิดเกินกว่าที่เป็นธรรมและพอสมควรไม่ได้”

ข. “ถ้าจงใจใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้อีกฝ่ายบอกเลิกสัญญาได้”

ค. “ให้ผู้บริโภคเสนอคดีต่อศาลได้ ถ้ามีเหตุสมควรขอคุ้มครองจากศาล”

ง. “ให้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้มีผลใช้บังคับครอบคลุมกับสัญญาทุกประเภท โดยคำนึงถึงลักษณะของสัญญาประเภทนั้นๆ ด้วย”

4. เสนอให้มีการรวมบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ รวมเอาพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 รวมเข้าไว้ด้วยกัน เนื่องจากมีมาตรการในการคุ้มครองข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน โดยจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาเดิมแต่ประการใด โดยให้มีชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ....”

4.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในส่วนที่ว่าด้วยการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในทางแพ่ง

สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้มีต้นแบบส่วนใหญ่มาจากกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญที่ว่าด้วยขอบเขตของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดเป็นหลัก[113] ผสมผสานกับการปรุงแต่งหลักกฎหมายของนักกฎหมายไทย[114] โดยกฎหมายนี้เปิดโอกาสให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นมีช่องทางในการตรวจสอบข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด(exemption

[113] พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,”วารสารนิติศาสตร์ 30 (ธันวาคม 2543): 569.

[114] สรุปผลการสัมมนาเรื่อง “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” วันพุธที่ 27 มกราคม 2536 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ. บทบัณฑิตย์ 48 (มิถุนายน 2536): 133.

clause) ได้ในทุกๆ กรณีและทุกๆ รูปแบบของการแสดงออกซึ่งเจตนาในการยกเว้นความรับผิด[115] แม้ว่าโดยชื่อของพระราชบัญญัตินี้จะว่าด้วย “ข้อสัญญา” ก็ตาม แต่กระนั้นก็ดี กฎหมายนี้ยังมีอำนาจครอบคลุมการยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดอีกด้วย ซึ่งต่อไปนี้จะศึกษาลงในรายละเอียดของการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดตามที่พระราชบัญญัติกำหนดผลของการแสดงเจตนาไว้

ก. 1) ความหมายพิเศษของ “ข้อสัญญา” ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในเบื้องแรกก่อนที่จะได้ศึกษาการกำหนดแนวทางในการควบคุมข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดตามพระราชบัญญัตินี้ จำต้องศึกษาถึงคำจำกัดความของคำว่า “ข้อสัญญา” ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ให้คำนิยามที่พิเศษแตกต่างไปจากความเข้าใจของบุคคลทั่วไป โดยนิยามคำว่า “ข้อสัญญา” ตามพระราชบัญญัตินี้ จะเกี่ยวข้องกับเรื่องของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในทางแพ่งโดยตรง ดังที่จะได้พิจารณาต่อไป

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า *“ในพระราชบัญญัตินี้... “ข้อสัญญา” หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย...”*

จากคำนิยามในมาตรา 3 จะพบว่าพระราชบัญญัตินี้กำหนดความหมายของคำว่า “ข้อสัญญา” ไว้เป็นพิเศษ ซึ่งกินความหมายกว้างยิ่งกว่าคำว่า “ข้อสัญญา” ในความหมายโดยทั่วๆ ไป* โดยกำหนดให้รวมความไปถึง “ความยินยอม” “ประกาศ” และ “คำแจ้งความ”เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย

เป็นที่น่าสังเกตว่า ตามความหมายทั่วๆ ไปนั้น “การให้ความยินยอม” “การประกาศ” และ “การแจ้งความ” เป็นอาการนามที่บ่งความหมายชัดเจนว่าเป็นการแสดงเจตนาออกไปฝ่ายเดียว ไม่น่าจะเข้าข่ายในความหมายของคำว่า “ข้อสัญญา” ที่จะต้องมีการแสดงเจตนาเสนอและสนองรับเพื่อมีผลผูกพันระหว่างกันแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี ตราบใดที่กรณีอยู่ในขอบข่ายภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ การแสดงเจตนาออกไปภายนอกโดยที่เป็นการมุ่งประสงค์จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ไม่ว่าจะด้วยวิธี “การให้ความยินยอม” “การประกาศ” หรือ“การแจ้งความ” การกระทำนั้นจะกลายเป็น “ข้อสัญญา”โดยอำนาจของพระราชบัญญัตินี้ทันที อีกทั้งยังให้ถือว่าทั้ง

---

[115] จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” ดุลพาห 45 (มกราคม-มิถุนายน 2541): 125., ธัช สิงห์วิริยะและคณะ, เอกสารประกอบการสัมมนา พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 วันที่ 2 มิถุนายน 2541, (อัดสำเนา), หน้า 59.

* ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หาได้มีการให้คำนิยามคำว่า “สัญญา” ไว้ชัดแจ้งเหมือนเช่นคำว่า “นิติกรรม” ไม่ แต่จากนัยยะของบทบัญญัติโดยรวมของกฎหมายลักษณะสัญญาและจากตำราคำอธิบายกฎหมาย สามารถสรุปความหมายของ “สัญญา” ได้ว่า สัญญา หมายถึงการที่บุคคลสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น แสดงเจตนาทำนิติกรรมต่อกันด้วยการแสดงเจตนาทำคำเสนอและการแสดงเจตนาทำคำสนองรับ เมื่อคำเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกันตามความประสงค์โดยมุ่งจะก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์ต่อกันแล้ว ย่อมเกิดสัญญาขึ้น รายละเอียดโปรดอ่านใน เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2), หน้า 339., ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 283.

ความยินยอม ประกาศ และคำแจ้งความนั้นเป็นนิติกรรมสองฝ่ายตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้กำหนดให้เป็น แม้ว่าในความเป็นจริงจะมิได้เป็นนิติกรรมสองฝ่ายก็ตาม[116]

แต่ต้องระลึกไว้เสมอว่าคำจำกัดความของคำว่า “ข้อสัญญา” เช่นนี้ มีความหมายพิเศษตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ผู้ใช้กฎหมายนำเอาความหมายธรรมดาตามพจนานุกรมมาอธิบายคำว่า “ข้อสัญญา” ให้แตกต่างจากพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้[117] และในทำนองเดียวกันก็ไม่อาจนำความหมายของ “ข้อสัญญา” ตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือในกฎหมายอื่นๆ ที่มิใช่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้เลย[118] อย่างไรก็ตามในพระราชบัญญัติฉบับนี้เอง ก็มิได้ให้ความหมายของคำว่า “ข้อตกลง” “ความตกลง” “ความยินยอม” “ประกาศ” หรือ “คำแจ้งความ” ไว้เป็นพิเศษแต่ประการใด เมื่อพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายเฉพาะและมิได้กำหนดความหมายไว้เป็นพิเศษไว้ ก็อาจต้องหวนกลับมาพิจารณาความหมายของคำต่างๆ เหล่านั้นในหลักทั่วไป หรือความหมายตามธรรมดาสามัญ

อย่างไรก็ตาม ในสายตาของกฎหมายในบริบทขอบข่ายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกาศหรือคำแจ้งความฝ่ายเดียวเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกาศหรือแจ้งความไม่ใช่สัญญา และอาจไม่มีสถานะทางกฎหมายถึงขนาดที่จะเป็นนิติกรรมได้ เพราะไม่มีความผูกพันที่มุ่งหมายจะให้เกิดขึ้นตามกฎหมายจากการประกาศหรือการแจ้งความฝ่ายเดียวเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกาศหรือบุคคลอื่นที่ผู้ประกาศต้องร่วมรับผิดด้วย โดยจะให้ผูกพันผู้รับข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยที่ผู้นั้นมิได้ตกลงยอมผูกพันด้วยมิได้[119] ดังนั้นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่กำหนดขึ้นฝ่ายเดียวในเรื่องต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่มีผลแต่ประการใด เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ตกลงด้วยโดยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น เช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 625 มาตรา 639 มาตรา 677 และมาตรา 772 เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากโดยปกติบุคคลเช่นผู้ขนส่ง เจ้าสำนักโรงแรม หรือนายคลังสินค้าต้องรับผิดในความสูญหายบุบสลาย ของทรัพย์สินที่อยู่ในอารักขาแห่งตนอยู่แล้ว ฉะนั้น หากผู้ขนส่ง เจ้าสำนักโรงแรม หรือนายคลังสินค้าจะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนนอกจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตกลงด้วยโดยชัดแจ้งด้วย[120]

ในทางกลับกัน ถ้าหากเป็นการประกาศหรือแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่เข้าลักษณะของการทำคำเสนอ หรือคำมั่นในลักษณะที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำเสนอหรือคำมั่นซึ่งมิใช่การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด หากผู้รับคำเสนอหรือคำมั่นได้กระทำการเพื่อสนองรับคำมั่นหรือคำเสนอนั้นก็อาจจะเกิดความผูกพันเป็นสัญญาขึ้นได้ ซึ่งกรณีจะแตกต่างกับเรื่องการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพราะประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองแตกต่างกัน

---

[116] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 155.

[117] ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 710.

[118] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 154.

[119] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, “ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างนิติกรรมและหนี้,”รพีพัฒนศักดิ์ 2555 คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย(สิงหาคม 2555): 74.

[120] บัญญัติ สุชีวะ, “ข้อสัญญาที่กำหนดฝ่ายเดียว,” บทบัณฑิตย์ 24 (มกราคม 2509): 69-70.

ก. 2) ความเป็นมาในการยกร่างบทบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในส่วนที่ว่าด้วยการยกเว้นความรับผิดทางแพ่ง

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความเสียหายทางแพ่งที่เด่นชัดอยู่ในสองมาตรา คือ มาตรา 8 และมาตรา 9

มาตรา 8 บัญญัติว่า "*ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความหรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้*

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น"

และมาตรา 9 บัญญัติว่า "*ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้*"

ความเป็นมาในการยกร่างหลักการในมาตรา 8 และมาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้เสนอโดยกระทรวงยุติธรรม โดยในการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย (คณะพิเศษ) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการหารือในประเด็นของทั้งสองมาตรานี้ในหลายครั้งหลายคราว จนมีข้อสรุปของคณะกรรมการร่างกฎหมาย (คณะพิเศษ) ลงความเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 8 นี้ยังไม่มีความชัดเจนว่าเป็นการยกเว้นความรับผิดความเสียหายที่เกิดจาก "มูลละเมิด" ตามมาตรา 420 หรือ "มูลสัญญา" ตามมาตรา 373 เนื่องจากคำว่า "กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ" เป็นคำที่ปรากฏอยู่ทั้งในมาตรา 420 และมาตรา 373 อันเป็นเรื่องของสัญญาซึ่งก็มีส่วนที่เป็นการกระทำโดยจงใจและประมาทเลินเล่ออยู่ด้วยเช่นกัน สำหรับมาตรา 9 นั้น คณะกรรมการร่างกฎหมาย (คณะพิเศษ) เห็นว่าเป็นเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย อันเป็นหลักการที่มีในกฎหมายปัจจุบันอยู่แล้ว คณะกรรมการร่างกฎหมาย (คณะพิเศษ) จึงตั้งข้อพิจารณาว่า กรณีสมควรจะนำหลักเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายนี้ไปเขียนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือในร่างกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในมาตรา 9 นี้มากกว่ากัน อย่างไรก็ดี ท้ายที่สุดแล้วผู้แทนกระทรวงยุติธรรมยังคงยืนยันขอให้คงหลักการในเรื่องการยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดและผิดสัญญาไว้เช่นเดิม ซึ่งต่อมา เมื่อเรื่องการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้เข้าสู่วาระการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่า เรื่องการประกาศ แจ้งความความตกลง และความยินยอมพอจะถือได้ว่ามีสภาพเป็นนิติกรรมชนิดหนึ่ง จึงเห็นสมควรให้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไปพร้อมกันนี้

จากลักษณะบทบัญญัติมาตรา 8 และมาตรา 9 ที่กล่าวถึงเรื่องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว ทั้งสองมาตรานี้อาจถูกหยิบยกมาใช้ได้ในทุกๆ กรณีโดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเรื่องระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภค และไม่จำกัดว่าผู้ที่แสดงเจตนายกเว้นความรับผิดกับผู้ที่รับการแสดงเจตนาจะมีสัญญากันมาก่อนหรือไม่ก็ตาม เพราะมาตรา 8 และมาตรา 9 บัญญัติไว้อย่างเป็นเอกเทศโดยไม่ได้ขึ้นอยู่ภายใต้มาตราอื่นๆ ของกฎหมายนี้ขอเพียงเป็นเรื่องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ก็อยู่ในขอบข่ายที่อาจถูกตรวจสอบความไม่เป็นธรรมตามมาตรา 8 และมาตรา 9 ได้ทั้งสิ้น จนมีนักกฎหมายบางท่านกล่าวถึงมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัตินี้ว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบการยกเว้นความรับผิดในทุกกรณี ทุกลักษณะความผิดและทุกประเภทของความเสียหายเลยก็ว่าได้[121]

แต่ทั้งนี้อาจมีประเด็นให้ต้องพิจารณาวิเคราะห์ต่อไปด้วยว่าหากตีความเช่นนี้แล้วจะถูกต้องและเหมาะสมตามหลักการบัญญัติกฎหมายหรือไม่

แต่อย่างไรก็ดี แม้ทั้งสองมาตราจะเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาที่อาจจะปรับใช้ได้กับข้อสัญญาหรือการแสดงเจตนาในทุกบริบทก็ตาม แต่อาจมิได้หมายความว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นบทหลัก (ius generale) เนื่องจากมาตรา 8 และมาตรา 9 เป็นบทบัญญัติในกฎหมายเฉพาะว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีหลายๆ เรื่องที่พระราชบัญญัติกำหนดหลักการที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือบางเรื่องก็ยังไม่เคยปรากฏในในประมวลกฎหมายมาก่อนเสียด้วย โดยมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัตินี้ก็เช่นกันโดยมีลักษณะที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดห้ามมิให้ตกลงไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้เพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยพระราชบัญญัตินี้มีความครอบคลุมการยกเว้นความรับผิดในกรณีอื่นๆ นอกเหนือจากที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 373 ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่า หากกรณีที่ข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติกำหนด ก็ต้องใช้บทบัญญัติในพระราชบัญญัติมาใช้บังคับ มิใช่ใช้บทบัญญัติในในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นเหตุผลของเรื่องการใช้และการตีความกฎหมายที่ว่ากฎหมายพิเศษต้องมาก่อนกฎหมายทั่วไป[122]

ก. 3) ผลของการแสดงเจตนาล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกำหนดผลของ “ข้อสัญญา” ที่ยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดไว้ในมาตรา 8 และมาตรา 9 ซึ่งผลของข้อสัญญานั้นๆ จำแนกได้สองลักษณะดังนี้

---

[121] จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” ดุลพาห.: 125., พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “พรบ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ. 2540 กับผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน,” วารสารนิติศาสตร์ 28 (มิถุนายน 2541): 213., ธัช สิงห์วิริยะและคณะ, เอกสารประกอบการสัมมนา พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 วันที่ 2 มิถุนายน 2541, หน้า 64.

[122] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 95.

1. “ข้อสัญญา” ยกเว้นความรับผิดมีผลเป็นโมฆะ

1.1 การยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย โดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มาตรา 8 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า

“ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ ที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้”

มาตรา 8 นี้มีความสัมพันธ์กับมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เชิงเพิ่มเติมและเสริมหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิด โดยสามารถสรุปหลักของมาตรา 8 วรรคหนึ่งได้ ดังนี้

ก. เป็น “ข้อสัญญา” ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาเท่านั้น

พระราชบัญญัตินี้ต้องการที่จะรวบรวมการแจ้งข้อยกเว้นความรับผิดในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำสองฝ่าย หรือฝ่ายเดียวก็ตาม การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นจะต้องถูกตรวจสอบความเป็นธรรมโดยพระราชบัญญัตินี้ แต่จะเป็นเรื่องที่สมควรแล้วหรือไม่ที่จะบัญญัติคำว่า “ข้อสัญญา” ให้รวมถึงประกาศฝ่ายเดียวด้วยนั้น จะได้พิจารณากันต่อไปในบทวิเคราะห์ อย่างไรก็ดี ความในมาตรา 8 วรรคหนึ่งนี้จำกัดไว้เฉพาะในเรื่องการยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา[123] เท่านั้น กล่าวคือ ผู้แสดงเจตนายกเว้นความรับผิดอาจจะมีสัญญาหรือไม่มีสัญญากับผู้รับการแสดงเจตนามาก่อนเลยก็ได้ แต่หากมีสัญญากันมาก่อนแล้ว จะยกเว้นความรับผิดอันเนื่องมาจากสัญญานั้นก็ย่อมทำไม่ได้เช่นกัน เช่น สัญญารับขนคนโดยสาร เจ้าของบริษัทขนส่งจะประกาศไม่รับผิดชอบหากเกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ของคนโดยสาร การยกเว้นความรับผิดเช่นนี้ย่อมอยู่ในข่ายการตรวจสอบในมาตรา 8 เพราะตามสัญญารับขนคนโดยสาร ผู้ขนส่งมีหน้าที่ตามสัญญาในการขนส่งคนโดยสารอย่างปลอดภัย

หากพิจารณาให้ดีจะเห็นว่า มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัตินี้ กำหนดไว้กว้างกว่ามาตรา 373 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการจะนำมาตรา 373 มาใช้บังคับได้จำต้องมีสัญญาผูกพันกันระหว่างคู่กรณีกันมาก่อนด้วย* เพราะมาตรา 373 ใช้ถ้อยคำว่า “ลูกหนี้” ย่อมแสดงให้เห็นว่า หากยังไม่มีสัญญาหรือมีหนี้ผูกพันกันมาก่อน จะไม่เกิดมีสถานะเจ้าหนี้ ลูกหนี้

---

[123] เรื่องเดียวกัน., หน้า 97.

* ในส่วนของความรับผิดตามมาตรา 373 นั้น ท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตร เคยตั้งข้อสังเกตุว่า กรณีมาตรา 373 อาจหมายรวมถึงความรับผิดเพื่อละเมิดด้วย รายละเอียดโปรดอ่าน จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, หน้า 46.

ขึ้นมาได้[124] แต่มาตรา 8 นี้กำหนดไว้ทั้งกรณีที่ผิดสัญญาและละเมิด จึงมีขอบข่ายการบังคับที่กว้างกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีการยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น เป็นที่ถกเถียงกันตั้งแต่ในชั้นคณะกรรมการร่างกฎหมาย (คณะพิเศษ) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วว่า พระราชบัญญัตินี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงไม่ควรนำเรื่องละเมิดมาบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้อันจะเป็นการสร้างความสับสนแก่ผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งหากต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เรื่องละเมิด ก็ควรแก้ไขในประมวลแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อร่างกฎหมายฉบับนี้เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว คณะกรรมาธิการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎรได้มีมติเห็นสมควรให้บัญญัติเรื่องละเมิดไว้ด้วยเพราะเนื่องจากในทางปฏิบัติมักจะมีการกล่าวอ้างถึง**ประกาศ การตกลงและการยินยอม** เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ตนจะต้องรับผิดต่อบุคคลที่กฎหมายนี้มุ่งจะคุ้มครอง กรณีเช่นนี้**ไม่ใช่เรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เป็นเรื่องกึ่งสัญญา กึ่งละเมิด** ซึ่งมีลักษณะไม่เป็นธรรมเช่นกัน จึงได้บัญญัติผลของการกระทำเหล่านี้ต้องอยู่ในสภาพบังคับของกฎหมาย และมีระดับของสภาพบังคับเช่นเดียวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ดังนั้นในกรณีที่มี “ข้อสัญญา” ยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิด แม้ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วผู้ที่แสดงเจตนายกเว้นความรับผิดอาจจะยังไม่มีความเกี่ยวข้องผูกพันใดๆ กับผู้เสียหายมาก่อนเลยก็ตาม “ข้อสัญญา” ยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดนี้ก็อยู่ในขอบข่ายการตรวจสอบในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัตินี้เช่นเดียวกัน

ในเรื่องของการยกเว้นความรับผิดในกรณีอื่นๆ ที่ไม่ใช่เรื่องสัญญาและละเมิด เช่น การจัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ หรือความรับผิดตามบทบัญญัติของกฎหมาย จะไม่อยู่ในขอบข่ายของมาตรา 8 วรรคหนึ่งนี้ แต่อย่างไรก็ดี ท่านศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล[125] ตั้งข้อสังเกตว่า ความรับผิดในทางจัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ หรือตามบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะนั้นอาจมีลักษณะเป็นความรับผิดทางละเมิดหรือผิดสัญญาซ้อนอยู่ด้วย ดังนั้น หากมีการทำข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในเรื่องอื่นๆ ท่านเห็นว่ากรณีก็น่าจะเข้าสู่การตรวจสอบตามมาตรา 8 วรรคหนึ่งได้เช่นกัน

ข. เป็น “ข้อสัญญา” ยกเว้นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าสิทธิในชีวิตและในเนื้อตัวร่างกายเป็นสิทธิเด็ดขาด และไม่ใช่สิทธิที่เจ้าของชีวิตนั้นจะจำหน่ายจ่ายโอนให้ใครก็ได้ เพราะกว่าที่คนๆ หนึ่งจะเจริญเติบโตมาได้นั้น ทั้งครอบครัว และสังคมและประเทศชาติได้สูญเสียทรัพยากรในการเลี้ยงดู ให้การศึกษาอบรมและจัดหาสวัสดิการในการดำเนินชีวิตอันตีมูลค่าเป็นเงินมิได้ ดังนั้นหากเกิดความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย อนามัยต่อใครคนใดคนหนึ่งแล้ว ไม่ใช่เพียงผู้นั้นแต่ผู้เดียวที่ได้รับความเสียหาย หากแต่

---

[124] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 430.

[125] จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” ดุลพาห.: 127-128.

ความสูญเสียยังกระจายไปยังครอบครัว และประเทศชาติด้วย[126] ด้วยเหตุนี้สิทธิในเนื้อตัวร่างกายและอนามัย (personal injury) จึงไม่ใช่สิทธิที่ผู้หนึ่งผู้ใดจะจำหน่ายจ่ายโอนได้ หรือยกเว้นความรับผิดในสิทธิดังกล่าวสำหรับผู้ใดได้

ค. ความเสียหายนั้นเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของ "ผู้ให้ข้อสัญญา" หรือของบุคคลอื่นที่ผู้ให้ข้อสัญญาต้องรับผิดด้วย

หลักกฎหมายในมาตรา 8 นี้ วางหลักในการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดไว้อย่างเคร่งครัดมากกว่ามาตรา 373 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั่นคือ หากข้อสัญญานั้นยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากความจงใจและประมาทเลินเล่อธรรมดา ข้อสัญญานั้น ก็เป็นโมฆะ ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้เลย แต่สำหรับบทบัญญัติมาตรา 373 แห่ง ป.พ.พ.นั้นกำหนดไว้เฉพาะข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในกรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้นที่เป็นโมฆะ ทั้งยังไม่รวมการยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากบุคคลอื่นที่ตนต้องร่วมรับผิดอีกด้วย แต่หากข้อเท็จจริงที่จะเข้ากรณีตามพระราชบัญญัตินี้แล้วหลักกฎหมายในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ จะส่งผลทำให้หลักในมาตรา 220 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีผลใช้บังคับในกรณีนี้เพราะเป็นเรื่องที่มีเนื้อหาเดียวกันจึงต้องปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ อันเป็นกฎหมายพิเศษก่อน ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ลูกหนี้จึงไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดโดยอ้างข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนในการกระทำของผู้อื่นที่ตนต้องรับผิดด้วยได้ในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยทั้งหมด ไม่จำต้องเป็นเพียงการกระทำโดยจงใจฉ้อฉล หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแต่เพียงเท่านั้น

ขอให้สังเกตด้วยว่าบทบัญญัติในมาตรา 8 วรรคหนึ่งนี้ กำหนดไม่ให้มีการยกเว้นความรับผิดเฉพาะกรณีที่เป็นการแสดงเจตนาล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือกล่าวได้ว่าผู้แสดงเจตนาหรือบุคคลที่ผู้แสดงเจตนานั้นต้องร่วมรับผิดด้วยนั้นได้กระทำ "ความผิด (fault)" ขึ้นด้วย โดยบทบัญญัตินี้มิได้กล่าวถึงเรื่องของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่ไม่มีความผิดของบุคคล (No fault liability) อันเป็นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายแต่ประการใด ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญแห่งวิทยานิพนธ์นี้ที่จะได้พิเคราะห์ต่อไปว่า การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดโดยมิได้มีบุคคลใดกระทำ "ความผิด" โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้น จะอยู่ในขอบข่ายของมาตรา 8 นี้หรือไม่

ง. ผลคือ "ข้อสัญญา" ยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 8 วรรคหนึ่งนี้จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

หากการยกเว้นความรับผิดเป็นไปตามองค์ประกอบของมาตรา 8 วรรคหนึ่งนี้แล้ว ผลก็คือผู้ทำข้อสัญญานั้นจะไม่สามารถอ้างข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้ได้เลย ข้อสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะเพราะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย และเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ข้อสัญญาที่ทำฝ่าฝืนหรือแตกต่างย่อมตกเป็น

[126] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 156.

โมฆะตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัตินี้[127] เทียบเท่ากับข้อสัญญานั้นมีผลตกเป็นโมฆะ เช่นเดียวกับมาตรา 373 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เลยทีเดียว

1.2 ผู้เสียหายให้ความตกลงหรือความยินยอมสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรา 9

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มาตรา 9 บัญญัติว่า

"ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้"

ในอดีตก่อนที่จะมีพระราชบัญญัตินี้ หลักความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย (volenti non fit iniuria[128]) ถูกนำมาใช้ให้ผู้กระทำไม่มีความผิดในทางแพ่ง โดยไม่คำนึงถึงว่าความยินยอมที่ผู้เสียหายยอมให้กระทำนั้นจะขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ มาตรา 9 นี้เป็นการตีกรอบจำกัดหลักกฎหมายที่เคยถือกันทั่วไปในเรื่องการให้ความยินยอมทางแพ่งที่เรียกว่าหลัก "volenti non fit iniuria" ที่นักกฎหมายไทยได้ยอมรับหลักการนี้โดยถือว่าเมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมสมัครใจเข้าเสี่ยงรับความเสียหายแล้วย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด ทั้งนี้ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใดก็ตาม เมื่อไม่มีความเสียหาย ก็ย่อมไม่เป็นการละเมิด

ก. ข้อความคิดทั่วไปของหลัก volenti non fit iniuria

ในปัจจุบันนี้ การดำเนินกิจการต่างๆ ของภาคธุรกิจ (Private Sector) ในสังคมหรือแม้กระทั่งในการใช้ชีวิตประจำวันของปัจเจกบุคคลเองก็ตาม ต่างพยายามใช้ประโยชน์จากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาด้วยการบีบบังคับให้ผู้อื่นให้ความยินยอม หรือทำกระทำการบางอย่างล่วงหน้าว่าจะยอมรับความเสี่ยงภัย (Assumption of Risk) เสียเอง ถ้าหากได้รับความเสียหายจากกิจการของภาคธุรกิจนั้นเพื่อทำให้เจ้าของกิจการไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น เจ้าของโรงงาน เจ้าของบริษัทขนส่ง ศัลแพทย์ ผู้ให้เช่าอาคาร เคหะสถาน เป็นต้น โดยอาจกำหนดความตกลงหรือให้ทำความยินยอมในลักษณะเช่นว่า โจทก์ผู้เสียหายยอมให้รุกรานต่อประโยชน์ของโจทก์เอง หรืออาจเป็นกรณีที่โจทก์ผู้เสียหายเต็มใจจะเสี่ยงภัยกับภยันตรายอย่างหนึ่ง เช่นนี้อาจเรียกว่าเป็นความสมัครใจรับความเสี่ยงภัย (Assumption of Risk)[129]

---

[127] พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 11 บัญญัติว่า "ข้อสัญญาใดที่มิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ"

[128] รายละเอียดเกี่ยวกับหลัก volenti non fit iniuria โปรดอ่านใน สุพัชรินทร์ อัศวธิตานนท์, "พัฒนาการทางกฎหมายของหลัก volenti non fit iniuria : ศึกษาการปรับใช้ในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 68-75.

[129] ประพิณ ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา,"(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 21 – 23.

การตกลงหรือการให้ความยินยอมนี้ในทางกฎหมายจะออกมาในรูปของข้อความไม่ยอมรับผิดทางละเมิด (Exemption Clause) ซึ่งผู้ให้ความยินยอมอาจให้ความยินยอมเพราะ

1. ไม่รู้ว่ามีข้อความนั้นในสัญญา

2. ไม่รู้ถึงข้อเท็จจริง และความเสี่ยงภัยว่ามีอัตราสูง

3. ความจำเป็นทางเศรษฐกิจบังคับ[130]

อาจแบ่งประเภทลักษณะของการให้ความยินยอม[131] ได้ดังนี้

1. การให้ความยินยอมโดยตรง เป็นกรณีการกล่าวด้วยวาจาหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่แสดงออกถึงความสมัครใจในการยอมให้กระทำการรุกราน ประทุษร้าย และผู้ให้ความยินยอมนั้นเข้าใจเช่นนั้นด้วย บางกรณีอาจตกลงโดยชัดแจ้งให้ตนเองเข้าเสี่ยงภัยในอุบัติเหตุนั้นก็ได้ เช่น ซื้อตั๋วนำเที่ยวราคาถูกหรือได้มาโดยไม่มีค่าตอบแทน โดยที่ตั๋วนั้นมีเงื่อนไขว่า บริษัทรถไฟจะไม่รับผิดชอบในการบาดเจ็บของคนโดยสารแม้จะเกิดจากความประมาทเลินเล่อก็ตาม

2. การให้ความยินยอมโดยปริยาย โดยไม่ได้แสดงออกชัดถึงความสมัครใจ แต่วิญญูชนเข้าใจได้ว่ายินยอมและผู้กระทำก็เข้าใจว่ายินยอมเช่นเดียวกัน Sir Arthur Underhill และคณะ[132] ได้ยกตัวอย่างความยินยอมโดยปริยาย เช่นคนดูการแข่งขันโปโลต้องถือว่ายินยอมต่อการเสี่ยงภัยที่จะได้รับความเสียหายจากการตีลูกบอลของผู้เล่นที่จะลงมาตกที่คนดู หรือกรณีคนที่บุกรุกเข้าไปในที่ดินที่มีคำเตือนในที่ดินว่า "มีอันตราย โดยเฉพาะอันตรายจาก Spring-gun" ผู้เสียหายไม่อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากอันตรายนั้นได้ ซึ่งหลักนี้เอาไปใช้กับคดีต่างๆ ที่บุคคลยอมรับการเสี่ยงภัยในการทำงานด้วย เช่น ความเสียหายที่เกิดจากสภาวะที่อันตรายของสถานที่ทำงานอยู่ แต่ต้องใช้หลักนี้ด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง

สำหรับหลัก volenti non fit iniuria อาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณี

1. กรณีการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติหน้าที่ตามกฎหมาย (Breach of Statutory Duty)

กล่าวคือ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติแนวทางหรือแบบของความประพฤติให้เป็นหน้าที่แล้ว เอกชนจะอ้างเอาความยินยอมของอีกคนหนึ่งมาเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ ดังนั้นหลัก volenti non fit iuria จึงไม่อาจนำมาใช้เป็นข้อแก้ตัวในความหมายของการมีหน้าที่ตามกฎหมายได้ เช่น หน้าที่ต้องทำรั้วล้อมรอบเครื่องจักร หน้าที่ที่เจ้าของบ่อแร่ต้องมีช่างคอยดูแลปากอุโมงค์ อย่างไรก็ตาม หากความ

---

[130] รายละเอียดโปรดอ่านใน รองพล เจริญพันธุ์, "การใช้หลัก volenti non fit iniuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด," วารสารนิติศาสตร์ 3 (ธันวาคม 2520).

[131] ผู้เขียนสรุปความจากประพิณ ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา,"(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522)

[132] Ralp Sutton and Barry Sheen, A Summary of the Law of Torts,Sixteenth Edition(London: Butterworth, 1949), p. 28.

เสียหายได้เกิดจากผู้เสียหายที่จงใจไม่เชื่อฟังคำสั่งของนายจ้าง โดยลูกจ้างเองได้ทำการผิดหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว กรณีนี้นายจ้างสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายแก้ตัวได้

2. กรณีข้อสันนิษฐานความเสี่ยงภัย (Assumption of Risk)

ข้อสันนิษฐานความเสี่ยงภัยเป็นข้อแก้ตัวที่ดีในกรณีประมาทเลินเล่อที่ผู้เสียหายรู้ว่ามีอันตรายแต่ก็ยังเสี่ยงภัยเองโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยจะต้องมีการรู้และเห็นคุณค่าของภยันตรายนั้น และภยันตรายนั้นได้มีอยู่นานพอที่บุคคลที่อ้างว่าได้สมัครใจเข้าเสี่ยงภัยจะได้รู้ ซึ่งเกิดขึ้นมาจากการเปิดโอกาสโดยสมัครใจต่อภยันตรายนั้น แต่ถ้าการเปิดโอกาสนั้นเกิดจากสภาพที่เขาไม่อาจหลบหนีได้ หรือเขาได้รู้ในภายหลังก็ไม่ถือว่าสมัครใจเสี่ยงภัย

ตัวอย่างเช่น กรณีของแขกซึ่งถูกเชื้อเชิญให้โดยสารรถยนต์ โดยเพียงเขารู้ว่าในคราวก่อนคนขับรถในลักษณะที่ประมาท ชะล่าใจ เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการสมัครใจเสี่ยงภัย หรือกรณีที่ผู้อยู่อาศัยในตึกที่รู้อยู่แล้วว่าไม่มีบันไดหนีไฟตามที่กฎหมายกำหนด กรณีนี้ก็ไม่ถือว่ามีการสมัครใจเข้าเสี่ยงภัย ดังนั้น เมื่อบุคคลรู้เพียงว่ามีการเสี่ยงภัยที่อาจจะทำให้เขาเกิดการบาดเจ็บ เพียงเท่านี้ ยังไม่หมดสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทน หากไม่ยึดหลักเช่นนี้แล้ว คงจะไม่มีใครที่จะมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในความประมาทเลินเล่อของผู้อื่นเช่น จากอุบัติเหตุรถไฟซึ่งเขาโดยสารไปหรือการเดินไปบนถนนซึ่งเขารู้ว่าย่อมมีอันตราย

นอกจากนี้ ยังสามารถจำแนกระดับความยินยอมสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยได้เป็นลำดับๆ ดังนี้

1. มีความยินยอมหรือมีข้อตกลงไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย

การตกลงโดยชัดแจ้งอาจพบได้เมื่อคนโดยสารเรือหรือรถไฟตกลงยินยอมล่วงหน้าในอันที่จะไม่เรียกร้องค่าเสียหาย หากผู้โดยสารได้รับอันตรายจากความประมาทเลินเล่อของลูกจ้างบริษัทรถไฟ ซึ่งแล้วแต่ข้อความในสัญญา ปัญหาที่สำคัญคือ จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงภัย แล้วได้สมัครใจเข้ารับความเสี่ยงภัยนั้นโดยเจตนาอิสระของตน ส่วนการตกลงโดยปริยายนั้นก็คือต้องสามารถอนุมานว่าได้มีความตกลงกันอย่างไร

เมื่อมีข้อเท็จจริงเป็นที่สรุปได้แน่ชัดว่ามีการตกลงชัดแจ้งหรือโดยปริยายไว้ในเรื่องของการเสี่ยงภัยที่ยอมรับได้ในทางกฎหมายแล้ว กรณีย่อมไม่อาจเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามที่ได้ตกลงเสี่ยงภัยนั้นแล้ว ตามหลัก volenti non fit iniuria อีกทั้ง ในการตกลงหรือยินยอมโดยชัดแจ้งในการเข้าเสี่ยงภัยที่มีในข้อสัญญานี้ จะต้องแปลความข้อสัญญานี้อย่างเคร่งครัด และตีความไปในทางเสียสำหรับผู้ที่จะได้ประโยชน์จากข้อยกเว้นความรับผิดด้วย

2. ความยินยอมในกรณีของผู้ชมกีฬา

กฎหมายของต่างประเทศส่วนใหญ่ถือว่าผู้ชมกีฬาให้ความยินยอมโดยปริยายแก่การเสี่ยงภัยนั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีคนโดยสารรถยนต์และผู้ประกอบการที่พิมพ์ข้อความยกเว้นความรับ

ผิดไว้ในตั๋วโดยสารซึ่งศาลอังกฤษตีความว่าเป็นการตั้งเงื่อนไขฝ่ายเดียว วิญญูชนทั่วไปไม่ได้อ่านข้อความนั้น และมิได้ตกลงด้วยถ้าการแข่งขันกีฬาได้เล่นกันตามกฎข้อบังคับตามชนิดและประเภทของกีฬาชนิดนั้นๆ โดยบุคคลที่มีความสามารถและความชำนาญเพียงพอ ผู้ชมไม่อาจจะคาดหวังในความปลอดภัยของตนเองได้ บุคคลที่ชมกีฬาหรือการแข่งขัน ย่อมเข้าเสี่ยงภัยในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตน โดยการกระทำใดๆ ของคนที่เข้าแข่งขันที่ได้กระทำเพื่อความประสงค์ของการเล่นกีฬาหรือการแข่งขันนั้น แม้ว่าเขาอาจจะตัดสินใจผิดหรือขาดความชำนาญ เว้นแต่ว่า การกระทำของคนที่แข่งขันนั้น ได้กระทำอย่างบ้าบิ่นเกินกว่าที่นักกีฬาปกติธรรมดาจะกระทำ โดยมิได้คำนึงถึงความปลอดภัยของผู้ชม

ตัวอย่างเช่นในคดีต่างประเทศ รถยนต์ที่กำลังแข่งในสนามแข่ง ได้พุ่งข้ามรั้วออกไปชนคนดูได้รับบาดเจ็บ ศาลพิพากษาว่าผู้ชมไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมได้เพราะเสี่ยงภัยเนื่องจากสภาพของการแข่งขันกีฬานั้นเองและผู้ชมก็สมัครใจเข้าเสี่ยงภัย

กรณีการชมการแข่งกีฬานี้เป็นการยินยอมโดยปริยาย ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเข้าชมกีฬา ซึ่งสัญญาพิเศษนี้มีการเสี่ยงภัยซึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ด้วยการใช้ความระมัดระวังด้วยการปฏิบัติตามสัญญา

3. ความยินยอมของคนเดินถนน

เป็นที่ยอมรับกันมานานแล้วว่า คนที่ใช้ทางบนถนนหลวงถือได้ว่ามีความยินยอมในการเสี่ยงภัยในอุบัติเหตุโดยแท้ๆ แต่ไม่หมายความรวมถึงการเสี่ยงภัยในการบาดเจ็บเนื่องจากความปราศจากความระมัดระวังหรือความประมาทของผู้อื่น ดังนั้นเมื่อเกิดความเสียหาย โจทก์จึงต้องนำสืบพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยเพื่อให้ชนะคดี

นอกจากนี้ มีหลักการอันเป็นที่ยอมรับกันทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศอังกฤษว่า “การรู้ถึงการเสี่ยงภัยหรือภยันตรายนั้น ไม่ถือว่าได้ให้ความยินยอมโดยปริยาย” โดยการรู้ (Knowledge) ถึงการเสี่ยงภัยหรือภยันตรายนั้นต่างกับความยินยอม (Consent) กล่าวคือ การรู้ในการที่จะกระทำละเมิดหรือการมีอยู่ของการกระทำผิดที่จะทำให้เกิดอันตรายขึ้นนั้น ไม่ได้หมายความว่ามีความยินยอม (Scienti non fit iniuria) ส่วนความยินยอมนั้นหมายถึงการตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า การกระทำนั้นอาจกระทำได้โดยชอบหรือทำให้เกิดอันตรายนั้นโดยชอบ (Volenti non fit iniuria) การที่จะถือว่าโจทก์สมัครใจเข้าเสี่ยงภัย จำเลยจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าโจทก์สมัครใจและได้รู้ถึงสภาพของการเสี่ยงภัยเป็นอย่างดีที่ได้เข้าตกลงโดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้นจึงต้องมีการ "รู้" ก่อนที่จะให้ "ความยินยอม"[133]

โดยสรุปกล่าวได้ว่า อาจใช้หลัก volenti non fit iniuria เป็นข้อแก้ตัวได้เป็นอย่างดีในกรณีที่มีการตกลงไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายโดยผู้รับอันตรายนั้น และอาจใช้คลุมไปถึงกรณีดังต่อไปนี้ด้วย คือ

---

[133] Clark and Lindsell, Clark and Linsell on Torts,13th Edition(London: Sweet & Maxwell, 1969), p.60-61.

1. กรณีซึ่งโจทก์ได้ตกลงชัดแจ้งหรือปริยายที่จะรับอันตรายหรือยอมรับการเสี่ยงภัย

2. กรณีซึ่งโจทก์รู้ถึงอันตรายและจำเลยไม่ได้ทำอะไรผิด

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการรู้ไม่ถือว่าเป็นความยินยอม แต่การรู้นั้นก็อาจเป็นพยานหลักฐานของความยินยอมแต่จะมากหรือน้อยก็คงขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แห่งกรณี

หลักความยินยอมในประเทศไทยนั้น* อาจพิจารณาได้ว่า ความยินยอมเป็นการยกเว้นองค์ประกอบความรับผิดของมาตรา 420 ในเรื่องของ “ความเสียหาย” กล่าวคือ เมื่อมีความ

---

* สำหรับในเรื่องความยินยอมนี้ ยังมีงานวิจัยทางกฎหมายในระดับดุษฎีนิพนธ์หัวข้อ “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการวิจัยในมนุษย์” อันเป็นงานวิจัยที่เกี่ยวกับเรื่องความยินยอมที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งผู้เขียนขอสรุปใจความสำคัญดังนี้

“การวิจัยในมนุษย์หากได้กระทำโดยวิธีการและแนวทางที่เป็นที่ยอมรับกันในสากลและวางอยู่บนหลักจริยธรรมแล้ว เป็นสิ่งที่สามารถทำได้ แม้กระทั่งว่าการวิจัยนั้นอาจทำให้ผู้ถูกวิจัยได้รับอันตรายหรือเสียชีวิตได้ก็ตาม โดยเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับของคนทั่วไปในสังคมจึงทำให้เป็นที่อ้างได้ ทั้งนี้การจะอ้างให้เป็นที่ยอมรับได้นั้น จะต้องมีความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวจากผู้เข้าร่วมการวิจัยด้วย โดยจะต้องได้รับความยินยอมโดยอิสระ สมัครใจ และได้รับการแจ้งข้อมูลที่เพียงพอ โดยจำแนกผลทางกฎหมายของการละเว้นไม่แจ้งข้อมูลที่เกี่ยวกับการวิจัยดังนี้

ก. ข้อมูลที่จำเป็นอันเป็นพื้นฐานสำคัญของการวิจัย เช่น วัตถุประสงค์ของการวิจัย วิธีวิจัยที่จะกระทำต่อผู้ถูกวิจัย ผลที่จะเกิดขึ้นที่คาดหมายได้แน่นอน เป็นต้น หากผู้ทำการวิจัยไม่แจ้งข้อมูลที่จำเป็นนี้ กรณีอาจทำให้ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการวิจัยในครั้งนี้มีผลถึงขั้นเสียไปเลย

ข. ข้อมูลข้างเคียง กล่าวคือ ข้อมูลที่ประกอบอยู่ในการวิจัยอื่นๆ รวมถึงผลที่อาจจะเกิดขึ้นที่ยังคาดหมายไม่ได้ หรืออาจคาดหมายได้แต่ยังมีความไม่แน่นอน เป็นต้น หากผู้ทำการวิจัยไม่ให้ข้อมูลข้างเคียงนี้แก่ผู้เข้าร่วมวิจัย อาจส่งผลให้ผู้วิจัยตกอยู่ในฐานะกระทำการโดยประมาทได้

โดยที่ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาสละคุณธรรมทางกฎหมาย อันเป็นเรื่องเฉพาะตัว ดังนั้น ในทางการปฏิบัติทางการแพทย์นั้น ความยินยอมในกรณีนี้สามารถกระทำแทนโดยผู้แทนโดยชอบธรรมได้ หรือบางครั้งในกรณีฉุกเฉินแพทย์สามารถรักษาคนไข้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมอันเรียกได้ว่าเป็น “ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้” แต่สำหรับกรณีปัญหาอันเกิดจากการให้ความยินยอมของผู้ถูกวิจัยที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ เช่นป่วยหนัก ไม่รู้สึกตัว นี้ คุณอำนาจเห็นว่าการขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้ป่วยที่ป่วยหนัก หรือการจะนำเอาความคิดที่ว่า “ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้” มาใช้กับการให้ความยินยอมในการวิจัยในมนุษย์ไม่น่าจะเป็นเรื่องที่ทำได้ ทั้งนี้เนื่องจาก วัตถุประสงค์ของการวิจัยในมนุษย์มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของผู้ถูกวิจัย แต่เป็นไปเพื่อความรู้ใหม่ๆ ที่อาจเป็นประโยชน์ต่อบุคคลทั่วไป ในขณะที่อาจจะไม่เกิดประโยชน์ใดๆ ต่อผู้ถูกวิจัย และยิ่งไปกว่านั้น อาจเป็นโทษต่อผู้ถูกวิจัยเสียอีกด้วย แต่หากการวิจัยนั้นมีความน่าเชื่อถือว่าจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ป่วยหนักที่ไม่มีทางรักษาอื่นใดแล้ว ความยินยอมที่ให้ใช้การวิจัยที่ยังอาจมีความหวังในการรักษาผู้ป่วยหนักให้ดีขึ้นก็อาจทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือแพทย์อาจตัดสินใจเลือกใช้วิธีการวิจัยมารักษาผู้ป่วยหนักนั้น ซึ่งอาจเป็นการดีกว่าที่จะไม่ทำอะไรเลยแต่กรณีนี้อาจไม่ถือว่าเป็นการวิจัย แต่เป็นเรื่องของเวชปฏิบัติทางเลือกเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วย

นอกจากนี้ หากเป็นการวิจัยในเด็กนั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากเด็กที่สามารถแสดงเจตนาด้วยตนเองได้เท่าที่สามารถรับรู้และเข้าใจได้ หากเด็กปฏิเสธไม่เข้าร่วมการวิจัย ผู้วิจัยและผู้ปกครองต้องเคารพการตัดสินใจของเด็ก การไม่ยอมรับคำปฏิเสธของเด็ก ถือเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับการยอมรับทั้งทางจริยธรรมและทางกฎหมาย ย่อมไม่ถือว่าได้รับความยินยอมอย่างแน่นอน

ความยินยอมยังเป็นเรื่องส่วนบุคคล ไม่อาจใช้เกณฑ์การบรรลุนิติภาวะที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมทางแพ่งมาใช้ได้ อันเป็นไปตามคำประกาศสิทธิผู้ป่วยซึ่งถือว่าบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมในทางเวชปฏิบัติได้ด้วยตนเองคือผู้ที่มีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ มิเช่นนั้นต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ยิ่งไปกว่านั้น ผู้รับความยินยอมจะจำหน่ายจ่ายโอนความยินยอมที่ได้รับมาเพื่อตนนั้นให้แก่บุคคลอื่นไม่ได้เด็ดขาด ผู้รับโอนจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้ความยินยอมอีกครั้งหนึ่ง ความยินยอมนั้นจึงจะใช้ได้ และผู้ได้รับความยินยอมจะต้องใช้ประโยชน์จากความยินยอมตามวัตถุประสงค์ที่ได้รับจากผู้ให้ความยินยอมนั้นทุกประการด้วย จะใช้เกินกว่าวัตถุประสงค์ที่ได้รับความยินยอมนั้นมิได้

ผู้เขียนดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้เสนอให้มีการตรากฎหมายใหม่ว่าด้วยการวิจัยในมนุษย์ขึ้นเพื่อจัดระบบกฎหมายและแนวปฏิบัติในเรื่องการวิจัยในมนุษย์อย่างมีแบบแผนและเป็นสากล อีกทั้งยังเป็นการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ให้กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายต่างๆ มารวมไว้ในกฎหมายใหม่ที่เสนอไปนี้ รายละเอียดโปรดอ่านใน อำนาจ บุบผามาศ. “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการวิจัยในมนุษย์.”(วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิตนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 238-245.

ยินยอมแล้ว จะถือว่าผู้ให้ความยินยอมไม่มีความเสียหาย ส่วนในประเทศเยอรมันนั้น หลักความยินยอมนี้จะปรากฏอยู่ในองค์ประกอบในเรื่องของ “ความมิชอบด้วยกฎหมาย” กล่าวคือ เมื่อมีการให้ความยินยอมแล้ว ถือว่า ความยินยอมนี้เป็นการยกเว้นองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดทำให้การกระทำละเมิดที่ได้รับความยินยอมนี้แล้ว การกระทำนั้นมิใช่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิด ส่วนในประเทศอังกฤษนั้น หลักความยินยอมของผู้เสียหายนี้เป็นเพียงเหตุผลหนึ่งที่จำเลยสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายยกเป็นข้อต่อสู้ในคดีได้เท่านั้น

สำหรับสถานะทางกฎหมายของความยินยอมนั้น คุณสุพัชรินทร์ อัศวธิตานนท์ นิติศาสตรมหาบัณฑิตผู้ศึกษาหลักเรื่อง volenti non fit iniuria มองว่า ความยินยอมอาจเป็นนิติกรรมหรือไม่เป็นนิติกรรมก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าความยินยอมนั้น เป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหรือไม่ โดยความยินยอมที่เป็นนิติกรม คือความยินยอมที่ก่อความผูกพันทั้งสองฝ่าย เช่น สัญญาขนส่ง มีข้อยกเว้นความรับผิด ยินยอมไม่เอาผิดต่อผู้ขนส่งเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น ส่วนความยินยอมที่ไม่เป็นนิติกรรม คือความยินยอมที่เป็นเพียงการสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเท่านั้น มิได้เป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิแต่ประการใด[134]

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาฐานะทางกฎหมายของเรื่องความยินยอมให้ทำละเมิด ซึ่งพิจารณาได้ว่า ความยินยอมให้ทำละเมิดนี้อาจจะไม่ใช่นิติกรรมเพราะมิได้ก่อให้เกิดความผูกพันใดๆ ระหว่างบุคคล ความยินยอมให้ทำละเมิดเป็นแต่เพียงกรณีที่ผู้ยินยอมสละประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองตนเองเท่านั้น และสามารถสละได้เพียงประโยชน์ที่ตนสามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้เท่านั้น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น เมื่อความยินยอมให้ทำละเมิดมิใช่นิติกรรมแต่เป็นเพียงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ความยินยอมจึงไม่อาจก่อหนี้หรือเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ได้ แต่เมื่อพิจารณาความยินยอมในบริบทของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ความยินยอมในบริบทนี้จะกลายเป็นนิติกรรมในลักษณะของ “ข้อสัญญา” เพราะอยู่ในนิยามของคำว่า “ข้อสัญญา” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้นั่นเอง[135]

ข. หลัก volenti non fit iniuria ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ก่อนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ จะใช้บังคับ นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิใช่กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงตกลงยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้าได้[136] โดยมีหลัก volenti non fit iniuria นี้เป็นหลักที่ยกเว้นความรับผิดที่ทำให้ผู้กระทำความเสียหายอาจไม่ต้องรับผิดทางละเมิด ด้วยเหตุนี้เองจึงอาจเป็นการส่อแสดงว่ามาตรา 420 แห่ง

---

[134] สุพัชรินทร์ อัศวธิตานนท์, “พัฒนาการทางกฎหมายของหลัก volenti non fit iniuria : ศึกษาการปรับใช้ในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551),

[135] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, “ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างนิติกรรมและหนี้,”รพีพัฒนศักดิ์ 2555 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย(สิงหาคม 2555): 74.

[136] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 141., รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1,(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 48-49.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นบทกฎหมายหลักในเรื่องละเมิดนี้เป็นบทกฎหมายที่ไม่เคร่งครัด (jus dispositivum) เพราะบุคคลสามารถแสดงเจตนายกเว้นให้ความยินยอมเป็นอย่างอื่นได้

แต่เมื่อมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ออกมา ทำให้หลัก volenti non fit iniuria ถูกใช้ได้อย่างจำกัดมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความคิดที่เคยมีมาตั้งแต่ในอดีตเกี่ยวกับความยินยอมไม่เป็นละเมิดในป.พ.พ. โดยจะใช้อ้างได้ก็ต่อเมื่อ ความตกลงหรือความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง หรือต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้เช่นนี้จึงทำให้หลักในการพิจารณาความยินยอมในทางแพ่งและอาญามีหลักที่ใกล้เคียงกันในกรณีที่ให้ความยินยอมที่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีเป็นเรื่องที่ให้ความยินยอมไม่ได้ทั้งในทางแพ่งและอาญา[137]

มีข้อน่าสังเกตด้วยว่า แม้จะเป็นการกระทำความผิดซึ่งมีโทษทางอาญาแต่ทว่าเป็นความผิดที่ยอมความได้ ท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติเห็นว่า กรณีไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายที่มาตรา 9 นี้จะห้ามมิให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมล่วงหน้า ทั้งนี้เนื่องจากผู้เสียหายมีสิทธิยินยอมหรือยอมความภายหลังจากที่มีการกระทำความผิดได้ กรณีก็น่าจะให้ความยินยอมก่อนหรือขณะทำความผิดได้ด้วย แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าแม้ผู้เสียหายจะยินยอมหรือไม่ก็มีความผิดอันเป็นองค์ประกอบทางกฎหมายในส่วนของเหตุนั้นเอง ซึ่งแสดงว่ากฎหมายไม่ยอมรับความยินยอมของผู้เสียหายในการยกเว้นความผิดของผู้กระทำ เช่น การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า บทบัญญัติทั้งมาตรา 8 วรรคหนึ่ง และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ เป็นข้อจำกัดการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในกรณีที่เป็นการยกเว้นความรับผิดที่มีลักษณะที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบอย่างรุนแรงที่กฎหมายนี้มุ่งคุ้มครองไม่ให้มีการยกเว้นความรับผิดในความเสียหายในสิทธิส่วนบุคคลที่ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้ด้วยนิติกรรม หรือการกำหนดโดยเจตนาของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งการกระทำนั้นๆ จะไม่มีผลอันจะนำมาอ้างยกเว้นความรับผิดได้ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นหลักการที่มีอยู่เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัตินี้มากำหนดให้ชัดเจนและขยายความหมายให้กว้างขวางมากขึ้นไปจนครอบคลุมไปถึงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวด้วย แต่ในหัวข้อต่อไป จะเป็นนวัตกรรมใหม่ในทางกฎหมายแพ่งที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในประเทศไทยที่ให้ศาลเข้าไปมีอำนาจพิจารณาในเนื้อหาและกำหนดผลแห่งการแสดงเจตนาของเอกชนด้วย

2. “ข้อสัญญา” ยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดที่กฎหมายกำหนดให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

มาตรา 8 วรรคสองของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ บัญญัติว่า

---

[137] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 100., ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ,พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 354.

“ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 8 วรรคสองนี้อย่างผิวเผิน พบว่าในวรรคนี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ข้อสัญญาอื่นที่นอกเหนือไปจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่งนั้น ผู้ใช้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความสามารถอ้างข้อสัญญานี้ได้ โดยกฎหมายนี้มิได้ห้ามอ้างข้อสัญญานี้แต่อย่างใด เพียงแต่กฎหมายนี้เปิดโอกาสให้ศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งมาตรา 8 วรรคสองนี้ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการแสดงเจตนาในรูปแบบต่างๆ ที่พระราชบัญญัตินี้ให้ถือว่าเป็น “ข้อสัญญา” ด้วยนั้น หากเป็นเรื่องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดแล้วถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ไม่เป็นธรรม อันสมควรที่ต้องถูกตรวจสอบทุกกรณีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม[138] อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถ้อยคำของมาตรา 8 วรรคสองโดยละเอียดและลึกซึ้งจะพบว่ามาตรา 8 วรรคสองนี้มีปัญหาในการปรับใช้ตีความอย่างมากซึ่งเป็นปัญหาสำคัญสำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการตีความว่า “การยกเว้นความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่ง” นั้นมีความหมายเพียงไร คำว่า “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” หมายถึงอะไร หรือการกำหนดให้ข้อสัญญานั้นมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นควรจะนำมาใช้ในการกำหนดผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดหรือไม่ อย่างไร อีกทั้งยังมีปัญหาเรื่องความเป็นธรรมในการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้อย่างแท้จริงหรือไม่ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์อภิปรายปัญหาดังกล่าวในบทวิเคราะห์ต่อไป

4.3 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ในส่วนที่ว่าด้วยการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดล่วงหน้า

นอกจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่กล่าวถึงผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่เปลี่ยนแปลงและเพิ่มเติมไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกเรื่องหนึ่ง โดยภายหลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาอีก 11 ปี ประเทศไทยได้บังคับใช้พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยขึ้นในปี พ.ศ. 2551 ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดขอบเขตการแสดงเจตนาของบุคคลในการยกเว้นความรับผิดในความเสียหายไว้ในมาตรา 9 ที่มีสาระสำคัญทำนองเดียวกันกับมาตรา 8 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ โดยมาตรา 9 บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 9 ข้อตกลงระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าก่อนเกิดความเสียหาย และประกาศหรือคำแจ้งความของผู้ประกอบการเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของ

---

[138] ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 439.

ผู้ประกอบการต่อความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ผู้บริโภคมีความหมายเช่นเดียวกับนิยามคำว่า "ผู้บริโภค" ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค"

พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยฯ มีกรอบของการใช้บังคับที่จำกัดวงแคบมากกว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ที่เกี่ยวกับเรื่องการยกเว้นความรับผิดล่วงหน้า พอจะสรุปขอบเขตของการยกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยฯ เปรียบเทียบกับการยกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ได้ดังนี้

ก. มีสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค

ความรับผิดตามกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนี้ จะต้องมีฐานมาจากการที่มีสัญญาซื้อขายสินค้าโดยผู้ประกอบกิจการขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภค แล้วเกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากสินค้าที่ซื้อมาจากผู้ประกอบกิจการ แต่ความเสียหายอาจจะไม่ได้เกิดกับผู้ที่ซื้อสินค้านั้นเองก็ได้

ส่วนการยกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะมีขอบเขตครอบคลุมถึงกรณีที่มีความรับผิดเกิดขึ้นทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางละเมิดหรือความรับผิดทางสัญญาก็ตาม โดยในบทบัญญัติเรื่องการยกเว้นความรับผิด มาตรา 8 และมาตรา 9 นั้น มิได้จำกัดประเภทของสัญญาว่าจะต้องเป็นสัญญามีชื่อหรือสัญญาไม่มีชื่อ รวมถึงไม่ได้จำกัดการตรวจสอบไว้เพียงแค่สัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญามาตรฐานแต่ประการใดด้วย

ข. คู่กรณี

คู่กรณีที่จะเข้าข่ายที่ต้องอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยฯ ในเรื่องการตกลงยกเว้นความรับผิดคือผู้ประกอบกิจการซึ่งมีความหมายกว้างกว่าผู้ที่ขายสินค้าที่แท้จริงที่ทำสัญญาขายสินค้าให้กับผู้บริโภคโดยตรง กับผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยซึ่งอาจจะไม่ใช่ผู้ซื้อสินค้าก็ได้[139] ยิ่งไปกว่านั้น ในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยฯ กำหนดให้ใช้นิยามคำว่า "ผู้บริโภค" ตามคำนิยามของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค[140] กล่าวคือผู้บริโภคที่ถูกผู้ประกอบการยกเว้นความรับผิดคือผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อ

---

[139] ชัยพร ทรัพย์วรณิช และฐิดารัตน์ นรินทรางกูร ณ อยุธยา, "ข้อพิจารณาบางประการและผลกระทบของร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ... ," ดุลพาห 54 (กันยายน-ธันวาคม 2550): 186.

[140] พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 "ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม"

สินค้าหรือรับบริการและหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้าหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนี้ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงเรื่องความรับผิดของผู้มีวิชาชีพ (Professional Liability) หรือความรับผิดจากการบริการ(Service Liability)[141] ดังนั้นนิยามคำว่าผู้บริโภคจึงจำกัดอยู่เพียงผู้ที่ซื้อและใช้สินค้าเท่านั้น ไม่รวมถึงผู้ที่ได้รับบริการด้วย

ส่วนในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นั้น แม้ว่าจะมีการนิยามคำว่า “ผู้บริโภค” และ “ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ” ไว้ในมาตรา 3 ก็ตาม แต่มาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ก็มิได้จำกัดว่าผู้แสดงเจตนายกเว้นความรับผิดและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นใคร มีสถานะเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างไร จึงจะนำเข้าสู่การปรับใช้กับการยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 8 และมาตรา 9 แต่ประการใด ดังนั้นตามถ้อยคำของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คู่กรณีที่อ้างข้อยกเว้นความรับผิดคือใครก็ได้ที่อาจจะมีความรับผิดอย่างใดๆ เกิดขึ้นไม่ว่าจะมีนิติสัมพันธ์กันอย่างไรกันมาก่อนหรือไม่ก็ตาม ซึ่งคู่กรณีในการยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ กฎหมายมิได้กำหนดจำกัดว่าจะต้องมีสถานะพิเศษอย่างใดถึงจะเข้าข่ายการถูกตรวจสอบตามกฎหมายนี้

ค. สาเหตุของความเสียหาย

หากสาเหตุของความเสียหายมาจาก “สินค้าที่ไม่ปลอดภัย” ดังจะระบุต่อไปนี้เท่านั้นจึงจะเข้าข่ายการตรวจสอบของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยฯ ซึ่งตามมาตรา 4 ของกฎหมายนี้ กำหนดนิยามคำว่า “สินค้าที่ไม่ปลอดภัย” ว่าเป็นสินค้าที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ โดยอาจมีสาเหตุจากความบกพร่องดังต่อไปนี้[142]

- ความบกพร่องในการผลิต (Manufaturing defect) สินค้าที่ผลิตออกมาและวางจำหน่ายในท้องตลาดนั้นมีลักษณะหรือส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งที่ผิดปกติไปลักษณะที่ผู้ผลิตได้กำหนดไว้ เช่น มีส่วนในส่วนหนึ่งในสินค้านั้นขาดหายไปในขั้นตอนการผลิตทำให้เกิดความเสียหายขึ้น

- ความบกพร่องในการออกแบบ (Design defect) สินค้าที่ผลิตออกมาจำหน่ายนั้น ถูกต้องตามที่ผู้ผลิตต้องการทุกประการ แต่องค์ประกอบหรือลักษณะที่ผู้ผลิตตั้งใจจะให้มีอยู่แล้วนั้น เกิดเป็นสาเหตุของอันตรายทำให้ความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้บริโภค

- ความบกพร่องในการไม่มีคำเตือนพอสมควร (Warning Defect) หมายถึงสินค้านั้นมีคำเตือนที่บกพร่องในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับอันตรายหรือผลกระทบที่อาจจะเกิดจากสินค้านั้นอย่างไม่ถูกต้องหรือไม่มีความชัดเจนเพียงพอ

---

[141] วิทยา กุลสมบูรณ์, ผู้บริโภคจะได้อะไรจากกฎหมายพีแอล [ออนไลน์], 23 สิงหาคม 2555. แหล่งที่มา http://www.senate.go.th/document/upload/213.pdf

[142] สรวิศ ลิมปรังษี, สิทธิผู้บริโภค,(กรุงเทพมหานคร: ธนาเพรส, 2552), หน้า11 – 26.

สำหรับขอบเขตของความเสียหายที่จะถูกตรวจสอบการยกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะมีสาเหตุมาจากอะไรก็ได้ ไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นสินค้าหรืออาจจะเกิดความเสียหายจากการกระทำของคน หรือมีสาเหตุมาจากสัตว์ หรือสิ่งของใดก็ได้

ง. ลักษณะความรับผิด

หลักการของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยฯ คือการนำเอาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) มาใช้บังคับ[143] โดยกำหนดให้เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ตนผลิต นำเข้า หรือจัดจำหน่ายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบการ ว่ามีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ อันเป็นการยกเว้นหลักปกติทั่วไปในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดที่บุคคลจะต้องมีความรับผิดก็ต่อเมื่อตนมีความผิด (No liability without fault)[144] ซึ่งมาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้ก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามพระราชบัญญัตินี้ จะนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดไม่ได้เลย นั่นหมายความว่ากฎหมายนี้ไม่ต้องการให้มีการตกลงล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดอันเป็นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดไม่ว่ากรณีใดๆ ทั้งสิ้น

กรณีแตกต่างจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ได้รับความเสียหายมากกว่าการเพ่งเล็งไปที่ลักษณะความผิด เพราะหากเป็นการยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่เกิดความเสียหายขึ้นกับเนื้อตัวร่างกายแล้ว ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนั้นก็ไม่อาจยกขึ้นอ้างได้ ส่วนในประเด็นเรื่องการยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานหรือความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) นี้ยังคงเป็นประเด็นปัญหาว่าอยู่ในขอบข่ายของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ อันจะได้พิเคราะห์ต่อไปในบทวิเคราะห์

จ. ความเสียหาย

ในกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย กำหนดกรอบความเสียหายไว้ในมาตรา 4[145] อย่างกว้างขวางกว่าความเสียหายตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ปัจจุบันโดยความเสียหายนี้นอกจากจะหมายถึงความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย และทรัพย์สินแล้ว ยังรวมไปถึงความเสียหายต่อจิตใจ เช่นความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความวิตกหวาดกลัว ความเศร้าโศกเสียใจ เป็นต้นแต่ไม่รวมถึงความเสียหายในตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นเอง ซึ่งมาตรา 9 ที่กล่าวถึงการยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบการนั้น กฎหมายกำหนดให้ไม่สามารถ

---

[143] ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย,พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), หน้า 149.

[144] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 451.

[145] พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้... “ความเสียหาย” หมายความว่า ความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเสียหายต่อตัวสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น”

ยกขึ้นอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดได้ทั้งสิ้น โดยไม่จำกัดว่าจะเป็นความเสียหายต่อสิทธิส่วนตัวที่จำหน่ายจ่ายโอนได้หรือไม่

ส่วนการยกเว้นความรับผิดในความเสียหายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นั้น จะมีการแยกแยะว่า หากเป็นความเสียหายต่อสิทธิส่วนตัว หรือเนื้อตัวร่างกายแล้ว กฎหมายไม่ให้นำข้อยกเว้นความรับผิดนั้นขึ้นอ้างได้เลย แต่หากเป็นความเสียหายที่เกิดต่อสิทธิอย่างอื่น เช่น ความเสียหายต่อทรัพย์สิน เสรีภาพ เป็นต้น ข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดนั้นมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ฉ. รูปแบบวิธีการแจ้งการยกเว้นความรับผิด

ทั้งกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยและกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ต่างก็ได้บัญญัติถึงรูปแบบของวิธีการแจ้งข้อความยกเว้นความรับผิดไว้ไม่ต่างกัน กล่าวคือ หากมีการยกเว้นความรับผิดของผู้กระทำ (ผู้ประกอบการ) ไว้ล่วงหน้าด้วยวิธีการประกาศ คำแจ้งความ หรือการทำข้อตกลงระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการไว้ล่วงหน้าแล้ว ไม่ว่าจะยกเว้นความรับผิดด้วยวิธีการใดก็ต้องห้ามไม่ให้อ้างข้อยกเว้นความรับผิดทั้งสิ้น

มีข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มีมาตรา 3 ที่กำหนดนิยามคำว่า “ข้อสัญญา” ให้หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอมรวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย แต่ในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยฯ ไม่มีข้อกำหนดทำนองเช่นนี้ ดังนั้น ประกาศ หรือคำแจ้งความของผู้ประกอบการตามกฎหมายนี้ จึงไม่เป็น “ข้อสัญญา” แต่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของผู้ประกอบการ

จากที่ได้ศึกษาในบทนี้ทำให้ทราบว่าในกฎหมายไทยทั้งในส่วนของละเมิดและสัญญาต่างก็มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดโดยปราศจากความผิดของบุคคลหรือข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมาย ซึ่งผลของการแสดงเจตนาตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายของทั้งสองเรื่องจะมีกฎหมายที่รองรับแตกต่างกันด้วย นอกจากนี้ประเทศไทยยังได้มีบทกฎหมายที่กำหนดควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดโดยกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และในการยกเว้นความรับผิดเฉพาะเรื่องก็มีกฎหมายควบคุมไว้ด้วยเช่นกัน อาทิ การยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ก็มีพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เข้ามาควบคุมยับยั้งผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นด้วย

บทที่ 4

การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดในกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้จะได้ศึกษาแนวคิดของการควบคุมและการยังยั้งการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิด (exclusion of liability) อันเป็นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายโดยปราศจาก“ความผิด”ของบุคคลผู้ที่ต้องรับผิด (No Fault Liability) ผู้เขียนจะศึกษาแนวคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสหราชอาณาจักรอันเป็นตัวแทนของประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามลำดับ ทั้งสองประเทศนี้ล้วนเป็นประเทศต้นแบบที่ประเทศไทยเรานำแนวคิดหลักการต่างๆ มาพัฒนาหลักกฎหมายของไทยให้มีความเป็นธรรมและทันสมัยมากยิ่งขึ้น ทั้งยังเป็นเบ้าหลอมความคิดในหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปและกฎหมายพิเศษที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการยกเว้นความรับผิด เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่ได้กล่าวไว้ในบทที่แล้วอีกด้วย โดยในการศึกษาบทนี้จะเริ่มที่ศึกษาบทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญา และละเมิด และพิจารณาถึงการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดล่วงหน้าว่ากฎหมายในประเทศต่างๆ นั้นยอมรับการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดเช่นนี้หรือไม่ เพียงใด

1. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

โดยทั่วไปแล้ว หลักกฎหมายสัญญาและละเมิดของประเทศเยอรมันจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง[1] ค.ศ. 1900 (Bürgerliches Gesetzbuch หรือที่รู้จักกันดีในชื่อย่อว่า “BGB”) ซึ่งได้ปรับปรุงแก้ไขมาโดยตลอด โดยประเทศเยอรมันมีการแก้ไขประมวลแพ่งครั้งใหญ่ในปี 2002 ที่เรียกว่า Schuldrechtsreform (Act on the Modernisation of the Law of Obligations) ซึ่งเป็นการออกกฎหมายพิเศษเพื่อปรับปรุงปฏิรูปกฎหมายเรื่องหนี้และมีกฎหมายชื่อ Schadensersatzrechtsreform (Act on the Reform of the Law of Damages) อันเป็นกฎหมายพิเศษที่ปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน[2] ซึ่งการปฏิรูปกฎหมายครั้งนี้นับเป็นการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งครั้งใหญ่ที่สุดครั้งหนึ่งของประเทศเยอรมัน มีบทบัญญัติกว่า 300 มาตราที่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง[3] อีกทั้งยังมีการผนวกรวมเอารัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญามาตรฐาน (The Standard Business Term Act 1976) ที่เคยเป็นกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับ

---

[1] บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมิได้กล่าวถึงไว้เป็นอย่างอื่น ให้หมายความถึงฉบับปัจจุบัน ซึ่งมีที่มาจาก Bundesministerium der Justiz, German Civil Code [online], 12 October 2012. Available from: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

[2] The European Commission, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. Project Manager Prof. Dr. Hans- W.Micklitz [online], 16 July 2012. Available from: http://ec.europa.eu/consumers/cons_safe/serv_safe/liability/

[3] Manfred Lowisch, New Law of Obligations in Germany [online], 23 June 2012. Available from: http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred141.pdf, p. 141.

ผิดของคู่สัญญา โดยได้นำเนื้อหาหลักๆ ของรัฐบัญญัติฉบับนั้นมาแทรกไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งที่แก้ไขใหม่นี้ โดยเริ่มต้นที่มาตรา 305 และพร้อมกันนั้นก็ได้ยกเลิกรัฐบัญญัติดังกล่าวในวันที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับใหม่นี้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2002 นั่นเอง[4]

ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดทางสัญญาและทางละเมิดไว้เป็นหลักอยู่แล้ว แต่ยังคงมีกฎหมายพิเศษและข้อบังคับต่างๆ ที่กำหนดความรับผิดของบุคคลในทางสัญญาและละเมิดนอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอีกด้วย ซึ่งส่วนมากแล้วบทกฎหมายที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิด หรือความรับผิดเด็ดขาดนั้นจะปรากฏอยู่ในกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง เช่น เรื่องความรับผิดอย่างเคร่งครัดของการให้บริการสาธารณูปโภค เช่น ไฟฟ้า แก๊ส น้ำประปา เป็นต้น[5] แต่อย่างไรก็ดี การศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะหยิบยกพิจารณากฎหมายอันเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดและการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดเฉพาะที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันในบางเรื่องที่จำเป็นเพื่อการวิเคราะห์ปัญหาของวิทยานิพนธ์นี้ได้ต่อไป

1.1 หลักทั่วไปของความรับผิดทางสัญญาของประเทศเยอรมัน

หลักที่เป็นหัวใจสำคัญของความรับผิดของบุคคลตามสัญญาในกฎหมายของประเทศเยอรมันคือ “หลักการมีความรับผิดโดยมีความผิด (principle of fault)”[6] โดยหลักทั่วไปแล้ว หากมีความเสียหายตามสัญญาที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมักจะเกิดจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญา (contractual duty) อันเกิดจาก “ความผิด” ของจำเลยโดยการจงใจหรืออย่างน้อยที่สุดก็คือการที่จำเลยกระทำการโดยประมาทเลินเล่อต่อหน้าที่ตามสัญญาอันเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โดยหลักนี้ปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา 276[7] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าระบบของความรับผิดทางแพ่งของประเทศเยอรมันถือหลักความรับผิดในการกระทำความผิดเป็นหลัก (Principle of liability for fault)[8] นั่นเอง

---

[4] Ibid., p. 152.

[5] The European Commission, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. Project Manager Prof. Dr. Hans- W.Micklitz [online], p.53.

[6] Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law,(The Hague, Netherland: Kluwer Law International, 1996), p.175.

[7] § 276 1) The obligor is responsible for intention and negligence, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications.

(2) A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care.

(3) The obligor may not be released in advance from liability for intention.

[8] Manfred Lowisch, New Law of Obligations in Germany [online], p.144.

หลักที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาคือ “หลักสุจริต” ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน มาตรา 242[9] คือ ลูกหนี้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามหลักสุจริตโดยคำนึงถึงประเพณีปฏิบัติด้วย[10] แต่แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งจะไม่ได้มีบทบัญญัติมาตราใดที่ระบุกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงหน้าที่โดยทั่วไปของคู่สัญญาในอันที่จะไม่กระทำความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา แต่ศาลได้พัฒนาหลักเกี่ยวกับหน้าที่ที่จะต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหาย จนกระทั่งในทุกวันนี้กลายเป็นข้อกำหนดโดยปริยายในทุกๆ สัญญาไปเสียแล้ว เรียกได้ว่าเป็นหน้าที่ในการป้องกันความเสียหาย (Schutzpflicht) ที่อาจเกิดขึ้นได้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับบาดเจ็บหรือความเสียหายจากการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กรณีเป็นอันพิจารณาได้ว่าจะต้องมีการฝ่าฝืนหน้าที่โดยปริยายนี้เสมอเว้นแต่การบาดเจ็บหรือเสียหายนั้นมิได้มีผลเชื่อมโยงมาจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานี้[11]

สำหรับภาระการพิสูจน์นั้น โดยหลักเมื่อเกิดความเสียหายจากการผิดสัญญาจะเป็นภาระของฝ่ายโจทก์ผู้เสียหายในอันจะต้องพิสูจน์ว่าหน้าที่ตามสัญญามีอยู่จริง และจำเลยก็ได้กระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญานั้นจริง ซึ่งโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลยว่าได้กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญานั้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เพราะหลักเรื่องความผิด (fault) ยังคงเป็นทฤษฎีพื้นฐานของความรับผิดทางสัญญาของประเทศเยอรมัน

1.1.1 ข้อยกเว้นหลักความผิดโดยมีความผิด

ตามที่ได้กล่าวถึงไว้แล้วว่าความรับผิดทางสัญญานั้นจำเป็นต้องมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญาโดยการที่จำเลยกระทำ “ความผิด” โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันเป็นผลทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย แต่ก็มีบางกรณีที่เป็นข้อยกเว้นหลักความผิด กล่าวคือในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมีกฎหมายบางมาตราวางข้อสันนิษฐานความรับผิดของคู่สัญญาไว้เลย หากเกิดสถานการณ์เป็นไปตามองค์ประกอบของบทบัญญัติข้อสันนิษฐานนั้นๆ ที่กำหนดความรับผิดเอาไว้ โดยลูกหนี้จะต้องมีความรับผิดแม้ตัวเองจะไม่ได้กระทำความผิดก็ตาม กรณีอาจถือได้ว่าลูกหนี้มีความรับผิดนั้นตั้งแต่ขณะทำสัญญาเลยก็ว่าได้ ซึ่งกล่าวได้ว่า ในเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญานั้น ถือว่าลูกหนี้ได้รับประกันว่าเขามีความสามารถในการปฏิบัติการชำระหนี้และหากไม่เป็นไปตามนั้น ลูกหนี้ก็จะมีความรับผิดโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของลูกหนี้[12] ดังจะได้พิจารณาในรายละเอียดในแต่ละมาตราต่อไป

---

[9] § 242 An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

[10] Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law, p.75.

[11] The European Commission, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. Project Manager Prof. Dr. Hans- W.Micklitz [online], p. 53.

[12] Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law, p.180.

1.1.2 ตัวอย่างบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน

ตัวอย่างบทบัญญัติกฎหมายสัญญาที่วางข้อสันนิษฐานความรับผิดแก่ลูกหนี้ ในการกำหนดความรับผิดโดยไม่สนใจความผิดของลูกหนี้

1. ข้อสันนิษฐานความรับผิดของลูกหนี้ในการกระทำความผิดของลูกจ้างหรือคนที่ตนใช้ให้ชำระหนี้

กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันในบรรพที่ 2 เรื่องกฎหมายหนี้ (Book II Law of Obligation) ลักษณะที่ 1 หน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ (Titile I Duty of Performance) มาตรา 278[13] ซึ่งมีสาระสำคัญที่ใกล้เคียงกับมาตรา 220 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นอย่างมาก โดยมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของลูกหนี้ตามกฎหมายสัญญา มีใจความสรุปว่า “ลูกหนี้ต้องมีความรับผิดในการกระทำความผิดของตัวแทนและบุคคลที่ตนใช้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ เหมือนกับเป็นความผิดของตนเอง แต่บทบัญญัติมาตรา 276 (3)[14] ไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีนี้ด้วย” ซึ่งมาตรา 276 (3) ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนี้ ก็มีเนื้อความทำนองเดียวกันกับมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หมายความว่า การที่ลูกหนี้ไม่สามารถแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดล่วงหน้าในการกระทำโดยจงใจ นั้น ไม่อาจนำมาใช้กับกรณีที่ลูกหนี้ยกเว้นความรับผิดในความผิดของลูกจ้างหรือตัวแทนแห่งตน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันในส่วนนี้ไม่ห้ามที่จะทำสัญญายกเว้นความรับผิดเพื่อความผิดของผู้อื่น ลูกหนี้อาจตกลงยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้าว่าจะไม่รับผิดชอบชดใช้ในความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการที่ตัวแทนหรือลูกจ้างปฏิบัติการชำระหนี้แทนตนได้

ดังนั้น อาจกล่าวได้กว่า ในเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดของลูกหนี้ที่กฎหมายวางข้อสันนิษฐานไว้ให้ลูกหนี้ต้องมีความรับผิดแม้ว่าตัวลูกหนี้เองจะไม่ได้กระทำความผิดนั้นก็ตาม แต่ความผิดนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของตัวแทนของลูกหนี้ กรณีเช่นนี้ในกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ลูกหนี้สามารถแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานนี้ได้ โดยมีมาตรา 276 (3) เปิดช่องไว้ให้ทำได้เช่นนั้น

บทบัญญัติในมาตรา 276 (3) ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมนีนั้นตรงตามหลักสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “ความตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดจากการกระทำโดยจงใจย่อมไม่มีผลบังคับ (dulus futurus per pactum remitti non potest)” อันเป็นหลักที่ว่า บุคคลย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตในฐานะที่เป็นสัญญาโดยปริยาย (implied term) อันเป็นผลมาจากหลักความยุติธรรมในการชดเชยและทดแทน (Cummutative Justice) อันเป็นสาระสำคัญของความผูกพันตามสัญญาทั้งปวงตามหลักกฎหมายธรรมชาติและดำรงอยู่ใน

---

[13] §278 The obligor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. The provision of section 276 (3) does not apply.

[14] §276(3) The obligor may not be released in advance from liability for intention.

ความสัมพันธ์ทางสัญญา ด้วยเหตุนี้จึงมีบางเรื่องที่คู่กรณีอาจตกลงยกเว้นได้ แต่บางเรื่องที่คู่กรณีไม่อาจตกลงยกเว้นได้ เพราะเป็นการทำลายบ่อเกิดตามธรรมชาติของสัญญา ถือได้ว่า ข้อตกลงใดที่ไม่อาจบรรลุถึงความมุ่งหมายตามธรรมชาติของข้อตกลงนั้น ย่อมไม่บริบูรณ์และย่อมไม่อาจบังคับกันได้[15] ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายเยอรมันจึงมองว่า มาตรา 276(3) เป็นข้อขัดขวางการแสดงเจตนาตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทั้งในเรื่องสัญญาและละเมิด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ โดยทั่วไปแล้วการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในเรื่องสัญญาหรือละเมิดสามารถทำได้ เว้นแต่เป็นเรื่องการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยความจงใจนั้น ไม่อาจตกลงกันได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 273(3) ประกอบกับหลักสุจริตนั่นเอง[16]

2. ข้อสันนิษฐานความรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในสัญญาซื้อขาย

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันที่แก้ไขใหม่ได้บัญญัติบทกฎหมายอันเป็นแม่บทเรื่องซื้อขายไว้ในมาตรา 433[17] ดังมีสาระสำคัญว่า “ด้วยอำนาจของสัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ให้แก่ผู้ซื้อ โดยปราศจากความชำรุดบกพร่องทั้งในด้านคุณภาพและด้านกรรมสิทธิ์ ส่วนผู้ซื้อมีหน้าที่ชำระราคาและรับมอบทรัพย์ที่ซื้อจากผู้ขาย”

มาตรานี้วางหลักไว้ในบทกฎหมายหลักของเรื่องซื้อขายเลยว่า นอกจากผู้ขายมีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์แล้ว ตัวทรัพย์ที่ส่งมอบนั้นจะต้องปราศจากความชำรุดบกพร่องใดๆ ด้วย อันเป็นการกำหนดหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายเป็นหลักการสำหรับหน้าที่ผู้ขายเลยก็ว่าได้

---

[15] กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้,(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 34-35.

[16] Interview with Christian Armbrüster, Univ.-Prof. Dr., Freie Universität Berlin, 11 February 2013.

[17] § 433 Typical contractual duties in a purchase agreement

(1) By a purchase agreement, the seller of a thing is obliged to deliver the thing to the buyer and to procure ownership of the thing for the buyer. The seller must procure the thing for the buyer free from material and legal defects.

(2) The buyer is obliged to pay the seller the agreed purchase price and to accept delivery of the thing purchased.

ก. ข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายที่กำหนดเรื่องความรับผิดในความชำรุดบกพร่องโดยตรง จะปรากฏอยู่ในมาตรา 434[18] ซึ่งมีการกำหนดลักษณะกรณีที่เรียกได้ว่าเกิดความชำรุดบกพร่องแล้ว ซึ่งผู้ขายต้องรับผิดชอบทันที ดังมีใจความว่า “ความชำรุดบกพร่องในคุณภาพ ได้แก่กรณีต่อไปนี้

(1) ทรัพย์นั้นจะปราศจากความชำรุดบกพร่อง ถ้าหากเป็นทรัพย์ที่มีคุณภาพตามที่ตกลงกัน แต่ถ้าหากมิได้มีการตกลงกันเกี่ยวกับคุณสมบัติของทรัพย์ ทรัพย์นั้นจะถือว่าปราศจากความชำรุดบกพร่องหากทรัพย์นั้น

1.) เหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายตามสัญญา หรือ

2.) เหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติที่ผู้ซื้อคาดหวังตามปกติธรรมดาของทรัพย์นั้น รวมถึงลักษณะที่ผู้ซื้อคาดหวังจากการประกาศโฆษณาทางสาธารณะว่าทรัพย์ควรมีลักษณะเป็นเช่นไร หากทรัพย์ที่ซื้อไม่มีคุณสมบัติตามที่โฆษณาไว้ กรณีก็ถือว่าทรัพย์นั้นมีความชำรุดบกพร่อง เว้นแต่ผู้ขายมิได้รู้ถึงข้อความนั้น หรือไม่มีหน้าที่อันควรต้องรู้ถึงข้อความนั้น หรือข้อความโฆษณานั้นได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงและมีการประกาศแบบเดียวกันกับโฆษณาครั้งก่อน หรือการประกาศโฆษณานั้นมิได้มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจซื้อของผู้ซื้อ

(2) กรณีถือว่าทรัพย์ที่ซื้อมีความชำรุดบกพร่องในสาระสำคัญ หากทรัพย์ที่ซื้อนั้นมีการบริการติดตั้งโดยผู้ขายหรือคนที่ผู้ขายใช้ให้ติดตั้งแทนนั้น ดำเนินการติดตั้งอย่าง ไม่เหมาะสม นอกจากนี้ยังรวมไปถึงความชำรุดบกพร่องที่เกิดจากคู่มือการติดตั้งนั้นไม่ถูกต้อง แม้ทั้งจะได้ติดตั้งตามคู่มือทุกประการ ทรัพย์นั้นก็ยังใช้งานไม่ได้ดี

(3) ผู้ขายส่งมอบทรัพย์ผิดประเภท หรือส่งมอบทรัพย์พร่องจำนวน ถือเทียบเท่ากับทรัพย์นั้นมีความชำรุดบกพร่องอย่างสำคัญ”

---

[18] § 434 (1) The thing is free from material defects if, upon the passing of the risk, the thing has the agreed quality. To the extent that the quality has not been agreed, the thing is free of material defects

1. if it is suitable for the use intended under the contract,

2. if it is suitable for the customary use and its quality is usual in things of the same kind and the buyer may expect this quality in view of the type of the thing.

Quality under sentence 2 no. 2 above includes characteristics which the buyer can expect from the public statements on specific characteristics of the thing that are made by the seller, the producer (section 4 (1) and (2) of the Product Liability Act [Produkthaftungsgesetz]) or his assistant, including without limitation in advertising or in identification, unless the seller was not aware of the statement and also had no duty to be aware of it, or at the time when the contract was entered into it had been corrected in a manner of equal value, or it did not influence the decision to purchase the thing.

(2) It is also a material defect if the agreed assembly by the seller or persons whom he used to perform his obligation has been carried out improperly. In addition, there is a material defect in a thing intended for assembly if the assembly instructions are defective, unless the thing has been assembled without any error.

(3) Supply by the seller of a different thing or of a lesser amount of the thing is equivalent to a material defect.

ข. บทบัญญัติของกฎหมายที่สันนิษฐานความรับผิดเรื่องการบกพร่องในด้านกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ซื้อขาย หรือการรอนสิทธินั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 435[19] ซึ่งมีสาระสำคัญว่า “ทรัพย์ที่ซื้อขายจะปราศจากการรอนสิทธิ ถ้าบุคคลภายนอกไม่มีสิทธิใดๆ เหนือทรัพย์นั้น หรือมีแต่เพียงสิทธิเรียกร้องต่อผู้ซื้อ อนึ่ง กรณีให้ถือเสมือนว่ามีการอนสิทธิ ถ้าหากสิทธิในที่ดินนั้นไม่ปรากฏในทะเบียนที่ดิน ”

จากบทบัญญัติมาตรา 434 และมาตรา 435 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า แต่ละบทบัญญัติล้วนแล้วแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดสถานการณ์แห่งผลของการที่ตัวทรัพย์ที่มีความชำรุดบกพร่องไม่ว่าจะเป็นการบกพร่องในคุณภาพหรือบกพร่องในกรรมสิทธิ์ก็ตาม ถ้าหากเกิดสถานการณ์ตามที่กฎหมายกำหนดขึ้นนั้น ถือได้ว่าผู้ขายมีความรับผิดตามกฎหมาย โดยมิพักต้องพิจารณาว่าฝ่ายผู้ขายมีความผิดโดยกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ จึงทำให้ผู้ซื้อมีสิทธิเรียกร้องต่อผู้ขายในความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิตามหลักกฎหมายเรื่องหนี้และสัญญาซื้อขายกันต่อไป

นอกจากนี้ มาตรา 434 และ 435 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนี้มิได้มีองค์ประกอบในเรื่องความผิดของฝ่ายผู้ขายกำหนดไว้แต่ประการใด โดยไม่ว่าความชำรุดบกพร่องนั้นจะเกิดจากความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของฝ่ายผู้ขายหรือไม่ ก็มิได้เป็นสาระสำคัญ[20] อีกทั้งหากได้พิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 433 ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันอันเป็นกฎหมายบทหลักในเรื่องซื้อขายแล้ว ก็ยิ่งเป็นสิ่งยืนยันได้ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายคือตัวทรัพย์ที่ซื้อขายนั้นจะต้องปราศจากความบกพร่องในคุณภาพและกรรมสิทธิ์ซึ่งถือเป็นหน้าที่หลักของผู้ขายอันกล่าวได้ว่าความรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินี้เป็นความรับผิดเด็ดขาดของผู้ขาย โดยมีบทบัญญัติมาตรา 434 และ 435 วางข้อสันนิษฐานความรับผิดของผู้ขายไว้นั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันยังคงเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดตามบัญญัติเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิไว้ด้วย ดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไปนี้

1.1.3 ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ขาย

มาตรา 444[21] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน บัญญัติถึงการตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ขายในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิดังมีสาระสำคัญว่า “ผู้ขายไม่อาจอ้างอิงอาศัยข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิเรียกร้องของผู้ซื้อที่มีต่อผู้ขายในความชำรุด

---

[19] § 435 The thing is free of legal defects if third parties, in relation to the thing, can assert either no rights, or only the rights taken over in the purchase agreement, against the buyer. It is equivalent to a legal defect if a right that does not exist is registered in the Land Register.

[20] Peter De Cruz, Comparative Law in a Changing World,2nd edition,(London : Cavendish Publishing, 1999), p.397.

[21] § 444 The seller may not invoke an agreement that excludes or restricts the rights of the buyer with regard to a defect insofar as the seller fraudulently concealed the defect or gave a guarantee of the quality of the thing.

บกพร่องและการรอนสิทธิได้ ถ้าหากผู้ขายปิดบังความชำรุดบกพร่องนั้น หรือผู้ขายได้มีการรับรองว่าทรัพย์สินนั้นมีคุณภาพ”

มาตรานี้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องในคุณภาพหรือกรรมสิทธิ์ กล่าวคือเป็นการยกเว้นความรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือรอนสิทธิในกรณีที่มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาไว้ล่วงหน้านั่นเอง ซึ่งนั่นก็ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า ความรับผิดของผู้ขายตามที่กฎหมายกำหนดอันเรียกได้ว่าข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องสัญญาซื้อขายในความชำรุดบกพร่องของประเทศเยอรมัน คู่สัญญาก็อาจแสดงเจตนาตกลงยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้าก็ได้ เว้นแต่ผู้ขายจงใจฉ้อฉลปิดบังความบกพร่องนั้น หรือได้รับประกันเกี่ยวกับตัวทรัพย์นั้น ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นไม่อาจใช้ได้เลย[22] ซึ่งก็เป็นไปตามหลักความยุติธรรมอยู่แล้วที่กฎหมายไม่ควรยอมให้มีการยกเว้นความรับผิดสำหรับกรณีที่จงใจไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องนั้นเอง

อนึ่ง หลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันได้มีการแก้ไขปรับปรุงในปีค.ศ. 2002 โดยมีการผนวกรวมรัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญามาตรฐาน (Standard Business Terms Act) ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งดังที่ได้กล่าวไว้ตอนต้นแล้วนั้น ส่งผลทำให้การแสดงเจตนาให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายมีข้อจำกัดที่เข้มงวดขึ้นไปจากบทบัญญัติเดิมของประมวลกฎหมายแพ่งก่อนมีการแก้ไข[23] โดยในเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในสัญญาซื้อขายที่มีการใช้ข้อสัญญามาตรฐานนั้น หากมีการกำหนดไว้ประมวลกฎหมายแพ่งในมาตรา 309(8)(b)[24] ในทำนองที่ว่า หากในข้อสัญญามาตรฐานนั้นเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขายในความชำรุดบกพร่อง ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะทันที

---

[22] Manfred Lowisch, New Law of Obligations in Germany [online], p.149.

[23] Schulte-Nölke, Hans, The New German Law of Obligation: an Introduction [online], 20 November 2012. Available from: http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm

[24] §309 Even to the extent that a deviation from the statutory provisions is permissible, the following are ineffective in standard business terms:

(8)(b) (Defects) a provision by which in contracts relating to the supply of newly produced things and relating to the performance of work

aa) (Exclusion and referral to third parties) the claims against the user due to defects in their entirety or in regard to individual parts are excluded, limited to the granting of claims against third parties or made dependent upon prior court action taken against third parties;

bb) (Limitation to cure) the claims against the user are limited in whole or in regard to individual parts to a right to cure, to the extent that the right is not expressly reserved for the other party to the contract to reduce the purchase price, if the cure should fail or, except where building work is the object of liability for defects, at its option to revoke the contract;

cc) (Expenses for cure) the duty of the user to bear the expenses necessary for the purpose of cure, in particular to bear transport, workmen’s travel, work and materials costs, is excluded or limited;

dd) (Withholding cure) the user makes cure dependent upon prior payment of the entire fee or a portion of the fee that is disproportionate taking the defect into account;

ee) (Cut-off period for notice of defects) the user sets a cut-off period for the other party to the contract to give notice of non-obvious defects which is shorter than the permissible period of time under double letter (ff) below;

ff) (Making limitation easier) the limitation of claims against the user due to defects in the cases cited in section 438 (1) no. 2 and section 634a (1) no. 2 is made easier, or in other cases a limitation period of less than one year reckoned from the beginning of the statutory limitation period is attained;

สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรา 309 แห่งประมวลแพ่งฉบับแก้ไขใหม่อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อสัญญามาตรฐานนั้น ผู้เขียนจะได้ศึกษาในรายละเอียดอีกครั้งหนึ่งหัวข้อแนวความคิดว่าด้วยการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดทางแพ่งในประเทศเยอรมันต่อไป

1.2 หลักทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศเยอรมัน

หลักพื้นฐานของการกำหนดความรับผิดของบุคคลไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือละเมิดก็ตั้งอยู่บนฐานที่ไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ ความรับผิดเพื่อละเมิดในกฎหมายเยอรมันนั้น มีความรับผิดวางอยู่บนสองฐาน คือ ฐานที่เป็นหัวใจสำคัญของหลักเรื่องความรับผิดคือ “การมีความรับผิดโดยมีความผิด” (Based of Fault) กล่าวคือผู้ที่ต้องมีความรับผิดนั้นได้กระทำให้เกิดความเสียหายโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น[25] ซึ่งกฎหมายนั้นก็คือความรับผิดอีกฐานหนึ่งที่เรียกว่าความรับผิดอย่างเคร่งครัด (Strict Liability) หรือที่เรียกว่าความรับผิดโดยปราศจากความผิด (Liability without fault) ความรับผิดอย่างเคร่งครัดนี้เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย[26] หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายที่สันนิษฐานความรับผิดของบุคคลนั้นเอง

ความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อสิทธิเด็ดขาดของบุคคลหรือบทบัญญัติของกฎหมายอันมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่นหรือศีลธรรมอันดีได้ถูกละเมิดโดยไม่มีสิทธิ การละเมิดฝ่าฝืนนี้จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่มีสิทธิ โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่วางความรับผิดไว้แก่บุคคลคนหนึ่งที่ไม่ได้กระทำความผิดแต่กรณีก็เป็นข้อยกเว้นหลักความรับผิดทั่วไปอันเป็นเรื่องความรับผิดอย่างเคร่งครัด[27]

1.2.1 ตัวอย่างบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน

ดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วว่า กฎหมายที่กำหนดความรับผิดอย่างเคร่งครัดของประเทศเยอรมันนั้น ส่วนมากแล้วจะบัญญัติไว้เป็นกฎหมายพิเศษแยกเป็นเรื่องๆ ไป นอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง[28] อันเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายของประเทศเยอรมันที่

---

[25] Raymon Youngs, English, French & German comparative law,2nd ed.(London: Routledge-Cavendish, 2007), p.359.

[26] The European Commission, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. Project Manager Prof. Dr. Hans- W.Micklitz [online], p.60.

[27] Ibid.

[28] Raymon Youngs, English, French & German comparative law, p. 362. อย่างไรก็ดี จากการสืบค้นของผู้เขียนพบว่า ในประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนียซึ่งเป็นประเทศใหม่ที่แยกตัวออกมาจากเครือสภาพโซเวียตแต่ทว่ามีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ตระกูลกฎหมายเยอรมัน (Germanic legal family) ในกฎหมาย Law of Obligation Act อันเป็นบทกฎหมายระบบหนึ่งที่สำคัญของประเทศเอสโตเนียมีบทบัญญัติมาตรา 1051 เรื่องความรับผิดเพื่อละเมิด ซึ่งระบุไว้อย่างชัดเจนว่า การตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้เป็นการล่วงหน้าในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย(unlawfull) การตกลงนั้นตกเป็นโมฆะ แต่ในประเทศเยอรมันจะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนเช่นประเทศเอสโตเนียนี้ Interview with Age Värv, Lecturer of Civil Law, University of Tartu, 10 February 2013., Interview with Janno Lahe, Lecturer of Civil Law, University of Tartu, 11

ความรับผิดอย่างเคร่งครัดเกือบทั้งหมดถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษแยกออกไปนอกประมวลกฎหมายแพ่งอันเป็นบทกฎหมายทั่วไป (general Code)[29]

ซึ่งความรับผิดอย่างเคร่งครัดทั้งหลายในกฎหมายพิเศษเหล่านี้ ล้วนแล้วแต่ไม่อาจอาศัยความตกลงในการยกเว้นความรับผิดได้เลย มีแต่เพียงเหตุสุดวิสัยเท่านั้นที่อาจพอช่วยให้ผู้ที่ต้องรับผิดหลุดพ้นจากความรับผิดตามบทสันนิษฐานความรับผิดอันเคร่งครัดนั้นได้[30] ยิ่งไปกว่านั้น ท่าน Prof. Dr. Christian Armbrüster แห่งมหาวิทยาลัย Freie Universität Berlin ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า โดยหลักทั่วไปแล้ว ถ้าหากไม่ใช่เรื่องการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากความจงใจ คู่กรณีสามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทั้งสัญญาและละเมิดได้สำหรับทุกประเภทของความผิด โดยการทำความตกลงกันระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเองตามมาตรา 276 (3)[31] แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ท่านยังกล่าวย้ำไว้ด้วยว่า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่า ความรับผิดอย่างเคร่งครัดหรือข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับอะไร เช่น กฎหมายว่าด้วยความรับผิดในผลิตภัณฑ์ (Product Liability) ไม่สามารถตกลงยกเว้นความรับผิดได้[32] อย่างไรก็ตามสำหรับในวิทยานิพนธ์นี้จะได้ยกตัวอย่างบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดในเรื่องละเมิดบางเรื่องเฉพาะเท่าที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันให้ได้พิจารณาพอสังเขป ดังนี้

ก. ข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสัตว์

ลำดับแรกในการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายอันเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสัตว์ของประเทศเยอรมันนี้ ในเบื้องต้นต้องเข้าใจเสียก่อนว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมีบทบัญญัติในส่วนของบทเบ็ดเสร็จทั่วไปที่กล่าวว่า สัตว์ไม่ใช่ทรัพย์ อันเป็นแนวคิดที่แตกต่างจากกฎหมายไทย ซึ่งในประมวลแพ่งของประเทศเยอรมันมาตรา 90 a[33] กำหนดไว้ในทำนองว่า แม้ว่าสัตว์จะไม่ใช่ทรัพย์ซึ่งได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายพิเศษก็ตาม แต่ก็ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายเรื่องทรัพย์ซึ่งนำมาปรับใช้โดยอนุโลมได้เช่นกัน เว้นแต่จะมีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันก็มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดของบุคคลที่มีความเกี่ยวพันกับสัตว์ที่ทำความเสียหายไว้โดยเฉพาะเช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 833 และมาตรา 834 ดังนี้

มาตรา 833[34] มีใจความสำคัญว่า “ผู้ใดถูกสัตว์ทำร้ายจนได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สินได้รับความเสียหาย บุคคลผู้ดูแลรักษาสัตว์ จำต้องชดใช้ค่าสินไหม

February 2013. และโปรดดู Janno Lahe, Fault in the Three-stage Structure of the General Element of Tort [online], 5 February 2013. Available from: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2007_1_152.pdf, p. 152.

[29] Ulrich Magmus, The Reform of German Tort Law, Ulrich Magmus [online], 2 February 2013. Available from: http://www.indret.com/pdf/127_en.pdf, p.6.

[30] Raymon Youngs, English, French & German comparative law, p.360.

[31] German Civil Code § 276 (3) The obligor may not be released in advance from liability for intention.

[32] Interview with Christian Armbrüster, Univ.-Prof. Dr., Freie Universität Berlin, 11 February 2013.

[33] § 90a “Animals are not things. They are protected by special statutes. They are governed by the provisions that apply to things, with the necessary modifications, except insofar as otherwise provided.”

[34] §833 “If a human being is killed by an animal or if the body or the health of a human being is injured by an animal or a thing is damaged by an animal, then the person who keeps the animal is liable to

ทดแทนแก่ผู้เสียหาย ความรับผิดตามมาตรานี้จะไม่นำมาใช้บังคับหากบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติในการดูแลรักษาสัตว์นั้น หรืออย่างไรก็ดีความเสียหายนั้นจะต้องเกิดมีขึ้น แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังเพียงนั้นแล้วก็ตาม"

มาตรา 834[35] มีใจความสำคัญว่า "บุคคลใดรับดูแลรักษาสัตว์ตามสัญญา ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ อันสัตว์ที่ตนดูแลนั้นก่อให้เกิดความเสียหายใดๆ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 833 อันเป็นผลมาจากสัตว์นั้น ความรับผิดตามมาตรานี้จะไม่นำมาใช้บังคับหากบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติในการดูแลรักษาสัตว์นั้น หรืออย่างไรก็ดีความเสียหายนั้นจะต้องเกิดมีขึ้น แม้จะได้ใช้ความระมัดระวังเพียงนั้นแล้วก็ตาม"

ความรับผิดตามบทบัญญัติทั้งสองมาตรานั้น เป็นการกำหนดความรับผิดแก่บุคคลผู้ดูแลรักษาสัตว์ (The person who keeps the animal) กับบุคคลผู้ดูแลรักษาสัตว์ตามสัญญา (A person who by contract assumes the supervision of an animal for the keeper of the animal) จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใดๆ ที่เกิดจากสัตว์ที่อยู่ในความดูแลของตน โดยเป็นความรับผิดโดยปราศจากความผิดใดๆ ของบุคคลนั้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ความเสียหายจากสัตว์ ก็จะต้องรับผิดตามกฎหมาย แต่ก็มีข้อปฏิเสธความรับผิดโดยกฎหมายในมาตรานั้นๆ ได้เปิดช่องไว้โดยให้โอกาสบุคคลผู้ดูแลสัตว์พิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามควรแก่พฤติการณ์ หรือพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายย่อมจะเกิดขึ้นอยู่ดีแม้ว่าตนจะได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้นแล้วก็ตาม อย่างไรก็ดี มีผู้ที่เห็นว่าบุคคลผู้ที่ดูแลสัตว์อาจแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของตนไว้ล่วงหน้าได้สำหรับความเสียหายที่เกิดจากความผิดของผู้เสียหาย หรือผู้เสียหายสมัครใจยอมรับความเสี่ยงภัยจากสัตว์ได้เท่านั้นเอง[36]

ข. ข้อสันนิษฐานความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมาตรา 836 ถึงมาตรา 838 กล่าวคือ

มาตรา 836[37] มีสาระสำคัญว่า "(1) ถ้าบุคคลใดได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สินเพราะเหตุที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอันติดกับที่ดินพังทลายลงหรือส่วนหนึ่ง

---

compensate the injured person for the damage arising from this. Liability in damages does not apply if the damage is caused by a domestic animal intended to serve the occupation, economic activity or subsistence of the keeper of the animal and either the keeper of the animal in supervising the animal has exercised reasonable care or the damage would also have occurred even if this care had been exercised."

[35] §834 " A person who by contract assumes the supervision of an animal for the keeper of the animal is responsible for the damage inflicted by the animal on a third party in the manner specified in section 833. The responsibility does not apply if he exercises reasonable care in supervision or if the damage would also have occurred even if such care had been exercised."

[36] Raymon Youngs, English, French & German comparative law, p. 386.

[37] §836 (1) If a human being is killed or if the body or the health of a human being is injured or a thing is damaged by the collapse of a building or any other structure attached to a plot of land or by parts of the building or structure breaking off, then the possessor of the plot of land is liable to make compensation to the injured person for damage resulting from this, to the extent that the collapse or severing is a consequence of defective construction or inadequate upkeep. Liability in damages does not apply if the possessor has observed reasonable care for the purpose of avoiding danger.

ส่วนใดแตกหักลง บุคคลผู้ครอบครองที่ดินนั้นต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายที่ได้รับผลร้ายจากการนี้ หากเกิดขึ้นเพราะการก่อสร้างบกพร่องหรือการบำรุงรักษาไม่เพียงพอ อย่างไรก็ดี หน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนี้จะไม่เกิดขึ้นหากบุคคลผู้ครองที่ดินได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อปัดป้องไม่ให้เกิดภยันตรายเช่นนั้น

(2) บุคคลผู้ครอบครองที่ดินคนก่อนต้องรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการพังทลายหรือแยกออกจากกันของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวที่เกิดขึ้นภายใน 1 ปีนับจากการครอบครองนั้นได้สิ้นสุดลง เว้นแต่ในระหว่างที่ครอบครองนั้น ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร หรือเว้นแต่บุคคลผู้ครองครองต่อมาสามารถที่จะปัดป้องภยันตรายนั้นได้หากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

(3) ผู้ครอบครองตามความหมายของบทบัญญัติมาตรานี้รวมถึงบุคคลผู้ที่จะมีสิทธิเป็นเจ้าของด้วย”

มาตรา 837[38] มีใจความสำคัญว่า “บุคคลใดมีสิทธิครอบครองโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินของบุคคลอื่น ความรับผิดตามมาตรา 836 ตกแก่บุคคลผู้มีสิทธิครอบครองโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นแทนผู้ครอบครองที่ดิน”

มาตรา 838[39] มีใจความสำคัญว่า “บุคคลซึ่งรับหน้าที่ครอบครองดูแลโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างเพราะเป็นผู้ใช้โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น ต้องรับผิดเช่นเดียวกับผู้ครอบครองในความเสียหายใดๆ อันเกิดจากการพังทลายลงหรือการแยกหลุดออกนั้นด้วย”

จากบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดอันเกิดจากความเสียหายจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างทั้งสามมาตรานั้น อาจสรุปแยกประเภทบุคคลที่ต้องรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างออกได้ดังต่อไปนี้

1. เจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง

2. เจ้าของที่ดินคนก่อนที่การครอบครองสิ้นสุดลงยังไม่ครบ 1 ปี

3. ผู้ครองโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้าง เช่น ผู้เช่า เป็นต้น[40]

---

(2) A previous possessor of the plot of land is responsible for the damage if the collapse or breaking off occurs within one year after he vacated possession, unless during his period of possession he exercised reasonable care or a later possessor would have been able to avoid the danger by observing this care.

(3) The possessor within the meaning of these provisions is the owner-occupier.”

[38] §837 If anyone, in exercise of a right, possesses a building or another structure on the plot of land of another person, then the responsibility specified in section 836 applies to him instead of the possessor of the plot of land.

[39] §838 A person who assumes the maintenance of a building or of a structure attached to a plot of land for the possessor or has to maintain the building or the other structure by virtue of a right of use to which he is entitled is responsible in the same way as the possessor for the damage caused by the collapse or the breaking off of parts of the building.

[40] Ernest Joseph Schuster, The principle of German Civil law,(Oxford: Clarendon Press, 1907), p.347.

ความรับผิดของบุคคลเหล่านี้ เป็นความรับผิดโดยที่กฎหมายบัญญัติโดยที่บุคคลนั้นๆ อาจจะไม่มีการกระทำความผิดให้เกิดความเสียหายนั้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม ดังนั้น ผู้เสียหายจึงไม่จำต้องพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลย แต่อย่างไรก็ดี บุคคลต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดความรับผิดไว้นั้นก็อาจพิสูจน์ให้ตนเองหลุดพ้นความรับผิดได้ด้วยการพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอตามสมควรแล้ว

กรณีอาจพิจารณาได้ว่า ความรับผิดเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากสัตว์หรือโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนี้ เป็นบทสันนิษฐานความรับผิดที่อาจพิสูจน์หักล้างได้ ส่วนความรับผิดที่จะเป็นอิสระจากเรื่อง “ความผิด”อย่างแท้จริง อันเป็นความรับผิดสำหรับความเสี่ยงที่สร้างขึ้นอันได้แก่ความรับผิดอย่างเคร่งครัดในความหมายอย่างแคบที่ในตัวบทกฎหมายนั้นไม่มีข้อที่จะให้ผู้ที่ต้องรับผิดสามารถนำสืบพิสูจน์เพื่อให้หลุดพ้นความรับผิดได้เลยนั้น ส่วนมากจะเป็นกฎหมายเฉพาะในรัฐบัญญัติหรือข้อบังคับต่างๆ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นนั้น[41]

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าในตัวบทกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากสัตว์หรือโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันจะเปิดโอกาสให้จำเลยพิสูจน์เพื่อหักล้างความรับผิดของตนได้ก็ตาม แต่กฎหมายก็เปิดช่องให้เพียงพิสูจน์ให้หลุดพ้นความรับผิดได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในองค์ประกอบของมาตรานั้นๆ เท่านั้น มิได้มีบทบัญญัติมาตราใดที่เปิดโอกาสให้มีการตกลงยกเว้นความรับผิดในเรื่องละเมิด โดยเฉพาะความรับผิดเรื่องละเมิดที่มีกฎหมายสันนิษฐานความรับผิดไว้ได้แต่ประการใด

1.3 แนวความคิดว่าด้วยการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดทางแพ่งในประเทศเยอรมัน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าในปีค.ศ. 2002 มีการปฏิรูปประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันโดยหนึ่งในเรื่องที่มีการเปลี่ยนแปลงคือมีการแทรกเนื้อหาแนวคิดของรัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญามาตรฐาน (The Standard Business Terms Act 1976) ไว้ในบทบัญญัติเรื่องหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่ง[42] มาตรา 305 ถึงมาตรา 310

อย่างไรก็ตาม ในเบื้องแรกนี้ผู้เขียนขอสรุปถึงวิธีการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในทางแพ่งของประเทศเยอรมันในอดีต ก่อนที่จะมีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญามาตรฐานในปี ค.ศ. 1976 (The Standard Business Term Act 1976) เพื่อให้ทราบถึงวิธีการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในอดีตของประเทศเยอรมัน[43]

---

[41] Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law, p.198.

