

บทที่ 4

หลักความยินยอมของผู้เสียหายตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

4.1 ความคิด หลักการ และเหตุผล ของมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เทียบเคียงกับหลัก Unfair Contract Terms Act 1977 ของอังกฤษ

มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้อาศัยกฎหมายของประเทศอังกฤษ (Unfair Contract Terms Act 1977) มาเป็นแม่แบบในการยกร่าง ซึ่งก่อนที่ประเทศอังกฤษจะตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ขึ้นนั้น เมื่อมีปัญหาในเรื่องข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในมูลละเมิดหรือสัญญาเกิดขึ้น ศาลอังกฤษจะนำกฎหมายจารีตประเพณีที่ตลอดจนคำพิพากษาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับคดีมากที่สุดมาเป็นเครื่องมือในการพิพากษา โดยวางเป็นหลักในส่วนของสัญญาไว้ว่า “ข้อสัญญาใดที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดแล้ว ศาลจะตีความข้อสัญญานั้นให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากข้อสัญญานั้นให้ ได้รับประโยชน์น้อยที่สุด ”

ส่วนในเรื่องของละเมิด ถ้าหากผู้เสียหายยินยอมให้ทำละเมิดแล้วก็ไม่มีสิทธิที่จะมาเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนใด ๆ ได้ แต่อย่างไรก็ดีศาลอังกฤษได้มีการวางขอบเขตของการใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายไว้ในบางกรณีที่ไม่อาจถือว่าผู้เสียหายยินยอมได้

สาเหตุที่ศาลอังกฤษยอมรับข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดและความยินยอมของผู้เสียหายให้นำมากล่าวอ้างได้อย่างเสรีก็เป็นผลมาจากการกำเนิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติในศตวรรษที่ 17 ที่ให้ความสำคัญกับเสรีภาพของปัจเจกชนมากขึ้น โดยเชื่อว่าตามธรรมชาติของมนุษย์แล้วทุกคนมีเหตุผลในตัวเองจึงสามารถที่จะคิดตัดสินใจในการทำนิติกรรมสัญญาได้อย่างมีเสรีภาพเหมือนกันและเท่าเทียมกันทุกคน จากแนวความคิดนี้เองทำให้การแสดงเจตนาเพื่อเข้าทำนิติกรรมและสัญญาไม่ถูกจำกัดรูปแบบสถานะดังเช่นในอดีต ที่กำหนดให้บุคคลบางประเภทเท่านั้นที่แสดงเจตนาเช่นนั้นได้

ครั้นต่อมาในศตวรรษที่ 18 ความเชื่อในเรื่องเสรีภาพก็ขยายตัวมากขึ้นจนพัฒนาเป็นหลักปัจเจกชนนิยม โดยลัทธินี้สอนว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาเหมือนกัน มีเสรีภาพในการทำนิติกรรมสัญญากับใครก็ได้ เสรีภาพดังกล่าวจะไม่ถูกขัดขวาง แม้ว่าอีกฝ่ายจะเป็นรัฐก็ตามก็ไม่อาจที่เข้ามา

แทรกแซงเสรีภาพนี้ได้ ในทางตรงกันข้ามเสรีภาพนั้นจะถูกจำกัดหรือปฏิเสธได้ก็ต่อเมื่อเจ้าตัวใช้เสรีภาพจำกัดเสรีภาพของตัวเอง หลักดังกล่าวเป็นพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ในตอนปลายศตวรรษที่ 18 มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม ส่งผลให้เกิดการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่เน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา โดยที่ Adam Smith เคยกล่าวเอาไว้ว่า “Every man should be free to pursue his own interest in his own way” (ทุกคนมีอิสระที่จะจัดการผลประโยชน์ของตนเอง) ¹ ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้เกิดหลักอิสระในทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาขึ้น โดยให้ความอิสระแก่คู่สัญญาอย่างกว้างขวาง

แต่เพราะความมีอิสระอย่างกว้างขวางนี้เองที่ทำให้ความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาหมดไป เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองหรือมีความรู้ที่มากกว่าอาศัยความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์นั้นนำมาเขียนเป็นข้อสัญญาขึ้น โดยผู้ที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วยอีกฝ่ายไม่มีโอกาสต่อรองหรือเจรจาให้แก่ข้อสัญญาเหล่านั้น คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีเพียงโอกาสที่จะเลือกว่าจะทำสัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น หากไม่ยอมรับข้อสัญญานั้น ก็ใช้เสรีภาพที่จะไม่ต้องเข้าทำสัญญาเลย สัญญาที่ถูกกำหนดข้อความไว้ล่วงหน้ารู้จักกันในชื่อของ Standard Form Contract ซึ่งสร้างความไม่เป็นธรรมให้แก่สังคมอย่างมาก ผู้ที่ไม่มีอำนาจต่อรองย่อมถูกเอาเปรียบ รัฐเล็งเห็นตรงจุดนี้จึงได้ก้าวเข้ามาแทรกแซงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะที่ด้อยกว่า

สำหรับในส่วนของความยินยอมของผู้เสียหายเองก็เช่นเดียวกันกับข้อสัญญาดังกล่าวที่ในระยะหลัง การให้ความยินยอมของผู้เสียหายจะมีสถานะก่ดต้นบางอย่างเข้ามาเป็นตัวกระตุ้นให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมเช่นนั้นออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความยินยอมที่มีลักษณะเป็นการยินยอมให้มีการกระทำต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้เสียหาย แต่ศาลก็จำต้องบังคับให้ตามความยินยอมของผู้เสียหายเพราะศาลอังกฤษไปวางบรรทัดฐานของคำพิพากษาไว้แล้วว่าผู้เสียหายสามารถที่จะให้ความยินยอมได้อย่างอิสระในทุก ๆ กรณี แม้ความยินยอมนั้นจะเป็นการยินยอมให้กระทำละเมิดต่อชีวิตหรือร่างกายก็ตาม ซึ่งนานวันเข้าแนวบรรทัดฐานของศาลอังกฤษ เช่นว่านี่กลับกลายเป็นเครื่องมือให้ฝ่ายจำเลยอาศัยความยินยอมของผู้เสียหายมาปฏิเสธความรับผิดชอบของตนอย่างไม่เป็นธรรม นักกฎหมายอังกฤษจึงเริ่มตระหนักว่าแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลแต่เดิมนั้นไม่อาจที่จะอำนวยประโยชน์ และให้ความเป็นธรรมได้ดีดังในอดีต ในสภาวะการณ์ปัจจุบันความยินยอมของผู้เสียหายนั้นไม่สมควรที่จะให้ความยินยอมได้อย่างอิสระ

¹ <http://www.adamsmith.org/index.php/quotes>

อีกต่อไป แต่สมควรที่ความยินยอมของผู้เสียหายจะถูกจำกัดขอบเขตของการให้ความยินยอมลงให้อยู่ในขอบเขตที่สังคมสามารถยอมรับได้

และด้วยเหตุที่ความยินยอมของผู้เสียหายกับข้อสัญญานั้นมีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน ถูกใช้ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายเหมือนกัน และในบางครั้งความยินยอมของผู้เสียหายก็ถูกผนวกเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาเสียด้วยซ้ำ ด้วยเหตุนี้เองนักกฎหมายอังกฤษจึงมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ขึ้น เพื่อใช้บังคับกับเรื่องของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยมีการพ่วงเอาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย หรือ *Volenti non fit injuria* เข้าไปไว้ในพระราชบัญญัตินี้ด้วย เพื่อจำกัดขอบเขตของความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งแต่เดิมมีอยู่อย่างอิสระลง ฉะนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงใช้บังคับกับเรื่องสัญญาและละเมิดด้วย มิใช่ใช้เฉพาะกับเรื่องสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว

สำหรับเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย ข้อสัญญา ประกาศที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในทางละเมิดตามพระราชบัญญัตินี้จะมีบัญญัติอยู่ในส่วนที่ 2 ซึ่งว่าด้วยเรื่อง “ ความรับผิดจากการกระทำโดยประมาท ” หรือ (Negligence liability) 3 อนุมาตราด้วยกัน ดังนี้

(1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.²

บุคคลไม่สามารถที่จะอ้างข้อสัญญาหรือประกาศซึ่งได้ให้แก่บุคคลโดยทั่วไปหรือโดยเฉพาะเจาะจง อันมีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเอง ในความตายหรือการได้รับบาดเจ็บของบุคคลอื่น อันเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของตนเอง

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.³

ในกรณีที่มีความสูญหายหรือเสียหายอย่างอื่น บุคคลไม่สามารถที่จะอ้างข้อสัญญาหรือประกาศที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเอง ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ตนกระทำการโดยประมาท เว้นแต่ข้อสัญญาหรือประกาศนั้นจะมีเหตุผลเพียงพอ

² Unfair Contract Terms Act 1977

³ *Ibid.*

(3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person's agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk⁴

เมื่อข้อสัญญาหรือประกาศมีวัตถุประสงค์เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ การละเลย การตกลงหรือการรับทราบของบุคคลนั้นแม้ไม่ได้ตกลงหรือรับทราบโดยตนเองก็ตาม ก็ถือว่าบุคคลนั้นยอมรับความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นแล้ว

จากบทบัญญัติทั้ง 3 อนุมาตราเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า (1) นี้จะเป็นเรื่องของความยินยอม⁵ และการทำข้อสัญญาหรือประกาศอันมีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนเองในความเสียหายที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บอันเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตนเอง

อย่างไรก็ดี มีตำราบางเล่มที่อธิบายว่า (1) นี้ไม่ใช่หลักการของหลัก Volenti non fit injuria หากแต่เป็นเรื่องของข้อสัญญาหรือประกาศที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในความตายหรือการบาดเจ็บของผู้อื่นเท่านั้น ส่วนหลักการของ Volenti non fit injuria นั้นจะปรากฏอยู่แต่เฉพาะ (3) เท่านั้น⁶

ซึ่ง (1) นี้พอจะเทียบได้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในมาตรา 8 วรรคแรก และมาตรา 9 ของประเทศไทย กล่าวคือ (1) ข้อสัญญาหรือประกาศที่เป็น การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตน ที่ไปทำให้ผู้อื่นถึงแก่ ความตายหรือได้รับบาดเจ็บห้ามมิให้นำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบของตน และมาตรา 8 วรรคแรกก็บัญญัติเอาไว้ในทำนองเดียวกันนี้ อีกทั้งความยินยอมของผู้เสียหายที่มีลักษณะการ ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในความตายหรือการบาดเจ็บตาม (1) เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าโดย การกระทำของตัวมันเองแล้วมีลักษณะของการกระทำที่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย อีกทั้งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีอยู่ในตัว เนื่องจากหากยอมรับให้ข้อสัญญาและ

⁴ *Ibid.*

⁵ Vivienne Harpwood , Law of Tort 2 Edition (Cavendis Publishing Limited , 1996) p.407.

⁶ Richard Lawson , Exclusion Clause and Unfair Contract Terms 8 Edition . (Sweet & Maxwell , 2005) p.141.

ประกาศเหล่านั้นมีผลใช้บังคับได้ ชีวิตและความปลอดภัยของมนุษย์ย่อมถูกละเลย ส่งผลให้มีการตาย ตลอดจนการบาดเจ็บเพิ่มมากขึ้น (1) นี้จึงเทียบได้กับมาตรา 9 อีกด้วย

แต่แม้ (1) และมาตรา 8 วรรคแรกกับมาตรา 9 จะมีส่วนเหมือนกันก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อแตกต่างกันอยู่ด้วย กล่าวคือ (1) นี้จะใช้บังคับกับเฉพาะกับข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในความรับผิดทางธุรกิจ (business liability) ที่ไม่เป็นธรรม เท่านั้น (มาตรา 1 (3))^{7 8} กล่าวคือ ไม่ว่าจะความรับผิดนั้นจะเป็นความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดก็ตาม ขอเพียงความรับผิดทั้งสองอย่างเป็นความรับผิดที่มีมูลฐานมาจากการประกอบกิจการทางธุรกิจ⁹ แล้วก็จะอยู่ในบังคับของ Unfair Contract Terms Act 1977 ทั้งนี้ ในขณะที่ทั้งมาตรา 8 วรรคแรก และ 9 ของไทยจะสามารถใช้บังคับกับกรณีได้กว้างกว่า (1) คือ จะใช้บังคับกับสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบ

⁷ “ In the case of both contract and tort , section 2 to 7 apply Z except where the contrary is stated in section 6 (4) only to business liability , that is liability for breach of obligations or duties arising

a. from things done or to be done by person in the course of a business Z whether his own business or another ‘ s ; or

b. from the occupation of premises used for business purposes of the occupier;

and references to liability are to be read accordingly but liability of an occupier of premises for breach of an obligation or duty towards a person obtaining access to the premises for recreational or educational purposes , being liability for loss or damage suffered by reason of the occupier unless granting that person such access for the purposes concerned falls within the business purposes of the occupier.

⁸ ดาราวพร ธีระวัฒน์ , กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2542) หน้า 86.

⁹ ความรับผิดทางธุรกิจตาม Unfair Contract Terms Act 1977 ก็คือ

(1) ความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะตนเองจะเป็นผู้ลงมือประกอบธุรกิจเองหรือไม่ก็ตาม

(2) บุคคลที่ครอบครองอาคารซึ่งมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจให้เป็นที่อยู่อาศัย

ธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ใช้บังคับกับสัญญาสำเร็จรูป และใช้บังคับกับสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก¹⁰ โดยจะไม่เจาะจงลงไปเหมือนกับของกฎหมายอังกฤษว่าจะต้องเป็นความรับผิดชอบจากการประกอบธุรกิจเท่านั้น

ข้อแตกต่างอีกประการหนึ่งก็คือ (1) จะใช้บังคับกับกรณีของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยความประมาทเลินเล่อเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามทั้งมาตรา 8 วรรคแรกและมาตรา 9 สามารถใช้กับความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ รวมถึงการก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจได้อีกด้วย

ส่วนกรณีตาม (2) นั้นจะเป็นเรื่องของความยินยอมและข้อสัญญาหรือประกาศที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายหรือสูญหายอย่างอื่นนอกเหนือจากการตายหรือการบาดเจ็บ อันเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาทของคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษจะยอมรับให้การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นว่านี้มีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อประกาศหรือข้อสัญญานั้นเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลพอสมควรแก่กรณี ไม่ใช่เป็นการปฏิเสธความรับผิดแบบไร้ซึ่งเหตุผล เช่น ในการโดยสารเรือเดินทะเลมีประกาศแจ้งว่าเจ้าของเรือจะไม่ขอรับผิดชอบต่อทรัพย์สินของผู้โดยสารที่ต้องสูญหายไปเพราะเหตุภัยทางทะเล ต่อมาเรือเดินทะเลลำดังกล่าวจมลงเพราะถูกพายุ กรณีดังกล่าวเจ้าของเรือสามารถอ้างประกาศนั้นมายกเว้นความรับผิดในการชดเชยค่าเสียหายที่ผู้โดยสารต้องสูญหายไปได้ เนื่องจากการสูญเสียชีวิตของผู้โดยสารเป็นเหตุมาจากธรรมชาติซึ่งไม่มีทางหลีกเลี่ยงหรือป้องกันได้ ประกาศดังกล่าวจึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะให้มีผลใช้บังคับได้ ในทางกลับกันหากประกาศนั้นขอยกเว้นความรับผิดในทรัพย์สินของผู้โดยสารในกรณีที่เรือจมเพราะกัปตันเมาสุรา กรณีนี้ไม่น่าจะให้มีผลนำมาอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ เพราะไม่สมเหตุสมผลหากยอมให้อ้างได้ก็เท่ากับส่งเสริมให้เกิดความเสี่ยงในการเดินทางให้มีสูงขึ้น เนื่องจากผู้เป็นกัปตันเรือในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่จะต้องมีสติสัมปชัญญะที่ครบถ้วน จึงจะสามารถควบคุมเรือและตัดสินใจแก้ปัญหาในเรื่องต่าง ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

¹⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 4 บัญญัติว่า “ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น.....”

กรณีตาม (2) นี้ ก็สามารถที่จะเทียบได้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของไทย ตามมาตรา 8 วรรคสอง แต่ (2) นี้ก็จะถูกจำกัดให้ใช้บังคับได้กับสัญญาทางธุรกิจเท่านั้นเช่นเดียวกับ (1) ในขณะที่มาตรา 8 นั้นสามารถจะนำไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงได้กว้างกว่า อีกทั้ง (2) จะใช้กับกรณีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเท่านั้น ในขณะที่มาตรา 8 วรรคสองนอกจากจะใช้บังคับกับกรณีประมาทเลินเล่อแล้วยังใช้กับการกระทำโดยจงใจอีกด้วย

สำหรับ (3) นั้นจะเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อให้เกิดความชัดเจนลงไปเลยเพื่อที่จะไม่ให้เกิดเป็นปัญหามาถกเถียงกันในภายหลัง ในกรณีที่ข้อตกลงหรือประกาศที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเป็นฝ่ายเสียหายไม่ได้รับรู้หรือรับทราบในข้อตกลงหรือประกาศนั้นโดยตนเอง กฎหมายจึงให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นยอมรับเอาความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นแก่ตนเองไว้แล้ว แต่ก็มีตำราบางเล่มที่กล่าวว่า (3) คือหลักการของ Volenti non fit injuria ที่ปรากฏอยู่ใน Unfair Contract Terms Act 1977 ¹¹

แต่ไม่ว่าหลักการของหลัก Volenti non fit injuria จะปรากฏอยู่ใน (1) หรือ (3) ก็ตาม เมื่อมี Unfair Contract Terms Act 1977 ย่อมส่งผลต่อหลักการของ Volenti non fit injuria ที่มีมาแต่เดิมทั้งสิ้น กล่าวคือ หลัก Volenti non fit injuria ที่มีอยู่แต่เดิมอย่างอิสระย่อมถูกจำกัดขอบเขตแห่งการให้ความยินยอมลง ดังนี้

- 1) พอลค้าไม่สามารถที่จะใช้ข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นความรับผิดในความตายหรือการบาดเจ็บซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ
- 2) ข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นความรับผิดในความสูญหายหรือเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ สามารถใช้บังคับได้หากอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าข้อสัญญานั้นเป็นที่พอใจว่ามีเหตุผลเพียงพอ
- 3) พอลค้าสามารถที่จะใช้ข้อสัญญาเรียกร้องให้ผู้บริโภคชดใช้ค่าเสียหายให้ตนได้สำหรับความสูญหายที่ผู้บริโภคก่อให้เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือฝ่าฝืนข้อสัญญา

¹¹ Richard Lawson , Exclusion Clause and Unfair Contract Terms 8 Edition .
(Sweet & Maxwell , 2005) p.141.

ถ้าพ่อค้าสามารถแสดงให้เห็นที่พอใจได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของความ
สมเหตุสมผล

4) ถ้าพ่อค้าขายหรือให้เช่าสินค้าแก่ผู้บริโภค เขาจะไม่สามารถใช้ข้อสัญญาหรือ
เงื่อนไขจำกัดหรือยกเว้นหนี้ในทางกฎหมายที่จะต้องเตรียมสินค้าให้ตรงตามคำโฆษณาและให้อยู่
ในลักษณะที่เป็นที่พอใจ

5) มันจะเป็นการกระทำที่ผิดสำหรับพ่อค้าที่ขายสินค้าในการที่จะใช้ข้อสัญญา
ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิของผู้บริโภคในอันที่จะได้รับสินค้าที่ตรงกับคำโฆษณาและมีคุณภาพเป็นที่
น่าพอใจ

6) ถ้าพ่อค้าขายหรือให้เช่าสินค้าแก่บุคคลผู้ซึ่งไม่ใช่ผู้บริโภค พ่อค้าก็สามารถที่จะใช้
ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบตามกฎหมายในการเตรียมสินค้าที่ต้องถูกต้องตามคำ
โฆษณาและมีคุณภาพเป็นที่น่าพอใจได้ ถ้าข้อสัญญานั้นถูกทดสอบได้ถึงควมมีเหตุผล

7) เมื่อพ่อค้าจัดเตรียมการบริการให้แก่ผู้บริโภค เขาสามารถใช้ข้อสัญญาจำกัดหรือ
ยกเว้นความรับผิดชอบจากการผิดสัญญา หรือจากความรับผิดชอบเนื่องจากจัดเตรียมการบริการไม่
เพียงพอได้ ถ้าเขาสามารถแสดงให้เห็นที่พอใจได้ว่าข้อสัญญาหรือเงื่อนไขดังกล่าวมีเหตุผล
เพียงพอ

8) เมื่อพ่อค้าต้องรับผิดชอบจากการจัดเตรียมบริการให้แก่บุคคลอื่น (ไม่ว่าจะเป็น
ผู้บริโภคหรือไม่ก็ตาม) ซึ่งเป็นการเขียนสัญญาในทางธุรกิจ เขาก็สามารถใช้ข้อตกลงยกเว้น
หรือจำกัดความรับผิดชอบในการฝ่าฝืนสัญญาหรือในการจัดเตรียมบริการได้ไม่เพียงพอ ถ้าเขา
สามารถแสดงให้เห็นที่พอใจได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีเหตุผลเพียงพอ

9) ข้อสัญญาใดจะมีเหตุผลหรือไม่ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัย ถ้าข้อสัญญานั้นเป็นการ
เรียกร้องให้คู่สัญญาหาอะไรบางอย่างมาพิสูจน์แก่ศาล ข้อสัญญานั้นเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผล

ทั้งหมดที่กล่าวมานี้คือหลักเกณฑ์ที่พอจะสรุปออกมาได้จากพระราชบัญญัติว่าด้วย
สัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977¹² สำหรับเรื่องของข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ซึ่งจาก
หลักเกณฑ์ดังกล่าวมักมีปัญหาที่ถูกถามบ่อย ๆ อยู่ด้วยกัน 6 ข้อ ดังนี้

1. ผู้บริโภคคือใคร

ผู้บริโภคที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็น
ธรรม ค.ศ. 1977 นี้ก็คือ บุคคลผู้ซึ่งไม่ได้ประกอบธุรกิจในการค้า

¹² <http://www.dti.gov.uk/consumers/fact-sheets/page24772.html>

2. จะสามารถบอกได้อย่างไรว่าข้อสัญญายกเว้นความรับผิดใดบ้างเป็นสิ่งที่มีความเป็นเหตุผลเพียงพอ

สำหรับในกรณีนี้ถ้าเราเป็นผู้บริโภค ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดที่จำกัดความรับผิดในทางหนึ่งข้อสัญญาซึ่งได้ทำการฝ่าฝืนข้อสัญญาหรือในการจัดเตรียมบริการให้ไม่เพียงพอ จะถูกนำมาพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่ไม่มีเหตุผล โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญามาตรฐานซึ่งได้กำหนดเป็นเงื่อนไขเอาไว้ ถ้าผู้บริโภคถูกนำเข้าสู่ข้อสัญญาเหล่านั้น ผู้บริโภคก็สามารถที่จะอ้างเรื่องความไม่สมเหตุสมผลได้ทันที

3. จะทำเช่นไรหากเรามีความคิดเห็นขัดแย้งกับข้อสัญญาจำกัดความรับผิดเหล่านั้นในเรื่องนี้ถ้ามีความจำเป็นเราก็สามารถที่จะคัดค้านข้อสัญญาดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีนี้จะเป็นหน้าที่ของพ่อค้าที่จะเป็นผู้นำสืบแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญาจำกัดความรับผิดที่ตนทำขึ้นนั้นเป็นสิ่งที่มีความเป็นเหตุผลเพียงพอ

4. ทำไมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 จึงไม่ห้ามใช้ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดทุกประเภท

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ยังคงให้ความสำคัญกับคู่สัญญาในทางการพาณิชย์ที่จะสามารถตัดสินใจทำสัญญากันได้อย่างอิสระ โดยสามารถกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาได้ตามความประสงค์ แต่ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนถึงเสรีภาพแห่งการตกลงใจแล้ว กฎหมายจึงจะเข้ามาขัดขวางข้อสัญญาดังกล่าวของคู่สัญญาซึ่งเตรียมที่จะยอมรับข้อสัญญาไว้ แต่ความสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิในสินค้าของผู้บริโภคไม่สามารถที่จะยกเว้นหรือจำกัดขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายของข้อตกลงยกเว้นสำหรับการบริการโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการเรียกร้องภายใต้ The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

