

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

( 1 ) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายนั้นมีปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่งที่ใช้คำว่า “ Volenti non fit injuria ” นั้น

ตามความเห็นของผู้เขียนแล้วเห็นว่าคำอธิบายของนักกฎหมายไทยต่อหลักนี้แยกออกเป็น 3 ฝ่ายด้วยกัน คือ

1. หลัก Volenti non fit injuria ตามคำอธิบายของกฎหมายอังกฤษ

โดยนักกฎหมายฝ่ายนี้ยอมรับว่า ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อแก้ตัวที่จำเลยสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดของตน และโดยเหตุที่หลักของอังกฤษให้ความสำคัญกับความประสงค์ของปัจเจกชนเป็นอย่างมาก จึงเห็นว่าในเมื่อความยินยอมนั้นเป็นสิ่งที่เกิดจากความประสงค์ของผู้เสียหาย ซึ่ง ณ เวลาที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมนั้นผู้เสียหายก็ไม่ได้ถูกข่มขู่ หลอกลวง หรือถูกกดดันด้วยอำนาจต่าง ๆ อีกทั้งผู้เสียหายก็สามารถที่จะเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นจากการที่ตนให้ความยินยอมเช่นนั้นแล้ว ความยินยอมเช่นนี้ศาลอังกฤษยอมรับขึ้นเป็นข้อแก้ตัวให้จำเลยพ้นความรับผิดจากการที่ทำตามความยินยอมของผู้เสียหายนั้นได้

แต่อย่างไรก็ตาม การศึกษาการปรับใช้หลักดังกล่าวของศาลอังกฤษ ศาลอังกฤษแม้จะยอมรับให้กล่าวอ้างหลักความยินยอมของผู้เสียหายได้อย่างกว้าง แต่ก็จะใช้หลักอย่างระมัดระวังคือถ้าเป็นเรื่องการช่วยชีวิต หรือกรณีการจ้างแรงงาน เป็นต้น ศาลจะไม่ยอมรับให้มีการกล่าวอ้างหลักความยินยอมของผู้เสียหาย

2. หลัก Volenti non fit injuria ตามคำอธิบายของกฎหมายเยอรมัน

นักกฎหมายฝ่ายนี้มองว่า ความรับผิดในทางละเมิดนั้นจะประกอบขึ้นจากองค์ประกอบ 4 ประการ คือ ( 1 ) มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ( 2 ) มีการกระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย ( 3 ) การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ( 4 ) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำ ซึ่งความยินยอมของผู้เสียหายนี้จะเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดข้อที่ 2 คือในส่วนของการกระทำโดยผิดกฎหมายไม่ครบองค์ประกอบ

คือ ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นสิ่งที่ทำให้การกระทำที่ผิดกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้

และเพราะเหตุที่กฎหมายแต่ละเรื่องมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลอยู่ด้วยกัน 3 ลักษณะ คือ

( 1 ) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเอกชนผู้ที่ต้องเสียหายโดยแท้

( 2 ) กฎหมายที่นอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเอกชนผู้ที่ต้องเสียหายโดยแท้แล้วยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนที่อยู่ในสังคมคนอื่นแฝงอยู่ด้วย