[42] Manfred Lowisch, New Law of Obligations in Germany [online], p.152.

[43] ในการกล่าวถึงสถานการณ์การควบคุมการแสดงเจตนาในประเทศเยอรมันก่อนปีค.ศ. 1976 นี้ ผู้เขียนเรียบเรียงสรุปจากวัฒนา เทพวุฒิสถาพร, แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า152-153.

โดยที่ประเทศเยอรมันมีหลักกฎหมายที่สำคัญอันเรียกได้ว่าเป็นแก่นของกฎหมายแพ่ง นั่นคือหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หลักนี้มิใช่เป็นแค่เพียงหลักที่ยืนยันเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาเท่านั้น แต่ยังเป็นเสรีภาพในการกำหนดรูปแบบเนื้อหาของสัญญาที่ใช้ระหว่างคู่สัญญากันเองด้วย[44] อาศัยหลักเสรีภาพนี้เอง คู่สัญญาบางฝ่ายจึงได้พยายามที่จะกำหนดรูปแบบเนื้อหาของข้อสัญญาที่ใช้ระหว่างคู่สัญญาด้วยกันว่าจะมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเอง หรือจำกัดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของคู่สัญญาฝ่ายตรงข้าม ซึ่งส่วนมากจะเกิดใน “สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป” ซึ่งเป็นสัญญาที่มีการจัดทำไว้ก่อนล่วงหน้าโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ซึ่งข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้เองที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในทางเศรษฐกิจ สังคม และกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ศาลเยอรมันจึงได้พยายามที่จะหาหนทางต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้สัญญามาตรฐานในการแก้ไขปัญหาการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด โดยแบ่งเป็นลักษณะของการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ดังนี้

ก. ควบคุมในทางรูปแบบ

ศาลได้ใช้หลักการผนวกข้อสัญญาเข้าไว้ในสัญญา โดยในเบื้องต้น ศาลเยอรมันมีแนวทางในการให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องยอมรับข้อสัญญานั้นว่า ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ ด้วยการพิจารณาถึงลักษณะการจัดพิมพ์ข้อสัญญานั้นว่ามีความโดดเด่นหรือไม่ มีขนาดตัวอักษรเช่นไร อย่างไรก็ตามถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ลงนามยอมรับข้อสัญญาใดไปแล้ว ก็ถือว่าข้อสัญญานั้นได้ถูกผนวกไว้ในสัญญานั้นด้วย[45]

ข. ควบคุมในทางเนื้อหา

ศาลได้พยายามนำหลักบทบัญญัติที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมาใช้แก้ปัญหาในเนื้อหาความไม่เป็นธรรมในข้อสัญญายกเว้นความรับผิดที่ปรากฏในสัญญามาตรฐาน เช่น หลักศีลธรรมอันดี หลักการตีความสัญญา หลักสุจริต เป็นต้น แต่หลักการต่างๆ ที่ปรากฏในประมวลกฎมายแพ่งนี้มิได้ถูกออกแบบมาเพื่อใช้บังคับกับสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะทางเศรษฐกิจ และอำนาจการเจรจาต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายที่จัดเตรียมข้อสัญญามาตรฐานก็จะแสวงหาหนทางในการยกเว้นความรับผิดของตนให้จงได้ ดังนั้น เมื่อนำหลักต่างๆ มาปรับใช้นานวันเข้า ก็ถึงจุดอิ่มตัว ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการยกเว้นความรับผิดที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายได้อีกต่อไป จึงเกิดเป็นแรงขับดันให้มีการผ่านกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญามาตรฐาน (The Standard Business Terms Act 1976) ซึ่งในปัจจุบันนี้เนื้อหาส่วนใหญ่ในรัฐบัญญัติดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันรวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแล้ว

---

[44] Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, Introduction to German Law, p.175.

[45] E.J. Cohn, Manual of German Law, Vol. 2(London : Oceana Publications, Inc., 1971), pp. 30-32.

ลำดับต่อไปจะได้พิจารณาถึงแนวความคิดในการควบคุมข้อสัญญายกเว้นความรับผิดทางแพ่งที่กำหนดไว้ในสัญญามาตรฐาน ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการตกลงยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญา ในประเด็นต่างๆ ต่อไปนี้

ก. ความหมายของข้อสัญญามาตรฐานตามมาตรา 305 (1)[46]

มาตรา 305 (1) ได้ให้คำจำกัดความของ “ข้อสัญญามาตรฐาน”(Standard Business Terms) ไว้ว่า เป็นข้อสัญญาที่มีการกำหนดจัดทำไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง สำหรับใช้กับสัญญาจำนวนมากซึ่งคู่สัญญาฝ่ายผู้จัดทำข้อสัญญานั้นจะเสนอสัญญามาตรฐานนี้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับในขณะเวลาที่ตกลงทำสัญญา โดยไม่ว่าจะเป็นข้อสัญญาที่พิมพ์ไว้แยกต่างหากจากตัวสัญญาหรือไม่ และไม่ว่าจะเสนอในลักษณะหรือรูปแบบใด แต่ทั้งนี้ข้อสัญญาที่มีการเจรจาต่อรองกันในรายละเอียดระหว่างคู่สัญญาตัวต่อตัว ไม่ถือเป็นสัญญามาตรฐานในที่นี้

ข. การผนวกข้อสัญญาไว้ในสัญญา[47]

ในมาตรา 305 (2)[48] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันได้มีการกำหนดหลักการในการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นๆ ได้ถือว่าถูกผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาอันอาจจะมีผลผูกพันคู่สัญญากันต่อไปนั้น มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนโดยไม่ปล่อยให้เป็นเพียงแนวทางการพิจารณาของศาลในทางปฏิบัติเช่นในอดีตที่ผ่านมาอีกต่อไป โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 305(2) ดังอธิบายความได้ว่า

ข้อสัญญามาตรฐานใดจะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาในขณะตกลงทำสัญญาได้ ข้อสัญญามาตรฐานนั้นต้องถูกแสดงให้ปรากฏอย่างชัดเจนถึงความมีอยู่ของข้อสัญญานั้นในขณะที่ทำ

---

[46] §305(1) Standard business terms are all contract terms pre-formulated for more than two contracts which one party to the contract (the user) presents to the other party upon the entering into of the contract. It is irrelevant whether the provisions take the form of a physically separate part of a contract or are made part of the contractual document itself, what their volume is, what typeface or font is used for them and what form the contract takes. Contract terms do not become standard business terms to the extent that they have been negotiated in detail between the parties.

[47] มีนักกฎหมายไทยบางท่านแสดงความเห็นว่า ประเทศไทยควรนำเอาหลักเกณฑ์ในการผนวกข้อสัญญา (incorporation) ของประเทศเยอรมันมาใช้ เพราะคู่สัญญาบางครั้งก็ไม่รู้ว่ามีข้อสัญญานั้นอยู่ในสัญญาด้วย ยิ่งไปกว่านั้น บางที่คู่สัญญาทำนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น ประกาศ คำแจ้งความ ดังนั้น หากมีหลักเกณฑ์การผนวกข้อสัญญา ก็จะเป็นการคุ้มครองคู่สัญญามากยิ่งขึ้น รายละเอียดโปรดอ่านใน ศริญญา โสภณโชติสมบูรณ์. “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด.”(สารนิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 117-118.

[48] §305(2) Standard business terms only become a part of a contract if the user, when entering into the contract,

1. refers the other party to the contract to them explicitly or, where explicit reference, due to the way in which the contract is entered into, is possible only with disproportionate difficulty, by posting a clearly visible notice at the place where the contract is entered into, and

2. gives the other party to the contract, in an acceptable manner, which also takes into reasonable account any physical handicap of the other party to the contract that is discernible to the user, the opportunity to take notice of their contents, and if the other party to the contract agrees to their applying.

สัญญา ซึ่งหากการแสดงให้ปรากฏอย่างชัดเจนนี้ทำได้ยาก กรณีอาจแสดงออกให้เห็นได้ด้วยวิธีการปิดประกาศข้อสัญญามาตรฐานนั้นในที่ที่มองเห็นได้ชัดเจนในสถานที่ที่ทำสัญญา ซึ่งการแสดงให้ปรากฏถึงข้อสัญญามาตรฐานที่จะอ้างถึงนี้จะต้องแสดงให้ปรากฏในเวลาอย่างช้าที่สุดคือในขณะที่ทำสัญญา และจะต้องมีการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตรวจสอบความมีอยู่และรับรู้ถึงข้อสัญญามาตรฐานนั้นตามสมควร อย่างไรก็ดี ทั้งหมดทั้งมวลนี้จะถือว่าข้อสัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ตกลงยอมรับการใช้ข้อสัญญามาตรฐานข้อนั้นด้วย

ค. การตีความข้อสัญญาสำเร็จรูป

ในมาตรา 305c(2)[49] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ได้มีการกำหนดหลักการการตีความข้อสัญญามาตรฐานไว้ตามหลัก contra proferentem rule กล่าวคือ ในกรณีที่ข้อสัญญามาตรฐานใดมีข้อสงสัย ให้ตีความข้อสัญญานั้นไปในทางที่เป็นปฏิปักษ์กับผู้ที่ใช้ข้อสัญญานั้น ซึ่งหลัก contra proferentem rule นี้คือการที่ศาลจะตีความข้อสัญญาในกรณีที่มีความคลุมเครือ ไม่ชัดเจนนั้นให้เป็นคุณแก่ฝ่ายผู้ที่รับข้อสัญญาซึ่งมิได้เป็นผู้ร่วมกำหนดข้อสัญญานั้นขึ้นมา

ง. การพิจารณาในเนื้อหาของข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

ในการตรวจสอบในขั้นเนื้อหาของข้อสัญญามาตรฐานนี้มีกรณีที่ต้องแยกพิจารณาเป็น 2 ระดับคือ 1.) ระดับของข้อสัญญาที่ตก**ไม่มีผลผูกพัน (ineffective)** ตามมาตรา 309 หากมีข้อสัญญาตามที่ระบุในมาตราดังกล่าวไว้ในสัญญา ข้อสัญญานั้นจะไม่มีผลผูกพันตามบทบัญญัติมาตรา 309 ทันทีโดยที่ศาลไม่ต้องพิจารณาหรือใช้ดุลพินิจประกอบแต่ประการใด 2.) ระดับของข้อสัญญาที่**อาจ**ถูกศาลพิพากษาว่า**ไม่มีผลผูกพัน** ตามมาตรา 308 อันเป็นดุลพินิจวินิจฉัยถึงความสมเหตุสมผลของข้อสัญญานั้นว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งหากศาลเห็นว่าไม่สมเหตุสมผล ศาลจะพิพากษาให้ข้อสัญญาข้อนั้นไม่มีผลผูกพันตามมาตรา 308 โดยข้อสัญญามาตรฐานในส่วนที่เกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดในระดับต่างๆ พิจารณาได้ดังนี้

1. การยกเว้นความรับผิดที่ไม่มีผลผูกพันตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 309

ได้แก่ มาตรา 309 (7)(a) และมาตรา 309(7)(b)[50] โดยมาตรา 309 (7)(a) มีสาระสำคัญว่า “ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายอันเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย

---

[49] §305(c)(2) Any doubts in the interpretation of standard business terms are resolved against the user.

[50] § 309 Even to the extent that a deviation from the statutory provisions is permissible, the following are ineffective in standard business terms:

(7) (Exclusion of liability for injury to life, body or health and in case of gross fault)

(a) (Injury to life, body or health) any exclusion or limitation of liability for damage from injury to life, body or health due to negligent breach of duty by the user or intentional or negligent breach of duty by a legal representative or a person used to perform an obligation of the user;

(b) (Gross fault) any exclusion or limitation of liability for other damage arising from a grossly negligent breach of duty by the user or from an intentional or grossly negligent breach of duty by a legal representative of the user or a person used to perform an obligation of the user;

อนามัยอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้สัญญามาตรฐาน หรือการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ใช้สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้แทน”

ส่วนมาตรา 309 (7)(b) กำหนดว่า “ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใน<u>ความเสียหายอื่นๆ</u> ที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ใช้สัญญามาตรฐาน หรือการละเลยต่อหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ใช้สัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้แทน”

จะสังเกตได้ว่า ผู้ใช้สัญญามาตรฐานนั้นไม่อาจตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนในความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย และอนามัยที่ฝ่ายที่รับสัญญาอาจได้รับ อันเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อแห่งตน และไม่สามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดจากการจงใจผิดสัญญาหรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตัวแทนหรือลูกจ้างของตนได้เลย อีกทั้งยังไม่อาจตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่ใช่ ชีวิต ร่างกาย อนามัยของผู้รับสัญญาอันเป็นความเสียหายที่เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนหรือความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนหรือลูกจ้างของตน เพราะข้อสัญญาเช่นนั้นจะไม่มีผลผูกพันคู่กรณีตามบทบัญญัติมาตรา 309 และหากกรณีที่เป็นการยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคล อันได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย และอนามัยนั้น เพียงแค่มีการกระทำความผิดอันเกิดจากความ<u>ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา</u>ของคู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สัญญามาตรฐานหรือตัวแทนของคู่สัญญานั้น ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะไม่มีผลผูกพันคู่กรณีตามมาตรา 309 (7)(a) แต่สำหรับความเสียหายประเภทอื่นที่นอกไปจากสิทธิเด็ดขาดในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลแล้ว ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะไม่มีผลผูกพันก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สัญญามาตรฐานหรือตัวแทนของเขากระทำการโดยจงใจหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเสียก่อน อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมาตรานี้มุ่งพิจารณามาที่ตัวสิทธิที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองเป็นสำคัญก่อน แล้วค่อยมาพิจารณาว่าเป็นความผิดในระดับธรรมดาหรือระดับร้ายแรงเป็นลำดับต่อไป

2. ข้อสัญญาที่อาจถูกศาลพิพากษาให้ไม่มีผลผูกพันตามมาตรา 308

ในบทบัญญัติมาตรา 308 จะเป็นกรณีกำหนดแนวทางในการให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยถึงเนื้อหาสาระประเมินคุณค่าความสมเหตุสมผล (reasonable) ของข้อสัญญานั้นว่าจะมีผลผูกพันคู่สัญญาในสัญญามาตรฐานนั้นหรือไม่[51] อันเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจว่าเรื่องต่างๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 308 นั้นเป็นกรณีที่ผู้ใช้ข้อสัญญากำหนดไว้เหมาะสมหรือไม่ หรือเกินสมควรเกินไป จึงให้ศาลมีดุลพินิจวินิจฉัยว่าจะให้ข้อสัญญานั้นมีผลผูกพันได้หรือไม่ อันได้แก่ มาตรา 308(1) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาในการรับคำเสนอและการชำระหนี้(Period of time for acceptance and performance) มาตรา 308(2) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการขยายระยะเวลาในการชำระหนี้ (Additional period of time) มาตรา 308(3) กำหนดเกี่ยวกับเรื่อง สิทธิของผู้ใช้ข้อสัญญาในการเลิกสัญญา (Reservation of the right to revoke) มาตรา 308(4) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการสงวนสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการปฏิบัติชำระหนี้ (Reservation of the right to modify) มาตรา 308(5)

[51] P.D.V. Marsh, <u>Comparative Contract law England, France, Germany</u>,(Hampshire, England: Gower, 1994), p.304.

กำหนดเกี่ยวกับเรื่องกรณีที่ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้แสดงเจตนาแล้ว (Fictitious declarations) มาตรา 308(6) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องกรณีที่ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายรับซึ่งการแสดงเจตนานั้นแล้ว (Fictitious receipt) มาตรา 308(7) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องข้อเรียกร้องกรณีที่ถูกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเลิกสัญญาก่อน (Reversal of contracts) และมาตรา 308(8) กำหนดเกี่ยวกับเรื่องกรณีไม่อาจหาวัตถุแห่งหนี้มาชำระหนี้ได้ตามสัญญา (Unavailability of performance)

เมื่อพิจารณาหัวข้อและเนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 308 ทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้น อาจจะไม่ปรากฏเรื่องข้อสัญญามาตรฐานที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยตรงแต่ประการใด

กล่าวสรุปในส่วนของข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันได้ว่า ประเทศเยอรมันอันเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์แบบเดียวกับประเทศไทยนั้น มีหลักพื้นฐานความรับผิดของบุคคล คือ “ความผิด หรือ Fault” โดยไม่ว่าจะเป็นทั้งในเรื่องความรับผิดทางสัญญาหรือละเมิดก็ตาม โดยถือเป็นหลักสำคัญว่า “ไม่มีความรับผิดโดยปราศจากความผิด (No Liability Without Fault)” นั่นคือลูกหนี้หรือบุคคลผู้ที่ต้องรับผิดนั้นจะต้องกระทำเหตุแห่งความเสียหายนั้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ส่วนความรับผิดกรณีที่ไม่มีความผิด (Liability Without Fault) นั้น จะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติยกเว้นหลักความผิดไว้ โดยกำหนดความรับผิด (Liability) ให้แก่บุคคลบางประเภทที่ควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น แม้ว่าบุคคลผู้นั้นจะมิได้เป็นผู้กระทำความผิดก็ตาม โดยข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายนี้มีบัญญัติไว้ทั้งในเรื่องสัญญาและละเมิดเช่นกัน แต่มีข้อแตกต่างกันในเรื่องการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ที่ในเรื่องสัญญา จะมีบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดนี้ได้บ้าง ส่วนเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้มีการยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดได้ ซ้ำยังมีบทบัญญัติที่กำหนดไว้ด้วยว่า ห้ามมีการตกลงยกเว้นความรับผิดในบางประเภทในสัญญามาตรฐานอีกด้วย ซึ่งจะได้นำเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ปัญหาต่อไป

2. ประเทศสหราชอาณาจักร

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ถือเอาคำพิพากษา(precedents) เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ไม่มีประมวลกฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยศาลที่พิจารณาคดีจะต้องพิพากษาคดีนั้นตามแนวคำพิพากษาที่เคยวินิจฉัยข้อเท็จจริงเช่นนั้นมาแล้ว โดยถือว่าคำพิพากษาของศาลมีความสำคัญมากกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Law) แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนี้ บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น พระราชบัญญัติ เป็นต้น ก็เริ่มมีบทบาทมากในระบบกฎหมายประเทศอังกฤษมากยิ่งขึ้น[52] แต่ก็มี นิติวิธีและทัศนคติในการใช้การตีความกฎหมายที่เป็นอีกระบบหนึ่งซึ่งแตกต่างไปจากกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ สำหรับการศึกษาเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดของ

[52] The European Commission, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. Project Manager Prof. Dr. Hans- W.Micklitz [online], p. 105.

กฎหมายนี้ ผู้เขียนจะขอพิจารณาศึกษาถึงบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรกฎหมายของประเทศอังกฤษอันเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายเฉพาะเรื่องความรับผิดในความชำรุดบกพร่องและรอนสิทธิ และความรับผิดเด็ดขาดในเรื่องละเมิดบางเรื่อง ทั้งนี้เพื่อนำมาใช้วิเคราะห์ปัญหาร่วมกันกับข้อมูลของความรับผิดต่างๆ เหล่านั้นของประเทศไทย และประเทศเยอรมันตามที่ได้ศึกษามาแล้วมาแล้ว หลังจากนั้น จะได้พิจารณาศึกษาว่าประเทศอังกฤษมีแนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดกรณีที่บุคคลนั้นไม่มีความผิดอย่างไร โดยจะศึกษาเป็นลำดับๆ ดังนี้

2.1 หลักทั่วไปของความรับผิดตามสัญญาของประเทศอังกฤษ

เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว หากมีความเสียหายเกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษถือว่า จะมีความรับผิดทางสัญญาได้นั้นจะต้องมี “ความผิด” (fault) เป็นองค์ประกอบสำคัญ กล่าวคือต้องมีการกระทำผิดต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) โดยหน้าที่เช่นนี้แทบจะไม่ปรากฏโดยระบุไว้อย่างชัดเจนในสัญญาแต่ประการใด ซึ่งโดยหลักผู้เสียหายจะต้องมีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ มิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร แต่ประเทศอังกฤษก็ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปที่เรียกว่า res ipsa loquitur (Thing speaks for itself) ได้เข้ามาช่วยบรรเทาภาระในส่วนของผู้เสียหายจากการที่ต้องมีภาระการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของคู่สัญญาให้เห็นความผิดอย่างชัดเจน ซึ่งแนวความคิดของหลักนี้คือการคาดคะเน (prima facie) ไว้ก่อนว่ามีความประมาทเลินเล่อเกิดขึ้น อันทำให้เกิดหน้าที่แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการอธิบายว่าเหตุใดจึงเกิดเหตุการณ์ความเสียหายนั้นขึ้น โดยการจะใช้หลัก res ipsa loquitur ได้นั้นเหตุการณ์ความเสียหายนั้นจะเป็นพยานหลักฐานแสดงถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยนั้นเอง แต่เหตุที่สิ่งนั้นเกิดขึ้นอยู่ภายใต้การควบคุมรู้เห็นของฝ่ายจำเลยจำเลยหรือลูกจ้างของจำเลย และเหตุการณ์ความเสียหายเช่นนั้นโดยปกติจะไม่เกิดขึ้นเลยถ้าหากฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจจัดการดูแลอย่างเหมาะสมตามสมควร[53] อันอาจกล่าวได้ว่า หลัก res ipsa loquitur เป็นข้อสันนิษฐานความประมาทเลินเล่อของจำเลย โดยหลักนี้ก็ถูกนำมาใช้ในเรื่องละเมิดด้วยเช่นกัน แต่ทั้งเรื่องสัญญาและละเมิด หลัก res ipsa loquitur ในประเทศอังกฤษก็คือหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในการสืบพยานหลักฐานเป็นสำคัญ[54] สำหรับเรื่อง “ความผิด” ต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) แล้วในปัจจุบันนี้หน้าที่ดังกล่าวส่วนมากจะถูกกำหนดไว้แล้วในพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญา นอกจากนี้ความรับผิดเรื่องละเมิดก็มีแนวความคิดเกี่ยวกับหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) นี้ด้วยเช่นกัน[55]

---

[53] The European Commission, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. Project Manager Prof. Dr. Hans- W.Micklitz [online], pp.105 – 106.

[54] ไพจิตร ปุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 13(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553), หน้า 327.

[55] The European Commission, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. Project Manager Prof. Dr. Hans- W.Micklitz [online], p.106.

ในยุคเริ่มแรกของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษยังไม่มีแนวความคิดในการยอมรับหลักการบังคับเรียกร้องตามสิทธิในเรื่องสัญญา เว้นแต่เป็นการบังคับตามความตกลงที่มีการประทับตรารับรอง (seal) เท่านั้น แต่เมื่อต่อมามีการติดต่อค้าขายที่แพร่หลายเกิดธุรกรรมการซื้อขายมากขึ้น เกิดเป็นแรงผลักดันให้คอมมอนลอว์ยอมรับหลักการบังคับตามสิทธิในสัญญาขึ้น โดยเริ่มยอมรับการใช้สิทธิเรียกร้องความเสียหายของผู้ซื้อโดยอาศัยอำนาจตามสัญญาซื้อขาย โดยศาลได้วางหลักไว้ว่าการเรียกร้องความเสียหายตามสัญญาซื้อขายฐานะที่ผู้ขายผิดคำรับรองที่ได้ระบุไว้ในสัญญาซื้อขาย (Express Warranty) และคำรับรองโดยปริยาย (implied warranty) ทั้งในส่วนของความสมบูรณ์ของกรรมสิทธิ์และคุณภาพของสินค้า (กล่าวคือ การรอนสิทธิและความชำรุดบกพร่องตามลำดับ) โดยที่ผู้ซื้อไม่จำต้องพิสูจน์ว่าผู้ขายมีเจตนาทุจริตแต่ประการใด ต่อมาประเทศอังกฤษก็ได้ตรากฎหมายชื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าในปี ค.ศ. 1893 เป็นกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายเป็นฉบับแรกโดยเป็นการรวบรวมหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าที่ศาลคอมมอนลอว์ได้เคยตัดสินมารวมไว้ด้วยกัน และเพิ่มเติมหลักการใหม่ๆ ให้สอดคล้องกับการค้าที่เจริญรุดหน้ามากขึ้นกว่าธุรกรรมในสมัยโบราณ ต่อมาได้ถูกยกเลิกและตรากฎหมาย the Sale of Goods Act 1979 ขึ้นมาใช้แทนแต่ก็คงมีเนื้อหาหลักใหญ่ใจความเหมือนกับกฎหมายฉบับเดิม ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าของประเทศอังกฤษนี้นับว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ถูกใช้นำไปเป็นต้นแบบของกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์อีกด้วย[56] ต่อไปนี้จะได้ศึกษาถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า ค.ศ.1979 (The Sale of Goods Act 1979) เพื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดความรับผิดบางประการแก่ผู้ขายโดยที่ผู้ขายอาจมิได้มี fault ตามนัยของข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมาย

2.1.1 บทบัญญัติใน The Sale of Goods Act 1979 ที่กำหนดความรับผิดของผู้ขายอันเกี่ยวข้องกับความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิ

บทบัญญัติใน The Sale of Goods Act 1979 มีเนื้อหาที่กำหนดเงื่อนไข (condition) และ การรับประกัน (warranty) โดยกำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ความรับผิดของผู้ขายหากมีความบกพร่องในเรื่องกรรมสิทธิ์สินค้าที่ซื้อขาย ในมาตรา 12[57] ดังมีใจความว่า

---

[56] พงศ์ศักดิ์ ยอดมณี, การศึกษาวิจัยกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศของประเทศอังกฤษ ตามโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา [ออนไลน์], 14 ธันวาคม 2555. แหล่งที่มา http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_content&task=view&id=299&Itemid=11&title=งานวิจัยทางกฎหมาย

[57] Section 12 Implied terms about quality or fitness

(1) In a contract of sale, other than one to which subsection (3) below applies, there is an implied term on the part of the seller that in the case of a sale he has a right to sell the goods, and in the case of an agreement to sell he will have such a right at the time when the property is to pass.

(2) In a contract of sale, other than one to which subsection (3) below applies, there is also an implied term that—

(a) the goods are free, and will remain free until the time when the property is to pass, from any charge or encumbrance not disclosed or known to the buyer before the contract is made, and

(b) the buyer will enjoy quiet possession of the goods except so far as it may be disturbed by the owner or other person entitled to the benefit of any charge or encumbrance so disclosed or known.

“(1) นอกจากที่บัญญัติไว้ใน (3) ในสัญญาซื้อขายให้มีข้อสัญญาโดยปริยายในส่วนของผู้ขายด้วยว่า ในสัญญาซื้อขายเบ็ดเสร็จเด็ดขาย ผู้ขายต้องมีสิทธิในการขายทรัพย์นั้น และสำหรับสัญญาจะซื้อจะขาย ผู้ขายจะต้องมีสิทธิที่จะขายในขณะเวลาที่โอนทรัพย์สินนั้นด้วย

(2) นอกจากที่บัญญัติไว้ใน (3) ถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่า

(a) ทรัพย์สินนั้นปลอดจากภาระผูกพันใดๆ จนกระทั่งเวลาที่ทรัพย์สินนั้นต้องโอน โดยปลอดจากภาระผูกพันที่ผู้ขายปิดบังใดๆ หรือไม่อยู่ในการรับรู้ของผู้ซื้อ ก่อนที่จะได้ทำสัญญาซื้อขายนั้น

(b) ผู้ซื้อจะต้องได้ครอบครองทรัพย์โดยสงบ เว้นแต่การถูกรบกวนโดยเจ้าของที่แท้จริงหรือบุคคลอื่นๆ ที่มีสิทธิในภาระติดพันนั้นได้เปิดเผย หรือผู้ซื้อได้รู้อยู่ก่อนแล้ว

(3) ความตามอนุมาตรานี้ให้ใช้ในสัญญาซื้อขายที่ปรากฏชัดจากสัญญา หรืออนุมานจากพฤติการณ์ของสัญญาได้ว่า ผู้ขายจะโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์เฉพาะเพียงเท่าที่ผู้ขายหรือบุคคลภายนอกมีสิทธิเท่านั้น

(4) ตาม (3) ข้างต้น กรณีถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่าภาระติดพันทั้งหมดที่ผู้ขายรู้และที่ผู้ซื้อมิได้ทราบนั้น จะได้รับการเปิดเผยก่อนมีการทำสัญญา

(5) ตามข้อ (3) ข้างต้น กรณีถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่าต่อไปในภายภาคหน้าจะผู้ซื้อจะไม่ถูกรบกวนการครอบครอง จาก (a) ผู้ขาย (b) บุคคลภายนอก กรณีที่คู่สัญญามีเจตนาว่าผู้ขายจะโอนกรรมสิทธิ์ที่บุคคลภายนอกมี หรือ (c) บุคคลใดๆ ที่มีสิทธิเรียกร้องต่อผู้ขายหรือบุคคลภายนอกถึงการมีภาระติดพันใดๆ ที่ได้ถูกเปิดเผยหรือที่ผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วก่อนทำสัญญา

---

(3) This subsection applies to a contract of sale in the case of which there appears from the contract or is to be inferred from its circumstances an intention that the seller should transfer only such title as he or a third person may have.

(4) In a contract to which subsection (3) above applies there is an implied term that all charges or encumbrances known to the seller and not known to the buyer have been disclosed to the buyer before the contract is made.

(5) In a contract to which subsection (3) above applies there is also an implied

that none of the following will disturb the buyer's quiet possession of the goods, namely—

(a) the seller;

(b) in a case where the parties to the contract intend that the seller should transfer only such title as a third person may have, that person;

(c) anyone claiming through or under the seller or that third person otherwise than under a charge or encumbrance disclosed or known to the buyer before the contract is made.

(5A) As regards England and Wales and Northern Ireland, the term implied by subsection (1) above is a condition and the terms implied by subsections (2), (4) and (5) above are warranties.

(6) Paragraph 3 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made before 18 May 1973.

(5a) เกี่ยวกับเรื่องนี้ ข้อสัญญาโดยปริยายใน (1) ถือเป็นข้อสัญญาเงื่อนไข (condition) ส่วนข้อสัญญาโดยปริยายใน (2) (4) และ (5) เป็นข้อสัญญารับประกัน (warranty)"

ส่วนเรื่องความรับผิดของผู้ขายในความชำรุดบกพร่อง ใน the Sale of Goods Act 1979 มีบัญญัติไว้ในมาตรา 14[58] ดังมีใจความสำคัญว่า ผู้ขายต้องรับผิดต่อผู้ซื้อหากสินค้าที่ขายนั้นมีความชำรุดบกพร่องใน 2 ประการ คือ

1. ข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้านั้นเหมาะสมกับประโยชน์ตามวิสัยของการใช้ทั่วไป (imply term of merchantable quality) โดยกำหนดไว้ในมาตรา 14(2) ว่า ในกรณีซื้อขายสินค้าในทางธุรกิจ ถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้านั้นจะมีความเหมาะสมตามวิสัยของการใช้ทั่วไป เว้นแต่หากผู้ซื้อได้ตรวจสอบสินค้าก่อนและความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นที่เห็นได้ประจักษ์ในการตรวจสอบนั้น

2.ข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้านั้นสมประโยชน์หรือความมุ่งหมายเฉพาะ (implied term that the goods shall be reasonably fit for particular purpose) โดยกำหนดไว้ในมาตรา 14 (3) ว่า กรณีที่เป็นการขายสินค้าในธุรกิจของผู้ขาย ถือว่าผู้ขายมีการรับประกันโดยปริยายว่าสินค้านั้น มีคุณภาพสมตามประโยชน์หรือความมุ่งหมายเฉพาะไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ของสินค้าที่มีจำหน่ายทั่วไปหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้เว้นแต่มีพฤติการณ์แสดงว่าผู้ซื้อไม่ได้อาศัยเชื่อถือในทักษะฝีมือและความรอบรู้ของผู้ขาย

---

[58] **Section 14 "Implied terms about quality or fitness.**

(1) Except as provided by this section and section 15 below and subject to any other enactment, there is no implied term about the quality or fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale.

(2) Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.

(2A)For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.

(2B)For the purposes of this Act, the quality of goods includes their state and condition and the following (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of goods—

(a)fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied,

(b)appearance and finish,

(c)freedom from minor defects,

(d)safety, and

(e)durability.

(2C)The term implied by subsection (2) above does not extend to any matter making the quality of goods unsatisfactory—

(a)which is specifically drawn to the buyer's attention before the contract is made,

(b)where the buyer examines the goods before the contract is made, which that examination ought to reveal, or

(c)in the case of a contract for sale by sample, which would have been apparent on a reasonable examination of the sample.

ทั้งนี้ในมาตรา 12 (5a)[59] และมาตรา 14 (6)[60] ระบุว่า ข้อสัญญาในเรื่องความบกพร่องในเรื่องกรรมสิทธิ์และคุณภาพของสินค้านั้นถือเป็นข้อสัญญาที่เป็นเงื่อนไข (conditions) แต่สำหรับความบกพร่องในกรณีที่สินค้ามีภาระติดพัน (encumbrance) ถือเป็นข้อสัญญาที่เป็นการรับประกัน (warranty) โดยตามหลักกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษนั้น หากมีการผิดสัญญาที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่เรียกว่าเป็นส่วนที่เป็นเงื่อนไข (Condition) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันที แต่ถ้าเป็นการผิดสัญญาในส่วนที่มิใช่สาระสำคัญแต่เป็นส่วนที่เรียกว่าการรับประกัน (warranty) คู่สัญญาจะบอกเลิกสัญญาไม่ได้ มีแต่เพียงสิทธิเรียกค่าเสียหาย ดังนั้น ในข้อสัญญาโดยปริยายเรื่องความชำรุดบกพร่องและการถูกรบกวนกรรมสิทธิ์ กฎหมาย the Sale of Goods Act กำหนดให้เป็น ข้อสัญญาโดยปริยายอันเป็นเงื่อนไข (condition) ส่วนการถูกก่อกวนการครอบครองหรือภาระติดพันในทรัพย์ที่ซื้อขายถือเป็นข้อสัญญาโดยปริยายในการรับประกัน (warranty)

กล่าวโดยรวมทั้งในเรื่องข้อสัญญาโดยปริยายของประเทศอังกฤษในเรื่องการรอนสิทธิและความชำรุดบกพร่องของคุณภาพสินค้าที่ซื้อขายนั้น เกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย ไม่ว่าคู่สัญญาจะได้รับรู้หรือตกลงเกี่ยวกับเรื่องเหล่านั้นไว้หรือไม่ก็ตาม ข้อสัญญาโดยปริยายเหล่านั้นก็ยังคงมีอยู่ตามกฎหมายเช่นเดิม[61] ซึ่งความรับผิดของผู้ขายตามมาตรา 12 และมาตรา 14 ดังที่กล่าวไว้นั้น เป็นความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ไม่ขึ้นอยู่กับความผิดหรือความรู้ในความบกพร่องของผู้ขายทั้งนี้เนื่องจากว่า ผู้ขายจะต้องรับผิดต่อผู้ซื้อโดยไม่ต้องคำนึงถึงความระมัดระวังหรือความประมาทเลินเล่อของฝ่ายผู้ขายแต่อย่างใดซึ่งความรับผิดเด็ดขาดของผู้ขายนี้ยังขยายความรวมไปถึงความรับผิดในผลความเสียหายอันมีสาเหตุมาจากสินค้าที่ชำรุดบกพร่องนั้นด้วย และความผิดนี้ก็มิได้จำกัดเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นตามสัญญาซื้อขายเท่านั้น แต่ยังคงรวมถึงการบาดเจ็บแก่กายเนื่องจากการใช้สินค้าที่ชำรุดบกพร่องนั้นด้วย แม้จะมีข้อเท็จจริงว่าผู้ขายมิได้มีความผิดในความประมาทเลินเล่อใดๆ[62] และหากเป็นกรณีที่ฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยปริยายที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไข (condition) ผู้ซื้อก็มีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันทีด้วย

ดังนั้น หากเป็นความรับผิดตามสัญญาอย่างเคร่งครัด (strict contractual liability) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือคู่กรณีฝ่ายที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งทำผิดสัญญานั้นไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึง “ความผิด (fault)” ในการฟ้องร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดตามสัญญา ยกตัวอย่างเช่นในสัญญาซื้อขาย หากสินค้าที่ซื้อขายได้นำมาส่งมอบโดยมีความชำรุดบกพร่องอันเป็นการผิดต่อข้อสัญญาปริยายภายใต้มาตรา 14 ของพระราชบัญญัติขายสินค้า (Sale of Goods Act 1979) คู่สัญญาฝ่ายที่รับสินค้าไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าผู้ขายมีความผิดต่อข้อสัญญาโดยปริยายนั้น กล่าวคือ ความจริงแล้วสินค้าที่ชำรุดบกพร่องก็คือพยานหลักฐานของการผิดสัญญา ซึ่งผู้ขายจะต้องมีความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามมานั่นเอง[63]

---

[59] Section 12 (5A)As regards England and Wales and Northern Ireland, the term implied by subsection (1) above is a condition and the terms implied by subsections (2), (4) and (5) above are warranties.

[60] Section 14 (6) As regards England and Wales and Northern Ireland, the terms implied by subsections (2) and (3) above are conditions.

[61] วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้,พิมพ์ครั้งที่ 10(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 218-219.

[62] P.S. Atiyah, The Sale of Goods,6th ed.(London, Pitman Publishing Limited, 1981) pp.136-141.

[63] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals,1st ed.(London: Sweet & Maxwell, 2008), p.109.

ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ สัญญาบางประเภทมีกฎหมายกำหนดความรับผิดของคู่สัญญาอย่างเคร่งครัด โดยไม่คำนึงถึงความประมาทเลินเล่อ ตัวอย่างในสัญญารับขน กฎหมายกำหนดให้ผู้ขนส่งต้องรับผิดในความสูญหายหรือเสียหายอันเกิดแก่ของที่ขนส่งโดยไม่ต้องคำนึงถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่งแต่อย่างใด[64] แต่หากมีข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งว่า “ผู้ขนส่งจะไม่รับผิดไม่ว่ากรณีใดๆ (howsoever caused หรือ howsoever arising)” ข้อความเพียงเท่านี้ศาลจะตีความว่าข้อความดังกล่าวนั้นยกเว้นความรับผิดเฉพาะกรณีความเสียหายอันเคร่งครัดตามสัญญา (contractual strict liability) เท่านั้น โดยไม่รวมถึงความเสียหายอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อด้วย เพราะเป็นคำทั่วๆ ไป ไม่ได้เฉพาะเจาะจงว่าจะยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของฝ่ายตนแต่อย่างใด[65] ดังผู้เขียนจะได้ศึกษาในหัวข้อที่ 2.3 ต่อไป

2.1.2 การตกลงยกเว้นข้อสัญญาโดยปริยายตามที่กำหนดตาม the Sale of Goods Act 1979

มาตรา 55 (1)[66] กำหนดว่า “สิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดที่เกิดขึ้นตามสัญญาซื้อขายตามกฎหมายนี้ (ทั้งนี้ภายใต้ Unfair Contract Terms Act 1977) คู่สัญญาอาจจะตกลงให้แตกต่างจากที่กำหนดในบทบัญญัติตาม Sale of Goods Act นี้ได้ โดยการตกลงอย่างชัดแจ้ง (express agreement) หรือโดยวิธีค้าขายตามที่เคยปฏิบัติกันมา (the course of dealing) หรือโดยการที่จะผูกพันคู่สัญญา”

บทบัญญัติในมาตรา 55 เป็นการประกาศชัดว่า โดยหลักแล้ว คู่สัญญาซื้อขายก็อาจตกลงกันยกเว้นสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดที่กฎหมาย the Sale of Goods Act 1979 กำหนดได้ ดังนั้น เรื่องข้อสัญญาโดยปริยายในเรื่องคุณภาพและกรรมสิทธิ์ของสินค้าหรือเรื่องสินค้าที่ซื้อขายจะต้องปลอดจากภาระผูกพันตามที่กฎหมายนี้กำหนดนั้น ด้วยบทบัญญัติมาตรานี้ ทำให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นได้ แม้ว่าจะเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัดโดยไม่สนใจความผิดของคู่สัญญาฝ่ายผู้ขายแต่ประการใดก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของ Unfair Contract Terms Act 1977 ด้วย หมายความว่า หากกรณีเข้าหลักที่กำหนดใน Unfair Contract Terms Act 1977 คู่สัญญาอาจจะไม่สามารถตกลงยกเว้นได้ตามปรารถนา

อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก Sale of Goods Act 1979 ยังไม่อาจจะครอบคลุมประเด็นกฎหมายในการทำสัญญาซื้อขายได้ทั้งหมดโดยเฉพาะกรณีที่เกี่ยวกับการตกลงยกเว้นสิทธิหน้าที่และความรับผิดในสัญญาซื้อขาย จึงจำเป็นที่จะต้องนำเอากฎหมายจารีตประเพณีคำพิพากษาของคอมมอนลอว์หรือกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคมาช่วยในการพิจารณาประกอบด้วย ซึ่ง

---

[64] วิชัย จิตตปาละกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,”(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 75-76.

[65] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.109.

[66] Section 55 (1) Where a right, duty or liability would arise under a contract of sale of goods by implication of law, it may (subject to the Unfair Contract Terms Act 1977) be negatived or varied by express agreement, or by the course of dealing between the parties, or by such usage as binds both parties to the contract.

ผู้เขียนจะได้พิจารณาอย่างละเอียดในหัวข้อ การควบคุมยับยั้งการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในประเทศอังกฤษ

2.2 หลักความรับผิดทางละเมิดของประเทศอังกฤษ

กฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ หรือกลุ่มประเทศในระบบคอมมอนลอว์ มีลักษณะที่แตกต่างไปจากความรับผิดทางละเมิดของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ที่มีการวางหลักทั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด ตามที่ได้ศึกษามาแล้ว เช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มีมาตรา 420 เป็นบททั่วไปของความรับผิดเพื่อละเมิด ประเทศเยอรมันมีมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง เป็นต้น แต่ในประเทศในกลุ่มระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น กฎหมายละเมิดยังเป็นการกระทำที่ต้องแยกระบุไว้เป็นอย่างๆ เช่นเดียวกันกับความรับผิดในทางกฎหมายอาญา ไม่มีหลักทั่วไปวางบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้ว่าการกระทำเช่นไรเรียกว่าเป็นละเมิด

ดังนั้นเมื่อเกิดเป็นปัญหาว่าการกระทำอย่างใดเป็นละเมิดหรือไม่ จะหาหลักทั่วไปของกฎหมายประเทศอังกฤษเป็นข้อวินิจฉัยไม่ได้ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายทุกๆ เรื่องจะต้องพิเคราะห์ดูว่ากรณีเคยมีคำพิพากษาของศาลตัวบทกฎหมายที่รับรู้และกำหนดว่าการกระทำเช่นนั้นๆ เป็นความผิดละเมิดหรือไม่เสียก่อน[67] ความรับผิดฐานประมาทเลินเล่อ (tort of negligence) ก็เป็นความรับผิดทางละเมิดฐานหนึ่งที่เกิดจากการคำพิพากษาของศาลที่กำหนดว่าการที่บุคคลกระทำผิดหน้าที่ในอันที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง โดยที่หน้าที่นี้มีจำกัดอยู่ต่อบุคคลบางจำพวกเท่านั้น เช่น หน้าที่ของเจ้าของผู้ปกครองสถานที่หรือทรัพย์ที่เป็นอันตรายจะต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้ที่มาเกี่ยวข้องต่อสถานที่หรือทรัพย์สิ่งของนั้นๆ เป็นต้น ความรับผิดเพื่อละเมิดในความประมาทเลินเล่อ (liability in negligence) นั้นจำเป็นที่จะต้องมีการพิสูจน์ความผิด (prove fault) เนื่องจากในกฎหมายประเทศอังกฤษ ความประมาทเลินเล่อคือการกระทำละเมิดรูปแบบหนึ่งซึ่งอยู่บนฐานของการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งละเลยต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้กระทำการตามสมควร (to act reasonably) ดังนั้น ในการฟ้องคดีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ โจทก์จึงต้องพิสูจน์ “ความผิด (fault)” ของจำเลยว่าจำเลยบกพร่องละเลยไม่ใช้ความระมัดระวังหรือมิได้ใช้ทักษะตามสมควรแก่กรณี[68]

โดยในชั้นนี้ อาจสรุปประมวลได้จากหลักเกณฑ์ตามคำพิพากษาของศาลในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดได้เป็นสองโครงสร้าง คือ

1. ความรับผิดเพื่อละเมิดพื้นฐาน (Basic Pattern) กล่าวคือกรณีที่จะมีความรับผิดทางละเมิดก็ต่อเมื่อมีการกระทำ (รวมถึงการละเว้นการกระทำด้วย) อันเป็นความผิด (fault) และก่อความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นที่กฎหมายคุ้มครอง ซึ่งผลของความเสียหายนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดนั้น

---

[67] เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2),(กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพาณิช, 2527), หน้า 473,

[68] Roger Halson, Contract Law,(Harlow: Longman, 2001), p. 305.

2. ความรับผิดเพื่อละเมิดเคร่งครัด (Strict Liability) กล่าวคือ เป็นความรับผิดในกรณีที่กฎหมายไม่ได้ต้องการ “ความผิด (fault)” เป็นองค์ประกอบของความรับผิดนั้นๆ แต่ประการใด ขอเพียงให้มีการกระทำ (ซึ่งรวมถึงการละเว้นการกระทำด้วย) อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นที่กฎหมายคุ้มครองโดยความเสียหายนั้นเป็นมีความสัมพันธ์กับเหตุที่เกิดขึ้น ก็ถือว่ามีความรับผิดทางละเมิดเกิดขึ้นแล้ว[69] อาจกล่าวได้ว่า ความรับผิดอย่างเคร่งครัด (Strict Liability) นี้ บุคคลจะต้องรับผิดแม้มิได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม[70]

2.2.1 ความรับผิดเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษ

ผู้เขียนจะศึกษาถึงขอบข่ายของความรับผิดเด็ดขาดในเรื่องกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศอังกฤษเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ เพื่อเป็นตัวอย่างให้พอเข้าใจถึงแนวคิดความรับผิดกรณีที่ผู้ที่ต้องรับผิดไม่มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในบริบทกฎหมายของประเทศอังกฤษพอสังเขปเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดในความเสียหายจากสัตว์อันตราย ความรับผิดในเรื่องทรัพย์หรือสิ่งที่หลุดรอดจากที่ดินสิ่งปลูกสร้าง ดังนี้

1. ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัตว์อันตราย

ศาล Court of Common Pleas ของประเทศอังกฤษเคยวางหลักเกี่ยวกับความรับผิดของเจ้าของสัตว์ไว้ในคดี Cox v. Burbidge[71] ไว้ว่า เจ้าของสัตว์มีความรับผิดอย่างเคร่งครัดที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายของสัตว์เลี้ยงของตนที่เข้าไปในที่ดินของผู้อื่นทำให้เกิดความเสียหาย โดยมิพักต้องคำนึงถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ดูแลสัตว์นั้นเลย ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความรับผิดอย่างเคร่งครัดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เริ่มมาจากความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสัตว์นี้เอง[72]

อันความรับผิดอันเกี่ยวกับสัตว์ที่เป็นอันตรายนั้น เจ้าของ ผู้ปกครอง ผู้เลี้ยง ผู้ควบคุม หรือรักษาสัตว์จะต้องรับผิดโดยเด็ดขาด มิพักต้องคำนึงถึงว่าได้มีความประมาทเลินเล่อหรือไม่ หากแม้เมื่อใดที่สัตว์ที่ตนเลี้ยงหรือรักษานั้นไปก่อความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์ของบุคคลอื่น และความเสียหายเช่นว่านั้นเป็นความเสียหายที่ตามปกติวิสัยและชนิดของสัตว์นั้นเอง ไม่ว่าเจ้าของหรือผู้รับเลี้ยงรับรักษาจะรู้ถึงนิสัยของสัตว์นั้นหรือไม่ก็ตาม บุคคลต่างๆ เหล่านั้นก็ต้องรับผิด แต่ในทางตรงกันข้าม หากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากความผิดปกติวิสัยและชนิดของสัตว์นั้นจะทำแล้ว เจ้าของหรือผู้รับเลี้ยงรับรักษาจะมีความผิดก็ต่อเมื่อตนได้รู้ว่ามันมีนิสัยชอบทำความเสียหายอันผิดปกติเช่นนั้นอยู่แล้ว[73] โดยมีหลัก Scienter Rule รองรับแนวคิดที่เจ้าของควรจะได้รู้ถึง

---

[69] John Cooke, Law of Tort,7th ed,(Great Britain: Dorset Press, 2005), p. 4.

[70] Catherine Elliott and Frances Quinn, Tort Law,3rd(Great Britain: Dorset Press, 2001), p.325.

[71] Courtney Stanhope Kenny, A Selection of Cases Illustrative of The English Law of Tort [online], 20 May 2012. Available from: http://archive.org/stream/selectionofctort00kennuoft#page/36/mode/2up/search/cox, pp.37-42.

[72] Edward J. Kionka, Torts in a Nutshell : Injuries to persons and property,(St.Paul Minn: West Publishing Co., 1977), p.36.

[73] เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด,(พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479), หน้า 259-260.

นิสัยของสัตว์นั้นว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ โดยสัตว์ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้นั้นจะต้องถูกควบคุมดูแลให้ปลอดภัยเพื่อไม่ให้ไปก่อความเสียหายให้แก่บุคคลอื่น หลักทางกฎหมายที่เรียกว่า Scienter Rule โดยหลักนี้ไม่คำนึงถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลย โดยถือเสมือนว่าผู้ควบคุมดูแลสัตว์นั้นรู้ถึงธรรมชาติอันตรายของสัตว์นั้นแล้ว[74] และเจ้าของสัตว์ก็ไม่อาจอ้างการกระทำของบุคคลภายนอกมาเป็นข้อแก้ตัวให้เจ้าของพ้นความรับผิดไปได้

2. ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสิ่งที่หลุดรอดออกไปจากที่ดิน

ความรับผิดในกรณีนี้เป็นความรับผิดเด็ดขาดอันเกิดมาจากคดีที่โด่งดังมากของประเทศอังกฤษคือคดี Rylands v. Fletcher โดยศาล House of Lords ได้วางหลักความรับผิดทางละเมิดไว้แก่เจ้าของที่ดินในความเสียหายจากสิ่งที่หลุดรอดออกมาจากที่ดินซึ่งเป็นแหล่งที่มาที่มิได้เกิดขึ้นโดยปกติกับที่ดินนั้นที่จะก่อให้เกิดอันตรายได้ แต่เจ้าของได้นำเข้าสิ่งนั้นมาในที่ดิน แม้ว่าจะไม่ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อก็ตาม [75] ความรับผิดอย่างเคร่งครัดกรณี Rylands v. Fletcher นี้ พิจารณาองค์ประกอบของความรับผิด โดยแยกได้ดังนี้

1. ต้องมีการนำสิ่งของนั้นเข้ามาในที่ดิน โดยสิ่งของนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นทรัพย์อันตรายโดยสภาพของมันเองก็ได้

2. เป็นการใช้โดยผิดธรรมชาติ

3. มีการหลุดรอดหรือเคลื่อนย้ายไปจากที่เดิม และ

4. ก่อให้เกิดความเสียหาย

ดังนั้น สรุปได้ว่าความรับผิดอย่างเคร่งครัดที่กฎหมายอังกฤษวางหลักไว้ในคดี Rylands v. Fletcher นี้ ไม่ได้พิจารณาถึงความผิดในความจงใจหรือแม้แต่ความประมาทเลินเล่อของเจ้าของที่ดินแต่ประการใดเลย ยิ่งไปกว่านั้นความรับผิดกรณี Rylands v. Fletcher นั้นก็มิได้สนใจว่าจำเลยจะรู้ถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม

2.2.2 ข้อยกเว้นความรับผิดในความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามกฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ

ละเมิดเป็นการล่วงสิทธิผิดหน้าที่โดยไม่มีอำนาจหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมาย ในลำดับนี้ผู้เขียนได้ประมวลเหตุที่กฎหมายกำหนดเป็นข้อแก้ตัวในการที่จะยกเว้นความรับผิดที่บุคคลจะต้องรับผิดโดยไม่ได้มี “ความผิด” ได้แก่ เหตุสุดวิสัย (Act of God) อุบัติเหตุอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (Inevitable accident) ความผิดของผู้เสียหายเอง (Default of the plaintiff) และหลักความยินยอมของผู้เสียหาย(Consent – Volenti non fit iniuria) ซึ่งหลักนี้เป็นข้อต่อสู้ของจำเลยได้อย่างดีว่าโจทก์ผู้เสียหายได้ยินยอมรับภัยในอันตรายนั้น หรือยินยอมเข้าทำกิจกรรมที่มีความเสี่ยงที่จะเกิด

---

[74] J.A Jolowiez and T. Ellis Lewis, Winfield on Tort,8th ed,(London: Sweet & Maxwell, 1967), p. 464.

[75] Courtney Stanhope Kenny, A Selection of Cases Illustrative of The English Law of Tort [online], p. 600.

อันตรายได้ โดยผู้ที่ก่ออันตรายนั้นไม่ต้องรับผิดในความเสียหายเพื่อละเมิดที่เกิดขึ้น[76] แต่อย่างไรก็ดี ข้อกล่าวอ้างของจำเลยเกี่ยวกับความยินยอมของโจทก์ผู้เสียหายในการยอมรับอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของตนเองนั้น อาจใช้ไม่ได้อีกต่อไปนับแต่มีการประการใช้ Unfair Contract Terms Act 1977 ดังจะได้ศึกษารายละเอียดในหัวข้อต่อไปนี้

2.3 แนวความคิดว่าด้วยการควบคุมยับยั้งการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในประเทศอังกฤษ*

2.3.1 ข้อความคิดทั่วไป

ด้วยแนวความคิดในเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งบางครั้งก็เป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ว่าอาจจะมีข้อความในลักษณะที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหาย หากมีกรณีที่ผิดสัญญา หรือยกเว้นความรับผิดจากหนี้ตามกฎหมายอย่างอื่นนอกจากสัญญาเช่น ความรับผิดตามกฎหมายละเมิด หรือความรับผิดตามกฎหมายเรื่องฝากทรัพย์ หรือความรับผิดตามพระราชบัญญัติอื่นๆ ด้วย[77] ทั้งนี้อาจมีเหตุผลอันเนื่องมาจากกรณีที่ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองในเนื้อหาของข้อความยกเว้นความรับผิดถูกพิมพ์ไว้ในสัญญาที่บุคคลทั่วไปมีความจำเป็นต้องเข้าทำสัญญาในชีวิตประจำวัน (everyday transaction) ในลักษณะที่เป็นย่อหน้าที่พิมพ์ด้วยตัวอักษรที่เล็กกว่าข้อสัญญาอื่นๆ (small print) หรือเป็นสถานการณ์ที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะมิได้สังเกตถึงป้ายประกาศข้อความที่ติดไว้ในที่สาธารณะอันเป็นการยกเว้นความรับผิด เช่นข้อความที่ติดไว้ในโรงภาพยนตร์ ห้างสรรพสินค้า หรือที่ลานจอดรถโดยมีข้อความทำนองว่า “เจ้าของสถานที่จะไม่รับผิดชอบในความสูญเสียหรือเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินของลูกค้า (The proprietors do not accept liability for loss or damage to customers’ property)” หรือข้อความทำนองว่า “เป็นความเสี่ยงภัยของเจ้าของรถที่นำมาจอดในบริเวณนี้ (All car parked at owner’s risk)” หากข้อยกเว้นความรับผิดเหล่านั้นมีผลใช้บังคับได้ก็เท่ากับเป็นการยอมรับให้มีการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามกฎหมายหรือตามสัญญาได้ อันเป็นการยอมให้คู่กรณีที่อ้างอิงอาศัยข้อยกเว้นความรับผิดในการผิดสัญญาหรือความรับผิดตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องทำให้ได้รับการยกเว้นความรับผิด โดยทิ้งภาระเกี่ยวกับค่าเสียหายไว้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ ตอบแทนจากข้อความยกเว้นความรับผิดนั้นเลย[78]

ปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดโดยอาศัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษเริ่มมาจากกรณีที่บริษัทรถไฟต้องการหลีกเลี่ยงความรับผิดอย่างเคร่งครัดในความสูญหายของสินค้าที่อยู่ในความดูแลของตน ด้วยการทำ "ประกาศแจ้งทั่วไป" ยกเว้นความรับผิดบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดเพื่อความสูญหายหรือขโมย โดยในคดี Riley v. Horne ศาลได้มีคำวินิจฉัยว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลใช้บังคับได้ อย่างไรก็ดี ต่อมาสภานิติบัญญัติ

---

[76] Emily Finch and Stefan Fafinski, Tort Law, pp.149-150.

