

พัฒนาการของหลักกฎหมาย VOLENTI NON FIT INJURIA : ศึกษาการปรับใช้กับประเทศไทย



นางสาวสุพัชรินทร์ อัสวธิตานนท์

ศูนย์วิทยพัชร์พยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2551

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF VOLENTI NON FIT INJURIA :  
A STUDY OF ITS TRANSPLANTATION IN THAILAND



Miss Supatcharin Asvathitanonta

ศูนย์วิทยุทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

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 2008

Copyright of Chulalongkorn University

510389



สุพัชรินทร์ อัครวิธานนท์ : พัฒนาการของหลักกฎหมาย VOLENTI NON FIT INJURIA : ศึกษาการปรับใช้กับประเทศไทย (DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF VOLENTI NON FIT INJURIA : A STUDY OF ITS TRANSPLANTATION IN THAILAND) อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รศ. ดร.ศนันท์กรณ์ ไสตติพันธ์, 258 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความมุ่งหมายในการศึกษาความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของหลัก Volenti non fit injuria หรือในทางแพ่งคือหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ว่าถือกำเนิดขึ้นและมีพัฒนาการเป็นมาอย่างไร จวบจนกระทั่งมีการรับเข้ามาใช้ในประเทศไทยแล้วได้ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนำไปปรับใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดทางละเมิด

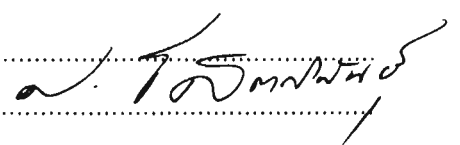
หลัก Volenti non fit injuria ได้รับการบัญญัติไว้ใน Lex Aquilia ซึ่งในชั้นแรกยังไม่ปรากฏเป็นลักษณะเช่นเดียวกับปัจจุบัน เป็นเพียงการอธิบายความในลักษณะที่ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นผลให้การกระทำผิดของผู้กระทำไม่มีความผิด และได้รับการพัฒนารูปลักษณะวลีให้มีความกระชับขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่งมีลักษณะดังเช่นปัจจุบันในครั้งแรกที่ The Year Book Case of 1305 (Roll Series) ซึ่งเป็นหนังสือรวมคดีของประเทศอังกฤษ หลังจากนั้น หลัก Volenti non fit injuria ก็เริ่มเผยแพร่เข้าสู่ประเทศไทย โดยผ่านทางการสอนของโรงเรียนกฎหมายในวิชากฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งหรือวิชากฎหมายลักษณะผิดสิทธิ

จวบจนกระทั่งปัจจุบัน แม้ว่าประเทศไทยจะได้นำหลัก Volenti non fit injuria เข้ามาปรับใช้กับดินแดนแล้ว แต่ยังคงมีปัญหาทางกฎหมายอยู่หลายประการ เช่น ปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ปัญหาขอบเขตการให้ความยินยอม ปัญหาการให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรม และปัญหาการให้ความยินยอมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นต้น ซึ่งวิธีการแก้ปัญหาดังกล่าว อาจทำได้โดยปรับเปลี่ยนแนวทางการปรับใช้และการตีความหลัก Volenti non fit injuria หรือแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยนำเรื่องความยินยอม (Volenti non fit injuria) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะละเมิด เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา.....2551.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

สุพัชรินทร์





# # 4886292034 : MAJOR LAWS

KEY WORD: VOLENTI NON FIT INJURIA / HISTORY / TORT

SUPATCHARIN ASVATHITANONTA: DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF  
VOLENTI NON FIT INJURIA : A STUDY OF ITS TRANSPLANTATION IN THAILAND.  
THESIS PRINCIPAL ADVISOR : ASSOC. PROF. SANUNKORN SOTTHIBANDHU, DR.  
JUR. , 258 pp.

This thesis aims to study the historical background of *Volenti non fit injuria*, or the civil principle that the damage or injury is not done to one consenting to it, in terms of the origin, development, its acceptance in Thailand, as well as how it leads to legal problems especially on the application for exclusion of tortious liability.

The *Volenti non fit injuria* was stated in *Lex Aquilia* in which that early stage it had different account from the present one, appearing only as an explanation that the consent of the claimant discharged the wrongdoer from any wrong. The concept has evolved through times and become a more concise phrase. Its current account first appeared in the Year Book Case of 1305 (Roll Series), the compendium of British legal cases. After that the *Volenti non fit injuria* principle had disseminated and reached Thailand through the teaching of law schools in courses on assault law in civil side as well as on violation of right law.

At present, though *Volenti non fit injuria* has been applied in Thailand for a long time, there are still many concerns over its legal issues; for example, the issue on its legal status, the extent of consent, the problem of rendering consent and the declaration of juristic act, as well as the problem of rendering consent in relation to the Unfair Contract Term Act B.E. 2540. Resolving these complications may be done through the adjustment of applications and interpretations of *Volenti non fit injuria* or the amendment of Civil and Commercial Code by constituting this principle in the tort law for more clarity and fairness to everyone involved.

Field of Study : ..... Laws ..... Student's Signature : ..... *Supatcharin* .....  
Academic Year : ..... 2008 ..... Principal Advisor's Signature : ..... *S. Sotthibandhu* .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความช่วยเหลือจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (กิตติคุณ) ประชุม โฉมฉาย ที่ได้กรุณาเสียสละเวลารับเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งทำให้การออกเสียงและการสะกดคำในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์กฎหมายโรมันและสหพันธรัฐเยอรมนีในวิทยานิพนธ์ (ซึ่งอยู่ในภาคผนวก ก.) เป็นไปอย่างเรียบร้อย นอกจากนี้ ความมีเมตตาที่อาจารย์ได้มอบให้ ผู้เขียนจะขอจดจำและเก็บเป็นความประทับใจที่ดีตลอดไป

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์ เป็นอย่างสูงที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ซึ่งหากไม่มีท่านเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาแล้ว ผู้เขียนก็ไม่ทราบว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลงด้วยดีดังที่ปรากฏอยู่หรือไม่ เพราะอาจารย์คือผู้ให้คำแนะนำ คือที่พึ่งพิง และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนมาโดยตลอด ซึ่งพระคุณของอาจารย์ที่มีต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีมากมายเกินกว่าจะกล่าวได้หมดในกระดาษแผ่นนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ อาจารย์ ดร. เขมภูมิ ภูมิถาวร และอาจารย์วิภาพันธ์ ประสมปลื้ม ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตลอดจนให้ข้อท้วงติงอันเป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์เป็นอย่างมาก รวมถึงตรวจสอบ ปรับปรุง แก้ไขร่างวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนอย่างละเอียดอันทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณแม่ที่คอยให้กำลังใจและอยู่เคียงข้างผู้เขียนเสมอ ไม่ว่าจะยามสุขหรือทุกข์ ยามหัวเราะหรือร้องไห้ ขอขอบคุณผู้เป็นเสมือนแม่คนที่สองที่คอยสนับสนุนการศึกษาของผู้เขียนมาโดยตลอด ขอขอบคุณยายที่ไม่เคยรู้ว่าผู้เขียนเขียนอะไรบ้างแต่รู้ว่าหลานต้องได้กินอิ่มนอนหลับ และขอบคุณทุกคนในครอบครัวที่ให้ความรัก ความอบอุ่นและเป็นกำลังใจให้ผู้เขียน ขอขอบคุณนายแสง แก้วเหลา ที่เป็นกำลังใจและให้คำแนะนำที่ดีแก่ผู้เขียนเสมอ รวมทั้งเจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษาทุกท่านที่ได้อำนวยความสะดวกให้กับผู้เขียนตลอดจนพี่น้องผองเพื่อนทุกคน ทั้งพี่แต็ก พี่อาร์ท พี่ตุ้ม พี่ไซ น้องฉัตร น้องหญิง น้องชัย เปิ้ล วัฒน์ โอแอม และขอขอบคุณทุกท่านที่มีส่วนช่วยให้การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์ประการใดบ้าง ขอยกความดีทั้งหมดบูชาพระคุณอาจารย์ทุกท่านที่อบรมสั่งสอนผู้เขียนมา แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่	
1    บทนำ.....	1
1.1    ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2    วัตถุประสงค์ในการวิจัย.....	2
1.3    ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย.....	2
1.4    สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.5    ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	3
2    กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในสมัยโรมัน.....	4
2.1.    ความหมายและประเภทของละเมิด.....	4
2.1.1    ความหมายของละเมิด.....	4
2.1.2    ประเภทของละเมิด.....	5
1.    Furtum.....	5
2.    Rapina.....	7
3.    Injuria.....	8
4.    Damnum Injuria Datum.....	9
2.2    ความสัมพันธ์ระหว่างละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria.....	10

3	กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายต่างประเทศ.....	18
3.1	กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี.....	18
3.1.1	หลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป.....	18
3.1.1.1	มีการกระทำ.....	19
3.1.1.2	โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ.....	20
3.1.1.3	โดยมิชอบด้วยกฎหมาย.....	21
3.1.1.4	มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือ สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด.....	23
3.1.1.5	มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	26
3.1.2	การนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในกฎหมายของสหพันธรัฐเยอรมนี.....	28
3.1.2.1	การนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน.....	28
3.1.2.2	การนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนี.....	29
3.2	กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศอังกฤษ.....	37
3.2.1	หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป.....	37
3.2.1.1	มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำ (Act or Omission).....	38
3.2.1.2	มีความผิด (Fault).....	40
3.2.1.3	การกระทำหรือละเว้นการกระทำกระทบต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง....	42
	1. ความรับผิดในความปลอดภัยของบุคคล (personal security).....	42
	2. ความรับผิดในทรัพย์สิน (interest in property).....	44
	3. ความรับผิดในความสูญเสียทางเศรษฐกิจ (economic loss).....	46
3.2.1.4	มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแห่งความเสียหาย (Causation).....	47
3.2.2	ความสัมพันธ์ระหว่างละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศอังกฤษ...	49
3.2.2.1	ลักษณะและหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในประเทศอังกฤษ.....	51
3.2.2.2	การนำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้ในคดีละเมิด.....	55

4	กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย.....	62
4.1	ความเป็นมาของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย.....	62
4.2	หลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป.....	76
4.2.1	ผู้ใดมีการกระทำ.....	77
4.2.2	โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ.....	78
4.2.3	โดยผิดกฎหมาย.....	80
4.2.4	มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด.....	81
4.2.5	มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล.....	83
4.3	ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอาญา กฎหมายลักษณะละเมิด และพระราชบัญญัติ ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กับหลัก Volenti non fit injuria.....	86
4.3.1	ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอาญากับหลัก Volenti non fit injuria.....	86
4.3.1.1	ความหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางอาญา.....	86
4.3.1.2	ฐานะของหลัก Volenti non fit injuria เมื่อนำมาปรับใช้.....	87
4.3.1.3	ลักษณะและหลักเกณฑ์ของการให้ความยินยอมในทางอาญา.....	89
4.3.1.4	บุคคลที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอม.....	95
4.3.1.5	วิธีการให้ความยินยอม.....	97
4.3.2	ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแพ่งกับหลัก Volenti non fit injuria.....	98
4.3.2.1	ความหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่ง.....	98
4.3.2.2	ฐานะของหลัก Volenti non fit injuria เมื่อนำมาปรับใช้.....	100
4.3.2.3	ลักษณะและหลักเกณฑ์ของการให้ความยินยอมในทางแพ่ง.....	101
4.3.2.4	บุคคลที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอม.....	104
4.3.2.5	วิธีการให้ความยินยอม.....	105
4.3.3	ความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กับหลัก Volenti non fit injuria.....	105
5	วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาของหลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายไทย กฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนี และกฎหมายอังกฤษ.....	109



5.1	ปัญหาฐานะในทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria.....	109
5.1.1	เปรียบเทียบปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และอังกฤษ.....	109
5.1.2	ปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย.....	111
5.1.2.1	ปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางกฎหมายอาญา.....	112
5.1.2.2	ปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางกฎหมายแพ่ง.....	118
5.2	ปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria.....	122
5.2.1	เปรียบเทียบปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และอังกฤษ.....	122
5.2.2	ปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย.....	126
5.2.2.1	ปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายอาญา.....	126
5.2.2.2	ปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายแพ่ง.....	129
5.3	ปัญหาการให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรม.....	134
5.3.1	เปรียบเทียบปัญหาการให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมใน ประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และอังกฤษ.....	134
5.3.2	ปัญหาการให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมในประเทศไทย.....	136
5.4	ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Volenti non fit injuria กับพระราชบัญญัติ ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.....	141
5.4.1	ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ “ความยินยอม” ในมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.....	142
5.4.2	ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างละเมิด ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ และหลัก Volenti non fit injuria ในมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.....	148
6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	157

รายการอ้างอิง.....	169
ภาคผนวก.....	175
ภาคผนวก ก. : ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในสมัยโรมัน ในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย.....	176
- ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในสมัยโรมัน.....	177
- ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในประเทศ สหพันธรัฐเยอรมนี.....	203
- ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในประเทศอังกฤษ.....	211
- ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในประเทศไทย.....	219
ภาคผนวก ข : The German Civil Code of 1869 (Book 2 Law of Obligation) Section 305-310, Section 823 and Section 826.....	246
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	258

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



สารบัญตาราง

ตาราง

หน้า

ตารางสรุปความสัมพันธ์ในปัญหาทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria.....155



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลัก Volenti non fit injuria หรือ Volenti non fit iniuria<sup>\*</sup> หรือหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด มักถูกกล่าวอ้างว่าเป็นหลักกฎหมายโรมัน แต่รับมาเมื่อใดและมาจากกฎหมายใดของโรมันไม่มีผู้ใดสามารถจะยืนยันได้แน่ชัด ได้แต่ใช้สืบทอดต่อกันมา

ในประเทศไทยเองได้นำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้ ในฐานะที่เป็น "หลักกฎหมายทั่วไป" ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในทางแพ่งได้นำมาใช้ยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิด มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็ไม่ปรากฏหลักฐานความเป็นมาที่แน่ชัดเช่นเดียวกัน ทำให้ขาดความแน่นอนในการปรับใช้ โดยเริ่มตั้งแต่ความหมายก็มีความแตกต่างกันออกไป นักวิชาการบางท่านบอกว่าหลัก Volenti non fit injuria หมายถึงความยินยอมไม่เป็นละเมิด บางท่านบอกว่าหมายถึงความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด บางท่านบอกว่าหมายถึงความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย ซึ่งความหมายเหล่านี้จะส่งผลต่อการอธิบายการยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการอ้างว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นหลักกฎหมายทั่วไป จะก่อให้เกิดปัญหาว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะสามารถนำมายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้หรือไม่

นอกจากปัญหารูปร่างในทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria แล้ว ปัญหาการให้ความยินยอมของผู้เสียหายจะมีขอบเขตได้มากน้อยเพียงใด ผู้เสียหายสามารถให้ความยินยอมเพื่อสละความคุ้มครองตามกฎหมายได้ในทุกสิทธิของบุคคล เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในอนามัย สิทธิในเสรีภาพ สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิอื่นๆ หรือไม่ ก็เป็นปัญหาที่น่าขบคิด รวมไปถึงปัญหาการให้ความยินยอมจะถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือไม่ ก็นับเป็นปัญหาที่สำคัญเช่นกัน เพราะหากการให้ความยินยอมถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมแล้ว ก็ต้องนำบทบัญญัติลักษณะ 4 นิติกรรม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาบังคับใช้ด้วย

นอกจากนี้ เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็ทำให้ขอบเขตของการให้ความยินยอมได้รับผลกระทบ โดยเห็นได้จากมาตรา 9 ที่บัญญัติ

---

\* Volenti non fit iniuria เป็นการเขียนแบบภาษาละติน ส่วน Volenti non fit injuria เป็นการเขียนแบบภาษาอังกฤษที่คนไทยคุ้นเคย

ว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้” ซึ่งแสดงว่าต่อแต่นี้ไปหลัก Volenti non fit injuria จะนำไปใช้ได้ เฉพาะเท่าที่ไม่ขัดต่อมาตรา 9 นี้เท่านั้น กล่าวคือต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดย กฎหมายหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี จึงเท่ากับว่าจำกัดขอบเขตความ ยินยอมที่จะยกขึ้นอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดของผู้กระทำให้แคบลง ก่อให้เกิดคำถามว่า “ความ ยินยอม” ที่ไม่เป็นละเมิดยังคงมีได้ในกรณีใดบ้าง อีกทั้งบทบัญญัติในมาตรา 8 ก็ชวนให้คิดว่าจะ นำมาบังคับใช้กับเรื่องความยินยอมด้วยหรือไม่

จากทั้งหมดที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากหลัก Volenti non fit injuria เป็น เพราะความไม่ชัดเจนแน่นอน ซึ่งหากได้ทำการศึกษาลงไปถึงประวัติศาสตร์ความเป็นมาแล้ว อาจ ทำให้เราทราบถึงข้อเท็จจริงบางประการที่จะนำมาใช้พัฒนาหรือแก้ไขปัญหาคิดขึ้นในอนาคต ต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ในการวิจัย

1. รู้ที่มาของหลัก “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria)”
2. เกิดความเข้าใจในความสัมพันธ์ของความรับผิดทางละเมิดและหลักความยินยอมไม่ เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria )ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย
3. มีความเข้าใจในหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) เมื่อนำมา ปรับใช้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
4. รู้และเข้าใจถึงปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นจากหลัก Volenti non fit injuria พร้อมแสดง ข้อเสนอแนะและแนวทางแก้ไข
5. สามารถปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ได้อย่างถูกต้องเหมาะสมและเป็นธรรม

## 1.3 ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย

หลัก Volenti non fit injuria ในปัจจุบัน ได้ถูกนำมาปรับใช้ทั้งในกฎหมายอาญาและ กฎหมายละเมิดทางแพ่ง แต่ในครั้งเริ่มแรกถูกนำมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาก่อน เพราะในอดีต การลงโทษโดยจ่ายค่าเสียหายยังถือเป็นการลงโทษในทางอาญา รัฐไม่มีเจตนารมณ์ที่จะให้ เป็น การชดใช้เยียวยาผู้เสียหายอย่างในปัจจุบัน ครั้นเวลาต่อมาได้มีการพัฒนาความคิดว่าการลงโทษ ผู้กระทำผิดต่อสังคมควรเป็นหน้าที่ของรัฐ ส่วนการชดใช้เยียวยาความเสียหายควรให้ผู้เสียหายมี โอกาสเรียกร้องเอาจากผู้ก่อเหตุละเมิดได้เป็นการส่วนตัว กฎหมายอาญาและกฎหมายละเมิดจึง แยกออกจากกัน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเฉพาะหลัก Volenti non fit injuria ในส่วน

ของกฎหมายละเมิดและปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แต่ในบางครั้งที่มีความเชื่อมโยงถึงส่วนกฎหมายอาญาก็จะทำการโยงมาศึกษาพร้อมด้วยเพื่อให้เกิดความกระจ่างและชัดเจนมากยิ่งขึ้น

โดยวิธีการศึกษาจะกระทำเป็นลำดับ โดยเริ่มตั้งแต่การสืบค้นประวัติศาสตร์การเกิดขึ้นของกฎหมายละเมิดในโรมันว่ามีความเป็นมาอย่างไร และต่อเนื่องมาถึงประวัติศาสตร์ความเป็นมาของกฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ของกลุ่มประเทศ Common Law และ Civil Law ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอใช้ประเทศอังกฤษเป็นตัวแทนกลุ่มประเทศ Common Law และประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีเป็นตัวแทนกลุ่มประเทศ Civil Law หลังจากนั้นพัฒนาการของหลัก Volenti non fit injuria ก็จะมาบรรจบกับประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ซึ่งจะทำให้เห็นวิวัฒนาการว่าคลี่คลายออกมาในรูปแบบใด จนกระทั่งเป็นอย่างไรในปัจจุบัน โดยเฉพาะการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ว่าจะส่งผลกระทบต่ออย่างไรบ้างกับหลัก Volenti non fit injuria และความรับผิดเรื่องละเมิด เพื่อนำความรู้ที่ได้มาวิเคราะห์หาคำตอบต่างๆที่เกิดขึ้น

สำหรับการศึกษาจะใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร ทำการค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในรูปแบบของตำรากฎหมาย บทความ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาของศาล ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตที่มีที่มาจากแหล่งที่น่าเชื่อถือ ซึ่งเอกสารทั้งหมดนี้จะได้นำมาประมวลเป็นข้อมูลเพื่อตอบปัญหาและวิเคราะห์หาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขต่อไป

#### 1.4 สมมติฐานของการวิจัย

หลัก Volenti non fit injuria มักถูกกล่าวอ้างว่าเป็นหลักกฎหมายโรมันแต่กลับได้รับการพัฒนาจากประเทศอังกฤษ มีสถานะทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจนแน่นอนในประเทศไทย ทำให้การนำมาปรับใช้แตกต่างกันไปหลายแนวทาง จึงต้องศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นประโยชน์ในการปรับใช้ที่ถูกต้องและเหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน

#### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษาวิจัย

1. รู้ที่มาของหลัก Volenti non fit injuria
2. เข้าใจฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria รวมถึงนิติวิธี ทำให้ปรับใช้ได้อย่างถูกต้องทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
3. รู้ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากหลัก Volenti non fit injuria รวมถึงข้อเสนอนแนะและแนวทางแก้ไข

## บทที่ 2

### กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในสมัยโรมัน

#### 2.1 ความหมายและประเภทของละเมิด

##### 2.1.1 ความหมายของละเมิด

หากจะหาคำว่า "ละเมิด" ในสมัยโรมันแล้ว คำที่มีความหมายใกล้เคียงมากที่สุดคือคำว่า "delict" ซึ่งสาเหตุที่ผู้เขียนต้องกล่าวว่าเป็นเพราะโรมันในขณะนั้นยังไม่มี การแบ่งแยก ระหว่างกฎหมายอาญากับละเมิดอย่างชัดเจนเหมือนในปัจจุบัน ดังนั้น คำว่า delict ซึ่งในทีนี้จะขอแปลไป ในทางละเมิดก่อน จึงมีรากศัพท์ความเป็นมาปรากฏตามแผนผังดังต่อไปนี้





คำว่า delict จึงแปลว่า ความผิด การกระทำผิดกฎหมาย การฝ่าฝืนกฎหมายอาญา การฝ่าฝืนกฎหมายเอกชน (ละเมิด)<sup>1</sup> ซึ่งตัวอย่างการใช้คำว่า delict ปรากฏอยู่ในหลายที่ เช่น Institutiones เล่มที่ 4 ของจัสติเนียนุส ที่อธิบายถึงบ่อเกิดแห่งหนึ่งที่เกิดจากละเมิดใช้คำว่า ex delicto หรือ ในหนังสือกฎหมายโรมันปัจจุบันเกือบทุกเล่มจะใช้คำว่า delict หรือ delictum ผสมกันไป ขึ้นอยู่กับความเคร่งครัดในการใช้ภาษา (กล่าวคือถ้าเป็นหนังสือที่เน้นความเป็นปัจจุบัน จะใช้คำว่า delict แต่ถ้าเน้นรากศัพท์ภาษาลละติน จะใช้คำว่า delictum ) เป็นต้น

## 2.1.2 ประเภทของละเมิด

ละเมิดหรือ delict ในกฎหมายโรมันตาม Institutiones ของจัสติเนียนุส (Institutiones Iustiniani Augusti) แบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

1. Furtum หมายถึง การลักทรัพย์หรือการเอาทรัพย์ไปจากผู้อื่นโดยไม่ใช้กำลัง<sup>2</sup> หรือการดำเนินการอันไม่สุจริตเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมุ่งหวังที่จะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้น หรือโดยจะใช้

<sup>1</sup> Lovetoknow Coporation, Delict Definition. Available from: <http://www.yourdictionary.com/delict#law-1130> [2008, August 31]

\* แม้ว่ากรกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่ง (ละเมิดในปัจจุบัน) และ การกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาในสมัยโรมัน จะมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันจนไม่สามารถจะแยกออกจากกันได้ อย่างเด็ดขาด แต่ผู้เขียนก็ขออนุญาตใช้คำว่าละเมิดไปก่อนเพื่อให้เข้าใจง่ายและไม่ต้องใช้ถ้อยคำที่เยิ่นเย้ออย่างไรก็ดีขอให้ผู้อ่านตระหนักถึงหลักการข้างต้นในขณะที่ทำความเข้าใจอยู่เสมอเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้อง

<sup>2</sup> ศนันท์กรณ (จำปี) ไสตติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 40.

หรือครอบครองทรัพย์สินนั้น furtum กินความกว้างขวางมาก แม้แต่การพบของที่ตกอยู่แล้วนำมาเก็บไว้ก็ถือเป็น furtum เช่นกัน<sup>3</sup>

### องค์ประกอบของ furtum มีดังนี้

1. การกระทำ ไม่จำเป็นต้องมีการเอาทรัพย์สินไปเพียงแต่มีการถือไว้ หรือเข้ายุ่งเกี่ยวกับประการใด ๆ กับทรัพย์สิน (contrectatio rei) ก็เพียงพอแล้ว ตัวอย่างเช่น การรับทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบไว้ การที่ผู้นำทรัพย์สินที่ยืมไปใช้นอกจากที่เจ้าของอนุญาต หรือนอกวัตถุประสงค์ที่ให้ยืม ซึ่งเรียกว่าการขโมยการใช้ทรัพย์สิน (furtum usus) เป็นต้น นอกจากนี้ การยกยอก หรือแม้แต่การรับชำระหนี้โดยรู้อยู่ว่าเขาไม่ได้เป็นหนี้ ก็ถือเป็น furtum เช่นกัน<sup>4</sup>

### 2. เจตนา ผู้ลักทรัพย์จะต้องมี

2.1 dolus malus กล่าวคือ เจตนาที่ไม่สุจริต คือรู้ว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นขัดต่อเจตนาผู้เป็นเจ้าของ

2.2 animus lucrificien กล่าวคือ เจตนาที่จะถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินผู้อื่น<sup>5</sup>

3. ทรัพย์สิน วัตถุแห่งการลักทรัพย์ได้แก่ สิ่งหามิทรัพย์สินใดๆ ที่มีเจ้าของ รวมไปถึงเด็กในความปกครองของบิดา และภริยาในความปกครองของสามีด้วย

ผู้เสียหายซึ่งมีสิทธิจะฟ้องคดีลักทรัพย์ได้มิได้มีเพียงเจ้าของทรัพย์สินเท่านั้น Gaius กล่าวว่าบุคคลใดก็ตามที่มีผลประโยชน์ในความปลอดภัยแห่งทรัพย์สินนั้น ย่อมมีสิทธิฟ้องคดีได้ อย่างไรก็ตาม ผลประโยชน์ดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอ มิใช่เป็นเพียงเจ้าหน้าที่ไม่มีประกันหรือไม่มี

<sup>3</sup> เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, “ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ,” (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 25.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

<sup>5</sup> ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรถูก, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 41.



หลักฐานแห่งหนึ่งก็จะมาฟ้องได้ ผลประโยชน์ดังกล่าวไม่จำกัดว่าจะเป็นผลประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อม กล่าวคือไม่ว่าเจ้าของทรัพย์หรือผู้ยึดถือทรัพย์ไว้ตามสัญญาที่ทำไว้กับเจ้าของทรัพย์ซึ่งตนจะต้องรับผิดชอบหากทรัพย์นั้นถูกขโมยไป ก็มีสิทธิฟ้องได้เช่นเดียวกันถ้าการสูญหายของทรัพย์นั้นมิได้เกิดขึ้น เนื่องจากการกระทำโดยจงใจของตน<sup>6</sup>

### ประเภทของการลักทรัพย์ (furtum) มีดังนี้

1. การลักทรัพย์ซึ่งหน้า (furtum manifestum) การลงโทษสูงสุดจะเป็นเงิน 4 เท่าของ ราคาทรัพย์ ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภทด้วยกันคือ

1.1 furtum conceptae (conceptum) เมื่อทรัพย์ที่ขโมยมาพบว่าอยู่ที่ขโมย

1.2 furtum prohibitum เมื่อผู้สงสัยไม่ยอมให้ตรวจค้น

1.3 furtum oblatum เมื่อขโมยเอาทรัพย์ไปซ่อนไว้ที่ผู้อื่น และผู้นั้นนำทรัพย์มาแสดง

2. การลักทรัพย์ไม่ซึ่งหน้า (furtum nec manifestum, secret theft) การลงโทษจะเป็นเงิน 2 เท่าของราคาทรัพย์

3. การยกยอก คือการเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นที่ตนครอบครองอยู่<sup>7</sup>

2. Rapina หรือ Rapine หรือ Vi Bona Rapta หรือ Actio Vi Bonorum Raptorum คือการปล้นทรัพย์ หรือการลักทรัพย์โดยประสังศรีร้ายด้วยวิธีการรุนแรงหรือใช้กำลัง<sup>8</sup> แม้จะกระทำโดยลำพัง

<sup>6</sup> เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, “ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 26.

<sup>7</sup> ศนันทกรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 41.

<sup>8</sup> William L. Burdick, The Principles of Roman Law and Their Relations to Modern Law, (New York: The Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1938), p. 493. : Rapina, or vi bona rapta, is robbery, or the malicious taking of the property of another by force.

คนเดียวก็ตาม การลงโทษเป็น 4 เท่าของราคาทรัพย์ ฟ้องได้ทั้งเรียกคืนทรัพย์และลงโทษผู้กระทำผิด จึงถือว่าการดำเนินคดียังคงมีลักษณะผสมระหว่างแพ่งกับอาญาอยู่ โดยการฟ้องต้องกระทำภายใน 1 ปีนับแต่มีการปล้นทรัพย์ หากเกินกำหนดเวลานี้จะเรียกค่าเสียหายได้เท่ากับราคาทรัพย์เท่านั้น

rapina เป็นความผิดที่ไพรตอร์ (Praetor) ได้พัฒนามาจาก furtum เพราะในช่วงเวลานั้น เป็นช่วงเวลาที่ยังเกิดสงครามกลางเมือง (civil war) ขึ้นบ่อยครั้ง จนมีพวกขวยโอกาสใช้อาวุธเพื่อเข้ามาปล้นทรัพย์สินของประชาชน ซึ่งในเวลาต่อมาแม้จะไม่ได้ใช้อาวุธก็ถือว่าเป็นความผิด rapina แล้ว<sup>9</sup>

3. Iniuria หรือ Injuria มีความหมายอย่างกว้างคือ ความมิชอบด้วยกฎหมาย หรือการปราศจากสิทธิที่จะกระทำได้ (unlawfulness หรือ the absence of a right) แต่ถ้าพิจารณาในแง่ประเภทของละเมิดแล้วจะหมายถึง การหมิ่นประมาท (insult หรือ outrage) รวมถึงการกระทำใดๆที่ไม่คำนึงถึงสิทธิหรือสภาพบุคคลของผู้อื่นโดยจงใจ ดังนั้น ละเมิดลักษณะนี้จึงครอบคลุมถึงการทำร้ายร่างกาย การหมิ่นประมาทผู้อื่นด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร การทำลายชื่อเสียง เกียรติยศของผู้อื่น การไม่คำนึงถึงสิทธิมหาชนหรือสิทธิเอกชนของผู้อื่นโดยจงใจ การขัดขวางมิให้ผู้อื่นเคลื่อนไหวโดยอิสระในสถานที่สาธารณะ หรือมิให้ตกปลาในทะเลหรือน่านน้ำสาธารณะอื่นใดโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้ การเข้าแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินของผู้อื่น การเข้าไปในบ้านหรือที่ดินของผู้อื่นโดยเจ้าของมิได้ยินยอม การหมิ่นประมาทสตรี การหลอกลวงให้เขาชำระหนี้ให้ การทำลายความน่าเชื่อถือของบุคคล หรือแม้แต่การหมิ่นประมาทผู้ที่ตายไปแล้ว หรือให้ร้ายเกี่ยวกับการตายของเขา ก็ถือว่าเป็นการละเมิดต่อทายาทแล้ว (ต่างกับกรณีหมิ่นประมาทบุคคลก่อนตาย ซึ่งสิทธิฟ้องคดีจะไม่ตกทอดไปยังทายาท)

ความหมายที่กว้างขวางและยืดหยุ่นของละเมิดลักษณะนี้เป็นผลมาจากการพัฒนากฎหมายของไพรตอร์ (Praetor) และนักนิติศาสตร์ในสมัยประชาธิปไตย หรือสมัยสาธารณรัฐ (Republic) ซึ่งแต่เดิมนั้นกฎหมายสิบสองโต๊ะได้บัญญัติความผิดเฉพาะการทำร้ายร่างกายโดยกำหนดวิธีการลงโทษตามหลักสิทธิแก่แก่นสำหรับกรณีร้ายแรงหรือกำหนดค่าปรับให้เป็นจำนวนที่แน่นอนตายตัวสำหรับการทำร้ายร่างกายที่ไม่รุนแรงนัก แต่ต่อมาในปลายสมัยประชาธิปไตย (Republic) ค่าของเงินลดลง ทำให้มาตรการกำหนดค่าปรับไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เพราะคนเริ่มไม่เกรงกลัวต่อโทษปรับเพียงน้อยนิด

<sup>9</sup> William L. Burdick, The Principles of Roman Law and Their Relations to Modern Law, (New York: The Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1938), p. 493.

ไพรตอร์ (Praetor) จึงได้เข้าแทรกแซงเกี่ยวกับวิธีการกำหนดการเยียวยาความเสียหายใหม่ โดยเปิดโอกาสให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหาย (damages) สำหรับการกระทำละเมิดแต่ละอย่างต่างกันไป เช่น การหมิ่นประมาทต่อสาธารณชน การหมิ่นประมาทสตรี การทำลายชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้อื่น เป็นต้น ซึ่งจากบทบัญญัติเฉพาะเรื่องที่แตกต่างกันเหล่านี้ นักนิติศาสตร์ได้นำมาตีความและสร้างหลักทั่วไปว่า การทำลายเกียรติยศของผู้อื่นด้วยวิธีใดๆ ย่อมจะต้องถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบได้ ซึ่งหลักทั่วไปนี้เองที่นำไปสู่การเกิดขึ้นของหลัก Iniuria

ถึงแม้ว่าการเยียวยาความเสียหายของละเมิดลักษณะ Iniuria จะกำหนดเป็นค่าเสียหาย (damages) แทนค่าปรับจำนวนตายตัว (fixed penalty) แล้วก็ตาม แต่วัตถุประสงค์ของการลงโทษก็ยังคงเป็นไปเพื่อการเยียวยาการถูกหมิ่นประมาท มิใช่เพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงอย่างค่าสินไหมทดแทนในปัจจุบัน ดังนั้น ค่าเสียหายนี้จึงกำหนดเป็นจำนวนมากน้อยตามความร้ายแรงแห่งการหมิ่นประมาท นอกจากนั้นวิธีการฟ้องคดีก็ยังคงมีลักษณะเป็นคดีอาญาอยู่และมีอายุความ 1 ปี<sup>10</sup>

4. Damnum Iniuria Datum หรือ Damnum Injuria Datum หมายถึง การทำให้เสียหายด้วยการกระทำอันน่าตำหนิ ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เป็นความผิดที่ได้พัฒนามาจากรัฐบัญญัติอควิลเลีย หรือรัฐบัญญัติอควิลเลีย (Lex Aquilia) วัตถุประสงค์ของละเมิดลักษณะนี้ คือการเยียวยาความเสียหาย (loss หรือ damnum) ในขณะที่ iniuria มุ่งจะเยียวยาการถูกหมิ่นประมาท (insult) นอกจากนี้ยังไม่จำกัดเฉพาะกรณีจงใจอย่างใน iniuria แต่รวมตลอดถึงการกระทำอันน่าตำหนิ (culpable conduct หรือ iniuria datum) ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์การทำให้เสียหายอย่างกว้างๆ มีดังนี้

1. มีความเสียหายต่อตัวทรัพย์
2. เป็นความเสียหายที่มีขอบด้วยกฎหมาย

<sup>10</sup> เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, "ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 27-29.

3. ผู้ก่อความเสียหายมีความผิด ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และแม้จะประมาทเลินเล่อเพียงเล็กน้อยก็ตาม

4. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>11</sup>

## 2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria

เส้นทางความสัมพันธ์ระหว่างละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria นั้นมีความเป็นมาที่ทอดยาว นักวิชาการเห็นว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นหลักการที่มีจุดเริ่มต้นในกฎหมายโรมันที่ยอมรับการที่พลเมืองชาวโรมันขายตัวเองเป็นทาสได้<sup>12</sup> เนื่องจากผู้ที่ตกเป็นทาสในสมัยนั้นไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม ถือว่าผู้นั้นเป็นเหมือนทรัพย์สินของเจ้านายที่เจ้านายจะทำอย่างไรกับทาสผู้นั้นก็ได้ไม่ว่าจะเป็นการขายทาสนั้นต่อไป ยกไปให้ผู้อื่น การทำร้ายร่างกาย หรือแม้แต่จะฆ่าทาสนั้นเสียก็ทำได้โดยไม่มี ความผิด<sup>13</sup>

แต่ไม่ว่าหลัก Volenti non fit injuria จะมีจุดเริ่มต้นอยู่ในสมัยใด นักวิชาการจำนวนมากต่างเห็นพ้องต้องกันว่า หลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายธรรมชาติที่มาจากจิตใต้สำนึกของมนุษย์และแอบแฝงอยู่ในแก่นของความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกันมาตั้งแต่ครั้งอดีต ดังที่วิไฮเมอร์ได้เคยกล่าวถึงเรื่อง

<sup>11</sup> ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามภีควร ได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 42.

<sup>12</sup> R.F.V.Heuston and R.A.Buckley, Salmond & Heuston, on the Law of Tort, 20 th (London : Sweet & Maxwell Ltd, 1922) p. 485. : "No injury is done to one who consents. This maxim had its origin in the process by which Roman law validated the act of a free citizen selling himself into slavery."

<sup>13</sup> สุธีรา จินายน, "วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2550), หน้า 6.



กฎหมายธรรมชาติไว้ในมหากาพย์อีเลียด (Iliad) ว่า “มนุษย์ทุกยุคทุกสมัย(ยกเว้นสมัยปัจจุบัน)ต่างถูกตัดสินความผิดจากคำพูดหรือการกระทำ แม้ว่าในสมัยต่างๆเหล่านั้น สังคมจะยังไม่มีวิธีการแก้ปัญหาที่เป็นระบบ เป็นเพราะมนุษย์นั้นมีหลักการพื้นฐานของเหตุผล ไม่ได้ใช้การทายหรือการคาดเดาในการแก้ปัญหาแต่อย่างใด” แม้กระทั่งอริสโตเติล (Aristotle) เองก็ได้กล่าวไว้ว่า “การแก้ปัญหาต่างๆไม่ใช่เรื่องทางกฎหมาย แต่เป็นเรื่องของความรู้สึกผิดชอบที่จะเป็นไปตามวัย ตามหน้าที่ความรับผิดชอบและตามสติปัญญาที่เพิ่มพูนขึ้น”<sup>14</sup>

ครั้นพอกฎหมายได้แยกตัวออกจากศีลธรรมหรือความรู้สึกผิดชอบจนพัฒนาเป็นกฎเกณฑ์ของตัวเองและได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร หลัก Volenti non fit injuria ก็ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน โดยปรากฏอยู่ใน Lex Aquilia (287 B.C.) ซึ่งมีการกล่าวถึงเนื้อหา Volenti non fit injuria ไว้ดังนี้

---

\* เป็นบทประพันธ์ของโฮเมอร์ซึ่งเล่าเรื่องราวของสงครามระหว่างเมืองทรอยกับกรีกในช่วงปีที่สิบของสงครามจนถึงสิ้นสุดสงคราม สาเหตุแห่งสงครามมาจากกษัตริย์ปารีสแห่งทรอยได้ลักพาตัวเฮเลนซึ่งเป็นภรรยาของเมเนลัส กษัตริย์ของสปาร์ตาซึ่งในขณะนั้นเป็นฝ่ายกรีก เชื่อกันว่าอีเลียดถูกแต่งขึ้นในช่วงศตวรรษที่แปดก่อนคริสตกาล

<sup>14</sup>Thomas Beven, “ “Volenti Non Fit Injuria” in The Light of Recent Labour Legislation,” Journal of the Society of Comparative Legislation Vol.8, No.2 (1907): p. 185. : “The maxim “Volenti non fit injuria” is in its origin no more than an axiom of ordinary common-sense. ... And thus we find from the very earliest times that the principle involved is at the core of most human relations. Homer speaks of the man as all generations since, with the exception of the present, have spoken of him as one who must be justified by his words or action, or action, or by them be condemned ; since than these there is no working solution of the problem of society, which, before all, requires a basis of sense and not of surmise. Aristotle discusses, The problem is not a legal one, but far wider a moral one, the important of which increases as men grow in moral responsibility and intelligence.

“Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.”

ซึ่งแปลความได้ว่า “ใครก็ตามที่ได้จับคู่ต่อสู้กันหรือเข้าแข่งขันชกมวย หรือกรณีที่นักมวยสองคนกำลังพัวพันกันอยู่ แล้วเกิดเหตุการณ์ที่มีฝ่ายหนึ่งฆ่าอีกฝ่ายหนึ่งตาย โดยเหตุการณ์นี้เกิดขึ้นในงานมหรสพสาธารณะ จะไม่มีการนำ Lex Aquilia มาบังคับใช้ เพราะแม้ว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นแต่ก็เกิดจากการที่คู่กรณีได้กระทำลงด้วยความมุ่งหมายจะแสดงถึงชื่อเสียง เกียรติคุณ ความกล้าหาญ และไม่มีเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหาย แต่อย่างไรก็ตามกรณีเช่นนี้จะไม่นำมาใช้บังคับกับทาส เพราะอิสรชนจะมีความคุ้นเคยกับการแข่งขันเช่นนี้ ซึ่งต่างจากทาสที่อาจไม่คุ้นเคย แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายจะถูกนำมาใช้บังคับกรณีที่ถูกตรของครอบครัวทาสถูกกระทำให้ได้รับบาดเจ็บ ซึ่งเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งทำให้อีกฝ่ายได้รับบาดเจ็บ โดยฝ่ายที่บาดเจ็บนั้นเฉย ไม่ตอบโต้ กฎหมาย Lex Aquilia ก็จะถูกนำมาบังคับใช้ หรือกรณีที่มีการฆ่าทาสโดยไม่มีการแข่งขันเข้ามาเกี่ยวข้องก็ต้องนำ Lex Aquilia มาบังคับใช้เช่นกัน ยกเว้นนายทาสจะเป็นผู้ยุงหรือส่งเสริมให้ฆ่าทาสนั่นเอง ผู้ฆ่าก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ Lex Aquilia”<sup>15</sup>

จากการสังเกตหลัก Volenti non fit injuria ใน Lex Aquilia จะพบว่าไม่ได้มีการเขียนคำว่า Volenti non fit injuria ไว้โดยตรง แต่เนื้อหาจะเป็นกล่าวถึงกรณีที่มีการชกมวย การต่อสู้ที่ทำในมหรสพสาธารณะแล้วมีการตายเกิดขึ้น จะไม่ต้องรับผิดชอบตาม Lex Aquilia หรือกรณีที่นายทาสเป็นผู้ยุง ส่งเสริมให้ผู้อื่นฆ่าทาส ผู้ฆ่าทาสก็ไม่ต้องรับผิดชอบตาม Lex Aquilia ซึ่งเนื้อหาของ Lex Aquilia ส่วนนี้เป็นส่วนที่

\* Digest 9.2.7 s.5

<sup>15</sup> The Catholic University of America. Lex Aquilia. Available from: <http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/Roman%20Law/%20LexAquilia.html> [2008, August 31]

Ulpianus ได้เขียนไว้ อยู่ใน Digest 9.2.7 s. 5 อันเป็นส่วนหนึ่งของ Corpus Juris Civilis และนอกจากหลัก Volenti non fit injuria ใน Digest ส่วนนี้แล้ว Ulpianus ก็ยังนำไปเขียนไว้ในส่วนอื่นของ Digest อีก คือ Digest 47.10.1 s.5<sup>\*</sup> เพียงแต่ไม่ได้อยู่ในกฎหมาย Lex Aquilia ซึ่งนักวิชาการบางท่านเห็นว่า Digest ส่วนนี้ต่างหากจึงจะเป็นต้นกำเนิดของหลัก Volenti non fit iniuria<sup>16</sup> นอกจากนี้ยังมี Pomponius ที่นำไปบัญญัติไว้ด้วยเช่นกัน”

หากจะกล่าวไปแล้ว Lex Aquilia ถือเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่มีความสำคัญมากเพราะเป็นรากฐานของกฎหมายละเมิดในสมัยปัจจุบัน เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้โดย Aquilius ผู้ซึ่งเป็น Tribune of the Plebians เมื่อประมาณปี 286 B.C. ซึ่งในช่วงแรกของรัฐบัญญัติอาชญากรรมจะมิบทลงโทษแก่ผู้ซึ่งทำให้อาชญากรรมและสัตว์ในการปลุกสัตว์ของผู้อื่นเสียชีวิตโดยต้องเสียค่าชดเชยเท่ากับมูลค่าสูงสุดที่ทาสหรือสัตว์

---

\* Digest 47.10.1 s.5 : “Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.” และ Digest 50.17.32 : “Quod ad jus natural attinet omnes homines aequales sunt” : All men are equal before the natural law. หมายความว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันตั้งแต่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งการที่มีความหมายเช่นนี้เป็นเพราะโรมันในอดีตมองว่าเรื่องความยินยอมสามารถนำไปใช้ในเรื่องสัญญาด้วย การที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมกันในการทำสัญญาทำให้ต่างฝ่ายสามารถตกลงกันอย่างไรก็ได้ ถือเป็นเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการตกลงว่าจะไม่รับผิดชอบในความเสียหายด้วย

<sup>16</sup>William L. Berdick, The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, (New York : The Lawyers Co-Operative Publishing Co. Rochester, 1938), p. 504.

\*\* Digest 50.17.203 : “Quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire” : He who suffers a damage by his own fault, has no right to complain. หมายความว่า ผู้ที่ได้รับ ความเสียหายจากความผิดของตนเองไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างความรับผิดชอบจากผู้อื่นได้ ซึ่ง “ความผิดของตนเอง” ในที่นี้รวมถึงการที่ตนเองยอมรับผิดชอบต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากผู้อื่นด้วย



นั้นได้มีมาในปีก่อน<sup>17</sup> ที่เป็นเช่นนี้เพราะทาสและสัตว์ต่างๆในการปลุสตีว เช่น วัว ลา ม้า ควาย แพะ แกะ หมู เป็นทรัพย์สินเศรษฐกิจสำคัญ กฎหมายจึงให้มีการขดเซยการละเมิดอย่างรุนแรง และในช่วงที่สามจะกล่าวถึงกรณีความผิดอื่นที่ไม่เกี่ยวกับทาสและสัตว์ต่างๆในการปลุสตีวซึ่งได้แก่ความผิดที่บุคคลได้ทำการเผา ทำให้แตกหัก หรือทำลายด้วยวิธีการต่างๆ กับทรัพย์สินของผู้อื่น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินนั้นในช่วง 30 วันสุดท้าย<sup>18</sup>

ในเวลาต่อมาเมื่อโรมันผ่านจากสมัยประชาธิปไตยเคลื่อนเข้าสู่สถานะจักรวรรดิ<sup>19</sup> ในช่วงท้ายของสมัยจักรวรรดินี้ กฎหมายละเมิดก็ได้รับการแบ่งแยกออกเป็น 4 ประเภทด้วยกัน คือ Furtum, Rapina, iniuria และ Damnum iniuria datum

สำหรับ Furtum ซึ่งก็คือการลักทรัพย์หรือการดำเนินการอันไม่สุจริตเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมุ่งหวังที่จะได้กรรมสิทธิ์หรือครอบครองทรัพย์นั้นก็ได้นำหลักความยินยอมมาใช้ด้วย<sup>17</sup> โดยเห็นว่าความผิดฐานลักทรัพย์จะไม่เกิดขึ้นหากบุคคลได้นำทรัพย์ไปด้วยความสำคัญผิดในตัวทรัพย์ว่าเป็นของเขา

\* Digest 9.2.2 : "Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto"

\*\* Digest 9.2.27.5 : "Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto"

\*\*\* ผู้เขียนขอแนะนำให้อ่านความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในสมัยโรมัน ซึ่งอยู่ในภาคผนวก ก. เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้น

<sup>17</sup> William L. Berdick, The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, (New York : The Lawyers Co-Operative Publishing Co. Rochester, 1938), p. 488. : Any kind of physical appropriation of goods belonging to another, without the consent of the owner whether at the time of getting possession or subsequently, is covered by furtum.

เองหรือเป็นการเอาไปด้วยความยินยอมของเจ้าของทรัพย์สินนั้น<sup>18</sup> ส่วน Rapina ก็คือการลักทรัพย์โดยใช้กำลังหรือด้วยวิธีการอันรุนแรง อาจจะเทียบได้กับการปล้นทรัพย์ในปัจจุบันเพียงแต่ Rapina ในสมัยโรมันนั้นเพียงกระทำคนเดียวก็เป็นความผิดฐานปล้นทรัพย์แล้ว และเนื่องจาก Rapina เป็นฐานความผิดที่เกิดขึ้นมาจาก Furtum จึงสามารถนำหลักเรื่องความยินยอมมาใช้บังคับด้วย

สำหรับ Iniuria ซึ่งเป็นอีกประเภทหนึ่งของละเมิด อันหมายถึงการหมิ่นประมาท รวมถึงการกระทำใดๆที่ไม่คำนึงถึงสิทธิหรือสภาพของบุคคลอื่นโดยจงใจ เช่น การทำร้ายร่างกาย การบ่อนทำลายชื่อเสียง เกียรติยศของผู้อื่นนั้น ก็ได้รับเอาเรื่องความยินยอมมาใช้ด้วย โดยเห็นว่าการสั่งสอนของครู อาจารย์หรือการกระทำละเมิดที่อยู่ในขอบข่ายอำนาจซึ่งรวมถึงความยินยอมไม่ถือว่าเป็นความผิดฐาน Iniuria นี้<sup>19</sup> ส่วน Damnum iniuria datum ซึ่งเป็นประเภทสุดท้ายของละเมิด หมายถึง การก่อความเสียหายไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อทาส สัตว์ 4 เท้าในการปลุกสัตว์ และทรัพย์สินของผู้อื่นนั้น ก็เป็นไปในทางเดียวกันกับ Iniuria คือรับเอาเรื่องความยินยอมมาใช้เช่นเดียวกัน โดยกล่าวว่า การกระทำใดที่ทาลงโดยความยินยอมก็ดี โดยความรู้ถึงผลที่จะเกิดขึ้นก็ดี หรือประสงค์จะให้เกิดขึ้นก็ดี การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย Aquilian Law<sup>20</sup> ( Aquilian Law คือ Lex Aquilia และ Damnum iniuria datum ก็มีที่มาจาก Lex Aquilia ฉบับนี้เอง) หากสังเกตดูจะพบว่าทั้ง Iniuria และ Damnum iniuria datum ต่างก็มีเรื่อง

<sup>18</sup> Adolf Berger, *Dictionary of Roman Law*, (The Lawbook Exchange, Ltd., 2002), pp. 480-481. : "A theft. The classical conception of furtum ... . There was no theft when one took another's thing in the erroneous belief that it was his or that he was making use of it with the owner's consent."

<sup>19</sup> William L. Berdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, (New York : The Lawyers Co-Operative Publishing Co. Rochester, 1938), p. 504.

<sup>20</sup> Patrick Mac Chombaich De Colquhoun, *A Summary of the Roman Civil Law*, (London : V. And R. Stevens and Sons, 1905), pp. 230-231.

iniuria มาเกี่ยวข้องกับด้วยแต่ก็มีข้อแตกต่างที่สำคัญคือ iniuria จะเป็นการกระทำความผิดกับเสรีชนเท่านั้น ส่วน Damnum iniuria datum จะเป็นการกระทำความผิดกับตัวทรัพย์สิน<sup>21</sup>

จากที่กล่าวมาทั้งหมดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria นี้ จะเห็นได้ว่าหลัก Volenti non fit injuria ในสมัยโรมันไม่ได้มีการเขียนเหมือนในปัจจุบัน ในช่วงแรกจะเป็นการเขียนเนื้อหาด้วยประโยคหลายๆประโยคมาร้อยเรียงกันเพื่ออธิบายหลักการดังกล่าว เช่น Digest 9.2.7 และ Digest 47.10.1 s.5 ที่ได้กล่าวไปแล้วในช่วงแรก หรือในบางครั้งต้องอ่านเนื้อความจำนวนมาก แล้วค่อยสรุปได้ว่าเป็นเรื่องของ Volenti non fit injuria แต่ในเล่มหลายๆของ Digest จะเริ่มเขียนเป็นวลียาวๆเพียงวลีเดียวเท่านั้น คือ “Quod ad jus natural attinet omnes homines aequales sunt” หรือ “Quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire” ซึ่งปรากฏอยู่ใน Digest 50.17.32 และ Digest 50.1.203 ตามลำดับ แต่เมื่อเวลาผ่านไป วลีดังกล่าวก็เปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยปรากฏหลักฐานอยู่ในกฎหมายศาสนา (The Canon Law) ที่ได้กล่าวอ้างถึงหลักเรื่องความยินยอมไว้ในรูปของ “Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus”<sup>22</sup> และท้ายที่สุดหลักเรื่องความยินยอมก็เปลี่ยนแปลงมาเป็นแบบที่เห็นกันในปัจจุบันโดยผลงานของ Bracton นักกฎหมายชาวอังกฤษ ด้วยวลีที่ว่า

<sup>21</sup> Patrick Mac Chombaich De Colquhoun, A Summary of the Roman Civil Law, (London : V. And R. Stevens and Sons, 1905), p. 251.

<sup>22</sup> Thomas Beven, “Volenti Non Fit Injuria” in The Light of Recent Labour Legislation,” Journal of the Society of Comparative Legislation Vol.8, No.2 (1907): p. 186. : Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus : No injury is done to a person who understands and consents. ซึ่งหมายความว่า ไม่ถือว่ามีความผิดเกิดขึ้นหากบุคคลฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้เข้าใจในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและได้ให้ความยินยอมไว้แล้ว

\* Henry de Bracton หรือ Henrici Bracton เป็นนักกฎหมายชาวอังกฤษซึ่งมีชื่อเสียงมาก หลังจากเขียนหนังสือชื่อ De Legibus et Consuetudinibus Angliae (On the Laws and Customs of England) และเป็นผู้ให้แนวความคิดเรื่อง mens rea หรือ เจตนากระทำความผิดในทางอาญา นอกจากนี้ยังเขียนตำราเกี่ยวกับปรัชญา ซึ่งนับเป็นผลงานที่สำคัญมากก่อนสมัยของ Sir William Blackstone

“Cum scienti et volenti non fit injuria”<sup>23</sup> ซึ่งถูกย่นย่อให้เหลือเพียงคำว่า Volenti non fit injuria ในเวลาต่อมา และในบางครั้งผู้ที่รู้ภาษาละตินอยู่บ้างก็จะเขียนเป็น Volenti non fit iniuria เพื่อให้ใกล้เคียงกับของเดิม

จากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าศัพท์ที่ใช้ในการเรียกหลัก Volenti non fit injuria นี้มีได้หลายแบบด้วยกัน เช่น Scienti et Consentienti non fit iniuria neque dolus, Cum scienti et volenti non fit injuria, scienti et volenti non fit injuria, scientia et volenti non fit injuria โดยมีความหมายนัยเดียวกัน แม้จะมีการแปลที่แตกต่างกันบ้างเล็กน้อย แต่สิ่งที่ต้องตระหนักก็คือการใช้คำว่า scienti ในความหมายละตินเดิมจะแปลว่า to him who has knowledge เมื่อผสมกับคำว่า et consentienti หรือ et volenti จะแปลว่าผู้รู้ถึงข้อเท็จจริงแล้วยินยอมกับการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือผู้รู้ถึงข้อเท็จจริงแล้วยังแสดงเจตนาที่จะรับผลของการกระทำอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ถือว่าได้รับความเสียหาย (non fit injuria) แต่กาลผ่านไปกลับปรากฏว่าการใช้ scienti เป็นไปในทางตรงกันข้าม ในปัจจุบันหากใช้คำว่า Scienti non fit injuria จะแปลว่าเมื่อรู้ข้อเท็จจริงแห่งความเสียนั้นแล้วยังให้ความยินยอมไปจะไม่ถือว่ายกเว้นความผิดเป็นการเล่นคำเชิงสำบัดสำนวนโดยเลียนมาจากคำดั้งเดิม ดังนั้นจึงต้องระวังการใช้คำว่า “scienti” ให้มากขึ้นหากประสงค์จะนำมาใช้คู่กับคำว่า “volenti non fit iniuria”

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

---

<sup>23</sup> Thomas Beven, “ “Volenti Non Fit Injuria” in The Light of Recent Labour Legislation,” Journal of the Society of Comparative Legislation Vol.8, No.2 (1907): p. 186.



### กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายต่างประเทศ

หลังจากได้ทำการศึกษาความเป็นมาจนถึงการเกิดขึ้นของหลัก Volenti non fit injuria แล้ว ในบทนี้จะเป็นการเดินทางตามรอยว่าได้มีการนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในต่างประเทศอย่างไรบ้าง โดยจะทำการศึกษาจากประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีและอังกฤษเป็นสำคัญ ซึ่งนับเป็นตัวแทนประเทศของระบบ Civil Law และ Common Law อันจะทำให้เห็นภาพรวมกว้างๆของประเทศที่ใช้หลักนี้ได้ นอกจากนี้ กฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศไทยก็มีต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธรัฐเยอรมนีอยู่หลายส่วนด้วยกัน ทั้งประเทศอังกฤษเองก็เป็นประเทศที่นักกฎหมายไทยไปศึกษาและรับอิทธิพลทางกฎหมายมาไม่น้อย และมีส่วนเชื่อได้ว่าส่งผลต่อกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย ดังนั้นการศึกษากฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีและอังกฤษ จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจและน่าศึกษาเป็นอย่างยิ่ง

#### 3.1 กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี

##### 3.1.1 หลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป

หลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปของสหพันธรัฐเยอรมนี ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 823<sup>1</sup> วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่

---

\* เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอแนะนำให้อ่านความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี ซึ่งอยู่ในภาคผนวก ก.

\*\* § 823 Schadensersatzpflicht :

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. หรือ

Section 823 : A person who, intentionally or negligently, injures unlawfully the life, body, health, freedom, property or any other right of another person is bound to compensate him for any damage arising therefrom. หรือคำแปลอีกฉบับหนึ่งมีความว่า A person who willfully or negligently injures the life, body, health, freedom, property, or other right of another contrary to law is bound to compensate him for ant damage arising therefrom.



ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จำต้องทำการทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้น” ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อันเป็นเพราะไทยได้ร่างมาตรา 420 ขึ้นตามแบบของมาตรา 823 วรรคแรก ของเยอรมัน ดังนั้นหลักเกณฑ์ต่างๆของการรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปในเยอรมันจึงมีความใกล้เคียงกันกับของไทยมาก

สำหรับตำรากฎหมายของเยอรมันอาจมีการแบ่งหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไปบ้าง แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอแบ่งออกเป็น 5 หลักเกณฑ์ดังนี้

1. มีการกระทำ
2. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
3. โดยมีชอบด้วยกฎหมาย
4. มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด
5. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

### 3.1.1.1 มีการกระทำ

โดยปกติของการกระทำที่เป็นละเมิด จะต้องมีการเคลื่อนไหวในอิริยาบถ โดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น และผู้กระทำสามารถบังคับความเคลื่อนไหวได้ด้วย นอกจากนี้ยังหมายถึงการงดเว้นไม่กระทำ (omission) แต่ต้องเป็นการงดเว้นไม่กระทำการในเรื่องที่ตนเองมีหน้าที่ต้องทำ หน้าที่นี้อาจเกิดจากกฎหมายก็ได้ หรือเกิดจากสัญญาหรือความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้งดเว้นกับผู้เสียหายก็ได้<sup>1</sup>

สำหรับกฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนีก็มีลักษณะเช่นเดียวกันคือ การก่อความเสียหายอาจเป็นโดยการกระทำ เช่น การใช้ร่างกาย การพูด การเขียน เป็นต้น<sup>2</sup> หรือการละเว้นการกระทำ แต่การละเว้นการกระทำซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิดจะมีได้เฉพาะกรณีจำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ หน้าที่ที่นี้อาจเกิดจากสัญญาหรือเกิดจากฐานะทางข้อเท็จจริง (factual position) ซึ่งจำเลยได้ก่อขึ้นก็ได้ ตัวอย่างเช่น ศาลสหพันธรัฐเยอรมนีได้วางหลักไว้ว่า บุคคลที่เปิด

<sup>1</sup>ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 24.

<sup>2</sup> Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, second edition(The Republic of South Africa: Rustica Press (PTY) Ltd., 1992), p. 1064.

กิจการไม่ว่ากิจการใดเพื่อให้บุคคลอื่นได้เข้าไปใช้ประโยชน์ เช่น โรงแรม โรงภาพยนตร์ ร้านอาหาร จะต้องให้ความเอาใจใส่ต่อผู้เข้ามาใช้ประโยชน์ ใช้บริการ หรือหาความสะดวกสบายในกิจการนั้น โดยใช้ความระมัดระวังทุกทางที่จะหลีกเลี่ยงอันตรายอันจะเกิดขึ้นจากการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกภายในกิจการ เพราะหากมีอันตรายใดๆเกิดขึ้นจากการดำเนินการของกิจการก็ถือเป็นการละเมิดโดยละเว้นจากหน้าที่ที่ต้องกระทำได้ แม้ไม่เป็นหน้าที่ตามสัญญาแต่เป็นหน้าที่อันเกิดจากข้อเท็จจริงก็ตาม<sup>3</sup> เช่น นาย ก ชื้อตั๋วเข้าไปชมภาพยนตร์ ระหว่างที่เดินไปนั่งได้ก้าวลงไปบนชั้นบันไดที่ลื่น ทำให้ขาหกล้มลงไปบนชั้นบันไดได้รับบาดเจ็บ เช่นนี้ เจ้าของกิจการโรงภาพยนตร์ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิด กรณีที่ละเว้นไม่ดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินที่ต้องใช้แก่สาธารณชนให้อยู่ในสภาพดี ซึ่งถือเป็นหน้าที่ที่เกิดจากสัญญาซื้อขายบริการ ส่วนนาย ข ที่นั่งรอนาย ก อยู่นอกโรง แต่ยังคงอยู่ภายในบริเวณโรงภาพยนตร์ที่ซื้อขายตั๋วหนัง ได้ถูกแผ่นป้ายโฆษณาภาพยนตร์ล้มมาทับแขนได้รับบาดเจ็บ กรณีเช่นนี้เจ้าของกิจการก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิด กรณีที่ละเว้นไม่ติดตั้งแผ่นป้ายให้แน่นหนามั่นคง แม้นาย ข จะไม่ได้เป็นผู้เข้าทำสัญญาซื้อขายบริการที่เจ้าของกิจการต้องมีหน้าที่ตามสัญญา แต่ก็ถือว่าเจ้าของกิจการมีหน้าที่ตามข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้ว เป็นต้น

### 3.1.1.2 โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 จงใจหมายถึงรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน<sup>4</sup> และคำว่าโดย "จงใจ" ในกฎหมายละเมิดสหพันธรัฐเยอรมนีก็มีความหมายไปในทิศทางเดียวกันกับของไทย คือ กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น<sup>5</sup> ส่วนท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้ให้ความหมายว่า "การกระทำหรือละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหาย ถ้าได้กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหาย ก็เป็นการกระทำโดยจงใจ"<sup>6</sup> ซึ่งในตำรากฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนีจะแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า "intentionally" บ้าง หรือ "willfully" บ้าง ขึ้นอยู่กับผู้แปล แต่เมื่อนำมาแปลเป็น

<sup>3</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 24.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

<sup>5</sup> Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Leser, *German Private and Commercial Law*, trans. Tony Weir(New York: Oxford University Press, 1982), p. 147.

<sup>6</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 26.

ภาษาไทยแล้ว จะใช้คำว่า “จงใจ” เพื่อให้แตกต่างกับคำว่า “เจตนา” ในทางอาญา ที่การกระทำจะต้องถึงขั้นประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล

สำหรับการกระทำโดย “ประมาทเลินเล่อ” นั้น นักกฎหมายเยอรมัน<sup>7</sup> ได้ให้ความหมายว่า “ประมาทเลินเล่อคือระดับความระมัดระวังในการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งในสภาพของสังคมโดยปกติจำเป็นต้องมี โดยสามารถพิจารณาการกระทำว่าจะเป็นประมาทเลินเล่อเมื่อสมมติบุคคลที่มีความเหมาะสมผู้หนึ่งให้ตกอยู่ในสถานการณ์อย่างเดียวกันกับผู้กระทำผิด แล้วบุคคลนั้นได้หลีกเลี่ยงการกระทำที่ไม่เหมาะสม หรือไร้เหตุผล ที่จะเสี่ยงต่อการเกิดความเสียหาย” อันมีความหมายและลักษณะที่คล้ายกันกับไทย ซึ่งให้ความหมายประมาทเลินเล่อว่าหมายถึงไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะใช้ รวมถึงในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย โดยต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะในสังคมเช่นเดียวกับผู้ทำความเสียหาย<sup>8</sup>

### 3.1.1.3 โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

คำว่า “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawfully)” ในตำรากฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนี<sup>9</sup> ได้อธิบายว่า “ความเสียหายจะต้องไม่เกิดจากเหตุใดเหตุหนึ่งซึ่งทำให้การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย เช่น สิทธิของบิดามารดาหรือครูอาจารย์จะทำโทษเด็ก การป้องกันและการคุ้มครองตนเอง รวมถึงหลัก Volenti non fit injuria หรือหลักกฎหมายอื่นที่ลักษณะคล้ายกันอันมีผลทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด”

<sup>7</sup> Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Leser, German Private and Commercial Law, trans. Tony Weir (New York: Oxford University Press, 1982), p. 148.

\* Negligence can notes a want of that degree of care which is generally regard as necessary in social life; for this purpose one must consider how a reasonable man in the same situation would have acted so as to avoid exposing others to an unreasonably high risk of injury.

<sup>8</sup> ไพจิตร ปุณฺณพັນธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 26.

<sup>9</sup> E. J. Cohn, Manual of German Law, second edition (London: Oceana Publications, 1968), p. 155.

\*\* “The injury must not have been rendered lawful by one of the various grounds which may justify the defendant's act , such as the right of parents or teachers to

จะเห็นได้ว่าการให้ความหมายของการกระทำโดยผิดกฎหมายจะมีลักษณะแบบ ปฏิเสธ (objective) ซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถเข้าใจได้ชัดเจนว่าลักษณะ "โดยมิชอบด้วยกฎหมาย" ของสหพันธรัฐเยอรมนีเป็นอย่างไร ในส่วนนี้ได้มีนักวิชาการ<sup>10</sup> อธิบายไว้ว่า การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของสหพันธรัฐเยอรมนี คือการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิสัมบูรณ์ของบุคคล (absolute rights) คือ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคลโดยไม่มีสิทธิ หรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายที่ให้ทำได้แล้วก็เป็นกรกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัว นอกจากนี้แล้วการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายในทางแพ่งในส่วนของลักษณะของการกระทำ ความผิดก็ไม่จำเป็นต้องมีบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนกับในทางอาญา เช่น การทำผิดชนบธรรมเนียมจารีตประเพณี หรือกระทำผิดจรรยาบรรณ ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย กล่าวโดยสรุปคือ การกระทำที่ถือว่ามีชอบด้วยกฎหมายของสหพันธรัฐเยอรมนีจะต้องเป็นการกระทำที่

1. มีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
2. สำหรับในกรณีที่ไม่มี การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาด
3. สำหรับในกรณีที่ไม่มี การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อชนบธรรมเนียม จารีตประเพณี หรือจรรยาบรรณต่างๆ<sup>11</sup>

สำหรับการกระทำทั้ง 3 ประการ ผู้กระทำต้องกระทำลงโดยไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจ และปราศจากข้อแก้ตัวใดๆ ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ถ้าหากการกระทำผิดมีข้อแก้ตัวก็สามารถพ้นจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายไปได้ ซึ่งข้อแก้ตัวนั้นได้แก่

1. มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานตำรวจจับกุมผู้ร้าย ผู้ถูกจับกุมจะได้รับความเสียหายต่อเสรีภาพอันเป็นการกระทำละเมิดในทางแพ่ง และเป็นความผิดฐานทำให้เสื่อมเสรีภาพในทางอาญา แต่ตำรวจก็สามารถกระทำได้เพราะกฎหมายให้อำนาจ

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

castigate children, the rules of self-defence and self preservation..., the rule of volenti non fit injuria or any other similar special ground."

<sup>10</sup> สุธีรา จินายน, "วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540," (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 24.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน.



เอาไว้<sup>12</sup> หรือเป็นการกระทำที่ถือเป็นการป้องกันตามกฎหมาย เช่น มีผู้จะเข้ามาฆ่าตนเอง จึงใช้ไม้ตีศีรษะของผู้นั้น แม้ว่าการตีศีรษะจะเป็นการทำร้ายร่างกาย แต่ก็ทำไปเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากภยันตรายอันใกล้จะถึง การกระทำดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เมื่อการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดแล้ว จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่เป็นความผิดฐานละเมิด

2. มีอำนาจตามสัญญา เช่น การเข้าไปในบ้านผู้อื่นอาจมีความผิดฐานบุกรุก แต่ถ้าบ้านหลังนั้นเป็นบ้านที่ได้ทำสัญญาเช่าไว้ก็สามารถที่จะเข้าไปได้เพราะมีอำนาจที่เกิดจากสัญญาเช่า<sup>13</sup>

3. การกระทำเป็นประเพณีที่สืบทอดกันมา เช่น ครูอาจารย์ตีนักเรียน การกีฬาที่อาจมีการต้องถูกเนื้อต้องตัวกัน

4. มีอำนาจกระทำเพราะได้รับความยินยอมของผู้เสียหาย (หลัก Volenti non fit injuria) ซึ่งจากจุดนี้เองจะเห็นได้ว่ากฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนีถือเอาความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในส่วนของ “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” ขาดไป จนทำให้ไม่ครบองค์ประกอบที่จะเป็นละเมิดได้ตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธรัฐเยอรมนี

3.1.1.4 มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

ในประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนี มาตรา 823 ถือว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดแก่สิทธิสัมบูรณ์หรือสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) เท่านั้น<sup>14</sup> เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน จึงจะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งถือเป็นแนวคิดเดียวกันกับมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย ทำให้สิทธิที่เกิดจากสัญญาจึงไม่อยู่ในความหมายแห่งสิทธิตามมาตรา 823 บรรคแรก บุคคลที่สามที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาจึงไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 823 เช่น A ทำสัญญากับ B ต่อมา

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

<sup>14</sup> E. J. Cohn, *Manual of German Law*, second edition(London: Oceana Publications, 1968), p. 155.

\* There must be an injury to one off the assets enumerated in section 823(1). It is recognised that only absolute, not relative rights are protected by this section. Rights arising from a contract are therefore excluded from the application of section 823(1); a



C ได้ชักจูง A ให้ทำผิดสัญญา B รู้เรื่องเข้าจะมาทำการฟ้อง C ในความผิดฐานละเมิดตามมาตรา 823 วรรคแรกไม่ได้ เป็นต้น

ส่วนความเสียหายอันจะเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้น อาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้หรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ซึ่งความเสียหายอันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้นี้ กฎหมายของทุกประเทศก็ยอมรับกันว่าต้องชดใช้กันเป็นเงินเรียกว่า “ค่าทำขวัญ (consolation money)”<sup>15</sup>

สำหรับสิทธิต่างๆ ที่ได้ยกตัวอย่างไว้ในมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีดังนี้

1. สิทธิในชีวิต (right to life) ซึ่งการจะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อชีวิตมีเพียงประการเดียวก็คือ “การฆ่า”<sup>16</sup>

2. สิทธิในร่างกายและอนามัย (right to body and health) การกระทำละเมิดต่อสิทธิในร่างกายเป็นการกระทำที่มีผลต่ออวัยวะหรือส่วนต่างๆ ของภายนอกร่างกาย เช่น การตัดนิ้ว การทำให้ขาหัก การทำให้เกิดแผลถลอก ซึ่งกรณีเหล่านี้มักพบได้จากการก่อให้เกิดอุบัติเหตุ ส่วนการกระทำละเมิดต่ออนามัยมักจะเป็นการกระทำละเมิดจากภายนอกแต่ส่งผลกระทบต่อภายในร่างกาย ซึ่งทำให้ร่างกายไม่สามารถปฏิบัติงานได้ตามปกติ เช่น การทำให้ติดเชื้อ การทำให้กระเพาะอาหารและลำไส้อักเสบ การติดเชื้อแบคทีเรีย การปล่อยควันที่เป็นพิษให้ผู้อื่นสูดดม เป็นต้น<sup>17</sup> ซึ่งมีตัวอย่างคดีว่า การแพร่เชื้อไวรัสจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่สุขภาพของผู้อื่นถือเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นตามกฎหมายละเมิดแล้ว แม้ว่าไวรัสนั้นยังไม่ได้พัฒนาไปสู่

---

third party interfering with the due performance of a contract is not liable under section 823(1).

<sup>15</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 36.

<sup>16</sup> B.S.Markesinis, *The German Law of Obligations Volume II The Law of Torts: A comparative Introduction*, third edition(New York: Oxford University Press Inc., 1997), p. 36.

<sup>17</sup> Ibid., p. 37.

โรค AIDS อย่างเต็มรูปแบบก็ตาม แม้แต่การทำให้กระทบกระเทือนต่อจิตประสาท จนไม่สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างปกติก็ถือเป็นการกระทำความเสียหายต่อสุขภาพตามความหมายนี้ด้วย<sup>18</sup>

3. สิทธิในเสรีภาพ (right to freedom) การกระทำละเมิดต่อเสรีภาพคือการไปจำกัดการเคลื่อนไหวของบุคคลอื่นที่สามารถจะเคลื่อนไหวได้อย่างเสรีให้ไม่สามารถเคลื่อนไหวได้ตามต้องการ ซึ่งการกระทำเช่นนี้นอกจากจะเป็นความผิดละเมิดแล้ว ยังถือเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญาด้วย เช่น การบอกข้อมูลเท็จที่ผิดพลาดแก่ตำรวจ จนทำให้ตำรวจไปจับกุมบุคคลอื่นซึ่งไม่ได้กระทำความผิดมากักขังไว้ ผู้ที่บอกข้อมูลผิดถือได้ว่าการกระทำความเสียหายแก่เสรีภาพของผู้ถูกกักขังอันถือว่าเป็นการกระทำละเมิดแล้ว<sup>19</sup>

4. สิทธิในทรัพย์สิน (property right) การกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินก็คือการกระทำต่อสสารของวัตถุ (The interference with the substance of a thing) ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งตัวอย่างคดีที่พบเห็นเป็นประจำคืออุบัติเหตุทางรถยนต์ นอกจากนี้ การนำทรัพย์สินของผู้อื่นไปใช้ หรือนำออกไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของ ก็ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินเช่นกัน แม้ว่าจะไม่ได้ทำให้ทรัพย์สินเสียหายหรือถูกทำลายก็ตาม เช่น การหย่อนแหวนหมั้นของโจทก์ลงสู่น้ำ หรือ การปล่อยให้สัตว์เลี้ยงของตนเองไปเล็มหญ้าในที่ดินของโจทก์โดยโจทก์ยังไม่ได้อนุญาต เป็นต้น<sup>20</sup>

5. สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด (other rights) สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในที่นี้ จะต้องเป็นสิทธิเด็ดขาด อันหมายถึงสิทธิที่บุคคลสามารถกล่าวอ้างกับผู้อื่นได้ว่าตนเองมีสิทธินั้นๆเหนือกว่าผู้อื่น และได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายไม่ให้ผู้อื่นเข้ามารบกวนสิทธิได้ เช่น สิทธิในสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ชื่อทางกายภาพของบุคคล ชื่อทางการค้าของบุคคล สิทธิในรูปจำลองหรือรูปภาพของบุคคล สิทธิที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว สิทธิในการระงับยอม (servitudes) เป็นต้น<sup>21</sup> นอกจากนี้ศาลสหพันธรัฐเยอรมนียังได้ตัดสินว่าสิทธิที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว (family relationships) ก็ถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามความหมายนี้ด้วย เช่น บุตรได้รับบาดเจ็บจากการกระทำของบุคคลอื่น บิดา มารดาก็สามารถที่จะเรียกค่า

\* BGH NJW 1991, 1948

<sup>18</sup> B.S.Makesinis, *The German Law of Obligations Volume II The Law of Torts: A comparative Introduction*, third edition (New York: Oxford University Press Inc., 1997), p. 38.

<sup>19</sup> Ibid., p. 40.

<sup>20</sup> Ibid., p. 41.

<sup>21</sup> Ibid., p. 59.

สินไหมทดแทนได้ภายใต้มาตรา 823 วรรคแรกนี้<sup>22</sup> ซึ่งในเรื่องสิทธิที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวดังกล่าว ได้มีคดีหนึ่งซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้เป็นชู้กับภรรยาโจทก์เป็นระยะเวลายาวนานจนกระทั่งให้กำเนิดเด็กชายคนหนึ่ง แต่โจทก์เข้าใจมาโดยตลอดว่าเด็กคนนี้เป็นลูกของตนเองจึงให้การเลี้ยงดูมาเป็นอย่างดี จนกระทั่งทราบว่าภรรยาตนเป็นชู้กับจำเลย จึงมาฟ้องคดีต่อศาลขอหย่าขาดจากภรรยาและขอเรียกเงินค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยที่มากจะทำละเมิดกับตน อันรวมไปถึงค่าใช้จ่ายที่โจทก์ได้ดูแลเด็กตั้งแต่แรกเกิด รวมไปถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการที่ต้องประกาศให้บุคคลอื่นทราบว่าเด็กชายคนนี้เป็นลูกของตนเอง ซึ่งศาลก็ตัดสินให้ตามคำร้องขอ

### 3.1.1.5 มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้น แต่ถ้าความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลย ก็ไม่สามารถถือได้ว่าจำเลยกระทำละเมิดเพราะขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งนักนิติศาสตร์เยอรมันได้เคยวางทฤษฎีในเรื่องนี้ไว้ แต่มีความคิดเห็นแตกต่างกัน ซึ่งได้แก่ทฤษฎีดังต่อไปนี้<sup>23</sup>

1. ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ ตามทฤษฎีนี้ แม้ผลที่เกิดขึ้นจะเกิดจากเหตุหลายเหตุ ถ้าเหตุหนึ่งเกิดจากการกระทำของจำเลย จำเลยจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ไม่ว่าความเสียหายจะมีมากมายเพียงใด เพราะถ้าไม่มีการกระทำของจำเลย ผลเสียหายเช่นนั้นย่อมจะไม่เกิดขึ้น

2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม คือต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเหมาะสมหรือเป็นสัดส่วนกับการกระทำหรือไม่ เพราะหากความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำ ผู้กระทำรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เป็นสัดส่วนกับการกระทำเท่านั้น

ตามกฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนีถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล (causation) ในกรณีนี้อันเกิดจากละเมิดและผิดสัญญาอยู่ในหลักอันเดียวกัน คือ ผลที่ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบต้องเป็นผลที่เป็นไปตามปกติของกฎเกณฑ์แห่งชีวิต (normal rules of life) แต่ถ้าผลนั้นจะไม่เกิดขึ้น หากไม่มีการกระทำของผู้ก่อความเสียหายเท่านั้น ก็ยังไม่ถือว่าผู้ก่อ

<sup>22</sup> Kwame Opoku, "Delictual Liability in German Law," The International and Comparative Law Quarterly Vol. 21, No. 2 (April 1972): 233.

\* BGHZ 26, 217= NJW 1958, 544= JZ 1958, 247 (Bundesgerichtshof (Fourth Civil Division) 8 January 1958)

<sup>23</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 39.

ความเสียหายต้องรับผิดชอบ เพราะไม่ได้เป็นเหตุการณ์ที่เป็นไปตามปกติของกฎเกณฑ์แห่งชีวิต  
 ใดๆก็ตาม ผลที่เกิดขึ้นโดยปกตินี้ ก็ไม่จำเป็นที่ตัวผู้ก่อความเสียหายเองจะต้องคาดเห็น<sup>24</sup>

มีตัวอย่างคดีหนึ่ง ซึ่งแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ว่า เมื่อ  
 วันที่ 2 มกราคม ค.ศ.1920 ขณะที่สามีโจทก์กำลังจากรถราง ก็ถูกตำรวจยิงเข้าที่บริเวณแขน  
 เนื้อข้อศอกโดยเข้าใจว่าเป็นอาชญากรที่กำลังหลบหนี สามีโจทก์ได้ถูกส่งตัวเข้ารับการรักษาที่  
 โรงพยาบาล ซึ่งในเวลาต่อมาก็ได้ติดเชื้อไวรัสไข้หวัดใหญ่ชนิดเฉียบพลันและเสียชีวิตลงในวันที่  
 18 มีนาคม ค.ศ.1922 ด้วยอาการที่เชื้อไวรัสพัฒนากลายเป็นหนองลามไปที่หน้าอก ภรรยาซึ่งเป็น  
 โจทก์จึงมาฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากรัฐบาลจากการกระทำที่ผิดพลาดของตำรวจซึ่งเป็น  
 เจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายจำเลยได้ให้การปฏิเสธ โดยยกเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล  
 ขึ้นมากล่าวอ้างว่า ในช่วงเวลาที่เกิดเหตุนี้ เป็นช่วงเวลาที่เชื้อไวรัสดังกล่าวกำลังแพร่ระบาดไปทั่ว  
 สหพันธรัฐเยอรมนีอยู่แล้ว ไม่ได้ถือเป็นลักษณะสำคัญเฉพาะที่มาเกิดขึ้นกับสามีโจทก์ขณะเข้า  
 โรงพยาบาลแต่เพียงผู้เดียว ความเสี่ยงที่จะติดเชื้อไวรัสทั้งในและนอกโรงพยาบาลมีเท่าเทียมกัน  
 แม้สามีโจทก์จะไม่ถูกยิงจนเข้าโรงพยาบาลแต่ก็สามารถติดเชื้อนี้ได้จากข้างนอก นอกจากนี้ การที่  
 สามีโจทก์ได้นอนรับการรักษาพยาบาลอยู่ในโรงพยาบาลซึ่งมีความสะอาดและอยู่ในบริเวณฆ่า  
 เชื้อก็ยังมีโอกาสติดเชือน้อยกว่าบุคคลที่อยู่นอกโรงพยาบาล จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าความตายของ  
 สามีโจทก์จะเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลย

ฝ่ายโจทก์ได้ให้การโต้แย้งว่า สามีของตนต้องเข้าโรงพยาบาลจนติดเชื้อไวรัสก็  
 เป็นเพราะบาดแผลที่เกิดจากการยิงของเจ้าพนักงานตำรวจ ซึ่งแม้จะมีการกล่าวอ้างว่าในขณะนั้น  
 ว่ามีเชื้อไวรัสชนิดนี้แพร่ระบาดอยู่ทั่วไปก็ตาม แต่สามีตนก็เป็นคนที่แข็งแรง และไม่แนเสมอไปว่า  
 เมื่อเขาใช้ชีวิตปกติภายนอกโรงพยาบาลแล้วจะต้องติดเชื้อไวรัสนี้ การที่สามีตนต้องเข้า  
 โรงพยาบาลอันเป็นสถานี่รวมของผู้คนที่เป็นโรคต่างๆ อันมีโอกาสจะติดเชื้อได้ ก็เป็นเพราะการ  
 กระทำของฝ่ายจำเลย ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วศาลแพ่งเยอรมันได้พิจารณาว่าการกระทำของฝ่าย  
 จำเลยและผลความตายของสามีโจทก์มีความเชื่อมโยงเพียงพอ (adequate connection) จึงให้  
 จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์<sup>25</sup>

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

\* RGZ 105, 264 (Reichsgericht (Third Civil Division) 13 October 1922)

<sup>25</sup> B.S.Markesinis, *The German Law of Obligations Volume II The Law of Torts: A comparative Introduction*, third edition (New York: Oxford University Press Inc., 1997), pp. 599-560.



3.1.2 การนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในกฎหมายของสหพันธรัฐเยอรมนี  
เมื่อได้ทำความเข้าใจถึงหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบตามละเมิดในสหพันธรัฐเยอรมนีแล้ว ในหัวข้อนี้ก็จะมาพิจารณาผลของการนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในกฎหมายละเมิด สหพันธรัฐเยอรมนีว่าเป็นอย่างไร ซึ่งก่อนจะไปสู่เนื้อหากฎหมายละเมิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ผู้เขียนก็พบว่าในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธรัฐเยอรมนีก็มีการนำหลักความยินยอมมาใช้ด้วยเช่นกัน ทั้งยังได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งนับว่ามีความน่าสนใจที่จะทำการศึกษาและอาจนำไปใช้เปรียบเทียบกับเรื่องความยินยอมตามประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธรัฐเยอรมนีได้

### 3.1.2.1 การนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธรัฐเยอรมนี (Strafgesetzbuch : StGB) มาตรา 228 ได้บัญญัติว่า “มาตรา 228 ความยินยอม : ผู้ใดกระทำการทำร้ายร่างกายผู้อื่นด้วยความยินยอม ให้ถือว่ากระทำความผิดกฎหมาย เว้นเสียแต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี”

จากบทบัญญัติมาตรานี้ จะเห็นได้ว่ามีการนำเรื่องความยินยอมมาใช้ยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย ในกรณีที่มีการกระทำผิดอาญาเฉพาะ “การทำร้ายร่างกาย” ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธรัฐเยอรมนีตั้งแต่มาตราที่ 223 จนถึงมาตรา 233 เช่น ฐานความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายและสุขภาพ (section 223), การทำร้ายร่างกายด้วยวิธีอันตราย เช่น ให้อาหาร ใช้อาวุธ จูโจมทำร้ายโดยไม่ทันระวังตัว (section 224), การทำร้ายร่างกายเด็กด้วยการทารุณ (section 225), การทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส (section 226) เป็นต้น ซึ่งนอกเหนือไปจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายนี้แล้ว ผู้เขียนเข้าใจว่าก็คงไม่สามารถนำเรื่องความยินยอมมายกเว้นความผิดในมาตราอื่นๆ ได้ เพราะถ้าผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธรัฐเยอรมนีประสงค์ที่จะนำ

---

\* § 228 Einwilligung : Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. หรือ

Section 228 Consent : Whoever commits bodily injury with the consent of the injured person only acts unlawfully if the act is, despite the consent, contrary to good morals.



ความยินยอมมาใช้ได้โดยทั่วไปแล้ว ก็ควรบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 228 นี้ไว้ในทุกหมวดของการกระทำความผิด หรือนำไปบัญญัติไว้ในลักษณะของบทบัญญัติทั่วไป

นอกจากนี้ การที่มาตรา 228 ได้บัญญัติว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่นด้วยความยินยอม ให้ถือว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย เว้นเสียแต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้น ก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าการให้ความยินยอมยังสามารถให้ในกรณีใดได้บ้าง สำหรับผู้เขียนเองเข้าใจว่า การทำร้ายร่างกายที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีมีเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้น คือ กรณีที่ครูอาจารย์ตีเพื่อสั่งสอนศิษย์ การเล่นกีฬาที่อาจต้องถูกเนื้อต้องตัวกัน เช่น ชกมวย เทควันโด คาราเต้ ฟันดาบ รักบี้ แข่งรถ ฯลฯ หรือเป็นกรณีที่แพทย์ต้องทำการรักษาพยาบาลผู้ป่วย ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ก็ได้มีกฎหมายสหพันธ์รัฐเยอรมนี Gesetz uber die freiwillige Kastration and andere Behandlungsmethoden Vom. 15 August 1969 ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 2 ว่า แพทย์ที่จะทำการตอนผู้ป่วยจะไม่มีผิดตามกฎหมายเมื่อ

1. ผู้ที่จะตอนได้ให้ความยินยอม
2. เพื่อป้องกันหรือรักษาการป่วยที่เกิดจากการผิดปกติในเรื่องความต้องการทางเพศ
3. ผู้ที่ถูกตอนจะต้องมีอายุ 25 ปีขึ้นไป
4. การตอนจะต้องไม่มีผลเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้นั้น
5. กระทำโดยวิธีการถูกต้องทางการแพทย์<sup>26</sup>

### 3.1.2.2 การนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์รัฐเยอรมนี

หลัก Volenti non fit injuria ได้รับการสันนิษฐานว่าได้เข้ามาในประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนีพร้อมๆ กับการแพร่หลายของ ius commune ในขณะนั้น ซึ่งในช่วงแรกที่เข้า

<sup>26</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 160-161.

\* ius commune เป็นภาษาลาติน (แปลเป็นภาษาอังกฤษคือคำว่า common law) เป็นคำที่นักกฎหมายภาคพื้นยุโรปมักใช้เรียกถึงหลักกฎหมายภาคพื้นยุโรปในแง่มุมที่เป็นหลักการอันไม่เปลี่ยนแปลง บางครั้งนักกฎหมายอังกฤษก็เรียกว่า "the law of the land" ซึ่งต้องทำความเข้าใจว่า ius commune ต่างจากระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งเป็นตระกูลกฎหมายที่คู่กันมากับตระกูล Civil Law เพราะคำว่า ius commune แม้จะแปลว่า common law แต่ก็ได้มี

มาได้ถูกสอดแทรกอยู่ในฐานะของการกระทำทางกฎหมายอย่างหนึ่ง (Rechtsgeschäft : legal act, act in the law)<sup>27</sup> ซึ่งหมายถึงว่าการให้ความยินยอมแก่ผู้อื่นจัดเป็นการกระทำที่กฎหมายให้การยอมรับว่าสามารถกระทำได้ แต่ก็มีบทบาทความสำคัญแค่เพียงเล็กน้อย ต่อมาเมื่อเริ่มมีการตกลึกทางความคิดในเรื่องความยินยอมมากขึ้น จนกลายเป็นปรากฏการณ์ทางกฎหมายในเรื่องความยินยอม (legal phenomenon of consent) จึงมีชื่อเรียกหลักเรื่องความยินยอมทั้งหมดโดยรวมว่า “Einwilligung” ซึ่งแปลว่า “ความยินยอม” และในส่วนของความยินยอมทางกฎหมายเอกชนนั้น มีชื่อว่า “Die Einwilligung im Privatrecht (Consent in Private Law)”<sup>28</sup>

จากการสังเกตคำที่ใช้เรียกเรื่องความยินยอมในภาษาเยอรมันจะใช้คำว่า “Einwilligung” ซึ่งไม่ใช่คำว่า “Volenti non fit injuria” ตามที่นิยมเรียกกัน ผู้เขียนเข้าใจว่าเป็นเพราะ “Volenti non fit injuria” เป็นคำหรือชื่อที่นิยมเรียกในประเทศอังกฤษอย่างแพร่หลายมากกว่า เพราะประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ได้พัฒนาหลักความยินยอมหรือพัฒนาภาษาที่ใช้เรียกหลักความยินยอมมาก่อน<sup>29</sup> แต่แม้ว่าจะมีชื่อที่ไม่เหมือนกัน แต่ก็คงหลักการเดียวกันไว้ คือความยินยอมสามารถยกเว้นความรับผิดทางกฎหมายได้ ซึ่งในกรณีที่ทำการศึกษาอยู่นี้ คือความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (เพราะเรื่องความยินยอมได้ถูกนำไปไว้ในส่วนของกฎหมายอาญาด้วย) อีกทั้งในภายหลัง ก็มีทั้งนักกฎหมายและผู้พิพากษาในสหพันธรัฐเยอรมนีได้ยอมรับว่าหลักความยินยอมที่นำมาปรับใช้กับคดีละเมิดก็คือหลัก Volenti non fit injuria ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีไว้ในตอนท้าย

---

ความหมายในเชิงตระกูลกฎหมาย แต่เป็นชื่อที่มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ โดยเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการผสมผสานระหว่างกฎหมายศาสนา (canon law) กับกฎหมายโรมัน (Roman law) ซึ่งในภายหลังได้กลายมาเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายในยุโรปตะวันตก (Western Europe) โดยเริ่มตั้งแต่ในช่วงเวลาประมาณศตวรรษที่ 12-13 ซึ่งเกิดกระแสการแปลความและตีความบทคัดย่อ (Digest) ของจักรพรรดิจัสติเนียนุส (Justinianus) อย่างแพร่หลาย

<sup>27</sup> Gregor Bachmann, “Volenti non fit injuria – How to make a principle work,” *German Law Journal* No.10(October 2003): 1034.

<sup>28</sup> Gregor Bachmann, “Volenti non fit injuria – How to make a principle work,” *German Law Journal* No.10(October 2003): 1034-1035.

<sup>29</sup> Thomas Beven, “ “Volenti Non Fit Injuria” in The Light of Recent Labour Legislation,” *Journal of the Society of Comparative Legislation* Vol.8, No.2 (1907): p. 186.

จากการที่ได้ศึกษาการนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้ในความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาสหพันธรัฐเยอรมนีจะพบว่าได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรคือ มาตรา 228 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch : StGB) ซึ่งทำให้เห็นภาพได้อย่างชัดเจนว่ามีการนำเรื่องความยินยอมไปใช้ในทางกฎหมายอาญาจริง อันมีความแตกต่างกับเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งที่ไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จนอาจทำให้คิดไปได้ว่าไม่มีการนำหลักความยินยอมมาใช้ในเรื่องละเมิดหรือไม่ สำหรับข้อสงสัยนี้ ย่อมได้รับการคลี่คลายลงแล้วจากการที่ศาลแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนีได้มีคำพิพากษาจำนวนมาก เกี่ยวกับคดีละเมิดที่นำเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายเข้าไปปรับใช้ หรือในตำรากฎหมายละเมิดของสหพันธรัฐเยอรมนีเองก็ได้บ่งบอกไว้ ซึ่งหากจะเปรียบเทียบกันแล้ว ลักษณะที่ไม่ได้นำเรื่องความยินยอมมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรก็มีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยที่ไม่มีการบัญญัติเรื่องความยินยอมไว้ในกฎหมายลักษณะละเมิด แต่ก็มีกรอบรับกันอย่างกว้างขวาง ทั้งในคำพิพากษาศาลฎีกา ตำรากฎหมาย บทความ วารสาร ว่ามีการนำหลักความยินยอมไม่เป็นการละเมิดมาใช้จริง ทั้งยังยอมรับผลที่เกิดขึ้นตามกฎหมายด้วย

ในเรื่องของความยินยอมหรือหลัก Volenti non fit injuria ที่จะนำมาปรับใช้กับกฎหมายละเมิดสหพันธรัฐเยอรมนีนั้น มีความสัมพันธ์กันกับหลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) ที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวถึงไปแล้ว 5 หลักเกณฑ์ดังนี้

1. มีการกระทำ
2. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
3. โดยมีชอบด้วยกฎหมาย
4. มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

5. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ในส่วนของหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบ “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” นั้น ตำรากฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนีในส่วนหลักเกณฑ์มาตรา 823 หัวข้อ “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawfully)”<sup>30</sup> ได้อธิบายว่า “ความเสียหายจากการกระทำละเมิดจะต้องไม่เกิดจากเหตุใดเหตุหนึ่งซึ่งทำให้การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น สิทธิของบิดามารดา

<sup>30</sup> E. J. Cohn, Manual of German Law, second edition(London: Oceana Publications, 1968), p. 155.