( 3 ) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองส่วนรวม

ฉะนั้นเมื่อพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหายว่าจะสามารถทำให้การกระทำที่ผิดกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่สามารถทำได้ตามกฎหมายได้หรือไม่นั้น จะต้องนำเอาวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองมาเป็นสิ่งพิจารณาประกอบด้วยเสมอ กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแก่ตน ก็ต้องพิจารณาว่าผลจากการกระทำละเมิดตามความยินยอมของผู้เสียหายนั้นเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายต่อกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจะคุ้มครองใครเป็นหลัก หากการกระทำตามความยินยอมของผู้เสียหายนั้นเป็นการยินยอมให้มีการกระทำผิดต่อกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองแต่เฉพาะผู้เสียหายที่ให้ความยินยอมเพียงคนเดียวแล้ว ความยินยอมเช่นนั้นก็สามารถใช้เป็นข้อยกเว้นที่ทำให้การกระทำโดยผิดกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่สามารถทำได้ เช่น การที่ผู้เสียหายยินยอมให้ผู้อื่นเอาค้อนมาทุบรถของตัวเอง จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สิน ซึ่งโดยสภาพแล้วผู้ที่เป็นฝ่ายเสียหายก็มีแต่เฉพาะเจ้าของทรัพย์สินซึ่งก็คือผู้เสียหายเพียงคนเดียวเท่านั้น แต่เมื่อใดก็ตามที่ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นการยินยอมให้มีการกระทำผิดต่อกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น ๆ ในสังคมหรือแม้โดยหลักแล้วกฎหมายนั้นจะมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายโดยเฉพาะแต่ก็แฝงไปด้วยการมุ่งคุ้มครองไปถึงบุคคลอื่นในสังคมด้วยแล้ว เช่น ในความผิดเกี่ยวกับชีวิตหรือร่างกาย แม้กฎหมายจะมุ่งคุ้มครองเจ้าของชีวิตหรือร่างกายนั้นแล้วยังมุ่งคุ้มครองบุคคลอื่นในสังคมด้วยเพราะการกระทำผิดต่อชีวิตและร่างกายนี้จะมีลักษณะของการกระทำที่รุนแรงกระทบความรู้สึกผู้คน รัฐให้ความสำคัญกับชีวิตและร่างกายมนุษย์ว่าเป็นสิ่งมีค่าสูงสุด ไม่มีใครมาทำลายได้ไม่ว่าจะอ้างเหตุผลใด ๆ ก็ตาม ด้วยเหตุนี้จึงอาศัยความยินยอมของผู้เสียหายเพียงคนเดียวมาลบล้างสิ่งที่กฎหมายจะคุ้มครองบุคคลอื่นด้วยไม่ได้

3. ฝ่ายที่เห็นด้วยกับหลัก Volenti non fit injuria ตามคำอธิบายของกฎหมายฝรั่งเศส นักกฎหมายฝ่ายนี้มองว่า ความรับผิดในทางละเมิดจะประกอบขึ้นจากองค์ประกอบ 3 ประการ คือ ( 1 ) มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ( 2 ) การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ( 3 ) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำ คล้ายกันกับกฎหมายเยอรมัน แต่ที่แตกต่างกันก็คือ ความยินยอมของผู้เสียหายนี้จะเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้องค์ประกอบ ความรับผิดในทางละเมิดข้อที่ ( 2 ) ในส่วนของการก่อให้เกิดความเสียหาย ไม่ครบองค์ประกอบ คือ ถือว่าเมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมให้มีการกระทำละเมิดแก่ตนแล้ว และผู้เสียหายสามารถ เข้าใจได้ว่าการที่ตนให้ความยินยอมไปเช่นนั้นตนจะได้รับผลอย่างไรบ้างก็ถือว่าผู้เสียหายยินยอมที่จะรับความเสียหายนั้นเอาไว้จึงเท่ากับไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น และเมื่อไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น จึงไม่มีสิทธิมาเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้อีกในภายหลัง

เพราะเหตุที่ความเสียหายในทางแพ่งนั้น ผู้ที่จะต้องเสียหายก็คือตัวผู้ที่ให้ความยินยอมต่อการกระทำละเมิดเพียงคนเดียวเท่านั้น จะไม่รวมถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นหรือสังคมส่วนรวมแต่อย่างใด ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายตามแนวคิดของกฎหมายฝรั่งเศสนี้ ผู้เสียหายจึงสามารถให้ความยินยอมได้อย่างอิสระในทุก ๆ กรณี และด้วยความมีอิสระ มากนี้เองทำให้ให้นักกฎหมายฝรั่งเศสต้องตีความการใช้หลัก Volenti non fit injuria ในฐานะที่เป็น กฎหมายที่เคร่งครัด คือ จะนำหลักในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายมาปรับใช้ได้นั้นต้องเป็นการ ใช้อย่างจำกัดจริง ๆ เพียงแค่บางกรณีเท่านั้น คือความยินยอมของผู้เสียหายในการแข่งขันกีฬาที่มี จารีตประเพณีให้ใช้ความยินยอมของผู้เสียหายได้ เช่น การแข่งขันชกมวย เป็นต้น จึงทำให้ดูเหมือนกับว่าหลักความยินยอมของผู้เสียหายจะไม่สามารถนำมาใช้ในกรณีอื่นได้เลย

แต่อย่างไรก็ตาม คำอธิบายดังกล่าวนี้เมื่อถูกนำอธิบายโดยนักกฎหมายไทยแล้ว คำอธิบายในทางตำราไม่ได้กล่าวถึงการจำกัดการใช้หลัก Volenti non fit injuria เหมือนกับ คำอธิบายของกฎหมายฝรั่งเศสเลย จึงทำให้เข้าใจว่าหลัก Volenti non fit injuria นั้นสามารถที่จะ ใช้ได้อย่างไม่มีขอบเขต

ส่วนคำอธิบายเกี่ยวกับหลัก Volenti non fit injuria ที่ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติ ในการ ตัดสินคดีก็คือหลักการที่ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งสามารถนำมากล่าวอ้างเป็นข้อ แก่ตัวได้อย่างอิสระ แม้การกระทำตามความยินยอมนั้นจะมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดย กฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม อันเป็นไปตาม คำอธิบายในเรื่องความยินยอมของประเทศอังกฤษ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 673/2510 ( ประชุม ใหญ่ ) ที่วินิจฉัยว่า “ การที่โจทก์ทำให้จำเลยพ้นเพื่อทดลองคาถาอาคมที่ตนเชื่อถือและอวดอ้างว่า

ตนอยู่ยังคงกระพัน เป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำร้ายร่างกายตน เป็นการยอมรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงให้จำเลยรับผิดชอบชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้ ”

จะเห็นได้ว่าศาลไทยวินิจฉัยคดีเดินตามแนวคำพิพากษาในเรื่องความยินยอมตามแนวของศาลอังกฤษมาโดยตลอด แต่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการปรับใช้ของศาลอังกฤษเริ่มมีข้อจำกัดการปรับใช้หลักนี้ และมีการยอมรับถึงข้อจำกัดการใช้หลักดังกล่าวบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรว่าการใช้หลัก Volenti non fit injuria มายกเว้นความรับผิดในทางละเมิดของตนในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุนี้เองประเทศอังกฤษจึงได้ตรา The Unfair Contract Terms Act 1977 ขึ้นโดยมีการนำเอาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งเป็นเรื่องในทางละเมิดไปใส่ไว้ใน

พระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย เพื่อจำกัดการใช้และการตีความหลัก Volenti non fit injuria ของศาลลง โดยถือว่าถ้าผู้เสียหายให้ความยินยอมให้มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้อื่นจนทำให้ตนตายหรือบาดเจ็บความยินยอมนั้นใช้ไม่ได้ ส่วนความยินยอมลักษณะอื่นนอกเหนือจากนี้สามารถใช้ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้ความสมเหตุสมผลด้วย

สาเหตุที่อังกฤษนำเอาหลัก Volenti non fit injuria ซึ่งเป็นเรื่องในทางละเมิดไปใส่ไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เป็นเรื่องของสัญญาก็เพราะ ลักษณะของการให้ความยินยอมและการแสดงเจตนาในการทำสัญญานั้นมีความใกล้เคียงกันสามารถที่กำหนดการใช้หลักอันเดียวกันได้ ซึ่งลักษณะการออกกฎหมายแบบนี้เป็นลักษณะเฉพาะของประเทศอังกฤษ

( 2 ) สำหรับประเทศไทยก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้น เพื่อจำกัดขอบเขตการใช้และการตีความหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งของศาลลงเหมือนกับของประเทศอังกฤษดังปรากฏในมาตรา 9 ความว่า “ ความยินยอมหรือความตกลงของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในทางละเมิดมิได้ ” ซึ่งจากมาตรา 9 นี้เองทำให้มีประเด็นปัญหาที่สำคัญเกิดขึ้นมาว่า มาตรา 9 นี้เมื่อใช้บังคับแล้วจะเป็นการทับซ้อนกันกับมาตรา 420 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ประเด็นหนึ่ง กับอีกประเด็นที่ว่ามาตรา 9 นี้จะเป็นการยกเลิกหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งที่มีอยู่แต่เดิมลงหรือไม่

สำหรับในประเด็นที่ว่ามาตรา 9 นี้จะเป็นการทับซ้อนกันกับมาตรา 420 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่นั้น หลังจากที่ได้ทำการศึกษามาแล้วพบว่าไม่ได้มีการทับซ้อนกัน

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก การตีความในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ศาลไทยไม่ได้ตีความค่าว่าการกระทำโดยผิดกฎหมายซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความรับผิดฐานละเมิด ให้ความหมายรวมถึงความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ( Unlawfully ) ในความหมายอย่างกว้าง<sup>1</sup> มิเช่นนั้นแล้วในคำพิพากษาฎีกาที่ 673 / 2510 ศาลคงไม่ตัดสินคดีที่เกี่ยวกับการที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดของจำเลยที่ได้กระทำลงแก่โจทก์เพราะเหตุที่โจทก์ยินยอมให้จำเลยฟันเพื่อทดลองคาถาอาคม

จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นชัดแล้วว่าศาลไทยยอมรับหลัก *Volenti non fit injuria* ในฐานะที่เป็นข้อแก้ตัวของจำเลยเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดเหมือนกับของประเทศอังกฤษ มากกว่าที่จะยอมรับว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดไม่ครบองค์ประกอบเหมือนกับของประเทศเยอรมัน

ฉะนั้นเมื่อศาลไทยตีความหลัก *Volenti non fit injuria* ตามกฎหมายอังกฤษ การใช้หลัก *Volenti non fit injuria* ของศาลไทยจึงสามารถใช้ได้อย่างอิสระในทุก ๆ กรณี โดยไม่ต้องคำนึงว่าความยินยอมนั้นจะมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ การจะจำกัดการตีความหลัก *Volenti non fit*

---

<sup>1</sup> แม้จะมีความเห็นในทางตำราอธิบายไว้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายที่มีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นควรจะตีความให้อยู่ในความหมายของการกระทำโดยผิดกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง เพื่อที่การปรับใช้หลัก *Volenti non fit injuria* จะได้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันที่เป็นแม่แบบของกฎหมายละเมิดของไทยก็ตาม รายละเอียดโปรดดู

injuria ของศาลไทยลงเพื่อให้หลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งกลับไปสู่หลักการเดิมตามที่ควรจะเป็นนั่นก็คือ ความยินยอมของผู้เสียหายถ้ามีลักษณะเป็นการให้ความยินยอมต่อการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ความยินยอมเช่นนั้นจะนำมาใช้อ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดไม่ได้ จึงควรที่จะใช้วิธีเดียวกันกับที่ประเทศอังกฤษใช้ นั่นก็คือการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้น เหมือนกับที่ประเทศอังกฤษตรา The Unfair Contract Terms Act 1977 โดยมีการพ่วงเอาหลักเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งเป็นสิ่งที่มีลักษณะใกล้เคียงกันกับการทำสัญญาเข้าไปในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วย

ส่วนในประเด็นปัญหาที่ว่ามาตรา 9 เมื่อมีขึ้นแล้วจะเป็นการยกเลิกหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งที่แต่เดิมศาลเคยตัดสินไว้ว่า “ แม้ความยินยอมของผู้เสียหายจะมีลักษณะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดได้ ” หรือไม่

สำหรับในประเด็นปัญหานี้หลังจากทำการศึกษาแล้วเห็นว่ามาตรา 9 ไม่ได้ไปยกเลิกหลัก Volenti non fit injuria ที่มีอยู่แต่เดิมลงแต่อย่างใด เพียงแต่มาตรา 9 นี้เป็นการจำกัดการตีความหลัก Volenti non fit injuria ของศาลไทยให้แคบลงเท่ากับการตีความหลัก Innocent Consent ในทางอาญา คือ ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นถ้าเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ห้ามยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางละเมิดอีก

ฉะนั้นด้วยอำนาจแห่งมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หลักความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งก็คือ

1. ให้ความยินยอมได้ ถ้าความยินยอมนั้นไม่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย
2. ให้ความยินยอมได้ ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรจะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ก็ต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายบัญญัติห้ามการกระทำใด ๆ เอาไว้ว่าแม้ให้ความยินยอมก็ยังเป็นความผิด เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 , 279 , 282 , 301 , 302 , 319 อย่างไรก็ตามการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เรื่องนี้ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป แต่ส่วนใหญ่แล้วความผิดที่เป็นการกระทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพของผู้อื่นนั้น จะเป็นการกระทำ

ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอยู่ในตัวเอง เช่น การยินยอมให้ผู้อื่นฆ่าตนเอง เป็นต้น

## 2. ข้อเสนอนี้

ในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria สำหรับกรณีละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น แม้ยังมีความเห็นแยกออกเป็น 3 ฝ่ายด้วยกันดังที่ได้ศึกษาแล้ว ซึ่งจุดแตกต่างที่สำคัญของความเห็นดังกล่าวนั้นก็คือ หลักความยินยอมของผู้เสียหายนี้สมควรที่จะอยู่ภายใต้เรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนดังเช่นความยินยอมของผู้เสียหายในทางอาญาหรือไม่ ฉะนั้นเมื่อมีมาตรา 9 เกิดขึ้นจึงทำให้ประเด็นปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งจะต้องนำเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาพิจารณาด้วยหรือไม่จึงหมดลงไป ทำให้ความเข้าใจในเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะช่วยทำให้แนวคิดเกี่ยวกับความยินยอมในทางแพ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีปัญหาบางประการในการปรับใช้มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งรายละเอียดของปัญหาก็ดังที่ได้ศึกษามาข้างต้น จึงมีข้อเสนอแนะว่า

1. ในกรณีที่ความยินยอมของผู้เยาว์ขัดแย้งกับความประสงค์ของบิดาและมารดา ตรงนี้ต้องดูข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป เช่น ในกรณีของการรักษาพยาบาล เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะถือความต้องการของบิดาและมารดาเป็นเกณฑ์ สำหรับการรักษาพยาบาลทั่ว ๆ ไป ซึ่งเป็นการทำให้ผู้ป่วยหายหรือดีขึ้น อันเป็นการให้ความยินยอมในทางบวก และโดยปกติแล้วบิดามารดาย่อมรักและเป็นห่วงบุตร ย่อมต้องให้ความยินยอมต่อการรักษาพยาบาลที่มีลักษณะเป็นคุณแก่บุตรผู้เยาว์อยู่แล้ว

แต่ถ้าเป็นกรณีการรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยต้องการตายอย่างสงบ ( Euthanasia ) ที่ผู้เยาว์สามารถที่จะเข้าใจในผลแห่งการที่ตนยินยอมที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลของแพทย์ว่าจะมีผลอย่างไรเกิดแก่ตน กรณีดังกล่าวเป็นการกระทำความเสียหายให้เกิดต่อชีวิต อันเป็นการกระทำละเมิด ฉะนั้นตัวผู้เสียหายจริง ๆ ต่างหากที่เป็นผู้สมควรที่มีอำนาจในการตกลงใจว่าจะยินยอมให้มีการกระทำละเมิดเกิดแก่ตนหรือไม่ บิดาและมารดาจะเป็นผู้เข้ามามีส่วนในการตัดสินใจก็ต่อเมื่อผู้เสียหายนั้นไม่สามารถเข้าใจในผลแห่งการให้ความยินยอมได้เท่านั้น กล่าวคือ ไม่ควรจะนำ

เกณฑ์อายุของความเป็นผู้เยาว์มาใช้ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการปฏิเสธรักษาพยาบาลเหมือนกับ การรักษาพยาบาลในกรณีทั่ว ๆ ไปหรือการทำนิติกรรมสัญญา เพราะไม่มีใครจะทราบความต้องการของผู้เสียหายดีไปกว่าตัวผู้เสียหายเอง แม้ผู้นั้นจะเป็นญาติสนิทแค่นั้นก็ตาม

2. ผลแห่งความยินยอมที่จะนำมาใช้บังคับมิได้ตามมาตรา 9 นั้น จะเป็นอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยว่าความยินยอมเช่นใดที่ใช้บังคับมิได้ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ก็เท่ากับว่าหากยังไม่มี การนำข้อพิพาทในเรื่องความยินยอมขึ้นสู่ศาล ความยินยอมนั้นก็ยังคงใช้ได้อยู่ ฉะนั้น เพื่อแก้ปัญหา ตรงจุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการจัดตั้งองค์กรขึ้นมาองค์กรหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่เหมือนกับ The Office of Fair Trading [OFT] ของอังกฤษ คือ พิจารณาคำร้องว่าความยินยอมใดที่มีผลกระทบ ในทางธุรกิจ เช่น กรณีระหว่างนายจ้างลูกจ้างที่อาจนำความยินยอมมาใช้อย่างไม่เป็นธรรม อันมี ลักษณะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนใน ชั้นหนึ่งก่อนที่จะมีการเสนอคดียังศาล ทั้งนี้เพื่อลดค่าใช้จ่าย เพราะไม่ต้องจ้างทนายความ และ ขั้นตอนในการพิจารณาที่เป็นแบบแผนลง และเพื่อให้ผู้ยื่นคำร้องได้รับรู้ว่าการยินยอมที่ยื่นให้ วินิจฉัยนั้นจะสามารถใช้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้แค่ไหนเพียงใด แต่อย่างไรก็ตามศาล เท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในท้ายที่สุดอยู่นั่นเอง

3. องค์กรที่คุ้มครองผู้บริโภคควรมีการเผยแพร่ความรู้แก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อจำกัด ของความยินยอมของผู้เสียหาย เพื่อที่บรรดาผู้ที่ จะให้ความยินยอมจะได้ทราบว่าตนไม่อาจจะให้ ความยินยอม ได้อย่างเสรีโดยปราศจากขอบเขตจำกัด และผู้ที่ปฏิบัติตามความยินยอมจะได้ ทราบไม่หลงทำตามความยินยอมนั้นจนเป็นเหตุให้ตนเองต้องรับผิด

4. การมีผลบังคับของความยินยอมตามหลัก Volenti non fit injuria นี้ โดยหลักแล้ว ตัวผู้ถูกระทำละเมิดจะต้องเป็นผู้ให้ความยินยอม อันจะส่งผลให้ผู้ให้ความยินยอมนั้นไม่อาจ เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดนั้นได้ซึ่งตรงจุดนี้จะมีประเด็นปัญหาที่น่าศึกษา ต่อไปก็คือ ในกรณีที่บุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ให้ความยินยอมที่จะเป็นผู้เสียหายจากการ กระทำละเมิดตามกฎหมายด้วย จะถูกจำกัดสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ เนื่องจาก ตามหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดแล้ว บุคคลที่จะเป็น “ ผู้เสียหาย “ นอกจากจะหมายถึง ตัวผู้ถูกระทำละเมิดแล้ว ยังหมายรวมถึงบุคคลอื่นที่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะเป็นผู้ได้รับความเสียหายที่เป็นผลจากการที่ผู้ถูกระทำละเมิดได้รับ เช่น ผู้มีสิทธิได้รับการอุปการะจาก ผู้เสียหายตามกฎหมาย ในกรณี บุตรของผู้ตาย หรือ สามีหรือภริยาของผู้ตาย เป็นต้น เมื่อกรณีผู้ ถูกระทำละเมิดเป็นผู้ให้ความยินยอมในการทำละเมิดตามหลัก Volenti non fit injuria แล้วในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า จะถือว่าผู้เสียหายอื่นที่มีสิทธิตามกฎหมายที่ได้รับความเสียหายด้วยจะถูกจำกัดสิทธิ

ในการเรียกค่าเสียหายเพราะการที่ผู้ถูกทำละเมิดยินยอมไปแล้วด้วยไม่ได้ เพราะจะเป็นการตัดสิทธิอันพึงมีของบุคคลดังกล่าวเพื่อขอให้ศาลเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับในฐานะผู้เสียหายด้วย โดยที่บุคคลเหล่านั้นซึ่งไม่ได้ให้ความยินยอมในการทำละเมิดไม่ได้เป็นผู้ประสงค์จะสละสิทธิเช่นนั้นเลย

5. สำหรับในเรื่องของการสมัครใจเข้าสู่สู่วิวาทกันนั้น แม้ว่าศาลได้วางหลักไว้ว่าเมื่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายสมัครใจเข้าสู่สู่วิวาทกัน ก็ถือว่าต่างฝ่ายต่างยินยอมที่จะรับเอาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไว้ ต่างฝ่ายจึงไม่อาจฟ้องร้องอีกฝ่ายเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 248 / 2523 , 2241 / 2525 , 1508 / 2531 <sup>205</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการที่ผู้สมัครใจทะเลาะวิวาทไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายระหว่างกันได้นั้นเป็นกรณีของหลัก *Ex turpi causa non oritur action* มากกว่าเป็นหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของหลัก *Volenti non fit injuria* จึงไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพราะคู่กรณีทำการทะเลาะวิวาทระหว่างกันนั้นต่างฝ่ายต่างกระทำผิดกฎหมายที่ไม่อาจนำมาฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายระหว่างกันได้

ด้วยเหตุนี้เรื่องของการสมัครใจเข้าสู่สู่วิวาทกันจึงควรที่จะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่ไม่สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้อันมีลักษณะเพื่อเป็นการป้องปรามไม่ให้มีการต่อสู้วิวาทกันมากกว่ากฎหมายที่เอื้อประโยชน์ให้เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งหลักกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการป้องปรามที่ว่านี้ก็คือหลัก *Ex turpi causa non oritur action* ( การกระทำที่ผิดศีลธรรมไม่อาจนำมาฟ้องร้องยังศาล ) นั่นก็จะส่งผลให้คู่กรณีที่สมัครใจเข้าสู่สู่วิวาทกันแล้วได้รับความเสียหายไม่อาจนำคดีมาฟ้องร้องยังศาลได้ เนื่องจากตนได้กระทำการที่เป็นการผิดศีลธรรม ซึ่งจากหลักนี้ผู้ที่เข้าสู่สู่วิวาทกันย่อมต้องคิดก่อนที่จะเข้าวิวาทกันแล้วว่าหากตนได้รับความเสียหายอย่างใดจากการสมัครใจเข้าสู่สู่วิวาทกันก็ไม่อาจที่จะฟ้องร้องอีกฝ่ายฐานละเมิดได้ จึงอาจมีการยับยั้งชั่งใจไม่ก่อการวิวาทกัน

<sup>205</sup> รายละเอียดโปรดดูหน้า 45 - 52