* โดยที่กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมยับยั้งการแสดงเจตนาของประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะ Unfair Contract Terms Act 1977 เป็นกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญเป็นอย่างมากต่อการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย ผู้เขียนจึงขอศึกษาระบบการควบคุมยับยั้งผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในประเทศอังกฤษโดยละเอียดกว่าประเด็นอื่นๆ ในบทนี้

[77] Roger Halson, Contract Law, p.300.

[78] Robert Duxbury, Contract Law,(Great Britain : Sweet & Maxwell, 2008), p.139.

ได้ตรากฎหมาย The carriers Act ที่ไม่อนุญาตให้ใช้ประกาศแจ้งติดไว้ยกเว้นความรับผิด เว้นแต่ผู้ขนส่งจะได้ทำเป็นสัญญาพิเศษ บริษัทรถไฟจึงเริ่มนำเอาสัญญาพิเศษมาใช้ด้วยการยื่นส่งตั๋วหรือหนังสือแจ้งที่มีเงื่อนไขและข้อยกเว้นความรับผิดอย่างกว้างขวาง ซึ่งตั๋วเหล่านี้อาจถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการใช้สัญญาที่อีกฝ่ายหนึ่งทำได้เพียงการตัดสินใจว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่เข้าทำสัญญา (Take it or Leave it) โดยไม่มีอำนาจเจรจาต่อรองใดๆ เลย[79]

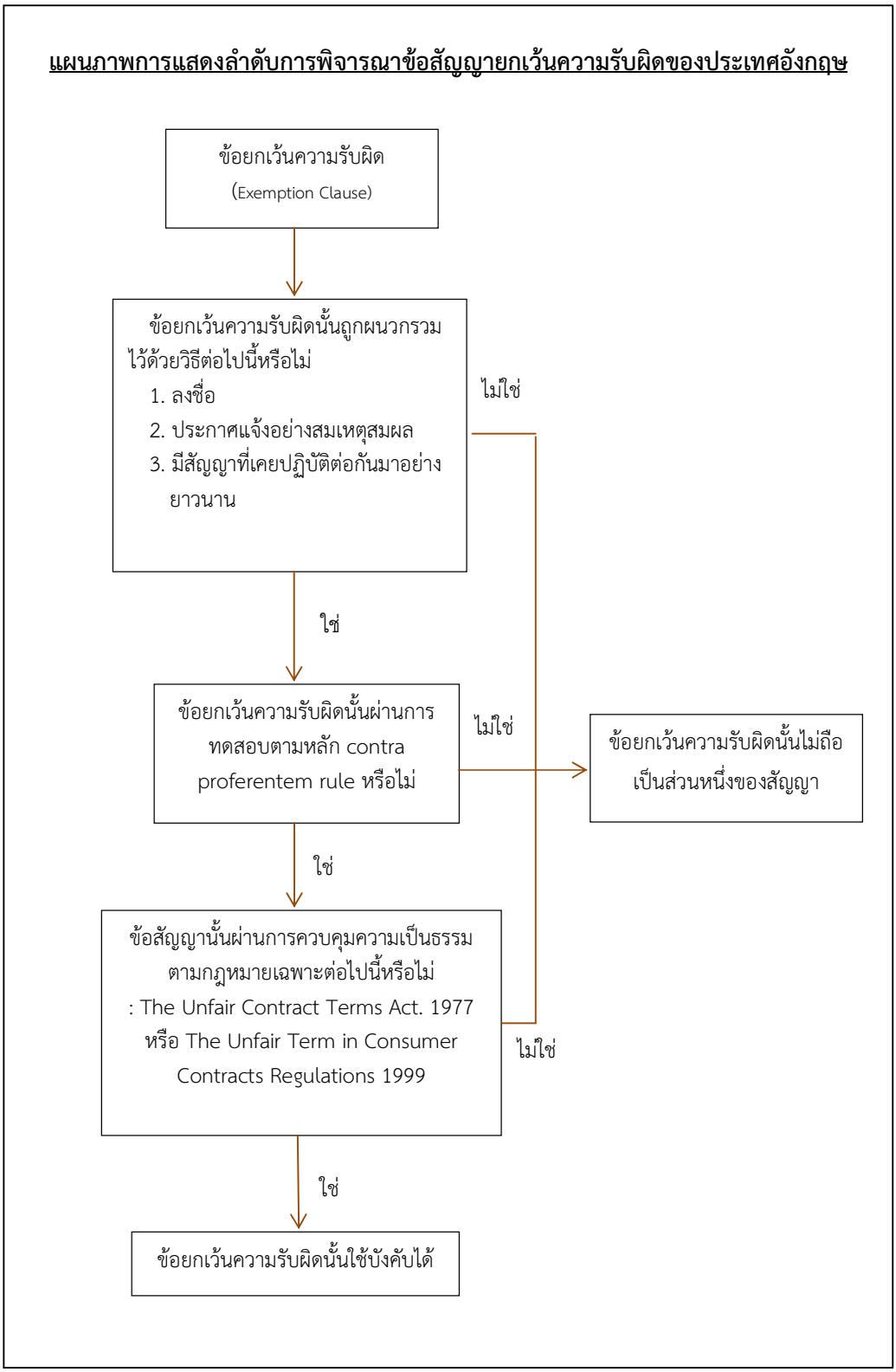
โดยที่ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีหลักการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องข้อยกเว้นความรับผิด โดยต้องพิจารณาความมีผลของข้อยกเว้นความรับผิดนี้ว่ามีผลตามกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล (กฎหมายคอมมอนลอว์) หรือไม่เสียก่อน แล้วจึงค่อยมาพิจารณากฎหมายเฉพาะที่ควบคุมการยกเว้นความรับผิด กล่าวคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 และข้อบังคับเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค ค.ศ. 1999 (Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999) ที่ประเทศสหราชอาณาจักรได้อนุวัติการ ตามระเบียบข้อบังคับแห่งสหภาพยุโรปที่ 93/13 (European Community Directive 93/13) ดังแผนภาพที่ไล่เรียงลำดับการพิจารณาตามบ่อเกิดของกฎหมายอังกฤษ ดังต่อไปนี้[80]

---

[79] อรนุช อาชาทองสุข, “การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,”(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 50-51.

[80] Cathering Elliott and Frances Quinn, Contract Law, 5th ed. (Harlow, England : Longman, 2005) p. 141.

แผนภาพการแสดงลำดับการพิจารณาข้อสัญญายกเว้นความรับผิดของประเทศอังกฤษ



การจะพิจารณาว่าการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของคู่กรณีหรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งดังตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้น ไม่ว่าจะด้วยวิธีการ ใส่ไว้ในข้อใดข้อหนึ่งของสัญญา การติดประกาศยกเว้นความรับผิดไว้ หรือการเขียนข้อยกเว้นความรับผิดไว้ในตั๋วหรือในใบเสร็จรับเงิน หรือด้วยวิธีการอย่างอื่นก็ตาม ต้องพิจารณาตามหลักของศาลว่ามีผลตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาแล้วนั้น ข้อยกเว้นความรับผิดหรือข้อจำกัดความรับผิดก็ถือเป็นเพียงข้อสัญญาข้อหนึ่งที่โดยปกติก็จะมีผลใช้บังคับในฐานะที่เป็นข้อหนึ่งของสัญญา โดยปกติแล้วผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะยกเลิกเพิกถอนข้อสัญญาเพียงเพราะว่าเป็นข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมหรือไม่สมเหตุสมผล แต่เพราะศาลได้ตระหนักถึงปัญหาความไม่ชอบธรรมในข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาศัยเสรีภาพในการแสดงเจตนาในทางที่มิชอบกันอย่างแพร่หลาย ศาลจึงได้สร้างหลักกฎหมายอันเป็นอุปสรรคแก่การที่จะอ้างถึงข้อสัญญายกเว้นความรับผิดโดยไม่ให้อ้างได้ง่ายดายเหมือนเคย อันเป็นหลัก common law rules ที่ได้พัฒนามาอย่างกว้างขวางในยุคศตวรรษที่ 19 เรื่อยมาจนถึงกลางศตวรรษที่ 20[81] โดยข้อควบคุมขัดขวางการมีผลของข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าวคือการวางหลักการพิจารณาข้อยกเว้นความรับผิดรวมเข้าหรือผนวกไว้ในสัญญาอันจะผูกพันคู่กรณีหรือไม่ ซึ่งเป็นหลักที่ต้องพิจาณาก่อนสิ่งใดในเบื้องแรก

2.3.2 หลักควบคุมยับยั้งข้อยกเว้นความรับผิดของศาล (Common Law control of exclusion clauses)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเมื่อศาลประเทศอังกฤษตระหนักถึงดาบสองคมของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่มีอีกด้านหนึ่งซึ่งเป็นอันตรายต่อความเป็นธรรมในระบบกฎหมายได้ เพราะมีการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดกันอย่างแพร่หลายซึ่งในบางครั้งศาลเองก็มองว่าข้อยกเว้นความรับผิดเหล่านั้นบางอย่างก็ดูจะไม่สมเหตุสมผล จึงได้พัฒนาหลักการที่จะใช้เป็นเครื่องขวางกั้นการยกเว้นความรับผิดที่จะคัดคานกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ด้วยการพิจารณาว่าข้อความยกเว้นความรับผิดเหล่านั้น มิได้เป็นส่วนหนึ่งในสัญญาอันจะมีผลผูกพันคู่กรณีแต่อย่างใด ซึ่งเป็นความคิดที่ช่วยกลั่นกรองข้อยกเว้นความรับผิดให้มีผลใช้บังคับได้ยากมากขึ้น หลังจากนั้นจึงพิจารณาว่าข้อที่ผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้น ข้อความนั้นสามารถแปลความได้ครอบคลุมการยกเว้นความรับผิดที่เกิดขึ้นจริงในแต่ละกรณีหรือไม่ และมีความสมเหตุสมผลตามความยุติธรรมหรือไม่

กล่าวโดยสั้นที่สุด ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะมีผลตามหลักกฎหมายของศาลหรือไม่จะต้องผ่านการทดสอบให้ศาลพึงพอใจดังนี้[82]

1. ต้องเป็นข้อสัญญาที่ถือได้ว่าถูกผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

2. ต้องผ่านการทดสอบการตีความข้อสัญญา

อธิบายขยายความหลักควบคุมยับยั้งข้อยกเว้นความรับผิดของศาลได้ดังต่อไปนี้

---

[81] Robert Duxbury, Contract Law, p.139.

[82] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.100., Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law,(Essex : Pearson Longman, 2009), p.89., Roger Halson, Contract Law, pp.301-302.

2.3.2.1 เป็นข้อสัญญาที่ถือได้ว่าถูกผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (Incorporation of exclusion clauses)

หลักในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนานั้น “มีอยู่” ในนิติกรรมสัญญา เพื่อใช้เป็นแนวทางในการควบคุมข้อตกลงยกเว้นความรับผิดโดยจะพิจารณาดูว่าข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น ในสายตาของกฎหมายถือได้ว่าเป็นการผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่นั้น อันเป็นหลักเดียวกันในการพิจารณาข้อสัญญาอื่นๆ ทั่วไป[83] โดยในประเทศอังกฤษมีหลักพิจารณาดังนี้

1. การลงลายมือชื่อของคู่กรณีฝ่ายผู้เสียหาย (Incorporation by signature)

ในประเทศอังกฤษมีหลักคอมมอนลอว์ที่ว่าเมื่อมีการลงลายมือชื่อในสัญญาที่มีการจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว มักจะถือว่าข้อสัญญาที่ลงนามไปนั้นถูกผนวกเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แม้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดจะบรรจุอยู่ในส่วนใดส่วนหนึ่งของเอกสารที่ลงนามนั้นก็ตามและเป็นเรื่องที่ค่อนข้างผูกพันคู่กรณีฝ่ายที่ได้ลงนามในเอกสารนั้นแล้ว[84] กล่าวอย่างง่ายก็คือหากมีการลงนามในเอกสารที่มีข้อยกเว้นความรับผิดนั้นบรรจุอยู่ในข้อใดข้อหนึ่งของเอกสารนั้น ซึ่งคู่กรณีได้ลงนามแล้ว แม้ว่าจะไม่ได้อ่านข้อความนั้น หรืออ่านแต่ไม่เข้าใจ ก็ถือว่าข้อสัญญาข้อยกเว้นความรับผิดนั้นถูกผนวกไว้ในสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว สรุปคือพิจารณาดูเพียงว่ามีการลงชื่อหรือไม่นั่นเอง[85]

ตัวอย่างคดีที่ศาลตัดสินว่าเมื่อมีการลงลายมือชื่อในสัญญาแล้ว ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะต้องผูกพันฝ่ายที่ลงลายมือชื่อ

คดี L’Estrange v F Graucob Ltd.[86]

นาง L’Estrange เป็นเจ้าของร้านกาแฟแห่งหนึ่ง เธอสั่งซื้อเครื่องขายบุหรี่อัตโนมัติจากบริษัทผู้ผลิต ตามสัญญาซื้อขายเครื่องขายบุหรี่ที่นาง L’Estrange ลงลายมือชื่อในสัญญาแล้วนั้นมีข้อความว่า “ผู้ขายเครื่องจะไม่รับผิดชอบใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะด้วยเงื่อนไขที่ชัดแจ้งหรือโดยปริยาย คำบอกกล่าวหรือการรับประกัน ข้อกฎหมายหรือความรับผิดอื่นๆ นอกจากที่กล่าวมานี้แต่ประการใดทั้งสิ้น” เมื่อซื้อเครื่องมาแล้ว นาง L’Estrange พบว่าเครื่องมีการทำงานที่ผิดพลาด บกพร่อง ไม่เป็นไปตามความมุ่งประสงค์ในเครื่องขายบุหรี่อัตโนมัติ เธอจึงฟ้องบริษัทผู้ผลิตว่ากระทำผิดต่อข้อสัญญาซื้อขายโดยปริยายตามพระราชบัญญัติการขายสินค้า (Sale of Goods Act 1893) อีกทั้งเธอยังอ้างว่า เธอไม่เห็นและไม่รับรู้รับทราบข้อยกเว้นความรับผิดนั้นว่าอยู่ในสัญญานั้นด้วย

กรณีนี้ศาลตัดสินว่า เมื่อเอกสารที่มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนั้นได้มีการลงลายมือชื่อแล้ว แม้ว่าจะลงนามด้วยการถูกกลฉ้อฉลหรือการให้ข้อมูลที่ผิดพลาดหรือข้อความยกเว้นความรับผิดนั้นจะพิมพ์ด้วยตัวอักษรที่เล็กกว่าปกติก็ตาม คู่กรณีฝ่ายที่ลงชื่อนั้นย่อมจะต้องผูกพันกับข้อยกเว้นความรับผิดและแม้ว่าจะไม่ได้อ่านเอกสารนั้นเลย

---

[83] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.88.

[84] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.101.

[85] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.89.

[86] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, pp.101-102.

จากคำตัดสินในคดี คดี L'Estrange v F Graucob Ltd. นั้นได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างแพร่หลายว่า เป็นคำวินิจฉัยที่ค่อนข้างแข็งกระด้างโดยนำเพียงหลักคำเสนอและคำสนองธรรมดามาปรับใช้เท่านั้น และหากศาลพิจารณาข้อตกลงหรือข้อสัญญาโดยภาวะวิสัยเช่นนี้แล้ว กรณีจะดูเหมือนว่าไม่มีความสมเหตุสมผลที่เป็นภาระแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในอันจะต้องใช้ความพยายามเป็นอย่างมากในการค้นหาความมีอยู่ (existence) ของข้อสัญญายกเว้นความรับผิดและต้องเข้าถึงและเข้าใจข้อสัญญานั้นเองด้วย แม้ว่าข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนี้จะจัดวางไว้ในตำแหน่งที่มองเห็นได้ยากหรือพิมพ์ด้วยตัวอักษรที่เล็กมากกว่าปกติก็ตาม และศาลในคดีนี้ก็ตัดสินตามหลัก parol evidence rule กล่าวคือ เมื่อมีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วห้ามมีการนำสืบพยานบุคคลเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อความในเอกสาร เพราะเห็นว่าคู่สัญญาได้มีอิสระในการเข้าทำสัญญาต่อกันแล้ว[87]

อย่างไรก็ดี เคยมีคำพิพากษาที่ตัดสินว่า แม้ว่าจะมีการลงลายมือชื่อในเอกสารแล้วก็ตามข้อสัญญานั้นอาจจะไม่มีผลทั้งหมดหรือบางส่วนได้หากการแจ้งข้อความที่ผิดพลาดนั้นทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ (misrepresentation) ดังตัวอย่างในคดี Curtis v Chemical Cleaning & Dyeing Co

คดี Curtis v Chemical Cleaning & Dyeing Co[88]

โจทก์นำชุดแต่งงานที่ปักด้วยเลื่อมสวยงามไปให้จำเลยซักทำความสะอาดที่ร้านซักรีดของจำเลย พนักงานร้านซักรีดของจำเลยส่งเอกสารที่เขียนที่หัวกระดาษว่า ใบเสร็จรับเงิน (receipt) ซึ่งมีข้อความยกเว้นความรับผิดในความเสียหายใดๆ และบอกให้โจทก์ลงชื่อในเอกสารนั้น โดยโจทก์ได้รับแจ้งจากพนักงานของจำเลยว่าเป็นการจำกัดความรับผิดเฉพาะในความเสียหายที่เกิดแก่ส่วนที่เป็นเลื่อมโลหะและกระดุมที่ติดในชุดเท่านั้น โจทก์จึงได้ลงนามในเอกสารนั้น แต่เมื่อโจทก์มารับชุดคืนพบว่ามีรอยไหม้บนชุดแต่งงานของโจทก์ ศาลตัดสินว่า จำเลยไม่อาจยกข้อสัญญานั้นยกเว้นความรับผิดได้ เพราะเป็นกรณีที่พนักงานของจำเลยแจ้งข้อความอันไม่เป็นความจริงแก่โจทก์ โจทก์จึงได้ลงนามในเอกสารนั้น จึงไม่ผูกพันโจทก์แม้ว่าจะได้ลงชื่อในเอกสารยกเว้นความรับผิดนั้นก็ตาม[89]

อย่างไรก็ดีเกี่ยวกับเรื่องการลงนาม (signature principle) นี้ ศาลในคดีต่อๆ มาได้ตัดสินไว้ว่าสัญญาที่มีข้อยกเว้นความรับผิดหากมีการลงลายมือชื่อแล้วก็ตาม จะไม่ผูกพันผู้ลงลายมือชื่อนั้นหากว่าข้อความนั้นไม่ได้ดึงดูดความสนใจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ลงลายมือชื่อให้ตระหนักทราบถึงข้อสัญญายกเว้นความรับผิด อันเป็นแนวทางพิจารณาหลักเรื่องการลงนามให้แคบขึ้นและให้มีผลบังคับกับคู่กรณีให้ยากยิ่งขึ้นภายใต้กฎหมายอังกฤษนั้นเอง[90]

---

[87] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.102.

[88] Robert Duxbury, Contract Law, p.141.

[89] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law,5th ed.(Dorset : Longman, 2005), p.123.

[90] Roger Halson, Contract Law, p.302.

2. ข้อยกเว้นความรับผิดด้วยการประกาศ การแจ้งความ (Incorporation by notice) รวมถึงการยกเว้นความรับผิดในตั๋ว (Incorporation on a ticket) และการอ้างอิงถึงเอกสารอื่นด้วย (Incorporation by reference to another document)

ในบางครั้ง คู่กรณีอาจจะไม่มีการลงลายมือชื่อในเอกสารใดๆ ที่มีข้อยกเว้นความรับผิด แต่ทว่าคู่กรณีฝ่ายที่ต้องการจะปฏิเสธความรับผิดชอบใดๆ จะทำการติดประกาศข้อยกเว้นความรับผิดไว้ในบริเวณสถานที่นั้นๆ เช่นมีป้ายประกาศยกเว้นความรับผิดไว้บริเวณลานจอดรถ หรือในห้องพักของโรงแรม เป็นต้น ในประเทศอังกฤษมีหลักในการพิจารณาว่าข้อยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากการประกาศฝ่ายเดียวของคู่สัญญานี้ผูกพันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ โดยพิเคราะห์หลายสิ่งหลายประการประกอบกัน อาทิ

ก. ข้อความที่แจ้งยกเว้นความรับผิดนั้นต้องบรรจุอยู่ในเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญา

การจะพิจารณาว่าประกาศหรือคำแจ้งความยกเว้นความรับผิดนั้นๆ จะถูกผนวกรวมไว้กับในสัญญาด้วยหรือไม่นั้น เอกสารที่มักมีข้อความยกเว้นความรับผิดแยกออกมาจากตัวสัญญา เช่น ใบเสร็จรับเงิน ใบส่งของ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเอกสารเหล่านี้อาจไม่ได้รับการพิจารณาให้ถูกผนวกเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่ง[91] แต่อย่างไรก็ดีลำดับแรกที่ศาลจะต้องพิเคราะห์คือ ข้อความที่ยกเว้นความรับผิดนั้นบรรจุอยู่ในเอกสารที่วิญญูชนทั่วไป (reasonable man) คาดหมายได้หรือไม่ว่านั่นคือเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญาอีกรูปแบบหนึ่ง (contractual document) หากวิญญูชนทั่วไปควรรู้ได้ว่าเอกสารนั้นๆ เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่เขาต้องถูกผูกพันด้วยแล้ว กรณีถือได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รับแจ้งให้ทราบถึงข้อยกเว้นความรับผิดนั้นแล้ว ในทางกลับกัน หากวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเอกสารดังกล่าวไม่น่าจะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แล้วคู่สัญญานั้นก็ไม่ควรที่จะต้องผูกพันตามข้อยกเว้นความรับผิดในเอกสารที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา[92]

ข. ช่วงเวลาที่ข้อยกเว้นความรับผิดนี้ปรากฏต่อสายตาคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในเวลาใด

คู่กรณีที่จะถูกบังคับตาม clause นี้ต้องได้ตระหนักรู้อย่างเพียงพอถึงความมีอยู่ของข้อยกเว้นความรับผิดก่อนหรือขณะที่สัญญาเกิดขึ้น เช่น การติดประกาศยกเว้นความรับผิดของโรงแรมที่ติดไว้ในห้องพัก ไม่มีผลบังคับเพราะสัญญาพักอาศัยโรงแรมได้เกิดขึ้นแล้วตั้งแต่ที่เคาท์เตอร์ของพนักงานต้อนรับแล้ว ทั้งนี้เหตุผลคือคู่กรณีจะได้พิจารณาว่าเมื่อมีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดเช่นนี้แล้วจะยังคงต้องการทำสัญญาด้วยอีกหรือไม่

ค. ข้อยกเว้นความรับผิดที่ประกาศนั้นต้องมีวิธีการแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งรับรู้รับทราบอย่างพอเหมาะพอควรด้วย

---

[91] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.105.

[92] Robert Duxbury, Contract Law, p.142.

การจะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดด้วยวิธีการประกาศฝ่ายเดียวก่อนที่จะเกิดสัญญาขึ้นได้นั้น ศาลจะพิจารณาดูด้วยว่าประกาศหรือคำแจ้งความเช่นนั้นมีความสมเหตุสมผลด้วยหรือไม่ ยิ่งหากมีข้อยกเว้นความรับผิดที่เคร่งครัดมาก ก็ยิ่งต้องมีกระบวนการแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบให้มากยิ่งขึ้นตามไปด้วย[93] ซึ่งคู่กรณีที่ต้องการที่จะอ้างอิงอาศัยข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อปฏิเสธความรับผิดนั้นจำต้องมีภาระหน้าที่อย่างมากในการที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้และแน่ใจว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นได้ดึงดูดความสนใจคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งให้สังเกตถึงการยกเว้นความรับผิดนั้นอย่างมากจึงจะมีผลใช้บังคับได้[94]

ในบางคดีอาจใช้เพียงหลักใดหลักหนึ่งก็เพียงพอเพื่อมาตัดสินว่าประกาศหรือคำแจ้งความนั้นได้ผนวกรวมเข้าไว้กับสัญญาหรือไม่ แต่ในบางคดีอาจต้องนำข้อพิจารณาทั้งสามประการนั้นมาพิจารณาประกอบกัน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่เป็นฝ่ายรับเคราห์จากข้อยกเว้นความรับผิดนั้น โดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์แห่งคดี[95] ดังตัวอย่างการตัดสินของศาลเกี่ยวกับการประกาศ การแจ้งความ การอ้างอิงถึงเอกสารอื่นด้วยเกี่ยวกับการผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ดังต่อไปนี้

คดี Olley v. Marlborough Court Hotel[96]

ฝ่ายโจทก์ได้เห็นประกาศในห้องพักของโรงแรมว่า “โรงแรมจะไม่รับผิดชอบใดๆ หากทรัพย์สินเสียหายหรือสูญหายในห้องพัก นอกจากจะได้ส่งมอบทรัพย์สินไว้กับทางโรงแรม” ข้อเท็จจริงจากทางนำสืบปรากฏว่าพนักงานโรงแรมประมาทเลินเล่อปล่อยให้มีบุคคลภายนอกนำกุญแจห้องพักของโจทก์ไป เป็นเหตุให้ทรัพย์สินของโจทก์ถูกลักไป ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ประกาศยกเว้นความรับผิดของโรงแรมที่เขียนไว้ที่ห้องพักไม่ผูกพัน เพราะโจทก์ได้ทราบข้อยกเว้นความรับผิดภายหลังจากสัญญาเข้าพักโรงแรมได้เกิดขึ้นก่อนแล้วที่บริเวณส่วนต้อนรับ(reception) โจทก์ผู้เข้าพักจึงยังไม่ทราบข้อยกเว้นความรับผิดก่อนเข้าห้องพัก ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจึงไม่ถูกผนวกไว้กับสัญญา ดังนั้นโรงแรมจึงต้องรับผิดชอบในการที่ของในห้องสูญหายเพราะถูกขโมย ไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดได้ ซึ่งคดีนี้ศาลใช้หลักพิจารณาเรื่องระยะเวลาในการเข้าทำสัญญาเกิดขึ้นก่อนการรับแจ้งข้อยกเว้นความรับผิดเป็นสำคัญ (timing of notice)[97]

คดี Chapelton v Barry Urban District Council[98]

คดีนี้ศาลได้นำหลักวิญญูชนเข้ามาพิจารณาประกอบว่าใบเสร็จรับเงินที่มีข้อยกเว้นความรับผิดนั้น คนทั่วๆ ไปควรรู้ได้หรือไม่ว่าใบเสร็จนั้นจะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา โดยคดีมีข้อเท็จจริงว่า นาย Chapelton โจทก์ประสงค์จะเช่าเก้าอี้ตากอากาศของเทศบาลจำเลยเพื่อมา

---

[93] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.105.

[94] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.92.

[95] Robert Duxbury, Contract Law, p.141.

[96] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.104.

[97] Robert Duxbury, Contract Law, p.143.; Ryan Murray, Contract Law – The Fundamentals, (London: Sweet & Maxwell, 2008), p.104.

[98] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.105.

นั่งเล่นที่ชายหาด โดยในบริเวณที่วางเก้าอี้สำหรับให้เช่านั้นได้มีการติดประกาศไว้ว่า “ผู้เช่าต้องได้รับตั๋วจากพนักงานเสียก่อน ค่าเช่าเก้าอี้ 3 ชั่วโมงราคา 2 เพนนี” โจทก์จ่ายค่าเช่าและได้รับตั๋วใบหนึ่งมาจากฝ่ายพนักงานของจำเลย ซึ่งเมื่อโจทก์ได้รับตั๋วมาพร้อมกับเก้าอี้ก็เก็บตั๋วนั้นไว้ในกระเป๋าโดยที่ไม่ได้อ่านข้อความในตั๋วนั้นแต่อย่างใด ในขณะที่โจทก์กำลังจะนั่งบนเก้าอี้นั้น เก้าอี้ได้หักพังลงมาทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บเสียหาย โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบในความบาดเจ็บต่อร่างกายโจทก์

ส่วนทางด้านของจำเลยให้การต่อสู้คดีว่า จำเลยมีข้อยกเว้นความรับผิดไว้ในตั๋วที่มอบให้แก่โจทก์ไว้แล้ว ซึ่งในด้านหลังของตั๋วนั้นมีข้อความว่า “เทศบาลจะไม่รับผิดชอบใดๆ ในความเสียหายอันเกิดจากอุบัติเหตุใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการเช่าเก้าอี้ของเทศบาลทุกประการ”

ศาลตัดสินว่า ตั๋วนั้นไม่ใช่เอกสารที่วิญญูชนทั่วไปจะเข้าใจว่าตั๋วที่ได้รับมานั้นจะเป็นเอกสารที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญา ซึ่งตั๋วนั้นเป็นเพียงใบรับเงินหรือเป็นหลักฐานในการแสดงว่าโจทก์ได้เช่าเก้าอี้ของจำเลยโดยถูกต้องเท่านั้น จึงไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีเงื่อนไขในสัญญาอยู่ด้วย ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า ในข้อความที่ติดประกาศราคาค่าเช่าที่โจทก์จะเห็นได้ก่อนที่จะเข้าทำสัญญาเช่าเก้าอี้นี้ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าจะมีข้อยกเว้นความรับผิดนั้นแต่ประการใด จำเลยจึงไม่อาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดในความเสียหายนี้ได้ ข้อความยกเว้นความรับผิดในตั๋วนั้นไม่ถูกผนวกเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา[99]

จากคดีนี้ศาลได้พิจารณาไปตามหลักเรื่องเวลาในการแจ้งข้อความยกเว้นความรับผิดที่เกิดขึ้นภายหลังจากสัญญาเกิดแล้ว และหลักเรื่องลักษณะของเอกสารที่น่าจะบรรจุข้อสัญญาประกอบกัน[100] ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากในป้ายประกาศที่บอกราคาค่าเช่านั้นมีข้อยกเว้นความรับผิดติดประกาศไว้ก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญา การพิจารณาคดีนี้อาจจะมีผลการพิเคราะห์ที่แตกต่างออกไป

คดี Parker v. South Eastern Railway[101]

ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า นาย Parker โจทก์ ได้ฝากกระเป๋าเดินทางไว้ที่ห้องรับฝากของของบริษัทรถไฟจำเลย และได้รับตั๋วซึ่งมีข้อความด้านหน้าของตั๋วเขียนว่า “โปรดดูด้านหลัง (see back)” ในด้านหลังของตั๋วมีข้อความมากมายรวมทั้งมีข้อความว่า “หากเกิดกรณีทรัพย์สินสูญหายหรือถูกขโมย บริษัทจะรับผิดชอบในความเสียหายเพียงไม่เกิน 10 ปอนด์” นอกจากนี้ยังปรากฏข้อความจำกัดความรับผิดเช่นเดียวกับด้านหลังของตั๋วที่บริเวณห้องฝากของนั้นอีกด้วย ต่อมาทรัพย์สินของโจทก์สูญหายไป โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดเต็มตามราคาทรัพย์สินของโจทก์ที่มีค่าสูงกว่า 10 ปอนด์ จำเลยปฏิเสธโดยอ้างข้อจำกัดความรับผิดที่แจ้งในตั๋วและติดประกาศไว้ที่ห้องฝากของ

มีประเด็นที่ควรพิจารณาคือจำเลยได้กระทำการพอสมควรเพื่อให้โจทก์สนใจและรับทราบถึงข้อจำกัดความรับผิดนั้นแล้วหรือไม่

---

[99] Robert Duxbury, Contract Law, p.142.

[100] Nigel Savage and Robert Bradgate, Business Law (London: Butterworths, 1987), p. 225.

[101] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, p.124.

ศาลอุทธรณ์โดยท่าน Mellish L.J พิเคราะห์แล้วเห็นว่า จากการดำเนินการของจำเลยในการติดประกาศจำกัดความรับผิดไว้ที่ห้องฝากสัมภาระและเขียนไว้ในตั๋วนั้น โดยปกติวิญญูชนทั่วไปย่อมทราบได้แล้วว่าตั๋วนั้นมีเงื่อนไขจำกัดความรับผิดอยู่ โจทก์ไม่อาจกล่าวได้ว่าโจทก์ไม่ได้อ่านข้อความในตั๋วและไม่ทราบว่ามีเงื่อนไขจำกัดความรับผิดเพื่ออาศัยความไม่ใส่ใจของโจทก์เองทำให้โจทก์อยู่ในสถานะที่ดีกว่าบุคคลทั่วไปได้ โจทก์จึงต้องถูกผูกพันตามข้อจำกัดความรับผิดนั้นด้วยถือว่าข้อจำกัดความรับผิดนั้นบรรจุและผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว

อย่างไรก็ดี ท่าน Mellish L.J ได้ให้แนวทางเพิ่มเติมว่า หากกรณีเป็นว่าจำเลยดำเนินการให้ผู้ฝากสัมภาระทราบอย่างเพียงพอว่ามีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดเป็นเงื่อนไขหนึ่งของสัญญาแล้ว โดยไม่อาจโน้มน้าวใจบุคคลทั่วไปให้เชื่อได้ว่ามีเงื่อนไขจำกัดความรับผิดไว้ในตั๋วนั้น บริษัทรถไฟจำเลยก็ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ฝากสัมภาระในการยอมรับข้อจำกัดความรับผิดนั้น กล่าวคือไม่อาจอ้างเงื่อนไขข้อจำกัดความรับผิดในตั๋วต่อผู้ฝากสัมภาระได้เลย[102] คดี Parker v. South Eastern Railway ถือเป็นคดีตัวอย่างสำหรับเรื่อง Ticket cases โดยศาลต่อๆ มาก็เห็นพ้องต้องกันว่า คำแจ้งเตือนว่ามีข้อยกเว้นความรับผิดชัดเจนแน่นอนและต้องให้อีกฝ่ายตระหนักทราบถึงข้อยกเว้นความรับผิดอย่างเพียงพอด้วย[103] ดังเช่นการตัดสินในคดี Thompson v London Midland and Scottish Railway Co ที่อาศัยหลักการพิจารณาเช่นเดียวกันว่าคู่กรณีควรได้รู้อย่างแน่ชัดว่ามีข้อความส่วนอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอีกเพิ่มเติม[104]

คดี Thompson v London Midland and Scottish Railway Co[105]

โจทก์ซึ่งอ่านหนังสือไม่ออก ได้ใช้ให้หลานสาวซื้อตั๋วรถไฟให้ในราคา 2 ชิลลิ่ง 7 เพนนี หน้าตั๋วเขียนไว้ว่า “การเดินทางท่องเที่ยว สำหรับเงื่อนไขโปรดดูด้านหลัง (Excursion. For conditions see back)” ในด้านหลังของตั๋วมีข้อความว่า “ตั๋วรถไฟนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ระบุไว้ในตารางรถไฟของบริษัทจำเลย” ซึ่งตารางรถไฟนี้ผู้โดยสารสามารถหาซื้อได้ในราคา 6 เพนนี โดยจะมีข้อสัญญานี้ปรากฏอยู่ในตารางรถไฟด้วย “ผู้โดยสารไม่มีสิทธิฟ้องร้องบริษัทรถไฟในความเสียหายและการบาดเจ็บไม่ว่าด้วยเหตุประการใด” ต่อมาโจทก์ก้าวลงจากรถไฟแล้วได้รับบาดเจ็บจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย เนื่องจากตัวรถไฟนั้นมีความยาวเกินกว่าชานชลามาก ส่วนจำเลยยกข้อต่อสู้โดยอ้างข้อยกเว้นความรับผิดที่ระบุไว้ในตารางรถไฟ

คดีนี้ศาลตัดสินให้จำเลยชนะคดี เนื่องจากเห็นว่าจำเลยได้ดำเนินการอย่างพอสมควรแล้วที่จะให้โจทก์ทราบถึงการมีอยู่ของข้อยกเว้นความรับผิด ซึ่งแม้ว่าตารางรถไฟที่ว่านี้จะมีความหนาเป็นอย่างมากและข้อยกเว้นความรับผิดนี้ปรากฏอยู่ในหน้าที่ 552 ก็ตาม อีกทั้งราคาของตารางรถไฟจะมีราคาถึงประมาณ 20 เปอร์เซนต์ของราคาตั๋วโดยสารก็ตาม[106] ศาลก็ยังถือว่าข้อยกเว้นความรับผิดนี้ได้ผนวกเข้าไว้ในสัญญาแล้ว ส่วนข้อที่ว่าโจทก์ไม่รู้หนังสือนั้น ศาลก็ให้เหตุผล

---

[102] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.102.

[103] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.91.

[104] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.102.

[105] Robert Duxbury, Contract Law, p.144-145.

[106] Roger Halson, Contract Law, p.304.

เช่นเดียวกับคดี Parker v South East Railway ว่า โจทก์ไม่อาจยกข้อที่ว่าตนเองไม่รู้หนังสือขึ้นอ้างได้ จำเลยมีการดำเนินการที่เพียงพอในการประกาศเงื่อนไขยกเว้นความรับผิดให้ประชาชนได้รับทราบอย่างพอสมควรแล้ว[107]

มีเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ[108] ได้กล่าวให้ความเห็นไว้ว่า ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่าคนธรรมดาทั่ว ๆ ไปควรจะเข้าใจว่ามีข้อยกเว้นความรับผิดเช่นนั้นหรือไม่ บริษัทรถไฟย่อมมีสิทธิจะเชื่อเช่นนั้น และเชื่อว่าผู้ที่ฝากหีบห่อสัมภาระย่อมอ่านหนังสือออกและเข้าใจภาษาอังกฤษ ทั้งควรจะสนใจในสิ่งซึ่งบุคคลผู้ติดต่อธุรกิจประเภทเช่นฝากสิ่งของที่สถานีรถไฟควรจะต้องสนใจด้วย บริษัทรถไฟชอบที่จะถือเอาบุคคลธรรมดาที่พบปะอยู่เสมอเป็นเกณฑ์ และถ้าบริษัทรถไฟได้ทำสิ่งใดอันถือได้ว่าเป็นการเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบว่าตั๋วนั้นมีข้อเงื่อนไขพิมพ์อยู่ด้วยแล้ว โจทก์จะอาศัยความไม่รู้ ความโง่ หรือความประมาทเลินเล่อของตนมาทำให้โจทก์อยู่ในฐานะดีกว่าประชาชนคนอื่นหาได้ไม่ แต่ถ้าบริษัทรถไฟได้ทำสิ่งใดอันถือได้ว่ายังไม่เพียงพอที่จะทำให้ประชาชนทั่ว ๆ ไปรู้ว่าตั๋วนั้นมีข้อเงื่อนไขในการยกเว้นความรับผิดพิมพ์อยู่ ต้องถือว่าบริษัทรถไฟได้รับฝากสิ่งของโดยผู้ฝากมิได้ยินยอมในข้อเงื่อนไขที่จำกัดความรับผิดของบริษัทรถไฟนั้นด้วย

ท่าน Hobhouse LJ ได้ชี้แนะว่าข้อสัญญาที่มีความซับซ้อนซึ่งต้องใช้ความพยายามในการเข้าถึงและเป็นอันตรายต่ออีกฝ่ายหนึ่งเช่นนี้ไม่ควรที่จะนำหลักการนี้มาชี้ชัดว่าข้อความดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย[109]

ในทางกลับกัน คดีนี้หากมองในแง่มุมของเสรีภาพในการทำสัญญา คดีนี้โจทก์สามารถสอบถามกับจำเลยได้เสียก่อนเข้าทำสัญญาว่ามีเงื่อนไขอะไรบ้างแต่โจทก์ก็ไม่ได้สอบถามกลับเข้าทำสัญญาโดยความสมัครใจของตนเอง ด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้านทานต่อความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของคู่กรณีไว้ไม่ได้ จึงต้องตัดสินให้คำแจ้งความนี้มีอยู่และผนวกเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญา แต่หากเป็นกรณีที่คู่กรณีต้องติดต่อทำสัญญากับเครื่องอัตโนมัติ เช่นในคดีต่อไปนี้ (Thornton v Shoe Lane Parking Ltd) ศาลถือว่าโจทก์ไม่สามารถที่จะสอบถามถึงเงื่อนไขในสัญญาได้เสียก่อนทำสัญญาเลย[110]

คดี Thornton v Shoe Lane Parking Ltd[111]

ข้อเท็จจริงมีว่า ในป้ายทางเข้าสถานที่จอดรถของจำเลยมีการแจ้งราคาค่าจอดรถและเขียนว่า (at the owner's risk) คนขับต้องหยุดก่อนถึงที่กั้นเพื่อที่จะเข้าไปจอดรถและรับตั๋วจากเครื่องรับบัตรอัตโนมัติ หลังจากนั้น ที่กั้นก็จะเปิดขึ้น ตั๋วแต่ละใบจะมีข้อยกเว้นความรับผิดของจำเลยซึ่งระบุที่มุมด้านล่างของตั๋ว พิมพ์ด้วยตัวอักษรขนาดเล็ก มีใจความว่า "ตั๋วนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขสัญญา

---

[107] Richard Lawson, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms,5th ed,(London : Sweet & Maxwell, 1998), p.10.

[108] บัญญัติ สุชีวะ, "ข้อสัญญาที่กำหนดฝ่ายเดียว," บทบัณฑิตย์ 24 (มกราคม 2509): 58-70.

[109] Roger Halson, Contract Law, p.304.

[110] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.104.

[111] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, pp. 92-93.

ที่แสดงไว้ภายในที่จอดรถ (This ticket is issued subject to the conditions of issue as displayed on the premise)" เงื่อนไขของสัญญามีอยู่ 8 ข้อติดแสดงไว้ภายในบริเวณที่จอดรถซึ่งข้อหนึ่งระบุว่าบริษัทเจ้าของที่จอดรถจะไม่รับผิดชอบต่อการบาดเจ็บที่เกิดขึ้นแก่ผู้ใช้บริการ ต่อมาเมื่อโจทก์เข้ามารับรถ ข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์ได้รับบาดเจ็บเนื่องจากการประมาทเลินเล่อของจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของที่จอดรถ โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบ

คดีนี้โจทก์ได้รับชัยชนะในคดี โดยท่าน Lord Denning M.R. กล่าวว่า สัญญาเกิดขึ้นเมื่อเครื่องกั้นเปิดรับรถโจทก์ให้เข้าไปและพิมพ์ตั๋วออกมาให้แก่โจทก์ โดยที่โจทก์หรือลูกค้ารายอื่นๆ ไม่มีโอกาสที่จะเจรจา หรือสอบถามถึงเงื่อนไขการให้บริการก่อนเข้ามาจอดได้เลย เมื่อจ่ายเงินเสร็จเรียบร้อยก็ได้รับตั๋วและสามารถเข้าไปจอดได้เลย อีกทั้งลูกค้าไม่อาจปฏิเสธและรับเงินคืนได้ ข้อยกเว้นความรับผิดในประกาศที่แจ้งไว้ภายในสถานที่จอดรถนั้นปรากฏต่อโจทก์และลูกค้ารายอื่นๆ ช้าไป ภายหลังจากที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ประกาศนั้นจึงไม่ถือว่าถูกผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา จึงไม่ผูกพันโจทก์

ส่วนการติดป้ายประกาศข้างๆ กับเครื่องออกตั๋วอัตโนมัติที่เขียนไว้ว่า "เจ้าของรถจะต้องรับผิดชอบในความเสี่ยงภัยของตัวเอง (Car parked at owner's risk) ที่ติดไว้ในบริเวณทางเข้าซึ่งอาจมองเห็นได้ตั้งแต่ก่อนเข้าเครื่องกั้น จะพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ได้มีการแจ้งในเวลาก่อนหรือขณะทำสัญญาอันจะสามารถผนวกเข้าเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งที่ต้องผูกพันคู่กรณีหรือไม่นั้น ท่าน Lord Denning กล่าวในประเด็นนี้ว่า การยกเว้นความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายนั้นเป็นเรื่องการยกเว้นความรับผิดอันเกินสมควรเกินไป เพราะโดยปกติคนธรรมดาย่อมคาดหมายได้แต่เพียงว่าการนำรถเข้าไปจอดในที่จอดรถนั้น อาจมีข้อยกเว้นความรับผิดแต่เพียงความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินหรือตัวรถเท่านั้น หากจำเลยต้องการอ้างอิงอาศัยข้อยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่เป็นพิเศษเช่นนี้ จำเลยต้องดำเนินการด้วยวิธีที่พิเศษกว่าการแจ้งอย่างสมเหตุสมผลปกติเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงความมีอยู่ของข้อยกเว้นความรับผิดที่เกินกว่าความคาดหมายของวิญญูชนได้[112] ซึ่งท่านเรียกหลักนี้ว่า "red hand rule" ด้วยวิธีการที่ทำให้ข้อความยกเว้นความรับผิดพิเศษนี้โดดเด่นมากกว่าข้อความปกติ เช่นต้องพิมพ์ด้วยตัวอักษรสีแดงฉูดฉาดกว่าบริเวณอื่นๆ บนด้านหน้าของเอกสารพร้อมด้วยเครื่องหมายที่แสดงถึงความสำคัญของข้อความนี้ หากทำได้เช่นนี้แล้ว จึงอาจถือได้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดเช่นนั้นได้ผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาได้ แต่ทั้งนี้ข้อความนั้นต้องแสดงก่อนที่จะมีการทำสัญญาเกิดขึ้นตามหลักปกติเช่นเคย ซึ่งในคดีนี้ ป้ายประกาศที่ติดไว้ข้างๆ เครื่องออกตั๋วอัตโนมัติด้านหน้าทางเข้านั้นไม่ได้เป็นไปตามหลัก red hand rule จึงไม่ถือว่าผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและไม่ผูกพันโจทก์เช่นกัน[113]

คดี Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Programmes Ltd[114]

คดีนี้มิได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดแต่ประการใด แต่เกี่ยวกับเรื่องหลักการผนวกข้อสัญญาเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา อันเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับเงื่อนไข

---

[112] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.91.

[113] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, pp.104-105.

[114] Robert Duxbury, Contract Law, p.146.

ของสัญญาที่แจ้งไว้ในใบส่งของอันเป็นการสร้างภาระหนักเป็นอย่างยิ่งแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากไม่มีการดำเนินการแจ้งให้ทราบอย่างเพียงพอและสมควรแก่ภาระที่มากเช่นนี้ ข้อสัญญาอันเป็นภาระหนักย่อมไม่ผูกพันฝ่ายผู้รับสัญญานั้น ซึ่งข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ทำธุรกิจห้องสมุดรูปภาพ (Picture Library) ส่วนจำเลยเป็นบริษัทโฆษณา (Advertising Agency) จำเลยทำสัญญาเช่ารูปภาพของโจทก์ โดยมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่เคยทำสัญญากับโจทก์มา ก่อนแต่อย่างใด โจทก์ส่งรูปภาพให้แก่จำเลย 47 ภาพ โดยในใบส่งของ (delivery note) ที่จำเลยได้รับพร้อมกับรูปภาพนั้นมีข้อความตอนหนึ่งว่า “หากส่งรูปภาพที่ได้รับนี้คืนโจทก์ภายหลังจาก 14 วันนับจากได้รับแล้ว จะต้องเสียค่าธรรมเนียมที่ถือครองรูปภาพไว้ในอัตรา 5 ปอนด์ ต่อรูป ต่อวัน” จำเลยซึ่งไม่ได้อ่านเงื่อนไขในใบส่งของดังกล่าว และส่งคืนรูปภาพหลังจากนั้นอีก 4 สัปดาห์ ต่อมาจำเลยได้รับใบแจ้งหนี้จากโจทก์ให้ชำระเงินค่าธรรมเนียมรวมแล้ว 3,783.50 ปอนด์ ซึ่งโจทก์ได้มาฟ้องบังคับให้จำเลยต้องชำระหนี้ดังกล่าว เนื่องจากเป็นเงื่อนไขในสัญญา จำเลยไม่ยอมจ่าย โจทก์จึงมาฟ้องร้องบังคับต่อจำเลย

คดีนี้ศาลตัดสินให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้กำหนดข้อสัญญานั้นเป็นฝ่ายแพ้คดี เพราะข้อความที่โจทก์ระบุไว้ในใบส่งของนั้นเป็นภาระอันหนักอย่างยิ่งแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะการเรียกค่าธรรมเนียมจำนวน 5 ปอนด์ต่อรูปต่อวันนั้น เป็นค่าธรรมเนียมที่ถือว่าสูงมาก อีกทั้งตามรูปคดีนี้แม้ว่าเงื่อนไขที่พิมพ์ไว้ในใบส่งของนั้นจะไม่ได้พิมพ์ด้วยข้อความที่ซ่อนไว้แต่อย่างใดก็ตาม แต่ก็ถูกพิมพ์ไว้ในลักษณะธรรมดาไม่ได้โดดเด่นใดๆ อันจะดึงดูดความสนใจของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลจึงตัดสินว่าข้อสัญญาอันเป็นเงื่อนไขนี้ไม่ถูกผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา จำเลยไม่ผูกพันด้วยในอันที่จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่โจทก์ ในเมื่อข้อสัญญานี้จะสร้างภาระให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นอย่างยิ่งเช่นนี้ควรจะต้องมีการดำเนินการแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับข้อสัญญานั้นอย่างชัดเจนและพอสมควรกับภาระหนักอันเกิดแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย แต่ในคดีนี้โจทก์หาได้ดำเนินการแจ้งตามสมควรไม่

3. การผนวกข้อสัญญาไว้โดยถือเอาตามสัญญาที่เคยปฏิบัติต่อกันมานมนาน (Incorporation by previous course of dealings)

ในบางกรณีที่คู่สัญญาเคยมีแนวทางปฏิบัติต่อกันในทางสัญญากันมาอย่างต่อเนื่อง (consistent) เป็นเวลาที่ยาวนานพอสมควร ในการติดต่อกันในครั้งหลังๆ จึงอาจไม่ได้ดำเนินการแจ้งถึงเงื่อนไขข้อสัญญาอย่างเคร่งครัดเหมือนแรกเริ่มที่เคยปฏิบัติกันมา[115] เช่น ไม่ได้จัดแจงให้คู่สัญญาลงลายมือชื่อรับรู้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด หรือไม่ได้แจ้งข้อยกเว้นความรับผิดให้ทราบก่อนการทำสัญญาเหมือนทุกๆ ครั้ง หากเกิดความเสียหายจากการสัญญาครั้งหลังสุดนี้ อาจถือได้ว่าข้อสัญญายกเว้นความรับผิดที่เคยตกลงกันมาก่อนหน้านี้ถูกผนวกเข้ามาเป็นข้อสัญญาในครั้งหลังสุดนี้ด้วย ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของการแจ้งให้ทราบถึงความมีอยู่ของข้อยกเว้นความรับผิด (existence of exclusion clause) ที่จะต้องดำเนินการแจ้งให้ทราบก่อนทำสัญญาและต้องมีความโดดเด่นดึงดูดความสนใจคู่กรณีฝ่ายหนึ่งอย่างเพียงพอ แต่อย่างไรก็ดี ศาลอังกฤษก็มีข้อพิจารณาการผนวกรวมข้อยกเว้นความรับผิดจากสัญญาที่เคยปฏิบัติต่อกันมาอย่างยาวนาน (Incorporation by previous course of dealings) ไว้ค่อนข้างเคร่งครัดโดยมักจะเรียกดูธุรกรรมที่เคยทำกันมาก่อนๆ จำนวน

[115] Robert Duxbury, Contract Law, p.147.

มาก[116] โดยเฉพาะหากเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ[117] เพื่อพิสูจน์ว่ามีการติดต่อกันมายาวนานและต่อเนื่องเพียงพอหรือไม่ ดังตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คดี Hollier v Rambler Motors (AMC) Ltd[118]

โจทก์นำรถยนต์ไปซ่อมในอู่ของจำเลย โดยในระยะเวลา 5 ปีที่ผ่านมาโจทก์ใช้บริการอู่ของจำเลย 3-4 ครั้ง ในครั้งก่อนๆ โจทก์จะลงลายมือชื่อในใบแจ้งค่าซ่อม (invoice) ซึ่งในใบแจ้งดังกล่าวนั้นจะมีข้อความยกเว้นความรับผิดว่า “บริษัทจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายเพราะเหตุเพลิงไหม้ตัวรถยนต์ในอู่ซ่อมรถ” แต่ในการซ่อมรถครั้งหลังสุดโจทก์ไม่ได้ลงลายมือชื่อในใบแจ้งค่าซ่อม และด้วยความประมาทเลินเล่อของฝ่ายจำเลยทำให้รถยนต์ของโจทก์ถูกเพลิงไหม้ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องร้องต่อจำเลย ส่วนทางด้านจำเลยอ้างข้อยกเว้นความรับผิดในใบแจ้งค่าซ่อมนี้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดนี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่โจทก์และจำเลยเคยถือปฏิบัติต่อกันมาก่อนหน้านี้ ซึ่งคดีนี้ศาลตัดสินว่า กรณีที่มีการติดต่อกัน 3-4 ครั้งภายใน 5 ปีถือว่าเป็นธุรกรรมที่ไม่ต่อเนื่องมาโดยตลอด ยังไม่อาจถือได้ว่าข้อสัญญานี้ถูกผนวกไว้ในสัญญาอันจะถือว่าลูกค้าได้ทราบถึงข้อยกเว้นความรับผิดในใบแจ้งราคานี้แล้ว โจทก์จึงไม่ผูกพันด้วยกับข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าว

คดีนี้ศาลอาจมองว่าเป็นเรื่องการแจ้งข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันจึงค่อนข้างตีความอย่างเคร่งครัดว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นยังไม่ถือว่าผนวกไว้กับสัญญา[119] ซึ่งกรณีจะแตกต่างจากคดี **Henry Kendell & Sons v. William Lillico & Sons** ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่แม้ว่าคู่กรณีจะติดต่อค้าขายกันมาเพียง 3 ปี แต่ทว่ามีการทำสัญญาระหว่างกันนับร้อยสัญญาอีกทั้งยังเป็นการติดต่อกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกัน กรณีเช่นนี้ศาลจึงจะถือว่าเป็นแนวทางที่คู่สัญญาถือปฏิบัติต่อกันซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งย่อมต้องทราบถึงข้อสัญญาระหว่างกันแล้ว

กล่าวสรุปได้ว่า การที่จะร่างหรือผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าในสัญญาได้นั้นสามารถทำได้เพียงสามวิธี คือ 1.) การลงนามในเอกสารที่แสดงถึงการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิด หรือ 2.) การแจ้งอย่างเพียงพอเพื่อให้คู่สัญญาทราบถึงการยกเว้นความรับผิดแล้ว หรือ 3.) มีการยกเว้นความรับผิดไว้ในสัญญาที่เคยปฏิบัติกันมาแล้ว ซึ่งทั้งสามวิธีนี้อาจถือการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดได้ว่าถูกผนวกเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว แต่จะมีผลตามที่แสดงเจตนานั้นหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับความเป็นธรรมของข้อสัญญาข้อนั้นๆ จากที่ได้ศึกษาหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ รวมทั้งคดีตัวอย่างบางส่วนข้างต้นที่เกี่ยวกับการพิจารณาว่าข้อความ เงื่อนไข หรือข้อกำหนดที่กำหนดขึ้นมาฝ่ายเดียวนั้นถูกผนวกไว้กับสัญญาหรือไม่ อันจะกลายเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งที่มีผลใช้บังคับกับคู่กรณีต่อไปนั้น เป็นหลักการที่เป็นเอกลักษณ์ของกฎหมายของประเทศอังกฤษ ที่ได้รับการพัฒนามาอย่างต่อเนื่องนับร้อยปี อันเป็นปราการด่านแรกของการตรวจสอบการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในกฎหมายของประเทศอังกฤษ

---

[116] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.94.