หรือครูอาจารย์จะทำโทษเด็ก การป้องกันและการคุ้มครองตนเอง รวมถึงหลัก Volenti non fit injuria หรือหลักกฎหมายอื่นที่มีลักษณะคล้ายกันอันมีผลทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด”

จากคำอธิบายดังกล่าว หมายความว่าหากจำเลยได้ให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำละเมิดตนเองแล้ว ก็ทำให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิด หรืออีกนัยหนึ่งก็คือความยินยอมของจำเลยมาทำให้องค์ประกอบในเรื่อง “ความมิชอบด้วยกฎหมาย” ของมาตรา 823 ขาดไป ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายมาตรา 823 แต่อย่างใด

ดังนี้แล้ว ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดหรือหลัก Volenti non fit injuria สามารถนำมาใช้ได้กฎหมายละเมิดของสหพันธรัฐเยอรมนี แต่สิ่งที่ต้องคำนึงถึงต่อไปก็คือขอบเขตของการปรับใช้ ว่ามีได้มากน้อยเพียงไร ซึ่งก็ต้องมาทำการพิจารณากฎหมายในมาตรา 826<sup>31</sup> ที่บัญญัติว่า “บุคคลใดโดยจงใจก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยอาการที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น”<sup>31</sup>

ในมาตรา 826 นี้ เป็นอีกมาตราหนึ่งที่บัญญัติหลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดไว้อย่างกว้างๆ เพื่อประโยชน์ในการปรับใช้ของศาล เช่น กรณีที่โจทก์ถูกลอกลวงให้กระทำการใด การหนึ่ง กรณีที่โจทก์ได้กระทำการบางอย่างลงไปเพราะได้รับข้อมูลหรือการแนะนำที่ผิด กรณีที่โจทก์ถูกชักจูงใจให้ผิดสัญญาเพราะสถานการณ์เลวร้ายได้ถูกสร้างขึ้น รวมถึงการกระทำความผิด

---

\* The injury must have been caused “unlawfully.” This means that the injury must not have been rendered lawful by one of the various grounds which may justify the defendant’s act , such as the right of parents or teachers to castigate children, the rules of self-defence and self preservation..., the rule of volenti non fit injuria or any other similar special ground.

\*\* § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung :

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. หรือ Section 826 : A person who willfully causes damages to another in a manner contra bonos mores is bound to compensate the other for the damage.

<sup>31</sup> ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 31.



อื่นๆ ที่รบกวนการใช้ชีวิตปกติสุขของปัจเจกชน เป็นต้น<sup>32</sup> นอกจากนี้ มาตรา 826 ยังเสมือนเป็น มาตราที่วางแนวเขตของการรับผิดชอบทางละเมิดไว้ว่า หากล้ำเส้นพรมแดนแห่ง "ศีลธรรมอันดี" แล้ว ก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายละเมิดทั้งสิ้น ซึ่งแม้จะเป็นเรื่องความยินยอมก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงหนี้ที่ พันไปได้ หรือหากจะกล่าวให้เข้าใจง่าย ๆ ก็คือ การให้ความยินยอมของผู้เสียหายแก่ผู้กระทำ ความผิดในทางแพ่ง โดยปกติแล้วสามารถให้ได้ในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับทุกสิทธิ เช่น สิทธิใน ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน ซึ่งเมื่อให้แล้วก็ทำให้ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด แต่ถ้าเรื่องที่ทำให้ความยินยอมเป็นเรื่องที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีแล้ว ก็ จะทำให้ความยินยอมนั้นไม่มีผลไปได้ตามมาตรา 826 ทำให้การกระทำของผู้กระทำ(จำเลย) กลายเป็นมีความผิด ดังนั้น การให้ความยินยอมในการกระทำความผิดต่อสิทธิที่ผู้เขียนคิดว่าไม่ฝ่า ผืนต่อศีลธรรมอันดีก็เหลือแค่เพียง สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพบางกรณี (ที่กล่าวว่าบางกรณี เพราะคงต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป เช่น การยอมให้จำกัดบริเวณเพื่อเก็บตัวประกวดร้องเพลง ออกโทรทัศน์ ก็ไม่น่าที่จะขัดหรือฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี แต่กรณีที่ยินยอมให้ถูกล่ามโซ่ไม่ให้ออก จากบ้านก็น่าจะฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีแล้ว เป็นต้น) ส่วนการกระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ผู้เขียนมีความเห็นว่าในแทบทุกประเทศก็คงจะตีความไปในทางที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี ทั้งสิ้น ผู้เสียหายจึงไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แต่อาจมีข้อยกเว้น เช่น กรณีที่แพทย์ทำต่อเนื้อ ตัวร่างกายเพื่อรักษาผู้ป่วย กรณีที่ครูอาจารย์ดีเพื่อสั่งสอนศิษย์ กรณีการเล่นกีฬาที่อาจต้องถูกเนื้อ ต้องตัวกัน เช่น ชกมวย เทควันโด คาราเต้ ฟันดาบ รักบี้ แข่งรถ ฟุตบอล ฯลฯ

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมในสัญญาหรือส่วนหนึ่งในสัญญา สำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน (Standard Contract Term) ที่มักมีการเอาเปรียบผู้บริโภคก็จะตกอยู่ ภายใต้บังคับมาตรา 309 ข้อ 7 (a) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนีด้วย

<sup>32</sup> Kwame Opoku, "Delictual Liability in German Law," *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 21, No. 2 (April 1972): 235.

\* ในอดีต ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีเคยประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญา สำเร็จรูป (Act Concerning the Regulation of Standard Contract Terms หรือ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)) ซึ่งเป็นกฎหมาย ที่ประสงค์จะคุ้มครองผู้บริโภคที่มักถูกเอาเปรียบจากการทำสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งหากจะเทียบแล้วก็มีวัตถุประสงค์ใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของไทย เพียงแต่ของเยอรมันจำกัดอยู่ที่สัญญาสำเร็จรูปเท่านั้น ครั้นในเวลาต่อมา รัฐ บัญญัติฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไป แต่ได้รับการนำกฎหมายในส่วนสารบัญญัติมาบัญญัติไว้ในประมวล กฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 305 ถึง มาตรา 310 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2545



“มาตรา 309 ลักษณะของข้อกำหนดที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นโมฆะได้แก่

ข้อ 7 ข้อยกเว้นความรับผิดในชีวิต ร่างกาย อนามัย และความผิดอย่างร้ายแรง

(a) ข้อยกเว้นความรับผิดในชีวิต ร่างกาย และอนามัย

ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชีวิต การบาดเจ็บของร่างกายหรืออนามัย ซึ่งมีสาเหตุจากการทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่อของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือจากการทำผิดสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทน ตามกฎหมายที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใช้ในการชำระหนี้”

จากบทบัญญัติมาตรานี้ หมายความว่า หากผู้ได้ประโยชน์จากสัญญาสำเร็จรูปได้ กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดว่าในกรณีที่ตนเองได้ทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่อ แล้วทำให้ กระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย และอนามัย ของผู้เข้าทำสัญญาแล้ว ตนเองจะไม่ต้องรับผิดนั้น จะ

---

เป็นต้นไป ซึ่งนับเป็นการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเรื่องนี้ให้มีความทันสมัยเป็นอย่างมากนับตั้งแต่ ค.ศ. 1900 ที่ประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนีเริ่มใช้บังคับ

\* § 309 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit :

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam...

7. (Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden)

(a) (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit) : ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen. หรือ

Section 309 (Prohibited clauses without the possibility of evaluation) :

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.

ส่งผลให้ข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญาสำเร็จรูปฉบับนี้ตกเป็นโมฆะทันที มีผลย้อนหลังกลับไปเสมือนหนึ่งไม่ได้ทำสัญญาข้อนี้มาก่อน และผลของมาตรานี้ยังขยายไปถึงการผิดสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตัวของผู้ได้ประโยชน์จากสัญญาสำเร็จรูปด้วย

ดังนั้น จึงพอสรุปได้ว่าขอบเขตการให้ความยินยอมในทางละเมิดคือให้ได้เท่าที่ไม่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี เช่นสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพ (บางกรณี) ตามมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนี แต่ถ้าการให้ความยินยอมจะมีผลเป็นการรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา (สำเร็จรูป) โดยประมาทเลินเล่อ (เพราะการผิดสัญญาโดยจงใจก็ต้องรับผิดตามกฎหมายว่าด้วยหนี้อยู่แล้ว) แต่กรณีตัวแทนจะรวมทั้งจงใจและประมาทเลินเล่อ ก็ต้องทำการพิจารณาว่าจะเกิดความเสียหายต่อสิทธิอะไร หากจะเกิดความเสียหายต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย และอนามัย ข้อสัญญาที่เกิดจากความยินยอมนั้นจะตกเป็นโมฆะไปทันที แต่หากเสียหายต่อสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพ (บางกรณี) ข้อสัญญาที่เกิดจากความยินยอมนั้นจะยังคงมีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาอยู่ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 309 ข้อ 7(a) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

จากในเรื่องขอบเขตการปรับใช้หลัก *Volenti non fit injuria* ทั้งหมดที่กล่าวมา ผู้เขียนมีตัวอย่างคดีหนึ่งที่นอกจากจะยืนยันว่ามีกรณีนำหลัก *Volenti non fit injuria* มาปรับใช้ในคดีละเมิดของสหพันธรัฐเยอรมนีแม้จะไม่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว ยังให้ทัศนคติของศาลที่มีต่อขอบเขตการปรับใช้หลัก *Volenti non fit injuria* อีกด้วย

คดีนี้เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 29 กันยายน 1968 ซึ่งมีการแข่งขันฟุตบอลระหว่างทีมฝ่ายโจทก์กับทีมฝ่ายจำเลย หลังจากเวลาครึ่งแรกผ่านไป โจทก์ก็ได้ครองบอลและเลี้ยงบอลผ่านไปจนถึงแดนฝ่ายตรงข้าม จำเลยจึงใช้ชกสกัดลูกบอลไว้อย่างรุนแรงจนเป็นผลให้ขาขวาส่วนล่างของโจทก์หักและมีบาดแผล ท้ายที่สุดโจทก์ก็มีอาการติดเชื้อแบคทีเรียในเนื้อเยื่อโพรงกระดูกขา ทำให้โจทก์ต้องเข้ารักษาพยาบาลที่โรงพยาบาลหลายครั้ง โจทก์จึงทำการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นเงินจำนวน 12,870 ดอยส์มาร์ก ซึ่งคิดว่าเป็นจำนวนที่เหมาะสมกับความเสียหายและความทุกข์ทรมานที่ได้รับมาโดยตลอด โดยโจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยได้จงใจทำให้โจทก์ล้มลง เพราะจำเลยไม่ได้สกัดลูกบอลแต่มาเตะขาโจทก์ในขณะที่โจทก์กำลังพาบอลลเคลื่อนที่ไปทางด้านหน้าของจำเลย จำเลยได้ให้การโต้แย้งว่าจำเลยไม่ได้จงใจเตะโจทก์แต่ตั้งใจเตะลูกบอล ซึ่งในขณะนั้นเป็นเวลาที่เหมาะสมกับโจทก์กำลังวิ่งพาลูกบอลเคลื่อนที่ ทำให้ขาโจทก์มาโดนขาจำเลยที่ตั้งใจจะเตะสกัดบอลจนเป็นเหตุให้ขาโจทก์หักและติดเชื้อในเวลาต่อมา

\* NJW 1975, 109. BGH, 5 November 1974.

ศาลฎีกาสหพันธรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าตามปกติในการเล่นฟุตบอล ก็เป็นธรรมดาอยู่เองที่จะต้องมีการกระทบตบเนื้อต้องตัวกันระหว่างที่เลี้ยง รับ และจ่ายลูกบอลให้กับผู้เล่นคนอื่น ซึ่งอาจมีการได้รับบาดเจ็บเกิดขึ้นแต่ก็ถือได้ว่าต่างฝ่ายต่างก็ยอมรับในความบาดเจ็บที่อาจเกิดขึ้นได้นั้นแล้ว เมื่อมองในแง่ของกฎหมาย ก็สามารถตีความได้ว่าการยอมรับความเสียหายที่เกิดขึ้นก็เป็นไปตามกติกาการเล่นฟุตบอล จึงไม่อาจนำความเสียหายนั้น มาเป็นเหตุฟ้องร้องคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

สำหรับแนวความคิดเรื่องความยินยอม (Einwilligung) ที่ผู้เสียหายยอมรับความเสียหายไว้เองนั้น ได้ถูกนำมาปรับใช้กับความผิดที่เกี่ยวกับสิทธิในร่างกายได้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของแพทย์ เช่น การยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัด โดยไม่ถือว่าแพทย์มีความผิดตามกฎหมายละเมิด นอกจากนี้ก็ยักรวมถึงกรณีการเล่นกีฬาต่างๆ ที่ต้องมีการกระทบกระทั่งโดยชนิดของกีฬานั้นอยู่แล้ว เช่น การแข่งขันรถยนต์ การชกมวย มวยปล้ำ เป็นต้น ซึ่งกีฬาฟุตบอลก็น่าจะเป็นหนึ่งในกีฬาที่กล่าวมา แต่อย่างไรก็ตาม ก็ควรจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการบาดเจ็บได้มากที่สุด และแม้ว่าจะมีหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาทำให้การกระทบกระทั่งขณะเล่นกีฬาไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหลักดังกล่าวจะครอบคลุมถึงกรณีที่มีการเล่นผิดกติกาด้วย เพราะหลักความยินยอมย่อมจะคุ้มครองผู้เล่นที่สุจริตเท่านั้น หากผู้เล่นได้เล่นผิดกติกา หรือใช้กลโกง หลักความยินยอมก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เมื่อข้อเท็จจริงพบว่าจำเลยเล่นนอกกติกาโดยการใช้ขาเตะเข้าที่ขาขวาของโจทก์จริง จำเลยจึงไม่อาจได้รับประโยชน์จากหลัก Volenti non fit injuria ความเสียหายของโจทก์ที่เกิดขึ้นคือขา ด้านขวาหักและติดเชือกเบคที่เรียในเนื้อเยื่อโพรงกระดูก จนได้รับความทุกข์ทรมานจากอาการปวด และต้องเสียค่ารักษาพยาบาลเป็นจำนวนมาก ย่อมต้องได้รับการเยียวยาจากจำเลย ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ตามคำขอ<sup>34</sup>

จากคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลได้ยอมรับการนำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) มาปรับใช้ ทั้งยังได้วางแนวทางในเรื่องขอบเขตของการใช้หลักความยินยอมกรณีที่เป็นการเล่นกีฬาว่า การเล่นกีฬาที่ต้องมีการกระทบหรือเนื้อต้องตัวกันอันจะได้รับการสันนิษฐานว่าผู้เล่นต่างได้ให้ความยินยอมจึงไม่มีผลเป็นละเมิดนั้น จะต้องเป็นการเล่นที่ถูกต้องตามกติกาแห่งชนิดของกีฬานั้นๆ ด้วย

<sup>34</sup> Walter van Gerven. Assumption of Risk. Available from:

<http://www.casebooks.eu/download/tort/heading7.2.2.pdf> [2008, August 31]



### 3.2 กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศอังกฤษ

#### 3.2.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป

การศึกษาหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law จะมีความแตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law (เช่น ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี ประเทศไทย) อยู่บ้าง การจะหาหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีทำได้โดยพุ่งเป้าไปที่มาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเป็นหลัก และมีมาตรา 826 เป็นมาตราเสริม ส่วนประเทศไทยก็มีมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติในส่วนนี้ไว้ ซึ่งในมาตราเหล่านี้ก็จะประกอบไปด้วยองค์ประกอบต่างๆ ซึ่งเมื่อผู้กระทำได้กระทำครบองค์ประกอบก็ถือว่ามีความผิดตามกฎหมายละเมิดแล้ว แต่เมื่อพิจารณานหาหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปของประเทศอังกฤษ ก็พบว่าไม่สามารถหาได้ด้วยการเปิดประมวลกฎหมาย เพราะประเทศอังกฤษไม่มีประมวลกฎหมายส่วนกลางที่จะวางหลักการกฎหมายพื้นฐาน หากจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็เป็นเพียงกฎหมายเฉพาะเรื่องไป (ซึ่งมักเรียกว่า Act) ดังนั้น หลักเกณฑ์ส่วนใหญ่จึงเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาล แล้วถูกคัดกรองนำมาเรียงร้อยเป็นระบบกฎหมายละเมิด ซึ่งผู้เขียนจะขอแบ่งหลักเกณฑ์ออกเป็นดังนี้

##### (1) โครงสร้างความรับผิดทางละเมิดแบบพื้นฐาน (Basic Pattern)

Act (or omission) + causation + fault + protected interest + damage = liability<sup>35</sup>

คือ การกระทำหรือละเว้นการกระทำ + ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล + ความผิด + สิทธิที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง + ความเสียหาย = ความรับผิดทางละเมิด

##### (2) โครงสร้างความรับผิดทางละเมิดอย่างเคร่งครัด (Strict Liability)

Act (or omission) + causation + protected interest + damage = liability<sup>36</sup>

คือ การกระทำหรือละเว้นการกระทำ + ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล + สิทธิที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง + ความเสียหาย = ความรับผิดทางละเมิด

ซึ่งความรับผิดทางละเมิดอย่างเคร่งครัด (Strict Liability) คือกรณีที่บุคคลต้องรับผิดตามกฎหมายละเมิด แม้จะกระทำ(หรือละเว้นการกระทำ) ไปโดยมิได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม<sup>37</sup>

<sup>35</sup> John Cooke, Law of Tort, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p.

4.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, Tort Law, Third Edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 325.



โดยมีหลักการมาจากคดี Ryland v. Fletcher (1868)<sup>\*</sup>

สำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะขออธิบายเฉพาะโครงสร้างความรับผิดทางละเมิดแบบพื้นฐาน (Basic Pattern) เท่านั้น ซึ่งจะช่วยให้เข้าใจลักษณะของกฎหมายละเมิดประเทศอังกฤษโดยทั่วไปได้ดีขึ้น โดยจะทำการแบ่งโครงสร้างออกเป็น 4 องค์ประกอบดังนี้

1. มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำ (Act or Omission)
2. มีความผิด (Fault)
3. การกระทำหรือละเว้นการกระทำกระทบต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง (Protect Interests)
4. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแห่งความเสียหาย (Causation)

### 3.2.1.1 มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำ (Act or Omission)

ตำรากฎหมายอังกฤษได้กล่าวว่า "ความรับผิดทางละเมิดเป็นผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคล (ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย) หรือการละเว้นการกระทำของบุคคลที่มีหน้าที่ต้องกระทำตามกฎหมาย (Liability may be imposed as a legal consequence of a person's act, or of his omission if he is under a legal duty to act)"<sup>38</sup> ซึ่งในส่วนของกรกระทำนั้น มักจะเป็นที่เข้าใจกันดีอยู่แล้วว่าเป็นการใช้กำลังกายเคลื่อนไหว การพูด การเขียน การ

---

\* คดี Ryland v. Fletcher เป็นคดีที่วางหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด ข้อเท็จจริงคือ โฉกที่จำเลยมีที่ดินติดต่อกัน จำเลยขุดบ่อขังน้ำขึ้นในที่ดินของตน ปรากฏว่าน้ำได้รั่วซึมเข้าไปในอุโมงค์ใต้ดินและท่วมบ่อถ่านหินของโจทก์เสียหายโดยจำเลยมิได้ประมาณเส้นเลือดแต่อย่างใด ศาลตัดสินให้จำเลยต้องรับผิด โดยวางหลักว่าผู้ครอบครองที่ดินคนใด เก็บรวบรวมหรือนำเข้ามาไว้ในที่ดินซึ่งสิ่งใดๆ ที่มีลักษณะอาจจะทำความเสียหายเมื่อหลุดเลื่อนเข้าไปในที่ดินข้างเคียง จะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่สิ่งทีหลุดเลื่อนเข้าไปทำอันตรายในที่ดินของผู้อื่นแม้ตนจะมีได้ประมาณเส้นเลือดก็ตาม (If a person brings or accumulates on his land anything which, if it should escape, may cause damage to his neighbours, he does so at his peril. If it does escape and cause damage, he is responsible, however careful he may have taken, or whatever precautions he may have taken to prevent damage.)

<sup>38</sup> W.V.H.Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, twelfth edition (London: Sweet & Maxwell, 1894), p. 43.

ส่งภาษาท่าทาง เป็นต้น แต่สำหรับการละเว้นการกระทำ จะมีหลักว่า “การละเว้นการกระทำคือ การละเว้นในสิ่งที่ควรต้องกระทำ (an omission in the course of positive conduct)”<sup>39</sup>

ตัวอย่างเช่น คดี White v Jones (1995) จำเลยเป็นทนายความที่ได้รับมอบหมายจากลูกความให้เขียนพินัยกรรม ซึ่งในเวลาต่อมาลูกความได้ขอให้แก้ไขข้อความในพินัยกรรม เพื่อยกมรดกให้แก่โจทก์ แต่จำเลยกลับปล่อยเวลาผ่านไปไม่ยอมแก้ไข จนกระทั่งลูกความได้เสียชีวิต มรดกดังกล่าวจึงไม่ตกแก่โจทก์ โจทก์จึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหาย ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยมีอาชีพเป็น ทนายความซึ่งมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทางวิชาชีพ แม้ว่าโจทก์จะไม่ได้เป็นลูกความแต่ ได้รับผลเสียหายจากการละเว้นกระทำการของจำเลย จำเลยต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่โจทก์

อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาว่าสิ่งที่ควรต้องกระทำหมายถึงกรณีใด ศาล The House of Lords ได้วางหลักไว้ในคดี Smith v Littlewoods Organisation Ltd (1987) ซึ่งมี ข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้ซื้อโรงภาพยนตร์ร้างในเมือง Dunfermline โดยตั้งใจว่าจะรื้อโรงภาพยนตร์ เพื่อมาสร้างเป็นซูเปอร์มาร์เก็ต แต่ต่อมาได้เกิดเหตุเพลิงไหม้ โดยไฟได้เริ่มไหม้จากโรงหนัง จำเลยและลูกหลานไปยังตึกและที่ดินโจทก์ เพราะเด็กที่เดินผ่านไปมาบนท้องถนนเป็นผู้ก่อเหตุ ซึ่ง จำเลยไม่ได้มีส่วนรู้เห็น โจทก์ได้รับความเสียหายจากเพลิงไหม้ครั้งนี้ จึงมาฟ้องต่อศาลขอให้ จำเลยรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทน ศาล The House of Lords ได้ตัดสินว่าเหตุเพลิงไหม้ไม่ได้เกิด จากการกระทำของจำเลยและจำเลยไม่มีหน้าที่ต้องระมัดระวัง ป้องกัน ทรัพย์สินของบุคคลอื่น การละเว้นการกระทำที่จะถือว่าเป็นความผิด ต้องเป็นกรณีที่

1. คู่กรณีมีความสัมพันธ์กันเป็นพิเศษ เช่น มีความสัมพันธ์กันตามสัญญา ดังคดี Stanbie v Troman (1948) ซึ่งจำเลยทำงานเป็นนักตกแต่งภายในอาคารของโจทก์ตามสัญญาที่ ได้ทำไว้ และเมื่อจำเลยจะออกจากตัวอาคารไปก็สันนิษฐานได้ว่าจำเลยต้องลงกลอนปิดอาคารให้ เรียบร้อย เมื่อมีขโมยเข้ามาลักทรัพย์สินของโจทก์ไปเพราะสาเหตุที่จำเลยไม่ลงกลอนปิดอาคาร จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการละเว้นการกระทำของจำเลย<sup>40</sup>

2. จำเลยมีความสัมพันธ์และหน้าที่พิเศษกับบุคคลภายนอก เช่น คดี Office v Dorset Yacht Co Ltd (1970) ซึ่งมีเด็กชายหนีจากสถานกักกัน ซึ่งในภายหลังเด็กคนนี้ได้ไปทำให้ ทรัพย์สินของโจทก์เสียหาย โจทก์จึงมาฟ้องให้สถานกักกันรับผิดชอบในความเสียหาย ศาลตัดสินว่า

<sup>39</sup> John Cooke, Law of Tort, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p. 107.

<sup>40</sup> John Cooke, Law of Tort, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p. 108.

แม้เด็กจะไม่ได้เป็นคู่ความในคดี (บุคคลที่สาม) แต่จำเลยก็ต้องรับผิดชอบและควบคุมดูแลเด็กที่อยู่ในความดูแล จำเลยต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่โจทก์เพราะเหตุที่จำเลยละเว้นการดูแล<sup>41</sup>

3. ความประมาทเลินเล่อของจำเลยเป็นสาเหตุหรือเป็นบ่อเกิดของอันตราย ซึ่งเข้ารบกวนบุคคลภายนอก เช่น คดี Haynes v Harwood (1935) ที่ม้าของจำเลยที่ยืนอยู่ริมทางวิ่งเตลิดสูดถนน เพราะมีเด็กขว้างก้อนหินเข้าใส่ ตำรวจจึงเข้ามาจับเหตุแต่ได้รับบาดเจ็บระหว่างที่พยายามบังคับให้ม้าหยุด จำเลยมีหน้าที่ต้องระมัดระวังดูแลม้าระหว่างที่ตนเองไม่อยู่ เช่น การนำไปผูกกับหลักยึดที่มั่นคง แต่กลับละเว้นกระทำการ จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตำรวจ<sup>42</sup>

4. เมื่อจำเลยรู้หรือทราบถึงวิธีการที่อันตรายได้ก่อเกิดแก่ทรัพย์สินของตนเอง แต่จำเลยไม่เข้าไประงับ หรือบรรเทาความเสียหายที่จะเกิดขึ้น (ละเว้นการกระทำ) เช่น คดี Haynes v Harwood (1935) ที่ไฟได้ไหม้ลุกลามจากโรงเรียนจำเลยไปยังโรงเรียนโจทก์และก่อให้เกิดความเสียหาย ศาลตัดสินว่าเมื่อจำเลยไม่ได้อาศัยอยู่ ไม่ทราบสาเหตุแห่งการไหม้ และไม่ได้เป็นผู้ก่อเหตุ จึงไม่อาจถือได้ว่าจำเลยละเว้นการกระทำ จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย<sup>43</sup>

### 3.2.1.2 มีความผิด (Fault)

โดยปกติแล้วความผิด (fault) ตามกฎหมายละเมิดอังกฤษคือการตรวจสอบถึงสถานะทางจิตใจ (state of mind) ของผู้กระทำผิดว่ามีความจงใจ (intention) ความประมาทเลินเล่อ (negligence) หรือความมุ่งร้าย (malice) หรือไม่ หากมีอย่างใดอย่างหนึ่งก็ถือว่าจำเลยครบองค์ประกอบในส่วนของความผิด (fault) แล้ว<sup>44</sup> ซึ่งผู้เขียนขออธิบายดังต่อไปนี้

1. การจงใจ (intention) หมายถึง การที่จำเลยปรารถนาหรือต้องการจะก่อให้เกิดผลที่ผิดกฎหมาย และในขณะที่กระทำผิดนั้น จำเลยก็พอจะคาดเดาถึงผลที่จะเกิดขึ้นล่วงหน้าได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>41</sup> John Cooke, Law of Tort, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p. 108.

<sup>42</sup> Ibid., p. 109.

<sup>43</sup> Ibid., p. 109.

<sup>44</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, Tort Law, Third Edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 3.

แต่ก็ยังคงกระทำต่อไป<sup>45</sup> เช่น A ขว้างลูกบอลไปที่หน้าต่างกระจก และรู้ว่าการขว้างนั้นจะส่งผลให้กระจกแตก ซึ่งหมายความว่า A จงใจทำกระจกแตกแล้ว แต่ถ้า A ขว้างลูกบอลไปที่ผนังโดยไม่รู้ว่ที่ผนังมีหน้าต่างกระจกอยู่ ปรากฏว่ากระจกแตก แต่ก็ไม่ได้ถือว่าการกระทำของ A เป็นการกระทำโดยจงใจ เป็นต้น<sup>46</sup>

2. ความประมาทเลินเล่อ (negligence) จะพบได้ว่า “negligence” ในตำรากฎหมายอังกฤษจะมี 2 ความหมายด้วยกัน คือ

2.a เป็นฐานความผิดละเมิดอย่างหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ความผิดละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ (tort of negligence) ซึ่งเป็นฐานความผิดที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะเกิดความเสียหาย 3 ประการคือ ความเสียหายที่เกี่ยวกับตัวบุคคล (personal injury) ความเสียหายที่เกิดกับทรัพย์สิน (damage to property) และความเสียหายทางเศรษฐกิจ (economic loss)<sup>47</sup>

2.b เป็นสถานะทางจิตใจ (state of mind) อย่างหนึ่ง ซึ่งถือเป็นความหมายในหัวข้อนี้ หมายถึง ความสะเพร่า (carelessness) หรือการกระทำสิ่งใดลงไปโดยปราศจากความต้องการที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย (doing something without tending to cause damage) แต่ท้ายที่สุดก็ยังคงเกิดความเสียหาย เช่น A เล่นโยนรับส่งลูกบอลกับ B ใกล้หน้าต่างกระจก ปรากฏว่า A โยนลูกบอลแรงเกินไปจึงถูกหน้าต่างแตก เช่นนี้ แม้ A จะไม่จงใจทำหน้าต่างแตก แต่ A ก็มีความประมาทเลินเล่อเพราะไปเล่นลูกบอลบริเวณหน้าต่างกระจกซึ่งคาดได้ว่าจะเกิดความเสียหาย ซึ่งการจะตัดสินว่า A มีความประมาทเลินเล่อหรือไม่ ทำได้โดยการสมมติให้วิญญาณ (reasonable man) ผู้หนึ่งซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับ A เช่น เพศและวัย ตกอยู่ในสถานการณ์แบบเดียวกับ A หากผลปรากฏว่าวิญญาณผู้นั้นกระทำเช่นเดียวกันกับ A ก็หมายความว่า A ไม่ได้กระทำลงโดยประมาทเลินเล่อ แต่หากไม่ได้กระทำเหมือน A ก็แปลว่า A มีความประมาทเลินเล่อแล้ว ซึ่งกรณีการเล่นรับส่งลูกบอลของวิญญาณโดยปกติมักไม่เล่นใกล้สิ่งของหรือวัตถุที่แตกหักได้ เพราะคาดหมายว่าอาจเกิดความเสียหาย เมื่อ A เล่นใกล้หน้าต่างกระจก และไปถูกกระจกแตก จึงถือได้ว่า A กระทำการโดยประมาทเลินเล่อแล้ว<sup>48</sup>

<sup>45</sup> John Cooke, Law of Tort, Seventh Edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p. 10.

<sup>46</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, Tort Law, Third Edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 3.

<sup>47</sup> Ibid., p. 14.

<sup>48</sup> John Cooke, Law of Tort, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p. 11.



### 3.2.1.3 การกระทำหรือละเว้นการกระทำกระทบต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง (Protect Interests)

ตามกฎหมายลักษณะละเมิดมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย สิทธิที่กฎหมายคุ้มครองคือ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในทำนองเดียวกัน (คือสิทธิเด็ดขาด) ซึ่งในกฎหมายละเมิดของอังกฤษก็ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเหล่านี้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ไม่มีการบัญญัติรวมกันไว้อย่างในลักษณะมาตรา 420 ของไทย สิทธิต่างๆ ที่กฎหมายละเมิดอังกฤษคุ้มครองจะถูกแยกไปตามแต่ละประเภทของละเมิดซึ่งผู้เขียนขอแยกออกดังนี้

#### 1. ความรับผิดชอบในความปลอดภัยของบุคคล (personal security)

##### 1.a กลุ่มความผิด trespass to the person

trespass แปลว่า การล่วงล้ำ การบุกรุก ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ การล่วงล้ำในเรื่องของบุคคล (trespass to the person) การล่วงล้ำในที่ดินหรือบุกรุก (trespass to land) และการล่วงล้ำในทรัพย์สินหรือสิ่งของ (trespass to goods) ซึ่งความผิดเกี่ยวกับความปลอดภัยของบุคคลที่กำลังจะกล่าวถึงนี้ เป็นเรื่องของ trespass to the person อันนับเป็นกลุ่มฐานความผิดที่มุ่งคุ้มครอง ชีวิต ร่างกาย จิตใจ อนามัย และเสรีภาพของผู้เสียหายเป็นสำคัญ ซึ่งมีฐานความผิดที่สำคัญอยู่ในกลุ่มนี้ เช่น การขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายหรือชื่อเสียง (assault) การใช้กำลังทำร้ายร่างกาย (battery) ความผิดต่อเสรีภาพ (fault imprisonment) เช่น การผลักหลังเพื่อนจนได้รับบาดเจ็บในคดี Wilson v Pringle (1986)<sup>49</sup> และการจับโดยที่หญิงไม่ต้องการให้จับในคดี R v Chief Constable of Devon and Cornwall (1982) ถือเป็นความผิดฐาน battery<sup>50</sup> และการที่โจทก์ถูกบริษัทที่โจทก์ทำงานจับตัวไว้ในฐานะเป็นผู้ต้องสงสัยว่าขโมยทรัพย์สินภายในบริษัท มีตำรวจสองคนคอยคุมตัวประกบอย่างใกล้ชิดในระหว่างที่ถูกสอบปากคำจนไม่สามารถไปไหนได้ในคดี Meering v Grahame-White Aviation Co. Ltd. (1920) ถือเป็นความผิดต่อเสรีภาพ (fault imprisonment) เป็นต้น

##### 1.b ความผิดฐานละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (tort of negligence)

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วว่า negligence ตามกฎหมายละเมิดอังกฤษมีสองความหมาย คือ ในด้านสถานะทางจิตใจ (state of mind) และเป็นฐานความผิดอย่างหนึ่งของละเมิด สำหรับในหัวข้อนี้จะขออธิบายในฐานะของฐานความผิด negligence

<sup>49</sup> Ibid., p. 361.

<sup>50</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, Tort Law, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 250.

ความผิดฐานละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (tort of negligence) ตามกฎหมายละเมิดอังกฤษ เป็นฐานความผิดที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลอย่างกว้างขวาง เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน สิทธิที่เกิดจากการสูญเสียในทางเศรษฐกิจ ซึ่งส่วนมากแล้วความผิดที่ไม่เข้าฐานความผิดอื่นๆ มักจะเป็นความผิดฐาน negligence แต่สำหรับในเรื่องความรับผิดในความปลอดภัยของบุคคล (personal security) ในหัวข้อนี้ ประเทศอังกฤษมักเกิดขึ้นบ่อยในกรณีของอุบัติเหตุทางรถยนต์และมอเตอร์ไซด์ (motor accidents) อุบัติเหตุที่เกิดจากการทำงาน (accidents at work) และความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาทางการแพทย์ (medical treatment)<sup>51</sup>

ตัวอย่างเช่นในคดี Donoghue v Stevenson (1932) โจทก์และเพื่อนได้สั่งเครื่องดื่มไอศกรีมซึ่งต้องรับประทานโดยรวดด้วยเบียร์ชิ่ง เมื่อเบียร์หมดเพื่อนจึงไปนำขวดเบียร์ชิ่งมาราดเพิ่มให้โจทก์ ขณะราดปรากฏว่ามีซากหอยทากที่เน่าเปื่อยตกลงมาจากขวดเบียร์ หลังจากนั้น โจทก์ก็มีอาการปวดท้องซึ่งแพทย์ได้วินิจฉัยว่าเป็นโรคกระเพาะอาหารอักเสบ โจทก์จึงฟ้องจำเลยซึ่งเป็นผู้ผลิตเบียร์ชิ่ง ศาลตัดสินให้จำเลยรับผิดเพราะเป็นผู้ผลิตสินค้าที่จำหน่ายโดยทั่วไปและสามารถส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคจำนวนมากได้

คดี Langley v Dray (1998) โจทก์เป็นตำรวจได้รับบาดเจ็บจากการถูกรถชนเพราะขับรถไล่ล่าจำเลยที่เป็นโจรขโมยรถ Court of Appeal ตัดสินว่าจำเลยรู้ว่าโจทก์กำลังขับรถกวดตามซึ่งต้องใช้ความเร็วสูงและเสี่ยงที่จะได้รับบาดเจ็บ เมื่อจำเลยมีหน้าที่ที่ไม่ให้เกิดความเสี่ยงเช่นนั้นแต่ยังฝ่าฝืนกระทำ จึงถือว่าจำเลยมีความผิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) แล้ว<sup>52</sup>

### 1.c ความผิดฐานหมิ่นประมาท (defamation)

เป็นฐานความผิดที่คุ้มครองสิทธิในชื่อเสียง เกียรติยศ ความเป็นส่วนตัวของบุคคล ทั้งการหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา การตีพิมพ์ การเขียน (libel) และการหมิ่น

\* ความผิดฐานละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (tort of negligence) ประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการคือ 1) จำเลยมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการกระทำหรือละเว้นกระทำการ (duty of care) 2) แต่จำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังนั้นจนก่อให้เกิดความเสียหาย 3) ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ไกลกว่าเหตุ

<sup>51</sup> John Cooke, *Law of Tort*, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p. 27.

<sup>52</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 19-20.

ประมาทด้วยวาจา (slander) เช่น ในคดี Berkoff v Burchill (1996) ที่โจทก์คือนักแสดงชื่อ Stephen Berkoff ได้ฟ้อง Julie Burchill นักหนังสือพิมพ์ที่ได้ลงรูปและบรรยายว่าเขาเป็นนักแสดงที่มีบุคลิกน่ากลัวและสยดสยอง จำเลยต่อสู้ว่าข้อความที่จำเลยเขียนลงหนังสือพิมพ์เป็นเพียงข้อความที่ทำให้โจทก์โกรธและหัวเสีย ซึ่งไม่เพียงพอจะถึงขั้นเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท The Court of Appeal ได้ตัดสินว่าจริงอยู่ที่โดยปกติแล้ว แค่เพียงการโกรธและหัวเสียจะไม่ทำให้เกิดเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ แต่ข้อเท็จจริงในกรณีนี้ โจทก์ดำรงชีพอยู่ด้วยได้อาศัยนักแสดง ซึ่งต้องดูแลรักษาภาพลักษณ์ให้ดีอยู่เสมอ การลงข้อความของจำเลยเช่นนั้นทำให้โจทก์ถูกหัวเราะเยาะและมองดูเป็นตัวตลกในสายตาของสังคม จำเลยจึงมีความผิดฐานหมิ่นประมาท (defamation)<sup>53</sup>

## 2. ความรับผิดในทรัพย์สิน (interest in property)

ความรับผิดในทรัพย์สินมีด้วยกันหลายฐานความผิด มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล เช่น ความผิดฐานรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ความผิดฐานล่วงล้ำในทรัพย์สินหรือสิ่งของ (trespass to goods) ความผิดฐานล่วงล้ำในที่ดินหรือบุกรุก (trespass to land) และความผิดฐานกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (negligence) เป็นต้น

### 2.a ความผิดฐานรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance)

คำว่า nuisance ในตำรากฎหมายละเมิดอังกฤษได้กล่าวว่ามีทั้งหมด 3 ประเภท คือ การรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญในส่วนของเอกชน (private nuisance) การรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญในส่วนของมหาชน (public nuisance) และการรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญตามกฎหมาย (statutory nuisance) ซึ่งในแง่ของกฎหมายละเมิดแล้ว private nuisance จึงจะนับเป็นส่วนกฎหมายละเมิดโดยแท้จริง<sup>54</sup>

ความผิดฐานรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญในส่วนของเอกชน (private nuisance) เป็นความผิดที่เกิดจากการที่เพื่อนบ้านหรือผู้ที่มีที่ดินเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินของตนเองแต่กลับเป็นการรบกวนหรือก่อความเสียหายแก่ที่ดินผู้อื่นที่อยู่ติดกัน เช่น จำเลยปลูกต้นไม้ที่มีรากยาวจนชอนไชเข้ามาในที่ดินโจทก์ (Davey v Harrow Corporation (1985)), จำเลยถมดินในที่ตนเองทับทางน้ำไหล จนน้ำเข้าท่วมที่ดินโจทก์ (Sedleigh-Danfield v O'Callaghan

<sup>53</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 195.

<sup>54</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 218.

(1940)), หรือแม้กระทั่งการปล่อยเสียงรบกวน (Christie v Davey (1893)), การปล่อยกลิ่นรบกวน (Wheeler v J J Saunders (1995)) ก็เป็นความผิดฐานรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ซึ่งศาลจะพยายามทำการตัดสินโดยให้ประโยชน์ของจำเลยและความเสียหายของโจทก์มีความสมดุลและสมเหตุสมผลมากที่สุด<sup>55</sup>

#### 2.b ความผิดฐานล่วงล้ำในทรัพย์สินหรือสิ่งของ (trespass to goods)

ต้องเป็นการกระทำที่ตั้งใจจะให้ทรัพย์สินหรือสิ่งของของบุคคลอื่นสูญหาย บอบสลาย เสียหาย เช่น การที่จักรยานของผู้อื่นไปโดยไม่ได้รับอนุญาต การนำชุดเครื่องเสียงในรถของผู้อื่นไป (หากเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาคือการลักทรัพย์) การโยนหนังสือผู้อื่นออกนอกหน้าต่าง ซึ่งความผิดฐานนี้ไม่ต้องการความเสียหาย ดังนั้น แม้จักรยานจะไม่บอบสลาย หนังสือจะอยู่ในสภาพเดิม ผู้กระทำก็ต้องรับผิดฐานล่วงล้ำในทรัพย์สินหรือสิ่งของ (trespass to goods) แล้ว

ตัวอย่างคดีคือ Kirk v Gregory (1876) หลังจากที่เขยจำเลยเสียชีวิต จำเลยได้เคลื่อนย้ายเครื่องประดับของมีค่าต่างๆ ของที่เขยไปไว้อีกห้องหนึ่งเพราะเห็นว่าน่าจะปลอดภัยกว่า ต่อมาทรัพย์สินทั้งหมดถูกขโมยไป ผู้จัดการมรดกจึงฟ้องจำเลย ศาลตัดสินว่าจำเลยกระทำความผิดฐาน trespass<sup>56</sup>

#### 2.c ความผิดฐานล่วงล้ำในที่ดินหรือบุกรุก (trespass to land)

ความผิดฐานนี้หากเทียบกับกฎหมายอาญาประเทศไทยก็คือความผิดฐานบุกรุก ซึ่งแม้จะใช้เพียงคำว่า trespass to land แต่ land ในที่นี้ไม่ได้หมายความถึงเพียงพื้นดินอย่างเดียว ยังรวมถึงพื้นที่เบื้องล่างพื้นดิน ตัวสิ่งก่อสร้างหรือโรงเรือนที่ยึดอยู่บนผิวดิน ตลอดถึงพื้นที่เหนือพื้นดินขึ้นไป เช่น คดี Anchor Brewhouse Developments v Berkley House (Docklands) Developments (1987) ที่รถเครนสร้างอาคารของจำเลยตั้งอยู่ในที่ดินของจำเลย แต่ในขณะที่ก่อสร้างส่วนแขนของรถกลับยื่นออกมาอยู่เหนือพื้นดินที่เป็นที่ตั้งอาคารโจทก์ ซึ่งแม้ว่าโจทก์จะไม่ได้ใช้พื้นที่ในอากาศส่วนนั้น ศาลก็เห็นว่าเป็นความผิดฐาน trespass แล้ว เพราะล่วงล้ำแดนกรรมสิทธิ์ของโจทก์<sup>57</sup> หรือคดี Holmes v Wilson (1839) ที่จำเลยได้ก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างเพื่อค้ำจุนถนนที่กำลังยุบตัวลง ซึ่งในการก่อสร้างได้ล่วงล้ำเข้ามาในเขตที่ดินของโจทก์และทำให้ที่ดินโจทก์เกิดความเสียหาย ศาลตัดสินให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายแก่โจทก์

<sup>55</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 219.

<sup>56</sup> Ibid., p. 262.

<sup>57</sup> Ibid., p. 264-265.



## 2.d ความผิดฐานกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (negligence)

ความผิดฐานกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน จะต้องเป็นการทำต่อตัวทรัพย์สินโดยอ้อม เพราะถ้าเป็นการทำต่อตัวทรัพย์สินโดยตรงแล้ว จะเป็นความผิดฐานล่วงล้ำในทรัพย์สินหรือสิ่งของ (trespass to good) ไป เช่น หน่วยบริการฉุกเฉินไม่ยอมมาดับไฟที่กำลังไหม้อยู่ ทั้งที่มีหน้าที่ต้องระมัดระวังเพลิงไหม้ (duty of care) เมื่อทรัพย์สินของโจทก์เสียหาย ศาลได้พิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบในค่าเสียหายนั้น เพราะจำเลยได้กระทำผิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) แล้ว (Capital & Counties plc v Hampshire County Council (1997)) ในทำนองเดียวกันกับกรณียามชายฝั่ง ไม่ยอมตรวจตราดูแลทรัพย์สินที่อยู่ในบริเวณชายฝั่ง จนทรัพย์สินโจทก์ถูกไฟไหม้เสียหาย (OLL Ltd v Secretary of State for Transport (1997))<sup>58</sup>

## 3. ความรับผิดในความสูญเสียทางเศรษฐกิจ (economic loss)

ความสูญเสียทางเศรษฐกิจเป็นความสูญเสียที่ไม่สามารถมองเห็นหรือจับต้องได้ ซึ่งต่างจากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลหรือทรัพย์สิน การนำคดีมาฟ้องในเรื่องความสูญเสียทางเศรษฐกิจจะต้องฟ้องว่ากระทำผิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) ซึ่งเป็นฐานความผิดที่คุ้มครองความเสียหายในเรื่องนี้ ในกฎหมายละเมิดอังกฤษ ความสูญเสียทางเศรษฐกิจที่จะนำมาเรียกร้องค่าเสียหายได้ จะต้องเป็น "ความสูญเสียทางเศรษฐกิจที่แท้จริง (pure economic loss)" คือผลของความสูญเสียที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดโดยตรง ไม่ได้เป็นผลที่มาจากความเสียหายของบุคคล หรือทรัพย์สินที่ถูกกระทำละเมิดอีกทอดหนึ่ง เช่นคดี Spartan Steel v Martin (1972) ที่จำเลยได้กระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (negligence) ตัดสายเคเบิลไฟฟ้า จนทำให้ไฟฟ้าบริเวณนั้นดับเป็นเวลา 14 ชั่วโมง เมื่อไม่มีไฟฟ้าส่งเข้าเตาหลอมโลหะของโจทก์ ก็ทำให้โลหะในเตาหลอมแข็งตัวจนโจทก์ต้องหยุดการทำงานในโรงงานชั่วคราว ความเสียหายได้เกิดขึ้นกับโจทก์ โจทก์จึงมาฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายดังนี้ 1) ความเสียหายที่โลหะในเตาหลอมแข็งตัวในเวลาที่ไม่พอดี ทำให้โลหะนั้นต้องเสียไปแม้เอามาหลอมใหม่ก็ใช้ไม่ได้ (physical damage to property) 2) ความเสียหายในการขาดกำไรที่จะได้จากการขายโลหะในเตาหลอมนั้น (economic loss arising from damage to property) 3) ความเสียหายในการขาดกำไรที่จะได้จากการขายโลหะที่จะสามารถผลิตขึ้นได้ระหว่างที่ไฟดับ 14 ชั่วโมง (pure economic loss) ศาลได้ตัดสินให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนในความเสียหาย 1) กับ 3) เพราะความเสียหาย 2) เป็นผลที่มาจากความเสียหายของทรัพย์สินที่ถูกกระทำละเมิดอีก

<sup>58</sup> John Cooke, *Law of Tort*, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p.

ทอดหนึ่ง กล่าวคือ การขาดกำไรเป็นผลมาจากโลหะที่แข็งตัวในเตาหลอม ซึ่งความเสียหายที่โลหะแข็งตัวก็สามารถเรียกค่าเสียหายได้ไปแล้วตามข้อ 1)

### 3.2.1.4 มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแห่งความเสียหาย (Causation)

ความรับผิดชอบทางละเมิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อความเสียหาย (damage) เป็นผลจากการกระทำของผู้ทำละเมิด ซึ่งหากความเสียหายเป็นผลมาจากการกระทำเพียงการกระทำเดียว โดยปกติผู้กระทำนั้นก็ต้องรับผิดชอบไปตามกฎหมาย ซึ่งจะไม่มีปัญหาการพิจารณาเรื่อง causation แต่ปัญหาเรื่อง causation จะถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาเมื่อมีเหตุการณ์หรือปัจจัยอื่นเข้าแทรก ซึ่งการจะพิจารณาว่าท้ายที่สุดแล้วความเสียหายเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลยหรือไม่ ในตำรากฎหมายละเมิดอังกฤษเกือบทุกเล่มจะกล่าวถึง "but for test" ซึ่งเป็นการตั้งคำถามหลายๆคำถามที่เกี่ยวกับการกระทำของจำเลยว่า "ถ้าปราศจาก...จะเกิดผล...หรือไม่" ซึ่งสามารถเห็นได้จากตัวอย่างคดีนี้

คดี Barnett v Chelsea and Kensington Hospital (1969) สามีโจทก์คือ

William Barnett เป็นยามอยู่ที่ Chelsea College of Science and Technology ร่วมกับเพื่อนอีก 2 คน ตอนประมาณ 5.00 น. ของวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1966 ทั้งหมดร่วมดื่มชาแก่อกาศหนาวด้วยกัน แต่ 20 นาทีต่อมา ทั้งสามคนก็เริ่มอาเจียน และไปโรงพยาบาล (จำเลย) เมื่อเวลา 8.00 น. ซึ่งเมื่อไปถึงก็พบนางพยาบาลคนหนึ่งกำลังโทรศัพท์ไปคุยกับแพทย์เรื่องอาการผู้ป่วย ส่วนแพทย์คนอื่นก็กำลังดูแลผู้ป่วยฉุกเฉิน แต่สามีโจทก์ก็ได้พยายามอธิบายอาการตนเองไปว่าผมอาเจียนเพราะดื่มน้ำชา ไม่ได้เกิดจากการดื่มเหล้ามากเกินไป อย่างไรก็ตามแพทย์ได้บอกให้ทั้งสามกลับไปพักผ่อนที่บ้านก่อนและหากอาการหนักขึ้นให้เรียกแพทย์ส่วนตัวไปพบก็ได้ ทั้งสามคนก็พากันกลับไป และในเวลา 14.00น. สามีโจทก์ก็ถึงแก่ความตาย โดยผลจากการชันสูตรพบว่าสามีโจทก์ตายเพราะดื่มน้ำชาที่มีสารหนูปนเปื้อน โจทก์จึงมาฟ้องให้โรงพยาบาลรับผิดชอบในความตายของสามี ศาลตัดสินว่าความตายของสามีโจทก์ไม่ได้เป็นผลจากไม่รับดูแลรักษา (ละเว้นกระทำการ) ของจำเลย เพราะถึงแม้จำเลยไม่รับรักษาแต่หากสามีโจทก์มีอาการหนักมากก็สามารถกลับไปพบแพทย์ได้อีกครั้งหนึ่ง เหมือนที่เพื่อนอีก 2 คนได้ไปพบอีกครั้ง สามีโจทก์ได้ปล่อยให้อาการป่วยมีไปจนถึง 14.00 น. ซึ่งหากมาพบแพทย์ก่อนเวลา 12.00 น. ก็ยังมีโอกาสรอดชีวิตได้ ศาลจึงตัดสินว่าโรงพยาบาลไม่มีความผิด<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Richard Kidner, *Casebook on Tort*, seventh edition (New York :Oxford University Press, 2002), pp.106-107.

จากการทดสอบด้วย but for test ก็คือการถามว่า ถ้าโรงพยาบาลไม่รักษาแล้ว สามีโจทก์จะตายหรือไม่ คำตอบก็คือไม่เพราะสามีโจทก์มีโอกาสรอดชีวิตด้วยการไปพบแพทย์ ดังเช่นเพื่อนอีก 2 คนที่ร่วมดื่มน้ำชาด้วยกัน แต่สามีโจทก์กลับปล่อยให้อาการกำเริบจนเสียชีวิต อย่างไรก็ตาม ซึ่งตามความคิดเห็นของผู้เขียน but for test คือแนวความคิดในทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ที่ต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเหมาะสมหรือเป็นสัดส่วนกับการกระทำหรือไม่ เพราะหากความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำ ผู้กระทำรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เป็นสัดส่วนกับการกระทำเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้ง but for test ก็ไม่สามารถใช้ได้ครอบคลุมทุกกรณี เช่น คดี Baker v Willoughby (1970) ที่โจทก์ยังมีอาการบาดเจ็บที่ขาซ้าย ซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทเดินเล่อของจำเลยเมื่อคราวก่อน ต่อมาโจทก์ได้เปลี่ยนงานใหม่และระหว่างที่ปฏิบัติหน้าที่ โจทก์ถูกขโมยยิงเข้าที่ขาซ้ายข้างรอยบาดเจ็บเดิมและต้องเสียค่ารักษาพยาบาลจำนวนมาก โจทก์จึงขอฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยเพราะจำเลยทำให้โจทก์บาดเจ็บอยู่ก่อน จนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้สะดวก และเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บในคราวนี้ จำเลยต่อสู้ว่าความรับผิดชอบในการกระทำจำเลยหมดสิ้นเด็ดขาดลงตั้งแต่ก่อนหน้าโจทก์จะถูกยิงแล้ว และหากทดสอบด้วย but for test ก็จะพบว่าผู้ต้องรับผิดชอบในครั้งนี้คือขโมยไม่ใช่จำเลย ศาล The House of Lord ตัดสินว่ากรณีดังกล่าวไม่สามารถนำ but for test มาใช้ได้ เพราะแม้ความเสียหายส่วนหนึ่งมาจากขโมย แต่หากจำเลยไม่เคยทำขาซ้ายโจทก์บาดเจ็บ โจทก์ก็จะมีอาการคล่องตัวในการปฏิบัติหน้าที่ และไม่ถูกยิง ศาลตัดสินให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่โจทก์<sup>60</sup>

ซึ่งจะเห็นได้ว่าในตัวอย่างนี้ จะมีความใกล้เคียงกับทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งเหตุ ที่แม้ผลที่เกิดขึ้นจะเกิดจากเหตุหลายเหตุ ถ้าเหตุหนึ่งเกิดจากการกระทำของจำเลย จำเลยจะต้องรับผิดชอบในผลคือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ไม่ว่าความเสียหายจะมีมากมายเพียงใด เพราะถ้าไม่มีการกระทำของจำเลย ผลเสียหายเช่นนั้นย่อมจะไม่เกิดขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของประเทศไทย มีแนวความคิดทั้งทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมและทฤษฎีเงื่อนไข

จากทั้งหมดที่กล่าวมา จะเป็นแนวทางโดยทั่วไปของหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดในประเทศไทย ซึ่งอาจมีบางกรณีแตกต่างออกไปบ้าง เช่น ความรับผิดฐาน trespass

<sup>60</sup> John Cooke, *Law of Tort*, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), pp.145-146.



เป็นฐานความผิดที่ไม่ต้องการผลแห่งความเสียหาย (damage) หรือ ความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) เป็นความผิดที่ไม่ต้องกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ต้องรับผิดตามกฎหมายละเมิดแล้ว (ขาดองค์ประกอบเรื่อง fault) ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะที่ผู้สนใจสามารถทำการศึกษาต่อไป

### 3.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศอังกฤษ

Volenti non fit injuria แปลว่า ไม่มีความเสียหายเมื่อยินยอมให้มีการกระทำ (to a willing person, no injury is done หรือ no injury is done to a person who consents)<sup>61</sup> ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงไม่สามารถนำไปเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีได้ (volenti non fit injuria...damage suffered by consent is not a cause of action.)<sup>62</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ที่ให้ความยินยอมในการกระทำแก่ผู้อื่น แล้วได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้อื่นนั้น ไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้ (One who has consent to an act being done towards him cannot, when he suffers from it, complain of it as a wrong.)<sup>63</sup>

ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของหลัก Volenti non fit injuria ได้ปรากฏขึ้นอย่างยาวนานแล้ว เริ่มจากหลัก Volenti non fit injuria ได้ถูกกล่าวถึงใน Digest ของจักรพรรดิจัสติเนียนุส (Corpus Juris Civilis) ต่อมาก็มาปรากฏหลักฐานอยู่ในกฎหมายศาสนา (The Canon Law) ที่ได้กล่าวอ้างถึงหลักเรื่องความยินยอมไว้ในรูปของ "Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus"<sup>64</sup> และในช่วงหลัง หลักเรื่องความยินยอมก็เปลี่ยนมาเป็นแบบที่ใกล้เคียงกับ

<sup>61</sup> J.Wales. Volenti non fit injuria. Available from: [http://en.wikipedia.org/wiki/Volenti\\_non\\_fit\\_injuria](http://en.wikipedia.org/wiki/Volenti_non_fit_injuria) [2008, August 31]

<sup>62</sup> Herbert Broom, A selection of Legal Maxim, tenth edition (Pakistan: Sweet & Maxwell, 1939), p. 181.

<sup>63</sup> W.V.H.Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, twelfth edition (London: Sweet & Maxwell, 1894), p. 700.

\* Digest 9.2.7, Digest 47.10.1 s.5, Digest 50.17.32 และ Digest 50.1.203

<sup>64</sup> Thomas Beven, " "Volenti Non Fit Injuria" in The Light of Recent Labour Legislation," Journal of the Society of Comparative Legislation Vol.8, No.2 (1907): p. 186. : Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus : No injury is done to a person



ปัจจุบันโดยผลงานของ Bracton นักกฎหมายชาวอังกฤษ ด้วยวลีที่ว่า "Cum scienti et volenti non fit injuria"<sup>65</sup> และท้ายที่สุดเหลือเพียงคำว่า Volenti non fit injuria ดังที่เห็นในปัจจุบัน โดยปรากฏอยู่ใน Year Book Case of 1305 (Roll Series) ของประเทศอังกฤษเป็นครั้งแรก<sup>66</sup> หลังจากนั้น ก็มีการใช้หลักความยินยอมในรูปของ Volenti non fit injuria มาโดยตลอดแต่ในบางครั้งผู้ที่รู้ภาษาละติน อยู่บ้างก็จะเขียนเป็น Volenti non fit iniuria เพื่อให้ใกล้เคียงกับของเดิม

จะเห็นได้ว่านอกจากการปรากฏขึ้นครั้งแรกในบทคัดย่อ Digest (ส่วนหนึ่งของ Corpus Juris Civilis) ที่ทำให้ถือว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นหลักกฎหมายโรมันแล้ว ในช่วงระยะเวลาต่อมาของการพัฒนาหลักนี้ ล้วนเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษทั้งสิ้น จนทำให้บางครั้งมีการกล่าวว่หลัก Volenti non fit injuria เป็น "Common law doctrine"<sup>67</sup> ที่ได้รับการพัฒนาหลักเกณฑ์ต่างๆ จากคำพิพากษาของศาล ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าของผู้เขียนก็เห็นว่าคำกล่าวอ้างไม่เกินความจริงแต่อย่างใด เพราะในตำรากฎหมายละเมิดของประเทศภาคพื้นยุโรป (Civil Law) แทบไม่มีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์และวิวัฒนาการของหลักนี้ จะมีการกล่าวอีกครั้งหนึ่ง ก็คือนำไปปรับใช้กับคดีแล้ว แต่เมื่อมาอ่านตำรากฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษจะพบว่า

---

who understands and consents. ซึ่งหมายความว่า ไม่ถือว่ามีความผิดเกิดขึ้นหากบุคคลฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้เข้าใจในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและได้ให้ความยินยอมไว้แล้ว

\* Henry de Bracton หรือ Henrici Bracton เป็นนักกฎหมายชาวอังกฤษซึ่งมีชื่อเสียงมากหลังจากเขียนหนังสือชื่อ De Legibus et Consuetudinibus Angliae (On the Laws and Customs of England) และเป็นผู้ให้แนวความคิดเรื่อง mens rea หรือ เจตนากระทำความผิดในทางอาญา นอกจากนี้ยังเขียนตำราเกี่ยวกับปรัชญา ซึ่งนับเป็นผลงานที่สำคัญมากก่อนสมัยของ Sir William Blackstone

<sup>65</sup> Thomas Beven, "Volenti Non Fit Injuria" in The Light of Recent Labour Legislation," Journal of the Society of Comparative Legislation Vol.8, No.2 (1907): p. 186.

<sup>66</sup> W.V.H.Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, twelfth edition (London: Sweet & Maxwell, 1894), p. 700.

<sup>67</sup> J.Wales. Volenti non fit injuria. Available from: [http://en.wikipedia.org/wiki/Volenti\\_non\\_fit\\_injuria](http://en.wikipedia.org/wiki/Volenti_non_fit_injuria) [2008, August 31]

นอกจากมีการนำหลัก Volenti non fit injuria มาปรับใช้กับคดีอย่างแพร่หลาย และเมื่อค้นจากหนังสือเก่าๆ ก็จะมีพบถึงที่มาของหลักนี้ด้วย แม้ว่าจะไม่มีการบรรยายอย่างละเอียดแตเมื่อนำมาเชื่อมโยงกับข้อมูลทางประวัติศาสตร์ที่ได้จากหนังสือเล่มอื่น ก็พอสรุปได้ว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นหลักกฎหมายที่กำเนิดขึ้นด้วยความคิดของชาวโรมัน แต่อังกฤษนำมาพัฒนาใช้ในกฎหมายละเมิดเพราะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงที่โรมันได้เข้ามาครอบครองเกาะอังกฤษ ซึ่งแม้ว่าในภายหลังชาวโรมันจะได้ออกจากอังกฤษไปแล้วแต่กฎหมายโรมันยังคงมีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมายอังกฤษในเวลาต่อมา ทั้งนี้เนื่องจากอิทธิพลของศาสนาคริสต์ในประเทศอังกฤษที่ใช้กฎหมายศาสนา (Canon Law) อันมีความสัมพันธ์กับกฎหมายโรมันอย่างแยกไม่ออก และจากการศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมของผู้พิพากษาอังกฤษในสมัยนั้น

เมื่อพอทราบที่มาของหลัก Volenti non fit injuria ในเบื้องต้นแล้ว ประการต่อไปคือการทำความเข้าใจกับลักษณะและหลักเกณฑ์การใช้หลัก Volenti non fit injuria ในประเทศอังกฤษ ปัจจุบันว่า การตกผลึกทางประวัติศาสตร์ได้ก่อเกิดผลลัพธ์ในปัจจุบันอย่างไรบ้าง ซึ่งหลังจากทำความเข้าใจในลักษณะและหลักเกณฑ์แล้ว ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงการนำหลัก Volenti non fit injuria ไปใช้กับคดีละเมิดประเภทต่างๆ ของอังกฤษ เพื่อจะทำให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจในภาพรวมทั้งหมดของหลักนี้

### 3.2.2.1 ลักษณะและหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในประเทศอังกฤษ

1. การให้ความยินยอมสามารถให้ได้ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย เช่น ในคดี Imperial Chemical Industries Ltd. V Shatwell (1965) ที่โจทก์และจำเลยที่ 1 เป็นคนงานในเหมืองหินของโจทก์ แต่ไม่เคยซื้อฟางคำสั่งของจำเลยที่ 2 รวมถึงหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติระหว่างทำงานในเหมือง โจทก์ได้ทดลองดินระเบิดชุดใหม่แต่ได้รับบาดเจ็บจากการกระทำของจำเลยที่ 1 ที่เตรียมการโดยประมาทเลินเล่อ โจทก์จึงมาฟ้องให้จำเลยที่ 2 รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากจำเลยที่ 1 แต่จำเลยที่ 1 ได้อ้างว่าการที่โจทก์ยอมเป็นผู้จัดการทดลองระเบิด ทั้งที่รู้อยู่แล้วว่ามีอันตราย ถือได้ว่าโจทก์ยินยอมที่จะเข้าเสี่ยงภัยเองแล้ว เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น โจทก์ก็ไม่สามารถฟ้องจำเลยที่ 2 ได้ และเมื่อจำเลยที่ 2 ไม่ต้องรับผิด จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดตามไป

ด้วย<sup>68</sup> ซึ่งจะเห็นจากคดีนี้ได้ว่า โจทก์ไม่จำเป็นต้องพูด เขียน ว่ายินยอมเสี่ยงภัย เพียงแต่มีการกระทำ (เข้าเสี่ยงภัย) โดยปริยายก็แสดงออกถึงความยินยอมได้เช่นกัน

2. ผู้ให้ความยินยอมต้องทราบถึงข้อเท็จจริงว่าเมื่อให้ความยินยอมไปแล้วจะมีอันตรายอย่างไรอาจเกิดขึ้นกับตนเองได้บ้าง และเป็นกาให้โดยปราศจากความกดดันจากผู้อื่น<sup>69</sup> หลักการนี้เป็นผลมาจากการที่นายจ้างในช่วงศตวรรษที่ 19-20 ได้อ้างว่าการที่ลูกจ้างได้เข้าทำงานใดก็ตามถือว่าลูกจ้างได้ยินยอมรับภัยหรืออันตรายที่จะเกิดขึ้นจากงานนั้นๆ แล้ว ซึ่งทำให้หลักความยินยอมถูกนำมาใช้ในทางเอาเปรียบลูกจ้าง ดังนั้นในปี ค.ศ. 1860 เป็นต้นมา รัฐสภาจึงเริ่มตรากฎหมายหลายฉบับเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของลูกจ้างให้มากขึ้น และส่วนของศาลเองก็พิพากษาไปในทางคุ้มครองลูกจ้างมากขึ้นเช่นเดียวกัน ซึ่งในกรณีนี้ ก็มีคดี Smith v Baker (1891) เป็นบรรทัดฐาน โดยมีข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นคนงานในเมืองแร่ของจำเลย และสังเกตเห็นหลังจากเข้าทำงานว่าในกิจการของจำเลย มีการใช้เครนยกก้อนหินอย่างไม่ระมัดระวัง โดยบริเวณที่เครนเดินเครื่องทำงานจะอยู่เหนือบริเวณการขุดแร่ของโจทก์พอดี โจทก์จึงพยายามระวังตัวและได้บอกให้จำเลยแก้ไขแต่ก็ไม่มีมีการแก้ไขแต่อย่างใด จนกระทั่งในวันหนึ่งก้อนหินได้หลุดจากเครนลงมากระแทกโจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส โจทก์จึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย จำเลยได้ต่อสู้ว่าการที่โจทก์เข้ามาทำงานในเมืองแร่ก็ย่อมรู้อยู่ว่าอาจมีอันตรายเกิดขึ้น แต่โจทก์ก็ยังตกลงทำ ซึ่งแสดงว่าโจทก์ยินยอมที่จะรับอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแล้ว จึงไม่สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ ศาล The House of Lord ได้ตัดสินว่า การทำงานในเมืองก็มีเนื้องานที่โดยธรรมชาติแล้วถือว่าอันตรายอยู่บ้างตามที่จำเลยต่อสู้ แม้การที่โจทก์เข้าทำงานจะเสมือนกับการยอมรับอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการทำงานโดยปกติ แต่ก็มีใ้การยินยอมให้ก้อนหินตกจากเครนลงมาทับใส่ ซึ่งถือเป็นอันตรายที่โจทก์ไม่คาดเห็นหรือรู้มาก่อนการเข้าทำงาน ทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ไม่ดูแลกิจการให้มีความปลอดภัยตามมาตรฐาน การที่จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์รู้ว่ามีอันตรายจากเครนแต่ยังทำงานต่อไปก็เป็นเพราะความกดดันจาก

<sup>68</sup> W.V.H.Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, twelfth edition (London: Sweet & Maxwell, 1894), pp. 702-703.

<sup>69</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p.112.

นายจ้างและความจำเป็นทางเศรษฐกิจที่ไม่เปิดโอกาสให้มีทางเลือกมากนัก จำเลยจึงไม่สามารถอาศัยความยินยอมที่เกิดจากลักษณะดังกล่าวมาเป็นข้อต่อสู้โจทก์ได้ ศาลพิพากษาให้ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์<sup>70</sup>

3. การให้ความยินยอมต้องไม่เกิดจากการข่มขู่บังคับ (duress) หรือหลอกลวง (fraud)<sup>71</sup> ซึ่งมีตัวอย่างในคดี *Hegarty v Shine* (1878) แม้จะเป็นตัวอย่างที่ไม่ตรงเท่าใดนัก ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ได้ร่วมหลับนอนกับจำเลยซึ่งเป็นคู่รัก โดยที่ไม่ทราบจำเลยเป็นโรคกามโรค โจทก์ติดเชื่อ จึงมาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย จำเลยให้การต่อสู้ว่าโจทก์ยินยอมที่จะร่วมหลับนอนกับตนเอง ดังนั้นความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นจากการหลับนอน จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบ โจทก์แย้งว่าในขณะที่มีความสัมพันธ์กัน จำเลยไม่เคยบอกให้โจทก์ทราบมาก่อนว่าเป็นกามโรคซึ่งนับเป็นการหลอกลวงโจทก์ จึงถือว่าความยินยอมเป็นอันใช้ไม่ได้ แต่ในคดีนี้ ศาลได้ตัดสินว่าคดีนี้ไม่ใช่กรณีการหลอกลวงที่จะส่งผลกับความยินยอม แต่เป็นเรื่องผู้มาศาลต้องมีสะอาด โจทก์เองก็กระทำความผิดฐานคบขู่ผู้ชาย (จำเลย) กฎหมายจึงไม่คุ้มครองสิทธิของโจทก์ พิพากษายกฟ้อง<sup>72</sup>

4. กรณีที่เด็กอายุน้อยกว่า 13 ปี (children of tender year) และผู้มีอาการทางจิตประสาท (unsound mind) ต้องเข้ารับการรักษาทางการแพทย์ต้องให้ผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์ให้ความยินยอมแทน แม้ว่าโดยปกติแล้วเด็กจะสามารถให้ความยินยอมในเรื่องราวโดยทั่วไปได้หากรู้และเข้าใจถึงผลที่จะตามมา ตาม s.8 of Family Law Reform Act 1969 และคดี *Gillick v West Norfolk A.H.A.*(1983)<sup>73</sup>

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> W.V.H.Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, twelfth edition (London: Sweet & Maxwell, 1894), p.707.

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> Ibid.



5. ผู้เสียหายไม่สามารถให้ความยินยอมซึ่งมีผลเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของตนเอง<sup>74</sup> ตามบทบัญญัติใน Unfair Contract Terms Act 1977 ซึ่งเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายกับข้อสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน ถูกใช้ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายเหมือนกัน และในบางครั้ง ความยินยอมของผู้เสียหายก็ถูกผนวกเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา จึงเห็นควรให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับทั้งเรื่องสัญญาและละเมิด<sup>75</sup>

ตัวอย่างในคดี R v Brown (1993) โจทก์เป็นสมาชิกของกลุ่มผู้นิยมการรักร่วมเพศที่ชอบใช้วิธีการโอบยตีเพื่อหาความสุขมาเป็นระยะเวลายาวนานแล้ว ในระหว่างสมาชิกด้วยกันจะพากันนัดพบตามสถานที่ส่วนตัวต่างๆ เพื่อร่วมเพศและโอบยตี โดยผู้ที่จับคู่กันต่างยินยอมที่จะมีความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าว ในระหว่างนั้นก็จะมีกำหนัดกบฏไว้เพื่อส่งให้สมาชิกในกลุ่มได้ดู แต่ไม่ได้ได้นำออกเผยแพร่หรือจำหน่ายทั่วไปแต่อย่างใด โจทก์ได้ทดลองเป็นสมาชิก และได้รับบาดเจ็บสาหัสจากการเขียนจึงมาฟ้องจำเลย จำเลยต่อสู้ว่าการที่โจทก์เข้ามาเป็นสมาชิกกลุ่มและรู้วัตถุประสงค์ของกลุ่มก็ถือได้ว่าโจทก์ยินยอมในการร่วมเพศลักษณะใช้กำลังความรุนแรง ความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการร่วมเพศจึงยกขึ้นกล่าวอ้างไม่ได้ ศาล The House of Lord ตัดสินว่าจำเลยกระทำผิดตาม The Offences against the Person Act 1861 และจะยกข้อต่อสู้เรื่องความยินยอมมาต่อสู้ไม่ได้ เพราะบุคคลจะให้ความยินยอมแก่ผู้อื่นเพื่อเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายตนเองไม่ได้ ดังที่ได้เคยมีการวางหลักไว้ก่อนหน้าในคดี R v Donovan (1934)<sup>76</sup> ว่า “การทุบตีผู้อื่นจนก่อให้เกิดอันตรายแก่กายตามมภายหลังเป็นลวการกระทำที่ผิดกฎหมาย แม้ว่าจะได้รับความยินยอมก็ตาม”

<sup>74</sup> สุธีรา จินายน, “วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540,” (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 104.

<sup>75</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

<sup>76</sup> The Circumcision Reference Library. R v Brown [1993] 2 All ER 75. Available from: <http://www.cirp.org/library/legal/UKlaw/rvbrown1993/> [2008, August 31]

\* “... it is an unlawful act to beat another person with such a degree of violence that the infliction of bodily harm is a probable consequence, and when such an act is proved, consent is immaterial.”

### 3.2.2.2 การนำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้ในคดีละเมิด

ศาลอังกฤษได้ปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria เพื่อมายกเว้นความรับผิดของจำเลยในมูลละเมิด ซึ่งโดยหลักแล้วเมื่อมีการกระทำละเมิดแต่ละฐาน จำเลยย่อมมีความรับผิดเกิดขึ้นและมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ตนเป็นฝ่ายกระทำแก่ผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม หากความเสียหายที่จำเลยก่อให้เกิดขึ้นนั้น เป็นผลมาจากความยินยอมของผู้เสียหายเองที่จะยอมรับความเสียหายนั้นเอาไว้ จำเลยก็สามารถที่จะอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเช่นนั้นมายกเว้นความรับผิดในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนของตนได้

ในประเทศอังกฤษถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อแก้ตัวของจำเลยที่จะยกขึ้นต่อสู้ได้เมื่อมีการกระทำครบองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดแล้ว<sup>77</sup> ซึ่งหน้าที่หรือภาระการพิสูจน์ว่ามีการกระทำโดยปราศจากความยินยอมเป็นของโจทก์ และการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของความยินยอมเป็นหน้าที่ของจำเลย ตัวอย่างเช่น การมีน้ำใจไปชอมหลังคาที่ชำรุดของเพื่อนบ้านให้โดยที่เพื่อนบ้านไม่รู้ แล้วตกลงมาได้รับบาดเจ็บ จึงไปฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเพื่อนบ้าน เพื่อนบ้านอาจยกข้อต่อสู้ว่าโจทก์ยินยอมที่จะเข้าเสี่ยงอันตรายนั้นเอง แต่ศาลในคดีนี้จะตัดสินว่าจำเลยยังไม่ได้กระทำละเมิดกับโจทก์ จึงไม่มีความผิดฐานละเมิดเกิดขึ้น ทำให้ไม่ต้องมาพิจารณาว่ามีความยินยอมในข้อเท็จจริงนี้หรือไม่อีกต่อไป<sup>78</sup>

สำหรับฐานความรับผิดในกฎหมายละเมิดของประเทศไทยมีหลายฐานด้วยกัน การกระทำจะครบองค์ประกอบหรือไม่ ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบของฐานนั้นๆ เมื่อมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบจึงค่อยมาพิจารณาเรื่องความยินยอมซึ่งถือเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย (defences) ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีการนำหลักความยินยอมไปใช้กับฐานความผิดหลักๆ ของกฎหมายละเมิดอังกฤษ ซึ่งแม้จะไม่ครบทุกฐานแต่ก็เพียงพอที่เป็นแนวทางการทำความเข้าใจให้มากขึ้นดังนี้

<sup>77</sup> สุธีรา จินายน, "วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540," (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 19.

<sup>78</sup> W.V.H.Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, twelfth edition (London: Sweet & Maxwell, 1894), p.701.

## 1. ความผิดฐานกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (negligence)

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วว่าความประมาทเลินเล่อ (negligence) ตามกฎหมายละเมิดอังกฤษมีสองความหมาย คือ ในด้านสถานะทางจิตใจ (state of mind) ที่มักถูกกล่าวถึงคู่กันกับการกระทำโดยจงใจ และในฐานะฐานความผิดอย่างหนึ่งของละเมิด ซึ่งการอธิบายในหัวข้อนี้คือความหมายที่สอง

สำหรับความผิดฐานละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ (tort of negligence) ตามกฎหมายละเมิดอังกฤษ เป็นฐานความผิดที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลอย่างกว้างขวาง เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน สิทธิที่เกิดจากการสูญเสียในทางเศรษฐกิจ ดังเช่นตัวอย่างคดีเหล่านี้

*Pitts v Hunt (1991)* โจทก์เป็นผู้โดยสารรถมอเตอร์ไซค์ที่ขับโดยจำเลย โจทก์พอทราบว่ารถมอเตอร์ไซค์คันนี้ไม่มีประกันอุบัติเหตุและจำเลยก็ได้ดื่มเหล้ามาก่อนหน้านี้ แต่ก็ได้พยายามเตือนให้จำเลยขับช้าๆ จำเลยขับมอเตอร์ไซค์จนจนโจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส โจทก์จึงมาฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบ จำเลยอ้างว่าโจทก์ยินยอมนั่งซ้อนมอเตอร์ไซค์ทั้งที่รู้ว่ารถไม่มีประกันและตนเองดื่มเหล้า จึงมาเรียกค่าเสียหายจากจำเลยไม่ได้ ศาลตัดสินว่าจำเลยไม่สามารถยกเรื่องความยินยอมมาเป็นข้อต่อสู้โจทก์ได้เพราะเป็นการฝ่าฝืน s. 149 of The Road Traffic Act 1988 จำเลยต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเล่นเกมสหรือกีฬาที่ถูกต้องตามกฎหมาย มีการเล่นตามกฎกติกา สามารถนำเรื่องความยินยอมมาเป็นข้อต่อสู้ไม่ต้องรับผิดชอบได้ เพราะนักกีฬาย่อมมีโอกาสที่จะได้รับบาดเจ็บจากการเล่นกีฬาระดับต่างๆ อยู่เสมอโดยมิได้คิดจใจทำร้ายร่างกาย<sup>79</sup> เช่นคดี *Simms V Leigh Rugby Football Club (1969)* โจทก์เป็นนักกีฬารักบี้ ในขณะที่ถือลูกวิ่งฝ่าไปในแดนตรงข้าม ก็เจอนักกีฬาอีกหลายคนมาสกัดกันเป็นกำแพงและกระแทกโจทก์จนขาโจทก์หัก โจทก์จึงมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย จำเลยต่อสู้ว่าการที่โจทก์เข้ามาเป็นนักกีฬารักบี้ก็ย่อมคาดหมายได้อยู่แล้วว่าต้องมีการกระแทกและชนระหว่างการเล่นเกิดขึ้น จึงถือได้ว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมกับผู้เล่นคนอื่นที่จะเข้ามาแย่งลูกโจทก์ไปด้วยการใช้กำลังที่เป็นไปตามกติการักบี้

<sup>79</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 115.

ศาลได้ตัดสินว่าความเสียหายเกิดขึ้นระหว่างการเล่นกีฬาที่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น ถือได้ว่าโจทก์ให้ความยินยอมแก่ผู้เล่นคนอื่นแล้ว

ส่วนกรณีที่จำเลยประสบภาวะลำบาก อยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน และโจทก์ได้เข้าช่วยเหลือด้วยความตั้งใจ กระทำการอย่างระมัดระวังรอบคอบแล้ว หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่โจทก์จนมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย จำเลยจะอ้างเรื่องความยินยอมขึ้นต่อโจทก์ไม่ได้ เพราะการกระทำของโจทก์เป็นการกระทำที่มีเจตนาดีและมีมนุษยธรรมต่อเพื่อนมนุษย์<sup>80</sup> เช่น คดี Chadwick v British Railways Board (1976) ที่โจทก์ได้เข้าช่วยเหลือเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายที่ประสบอุบัติเหตุรถไฟชนกันในบริเวณใกล้บ้านโจทก์จนตัวโจทก์เองได้รับความกระทบกระเทือนทางสมอง จึงได้มาฟ้องร้องจำเลยซึ่งเป็นคณะกรรมการการรถไฟให้จ่ายค่าสินไหมทดแทน จำเลยต่อสู้ว่า โจทก์ได้ยินยอมที่จะเข้ารับความเสี่ยงภัยเองจึงไม่สามารถมาฟ้องจำเลยได้ ศาลตัดสินว่ากรณีนี้ไม่สามารถนำเรื่องความยินยอมมาใช้บังคับได้ พิพากษาให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

## 2. ความผิดฐานล่วงล้ำ (trespass)

trespass แปลว่า การล่วงล้ำ การบุกรุก ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ การล่วงล้ำในเรื่องของบุคคล (trespass to the person) การล่วงล้ำในที่ดินหรือบุกรุก (trespass to land) และการล่วงล้ำในทรัพย์สินหรือสิ่งของ (trespass to goods)

สำหรับความยินยอมในการกระทำความผิดฐานล่วงล้ำในเรื่องของบุคคล (trespass to the person) นั้น สามารถเห็นได้ในชีวิตประจำวัน เพราะถือเป็นการให้ความยินยอมไปโดยปริยายอยู่แล้ว เช่น การนั่งลงบนเก้าอี้เพื่อให้ช่างตัดผมตัดแต่งทรงผมให้ แม้ช่างตัดผมจะไม่พูดขออนุญาตก่อนตัด ก็ถือว่าได้รับความยินยอมแล้ว หรือการที่เราไปดื่มน้ำเพื่อนคนหนึ่งที่อยู่ข้างหน้า การโดนกระแทกในรถเมล์ หรือโดนเบียดขณะอยู่บนท้องถนน แต่บางกรณีก็ไม่อาจถือเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายไปได้ เช่นคดี Nash v Sheen (1953) ที่โจทก์ให้จำเลยซึ่งเป็น

<sup>80</sup> Ibid.



ช่างทำผมตัดผม แต่ปรากฏว่าจำเลยกลับทำสีผมให้ ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เพราะโจทก์ให้ความยินยอมจำเลยเพียงแค่การตัดผมเท่านั้น<sup>81</sup>

ส่วนการกระทำความผิดฐานล่วงล้ำในทรัพย์สิน (trespass to goods หรือ interference with goods) เป็นการกระทำกับทรัพย์สินหรือสิ่งของของผู้อื่น เช่น การทำให้สูญหายเสียหาย หรือแม้กระทั่งการลักทรัพย์ ตัวอย่างคดี เช่น Arthur v Anker จำเลยได้นำป้ายมาติดเด่นชัดในที่ดินส่วนตัวของจำเลยว่า "ห้ามนำรถมาจอดโดยไม่ได้รับอนุญาต" แต่โจทก์คิดว่าคงไม่เป็นอะไรจึงนำรถไปจอด จำเลยได้นำรถยกมายกรถโจทก์ออกไปและรถได้รับความเสียหาย ศาลตัดสินว่าการนำรถไปจอดในที่บุคคลอื่นโดยเห็นป้ายประกาศห้ามจอดติดอยู่ถือว่ายินยอมรับความเสี่ยงภัยที่จะเกิดขึ้นแล้ว จำเลยไม่ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์<sup>82</sup>

สำหรับความยินยอมในการกระทำความผิดฐานบุกรุก (trespass to land) เป็นการกระทำความผิดโดยเข้าไปใช้ประโยชน์หรือรบกวนการใช้ประโยชน์ในที่ดิน รวมตลอดถึงพื้นที่เบื้องล่างพื้นดิน ตัวสิ่งก่อสร้างหรือโรงเรือนที่ยึดอยู่บนผืนดิน ตลอดถึงพื้นที่เหนือพื้นดินขึ้นไปของผู้อื่น ซึ่งข้อต่อสู้ที่จำเลยมักจะใช้ต่อสู้กับโจทก์มักเป็นการสู้ว่า ได้เข้าไปรบกวนเพราะได้รับการอนุญาตจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน (licence) และกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ (justification by law) มากกว่าจะเป็นการใช้หลักความยินยอม

### 3. การรับผิดของนายจ้าง (employers' liability)

การนำความยินยอมมาใช้ในเรื่องความรับผิดของนายจ้าง มีคดีต้นแบบคือคดี Smith v Baker (1891) ซึ่งผู้เขียนได้เคยกล่าวถึงแล้ว โดยมีข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นคนงานในเมืองแร่ของจำเลย เห็นว่าการใช้เครนยกหินเหนือบริเวณที่ตนเองทำงานอยู่เป็นไปโดยไม่ระมัดระวัง จึงได้บอกกล่าวกับจำเลย แต่ท้ายที่สุดก้อนหินก็ร่วงหล่นจากเครนมากระแทกโจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส จำเลยได้ต่อสู้ว่าการที่โจทก์เข้ามาทำงานในเมืองแร่ก็ย่อมรู้ว่าจะมีอันตรายเกิดขึ้น แต่โจทก์ก็ยังตกลงทำซึ่งแสดงว่าโจทก์ยินยอมที่จะรับอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแล้ว จึงไม่สามารถฟ้อง

<sup>81</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 256-257.

<sup>82</sup> Ibid., p. 264.

เรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ ศาล The House of Lord ได้ตัดสินว่า การทำงานในเมืองก็มีเนื้องานที่โดยธรรมชาติแล้วถือว่าอันตรายอยู่บ้างตามที่จำเลยต่อสู้ แม้การที่โจทก์เข้าทำงานจะเสมือนกับการยอมรับอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการทำงานโดยปกติ แต่ก็มีไซ่การยินยอมให้ก่อนหนีตจากครนลงมาทับใส่ ศาลจึงพิพากษาให้ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ ซึ่งนอกจากคดีนี้ ก็มี Pitts v Hunt (1990) ที่นายจ้างได้อ้างหลัก Volenti non fit injuria เพื่อแสดงว่าโจทก์ก็มีส่วนร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดด้วย<sup>83</sup>

#### 4. ความรับผิดฐานรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญในส่วนของเอกชน (private nuisance)

ความผิดฐานรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญในส่วนของเอกชน (private nuisance) เป็นความผิดที่เกิดจากการที่เพื่อนบ้านหรือผู้ที่มีที่ดินเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินของตนเอง แต่กลับเป็นการรบกวนหรือก่อความเสียหายแก่ที่ดินผู้อื่นที่อยู่ใกล้เคียงกัน ซึ่งการนำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้กับฐานความผิดนี้มักเป็นกรณีที่จำเลยได้กระทำการรบกวนในที่ดินนั้นอยู่ก่อนแล้ว เช่น ปล่อยกลิ่นเหม็น กระทำเสียงดัง ปล่อยให้น้ำไหลเข้าที่ดิน แต่ต่อมาโจทก์ได้เข้ามาอยู่อาศัยหรือใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ถูกรบกวนอยู่ โจทก์ได้รับความเดือดร้อนจึงมาฟ้องต่อศาล จำเลยก็จะต่อสู้ว่าความเดือดร้อนได้ปรากฏอยู่ก่อนที่โจทก์จะเข้ามา เมื่อโจทก์ยังเข้าอยู่หรือใช้ประโยชน์ที่ดินอยู่ก็ถือว่าโจทก์ยินยอมรับความเสียหายนั้นแล้ว เช่น คดี Sturges v Bridgman (1879) ที่จำเลยเป็นร้านผลิตไอศกรีมและขนมปังและได้อยู่บริเวณนี้มานาน ต่อมาโจทก์ซึ่งเป็นแพทย์ได้ย้ายมาอยู่ใกล้กับร้าน และพบว่าจำเลยมักปล่อยเสียงดังรบกวนอยู่เกือบตลอดเวลา จึงได้ไปเตือนอยู่หลายครั้งแต่ไม่เป็นผล ทำให้ต้องมาฟ้องจำเลยต่อศาล จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ย้ายเข้ามาอยู่อาศัยในขณะที่มีเสียงรบกวนอยู่ก่อนแล้ว จึงถือว่าโจทก์ยินยอมที่จะรับความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ศาลตัดสินว่าการกล่าวอ้างของโจทก์ไม่ถือเป็นข้อต่อสู้ในฐานความผิดรบกวนก่อความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) พิพากษาให้จำเลยชำระค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ ซึ่งข้อเท็จจริงคดีนี้ก็มี ความใกล้เคียงกันกับ Miller v Jackson (1977) ที่จำเลยประกอบกิจการคลับคริกเก็ต ผู้ใช้บริการมักตีลูกคริกเก็ตพุ่งเข้ามาในบ้านโจทก์เสมอๆ เพราะอยู่ในบริเวณที่ใกล้กัน ก่อให้เกิดความเสียหาย

<sup>83</sup> John Cooke, Law of Tort, seventh edition (Great Britain: Dorset Press, 2005), p. 192.

กับบ้านและสวนของโจทก์บ่อยครั้ง แม้จำเลยจะประกอบกิจการอยู่ก่อนหน้าที่โจทก์จะเข้ามาพักอาศัย แต่ศาลก็พิพากษาให้จำเลยชำระค่าสินไหมแก่โจทก์เช่นกัน<sup>84</sup>

#### 5. ความรับผิดของผู้ครอบครองโรงเรียนและที่ดิน (occupiers' liability)

ความรับผิดของผู้ครอบครองโรงเรียนและที่ดินเป็นฐานความผิดที่เกี่ยวกับบุคคล ผู้ครอบครองที่ดินตลอดถึงโรงเรียนที่ตั้งอยู่บนที่ดินต้องมีหน้าที่ดูแลโรงเรียนและที่ดินนั้นให้อยู่ในความปลอดภัยเมื่อมีบุคคลอื่นได้เข้ามาในบริเวณที่ดินและโรงเรียน ซึ่งในปัจจุบันได้รับการบัญญัติไว้ใน Occupiers' Liability Act 1984 เพื่อวางหลักเกณฑ์และหน้าที่ของผู้ครอบครองโรงเรียนและที่ดินที่มีต่อบุคคลที่เข้ามาภายในบริเวณทั้งโดยได้รับอนุญาตและไม่ได้รับอนุญาต<sup>85</sup>

หลักความยินยอมได้ถูกนำมาปรับใช้กับฐานความผิดนี้ในกรณีที่ผู้ครอบครองโรงเรียนและที่ดินได้แจ้งถึงภัยที่อาจเกิดขึ้นหรือเตือนให้ระมัดระวังอันตราย หากบุคคลภายนอกจะล่องล่ำเข้ามาในเขตแดน แต่บุคคลภายนอกกลับยังคงล่องล่ำเข้ามาจนได้รับความเสียหาย ผู้ครอบครองสามารถยกหลัก Volenti non fit injuria ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้เมื่อมีการเตือนภัยที่เพียงพอ เช่นที่ Lord Denning ได้เคยอธิบายไว้ในคดี Roles v Nathan (1963) ว่า หากมีบ้านหลังหนึ่ง การเข้าออกจะทำได้โดยข้ามสะพานข้ามแม่น้ำที่อยู่ด้านหน้าบ้านเท่านั้น สะพานชำรุดทรุดโทรมมาก เจ้าของบ้านจึงนำป้ายไปติดตรงทางขึ้นสะพานว่าระวังสะพานชำรุด หากสะพานหักมีคนตกน้ำ เจ้าของบ้านก็ไม่สามารถอ้างได้ว่าคนตกน้ำได้ยินยอมข้ามสะพานเข้ารับความเสี่ยงภัยเองเพราะตนเองได้มีป้ายเตือนแล้ว เพราะกรณีเช่นนี้ ไม่ว่าสะพานจะชำรุดเช่นไรก็มีความจำเป็นต้องให้อยู่ การนำป้ายไปติดไม่สามารถทำให้ผู้ต้องให้ทางหลีกเลี่ยงไปใช้ทางอื่นได้ ซึ่งต่างจากกรณีที่มีสะพานข้าม 2 แห่ง เจ้าของบ้านติดป้ายไว้เพียงสะพานเดียว หากบุคคลอื่นยังคงฝืนข้ามสะพานที่ติดป้ายเตือนแล้วได้รับบาดเจ็บจากการข้ามสะพานนั้น เจ้าของบ้านสามารถยกเรื่องความยินยอม

<sup>84</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), pp. 229-230.

\* ผู้ครอบครอง (occupier) หมายถึงผู้ที่มีอำนาจควบคุมและดูแลโรงเรียนที่ดินอย่างแท้จริง ซึ่งอาจจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือไม่ก็ได้

<sup>85</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 143.

เป็นข้อต่อสู้ได้ เพราะบุคคลอื่นสามารถเลือกทางที่ไม่เกิดอันตรายได้แต่ไม่เลือก จึงถือว่าบุคคลนั้นยินยอมเข้ารับความเสี่ยงภัยหรืออันตรายที่จะเกิดขึ้นแล้ว<sup>86</sup>

จากตัวอย่างการนำไปปรับใช้กับฐานความผิดละเมิดต่างๆ ทั้งหมดที่กล่าวมา จะเห็นว่า หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) เป็นข้อต่อสู้ (defence) ของจำเลยที่มีการใช้กล่าวอ้างอยู่ทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามนับตั้งแต่มีการประกาศใช้ Unfair Contract Terms Act 1977 ผู้เสียหายก็ไม่สามารถให้ความยินยอมซึ่งมีผลเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของตนเองได้อีกต่อไป<sup>87</sup>



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>86</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, third edition (United Kingdom: Dorset Press, 2001), p. 151.

<sup>87</sup> สุธีรา จินายน, "วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 104.



กฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย

การศึกษาความเป็นมาของกฎหมายละเมิดในบทนี้ เป็นการย้อนรอยประวัติศาสตร์กลับไปเพื่อเรียนรู้ถึงที่มาของกฎหมายละเมิดไทยในสมัยก่อนว่ามีความเป็นมาและมีวิวัฒนาการอย่างไรจบจนกระทั่งเป็นกฎหมายละเมิดที่ศึกษากันอยู่ในปัจจุบัน และหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) ที่มีที่มาจากโรมันและได้รับการพัฒนาในขอบข่ายของกฎหมายละเมิดจากประเทศอังกฤษจะมีความสัมพันธ์กันอย่างไรกับกฎหมายละเมิดของไทย รวมถึงการปรับใช้และที่มาของหลักนี้เกิดขึ้นได้อย่างไร ผู้อ่านจะพบคำตอบทั้งหมดในบทนี้

4.1 ความเป็นมาของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย

ในแผ่นดินพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (พ.ศ.2394-พ.ศ.2411) นับเป็นจุดเริ่มต้นแห่งยุคใหม่ในประวัติศาสตร์ไทยและเป็นยุคของการติดต่อกับต่างประเทศและเจริญพระราชไมตรีกับนานาประเทศอย่างกว้างขวาง มีชาวต่างประเทศมาประกอบธุรกิจการค้าในราชอาณาจักรมากมาย ประเทศไทยเริ่มได้รับอิทธิพลแห่งอารยธรรมตะวันตกอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ โดยเฉพาะผลจากสนธิสัญญาเบาว์ริงที่ไทยทำกับประเทศอังกฤษจนทำให้เสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทางการศาล นอกจากนี้แนวความคิดเห็นในสังคมและประเพณีที่เคยถือปฏิบัติกันมาหลายชั่วคนหลายอย่างหลายประการกลายเป็นเรื่องล้าสมัย ทำให้กฎหมายตราสามดวงไม่อาจบังคับใช้ได้ทุกกรณี บทบัญญัติบางบทก็กลายเป็นกฎหมายที่ล้าสมัยและยุ่งยาก บางบทก็กลายเป็นกฎหมายที่ไม่เที่ยงธรรมหรือรุนแรงเกินสมควร พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงทรงละเว้นไม่ถือตามกฎหมายอันล้าสมัยหรือไม่เที่ยงธรรม และได้ทรงตราพระราชกำหนดขึ้นใหม่เปลี่ยนแปลงแก้ไขและต่อเติมกฎหมายตราสามดวงขึ้นอีกเป็นอันมากทั้งในฝ่ายสารบัญญัติและวิธี

---

\* ผู้เขียนขอแนะนำให้อ่านความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในประเทศไทย ตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นประกอบ เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้น ซึ่งอยู่ในภาคผนวก ก. ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สนับญญิติ กล่าวกันว่า พระราชกำหนดกฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงตราขึ้นใช้ บังคับนี้ มีจำนวนทั้งสิ้นเกือบห้าร้อยฉบับ<sup>1</sup>

ครั้นเมื่อพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เสด็จเถลิงถวัลยราชสมบัติ ในวันที่ 1 ตุลาคม 2411 ในตอนผลัดแผ่นดินนั้น แม้ว่าทางด้านกฎหมายจะได้มีการเปลี่ยนแปลงปรับปรุงในรัชสมัยสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระบรมชนกนาถเป็นอันมากแล้วก็ตาม กฎหมายตราสามดวงก็ยังใช้อยู่เป็นส่วนใหญ่<sup>2</sup> แต่เมื่อการจัดให้มีประมวลกฎหมายแบบสมัยใหม่ เป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่จะทำให้ประเทศไทยหลุดพ้นจากข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ทางการศึกษาที่เกิดขึ้นจากผลสนธิสัญญาเบาว์ริง ประกอบกับสภาวะการณ์ในขณะนั้นมีการเปลี่ยนแปลงไป การพิจารณาคดีแบบจารีตนครบาลกลายเป็นการพิจารณาที่ดูล่าช้าและป่าเถื่อน ทำให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว มีความคิดที่จะชำระระบบกฎหมายของไทยเสียใหม่

ในเบื้องต้นนั้น คณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายก็ใคร่ที่จะนำเอาระบบกฎหมายอังกฤษมาเป็นหลักในการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายไทย เพราะประเทศไทยก็ได้ใช้กฎหมายอังกฤษอยู่ในศาลไทยในขณะนั้นแล้วหลายลักษณะด้วยกัน เช่น พยาน ตัวเงิน สัญญา ยิ่งกว่านั้น นักกฎหมายไทยชั้นนำรุ่นนั้นยังได้รับการอบรมศึกษากฎหมายอังกฤษจากประเทศอังกฤษหลายนาย แต่ละนายตระหนกอยู่เป็นอันดีว่า ระบบกฎหมายอังกฤษใช้ในประเทศอังกฤษเองและในเครือจักรภพอังกฤษได้ดีเด่นเพียงไร แม้กระนั้นก็ดี เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาโดยละเอียดดั่งแต่แล้วก็มีความเห็นว่า แม้ว่าจะระบบกฎหมายอังกฤษจะมีคุณลักษณะล้ำเลิศเพียงไรก็ตาม ก็เป็นระบบกฎหมายที่เหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศอังกฤษเองซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดและวิวัฒนาการมาโดยเฉพาะเท่านั้น สำหรับประเทศอื่นซึ่งดำริจะเจริญรอยตามแบบฉบับอังกฤษนั้นย่อมทำได้ด้วยความลำบากยิ่ง เพราะกฎหมายอังกฤษมิได้มีต้นฉบับตัวบทกฎหมายอันอาจถือเป็นหลักฐานอ้างอิงที่มีการจัดระเบียบและหมวดหมู่อย่างเรียบร้อย จึงเป็นการ

<sup>1</sup> คณะกรรมการจัดงานฉลองวันเถลิงถวัลยราชสมบัติครบ 100 ปี ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยมหาราช, (กระทรวงยุติธรรม, 2511), หน้า 7.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

ลำบากแก่การค้นคว้าและยุ่งยากแก่การศึกษา...ด้วยเหตุดังกล่าวใน พ.ศ. 2440 นั้นเอง ประเทศไทยจึงได้ตัดสินใจเลือกเอาระบบประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปซึ่งมีกฎหมายโรมันเป็นหลัก และมีการจัดแบ่งหมวดหมู่ของกฎหมายอย่างมีระเบียบและเข้าใจง่าย เป็นรากฐานในการพิจารณาเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายของไทยให้ทันสมัยในเบื้องต่อมา<sup>3</sup>

สำหรับกฎหมายฉบับแรกที่ได้ประกาศใช้หลังจากการชำระระบบกฎหมายใหม่ก็คือ "กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127" ซึ่งอยู่ดำรงเป็นแม่บทบังคับใช้เกือบ 50 ปี จนกระทั่งมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแทนเมื่อ พ.ศ.2500 และในส่วนของกฎหมายแพ่ง พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ได้โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปีเดียวกันกับการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) นั้นเอง แต่เนื่องจากมีความซุกซนในการดำเนินงาน ประกอบกับการเปลี่ยนตัวคณะกรรมการอยู่หลายครั้ง จึงมาแล้วเสร็จในสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยในชั้นแรกได้ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2466 เฉพาะบรรพ 1 และบรรพ 2 ก่อน และเมื่อใช้แล้วได้พบกับข้อบกพร่องจึงได้นำกลับไปตรวจชำระใหม่และประกาศใช้อีกครั้งเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2468 ซึ่งในส่วนของกฎหมายละเมิดก็คงอยู่ในบรรพ 2 มาตั้งแต่แรกเริ่ม และไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลังจากการประกาศใช้ในปี พ.ศ.2468

ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ได้มีการประกาศใช้และนำกลับไปชำระใหม่เช่นเดียวกัน จนมีผลบังคับใช้ใหม่ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2472 เป็นต้นไป และ 3 ปีต่อมา บรรพ 4 ก็มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2475 ส่วนบรรพ 5 และบรรพ 6 ก็ได้รับการประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2478 ในเวลาต่อมา พร้อมกับที่พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ในปีเดียวกันนั้นเอง

สำหรับช่วงเวลาที่ยังผลต่อ "หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria)" ได้เริ่มดำเนินขึ้นเมื่อประมาณรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว แต่เอกสารหลักฐานทั้งหลาย

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

เริ่มมีปรากฏเมื่อเข้าสู่สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวแล้ว ซึ่งผู้เขียนขอเรียบเรียงเหตุการณ์ดังต่อไปนี้

เมื่อครั้งที่ไทยต้องทำสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้น แม้จะส่งผลให้ประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจแบบใหม่และมีการพัฒนาในทุกๆ ด้านอย่างรวดเร็ว แต่สนธิสัญญานี้ก็มีข้อกำหนดที่ทำให้ไทยเสียเปรียบอยู่หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทางการศาล เพราะในสัญญาระบุว่าให้จัดตั้งกงสุลอังกฤษประจำอยู่ที่กรุงเทพฯ และเป็นผู้ตัดสินคดีของคนในอารักขาของอังกฤษที่อยู่ในประเทศไทย ดังนั้นคนอังกฤษและคนในบังคับอังกฤษจึงไม่ต้องขึ้นศาลไทย ทำให้ไทยอ่อนด้อยไปในด้านการใช้อำนาจอธิปไตยบนแผ่นดินในสายของคนไทยเองและชาวต่างชาติ จนมีชาวออกไปว่า ไทยเสียอำนาจด้านนี้ราวกับอยู่ใต้การปกครองของอังกฤษ ซึ่งไม่ต่างจากประเทศเพื่อนบ้านขณะนั้น<sup>4</sup> นอกจากนี้รัฐบาลไทยยังไม่สามารถเก็บภาษีเข้าได้เกินร้อยละ 3 ต้องยกเลิกการผูกขาดทางการค้ากับต่างประเทศโดยเด็ดขาด เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ทำให้ไทยได้สำนึกแล้วว่า การอยู่ท่ามกลางกระแสจักรวรรดินิยมที่ถาโถมเข้ามานั้น ทางหนึ่งที่จะป้องกันตัวเองได้ก็คือการยอมรับวัฒนธรรมและวิทยาการของชาวตะวันตก แล้วนำมาพัฒนาปรับปรุงประเทศเพื่อนำชาติไปสู่ความมั่งคั่งที่เท่าเทียมกันในความคิดของชาติมหาอำนาจ แต่การที่จะเรียนรู้วิทยาการต่างๆ นั้น ก็จำเป็นอยู่เองที่ต้องเข้าใจในภาษาต่างชาติเสียก่อน ดังที่สมเด็จพระยาดำรงราชานุภาพได้ให้ทรงคนะไว้ว่า “...ในสมัยนั้นผู้มีสติปัญญาที่เป็นชนชั้นสูงเห็นว่าการสมาคมเกี่ยวข้องกับฝรั่งต่างประเทศจะต้องมีมากขึ้นกว่าแต่ก่อน ภาษาอังกฤษจะเป็นภาษาลำคัญของประเทศทางตะวันออก มีเจ้านายบางพระองค์และราชการบางคนปรารถนาจะศึกษาวิชาการและขนบธรรมเนียมของฝรั่ง จึงเล่าเรียนให้รู้ภาษาอังกฤษ”<sup>5</sup> การเรียนภาษาอังกฤษอย่างเป็นทางการจึงเริ่มขึ้นในรัชสมัยนี้ โดยพระองค์ทรงโปรดเกล้าฯ ให้คณะผู้สอนศาสนาไปสอนภาษาอังกฤษในราชสำนัก และจ้างนางแอนนา เลียวโนเวนส์ (Anna Leonowens) ชาว

<sup>4</sup> สุวิชัย โภคัยยะวัฒน์, “การพัฒนาประเทศในสมัยรัชกาลที่ 4 : การวางรากฐานเพื่อก้าวจากสังคมจารีตลัทธิสู่สังคมพลวัตของสยาม,” วารสารศึกษาศาสตร์ 16,1 (มิถุนายน-ตุลาคม 2547): หน้า 32.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.



อังกฤษมาเป็นครูสอนภาษาอังกฤษให้พระราชโอรสและพระราชธิดา พร้อมกันนั้น พระองค์ทรงโปรดเกล้าฯ ส่งข้าราชการไปศึกษาต่อและดูงานในทวีปยุโรปหลายคน

ครั้นสืบมาถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ก็ทรงดำเนินรอยตามพระบรมชนกนาถ และตั้งพระทัยที่จะส่งพระราชโอรสทุกพระองค์ไปรับการศึกษาต่อในประเทศทางทวีปยุโรป ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งชั้นเรียนภาษาอังกฤษขึ้นที่โรงเรียนมหาดเล็กและจัดครูฝรั่งมาถวายพระอักษรบรรดาพระเจ้าน้องยาเธอและเจ้านายที่ได้รับราชการเป็นเสนาบดี ซึ่งแทบทุกพระองค์ก็ได้เรียนภาษาอังกฤษทั้งในและต่างประเทศในครั้งนั้นก็กลายเป็นกำลังสำคัญในการพัฒนาบ้านเมืองในเวลาต่อมา ซึ่งค่านิยมไปเรียนต่อต่างประเทศนี้ ก็ได้แพร่หลายไปสู่หมู่ขุนนางข้าราชการสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ประสงค์จะส่งบุตรหลานไปศึกษาต่อ ณ ทวีปยุโรป<sup>6</sup>

ในเวลานั้น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ส่งพระราชโอรสไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษ 4 พระองค์แรก เมื่อปีพ.ศ.2428 คือ พระองค์เจ้าประวิตรวิมลโรดม พระองค์เจ้ากิติยากรวรลักษณรี พระองค์เจ้าจิรประวิตรเดช และพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ โดยโปรดให้พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ศึกษาในทางกฎหมาย เมื่อพระองค์ทรงกลับมายังประเทศไทยก็ได้รับโปรดเกล้าฯ ให้เป็นข้าหลวงพิเศษจัดการ

<sup>6</sup> ศูนย์ข้อมูลไทยสามก๊ก. นักเรียนนอกยุคแรก. แหล่งที่มา :

<http://www.thaisamkok.com/forum/index.php?act=Print&client=printer&f=53&t=8407>

\* พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ เป็นพระราชโอรสองค์ที่ 14 ในพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งพระบรมราชจักรีวงศ์ ประสูติแต่เจ้าจอมมารดาตลับ ณ วันพุธ ขึ้น 11 ค่ำ ปีมะจิด จุลศักราช 1236 ตรงวาระทางสุริยคติ 21 ตุลาคม พุทธศักราช 2417 สำเร็จการศึกษาจากระดับชั้นปริญญาตรีที่มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด ประเทศอังกฤษ ด้วยคะแนนเกียรตินิยมภายในระยะเวลาเพียง 3 ปี ในขณะที่มีพระชนมายุเพียง 20 พรรษา เมื่อกลับมายังประเทศไทย ได้ดำรงตำแหน่งเป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมในขณะที่มีพระชนมายุเพียง 22 พรรษา และพระองค์ทรงเป็นผู้ร่วมก่อตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรกและได้ดำเนินการสอนด้วยพระองค์เอง จนกระทั่งปี พ.ศ.2442 พระองค์ได้รับการถวายพระยศเป็นพระองค์เจ้าต่างกรม มีพระนามตามจารึกในพระสุพรรณบัฏว่า "พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ "

ศาลยุติธรรมในหัวเมือง และเมื่อ พ.ศ. 2439 ก็ได้ร่วมจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นพร้อมกับมองซิเออร์ โลด้ ยักมินส์ โดยในชั้นแรกก็ดำเนินการสอนด้วยพระองค์เอง ดังที่หลวงสารนัยประศาสน์ได้กล่าวไว้ว่า “เมื่อ ร.ศ. ๑๑๕ รัฐบาลได้จ้างมิสเตอร์ยี โรแลง ยัคคะมินส์ ผู้ที่เป็นเสนาบดีในกรุงเบลเยียมแต่ก่อน มารับราชการเป็นที่ปรึกษาทั่วไป ภายหลังได้เป็นเจ้าพระยาอภัยราชาสยามานุกุลกิจ ท่านผู้นี้เป็นศาสตราจารย์ในวิชากฎหมาย ได้ถวายความเห็นให้ปลูกเพาะวิชานี้เพื่อทำกฎหมายและจัดการศาลยุติธรรมให้ดีขึ้น แต่ขณะนั้นโรงเรียนกฎหมายก็ยังมี และคนดีที่จะจัดก็ยังไม่หาตัวเหมาะไม่ได้ ต้องร้งรอมมาจนถึง ร.ศ. ๑๑๕ ในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์แต่ยังดำรงพระยศเป็น พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ สำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยออกสฟอร์ดกลับมา เมื่อได้ทรงฝึกหัดราชการจนเป็นที่ไว้วางพระราชหฤทัยแล้ว ได้โปรดให้ไปเป็นข้าหลวงพิเศษจัดการศาลยุติธรรมในหัวเมือง ในปลายปีโปรดให้มาเป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ครั้น ร.ศ. ๑๑๖ ก็ทรงจัดตั้งโรงเรียน(กฎหมาย)ขึ้น ในชั้นแรกทรงสอนที่ห้องเสวยซึ่งอยู่ติดกับห้องเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม แต่จำนวนได้ทวีขึ้นรวดเร็วจนห้องนั้นไม่พอ จึงย้ายไปตึกสี่ตึกห้องกลางที่เป็นศาลอาญาเดี๋ยวนี้ (ตึกนั้นรื้อเสียแล้วตรงที่เป็นสำนักงานเนติบัณฑิตยสภาบัดนี้) ทรงสอนด้วยพระองค์เอง ทุกวันภายหลังที่เสวยเวลากลางวัน”<sup>7</sup>

วิชาที่ได้มีการสอนอยู่ในครั้งนั้นก็มิใช่หลายวิชาด้วยกัน ดังประกาศวิชาที่จะใช้สอบไล่ซึ่งระบุไว้ในราชกิจจานุเบกษาเล่ม ๑๔ วันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ร.ศ. ๑๑๖ หน้า ๕๓๐ ว่า “พระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมลงพระนาม มีความว่า แจ้งความแก่นักเรียนกฎหมายในกระทรวงยุติธรรม ด้วยกำหนดจะได้สอบไล่ความรู้นักเรียนซึ่งจะเป็นเนติบัณฑิต ณ ที่ประชุมข้าหลวงใหญ่ในวันที่ ๒-๓-๔-๕-๖-๗ ธันวาคม รัตนโกสินทรชก ๑๑๖ กฎหมายที่จะสอบไล่นั้นคือ ๑. อาญา ๒. สัญญา ๓. มรดก กับประทุษร้ายส่วนแพ่ง ๔. ผัวเมีย ทาส และประกาศต่างๆ ๕. วิธีพิจารณา ๖. กฎหมายระหว่างประเทศ”<sup>8</sup>

<sup>7</sup> หลวงสารนัยประศาสน์, พัฒนาการศึกษากฎหมายในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: 2499), หน้า 2-3.

\* ประทุษร้ายส่วนแพ่ง หรือกฎหมายลักษณะผิดสิทธิ หรือกฎหมายลักษณะผิดสิทธิ์ ก็เรียก คือ ชื่อที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ใช้เรียกกฎหมายลักษณะละเมิดเมื่อในครั้งอดีต จวบจนกระทั่งมีการออกประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงได้เปลี่ยนชื่อเป็น “กฎหมายลักษณะละเมิด” ดังที่ทราบกันอยู่ในปัจจุบัน

สำหรับวิชากฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งหรือละเมิดนั้น พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ได้ใช้ตำรา  
กฎหมายอังกฤษเป็นหลัก ดังที่หลวงสารนัยประศาสน์ได้กล่าวว่า “หนังสือที่ทรงใช้สอนคือกฎหมาย ๒ เล่ม  
ซึ่งภายหลังผลิตผลเป็นกฎหมายบางเรื่องหรือกฎหมายราชบุรี ทางอาญาใช้ประมวลกฎหมายอินเดียเป็น  
หลัก วิธีพิจารณาสัญญาและประทุษร้ายส่วนแพ่งใช้ตำรากฎหมายอังกฤษ”<sup>8</sup>

ดังนั้น เนื้อหาและแนวความคิดในเรื่องกฎหมายประทุษร้ายทางแพ่งเมื่อครั้งนั้นจึงเป็นแนวทางของ  
ประเทศอังกฤษอย่างมีต้องสงสัย และในเวลานี้เองที่ผู้เขียนได้พบหลักฐานเกี่ยวกับหลักความยินยอม  
ไม่เป็นละเมิด(Volenti non fit injuria) โดยหลักฐานนี้ได้ชี้ให้เห็นว่า การสอนวิชากฎหมายประทุษร้ายส่วน  
แพ่งเมื่อครั้งนั้น มีการนำเรื่องความยินยอมไม่เป็นละเมิดเข้ามาใช้และสอนในประเทศไทยแล้ว ปรากฏตาม  
หนังสือเล็กเซอร์ของพระเจ้าพี่ยาเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เรื่องมูลคดีในประทุษร้ายส่วนแพ่ง ในช่วง  
หนึ่งว่า “คนที่เขาทำร้าย ได้ทำโดยที่เขายอมไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น เรายอมให้เขาสักขา เราจะฟ้องว่าเขา  
แทงด้วยเหล็กมีคมไม่ได้”<sup>10</sup> นอกจากนี้ ในหนังสือมโนสาร เล่ม ๒ ฉบับพิเศษ พ.ศ.๒๔๕๗-๒๔๕๘ ปีที่ ๒  
ฉบับที่ ๑๐ ได้ระบุถึงเนื้อหาข้อสอบความรู้นักเรียนกฎหมาย พระพุทธศักราช ๒๔๕๗ ว่า

“ในการสอบความรู้นักเรียนกฎหมาย พระพุทธศักราช ๒๔๕๗

วันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ พระพุทธศักราช ๒๔๕๗

ลักษณะผิดสิทธิ (ประทุษร้ายส่วนแพ่งก็เรียก)

(๑) .....

<sup>8</sup> หลวงสารนัยประศาสน์, พัฒนาการศึกษากฎหมายในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: 2499),  
หน้า 3-4.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

<sup>10</sup> พระเจ้าพี่ยาเธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เล็กเซอร์ของพระเจ้าพี่ยาเธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรก  
ฤทธิ์, (พระนคร: สำนักพิมพ์บรรณาคาร, 2468), หน้า 183.

(๒) ในคดีหาว่าทุบตีเตะต้อย ข้าดำบาดเจ็บนั้น จำเลยจะยกเอาความสมัคก็ดี ความยินยอมก็ดีของโจทก์ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ดังนี้จะฟังว่าเพียงใดแก้ได้หรือแก้ไม่ได้เลย

(๓).....

(๕)....." <sup>11</sup>

ซึ่งในเวลาต่อมา หนังสือมโนสาร เล่ม ๒ ฉบับพิเศษ พ.ศ. ๒๔๕๗-๒๔๕๘ ปีที่ ๒ ฉบับที่ ๒๙ ก็ได้เฉลยข้อสงสัยดังกล่าวไว้ดังนี้

“ตอบปัญหาข้อสอบไล่นักเรียนกฎหมายลักษณะผิดสิทธิ

คำถาม

๒ .....

คำตอบ

ข้อ ๒ เมื่อผู้ใดยินยอมหรือสมัคให้ผู้อื่นเขากระทำผิดสิทธิแก่ตน ตนจะฟ้องเรียกค่าเสียหายแก่เขาไม่ได้ เช่น ยินยอมให้เมียกระทำชู้แก่ชายอื่น จะฟ้องขอเรียกเบี้ยปรับจากชายชู้ไม่ได้

แต่ถ้าความยินยอมให้ผู้อื่นกระทำนั้น เขาได้กระทำลงโดยความเลินเล่อ อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ ดังเช่นจำยอมให้ถอนฟัน หมอลิ้นเล่อถอนเอาฟันซี่อื่นซึ่งไม่ต้องการให้ถอนนั้นออกมาด้วยดังนี้ ฟ้องเรียกค่าเสียหายแก่หมอลิ้นได้

ในคดีหาว่าทุบตี เตะ ต้อย ข้าดำบาดเจ็บ จำเลยยกเอาความสมัคหรือความยินยอมของโจทก์ขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ ตัวอย่าง เราได้พระกำแพงเขย่งมาองค์หนึ่ง เชื่อว่าใครฟันไม่เข้า อยากรองดูว่าจะเหนียวจริงหรือไม่ จึงวานคนอื่นให้เอามัดฟันเขนเรา เมื่อเขาฟันเอา มีบาดเจ็บ เราจะฟ้องว่าทำร้ายร่างกายในฐานประทุษร้ายทางแพ่งไม่ได้ เว้นไว้แต่เมื่อบาดแผลสาหัสซึ่งเป็นความผิดในทางอาญา”<sup>12</sup>

<sup>11</sup> มโนสาร(ฉบับพิเศษ) 2,10 (มีนาคม 2457): หน้า 85.

<sup>12</sup> มโนสาร(ฉบับพิเศษ) 2,29 (กรกฎาคม 2458): หน้า 243.



จากเฉลยคำตอบข้อสอบไล่ข้างต้น จะเห็นได้ว่าการนำหลักความยินยอมเข้ามาปรับใช้และมีการใช้อบรมศึกษานักกฎหมายแล้วในประเทศไทย และตัวอย่างที่อยู่ในเฉลยคำตอบข้อสอบไล่ที่ว่า “ยินยอมให้เมียกระทำคู่แก่ชายอื่น จะฟ้องขอเรียกเบี้ยปรับจากชายคู่ไม่ได้” เป็นตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงโดยนำมาจากคำพิพากษาที่ 649 ปี ร.ศ.120 (พ.ศ. 2440) ที่วางหลักการว่า “สมยอมให้เมียมีคู่ คู่จะฟ้องชายคู่ไม่ได้”<sup>13</sup> และถือเป็นคำพิพากษาฎีกาที่เก่าที่สุดเกี่ยวกับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเท่าที่ผู้เขียนจะนำมาอ้างอิงได้ในขณะนี้ เพราะเอกสารต่างๆที่มีความเก่าแก่มากต่างก็ถูกรอบและบางส่วนก็สูญหายไป บางส่วนได้ถูกนำไปทำเป็นไมโครฟิล์มเพื่อป้องกันไม่ให้หนังสือฉบับจริงชอกช้ำ แม้ผู้เขียนได้พยายามค้นหาจากห้องสมุดต่างๆรวมถึงไมโครฟิล์มอย่างเต็มที่แล้วก็ยังไม่สามารถหาฎีกาฉบับที่มีเนื้อหาขยายความมากกว่าที่แสดงอยู่มาได้ จึงต้องขออภัยไว้ ณ โอกาสนี้ด้วย หลังจากนั้นไม่นานก็มีย่อคำพิพากษาฎีกาที่ 307 ปี ร.ศ. 121

<sup>13</sup> สรรพการ, ปัญหาวินิจฉัย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สามมิตร), หน้า 692.

\* ร. แลงการ์ด ได้กล่าวไว้ในหนังสือประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (เอกชน) คำสอนในชั้นปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2478 เกี่ยวกับเรื่องคำพิพากษาว่า “คำพิพากษาของศาลก่อนสมัยรัชกาลที่ ๕ ขึ้นไป มิได้ตกทอดมาถึงเราเลย ในระหว่าง พ.ศ.๒๔๑๘-๒๔๒๖ หนังสือราชกิจจานุเบกษา ได้พิมพ์คำพิพากษาบางฉบับของศาลลูกขุนเพื่อเป็นบรรทัดฐานศาลล่าง คำพิพากษาเหล่านี้แม้จะมีจำนวนน้อยและแม้จะเป็นคำพิพากษาที่มีขึ้นในสมัยไม่นานมากนักก็ตามแต่ก็มีประโยชน์มากในทางประวัติศาสตร์กฎหมาย เพราะคำพิพากษาเหล่านี้ได้ประกอบเป็นหลักฐานเกือบทั้งหมดเท่าที่เราได้รับมาสำหรับแสดงให้เห็นธรรมเนียมประเพณีที่ศาลเก่าเคยปฏิบัติตาม

ครั้งแรกที่มีหนังสือรวบรวมคำพิพากษามีขึ้นนั้น เป็นเวลาหลังจากที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างใหญ่ทางการศาลและการปกครองในรัชกาลที่ ๕ เมื่อ พ.ศ. ๒๔๓๕ ขุนหลวงพระยาไกรสี (เปล่ง) ได้ออกหนังสือรายปักษ์ชื่อว่า “ธรรมศาสตร์วินิจฉัย” ขึ้น เป็นหนังสือพิมพ์การเมือง, การกฎหมาย, และการศาลด้วย หนังสือนี้ลงพิมพ์คดีและคำพิพากษาที่น่าใฝ่ใจ และได้ถึงที่สุดลงใน พ.ศ. ๒๔๓๘ ต่อมาใน พ.ศ. ๒๔๔๐ ได้มีหนังสือรายปักษ์ออกอันเป็นหนังสือประชุมคำพิพากษาโดยแท้จริงชื่อว่า “ธรรมศาสตร์สมัย” มีอายุอยู่จน พ.ศ. ๒๔๔๓ หนังสือนี้ลงพิมพ์คำพิพากษาที่สำคัญๆ ของศาลต่างๆ ในกรุงเทพฯ และหัวเมืองพร้อมกับลงพิมพ์คำฟ้องกับเอกสารประกอบฟ้องและคำให้การพะยานตามสำนวนคดีด้วย เมื่อ พ.ศ. ๒๔๔๔ กรมหลวงราชบุรีได้ทรงรวบรวมคำพิพากษาที่ทรงคัดแล้วของศาลฎีกาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๔๑ พิมพ์

(พ.ศ. 2441) ตามมา โดยมีเนื้อความว่า “ที่ดินมีเจ้าของ ๒ คน คนหนึ่งยอมให้คนหนึ่งเอาไปจำนำ แลที่ดินนั้นหลุดเป็นสิทธิ์แก่ผู้รับจำนำ คนที่ยอมก็หมดอำนาจในที่ดินแห่งนั้นเหมือนกัน”<sup>14</sup>

ครั้นถึงปลายรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว นายบุญช่วย วณิกกุล ก็ได้เขียนเรื่องหลักความยินยอมเป็นช้อยกเว้นความรับผิดชอบประทุษร้ายส่วนแบ่งไว้ในหนังสือหลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแบ่ง ความว่า “...ถ้าผู้ใดยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการอะไรแก่ตนแล้วฟ้องร้องเขาไม่ได้ เช่นเราให้หมอผ่าแผลหรือให้ช่างถอนฟัน เราจะฟ้องหมอหรือช่างว่าทำร้ายร่างกายไม่ได้ แต่ไม่เกี่ยวข้องกับการที่หมอหรือช่างเลินเล่อทำให้เราเสียหาย ซึ่งเรามีอำนาจฟ้องได้ เรื่องสมยอมให้เมียมีชู้ให้ดูคำพิพากษาฎีกาศีระหว่างขุนดรพันธ์พิทักษ์โจทย์ ขุนประพูนนิตสารจำเลย (๒ ฎีกา ๒๑๙)”<sup>15</sup> ซึ่งในตัวอย่างก็ยังคงอ้างอิงคำพิพากษาฎีกาที่ 649 ปี ร.ศ.120 (พ.ศ. 2440) เช่นเดิม ซึ่งทำให้โดยส่วนตัวแล้ว ผู้เขียนเชื่อว่าคำพิพากษานี้เป็น

---

เป็นหนังสือขึ้นชื่อ “ฎีกาบางเรื่อง” เพื่อประโยชน์ของนักเรียนกฎหมาย หนังสือชุดนี้ผู้เจ้าของได้ทรงจัดพิมพ์ใหม่หลายครั้ง และทรงเติมหมายเหตุความเห็นซึ่งบางครั้งก็เป็นความเห็นที่กว้างขวางพิศดารมาก หนังสือนี้มีอายุจนถึง พ.ศ. ๒๔๕๓ จัดว่าเป็นหนังสือที่ให้คุณประโยชน์สำหรับค้นคว้าให้ทราบถึงความเปลี่ยนแปลงผันแปรของกฎหมายไทยในยุคปัจจุบันนี้...”

<sup>14</sup> มโนสาร(สารบาญ) 5,(กรกฎาคม 2459): หน้า 31.

\* บุญช่วย วณิกกุล คือนามเดิมของพระยาเทพวิฑูรพหุลศรุตบดี ผู้เคยสอบได้ทุนเล่าเรียนหลวงได้เป็นอันดับที่ 1 แต่ทำการสละสิทธิ ต่อมาเมื่อครั้งรับราชการอยู่กระทรวงยุติธรรมได้รับการส่งเสริมให้ไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษ สำเร็จการศึกษาจากสำนักเกรสอินน์ (GRAY'S INN) ด้วยคะแนนเกียรตินิยมชั้นที่ 1 เมื่อกลับมาประเทศไทยได้รับราชการ มีความรอบรู้ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นอันมาก จึงได้ดำรงตำแหน่งสำคัญหลายตำแหน่งคือ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ชั้นหลวงพิเศษกระทรวงยุติธรรม อธิบดีกรมอัยการ อธิบดีศาลฎีกา (ประธานศาลฎีกาปัจจุบัน) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ในด้านการศึกษาได้เป็นครูสอนในโรงเรียนกฎหมายตั้งแต่ พ.ศ. 2452-2469 เป็นกรรมการสอบไล่กฎหมายและเป็นผู้จัดการโรงเรียนกฎหมายของกระทรวงยุติธรรม รวมถึงได้แต่งตำรากฎหมายไว้หลายเล่มด้วยกัน

<sup>15</sup> บุญช่วย วณิกกุล, หลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแบ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 3(2463), หน้า 30-31.

คำพิพากษาฎีกาที่เก่าที่สุดแล้วจริง เพราะทั้งในเฉลยข้อสอบไล่ของโรงเรียนกฎหมาย หรือเนื้อความในหนังสือของท่านบุญช่วย วณิกกุล เล่มนี้ ก็ล้วนแต่อ้างถึงฎีกาดังกล่าว

หลังจากนั้นเมื่อก้าวเข้าสู่สมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) คำพิพากษาฎีกาเรื่องความยินยอมก็ยังคงมีตามมาให้เห็นกันอยู่บ้าง เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 96/2458 ความว่า "ผู้ใดปลอมหนังสือ แลเอาหนังสือนั้นออกปลอมใช้เป็นหนังสือที่แท้จริง ถึงแม้ว่าไม่ได้ใช้เพื่อการอันทุจริต ท่านก็ว่ามีโทษ... จำเลยเป็นทนายความ ลูกความของจำเลยชนะความจะได้เงิน จำเลยทำหนังสือปลอมชื่อลูกความมอบฉันทะให้จำเลยรับเงินแทน จำเลยได้นำหนังสือมอบฉันทะยื่นต่อศาลขอรับเงินไป แต่ลูกความได้มาให้การรับรองในคดีที่จำเลยถูกฟ้องนี้ว่า ได้ยินยอมให้จำเลยรับเงินแทนตน พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดฐานปลอมหนังสือ"<sup>16</sup> ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวเมื่ออ่านแล้วอาจเกิดความสงสัยว่า ถ้าเป็นเรื่องความยินยอมแล้ว เหตุใดจำเลยจึงยังมีความผิดฐานปลอมหนังสืออยู่อีก จึงขออธิบายข้อเท็จจริงในคดีนี้ว่า เป็นกรณีที่ลูกความได้ยินยอมให้ทนายของตนเองปลอมลายมือชื่อลงในใบมอบฉันทะเพื่อให้ไปรับเงิน ค่าเสียหายกับค่าธรรมเนียมในฐานะที่ชนะคดีแทนตนเอง แต่ต่อมาฝ่ายที่แพ้คดีทราบเรื่องดังกล่าวจึงได้ฟ้องกลับ และศาลได้พิพากษาให้ทนายความมีความผิดฐานปลอมหนังสือสำคัญตามมาตรา ๒๒๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 265 ประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน) ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีเป็นเรื่องที่ลูกความให้ความยินยอมแก่ทนายของตนเอง หากภายหลังลูกความไปฟ้องว่าทนายปลอมลายมือชื่อตนก็คงไม่ถึงว่าละเมิดเกิดขึ้น ตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) ที่มีผลเฉพาะตัวผู้ได้รับความยินยอมไว้ก่อนหรือขณะกระทำละเมิด แต่ข้อเท็จจริงนี้ โจทก์ผู้มีส่วนได้เสียในคดีได้หยิบยกเรื่องปลอมลายมือชื่อขึ้นมาฟ้องและไม่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับกรณียินยอมระหว่าง 2 คนนั้นด้วยเลย ศาลจึงพิจารณาต่อไปได้ อีกทั้งการปลอมลายมือชื่อถือเป็นความผิดฐานปลอมเอกสารที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองที่ไม่อาจจะอ้างเรื่องความยินยอม ดังนั้นทนายความผู้ปลอมลายมือชื่อในใบมอบฉันทะจึงต้องรับผิดตามมาตรา ๒๒๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญาในขณะนั้น ดังที่ศาลได้ให้ความเห็นไว้ตอนหนึ่งว่า "...ถ้าทนายความทั้งหลายพากันปลอมชื่อลูกความเหมือนที่นายเชื้อจำเลยได้กระทำในเรื่องนี้

<sup>16</sup> มโนสาร(สารบาญ) 5,(กรกฎาคม 2459): หน้า 82.



แล้ว ความเสียหายสามารถอาจจะบังเกิดขึ้นแก่สาธารณชนตาแก่บุคคลผู้หนึ่งผู้ใดฤาไม่ แลเห็นได้ชัดว่า ความเสียหายสามารถอาจเกิดขึ้นเป็นอันมากได้”<sup>17</sup>

นอกจากนี้ก็มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1486/2462 ความว่า “ผู้ใดยินยอมให้ผู้รับเหมาของอีกฝ่ายหนึ่ง ทะลายเสาในที่ของตนลง จนเป็นเหตุทำให้ตึกของตนชำรุดไปเช่นนี้ จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากนายจ้าง ของผู้รับเหมามิได้...จำเลยจ้าง ส. รับเหมาซ่อมแซมตึกของจำเลย แต่โจทได้ตกลงให้ผู้รับเหมาทะลายเสา ของโจทลงด้วย จึงทำให้ตึกโจทชำรุดไป แลผู้รับเหมาได้รู้จ้วของโจทเพื่อให้เป็นการสวดต่อการงานของ ผู้รับเหมา ซึ่งเป็นการงานนอกการงานของจำเลยที่ได้ทำสัญญาจ้างผู้รับเหมาไว้ โจทจึงฟ้องเรียก ค่าเสียหายจากจำเลยฯ ฎีกาตัดสินว่า โจทไม่มีทางจะฟ้องจำเลยได้”<sup>18</sup>

ครั้นถึงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดลฯ พระอัฐมรามาธิบดินทร (รัชกาลที่ 8) ผู้เขียนคิดว่าหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดคงเป็นที่รู้จักกันทั่วไปดีแล้วระหว่างหมุ่ นักกฎหมาย และคงมีการตีพิมพ์ออกเป็นตำราอยู่บ้างตามสมควร ซึ่งหนึ่งในตำราเหล่านั้น ก็มีหนังสือของท่าน ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้เขียนอธิบายเรื่องหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดไว้ในหมวดที่ 2 ว่าด้วยเหตุที่จะ ไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด มีเนื้อหาว่า “Volenti non fit injuria (ความยินยอมของโจทก็ไม่เป็นละเมิด) เมื่อ โจทก็ได้ยินยอมโดยตรงหรือโดยปริยายให้จำเลยทำละเมิดแก่ตนแล้ว ภายหลังจะมาฟ้องเรียกค่าเสียหาย

<sup>17</sup> มโนสาร(สารบาญ) 5,(กรกฎาคม 2459): หน้า 84.

<sup>18</sup> ธรรมสาร(สารบาญ) 3,( 2462): หน้า 901.

\* ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช หลังจากได้รับการศึกษาในประเทศไทยแล้ว ก็ได้เข้าศึกษาต่อใน ต่างประเทศที่โรงเรียนเทรนต์ (Trent College) เมืองนอตติงแฮมไชร์ ประเทศอังกฤษ , ที่วิทยาลัยวอร์สเตอร์ (Worcester College) ในระดับปริญญาตรี สาขานิติศาสตร์ และศึกษาจบที่มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (Oxford University) ด้วยคะแนนเกียรตินิยมอันดับสอง หลังจากนั้นได้สำเร็จการศึกษาเป็นเนติบัณฑิต ด้วยคะแนนอันดับหนึ่ง ณ สำนักเกรยอินน์ ด้วยความสามารถของท่านเมื่อกลับมาประเทศไทยจึงได้ดำรง ตำแหน่งสำคัญต่างๆ เช่น ผู้พิพากษาศาลแพ่ง ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ เอกอัครราชทูตไทยประจำ สหรัฐอเมริกา หัวหน้าหน่วยความในคดีปราสาทเขาพระวิหาร พ.ศ.2505 และเป็นนายกรัฐมนตรีของไทย รวมทั้งสิ้น 4 สมัย



จากจำเลยไม่ได้ การยินยอมโดยตรงนั้นไม่ต้องกล่าวถึง แต่การยินยอมโดยปริยายนั้น ได้แก่อาการที่โจทก์เข้าฝ่าอันตรายซึ่งจำเลยอาจจะก่อให้เกิดขึ้น เช่น คนเจ็บไปหาหมอ หมอทำการผ่าตัด ถ้าข้อเท็จจริงไม่ปรากฏเป็นอย่างอื่น ก็ถือว่ามีกรยินยอมโดยปริยาย ให้หมอทำร้ายร่างกายโดยผ่าตัดได้ แต่ควรสังเกตว่าเพียงแต่การที่โจทก์รู้ว่า จำเลยหรือทรัพย์สินของจำเลยจะก่อให้เกิดอันตรายและโจทก์ก็ยังไม่ยอมฝ่าอันตรายไม่ได้พยายามจะระวังรักษาตัวเองให้รอดพ้นจากอันตรายนั้น คงเป็นแต่เหตุผลข้อพิสูจน์ของการยินยอมโดยปริยายอย่างหนึ่งเท่านั้น ไม่ใช่ข้อชี้ขาดว่าเป็นการยินยอมโดยปริยายเสียทีเดียว มีหลักวินิจฉัยในคดีระหว่าง Smith v Baker แต่ถ้าฟังได้ว่าโจทก์ได้ยินยอมให้จำเลยทำละเมิดแก่ตนแล้ว ความยินยอมของโจทก์เป็นข้อแก้ตัวของจำเลยได้..."<sup>19</sup>

ในส่วนของคำพิพากษาก็ยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะฎีกาที่เกี่ยวกับหญิงให้ความยินยอมแก่ชายร่วมประเวณี เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 95/2484 มีใจความเรื่องความยินยอมว่า "...การที่หญิงยินยอมร่วมประเวณีกับชายด้วยความสมัครใจนั้น ไม่เป็นการละเมิด หญิงจะเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากชายหาได้ไม่"<sup>20</sup> หรือฎีกาที่ 576/2488 "ได้ความว่าโจทก์ได้ยอมร่วมประเวณีกับจำเลย โดยจำเลยรับรองว่าจะเลี้ยงดูโจทก์เป็นภริยาตามประเพณีและจดทะเบียนสมรส ครั้นโจทก์อยู่กับจำเลยได้เดือนเศษจำเลยก็ละทิ้งไป โจทก์จึงรู้ว่าจำเลยหลอกหลวงให้โจทก์ยอมเสียตัวเป็นภริยาจำเลย จึงฟ้องขอให้จำเลยใช้ค่าเสียหายฐานละเมิด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีนี้โจทก์ยินยอมร่วมประเวณีกับจำเลย แม้โจทก์จะได้ยินยอมเพราะถูกจำเลยหลอกหลวง ให้โจทก์หลงเชื่อว่าจำเลยจะเลี้ยงดูโจทก์เป็นภริยา ก็ไม่เป็นการละเมิดสิทธิโจทก์เพราะจำเลยไม่ได้กระทำความผิดกฎหมายอันจะเป็นการละเมิดตามมาตรา 420 โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดไม่ได้"<sup>21</sup> เป็นต้น

เมื่อพ้นจากสมัยรัชกาลที่ 8 แล้ว ก็เริ่มเข้าสู่สมัยของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช (รัชกาลที่ 9) ซึ่งเป็นยุคสมัยปัจจุบัน เอกสารหลักฐานเกี่ยวกับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดก็

<sup>19</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: 2479), หน้า 174-175.

<sup>20</sup> ธรรมสาร 25,2 (สิงหาคม 2484): หน้า 110.

<sup>21</sup> สุบิน พูลพัฒน์, รวมคำพิพากษาศาลฎีกาเรียงตามลำดับมาตรา, (2508), หน้า 541.

มีแพร่หลายเป็นจำนวนมาก ทั้งในหนังสือ บทความ วารสาร รวมถึงอินเทอร์เน็ต เพราะในการเรียนการสอนของไทยปัจจุบันทั้งวิชากฎหมายละเมิดและกฎหมายอาญา ต่างก็นำหลักความยินยอมไปใช้ด้วยกันทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามผู้เขียนก็ขอทิ้งท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาตอนต้นรัชกาลที่ 9 ไว้ เพื่อผู้อ่านที่อาจมีความสนใจในฎีกาเก่าจะได้ไม่ต้องไปทำการค้นหาให้ลำบาก ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 231/2504 “การปลูกสร้างรุกล้ำเข้าไปในเขตห้องของโจทก์โดยโจทก์ยินยอม แม้จะไม่เป็นการละเมิด แต่ก็ไม่ทำให้เกิดมีสิทธิให้สิ่งปลูกสร้างรุกล้ำอยู่ได้ตลอดไป เมื่อจำเลยรับโอนห้องที่รุกล้ำมาและไม่มีสิทธิที่จะให้สิ่งปลูกสร้างรุกล้ำเขตห้องของโจทก์ได้ จำเลยก็ต้องรื้อไป เมื่อโจทก์มีสิทธิและบอกให้รื้อ จำเลยไม่รื้อ การซึ่งไม่เป็นละเมิดก็กลายเป็นละเมิดขึ้น”<sup>22</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510 “การที่โจทก์ทำให้จำเลยพินเพื่อทดลองคาถาอาคมซึ่งตนเชื่อถือและอวดอ้างว่าตนอยู่คงนั้น เป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกาย เป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้”

จากการศึกษาเส้นทางเดินของหลัก “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria)” ในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย จะเห็นได้ว่าในช่วงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เริ่มมีเชื้อพระวงศ์ ลูกเจ้าขุนมูลนาย หรือข้าราชการที่ได้รับการส่งเสริมให้ไปศึกษาต่อยังต่างประเทศได้ทยอยกลับมายังประเทศไทย ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในด้านต่างๆ เป็นอันมาก สำหรับด้านกฎหมายไทยก็มีพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ ซึ่งดำรงพระอิสริยยศเป็นพระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์อยู่ในขณะนั้นเป็นผู้ดำเนินการเปลี่ยนแปลง พระองค์ทรงก่อตั้งโรงเรียนกฎหมายและมีการเรียนการสอนวิชากฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งหรือกฎหมายลักษณะผิดสัทธิน์ อันเทียบได้กับวิชากฎหมายลักษณะละเมิดในปัจจุบัน ทำให้กฎหมายละเมิดเริ่มแยกออกจากกฎหมายอาญาอย่างชัดเจนในช่วงเวลานี้ โดยตำราที่นำมาใช้สอนก็เป็นตำราของประเทศอังกฤษตามที่พระองค์ได้ศึกษาจบมาเสียเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งวิชาประทุษร้ายส่วนแพ่งก็ใช้ตำราของประเทศอังกฤษสอนเช่นเดียวกัน ส่วนหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดก็

<sup>22</sup> สารบัญคำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปี พ.ศ. 2500-2505, (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา), หน้า 658.

ได้ถูกนำมาสอนในวิชากฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่งนี้ด้วย ดังนั้นหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของไทย จึงได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษโดยตรง นอกจากนี้ ผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีหรือครูอาจารย์ทางกฎหมายที่แต่งตำรานั้นเองมาจากเวลานั้น ก็ล้วนได้รับอิทธิพลหรือสำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษเป็นส่วนมาก ทำให้กฎหมายของไทยมีความเป็นอังกฤษเจือเข้าไปไม่มากนักน้อย และสำหรับกฎหมายละเมิดเองก็หลีกเลี่ยงความจริงข้อนี้ไปไม่พ้น ครั้นพอประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 ได้ถูกประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2466 ก็ทำให้คำว่า "กฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง หรือ กฎหมายลักษณะผิดสิทธิ" ได้เลื่อนลบไป คงเหลือไว้แต่คำว่า "กฎหมายลักษณะละเมิด" เข้ามาแทนที่ ส่วนหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดที่มีการปรับใช้อยู่ในศาลหรือสอนอยู่ในโรงเรียนกฎหมายตั้งแต่ก่อนที่จะมีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็หาได้รับการบัญญัติลงไปประมวลด้วยไม่ แต่ก็ยังมีการนำไปปรับใช้ต่อมา จวบจนกระทั่งปัจจุบันก็มีการนำไปใช้ทั้งในทางแพ่ง (ละเมิด) และทางอาญา

#### 4.2 หลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไป

หลังจากได้ทราบถึงความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทยแล้ว ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงหลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปของประเทศไทยบ้าง เพื่อเป็นการวางพื้นฐานความเข้าใจก่อนจะนำไปสู่การอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในหัวข้อถัดไป

หลักเกณฑ์การรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปของประเทศไทยมีบทบัญญัติอยู่ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" และจากบทบัญญัติมาตรานี้สามารถแยกเป็นหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบความรับผิดได้หลายรูปแบบตามแนวความคิดของนักกฎหมายผู้แต่งตำรา ซึ่งก็ล้วนมีความคล้ายคลึงไม่แตกต่างกันเท่าใดนัก สำหรับผู้เขียนขอแยกออกเป็น 5 หลักเกณฑ์ดังนี้

1. ผู้ใดมีการกระทำ
2. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
3. โดยผิดกฎหมาย

4. มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด
5. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

#### 4.2.1 ผู้ใดมีการกระทำ

“ผู้ใด” ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง บุคคลผู้กระทำละเมิด ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้<sup>23</sup> หากเป็นบุคคลธรรมดาก็รวมถึงบุคคลทุกประเภท ไม่ว่าบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วหรือผู้เยาว์ บุคคลวิกลจริต ส่วนที่จะถือว่ามี การกระทำหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าผู้สำนึกในการเคลื่อนไหวของตนหรือไม่

สำหรับการกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวของร่างกายโดยผู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น เป็นการกระทำของร่างกายที่อยู่ในบังคับของจิตใจ การเคลื่อนไหวในเวลาหลับ เวลาละเมอ หรือเวลาไม่รู้สึกรู้ตัว อย่างอื่น เช่น เวลาป่วยไม่มีสติ วิกลจริต เมาสุราถึงขนาดไม่รู้ตัว เด็กที่ยังเล็กไม่รู้เดียงสาว่าทำอะไรลงไป การสะดุ้งผวาโดยสัญชาตญาณเพราะไร้สติควบคุม ไม่เป็นการกระทำตามความหมายของกฎหมาย<sup>24</sup>

ในบางครั้งมีปัญหาให้คิดว่า “การงดเว้นกระทำการ” จะถือเป็นการกระทำละเมิดได้หรือไม่ ซึ่งจากความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์พอสรุปได้ว่า หากบุคคลมีหน้าที่ต้องกระทำแต่กลับงดเว้นไม่กระทำเสีย ก็สามารถเป็นความผิดฐานละเมิดได้ เช่น เจ้าหน้าที่สำนักงานเขตไม่ยอมรับคำร้องของผู้มาติดต่อขอคัดสำเนาทะเบียนบ้าน จนเป็นเหตุให้ผู้ติดต่อได้รับความเสียหาย ย่อมเป็นการกระทำละเมิด ส่วนหน้าที่ที่ต้องกระทำ อาจเป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือหน้าที่ตามสัญญา หรือหน้าที่ตามวิชาชีพ หรือหน้าที่ตามความสัมพันธ์ที่ก่อขึ้นแล้วจนเป็นที่เห็นได้ว่าต้องจัดการต่อไปให้สำเร็จลุล่วงก็ได้

ตัวอย่างที่ 1 : ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 บัญญัติว่า “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้” ดังนั้นถ้าบิดามารดางดเว้นในการ

<sup>23</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 7.

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.



เลี้ยงดูบุตร เช่น ไม่สนว่าบุตรจะกินอยู่หลับนอนอย่างไร ปล่อยให้ไปตามยถากรรม ทั้งไม่พาไปเรียนหนังสือ บิดามารดายอมได้ชื่อว่าทำละเมิดเพราะมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรตามกฎหมาย

ตัวอย่างที่ 2 : ก รับจ้างจากสระว่ายน้ำแห่งหนึ่งให้เป็นคนคอยช่วยเหลือผู้ว่ายน้ำ เห็นคนจมน้ำแล้วไม่รีบลงไปช่วย นอกจาก ก จะผิดสัญญา กับสระว่ายน้ำแล้ว ยังเป็นการกระทำละเมิดด้วย

ตัวอย่างที่ 3 : ก เป็นทนายความนับวันหมดอายุความผิด จึงไม่สามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้ทัน ก ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิด ทั้งนี้เพราะเป็นหน้าที่ตามวิชาชีพที่จะต้องป้องกันความเสียหายให้แก่ลูกค้าของตน

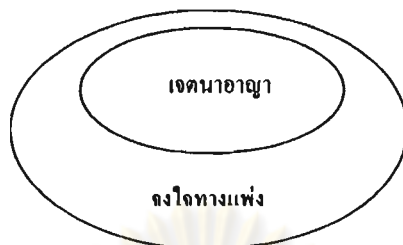
ตัวอย่าง 4 : ก ช่วยจูง ข คนตาบอดให้เดินข้ามถนน ถ้า ก จูงมาถึงกลางถนนแล้วทิ้ง ข ไว้ หากรถชน ข บาดเจ็บ ก ต้องรับผิดชอบด้วย ถ้า ก ไม่ช่วยจูงเสียเลย แม้ ข จะข้ามถนนโดยลำพังแล้วถูกรถชน ก ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะ ก ไม่มีหน้าที่ต้องคอยพาคนข้ามถนนแต่อย่างใด

#### 4.2.2 โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

คำว่า "โดยจงใจ" มีความหมายคล้ายกับคำว่า "โดยเจตนา" ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า "กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น" แต่การจงใจในทางแพ่งคือในเรื่องของละเมิดนั้น มีความแตกต่างจากเจตนาในทางอาญาเพราะเจตนาในทางอาญานั้น กำหนดไว้สำหรับความผิดแต่ละประเภท<sup>25</sup> เช่น ก เอาเชือกไปผูกขวางถนนที่ ข ต้องขับรถผ่านในตอนกลางคืน ข ขับรถมาด้วยความเร็วสูงจึงไม่สามารถหยุดรถทัน รถจึงหมุนเหวี่ยงตกขอบถนนจน ข ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ ก ก็ต้องรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลแล้วแต่กรณี แต่หาก ก หมั่นไส้ ข อ�ากแกล้งเล็กๆน้อยๆ จึงนำเชือกไปผูกเพื่อให้ ข เกิดความไม่สะดวกในการขับรถจนต้องลงมาตัดเชือกเสียก่อน ไม่ได้คิดว่าเป็นการวางแผนเพื่อฆ่า ข แต่ ข ก็ประสบอุบัติเหตุจนถึงแก่ความตาย ก ก็ต้องรับผิดชอบทางอาญารฐานฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาเล็งเห็นผล และทั้งสองกรณี ก ถือว่ามีความผิดฐานกระทำละเมิดด้วย เพราะเป็นการกระทำโดยรู้ว่าจะทำให้ ข เสียหาย ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวกันว่า จงใจทางแพ่งในเรื่องละเมิดนั้นกว้างกว่าเจตนาในทางอาญา เพราะเจตนาในทางอาญาเป็นเจตนาเฉพาะเรื่องและเป็นเจตนาชั่วร้าย ในขณะที่

<sup>25</sup> ศันท์กรณีย์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 57.

“จงใจ” ทางแพ่งนั้นใช้ได้ทุกเรื่องและเพียงรู้ว่าทำให้คนอื่นเสียหายก็พอแล้ว ไม่ถึงขนาดที่จะต้องเป็นเจตนาชั่วร้าย เจตนาในทางอาญาจึงเป็นจงใจในทางแพ่งเสมอ แต่จงใจในทางแพ่งอาจมิใช่เจตนาในทางอาญาดังภาพ<sup>26</sup>



นอกจากผู้กระทำจะทำโดยจงใจจนต้องรับผิดแล้ว ผู้กระทำอาจต้องรับผิดฐานละเมิดแม้จะมีได้กระทำโดยจงใจแต่มีความ “ประมาทเลินเล่อ”

ในประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ไม่ได้บัญญัตินิยามของคำว่า “ประมาทเลินเล่อ” ไว้ ดังนั้นอาจต้องเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในทางอาญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำโดยประมาท ได้แก่การทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” ดังนั้น ประมาทเลินเล่อในมาตรา 420 ควรจะหมายถึงการกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลที่อยู่ในภาวะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำพึงใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ไม่<sup>27</sup>

ซึ่งการพิจารณาการกระทำว่าเป็นประมาทเลินเล่อหรือไม่ ต้องพิจารณาจากความระมัดระวังของผู้กระทำ ทั้งอายุ เพศ สภาพการณ์ภายนอก สิ่งแวดล้อม โดยสมมติบุคคลอีกคนหนึ่งขึ้นมาให้มีลักษณะและสภาพเดียวกันเหมือนผู้กระทำผิด ถ้าบุคคลที่สมมติจะไม่กระทำโดยขาดความระมัดระวังเหมือนที่

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

<sup>27</sup> สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2548), หน้า 17.

ผู้กระทำได้กระทำไปแล้ว ย่อมถือว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ถ้าบุคคลที่สมมติจะกระทำ เช่นเดียวกับที่ผู้กระทำได้กระทำไปแล้ว ย่อมถือไม่ได้ว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เช่น สูตินรีแพทย์ ก ได้ผ่าตัดทำคลอด ข เสร็จเรียบร้อยแล้ว ปรากฏว่าลืมก่อนสำลีทิ้งไว้ในท้อง ข จนเกิดอาการปวดท้องอย่างรุนแรง การพิจารณาว่า ก ประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ต้องสมมติสูตินรีแพทย์ขึ้นมาอีกคนหนึ่ง ว่า เมื่อผ่าตัดทำคลอดจะลืมก่อนสำลีทิ้งไว้ในท้องผู้ป่วยหรือไม่ หากลืมเช่นเดียวกันกับ ก ก็ไม่ถือว่า ก ประมาทเลินเล่อ แต่หากสูตินรีแพทย์อื่นเมื่อทำคลอดจะไม่ลืมก่อนสำลีทิ้งไว้ เช่นนี้ก็ถือว่า ก กระทำการโดยประมาทเลินเล่อแล้ว เป็นต้น

#### 4.2.3 โดยผิดกฎหมาย

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ใช้คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ซึ่งหากทำความเข้าใจความหมายตามตัวอักษร อาจเข้าใจว่าต้องมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าเป็นความผิด แต่หากดูความมุ่งหมายของกฎหมายลักษณะละเมิดที่มีลักษณะไม่กำหนดเจาะจงความรับผิดเหมือนกฎหมายอาญาซึ่งจะต้องมีกฎหมายกำหนดความผิดที่แน่นอน เช่น ความผิดฐานฆ่าคน ฐานลักทรัพย์ ทำให้เสียหาย ที่กำหนดแน่นอน เป็นต้น กรณีใดที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนก็จะเรียกให้รับผิดไม่ได้ แต่ในกฎหมายลักษณะละเมิดมีลักษณะเป็นการบัญญัติกว้างๆ ข้อเท็จจริงที่ก่อความเสียหายที่เข้าข่ายของ มาตรา 420 จึงมีมากมาย<sup>28</sup> แต่ถ้าหากเป็นกรณีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดอย่างชัดเจน เช่น บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา การกระทำผิดกฎหมายนั้นย่อมเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัว

ตัวอย่างที่ 1 : ก ช่มชื่นกระทำชำเรา ข ซึ่งถือเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญา มาตรา 276 ก็ถือเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายในเรื่องละเมิดอยู่ด้วย

ตัวอย่างที่ 2 : ก แอบติดกล่องวงจรปิดในห้องเครื่องแต่งกายที่ห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่งไว้ เพื่อให้แอบดูหญิงสาวเวลาเปลี่ยนชุด ก็ถือว่า ก กระทำละเมิดแล้ว แม้จะไม่มีกฎหมายใดบัญญัติว่าการแอบดูผู้อื่นถือ

<sup>28</sup> ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 63.

เสื้อผ้าเปลี่ยนชุดถือเป็นความผิดก็ตาม เพราะกรณีดังกล่าวก็ถือว่า ก ได้ทำความเสียหายต่อสิทธิส่วนตัว  
ของผู้อื่นแล้ว

ตัวอย่างที่ 3 : ก ซื้อทาวเฮ้าส์ 1 ห้องติดกับ ข ด้านหน้าทาวเฮ้าส์ทุกห้องจะมีที่จอดรถให้ 1 คัน ปรากฏว่า ก  
มีรถ 2 คันจึงต้องจอดรถอีกคันหนึ่งไว้ข้างนอกบ้าน ซึ่งทำให้ ข ที่จะขับรถหรือถอยรถออกจากบ้านเข้าออก  
ลำบาก เช่นนี้ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติว่าการจอดรถหน้าบ้านตนเองเป็นความผิด แต่ ก ย่อมรู้ได้โดยนัยอยู่  
แล้วว่าการจอดรถหน้าบ้านตนเองจะทำให้ ข ถอยรถเข้าออกลำบาก ถือว่าเป็นการใช้สิทธิจนก่อให้เกิด  
ความเสียหายแก่บุคคลอื่น จนเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 421 แห่งประมวล  
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว

#### 4.2.4 มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่ง อย่างใด

เมื่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่บุคคลหนึ่งได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้นจะเป็น  
ละเมิดและทำให้ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ นั้น สาระสำคัญจะต้องพิจารณา  
ด้วยว่าการกระทำความผิดก่อความเสียหายหรือไม่ เพราะหากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น ความมุ่งหมายของ  
มาตรา 420 ที่กำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบคือเยียวยาผู้เสียหายให้อยู่ในสถานะเสมือนความเสียหาย  
ไม่ได้เกิดขึ้นก็ไม่มี การเยียวยาความเสียหายจึงจะมีได้เมื่อมี “ความเสียหาย” เท่านั้น<sup>29</sup>

แต่คำว่า “ความเสียหาย” เป็นคำที่มีความหมายกว้างขวาง จึงมีการกำหนดลักษณะความเสียหายว่า  
มีลักษณะดังนี้

1. ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน

<sup>29</sup> ศันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้,  
พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 71.



การเป็นความเสียหายที่แน่นอน คือ การสามารถพิสูจน์ได้แน่นอนว่ามีความเสียหายนั้น มิใช่เพียงแต่ทำการกล่าวอ้างขึ้นมาเท่านั้น ซึ่งในการทราบถึงความเสียหายที่แน่นอนจะมีประโยชน์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนต่อไป ความเสียหายแน่นอนอาจแยกพิจารณาได้เป็น<sup>30</sup>

1.1 ความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงิน เช่น ก เป็นพนักงานต้อนรับบนเครื่องบิน มีปัญหาทะเลาะกับ ข ซึ่งเป็นเพื่อนร่วมงานในเรื่องชู้สาว ด้วยความโกรธ ก จึงเอาน้ำกรดไปสาดหน้า ข จนเสียโฉม ข ต้องเสียค่ารักษาพยาบาลอันถือเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้แน่นอน รวมถึงค่าขาดรายได้ระหว่างรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลและที่บ้านเพราะยังทำงานไม่ได้ แต่ในขณะเดียวกันก็มีความเสียหายที่ไม่ถือเป็นตัวเงินเกิดขึ้นด้วย ก็คือค่าความอับอายที่ตนเองต้องเสียโฉม ไม่กล้าไปพบปะผู้คน ซึ่งแม้จะคิดคำนวณเป็นมูลค่าทางเศรษฐกิจไม่ได้แน่นอน แต่ก็ถือเป็นความเสียหายที่กำหนดให้ได้

1.2 ความเสียหายในปัจจุบันหรือในอนาคต ความเสียหายในปัจจุบันหมายถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วในขณะที่ต้องรับผิดชอบ ส่วนความเสียหายในอนาคตหมายถึงความเสียหายที่ยังไม่เกิดขึ้นในขณะนั้น<sup>31</sup> เช่นจากตัวอย่างข้างต้น ความเสียหายในปัจจุบันของ ข ก็คือค่ารักษาพยาบาลและค่าขาดรายได้ซึ่งปกติต้องได้รับ แต่เนื่องจากแพทย์ไม่สามารถรักษาใบหน้า ข ให้หายเป็นปกติได้ ข จึงไม่สามารถกลับไปเป็นพนักงานต้อนรับบนเครื่องบินได้อีก จนต้องสูญเสียรายได้ในอนาคตที่ควรจะมี ซึ่งถือเป็นความเสียหายในอนาคต

## 2. ต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย

ความเสียหายต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย หมายความว่าต้องมีกฎหมายรับรอง ซึ่งกฎหมายอาจรับรองเป็นการเฉพาะหรือกว้างๆ ก็ได้<sup>32</sup>

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 73.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 73.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.

### 3. ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น

สิทธิของบุคคลอื่น คือสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองและบุคคลอื่นๆ ทุกคนในสังคมต้องเคารพ ที่อาจเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า "สิทธิเด็ดขาด"<sup>33</sup> ซึ่งในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดเอาไว้ ว่าได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในอนามัย (สุขภาพ) สิทธิในเสรีภาพ สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น สิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ สิทธิที่จะใช้ประโยชน์ในสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สิทธิในสัมปทานต่างๆ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

#### 4.2.5 มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การกระทำอันเป็นละเมิดนั้น แม้ว่าจะได้กระทำลงจนครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ ดังกล่าวข้างต้นแล้วก็ตาม แต่หากโจทก์ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าผลเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลจากการกระทำของจำเลยแล้ว ย่อมเอาผิดจำเลยไม่ได้ ซึ่งปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจะไม่เกิดขึ้น หากมีการกระทำเพียงครั้งเดียวหรือทอดเดียว แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมักเป็นกรณีที่ผลนั้นปลายเกิดจากการกระทำหลายๆ ส่วนมารวมกัน หรือเกิดเหตุการณ์อื่นเข้ามาแทรก เช่น ก ผลัก ข ล้มลง แต่ขณะล้มศีรษะของ ข ไปกระแทกหินถึงแก่ความตาย เช่นนี้ก็จะเกิดปัญหาขึ้นว่าการตายของ ข เป็นผลมาจากการกระทำของ ก หรือไม่ เป็นต้น ดังนั้นนักกฎหมายจึงพยายามหาทฤษฎีต่างๆ มารองรับกรณีดังกล่าวที่เกิดขึ้นดังนี้

##### 1. ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีความเท่าเทียมกันแห่งเหตุ

ตามทฤษฎีนี้ แม้ผลที่เกิดขึ้นจะเกิดจากเหตุหลายเหตุ ถ้าเหตุหนึ่งเกิดจากการกระทำของจำเลย จำเลยจะต้องรับผิดชอบในผลคือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ไม่ว่าความเสียหายจะมีมากมายเพียงใด เพราะถ้าไม่มีการกระทำของจำเลย ผลเสียหายเช่นนั้นย่อมจะไม่เกิดขึ้น ทฤษฎีนี้มีข้อดีที่เป็นหลักตรงกับความเป็นจริงตามธรรมชาติซึ่งทำให้การวินิจฉัยได้ง่ายว่าผลเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลยหรือไม่ โดยพิจารณาแต่เพียงว่า ถ้าไม่มีการกระทำของจำเลยจะเกิดผลขึ้นเช่นนั้นหรือไม่ ถ้าตอบว่าไม่เกิดก็แสดงว่าผล

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.

เกิดจากการกระทำของจำเลย<sup>34</sup> แต่ส่วนที่เป็นข้อเสียก็คือ ผู้กระทำบางคนที่มีส่วนในความเสียหายน้อย กลับต้องรับผิดชอบเท่ากับผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายมาก ซึ่งอาจทำให้สูญเสียความยุติธรรมได้

ตัวอย่าง : น.ส. ก ไปงานวัดเสร็จแล้ว ระหว่างเดินกลับบ้านตอนกลางคืนถูกนาย ข ที่ขับรถมา เจี่ยวจนแขนหักหลังล้มตกลงคูน้ำข้างทาง เมื่อขึ้นมาจากคูน้ำก็วิ่งไปร้องขอความช่วยเหลือ ปรากฏว่านาย ค ผ่านมาเห็นเป็นโอกาสอันดี จึงเข้าทำร้าย น.ส. ก จนขาเจ็บเพื่อแย่งชิงกระเป๋าเงินไป น.ส. ก หดแรงและไม่สามารถวิ่งต่อไปได้จึงตะโกนเรียกให้คนมาช่วย นาย ง ที่อยู่ละแวกนั้นได้ยินจึงมาหาแล้วข่มขืน หลังจากนั้นได้ข่า น.ส. ก ปิดปาก หากนำทฤษฎีเจื่อนไซมาปรับใช้ นาย ข นาย ค และนาย ง จะต้องรับผิดชอบในความตายของ ก เหมือนกัน เพราะถ้านาย ข ไม่ขับรถมาเจี่ยว ก ก็ไม่ต้องวิ่งไปเจอนาย ค ทำร้ายจนเดินไม่ได้ จนกระทั่งถูก นาย ง ข่มขืนฆ่า ซึ่งหากนำทฤษฎีนี้มาปรับใช้ อาจดูไม่เป็นการยุติธรรมกับนาย ข หรือนาย ค ที่กระทำ ความผิดรุนแรงน้อยกว่านาย ง

## 2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

ตามทฤษฎีนี้ต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเหมาะสมหรือเป็นสัดส่วนกับการกระทำหรือไม่ เพราะหากความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำ ผู้กระทำรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เป็นสัดส่วนกับการกระทำเท่านั้น<sup>35</sup> ซึ่งหากพิจารณาตามตัวอย่างข้างต้นโดยใช้ทฤษฎีนี้ นาย ข ก็จะได้รับผิดเฉพาะการกระทำขับรถไปเจี่ยวจน น.ส. ก แขนหัก นาย ค ก็รับผิดชอบเฉพาะการชิงทรัพย์และทำร้ายร่างกาย ส่วนนาย ง รับผิดชอบในการกระทำข่มขืนและฆ่า ซึ่งเรียกได้ว่าความรับผิดชอบของแต่ละคนเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมกับการกระทำและดูเหมือนจะยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย

แต่กรณีที่นาย ค ขณะกำลังทำร้ายร่างกาย น.ส. ก เพื่อจะนำกระเป๋าเงินไป นาย ค ได้ต้อยไปที่ศีรษะ น.ส. ก จน น.ส. ก ล้มลงหัวฟาดพื้นเสียชีวิต ซึ่งหากใช้ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม นาย ค. ก็รับผิดชอบ

<sup>34</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 73.

<sup>35</sup> ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 80.

เฉพาะผลที่เกิดจากการต่อยคือการทำให้บาดเจ็บ ไม่รับผิดชอบในความตายเพราะความตายไม่ได้สัดส่วนกับการต่อย ซึ่งอาจจะไม่ยุติธรรมกับ น.ส. ก

จากหลักการของสองทฤษฎีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าต่างมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุให้ประโยชน์แก่ผู้เสียหายมากกว่าทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม แต่ก็อาจทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบมากเกินไปโดยไม่มีขอบเขตจำกัด ส่วนทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมมีข้อดีคือทำให้จำเลยรับผิดชอบในส่วนที่ตนเองกระทำเท่านั้น แต่เมื่อมีเหตุอื่นซึ่งอาจเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลยมาสอดแทรก ก็อาจทำให้จำเลยรับผิดชอบเกินกว่าที่ควรจะเป็น ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดแนวทางการใช้ทฤษฎีร่วมกัน

## 2. การใช้ทฤษฎีร่วมกัน

การใช้ทฤษฎีร่วมกันคือการนำทฤษฎีเงื่อนไขเข้ามาปรับใช้ก่อนในตอนต้น โดยพิจารณาว่าความเสียหายต้องเกิดจากการกระทำหรือเป็นผลโดยตรงจากการกระทำ หลังจากนั้นก็มาพิจารณาต่อว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นได้สัดส่วนกับการกระทำหรือไม่ หากมีเหตุอื่นมาสอดแทรกจนทำให้ผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นขยายออกไป ผู้กระทำผิดก็รับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่ได้สัดส่วนกับการกระทำนั้น ซึ่งถือเป็นการนำทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในตอนหลัง ซึ่งจากตัวอย่างข้อเท็จจริงเดิม นาย ค ต้องรับผิดชอบในทางละเมิดสำหรับการกระทำที่ได้ทำต่อทรัพย์สินของ น.ส. ก และการกระทำที่ทำให้ น.ส. ก ถึงแก่ความตาย เพราะความตายของ น.ส. ก เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของนาย ค ตามทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม เนื่องจากไม่มีเหตุการณ์อื่นเข้ามาสอดแทรก

สำหรับแนวทางการปรับใช้ของศาลไทย พอสรุปจากแนววินิจฉัยของศาลฎีกาได้ว่า ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงของการละเมิด แต่ต้องไม่ไกลกว่าเหตุ ที่ว่าเป็นผลโดยตรงของการละเมิดก็คือ ตามหลักทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข ส่วนที่ว่าไม่ไกลกว่าเหตุหมายความว่าไม่มีเหตุสอดแทรกหรือเหตุแทรกแซงอื่นมาทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลขาดตอนลง<sup>36</sup> นอกจากนี้ปัญหาการนำทฤษฎีใดมาปรับใช้ก็ถูกบรรเทาลงเพราะ ศาลไทยมีอำนาจที่จะกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายได้กว้างขวาง เพราะเมื่อมีการกระทำละเมิด ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

<sup>36</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 75.



ตามมาตรา 420 ส่วนคำสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น มาตรา 438 ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนผิด ศาลยังมีอำนาจแบ่งส่วนความรับผิดได้ตามมาตรา 442 และมาตรา 223 แม้ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลหลายคนโดยมิใช่ร่วมกันทำละเมิดตามมาตรา 432 ศาลก็อาจแบ่งส่วนความรับผิดได้โดยอาศัยมาตรา 438

เมื่อการกระทำใดครบเกณฑ์ทั้ง 5 ประการ คือ มีการกระทำ โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยผิดกฎหมาย มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด และมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้ว ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นละเมิด ผู้กระทำจำต้องใช้คำสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

#### 4.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอาญา กฎหมายลักษณะละเมิด และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับหลัก Volenti non fit injuria

ถึงแม้ว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นศึกษาในทางละเมิดเป็นสำคัญ แต่สิ่งหนึ่งที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ก็คือกฎหมายละเมิดมีความสัมพันธ์กันกับกฎหมายอาญาอย่างแยกไม่ออก เพราะการกระทำผิดอาญาโดยมากมักก่อให้เกิดเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดด้วย (แม้จะไม่ทั้งหมดก็ตาม) รวมถึงวิวัฒนาการความเป็นมาของกฎหมายละเมิดก็มักถูกกล่าวอ้างว่าเป็นส่วนหนึ่งของประวัติศาสตร์กฎหมายอาญา ดังนั้น การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria จึงมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอาญากับหลัก Volenti non fit injuria ควบคู่กันไปด้วย เพื่อให้เกิดความเข้าใจครบทั้งกระบวนการ

##### 4.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอาญากับหลัก Volenti non fit injuria

ในปัจจุบัน มีการนำหลักความยินยอมมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาอย่างแพร่หลาย ในตำรากฎหมายอาญาเกือบทุกเล่มก็ล้วนแต่ระบุเรื่องความยินยอมไว้ ผู้เขียนจึงขอเสนอเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

##### 4.3.1.1 ความหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางอาญา

มีนักวิชาการจำนวนมากได้ให้ความหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางอาญาไว้ อย่างหลากหลายดังต่อไปนี้ แต่พอสรุปได้ว่าหลัก Volenti non fit injuria นั้น หมายถึงความยินยอมไม่ทำให้การกระทำเป็นความผิด

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้ให้ความหมายว่า “ความยินยอมไม่เป็นความผิด”<sup>37</sup>

ดร. อัคราทร จุฬารัตน ได้ให้ความหมายว่า “ความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ผู้กระทำความผิดได้รับการยกเว้นโทษ”<sup>38</sup> และ

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ที่ได้ให้ความหมายไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 ว่า “ความยินยอม...กรณีที่บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่งหรือบุคคลที่เข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นมิได้” เป็นต้น

หลังจากอ่านนิยามของนักกฎหมายแต่ละท่านแล้ว จะพบว่าในส่วนของรายละเอียดปลีกย่อยอาจมีที่แตกต่างกันบ้าง แต่โดยเนื้อหาใจความแล้วต่างเห็นตรงกันว่า หลัก Volenti non fit injuria ในทางอาญาหมายถึงความยินยอมไม่ทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดไปทั้งหมด ไม่ใช่เป็นแค่เหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น แต่หากทำการศึกษาคืบต่อไป ในหนังสือหรือคำพิพากษาฎีกาบางฎีกาอาจพบว่านักกฎหมายแปลความว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งผู้เขียนก็ขอทำความเข้าใจไว้ล่วงหน้าว่าคือสิ่งเดียวกันเพียงแต่อาจใช้ถ้อยคำที่สื่อให้เข้าใจง่ายมากขึ้นเท่านั้น

#### 4.3.1.2 ฐานะของหลัก Volenti non fit injuria เมื่อนำมาปรับใช้

สำหรับฐานะของหลัก Volenti non fit injuria เมื่อนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในทางอาญานั้นว่ายังมีกรณีโต้แย้งอยู่บ้างพอสมควร หรือแม้กระทั่งเห็นว่าจะไม่นำมาปรับใช้เลยเพราะประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติไว้ก็มี ดังเช่นที่ ศาสตราจารย์ไพศาล กุมาลยวิสัย ได้ให้ความเห็นว่า “ประมวลกฎหมายอาญาของเราในภาค 1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไปนั้นมิได้ถือว่า “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็นเหตุยกเว้นอาญาหรือยกเว้นโทษได้ ทั้งนี้ไม่ว่าความยินยอมนั้นจะอยู่ในลักษณะใดๆ ทั้งสิ้น ประมวลอาญาของเราคงถือ “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็นเหตุยกเว้นอาญาหรือยกเว้นโทษก็เฉพาะแต่ความผิด

<sup>37</sup>จิตติ ติงศภัทย์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 52.

<sup>38</sup> อัคราทร จุฬารัตน, “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา,” วารสารนิติศาสตร์ 9 (มิถุนายน-สิงหาคม 2520): 60-61.

บางประเภทตามที่บัญญัติไว้เฉพาะความผิดในภาค 2 เท่านั้น เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเด็กหญิงอายุเกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 หรือมาตรา 279 ความผิดฐานพรากผู้เยาว์อายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีตามมาตรา 318 วรรคแรก เป็นต้น<sup>39</sup>

ส่วนกรณีเห็นว่าสามารถนำหลักความยินยอมมาใช้ได้นั้น ก็มีการมองว่าสามารถนำมาใช้ได้แต่คนละฐานะกันคือ

(1) นำมาใช้ในฐานะจารีตประเพณี ซึ่งเป็นแนวความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>40</sup>

(2) นำมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ถือเป็นแนวทางที่ศาลได้รับรองและตัดสินไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญาว่า "...มีหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 616/2482...และที่ 787/2483...ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้..."<sup>41</sup> ซึ่งหลังจากที่มีคำพิพากษาฎีกาบับนี้ออกมาแล้ว ก็ทำให้นักกฎหมายส่วนมากต่างอ้างอิงการใช้หลักความยินยอมในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปเกือบทั้งสิ้น

ส่วนเหตุผลที่สามารถนำหลักความยินยอมมาปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงในทางอาญา แม้ว่าจะเป็นเพียงหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภักย์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า "...เมื่อหลักเรื่องความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดนี้ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์

<sup>39</sup> ไพศาล กุมาลยวิสัย, "ความยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้," ตุลพาท 15 (2511): 139.

<sup>40</sup> หยุด แสงอุทัย, คำสอนกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 6(2507), หน้า 171-172.

<sup>41</sup> อัครราช จุฬารัตน, "ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา," วารสารนิติศาสตร์ 9 (มิถุนายน-สิงหาคม 2520): 59.

อักษรแล้ว จะนำมาใช้ในทางกฎหมายได้อย่างไร เรื่องนี้ต้องเข้าใจว่า หลักกฎหมายแยกเว้นความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรก็ได้ ที่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นการลงโทษบุคคลเท่านั้น ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป เพราะฉะนั้น หลักความยินยอมที่ทำให้ไม่เป็นความผิด จึงมีได้โดยมิต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เหตุที่ไม่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็อาจเป็นเพราะว่าเป็นการยากที่จะกำหนดไปว่าความยินยอมอย่างไรจึงจะไม่เป็นความผิด ซึ่งอาจจะเกินความสามารถของมนุษย์ที่จะบัญญัติให้ครบถ้วนจนเป็นหลักเป็นเกณฑ์ที่ใช้การได้ จึงต้องปล่อยไว้ให้เป็นหลักที่ใช้วินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมายว่าอย่างไรจึงจะเหมาะสม<sup>42</sup> ซึ่งหากจะสรุปโดยย่อก็คือหลักความยินยอมได้ถูกนำมาปรับใช้อย่างเป็นคุณกับผู้กระทำผิดจึงไม่จำเป็นต้องได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร อีกทั้งการจะบัญญัติเรื่องความยินยอมให้ครอบคลุมทุกกรณีเป็นเรื่องที่ยากยิ่งเกินไป

#### 4.3.1.3 ลักษณะและหลักเกณฑ์ของการให้ความยินยอมในทางอาญา

##### (1) ความยินยอมต้องเกี่ยวกับสิทธิที่โอนกันได้หรือไม่ก็ได้

ตามแนวคิดของนักกฎหมายไทยในอดีตอาจมีการถกเถียงกันบ้างว่า การให้ความยินยอมควรให้เฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิที่โอนกันได้ เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้นว่า ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆังทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เท่านั้น แต่ในปัจจุบันก็เห็นเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า แม้จะเป็นการให้ความยินยอมในสิทธิที่โอนไม่ได้เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ก็สามารถให้ได้ โดยสามารถพบเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับต่างๆ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 616/2482 ใจความว่า “โจทก์ฟ้องว่าจำเลยสมคบกันตั้งสมาคมอั้งยี่ โดยปกปิดวิธีการเพื่อการทุจริต เอาอำนาจไปกดขี่บุคคลที่ไม่ใช่สมาชิกด้วยกันอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาพิเคราะห์พยานหลักฐานของโจทก์แล้ว ข้ออื่นๆไม่ได้ความจริง คงมีที่ได้ความจริงว่าสมาชิกทำผิดต่อกันมีกำหนดโทษยอมให้เขียน ศาลนี้ไม่เห็นว่าเป็นการผิดกฎหมายอย่างใด เพราะมีสมาชิก 2-3 คน ถูกเขียนด้วยไม้ 3-5 ที โดยยอมให้หัวหน้าหรือสมาชิกอื่นเขียนเพราะได้ทำฐหรืออนาจารกับภริยาหรือบุตรสาวของ

<sup>42</sup> จิตติ ติงศภัทย์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 52-53.



สมาชิกอื่น จึงถูกยอมเสียเพื่อตัดมิให้คดีเกิดขึ้นในโรงศาล เมื่อสมาชิกสองคนนั้นยอมให้เสียเพราะทำผิด ย่อมเป็นการเน่ว่าการเสียไม่ใช่ความผิดอาญา จำเลยไม่มีความผิดฐานอั้งยี่ตามกฎหมาย พิพากษากลับยกฟ้องโจทก์”

คำพิพากษาฎีกาที่ 948/2490 ใจความว่า “คดีนี้ได้ความว่า จำเลยเมาสุราอดอ้างว่าอยู่คง กระพันและทำให้จำเลยที่ 1 พ้น จำเลยที่ 1 จึงพ้นเอา ดังนี้วินิจฉัยว่าจำเลยที่ 1 ไม่ต้องรับผิด ส่วนจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นบิดาจำเลยที่ 1 ก็ไม่ต้องร่วมรับผิดด้วยเช่นเดียวกัน”

คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 ใจความว่า “การที่โจทก์ทำให้จำเลยพ้นเพื่อทดลอง คาถาอาคมซึ่งตนเชื่อถือและอดอ้างว่าตนอยู่นั้น เป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อ ร่างกาย เป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้”

(2) ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี

หลักเกณฑ์ในข้อนี้มีที่มาจากคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ที่กล่าวว่า “...มีหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญา...ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย... นั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี...ยอมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้...” ซึ่งคำถามที่เกิดขึ้นจากการอ่านคำพิพากษาฎีกานี้ก็คือ การขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีมีลักษณะอย่างไร เพราะเป็นสิ่งที่ค่อนข้างจะนามธรรมและตีความได้กว้างขวาง อีกทั้งความสำนึกในศีลธรรมอันดีก็สามารถจะแปรเปลี่ยนไปตามสังคมนาเวลาและวัฒนธรรมได้ จึงอาจไม่มีมาตรฐานที่กำหนดเป็นเกณฑ์ว่าลักษณะเช่นนี้ยังอยู่ในขอบข่ายศีลธรรมอันดี ลักษณะเช่นนี้ขัดต่อศีลธรรมอันดีแล้ว แต่ท้ายที่สุด ก็มีนักกฎหมายบางท่านได้ให้คำจำกัดความไว้ว่าการขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี หมายถึง การกระทำที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับหลักทางจริยธรรม อันเป็นหลักที่บุคคลในสังคมที่ซื่อสัตย์ตรงไปตรงมาและสุจริตยอมรับนับถือ<sup>43</sup>

<sup>43</sup> สุธีรา จินายน, “วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2550), หน้า 121.

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนว่ามีความหมายเช่นเดียวกันกับ "ธรรมจรรยา" ซึ่งทำให้สามารถเลือกใช้คำใดก็ได้เพียงแค่คำว่าธรรมจรรยาอาจทำให้เห็นความแตกต่างจากคำว่าศีลธรรมอันดีมากกว่า ว่างี้ "ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความรู้สึกในธรรมจรรยาแล้ว ก็ถือว่าเป็นความยินยอมยกเว้นความผิดตามกฎหมายอาญาได้...ความยินยอมอย่างไรที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อธรรมจรรยา นั้น ไม่อาจกำหนดได้แน่นอน ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องไป รวมทั้งดูจากแนวคำพิพากษาฎีกาว่าตัดสินไว้อย่างไร เหตุที่ใช้คำว่า "ธรรมจรรยา" แล้วไม่ใช่ "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" นั้น คงเพราะความต้องการที่จะให้แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่ง เพราะเรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องของการใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีแล้วเป็นโมฆะ จึงเลี่ยงมาใช้คำว่า "ธรรมจรรยา" แทน ซึ่งก็คงมีความหมายเหมือนกัน แต่แยกใช้เพื่อไม่ให้เกิดความสับสน"

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ยกตัวอย่างในเรื่องนี้ว่า "การยอมให้ช่างตัดผม การยอมให้แพทย์ผ่าตัดเป็นการถูกต้องตามศีลธรรม จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การขายอวัยวะของตนให้แก่คนอื่นเป็นการยินยอมที่ไม่ถูกต้องตามศีลธรรม จึงไม่ใช่เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย"<sup>44</sup> แต่การจะมากำหนดตัวอย่างเป็นกรณีไปคงไม่สามารถทำได้ทุกๆกรณี จึงมีนักกฎหมายบางท่าน<sup>45</sup> ได้เสนอแนะแนวทางเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีไว้ว่าต้องพิจารณาตามลำดับดังนี้คือ

1) ผลประโยชน์ของสังคม เป็นเรื่องลำดับแรกที่ต้องพิจารณา หากการกระทำใดที่กระทบต่อผลประโยชน์ของสังคมแล้วจะไม่สามารถให้ความยินยอมได้โดยเด็ดขาด

2) มติมหาชน ว่ามติมหาชนดำเนินหรือไม่ยอมรับกับการกระทำเรื่องนั้นหรือไม่ หากดำเนินก็ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เช่น การชกมวย มติมหาชนไม่ได้ดำเนินจึงถือว่าให้ความยินยอมได้ การแปลงเพศหรือการทำศัลยกรรมแม้เป็นการทำร้ายร่างกายแต่มติมหาชนไม่ได้ดำเนินจึงถือว่าให้ความยินยอมได้เช่นกัน เป็นต้น

<sup>44</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1(2530), หน้า 20.

<sup>45</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 54-56.

3) ศีลธรรม คล้ายกับหลักธรรมและเชื่อกันว่ากฎหมายอาญาเองเมื่อครั้งอดีตก็พัฒนามาจาก ศีลธรรม การกระทำใดที่ขัดกับศีลธรรมไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เช่น ในทางพระพุทธศาสนามีคำสอนให้ มนุษย์ทุกคนรักและถนอมชีวิต ไม่ทำร้ายตนเอง และตั้งอยู่บนความไม่ประมาท ดังนั้นก็ไม่อาจให้ความยินยอม ให้ฆ่าตนเอง หรือยินยอมให้ผู้อื่นมาทำร้ายร่างกายได้ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อการยอมทำร้ายร่างกายตนเอง เช่น การชกมวย การให้แพทย์ผ่าตัด ไม่ขัดกับมติมหาชนและผลประโยชน์ของสังคมแล้ว ก็สามารถให้ความ ยินยอมในเรื่องดังกล่าวได้เพราะต้องพิจารณาขึ้นไปตามลำดับขั้น แต่ในทางกลับกัน การยินยอมให้ชกขึ้น กระทำฆ่าเรา การยินยอมให้นำตัวไปเป็นสินค้าบริการทางเพศ ในทางพุทธศาสนาอาจไม่มีการห้ามไว้อย่าง ชัดเจน ซึ่งก็ดูเหมือนจะให้ความยินยอมได้เพราะไม่ขัดต่อศีลธรรม แต่มติมหาชนก็ย่อมมีความเห็นแตกต่าง ออกไป ดังนั้นจึงไม่สามารถให้ความยินยอมในเรื่องดังกล่าวได้ เป็นต้น

ส่วนความคิดเห็นของผู้เขียนคิดว่า การกระทำที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีคือการกระทำที่คนส่วนใหญ่ในสังคมรับได้ และต้องไม่ขัดต่อผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาในขณะกระทำเป็น สำคัญ เนื่องจากความรู้สึกของคนในสังคมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย เช่น การยินยอมให้แพทย์รักษาคนไข้ โดยการผ่าตัด การแข่งขันชกมวยตามกติกา การตัดผม การทำศัลยกรรมเสริมความงาม การยอมให้คนอื่น ทำลายทรัพย์สินตน แต่ถ้าเป็นการยินยอมให้คนอื่นฆ่า ทำร้ายร่างกาย ทำแท้ง ล้วนเป็นเรื่องที่คนส่วนใหญ่ ยอมรับไม่ได้ จึงถือว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ดังนั้น ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน

(3) ต้องเป็นความยินยอมที่ได้มาโดยบริสุทธิ์ ปราศจากการข่มขู่ ช่มชู้

การที่ผู้กระทำจะยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างนั้น ผู้กระทำจะต้องได้รับความ ยินยอมนี้โดยที่ผู้เสียหายสมัครใจ กล่าวคือผู้กระทำจะต้องไม่ได้เป็นผู้กระทำให้ผู้เสียหายให้ความ ยินยอมด้วยการหลอกลวง ช่มชู้ หรือวางยาเพื่อให้ผู้เสียหายขาดสติสัมปชัญญะ ขณะเดียวกัน ผู้เสียหายก็ จะต้องให้ความยินยอมโดยปราศจากความสำคัญผิด หรือความกลัว และจะต้องมีสติสัมปชัญญะด้วย ซึ่งศาล

ฎีกาได้เคยวางแนวไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ว่าความยินยอมของผู้เสียหายอันจะอ้างขึ้นลงล่าง ความผิดได้นั้น ต้องได้มาโดยเสรีและจริงใจ<sup>46</sup>

กรณีนี้อาจทำให้ความยินยอมไม่บริสุทธิ์สามารถเกิดได้ในกรณีต่อไปนี้

1) ความยินยอมที่ได้มาโดยการหลอกลวง ในเรื่องการหลอกลวง ปกติกฎหมายถือเป็นองค์ประกอบความผิดประเภทหนึ่ง เช่น มาตรา 271 มาตรา 341 มาตรา 344 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งทำให้การได้ทรัพย์ไปเป็นการได้โดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย แต่ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติเอาไว้ โดยทั่วไปแล้วถือว่าการหลอกลวงนี้ทำให้ความยินยอมเสียไป (Fraud vitiates consent)<sup>47</sup>

2) ความยินยอมที่ได้จากการข่มขู่ การข่มขู่ผู้เสียหายจนผู้เสียหายเกิดความกลัวจึงได้ให้ความยินยอม ถือเป็นความยินยอมที่ไม่ได้มาด้วยความสมัครใจ เช่น การที่หญิงผู้เสียหายยินยอมร่วมเพศกับชายเพราะถูกมีดจ่อที่คอหอย การใช้กำลังบีบบังคับให้พิมพ์ลายนิ้วมือ เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการให้ยินยอมที่แท้จริง เพราะเป็นความยินยอมที่เกิดจากความกลัว

3) ความยินยอมที่ได้มาจากการที่ผู้เสียหายสำคัญผิดเอง ในกรณีที่ผู้เสียหายสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายและได้ให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำ ความยินยอมดังกล่าวผู้กระทำได้มาโดยไม่ได้มีส่วนก่อ จงใจ หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ผู้เสียหายให้ความยินยอม จึงไม่อาจดำเนินผู้กระทำได้และไม่อาจนำความสำคัญผิดของผู้เสียหายมาเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำได้ ดังนั้นความยินยอมย่อมไม่เสียไปเพราะเหตุสำคัญผิดของตัวผู้เสียหายเอง แต่ความสัมพันธ์ในทางแพ่งระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำถ้าหากมี ย่อมอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>48</sup>

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>46</sup> กมลชัย รัตนสการวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 28.

<sup>47</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

<sup>48</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.



4) ความยินยอมที่ได้มาด้วยวิธีการอันมิชอบประการอื่น เช่น การวางยาเพื่อให้ผู้เสียหายที่มีสติสัมปชัญญะมิอาจครองสติได้ เพื่อสะดวกหรือง่ายแก่การให้ความยินยอม หรือกรณีให้ผู้ให้ความยินยอมได้ให้ความยินยอมขณะที่มีเมาม้าหรือกระทำในขณะที่หญิงไม่รู้สีกตัว เป็นต้น<sup>49</sup>

(4) ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรืออยู่ถึงขณะที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น

ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยจะต้องมีอยู่ขณะกระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำนั้น โดยทั่วไปแล้วความยินยอมจะต้องมีอยู่ขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำ หรือแสดงออกก่อนการกระทำแล้วยังคงมีผลอยู่มิได้บอกถอนเสียก่อนการกระทำนั้นจะสิ้นสุดลง ซึ่งหลักการนี้มีที่มาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ที่บัญญัติว่า "ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น...มีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความผิดนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้..."

ส่วนความยินยอมที่ให้ในภายหลังจากการกระทำผิดที่เกิดขึ้นสมบูรณ์ไปแล้ว ย่อมไม่มีผลย้อนหลังทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดไปได้ แต่อาจจะกลายเป็นเรื่องการยอมความกันในความผิดอันยอมความได้ ซึ่งมีผลทำให้สิทธิภาคีอาญามาฟ้องระงับไปตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2) เท่านั้น มิใช่เหตุยกเว้นความผิดดังที่กำลังศึกษาอยู่<sup>50</sup>

สำหรับความยินยอมในทางอาญานี้ สามารถที่จะถอนคืนได้ตลอดเวลาก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งจะให้ความยินยอมที่ให้นั้นเป็นอันสิ้นผลไป ดังที่ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้แสดงความเห็นไว้ว่า "...ความยินยอมจึงไม่ผูกมัดว่าจะต้องยินยอมตลอดไป แม้จะให้ความยินยอมไปแล้วก็อาจจะถอนกลับได้ เช่น ขณะที่ให้ความยินยอมนั้น ผู้ให้ยอมเจ็บตัวให้ผู้อื่นตีหัวได้ แต่พอเขาจะตีจริงๆ ก็เกิดกลัวขึ้นมาจะไม่ยอมให้ตีก็ได้ หรือในเรื่องของการผ่าตัด ก่อนที่แพทย์จะผ่าตัดจะต้องให้คนไข้ลงชื่อใน

<sup>49</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

<sup>50</sup> วันชัย ศรีนวลนัด, คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญาและความผิดอันยอมความได้, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: ประชุมช่าง, 2528), หน้า 14.

ใบรับรอง ซึ่งก็ต้องเขียนข้อความให้ชัดเจนว่า ยินยอมให้ตัดแขนหรือขา ...ดังนั้นแม้จะได้เขียนลงชื่อในคำยินยอมอย่างไรก็ตาม แต่พอแพทย์จะผ่าตัดคนไข้ เกิดกลัวขึ้นมาจะไม่ยอมให้ผ่าก็ได้..."<sup>51</sup>

#### 4.3.1.4 บุคคลที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอม

ผู้ที่ให้ความยินยอมได้นั้นต้องเป็นผู้ที่ถูกประทุษร้ายจากการกระทำนั้น หรือตามกฎหมายเรียกว่าเป็นผู้เสียหายนั่นเอง ซึ่งย่อหมายถึงความรวมถึงผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายนั้นด้วย แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้กระทำผิดนั้นเองเข้าใจผิดในตัวของผู้ให้ความยินยอมว่าเขามีอำนาจให้ความยินยอมได้หรือให้ความยินยอมแล้ว แม้จะโดยมีเหตุที่สมควรให้เข้าใจผิดได้เช่นนั้นก็ตาม ก็ไม่เป็นข้ออ้างที่ทำให้พ้นความรับผิดชอบได้ และจะถือว่าเขาให้ความยินยอมแล้วไม่ได้ เพราะถ้ายอมให้ถือเป็นการให้ความยินยอมกันแล้ว ก็จะเป็นช่องทางให้ผู้ถือโอกาสอ้างความเข้าใจผิดของตัวเองมาเป็นข้อให้ได้รับการยกเว้นความผิดในการกระทำของตนขึ้นได้<sup>52</sup> ในกรณีที่มีผู้เสียหายหลายคน ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายเหล่านั้นทุกคนด้วย ไม่ใช่เพียงความยินยอมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

สำหรับคุณสมบัติอื่นทั่วไปที่นักกฎหมายให้ความสำคัญและคำนึงถึงในการให้ความยินยอมมีด้วยกันหลายประการดังนี้

##### (1) อายุของผู้ให้ความยินยอม

โดยทั่วไปไม่มีเกณฑ์กำหนดตายตัวว่าผู้ให้ความยินยอมต้องมีอายุเท่าใด คงพิจารณาแต่เพียงว่าผู้นั้นสามารถเข้าใจยังรู้ถึงการกระทำนั้นและรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ดีก็เป็นการเพียงพอแล้ว ดังนั้น แม้ผู้ให้ความยินยอมจะมีอายุอยู่ในเกณฑ์ไม่บรรลุนิติภาวะ หากไม่ถึงกับไร้เดียงสาแต่สามารถเข้าใจถึงความยินยอมของตนได้แล้ว กฎหมายก็ยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่อ้างยกเว้นความผิด

<sup>51</sup> จิตติ ดิงศภทิพย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด," วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 57.

