

ที่มาของหลักความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด

ในสมัยโบราณเชื่อว่าการทำละเมิดถือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดอาญา แต่เดิมการกระทำละเมิดในสมัยโรมันหากผู้ใดกระทำละเมิดจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นเกิดความเสียหาย ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นชอบที่จะแก้แค้นเอกกับผู้ที่มาก่อความเสียหายให้สาสม ซึ่งลักษณะการแก้แค้นนี้ในกฎหมายยุโรปเรียกว่า Lex talionis หรือที่รู้จักกันในหลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน แต่ทั้งนี้ผู้เสียหายก็มีสิทธิที่จะเลือกว่าจะแก้แค้นหรือจะให้อภัยต่อการกระทำนั้นก็ได้โดยขอเป็นค่าทำขวัญแทน

ต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้าขึ้น สิทธิความเป็นมนุษย์ได้รับการยอมรับมากขึ้น การแก้แค้นจึงเริ่มถูกมองว่าเป็นการกระทำอันโหดร้ายป่าเถื่อน รัฐจึงมีความพยายามที่จะเข้ามาห้ามการแก้แค้นโดยกำหนดเป็นเงินจำนวนหนึ่งสำหรับการกระทำอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ก่อความเสียหายต้องชดใช้ให้แก่ผู้เสียหาย จากจุดนี้จึงเห็นได้ว่าเริ่มมีมูลแห่งหนึ่งเกิดขึ้นแล้ว ส่วนการกระทำใดอันจะเป็นการลงโทษแก่เนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำผิด รัฐก็จะเข้ามาเป็นผู้กระทำแทนผู้เสียหาย

#### ตัวอย่าง 1

กฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งเป็นกฎหมายแพ่งของชาวโรมัน บัญญัติหลักว่าผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ผู้ทำละเมิดชำระเงินปรับให้แก่ตนตามอัตราที่กฎหมายวางไว้ เช่น ในกรณีทำร้ายร่างกายมีบาดเจ็บและไม่บาดเจ็บ ผู้ได้รับความเสียหายอาจจะเรียกร้องเอาเงินจำนวนหนึ่งที่กฎหมายสิบสองแผ่นได้กำหนดอัตราไว้ตามความหนักเบาของการละเมิดนั้น ๆ<sup>1</sup>

#### ตัวอย่าง 2

กฎหมายโรมันในเรื่องของการลักทรัพย์ได้ให้ผู้เสียหายเลือกเอาว่าจะใช้สิทธิเรียกร้องเอาเงินปรับอย่างเดิมหรือจะฟ้องร้องต่อบ้านเมืองให้ลงอาญาทางร่างกายแก่คนร้ายลักทรัพย์ก็ได้<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ร. แลงกานต์ , ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ( กฎหมายเอกชน ) ละเมิด เล่ม 2 พิมพ์ครั้งที่ 3 ( พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2501 ) น. 74 .

<sup>2</sup> เฟิ่งอ้าง , น. 74 .

### ตัวอย่าง 3

กฎหมายอินเดียไม่ปรากฏหลักของการแก้แค้นแต่อย่างใด ในทางกลับกันแม้การละเมิดที่ทำให้ความเสียหายให้แก่เพียงเอกชนเท่านั้น รัฐก็ยังเข้าจัดการลงโทษผู้ทำละเมิดเสียเองแทนเอกชนผู้เสียหายทุก ๆ กรณี กฎหมายอินเดียบัญญัติให้ผู้กระทำการอันเป็นผิดกฎหมายต้องรับโทษในทางอาญา ซึ่งตามที่เป็นอยู่เนือง ๆ แล้วโทษทางอาญานี้ยังจะต้องมีโทษทางศาสนาเพิ่มเติมอีก<sup>3</sup>

ส่วนหลักความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด หรือ หลัก Volenti non fit injuria เป็นหลักการที่มีจุดเริ่มต้นขึ้นในกฎหมายโรมันที่ยอมรับการที่พลเมืองชาวโรมันขายตัวเองเป็นทาสได้<sup>4</sup> และในศตวรรษที่ 19 ได้มีการนำหลักการดังกล่าวไปใช้กับกฎหมายละเมิด โดยเป็นการประยุกต์ให้เข้ากันอย่างเหมาะสม ในลักษณะที่ว่า ความยินยอมนั้นเป็นการป้องกันอันตรายที่เกิดจากการกระทำโดยตั้งใจและการสันนิษฐานความเสี่ยงจะเป็นการป้องกันอันตรายที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ<sup>5</sup> จึงส่งผลให้ไม่มีการกระทำละเมิดใดจะถูกฟ้องร้องได้ถ้ามีการให้ความยินยอมให้มีการกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นการให้ความยินยอมในลักษณะที่แสดงออกอย่างชัดแจ้งหรือจะถือว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายก็ตาม

---

<sup>3</sup> เฟ็งอ้าง , น. 75 .

<sup>4</sup> ผู้ที่ตกเป็นทาสไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตามถือว่าผู้นั้นเป็นเหมือนทรัพย์สินของเจ้านายที่จะทำอะไรกับทาสผู้นั้นก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการขายทาสนั้นต่อไป ยกไปให้ผู้อื่น การทำร้ายร่างกาย หรือแม้แต่จะฆ่าทาสนั้นเสียก็ทำได้โดยไม่มีผิด

<sup>5</sup> “ 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. In the nineteenth century it somehow found its way into the law of torts, in which it applies both to intentional and accidental harms. It might be more helpful if distinction was drawn between consent ( as a defence to intentional harm ) and assumption of risk ( as a defence to negligent harm ) R.F.V. Heuston and R.A. Buckley , Salmond & Heuston , on the Law of Torts , 20 th ( London : Sweet & Maxwell Ltd , 1992 ) p.485.

## 2.1 เปรียบเทียบระหว่างหลักเกณฑ์ของหลัก Innocent Consent ในกฎหมายอาญา กับหลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายแพ่ง

จากการที่ความยินยอมของผู้เสียหายไปปรากฏเป็นข้อยกเว้นความรับผิดทั้งในคดีแพ่ง และคดีอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการเยียวยาผู้เสียหายที่แตกต่างกัน จึงเป็นที่น่าคิดอยู่ว่า หลักความยินยอมของผู้เสียหายที่นำมาใช้นี้จะเป็นหลักการอย่างเดียวกันหรือไม่

ซึ่งแท้จริงแล้วความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา หรือ Innocent Consent คือ ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายในทางอาญา อันเป็นหลักการเดียวกันกับหลัก Volenti non fit injuria หรือความยินยอมไม่เป็นละเมิดในทางแพ่ง ส่วนสาเหตุที่ใช้คำศัพท์ไม่เหมือนกัน ก็คงจะเป็นเพราะว่า ต้องการแยกให้เห็นถึงความแตกต่างของความยินยอมในทางแพ่งกับทางอาญา ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวถึงในภายหลัง

### 2.1.1 หลักเกณฑ์ของหลัก Innocent Consent

สำหรับหลัก Innocent Consent หรือหลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายในทางอาญานั้น เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างของความผิดอาญา<sup>6</sup> แล้วจะพบได้ว่าความยินยอมดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในโครงสร้างของความรับผิดทางอาญาด้วยกันสองส่วน คือ ในส่วนขององค์ประกอบ กับในส่วนของความผิด

#### 2.1.1.1 ความยินยอมที่อยู่ในส่วนของการกระทำที่อยู่ในองค์ประกอบ

เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว จะเห็นได้ว่าความยินยอมที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบนี้ เป็นกรณีที่ถ้าผู้ถูกกระทำได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำนั้นแล้ว ความผิดย่อมไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลย เพราะ ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้องค์ประกอบอาญาในส่วนขององค์ประกอบภายนอกตรงการกระทำขาดหายไปนั่นเอง

---

<sup>6</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส , หลักกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ 4 ( กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2546 ) น. 46.

### ตัวอย่าง 1

ในกรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 บัญญัติว่า  
 “ ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์...”

ถ้านาย ก. ยินยอมให้นาย ข. เอาทรัพย์ของตนไป จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบภายนอกในส่วนของ การกระทำขาดไป คือไม่มีการ “ เอาไป ” เพราะการ “ เอาไป ” จะต้องเป็นการแย่งการครอบครอง ซึ่งจะต้องมีการพาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่ไป ในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์ของเจ้าของเดิม จึงทำให้การกระทำของนาย ข. ไม่เป็นความผิดอาญา เนื่องจากขาดองค์ประกอบนั่นเอง

### ตัวอย่าง 2

ในกรณีความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 บัญญัติว่า  
 “ ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น...”

ถ้านาย ก. ยินยอมตามนาย ข. ไป กรณีนี้จะหว่านาย ข. ทำผิดตามมาตรา 309 ไม่ได้ เพราะนาย ก. ไม่ได้ถูกนาย ข. บังคับให้ตามไปแต่อย่างใด องค์ประกอบภายนอกในส่วนของ การกระทำคือไม่มีการข่มขืนใจจึงไม่ครบองค์ประกอบของความผิด จึงส่งผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

### ตัวอย่าง 3

ในกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 บัญญัติว่า “ ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น...”

จะเห็นได้ว่าหากหญิงนั้นเมื่อให้ความยินยอมแล้ว องค์ประกอบความผิดในส่วนของ การกระทำจะขาดหายไปคือไม่มีการข่มขืนกระทำชำเรา ฉะนั้นเมื่อไม่มีการกระทำ ก็ไม่มีความผิดอาญาเกิดขึ้น

#### 2.1.1.2 ความยินยอมที่อยู่ในส่วนของความผิด

เป็นความยินยอมที่อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาโครงสร้างที่ 2 ซึ่งถือว่าการที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมเท่ากับผู้เสียหายยินดีสละสิ่งซึ่งเป็นประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง

ปัจเจกชนนั้น ๆ ( Individual Rechtsgut ) หรือเรียกว่าเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>7</sup> เช่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามมาตรา 358<sup>8</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้ก็คือการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ของบุคคล ฉะนั้น เมื่อผู้เป็นเจ้าของทรัพย์นั้นเป็นผู้ให้ความยินยอมต่อการเผาทรัพย์ก็เท่ากับยอมสละสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองลง ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดอาญา แม้ว่าการกระทำจะครบองค์ประกอบแล้วก็ตาม

แต่เมื่อไรก็ตามที่ประโยชน์ซึ่งกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองมีวัตถุประสงค์ เพื่อคุ้มครองส่วนรวม ( Universal Rechtsgut ) แล้ว แม้ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมสละสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองตนไปก็ตาม ก็เป็นเพียงการสละการคุ้มครองในส่วนของตนเท่านั้น ผู้เสียหายไม่มีอำนาจจะไปสละสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองส่วนรวมได้ไม่ การกระทำนั้นจึงยังถือเป็นความผิดอยู่ดี เช่น ในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277<sup>9</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากคุณธรรมในกฎหมายของมาตรานี้ก็คือการคุ้มครองศีลธรรมในทางเพศของคนในสังคม เพื่อมิให้เด็กมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันสมควร

---

<sup>7</sup> คุณธรรมทางกฎหมาย ( Rechtsgut ) หมายถึง สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง กล่าวคือ ในความผิดอาญาฐานนี้ให้ดูว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองอะไรเป็นสำคัญ และผู้กระทำจะมีความผิดตามบทบัญญัติ ในมาตรานั้น ๆ ก็ต่อเมื่อ มีการกระทำผิด ( ทำลาย ) ต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 280 , 289 คุณธรรมทางกฎหมายคือการคุ้มครองชีวิตมนุษย์ มาตรา 295 , 297 คุณธรรมทางกฎหมายคือการคุ้มครองร่างกาย มาตรา 309 , 310 คุณธรรมทางกฎหมายคือการคุ้มครองชีวิตในครรภ์มารดา มาตรา 334 คุณธรรมทางกฎหมายคือการคุ้มครองกรรมสิทธิ์และการครอบครอง เพราะฉะนั้น เมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำ ความผิดต่อสิ่งต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว จึงถือได้ว่าการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ( แสง บุญเฉลิมวิภาส , หลักกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ 4 ( กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2546 ) และ คณิต ฒ นคร , “ คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา ” , วารสารอัยการ ปีที่ 3 เดือน มกราคม ( 2523 ) , น. 55 ).

<sup>8</sup> ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 217 บัญญัติว่า “ ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์...”

<sup>9</sup> ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 บัญญัติว่า “ ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภริยาตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ..... ”

นอกจากนี้ยังมีความผิดบางประเภทที่แม้คุณธรรมทางกฎหมายจะมุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ก็ไม่อาจที่ยอมรับเอาความยินยอมของผู้เสียหายเพียงคนเดียวมาลบล้างความผิดประเภทนี้ได้<sup>10</sup> เช่น กรณีการซื้อขายอวัยวะ ตามหลักแล้วหากผู้เสียหายยินยอมให้มีการผ่าเอาอวัยวะของตนไปแม้การกระทำจะครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา แต่ก็ไม่ผิดเพราะในความผิดฐานทำร้ายร่างกายสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองก็คือความปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ฉะนั้นเมื่อผู้เสียหายยินยอมจึงถือเป็นความผิดไม่ได้ อย่างไรก็ตาม เพราะวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายอาญามีไว้เพื่อรักษาประโยชน์หรือคุ้มครองความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม หากใช้มีไว้เพื่อรักษาประโยชน์ของเอกชนคนใดโดยเฉพาะไม่ การซื้อขายอวัยวะในขณะนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับ และถูกมองว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะมีความคล้ายคลึงกันกับการซื้อขายชีวิตคน เนื่องจากอวัยวะบางอย่างหากขายแล้วก็ไม่อาจมีชีวิตอยู่ต่อไปได้ แต่อยากขายเพียงเพราะต้องการเงิน สำหรับในกรณีที่สามารทำให้ความยินยอมได้ เช่น ในกรณีของการรักษาพยาบาล ซึ่งเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยลักษณะแล้วเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่เนื่องจากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะจุดมุ่งหมายของการกระทำก็เพื่อการรักษาให้พ้นจากความเจ็บป่วย

ส่วนปัญหาที่ว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจะใช้อะไรมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสิน ตรงจุดนี้จะวางหลักเกณฑ์ให้แน่นอนตายตัวนั้นเป็นไปได้ยาก เนื่องจากเป็นสิ่งที่มักจะแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลาและสภาพของสังคม ตลอดจนความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม ซึ่งในช่วงเวลาหนึ่งการกระทำบางเรื่องอาจถูกมองว่าขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี แต่เมื่อเวลาล่วงเลยไปเรื่องเดียวกันอาจได้รับการยอมรับว่าไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือ

---

<sup>10</sup> Cesar – Bru. “ ....จริงอยู่แม้ว่าความผิดฐานใดฐานหนึ่งมักจะกระทบต่อกลุ่มบุคคลค่อนข้างจำกัดเท่านั้น และบ่อยครั้งที่กระทบต่อบุคคลเพียงคนเดียวเท่านั้น แต่จะต้องสังเกตหรือเข้าใจให้ได้ว่าความผิดนั้น ๆ ก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ทุกคน เพราะทุกคนจะได้รับผลกระทบกระเทือน โดยรู้สึกว่ตนอาจถูกกระทำที่กระเทือนต่อเสรีภาพส่วนตนเมื่อไรก็ได้.....” ( อ่างถึงโน สุรงค์ดี ลิขสิทธิ์วิวัฒน์กุล , ความยินยอมของผู้เสียหาย : ศึกษากรณีปลูกถ่ายอวัยวะ. งานวิจัยเสริมหลักสูตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534 น. 6 ).