[117] Robert Duxbury, Contract Law, p.148

[118] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, pp.127-128.

[119] Robert Duxbury, Contract Law, pp.148-149.

2.3.2.2 ผ่านการทดสอบการตีความสัญญา (The clause must pass the test of "construction")

ขั้นตอนต่อไปในการทดสอบการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในกฎหมายของประเทศอังกฤษ หลังจากที่ได้พิจารณาแล้วว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นถือได้ว่ามีการผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว ก็จะต้องพิจารณาในเนื้อหาของข้อยกเว้นความรับผิดนั้นว่า การยกเว้นความรับผิดนั้นครอบคลุมกรณีความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในคดีหรือไม่[120] ซึ่งมีหลักในการพิจารณาง่ายๆ ว่าความเสียหายหรือความผิดที่เกิดขึ้นจริงในคดีอยู่นอกเหนือไปจากกรณีที่กำหนดไว้ในข้อยกเว้นความรับผิดที่แม้จะถือว่าผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาก็ตาม กรณีถือได้ว่าเสมือนไม่มีข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับความเสียหายและความผิดที่เกิดขึ้นนั้นเลย ไม่มีฝ่ายใดที่จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดนั้นได้แต่ประการใด แต่ถ้าหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าข้อยกเว้นความรับผิดในข้อสัญญานั้นครอบคลุมกรณีความเสียหายและความผิดแล้ว ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นก็จะยังไม่ตกไป แต่จะต้องนำไปพิจารณากับการตรวจสอบขั้นอื่นๆ ซึ่งเนื้อหาของข้อสัญญานั้นต้องสมเหตุสมผลและผ่านการทดสอบการตีความข้อสัญญาอีกจึงจะมีผลใช้บังคับกับคู่กรณีได้ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษมีหลักในการตีความข้อสัญญาดังนี้

1. หลักการตีความในทางให้ประโยชน์แก่ฝ่ายที่มิได้เป็นผู้กำหนดข้อสัญญา (The contra proferentem rule)

หลัก contra proferentem rule นี้เป็นหลักการสำคัญที่ศาลจะใช้ในการตีความหรือแปลความข้อยกเว้นความรับผิดที่ใช้ข้อความที่ไม่ชัดเจนหรือเป็นที่น่าสงสัย โดยศาลจะพยายามตีความไปในทางให้ประโยชน์น้อยที่สุดแก่คู่กรณีที่ต้องการอ้างอิงอาศัยข้อยกเว้นความรับผิดนี้ในการปฏิเสธความรับผิดชอบต่ออีกฝ่ายหนึ่ง[121] ทั้งนี้เนื่องมาจากฝ่ายที่พยายามอ้างอิงข้อยกเว้นความรับผิดซึ่งเป็นฝ่ายที่กำหนดข้อสัญญาข้อนี้ขึ้นมาเองโดยส่วนมากมักจะใช้ถ้อยคำภาษาที่คลุมเคลือไม่ชัดเจนเพื่อเปิดช่องให้ตัวเองหลุดพ้นความรับผิดให้ได้มากที่สุด[122] โดยมีคดีตัวอย่างที่โด่งดังในเรื่องการตีความตามหลัก contra proferentem rule ได้แก่คดี Houghton v Trafalgar Insurance Co Ltd

คดี Houghton v Trafalgar Insurance Co Ltd[123]

คดีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาประกันภัยที่โจทก์ทำไว้กับจำเลย โดยในสัญญานั้นมีข้อหนึ่งที่เขียนว่ากรมธรรม์นี้จะไม่คุ้มครองหากรถยนต์นี้บรรทุกเกิน (the vehicle was carrying an "excessive load") ข้อเท็จจริงรถยนต์ของโจทก์เป็นรถยนต์ 5 ที่นั่ง แต่ในขณะเกิดเหตุโจทก์บรรทุกคนมาในรถ 6 คน จำเลยจึงอ้างข้อความในกรมธรรม์ปฏิเสธโจทก์เนื่องจากโจทก์บรรทุกเกิน ศาลตัดสินโดยใช้หลัก contra proferentem ตีความว่า คำว่า "บรรทุกเกิน (excessive load)" มิได้

---

[120] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.89.

[121] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.108.

[122] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, p.111.

[123] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.95.

หมายความถึงจำนวนที่เกินมาของคนที่โดยสารมาในรถ (passengers)[124] แต่มีความหมายเพียงสินค้าหรือสิ่งของที่บรรทุกแล้วมีน้ำหนักเกินเท่านั้น[125]

นอกจากนี้ในคดี Hollier v Rambler Motors (AMC) Ltd ที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 1.3 การผนวกข้อสัญญาไว้โดยถือเอาตามสัญญาที่เคยปฏิบัติต่อกันมานมนาน (Incorporation by previous course of dealings) นั้น ศาลได้แนะนำไว้ด้วยว่าข้อยกเว้นความรับผิดที่อู่จำเลยอ้างนั้นเป็นข้อความทั่วๆ ไปไม่ได้ชี้เฉพาะเจาะจงว่ายกเว้นความรับผิดหากเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลย ข้อยกเว้นความรับผิดที่เขียนว่า “บริษัทจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายเพราะเหตุเพลิงไหม้ตัวรถยนต์ในอู่ซ่อมรถ” ไม่คุ้มครองจำเลยให้หลุดพ้นความรับผิดไปได้ ซึ่งหากอู่จำเลยประสงค์จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดจะต้องใช้ข้อความให้ชัดเจนไม่คลุมเครือว่าจะยกเว้นความรับผิดแม้จะเกิดจากความประมาทเลินเล่อของอู่จำเลยเอง มิเช่นนั้นแล้ว ลูกค้าก็จะเข้าใจไปได้ว่าอู่ไม่ได้ยกเว้นความรับผิดไว้ในกรณีความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยแต่อย่างใด ซึ่งนี่เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการตีความตามหลัก contra proferentem ที่ตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้อ้างสัญญาน้อยที่สุด โดยศาลสรุปว่าอู่จำเลยต้องรับผิดต่ออัคคีภัยที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยเอง อีกทั้งอาจเป็นไปได้ว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวเป็นเพียงคำเตือนให้ทราบว่าจำเลยจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากอัคคีภัยที่ไม่ใช่เนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยเอง

อย่างไรก็ดี หลัก contra proferentem rule นี้อาจพิจารณาพิเคราะห์ได้ในสองด้าน กล่าวคือ[126]

ก. หลักการตีความในทางให้ประโยชน์น้อยที่สุดแก่ฝ่ายที่อ้างข้อยกเว้นความประมาทเลินเล่อ (the contra proferentem rule and negligence) และ

ข. ข้อพิจารณาการทำผิดต่อสาระสำคัญของสัญญา (the doctrine of fundamental breach)

อธิบายขยายความดังนี้

ก. หลักการตีความในทางให้ประโยชน์น้อยที่สุดแก่ฝ่ายที่อ้างข้อยกเว้นความประมาทเลินเล่อ (the contra proferentem rule and negligence)

ในหลายกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาศัยประโยชน์แห่งข้อสัญญาโดยพยายามที่จะจัดให้มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของฝ่ายตนเอง ซึ่งเรื่องนี้เป็นประเด็นที่สำคัญและเห็นได้มากในชีวิตประจำวันโดยทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการยกเว้นความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามสัญญาและหรือยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อในทางละเมิดก็ตาม ซึ่งศาลคอมมอนลอว์มักจะใช้หลักการตีความนี้เพื่อคุ้มครองอีกฝ่ายที่มิได้เป็นฝ่ายกำหนดข้อยกเว้นความรับผิด

---

[124] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.108.

[125] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.95.

[126] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.108.

(1) แนวปฏิบัติของศาลอังกฤษในการพิจารณาข้อยกเว้นความรับผิดกับความประมาทเลินเล่อ (exclusion clause and negligence)

ศาลมักจะใช้วิธีการที่เคร่งครัดในการยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของคู่สัญญาให้มีผลใช้บังคับได้ ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลที่ว่าโดยปกติแล้วคงจะไม่มีคู่สัญญาคนใดที่ยินดีที่จะยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นแน่[127] แต่ก็อาจมีได้ในบางกรณีที่คู่สัญญามีความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองและฐานะทางเศรษฐกิจ ซึ่งอาจจำต้องยอมรับข้อสัญญาที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบไว้ด้วยความจำยอมก็ได้[128]

ในคดี Canada Steamship Lines Ltd v The King ท่านผู้พิพากษา Lord Morton ได้วางแนวทางในการวินิจฉัยตีความข้อยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อไว้ 3 ขั้นตอน กล่าวคือ[129]

1. หากข้อสัญญานั้นมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อไว้โดยใช้ภาษาและถ้อยความกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง ในความประมาทเลินเล่อของบุคคลนั้นหรือของลูกจ้างของเขา ข้อสัญญาเช่นนั้นย่อมมีผลใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ดี กรณีโดยทั่วไปแล้ว คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกันมักจะไม่มีการยกเว้นความรับผิดในกรณีประมาทเลินเล่อไว้ในสัญญา แต่หากเป็นสัญญาที่คู่สัญญามีฐานะกำลังการต่อรองที่เหลื่อมล้ำกัน ฝ่ายที่ด้อยกำลังกว่าก็จำต้องยอมรับข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่ออย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้[130]

2. หากถ้อยคำที่ใช้นั้น มีความหมายทั่วไปซึ่งไม่ได้ระบุชัดเจนว่าเป็นการยกเว้นความรับผิดความประมาทเลินเล่อ ต้องพิจารณาว่าด้วยถ้อยคำทั่วไปนั้น มีความหมายกว้างขวางเพียงพอ (the words wide enough) ที่จะครอบคลุมความรับผิดในความประมาทเลินเล่อด้วยหรือไม่ ซึ่งหากครอบคลุมแล้วต้องพิจารณาต่อไปในข้อ 3 ว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะมีผลใช้บังคับกับการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อด้วยหรือไม่ ดังจะกล่าวต่อไปด้านล่างนี้ แต่ถ้าหากกรณีเป็นที่สงสัยศาลจะตีความตามหลัก contra proferentem[131]

3. แม้ว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายกว้างพอที่จะครอบคลุมถึงความประมาทเลินเล่อ ต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายที่กำหนดข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนั้นสามารถที่จะอ้างอิงข้อยกเว้นความรับผิดอย่างอื่นนอกเหนือจากความประมาทเลินเล่อ ได้หรือไม่ ซึ่งความรับผิดอย่างอื่นนอกจากความประมาทเลินเล่อ (other ground) เช่น การผิดสัญญา อันมิได้เป็นเรื่องที่เกินเลยมากเกินไปหรือไม่เป็นเรื่องที่ห่างไกลกรณีที่คาดหมายได้ว่าผู้ที่อ้างข้อยกเว้นความรับผิดนั้นประสงค์จะคุ้มครองตัวเองต่อความเสียหายเช่นนั้นแล้ว ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นมีโอกาสแนวโน้มที่จะถูกอ้างอิงว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดที่ไม่ใช่ประมาทเลินเล่อเท่านั้น[132]

---

[127] Robert Duxbury, Contract Law, p.153.

[128] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.109

[129] Robert Duxbury, Contract Law, p.153., Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, pp.109-110.

[130] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.110.

[131] Robert Duxbury, Contract Law, p.153.

[132] Ibid.

สามารถสรุปแนวทางในการวินิจฉัยตีความข้อยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อให้เห็นภาพได้ชัดเจนขึ้นตามตารางที่ปรากฏด้านล่างนี้

ลำดับขั้นตอนพิจารณา	กรณีที่ใช่	กรณีที่ไม่ใช่
<u>ขั้นที่ 1</u> ข้อความนั้นบ่งชัดแจ้งถึงการยกเว้นความรับผิดในการประมาทเลินเล่อหรือไม่	ข้อความนั้นจะครอบคลุมถึงความประมาทเลินเล่อด้วย	ต้องพิจารณาต่อไปในขั้นที่ 2
<u>ขั้นที่ 2</u> ข้อความนั้นมีนัยยะกว้างเพียงพอที่จะขยายออกไปถึงความประมาทเลินเล่อได้หรือไม่	หากมีความหมายกว้างพอต้องพิจารณาต่อไปในขั้นที่ 3	หากถ้อยคำนั้นไม่ไปถึงเรื่องประมาทเลินเล่อ ข้อความนั้นจะ ไม่มีผลยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ
<u>ขั้นที่ 3</u> ในเหตุการณ์หรือสัญญานั้นๆ จะมีความรับผิดได้เพียงความประมาทเลินเล่อได้แต่เพียงอย่างเดียวหรือไม่	ถ้าในธุรกรรมหรือสัญญานั้นๆ อาจมีความรับผิดได้เพียงความประมาทเลินเล่อ ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะครอบคลุมถึงความประมาทเลินเล่อได้ด้วย	ถ้าในธุรกรรมหรือสัญญานั้นอาจมีความรับผิดอย่างอื่นได้นอกเหนือไปจากความประมาทเลินเล่อได้อีกด้วย เช่นความรับผิดตามสัญญามีโอกาสที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นข้อยกเว้นความรับผิดที่ไม่ใช่ความประมาทเลินเล่อเท่านั้น ดังนั้นไม่ครอบคลุมถึงความประมาทเลินเล่อด้วย

(2) ข้อพิจารณาปลีกย่อยเกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อและความรับผิดกรณีอื่นที่นอกเหนือจากความประมาทเลินเล่อ

(2.1) หากข้อยกเว้นความรับผิดนั้นมีข้อความอ้างถึงการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อไว้อย่างชัดแจ้ง ศาลจะพิจารณาว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นครอบคลุมถึงการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อด้วย แต่ทั้งนี้ต้องไม่ใช่กรณีที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน[133]

(2.2) หากมีข้อยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่ได้มีการอ้างอิงอย่างชัดเจนถึงความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ ศาลจะพิจารณาว่าข้อความหรือถ้อยคำนั้นกว้างเพียงพอที่จะครอบคลุมถึงความรับผิดในความประมาทเลินเล่อหรือไม่ (wide enough to extend to negligence) หากถ้อยคำนั้นไม่กว้างพอที่จะครอบคลุมความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นก็จะไม่มีผลในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อเลย แต่หากถ้อยคำนั้นศาลพิจารณาแล้วว่าครอบคลุมความประมาทเลินเล่อเพียงพอ เช่น

[133] Ryan Murray, <u>Contract Law : The Fundamentals</u>, p.110.

“ยกเว้นความรับผิดไม่ว่าจะเกิดขึ้นด้วยสาเหตุใดๆ (howsoever caused หรือ howsoever arising)”[134] ซึ่งครอบคลุมในการความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามสัญญาและความรับผิดในความประมาทเลินเล่อทั้งคู่ แม้ว่าจะครอบคลุมความรับผิดในความประมาทเลินเล่อด้วยก็ตาม แต่ศาลจะยังไม่ตัดสินไปเลยว่าข้อสัญญานั้นมีผลเป็นการยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ ศาลจะพิจารณาก่อนว่าข้อความนั้นเป็นการยกเว้นหรือเป็นการจำกัดความรับผิด เพราะศาลจะเข้มงวดในการตีความถ้อยคำให้ครอบคลุมความรับผิดในความประมาทเลินเล่อในการยกเว้นความรับผิด(exclude liability) มากยิ่งกว่าการจำกัดความรับผิด (limit liability) โดยผ่อนผันให้การจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อมีผลใช้บังคับได้หากถ้อยความนั้นกว้างขวางกินความรวมถึงประมาทเลินเล่อด้วย เช่นในคดี Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd (The Strathallan)[135]

คดี Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd (The Strathallan)[136]

คดีนี้จำเลยเป็นบริษัทรักษาความปลอดภัย ได้ทำสัญญาให้บริการรักษาความปลอดภัยแก่เรือที่จอดไว้ที่ท่าเรือ ในสัญญาให้บริการความปลอดภัยนี้มีข้อจำกัดความรับผิดของบริษัทจำเลย (limit the liability of the defendants) ไม่เกิน 1,000 ปอนด์ ด้วยความประมาทเลินเล่อของฝ่ายจำเลยทำให้เรือของโจทก์ล่มลงและเสียหายทั้งลำ โจทก์โต้แย้งว่าข้อจำกัดความรับผิดนี้ไม่มีผลใช้บังคับเพราะข้อความดังกล่าวครอบคลุมเพียงความรับผิดสำหรับการให้บริการเท่านั้น ไม่รวมถึงความล้มเหลวไม่ให้บริการทั้งหมด (a total failure to supply services)

ศาล House of Lords ตัดสินว่า คดีนี้เป็นการจำกัดความรับผิด ซึ่งไม่จำเป็นต้องตีความอย่างเคร่งครัดเหมือนการตีความการยกเว้นความรับผิด[137] โดยศาลเห็นว่าข้อจำกัดความรับผิดนี้มีแนวโน้มที่จะเกิดจากการแสดงออกซึ่งเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา[138]

คดี White v John Warrick & Co Ltd[139]

โจทก์ได้รับบาดเจ็บเนื่องจากจักรยานที่เช่ามาจากจำเลยชำรุดบกพร่อง โดยที่นั่งของจักรยานหรืออาน เลื่อนไถลไปข้างหน้าทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิด ส่วนจำเลยอ้างข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญาเช่าที่ระบุว่า “ไม่ว่าด้วยเหตุประการใดๆ ในสัญญาเช่านี้ เจ้าของจักรยานผู้ให้เช่า จะไม่รับผิดชอบในความบาดเจ็บของผู้เช่าใดๆ ทั้งสิ้น”

ในการจัดให้มีจักรยานเช่าที่มีความชำรุดบกพร่อง จำเลยควรมีความรับผิดสำหรับ

ก.) ความรับผิดในการผิดสัญญาอย่างเคร่งครัด ในการที่ต้องจัดให้มีจักรยานที่มีอุปกรณ์พร้อมสำหรับการใช้งานได้ตามวัตถุประสงค์

---

[134] Robert Duxbury, Contract Law, p.154.
[135] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.110.
[136] Ibid.
[137] Ibid.
[138] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, p.111.
[139] Robert Duxbury, Contract Law, p.154.

ข.) ความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ เนื่องด้วยความผิดพลาดบกพร่องในการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) ในการตรวจสอบให้มั่นใจว่าจักรยานนั้นอยู่ในสภาพที่ปลอดภัยต่อการใช้งาน

คดีนี้ศาลตัดสินว่า ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนั้นมีความคลุมเครือ ไม่ชัดเจน จึงมีผลใช้บังคับได้เฉพาะการยกเว้นความรับผิดเด็ดขาดของจำเลยตามสัญญาเท่านั้น (effective to exclude only the contractual strict liability) แต่จำเลยไม่อาจอ้างข้อสัญญานั้นยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ (negligence) เพราะข้อยกเว้นความรับผิดที่กำกวม คลุมเครือเช่นนี้ไม่ได้ปกป้องจำเลยจากการกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรได้ (duty of care)[140] ดังนั้นในโจทก์จึงชนะคดีในส่วนของการฟ้องให้รับผิดในความประมาทเลินเล่อ[141]

เปรียบเทียบกับ **คดี Alderslade v Hendon Loundry**[142]

จำเลยประกอบกิจการซักรีด จำเลยทำผ้าเช็ดหน้าลินินของโจทก์ที่นำมาซักสูญหายไป จำเลยอ้างข้อจำกัดความรับผิดในสัญญาว่า “ในกรณีที่สิ่งของที่นำมาซักสูญหาย จะรับผิดชอบไม่เกิน 20 เท่าของค่าจ้างซักรีด” ซึ่งข้อสัญญานี้ไม่ได้กล่าวถึงการประมาทเลินเล่ออย่างชัดแจ้ง กรณีจึงต้องพิจารณาตามขั้นตอนที่ 2 และที่ 3 ของหลักในคดี Canada Steamship Lines Ltd ข้างต้น

คดีนี้ศาลตัดสินว่า ข้อจำกัดความรับผิดของจำเลยนั้นมีผลใช้บังคับ อันเป็นการจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของจำเลย เพราะในกรณีนี้จำเลยต้องรับผิดชอบเฉพาะผลแห่งความประมาทเลินเล่อเท่านั้น โดยในคดีนี้จำเลยมีความรับผิดบนฐานของการบกพร่องต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการรักษาผ้าเช็ดหน้าอันเป็นทรัพย์สินของโจทก์ ซึ่งหากผ้าเช็ดหน้าได้สูญหายไปเพราะอุบัติเหตุหรือเหตุสุดวิสัยจำเลยก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากมีเพียงความรับผิดในความประมาทเลินเล่อเท่านั้น ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดเช่นนี้จึงตีความได้ว่าเป็นข้อจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อได้ แม้ว่าจะไม่มีข้อความอ้างถึงความประมาทเลินเล่ออย่างชัดแจ้งในข้อสัญญานั้นก็ตาม[143]

ผู้เขียนขอสรุปหลักในการพิจารณาการครอบคลุมของข้อความในการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อว่า ถ้าข้อความอันเป็นการยกเว้นความรับผิดนั้น ไม่ได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นการยกเว้นความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อในเมื่ออาจมีความรับผิดตามสัญญาด้วยก็ตาม ศาลจะไม่บังคับให้ครอบคลุมถึงการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อแม้ว่าจะมีข้อความครอบคลุมเพียงพอก็ตาม แต่ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีการจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่ไม่ได้บอกไว้อย่างชัดแจ้งว่าจำกัดความรับผิดอันเกิดจากประมาทเลินเล่อ แต่ถ้าข้อความนั้นสามารถตีความให้ครอบคลุมไปถึงความประมาทเลินเล่อได้ ศาลก็มักจะตีความว่าการจำกัดความรับผิดนั้นรวมถึงเรื่องประมาทเลินเล่อได้ แต่ถ้าหากเป็นข้อยกเว้นความรับผิดที่เขียนไว้อย่างกว้างๆ ไม่ได้บอกไว้อย่างชัดแจ้งว่าจำกัดความรับผิดอันเกิดจากประมาทเลินเล่อทั้งยังเป็นกรณีที่

---

[140] David Yates, Exclusion Clauses in Contracts,2nd ed.(London: Sweet & Maxwell, 1982), p.144.

[141] Robert Duxbury, Contract Law, p.154.

[142] Ibid.

[143] Ibid., Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, pp.110-111.

ไม่อาจมีความรับผิดอย่างอื่นได้นอกเสียจากความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ ข้อความยกเว้นความรับผิดนั้นอาจมีผลเป็นการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อได้ เพราะคู่กรณีอาจเข้าใจได้ว่าข้อที่บอกว่ายกเว้นความรับผิดกว้างๆ นั้น ย่อมหมายถึงความรับผิดในความประมาทเลินเล่อเนื่องจากกรณีจะมีความรับผิดชนิดนี้เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ตามการพิจารณาในขั้นตอนที่ 3 ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนยังแคลงใจว่าจะมีกรณีใดบ้างที่เป็นการตกลงยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาที่จะไม่มีกรณีความรับผิดอย่างอื่นนอกเสียจากความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ เพราะหากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้ว กว่าที่จะพิจารณา ความมีผลของข้อความแสดงเจตนายกเว้นความรับผิด (exclusion clause) ตามหลักคอมมอนลอว์ที่กล่าวมาทั้งหมดจนถึงขั้นการตีความข้อสัญญานี้ จะต้องผ่านด่านปราการตรวจสอบว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นถูกผนวกไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ (incorporation) นั่นหมายความว่าจะต้องมีสัญญากันมาก่อนหรือขณะที่มีข้อยกเว้นความรับผิดนั้น ด้วยเหตุนี้เอง ทุกๆ ข้อยกเว้นความรับผิดตามปัญหาที่เป็นการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ (exclusion of negligence) ในชั้นนี้คู่กรณีจะต้องมีสัญญากันและต้องเป็นการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อตามสัญญา กรณีจึงต้องมีความรับผิดในหน้าที่ตามสัญญาควบคู่ไปกับความรับผิดในหน้าที่ในการระมัดระวังไม่กระทำการด้วยความประมาทเลินเล่อด้วย จึงย้อนกลับมาประเด็นที่ผู้เขียนแคลงใจว่า ในความเป็นจริงจะมีธุรกรรมใดบ้างที่มีเพียงความรับผิดในความประมาทเลินเล่อโดยที่ไม่มีอาจมีความรับผิดตามสัญญาคู่กันไปด้วย

ข. ข้อพิจารณาการทำผิดต่อสาระสำคัญของสัญญา (the doctrine of fundamental breach)

ในสัญญาแต่ละสัญญานั้นต่างมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญของสัญญาแต่ละเรื่องที่แตกต่างกันไป เช่น สัญญาซื้อขายมีเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์และการชำระราคาเป็นสาระสำคัญของสัญญา หรือในสัญญารับขนของทางทะเล ถือว่าเส้นทางการเดินเรือเป็นหัวใจหรือสาระสำคัญของสัญญา[144] หรือในบางกรณีที่คู่สัญญาล่วงรู้ถึงความประสงค์หรือมูลเหตุจูงใจของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มูลเหตุจูงใจนั้นก็จะกลายเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาอันเป็นสาระสำคัญเช่นกัน เช่น ก. ตกลงซื้อรถยนต์มือหนึ่งของ ข. แต่ ข. กลับส่งมอบรถยนต์มือสองให้แก่ ก. จึงเป็นกรณีที่ ข. กระทำผิดสัญญาในสาระสำคัญอันเป็นรากฐานหรือหัวใจของสัญญา

แต่เดิมนั้น ศาลอังกฤษถือหลักว่าคู่สัญญาไม่อาจแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในหน้าที่ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาได้ เพราะเป็นหลักของกฎหมาย (rule of law) โดยท่าน Lord Denning L.J กล่าวไว้ในคดี Karsales (Harrow) v Wallis[145] ว่า “คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นรากฐานแห่งสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่อาจอ้างอิงข้อยกเว้นความรับผิดใดๆ เพื่อหลุดพ้นความความรับผิดในการผิดสัญญาในสาระสำคัญนั้นได้”[146]

---

[144] ศริญญา โสภณโชติสมบูรณ์, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด,”, หน้า 58,

[145] Robert Duxbury, Contract Law, pp.156-157.

[146] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.112.

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนี้ศาลอังกฤษกลับปฏิเสธที่จะถือตามความคิดของท่าน Lord Denning ข้างต้นที่ว่า หากเป็นการยกเว้นความรับผิดในสาระสำคัญของสัญญา คู่กรณีไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นนั้นได้เลยนั้น ศาลอังกฤษได้เปลี่ยนแนวการวินิจฉัยเป็นว่า ข้อยกเว้นความรับผิดในกรณีที่มีการผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระหรือรากฐานของสัญญา ขึ้นอยู่กับการตีความของศาลว่าข้อยกเว้นความรับผิดเช่นนั้นมีความสมเหตุสมผลกับสถานการณ์หรือไม่ ข้อยกเว้นนั้นครอบคลุมกรณีความรับผิดที่เกิดขึ้นในกรณีประมาทเลินเล่อหรือไม่ และควรจะให้มีผลบังคับได้หรือไม่ การเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวมานี้เริ่มตั้งแต่คดี Suisse Atlantique Societe d'Armament SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale ในปีค.ศ. 1967 และคดี Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd ในปี 1980 ซึ่งทั้งสองคดีนี้เป็นที่ย้ำชัดว่าหลักเรื่องการยกเว้นความรับผิดในสาระสำคัญ (the doctrine of fundamental breach) ในปัจจุบันนี้เป็นเพียงหลักในการตีความข้อยกเว้นความรับผิดหลักหนึ่งเท่านั้น[147]

คดี Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd[148]

จำเลยประกอบกิจการเป็นบริษัทรักษาความปลอดภัย โจทก์ทำสัญญาจ้างจำเลยให้รักษาความปลอดภัยแก่โรงงานของโจทก์ สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยมีข้อความมาตรฐานข้อหนึ่งที่ระบุว่า “บริษัทจำเลยจะไม่รับผิดชอบใดๆ ทั้งสิ้นในการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือการผิดสัญญาของลูกจ้างของบริษัทจำเลย เว้นแต่เป็นการกระทำที่บริษัทจำเลยคาดเห็นและหลีกเลี่ยงได้โดยความระมัดระวังของบริษัทต่อลูกจ้าง” ต่อมา พนักงานรักษาความปลอดภัยของจำเลยได้จุดไฟภายในโรงงานของโจทก์ ทำให้ไฟลุกลามจนไม่อาจควบคุมได้ทำให้โรงงานโจทก์เสียหายทั้งหลัง

ศาล House of Lords ตัดสินว่า แม้ว่าจำเลยจะเป็นฝ่ายผิดก็ตาม แต่จำเลยสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดตามสัญญาได้ เพราะถ้อยคำในสัญญานั้นชัดแจ้งไม่คลุมเครือและครอบคลุมถึงความผิดสัญญาที่เกิดขึ้นด้วย จำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในฐานะที่เป็นนายจ้างและไม่มีพยานหลักฐานยืนยันว่าจำเลยบกพร่องในการระมัดระวังในการจะคาดเห็นในความเสียหายนี้ได้ ศาลจึงตัดสินโดยตีความข้อยกเว้นความรับผิดนี้ให้มีผลผูกพัน จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ[149]

ในคดีนี้ศาลได้พิจารณาหลายปัจจัยในการสนับสนุนคำตัดสินนี้ อาทิเรื่อง อำนาจต่อรองของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายล้วนเป็นผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน อีกทั้งยังนำเอาปัจจัยในเรื่องราคาค่าจ้างในสัญญามาพิจารณาด้วย เพราะในคดีนี้ ค่าจ้างในการจ้างจำเลยให้จัดหาพนักงานรักษาความปลอดภัยนี้มีราคาถูกมาก คดีนี้จึงเป็นคดีที่ย้ำชัดเจนว่า หลัก fundamental breach นี้เป็นเพียงหลักที่ช่วยในการตีความข้อสัญญาว่าจะให้มีผลหรือไม่ให้มีผลใช้บังคับระหว่างคู่ความเท่านั้น มิใช่หลักแห่งกฎหมายในการขัดขวางกีดกันไม่ให้คู่สัญญายกเว้นความรับผิดที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาได้เหมือนแต่ก่อนอีกต่อไป[150]

---

[147] Roger Halson, Contract Law, p.307.

[148] Robert Duxbury, Contract Law, pp.155-156.

[149] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, pp.96-97.

[150] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.112.

กล่าวโดยสรุป กฎหมายของประเทศอังกฤษโดยแนวคำวินิจฉัยของศาลในการควบคุมข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่กล่าวมาทั้งสิ้นนั้น มีผู้กล่าวว่า แนวคิดทัศนคติในกฎหมายของประเทศอังกฤษในเรื่องนี้มีความแตกต่างผสมผสานกันอยู่ กล่าวคือ โดยหลักกฎหมายของคอมมอนลอว์ (principle of the common law) ยอมรับหลักการเรื่องเสรีภาพในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมากกว่าในระบบการพิจารณาในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแล้ว ผู้พิพากษาอังกฤษโดยมากแล้วจะมีแนวโน้มที่จะยอมรับข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดน้อยมาก ทั้งจะยอมให้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลได้อย่างแคบมากที่สุด[151] ซึ่งแม้จะช่วยกลั่นกรองการยกเว้นความรับผิดไปได้มากก็ตาม ไม่ว่าด้วยวิธีการพิจารณาหลักการผนวกข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญาหรือไม่ หรือหลักการตีความสัญญา (construction) ต่างๆ ที่กล่าวมาทั้งหมดนั้น ก็ยังคงมีช่องว่างในการปรับใช้ให้คุ้มครองความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้อย่างเต็มที่ เพราะผู้ร่างข้อสัญญาที่มีความชำนาญในการทำสัญญาก็ได้พัฒนาและหลบหลีกหลบเลี่ยงไม่ให้ศาลมีโอกาสเข้ามาตีความในเนื้อหาข้อยกเว้นความรับผิดนั้นๆ ได้โดยง่าย ด้วยเหตุนี้หลักต่างๆ ที่ศาลอังกฤษได้พยายามพัฒนามานั้นก็ยังคงไม่อาจอำนวยความยุติธรรมในการปกป้องคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้อย่างเพียงพอ

2.3.3 หลักควบคุมยับยั้งข้อยกเว้นความรับผิดในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 (Unfair Contract Terms Act 1977)

2.3.3.1 ขอบเขตของ Unfair Contract Terms Act 1977

จากที่กล่าวมาแล้วในเรื่องข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษคือจะต้องพิจารณาว่าข้อความยกเว้นความรับผิด (exemption clause) นั้นๆ ผ่านด่านการทดสอบของศาลของประเทศอังกฤษหรือไม่ กล่าวคือ ข้อความนั้นถือว่าได้ถูกผนวกไว้ในสัญญาหรือไม่ และมีผลใช้บังคับครอบคลุมถึงความเสียหายและความผิดที่เกิดขึ้นจริงๆ หรือไม่ หากมีผลใช้บังคับได้แล้ว ลำดับต่อไปจึงมาพิจารณาว่าข้อความ (clause) นั้นจะมีผลใช้บังคับหรือถูกควบคุมจำกัดตามกฎหมายเฉพาะอื่นๆ หรือไม่ เพียงใด โดยกฎหมายเฉพาะที่มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองคู่สัญญาหรือผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977[152]

แม้ว่าชื่อ (title) ของพระราชบัญญัตินี้จะใช้คำว่า “ข้อสัญญา” (contract terms) ซึ่งอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่ากฎหมายนี้มีขอบเขตเฉพาะเรื่องสัญญาเท่านั้นและอาจทำให้เข้าใจว่ากฎหมายนี้จะเข้ามาควบคุมในการตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในทุกเรื่องของสัญญาให้มีความสมเหตุสมผลหรือมีความเป็นธรรม แต่ในความเป็นจริงแล้ว กฎหมายนี้มุ่งปรับใช้เพียงในเรื่องข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทั้งในกรณีที่มีสัญญาอย่างชัดแจ้งและในกรณีที่มีการประกาศยกเว้นความรับผิดในกฎหมายละเมิด(Liability in tort) กรณีที่ไม่มีสัญญากันอีกด้วย (non-contractual notices)[153] เช่น โจทก์นำรถไปจอดในลานจอดรถของจำเลยที่ให้บริการจอดรถฟรีแต่มีข้อยกเว้นหรือ

---

[151] B. Coote, Exemption Clause,(London : Sweet & Maxwell, 1964), p.137.

[152] J. Beatson, Anson’s Law of Contract, 28th ed. (New York : Oxford University Press, 2002), p.185.

[153] Ibid.

จำกัดความรับผิดที่แสดงไว้ในลานจอดรถนั้นเป็นต้น[154] กฎหมาย Unfair Contract Terms Act จะไม่ใช้บังคับกับสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาประกันภัย สัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน สัญญาเกี่ยวกับบริษัทและห้างหุ้นส่วน และไม่ใช้บังคับกับสัญญาเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย เป็นต้น[155]

2.3.3.2 ประเภทของความรับผิดที่จะถูกตรวจสอบโดย Unfair Contract Terms Act 1977 หากมีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

1. ความรับผิดในการประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability)

ในมาตรา 1(1)[156] แห่ง Unfair Contract Terms Act กำหนดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อไว้อย่างกว้างๆ เพื่อให้ครอบคลุมกรณีการประมาทเลินเล่อในสถานการณ์ที่ทั้งมีสัญญาและกรณีที่ไม่มีสัญญากันมาก่อนแล้วมีการกระทำละเมิดโดยความประมาทเลินเล่อกันขึ้นมาเลย กล่าวคือ ในมาตรา 1 (1) “ความประมาทเลินเล่อจะรวมถึงกรณีต่อไปนี้ด้วยคือ A.) การฝ่าฝืนละเลยต่อหน้าที่ตามสัญญาที่ต้องใช้ความระมัดระวังหรือความเชี่ยวชาญตามสมควรในการปฏิบัติตามสัญญา B.) การฝ่าฝืนละเลยต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในความรับผิดเพื่อละเมิด และ C.) การฝ่าฝืนละเลยต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังทั่วไปตามกฎหมายความรับผิดของผู้ครอบครองอาคาร (Occupiers’ Liability Act 1957)”

จะเห็นได้ว่า “ความประมาทเลินเล่อ” ตามมาตรา 1 นี้จะไม่คำนึงว่ามีความสัมพันธ์กันในทางสัญญาหรือไม่ ความประมาทเลินเล่อประเภทนี้มีความสำคัญมากที่สุด เพราะเป็นการรวบรวมเอาการละเมิดเนื่องจากความประมาทเลินเล่อเข้าไว้อย่างพร้อมมูล ทั้งในเรื่องของการละเลยจากการปฏิบัติตามสัญญา การละเลยละเมิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อที่ไม่เกี่ยวข้องกับสัญญา อีกทั้งหน้าที่ระมัดระวังตามสมควรตามกฎหมายของผู้ครองครองทรัพย์ ซึ่งได้แก่หน้าที่ของผู้อยู่อาศัยต่อแขกที่เข้ามาในโรงเรือนของตน เป็นต้น

2. ความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามสัญญา (Contractual Strict Liabililty)

กรณีนี้เป็นที่แน่ชัดอยู่แล้วว่าในระหว่างคู่กรณีที่จะมีการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้มีสัญญาผูกพันกันแน่นอน ซึ่งในบางครั้งคู่สัญญาอาจหาช่องทางในการปฏิเสธความรับผิดอย่างเคร่งครัดในสัญญา โดยอาศัยการใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา

---

[154] Turner, Chris, Unlocking contract law,(London: Hodder & Stoughton, 2004), p.186.

[155] Stefan Fafinski and Emily Finch, Contract Law, p.97.

[156] **Section 1(1)**

1) For the purposes of this Part of this Act, “negligence” means the breach—

(a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;

(b) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);

(c) of the common duty of care imposed by the M1 Occupiers’ Liability Act 1957 or the M2 Occupiers’ Liability Act (Northern Ireland) 1957.

ตัวอย่างเช่น ในสัญญาซื้อขาย ผู้ขายมักจะมีข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับการผิดต่อข้อสัญญาที่เกิดขึ้นโดยปริยายภายใต้กฎหมายซื้อขาย (Sale of Goods Act 1979)[157] ซึ่งเมื่อมี UTCA ขึ้นมาแล้ว คู่สัญญาจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามสัญญานี้ได้หรือไม่ ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค หรือเป็นสัญญาทางธุรกิจที่มีการใช้สัญญามาตรฐาน (standard term of business) เพราะคู่สัญญาไม่อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญาได้ เว้นเสียแต่ว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลตาม Unfair Contract Terms Act เสียก่อน[158] ซึ่งการทดสอบความสมเหตุสมผล (reasonableness) นี้มีแนวทางการพิจารณาอย่างไรจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อๆ ไป

2.3.3.3 การตรวจสอบควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตาม Unfair Contract Terms Act 1977

ใน Unfair Contract Terms Act จะเน้นประเด็นไปที่การจำกัดสิทธิของคู่กรณีไม่ให้มีการอ้างข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดกันอย่างแพร่หลายอันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ โดยการควบคุมการจำกัดสิทธิในการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตาม Unfair Contract Terms Act มีอยู่ 2 ระดับคือ 1) กรณีที่กำหนดให้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่มีผลใช้บังคับโดยเด็ดขาด กับ 2.) กรณีที่กำหนดให้มีผลใช้บังคับได้หากข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นผ่านเงื่อนไขการทดสอบความสมเหตุสมผล โดยในที่นี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่มีพื้นฐานมาจากการประมาทเลินเล่อ ในมาตรา 2 ของ Unfair Contract Terms Act ที่กำหนดเรื่องการยกเว้นความรับผิดกรณีประมาทเลินเล่อไว้ทั้งในส่วนที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีประมาทเลินเล่อในขอบข่ายของเรื่องละเมิดที่ไม่มีสัญญา และในขอบข่ายของความประมาทเลินเล่อกรณีที่มีสัญญากันด้วย โดยมาตรา 2 บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 2[159] ความรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่อ

มาตรา 2 (1) บุคคลใดๆ ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยข้อสัญญาหรือโดยการประกาศแจ้งแก่บุคคลทั่วไป ในความเสียหายแก่ชีวิต หรือบาดเจ็บแก่ร่างกาย อันเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของตน

---

[157] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.115.

[158] Robert Duxbury, Contract Law, p.163.

[159] **Section 2** “Negligence liability.

(1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.

(3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person’s agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk.”

(2) บุคคลไม่อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อของตนในความสูญหายหรือเสียหายอย่างอื่น เว้นแต่ข้อสัญญาหรือประกาศนั้นจะได้ผ่านการทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล

(3) ในที่ซึ่งมีข้อสัญญาหรือการประกาศที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่อนั้น ไม่ถือว่าการตกลงหรือการรับรู้ข้อสัญญานั้นเป็นการแสดงว่ามีการยอมรับความเสี่ยงภัยใดๆ โดยสมัครใจ”

จากมาตรา 2 นี้ อาจกล่าวได้ว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีที่มีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ กฎหมายกำหนดผลของการบังคับใช้ไว้ 2 ระดับ กล่าวคือ

ก. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่มีผลบังคับใช้โดยสิ้นเชิง

มาตรการในกฎหมาย Unfair Contract Terms Act ข้อนี้เป็นมาตรการที่สำคัญอันกำหนดไว้เป็นเด็ดขาดในการควบคุมข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ให้นำมาอ้างปฏิเสธความรับผิดได้เลย ทั้งนี้ แม้ว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะผ่านด่านขั้นตอนการตรวจสอบต่างๆ นานาของศาลที่กล่าวมาข้างต้นแล้วก็ตาม ก็ไม่สามารถอ้างข้อความนั้นมาหลีกเลี่ยงความรับผิดได้เลย[160] โดย UTAC กำหนดเรื่องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อที่ไม่ให้มีผลใช้บังคับเด็ดขาดไว้ในมาตรา 2(1) กล่าวคือ <u>การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในประเภทความเสียหายคือความตาย หรือการบาดเจ็บต่อร่างกาย บุคคลไม่อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด</u>ไม่ว่าจะโดยข้อสัญญา หรือโดยการประกาศแจ้งต่อบุคคลทั่วไปหรือเฉพาะเจาะจงไม่ว่าจะด้วยวิธีทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวิธีการสื่อสารรูปแบบอื่นใดและแม้ว่าจะไม่มีสัญญาต่อกันหรือไม่ก็ตาม

หากคดี Shoe Lane Parking ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีกฎหมาย Unfair Contract Termsแล้ว ข้อความที่ยกเว้นความรับผิดที่เขียนว่า “เจ้าของรถจะต้องรับผิดชอบในความเสี่ยงภัยของตัวเอง (Car parked at owner’s risk)” นั้นจะไม่มีผลยกเว้นความรับผิดในความบาดเจ็บของโจทก์ได้แต่ประการใดเลย เพราะกรณีเข้ามาตรา 2 (1) แห่ง Unfair Contract Terms Act อย่างชัดแจ้งอยู่แล้ว[161]

ข. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะมีผลใช้บังคับได้หากผ่านเงื่อนไขการทดสอบความสมเหตุสมผล (Test of reasonableness)

ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในส่วนนี้ฝ่ายที่อ้างข้อความดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงลดทอนความรับผิดของตนนั้น ไม่อาจใช้อ้างยันได้ในทันที แต่จะต้องเป็นฝ่ายที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นก่อนด้วยว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนนั้นมีความสมเหตุสมผล ศาลจึงจะยอมให้มีการอ้างข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดได้ แต่หากไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลเสียแล้ว ข้อความอันเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะไม่มีผลเลย โดยข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีที่มีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อนี้ Unfair Contract Terms Act กำหนดไว้ในมาตรา 2 (2) ว่า ใน

---

[160] Turner, Chris, <u>Unlocking contract law</u>, p.186.

[161] Robert Duxbury, <u>Contract Law</u>, p.163.

กรณีของความสูญหายหรือเสียหายต่อสิทธิอื่นใด ที่ไม่ใช่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย (death or personal injury) ห้ามมิให้มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดจากความละเลย ประมาทเลินเล่อ เว้นเสียแต่ว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในข้อสัญญาหรือในประกาศแจ้งใดๆ ได้ผ่านเกณฑ์การทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผลแล้ว

กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า Unfair Contract Terms Act ไม่ได้ห้ามโดยเด็ดขาดว่าไม่ให้มีการอ้างข้อสัญญาหรือการประกาศแจ้งการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินและสิทธิอื่นๆ เช่นความสูญเสียทางเศรษฐกิจโดยแท้ (pure economic loss)[162] อันไม่ใช่สิทธิในชีวิตและร่างกายอนามัย แต่การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นให้อยู่ภายใต้การทดสอบเงื่อนไขความสมเหตุสมผล หากข้อความนั้นมีความสมเหตุสมผล ก็ยอมให้มีการอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ แต่หากไม่มีความสมเหตุสมผลเสียแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นต้องยอมให้มีการอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดถือเสมือนกับว่าไม่มีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้นเลย

ข้อกำหนดใน Unfair Contract Terms Act ที่ควบคุมการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อทั้งในกรณีที่มีสัญญา และกรณีที่ไม่มีสัญญาอันเป็นกรณีละเมิดโดยแท้ตามมาตรา 2 นั้น มีผลใช้บังคับกับทุกกรณีไม่ว่าคู่กรณีจะเกี่ยวข้องกันในฐานะผู้บริโภค หรือบุคคลอื่นใดก็ตาม[163]

สำหรับการทดสอบความสมเหตุสมผล (The reasonableness test) ในข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อกรณีที่มีสัญญาและไม่มีสัญญามีเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

ก. พิจารณาด้านเวลาที่เหมาะสมในการพิจารณาความสมเหตุสมผลของการยกเว้นความรับผิด

มาตรา 11 (1)[164] ให้คำอธิบายเกี่ยวกับความสมเหตุสมผลของข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ ในสัญญาที่กฎหมาย Unfair Contract Terms กำหนดให้ต้องได้รับการตรวจสอบนั้นว่า ข้อความหรือข้อสัญญานั้นๆ จะต้องมีความเป็นธรรมและมีเหตุมีผล โดยรวมถึงการที่ต้องพิเคราะห์ถึงสถานการณ์ประกอบด้วยว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะได้รู้อย่างสมเหตุสมผลในเวลาขณะทำสัญญา

---

[162] Ibid.

[163] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, p.133.

[164] Section 11 Reasonableness test

(1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the M6Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the M7 Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.

ส่วนในมาตรา 11(3)[165] เป็นเรื่องความสมเหตุสมผลของคำแจ้งความ คำบอกกล่าว ซึ่งมักจะเกี่ยวข้องกับกรณีกระทำละเมิด มิใช่การบอกกล่าวที่มีผลในทางสัญญา เกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผลตาม Unfair Contract Terms Act นั้น จะต้องคำนึงสถานการณ์และช่วงเวลาที่ความรับผิดนั้นได้เกิดขึ้นด้วย

จะเห็นได้ว่าลักษณะของคำประกาศ หรือคำแจ้งความมีลักษณะของการผูกพันระหว่างคู่กรณีที่แตกต่างจากกรณีที่เป็นข้อสัญญา เพราะหากเป็นกรณีที่มีสัญญา คู่สัญญาจะได้มีโอกาสในการเจรจา ไตร่ตรองสอบถามก่อนเข้าทำสัญญาได้ แต่ในกรณีที่ไม่มีข้อสัญญากัน อันเป็นกรณีที่มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ในประกาศหรือคำแจ้งความ ตัวอย่างเช่น การติดประกาศภายในอาคารจอดรถในการยกเว้นความรับผิดว่าจะไม่มีการรับผิดชอบใดๆ หากเกิดความเสียหายขึ้นจากการนำรถเข้ามาจอดในอาคาร ซึ่งคู่กรณีที่อาจได้รับผลกระทบจากข้อความในประกาศนั้นอาจไม่ได้มีโอกาสในการไตร่ตรองหรือเจรจาเกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดนั้นเลยแม้แต่น้อย ซึ่งผิดกับเรื่องของการมีข้อสัญญาระหว่างกัน ดังนั้น Unfair Contract Terms Act มาตรา 11(3) จึงให้นำเอาเวลาและสถานการณ์แวดล้อมในขณะที่เกิดความเสียหายมาเป็นข้อพิจารณาความสมเหตุสมผลของการยกเว้นความรับผิดในประกาศนั้นด้วย อีกทั้งตามความเป็นจริงแล้ว ประกาศและคำแจ้งความดังกล่าวนั้นโดยสภาพก็ไม่ใช่ข้อสัญญาด้วย เป็นเพียงการกระทำฝ่ายเดียว ดังนั้น เวลาและพฤติการณ์ในขณะที่ประกาศแจ้งความจึงไม่มีความสำคัญในอันที่จะนำเอามาพิจารณาเหมือนเช่นกรณีที่มีสัญญากันตามมาตรา 11(1)

ข. ข้อพิจารณาทางด้านเนื้อหาของข้อยกเว้นและข้อจำกัดความรับผิด

ใน Unfair Contract Terms Act 1977ได้กำหนดแนวทางพิจารณาในการทดสอบความสมเหตุสมผลโดยให้พิจารณาในประเด็นตามที่ปรากฏแนวทางในตารางท้ายพระราชบัญญัติ Unfair Contract Terms ตารางที่ 2

a). ความแข็งแกร่งของอำนาจต่อรองของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่มีต่ออีกฝ่ายหนึ่ง อันมีทางเลือกให้ลูกค้าได้เลือกกระทำตามความต้องการของตน

b). มีการชักชวนลูกค้าให้เข้ามาตกลงทำสัญญาตามข้อสัญญานั้น หรือในการยอมรับเข้าทำสัญญานั้น ลูกค้ามีโอกาสในการทำสัญญาในลักษณะเดียวกันนั้นกับบุคคลอื่นที่ไม่ต้องยอมรับข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดเช่นการเข้าทำสัญญากับฝ่ายนี้หรือไม่

c). เมื่อพิจารณาตามประเพณีทางการค้า และการดำเนินการใดๆ ระหว่างคู่สัญญามาก่อนหน้านี้แล้ว ลูกค้าได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงการมีอยู่และขอบเขตของข้อสัญญานั้นอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่

---

[165] Section 11 Reasonableness test

(3) In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.

d). หากข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกี่ยวข้องมีเงื่อนไขที่ไม่ได้ปฏิบัติตาม ข้อสัญญานั้นมีความสมเหตุสมผลในเวลาที่สัญญานั้นคาดหวังให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นเป็นสิ่งที่น่าจะปฏิบัติได้

e). สินค้านั้นได้ถูกผลิต กระทำการ หรือเปลี่ยนแปลงตามคำสั่งพิเศษของลูกค้า

ส่วนกรณีที่เป็นเรื่องการจำกัดความรับผิดว่าจะรับผิดชอบชดใช้ความเสียหายในจำนวนเงินที่แน่นอนนั้น Unfair Contract Terms Actมาตรา 11(4)[166] ได้กำหนดให้ทดสอบความสมเหตุสมผลโดยพิจารณาใน 2 ด้าน กล่าวคือ

a). แหล่งที่บุคคลนั้นสามารถหาทรัพย์สินมาชำระหนี้ได้ และ

b). กรณีเช่นนี้ บุคคลผู้ต้องรับผิดนั้นสามารถทำประกันภัยได้หรือไม่

นอกจากนี้ Unfair Contract Terms Act มาตรา 11(5)[167] ยังกำหนดภาระการพิสูจน์ว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในข้อสัญญาหรือประกาศนั้นผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลหรือไม่ โดยกำหนดเป็นภาระของบุคคลที่อ้างว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดขึ้นเพื่อปฏิเสธความรับผิดนั้นเองต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่าข้อความนั้นมีความสมเหตุสมผลแล้ว

ค. ผลของการที่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล

หากมีข้อใดในสัญญาหรือในประกาศแจ้งที่มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดและข้อความนั้นไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลตาม Unfair Contract Terms Act ที่วินิจฉัยโดยศาลเสียแล้ว ข้อความนั้นทั้งข้อความจะไม่มีผลใช้บังคับใช้แต่หากศาลพิจารณาข้อความนั้นแล้วเห็นว่ามีความสมเหตุสมผลเพียงพอ ข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นก็จะมีผลอ้างอิงเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้

อย่างไรก็ดี ในแนวทางการทดสอบความสมเหตุสมผล (Guidelines for application of reasonableness test) ค่อนข้างเป็นปัญหาใหญ่สำหรับการตัดสินของศาล

---

[166] **Section 11** Reasonableness test

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—

(a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and

(b) how far it was open to him to cover himself by insurance.

[167] **Section 11** Reasonableness test

(5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.

เนื่องจากแนวทางนั้นกำหนดไว้ในลักษณะเป็นการทั่วไป[168] และเป็นที่เข้าใจได้ยาก ประกอบกับแนวทางต่างๆ ยังนำมาใช้อย่างไม่เป็นที่แน่นอน ดูเหมือนจะเป็นแนวทางที่เป็นเรื่องอัตวิสัยของผู้พิพากษาแต่ละท่านเป็นเครื่องวัดความเป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นการยากที่ผู้ร่างสัญญาหรือข้อยกเว้นความรับผิดจะคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าข้อความที่คาดหมายจะเป็นที่อิงอาศัยในการกำหนดขอบเขตความรับผิดหรือปฏิเสธความรับผิดของตัวเองนั้นเมื่อมีคดีฟ้องร้องขึ้นมาจะสามารถยกขึ้นอ้างและมีผลใช้ได้หรือไม่[169]

ง. แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อตาม Unfair Contract Terms Act 1977

นับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1997 เป็นต้นมา มีคำพิพากษาตัดสินที่ชี้เฉพาะว่ากรณีแบบใดที่ศาลถือว่าผ่านเงื่อนไขความสมเหตุสมผลบ้าง แต่ทว่า ในคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ในคดี Phillips Products Ltd v Hyland[170] ศาลเองได้จำกัดคุณค่าของแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า การผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลในคดีหนึ่งแล้ว ไม่จำเป็นว่า ข้อความเดียวกันนั้นจะผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลในอีกคดีหนึ่งด้วยเช่นเดียวกัน เพราะแต่ละคดีจะขึ้นอยู่กับสถาณการณ์แวดล้อมของแต่ละกรณีซึ่งอาจจะไม่เหมือนกันด้วย[171]

ตัวอย่างเช่น **คดี Smith v Eric S. Bush**[172]

ข้อเท็จจริงมีว่า เมื่อโจทก์ได้ซื้อบ้าน โจทก์ได้จ่ายค่าประเมินบ้านแก่สมาคมก่อสร้าง (the building society) เพื่อประกอบการจำนองบ้าน ทางสมาคมได้ให้บริษัทจำเลยเป็นผู้ตรวจสอบสำรวจบ้านของโจทก์ ผู้สำรวจไม่ได้ตรวจสอบชั้นบนของบ้าน ซึ่งถ้าผู้ตรวจได้ขึ้นไปตรวจสอบข้างบนจะพบว่าปล่องไฟของบ้านไม่ได้มีการรองรับด้วยงานก่ออิฐแบบที่ควรจะเป็น หลังจากโจทก์ซื้อบ้านได้เพียง 18 เดือน ปล่องไฟก็ล้มพังทลายลงมาทับบ้านโจทก์ ในเอกสารการจำนอง (mortgage application document) ซึ่งมีข้อความยกเว้นความรับผิดของสมาคมก่อสร้างสำหรับข้อมูลที่คลาดเคลื่อนที่ได้รับมาจากบริษัทผู้สำรวจ[173] ศาล House of Lords ตัดสินว่า บริษัทสำรวจจำเลยมีความรับผิดเพื่อละเมิดในความบกพร่องประมาทเลินเล่อ และไม่อาจอ้างข้อปฏิเสธความรับผิดชอบที่ไม่สมเหตุสมผลได้[174]

ในคดีนี้ ท่าน Lord Griffiths ได้ตั้งคำถามไว้ 4 คำถามซึ่งควรนำมาพิจารณาในการตัดสินประเด็นเรื่องความสมเหตุสมผล ได้แก่

1. คู่สัญญามีอำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกันหรือไม่

---

[168] Robert Duxbury, Contract Law, p.170.
[169] Ibid.
[170] Ibid., p.171.
[171] Ibid., p.172.
[172] Ibid., pp.173-174.
[173] Ryan Murray, Contract Law : The Fundamentals, p.119.
[174] Robert Duxbury, Contract Law, p.173.