<sup>52</sup> วันชัย ศรีนวลนัด, คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญาและความผิดอันยอมความได้, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: ประชุมช่าง, 2528), หน้า 18.

อาญาได้<sup>53</sup> เช่น หญิงอายุ 16 ปี อยู่ในความปกครองของบิดาอาจยินยอมในความผิดต่อเพศได้ หรือผู้เยาว์ให้ความยินยอมในคดีหมิ่นประมาทได้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ให้ความยินยอมที่ยังไม่เป็นผู้ใหญ่พอสมควร (maturity) ความยินยอมนั้นก็มักจะมีน้ำหนักในการรับฟังน้อย และดูจะไม่ค่อยมีเหตุผลจนบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปเลย<sup>54</sup>

### (2) สติสัมปชัญญะของผู้ให้ความยินยอม

จะต้องอยู่ในสภาพที่สมบูรณ์ทุกประการ ไม่มีอาการผิดปกติใดๆ เช่น มึนเมา จิตไม่สมประกอบ วิกลจริต ไม่รู้สึกผิดชอบหรือจิตบกพร่องอื่นๆ เป็นต้น ถ้าผู้ให้ความยินยอมมีอาการต่างๆ เหล่านี้ ความยินยอมนั้นก็เป็นการอันใช้ไม่ได้<sup>55</sup>

### (3) การให้ความยินยอมแทนกัน

โดยปกติการให้ความยินยอมนั้นเป็นเรื่องเฉพาะตัว เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual's Right) บุคคลอื่นไม่สามารถให้ความยินยอมแทนกันได้ แต่ก็อาจมีบางกรณีที่เป็นข้อยกเว้น เช่น กรณีผู้เยาว์ไร้เดียงสาหรือคนวิกลจริต ที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง เป็นต้น ซึ่งบุคคลพวกนี้ก็จะมีบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้อนุบาล แล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมในการกระทำการบางอย่างได้ แต่ก็มีกรกระทำอย่างที่เป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ บุคคลอื่นไม่สามารถให้ความยินยอมแทนกันได้เลย เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นต้น<sup>56</sup>

<sup>53</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

\* คำพิพากษาฎีกาที่ 513/2469

\*\* คำพิพากษาฎีกาที่ 743/2464

<sup>54</sup> วันชัย ศรีนวลนัด, คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญาและความผิดอันยอมความได้, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: ประชุมช่าง, 2528), หน้า 19.

<sup>55</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

<sup>56</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-21.

#### 4.3.1.5 วิธีการให้ความยินยอม

##### (1) การให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือการให้ความยินยอมโดยตรง

สามารถแสดงออกได้หลายวิธี เช่น ทางวาจา หรือเขียนเป็นหลักฐานไว้ หรือการกระทำอย่างใด ๆ โดยกิริยาท่าทางซึ่งแสดงถึงความเต็มใจยอมให้กระทำการรุกรานหรือประทุษร้ายนั้นโดยชัดแจ้ง เช่น การพยักหน้า การทำนิ้วเป็นสัญลักษณ์ว่าตกลง เป็นต้น

##### (2) การให้ความยินยอมโดยปริยาย

เป็นการให้ความยินยอมที่มีได้แสดงออกโดยชัดแจ้ง แต่วิญญูชนทั่วไปย่อมเข้าใจได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม และผู้กระทำก็ต้องเข้าใจโดยสุจริตว่ายินยอมเช่นเดียวกันด้วย อาจเป็นการแสดงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งบุคคลธรรมดาควรจะเข้าใจทำทางนั้น เช่น การไปหาแพทย์เพื่อรักษาโรค แพทย์บอกว่าจะฉีดยา ก็ยกแขนให้โดยมิได้ทักท้วงหรือพูดว่าอะไร เช่นนี้จะปฏิเสธว่าไม่ยินยอมไม่ได้<sup>57</sup> นอกจากนี้ การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือว่าเป็นการให้ความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่า การนิ่งในพฤติการณ์ เช่นนั้นเป็นการยินยอม เช่น การเล่นกีฬาบางอย่างต้องถูกเนื้อต้องตัวกัน เป็นต้นว่าชกมวย มวยปล้ำ เทควันโด รักบี้ ก็ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยาย หรือกรณีที่ผู้เสียหายไม่อยู่ในที่ที่จะให้ความยินยอมได้ แต่ก็พอจะเข้าใจเอาตามพฤติการณ์ได้ว่าคงจะยินยอมเพราะเคยยอมมาก่อนหน้าหลายครั้งแล้ว เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2307/2519

คำพิพากษาฎีกาที่ 2307/2519 มีใจความว่า “ผู้เสียหายกับจำเลยชอบพอกัน เข้าบ้านหลังเดียวกันแต่อยู่คนละห้อง มีบันไดขึ้นคนละทาง จำเลยมาหาผู้เสียหายอยู่เสมอ เคยขึ้นไปในห้องรับแขก ผู้เสียหายก็ไม่เคยห้ามปราม ถ้าผู้เสียหายไม่อยู่จำเลยก็จะมาคุยกับ น. น้องของผู้เสียหาย วันเกิดเหตุผู้เสียหายไม่อยู่ จำเลยเข้าไปในห้องรับแขก นอนอ่านหนังสือพิมพ์บนเก้าอี้ น. อยู่บ้านแต่ไม่ได้ห้ามปราม จำเลย จำเลยลักนาฬิกาข้อมือของผู้เสียหายซึ่งวางอยู่บนตู้โซฟาติดกับเก้าอี้นอนไป ดังนี้ ถือว่าจำเลยเข้าไปในบ้านของผู้เสียหายโดยได้รับอนุญาตโดยปริยาย จึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถาน คงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 เท่านั้น”

<sup>57</sup> ประพิน ประญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 13.



#### 4.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแพ่งกับหลัก Volenti non fit injuria

หลังจากได้ทราบถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายอาญากับหลัก Volenti non fit injuria ไปแล้ว ในหัวข้อนี้ก็จะศึกษาความสัมพันธ์ทางกฎหมายแพ่งกันบ้าง เพื่อสามารถนำมาเปรียบเทียบกันถึงความแตกต่างว่าเป็นอย่างไร ผู้ศึกษาจะได้เกิดความเข้าใจและนำไปใช้อย่างถูกต้อง อีกทั้งในหัวข้อนี้จะเป็นส่วนสำคัญที่ใช้อธิบายถึงเรื่องละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria ว่าเกี่ยวข้องกันอย่างไร ซึ่งนับเป็นการวางพื้นฐานความรู้ความเข้าใจก่อนนำไปสู่การพิจารณาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้หลัก Volenti non fit injuria ในบทต่อไป ผู้เขียนจึงขออธิบายเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

##### 4.3.2.1 ความหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่ง

มีนักกฎหมายหลายท่านที่ได้ให้ความหมายของหลัก Volenti non fit injuria ไว้ ดังเช่น

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้ให้ความหมายว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด หรือภาษาละตินที่ว่า Volenti non fit injuria (That to which a man consents cannot be considered an injury)...มีความหมายว่า บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่ง หรือบุคคลซึ่งเข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นมิได้”<sup>58</sup>

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ ได้ให้ความหมายว่า “สุภาษิตกฎหมายบทหนึ่งที่ว่า “volenti non fit injuria” ซึ่งแปลว่า “เมื่อให้ความยินยอมก็ไม่ถือว่ามีความเสียหาย” หรือที่นักกฎหมายบางท่านแปลว่า “ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด”<sup>59</sup> และได้ขยายความเพิ่มเติมว่า “การกระทำโดยได้รับความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นละเมิด อันมีความหมายว่า ถ้าผู้เสียหายยอมให้กระทำ หรือยอมต่อการกระทำ

<sup>58</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 10(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2546), หน้า 21.

<sup>59</sup> ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 55.

หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม ย่อมทำให้การนั้นไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420”<sup>60</sup>

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายหลัก Volenti non fit injuria ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายโดยสมัครใจยอมทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิด และท่านยังเห็นว่าหลักเรื่องความยินยอมเป็นส่วนที่มาทำให้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ขาดองค์ประกอบเรื่องความเสียหายไป จึงไม่ต้องรับผิดเพื่อละเมิดเลย ดังปรากฏดังนี้

“...๔ ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิด...ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น มีกฎหมายให้อำนาจโดยตรงก็ดี...หรือเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาที่ดี...ไม่เป็นละเมิด ส่วนข้อแก้ตัวที่จะอ้างได้เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น อันจะมีผลให้การกระทำไม่เป็นละเมิดนั้น ได้แก่ บทบัญญัติในหมวดที่ ๓ ว่าด้วยนิรโทษกรรม ตั้งแต่มาตรา ๔๔๗ ถึง ๔๕๒ เป็นต้น นอกจากนี้ก็ยังมีตัวอย่าง เช่น ความยินยอมของผู้เสียหายโดยสมัครใจยอมทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิด...”<sup>61</sup>

รองศาสตราจารย์สุขุม ศุภนิศย์ ได้ให้ความหมายว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Volenti non fit injuria) เป็นหลักที่ใช้อ้างเพื่อทำให้ผู้ที่ยินยอมนั้นหมดสิทธิเรียกร้องให้มีการชดใช้เยียวยา แม้ว่าผลเสียหายจะเกิดขึ้นจริง”<sup>62</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ได้ให้ความหมายหลัก Volenti non fit injuria ว่า หมายถึง “ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย”<sup>63</sup>

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

<sup>61</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึงมาตรา 452, (เนติบัณฑิตยสภา, 2503), หน้า 468-469.

<sup>62</sup> สุขุม ศุภนิศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า 38.

<sup>63</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 119.

อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ ได้ให้ความหมายหลัก Volenti non fit injuria ว่าหมายถึง “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด”<sup>64</sup>

อาจารย์วารี นาสกุล ได้ให้ความหมายหลัก Volenti non fit injuria ว่าหมายถึง “ความยินยอมทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย”<sup>65</sup> เป็นต้น

#### 4.3.2.2 ฐานะของหลัก Volenti non fit injuria เมื่อนำมาปรับใช้

สำหรับแนวความเห็นเรื่องฐานะของหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งนั้น นักกฎหมายส่วนมากมักเห็นพ้องต้องกันว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” เช่นแนวความเห็นของศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ<sup>66</sup> ของอาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ<sup>67</sup> เป็นต้น นอกจากนี้ เมื่อศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นหลักกฎหมายทั่วไปไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 เป็นต้นมา ก็ทำให้การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ยิ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น คือปรับใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่าน<sup>68</sup> ตั้งข้อสงสัยว่าหากหลัก Volenti non fit injuria ถูกปรับใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปไปตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะสามารถนำมายกเว้น

<sup>64</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1(2530), หน้า 22.

<sup>65</sup> วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515), หน้า 75.

<sup>66</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 55.

<sup>67</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1(2530), หน้า 22.

<sup>68</sup> ศนันท์ภรณ์ ไสตติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 120.

ความรับผิดทางละเมิดในมาตรา 420 ซึ่งเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรได้หรือไม่ เพราะโดยลำดับศักดิ์ของกฎหมายนั้น ต้องให้กฎหมายที่มีลำดับเท่ากันหรือสูงกว่าจึงจะมายกเว้น แก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก กฎหมายได้ ซึ่งศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ก็ได้เคยให้แนวความเห็นไว้ในทำนองเดียวกันนี้<sup>69</sup> และเนื่องจากปัญหาฐานะการใช้หลัก Volenti non fit injuria เป็นเรื่องที่น่าสนใจ ผู้เขียนจึงขออนุญาตนำรายละเอียดเรื่องดังกล่าวไปแสดงไว้ในบทต่อไป

#### 4.3.2.3 ลักษณะและหลักเกณฑ์ของการให้ความยินยอมในทางแพ่ง

##### (1) ขอบเขตของการให้ความยินยอม

การให้ความยินยอมในทางแพ่งจะมีขอบเขตที่กว้างกว่าการให้ความยินยอมในทางอาญา เพราะการให้ความยินยอมในทางอาญาสามารถให้ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเท่านั้น แต่การให้ความยินยอมในทางแพ่งสามารถให้ได้ทั้งสิทธิที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด โดยไม่จำกัดว่าต้องมากน้อยเพียงไหน ดังที่ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้กล่าวว่า "...ถ้าผู้เสียหายยอมให้กระทำ หรือยอมต่อการกระทำหรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม ย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างใดและได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดมากน้อยเพียงใดก็ตาม"<sup>70</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้กระทำทำนอกเหนือความยินยอมหรือกระทำโดยประมาท เลินเล่อ ยังคงต้องรับผิดฐานละเมิด เช่น ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดไส้ติ่ง แต่แพทย์กลับผ่าตัดกระเพาะอาหาร หรือแพทย์ลืมเครื่องมือผ่าตัดไว้ในท้องโดยประมาทเลินเล่อ แพทย์ผู้ผ่าตัดต้องรับผิด เป็นต้น

<sup>69</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย," ตุลพาท 20 (มกราคม-ธันวาคม): 29.

<sup>70</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 55.



ขอบเขตการให้ความยินยอมในทางแพ่งได้เป็นเช่นที่กล่าวมาข้างต้นโดยตลอด แต่เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขอบเขตก็ได้เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งผู้เขียนจะขอยกไปกล่าวไว้ในหัวข้อสุดท้ายของบทนี้

(2) ผู้เสียหายต้องเข้าใจในผลแห่งความยินยอม

เมื่อผู้เสียหายเข้าใจในผลแห่งความยินยอมแล้ว ก็ทำให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับผิดในทางละเมิดอีก เว้นเสียแต่การกระทำบางอย่างที่ไม่ว่าอย่างไรก็ต้องรับผิดตามกฎหมาย เช่น การกระทำชำเรา เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ซึ่งจากตัวอย่างนี้ผู้กระทำชำเราจะต้องรับผิดอาญาอยู่ แต่ไม่ต้องรับผิดในทางละเมิด (แต่เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้มีการประกาศใช้แล้ว ผลก็ถูกเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้กระทำชำเราต้องรับผิดในทางละเมิดด้วย)

(3) ต้องเป็นความยินยอมที่ได้มาโดยบริสุทธิ์ ปราศจากกลล่อลวง หลอกลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิด เช่น ชายกระทำชำเราหญิงโดยทำให้หญิงสำคัญผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ไม่ถือว่าหญิงให้ความยินยอม<sup>71</sup>

(4) ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรืออยู่ถึงขณะที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น

ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมล่วงหน้านานแค่ไหนก็ได้ หรือจะให้ในขณะที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ได้ ขอเพียงแต่ให้ความยินยอมนั้นอยู่ตลอดระยะเวลาของการกระทำความผิดนั้นก็เพียงพอแล้ว ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับกับทางอาญา แต่เมื่อผู้ต้องเสียหายไม่ต้องการรับผลแห่งการละเมิดนั้นต่อไป ก็สามารถถอนความยินยอมได้ตลอดเวลา เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2005/2492 “นายจัดตุสิงห์ โจทก์ นายกีเงี้ยว จำเลย จำเลยปลุกโรงขายคาล้ำหลังคาเรือนโจทก์ ก่อนอนุญาตให้จำเลยปลุก ผู้ให้เช่าที่ดินได้ปรึกษาโจทก์ โจทก์ไม่ขัดข้อง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยมิได้ละเมิดสิทธิโจทก์ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง การกระทำโดยได้รับความยินยอมนี้ เมื่อ

<sup>71</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

กระทำไม่เป็นละเมิด แต่ภายหลังอาจกลายเป็นละเมิดได้ ในเมื่อจำเลยฝ่าฝืนต่อสิทธิของโจทก์ ซึ่งเกิดการกระทำขึ้นใหม่”<sup>72</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ 1656/2493 “สำนักงานทรัพย์สินพระมหากษัตริย์ โจทก์ นายประยูร จำเลย ที่แรกให้จำเลยอาศัย ภายหลังโจทก์ให้คนเช่า ได้บอกให้จำเลยออกไปจากบ้านเรือนที่จำเลยอาศัย จำเลยไม่ยอมออก การที่จำเลยขึ้นอยู่ต่อไปในบ้านเรือนของโจทก์เป็นละเมิด”<sup>73</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ 231/2504 “การปลูกสร้างรูก้ำเข้าไปในเขตห้องของโจทก์โดยโจทก์ ยินยอม แม้จะไม่เป็นการละเมิดแต่ก็ไม่ทำให้เกิดสิทธิให้สิ่งปลูกสร้างรูก้ำอยู่ได้ตลอดไป เมื่อจำเลยรับโอน ห้องที่รูก้ำ และไม่มีสิทธิที่จะให้สิ่งปลูกสร้างรูก้ำห้องเขตโจทก์ได้ จำเลยก็ต้องรื้อไป เมื่อโจทก์มีสิทธิและบอกให้รื้อ จำเลยไม่รื้อ การซึ่งไม่เป็นละเมิดก็กลายเป็นละเมิดขึ้น”<sup>74</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ 74/2507 “ผู้ซื้อที่ดินที่มีเขตจดแม่ค้า ยอมให้ผู้ขายซึ่งมีเรือนปลูกอยู่ในที่ ขายตลิ่งหน้าที่ดินนั้นคงอยู่ต่อไปได้ 1 ปี จึงจะรื้อถอนไป ความยินยอมนี้ถือได้เพียงว่า ไม่มีการละเมิดในระยะ ดังกล่าวนั้น เมื่อผู้ซื้อบอกกล่าวให้ผู้ขายรื้อถอนไปแล้ว ผู้ขายยังขัดขืน ผู้ซื้อฟ้องขับไล่ได้”<sup>75</sup>

ส่วนการให้ความยินยอมในภายหลังจากที่ได้มีการกระทำผิดแล้ว กรณีนี้จะกลายเป็นเรื่องของการให้อภัยหรือเป็นเรื่องสัญญาประนีประนอมยอมความแทน (หากเข้าลักษณะสัญญาประนีประนอมยอมความตามมาตรา 850 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) จึงไม่มีผลต่อความผิด การกระทำที่เป็นละเมิดไปแล้วไม่อาจกลับมาไม่เป็นละเมิดไปได้

<sup>72</sup> พจนี ปุชปาคม, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ไทยมิตรการพิมพ์, 2509), หน้า 38.

<sup>73</sup> เรื่องเดียวกัน, 38.

<sup>74</sup> วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515), หน้า 78.

<sup>75</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

#### 4.3.2.4 บุคคลที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอม

บุคคลที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอมคือผู้ที่จะถูกกระทำละเมิด เพราะการยินยอมให้ผู้อื่นมาทำร้ายสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของตัวเองก็ดี ก็เป็นไปตามตรรกะอยู่แล้วที่บุคคลนั้นต้องเป็นผู้ให้ความยินยอม ยกเว้นบางกรณีที่จะถูกกระทำละเมิดอยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง เช่น ผู้ป่วยที่หมดสติแล้วต้องรับการผ่าตัดเป็นการด่วนเพื่อช่วยชีวิต ซึ่งหากแพทย์ไม่รีบผ่าตัดผู้ป่วยจะมีอันตราย ครั้นจะรอให้ผู้ป่วยฟื้นขึ้นมาให้ความยินยอมก่อนก็คงไม่ทันการณ์ ในกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นและจำเป็นที่จะต้องกระทำละเมิดเพื่อช่วยชีวิตของผู้ป่วย กฎหมายจึงถือว่าแม้ไม่ได้รับความยินยอม ผู้กระทำละเมิดก็มีต้องรับผิดชอบ เพราะโดยปกติแล้วในสถานการณ์เช่นนี้วิญญาณทั่วไปย่อมให้ความยินยอมกันทั้งนั้น<sup>76</sup>

ส่วนกรณีที่ผู้ถูกกระทำละเมิดเป็นผู้เยาว์ ถ้าสามารถเข้าใจในผลแห่งความยินยอมแล้ว ก็อาจให้ความยินยอมได้ แม้ว่าบิดามารดาผู้ปกครองจะได้ห้ามการยินยอมโดยชัดแจ้งแล้วก็ตาม เช่น ผู้เยาว์อายุ 7 ปี ยินยอมในการเล่นชกมวย หรือหญิงผู้เยาว์อายุเกิน 15 ปี ยินยอมให้ชายกอดจูบ ย่อมไม่เป็นละเมิด แต่ถ้าผู้เยาว์นั้นไม่เข้าใจในผลแห่งความยินยอม ก็จะไม่ให้ความยินยอมโดยลำพังมิได้ เช่น ผู้เยาว์อายุ 7 ปี ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดไม่ได้ เป็นต้น<sup>77</sup> และสำหรับกรณีที่ผู้ให้ความยินยอมเป็นผู้มีความสามารถบกพร่องตามกฎหมาย เช่น คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ย่อมไม่สามารถที่จะให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง กฎหมายจึงให้เป็นหน้าที่ของผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครอง แล้วแต่กรณี สามารถที่จะแสดงความยินยอมแทนได้

<sup>76</sup> สุธีรา จินายน, "วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2550), หน้า 67.

<sup>77</sup> คัดดี สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 60-61.

#### 4.3.2.5 วิธีการให้ความยินยอม

การให้ความยินยอมอาจให้โดยตรง ซึ่งมีหลายวิธี เช่น ทางวาจา หรือเขียนเป็นหลักฐานไว้ หรือการกระทำอย่างใด ๆ โดยกิริยาท่าทางซึ่งแสดงถึงความเต็มใจยอมให้กระทำการรุกรานหรือประทุษร้ายนั้นโดยชัดแจ้ง เป็นต้นว่า การพยักหน้า การทำนิ้วเป็นสัญลักษณ์ว่าตกลง

นอกจากนี้ การให้ความยินยอมอาจให้โดยปริยายก็ได้ อันเป็นการแสดงออกที่ไม่เห็นโดยชัดแจ้ง แต่วิญญูชนทั่วไปย่อมเข้าใจได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม และผู้กระทำก็ต้องเข้าใจโดยสุจริตว่ายินยอม เช่นเดียวกันด้วย อาจเป็นการแสดงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งบุคคลธรรมดาควรจะเข้าใจทำทางนั้น หรือแม้กระทั่งการนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมแล้ว เพราะเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอม เช่น เพื่อนวิ่งมาหยิบนาฬิกาข้อมือพร้อมตะโกนบอกว่าขอยืมไปใส่ เจ้าของนาฬิกาก็นิ่งเฉย มิได้พูดว่ากล่าวอะไร ก็ถือว่าเจ้าของนาฬิกาให้ความยินยอมแล้ว หรือ ชายทำท่าจะจุมหญิง หญิงไม่ได้ป้องกันขัดขวาง ถือได้ตามพฤติการณ์แล้วว่ายินยอม เมื่อชายจุมหญิงจึงไม่ผิดละเมิด เป็นต้น

#### 4.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับหลัก Volenti non fit injuria

เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ถูกประกาศใช้ และมีผลบังคับในวันที่ 14 พฤศจิกายน 2541 เป็นต้นมา ก็ทำให้ขอบเขตของการใช้หลักความยินยอม (Volenti non fit injuria) เปลี่ยนแปลงไปโดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้”

จากผลของมาตรานี้ ไม่ได้ทำให้เรื่องความยินยอมถูกยกเลิกไป เพียงแต่มาจำกัดว่าความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ แต่หากทำการอ้างไปแล้วจะมีผลทำให้การอ้างตกเป็นโมฆะ ตามผลของมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ที่



บัญญัติว่า "ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ" ส่วนการให้ความยินยอมกรณีอื่นนอกเหนือไปจากนี้ ไม่ต้องห้ามแต่อย่างใด

การกระทำที่อยู่ในขอบเขตมาตรา 9 แยกได้ 2 กรณี ซึ่งผู้เขียนขออธิบายดังนี้

(1) การกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

เมื่อกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมสำหรับการกระทำที่ "ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย" ก็ดูเหมือนจะทำให้หลักความยินยอมไม่สามารถนำไปใช้ได้เลยในทางแพ่ง เพราะเรื่องความผิดละเมิดกรณีต่างๆ ก็ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด เป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน ซึ่งถือว่าต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายแล้ว แต่สิ่งที่ต้องระลึกถึงคือ การกระทำโดยผิดกฎหมายนั้น มีความหมายกว้าง นอกจากการกระทำซึ่งมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ยังหมายรวมถึงการล่วงสิทธิหรือประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่น และการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นด้วย ดังนั้นจึงมีการกระทำอื่นที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมได้<sup>78</sup>

ในส่วนของกรกระทำความผิดทางอาญา ได้มีนักกฎหมายบางท่าน<sup>79</sup> เห็นว่าไม่อาจให้ความยินยอมในความผิดเหล่านั้นได้ เพราะถือว่าความผิดฐานต่างๆ ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน (คือบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา) อันถือว่าเป็นการ "ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย" ตามมาตรา 9 แล้ว แต่ท่านก็ได้มีความเห็นเพิ่มเติมในแนวทางที่ว่า การนำเรื่องความยินยอมไปปรับใช้ในทางอาญาควรมีความยืดหยุ่นมากกว่านี้ โดยให้นำเรื่องความยินยอมไปใช้กับความผิดอาญาอันยอมความได้ได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับการค้าบางกรณี ความผิดเกี่ยวกับเพศบางกรณี ความผิดต่อเสรีภาพบางกรณี ความผิดฐานเปิดเผยความลับ ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดฐานฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ทำให้เสียทรัพย์ และบุกรุกบางกรณี แต่ไม่นำไปใช้กับความผิดอาญาต่อแผ่นดินเพราะถือเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคมอันเกินกว่าที่จะยอมรับให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดไปได้

<sup>78</sup> ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 57.

<sup>79</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพเป็นอย่างสูง ผู้เขียนคิดว่าหลักความยินยอมสามารถนำมา บังคับใช้กับความผิดทางอาญาได้ แม้จะมีการประกาศใช้มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่ เป็นธรรม พ.ศ.2540 แล้วก็ตาม เพราะพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เป็น กฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในทางแพ่ง มิใช่ในทางอาญา ซึ่งหากสังเกตดูข้อความในตอนท้ายของมาตรา 9 จะ เขียนว่า "...จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้" ดังนั้นการให้ความยินยอมใน การกระทำความผิดทางอาญายังคงให้ได้อยู่ตามเดิม คือ ให้ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ซึ่ง เป็นหลักการที่วางมาจากคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ตัวอย่างเช่น ก ยินยอมให้ ข จับตัวเองมาขังไว้ใน กระท่อมบนเกาะกลางทะเล โดยไปไหนไม่ได้เพื่อไถ่โทษแทนพี่สาวที่เคยทำไม่ดีกับ ข ไว้ ถือเป็นความยินยอม ที่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ข จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้ แต่ ถ้าเป็นกรณีที่ ก เข้าร่วมการประกวดร้องเพลงที่ทางสถานีโทรทัศน์จัดให้ผู้เข้าแข่งขันทุกคนต้องอยู่ภายในบ้าน ที่จัดเตรียมไว้ให้เป็นเวลา 3 เดือน โดยไม่สามารถออกไปไหนได้เองจนกว่าจะได้รับอนุญาต จะเห็นได้ว่าบุคคล โดยทั่วไปย่อมไม่คิดว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีแต่อย่างไร ความยินยอมของ ก จึงมีผล ทำให้สถานีโทรทัศน์ไม่ต้องรับผิดฐานกระทำละเมิดต่อสิทธิในเสรีภาพของ ก เป็นต้น

#### (2) การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มีคำถามเกิดขึ้นว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการ "ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน" ตามมาตรา 9 สำหรับเรื่องนियามนี้ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า "การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายความว่า การกระทำที่ขัดต่อประโยชน์โดยทั่วไป ของประเทศชาติหรือประชาชน หรืออาจกล่าวอย่างกว้างๆ ว่า การกระทำซึ่งมีผลกระทบกระเทือนถึงความ มั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคม และหรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ส่วนการ กระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายความว่า การกระทำที่ขัดต่อธรรมเนียมประเพณีของสังคม ซึ่ง รวมถึงหลักในศาสนาใดศาสนาหนึ่งด้วย อนึ่ง ศีลธรรมอันดีของประชาชนกับความสงบเรียบร้อยของ ประชาชนมักจะเกี่ยวพันกันจนแยกไม่ออก จึงเรียกรวมกันว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน"<sup>80</sup>

<sup>80</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

เมื่อทำความเข้าใจกับหลักเกณฑ์ทั้งหมดข้างต้นแล้ว จะพบว่าท้ายที่สุด สิทธิที่ยังคงสามารถให้ความยินยอมได้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้แก่ สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน และสิทธิอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย สุขภาพ และอนามัย เท่านั้น เพราะสิทธิที่เกี่ยวข้องกับเนื้อตัวร่างกายทั้งหมดล้วนเป็นกรณีที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย (โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญา) หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันมีผลทำให้ตกเป็นโมฆะไปทั้งสิ้น

ส่วนมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่บัญญัติว่า

“มาตรา 8 ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความ ต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในวรรคหนึ่งซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

สำหรับมาตรา 8 นี้ ก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันว่าจะสามารถนำเรื่องความยินยอมมาใช้บังคับด้วยหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะขอนำเสนอรายละเอียดในบทที่ 5 หัวข้อ 5.4.1

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาของหลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายไทย  
กฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนี และกฎหมายอังกฤษ

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงกฎหมายละเมิดและหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทยไปในบทที่แล้ว มาในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้หลัก Volenti non fit injuria โดยทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีและอังกฤษ ว่าในประเทศดังกล่าวมีปัญหาในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria เหมือนกับประเทศไทยหรือไม่ อย่างไร ซึ่งในส่วนแรกของแต่ละปัญหา ผู้เขียนจะทำการเปรียบเทียบใน 3 ประเทศคือไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และอังกฤษ เสียก่อน หลังจากนั้นจึงค่อยทำการอธิบายและวิเคราะห์ปัญหาเฉพาะของประเทศไทย เพื่อให้มีความเข้าใจได้อย่างละเอียดและเห็นแนวความคิดเห็นในแบบของไทยได้อย่างชัดเจน

5.1 ปัญหาฐานะในทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria

5.1.1 เปรียบเทียบปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และอังกฤษ

ฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทยนั้น นักกฎหมายหลายท่าน เช่น ศาสตราจารย์ไพศาล กุมาลยวิสัย<sup>1</sup> ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ<sup>2</sup> อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ<sup>3</sup> รวมถึงแนวความเห็นส่วนใหญ่ ต่างเห็นว่าหลัก Volenti non fit injuria ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจเป็นเพราะได้เดินตามแนวทางที่ศาลได้วางไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ที่กล่าวถึงความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งการมองว่าหลัก Volenti non fit injuria อยู่ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปได้ก่อให้เกิดปัญหาว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่มีลำดับการปรับใช้สุดท้ายตามมาตรา 4 วรรค

<sup>1</sup>ไพศาล กุมาลยวิสัย, "ความยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้," ตุลพาท 15 (2511): 139-140.

<sup>2</sup>ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 55.

<sup>3</sup>ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1(2530), หน้า 22.



สอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะสามารถนำมายกเว้นความรับผิดในมาตรา 420 ซึ่งถือเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 4 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ จวบจนกระทั่งปัจจุบัน หลัก Volenti non fit injuria ก็ยังถูกนำไปปรับใช้กับคดีอยู่ โดยมีข้อกังขานำไปปรับใช้ได้ในฐานะอะไร แต่ปัญหานี้อาจไม่เกิดขึ้นกับประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี เพราะกฎหมายละเมิดของสหพันธรัฐเยอรมนีถือว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นส่วนที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในเรื่อง “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” ขาดหายไป ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายมาตรา 823 แต่อย่างใด

ซึ่งผลของการถือว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นส่วนที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในเรื่อง “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” ขาดหายไปมีข้อดีคือทำให้ไม่ต้องพะวงถึงฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria อีกต่อไป เพราะหลัก Volenti non fit injuria เป็นเพียงส่วนหนึ่งที่ทำให้มาตรา 823 ขาดองค์ประกอบไปเสียก่อนที่การกระทำจะกลายเป็นความผิดละเมิด

ส่วนประเทศอังกฤษก็จะเป็นอีกแนวทางที่ต่างไปจากประเทศไทยและสหพันธรัฐเยอรมนี เพราะในกฎหมายละเมิดอังกฤษจะมีเรื่อง “ข้อต่อสู้ของจำเลย (defences)” เข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือในกรณีที่จำเลยได้กระทำการครบองค์ประกอบความรับผิดแล้วแต่ไม่ต้องการรับผิดทางละเมิด จำเลยต้องยกข้อต่อสู้ขึ้นมาโต้แย้ง เช่น เรื่องความจำเป็น (Necessity) เรื่องเหตุสุดวิสัย (Inevitable Accident) เรื่องการร่วมกันกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Contributory Negligence) เรื่องการกระทำโดยมีอำนาจตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ (Statutory Authority) รวมถึงเรื่องความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) ซึ่งถือเป็นวิธีการปรับใช้ในประเทศอังกฤษที่ได้รับการยอมรับ เป็นแนวการสอนนักศึกษา และปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายละเมิดอังกฤษแทบทุกเล่มก็ว่าได้ สำหรับตัวผู้เขียนเองแล้ว มีความเห็นว่าเป็นปัญหาในเรื่องฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศอังกฤษอาจมีน้อย เพราะประเทศอังกฤษมีวิธีการปรับใช้กฎหมายละเมิดในแบบเฉพาะตัวตามวิถีของ Common Law ซึ่งแตกต่างไปจากไทยและสหพันธรัฐเยอรมนีที่เป็น Civil Law โดยอังกฤษมองว่าต้องมีการกระทำทางละเมิดครบ

---

\* ในส่วนของหลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบ “ผิดกฎหมาย” นั้น ตำรากฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนีชื่อ Manual of German Law ของ E. J. Cohn ในส่วนของหลักเกณฑ์มาตรา 823 กฎหมายละเมิดหัวข้อ unlawfully ได้อธิบายว่า “The injury must have been caused ‘unlawfully.’ This means that the injury must not have been rendered lawful by one of the various grounds which may justify the defendant’s act, such as the right of parents or teachers to castigate children, the rules of self-defence and self preservation..., the rule of volenti non fit injuria or any other similar special ground.”

องค์ประกอบความรับผิดก่อน จำเลยจึงค่อยหาข้อต่อสู้ต่างๆมาได้แย้งโจทก์ ซึ่งถ้าโต้แย้งเป็นผลก็ไม่ต้องรับผิดทางละเมิด แต่ถ้าโต้แย้งไม่เป็นผลเพราะข้อต่อสู้ฟังไม่ขึ้น จำเลยก็ต้องรับผิดไป นอกจากนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนำหลัก Volenti non fit injuria ไปปรับใช้กับคดีก็ได้ค่อยๆ มีการแก้ไขคดีคล้ายไปในแต่ละข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏอยู่ในแต่ละคดีและกลายเป็นแนวบรรทัดฐานให้กับคดีอื่นๆที่ตามหลังมาในลักษณะเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยก็คงไม่สามารถที่จะเลียนแบบการใช้หลัก Volenti non fit injuria ตามอย่างประเทศอังกฤษได้ เพราะไทยเองก็มีวิวัฒนาการในทางกฎหมายละเมิดมาในแบบของตนเองเนิ่นนานแล้วเช่นกัน หากไทยถือว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นข้อต่อสู้ของจำเลยบ้าง ก็จะทำให้เกิดปัญหาตามมาอีกว่า ข้อต่อสู้นี้ได้รับการบัญญัติไว้ที่ใดในประมวลกฎหมาย และข้อต่อสู้นี้มีฐานะใดในทางกฎหมายจึงนำมายกเว้นความรับผิดได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการย้ายอยู่ที่เก่าและย้อนกลับไปยังปัญหาเดิม ดังนั้น ปัญหาเรื่องฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ของประเทศไทยก็ควรได้รับการแก้ไขในแบบฉบับของไทย ซึ่งได้นำหลักเรื่องความยินยอมไปใช้ทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง ดังปรากฏในหัวข้อถัดไป

#### 5.1.2 ปัญหารู้นฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย

จากการศึกษาในทางประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาจะเห็นว่า ประเทศไทยได้นำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้กับคดีเนิ่นนานแล้ว โดยมีหลักฐานที่ชัดเจนคือคำพิพากษาที่ 649 ปี ร.ศ.120 (พ.ศ. 2440) หลังจากนั้นไม่นานก็มีย่อคำพิพากษาฎีกาที่ 307 ปี ร.ศ. 121 (พ.ศ. 2441) ซึ่งถือเป็นคำพิพากษาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และหลังจากนั้นก็ยังมีคำพิพากษาอื่นๆตามมาทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1486/2462, 787/2483, 95/2484 ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 เป็นต้น แต่ถึงแม้จะมีการนำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้นานแล้วแต่ก็ยังยังมีปัญหาถกเถียงกันอยู่มากว่า การนำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้ในระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นการใช้ในฐานะใด ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 เป็นคำพิพากษาคดีอาญาที่วางหลักเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมไว้ ใต้ระบุว่าหลัก Volenti non fit injuria ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และหลังจากนั้นเป็นต้นมา นักกฎหมายหลายท่าน เช่น ศาสตราจารย์ไพศาล กุมาลยวิสิษฐ์<sup>4</sup> ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ<sup>5</sup> อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ<sup>6</sup> รวมถึงแนว

<sup>4</sup>ไพศาล กุมาลยวิสิษฐ์, “ความยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้,” ตุลพาท 15 (2511): 139-140.

<sup>5</sup>ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 55.

ความเห็นส่วนใหญ่ ก็เห็นว่าหลัก Volenti non fit injuria ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแม้จะนำมาปรับใช้ในทางแพ่ง (ละเมิด)ก็ตาม

กฎหมายที่บัญญัติถึงการใช้กฎหมายคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในกรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เนื่องจากระบบกฎหมายไทยเป็นระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป (Civil Law) ที่ใช้ประมวลกฎหมายและกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก แต่ไม่ปรากฏว่าได้บัญญัติหลัก Volenti non fit injuria ไว้ในกฎหมายฉบับใด นักกฎหมายบางท่านและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาจึงเห็นว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้ในระบบกฎหมายไทยโดยอาศัยมาตรา 4 วรรคสอง แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่มีใครอธิบายในด้านของนิติวิธีไว้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะนำมาใช้ เพื่อยกเว้นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างไร หากจะมีอยู่บ้างก็เป็นการอธิบายไว้เฉพาะในส่วนของความยินยอมตามกฎหมายอาญาเท่านั้น ดังนั้นเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวนี้เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจผู้เขียนจึงขอแยกการพิจารณาออกเป็นหลักความยินยอมในทางกฎหมายอาญาและหลักความยินยอมในทางกฎหมายแพ่งดังนี้

#### 5.1.2.1 ปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางกฎหมายอาญา

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภักย์ ได้อธิบายไว้ว่า หลักที่ว่าความยินยอมทำให้ไม่มีความผิดนี้มีได้บัญญัติไว้ ณ ที่ใดในประมวลกฎหมายอาญาเลย ว่า ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด แต่ก็หลักที่ได้ยอมรับกันมาแต่ครั้งกฎหมายโรมัน ดังจะเห็นได้จากภาษิตกฎหมายที่ว่า Volenti non fit injuria ซึ่งแปลตรงตัวได้ว่า “ความยินยอมทำให้ไม่มีความผิด” เมื่อหลักเรื่องความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดนี้ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว จะนำมาใช้ในทางกฎหมายได้อย่างไร เรื่องนี้ต้องเข้าใจว่าหลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรก็ได้ ที่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นบทลงโทษบุคคลเท่านั้น ซึ่งก็เป็นที่

---

<sup>6</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1(2530), หน้า 22.



ยอมรับกันทั่วไป ดังนั้นหลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดจึงมีได้โดยมิต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เหตุที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็อาจเป็นการยากที่จะกำหนดไปว่าความยินยอมอย่างไรจึงจะไม่ใช่ความผิด ซึ่งอาจจะเกินความสามารถของมนุษย์ที่จะบัญญัติให้ครบถ้วนจนเป็นหลักเป็นเกณฑ์ที่ใช้การได้ จึงต้องปล่อยไว้ให้เป็นหลักที่ใช้วินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้ใช้กฎหมายว่าอย่างไรจึงจะเหมาะสม<sup>7</sup> ซึ่งความเห็นของท่านศาสตราจารย์จิตติ ดังกล่าวข้างต้นชัดเจนว่า หลักความยินยอมไม่ใช่ความผิดนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และนำมาใช้ได้ แม้ว่าจะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากหลักดังกล่าวมิใช่กฎหมายที่ลงโทษบุคคล ซึ่งความเห็นดังกล่าวนี้สอดคล้องกับความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ที่เห็นว่าหลักในเรื่องความยินยอมซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป สามารถนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดได้ในบางกรณี การนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำ ถือว่าเป็นการนำมาใช้เพื่อเป็นคุณ เพราะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญา<sup>8</sup> นอกจากนี้แล้วยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ที่ได้วินิจฉัยสนับสนุนความเห็นดังกล่าวว่า หลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและนำมาใช้ได้ แม้ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีท่านทั้งสองก็ไม่ได้ให้ความเห็นต่อไปว่าการนำหลักดังกล่าวมาใช้นั้นเป็นการนำมาใช้โดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายใด จะมีก็แต่เพียงท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ที่ให้ความเห็นว่านำมาใช้โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง<sup>9</sup>

แต่ในประเด็นเดียวกันนี้ศาสตราจารย์ไพศาล กุมาลย์วิสัย เห็นว่าตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเหตุยกเว้นอาญาหรือยกเว้นโทษไว้ในภาค 1 ซึ่งจะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาในภาค ๑ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไปนั้นมิได้ถือว่าความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นเหตุยกเว้นอาญาหรือยกเว้นโทษได้ ทั้งนี้ไม่ว่าความยินยอมนั้นจะอยู่ในลักษณะใดๆ ทั้งสิ้น ประมวลกฎหมายอาญาของเราคงถือความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุยกเว้นอาญาหรือยกเว้นโทษก็เฉพาะแต่ความผิดบางประเภทตามที่บัญญัติไว้เฉพาะความผิดในภาค 2 เท่านั้น เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเด็กหญิงเด็กหญิงเกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 หรือมาตรา 279 เป็นต้น

<sup>7</sup>จิตติ ดิงศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด," วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 52-53.

<sup>8</sup>เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2551), หน้า 31.

<sup>9</sup>ไพจิตร ปุญญพันธ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย," ตุลพาห 20 (มกราคม-ธันวาคม): 29-30.



ฉะนั้นการที่ศาลฎีกานำเหตุผลเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในลักษณะดังกล่าวเรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญา” มาปรับแก้คดีนั้นเห็นว่าไม่น่าจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับได้ ในเมื่อประมวลกฎหมายของเรามิได้บัญญัติถึง การแปลกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด กฎหมายเราได้ยอมรับนับถือหลักความยินยอมอยู่บ้างแต่ก็ยอมรับโดยจำกัดดังตัวอย่างข้างต้น ถ้าหากประมวลกฎหมายอาญาของเราต้องการให้นำหลักความยินยอมมาใช้บังคับได้โดยทั่วไปก็น่าจะบัญญัติไว้ให้ชัดเจน เพราะเป็นกฎหมายอาญา<sup>10</sup>

เกี่ยวกับประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า หลัก Volenti non fit injuria หรือความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดในทางอาญานั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้เพราะหลักกฎหมายทั่วไปนั้นหมายถึงหลักกฎหมายที่ประเทศที่เจริญแล้วยอมรับนับถือกันทั่วไป ซึ่งอาจเป็นหลักกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้โดยที่ประเทศอื่นยอมรับนับถือ หากเราจะต้องเป็นหลักกฎหมายเฉพาะของประเทศไทยเท่านั้นไม่ เพราะถ้าทำการพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 4 วรรคสองให้ดีจะเห็นได้ว่า การปรับใช้กฎหมายเมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้นั้น ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก่อน ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้นให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยจึงให้วินิจฉัยตามบทกฎหมายทั่วไป หากเข้าใจว่าจารีตประเพณีท้องถิ่นก็ดี บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ดี ต้องเป็นของไทยเท่านั้น ก็แสดงว่า “จารีตประเพณีและบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีความสำคัญมากกว่าหลักกฎหมายทั่วไป” เพราะหลักกฎหมายทั่วไปถูกปรับใช้ในลำดับหลังสุด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะเป็นเช่นนั้นได้ เพราะเป็นการแปลกประหลาดที่กลับเอาหลักกฎหมายแท้ๆ มาเป็นรองจารีตประเพณีซึ่งมิใช่ตัวบทบัญญัติของกฎหมายและมารองบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งมีใช้แต่เพียงบทบัญญัติของกฎหมายอย่างธรรมดา<sup>11</sup> ดังนั้นหากทำการแปลว่าหลักกฎหมายทั่วไปต้องเป็นหลักกฎหมายของไทยเท่านั้นก็จะขัดกับเหตุผล ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นหลักกฎหมายของไทย และจากการที่ได้ทำการศึกษาในบทที่ 2 และบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า หลัก Volenti non fit injuria เป็นหลักกฎหมายของโรมัน และในภายหลังได้เผยแพร่ไปยังกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายทั้ง Civil Law และ Common Law นับได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ประเทศต่างๆ ยอมรับนับถือ จึงไม่เป็นที่น่าสงสัยแต่ประการใดหากจะกล่าวว่าหลัก Volenti non fit injuria ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่ง

<sup>10</sup> โศกาล กุมลวิสัย, “ความยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้,” *อุลพาท* 15 (2511): 139-140.

<sup>11</sup> ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, “ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย,” *อุลพาท* 20 (มกราคม-ธันวาคม): 25.

เมื่อฟังว่าหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว จะสามารถนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทยโดยอาศัยบทบัญญัติมาตราใดนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติหลักการบังคับใช้กฎหมายอาญาไว้ใน มาตรา 2 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หลักในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรกนี้ เป็นหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศ หลักนี้เรียกในภาษาลาตินว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime nor punishment without law” ซึ่งหมายถึง “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” นอกจากนี้ยังเรียกกันในภาษาอังกฤษด้วยว่า “Principle of law” ซึ่งหลักตามมาตรา 2 วรรคแรกสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>12</sup>

1. ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ แต่หากเป็นกรณียกเว้นความผิดแล้ว แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นความผิดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในขณะกระทำก็สามารถนำมาใช้ได้ เพราะเป็นการนำมาใช้เพื่อเป็นผลดีมิใช่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำ

2. กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้ผลร้ายไม่ได้ ทั้งนี้เพราะมาตรา 2 ใช้คำว่า “ในขณะกระทำ” หมายความว่า หากในขณะกระทำไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ต่อมาจะมีการออกกฎหมายย้อนหลังโดยถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดมิได้ และหากในขณะกระทำมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ต่อมาจะมีการออกกฎหมายย้อนหลังเพิ่มโทษการกระทำดังกล่าวให้หนักขึ้นไม่ได้

3. ถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ การที่จะให้คนรู้ล่วงหน้าว่าการกระทำอย่างใดหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดนั้น บทบัญญัตินั้นต้องชัดเจนแน่นอนปราศจากความคลุมเครือ และในส่วนของโทษก็ต้องชัดเจนด้วยว่าการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดนั้นๆ จะต้องได้รับโทษสถานใด

4. กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด หมายความว่า เมื่อรัฐได้ออกบทบัญญัติที่แจ้งชัดระบุว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดทางอาญาแล้ว ก็ถือว่าเฉพาะกรณีนั้นๆ เท่านั้นเป็นความผิด จะไปรวมถึงกรณีอื่นด้วยไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหลักการตีความโดยเคร่งครัดหมายถึง จะอาศัยเทียบ (Analogy) บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ให้เป็น

<sup>12</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2551), หน้า 16-17.

ผลร้ายไม่ได้ และจะนำ "จารีตประเพณี" และ "หลักกฎหมายทั่วไป" มาใช้ให้เป็นผลร้ายไม่ได้ แต่ไม่ห้ามการตีความโดยขยายความ (Extensive interpretation) แม้จะเป็นการขยายความเพื่อลงโทษจำเลยก็ตาม เช่น การลักกระแสรไฟฟ้ามีความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501)

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายตามมาตรา 2 ข้างต้นแล้วผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายอาญานั้น การกระทำอย่างใดที่เป็นความผิด กฎหมายต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง และจะตีความโดยเคร่งครัดเฉพาะกรณีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำอย่างใดหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด และเกี่ยวกับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำเท่านั้น จะอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือนำจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ให้เป็นผลร้ายไม่ได้ แต่หากเป็นกรณีอื่นที่มีโทษเรื่องการกระทำอย่างใดหรือไม่กระทำอย่างใดอันเป็นความผิด และโทษที่จะลงแล้ว แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในขณะกระทำก็สามารถนำมาใช้ได้ เช่น กรณียกเว้นความผิด เพราะเป็นการนำมาใช้เพื่อเป็นผลดีมิใช่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำ ดังนั้นหลัก Volenti non fit injuria หรือ หลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายยกเว้นความผิดนั้น จึงสามารถนำมาใช้กับกฎหมายอาญาได้ แม้ว่าจะมิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

มีข้อพิงสงสัยเกิดคือหลัก Volenti non fit injuria หรือ หลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดนั้น เป็นหลักกฎหมายยกเว้นความผิด ซึ่งทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดเลยทีเดียว มิใช่หลักกฎหมายยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนโทษ ซึ่งบัญญัติไว้ในภาค 1 เช่น เรื่องจำคุก หรือเรื่องเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด จึงไม่ต้องมาพะวงว่าจะมีบทบัญญัติที่แสดงว่าความยินยอมที่เป็นข้อยกเว้นอยู่ที่ใดบ้าง และหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่าต้องมีกรณีที่เมื่อยินยอมแล้วทำให้ไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอก เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เชิญด้วยประการใด โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น..." จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้น ต้องเป็นการกระทำโดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หากผู้ถูกกระทำยินยอมย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการข่มขืน ทำให้ขาดองค์ประกอบภายนอกไปเลยการกระทำนั้นจึงไม่เป็นความผิด กรณีเช่นนี้สามารถปรับกฎหมายได้โดยตรงอยู่แล้วไม่จำเป็นต้องนำหลัก Volenti non fit injuria มาปรับใช้อีก ทำนองเดียวกับความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์..." จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่าการลักทรัพย์นั้นต้องเป็นการเอาทรัพย์ของผู้อื่นไปในลักษณะที่เป็นการแย่งการครอบครอง นั่นก็คือผู้ที่ครอบครองทรัพย์นั้นอยู่ต้องไม่ยินยอมให้เอาทรัพย์นั้นไป ดังนั้นหากผู้ที่ครอบครองทรัพย์ยินยอมให้เอาไปก็ไม่ใช่การแย่งการครอบครอง ทำให้ขาดองค์ประกอบภายนอกในส่วนของ การเอาไป จึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งความยินยอมดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่ามีใช่ความยินยอมตาม หลัก Volenti non fit injuria



ประเด็นต่อมา เมื่อหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เราจะนำมาใช้กับกฎหมายอาญาได้อย่างไร จะนำมาใช้โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง ได้หรือไม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า แม้ตามประมวลกฎหมายอาญาจะมีได้มีบทบัญญัติให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ได้อย่างประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ก็ตาม แต่หากกฎหมายอาญากับกฎหมายแพ่งก็มีความสัมพันธ์กัน ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำบางคำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา การที่เราจะทราบได้ว่ามีความหมายอย่างไรนั้นเราก็ต้องไปดูจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อน เช่น คำว่า "ทรัพย์" การที่จะรู้ว่าทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาคืออะไรนั้น ก็ต้องไปดูความหมายจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือคำว่า "บุคคล" หมายความว่าอย่างไรนั้น ก็ต้องไปดูกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายหลักของระบบกฎหมายไทย ซึ่งหากกฎหมายฉบับใดมีความไม่ชัดเจนเกิดขึ้น ก็ต้องกลับมาดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อดูว่าในเรื่องนั้นมีการบัญญัติไว้อย่างไร ทั้งนี้เพราะฝ่ายนิติบัญญัติได้ร่างหลักกฎหมายโดยมีรายละเอียดในเรื่องต่างๆ ไว้อย่างครอบคลุม และจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการบัญญัติและประกาศใช้ก่อนประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในการบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นการยากที่ระบุนรายละเอียดในทุกๆ เรื่องลงไป ทั้งนี้เพราะเป็นการยากที่จะคาดหมายได้ว่าจะมีเรื่องอะไรเกิดขึ้นบ้าง และรายละเอียดบางเรื่องก็ได้มีการบัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติซ้ำอีก ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติไว้เฉพาะเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การปรับใช้กฎหมายอาญานั้นนอกจากเราจะพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาแล้วเรายังสามารถนำหลักตามกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดกับหลักกฎหมายอาญา

สำหรับการปรับใช้กฎหมายตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ต้องเข้าใจว่าไม่ใช่การตีความกฎหมาย เพราะก่อนที่จะทำการวินิจฉัยในเรื่องใด(รวมถึงตีความ) ก่อนอื่นก็ต้องปรับใช้กฎหมายเสียก่อน หากถ้อยคำของกฎหมายที่บัญญัติไว้ไม่ชัดเจนเราถึงจะมาตีความกฎหมายต่อไป ดังนั้นหลักที่ยึดกันมาตลอดว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดนั้น เป็นเรื่องของการตีความมิใช่ การปรับใช้กฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นหากดูถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ให้ดี จะเห็นว่าการตีความโดยเคร่งครัดนั้นต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำอย่างใดหรือการไม่กระทำอย่างใดอันเป็นความผิด และเป็นเรื่องโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น และที่ว่าโดยเคร่งครัดนี้หมายความว่า หากไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำอย่างใดหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดแล้ว จะไปทำการอนุมานหรือ

---

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกาศใช้ในชั้นแรกปี พ.ศ. 2466 เฉพาะบรรพ 1 และบรรพ 2 ก่อน และเมื่อใช้แล้วได้พบกับข้อบกพร่องจึงได้นำกลับไปตรวจชำระใหม่และประกาศใช้อีกครั้งเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2468 ส่วนประมวลกฎหมายอาญาประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2500



นำเอาจารีตประเพณี หรือกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือกฎหมายทั่วไป มาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำไม่ได้ แต่หลัก Volenti non fit injuria หรือ หลักความยินยอมไม่เป็นความผิดนั้น การนำมาใช้นั้นอยู่ในขั้นตอนของการปรับใช้กฎหมายมิใช่การตีความกฎหมาย ทั้งหลักกฎหมายยังเป็นคุณต่อผู้กระทำมิได้ไป กำหนดว่าการกระทำอย่างใดหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด การนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ จึงไม่ขัดต่อหลักของมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

5.1.2.2 ปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ในทางกฎหมายแพ่ง นักกฎหมายไทยที่ได้อ้างถึงหลัก Volenti non fit injuria นั้นได้กล่าวถึงหลัก Volenti non fit injuria ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งก็มีปัญหาว่าหากเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแล้วจะสามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปมายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ ซึ่งเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวนี้มีนักกฎหมายไทยให้ความเห็นไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่า หลักกฎหมายที่ว่ากระทำโดยได้รับความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นละเมิดนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เรียกว่า "Volenti non fit injuria" หมายถึง "เมื่อให้ความยินยอมก็ไม่ถือว่ามีความเสียหาย" หรือที่นักกฎหมายบางท่านแปลว่า "ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด" โดยเหตุที่ละเมิดจะต้องเป็นการกระทำผิดกฎหมายและเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เมื่อไม่มีความเสียหายการกระทำนั้นจึงไม่เป็นละเมิด ผู้เสียหายไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกิดจากการกระทำของตน<sup>13</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ เห็นว่า หลัก Volenti non fit injuria มิได้อยู่ในฐานะของหลักกฎหมายทั่วไป เพราะหากเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ตามลำดับชั้นในการปรับใช้กฎหมายต้องปรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อนตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในกรณีที่เป็นกฎหมายหลักกับบทยกเว้น การเป็นบทหลักบทยกเว้นต้องเป็นกฎหมายในลำดับเดียวกัน ดังนั้น กฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นป่อเกิดลำดับรองจึงไม่อาจยกเว้นมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้<sup>14</sup>

<sup>13</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 55.

<sup>14</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 121.

จากความเห็นของทั้งสองท่านข้างต้นจะเห็นว่า เกี่ยวกับฐานะของหลัก Volenti non fit injuria ในทางกฎหมายแพ่งนั้นยังเห็นต่างกันอยู่ โดยฝ่ายที่เห็นว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ท่านก็ไม่ได้ให้ความเห็นต่อไปว่าจะนำหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมายกเว้นหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรได้อย่างไร แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเข้าใจว่า แม้ท่านจะมีได้กล่าวถึงก็ตามแต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า เมื่อพูดถึงหลักกฎหมายทั่วไปแล้วย่อมนำมาใช้ได้โดยอาศัยมาตรา 4 วรรคสองนั่นเอง ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นย่อมหมายความว่า การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ตามมาตรา 4 วรรคสองนั้นแม้หลักกฎหมายที่มายกเว้นนั้นจะมีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตามก็สามารถนำมายกเว้นได้

เกี่ยวกับการนำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้ในทางแพ่งนั้น มีคำพิพากษาฎีกาที่วางหลักไว้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510, 713/2512, 714/2512, 248/2523, 1508/2531, 10294/2546<sup>\*</sup> ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลฎีกามีได้กล่าวว่ให้นำหลักดังกล่าวนี้มาใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 วรรคสอง แต่ศาลฎีกาใช้ถ้อยคำทำนองว่า การที่โจทก์ยอมให้หรือสมัครใจให้จำเลยกระทำ เป็นการยอมรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมาย

---

\* คำพิพากษาฎีกาที่ 1508/2531 การที่โจทก์สมัครใจวิวาทต่อสู้กับจำเลยจนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับอันตรายสาหัส เป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลย (คำพิพากษาฎีกาที่ 323/2536 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน)

\*\* คำพิพากษาฎีกาที่ 10294/2546 คดีนี้เป็นคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่งศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 อีกทั้งคู่ความแถลงร่วมกันว่าให้ถือข้อเท็จจริงในคดีนี้ตามที่ปรากฏในคดีอาญาเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ดังนี้เมื่อศาลฎีกาพิพากษาคดีส่วนอาญาว่าข้อเท็จจริงฟังได้ว่าก่อนเกิดเหตุโจทก์คดีนี้กับจำเลยที่ 1 และพวกต่างมีสาเหตุโกรธเคืองกันมาก่อนและด่าว่าโต้เถียงกันจนมีการใช้กำลังเข้าทำร้ายร่างกายกัน จึงเป็นเรื่องสมัครใจเข้าวิวาทกัน คดีนี้ศาลจึงต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญาดังกล่าว เมื่อฟังว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 สมัครใจทะเลาะวิวาทและทำร้ายร่างกายกัน เป็นกรณีต่างฝ่ายต่างสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยยอมรับอันตรายหรือความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ตนจากการทะเลาะวิวาท แม้โจทก์จะได้รับบาดเจ็บก็ถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 กระทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยที่ 1

จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย จึงไม่เป็นละเมิด เมื่อพิจารณามาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะเห็นว่า องค์ประกอบในเรื่องละเมิดนั้นประกอบด้วย

1. ผู้ใดมีการกระทำ
2. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
3. โดยผิดกฎหมาย
4. มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด
5. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ดังนั้นการที่โจทก์ยินยอมให้เขากระทำซึ่งถือว่าโจทก์ไม่ได้รับความเสียหาย เมื่อไม่เสียหายย่อมทำให้ขาดองค์ประกอบในส่วนของความเสียหาย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นละเมิด

นอกจากนี้หากทำการสังเกตการให้คำนิยามของหลัก *Volenti non fit injuria* แล้ว จะพบว่านักกฎหมายส่วนใหญ่ เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ศาสตราจารย์สุชม ศุภนิത്യ<sup>\*</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์<sup>\*\*</sup> จะให้นิยามว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย” ซึ่งหมายความว่า การให้ความยินยอมทำให้องค์ประกอบในเรื่องความเสียหายขาดไป จึงไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายละเมิด จะมีนักกฎหมายเพียงบางส่วนที่ให้นิยามว่า “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด” เช่น ศาสตราจารย์

---

\* ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้ให้ความหมายหลัก *Volenti non fit injuria* ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายโดยสมัครใจยอมทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิด และท่านยังเห็นว่าหลักเรื่องความยินยอมเป็นส่วนที่มาทำให้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ขาดองค์ประกอบเรื่องความเสียหายไป จึงไม่ต้องรับผิดเพื่อละเมิดเลย ดังปรากฏดังนี้ “...๔ ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิด...ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น มีกฎหมายให้อำนาจโดยตรงก็ดี...หรือเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาาก็ดี...ไม่เป็นละเมิด ส่วนข้อแก้ตัวที่จะอ้างได้เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น อันจะมีผลให้การกระทำไม่เป็นละเมิดนั้น ได้แก่บทบัญญัติในหมวดที่ ๓ ว่าด้วยนิติโทษกรรม ตั้งแต่มาตรา ๔๔๗ ถึง ๔๕๒ เป็นต้น นอกจากนี้ก็ยังมีตัวอย่าง เช่น ความยินยอมของผู้เสียหายโดยสมัครใจยอมทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิด...”

\*\* รองศาสตราจารย์สุชม ศุภนิത്യ ได้ให้ความหมายว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (*Volenti non fit injuria*) เป็นหลักที่ใช้อ้างเพื่อทำให้ผู้ที่ยินยอมนั้นหมดสิทธิเรียกร้องให้มีการชดใช้เยียวยา แม้ว่าผลเสียหายจะเกิดขึ้นจริง”

\*\*\* รองศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์ ได้ให้ความหมายหลัก *Volenti non fit injuria* ว่า หมายถึง “ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย”

ไพจิตร ปุญญพันธ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งผู้เขียนคิดว่ก็คงไม่ผิด เพราะเมื่อไม่เสียหายแล้วก็ย่อมไม่เป็นละเมิดนั่นเอง แต่การให้ความหมายดังกล่าวอาจกว้างเกินไป เพราะละเมิดนั้นแม้ผู้ถูกกระทำได้รับความเสียหาย การกระทำก็อาจไม่เป็นละเมิดได้หากขาดองค์ประกอบข้ออื่น ดังนั้นการให้ความหมายว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย” จะชัดเจนมากกว่า

สำหรับในเรื่องฐานะทางกฎหมายของหลัก *Volenti non fit injuria* ท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ศาลฎีกามีได้กล่าวว่ให้นำหลักดังกล่าวนี้มาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 4 วรรคสอง ทั้งนี้ก็เป็นเพราะว่าหลักกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นบทบัญญัติภายในไว้แล้ว จึงต้องใช้เป็นกฎหมายภายในตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคแรก กฎหมายที่ว่านี้ก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ซึ่งต้องเป็นเรื่องกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิต อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จึงจะเป็นละเมิด ฉะนั้นถ้ายอมให้เขากระทำก็ย่อมไม่เสียหายหรือไม่เป็นละเมิดไปในตัว กรณีจึงปรับได้ด้วย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยตรง จึงมิใช่ นำหลักที่ว่ “ความยินยอมไม่เป็นละเมิดหรือทำร้าย” อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป<sup>15</sup> จากความเห็นดังกล่าวผู้เขียนเข้าใจว่ท่านเห็นว่หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดนั้น ไทยเรารับเอามาใช้โดยได้บัญญัติไว้แล้วในมาตรา 420 นั่นเอง ดังนั้น จึงสามารถปรับใช้ได้โดยตรง ความเห็นดังกล่าวนี้สอดคล้องกับ รองศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ ที่เห็นว่ ความยินยอม

\* ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ได้ให้ความหมายว่ “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด หรือ ภาษาละตินที่ว่ *Volenti non fit injuria* (That to which a man consents cannot be considered an injury)...มีความหมายว่ บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่ง หรือบุคคลซึ่งเข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นมิได้”

\*\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ให้ความหมายหลัก *Volenti non fit injuria* ว่หมายถึง “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด”

\*\*\* ดร.รองพล เจริญพันธ์ ได้ให้ความหมายหลัก *Volenti non fit injuria* ว่หมายถึง “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด”

<sup>15</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, “ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย,” *ตุลพาท* 20 (มกราคม-ธันวาคม): 29-30.



ตามหลัก Volenti non fit injuria นั้นหมายถึงความยินยอมที่ยกเว้นองค์ประกอบเรื่องความเสียหาย โดยเหตุผลในองค์ประกอบนั้นเองว่าถ้าผู้เสียหายยินยอมแสดงว่าเขาไม่เสียหาย<sup>16</sup>

ส่วนตัวผู้เขียนเองก็เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้เพราะหลัก Volenti non fit injuria หากแปลความหมายตามตัวอักษร Volenti ก็คือเจตนาหรือความต้องการ injuria แปลว่าความเสียหาย ดังนั้นเมื่อแปลความหมายตามตัวอักษรจึงหมายความว่า ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย<sup>17</sup> ซึ่งเมื่อมาพิจารณาองค์ประกอบในเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเห็นว่า องค์ประกอบข้อหนึ่งคือต้องเสียหาย แสดงให้เห็นว่าได้มีการนำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 420 แล้ว แม้ว่าจะมิได้ใช้ถ้อยคำโดยตรงก็ตาม แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ ดังนั้นหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งจึงมิใช่หลักกฎหมายทั่วไปเหมือนเช่นในทางอาญา สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยตรงตาม มาตรา 4 วรรคแรก มิใช่วรรคสอง และจากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นว่า ศาลฎีกาก็มิได้กล่าวให้นำหลักดังกล่าวนี้มาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งจะต่างกับในทางอาญา ที่ศาลฎีกาได้กล่าวให้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508) แสดงว่าศาลฎีกาเห็นว่าในทางแพ่งนั้นหลัก Volenti non fit injuria มิได้อยู่ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป และเมื่อมิใช่หลักกฎหมายทั่วไปเราก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณามาตรา 4 วรรคสอง ทำให้ปัญหาที่ว่ากฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นป่อเกิดลำดับรองสามารถยกเว้นมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้หรือไม่ จึงไม่ต้องพิจารณาอีกต่อไป

## 5.2 ปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria

### 5.2.1 เปรียบเทียบปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และอังกฤษ

นอกจากเรื่องฐานะในทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria แล้ว การนำหลัก Volenti non fit injuria มาปรับใช้ควรจะมีขอบเขตเพียงใดก็นับว่าเป็นปัญหาสำคัญ กล่าวคือผู้เสียหายให้ความยินยอมกระทบต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองได้ทุกสิทธิหรือไม่ เพราะเหตุใด ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในประเทศไทย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความยินยอมให้ทำร้ายร่างกาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510) ยินยอมให้กระทำต่อสิทธิในทรัพย์สิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5545/2540, 1082/2533) สิทธิในชื่อเสียง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2539) สิทธิอื่นๆ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 713/2512) สามารถให้ความยินยอมได้ถึงแม้ว่าศาลฎีกาจะมีได้กล่าวว่าการยินยอมในทางละเมิดนั้นสามารถให้ได้ทุกเรื่องก็ตาม แต่จาก

<sup>16</sup> ศนันท์กรณ ใสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 135.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

การศึกษาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นก็เข้าใจได้ว่า ในมุมมองของศาลฎีกาแล้วเห็นว่ายินยอมในทางละเมิดสามารถให้ได้ทุกเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับ ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งความเห็นนี้ก็มีนักกฎหมายบางส่วนให้การสนับสนุน<sup>18</sup> จึงมีปัญหาวนคิดที่ว่า ควรแล้วหรือที่ผู้เสียหายจะสามารถให้ความยินยอมเพื่อยกเว้นความรับผิดในสิทธิที่เกี่ยวข้องกับตนเองทั้งหมด โดยเฉพาะสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เพราะเป็นสิทธิที่เกือบทุกประเทศ ดังเช่น สหพันธรัฐเยอรมนี อังกฤษ ที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้ทำการศึกษาอยู่ ต่างเห็นว่าการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเหล่านี้เป็นการ “ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี” อีกทั้งในส่วนของขอบเขตการให้ความยินยอมทางอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองของไทยก็ยังไม่ยินยอมได้เท่าที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเท่านั้น แต่กฎหมายละเมิดซึ่งอยู่ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยเฉพาะกลับให้ความยินยอมมา มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลได้ทุกเรื่อง จนกระทั่งในปี พ.ศ.2541 ที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ประกาศใช้บังคับซึ่งมีผลทำให้ขอบเขตในการปรับใช้เปลี่ยนแปลงไปโดยผลของมาตรา 8 และมาตรา 9 ที่ได้บัญญัติถึงความยินยอมที่ไม่อาจนำมายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดได้ ซึ่งได้แก่ ความยินยอมให้กระทำที่ก่อความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ตามมาตรา 8 และความยินยอมให้กระทำการอันต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 9

สำหรับปัญหานี้ในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี ได้มีการวางขอบเขตการปรับใช้หลัก *Volenti non fit injuria* อยู่ในมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) ที่บัญญัติว่า “บุคคลใดโดยจงใจก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยอาการที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น” โดยมาตรา 826 นี้เป็นบทบัญญัติในส่วนของกฎหมายละเมิด (Title 27 Tort) ซึ่งเป็นกฎหมายมาตราที่วางไว้ที่ศาลได้นำมาใช้อุดช่องว่างที่อาจเกิดขึ้นได้จากการปรับใช้กฎหมายละเมิด<sup>19</sup> เมื่อหลัก *Volenti non fit injuria* ได้ถูกนำมาปรับใช้กับกฎหมายละเมิด จึงต้องตกอยู่ภายใต้มาตรา

<sup>18</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 55.

\* Section 826 : A person who willfully causes damages to another in a manner contra bonos mores is bound to compensate the other for the damage.

<sup>19</sup> Kwame Opoku, “Delictual Liability in German Law,” *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 21, No. 2 (April 1972): 235.

ดังกล่าวด้วย ดังนั้นการให้ความยินยอมในกฎหมายละเมิดของสหพันธรัฐเยอรมนีที่จะไปกระทบสิทธิต่างๆ ของบุคคลจึงให้ได้เท่าที่ “ไม่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี” มิฉะนั้นแล้ว จำเลยก็ยังคงต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำตนเองอยู่ ต้องขอใช้คำสืบทอดแทนให้แก่โจทก์ ซึ่งการให้ความยินยอมที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีก็คือการให้ความยินยอมที่กระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ดังนั้น หากจะกล่าวให้เข้าใจง่ายก็คือ การให้ความยินยอมในกฎหมายละเมิดเยอรมันสามารถให้ได้ในสิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สินและเสรีภาพ (บางกรณี)

ส่วนกรณีที่มีการให้ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาผูกพันตามสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน (Standard Contract Term) ของสหพันธรัฐเยอรมนี ที่ผู้ให้ความยินยอมจะไม่เอาผิดกับคู่กรณีที่ทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่อ ขอบเขตการให้ความยินยอมก็ต้องมาพิจารณาตามมาตรา 309 ข้อ 7 (a) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนีที่บัญญัติว่า

“มาตรา 309 ลักษณะของข้อกำหนดที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นโมฆะได้แก่

ข้อ 7 ข้อยกเว้นความรับผิดในชีวิต ร่างกาย อนามัย และความผิดอย่างร้ายแรง

(a) ข้อยกเว้นความรับผิดในชีวิต ร่างกาย และอนามัย

ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชีวิต การบาดเจ็บของร่างกายหรืออนามัย ซึ่งมีสาเหตุจากการทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่อของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป หรือจากการทำผิดสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนตามกฎหมายที่ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใช้ในการชำระหนี้”

ซึ่งหมายความว่า ผู้ให้ความยินยอมแก่คู่สัญญาว่าจะยอมรับความเสียหาย ไม่เอาผิดกรณีคู่สัญญาผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่อ (เพราะการผิดสัญญาโดยจงใจก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยหนี้อยู่แล้ว) ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิในเสรีภาพบางกรณี เท่านั้น หากเป็นสิทธิในชีวิต ร่างกาย และอนามัย ข้อสัญญาจะตกเป็นโมฆะทันที เท่ากับว่าความยินยอมได้ตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลตามข้อสัญญาไปด้วย และมาตรานี้ยังใช้บังคับถึงตัวแทนคู่สัญญาด้วย แต่กรณีตัวแทนคู่สัญญาจะรวมทั้งการจงใจและประมาทเลินเล่อกระทำผิดสัญญา

\* Section 309 (Prohibited clauses without the possibility of evaluation)

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.



สำหรับขอบเขตเรื่องความยินยอมในประเทศอังกฤษในอดีต ก็มีความใกล้เคียงกันกับไทยก่อนมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กล่าวคือสามารถให้ความยินยอมได้ทุกกรณี แม้ว่าจะเกิดความเสียหายกระทบต่อสิทธิในชีวิตหรือร่างกาย แต่เมื่อมีการประกาศใช้ Unfair Contract Term Act 1977 ซึ่งเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายมีลักษณะใกล้เคียงกัน ถูกใช้ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายเหมือนกัน และในบางครั้งก็ถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา จึงเห็นควรให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับทั้งเรื่องสัญญาและละเมิด<sup>20</sup> (ซึ่งก็มีลักษณะคล้ายกันกับไทยที่ในนิยาม "ข้อสัญญา" มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ให้ความหมายรวมถึงความยินยอมซึ่งใช้ในกฎหมายละเมิดด้วย) ให้ความยินยอมซึ่งถือเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย ผู้กระทำผิดกฎหมายละเมิดอังกฤษอยู่ภายใต้ Unfair Contract Term Act 1977 ฉบับนี้ด้วย ซึ่งในส่วนที่ 2 (1) ของพระราชบัญญัติฯ ซึ่งว่าด้วยเรื่องความรับผิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability) ได้บัญญัติว่า "บุคคลไม่สามารถที่จะอ้างข้อสัญญาหรือประกาศซึ่งได้ให้แก่บุคคลโดยทั่วไป หรือโดยเฉพาะเจาะจง อันมีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเอง ในความตายหรือการได้รับบาดเจ็บของบุคคลอื่น อันเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตนเอง" ซึ่งหมายความว่า นับตั้งแต่ Unfair Contract Term Act 1977 ประกาศใช้ การให้ความยินยอมที่กระทบต่อสิทธิในชีวิตและร่างกายจะทำไม่ได้อีกต่อไป ซึ่งผู้เขียนคิดว่าน่าจะรวมถึงสิทธิในอนามัย เพราะการ "บาดเจ็บ" น่าจะกินความรวมถึงโรคภัยไข้เจ็บด้วย

สำหรับไทยก็ได้นำ Unfair Contract Term Act 1977 มาเป็นต้นแบบในการบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งจะเห็นได้ว่าในส่วนของกฎหมายละเมิด มาตราหลัก คือมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้รับต้นแบบการร่างมาจาก มาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์เยอรมนี (BGB) ซึ่งถือเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law และหลักความยินยอมก็มักถูกยกขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดในมาตรา 420 นี้อยู่เสมอ แต่ในการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กลับนำต้นแบบการร่างมาจาก Unfair Contract Term Act 1977 ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในกลุ่ม Common Law ซึ่งอาจ

<sup>20</sup> สุธีรา จินายน, "วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2550), หน้า 104.

\* (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.



เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้การใช้หลักความยินยอมในประเทศไทยมีปัญหา เพราะมีแนวความเห็นหลากหลาย แนวทาง

ในส่วนขอขอบเขตการใช้หลักความยินยอมในประเทศไทยจะมีความเห็นอย่างไร หรือควรเป็นเช่นไร ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ไว้ในหัวข้อถัดไปดังนี้

## 5.2.2 ปัญหาขอขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในประเทศไทย

### 5.2.2.1 ปัญหาขอขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายอาญา

ตามที่คุณเขียนเห็นว่ากฎหมายอาญาของไทยได้นำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 5.1 แล้วนั้น ประเด็นที่ต้องศึกษากันต่อไปก็คือ การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในทางอาญามีขอบเขตเพียงใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือจะนำหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดมาใช้ในกรณีใดบ้าง ซึ่งในเรื่องนี้มีนักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งเห็นว่าการให้ความยินยอมควรให้เฉพาะกรณีที่เกี่ยวกับสิทธิที่โอนกันได้ เช่น การกระทำความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้นว่า ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆังทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เท่านั้นแต่ก็มีบางท่านที่เห็นว่าในบางกรณี แม้เป็นสิทธิที่โอนกันไม่ได้ แต่ก็อาจจะให้ความยินยอมให้กระทำได้โดยไม่เป็นความผิดอาญา<sup>21</sup> ซึ่งในประเด็นนี้เมื่อศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นว่าศาลฎีกาได้วางหลักไว้แล้ว ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 616/2482, 787/2483\* และ 1403/2508 (ดังที่คุณเขียนได้กล่าวถึงไปแล้ว) โดยสรุปมาเป็นหลักเกณฑ์ของหลักความยินยอมไม่เป็นความผิดได้ดังนี้

<sup>21</sup> จิตติ ติงศภัทย์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 54.

\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 616/2482 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยสมคบกันตั้งสมาคมอั้งยี่ โดยปกปิดวิธีการเพื่อการทุจริต เอาอำนาจไปกดขี่บุคคลที่ไม่ใช่สมาชิกด้วยกันอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาพิเคราะห์พยานหลักฐานของโจทก์แล้ว ข้ออื่นๆไม่ได้ความจริง คงมีที่ได้ความจริงว่าสมาชิกทำผิดต่อกัน มีกำหนดโทษยอมให้เขียน ศาลนี้ไม่เห็นว่าเป็นการผิดกฎหมายอย่างไร เพราะมีสมาชิก 2-3 คน ถูกเขียนด้วยไม้ 3-5 ที โดยยอมให้หัวหน้าหรือสมาชิกอื่นเขียนเพราะได้ทำชู้หรืออนาจารกับภริยาหรือบุตรสาวของสมาชิกอื่น จึงถูกยอมเขียนเพื่อตัดมิให้คดีเกิดขึ้นในโรงศาล เมื่อสมาชิกสองคนนั้นยอมให้เขียนเพราะทำผิด ย่อมเป็นการเน่ว่าการเขียนไม่ใช่ความผิดอาญา จำเลยไม่มีความผิดฐานอั้งยี่ตามกฎหมาย พิพากษาลบยกฟ้องโจทก์

\*\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787/2483 การแตะต้องร่างกายซึ่งกันและกันในทางหยอกล้อ ย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามกฎหมาย การหยอกล้อกันเล่น ย่อมไม่ถือว่ามีเจตนาทำร้ายกัน

1. ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ซึ่งบริสุทธิ์ในที่นี้ หมายถึงความยินยอมของบุคคลที่ถูกทำร้ายนั้นต้องให้ด้วยความเต็มใจ ไม่ได้เกิดจากบังคับขู่เข็ญ หลอกลวง หรือเข้าใจผิด คือต้องรู้ว่าจะต้องได้รับผลร้ายนั้นและยอมรับผลร้ายนั้นโดยเต็มใจ<sup>22</sup>

2. ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ซึ่งในข้อนี้ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ ท่านเห็นว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีความหมายเช่นเดียวกับ “ธรรมจรรยา” ซึ่งทำให้สามารถเลือกใช้คำใดก็ได้เพียงแต่คำว่าธรรมจรรยาอาจทำให้เห็นความแตกต่างจากคำว่าศีลธรรมอันดี (ที่ใช้ในทางแพ่ง) มากกว่า ส่วนความยินยอมอย่างไรที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อธรรมจรรยา นั้นไม่อาจกำหนดได้แน่นอน ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องไป รวมทั้งดูจากแนวคำพิพากษากฎีกาว่าตัดสินไว้อย่างไร<sup>23</sup> นอกจากนี้มีนักกฎหมายบางท่านได้ให้คำจำกัดความไว้ว่าการขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี หมายถึง การกระทำที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับหลักทางจริยธรรม อันเป็นหลักที่บุคคลในสังคมที่ชื่อสัตย์ตรงไปตรงมาและสุจริตยอมรับนับถือ<sup>24</sup> บางท่านก็ให้ความหมายว่า การกระทำที่ขัดต่อธรรมเนียมประเพณีของสังคม ซึ่งรวมถึงหลักในศาสนาใดศาสนาหนึ่งด้วย<sup>25</sup>

ส่วนตัวผู้เขียนเองเห็นว่า ความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีนั้น ต้องเป็นเรื่องที่คนส่วนใหญ่ในสังคมยอมรับได้ และต้องไม่ขัดต่อผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาในขณะกระทำเป็นสำคัญ เนื่องจากความรู้สึกของคนในสังคมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย เช่น การยินยอมให้แพทย์รักษาคนไข้โดยการผ่าตัด การแข่งขันชกมวยตามกติกา การตัดผม การทำศัลยกรรมเสริมความงาม ยอมให้คนอื่นทำลายทรัพย์สินของตน ซึ่งการกระทำเหล่านี้คนในสังคมส่วนใหญ่ยอมรับได้ และไม่ขัดต่อผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม แต่ถ้าการขายอวัยวะ การทำแท้ง การทำร้ายร่างกาย การฆ่า เหล่านี้ล้วนเป็นเรื่องที่คนส่วนใหญ่ยอมรับไม่ได้ จึงถือว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ไม่

<sup>22</sup> จิตติ ติงศภัทย์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 56.

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

<sup>24</sup> สุธีรา จินายน, “วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 121.

<sup>25</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 57.

สามารถให้ความยินยอมได้ ดังนั้นผู้กระทำยังคงรับผิดชอบในการกระทำของตน จะอ้างว่าผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำเพื่อให้การกระทำของตนไม่เป็นความผิดไม่ได้

3. ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่ถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด สำหรับความยินยอมในทางอาญานี้ สามารถที่จะถอนคืนได้ตลอดเวลาก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งจะทำให้ความยินยอมที่ให้ไว้เป็นอันสิ้นผลไป ความยินยอมจึงไม่ผูกมัดว่าจะต้องยินยอมตลอดไป แม้จะให้ความยินยอมไปแล้วก็อาจจะถอนกลับได้ เช่น ขณะที่ให้ความยินยอมนั้น ผู้ให้ยอมจับตัวให้ผู้อื่นตีหัวได้ แต่พอเขาจะตีจริงๆ ก็เกิดกลัวขึ้นมาจะไม่ยอมให้ตีก็ได้ หรือในเรื่องของการผ่าตัด ก่อนที่แพทย์จะผ่าตัดจะต้องให้คนไข้ลงชื่อในใบรับรอง ซึ่งก็ต้องเขียนข้อความให้ชัดเจนว่า ยินยอมให้ตัดแขนหรือขา ดังนี้แม้จะได้เขียนลงชื่อในคำยินยอมอย่างไรก็ตาม แต่พอแพทย์จะผ่าตัดคนไข้ เกิดกลัวขึ้นมาจะไม่ยอมให้ผ่าก็ได้<sup>26</sup> ส่วนความยินยอมที่ให้ในภายหลังจากการกระทำผิดที่เกิดขึ้นสมบูรณ์ไปแล้ว ย่อมไม่มีผลย้อนหลังทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดไปได้ แต่อาจจะกลายเป็นเรื่องการยอมความกันในความผิดอันยอมความได้ ซึ่งมีผลทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2) เท่านั้น มิใช่ความยินยอม ตามหลัก Volenti non fit injuria

ปัญหาประการต่อมาก็คือ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย การยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย เช่นยอมให้ผู้อื่นทำร้ายร่างกาย ความยินยอมดังกล่าวยังมีผลใช้ได้หรือไม่ หรือตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 151 ซึ่งในประเด็นนี้ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า ความยินยอมตามกฎหมายอาญานั้นเป็นคนละเรื่องกับกฎหมายแพ่ง มิใช่เรื่องที่ถ้าความยินยอมขัดความสงบเรียบร้อยแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นโมฆะ ซึ่งเป็นความยินยอมตามกฎหมายแพ่ง ดังจะเห็นได้ว่าในเรื่องอายุของผู้ให้ความยินยอมก็ไม่ต้องคำนึงถึงว่า ผู้ให้บรรลุนิติภาวะหรือยัง และไม่เกี่ยวกับเรื่องโมฆียกรรม ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็สามารถให้ความยินยอมได้ อีกประการความยินยอมตามกฎหมายอาญานี้ มิใช่ความยินยอมที่ทำให้เกิดหนี้ เพราะฉะนั้นถ้าให้ความยินยอมแล้วผู้ให้จะบอกเลิกเสียเมื่อใดก็ได้ มิใช่ว่าให้ความยินยอมแล้วจะต้องผูกมัดโดยความยินยอมตลอดไป กรณีต่างกับกฎหมายแพ่ง คือถ้าเป็นความยินยอมตามกฎหมายแพ่งแล้ว ก็ยอมก่อให้เกิดหนี้ที่ผูกพันจะบอกเลิกตามอำเภอใจไม่ได้ เพราะฉะนั้นต้องระลึกร่วมว่าความยินยอมในทางอาญาเป็นคนละอย่างกับกฎหมายแพ่ง<sup>27</sup>

<sup>26</sup> จิติ ดิงศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด," วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 57.

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.



ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความยินยอมในทางอาญานั้นไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 150 และมาตรา 151 ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับกับนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ความยินยอมตามกฎหมายอาญานั้นโดยสภาพไม่อาจเป็นนิติกรรมได้ เช่น ก ยอมให้ ข ต่อย 1 ที่ จะเห็นว่าความยินยอมของ ก มิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ หรือเกิดสิทธิหน้าที่ ระหว่าง ก กับ ข แต่อย่างไร กล่าวคือ ความยินยอมดังกล่าวไม่ได้ทำให้ ก เป็นหนี้ ข และ ข ก็ไม่มีสิทธิที่จะบังคับ ก เพื่อให้ ก ยอมให้ ข ต่อยได้ และเดิม ก กับ ข ก็มีได้มี หนี้อะไรต่อกัน อันจะทำให้หนี้นั้นระงับสิ้นไป ดังนั้นต่อมาหาก ข ต่อย ก ความยินยอมของ ก จะสามารถนำมาใช้เพื่อพิจารณาว่า ข มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือไม่ นั้น ก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งตามตัวอย่างนี้ผู้เขียนเห็นว่า การทำร้ายร่างกายผู้อื่นเพื่อให้เขาได้รับบาดเจ็บนั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ไม่สามารถนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำของ ข ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายได้ การกระทำของ ข จึงยังเป็นความผิดอยู่ แต่ถ้าเปลี่ยนตัวอย่างใหม่เป็นว่า ก เป็นมะเร็งหากไม่ได้รับการรักษาโดยการผ่าตัดจาก ข ต้องตายแน่นอน ก จึงยินยอมให้ ข ผ่าตัด จะเห็นว่าแม้การผ่าตัดจะเป็นการทำร้ายร่างกายก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวได้กระทำไปเพื่อช่วยเหลือ ก ให้พ้นจากความตาย ซึ่งคนในสังคมต่างก็ยอมรับได้ การทำร้ายของ ข จึงไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี และเมื่อความยินยอมของ ก เกิดจากความยินยอมที่บริสุทธิ์ จึงสามารถนำความยินยอมดังกล่าวมาอ้างเพื่อให้การกระทำของ ข ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายได้

#### 5.2.2.2 ปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายแพ่ง

มักมีการตั้งข้อสงสัยอยู่เสมอว่าผู้ให้ความยินยอมจะสามารถให้ได้ความยินยอมเพื่อลดความคุ้มครองในสิทธิต่างๆ ที่ตนเองมีอยู่ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งในเรื่องดังกล่าวได้มีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่า ถ้าผู้เสียหายยอมให้กระทำ หรือยอมต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหายซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม ย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างไรและได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด โดยไม่จำกัดว่าต้องมากน้อยเพียงไหน<sup>28</sup>

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ เห็นว่า โดยเหตุที่เราแยกความรับผิดชอบทางแพ่งกับทางอาญาออกจากกัน ดังนั้น แม้ความยินยอมนั้นจะเป็นความยินยอมต่อการกระทำผิดผิดทางอาญาและ

<sup>28</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 55.



ร้ายแรงสักเพียงใดในทางแพ่งก็ยังคงเอาความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนทางแพ่งได้ แม้ในบทบัญญัติทางกฎหมายอาญาจะได้กำหนดอายุชีวิตของความยินยอมไว้...แต่ในทางแพ่งผู้ต้องเสียหายก็จะมาเรียกค่าทดแทนไม่ได้<sup>29</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์ ให้ความเห็นว่า สิทธิบางอย่างที่กฎหมายให้ความคุ้มครองตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น บุคคลผู้เป็นเจ้าของอาจจำหน่ายโอนได้ ดังนั้นจึงยอมรับว่าการจำหน่ายโอนหรือการยินยอมให้บุคคลอื่นกระทำต่อสิทธินั้น แม้โดยปกติจะพิจารณาว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น แต่เมื่อผู้ทรงสิทธิให้บุคคลอื่นกระทำต่อสิทธิของตนได้ ความยินยอมนั้นจึงเป็นการยอมรับว่าผู้ทรงสิทธินั้นไม่เสียหาย ความยินยอมจึงทำให้ไม่เป็นละเมิดเพราะขาดองค์ประกอบเรื่องความเสียหาย อย่างไรก็ตาม สิทธิบางอย่าง เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกายหรืออนามัยของผู้ทรงสิทธินั้นเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ผู้ทรงสิทธินั้นเองไม่อาจจำหน่ายโอนได้ เพราะความยินยอมไม่อาจอ้างได้ว่าไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย เพราะความเสียหายในกรณีดังกล่าวอาจยังเกิดขึ้นอยู่กับทายาทหรือครอบครัวของผู้ทรงสิทธิ หากผู้ทรงสิทธินั้นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย ดังนั้นความยินยอมจึงไม่ควรอ้างได้<sup>30</sup>

จะเห็นว่านักกฎหมายมีความเห็นเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นทำนองว่าความยินยอมในทางแพ่งนั้นสามารถยินยอมกันได้ทุกเรื่อง หากผู้เสียหายเข้าใจในผลแห่งความยินยอมนั้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่ ไม่จำกัดเหมือนเช่นในทางอาญา ที่จะให้ได้เฉพาะเรื่องที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีเท่านั้น ดังนั้นในทางแพ่งหากผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำ ไม่ว่าจะให้กระทำต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม ย่อมถือว่าผู้ที่ยินยอมนั้นไม่ได้รับความเสียหายไม่เป็นละเมิด ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่า การให้ความยินยอมในทางแพ่งนั้นให้ได้เฉพาะสิทธิที่ผู้เป็นเจ้าของอาจจำหน่ายโอนได้ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด เท่านั้น แต่หากเป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิไม่อาจจำหน่ายโอนได้ เช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย ความยินยอมก็ไม่อาจนำมาอ้างได้ เพราะความเสียหายอาจยังเกิดขึ้นอยู่กับทายาทหรือครอบครัวของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นในทางแพ่งก็ไม่อาจให้ความยินยอมได้ทุกเรื่อง ซึ่งในประเด็นนี้ จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 การที่โจทก์ทำให้จำเลยฟันเพื่อทดลองคาถาอาคม ซึ่งตนเชื่อและอดอ้างว่าตนอยู่ยงคงกระพันนั้น เป็นการที่โจทก์ยอมให้หรือสมัครใจให้จำเลยทำร้าย

<sup>29</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 10(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2546), หน้า 24.

<sup>30</sup> ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 135.