5. ทำไมจึงไม่ใช่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 บังคับกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมประเภทอื่นนอกเหนือจากสัญญาในทางธุรกิจ

สาเหตุก็เป็นเพราะว่าพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวถูกออกแบบมาสำหรับปัญหาของข้อสัญญายกเว้นความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม หากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอื่นอาจอยู่ภายใต้บังคับ The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 ได้

6. พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 สามารถนำไปใช้กับสัญญาชนิดอื่น ๆ ได้หรือไม่

พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับกับสัญญาประกันภัย กล่าวคือ เป็นสัญญาที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับการขนส่งทางบก สัญญาที่สัมพันธ์กับการสร้างหรือการขนส่งหรือจุดหมายปลายทางของสิทธิในสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ข้อมูลทางเทคนิคหรือข้อมูลทางการค้า หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ สัญญาในความสัมพันธ์ของข้อมูลหรือการสลายตัวของบริษัท และสัญญาที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับหลักทรัพย์ต่าง ๆ

ทั้งหมดที่กล่าวมานี้คือหลักการการใช้ข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นและจำกัดความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ.1977 ซึ่งจะนำมาใช้ในเรื่องของละเมิดด้วย ด้วยเหตุนี้หากผู้เสียหายให้ความยินยอมอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักการที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 กำหนดเอาไว้แล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายเช่นนั้นย่อมไม่อาจใช้ได้

แต่นานวันเข้าเพราะเหตุที่ขอบเขตของการใช้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 มีอยู่อย่างจำกัดดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงทำให้ไม่สามารถจัดการเอาไรต์เอาเปรียบกันในระหว่างคู่สัญญาโดยอาศัยข้อสัญญามาตรฐานได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้เองในวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1999 The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 จึงมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้พอจะสรุปออกมาได้ดังต่อไปนี้

- 1) ผู้บริโภคที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ก็คือปัจเจกบุคคลที่ไม่ได้ดำเนินกิจการทางการค้าหรือประกอบวิชาชีพ
- 2) ผู้บริโภคไม่ต้องถูกผูกมัดโดยข้อสัญญามาตรฐานที่ทำกับผู้ขายหรือผู้ขนส่ง ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
- 3) ข้อสัญญามาตรฐานเป็นการวางแผนเพื่อความเจริญเติบโตในทางธุรกิจ จึงไม่ใช่สิ่งที่เกิดจากการเจรจาอย่างแท้จริงแบบตัวต่อตัวกับผู้บริโภค เนื่องจากสัญญาดังกล่าวจะถูกเขียนขึ้นไว้ล่วงหน้าแล้วก่อนที่จะมีการเจรจาถึงความเสียหาย ตัวอย่างที่พบได้บ่อยของสัญญามาตรฐานก็คือ รายการสั่งซื้อล่วงหน้าที่จะจัดส่งของให้ในอนาคต ซึ่งหนังสือสัญญาหรือเอกสารดังกล่าวจะมีการพิมพ์ข้อความเอาไว้อย่างละเอียด แต่มักใช้ตัวอักษรในการพิมพ์เล็กกว่าธรรมดา มาก ซึ่งในภาษาอังกฤษจะเรียกสัญญาลักษณะนี้ว่า “small print”
- 4) สัญญามาตรฐานที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมนั้นก็คือ ข้อสัญญาที่ถูกสร้างขึ้นโดยที่เนื้อหาของมันจะแสดงให้เห็นถึงความไม่สมดุลกันระหว่างสิทธิของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยที่ความเสียหายจะตกอยู่กับผู้บริโภคซึ่งแสดงให้เห็นได้ชัดถึงความไม่สุจริตของคู่สัญญาอีกฝ่าย

5) กฎหมายฉบับนี้จะไม่ครอบคลุมไปถึงข้อสัญญาที่เป็นการกำหนดราคาหรือข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้คำจำกัดความของสินค้า หรือที่รู้จักกันในนาม “core terms”

6) ข้อสัญญาทั้งหลายซึ่งรวมถึงข้อสัญญาประเภท “core terms” ด้วย จะต้องถูกเขียนขึ้นโดยใช้ภาษาที่อ่านแล้วเข้าใจได้ง่าย มีความชัดเจน มิฉะนั้นแล้วอาจกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

7) The Office of Fair Trading (OFT) เป็นองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะหยุดการประกอบธุรกิจ หรือหยุดบุคคลใดก็ตามที่ใช้ข้อสัญญามาตรฐานที่ไม่เป็นธรรม นอกจากนี้แล้ว OFT ยังมีหน้าที่พิจารณาคำร้องว่าข้อสัญญาใดถูกใช้อย่างไม่เป็นธรรมอีกด้วย แต่คู่สัญญาก็จะไม่ถูกบังคับให้ยอมรับคำร้องที่ได้รับการพิจารณาแล้ว กล่าวคือ เป็นอำนาจของศาลที่จะเป็นผู้ชี้ขาดในท้ายที่สุดอยู่นั่นเอง

นี่คือเนื้อหาอย่างกว้าง ๆ ของ The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 ¹³ ซึ่งหลังจากอ่านกฎหมายฉบับนี้แล้วปัญหาที่ถูกถามบ่อยที่สุดก็คือ

1. ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีความหมายว่าอะไร

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็คือข้อสัญญาที่ถูกสร้างขึ้นโดยทำให้สิทธิของคู่สัญญามีไม่สมดุลกัน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้บริโภคจะเป็นผู้รับความเสียหายไป ซึ่งเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับหลักสุจริต กล่าวคือ จะทำให้สิทธิของผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองต่ำกว่าที่กฎหมายทั่ว ๆ ไปได้กำหนดไว้ เช่น ข้อสัญญาที่ห้ามผู้บริโภคเรียกร้องต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งพ่อค้าได้ทำลงไป เป็นต้น แต่ทั้งนี้แล้วสาเหตุของข้อสัญญาที่ไม่มีความสมดุลกันนั้นจะต้องสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้บริโภคโดยอาศัยข้อสัญญาอื่น ๆ ในสัญญาด้วย

สำหรับหลักสุจริตนั้นสำหรับกรณีของข้อสัญญาที่เป็นธรรมนั้นได้มีการรวบรวมขึ้นว่าต้องเป็นสัญญาที่มีความหมายเข้าใจได้ง่าย ไม่ใช่ถ้อยคำกำกวม ผู้ขนส่งจะต้องเคารพสิทธิตามกฎหมายของผู้บริโภคในการร่างสัญญา

2. “ การเจรจา ” ที่ถูกทำขึ้น รวมทั้ง “ core term ” และ “ ข้อสัญญามาตรฐาน ” ที่ถูกทำขึ้นโดยการเจรจาที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะกิจการ จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของ The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 หรือไม่

ในประเด็นปัญหานี้ไม่ว่า “ การเจรจา ” หรือ “ core term ” หรือ “ ข้อสัญญามาตรฐาน ” ก็ตาม ถ้าหากทำขึ้นมาใช้เป็นการเฉพาะกิจการแล้วจะไม่อยู่ภายใต้ The Unfair Term

¹³ <http://www.dti.gov.uk/consumers/fact-sheets/page24772.html>

in Consumer Contracts Regulations 1999 เช่น ในการค้าระหว่างประเทศจะจำกัดการชดเชยค่าเสียหายจากการเดินทางทางอากาศในความสูญหายหรือบาดเจ็บของผู้โดยสารไว้ได้ ตามกฎหมายของ UK แต่ทั้งนี้ข้อสัญญาดังกล่าวก็ต้องมีความเหมาะสมในระดับหนึ่งด้วย มิฉะนั้นแล้วข้อสัญญานั้นอาจกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไป หากทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ผลประโยชน์ในความเสียหายมากเกินกว่าที่กฎหมายจะยอมรับได้

3. ผู้บริโภคจะทำอย่างไรหากผู้ประกอบการปฏิเสธว่าข้อสัญญานั้นไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในกรณีนี้ผู้บริโภคสามารถที่จะขอความช่วยเหลือจากศาลได้ แต่ก่อนที่เรื่องจะถึงศาล ผู้บริโภคจะขอคำแนะนำจากผู้มีความรู้เพื่อให้ทราบกระบวนการของศาลก่อน

4. ข้อสัญญามาตรฐานที่มีลักษณะ “small print” ซึ่งทำให้เกิดความยากลำบากในการอ่านจะถูกควบคุมอย่างไร

The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 ต้องการที่จะให้สัญญาที่ผู้บริโภคเข้าทำนั้นใช้ภาษาที่เข้าใจได้ง่ายและมีความชัดเจน ซึ่งผู้บริโภคควรจะได้อ่านตลอดจนทำความเข้าใจก่อนที่จะทำสัญญากัน ดังนั้นข้อสัญญาใดก็ตามที่อ่านแล้วเข้าใจได้ยาก เพราะการใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือหรือใช้ตัวอักษรเล็กเกินไปจึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่จะต้องถูกควบคุม

5. ถ้าข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะส่งผลให้ข้อสัญญาข้อที่เหลือเป็นโมฆะไปด้วยหรือไม่

หากข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ข้อสัญญานั้นก็ใช้บังคับไม่ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่า จะทำให้ข้อสัญญาส่วนที่เหลือเสียทั้งหมด เว้นเสียแต่ว่าสัญญานั้นจะใช้บังคับไม่ได้ถ้าปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นไป

6. OFT จะใช้เกณฑ์อย่างไรมาเป็นตัวกำหนดว่าสัญญามาตรฐานใดไม่เป็นธรรม

สำหรับเกณฑ์ที่จะใช้เป็นตัวแบ่งแยกระหว่างสัญญามาตรฐานปกติกับสัญญามาตรฐานที่ไม่เป็นธรรมนั้น จะพิจารณาจากข้อสัญญามาตรฐานนั้นว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิพื้นฐานที่กฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภคมากเกินกว่าจะยอมรับได้หรือไม่นั่นเอง

7. การกระทำในลักษณะใดที่ OFT และเจ้าหน้าที่ที่สามารถที่จะเข้ามาปกป้องจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตาม The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 ยินยอมให้เจ้าหน้าที่พิจารณาความเหมาะสมในการดำเนินการทางธุรกิจในการใช้ข้อสัญญากับผู้บริโภค และ

ในกรณีที่จำเป็นเจ้าหน้าที่สามารถที่จะยื่นคำร้องขอคำสั่งศาล (ในประเทศสกอตแลนด์) เพื่อให้ศาลพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ทั้งหมดที่กล่าวมาในข้างต้นนี้คือหลักการทั่วไปของ The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999 ¹⁴ ในลำดับต่อไปจะได้กล่าวถึงข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้

ใน Schedule 2, paragraph 1 ได้วางหลักเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ว่า “Terms which have the object or effect of:

(a) excluding or limiting the legal liability of a seller or supplier in the event of the death of a consumer or personal injury to the latter resulting from an act or omission of that seller or supplier;

(b) inappropriately excluding or limiting the legal rights of the consumer vis-à-vis the seller or supplier or another party in the event of total or partial non-performance or inadequate performance by the seller or supplier of any of the contractual obligations, including the option of offsetting a debt owed to the seller or supplier against any claim which the consumer may have against him;” ¹⁵

“ ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็น

(a) การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ขายหรือผู้ขนส่งในความตายของผู้บริโภคหรือการบาดเจ็บของบุคคลใด อันเป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ขายหรือผู้ขนส่ง

(b) เป็นการไม่เหมาะสมที่จะยกเว้นหรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายของผู้บริโภค เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ผู้ขายหรือผู้ขนส่งหรือคู่สัญญาคนอื่น ในกรณีที่เขาเหล่านั้นไม่กระทำหรือไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการกระทำไม่เพียงพอตามที่บุคคลเหล่านั้นพึงมีตามสัญญา รวมถึงกรณีที่ผู้ขายหรือผู้ขนส่งสามารถที่จะเลือกว่าจะชดเชยอะไรให้แก่ผู้บริโภคเนื่องจากการทำผิดของตนด้วย”

¹⁴ <http://www.dti.gov.uk/consumers/fact-sheets/page24772.html>

¹⁵ The Unfair Term in Consumer Contracts Regulations 1999

จาก (a) และ (b) พอจะสรุปได้ว่าไม่มีข้อสัญญาใดที่จะสามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความตายหรือการบาดเจ็บอันเป็นผลเนื่องจากการกระทำโดยประมาท และข้อสัญญาเช่นว่านี้ก็ไม่สมควรที่จะมีอยู่ในสัญญาของผู้บริโภคด้วย

โดยปกติแล้วผู้ที่สละสิทธิทั่วไป เช่น ลูกค้าที่ใช้เครื่องมือหรือสถานที่ยอมเป็นเจ้าของความเสี่ยงที่อาจเกิดแต่การใช้เครื่องมือหรือสถานที่นั้น ซึ่งครอบคลุมไปถึงความรับผิดสำหรับความตายหรือการบาดเจ็บ แม้ว่าความเกี่ยวพันกับผู้ขนส่งจะเป็นอีกอย่างก็ตาม หรือความตั้งใจที่จะหยุดผู้บริโภคที่พยายามจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในความสูญหาย หรือเสียหายซึ่งเป็นผลมาจากความสะเพร่าของผู้ขนส่ง

ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นอาจจะยอมรับได้ถ้าปัจจัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเป็นปัจจัยภายนอก หรือเป็นความเสี่ยงที่มีอยู่แต่กำเนิด แต่ทั้งนี้ก็ต้องมีการเตรียมการป้องกันเอาไว้ล่วงหน้าพอสมควร ไม่ใช่ไม่เตรียมป้องกันเอาเสียเลย แต่หากข้อสัญญาใดมีลักษณะเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ขายหรือผู้ขนส่งมากจนไม่สมควร เช่น การที่ผู้ขายหรือผู้ขนส่งจะเลือกชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตามแล้วแต่ตนจะพอใจจะเข้าลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ฉะนั้นข้อต่อสู้ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย หรือ *Volenti non fit injuria* จำเลยจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าโจทก์สมัครใจที่จะเข้ารับอันตรายโดยไม่มีปัจจัยใดมาเป็นตัวบีบบังคับ เช่น หากลูกจ้างไม่มีความหวาดกลัวว่าอาจจะสูญเสียหน้าที่การทำงาน จึงยอมรับวิธีอันตรายในการทำงานซึ่งทำให้ตนได้รับความเสียหาย ถึงแม้ในทางปฏิบัติในกรณีของลูกจ้าง-นายจ้าง ศาลมักจะไม่สนใจประเด็นของความยินยอม แต่กลับจะให้ความสนใจประเด็นของการมีส่วนร่วมในความประมาทเกินล้นมากกว่า และยิ่งถ้าเป็นกรณีของผู้ช่วยชีวิต (*Chedwick v. British Transport Commission, 1967*)¹⁶ หรือบุคคลผู้มีสภาพจิตไม่ปกติ ความยินยอมของผู้เสียหายจะไม่ถูกนำมาพิจารณาเลย

อย่างไรก็ตาม มีความเสียหายอยู่ไม่น้อยในเรื่องของความยินยอมว่าจำเป็นต้องทำเป็นข้อตกลงที่ชัดเจนหรือไม่ จึงสามารถที่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ สำหรับในประเด็นนี้ Lord Denning เคยกล่าวไว้ในคดี *Nettleship v. Weston, 1972*¹⁷ ว่า “ข้อตกลงที่ชัดแจ้งหรือแสดงให้

¹⁶David Green, *The Cavendis Q & A Series Law of Torts 2nd Edition* (Great Britain, 1995) p. 230.

¹⁷*Ibid*, p. 230.

เห็นได้ชัดแจ้งอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นส่วนประกอบที่จำเป็นของความยินยอม” อย่างไรก็ตาม ในคดี *Dann v. Hamilton*, 1939¹⁸ กลับถือว่าความยินยอมไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงที่ชัดแจ้งเป็นส่วนประกอบก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วความเห็นส่วนมากจะเห็นด้วยกับความคิดนี้

ปัญหาอีกประการหนึ่งซึ่งผ่านพิจารณาก็คือ ถ้ามีข้อตกลงอย่างชัดแจ้งในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนว่าโจทก์จะยอมรับความเสี่ยงในการได้รับความเสียหายทุกกรณี ข้อตกลงเช่นนี้อาจถูกจำกัดโดย *The Unfair Contract Terms Act 1977* เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้จะไม่ยอมรับข้อตกลงอันมีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดสำหรับการกระทำโดยความประมาทแล้วเป็นเหตุให้ผู้อื่นบาดเจ็บหรือตาย ส่วนข้อตกลงในลักษณะอื่นให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ข้อจำกัดที่สำคัญมากอีกประการของข้อตกลงผู้เรื่องความยินยอมก็คือ *Section 149* ของ *Road Traffic Act 1988* ซึ่งจะมีผลทำให้บรรดาข้อตกลงหรือหนังสือบอกกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดของการประกันภัยที่พึงกระทำเป็นโมฆะ จะเห็นได้ว่าข้อตกลงผู้เรื่องความยินยอมมักไม่ค่อยได้รับการยอมรับสำหรับสถานการณ์ของการจราจรบนท้องถนน อย่างไรก็ตาม หากเป็นการจราจรบนเส้นทางอื่น เช่น เครื่องบิน ก็อาจถูกยกขึ้นเป็นข้อตกลงได้

ฉะนั้นภายใต้บังคับของ *Unfair Contract Terms Act 1977* หลัก *Volenti non fit injuria* ที่แต่เดิมศาลอังกฤษเคยวางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้เสียหายสามารถที่จะให้ความยินยอมได้อย่างอิสระถูกจำกัดลง กล่าวคือ ไม่สามารถให้ความยินยอมต่อการทำอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายได้ดังอดีตอีกต่อไป¹⁹ โดยที่ *Stephen J.* ผู้พิพากษา ได้กล่าวไว้ว่า “ การทำให้ร่างกายพิการ เสี่ยงต่อชีวิตหรือได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำจะอ้างความยินยอมเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ และในกรณีที่เป็นการอันตรายต่อร่างกายธรรมดาซึ่งเป็นภัยต่อสังคม ผู้กระทำก็อ้างถึงความยินยอมขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้เช่นกัน ”²⁰ เว้นเสียแต่ว่า ความยินยอมเช่นว่านั้นจะอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่

¹⁸ *Ibid*, p. 231.

¹⁹ <http://72.14.235.104/search?q=cache:e_29MMGBgilJ:extentech.sheetster.com/knowledgebase/wiki_search.jsp?search=Disclaimer+unfair+contract+term+volenti+1977&hl=th&ct=clnk&cd=28&gl=th> , 2 April 2007

Legal study wizard , < <http://www.studywizard.org/tort/volenti.html> >

²⁰ *Glanville Williams , Textbook of Criminal Law,* (London : Stevens , 1978) p.541.

เหมาะสม เช่น การแข่งขันกีฬา ด้วยเหตุนี้หากมีคดีทำนองเดียวกันกับคดี R. v. Donovan (1934)
²¹ ผลในคำวินิจฉัยของศาลย่อมต้องเปลี่ยนแปลงไป คือ ความยินยอมของผู้เสียหายในลักษณะดังกล่าวจะนำมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดไม่ได้

สำหรับในประเทศไทยเองก็มีปัญหาเกี่ยวกับการให้ความสำคัญกับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญามากจนเกินไปเช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษ ก่อนปี ค.ศ. 1977 หรือจะกล่าวว่ามีมากกว่าของอังกฤษเสียด้วยซ้ำ เพราะว่า ประเทศอังกฤษแม้จะให้ความสำคัญกับความยินยอมของผู้เสียหายค่อนข้างที่จะกว้างขวาง แต่ในบางสถานการณ์ศาลก็จะไม่ยอมรับความยินยอมของผู้เสียหาย เช่น ความยินยอมของลูกจ้างที่ทำกับนายจ้าง เป็นต้น ในขณะที่ศาลไทยกลับสร้างบรรทัดฐานไว้ในคดีอาญาว่าความยินยอมของผู้เสียหายถ้าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วยอมรับบังคับได้ ซึ่งถ้าเป็นในเรื่องทางแพ่งแล้ว ศาลกลับมองว่าผู้เสียหายเสียหายหรือไม่เท่านั้น ซึ่งถ้าผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วยอมรับมีทางเป็นผู้เสียหายได้เลย จนส่งผลให้การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria มีอิสระมากจนเกินไป ซึ่งนานวันเข้าความไม่เป็นธรรมก็เริ่มปรากฏให้เห็นเด่นชัดขึ้นเรื่อย ๆ ด้วยเหตุนี้เองรัฐจึงจำเป็นที่จะต้องเข้ามาจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนที่มีอยู่อย่างอิสระลง โดยเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพของรัฐนี้จะมีอยู่ด้วยกัน 4 รูปแบบ คือ

1) การจำกัดเสรีภาพในเรื่องของความเป็นธรรมและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นที่มาของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งจะได้กล่าวถึงอย่างละเอียดในส่วนต่อไป

2) การจำกัดเสรีภาพในเรื่องของแบบ²²

²¹ จำเลยเขียนติเด็กอายุ 17 ปี เพื่อความพอใจในทางเพศของตน เขาต่อสู้ว่าเด็กหญิงยินยอมให้เขียน คณะลูกขุนเห็นว่าการเขียนเป็นการทำให้เกิดความพอใจในทางเพศเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด (Richard Lawson , Exclusion Clause and Unfair Contract Term . 8 Edition . (Sweet & Maxwell , 2005) p. 87,)

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติว่า “ การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ “ เหตุที่กฎหมายกำหนดแบบไว้ก็เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น ๆ ในสังคม นอกเหนือจากการคุ้มครองคู่สัญญา ที่จะได้รับทราบถึงการทำสัญญานั้น ๆ

เช่น การที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญาเช่าซื้อต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่สัญญา

3) การจำกัดเสรีภาพในเรื่องของเจตนา

ในเรื่องของการฉ้อฉลที่เกิดจากบุคคลภายนอก²³ กฎหมายจะเข้ามาคุ้มครองตามหลักของความไว้น้ำใจกัน มากกว่าที่จะคุ้มครองหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

4) การจำกัดเสรีภาพในเรื่องผลของสัญญา

โดยหลักแล้วเมื่อคู่สัญญาตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ผลของสัญญาก็ต้องเป็นไปตามที่ตกลงกันเอาไว้²⁴ แต่ทั้งนี้ในบางครั้งเมื่อมีสถานการณ์บางอย่างที่ผิดไปจากตอนที่ตกลงทำสัญญากัน สัญญาก็ไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาอีกต่อไป (Rebus sic stantibus) เช่น ในระบบกฎหมาย Civil Law ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศอิตาลี มาตรา 1467 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ในสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้แบบต่อเนื่อง หรือเป็นระยะ ๆ หรือการปฏิบัติการชำระหนี้ นั้น ถูกเลื่อนออกไปในเวลาอื่น ถ้าการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้กลายเป็นภาระมากเกินไป เพราะเกิดเหตุการณ์พิเศษที่ไม่อาจจะคาดหมายได้ คู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ นั้นอาจจะขอลยกเลิกสัญญา

คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจจะขอให้เลิกสัญญาได้ ถ้าภาระที่เกิดขึ้นภายหลังนั้นจักอยู่ในความเสี่ยงตามปกติของสัญญา

คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกยกเลิกสัญญานั้นอาจจะหลีกเลี่ยงไม่ให้มีการเลิกสัญญา โดยเสนอที่จะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของสัญญา ในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม²⁵”

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอก การแสดงเจตนา นั้นจะเป็นโมฆียะก็ต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลนั้น “

²⁴ ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก Pacta sunt servanda อันเป็นหลักที่พัฒนามาจากกฎหมายศาสนา ที่เน้นสัจจะเป็นสำคัญ เพราะฉะนั้นเมื่อตกลงอะไรกับใครไว้แล้วก็ต้องเป็นไปตามนั้น เนื่องจากผลของสัญญาเกิดขึ้นโดยความประสงค์ของคู่สัญญาอันแสดงถึงการมีเสรีภาพในการทำสัญญา

²⁵ จำปี ไสตติพันธ์ , เอกสารประกอบกรสอน วิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ชั้นสูง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2547