กรณีตามปัญหา เป็นที่ชัดเจนว่า ผู้ซื้อบ้านในกรณีนี้ไม่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองในการคัดค้านข้อปฏิเสธความรับผิด (disclaimer) ได้แต่อย่างใด

2. สำหรับการได้รับคำแนะนำ ในทางปฏิบัติที่สามารถทำได้อย่างสมเหตุสมผลนั้น คู่กรณีได้รับคำแนะนำจากทางเลือกอื่นในการพิจารณาเกี่ยวกับราคาและช่วงเวลาหรือไม่

ในกรณีนี้ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ มีตัวเลือกไม่มากนักในตลาดซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยปกติผู้ซื้อบ้านก็จะเชื่อถือรายงานการสำรวจของผู้ตรวจบ้านที่รายงานต่อสมาคมก่อสร้างอยู่แล้ว ซึ่งประเด็นนี้ผู้สำรวจก็น่าจะได้ตระหนักทราบอยู่แล้ว อีกทั้งผู้ซื้อบ้านได้รับแรงกดดันจากทางเศรษฐกิจอีกด้วยจึงมักจะไม่เสียค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบประเมินบ้านเป็นครั้งที่สองอยู่แล้วด้วย

3. งานนั้นมีความยากขนาดที่จะต้องยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดหรือไม่

หากงานนั้นมีความยากและมีความเสี่ยง ก็เป็นเรื่องที่สามารถเข้าใจได้ว่าอาจจะมีกรณีที่จะมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดซึ่งก็เป็นการสมเหตุสมผลอยู่แล้ว แต่สำหรับกรณีปัญหาเป็นเพียงการประเมินและตรวจตราบ้านที่ทำโดยผู้มีวิชาชีพเฉพาะด้านอยู่แล้ว อีกทั้งยังเป็นงานที่ไม่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนแต่อย่างใด

4. อะไรจะเป็นผลในทางปฏิบัติที่ตามมาจากการตัดสินของศาลเกี่ยวกับความสมเหตุสมผล

ในคดีนี้ ท่าน Lord Griffiths กล่าวว่า กรณีจะเกี่ยวข้องกับจำนวนเงินที่ฝ่ายที่มีศักยภาพในการแบกรับความเสียหาย ซึ่งหากพิจารณาในแง่ของการประกันภัย พิเคราะห์อย่างรอบคอบแล้ว ในคดีนี้ความสูญเสียซึ่งจะถูกจำกัดอยู่ที่เพียงแต่มูลค่าของบ้านซึ่งไม่ได้ใหญ่โตโอ่อ่ามากนัก เมื่อเทียบกับความคาดหวังว่าทางผู้ตรวจสอบบ้านนั้นเองพึงจะต้องมีการทำประกันภัย ดังนั้นฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นผู้ตรวจสอบบ้านพึงที่จะแบกรับความเสียหายซึ่งมิใช่กรณีที่เป็นไปได้ยากเลยสำหรับผู้มีวิชาชีพ แต่ทว่ากรณีจะทำให้เกิดหายนะกับผู้ซื้อบ้านในความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพในการตรวจสอบสิ่งปลูกสร้าง ผลของคำพิพากษาในคดีนี้จึงเป็นการปฏิเสธข้อยกเว้นความรับผิดของผู้สำรวจบ้าน โดยเปรียบเทียบกับหากผู้สำรวจบ้านขึ้นราคา (fee) สักนิดเพื่อครอบคลุมการประกันภัยและกระจายความเสี่ยงในความประมาทเลินเล่อของตน ซึ่งจะเป็นการดีเสียกว่าที่จะยกความเสี่ยงภัยทั้งหมดให้ตกแก่ผู้ซื้อบ้านรายหนึ่งซึ่งโชคร้าย

อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 เป็นกฎหมายที่มีความมุ่งประสงค์จะควบคุมจำกัดขอบเขตของการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (exclusion clause) ทั้งในกรณีที่มีสัญญา และกรณีของการละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อแม้จะไม่มีการเข้าทำสัญญากันเลยก็ตาม เช่นการประกาศแจ้งฝ่ายเดียว เป็นต้น โดยกฎหมายนี้จะกำหนดผลของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการเสียชีวิต หรือกรณีบาดเจ็บสูญเสียทางร่างกาย อนามัย (personal injury) ให้ไม่มีผลบังคับใช้โดยสิ้นเชิง แต่หากเป็นกรณีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายอย่างอื่น เช่น ทรัพย์สิน หรือสูญเสียทางด้านเศรษฐกิจอื่นๆ จะอยู่

ในการพิจารณาของศาลว่าการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้นมีความสมเหตุสมผลตามแนวทางการทดสอบที่กฎหมายวางแนวทางไว้หรือไม่ หากผลการพิจารณาศาลเห็นว่าไม่สมเหตุสมผล ข้อความอันเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะไม่มีผลบังคับใช้เลย แต่หากศาลพิเคราะห์แล้วว่าสมเหตุสมผล ความรับผิดนั้นสามารถยกเว้นหรือจำกัดได้ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันนี้ประเทศอังกฤษมีแนวความคิดที่จะร่างกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องการซ้ำซ้อนของกฎหมาย Unfair Contract Terms Act 1977 และ The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 โดยมีการตั้งคณะกรรมการกฎหมายเพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการรวมกฎหมายทั้งสองฉบับเข้าไว้เป็นกฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวได้ตีพิมพ์เผยแพร่รายงานการศึกษานั้นแล้วในปี ค.ศ. 2005[175] แต่ ณ ปัจจุบันนี้ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายใหม่นี้ขึ้นมาแต่ประการใด บทบัญญัติใน Unfair Contract Terms Act 1977 ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่เช่นเดิม

อีกทั้งเมื่อไม่นานมานี้ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายสกอตแลนด์ ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับของ Unfair Contract Terms Act ของประเทศอังกฤษด้วย คณะกรรมการปฏิรูปได้แนะนำว่า องค์กรของรัฐเช่น สำนักงานการค้าที่เป็นธรรม (Office of Fair Trading) หรือองค์กรอื่นๆ ควรที่จะดำเนินมาตรการป้องกันไม่ให้มีการติดป้ายประกาศยกเว้นความรับผิดด้วย เช่น ออกคำสั่งห้ามไม่ให้ติดป้ายประกาศยกเว้นความผิด หรือสั่งให้ปลดป้ายนั้นลง เช่น ป้ายในที่จอดรถของศูนย์การค้าที่แจ้งว่า “ห้างจะไม่รับผิดชอบในการบาดเจ็บใดๆ ทั้งสิ้น” จริงอยู่ที่ว่าป้ายประกาศนั้นไม่ได้มีผลใดๆ ในทางกฎหมายมานานแล้ว แต่หน่วยงานในภาคต่างๆ ก็ยังคงนิยมใช้การติดป้ายยกเว้นความรับผิดนั้นๆ อยู่ ซึ่งอย่างน้อยป้ายนั้นก็อาจจะมีผลในแง่จิตวิทยาในเชิงไม่สนับสนุนหรือปรามไม่ให้ประชาชนใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะประชาชนเกรงว่าอาจจะแพ้คดี ซึ่งทำให้ไม่ค่อยมีผู้ที่กล้าฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเท่าที่ควรจะเป็น[176]

---

[175] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, p.145.

[176] The Law Commission and The Scottish Law Commission, Unfair Terms in Consumer Contracts : A New Approach [online], 13 September 2012. Available from : http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues.pdf, p.118.

บทที่ 5

บทวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้ศึกษาเปรียบเทียบความแตกต่างของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณะรัฐเยอรมนีและประเทศสหราชอาณาจักร โดยจะขอแบ่งการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบเป็นสามส่วน กล่าวคือ ส่วนที่หนึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานที่ปรากฏใน Unfair Contract Term Act 1977 เปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทยเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะอยู่ในรูปแบบกฎหมายเฉพาะเหมือนกัน ส่วนที่สองผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเนื่องจากมีบทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานของกฎหมายปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายเช่นเดียวกัน และในส่วนสุดท้ายผู้เขียนจะวิเคราะห์ปัญหาของประเทศไทยในการใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ประกอบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นลำดับสุดท้าย ทั้งนี้ สาเหตุที่ไม่อาจวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาทั้งหมดของกฎหมายไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศเยอรมันกับประเทศอังกฤษพร้อมกันได้ในทุกประเด็นนั้น เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนยกขึ้นมาศึกษาเพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบนั้นมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกันดังที่ทราบกันดีว่า ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทย แต่สำหรับประเทศอังกฤษนั้นมีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งมีนิติวิธีที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงขอแยกวิเคราะห์เปรียบเทียบในประเด็นต่อไปนี้

ส่วนที่ 1 วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ปรากฏใน Unfair Contract Term Act 1977 ของประเทศสหราชอาณาจักรเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทย

การจะพิจารณาว่าการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายของประเทศอังกฤษจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรนั้น ด้วยความที่ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาตามลำดับบ่อเกิดกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ ดังนี้

<u>ลำดับที่ 1.</u> พิจารณาว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้น“มีอยู่”ในสายตาของศาลหรือไม่

กล่าวคือ ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นได้ถูกผนวกไว้ในข้อสัญญาหรือไม่ โดยพิจารณาว่าได้มีการลงลายมือชื่อ (signature) หรือมีการประกาศแจ้งข้อยกเว้นความรับผิดนั้นอย่างเหมาะสม

หรือไม่ (reasonable notice) หรือเคยมีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนั้นในสัญญาที่เคยปฏิบัติต่อกันมาอย่างยาวนานหรือไม่ (previous course of dealing)

ลำดับที่ 2. ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นผ่านการทดสอบการตีความไปในทางที่ให้ประโยชน์น้อยที่สุดแก่ฝ่ายที่ยกเว้นความรับผิดหรือไม่ (contra proferentem)

หากตีความข้อยกเว้นความรับผิดนั้นแล้ว มีผลออกมาว่า แม้ว่าจะตีความไปในทางที่ให้ประโยชน์น้อยที่สุดแก่ฝ่ายที่อ้างข้อยกเว้นความรับผิดนั้นแล้ว การยกเว้นความรับผิดนั้นมีความหมายกว้างและครอบคลุมถึงความรับผิดนั้นอยู่ ลำดับต่อไปจึงค่อยมาพิจารณาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ควบคุมการแสดงเจตนาต่อไป

ลำดับที่ 3. พิจารณาข้อยกเว้นความรับผิดนั้นตาม Unfair Contract Terms Act 1977

Unfair Contract Terms Act 1977 เป็นบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น เห็นควรต้องแยกพิจารณาว่าเป็นเรื่องความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามสัญญาหรือละเมิด

หากเป็นเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญา ซึ่งตามตัวอย่างกฎหมายของประเทศอังกฤษดังที่ได้ศึกษาไปนั้น เช่น ความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องในตัวทรัพย์หรือในกรรมสิทธิ์ (รอนสิทธิ) ซึ่งเป็นข้อสัญญาโดยปริยายในกฎหมายซื้อขายที่ไม่สนใจความผิดของผู้ขายแต่ประการใดนั้น ใน Unfair Contract Terms Act มาตรา 3 กำหนดไว้ว่า ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจนั้น ถ้ามีข้อยกเว้นความรับผิดที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย Sale of Goods Act 1979 ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดข้อนั้นจะต้องผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล (The reasonableness test) เสียก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับได้ ดังนั้น หากข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นความรับผิดโดยปริยาย (imply terms) ตามกฎหมายนั้น ผ่านด่านการคัดกรองของกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษมาแล้วในลำดับที่ 1 และที่ 2 ข้างต้น ก็ยังคงต้องถูกตรวจสอบความสมเหตุสมผลตาม Unfair Contract Terms Act ในลำดับที่ 3 ก่อนด้วย จึงจะใช้อ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดนั้นได้

ส่วนถ้าเป็นเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น กฎหมาย Unfair Contract Terms Act กำหนดไว้เฉพาะเรื่องความประมาทเลินเล่อ ซึ่งกฎหมายนี้ได้รวมความหมายของคำว่า “ประมาทเลินเล่อ(negligence)” ไว้อย่างกว้างขวางในมาตรา 1[1] ซึ่งหากพิจารณาอย่าง

---

[1] **Section 1(1)**

1) For the purposes of this Part of this Act, “negligence” means the breach—

(a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;

(b) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);

(c) of the common duty of care imposed by the M1 Occupiers’ Liability Act 1957 or the M2 Occupiers’ Liability Act (Northern Ireland) 1957.

ละเอียดแล้ว จะพบว่าความหมายของคำว่า “ประมาทเลินเล่อ”ตามกฎหมายนี้อาจมีความหมายไปถึงกรณีที่บุคคลยังไม่ถึงขั้นมีความประมาทเลินเล่อตามความหมายของกฎหมายซีวิลลอว์ที่เห็นว่าประมาทเลินเล่อคือจะต้องมีการกระทำโดยรู้สำนึก แต่ทำไปเพราะขาดความระมัดระวังเช่นบุคคลในภาวะเช่นนั้นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์[2] ส่วนประมาทเลินเล่อ (negligence) ตาม Unfair Contract Terms Act นั้น แค่เป็นเพียงละเลยต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามกฎหมายละเมิดหรือกฎหมาย Occupiers’ Liability Act 1975 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความรับผิดของผู้ครอบครองทรัพย์

การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่ Unfair Contract Terms Act ควบคุมเด็ดขาดนั้นคือการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย และอนามัย กฎหมายนี้ไม่ให้อ้างข้อยกเว้นความรับผิดนั้นเลย แต่ถ้าหากยกเว้นความเสียหายอย่างอื่นแล้ว กฎหมายนี้ยังอาจยอมให้อ้างข้อยกเว้นนั้นได้ ถ้าหากว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลตาม Unfair Contract Terms Act เสียก่อนแล้ว

ด้วยเหตุนี้ ผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวด้วยวิธีการประกาศ แจ้งความ หรือทำเป็นข้อตกลงในสัญญาก็ตาม ในระบบของกฎหมายอังกฤษที่มีการกลั่นกรองข้อยกเว้นความรับผิดนั้นๆ หลายชั้นหลายขั้นตอน กว่าที่จะมาพิจารณาถึง Unfair Contract Terms Act ข้อยกเว้นความรับผิดนั้นก็ถูกกรองออกไปเป็นจำนวนมากเพื่อไม่ให้ผู้แสดงเจตนาอ้างข้อยกเว้นความรับผิดได้โดยง่าย หากการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายประเทศอังกฤษผ่านด่านการควบคุมการแสดงเจตนาของศาลของประเทศอังกฤษมาได้ จนถึงขั้นการพิจารณาตาม Unfair Contract Terms Act แล้ว การแสดงเจตนานั้นก็จะไม่สามารถอ้างได้เลยถ้าหากเกิดความเสียหายแก่เนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย ตามมาตรา 2(1) แต่หากเกิดความเสียหายต่อสิทธิอย่างอื่น เช่น ทรัพย์สิน เสรีภาพ เป็นต้น ก็อาจอ้างการแสดงเจตนานั้นไม่ได้เพราะไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลตาม มาตรา 2(2) ของ Unfair Contract Terms Act เนื่องจากมีเงื่อนไขมากมายที่จะทำให้การแสดงเจตนานั้นไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล อีกทั้งศาลอังกฤษก็มีอำนาจกว้างขวางและมีดุลพินิจในการพิจารณาคดีอย่างมาก กรณีจึงเป็นไปได้ยากว่าการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายอังกฤษนั้นจะมีผลใช้ปฏิเสธความรับผิดของจำเลยได้

สำหรับการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของประเทศไทย ภายใต้เนื้อหาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จากการศึกษาถึงความหมายพิเศษของคำว่า “ข้อสัญญา” ในมาตรา 3[3] แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ โดยมีการรวมเอา “ประกาศ” “คำแจ้งความ” และ “ความยินยอม” เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดรวมไว้ด้วยกันกับความหมายของข้อตกลง ซึ่งเป็นการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความ

---

[2] ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้,พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 68-71.

[3] มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้... “ข้อสัญญา” หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย”

รับผิดฝ่ายเดียวของผู้แสดง อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้มิได้ใช้เฉพาะความผูกพันที่เกิดจากมูลหนี้สัญญาเท่านั้น แต่ยังใช้กับมูลหนี้ที่เป็นความรับผิดทางละเมิดด้วย สำหรับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น เห็นควรต้องแยกพิจารณาว่าเป็นเรื่องความรับผิดอย่างเคร่งครัดตามสัญญาหรือละเมิดเช่นเดียวกับที่กล่าวถึงประเทศอังกฤษข้างต้น

หากในสัญญาที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้ประกอบวิชาชีพที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค เช่น สัญญาซื้อขาย มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าในความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิข้อเท็จจริงเช่นนี้เป็นกรณีที่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องปรับใช้กับมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ คู่สัญญาจะตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือรอนสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพโดยผู้บริโภคไม่ทราบถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ์ไม่ได้ แต่ถ้าหากผู้ขายซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจทำสัญญาซื้อขายกับผู้บริโภคโดยมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิโดยที่ผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ซื้อ ก็ได้ทราบถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้นด้วย ผลทางกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้คือ ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดนี้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ส่วนการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความเสียหายเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาทั่วไปนั้น พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ในมาตรา 8 และมาตรา 9 โดยในมาตรา 9 เป็นการตีกรอบจำกัดหลักกฎหมายที่เคยถือกันทั่วไปในอดีตในเรื่องการให้ความยินยอมทางแพ่ง หรือหลัก volenti non fit iniuria มาบัญญัติให้ชัดเจนเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าหากผู้เสียหายที่เป็นผู้ถูกกระทำละเมิดได้สมัครใจยินยอมรับความเสี่ยงภัยนั้นเองด้วยการให้ความยินยอมหรือทำความตกลงไว้ล่วงหน้านั้น จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้หากเรื่องที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยความในมาตรา 9 นี้ไม่มีกำหนดไว้ใน Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศอังกฤษแต่ประการใด แต่จากการที่ผู้เขียนได้สืบค้นมาพบว่าในประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนีย มีบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ใน Law of Obligation Act กำหนดไว้ในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดมาตรา 1051[4] ในทำนองที่ว่า การตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้เป็นการล่วงหน้าในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) หรือการกระทำโดยจงใจ การตกลงนั้นตกเป็นโมฆะ

อย่างไรก็ตาม หากสังเกตถึงเนื้อหาของกฎหมายละเมิดของประเทศเอสโตเนียกับมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ จะพบว่ามีความแตกต่างกันเล็กน้อย ตรงที่มาตรา 1051 ของประเทศเอสโตเนียจะมุ่งเน้นว่าเป็นเรื่องความตกลงยกเว้นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ระบุว่าต้องเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ประการใดอันเป็นการจำกัดขอบเขตการแสดงเจตนาไว้เคร่งครัด

[4] Estonian Law of Obligation Act § 1051 “An agreement which precludes or restricts liability for damage caused unlawfully or intentionally is void.”

มากกว่ามาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยที่ห้ามไว้เฉพาะการตกลงยินยอมที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้นที่จะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัตินี้ประกอบมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในบริบทกฎหมายของประเทศไทยแล้ว ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในการยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายจะเป็นโมฆะหรือไม่ ก็ต้องมาพิจารณาว่าการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น เป็นเรื่องที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะขอยกไปวิเคราะห์พร้อมกันในส่วนที่ 2 ต่อไป

ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความเป็นอย่างมาก ดังจะได้พิเคราะห์แต่ละประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

1. ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในประเด็นเรื่องความครอบคลุมถึงการตรวจสอบการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

บทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีเนื้อหาที่คล้ายกับมาตรา 2 ของ Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศอังกฤษ โดยมาตรา 8 บัญญัติว่า

“ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

สำหรับปัญหาการตีความมาตรา 8 วรรคสองนี้นั้น นักกฎหมายไทยได้ให้คำอธิบายแตกต่างกันไปในทิศทางต่างๆ นานา ซึ่งผู้เขียนจะขอจัดกลุ่มปัญหาและแยกพิจาณาเป็นประเด็นๆ ดังนี้

ก. ปัญหาการตีความมาตรา 8 วรรคสองที่ระบุว่า “*เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง*”

สำหรับกรณีปัญหาการตีความมาตรา 8 วรรคสองในส่วนที่ระบุว่า “*เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง*” นั้น มีความหมายเพียงใดนั้น อาจจัดกลุ่มความเห็นของนักกฎหมายไทยได้ 2 ความเห็น กล่าวคือ

ความเห็นที่ 1[5] เห็นว่า ถ้อยคำที่ว่า *"เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง"* นั้น กฎหมายมุ่งประสงค์เฉพาะเพียงเรื่องประเภทความเสียหายเท่านั้นที่เป็นเรื่องนอกเหนือจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง

นักกฎหมายฝ่ายนี้มีความเห็นว่า มาตรา 8 วรรคสองนี้ใช้บังคับกับการยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่นอกเหนือจากประเภทของความเสียหายที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง กล่าวคือ การยกเว้นความรับผิดในความเสียหายอันเกิดแก่ทรัพย์สิน เสรีภาพ และสิทธิอย่างอื่น อันที่มิใช่สิทธิในชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง แต่ทั้งนี้ การยกเว้นความรับผิดที่จะใช้บังคับได้ตามวรรคสองยังคงจะต้องเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้แสดงเจตนาหรือบุคคลที่ผู้แสดงเจตนาต้องรับผิดด้วยเช่นเดียวกับวรรคหนึ่ง กรณีไม่สามารถนำมาใช้ยกเว้นความรับผิดที่ไม่ได้เกิดโดยมิได้จงใจและไม่ได้ประมาทเลินเล่อของบุคคลได้เลย เช่น ความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ เป็นต้น*

ความเห็นที่ 2[6] เห็นว่า ความรับผิดนอกจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่ง หมายถึงความรับผิดในทุกมูลแห่งหนี้ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาหรือไม่ก็ตาม และ/หรือหมายถึงประเภทของความเสียหายทุกชนิดที่ไม่ได้ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง

นักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่า มาตรา 8 วรรคสองเป็นบทกฎหมายที่ครอบคลุมการยกเว้นความรับผิดทุกชนิดที่ไม่เข้ากรณีที่เป็นโมฆะตามวรรคหนึ่ง โดยเห็นว่ามาตรา 8 วรรคสองนี้ครอบคลุมถึง ความรับผิดอันเนื่องมาจากการละเมิด การผิดสัญญา หรือมูลหนี้อื่นๆ ไม่ว่าจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือแม้กระทั่งเป็นความผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ซึ่งเป็นความผิดที่กฎหมายกำหนดหรือข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลต้องรับผิด

---

[5] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 97., ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา,พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551),หน้า 438., ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า 157-158., ฤทธิชัย งดงาม, "ข้อสังเกตเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม", วารสารอัยการ 21 (สิงหาคม 2541), หน้า 84., ปรีชา ส่งสัมพันธ์, ที่มาและข้อสังเกตพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,(กรุงเทพมหานคร: สยามเทรนนิ่ง, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 38-40.

* สำหรับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ แม้ท่านจะเห็นด้วยว่า "กรณีอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่ง" หมายความถึงการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในประเภทความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่ใช่ชีวิต ร่างกาย และอนามัยตามความเห็นที่ 1 นี้ แต่ท่านศาสตราจารย์ ศักดิ์ ยังกล่าวเพิ่มเติมอีกว่า "กรณีอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่ง" อาจจะเป็นเรื่องการยกเว้นความรับผิดเพื่อนิติเหตุอื่นๆ ที่ไม่ใช่เรื่องละเมิดหรือผิดสัญญาด้วย รายละเอียดโปรดอ่านใน ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, หน้า 438.

[6] จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," ดุลพาห 45 (มกราคม-มิถุนายน 2541): 125., อารยา สิงห์สงบ, กฎหมายสัญญา,พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), หน้า 221., ธัช สิงห์อุตสาหะและคณะ, "เอกสารประกอบการสัมมนา พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,"วันที่ 2 มิถุนายน 2541. บริษัท เบเคอร์แอนด์แม็คเค็นซี่ จำกัด (อัดสำเนา), หน้า 64., พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, "พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน," วารสารนิติศาสตร์ 28 (มิถุนายน 2541): 213 ; ศริญญา โสภณโชติสมบูรณ์, "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด," (สารนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 39.

โดยไม่มีความผิด ก็สามารถยกเว้นความรับผิดได้ แต่ว่าอยู่ในขอบข่ายของการตรวจสอบความไม่เป็นธรรมโดยศาลที่พิจารณาคดีนั้นๆ สามารถอาศัยช่องทางการตรวจสอบตามมาตรานี้ได้

ยิ่งไปกว่านั้น นักกฎหมายฝ่ายนี้ยังเห็นไปอีกว่า ถ้อยคำที่ว่า “ในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง” หมายความรวมไปถึง

(1) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความเพื่อยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อสิทธิอื่นๆ ที่ไม่ใช่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย เช่น ความเสียหายต่อสิทธิหรือเสรีภาพ เป็นต้น และ/หรือ

(2) ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ *ที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจและไม่ประมาทเลินเล่อ* ซึ่งหมายถึงการตกลงยกเว้นความรับผิดในกรณีที่กฎหมายอื่นๆ ได้บัญญัติให้ผู้รับผิดชอบต่อความเสียหายต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) หรือบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายตามนัยยะแห่งวิทยานิพนธ์นี้ด้วย

นักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นเป็นข้อสรุปว่า การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 8 วรรคหนึ่งก็จะตกอยู่ในบังคับของมาตรา 8 วรรคสองทั้งสิ้น อีกทั้งเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้มีช่องทางให้ตรวจสอบข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ทุกๆ กรณี โดยบางกรณีก็บัญญัติให้ข้อตกลงนั้นไม่มีสภาพบังคับเป็นโมฆะไปเลย แต่ในบางกรณีก็ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ดังนั้น ในมุมมองของนักกฎหมายฝ่ายนี้ จะไม่มีเรื่องของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่อยู่นอกเหนือจากการตรวจสอบตามพระราชบัญญัตินี้ไปได้เลย ซึ่งหากเห็นตามนักกฎหมายฝ่ายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักนิติวิธีแล้ว กรณีไม่น่าจะตีความได้กว้างขวางเช่นนี้ ดังจะได้วิเคราะห์ในลำดับต่อไป

ข. ปัญหาคำว่า “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” ในวรรคสองนั้น มีความหมายอย่างไร

ข 1. หากพิจารณาว่า คำว่า “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” นั้นเป็นการขยายความเฉพาะคำว่า “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ” นั้นหมายความว่า ยังคงมีการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอย่างอื่นอีกที่เป็นโมฆะอยู่ในตัวเอง มาตรา 8 วรรคสอง จึงไม่ต้องการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดที่เป็นโมฆะอยู่ในตัวเองอยู่แล้วให้กลับกลายเป็นสามารถมีผลใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีขึ้นมาอีก จึงเขียนเน้นย้ำในทำนองที่ว่า ในมาตรา 8 วรรคสองนี้จะตรวจสอบการยกเว้นความรับผิดซึ่งมิได้มีความเป็นโมฆะให้มีผลใช้บังคับได้แต่เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น อาทิ เช่น คำประกาศฝ่ายเดียวของผู้ขนส่งที่เขียนไว้ในตั๋วโดยสารว่าจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้โดยสาร โดยคำประกาศฝ่ายเดียวในตั๋วโดยสารเช่นนี้ มาตรา 639[7] กำหนดไว้ให้เป็นโมฆะเสียแล้ว

[7] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 639 บัญญัติว่า “ ตั๋ว ใบรับ หรือเอกสารอื่นทำนองเช่นว่านี้อันผู้ขนส่งได้ส่งมอบแก่คนโดยสารนั้น หากมีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งอย่างใดๆ ท่านว่าข้อความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่คนโดยสารจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น”

ดังนั้นหากพิจารณาคำว่า “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” ทำหน้าที่ขยายความการแสดงเจตนาเฉพาะที่ไม่เป็นโมฆะตามข้อพิจารณานี้แล้ว การประกาศฝ่ายเดียวในตั๋วโดยสารเพื่อยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งเช่นนี้ หรือการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอื่นๆ ที่ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งอยู่แล้ว จะไม่อยู่ในขอบข่ายการตรวจสอบของมาตรา 8 วรรคสอง ทั้งนี้เนื่องจากเป็นการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดซึ่งเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปเสียก่อนแล้ว ในประเด็นนี้ท่านศาสตราจารย์ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ[8] ก็มีความเห็นว่า ข้อตกลงที่จะถูกตรวจสอบให้มีความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามมาตรา 8 วรรคสองนี้ ประกาศนั้นจะต้องไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะไปเสียก่อนที่จะมาพิจารณาตามมาตรา 8 วรรคสอง ซึ่งนั่นแปลว่าท่านอาจารย์ทวีเกียรติเห็นว่าคำว่า “ที่ไม่เป็นโมฆะ” ในวรรคสองของมาตรา 8 นี้มีความหมายเป็นไปตามข้อพิจารณานี้เช่นกัน[*] ตัวอย่างของการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น การที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ตกลงด้วยโดยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามข้อสัญญาที่กำหนดฝ่ายเดียวของผู้ขนส่ง เจ้าสำนักโรงแรม หรือนายคลังสินค้ายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือการที่ลูกหนี้ทำความตกลงกับเจ้าหนี้เป็นการล่วงหน้าในการยกเว้นความรับผิดของตัวแทนลูกหนี้ในความเสียหายที่เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งไม่ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 373 ประกอบมาตรา 220 เป็นต้น

หากพิจารณาว่า คำว่า “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” หมายความว่าการแสดงเจตนาที่ไม่เป็นโมฆะไปเสียก่อนตามข้อ ข 1. นี้ ย่อมเป็นการปฏิเสธความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองในข้อ ก. ข้างต้นที่เห็นว่า มาตรา 8 วรรคสองนี้เป็นการควบคุมการยกเว้นความรับผิดในทุกๆ กรณีไปโดยปริยาย เพราะยังมีกรณีการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดบางอย่างที่ตกเป็นโมฆะด้วยผลของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้วซึ่งจะไม่ถูกตรวจสอบตามมาตรา 8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ เช่น การประกาศ คำแจ้งความฝ่ายเดียวในสัญญาขนส่ง สัญญาเข้าพักโรงแรม และสัญญาฝากของในคลังสินค้า หรือความตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน เป็นต้นเนื่องจากประกาศฝ่ายเดียวในสัญญาเหล่านี้จะตกเป็นโมฆะไปเสียก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข 2. ในทางกลับกัน หากพิจารณาว่า คำว่า “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” **<u>เป็นเพียงการขยายความหมายทั้งประโยค</u>**ของประโยคที่ว่า ”ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่ง...” โดยเจตนาจะชี้ให้เห็นว่าการยกเว้นความรับผิดนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่งนั้น จะไม่มีกรณีที่ตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า มีเพียงการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในมาตรา 8 วรรคหนึ่งที่ตกเป็นโมฆะผู้ใดจะอ้าง

---

[8] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, <u>กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ</u>,พิมพ์ครั้งที่ 14(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 354.

[*] ส่วนนักกฎหมายบางท่านกล่าวในทำนองว่า กรณีการยกเว้นความรับผิดที่จะเข้าสู่การตรวจสอบตามมาตรา 8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ การยกเว้นความรับผิดนั้นจะต้องไม่เป็นโมฆะตามมาตรา 373 ไปเสียก่อน ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยว่าจะต้องไม่เป็นโมฆะไปเสียก่อน แต่มิใช่เพียงการเป็นโมฆะเพราะมาตรา 373 เท่านั้น แต่อาจจะเป็นโมฆะโดยบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ ด้วยก็ได้ รายละเอียดโปรดอ่านใน ศักดิ์ สนองชาติ, <u>คำอธิบายนิติกรรมและสัญญา</u>, หน้า 438., อรรยา สิงห์สงบ, <u>กฎหมายว่าด้วยสัญญา</u>, หน้า 251.

เป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ ส่วนกรณีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่นอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง จะไม่เป็นโมฆะทั้งสิ้นตามความในมาตรา 8 วรรคสองนี้เอง

หากพิจารณาความหมายของคำว่า “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” ตามข้อ ข.2 นี้ จะเป็นการสนับสนุนความคิดของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่า ทุกๆ การยกเว้นความรับผิดไม่ว่าจะยกเว้นความรับผิดเพื่อการใดก็ตามหากไม่เข้ามาตรา 8 วรรคหนึ่ง ก็จะเข้าข่ายการถูกตรวจสอบตามมาตรา 8 วรรคสองของพระราชบัญญัตินี้เสียทั้งสิ้น

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีไม่น่าจะตีความตามข้อพิจารณาตามข้อ ข. 2 ได้เลย เพราะการตีความเช่นนี้ถือเท่ากับว่าจะยกเอาพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษนี้มาล้มล้างความเป็นโมฆะทั้งระบบของการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดผลให้ตกเป็นโมฆะไว้ เช่น คำแจ้งความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของเจ้าสำนักโรงแรมที่ปิดประกาศไว้ฝ่ายเดียว หรือ ข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งที่ดำเนินการฝ่ายเดียว ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ตกเป็นโมฆะ หรือในกรณีอื่นๆ ที่ศาลเคยมีคำพิพากษาว่าการยกเว้นความรับผิดนั้นไม่มีผลผูกพันอีกฝ่ายหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น คำขอเปิดบัญชีกระแสรายวันของธนาคารที่มีข้อยกเว้นความรับผิด ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 6280/2538 ตัดสินว่าธนาคารไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นนั้นได้ เป็นต้น อีกทั้งในเรื่องของการใช้กฎหมายนั้นยังอาจจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายใดมีความเฉพาะเจาะจงที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงนั้นยิ่งกว่ากัน ประกอบกับการตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด ดังนั้น หากตีความตามข้อ ข.2 นี้จะเป็นเรื่องพระราชบัญญัตินี้ไปชุบชีวิตให้การแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเหล่านั้นจากที่เป็นโมฆะ หรืออาจไม่มีผลผูกพันอยู่แล้ว กลับกลายเป็นเป็นมีผลใช้ได้ตามความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีไปได้ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งจะเป็นการที่เนื้อหาในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในส่วนของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้น มีพลังอำนาจมากเสียจนกระทั่งยกเลิกความเป็นโมฆะของการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งทั้งระบบซึ่งไม่น่าจะเป็นอย่างนั้นไปได้เลย

ด้วยความไม่ชัดเจนของถ้อยคำในพระราชบัญญัตินี้เอง เมื่อผู้เขียนได้สืบค้นไปยังเอกสารชั้นคณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พบว่า ได้เคยมีการหารือเกี่ยวกับถ้อยคำ “ซึ่งไม่เป็นโมฆะ” นี้ในการประชุมหลายวาระ โดยในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ฉบับก่อนๆ ก็ได้มีการเสนอให้ใช้คำว่า “แม้จะไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย” เพื่อที่จะได้ไม่ไปกระทบกับหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 150 หรือมาตรา 151) และกฎหมายเฉพาะอื่นๆ จะได้ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของมาตรานี้ แต่หากมีความรับผิดเกิดขึ้นแล้วจึงค่อยมาพิจารณาตามมาตรา 8 นี้ว่าการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นๆ ใช้บังคับได้หรือไม่ ดังนั้น จากความเป็นมาในชั้นร่างพระราชบัญญัตินี้อาจทำให้เข้าใจถ้อยคำที่มีอยู่ในตัวบทกฎหมายมาตรา 8 นี้มากขึ้น ซึ่งพิจารณาสรุปได้ว่า หากการยกเว้นความรับผิดใดที่เป็นโมฆะอยู่แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายเฉพาะอื่นๆ การยกเว้นความรับผิดเช่นนั้นจะ

ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ตามความหมายของข้อพิจารณาข้อ ข. 1 ข้างต้น

ค. ปัญหาผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่ "มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี"

หลักการที่ศาลมีอำนาจสั่งให้การแสดงเจตนา "มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี" ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ. 2540 เป็นหลักการใหม่ที่ไม่เคยมีปรากฏในประมวลแพ่งและพาณิชย์มาก่อน โดยพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดว่า "ข้อสัญญา"นั้นจะไม่มีผลบังคับเลย แต่กำหนดว่า การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดเช่นนั้น สามารถอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดได้ (คล้ายกับว่ามีผลสมบูรณ์) แต่ก็อาจจะถูกศาลเข้ามาตรวจสอบความเป็นธรรม แก้ไขข้อสัญญาให้มีผลตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีอันกล่าวได้ว่าเป็นผลบังคับของสัญญารูปแบบใหม่อีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่การตัดสินว่าข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ หรือโมฆียะหรือไม่มีผลผูกพันตามหลักการมีผลบังคับของสัญญาที่เคยมีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ศาลสามารถกำหนดให้การยกเว้นความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้บ้างแต่ไม่ถึงกับไม่มีผลบังคับไปทั้งหมด[9] อุปมาเปรียบเทียบว่าศาลอาจตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดระหว่าง 1 – 100 เปอร์เซ็นต์ของการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดที่แสดงเจตนาไว้แต่แรกได้

หากเปรียบเทียบผลทางกฎหมายของโมฆะกรรมกับเรื่องการใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น ผู้เขียนเห็นว่า มีผลทางกฎหมายแตกต่างกันราวฟ้ากับดิน การจะกล่าวว่า การแสดงเจตนานั้นๆ เป็นโมฆะ คือไม่สามารถอ้างได้เลยสักนิดเดียว ผลของการแสดงเจตนานั้นคือศูนย์แต่สำหรับผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น แม้ศาลจะเห็นว่าความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีที่ควรจะเป็นในคดีนั้นๆ ศาลจะบังคับให้ตามข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนั้นเพียง 1 เปอร์เซ็นต์ของความรับผิดที่เกิดขึ้นก็ตาม แต่นั่นมีผลทางกฎหมายแตกต่างโดยสิ้นเชิงกับความเป็นโมฆะกรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ในเมื่อหลักกฎหมายแพ่งของไทยก็มีหลักการที่ว่าด้วยความเป็นโมฆะแยกส่วน หากนำหลักโมฆะแยกส่วนนี้มาใช้กับการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ต้องการให้มีผลปฏิเสธความรับผิดทั้งหมดตามเจตนาของผู้แสดงแล้ว กรณีจะดูไม่ขัดกับนิติวิธีกฎหมายไทยมากกว่าการให้มีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเสียอีก

จากที่พิจารณาปัญหานี้ทั้งหมดที่กล่าวมานั้น ไม่มีนักกฎหมายท่านใดที่ปฏิเสธว่ามาตรา 8 วรรคสองนี้ไม่ครอบคลุมถึงการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้แสดงเจตนา ซึ่งก็ยังคงเป็นปัญหาน่าคิดว่าจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยวุ่นวายในสังคมเพียงใด ยิ่งไปกว่านั้นในตามมาตรา 8 วรรคสองนี้ยังยอมแม้กระทั่ง การกระทำฝ่ายเดียว เช่น การประกาศ การแจ้งความ ซึ่งไม่จำกัดว่าต้องเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก็ตามด้วยแล้ว กรณีอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม

[9] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 95.

เพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เป็นเรื่องที่ไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะกำหนดให้การแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในรูปแบบต่างๆ ในความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีแต่อย่างใดทั้งสิ้น

ง. เปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 2(2) แห่ง Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศอังกฤษ

จากที่ผู้เขียนได้พิจารณา Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศอังกฤษในบทที่ 4 แล้วนั้น พบว่าในมาตรา 2(2) แห่ง Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศอังกฤษกำหนดผลของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยให้ไม่มีผลใช้บังคับโดยสิ้นเชิง กับกรณีที่กำหนดผลให้ใช้บังคับได้ถ้าหากข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล ซึ่งถ้าไม่ผ่านการทดสอบดังกล่าว ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นก็จะไม่มีผลใช้บังคับได้เลยเช่นกัน ซึ่งไม่มีบทบัญญัติส่วนใดที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจเข้ามาพิจารณาปรับลดเนื้อหาของข้อสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเหมือนเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยแต่ประการใดเลย อีกทั้งในตัวบทมาตรา 2(2) นี้เองยังบ่งชัดว่ามาตรา 2(2) นี้ใช้กับกรณีที่เป็นความเสียหายอย่างอื่น (In the case of other loss or damage) เท่านั้น

อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยฉบับนี้ในเรื่องที่มีข้อกำหนดให้ศาลมีอำนาจเข้าไปพิจารณาในเนื้อหาของข้อสัญญากำหนดให้มีความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเป็นการกำหนดหลักการที่เกินเลยไปกว่ากฎหมายต่างประเทศที่เป็นแม่แบบของกฎหมายฉบับนี้เสียอีก ทั้งยังใช้ถ้อยคำที่เปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายตีความได้หลายนัยยะ ซึ่งบางนัยยะอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมยิ่งกว่าการไม่มีบทบัญญัตินี้เสียอีกด้วย

สรุปปัญหาการใช้การตีความมาตรา 8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นั้นครอบคลุมถึงการตรวจสอบการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายหรือไม่

จากปัญหาย่อยที่ได้พิจารณามาในข้อ 8 นี้ทั้งหมดตั้งแต่ข้อ ก. ถึงข้อ ง. ข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นสรุปรวมได้ว่า กรณีตามมาตรา 8 วรรคสองนี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงการที่ให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. เหตุผลว่าด้วยหลักของข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

จากการที่ได้ศึกษาความเป็นมาและเจตนารมณ์ของข้อสันนิษฐานความรับผิดและความรับผิดอย่างเคร่งครัด (strict liability) นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันล้วนแต่เป็นเรื่องที่ต้องเป็นไปอย่างเข้มงวดตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งกำหนดไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากความเสียหายนั้น แม้ผู้ที่ต้องรับผิดตามกฎหมายจะมิได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กล่าวคือไม่มี “ความผิด” ก็ไม่อาจใช้การแสดงเจตนาของตนเองมายกเว้นความรับผิดที่กฎหมายสันนิษฐานหรือความรับผิดอย่างเคร่งครัดได้อยู่แล้ว เว้นแต่เป็นเรื่องข้อสันนิษฐานความ

รับผิดในเรื่องกฎหมายสัญญาบางเรื่องที่ได้ศึกษามาแล้วว่ามีบทกฎหมายบัญญัติไว้อีกส่วนหนึ่ง ต่างหากที่ยอมให้เอกชนตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญาได้ ส่วนเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดในเรื่องละเมิด ไม่มีกฎหมายใดในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งที่บัญญัติไว้ชัดเจนเหมือนเรื่องสัญญาที่ยอมให้คู่กรณีตกลงยกเว้นความรับผิดกันไว้ล่วงหน้าได้ กรณีจึงไม่มีความจำเป็นและไม่สมควรที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องมาตรวจสอบปรับลดความเป็นธรรมในการแสดงเจตนาที่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแต่ประการใด

2. เหตุผลว่าด้วยหลักการบัญญัติกฎหมาย

หากกรณีเป็นไปตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สองในข้อ ก. ที่เห็นว่ามาตรา 8 วรรคสองเป็นเรื่องของการยกเว้นความรับผิดในทุกๆ สาเหตุของความเสียหาย และทุกๆ ประเภทของความเสียหายรวมถึงการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความรับผิดอย่างเคร่งครัด (Strict Liability) หรือความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายด้วยแล้ว กรณีย่อมไม่สมควรนำมาบัญญัติไว้ในวรรคสองของมาตรา 8 เพราะโดยหลักการบัญญัติกฎหมายนั้น ความในวรรคแรกจะเป็นบทหลัก และวรรคต่อๆ ไปที่ตามมามักจะเป็นบทยกเว้น หรือการขยายความข้อความในวรรคแรก แต่ในความเห็นของฝ่ายที่สองนั้นจะทำให้เข้าใจได้ว่า ความในวรรคสองของมาตรา 8 มีลักษณะการบังคับใช้ที่กว้างขวางและเป็นการทั่วไปมากกว่าความในวรรคแรก ซึ่งหากพิจารณาโดยหลักการบัญญัติกฎหมายและหลักการใช้การตีความในเรื่องนิติวิธี กรณีไม่น่าจะตีความไปไกลได้ถึงขนาดเช่นนั้น

3. เหตุผลว่าด้วยกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ

สำหรับ Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศอังกฤษ ที่เป็นกฎหมายแม่แบบที่ประเทศไทยนำมาเป็นตัวอย่างในการร่างกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ กำหนดเพียงเรื่องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อในความเสียหาย กล่าวคือ ความตาย การบาดเจ็บต่อร่างกายและอนามัยเท่านั้นที่ไม่ให้มีผลใช้บังคับได้เด็ดขาด ส่วนความเสียหายประเภทอื่นๆ นั้น จะตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดวามรับผิดนั้นได้ผ่านขั้นตอนการตรวจสอบทดสอบความสมเหตุสมผลเสียก่อนจึงจะมีผลใช้ได้ แต่หากศาลพิจารณาว่ากรณีการตกลงยกเว้นความรับผิดในความเสียหายนอกจากชีวิต ร่างกายและอนามัยนั้นไม่มีความสมเหตุสมผล การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นจะไม่มีผลใช้บังคับได้เลย อีกทั้ง Unfair Contract Terms Act ของประเทศอังกฤษก็ ไม่ยอมให้สิ่งที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับได้ครึ่งๆ กลางๆ กับทั้งมิได้ให้ศาลมีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปกำหนดความเป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาได้เหมือนเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยแต่ประการใดด้วย

4. เหตุผลความเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ. 2540 นี้มีเหตุผลเจตนารมณ์ในการประกาศ คือ เนื่องด้วยในปัจจุบันนี้สภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาก ทำ

ให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักเสรีภาพของบุคคลและความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนามากระทำการเอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าวนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากยอมให้การแสดงเจตนาไม่ว่าจะด้วยวิธีใดก็ตามมามีผลในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามข้อสันนิษฐานที่มีไว้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายแล้ว กรณีก็จะเป็นอันขัดต่อเจตนารมณ์อันดีของพระราชบัญญัตินี้ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

ด้วยเหตุผลดังได้กล่าวมาทั้งหมดผู้เขียนจึงเห็นว่า มาตรา 8 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีที่ให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีบุคคลใดเป็นผู้กระทำความเสียหายด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่มาตรา 8 วรรคสองนี้มีขอบข่ายเพียงการให้อำนาจศาลตรวจสอบการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบุคคลในความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่ใช่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะความรับผิดตามมูลละเมิดนั้น พระราชบัญญัตินี้มีผลควบคุมเฉพาะการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการกระทำละเมิดของตนเองกับความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (vicarious liability) เท่านั้น แต่พระราชบัญญัตินี้มิได้ควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์แต่ประการใด ดังนั้นการพิจารารณาประเด็นเรื่องการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายกรณีอื่นที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ จึงต้องกลับมาพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไป

ส่วนที่ 2 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

1. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญา

จากการศึกษาข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า ในเรื่องความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญาของทั้งสองประเทศมีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดอย่างเคร่งครัดโดยไม่สนใจ”ความผิด”ของผู้ต้องรับผิด ทั้งในส่วนของหลักกฎหมายหนี้ทั่วไป และในส่วนของเอกเทศสัญญาด้วย ดังจะได้เปรียบเทียบและวิเคราะห์เป็นประเด็นๆ ดังนี้

1.1 เปรียบเทียบการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในหลักกฎหมายหนี้ทั่วไป

ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันตามที่กล่าวมาในบทที่ 4 นั้นพบว่ามีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดอย่างเคร่งครัดของลูกหนี้ (Strict Liability) อันเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดบนฐานที่ต้องมีความผิด (Fault Based Liability) ซึ่งความรับผิดอย่างเคร่งครัดนี้ก็คือบทบัญญัติที่วางข้อสันนิษฐานความรับผิดของบุคคลโดยไม่สนใจความผิด (fault) ของลูกหนี้แต่ประการใด โดยในส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายหนี้ทั่วไปนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน กำหนดไว้ในมาตรา 278 ดังมีใจความว่า “ลูกหนี้ต้องมีความรับผิดในการกระทำความผิดของตัวแทนและบุคคลที่ตนใช้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ เหมือนกับเป็นความผิดของตนเอง แต่บทบัญญัติมาตรา 276 (3) ไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีนี้ด้วย” ดังนั้น ในบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันได้มีบทบัญญัติที่รองรับหลักการเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดของลูกหนี้โดยที่ไม่สนใจว่าลูกหนี้จะมีความผิดหรือไม่ในกฎหมายหนี้ทั่วไป ซึ่งลูกหนี้นั้นจะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติการชำระหนี้ของตัวแทนหรือบุคคลที่ปฏิบัติการแทนลูกหนี้เสมือนกับเป็นความผิดของตนนั่นเอง อย่างไรก็ดี ในส่วนท้ายของมาตรา 278 นั้นยังมีข้อความที่กำหนดว่า ไม่ให้นำเอาบทบัญญัติแห่งมาตรา 276 (3) มาใช้บังคับแห่งกรณีนี้ด้วย โดยมาตรา 276(3) กล่าวว่า “ลูกหนี้ไม่อาจปลดเปลื้องความรับผิดล่วงหน้าในความรับผิดที่เกิดโดยความจงใจได้” นั่นคือเป็นการบอกว่า การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในมาตรา 278 นั้น ลูกหนี้สามารถตกลงยกเว้นความรับผิดของตนตามที่กฎหมายสันนิษฐานให้ต้องรับผิดชอบในความผิดโดยจงใจของตัวแทนหรือบุคคลที่ตนใช้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้แทนตนไว้ล่วงหน้าได้ แต่มาตรา 276 (3) นี้กำหนดไว้เพียงว่า “จงใจ” แต่ไม่ได้กล่าวถึง “ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ด้วยแต่ประการใด แต่กระนั้นก็ดีอาจพิจารณาได้ว่า แม้การตกลงยกเว้นความรับผิดในความผิดของตัวแทนโดยความจงใจยังสามารถให้ตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ได้ หากตีความตามหลักยิ่งต้องเป็นเช่นนั้นแล้ว ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาไม่ถึงขั้นร้ายแรงของตัวแทนหรือบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ให้ชำระหนี้แทนนั้น ลูกหนี้ก็น่าจะตกลงยกเว้นความรับผิดนั้นได้เช่นเดียวกัน

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยก็มีบทบัญญัติในทำนองนั้นเช่นเดียวกันดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 220 ว่า “ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนแห่งตนกับทั้งของบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้นั้นโดยขนาดเสมอกับว่าเป็นความผิดของตนเองฉะนั้น แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนี้ด้วยไม่” ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ” จะพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ก็เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้และลูกหนี้แสดงเจตนากันตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ที่กฎหมายได้สันนิษฐานความรับผิดไว้แก่ลูกหนี้ในอันต้องรับผิดชอบในการกระทำความผิดของตัวแทนหรือบุคคลที่ตนใช้ในชำระหนี้แทนได้ ทั้งนี้ แม้ว่าตัวแทนหรือบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้แทนนั้นจะกระทำความผิดต่อเจ้าหนี้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ตาม หากมีการตกลงยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้าระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เช่นนั้นแล้ว ลูกหนี้ก็ไม่ต้องรับผิดชอบตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายมาตรา 220 ยิ่งไปกว่านั้น ลูกหนี้ยังอาจตกลงกับเจ้าหนี้ไว้ล่วงหน้าในการ

ยกเว้นความรับผิดในความผิดของตัวแทนหรือบุคคลที่ตนใช้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้แทนได้ แม้กระทั่งเป็นความผิดในความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาของตัวแทนหรือบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ให้ชำระหนี้แทนก็ยังตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ได้เช่นเดียวกัน

สำหรับประเด็นปัญหาการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานในส่วนของกฎหมายหนี้ทั่วไปที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดจากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะพบว่ามีความคล้ายคลึงกัน นั่นคือลูกหนี้สามารถแสดงเจตนาตกลงกับเจ้าหนี้ไว้ล่วงหน้าว่าจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายในส่วนของมูลหนี้สัญญาทั่วไปได้ ไม่ว่าตัวแทนหรือบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ให้ชำระหนี้แทนนั้นมีความผิดไม่ว่าโดยจงใจ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือประมาทเลินเล่อธรรมดาต่อเจ้าหนี้นั้นก็ตาม

1.2 เปรียบเทียบการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานความรับผิดในเอกเทศสัญญา

จากการที่ได้ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันในขอบเขตของเอกเทศสัญญาเรื่องซื้อขายนั้น พบว่า ในบทบัญญัติลักษณะซื้อขายได้มีการกำหนดความรับผิดในบางสถานการณ์ที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบหากเกิดความชำรุดบกพร่องในคุณภาพหรือบกพร่องในเรื่องกรรมสิทธิ์ของทรัพย์ที่ซื้อขายในมาตรา 434 และมาตรา 435 อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายได้วางข้อสันนิษฐานให้ผู้ขายต้องมีความรับผิดโดยมิพักต้องพิจารณาว่าผู้ขายมีความผิดต่อผู้ซื้อโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่แต่ประการใด เพียงแค่มีความเสียหายในความชำรุดบกพร่องในคุณภาพ หรือในกรรมสิทธิ์ของทรัพย์ที่ซื้อขายกัน กฎหมายก็กำหนดความรับผิดไว้แก่ผู้ขายให้ต้องมีความรับผิดเกิดขึ้นแล้ว

อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันในเรื่องซื้อขายก็ได้มีบทบัญญัติแยกอีกมาตราหนึ่งที่กำหนดไว้ในทำนองว่า ผู้ขายไม่อาจอ้างความตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสิทธิของผู้ซื้อเกี่ยวกับความบกพร่องที่เกิดจากการปกปิดโดยฉ้อฉลของผู้ขายหรือที่ผู้ขายได้รับรองถึงคุณภาพของทรัพย์นั้นไว้แล้ว โดยกำหนดไว้ในมาตรา 444 นั่นหมายความอีกนัยหนึ่งว่า ผู้ซื้อและผู้ขายอาจตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องใดๆ ทั้งในเรื่องคุณภาพและกรรมสิทธิ์ได้ ถ้าผู้ขายมิได้จงใจปกปิดความบกพร่องนั้นหรือไม่ได้ให้คำรับรองไว้ อันเป็นการบ่งแสดงว่าประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันยอมรับให้คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาล่วงหน้าเพื่อตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในส่วนของเอกเทศสัญญาซื้อขายตามที่กฎหมายกำหนดความรับผิดอย่างเคร่งครัดไว้กับผู้ขายได้ในกรณีที่ผู้ขายมิได้มีการกระทำให้เกิดความบกพร่องนั้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ส่วนในขอบเขตการศึกษาเอกเทศสัญญาลักษณะซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย พบว่า บทบัญญัติในเรื่องความรับผิดของผู้ขายเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในมาตรา 472 มาตรา 475 และมาตรา 479 นั้น กฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะที่

เป็นความรับผิดโดยไม่พิเคราะห์ถึงความผิดของผู้ขายและไม่ว่าผู้ขายนั้นจะทราบถึงความบกพร่องนั้นหรือไม่ก็ตาม อันกล่าวได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่วางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้แก่ผู้ขายในส่วนของเรื่องเอกเทศสัญญาลักษณะซื้อขายนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องซื้อขายจะพบว่ามีบทบัญญัติต่อมาอีกมาตราหนึ่งคือมาตรา 483 ที่กำหนดไว้ว่า “คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิก็ได้” อันเป็นการที่กฎหมายพยายามจะบอกว่าในเรื่องความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของผู้ขายที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในเรื่องความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้น มีมาตรา 483 บัญญัติรับรองให้คู่กรณีสามารถตกลงยกเว้นไม่นำบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้นๆ มาใช้บังคับกับสัญญาของตนได้ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ใช่การตกลงยกเว้นความรับผิดที่ผู้ขายไม่สุจริตหรือมีความผิดในผลของการอันผู้ขายได้กระทำไปเองหรือผลแห่งข้อความจริงอันผู้ขายได้รู้อยู่และปกปิดเสียตามข้อจำกัดในมาตรา 485

เมื่อเปรียบเทียบในเรื่องเอกเทศสัญญาซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และประมวลกฎหมายแพ่งแห่งประเทศเยอรมัน จะพบว่าในเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดในเอกเทศสัญญาซื้อขายที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นพิจารณานั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้องไปในทางเดียวกัน กล่าวคือในเรื่องซื้อขายจะมีบทบัญญัติส่วนหนึ่งที่กำหนดความรับผิดโดยไม่สนใจความผิดของผู้ขาย ซึ่งเป็นความรับผิดที่กฎหมายวางไว้ในด้านของผู้ขายให้ผู้ขายต้องมีความรับผิดในทันทีที่เกิดเหตุการณ์ตามที่กฎหมายแต่ละมาตรานั้นกำหนดไว้ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นการกำหนดผลให้บุคคลมีความรับผิดเพราะเหตุการณ์นั้นๆ ได้เกิดขึ้นตรงตามองค์ประกอบส่วนเหตุนั้นเอง ดังนั้นผลบังคับของข้อสันนิษฐานความรับผิดในบทบัญญัติของกฎหมาย จึงกำหนดให้บุคคลต้องมีความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดทันทีโดยไม่อาจสืบพิสูจน์แก้ตัวว่าตนสุจริต หรือ ไม่ได้จงใจ หรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายนั้นๆ ขึ้นมา อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นมาเพื่อให้ผู้ซื้อได้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ ผู้ซื้อชำระราคาเพื่อความประสงค์ที่จะได้มาซึ่งทรัพย์ที่ปราศจากความชำรุดบกพร่องใช้การได้ตามความมุ่งหมายแห่งสัญญาอีกทั้งจะต้องได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ซื้อขายนั้นโดยบริบูรณ์อีกด้วย

อย่างไรก็ดี ทั้งประเทศไทยและประเทศเยอรมันยังได้มีบทบัญญัติอีกส่วนหนึ่งที่ระบุในทำนองที่ว่าคู่สัญญาซื้อขายสามารถตกลงยกเว้นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดในเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิได้อันเป็นกรณีที่กฎหมายต้องการจะบอกว่า แม้ว่ากฎหมายจะวางข้อสันนิษฐานความรับผิดของผู้ขายไว้แล้วก็ตาม แต่กฎหมายยอมให้คู่สัญญามาตกลงกันล่วงหน้าว่าจะไม่นำบทบัญญัติเหล่านั้นมาใช้ในสัญญาของตนได้ โดยกฎหมายมองว่าในเบื้องแรกกฎหมายได้เข้ามาคุ้มครองผู้ซื้อซึ่งอาจไม่สามารถพบเห็นความชำรุดบกพร่องหรือรู้ถึงการรอนสิทธิได้ในขณะเวลาที่ซื้อขาย แต่ถ้าหากผู้ซื้อนั้นไม่ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในเรื่องนี้แล้ว กฎหมายก็ยอมให้มีการตกลงยกเว้นไม่นำเอาความคุ้มครองในเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิมาใช้ในสัญญาของตนได้ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายจะยอมไม่ได้เลยถ้ามีเรื่องความไม่สุจริตของผู้ขายเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงจำกัดกรอบในการตกลงยกเว้นบทสันนิษฐานของกฎหมายไว้อีกชั้นหนึ่งว่า คู่สัญญาจะตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ขายกรณีที่ผู้ขายได้กระทำไปเองหรือผลแห่งข้อความจริงอันผู้ขายได้รู้อยู่และปกปิดเสีย ซึ่งไม่อาจตกลงยกเว้นความรับผิดนี้ได้เลย

1.3. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญา

ในประเด็นเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานในส่วนของกฎหมายสัญญานั้น จากการศึกษาพบว่าทั้งในประเทศไทยและประเทศเยอรมัน ได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนแยกเป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหากว่าคู่กรณีสามารถตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานในเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ และพบว่าหากในเรื่องสัญญามีกฎหมายที่วางข้อสันนิษฐานความรับผิดโดยปราศจากความผิดของคู่สัญญานั้นไว้ ก็มักจะพบบทกฎหมายอีกบทหนึ่งที่กำหนดเรื่องการตกลงยกเว้นไม่นำเอาข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายมาใช้บังคับได้ด้วยเสมอ ซึ่งอาจเป็นการสื่อแสดงว่าบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดในเรื่องสัญญานั้นเป็นบทบัญญัติที่ไม่บังคับ (Jus Dispositivium) ซึ่งถ้าคู่กรณีไม่ตกลงกันเป็นอย่างอื่นตามที่บทบัญญัติกฎหมายอีกส่วนหนึ่งให้ตกลงเป็นอย่างอื่นได้ ก็ให้ใช้บทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายในเรื่องสัญญานั้นๆ ใช้บังคับไปตามนั้น และหากฝ่าฝืนข้อสันนิษฐานของกฎหมายเช่นนั้นก็ต้องมีความรับผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ การที่กฎหมายสัญญานั้นวางข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นไว้ก็เพราะว่าผู้บัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เพื่อประโยชน์ของคู่กรณี แต่ก็เปิดช่องไว้ให้หากคู่กรณีประสงค์ที่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่นโดยเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่เขามากกว่า กฎหมายก็ยอมให้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้[10] ซึ่งจากที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 นั้น อาจแบ่งแนวคิดในเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญาของประเทศไทยได้เป็นสองกลุ่มคือ

กลุ่มที่ 1 : กฎหมายที่กำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดในเรื่องสัญญาไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงตกลงยกเว้นได้ ตามมาตรา 151 ประกอบกับมาตราที่กำหนดให้คู่สัญญาตกลงไม่นำบทบัญญัติข้อสันนิษฐานนั้นมาใช้บังคับ เช่น มาตรา 483 เป็นต้น

กลุ่มที่ 2 : ข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายสัญญา โดยตัวของมันเองเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงจำเป็นต้องมีอีกบทบัญญัติส่วนหนึ่งที่กล่าวไว้โดยเฉพาะว่าให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันไม่นำบทบัญญัติข้อสันนิษฐานนั้นมาใช้บังคับได้ คู่สัญญาจึงจะสามารถตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญาได้

สำหรับทัศนะของผู้เขียน จากที่ได้ศึกษาถึงประวัติศาสตร์ แนวคิดความเป็นมาของข้อสันนิษฐานความรับผิดหรือความรับผิดอย่างเคร่งครัดตั้งแต่ในอดีตเรื่อยมา ผู้เขียนพบว่า ข้อสันนิษฐานความรับผิดล้วนกำหนดขึ้นมาเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ต้องเสียหายโดยหากพิจารณาในแง่มุมของเรื่องสัญญา ข้อสันนิษฐานความรับผิดที่กฎหมายกำหนดมักจะเป็นเรื่องที่ค่อนข้างเป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิตามสัญญาที่บุคคลผู้ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองจะพึงได้จากข้อสัญญานั้น เช่นในบทบัญญัติเรื่องหนี้ทั่วไป ที่กฎหมายวางข้อสันนิษฐานความรับผิดของลูกหนี้ในความผิดตัวแทนหรือ

---

[10] หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป,พิมพ์ครั้งที่ 18(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 72.