ร่างกาย เป็นการยอมรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 713/2512 โจทก์ยินยอมหรือสมัครใจให้จำเลยปิดกั้นลำรางพิพาทเท่ากับโจทก์เต็มใจยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนในอนาคตจะถือว่าจำเลยละเมิดต่อโจทก์มิได้ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย และไม่มีอำนาจฟ้องให้ศาลบังคับจำเลยเปิดลำรางพิพาท ลำรางพิพาทจะเป็นลำรางสาธารณะหรือไม่ก็ตาม จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5545/2540 ความยินยอมของโจทก์ตามคำขอปักเสาพาดสายในที่ดินจัดสรรข้อ 9 วรรคแรก มีข้อความว่า ข้าพเจ้าขอสัญญาว่าจะปฏิบัติตามข้อบังคับการใช้ไฟฟ้าและบริการของการไฟฟ้านครหลวง (จำเลยที่ 1) รวมทั้งที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมต่อไปทุกประการและข้าพเจ้าเข้าใจดีแล้วว่า เสาสายไฟฟ้าและอุปกรณ์ต่าง ๆ ภายนอกเครื่องวัดฯ เป็นสมบัติของการไฟฟ้านครหลวง และยินยอมให้การไฟฟ้านครหลวงเปลี่ยนแปลงต่อเติม เพื่อจ่ายไฟฟ้าให้เพียงพอแก่ผู้ใช้ภายในและภายนอกที่ดินจัดสรรด้วย เป็นเรื่องที่โจทก์ตกลงยอมรับผิดที่จะชำระค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายให้แก่จำเลยที่ 1 หากแบบหรือแผนผังที่โจทก์ยื่นขอไว้ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ไม่ได้เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงต่อเติมเพื่อจ่ายไฟฟ้าแก่ผู้ใช้ให้เพียงพอตามวรรคหนึ่งแต่อย่างใด ฉะนั้นแม้จำเลยที่ 1 จะปักเสาพาดสายไฟฟ้าและติดตั้งเครื่องวัดกระแสไฟฟ้าผ่านที่ดินของโจทก์ก็ถือว่าได้รับความยินยอมจากโจทก์แล้ว ดังนี้จำเลยที่ 1 จึงไม่ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ ส่วนจำเลยที่ 2 ที่ขอให้จำเลยที่ 1 กระทำ ให้ เมื่อการกระทำของจำเลยที่ 1 ไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์แล้ว การกระทำของจำเลยที่ 2 ก็ย่อมไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์ด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2539 ศูนย์ประสานงานทหารกองหนุนแห่งชาติ (ศูนย์ กนช. กอ.รมน.) ยินยอมให้จำเลยที่ 1 นำชื่อกลุ่มสมาชิก กนช. มัคคุเทศก์และเครื่องหมายราชการไปใช้ได้ ในขณะที่เปิดที่ทำการของจำเลยที่ 1 ที่ท่าอากาศยานเชียงใหม่ ดังนี้การกระทำของจำเลยทั้งสองขณะนั้นจึงไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์ ต่อมาโจทก์เห็นว่าจำเลยทั้งสองนำชื่อดังกล่าวไปใช้ ทำให้โจทก์เสียหาย โจทก์ย่อมยกเลิกความยินยอมนั้นเสียเมื่อใดก็ได้ เมื่อโจทก์ยกเลิกแล้ว จำเลยทั้งสองก็ไม่อาจจะใช้ชื่อและเครื่องหมายดังกล่าวได้อีกต่อไป ดังนี้ การที่โจทก์บอกให้จำเลยทั้งสองยกเลิกเพิกถอนการใช้ชื่อและเครื่องหมายราชการของโจทก์แล้ว แต่จำเลยทั้งสองยังคงใช้ชื่อ "กลุ่มสมาชิก กนช." เป็นชื่อของจำเลยที่ 1 และยังคงนำเอาเครื่องหมายราชการรูปคันไถ เปลวเพลิง ดาบปลายปืนล้อมรอบด้วยสามเหลี่ยมและวงกลมของศูนย์ กนช. กอ.รมน. ดังกล่าวซึ่งเป็นของโจทก์ไปติดไว้ที่ป้ายชื่อที่ทำการของจำเลยที่ 1 ที่ท่าอากาศยานเชียงใหม่ต่อไปอีกโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ ย่อมเป็นการแอบอ้าง อาศัยชื่อหน่วยงานของโจทก์ไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในกิจการของตน และเป็นการไขว่คว้าแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงเพื่อหลอกลวงประชาชนทั่วไป และหน่วยราชการต่าง ๆ ให้เกิดความเข้าใจผิดว่าศูนย์ดังกล่าว ซึ่งเป็นส่วนราชการของโจทก์มีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการค้าด้านธุรกิจการ

ท้องเที่ยวของจำเลยที่ 1 เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงและเกียรติคุณของโจทก์ การกระทำของจำเลยทั้งสอง จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 423

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1082/2533 บิดามารดาโจทก์ยินยอมให้จำเลยทำถนนผ่านที่ดินของโจทก์ซึ่งขณะนั้นเป็นผู้เยาว์ โดยโจทก์รู้เห็นด้วยตั้งแต่ขณะจำเลยเริ่มทำและไม่เคยโต้แย้งคัดค้านมาก่อน จึงถือได้ว่าโจทก์ยินยอมให้ทางราชการทำถนนผ่านที่ดินของโจทก์แล้วการที่โจทก์มีอายุ 19 ปี เศษ เป็นนักศึกษาระดับอุดมศึกษา ซึ่งถือว่ามีความรู้สึกผิดชอบและรอบรู้ถึงผลดีผลเสียแห่งการกระทำของตนได้เป็นอย่างดีแล้ว ได้ยินยอมให้จำเลยทำถนนผ่านที่ดินของโจทก์โดยเข้าใจว่าบิดามารดาโจทก์จะได้รับสัมปทานเดินรถบนถนนสายดังกล่าว แต่ต่อมาเมื่อบิดามารดาโจทก์ไม่ได้รับอนุมัติสัมปทาน โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องกล่าวหาว่าจำเลยทำละเมิดและขอให้บังคับจำเลยรื้อถอนถนนดังกล่าวออกไปจากที่ดินโจทก์ จึงเป็นกรณีที่โจทก์ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องโดยไม่จำต้องวินิจฉัยว่าการให้ความยินยอมของโจทก์มิได้รับอนุญาตจากศาลเป็นการขัดต่อ ป.พ.พ. มาตรา 1574 หรือไม่

จากคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นว่า ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความยินยอมให้ทำร้ายร่างกาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510) ยินยอมให้กระทำต่อสิทธิในทรัพย์สิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5545/2540, 1082/2533) สิทธิในชื่อเสียง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2539) สิทธิอื่นๆ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 713/2512) สามารถให้ความยินยอมได้ ถึงแม้ว่าศาลฎีกาจะมีได้กล่าวหาว่าความยินยอมในทางแพ่งนั้นสามารถให้ได้ทุกเรื่องก็ตาม แต่จากการศึกษาคำพิพากษาข้างต้นก็เข้าใจได้ว่า ในมุมมองของศาลฎีกาแล้วเห็นว่าการยินยอมในทางแพ่งสามารถให้ได้ทุกเรื่อง ไม่ว่าจะเป็สิทธิต่เกี่ยวกับ ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีอาญาแล้วจะเห็นว่าต่างกัน สังเกตได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 จะกล่าวไว้โดยชัดเจนว่าความยินยอมในทางอาญานั้น ต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี

อย่างไรก็ตาม สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อบริษัท Volenti non fit injuria มาใช้ในทางแพ่งโดยถือว่า "ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย" การที่จะพิจารณาว่าเรื่องใดสามารถให้ความยินยอมได้หรือไม่ จึงต้องดูว่าการให้ความยินยอมในเรื่องนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ใครบ้าง หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ให้ความยินยอมเพียงคนเดียว เช่นนี้เมื่อเขายินยอมต้องถือว่าเขาไม่เสียหาย ความยินยอมในเรื่องดังกล่าวจึงสามารถให้ได้ แต่หากความยินยอมในเรื่องที่เขาให้นั้น นอกจากตัวเขาเองจะได้รับความเสียหายแล้วยังมีผู้อื่นได้รับความเสียหายด้วย เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่อาจให้ความยินยอมได้ แล้วเรื่องอะไรบ้างที่เมื่อกระทำไปแล้วนอกจากตัวผู้ถูกกระทำจะได้รับความเสียหายแล้วยังมีบุคคลอื่นได้รับความเสียหายด้วย ซึ่งในเรื่องนี้หากเราดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดนั้น จะเห็นได้ว่าในหมวด 2 คำสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด ได้บัญญัติไว้ดังนี้



มาตรา 443 บัญญัติว่า “ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั้น ค่าสินไหมทดแทนได้แก่ค่าปลงศพ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น ๆ อีกด้วย

ถ้ามิได้ตายในทันที ค่าสินไหมทดแทนได้แก่ค่ารักษาพยาบาลรวมทั้งค่าเสียหายที่ต้องขาดประโยชน์ทำมาหาได้เพราะไม่สามารถประกอบกิจการงานนั้นด้วย

ถ้าว่าเหตุที่ตายลงนั้นทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมายไปด้วย ไซ้ ท่านว่าบุคคลคนนั้นชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

มาตรา 445 บัญญัติว่า “ในกรณีทำให้เขาถึงตาย หรือให้เสียหายแก่ร่างกายอนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ถ้าผู้ต้องเสียหายมีความผูกพันตามกฎหมายจะต้องทำงานให้เป็นคุณแก่บุคคลภายนอกในครัวเรือน หรืออุตสาหกรรมในครัวเรือนนั้นไซ้ ท่านว่าบุคคลผู้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก เพื่อที่เขาต้องขาดแรงงานอันนั้นไปด้วย”

จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวเห็นได้ว่า ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั้น ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่

- (1) ค่าปลงศพ
- (2) ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น
- (3) ค่าขาดไร้อุปการะตามกฎหมาย
- (4) ค่าขาดแรงงานในครัวเรือน หรือแรงงานในอุตสาหกรรม

ส่วนในกรณีทำให้เขาเสียหายต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่าขาดแรงงานในครัวเรือน หรือแรงงานในอุตสาหกรรม ซึ่งจะเห็นได้ว่า ค่าสินไหมทดแทนเหล่านี้ไม่ได้จ่ายให้แก่ผู้ถูกระทำ แต่เป็นการจ่ายให้แก่บุคคลอื่นที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด แสดงให้เห็นว่า การกระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ นอกจากจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกระทำแล้ว ยังก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอีก ดังนั้นเฉพาะในเรื่องดังกล่าวนี้เท่านั้นแม้ผู้ถูกระทำจะยินยอมให้ผู้อื่นกระทำต่อตน แต่เมื่อบุคคลอื่นไม่ได้ยินยอมด้วย ความเสียหายในส่วนของบุคคลอื่นยังคงมีอยู่ จึงต้องถือองค์ประกอบในเรื่องเสียหายยังมีอยู่ ผู้กระทำจะยกเอาความยินยอมมาอ้างไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการยินยอมให้กระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ โดยหลักแล้วไม่สามารถทำได้

เมื่อเป็นเช่นนี้อาจมีผู้สงสัยว่า เมื่อไม่สามารถให้ความยินยอมให้กระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพได้ เช่นนี้ การผ่าตัดของแพทย์ก็ดี การเล่นกีฬาที่ต้องมีการกระทบกระทั่งกันก็ดี ก็ต้องเป็นละเมิดไซ้หรือไม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้ ก่อนอื่นเราต้องเข้าใจก่อนว่าการจะวินิจฉัยว่าเป็นละเมิดหรือไม่นั้นเราต้องดูองค์ประกอบในเรื่องละเมิดเป็นสำคัญ การผ่าตัดของแพทย์ก็ดี การเล่นกีฬาตามกติกาที่ดี ล้วนเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรม การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา เมื่อไม่เป็นความผิดแล้วเราก็ต้องมาพิจารณาต่อว่า การกระทำดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่



ใครหรือไม่ ซึ่งจะเห็นว่าการรักษาของแพทย์ย่อมเป็นคุณประโยชน์แก่ผู้ที่ยินยอมให้รักษา ส่วนการแข่งกีฬานั้นนักกีฬาย่อมได้รับประโยชน์จากการแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็นเงินรางวัล ชื่อเสียงเกียรติยศ สุขภาพที่แข็งแรง ไม่ใช่เป็นการยินยอมโดยอำเภอใจที่จะได้รับความเสียหายแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้นในกรณีดังกล่าวนี้จึงสามารถนำหลักความยินยอมมาใช้ได้

### 5.3 ปัญหาการให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรม

#### 5.3.1 เปรียบเทียบปัญหาการให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมในประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และอังกฤษ

การให้ความยินยอมจะถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือไม่ เป็นคำถามที่นักกฎหมายไทยยังมีคำตอบไปหลากหลายความคิดเห็น ฝ่ายที่เห็นว่าการให้ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ได้แก่ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภทิพย์<sup>31</sup> และดร.รองพล เจริญพันธ์<sup>32</sup> ฝ่ายที่เห็นว่าการให้ความยินยอมไม่ถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์<sup>33</sup> และศาสตราจารย์ สุขุม ศุภนิิตย์<sup>34</sup> นอกจากนี้ ยังมีฝ่ายที่เห็นว่าการให้ความยินยอมเป็นได้ทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งได้แก่ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สมองชาติ<sup>35</sup> และอาจารย์ประจักษ์ พุทธิ

<sup>31</sup> จิตติ ดิงศภทิพย์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 53.

<sup>32</sup> รองพล เจริญพันธ์, “การใช้หลัก Volenti non fit injuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด,” วารสารนิติศาสตร์ (ธันวาคม 2520): 88.

<sup>33</sup> ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ลากมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 122.

<sup>34</sup> สุขุม ศุภนิิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2548), หน้า 41-42.

<sup>35</sup> ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 61.

สมบัติ<sup>36</sup> ทำให้เกิดความสงสัยว่า ท้ายที่สุดแล้ว การให้ความยินยอมจะถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือไม่

ในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีนั้น ถือว่าการให้ความยินยอมเป็นทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม เช่น คดีที่ NJW 1975, 109. BGH, 5 November 1974<sup>\*</sup> นับเป็นตัวอย่างของการให้ความยินยอมที่ไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม คือเป็นเรื่องละเมิดธรรมดา ส่วนคดีที่ RGZ 82, 108.(1921) เป็นเรื่องและผู้ขนส่งและตัวแทนขนส่งได้จำกัดความรับผิดจากความประมาทเลินเล่อไว้ในสัญญาขนส่งเพียง 60 มาร์ค ผู้ส่งสินค้ายินยอมเข้าทำสัญญาด้วยเพราะไม่มีผู้ขนส่งอื่น ศาลตัดสินว่าการขนส่งนั้น เป็นการใช้อำนาจผูกขาดและเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานวิญญูชนทั่วไป ดังนั้นข้อบังคับดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะภายใต้มาตรา 138 ซึ่งศาลได้กล่าวเพิ่มเติมว่า ความยินยอมตามข้อสัญญานั้นอาจมีผลบังคับได้หากเป็นผลที่เกิดจากข้อตกลงซึ่งมีการเจรจาต่อรองอย่างอิสระ

ซึ่งคดีนี้เป็นตัวอย่างของการให้ความยินยอมที่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งนับว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 309 ข้อ 7 (a) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนีที่วางขอบเขตการให้ความยินยอมที่จะยอมรับความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่อได้เฉพาะกรณีความเสียหายอื่นใดที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิในชีวิต ร่างกาย และอนามัย ทำให้เรื่องความยินยอมในทางแพ่งของสหพันธรัฐเยอรมนีค่อนข้างมีความสมบูรณ์เพราะมีทั้งความยินยอมในทางละเมิดและในทางสัญญา ซึ่งทั้งสองกรณีก็มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติขอบเขตการให้ความยินยอมไว้ กล่าวคือขอบเขตการให้ความยินยอมทางละเมิดเป็นไปตามมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ขอบเขตการให้ความยินยอมทางสัญญา(สำเร็จรูป) เป็นไปตามมาตรา 309 ข้อ 7 (a) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนีเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศอังกฤษถือว่าการให้ความยินยอมเป็นทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมเช่นเดียวกับประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี โดยตัวอย่างคำพิพากษาที่ไม่เป็นนิติกรรมนั้น ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 เช่น คดี Sturges v Bridgman (1879), คดี Simms V Leigh Rugby Football Club (1969), คดี Pitts v Hunt (1991) เป็นต้น จึงขอยกตัวอย่างการให้ความยินยอมที่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมบ้าง

<sup>36</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1(2530), หน้า 23.

\* สามารถย้อนกลับไปอ่านรายละเอียดได้ในหน้าที่ 35

\*\* สามารถย้อนกลับไปอ่านรายละเอียดได้ในหน้าที่ 59 และหน้า 56 ตามลำดับ

คดี L'Estrange v Graucob Ltd. (1934) ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของร้านกาแฟได้สั่งซื้อเครื่องขยายนุหรืออัตโนมัติจากบริษัทจำเลย โจทก์ลงลายมือชื่อในสัญญาซื้อขายโดยไม่ได้อ่านข้อความในสัญญา สัญญาซื้อขายนั้นมีข้อกำหนดความรับผิดชอบของจำเลยกรณีผิดสัญญารับประกันหรือเงื่อนไข นอกจากนี้ในสัญญาซื้อขายยังมีข้อกำหนดและเงื่อนไขมากมายหลายข้อและพิมพ์ด้วยอักษรขนาดเล็กแต่ก็ยังสามารถอ่านออกได้ ต่อมาเครื่องขยายนุหรืออัตโนมัติที่โจทก์ซื้อจากจำเลยนั้นไม่สามารถทำงานได้ดี โจทก์จึงฟ้องบริษัทจำเลย แต่จำเลยอ้างว่าโจทก์ได้ยินยอมเข้าทำสัญญาซื้อขายโดยที่รู้ถึงเนื้อหาในข้อสัญญาจำกัดความรับผิดชอบทั้งหมด ถือว่าโจทก์ยินยอมรับความเสี่ยงภัยที่จะเกิดขึ้นตามข้อสัญญาจำกัดความรับผิดชอบนั้นแล้ว ข้อต่อสู้จำเลยพียงขึ้น ศาลตัดสินให้จำเลยเป็นฝ่ายชนะคดี

คดี Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co.Ltd. (1951) โจทก์นำชุดแต่งงานไปซักที่ร้านจำเลยโดยพนักงานแจ้งให้โจทก์ลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ โจทก์ถามพนักงานของจำเลยแล้วได้รับการแจ้งว่า เป็นการจำกัดความรับผิดชอบกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นกับส่วนที่เป็นโลหะและกระดุมที่ติดอยู่บนชุด โจทก์จึงได้ลงลายมือชื่อในเอกสารไป เมื่อโจทก์มารับชุดจึงได้เห็นคราบรอยไหม้บนชุดแต่งงานซึ่งรอยดังกล่าวไม่เคยปรากฏมาก่อน จำเลยปฏิเสธความรับผิดชอบโดยอ้างข้อต่อสู้ว่าโจทก์ได้ยินยอมทำสัญญายกเว้นความรับผิดชอบ ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ตัดสินว่าจำเลยไม่อาจยกความยินยอมตามข้อสัญญาขึ้นยกเว้นความรับผิดชอบได้เพราะเป็นกรณีที่โจทก์แสดงข้อความที่ไม่เป็นความจริง (Misrepresentation) แม้ว่าโจทก์จะได้ลงลายมือชื่อในเอกสารก็ตาม

จะเห็นได้ว่าทั้งประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีและอังกฤษต่างก็ถือว่าการให้ความยินยอมเป็นทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งในความคิดเห็นของผู้เขียนเองนั้น ก็เห็นว่า การให้ความยินยอมของไทยก็เป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีแนวความเห็นอื่นๆ อีกหลายแนวทาง ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์และนำเสนอไว้ในหัวข้อต่อไป

### 5.3.2 ปัญหาการให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมในประเทศไทย

การให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นเหมือนหรือต่างกันหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ เพราะหากการให้ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมแล้ว การให้ความยินยอมย่อมต้องนำบทบัญญัติบรรพ 2 ลักษณะ 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับด้วย มิฉะนั้นความยินยอมนั้นอาจเป็นโมฆะหรือโมฆียะได้ เช่น ผู้ให้ความยินยอมต้องบรรลุนิติภาวะ เป็นต้น แต่หากการให้ความยินยอมมิใช่การแสดงเจตนาทำนิติกรรมแล้วก็มีต้องพิจารณาถึงความสามารถของผู้ให้ความยินยอม ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ นักกฎหมายมีความเห็นดังนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ เห็นว่าความยินยอมตามกฎหมายอาญามีใช่ความยินยอมที่ทำให้เกิดหนี้ เพราะฉะนั้นถ้าให้ความยินยอมแล้วจะบอกเลิกเสียเมื่อใดก็ได้ ไม่ใช่ว่าให้ความยินยอมแล้วจะต้อง

ผูกมัดโดยความยินยอมนั้นตลอดไป กรณีต่างกับกฎหมายแพ่ง คือถ้าเป็นความยินยอมตามกฎหมายแพ่งแล้ว ก็ยอมก่อให้เกิดหนี้ที่ผูกพัน จะบอกเลิกตามอำเภอใจไม่ได้<sup>37</sup>

ดร.รองพล เจริญพันธ์ เห็นว่า ความยินยอม (Volens) ในทางกฎหมายจะออกมาในรูปของนิติกรรม ไม่ยอมรับผิดทางละเมิด ซึ่งเรียกกันว่า Exemption Clause ความยินยอมอาจแสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โดยอาศัยการสังเกตพฤติกรรมของผู้ให้ความยินยอมนั่นเอง<sup>38</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์ เห็นว่า ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว คือฝ่ายผู้ให้ความยินยอมต่ออีกฝ่ายหนึ่ง ความยินยอมจึงเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา แต่ความยินยอมไม่เป็นนิติกรรม เพราะมิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือเกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้ความยินยอมและผู้ได้รับความยินยอมแต่อย่างใด ความยินยอมส่งผลเพียงการที่ผู้ให้ความยินยอมสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง อันส่งผลให้เขาไม่อาจอ้างหรือเรียกความคุ้มครองจากกฎหมายได้อีก แต่ความยินยอมมิได้ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ ต่อผู้ได้รับความยินยอม ประกอบกับความยินยอมมิได้เกิดบนหลักอิสระในทางแพ่งที่ผู้ยินยอมอยากจะยินยอมให้คนอื่นทำให้ตนเสียหายอย่างไรก็ได้ เพราะความยินยอมให้ผู้อื่นก่อความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เป็นความยินยอมที่ไม่อาจกระทำได้โดยอำเภอใจ<sup>39</sup>

รองศาสตราจารย์สุชม ศุภนิตย์ เห็นว่า การยินยอมในทางละเมิดซึ่งทำให้การละเมิดนั้นขาดองค์ประกอบในเรื่องความเสียหายนั้น การยินยอมเป็นเพียงส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงในคดีละเมิด ซึ่งเกิดจากฝ่ายผู้เสียหาย ไม่มีลักษณะประสงค์ต่อผลในการเคลื่อนไหวสิทธิ เหมือนการแสดงเจตนาทำนิติกรรม (ตาม ป.พ.พ. มาตรา 149) และความยินยอมเป็นข้อเท็จจริงที่ปิดปากฝ่ายผู้ยินยอมมิให้ยกขึ้นอ้างว่าตนเสียหายในทางละเมิดเท่านั้น จริงอยู่ที่ข้อเท็จจริงเดียวกันอาจเป็นความยินยอมในละเมิดพร้อมๆ กันกับเจตนาผูกพันในทางนิติกรรม<sup>40</sup>

<sup>37</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย 1,3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 53.

<sup>38</sup> รองพล เจริญพันธ์, “การใช้หลัก Volenti non fit injuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด,” วารสารนิติศาสตร์ (ธันวาคม 2520): 88.

<sup>39</sup> ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 122.

<sup>40</sup> สุชม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2548), หน้า 41-42.



อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ เห็นว่า การให้ความยินยอมอาจเกิดจากนิติกรรมสัญญาก็ได้<sup>41</sup>

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ เห็นว่า การให้ความยินยอมอาจเกิดจากนิติกรรมสัญญาก็ได้ เช่น การกระทำตามนิติกรรมสัญญาที่ผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำยอมไม่เป็นละเมิด แม้สัญญานั้นเป็น โฆษะหรือใช้บังคับไม่ได้ ความยินยอมนั้นก็ยังทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด<sup>42</sup>

จากความเห็นดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่ามี 3 ฝ่ายคือ 1) เห็นว่าการให้ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม 2) เห็นว่าการให้ความยินยอมไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม และ 3) การให้ความยินยอมในบางกรณีก็เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและในบางกรณีก็ไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งสำหรับผู้เขียนเองเห็นว่าการพิจารณาว่าความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. การให้ความยินยอมที่ไม่ถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม แม้ว่าการให้ความยินยอมต้องมีการแสดงเจตนาแก่บุคคลอื่น และต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาที่เหมือนเช่นนิติกรรมฝ่ายเดียวก็ตาม แต่ความยินยอมในที่นี้ก็ได้มีนิติสัมพันธ์ในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิแต่อย่างใด กล่าวคือมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้ความยินยอมและผู้ได้รับความยินยอมแต่อย่างใด ความยินยอมส่งผลเพียงการที่ผู้ให้ความยินยอมสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง อันส่งผลให้เขาไม่อาจอ้างหรือเรียกความคุ้มครองจากกฎหมายได้อีกเท่านั้น การให้ความยินยอมดังกล่าวนี้จึงไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ตัวอย่างเช่น นาย ก บอกนาย ข ว่า หาก ข ต้องการเดินผ่านหน้าบ้านตน ก ก็ยินยอมให้ ข เดินผ่านได้ จากตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นว่า ก ยินยอมให้ ข เดินผ่านหน้าบ้านตนได้ การให้ความยินยอมของ ก ต้องมีการแสดงเจตนาต่อนาย ข แล้วต้องมีการรับการแสดงเจตนาที่ด้วย เพราะหาก ข ไม่รับการแสดงเจตนาที่ก็ยังไม่เกิดผล แต่แม้ ข จะรับการแสดงเจตนาของ ก ก็เพียงทำให้ ข สามารถเดินผ่านหน้าบ้านของ ก ได้เท่านั้น และหากต่อมา ก ไม่อยากให้ ข เดินผ่าน ก ก็สามารถยกเลิกความยินยอมนั้นเมื่อใดก็ได้ ทั้งนี้เพราะการให้ความยินยอมดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดแก่ ข ที่จะบังคับ ก และไม่ก่อให้เกิดหนี้แก่ ก ที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้แก่ ข ส่งผลเพียงการที่ ก ให้ความยินยอมนั้นถือว่าเป็นการสละประโยชน์ที่

<sup>41</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1(2530), หน้า 23.

<sup>42</sup> ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 61.

กฎหมายให้ความคุ้มครอง ทำให้ ก ไม่อาจอ้างหรือเรียกความคุ้มครองจากกฎหมายได้อีกเท่านั้น ความยินยอมดังกล่าวนี้จึงไม่เป็นนิติกรรม

2. การให้ความยินยอมที่ถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ความยินยอมของฝ่ายหนึ่งที่มีต่ออีกฝ่ายอาจก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างบุคคลสองฝ่ายขึ้นได้ เช่น การที่ผู้ขนส่งสินค้าทางทะเลบอกกับผู้ส่งสินค้าว่าจะรับขนส่งสินค้าไปยังปลายทาง หากผู้ส่งสินค้ายินยอมไม่เอาผิดเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับสินค้าขณะขนส่ง ผู้ส่งสินค้ายินยอม จึงเกิดเป็นสัญญาขนส่งทางทะเลขึ้น เช่นนี้ การให้ความยินยอม (ไม่เอาผิดกับผู้ขนส่ง) ถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม (สัญญาขนส่งทางทะเล) แล้วซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมในกรณีดังกล่าวนี้เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ดังนั้นความยินยอมในกรณีนี้ย่อมต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมสัญญามาใช้ด้วย และฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะบอกเลิกความยินยอมนั้นโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมด้วยไม่ได้ ตัวอย่าง นาย ก ทำสัญญากับนาย ข ว่า ก ยินยอมให้ ข เดินผ่านที่ดินของตนได้เป็นเวลา 5 ปี โดย ข ตกลงชำระค่าตอบแทนเป็นเงินจำนวน 10,000 บาท จากตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นว่า สัญญาระหว่าง ก กับ ข เป็น นิติกรรม เพราะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่าง ก กับ ข โดย ก ต้องยอมให้ ข เดินผ่านที่ดินของตนได้ ส่วน ข ก็ต้องชำระค่าตอบแทนให้แก่ ก และในขณะเดียวกันผลของนิติกรรมดังกล่าวย่อมถือว่า ก ยินยอมให้ ข เดินผ่านที่ดินของตนได้ ดังนั้นจึงย่อมถือว่าการยินยอมดังกล่าวเป็นนิติกรรมไปด้วย ซึ่งหากต่อมานิติกรรมนั้นเป็นอันเลิกกันความยินยอมก็ย่อมสิ้นสุดไปด้วย และ ก จะบอกเลิกความยินยอมนั้นก่อนถึงกำหนด 5 ปีไม่ได้ เว้นแต่ ข จะยินยอมด้วย หรือ ข ผิดสัญญา ทำให้ ก มีสิทธิเลิกสัญญาได้ก่อนกำหนด

เกี่ยวกับเรื่องนี้มีคำพิพากษาที่น่าสนใจคือคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 (ประชุมใหญ่) ซึ่งสรุปใจความได้ว่า จำเลยเป็นหนี้โจทก์ โจทก์บอกจำเลยว่าสามารถชำระหนี้โดยส่งจำเลยเช็คล่วงหน้าได้ แต่จำเลยบอกโจทก์ว่าถึงออกเช็คส่งจ่ายไปเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการขึ้นเงิน โจทก์ก็ไม่สามารถขึ้นเงินได้เพราะในเงินในธนาคารจำเลยมีไม่พอ แต่โจทก์ก็ให้จำเลยออกเช็คโดยตกลงยินยอมจะไม่ฟ้องเป็นความผิดอาญา

จากคำพิพากษาข้างต้นทำให้ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่า การให้ความยินยอมอาจเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาก็ได้ เช่น การกระทำตามนิติกรรมสัญญาที่ผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำยอมไม่เป็นละเมิด แม้สัญญานั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ ความยินยอมนั้นก็ยังทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด<sup>43</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยในข้อที่ว่า การให้ความยินยอมอาจเกิดจากนิติกรรมสัญญา

<sup>43</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 61.

ก็ได้ แต่ด้วยความเคารพสำหรับประเด็นที่ว่า แม้สัญญาจะเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ ความยินยอม นั้นก็ยังทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดนั้นผู้เขียนยังไม่สนิทใจนัก ผู้เขียนเห็นว่า หากนิติกรรมเป็น โมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ความยินยอมซึ่งเกิดจากนิติกรรมนั้นเองย่อมเป็นโมฆะหรือไม่มีผลตามไปด้วย จะยกเอาความยินยอมมากล่าวอ้างไม่ได้ ทั้งนี้เพราะหากดูให้ดีจะเห็นว่าคำพิพากษาข้างต้นนั้นเป็นการ วินิจฉัยในคดีอาญาซึ่งหลักความยินยอมในทางอาญากับในทางแพ่งนั้นไม่เหมือนกัน ดังนั้นจะนำหลัก ทางอาญามาใช้กับทางแพ่งไม่ได้ ซึ่งความยินยอมในทางอาญาไม่ถือเป็นนิติกรรมอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้อง พิจารณาว่านิติกรรมหรือข้อตกลงนั้นจะเป็นโมฆะหรือมีผลบังคับหรือไม่ หากความยินยอมไม่ขัดกับ สำนึกในศีลธรรมอันดี การให้ความยินยอมนั้นก็นำมาใช้ได้ ซึ่งตามฎีกาดังกล่าวเห็นว่า การที่โจทก์ ยินยอมให้จำเลยออกเช็คโดยจะไม่ฟ้องเป็นความผิดอาญานั้นไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี จำเลยจึง ไม่มีความผิดในทางอาญา แต่ข้อเท็จจริงตามฎีกานี้หากโจทก์จะนำมาฟ้องจำเลยฐานละเมิด จำเลย จะต้องรับผิดในละเมิดต่อโจทก์หรือไม่นั้น ก็ต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิด กล่าวคือ เมื่อการ กระทำของจำเลยนั้นไม่เป็นความผิดอาญาแล้วย่อมถือว่าขาดองค์ประกอบในเรื่องผิดกฎหมาย การ กระทำของจำเลยจึงไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์

ปัญหาต่อมาก็คือ การให้ความยินยอมนั้นสามารถทำได้โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความสามารถ ของผู้ให้ความยินยอมใช่หรือไม่ สำหรับความยินยอมที่เกิดจากนิติกรรมนั้นคงไม่มีปัญหา เพราะเมื่อถือ ว่าเป็นนิติกรรมย่อมต้องนำหลักในเรื่องความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 มาใช้บังคับด้วย แต่กรณีที่มีความยินยอมที่ไม่เป็นนิติกรรมนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อมิใช่นิติกรรม โดยหลักย่อมไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องความสามารถของผู้ให้ความยินยอม แต่การให้ความยินยอม ผู้ให้จำเป็นจะต้องมีความสามารถแค่นั้นนั้นก็ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของความยินยอมนั่นเอง ซึ่ง ตามที่ผู้เขียนได้อธิบายหลักเกณฑ์ความยินยอมในทางแพ่งมาแล้วในบทที่ผ่านมา จะมีองค์ประกอบข้อ หนึ่งว่า ผู้ให้ความยินยอมต้องเข้าใจในผลแห่งความยินยอมนั้น กล่าวคือต้องเข้าใจถึงการกระทำ และรู้คุณค่าและผลของการกระทำนั้น แสดงว่าการให้ความยินยอมในทางแพ่งนี้มีไว้ว่าไม่คำนึงถึง ความสามารถของผู้ให้ความยินยอมเสียทีเดียว ผู้ให้ความยินยอมยังต้องมีความสามารถพอที่จะเข้าใจ ลักษณะของการกระทำและเข้าใจผลแห่งความยินยอมนั้น ซึ่งเป็นความสามารถคนละกรณีกับ ความสามารถของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 2 ส่วนที่ 2 เรื่อง ความสามารถ ซึ่งนำไปใช้ในเรื่องนิติกรรม ดังนั้นการที่บุคคลใดสามารถเข้าใจผลแห่งการกระทำได้ บุคคลนั้นต้องมีอายุพอสมควร ซึ่งจะมีอายุเพียงใดนั้นก็ไม้อาจจะตายตัวได้เพราะแต่ละคนอาจมี ความรู้สึกผิดชอบและประสบการณ์ต่างกัน จึงต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป และต้องมีจิตปกติมิใช่คน วิกลจริต จิตฟั่นเฟือน เพราะหากผู้ให้ความยินยอมเป็นคนวิกลจริตก็คงจะอ้างไม่ได้ว่าเข้าใจผลแห่ง ความยินยอมนั้น ตัวอย่าง นางสาว ก เป็นคนวิกลจริตยอมให้นาย ข กระทำชำเรา เช่นนี้คงถือไม่ได้ว่า นางสาว ก ให้ความยินยอม หากนาย ข กระทำชำเรานางสาว ก การกระทำของนาย ข ย่อมเป็นละเมิด



หรือ เด็กชาย ค อายุ 14 ปี ยอมให้ นาย ง เดินทางผ่านที่ดินของตน ซึ่งหากเด็กชาย ค เข้าใจผลแห่งความยินยอมเช่นนี้ว่าอาจบกวนการครอบครองที่ดินของตนแล้ว ความยินยอมดังกล่าวย่อมใช้ได้ ไม่เป็นละเมิด

#### 5.4 ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Volenti non fit injuria กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Volenti non fit injuria กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่เกิดขึ้นก็คือความยินยอมสามารถนำไปใช้บังคับกับมาตรา 8 ได้หรือไม่ เพราะในมาตรา 8 ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้นำเรื่องความยินยอมมาใช้บังคับด้วย ซึ่งต่างไปจากมาตรา 9 ที่เขียนไว้อย่างชัดเจนว่าให้นำเรื่องความยินยอมมาใช้บังคับ

แต่สำหรับประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีแล้ว คงไม่มีปัญหาในทำนองนี้เกิดขึ้นเพราะจริงอยู่ที่ในอดีตสหพันธรัฐเยอรมนีเคยประกาศใช้รัฐบัญญัติฉบับหนึ่งชื่อ "รัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป (Act Concerning the Regulation of Standard Contract Terms หรือ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG))" ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองผู้บริโภคที่มักถูกเอาเปรียบจากการทำสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งหากจะเทียบแล้วก็มีวัตถุประสงค์ใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของไทย เพียงแต่ของสหพันธรัฐเยอรมนีจำกัดอยู่ที่สัญญาสำเร็จรูปเท่านั้น ครั้นในเวลาต่อมา รัฐบัญญัติฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไป แต่ได้รับการนำกฎหมายในส่วนของสารบัญญัติมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 305 ถึง มาตรา 310 แทน และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2545 เป็นต้นไป<sup>44</sup> ทำให้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสหพันธรัฐเยอรมนีเคลื่อนกลืนเป็นเนื้อเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) แล้ว จึงไม่มีปัญหาต้องมาพิจารณาเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกต่อไป

ส่วนในประเทศอังกฤษที่มีการออก Unfair Contract Term Act 1977 เพื่อเป็นเครื่องมือของศาลในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจน และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1978 เป็นต้นมานั้น ก็มีเพียงส่วนที่ 2 (1) ของ Unfair Contract Term Act 1977<sup>\*</sup> ซึ่งว่า

<sup>44</sup> วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, "แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 154.

\* ส่วนที่ 2 (1) ของ Unfair Contract Term Act 1977 บัญญัติว่า "บุคคลไม่สามารถที่จะอ้างข้อสัญญาหรือประกาศซึ่งได้ให้แก่บุคคลโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจง อันมีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเอง ในความตายหรือการได้รับบาดเจ็บของบุคคลอื่น อันเป็นผลมาจากการ



ด้วยเรื่องความรับผิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability) เท่านั้นที่ใช้บังคับกับเรื่องความยินยอม จึงไม่ต้องมาวินิจฉัยว่ามาตราใดใช้บังคับกับความยินยอมหรือไม่

ดังนั้น ในที่นี้จึงมีเพียงประเทศไทยเท่านั้นที่มีปัญหาการบังคับใช้มาตรา 8 กับมาตรา 9 ซึ่งผู้เขียนจะขอล่าไว้ในหัวข้อถัดไป โดยการวิเคราะห์ปัญหานั้น ผู้เขียนจะขอแบ่งออกเป็นสองหัวข้อ โดยหัวข้อแรกจะเป็นเรื่องการบังคับใช้หลักความยินยอมในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540ว่าจะนำไปใช้ได้ทั้งมาตรา 8 และมาตรา 9 หรือไม่ อย่างไร ส่วนหัวข้อที่สองจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ว่าหลังจากที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติฯ แล้ว หลักในเรื่องความยินยอมจะยังคงนำไปใช้ได้เพียงใด และส่งผลกระทบต่อมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

#### 5.4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ "ความยินยอม" ใน มาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้ถูกประกาศใช้ และมีผลบังคับในวันที่ 14 พฤศจิกายน 2541 เป็นต้นมา ก็ทำให้ขอบเขตของการใช้หลักความยินยอม (Volenti non fit injuria) เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายมาตราที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมดังนี้

มาตรา 3 บัญญัติว่า "ในพระราชบัญญัตินี้

"ข้อสัญญา" หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอมรวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย..."

มาตรา 8 บัญญัติว่า "ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเพื่อเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่งซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น"

---

กระทำโดยประมาทเลินเล่อของตนเอง" (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)

มาตรา 9 บัญญัติว่า "ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้"

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่ามาตรา 8 มีเนื้อหาที่เกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดอยู่ด้วย แต่กลับไม่บัญญัติคำว่า "ความยินยอม" ไว้ ทั้งๆ ที่มาตรา 9 บัญญัติไว้ชัดเจน เสมือนหนึ่งว่ามาตรา 8 ไม่ต้องการบังคับในเรื่องความยินยอม แต่ทว่ามาตรา 8 และมาตรา 9 กลับมีคำว่า "ข้อตกลง" และ "ความตกลง" ซึ่งต่างก็ถือเป็น "ข้อสัญญา" ตามนิยามในมาตรา 3 คล้ายกับว่าจะให้เรื่องความยินยอมสามารถบังคับใช้ได้ทั้ง มาตรา 8 และมาตรา 9 จึงมีปัญหว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มีเจตนารมณ์ในการบังคับใช้เรื่องความยินยอมอย่างไร จะให้ใช้ได้ทั้ง มาตรา 8 และมาตรา 9 หรือว่าต้องใช้ตามถ้อยคำในดับทซึ่งใช้บังคับเฉพาะมาตรา 9 เพียงมาตราเดียว

เกี่ยวกับเรื่องนี้มีความเห็นของนักกฎหมายแยกออกเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายแรกเห็นว่า มาตรา 8 วรรคแรกน่าจะไม่ใช่กับความยินยอมด้วย เพราะบทบัญญัติมาตรานี้มิได้ใช้คำว่า "ข้อสัญญา" ที่ จะรวม "ความยินยอม" ไว้ด้วย กรณีความยินยอมจึงต้องพิจารณาตามมาตรา 9 เท่านั้น<sup>45</sup> ส่วนอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า "ความยินยอม" กับ "ข้อตกลง" ในกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีความหมายไม่แตกต่างกัน ทำให้ความเข้าใจในเรื่องการกระทำในทางละเมิดและการแสดงเจตนาของคู่กรณีในเรื่องนิติกรรมเป็นเรื่องเดียวกัน<sup>46</sup> จากความเห็นดังกล่าวย่อมเข้าใจได้ว่า มาตรา 8 ใช้บังคับกับ "ความยินยอม" ด้วย

หากพิจารณาตามมาตรา 3 ซึ่งเป็นบทนิยามศัพท์แล้วจะเห็นว่า คำว่า "ข้อสัญญา" ก็นิยามความหมายกว้าง เพราะหมายถึง ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอมรวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความ ซึ่งข้อตกลงและความตกลงนั้น อาจเป็นการตกลงที่มีการเสนอสนองต้องตรงกันทำเป็นสัญญาเพื่อกอนิติสัมพันธ์อันมีลักษณะเป็นนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว หรืออาจจะไม่ถึงขั้นเป็นสัญญาก็ได้หากข้อตกลงและความตกลงนั้นไม่ได้เป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลชั้นในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ส่วนความยินยอม(ฝ่ายเดียว ตามมาตรา 3 และมาตรา 9) ประกาศ และคำแจ้งความ โดยลักษณะแล้วไม่ถือว่าเป็นนิติกรรม ดังนั้นในเบื้องต้นต้องเข้าใจก่อนว่า ข้อสัญญาตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีความหมายต่างกับข้อสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และจะนำความหมายตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้กับกฎหมายอื่นไม่ได้

<sup>45</sup> ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 123-124.

<sup>46</sup> สุขุม ศุภนิത്യ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2548), หน้า 41.

เมื่อพิจารณามาตรา 8 จะเห็นว่าใช้บังคับในกรณีของ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ ที่ทำไว้ล่วงหน้า ไม่รวมถึง ความยินยอมด้วย ซึ่งจากบทนิยามศัพท์ตามมาตรา 3 “ข้อสัญญา” หมายถึง ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอมรวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความ จากบทนิยามดังกล่าวได้มีการ แยกข้อตกลงเป็นกรณีหนึ่งและความยินยอมเป็นอีกกรณีหนึ่ง แสดงว่าข้อตกลงและความยินยอมต้องมีความหมายที่แตกต่างกัน ทั้งนี้เพราะหากมีความหมายเหมือนกันแล้วก็ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมาให้เป็นการฟุ่มเฟือย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงตามมาตรา 8 มีความหมายรวมถึงความยินยอมที่เกิดจากการตกลงกันของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายอยู่ด้วย ไม่ว่าจะข้อตกลงดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งหรือพาณิชย์หรือไม่ ส่วนความยินยอมตามมาตรา 3 นั้น หมายความว่าความยินยอมของผู้ถูกระทำเพียงฝ่ายเดียวโดยที่มิได้ทำเป็นข้อตกลงกับอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นการพิจารณาว่าความยินยอมจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 8 หรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป กล่าวคือ หากความยินยอมนั้นเกิดจากข้อตกลงของบุคคลสองฝ่ายย่อมถือว่าความยินยอมนั้นอยู่ในความหมายของข้อตกลงตามมาตรา 8 ด้วย ความยินยอมในกรณีดังกล่าวนี้จึงต้องอยู่ในบังคับมาตรา 8 ด้วย แต่หากความยินยอมดังกล่าวเป็นกรณีที่เกิดจากความยินยอมฝ่ายเดียวของผู้ถูกระทำโดยมิได้ตกลงกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ย่อมไม่ถือว่าความยินยอมในกรณีดังกล่าวนี้เป็นข้อตกลง จึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา 8

ส่วนมาตรา 9 นั้น ได้บัญญัติถึง ความตกลงกรณีหนึ่ง และความยินยอมกรณีหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า ความตกลงในที่นี้หมายความว่ารวมถึงความยินยอมในกรณีที่เกิดจากความตกลงของบุคคลสองฝ่าย ด้วยทำนองเดียวกับข้อตกลง ส่วนความยินยอมที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 นั้น ย่อมหมายถึงเฉพาะความยินยอมฝ่ายเดียวของผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายโดยมิได้ตกลงกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นมาตรา 9 จึงใช้บังคับกับความยินยอมทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายฝ่ายเดียวหรือความยินยอมที่เกิดจากการตกลงของบุคคลสองฝ่าย

จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปความยินยอมซึ่งอยู่ในบังคับตามมาตรา 8 และ 9 ได้ดังนี้

- (1) มาตรา 8 ใช้บังคับเฉพาะความยินยอมที่เกิดจากข้อตกลงของบุคคลสองฝ่ายเท่านั้น หากเป็นความยินยอมฝ่ายเดียวแล้วไม่อยู่ในบังคับมาตรานี้
- (2) มาตรา 9 ใช้บังคับกับความยินยอมทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายฝ่ายเดียวหรือความยินยอมของผู้เสียหายหลายฝ่าย

สิ่งที่ผู้อ่านต้องทำความเข้าใจคือ “ความยินยอม” ที่ผู้เขียนกำลังกล่าวถึงในที่นี้ หมายความว่าความยินยอมตามหลัก *Volenti non fit injuria* ในทางแพ่ง มิใช่ “ความยินยอม” ตามนิยาม “ข้อสัญญา” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 หรือปรากฏอยู่ในมาตรา 9 ทั้งนี้เพราะความยินยอมตามหลัก *Volenti non fit injuria* นั้นอาจเกิดจากนิติกรรมสองฝ่ายหรือมิใช่นิติกรรมแต่เป็นความยินยอมของผู้เสียหายฝ่ายเดียวก็ได้ ซึ่งความยินยอมฝ่ายเดียวก็คือ “ความยินยอม” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 และมาตรา 9 นั่นเอง ส่วนความ



ยินยอมที่เป็นนิติกรรมนั้นก็รวมอยู่ในความหมายของ "ข้อตกลง" หรือ "ความตกลง" ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 3 มาตรา 8 และมาตรา 9

ปัญหาที่ต้องทำความเข้าใจต่อมาก็คือ มาตรา 8 และ 9 มีขอบเขตบังคับใช้แค่ไหนอย่างไร

ในมาตรา 8 บัญญัติแยกเป็นสองวรรค วรรคแรกเกี่ยวกับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย และวรรคสองเกี่ยวกับสิทธิอื่นๆ ที่มีสิทธิเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย อนามัย โดยอาจเป็นสิทธิเกี่ยวกับ ทรัพย์สิน เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

วรรคแรกมีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ต้องเป็นเรื่องของข้อตกลงซึ่งรวมถึงความยินยอมที่เกิดจากการตกลงกันนั้นด้วย ประกาศ หรือคำแจ้งความฝ่ายเดียว

(2) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความฝ่ายเดียว ต้องทำไว้ล่วงหน้าก่อนเกิดการละเมิด เท่านั้น ไม่รวมกรณีที่ทำขึ้นภายหลังที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งหากเป็นการทำขึ้นภายหลังก็ไม่อยู่ใน บังคับมาตรานี้ แต่อาจเป็นเรื่องการประนีประนอมยอมความ การปลดหนี้ อันทำให้หนี้นั้นระงับไปได้ เป็น เสรีภาพของคู่กรณีที่สามารถทำได้อยู่แล้ว จะต่างกับกรณีทำไว้ล่วงหน้า ที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม แก่ผู้เสียหาย เพราะผู้ที่จะเสียหายอาจยอมตกลงโดยขาดประสบการณ์ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของ ประกาศหรือคำแจ้งความไว้ล่วงหน้า ผู้ที่จะเสียหายอาจไม่ได้สนใจอ่านด้วยซ้ำ หากปล่อยให้กำหนดได้ แล้วอาจทำให้มาตรฐานในการใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการเพื่อไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น นั้นลดลง

(3) เป็นการทำขึ้นเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายหรืออนามัยของผู้อื่น

การยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น หมายความว่า หากมีการทำละเมิดเกิดขึ้นครบ องค์ประกอบมาตรา 420 ซึ่งโดยบทบัญญัติดังกล่าวผู้ทำละเมิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย แต่หากมีการตกลงไว้ล่วงหน้ายกเว้นไว้ก่อนแล้ว ก็จะมีหมายความว่าหากมีการทำละเมิดเกิดขึ้นจากผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความไว้ล่วงหน้า หรือเกิดจากบุคคลที่เขาต้องรับผิดร่วมด้วย เช่น ลูกจ้างที่ทำงาน ในทางที่จ้าง ผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้ประกาศไว้ล่วงหน้า ก็ไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนใดๆ แก่ ผู้เสียหายเลย ส่วนการจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น หากมีการละเมิดเกิดขึ้นจากผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือ ผู้แจ้งความไว้ล่วงหน้าหรือเกิดจากบุคคลที่เขาต้องรับผิดร่วมด้วย ผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความไว้



ล่วงหน้า ก็ยังคงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายอยู่ เพียงแต่จำกัดความรับผิดไว้ไม่เกินจำนวนใดจำนวนหนึ่งเท่านั้น<sup>47</sup>

ความเสียหายตามมาตรานี้ต้องเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย และอนามัยเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสิทธิดังกล่าวมิใช่เฉพาะตัวผู้ถูกกระทำเท่านั้นที่เสียหาย แต่อาจมีบุคคลอื่นได้รับความเสียหายด้วย เช่น บุคคลในครอบครัว เป็นต้น

(4) การกระทำละเมิดต้องเกิดจากผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความรวมถึงบุคคลที่เขาต้องรับผิดชอบด้วย เช่น ลูกจ้างทำงานในทางที่จ้าง ผู้ปกครองของผู้เยาว์ เป็นต้น

ผลของการตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดในความเสียหายที่มีต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยของผู้อื่นตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนั้นผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความยังคงต้องรับผิดในความเสียหายที่ตนทำละเมิดขึ้นเอง หรือเกิดจากบุคคลที่เขาต้องรับผิดชอบด้วยทำละเมิด

ส่วนหลักเกณฑ์ตามวรรคสองนั้น ก็เหมือนเช่นหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง ต่างกันเพียงการทำละเมิดกรณีของวรรคสองนี้ต้องเป็นกรณีอื่นนอกจากความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย และอนามัย ซึ่งหากพิจารณาในเรื่องละเมิดแล้วความเสียหายอย่างอื่นนอกจากที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ได้แก่ ความเสียหายต่อทรัพย์สิน เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งผลของวรรคสองทำให้ ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความล่วงหน้าใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

สำหรับแค่นั้นถึงจะถือว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น ผู้ที่จะพิจารณาก็คือศาล ซึ่งหมายความว่าผู้เสียหายจะต้องฟ้องร้องต่อศาลก่อน ศาลจึงจะมาพิจารณาว่าข้อที่ตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความไว้นั้นเป็นธรรมหรือพอสมควรแก่กรณีหรือไม่ หากไม่เป็นธรรมหรือไม่พอสมควรแก่กรณี ศาลก็จะปรับข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความนั้นให้เหลือเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี แต่หากผู้เสียหายมิได้ฟ้องร้องต่อศาลการปรับลดนี้ก็เกิดมิได้ จะมีผลเพียงว่าข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่มีต่อทรัพย์สิน เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น สมบูรณ์ ผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความก็ไม่ต้องรับผิดเลยในกรณีที่ข้อตกลงยกเว้นความรับผิด หรือรับผิดอย่างจำกัดในกรณีที่ข้อจำกัดความรับผิด<sup>48</sup>

<sup>47</sup> ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 125.

\* มาตรา 11 บัญญัติว่า “ข้อสัญญาใดมิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ”

<sup>48</sup> ศนันท์กรณ์ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 127.

สำหรับหลักเกณฑ์ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีดังนี้

(1) มีความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความตกลงในที่นี้หมายรวมถึงความยินยอมที่เกิดจากความตกลงของบุคคลสองฝ่ายด้วย ส่วน "ความยินยอม" ในที่นี้หมายถึงความยินยอมฝ่ายเดียวของผู้เสียหาย

(2) ความตกลงหรือความยินยอมนั้นเป็นการตกลงหรือให้ความยินยอมในการกระทำที่ ต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

การกระทำที่ห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หมายถึง กฎหมายอาญาบัญญัติห้ามมิให้กระทำไว้โดยชัดแจ้ง หรือเพียงบัญญัติไว้ว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดซึ่งต้องรับโทษอย่างใดอย่างหนึ่ง สำหรับการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายความว่า การกระทำที่ขัดต่อประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชน หรืออาจกล่าวอย่างกว้างๆ ว่า การกระทำซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคม และความมั่นคงในสถาบันครอบครัว ส่วนการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายความว่า การกระทำที่ขัดต่อธรรมเนียมประเพณีของสังคม ซึ่งรวมหลักศาสนาใดศาสนาหนึ่งด้วย อนึ่งศีลธรรมอันดีของประชาชนกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมักจะเกี่ยวพันกันจนแยกไม่ออก จึงเรียกรวมกันว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>49</sup>

ผลของมาตรา 9 ย่อมทำให้ความตกลงหรือความยินยอมตกเป็นโมฆะไป ตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ กล่าวคือ ผู้ที่ได้รับการตกลงหรือได้รับความยินยอมให้กระทำการอันต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ยังคงต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเช่นเดิมตาม มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากที่กล่าวมาข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 8 และ 9 มีขอบเขตการบังคับใช้ต่างกันดังนี้

(1) มาตรา 8 ใช้บังคับกับเฉพาะความยินยอมที่เกิดจากข้อตกลงของบุคคลสองฝ่าย แต่ มาตรา 9 ใช้บังคับกับความยินยอมทุกกรณี

(2) มาตรา 8 นอกจากจะใช้บังคับกับข้อตกลงแล้ว ยังใช้บังคับกับประกาศหรือคำแจ้งความไว้ล่วงหน้า ส่วนมาตรา 9 นั้น ไม่ใช้บังคับกับประกาศหรือคำแจ้งความล่วงหน้าด้วย เว้นแต่ประกาศหรือคำแจ้งความล่วงหน้านั้นจะมีลักษณะเป็น "ความยินยอมของผู้เสียหาย (ฝ่ายเดียว)" อยู่ในตัวด้วย เช่น นาย ก ลงประกาศหนังสือพิมพ์ว่าใครอยากทำร้ายนาย ก ให้มาทำร้ายได้ โดยนาย ก จะไม่เอาผิดคนทำร้าย

<sup>49</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 57.

แต่อย่างไรก็ตาม จะเห็นว่าประกาศดังกล่าวมีลักษณะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายฝ่ายเดียวด้วย ดังนั้นจึงนำมาตรา 9 มาใช้บังคับกับประกาศดังกล่าวนี้ได้

(3) การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายตามมาตรา 8 นั้น จำกัดเฉพาะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยเท่านั้นถึงจะเป็นโมฆะ ส่วนมาตรา 9 นั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยเท่านั้น แต่มุ่งไปที่การกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยหรือไม่ก็ตาม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มาตรา 8 มุ่งที่ความเสียหาย ส่วนมาตรา 9 มุ่งที่การกระทำ ดังนั้นแม้ความยินยอมจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินก็ตาม แต่ถ้าเป็นการยินยอมให้กระทำการที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ความยินยอมนั้นก็เป็นโมฆะได้ เช่น นาย ก ตกลงยินยอมให้ นาย ข เผลาบ้านของตนเอง เช่นนี้จะเห็นว่าความยินยอมดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน หากพิจารณาตามมาตรา 8 ข้อตกลงดังกล่าวย่อมไม่เป็นโมฆะ แต่หากพิจารณาตามมาตรา 9 จะเห็นว่า การยินยอมให้ผู้อื่นเผลาบ้านตนเองนั้นเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย และยังขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย การยินยอมให้กระทำการดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ

(4) มาตรา 8 พิจารณาในด้านของผู้ก่อความเสียหาย ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำที่ว่า "...อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้" ส่วนมาตรา 9 พิจารณาในด้านของผู้เสียหาย

**5.4.2 ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างละเมิด ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหลัก Volenti non fit injuria ในมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540**

ตามที่ได้ศึกษาหลัก Volenti non fit injuria หรือหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาแล้ว ซึ่งจะเห็นว่ามีความสัมพันธ์กับละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักดังกล่าวนำมาใช้โดยบัญญัติไว้เป็นลายอักษรตามมาตรา 420 ในองค์ประกอบเรื่องความเสียหายนั่นเอง โดยถือว่าหากผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมให้เขากระทำต่อตนแล้ว ก็ย่อมถือไม่ได้ว่าผู้ที่ให้ความยินยอมนั้นได้รับความเสียหาย เมื่อไม่เสียหายย่อมถือว่าขาดองค์ประกอบ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด ผู้กระทำไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น นอกจากนี้ยังได้ทำการศึกษาต่อไปว่า หลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งนี้ไม่ใช่จะสามารถให้ความยินยอมได้ทุกเรื่อง ทั้งนี้เพราะมีสิทธิบางอย่างที่หากมีการกระทำต่อสิทธิเช่นนั้นนอกจากผู้ที่ให้ความยินยอมจะเสียหายแล้ว ยังมีบุคคลอื่นได้รับความเสียหายด้วย ดังนั้นสิทธิเช่นนี้จึงไม่อาจให้ความยินยอมได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายมาก่อนแล้ว อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับหลัก



ความยินยอมไม่เป็นละเมิดแล้ว ศาลฎีกากลับเห็นว่าในเรื่องละเมิดนั้นสามารถให้ความยินยอมได้ทุกเรื่อง ดังนั้นแม้ว่าจะยินยอมให้กระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ย่อมสามารถทำได้ทั้งสิ้น ซึ่งเมื่อยินยอมแล้วย่อมถือว่าผู้ให้ความยินยอมไม่ได้รับความเสียหาย จึงไม่เป็นละเมิด แต่ในปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ใช้บังคับ ซึ่งในมาตรา 8 และ 9 ได้มีการกล่าวถึง "ความยินยอม" ดังนั้นจึงมีปัญหาเบื้องต้นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 8 และ 9 มีผลต่อหลัก Volenti non fit injuria หรือ หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดและมีผลต่อมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่อย่างไร

หากพิจารณาหลัก Volenti non fit injuria จะเห็นว่าหลักดังกล่าวถูกนำมาใช้ในเรื่องละเมิดโดยเสมือนหนึ่งว่าได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 420 ในส่วนของความเสียหาย ดังนั้นหลัก Volenti non fit injuria จึงมิได้เป็นหลักกฎหมายที่มายกเว้นบทบัญญัติมาตรา 420 ส่วนมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นั้น หากเราดูตัวบทให้ดีจะเห็นว่ากฎหมายบัญญัติไว้ว่า "...จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้" แสดงว่ามาตรา 8 และมาตรา 9 เป็นหลักกฎหมายที่นำมาประกอบการวินิจฉัยในเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย โดยมาตรา 8 และมาตรา 9 ได้บัญญัติถึงความยินยอมที่ไม่อาจนำมายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดได้ ซึ่งได้แก่ ความยินยอมให้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ตามมาตรา 8 และความยินยอมให้กระทำการอันต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 9 แสดงว่าในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเป็นละเมิดหรือไม่นั้น นอกจากเราจะพิจารณาตามหลัก Volenti non fit injuria แล้ว เราต้องพิจารณาความยินยอมตามมาตรา 8 และมาตรา 9 ด้วย ซึ่งหากเราถือการใช้หลัก Volenti non fit injuria ตามแนวของศาลฎีกาที่เห็นว่าสามารถให้ความยินยอมได้ทุกเรื่องแล้ว เมื่อพิจารณามาตรา 8 และมาตรา 9 แล้ว ความยินยอมดังกล่าวต้องถูกจำกัดขอบเขตลงมา เท่าที่ มาตรา 8 และมาตรา 9 บัญญัติไว้เท่านั้น หากฝ่าฝืนให้ความยินยอมไปยอมทำให้ความยินยอมนั้นเป็นโมฆะ แต่หากถือตามความเห็นของผู้เขียนที่เห็นว่าความยินยอมตามหลัก Volenti non fit injuria ในเรื่องละเมิดนั้น ไม่อาจให้ความยินยอมให้กระทำต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพแล้ว ก็จะสอดคล้องกับหลักความยินยอมตามมาตรา 8 และมาตรา 9 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 8 และมาตรา 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นั้นไม่ได้มาจำกัดขอบเขตของความยินยอมตามหลัก Volenti non fit injuria แต่อย่างไร ในทางกลับกัน มาตรา 8 และมาตรา 9 ได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อรับรองให้ชัดเจนว่า กรณีใดบ้างที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ มิใช่จะสามารถให้ความยินยอมกันได้ทุกเรื่อง

ตัวอย่าง นาย ก ยินยอมให้นาย ข แทะด้วยมีด นาย ข จึงใช้มีดแทงนาย ก ได้รับอันตรายสาหัส เช่นนี้ ในการพิจารณาว่าการกระทำของนาย ข เป็นละเมิดหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาหลัก Volenti non fit injuria ประกอบกับมาตรา 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ด้วย หากในทาง



แพ่งใช้หลักของศาลฎีกาที่เห็นว่าสามารถให้ความยินยอมได้ทุกเรื่อง เมื่อนำมาตรา 9 มาใช้บังคับ จะเห็นว่าการยินยอมให้นาย ข แห่งนั้นถือว่าเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายทั้งยังเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ความยินยอมดังกล่าวจึงเป็นโมฆะทำให้นาย ข ไม่อาจอ้างความยินยอมนั้นมายกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดได้ แต่หากถือตามความเห็นของผู้เขียน การกระทำของนาย ข เป็นละเมิดอยู่แล้ว (แม้จะยังไม่มี การประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) เพราะสิทธิในร่างกายไม่อาจให้ความยินยอมได้ ซึ่งนับว่าสอดคล้องกับพระราชบัญญัติฯ มาตรา 9 ที่ได้มีการประกาศใช้แล้วในปัจจุบัน

ดังนั้น หากเกิดเหตุการณ์เช่นเดียวกันกับฎีกาที่ 673/2510 ภายหลังมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ผลของคำพิพากษาก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงไป

ฎีกาที่ 673/2510 การที่โจทก์ทำให้จำเลยฟันเพื่อทดลองคาถาอาคมซึ่งตนเชื่อถือและหวาดอ้างว่าตนอยู่คนั้น เป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกาย เป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ตามกฎหมายจึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้

หากพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษานี้ ภายหลังมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จะเห็นได้ว่าการให้ความยินยอมของโจทก์เป็นการให้ความยินยอมที่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี จึงทำให้ความยินยอมไม่มีผลตามหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในทางอาญา การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ "ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย" และถือว่า "ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดตามกฎหมายละเมิด และหากในการทดลองคาถาอาคมนี้นับเป็นการตกลงกันระหว่างโจทก์และจำเลย (โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการนิทกรรมหรือไม่) การกระทำของจำเลยก็อาจเป็นความผิดตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้เช่นกัน

ปัญหาต่อมาก็คือ บทบัญญัติตามมาตรา 9 ความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งห้ามมิให้อ้างหรือจำกัดความรับผิดนั้น แม้จะทำให้ความยินยอมนั้นเป็นโมฆะไม่อาจนำมาอ้างได้ก็ตาม ผู้ทำละเมิดจะยกเอาความยินยอมนั้นมาขอแบ่งส่วนความรับผิดได้บ้างหรือไม่ เช่น กรณีทะเลาะวิวาทกัน ความยินยอมนั้น อาจเป็นการยินยอมโดยขัดแย้ง ยินยอมโดยปริยาย หรือผู้เสียหายเข้าเสี่ยงรับความเสียหายก็ถือว่าเป็นความยินยอมเช่นเดียวกัน ซึ่งการทะเลาะวิวาทกันนั้นถือว่าเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเข้าเสี่ยงรับความเสียหาย จึงถือว่าผู้เสียหายยินยอมให้อีกฝ่ายทำร้ายร่างกายตนได้ ซึ่งหากพิจารณาตามมาตรา 9 ความยินยอมให้ทำร้ายร่างกายนั้นถือเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายและยังเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ความยินยอมดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ การกระทำแต่ละฝ่ายจึงเป็นละเมิดซึ่งกันและกัน มีนัย

กฎหมายบางท่านเห็นว่า<sup>50</sup> การที่บุคคลทะเลาะวิวาทกันหรือสมัครใจเข้าต่อสู้ทำร้ายซึ่งกันและกัน ทั้งสองฝ่ายต่างมีส่วนผิดในกิจกรรมอันมิชอบด้วยกฎหมายด้วยกัน จึงมาฟ้องขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายไม่ได้ทั้งคู่ ตามสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า *ex turpi causa non oritur action* กิจกรรมที่ผิดศีลธรรมไม่อาจเป็นเหตุฟ้องคดี ซึ่งด้วยความเคารพในความเห็นข้างต้น ผู้เขียนยังเห็นว่ากรณีทะเลาะวิวาทกันนั้น น่าจะสามารถฟ้องอีกฝ่ายหนึ่งได้ ทั้งนี้เพราะผลของมาตรา 9 พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ที่ถือว่าความยินยอมนั้นเป็นโมฆะ ทำให้การทะเลาะวิวาทนั้นเป็นละเมิด อันเป็นการโต้แย้งสิทธิของอีกฝ่ายทำให้มีอำนาจฟ้องตามมาตรา 55 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งหากจะห้ามมิให้ฟ้องคดีเลยก็อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ เช่น ก กับ ข ทะเลาะกัน ก เพียงตอยทำร้าย ข เท่านั้น ส่วน ข ใช้นินยง ก ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ หากไม่ให้ฟ้องคดีกันได้เลยย่อมไม่เป็นธรรมต่อทายาทของ ก นอกจากนี้แล้วหากไม่ให้ฟ้องคดีกันได้ย่อมส่งผลให้คนไม่เกรงกลัวกฎหมายเพราะไม่อาจถูกอีกฝ่ายฟ้องคดีได้ ทำให้คนทะเลาะวิวาทกันมากขึ้น ส่งผลให้สังคมไม่สงบเรียบร้อย ดังนั้นจึงควรเปิดโอกาสให้สามารถฟ้องร้องกันได้ ส่วนใครจะรับผิดชอบอย่างไรนั้นค่อยไปว่ากันอีกที

อย่างไรก็ดีศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ มีความเห็นว่า<sup>51</sup> การที่บุคคลทะเลาะวิวาทกันนั้น น่าจะอยู่ในบังคับมาตรา 442 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยผู้เสียหายมีส่วนผิด

สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับอาจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ ที่เห็นว่ากรณีทะเลาะวิวาทกันนั้นอยู่ในบังคับมาตรา 442 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้เพราะการสมัครใจทะเลาะวิวาททำร้ายกันนั้น เป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บล้มตายนั่น ย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ตนมิได้มีส่วนผิดด้วย เพราะหากตนไม่สมัครใจเข้าไปทะเลาะวิวาทแล้ว การทะเลาะวิวาทนั้นย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ และมาตรา 442 นั้นใช้กับการกระทำละเมิดทุกกรณีซึ่งรวมถึงกรณีที่เป็นละเมิดเนื่องจากความยินยอมเป็นโมฆะด้วย

มาตรา 442 บัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

มาตรา 223 บัญญัติว่า "ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง ก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อย

<sup>50</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," ตุลพาท 45 (มกราคม-มิถุนายน 2541): 134.

<sup>51</sup> ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 58.

เพียงได้นั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร

วิธีเดียวกันนี้ ท่านให้ใช้แม้ทั้งที่ความผิดของฝ่ายผู้เสียหายจะมีแต่เพียงละเลยไม่เตือน ลูกหนี้ให้รู้สึกถึงอันตรายแห่งการเสียหายอันเป็นอย่างไรร้ายแรงผิดปกติ ซึ่งลูกหนี้ไม่รู้หรือไม่อาจจะรู้ได้ หรือเพียงแต่ละเลยไม่บำบัดป้องกัน หรือบรรเทาความเสียหายนั้นด้วย อนึ่ง บทบัญญัติแห่งมาตรา 220 นั้น ท่านให้นำมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม"

จากบทบัญญัติมาตรา 442 ประกอบมาตรา 223 จะเห็นได้ว่า ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยนั้น หนี้อันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร ซึ่งในกรณีของการสมัครใจทะเลาะวิวาทก็ต้องพิจารณาว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายที่มาฟ้องละเมิดมากกว่า หรือฝ่ายที่ถูกฟ้องมากกว่า หากเห็นว่าฝ่ายที่ถูกฟ้องก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่า ฝ่ายนั้นก็ควรรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายที่ฟ้องคดี แต่ทั้งนี้ก็ต้องนำความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากฝ่ายที่ฟ้องคดีก่อขึ้นมาหักออกจากความเสียหายของฝ่ายที่ถูกฟ้องก่อน เหลือความเสียหายเท่าใดฝ่ายที่ฟ้องคดีก็มีสิทธิได้รับเพียงนั้น ซึ่งการคำนวณว่าฝ่ายใดก่อให้เกิดความเสียหายเพียงใดนั้น ย่อมเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาตามพฤติการณ์แห่งคดีเป็นกรณีๆ ไป

ดังนั้น ในท้ายที่สุด หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 248/2523, 1508/2531, 323/2536 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ในทำนองว่า ทั้งสองฝ่ายสมัครใจต่อสู้ทำร้ายซึ่งกันและกัน เป็นการเข้าเสี่ยงรับความเสียหายอันถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม จึงไม่เป็นละเมิด หากข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้นในปัจจุบันที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ไม่อาจยกเอาความยินยอมดังกล่าวมาใช้ได้ เพราะการให้ความยินยอมในการทะเลาะวิวาทถือเป็นการให้ความยินยอมที่ "ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี" ความยินยอมจึงไม่มีผลตามหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในทางอาญา ยังคงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่ การกระทำของทั้งสองฝ่ายจึงถือเป็นการกระทำที่ "ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย" และยัง "ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 อีกด้วย ดังนั้นการทะเลาะวิวาทของทั้งสองฝ่ายดังกล่าวย่อมเป็นละเมิด ต่างฝ่ายต่างต้องรับผิดชอบจะจ่ายค่าสินไหมอย่างไรนั้น ต้องไปพิจารณาว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร ตามมาตรา 442 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นดุลพินิจของศาล

เมื่อมาตรา 9 บัญญัติว่า ความยินยอมที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้ จึง



มีปัญหาว่า ความยินยอมให้แพทย์ผ่าตัด อันเป็นความยินยอมให้แพทย์ทำร้ายร่างกายนั้นจะตกเป็นโมฆะตาม มาตรา 11 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 หรือไม่

เกี่ยวกับเรื่องนี้จะเห็นว่าการยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดนั้น ถือว่าเป็นการยินยอมให้ทำร้ายร่างกาย ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่ ต้องวินิจฉัยตามประมวลกฎหมายอาญา ว่าการยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดนั้นตามกฎหมายอาญาถือว่าเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งหรือไม่ จะเห็นว่าแม้การผ่าตัดจะเป็นการทำร้ายร่างกายแต่การกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือไม่นั้น ก็ต้องพิจารณาตามหลักความยินยอมในทางอาญาเสียก่อน กล่าวคือความยินยอมนั้นขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีหรือไม่ หากไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีแล้วความยินยอมดังกล่าวย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด การที่แพทย์ผ่าตัดนั้นหากเป็นการผ่าตัดไปตามความรู้ความสามารถของแพทย์โดยมิได้กระทำไปด้วยความประมาทเลินเล่อ หรือจงใจให้เกิดความเสียหายแก่คนไข้แล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี ทำให้การผ่าตัดของแพทย์ไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เมื่อไม่ผิดฐานทำร้ายร่างกายแล้วก็คงจะถือว่าการผ่าตัดดังกล่าวเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายมิได้ ทั้งการยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดก็เพื่อจะรักษาโรคภัย หรืออาการบาดเจ็บของคนไข้ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อคนไข้เอง ดังนั้นจึงถือไม่ได้ว่าการผ่าตัดของแพทย์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นความยินยอมที่ให้แพทย์ผ่าตัดจึงไม่เป็นโมฆะแม้ต่อมาคนไข้ได้รับความเสียหายจากการผ่าตัดนั้นก็ตาม แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดเพื่อการละเมิด

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 279/2467 บุตรใจทกอายุ 7 ปี มาเข้ารับการรักษาจำเลยสันนิษฐานว่าบุตรใจทกเป็นไข้กาฬโรค จึงต้องเจาะเลือดเพื่อนำส่งไปตรวจที่กรมสาธารณสุข (ชื่อในขณะนั้น) จำเลยได้ขออนุญาตใจทก ซึ่งใจทกก็ให้ความยินยอม จำเลยจึงใช้เข็มสำหรับแทงเขาเลือดชนิดธรรมดาแทงตรงต่อมที่บวม ในเวลาต่อมาบุตรใจทกได้ถึงแก่ความตาย ศาลวินิจฉัยว่าความตายของบุตรใจทกเกิดจากอาการโลหิตเป็นพิษมิใช่เกิดจากการเจาะเลือดที่ไม่ถูกต้อง การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็น "ประมาท" ตามมาตรา 43 (ในปัจจุบันคือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59) พิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ให้ปล่อยจำเลยเสีย

หากข้อเท็จจริงตามคดีข้างต้นได้เกิดขึ้นในปัจจุบันที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แล้ว และใจทกได้มาฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิด (แทนที่จะฟ้องในทางอาญาตามคำพิพากษา) ผู้เขียนเห็นว่าผลของคดีก็คือแพทย์ไม่ต้องรับผิดในทางละเมิดเช่นกัน เพราะการกระทำของแพทย์เป็นไปตามวิธีการรักษาที่ถูกต้อง มิได้ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด ความยินยอมที่ใจทกได้ให้ไว้จึงมีผล การกระทำของจำเลยจึงไม่ต้องห้ามตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

แต่หากคนไข้ยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดโดยแพทย์ไม่ได้ใช้ความรู้ความสามารถตามวิสัยของแพทย์ที่พึงมี หรือกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้เกิดความเสียหายแก่คนไข้เช่นนี้ ความ



ยินยอมดังกล่าวถือว่าเป็นโมฆะแล้ว ทั้งนี้เพราะการผ่าตัดของแพทย์ที่ไม่ใช้ความรู้ความสามารถของตน หรือผ่าตัดโดยจงใจให้คนไข้เสียหาย หรือผ่าตัดโดยประมาทให้คนเสียหาย ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีแล้ว ไม่อาจอ้างความยินยอมนั้นมาใช้ได้ การผ่าตัดของแพทย์ในกรณีเช่นนี้ ย่อมเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งถือว่าเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ความยินยอมใน กรณีนี้ย่อมเป็นโมฆะ การกระทำของแพทย์จึงเป็นละเมิดแล้ว

ตัวอย่างเช่น คดี James v Dunlop (1928) จำเลยผ่าก่อนนิ่วให้สามีโจทก์ แต่อาการ ของสามีโจทก์ไม่ดีขึ้น โจทก์จึงให้แพทย์อีกคนหนึ่งผ่าตัดสามีอีกครั้ง พบว่ามีก้อนลำไส้หลงอยู่และมีแผล ทะลุ อีก 7 วันต่อมาสามีโจทก์ก็เสียชีวิตไป ศาลได้ตัดสินให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

คดี R v Sargent (1990) ผู้ตายเข้ารับการรักษาพยาบาลเพื่อผ่าตัดกล่องเสียง ในขณะที่ ทำการรักษาหลังจากวางยาสลบแล้ว จำเลยซึ่งเป็นวิสัญญีแพทย์ได้กระทำการโดยประมาทเส้นเลือดด้วยการปล่อยออกซิเจนในถังซึ่งมีปริมาณ 1,020 ลิตร เข้าไปทางคอผู้ตายทั้งหมด จนผู้ตายมีลักษณะบวม ด้วยลมทั้งตัวและถึงแก่ความตายในที่สุด ศาลพิพากษาจำคุกจำเลยในข้อหาฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา

จากตัวอย่างทั้งสองคดี หากเกิดขึ้นในประเทศไทยและโจทก์มาฟ้องเรียกร้องค่าสินไหม ทดแทนทางละเมิด ก็สามารถเรียกร้องได้เช่นเดียวกัน แม้ว่าผู้ตายจะให้ความยินยอมในการผ่าตัดแล้วก็ ตาม เพราะการให้ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นไปเพื่อได้รับการรักษาเยียวยาที่ถูกต้อง เมื่อแพทย์รักษา โดยประมาทเส้นเลือดจึงถือเป็นการให้ความยินยอมที่ "ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี" ความยินยอมไม่มี ผลใช้บังคับ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา อันถือเป็นการ กระทำที่ "ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย" และยัง "ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชน" ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มีผลตกเป็น โมฆะตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน จำเลยจึงยังคงต้องรับผิดชอบในทางละเมิด

จากเนื้อหาทั้งหมดที่ได้กล่าวมาในบทที่ 5 นี้ สามารถแสดงเป็นตารางสรุป ความสัมพันธ์ในปัญหาทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ได้ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประเทศ	ปัญหาทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria			
	ฐานะทางกฎหมาย	ขอบเขตในการปรับใช้	การให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรม	ปัญหาตามพรบ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
ประเทศไทย	<p>อาญา : นำมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปโดยได้รับการวางแนวไว้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 และตามความเห็นของนักกฎหมาย</p> <p>แพ่ง : ไม่ได้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปแต่เป็นส่วนที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่อง "ความเสียหาย" ขาดไป ผู้กระทำผิดจึงไม่ต้องรับผิดในทางละเมิด และทำให้ไม่ต้องคำนึงถึงปัญหาฐานะทางกฎหมายอีกต่อไป</p>	<p>อาญา : การให้ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี</p> <p>แพ่ง : การให้ความยินยอมที่กระทบต่อสิทธิอื่นๆกระทำได้ ยกเว้นสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และความยินยอม นั้นต้องไม่ต้องห้าม ชัดแจ้งโดยกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนตาม ม.8 และ ม.9 แห่งพรบ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540</p>	<p>การให้ความยินยอมเป็นได้ทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม</p>	<p>เรื่องความยินยอมถูกนำมาปรับใช้กับทั้ง ม.8 และ ม.9 แห่งพรบ. ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ เพียงแต่ ม.8 จะใช้กับความยินยอมสองฝ่าย และมุ่งเน้นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ส่วน ม.9 ใช้กับทั้งความยินยอมฝ่ายเดียวและสองฝ่าย และมุ่งเน้นว่าการให้ความยินยอมต้องไม่ต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน</p>
ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี	<p>การให้ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดในเรื่อง "โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawfully)" ขาดหายไป จึงไม่ต้องรับผิดในทางละเมิด</p>	<p>การให้ความยินยอมสามารถให้ได้เท่าที่ "ไม่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี" ตาม ม.826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพ (บางกรณี) ส่วน</p>	<p>การให้ความยินยอมเป็นได้ทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม</p>	<p>ประเทศเยอรมันได้ยกเลิกรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป (Act Concerning the Regulation of Standard Contract Terms) ไปแล้วและ</p>

ประเทศ	ปัญหาทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria			
	ฐานะทางกฎหมาย	ขอบเขตในการปรับใช้	การให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรม	ปัญหาตามพรบ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี		การให้ความยินยอมยกเว้นความรับผิดในกรณีผิดสัญญาสำเร็จรูปโดยประมาทเลินเล่อให้ได้เฉพาะสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพ (บางกรณี) ตามมาตรา 309 ข้อ 7 (a) แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง		นำไปบัญญัติไว้ใน ม.305-ม.310 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งแทน ทำให้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกลืนเป็นเนื้อเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่ง ไม่เกิดปัญหาการบังคับใช้ข้อสัญญา
ประเทศอังกฤษ	หลัก Volenti non fit injuria เป็นข้อต่อสู้ (defence) ของจำเลยที่จำเลยจะชี้ยกขึ้นกล่าวอ้างกับโจทก์เพื่อปฏิเสธความรับผิดทางละเมิด ซึ่งในกรณีนี้หมายความว่า การกระทำของจำเลยได้ครอบงำองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดแล้ว แต่จำเลยไม่ต้องการรับผิดจึงต้องยกข้อต่อสู้ขึ้นยันกับโจทก์	การให้ความยินยอมสามารถให้ได้เฉพาะกรณีที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิในชีวิต ร่างกาย และอนามัย เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพบางกรณี ตาม ส่วนที่ 2 (1) ของ Unfair Contract Term Act 1977	การให้ความยินยอมเป็นได้ทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม โดยศึกษาจากคำพิพากษาต่างๆ ของศาลประเทศอังกฤษ	ประเทศอังกฤษมีการประกาศใช้ Unfair Contract Term Act 1977 แต่มีเพียงส่วนที่ 2 (1) ของ Unfair Contract Term Act 1977 ที่บังคับใช้กับเรื่องความยินยอม จึงไม่ต้องมาวินิจฉัยว่ามาตราใดใช้บังคับกับความยินยอมหรือไม่

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

หลัก Volenti non fit injuria หรือหลัก Volenti non fit iniuria (ภาษาอังกฤษแบบละติน) แปลว่า ไม่มีความเสียหายเมื่อยินยอมให้มีการกระทำ (to a willing person, no injury is done หรือ no injury is done to a person who consents) ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงไม่สามารถนำไปเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีได้ (volenti non fit injuria...damage suffered by consent is not a cause of action.) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ที่ให้ความยินยอมในการกระทำแก่ผู้อื่น แล้วได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้อื่นนั้น ไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้ (One who has consent to an act being done towards him cannot, when he suffers from it, complain of it as a wrong.) เป็นหลักกฎหมายโรมันหลักหนึ่งที่มีความเป็นมาเนิ่นนานแล้ว หากนับเวลาย้อนหลังกลับไปจากเวลาปัจจุบัน (พ.ศ.2551) ก็เป็นเวลาประมาณ 2,294 ปีที่มีหลักนี้ถือกำเนิดขึ้น ในครั้งแรกหลัก Volenti non fit injuria ปรากฏอยู่ใน Lex Aquilia (286 B.C.) ซึ่งได้ถูกรวบรวมมาอยู่ในบทคัดย่อ (Digest) คือ Digest 9.2.7 s.5, Digest 47.10.1 s.5 โดยผลงานของอัลปิเอนุส (Ulpianus) และ Digest 50.17.203 ซึ่งเป็นผลงานของปอมโปนิอุส (Pomponius) เนื้อหาของหลัก Volenti non fit injuria ในช่วงแรกนี้ ไม่ได้แปลออกมาได้ตรงตัวเหมือนปัจจุบันว่า "ความยินยอมไม่เป็นละเมิด" หรือ "ความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย" หากแต่เป็นการอธิบายกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิด โดยแฝงนัยว่าเป็นเพราะผู้เสียหายให้ความยินยอม

เมื่อเวลาผ่านไปจนถึงสมัยของจักรพรรดิคลอดิอุส (Claudius) ซึ่งเป็นจักรพรรดิแห่งโรมันพระองค์สามารถรบชนะกองทัพของชาวอังกฤษได้ในปี ค.ศ.43 ทำให้อาณาเขตของจักรวรรดิโรมัน (Roman Empire หรือ Roman Imperium) ขยายไปถึงเกาะอังกฤษ ซึ่งช่วงเวลานี้ นับเป็นช่วงเวลาสำคัญที่ประเทศอังกฤษได้รับอิทธิพลทางด้านต่างๆ จากโรมัน โดยเฉพาะการนับถือศาสนาคริสต์และกฎหมาย กษัตริย์ซึ่งครองแคว้นต่างๆ ในประเทศอังกฤษต่างนับถือศาสนาคริสต์และให้การต้อนรับคณะสงฆ์ที่เดินทางมาจากกรุงโรมเป็นอย่างดี รวมถึงการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครอง



ทรัพย์สินทางศาสนาให้ด้วย กฎหมายที่นำมาใช้เป็นต้นแบบในการตราก็คือกฎหมายศาสนา (The Canon Law) จากกรุงโรม

จากการศึกษาค้นคว้า ได้พบว่าหลัก Volenti non fit injuria ปรากฏหลักฐานอยู่ในกฎหมายศาสนา (The Canon Law) ในรูปของ "Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus" ซึ่งผู้เขียนคิดว่าในภายหลัง"หลักความยินยอม" ก็ได้เผยแพร่สู่สามัญชนทั่วไป และถือเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ปรับแก้คดีได้ ครั้นต่อมา เมื่อ Henry de Bracton นักกฎหมายชาวอังกฤษได้เขียนหนังสือชื่อ De Legibus et Consuetudinibus Angliae (On the Laws and Customs of England) ก็ได้กล่าวถึงหลักความยินยอมไว้ ด้วยวลีที่ว่า "Cum scienti et volenti non fit injuria" และท้ายที่สุดเหลือเพียงคำว่า Volenti non fit injuria ดังที่เห็นในปัจจุบัน โดยปรากฏอยู่ใน Year Book Case of 1305 (Roll Series) ซึ่งเป็นหนังสือรวมคดีของประเทศอังกฤษ เป็นครั้งแรก หลังจากนั้น ก็มีการใช้หลักความยินยอมในรูปของ Volenti non fit injuria มาโดยตลอด แต่ในบางครั้งผู้ที่รู้ภาษาละติน อยู่บ้างก็จะเขียนเป็น Volenti non fit iniuria เพื่อให้ใกล้เคียงกับของเดิม (สำหรับรายละเอียดความเป็นมาทางประวัติศาสตร์สามารถอ่านได้จาก ภาคผนวก ก.)