ด้วยเหตุนี้แม้จะมีการทำสัญญากันแล้วก็ตาม แต่หากยังไม่มี การชำระหนี้แล้วมี เหตุการณ์บางอย่างเปลี่ยนแปลงไปจนเป็นเหตุให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายต้องรับภาระมากขึ้นกว่าที่ตกลง ในตอนแรก ฝ่ายที่ต้องรับภาระที่เพิ่มขึ้นนั้นสามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้

ตัวอย่าง ก. ตกลงซื้อน้ำมันจาก ข. จำนวน 1 พันลิตร ราคาลิตรละ 25 บาท โดย กำหนดจะส่งมอบกันในวันที่ 30 มีนาคม ต่อมาในวันที่ 20 มีนาคม เกิดมีสงครามซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ อาจคาดหมายได้มาก่อน ทำให้ราคาน้ำมันเพิ่มขึ้นจากเดิมเป็น 50 บาทต่อลิตร กรณีเช่นนี้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของอิตาลีถือว่า ข. ต้องรับภาระมากเกินไป เพราะต้องไป หาบน้ำมันมาเพิ่ม ในขณะที่ ก. ชำระราคาแค่ลิตรละ 25 บาทเท่านั้น กฎหมายจึงให้ ข. บอกเลิก สัญญาได้

หรือแม้กระทั่งในระบบกฎหมายแบบ Common Law เช่นประเทศอังกฤษเองก็มีหลัก ในการจำกัดเสรีภาพในเรื่องผลของสัญญาเช่นกัน โดยมีหลักอยู่ว่าเมื่อมีการเข้าทำสัญญาแล้วต้อง มีการชำระหนี้ แต่เมื่อมีเหตุการณ์ที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจชำระหนี้ได้ หรือมีเหตุการณ์ บางอย่างเปลี่ยนแปลงไป การชำระหนี้ก็จะสิ้นสุดลง เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของไทยก็เช่นเดียวกับของประเทศอังกฤษ คือ เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรม หรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการ แสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือ โอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อย กว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบ ของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็น ธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณา ว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลง ที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตรา พระราชบัญญัตินี้ขึ้น²⁶ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ได้ เทียบเคียงมาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่

²⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

เป็นธรรม ค.ศ. 1977 และกฎหมายอื่น ๆ กฎหมายของประเทศเยอรมันในส่วนของกฎหมายว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป ค.ศ. 1977 กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในส่วนของกฎหมายเลขที่ 78-23 ลว 10 มกราคม ค.ศ. 1976 ซึ่งทำให้พบว่าในต่างประเทศได้ให้ความสนใจและมีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาก่อนหน้าประเทศไทยหลายสิบปีเลยทีเดียว

ขอบเขตการใช้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้จะใช้บังคับกับสัญญา 3 ประเภท คือ ประเภทแรกจะใช้บังคับกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ประเภทที่สองจะใช้บังคับกับสัญญาสำเร็จรูป และประเภทสุดท้ายจะใช้บังคับกับสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอีกฝ่ายอย่างมาก ซึ่งการที่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับก็สร้างผลดีในแง่ของเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาซึ่งมีความรู้หรืออำนาจในการต่อรองที่น้อยกว่า โดยให้อำนาจแก่ศาลที่จะบังคับตามสัญญานั้นเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างจะมีความยืดหยุ่น แต่กระนั้นก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ก็ก่อให้เกิดผลเสียหายตามมาด้วยเช่นกัน เพราะพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ให้อำนาจรัฐเข้าไปแทรกแซงการแสดงเจตนาของเอกชนโดยให้อำนาจศาลอันเป็นอำนาจรัฐฝ่ายตุลาการเข้าไปมีส่วนในการพิจารณาข้อตกลงต่าง ๆ ของเอกชน และจากเหตุนี้เองส่งผลให้คู่สัญญาเกิดความไม่มั่นใจในตัวสัญญาที่ได้ตกลงกัน เพราะอาจถูกศาลปรับเปลี่ยนแก้ไขได้ อย่างไรก็ตาม ในสังคมปัจจุบันที่เป็นอยู่ซึ่งเสรีภาพในการทำสัญญาไม่ได้มีอยู่จริงก็คงมีอาจปฏิเสธถึงความจำเป็นที่จะต้องมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาใช้บังคับได้ ทั้งหมดที่กล่าวมานี้เป็นหลักการตลอดจนพัฒนาการของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ต่อไปจะเป็นการกล่าวถึงหลักการและเหตุผลของมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ว่าเหตุใดหลักการในเรื่องละเมิดถึงได้มาปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้แทนที่จะไปปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในข้างต้นจะพบได้ว่าหลักการของ *Volenti non fit injuria* นั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้บังคับกับกรณีผู้กระทำละเมิดอ้างเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาปฏิเสธความรับผิดของตน ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยในทางแพ่งนั้นแม้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายนั้นแม้จะขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม ความยินยอมเช่นนั้นผู้กระทำละเมิดก็สามารถที่จะนำมาอ้างเพื่อเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากความรับผิดในการที่ตนกระทำละเมิดได้

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เกิดขึ้น ซึ่งใน มาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้มีการบัญญัติข้อความซึ่งโดยเนื้อหาแล้วส่งผลกระทบต่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทยต่อการปรับใช้หลัก *Volenti non fit injuria* จากเดิมที่ความยินยอมของผู้เสียหายแม้จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็นำมาอ้างปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดได้ กลับกลายมาเป็นว่า หากความยินยอมของผู้เสียหายให้ผู้อื่นกระทำละเมิดต่อตนนั้นเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ความยินยอมนั้นจะอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดไม่ได้เลย

ด้วยเหตุนี้การที่มีมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เกิดขึ้นหลายคนจึงเข้าใจว่า เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งจริง ๆ แล้วหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ หากแต่เป็นการทำให้หลักความยินยอมของผู้เสียหายในเรื่องละเมิดของนักกฎหมายตลอดจนศาลไทยกลับไปสู่หลักการเดิมตามที่ควรจะเป็น แต่เนื่องจากมาตรา 9 นี้เป็นหลักเกี่ยวกับเรื่องละเมิด หลายคนจึงเกิดคำถามขึ้นว่าแล้วทำไมไม่ไปบัญญัติเพิ่มเติมหลักของมาตรา 9 นี้เสียในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหมวดละเมิดแทน แต่กลับนำมาบัญญัติไว้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้แทน ทั้ง ๆ ที่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงที่พระราชบัญญัตินี้จะให้ความคุ้มครองในเรื่องของสัญญาหาใช่คุ้มครองในเรื่องละเมิดไม่ ²⁷

²⁷ มาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้”

แต่เดิมในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ยังคงเป็นเพียงร่างพระราชบัญญัติมีอยู่ด้วยกัน 2 พรรค ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้”

ความตกลงหรือความยินยอมใด ๆ สำหรับการกระทำนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่งจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

สาเหตุก็เป็นเพราะว่า แนวคิดในการนำหลักความยินยอมของผู้เสียหายมาปรับใช้กับองค์ประกอบ ความรับผิดในทางละเมิดของไทยนั้นมีความเห็นแตกแยกออกเป็น 3 แบบใหญ่ ๆ ตามความที่ได้ ศึกษามาแล้วนั้น ซึ่งจากจุดนี้เองจะเห็นได้ว่าการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ของไทยนั้นไม่ มีความแน่นอน ขึ้นอยู่กับว่าใครเห็นด้วยกับแนวคิดในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายตามแบบ กฎหมายของประเทศใดก็จะปรับใช้ไปตามนั้น ทำให้ขอบเขตของหลัก Volenti non fit injuria ไม่ เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ของ ไทยนั้นควรที่จะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน คือ ตามแบบกฎหมายเยอรมันจึงจะถูก เพราะต้นแบบ ในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดของไทยได้ลอกเลียนแบบมาจาก ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ฉะนั้นจึงควรที่จะทำให้แนวความคิดในเรื่องความ ยินยอมของผู้เสียหาย (Volenti non fit injuria) กลับไปสู่หลักการเดิม คือ การให้ความยินยอม

ซึ่งในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ หลักกฎหมายที่ นำมาใช้ตามมาตรานี้ก็คือหลัก Volenti non fit injuria อันเป็นหลักในกฎหมายละเมิด หากจะ บัญญัติก็ควรนำไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดมากกว่าที่จะ บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ในชั้นพิจารณาของสภา ผู้แทนราษฎรเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายตามหลัก Volenti non fit injuria นี้เกิดขึ้นจากการ แสดงเจตนาของผู้เสียหาย ซึ่งถือได้ว่าเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง และเมื่อนิติกรรมนั้นถูกนำไปใช้ใน ลักษณะที่ไม่เป็นธรรม เพราะเหตุที่ผู้ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดมีอำนาจต่อรองบางอย่างที่อยู่ เหนือกว่าตัวผู้เสียหาย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาควบคุมการกระทำดังกล่าว ฉะนั้น จึง เห็นสมควรที่จะนำหลัก Volenti non fit injuria มาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ ไม่เป็นธรรมด้วย

ส่วนข้อความในวรรค 2 ตามความในร่างพระราชบัญญัติที่ถูกต้องออกทั้งวรรคนั้น เพราะคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายตาม มาตรา 9 นี้ มีลักษณะเป็นข้อตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดอันต้องอยู่ ภายใต้อำนาจบังคับของมาตรา 8 อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำมาบัญญัติไว้ซ้ำกันอีก (จรัญ ภัคดีธนากุล , “ สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ” , ดุลพินิจ เล่มที่ 1 ปีที่ 45 (เดือนมกราคม – มิถุนายน 2541) น. 132 – 133)

ของผู้เสียหายนั้นไม่อาจที่จะให้ได้อย่างอิสระโดยไม่คำนึงถึงเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้

อย่างไรก็ดีการที่จะทำให้ความคิดที่แตกต่างกันกลับไปอยู่บนหลักการเดิมโดยเข้าไปแก้ไข เพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นเรื่องที่ค่อนข้างจะกระทำได้อย่างยาก เนื่องจากหลักในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายนั้นไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหมือนกับเรื่องละเมิดประการอื่น ๆ หากแต่การปรับใช้หลัก *Volenti non fit injuria* นั้นเป็นการปรับใช้โดยผ่านประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป กอปรกับลักษณะของการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้น

1) มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับการแสดงเจตนา

การที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมต่อผู้อื่นในการกระทำละเมิดนั้น โดยสภาพแล้ว ความยินยอมที่แสดงออกมานั้นมีลักษณะที่คล้ายกันกับการแสดงเจตนาเป็นอย่างมาก โดยเป็นการแสดงความประสงค์ของผู้เสียหายเพียงฝ่ายเดียว อันมีลักษณะคล้ายเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 ซึ่งบัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ” กล่าวคือ การที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมต่อผู้อื่นให้กระทำละเมิดตนนั้น เป็นกรณีที่ผู้เสียหายยินยอมที่จะสละสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในการกระทำละเมิดของตนเอง

2) ความใกล้เคียงกันของความยินยอมของผู้เสียหายอันเป็นหลักในทางละเมิด กับ ความตกลงของผู้เสียหายอันเป็นหลักในทางสัญญา

ดังที่ได้กล่าวในข้อ 1) แล้วว่าความยินยอมของผู้เสียหายมีลักษณะคล้ายเป็นการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง อันอยู่ภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ซึ่งในอดีตนั้นการให้ความยินยอมในการกระทำละเมิดของผู้เสียหาย จะเป็นการแสดงเจตนาโดยอิสระของตัวผู้เสียหายเองโดยแท้จริง และส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการให้ความยินยอมโดยปราศจากลายลักษณ์อักษร คือมักจะเป็นการให้ความยินยอมต่อผู้กระทำละเมิดโดยวาทะก่อนหรือในขณะที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น

แต่ทว่าในปัจจุบัน นอกจาก การแสดงความยินยอมของผู้เสียหายจะปราศจากอิสระอย่างแท้จริง ยังมีความตกลงซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับความยินยอมของผู้เสียหายปรากฏขึ้นอีก อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองที่สูง

กว่า อาจใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่านี้บังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งทำความตกลง เพื่อยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดชอบให้ตน ทั้ง ๆ ที่ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่านั้น ไม่ได้ต้องการจะทำความตกลง ดังกล่าวให้จากใจจริง แต่ก็จำเป็นต้องทำความตกลงเช่นนั้น เพราะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ บางอย่าง

3) ความยินยอมนั้นบางครั้งไม่ได้เกิดจากความประสงค์โดยแท้จริงของผู้เสียหาย

จากการที่ความยินยอมไม่เป็นละเมิดต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจการต่อรอง ย่อม เป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่า ผู้ที่เป็นคนกำหนดให้มีการก่อให้เกิดความเสียหายจริง ๆ กลับไม่ใช่ตัว ผู้เสียหายแต่กลับเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายซึ่งต้องเป็นผู้มีความรับผิดชอบหากมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น เป็น ผู้ชักจูงให้มีความยินยอมนั้นเกิดขึ้นเองเพื่อนำมากล่าวอ้างในการปฏิเสธความรับผิดในมูลละเมิด ของตนเสียเอง จึงส่งผลให้ความยินยอมไม่เป็นละเมิดของผู้เสียหายกลับกลายเป็นความจำยอม ของผู้เสียหายต่อการกระทำละเมิดมากกว่า

เหตุที่ผู้เสียหายจำยอมต้องให้ความยินยอมในลักษณะนี้ขึ้นก็เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่ เป็นผู้กระทำละเมิด เป็นผู้ที่มีอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจหรือมีอำนาจบารมีมากกว่าฝ่าย ผู้เสียหายอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นอำนาจทางการเงิน หรือเป็นผู้ที่ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในด้าน ต่าง ๆ โดยเฉพาะ จึงทำให้มีความรู้ความชำนาญมากกว่าผู้เสียหาย ด้วยเหตุนี้เองผู้กระทำละเมิด ที่มีอำนาจต่อเขาสูงกว่าจึงอาศัยช่องว่างของหลัก *Volenti non fit injuria* มาเป็นเครื่องมือปฏิเสธ ความรับผิดในมูลละเมิดของตน

4) ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นการให้ความยินยอมให้มีการกระทำต่อชีวิตและ ร่างกายของตนเอง ส่วนใหญ่แล้วจะมีลักษณะของความไม่เป็นธรรมแฝงอยู่

ชีวิตและร่างกายของมนุษย์ถือเป็นสิ่งที่มีค่าสูงสุด และถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้น พื้นฐานที่ประเทศทั่วโลกให้การรับรอง ไม่ว่าจะผู้ใดก็ไม่อาจที่จะละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ได้ เพราะ มิฉะนั้นแล้วย่อมไม่อาจหาความปลอดภัยในการดำรงชีวิตในสังคมได้ อันนี้เป็นหลัก แต่เมื่อมีหลัก ก็ย่อมต้องมีข้อยกเว้นตามมา นั่นก็คือ หากเจ้าของชีวิตและร่างกายยินยอมที่จะให้มีการกระทำ ละเมิดต่อสิทธินี้ของตน เราก็ต้องเคารพในการตัดสินใจของเจ้าของสิทธิ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้อง ไม่ใช่การให้ความยินยอมที่กระทบต่อส่วนรวมด้วย แต่ในขณะนี้ความยินยอมในลักษณะดังกล่าว ของผู้เสียหาย กลับถูกผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนำมาอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดของตน ซึ่งการ กระทำดังกล่าวหากกฎหมายไม่เข้ามาควบคุมแล้วละก็ จะเหมือนกับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการ กระทำละเมิดแก่ชีวิตและร่างกายของบุคคลอื่นได้อย่างง่ายดาย เพราะผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และได้ประโยชน์จากหลักในเรื่องของความยินยอมจะขาดความรอบคอบและความระมัดระวังใน

การป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ชีวิตหรือร่างกายของผู้เสียหาย เนื่องจากถือว่าตนได้รับความคุ้มครองจากหลักดังกล่าวอยู่ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ก็เท่ากับว่ามาตรฐานของความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของมนุษย์ถูกทอนลงไป

นอกจากนี้แล้ว การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ของศาลไทยก็ยึดถือตามแนวคิดในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ตามแนวของศาลอังกฤษมาตั้งแต่แรก สาเหตุอาจเป็นเพราะผู้พิพากษาไทยส่วนใหญ่ได้มีโอกาสไปศึกษาต่ออังกฤษ จึงนำเอาแนวความคิดในการปรับใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษกลับมาใช้ในประเทศไทย จึงทำให้ ณ วันนี้อิทธิพลจากแนวคำพิพากษาของศาลไทยมีบรรทัดฐานว่าถ้าเป็นเรื่องในทางแพ่งแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายก็สามารถนำมากล่าวอ้างได้อย่างอิสระ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเรื่องที่ทำให้ความยินยอมนั้นเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เหมือนกับแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลอังกฤษ

เพราะฉะนั้นเมื่อศาลฎีกาของไทยยึดถือแนวบรรทัดฐานของกฎหมายอังกฤษในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายมาแล้วตั้งแต่ต้น ทางแก้ที่จะทำให้หลัก Volenti non fit injuria กลับไปสู่หลักการเดิมตามที่ควรจะเป็นก็คือการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาสักฉบับเพื่อควบคุมขอบเขตการตีความของหลักความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งของศาลที่มีอยู่อย่างอิสระลงเสียให้เหมือนกับวิธีการแก้ปัญหาของประเทศอังกฤษที่ออก Unfair Contract Terms Act 1977 เพื่อมิให้ศาลตีความหลัก Volenti non fit injuria ว่าเป็นข้อยกเว้นให้มีการกระทำละเมิดได้อย่างอิสระอีกต่อไป

ซึ่งวิธีการแก้ปัญหาโดยการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อทำให้การใช้หลัก Volenti non fit injuria ของศาลไทยกลับไปสู่หลักการเดิมตามที่ควรจะเป็นนี้ จะเป็นการแก้ปัญหาในลักษณะที่มีความประนีประนอมมากกว่าที่จะกล่าวศาลไทยตีความและนำหลัก Volenti non fit injuria มาใช้ผิดตั้งแต่ต้น ที่ไม่ได้ตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 ที่ว่าผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมต่อการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้²⁸ เพราะอย่างไรในท้ายที่สุดแล้ว ไม่ว่าจะใช้วิธีการบัญญัติกฎหมายใหม่

²⁸ ซึ่งถ้าศาลไทยใช้หลัก Volenti non fit injuria ตามแบบกฎหมายเยอรมันมาตั้งแต่ต้น เพราะกฎหมายละเมิดของเยอรมันเป็นแม่แบบของกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้อง

ตามประเทศอังกฤษ หรือจะใช้การตีความมาตรา 420 ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ผลในทางกฎหมายที่ออกมาจะมีผลแบบเดียวกัน คือ เป็นการจำกัดการใช้ การตีความหลัก Volenti non fit injuria ของศาลไทยให้แคบลง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายนั่นเอง

ด้วยเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นการสมควรมากกว่าที่จะนำเอาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย (Volenti non fit injuria) มาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แทนที่จะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำตามแนวของกฎหมายอังกฤษ โดยเป็นการขออาศัยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้หลักการในการปรับใช้ในเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหาย (Volenti non fit injuria) ในทางละเมิดกลับไปสู่หลักการเดิมตามที่ควรจะเป็นนั่นก็คือความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจที่จะให้ได้อย่างอิสระในทุกกรณี ประเด็นเกี่ยวกับการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องเป็นสิ่งที่นำมาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ

4.2 “ ความยินยอม ” ของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

หลังจากที่ได้ทราบแนวความคิด หลักการและเหตุผลของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาเป็นการพอสมควรแล้ว จะเห็นได้ว่ามาตรา 9 นี้จะประกอบด้วย 2 ส่วนใหญ่ ๆ คือ ส่วนของความยินยอมของผู้เสียหายและส่วนของความตกลงของผู้เสียหาย ในลำดับต่อไปจะได้กล่าวถึงในส่วนของความยินยอมของผู้เสียหายก่อน

บัญญัติขึ้น เนื่องจาก ศาลไทยสามารถที่จะตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 โดยเทียบเคียงมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 ได้โดยการตีความองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดในส่วนของคำว่าการกระทำโดยผิดกฎหมายนั้น ให้ครอบคลุมความถึงความยินยอมที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายในความหมายอย่างกว้างได้ ฉะนั้นจึงไม่อาจให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าวได้อยู่แล้ว

ลักษณะของความยินยอมของผู้เสียหาย

สำหรับความยินยอมของผู้เสียหายตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีลักษณะดังต่อไปนี้

1. ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแก่ตนได้

บุคคลที่จะให้ความยินยอมได้ตามมาตรา 9 นี้ก็คือตัวผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการที่ตนให้ความยินยอมนั้น กล่าวคือ บุคคลซึ่งได้ให้ความยินยอมได้ตามมาตรา 9 นี้ก็คือตัวผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการที่ตนได้ให้ความยินยอมนั้น ส่วนความยินยอมนั้นก็คือหลักของกฎหมายทั่วไปหรือหลัก Volenti non fit injuria นั่นเอง ซึ่งรายละเอียดต่าง ๆ ของหลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายแพ่ง ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ผ่านมาแล้ว

2. การกระทำตามความยินยอมนั้น เป็นการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

3. ห้ามนำมาอ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด

กล่าวคือ ความยินยอมตามมาตรา 9 นี้ จะต้องเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ทั่วไปของหลัก Volenti non fit injuria เพียงแต่ความยินยอมดังกล่าวมีลักษณะเป็นการยินยอมในการกระทำที่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงห้ามนำมาอ้างเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดในทางตรงกันข้ามหากความตกลงหรือความยินยอมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เช่น ความยินยอมนั้นถูกให้เพราะโดยหลอกลวงหรือข่มขู่ ความตกลงหรือความยินยอมนั้นก็จะมีผลและส่งผลให้การกระทำนั้นเป็นละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ไปทันทีโดยไม่ต้องมาพิจารณาว่าความตกลงหรือความยินยอมนั้นจะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 9 อีก

4.2.1 ความยินยอมที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

กรณีนี้หมายถึง การกระทำที่มีวัตถุประสงค์เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งได้มีการบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่าห้ามมิให้มีการยินยอมเกิดขึ้น ซึ่งกฎหมายในที่นี้อาจจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ฯลฯ เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 499 / 2497 ได้วางแนวเกี่ยวกับกรณีของการกระทำที่เป็นการต้องห้ามชัด

แจ้งโดยกฎหมายไว้ว่า “ การอันต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายนั้น แท้จริงมิได้หมายความว่าความชัดแจ้งแก่ถ้อยคำข้อห้ามของกฎหมาย แต่หมายความว่า เป็นเรื่องที่มีกฎหมายเขียนไว้แล้ว เป็นดังบทกฎหมายที่จะหามาได้เห็นได้ชัดแจ้ง ” และที่สำคัญกฎหมายดังกล่าวต้องมีอยู่ในขณะที่มีการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืน²⁹ เช่น

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 บัญญัติว่า “ ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ”

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 บัญญัติว่า “ ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ”

จะเห็นได้ว่าการกระทำชำเราต่อเด็กหญิงหรือกระทำอนาจารต่อเด็กตามมาตราทั้ง สองนี้ไม่ต้องคำนึงว่าเด็กหญิงหรือเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ เพราะแม้เด็กหญิงหรือเด็กนั้นจะยินยอมการกระทำนั้นก็ยังเป็นความผิดอยู่ดีเพราะกฎหมายห้ามชัดแจ้งไม่ให้มีการยินยอม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 533/2528)

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 282 บัญญัติว่า “ ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของบุคคลอื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิงแม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท ”

จำเลยกับพวกพาผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงโสเภณีอายุ 17 ปี ไปอยู่ในช่องโสเภณีของจำเลย แล้วให้รับจ้างร่วมประเวณีกับชายอื่น เช่นนี้แม้ผู้เสียหายจะสมัครใจไปกับจำเลย และตกลงยินยอมรับจ้างร่วมประเวณีกับชายอื่นต่อมาก็ตาม ก็ถือว่าจำเลยเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งหญิงอายุไม่เกิน 18 ปี ผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 282 แล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 891/2515)

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 บัญญัติว่า “ หญิงใดทำให้ตนแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ”

²⁹ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 12. สำนักพิมพ์วิญญูชน . (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2550) น. 73 -75.