ศีลธรรมอันดีเลย ซึ่งท่านอาจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ ได้ให้ใช้วิธีพิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดจากการกระทำนั้น ๆ มาเป็นเกณฑ์ในการตัดสิน

หลักของความยินยอมดังกล่าวนี้แม้จะไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญา เหมือนกับที่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันมาตรา 226 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดทำร้ายร่างกายผู้อื่นเพราะได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย ผู้นั้นกระทำความผิด ถ้าการทำร้ายร่างกายนั้นเป็นการผิดต่อศีลธรรมขั้นพื้นฐาน” ( Anybody who inflicts a bodily injury with the consent of the injured person commit an unlawful act only if such deed violates basic morality ) แต่ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 616 / 2482 , 787 / 2483 , 1403 / 2508 มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า “ ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ ”

#### ตัวอย่าง 1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59 / 2502

ความเชื่อของจำเลยในเรื่องอยู่ยงคงกระพันนั้นปราศจากเหตุผล ป็นเป็นอาวุธร้ายแรงซึ่งใคร ๆ ก็รู้อยู่ การที่จำเลยเอาปืนจ่อยิงนายบกที่สะบักอันเป็นที่สำคัญ ย่อมถึงเห็นผลแห่งการกระทำนั้นได้ว่าถ้าขึ้นลั่นออกไป นายบกจะต้องตาย ซึ่งจำเลยก็สำนึกในการกระทำนั้นเหมือนกัน ดังจะเห็นได้จากการที่นายบกถามจำเลยว่าลองได้ไหม จำเลยตอบว่าลองไม่ได้กระมัง เป็นต้น ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าความผิดของจำเลยตกอยู่ในฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาและให้รับป็นที่ใช้ในการกระทำผิดนั้นชอบแล้ว

#### ตัวอย่าง 2 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 263 / 2531

จำเลยที่ 3 และที่ 4 กับพวกต้องการไล่ผีปอบออกจากร่างกายของผู้ตาย ได้ใช้ไม้ไผ่ผ่าซีกตีผู้ตายล้มลงแล้วใช้ด้ามมีดตีศีรษะผู้ตาย ด้ามมีดทำด้วยเหล็กขนาดเส้นผ่าศูนย์กลาง 1 นิ้ว ยาว 0.5 นิ้ว จำเลยยอมถึงเห็นผลได้ว่า ถ้าตีศีรษะผู้ตายโดยแรงและตีสาน ๆ ย่อมทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตายได้ จำเลยตีผู้ตายนานถึง 2 ชั่วโมง ผู้ตายมีรอยฟกช้ำที่หน้าผาก โหนกแก้ม ศีรษะบวมช้ำแบบศีรษะนวม ความตายของผู้ตายจึงเป็นผลโดยตรงจากการทำร้ายของจำเลยกับพวก จำเลยที่ 3 และที่ 4 มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา

ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกาในข้างต้นจะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดในคดีทั้งสองต่างก็ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายให้กระทำการอันเป็นความผิด ซึ่งโดยปกติแล้วคุณธรรมทาง

กฎหมายในความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายก็เพื่อคุ้มครองชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคลเป็นสำคัญ เมื่อปัจเจกบุคคลนั้นไม่ต้องการความคุ้มครองที่ยอมสละได้ แต่จากข้อเท็จจริงการที่ปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้เสียหายยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวก็เป็นผลมาจากความเชื่อทางไสยศาสตร์ที่มึนงาย หากจะยอมรับความยินยอมเช่นนั้นเพื่อทำให้ผู้กระทำผิดพ้นจากความผิดสังคมก็ย่อมวุ่นวาย เพราะจะเท่ากับว่าเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนมึนงายไปกับสิ่งที่พิสูจน์ไม่ได้ โดยการทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนถึงแก่ความตายจึงขัดต่อสำนึกในทางศีลธรรมอันดีของประชาชน ความยินยอมดังกล่าวจึงไม่อาจที่จะยอมรับได้

อย่างไรก็ดีจะมีความผิดบางฐานที่กฎหมายอาญากำหนดเอาไว้เลยว่า แม้จะมีความยินยอมของผู้เสียหายก็ตามซึ่งโดยหลักแล้วอาจจะทำให้การกระทำตามความยินยอมเช่นนั้นไม่ครบองค์ประกอบความผิดหรือทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษในทางกฎหมายอยู่ เช่น ในมาตรา 277 , 279 , 282 , 301 , 302 , 319 เป็นต้น

### 2.1.1.3 ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้

เป็นความยินยอมอีกประเภทหนึ่งซึ่งอยู่นอกเหนือจากความยินยอมโดยปกติทั่ว ๆ ไป ซึ่งไม่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แต่ในต่างประเทศ เช่น เยอรมัน มีการนำเอาความยินยอมประเภทนี้มาปรับใช้แก่คดีด้วย

ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้นี้เป็นเรื่องที่อยู่ระหว่างความยินยอมตามปกติกับความจำเป็น โดยจะปรากฏอยู่ในส่วนของโครงสร้างที่สองของความผิดอาญาในส่วนของความผิดซึ่งความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้นี้มีลักษณะที่อยู่ที่ว่า “ผู้กระทำความผิดที่จะอ้างว่าการกระทำของตนไม่เป็นความผิด เพราะได้รับความยินยอมอันพึงสันนิษฐานได้นั้น จะอ้างได้ก็ต่อเมื่อความยินยอมนั้นเป็นไปตามบรรทัดฐานในทางจารีตประเพณีอันเป็นเหตุที่กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำที่สมควร<sup>11</sup>” กล่าวคือ จะนำมาอ้างได้ก็ต่อเมื่อความยินยอมตามปกตินั้นไม่อาจที่จะให้ได้ เช่น การที่แพทย์ทำการผ่าตัดผู้ป่วยที่หมดสติอยู่ แล้วมีความจำเป็นที่ต้องตัดขาผู้ป่วยทิ้งเพื่อช่วยชีวิตโดยไม่อาจให้ผู้ป่วยได้สติคืนมาให้ความยินยอมก่อนได้ กรณีนี้แพทย์ไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

<sup>11</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ , “ ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน ” , บทบัญญัติคดี เล่ม 60 ตอน 4 ( เดือนตุลาคม – ธันวาคม 2547 ) : น.160 -171.

โดยอ้างความยินยอมอันพึงสันนิษฐานได้ว่าวิญญูชนปกติย่อมให้ความยินยอมในเรื่องนี้ แม้  
 ภายหลังเมื่อผู้ป่วยฟื้นแล้วจะได้ความว่าผู้ป่วยยินดีที่จะตายแทนที่จะต้องถูกตัดขาทั้งก็ตาม  
 นอกจากนี้แล้วในบางกรณีแม้ผู้กระทำความผิดสามารถที่จะขอความยินยอมจากผู้  
 ผู้เสียหายก่อนได้ แต่หากการกระทำความผิดเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยก็สามารถ  
 อ้างความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้มายกเว้นความผิดได้เช่นกัน

( 1 ) เปรียบเทียบระหว่างความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้กับความจำเป็น  
 ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้คือจะพิจารณาในเรื่องของความประสงค์ที่จะพึง  
 สันนิษฐานได้ของเจ้าของนิติสมบัติ<sup>12</sup> มาเป็นสิ่งที่พิจารณาว่าผู้กระทำได้สามารถกระทำการฝ่าฝืนสิ่งที่  
 กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งในบางครั้งแม้ความประสงค์ของเจ้าของนิติสมบัติจะเป็นเรื่องที่  
 ไม่มีเหตุผลก็ตาม เช่น ก. เข้าไปในบ้าน ข. เพื่อไปซ่อมแซมเสาหลักของบ้านที่กำลังจะพังลง โดย  
 ไม่ได้รับอนุญาตจาก ข. ก. สามารถอ้างถึงความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้มาเป็นข้อยกเว้นไม่เป็น  
 ความผิดฐานบุกรุกได้ แต่ถ้า ก. รู้อยู่แกล้วแล้วว่ายังไงเสีย ข. ก็ไม่ยินยอมให้ตนเข้าไปซ่อมแซมเสา  
 หลักให้อยู่แล้วเพราะมีเรื่องไม่ชอบหน้ากันมาก่อน กรณีนี้หาก ก. ยังขึ้นไปอีก ก. จะอ้างความ  
 ยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้มายกเว้นความผิดไม่ได้ เพราะขัดกับความประสงค์ของ ข.

ส่วนความจำเป็นนั้นไม่ใช่เป็นเรื่องของความประสงค์ของเจ้าของนิติสมบัติเพียงคน  
 เดียวดังเช่นความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ แต่เป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักประโยชน์ของเจ้าของ  
 นิติสมบัติสองสิ่งว่าสิ่งใดมีความสำคัญมากกว่าที่จะคุ้มครองสิ่งนั้นไว้ เช่น การทำแท้งที่กฎหมาย  
 อนุญาตให้ทำได้ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ก็คือการคุ้มครองชีวิตมารดา อันเป็น  
 การชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตของมารดากับชีวิตของทารกในครรภ์ ว่าสิ่งใดมีค่ามากกว่ากัน ซึ่ง  
 กฎหมายก็ถือว่าชีวิตของมารดามีความสำคัญมากกว่าจึงเลือกที่จะทำลายชีวิตทารกในครรภ์  
 มารดาแทน เพื่อรักษาชีวิตของมารดาไว้

( 2 ) เปรียบเทียบระหว่างความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้กับการจัดการงานนอกสั่ง  
 ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้เป็นเรื่องของการสันนิษฐานความประสงค์อันแท้จริง  
 ของเจ้าของนิติสมบัติ ซึ่งหากทราบแน่ ๆ ว่าเจ้าของนิติสมบัติไม่ต้องการเช่นนั้น แม้ดูแล้วความ  
 ต้องการนั้นจะไม่สมประโยชน์ของตัวเองก็ตามก็ต้องถือตามความประสงค์นั้น

<sup>12</sup> นิติสมบัติ หรือคุณธรรมทางกฎหมาย ( สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง )  
 เฟิงอ้วง , น. 162.

ในขณะที่การจัดการงานนอกสังนั้นถ้าการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนความประสงค์ของตัวการ แต่หากก่อประโยชน์ให้แก่ตัวการแล้วละก็จะต้องถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) เปรียบเทียบระหว่างความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้กับความยินยอมตามปกติ ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้เป็นสิ่งที่นำมาพิจารณาหลังจากที่ความยินยอมที่แท้จริงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหยั่งรู้ได้เท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่ไม่มีความยินยอมจากเจ้าของนิติสมบัติเป็นแค่เพียงการสันนิษฐานว่าเจ้าของนิติสมบัตินั้นยินยอมเท่านั้น ส่วนความยินยอมตามปกตินั้นเป็นเรื่องของการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของเจ้าของนิติสมบัติ

สรุปแล้วความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้จะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อไม่อาจบอกความยินยอมที่แท้จริงได้ และมีการกระทำไปเพื่อประโยชน์ของผู้ต้องเสียหายหรือเพื่อประโยชน์ของตัวผู้กระทำเอง อันเป็นไปตามความต้องการที่พึงสันนิษฐานได้ของเจ้าของนิติสมบัตินั้นด้วย

### 2.1.2 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของ Volenti non fit injuria ในกฎหมายแพ่งกับหลัก Innocent Consent ในกฎหมายอาญา

ในเบื้องต้นขอทำความเข้าใจไว้ก่อนว่า หลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งของประเทศอังกฤษ เยอรมันและฝรั่งเศสและหลัก Innocent Consent ในกฎหมายอาญานั้น คือหลักของการให้ความยินยอมที่สามารถนำเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดที่จำเลยเป็นผู้ก่อขึ้นได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ระดับของความเข้มงวดในการปรับใช้นั้น การให้หลักดังกล่าวในฝรั่งเศสจะมีความเคร่งครัดมากที่สุด คือ ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นจะนำมาอ้างอ้างได้เฉพาะกรณีของการแข่งขันกีฬาหรือมีจารีตประเพณีเป็นการเฉพาะเรื่องนั้น ๆ รองลงมาจะเป็นประเทศเยอรมันที่การอ้างความยินยอมของผู้เสียหายต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมาย ความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ในขณะที่ประเทศอังกฤษกลับให้อิสระในการอ้างเอาความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นปฏิเสธความรับผิดทางละเมิดได้อย่างกว้างขวาง

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาแล้วจะพบได้ว่า กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาต่างมีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกเป็นธรรมที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายแพ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชน และหากมีความเสียหายก็จะเยียวยาความเสียหายในลักษณะที่ว่าถ้าผู้เสียหายเสียหายอะไร ผู้ที่มาก่อให้เกิดความเสียหายก็ต้องทำให้ผู้เสียหายกลับไปอยู่ในฐานะที่เสมือนกับไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น เช่น ทำรถเขาเสียหายก็ต้องหาคันใหม่ให้เขา ถ้าหาไม่ได้ก็ต้องใช้ราคาหรือ

ค่าเสียหายให้แก่เขาไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายนี้คือจุดมุ่งหมายสูงสุดของกฎหมายแพ่ง

ในทางกลับกันวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญานั้นมีความมุ่งหมายทั่วไปคือควบคุมความประพฤติของบุคคลให้อยู่ในสังคมด้วยความเรียบร้อยและยังมีความมุ่งหมายเฉพาะที่จะคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมอีกด้วย กล่าวคือ กฎหมายอาญาทำหน้าที่รักษาโครงสร้างของสังคมให้มั่นคง และรักษาความสงบสุขให้แก่สมาชิกของชุมชนโดยส่วนรวม ในการที่จะบรรลุผลตามจุดมุ่งหมาย รัฐได้ใช้โทษอาญาเป็นเครื่องมือจัดการกับผู้กระทำความผิด<sup>13</sup>

ฉะนั้นเมื่อพิจารณาจากความแตกต่างของหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งกับหลัก Innocent Consent ในทางอาญาตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้วจะพบได้ว่า จริงอยู่ที่ว่าหลัก Volenti non fit injuria นั้นสามารถที่จะนำไปใช้ปฏิเสธหรือจำกัดความรับผิดได้ไม่ว่าจะเป็นทางแพ่งหรือทางอาญาก็ตาม แต่ในเมื่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญามีความแตกต่างกัน ฉะนั้นการกล่าวอ้างหลัก Volenti non fit injuria หรือหลัก Innocent Consent ก็ย่อมต้องมีขอบเขตแห่งการกล่าวอ้างที่แตกต่างกันด้วย กล่าวคือ

#### 1. การกล่าวอ้างหลัก Innocent Consent ตามกฎหมายอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญามีจุดกำเนิดขึ้นเพื่อรักษาและควบคุมความสงบเรียบร้อยในสังคม ใ้คนอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข ฉะนั้นการกระทำใดที่เป็นการฝ่าฝืนต่อวัตถุประสงค์แห่งการก่อเกิดกฎหมายอาญาดังกล่าว ย่อมไม่อาจยอมรับให้มีขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้เองหลัก Innocent consent เองก็เช่นกัน แม้จะเป็นความยินยอมซึ่งถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้เสียหายเอง ซึ่งโดยปกติแล้วหากเจ้าตัวยอมที่จะรับความเสียหายไว้เองโดยไม่มีใครบังคับแล้ว ก็ไม่อาจที่จะถือว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นได้ ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับว่าห้ามขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยเช่นกัน แต่โดยมากแล้วในทางอาญามักจะใช้คำว่าห้ามขัดต่อความรู้สึกในทางธรรมจรรยา มากกว่าที่จะใช้คำว่าห้ามขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้เพื่อแยกให้เห็นความแตกต่างไปจากกฎหมายแพ่ง แต่จริง ๆ แล้วถ้อยคำมีความหมายดูจะ เดียวกัน

<sup>13</sup> ศ.ดร.ภควินิต ศิริวิธานินิต ศาสตราจารย์ฝ่ายสถาบัน OPINION , ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต ฉบับสมบูรณ์ พิมพ์ครั้งที่ 2 ฉบับปรับปรุง ( กรุงเทพมหานคร : บริษัท สกายบุ๊ก จำกัด , 2544 ) น. 163.

ส่วนกรณีเช่นนี้จะได้ขัดกับความรู้สึกในทางธรรมจรรยานั้นก็เป็นที่ของผู้พิพากษา ซึ่งจะเป็นผู้วินิจฉัยโดยอาศัยจากผลประโยชน์ของสังคม มติมหาชน ค่านิยม คติความเชื่อ ประเพณี อันมีพื้นฐานมาจากหลักปรัชญา และเป็นที่ยอมรับได้ของคนในสังคม ณ เวลานั้น ซึ่งพื้นฐานทางหลักปรัชญาดังกล่าวจะมีอยู่ด้วยกันดังนี้

#### ก) ปรัชญาทางศีลธรรม

Lord Devlin เคยให้ความเห็นไว้ว่า ความยินยอมของบุคคลหนึ่งที่มีต่อผู้กระทำ ความผิด ผู้กระทำ ความผิดไม่อาจอ้างขึ้นมาเป็นข้อแก้ตัวได้ ถ้าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยศีลธรรม แม้ว่าจะได้รับความยินยอมก็ตาม แม้ตัวผู้เสียหายเองประสงค์จะไม่เอาความ การที่ถือว่าผู้กระทำ ความผิดยังเป็นผู้มีความผิดอยู่ อันเป็นการขัดกับเจตนาของผู้เสียหายก็ไม่ใช่สาระสำคัญ ดังนั้น Devlin จึงมีความเห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจจะยกขึ้นมาอ้างให้พ้นความผิดได้<sup>14</sup>

#### ข) ปรัชญาทางเสรีภาพ

J.S.Mill กล่าวไว้ว่า “ความมุ่งหมายอย่างเดียวที่จะใช้อำนาจโดยชอบธรรมให้ขัดต่อเจตนาของสมาชิกในสังคมได้ก็เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น<sup>15</sup> ฉะนั้น แม้ตัวผู้เสียหาย จะมีเสรีภาพที่จะให้ความยินยอมในลักษณะใดก็ได้ แต่เมื่อใดก็ตามที่ความยินยอมนั้นไปขัดแย้งกับความประสงค์ของสมาชิกในสังคมแล้ว อีกทั้งความยินยอมนั้นหาได้มีส่วนในการช่วยป้องกันความเสียหายไม่แล้ว ก็ใช้บังคับไม่ได้

#### ค) ปรัชญาทางแนวคิดเสรีนิยม

สำหรับแนวคิดนี้ในระยะเริ่มแรกมีความเชื่อว่ารัฐควรที่จะปล่อยให้เอกชนมีอิสระภาพในการกระทำใด ๆ ก็ได้ตามแต่ใจจะปรารถนา ซึ่งเมื่อนานวันเข้าผลจากการมีอิสระโดยไม่มีขอบเขตส่งผลให้รัฐเกิดความไม่สงบ จึงมีการเข้ามาควบคุมอิสระดังกล่าวว่าจะกระทำการใด ๆ นอกเหนือจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองแล้วไม่ได้

นอกจากจะพิจารณาว่าการกระทำใดขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือธรรมจรรยาจากหลักปรัชญาดังกล่าวแล้ว คุณธรรมทางกฎหมาย ( Rechtsgut ) หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองก็ถูกนำมาเป็นสิ่งที่พิจารณาด้วย โดยพิจารณาว่าหากคุณธรรมทางกฎหมายนั้นมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสังคมส่วนรวมให้มีความสงบสุข มีระเบียบวินัย ผู้เสียหายจะทำการสละคุณธรรมทาง

<sup>14</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์ , “ ความยินยอมในกฎหมายอาญา , ” ( วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2523 ) น. 14.

<sup>15</sup> เพิ่งอ้าง , น. 16.