นับจาก ค.ศ.1305 มาอีก 1,780 ปี ตรงกับ พ.ศ.2428 เป็นเวลาที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ส่งพระราชโอรสไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษ ซึ่งรวมถึงพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ เมื่อพระองค์เสด็จกลับมายังประเทศไทยก็ได้ร่วมจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นพร้อมกับมองสิเออร์ โคลัง ยักมินส์ ในการเรียนการสอนครั้งนั้นได้มีการสอนวิชา "กฎหมายประทุษร้ายส่วนแพ่ง หรือ กฎหมายลักษณะผิดสิทธิ(สิทธิ)" (ซึ่งได้เปลี่ยนชื่อเป็นกฎหมาย "ละเมิด" ภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) โดยนำตำรากฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้ในการเรียนการสอน รวมไปถึงการนำหลัก Volenti non fit injuria เข้ามาใช้สอนด้วย นับแต่นั้นเป็นต้นมาประเทศไทยก็ยังคงมีการใช้หลัก Volenti non fit injuria มาปรับแก้คดี นำมาใช้สอนนักศึกษากฎหมายระดับมหาวิทยาลัย และมีการตีพิมพ์เผยแพร่ทั้งในตำรากฎหมาย วารสารต่างๆ จนเป็นที่รู้จักกันทั่วไปในแวดวงของนักกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลัก Volenti non fit injuria จะมีการรับมาใช้ในประเทศไทยนานแล้วแต่ก็ยังคงมีปัญหาในทางกฎหมายเกิดขึ้นอยู่ดังนี้

1. ปัญหาฐานะในทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria เพราะหลัก Volenti non fit injuria มักถูกมองว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป จึงเกิดคำถามว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่มีลำดับการปรับใช้สุดท้ายตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะสามารถนำมายกเว้นความรับผิดในมาตรา 420 ซึ่งถือเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 4 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ จากการศึกษของผู้เขียนพบว่า หลัก

Volenti non fit injuria ไม่ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หากแต่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบเรื่อง "ความเสียหาย" ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อใดที่ผู้เสียหายให้ความยินยอม ก็เท่ากับไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดทางละเมิด ดังนั้น หลัก Volenti non fit injuria จึงเสมือนหนึ่งแฝงอยู่ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria จึงเป็นการปรับใช้ตามมาตรา 4 วรรคแรก มิใช่ มาตรา 4 วรรคสอง ทำให้ปัญหาฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria ไม่ต้องมา คำนึงถึงอีกต่อไป

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ปัญหานี้จะไม่เกิดขึ้นกับประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี เพราะหลัก Volenti non fit injuria เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความรับผิดในเรื่อง "ความมิชอบด้วยกฎหมาย" เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอม จะถือว่าการกระทำของจำเลยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ทำให้องค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดไม่ครบ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิด ปัญหาในเรื่องฐานะทางกฎหมายของหลัก Volenti non fit injuria จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาอีกต่อไป

ส่วนประเทศอังกฤษนั้น ถือว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นข้อต่อสู้ของจำเลย (defence) ซึ่งหมายความว่าเมื่อการกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดแล้ว จำเลยไม่ต้องรับผิด จำเลยก็ต้องหาข้อต่อสู้มาใช้ยันโจทก์ ซึ่งหนึ่งในข้อต่อสู้นั้นก็คือหลัก Volenti non fit injuria หากต่อสู้เป็นผลสำเร็จ จำเลยก็ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายละเมิด

สำหรับไทยแล้ว แม้ว่าจะได้รับอิทธิพลในเรื่องหลัก Volenti non fit injuria มาจากประเทศอังกฤษ แต่ประเทศไทยก็คงไม่สามารถที่จะนำวิธีการของอังกฤษมาใช้เลียนแบบได้ เพราะไทยเองก็มีวิวัฒนาการในทางกฎหมายละเมิดมาในแบบของตนเองนานแล้ว หากไทยถือหลัก Volenti non fit injuria เป็นข้อต่อสู้ของจำเลยบ้าง ก็จะทำให้เกิดปัญหาตามมาอีกว่า ข้อต่อสู้นี้ได้รับการบัญญัติไว้ที่ใดในประมวลกฎหมาย และข้อต่อสู้นี้มีฐานะใดในทางกฎหมายจึงนำมายกเว้นความรับผิดได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการย้อนกลับไปสู่ปัญหาเดิม

2. ปัญหาขอบเขตในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria เนื่องจากกฎหมายละเมิดได้ถูกตราขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของบุคคล เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในอนามัย สิทธิในเสรีภาพ สิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิอื่นๆ การที่ผู้เสียหายยินยอมให้บุคคลอื่นกระทำละเมิดต่อตนเองได้โดยไม่ต้องรับผิด เท่ากับว่าผู้เสียหายได้สละความคุ้มครองที่กฎหมายมอบให้ต่อสิทธิต่างๆ นั้นไป จึงเกิดคำถามว่าสิทธิบางอย่าง คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในอนามัย ซึ่งถือเป็นสิทธิที่เกือบทุกประเทศ เช่น สหพันธรัฐเยอรมนี และอังกฤษ ถือว่าเป็นสิทธิสำคัญ ไม่อาจสละความคุ้มครองไปเพื่อใครคนใดคนหนึ่งได้ และหากให้ความยินยอมไปจนเกิดการทำความร้ายต่อสิทธิเหล่านี้แล้ว จะถือว่า "ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี" นั้น ในประเทศไทยจะให้ความยินยอมได้หรือไม่ จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาต่างๆ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510, 713/2512,

1082/2533, 121/2539, 5545/2540 ต่างได้แสดงว่าผู้เสียหายสามารถให้ความยินยอมที่จะกระทบต่อสิทธิต่างๆ ได้ทุกสิทธิ ซึ่งด้วยความเคารพ ผู้เขียนออกจะไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว การที่จะให้ความยินยอมกระทบสิทธิอะไรได้บ้างนั้น ก็ต้องย้อนกลับไปดูฐานะทางกฎหมายของหลัก *Volenti non fit injuria* ว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบเรื่อง "ความเสียหาย" หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ให้ความยินยอมเพียงคนเดียว เช่นนี้เมื่อเขายินยอมต้องถือว่าเขาไม่เสียหาย ความยินยอมในเรื่องดังกล่าวจึงสามารถให้ได้ แต่หากความยินยอมในเรื่องที่เขาให้ นั้น นอกจากตัวเขาเองจะได้รับความเสียหายแล้วยังมีผู้อื่นได้รับความเสียหายด้วย เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่อาจให้ความยินยอมได้ แล้วเรื่องอะไรบ้างที่เมื่อกระทำไปแล้วนอกจากตัวผู้ถูกกระทำจะได้รับความเสียหายแล้วยังมีบุคคลอื่นได้รับความเสียหายด้วย ก็ต้องไปดู มาตรา 443 และมาตรา 445 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเรื่องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวเห็นได้ว่า ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั้น ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่าปลงศพ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น ค่าขาดไร้อุปการะตามกฎหมาย ค่าขาดแรงงานในครัวเรือน หรือแรงงานในอุตสาหกรรม ส่วนในกรณีทำให้เขาเสียหายต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่าขาดแรงงานในครัวเรือน หรือแรงงานในอุตสาหกรรม ซึ่งจะเห็นได้ว่า ค่าสินไหมทดแทนเหล่านี้ไม่ได้จ่ายให้แก่ผู้ถูกกระทำ แต่เป็นการจ่ายให้แก่บุคคลอื่นที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด ทำให้เห็นได้ว่า การกระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ นอกจากจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกกระทำแล้ว ยังก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอีกด้วย ฉะนั้นเฉพาะในเรื่องดังกล่าวนี้เท่านั้น แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอมให้ผู้อื่นกระทำต่อตน แต่เมื่อบุคคลอื่นไม่ได้ยินยอมด้วย ความเสียหายในส่วนของบุคคลอื่นยังคงมีอยู่ ซึ่งสรุปได้ว่าการยินยอมให้กระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ไม่สามารถทำได้ ซึ่งหลังจากที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ก็ทำให้ขอบเขตของการให้ความยินยอมชัดเจนขึ้น กล่าวคือ ผู้เสียหายไม่สามารถให้ความยินยอมเกี่ยวกับสิทธิในชีวิต ร่างกาย และอนามัย ได้ตามมาตรา 8 และความยินยอมให้กระทำการอันต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่อาจให้ได้ตามมาตรา 9

สำหรับประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีได้วางขอบเขตการปรับใช้หลัก *Volenti non fit injuria* อยู่ในมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง คือ ให้ความยินยอมได้เท่าที่ "ไม่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี" ก็คือความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพ (บางกรณี) เท่านั้น เพราะสิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย และสิทธิในอนามัย ถือเป็นสิทธิที่หากผู้เสียหายสละความคุ้มครองจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นมาทำร้ายสิทธิแล้ว เป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี และกรณีให้การให้ความยินยอมถือเป็นการแสดงเจตนาทำสัญญา(สำเร็จรูป) ในสหพันธรัฐเยอรมนีก็มีมาตรา 309 ข้อ 7 (a) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธรัฐเยอรมนี ผู้ให้ความยินยอมแก่คู่สัญญาว่าจะยอมรับความ



เสียหาย ไม่เอาผิดกรณีคู่สัญญาผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่อ ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิในเสรีภาพบางกรณี เท่านั้น ซึ่งนับว่าเป็นขอบเขตที่สอดคล้องกันกับทางละเมิด

ส่วนประเทศอังกฤษได้วางขอบเขตการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ไว้ใน Unfair Contract Term Act 1977 ส่วนที่ 2(1) ว่าด้วยเรื่องความรับผิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability) ว่าการให้ความยินยอมที่จะกระทบสิทธิของบุคคลนั้น ไม่สามารถให้ได้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในชีวิต ร่างกาย ซึ่งผู้เขียนคิดว่าน่าจะรวมถึงสิทธิในอนามัยด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ของไทย เพราะไทยนั้นได้นำต้นแบบการร่างมาจาก Unfair Contract Term Act 1977 นั่นเอง

**3. ปัญหาการให้ความยินยอมกับการแสดงเจตนาทำนิติกรรม** การให้ความยินยอมถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมหรือไม่ นับเป็นปัญหาที่ต้องทำความเข้าใจ เพราะหากการให้ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ก็ต้องนำบทบัญญัติบรรพ 1 ลักษณะ 4 นิติกรรมมาใช้บังคับด้วย นักกฎหมายที่ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้แบ่งออกเป็นหลายฝ่าย แต่จากการศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนเห็นว่า การให้ความยินยอมสามารถเป็นได้ทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม กรณีที่ไม่ถือเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ก็คือกรณีที่การให้ความยินยอมไม่เป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิใดขึ้นมา กล่าวคือมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้ความยินยอมและผู้ได้รับความยินยอมแต่อย่างใด ความยินยอมส่งผลเพียงการที่ผู้ให้ความยินยอมสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง อันส่งผลให้เขาไม่อาจอ้างหรือเรียกความคุ้มครองจากกฎหมายได้อีกเท่านั้น เช่น ก ยินยอมให้ ข ชกหน้า หรือ ค ยินยอมให้ ง เอานาฬิกาไปใส่ ไม่ได้เกิดความผูกพันว่า ข ต้องมาทำการชกหน้า ก เท่านั้น หรือไม่อย่างไร ง ก็ต้องมาเอานาฬิกา ค ไปใส่ มิฉะนั้นจะผิดสัญญา ซึ่งในกรณีนี้ เมื่อไม่เป็นนิติกรรมจึงไม่ต้องนำบทบัญญัติบรรพ 1 ลักษณะ 4 นิติกรรม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ แต่ก็อาจเกิดการตั้งว่า เมื่อไม่นำเรื่องนิติกรรมมาใช้บังคับก็หมายความว่าไม่ต้องนำเรื่องความสามารถของบุคคลมาใช้ด้วย ซึ่งอาจทำให้ผู้เยาว์ถูกเอาเปรียบได้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวต้องทำการย้อนไปดูหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในข้อหนึ่งคือ "ผู้เสียหายต้องเข้าใจในผลแห่งความยินยอม" กล่าวคือต้องเข้าใจถึงรู้ถึงการกระทำ และรู้คุณค่าและผลของการกระทำนั้น ผู้ให้ความยินยอมจึงต้องมีความสามารถพอที่จะเข้าใจลักษณะของการกระทำและเข้าใจผลแห่งความยินยอม กล่าวคือต้องมีอายุพอสมควร ซึ่งจะมีอายุเพียงใดนั้นก็ไม้อาจระบุตายตัวได้เพราะแต่ละคนอาจมีความรู้สึกผิดชอบและประสบการณ์ต่างกัน จึงต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

ส่วนกรณีที่การให้ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม คือกรณีที่การให้ความยินยอมก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นระหว่างสองฝ่ายเช่น การที่ผู้ขนส่งสินค้าทางทะเลบอกกับผู้ส่งสินค้าว่าจะรับขนส่งสินค้าไปยังปลายทาง หากผู้ส่งสินดียินยอมไม่เอาผิดเมื่อมีความเสียหายเกิด



ขึ้นกับสินค้าขณะขนส่ง ผู้ส่งสินค้ายินยอม จึงเกิดเป็นสัญญาขนส่งทางทะเลขึ้น เช่นนี้ การให้ความยินยอม (ไม่เอาผิดกับผู้ขนส่ง) ถือเป็น การแสดงเจตนาทำนิติกรรม (สัญญาขนส่งทางทะเล) แล้ว ดังนั้นความยินยอมในกรณีนี้ย่อมต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมสัญญามาใช้ด้วย และฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะบอกเลิกความยินยอมนั้นโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมด้วยไม่ได้

ส่วนในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนีและอังกฤษต่างก็ถือว่าการให้ความยินยอมเป็นได้ทั้ง การแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษา จากคำพิพากษาฎีกาของทั้งสองประเทศ ซึ่งยิ่งทำให้ผู้เขียนเห็นว่า ไม่เป็นการผิดแปลกแต่อย่างใด หากประเทศไทยจะถือว่าการให้ความยินยอมเป็นได้ทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมเช่นเดียวกันกับต่างประเทศ

4. ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างหลัก Volenti non fit injuria กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 คือปัญหาว่าความยินยอมสามารถนำไปใช้บังคับกับ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้หรือไม่ เพราะใน มาตรา 8 ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้นำเรื่องความยินยอมมาใช้บังคับด้วย ซึ่งต่างไปจากมาตรา 9 ที่เขียนไว้อย่างชัดเจนว่าให้นำเรื่องความยินยอมมาใช้บังคับ

ผู้เขียนได้เคยกล่าวไปแล้วว่า การให้ความยินยอมสามารถเป็นได้ทั้งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและไม่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม จึงมองว่า “ข้อตกลง” ในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 หมายความว่ารวมถึงการให้ความยินยอม ที่เป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอยู่ด้วย จึงเท่ากับว่ามาตรา 8 ได้นำเรื่องความยินยอมมาบังคับใช้ นอกจากนี้ “ข้อตกลง” ในมาตรา 8 ก็มีนัยเดียวกับ “ความตกลง” ตามมาตรา 9 จึงทำให้ มาตรา 9 ใช้บังคับได้ทั้ง “ความยินยอมของผู้เสียหาย” ซึ่งเป็นความยินยอมของผู้เสียหายฝ่ายเดียว และ “ความตกลง” ที่อาจเป็นความยินยอมที่เกิดจากการตกลงของบุคคลสองฝ่าย หรืออาจกล่าวสรุปได้ดังนี้

(1) มาตรา 8 ใช้บังคับเฉพาะความยินยอมที่เกิดจากข้อตกลงของบุคคลสองฝ่ายเท่านั้น หากเป็นความยินยอมฝ่ายเดียวแล้วไม่อยู่ในบังคับมาตรานี้

(2) มาตรา 9 ใช้บังคับกับความยินยอมทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายฝ่ายเดียวหรือความยินยอมของผู้เสียหายหลายฝ่าย

คำถามที่อาจตามมาคือ ในเมื่อทั้งมาตรา 8 และมาตรา 9 บังคับใช้เรื่องความยินยอมได้ ทั้งสองมาตรา แล้วมีความแตกต่างในการปรับใช้อย่างไร ผู้เขียนจึงขอเสนอความแตกต่างในการใช้ดังนี้

(1) มาตรา 8 นอกจากจะใช้บังคับกับข้อตกลงแล้ว ยังใช้บังคับกับประกาศหรือคำแจ้งความไว้ล่วงหน้า ส่วนมาตรา 9 นั้น ไม่ใช้บังคับกับประกาศหรือคำแจ้งความล่วงหน้าด้วย เว้นแต่ประกาศ

หรือคำแจ้งความล่วงหน้านั้นจะมีลักษณะเป็น “ความยินยอมของผู้เสียหาย (ฝ่ายเดียว)” อยู่ในตัวด้วย เช่น นาย ก ลงประกาศหนังสือพิมพ์ว่าใครอยากทำร้ายนาย ก ให้มาทำร้ายได้ โดยนาย ก จะไม่เอาผิดคนทำร้ายแต่อย่างใด จะเห็นว่าประกาศดังกล่าวมีลักษณะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายฝ่ายเดียวด้วย ดังนั้นจึงนำมาตรา 9 มาใช้บังคับกับประกาศดังกล่าวนี้ได้

(2) การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายตามมาตรา 8 นั้น จำกัดเฉพาะที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยเท่านั้นถึงจะเป็นโมฆะ ส่วนมาตรา 9 นั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยเท่านั้น แต่มุ่งไปที่การกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยหรือไม่ก็ตาม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มาตรา 8 มุ่งที่ความเสียหาย ส่วนมาตรา 9 มุ่งที่การกระทำ ดังนั้นแม้ความยินยอมจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินก็ตาม แต่ถ้าเป็นการยินยอมให้กระทำการที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ความยินยอมนั้นก็เป็นโมฆะได้ เช่น นาย ก ตกลงยินยอมให้ นาย ข เผาบ้านของตนเอง เช่นนี้จะเห็นว่าความยินยอมดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน หากพิจารณาตามมาตรา 8 ข้อตกลงดังกล่าวย่อมไม่เป็นโมฆะ แต่หากพิจารณาตามมาตรา 9 จะเห็นว่า การยินยอมให้ผู้อื่นเผาบ้านตนเองนั้นเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย และยังขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย การยินยอมให้กระทำการดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ

(3) มาตรา 8 พิจารณาในด้านของผู้ก่อความเสียหาย ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำที่ว่า “...อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้” ส่วนมาตรา 9 พิจารณาในด้านของผู้เสียหาย

นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ยังมีประเด็นให้พิจารณาในเรื่องการกระทำของแพทย์ที่ทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยว่าเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องดังกล่าวการกระทำของแพทย์ไม่เป็นละเมิด ทั้งนี้เป็นเพราะการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญา เนื่องจากความยินยอมของผู้ป่วยไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีตามหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมทางอาญา และการที่แพทย์รักษาคนไข้ย่อมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ความยินยอมของผู้ป่วยจึงนำมาใช้ได้ ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 9 การกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นละเมิด

ส่วนกรณีการเข้าทะเลาะวิวาทถือว่าคุณกรณียอมเข้าเสี่ยงภัย ถือเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยาย ซึ่งความยินยอมดังกล่าวถือว่าเป็นความยินยอมที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ตามมาตรา 8 และยังเป็นความยินยอมที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายและขัดต่อความสงบ

เรียบง่ายและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 9 ความยินยอมดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ ไม่อาจนำมาใช้ได้ ดังนั้นการทะเลาะวิวาทจึงเป็นละเมิด

สำหรับประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนีนั้น คงไม่มีปัญหาในทำนองนี้เกิดขึ้นเพราะจริงอยู่ที่ในอดีตสหพันธ์รัฐเยอรมนีเคยประกาศใช้รัฐบัญญัติฉบับหนึ่งชื่อ "รัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป (Act Concerning the Regulation of Standard Contract Terms หรือ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG))" ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองผู้บริโภคที่มักถูกเอาเปรียบจากการทำสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งหากจะเทียบแล้วก็มีวัตถุประสงค์ใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของไทย เพียงแต่ของสหพันธ์รัฐเยอรมนีจำกัดอยู่ที่สัญญาสำเร็จรูปเท่านั้น แต่ในเวลาต่อมารัฐบัญญัติฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไป และได้นำกฎหมายในสวนสารบัญญัติมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 305 ถึง มาตรา 310 แทน ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2545 เป็นต้นไป ทำให้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสหพันธ์รัฐเยอรมนีเคลื่อนกลืนเป็นเนื้อเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) แล้ว จึงไม่มีปัญหาต้องมาพิจารณาเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกต่อไป

ส่วนในประเทศอังกฤษที่มีการออก Unfair Contract Term Act 1977 เพื่อเป็นเครื่องมือของศาลในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจน และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1978 เป็นต้นมานั้น มีเพียงส่วนที่ 2 (1) ของ Unfair Contract Term Act 1977 ซึ่งว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability) เท่านั้นที่ใช้บังคับกับเรื่องความยินยอม จึงไม่ต้องมาวินิจฉัยว่ามาตราใดใช้บังคับกับความยินยอมหรือไม่

จากทั้งหมดที่กล่าวมา ทำให้เห็นได้ว่ามีปัญหาต่างๆ เกิดขึ้นจากการใช้หลัก Volenti non fit injuria ซึ่งส่วนหนึ่ง ผู้เขียนคิดว่าเป็นเพราะไทยรับเอาหลัก Volenti non fit injuria มาจากประเทศอังกฤษ ซึ่งถือเป็นประเทศในระบบ Common Law แต่มีระบบกฎหมายรวมถึงนิติวิธีเป็นแบบประเทศภาคพื้นยุโรปที่เป็นกลุ่มประเทศระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งหากทำการสังเกตดูจากสหพันธ์รัฐเยอรมนี หรือประเทศอังกฤษเป็นตัวอย่าง จะพบว่าหากเป็นไปในแนวทางใดทางหนึ่งก็จะไม่เกิดปัญหาในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria เท่าใดนัก

ถึงแม้ว่าไทยได้รับเอาหลัก Volenti non fit injuria เข้ามาใช้ภายในประเทศ ผ่านจากนักกฎหมายที่ได้ไปทำการศึกษาศึกษาจากประเทศอังกฤษ แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าแนวทางการแก้ไขไม่อาจเลียนแบบประเทศอังกฤษได้ เพราะอังกฤษเป็นประเทศในระบบ Common Law ซึ่งมีนิติวิธีที่ต่างจากไทยไปมาก เช่น การมองว่าเรื่องความยินยอมถือเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย แต่ไทยกลับถือว่าเป็นส่วนที่ทำให้องค์ประกอบในเรื่องความเสียหายขาดหายไป ทั้งไทยเองก็มีประวัติศาสตร์กฎหมาย



ละเมิดมาในแบบของไทยเองเนิ่นนานจนยากที่จะเปลี่ยนไปเลียนแบบประเทศใดประเทศหนึ่ง ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าวข้างต้นทั้งหมดดังต่อไปนี้

### 1. เปลี่ยนแนวทางการปรับใช้และการตีความหลัก Volenti non fit injuria

วิธีการนี้เป็นการแก้ปัญหาในเบื้องต้นที่สามารถทำได้ทันที เพราะไม่มีขั้นตอนหรือกระบวนการใด ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้หลักกฎหมายทุกฝ่ายสามารถนำมาใช้ได้ทันที ไม่เหมือนกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ซึ่งต้องผ่านรัฐสภาอันเป็นเรื่องยากและใช้เวลานาน อาจทำให้การแก้ไขปัญหาดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร โดยผู้เขียนขอเสนอความเห็นดังนี้

1.1 ต้องถือว่าหลัก Volenti non fit injuria ที่นำมาใช้ในทางแพ่งนั้น นำมาใช้โดยบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรใน มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในองค์ประกอบเรื่องความเสียหาย มิใช่หลักกฎหมายทั่วไปเหมือนเช่นในทางอาญา ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ได้โดยตรงตาม มาตรา 4 วรรคแรก มิใช่วรรคสอง ซึ่งหากเราปรับใช้เช่นนี้แล้วก็จะทำให้ปัญหาที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นบ่อเกิดลำดับรองสามารถยกเว้นมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้หรือไม่หมดไป นอกจากนี้การปรับใช้กฎหมายเช่นว่านี้ย่อมทำให้หลัก Volenti non fit injuria หมายถึงการยินยอมไม่ทำให้เสียหาย ทำให้องค์ประกอบในเรื่องเสียหายไม่มี จึงไม่เป็นละเมิด อันเป็นการชัดเจนว่าความยินยอมไม่ทำให้เสียหาย มิใช่ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิดอย่างที่นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นไว้

1.2 การให้ความยินยอมนั้นต้องมีขอบเขต มิใช่ว่าสามารถให้ความยินยอมได้ทุกกรณี โดยสามารถให้ยินยอมได้เฉพาะการกระทำที่ไม่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากเราแปลเช่นนี้ความยินยอมที่สามารถให้ได้ ก็จะมีความยินยอมให้กระทำต่อสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเสรีภาพบางกรณี และสิทธิอื่นๆ ส่วนความยินยอมที่ไม่อาจให้ได้ก็คือ ความยินยอมให้กระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพบางกรณี ซึ่งถือว่าเป็นธรรม เพราะสิทธิเหล่านี้หากมีความเสียหายเกิดขึ้นนอกจากผู้ถูกกระทำจะได้รับความเสียหายแล้ว บุคคลอื่นก็ได้รับความเสียหายไปด้วย เช่น บิดามารดา ทายาท บุคคลในครอบครัว และนายจ้าง ดังนั้นหากสามารถให้ความยินยอมกันได้แล้ว ย่อมไม่เป็นธรรมแก่บุคคลดังกล่าวเพราะเขาไม่ได้ให้ความยินยอมที่จะรับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นด้วย นอกจากนี้การยินยอมให้กระทำต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพบางกรณีนั้น อาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือศีลธรรมอันดีของสังคม อันจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองได้ ดังนั้นจึงไม่ควรที่จะให้ความยินยอมกันได้ เพราะกฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบสุขของคนในสังคม นอกจากนี้การที่แปลความเช่นนี้ ย่อมทำให้การกระทำของแพทย์ที่รักษาคนไข้ตามจรรยาของแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการละเมิดแม้ว่าคนไข้จะได้รับความเสียหายจากการกระทำของแพทย์ก็ตาม เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ต่อความสงบ



เรียบง่ายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นการคุ้มครองแพทย์ให้สามารถรักษาคนไข้ได้อย่างเต็มที่ (ยกเว้นกรณีที่แพทย์ได้รักษาคนไข้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดความเสียหายแพทย์ยังคงต้องรับผิดชอบในทางละเมิด) มิฉะนั้นแล้วก็คงไม่มีแพทย์คนใดกล้าที่จะรักษาคนไข้ ซึ่งในที่สุดความเสียหายก็จะตกกับประชาชนและประเทศชาตินั่นเอง

1.3 ความยินยอมนั้นต้องเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ป่วยเสียหาย เช่น บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้อนุบาล สามารถให้ความยินยอมแทนได้ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่อยู่ในสถานะให้ความยินยอมด้วยตนเองได้ และการให้ความยินยอมนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ป่วย เช่น กรณีของผู้เยาว์ที่มีอายุน้อยถึงขนาดที่ไม่สามารถเข้าใจถึงผลแห่งความยินยอมนั้นได้ หรือกรณีที่ผู้ป่วยรับบาดเจ็บหรือเจ็บป่วยจนสิ้นสติ เพราะหากไม่อาจยินยอมแทนกันได้ ย่อมจะทำให้ผู้ป่วยได้ผลประโยชน์ที่พึงได้ หรืออาจทำให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายเกินควร

1.4 ในกรณีสมัครใจทะเลาะวิวาทกันนั้น ถือว่าต่างฝ่ายต่างยินยอมเข้าเสี่ยงรับความเสียหายจึงถือว่าผู้เสียหายยินยอมให้อีกฝ่ายทำร้ายร่างกายตนได้ ความยินยอมให้ทำร้ายร่างกายนั้นถือว่าการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายและยังเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ความยินยอมดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ การกระทำแต่ละฝ่ายจึงเป็นละเมิดซึ่งกันและกัน ฝ่ายผู้เสียหายสามารถฟ้องอีกฝ่ายหนึ่งได้ ทั้งนี้เพราะผลของมาตรา 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ที่ถือว่าความยินยอมนั้นเป็นโมฆะ ทำให้การทะเลาะวิวาทนั้นเป็นละเมิด อันเป็นการโต้แย้งสิทธิของอีกฝ่ายทำให้มีอำนาจฟ้องตามมาตรา 55 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หากจะห้ามมิให้ฟ้องคดีเลยก็อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ นอกจากนี้หากไม่ให้ฟ้องคดีกันได้ ย่อมส่งผลให้คนทำให้คนทะเลาะวิวาทกันมากขึ้นเพราะไม่ต้องกลัวว่าจะถูกอีกฝ่ายฟ้องคดีได้ แต่อย่างไรก็ดีการสมัครใจทะเลาะวิวาททำร้ายกันจนเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บล้มตายนั้น ย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ตนมิได้มีส่วนผิดด้วย เพราะหากตนไม่สมัครใจเข้าไปทะเลาะวิวาทแล้ว การทะเลาะวิวาทนั้นย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ กรณีทะเลาะวิวาทกันจึงต้องอยู่ในบังคับมาตรา 442 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้เพราะมาตรา 442 ให้อำนาจการกระทำละเมิดทุกกรณีซึ่งรวมถึงกรณีที่เป็นละเมิดเนื่องจากความยินยอมเป็นโมฆะด้วย อันจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

2. แก้อไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยนำเรื่องความยินยอม (Volenti non fit injuria) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะละเมิด

แม้ว่าข้อเสนอแนะที่ผู้เขียนกล่าวมาทั้งหมดอาจจะทำให้แนวทางการบังคับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความชัดเจนและเป็นธรรมมากขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าควรจะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายด้วย ทั้งนี้เพราะแม้จะมีบางบุคคลที่ทราบถึงวิธีการใช้และวิธีการตีความหลักความยินยอมอย่างที่ควรจะเป็น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าทุกคนที่ใช้กฎหมายจะทราบหรือมาคำนึงถึงปัญหาที่เกิดขึ้นกับหลักความ

ยินยอม หากมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ก็จะทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความตื่นตัวที่จะพยายามทำความเข้าใจว่าเกิดปัญหาอะไรกับเรื่องความยินยอมจนต้องมีการนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร และการที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้แล้ว จะต้องทำการปรับใช้หรือตีความหลักความยินยอมในโอกาสต่อไปอย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการบัญญัติหลัก *Volenti non fit injuria* หรือหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง ไม่ควรไปแยกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ทั้งนี้เพราะข้อสัญญาเป็นข้อตกลงในเรื่องนิติกรรมสัญญา ส่วนความยินยอมนั้นเป็นเรื่องละเมิดซึ่งถือเป็นนิติเหตุ หากบัญญัติไว้ด้วยกันอาจเกิดความสับสนได้ ทั้งการบัญญัติไว้ในเรื่องละเมิดโดยตรงแล้วจะทำให้ปัญหาที่ว่า หลักความยินยอมไม่เป็นละเมื่อนำมาใช้ในฐานะใดหมดไปด้วย ผู้เขียนจึงขอเสนอเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิดดังต่อไปนี้

มาตรา 420/1 การกระทำใดอันอาจเป็นละเมิดตามความในลักษณะนี้ หากผู้ที่จะได้รับ ความเสียหายจากการนั้นได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำและผลของการกระทำ โดยชัดแจ้งแล้ว ยังคงยินยอมให้บุคคลใดกระทำการนั้น ให้ถือว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นละเมิด และผู้กระทำไม่จำเป็นต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจและต้องไม่เป็นการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

การกระทำใดๆ ของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่กระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วย ซึ่งผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมได้ทำไปตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม โดยมีได้ตั้งใจหรือประมาท เลินเล่อให้เกิดความเสียหายแก่คนไข้แล้วไซ้ มิให้ถือว่าการกระทำนั้นต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 420/2 ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำ และผลของการกระทำโดยชัดแจ้งได้ เพราะเป็นผู้เยาว์ก็ดี หรือเป็นคนวิกลจริตก็ดี หรือในกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถจะให้ความยินยอมได้ แต่มีเหตุอันควรที่บุคคลอื่นจะต้องกระทำเพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหายเอง และบุคคลนั้นได้กระทำการดังกล่าวไปในทางที่วิญญูชนอาจคาดเห็นได้ว่าตรงกับความประสงค์ของผู้เสียหาย ก็ให้ถือว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำนั้นแล้ว

มาตรา 420/3 ความยินยอมที่ผู้เสียหายได้ให้หรือถือว่าได้ให้ตามมาตรา 420/1 และ 420/2 ผู้เสียหายหรือผู้ให้ความยินยอมแทนจะถอนคืนเสียเมื่อใดก็ได้ และเมื่อได้ถอนคืนความ

ยินยอมแล้ว การกระทำหลังจากนั้นไม่อาจอ้างความยินยอมที่ผู้เสียหายได้ให้ไว้เดิม มาเป็นเหตุยกเว้นมิให้เป็นละเมิดได้อีกต่อไป

มาตรา 442/1 ในกรณีผู้ต้องเสียหายสมัครใจเข้าทะเลาะวิวาทหรือสมัครใจเข้าร่วมกระทำกิจกรรมใด อันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของผู้ร่วมทะเลาะวิวาท หรือร่วมกระทำกิจกรรมนั้น ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้น้อยลงเพียงใด หรือจะไม่กำหนดให้เลยก็ได้



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. ความยินยอมในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- กำธร กำประเสริฐ. คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522.
- กฤษฎา บุญสมิต. โครงสร้างกฎหมายตราสามดวง. วารสารนิติศาสตร์ 34,2(มิถุนายน) : 235
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่10. กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินติ้ง, 2551.
- คณะกรรมการจัดงานฉลองวันเฉลิมฉลองวชิราวุธสมโภชครบ 100 ปี ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว. การปฏิรูปกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยมหาราช. กระทรวงยุติธรรม, 2511.
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึงมาตรา 452. เนติบัณฑิตยสภา, 2503.
- จิตติ ดิงศภัทย์. ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด. วารสารกฎหมาย 1,3(พฤษภาคม-สิงหาคม 2520) : 52
- บุญช่วย วณิกกุล. หลักกฎหมายประทุษร้ายส่วนแบ่ง. พิมพ์ครั้งที่ 3. 2463.
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง. พิมพ์ครั้งที่ 1. 2530.
- ประชุม โฉมฉาย. หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541.
- ประพิณ ปรัชญาภรณ์. ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.
- พจน์ ปุชปาคม. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : ไทยมิตรการพิมพ์, 2509.
- พระเจ้าฟ้าง้าว กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. เล็กเซอร์ของพระเจ้าฟ้าง้าว กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. พระนคร : สำนักพิมพ์บรรณาคาร, 2468.
- พระวรวงศ์วิบูลย์ (ม.ล.นภา ชุมสาย). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2496.



- เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์. ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- ไพจิตร ปุณฺณพันธ์. คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- ไพจิตร ปุณฺณพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549.
- ไพศาล กุมาลวิสิสัย. ความยินยอมให้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้. ตุลพาท 15(2511) : 139
- ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด. กรุงเทพมหานคร, 2479.
- ร.แดงกาด. ประวัติศาสตร์กฎหมาย กฎหมายตราสามดวง(บางลักษณะเฉพาะที่ศึกษาในมหาวิทยาลัยรามคำแหง). กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ร.แดงกาด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1-2. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2524.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2546.
- รองพล เจริญพันธ์. การใช้หลัก Volenti non fit injuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมชดใช้ค่าเสียหายในคดีละเมิด. วารสารนิติศาสตร์ (ธันวาคม 2520) : 88
- วันชัย ศรีนวนนิต. คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญาและความผิดอันยอมได้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : ประชุมช่าง, 2528.
- วารี นาสกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515.
- วรวิทย์ กนิษฐะเสน. ประวัติศาสตร์วิชานิติศาสตร์เยอรมันในศตวรรษที่ 19. วารสารนิติศาสตร์ 9,2 : 54.
- ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2549.
- ศันนท์กรณ์ (จำปี) ไสตถิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

ศูนย์ข้อมูลไทยสามก๊ก. นักเรียนนอกยุคแรก. แหล่งที่มา :

<http://www.thaisamkok.com/forum/index.php?act=Print&client=printer&f=53&t=8407>

สถาบันปริทัศน์ พนมยงค์. กฎหมายตราสามดวงเล่ม 1-2. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548.

สรรพการ. ป็นหาวินิจฉัย. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สามมิตร.

สุธีรา จินายน. วิเคราะห์ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา

ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา,

2545.

สุรพล ไตรเวทย์. การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

สุวิชัย โกศัยยะวัฒน์. การพัฒนาประเทศไทยในสมัยรัชกาลที่ 4 : การวางรากฐานเพื่อก้าวจากสังคม

จารีตลักษณะสู่สังคมพลวัตของสยาม. วารสารศึกษาศาสตร์ 16,1(มิถุนายน-ตุลาคม

2547) : 32

สุขุม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 5.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2548.

เสนีย์ ปราโมช. ปาฐกถาเรื่องกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา. พิมพ์ครั้งที่ 1. คณะกรรมการจัดงาน

อนุสรณ์อยุธยา, 2510.

แสง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์

วิญญูชน, 2543.

หยุด แสงอุทัย. คำสอนกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 6. 2507.

หลวงสุทธิวาทนฤพดี. คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท. กรุงเทพมหานคร :

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504.

หลวงสารนัยประสาสน์. พัฒนาการศึกษากฎหมายในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร , 2499.

อัคราทร จุฬารัตน. ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา. วารสารนิติศาสตร์ 9(มิถุนายน-

สิงหาคม 2520) : 60

อุกฤษ มงคลนาวิน. ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล). พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร

: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2514.

อนันต์ จันทร์โอภากร. วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด. แหล่งที่มา :

<http://www.comepee.com/webboard/show.php?Category=&No=359> [31 สิงหาคม 2551]

### ภาษาอังกฤษ

Adolf Berger. Dictionary of Roman Law. The Law Book Exchange Ltd., 2002.

B.S.Markesinis. The German Law of Obligations Volume II The Law of Tort: A Comparative Introduction. Third edition. New York : Oxford University Press Inc., 1997.

Catherine Elliott and Frances Quinn. Tort Law. Third edition. United Kingdom: Dorset Press, 2001.

Chloe Mulvihill, Sarah Hession, Claire Meaney and Hilary O' Brien. Romulus & Remus. Available from: <http://www.iol.ie/~coolmine/typ/romans/romans9.html> [2008, August 31]

Chung Hui Wang. The German Civil Code : Translated and annotated with an historical introduction and appendices. London : Stevens and Sons, 1907.

Clare Mc Hugh. อิตาลี่,แปลโดย พวงนิล คำป้งส์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์สู่โลกกว้าง, 2548.

E.J.Cohn. Manual of German Law. Second edition. London : Oceana Publications, 1968.

Gregor Bachmann. Volenti non fit injuria-How to make a principle work. German Law Journal No.10(October 2003) : 1034-1035

Herbert Broom. A Selection of Legal Maxim. Tenth edition. Pakistan : Sweet & Maxwell, 1939.

J.Wales. Volenti non fit injuria. Available from: [http://en.wikipedia.org/wiki/Volenti\\_non\\_fit\\_injuria](http://en.wikipedia.org/wiki/Volenti_non_fit_injuria) [2008, August 31]

John Cooke. Law of Tort. Seventh edition. Great Britain : Dorset Press, 2005.

Katherine Barrett. อิตาลี่,แปลโดย พวงนิล คำป้งส์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สู่โลกกว้าง, 2548.

Kwame Opoku. Delictual Liability in German Law. The International and Comparative Law Quarterly 21, 2(April 1972) : 233

Lisa Gerard-Sharp, and Chistoper Catling. อิตาลี, แปลโดย พวงนิล คำปิงส์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สุโลกกว้าง, 2548.

Lovetoknow Coporation, Delict Definition. Available from:

<http://www.yourdictionary.com/delict#law-1130> [2008, August 31]

Michael Ivory. เยอรมนี, แปลโดย วิยะดา เวชชพิพัฒน์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสุโลกกว้าง, 2550.

Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Leser. German Private and Commercial Law, trans. Tony Weir. New York : Oxford University Press, 1982.

Pam Barrett. อังกฤษ, แปลโดย พรรณพิไล นาคธน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสุโลกกว้าง, 2547.

Patrick Mac Chombaich De Colquhoun. A Summary of the Roman Civil Law. London : V. and R. Stevens and Sons, 1905.

Pierre-Mendès-France University. Iustiniani Institutiones. Available from:

[http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/iust\\_institut.html](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/iust_institut.html) [2008, August 31]

Pierre-Mendès-France University. Iustiniani Novellae. Available from: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/Novellae.htm> [2008, August 31]

Reinhard Zimmermann. The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition. The Republic of South Africa : Rustica Press (PTY) Ltd., 1992.

R.F.V.Heuston and R.A.Buckley. Salmond & Heuston, on the Law of Tort. Twentieth edition. London : Sweet & Maxwell Ltd., 1922.

Richard Kidner. Casebook on Tort. Seventh edition. New York : Oxford University Press, 2002.

R.W.Lee. Historical Conspectus of Roman Law. Third edition. London : The Eastern Press Ltd., 1963.

R.W.Lee. The Elements of Roman Law. Fourth edition. London : Sweet & Maxwell Ltd., 1986.



The Catholic University of America. Lex Aquilia. Available from:

<http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/Roman%20Law/%20LexAquila.html>  
[2008, August 31]

The Circumcision Reference Library. R v Brown [1993] 2 All ER 75. Available from:

<http://www.cirp.org/library/legal/UKlaw/rvbrown1993/> [2008, August 31]

Theodor Mommsen. The History of Rome (Volume 1-5). Available from:

<http://www.gutenberg.org/etext/10701> [2008, August 31]

Thomas Beven. "Volenti non fit injuria" in the Light of Recent Labour Legislation. Journal of the Society of Comparative Legislation Vol.8, No.2 (1907) : 185

Walter van Gerven. Assumption of Risk. Available from:

<http://www.casebooks.eu/download/tort/heading7.2.2.pdf> [2008, August 31]

William L. Burdick. The Principles of Roman Law and Their Relations to Modern Law.

New York : The Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1938.

W.V.H.Rogers. Winfield and Jolowicz on Tort. Twelfth edition. London : Sweet & Maxwell, 1894.

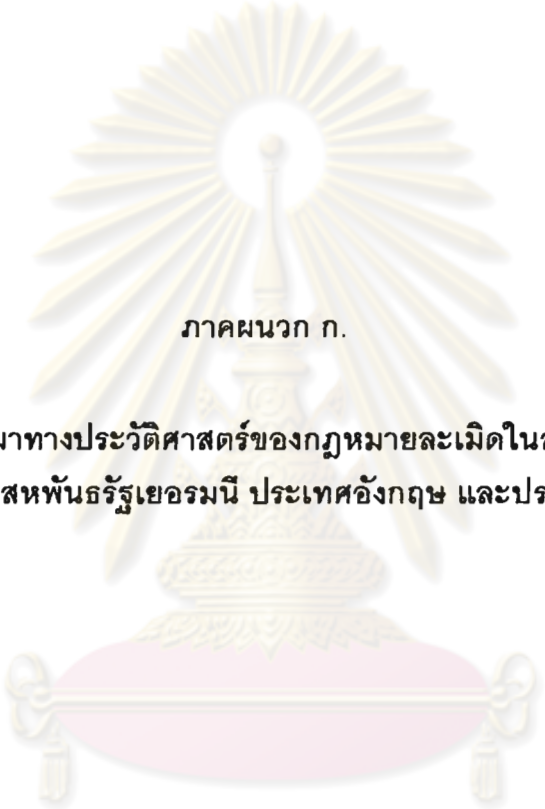


ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก.

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในสมัยโรมัน  
ในประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในสมัยโรมัน

### 1. ความนำ : กำเนิดโรมัน (โรม)

ประเทศอิตาลีหรือดินแดนรูปรองเท้าบูท (boot) อยู่ในทวีปยุโรป มีลักษณะเป็นคาบสมุทรยื่นสู่ทะเลเมดิเตอร์เรเนียน และยังประกอบด้วยเกาะ 2 เกาะ คือเกาะซิซิลี (Sicily) และเกาะซาร์ดิเนีย (Sardinia) พรมแดนทางตอนเหนือคือเทือกเขาแอลป์ซึ่งเป็นพรมแดนร่วมกันระหว่างประเทศฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ ออสเตรีย และสโลวีเนีย ส่วนทางตอนใต้แวดล้อมไปด้วยอ้อมกอดของทะเลเมดิเตอร์เรเนียน นับเป็นประเทศที่เป็นจุดกำเนิดของอารยธรรมตะวันตกหรือของยุโรปโดยแท้จริงเพราะ ณ สถานที่แห่งนี้ ในอดีตเคยเป็นมาตุภูมิของชาวโรมันนักรบผู้เกรียงไกร แหล่งพักพิงกายของชาวกรีกผู้เป็นเลิศทางศิลปวัฒนธรรมและบทกวีที่อพยพมาพร้อมกับศิลปวิทยาการ ตำนานแห่งเทพปกรณัม ดังนั้นคงไม่ผิดหากจะกล่าวหาว่าอิตาลีเป็นประเทศที่ภูมิศาสตร์และประวัติศาสตร์มาบรรจบกันอย่างลงตัว และเป็นที่ไม่ไผ่ฝันของผู้ต้องการมาเยือนดังที่มีผู้เปรยไว้ว่า<sup>1</sup> “ประเทศอิตาลีนั้น ทางกายภาพมีขุนเขา ท้องทะเลกางกัน ทางจิตวิญญาณมีพระสันตะปาปาวางกลาง ในสายตาคอนน็อก ชาวอิตาลีจะสุดโต่งไปเสียทุกด้าน ทั้งความอ่อนโยนดุจเซนต์ฟรานซิส ปัญญาที่เฉียบคมแต่ไร้ซึ่งศีลธรรมของมาคิอาเวลลี” ความใฝ่รู้ของกาลิเลโอ อัจฉริยภาพของมิเคลังเจโล และความระงับข่มกั้นแบบ

<sup>1</sup> Lisa Gerard-Sharp, and Christopher Catling, อิตาลี, แปลโดยพวงนิล คำปึงส์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสู่โลกกว้าง, 2548), หน้า 15.

\* นักบุญฟรานซิสแห่งอาซิซิ (Saint Francis of Assisi) เกิดที่เมืองอาซิซิ อยู่ทางตะวันตกของภูเขาชูบาซิโอ (Subasio) เมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1181 และเสียชีวิตเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1226 เป็นหลวงพ่อนิกายโรมันคาทอลิกและเป็นผู้ก่อตั้งลัทธิฟรานซิสกัน (Order of Friars Minor) นักบุญฟรานซิสแห่งอาซิซิเป็นนักบุญผู้พิทักษ์สัตว์และสิ่งแวดล้อม เป็นธรรมเนียมที่วัดนิกายโรมันคาทอลิกทั้งหลายจะจัดงานเพื่อยกย่องความสำคัญของสัตว์ในวันสมโภชของนักบุญฟรานซิสคือวันที่ 4 ตุลาคมของทุกปี

\*\* มาคิอาเวลลี (Niccolò di Bernardo dei Machiavelli) เกิดเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1469 และเสียชีวิตเมื่อวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 1527 เป็นนักการทูตฝีปากกล้าของอิตาลี นักปรัชญาทางการเมือง นักดนตรี และ จินตกรวี นับเป็นบุคคลที่เป็นสัญลักษณ์ของยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการของประเทศอิตาลี เขามีผลงานโด่งดังจากการประพันธ์หนังสือชื่อ “The Prince”



เยซุอิด มีหลายคนเห็นว่าชาวอิตาลีไม่มีคุณค่าคู่ควรกับแผ่นดินถิ่นเกิด แต่มีอีกไม่น้อยที่คิดว่าพวกเขาเป็น "สิ่งที่พิเศษยิ่งกว่าแดนดินถิ่นนี้มากนัก" และหากจะกล่าวถึงประเทศอิตาลีโดยไม่กล่าวถึงกรุงโรมแล้วก็ดูเหมือนจะขาดอะไรไปบางอย่าง เพราะกรุงโรมนี่เองที่เป็นบ้านเกิดเมืองนอนของชาวโรมัน เป็นสถานที่ทางประวัติศาสตร์อันเก่าแก่ที่เลื่องชื่อ และเป็นจุดกำเนิดของอารยธรรมตะวันตก เป็นศูนย์กลางความเจริญในทุกด้านดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นทั้งหมด โดยเฉพาะกฎหมาย ซึ่งกลายมาเป็นรากฐานของกฎหมายภาคพื้นยุโรปในปัจจุบัน และจากเหตุผลนี้เอง การทำการศึกษาทางประวัติศาสตร์กฎหมายล้วนต้องมาเริ่มต้นกันที่สมัยโรมันทั้งสิ้น ซึ่งวิทยานิพนธ์เล่มนี้ก็จะทำการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย โดยกล่าวถึงกำเนิดของโรมันและการแยกตัวระหว่างกฎหมายละเมิดและกฎหมายอาญาพอสังเขปเพื่อเป็นพื้นฐานไปสู่การศึกษากฎหมายละเมิดของโรมันต่อไป

หากทำการย้อนเวลากลับไปตามตำนานที่เล่าสืบต่อกันมา เมื่อประมาณ 753 ปีก่อนคริสต์ศักราช เป็นปีที่รัฐโรมัน (Roma หรือ Respublica Romana) ได้ก่อตั้งขึ้น ตามตำนานได้เล่าว่า<sup>2</sup> ในครั้งหนึ่งนานมาแล้ว มีพระราชองค์หนึ่งชื่อ Numitor ผู้ครองนครหนึ่งในอิตาลีชื่ออานคร Alba Longa ได้ถูกน้องชายตัวเองชื่อ Amulius แย่งชิงราชบัลลังก์ไป ในครั้งนั้นพระราชกษัตริย์ Numitor ยังมีน้องสาวที่งดงามนางหนึ่งนามว่า Rhea Silvia เป็นสาวพรหมจารีที่ได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้ทำพิธีบูชาเทพธิดาแห่งเตาไฟ และด้วยเหตุนี้เองจึงไม่สามารถที่จะแต่งงานให้กำเนิดบุตรได้ แต่เพราะความงามของ Silvia จึงทำให้เทพเจ้า Mars (เทพเจ้าแห่งสงคราม) ตกหลุมรักและในที่สุด Silvia ก็ให้กำเนิดบุตรชายฝาแฝด 2 คน

---

\* ลัทธิเยซุอิด หรือ ลัทธิสมาคอมพระเยซู (Society of Jesus) เป็นลัทธิของคริสตศาสนิกนิกายโรมันคาทอลิกที่ก่อตั้งเมื่อคริสต์ศตวรรษที่ 16 โดยนักบุญอิกเนเชียสแห่งโลโยลา (St. Ignatius of Loyola) ซึ่งเกิดเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1491 ที่เมืองลาโฮลา ประเทศสเปน และเสียชีวิตเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1556 ที่กรุงโรม ประเทศอิตาลี พระนิกายนี้เรียกว่า "พระเยซุอิด" หรือ "ทหารของพระสันตะปาปา" เพราะนักบุญอิกเนเชียสเคยเป็นอัศวินมาก่อนที่จะเป็นพระ ในปัจจุบันพระเยซุอิดทำงานสอนศาสนาใน 112 ประเทศและมีชื่อเสียงในทางการศึกษา การค้นคว้า และการส่งเสริมวัฒนธรรม นอกจากนั้นยังมีส่วนร่วมในการต่อสู้เพื่อสิทธิมนุษยชนด้วย

<sup>2</sup> Chloe Mulvihill, Sarah Hession, Claire Meaney and Hilary O' Brien. Romulus & Remus. Available from: <http://www.iol.ie/~coolmine/typ/romans/romans9.html> [2008, August 31]

Amulius รู้เรื่องนี้เข้าจึงกลัวว่าเด็กทั้งสองเมื่อเติบโตใหญ่ขึ้นจะมาชิงราชบัลลังก์กลับคืน จึงวางแผนที่จะฆ่าเด็กทั้งสองทิ้งโดยนำเด็กทั้งสองใส่ตระกร้าลอยไปในแม่น้ำไทเบอร์ (Tiber River) เพื่อให้ไหลตกหน้าผา ในขณะที่เด็กทั้งสองถูกปล่อยไปนั้นเป็นช่วงที่แม่น้ำกำลังเชี่ยวกราก แต่เมื่อเด็กทั้งสองลอยลงสู่เบื้องล่างแล้วกลับไม่เป็นอะไรเลย และได้ไปเกยฝั่งจนนางสุนัขป่าตัวหนึ่งมาพบเข้า แทนที่นางสุนัขป่าจะกินเด็กทั้งสองกลับนำไปเลี้ยงดูและให้น้ำนมของตนประหนึ่งเป็นมารดาของเด็กเอง นอกจากนี้ยังมีนกหัวขวานที่คอยคาบอาหารต่างๆมาป้อนเด็กทั้งสองด้วย

ในเวลาต่อมามีบาทหลวงคนหนึ่งชื่อ Faustulus มาพบเด็กทั้งสองและนำกลับไปบ้านให้ภรรยาช่วยกันเลี้ยงและคอยขัดเกลานิสัยเรื่อยมา พร้อมกับตั้งชื่อว่า Romulus และ Remus จนกระทั่งทั้งสองเจริญวัยขึ้นเป็นผู้ที่แข็งแรงและกล้าหาญ ชอบการรบต่อสู้ ในวันหนึ่ง Remus ได้กระทำความผิดและถูกจับตัวไปยังพระราชวัง ณ ที่นั่นเองเขาได้พบกับลุงของเขาชื่อ Numitor Numitor เกิดความสงสัยว่าทำไม Remus ดูไม่คล้ายกับบาทหลวง Faustulus เลยทั้งที่เป็นพ่อลูกกัน จึงได้ไต่ถามจนกระทั่งรู้ว่าแท้จริงแล้วเป็นหลานของตน Remus จึงไปชวน Romulus ให้มาช่วยกันกู้ราชบัลลังก์ให้ลุง แล้วก็ทำสำเร็จด้วยการฆ่า Amulius ตาย

ในเวลาต่อมา Romulus และ Remus ตัดสินใจที่สร้างเมืองของตัวเอง จึงเลือกสถานที่ที่นางสุนัขป่าได้เคยเลี้ยงดูพวกตนมาเป็นสถานที่ตั้ง ซึ่งบางตำนานได้เล่าว่าเมื่อทั้งสองมาถึงบริเวณเนินเขาทั้งเจ็ด เทพเจ้าก็ได้ส่งนกอินทรีมาบินวนอยู่เหนือศีรษะเพื่อเป็นสัญญาณบ่งบอกว่าที่นี่เป็นชัยภูมิอันเหมาะสมแล้ว<sup>3</sup> หลังจากนั้น Romulus ได้เริ่มสร้างกำแพงเมืองขึ้นบริเวณเทือกเขาพาလာไทน์ (Palatine Hill) แต่กำแพงเมืองนี้เตี้ยมากจนถูก Remus หัวเราะเยาะ ด้วยความโกรธ Romulus จึงฆ่า Remus ตาย และท้ายที่สุด Romulus ได้ค่อยๆสร้างเมืองขึ้นมาภายในเขตกำแพงและให้ชื่อว่า Roma (Rome) ตามชื่อของตนเอง

ตำนานกำเนิดโรมที่กล่าวมานี้นับเป็นที่แพร่หลายทั่วไป ส่วนการศึกษาประวัติศาสตร์ความเป็นมาของโรมในเชิงโบราณคดีคงยากที่จะไม่กล่าวถึง Mommsen<sup>\*</sup> ผู้ซึ่งทุ่มเทเวลาให้กับผลงานชื่อ

<sup>3</sup> Katherine Barrett, อิตาลี, แปลโดยพวงนิล คำปิงส์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสู่โลกกว้าง, 2548), หน้า 31.

\* Christian Matthias Theodor Mommsen เป็นชาวเยอรมัน เกิดเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1817 และเสียชีวิตเมื่อ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1903 เป็นทั้งนักประวัติศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญทางด้านประวัติศาสตร์เยอรมัน นักกฎหมาย นักการเมือง นักโบราณคดี และนักเขียน ผลงานของเขาที่เกี่ยวกับประวัติศาสตร์โรมันชื่อ *Römische Geschichte* (The History of Rome) ซึ่งมีจำนวนทั้งหมด 5 เล่ม

Römische Geschichte (The History of Rome) ซึ่งมีทั้งหมดถึง 5 เล่มด้วยกัน<sup>4</sup> และมีจำนวนหลายพันหน้าทำให้ไม่สามารถศึกษาได้ทั้งหมด ผู้เขียนจึงขออนุญาตกล่าวโดยย่อเฉพาะส่วนที่สำคัญ โดยรวมกับเนื้อหาในหนังสือเล่มอื่นดังนี้

ประมาณสิบสี่ไมล์เหนือขึ้นมาจากปากแม่น้ำไทเบอร์ มีเนินเขาที่ยกขึ้นสูงพอประมาณทั้งสองฝั่งของแม่น้ำ ณ ที่นี้เป็นที่ตั้งของ "โรมัน" มานานมากกว่าสองพันห้าร้อยปีแล้ว ชื่อโรมันนี้ไม่ใช่ชื่อที่มีมาแต่ดั้งเดิม ความจริงแล้วผู้คนที่เคยอยู่ในเขตปกครองนี้เมื่อครั้งนานมาต่างถูกเรียกว่าชาว "Ramnians" หรือ "Ramnes" แต่การออกเสียงได้ผิดเพี้ยนไปจนกลายเป็น "Roman" ซึ่งถือเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นบ่อยๆกับหลายภาษา คำว่า "Ramnes" แปลว่า "the people on the stream" หรือผู้คนแห่งสายน้ำ แต่พวกเขาก็มีชื่อพวกเดียวที่อาศัยอยู่ริมฝั่งแม่น้ำไทเบอร์ ความจริงแล้วประชากรในครั้งแรกของโรมประกอบด้วยสามชนเผ่ามารวมกัน ได้แก่ Ramnians Tities และ Luceres ซึ่งเรียกรวมๆได้อีกชื่อหนึ่งว่า "synoikismos" และต่อมาภายหลังก็มีชนเผ่า Sabines และอีกหลายชนเผ่าเข้ามาร่วมอยู่ด้วย อันนับว่าเป็นการสมกับชื่อเรียก "synoikismos" ยิ่งนัก เพราะ "synoikismos" แปลว่าการรวมตัวกันของคนต่างเชื้อชาติซึ่งมาจากต่างสถานที่

ในช่วงเวลาที่ประวัติศาสตร์ได้ปรากฏขึ้นก็คือเวลาที่โรมได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มหรือชุมชนละติน (Latin communities หรือ Latium) ในลักษณะสังคมเมืองที่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแล้ว ลักษณะการอยู่อาศัยของคนโรมจะเป็นการอยู่ในหมู่บ้านเปิดมีบ้านสร้างด้วยกระท่อมดิน ในช่วงแรกมีเพียงไม่กี่หลัง แต่ต่อมาก็ได้ขยายขยายจนมีจำนวนมากขึ้น โรมมักจะได้รับเลือกเป็นจุดนัดพบที่มาชุมนุมกันในกรณีที่มีงานรื่นเริง งานมหรสพ หรือกรณีพิเศษ มากกว่าเมืองอื่นใน Latium อยู่เสมอ ครั้งนั้นการปกครองได้เริ่มขึ้นบ้างแล้วและทำให้เกิดสังคมชั้นที่สองขึ้นในกรุงโรม เพราะในสมัยนั้นจะมีผู้ที่ไปอิงแอบอาศัยประโยชน์จากชนชั้นผู้มีอำนาจและผู้มีสิทธิพิเศษในทางสังคมที่เรียกว่า "client" ซึ่งมีความหมายว่า "ผู้พึ่งพาผู้อื่น (dependent)" แต่ต่อมาก็มีการเปลี่ยนชื่อเป็น "plebs หรือ

---

ถือเป็นผลงานชิ้นครูซึ่งได้ทำการค้นคว้าและวิจัยมาเป็นอย่างดีจนได้รับเกียรติจากประชาคมโลกให้ได้รับรางวัล Nobel Prize in Literature เมื่อปี ค.ศ.1902

<sup>4</sup> Theodor Mommsen. *The History of Rome (Volume 1-5)*. Available from: <http://www.gutenberg.org/etext/10701> [2008, August 31]



plebeian" ส่วนชนชั้นสูงหรือผู้มีอำนาจมักเป็นพวกซาไบน์ (Sabines หรือ Sabini) ที่มีอำนาจเหนือชาวละตินอื่น และดูจะเป็นบรรพบุรุษของครอบครัวขุนนาง (Patrici) ที่โรมในเวลาต่อมา และถึงแม้ว่าในขณะนั้นจะมีชนพื้นเมืองอาศัยอยู่ในกรุงโรมมากมายหลายชนเผ่า แต่ผู้ที่เปลี่ยนกรุงโรมในสมัยราชาธิปไตย (Monarchy) ให้เป็นศูนย์กลางความเจริญคือชาวกรีกกับชาวอีทรุสกัน (Etruscan)

ชาวกรีกเข้ามาตั้งอาณานิคมอยู่บนเกาะซิซิลี (Sicily) และชายฝั่งตะวันตกใกล้เมืองเนเปิลส์ (Naples) ส่วนใหญ่เป็นเกษตรกรที่ออกมาหาที่ดินสำหรับเพาะปลูก ที่เหลือเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมืองซึ่งหลบหนีออกมาหลังจากกษัตริย์ของตนถูกล้มล้าง เมื่อมาถึงอิตาลี ชาวกรีกได้ก่อตั้งนครรัฐอิสระชั้นโดยมีสายสัมพันธ์หลวมๆ กับเมืองแม่บนกรีซ (Greece) แผ่นดินใหญ่ เมืองคูมิที่ริมอ่าวเนเปิลส์เป็นหนึ่งในอาณานิคมที่เก่าแก่ที่สุด ก่อตั้งขึ้นเมื่อ 770 B.C. โดยชาวกรีกจากเกาะยูเบีย สองสามปีต่อมาเมืองอานานิคมถือกำเนิดขึ้นอีกแห่งหนึ่งชื่อวารีจัน หรือ เรจโจ ดิ กาลาเบรีย (Reggio di Calabria) ส่วนเมืองไซราคิวส์ (Syracuse) บนเกาะซิซิลีนั้น เป็นเมืองอาณานิคมของกรีกที่เรืองอำนาจสูงสุดในสมัยโครินเธียน ชาวอาณานิคมเหล่านี้ทำการเพาะปลูกและค้าขายกับกรีซแผ่นดินใหญ่จนมีฐานะมั่งคั่งขึ้นเรื่อยๆ พวกเขามีบทบาทอันสำคัญยิ่งต่อพัฒนาการทางด้านการเกษตรบนคาบสมุทรอิตาลี

ในศตวรรษที่ 5 ไชราคิวส์กับเอเธนส์แห่งกรีกแข่งขันกันแย่งชิงความเป็นใหญ่เหนืออาณานิคมบนแหลมอิตาลี จนก่อสงครามขึ้นหลายครั้ง มีการเกณฑ์ชนพื้นเมืองมาช่วยรบ แต่เมื่อสงครามยืดเยื้อและไม่ปรากฏผลแพ้ชนะต่างฝ่ายจึงเลิกวาทกันไป และสงครามที่ยืดเยื้อนี้เองที่ส่งผลให้ชาวกรีกมีอำนาจเหนือชนพื้นเมืองในละตินไม่ได้ แต่ในทางศิลปวัฒนธรรมแล้ว พวกเขามีอิทธิพลสูงยิ่ง ชนพื้นเมืองในอิตาลีนิยมสินค้าฟุ่มเฟือยของพวกกรีกโดยเฉพาะเครื่องสำริดกับเซรามิกที่เป็นตัวอย่างงานศิลปะอันประณีตแปลกใหม่ให้พวกเขาได้ลอกเลียนแบบ เช่นเดียวกันกับงานด้านสถาปัตยกรรมและ

---

\* ในตำนานได้มีการเล่าว่า เมื่อครั้งนานมาแล้วที่โรมูลุสได้ตั้งกรุงโรม เขาได้เชื้อเชิญเหล่าอาชญากร ทาสที่หลบหนี พวกที่ถูกเนรเทศ และคนจากชนเผ่าต่างๆที่ไม่เป็นที่ต้องการ มาเป็นพลเมืองซึ่งพลเมืองเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นชายทำให้ไม่สามารถเพิ่มจำนวนพลเมืองได้เท่าที่ควร โรมูลุสจึงทำที่เชิญเพื่อนบ้านคือชนเผ่า Sabines มาร่วมงานเลี้ยงฉลอง แต่ความจริงได้วางอุบายลักพาตัวหญิงสาวเหล่านั้นกลับกรุงโรมเพื่อมาเป็นภรรยาให้กับพลเมืองของตน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดสงครามขึ้นและท้ายที่สุดโรมูลุสเป็นผู้กำชัยชนะและทำให้ Sabines ตกอยู่ภายใต้อำนาจของโรม

<sup>5</sup> ประชุม โคมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), หน้า 41.



ประติมากรรม นอกจากนี้ พวกเขายังรับเอาตัวอักษรกรีกเข้ามาใช้เขียนภาษาของตนจนสามารถคิดประดิษฐ์อักษรขึ้นมาใช้เองได้<sup>6</sup>

ในราว 800 B.C. ชาวอีทรัสกัน ได้อพยพเข้ามาตั้งถิ่นฐานตามแนวชายฝั่งตะวันตก ซึ่งก็คือบริเวณ Tuscany และ Lazio ในปัจจุบันและนับเป็นเรื่องที่ยากมากที่จะระบุให้ชัดเจนลงไปว่าชาวอีทรัสกันอพยพมาสู่อิตาลีอย่างไร แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษา ได้ค้นพบว่าเมืองของชาว Etruscan เป็นดินแดนที่อยู่ตอนในของคาบสมุทรอิตาลี ไม่ได้อยู่ตามบริเวณชายฝั่งของคาบสมุทร เพราะเมืองของชาวอีทรัสกัน ทั้ง 12 เมืองจะกระจายอยู่ในพื้นที่ตอนในของคาบสมุทรทั้งหมด ยกเว้นเมืองเดียวคือ Populonia ที่ใกล้กับบริเวณชายฝั่ง และจากการค้นคว้าทางประวัติศาสตร์จะพบว่าลักษณะการอพยพของชาวอีทรัสกันจะเป็นการเคลื่อนย้ายในแนวเหนือสู่ใต้ ซึ่งอาจเป็นเพราะลักษณะของคาบสมุทรอิตาลีเองที่มีลักษณะยาวเป็นแหลมยื่นลงไปในทะเล แต่หากจะกล่าวถึงบรรพบุรุษของพวกเขาที่แท้จริงแล้ว น่าจะเป็นชาวฟินีเชียกลุ่มเล็กๆที่อพยพมาจากปาเลสไตน์ และได้นำความรู้จากโลกตะวันออกมาเผยแพร่แก่ชนพื้นเมืองในอิตาลีมากกว่า

ชาวอีทรัสกัน (Etruscan) หรือที่พวกเขาเรียกตัวเองว่า Ras มีลักษณะทางกายภาพที่แตกต่างจากชนชาติอื่นทั่วไปใน Latium กล่าวคือแทนที่จะมีรูปร่างที่เพรียวลมและมีสัดส่วนที่สอดคล้องกันอย่างชาวกรีกและชาวอิตาลีอื่นทั่วไป กลับมีรูปร่างที่เตี้ยแต่ดูแข็งแรงมั่นคง ศีรษะใหญ่และช่วงลำแขนที่หนา พวกเขานับเป็นชนชาติที่มีอารยธรรมสูง มีฝีมือทางด้านช่างโดยเฉพาะในด้านงานโลหะ บริเวณคาบสมุทรอิตาลีเองก็อุดมไปด้วยสินแร่ขนาดมหึมา การค้าเครื่องโลหะจึงกลายเป็นพื้นฐานสำคัญของสังคม หมู่บ้านเล็กๆของชาวอีทรัสกันเจริญขึ้นเป็นเมืองใหญ่โดยมีอยู่ทั้งหมด 12 เมืองด้วยกัน แต่ละเมืองมีอิสระแก่ตนเองแต่ก็รวมกันเป็นพันธรัฐแบบหลวมๆ เพราะความจำเป็นทางศาสนา เนื่องจากแต่ละเมืองจะต้องส่งตัวแทนมาทำพิธีบวงสรวงเทพ 12 องค์ ของชาวอีทรัสกันร่วมกัน ในทุกเมืองของชาวอีทรัสกันมีเศรษฐกิจพึ่งพิงอยู่กับการค้าและนิยมสินค้าฟุ่มเฟือยจากชาวกรีกมาก เสียจนต้องพัฒนาเส้นทางสัญจรไปยังเมืองกรีกต่างๆหลายสาย โดยตัดผ่านที่ราบ Latium ทางตอนใต้ของแม่น้ำไทเบอร์ที่เป็นถิ่นที่อยู่ของชนเผ่าละติน แต่อย่างไรก็ตามชาวอีทรัสกันก็ได้ชำนาญในเรื่องเศรษฐกิจการค้าแต่อย่างเดียว ความสามารถในการรบของชาวอีทรัสกันก็ไม่ย่อหย่อนเป็นรองใคร ซึ่งหากจะเปรียบเทียบแล้วยังมีความสามารถเหนือชาวพื้นเมืองอิตาลีในขณะนั้น

ในยุคสมัยที่โรมเป็นการปกครองแบบระบอบราชาธิปไตย (Monarchy) ซึ่งมีกษัตริย์ทั้งสิ้น 7 พระองค์ 3 พระองค์สุดท้ายล้วนเป็นชาวอีทรัสกันทั้งสิ้น แต่กษัตริย์องค์สุดท้ายที่ทำให้ระบอบราชาธิปไตยต้องสิ้นสุดลงใน 509 B.C. คือ "องค์ทรนง" หรือ Tarquinius Superbus เพราะในยุคสมัยของ

<sup>6</sup> Clare Mc hugh, อิตาลี, แปลโดยพวงนิล คำปิงส์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสุโลกกว้าง, 2548), หน้า 28-29.

พระองค์ได้มีการกดขี่ข่มเหงราษฎรเป็นอย่างมาก มีการก่อการจลาจลไปทั่วกรุงโรม ทั้งทำลายสถานที่บูชาเทพเจ้าของชาว Sabines ซึ่งถือเป็นชนพื้นเมืองชั้นสูง (Patrician) ในขณะนั้น และความอดทนทั้งหมดของชาวโรมได้สิ้นสุดลงเพราะพระองค์ทรงอนุญาตให้พระราชโอรสย่ำยีลูเครเชีย (Lucretia) ผู้เป็นสตรีสูงศักดิ์ชาวโรมัน (Patrician) จนนางต้องฆ่าตัวตายหนีความอับอาย ชาวโรมันจึงก่อกบฏล้มล้างพวกอื่ทรูสกัน โดยมีลูซิอุส จูนิอุส บรูตุส ( Lucius Junius Brutus) เป็นผู้นำ ซึ่งนับเป็นช่วงเวลาสิ้นสุดสมัยราชาธิปไตย (Monarchy)

## 2. การแบ่งยุคกฎหมายของโรมัน

เมื่อโรมันได้ก่อตั้งขึ้นแล้ว ก็มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ไปอย่างยาวนานหลายยุคหลายสมัยจบจนกระทั่งถึงกาลอวสาน นักวิชาการต่างพากันแบ่งยุคกฎหมายโรมันออกเป็นหลายแบบด้วยกัน ซึ่งผู้เขียนขอแบ่งตามระบอบการปกครองของโรมัน คือสมัยราชาธิปไตย (Monarchy), สมัยประชาธิปไตย (Republic) และสมัยจักรวรรดิ (Imperium) เพื่อให้สอดคล้องและง่ายต่อการทำความเข้าใจ

2.1 สมัยราชาธิปไตย (Monarchy : 753 B.C.-509 B.C.) ความเป็นมาของยุคสมัยนี้มักถูกเล่าขานกันในเชิงตำนานดังที่ได้เกริ่นไว้ในบทนำแล้ว แต่ยังมีที่สร้างภาพในสมัยนั้นได้อย่างคร่าวๆ จากกรมองคูสตาบันทางการเมืองในสมัยนั้น ซึ่งประกอบด้วย 3 ส่วน ได้แก่ พระมหากษัตริย์ สภาเซเนต (Senate) และประชาชน พระมหากษัตริย์เปรียบดั่งเจ้าชีวิตของทุกคนในกรุงโรม สภาเซเนต (Senate) เป็นส่วนที่ให้คำปรึกษาแก่พระมหากษัตริย์ สำหรับประชาชนนั้น จะถูกแบ่งออกเป็น 30 หน่วย แต่ละหน่วยเรียกว่า "คูริอา (curia)" ซึ่งรวมเรียกว่า Comitia Curiata เขาเหล่านี้จะมาประชุมกันถึงปัญหาเหตุการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นและลงคะแนนเสียงก่อนที่จะเสนอพระมหากษัตริย์ตราเป็นกฎหมายต่อไป<sup>7</sup> แต่ในบางครั้งก็เป็นที่สงสัยกันว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงตรากฎหมายขึ้นมาจริงหรือไม่ ซึ่งหากมีการตราขึ้นจริงก็มีชื่อเรียกว่า "พระราชบัญญัติ (Leges Regiae)"<sup>8</sup>

<sup>7</sup> R.W.Lee, Historical Conspectus of Roman Law, Third Impression(London: The Eastern Press Ltd., 1963), p.1.

<sup>8</sup> ประชุม โฉมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), หน้า 18.

2.2 สมัยประชาธิปไตยหรือสมัยสาธารณรัฐ\* (Republic : 510 B.C.-27 B.C.) หลังจาก "องค์ทรง" หรือ Tarquinius Superbus กษัตริย์องค์สุดท้ายได้สิ้นสุดการครองราชย์บัลลังก์ในปี 509 B.C. การปกครองแบบกษัตริย์พระองค์เดียวก็ถูกแทนที่ด้วยการปกครองแบบ 2 คนซึ่งทั้งสองต่างมีอำนาจเท่ากัน โดยทั้งสองคนจะได้รับเลือกมาจากเหล่าประชาชนให้ดำรงตำแหน่งได้ 1 ปี ซึ่งมีชื่อเรียกว่าคอนซูล (Consul) โดยคอนซูลจะมีผู้ช่วยทั้งหมด 3 คน ได้แก่ ไพรตอร์ (Praetor) ทำหน้าที่บริหารกฎหมายเอกชน (Ius Civile), เซ็นซอร์ (Censors) เป็นผู้สำรวจสำมะโนประชากรเพื่อจำแนกประชาชนออกเป็นหมวดหมู่ ทำให้สามารถจัดหาคณะที่เหมาะสมในการรับตำแหน่งทางการเมือง รวมถึงการเป็นทหารและจ่ายต่อการจัดเก็บภาษี และ คูรูลิส อายดิลิส (Curulis aedilis) ทำหน้าที่ควบคุมทรัพย์สิน ตลาดค้าขาย และงานโยธาอื่นๆ ในสมัยประชาธิปไตยนี้สภาเซเนต (Senate) กลายมาเป็นสถาบันทางการเมืองที่มั่นคง ในส่วนของประชาชนก็มี Comitia Centuriata และ Comitia Tributa เป็นสภาประชาชน (Comitia)\*\* นอกจากนี้ยังมี

\* ผู้เขียนคิดว่าสาเหตุที่ทำให้เรียกว่า "สมัยสาธารณรัฐ" เนื่องมาจากการแปลคำว่า "Republic" ที่คนไทยมักแปลว่าสาธารณรัฐ ซึ่งหมายถึงรัฐที่มีประมุขของรัฐมาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งแต่ไม่ใช่พระมหากษัตริย์

\*\* สภาประชาชน (Comitia) มาจากคำว่า co, cum หรือ con ผสมรวมกับ ire ซึ่งรวมกันเป็น comitium แปลว่า สถานที่นัดพบ, สถานที่ประชุม เมื่อกลายรูปเป็น comitia จึงแปลว่าการประชุม หรือ ผู้เข้าร่วมประชุม ซึ่งสภาประชาชนนั้นมีด้วยกันทั้งหมด 3 รูปแบบ ได้แก่ Comitia Curiata เป็นสภาประชาชนที่มีมาตั้งแต่สมัยราชาธิปไตย สมาชิกในสภาจะจำกัดเฉพาะชาวพาทริเซียน (Patrician) เท่านั้น แบ่งประชาชนออกเป็น 30 หน่วย แต่ละหน่วยเรียกคูริอา (Curia) ประชาชนทุกคนในแต่ละคูริอา มีอิสระในการออกเสียง เมื่อเสียงข้างมากเป็นเช่นไรถือเป็นมติของคูริอา นั้น แล้วนำมติของทุกคูริอา มารวมกัน เสียงข้างมากเป็นไปในทิศทางใดให้ถือเป็นมติของทั้งสภา (ซึ่งในการประชุมบางครั้งของ Comitia Curiata ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการเรียกประชาชนมาฟังสิ่งที่นักบวชต้องการประกาศให้ทราบทั่วกัน หรือเพื่อมาเป็นสักขีพยานในพิธีกรรมทางศาสนา หรือแม้กระทั่งการทำพินัยกรรมซึ่งไม่มีการลงคะแนนเสียงในเรื่องราวใดๆ อาจรู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งคือ Comitia Calata), Comitia Centuriata สมาชิกในสภาประกอบด้วยชาวพาทริเซียน (Patrician) และชาวพลีเบียน (plebein) เป็นสภาที่แบ่งสมาชิกตามระดับทรัพย์สินและอายุ กล่าวคือทั้งสภาจะมีทั้งหมด 5 หรือ 6 ระดับ ระดับที่สูงที่สุดคือกลุ่มคนที่รวยที่สุดไล่มาถึงระดับต่ำสุดคือกลุ่มคนจน ในแต่ละระดับเรียกเซ็นจูริอา (centuria) ทุกเซ็นจูริอาแบ่งเป็นผู้อาวุโสและผู้อ่อนอาวุโส ในการลงคะแนนเสียงแต่ละครั้งจะไล่ตามระดับ (ทั้งระดับความรวย-จน และระดับอาวุโส-อ่อนอาวุโส) หากคะแนนเสียงข้างมากเพียงพอแล้ว ผู้ที่อยู่ในระดับต่ำลงมาก็

Concilium Plebis เป็นอีกสถาบันการเมืองที่มีส่วนช่วยในการปกครองในสมัยประชาธิปไตยนี้

สำหรับอาณาเขตของกรุงโรมในสมัยประชาธิปไตย ในช่วงแรกก็ขยายไปในนครรัฐเพื่อนบ้าน ก่อน ซึ่งในเวลาต่อมาก็ครอบคลุมทั่วพื้นที่คาบสมุทรอิตาลี จนทางทิศเหนือติดต่อกับดินแดนของพวกเขา

ไม่มีสิทธิออกเสียง ทำให้ชาวพลีเบียนซึ่งมักเป็นพวกที่อยู่ในระดับล่างลงมาไม่พอใจเท่าใดนัก, Comitia Tributa สมาชิกในสภาชั้นแรกเป็นชาวพลีเบียนเท่านั้น แต่ต่อมามีชาวพาทริเซียนเข้าร่วมด้วย สภานี้จะแบ่งสมาชิกออกเป็น 30 กลุ่มชนเผ่า (Tribes) โดยในแต่ละกลุ่มชนเผ่าจะประกอบด้วยเผ่าที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงกันตามภูมิศาสตร์ สภานี้มีอำนาจจัดการเกี่ยวกับเรื่องราวในท้องถิ่น เช่น การเตรียมกำลังพลเพื่อรับมือศัตรูที่อยู่ตามชายแดน ตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้นกับแต่ละชนเผ่า ลงมติสร้างถนน บ่อเก็บน้ำ หรือสาธารณูปโภคอื่นๆที่จำเป็น ซึ่งสภาประชาชนในตอนแรกนี้มีอำนาจไม่มากมายเท่าใดนัก แต่ในเวลาต่อมาก็ทวีความสำคัญขึ้นจนสามารถลงมติที่เกี่ยวกับกิจการภายในรัฐโรมันได้ สำหรับการออกเสียงของประชาชนทั้ง 4 รูปแบบ จะเป็นการออกเป็นหน่วย โดยสมาชิกทุกคนจะออกเสียงในหน่วยตนก่อน เสียงข้างมากเป็นไปในทางใดถือเป็นมติของหน่วยนั้น จากนั้นนำมติของทุกหน่วยในสภาประชาชนมารวมกัน เทียบดูเสียงข้างมาก เสียงข้างมากเป็นเช่นใดถือเป็นมติของสภาประชาชนประเภทนั้นๆ

\* Concilium Plebis (Plebeian Council) คือสภาประชาชนธรรมดา (เป็นคำแปลที่ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประทุม โฉมฉาย ได้ให้ไว้ ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่าการแปลเช่นนี้เพื่อให้เกิดความแตกต่างกับคำว่าสภาประชาชน (Comitia)) ก่อตั้งขึ้นใน 494 B.C. เพื่อเป็นการประนีประนอมเมื่อเกิดเหตุการณ์จลาจลภายในเมืองระหว่างชาวพาทริเซียนและชาวพลีเบียน สภาประชาชนธรรมดานี้เป็นส่วนประกอบส่วนหนึ่ง (subset) ของ Comitia Tributa เหตุที่สภาประชาชนธรรมดานี้ไม่เป็น Comitia เพราะจะดูแลเฉพาะกิจการที่เกี่ยวข้องกับชาวพลีเบียนเท่านั้น ไม่ครอบคลุมทั่วรัฐโรมัน ผู้ที่เป็นตัวแทนประชาชนนี้เรียกว่า ทริบูน (Tribune) หน้าที่หลักของสภาประชาชนนี้คือการออกกฎหมายที่มีผลผูกพันชาวพลีเบียนที่เรียกว่า Plebiscitum ซึ่งต่อมาในราว 281 B.C. รัฐบัญญัติฮอร์เทนเซีย (Hortensia) ได้ขยายอำนาจให้กฎหมายที่ออกโดย Concilium Plebis มีผลบังคับใช้ทั่วไปกับประชาชนทุกคน ไม่เว้นแม้กระทั่งชาวพาทริเซียน ซึ่ง Concilium Plebis มีอำนาจคงอยู่จนกระทั่งต้นสมัยจักรวรรดิ (Imperium) จึงได้หมดอำนาจไป



กอล (Gaul) แต่ไม่นานหลังจากที่โรมได้แผ่ขยายอาณาเขตไป ก็ต้องเผชิญหน้ากับคาร์เทจ (Carthage) ซึ่งเป็นหนึ่งในชนชาติชาวโพนีเซียน (Phoenician) ผู้ซึ่งตั้งถิ่นฐานอยู่บนทวีปแอฟริกามาก่อนหน้าที่โรมจะก่อตั้งขึ้น 100 กว่าปี รกรากของชาวโพนีเซียน เป็นคนชนเผ่าเซไมติก (Semitic) ซึ่งมีความเกี่ยวพันทางเชื้อชาติกับชาวฮีบรู (Hebrew) ชาวโพนีเซียนนิยมทำการค้าและขยายบริเวณค้าขายออกไปทั่วบริเวณทะเล เมอร์ติเตอร์เรเนียน บางครั้งก็เลยไปไกลถึงเกาะอังกฤษในปัจจุบัน สำหรับที่ตั้งเมืองคาร์เทจนั้น ตั้งอยู่บริเวณเมืองตูนิส (Tunis) ในปัจจุบัน ซึ่งไม่ไกลจากเกาะซิซิลี (Sicily) เท่าใดนัก ชาวโรมันมักเรียกชาวโพนีเซียนว่า "Poeni" หรือ "Puni" ซึ่งเป็นที่มาของการเรียกชื่อสงครามระหว่างโรมกับคาร์เทจว่า "พูนิกวอร์ (Punic war)"

Punic War มีขึ้นด้วยกันทั้งหมด 3 ครั้ง และทุกครั้งโรมเป็นผู้มีชัยเหนือคาร์เทจ ในครั้งแรกของมหาสงครามนี้ (264-261 B.C.) สิ้นสุดลงด้วยการที่โรมสามารถผนวกเอาเกาะซิซิลี (Sicily) มาเป็นจังหวัดที่หนึ่งของกรุงโรมได้ ไม่นานหลังจากนั้นโรมันก็เข้ายึดครองเกาะซาดีเนีย (Sardinia) และเกาะคอร์ซิกา (Corsica) ได้ ซึ่งนับว่าเป็นจังหวัดที่สองของกรุงโรม สำหรับครั้งที่สองของสงคราม (218-201 B.C.) แม่ทัพฮันนิบาล (Hannibal) แห่งคาร์เทจ ได้ทำสงครามโดยใช้ยุทธวิธีเริ่มเคลื่อนพลจากสเปน ยอมให้ทหารลำบากตรากตรำข้ามเทือกเขาแอลป์ (Alps) ฝ่าหิมะที่เหน็บหนาวแล้วค่อยยาดราเข้าสู่อิตาลี ซึ่งนับเป็นยุทธวิธีที่เหนือความคาดหมายเพราะโรมไม่เคยคิดว่าจะมีศัตรูกล้าข้ามเทือกเขาแอลป์มาได้ ซึ่งหลังจากการรบติดต่อกันหลายครั้ง ผลปรากฏว่าโรมเป็นฝ่ายแพ้ แต่เหมือนกับมีวาสนาแต่ฟ้าดินไม่ส่งเสริม ในการรบครั้งหลัง น้องเขยของแม่ทัพฮันนิบาลชื่อ Hasdrubal ได้ขอกำลังสนับสนุนจากสเปนแต่ไม่ได้รับความช่วยเหลือ ทำให้ท้ายที่สุดคาร์เทจต้องพ่ายแพ้ต่อโรม ดังนั้นแม่ทัพฮันนิบาลจึงได้ทยอยถอนกำลังออกจากอิตาลีเมื่อประมาณ 203 B.C. ส่วนทางด้านสมรภูมิการรบที่ซามา (Zama)\*\* ก็จบสิ้นลงด้วยการพ่ายแพ้ของคาร์เทจเช่นเดียวกัน

หลังจากสงครามครั้งที่สองสิ้นสุดลง บรรยากาศแห่งความสงบสุขก็ปกคลุมทั่วทั้งโรมันเป็นเวลาประมาณ 50 ปี จนกระทั่งเกิดสงครามพูนิก (Punic) ครั้งสุดท้าย (149-46 B.C.) ซึ่งโรมสามารถปราบคาร์เทจลงอย่างราบคาบ ดังที่ Cato ได้เคยลุกขึ้นกล่าวในที่ประชุมสภา Senate ว่า

\* กอล (Gaul) คือชื่อที่ชาวโรมันใช้ขนานนามกลุ่มชนที่อยู่บริเวณทางตอนเหนือของอิตาลี ฝรั่งเศส เบลเยียม ตะวันตกของสวิสเซอร์แลนด์ และพื้นที่บางส่วนของเนเธอร์แลนด์และเยอรมนีที่อยู่ทางฝั่งตะวันตกของแม่น้ำไรน์

\*\* ซามา (Zama) ตามหลักฐานโบราณคดีได้สันนิษฐานว่าเป็นบริเวณตอนเหนือของประเทศตูนิเซีย (Tunisia) ซึ่งอยู่ในทวีปแอฟริกา (Africa)

“Delenda est Carthago” ซึ่งแปลว่าคาร์เทจต้องถูกบดขยี้ (Carthage must be destroyed) โดยผลงานของแม่ทัพชื่อ Scipio Aemilianus ที่รบชนะเด็ดขาด ณ สมรภูมิจามา (Zama)<sup>9</sup>

หลังสิ้นสุดสงครามพูนิก ชาวคาร์เทจจำนวนมากถูกจับไปขายเป็นทาส ส่วนโรมกลับมั่งคั่งรุ่งเรืองยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ประโยชน์ทั้งหมดกลับตกอยู่กับชนชั้นกลางกับพวกเศรษฐีเท่านั้น สำหรับชาวบ้านธรรมดาที่ทำสงครามรับใช้ชาติมาด้วยความซื่อสัตย์กลับยากจนขึ้นกว่าเดิมเพราะมีการนำแรงงานทาสมาทำงานแทนพวกเขา ชาวนารายย่อยต้องขายนาให้เจ้าของที่ดินรายใหญ่ผู้อาศัยแรงงานทาส หลังจากนั้นก็ไปมั่วสุมอยู่ในเมืองหรือไม่ก็ตระเวนหางานทำไปทั่วโรม สภาเซเนตรับมือกับปัญหานี้ด้วยการจ่ายเงินเลี้ยงดูและสรรหาสิ่งบันเทิงมาให้ความเพลิดเพลินกับคนกลุ่มนี้ จนกระทั่งประมาณ 112 B.C. มีสงครามเกิดขึ้นระหว่างโรมและนูมิดีย (Numidia) และโรมได้รับชัยชนะกลับมาโดยการนำของแม่ทัพชื่อไกอุส มาริอุส (Caius Marius) และชัยชนะอีกหลายครั้งก็ตามมาด้วยการนำของมาริอุสผู้นี้ เขาจึงได้รับแต่งตั้งให้เป็นคอนซูล หลังจากมีอำนาจเต็มที่แล้ว มาริอุสได้ล้มล้างอำนาจสภาเซเนตลงและไล่ล่าผู้เป็นสมาชิกสภาโดยอ้างว่าเป็นการปลดปล่อยประชาชนที่ถูกกดขี่ข่มเหงและปฏิวัติให้ราษฎรอยู่ดีกินดีขึ้น สมาชิกสภาเซเนตที่เหลือจึงหนีไปพึ่งลูซิอุส คอเนลิอุส ซุลลา (Lucius Cornelius Sulla) ซึ่งในเวลาต่อมากลายเป็นผู้นำเผด็จการ สภาเซเนตไม่มีอำนาจตรวจสอบเขาได้เลย ทำให้ช่วงเวลาแห่งสมัยประชาธิปไตยเหมือนดูเหมือนจะถูกหยุดนิ่งไว้

ในเวลาต่อมา ซุลลาเกิดเบื่อหน่ายในอำนาจจึงเกษียณตนเองไปพักผ่อนเมื่อ 79 B.C. ส่งผลให้สงครามกลางเมืองปะทุขึ้นอีกครั้ง ผู้สืบทอดอำนาจต่อมาคือ เญอุส ปอมเปย์อุส (Cnaeus Pompeius) ซึ่งมีฉายานามว่า “ปอมเปย์มหาราชา (Pompey the Great)” เขาได้คืนเสรีภาพหลายอย่างให้กับประชาชน แต่ดูเหมือนจะไม่มากพอในความรู้สึกของฝูงชนที่ลุกขึ้นมาต่อต้าน ปอมเปย์แก้ปัญหาด้วยการจับมือกับนายทหารอีก 2 คนคือ คราสซุส (Crassus) และยูลิอุส ไคซาร์ (Julius Caesar) ก่อตั้งองค์การปกครองที่ทรงอำนาจอิทธิพลขึ้นเรียกว่า “คณะสามขุนพล (Triumvirate)” ซึ่งประสบผลดีในช่วงแรกๆ แต่เมื่อคราสซุสเสียชีวิตลง ผู้นำที่เหลืออีกสองคนเกิดขัดแย้งกัน ต่างฝ่ายต่างระแวงกันอยู่ในที่สืบต่อมาอีกหลายปี จนใน 49 B.C. ไคซาร์รบชนะพวกกอล (Gaul) จึงถือโอกาสนี้นำทัพเข้ายึดกรุงโรมเพื่อกำจัดปอมเปย์ ปอมเปย์ต้องนำกองทัพเล็กๆของตนกับสมาชิกสภาเซเนตส่วนใหญ่หนีไปยัง

<sup>9</sup>R.W.Lee, *Historical Conspectus of Roman Law*, Third Impression(London: The Eastern Press Ltd., 1963), pp. 4-5.

\* นูมิดีย (Numidia) ตามหลักฐานโบราณคดีได้สันนิษฐานว่าเป็นบริเวณประเทศอัลจีเรีย (Algeria) ในปัจจุบัน เพียงแต่ดินแดนทางตอนใต้จรดแค่เพียงทะเลทรายซาฮารา (Sahara) ชาวเมืองถูกเรียกว่าชาวนูมิดียน (Numidian)

กรีซ (Greece) โดยตั้งใจว่าเมื่อรวบรวมพลได้มากพอก็จะตอบโต้โคซาร์ให้สาสม แต่โคซาร์ซึ่งลงมือก่อนด้วยการยกทัพไปโจมตีพันธมิตรของปอมเปย์ในสเปนเพื่อไม่ให้มาช่วยเหลือ แล้วรุกคืบเข้าไปในกรีซ บีบให้ปอมเปย์ต้องหนีไปอียิปต์ (Egypt) และถูกฆ่าตายเมื่อ 48 B.C.

โคซาร์หวนกลับมาพร้อมชัยชนะ ชาวโรมันเชื่อว่าชัยชนะดังกล่าวเป็นเครื่องหมายแสดงว่าเทพเจ้าเลือกเขาให้มาปกครองโรม หลังจากนั้นหลายสิบปีนับเป็นช่วงเวลาแรกที่ไม่เกิดจลาจลขึ้นในเมืองหลวง แต่ชนชั้นสูงก็ไม่พอใจที่เขารวบรวมอำนาจไปอยู่ในมือแต่ผู้เดียว เมื่อโคซาร์มีคำสั่งให้สร้างรูปปั้นของตนไว้ตามที่สาธารณะสถาน และพิมพ์รูปเอาไว้บนเหรียญเงิน การคบคิดกันวางแผนลอบฆ่าเขาก็เริ่มต้นขึ้น ท้ายที่สุดโคซาร์ก็ถูกลอบสังหารระหว่างก้าวเข้าสู่ที่ประชุมสภาเซเนตเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 44 B.C.<sup>10</sup>

ในสมัยประชาธิปไตย ที่มาของกฎหมายมาจากสภาประชาชนทั้ง 2 รูปแบบคือ Comitia Centuriata และ Comitia Tributa ประกอบกับกฎหมายที่มาจากสภาประชาชนธรรมดา (Concilium Plebis) โดยกฎหมายที่ออกโดยสภา 2 แบบแรกมักเรียกว่า lex หรือ leges มีผลผูกพันประชาชนทั่วทุกคนในกรุงโรม ส่วนกฎหมายที่ออกโดยสภาประชาชนธรรมดาคือ plebiscitum มีผลผูกพันเฉพาะประชาชนธรรมดาเท่านั้น ซึ่งส่วนมากก็คือชาวพลีเบียน แต่ต่อมาในราว 281 B.C. รัฐบัญญัติฮอร์เทนเซีย (Hortensia) ได้ขยายอำนาจให้กฎหมายที่ออกโดยสภาประชาชนธรรมดามีผลบังคับใช้ทั่วไปกับทุกคน ไม่เว้นแม้กระทั่งชาวพาทริเซียน ทำให้ plebiscitum หรือ plebiscita มีสถานะเหมือนกับ lex หรือ leges แต่ในเวลาต่อมา Concilium Plebis ก็หมดอำนาจไปเมื่อสมัยต้นจักรวรรดิ (Imperium) ทำให้ไม่มีการตรา plebiscitum หรือ plebiscita ออกมาอีก และนอกเหนือจากกฎหมายที่กล่าวไปแล้ว มติหรือคำแนะนำของวุฒิสภา (senatus consulta) ก็เป็นที่มาของกฎหมายด้วยเช่นกัน

สำหรับกฎหมายในสมัยประชาธิปไตยที่มีชื่อเสียงและเป็นที่ยุ้จักกันแพร่หลาย ซึ่งหากไม่กล่าวถึงก็เหมือนกับไม่ได้ศึกษากฎหมายโรมัน กฎหมายนั้นก็คือ "กฎหมาย 12 โต๊ะ" ซึ่งในบางครั้งอาจเรียกว่า "กฎหมาย 12 แผ่น" หรือ "กฎหมาย 12 บรรพ" (Lex Duodecim Tabularum หรือ Twelve

<sup>10</sup> Clare Mc Hugh, ฮิตาดี, แปลโดยพวงนิล คำบังสุ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสุโลกกว้าง, 2548), หน้า 32-34.

\* ศาสตราจารย์ (กิตติคุณ) ประชุม โฉมฉาย ได้ให้ความกรุณาขยายความไว้

Tables)” ซึ่งชาวโรมันถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของระบบกฎหมายของพวกเขา ดังที่ลิวี่ (Livy) ได้กล่าวไว้ว่า “fons omnis publici privatique juris” ซึ่งแปลว่า กฎหมาย 12 โต๊ะเปรียบเสมือนที่มาของกฎหมายมหาชนและเอกชน (The twelve tables as the source of all public and private law.) เชื่อกันว่าเป็นการจารึกหลักกฎหมายต่างๆเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นทางการครั้งแรกในประวัติศาสตร์โรมัน แต่จารึกลงวัสดุโดยยังไม่เป็นที่แน่ชัด บ้างว่าจารึกลงบนแผ่นบรอนซ์<sup>11</sup> บ้างว่าจารึกลงบนแผ่นทองเหลือง<sup>12</sup> หรือจารึกบนแผ่นทองแดง<sup>13</sup> ในครั้งแรกทำขึ้นมาเพียงสิบโต๊ะแต่ไม่เพียงพอกับความต้องการจึงจัดทำเพิ่มอีก 2 โต๊ะ กฎหมายสิบโต๊ะแรกรวบรวมขึ้นโดยคณะกรรมการสิบคน แล้วได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาและสภาประชาชน ส่วนกฎหมายสองโต๊ะหลังเมื่อกรรมการคณะเดิมรวบรวมร่างขึ้นก็มีการแก้ไขเล็กน้อยแล้วผ่านเป็นกฎหมาย หลังจากนั้นได้นำไปติดไว้ใกล้กับที่ประธานสภาในที่ประชุมของสภาโรมัน<sup>14</sup> แต่บางความเห็นคิดว่านำไปวางไว้ที่จัตุรัสกลางใจเมือง<sup>15</sup> หรือโบสถ์วิหารทางศาสนา<sup>16</sup>

\* ลิวี่ (Livy) ชื่อในภาษาละตินคือ Titus Livius แต่มักถูกนิยมเรียกแบบภาษาอังกฤษคือ Livy เป็นนักประวัติศาสตร์โรมันที่มีชีวิตอยู่ระหว่าง 59B.C.-17 A.D. ได้เขียนหนังสือชื่อ Ab Urbe Condita (From the Founding of the City) จนมีชื่อเสียง ผลงานจะเป็นการเขียนถึงประวัติศาสตร์โรมันในช่วงที่เขามีชีวิตอยู่คือในรัชสมัยของ Gaius Julius Caesar Octavianus แต่มักทำการอธิบายโยงไปถึงประวัติศาสตร์สมัยประชาธิปไตย (Republic) ทำให้ผู้อ่านได้รับความรู้ในสมัยก่อนด้วย

<sup>11</sup> ฉันทิชย์ โสติพิพันธุ์, “คำบรรยายการสอนวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายแพ่ง” บรรยายแก่นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ชั้นปีที่ 1 วันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ.2548. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>12</sup> พระวรภักดีพิบูลย์ (ม.ล.นภา ชุมสาย), ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2496), หน้า 4.

<sup>13</sup> หลวงสุทธวิชาทนต์, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504), หน้า 29.

<sup>14</sup> พระวรภักดีพิบูลย์ (ม.ล. นภา ชุมสาย), ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2496), หน้า 4.

<sup>15</sup> ฉันทิชย์ โสติพิพันธุ์, “คำบรรยายการสอนวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายแพ่ง” บรรยายแก่นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ชั้นปีที่ 1 วันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ.2548. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)



เพื่อให้ประชาชนได้สามารถอ่านกัน ต่อมาได้มีเหตุการณ์ไฟไหม้ทำให้กฎหมายบางแผนได้รับความเสียหายจนต้องจัดทำขึ้นใหม่

ในกฎหมาย 12 โต๊ะได้วางรากฐานบทบัญญัติส่วนที่เกี่ยวกับละเมิดไว้ในโต๊ะที่ 8 เช่น ในโต๊ะที่ 8 ส่วนที่ 3 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดทำร้ายอิสรชนด้วยมือหรือไม้พลอง จะต้องจ่ายค่าเสียหายจำนวน 300 แอสเสส และ 150 แอสเสส กรณีที่เป็นการทำร้ายทาส" หรือ โต๊ะที่ 8 ส่วนที่ 11 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดโค่นต้นไม้ของผู้อื่น ต้องชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 25 แอสเสสทุกต้นไป" เป็นต้น ซึ่งมีจำนวนทั้งสิ้น 27 ส่วนด้วยกัน ในบางส่วนก็คงสภาพสมบูรณ์ แต่บางส่วนก็มีข้อความที่ขาดหายไปตามสภาพแห่งวันเวลา อย่างไรก็ตามพอสรุปได้ว่าในกฎหมาย 12 โต๊ะ โดยเฉพาะโต๊ะที่ 8 นี้ เริ่มมีการนำเอาหลักการชดใช้ค่าเสียหายเข้ามาใช้ โดยขึ้นอยู่กับความรุนแรงหรือความอุกอาจของการกระทำละเมิด ซึ่งมีลักษณะเป็นโทษปรับ (Penalty) ทางอาญามากกว่าจะเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจริง (Compensation) อย่างในปัจจุบัน<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> หลวงสุทธิวาทณฤพุฒิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504), หน้า 28.

\* แอส (as : เอกพจน์) หรือ แอสเสส (asses : พหูพจน์) เป็นหน่วยกำหนดค่าเงินของโรมัน ซึ่งใช้ในสมัยประชาธิปไตย (Monarchy) และสมัยจักรวรรดิ (Imperium) โดยเงินจะมีลักษณะเป็นเหรียญกลมที่ทำด้วยบронซ์แต่ต่อมาได้เปลี่ยนเป็นทองแดง

\*\* Tabula VIII [3] : "manu fustive si os fregit libero, CCC <assium>, si servo, CL <assium> poenam subito" : If a person breaks a bone of a freeman with hand or by club, he shall undergo a penalty of 300 asses; or of 150 asses, if of a slave.

\*\*\* Tabula VIII [11] : "cautum . . . est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV" : Whoever fells unjustly another's trees shall pay twenty-five asses for each tree.

<sup>17</sup> เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, "ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 22.