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 302 บัญญัติว่า “ ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ”

สำหรับในกรณีการทำแท้งนี้ ถ้าการทำแท้งใช้วิธีการที่เป็นการทำร้ายร่างกาย แม้หญิงยินยอม ก็เป็นความผิด เช่น อ. ทำให้ ท. แท้งลูก โดยเอามือทั้งสองกด รีดโดยแรงตั้งแต่ลิ้นปี่ลงไป แล้วถีบท้องสามครั้ง จนหญิงช้ำตาเหลือกอยู่นาน น้ำลายออก ดิ้นพุดไม่ได้ แล้วเลยเงียบและตาย มีโลหิตออกจากหู จมูก และช่องคลอด อ. ผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา (คำพิพากษาฎีกาที่ 357 / 2486)

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319 บัญญัติว่า “ ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท ”

ในกรณีนี้ถึงแม้ผู้เสียหายจะไม่ได้พักอาศัยอยู่กับมารดา เนื่องจากมารดานำไปฝากให้อยู่กับผู้อื่นก็ตาม กรณีก็ยังถือว่าอยู่ในอำนาจปกครองของมารดา การที่จำเลยที่ 1 พาผู้เสียหายไปโดยมารดาของผู้เสียหายมิได้ยินยอม ย่อมเป็นการล่วงอำนาจปกครองของมารดาผู้เสียหายแล้ว ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะสมัครใจยินยอมก็ตาม ก็ถือไม่ได้ว่าได้รับความยินยอมจากมารดาผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเสียจากมารดา เพื่อพาไปอนาจารในโรงแรมเป็นความผิดตามมาตรานี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1627 / 2539)

นอกจากนี้แม้จำเลยจะพรากผู้เยาว์ไปโดยมิใช่เพื่อการอนาจารก็ตาม เช่น จำเลยมีภริยาอยู่แล้ว พาเด็กหญิงอายุ 15 ปีไปโรงแรม แม้เด็กหญิงนั้นเต็มใจไปด้วยและยังไม่ได้มีการกระทำชำเราเกิดขึ้น ก็เป็นการพรากไปเพื่อการอนาจารตามมาตรานี้แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 881 / 2522) หรือในกรณีที่จำเลยพาเด็กหญิงอายุ 16 ปีไป โดยเด็กหญิงนั้นสมัครใจได้เสียกับจำเลย อยู่ด้วยกัน 2 เดือน จำเลยไม่สามารถหาเงินสินสอดได้ จึงส่งตัวหญิงกลับบ้าน รุ่งขึ้นก็ได้หญิงอื่นเป็นภริยา ดังนี้แสดงให้เห็นได้ว่าจำเลยไม่ได้ตั้งใจจะเลี้ยงดูหญิงนั้นเป็นภริยาจริง จึงเป็นการกระทำผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร (คำพิพากษาฎีกาที่ 2029 / 2520)

จะเห็นได้ว่ากรณีข้างต้นแม้ผู้เสียหายจะยินยอมก็ไม่ทำให้การกระทำตามความยินยอมนั้นกลายเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมายได้ เพราะกฎหมายบัญญัติชัดแจ้งว่าห้ามมิให้มีการยินยอมเกิดขึ้น สำหรับกรณีอื่นที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติชัดแจ้งว่าห้ามให้ความยินยอมผู้เสียหายจึงจะสามารถให้ความยินยอมได้ ส่วนความยินยอมนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่ต้องวินิจฉัยอีกทีหนึ่ง

4.2.2 ความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เรื่องนี้ออกจะมีความหมายที่ต้องตีความกันมาก เนื่องจากขอบเขตของความไม่แน่นอนของคำว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่แปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลาและสถานที่ของการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริง อย่างไรก็ตามก็มีนักกฎหมายหลายท่านได้พยายามหาคำจำกัดความของคำว่าความสงบเรียบร้อย เพื่อเป็นแนวทางในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังนี้

อาจารย์ เอช เอกูต์ ได้ให้ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยไว้ว่า เป็นหลักกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ส่วนได้เสียทั่วไปของหมู่ประชาชนซึ่งอาจจะเป็นทางหนึ่งทางใด ได้แก่ ด้านเศรษฐกิจ ทางการเงินของแผ่นดิน หรือการสาธารณสุข จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อป้องกันความปั่นป่วนในทางการค้าขายในความเกี่ยวพันระหว่างพลเมือง เช่น พระราชบัญญัติควบคุมการค้าขายอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ซึ่งห้ามประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่ได้รับพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทาน ทั้งนี้เพราะเหตุที่เกรงว่าจะไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย หรืออาจเป็นอันตรายแก่ประชาชนโดยทั่วไป³⁰

อาจารย์ จี๊ด เศรษฐบุตร ได้ให้ความเห็นไว้ว่า อะไรเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น อธิบายว่าเป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และข้อที่ควรจดจำก็คือ ที่ต้องการให้สังคมดำรงอยู่นั้น ก็เพื่อความคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง³¹

อาจารย์ เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ลักษณะอย่างไรจึงจะเป็นกฎหมายเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยนั้นยากที่จะให้วิเคราะห์ศัพท์ได้ แต่พอจะเห็นได้ว่าเรื่องใดที่มีได้ เกี่ยวด้วย

³⁰ เอช เอกูต์ , คำอธิบายธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติสารัน , 2474) น. 224.

³¹ จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 , (พระนคร : โรงพิมพ์แสงทองการพิมพ์ , 2512) น. 21.

ส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระทั่งไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน³²

อาจารย์ ประพนธ์ ศาตะมาน ได้ให้ความเห็นไว้ว่า อะไรเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ศาลเท่านั้นเป็นผู้วินิจฉัย ผู้เขียนไม่เคยเห็นนิยามที่ไหนเขียนว่าอะไรคือปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน วิธีที่ดีที่สุดคือ ดูจากคำพิพากษาฎีกาที่เคยตัดสินไว้³³

อาจารย์อุกฤษ มงคลนาวิน ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นไม่ได้หมายความว่าเฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้โดยตรงเท่านั้น แต่ยังหมายความว่ารวมถึงกรณีที่ไม่มีการบัญญัติเอาไว้ด้วย ซึ่งแยกออกเป็น

ก) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมืองนี้ก็คืออำนาจที่เกี่ยวกับการปกครองประเทศอันได้แก่ อำนาจอธิปไตย บริหารและตุลาการ

ข) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านครอบครัว

เนื่องจากสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่ถือเป็นพื้นฐานของสังคม จึงควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ

ค) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้านวิชาชีพ

ง) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้านเศรษฐกิจ

จ) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน³⁴

อาจารย์หยุด แสงอุทัย³⁵ ได้ให้ความเห็นว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยจะต้องมีลักษณะดังนี้

³² เสนีย์ ปราโมช , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 , (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น , 2509) น. 148.

³³ ประพนธ์ ศาตะมาน , “ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน “ , วารสารสมาคมธรรมศาสตร์ (2518) น. 134.

³⁴ อุกฤษ มงคลนาวิน , “ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน “ บทบัญญัติ เล่มที่ 32 ตอนที่ 1 (2518) น. 14.

³⁵ หยุด แสงอุทัย , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2514) น.106 – 107.

- ก) กฎหมายที่กำหนดแบบในการทำนิติกรรม เช่น สัญญาซื้อขาย
- ข) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ เช่น กฎหมายที่ว่าด้วยสาธารณสมบัติของแผ่นดิน
- ค) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดกระทำการอันเป็นทุจริต เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 373 ซึ่งบัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน นั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”
- ง) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก
- จ) กฎหมายที่วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ที่ย่อนแอกว่า เช่น คุ้มครองผู้เยาว์ คนวิกลจริต
- ฉ) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อศีลธรรมโดยตรง เช่น การที่ห้ามขายมีภริยาหลายคน³⁶

ความสงบเรียบร้อยเป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั่นเอง³⁷ อันเป็นความสงบเรียบร้อยในทางการเมือง การปกครอง ครอบครัว วิชาชีพ และเศรษฐกิจ³⁸

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความทั้งหมดแล้วจุดเกาะเกี่ยวที่คล้ายกันก็คือ ข้อเท็จจริงใดจะเป็นข้อเท็จจริงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่นั้นต้องเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง เพราะหากข้อเท็จจริงใดมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้งแล้ว ข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นเรื่องของการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หาใช่เรื่องของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับการกระทำอันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนก็เช่นเดียวกันกับเรื่องของความสงบเรียบร้อย เพราะเป็นสิ่งที่ค่อนข้างจะเป็นนามธรรมและมีความหมายที่กว้าง อีกทั้งมี

³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1452 บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้

³⁷ จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522) น. 16.

³⁸ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) น.69 – 79.

ระดับของความไม่แน่นอนอยู่มากกว่ากรณีใดบ้างจึงจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากศีลธรรมอันดีนี้จะแปรเปลี่ยนไปตามแต่ละสถานที่ แต่ละกาลเวลา แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่านได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า หมายถึง การกระทำที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับหลักทางจริยธรรม อันเป็นหลักที่บุคคลในสังคมที่ซื่อสัตย์ตรงไปตรงมาและสุจริตยอมรับนับถือ³⁹ ส่วนคำว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ก็เช่นเดียวกันกับคำว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ เป็นคำหลวม ๆ ซึ่งแล้วแต่ศาลจะวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเข้าลักษณะที่เป็นธรรมหรือไม่และแค่ไหนถึงจะพอสมควร ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความไม่แน่นอนเกิดขึ้น เพราะแล้วแต่ศาลจะเห็นสมควร

ด้วยเหตุนี้ความยินยอมอย่างใดของผู้เสียหายที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามเอาไว้ชัดแจ้งว่าให้ความยินยอมไม่ได้ แล้วมีลักษณะตามความหมายที่นักกฎหมายในข้างต้นได้ให้ความหมายเอาไว้แล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายเช่นว่านั้นเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้เสียหายไม่อาจที่จะให้ความยินยอมเช่นว่านั้นได้ และถึงแม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมไป การกระทำตามความยินยอมนั้นก็จะเป็นละเมิดนั่นเอง เช่น โจทก์ยินยอมให้จำเลยกับพวกเปิดคันดินกั้นน้ำในคลองซึ่งเป็นทางน้ำสาธารณะ ทำให้คันดินนั้นไม่อาจกั้นน้ำและระบายน้ำเข้ามาในนาของโจทก์ จึงทำให้ข้าวในนาของโจทก์เสียหาย การกระทำของจำเลยกับพวกไม่เป็นละเมิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 714/2512) หรือในกรณีที่โจทก์ยินยอมให้จำเลยทิ้งดินจากเรือขุดลงในที่ดินของโจทก์รวมทั้งที่สาธารณะที่โจทก์ครอบครองอยู่ โดยไม่ติดใจที่จะเรียกร้อยค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นละเมิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 544/2523) จะเห็นได้ว่าจากคำพิพากษาฎีกาทั้งสองฉบับนี้ การกระทำของโจทก์ที่ให้จำเลยปิดกั้นทางดินหรือทิ้งดินลงในที่ดินนั้นไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติห้ามมิให้โจทก์ยินยอมเช่นนั้น ไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย อีกทั้งการปิดกั้นทางดินหรือการทิ้งดินก็ไม่มีลักษณะที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เพราะเป็นการกระทำแก่ทรัพย์สินของโจทก์เองโดยตรง สังคมไม่ได้เดือดร้อนหรือกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนส่วนรวมแต่อย่างใด จึงไม่ใช่การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้นเมื่อความยินยอมของโจทก์ไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้เสียหายจึงสามารถที่จะให้ความยินยอมได้ส่งผลให้การกระทำตามความยินยอมนั้นไม่เป็นละเมิด

³⁹ เฟิงอั้ง , น. 17.

4.3 ปัญหาความยินยอมของผู้เสียหาย

4.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการขัดแย้งระหว่างการให้ความยินยอมของผู้ไร้ความสามารถกับการให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

โดยหลักการทำนิติกรรม บุคคลที่ไร้ความสามารถจะถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 153 กรณีการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ ผู้เยาว์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามมาตรา 21 กิติ หรือ คนวิกลจริตที่ศาลสั่งเป็นคนไร้ความสามารถจะต้องให้ผู้อนุบาลกระทำนิติกรรมแทนตามมาตรา 28 กิติ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ในการทำนิติกรรมบางประเภทตามมาตรา 34 กิตินั้น เป็นหลักการเพื่อคุ้มครองผู้ไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมโดยเฉพาะ

แต่การให้ความยินยอมตามหลัก “ ความยินยอมไม่เป็นละเมิด “ (Volenti non fit injuria) นั้นเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลหรือการกระทำที่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่นิติกรรม⁴⁰ ดังนั้น ผู้ให้ความยินยอมจึงไม่ถูกจำกัดความสามารถในการให้ความยินยอมเพียงเพราะตนเป็นผู้เยาว์ หรือคนไร้ความสามารถ แต่อย่างไรก็ดีเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้เยาว์และคนไร้ความสามารถที่จะต้องให้ความยินยอมในกรณีเกี่ยวกับหลักการของความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) ก็ควรจะพิจารณาถึงการได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้อนุบาลประกอบด้วยว่า การที่ผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถที่แม้จะสามารถเข้าใจหยั่งรู้ถึงการกระทำอย่างมีเหตุผลได้ก็ตาม การให้ความยินยอมของผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถนั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ไร้ความสามารถอย่างแน่นอน แต่อย่างไรก็ดีอาจมีปัญหากับการให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลที่อาจขัดกับการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ หรือคนไร้ความสามารถที่จะเกิดขึ้นได้ในกรณีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการรักษาในทางการแพทย์ ตัวอย่างเช่น กรณีการบริจาคอวัยวะของผู้ไร้ความสามารถ หรือ กรณีการปฏิเสธการรักษาเพื่อที่ผู้ป่วยจะตายอย่างสงบของผู้ไร้ความสามารถ (Euthanasia) ดังมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นคดีตัวอย่างดังนี้

⁴⁰ ดูรายละเอียด ข้อ 3.1.2.3 ลักษณะของความยินยอมเป็นนิติกรรมหรือไม่

1) กรณีการบริจาคอวัยวะ

กรณีศึกษา : Little v. Little 1979⁴¹

Anne Little อายุ 14 ปี ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นที่ได้อนุมัติให้ผู้อนุบาลซึ่งเป็นมารดาของตนยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดเอาไตของ Anne ข้างหนึ่งไปเปลี่ยนให้กับน้องชายของ Anne เอง แต่ศาลอุทธรณ์ก็ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลไว้ว่า มารดาซึ่งเป็นผู้อนุบาลได้ให้ความยินยอมให้ Anne ผ่าตัดบริจาคไตได้ แม้ว่าความยินยอมดังกล่าวจะไม่มีหลักฐานใด ๆ มาพิสูจน์ได้ว่า Anne ไม่ได้ถูกมารดาบังคับ อีกทั้งจากการตรวจของแพทย์ยังสามารถแสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่าหากไม่มีการผ่าตัดเปลี่ยนไตเกิดขึ้น น้องชายของ Anne จะต้องทุกข์ทรมานจากอาการเพิ่มขึ้น เว้นแต่จะมีการผ่าตัดเปลี่ยนไตเกิดขึ้น และการใช้ไตของพี่น้องเปลี่ยนให้กัน ร่างกายจะต่อต้านอวัยวะใหม่นั้นน้อยกว่าหากเปรียบเทียบกับการใช้ไตของคนอื่น ซึ่งอันตรายที่จะเกิดจากการผ่าตัดครั้งนี้ก็แทบจะไม่มีความเสี่ยงเลย นอกจากนี้แล้ว Anne ยังได้รับประโยชน์ทางด้านจิตใจอีกเพราะหากน้องชายของ Anne เป็นอะไรไป ก็จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อจิตใจของ Anne เป็นอย่างมาก ทั้งยังทำให้ครอบครัวของ Anne ยอมรับ Anne ทำให้ Anne ได้รับการดูแลเอาใจใส่มากขึ้นอีกด้วย

แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นว่าบิดาและมารดาของนางสาว ก. อายุ 15 ปี ได้เซ็นยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดเอาไตของนางสาว ก. ข้างหนึ่งไปเปลี่ยนให้กับ เด็กชาย ง. ซึ่งเป็นลูกชายของเพื่อนสนิทของบิดาและมารดาของนางสาว ก. โดยที่นางสาว ก. ไม่ยินยอม ในกรณีนี้กฎหมายจะยอมรับความยินยอมของใคร

2) กรณีการรักษาพยาบาล

กรณีศึกษา : Airedale National Health Service Trust v. Bland (1993)⁴²

Bland อายุ 17 ปี ไปดูการแข่งขันฟุตบอลแล้วมีเหตุจลาจล เขาถูกเหยียบอย่างแรงทำให้ปอดแตก สมองส่วนกลางได้รับความเสียหายต้องกลายเป็นเจ้าชายนิทรา โจทก์จึงได้ใช้สิทธิทางศาลขอให้ยุติเครื่องช่วยชีวิต เช่น สายออกซิเจน สายอาหาร และงดการรักษาทุกชนิด เพื่อให้ Bland จากไปอย่างสงบ อย่างมีศักดิ์ศรี และไม่ต้องทนทุกข์ทรมาน

ศาลสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า แพทย์ไม่มีความจำเป็นที่ต้องต่ออายุคนไข้ การรักษาชีวิตผู้ป่วยจะไม่มีประโยชน์เลยถ้าผู้ป่วยอยู่ในสภาพเจ้าชายนิทรา หากผู้ป่วยอยู่ในภาวะเช่นนี้เกิน 3 ปี

⁴¹ http://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/hca_v_miller_brief.htm

⁴² http://www.swarb.co.uk/c/hl/1993airedale_bland.html

ก็เป็นการชอบด้วยกฎหมายที่จะยุติการรักษาลง โดยต้องพิจารณาการกระทำให้สอดคล้องกับ จริยธรรมและต้องมีการเสนอคำร้องต่อศาลภายใต้การพิจารณาของ The President of the Family Division of the High Court

จากกรณีตามตัวอย่างนี้หากเกิดขึ้นในประเทศไทยแล้วเปลี่ยนชื่อเท็จจริงใหม่เป็นว่า Bland ไม่ได้เป็นเจ้าของนิทรา แต่ยังมีความรู้สึกนึกคิดและสามารถตัดสินใจต่าง ๆ ได้เอง แล้วมีความต้องการที่จะให้แพทย์หยุดการรักษาพยาบาลเพื่อที่ตนเองจะได้จากไปโดยไม่ต้องทุกข์ทรมานอีก แต่บิดามารดาของ Bland ต้องการที่จะให้แพทย์ยืดชีวิตของ Bland ต่อไป เช่นนี้แล้วควรจะต้องตามความประสงค์ของผู้ใดเป็นสำคัญ

สำหรับคำตอบในเรื่องนี้เมื่อศึกษาจากคำพิพากษาในคดี Little v. Little 1979 กับ คดี Airedale National Health Service Trust v. Bland (1993) แล้ว จะเห็นได้ว่าศาลได้นำหลักเรื่องความยินยอมมาปรับใช้ แต่เนื่องจากเป็นเรื่องการบริจาควัยวะและการรักษาพยาบาลในกรณีพิเศษ และตัวผู้ให้ความยินยอมเองก็เป็นผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถ ซึ่งอาจมีการตัดสินใจที่ผิดพลาดได้ ฉะนั้นเพื่อประโยชน์ต่อตัวผู้เยาว์และคนไร้ความสามารถเองจึงได้ให้อำนาจผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลแล้วแต่กรณีเป็นผู้ให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถได้ แต่การให้ความยินยอมเช่นนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า

1. ต้องเป็นการให้ความยินยอมที่เป็นประโยชน์ต่อตัวผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถเท่านั้น

2. ถ้ามีผลประโยชน์ขัดแย้งกันระหว่างความยินยอมของผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถกับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล กรณีนี้จะต้องถือเอาความยินยอมที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถเป็นสำคัญ เช่น แพทย์ได้รับความยินยอมจากมารดาของเด็กหญิงอายุ 11 ปี ให้ทำหมันเด็กคนนี้ แต่เด็กได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลโดยการช่วยเหลือจาก The National Council for Civil Liberties ศาลอังกฤษมีคำสั่งมิให้แพทย์ทำหมันเด็กคนนี้ด้วยเหตุผลที่ว่าการทำหมันไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็กหญิงไม่ว่าในทางแพทย์หรือทางสังคม⁴³ กรณีนี้จะเห็นได้ว่าความยินยอมของมารดาไม่มีความหมายอะไรเพราะไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์แต่อย่างใด

ซึ่งจากหลักเกณฑ์นี้เมื่อพิจารณากับอุทธรณ์ทั้ง 2 กรณีแล้วก็จะได้คำตอบว่า

⁴³ Glanville Williams , Textbook of Criminal Law , (Stevens&Son Limited , 1978.) p.524.

หากนางสาว ก อายุ 15 ปี ไม่ยินยอมบริจาคไต แต่บิดามารดาของนางสาว ก เห็นยินยอมให้บริจาคไตเพื่อเอาไปเปลี่ยนให้เด็กชาย ง ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก กรณีนี้จะเห็นได้ว่านางสาว ก ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ฉะนั้นบิดามารดาซึ่งเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมสามารถที่จะให้ความยินยอมแทนได้ แต่การให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก็ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้เยาว์ด้วย และหากมีความยินยอมขัดแย้งกันระหว่างผู้เยาว์กับผู้แทนโดยชอบธรรมก็ต้องถือเอาความยินยอมที่จะเกิดประโยชน์กับผู้เยาว์เป็นสำคัญ ซึ่งตามข้อเท็จจริงกรณีนี้ผู้เยาว์ไม่ได้รับประโยชน์อะไรจากการบริจาคไตเลย เพราะคนที่ได้รับบริจาคไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับนางสาว ก ถึงแม้จะเป็นอะไรไปก็ไม่เป็นผลกระทบต่อจิตใจของนางสาว ก แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงควรเคารพเจตนาของผู้เยาว์เป็นสำคัญ มิเช่นนั้นแล้วบิดามารดาของผู้เยาว์อาจจะใช้อำนาจปกครองในส่วนของการให้ความยินยอมมาหาผลประโยชน์ส่วนตัวก็ได้ เช่น ตามกรณีตัวอย่างถ้าเด็กที่จะเป็นผู้รับบริจาคไตเป็นบุตรของเจ้านายของบิดาหรือมารดาผู้เยาว์ การที่บิดามารดาของผู้เยาว์เห็นยินยอมให้ผ่าตัดเอาไตไปก็เพื่อหวังความก้าวหน้าในตำแหน่งหน้าที่การงานก็เป็นได้

ส่วนกรณีตามอุทธรณ์ที่ว่า ผู้เยาว์ต้องการปฏิเสธการรักษาเพื่อที่ตนเองจะได้จากไปอย่างสงบ (Euthanasia) แต่บิดามารดากลับต้องการให้มีการรักษาพยาบาลต่อไป จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ก็เป็นกรณีที่ความยินยอมของผู้เยาว์กับผู้แทนโดยชอบธรรมขัดแย้งกันเหมือนกรณีในข้างต้น ฉะนั้นหลักที่จะนำมาวินิจฉัยก็ใช้หลักเดียวกัน นั่นก็คือ ต้องพิจารณาว่าความยินยอมใดจะเป็นประโยชน์กับผู้เยาว์ สำหรับกรณีนี้ความยินยอมของบิดามารดาไม่ได้ก่อประโยชน์ให้แก่ผู้เยาว์แต่อย่างใด เพราะเป็นการทำให้ผู้เยาว์ต้องทนทุกข์ทรมานจากการรักษาพยาบาล เนื่องจากต้องมีเครื่องมือทางการแพทย์ เช่น สายน้ำเกลือ สายอาหาร สายออกซิเจน สายปัสสาวะ ระวังระยางอยู่กับตัว จนแทบไม่เหลือศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ฉะนั้นความยินยอมของผู้เยาว์ที่ต้องการจะจากไปอย่างสงบจึงก่อประโยชน์แก่ผู้เยาว์มากกว่าเพราะไม่ต้องทนทุกข์ทรมานจากการรักษาที่เป็นเพียงการยืดชีวิตออกไปเท่านั้น

4.3.2 ข้อจำกัดในผลของการบังคับใช้

ข้อจำกัดในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่ห้ามนำเอาความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาเป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิด จะเห็นได้ว่าข้อจำกัดของมาตรานี้

เป็นอำนาจของศาลที่จะพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดจะทำให้การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบมีผลหรือไม่มีผลใช้บังคับได้ ด้วยเหตุนี้หากไม่มีการยื่นฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลแล้วละก็ ศาลก็ไม่มีอำนาจที่จะไปวินิจฉัยได้ว่าอย่างไรจะเข้าลักษณะของข้อยกเว้นตามมาตรา 9 ได้โดยลำพัง ซึ่งนับเป็นช่องโหว่ประการสำคัญของกฎหมายทั้งสองมาตรานี้ กล่าวคือ คนทั่ว ๆ ไปที่ไม่ได้อยู่ในแวดวงกฎหมายมักจะเข้าใจว่าเมื่อคนได้ไปให้ความยินยอมในเรื่องใดแล้วก็ต้องเป็นไปตามนั้น ยิ่งถ้ามีการนำเอาความยินยอมเช่นนั้นมาเขียนเป็นสัญญาผูกมัดไว้ด้วยแล้วจะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงยิ่งเป็นไปไม่ได้ โดยที่เขาเหล่านั้นหาทราบไม่ว่าจริง ๆ แล้วมันยังมีข้อยกเว้นบางประการที่กฎหมายกำหนดขึ้นนั้นเพื่อเป็นการจำกัดขอบเขตของความยินยอม ให้อยู่ในระดับที่สังคมสามารถยอมรับได้โดยไม่เป็นการเอาเปรียบผู้ต้องเสียหายมากจนเกินไป

อีกประการแม้คนบางกลุ่มจะรู้ว่ามิใช่ข้อจำกัดตามมาตรา 9 แต่ก็ไม่ยอมนำคดีมาเสนอฟ้องต่อศาล สาเหตุก็เพราะการยื่นฟ้องคดีจะตามมาซึ่งค่าใช้จ่ายหลายอย่าง ไม่ว่าจะเป็นค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมศาล ค่าเดินทาง เป็นต้น นอกจากนี้ยังเสียเวลาต้องไปขึ้นศาลอีก ซึ่งคดี ๆ หนึ่งกว่าจะพิจารณาเสร็จใช้เวลาเป็นปี ๆ ซ้ำเวลาคนมีคดีความก็ย่อมเกิดความวิตกกังวลว่าตนจะแพ้หรือจะชนะ เสียสุขภาพจิตอีก ด้วยเหตุนี้เมื่อคิดถึงผลที่จะตามมาแล้วทำให้คนบางกลุ่มตัดสินใจไม่ยื่นฟ้อง โดยเลือกที่จะยอมรับความเสียหายเอาไว้เสียเอง

4.3.3 ข้อจำกัดในแง่ของความไม่แน่นอนว่าความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่แปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลาและคำว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เป็นคำหลวม ๆ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้นยังไม่คิดถึงกรณีอันจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต จึงบัญญัติเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมาย เช่น ศาล ได้ใช้ดุลพินิจเพิ่มเติมเรียบเรียงความนี้ให้เหมาะสมกับกรณีตามกาลสมัย หากไม่มีข้อความนี้ ถ้ากรณีเกิดขึ้นภายหลังก็จะไม่สามารถใช้กฎหมายปรับให้นิติกรรมเป็นโมฆะได้⁴⁴ ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติศัพท์คำนี้ขึ้นก็นับเป็นเรื่องที่ดีที่ไม่ต้องปรับแก้กฎหมายบ่อย ๆ เมื่อมีสถานการณ์บางอย่าง

⁴⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์ , คำบรรยายหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป , (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2515) น. 14.

เปลี่ยนแปลงไป แต่ศัพท์คำนี้ก็เหมือนดาบสองคม เพราะเป็นคำที่มีลักษณะเป็นนามธรรม ไม่มีหลักเกณฑ์การใช้ที่แน่นอนตายตัวว่าอย่างไรแค่นั้นจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย บ้าง ข้าราชการกระทำอย่างเดียวกันแต่หากเกิดขึ้นในต่างประเทศกัน ในประเทศหนึ่งอาจมองว่าเป็น การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่อีกประเทศกลับมองว่าไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยของประชาชน หากเปรียบเทียบการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยเป็นสีก็คือสีดำ การ กระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยก็คือขาว สำหรับการกระทำบางอย่าง เช่น การรับจ้างฆ่าคน สัญญาลักษณะนี้จะเป็นสีดำคือขัดต่อความสงบเรียบร้อย และไม่ว่าจะเกิดที่ใดก็ถือว่าขัดความ สงบเรียบร้อยทั้งสิ้น เพราะเป็นการก่อให้เกิดการใช้อำนาจมีดมาจัดการคนที่ตนไม่พอใจ โดยไม่ ยอมใช้กระบวนการทางศาล เป็นการแสวงหาประโยชน์จากชีวิตจากความเป็นความตายของผู้อื่น อีกทั้งการฆ่าคนก็ขัดกับหลักคำสอนทางศาสนาด้วย อย่างไรก็ตามมันจะมีการกระทำบางอย่างที่ จะอยู่ตรงกลางระหว่างการกระทำที่ขัดกับไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ถ้าเปรียบกับสีก็คือจุดที่อยู่ ระหว่างการมาผสมผสานกันของสีขาวกับสีดำ นั่นก็คือจุดที่เป็นสีเทาก็คือจะขาวก็ไม่ขาว จะดำก็ ไม่ดำนั่นเอง ซึ่งตรงจุดนี้ยากที่จะแยกแยะได้ว่าจริง ๆ แล้วมันคือสีอะไรหรือควรจะเป็นสีอะไรกัน แน่ เพราะในสายตาคณะแต่ละกลุ่มแต่ละคนจะมองไม่เหมือนกัน เช่น ในกรณีของ Euthanasia⁴⁵ ที่ ผู้ป่วยยินยอมให้บุคคลอื่นฆ่าตนเองให้ตายเพื่อให้ตนพ้นจากการทรมานทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วย บางประเทศมองว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ ในทางตรงกันข้ามบางประเทศกลับมีกฎหมายออกมารับรองการฆ่าดังกล่าวให้มีผลได้โดยชอบ ด้วยกฎหมาย เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ อังกฤษ นิวซีแลนด์ เดนมาร์ก สิงคโปร์ และเบลเยียม⁴⁶ ซึ่ง จะเห็นว่ามีควมไม่แน่นอนในการตีความเกิดขึ้น

ข้อดีของคำว่า “ความสงบเรียบร้อย” ก็คือ เนื่องจากคำว่า “ความสงบเรียบร้อย” นั้น เป็นคำกว้าง ๆ จึงสามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ ๆ ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการ แก้ไขกฎหมาย ไม่ว่าจะผ่านไปเนิ่นนานขนาดไหนก็ตาม จึงกล่าวได้ว่าคำว่า “ความสงบ

⁴⁵ Euthanasia หมายความว่า การฆ่าผู้ป่วยชนิดที่ไม่อาจรักษาให้หายได้ (an incurable illness) ให้ตายอย่างไม่เจ็บปวด (painlessly) เพื่อหยุดความทุกข์ทรมานจากการ ของโรคที่ไม่อาจรักษาให้หายได้ หรือเป็นกรณีการฆ่าด้วยความเมตตา (mercy killing หรือ an act of compassion) (ประทีป อ่าววิจิตรกุล , ห้องแพทย์ , น. 68)

⁴⁶ ปิติพร จันทรทัต ณ อยุธยา , ตายอย่างมีศักดิ์ศรี (กรุงเทพมหานคร : จัดพิมพ์โดย สำนักงานปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติ , 2546) น. 89.

เรียบง่าย” สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของกฎหมายสำหรับในกรณี que เห็นว่าการกระทำบางอย่างเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ แต่ไม่มีกฎหมายในขณะนั้นบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด แต่ที่กล่าวนี้ก็นับเป็นข้อเสียของคำว่า “ความสงบเรียบร้อย” เช่นกัน กล่าวคือ คำว่า “ความสงบเรียบร้อย” เป็นถ้อยคำที่กินความหมายกว้าง และขึ้นอยู่กับความเห็นของผู้พิพากษาซึ่งจะแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลา จึงทำให้ประชาชนทั่ว ๆ ไปไม่อาจจะคาดหมายได้ว่าการกระทำของตน ณ เวลานั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือไม่ อีกประการการที่มอบหมายให้ผู้พิพากษาเป็นผู้วินิจฉัยว่าอย่างไรคือการกระทำขัดกับความสงบเรียบร้อยก็เท่ากับเป็นการมอบอำนาจให้ผู้พิพากษาเข้ามาเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นเอง ซึ่งผู้พิพากษาก็เป็นคน ๆ หนึ่งอาจจะวินิจฉัยผิดหรือถูกก็ได้ ทั้งยังเป็นกรให้อำนาจตุลาการเข้าไปก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติในการออกกฎหมายอีกด้วย

4.4 “ ความตกลง ” ของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้

การกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มีความหมายเดียวกันกับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในความหมายทั่ว ๆ ไป

ส่วนความหมายของคำว่า ความตกลง นั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “ ในพระราชบัญญัตินี้ ข้อสัญญา หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศและคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบด้วย... ” ซึ่งจากมาตรา 3 อันเป็นมาตราที่ให้คำจำกัดความของคำต่าง ๆ ที่ปรากฏตามพระราชบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมพ.ศ. 2540 ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ ความตกลง ” เอาไว้โดยชัดแจ้ง เพียงแต่กล่าวว่า ความตกลงก็คือข้อสัญญาอย่างหนึ่งเท่านั้น ถ้าเช่นนั้นแล้ว คำว่า “ ความตกลง ” จะมีความหมายว่าอย่างไรกันแน่

4.4.1 ลักษณะของความตกลงของผู้เสียหายตามมาตรา 9

หากพิจารณาจากความเข้าใจของคนทั่ว ๆ ไปแล้ว คำว่า “ ความตกลง ” น่าจะมีความหมายว่าเป็นกรณีที่มีคน 2 ฝ่ายหรือมากกว่านั้นขึ้นไปมาทำการตกลงอะไรกันบางอย่างขึ้น ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวจะเห็นได้ว่า “ ความตกลง ” มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับการเข้าทำสัญญากันอย่างมาก ถ้าเช่นนั้นแล้ว เพราะเหตุใดจึงต้องนำเรื่อง “ ความตกลง ” อันมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับเรื่องของสัญญามาบัญญัติไว้ในมาตราเดียวกันกับ “ ความยินยอม ” ซึ่งเป็นเรื่องในทางละเมิดด้วย ทั้ง ๆ ที่ก็มีมาตรา 8 ซึ่งก็บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องของ “ ข้อตกลง ” อันเป็นเรื่องในทางสัญญาอยู่แล้ว

สาเหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะว่า ความตกลงของผู้เสียหายนั้น แม้จะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับการทำสัญญาก็จริง แต่ก็ทำให้การเข้าทำสัญญากันดังที่หลายคนเข้าใจไม่ เนื่องจากกรณีที่จะมีลักษณะเป็นสัญญาได้นั้น จะต้องมีส่วนสำคัญ ๆ 3 ลักษณะใหญ่ ๆ ประกอบกัน ดังต่อไปนี้

1. ต้องมีคู่สัญญา

กล่าวคือ การก่อให้เกิดสัญญาขึ้นนั้น จะต้องมีส่วนตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปมาเป็นคู่สัญญาต่อกัน โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาทำเป็นคำเสนอ และอีกฝ่ายแสดงเจตนารับเป็นคำสนอง ซึ่งทั้งคำเสนอและคำสนอนนั้นจะต้องสอดคล้องต้องตรงกันทุกประการ จึงทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้น

2. ต้องมีคำเสนอและคำสนอง⁴⁷ที่สอดคล้องต้องตรงกัน

กล่าวคือ สัญญาจะเกิดขึ้นได้ เมื่อคู่กรณีมีเจตนาที่ต้องตรงกัน โดยฝ่ายที่ริเริ่มการทำสัญญาจะแสดงเจตนาออกมาในรูปคำเสนอ และอีกฝ่ายแสดงเจตนาสนองรับ

⁴⁷ คำเสนอ เป็นกรณีที่บุคคลคนหนึ่งแสดงเจตนาออกมา เพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กับคู่กรณีอีกฝ่าย โดยแจ้งให้อีกฝ่ายทราบว่าตนมีความต้องการอะไร และขอให้อีกฝ่ายทำตามความต้องการที่เสนอไปนั้น

คำสนอง เป็นคำตอบรับคำเสนอที่อีกฝ่ายเสนอมา

ซึ่งทั้งคำเสนอและคำสนอนนั้นล้วนแต่มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาด้วย

3. ต้องมีวัตถุประสงค์

กล่าวคือ ในการทำสัญญาทุกครั้ง จะต้องมีกำหนดถึงผลประโยชน์สุดท้าย ที่จะเกิดขึ้นจากการเข้าทำสัญญานั้น (เป็นประโยชน์ที่คู่กรณีนำมาเป็นข้อตกลงกันในสัญญา) ซึ่งผลประโยชน์สุดท้ายนี้อาจอยู่ในรูปของทรัพย์สิน เงินทอง หรืออยู่ในรูปลักษณะใด ๆ ก็ได้ เช่น สัญญาซื้อขาย ไม่ว่าจะสัญญาจะกำหนดข้อสัญญากันก็ข้อ จะกำหนดกันในเรื่องอะไรก็ตาม ประโยชน์สุดท้ายของสัญญานี้ก็คือ เงิน และทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน หรือผลประโยชน์สุดท้ายนี้อาจจะอยู่ในรูปแบบของผลประโยชน์ที่มองไม่เห็นเป็นรูปเป็นร่างก็ได้ เช่น สัญญาจ้างแรงงาน ผลประโยชน์สุดท้ายของสัญญาก็คือแรงงานของลูกจ้างที่จะต้องทำงานให้แก่นายจ้าง หรือผลประโยชน์สุดท้ายของสัญญาอาจอยู่ในรูปของผลประโยชน์ทางด้านความรู้สึกในทางศีลธรรม บุญคุณ หรือผลประโยชน์ทางสมาคมอย่างใดก็ได้ เช่น สัญญาให้โดยเสนาหา

ซึ่งจากสาระสำคัญของสัญญาทั้ง 3 ประการนี้ เมื่อนำเอา “ ความตกลง ” ตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาพิจารณาประกอบกับสาระสำคัญของสัญญาแล้วจะเห็นได้ว่า

จริงอยู่ที่ว่าความตกลงนั้นโดยลักษณะของมันแล้วจะต้องเกิดจากการที่คู่กรณี 2 ฝ่ายหรือมากกว่านั้นขึ้นไปมาทำความตกลงกัน ซึ่งเนื้อหาของสาระของความตกลงนั้นก็ต้องมีลักษณะที่สอดคล้องต้องตรงกัน มิเช่นนั้นแล้วคงไม่อาจที่จะทำความตกลงกันได้

แต่ถ้าหากพิจารณาถึงในแง่ของวัตถุประสงค์ให้ดีแล้ว เราจะพบว่า ในเรื่องของความตกลงตามมาตรา 9 นั้น การที่มีการตกลงกันเช่นนั้นหาได้มีวัตถุประสงค์ในทางสัญญากันไม่ กล่าวคือ คู่กรณีไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันมาก่อน เพียงแต่เป็นกรณีที่คู่กรณีมาตกลงกันเฉพาะในเรื่องของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเท่านั้นเอง ว่าใครจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ต้องรับผิดชอบ ในกรณีที่ต้องรับผิดชอบ จะต้องรับผิดชอบเป็นจำนวนเท่าใด เช่น ก. เลี้ยงงูพิษเอาไว้ศึกษา ข. เป็นพวกชอบทำอะไรเสี่ยง อันตราย เกิดอยากจะทำงูพิษมาเล่น ก็เลยไปขอ ก. จับเล่น ก. ไม่ยอมเพราะรู้ว่างูของตนมีพิษร้ายแรงและจะทำอันตรายคนแปลกหน้าที่มันไม่คุ้นเคย ข. เลยทำความตกลงกับ ก. ว่าถ้างูพิษของ ก. กัดตน ข. จะไม่เรียกร้องอะไรจาก ก. เลย

ซึ่งจากตัวอย่างนี้จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาระหว่าง ก. และ ข. ไม่มีอยู่เลย ไม่ว่าจะเป็ประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรือไม่ใช่ประโยชน์ในทางทรัพย์สินก็ตาม ความตกลงดังกล่าวเป็นเพียงแต่การตกลงในเรื่องความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นเท่านั้น

ซึ่งจะเห็นได้ว่าความตกลงของผู้เสียหายดังกล่าวมาแล้วนี้ มีลักษณะใกล้เคียงกันกับความยินยอมของผู้เสียหายตามมูลหนี้ละเมิดเป็นอย่างมาก เนื่องจากในเรื่องความยินยอมของ

ผู้เสียหายก็เป็นกรณีที่ผู้เสียหายยอมรับเอาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดเอาไว้เองโดยไม่ตั้งใจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิดเช่นเดียวกัน จะต่างกันก็ตรงที่ว่า ความตกลงของผู้เสียหายนั้นมีลักษณะของนิติสัมพันธ์คล้ายในเชิงสัญญาระหว่างคู่กรณี ในขณะที่ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นคู่กรณีไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญากันเลย ส่วนรายละเอียดในประการอื่นจะได้กล่าวถึงต่อไปในภายหลัง

และด้วยความที่ความตกลงและความยินยอมของผู้เสียหายมีลักษณะที่คล้ายกันอย่างมากนี้เอง ความตกลงและความยินยอมของผู้เสียหายจึงถูกนำมาบัญญัติเอาไว้ในมาตราเดียวกัน

4.4.2 ความตกลงของผู้เสียหายตามมาตรา 9 แตกต่างกับข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ทำได้ล่วงหน้าตามมาตรา 8 หรือไม่อย่างไร

(1) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ ที่ทำได้ล่วงหน้า ในรูปของข้อสัญญาตามมาตรา 8

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำได้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำได้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ”

มาตรา 8 นี้เป็นกรณีที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้ทำข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความขึ้น เพื่อเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเมื่อตนเองหรือบุคคลที่ตนต้องร่วมรับผิดด้วยไปกระทำการละเมิดหรือผิดสัญญา แล้วเกิดความเสียหายนั้นต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัยของผู้ได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม จากมาตรานี้จะแยกความรับผิดที่เกิดขึ้นได้เป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดตามละเมิดกับความรับผิดตามสัญญา และในบางครั้งความรับผิดทั้งสองประเภทก็มีลักษณะที่คาบเกี่ยวกันได้เช่นกัน เช่น การที่เราเช่าฟิล์มไปจ้างร้านถ่ายรูปให้ล้างให้ ร้านถ่ายรูปก็จะออกใบรับรองให้เรา และด้านหลังก็มักจะ

เป็นข้อความไว้ว่า “ จะไม่รับผิดชอบใด ๆ ทั้งสิ้นในกรณีที่ฟิล์มได้รับความเสียหายไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ ก็ตาม ” จะเห็นได้ว่าในกรณีนี้จะไม่มีความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างทำของเกิดขึ้น เพราะไม่สามารถส่งมอบงานที่เขาว่าจ้างให้ทำได้ และก็มีความรับผิดชอบตามละเมิดเกิดขึ้นคือเป็นการทำละเมิดต่อทรัพย์สินนั่นเอง ซึ่งในกรณีที่มิทั้งความรับผิดชอบตามสัญญาและความรับผิดชอบทางละเมิดเกิดขึ้นซ้อนทับกันอยู่นี้ สำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดีของโจทก์ว่าจะฟ้องเป็นมูลหนึ่งในทางสัญญาหรือละเมิดจะเป็นการดีกว่ากันนั้นจะมีความเห็นแยกออกเป็น 2 ฝ่าย คือ

1. ฝ่ายที่สนับสนุนให้คู่สัญญาฟ้องคดีละเมิด

นักกฎหมายฝรั่งเศส เช่น Thaller , Sauzet , Saincteille ⁴⁸ ให้เหตุผลว่า เมื่อคดีที่มีความรับผิดชอบในทางสัญญาเกิดขึ้น หากกรณีเดียวกันครบองค์ประกอบของความรับผิดชอบในทางละเมิดด้วยแล้ว ก็ควรที่จะให้เจ้าหน้าที่ผู้เสียหายฟ้องคดีละเมิดแทนสัญญาได้ เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องละเมิดเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งสัญญาใด ๆ ก็ไม่อาจมาตกลงยกเลิกหลักนี้ได้ เพราะฉะนั้น การห้ามไม่ให้ฟ้องคดีละเมิด ก็เท่ากับว่ากำลังทำให้เจ้าหน้าที่ผู้เป็นคู่สัญญามีฐานะด้อยไปกว่าบุคคลภายนอกซึ่งสามารถฟ้องละเมิดได้

นักกฎหมายอังกฤษ เช่น Salmond , Markasinis , Deakin ให้เหตุผลไว้ว่า โดยหลักแล้วเมื่อคู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา กล่าวคือ เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นและมีการกระทำผิดสัญญา กรณีถือเป็นเรื่องการกระทำในทางสัญญา และก่อผลเป็นเรื่องสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบเฉพาะในมูลสัญญา ซึ่งไม่ถือเป็นการกระทำในทางละเมิดที่จำเลยจะมีความรับผิดชอบในทางละเมิดแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น การกระทำผิดสัญญาทั่ว ๆ ไป คู่สัญญาจึงไม่อาจฟ้องละเมิดได้ การนำกฎหมายละเมิดมาใช้ในความรับผิดชอบในทางสัญญาจึงไม่อาจกระทำได้ เพราะสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาถูกรองรับโดยตัวสัญญา การทำผิดสัญญาโดยทั่ว ๆ ไป จึงเป็นการกระทำผิดสัญญาที่เรียกว่า “ การไม่ปฏิบัติตามสัญญา ” หรือก็คือ การไม่ทำตามสัญญาเลย (Non – Fensance) เพราะฉะนั้นการละเว้นไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้วมีความเสียหายเกิดขึ้น การฟ้องร้องจึงต้องฟ้องร้องในทางสัญญาเท่านั้น

แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่คู่สัญญา “ ปฏิบัติผิดไปจากสัญญา ” หรือก็คือ มีการทำตามสัญญาแล้วหากแต่การกระทำนั้นทำไม่ถูกต้องตามสัญญา (Mis – Fensance) แล้ว กรณี

⁴⁸ จีต เศรษฐบุตร , หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด , พิมพ์ครั้งที่ 4

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2543) น. 64 -65.

ดังกล่าวไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของบุคคลอื่น จึงจะสามารถฟ้องละเมิดได้

นอกจากนี้แล้ว การปฏิบัติผิดไปจากสัญญาในลักษณะที่เป็นสัญญาสาธารณะ เช่น สัญญารับขนคนโดยสาร ซึ่งโดยลักษณะเป็นการกระทบต่อคนจำนวนมาก หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ก็สามารถฟ้องในมูลละเมิดได้ด้วย ทั้งนี้เพื่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาผู้ให้บริการ ซึ่งจะเป็นการเอื้อประโยชน์มากกว่าที่จะไปฟ้องร้องในมูลสัญญา

สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลไทยนั้น ศาลมองว่า หากการกระทำผิดสัญญาเป็นการละเมิดต่อสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ก็สามารถฟ้องคดีละเมิดได้ (โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 865/2496 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2881/2528)

2. ฝ่ายที่ไม่สนับสนุนให้คู่สัญญาฟ้องคดีละเมิด

นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส เช่น Saleilles , Josserand , Ripert , Demogue , Lalou , Mazeud ⁴⁹ ต่างก็ให้เหตุผลไปในทำนองเดียวกันว่า หากอนุญาตให้คู่สัญญา (เจ้าหนี้) ฟ้องคดีละเมิดได้ ก็จะทำให้เป็นการทำลายหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เพราะก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้นคู่สัญญาได้ตกลงกันเรียบร้อยแล้วว่าจะรับผิดชอบในมูลสัญญา แต่ครั้งที่มีความเสียหายเกิดขึ้น เจ้าหนี้กลับจะมาฟ้องคดีละเมิด ความตกลงที่ทำกันมาก็คงสิ้นผลทันที ฉะนั้นจึงควรที่จะไปว่ากล่าวกันในมูลสัญญามากกว่า นอกจากนี้แล้ว ในตอนที่ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น ทุกคนย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติว่าด้วยละเมิดอยู่แล้ว แต่เมื่อมีการทำสัญญากันขึ้นย่อมหมายความว่าคู่สัญญาเหล่านั้นได้ยกระดับความรับผิดชอบให้มีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งความรับผิดชอบนี้จะผูกพันให้คู่สัญญาต้องรับผิดชอบเพิ่มมากขึ้นกว่าเดิม เช่น ในสัญญาฝากทรัพย์ กฎหมายก็เพิ่มหน้าที่ให้ผู้รับฝากใช้ความระมัดระวังเพิ่มมากกว่าเรื่องละเมิด

นักกฎหมายอังกฤษ ได้ให้เหตุผลว่า ในกรณีที่มีนิติสัมพันธ์กันทางสัญญามาก่อน เมื่อเกิดความเสียหาย คู่สัญญาจะมาฟ้องในมูลละเมิดไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใด ๆ เพราะ

1) ที่มาของกฎหมายละเมิดมาจากการกระทำที่เป็นการกระทำต่อบุคคลหรือการบุกรุก ในขณะที่สัญญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน เงินทอง หรือหนี้เงิน และเป็นการฟ้องร้องกันเพื่อเรียกเงิน

⁴⁹ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแห่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2543) น. 65.

2) ในเรื่องวิธีพิจารณาความตามกฎหมายอังกฤษ ศาลจะเคร่งครัดในระเบียบแบบแผน กอปรกับมีจำนวนผู้พิพากษาไม่เพียงพอแก่อรรถคดี จึงจะมาร่างฟ้องให้ศาลตัดสินหรือร่างฟ้องคลุมเครือศาลจะยกฟ้องทั้งหมด นอกจากนี้แล้ว ในการฟ้องคดี ศาลอังกฤษจะไม่รับฟังข้ออ้างที่มีลักษณะเป็นทั้งสัญญาและละเมิดมาพร้อม ๆ กัน

3) การดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องละเมิด จะมีการส่งหมายออกไป โดยหมายนี้จะต้องได้รับการอนุมัติจากศาลสูง ซึ่งจะมีระเบียบแบบแผนที่เคร่งครัดกว่าการออกหมายในทางสัญญา

4) ในทางประวัติศาสตร์ไม่เปิดโอกาสให้ฟ้องละเมิดควบคู่กับสัญญา เนื่องจากศตวรรษที่ 19 ลัทธิทุนนิยมและศาสนากำลังเฟื่องฟู จึงถือว่าสัญญานั้นเป็นตัวสร้างให้คนมั่งคั่ง กฎหมายลักษณะสัญญาจึงกำหนดขึ้นเพื่อปกป้องสิ่งที่ได้รับจากการเข้าทำสัญญาและความไว้วางใจต่อกัน ฉะนั้นจำเลยผู้ทำสัญญาและก่อให้เกิดความเสียหายย่อมต้องชดเชยค่าเสียหาย เพราะเหตุที่การเกิดขึ้นของมูลสัญญาเป็นการเชื่อมั่นต่อความไว้วางใจ เมื่อใดก็ตามที่มีการบิดพลิ้วคู่สัญญาก็ย่อมต้องรับผิดชอบในมูลสัญญา

สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลไทยที่เดินไปในแนวทางนี้ก็มิเช่นเดียวกัน โดยศาลมองว่า หากยินยอมให้มีการฟ้องร้องกันในมูลละเมิดด้วยแล้วก็จะเป็นการไม่เคารพต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เนื่องจากคู่กรณีมีนิติสัมพันธ์กันในทางสัญญากันมาก่อน ก็ควรที่จะไปฟ้องร้องกันในมูลสัญญา (โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 581 / 2525)

นอกจากนี้แล้วบรรดาความรับผิดอื่น ๆ เช่น ความรับผิดในการจัดการงานนอกสั่ง ความรับผิดในลาภมิควรได้ หรือแม้กระทั่งความรับผิดประการอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น หากมีส่วนหนึ่งส่วนใดมีความรับผิดตามสัญญาหรือละเมิดรวมอยู่ด้วยแล้วก็ย่อมอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 8 นี้ทั้งสิ้น ในสมัยที่มาตรา 8 นี้ยังคงเป็นเพียงร่างพระราชบัญญัตินั้นมีความเห็นว่า “ ข้อตกลงหรือประกาศที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยของผู้อื่น ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลงหรือผู้ประกาศ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลงหรือผู้ประกาศต้องรับผิดชอบ จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมิได้

ข้อตกลงหรือประกาศยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำของตนหรือของบุคคลอื่น ซึ่งตนต้องรับผิดชอบด้วย เพื่อความเสียหายในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่ผิดต่อกฎหมาย ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”⁵⁰

ซึ่งร่างของมาตรา 8 ในขณะนั้นมีการถกเถียงกันมากกว่าการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย อันเป็นความรับผิดในทางละเมิดนั้น ควรนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยที่ทางคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า ความตกลงดังกล่าวไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแต่ประการใด เห็นสมควรตัดทิ้ง หากจะมีการบัญญัติก็ควรที่จะไปแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป มากกว่าที่จะนำมาไว้ในพระราชบัญญัตินี้⁵¹ แต่ในท้ายที่สุดหลังจากผ่านกระบวนการพิจารณาในชั้นต่าง ๆ แล้ว หลักการดังกล่าวก็ถูกนำมาบัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เหตุผลที่นำมาบัญญัติไว้ก็อาจจะเป็นเพราะว่าผู้ร่างเห็นว่าการตกลงดังกล่าวมักถูกนำไปใส่ไว้เป็นส่วนหนึ่งในข้อสัญญาต่าง ๆ อันส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเห็นได้ชัด และอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสคัดค้าน ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายหลังที่ต้องรับภาระหนักจนเกินไป

หลักเกณฑ์ของมาตรา 8 วรรค 1

1. มีการทำข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ

ข้อตกลง ก็คือข้อสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้กำหนดกันเอาไว้ในตอนทำสัญญา ซึ่งมีลักษณะของการเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือว่านั้นขึ้นไป ส่วนประกาศหรือคำแจ้งความนั้นจะมีลักษณะของนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งโดยสภาพของมันแล้วไม่ใช่ข้อสัญญา เพราะมิได้เกิดจากเจตนาเสนอและสนองต่อตรงกัน หากแต่เป็นการแสดงเจตนาของผู้ประกาศหรือทำคำแจ้งความนั้นแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งโดยหลักแล้วผู้ที่มีได้ยินยอมเข้าผูกพันตนก็ไม่จำเป็นต้องรับผลที่เกิดจากประกาศหรือคำแจ้งความนั้น ฉะนั้นจึงไม่จำเป็นที่จะต้องนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เนื่องจากสภาวะในสังคมปัจจุบันประกาศหรือคำแจ้งความนั้นกลับถูกนำมาใช้บังคับได้ในหลายกรณีอย่างถูกต้องตามกฎหมาย เช่น โดยการตีความว่าบุคคลที่ได้เห็นหรือทราบถึงประกาศหรือคำแจ้งความนั้นแล้วมิได้โต้แย้งคัดค้าน ทั้งยังกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งแสดงถึงการยอมรับประกาศหรือคำแจ้งความนั้นด้วย เท่ากับได้ตกลงด้วยโดยปริยาย

⁵⁰ www.krisdika.go.th

⁵¹ เพิ่งอ้าง.

จึงต้องถูกผูกพันตามเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งความนั้น หรือในกรณีที่มีข้อสัญญาอื่น กล่าวอ้างถึงประกาศหรือคำสั่งความดังกล่าวไว้ โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นด้วย ผล อาจทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวต้องถูกผูกพันตามประกาศหรือข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ไปด้วย และถึงแม้ในกรณีที่ประกาศหรือคำสั่งความฝ่ายเดียวนั้นจะไม่มีผลผูกพันผู้ใดในทาง กฎหมาย แต่ก็อาจถูกนำไปอ้างยับประชาชนที่ไม่รู้กฎหมายให้จำต้องยอมความโดย รู้เท่าไม่ถึงการณ์ได้ ทั้งยังเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกาศหรือแจ้งความในลักษณะดังกล่าว รวมทั้ง นายจ้างของผู้นั้นอาจเข้าใจว่าประกาศหรือคำสั่งความนั้นจะคุ้มกันตนให้พ้นผิดได้ จึงพากันย่อ หย่อนไม่ใช้ความระมัดระวังป้องกันอุบัติเหตุอุบัติภัยที่เกิดขึ้นในกรณีนั้นได้ดีเท่าที่ควร⁵² จากกรณี ดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ที่ต้องแบกรับความเสียหายเองไว้ ด้วยเหตุนี้เองจึงให้ถือ ว่าประกาศและคำสั่งความเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาและต้องอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำสั่งความนั้นถูกทำขึ้นล่วงหน้า

กล่าวคือ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำสั่งความนั้นต้องถูกทำขึ้นก่อนที่จะมีความรับ ผิดตามข้อตกลง ประกาศ หรือคำสั่งความนั้นเกิดขึ้น ซึ่งหากทำหลังจากมีความรับผิดเกิดขึ้นแล้ว ก็จะทำให้ลักษณะของการประนีประนอมยอมความหรือเป็นการให้อภัยในการกระทำไปแทน

3. ถ้าเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาท เลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความ ต้องรับผิดชอบด้วย ห้ามไม่ให้ใช้บังคับ

กล่าวคือ การยกเว้น⁵³ หรือการจำกัด⁵⁴ ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยนั้นจะนำมาใช้ปฏิเสธความรับผิดของผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือผู้ที่ต้อง

⁵² จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็น ธรรม พ.ศ. 2540”, ตุลพาห เล่มที่ 1 ปีที่ 45 (เดือนมกราคม – มิถุนายน 2541) น. 126.

⁵³ การตกลงยกเว้นความรับผิด คือ การที่คู่สัญญาตกลงกำหนดไว้ในสัญญาตั้งแต่ แรกหรือมาตกลงเพิ่มเติมในภายหลัง แต่ก่อนที่ความผิดของลูกหนี้จะเกิดขึ้น ให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็น ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดใด ๆ จากการกระทำของตน

⁵⁴ การตกลงจำกัดความรับผิด คือ การที่คู่สัญญาตกลงกำหนดไว้ในสัญญาตั้งแต่แรก หรือตกลงกันในภายหลังว่าให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นลูกหนี้ต้องรับผิดเนื่องจากกระทำของตน อย่างจำกัด

ร่วมรับผิดชอบกับผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายไม่ได้ การที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้อาจจะเป็นสาเหตุมาจากความเสียหายทั้งสามประเภทเป็นความเสียหายที่มีลักษณะที่เป็นการกระทำลงโดยตรงต่อตัวมนุษย์ ทำให้เกิดความเจ็บปวดทรมานต่อร่างกายหรือแม้กระทั่งจิตใจ รวมถึงลดถึงชีวิตที่ต้องสูญเสียไป ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งสำคัญ มนุษย์ทุกคนย่อมรักและต้องการความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และอนามัยของตนเองทั้งนั้น ไม่ว่าจะใครก็ตามก็ไม่อาจที่จะมาก้าวล่วงทำลายได้อันเป็นหลักการตามธรรมชาติของมนุษย์อยู่แล้ว และเมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคม รัฐก็ต้องคุ้มครองความปลอดภัยดังกล่าวไว้ ฉะนั้นหากรัฐยอมรับข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความอันมีเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายหรืออนามัย แล้วความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย อนามัยของผู้คนย่อมไม่มี เพราะจะมีกลุ่มคนบางกลุ่มนำเอาการยกเว้นหรือการจำกัดความรับผิดนั้นมาใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง โดยไม่สนใจความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นเลย

นอกจากนี้แล้วการยกเว้นหรือการจำกัดความรับผิดจากการกระทำละเมิดหรือผิดสัญญา นั้น ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือแม้แต่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อก็ตาม ก็ไม่อาจนำมาปฏิเสธความรับผิดใด ๆ ได้ทั้งสิ้น ตรงนี้ขอให้สังเกตว่าเฉพาะแต่ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้นที่ไม่อาจนำมาปฏิเสธความรับผิดได้ แต่หากเป็นความรับผิดอื่นนอกเหนือจากนี้ เช่น ความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ในกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 434⁵⁵ ซึ่งกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างต้นไม้ หรือกอไผ่ ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย ทั้ง ๆ ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นมานั้นบางครั้งหาได้เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตนไม่ แต่เกิดขึ้นมาเพราะกฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิด

⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 434 บัญญัติว่า “ ถ้าความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะเหตุที่โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นก่อสร้างไว้ชำรุดบกพร่องก็ดี หรือบำรุงรักษาไม่เพียงพอก็ดี ท่านว่าผู้ครองโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น ๆ จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ถ้าผู้ครองโรงเรือนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดเสียหาย ฉะนั้นแล้ว ท่านว่าผู้เป็นเจ้าของจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนั้นให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงความบกพร่องในการปลูกหรือค้ำจุนต้นไม้หรือกอไผ่ด้วย

ในกรณีนี้ที่กล่าวมาในสองวรรคข้างต้นนั้น ถ้ายังมีผู้อื่นอีกที่ต้องรับผิดชอบในการก่อให้เกิดเสียหายนั้นด้วยไซ้ ท่านว่าผู้ครองหรือเจ้าของจะใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ผู้นั้นก็ได้ ”

เนื่องจากหาตัวผู้ต้องรับผิดชอบไม่ได้ และเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหาย เพราะเหตุที่ตนเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้น หรือในมาตรา 436⁵⁶ จะเห็นได้ว่าการที่ของตกลงจากโรงเรียนในบางครั้งอาจไม่ใช่เพราะการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่อาจเกิดจากแรงกายภาพอื่น เช่น สัตว์วิ่งมาชน หรือจากธรรมชาติ เช่น ลมพายุ แผ่นดินไหว เป็นต้น ซึ่งหาใครรับผิดชอบไม่ได้ก็กำหนดให้ผู้อยู่ในโรงเรียนต้องแบกรับความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายไป กรณีดังกล่าวจะพบว่ามีความรับผิดชอบเกิดขึ้นโดยผู้ต้องรับผิดชอบไม่ได้มีการกระทำไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ฉะนั้นหากผู้ต้องรับผิดชอบต้องการจะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนเองก็มีเหตุอันสมควรที่จะให้ตกลงเช่นว่าได้ มิเช่นนั้นออกจะเป็นการสร้างภาระให้กับผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความมากจนเกินไป

ก่อนหน้าที่มาตรา 8 จะมีผลใช้บังคับ ก็มีหลักการในมาตรา 373⁵⁷ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ในการทำงานเดียวกัน จะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างก็ตรงที่มาตรา 373 นั้นเกิดจากความยินยอมร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในการยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาเฉพาะความผิดที่กระทำโดยกลฉ้อฉล⁵⁸ หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเท่านั้นที่จะเป็นโมฆะ ในขณะที่มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้นจะมีขอบเขตการใช้บังคับที่กว้างกว่าอันเป็นการอำนวยความสะดวกได้อย่างมีประสิทธิภาพขึ้น โดยสามารถใช้บังคับได้แม้ความตกลงนั้นเกิดจากการกระทำเพียงฝ่ายเดียวของผู้ต้องรับผิด และใช้บังคับได้ทั้งการยกเว้นและการจำกัดความรับผิด ทั้งความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด นอกจากนี้แล้วการยกเว้น

⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 436 บัญญัติว่า “ บุคคลผู้อยู่ในโรงเรียนต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดเพราะของตกลงจากโรงเรียนนั้น หรือเพราะสิ่งขวางของไปตกในที่อันมิควร ”

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 373 บัญญัติว่า “ ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ ”

⁵⁸ คำว่ากลฉ้อฉล ตามนัยแห่งมาตรา 373 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีความหมายถึงการก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจ จะไปใช้ความหมายของกลฉ้อฉลตามปกติหาได้ไม่ เพราะไม่มีการลวงให้อีกฝ่ายเข้าทำสัญญาด้วย

หรือการจำกัดความรับผิดชอบนั้นแม้ไม่ใช่การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่เป็นแค่ประมาทธรรมดาที่อยู่ในบังคับมาตรา 8 เช่นกัน

หลักเกณฑ์ของมาตรา 8 วรรค 2

กล่าวคือ เป็นข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ ทำให้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ในความเสียหายอื่นที่ใช้ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น เช่น ความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สิน ชื่อเสียง เสรีภาพ หรือสิทธิอื่น ๆ ได้แก่ สิทธิในชื่อเสียง สิทธิในความเป็นส่วนตัว เป็นต้น สามารถที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ เนื่องจากความเสียหายดังกล่าวหากเทียบกับความเสียหายตามมาตรา 8 วรรคแรกแล้ว ระดับของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจะแตกต่างกันมาก เพราะไม่ใช่เป็นการกระทำลงโดยตรง ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง กฎหมายจึงยินยอมที่จะให้มีการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีนี้ได้ แต่ทั้งนี้หากข้อตกลงนั้นมีลักษณะที่เป็นการไม่ยุติธรรมหรือเป็นการเอาเปรียบอันเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้เสียหายจนเกินไปแล้ว ศาลก็มีดุลพินิจที่จะปรับลดการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นให้พอสมควรแก่กรณี ๆ ไปได้

(2) ความตกลงของผู้เสียหายตามมาตรา 9 แตกต่างกับข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ทำให้ล่วงหน้าตามมาตรา 8 หรือไม่อย่างไร

ในเรื่องของความตกลงของผู้เสียหายตามมาตรา 9 หลายคนเข้าใจว่าเป็นเรื่องเดียวกันกับข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 8 เนื่องจากบรรดาความเสียหายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นเพราะการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นั้น โดยสภาพตัวของมันเองแล้วก็มักที่จะเข้าลักษณะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามความในมาตรา 9 อยู่ในตัวอยู่แล้ว ฉะนั้นเมื่อข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของการทำข้อตกลงขึ้นเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดแล้วจะนำ มาตรา 8 หรือมาตรา 9 มาปรับใช้ก็ได้ ซึ่งจริง ๆ แล้วหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เพราะมิฉะนั้นแล้วก็ไม่มีความจำเป็นอะไรที่กฎหมายจะต้องบัญญัติเรื่องข้อตกลงและความตกลงแยกออกไว้เป็น 2 มาตรา

ความเหมือนกันของความตกลงตามมาตรา 9 และข้อตกลงตามมาตรา 8

ก) ผู้ที่จะต้องถูกผูกพันตามความตกลงตามมาตรา 9 และข้อตกลงตามมาตรา 8 ก็คือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดตามความตกลงหรือข้อตกลงนั้น

ข) ทั้งความตกลงและข้อตกลงที่ถูกกระทำขึ้นนั้น ในขณะที่ทำความตกลงและข้อตกลงเป็นเพียงการกำหนดเกี่ยวกับความเสียหายไว้ล่วงหน้าเท่านั้น เพราะในขณะนั้นยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้นจริง และก็ไม่แน่ว่าในอนาคตจะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ๆ ด้วยหรือไม่

ค) เป็นการทำความตกลงและข้อตกลงเพื่อยกเว้นและจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด ให้แก่ผู้ลงมือกระทำละเมิดเหมือนกัน

ความต่างกันของความตกลงตามมาตรา 9 และข้อตกลงตามมาตรา 8

ก) ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากข้อตกลงตามมาตรา 8 ไม่ได้เป็นผู้มีความคิดริเริ่มที่จะ ทำข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดให้แก่ผู้กระทำ ความเสียหาย หากแต่เป็นผู้ที่จะกระทำ ให้เกิดความเสียหายต่างหากที่เป็นผู้ทำข้อตกลงนั้นขึ้นเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเอง เช่น นาย A ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องเล่น “ บันจี้จัมพ์ ” ได้ทำข้อตกลงขึ้นกับผู้เล่นว่า “ เครื่องเล่นชนิดนี้ มีอันตราย หากผู้เล่นได้รับอันตรายในระหว่างการเล่น ไม่ว่าจะกรณีใด ๆ ก็ตาม เจ้าของเครื่องเล่นนี้ จะไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่ผู้เล่นจะได้รับ ” ปกติถ้าเมื่อนาย B ได้ขึ้นไปเล่นและระหว่างที่กระโดดลงมาเชือกสลิงที่รัดไว้เกิดขาด ทำให้นาย B ตกลงมาคอหักถึง แก่ความตาย ซึ่งเมื่อมีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นโดยหลักแล้วผู้ควบคุมเครื่องและเจ้าของเครื่องเล่น จะต้องมีความรับผิดเกิดขึ้น ซึ่งเขาก็มักที่จะอ้างข้อตกลงที่ทำไว้ตอนแรกนั้นมาเป็นเหตุยกเว้น ความรับผิดของตนเสีย จึงกล่าวได้ว่ากรณีนี้ผู้ที่ต้องรับผิดไม่ต้องรับผิดก็เพราะความต้องการของ ตนเองที่จะไม่ขอรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีใด ๆ ทั้งสิ้นโดยอ้างข้อตกลงยกเว้นความรับผิดที่ตนเองทำขึ้น

ในขณะที่ความตกลงตามมาตรา 9 ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นกรณีที่ตัวผู้มีสิทธิเรียกร้อง หรือก็คือตัวผู้ที่เป็นฝ่ายเสียหายจากการกระทำละเมิด เป็นผู้ทำความตกลงนั้นขึ้นเองเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดให้แก่ผู้กระทำละเมิด เช่น นาย ก. ต้องการจะแสดงโชว์ให้คนอื่นเห็นว่าตน สามารถหลบลูกธนูที่ยิงมาได้โดยไม่เป็นอันตราย จึงได้ไปขอรับรองให้นาย ข. มาช่วยในการแสดงโชว์ ของตน โดยมอบหมายให้นาย ข. เป็นคนยิงธนู และยังได้ทำความตกลงกับนาย ข. ด้วยว่า ถ้าตน ได้รับบาดเจ็บหรือตายจากการแสดง นาย ข. ไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างไร ๆ ให้แก่ตน ซึ่งต่อมานาย ข. ยิงธนูมาแล้ว นาย ก. หลบไม่ทันทำให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสจนพิการ เช่นนี้แล้วถ้า นาย ข. จะมาเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน นาย ก. สามารถที่จะอ้างความตกลงนั้นขึ้นเพื่อยกเว้น ความรับผิดของตนได้

ข.) ข้อตกลงที่ถูกทำขึ้นตามมาตรา 8 นั้น นอกจากจะเป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดให้แก่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายโดยตรงแล้ว ยังสามารถกำหนดไว้ในข้อตกลงนั้นเพื่อย กเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้อื่นที่ผู้ทำข้อตกลงนั้นขึ้นต้องร่วมรับผิดด้วย กล่าวคือ เป็นกรณีที่

มีบุคคลอื่นไปทำความเสียหายขึ้นแล้วผู้ทำข้อตกลงมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้
ก่อนให้เกิดความเสียหายด้วย เช่น นายจ้างได้ทำข้อตกลงไว้กับบุคคลภายนอกว่าหากลูกจ้างของตน
ไปทำความเสียหายให้แก่บุคคลภายนอก นายจ้างจะไม่ร่วมรับผิดชอบหรือถ้าจะต้องรับผิดชอบจำกัดไว้
เป็นเท่านั้นเท่านั้นบาท ซึ่งตามปกติแล้วหากไม่มีข้อตกลงเช่นนี้ นายจ้างย่อมต้องร่วมรับผิดชอบในความ
เสียหายที่ลูกจ้างไปก่อให้เกิดกับบุคคลภายนอก ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา
425 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปใน
ทางการที่จ้างนั้น ” จากนั้นก็ไปไล่เบี้ยเอาแก่ลูกจ้างอีกทีหนึ่ง

ในทางกลับกันความตกลงตามมาตรา 9 นั้น จะเป็นกรณีให้ผู้เสียหายให้ความตกลง
เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบให้แก่ผู้กระทำละเมิดแก่ตนโดยตรง จะไม่รวมไปถึงผู้อื่นที่ไม่ได้
เป็นผู้กระทำละเมิด แต่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ทำละเมิดดังเช่นมาตรา 8 เช่น นาย A ทำความตกลงให้
นาย B ผ่าตัดเสริมสวยให้ โดยถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการผ่าตัด ถ้าไม่ใช่เพราะความ
ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของนาย B นาย A จะไม่ติดใจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ก่อนผ่าตัด
นาย B มีธุระจึงให้นาย C แพทย์อีกคนที่นาย B จ้างมาเป็นคนผ่าตัดแทนให้ เช่นนี้แล้วหากนาย C
เกิดผ่าตัดไม่ดีจนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น นาย C จะอ้างความตกลงของนาย A มายกเว้นหรือ
จำกัดความรับผิดชอบของตนไม่ได้ เพราะแม้ว่านาย B ไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดต่อนาย A แต่ต้องรับผิดชอบ
ในหนี้ละเมิดก็เพราะเป็นนายจ้างที่มีหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้าง
ที่กระทำละเมิดนั่นเอง

ค) ข้อตกลงตามมาตรา 8 ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นข้อตกลงที่ผู้เสียหายไม่ได้เต็มใจที่จะ
ทำข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบให้แก่ลูกหนี้ แต่ที่ต้องทำเพราะผู้เสียหายตกอยู่ในการ
จำยอม ไม่สามารถที่จะเลือกได้ เนื่องจากตกอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่าผู้ที่เป็นฝ่ายกำหนดข้อตกลงนั้น
ขึ้น ไม่ว่าจะมีความด้อยกว่าในฐานะทางเศรษฐกิจหรือความรู้ความชำนาญก็ตาม เช่น พวก
ข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นข้อตกลงแบบสำเร็จรูปที่ถูกกำหนดเอาไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาฝ่ายที่
ได้รับประโยชน์สูงสุดจากข้อตกลงนั่นเอง

ในขณะที่ความตกลงตามมาตรา 9 โดยมากแล้วเป็นความตกลงที่เกิดจากความ
สมัครใจของผู้เสียหายเองโดยแท้ เพราะเป็นการแสดงเจตนาของผู้เสียหายเอง

ง) ข้อตกลงตามมาตรา 8 สามารถใช้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้ทั้งในมูลละเมิด
และมูลสัญญา ในขณะที่ความตกลงตามมาตรา 9 ใช้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้เฉพาะในมูล
ละเมิดเท่านั้น

จ) ข้อตกลงตามมาตรา 8 นั้นจะเป็นกรณีที่คู่กรณีที่มาทำข้อตกลงกันเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนนั้นขึ้น ทั้งสองฝ่ายต่างมีนิติสัมพันธ์กันในเชิงสัญญามาก่อนแล้ว จากนั้นจึงมาทำข้อตกลงในเรื่องของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเอาไว้ล่วงหน้าว่าจะยกเว้นหรือจะจำกัดความรับผิดกันเป็นประการใด

ส่วนความตกลงตามมาตรา 9 นั้น คู่กรณีไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ในเชิงสัญญามาก่อน เพียงแต่เป็นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายมาทำความตกลงกันเฉพาะแต่ในเรื่องของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเท่านั้น

ความแตกต่างกันของข้อตกลง ความตกลง กับความยินยอม

ก) ข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 8 และความตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 9 ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นซึ่งจะถูกยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดลงนั้นยังไม่แน่ว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ ข้อตกลงและความตกลงดังกล่าวถูกทำขึ้นไว้ล่วงหน้าเพื่อว่าถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นก็จะนำเอาข้อตกลงหรือความตกลงนั้นมาปฏิเสธความรับผิดหรือขอรับผิดในจำนวนที่จำกัด เช่น ในการขนส่งสินค้าทางอากาศมีการทำข้อตกลงระหว่างผู้ขนส่งกับผู้ส่งว่า ถ้ามีความเสียหายเกิดระหว่างขนส่งผู้ขนส่งขอรับผิดไม่เกิน 1,000 บาท หรือผู้ส่งทำความตกลงกับผู้ขนส่งยอมจำกัดความเสียหายให้ผู้ขนส่ง โดยตนจะเรียกร้องแก่ผู้ขนส่งไม่เกิน 1,000 บาท หากมีความเสียหายเกิดขึ้น เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าจริง ๆ แล้วความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการขนส่งนี้อาจจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ ไม่มีใครจะไปกำหนดแน่นอนตายตัวว่าการขนส่งครั้งนี้จะต้องมีความเสียหายเกิดกับสินค้าแน่ ๆ

ในทางกลับกันความยินยอมของผู้เสียหายตามมาตรา 9 นั้น เมื่อให้ความยินยอมไปแล้วส่วนมากจะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นอย่างแน่นอน เช่น ยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดลำไส้ กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเมื่อผู้ป่วยให้ความยินยอมแก่แพทย์ไปแล้ว แพทย์ก็ย่อมลงมือผ่าตัดแน่นอน ซึ่งการผ่าตัดก็คือการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายอันถือเป็นการกระทำละเมิด เพียงแต่แพทย์ไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดเพราะผู้ป่วยยินยอมให้ผ่าตัดนั่นเอง

ข) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 8 และความตกลงของผู้เสียหายตามมาตรา 9 บางครั้งตัวผู้จะต้องเสียหายไม่อาจเข้าใจได้ว่าผลของการที่ตนทำความตกลงหรือความตกลงนั้นจะเป็นเช่นไร เช่น ในการซื้อขายรถยนต์มือสองจากเต็นท์รถยนต์ ในสัญญาซื้อขายมักจะระบุว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิซึ่งอาจเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้น ซึ่งถ้าฟังคำว่า “ ชำรุดบกพร่อง ” ก็คงไม่มีใครมีปัญหาสักเท่าใดนัก เพราะผู้ซื้อสามารถที่จะเข้าใจได้ถึงความหมายของคำว่า “ ชำรุดบกพร่อง ” ว่าหมายถึง

อะไร เมื่อเข้าใจในความหมายตลอดทั้งผลที่จะเกิดจากการยอมรับนั้น ข้อตกลงและความตกลงนั้นก็ยังสามารถใช้บังคับได้ แต่คำว่า “ รอนสิทธิ ” นี้หากไม่ใช่ผู้ที่มีพื้นฐานทางกฎหมายแล้วน้อยคนนักที่จะเข้าใจว่า “ รอนสิทธิ ” นี้หมายถึงอะไรกันแน่ แม้กระนั้นก็ตามข้อตกลงและความตกลงดังกล่าวก็นำมาอ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ชายได้ ทั้ง ๆ ที่ผู้ซื้อไม่สามารถเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นแห่งการยอมรับข้อตกลงหรือทำความตกลงนั้นขึ้น

แต่ถ้าเป็นเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว หากผู้เสียหายไม่สามารถเข้าใจถึงผลที่จะเกิดขึ้นกับตนเนื่องมาจากความยินยอมนั้นแล้ว การกระทำต่อผู้เสียหายก็ถือเป็นการกระทำละเมิด ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเช่นว่านี้มาปฏิเสธความรับผิดของตนไปได้

ค) ข้อตกลงโดยสภาพตัวของมันเองแล้วไม่สามารถที่จะถูกถอนได้ เพราะข้อตกลงในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นถูกทำขึ้นโดยผู้จะกระทำการอันเป็นการละเมิดหรือผิดสัญญา ผู้จะเสียหายจึงไม่อาจจะไปยกเลิกได้เองหากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่เต็มใจด้วย ส่วนความตกลงนั้นแม้จะถูกทำขึ้นโดยผู้จะต้องเสียหายก็ตาม แต่ตามลักษณะมันถูกผูกพันให้อยู่ในรูปในเชิงของสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ไม่อาจที่จะเปลี่ยนแปลงภาระแห่งสัญญานั้นได้หากอีกฝ่ายไม่ยินยอมด้วย กล่าวคือ ทั้งข้อตกลงตามมาตรา 8 และความตกลงตามมาตรา 9 หากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงหรือความยินยอมนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องยินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย

ส่วนความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ผู้เสียหายแต่เพียงฝ่ายเดียวสามารถที่จะถอนความยินยอมของตนนั้นเสียเมื่อใดก็ได้ตลอดเวลา โดยที่ผู้กระทำละเมิดไม่จำเป็นต้องยินยอมให้ถอนด้วย

(3) ผลในทางกฎหมายของมาตรา 8 และมาตรา 9

ผลในทางกฎหมายของมาตรา 8

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 8 บัญญัติไว้ว่า

“ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ทำได้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำได้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ”

ฉะนั้น จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรานี้จึงส่งผลให้บรรดาข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ ที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในมูลสัญญาหรือละเมิด ในความเสียหายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ไม่สามารถบังคับใช้ได้ดังเช่นเมื่ออดีต ที่จะห้ามเฉพาะการยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากการฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เท่านั้น กล่าวคือ เป็นการจำกัดขอบเขตของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้เสียหายให้แคบลงนั่นเอง เพราะถ้าไม่เช่นนั้นผู้เสียหายจะถูกเอาเปรียบโดยผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งเป็นผู้กำหนดข้อความในข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความเอาเองตามใจชอบ เขาก็ย่อมต้องการที่จะ ผลักภาระความรับผิดของตนออกไป โดยที่ผู้เสียหายไม่มีโอกาสที่จะได้ต่อรองเลย อีกทั้งยังเป็นความเสียหายที่เกี่ยวกับชีวิต ร่างกายหรืออนามัยของผู้เสียหายด้วยแล้ว หากยินยอมให้ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายสามารถที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนได้แล้ว เขาก็ย่อมจะขาดซึ่งความระมัดระวังที่จะต้องมีต่อผู้เสียหาย ยิ่งเท่ากับเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้ผู้เสียหายอีก

ส่วนข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย อนามัย เช่น การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 483 ได้บัญญัติว่า “ คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิก็ได้ ” ก็สามารถที่จะใช้บังคับได้ เพียงแต่การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้นจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความ เป็นธรรมและพอสมควร กล่าวคือ แม้จะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ใช้บังคับได้เพราะ ไม่ได้เกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นก็ตาม แต่หาก การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่มีความเหมาะสมหรือเป็นธรรมพอ เช่น ในสัญญาซื้อขายสินค้าโทรทัศน์ระบุว่าผู้ขายจะเป็นผู้จัดส่งไปให้ แต่หากในระหว่างขนส่งมีความเสียหายเกิดแก่ โทรทัศน์ ไม่ว่าจะเพราะผู้จัดส่งหรือเหตุอื่น ๆ ผู้ขายจะรับผิดชอบโดยจ่ายค่าเสียหายให้ 500 บาท ต่อมาในระหว่างขนส่งผู้จัดส่งโดยความประมาททำให้โทรทัศน์เสียหาย จะเห็นได้ว่าข้อตกลง ดังกล่าวเป็นการจำกัดความรับผิดที่ไม่ได้เกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น จึงสามารถใช้ บังคับได้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวไม่มีความเป็นธรรมที่พอสมควรเลย เพราะโทรทัศน์เครื่องหนึ่งราคา เป็นหมื่น ๆ แต่นี้กลับจำกัดแค่ 500 บาทเท่านั้น ค่าความเสียหายที่เกิดก็เพราะคนที่ผู้ขายจัดหา มาทำหน้าที่ด้วยโดยที่ผู้ซื้อไม่ได้เป็นผู้มีส่วนผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเลย การที่จะผลักภาระไปให้ ผู้ซื้ออย่างนี้ไม่มีความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเลย

ผลในทางกฎหมายของมาตรา 9

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 9 ได้บัญญัติไว้ว่า “...ความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้ ”

ฉะนั้นด้วยอำนาจแห่งมาตรา 9 นี้ส่งผลให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ถ้าความยินยอมของผู้เสียหายนั้น

ก) เป็นการให้ความยินยอมสำหรับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อสิ่งที่กฎหมายห้ามเอาไว้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติห้ามการทำลายชีวิตผู้อื่น หรือทำร้ายร่างกายผู้อื่น หรือ

ข) เป็นการให้ความยินยอมในสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือ

ค) เป็นการให้ความยินยอมในสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ห้ามไม่ให้มีการอ้างความยินยอมเช่นว่านี้มายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำละเมิด

จะเห็นได้ว่าด้วยผลของมาตรา 9 นี้เองย่อมจะส่งผลกระทบต่อแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทย ซึ่งแต่เดิมเคยวางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้เสียหายสามารถที่จะให้ความยินยอมได้อย่างอิสระหากเป็นเรื่องในทางแพ่ง กลับเป็นว่าในทางแพ่งหากความยินยอมของผู้เสียหายนั้นมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ความยินยอมนั้นก็ไม่สามารถใช้ได้อีกต่อไป เหมือนกับพัฒนาการของกฎหมายละเมิดที่ว่าด้วยความยินยอมของประเทศอังกฤษ ซึ่งแต่เดิมศาลอังกฤษก็ยอมรับในเรื่องที่ความยินยอมของผู้เสียหายสามารถนำมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดได้อย่างอิสระ แต่ภายหลังจากที่ประเทศอังกฤษออก The Unfair Contract Terms Act 1977 ขึ้นใช้บังคับแล้ว การตีความในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายของศาลก็ถูกจำกัดลงให้อยู่ในขอบเขตที่เป็นธรรมและสังคมนยอมรับได้

ฉะนั้นด้วยผลของมาตรา 9 หากเหตุการณ์ดังกล่าวคำพิพากษาฎีกาที่ 673 / 2510 ซึ่งเป็นเรื่องที่โจทก์ทำให้จำเลยพินเพื่อทดลองคาถาอาคม ซึ่งแต่เดิมศาลฎีกาเคยตัดสินว่าเป็นกรณีที่โจทก์ยินยอมให้จำเลยทำร้ายร่างกาย จึงเป็นการยินยอมที่จะรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย เกิดขึ้นอีกในปัจจุบัน ผลของคำพิพากษาก็ย่อมต้องเปลี่ยนไปเป็น ความยินยอมของผู้เสียหายที่ทำให้จำเลยพินเพื่อทดลองคาถาอาคมนี้นี้ไม่สามารถนำมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดได้อีก เพราะเป็นความยินยอมต่อการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

หรือในกรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 586 / 2480 และ 45 / 2532 ซึ่งเป็นกรณีที่ชายหลอกหลวงหญิงว่าจะรับเลี้ยงดูและจดทะเบียนสมรสจนหญิงนั้นยินยอมร่วมประเวณีด้วย ซึ่งก่อนที่ จะมีมาตรา 9 ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ว่าความยินยอมของหญิงนี้สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธ ความรับผิดในทางละเมิดได้ แต่ ณ เวลานี้ หากกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นอีก ก็ต้องพิจารณาว่าการที่ ชายหลอกหลวงหญิงจนหญิงยินยอมเช่นนี้แล้ว ความยินยอมของหญิงนั้นจะเป็นการขัดต่อความ สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมเช่นนี้ น่าที่จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากที่กล่าวมาในข้างต้นจะเห็นได้ว่ามาตรา 8 และมาตรา 9 แม้จะนำมาใช้บังคับกับ ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน แต่ก็นำมาใช้เพื่อจำกัดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและหลัก เสรีภาพในการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงเหมือนกัน แม้ถ้อยคำที่มาตรา 8 และมาตรา 9 ใช้จะ แตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 8 จะใช้คำว่า การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อ ชีวิต ร่างกาย อนามัย ในขณะที่มาตรา 9 จะใช้คำว่า การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความ เสียหายที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน และแม้วัตถุประสงค์ในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงตามมาตรา 8 และมาตรา 9 จะมีความ แตกต่างกัน แต่ผลทางกฎหมายของ 2 มาตรานี้ก็เหมือนกันคือไม่สามารถอ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดได้นั่นเอง

4.5 วิเคราะห์ว่ามาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีการทับซ้อนกันกับมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ อย่างไร

มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ เป็น บทบัญญัติที่ว่าด้วยละเมิด จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาตามมาว่า มาตรา 9 นี้ เมื่อประกาศใช้แล้ว จะเป็นการทับซ้อนกันกับมาตรา 420 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ เนื่องจาก มาตรา 9 บัญญัติขึ้นก็เพื่อจำกัดขอบเขตการตีความในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายของศาล ไทยที่มีมาแต่เดิมลง

สำหรับในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 9 นั้นไม่ได้มีหลักการซ้อนทับกับมาตรา 420 แต่อย่างใดเนื่องจาก การตีความมาตรา 420 ของศาลไทย แม้จะมีการตีความองค์ประกอบความ ผิดในทางละเมิดเหมือนกับที่กฎหมายละเมิดของเยอรมันอันเป็นกฎหมายแม่แบบในเรื่อง ละเมิดของไทยตีความก็ตาม แต่การปรับใช้ข้อยกเว้นเพื่อให้การกระทำละเมิดเป็นการกระทำที่

ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมายนั้น ไม่ว่าจะเป็นแนวคิด หลักการหรือเหตุผล ตลอดจนการใช้การตีความนั้นศาลไทยไม่ได้ตีความตามกฎหมายเยอรมันเลย แต่กลับยึดถือแบบอย่างมาจากประเทศอังกฤษ เพราะศาลไทยไปรับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความยินยอมของผู้เสียหายตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลอังกฤษมาใช้แก้คดีเรื่อยมา ทั้ง ๆ ที่กฎหมายลักษณะละเมิดของไทยไม่ได้นำเอากฎหมายละเมิดของอังกฤษมาเป็นแบบอย่างในการยกอ้างแต่อย่างใด สาเหตุคงมาจากการที่ผู้พิพากษาของไทยส่วนใหญ่จบการศึกษาจากประเทศอังกฤษ จึงมีความเข้าใจการปรับใช้หลักกฎหมายของอังกฤษ จึงได้นำเอาแนวคิดตามแบบกฎหมายอังกฤษกลับมาใช้ในประเทศไทยด้วย โดยถือว่าหากเป็นเรื่องในทางแพ่งแล้ว ผู้เสียหายสามารถที่จะให้ความยินยอมได้ทุกกรณี โดยไม่มีข้อจำกัดเลย ซึ่งศาลไทยก็ยึดหลักเช่นนี้มาโดยตลอด จนเมื่อนานวันเข้าจึงเริ่มตระหนักว่า ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นไม่ควรที่จะนำมาใช้เป็นข้อแก้ตัวได้อย่างอิสระจนมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย จึงได้มีการตรามาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้น

จะเห็นได้ว่าการปรับใช้กฎหมายละเมิดของศาลไทยนั้น ศาลไทยได้นำเอาทั้งหลักกฎหมายของประเทศเยอรมันและประเทศอังกฤษมาใช้ผสมผสานกัน⁵⁹ โดยไม่ได้แบ่งแยกว่า จะต้องใช้กฎหมายให้เหมือนกับกฎหมายแม่แบบที่เราไปเทียบเคียงมาทั้งหมด หลักการของประเทศใดที่ศาลเห็นว่าเหมาะสมกับพฤติการณ์ในประเทศไทยก็จะนำมาปรับใช้

⁵⁹ สาเหตุที่ศาลไทยใช้กฎหมายในลักษณะที่ผสมผสานกันอย่างนี้ก็น่าจะมีสาเหตุมาจาก ในตอนยกอ้างกฎหมายละเมิดนั้นนักกฎหมายไทยยังไม่มีความรู้ความชำนาญในการปรับใช้กฎหมายเท่าใดนัก ฉะนั้นการยกอ้างจึงจะเป็นต้องทำกฎหมายให้ออกมาอ่านแล้วเข้าใจง่าย มีหลักเกณฑ์ที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ซึ่งก็คือลักษณะของระบบกฎหมายแบบ Civil Law จะใช้วิธีให้นักกฎหมายหรือศาลสร้างและพัฒนากฎหมายขึ้นมาเองแบบพวก Common Law นั้นจะเป็นการไม่เหมาะสม แต่ภายหลังจากที่มีประมวลกฎหมายออกมาแล้ว เวลาที่มีการส่งตัวนักศึกษาไปศึกษากฎหมายเพื่อให้กลับมาใช้กฎหมายที่ยกอ้างเสร็จแล้วนั้น กลับส่งนักศึกษาไปยังประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่เป็น Common Law เสียส่วนใหญ่ ฉะนั้นเมื่อนักศึกษาเหล่านี้สำเร็จการศึกษาแล้วกลับมาใช้กฎหมายไทย จึงมีการนำเอาความคิดแบบ Common Law เข้ามาใช้กับกฎหมายไทยด้วย

ฉะนั้นเมื่อศาลไทยตีความมาตรา 420 แบบนี้แล้ว⁶⁰ ก็ก็จะเห็นได้ว่าหลัก Volenti non fit injuria นี้เป็นหลักการที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการใช้หลักดังกล่าวของศาลอังกฤษ โดยไม่มีหลักการของประเทศอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเลย ซึ่งเมื่อเป็นการปรับใช้ตามแนวของศาลอังกฤษ การที่ศาลไทยตีความว่าความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งนั้นเป็นข้อแก้ตัวที่ทำให้การกระทำที่ครบองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดแล้วไม่เป็นละเมิด ซึ่งจำเลยสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดของตนได้ทุกกรณี แม้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายนั้นจะเป็นความยินยอมต่อการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม

ด้วยเหตุนี้เมื่อมีมาตรา 9 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติขึ้นก็เพียงแต่มาจำกัดขอบเขตในการใช้กฎหมายของศาลไทยในการตีความหลัก Volenti non fit injuria ให้แคบลง เหมือนกับที่ The Unfair Contract Terms Act 1977 ที่ออกมาจำกัดการตีความหลัก Volenti non fit injuria ของศาลอังกฤษลงนั่นเอง ไม่ได้ไปซ้อนทับกับมาตรา 420 แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามหากศาลไทยปรับใช้และตีความมาตรา 420 โดยให้ความยินยอมของผู้เสียหายต้องพิจารณาอยู่ในกรอบของการกระทำโดยผิดกฎหมายในความหมายอย่างกว้างให้เหมือนกับประเทศเยอรมัน เพราะเหตุที่ หลักกฎหมายมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีต้นแบบในการยกร่างมาจากมาตรา 823 วรรคแรกของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ตามตารางเปรียบเทียบถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย⁶¹ ดังต่อไปนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420
A person who , willfully or negligently , unlawfully injures the life , body , health , freedom , property or any other right of another is bound to	A person who ,wilfully or negligently , unlawfully injures the life , body , health , property or any right of another person , is said to commit a

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 723 / 2510

⁶¹ พจน บุษปาคม , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (ไทย ญี่ปุ่น เยอรมัน ฝรั่งเศส) (พระนคร ,2510) น. 22 – 23.

<p>compensate him for any damage arising therefrom.</p> <p>A person who infringes a statutory provision intended for the protection of other ' s incurs the same obligation. If , according to the purview of the statue , 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.</p>	<p>wrongful act and is bound to make compensation therefore.</p>
<p>ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผู้นั้นในความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำนั้น ๆ</p> <p>บุคคลผู้ซึ่งฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ จะต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน ภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย การฝ่าฝืนอาจเกิดขึ้นได้ แม้ผู้กระทำผิดนั้นจะมีได้กระทำความผิดเอง แต่ผู้นั้นจะต้องชดใช้ค่าเสียหายก็ต่อเมื่อมีความผิดบางประการอันจะถือให้เขาต้องรับผิดชอบได้</p>	<p>ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น</p>

ดังนั้นในเมื่อมาตรา 823 วรรคแรก⁶² ของกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบในการยก ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 แล้ว แนวความคิด การใช้และการตีความ มาตรา 420 จึงควรที่จะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับมาตรา 823 วรรคแรก ของกฎหมายแพ่ง เยอรมัน คือ ความรับผิดในเรื่องละเมิดนั้น จะมีองค์ประกอบของความรับผิดที่สำคัญ ๆ อยู่ 4 ส่วนด้วยกัน คือ

1. ต้องมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
2. ต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย
3. ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น
4. ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำ

เมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการนี้ ก็จะได้ถือว่ามีความรับผิด ในทางละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งมาตรา 420 ของไทยก็ใช้องค์ประกอบความรับผิดทั้ง 4 ประการนี้มา เป็นสิ่งวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นละเมิดเช่นเดียวกันกับมาตรา 823 ของเยอรมัน

อย่างไรก็ดีทั้งมาตรา 420 ของไทยและมาตรา 823 ของเยอรมันต่างก็ยอมรับว่ามีการ กระทำบางอย่างที่สามารถทำให้การกระทำโดยผิดกฎหมายในโครงสร้างความรับผิดเพื่อละเมิดข้อ ที่ 2 กลับกลายเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายได้ ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือ “ ความยินยอมของ ผู้เสียหาย ”

เพราะเหตุที่มาตรา 823 ของเยอรมันจัดเอาความยินยอมของผู้เสียหายไว้ใน องค์ประกอบของความรับผิดในทางละเมิดในส่วนของ การกระทำโดยผิดกฎหมาย นี้เอง กฎหมาย เยอรมันจึงให้ความสำคัญกับการพิจารณาว่า ถ้าฟังเพียงแค่ว่าความยินยอมของผู้เสียหายเพียงคน เดียว จะมีน้ำหนักถึงมากจนถึงขนาดทำให้การกระทำโดยผิดกฎหมายกลับกลายเป็นการกระทำ โดยถูกต้องกฎหมายได้ด้วยหรือไม่

สาเหตุที่กฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญกับประเด็นนี้เป็นพิเศษก็เพราะมี แนวความคิดว่า เบื้องหลังกฎหมายทุกมาตรานั้นจะมีสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองอยู่ด้วยกัน 2 สิ่ง คือ คุ้มครองเอกชนผู้เสียหายเพียงคนเดียวกับคุ้มครองผลประโยชน์ของมหาชน

ฉะนั้น เมื่อใดก็ตามที่มีการกล่าวอ้างความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นเพื่อทำให้การ กระทำที่ผิดกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย อันจะส่งผลให้องค์ประกอบความรับผิด

⁶² ส่วนมาตรา 823 วรรคสองของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ของไทยนำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 422 แทน

ในทางละเมิดในส่วนของการกระทำโดยผิดกฎหมายขาดหายไป ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด จึงต้องพิจารณาเสมอว่า การกระทำโดยผิดกฎหมายนั้น กฎหมายที่จะถูกยกเลิกมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองใครเป็นหลัก หากกฎหมายนั้นมุ่งที่จะคุ้มครองแต่เฉพาะผู้ที่จะเสียหายที่ให้ความยินยอม ความยินยอมเช่นนั้นก็สามารถใช้ได้ แต่เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองมหาชนด้วยความยินยอมของผู้เสียหายคนเดียวย่อมไม่อาจจะมายกเลิกสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองผู้อื่นหรือสังคมส่วนรวมได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันว่าหลักเกณฑ์นี้เอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 826⁶³

แต่สำหรับประเทศไทยแม้มาตรา 420 จะนำแบบอย่างมาจากมาตรา 823 ของเยอรมัน แต่ก็ได้มีการบัญญัติในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเอาไว้ดังเช่นมาตรา 826 ของเยอรมัน

แต่ถึงแม้จะไม่ได้บัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่จากองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดที่เป็นแบบเดียวกันกับของเยอรมัน ในส่วนขององค์ประกอบความรับผิดข้อที่ 2 คำว่าการกระทำโดย “ ผิดกฎหมาย ” คำว่าการกระทำโดยผิดกฎหมายนี้จะมีความหมายอยู่ด้วยกัน 2 ความหมายคือ

1. คำว่า “ โดยผิดกฎหมาย ” ในความหมายอย่างแคบ

เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ มาตรา 288 – 294 เป็นความผิดต่อชีวิต มาตรา 295 – 300 เป็นความผิดต่อร่างกาย หรือมาตรา 309 – 321 เป็นความผิดต่อเสรีภาพ เป็นต้น

2. คำว่า “ โดยผิดกฎหมาย ” ในความหมายอย่างกว้าง

เป็นกรณีที่นอกจากจะมีกฎหมายที่บัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ยังหมายความรวมถึง ความผิดที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย แต่ลักษณะของการกระทำนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาด ได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่น ๆ ของผู้เสียหาย ซึ่งการ

⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 826 บัญญัติว่า “ A person who willfully causes damage to another in a manner contra bonos mores is bound to compensate the other for the damage. ”

กระทำความผิดที่กระทบต่อสิทธิเด็ดขาดของบุคคลนี้ส่วนใหญ่แล้วก็คือจะมีลักษณะของการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในตัวด้วย

ซึ่งถ้าหากศาลไทยตีความมาตรา 420 ประกอบกับความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อให้องค์ประกอบของความรับผิดในทางละเมิดในส่วนของการกระทำโดยผิดกฎหมายมีความหมายรวมถึงการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยแล้ว อันเป็นการตีความคำว่าโดยผิดกฎหมายในความหมายอย่างกว้างแล้ว ก็จะได้ความว่าความยินยอมของผู้เสียหายที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ห้ามมิให้ผู้กระทำละเมิดนำมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดของตน อันเป็นการตีความมาตรา 420 ให้สอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายลักษณะละเมิดของไทย ถ้าตีความเช่นนี้แล้วมาตรา 9 แม้ไม่มี ศาลก็สามารถตัดสินได้โดยเนื้อความตามมาตรา 9 อยู่แล้ว

อย่างไรก็ตาม ศาลไทยไม่เคยตีความว่าการกระทำโดยผิดกฎหมาย มีความหมายรวมถึงความยินยอมของผู้เสียหายที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแม้แต่ครั้งเดียว

4.6 วิเคราะห์ว่ามาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะยกเลิกหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งหรือไม่อย่างไร

หลังจากที่ได้ศึกษาหลักเกณฑ์ในเรื่องของ Volenti non fit injuria (ความยินยอมไม่เป็นละเมิด) และหลักเกณฑ์ของมาตรา 8 และ 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาอย่างละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่าความยินยอมในทางอาญานั้นห้ามขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งจะตรงกันข้ามกับหลักของความยินยอมในทางแพ่งที่มีความเห็นแตกออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับแนวคิดในเรื่องความยินยอมตามกฎหมายเยอรมัน จะมองว่าหลัก Volenti non fit injuria ไม่อาจที่จะนำมาใช้กล่าวอ้างได้อย่างอิสระแม้จะเป็นเรื่องในทางแพ่งก็ตาม เพราะเหตุที่เยอรมันถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นสิ่งที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดในส่วนของการกระทำที่เป็นความผิดขาดหายไป จึงทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด เพราะเป็นการกระทำตามความยินยอมของผู้เสียหาย

อย่างไรก็ดีถ้าพึ่งแต่ความยินยอมของผู้เสียหายเพียงคนเดียวนั้นย่อมไม่สามารถที่จะทำให้การกระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือสังคมส่วนรวมกลับกลายเป็นการกระทำที่

ชอบด้วยกฎหมายได้ กล่าวคือ กฎหมายเยอรมันจะไม่ยอมรับให้ความยินยอมของคนเพียงคนเดียวมาหักล้างสิทธิที่บุคคลอื่นจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลงได้ ฉะนั้นปัญหาในเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม จึงเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบกับความยินยอมของผู้เสียหายด้วยเสมอ

ในขณะที่ฝ่ายที่เห็นด้วยกับแนวคิดในเรื่องความยินยอมตามแบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้จะยอมรับว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นสิ่งที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดไม่ครบองค์ประกอบ แต่องค์ประกอบที่ไม่ครบนี้ก็อยู่ในส่วนของความเสียหาย ซึ่งความเสียหายนี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นเรื่องของบุคคลแต่ละคนโดยเฉพาะ จึงไม่มีการนำเอาผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวมหรือผลประโยชน์ของบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังเช่นองค์ประกอบในส่วนของ การกระทำที่ผิดกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เองหากผู้ใดให้ความยินยอมให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแก่ตนแล้วแม้ความยินยอมนั้นจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม ก็ถือว่าความยินยอมนั้นใช้ได้ เพราะเป็นกรณีที่ผู้เสียหายยินยอมที่จะไม่ใช้สิทธิของตนในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดนั้น

ฉะนั้นตามแนวคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้ หลัก Volenti non fit injuria จึงสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดได้อย่างอิสระ

สำหรับแนวความเห็นสุดท้ายจะเห็นด้วยกับแนวคิดในเรื่องหลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนี้ เป็นความเห็นที่ศาลไทยยึดถือเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมของผู้เสียหายมาโดยตลอด กล่าวคือ ศาลไทยมองว่าหลักความยินยอมของผู้เสียหายนี้เป็นข้อแก้ตัวของจำเลยที่จะนำมากล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดสำหรับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิด เพราะเหตุที่กระทำตามความยินยอมของผู้เสียหาย โดยที่ข้อกล่าวอ้างเช่นนี้ศาลไทยยอมรับว่าผู้เสียหายสามารถที่จะให้ความยินยอมได้อย่างอิสระ โดยไม่ต้องคำนึงว่าความยินยอมนั้นจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

แต่เมื่อมีมาตรา 9 เกิดขึ้นมา ซึ่งต้องนำมาปรับใช้กับเรื่องในทางแพ่ง โดยที่มาตรา 9 มีเนื้อหว่าความยินยอมที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องห้ามมิให้ใช้เพื่อมายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในหนี้ละเมิด จึงทำให้หลายคนเกิดความสงสัยขึ้นว่าถ้าเช่นนั้นแล้วมาตรา 9 ดังกล่าวก็เป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อยกเลิกหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งที่ศาลเคยวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานมาเช่นนั้นหรือ เนื่องจากมาตรา 9 นี้ทำให้แนวความคิดในเรื่องความยินยอมในทางแพ่งกับทางอาญาเริ่มมีความใกล้เคียงกัน

สำหรับคำตอบในเรื่องนี้เห็นว่ามาตรา 9 ไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อเป็นการยกเลิกหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งที่ศาลเคยวินิจฉัยมาแต่อย่างใด มาตรา 9 นี้เมื่อมีขึ้นก็จะทำให้หลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่ง ซึ่งแต่เดิมมีอยู่อย่างอิสระถูกจำกัดขอบเขตลงให้เทียบเท่ากับความยินยอมในทางอาญา กล่าวคือ

1. ให้ความยินยอมได้ถ้าความยินยอมนั้นไม่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

อย่างไรจะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็ต้องไปพิจารณาว่ากฎหมายได้บัญญัติห้ามเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ เช่น กรณีที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 , 279 , 282 , 301 , 302 , 319 จะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวกฎหมายได้บัญญัติห้ามเอาไว้อย่างชัดแจ้งแล้วว่าการกระทำความผิดดังกล่าวแม้ทำไปเพราะได้รับความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำนั้นก็ยังคงเป็นความผิดอยู่ดี

2. ให้ความยินยอมได้ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

การกระทำใดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เป็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อน ซึ่งมักจะแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัย ยากที่จะวางหลักเกณฑ์กำหนดเอาไว้แน่นอนตายตัวได้ เช่น การที่บุคคลหนึ่งยินยอมให้เอาอวัยวะของตนไปเพื่อแลกเปลี่ยนกับเงินทอง ซึ่งความยินยอมในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยตลอดขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากการส่งเสริมให้มีการซื้อขายอวัยวะกัน โดยคนที่มีฐานะดีจะใช้เงินจำนวนมากมาซื้ออวัยวะให้คนยากจนยินยอมมอบอวัยวะให้แก่คน ซึ่งอวัยวะบางอย่างหากถูกนำออกไปแล้วเจ้าของเดิมก็จะเสียชีวิตลง เท่ากับเป็นการซื้อขายชีวิตกัน จึงไม่สมควรได้รับการยอมรับ มิฉะนั้นแล้วสังคมย่อมเกิดความวุ่นวาย ศีลธรรมได้รับความกระทบกระเทือน

ส่วนการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็เช่น การยินยอมให้ช่างตัดผมตัดผมของเราออก แม้จะเป็นการตัดส่วนหนึ่งของร่างกายออกไปเหมือนกับตัวอย่างในข้างต้น แต่ผมที่ถูกตัดออกไปนี้โดยสภาพแล้วมันสามารถที่จะงอกขึ้นมาใหม่ได้อีก ไม่เหมือนกับพวกหัวใจ ตับ ม้าม ที่ถ้าถูกตัดออกไปแล้วจะไม่มีงอกขึ้นมาใหม่ได้อีก จึงยอมรับให้มีการยินยอมในกรณีนี้ได้ เพราะมันไม่ได้ขัดต่อจิตสำนึกของประชาชนว่าเป็นเรื่องที่น่ารังเกียจแต่อย่างใด

ฉะนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของมาตรา 420 ที่ว่าด้วยการกระทำละเมิดกับหลัก Volenti non fit injuria ที่ว่าด้วยความยินยอมไม่เป็นละเมิด และมาตรา 9 แห่ง

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ประกอบกันแล้ว ก็สามารถที่จะวางหลักเกณฑ์ของความยินยอมไม่เป็นละเมิดขึ้นได้ว่า

1. การกระทำละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ของผู้เสียหาย แม้จะทำลงไป เพราะได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายก็ตาม ก็ต้องพิจารณาดูก่อนว่าเข้าข่ายของการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่ เช่น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงหรืออนาจารเด็ก กฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าแม้เด็กหญิงหรือเด็กนั้นยินยอมก็ผิดอยู่ดี หรือในการกรณีที่ยินยอมให้ทำแท้ง สาเหตุที่กฎหมายบัญญัติห้ามการกระทำที่เป็นการทำร้ายชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ของบุคคลเอาไว้ก็เพราะ ชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพของมนุษย์ถือเป็นความปลอดภัยขั้นพื้นฐานที่จะต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีติดตัวมาแต่กำเนิดของมนุษย์ทุกคน

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายแล้ว ประการต่อมาจึงมาพิจารณาต่อไปอีกชั้นหนึ่งว่า ความยินยอมดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วการกระทำละเมิดที่เป็นการกระทำต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ของบุคคลโดยสภาพของตัวมันเองแล้ว จะมีลักษณะของการกระทำที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแฝงอยู่เสมอ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีความรุนแรงและมักกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนในสังคมเป็นอย่างมาก ทำให้ประชาชนในสังคมที่พบกับเหตุการณ์เช่นนั้นเกิดการต่อต้าน

2. ททรัพย์สินเท่านั้นที่ให้ความยินยอมได้อย่างอิสระ

ดังที่ได้กล่าวในข้อ 1 แล้วว่าความยินยอมใดก็ตามที่เป็นการให้ความยินยอมต่อการก่อให้เกิดความเสียหายในชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพของผู้เสียหาย โดยตัวของมันเองแล้ว มักขัดกับกฎหมายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในตัวอยู่แล้ว จะมีก็แค่กรณีเล็กน้อยเท่านั้นที่เป็นข้อยกเว้น สามารถให้ความยินยอมกันได้ เช่น การยินยอมให้ช่างมาตัดผมหรือยินยอมให้ทันตแพทย์ถอนฟัน แม้โดยสภาพจะเป็นการทำร้ายร่างกายของผู้เสียหายก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่เป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นการตกแต่งร่างกายให้สะอาด ดูดี ในกรณีของการตัดผม ส่วนในกรณีของการถอนฟันก็เพื่อการรักษาพยาบาลให้หายจากความเจ็บปวด ด้วยเหตุนี้จึงพอที่จะสรุปได้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายที่ให้กระทำละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพของคนโดยหลักแล้วไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นอยู่ในบางกรณีดังที่ยกตัวอย่างไปแล้ว ต่อไปก็จะพิจารณาในส่วนของความยินยอมของผู้เสียหายที่ให้มีการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินของตนเอง

ทรัพย์สินคืออะไร กรณีนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 ได้บัญญัติไว้ว่า “ ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ” มาตรา 137 บัญญัติว่า “ ทรัพย์สินหมายความว่าวัตถุมีรูปร่าง ” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติได้ทั้งสองมาตรานี้แล้วก็พอที่จะสรุปได้ว่า “ ทรัพย์สินก็คือ วัตถุที่จะมีหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ ”⁶⁴ แต่จะต้องอาจมีราคา⁶⁵ และอาจถือเอาได้⁶⁶ ” ซึ่งหากขาดลักษณะใดลักษณะหนึ่งไปสิ่งนั้นก็ไม่ใช่ทรัพย์สิน

หากมีใครมาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองแล้ว เจ้าของทรัพย์สินย่อมสามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำละเมิดนั้นได้ สำหรับความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพย์สินนั้นส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นความผิดลักษณะทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ทำให้เสียทรัพย์ ฆ้อง โกง ยักยอกทรัพย์ บุกรุก เป็นต้น

แต่หากเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือผู้มียุติครอบครองในทรัพย์สินนั้นได้ให้ความยินยอมให้ผู้อื่นมากระทำการอันเป็นการละเมิดต่อทรัพย์สินของตนเสียเอง ผลที่ตามมาคือเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองนั้นไม่อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดได้ ซึ่งการให้ความยินยอมดังกล่าวโดยสภาพแล้วแม้เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย (ในที่นี้คือประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420) แต่หาได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินโดยความยินยอมของเจ้าของทรัพย์สินนั่นเองนั้นไม่มีความรุนแรงที่จะกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนในสังคมเหมือนกับกรณีความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพหรืออนามัย คือระดับความ

⁶⁴ วัตถุไม่มีรูปร่าง คือ สิ่งที่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา อีกทั้งต้องสามารถจับต้องได้ เช่น แก้ว ใต๊ะ

วัตถุไม่มีรูปร่าง คือ สิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตา และไม่สามารถจับต้องได้ เช่น พลังงานต่าง ๆ ก๊าซ

⁶⁵ อาจมีราคา คือ สิ่งนั้นจะต้องมีคุณค่าในตัวของมันเอง ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีคุณค่าในการมีราคาสูง ๆ เพียงแต่มีคุณค่าในทางจิตใจของผู้เป็นเจ้าของก็จะอยู่ในความหมายนี้

⁶⁶ อาจถือเอาได้ คือ การหวงกันเอาไว้สำหรับตนเอง แม้ในความเป็นจริงผู้ที่หวงกันเอาไว้จะไม่สามารถจับต้องได้จริงจังกก็ตาม

รุนแรงของความรู้สึกต่อต้านหรือไม่สามารถยอมรับได้นั้นจะลดน้อยกว่า จึงสามารถให้ความยินยอมต่อการกระทำละเมิดได้อย่างอิสระ

3. การก้าวล่วงสิทธิอาจให้ความยินยอมได้

คำว่า “ สิทธิ ” ตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นี้ค่อนข้างที่จะมีความหมายกว้าง เพราะนอกจากจะหมายถึงความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สินแล้ว ยังมีความหมายครอบคลุมไปถึงความเสียหายอย่างอื่น นอกจากความเสียหายดังกล่าวแล้วอีกด้วย⁶⁷ แต่ทั้งนี้และทั้งนั้นจะต้องมีกฎหมายรับรอง (ซึ่งคำว่ากฎหมายในที่นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร) และคุ้มครองสิทธินั้นอยู่ในเวลาที่มีการกระทำละเมิดด้วย⁶⁸ มิฉะนั้นก็จะไม่ได้รับความคุ้มครอง ตัวอย่างของสิทธิอื่น ๆ นี้ก็เช่น

ก) สิทธิในชื่อบุคคล⁶⁹

ชื่อบุคคลในที่นี้จะต้องเป็นชื่อที่สามารถบ่งบอกได้ว่าหมายถึงบุคคลใด ฉะนั้นหากเป็นกรณีที่บุคคลมีชื่อซ้ำกันก็ต้องดูด้วยว่ามีนามสกุลอะไรเพื่อนำมาเป็นสิ่งบ่งชี้ว่าเป็นคน ๆ นั้น การที่ใช้ชื่อซ้ำกันจะถือว่าละเมิดสิทธิในชื่อบุคคลไม่ได้

ข) สิทธิทางการค้า⁷⁰

⁶⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 124 / 2487 “ สิทธิ ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ และบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายในเรื่องการลงทะเบียน...”

⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 124 / 2487

⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 18 บัญญัติว่า “ สิทธิของบุคคลในการใช้นามอันชอบที่จะใช้ได้นั้น ถ้ามีบุคคลอื่นโต้แย้งก็ดี หรือบุคคลผู้เป็นเจ้าของนามนั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์เพราะการที่มีผู้อื่นมาใช้นามเดียวกันมิได้รับอนุญาตให้ใช้ก็ดี บุคคลผู้เป็นเจ้าของนามจะเรียกให้บุคคลนั้นระงับความเสียหายก็ได้ ถ้าและเป็นที่ยังวิตกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไป จะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้ ”

⁷⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 272 บัญญัติว่า “ ผู้ใด

(1) เอาชื่อ รูป รอยประดิษฐ์หรือข้อความใด ๆ ในการประกอบการค้าของผู้อื่นมาใช้ หรือทำให้ปรากฏที่สินค้า หีบ ห่อ วัตถุที่ใช้หุ้มห่อ แจ้งความรายการแสดงราคา จดหมายเกี่ยวกับการค้าหรือสิ่งอื่นทำนองเดียวกัน เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าหรือการค้าของผู้อื่นนั้น

สิทธิในทางการค้าก็เช่น ชื่อร้าน ชื่อสินค้า ป้าย ตลกดจนโลโก้ต่าง ๆ ไม่ว่าจะป็นรูปภาพหรือตัวอักษรที่แสดงว่าเป็นร้านนั้นหรือสินค้านั้น โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ค) สิทธิสัมปทาน

สัมปทานเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่ทางราชการได้มอบไว้ให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ให้มีสิทธิในการทำกิจการบางประเภท เช่น สัมปทานรังนกนางแอ่น สัมปทานป่าไม้ สัมปทานเหมืองแร่ ฯลฯ แต่เพียงผู้เดียว โดยที่ผู้อื่นไม่มีสิทธิเข้าไปทำกิจการประเภทที่ได้รับสัมปทานนั้น หากฝ่าฝืนก็จะถือเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของสัมปทานนั้น

ง) สิทธิส่วนบุคคล

สิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ถือเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ผู้ใดจะมาล่วงละเมิดมิได้เช่น การที่เราอยู่ในบ้านแล้วถูกเพื่อนบ้านแอบดู หรือในกรณีที่เราคุยโทรศัพท์แล้วถูกแอบดักฟัง ผู้ที่มาแอบดูหรือแอบดักฟังโทรศัพท์ถือว่าการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลทั้งสิ้น

การกระทำใดที่เป็นการฝ่าฝืนสิทธิดังกล่าวมานี้ล้วนถือว่าการกระทำละเมิดต่อเจ้าของสิทธิ ซึ่งเจ้าของสิทธิดังกล่าวสามารถฟ้องร้องในทางแพ่งเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แต่จะเห็นได้ว่าสิทธิต่าง ๆ ที่ยกตัวอย่างมานั้นหากตัวผู้จะต้องถูกละเมิดสิทธิได้ยินยอมให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นก็ถือว่าไม่มีการกระทำละเมิด ซึ่งความยินยอมในลักษณะนี้ก็สามารถที่จะให้ความยินยอมได้ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เพราะการกระทำละเมิดเป็นการละเมิดกระทำต่อสิทธิซึ่งระดับของความรุนแรงที่กระทบต่อสิทธิประเภทนี้จะมีระดับของความรุนแรงที่เบาบางกว่าเมื่อเทียบกับการกระทำต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ ในแง่ของกำไร ขาดทุน หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวตามปกติของคน ๆ เดียว อีกทั้งลักษณะของความเสียหายก็ไม่ได้ทำให้เจ้าของสิทธิบาดเจ็บล้มตาย ด้วยเหตุนี้ผลกระทบที่เกิดขึ้น

(2) เลียนป้าย หรือสิ่งอื่นทำนองเดียวกันจนประชาชนน่าจะหลงเชื่อว่าสถานที่การค้าของตน เป็นสถานที่การค้าของผู้อื่นที่ตั้งอยู่ใกล้เคียง

(3) ขโมยแพร่หลายซึ่งข้อความเท็จเพื่อให้เสียความเชื่อถือในสถานที่การค้า สินค้าอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์การของผู้หนึ่งผู้ใด โดยมุ่งประโยชน์แก่การค้าของตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดอันยอมความได้

จากการกระทำละเมิดตามความยินยอมดังกล่าวจึงไม่ส่งผลกระทบต่อประชาชนคนอื่นจึงสามารถให้ความยินยอมได้