กฎหมายนั้นโดยการยินยอมไม่ได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีชำร่วยของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” คุณธรรมทางกฎหมายของมาตรา 277 ก็คือการคุ้มครองศีลธรรมในทางเพศ ซึ่งถือเป็นสิ่งที่ควบคุมไม่ให้มีการล่วงละเมิดทางเพศแก่เด็กหญิง ไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากโดยสรีระทางร่างกาย รวมถึงภาวะทางจิตใจเด็กหญิงยังไม่มีความพร้อม และในกรณีที่เด็กหญิงไม่ยินยอมย่อมก่อให้เกิดการกระทบกระเทือนแก่จิตใจเด็กหญิงเป็นอย่างมากอีกด้วย

ในทางตรงกันข้ามหากคุณธรรมทางกฎหมายคือผลประโยชน์ของเอกชนอย่างแท้จริงแล้ว ผู้เสียหายก็สามารถให้ความยินยอมได้ เช่น ในความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้คุณธรรมทางกฎหมายจะมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนก็ตาม แต่หากภายใต้ผลประโยชน์ของเอกชนนั้นมีการคุ้มครองรวมไปถึงผลประโยชน์ของสังคมด้วยแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นย่อมไม่สามารถยกขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้เลย ได้แก่ ความยินยอมในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งโดยหลักแล้วคุณธรรมทางกฎหมายก็คือความปลอดภัยของร่างกาย ซึ่งโดยสภาพแล้วเป็นเรื่องของเอกชน ฉะนั้น เอกชนจึงสามารถให้ความยินยอมเกี่ยวกับร่างกายของตนอย่างไรก็ได้ เช่น การเล่นชกมวย แต่ถ้าการทำร้ายร่างกายนั้นจะส่งผลให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมแม้ผู้เสียหายยินยอม ความยินยอมนั้นก็ใช้ไม่ได้ เช่น การเล่นกีฬาที่ใช้อาวุธเข้าทำร้ายกัน อันนี้จะเห็นได้ว่าหากยอมรับให้อ้างความยินยอมได้แล้วเท่ากับเป็นการส่งเสริมให้คนมีการเล่นที่ป่าเถื่อนไร้อารยธรรม จิตใจคนตกต่ำ มีความดุเดือดขึ้น ซึ่งเมื่อคนในสังคมเป็นเช่นนี้ ต่อไปย่อมไม่ยอมรับกฎเกณฑ์ที่สังคมกำหนดขึ้น หันมาใช้กำลังกันมากขึ้น เมื่อนั้นสังคมย่อมควรวางไว้ซึ่งความสงบสุข

## 2.การกล่าวอ้างหลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายแพ่ง

กฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมความสัมพันธ์ของเอกชนเป็นหลัก จึงให้ความสำคัญกับความต้องการของปัจเจกชนแต่ละคนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้หลักของ Volenti non fit injuria เมื่อถูกนำมาใช้ในกฎหมายแพ่งในส่วนของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำละเมิดแล้ว จึงสมควรที่จะนำมาใช้ในขอบเขตที่กว้างกว่าในกฎหมายอาญา คือ จะไม่คำนึงถึงว่าความยินยอมนั้นจะขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนดังเช่นในกฎหมายอาญา ฉะนั้น ขอเพียงผู้ให้ความยินยอมมีความเข้าใจในสภาพของการให้ความยินยอมของตนว่าเมื่อคนให้ความยินยอมเช่นนั้นไปแล้วจะเกิดผลอะไรขึ้น และความยินยอมนั้น ไม่ได้ร้ายแรงถึงขั้นสังคมยอมรับไม่ได้เลยแล้ว ความยินยอมนั้นก็สามารถนำมาอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดจากการกระทำละเมิดดังกล่าวได้ ซึ่งประเด็นนี้ก็เป็นที่น่าคิดจะเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ เช่น นาย

ก. ต้องการฆ่าตัวตาย แต่ไม่กล้าลงมือเองเลยไปขอให้นาย ข. ยิงตัวเองให้ตาย นาย ข. ก็เลยยิง นาย ก. ตาย และจากข้อเท็จจริงนาย ก. ก็มีสติสัมปชัญญะครบถ้วนไม่ได้เป็นคนบ้าหรือวิกลจริต แต่อย่างไรก็ตาม กรณีเช่นนี้ในทางอาญา นาย ข. ย่อมจะอ้างความยินยอมของนาย ก. มาปฏิเสธความรับผิดฐานฆ่าคนตายไม่ได้ เพราะกรณีนี้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากหากยอมรับความยินยอมของผู้เสียหายดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมอย่างมาก เพราะจะมีผลต่อการก่ออาชญากรรมที่เพิ่มสูงขึ้น และประเทศที่เจริญแล้วต้องให้ความสำคัญเคารพต่อชีวิตของผู้อื่น

ส่วนในทางแพ่งหากความยินยอมนั้นเป็นการยินยอมที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ชื่อเสียง ซึ่งถือเป็นเรื่องส่วนตัวของเอกชนโดยแท้ก็คงไม่มีปัญหาอะไร ผู้เสียหายย่อมให้ความยินยอมอย่างไรก็ได้ แต่หากเป็นความยินยอมที่ให้มีการกระทำละเมิดแก่ชีวิตหรือร่างกาย ดังกรณีตัวอย่างที่กล่าวมาแล้วผู้เสียหายยังสามารถที่จะให้ความยินยอมได้อยู่หรือไม่ ปัญหาในเรื่องของความสงบเรียบร้อยสมควรที่จะถูกนำมาใช้ในกรณีนี้ด้วยหรือไม่ เพราะในกรณีนี้จะเห็นได้ว่ามีสิทธิที่เป็นของเอกชนโดยแท้กับความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความสงบของสังคมซ้อนทับกันอยู่ แต่เมื่อพิจารณาในส่วนของวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายแพ่งก็คือการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ฉะนั้นเมื่อผู้เสียหายยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อละเมิดกับตนเองโดยสมัครใจ จะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตนมิได้ และเมื่อไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว จึงไม่มีสิทธิที่จะไปฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดได้ ซึ่งแนวคิดที่ว่าด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวนี้ จะตรงกับคำอธิบายในเรื่องความยินยอมของประเทศฝรั่งเศส รายละเอียดจะได้กล่าวถึงในลำดับถัดไป ฉะนั้นปัญหาในเรื่องว่าจะขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงต้องนำมาพิจารณาในส่วนของความยินยอมไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายแพ่งดังเช่นกฎหมายอาญา และนี่เองคือจุดแตกต่างที่สำคัญเพียงประการเดียวของหลักเกณฑ์ของการให้ความยินยอมในทางแพ่งกับการให้ความยินยอมในทางอาญา กล่าวคือ หลักเกณฑ์ของการให้ความยินยอมในทางอาญายังจะต้องเพิ่มเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเข้ามาอีกข้อด้วย เพราะกฎหมายอาญามีขึ้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมศีลธรรมของคน เพื่อให้สังคมเป็นปกติ มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย ไม่ว่าความยินยอมใดก็ตามก็ไม่อาจที่จะมาลบล้างวัตถุประสงค์ดังกล่าวของกฎหมายอาญาไปได้ ฉะนั้นจึงเป็นเรื่องของสังคมส่วนรวมเป็นใหญ่<sup>16</sup> ในขณะที่กฎหมายแพ่งเป็นเรื่องของ

<sup>16</sup> Lord Davlin. ให้ความเห็นว่า ถ้ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงแล้ว ผู้กระทำอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้

เอกชนด้วยตนเอง หากเขายินยอมก็ถือเป็นเรื่องส่วนตัวของเขา ปัญหาเรื่องความสงบหรือศีลธรรม จึงไม่มีใครต้องนำมาพิจารณาประกอบดังเช่นกฎหมายอาญาเท่าใดนัก

แต่หากพิจารณาตามคำอธิบายในเรื่องความยินยอมของประเทศเยอรมันแล้วปัญหาในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจะต้องคำนึงถึงเสมอ ไม่ว่าจะเป็นในกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญาก็ตาม เนื่องจากความยินยอมตามคำอธิบายของประเทศเยอรมันจะอยู่ในส่วนของความผิดกฎหมาย ฉะนั้นหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองส่วนรวมแล้ว แม้มีความยินยอมของผู้เสียหายก็ตาม ก็ไม่อาจทำให้การกระทำนั้นสามารถทำได้แต่อย่างใด เอกชนไม่มีอำนาจจะไปยกเว้นสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองส่วนรวมได้

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของหลัก *Volenti non fit injuria* ของประเทศต่าง ๆ แล้ว จะพบว่า

#### 1) ประเทศอังกฤษ

อังกฤษถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเพียงข้อแก้ตัวของจำเลย หลังจากที่ยุติองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดครบถ้วนแล้ว เพราะอังกฤษให้ความสำคัญกับความประสงค์ของผู้เสียหายมาก ด้วยเหตุนี้เองความยินยอมของผู้เสียหายที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจึงสามารถที่จะถูกจำเลยยกกล่าวอ้างขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงศีลธรรมอันดีสักเท่าใดนัก เพราะถือว่าเป็นความต้องการของตัวผู้เสียหายเอง ฉะนั้น หากใช้วิธีคิดตามแบบกฎหมายของประเทศอังกฤษแล้วจะเห็นได้ว่าเรื่องศีลธรรมอันดีจะเป็นความแตกต่างของหลัก *Volenti non fit injuria* ในทางแพ่งกับหลัก *Innocent Consent* ในทางอาญา

แต่ในราวศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา เพราะเหตุการณ์ให้ความสำคัญกับหลักปัจเจกชนนิยมและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาถูกใช้อย่างอิสระปราศจากการควบคุม รวมถึงความยินยอมของผู้เสียหายเองก็ไม่ได้มาจากความต้องการของผู้เสียหายเองที่แท้จริง อังกฤษจึงตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ( *Unfair Contract Terms Act 1977* ) ขึ้น ซึ่ง

แต่ในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเอกชนเท่านั้น หากยังคุ้มครองถึงสังคมด้วยแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมไม่ลบล้างความผิดของผู้กระทำ ( *Amnon Rubinstein , Conditional Consent is no consent , ( London , 1995 ) p.191 อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์ , “ ความยินยอมในกฎหมายอาญา ,” ( วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523. ) น. 52 – 53.*

พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ส่งผลให้ข้อตกลงที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิตหรือร่างกายใช้บังคับไม่ได้ ซึ่งพิจารณาดูแล้วจะเห็นได้ว่าความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิตหรือร่างกายนั้นโดยลักษณะความผิดเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายคน จึงเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบและศีลธรรมอันดีอยู่ในตัวเอง ฉะนั้น เมื่อมีพระราชบัญญัตินี้ขึ้นจึงทำให้หลัก *Volenti non fit injuria* ในทางแพ่งใกล้เคียงกับหลัก *Innocent Consent* ในทางอาญา

## 2) ประเทศเยอรมัน

เยอรมันถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดในส่วนของความผิด ฉะนั้นเมื่อเป็นเรื่องของความผิดจึงต้องนำประเด็นที่ว่าอาศัยแค่ความยินยอมของบุคคลคนหนึ่งจะมาลบล้างการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งจากที่ทำการศึกษาก็จะพบได้ว่าหากความยินยอมของผู้เสียหายเป็นการให้ความยินยอมต่อการกระทำความผิดตามกฎหมาย อันเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะแล้ว เช่น การกระทำความเสียหายให้เกิดแก่ทรัพย์สินของเอกชน เป็นต้น ความยินยอมเช่นว่านี้ก็สามารที่จะนำมาอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดเพื่อละเมิดได้ โดยถือว่ากฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองเอกชน เมื่อเอกชนคนนั้นไม่ต้องการความคุ้มครองอีกต่อไป เขาก็ยอมมีสิทธิที่จะลดความคุ้มครองเช่นว่านั้นได้ ตามความประสงค์ของเขาเอง แต่ในทางกลับกัน กฎหมายใดแม้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อมุ่งคุ้มครองเอกชนก็จริง แต่ภายใต้วัตถุประสงค์นั้นก็กลับแฝงไปด้วยความคุ้มครองต่อสังคมส่วนรวม หรือคนส่วนใหญ่ด้วยแล้ว เช่น การกระทำความผิดต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ความยินยอมสำหรับการกระทำความผิดลักษณะนี้ของเอกชนคนหนึ่งคนใดก็ไม้อาจที่จะมาลบล้างความผิดที่เกิดขึ้นนี้ได้ กล่าวคือ ความยินยอมของเอกชนอันมีผลเท่ากับเป็นการลดความคุ้มครองตามกฎหมายก็เท่ากับสละเฉพาะสิ่งที่กฎหมายจะคุ้มครองตนเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการสละความคุ้มครองของกฎหมายที่มีต่อสังคมส่วนรวม

ซึ่งนี่เองที่ทำให้หลักความยินยอม (*Volenti non fit injuria*) ในทางแพ่งของเยอรมันมีความคล้ายคลึงกับหลัก *Innocent Consent* ในทางอาญา เนื่องจากลักษณะของความผิดที่มีการกระทำต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ โดยตัวของมันเองแล้ว แม้จะเป็นการกระทำต่อบุคคลคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะก็จริง แต่ผลที่เกิดขึ้นหากมีความรุนแรงถึงขั้นกระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวมแล้ว ความยินยอมนั้นก็ใช้ไม่ได้ เพราะเป็นการกระทำที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั่นเอง

### 3) ประเทศฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ในส่วนองค์ประกอบความรับผิดชอบในทางละเมิดในส่วนของความเสียหาย กล่าวคือ เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วก็ถือว่าผู้เสียหายประสงค์จะให้ความเสียหายนั้น ๆ เกิดขึ้นแก่ตน และเมื่อผู้เสียหายต้องการเช่นนั้นก็จะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นมิได้

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าเมื่อความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อยกเว้นให้มีการก่อความเสียหายได้ ประเด็นที่ว่าความเสียหายนี้จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ในทางแพ่งจึงไม่ต้องนำมาพิจารณา เพราะโดยสภาพแล้วในเมื่อผู้เสียหายเป็นฝ่ายยินยอมที่จะรับความเสียหายเอาไว้เองเช่นนั้นแล้วก็เป็นเรื่องของเขา ความเสียหายที่เกิดขึ้นก็เป็นเรื่องของเขา ไม่ได้มีผลต่อส่วนรวมดังเช่นการยกเว้นองค์ประกอบในส่วนของความผิดกฎหมายดังเช่นแนวความคิดของประเทศเยอรมัน นี่เองคือจุดแตกต่างที่สำคัญของหลักความยินยอมของผู้เสียหาย ( Volenti non fit injuria ) ในทางแพ่งกับหลัก Innocent Consent ในทางอาญา ของประเทศฝรั่งเศส

และด้วยเหตุที่ความยินยอมในทางแพ่งของฝรั่งเศสจะพิจารณาเฉพาะว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายหรือไม่ ทำให้ศาลในฝรั่งเศสไม่ยอมรับฟังข้อกล่าวอ้างเรื่องความยินยอมในคดีละเมิด เพราะเมื่อผู้เสียหายยินยอมต่อการทำละเมิดย่อมถือไม่ได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น ยกเว้นแต่เป็นกรณีการแข่งขันชกมวย แข่งรถ แข่งกีฬาที่โดยสภาพมีความเป็นอันตรายอยู่ในตัว และมีจารีตประเพณียอมให้กระทำเช่นนั้นได้<sup>17</sup> ศาลจึงจะยอมรับการกล่าวอ้างหลักความยินยอม

สำหรับประเทศไทยนั้นจะเห็นได้ว่าหลักการตามกฎหมายละเมิดนั้นเราอาศัยต้นแบบจากประมวลกฎหมายของเยอรมันมาเป็นแนวทางในการจัดทำ ฉะนั้นแนวคิดในเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหายตามหลัก Volenti non fit injuria จึงควรจะยึดถือตามแบบประเทศเยอรมันเป็นแนวทาง ด้วยเหตุนี้ความยินยอมในทางแพ่ง ( Volenti non fit injuria ) กับความยินยอมในทางอาญา ( Innocent Consent ) จึงควรมีขอบเขตแห่งการให้ความยินยอมไปในแนวทางเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในการตัดสินคดีของศาล ตลอดจนความเห็นของนักกฎหมายเอง ก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันไปในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ว่าจะต้องนำเรื่องความสงบ

<sup>17</sup> รongพล เจริญพันธ์, “ การใช้หลัก Volenti non fit injuria เป็นข้ออ้างไม่ยอมรับผิด ค่าเสียหายในคดีละเมิด ”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 3 ( ธันวาคม. – กุมภาพันธ์ 2520 - 2521 ) น. 86 – 101.

เรียบง่ายและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาเป็นตัวพิจารณาหรือไม่ ซึ่งรายละเอียดก็จะเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่จะได้กล่าวในลำดับต่อไป

## 2.2 การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส

ในกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสถือว่าหลัก Volenti non fit injuria นี้เป็นสิ่งที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิด ไม่ครบองค์ประกอบ ซึ่งเมื่อองค์ประกอบของความรับผิดไม่ครบจึงส่งผลให้การกระทำตามความยินยอมนั้นไม่เป็นละเมิด เพียงแต่ตำแหน่งที่ทำให้การกระทำตามความยินยอมไม่ครบองค์ประกอบของความผิดฐานละเมิด จะอยู่ในองค์ประกอบคนละส่วนกัน โดยกฎหมายเยอรมันมองว่าความยินยอมของผู้เสียหายจะอยู่ในส่วนขององค์ประกอบของความผิด ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสกลับมองว่าความยินยอมของผู้เสียหายจะอยู่ในองค์ประกอบของความเสียหาย ส่วนรายละเอียดจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าแนวความคิดของกฎหมายทั้งสองประเทศนี้จะแตกต่างจากแนวคิดของกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากกฎหมายอังกฤษมองว่า ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อแก้ตัวซึ่งต้องมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นมาแล้ว

### 2.2.1 หลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายเยอรมัน<sup>18</sup>

ประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 823 บัญญัติไว้ว่า “ A person who , willfully or negligently , unlawfully injures the life , body , health , freedom , property or any other right of another is bound to compensate him for any damage arising therefrom.

A person who infringes a statutory provision for the protection of others incurs the same obligation. If , according to the purview of the statute , infringement is possible even without any fault on the part of the wrong – doer , the duty to make compensation arises only if some fault can be imputed to him . ”

---

<sup>18</sup><http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=317>, <http://ideas.repec.org/p/ros/wpaper/23.html> , อนันต์ จันทโรภากร , “ โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด ” , 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ( กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พีเคพรินต์ติ้งเฮ้าส์ , 2531 )

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายไปถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งใดก็ดี จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผู้นั้นในความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำนั้น ๆ

บุคคลผู้ซึ่งฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ จะต้องรับผิดชอบเดียวกันภายในขอบเขตกฎหมาย การฝ่าฝืนอาจเกิดขึ้นได้ แม้ผู้กระทำผิดนั้นจะมิได้กระทำความผิดเอง แต่ผู้นั้นจะต้องชดเชยค่าเสียหาย ก็ต่อเมื่อมีความผิดบางประการอันจะถือให้เขาต้องรับผิดชอบได้”<sup>19</sup>

จากประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 823 องค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดของเยอรมันจะมีดังต่อไปนี้

1) มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ  
 2) มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

3) มีการกระทำที่ผิดกฎหมาย

4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายเยอรมันแล้ว จะพบว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบฐานละเมิดก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดครบทั้ง 4 องค์ประกอบก่อน แต่ถ้าหากผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมให้บุคคลนั้นลงมือกระทำละเมิดแก่ตนตามหลัก Volenti non fit injuria แล้ว ในองค์ประกอบข้อ 1 ในส่วนของการกระทำโดยจงใจ ผู้ลงมือกระทำย่อมมีความจงใจอยู่แล้วที่จะกระทำละเมิดมิเช่นนั้นก็คงไม่ลงมือกระทำ และการกระทำก็ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ให้ความยินยอมตามองค์ประกอบข้อที่ 2 อันส่งผลให้มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลตามองค์ประกอบข้อ 4 เกิดขึ้น ปัญหาจึงมีอยู่ว่าการกระทำละเมิดเพราะผู้เสียหายให้ความยินยอมเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ เพราะถ้าหากการกระทำตามความยินยอมถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ก็จะส่งผลให้การกระทำครบองค์ประกอบความผิดของละเมิด แต่ถ้าไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมายก็ไม่ใช่ความผิดฐานละเมิด สำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นจะต้องมีลักษณะที่ เป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของบุคคล คือชีวิต ร่างกาย อนามัย

<sup>19</sup> พจนี ปุษาปาคม , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมันและฝรั่งเศส) ( พระนคร : โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี , 2510 ) น. 22 – 23.

เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคลโดยไม่มีสิทธิ หรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายที่ ให้ทำได้แล้วก็เป็นกรกระทำผิดกฎหมายอยู่ในตัว<sup>20</sup> นอกจากนี้แล้วการกระทำโดยผิดกฎหมาย ในทางแพ่งในส่วนของลักษณะของการกระทำผิดก็ไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติเอาไว้เป็น ลายลักษณ์อักษรเหมือนกันในทางอาญา จึงจะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น การทำผิด ขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี หรือกระทำผิดจรรยาบรรณ ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่าการกระทำผิด กฎหมายในทางแพ่งมีความหมายกว้างกว่าในทางอาญาเนื่องจากการเยียวยาความเสียหาย ระหว่างเอกชนกับเอกชน กล่าวโดยสรุปก็คือ การกระทำที่ถือว่าผิดกฎหมายจะต้องเป็น การกระทำที่

1) มีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

2) สำหรับในกรณีที่ไม่มี การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาด

3) สำหรับในกรณีที่ไม่มี การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ฝ่า ฝืนต่อขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี หรือจรรยาบรรณต่าง ๆ

ซึ่งการกระทำทั้ง 3 ประการผู้กระทำได้กระทำลงโดยไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจและ ปราศจากข้อแก้ตัวใด ๆ ทั้งสิ้น แต่ถ้าหากการกระทำผิดแม้จะเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายก็ ตาม แต่ถ้าผู้กระทำมีสิทธิ มีอำนาจ และมีข้อแก้ตัวที่จะกระทำความผิดนั้นได้ เพราะ

1) กฎหมายให้อำนาจให้กระทำได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานตำรวจจับกุมผู้ร้าย ผู้ถูก จับกุมจะได้รับความเสียหายต่อเสรีภาพอันเป็นการกระทำละเมิดในทางแพ่ง และเป็นความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพในทางอาญา แต่ตำรวจก็สามารถกระทำ ได้เพราะกฎหมายให้อำนาจเอาไว้

2) มีอำนาจตามสัญญา เช่น หากเราเข้าไปในบ้านคนอื่นเราจะมี ความผิดฐานบุกรุก แต่ถ้ามีสัญญาเช่าเราก็มีสิทธิที่จะเข้าไปในบ้านของคนอื่นได้

3) มีอำนาจกระทำได้เพราะได้รับนิรโทษกรรม

4) มีอำนาจกระทำได้เพราะได้รับความยินยอมของผู้เสียหาย

---

<sup>20</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรวัด ( กรุงเทพมหานคร : บริษัท มีสมบัติ จำกัด, 2548 ) น.5.

ซึ่งจากจุดนี้เองจะเห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันจัดเอาความยินยอมของผู้เสียหายเป็น  
 ข้อยกเว้นที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดในส่วนขององค์ประกอบของความผิดขาด  
 องค์ประกอบไป คือถือว่าหากผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วก็จะถือว่าไม่มีการกระทำที่ผิดต่อ  
กฎหมาย เมื่อไม่มีการกระทำที่ผิดกฎหมายก็จะขาดองค์ประกอบของความผิดละเมิด ผู้กระทำจึง  
ไม่มีความผิดนั่นเอง

และด้วยเหตุผลที่กฎหมายเยอรมันจัดเอาความยินยอมของผู้เสียหายเอาไว้ใน  
 องค์ประกอบในส่วนของความผิดนี้เอง กฎหมายเยอรมันจึงไม่อาจที่จะยอมรับการกระทำผิด  
 ตามความยินยอมของผู้เสียหายได้ในทุกกรณี เนื่องจากการกระทำที่เป็นความผิดนี้จะแยก  
 ลักษณะของการกระทำออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

1. การกระทำผิดต่อเอกชนโดยแท้
2. การกระทำผิดต่อเอกชนแต่ผลของการกระทำมีผลกระทบไปถึงส่วนรวมด้วย

สำหรับการกระทบความผิดต่อเอกชนโดยแท้ตามข้อ 1 นั้น หากตัวผู้เสียหายให้ความ  
 ยินยอม ผู้ก่อความผิดก็สามารถอ้างเอาความยินยอมนี้มาเป็นข้อยกเว้นความผิดได้อย่างเสรีอยู่  
 แล้ว เนื่องจากหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดโดยธรรมชาติแล้วไม่ใช่เรื่องของความสงบเรียบร้อยของ  
 ประชาชนดังเช่นในกฎหมายอาญา หากแต่จะเป็นการพิจารณาเน้นไปที่การชดใช้ค่าเสียหายและ  
 การเฉลี่ยความเสียหาย ตลอดจนการรับความเสี่ยงภัยเอาไว้ ซึ่งถือเป็นเรื่องส่วนตัวของเอกชนคน  
 ใดคนหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ การใช้หลัก Volenti non fit injuria ในระยะแรก ๆ ในเยอรมัน จึงสามารถ  
 นำมากล่าวอ้างใช้ได้อย่างอิสระปราศจากการควบคุม จนกระทั่งปี ค.ศ. 1933 Dr. Heinrich  
 Lange ได้เขียนหนังสือขึ้นมาเล่มหนึ่งชื่อว่า “ Liberalismus , Nationalsozialismus and  
 Buergerliches Recht ” ในหนังสือเล่มนี้ Lange เสนอให้มีการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาอยู่ใน  
 วงจำกัด เช่น จะต้องไม่ใช่จนเป็นการเอาเปรียบทางเศรษฐกิจมากเกินไป อย่างในสัญญาบาง  
 ประเภท อย่างสัญญาจ้างแรงงาน ( Contract of Employment ) สัญญาเช่าเคหะอาคาร  
 ( Lease )<sup>21</sup>

อย่างไรก็ดี ความผิดที่เป็นการกระทำต่อเอกชนโดยแท้นั้นในบางครั้งก็จะมีผลกระทบ  
 ไปถึงสังคมส่วนรวมด้วย ฉะนั้นถ้าพึ่งแต่ความยินยอมของผู้เสียหายเพียงอย่างเดียว จะเพียงพอ  
 พอที่จะมาทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าผิดกฎหมายได้หรือไม่ เช่น ผู้เสียหายยินยอมให้ฆ่า  
 ตนเอง เช่นนี้จะเห็นได้ว่า ชีวิตของผู้เสียหายเป็นของผู้เสียหายเอง เขาย่อมมีสิทธิจะทำอะไรกับ

<sup>21</sup> รองพล เจริญพันธ์ , อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 17 , น. 96.

ชีวิตของเขาเองก็ได้ อย่างไรก็ตาม การกระทำผิดต่อชีวิตลักษณะนี้ก็มีเรื่องของความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนแฝงอยู่ด้วย เพราะมันเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมส่วนใหญ่ จึงถือได้ว่าคนส่วนใหญ่ก็ได้รับผลกระทบจากการกระทำนี้ด้วย ฉะนั้น จึงไม่อาจที่จะยอมรับให้นำความยินยอมของผู้เสียหายเพียงคนเดียวมาเป็นข้อยกเว้นการกระทำ ความผิดที่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนใหญ่ได้ แม้จะเป็นเรื่องในทางแพ่งก็ตาม

ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา 826 จึงได้วางหลักไว้ว่า “ A person who willfully causes damage to another in a manner contra bonos mores is bound to compensate the other for the damage . ”

“ ผู้ใดจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ด้วยการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น ” <sup>22</sup>

ซึ่งจากมาตรานี้จึงตีความได้ว่า แม้พื้นฐานในเรื่องละเมิดจะเป็นการชดใช้เยียวยาให้แก่เอกชนก็ตาม แต่ตราบใดที่การกระทำละเมิดนั้นมีลักษณะที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีแล้ว แม้มีความยินยอมของผู้เสียหาย ผู้กระทำละเมิดก็ยังคงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอยู่ดี

### 2.2.2 หลัก Volenti non it injuria ตามกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 บัญญัติว่า “ Every act whatever of an individual which causes injury to another obliges the one owing to whom it has occurred to make up for it . ”

“ การกระทำใด ๆ ของบุคคล ซึ่งทำให้บุคคลอื่นเสียหายโดยการกระทำผิดของตน ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ” <sup>23</sup>

จากมาตรา 1382 องค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดของฝรั่งเศส จะมีดังต่อไปนี้

1. มีความเสียหายเกิดขึ้น
2. มีความผิด
3. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล

---

<sup>22</sup> พจนี ปุษาปาคม , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมันและฝรั่งเศส) ( พระนคร : โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี , 2510 ) น. 22 – 23.

<sup>23</sup> เพ็งอั้ง , น. 36 -37.

กฎหมายละเมิดของฝรั่งเศสจะให้ความสำคัญกับการพิจารณาความเสียหายเป็นอันดับแรก เหตุผลที่สนับสนุนว่าความรับผิดทางละเมิดต้องมีความเสียหายก็คือ หลักความรับผิดทางละเมิดกับหลักความรับผิดทางอาญา หลักความรับผิดทางละเมิดมีวัตถุประสงค์มุ่งไปในทางใช้ค่าสินไหมทดแทน ไม่ใช่ลงอาญาแก่ผู้ละเมิด เมื่อไม่มีความเสียหายเพื่อบังคับให้ใช้ค่าทดแทนแล้ว ก็ย่อมไม่มีละเมิด ไม่จำเป็นจะต้องวินิจฉัยหลักเกณฑ์ข้ออื่นอีกต่อไป หากมาฟ้องศาล ๆ ก็จะต้องยกฟ้องโดยอ้างเหตุว่าไม่เกี่ยวข้องด้วยประโยชน์ก็ไม่มีการฟ้องร้อง pas d'intérêt pas d'action<sup>24</sup>

สำหรับลักษณะของความเสียหายนั้นก็เหมือนกับความเสียหายตามกฎหมายเยอรมันคือ เป็นความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย ออนามัย เสรีภาพ และสิทธิต่าง ๆ

และด้วยเหตุที่กฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาเป็นตัวพิจารณาว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่นี้เอง จึงเป็นผลให้ต้องมีการวางข้อจำกัดของการใช้หลักของ Volenti non fit injuria ให้เป็นกฎหมายที่มีความเคร่งครัด นั่นก็หมายความว่า หลัก Volenti non fit injuria จะต้องมีข้อจำกัดในการใช้เป็นอย่างมาก กล่าวคือ ถ้าความยินยอมนั้นมีลักษณะที่แสดงถึงความประมาทเลินเล่อหรือผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วยที่เข้าไปรวมในอันตราย กรณีนี้จะไม่ใช้หลัก Volenti non fit injuria แต่จะเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วย หรือถ้าข้อเท็จจริงใดที่มีการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็จะต้องนำเรื่องการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยมาปรับใช้แทน<sup>25</sup> มิฉะนั้นแล้วหลัก Volenti non fit injuria ก็จะถูกนำมาใช้ได้อย่างไร้ขอบเขต กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมให้มีการกระทำละเมิดแก่ตนเองได้แล้ว นั่นก็เท่ากับว่าผู้เสียหายยินดีที่จะให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแก่ตน เพราะฉะนั้น บรรดาความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ผู้เสียหายก็ต้องแบกรับเอาไว้เองทั้งหมดฉะนั้นจึงไม่อาจถือได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตัวผู้เสียหายได้ และเมื่อไม่มีความเสียหาย ผู้นั้นก็ไมอาจใช้สิทธิตามกฎหมายมาเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดได้ หรือกล่าวได้อีกอย่างหนึ่งว่า เมื่อผู้จะต้องเสียหายได้ให้ความยินยอมแล้ว ก็เท่ากับว่าผู้เสียหายคนนั้น มีความประสงค์ที่จะสละสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดนั่นเอง

<sup>24</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร , หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2545 ) น. 71.

<sup>25</sup> Gabriel Marty , Pierre Raynaud , Droit Civil Les obligation 2 Edition ( Sirey : Paris , 1988 ) .

นอกจากนี้แล้วความเสียหายตรงนี้ เราก็ไม่ต้องคำนึงว่าสังคมส่วนรวมจะได้รับความเสียหายด้วยหรือไม่ เหมือนดังเช่นหลักกฎหมายของเยอรมันเพราะความเสียหายตามกฎหมายแพ่ง ผู้ที่เสียหายก็คือเอกชนผู้ถูกทำละเมิดเพียงคนเดียวเท่านั้น

ฉะนั้น หลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงกล่าวอ้างในศาลไม่ได้ในคดีละเมิด จะมีกรณีพิเศษเพียงสองสามกรณีเท่านั้นที่อาจอ้างหลัก Volenti non fit injuria ได้ในศาลในคดีละเมิด เช่น ในเรื่องชกมวยตามกติกา การแข่งรถ และแข่งกีฬาที่โดยสภาพเป็นอันตรายในตัวของมันเอง และมีจารีตประเพณียอมให้มีการกระทำดังกล่าว<sup>26</sup>

ส่วนในองค์ประกอบของความผิดนั้น ในกฎหมายฝรั่งเศสจะแบ่งประเภทของความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ ความผิดที่ตั้งใจกระทำ (faute intentionnelle) กับความผิดที่ไม่ได้ตั้งใจกระทำ (faute non-intentionnelle<sup>27</sup>) นอกจากนี้แล้วยังมีแนวคิดเกี่ยวกับความผิดแยกออกอีกเป็น 2 แนวคิดคือ แนวคิดแรกมองว่าหากผู้กระทำละเมิดไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นแล้วก็ถือว่ามีความผิด ในทางตรงกันข้ามแนวคิดอีกแนวคิดว่าผู้ละเมิดไม่จำเป็นต้องมีความผิด เพียงแต่ผู้ใดก่อความเสียหายขึ้นก็เพียงพอถือว่าเขาเป็นผู้ละเมิดแล้ว เรียกความคิดเห็นนี้ว่า Théorie du risque หรือทฤษฎีรับภัย<sup>28</sup> กล่าวคือ ทฤษฎีนี้มองว่าวัตถุประสงค์ของความรับผิดทางละเมิดไม่ใช่การลงโทษดังเช่นในกฎหมายอาญา จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำต้องมีความผิดหรือไม่ หากมีความเสียหายเกิดแก่บุคคลอื่นก็เพียงพอจะลงโทษผู้กระทำแล้ว

### ข้อสรุป

กล่าวโดยสรุปแล้วหลักความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายเยอรมันนั้น จะปรากฏอยู่ในองค์ประกอบความรับผิดในมูลละเมิดในส่วนของกรกระทำโดยผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นการกระทำที่ผู้กระทำ กระทำโดยไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจ แต่หากผู้กระทำ กระทำโดยมีสิทธิ มีอำนาจที่จะกระทำได้แล้ว การกระทำนั้นก็ไม่เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ซึ่งจะมีอยู่ด้วยกัน 4 กรณี คือ

- 1.กฎหมายให้อำนาจให้กระทำได้
- 2.มีอำนาจกระทำได้ตามสัญญา
- 3.มีอำนาจกระทำได้เพราะได้รับนิรโทษกรรม
- 4.มีอำนาจกระทำได้เพราะได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย

<sup>26</sup> รongพล เจริญพันธ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 17*, น. 95.

<sup>27</sup> เพิ่งอ้าง, น. 117.

<sup>28</sup> เพิ่งอ้าง, น. 103.

เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายตามหลักกฎหมายเยอรมัน อยู่ในส่วนของกรกระทำโดยผิดกฎหมายนี้เอง เวลาพิจารณาจึงไม่อาจมองแต่เพียงว่าหากผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้ว ผู้กระทำตามความยินยอมนั้นก็จะมีอำนาจกระทำการอันเป็นการผิดกฎหมายได้เลย แต่ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมนั้นเป็นการให้อำนาจผู้กระทำ การกระทำโดยผิดกฎหมายซึ่งกฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งใดบ้าง

หากกฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์มุ่งที่จะคุ้มครองเอกชนผู้ให้ความยินยอมแต่เพียงผู้เดียวแล้ว การที่ผู้เสียหายให้ความยินยอม ย่อมทำให้การกระทำตามความยินยอมนั้นไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้ เพราะเท่ากับผู้เสียหายยินยอมที่จะสละสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองลงเอง

แต่หากกฎหมายนั้นนอกจากบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองเอกชนผู้ให้ความยินยอมแล้ว ยังคุ้มครองรวมไปถึงประชาชนและสังคมส่วนรวมด้วย ความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งเป็นเพียงเอกชนย่อมไม่อาจที่จะมาลบล้างความคุ้มครองที่กฎหมายมีแก่ประชาชนและสังคมส่วนรวมได้

นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การกระทำตามความยินยอมของผู้เสียหายนั้น แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามการกระทำนั้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่ผิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยแล้ว แม้จะมีความยินยอมของผู้เสียหายผู้กระทำก็ไม่มีอำนาจที่จะกระทำการเช่นนั้นได้

ทั้งนี้เนื่องมาจากความหมายของการกระทำโดยผิดกฎหมายในความหมายอย่างกว้างนั้น นอกจากจะหมายรวมถึงการกระทำความผิดต่อสิ่งที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังหมายรวมไปถึงการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายเพียงคนเดียวจึงไม่มีอำนาจพอที่จะให้อำนาจผู้กระทำมากระทำการอันฝ่าฝืนต่อศีลธรรมของสังคมส่วนรวมได้

ด้วยเหตุนี้ทั้งวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองสังคมและหลักศีลธรรมอันดี จึงเป็นหลักที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบกับความยินยอมของผู้เสียหายด้วยเสมอ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำใดที่เป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครองประชาชนและสังคมส่วนรวมโดยมากแล้วมักจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีอยู่ในตัว ฉะนั้นแม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอม ให้มีการกระทำผิดต่อกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนและ

สังคมส่วนรวม หรือยินยอมให้มีการกระทำผิดที่เป็นการฝ่าฝืนศีลธรรม จำเลยก็ยังคงต้องรับผิดชอบ  
 นั้นเอง ซึ่งหลักการดังกล่าวก็ได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 826<sup>29</sup>

ส่วนหลักในกฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคิดเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย ( Volenti non fit injuria ) ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นอยู่ในองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดใน  
 ส่วนของความเสียหาย เมื่อผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นเองย่อมมิอาจถือ  
 ได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น จึงทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด

เหตุที่กฎหมายฝรั่งเศสจัดความยินยอมของผู้เสียหายไว้ในองค์ประกอบความรับผิด  
 ของละเมิดในส่วนของความเสียหาย เพราะตามหลักของกฎหมายแพ่งที่มุ่งจะเยียวยาความ  
 เสียหายให้แก่ผู้เสียหายโดยการให้ผู้ก่อความเสียหายชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหาย  
 ที่ตนไปก่อขึ้นให้แก่ผู้เสียหายเป็นสำคัญ ซึ่งบุคคลผู้เสียหายที่จะได้รับการเยียวยาในที่นี้ก็คือตัวผู้  
 ให้ความยินยอมนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดีศาลฝรั่งเศสไม่ยอมรับให้มีการกล่าวอ้างหลักความยินยอม  
 ในคดีละเมิดอย่างอิสระ คือถ้าความยินยอมนั้นมีลักษณะที่แสดงถึงความประมาทเลินเล่อหรือ  
 ผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วยที่เข้าไปร่วมในอันตราย กรณีนี้จะไม่ใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายมา  
 ปรับใช้ แต่จะเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วย หรือถ้าข้อเท็จจริงได้มีการกระทำที่ขัดต่อความ  
 สงบเรียบร้อยก็จะนำเรื่องการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยมาปรับใช้ ยกเว้นเฉพาะเรื่องการ  
 แข่งขันกีฬาที่มีจารีตประเพณีให้ทำได้เท่านั้น<sup>30</sup> จึงจะนำหลักความยินยอมมาปรับใช้ได้ เนื่องจาก  
 แนวคิดในการตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวกับละเมิดของฝรั่งเศสนั้น ต้องตีความให้เป็นบทกฎหมายที่  
 เคร่งครัด โดยยอมให้มีการยกเว้นการทำละเมิดได้เพียง 2 – 3 กรณีที่ถือว่าเป็นข้อยกเว้นจริง ๆ  
 เท่านั้นที่จะยอมรับให้นำหลักความยินยอมของผู้เสียหายมาใช้ได้

จะเห็นได้ว่าตำแหน่งของความยินยอมที่ปรากฏในองค์ประกอบความรับผิดเพื่อ  
 ละเมิดที่แตกต่างกันของประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสนี้เองที่ส่งผลต่อการใช้การตีความหลักความ  
 ยินยอมให้มีความแตกต่างกัน คือ ฝรั่งเศสยอมให้มีการกล่าวอ้างความยินยอมของผู้เสียหายได้แค่  
 การแข่งขันกีฬาที่มีจารีตประเพณียอมรับให้ทำได้เท่านั้น ส่วนเยอรมันยอมรับให้มีการกล่าวอ้างหลัก  
 ความยินยอมของผู้เสียหายได้ครบเท่าที่ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อสำนึกในทางศีลธรรมอันดีของ

<sup>29</sup> A person who willfully causes damage to another in a manner contra bonos mores is bound to compensate the other for the damage.

<sup>30</sup> รองพล เจริญพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น. 95.

ประชาชน ทั้ง ๆ ที่มีหลักการร่วมกันว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้องค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดไม่ครบองค์ประกอบ

### 2.3 หลักกฎหมายละเมิด ของอังกฤษที่เกี่ยวกับหลักความยินยอมของผู้เสียหาย ( Volenti non fit injuria )

คำว่า “ Tort ” หรือ “ ละเมิด ” เป็นคำในภาษาอังกฤษ<sup>31</sup> มีความหมายอย่างง่ายว่า ความผิด ซึ่งถูกใช้ในศาลมาเป็นเวลาหลายศตวรรษแล้วนับตั้งแต่สมัย Norman – French แต่ตามความเข้าใจของคนทั่วไปไปแล้วมักจะเข้าใจกันว่ากรกระทำละเมิดก็คือการกระทำความผิดทางอาญา ถ้าเช่นนั้นแล้วอะไรคือความแตกต่างระหว่างกฎหมายทั้งสองนี้

ถ้าหากเรามองย้อนกลับไปในสมัยกลางความแตกต่างระหว่างกฎหมายแพ่งกับกฎหมายอาญานั้นไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน แต่ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่าการกระทำ ความผิดอาญา เป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชนหรือรัฐ ฉะนั้นการกระทำผิดทางอาญาหลายอย่างจึงเข้าลักษณะของการกระทำละเมิดด้วย

สิ่งที่แตกต่างกันจึงอยู่ที่การแก้ไขเยียวยา เนื่องจากกรกระทำผิดอาญา ผู้กระทำจะต้องรับโทษ ได้แก่ จำคุกและเสียค่าปรับในขณะที่กฎหมายละเมิดผู้กระทำความผิด จะต้องชดเชยให้แก่ผู้เสียหายในรูปของเงินตรา หรือค่าเสียหาย เช่น ความผิดฐานบุกรุกหรือชิงทรัพย์ เป็นการกระทำผิดทางอาญา ในขณะที่เดียวกันก็เป็นความผิดฐานละเมิดด้วย

จากความใกล้ชิดกันระหว่างการกระทำผิดทางอาญาและการกระทำละเมิดนี้เอง ทำให้คดี Halford v. Brookes , 1991<sup>32</sup> ได้รับความสนใจจากสาธารณชนเป็นอย่างมาก เนื่องจาก ในคดีนี้โจทก์ได้ฟ้องร้องคดียังศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ตนต้องเคราะห์าไค เพราะการตายของบุตรสาวในเดือนเมษายน ค.ศ. 1978 ซึ่งเป็นเวลานานกว่า 12 ปีแล้ว ส่วนสาเหตุการตายเพราะถูกฆาตกรรมโดยถูกรัดคอและถูกแทง ซึ่งร่างของเด็กหญิงถูกพบอยู่ริมคลอง ซึ่งเธอไปเดินเล่นกับเพื่อนชายซึ่งตกเป็นจำเลยที่สองในคดีนี้

<sup>31</sup> J.A.G. Griffith , Understandings Tort Law , 2 Ed ( London ,1995 ) p.1.

<sup>32</sup> *Ibid* , p. 5.

ในตอนแรกเพื่อนชายของเธอให้การรับสารภาพ แต่ต่อมาเขากลับคำโดยกล่าวหาพ่อเลี้ยงของตนแทน ซึ่งเป็นจำเลยที่หนึ่ง ว่าเป็นผู้ลงมือฆ่า ในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีทุกคนที่เกี่ยวข้องตลอดจนคณะลูกขุนเชื่อว่าทั้งสองเกี่ยวข้องกับการตายของเด็กหญิง แต่เพราะตำรวจเลือกที่จะดำเนินคดีเฉพาะกับเด็กชายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ พ่อเลี้ยงของเขาจึงถูกปล่อยตัวไป ทำให้ครอบครัวของเด็กหญิงไม่พอใจเนื่องจากต้องการให้ดำเนินคดีกับพ่อเลี้ยงด้วย

ด้วยเหตุนี้มารดาในฐานะผู้จัดการมรดกของผู้ตายจึงได้ฟ้องคดียังศาลแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับการสูญเสียชีวิตของบุตรสาว ค่าเสียหายจากการขาดรายได้ที่เธอควรจะได้ขณะที่ต้องเสียไปในระหว่างที่ต้องมาร่วมกระบวนการพิจารณา และค่าเสียหายที่เธอต้องสูญเสียบุตรสาวด้วย

จำเลยทั้งสองปฏิเสธความรับผิดชอบ โดยต่อสู้ว่า คดีนี้มีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลา เนื่องจากในคดีแพ่งใจที่ต้องฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งตามกรณีนี้ Limitation Act 1980 กำหนดว่า การฟ้องคดีเพื่อผลประโยชน์แก่กองมรดกของผู้ตายจะต้องนำมาฟ้องร้องภายในเวลา 3 ปี นับจากผู้ตายเสียชีวิต

นอกจากนี้แล้วทนายความของทั้งสองยังโต้แย้งอีกด้วยว่า ชายทั้งสองเป็นคนยากจน การจ่ายค่าเสียหายไม่มีทางเป็นไปได้ในความเป็นจริง

แต่ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของทั้งสองจึงอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีได้ด้วยเหตุนี้คดีจึงถูกส่งกลับไปให้ศาลสูง ( High Court ) พิจารณา โดยศาลสูงเห็นว่าจำเลยที่หนึ่ง ( พ่อเลี้ยง ) ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายสำหรับการกระทำโดยการรัดคอและแทง ส่วนจำเลยที่สอง ศาลถือว่ามีส่วนร่วมในการแทงจึงให้รับผิดชอบ 20 เปอร์เซ็นต์ของค่าเสียหาย

ฉะนั้นในปัจจุบันเราจึงได้ให้คำจำกัดความของกฎหมายลักษณะละเมิดว่าเป็น “ กฎหมายของการกระทำความผิดทางแพ่ง ” ( law of civil wrongs ) ได้แก่ การล่วงล้ำต่อตัวของบุคคลอื่น ที่ดินของบุคคลอื่น และทรัพย์สินของบุคคลอื่น เราทราบดีว่าการล่วงล้ำเกี่ยวข้องกับตัวบุคคลอื่นซึ่งสามารถที่จะแยกออกเป็นส่วนตัวย่อย ๆ ได้อีก คือ การทำร้ายร่างกาย ( assault ) และความผิดฐานทำร้ายร่างกายคนอื่น ( battery ) นอกจากนี้แล้วยังมีการกระทำละเมิดอีกแบบหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ nominate torts ” ซึ่งเป็นการกระทำละเมิดโดยการลงโทษจำคุกหรือการจับกุมผู้กระทำผิดผิดคน โดย “ nominate torts ” นี้มีจุดกำเนิดมาจากการออกหมายของศาลในสมัยโบราณที่ดำเนินการโดยศาลหลวงเมื่อราวศตวรรษที่ 12

ต่อมาในราวศตวรรษที่ 19 ศาลได้ขยายหลักการที่มีอยู่ของการกระทำละเมิดออกไปอีก คือ ในคดี *Wilkinson v. Downtown*, 1897<sup>33</sup> โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า จำเลยได้กล่าวแก่โจทก์ว่าสามีของโจทก์ถูกรถชนอย่างแรงทั้ง ๆ ที่ไม่เป็นความจริง ทำให้โจทก์เจ็บป่วยอย่างรุนแรงจากอาการช็อกซึ่งในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าเราจะไม่สามารถดำเนินคดีเป็นความผิดทางแพ่งฐานกระทำละเมิดได้ เพราะไม่ใช่การทำร้ายร่างกายแบบ battery และ assault ซึ่งออกจะไม่เป็นธรรมสำหรับโจทก์ ผู้พิพากษาจึงได้กำหนดความเสียหายในลักษณะนี้ขึ้นมาใหม่ภายใต้ชื่อว่า “nervous shock” โดยถือว่าการกระทำดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตของการทำร้ายร่างกายด้วย

จากที่กล่าวมาในข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะละเมิดของอังกฤษถูกสร้างขึ้นมาจากศาล สำหรับในส่วนของความยินยอมของผู้เสียหาย (Volenti non fit injuria) นั้น จริงอยู่แม้จะใช้คำในภาษาลาติน แต่ก็ไม่ใช่หลักที่เกิดขึ้นในกฎหมายโรมันดังที่หลายคนเข้าใจ หากแต่เป็นหลักการที่เกิดจากการบัญญัติศัพท์โดยใช้ภาษาลาตินสร้างเป็นหลักกฎหมายขึ้นมาของศาลอังกฤษ<sup>34</sup> เพื่อรองรับการที่ศาลให้ความสำคัญกับความประสงค์ของเอกชน กล่าวคือ ในสมัยที่

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 9.

<sup>34</sup> อังกฤษ ซึ่งแต่เดิมาก็เคยถูกปกครองโดยชาติโรมันมาก่อน เมื่อชาติโรมันล่มสลาย ก็มีชนเผ่าต่าง ๆ ขึ้นมามีอำนาจแทนที่ เช่น ชนเผ่าเยอรมันในสมัยก่อน ได้แก่ พวกแองโกลและพวกแซกซอน ภายหลังถูกเรียกรวมกันว่า “พวกแองโกลแซกซอน” ถัดจากพวกแองโกลแซกซอน อังกฤษก็ถูกปกครองโดยพวกนอร์แมนซึ่งมาจากแถบสแกนดิเนเวียทางตอนเหนือ ซึ่งกฎหมายที่ถูกนำมาใช้ก็คือกฎหมายจารีตประเพณี

ต่อมาอังกฤษปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กษัตริย์มีการจัดตั้งศาลหลวงออกไปปฏิบัติหน้าที่ตามหัวเมือง ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่ตัดสินคดีต่าง ๆ แทนกษัตริย์ คำพิพากษาที่เกิดขึ้นต้องถือของศาลหลวงเป็นหลักหากขัดกับจารีตประเพณี จึงเกิดเป็นธรรมเนียมที่จะต้องถือเอาคำพิพากษาของศาลเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ซึ่งบางครั้งผู้พิพากษาศาลตัดสินคดีโดยเคร่งครัดจนเกินไป คำพิพากษาของศาลหลวงจึงถูกโต้แย้ง หลายครั้งเข้าก็มีการพัฒนาจนเกิดเป็นหลัก Equity ขึ้นมาเพื่อทำให้เกิดความเป็นธรรมยิ่งขึ้น ต่อมาระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มาอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญ จึงมีการยกเลิกศาลหลวง อันนำมาสู่ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ก็ยังคงมีการสร้างกฎหมายโดยศาลซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลดังเช่นในอดีตที่ผ่านมา

แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากต่อปัจเจกชน โดยให้ความสำคัญเคารพต่อเจตนาของแต่ละบุคคลเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด และจากความเชื่อนี้เองจึงนำไปสู่การเกิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในศตวรรษที่ 19

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ( The autonomy of will ) หรือหลักอิสระในทางแพ่ง ( Private Autonomy ) หมายถึง อำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน<sup>35</sup> กล่าวโดยสรุปก็คือมนุษย์ทุกคนที่เป็นปัจเจกชน ย่อมมีสิทธิที่จะจัดการกับชีวิตหรือทรัพย์สินของตนอย่างไรก็ได้ โดยที่ผู้อื่นไม่ควรเข้ามาแทรกแซง ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้นอกจากจะถูกนำมาใช้ในเรื่องของการทำสัญญาแล้ว ก็ยังเป็นพื้นฐานของหลักความยินยอมด้วย โดยถือว่าเมื่อผู้เสียหายยินยอมที่จะยอมให้บุคคลใดกระทำละเมิดแก่ตนเองแล้ว จะไปบังคับให้บุคคลนั้นมารับผิดในการกระทำที่ทาลงไปภายใต้ความยินยอมของผู้เสียหายดังกล่าวแล้วไม่ได้ อันเป็นที่มาของแนวความคิดในเรื่องความยินยอมไม่เป็นละเมิดหรือ Volenti non fit injuria นั้นเอง

ซึ่งหลังจากที่ได้ศึกษาถึงแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายแล้วพอที่จะสรุปออกมาเป็นหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

### 2.3.1 การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ก่อน Unfair contract Terms Act 1977

ศาลอังกฤษได้สร้างหลัก Volenti non fit injuria ขึ้นมาเพื่อช้ยกเว้นความรับผิดของจำเลยในมูลละเมิด ซึ่งตามหลักแล้วเมื่อมีการกระทำละเมิดแต่ละฐานแล้วจำเลยก็ย่อมมีความรับผิดเกิดขึ้นและมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ตนเป็นฝ่ายกระทำแก่ผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม หากความเสียหายที่จำเลยก่อให้เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากความ

---

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการพยายามที่จะออกประมวลเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งเทียบได้กับประมวลข้อกฎหมายหรือข้อวินิจฉัยของศาล ซึ่งจะเป็นเรื่องของสัญญาหรือละเมิดก็ได้ การกระทำดังกล่าวคล้ายกับจะเป็นการทำประมวลกฎหมายขึ้น แต่ก็ไม่ใช่ว่าประมวลกฎหมายโดยแท้ แต่ศาลก็มักจะอ้างเอาไปใช้เหมือนกับเป็นดับทกฎหมาย

<sup>35</sup> ศนันท์กรณ ( จำปี ) โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 12

ยินยอมของผู้เสียหายเองที่จะยอมรับความเสียหายนั้นเอาไว้ หรือผู้เสียหายเป็นฝ่ายขอร้องจำเลยให้มาทำละเมิดแก่ตนแล้วจำเลยก็สามารถที่จะอ้างเอาความยินยอมของผู้เสียหายเช่นว่านั้นมายกเว้นความรับผิดในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนของตนได้<sup>36</sup> แต่ทั้งนี้ผู้เสียหายจะต้องแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายยินยอมให้มีการกระทำละเมิด จำเลยก็ไม่ต้องรับผิด แต่ทั้งนี้โจทก์ต้องให้ความยินยอมภายในขอบเขตของกฎหมาย มีการวางหลักไว้ในคดี Freeman v. Home Office ( No. 2 ) ( H.C, 1983 ) ว่า “หน้าที่หรือภาวะการพิสูจน์ว่าปราศจากความยินยอมเป็นของโจทก์ ส่วนการพิสูจน์ถึงความยินยอมเป็นหน้าที่ของจำเลย”<sup>37</sup>

ในกรณีของการรักษาพยาบาลกฎหมายอังกฤษยอมรับว่าผู้ป่วยที่มีสติสัมปชัญญะมีสิทธิอย่างถูกต้องที่จะเลือกว่าจะยินยอมรับการรักษาหรือไม่ โดยมีการกล่าวถึงกรณีนักโทษในเรือนจำซึ่งมีสุขภาพจิตที่ดี อดอาหารประท้วงเจ้าหน้าที่เรือนจำ ศาลบอกว่าเจ้าหน้าที่ผู้รักษาพยาบาลประจำเรือนจำนั้นไม่มีสิทธิบังคับให้อาหารแก่นักโทษนั้นโดยอ้างความจำเป็น<sup>38</sup> และแม้ว่าผู้ป่วยซึ่งมีความพิการทางกาย แต่มีสติสัมปชัญญะที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลของตนเองนั้นมีสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาทางการแพทย์ได้ ถึงแม้การกระทำเช่นนั้นสามารถทำให้เกิดอันตรายถึงชีวิตได้ก็ตาม ส่วนในกรณีที่ผู้ป่วยไม่อยู่ในภาวะที่จะให้หรือไม่ให้ความยินยอมได้เองนั้น หากเป็นกรณีฉุกเฉินแพทย์อาจจะให้การรักษาไปก่อนได้โดยยึดหลักการกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อทำให้เกิดผลดีที่สุดแก่ตัวผู้ป่วย

---

<sup>36</sup> ในคดี R. v. Donovan , 1934 ศาลได้ตัดสินไว้ว่า “ จำเลยเขียนตีเด็กหญิงอายุ 17 ปี เพื่อความพอใจในทางเพศของตน เขาต่อสู้ว่าเด็กหญิงยินยอมให้เขียน คณะลูกขุนเห็นว่า การเขียนเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดความพอใจในทางเพศ เป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด ( Richard Lawson , Exclusion Clause and Unfair Contract Terms . 8 Edition . ( Sweet & Maxwell , 2005 ) p.87 ).

<sup>37</sup> Vera Bermingham, Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.8.

<sup>38</sup> Airedale NHS Trust v. Bland ( HL , 1993 ) ; Re MB ( Medical Treatment ) ( CA, 1997) อ้างถึงใน Vera Bermingham, Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p. 10.

สำหรับในกรณีของผู้เยาว์ ( อายุ 16 หรือ 17 ปี ) อาจให้ความยินยอมในการรับการรักษาได้เอง โดยไม่ต้องได้รับการรับรองจากบิดามารดา<sup>39</sup> หรือแม้แต่เด็กที่มีอายุน้อยกว่านั้นหากเขามีสติสัมปชัญญะดีพอ และมีความเข้าใจอย่างชัดเจนถึงผลที่จะเกิดจากการตัดสินใจของตน ก็ สามารถให้ความยินยอมในการรับการรักษายาบาลได้<sup>40</sup> อย่างไรก็ตาม น้อยครั้งนักที่ผู้เยาว์จะสามารถปฏิเสธการรักษาพยาบาลทางการแพทย์ซึ่งบิดามารดาได้ให้ความยินยอมอย่างถูกต้องสมบูรณ์ได้

ความยินยอมของผู้เสียหายต้องเกิดขึ้นโดยอิสระ ด้วยเหตุนี้หากมีการบังคับผู้เสียหายให้ความยินยอม ความยินยอมดังกล่าวย่อมไม่สมบูรณ์ แต่ถ้าเพียงโจทก์ถูกทำให้เข้าใจผิดถึงลักษณะที่จำเป็นของการกระทำ ความผิดที่เป็นผลจากการกระทำไม่มีผลกระทบต่อความยินยอม<sup>41</sup>

#### ก) การรู้ถึงปัจจัยเสี่ยง ( Knowledge of the risk )

กฎหมายอังกฤษถือว่าการที่ผู้เสียหายรู้ถึงปัจจัยเสี่ยง ไม่ใช่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม การที่จะถือว่ามี ความยินยอมของผู้เสียหายเกิดขึ้นนั้น นอกจากผู้เสียหายจะรู้ถึงธรรมชาติและขอบเขตของปัจจัยเสี่ยงแล้ว ผู้เสียหายยังต้องเข้าใจในสิ่งที่เกิดขึ้นจากการให้ความยินยอมและได้ให้ความยินยอมนั้นไปโดยใจสมัครและมีอิสระ<sup>42</sup> และสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการมีอิสระอย่างแท้จริงในการตกลงให้ความยินยอมก็คือการตกลงใจโดยปราศจากความรู้สึกกดดัน<sup>43</sup> นั้นเอง

<sup>39</sup> Family Law Reform Act 1969

<sup>40</sup> Geillick v. Ewst Norfolk & Wisbech Area Health Authority ( HL,1986) อ้างถึงใน Vera Bermingham , Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.10.

<sup>41</sup> Appleton v. Giarrelt HC,1996 อ้างถึงใน Vera Bermingham , Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.10.

<sup>42</sup> Osborne v.L & N.W.Ry.HC,1888 อ้างถึงใน Vera Bermingham, Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.57.

<sup>43</sup> Bowater v. Rowley Regis Corporation CA,1944 อ้างถึงใน Vera Bermingham, Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.57.

### ข) การยอมรับ ( Agreement )

คำพิพากษาเพียงแต่ความตั้งใจที่จะเสี่ยงอันตรายยังไม่เพียงพอสำหรับความยินยอมไม่เป็นละเมิด ดังนั้นจึงต้องมีการเพิ่มหลักฐานที่แสดงหรือสื่อให้เห็นถึงการที่ผู้เสียหายยอมรับที่จะให้ยกเลิกสิทธิของตนตามที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้ด้วย<sup>44</sup>

ข้อเท็จจริง<sup>45</sup> ในเย็นวันหนึ่ง นาย Norman และนาย Mark ได้ออกไปเที่ยวสังสรรค์กันที่ร้านขายสุราแห่งหนึ่ง และเขาทั้งสองได้ดื่มสุรากันในปริมาณที่มาก ซากลับนาย Mark เป็นผู้ขับรถพานาย Norman ไปส่งที่บ้าน ระหว่างทางเขาได้ขับรถชนเข้ากับเสาไฟฟ้าอย่างแรง เป็นเหตุให้นาย Norman ซึ่งไม่ได้คาดเข็มขัดนิรภัยกระเด็นออกจากรถได้รับบาดเจ็บสาหัสนางสาว Rita ขับรถผ่านมาพบจึงได้เข้าไปช่วยเหลือ และระหว่างช่วยก็ได้รับบาดเจ็บที่มือสาหัส

ในกรณีนี้ นาย Norman และนางสาว Rita จะมีสิทธิเรียกร้องอะไรจากนาย Mark ได้บ้าง และหากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นว่านาย Norman ไม่ได้ออกจากบ้านไปพร้อมนาย Mark แต่ไปพบกับนาย Mark โดยบังเอิญที่ร้านขายสุรา และซากลับนาย Norman ดื่มสุราเพียงเล็กน้อย แต่ นาย Mark ได้มีอาการเมาสุราแล้วจึงขับรถไปส่งนาย Norman

ในการที่จะตอบคำถามเหล่านี้ได้สิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้จะต้องนำมาเป็นเครื่องพิจารณาด้วย

1. ความรับผิดชอบของนาย Mark ที่มีต่อนาย Norman
2. ข้อต่อสู้ของนาย Mark เช่น หลัก Volenti non fit injuria หลัก Ex turpi causa non oritur actio
3. ความรับผิดชอบของนาย Mark ที่มีต่อนางสาว Rita

ประการแรกเราต้องพิจารณาก่อนว่านาย Norman สามารถฟ้องร้องนาย Mark ได้หรือไม่ ถ้าฟ้องได้นาย Mark จะมีข้อแก้ตัวอะไรได้บ้าง

กรณีนี้นาย Norman ต้องแสดงให้เห็นได้ว่านาย Mark เป็นหนี้เขาโดยมีหน้าที่ต้องดูแลความปลอดภัยให้ตน เพราะเป็นสิ่งที่คาดหมายได้อย่างมีเหตุมีผลว่าการขับรถที่ประมาทเลินเล่อ

<sup>44</sup> Nettleship v. Weston CA, per Lord Denning อ้างถึงใน Vera Bermingham, Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.57.

<sup>45</sup>David Green, The Cavendis Q & A Series Law of Torts 2nd Edition ( Great Britain, 1995 ) pp. 223-228.

ยอมเป็นเหตุให้ผู้โดยสารได้รับบาดเจ็บได้ และต้องแสดงต่อไปว่านาย Mark ได้มีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ นั่นก็คือ บุคคลปกติที่ขับรถจะไม่ขับรถเข้าไปชนเสาไฟฟ้าอย่างแน่นอน ( *Blyth v. Birmingham Waterwork*, 1856 ) ดังนั้นนาย Mark ได้ทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ของตน นาย Norman จะต้องแสดงด้วยว่าผลจากการฝ่าฝืนหน้าที่นี้ทำให้เขาได้รับบาดเจ็บ และท้ายที่สุด นาย Norman จะต้องพิสูจน์ว่าเขาได้รับบาดเจ็บนั้นเป็นผลที่ไม่ได้ไกลเกินกว่าเหตุด้วย

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่านาย Mark ได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อต่อนาย Norman ขึ้นต่อไปเราต้องดูว่า Mark จะมีข้อแก้ตัวได้บ้าง

ข้อต่อสู้ประการแรกที่เป็นไปได้ก็คือเรื่องความยินยอมไม่เป็นละเมิด ( *Volenti non fit injuria* ) ของนาย Norman กล่าวคือ นาย Norman ได้ให้ความยินยอมต่อปัจจัยเสี่ยงที่จะได้รับบาดเจ็บ และเพื่อแสดงว่านาย Norman ได้ให้ความยินยอมนาย Mark จะต้องพิสูจน์ว่านาย Norman สามารถที่จะเลือกได้โดยอิสระที่จะยอมรับปัจจัยเสี่ยง และการยอมรับนั้นไม่ได้มีการกระทำที่เป็นการบังคับต่อความอิสระในการเลือกของเขา เช่น ความกลัว หรือการสูญเสียหน้าที่การงานของเขา ( *Bowater v. Rowley Regis Cor*, 1944 ) จุดต่อไปที่จะต้องพิจารณาก็คือมีข้อตกลงใด ๆ ระหว่างนาย Mark กับนาย Norman ว่า นาย Norman ยินยอมที่จะรับปัจจัยเสี่ยงอันตรายหรือไม่ ถ้ามีและความยินยอมนั้นเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่านาย Mark จะไม่ต้องรับผิดชอบ ต่อ นาย Norman ในเรื่องความประมาทเลินเล่อตาม *Unfair Contract Terms Act 1977* ก็เป็นไปตามนั้น อย่างไรก็ตาม การที่บุคคลยอมโดยสรวทซึ่งคนขับเมาสูรานั้น โดยปกติแล้วศาลจะไม่ถือว่าบุคคลนั้นแสดงความยินยอมชัดแจ้งที่จะยกเลิกสิทธิของตนเองในอันที่จะฟ้องร้องผู้ขับรถยนต์ที่เมาสูราคนนั้น ( *Dann v. Hamilton*, 1936 )

ขึ้นไปเราต้องพิจารณาว่าข้อต่อสู้เกี่ยวกับความยินยอมไม่เป็นละเมิด ( *Volenti non fit injuria* ) มีความเชื่อถือได้มากน้อยแค่ไหน ในพฤติการณ์ซึ่งไม่มีความยินยอมอย่างชัดเจน ในระหว่างคู่ความ ในคดี *Nettleship v. Weston* Lord Denning กล่าวว่า “ไม่มีสิ่งใดมาทดแทนการแสดงให้เห็นได้ชัดเจนหรือสื่อให้เห็นถึงความยินยอมได้” อย่างไรก็ตาม ความเห็นนี้ไม่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และในคดี *Dann v. Hamilton* ศาลถือว่า ความยินยอมสามารถที่จะนำมาใช้ในสถานการณ์ที่หลากหลาย แม้ในความเป็นจริงความยินยอมจะไม่ได้ถูกแสดงออกมากก็ตาม และในคดี *Pilts v. Hunt*, 1990 กับ *Morris v. Murray*, 1990 ยอมรับข้อต่อสู้ที่ว่าผู้โดยสารซึ่งยอมรับการโดยสารที่ผู้ขับมีอาการเมาสูราอย่างเห็นได้ชัดเจน สามารถนำมาใช้อ้างในพฤติการณ์ที่เหมาะสมได้

อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ นาย Mark โชคดีเนื่องจาก s.149 ( 1 ) The Road Traffic Act 1988 ได้ยกเลิกเรื่องความยินยอมจากสถานการณ์การจราจรบนท้องถนน ดังนั้น นาย Mark จึงไม่อาจอาศัยข้อต่อสู้ในเรื่องความยินยอมไม่เป็นละเมิด ( Volenti non fit injuria ) ได้ แต่นาย Mark อาจพยายามที่จะยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำที่ผิดศีลธรรมไม่อาจนำมาเป็นเหตุฟ้องคดี ( Ex turpi causa non oritur actio ) ที่ว่าทั้งเขาและนาย Norman เป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะขับซิ่งรถขณะเมาสุรา อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อ s4 ของ Road Traffic Act 1988 ข้อต่อสู้นี้ได้รับการสนับสนุนในคดี National Coal Board v. England, 1954 และในคดี Ashton v. Turner, 1981 แต่จะต้องมีการเชื่อมโยงที่เป็นสาเหตุระหว่างความผิดอาญากับความเสียหาย ซึ่งโจทก์ได้รับความเดือดร้อนด้วย ในคดี Ero-Diam v. Bathurst, 1988. Kerr LJ กล่าวว่า “ข้อต่อสู้ในเรื่อง Ex turpi causa non oritur actio จะใช้บังคับได้ต่อเมื่อมีการสบประมาทต่อนโยบายสาธารณะ” แต่ Dillon และ Balcombe LJ เห็นควรที่จะพิจารณาว่าความเสียหายของโจทก์เกิดขึ้นโดยบังเอิญต่อการชักนำไปสู่เหตุการณ์ที่มีขอบด้วยกฎหมาย ในคดี National Coal Board and Ashton มีการเสนอว่าข้อต่อสู้ดังกล่าวนี้จะล้มเหลวเพราะไม่มีความเกี่ยวข้องของสาเหตุที่ต้องการระหว่างความเสียหายและความผิดอาญา ในกรณีนี้ดูเหมือนว่าความเสียหายของนาย Norman เกิดขึ้นจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนาย Mark จะเป็นการบังเอิญ และมีหลายกรณีที่ผู้โดยสารได้รับอนุญาตให้ได้รับการชดเชยในหลายสถานการณ์ที่มีความคล้ายคลึงกัน

ถึงแม้ว่าข้อต่อสู้ทั้ง 2 ประการของนาย Mark จะไม่สามารถนำมาใช้ได้ แต่เขาก็อาจจะยกปัญหาของการมีส่วนร่วมในการประมาทเดินเลื้อ เพื่อลดค่าเสียหายที่เขาจะต้องจ่ายให้นาย Norman เนื่องจากความเสียหายที่นาย Norman ได้รับส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความผิดของตนเอง ความเสียหายตรงจุดนี้จึงจะต้องถูกลดลง หากนาย Mark แสดงได้ว่านาย Norman ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลความปลอดภัยแก่ตนเอง

ในคดี Joens v. Livox Quarries Ltd, 1952. Lord Denning<sup>46</sup> ได้กล่าวไว้ว่า “บุคคลที่มีส่วนร่วมในความประมาทเดินเลื้อได้รับความเสียหาย ถ้าเขามีเหตุที่ควรจะทราบได้ล่วงหน้าว่า ถ้าเขาได้ใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับวิญญูชนความเสียหายย่อมไม่เกิด เช่นนี้แล้วเขาก็ต้องรับผลเสียหายจากความประมาทของตนด้วย”

---

<sup>46</sup> David Green, The Cavendis Q & A Series Law of Torts 2nd Edition ( Great Britain, 1995 ) p.227.

ตามข้อเท็จจริงนี้ นาย Norman เองก็มีส่วนร่วมในความประมาทครั้งนี้ เพราะยินยอมที่จะโดยสารถยนต์ที่คนขับเมาสุรา ดังนั้นความเสียหายที่นาย Norman ได้รับจะถูกลดลงเนื่องจากความประมาทของนาย Norman เองด้วย นอกจากนี้ตามข้อเท็จจริงแล้ว นาย Norman ไม่ได้คาดเข็มขัดนิรภัยด้วยจึงทำให้เขากระเด็นออกมาจากหน้าต่างรถไป เห็นได้ชัดว่าถ้าเขาคาดเข็มขัดความรุนแรงจากการบาดเจ็บก็จะลดลง ถึงแม้ว่าการที่ไม่คาดเข็มขัดจะไม่ใช่การมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดอุบัติเหตุก็ตาม แต่ก็มีส่วนที่ทำให้ตนได้รับความเสียหาย ดังนั้นความเสียหายของเขาจึงต้องถูกลดลงตามไปด้วย ด้วยเหตุนี้ นาย Norman จึงไม่สามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากนาย Mark ได้ แต่ค่าเสียหายนั้นจะถูกลดลงเพราะนาย Norman มีส่วนร่วมในความเสียหายนี้ด้วย

ส่วนในกรณีของนางสาว Rita จะเห็นได้ว่าเธอเป็นผู้ช่วยชีวิตจึงสามารถฟ้องร้องนาย Mark ได้ โดยนาย Mark ไม่สามารถที่จะอ้างเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย ( Volenti non fit injuria ) มาปฏิเสธความรับผิดของตนได้ เนื่องจากสถานการณ์เดียวที่ผู้ช่วยชีวิตจะถูกถือว่าให้ความยินยอมก็คือ การช่วยชีวิตผู้อื่นในสถานการณ์ที่ไม่มีอันตรายอย่างแท้จริงเท่านั้น ( Cutler V. United Dairies, 1938 ) ซึ่งไม่ใช่กรณีตามข้อเท็จจริงนี้

นาย Mark อาจพยายามที่จะอ้างว่านางสาว Rita มีส่วนร่วมในความประมาทเล็กน้อยเพื่อที่จะขอลดค่าเสียหายที่จะต้องจ่ายแก่เธอ แต่ศาลจะมีความเห็นใจต่อฝ่ายโจทก์มากกว่าเพราะได้เข้าไปช่วยเหลือผู้อื่น อีกทั้งกรณีนี้ไม่ใช่การมีส่วนร่วมในความประมาทแต่อย่างใดนางสาว Rita จึงเรียกร้องค่าเสียหายต่อนาย Mark ได้อย่างเต็มที่

อย่างไรก็ดี ผลในทางกฎหมายย่อมเปลี่ยนแปลงไป หากนาย Norman ได้บังเอิญพบกับนาย Mark ในร้านขายสุรา และนาย Norman ได้ดื่มสุราเพียงเล็กน้อย ในขณะที่นาย Mark มีอาการเมาสุราอย่างมาก และทั้งคู่ขับรถออกไปด้วยกัน กรณีนี้ศาลจะถือว่านาย Norman ได้ให้ความยินยอมที่จะรับความเสี่ยงที่จะนั่งรถที่นาย Mark ขับ ในคดี Dunn v. Hamilton ศาลเคยวางหลักเอาไว้ว่า “ ถ้าคนขับรถมีอาการเมาสุราแสดงออกอย่างเด่นชัดแล้ว ความยินยอมสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ ”

การแสดงการยอมรับต่อสิ่งที่เกิดขึ้นก่อนจะมีความเสียหายเกิดขึ้นในอนาคต เพื่อยกเว้นความรับผิดให้แก่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายในกรณีประมาท กฎหมายอังกฤษ ( Unfair Contract Terms Act 1977 Section 2 ( 1 ) ) บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นโมฆะในกรณีที่เป็นการยกเว้นความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งรายละเอียดของพระราชบัญญัติดังกล่าวจะได้กล่าวในลำดับถัดไป

### ค) กรณีเฉพาะ ( Particular cases )

#### 1. การเล่นกีฬา

ในสมัยโบราณ ผู้เป็นเจ้าของทาสจะให้ความยินยอมต่อการแข่งขันกีฬาที่มีอันตราย ฉะนั้นการกระทำต่อร่างกายจึงสามารถทำได้ เช่น การเตะ การรัดคอ การหักแขนคู่ต่อสู้ ฯลฯ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้จะมีอันตรายอย่างเห็นได้ชัดว่าคู่ต่อสู้อีกฝ่ายหนึ่งอาจตายได้ แต่เมื่อเจ้าของทาสยินยอมแล้วก็ไม่สามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายเพราะการกระทำดังกล่าวได้

ส่วนผู้เข้าชมการแข่งขันกีฬาซึ่งได้รับบาดเจ็บจากการกระทำของผู้แข่งขัน ถือว่าผู้เข้าชมนั้นถูกพาเข้าไปให้ยอมรับปัจจัยเสี่ยง ซึ่งถือว่าเป็นเพียงอุบัติเหตุจากการแข่งขันกีฬาเท่านั้น แต่ทั้งนี้ปัจจัยเสี่ยงที่เกิดขึ้นนั้นก็ต้องอยู่บนพื้นฐานของความระมัดระวังด้วย เช่น กีฬานั้นใช้ความเร็วในการชิงชัยกันระหว่างผู้เล่นแต่ละฝ่ายย่อมมีการเข้าใกล้กันและกระทบกระแทกกันได้เป็นเรื่องธรรมดา และถือว่าทุกคนยอมรับ<sup>47</sup> อย่างไรก็ตาม การที่ผู้เสียหายไม่ระมัดระวังอันตรายสำหรับการแข่งขันฟุตบอลสมัครเล่นประจำท้องถิ่น ถือว่าเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้เสียหายเอง<sup>48</sup> แต่ทั้งนี้หากผู้จัดการแข่งขันกีฬาต่าง ๆ นั้นจัดการป้องกันความปลอดภัยไม่เพียงพอแล้วจะถือว่าผู้เสียหายยอมรับปัจจัยเสี่ยงดังกล่าวหาได้ไม่<sup>49</sup>

#### 2. ผู้โดยสารรถยนต์

ในกรณีของผู้โดยสารรถยนต์นี้กฎหมายอังกฤษถือว่า ผู้โดยสารที่ยอมขึ้นรถไปกับคนขับ ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าคนขับไม่มีความชำนาญหรือเมาสุรา ผู้ที่ต้องรับผิดชอบไม่สามารถที่จะอ้างความยินยอมในการเสี่ยงภัยได้ เพราะว่าใน section 149 ของ The Road Traffic Act 1988 ได้บัญญัติห้ามไว้เนื่องจากเป็นหน้าที่ของประกันภัยที่จะเป็นผู้รับผิดชอบต่อผู้โดยสารอยู่แล้ว<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Condon v. Basi CA,1997 อ้างถึงใน Vera Bermingham , Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.58.

<sup>48</sup> Smoldon v. Whitworth CA,1997 อ้างถึงใน Vera Bermingham , Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.59.

<sup>49</sup> Walson v. British Boxing Board of contract 2001 อ้างถึงใน Vera Bermingham , Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p. 59.

<sup>50</sup> Pitte v. Hunt CA,1990 อ้างถึงใน Vera Bermingham , Nutshells.tort in a nutshell No.6 ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.59.



เช่น พนักงานดับเพลิงได้รับบาดเจ็บขณะเข้าไปช่วยเหลือผู้ประสบอัคคีภัย ย่อมสามารถที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้<sup>54</sup> โดยที่ผู้ประสบอัคคีภัยนั้นไม่สามารถอ้างหลัก *Volenti non fit injuria* ของพนักงานดับเพลิงที่ยินยอมเสี่ยงอันตรายจากเพลิงไหม้มาปฏิเสธความรับผิดชอบ พนักงานดับเพลิงได้ เพราะการกระทำของพนักงานดับเพลิงเป็นการกระทำอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งศีลธรรม และเขาก็ไม่ได้เลือกได้อย่างอิสระว่าต้องการจะช่วยชีวิตผู้ประสบอัคคีภัยนั้นหรือไม่ แต่เขาต้องช่วยเพราะเขามีหน้าที่จากการเป็นพนักงานดับเพลิง หรือในกรณีของคดี *Chadwick v. British Transport Commission HC, 1967* หน่วยกู้ภัยในกรณีรถไฟชนกันเกิดหมดสติเพราะได้เห็นภาพเหตุการณ์ที่น่ากลัวย่อมมีสิทธิในการได้รับค่าสินไหมทดแทน แม้ตัวเขาจะไม่ได้รับอันตรายก็ตาม จะอ้างหลัก *Volenti non fit injuria* ว่าพนักงานของหน่วยกู้ภัยนั้นยินยอมเข้าไปทำหน้าที่ดังกล่าวเองเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบไม่ได้ เนื่องจากเป็นหลักการทั่วไปของการปกป้องทรัพย์สินสมบัติ<sup>55</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว หลักความยินยอมของผู้เสียหายตามกฎหมายอังกฤษก่อนที่จะมี *Unfair Contract Terms Act 1977* นั้น มีหลักอยู่ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายไม่ได้ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดในส่วนของกรกระทำโดยผิดกฎหมายไม่ครบองค์ประกอบแบบกฎหมายเยอรมัน หรือองค์ประกอบในส่วนของความเสียหายไม่ครบองค์ประกอบแบบกฎหมายฝรั่งเศส หากแต่อังกฤษกลับมองว่าความยินยอมของผู้เสียหายนี้เป็นข้อยกเว้นที่ผู้กระทำละเมิดยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำละเมิดของตน เพราะผู้เสียหายยินยอมให้กระทำละเมิดเอง

ซึ่งการที่กฎหมายอังกฤษยอมรับหลักการเช่นนี้ก็ถือเป็นผลมาจากการที่อังกฤษให้ความสำคัญกับหลักความประสงค์ของปัจเจกชนมาก ฉะนั้นเมื่อผู้เสียหายเองมีความประสงค์ให้มีการกระทำละเมิดแก่ตนเองกฎหมายจึงให้ความเคารพต่อความประสงค์เช่นนั้น จึงทำให้มองได้ว่าผู้เสียหายสามารถที่จะให้ความยินยอมต่อการกระทำละเมิดได้อย่างอิสระ

อย่างไรก็ตาม ภายใต้ความอิสระในการแสดงความรู้สึกของเอกชนนี้เอง ศาลอังกฤษก็ได้วางกรอบของการยอมรับการกล่าวอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อมาปฏิเสธความ

<sup>54</sup> *Ogwo v. Taylor HL, 1988* อ้างถึงใน *Vera Bermingham, Nutshells.tort in a nutshell No.6* ( London : Sweet & Maxwell , 2002 ) p.60.

<sup>55</sup> *Hyett v. Great Western Ry. CA,1948* อ้างถึงใน *Vera Bermingham, Nutshells.tort in a nutshell No.6* ( London Sweet & Maxwell , 2002 ) p.60.

รับผิดชอบในมูลละเมิดเอาไว้ด้วยเช่นกัน เพราะภายใต้สถานการณ์บางอย่างความยินยอมของผู้เสียหายก็มีสมควรที่จะมีการนำขึ้นกล่าวอ้างเป็นข้อแก้ตัวของจำเลยได้ เนื่องจากก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างมากแก่ผู้เสียหาย เช่น ในกรณีของแรงงาน ความยินยอมของแรงงานที่มีต่อ นายจ้างส่วนใหญ่แล้วจะเกิดขึ้นจากความเกรงกลัวว่าถ้าไม่ยินยอมเช่นนั้นก็จะมีความกระทบต่อการจ้างงานของตน หรือในกรณีของผู้ช่วยชีวิต หากยอมให้จำเลยกล่าวอ้างความยินยอมของผู้เสียหายได้แล้ว ต่อไปคงไม่มีผู้ใดเป็นพลเมืองดี หรือรับหน้าที่ช่วยเหลือผู้ประสบภัยในสังคมอีก

ต่อมา ความยินยอมของผู้เสียหายในสถานการณ์อื่น ๆ ที่ศาลยอมรับให้มีการกล่าวอ้างความยินยอมของผู้เสียหายได้ ก็ถูกใช้ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายด้วยและนับว่าความไม่เป็นธรรมนี้ก็เริ่มมีมากขึ้นเรื่อย ๆ จนบรรดานักกฎหมายและศาลต่างเห็นว่าเป็นสมควรที่จะปล่อยให้จำเลยกล่าวอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดของตน ได้ดังเช่นในอดีตอีกต่อไป ซึ่งประจวบเหมาะๆกับในขณะนั้นมีการตรา Unfair Contract Terms Act 1977 จึงได้มีการนำเอาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในสถานการณ์ต่าง ๆ ที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมทั้งที่ศาลเคยวางกรอบจำกัดการใช้เอาไว้ในอดีตและที่ศาลยอมรับให้ใช้ได้แต่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมมาผนวกเข้าไว้ในพระราชบัญญัตินี้ด้วย เพื่อให้มีการตีความหลักความยินยอมของผู้เสียหายให้มีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งรายละเอียดของพระราชบัญญัตินี้จะได้กล่าวถึงต่อไป ในบทที่ 3

#### 2.4 เปรียบเทียบหลัก Volenti non fit injuria กับหลัก Ex turpi causa non oritur action

( การกระทำที่ผิดศีลธรรมไม่อาจเป็นเหตุให้ฟ้องคดี )

Ex turpi causa non oritur actio หรือการกระทำที่ผิดศีลธรรมไม่อาจเป็นเหตุฟ้องคดี เป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยหลักการนี้จะถูกใช้อย่างไรขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐในขณะนั้นจะมองว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการผิดต่อศีลธรรมบ้าง เนื่องจากความคิดเกี่ยวกับศีลธรรมจะแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลา ช่วงเวลาหนึ่งการกระทำหนึ่งอาจถูกมองว่าผิดศีลธรรม แต่ในอีกช่วงเวลาหนึ่งการกระทำอย่างเดียวกันกลับมองว่าไม่ผิดต่อศีลธรรม

หลัก Ex turpi causa non oritur actio มองว่าหากมีความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น และความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมของผู้เสียหายเอง หรือผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดขึ้น ผู้เสียหายนั้นย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องอะไรได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวของผู้เสียหายเป็นการสับประมาทต่อความรู้สึกผิดชอบทางศีลธรรมของ

ประชาชน<sup>56</sup> เช่นในคดี *Clonis v. Camden and Islington Health Authority CA*, 1998 ตัดสินว่า โจทก์ซึ่งมีประวัติว่าป่วยเป็นโรคจิตมาเป็นเวลานานถูกตัดสินลงโทษข้อหาฆ่าคนตาย และได้ถูกสั่งให้กักขังไว้ในโรงพยาบาล โจทก์ได้ฟ้องจำเลยที่ไม่ได้ให้การรักษาแก่เขาตามสมควร อีกทั้งหลังจากโจทก์ได้รับอนุญาตให้ออกจากโรงพยาบาลแล้วการบริการในการรักษาก็ไม่ดี ทำให้โรคจิตที่เป็นอยู่ไม่หายขาด ถึงแม้ว่าข้อต่อสู้ของโจทก์จะเป็นผลในการลดความรับผิดชอบในการก่อให้เกิดอาชญากรรม แต่โจทก์ก็ไม่สามารถนำมากล่าวอ้างได้เพราะการกระทำของโจทก์ผิดต่อศีลธรรม อีกทั้งขณะลงมือโจทก์ก็ไม่ได้ขาดสติสัมปชัญญะจนไม่รับรู้เลยว่าสิ่งที่ตนกำลังทำลงไปเป็นความผิด กรณีนี้ถือว่าโจทก์มีส่วนในการกระทำความผิดด้วย ไม่ใช่โรงพยาบาลผิดเพียงฝ่ายเดียวที่ปล่อยให้โจทก์ไปฆ่าคน หรือในคดี *Vellino v. Chief Constable of Greater Manchester Police CA*, 2001 ที่ตัดสินว่าโจทก์ผู้ซึ่งได้รับบาดเจ็บที่สมองเมื่อครั้งที่เขาพยายามหนีจากการควบคุมของตำรวจ โดยกระโดดหนีจากหน้าต่างของตึกชั้นที่ 2 ลงมา กล่าวหาว่าตำรวจที่ควบคุมตนยื่นเหยี่ยวดูเขากระโดดลงมาโดยไม่ช่วยเหลืออะไรเลย ศาลอ้างหลัก *Ex turpi causa non oritur actio* ทำให้ข้อเรียกร้องของโจทก์ไม่เป็นผล เพราะโจทก์มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายในครั้งนั้นด้วย

Lord Denniny เคยกล่าวไว้ในคดี *Cummings v. Granger* , 1977<sup>57</sup> และ *Murphy v. Culhane* , 1977<sup>58</sup> ว่าห้วงขโมยที่เข้าไปขโมยของในบ้านผู้อื่นแล้วถูกสุนัขที่เจ้าของเลี้ยงไว้กัด อาจเป็นผู้พ่ายแพ้โดยหลักการปฏิบัติ เพราะตนเป็นผู้กระตุ้นให้เกิดความเสียหายนั้น จึงเป็นการเรียกร้องที่มากกว่าที่จะพึงได้ หากยินยอมให้ห้วงขโมยเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าของสุนัข

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 8 และ 9 ประกอบกับหลัก *Ex turpi causa non oritur actio* มีปัญหาคือในกรณีของการที่บุคคลสองฝ่ายยินยอมสมัครใจเข้าสู่ต่อสู้ทำร้ายกันหรือทะเลาะวิวาทกันเอง เช่น กีฬาชกมวย หรือกีฬามวยปล้ำ หรือในกรณีเด็กนักเรียนยกพวกตีกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลัก *Volenti non fit injuria* อันเป็นหลักการของกฎหมายละเมิดแล้ว จะเห็นได้ว่าในเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายต่างยินยอมสมัครใจเข้าสู่ต่อสู้ทำร้ายร่างกายกันเอง โดยรู้ถึงผลแห่งการให้ความยินยอมแล้วว่าย่อมเกิดการบาดเจ็บจากการ

---

<sup>56</sup> *Kirkham v. Chief Constable of Greater Manchester* ,1990 อ้างถึงใน <http://www.hrothgar.co.uk/WebCases/hol/contents/00/64.htm>

<sup>57</sup> <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030320/mirva-1.htm>

<sup>58</sup> *Ibid.*

ให้ความยินยอมได้ ด้วยเหตุนี้หากฝ่ายใดได้รับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการต่อสู้กันนั้น ย่อมไม่อาจฟ้องร้องอีกฝ่ายในความผิดฐานละเมิดได้

แต่เมื่อมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เกิดขึ้น ก็ทำให้มีปัญหาก่อขึ้นว่ามาตรา 9 จะไปเปลี่ยนแปลงหลักการของ *Volenti non fit injuria* จนเป็นเหตุให้ผู้เสียหายจากการสมัครใจเข้าสู่กันดังกล่าวฟ้องร้องอีกฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนได้หรือไม่ เนื่องจากในมาตรา 9 ได้วางหลักไว้ว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าในกรณีของบุคคลสองฝ่ายที่สมัครใจเข้าสู่กันและกัน ผลที่เกิดขึ้นคือการบาดเจ็บต่อร่างกาย อันเข้าลักษณะของการกระทำละเมิด เพียงแต่ผู้เสียหายไม่อาจฟ้องร้องได้โดยอาศัยหลัก *Volenti non fit injuria* แต่ตามมาตรา 9 กลับบอกว่าห้ามนำข้อตกลงนั้นมายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด และเมื่อพิจารณาต่อไปอีกก็จะพบว่ากรณีที่ทั้งสองฝ่ายสมัครใจเข้าสู่กันนั้นย่อมประกอบไปด้วยการใช้กำลังเข้าประทุษร้ายร่างกายกันและกันด้วยความจงใจจะก่อให้เกิดการบาดเจ็บแก่ฝ่ายตรงข้าม อันเข้าลักษณะของการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ไม่ว่าจะมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามกฎหมายอาญา หรือความผิดฐานละเมิดตามกฎหมายแพ่ง ก็มีกฎหมายบัญญัติห้ามเอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งตามมาตรา 9 แล้วความยินยอมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้งจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ ทั้ง ๆ ที่หากพิจารณาโดยใช้หลักการของ *Volenti non fit injuria* แล้ว ความยินยอมที่แม้จะฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวกลับนำมาอ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดได้

บทบัญญัติของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ จึงทำให้หลายคนเกิดความวิตกว่าจะเป็นการก้าวล่วงอันจะเป็นการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อหลัก *Volenti non fit injuria* ซึ่งในกรณีนี้มีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้ว่ามาตรา 9 ไม่ได้มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงต่อหลักการของ *Volenti non fit injuria* แต่ประการใด เนื่องจากกรณีของการสมัครใจเข้าสู่กันและกันจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 9 ส่วนเหตุผลที่ว่าเพราะอะไรการสมัครใจเข้าสู่กันและกันถ้าไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 9 นั้น ได้มีความเห็นแยกออกเป็น 2 ทางด้วยกัน โดยความเห็นแรกเห็นว่า “ไม่น่าจะใช้มาตรา 9 เข้าไปเปลี่ยนแปลงสถานะของกฎหมายเรื่องนี้ได้ เพราะเหตุผลที่แท้จริงของหลักกฎหมายดังกล่าวนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิได้เพราะต่างฝ่ายต่างยินยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งทำร้ายตน แต่เป็นเพราะต่างฝ่ายต่างมีส่วนผิดในกิจกรรมอันมิชอบด้วยกฎหมายด้วยกัน จึงมาฟ้องขอรับความคุ้มครองทางกฎหมายไม่ได้ทั้ง

คู่ ตามสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า Ex turpi causa non oritur actio : กิจกรรมที่ผิดศีลธรรมไม่อาจเป็นเหตุฟ้องคดี”<sup>59</sup> กล่าวคือ ความเห็นแรกนี้มองว่าในกรณีที่บุคคลสองฝ่ายสมัครใจเข้าต่อสู้ทำร้ายกันเองนั้น ไม่ใช่การให้ความยินยอมตามหลัก Volenti non fit injuria จึงไม่ใช่กรณีตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วย หากแต่เป็นไปตามหลักการของ Ex turpi causa non oritur actio อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอีกหลักการหนึ่งที่ห้ามนำการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมมาฟ้องร้องดำเนินคดี

ในขณะที่ความเห็นอีกความเห็นหนึ่งมีความเห็นว่า แม้การสมัครใจเข้าต่อสู้กันโดยใช้กำลังทำร้ายกันจะไม่ใช้กรณีที่อยู่ภายใต้บังคับของหลัก Volenti non fit injuria จึงไม่ต้องนำมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาใช้บังคับ แต่ไม่ใช่เพราะเป็นไปตามหลัก Ex turpi causa non oritur actio หากแต่เป็นกรณีที่ผู้เสียหายจากการสมัครใจเข้าต่อสู้ทำร้ายกันมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นด้วยกันทั้งสองฝ่าย เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับละเมิดนั้นไม่ค่อยจะคำนึงถึงศีลธรรมเท่าใดนัก เช่น ผู้ร่วมกันทำละเมิดโดยร่วมกันทุจริตยกยอกเงิน เมื่อคนหนึ่งใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้ว ก็มีสิทธิมาฟ้องขอแบ่งส่วนความรับผิดชอบร่วมกันทำละเมิดได้ตามมาตรา 432<sup>60</sup> ไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ( ฎีกาที่ 1067/2524 ) ดังนั้น กรณีที่บุคคลสมัครใจวิวาทต่อสู้ทำร้ายกันน่าจะ

---

<sup>59</sup> จรัญ ภักดีธนากุล , “ สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ” , ดุลพาหุ เล่ม 1 ปีที่ 43 ( เดือนมกราคม – มิถุนายน 2541 ) : น. 134.

<sup>60</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 432 บัญญัติว่า “ ถ้าบุคคลหลายคนก่อให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยร่วมกันกระทำละเมิด ท่านว่าบุคคลเหล่านั้นจะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ได้ถึงกรณีที่ไม่สามารถสืบรู้ตัวได้แน่นอนว่าในจำพวกที่ทำละเมิดร่วมกันนั้น คนไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดเสียหายนั้นด้วย

อนึ่งบุคคลผู้ยุยงส่งเสริมหรือช่วยเหลือในการทำละเมิด ท่านก็ให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันด้วย

ในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น “

อยู่ในบังคับของมาตรา 442<sup>61</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วย ผู้เสียหายมีส่วนผิด การที่บุคคลสมัครใจวิวาทต่อสู้ทำร้ายกันนั้น ย่อมจะปฏิเสธไม่ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นตนมิได้มีส่วนผิด จึงต้องแบ่งส่วนความรับผิดชอบตามความผิดตามมาตรา 442 แต่จะห้ามมิให้ฟ้องคดีเสียเลยโดยอ้างว่ากิจกรรมที่ผิดศีลธรรมไม่อาจเป็นเหตุฟ้องคดีน่าจะไม่เป็นธรรม<sup>62</sup>

จะเห็นได้ว่าข้อต่อสู้เรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำที่ผิดศีลธรรมไม่ เป็นเหตุให้ฟ้องคดี ( Ex turpi causa non oritur action ) เป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดและนำมาใช้ประโยชน์ ในศาลได้มากกว่าเรื่องความยินยอม เพราะเป็นเรื่องที่คู่กรณีต่างฝ่ายต่างมีส่วนร่วมในการกระทำ อาชญากรรมด้วยกัน โดยศาลจะพิจารณาว่าการฟ้องร้องนั้นมีพื้นฐานมาจากการกระทำที่ผิด กฎหมายหรือไม่ เช่น โจทก์และจำเลยร่วมกันซื้อบ้านในนามของโจทก์ หลังจากซื้อแล้วทั้งสองก็ อาศัยอยู่ด้วย แต่ที่ทั้งสองทำเช่นนั้นก็เพื่อทำความเท็จต่อ The Department of Social Security ต่อมาโจทก์นำคดีมาฟ้องร้องเพื่อเรียกร้องในความเป็นเจ้าของบ้านแต่เพียงผู้เดียว แต่จำเลยก็ต่อสู้ ว่าตนมีส่วนร่วมในบ้านหลังนี้ด้วยกึ่งหนึ่ง โจทก์ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องได้ ข้อต่อสู้ของจำเลยศาล รับฟัง ด้วยเหตุผลที่ว่าจำเลยมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินส่วนของตัวเองกลับไป<sup>63</sup> โจทก์ไม่อาจอ้าง ประโยชน์จากการกระทำที่เป็นความผิดได้นั่นเอง

---

<sup>61</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 บัญญัติว่า “ ถ้าความเสียหายได้ เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติ แห่งมาตรา 223 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม “

<sup>62</sup> ศักดิ์ สนองชาติ , คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม ( กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2547 ) น. 38.

<sup>63</sup> David Green , The Cavendis Q & A Series Law of Torts . 2 nd Edition ( Great Britain , 1995 ) p. 232.

เปรียบเทียบหลัก Volenti non fit injuria กับหลัก Ex turpi causa non oritur action

หลังจากที่ได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของหลัก Volenti non fit injuria กับหลัก Ex turpi causa non oritur actio มาพอสมควรแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายทั้งสองมีความใกล้เคียงกันอย่างมาก ต่อไปจะได้ทำการเปรียบเทียบให้เห็นถึงความแตกต่างของหลักทั้งสองนี้

หลัก Volenti non fit injuria	หลัก Ex turpi causa non oritur actio
1. เป็นกรณีที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายใช้ยกเป็นข้อต่อสู้ขึ้น เพื่อปฏิเสธความรับผิดของตนเอง <sup>64</sup>	1. เป็นกรณีที่ศาลใช้อ้างเพื่อปฏิเสธข้อเรียกร้องตามคำฟ้อง <sup>65</sup>
2. ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวผู้เสียหายเป็นผลมาจากความประสงค์ให้เกิดผลเช่นนั้นของผู้เสียหายเองโดยแท้ <sup>66</sup>	2. ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวผู้เสียหายเป็นผลมาจากตัวผู้เสียหายเป็นคนกระตุนให้เกิดขึ้น <sup>67</sup>

<sup>64</sup> เช่น ก. ยินยอมให้ ข. ชกตนหนึ่งที่ เช่นนี้หากในภายหลัง ก. มาฟ้อง ข. เพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย ข. ย่อมสามารถอ้างความยินยอมของ ก. มาปฏิเสธความรับผิดในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของตนได้

<sup>65</sup> เช่น A แอบเข้าไปขโมยของในบ้าน B จึงถูกสุนัขที่ B เลี้ยงไว้กัดเอา หาก A นำคดีมาฟ้องร้องศาล ศาลก็จะยกคำฟ้องเสีย เพราะการกระทำของ A ไม่ชอบด้วยศีลธรรม

<sup>66</sup> กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่าการที่ตนให้ความยินยอมเช่นนั้นไป ตนเองย่อมได้รับความเสียหาย แต่ก็ยินดีที่จะรับความเสียหายอันนั้นเอาไว้ด้วยความเต็มใจ เช่น ก. ยอมให้ ข. จุดไฟเผารถของตน ก. ย่อมต้องรู้ว่าการที่ตนยอมให้ ข. จุดไฟเผาเช่นนั้นรถของตนต้องเสียหายแน่นอน แต่ก็อนุญาต เช่นนี้แล้ว ก. จะมาฟ้องร้อง ข. ไม่ได้ เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความต้องการของ ก. เอง

<sup>67</sup> กล่าวคือ ผู้เสียหายไม่ได้มีความประสงค์จะให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ตน แต่ที่มีความเสียหายเกิดขึ้นก็เป็นเพราะการกระทำบางอย่างของฝ่ายผู้เสียหายเอง เช่น การที่ A แอบเข้าไป

3. ความยินยอมของผู้เสียหายที่ขัดต่อศีลธรรม ส่งผลให้ข้อกล่าวอ้างตามหลักนี้ไม่มีผล <sup>68</sup>	3. การกระทำที่ผิดศีลธรรมของผู้เสียหาย ส่งผลให้ข้อกล่าวอ้างตามหลักการนี้มีผลยิ่งขึ้น <sup>69</sup>
4. ผลของหลักนี้ทำให้ผู้ก่อความเสียหายไม่ต้องการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น	4. ผลตามหลักนี้ทำให้ผู้เสียหายฟ้องร้องคดีไม่ได้

จะนัยกล่าวโดยสรุปแล้วข้อต่อสู้ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย หรือ Volenti non fit injuria จำเลยจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าโจทก์สมัครใจที่จะเข้ารับอันตรายโดยไม่มีปัจจัยใดมาเป็นตัวบีบบังคับ เช่น หากลูกจ้างไม่มีความหวาดกลัวว่าอาจจะสูญเสียหน้าที่การงาน จึงยอมรับวิธีอันตรายในการทำงานซึ่งทำให้ตนได้รับความเสียหาย ถึงแม้ในทางปฏิบัติในกรณีของลูกจ้างนายจ้าง ศาลมักจะไม่นับใจประเด็นของความยินยอม แต่กลับจะให้ความสนใจประเด็นของการมีส่วนร่วมในความประมาทเลินเล่อมากกว่า และยังถ้าเป็นกรณีของหน่วยกู้ภัยต่าง ๆ ( Chedwick v. British Transport Commission, 1967 )<sup>70</sup> หรือบุคคลผู้มีสภาพจิตไม่ปกติ ความยินยอมของผู้เสียหายจะไม่ถูกนำมาพิจารณาเลย

อย่างไรก็ตาม มีความเสียหายอยู่ไม่น้อยในเรื่องของความยินยอมว่าจำเป็นต้องทำเป็นข้อตกลงที่ชัดเจนหรือไม่ จึงสามารถที่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ สำหรับในประเด็นนี้ Lord Denning เคยกล่าวไว้ในคดี Nettleship v. Weston, 1972<sup>71</sup> ว่า “ข้อตกลงที่ชัดแจ้งหรือแสดงให้เห็นได้ชัดแจ้งอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นส่วนประกอบที่จำเป็นของความยินยอม” อย่างไรก็ตาม ในคดี

---

ไปขโมยของในบ้าน B แล้วถูกสุนัขของ B กัด กรณีนี้จะเห็นได้ว่า A ไม่ได้แสดงความยินยอมให้สุนัขของ B มากัด แต่ที่สุนัขกัดเพราะ A บุกรุกเข้าไปในบ้านของ B ต่างหาก

<sup>68</sup> กล่าวคือ ความยินยอมของผู้เสียหายจะนำมาเป็นเหตุปฏิเสธความรับผิดในมูลละเมิดได้ก็ต่อเมื่อความยินยอมนั้นไม่ขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชน

<sup>69</sup> กล่าวคือ จะต้องมีการกระทำที่ผิดศีลธรรมเกิดขึ้นก่อน จึงจะทำให้ศาลยกฟ้องของผู้เสียหายได้

<sup>70</sup> David Green, *The Cavendis Q & A Series Law of Torts 2nd Edition* ( Great Britain, 1995 ) p. 230.

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 230.

Dann v. Hamilton, 1939<sup>72</sup> กลับถือว่าความยินยอมไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงที่ชัดเจนเป็นส่วนประกอบก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วความเห็นส่วนมากจะเห็นด้วยกับความคิดนี้

ปัญหาอีกประการหนึ่งซึ่งผ่านพิพจน์ก็คือ ถ้ามีข้อตกลงอย่างชัดเจนในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนว่าโจทก์จะยอมรับความเสี่ยงในการได้รับความเสียหายทุกกรณี ข้อตกลงเช่นนี้อาจถูกจำกัดโดย The Unfair Contract Terms Act 1977 เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้จะไม่ยอมรับข้อตกลงอันมีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดสำหรับการกระทำโดยความประมาทแล้วเป็นเหตุให้ผู้อื่นบาดเจ็บหรือตาย ส่วนข้อตกลงในลักษณะอื่นให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ข้อจำกัดที่สำคัญมากอีกประการของข้อต่อสู้เรื่องความยินยอมก็คือ Section 149 ของ Road Traffic Act 1988 ซึ่งจะมีผลทำให้บรรดาข้อตกลงหรือหนังสือบอกกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดของการประกันภัยที่พึงกระทำเป็นโมฆะ จะเห็นได้ว่าข้อต่อสู้เรื่องความยินยอมมักไม่ค่อยได้รับการยอมรับสำหรับสถานการณ์ของการจราจรบนท้องถนน อย่างไรก็ตาม หากเป็นการจราจรบนเส้นทางอื่น เช่น เครื่องบิน ก็อาจถูกยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้

กล่าวโดยสรุปแล้วข้อต่อสู้เรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำที่ผิดศีลธรรมไม่เป็นเหตุให้ฟ้องคดี ( Ex turpi causa non oritur action ) เป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดและนำมาใช้ประโยชน์ในศาลได้มากกว่าเรื่องความยินยอม เพราะเป็นเรื่องที่คู่กรณีต่างฝ่ายต่างมีส่วนร่วมในการกระทำอาชญากรรมด้วยกัน โดยศาลจะพิจารณาว่าการฟ้องร้องนั้นมีพื้นฐานมาจากการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ เช่น โจทก์และจำเลยร่วมกันซื้อบ้านในนามของโจทก์ หลังจากซื้อแล้วทั้งสองก็อาศัยอยู่ด้วย แต่ที่ทั้งสองทำเช่นนั้นก็เพื่อทำความเท็จต่อ The Department of Social Security ต่อมาโจทก์นำคดีมาฟ้องร้องเพื่อเรียกร้องในความเป็นเจ้าของบ้านแต่เพียงผู้เดียว แต่จำเลยก็ต่อสู้ว่าตนมีส่วนร่วมในบ้านหลังนี้ด้วยกึ่งหนึ่ง โจทก์ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องได้ ข้อต่อสู้ของจำเลยศาลรับฟัง ด้วยเหตุผลที่ว่าจำเลยมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินส่วนตัวของตัวเองกลับไป<sup>73</sup> โจทก์ไม่อาจอ้างประโยชน์จากการกระทำที่เป็นความผิดได้นั่นเอง

---

<sup>72</sup> Ibid, p. 231.

<sup>73</sup> Ibid, p. 232.