นอกจากกฎหมาย 12 โต๊ะ โต๊ะที่ 8 แล้ว ในสมัยประชาธิปไตยยังมี "รัฐบัญญัติอควิลเลีย หรือ รัฐบัญญัติอควิลเลีย (Lex Aquilia)" ที่มีผลอย่างมากต่อกฎหมายละเมิด ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้น ประมาณ 286 B.C. ตามข้อเสนอของอควิลเลีย (Aquilus) ผู้ซึ่งเป็นทริบูนของคนธรรมดา (Tribune of the Plebeins) โดยผ่านสภาประชาชนธรรมดา (Concilium Plebis) ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติถึงละเมิดไว้ 2 ช่วงด้วยกัน โดยในช่วงแรกจะกล่าวถึงบทลงโทษผู้ซึ่งทำให้ทาสผู้อื่นและสัตว์ในการปลุสตร์ของผู้อื่นเสียชีวิตต้องเสียค่าชดเชยเท่ากับมูลค่าสูงสุดที่ทาสหรือสัตว์นั้นได้มีมาในปีก่อน<sup>\*</sup> ที่เป็นเช่นนี้เพราะทาสและสัตว์ต่างๆในการปลุสตร์ เช่น วัว ลา ม้า ควาย แพะ แกะ หมู เป็นทรัพย์สินเศรษฐกิจสำคัญ กฎหมายจึงให้มีการชดเชยการละเมิดอย่างรุนแรง ส่วนในช่วงที่สามจะกล่าวถึงกรณีความผิดอื่นที่ไม่เกี่ยวกับทาสและสัตว์ต่างๆในการปลุสตร์ซึ่งได้แก่ความผิดที่บุคคลได้ทำการเผา ทำให้แตกหัก หรือทำลายด้วยวิธีการต่างๆ กับทรัพย์สินของผู้อื่น บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินนั้นในช่วง 30 วันสุดท้าย"

2.3 สมัยจักรวรรดิ (Imperium, Empire : 27 B.C.-A.D. 565) หลังจากโคซาร์สันซีพลิง มาคัส แอนโทนิอุส (Marcus Antonius หรือมาร์ก แอนโทนี (Mark Antony)) ผู้ได้บังคับบัญชาที่จงรักภักดีกับอ็อกตาวีอุส (Octavianus) ผู้ซึ่งเป็นหลานแต่ยูลิอุส โคซาร์ ได้รับเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรมได้ร่วมมือกันล้างแค้นให้เขา แต่ทั้งคู่ก็ไม่เคยเป็นมิตรกันได้เลย เดิมทีพวกเขาร่วมมือกับนายทหารชื่อเลปีดัส (Lepidus) ก่อตั้งคณะสามขุนพลคณะที่สอง (Second Triumvirate) ขึ้น แต่ทุกอย่างพังลงเมื่อแอนโทนิอุสไปตกหลุมรักคลีโอพัตรา (Cleopatra) ถึงขั้นเลิกร้างกับภรรยาซึ่งเป็นน้องสาวของอ็อกตาวีอุสเอง เพื่อไปแต่งงานกับนาง อ็อกตาวีอุสแค้นเคืองโดยการยุยงให้สภาเซเนตเป็นศัตรูกับแอนโทนิอุส ตามมาด้วยสงครามซึ่งจบลงด้วยการที่แอนโทนิอุสกับคลีโอพัตรากระทำอัตวินิบาตกรรมเพื่อหนีความพ่ายแพ้ นอกจากนี้ อ็อกตาวีอุสได้ฆ่าลูกชายคนเดียวของยูลิอุส โคซาร์ผู้เป็นลุง ที่เกิดกับพระนางคลีโอพัตรา นามว่า โคซาร์เรียน (Caesarion) เพื่อปูทางให้ตนเองผู้ถือเป็นบุตรบุญธรรมของจูเลียส โคซาร์สามารถสืบทอดอำนาจต่อไป

\* Digest 9.2.2 : "Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto"

\*\* Digest 9.2.27.5 : "Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto"

อ็อกตาวิอุส หรือชื่อเต็มคือ ไกอุส ยูลิอุส ไคซาร์ อ็อกตาวิอานุส (Gaius Julius Caesar Octavianus) แต่ต่อมาสภาเซนตมอบฉายานามให้พระองค์ว่า "เอากุสตุส (Augustus)" แปลว่าผู้ควรแก่การเคารพ ทำให้โดยทั่วไปจะรู้จักพระองค์ในนามจักรพรรดิเอากุสตุส และทั้งที่ความจริงทรงเป็นถึงจักรพรรดิองค์แรกของโรม (Emperor) แต่ทรงสำรวมตน ไม่กระทำในสิ่งซึ่งอาจก่อความไม่พอใจให้เกิดขึ้นในหมู่ราษฎรได้ เปลือกนอกทรงยอมให้สภาเซนตมีอำนาจเต็มที่ แต่ความจริงทรงควบคุมอยู่ภายใน ทรงแต่งกายอย่างเรียบง่ายเพราะไม่ชอบทำตัวเด่น รัชสมัยของพระองค์มีแต่สันติสุขและความรุ่งเรืองอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน การปฏิรูปของพระองค์ยังผลให้สันติภาพโรมันอบอวลทั่วดินแดน เมดิเตอร์เรเนียนสืบต่อมาอีกกว่า 200 ปี ซึ่งชาวโรมันเรียกช่วงเวลานี้ว่า "พัทซ์ โรมานา" (Pax Romana : Roman Peace) พระองค์ปกครองโรมอยู่นาน 41 ปี และได้วางรากฐานให้จักรวรรดิโรมันก้าวขึ้นสู่ความเป็นผู้นำต่อไปอีกราว 150 ปี

จักรพรรดิตีเบริอุส (Tiberius) ผู้ขึ้นครองราชย์ต่อทรงต่างจากเอากุสตุส ตรงที่ขาดทั้งความหนักแน่นและวิจรรณญาณในความเหมาะสมพอควร ทรงเริ่มรัชกาลด้วยความตั้งใจดีแต่ทรงจัดการกับปัญหาหลายอย่างผิดพลาดมาตั้งแต่ต้น ช่วง 11 ปีสุดท้าย ทรงประทับอยู่ที่คาปรี (Capri) และมีพระราชโองการให้ประหารชีวิตผู้คนมากมาย ประชาชนหลายคนถูกกล่าวโทษและต้องโทษประหารลามไปถึงบุตรหลาน บางครั้งมีคำสั่งให้ลูกลงมือฆ่าพ่อด้วยตนเอง และห้ามญาติพี่น้องไว้ทุกข์ให้อย่างเด็ดขาด หลังสิ้นรัชกาล กาลิกูลา (Caligula) ได้ขึ้นครองราชย์ต่อ ทรงปกครองบ้านเมืองให้ร่มเย็นเป็นสุขได้ราว 3 ปีก่อนที่จะเสียชีวิต สาเหตุเป็นเพราะประชวรจริงหรือทรงเครียดจากราชกรณียกิจก็ไม่ทราบชัด ทรงเชื่อว่าพระองค์เองเป็นเทพเจ้าจึงได้ก่อตั้งคณะนักบวชและสร้างวิหารสำหรับตนเองขึ้น สุดท้ายยังแต่งตั้งให้เป็นคอนซูล (Consul) อีกด้วย ชุมนางทั้งหลายจึงพร้อมใจกันปลงพระชนม์พระองค์และยกคลาวดิอุส (Claudius) ซึ่งเป็นพระนัดดาของเอากุสตุสขึ้นเป็นจักรพรรดิองค์ต่อไป หลายคนคิดว่าคลาวดิอุสไร้ปัญญาเพราะทรงพูดติดอ่างและพิการเล็กน้อย แต่ทรงเป็นประมุขที่ดีและมีความเด็ดเดี่ยวมั่นคง ทรงปฏิรูปหน่วยงานและขยายดินแดนออกไปจนถึงเกาะอังกฤษ

คลาวดิอุสสิ้นพระชนม์ลงด้วยยาพิษของชายานามว่า อากrippina (Agrippina) ผู้ผลักดันให้เนโร (Nero) ซึ่งเป็นลูกติดมาก่อนการอภิเษกขึ้นบัลลังก์ ช่วงแรกๆทรงตั้งพระทัยเป็นจักรพรรดิที่ดี ทรงมีการศึกษา ทรงดนตรีได้เก่ง และใส่พระทัยรับฟังคำแนะนำของเหล่าขุนนาง แต่ไม่นานหลังจากนั้นด้านมืดของพระองค์ก็ปรากฏ ทรงวางยาฆ่าโอรสของคลาวดิอุสจนถึงแก่ความตาย แม้แต่พระมารดาก็ไม่ทรงยกเว้น แต่เมื่อการวางยาไม่สัมฤทธิ์ผล ก็ทรงกล่าวหาว่าพระนางคิดก่อกบฏจนต้องโทษประหารในที่สุด ความโหดเหี้ยมของพระองค์สร้างความประหวั่นพรั่นพรึงให้กับชาวโรมันโดยถ้วนหน้า เมื่อเกิดอัคคีภัยเผาผลาญบ้านเมืองใน ค.ศ.64 ทุกคนจึงกล่าวโทษว่าเป็นการกระทำของพระองค์ ทั้งๆที่ในเวลา

\* ศาสตราจารย์ (กิตติคุณ) ประชุม โฉมฉาย เป็นผู้ให้คำแนะนำในการออกเสียง

นั้นไม่ได้ประทับอยู่ในเมือง เรืองเล่าลือดังกล่าวจึงไม่น่าจะเป็นจริงไปได้ ไม่นานหลังจากนั้น บรรดาแม่ทัพในแคว้นกอล (Gaul) แอฟริกาและสเปนตัดสินใจก่อกบฏขึ้นพร้อมๆกัน เมื่อข่าวมาถึงกรุงโรม ชาวเมืองจึงฉวยโอกาสก่อจลาจลขึ้น สภาเซเนตตัดสินใจให้ประหารพระองค์ในฐานะศัตรูของสาธารณชน ใน ค.ศ.68 แต่ทรงชิงกระทำการอัตวินิบาตกรรมโดยไร้ทายาทไว้สืบทอดราชบัลลังก์ พวกแม่ทัพจึงสู้รบแย่งชิงอำนาจกันจนเวสเปเซียน ฟลาวิอุส (Vespasian Flavius) สถาปนาตนเองขึ้นเป็นจักรพรรดิได้สำเร็จ ทรงปกครองบ้านเมืองให้ร่มเย็นเป็นสุขตลอดรัชกาล แต่ในรัชสมัยโดมิเชียน (Domitian) ผู้เป็นโอรส บ้านเมืองกลับมีแต่ปัญหา หลังสิ้นพระชนม์ สภาเซเนตจึงแต่งตั้งทนายความจากกรุงโรมนามว่า แนร์วา (Nerva) ขึ้นเป็นจักรพรรดิ

เมื่อนับจากสมัยจักรพรรดิแเนอร์วาแล้ว ก็เป็นช่วงเวลาของจักรพรรดิทราจัน (Trajan) เฮเดเรียน (Hadrian) อันโตนินุส ปิอุส (Antoninus Pius) และมาร์คัส เอาเรลิอุส (Marcus Aurelius) ตามลำดับรวมเป็น “ห้าจักรพรรดิที่ดี (The Five Good Emperors)” ของโรม เพราะทั้งหมดเป็นจักรพรรดิที่มีการศึกษา สนใจหลักปรัชญา และอุทิศตนให้กับการบริหารงานแผ่นดิน ปกป้องบ้านเมืองให้พ้นจากการรุกรานอย่างเต็มที่ จึงเป็นที่เคารพรักใคร่ของราษฎรทั่วทั้งจักรวรรดิ

จนกระทั่ง ค.ศ.180-285 โรมต้องรับศึกทั้งจากทางตะวันออกและตะวันตก ทำให้สูญเสียแรงงานและทรัพยากรจนส่งผลให้เกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจ กองทัพสามารถแต่งตั้งและถอดถอนจักรพรรดิได้ตามอำเภอใจ จักรพรรดิเหล่านี้มักครองราชย์ได้ไม่เกิน 3 ปี และไม่เคยประทับอยู่ในกรุงโรมเลย นอกจากนี้ โรคระบาดยังซ้ำเติมให้จักรวรรดิอ่อนแอลงจนยากแก่การต้านรับข้าศึกที่บุกมาจากทั่วทุกหัวระแหง พรหมแดนด้านตะวันออกต้องรับศึกกับจักรวรรดิเปอร์เซีย (Persian) ทางตะวันตกก็ต้องรับมือกับพวกแฟรงส์ (Franks)”

ค.ศ.286 จักรพรรดิไดโอเคลเชียน (Diocletian) ทรงทำการปฏิรูปการเมืองเพราะทรงเล็งเห็นว่าการปกครองจักรวรรดิไม่อาจกระทำได้ด้วยกำลังของคนเพียงผู้เดียวอีกต่อไป จึงทรงแบ่งจักรวรรดิ

---

\* จักรวรรดิเปอร์เซีย (Persian Empire) คือบริเวณเอเชียตะวันตกหรือตะวันออกกลางในปัจจุบัน ได้แก่บริเวณประเทศอิหร่าน (Iran) ซึ่งนับเป็นศูนย์กลางจักรวรรดิในอดีต, อิรัก (Iraq), ตุรกี (Turkey), อาเซอร์ไบจาน (Azerbaijan), ซาอุดีอาระเบีย (Saudi Arabia), ซีเรีย (Syria), และจอร์แดน (Jordan)

\*\* แฟรงส์ (Franks, Franci, Francorum) คือชนเผ่าเยอรมานิคตะวันตก (West Germanic Tribes) ซึ่งเป็นชนเผ่าหนึ่งในกลุ่มที่พูดภาษาเยอรมานิค มีการขยายถิ่นฐานไปทางใต้ของแม่น้ำไรน์ (Rhine) และต่อมาก็เคลื่อนลงไปทางเทือกเขาแอลป์ (Alps) และขยายอาณาเขตบางส่วนไปอังกฤษ



ออกเป็นฝั่งตะวันออกกับฝั่งตะวันตก หลังจากนั้นใน ค.ศ.311 คอนสแตนติน (Constantine) ทรง ยাত্রาทัพเข้ายึดบัลลังก์กรุงโรม โดยอ้างว่าเห็นนิมิตรูปไม้กางเขนปรากฏบนท้องฟ้าและได้ยินเสียง กระซิบบอกว่า "สัญลักษณ์นี้จะนำชัยชนะมาสู่เจ้า" หลังจากขึ้นครองราชย์ พระองค์ก็ประกาศตนเป็น คริสต์ศาสนิกชน และให้เสรีภาพในการนับถือศาสนาคริสต์แก่ประชาชนทั่วไป<sup>18</sup>

ใน ค.ศ.324 จักรพรรดิคอนสแตนตินทรงสถาปนาศาสนาคริสต์ขึ้นเป็นศาสนาประจำพระ ราชอาณาจักร แม้ว่าจะยังมีประชาชนนับถือเทพเจ้าตามความเชื่อเดิมอยู่ต่อไป แต่ก็นับว่าพระองค์ได้ทำ การวางรากฐานศาสนาคริสต์ไว้ในพระราชอาณาจักรและโลกตะวันตกได้อย่างมั่นคงแล้ว อย่างไรก็ตาม ก็ ตามแม้ศาสนาคริสต์จะถึงจุดเจริญรุ่งเรือง แต่อนาคตของจักรวรรดิกลับเดินสวนทาง จนกระทั่ง ค.ศ. 330 จักรพรรดิคอนสแตนตินได้ตัดสินใจย้ายเมืองหลวงไปอยู่ฝั่งตะวันออก คือที่กรุงคอนสแตนติ โนเปิล (Constantinople) อย่างถาวร ทิ้งให้กรุงโรม (โรมันตะวันตก) ตกอยู่ภายใต้การรุกรานของอนารย ชน เช่น การปล้นสะดมโดยชาววิซิกอท (Visigoths) เมื่อปี ค.ศ.410 และชาวแวนดอล (Vandals)\*\*\* เมื่อค.ศ.455 จนกระทั่ง ค.ศ.476 นับเป็นปีที่โรมันฝั่งตะวันตกล่มสลายอย่างเป็นทางการ ส่วนกรุง คอนสแตนติโนเปิลเมืองหลวงฝั่งโรมันตะวันออกได้ปิดมานานตามมาในปี ค.ศ.1453

ในระหว่างที่โรมันเหลือเพียงฝั่งตะวันออกนั้น ในปีค.ศ. 527 ได้มีจักรพรรดินามว่า ฟลาวิอุส พีทริอุส แซบบาทัส จัสติเนียนุส (Flavius Petrus Sabbatius Justinianus) หรือที่รู้จักกันในนาม "จักรพรรดิจัสติเนียน" เสด็จขึ้นครองราชย์ พระองค์ได้ทิ้งผลงานทางกฎหมายอันยิ่งใหญ่ไว้ให้อนุชนรุ่น หลังได้ศึกษา ทำให้กฎหมายโรมันไม่เสื่อมสูญไปตามอาณาจักรที่ล่มสลายและยังดำรงอยู่เป็นรากเหง้า

<sup>18</sup> Clare Mc Hugh, อิตาลี, แปลโดยพวงนิล คำปิงส์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสุโลกกว้าง, 2548), หน้า 34-36.

\* กรุงคอนสแตนติโนเปิล (Constantinople) คือบริเวณอาณาจักรไบแซนไทน์ (Byzantine Empire) เดิม แต่ต่อมาถูกเปลี่ยนชื่อเป็นกรุงคอนสแตนติโนเปิล (Constantinople) เมื่อกลายมาเป็น เมืองหลวงของโรมันตะวันออก และถูกเปลี่ยนอีกครั้งใน ค.ศ.1930 เป็นนครอิสตันบูล (Istanbul) ซึ่ง นับเป็นเมืองหนึ่งของประเทศตุรกี (Turkey) ในปัจจุบัน

\*\* วิซิกอท (Visigoths) คือชนเผ่าเยอรมานิคตะวันออกซึ่งอพยพย้ายถิ่นฐานมาจาก สแกนดิเนเวีย (Scandinavia) มาอาศัยอยู่บริเวณพื้นที่ระหว่างแม่น้ำโอเดอร์ (Oder) และวิสทูลา (Vistula) และหลังจากนั้นค่อยๆอพยพลงสู่ใต้เรื่อยมา

\*\*\* แวนดอล (Vandals) คือหนึ่งในชนเผ่าเยอรมานิค เช่นเดียวกับกับชาววิซิกอท (Visigoths)

ของกฎหมายภาคพื้นยุโรป (Civil Law) ในทุกวันนี้ ผลงานนั้นก็คือ "ประมวลกฎหมายเอกราชโรมันของจัสติเนียนุส (Corpus Iuris Civilis : ร่างกายแห่งกฎหมายแพ่ง)" ซึ่งประกอบไปด้วยกฎหมาย 4 ส่วนคือ

1. Codex (Codex Iustinianus) คือประมวลกฎหมายที่ทำการรวบรวมมาจากประมวลกฎหมายเกรกอเรียนุส (Codex Gregorianus) ประมวลเฮโมจีนิอานุส (Codex Hermogenianus) และประมวลทีโอโดซีอานุส (Codex Theodosianus) โดยนำมาจัดแบ่งเป็นหมวดหมู่ เขียนให้กระชับได้ใจความ เรียงตามลำดับวันเวลา ชื่อคอนซูล (Consuls) ที่ประกาศใช้ มีจำนวนทั้งหมด 12 เล่ม

2. Digesta หรือ Pandectae คือ บทคัดย่อ ที่มีเป้าหมายที่จะรักษาส่วนที่ดีที่สุดของข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ในสมัยยุคทองและแสดงสภาวะของกฎหมายที่เป็นอยู่ในรัชสมัยของพระองค์ (จักรพรรดิจัสติเนียนุส)<sup>19</sup> มีจำนวนทั้งสิ้น 50 เล่ม โดยกฎหมายแต่ละส่วนจะมีการบ่งบอกว่านักกฎหมายผู้ใดเป็นผู้ตราหรือประกาศใช้ และมีจำนวนถึง 1 ใน 3 ที่ตราขึ้นโดยอุลปิอานุส (Ulpianus)

3. Institutiones (Institutiones Iustiniani Augusti) คือตำรากฎหมายเบื้องต้นสำหรับนักศึกษา หรือผู้ที่ต้องการจะเป็นนักกฎหมายต่อไป (would be jurists) โดยประกาศใช้เป็นตำราในวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 529 แต่ต่อมาได้รับการยกฐานะให้เป็นกฎหมายในวันที่ 30 ธันวาคม ของปีเดียวกัน มีจำนวนทั้งหมด 4 เล่ม ซึ่งเนื้อหาประมาณ 2 ใน 3 มาจากตำรากฎหมายเบื้องต้นของไกอุส (Institutiones of Gaius)<sup>20</sup>

\* เป็นคำแปลที่ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โจมฉาย ได้ให้ไว้

\*\* เป็นคำแปลที่ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โจมฉาย ได้ให้ไว้

<sup>19</sup> ประชุม โจมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), หน้า 58.

\*\*\* เป็นคำแปลที่ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โจมฉาย ได้ให้ไว้

<sup>20</sup> Pierre-Mendès-France University. Iustiniani Institutiones. Available from: [http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/iust\\_institut.html](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/iust_institut.html) [2008, August 31]

4. *Novellae* คือพระราชบัญญัติใหม่หลังการตราประมวล (*Novellae Constitutions Post Codicem*) มีจำนวนทั้งหมด 168 ฉบับ ตราขึ้นระหว่าง ค.ศ.535-ค.ศ.565 แต่เนื้อหาส่วนใหญ่จะตราขึ้นระหว่างปีค.ศ.535-ค.ศ.539 และถูกรวบรวมอย่างเป็นทางการในรัชสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียนุส แต่ก็มีส่วนที่ถูกตราขึ้นในสมัยจักรพรรดิติเบริอุส (Tiberius) และจักรพรรดิจัสติเนียนุสที่ 2 (Justinianus the Second)<sup>21</sup> สำหรับเนื้อหาในพระราชบัญญัติใหม่นี้มักจะว่าด้วยกฎหมายมหาชนและกิจการศาสนา แต่ก็แสดงการปฏิรูปสำคัญของกฎหมายครอบครัวและมรดกโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการรับมรดกโดยไม่มีพินัยกรรม<sup>22</sup>

ซึ่งส่วนที่มีความสำคัญและเกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิดคือส่วนของ *Digesta* (*Pandectae*) และ *Institutiones* เนื่องจาก *Digesta* เป็นบทคัดย่อที่รวบรวมกฎหมายในสมัยยุคทองไว้ นอกเหนือไปจากกฎหมายในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนุส ทำให้สามารถสืบค้นถึงความเป็นมาของกฎหมายละเมิดในสมัยก่อนที่จะมีการตรา *Corpus Iuris Civilis* ได้จากส่วนนี้ ซึ่งจากการสืบค้นจะสามารถพบรัฐบัญญัติอควิลเลียหรือรัฐบัญญัติอควิลเลียอา (*Lex Aquilia*) อันนับเป็นรัฐบัญญัติที่สำคัญและส่งผลอย่างมากต่อกฎหมายละเมิด อยู่ในเล่มที่ 9.2 จากจำนวนทั้งหมด 50 เล่ม โดยมีเนื้อหาใจความหลักเกี่ยวกับละเมิดดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในสมัยประชาธิปไตย (*The Republic*) นอกจากนี้ความเป็นมาของหลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (*Volenti non fit injuria*) ซึ่งเป็นเป้าประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ก็มีที่มาจากรัฐบัญญัติอควิลเลีย ประกอบกับส่วนอื่นๆของ *Digesta* ด้วย เช่น ใน *Digesta* เล่มที่ 47 และเล่มที่ 50

ส่วนความสำคัญของ *Institutiones* (*Institutiones Iustiniani Augusti*) ที่มีต่อกฎหมายละเมิด ก็คือเป็นกฎหมายที่ทำการจำแนกประเภทของละเมิดออกเป็น 4 รูปแบบ ได้แก่ *Furtum*, *Rapina*, *Iniuria* และ *Damnum Iniuria Datum* ทั้งที่ในก่อนหน้านั้นยังมีละเมิดประเภทอื่นๆ ซึ่งเกิดจากการ

\* เป็นคำแปลที่ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โฉมฉาย ได้ให้ไว้

<sup>21</sup> Pierre-Mendès-France University. *Iustiniani Novellae*. Available from: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/Novellae.htm> [2008, August 31]

<sup>22</sup> ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), หน้า 66.

ดำเนินงานของผู้พิพากษาหรือพรตอร์ (Praetor) อยู่ด้วย<sup>23</sup> แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นละเมิด ทั้งตาม Institutiones ของไกอุส และ Institutiones ของจัสติเนียนุส ซึ่งเนื้อหาที่เกี่ยวกับประเภทละเมิดนี้ จะอยู่ในเล่มที่ 4 ซึ่งเป็นเล่มสุดท้ายของ Institutiones (Institutiones Iustiniani Augusti) และนอกจากเนื้อหาประเภทละเมิดแล้ว ยังมีการเขียนเกี่ยวกับรัฐบัญญัติอควิลีไว้ในเล่มที่ 4 นี้ด้วย (LIB. IV De Lege Aquilia) ซึ่งเป็นการนำตัวบทที่อยู่ใน Digesta 9.2 มาอธิบายโดยละเอียดเพื่อให้นักศึกษาหรือผู้ต้องการเป็นนักกฎหมายในสมัยนั้นเข้าใจง่ายขึ้น

### 3. การแยกตัวของกฎหมายละเมิดและกฎหมายอาญา

หลัก Volenti non fit injuria ที่จะทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ เห็นได้ชัดเจนว่าในปัจจุบันมีการนำมาปรับใช้ทั้งในกฎหมายละเมิดและกฎหมายอาญา แต่เมื่อทำการค้นคว้าทางประวัติศาสตร์เพื่อสืบหาที่มา โดยเฉพาะในสมัยโรมันแล้ว สิ่งที่ต้องประสพพบก็คือเนื้อหาของหลัก Volenti non fit injuria ไปอยู่ในกฎหมายที่มีทั้งความเป็นแพ่ง (ละเมิด) และอาญาในขณะเดียวกัน จนไม่สามารถตัดสินใจลงไปได้อย่างแน่นอนว่าหลัก Volenti non fit injuria ถูกปรับใช้ในขอบข่ายกฎหมายใด เนื่องจากกฎหมายโรมันในสมัยนั้นยังไม่มีวิวัฒนาการถึงขั้นที่จะแยกระหว่างกฎหมายละเมิดกับอาญาได้อย่างชัดเจนเหมือนในปัจจุบัน ดังนั้น สิ่งที่คุณศึกษาควรกระทำคือทำความเข้าใจกับธรรมชาติของกฎหมายที่อาจเรียกได้ว่าเป็น "กฎหมายละเมิดในสมัยโรมัน" ว่ามีความเกี่ยวพันอย่างไรกับกฎหมายอาญา และมีพัฒนาการเป็นอย่างไร

<sup>23</sup> R.W.Lee, *The Elements of Roman Law*, four edition (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1986), p. 377. : There were many other delicts, civil, praetorian and statutory, but these three, together with rapina, a variety of furtum, are the only delicts particularly described in the Institutiones.

\* ในสมัย Imperium มีนักกฎหมายชื่อไกอุส (Gaius) ซึ่งเป็นหนึ่งในนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงในยุคทองได้แบ่งบ่อเกิดแห่งหนึ่งไว้ใน Institutiones ออกเป็น 2 ประเภทคือ หนึ่งที่เกิดจากสัญญา (ex contractu) และหนึ่งที่เกิดจากละเมิด (ex delicto) แต่เมื่อถึงสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนุสพระองค์ได้เพิ่มบ่อเกิดแห่งนี้อีก 2 ประเภท คือ หนึ่งเสมือนสัญญา (quasi ex contractu) และ หนึ่งเสมือนละเมิด (quasi ex delicto) ซึ่งปรากฏอยู่ใน Institutiones ของพระองค์ (Institutiones Iustiniani Augusti)



เมื่อย้อนเวลากลับไปในสมัยโรมัน กฎหมายในเวลานั้นได้แยกการกระทำซึ่งตามสำนึกของคนในสังคมอาจถูกลงโทษออกเป็น 2 กลุ่มด้วยกันคือ<sup>24</sup>

1. การกระทำความผิดต่อมหาชนหรือที่เรียกว่า crimina<sup>\*</sup> ซึ่งเป็นการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของสังคม โดยรัฐต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อลงโทษ และ
2. การกระทำความผิดต่อเอกชนหรือที่เรียกว่า delictum<sup>\*\*</sup> และ maleficium ซึ่งเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนบางคนเป็นส่วนตัว และบุคคลนั้นเท่านั้นจึงมีสิทธิโต้ตอบ ซึ่งการโต้ตอบในแต่ละยุคสมัยก็จะแตกต่างกันไป

ในยุคโบราณซึ่งรวมเวลาถึงสมัยราชาธิปไตย (Monarchy) จนกระทั่งมีการตรากฎหมาย 12 โต๊ะ ขึ้นมานั้น การแยกระหว่างการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อส่วนรวมหรือที่เรียกว่า crimina ออกจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อบุคคลบางคนเป็นส่วนตัว หรือที่เรียกว่า delicta นั้น ยังไม่อาจแยกได้ชัดเจน จุดในการแบ่งแยกจึงอยู่ที่ระบบของการพิจารณาคดีว่าเป็นระบบของการพิจารณาคดีแบบมหาชน (ordo iudiciorum publicum) ซึ่งการกล่าวหาอาจเกิดจากพลเมืองคนใดคนหนึ่งก็ได้ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดและทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โทษที่ลงอาจเป็นโทษปรับ<sup>\*\*\*</sup> หรือโทษที่มีต่อเนื้อตัวร่างกายก็ได้(โทษที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายอาจเป็นโทษตาย ทำให้ผู้ถูกลงโทษพิการเช่นเดียวกับที่กระทำต่อผู้เสียหาย ทำให้ขาดความสามารถในการมีสิทธิ หรือทำให้เสีย

<sup>24</sup> ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 35-36.

\* Crimina ในปัจจุบันหมายถึงการกระทำความผิดอาญา

\*\* Delictum ในปัจจุบันหมายถึงการกระทำผิดในทางแพ่งหรือละเมิด

\*\*\* โทษปรับเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาเป็นการปรับเป็นเงิน

เกียรติก็ได้ เป็นต้น) หรือเป็นระบบของการพิจารณาคดีแบบเอกชน (ordo iudiciorum privatum) ซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้ฟ้อง และโทษที่ลงอาจเป็นเงินหรือโทษปรับที่ต้องจ่ายให้ผู้เสียหาย<sup>25</sup>

การลงโทษในยุคนี้เกิดขึ้นในหลายรูปแบบด้วยกันคือ

1. Sacertas อันหมายถึงการที่ผู้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นทำให้พระเจ้าโกรธ ดังนั้น โดยหลักของกฎหมายศาสนาที่ปกครองสังคมโรมันโบราณอยู่ บุคคลนั้นจึงกลายเป็นของพระเจ้าไปโดยอัตโนมัติ บุคคลใดๆ ในสังคมจะฆ่าเขาเมื่อไรก็ได้ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาและบุคคลที่ฆ่าเขาก็ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ ทั้งทางแพ่งและทางอาญา<sup>26</sup> เช่น กฎหมาย 12 โต๊ะ โต๊ะที่ 8 ส่วนที่ 12 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดทำการลักทรัพย์ในเวลากลางวัน เมื่อถูกเจ้าของทรัพย์ฆ่าตาย ให้ถือว่าการฆ่านั้นเป็นการฆ่าโดยชอบด้วยกฎหมาย"

2. Vindicta เป็นลักษณะของการแก้แค้นทดแทนที่ผู้เสียหายกระทำต่อบุคคลผู้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อตน ในช่วงแรก การแก้แค้นทดแทนปราศจากขอบเขต ดังนั้นแม้เพียงถูกทำร้ายเพียงเล็กน้อย แต่ผู้เสียหายอาจแก้แค้นด้วยการทำร้ายผู้ที่ทำร้ายตนให้บาดเจ็บสาหัสก็ได้ ต่อมาการแก้แค้นทดแทนนี้อยู่ในกรอบ 2 ประการคือ ในประการแรก การแก้แค้นเป็นไปตามกำลังของบุคคลที่จะแก้แค้น มีกำลังแก้แค้นได้แค่ไหนก็แค่นั้น ในประการที่สอง การแก้แค้นถูกควบคุมโดยความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของคนในสังคม ดังนั้น การแก้แค้นทดแทนจะเกิดกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่รุนแรงมาก<sup>27</sup>

ท้ายที่สุด การแก้แค้นทดแทนต้องได้สัดส่วนกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะของ "ตาต่อตา ฟันต่อฟัน (an eye for an eye, a tooth for a tooth)" เช่น ถ้าทำให้ผู้เสียหายแขนขาด

<sup>25</sup> ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติกพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดวรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 36-37.

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

\* Tabula VIII [12] : "si nox furtum faxsit, si occisit, iure caesus esto." : If a thief commits a theft by night, if the owner kills the thief, the thief shall be killed lawfully.

<sup>27</sup> ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสติกพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดวรได้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 37.

หนึ่งข้าง ผู้เสียหายแก้แค้นได้ด้วยการทำให้ผู้ที่ทำตนแขนขาหนึ่งข้างนั้นให้แขนขาหนึ่งข้างข้างบ้าง แต่จะทำให้ผู้ที่ทำให้ตนแขนขาหนึ่งข้างถึงตายไปเลยย่อมทำไม่ได้<sup>28</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ ยังคงเหลือร่องรอยทิ้งไว้ในกฎหมาย 12 โต๊ะ เช่น โต๊ะที่ 8 ส่วนที่ 2 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดทำให้แขน ขา ของผู้อื่นหักไป ผู้เสียหายสามารถกระทำการเช่นเดียวกันได้ตอบกลับไปได้ เว้นเสียแต่ว่าผู้กระทำความผิดได้ชดใช้ค่าเสียหายแล้ว"

ครั้นโรมันเข้าสู่สมัยประชาธิปไตยหรือสาธารณรัฐ (Republic) การลงโทษจะเป็นแบบ poena ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย เกรงว่าจะถูกแก้แค้นทดแทน จึงยื่นข้อเสนอลงโทษชดใช้ (patio) อันเป็นการแก้ข้อพิพาทโดยสันติ ขอชดใช้เป็นทรัพย์สินแทน หากผู้เสียหายตกลง ผู้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะหลุดพ้นจากการถูกแก้แค้นทดแทน ในการตกลงกันช่วงแรกสามารถตกลงกันได้โดยอิสระ ต่อมาผู้เสียหายมีสิทธิเรียกเงินชดเชยเท่าใดก็ได้โดยผู้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจปฏิเสธได้หากต้องการหลุดพ้นจากการแก้แค้น<sup>29</sup> อย่างไรก็ตาม กรณีนี้จะเกิดขึ้นได้จะต้องเป็นกรณีที่บุคคลทั้งสองฝ่ายต่างมีประสงค์ตกลงกันเช่นนั้น เพื่อผ่อนผันให้แก่กัน ทำให้บุคคลผู้เป็นฝ่ายกระทำผิดยังไม่ตกอยู่ในฐานะลูกหนี้ที่แท้จริง และบุคคลผู้เป็นฝ่ายต้องเสียหายยังไม่ถูกผูกพันให้ต้องรับเอาทรัพย์สินที่ชดใช้แทนด้วย

ต่อมาเมื่อรัฐโรมันมีความมั่นคงมากขึ้น รัฐจึงพยายามหาทางแก้ไขไม่ให้เกิดการแก้แค้นระหว่างบุคคลเกิดขึ้นเลย โดยออกกฎหมายบังคับให้ผู้ก่อความเสียหายต้องชดใช้เป็นเงินจำนวนหนึ่ง ตามที่กำหนดไว้สำหรับเรื่องนั้นๆ แทน ส่วนผู้ทำละเมิดก็ถูกบังคับให้ต้องจ่ายเงินจำนวนนั้น เมื่อมาถึงในตอนนี้ ผู้กระทำละเมิดได้กลายมาเป็นลูกหนี้อันแท้จริงของผู้ได้รับความเสียหายแล้ว<sup>30</sup> และโดยเหตุนี้จึงถือว่าบทบัญญัติเรื่องละเมิดตามความหมายของ "กฎหมายละเมิดปัจจุบัน" ได้เกิดขึ้น แม้จะยังไม่สมบูรณ์นักก็ตาม

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

\* Tabula VIII [2] : "si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto." : If anyone has broken another's limb there shall be retaliation in kind unless he compounds for compensation with him.

<sup>29</sup> ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสิ่ง ลาม มิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 38.

<sup>30</sup> ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2524), หน้า 73.

เมื่อถึงสมัยจักรวรรดิ (Imperium) หรือยุคคลาสสิก หนี้ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแห่งโรมัน (ละเมิด) ก็ถูกลงโทษเป็นเงินทั้งสิ้น โดยเรียกจากผู้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยกระบวนการพิจารณาในระบบของการฟ้องร้องของเอกชนและด้วยวิธีการฟ้องร้องที่เรียกว่า cognitio และหนี้จะระงับลงด้วยวิธีการตกลงกันหรือ pactio เท่านั้น<sup>31</sup>

ดังนั้น จึงพอสรุปได้ว่า การแยกระหว่าง crimina และ delicta ตามกฎหมายโรมัน เป็นเพียงการแยกที่ว่า<sup>32</sup>

1. การลงโทษทางอาญาหรือ crimina อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ส่วนการลงโทษทางแพ่งหรือ delicta อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชน

2. โทษที่ลงโทษในทางอาญา จะใช้วิธีการฟ้องร้องเป็นคดีอาญา (criminal prosecution) ส่วนการลงโทษทางแพ่งอาจเกิดได้ 2 ทางคือ

2.1 การฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินค่าปรับ (delictual claim) อันเป็นการลงโทษโดยเงินนี้จะจ่ายให้กับผู้เสียหาย วิธีคิดจึงมิได้พิจารณาบนฐานของความเสียหายที่แท้จริง เพราะมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้ก่อความเสียหายเป็นประการสำคัญ เช่น ในกฎหมาย 12 โต๊ะ โต๊ะที่ 8 ส่วนที่ 9 ที่ให้ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าเสียหายเป็น 2 เท่า ของมูลค่าความเสียหายที่แท้จริง ดังที่บัญญัติว่า "ผู้ใดปล่อยให้สัตว์เลี้ยงของตนไปกินธัญพืชของผู้อื่น หรือตนเองได้ไปตัดเก็บเกี่ยวธัญพืชผู้อื่นในยามค่ำคืน ซึ่งธัญพืชนั้นเป็นธัญพืชที่ปลูกไว้โดยหวังผลในทางเกษตรแล้ว หากผู้กระทำเป็นผู้ใหญ่จะได้รับโทษประหารชีวิต หากศพหลังจากถูกนำไปแขวนคอให้นำมาประกอบพิธีบูชาแด่เทพเจ้าเซเรส แต่

---

\* Cognitio หรือ Cognitio Extra Ordinem เป็นวิธีพิจารณาคดีทางแพ่งที่เกิดขึ้นในสมัยจักรวรรดิโรมัน (Imperium) ซึ่งมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือเจ้าพนักงานศาล (magistrate : judicial officer) จะเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาคดีไม่ใช่ผู้พิพากษาศาลเหมือนปกติ การสืบหาพยานหลักฐานจะเป็นไปอย่างรัดกุม โดยเฉพาะการให้ความสำคัญกับเรื่องพยานหลักฐาน เช่น พยานเอกสารจะมีน้ำหนักมากกว่าพยานบุคคล และพนักงานศาลสามารถที่จะเรียกพยานหลักฐานใดๆ เข้ามาระหว่างพิจารณาก็ได้ ซึ่งวิธีนี้ได้มีความสำคัญมากขึ้นเรื่อยๆ จนถึงสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนุส ได้ถือว่าการให้ความสำคัญกับเรื่องพยานหลักฐานเป็นเรื่องที่ต้องคำนึงถึงในทุกการพิจารณาคดี

<sup>31</sup> ศนันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวอร์ด, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 38.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.



หากเป็นหนุ่มสาวให้พรตอร์เป็นผู้ตัดสิน โดยอาจจะถูกลงแล้วและให้ส่งมอบอวัยวะเพศคืน หรือจ่ายค่าเสียหายเป็นสองเท่าของมูลค่าอวัยวะเพศที่ตนได้ลักไปในกรณีที่ไม่สามารถส่งมอบอวัยวะเพศคืนก็ได้\*

2.2 การฟ้องเรียกทรัพย์สินคืน (in rem) หรือหากคืนไม่ได้ก็ฟ้องบังคับให้ชำระหนี้ตามราคาทรัพย์สิน (in personam)




---

\* Tabula VIII [9] : "Frugem . . . aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant, . . . inpubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni" : If anyone pastures on or cuts by night another's crops obtained by cultivation the penalty for an adult shall be capital punishment and, after having been hung up, death as a sacrifice to Ceres ... A person below the age of puberty at the praetor's decision shall be scourged and shall be judged as a person either to be surrendered to the plaintiff for damage done or to pay double damages.

## ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี

เมื่อย้อนเวลากลับไปในสมัยยุคกลาง (Medieval) กฎหมายของประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี ส่วนมากคือจารีตประเพณี (Customs) และประเพณี (Tradition) ซึ่งมีวิวัฒนาการแตกต่างกันไปในแต่ละท้องถิ่นของจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ของชนชาติเยอรมัน (Holy Roman Empire of the Germanic Nation) ซึ่งจารีตประเพณีเหล่านี้ บางจารีตก็ใช้บังคับในอาณาเขตกว้างขวาง บางจารีตก็ใช้บังคับเพียงเมืองหนึ่งเมืองใด หรือหมู่บ้าน หรือเขตแดนขุนนาง (Manor) หรือกลุ่มคนเฉพาะหมู่หนึ่งเท่านั้น ครั้นต่อมากฎหมายโรมัน (Corpus Juris Civilis) ได้เริ่มเผยแพร่เข้ามาสู่จักรวรรดิ ทำให้กฎหมายโรมันกลายมาเป็นกฎหมายกลางของจักรวรรดิ และมีการใช้ตั้งแต่ศตวรรษที่ 15 จนถึง

\* ยุคกลาง หรือ สมัยกลาง (Medieval หรือ Middle Ages) เป็นช่วงเวลาที่น่านับตั้งแต่สมัยจักรวรรดิโรมันตะวันตกล่มสลายในศตวรรษที่ 5 จนกระทั่งถึงสมัยที่จักรวรรดิไบแซนไทน์หรือไบแซนติอุม (Byzantine Empire หรือ Byzantium) ได้สิ้นสุดลงจากการรุกรานของชาวออตโตมันเติร์ก (Ottoman) ซึ่งเป็นชาวมุสลิม เมื่อราว ค.ศ. 1453 ซึ่งในยุคกลางนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นยุคมืด (Dark Ages) เพราะอารยธรรมโรมันตะวันตกดั้งเดิมค่อยๆ สูญสลาย การค้าขายและคุณภาพชีวิตเสื่อมลง แต่ที่มีฐานะดีขึ้นเรื่อยๆ คือคริสตจักรที่มีอำนาจครอบคลุมทั้งโรมันตะวันตกและตะวันออก ชนเผ่าที่เข้ามาอยู่อาศัยในโรมันตะวันตกแทนที่ชาวโรมันได้แก่ชาวแองเกิล (Angles, Anglo) และชาวแซกซอน (Saxon) ในอังกฤษ ชาวแฟรงก์ (Franks) ในฝรั่งเศส ชาววิซิกอท (Visigoth) ในสเปน ชาวแวนดัล (Vandals) ในแอฟริกา และชาวออสโตรกอท (Ostrogoth) ในอิตาลี ซึ่งในภายหลังชนเผ่าพวกนี้ก็คือบรรพบุรุษของชาวเยอรมันด้วย

\*\* จักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ของชนชาติเยอรมัน (Holy Roman Empire of the Germanic Nation : Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation) เกิดขึ้นจากการที่กษัตริย์ซาร์เลอมาญแห่งชาวแฟรงก์ ได้เข้ามาช่วยเหลืออาณาจักรโรมันตะวันตกหลังจากล่มสลาย (ค.ศ. 476) ไปแล้ว เพื่อขับไล่ชาวมุสลิมออกไปตามคำขอร้องของพระสันตะปาปาสิโอที่ 3 ซึ่งหลังจากได้ขับไล่ชาวมุสลิมไปหมดสิ้น ก็ได้รับการยกฐานะให้เป็นจักรพรรดิแห่งจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ของชนชาติเยอรมัน ซึ่งมีอาณาเขตเมื่อเทียบกับปัจจุบันคือบริเวณประเทศเยอรมนี สวิตเซอร์แลนด์ ลิกเตนสไตน์ ลักเซมเบิร์ก สาธารณรัฐเชค สโลวีเนีย เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ และพื้นที่บางส่วนของออสเตรีย โปแลนด์ ฝรั่งเศส และอิตาลี ซึ่งนับเป็นการฟื้นฟูต่อจากจักรวรรดิโรมันตะวันตกที่ได้ล่มสลายลงแต่จักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ของชนชาติเยอรมันไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับจักรวรรดิโรมันในยุคโบราณเหมือนกับจักรวรรดิไบแซนไทน์ที่เป็นจักรวรรดิโรมันที่แท้จริงในสมัยกลาง

ศตวรรษที่ 19 นอกจากนี้ในปี ค.ศ.1495 จักรวรรดิได้จัดตั้งศาลสวนกลาง (Reichskammergericht) ซึ่งผู้พิพากษาก็ได้รับคำสั่งให้ตัดสินคดีความตามกฎหมายที่ใช้ร่วมกันของจักรวรรดิซึ่งก็คือกฎหมายโรมัน แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายท้องถิ่นอย่างจารีตประเพณีก็มิได้ถูกยกเลิกไป แต่มีการนำมาผสมผสานกับกฎหมายโรมัน ซึ่งทำให้แต่ละนครรัฐจะมีกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป<sup>33</sup>

ในศตวรรษที่ 17 ตอนต้น จักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ของชนชาติเยอรมันก็เปรียบเสมือนเป็นภาพปะติดปะต่อของ 350 แคว้นกับรัฐเล็กๆอีกนับพัน แต่อาณาจักรที่มีอิทธิพลจริงๆคือ ปรัสเซียและออสเตรีย ซึ่งในปี ค.ศ.1701 ก็มีการมอบสถานะกษัตริย์ให้ผู้นำปรัสเซีย ซึ่งแสดงถึงอำนาจที่เพิ่มขึ้นของปรัสเซีย จนกระทั่งในปี ค.ศ.1806 จักรพรรดินโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoléon Bonaparte) แห่งฝรั่งเศสได้เข้าโจมตีจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ของชนชาติเยอรมัน และได้ครอบครองแคว้นไรน์ (Rhine) แต่ชาวเยอรมันก็ไม่ได้ยินยอมพร้อมใจนักจึงทำการร่วมมือกันโดยการนำของปรัสเซียรบกับฝรั่งเศสจนมีชัยชนะในปี ค.ศ.1813 หลังจากนั้นไม่นานในปี ค.ศ.1815 สภาเวียนนา ก็ยอมรับอำนาจของปรัสเซียในพื้นที่ตอนเหนือของเยอรมนี และมีการก่อตั้งเป็นสมาพันธ์รัฐเยอรมนีขึ้น ซึ่งประกอบด้วย 35 รัฐและ 4 เสรีนคร แต่หลังจากนั้นก็มีการกระทบกระทั่งกับฝรั่งเศสมาโดยตลอดจนกระทั่งนายกรัฐมนตรีบิสมาร์คแห่งอาณาจักรปรัสเซียหลอกล่อจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 แห่งฝรั่งเศสให้เข้าทำสงครามจนประสบความพ่ายแพ้ ทำให้เกิดการรวมชาติเยอรมัน (Reich) อีกครั้ง ภายใต้การนำของปรัสเซีย ในปี ค.ศ.1871<sup>34</sup>

นับได้ว่าในขณะนั้น มีการปกครองประเทศด้วยกฎหมายมากมาย แต่สามารถแบ่งออกเป็น 6 กลุ่มด้วยกัน ดังนี้

1. บริเวณใจกลางเยอรมนีและรวมถึงอาณาเขตตั้งแต่เทือกเขา Alps จรด Baltic Sea, พื้นที่ระหว่าง Weser River กับ Elbe River และพื้นที่ตั้งแต่ Black Forest ไปจนถึง Bohemia ซึ่งมี

<sup>33</sup> กำธร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 143.

\* ราชอาณาจักรปรัสเซีย (ภาษาเยอรมัน: Königreich Preußen; ภาษาอังกฤษ: Kingdom of Prussia) เป็นราชอาณาจักรเยอรมันระหว่างปี ค.ศ. 1701 ถึงปี ค.ศ. 1918 และตั้งแต่ปี ค.ศ. 1871 เป็นรัฐเอกของสมาพันธ์รัฐเยอรมนีมีเนื้อที่สองในสามของสหพันธรัฐทั้งหมด ชื่อราชอาณาจักรมาจากแคว้นปรัสเซียแต่ศูนย์กลางอำนาจอยู่ที่แคว้นบรันเดินเบิร์ก

<sup>34</sup> Michael Ivory, เยอรมนี, แปลโดยวิยะดา เวชชพิพัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสุโลกกว้าง, 2550), หน้า 19.

ประชากรอยู่อาศัยทั้งสิ้นราว 16,500,000 คน บริเวณพื้นที่เหล่านี้จะใช้กฎหมาย Gemeines Recht และเมื่ออิทธิพลกฎหมายโรมันแผ่มาถึงเมื่อปี ค.ศ.1459 ก็ได้ใช้กฎหมายโรมันผสมด้วย นอกจากนี้ยังมี บางส่วนที่ใช้กฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายชุมชน<sup>35</sup>

2. ประเทศหรืออาณาจักรปรัสเซีย รวมถึงทางตะวันออกของปรัสเซีย และบางส่วนของ Bavaria ได้แก่เมืองที่เคยเรียกว่า Marches of Amsbach and Bayreuth<sup>36</sup> ซึ่งมีประชากรอยู่อาศัยทั้งสิ้นราว 21,200,000 คน จะใช้ประมวลกฎหมายปรัสเซีย (The Prussian General Code of 1798)<sup>37</sup>

3. แคว้นไรน์ (Rhine) ซึ่งมีประชากรจำนวน 6,700,000 คน ใช้ประมวลกฎหมายนโปเลียน ค.ศ. 1804 (Code Napoléon 1804) ส่วนอีก 1,700,000 คน ใช้กฎหมาย Badisches Landrecht of 1809<sup>38</sup>

4. แคว้นแซกซัน (Saxony) ซึ่งมีประชากรราว 3,500,000 คน อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Sächsische Bürgerliches Gesetzbuch of 1863<sup>39</sup>

5. บริเวณ Schleswig-Holstein ซึ่งเป็นบริเวณแหลม Jutland ในปัจจุบัน อยู่ระหว่าง North Sea และ Baltic Sea ทางใต้ของคาบสมุทรสแกนดิเนเวีย (Scandinavia) มีประชากรราว 15,000 คน ใช้กฎหมาย The Danish Law of 1683 บังคับ<sup>40</sup>

6. เขตปกครองบาวาเรีย (Bavaria) ซึ่งมีประชากรมากกว่า 2,500 คน ต่างอยู่ภายใต้กฎหมาย Esterreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch of 1811<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> Chung Hui Wang, The German Civil Code : Translated and annotated with an historical introduction and appendices,(London: Stevens and Sons, 1907), p. xviii.

<sup>36</sup> กำร กำรประเศรฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย,(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 144.

<sup>37</sup> Chung Hui Wang, The German Civil Code : Translated and annotated with an historical introduction and appendices,(London: Stevens and Sons, 1907), p. xviii.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid.



กฎหมายที่แตกต่างกันเหล่านี้ถูกนำมาเชื่อมโยงให้มีหลักธรรมศาสตร์ ร่วมกันโดย มหาวิทยาลัยต่างๆ ซึ่งสอนเฉพาะสิ่งซึ่งมีหลักการและรากฐานร่วมกันมากกว่าที่จะสอนรายละเอียดปลีกย่อยของกฎหมายท้องถิ่นต่างๆ นโยบายมหาวิทยาลัยเหล่านี้ทำให้เกิดมาตรการที่ทำให้กฎหมายมีลักษณะเดียวกันทั้งที่ความเป็นจริงมีความแตกต่างกันมาก<sup>42</sup>

กระบวนการหล่อหลอมทางวิชาการได้รับการเกื้อหนุนจากบทบัญญัติที่ออกโดยสภานิติบัญญัติ หลังจากกลางศตวรรษที่ 19 โดยการยอมรับเอากฎหมายเอกรูป (Uniform Statutes) ในรัฐต่างๆ ของ สหพันธรัฐเยอรมนี หลังจากปี ค.ศ.1866 กฎหมายเอกรูปนี้ก็ถูกนำมาตราเป็นพระราชบัญญัติของ สหพันธรัฐ และในปี ค.ศ.1848 สภาพักวิติของเยอรมนีก็ได้ตรากฎหมายเรื่องตัวแลกเงิน (Bill of Exchange) ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับกันของรัฐสมาชิกในสหพันธรัฐเยอรมนี (Germany Confederation) หลังจากนั้นอีก 2-3 ปี ก็ได้มีการประชุมร่วมกันของรัฐต่างๆ ในสหพันธรัฐ มีการตกลงจัดทำประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Code 1861) เกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจที่สำคัญบาง ลักษณะ ในปี ค.ศ.1861 ซึ่งเป็นที่ยอมรับของรัฐต่างๆ รวมทั้งออสเตรียด้วย<sup>43</sup> หลังจากนั้นปรัสเซียได้ ทำสงครามกับออสเตรียและได้ชัยชนะจึงขับไล่ออสเตรียออกจากการเป็นสมาชิกสหพันธรัฐเยอรมนี แล้วตั้งตนเองเป็นผู้นำสหพันธรัฐเยอรมนีเหนือ (North Germany Confederation) ซึ่งสภานิติบัญญัติ ของสหพันธรัฐเยอรมนีเหนือนี้ ได้ตรากฎหมายออกมาเป็นจำนวนมาก ที่สำคัญได้แก่พระราชบัญญัติ ควบคุมการค้า (Trade Regulation Act Gewerbeordnung) ปี ค.ศ.1869 กฎหมายจัดตั้งศาลสูง พณิชย์ของสหพันธรัฐ (Federal Supreme Commercial Court ; Reichsober handelsgericht) และประมวลกฎหมายอาญา ลงวันที่ 31 พฤษภาคม 1870 ซึ่งภายหลังจากที่มีการรวมชาติเยอรมันอีกครั้ง (Reich) ภายใต้การนำของปรัสเซีย ในปี ค.ศ.1871 กฎหมายเหล่านี้ก็ได้เผยแพร่ไปสู่เยอรมนีใต้ (South Germany) ด้วย<sup>44</sup>

\* คำว่า "ธรรมศาสตร์" ในเชิงกฎหมายเมื่อครั้งอดีตจะหมายถึง หลักกฎหมายทั่วไป เช่นเรื่อง บุคคล ความสามารถ ทรัพย์สิน นิติกรรม ระยะเวลา เป็นต้น ดังเช่น เมื่อสมัยก่อนที่ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมืองมีการเปิดสอน "วิชาธรรมศาสตร์" แต่ในปัจจุบันเริ่มมีการนำคำ นี้ไปใช้ในความหมายว่า "ศาสตร์แห่งธรรมะ"

<sup>42</sup> กัาธร กัาประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 145.

<sup>43</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>44</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 145-146.

แม้จะมีความพยายามให้กฎหมายได้รับการบังคับใช้อย่างเสมอภาคและเป็นรูปแบบเดียวกัน ด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การสอนกฎหมายอย่างหลักกฎหมายทั่วไปในมหาวิทยาลัย การตรากฎหมาย บางฉบับมาบังคับใช้เป็นสว่นกลาง แต่ก็ยังไม่เพียงพอสำหรับชาวเยอรมันที่มีความรู้สึกชาตินิยมเพราะ ยังไม่ใช่วิธีการใช้กฎหมายร่วมกันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างแท้จริง ชาวเยอรมันเริ่มต้องการที่จะมี ประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับชาวฝรั่งเศส ที่มีทั้งประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาอย่างครบถ้วน อย่างไรก็ตาม ความรู้สึกทางชาตินิยมหาได้เป็นเหตุเดียวเท่านั้นที่ทำให้ ชาวเยอรมันเรียกร้องให้มีประมวลกฎหมายต่างๆ หากแต่การขยายตัวทางเศรษฐกิจและการค้าก็เป็น อีกสาเหตุหนึ่งที่ชาวเยอรมันจำเป็นต้องสะสมกฎหมายที่แตกต่างกันอันมีกระจัดกระจายอยู่ทั่วแคว้นและ นครเล็กใหญ่ให้เป็นแบบเดียวกันด้วย<sup>45</sup> ซึ่งสาเหตุหนึ่งที่ทำให้มีการร่างประมวลกฎหมายซ้ำๆ ก็เป็น เพราะแนวความคิดของ Savigny ผู้นำสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายที่มองว่า "เราไม่สามารถสร้าง กฎหมายได้ เพียงแต่ปล่อยให้กฎหมายเจริญออกมา" และเห็นว่า "ผู้บัญญัติกฎหมายซึ่งมีหน้าที่ทำ ประมวลกฎหมายที่สมบูรณ์ ก่อนอื่นก็ต้องศึกษาถึงอำนาจลึกลับภายในของอดีต (Innere Kräfte) โดยศึกษาวิชาประวัติศาสตร์อย่างละเอียดเป็นพื้นฐานเสียก่อน" ทั้งนี้เพราะ การประมวลกฎหมายที่ ชาติพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ย่อมเป็นสิ่งที่ยั่งยืน<sup>46</sup>

แต่ท้ายที่สุดแล้ว กระทรวงยุติธรรมของสมาพันธรัฐเยอรมนีก็ได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่าง ประมวลกฎหมายซึ่งประกอบด้วย ผู้พิพากษา 6 นาย ข้าราชการชั้นสูง 3 นาย และศาสตราจารย์ กฎหมายในมหาวิทยาลัย 2 นาย มีการพิมพ์ร่างกฎหมายฉบับแรกในเดือนมกราคม ค.ศ.1888 เพื่อนำ ออกเผยแพร่ให้ประชาชนพินิจพิจารณา ปรากฏว่าเมื่อได้นำออกเผยแพร่แล้วได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์มาก โดยมีข้อกล่าวหาที่สำคัญๆ บางประการ เช่น มีการลอกแบบกฎหมายโรมันมากเกินไป ขาดการ คำนึงถึงปัญหาทางสังคม และภาษาที่นำมาใช้น่าจะเข้าใจกันอยู่เฉพาะในบรรดานักกฎหมายเท่านั้น<sup>47</sup> จึงมีการจัดตั้งคณะกรรมการชุดที่สองขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ.1890 ถึง 1895 ประกอบไปด้วยกรรมการถาวร 6 นาย และกรรมการอื่นอีก 12 นาย เพื่อแก้ไขร่างฉบับแรกโดยคำนึงถึงข้อติชมและข้อเสนอแนะจากผู้ที่เป็น

<sup>45</sup> วรวิทย์ กนิษฐะเสน, "ประวัติศาสตร์วิชานิติศาสตร์เยอรมันในศตวรรษที่ 19," วารสาร นิติศาสตร์ 9,2 (กันยายน-พฤศจิกายน 2520): 54.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

<sup>47</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2514), หน้า 32.

นักกฎหมายและผู้ที่ไม่ได้เป็นนักกฎหมายด้วย เมื่อสภารัฐบาลกลาง (Federal Council, Bundesrat) เห็นชอบด้วยการร่างกฎหมายครั้งที่ 2 หลังจากแก้ไขดัดแปลงบางแห่ง ก็เสนอให้แก่สภา Reichstag ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1896 ซึ่งเพิ่มเติมรายละเอียดบางอย่าง แต่ก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงลักษณะการจัดและหลักของกฎหมาย<sup>48</sup>

จนกระทั่งวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1896 สหพันธ์รัฐเยอรมนีก็ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) โดยให้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 ทำให้กฎหมายท้องถิ่นทั้งหมดถูกยกเลิก นับเป็นช่วงเวลาที่เกิดขึ้นก่อนสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 และก่อนที่เยอรมนีจะถูกแบ่งเป็นเยอรมนีตะวันตกและตะวันออกด้วยกำแพงเบอร์ลินและกลับมารวมกันใหม่อีกครั้งจนกลายเป็นสหพันธ์รัฐเยอรมนี (The Federal Republic of Germany) ดังที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน สำหรับการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งครั้งนี้ นับเป็นช่วงเวลาโดยตรงกับสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ของไทย ซึ่งเป็นเวลาแห่งการเปลี่ยนแปลงและปฏิรูปกฎหมายของไทยพอดี อันส่งผลให้การร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์รัฐเยอรมนีมาไม่ใช่น้อย ในส่วนของกฎหมายลักษณะละเมิดของสหพันธ์รัฐเยอรมนีนั้น ได้รับการบัญญัติไว้ในบรรพที่ 2 กฎหมายว่าด้วยหนี้ หมวดที่ 27 ละเมิด เริ่มตั้งแต่มาตรา 823 ถึง มาตรา 853 โดยมีมาตราหลักคือมาตรา 823 ซึ่งถือเป็นมาตราที่ไทยคัดลอกมาบัญญัติเป็นมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยใจความหลักหรือกฎเกณฑ์ในเรื่องละเมิดจะอยู่ที่มาตรา 823 วรรคแรก ซึ่งแปลความได้ว่า "บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จำต้องทำการทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้น"<sup>49</sup>

นอกจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 823 ที่กล่าวถึงเรื่องความรับผิดทางละเมิดแล้ว ยังมีอีกมาตราหนึ่งที่กล่าวถึงความรับผิดทางละเมิดเช่นเดียวกัน และผู้เขียนเห็นว่ามาตรานี้มีความน่าสนใจและอาจส่งผลต่อเรื่องความยินยอมของประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนีก็เป็นได้ คือ

<sup>48</sup> กำธร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 147.

<sup>49</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 22.

บทบัญญัติมาตรา 826<sup>\*</sup> ซึ่งแปลเป็นไทยได้ว่า “บุคคลใดโดยจงใจก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยอาการที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น”<sup>50</sup> ซึ่งคำว่า “ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี” เป็นคำที่มีลักษณะเป็นนามธรรมจนอาจเข้าใจได้ยากว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะเป็นการฝ่าฝืนแล้ว ท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ จึงได้ให้ความหมายไว้ว่า “โดยการฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี (contra bonos mores) ก็คือการฝ่าฝืนความรู้สึกลึกซึ้งอันดีงามของบุคคลซึ่งคิดเห็นโดยชอบ โดยถือตามความคิดเห็นของบุคคลธรรมดา ไม่ใช่ถือความคิดเห็นของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือจำพวกใดจำพวกหนึ่งที่เคร่งครัดหรือหย่อนเป็นหลัก มาตรฐานที่ว่านี้ไม่อาจกำหนดตายตัวได้ตลอดเวลา ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาขณะที่เกิดการกระทำและเหตุการณ์แวดล้อม”<sup>51</sup> เช่น ตามความเชื่อในอดีตของศาสนาคริสต์มองว่าการทำหมันเป็นเรื่องที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีเพราะปิดกั้นมิให้ชีวิตมาเกิดใหม่อันนับว่าเป็นบาป แต่ในปัจจุบันชาวคริสต์จำนวนมากก็เชื่อว่าถ้ามีเหตุผลอันสมควรหรือทำให้คุณภาพชีวิตดีขึ้นก็สามารถที่จะทำหมันได้ ไม่ถือเป็นบาปแต่อย่างไร เป็นต้น

สำหรับสาเหตุที่ผู้เขียนได้ยกประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธรัฐเยอรมนี มาตรา 826 มากล่าวถึงนั้น เป็นเพราะว่าลักษณะและหลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมของไทยจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เช่น ในเรื่องความยินยอมทางอาญา สามารถที่จะให้ความยินยอมได้เท่าที่ไม่ขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นไปตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 หรือการให้ความยินยอมในทางแพ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 9 ก็ระบุว่าความยินยอมที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดมิได้ ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธรัฐเยอรมนีมีเรื่อง “ศีลธรรมอันดี” อยู่ในกฎหมายลักษณะละเมิดก็อาจส่งผลต่อการให้ความยินยอมเช่นเดียวกันกับไทยก็ได้

สำหรับการทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายลักษณะละเมิดทั้งหมดที่กล่าวมาแล้วนั้น เป็นการเรียนรู้ควบคู่กันไปกับความเป็นมาของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธรัฐเยอรมนี (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) เพราะในอดีตสหพันธรัฐเยอรมนีมีการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันออกไปตามแต่แคว้นหรือรัฐหรือพื้นที่ที่ประชาชนอาศัยอยู่ จึงเป็นเหตุผลอยู่ในตัวที่ไม่ปรากฏกฎหมาย

<sup>\*</sup> Section 826 : A person who willfully causes damages to another in a manner contra bonos mores is bound to compensate the other for the damage.

<sup>50</sup> ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 31.

<sup>51</sup> เรื่องเดียวกัน



ละเมิดของส่วนกลาง ดังนั้นการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดจึงเสมือนหนึ่งการศึกษากฎหมาย  
ประมวลกฎหมายแพ่งไปพร้อมๆกัน



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีชื่ออย่างเป็นทางการว่าสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) ซึ่งประกอบด้วย

1. อังกฤษ (England) และเวลส์ (Wales)
2. สกอตแลนด์ (Scotland) และ
3. ไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland)

เวลส์เป็นของอังกฤษโดยการถูกยึดครอง ส่วนสกอตแลนด์ครั้งหนึ่งเคยเป็นรัฐอิสระ แต่ผลของ Act of Union 1707 จึงทำให้อังกฤษและสกอตแลนด์ได้รวมเป็นราชอาณาจักรเดียวกันเรียกว่า United Kingdom of Great Britain แต่อังกฤษและสกอตแลนด์ต่างมีสภาพนิติบัญญัติเป็นของตนเอง กล่าวคือ อังกฤษมีรัฐสภาอยู่ที่เวสต์มินสเตอร์ (Westminster) ซึ่งตั้งอยู่ในลอนดอน (London) ส่วน สกอตแลนด์มีรัฐสภาอยู่ที่โฮลโรด (Holyrood) ซึ่งตั้งอยู่ในเอดินเบิร์ก (Edinburgh)

สำหรับไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland) ก็มีสภาพของตนเองที่สตอร์มอนท์ (Stormont) ใน กรุงเบลฟาสต์ (Belfast) ส่วนสกอตแลนด์ก็มีระบบกฎหมายและระบบศาลของตนเองโดยเฉพาะ แม้ว่า จะมีสภาพเดียวกันกับอังกฤษ<sup>52</sup> ดังนั้นประวัติศาสตร์และระบบกฎหมายอังกฤษที่กำลังจะทำการศึกษาต่อไปจึงมีความหมายครอบคลุมบริเวณอังกฤษและเวลส์เท่านั้น

ในครั้งแรกเริ่ม ผู้ที่อาศัยอยู่ในอังกฤษคือชนเผ่าพิกต์ (Picts) แต่ต่อมาก็ถูกรุกรานโดยพวก เซลท์ (Celts) ในยุคก่อนประวัติศาสตร์ และช่วงเวลาที่เหลือส่วนใหญ่ตั้งแต่ต้นคริสตทศวรรษจนถึง ระยะเวลาปลายศตวรรษที่ 4 (ค.ศ. 43-410) อังกฤษก็ถูกปกครองโดยพวกโรมัน<sup>53</sup> โดยประวัติศาสตร์อังกฤษ ได้เริ่มมีการบันทึกว่า ยูเลียส ไคซาร์ (Julius Caesar) ได้ยาดร่าทัพข้ามช่องแคบอังกฤษครั้งแรกเมื่อ 55 ปีก่อนคริสตทศวรรษ แต่ได้รับการต่อต้านและเผชิญกับสภาพอากาศอันเลวร้ายจึงต้องยกทัพกลับ และ โรมันได้ยกทัพกลับมาจนสำเร็จอีกครั้งในสมัยจักรพรรดิคลาวดิอุส (Claudius) ซึ่งในช่วงเวลานี้เอง เป็น ช่วงเวลาที่ประเทศอังกฤษได้รับอิทธิพลทางด้านต่างๆ จากโรมัน เช่น การทำเหมืองแร่ การทำ

<sup>52</sup> สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), หน้า 16.

<sup>53</sup> กำธร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 151.

เครื่องปั้นดินเผา การรับศาสนาคริสต์ รวมถึงกฎหมาย เป็นต้น<sup>54</sup> ต่อมาในระหว่างศตวรรษที่ 5 และ 6 อังกฤษก็ถูกรุกรานโดยพวกชนเผ่าเชื้อสายเยอรมันนิก (Germanic Tribes) อันได้แก่พวกแองเกิล (Angles) พวกแซกซอน (Saxon) และพวกจูทส์ (Jutes) หรือเรียกสั้นๆว่าพวก “แองโกล-แซกซอน (Anglo-Saxon)”<sup>55</sup> หลังจากการรุกราน พวกแองโกล-แซกซอนก็ได้ทำลายหลักฐานทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายโรมันซึ่งเคยมีอิทธิพลอยู่เกือบทั้งหมดและได้นำหลักกฎหมายเยอรมันนิก (Germanic Law) ของพวกตนมาใช้แทน อย่างไรก็ตาม กฎหมายโรมันยังคงมีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมายอังกฤษในเวลาต่อมา ทั้งนี้เนื่องจากอิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่ใช้กฎหมายศาสนา (Canon Law) อันมีความสัมพันธ์กับกฎหมายโรมันอย่างแยกไม่ออก และจากการศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมของผู้พิพากษาอังกฤษในสมัยนั้น<sup>56</sup>

กฎหมายที่ใช้บังคับในสมัยแองโกล-แซกซอน ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีซึ่งมีพื้นฐานมาจากประเพณีโบราณของเยอรมันดั้งเดิม ทั้งกษัตริย์และประชาชนถือว่าอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายในสมัยนั้น เกิดขึ้นเมื่อประมาณปี ค.ศ.597 เมื่อมีคณะสงฆ์จากกรุงโรมเดินทางมายังเมืองเคนท์ (Kent) ประเทศอังกฤษ<sup>57</sup> พระเจ้าเอ็ดเทลเบิร์ธ (Ethelbert of Kent) จึงได้ตรากฎหมายตามแบบอย่างกฎหมายโรมันเพื่อให้ความคุ้มครอง โดยกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของทางศาสนาหรือของสงฆ์ หรือความสงบสุขของศาสนา ว่าหากมีความเสียหายต่อทรัพย์สินของวัดต้องจ่ายเงินเป็นจำนวน 12 เท่า (folds) เสียหายต่อทรัพย์สินส่วนตัวของพระสังฆราชต้องจ่าย 11 เท่า เสียหายต่อทรัพย์สินของพระต้องจ่าย 9 เท่า เสียหายต่อทรัพย์สินของผู้ช่วยพระหรือมดทายาท (Deacon) ต้องจ่าย 6 เท่า และเสียหายต่อทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่วัด ต้องจ่าย 3 เท่า ครั้นเมื่อถึงสมัยพระเจ้าอัลเฟร็ด (King Alfred) ก็มีการขยายขอบเขต

<sup>54</sup> Pam Barrett, อังกฤษ, แปลโดยพรรณพิไล นาคธน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หน้าต่างสุโลกกว้าง, 2547), หน้า 26.

<sup>55</sup> กำธร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย,(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 151.

<sup>56</sup> สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ,พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), หน้า 19.

<sup>57</sup> กำธร กำประเสริฐ, คำบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย,(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522), หน้า 152.

กฎหมายเกี่ยวกับการชำระค่าเสียหาย (bot) ไปสู่สามัญชน โดยกำหนดค่าความเสียหายเกี่ยวกับมือไว้ เช่น ค่าเสียหายสำหรับนิ้วหัวแม่มือเป็นเงิน 20 ชิลลิง นิ้วกลาง 9 ชิลลิง นิ้วนาง 6 ชิลลิง และนิ้วก้อย 5 ชิลลิง เป็นต้น<sup>58</sup>

ครั้นเมื่อพระเจ้าเอ็ดเวิร์ด (Edward the Confessor) สิ้นพระชนม์แล้ว พระเจ้าวิลเลียม (William I of England หรือ William the Conqueror) ซึ่งเป็นดยุคแห่งนอร์มันดี (Duke of Normandy) ได้เข้ารุกรานและครอบครองประเทศอังกฤษเป็นผลสำเร็จ โฉมหน้าของกฎหมายและการดำเนินคดีก็เริ่มเปลี่ยนแปลงไป พระองค์ทรงรวบรวมนักปกครองที่มีความสามารถมาจัดตั้งเป็นราชสำนักศาลหลวงนอกเหนือไปจากศาลท้องถิ่นที่มีอยู่ในขณะนั้น โดยเรียกว่า "คิรริอา ริจิส (Curia Regis)" ซึ่งเป็นศาลสูงสุดในระบบฟิวดัล (feudal) มีอำนาจพิจารณาคดีข้อพิพาทของผู้ที่ได้รับมอบที่ดินจากพระองค์โดยตรง หรือคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลอื่นๆ ซึ่งด้วยเหตุที่ศาลนี้ต้องตัดสินคดีเกี่ยวกับที่ดินและทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับพระมหากษัตริย์และเป็นคดีที่พระมหากษัตริย์มักจะมีส่วนได้เสียเพราะรายได้ส่วนใหญ่มักเก็บเกี่ยวมาจากที่ดินทั้งสิ้น พระองค์จึงเข้ามามีอิทธิพลเหนือศาลคิรริอา ริจิส (Curia Regis) เสมอ<sup>59</sup>

การพิจารณาคดีแพ่งในศาลคิรริอา ริจิสจะแตกต่างจากการพิจารณาคดีในศาลท้องถิ่นอยู่ 2 ประการคือ<sup>60</sup>

<sup>58</sup> สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2545), หน้า 22-23.

\* ระบบฟิวดัล (feudal) เป็นระบบการบริหารที่ขึ้นอยู่กับความเข้มแข็งของทหาร ซึ่งถือว่าผู้ที่เข้มแข็งที่สุดจะได้เป็นกษัตริย์ หากได้ชัยชนะในเขตใดเขตหนึ่งก็สามารถเข้าครอบครองเป็นเจ้าของ และมีอำนาจปกครองไปในตัว เมื่อกษัตริย์มอบที่ดินส่วนหนึ่งให้แก่ผู้สนับสนุนพระองค์ ผู้ได้รับที่ดินในขั้นต้นจะเรียกว่า "Tenant in chief" ซึ่งมีอำนาจปกครองในที่ดินส่วนนั้นด้วย หลังจากนั้น Tenant in chief อาจแบ่งที่ดินในส่วนของตนไปให้บุคคลอื่นซึ่งถูกเรียกว่า Vassal ซึ่ง Vassal ก็จะมีอำนาจปกครองที่ดินส่วนที่ได้มา และสามารถที่จะแบ่งที่ดินต่อไปอีกได้เป็นทอดๆ

<sup>59</sup> สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), หน้า 36.

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.



1. ศาลคิรริอา รีจิส ไม่ผูกพันที่จะต้องใช้วิธีพิจารณาอย่างเดียวกันกับศาลท้องถิ่นเช่น การหาคนช่วยสาบาน การต่อสู้พิสูจน์ความผิด คดีส่วนใหญ่จะใช้วิธีการไต่สวน (inquest) จากบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์ ซึ่งทำให้ประชาชนนิยมนำคดีมาฟ้องที่ศาลนี้

2. การพิจารณาคดีในศาลคิรริอา รีจิส จะเริ่มด้วยหมายเรียก (writ) จากกษัตริย์ประทับตราส่วนพระองค์ (royal seal) ซึ่งชานเซลเลอร์ (Chancellor) เป็นผู้เก็บรักษา มีคำสั่งไปถึงคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งให้มาปรากฏตัวต่อศาล หากคู่ความอีกฝ่ายขัดหมายเรียกไม่มาปรากฏตัว ก็ถือว่าเป็นความผิดต่อแผ่นดิน ซึ่งในทางปฏิบัติผู้ที่เป็นคนออกหมายเรียก (writ) ให้ก็คือชานเซลเลอร์

สำหรับหมายเรียกในคดีละเมิดถูกเรียกว่า Writ of Trespass โดยประชาชนผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมจะกล่าวอ้างว่ามีการกระทำละเมิดในลักษณะอุกอาจคือใช้กำลังหรืออาวุธ (vi et armis) เพื่อให้เรียกตัวผู้กระทำละเมิดมาดำเนินการพิจารณาคดีในศาลต่อไป ซึ่งคดีละเมิดในระยะเริ่มแรกนี้มี 3 ประเภทคือ<sup>61</sup>

1. ละเมิดต่อสิทธิในที่ดินหรือบุกรุก (trespass to land)
2. ละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สิน (trespass to chattels หรือ trespass to goods)
3. ละเมิดต่อบุคคล (trespass to person)

ซึ่งการจะมาฟ้องคดี action of trespass แบบธรรมดาจะต้องมีเงื่อนไขคือ การกระทำของจำเลยต้องมีลักษณะการใช้กำลังหรืออาวุธ (forcible) กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของจำเลย ไม่ใช่เป็นเพียงผลสืบเนื่อง (consequential)<sup>62</sup> เช่น A โยนก้อนไม้ไปโดน B ได้รับบาดเจ็บ B สามารถมาขอหมายเรียกจากชานเซลเลอร์ได้ เพราะความบาดเจ็บของ B เป็นผลมาจากการกระทำโดยตรงของ A เมื่อศาลเห็นว่าครบเงื่อนไขสองประการก็ตัดสินให้ A เป็นฝ่ายผิดได้ทันที เพราะการกระทำที่ก่อให้เกิด

<sup>61</sup> เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, "ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 55.

<sup>62</sup> W.V.H.Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, twelfth edition (London: Sweet & Maxwell, 1894), p. 42.

ความรับผิดฐาน trespass แบบธรรมดา ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ แต่พิจารณาถึงผลแห่งการกระทำว่าเกิดจากจำเลยโดยตรงเท่านั้น<sup>63</sup>

ถ้าผลความเสียหายมาจากการกระทำโดยอ้อมหรือเป็นผลสืบเนื่องจากการกระทำของผู้กระทำผิด กรณีเช่นนี้จะนำคดีมาฟ้องแบบ trespass ธรรมดา (action of trespass หรือ general trespass) ไม่ได้ ผู้เสียหายจะต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลในแบบ action on the case หรือ trespass on the case ซึ่งเป็นหมายฟ้องคดีที่เพิ่มเติมเข้ามาในศตวรรษที่ 13 เพื่อช่วยเสริมการฟ้องคดี action of trespass แบบธรรมดา เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายมากยิ่งขึ้น เช่น A โยนก้อนไม้ลงมาที่ถนนในหมู่บ้านที่ผู้คนสัญจรไปมา B ซึ่งเดินผ่านมาไม่ทันระวัง จึงสะดุดล้มได้รับบาดเจ็บ B ต้องขอหมายเรียกเพื่อฟ้องคดีแบบ action on the case เพราะไม่ได้รับผลจากการกระทำโดยตรงของ A ซึ่งเมื่อศาลต้องพิจารณาคดีลักษณะนี้ ศาลจะทำการพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป โดยให้โจทก์พิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำความผิดลงไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างจาก action of trespass แบบธรรมดา และนับเป็นจุดเริ่มต้นของการพิจารณาในเรื่องความจงใจและประมาทเลินเล่อของผู้กระทำผิดละเมิด<sup>64</sup>

ต่อมาเมื่อข้อเท็จจริงคดีละเมิดมีความหลากหลาย ขานเซลเลอร์ก็ออกหมาย (writ) ใหม่ ๆ มากขึ้น แม้ว่าคดีใหม่จะไม่เหมือนคดีเดิมเสียทีเดียวก็ตาม โดยใช้วิธีการเทียบเคียง (Analogy) จากคดีเดิมเพื่อเพิ่มช่องทางเยียวยาความเสียหายให้แก่ประชาชน ครั้นถึงปี ค.ศ. 1285 ก็ได้มีการออกกฎหมายเวสต์มินสเตอร์ ฉบับที่ 2 ซึ่งเปิดโอกาสให้ขานเซลเลอร์ใช้ดุลพินิจในการออกหมายเรียกเป็นคดีรูปแบบใหม่ได้กว้างขวางขึ้น ไม่จำกัดแต่เฉพาะคดี trespass ตามที่เคยมีมาแต่เดิม ก่อให้เกิดความคล่องตัวในการตัดสินคดีละเมิดเป็นอย่างมาก และเป็นผลให้กฎหมายละเมิดของอังกฤษพัฒนาอย่างรวดเร็ว<sup>65</sup> และเกิดการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับละเมิดเป็นเรื่อง ๆ ขึ้นในประเทศอังกฤษอย่างมากมาย ทั้งการล่งล้า

<sup>63</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร. วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด. แหล่งที่มา :

<http://www.comepee.com/webboard/show.php?Category=&No=359> [31 สิงหาคม 2551]

<sup>64</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร. วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด. แหล่งที่มา :

<http://www.comepee.com/webboard/show.php?Category=&No=359> [31 สิงหาคม 2551]

<sup>65</sup> เพชรน้อย สรรคนุรานุรักษ์, "ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ," (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 55.

ในเรื่องบุคคลที่มีมาแต่เดิม (Trespass to Person) หรือ การใช้กำลังทำร้ายร่างกาย (Battery) การชู้ว่าจะทำร้ายร่างกายหรือชื่อเสียง (Assault) ความผิดต่อเสรีภาพ (False Imprisonment) ความผิดต่อการหน่วงเหนี่ยวทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมิชอบ (Detinue) การฟ้องเรียกเอาตัวทรัพย์สิน (Replevin) การฟ้องเรียกคืนสังหาริมทรัพย์หรือเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายจารีตประเพณี (Trover) การก่อความเดือดร้อนรำคาญ (Nuisance) การฉ้อฉลผู้อื่น (Deceit) การหมิ่นประมาท (Defamation) การสมคบ (Conspiracy) การแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม (Unlawful Competition) เป็นต้น<sup>66</sup> ซึ่งฐานความผิดเหล่านี้ ศาลล้วนแล้วแต่ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำลงโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ระบบหมายฟ้องคดี (writ) ก็ได้ถูกยกเลิกไปโดย Common Law Procedure Act 1852 แต่ก็มีได้ทำให้คดีเดิมที่ได้รับการตัดสินและแยกไว้เป็นเรื่องราวๆ นั้นจะไร้ประโยชน์ไป เพราะหลักเกณฑ์เหล่านั้นได้กลายมาเป็นหลักการพิจารณาสิทธิและหน้าที่ของคู่ความตามลักษณะความสัมพันธ์ของกฎหมายสารบัญญัติแต่ละเรื่อง<sup>67</sup>

จะเห็นได้ว่าการกระทำละเมิดโดยจงใจได้รับการพัฒนามาถึงระดับหนึ่งแล้ว แต่การกระทำละเมิดเพราะสาเหตุที่ประมาทเลินเล่อกลับก้าวไปไกลยิ่งกว่า เพราะนอกจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อจะเริ่มพัฒนามาในแดนของ action on the case แล้ว ในศตวรรษที่ 19 ยังได้แยกตัวออกเป็น

---

\* คดีที่ได้วางหลักการไว้คือคดี Weaver v Ward (1616) ซึ่งโจทก์และจำเลยต่างเป็นนายทหารระหว่างที่กำลังฝึกหัดอยู่นั้นเป็นจำเลยได้ลั่นไปโดนโจทก์จนได้รับบาดเจ็บ ศาล King's Bench ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐาน trespass เพราะโจทก์เป็นฝ่ายวิ่งเข้าหาปากกระบอกปืนของจำเลยในขณะที่จำเลยกำลังหัดยิง อันถือเป็นเหตุสุดวิสัยที่จำเลยไม่สามารถระวังป้องกันได้ และคดี Scott v Shepherd (1773) ที่จำเลยได้ขว้างประทัดเข้าไปบริเวณที่ชุมนุม ประทัดไปตกที่บุคคลใดบุคคลนั้นก็โยนต่อไปเป็นทอด จนกระทั่งมาตกที่ใบหน้าโจทก์และระเบิด ทำให้ตาข้างหนึ่งของโจทก์บอดไป The Court of Common Pleas ได้ตัดสินว่าการกระทำของโจทก์ถือเป็นความผิดฐาน trespass เพราะโจทก์จงใจก่อให้เกิดความเสียหาย แม้จะยังไม่รู้ว่าความเสียหายจะเกิดกับบุคคลใดก็ตาม

<sup>66</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร. วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด. แหล่งที่มา :

<http://www.comepee.com/webboard/show.php?Category=&No=359> [31 สิงหาคม 2551]

<sup>67</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร. วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด. แหล่งที่มา :

<http://www.comepee.com/webboard/show.php?Category=&No=359> [31 สิงหาคม 2551]

ฐานความผิดละเมิดอย่างเอกเทศ คือคดีละเมิดโดยประมาท (Negligence) ซึ่งสืบเนื่องมาจากความเจริญทางอุตสาหกรรมในศตวรรษที่ 19 และ 20 ที่นำเครื่องจักรมาใช้จนก่อให้เกิดอุบัติเหตุแก่ประชาชนบ่อยครั้ง จนกระทั่งทำให้ประชาชนเกิดความรู้สึกว่าผู้กระทำความเสียหายโดยประมาทควรจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ได้ก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งคดีแรกที่ศาลอังกฤษได้วางหลักความรับผิดโดยประมาทคือคดี Stanley v. Powell, 1891 ซึ่งต่อมาก็ถูกพัฒนาขยายความโดยคดี Fowler v. Lanning, 1959 และคดีอื่นๆ<sup>68</sup> และท้ายที่สุดได้มีการพัฒนามาถึงขั้นเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) คือบุคคลพึงรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนเองได้ก่อขึ้นจากการกระทำของตน โดยไม่คำนึงว่าเขาได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ซึ่งคดีแรกที่วางหลักเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัดคือคดี Rylands v. Fletcher, 1868<sup>\*</sup>

เนื่องจากคนงานในโรงงานอุตสาหกรรมมักจะประสบอุบัติเหตุในที่ทำงานเสมอๆ และมักไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าอุบัติเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อของนายจ้าง จึงทำให้นายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่ลูกจ้าง ดังนั้นในปี ค.ศ. 1897 ประเทศอังกฤษจึงได้ออกกฎหมาย The Workmen's Compensation Act of 1897 เพื่อคุ้มครองลูกจ้าง กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้นายจ้างต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ลูกจ้างโดยไม่จำกัดเฉพาะกรณีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความผิด

<sup>68</sup> เพชรน้อย สรรคบุรานุรักษ์, "ความมิชอบด้วยกฎหมายในละเมิด : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 58.

\* คดี Ryland v. Fletcher เป็นคดีที่วางหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด ข้อเท็จจริงคือ โจทก์จำเลยมีที่ดินติดต่อกัน จำเลยขุดบ่อขังน้ำขึ้นในที่ดินของตน ปรากฏว่าน้ำได้รั่วซึมเข้าไปในอุโมงค์ใต้ดินและท่วมบ่อถ่านหินของโจทก์เสียหายโดยจำเลยมิได้ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด ศาลตัดสินให้จำเลยต้องรับผิด โดยวางหลักว่าผู้ครอบครองที่ดินคนใด เก็บรวบรวมหรือนำเข้ามาไว้ในที่ดินซึ่งสิ่งใดๆ ที่มีลักษณะอาจจะทำความเสียหายเมื่อหลุดเลื่อนเข้าไปในที่ดินข้างเคียง จะต้องรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่สิ่งนั้นหลุดเลื่อนเข้าไปทำอันตรายในที่ดินของผู้อื่นแม้ตนจะมีได้ประมาทเลินเล่อก็ตาม (If a person brings or accumulates on his land anything which, if it should escape, may cause damage to his neighbours, he does so at his peril. If it does escape and cause damage, he is responsible, however careful he may have taken, or whatever precautions he may have taken to prevent damage.)



(fault) หรือ ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของนายจ้าง ขอเพียงอุบัติเหตุเกิดขึ้นจากเครื่องจักรกลที่ นายจ้างเป็นเจ้าของดูแลรับผิดชอบ นายจ้างก็ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ลูกจ้าง นับได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ ได้รับการร่างขึ้นในช่วงที่ศาลอังกฤษกำลังปรับปรุงและพัฒนากฎหมายอย่างเข้มข้นที่สุด โดยเฉพาะในปีค.ศ.1960 ที่ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายขึ้นมา ก็มีการนำเรื่องความรับผิดทางละเมิด ที่เกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากทรัพย์สินและการกระทำที่เป็นอันตราย (dangerous things and activities) เรื่องความเสียหายที่เกิดจากสัตว์ เรื่องความรับผิดของผู้ขายหรือผู้ให้เช่าอาคารที่ชำรุด บกพร่อง มาบรรจุเป็นโครงการต้นๆ ที่จะทำการปรับปรุง นอกจากนี้ ในปีค.ศ.1972 ก็ได้มีการจัดตั้ง The Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury เพื่อดูแลการพัฒนากฎหมายกรณีการบาดเจ็บและเสียชีวิตของอุบัติเหตุและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ขาดความปลอดภัย (Products Liability)<sup>69</sup>

นับจากวันนั้นมาจนถึงทุกวันนี้ ศาลยังมีอำนาจที่จะปรับหลักละเมิดเข้ากับความปลอดภัยทางเศรษฐกิจและสังคม โดยกำหนดหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลผู้กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เข้าหลักเกณฑ์คดีละเมิดประเภทใดที่เคยมีมาก่อนเลยก็ได้ ดังนั้นขอบเขตของการกระทำละเมิดในปัจจุบันจึงไม่จำกัดอยู่เฉพาะการกระทำที่เข้าเงื่อนไขของละเมิดลักษณะต่างๆ เท่านั้น แต่จะแผ่อยู่ในการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ทั้งประเภทที่เป็นความผิดในตัวเองและประเภทที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และแผ่อยู่ในการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อมาตรฐานความปลอดภัยของคนในสังคมด้วย

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>69</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร. วิวัฒนาการของกฎหมายละเมิด. แหล่งที่มา :

## ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในประเทศไทย (ตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น)

ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงความเป็นมาของกฎหมายละเมิดออกเป็น 3 ช่วงเวลาด้วยกัน ตามการแบ่งราชธานีของไทย คือสมัยสุโขทัย กรุงศรีอยุธยา และกรุงรัตนโกสินทร์ ส่วนกรุงธนบุรีซึ่งมีระยะเวลาเพียง 15 ปี (พ.ศ.2310-2325) นั้น จะขอกล่าวรวมกันไปกับสมัยกรุงศรีอยุธยา เนื่องจากกรุงธนบุรีในขณะนั้นกำลังอยู่ในระยะสร้างบ้านแปลงเมืองเป็นหลักจึงได้นำกฎหมายของกรุงศรีอยุธยามาปรับใช้ในลักษณะเดียวกัน

### 1. กฎหมายละเมิดสมัยสุโขทัย

กรุงสุโขทัย ได้ก่อตั้งขึ้นจากการที่พ่อขุนผาเมือง เจ้าเมืองราด และพ่อขุนบางกลางท่าว เจ้าเมืองบางยาง ได้ร่วมกันต่อสู้กับขอมซึ่งปกครองกรุงสุโขทัยอยู่ในเวลานั้น จนได้ชัยชนะและตั้งกรุงสุโขทัยขึ้น โดยมีพ่อขุนบางกลางท่าวขึ้นครองราชย์ปกครองแผ่นดิน มีพระนามใหม่ว่า พ่อขุนศรีอินทราทิตย์ เป็นการเริ่มต้นของราชวงศ์พระร่วงและมีกษัตริย์สืบต่อมาอีก 8 พระองค์<sup>70</sup> ได้แก่พ่อขุนบานเมือง พ่อขุนรามคำแหงมหาราช พระยาเลอไทย พระยาร่วงนำถม พระมหาธรรมราชาที่ 1 (ลิไทย) พระมหาธรรมราชาที่ 2 (สือไทย) พระมหาธรรมราชาที่ 3 (ใสสือไทย) และพระมหาธรรมราชาที่ 4 (บรมपाल) ซึ่งความเจริญมั่งคั่งและความมั่นคงของกรุงสุโขทัยจะปรากฏชัดเจนที่สุดในสมัยพ่อขุนรามคำแหง

สุโขทัยในขณะนั้นมีได้เป็นนครหลวงที่เป็นศูนย์กลางการปกครองของไทยแต่เพียงรัฐเดียว แต่ยังมีรัฐอื่นๆ ที่มีอำนาจและมีการปกครองที่เป็นอิสระ เช่น ล้านนา(ที่มีเชียงใหม่เป็นศูนย์กลาง) อยุธยา แพร่ น่าน นครศรีธรรมราช ฯลฯ นักวิชาการบางท่านได้เปรียบเทียบการปกครองในสมัยนั้นว่ามีลักษณะเป็นแบบนครรัฐ (City State) คือแต่ละดินแดนมีการจัดการปกครองตามความเหมาะสมตาม

---

\* การแบ่งยุคสมัยของประวัติศาสตร์กฎหมายไทยตามราชธานี เรียกกันว่า แนวแบบแผนของชาติ จะให้ความสำคัญกับเมืองหลวงและองค์พระมหากษัตริย์ โดยถือเป็นสัญลักษณ์ในการกำหนดประวัติศาสตร์และมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ การแบ่งในแนวนี้จึงพิจารณาที่การเกิดและความเสื่อมของศูนย์กลางอำนาจหรือราชธานี จึงแบ่งเป็นยุคสุโขทัย กรุงศรีอยุธยา กรุงธนบุรี และกรุงรัตนโกสินทร์

\*\* สุโขทัย มาจากคำสองคำ คือ "สุข + อุทัย" หมายความว่า "รุ่งอรุณแห่งความสุข"

<sup>70</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 63.

ประเพณีนิยมของตน มีเมืองขึ้น มีการขยายอาณาเขต ขณะเดียวกันเจ้าผู้ครองนครหลายแห่งก็มีความสนิทสนมกันในฐานะเพื่อนหรือเป็นวงศ์าคณาญาติกัน เช่น พระเจ้ารามคำแหงแห่งกรุงสุโขทัย ทรงเป็นพระสหายสนิทของพระเจ้าเม็งรายแห่งเมืองล้านนา<sup>71</sup>

การศึกษาถึงภูมิหลังของสังคมรวมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในสมัยสุโขทัยอาจไม่มีหลักฐานใดที่ยืนยันไว้อย่างชัดเจน แต่จากผลของการค้นคว้าทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีเป็นที่รับรองต่อกันว่า ชาวไทยสมัยสุโขทัยได้รับอารยธรรมประเภทต่างๆจากประเทศใกล้เคียงเป็นอันมาก โดยเฉพาะด้านศาสนาและวัฒนธรรม แหล่งสำคัญอันเป็นที่มาคือประเทศอินเดีย และเป็นที่ยอมรับกันด้วยว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของพระมุนสูราจารย์ อันเป็นหลักกฎหมายแต่ครั้งบรรพกาลของฮินดูนั้น เป็นที่มาแห่งหลักกฎหมายดั้งเดิมของไทย<sup>72</sup>

ศาสตราจารย์พระวรวงศ์ดีพิบูลย์ มีความเห็นว่ากฎหมายสุโขทัย เดิมใช้กฎหมายจารีตประเพณี และส่วนมากเป็นข้อบังคับทางศาสนา<sup>73</sup> กฎหมายก็คือหลัก "ธรรมะ" และจารีตประเพณีในสังคมนั้นๆ ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้ข้อสังเกตในเรื่องนี้ว่า ลักษณะของกฎหมายในสมัยสุโขทัย มีลักษณะเป็นแบบกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht) กล่าวคือเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากเหตุผลธรรมดาของสามัญชนหรือสามัญสำนึก (Simple Natural Reason) เป็นความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน<sup>74</sup> จวบจนกระทั่งระหว่างปี พ.ศ.1828 ถึง 1834 พ่อขุนรามคำแหงได้นำเอาคติของพราหมณ์คลุกเคล้าเข้ากับคติเดิมของไทยจัดทำเป็นกฎหมายขึ้น ซึ่งพบหลักฐานจากศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง และเมื่อถึงสมัยพระยาเลอไทย พ่อเมืององค์ที่ 4 (พ.ศ.1861-

<sup>71</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 61-62.

<sup>72</sup> สุรพล ไตรเวทย์, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 14.

<sup>73</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

<sup>74</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 63-64.

\* ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง คือ หลักศิลาจารึกหลักที่ 1 ซึ่งเป็นศิลาจารึกหลักแรกที่ขุดค้นพบ มีความเก่าแก่มากที่สุด และคนไทยจะรู้จักกันมากที่สุด ในหลักศิลาจะกล่าวถึงประวัติของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช สภาพแวดล้อมต่างๆภายในเมือง วิถีชีวิตของชาวสุโขทัย การทะนุบำรุงพระพุทธศาสนา และตอนท้ายกล่าวถึงเกียรติคุณของพ่อขุนรามคำแหง สอดแทรกเนื้อหาของข้อบังคับ

1897) โปรดให้จารึกกฎหมายลักษณะโจรลงในแผ่นศิลา ปรากฏว่ากฎหมายลักษณะโจรนี้ มีรากเหง้ามาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของฮินดู และในบรรดาหลักฐานทั้งหลายที่มีอยู่ในขณะนี้ นับได้ว่าศิลาจารึกว่าด้วยกฎหมายลักษณะโจรดังกล่าว เป็นหลักฐานเกี่ยวกับกฎหมายของไทยเราที่มีความเก่าแก่มากที่สุด และเป็นเค้าเงื่อนที่แสดงว่าไทยน่าจะได้รับการคุ้มครองพระธรรมศาสตร์มาตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี<sup>75</sup> ดังที่ปรากฏหลักฐานอยู่ในด้านที่ 1 บทที่ 22 และ 33 และด้านที่ 2 บทที่ 24” ซึ่งในส่วนของรายละเอียดคัมภีร์พระธรรมศาสตร์นั้น ผู้เขียนจะขอยกไปกล่าวไว้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา

(อาจเทียบได้กับกฎหมายในปัจจุบัน) ในสมัยนั้นไว้ด้วย เช่น เรื่องมรดก ที่จารึกไว้ว่า “ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแล ล้มตายหายกว่า เย่าเรือนพ่อเชื้อเลือดค้ำมัน ช้างข ลูกเมียเหยียช้าว ไพร่ฟ้าข้าไท ป่าหมาก ป่าพลู พ่อเชื้อมันไว้แก่ลูกมันสิ้น” ซึ่งหมายความว่า พลเมือง ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใด ล้มหายตายจากเหย้าเรือนของบรรพบุรุษ เลือดผ้า ช้างม้า ฉางข้าว ป่าหมาก ป่าพลู ของบรรพบุรุษของเขา ให้เป็นมรดกแก่ลูกของเขาทั้งหมด ซึ่งผู้อ่านต้องทำความเข้าใจว่าหลักศิลาจารึกนี้ ไม่ใช่ตัวบทกฎหมายแต่เป็นเสมือนสิ่งรองรับคำจารึกเหตุการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นในสมัยนั้น และอาจรวมถึงกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่ใช้ในขณะนั้นด้วย เพียงแต่มีความคงทนถาวรจนสามารถมาปรากฏเป็นหลักฐานในยุคปัจจุบันได้ ดังที่หลวงสุทิวาหนฤพุมิได้กล่าวไว้ว่า “ขออย่าได้เข้าใจผิดไปว่า ถ้าตระลาการสมัยสุโขทัยพิจารณาพิพากษาคดี จะต้องอ้างกฎหมายในลายจารึกนี้หามิได้ ความจริงนั้น กฎหมายก็อยู่ส่วนกฎหมาย อันเป็นเครื่องมือบริหารงานของขุนศาลตระลาการ แต่เป็นสิ่งไม่คงทนถาวรที่จะเก็บรักษาไว้ในสภาพเดิมหลายร้อยปีหรือพันปี ส่วนศิลาจารึกบอกกล่าวเล่าเรื่องอะไรไว้ย่อมคงทนถาวร ได้อาศัยค้นคว้าต่อๆมา”

\* กฎหมายลักษณะโจร เป็นคำที่กรมศิลปากรใช้เรียกศิลาจารึกหลักนี้ แต่ตามความเห็นของหลวงสุทิวาหนฤพุมิ ท่านเห็นว่าควรใช้คำว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยกรณีที่มีโทษทางอาญา” หรือ “กฎหมายอาญาสุโขทัย” มากกว่า โดยให้เหตุผลว่าในตัวศิลาจารึกเองได้บ่งบอกไว้ในด้านที่ ๑ บทที่ ๑๔ ว่าเป็นพระราชบัญญัติ(พระราชปรชญบติ) และคำว่า “อาญา” น่าจะมีความหมายที่ครอบคลุมมากกว่าคำว่า “โจร”

<sup>75</sup> สุรพล ไตรเวทย์, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 14-15.

\*\* ศิลาจารึกด้านที่ ๑ บทที่ ๒๒ “.....ท่านจัก.....ด้วยในขนาดในราชศาสตร์ธรรมศาสตร์แล แ-”



สำหรับหลักศิลาจารึกว่าด้วยกฎหมายลักษณะโจร หรือกฎหมายอาญาสุโขทัย หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยกรณีที่มีโทษทางอาญาตามแต่จะเรียกนั้น เป็นหลักศิลาจารึกที่ถูกขุดค้นพบเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ.2473 และได้รับการถอดความแล้วเสร็จเมื่อ พ.ศ.2476 บัญญัติถึงการกระทำผิดเกี่ยวกับการลักขำ การลักทรัพย์ เช่น วั้ว ควาย เชือกปอ การชิงทรัพย์ เช่น ชิงลูกส้มและผลไม้ ซึ่งหากเทียบกับกฎหมายอาญาในปัจจุบันแล้ว ความผิดเหล่านี้ล้วนเป็นฐานความผิดที่มีฐานมาจากเรื่องลักทรัพย์ทั้งสิ้น แต่สิ่งที่ควรค่าแก่การตระหนักเมื่ออ่านเนื้อความในศิลาจารึกหลักนี้ก็คือการลงโทษผู้กระทำผิดจะทำการจ่ายหรือปรับเป็น "สินไหม" เท่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดของกฎหมายอาญาในสมัยนั้น ที่ไม่นิยมวิธีการลงโทษที่รุนแรง ดังเช่น

จารึกด้านที่ ๑ ตัวบท ๒๑-๒๒-๒๓-๒๔

๒๑. ....ผู้ใด...ใหญ่สูงและบสงคินข้า  
ท่าน และไว้ข้าท่าน ภรรยาชាយาท่าน
๒๒. ....ท่านจัก...ด้วยในขนาดในราช  
ศาสตร์ธรรมศาสตร์ แล แ-
๒๓. ละท่านจักทอดสินไหม ดุจดั่งขโมยอัน  
ลักคนท่าน และไปทันเอาออกจากเมือง  
นั้นแล และ
๒๔. ....หนีไปไว้ในกลางเมือง

---

ศิลาจารึกด้านที่ ๑ บทที่ ๓๓ ".....คนท่านและเอามา มีพันอาชญาท่านนั้น ขนาดราช  
ศาสตร์ธรรมศาสตร์"

ศิลาจารึกด้านที่ ๒ บทที่ ๒๔ "ท่านจักให้พันอาชญาท่านดั่งอันขนาดราชศาสตร์  
ธรรมศาสตร์ อันท่านแต่งได้ค่าสิน"

\* ความผิดเรื่อง "การลักขำ" นี้ เป็นที่ถกเถียงกันมากในหมู่นักวิชาการว่า "ขำ" ในสมัยสุโขทัย หมายถึงทาสซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกับทาสในโรมันหรือไม่ แต่หากไม่ตีความว่า "ขำ" มีฐานะเช่นเดียวกันกับทาสแล้ว เหตุใดในหลักศิลาจารึกจึงมีความผิดเรื่องลักขำหรือยกยอกขำอยู่ด้วย ฝ่ายที่สนับสนุนว่าขำก็คือทาส ได้แก่ ยอร์ช เซเดส์, จิตร ภูมิศักดิ์, วุฒิชัย มูลศิลป์ และคณะกรรมการชำระประวัติศาสตร์ไทย สำนักนายกรัฐมนตรี ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนว่าขำมิได้มีความหมายเช่นเดียวกันกับทาส ได้แก่ ชุนประเสริฐสุภุมাত্রา หลวงสุทริวาทนฤพุมิ และพระยาอนุমানราชธน

ซึ่งแปลว่า "ผู้ใหญ่ผู้โตไม่ส่งข้าคนของผู้อื่นและเอาข้าเขาไว้ ภรรยาเขาไว้ ให้ทอดสินไหม เท่ากับตัวการขโมยลักคนของคนอื่น แม้ว่ายังไม่ย้ายหนีเอาไปไว้เมืองอื่น คงชอนอยู่กลางเมือง"<sup>76</sup>

หรือจารึกด้านที่ ๑ ตัวบทที่ ๓๔-๓๕-๓๖-๓๗-๓๘ ที่กล่าวว่

๓๔. ....ถ้ามิผู้โต หากละเมิดและไว้  
 ข้าท่านพันสามวัน คน
๓๕. ผู้...นั้นไซ้ ท่านจักให้ไหมแลวัน  
 แลหมื่นพัน ไปจนถึงห้าวันพอเป็น  
 ห้าหมื่นห้าพัน
๓๖. ....พอเป็นแปดวันในดั่งนั้น และ  
 ยังไว้ข้าท่านพันในแปดวัน
๓๗. สินไหมห้าหมื่นห้าพันแมนชีพันวัน  
 หนึ่งก็ดี ท่านจักทอดสินไหมแก่  
 มัน
๓๘. ผู้...นั้นโดยขนาดดั่งลักสินท่าน

ซึ่งแปลว่า "ผู้โตละเมิดโดยเอาข้าของอื่นไปสามวัน มีโทษสามขนาดดั่งนี้  
 เอาข้าของคนอื่นไปเกินสามวัน ปรับไหมวันละหมื่นหนึ่งพัน ดั่งนี้ไปจนถึงห้าวันถ้าเอาไปตั้งแต่  
 ห้าวันให้ปรับไหมเพิ่มวันละห้าหมื่นห้าพันจนถึงแปดวัน ถ้าเกินแปดวันแม้เพียงวันเดียว นอกจากปรับ  
 ไหมวันละห้าหมื่นห้าพันต้องเพิ่มสินไหมเท่ากับผู้ทำผิดฐานลักทรัพย์ของผู้อื่น"<sup>77</sup>

จากการอ่านหลักศิลาจารึกว่าด้วยกฎหมายลักษณะโจรจะพบว่า การจ่ายโทษปรับจะเรียกว่า  
 จ่าย "สินไหม" ซึ่งอาจทำให้คิดไปได้ว่าเป็นเช่นเดียวกันกับการจ่ายค่า "สินไหมทดแทน" ในกฎหมาย  
 ละเมิดปัจจุบัน แต่หากทำการพิจารณาดูแล้วจะเห็นว่า "สินไหมทดแทน" ตามมาตรา 420 แห่ง  
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นค่าสินไหมที่จ่ายให้แก่ผู้เสียหายเพื่อเยียวยา ขาดเซยการกระทำ  
 ผิดของผู้ทำละเมิด ให้ผู้เสียหายกลับไปสู่สภาพเดิมเสมือนหนึ่งไม่เคยได้รับความเสียหายมาก่อน แต่  
 การให้จ่าย "สินไหม" ตามกฎหมายลักษณะโจรกลับมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดเท่านั้น ไม่ได้  
 มุ่งเยียวยาความเสียหาย ทำให้ไม่สามารถตีความได้ว่า "สินไหม" ในกฎหมายลักษณะโจร เป็น

<sup>76</sup> หลวงสุทริวาทนฤพุมิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท, พิมพ์ครั้งที่ 1  
 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 196.