บุคคลที่ลูกหนี้ใช้ให้ปฏิบัติการชำระหนี้แทนตน หรือในบทบัญญัติเรื่องความรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ ซึ่งสัญญาซื้อขายนั้น ผู้ซื้อย่อมประสงค์ที่จะได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์และอำนาจในการใช้สอยทรัพย์นั้นอย่างบริบูรณ์ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ขายหรือลูกหนี้ต้องรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายโดยไม่สนใจว่าผู้ขายหรือลูกหนี้นั้นจะมีความผิดหรือไม่แต่ประการใดอันเรียกได้ว่าเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัดในสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด

อีกทั้ง การที่ได้ศึกษามาในบทที่ 3 ว่าข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญาเป็นบทกฎหมายที่กำหนดความรับผิดของคู่สัญญาตามกฎหมายโดยแท้ ซึ่งไม่ได้สนใจว่าคู่สัญญาฝ่ายที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดนั้น จะได้กระทำ “ความผิด” โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ เช่น ข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญาเรื่องความรับผิดของผู้ขายในการรอนสิทธิหรือทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นชำรุดบกพร่องตามมาตรา 472 มาตรา 475 และมาตรา 479 เป็นต้น คู่สัญญาฝ่ายที่กฎหมายกำหนดความรับผิดไว้เช่นนี้จะต้องรับผิดเสมอเมื่อเกิดสถานการณ์ตามองค์ประกอบของกฎหมายซึ่งไม่มีองค์ประกอบเรื่องความผิดแต่อย่างใด เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ หรือมีการตกลงยกเว้นความรับผิดตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติอนุญาตให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดนั้นได้ เช่น ในมาตรา 483 หรือที่ในมาตรา 220 กำหนดไว้ไม่ให้นำเอามาตรา 373 มาใช้บังคับ

สำหรับประเด็นนี้นั้น ผู้เขียนได้เคยตั้งข้อสังเกตไว้ว่า เหตุใดกฎหมายในเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดตามสัญญาทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย และประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่กำหนดไว้ในทำนองที่ยอมให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญากันได้อีก ทั้งที่กฎหมายไทยและกฎหมายของประเทศเยอรมันต่างก็ยอมรับหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยเช่นกัน การตกลงกันให้แตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องสัญญานั้น หากไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความตกลงนั้นก็ย่อมใช้ได้อยู่แล้ว จึงมีความจำเป็นอะไรที่จะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายอีกโสดหนึ่งที่บอกว่า การตกลงให้แตกต่างจากข้อสันนิษฐานของกฎหมายสามารถทำได้ เป็นไปได้หรือไม่ว่าบทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นมีอะไรที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญาบทอื่นๆ

พิเคราะห์ได้ว่า โดยที่ความรับผิดที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ในบทบัญญัติเรื่องสัญญานั้น เกิดขึ้นมาสืบเนื่องพร้อมกันกับการที่สัญญานั้นได้เกิดขึ้น อันกล่าวได้ว่า บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานความรับผิดตามสัญญาจะใช้บังคับกับคู่สัญญาได้ก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์ทางสัญญานั้นเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งตัวสัญญาที่เกิดขึ้นนี้ก็มีฐานที่มาอันเกิดจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) และหลักอำนาจอิสระของเอกชนในการกำหนดสิทธิหน้าที่หรือความผูกพันระหว่างกันตามหลักความสมัครใจของตนเอง (private autonomy) ด้วยเหตุนี้คู่สัญญาจึงอาจอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเองในการแสดงเจตนาตกลงยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไว้โดยตกลงกันว่าจะไม่นำเอาหลักความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายมาใช้กับสัญญาระหว่างคู่สัญญากันเองโดยอาจกำหนดให้เป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งก็เป็นได้

หากกล่าวว่าหลักเสรีภาพและหลักอำนาจอิสระของเอกชนที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้นเพียงพอที่จะค้ำยันเจตนาของคู่กรณีที่จะตกลงยินยอมให้คู่สัญญายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญาได้แล้วนั้น กรณีก็อาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติตามมาอีกว่าคู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นไม่นำเอาบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดในเรื่องสัญญามาใช้บังคับแต่ประการใด เช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีมาตรา 483 และมาตรา 220 ส่วนท้ายที่ไม่ให้นำมาตรา 373 มาใช้บังคับ และทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมีมาตรา 444 และมาตรา 278 ที่ไม่ให้นำเอามาตรา 276 (3) มาใช้บังคับ เป็นต้น ซึ่งจากที่ได้ศึกษามานั้น ผู้เขียนไม่คิดว่าบทบัญญัติที่ยอมให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญาเป็นเพียงสิ่งที่ยืนยันหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเท่านั้น แต่อาจมีนัยยะสำคัญมากกว่านั้น

กล่าวคือ ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติที่กำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายในเรื่องสัญญานั้น โดยตัวของมันเองเป็นบทกฎหมายที่คู่สัญญาไม่อาจอาศัยเสรีภาพในการทำสัญญามายกเว้นได้ โดยเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนทั้งนี้เพราะเป็นบทบัญญัติที่สร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้บรรลุถึงซึ่งวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญา มิใช่เป็นเพียงบทบัญญัติที่กะเก็งเจตนารมณ์ของคู่สัญญาตามกฎหมายสัญญามาตราทั่วไป เช่น ในสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อก็ควรจะต้องได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและไม่ชำรุดบกพร่องจนถึงขนาด เป็นต้น จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่แสดงอยู่ในทีว่า แม้ว่าข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายนั้นจะเป็นบทกฎหมายบังคับตายตัว(jus cogens) ก็ตาม แต่ด้วยอำนาจแห่งบทกฎหมายอีกบทหนึ่งที่ยกเว้นบทสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายโดยยอมให้คู่สัญญาแสดงเจตนายกเว้นข้อสันนิษฐานของกฎหมายได้นี้ ทำให้บทกฎหมายที่เดิมอาจเป็นบทกฎหมายบังคับตายตัวนั้น คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นได้ด้วยอำนาจแห่งบทกฎหมายยกเว้นนี้ มิใช่ด้วยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ผู้เขียนพบว่า บทบัญญัติ (อาทิ มาตรา 483) ที่กำหนดว่าคู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานได้นั้น เป็นเพียงการที่จะบอกว่ากฎหมาย<u>ให้ถือว่า</u> ข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นๆ ไม่ใช่บทกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนคู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นได้ ตามมาตรา 151 ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดว่าคู่สัญญาสามารถตกลงกันยกเว้นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น บทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญาอาจจะกลับกลายเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีที่คู่สัญญาจะตกลงยกเว้นไม่ได้ ก็เป็นได้

ดังนั้นผู้เขียนขอสรุปมุมมองของผู้เขียนในประเด็นปัญหานี้ว่า โดยเนื้อแท้แล้วผู้เขียนเห็นว่า บทกฎหมายที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดทางสัญญาเป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเอกชนจะตกลงยินยอมระหว่างกันให้เป็นอย่างอื่นแตกต่างจากข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นไม่ได้ แต่เพราะในกฎหมายสัญญามักจะมีบทบัญญัติอีกบทหนึ่งที่กำหนดยกเว้นข้อสันนิษฐานความรับผิดทางกฎหมายสัญญานั้นโดยให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้ได้ อันส่งผลทำให้ข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญานั้นๆ ไม่เป็นบท

กฎหมายบังคับตายตัวคือไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[11] แต่กรณีก็เป็นที่น่าพิจารณาว่า ในบางเรื่องนั้นกฎหมายจะยังคงควรเปิดช่องไว้ให้มีการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญานั้นอยู่หรือไม่ เพราะในปัจจุบันนี้การดำเนินธุรกิจหรือกิจการใดๆ ตัวลูกหนี้เองมักจะมิได้เป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้นด้วยตัวเองแต่จะมีตัวแทนหรือพนักงานของตนเป็นผู้ดำเนินการชำระหนี้นั้น กรณีจึงควรมีการพิจารณาปรับเปลี่ยนหลักการยกเว้นความรับผิดในความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนของลูกหนี้หรือบุคคลที่ลูกหนี้ใช้ในการชำระหนี้นั้นให้เสมือนกับว่าเป็นความผิดของตัวเองเช่นเดียวกันด้วย กรณีจึงอาจต้องมีการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขโดยตัดทอนข้อความส่วนท้ายของมาตรา 220 โดยไม่ต้องมีมาตรา 373 มาเป็นข้อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญาในส่วนนี้แต่ประการใด

2. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายละเมิด

จากการศึกษากฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันพบว่าเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือที่เรียกว่าความรับผิดอย่างเคร่งครัดในเรื่องความเสียหายเพื่อละเมิดส่วนมากจะบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะ แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งก็ยังสามารถพบหลักความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากสัตว์หรือความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของบุคคลโดยปราศจากความผิดไว้ในมาตรา 833 มาตรา 834 และมาตรา 836 – 838 เป็นต้น ซึ่งบุคคลที่กฎหมายได้วางข้อสันนิษฐานความรับผิดจะปลดเปลื้องความรับผิดของตนได้ ก็ด้วยการพิสูจน์ตัวเองให้พ้นจากความรับผิดตามข้อยกเว้นที่กฎหมายมาตรานั้นๆ บัญญัติเปิดช่องไว้เท่านั้น ซึ่งแต่ละมาตราก็ไม่ปรากฏว่าจะมีมาตราใดที่ยอมให้คู่กรณีสามารถตกลงยกเว้นความรับผิดไว้ล่วงหน้าได้เลย อันเป็นประเด็นที่แตกต่างจากบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายในเรื่องสัญญาของประเทศเยอรมันดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

แต่จากการที่ผู้เขียนได้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ไปสอบถามกับท่าน Prof. Dr. Christian Armbrüster แห่งมหาวิทยาลัย Freie Universität Berlin ประเทศเยอรมัน ท่านได้กล่าวในประเด็นเรื่องการตกลงยกเว้นความรับผิดในประเทศเยอรมัน ว่า “กล่าวโดยทั่วไปแล้ว ถ้าหากไม่ใช่เรื่องการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากความจงใจแล้ว สามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทั้งสัญญาและละเมิดได้สำหรับทุกประเภทของความผิด โดยการทำความตกลงกันระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเองตามมาตรา 276 (3)[12] แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่า ความรับผิดอย่างเคร่งครัดหรือข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับอะไร เช่น กฎหมายว่าด้วยความรับผิดในผลิตภัณฑ์ ก็ไม่สามารถยกเว้นได้”[13] ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่า ท่าน Prof. Dr. Christian Armbrüster น่าจะหมายความว่า หากข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ไม่อาจตกลงยกเว้นให้แตกต่างจากข้อ

---

[11] สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป,พิมพ์ครั้งที่ 18(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 128.

[12] German Civil Code § 276 (3) The obligor may not be released in advance from liability for intention.

[13] Interview with Christian Armbrüster, Univ.-Prof. Dr., Freie Universität Berlin, 11 February 2013.

สันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายนั้นได้ สอดคล้องกับคำกล่าวของท่านอาจารย์ ดร.รองพล เจริญพันธ์เกี่ยวกับการตกลงยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดของประเทศเยอรมันว่า “ในความรับผิดเพื่อละเมิดทั่วไปได้ขึ้นอยู่กับความผิดคือจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (fault) ของจำเลยแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังขึ้นกับว่าการกระทำนั้นเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ (unlawful) ซึ่งหลักผิดกฎหมาย (Principle of Unlawfulness) นี้เองที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีทำนิติกรรมยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดกันได้” โดยผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดลักษณะอื่นที่ไม่ใช่บทบัญญัติเรื่องละเมิดทั่วไปเช่น ความรับผิดเพื่อละเมิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย หากเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (public policy) แล้ว ก็ไม่อาจทำนิติกรรมตกลงกันยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดตามข้อสันนิษฐานความรับผิดนี้ได้ ตามมาตรา 138(1)[14] แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งในบทที่ 4 ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วว่ามีนักกฎหมายกล่าวถึงความรับผิดอย่างเคร่งครัดของประเทศเยอรมันว่าความรับผิดเหล่านั้นล้วนแต่ไม่อาจอาศัยความตกลงในการยกเว้นความรับผิดได้เลย มีแต่การอ้างเหตุสุดวิสัยที่พอจะช่วยให้ผู้ต้องรับผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นหลุดพ้นจากความรับผิดได้

ในเรื่องการตกลงกันล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดในเรื่องละเมิดนั้น จากการศึกษารายละเอียดของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันนั้น ผู้เขียนกลับพบว่า ประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนียซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ตระกูลกฎหมายเยอรมัน (Germanic Legal Family) นั้น มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหนี้ ค.ศ. 2002 (Law of Obligation Act 2002) ในบททั่วไปในกฎหมายลักษณะละเมิดว่า “ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายหรือเกิดจากความจงใจ ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ”[15] แต่จากการที่ผู้เขียนได้พิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันไม่พบว่ามีบทบัญญัติที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับประเทศเอสโตเนีย ประกอบกับได้รับคำยืนยันจากอาจารย์ Age Värv แห่งมหาวิทยาลัย Tartu ประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนีย[16] ด้วยว่าบทบัญญัติมาตรานี้ไม่ปรากฏแน่ชัดว่ามีที่มาจากประเทศอะไรแต่แน่นอนว่าไม่ใช่มาจากประเทศเยอรมัน เพราะในประเทศเยอรมันมีแต่บทบัญญัติในเรื่องหนี้ทั่วไปในมาตรา 276(3) และหลักการชำระหนี้อย่างสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนียได้นำหลักการนั้นมาเป็นต้นแบบในเรื่องบทบัญญัติห้ามตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ในมูลหนี้ทั่วไป มิใช่มูลหนี้ละเมิดนี้แต่ประการใด ประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนียจึงกำหนดไว้อย่างชัดเจนเลยว่า การตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้เป็นการล่วงหน้าในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย (unlawfull) การตกลงนั้นตกเป็นโมฆะ

การที่ประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนียบัญญัติมาตรา 1051 อันเป็นการแตกต่างกับกฎหมายละเมิดของประเทศต้นแบบคือประเทศเยอรมัน[17] อาจมีสาเหตุมาจากประเทศสาธารณรัฐ

---

[14] German Civil Code § 138 (1) A legal transaction which is contrary to public policy is void.

[15] Estonian Law of Obligation Act § 1051 “An agreement which precludes or restricts liability for damage caused unlawfully or intentionally is void.”

[16] Interview with Age Värv, Lecturer of Civil Law, University of Tartu, 10 February 2013.

[17] Janno Lahe, Fault in the Three-stage Structure of the General Element of Tort.[online], 5 February 2013. Available from: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2007_1_152.pdf, p. 152.

เอสโตเนียเคยเป็นส่วนหนึ่งของเครือสหภาพโซเวียตอาจได้รับอิทธิพลมาจากสภาพสังคมแบบรวมอำนาจเผด็จการ (Totalitarian State) หรือสังคมที่มีพื้นฐานทางเศรษฐกิจในแนวทางที่จะเป็นแบบมาร์กซิสต์เช่นในประเทศโซเวียตรัสเซียจึงมีแนวคิดว่าบทบัญญัติเรื่องละเมิดนั้นเป็นบทกฎหมายเคร่งครัด (Jus Cogens) ที่อาจถูกมองว่าเป็นการริดรอนเสรีภาพของประชาชนจนเกินขอบเขตมากเกินไป[18] อันแตกต่างจากมุมมองของประเทศเยอรมันที่มีต่อกฎหมายละเมิด ดังคำกล่าวของท่านอาจารย์ ดร.รองพล เจริญพันธ์ และคณาจารย์ของประเทศเยอรมัน และประเทศเอสโตเนีย ที่ต่างเห็นว่าโดยทั่วไปนั้น กฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันยอมให้ตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในเรื่องสัญญาและละเมิดได้ แต่ข้อตกลงไม่รับผิดนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักสุจริตและนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ซึ่งในหนังสือของท่าน Raymond Young ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนเลยว่า บุคคลไม่อาจอาศัยความตกลง (agreement) เพื่อยกเว้นความรับผิดอย่างเคร่งครัดได้ (strict liability)

สำหรับหลักการของความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องละเมิดต่อความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ที่กำหนดความรับผิดของบุคคลไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ก็ไม่ได้มีหลักการที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันแต่ประการใด โดยประเทศไทยก็มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องละเมิด ดังที่ได้ศึกษาความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์ในมาตรา มาตรา 433 มาตรา 434 มาตรา 436 และมาตรา 437 อันเป็นบทบัญญัติที่วางข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้แก่บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสัตว์หรือทรัพย์ที่เป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหาย โดยไม่สนใจว่าบุคคลผู้ต้องรับผิดนั้นมีความผิดหรือไม่ ซึ่งแต่ละมาตรานั้น หากกฎหมายประสงค์จะให้บุคคลนั้นปลดเปลื้องความรับผิดได้ด้วยประการใด กฎหมายก็จะกำหนดข้อยกเว้นให้บุคคลเหล่านั้นพิสูจน์เพื่อให้ตนหลุดพ้นความรับผิดตามข้อยกเว้นของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไว้ โดยบุคคลเหล่านั้นจะพิสูจน์ว่าตนไม่ได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ไม่อาจทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้นไปได้ เพราะบทบัญญัติตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้นไม่ต้องการความผิดของจำเลยเป็นองค์ประกอบของความรับผิดอยู่แล้ว ซึ่งในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ผู้เขียนไม่พบว่ามีมาตราใดที่เปิดโอกาสให้มีการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานนี้ได้ เหมือนเช่นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในมูลหนี้สัญญาแต่ประการใด

ในการพิจารณาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานความรับผิดเพื่อละเมิดไว้เป็นการล่วงหน้านี้ผู้เขียนขอตั้งต้นที่หลักทั่วไปในเรื่องละเมิดในมาตรา 420 ท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตรเคยกล่าวว่าข้อสัญญาไม่รับผิดทางละเมิดทั่วไปโดยมิได้เฉพาะเจาะจงในเรื่องข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น เป็นปัญหาโต้เถียงกันมานานแล้วว่าจะมีผลใช้บังคับหรือไม่[19] ซึ่งก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้นอาจพิจารณาได้ว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 มิใช่กฎหมายอัน

---

[18] รองพล เจริญพันธุ์, “การใช้หลัก Volenti non fie injuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด,” วารสารนิติศาสตร์ 9 (ธันวาคม 2520): 95.

[19] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด,พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2553), หน้า 46.

เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่สามารถแสดงเจตนายกเว้นได้รวมทั้งยินยอมให้บุคคลอื่นทำละเมิดได้ด้วย นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายบางท่าน[20] กล่าวไว้อย่างชัดเจนถึงความรับผิดเพื่อละเมิดในมาตรา 420 ของประเทศไทยที่ได้รับมาจากมาตรา 823 ว่ามาตรานี้มีแนวยึดเป็นหลักไว้ว่าเป็นกฎหมายไม่เคร่งครัดไม่บังคับตายตัว (ius dispositivum) เพราะองค์ประกอบในตัวบทกฎหมายส่อไว้เช่นนั้นโดยเฉพาะในตัวบทของมาตรา 823(1)[21] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายไทยนั้น ถือหลักว่าการกระทำของจำเลยต้องผิดกฎหมาย (unlawful) ซึ่งหลักผิดกฎหมายนี้เองที่เปิดช่องให้คู่กรณีทำนิติกรรมยกเว้นความรับผิดได้โดยเสรีเพราะถ้ามีนิติกรรมยกเว้นความรับผิดหรือมีจารีตประเพณียินยอมให้ทำได้แล้ว การกระทำของจำเลยก็ไม่ถือว่าเป็น “ผิดกฎหมาย”

แต่หากพิจารณาหลักการในเรื่องความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายดังที่ได้ศึกษามาแล้ว ประกอบกับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อันยาวนานของเรื่องความรับผิดโดยปราศจากความผิด ในมูลหนี้ความรับผิดในการกระทำที่คล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายโรมัน (obligations quasi ex delicto) จะพบว่าความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดเป็นความรับผิดโดยไม่สนใจความผิดของจำเลย ซึ่งเป็นการก้าวข้ามองค์ประกอบเรื่อง “ความผิด” ของจำเลย โดยกฎหมายวางความรับผิดไว้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมีสถานะตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีความรับผิดในทางละเมิดทันทีที่เกิดเหตุการณ์ความเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายมิได้สนใจถึง “ความผิด” คือการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบุคคลนั้นๆ แต่ประการใดเลย อันเป็นความรับผิดตามกฎหมายโดยแท้ หากบุคคลผู้ที่กฎหมายกำหนดความรับผิดไว้จะปลดเปลื้องความรับผิดนั้น ก็จะต้องพิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบของการหลุดพ้นจากความรับผิดตามบทบัญญัติกฎหมายที่เปิดช่องไว้ ซึ่งความรับผิดตามข้อสันนิษฐานในเรื่องละเมิดนี้จะแตกต่างจากเรื่องสัญญา เพราะในตัวบทกฎหมายในเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดในเรื่องละเมิดมิได้มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้มีการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามที่กฎหมายวางข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นไว้ได้ซึ่งไม่เหมือนกันกับเรื่องสัญญาที่ได้วิเคราะห์ไว้ในปัญหาข้างต้น โดยแนวความคิดของนักกฎหมายของและนักกฎหมายของประเทศเอสโตเนียที่ศึกษากฎหมายสัญญาและละเมิดของประเทศเยอรมัน มีหลักคิดเกี่ยวกับการตกลงยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดดังนี้

หลัก: โดยทั่วไป ถ้ามิใช่การตกลงยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากความจงใจ คู่กรณีสามารถทำความตกลงล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ทุกประเภทของความผิด ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดในเรื่องสัญญาหรือเรื่องละเมิดโดยใช้บทบัญญัติมาตรา 276(3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ที่เปิดช่องไว้ให้ทำได้

ข้อยกเว้น: ข้อสันนิษฐานความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นไม่อาจตกลงยกเว้นได้เพราะขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy)

---

[20] รองพล เจริญพันธุ์, “การใช้หลัก volenti non fit iniuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด,”: 90 – 92.

[21] § 823(1) “A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.”

สำหรับในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าการปรับใช้กฎหมายในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยสามารถปรับใช้ประเด็นปัญหาการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งแห่งประเทศเยอรมันได้เช่นกัน ทั้งนี้ ประเทศไทยก็มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงยกเว้นความรับผิดที่ไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ในมาตรา 373 ซึ่งเทียบเคียงกับมาตรา 276 (3) แห่งประมวลแพ่งของประเทศเยอรมันซึ่งนักกฎหมายไทยบางท่านกล่าวไว้ว่ามาตรา 373 นำมาใช้ได้ทั้งเรื่องละเมิดได้ด้วยเช่นกัน อีกทั้งประเทศไทยยังมีหลักขัดขวางการแสดงเจตนาที่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรา 151 เช่นเดียวกัน จึงมีประเด็นให้ต้องพิเคราะห์ว่าบทบัญญัติข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องละเมิดของประเทศไทยนั้น เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเหมือนดังแนวคิดของนักกฎหมายเยอรมันหรือไม่ สำหรับผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิด เป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. เหตุผลด้านประวัติศาสตร์

จากที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในบทที่ 2 ของความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายหรือความรับผิดอย่างเคร่งครัดในเรื่องละเมิดตั้งแต่ยุคประวัติศาสตร์เป็นต้นมา จะพบว่า บทกฎหมายที่วางความรับผิดไว้แก่บุคคลที่ไม่ได้กระทำให้เกิดความเสียหายนั้นโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อล้วนเป็นเรื่องที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นเสมือนระเบียบ หรือกฎข้อบังคับของสังคมที่กำหนดไว้เพื่อให้มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่ใกล้ชิดกับเหตุการณ์นั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ผู้เสียหายรับเคราะห์ที่ตนไม่ได้ก่อขึ้นได้รับการเยียวยาความเสียหายตามวัตถุประสงค์ของเรื่องนั้นๆ โดยความรับผิดประเภทนี้จะไม่สนใจเรื่องความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ที่ต้องรับผิด โดยแนวคิดนี้โดดเด่นมากในกฎหมายโรมันยุคคลาสสิค ในบ่อเกิดแห่งหนี้ที่เรียกว่า “หนี้ที่เกิดจากการกระทำคล้ายการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Obligationes quasi ex delicto)” ประกอบกับแนวคิดของรัฐสมัยใหม่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ทำให้เห็นภาพได้ชัดเจนว่าบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายมีความประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่เกิดขึ้นในสังคมโดยไม่สนใจว่าบุคคลผู้ต้องรับผิดนั้นจะได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้เกิดความเสียหายนั้นหรือไม่แต่ประการใด

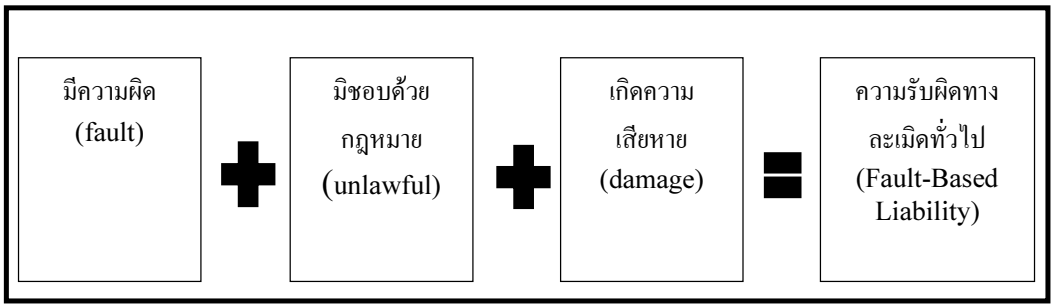
2. เหตุผลด้านความมุ่งหมายของบทบัญญัติ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยข้อสันนิษฐานความรับผิดหรืออาจเรียกว่าความรับผิดอย่างเคร่งครัดไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญญาหรือละเมิดก็ตาม จะพบหลักการร่วมกันว่า บทบัญญัติทั้งหลายเหล่านั้น กำหนดมาขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องละเมิด ที่ในบางครั้งอาจเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้เสียหายโดยที่เป็นเรื่องที่ยากที่จะหาผู้ที่ต้องรับผิดชอบโดยอาศัยหลักความรับผิดเพื่อละเมิดทั่วไปที่ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ถึงความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ที่ต้องรับผิด ซึ่งอาจจะเป็นไปไม่ได้เลย เพราะความเสียหายนั้นมิได้มีสาเหตุมาจากการกระทำของบุคคล หรือแม้จะเกิดจากการกระทำของบุคคลก็ตาม แต่ผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีความสามารถ

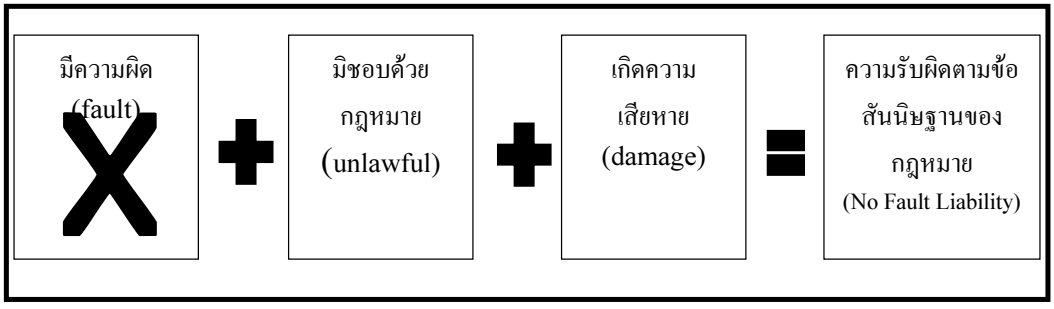
ในทางเศรษฐกิจเพียงพอที่จะชดใช้ความเสียหายแก่ผู้เสียหายได้ ความจำเป็นที่ต้องบัญญัติกฎหมายที่สันนิษฐานความรับผิดแก่บุคคลที่ไม่ได้มีส่วนในความเสียหายจึงเกิดขึ้นมาด้วยเหตุผลนี้ด้วยประการหนึ่ง โดยมุ่งหมายให้ผู้เสียหายได้รับความคุ้มครองว่าอย่างน้อยจะต้องมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายนั้นมากที่สุดมารับผิดชอบด้วย

3. เหตุผลด้านองค์ประกอบความรับผิด

โดยหลักความรับผิดทางแพ่งทั่วไป คือ บุคคลจะต้องรับผิดเมื่อมีความผิด (fault) อันมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (Fault Based Liability) โดยความรับผิดทางละเมิดจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และก่อให้เกิดความเสียหาย (damage) จึงจะมีความรับผิดทางละเมิดเกิดขึ้น ดังภาพ



แต่สำหรับหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด (No Fault Liability) อันเป็นความรับผิดอย่างเคร่งครัดหรือความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่กฎหมายกำหนดความรับผิดแก่บุคคลโดยที่ไม่สนใจถึงความผิดของบุคคลนั้น เป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดทางละเมิดทั่วไป โดยหากเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดทางละเมิดจะมีองค์ประกอบความรับผิด ดังภาพ



จากองค์ประกอบความรับผิดข้างต้นนั้นจะพบว่า หลักความรับผิดโดยมีความผิด (Fault-Based Liability) เป็นไปตามหลักกฎหมายธรรมชาติอยู่แล้วที่ว่าใครทำอะไรผิดก็ควรต้องเป็นผู้รับผิดชอบ แต่ทว่าในเรื่องบทบัญญัติความรับผิดโดยปราศจากความผิด (No Fault Liability) เป็น

เรื่องที่มีความสำคัญมากเป็นพิเศษที่กฎหมายกำหนดขึ้นโดยยกเว้นหลักกฎหมายธรรมชาติกรณีจึงเป็นรัฐประศาสนโยบาย (public policy) ที่ต้องการคุ้มครองผู้เสียหายเป็นสำคัญจึงกำหนดไว้ให้ความรับผิดในบางสถานการณ์ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความผิดในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก็ต้องมีบุคคลผู้ที่ต้องรับผิดในความเสียหายนั้นเป็นเบื้องต้นก่อน

4. เหตุผลของเรื่องการตีความบทกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดทั่วไป

ดังที่ได้กล่าวว่าความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดทางแพ่งทั่วไป ตามหลักการตีความกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นต้องตีความอย่างเคร่งครัด ดังนั้นหากจะยอมให้มีการตกลงยกเว้นข้อยกเว้นหลักทางความรับผิดทั่วไป จึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจใช้เจตนาของเอกชนมาทำลายหลักกฎหมายได้ จึงเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่สนับสนุนว่าความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ยิ่งไปกว่านั้น หากเปรียบเทียบกับบทบัญญัติความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญา ที่มักจะมีบทบัญญัติอีกส่วนหนึ่งที่เปิดช่องให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญานั้นได้ โดยมีเหตุผลของเรื่องคือในกฎหมายสัญญานั้น มีกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่าย แต่เมื่อคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ประสงค์ได้รับความคุ้มครองนี้แล้ว จะไปตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อยกเว้นความคุ้มครองของกฎหมาย กฎหมายก็ไม่ขัดข้อง จึงทำให้บทบัญญัติความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญา คู่กรณีสามารถตกลงยกเว้นได้ แต่สำหรับความรับผิดตามข้อสันนิษฐานทางละเมิด กลับไม่มีบทกฎหมายในลักษณะดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายไม่มุ่งประสงค์ให้มีการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานเรื่องละเมิดได้เลย

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมด ความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และรัฐประศาสนโยบาย (Public Policy) จึงไม่อาจตกลงให้แตกต่างจากบทบัญญัตินั้นได้ ความตกลงนั้นตกเป็นโมฆะตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นไปตามหลักการตีความของประเทศเยอรมันดังที่กล่าวมาข้างต้น สำหรับการแสดงเจตนาในรูปแบบอื่น เช่น การประกาศฝ่ายเดียว การแจ้งความ ซึ่งไม่มีผลผูกพันใดๆ ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว การแสดงเจตนาโดยไม่มีความตกลงร่วมกันระหว่างคู่กรณีในการยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายจึงไม่มีผลแต่ประการใด อีกทั้งยังเป็นเรื่องที่ขัดกับกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประเทศไทยอีกด้วย การใช้การตีความตามแนวทางของประเทศเยอรมัน ก็เป็นเรื่องที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยที่มีอยู่แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า อาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่บอกในทำนองว่า ความตกลงยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตกเป็นโมฆะเหมือนเช่นในตัวอย่างของกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนีย เพราะการบัญญัติไว้เช่นนั้นอาจจะทำให้เป็นการกำหนดที่เคร่งครัดจนเกินไป อีกทั้งความรับผิดทางละเมิดหลายๆ กรณีที่เกิดขึ้นก็ไม่ทราบก่อนแน่ชัดว่าจะทำความตกลงกับผู้ใดก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้น จึงควรปล่อยให้นักกฎหมายปรุงแต่งปรับใช้หลักการยกเว้นความรับผิดตามหลักกฎหมายที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็เป็นการเพียงพอในการอำนวยความยุติธรรมในสังคมแล้ว

ส่วนที่ 3 วิเคราะห์ปัญหานิติวิธีของระบบกฎหมายไทยในการใช้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ประกอบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นิติวิธี(Juristic Method) หรือวิธีทางกฎหมายมีความหมายถึง ความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนกล่าวคือทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรจารีตประเพณีคำพิพากษาหลักกฎหมายทั่วไปรวมตลอดจนวิธีคิดวิธีใช้วิธีตีความวิธีบัญญัติกฎหมายแม้จนกระทั่งวิธีสอนวิธีศึกษาและวิธีทำกฎหมายให้งอกงามหรือเปลี่ยนไปตามกาลเวลาโดยที่นิติวิธีเหล่านี้แทรกซึมคู่เคียงอยู่กับตัวกฎหมายโดยไม่จำต้องบัญญัติแม้ว่าในระบบซีวิลลอว์หรือระบบคอมมอนลอว์อาจมีกรณีที่เนื้อหาของกฎหมาย(Legal Content) มีลักษณะคล้ายกันบ้างแต่อย่างไรก็ตามด้วยประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการของแต่ละระบบกฎหมาย ที่มีความแตกต่างกันกฎหมายในแต่ละระบบจึงมีความแตกต่างกันในนิติวิธีและสำหรับระบบประมวลกฎหมายนั้นนิติวิธีนับเป็นสิ่งที่เป็นส่วนประกอบสำคัญในตัวเนื้อหาของกฎหมายด้วยเสมอซึ่งอาจเรียกได้ว่าระบบประมวลกฎหมายจะสมบูรณ์ทุกประการก็ต่อเมื่อใช้นิติวิธีที่ถูกต้องด้วย[22]

ในการพิจารณาประเด็นปัญหานิติวิธีการใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทยซึ่งถือเอากฎหมาย Unfair Contract Terms Act 1977 ของประเทศสหราชอาณาจักรเป็นต้นแบบนั้น เห็นควรต้องพิจารณาความแตกต่างของนิติวิธีตามทัศนคติของระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ คือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายของประเทศไทย คือระบบกฎหมายซีวิลลอว์เพื่อทราบความแตกต่างของแนวคิดของระบบกฎหมายอันนำไปสู่การพิจารณาประเด็นปัญหาของประเทศไทยต่อไป

นักกฎหมายคอมมอนลอว์จะเริ่มต้นค้นหากฎหมายที่จะนำมาปรับกับคดีจากประเด็นข้อเท็จจริงในคดีต่างๆ โดยยึดเอาจากบรรทัดฐานคำพิพากษาก่อนๆ หากไม่มีคำพิพากษาเคยตัดสินในประเด็นปัญหานั้นแล้ว จึงค่อยไปค้นหาจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากพิจารณาจากดังแผนภาพที่ไล่เรียงลำดับการพิจารณาตามบ่อเกิดของกฎหมายอังกฤษ ในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.2.3 จะเห็นได้ว่า ระบบการพิจารณาของประเทศอังกฤษต่อปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นจะมีกระบวนการขั้นตอนในการกลั่นกรองความมีผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นมากมายตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่จะต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลในอดีตที่ผ่านมาเสียก่อน หากการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นยังคงผ่านด่านการทดสอบของกฎหมายคอมมอนลอว์ให้มีผลใช้บังคับได้แล้ว ต่อจากนั้นจึงจะค่อยมาพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย Unfair Contract Terms Act เป็นลำดับสุดท้าย

---

[22] วิมาน กฤตพลวิมาน, นิติวิธีของระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์[ออนไลน์], 13 เมษายน 2556. แหล่งที่มา http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-15.pdf และโปรดอ่านใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิลลอว์และคอมมอนลอว์,พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551).

แต่สำหรับนักกฎหมายในประเทศซีวิลลอว์ เช่นประเทศไทย และประเทศเยอรมันมีทัศนคติที่ถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดที่สำคัญอันดับแรกโดยหากมีประเด็นปัญหาข้อพิพาทในทางกฎหมาย นักกฎหมายซีวิลลอว์จะต้องมาค้นหาตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับประเด็นข้อพิพาทนั้นโดยวิธีการตีความ และกฎหมายที่จะนำมาใช้มาตีความนั้น จะต้องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นระบบระเบียบและหลักเหตุผลที่แน่นอน ดังนั้นผู้พิพากษาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะไม่ทำตนเป็นผู้ออกกฎหมายเสียเอง ซึ่งศาลจะตีความอยู่ในกรอบหลักการและเหตุผลของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและหลักกฎหมายทั่วไป ด้วยเหตุที่ทัศนคติแนวความคิดของนักกฎหมายซีวิลลอว์เป็นเช่นนี้ จึงต้องยึดถือหลักเกณฑ์ตามตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ และหากมีตัวบทกฎหมายหลายฉบับที่มีเนื้อหาสาระในเรื่องทำนองเดียวกัน นักกฎหมายจะต้องพิจารณาเลือกใช้บทบัญญัติกฎหมายนั้นตามลำดับประเภทของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น ประเภทของกฎหมายที่เป็นบทหลักและกฎหมายที่เป็นบทยกเว้น หรือประเภทของบทกฎหมายทั่วไปและกฎหมายพิเศษ เป็นต้น โดยวิธีการปฏิบัติต่อตัวบทกฎหมายแต่ละประเภทในแง่ของกรอบในการตีความอย่างกว้างหรืออย่างแคบแตกต่างกันไปด้วย เช่น ถ้าบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายทั่วไปและบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายพิเศษใช้บังคับในเรื่องเดียวกันเวลาเดียวกัน ต้องนำบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นกฎหมายพิเศษมาใช้โดยไม่ใช้บทกฎหมายทั่วไป และหากบทบัญญัติสองฉบับที่เป็นบทบัญญัติประเภทเดียวกันข้อความเนื้อหาอย่างเดียวกันหรือขัดแย้งกัน ต้องถือหลักว่ากฎหมายที่บัญญัติภายหลังยกเลิกกฎหมายที่บัญญัติก่อน เป็นต้น

สำหรับประเด็นปัญหานิติวิธีของระบบกฎหมายไทยในการใช้การตีความเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น จึงต้องพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นบทบัญญัติกฎหมายพิเศษที่ต้องนำมาพิจารณาก่อนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายทั่วไป เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย ซึ่งหากไม่มีหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติไว้ในประเด็นตามปัญหา ก็ต้องหวนกลับมาพิจารณาผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไป

จากที่ได้ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในส่วนที่ 1 ของบทนี้ ในประเด็นของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น* จะพบว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องการ

---

* อย่างไรก็ดี อาจพิจารณาได้ว่า ที่แม้จะเป็นบทบัญญัติในระดับพระราชบัญญัติที่อาจถือได้ว่าเป็นบทกฎหมายพิเศษที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะก็ตาม แต่หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้จะพบว่า มาตราดังกล่าวอาจจะไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่มีข้อความที่ใช้บังคับจำกัดเฉพาะบุคคล หรือเฉพาะสถานที่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ทั้งสองบทมาตรานั้นไม่ได้ขมวดปมไว้ว่าให้ใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะบุคคล เช่น ใช้กับสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือใช้กับประเภทของสัญญาบางเรื่องเท่านั้น แต่ทั้งสองมาตรานั้นล้วนมีเนื้อหาที่บอกในลักษณะทั่วไปในเรื่องการตกลง การประกาศ การแจ้งความ หรือมีการให้ความยินยอมในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัญญาหรือละเมิดในความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งถือว่าเป็นบทกฎหมายทั่วไปที่พิเศษกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะจำกัดการใช้แค่การแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากความจงใจหรือ

แสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากข้อสันนิษฐานของกฎหมายแต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดไว้ในเรื่องที่เป็นการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเองหรือบุคคลอื่นที่ตนต้องรับผิดชอบโดยเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่ความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเป็นความรับผิดที่ไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อของบุคคลใด จึงไม่อยู่ในขอบข่ายการตรวจสอบการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนี้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 8 นี้ กรณีตามหลักนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์จึงจำเป็นต้องค้นหาตัวบทกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้แก่ประเด็นปัญหานี้ ซึ่งได้แก่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการวิเคราะห์ปัญหาในส่วนที่ 2 ของบทนี้ ในประเด็นของการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบว่าการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย หากไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ตกลงเป็นอื่นจากบทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมาย เช่น ข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญาบางประเภทที่มีกฎหมายอีกส่วนหนึ่งยอมให้คู่สัญญาตกลงเป็นอื่นได้ เป็นต้น การตกลงให้ผิดแผกแตกต่างข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้นตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 151 เพราะจากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดของกฎหมายเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยประชาชน ยิ่งไปกว่านั้น การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวรูปแบบอื่นอันไม่ใช่เรื่องของความตกลงของคู่กรณี เช่น การประกาศ การแจ้งความ หรือความยินยอมที่เป็นการกระทำฝ่ายเดียว โดยหลักก็ไม่มีผลใดๆ ในสายตาของกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้น การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายจึงไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลใด ซึ่งจากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศทั้งตัวแทนของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ผู้เขียนก็เชื่อว่า ผลสุดท้ายแห่งการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนี้ก็จะไม่แตกต่างกันกับกฎหมายไทย เพราะกฎหมายคือหลักแห่งความยุติธรรม เพียงแต่ต่างกันแค่นิติวิธีแนวคิดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นเอง

ประมาทเลินเล่อของบุคคล แต่เมื่อกรณีปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานนั้นไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติ ก็ต้องมาพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติทั่วไป

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน กำหนดขึ้นมาเพื่อเหตุผลในเรื่องของความสงบเรียบร้อยของสังคมและเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการปกป้องเยียวยา โดยไม่สนใจว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบุคคลผู้ที่ต้องรับผิดนั้นหรือไม่ก็ตาม ซึ่งอาจพิจารณาว่าเป็นบทกฎหมายเคร่งครัดเสมือนกับเป็นกฎข้อบังคับของสังคมที่เมื่อเกิดเหตุการณ์ความเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด อย่างน้อยจะต้องมีบุคคลที่ใกล้ชิดกับความเสียหายนั้นเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในเบื้องต้นไว้ก่อน

ข้อสันนิษฐานความรับผิดทางแพ่งมีทั้งที่เป็นเรื่องความรับผิดตามกฎหมายสัญญาและความรับผิดตามกฎหมายละเมิด ซึ่งทั้งสองมูลหนี้นั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายสัญญามักจะมีบทบัญญัติอีกบทหนึ่งที่แสดงไว้ให้คู่สัญญาตกลงยกเว้นไม่นำเอาบทกฎหมายที่สันนิษฐานความรับผิดนั้นมาใช้บังคับระหว่างกันก็ได้ อันส่งผลทำให้บทกฎหมายที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นกลายเป็นกฎหมายที่ไม่ได้เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างชัดเจน แต่ถ้าหากมีบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดตามสัญญามาตราใดที่ไม่มีกฎหมายอื่นที่กำหนดให้ตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานนั้นได้แล้วนั้น กรณีจะเป็นปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัตินั้นๆ เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่

ส่วนข้อสันนิษฐานความรับผิดตามกฎหมายละเมิดนั้น มีทั้งที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดในกรณีที่มีบุคคลอื่นเป็นผู้ก่อความเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (Vicarious Liability) และกรณีที่ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากตัวสัตว์ หรือทรัพย์ซึ่งไม่มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบุคคลเลย ทั้งนี้ สำหรับข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายละเมิดไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม ผู้เขียนไม่พบว่ามีตัวบทกฎหมายมาตราใดที่กำหนดในทำนองที่ว่าคู่กรณีสามารถตกลงยกเว้นไม่นำเอาบทบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นมาใช้บังคับกับตนได้เหมือนเช่นข้อสันนิษฐานความรับผิดในกฎหมายสัญญา ในการที่จะปฏิเสธความรับผิดเพื่อละเมิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น บุคคลผู้ที่ต้องรับผิดตามบทบัญญัตินั้นจะต้องพยายามพิสูจน์ตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายยอมให้อ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ซึ่งเป็นกรณีที่จำกัดไว้อย่างแคบมาก เช่น อ้างเหตุสุดวิสัย ความรับผิดของผู้เสียหาย หรืออ้างว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังป้องกันตามสมควรแล้วตามเหตุที่กฎหมายเปิดโอกาสให้พิสูจน์ได้เท่านั้น เป็นต้น จึงเกิดปัญหาว่าการแสดงเจตนาล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดนี้จะมีผลทางกฎหมายหรือไม่ อย่างไร ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงข้อห้ามของกฎหมายต่างๆ ในการควบคุมขัดขวางการแสดงเจตนาของเอกชน

สำหรับการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามกฎหมายของต่างประเทศนั้นในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะมีบทบัญญัติในส่วนของข้อสันนิษฐานความรับผิดทั้งในส่วนของสัญญาและละเมิดคล้ายคลึงกับของไทยมาก อีกทั้งยังเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งมีนิติวิธีที่ไม่แตกต่างกันเท่าใดนัก ผู้เขียนพบว่า ข้อสันนิษฐานความรับผิดในเรื่องสัญญาของประเทศเยอรมันก็มีการบัญญัติไว้อีกส่วนหนึ่งด้วยว่าคู่สัญญาอาจตกลงไม่นำเอาข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นมาใช้บังคับกันได้ ส่วนข้อสันนิษฐานความรับผิดทางละเมิดนั้นไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติไว้ในทำนองที่ให้ตกลงให้แตกต่างจากข้อสันนิษฐานความรับผิดนั้นได้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดี นักกฎหมายเยอรมันมองว่า โดยหลักทั่วไปแล้ว การตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ว่าจะเป็นเรื่องความรับผิดตามสัญญา หรือความรับผิดเพื่อละเมิด บุคคลสามารถตกลงกันได้ แต่จะต้องไม่ใช่การแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากความจงใจซึ่งไม่อาจทำได้ แต่สำหรับการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น กรณีอาจเป็นเรื่องที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) นักกฎหมายเยอรมันจึงมองว่าการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายหรือความรับผิดอย่างเคร่งครัดเป็นเรื่องที่ไม่อาจทำได้ นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่แก้ไขใหม่ในปี ค.ศ. 2002 มีการผนวกรวมเรื่องข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Business Terms) ไว้ในประมวลแพ่งด้วย ซึ่งจะมีการควบคุมสัญญามาตรฐานไม่ให้มีข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย ในการกระทำประมาทเลินเล่อของฝ่ายผู้ใช้ข้อสัญญา และไม่ให้มีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายแก่สิทธิอย่างอื่นในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยกำหนดผลให้ข้อสัญญามาตรฐานข้อนั้นๆ ไม่มีผลใช้บังคับโดยผลของกฎหมาย โดยที่ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาใช้ดุลพินิจวินิจฉัยในผลของข้อสัญญาเลย นอกจากนี้กฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องของข้อสัญญามาตรฐาน (Standard Business Terms) นี้ ยังมีการกำหนดหลักการพิจารณาการผนวกข้อสัญญาเข้าไว้ในสัญญาด้วย อันเป็นการกลั่นกรองการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวว่าอาจจะไม่ถือว่าถูกผนวกไว้ในสัญญามาตรฐานนั้นก็ได้

สำหรับหลักการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของประเทศสหราชอาณาจักรมีหลักการกลั่นกรองควบคุมไม่ให้การแสดงเจตนานั้นมีผลได้โดยง่าย เริ่มตั้งแต่การพิจารณาตามแนวคำพิพากษาในอดีตกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยศาลจะเทียบเคียงกับคำพิพากษาในคดีก่อนๆ ว่าการแสดงเจตนาเช่นนั้นได้ถูกผนวกไว้ในสัญญานั้นหรือไม่ โดยพิจารณาจากการลงลายมือชื่อยอมรับข้อสัญญานั้นในเอกสาร หรือพิจารณาจากลักษณะการประกาศแจ้งว่ามีความสมเหตุสมผลหรือไม่ หรือพิจารณาจากข้อสัญญาที่เคยปฏิบัติกันมาอย่างยาวนาน อีกทั้งศาลจะต้องตีความการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้แสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นให้น้อยที่สุด หากผ่านด่านการตีความเหล่านี้มาแล้ว ข้อสัญญานั้นยังคงมีอยู่ กรณีก็ต้องพิจารณาตามกฎหมายพิเศษที่ควบคุมการแสดงเจตนาซึ่งกฎหมายที่สำคัญก็คือ Unfair Contract Terms Act 1977 โดยกฎหมายนี้กำหนดผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อที่เกิดความเสียหายต่อชีวิต และการบาดเจ็บแก่กายนั้นการแสดงเจตนานั้นไม่อาจยกขึ้นอ้างได้เลย แต่หากเป็นการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อที่เกิดความเสียหายอย่างอื่น การแสดงเจตนานั้นจะไม่อาจยกขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้เลย ถ้าหากว่าการแสดงเจตนานั้นไม่ผ่านการ

ทดสอบความสมเหตุสมผล (reasonableness test) แต่ถ้าการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความเสียหายต่อทรัพย์สินนั้นผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลแล้ว กรณีถือว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นๆ

สำหรับกฎหมายที่ควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของประเทศไทย นอกจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีบทบัญญัติทั่วไปในการควบคุมการแสดงเจตนาไว้ในมาตรา 150 มาตรา 151 และมาตรา 373 แล้ว ยังมีกฎหมายพิเศษได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เป็นต้น โดยในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มีบทบัญญัติที่เป็นการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดเป็นการทั่วไป ซึ่งกำหนดให้การแสดงเจตนาไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้แสดงเจตนาหรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้แสดงเจตนาต้องรับผิดด้วย (vicarious liability) การแสดงเจตนานั้นไม่อาจอ้างได้เลยโดยตกเป็นโมฆะตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ประกอบมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่ไม่ใช่ต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น เช่นความเสียหายต่อทรัพย์สิน ความเสียหายต่อเสรีภาพ เป็นต้น การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนี้จะมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีโดยศาลจะเป็นผู้พิจารณา ซึ่งบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ ก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมาอย่างมาก ดังสรุปปัญหาได้ดังนี้

1. ปัญหาการตีความว่ามาตรา 8 วรรคสองนี้ครอบคลุมถึงการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่ไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ เนื่องจากมีนักกฎหมายหลายท่านกล่าวถึงมาตรา 8 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ว่า มีความหมายครอบคลุมถึงการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดทุกประเภท รวมถึงการยกเว้นความรับผิดตามที่กฎหมายกำหนด ความรับผิดอย่างเคร่งครัด หรือความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของบุคคลด้วย ซึ่งถ้าเป็นไปตามคำกล่าวเช่นนั้น จะส่งผลทำให้การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้นมีผลตามพระราชบัญญัตินี้ แต่จะมีผลใช้ได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีซึ่งอยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษา ซึ่งก็ต้องนำประเด็นปัญหานี้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเสียก่อน

2. ปัญหาในผลของการแสดงเจตนาในมาตรา 8 วรรคสองที่ให้ศาลพิจารณาถึงความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสหราชอาณาจักร ซึ่งไม่มีประเทศใดที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจเข้าไปปรับลดเนื้อหาการแสดงเจตนาเพียงให้มีผลเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีแต่ประการใดเลย แต่จะกำหนดให้การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นมีผลใช้ได้ หรือไม่ให้มีผลใช้ได้ อย่างใดอย่าง

หนึ่งนี้เท่านั้น ขึ้นอยู่กับว่าการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นมีความสมเหตุสมผลหรือไม่ ซึ่งแตกต่างกับผลที่กำหนดในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างสิ้นเชิง

3. ปัญหาความเป็นธรรมในการบัญญัติให้การแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดฝ่ายเดียวจำกัดอยู่ในนิยามของคำว่า “ข้อสัญญา” การที่พระราชบัญญัตินี้รวมเอาความหมายของข้อตกลง ความตกลง และความยินยอมรวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ด้วยกัน การนิยามเช่นนี้ทำให้พิจารณาได้ว่า การแสดงเจตนาไม่ว่าฝ่ายเดียวหรือสองฝ่ายเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น เป็นข้อสัญญามีผลผูกพันผู้รับการแสดงเจตนา ซึ่งการกำหนดเช่นนี้จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมมากยิ่งขึ้น

จากการพิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิด บนพื้นฐานของหลักเหตุผลตามที่ได้ศึกษามาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์จะไม่อยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ เพราะเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดที่ไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งไม่ได้เป็นไปตามบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้ อีกทั้งการตีความว่าความรับผิดอย่างเคร่งครัดหรือความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายอยู่ในการตรวจสอบของมาตรา 8 วรรคสองนั้นจะเป็นการตีความตัวบทกฎหมายเกินเลยถ้อยคำบทบัญญัติและขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย ดังนั้น ผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานในความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์นั้น จึงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นบทกฎหมายทั่วไป

สำหรับการควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาไว้เพื่อเป็นตัวอย่างในการศึกษาผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดอย่างเคร่งครัดที่กฎหมายกำหนดเฉพาะเรื่องความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น พบว่าพระราชบัญญัตินี้มีขอบเขตบังคับใช้เฉพาะการแสดงเจตนาในสัญญาซื้อขายระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบกิจการ และกำหนดผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบกิจการในความเสียหายอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ให้ไม่สามารถอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดได้เลยไม่ว่ากรณีใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งกรณีนี้อาจเทียบเคียงได้กับเรื่องการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเรื่องอื่นๆ ได้เช่นกัน เพราะมีเหตุผลของเรื่อง (nature of things)อันเป็นการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดโดยไม่สนใจความผิดของบุคคลเหมือนกัน

2. ข้อเสนอแนะ

จากประเด็นปัญหาในกรณีที่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีความไม่เหมาะสม ไม่ชัดเจน เปิดโอกาสให้มีการตีความได้หลายนัย โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศ สหราชอาณาจักร ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ดังต่อไปนี้

1. เสนอให้ยกเลิกนิยามศัพท์ของคำว่า “ข้อสัญญา” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะนิยามศัพท์ดังกล่าวทำให้การแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดฝ่ายเดียวที่ไม่มีผลใดๆ ตามกฎหมายอยู่แล้วนั้น กลายเป็นข้อสัญญาซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญาซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของความไม่เป็นธรรมตามมาอีกมากมาย อีกทั้งไม่จำเป็นต้องระบุนิยามของคำว่า “ข้อสัญญา” ให้รวมถึงการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดแต่ประการใด เพราะอย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่ว่าด้วยการแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก็ไม่ได้มีการใช้คำว่า “ข้อสัญญา” ในบทบัญญัตินั้นๆ แต่อย่างใดเลย

2. เสนอให้แก้ไขถ้อยคำในมาตรา 8 วรรคสองของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยให้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าความในมาตรา 8 วรรคสองนี้หมายถึงข้อตกลง ที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายอย่างอื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ต้องรับผิดด้วย และแก้ไขผลของกฎหมายในส่วนนี้ให้มีผลใช้ได้หากศาลพิจารณาว่าการตกลงยกเว้นความรับผิดนี้มีความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี และไม่ให้มีผลใช้บังคับ หากศาลเห็นว่าไม่มีความเป็นธรรม โดยผู้เขียนขอเสนอร่างมาตรา 8 ให้มีเนื้อหาดังนี้

“มาตรา 8 *ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้*

ข้อตกลง ที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายอย่างอื่นนอกจากชีวิต ร่างกายหรืออนามัยของผู้อื่นอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลงหรือบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลงต้องรับผิดด้วยนั้นให้มีผลบังคับได้หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี”

ข้อดีของการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ตามที่ผู้เขียนเสนอแนะนี้จะทำให้การตีความบทบัญญัติที่ว่าด้วยการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดมีความชัดเจน แน่นอน ว่าใช้เฉพาะเรื่องความเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น ไม่มีการกล่าวถึงการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิด ไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ อีกทั้งจะทำให้ผลของการกระทำที่ไม่เป็นธรรมและไม่พอสมควรแก่กรณีนั้น ไม่มีผลใช้บังคับได้ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เป็นต้นแบบแห่งพระราชบัญญัตินี้ อันจะทำให้เกิดความเป็นธรรมเพื่อคุ้มครองคู่กรณีที่จะได้รับความเสียหายมากกว่าพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบัน

ส่วนข้อเสียคือการแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน และต้องผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติมากมาย ประกอบกับการที่จะต้องให้ศาลเป็นผู้พิจารณาให้การแสดงเจตนายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่มีผลใช้บังคับถ้าไม่มีความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ก็เท่ากับว่าคู่ความจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลก่อนจึงจะทราบผลว่าการแสดงเจตนานั้นมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งการดำเนินกระบวนการทางศาลใช้เวลานาน ค่อนข้างวุ่นวายและมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีด้วย

เมื่อเป็นที่แน่ชัดแล้วว่า การตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายมิได้อยู่ในการตรวจสอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนั้น ด้วยนิติวิธีของระบบกฎหมายไทย จึงต้องพิจารณาผลของการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่มีความทั่วไปมากกว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้มีการปรับใช้หลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการแสดงเจตนา ได้แก่ มาตรา 150 มาตรา 151 และมาตรา 373 เพื่อควบคุมการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย โดยปรับใช้ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมาย บนพื้นฐานของเหตุผล โดยคำนึงถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของบทบัญญัติอันเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย และความเป็นธรรมในสังคม ดังนั้นในเรื่องปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายสัญญา ผู้เขียนขอเสนอให้มีการตัดข้อความส่วนท้ายของมาตรา 220 ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญากรณีที่คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ที่มีการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดของตัวแทนแห่งตนในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไว้ ซึ่งโดยมากแล้วในการประกอบธุรกิจใดๆ ผู้ประกอบการก็จะให้ลูกจ้างของตนเป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้แทนตน ดังนั้น หากพิจารณาเพียงบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ควรที่จะไม่เปิดช่องให้มีการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายในเรื่องสัญญาในประเด็นนี้แต่อย่างใด โดยให้คงเหลือเพียงข้อความดังต่อไปนี้ “มาตรา 220 ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนแห่งตนกับทั้งของบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้นั้นโดยขนาดเสมอกับว่าเป็นความผิดของตนเองฉะนั้น”

แต่สำหรับกรณีปัญหาการยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดนั้น ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางการปรับใช้กฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้เพื่อตอบปัญหาการแสดงเจตนายกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายละเมิดนั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ในการแก้ปัญหาส่วนนี้ แต่หากผู้ใช้กฎหมายได้ตระหนักทราบถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดเพื่อละเมิดแล้ว ผู้นั้นก็จะหยั่งทราบได้ว่ากฎหมายกำหนดมาเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม คุ้มครองผู้ต้องเสียหายเป็นสำคัญ จึงถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งไม่อาจตกลงแตกต่างเป็นอย่างอื่นได้ซึ่งหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการแสดงเจตนาดังที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้นก็เป็นอันเพียงพอในการผดุงความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมแล้ว

อีกทั้ง ประกาศ หรือคำแจ้งความฝ่ายเดียวก็ไม่มีผลผูกพันผู้ใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้วนั่นเอง ซึ่งมีความเป็นธรรมและเหมาะสมอยู่แล้ว

แต่อย่างไรก็ดี กรณีอาจมีข้อน่าพิจารณาอยู่บ้างที่ในปัจจุบันนี้ ยังสามารถพบเห็นการทำ ข้อสัญญา หรือประกาศฝ่ายเดียวทำนองว่าจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายอันเป็นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายอยู่โดยทั่วไป ซึ่งหากประชาชนผู้ไม่รู้กฎหมายได้รับความเสียหายเช่นนั้นแล้ว อาจไม่ทราบสิทธิตามกฎหมายที่ตนมี แต่หลงเชื่อว่าคู่กรณีอีกฝ่ายมีข้อสัญญาหรือมีประกาศแจ้งไว้ล่วงหน้าแล้วว่าจะไม่รับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายเพราะเขาไม่ได้กระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด จึงไม่เรียกร้องค่าเสียหายตามสิทธิของตน ดังนั้นหากไม่มีการให้ความรู้แก่ประชาชน หรือไม่มีบทกำหนดโทษหรือข้อห้ามในการตกลงยกเว้นความรับผิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายแล้ว ก็อาจจะไม่ทำให้ปัญหาการแสดงเจตนาเช่นนี้เบาบางลงได้ เพราะผู้แสดงเจตนายกเว้นความรับผิดมีแต่ผลได้ถ่ายเดียว ไม่มีผลเสียจากการยกเว้นความรับผิดของตนแต่ประการใดนั่นเอง

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กิตติศักดิ์ ปรกติ. ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิลลอว์และคอมมอนลอว์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. ผลงานวิจัยเสริมหลักสูตร พ.ศ. 2532 เรื่อง ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~prokati/defliabt.pdf [5 พฤศจิกายน 2555]

กิตติศักดิ์ ปรกติ. หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา (น. 101). ชั้นปริญญาตรี ภาคเรียนที่ 1 ปีการศึกษา 2555 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. ละเมิดกับสังคม. อัยการนิเทศ 46 (มิถุนายน 2527): 79-116.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. ละเมิดแต่ไม่เลินเล่อ. บทบัณฑิตย์ 39 (ธันวาคม 2525): 473-489.

คัมภีร์ แก้วเจริญ. ลัทธิผลักภาระการพิสูจน์ในคดีละเมิด. วารสารอัยการ 58 (ตุลาคม 2525): 24-37.

จรัญ ภักดีธนากุล. สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. ดุลพาห 45 (มกราคม-มิถุนายน 2541): 77-154.

จิ๊ด เศรษบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติมโดยรองศาสตราจารย์ ดร.ดาราพร ถิระวัฒน์. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

จิ๊ด เศรษบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

จิ๊ด เศรษบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

จิตติ ติงศภัทิย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394 ปรับปรุงโดย ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

จิตติ ติงศภัทิย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมูลหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 4. โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2523.

ชัยพร ทรัพย์วรณิชและฐิดารัตน์ นรินทรางกูร ณ อยุธยา. ข้อพิจารณาบางประการและผลกระทบของร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ... . ดุลพาห 54 (กันยายน-ธันวาคม 2550): 175-206.

ดาราพร ถิระวัฒน์. กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ธัช สิงห์วิริยะ และคณะ. เอกสารประกอบการสัมมนา พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 วันที่ 2 มิถุนายน 2541. บริษัท เบเคอร์แอนด์แม็คเค็นซี่ จำกัด (อัดสำเนา).

นพปฎล เมืองรักษ์. ข้อสันนิษฐานในกฎหมายล้มละลาย : ศึกษากรณีความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคล. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532.

บรรณาธิการ. สรุปผลการสัมมนาเรื่อง “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” วันพุธที่ 27 มกราคม 2536 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ. บทบัณฑิตย์ (มิถุนายน 2536): 119-165.

บัญญัติ สุชีวะ. ข้อสัญญาที่กำหนดฝ่ายเดียว. บทบัณฑิตย์ 24 (มกราคม 2509): 58-70.

ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ประชุม โฉมฉาย. วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ปรีชา สุมาวงศ์. คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: กรุงสยามการพิมพ์, 2528.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ปรีดี พนมยงค์. บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์ และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ตอนที่ 2. พระนคร: นิติสาสน์, 2471.

ปัญญา ด่านพัฒนามงคล. ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

ไผทชิต เอกจริยกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

พงศ์ศักดิ์ ยอดมณี. การศึกษาวิจัยกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศของประเทศอังกฤษ ตามโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศเสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_content&task=view&id=299&Itemid=11&title=งานวิจัยทางกฎหมาย[14 ธันวาคม 2555]

พจน์ ปุษปาคม. ละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530.

พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล. พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 28 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2541): 195-215.

พัฒนา ชูสอน. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการเยียวยาผู้บริโภค ศึกษากรณีสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

พาณิภัค ธนกิจไพบูลย์. ความรับผิดในการรอนสิทธิตามสัญญาซื้อขาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

พินัย ณ นคร. กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ. วารสารนิติศาสตร์ 30 (ธันวาคม 2543): 546-588.

แพทริญา อรัญมิ่ง. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555.

ไพจิตร ปุญญพันธุ์ และ ประพนต์ ศาตะมาน. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551.

ไพจิตร ปุญญพันธุ์. คำสอนชั้นปริญญาโท: กฎหมายเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค ๑ ความรู้ทั่วไป และภาค ๒ ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

ไพจิตร ปุญญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553.

รองพล เจริญพันธ์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.

รองพล เจริญพันธุ์. การใช้หลัก Volenti non fie injuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด. วารสารนิติศาสตร์ 9 (ธันวาคม 2520): 86-101.

ฤทธิชัย งดงาม. ข้อสังเกตเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. วารสารอัยการ ปีที่ 21 ฉบับที่ 246 (สิงหาคม 2541): 71-85.

วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

วารี นาสกุล. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พริ้นติ้ง, 2554.

วิชัย จิตตปาละกุล. สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

วิทยา กุลสมบูรณ์. ผู้บริโภคจะได้อะไรจากกฎหมายพีแอล[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.senate.go.th/document/upload/213.pdf [23 สิงหาคม 2555]

วิมาน กฤตพลวิมาน. นิติวิธีของระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์[ออนไลน์]. แหล่งที่มา http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex%2040701-15.pdf [13 เมษายน 2556]

วิษณุ เครืองาม. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2549.

วีรวัฒน์ จันทโชติ. วัตถุที่ประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. คำอธิบายเช่าทรัพย์ – เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์. “ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างนิติกรรมและหนี้,”รพีพัฒนศักดิ์ 2555 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (สิงหาคม 2555)

ศริญญา โสภณโชติสมบูรณ์. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด. สารนิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

ศักดา ธนิตกุล. คำอธิบายและคำพิพากษาเปรียบเทียบ กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบาย นิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551.

ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551.

สมยศ เชื้อไทย. ความรู้กฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.

สมยศ เชื้อไทย. นิติปรัชญาเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

สรวิศ ลิมปรังษี. สิทธิผู้บริโภค. กรุงเทพมหานคร: ธนาเพรส, 2552.

สุจิตรา โพทะยะ. ลักษณะและขอบเขตของข้อจำกัดความรับผิดในสัญญา. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.

สุจินตนา ชุมวิสูตร. หลักกฎหมายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

สุธาบดี สัตตบุศย์. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบ 1. กรุงเทพมหานคร: แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

สุธีรา จินายน. วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

สุพัชรินทร์ อัศวธิตานนท์. พัฒนาการของหลักกฎหมาย VOLENTI NON FIT INJURIA. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. ข้อจำกัดความรับผิดในสัญญา. วารสารนิติศาสตร์ 16 (กันยายน 2529): 123-127.

สุษม ศุภนิตย์. คำอธิบายกฎหมายละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2553.

เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2520.

เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1 – 2). กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพาณิช, 2527.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

อรนุช อาชาทองสุข. การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

อรรยา สิงห์สงบ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550.

อักขราทร จุฬารัตน. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

อนันต์ จันทรโอภากร. วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.comepee.com/webboard/show.php?Category=&No=359 [18 กรกฎาคม 2553]

อำนาจ บุบผามาศ. ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในการวิจัยในมนุษย์. วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิตนิติศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

อำมาตย์เอกมนูภาณวิมลศาสตร์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรประเสริฐ, 2522.

อุกฤษ มงคลนาวิน. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. บทบัณฑิตย์ เล่มที่ 32 ตอนที่ 1 (มีนาคม 2518): 13-32.

Silaphuchaya. แนวคิดอรรถประโยชน์และทฤษฎีความยุติธรรม[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://integratedsciences-sila.blogspot.com/2011/05/blog-post.html[12 กันยายน 2555]

ภาษาอังกฤษ

Age Värv. Lecturer of Civil Law, University of Tartu, Estonia. Interview, 10 February 2013.

Atiyah, P.S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford: Clarendon Press, 1979.

Atiyah, P.S. The Sale of Goods. 11th ed. Harlow: Pearson, 2005.

Beatson, J. Anson's Law of Contract. 28th ed. New York : Oxford University Press, 2002.

Borkowski, Andrew and Paul du Plessis. Textbook on Roman Law. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Buckland, W.W. A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian[online]. Available from: http://archive.org/stream/textbookofromanl00buckuoft#page/527/mode/1up/search/obligation [2012, July 20]

Bundesministerium der Justiz. German Civil Code[online]. Available from: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/[2012, October 12]

Christian Armbrüster. Univ.-Prof. Dr. Freie Universität Berlin. Interview, 11 February 2013.

Clark and Lindsell. Clark and Linsell on Torts. 13th Ed. London: Sweet & Maxwell, 1969.

Cohn, E.J. Manual of German law vol. 2. London: Oceana Publications, 1971.

Cooke, John. Law of Tort. 7th ed. Great Britain: Dorset Press, 2005.

Coote, B. Exemption Clause. London : Sweet & Maxwell, 1964.

Courtney Stanhope Kenny. A Selection of Cases Illustrative of The English Law of Tort[online]. Available form: http://archive.org/stream/selectionofctort00kennuoft#page/36/mode/2up/search/cox [2012, May 20]

De Cruz, Peter. Comparative Law in a Changing World. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 1999.

Descheemaeker, Eric. Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law. The Journal of Legal History[online]. Available from: http://www.informaworld.com/smpp/title~content=t713636195 [2010, April 16]

Duxbury, Robert. Contract Law. 1st ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.

Elliott, Catherine and Frances Quinn. Contract Law. 5th ed. Harlow: Pearson, 2005.

Elliott, Catherine and Frances Quinn. Tort Law. 3rd ed. Harlow: Pearson, 2001.

Fafinski, Stefan and Emily Finch. Contract Law. Harlow: Pearson, 2009.

Frier, W. Bruce. A Casebook on the Roman Law of Delict. Atlanta: Scholars Press, 1989.

Halson, Roger. Contract Law. Harlow: Longman, 2001.

Janno Lahe. Fault in the Three-stage Structure of the General Element of Tort[online]. Available from: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2007_1_152.pdf [2013 Feb 5]

Janno Lahe. Lecturer of Civil Law, University of Tartu, Estonia. Interview, 11 February 2013.

Jolowicz, J.A. and T.Ellis Lewis. Windfield on Tort. 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 1967.

Kionka, Edward J. Torts in a Nutshell : injuries to persons and property. St. Paul: Minn, West, 1977.

Lawson, Richard. Exclusion Clauses and unfair contract terms. 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1998.

LOWISCH, Manfred. New Law of Obligations in Germany[online]. Available from: http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr20/Manfred141.pdf[2012, June 23]

Magmus, Ulrich, The Reform of German Tort Law, Ulrich Magmus[online]. Available from: http://www.indret.com/pdf/127_en.pdf [2013, February 2]

Markesinis, B.S., Hannes Unberath and Angus Johnston. The German law of contract : a comparative treatise. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing, 2006.

Marsh, P.D.V. Comparative Contract law England, France, Germany. Hampshire, England: Gower, 1994.

Mill, John S. UTILITARIANISM[online]. Available from: http://archive.org/stream/ed2utilitarianism00milluoft#page [2012, July 20]

Murray, Ryan. Contract Law : The Fundamentals. 1st ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.

Nicholas, Barry. The French Law of Contract. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1992.

Planiol, Marcel. Treatise on the civil law volume 2 part 1 Nos.1 to 1657, trans. Luisiana State Law Institute. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurispru clence, 1959.

Poste, Edward. Institutes of Roman Law by Gaius with a translation and commentary[online]. Avialable from: http://files.libertyfund.org/files/1154/Gaius_0533.pdf [2010, April 20]

Savage, Nigel and Robert Bradgate. Business Law. London: Butterworths, 1987.

Schulte-Nölke, Hans. The New German Law of Obligation: an Introduction[online]. Available from: http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm [2012, November 20]

Schuster, Ernest Joseph. The principle of German Civil law. Oxford: Clarendon Press, 1907.

Shigley, Ken. 4,000 years of "tort reform"[onlne]. Available from: http://www.atlantainjurylawblog.com/tort-reform-in-georgia/4000-years-of-tort-reform.html [2012, May 5]

The Code of Lipit – Ishtar[online]. Available from: http://oilib.uchicago.edu/books/steele_code_of_lipit-ishtar.pdf [2012, May 2]

The European Commission. Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. Project Manager Prof. Dr. Hans- W.Micklitz [online]. Available from: http://ec.europa.eu/consumers/cons_safe/serv_safe/liability/ [2012, July 16]

The Law Commission and The Scottish Law Commission. Unfair Terms in Consumer Contracts : A New Approach [online]. Available from: http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues.pdf [2012, September 15]

The Law of the Twelve Tables[online]. Available from: http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm [2012, May 24]

Rayan K.W. An Introduction to the Civil Law. Brisbane: Law Book Co. of Australia, 1962.

The Source of Roman Law[online]. Available from: http://fds.oup.com/www.oup.com/pdf/13/9780199574889.pdf [2013, January 31]

Turner, Chris. Unlocking contract law. London: Hodder & Stoughton, 2004.

Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin. Introduction to German Law. The Hague, Netherland: Kluwer Law International, 1996.

Yates, David. Exclusion Clauses in Contracts. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.

Youngs, Raymond. English, French & German comparative law. 2nd ed. London: Routledge-Cavendish, 2007.

Zimmernann, Reinhard. The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition vol. 2. Capetown: Juta & Co., Ltd, 1990.

ภาคผนวก

Available from: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50 [12 February 2013]

Unfair Contract Terms Act 1977

1977 CHAPTER 50

ARRANGEMENT OF SECTIONS

PART I

AMENDMENT OF LAW FOR ENGLAND AND WALES AND NORTHERN IRELAND

Introductory

Section
1. Scope of Part I.

Avoidance of liability for negligence, breach of contract, etc.

2. Negligence liability.
3. Liability arising in contract.
4. Unreasonable indemnity clauses.

Liability arising from sale or supply of goods

5. " Guarantee " of consumer goods.
6. Sale and hire-purchase.
7. Miscellaneous contracts under which goods pass.

Other provisions about contracts

8. Misrepresentation.
9. Effect of breach.
10. Evasion by means of secondary contract.

Explanatory provisions

11. The " reasonableness " test.
12. " Dealing as consumer ".
13. Varieties of exemption clause.
14. Interpretation of Part I.

PART II

AMENDMENT OF LAW FOR SCOTLAND

15. Scope of Part II.
16. Liability for breach of duty.
17. Control of unreasonable exemptions in consumer or standard form contracts.

Section
18. Unreasonable indemnity clauses in consumer contracts.
19. " Guarantee " of consumer goods.
20. Obligations implied by law in sale and hire-purchase contracts.
21. Obligations implied by law in other contracts for the supply of goods.
22. Consequence of breach.
23. Evasion by means of secondary contract.
24. The " reasonableness " test.
25. Interpretation of Part II.

PART III

PROVISIONS APPLYING TO WHOLE OF UNITED KINGDOM

Miscellaneous

26. International supply contracts.
27. Choice of law clauses.
28. Temporary provision for sea carriage of passengers.
29. Saving for other relevant legislation.
30. Obligations under Consumer Protection Acts.

General

31. Commencement; amendments; repeals.
32. Citation and extent.

SCHEDULES:

Schedule 1—Scope of ss. 2 to 4 and 7.
Schedule 2—" Guidelines " for application of reasonableness test.
Schedule 3—Amendment of enactments.
Schedule 4—Repeals.

ELIZABETH II

Unfair Contract Terms Act 1977

1977 CHAPTER 50

An Act to impose further limits on the extent to which under the law of England and Wales and Northern Ireland civil liability for breach of contract, or for negligence or other breach of duty, can be avoided by means of contract terms and otherwise, and under the law of Scotland civil liability can be avoided by means of contract terms. [26th October 1977]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART I

AMENDMENT OF LAW FOR ENGLAND AND WALES AND NORTHERN IRELAND

Introductory

Scope of Part I.

1.—(1) For the purposes of this Part of this Act, " negligence " means the breach—

(*a*) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;

(*b*) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);

PART I

(*c*) of the common duty of care imposed by the Occupiers' Liability Act 1957 or the Occupiers' Liability Act (Northern Ireland) 1957.

1957 c. 31.
1957 c. 25 (N.I.).

(2) This Part of this Act is subject to Part III; and in relation to contracts, the operation of sections 2 to 4 and 7 is subject to the exceptions made by Schedule 1.

(3) In the case of both contract and tort, sections 2 to 7 apply (except where the contrary is stated in section 6(4)) only to business liability, that is liability for breach of obligations or duties arising—

(*a*) from things done or to be done by a person in the course of a business (whether his own business or another's); or

(*b*) from the occupation of premises used for business purposes of the occupier;

and references to liability are to be read accordingly.

(4) In relation to any breach of duty or obligation, it is immaterial for any purpose of this Part of this Act whether the breach was inadvertent or intentional, or whether liability for it arises directly or vicariously.

Avoidance of liability for negligence, breach of contract, etc.

Negligence liability.

2.—(1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.

(3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person's agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk.

Liability arising in contract.

3.—(1) This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other's written standard terms of business.

(2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term—

(*a*) when himself in breach of contract, exclude or restrict any liability of his in respect of the breach; or

(*b*) claim to be entitled—

(i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or

PART I

(ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all,

except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

Unreasonable indemnity clauses.

4.—(1) A person dealing as consumer cannot by reference to any contract term be made to indemnify another person (whether a party to the contract or not) in respect of liability that may be incurred by the other for negligence or breach of contract, except in so far as the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

(2) This section applies whether the liability in question—

(*a*) is directly that of the person to be indemnified or is incurred by him vicariously;

(*b*) is to the person dealing as consumer or to someone else.

Liability arising from sale or supply of goods

"Guarantee" of consumer goods.

5.—(1) In the case of goods of a type ordinarily supplied for private use or consumption, where loss or damage—

(*a*) arises from the goods proving defective while in consumer use; and

(*b*) results from the negligence of a person concerned in the manufacture or distribution of the goods,

liability for the loss or damage cannot be excluded or restricted by reference to any contract term or notice contained in or operating by reference to a guarantee of the goods.

(2) For these purposes—

(*a*) goods are to be regarded as "in consumer use" when a person is using them, or has them in his possession for use, otherwise than exclusively for the purposes of a business; and

(*b*) anything in writing is a guarantee if it contains or purports to contain some promise or assurance (however worded or presented) that defects will be made good by complete or partial replacement, or by repair, monetary compensation or otherwise.

(3) This section does not apply as between the parties to a contract under or in pursuance of which possession or ownership of the goods passed.

Sale and hire-purchase. 56 & 57 Vict. c. 71.

6.—(1) Liability for breach of the obligations arising from—

(*a*) section 12 of the Sale of Goods Act 1893 (seller's implied undertakings as to title, etc.);

PART I
1973 c. 13.

(*b*) section 8 of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (the corresponding thing in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(2) As against a person dealing as consumer, liability for breach of the obligations arising from—

(*a*) section 13, 14 or 15 of the 1893 Act (seller's implied undertakings as to conformity of goods with description or sample, or as to their quality or fitness for a particular purpose);

(*b*) section 9, 10 or 11 of the 1973 Act (the corresponding things in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, the liability specified in subsection (2) above can be excluded or restricted by reference to a contract term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(4) The liabilities referred to in this section are not only the business liabilities defined by section 1(3), but include those arising under any contract of sale of goods or hire-purchase agreement.

Miscellaneous contracts under which goods pass.

7.—(1) Where the possession or ownership of goods passes under or in pursuance of a contract not governed by the law of sale of goods or hire-purchase, subsections (2) to (4) below apply as regards the effect (if any) to be given to contract terms excluding or restricting liability for breach of obligation arising by implication of law from the nature of the contract.

(2) As against a person dealing as consumer, liability in respect of the goods' correspondence with description or sample, or their quality or fitness for any particular purpose, cannot be excluded or restricted by reference to any such term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, that liability can be excluded or restricted by reference to such a term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(4) Liability in respect of—

(*a*) the right to transfer ownership of the goods, or give possession; or

(*b*) the assurance of quiet possession to a person taking goods in pursuance of the contract,

cannot be excluded or restricted by reference to any such term except in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness. PART I

(5) This section does not apply in the case of goods passing on a redemption of trading stamps within the Trading Stamps Act 1964 or the Trading Stamps Act (Northern Ireland) 1965. 1964 c. 71. 1965 c. 6. (N.I.).

Other provisions about contracts

8.—(1) In the Misrepresentation Act 1967, the following is substituted for section 3— Misrepresentation. 1967 c. 7.

"Avoidance of provision excluding liability for misrepresentation.

3. If a contract contains a term which would exclude or restrict—

(*a*) any liability to which a party to a contract may be subject by reason of any misrepresentation made by him before the contract was made; or

(*b*) any remedy available to another party to the contract by reason of such a misrepresentation,

that term shall be of no effect except in so far as it satisfies the requirement of reasonableness as stated in section 11(1) of the Unfair Contract Terms Act 1977; and it is for those claiming that the term satisfies that requirement to show that it does.".

(2) The same section is substituted for section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967. 1967 c. 14 (N.I.).

9.—(1) Where for reliance upon it a contract term has to satisfy the requirement of reasonableness, it may be found to do so and be given effect accordingly notwithstanding that the contract has been terminated either by breach or by a party electing to treat it as repudiated. Effect of breach.

(2) Where on a breach the contract is nevertheless affirmed by a party entitled to treat it as repudiated, this does not of itself exclude the requirement of reasonableness in relation to any contract term.

10. A person is not bound by any contract term prejudicing or taking away rights of his which arise under, or in connection with the performance of, another contract, so far as those rights extend to the enforcement of another's liability which this Part of this Act prevents that other from excluding or restricting. Evasion by means of secondary contract.

PART I

Explanatory provisions

The "reasonableness" test.

1967 c. 7.

1967 c. 14. (N.I.).

11.—(1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.

(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—

(*a*) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and

(*b*) how far it was open to him to cover himself by insurance.

(5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.

"Dealing as consumer".

12.—(1) A party to a contract "deals as consumer" in relation to another party if—

(*a*) he neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so; and

(*b*) the other party does make the contract in the course of a business; and

PART I

(*c*) in the case of a contract governed by the law of sale of goods or hire-purchase, or by section 7 of this Act, the goods passing under or in pursuance of the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption.

(2) But on a sale by auction or by competitive tender the buyer is not in any circumstances to be regarded as dealing as consumer.

(3) Subject to this, it is for those claiming that a party does not deal as consumer to show that he does not.

Varieties of exemption clause.

13.—(1) To the extent that this Part of this Act prevents the exclusion or restriction of any liability it also prevents—

(*a*) making the liability or its enforcement subject to restrictive or onerous conditions;

(*b*) excluding or restricting any right or remedy in respect of the liability, or subjecting a person to any prejudice in consequence of his pursuing any such right or remedy;

(*c*) excluding or restricting rules of evidence or procedure;

and (to that extent) sections 2 and 5 to 7 also prevent excluding or restricting liability by reference to terms and notices which exclude or restrict the relevant obligation or duty.

(2) But an agreement in writing to submit present or future differences to arbitration is not to be treated under this Part of this Act as excluding or restricting any liability.

Interpretation of Part I.

14. In this Part of this Act—

"business" includes a profession and the activities of any government department or local or public authority;

"goods" has the same meaning as in the Sale of Goods Act 1893; 56 & 57 Vict. c. 71.

"hire-purchase agreement" has the same meaning as in the Consumer Credit Act 1974; 1974 c. 39.

"negligence" has the meaning given by section 1(1);

"notice" includes an announcement, whether or not in writing, and any other communication or pretended communication; and

"personal injury" includes any disease and any impairment of physical or mental condition.

PART II

AMENDMENT OF LAW FOR SCOTLAND

Scope of Part II.

15.—(1) This Part of this Act applies only to contracts, is subject to Part III of this Act and does not affect the validity of any discharge or indemnity given by a person in consideration of the receipt by him of compensation in settlement of any claim which he has.

(2) Subject to subsection (3) below, sections 16 to 18 of this Act apply to any contract only to the extent that the contract—

(*a*) relates to the transfer of the ownership or possession of goods from one person to another (with or without work having been done on them);

(*b*) constitutes a contract of service or apprenticeship;

(*c*) relates to services of whatever kind, including (without prejudice to the foregoing generality) carriage, deposit and pledge, care and custody, mandate, agency, loan and services relating to the use of land;

(*d*) relates to the liability of an occupier of land to persons entering upon or using that land;

(*e*) relates to a grant of any right or permission to enter upon or use land not amounting to an estate or interest in the land.

(3) Notwithstanding anything in subsection (2) above, sections 16 to 18—

(*a*) do not apply to any contract to the extent that the contract—

(i) is a contract of insurance (including a contract to pay an annuity on human life);

(ii) relates to the formation, constitution or dissolution of any body corporate or unincorporated association or partnership;

(*b*) apply to—

a contract of marine salvage or towage;

a charter party of a ship or hovercraft;

a contract for the carriage of goods by ship or hovercraft; or,

a contract to which subsection (4) below relates,

only to the extent that—

(i) both parties deal or hold themselves out as dealing in the course of a business (and then only in so far as the contract purports to exclude or restrict liability for breach of duty in respect of death or personal injury); or

(ii) the contract is a consumer contract (and then only in favour of the consumer).

PART II

(4) This subsection relates to a contract in pursuance of which goods are carried by ship or hovercraft and which either—

(*a*) specifies ship or hovercraft as the means of carriage over part of the journey to be covered ; or

(*b*) makes no provision as to the means of carriage and does not exclude ship or hovercraft as that means,

in so far as the contract operates for and in relation to the carriage of the goods by that means.

Liability for breach of duty.

16.—(1) Where a term of a contract purports to exclude or restrict liability for breach of duty arising in the course of any business or from the occupation of any premises used for business purposes of the occupier, that term—

(*a*) shall be void in any case where such exclusion or restriction is in respect of death or personal injury ;

(*b*) shall, in any other case, have no effect if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract.

(2) Subsection (1)(*a*) above does not affect the validity of any discharge and indemnity given by a person, on or in connection with an award to him of compensation for pneumoconiosis attributable to employment in the coal industry, in respect of any further claim arising from his contracting that disease.

(3) Where under subsection (1) above a term of a contract is void or has no effect, the fact that a person agreed to, or was aware of, the term shall not of itself be sufficient evidence that he knowingly and voluntarily assumed any risk.

Control of unreasonable exemptions in consumer or standard form contracts.

17.—(1) Any term of a contract which is a consumer contract or a standard form contract shall have no effect for the purpose of enabling a party to the contract—

(*a*) who is in breach of a contractual obligation, to exclude or restrict any liability of his to the consumer or customer in respect of the breach ;

(*b*) in respect of a contractual obligation, to render no performance, or to render a performance substantially different from that which the consumer or customer reasonably expected from the contract ;

if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract.

(2) In this section " customer " means a party to a standard form contract who deals on the basis of written standard terms of business of the other party to the contract who himself deals in the course of a business.

PART II

Unreasonable indemnity clauses in consumer contracts.

18.—(1) Any term of a contract which is a consumer contract shall have no effect for the purpose of making the consumer indemnify another person (whether a party to the contract or not) in respect of liability which that other person may incur as a result of breach of duty or breach of contract, if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract.

(2) In this section "liability" means liability arising in the course of any business or from the occupation of any premises used for business purposes of the occupier.

"Guarantee" of consumer goods.

19.—(1) This section applies to a guarantee—

(*a*) in relation to goods which are of a type ordinarily supplied for private use or consumption; and

(*b*) which is not a guarantee given by one party to the other party to a contract under or in pursuance of which the ownership or possession of the goods to which the guarantee relates is transferred.

(2) A term of a guarantee to which this section applies shall be void in so far as it purports to exclude or restrict liability for loss or damage (including death or personal injury)—

(*a*) arising from the goods proving defective while—

(i) in use otherwise than exclusively for the purposes of a business; or

(ii) in the possession of a person for such use; and

(*b*) resulting from the breach of duty of a person concerned in the manufacture or distribution of the goods.

(3) For the purposes of this section, any document is a guarantee if it contains or purports to contain some promise or assurance (however worded or presented) that defects will be made good by complete or partial replacement, or by repair, monetary compensation or otherwise.

Obligations implied by law in sale and hire-purchase contracts.

56 & 57 Vict. c. 71.

1973 c. 13.

20.—(1) Any term of a contract which purports to exclude or restrict liability for breach of the obligations arising from—

(*a*) section 12 of the Sale of Goods Act 1893 (seller's implied undertakings as to title etc.);

(*b*) section 8 of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (implied terms as to title in hire-purchase agreements),

shall be void.

PART II

(2) Any term of a contract which purports to exclude or restrict liability for breach of the obligations arising from—

(*a*) section 13, 14 or 15 of the said Act of 1893 (seller's implied undertakings as to conformity of goods with description or sample, or as to their quality or fitness for a particular purpose);

(*b*) section 9, 10 or 11 of the said Act of 1973 (the corresponding provisions in relation to hire-purchase),

shall—

(i) in the case of a consumer contract, be void against the consumer;

(ii) in any other case, have no effect if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract.

Obligations implied by law in other contracts for the supply of goods.

21.—(1) Any term of a contract to which this section applies purporting to exclude or restrict liability for breach of an obligation—

(*a*) such as is referred to in subsection (3)(*a*) below—

(i) in the case of a consumer contract, shall be void against the consumer, and

(ii) in any other case, shall have no effect if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract;

(*b*) such as is referred to in subsection (3)(*b*) below, shall have no effect if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract.

(2) This section applies to any contract to the extent that it relates to any such matter as is referred to in section 15(2)(*a*) of this Act, but does not apply to—

(*a*) a contract of sale of goods or a hire-purchase agreement; or

(*b*) a charterparty of a ship or hovercraft unless it is a consumer contract (and then only in favour of the consumer).

(3) An obligation referred to in this subsection is an obligation incurred under a contract in the course of a business and arising by implication of law from the nature of the contract which relates—

(*a*) to the correspondence of goods with description or sample, or to the quality or fitness of goods for any particular purpose; or

(*b*) to any right to transfer ownership or possession of goods, or to the enjoyment of quiet possession of goods.

(4) Nothing in this section applies to the supply of goods on a redemption of trading stamps within the Trading Stamps Act 1964. 1964 c. 71.

PART II
Consequence of breach.

22. For the avoidance of doubt, where any provision of this Part of this Act requires that the incorporation of a term in a contract must be fair and reasonable for that term to have effect—

(*a*) if that requirement is satisfied, the term may be given effect to notwithstanding that the contract has been terminated in consequence of breach of that contract;

(*b*) for the term to be given effect to, that requirement must be satisfied even where a party who is entitled to rescind the contract elects not to rescind it.

Evasion by means of secondary contract.

23. Any term of any contract shall be void which purports to exclude or restrict, or has the effect of excluding or restricting—

(*a*) the exercise, by a party to any other contract, of any right or remedy which arises in respect of that other contract in consequence of breach of duty, or of obligation, liability for which could not by virtue of the provisions of this Part of this Act be excluded or restricted by a term of that other contract;

(*b*) the application of the provisions of this Part of this Act in respect of that or any other contract.

The "reasonableness" test.

24.—(1) In determining for the purposes of this Part of this Act whether it was fair and reasonable to incorporate a term in a contract, regard shall be had only to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties to the contract at the time the contract was made.

(2) In determining for the purposes of section 20 or 21 of this Act whether it was fair and reasonable to incorporate a term in a contract, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection shall not prevent a court or arbiter from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) Where a term in a contract purports to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises for the purposes of this Part of this Act whether it was fair and reasonable to incorporate the term in the contract, then, without prejudice to subsection (2) above, regard shall be had in particular to—

(*a*) the resources which the party seeking to rely on that term could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise;

(*b*) how far it was open to that party to cover himself by insurance. PART II

(4) The onus of proving that it was fair and reasonable to incorporate a term in a contract shall lie on the party so contending.

Interpretation of Part II.

25.—(1) In this Part of this Act—

" breach of duty " means the breach—

(*a*) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;

(*b*) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill;

(*c*) of the duty of reasonable care imposed by section 2(1) of the Occupiers' Liability (Scotland) Act 1960; 1960 c. 30.

" business " includes a profession and the activities of any government department or local or public authority;

" consumer " has the meaning assigned to that expression in the definition in this section of " consumer contract ";

" consumer contract " means a contract (not being a contract of sale by auction or competitive tender) in which—

(*a*) one party to the contract deals, and the other party to the contract (" the consumer ") does not deal or hold himself out as dealing, in the course of a business, and

(*b*) in the case of a contract such as is mentioned in section 15(2)(*a*) of this Act, the goods are of a type ordinarily supplied for private use or consumption;

and for the purposes of this Part of this Act the onus of proving that a contract is not to be regarded as a consumer contract shall lie on the party so contending;

" goods " has the same meaning as in the Sale of Goods Act 1893; 56 & 57 Vict. c. 71.

" hire-purchase agreement " has the same meaning as in section 189(1) of the Consumer Credit Act 1974; 1974 c. 39.

" personal injury " includes any disease and any impairment of physical or mental condition.

(2) In relation to any breach of duty or obligation, it is immaterial for any purpose of this Part of this Act whether the act or omission giving rise to that breach was inadvertent or

PART II

intentional, or whether liability for it arises directly or vicariously.

(3) In this Part of this Act, any reference to excluding or restricting any liability includes—

(*a*) making the liability or its enforcement subject to any restrictive or onerous conditions;

(*b*) excluding or restricting any right or remedy in respect of the liability, or subjecting a person to any prejudice in consequence of his pursuing any such right or remedy;

(*c*) excluding or restricting any rule of evidence or procedure;

(*d*) excluding or restricting any liability by reference to a notice having contractual effect,

but does not include an agreement to submit any question to arbitration.

(4) In subsection (3)(*d*) above "notice" includes an announcement, whether or not in writing, and any other communication or pretended communication.

(5) In sections 15 and 16 and 19 to 21 of this Act, any reference to excluding or restricting liability for breach of an obligation or duty shall include a reference to excluding or restricting the obligation or duty itself.

PART III

PROVISIONS APPLYING TO WHOLE OF UNITED KINGDOM

Miscellaneous

International supply contracts.

26.—(1) The limits imposed by this Act on the extent to which a person may exclude or restrict liability by reference to a contract term do not apply to liability arising under such a contract as is described in subsection (3) below.

(2) The terms of such a contract are not subject to any requirement of reasonableness under section 3 or 4: and nothing in Part II of this Act shall require the incorporation of the terms of such a contract to be fair and reasonable for them to have effect.

(3) Subject to subsection (4), that description of contract is one whose characteristics are the following—

(*a*) either it is a contract of sale of goods or it is one under or in pursuance of which the possession or ownership of goods passes; and

(*b*) it is made by parties whose places of business (or, if they have none, habitual residences) are in the territories of different States (the Channel Islands and the Isle of Man being treated for this purpose as different States from the United Kingdom). PART III

(4) A contract falls within subsection (3) above only if either—

(*a*) the goods in question are, at the time of the conclusion of the contract, in the course of carriage, or will be carried, from the territory of one State to the territory of another; or

(*b*) the acts constituting the offer and acceptance have been done in the territories of different States; or

(*c*) the contract provides for the goods to be delivered to the territory of a State other than that within whose territory those acts were done.

Choice of law clauses.

27.—(1) Where the proper law of a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (and apart from that choice would be the law of some country outside the United Kingdom) sections 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the proper law.

(2) This Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the United Kingdom, where (either or both)—

(*a*) the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act; or

(*b*) in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf.

(3) In the application of subsection (2) above to Scotland, for paragraph (*b*) there shall be substituted—

"(*b*) the contract is a consumer contract as defined in Part II of this Act, and the consumer at the date when the contract was made was habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf.".

Temporary provision for sea carriage of passengers.

28.—(1) This section applies to a contract for carriage by sea of a passenger or of a passenger and his luggage where the provisions of the Athens Convention (with or without modification) do not have, in relation to the contract, the force of law in the United Kingdom.

PART III

(2) In a case where—

(*a*) the contract is not made in the United Kingdom, and

(*b*) neither the place of departure nor the place of destination under it is in the United Kingdom,

a person is not precluded by this Act from excluding or restricting liability for loss or damage, being loss or damage for which the provisions of the Convention would, if they had the force of law in relation to the contract, impose liability on him.

(3) In any other case, a person is not precluded by this Act from excluding or restricting liability for that loss or damage—

(*a*) in so far as the exclusion or restriction would have been effective in that case had the provisions of the Convention had the force of law in relation to the contract; or

(*b*) in such circumstances and to such extent as may be prescribed, by reference to a prescribed term of the contract.

(4) For the purposes of subsection (3)(*a*), the values which shall be taken to be the official values in the United Kingdom of the amounts (expressed in gold francs) by reference to which liability under the provisions of the Convention is limited shall be such amounts in sterling as the Secretary of State may from time to time by order made by statutory instrument specify.

(5) In this section,—

(*a*) the references to excluding or restricting liability include doing any of those things in relation to the liability which are mentioned in section 13 or section 25(3) and (5); and

(*b*) " the Athens Convention " means the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974; and

(*c*) " prescribed " means prescribed by the Secretary of State by regulations made by statutory instrument;

and a statutory instrument containing the regulations shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

Saving for other relevant legislation.

29.—(1) Nothing in this Act removes or restricts the effect of, or prevents reliance upon, any contractual provision which—

(*a*) is authorised or required by the express terms or necessary implication of an enactment; or

(*b*) being made with a view to compliance with an international agreement to which the United Kingdom is a party, does not operate more restrictively than is contemplated by the agreement. PART III

(2) A contract term is to be taken—

(*a*) for the purposes of Part I of this Act, as satisfying the requirement of reasonableness ; and

(*b*) for those of Part II, to have been fair and reasonable to incorporate,

if it is incorporated or approved by, or incorporated pursuant to a decision or ruling of, a competent authority acting in the exercise of any statutory jurisdiction or function and is not a term in a contract to which the competent authority is itself a party.

(3) In this section—

" competent authority " means any court, arbitrator or arbiter, government department or public authority ;

" enactment " means any legislation (including subordinate legislation) of the United Kingdom or Northern Ireland and any instrument having effect by virtue of such legislation ; and

" statutory " means conferred by an enactment.

Obligations under Consumer Protection Acts. 1961 c. 40.

30.—(1) In section 3 of the Consumer Protection Act 1961 (provisions against marketing goods which do not comply with safety requirements), after subsection (1) there is inserted—

" (1A) Any term of an agreement which purports to exclude or restrict, or has the effect of excluding or restricting, any obligation imposed by or by virtue of that section, or any liability for breach of such an obligation, shall be void.".

1965 c. 14 (N.I.).

(2) The same amendment is made in section 3 of the Consumer Protection Act (Northern Ireland) 1965.

General

Commencement; amendments; repeals.

31.—(1) This Act comes into force on 1st February 1978.

(2) Nothing in this Act applies to contracts made before the date on which it comes into force ; but subject to this, it applies to liability for any loss or damage which is suffered on or after that date.

(3) The enactments specified in Schedule 3 to this Act are amended as there shown.

(4) The enactments specified in Schedule 4 to this Act are repealed to the extent specified in column 3 of that Schedule.

PART III
Citation and extent.

32.—(1) This Act may be cited as the Unfair Contract Terms Act 1977.

(2) Part I of this Act extends to England and Wales and to Northern Ireland ; but it does not extend to Scotland.

(3) Part II of this Act extends to Scotland only.

(4) This Part of this Act extends to the whole of the United Kingdom.

SCHEDULES

SCHEDULE 1

Section 1(2).

SCOPE OF SECTIONS 2 TO 4 AND 7

1. Sections 2 to 4 of this Act do not extend to—

(*a*) any contract of insurance (including a contract to pay an annuity on human life) ;

(*b*) any contract so far as it relates to the creation or transfer of an interest in land, or to the termination of such an interest, whether by extinction, merger, surrender, forfeiture or otherwise ;

(*c*) any contract so far as it relates to the creation or transfer of a right or interest in any patent, trade mark, copyright, registered design, technical or commercial information or other intellectual property, or relates to the termination of any such right or interest ;

(*d*) any contract so far as it relates—

(i) to the formation or dissolution of a company (which means any body corporate or unincorporated association and includes a partnership), or

(ii) to its constitution or the rights or obligations of its corporators or members ;

(*e*) any contract so far as it relates to the creation or transfer of securities or of any right or interest in securities.

2. Section 2(1) extends to—

(*a*) any contract of marine salvage or towage ;

(*b*) any charterparty of a ship or hovercraft ; and

(*c*) any contract for the carriage of goods by ship or hovercraft ;

but subject to this sections 2 to 4 and 7 do not extend to any such contract except in favour of a person dealing as consumer.

3. Where goods are carried by ship or hovercraft in pursuance of a contract which either—

(*a*) specifies that as the means of carriage over part of the journey to be covered, or

(*b*) makes no provision as to the means of carriage and does not exclude that means,

then sections 2(2), 3 and 4 do not, except in favour of a person dealing as consumer, extend to the contract as it operates for and in relation to the carriage of the goods by that means.

4. Section 2(1) and (2) do not extend to a contract of employment, except in favour of the employee.

5. Section 2(1) does not affect the validity of any discharge and indemnity given by a person, on or in connection with an award to him of compensation for pneumoconiosis attributable to employment in the coal industry, in respect of any further claim arising from his contracting that disease.

Sections 11(2) and 24(2).

SCHEDULE 2

"GUIDELINES" FOR APPLICATION OF REASONABLENESS TEST

The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of the following which appear to be relevant—

(*a*) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met;

(*b*) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term;

(*c*) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties);

(*d*) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable;

(*e*) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.

Section 31(3).

SCHEDULE 3

AMENDMENT OF ENACTMENTS

56 & 57 Vict. c. 71.

In the Sale of Goods Act 1893—

(*a*) in section 55(1), for the words "the following provisions of this section" substitute "the provisions of the Unfair Contract Terms Act 1977";

(*b*) in section 62(1), in the definition of "business", for "local authority or statutory undertaker" substitute "or local or public authority".

1973 c. 13.
1974 c. 39.

In the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (as originally enacted and as substituted by the Consumer Credit Act 1974)—

(*a*) in section 14(1) for the words from "conditional sale" to the end substitute "a conditional sale agreement where the buyer deals as consumer within Part I of the Unfair Contract Terms Act 1977 or, in Scotland, the agreement is a consumer contract within Part II of that Act";

(*b*) in section 15(1), in the definition of "business", for "local authority or statutory undertaker" substitute "or local or public authority".

SCHEDULE 4

Section 31(4).

REPEALS

Chapter	Short title	Extent of repeal
56 & 57 Vict. c. 71.	Sale of Goods Act 1893.	In section 55, subsections (3) to (11). Section 55A. Section 61(6). In section 62(1) the definition of "contract for the international sale of goods".
1962 c. 46.	Transport Act 1962.	Section 43(7).
1967 c. 45.	Uniform Laws on International Sales Act 1967.	In section 1(4), the words "55 and 55A".
1972 c. 33.	Carriage by Railway Act 1972.	In section 1(1), the words from "and shall have" onwards.
1973 c. 13.	Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973.	Section 5(1). Section 6. In section 7(1), the words from "contract for the international sale of goods" onwards. In section 12, subsections (2) to (9). Section 13. In section 15(1), the definition of "consumer sale".

The repeals in sections 12 and 15 of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 shall have effect in relation to those sections as originally enacted and as substituted by the Consumer Credit Act 1974. 1974 c. 39.

PRINTED IN ENGLAND BY J A DOLE
Controller and Chief Executive of Her Majesty's Stationery Office and
Queen's Printer of Acts of Parliament.
Reprinted in the Standard Parliamentary Page Size.
1st Impression November 1977
6th Impression March 1988

Dd.0500500 C20 3/88 11767 51.0.0 56219

LONDON: PUBLISHED BY HER MAJESTY'S STATIONERY OFFICE

£3.30 net

(389862)

ISBN 0 10 545077 4

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวกรวิกา ขวัญเมือง เกิดเมื่อวันที่ 15 กันยายน พ.ศ. 2527 สำเร็จการศึกษาปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2550 สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา สมัยที่ 61 ปีการศึกษา 2551 ปัจจุบันทำงานตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมาย บริษัท ดีเคเอสเอช (ประเทศไทย) จำกัด