<sup>77</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 199.

เช่นเดียวกันกับ “สินไหมทดแทน” ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น คำว่า “ละเมิด” ในศิลาจารึกด้านที่ 1 บทที่ 34 จึงมีความหมายเพียงว่า “ล่วงเกินหรือฝ่าฝืนจารีตประเพณี หรือกฎหมายที่มีบัญญัติไว้ ; กฎ<sup>78</sup>” เท่านั้น หากเป็นนัยเดียวกันกับมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่

ถึงแม้ว่ากฎหมายลักษณะโจรจะไม่มีเรื่องละเมิดหรือการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่อาจไม่ได้หมายความว่าในสมัยสุโขทัยไม่มีกฎหมายลักษณะละเมิดเลยเสียทีเดียว เพราะนักวิชาการเช่น ท่าน ร. แล่งกาดี กลับให้ข้อสันนิษฐานว่าการจ่ายค่าสินไหมให้แก่ผู้เสียหายมีมาตั้งแต่ก่อนสมัยกรุงศรีอยุธยาแล้ว แต่เรียกกันในชื่อ “ค่าทำขวัญ” ซึ่งนับเป็นวิวัฒนาการที่พัฒนามาจากการยกเลิกการแก้แค้น ดังที่ท่านได้กล่าวว่า “...โดยเหตุนี้จึงนำสันนิษฐานได้ว่า แม้ตั้งแต่ก่อนสร้างกรุงศรีอยุธยาแล้ว การใช้สิทธิแก้แค้นนั้นได้เลิกเสียนานแล้ว และใช้กันภายในรูปของการเรียกเงินเป็นค่าทำขวัญ โดยบุคคลที่ถูกละเมิดเสียหายเป็นผู้เรียกร้องเอาจากผู้ละเมิด ตามจำนวนที่จารีตประเพณีได้กำหนดวางลงไว้แล้ว...”<sup>79</sup> อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ก็ยังไม่เป็นที่สรุปเพราะหาหลักฐานลายลักษณ์อักษรสมัยสุโขทัยได้ยากเต็มที่ อีกทั้งหากข้อสันนิษฐานของท่าน ร. แล่งกาดี ถูกต้อง ก็ต้องมาทำความเข้าใจกับ “ค่าทำขวัญ” ว่ามีลักษณะเช่นเดียวกันกับค่าสินไหมทดแทน มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

## 2. กฎหมายละเมิดสมัยกรุงศรีอยุธยา(และกรุงธนบุรี)

เมื่อครั้งที่เริ่มมีเมืองสุโขทัย ในขณะนั้นก็มีเมืองอยุธยาแล้วเช่นเดียวกัน เพียงแต่อยุธยายังไม่มีการแผ่ขยายอาณาเขตมาถึง จวบจนกระทั่ง พ.ศ.1893 ในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1(อู่ทอง) แห่งกรุงศรีอยุธยาได้ยึดราชทัณฑ์มาสู่สุโขทัย แต่พอเมืองสุโขทัยในขณะนั้นคือ พระมหาธรรมราชาที่ 4(บรมपाल) กลับยอมยกเมืองให้แก่โดยดีเพราะไม่ต้องการให้ประชาชนของพระองค์ต้องเสียเลือดเนื้อแม้แต่หยดเดียว ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับความเห็นที่เหล่านักวิชาการพากันสันนิษฐานว่าชาวเมืองสุโขทัยเป็นผู้ที่รักสงบสันติ ใฝ่ใจบำรุงพระพุทธศาสนายิ่งนัก

กรุงศรีอยุธยาจึงเริ่มเป็นราชธานีของไทยด้วยประการฉะนี้ โดยมีพระมหากษัตริย์ครองราชย์จำนวนทั้งสิ้น 34 พระองค์ มาจาก 5 ราชวงศ์ ได้แก่ราชวงศ์อู่ทอง ราชวงศ์สุพรรณภูมิ ราชวงศ์สุโขทัย ราชวงศ์ปราสาททอง และราชวงศ์บ้านพลูหลวง แม้ช่วงที่กรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีจะมีทั้งสุขและทุกข์

<sup>78</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2546), หน้า 998.

<sup>79</sup> ร. แล่งกาดี, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย,(กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526), หน้า 83.

ปะปนกันไป แต่ก็นับเป็นช่วงเวลาที่น่าประทับใจและน่าจดจำ ดังที่ศรีปราชญ์ ได้แต่งโคลงชมโฉมอยุธยาไว้ดังนี้

อยุธยาเคียงฟ้า	ลงดิน แลฤา
อำนาจบุญเพรงพระ	ก่อเกื้อ
เจดีย์ล่ออินทร	ปราสาท
ในทาบทองแล้วเนื้อ	นอกโสมฯ

จนกระทั่งวันที่ 7 เมษายน พ.ศ.2310 ไทยก็ได้เสียกรุงศรีอยุธยาให้แก่พม่า รวมระยะเวลาเป็นราชธานีของไทยทั้งสิ้น 417 ปี

อย่างไรก็ตามภายในปีเดียวกันนั่นเอง สมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราชก็ทรงรวบรวมไพร่พลประมาณ 5,000 คน โดยสารเรือมาขึ้นฝั่งแถวธนบุรีแล้วยึดธนบุรีคืนกลับมาได้ก่อน ต่อจากนั้นค่อยเคลื่อนทัพไปยังกรุงศรีอยุธยา แล้วเข้าตีพม่าที่ค่ายโพธิ์สามต้นแตกพ่ายไป แม้กระทั่งสุกี้พระนายกองของพม่าก็เสียชีวิตในที่รบด้วย เหล่าทหารพม่าที่เหลือก็เตลิดหนีหลบหาย ซึ่งเหตุการณ์ในวันนั้นตรงกับวันเสาร์ที่ 23 ตุลาคม 2310 จึงนับได้ว่าไทยสามารถกอบกู้เอกราชกลับคืนมาได้อย่างรวดเร็ว อันนับเป็นพระปรีชาสามารถของสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราชและเหล่าบรรพบุรุษทหารหาญของชนชาติไทยยิ่งนัก

#### 2.1 ประเภทของกฎหมายที่ใช้ในกรุงศรีอยุธยา(และกรุงธนบุรี)

ในช่วงเวลา 417 ปีของกรุงศรีอยุธยาและ 15 ปีของกรุงธนบุรีนี้ มีกฎหมายมากมายหลายฉบับถูกประกาศใช้ เพื่อบังคับและควบคุมประชาชนที่อยู่ภายในขอบเขตอาณาให้อยู่ร่วมกันอย่างร่มเย็นเป็นสุข แต่สามารถสรุปรวมกันได้ทั้งหมดเป็น 3 ประเภทดังนี้

\* ศรีปราชญ์เป็นกวีเอกคนหนึ่งในประวัติศาสตร์ชาติไทย ในรัชสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช เป็นบุตรของพระโหราธิบดี เข้ารับราชการตั้งแต่อายุ 9 ขวบ หลังจากนั้นมาจึงกลายเป็นกวีเอกของพระนารายณ์มหาราช แต่สุดท้ายด้วยความสามารถของตน ทำให้ผู้คิดปองร้าย ใสร้ายศรีปราชญ์ จนถูกสังหารชีวิตในที่สุด

\*\* โคลงบทนี้แปลว่า ความงามอย่างลือเลื่องของกรุงศรีอยุธยานั้นเปรียบเสมือนเมืองฟ้า หรืออาจเป็นเพราะเมืองฟ้านั้นลอยมาตั้งอยู่บนพื้นแผ่นดินนี้แล้วกระมัง ทั้งนี้คงเป็นเพราะอำนาจบุญบารมีแต่หนหลังของพระมหากษัตริย์ไทยได้สร้างสมไว้ เมื่อแลไปทางไหนจึงเห็นแต่เจดีย์ที่งดงามเหมือนปราสาทของพระอินทร์ พิศดูภายในก็ปิดทองเหลืองอร่าม ส่วนภายนอกนั้นเล่าก็งามลอลอดั่งแสงจันทร์



## 1. คัมภีร์พระธรรมศาสตร์

คัมภีร์พระธรรมศาสตร์หรือธรรมศาสตร์เดิมถือเป็นกฎหมายสูงสุดหรือกฎหมายแม่บทในการพิจารณากำหนดรายละเอียดต่บทกฎหมายต่างๆ ที่ต้องใช้เป็นหลักในการปกครองและพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่างๆ เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมกรุงศรีอยุธยา หากจะเปรียบเทียบกับกฎหมายปัจจุบันก็คือรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถมีบทกฎหมายใดมาขัดหรือแย้งได้ มีที่มาจากประเทศอินเดียตามความเชื่อในศาสนาฮินดู ที่เชื่อว่าพระพรหมเป็นผู้ถ่ายทอดหลักธรรมนี้ให้แก่มนุษย์ แล้วมนุษย์ถ่ายทอดให้กับนักปราชญ์โบราณ โดยถือว่าหลักธรรมนี้เป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเรียกว่ามานวธรรมศาสตร์ แต่เมื่อมีการรับคัมภีร์นี้เข้ามาในดินแดนพุทธศาสนาเช่น มอญ จึงได้มีการอธิบายที่มาแห่งคัมภีร์ธรรมศาสตร์เสียใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับคำสอนทางพระพุทธศาสนาและเรียกชื่อว่าธรรมศาสตร์ โดยดัดแปลงเรื่องที่มาของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เสียใหม่ มีได้บ้างถึงพระพรหมแบบฮินดู แต่ได้กล่าวถึงพระโพธิสัตว์เจ้า<sup>80</sup> (พระพุทธเจ้า) แทน ต่อมาภายหลัง ไทยก็รับเอาธรรมศาสตร์นี้เข้ามาปรับใช้อย่างไม่ขัดเขินเพราะเป็นเมืองพุทธเช่นเดียวกันกับมอญนั่นเอง

หลักการใหญ่ๆ ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์จะกำหนดมูลคดีออกเป็น 2 ประเภท คือ<sup>81</sup>

1. มูลคดีแห่งผู้พิพากษาและตุลาการ มีทั้งสิ้น 10 ประการ ถือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องอำนาจศาลและวิธีพิจารณาความ
  2. มูลคดีวิวาท 29 ประการ ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกิดกรณีพิพาทต่อกันไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรืออื่นใด
- เมื่อรวมกันแล้วจะได้เป็น "มูลคดี" ทั้งสิ้น 39 ประการ ซึ่งหลักกฎหมายในส่วนนี้ถูกเรียกว่า "พระธรรมศาสตร์"

## 2. พระราชศาสตร์

พระราชศาสตร์คือบรรดาพระราชบัญญัติที่พระมหากษัตริย์ได้โปรดให้ตราขึ้น หรือให้บัญญัติขึ้นเป็นมาตราต่างๆ จำนวนมาก มีหลายชื่อเรียกด้วยกัน เช่น พระราชบัญญัติ พระไอยการ

<sup>80</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 88.

<sup>81</sup> กฤษฏา บุญยสมิต, "โครงสร้างกฎหมายตราสามดวง," วารสารนิติศาสตร์ 34,2(มิถุนายน 2547): 235.

\* แม้ว่ากฎหมายแต่ละฉบับจะจัดอยู่ในหมวดพระราชศาสตร์เช่นเดียวกัน แต่ชื่อเรียกกฎหมายก็มีความแตกต่างกันดังนี้ "พระไอยการ" หมายถึง กฎหมายพื้นฐานของแผ่นดินซึ่งทุกคนจะต้องปฏิบัติตามและหากมีปัญหาเกี่ยวกับพระไอยการ พระมหากษัตริย์ซึ่งมีหน้าที่ให้ความยุติธรรมจะต้องมี

(อัยการ) พระราชกฤษฎีกา” และพระราชกำหนด เป็นต้น มีฐานะเป็น “สาขาคดี” คือลำดับฐานะจะรองจากมุลคดีในพระธรรมนูญ ซึ่งจะสังเกตเห็นได้จากบรรดาพระราชบัญญัติ พระไอยการ ฯลฯ ที่สืบสาขาคดีไปจากมุลคดีทั้ง 39 ประการในพระธรรมนูญจะต้องเกริ่นนำหรืออ้างถึงคาถาบาลีที่เป็นมุลคดีนั้นๆในพระธรรมนูญเสมอ และเนื้อหากฎหมายของสาขาคดีจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการสำคัญในคัมภีร์พระธรรมนูญ

### 3. พระราชนิติศาสตร์

พระราชนิติศาสตร์คือกฎเกณฑ์ต่างๆที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อใช้ในการปกครองและบริหารราชการแผ่นดินทั้งฝ่ายหน้าและฝ่ายใน รวมถึงการมีพระบรมราชวินิจฉัยบรรดคดีต่างๆ ซึ่งถูกรวบรวมไว้เป็นกฎหมายของแผ่นดิน โดยกฎหมาย “พระราชนิติศาสตร์” นับเป็นกฎหมายที่นอกเหนือไป จากกฎหมายที่สืบสาขาคดีมาจากมุลคดีตามพระธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น กฎมณเฑียรบาลหรือกฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่นที่สืบต่อกันมา หรืออาจเป็นกฎที่ได้รับอิทธิพลจากพุทธศาสนา เช่น การห้ามมิให้ผู้สืบสันดานฟ้องบุพการีที่เรียกกันว่าคดีอุทลุม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่

---

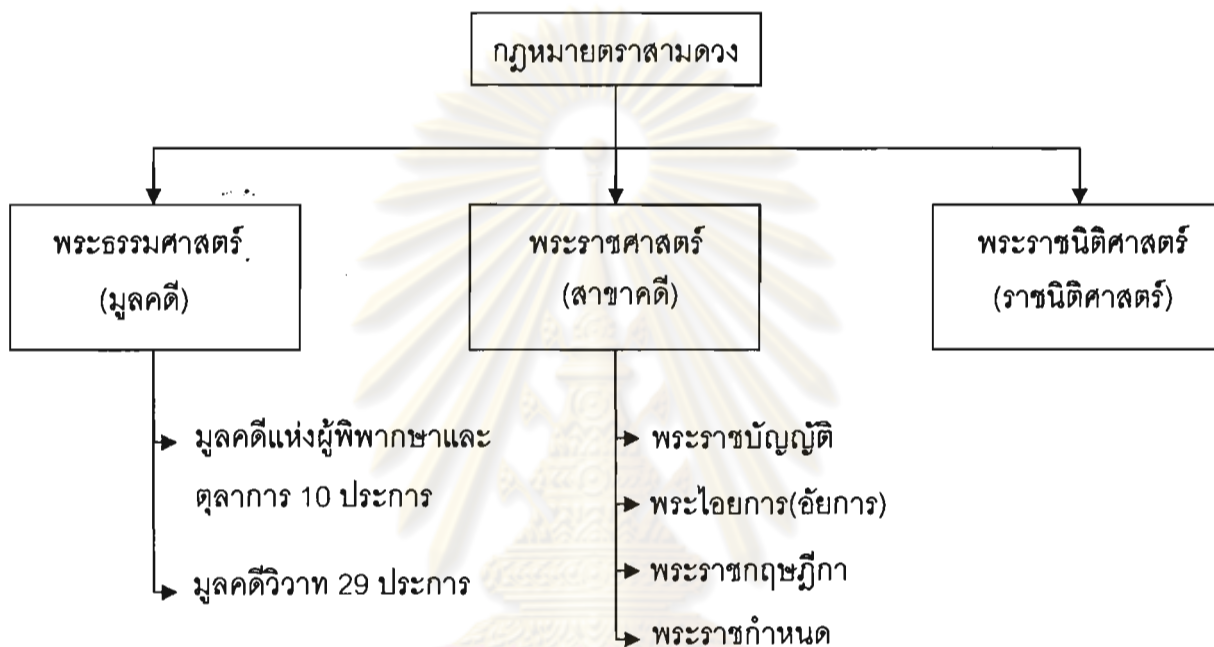
พระราชวินิจฉัย พระราชวินิจฉัยในแต่ละคดีเรียกว่า “พระราชบัญญัติ” และพระราชบัญญัติแต่ละมาตราจะอ้างมุลคดีเดิมเสมอ โดยทั่วไปแล้วพระราชบัญญัติจะใช้เพียงราชการเดียวเท่านั้น ยกเว้น กษัตริย์องค์ต่อไปจะยังคงใช้อยู่ก็เรียกว่า “พระราชกำหนด”

\* ไอยการ หรืออัยการ หรืออายการ มาจากคำว่า “อวย+การ” คำว่า “อวย”(บาลี) หรือ “อารย”(สันสกฤต) แปลว่า “เจ้า” (master, lord) หรือ “ผู้เจริญ” ส่วน “การ” แปลว่า กิจหรือการกระทำ ในที่นี้ ไอยการ สื่อถึงความหมายที่ว่า การออกกฎหมายเป็นกิจของพระเจ้าแผ่นดิน แต่ในภายหลังคำนี้มีความหมายแคบลงและหมายถึง กฎหมายที่ได้จัดเข้าเป็นลักษณะต่างๆแล้ว

\*\* คำว่ากฤตย (kritya) นั้น Sir.Monier-William ให้ความหมายในพจนานุกรมภาษาสันสกฤต-อังกฤษของท่านว่า “practicing magic or sorcery, be wicking” ซึ่งเป็นพิธีเกี่ยวกับไสยศาสตร์อย่างหนึ่ง คำนี้มีรากศัพท์เดียวกับ กิตตกา ในภาษาบาลี ซึ่งแผลงไปเป็น กติกา และตรงกับคำ กฤษฎีกา ในภาษาสันสกฤต คำว่าพระราชกฤษฎีกาในประมวลกฎหมายเก่าจึงหมายถึง “กติกา” หรือ “ข้อกำหนด” ซึ่งเกิดจากพิธีกรรมที่ทำให้ศักดิ์สิทธิ์ เมื่อกติกาหรือข้อกำหนดในพระราชบัญญัติที่พระเจ้าแผ่นดินตั้งขึ้นไว้มีสถานภาพศักดิ์สิทธิ์ ต่อบทกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนมิได้

เป็นไปตาม “พระราชนิยม” ของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์ เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายส่วนนี้ไม่จำเป็นต้องอิงบาสิธรรมศาสตร์และไม่มีการเกริ่นนำด้วยคาถาบาลีแต่อย่างใด<sup>82</sup>

การศึกษากฎหมายกรุงศรีอยุธยาที่ทำกันอยู่ในปัจจุบันเป็นการศึกษาจาก “กฎหมายตราสามดวง” ที่สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทรงให้รวบรวมกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยาที่กระจัดกระจายไปเมื่อครั้งกรุงแตกให้มารวมกันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งกฎหมายกรุงศรีอยุธยาทั้ง 3 ประเภทข้างต้นก็ล้วนเป็นโครงสร้างของกฎหมายตราสามดวง เช่นเดียวกัน จึงสามารถสรุปเป็นแผนภูมิได้ดังนี้



## 2.2 กฎหมายละเมิดในสมัยกรุงศรีอยุธยา(และกรุงธนบุรี)

ในบรรดากฎหมายมากมายหลายฉบับที่ถูกตราขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยา ก็มีส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิด เพียงแต่ไม่มีการแยกแยะอย่างเด่นชัดว่าเป็นกฎหมายละเมิด เพราะในขณะนั้นกฎหมายยังไม่มีวิวัฒนาการถึงขั้นจะแยกกฎหมายละเมิดออกจากกฎหมายอาญา ซึ่งก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับสมัยสุโขทัย ดังที่ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวว่า “สำหรับกฎหมายสารบัญญัติของกรุงเก่า จะนำมากล่าวทั้งทางอาญาและทางแพ่งรวมกันไป เพราะสมัยนั้น การประทุษร้ายต่อกัน ไม่ว่าจะต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ยังไม่ได้แยกออกเป็นแพ่งและอาญาเหมือนทุกวันนี้ แต่ผลร้ายก็ตกอยู่แก่ผู้ละเมิดเช่นเดียวกันในฐานที่ประทุษร้ายต่อกัน แม้จะว่ากันตามกฎหมายในปัจจุบัน การกระทำอันเดียวกันอาจเป็นได้ทั้งความผิดในทางอาญาและละเมิดในทาง

<sup>82</sup> กฤษฎา บุณยสมบัติ, “โครงสร้างกฎหมายตราสามดวง,” วารสารนิติศาสตร์ 34,2(มิถุนายน 2547): 236.

แพ่ง ต่างกันแต่ในข้อสำคัญที่ว่า สำหรับความผิดทางอาญานั้น แผ่นดินมีส่วนได้เสียที่จะให้อัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญา และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดในทางอาญา เป็นโทษแก่เสรีภาพหรือชีวิตของผู้กระทำความผิด คืออาจถูกจำคุกหรือประหารชีวิต แต่ส่วนละเมิดทางแพ่งนั้น บ้านเมืองไม่เข้าไปเกี่ยวข้องเป็นโจทก์ฟ้องคดี ผู้เสียหายต้องเป็นโจทก์ฟ้องเอง และผลร้ายที่นำไปสู่ผู้ทำละเมิดทางแพ่งก็มีได้แต่ในทางทรัพย์สิน คือต้องใช้เงินเป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่โจทก์ได้รับเนื่องจากละเมิด จะนำผลร้ายไปสู่ผู้ละเมิดในทางตัดเสรีภาพหรือทำให้เขาเสียชีวิตไม่ได้ เพราะฉะนั้น สำหรับความผิดทางอาญาและการทำละเมิดทางแพ่งตามกฎหมายเก่า จึงขอกล่าวรวมๆกันไป โดยให้ชื่อว่ามูลละเมิด<sup>83</sup> ซึ่งกฎหมายฉบับที่มีลักษณะเป็น “มูลละเมิด” ดังที่ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวไว้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา มีดังนี้

1. พระไอยการพรมศักดิ์
2. พระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่าน
3. พระไอยการลักษณวิวาทตีต่อกัน
4. พระไอยการลักษณโจร
5. พระไอยการเบดเสร็จ (พระไอยการเบ็ดเสร็จ)

ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายหลักการของพระไอยการต่างๆ ข้างต้น และยกตัวอย่างบทมาตราที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นละเมิดไว้พอสังเขปเท่านั้น

#### 1. พระไอยการพรมศักดิ์

พระไอยการพรมศักดิ์ หรือพระไอยการพรมศักดิ์ หรือพระไอยการพรมศักดิ์ ก็เรียก ได้รับการตราขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2136 เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการกระทำความผิดในลักษณะต่างๆ เช่น การพินแทงทูปตี การทำฉมบกฤตติยา การใส่ยาพิษ การเป็นหญิงนอกใจผัว ว่าต้องมีระวางโทษเช่น

<sup>83</sup> เสนีย์ ปราโมช, ปราชญ์เรื่องกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (คณะกรรมการจัดงานอนุสรณ์อยุธยา, 2510), หน้า 5.

\* คือการใช้เวทมนตร์หรือวิธีการทางไสยศาสตร์



โดบ้าง ซึ่งโทษของพระอัยการพรมศักดิ์ก็คือ การจ่ายเบี้ยปรับหรือการปรับไหม โดยมีการปรับทั้งสินไหมและพิไย<sup>\*</sup> ซึ่งหลักการพื้นฐานของพระอัยการนี้อยู่ในมาตราหนึ่งที่บัญญัติว่า

“มาตราหนึ่ง ถ้าผู้โดบ้างอาจพ้นทางเหตุกันให้ตายก็ดี ทำฉบบกฤตยาให้ตายก็ดี ใส่ยาให้กันตายก็ดี อนึ่งมิได้แก่ล้งให้ตายก็ดี แลทำให้ตายด้วยหาพิจารณามิได้ก็ดี แลลงสินไหมก็ดี ตามโทษหนักเบา นั้น ตามค่าคนดังนี้

ถ้าแลมิได้ตาย ให้ใหม่ตามพระอัยการเดิม

ถ้าผู้ชาย อายุศม<sup>\*\*</sup> เดือน ๑ ๒ ๓ เดือนค่า ๖ บาท อายุศม ๔ ๕ ๖ เดือนค่า ๒ ตำลึง อายุศม ๗ ๘ ๙ เดือนค่า ๑๐ บาท อายุศม ๑๐ ๑๑ เดือนค่า ๓ ตำลึง

ผู้ชายอายุศมชวบ ๑ ๒ ชวบค่า ๔ ตำลึง อายุศม ๓ ๔ ชวบค่า ๕ ตำลึง อายุศม ๕ ๖ ชวบค่า ๖ ตำลึง อายุศม ๗ ๘ ชวบค่า ๘ ตำลึง อายุศม ๙ ๑๐ ๑๑ ๑๒ ๑๓ ๑๔ ๑๕ ชวบค่า ๑๑ ตำลึง อายุศม ๑๖ ๑๗ ๑๘ ๑๙ ๒๐ ชวบค่า ๑๒ ตำลึง อายุศม ๒๑ ๒๒ ๒๓ ๒๔ ๒๕ ชวบค่า ๑๓ ตำลึง อายุศม ๒๖ ๒๗ ๒๘ ๒๙ ๓๐ ๓๑ ๓๒ ชวบค่า ๑๔ ตำลึง อายุศม ๓๓ ๓๔ ๓๕ ๓๖ ๓๗ ๓๘ ๓๙ ๔๐ ชวบค่า ๑๕ ตำลึง อายุศม ๔๑ ๔๒ ๔๓ ๔๔ ๔๕ ๔๖ ๔๗ ๔๘ ๔๙ ๕๐ ชวบค่า ๑๖ ตำลึง อายุศม ๕๑ ๕๒ ๕๓ ๕๔ ๕๕ ชวบค่า ๑๐ ตำลึง อายุศม ๕๖ ๕๗ ๕๘ ๕๙ ๖๐ ชวบค่า ๘ ตำลึง อายุศม ๖๑ ๖๒ ๖๓ ๖๔ ๖๕ ชวบค่า ๖ ตำลึง อายุศม ๖๖ ๖๗ ๖๘ ๖๙ ๗๐ ชวบค่า ๔ ตำลึง อายุศม ๗๑ ๗๒ ๗๓ ๗๔ ๗๕ ชวบค่า ๓ ตำลึง อายุศม ๗๖ ๗๗ ๗๘ ๗๙ ๘๐ ชวบค่า ๑๐ บาท อายุศม ๘๑ ๘๒ ๘๓ ๘๔ ๘๕ ชวบค่า ๒ ตำลึง อายุศม ๘๖ ๘๗ ๘๘ ๘๙ ๙๐ ชวบค่า ๖ บาท อายุศม ๙๑ ถึง ๑๐๐ ชวบค่าตำลึงหนึ่ง

\* สินไหม คือเงินค่าปรับที่จ่ายให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งมีความใกล้เคียงกับค่าสินไหมทดแทนในปัจจุบัน เพียงแต่ในสมัยก่อนการจ่ายเงินค่าสินไหมจะเป็นการจ่ายตามอัตราที่วางไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว โดยเหตุนี้สินไหมจึงใกล้เข้าไปในทางเป็นค่าปรับมากกว่าเป็นค่าทดแทนความเสียหาย อีกประการหนึ่งสินไหมยังใกล้เข้าไปในทางเป็นค่าปรับยิ่งขึ้นอีก โดยพฤติการณ์ที่สินไหมนี้ยอมเป็นที่ถือกันเสมือนเป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่งซึ่งใช้ลงแก่ผู้กระทำละเมิด โดยเหตุที่การละเมิดนั้นมีลักษณะเป็นการผิดกฎหมาย ในฐานะเช่นนี้สินไหมยอมเรียกให้สูงยิ่งขึ้นไปกว่ามูลค่าของความเสียหายเป็นธรรมดา

\*\* พิไยหรือพิไย คือเงินค่าปรับเป็นภาคหลวง(ตกแก่รัฐ)

\*\*\* อายุศม คืออายุเข้า หรืออายุย่างเข้า เช่น อายุศมเดือน ๑ ๒ ๓ เดือน แปลว่ากำลังมีอายุเข้า 1 เดือน หรือ 2 เดือน หรือ 3 เดือน ซึ่งหมายความว่า เป็นทารกแรกเกิดที่มีอายุเพียง 1 เดือน หรือ 2 เดือน หรือ 3 เดือน เป็นต้น

ถ้าผู้หญิง อายุศมเดือน ๑ ๒ ๓ เดือนค่าตำลึงหนึ่ง อายุศม ๔ ๕ ๖ เดือนค่า ๖ บาท  
อายุศม ๗ ๘ ๙ เดือนค่า ๒ ตำลึง อายุศม ๑๐ ๑๑ เดือนค่า ๑๐ บาท

อายุศมชวบ ๑ ๒ ชวบค่า ๓ ตำลึง อายุศม ๓ ๔ ชวบค่า ๔ ตำลึง อายุศม ๕ ๖ ชวบค่า  
๕ ตำลึง อายุศม ๗ ๘ ชวบค่า ๗ ตำลึง อายุศม ๙ ๑๐ ชวบค่า ๘ ตำลึง อายุศม ๑๑ ๑๒ ๑๓ ๑๔ ๑๕  
ชวบค่า ๙ ตำลึง...อายุศม ๙๑ ถึง ๑๐๐ ชวบค่าสามบาท...”<sup>84</sup>

จะเห็นว่าการกระทำความผิดในมาตรานี้ เป็นเรื่องการพันแทงทุบตี การใส่ยาให้กัน  
ตาย(วางยาพิษ) เป็นการกระทำต่อร่างกายของบุคคลอื่นให้เสียหาย ส่วนการทำมบกฤติยาซึ่งเป็น  
เรื่องของเวทมนตร์ไสยศาสตร์นั้น หากมีผลต่อร่างกายผู้ถูกกระทำเช่น พิการ เป็นโรคประสาท ก็ถือว่า  
ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายบุคคลอื่นเช่นเดียวกัน อันนับว่าเป็นเรื่องละเมิดแล้ว ในส่วนของ  
มาตราอื่นๆ ที่เหลือเกือบทั้งหมด จะเป็นเกณฑ์กำหนดค่าปรับใหม่เสียส่วนใหญ่ ที่จะคิดค่าปรับ  
อย่างไร เป็นจำนวนเท่าใด เช่น การทำร้ายผู้มีศักดิ์นาต้องเพิ่มค่าเสียหายให้เขามากน้อยตามศักดิ์นา  
สูงต่ำ หรือค่าเสียหายสามารถลดลงตามส่วนของสภาพบาดแผลว่าฉกรรจ์หรือไม่ฉกรรจ์ได้ เป็นต้น

## 2. พระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่าน

พระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่าน หรือพระอัยการลักษณะลักพา หรือพระอัยการ  
ลักษณะลักพาลูกเมียผู้คนท่าน หรือกฎหมายลักษณะลักพาก็เรียก เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเมื่อ พ.ศ.  
1899 ในแผ่นดินของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1(พระเจ้าอู่ทอง) มี 35 มาตรา บัญญัติถึงเรื่องลักขาคคนลูก  
เมียเขา พากันหนีไปเพื่อเอาไปขาย หรือเพื่อชู้สาว โดยผู้ถูกลักพาตัวไปสมัครใจไปเองบ้าง คนพาขึ้นใจ  
บ้าง<sup>85</sup> ซึ่งโทษในพระไอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่านก็มีหลายรูปแบบด้วยกัน เช่น ปรับไหม ถูกทวนแทง  
สัก ตีด้วยไม้หวาย ริบราชบาต ประหารชีวิต เป็นต้น แต่สิ่งที่ทำให้พระไอยการฉบับนี้มีความเป็น  
กฎหมายละเมิดอยู่ในตัวก็คือลักษณะการกระทำผิด “ลักขาคคนลูกเมียผู้อื่น” เพราะเป็นการทำต่อบุคคล  
อื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่เสรีภาพของเขา ดังที่มาตรานึ่งได้บัญญัติว่า

“๑ มาตรานึ่ง ผู้ใดลักไพร่ฟ้า ขาคคนลูกเมียท่านภานี แลมิทันภานี ยังแต่ตินน้ำท่า  
ในตลาดผสวนแห่งใดๆ มีศักขิพญาณว่าจะเอาขาคคนท่านภานีจริง ท่านว่าผู้นั้นเปนโจร ให้ไหมถึงค่า  
ถ้าเอาทาท่านไปซ่อนไว้ในเรือน แลมิทันภานี ยังอยู่ในเรือน ให้ไหมเท่าทุน ถ้าภานีออกไปนอก  
เมืองค้ำไปฝากน้ำท่า แลเจ้าคนมาพบให้ไหมค้ำกึ่ง ถ้าส่งแลภานีตามทางไปต่างเมืองก็ตี เอาไปขาย

<sup>84</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 336-339.

<sup>85</sup> พระวรภักดีพิบูลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: คณะ  
รัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2512), หน้า 117.

ก็ดี ถ้าได้ตัวคืนมา ให้ไหมสองค่า ถ้ามิได้ตัวมาไซ้ให้ใช้ทุน แล้วให้ไหมสองค่า ให้ทวนโดยสกรรมิ สกรร แล้วให้ศักรูปคนไว้...”<sup>86</sup>

ในมาตราหนึ่งนี้ เป็นกรณีที่ลักขาคคนลูกเมียเขาแต่ยังพาไปไม่ถึงไหน เมื่อถูกจับได้ก็ต้องจ่ายสินไหม แต่เป็นจำนวนที่น้อย ต่อเมื่อพาออกไปได้ไกลมากขึ้นก็ต้องจ่ายสินไหมมากขึ้นเป็นเงาตามตัว ซึ่งลักษณะการลักพาผู้อื่นไปเช่นนี้ ย่อมเป็นการกระทำต่อเสรีภาพของผู้อื่นแล้ว มีลักษณะเป็นความผิดตามกฎหมายละเมิด

และหากมีการทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกลักพาไป ก็ถือว่าก่อความเสียหายในร่างกายไปพร้อมกันด้วย ดังที่มาตรา 16 ได้บัญญัติว่า “๑๗ มาตราหนึ่ง มีผู้ลักลูกเมียผู้คนที่น้องท่านไปไว้เรือนพี่น้องญาติเพื่อนฝูงมัน แลมันก็ทำซู้สูหญิงนั้นแล้ว มันเอาไปขายต่างบ้านต่างเมือง แลเจ้าเย่า เจ้าเรือนรู้เห่น มิบอกเจ้าผัว เจ้าพ่อ เจ้าแม่ เจ้าข้า เจ้าคน นายบ้าน นายเมือง อำพรางไว้ ท่านรู้ด้วยประการใด ท่านให้ลงโทษแก่เจ้าเรือนในระวางรู้เห่นด้วยใจ”<sup>87</sup>

นอกจากลักษณะการกระทำผิด “ลักขาคคนลูกเมียผู้อื่น” จะมีความผิดตามกฎหมายละเมิดแล้ว ในส่วนของโทษที่กำหนดให้จ่ายไหมหรือปรับไหมก็ถือเป็นส่วนหนึ่งที่มีนัยใกล้เคียงกับค่าสินไหมทดแทนในเรื่องละเมิดด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีหลักฐานใดมายืนยันได้ว่าการจ่ายสินไหมนี้เป็นการจ่ายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและเป็นการจ่ายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นมิใช่เพื่อการลงโทษผู้กระทำความผิด

### 3. พระไอยการลักษณะวิวาทตีต่อกัน

พระไอยการลักษณะวิวาทตีต่อกัน หรือพระไอยการลักษณะวิวาท หรือกฎหมายลักษณะวิวาท ได้รับการตราขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2230 ในแผ่นดินสมเด็จพระเพทราชาและมีเพิ่มเติมขึ้นอีกหลายคราว ได้ถูกยกเลิกเมื่อ พ.ศ. 2451 โดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กฎหมายนี้มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 46

\* สกรร หรือ สกรรจ แปลว่า ร้าย ทุร้าย เก่งกาจ ในปัจจุบันนิยมใช้คำว่า ฉกรรจ มากกว่า ส่วน มิส- หรือ มิสก- แปลว่า เจือ ปน คละ ให้ทวนโดยสกรรมิสกรร ผู้เขียนเข้าใจเองว่าหมายถึงการใช้ทวนแทงอย่างรุนแรงสลัดกับผอนแรงคละกันไป

<sup>86</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 112.

<sup>87</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 117.

มาตรา<sup>88</sup> บัญญัติเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย ทั้งกรณีที่มีผู้กระทำฝ่ายเดียวและต่างฝ่ายต่างกระทำต่อกัน หรือมีการใช้อาวุธเข้าทำร้ายกัน รวมถึงเรื่องหมิ่นประมาทด้วย ซึ่งโทษที่มีอยู่ในพระไอยการลักษณะวิവാทตีดำกันนี้ ก็มีหลายรูปแบบ เช่น จ่ายสินไหม จ่ายพิไฉน ตบแต่งข้าวตอกดอกไม้ธูปเทียน สิ้นนุ่งห่ม เล่าเข้าเปิดไก่อ(เหล่า ข้าว เปิด ไก่อ) ไปแปลงขวันกัน จองจำ(จำคุก) ให้นิมนพระสงฆ์ ๗ รูปสวดมนต์น้ำ แต่งมัดพลี ๆ เรือนท่าน เขียร(เขียรน) ทเวนบก(ตระเวนบก) ทเวนเรือ(ตระเวนเรือ) ตัดนิ้วมือ ปอกเล็บมือ(ปอกเล็บมือ) ทำแพลอมันเสีย ขึ้นชาหย่าง ประจาน(ชาหย่างประจาน) ทวนด้วยลวดหนัง สักอกฆ่าให้ตายตกไปตามกัน เป็นต้น

สำหรับความเป็นกฎหมายละเมิดที่แอบแฝงอยู่ในพระไอยการฉบับนี้ อยู่ที่ลักษณะของการกระทำผิดที่ทะเลาะวิวาทกัน แล้วมีการเข้าทำร้ายร่างกายกัน ซึ่งถือเป็นกรณีที่มีการทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้ผู้อื่นเสียหายแก่ร่างกายของเขา ดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 17 ว่า "๑๗ มาตราหนึ่ง ผัวเมียวิวาทกัน ชายฉว่ทุบตีฟันแทงหญิงผู้เมียตาย ให้ลงโทษตั้งฉฉผู้อื่น ถ้าหญิงทุบตีฟันแทงชายผู้ฉว่ตาย ให้ลงโทษฉฉกัน ถ้าบแกฉฉตีฟันแทงให้ตาย ท่านว่าให้ไหมโดยศักติมือศักติไม้ ศักติเหล็ก" สินไหมให้เอาเข้าพระคลังหลวงฉฉฉฉ"<sup>89</sup>

<sup>88</sup> พระวรภักดีพิบูลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2512), หน้า 127.

\* บัดพลี หรือ บัตรพลี (บัด-พะ-ลี) คือภาชนะทำด้วยกาบกล้วย เป็นรูปกระบะสี่เหลี่ยม สำหรับวางเครื่องเช่นสังเวย เรียกเต็มว่าบัตรกรุงพาลี ถ้าทำเป็นรูปสามเหลี่ยมเรียกบัตรคางหมู ถ้ามีเสาธงประกอบตั้งแต่ 4 เสาขึ้นไปเรียกว่าบัตรพระเกตุ ถ้าทำเป็นรูปสี่เหลี่ยมมียอดเรียกว่าบัตรนพเคราะห์

\*\* ชาหย่าง หรือ ชาหย่าง คือไม้สามอันผูกปลายรวมกันและกางออกไป สำหรับตั้งหรือห้อยของต่าง ๆ

\*\*\* ให้ไหมโดยศักติมือ ศักติไม้ ศักติเหล็ก คือวิธีการปรับสินไหมโดยเทียบระดับกับการทำร้ายว่าเสมือนเป็นการทำร้ายด้วยมือก็ปรับสินไหมน้อย ต่อเมื่อเป็นเสมือนเป็นการทำร้ายด้วยไม้ เหล็ก ค่าสินไหมก็จะเพิ่มสูงขึ้นตามลำดับ

<sup>89</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 248.



นอกจากกรณีการทำร้ายร่างกายแล้ว ในพระไอยการลักษณะวิวาทที่ด่ากันยังมีเรื่องเกี่ยวกับการ "ด่าสบประมาทท่านให้ได้รับความอาย" ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 37 ว่า

"๓๗ มาตราหนึ่ง ด่าสบประมาทท่านให้ได้รับความอายว่ามึงทำชู้ด้วยแม่มึงๆ ทำชู้ด้วยพ่อมึงๆ ทำชู้ด้วยลูกมึงๆ ทำชู้ด้วยหลานมึง ถ้าเป็นสัจตั้งมั่นด่า อย่าให้มีโทษแก่ผู้ด่านั้นเลย ให้ลงโทษแก่ผู้ทำกระสือลามกนั้นโดยบทพระอาชญาการ ถ้าพิจารณาเป็นสัจว่ามึงแก้งด่าท่านให้ได้อาย ให้ไหม้กิ่งค่าตัวตามกระเศียรอายุศรมผู้ต้องหา

อนึ่งด่าท่านว่ามึงเป็นชู้ก่อนมึงเป็นชู้ก่อนก็ดี พิจารณาเป็นสัจว่ามึงแก้งด่าท่านให้ได้รับความอายอดสูดั่งนั้น เป็นสบประมาท ให้ไหม้กิ่งค่า ถ้าจริงดูจ่มันด่าใช้ ก็ให้ไหม้กิ่งนั้นลงมาเล่า ถ้าด่าสิ่งอื่นเปรียบเทียบท่าน พิจารณาเป็นสัจ ท่านว่ามึงด่าหมูประทามันด่าหมาเปรียบเทียบ ให้ไหม้โดยเบี่ยค่าตัวเอาแต่กิ่งหนึ่ง

กล่าวลักษณะวิวาทด่ากันให้ปรับไหมโดยสังเขปแต่เท่านี้"<sup>90</sup>

จากบทบัญญัติมาตรานี้เป็นเรื่องการว่าสบประมาทบุคคลอื่นว่าเขาไปเป็นชู้กับแม่ พ่อ ลูก หลาน ของเขา หรือตามวรรคสองไปว่าเขาเป็นชู้กับตนเอง เป็นข้าทาสของตนเอง จนทำให้เขาได้รับความอายอดสู ซึ่งการกล่าวในลักษณะนี้ถือว่าการกล่าวหรือไซ่ข่าวเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่น หากเรื่องที่น่าไปกล่าวหรือไซ่ข่าวเป็นเรื่องจริงก็ถือว่าละเมิดได้เกิดขึ้นแล้ว เมื่อเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423

ส่วนความผิดอีกฐานหนึ่งซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นลักษณะกฎหมายละเมิดก็คือเรื่องบุกรุก ซึ่งอยู่ในพระไอยการลักษณะวิวาทที่ด่ากัน หมวดที่ 3 ตั้งแต่มาตรา 38 ถึงมาตรา 46 โดยจะขอยกตัวอย่างในมาตรา 39 ที่บัญญัติว่า "๓๘ มาตราหนึ่ง วิวาทร้องด่าเถียงกัน ผู้ใดออกไปจากที่แดนตน

<sup>90</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 255.

\* มาตรา 423 บัญญัติว่า "ผู้ใดกล่าวหรือไซ่ข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะรู้ได้"

รุกเข้าไปถึงที่แดนท่านดำตีกันไว้ ท่านว่าผู้นั้นรุก ให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกา<sup>91</sup> ซึ่งจะเห็นว่าในมาตรา นี้ เป็นการทะเลาะวิวาทกันจนกระทั่งเข้าไปถึงภายในเขตแดนของผู้อื่น จนเกิดเป็นความผิดฐาน “รุก” อันมีนัยเดียวกันกับ “บุกรุก” มาตรา 362 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายให้บุคคลอื่นเสียหายแก่ทรัพย์สิน ซึ่งมีลักษณะของละเมิดด้วย

#### 4. พระไอยการลักษณะโจร

พระไอยการลักษณะโจร หรือพระอัยการลักษณะโจร หรือกฎหมายลักษณะโจร เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้เมื่อ พ.ศ.1903 มีทั้งสิ้น 167 มาตรา แต่ถูกยกเลิกไปเมื่อ พ.ศ. 2451 โดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 รวมเวลาที่ถูกบังคับใช้คือ 458 ปี กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติถึงความผิดในเรื่องลักทรัพย์เป็นส่วนมาก นอกจากนี้ยังมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ฐานทำให้เสียทรัพย์ ฐานวางเพลิง ฐานรับของโจร ฐานทำเงินปลอม ฐานประมาททำให้เกิดเพลิงไหม้ และบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของผู้จับผู้ร้าย วิธีเอาตัวผู้ร้าย การสอบถามผู้ร้าย และวิธีลงโทษผู้ร้าย<sup>92</sup> ที่มีหลากหลายรูปแบบเช่น เอาทาบบน(ทัณฑ์บน) ไล่อันคอก ปรับสินไหม ปรับพิไนย ริบทรัพย์สิน ทวนด้วยลวดหนั่ง และหรือไม้หวาย ตัดนิ้วมือ ตัดมือ ตัดเท้า ชื่นขาหย่างผจาร(ขาหยั่งประจาน) เขียน จำคุก ฆ่า เอาใส่เตาเพลิงสูบมันเสีย เป็นต้น

สำหรับความเป็นกฎหมายละเมิดที่อยู่ในพระไอยการฉบับนี้ อยู่ที่ลักษณะของการกระทำความผิดของโจรที่ทำการลักทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ชิงทรัพย์ ซึ่งก็นับว่าเป็นการทำผิดกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นต่อทรัพย์สินตามนัยมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้ว ดังที่ปรากฏอยู่ในหลายมาตราของพระไอยการฉบับนี้ เช่น มาตรา 22 มาตรา 50 และมาตรา 70 เป็นต้น

<sup>91</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 256.

\* มาตรา 362 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเข้าไปกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

<sup>92</sup> พระวรภักดีพินุลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2512), หน้า 119.

"๒๒ มาตราหนึ่ง โจรปล้นสดมจลัทธิพิสัยของข้างม้าโคกระบือ เจ้าของจับทรัพย์ สิ่งของข้างม้าโคกระบือนั้นส่งมายังสุภาจ่าเมืองร้อยแขวง ถ้าพวกพ้องที่น้องญาติกาอายผู้ร้ายมาชิงเอา ข้างม้าโคกระบือทรัพย์สิ่งของมันไปจากสุภาจ่าเมืองร้อยแขวง ท่านว่าผู้นั้นละเมิด ให้เร่งเอาตัวจงได้ ให้ ทวนด้วยลวดหนึ่ง ๓๐ ๖๐ ที่ ให้เอาของนั้นตั้งใหม่กึ่งโจร ถ้าหนีได้ของคืนให้ทวน แล้วให้ใหม่จงดม" <sup>93</sup>

"๕๐ มาตราหนึ่ง ผู้ร้ายลักทรัพย์สิ่งของๆพระพุทธ พระธรรม พระสงฆ์ เป็นต้นว่าแก้ว แหวนเงินทองผ้าผ้อรแพรพรรณทรัพย์สิ่งใดๆ อันท่านอุทิศไว้ให้เป็นของพระพุทธ พระธรรม พระสงฆ์ แล ผู้ร้ายลักเอาไปขายก็ดี แลลักพระธรรมคำภีร์ไปขายก็ดี ให้ลงโทษเสมอลักทรัพย์ท่าน ให้เอาขึ้นหาหนทาง ผจจาร อย่าให้คนดูเยี่ยงหย่างกัน แลให้ทวนด้วยลวดหนึ่ง ๖๐ ที่ ให้ตัดมือ ให้ใหม่จตุรคูน" <sup>94</sup>

"๗๐ มาตราหนึ่ง ถือมิดพำเครื่องสาตราวุธไปด้อมมองลักหมากลักพลูลักกล้วยลัก อ้อยเครื่องอัยมะณีในไรในสวนท่านเพลากลางคืน ท่านว่าคือโจร ให้มัดผจจารไปถึงตะแลงแกง ให้ตีด้วย ไม้หวาย ๖๐ ที่ ให้ใช้ของท่าน ถ้ามันโบายพันแทงเจ้าของมีบาศเจบ ให้ใหม่โดยบาศเจบ ถ้าถึงตาย ให้ หมำมันเสีย" <sup>95</sup>

หากทำการสังเกตเนื้อความในมาตรา 50 เมื่อเทียบกับกฎหมายอาญาปัจจุบันแล้ว ก็ คือมาตรา 335 ทวิ ส่วนมาตรา 70 ก็คือการลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335(1) และมาตรา

<sup>93</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 274.

<sup>94</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 286-287.

<sup>95</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 294.

\* มาตรา 335 ทวิ บัญญัติว่า "ผู้ใดลักทรัพย์ที่เป็นพระพุทธรูปหรือวัตถุในทางศาสนา ถ้าทรัพย์ นั้นเป็นที่สักการะบูชาของประชาชน หรือเก็บรักษาไว้เป็นสมบัติของชาติ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของ พระพุทธรูป หรือวัตถุดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึง สองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำในวัด สำนักสงฆ์ สถานอันเป็นที่เคารพในทาง ศาสนา โบราณสถานอันเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน สถานที่ราชการหรือพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสามหมื่นบาท"

335(7) ในเวลาเดียวกัน และเมื่อโจรเข้าไปลักทรัพย์ผู้อื่นแล้วกลับเผาเรือนเขาเสียด้วยก็ย่อมมีความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 218 ซึ่งนับเป็นความผิดฐานละเมิดในตัวอยู่แล้ว ดังตัวอย่างที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 53 ที่บัญญัติว่า “๕๓ มาตราหนึ่ง โจรปล้นเรือนเอาไฟเผาเรือนแลไม่สิ่งสิ้นท่าน ให้ฆ่าโจรนั้นเสีย”<sup>96</sup>

นอกจากการทำผิดกฎหมายให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์ดังที่กล่าวไปแล้ว ในพระไอยการฉบับนี้ยังมีความเสียหายที่เกิดต่อร่างกายด้วย คือเป็นกรณีที่ไปลักทรัพย์ผู้อื่นแล้วทำร้ายผู้อื่นหรือฆ่าผู้อื่น เช่น มาตรา 44 และ มาตรา 56 เป็นต้น

“๕๔ มาตราหนึ่ง โจรปล้นฟันแทงเจ้าเรือนตายโทษหนัก ให้จำด้วยชื่อคาไม้จริงไซรัตรวน ถ้าแลจำด้วยคาไม้ไผ่ ท่านว่ากินสิ้นจ้าง ถ้าแลโทษเบา ให้จำด้วยคาไม้ไผ่ซึ่งชอบ ถ้าผู้ใดหนีฟังให้ใหม่โดยโทษานุโทษ”<sup>97</sup>

“๕๖ มาตราหนึ่ง โจรตัดช่องย่องเบาฟันแทงเจ้าทรัพย์บาทเจ็บเบาเอาทรัพย์สิ่งของไปให้เอาทุนทรัพย์ตั้งใหม่ทวีคูณ แลใหม่โดยบาทเจ็บอีกโสดหนึ่ง แล้วให้ทวนโจรแลพวกโจร ๖๐ ที่ ถ้าตัดช่องย่องเบาเบาเอาทรัพย์ไป ให้เอาทุนทรัพย์ตั้งใหม่ทวีคูณ แล้วให้ทวนโจรแลพวกโจรคล ๖๐ ที่ ถ้ายังหนีทันได้ทรัพย์ไป ให้ทวน ๓๐ ที่ เอาตัวจำไว้ณคุก”<sup>98</sup>

---

\* มาตรา 335 บัญญัติว่า “ผู้ใดลักทรัพย์ (1) ในเวลากลางคืน... (7) โดยมีอาวุธ หรือร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท

ถ้าความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยลักษณะดังที่บัญญัติไว้ในอนุมาตราดังกล่าวแล้วตั้งแต่สองอนุมาตราขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท...”

<sup>96</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 288.

<sup>97</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 284.

<sup>98</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 289.



## 5. พระอัยการเบ็ดเสร็จ

พระอัยการเบ็ดเสร็จ หรือพระอัยการเบ็ดเสร็จ หรือกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ได้รับการตราขึ้นเมื่อ พ.ศ. ๑๙๐๓ ในแผ่นดินของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ (พระเจ้าอู่ทอง) และมีการตราเพิ่มอีกหลายครั้ง จนมีจำนวนทั้งสิ้น 155 มาตรา เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาหลายเรื่องปนกัน บัญญัติเป็นเรื่องๆ เป็นตอนๆ สมชื่อว่าเป็นกฎหมายเบ็ดเสร็จ<sup>99</sup> เช่น เรื่องการทำไรไถนา เรื่องที่ดิน เรื่องข้อ จำนำ ทรัพย์และที่ดินแก่กัน เรื่องฝากทรัพย์ เรื่องเช่ายืม เรื่องจ้างวาน เรื่องซื้อขาย เรื่องหุ้นส่วน เรื่องพนันขันต่อ เรื่องผี เป็นต้น แต่ในที่นี่ผู้เขียนจะขอกล่าวเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิดเท่านั้น

ในหมวด 1 ว่าด้วยลักษณะไรนา มาตรา 1 ถึงมาตรา 36 เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อส่งเสริมให้เมืองไทยเป็นเมืองในน้ำมีปลาในนามีข้าว เพราะภัยอันตรายแรงที่สุดสำหรับคนกรุงเก่า ร้ายยิ่งกว่าศึกพม่า ดูเหมือนจะเป็นทุกภิกขภัยไม่มีข้าวกิน ซึ่งในกฎหมายอยุธยาแม้มีการกล่าวถึงภัยข้อนี้บ่อยๆ และมีกล่าวถึงในกฎหมายแทบทุกลักษณะ<sup>100</sup> จึงให้มีการดูแล ควบคุม สัตว์กสิกรรมให้อยู่อย่างเรียบร้อยๆ ไม่ทำลายต้นกล้าหรือต้นข้าว ดังตัวอย่างที่บัญญัติไว้ดังนี้

"๒ มาตราหนึ่ง วัวควายเจ้าเดียวก็ดี ต่างเจ้าก็ดี กินเข้า ท่านไร่ ๑ ไร่ ๒ ไร่ ๓ ไร่ ถึง ๒๐ ไร่ ๓๐ ไร่ แลยกย่อยยับไปก็ดี ท่านให้นับตัววัวควายข้างม้าสิ่งละสิบตัวลงมา ให้ใหม่ ถ้าพันกว่านั้นขึ้นไปถึงร้อยตัวพันตัว เข้าแลยกยับเสียสิ้น ให้คงใหม่แต่ในสิ่งละสิบตัว แล้วให้เวนเข้าในนาให้แก่เจ้าข้างม้าโค กระบือ ให้นายบ้านนายเมืองร้อยแขวงกรมการกำนันนายอำเภอคุมมากแลน้อย ให้ใช้เข้าท่าน"<sup>101</sup>

"๗ มาตราหนึ่ง ผู้ใดเลี้ยงหมู ให้พิทักษ์รักษาใส่เล้าไว้ อย่าให้ปล่อยปลະละไปกินเข้าท่าน แลผู้ทำเข้ากล้า ให้พิทักษ์รักษาล้อมกล้าไว้จงค้ำับ ถ้าเจ้าหมูมิได้พิทักษ์รักษาใส่เล้าไว้ ปล่อยปลະ

<sup>99</sup> พระวรภักดีพิบูลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2512), หน้า 141.

<sup>100</sup> เสนีย์ ปราโมช, ปาฐกถาเรื่องกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (คณะกรรมการจัดงานอนุสรณ์อยุธยา, 2510), หน้า 21.

\* เข้า คือ ข้าว

<sup>101</sup> สถาบันปริทัศน์ พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 181.

ละไปกินเข้าต้น เข้ารวงท่านๆ แทงตาย หาโทษหมีได้ ถ้าหมูท่านไล่แล้วเจ้าเข้าหมีได้ล้อมเข้ากล้า ของตนไว้ แลหมูนั้นพลัดออกจากเล่ากินเข้ากล้า เจ้าเข้าแทงตาย ท่านว่าให้ใช้ค่าหมูเขา"<sup>102</sup>

จากตัวอย่างทั้งสองมาตราเป็นกรณีที่เจ้าของไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรกับการดูแลวัว ควาย ช้าง ม้า หมู ของตน จนกระทั่งสัตว์เหล่านี้ได้เข้าไปทำความเสียหายในที่นาของผู้อื่น เจ้าของจึงต้องรับผิดชอบ ซึ่งนับว่าสอดคล้องต้องกันกับกฎหมายในปัจจุบันคือมาตรา 433 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีที่ละเมิดเกิดขึ้นเพราะสัตว์

นอกจากกฎหมายละเมิดจะแบ่งอยู่ในพระอัยการเบ็ดเสร็จ หมวด 1 ว่าด้วยลักษณะไร่นา ยังมีอยู่ในหมวด 2 ว่าด้วยลักษณะกะหนาบคาบเกี่ยว (ตระหนาบคาบเกี่ยว) ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งทำการปลูกเรือนหรือทำสวนลำเขาแดนของตนเข้าไปสู่เขตแดนของอีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ถูกรุกกล้าจะต้องนำเรื่องราวดังกล่าวไปบอกกล่าวกับกระลาการกำนันพันซึ่งหากเทียบกับปัจจุบันก็คือ ผู้ใหญ่บ้านหรือกำนัน ถ้าหากไม่บอกกล่าวเอาไว้ก่อน แล้วต่อมาผู้รุกกล้าได้ทำให้ลูก เมีย ผู้คน ช้าง ม้า กระบือของผู้ถูกรุกกล้าล้มตายลง ก็ให้ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ถูกรุกกล้าต้องรับไป แต่ถ้าได้เคยไปบอกกล่าวไว้ล่วงหน้าก็สามารถเรียกสินไหมได้ตามพระราชอาญา ซึ่งหลักการนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ที่ว่า

"๕๔ มาตราหนึ่ง ผู้ใดซื้อที่ปลูกเรือนทำสวนคาบเกี่ยวกัน รู้แล้วแลมิได้ว่าแก่กัน มิได้ให้กระลาการกำนันพันที่รู้ อยู่มาหาความว่าซื้อที่บ้านทำสวนปลูกเรือนเกี่ยวคาบแล้ว ถ้าแลลูกเมียผู้คน ช้างม้าโคกระบือล้มตาย เปนกำมแก่ผู้ตาย ท่านมิให้มีโทษแก่มันเลย เพราะมิได้ว่าแต่แรก"<sup>103</sup>

การรุกกล้าเข้าไปปลูกเรือนหรือทำสวนในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นการเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเพื่อครอบครองอสังหาริมทรัพย์ อันถือเป็นความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 362 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว และยังเป็นกรกระทำผิดกฎหมายให้ผู้อื่นเสียหายแก่ทรัพย์สินตามนัยมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเวลาเดียวกันอีกด้วย

<sup>102</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 183.

\* มาตรา 433 บัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะสัตว์ ท่านว่าเจ้าของสัตว์หรือบุคคลผู้รับเลี้ยงรับรักษาไว้แทนเจ้าของจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่สัตว์นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรแก่การเลี้ยงการรักษาดูตามชนิดและนิสัยของสัตว์ หรือตามพฤติการณ์อย่างอื่น หรือพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นย่อมจะต้องเกิดมีขึ้นทั้งที่ได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้น..."

<sup>103</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 197-198.

นอกจากฐานความผิดที่กล่าวไปแล้ว ก็ยังมีความผิดฐานต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นเรื่องละเมิดกระจายอยู่ทั่วไปในพระโอัยการฉบับนี้ เช่นมาตรา 132 เป็นกรณีที่จะละเมิดจนเกิดความเสียหายขึ้นกับทรัพย์สินของผู้อื่น และมาตรา 142/1 เป็นกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ร่างกาย เป็นต้น

"๑๓๒ มาตราหนึ่ง ผู้ใดเป่ากลองไปต้องนกดันท่านเลี้ยงไว้ด้วยเสนหั้นถึงแก่มรณภาพ ควรให้ใหม่ใช้ค่าณั้น อนึ่งถ้าพันสุนัขสำหรับพเนจรนั้นถึงแก่มรณภาพ ให้ใหม่ใช้ค่าสุนัข อนึ่งถ้าพันวิลาระ ท่านถึงแก่มรณภาพ ให้ใหม่ใช้ค่าวิลาระท่าน"<sup>104</sup>

(๑๔๒/๑) "มาตราหนึ่ง ผู้ใดใส่จวนยาให้ท่านกิน ท่านเหงาเงืองจะตายแลแก่รอดก็ดี อนึ่งผู้รู้กระทำให้ท่านปวดหัวมัวตาลำบากด้วยประการใดๆ ก็ดี ท่านจับได้ ให้เอาตัวมันผู้เอางจวนยามาให้ท่านกินแลผู้กระทำท่านนั้นขึ้นขาหย่างประจาร แล้วปลงลงทอนด้วยลวดหนิง ๖๐ ที แล้วให้ใหม่ปลูกตัวเปนสิ้นใหม่ถึงพิไนยถึง แล้วส่งตัวจำไว้ณคุกโดยยถากำม ถ้าทำท่านตาย ให้ฆ่ามันเสีย"<sup>105</sup>

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดสมัยกรุงศรีอยุธยาว่ามีฉบับใดและได้แสดงไว้บ้างนั้น ในขั้นนี้พบว่ายังไม่มี "หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria)" ปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับใดเลย ซึ่งอาจเป็นเพราะวิวัฒนาการของกฎหมายยังไม่ถึงขั้นที่จะแยกแยะว่าการกระทำละเมิดใดทำแล้วไม่ผิดกฎหมาย หรือทำแล้วไม่ต้องรับโทษ หรืออีกนัยหนึ่ง อาจมีหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในสมัยกรุงศรีอยุธยาแล้ว แต่ไม่ปรากฏหลักฐานในรูปของกฎหมาย เป็นแต่เพียงจารีตประเพณีก็เป็นได้ ซึ่งข้อสันนิษฐานต่างๆ เหล่านี้ก็ยังคงขาดหลักฐานทางประวัติศาสตร์มาสนับสนุน ว่าที่แน่ชัดแล้วเป็นเช่นไร จึงยังไม่สามารถสรุปได้ว่าหลักความยินยอมเกิดขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาแล้ว อย่างไรก็ตามในหัวข้อถัดไป ผู้เขียนจะทำการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ซึ่งมีความพร้อมทางหลักฐานมากกว่ากรุงศรีอยุธยาที่มีช่วงเวลาที่ผ่านมาผ่านไปนานมาก จึงอาจพอหวังได้ว่าจะมีข้อยืนยันที่แน่ชัดเกี่ยวกับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดว่า นำเข้ามาใช้แล้วหรือไม่ และหากนำมาใช้แล้ว หลักดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้อย่างไรบ้าง

\* วิลาระ วิฬาร วิฬาร์ แปลว่าแมว

<sup>104</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 232.

<sup>105</sup> สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตราสามดวงเล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 236-237.

### 3. กฎหมายละเมิดสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ (ตอนต้น)

เมื่อถึงปลายรัชกาลสมเด็จพระเจ้ากรุงธนบุรี ได้เกิดการจลาจลขึ้นในกรุง กล่าวคือสมเด็จพระเจ้ากรุงธนบุรีมีพระอภัยมณีคิดปกตีไปจากเดิม จึงเกิดความเดือดร้อนขึ้นแก่ประชาชนทั้งภิกษุและฆราวาส พระยาสุรศักดิ์กับพวกจึงคิดการกบฏโดยควบคุมองค์สมเด็จพระเจ้ากรุงธนบุรีไปขังไว้แล้วออกว่าราชการแทน ในขณะนั้นเจ้าพระยามหากษัตริย์ศึก(รัชกาลที่ 1) กำลังไปราชการทัพที่เขมร เมื่อทราบข่าวการจลาจลจึงรีบยกทัพกลับกรุงธนบุรี เมื่อวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2325 ราษฎรเป็นจำนวนมากต่างพากันร้องขอให้ช่วยปราบกบฏ เมื่อเจ้าพระยามหากษัตริย์ศึกปราบกบฏเสร็จสิ้นลงแล้วและมาถึงพระราชวัง ชำราชการทั้งปวงก็พากันอ่อนน้อมแล้วอัญเชิญเจ้าพระยามหากษัตริย์ศึกปราบดาภิเษกขึ้นเป็นพระมหากษัตริย์ ทรงพระนามว่า พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจักรีบรมนาถ พระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ด้วยพระราชปณิธานที่ว่า "ตั้งใจจะอุปถัมภ์ภัก ยอยกพระพุทธศาสนา จะป้องกันขอบเขตสีมา รักษาประชาชนแลมนตริ" เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2325 อันนับเป็นองค์ปฐมกษัตริย์แห่งราชวงศ์จักรี หลังจากนั้นก็มีพระมหากษัตริย์สืบราชสันตติวงศ์ต่อมาอีก 8 พระองค์ จนกระทั่งถึงองค์ปัจจุบันคือพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช (รัชกาลที่ 9)

จวบจนปัจจุบัน เป็นระยะเวลาถึง 226 ปีแล้ว ที่องค์พระมหากษัตริย์แห่งราชวงศ์จักรีได้ทรงดูแลอาณาประชาราษฎร์ให้อยู่อย่างร่มเย็นเป็นสุข ซึ่งในชวงเวลานี้ นับเป็นชวงเวลาที่สำคัญต่อพัฒนาการของกฎหมายไทยเช่นเดียวกัน มีการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายเกิดขึ้นมากมาย ซึ่งรวมถึงการศึกษากฎหมายลักษณะละเมิดด้วย ในส่วนของหลัก "ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria)" เอง ก็ได้ปรากฏหลักฐานลายลักษณ์อักษรอย่างแน่ชัดในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นี้ แต่เป็นชวงรัตนโกสินทร์ตอนปลาย ซึ่งผู้เขียนได้นำเนื้อหาไปใส่ไว้ในบทที่ 4 แล้ว ดังนั้นในส่วนของภาคผนวกนี้จะเป็นเรื่องราวเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ (ตอนต้น) ตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชจนถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวเท่านั้น สำหรับประวัติศาสตร์ของกฎหมายละเมิดในช่วงหลังจากนี้ ขอให้ไปอ่านในบทที่ 4 ตั้งแต่หน้า 62 เป็นต้นไป

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช เป็นชวงเริ่มแรกของกรุงรัตนโกสินทร์ที่ต้องสร้างบ้านแปลงเมืองไปพร้อมๆกับการรับศึกจากพม่า ซึ่งมีทั้งศึกเก้าทัพ(ศึกพระเจ้าประดุง) ศึกทำดินแดงสามสบ ศึกลำปางและป่าซาง และศึกเมืองทวาย ทำให้กฎหมายที่นำมาปรับใช้ชวงระยะเวลาเริ่มต้นนี้ ยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้กันอยู่เมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยา โดยอาศัยความจำและคัดลอกกันมาตามเอกสารที่เหลือจากการถูกทำลาย ส่วนใดที่ขาดหายไปพระองค์ก็ทรงตราเป็นกฎหมายขึ้นใช้บังคับเอง ดังที่ ร.แลงกาตีได้กล่าวว่า "หลังจากที่กรุงศรีอยุธยาได้ถูกข้าศึกทำลายยับเยินลง และนครหลวงของประเทศไทยได้ย้ายลงมาตั้ง ณ กรุงเทพฯ แล้ว บทกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในครั้งนั้น ก็ยังคงอาศัยเอกสารกฎหมายต่างๆ ที่เหลือรอดมาได้จากการทำลายนั้นอยู่อีกเป็นเวลานาน และเป็นที่น่าเสียดาย



เอกสารกฎหมายเหล่านี้จะได้คัดลอกกันเนื่องๆ มา เพื่อสนองความต้องการของศาล เอกสารที่ว่านี้คงบรรจุไว้แต่เพียงส่วนน้อยของตัวบทกฎหมายที่ได้ใช้อยู่ในขณะกรุงศรีอยุธยาเสียแก่ข้าศึก ตามพระราชกำหนดใหม่ข้อที่ ๒๔ กล่าววาทกฎหมายเก่าครั้งกรุงศรีอยุธยาได้สูญไปมาก ในบทกฎหมายเก่าหรือสิบส่วนจะมีคงเหลืออยู่ก็แต่เพียงส่วนเดียวเท่านั้น เพื่อแก้ไขกำจัดความบกพร่องอันนี้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้า ได้ทรงทำการวินิจฉัยต่างๆ ในทางกฎหมายไว้ โดยทรงอาศัยมูลอำนาจอธิปไตยของพระองค์เองบ้าง ทรงอาศัยหลักฐานที่ได้จากการสืบสวนฟังคำบอกเล่าของผู้เฒ่าผู้แก่ มีอาทิผู้ได้เคยอยู่ในคณะตุลาการศาลแต่ครั้งเดิมๆ มาบ้าง อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ในครั้งนั้น ยังคงอาศัยบทกฎหมายต่างๆ ของกรุงศรีอยุธยาเป็นบรรทัดฐานสำคัญอยู่”<sup>106</sup>

จนกระทั่งได้เกิดคดีอ้าแดง ป้อมพ้องหย่านายบุญศรี\* ที่แสดงให้เห็นถึงความคลาดเคลื่อนของตัวบทกฎหมายจนไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นได้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชจึงโปรดเกล้าฯ ให้แต่งตั้งข้าราชการซึ่งมีสติปัญญาจำนวน 11 คน เป็นอาลักษณ์ 4 คน ลูกขุน 3 คน และราชบัณฑิต 4 คนมาทำการชำระพระราชกำหนด พระอัยการต่างๆ ที่มีอยู่ในหอหลวงให้ถูกต้องทั้งตัวสะกดและเนื้อหา แล้วให้จัดเป็นหมวดหมู่ เมื่อตรวจชำระเสร็จแล้ว อาลักษณ์ก็เขียน

<sup>106</sup> ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเล่ม 1-2, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526), หน้า 19.

\* อ้าแดง คือคำนำหน้าชื่อผู้หญิงในสมัยก่อน ซึ่งไม่ได้กำหนดลงไปชัดว่าต้องเป็นหญิงโสดหรือไม่ แต่คนทั่วไปมักเข้าใจว่า “อ้าแดง” หมายถึงหญิงที่แต่งงานแล้วเท่านั้น

\*\* คดีอ้าแดงป้อมพ้องหย่านายบุญศรี เป็นคดีที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ.2347 โดยอ้าแดงป้อมภรรยาได้ไปพ้องหย่านายบุญศรีสามี ซึ่งเป็นช่างเหล็กหลวง ทั้งที่อ้าแดงป้อมเป็นฝ่ายที่ไปมีชู้กับนายราชาอรรด ศาลกลับพิพากษาให้หย่าได้ตามที่อ้าแดงป้อมฟ้อง โดยอาศัยการพิจารณาคดีตามบทกฎหมายที่มีความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเปนหญิงหย่าชาย หย่าได้” เมื่อผลของคดีเป็นเช่นนี้ นายบุญศรีจึงได้นำเรื่องขึ้นทูลเกล้าถวายฎีกาต่อพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ พระองค์ก็ทรงเห็นด้วยว่าคำพิพากษาของศาลขัดกับหลักความยุติธรรม ทรงสงสัยว่าการพิจารณาพิพากษาคดีจะถูกต้องตรงตามตัวบทกฎหมายหรือไม่ จึงมีพระบรมราชโองการให้เทียบกฎหมายทั้ง 3 ฉบับ คือฉบับที่ศาลใช้กับฉบับที่หอหลวงและที่ห้องเครื่อง แต่ก็ปรากฏข้อความที่ตรงกัน เมื่อเป็นดังนี้ จึงทรงมีพระราชดำริว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม อาจมีความคลาดเคลื่อนจากการคัดลอก สมควรที่จะจัดให้มีการชำระสะสางกฎหมายใหม่

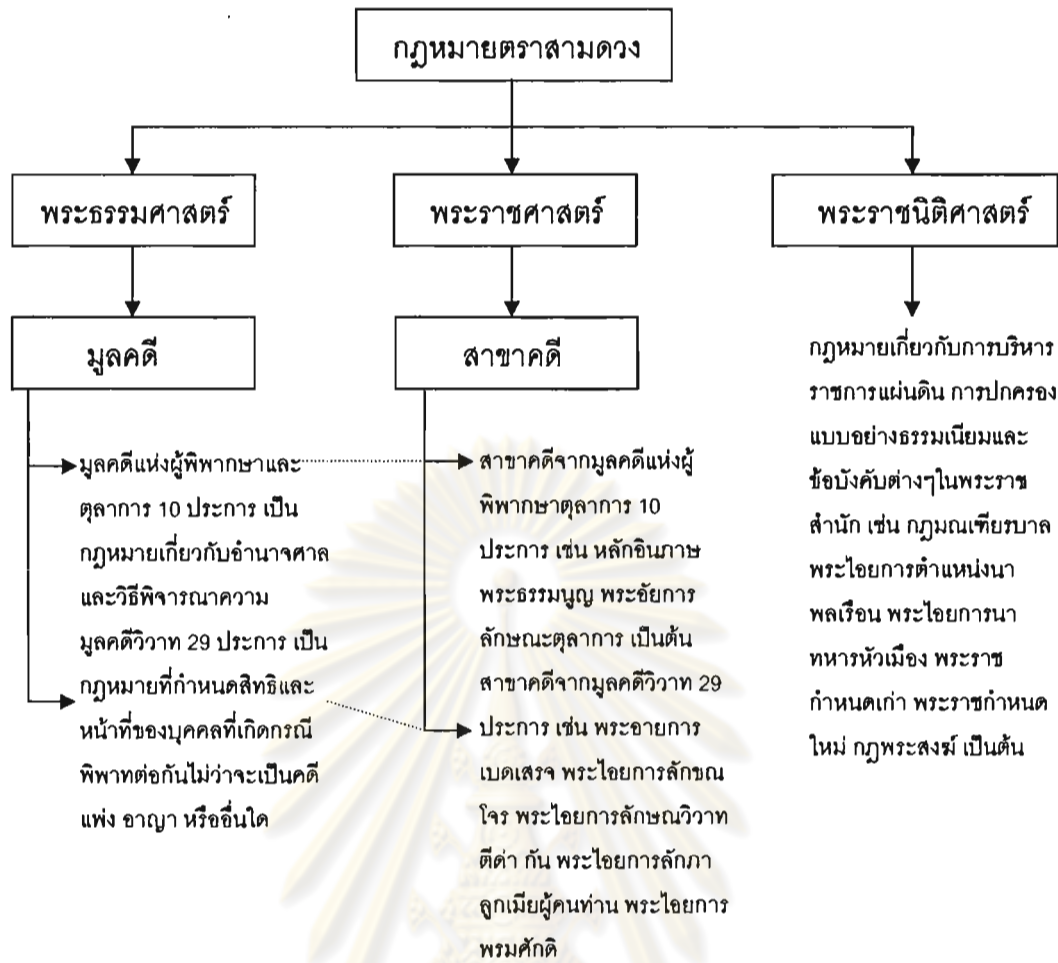
กฎหมายทั้งหมดด้วยหมึกลงบนสมุดข่อยสีขาว<sup>\*</sup> รวม 6 ชุด ชุดละ 41 เล่ม 3 ชุดแรกเป็นต้นฉบับแท้ เรียกว่าฉบับหลวง เขียนเสร็จเมื่อ พ.ศ.2348 บนปกแต่ละเล่มประทับตราพระราชสีห์(ตราของมหาดไทย) ตราพระคชสีห์(ตรากลาไหม) และตราบัวแก้ว(ตราของพระคลัง) แล้วนำ 3 ชุดแรกคือฉบับหลวงไปเก็บไว้ที่ห้องเครื่อง หอหลวง และศาลหลวงอย่างละฉบับ 3 ชุดที่เหลือไม่ได้ประทับตรา เรียกว่าฉบับรองทรงไว้ใช้สำหรับการคัดลอก อ่านเขียน เพื่อถนอมฉบับหลวงไว้ไม่ให้ชอกช้ำ ส่วนสถานที่เก็บก็เป็นที่ได้เดียวกับที่เก็บฉบับหลวง แต่เมื่อใดก็ตามที่จะทำการพิพากษาจะต้องอันเชิญฉบับหลวงออกมาเท่านั้น ดังพระราชปรารภของรัชกาลที่ 1 ตอนหนึ่งว่า "...ถ้าพระเกษมไกรสีห์เชิญพระสมุด พระราชกำหนดบทพระอาัยการออกมาพิพากษากิจคดีใดใด ลูกขุนทั้งปวงไม่เห็นปิดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ บัวแก้ว สามดวงนี้ใช้ อย่าให้เชื้อฟ้งเอาเป็นอันขาดทีเดียว..."<sup>107</sup>

สำหรับเนื้อหาของกฎหมายตราสามดวงได้ถูกแบ่งออกตามแผนภูมิดังนี้  
(อยู่ในหน้าถัดไป)

## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

\* สมุดข่อยหรือสมุดไทย คือ เอกสารที่เขียนรูปหรืออักษรบนกระดาษไทยซึ่งทำจากเปลือกต้นข่อย มีลักษณะเป็นแผ่นยาวติดต่อกันและพับกลับไปกลับมา รูปเล่มเป็นสี่เหลี่ยมผืนผ้ามี 2 สี คือ สีดำ เรียกว่าสมุดไทยดำ สีขาวเรียกว่าสมุดไทยขาว

<sup>107</sup> ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมาย กฎหมายตราสามดวง(บางลักษณะเฉพาะที่ศึกษาในมหาวิทยาลัยรามคำแหง), (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง), หน้า 6.



เนื่องจากกฎหมายตราสามดวงนี้ ได้รับเอากฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยามาใช้ จะมีปรับปรุงบ้างก็เพียงเล็กน้อย กฎหมายละเมิดในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์จึงยังคงเป็นเช่นเดียวกับกรุงศรีอยุธยา คือไม่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายละเมิดโดยเฉพาะแต่เป็นกฎหมายลักษณะละเมิดที่อยู่ในพระโอยการฉบับต่างๆ เช่น พระโอยการพรมคักติ พระโอยการลักภาลูกเมียผู้คนท่าน พระโอยการลักษณวิวาทตีต่่ากัน พระโอยการลักษณโจร พระอัยการเบดเสจร(พระอัยการเบ็ดเสจร) ดังที่ได้อธิบายไปแล้ว ซึ่งได้มีการใช้เรื่อยมาจนกระทั่งถึงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5)

อย่างไรก็ตามในสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว(รัชกาลที่ 3) ได้มีการตรากฎหมายฉบับหนึ่งขึ้นในพ.ศ. 2380 ชื่อ “พระราชบัญญัติโจรห้าเส้น จ.ศ. ๑๑๙๙” เป็นกฎหมายที่กำหนดว่าภายในรัศมี 5 เส้น นับจากบ้านเรือนที่มีโจรปล้น หากโจรสามารถหนีไปได้ เพื่อนบ้านภายในรัศมี 5 เส้นนี้จะต้องถูกปรับใหม่ตามจำนวนมูลค่าทรัพย์สินที่โจรลักไป โดยหารเฉลี่ยกันไปเป็นครัวเรือนและไม่ถือ

\* 1 เส้น เท่ากับ 20วา และ 1 วา เท่ากับ 2 เมตร ดังนั้น 5 เส้น จึงเท่ากับ 200 เมตร

ตามบรรดาศักดิ์กล่าวคือทั้งเจ้าขุนมูลนายและราษฎรต้องถูกหารเฉลี่ยเท่าๆกัน เพื่อให้ผู้คนที่ไม่มีเงินมากพอช่วยกันเร่งติดตามจับตัวคนร้ายมาได้ เพราะในขณะนั้นได้ปรากฏว่ามีโจรปล้นบ้านเรือนเป็นจำนวนมาก ตั้งแต่แขวงกรุงเทพฯ แขวงนนทบุรี แขวงเมืองสาครบุรี ไปจนถึงแขวงกรุงเก่า ซึ่งลักษณะการตราพระราชบัญญัติโจรห้าเส้นนี้จะใช้วิธีการเขียนความเรียงติดต่อกันไป มิได้แบ่งแยกออกเป็นมาตรา ในช่วงแรกจะเป็นมูลเหตุว่าเหตุใดจึงต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น และช่วงหลังจะเป็นเกณฑ์การปรับไหม ซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้อ่านดูนี้ก็มิได้มีการเขียนถึงโทษของโจรเลยเพราะคงจะบัญญัติอยู่ในพระไอยการลักษณะโจรแล้ว จะมีก็แต่โทษของเพื่อนบ้านที่ไม่สามารถติดตามจับโจรมาได้ อย่างไรก็ตามก็นับได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายละเมิดอยู่บ้างเล็กน้อยเพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับโจรผู้กระทำผิดกฎหมายให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ทรัพย์ ซึ่งหากไม่นำกฎหมายฉบับนี้มากล่าวถึงไว้ ก็อาจไม่นับว่าครบเครื่องเรื่องกฎหมายโจร อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ก็นับว่าเป็นดาวดวงเด่นในสมัยต้นรัตนโกสินทร์เลยทีเดียว

จากการศึกษากฎหมายละเมิดในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชจนถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ยังไม่พบกฎหมายที่กล่าวถึงการกระทำละเมิดใดที่ไม่มีความผิดหรือไม่ต้องรับโทษ หรือหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) แต่อย่างไรก็ตาม ในการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายละเมิดตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเป็นต้นไป ได้พบหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่ามีการนำหลัก Volenti non fit injuria เข้ามาใช้ในการเรียนการสอน รวมถึงปรับใช้ภายในศาลแล้ว ซึ่งผู้เขียนได้นำเนื้อหาในส่วนที่สำคัญนี้ไปเขียนไว้ในบทที่ 4 เริ่มตั้งแต่หน้า 62 จึงขอให้ผู้ที่สนใจไปอ่านต่อได้ในหน้าดังกล่าว

## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

\* แขวงกรุงเทพฯ แขวงนนทบุรี แขวงเมืองสาครบุรี แขวงกรุงเก่า คือ กรุงเทพมหานคร จังหวัดนนทบุรี จังหวัดสมุทรสาคร และอำเภอผักไห่ จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ในปัจจุบัน





ภาคผนวก ข.

The German Civil Code of 1896 (Book 2 Law of Obligations)

Section 305-310, Section 823 and Section 826

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# THE GERMAN CIVIL CODE OF 1896

## Book 2

### Law of Obligations

#### Division 1

#### Subject matter of obligations

.....

#### Division 2

#### Drafting contractual obligations by means of standard business terms \*)

\* Official note:

This provision also serves to implement Directive 93/13/EEC of the Council of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (OJ L 95, p. 29).

#### Section 305

#### Incorporation of standard business terms into the contract

(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.

(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.

(3) The parties to the contract may, while complying with the requirements set out in subsection (2) above, agree in advance that specific standard business terms are to govern a specific type of legal transaction.

### **Section 305a**

#### **Incorporation in special cases**

Even without compliance with the requirements cited in section 305 (2) nos. 1 and 2, if the other party to the contract agrees to their applying the following are incorporated,

1. the tariffs and regulations of the railways issued with the approval of the competent transport authority or on the basis of international conventions, and the terms of transport approved under the Passenger Transport Act , of trams, trolley buses and motor vehicles in regular public transport services,

2. the standard business terms published in the gazette of the Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway and kept available on the business premises of the user,

a) into transport contracts entered into off business premises by the posting of items in postboxes,

b) into contracts on telecommunications, information services and other services that are provided direct by the use of distance communication and at one time and without interruption during the supply of a telecommunications service, if it is disproportionately difficult to make the standard business terms available to the other party before the contract is entered into.

### **Section 305b**

#### **Priority of individually agreed terms**

Individually agreed terms take priority over standard business terms.

### **Section 305c**

#### **Surprising and ambiguous clauses**

(1) Provisions in standard business terms which in the circumstances, in particular with regard to the outward appearance of the contract, are so unusual that the other party to the contract with the user need not expect to encounter them, do not form part of the contract.

(2) Any doubts in the interpretation of standard business terms are resolved against the user.

### **Section 306**

#### **Legal consequences of non-incorporation and ineffectiveness**

(1) If standard business terms in whole or in part have not become part of the contract or are ineffective, the remainder of the contract remains in effect.

(2) To the extent that the terms have not become part of the contract or are ineffective, the contents of the contract are determined by the statutory provisions.

(3) The contract is ineffective if upholding it, even taking into account the alteration provided in subsection (2) above, would be an unreasonable hardship for one party.

### **Section 306a**

#### **Prohibition of circumvention**

The rules in this division apply even if they are circumvented by other constructions.

### **Section 307**

#### **Test of reasonableness of contents**

(1) Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible.

(2) An unreasonable disadvantage is, in case of doubt, to be assumed to exist if a provision

1. is not compatible with essential principles of the statutory provision from which it deviates, or

2. limits essential rights or duties inherent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardised.

(3) Subsections (1) and (2) above, and sections 308 and 309 apply only to provisions in standard business terms on the basis of which arrangements derogating from legal provisions, or arrangements supplementing those legal provisions, are agreed. Other provisions may be ineffective under subsection (1) sentence 2 above, in conjunction with subsection (1) sentence 1 above.



## Section 308

### Prohibited clauses with the possibility of evaluation

In standard business terms the following are in particular ineffective

#### 1. (Period of time for acceptance and performance)

a provision by which the user reserves to himself the right to unreasonably long or insufficiently specific periods of time for acceptance or rejection of an offer or for rendering performance; this does not include the reservation of the right not to perform until after the end of the period of time for revocation or return under sections 355 (1) and (2) and 356;

#### 2. (Additional period of time)

a provision by which the user, contrary to legal provisions, reserves to himself the right to an unreasonably long or insufficiently specific additional period of time for the performance he is to render;

#### 3. (Reservation of the right to withdraw)

the agreement of a right of the user to free himself from his obligation to perform without any objectively justified reason indicated in the contract; this does not apply to continuing obligations;

#### 4. (Reservation of the right to modify)

the agreement of a right of the user to modify the performance promised or deviate from it, unless the agreement of the modification or deviation can reasonably be expected of the other party to the contract when the interests of the user are taken into account;

#### 5. (Fictitious declarations)

a provision by which a declaration by the other party to the contract with the user, made when undertaking or omitting a specific act, is deemed to have been made or not made by the user unless

a) the other party to the contract is granted a reasonable period of time to make an express declaration, and

b) the user agrees to especially draw the attention of the other party to the contract to the intended significance of his behaviour at the beginning of the period of time; this does not apply to contracts in which the whole of Part B of the Award Rules for Building Works are incorporated;

## 6. (Fictitious receipt)

a provision providing that a declaration by the user that is of special importance is deemed to have been received by the other party to the contract;

## 7. (Reversal of contracts)

a provision by which the user, to provide for the event that a party to the contract withdraws from the contract or gives notice of termination of the contract, may demand

a) unreasonably high remuneration for enjoyment or use of a thing or a right or for performance rendered, or

b) unreasonably high reimbursement of expenses;

## 8. (Unavailability of performance)

the agreement, admissible under no. 3, of the reservation by the user of a right to free himself from the duty to perform the contract in the absence of availability of performance, if the user does not agree to

a) inform the other party to the contract without undue delay, of the unavailability, and

b) reimburse the other party to the contract for consideration, without undue delay.

**Section 309****Prohibited clauses without the possibility of evaluation**

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

## 1. (Price increases at short notice)

a provision providing for an increase in payment for goods or services that are to be delivered or rendered within four months of the entering into of the contract; this does not apply to goods or services delivered or rendered in connection with continuing obligations;

## 2. (Right to refuse performance) a provision by which

a) the right to refuse performance to which the other party to the contract with the user is entitled under section 320, is excluded or restricted, or

b) a right of retention to which the other party to the contract with the user is entitled to the extent that it is based on the same contractual relationship, is excluded or restricted, in particular made dependent upon acknowledgement of defects by the user;

3. (Prohibition of set-off)

a provision by which the other party to the contract with the user is deprived of the right to set off a claim that is uncontested or has been finally and non-appealably established;

4. (Warning notice, setting of a period of time)

a provision by which the user is exempted from the statutory requirement of giving the other party to the contract a warning notice or setting a period of time for the latter to perform or cure;

5. (Lump-sum claims for damages)

the agreement of a lump-sum claim by the user for damages or for compensation of a decrease in value if

a) the lump sum, in the cases covered, exceeds the damage expected under normal circumstances or the customarily occurring decrease in value, or

b) the other party to the contract is not expressly permitted to show that damage or decrease in value has either not occurred or is substantially less than the lump sum;

6. (Contractual penalty)

a provision by which the user is promised the payment of a contractual penalty in the event of non-acceptance or late acceptance of the performance, payment default or in the event that the other party to the contract frees himself from the contract;

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;

letters (a) and (b) do not apply to limitations of liability in terms of transport and tariff rules, authorised in accordance with the Passenger Transport Act of trams, trolley buses and motor vehicles in regular public transport services, to the extent that they do not deviate to the disadvantage of the passenger from the Order on Standard Transport Terms for Tram and Trolley Bus Transport and Regular Public Transport Services with Motor Vehicles of 27 February 1970; letter (b) does not apply to limitations on liability for state-approved lotteries and gaming contracts;

8. (Other exclusions of liability for breaches of duty)

a) (Exclusion of the right to free oneself from the contract)

a provision which, where there is a breach of duty for which the user is responsible and which does not consist in a defect of the thing sold or the work, excludes or restricts the right of the other party to free himself from the contract; this does not apply to the terms of transport and tariff rules referred to in No. 7 under the conditions set out there;

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 withdraw from 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; this does not apply to contracts to which the whole of Part B of the Award Rules for Building Works is incorporated;

## 9. (Duration of continuing obligations)

in a contractual relationship the subject matter of which is the regular supply of goods or the regular rendering of services or work performance by the user,

a) a duration of the contract binding the other party to the contract for more than two years,

b) a tacit extension of the contractual relationship by more than one year in each case that is binding on the other party to the contract, or

c) a notice period longer than three months prior to the expiry of the duration of the

contract as originally agreed or tacitly extended at the expense of the other party to the contract;

this does not apply to contracts relating to the supply of things sold as belonging together, to insurance contracts or to contracts between the holders of copyright rights and claims and copyright collecting societies within the meaning of the Act on the Administration of Copyright and Neighbouring Rights

## 10. (Change of other party to contract)

a provision according to which in the case of purchase or service agreements or agreements to produce a result a third party enters into, or may enter into, the rights and duties under the contract in place of the user, unless, in that provision,

a) the third party is identified by name, or

b) the other party to the contract is granted the right to free himself from the contract;

11. (Liability of an agent with power to enter into a contract)

a provision by which the user imposes on an agent who enters into a contract for the other party to the contract

a) a liability or duty of responsibility for the principal on the part of the agent himself, without any explicit and separate declaration to this effect, or

b) in the case of agency without authority, liability going beyond section 179;

12. (Burden of proof)

a provision by which the user modifies the burden of proof to the disadvantage of the other party to the contract, in particular by

a) imposing on the latter the burden of proof for circumstances lying in the sphere of responsibility of the user, or

b) having the other party to the contract confirm certain facts;

letter (b) does not apply to acknowledgements of receipt that are signed separately or provided with a separate qualified electronic signature;

13. (Form of notices and declarations)

a provision by which notices or declarations that are to be made to the user or a third party are tied to a more stringent form than written form or tied to special receipt requirements.

## Section 310

### Scope of application

(1) Section 305 (2) and (3) and sections 308 and 309 do not apply to standard business terms which are used in contracts with an entrepreneur, a legal person under public law or a special fund under public law. Section 307 (1) and (2) nevertheless apply to these cases in sentence 1 to the extent that this leads to the ineffectiveness of the contract provisions set out in sections 308 and 309; reasonable account must be taken of the practices and customs that apply in business dealings.

(2) Sections 308 and 309 do not apply to contracts of electricity, gas, district heating or water suppliers for the supply of electricity, gas, district heating or water from the supply

grid to special customers to the extent that the conditions of supply do not derogate, to the disadvantage of the customer, from orders on general conditions for the supply of standard-rate customers with electricity, gas, district heating and water. Sentence 1 applies with the necessary modifications to contracts for the disposal of sewage.

(3) In the case of contracts between an entrepreneur and a consumer (consumer contracts) the rules in this division apply with the following provisions:

1. Standard business terms are deemed to have been presented by the entrepreneur, unless they were introduced into the contract by the consumer;

2. Section 305c (2) and sections 306 and 307 to 309 of this Code and Article 29a of the Introductory Act to the Civil Code apply to preformulated contract terms even if the latter are intended only for non-recurrent use on one occasion, and to the extent that the consumer, by reason of the preformulation, had no influence on their contents;

3. in judging an unreasonable disadvantage under section 307 (1) and (2), the other circumstances attending the entering into of the contract must also be taken into account.

(4) This division does not apply to contracts in the field of the law of succession, family law and company law or to collective agreements and private-sector works agreements or public-sector establishment agreements. When it is applied to employment contracts, reasonable account must be taken of the special features that apply in labour law; section 305 (2) and (3) must not be applied. Collective agreements and private-sector works agreements or public-sector establishment agreements are equivalent to legal provisions within the meaning of section 307 (3).

## Title 27

### Torts

#### Section 823

##### Liability in damages

(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.

(2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.

#### **Section 826**

##### **Intentional damage contrary to public policy**

A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage.



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวสุพัชรีนทร์ อัครวิชิตานนท์ เกิดเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน พ.ศ.2525 สำเร็จ  
การศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2545 และเข้าศึกษา  
ต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ.2548



ศูนย์วิทยพัชร์พยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย