

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด :
กรณีศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา

The Law of Volenti Non Fit Injuria:
A Comparative Study of Thai Law and United State Law

ภาณุพงศ์ พงษชัย*

Phanupong Pongsachai

นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ประเทศไทย

Master of Laws students Faculty of Law National Institute of Development Administration, Thailand

Email : kongphanu@hotmail.com

Received : April 2, 2019

Revised : August 7, 2019

Accepted : August 8, 2019

บทคัดย่อ

บทความวิจัยฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักกฎหมายความยินยอมไม่เป็นละเมิดจากประวัติศาสตร์ของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด และศึกษาเชิงเปรียบเทียบทั้งจากบทบัญญัติกฎหมายและคำวินิจฉัยคดีของศาล โดยการศึกษาจะมุ่งเน้นไปที่การเปรียบเทียบแนวทางการปรับใช้และการตีความหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดจากประเทศสหรัฐอเมริกาต่อแนวทางการปรับใช้และการตีความหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของศาลไทยทั้งก่อนและหลังการตราพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐ และทำการรวบรวมข้อมูลที่มีความเกี่ยวข้องจากแหล่งข้อมูลที่มีความน่าเชื่อถือเพื่อวิเคราะห์ปัญหาที่พบ

ผลการศึกษาพบว่า การปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในประเทศไทยยังคงมีจุดบกพร่องอยู่ทั้งในเรื่องการขาดบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด และปัญหาในการตีความกฎหมายที่ต้องห้ามมิให้ยกหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดขึ้นต่อสู้คดี รวมถึงปัญหาความทับซ้อนของบทบัญญัติมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐ ต่อมาตรา ๑๕๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นบทความฉบับนี้จึงทำการเสนอให้มีการแก้ไขและเพิ่มเติมพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐ ด้วยเหตุว่าการที่กำหนดหลักเกณฑ์และข้อจำกัดหรือข้อห้ามในการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดก็เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่คู่ความ

*ภาณุพงศ์ พงษชัย Phanupong Pongsachai นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ประเทศไทย Master of Laws students Faculty of Law National Institute of Development Administration, Thailand

ทั้งสองฝ่าย และลดช่องว่างความไม่เท่าเทียมของบุคคลในประเทศไทยซึ่งมีอำนาจต่อรองทางสังคมในขณะที่มีการให้ความยินยอมที่แตกต่างกันซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตั้งแต่ต้น และเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นรูปธรรมเหมือนกฎหมายของประเทศที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลอย่างกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

คำสำคัญ: หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด, การยอมรับความเสี่ยง, ความรับผิดชอบทางละเมิด, สหรัฐอเมริกา

Abstract

This research aims to the law of Volenti non fit injuria of the history of the Volenti non fit injuria, and the comparative study of both the law and the court's case law. The study will focus on comparing the guidelines for the implementation and interpretation of Volenti non fit injuria from the United States to the guidelines for the implementation and interpretation of Volenti non fit injuria of Thai courts before and after the enactment of the Unfair Contract Terms Act B.E. 2540. And to collect relevant data from reliable sources to analyze the problems discovered.

The study indicated that The deployment of Volenti non fit injuria in Thailand continues to be a defect. Both the lack of written legislation for Volenti non fit injuria and the problem of interpreting the law forbidding the Volenti non fit injuria to defend in the case. Including the problem of overlap of the provisions of Section 9 of the Unfair Contract Terms Act B.E. 2540 to Section 150 of the Civil and Commercial Code. Therefore, this research is proposed to amend and add to the Unfair Contract Terms Act B.E. 2540 because of that. The determination of the rules and restrictions or interdictions on the Volenti non fit injuria conduct is to ensure fairness to both parties. And reduce the inequalities of individuals in Thailand who have a social bargaining power when there is a different consensus, which is the intent of the Unfair Contract Terms Act B.E. 2540 from the beginning. And to be as clear and concrete as the laws of countries that are universally accepted as United States law.

Keywords: Volenti non fit injuria, Assumption of risk, Violation of liability, United State of American

บทนำ

สภาพสังคมในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาอันมีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคลตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา และรัฐไม่อาจเข้าแทรกแซงการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากอันส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคม รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคลเพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว รัฐบาลจึงทำการตราพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ขึ้น โดยมีพื้นฐานมาจากพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ (Unfair Contract Terms Act 1977)

พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ของไทยมีการบัญญัติมาตราที่ส่งผลต่อการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดอยู่ ๓ มาตรา คือ มาตรา ๓ มาตรา ๘ และมาตรา ๙ ซึ่งแต่เดิมหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่โดยปกติศาลสามารถยกขึ้นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมของคู่ความได้เสมอ โดยในส่วนของมาตรา ๓ นั้นเป็นจุดเชื่อมโยงพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ กับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มีการนิยามให้คำว่า “ข้อสัญญา” หมายความว่ารวมถึงข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม ส่งผลให้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นหรือจำกัดของข้อตกลงหรือข้อสัญญาสำหรับความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา ๘ และมาตรา ๙ มีผลใช้บังคับกับการให้การให้ความยินยอมแก่การกระทำความผิดละเมิด โดยมาตรา ๘ ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นการควบคุมเฉพาะข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ยกเว้นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย แต่ในส่วนของมาตรา ๙ ที่เป็นการกำหนดห้ามมิให้ยกเอาความตกลงหรือความยินยอมขึ้นเพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบละเมิด กลับกำหนดไว้เพียงว่า “สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น” หากได้มีการอธิบายหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอนตายตัวเพื่อเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีของศาลไม่ เช่นนี้ศาลจึงจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจเป็นพื้นฐานหลักในการพิจารณาว่าการกระทำละเมิดใดมีการให้ความยินยอมที่มีผลต้องห้ามตามมาตรา ๙ ซึ่งการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นเกณฑ์การตัดสินแบบอัตวิสัย^๑ อันเป็นสิ่งที่ไม่มีความแน่นอนจึงอาจไม่เป็นการถูกต้องหากปล่อยให้มีการวินิจฉัยคดีโดยปราศจากการอธิบายในส่วนของความยินยอมที่มีผลทางกฎหมายให้เกิดความชัดเจน โดยเฉพาะตามมาตรา ๙ ที่เป็นบทบัญญัติกฎหมายในส่วนที่กำหนดเป็นข้อห้ามอย่าง

^๑ รัฐพล เพชรบติ, “‘ความยุติธรรม’ (Justice): อัตวิสัย (subjective) หรือ ภาวิสัย (objective)?”, ประชาชาติ, [ออนไลน์], แหล่งที่มา : <https://prachatai.com/journal/2014/03/52412>. [๓ กันยายน ๒๕๖๑]

เด็ดขาด^๒ และความไม่ชัดเจนดังกล่าวอาจส่งผลให้เกิดการตีความปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของศาลไม่เป็นไปในทิศทางที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในยุคสมัยโรมันซึ่งเป็นยุคเริ่มต้นแนวคิดหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดอันปรากฏให้เห็นจากกฎหมายชื่อว่า Lex aquiliae ซึ่งเป็นกฎหมายที่พัฒนาต่อมาจากกฎหมายสิบสองโต๊ะ^๓ ที่มีการกำหนดว่า “การแข่งขันต่อสู้กันแล้วเกิดเหตุการณ์ฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายจะไม่นำกฎหมายมาใช้บังคับ เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากความมุ่งหมายเพื่อชื่อเสียงและแสดงถึงความกล้าหาญไม่ได้เกิดจากเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่กันและกันมาก่อน แต่ความนี้มิให้ใช้บังคับแก่ทาสซึ่งปกติไม่เป็นอิสระชนที่จะคุ้นเคยกับการแข่งขัน เว้นแต่กรณีที่นายจ้างเป็นผู้ฆ่าหรือสนับสนุนให้ฆ่าทาสย่อมจะไม่นำกฎหมายมาใช้บังคับเช่นกัน” ดังนี้ พึงเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ในสมัยโรมันนั้นเกิดจากการที่กฎหมายยอมรับในการตัดสินใจของบุคคลที่ยินยมนำตนเข้าเสี่ยงภัยอันตรายที่อาจจะเกิดแก่ตนทั้งจากการเข้าร่วมแข่งขันและการยอมตนเข้าเป็นทาส อีกทั้งตามหนังสืออธิบายกฎหมาย(Digest)ของจักรพรรดิจัสติเนียนุส(จักรพรรดิโรมัน) ความว่า “No injustice is done to someone who wants that thing done usually quoted as volenti non fit iniuria”^๔ แปลว่า ไม่มีความอยุติธรรมใดๆ เกิดแก่บุคคลที่ต้องการให้สิ่งนั้นเกิดขึ้นแก่ตนซึ่งมักเรียกว่าความยินยอมไม่เป็นละเมิด ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าเจตนารมณ์ของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในสมัยโรมันคือ การยอมรับและเคารพความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของบุคคล หรือการที่บุคคลตัดสินใจกระทำการสิ่งใดหรือสมัครใจยอมรับในสิ่งใดทั้งที่รู้ถึงภัยที่อาจเกิดแก่ตนบุคคลนั้นย่อมต้องยอมรับผลแห่งการตัดสินใจของตนโดยกฎหมายจะไม่เข้าไปคุ้มครองบุคคลที่ให้ความยินยอมอีกต่อไป แต่จะมุ่งคุ้มครองผู้กระทำความยินยอมหรือผู้ที่สามารถกระทำการนั้นได้เพราะมีอำนาจอันเป็นผลมาจากความยินยอมของผู้เสียหายเท่านั้น

อีกทั้งการที่บทบัญญัติมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ นำหลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาวางเป็นข้อบังคับความตกลงหรือความยินยอมโดยมิให้ยกอ้างความตกลงหรือความยินยอมนั้นเพื่อให้ตนพ้นความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งตามมาตรา ๑๕๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ทำการบัญญัติหลักทั่วไปให้นิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย

^๒ พินัย ญ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ”, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ ๓๐ ฉบับที่ ๔ (ธันวาคม ๒๕๔๓) : ๕๔๖-๕๘๘.

^๓ ศนันกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ ๔. (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๕), หน้า ๔๘.

^๔ Susan Ratcliffe, *Concise Oxford Dictionary of Quotations*, Fifth edition (New York: Oxford University Press, 2006), [Online], Available : <https://books.google.co.th/books> [17 December 2017]

หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตกเป็นโมฆะเป็นหลักไว้อยู่ก่อนแล้ว เช่นนี้การบัญญัติด้วยความดังกล่าวของมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ ก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนของบทบัญญัติกฎหมายหรือไม่ เพราะการให้ความยินยอมนั้นสามารถกระทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว อันเป็นลักษณะของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของไทย

ในปัจจุบันการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในประเทศไทยนอกจากต้องคำนึงถึงแนวคิดของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในยุคสมัยโรมันแล้วยังคงต้องพิจารณาถึงมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ ที่เป็นบทบัญญัติข้อห้ามอย่างเด็ดขาดในการกล่าวอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดด้วย^๕

มาตรา ๙ นั้นได้กำหนดขอบเขตการใช้บังคับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดที่ต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนว่า ไม่สามารถที่จะยกขึ้นต่อสู้เพื่อยกเว้นความรับผิดทางละเมิดได้อีก แต่หาได้ยกเว้นหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในส่วนอื่น โดยความยินยอม ตามมาตรา ๙ เป็นการแสดงเจตนาให้ความยินยอมโดยฝ่ายเดียวของผู้เสียหาย การแสดงเจตนาที่ย่อมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว แต่การนิ่งบางกรณีอาจมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดแต่ไม่ถือว่าการนิ่งนั้นเป็นนิติกรรมเพราะไม่มีการแสดงเจตนา^๖ แต่นักกฎหมายบางท่านมองว่า การให้ความยินยอมโดยปกติไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมแต่ความยินยอมที่มีการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ เป็นนิติกรรมทุกกรณีเพราะคำนิยามของความยินยอมในมาตรา ๓ ได้กำหนดให้ความยินยอมตามพระราชบัญญัตินี้เป็นข้อสัญญา^๗

สำหรับความยินยอมที่ถูกจำกัดตามมาตรา ๙ ที่ห้ามอ้างความยินยอมเพื่อยกเว้นความรับผิดทางละเมิดนั้น แม้จะกำหนดห้ามอ้างความยินยอมเพื่อยกเว้นความรับผิดแต่มิได้ห้ามอ้างความยินยอมเพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ให้ความยินยอมมีส่วนในการกระทำความผิดนั้น อันอาจเป็นเหตุให้ศาลพิจารณาลดลงค่าสินไหมทดแทนที่จำต้องชดใช้แก่ผู้ให้ความยินยอมลงตามส่วนแห่งพฤติการณ์ที่ความยินยอมนั้นส่งผลให้เกิดการทำละเมิด หรือทำให้ผู้เสียหายนั้นสูญเสียฐานะความเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยอันจะส่งผลให้

^๕ ศักดิ์ สนองชาติ, ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙, พิมพ์ครั้งที่ ๘, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, ๒๕๕๑), หน้า ๕๖-๕๗.

^๖ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ ๑๓, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, ๒๕๕๓), หน้า ๒๘๑.

^๗ ศนันกรณ โสติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้, หน้า ๑๕๗-๑๕๘.

ผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องได้^๔ แต่การให้ความยินยอมในการทำละเมิดในเรื่องเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย หรือ อนามัย นอกจากต้องพิจารณาตามมาตรา ๙ แล้วหากเป็นกรณีที่มีการกำหนดข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวกันไว้ล่วงหน้าต้องพิจารณาถึงมาตรา ๘ ด้วย ซึ่งหากเกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ ผู้กระทำจะอ้างข้อตกลงยกเว้นความรับผิดได้ ฉะนั้นหากต้องการอ้างข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การกระทำของตนดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อแต่ตนได้กระทำการนั้นไปตามมาตรฐานของวิชาชีพหรือมาตรฐานของวิญญูชนพึงกระทำ แล้วจึงไม่จำเป็นต้องรับผิดเพราะเหตุของการขาดองค์ประกอบของการกระทำละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกา

การปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มตั้งแต่ในยุคที่ประเทศสหรัฐอเมริกายังคงเป็นเมืองในอาณานิคมของประเทศอังกฤษจึงไม่เป็นที่เคลือบแคลงสงสัยแต่ประการใดว่าการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษผ่านทางตำราที่เขียนจากนักกฎหมายอังกฤษและแนวทางคำพิพากษาของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด แต่อย่างไรก็ตามเมื่อประเทศสหรัฐอเมริการับอิทธิพลแนวความคิดหลักกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ได้มีการปรับใช้และพัฒนาอย่างต่อเนื่องโดยเฉพาะในด้านการวางหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้านอุตสาหกรรมเป็นอย่างมาก ซึ่งทำให้มีปัญหากับคดีละเมิดระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หรือคดีละเมิดอันเกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค และคดีความด้านอื่น ๆ เช่น ด้านการคมนาคม ด้านการแพทย์ ด้านการบริการ เป็นต้น ซึ่งประเภทของคดีละเมิดเหล่านี้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรมโดยการบังคับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดพิจารณาจากองค์ประกอบของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีนั้น ๆ เป็นหลักหาใช่การพิจารณาทางด้านกฎหมายอย่างเดียวไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงในส่วนพฤติการณ์ของผู้เสียหายจะเป็นตัวบ่งชี้ที่สำคัญว่าจะสามารถปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในคดีนั้นได้หรือไม่ อันจะส่งผลให้จำเลยหรือผู้กระทำความผิดพ้นจากภาระหน้าที่อันจะต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่โจทก์หรือผู้เสียหาย เช่นนี้เมื่อฝ่ายผู้กระทำความผิดเป็นผู้กล่าวอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดขึ้นฝ่ายผู้กระทำจึงเป็นฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่ามืองค์ประกอบครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายนี้ หากผู้กระทำไม่สามารถพิสูจน์ได้เช่นว่านั้นผู้กระทำย่อมไม่สามารถอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดได้โดยหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด นั้นจะอยู่ในรูปของคำศัพท์ที่ชื่อว่า “การยอมรับความเสี่ยง

^๔ ศันสน์ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้, หน้า ๑๕๙-๑๖๙.

(Assumption of risk)” ของบทบัญญัติกฎหมายส่วนใหญ่ในปัจจุบันซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีรูปแบบและหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันต่างกันแต่เพียงชื่อเรียกเท่านั้น”^๙ อีกทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายไม่ได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด หากเป็นการตัดสินใจที่ผู้เสียหายที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลอื่นในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เช่น ค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกันภัยตามสิทธิเรียกร้องที่ผู้เสียหายมีอยู่ เป็นต้น

สำหรับการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ระบบกฎหมายแบบ Common Law จึงมีรูปแบบการปรับใช้ที่แตกต่างจากประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Civil Law ดังนี้

๑. การปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด แม้จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นหลัก อันเป็นหน้าที่ของคณะลูกขุน แต่เนื่องจากหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดยังคงมีสถานะเป็นหลักกฎหมายฉะนั้นท้ายที่สุดการตัดสินว่าคดีนั้น ๆ จะสามารถปรับใช้หลักกฎหมายนี้ได้หรือไม่จึงเป็นสิทธิของผู้พิพากษา

๒. กรณีที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมครบตามองค์ประกอบของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด อันจะส่งผลให้ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหาย แต่หากมีพฤติการณ์อื่นเข้าแทรกแซงย่อมส่งผลให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักความยุติธรรมให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายได้ เช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้เป็นผลมาจากความยินยอมเข้าเสี่ยงภัยของโจทก์เอง แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแท้จริงแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากอุปกรณ์ที่ไม่ได้มาตรฐานของจำเลย จำเลยจึงหาเหตุผลพ้นจากความรับผิดชอบตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดไม่

๓. หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด สามารถใช้บังคับในการยกเว้นความรับผิดที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาได้ (ในส่วนนี้ผู้เขียนไม่เห็นด้วยเนื่องจากอาจส่งผลให้ข้อตกลงในสัญญาไม่มีประสิทธิภาพในอนาคตจึงให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาต่อไป)

๔. ในกรณีที่ผู้เสียหายกระทำอัตวินิบาตกรรมต่อตนเอง แม้จะอยู่ในความดูแลของแพทย์ ก็สามารถยกหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด เพื่อยกเว้นความรับผิดของแพทย์ได้

๕. การให้ความยินยอมของผู้เสียหายที่มีผลให้เป็นการยกเว้นความรับผิดตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ย่อมส่งผลคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตตามเจตนารมณ์ของความ

^๙ Article 496A (b.) The defense whose general principle is stated in this Section is given the name, in most jurisdictions, of "assumption of risk." A few courts have limited the use of that term to cases of master and servant, or in some instances to other relations where there is a contract between the parties. Such courts have applied the same principle to other situations under the ancient maxim, "Volenti non fit injuria," which signifies that no wrong is done to one who consents. The distinction is, however, one without a difference, of terminology only, and the rules applied are the same in either case. "Restatement of the Law, Second, Torts", **The American Law Institute** (1965), [Online], Available: www.lexisnexis.com/lawschool. [15 August 2018]

ยินยอมนั้นด้วย เช่น นาย ก.เจ้าของสวนมะม่วงยินยอมให้นาง ข.เก็บมะม่วงในสวนของตนได้ตามต้องการ นาง ข.จึงเรียกนาย ค.เพื่อนบ้านมาช่วยนาง ข.เก็บมะม่วง เช่นนี้นาย ก.จะเรียกให้นาย ค.ชดใช้ค่ามะม่วงที่นาย ค.เก็บไปไม่ได้เหตุว่าการที่นาย ค.เก็บมะม่วงนั้นเป็นการเก็บเพื่อช่วยนาง ข.ที่ได้รับความยินยอมของนาย ก. เป็นต้น

๖. กรณีความรับผิดของนายจ้างต่อลูกจ้างในมูลละเมิดห้ามมิให้นำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาใช้บังคับตามบทบัญญัติของกฎหมาย Restatement of law of tort^{๑๐} แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นกรณีสั่งทำของ ซึ่งมุ่งหวังผลสำเร็จของชิ้นงาน หากใช่เป็นการจ้างแรงงานและในกรณีเกี่ยวกับข้อตกลงในการจ้างงานของนายจ้างกับลูกจ้างซึ่งแม้มีความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเข้าเกี่ยวข้อง ก็สามารถอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเพื่อยกเว้นความรับผิดได้

๗. ตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดหน่วยงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์สามารถอ้างหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อยกเว้นความรับผิดในอันจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับผู้เข้าร่วมการทดลองต่าง ๆ ด้วยความสมัครใจและมีหลักฐานเป็นหนังสือชัดเจน แต่ด้วยเหตุผลทางศีลธรรมและเมื่อคำนึงถึงความเสียหายที่บุคคลเหล่านี้มีต่อสังคมรัฐบาลจึงวางนโยบายให้หน่วยงานวิจัยต้องจัดตั้งกองทุนเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่ผู้เข้าร่วมการทดลองอันเป็นผลจากการทดลองนั้น^{๑๑} ต่างจากประเทศไทยที่ยังไม่ได้ให้ความสำคัญกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับการทดลองในมนุษย์อย่างเป็นรูปธรรมเหมือนประเทศสหรัฐอเมริกา^{๑๒}

^{๑๐} Article 496A (e.) Statutes eliminating assumption of risk. In many states there are statutes which, by their express provisions, have abrogated the defense of assumption of risk in particular relations or situations. Thus a statute may provide that the defense shall not be available to a master whose servant is injured in the course of a dangerous employment, or to a landlord whose tenant is injured by a condition of the premises. There are other statutes which, although they do not expressly so provide, are construed to have that effect, because the purpose of the legislature is found to be to place the entire responsibility for the safety of the plaintiff upon the defendant, and that purpose would be defeated if the defense were available. Under such statutes the plaintiff is protected if he acts with reasonable care in view of the danger which he encounters, even though he knows the danger and proceeds in the face of it. Although assumption of risk is eliminated by such statutes, it may be held that the defense of contributory negligence is still open to the defendant; or, as under the present form of the Federal Employers' Liability Act, contributory negligence may remain as a partial defense, reducing the damages in proportion to the fault. Occasional statutes may, however, be construed to eliminate both defenses where the plaintiff acts unreasonably in assuming the risk. Ibid.

^{๑๑} Federal Register, In Protection of Human Subjects; Compensating for Research Injuries Request for Comments on Report of the President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, [Online], Availab.e : www.lexisnexis.com [11 January 2018].

^{๑๒} ดิเรก ควรสมาคม, “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับจริยธรรมการวิจัยในมนุษย์”, วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์, ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๒ (พฤศจิกายน๒๕๕๕) : ๖๕-๘๘.

การเปรียบเทียบหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา

การศึกษาเปรียบเทียบนี้เป็นการค้นหาแนวทางการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) ของศาลซึ่งมีการอธิบายความและวางหลักเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่มีการนำเอาหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาเป็นส่วนหนึ่งของการตัดสินคดีเนื่องจากหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเป็นหลักกฎหมายซึ่งการบังคับใช้อยู่ภายใต้การใช้ดุลพินิจของศาลเป็นหลัก โดยการเปรียบเทียบจะแบ่งออกเป็นกรณีที่สำคัญกับความรับผิดชอบละเมิดที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในปัจจุบัน ดังนี้

๑. เปรียบเทียบหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด กรณีการกระทำละเมิดที่เกี่ยวข้องกับร่างกาย

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
ก่อนมีการตราพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ๒๕๔๐ ศาลไทยสามารถปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดที่มีผลต่อร่างกายได้อย่างอิสระอันเป็นดุลพินิจของศาลซึ่งตรงตามวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายนี้ที่มุ่งเน้นให้มีการวินิจฉัยคดีจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ภายหลังการตราพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ๒๕๔๐ ศาลไทยไม่อาจปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดกับคดีละเมิดประเภทนี้ได้อีกต่อไปด้วยเหตุว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้ความยินยอมเป็นข้อสัญญาประเภทหนึ่ง แม้แท้จริงแล้วการให้ความยินยอมเป็นเพียงการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในการยอมรับผลแห่งการกระทำจากบุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อาจเกิดแก่ตนเท่านั้น แต่เมื่อพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้ความยินยอมเป็นข้อสัญญาประเภทหนึ่งจึงส่งผลให้การกระทำละเมิดที่มีผลต่อร่างกายนี้มีอาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อยกเว้นความผิดของผู้กระทำได้ เพราะเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นผลตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทั้งนี้แม้มีการใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่เมื่อเกิดคดีละเมิดประเภทนี้ขึ้นและศาลเล็งเห็นว่าผู้เสียหายมีส่วนต้องรับผิดชอบ เช่น การยินยอมเข้าร่วมทะเลาะวิวาท การยินยอมเข้ามีส่วนร่วมในความประมาท อย่างนี้ศาลจะอ้างเหตุตามกฎหมายอื่น ๆ เพื่อลดความรับผิดชอบจำเลยหรือผู้กระทำความผิดลงตามส่วนหรือผู้ที่เข้ามีส่วน	การปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดหรือหลัก Assumption of risk ในกรณีการกระทำละเมิดเกี่ยวกับร่างกายนั้น ศาลสหรัฐอเมริกาไม่ว่าศาลระดับสหพันธรัฐหรือระดับมลรัฐสามารถปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในการพิจารณาคดีได้ โดยทำการพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีโดยคณะลูกขุนและผู้พิพากษาจะเป็นผู้คอยชี้แนะอธิบายหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายแก่คณะลูกขุน อันก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายที่เป็นจำเลยในคดีสามารถที่จะแสดงข้อต่อสู้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์หรือผู้เสียหายนั้นเป็นผลมาจากความยินยอมของผู้เสียหายเองตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด จำเลยจึงหาหน้าที่ต้องรับผิดชอบเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่ผู้เสียหายที่ยอมสมัครใจเข้ารับภัยนั้นไม่ และฝ่ายโจทก์ในคดีก็ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายที่กล่าวอ้าง หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด เป็นฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ หากจำเลยไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าโจทก์ยินยอมสมัครใจเข้ารับผลร้ายจำเลยก็สามารถอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด เพื่อยกเว้นความรับผิดได้ เช่นนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถต่อสู้คดีในชั้นศาลได้อย่างเต็มที่ อีกทั้งไม่เป็นการปิดกั้นการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะประสิทธิประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความอย่างกฎหมายไทย

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
แห่งความประมาทย่อมสูญเสียฐานะความเป็นผู้เสียหายทางนิติยเพราะมีส่วนในความประพฤตชั่วนั้น^{๑๓} ในส่วนนี้แสดงให้เห็นว่าศาลไทยพยายามทำการแก้ไขปัญหาจากการถูกตีกรอบจำกัดการใช้ดุลพินิจในการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่ความอันเป็นผลเช่นเดียวกับผลของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาที่ไม่ตรงประเด็นและไม่เป็นรูปธรรมเพียงพอที่จะเกิดการตัดสินใจที่ยุติธรรมเช่นนี้ในคดีที่จะเกิดขึ้นอนาคตหรือไม่	

๒. เปรียบเทียบหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด กรณีการกระทำละเมิดเกี่ยวกับการร่วมประเวณี

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
ตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นความผิดเกี่ยวกับเพศมีทั้งส่วนที่เป็นคดีอาญาและคดีละเมิดโดยสามารถฟ้องคดีทั้งสองประเภทเป็นคดีเดียวกัน หรืออาจแยกฟ้องก็ย่อมได้ โดยในทางอาญาคความผิดเกี่ยวกับเพศบางกรณีการให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบความผิดทางอาญาส่งผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด ส่วนในทางละเมิดก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ๒๕๔๐ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจนำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาพิจารณาพิพากษาคดีละเมิดประเภทนี้เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทางละเมิดได้เมื่อศาลเห็นว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีกับผู้กระทำด้วยความสมัครใจของตัวผู้เสียหาย^{๑๔}	การกระทำละเมิดประเภทนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกาศาลจะไม่นำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด^{๑๕} ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทางแพ่งมาพิจารณาว่าจำเลยต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายหรือไม่ แต่ศาลจะพิจารณาว่าจำเลยจำต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายหรือไม่ขึ้นโดยดูจากคดีอาญาเป็นสำคัญ หากจำเลยไม่ต้องรับผิดทางอาญาเพราะเหตุความยินยอมของผู้เสียหาย^{๑๖} จำเลยย่อมหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ในอันจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายด้วย

^{๑๓} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๒๙๔/๒๕๔๖

^{๑๔} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๗๖/๒๕๔๘ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๔/๒๕๔๘

^{๑๕} KELLY TIRE SERVICE, Inc. V. KELLY-SPRINGFIELD TIRE Co. (United States Court of Appeals for The Eighth Circuit, 1964), [Online], Available : www.lexisnexis.com [11 January 2017]

^{๑๖} Lucy Reed Harris, **Towards a Consent Standard in the Law of Rape**, The University of Chicago Law Review 43, 3 (Spring 1976) : 613–645 [Online], Available : https://www.jstor.org/stable/1599234?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents. [7 December 2017]

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
แต่เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมส่งผลให้ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจนำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาปรับใช้กับคดีละเมิดประเภทนี้อีกต่อไปจึงไม่มีการนำหลักความยินยอมดังกล่าวมาใช้พิจารณาดีเกี่ยวกับเพศ เพราะความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งต้องห้ามตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแม้ในทางอาญาผู้กระทำจะพ้นความรับผิดเพราะเหตุความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่ครบองค์ประกอบความผิดก็ตาม เช่นนี้ผลในทางละเมิดที่มีความเคร่งครัดในการบังคับใช้ที่น้อยกว่าทางกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนกลับส่งผลร้ายแก่ผู้กระทำมากกว่าทางอาญา ทั้งที่เป็นความผิดซึ่งเกิดจากการกระทำเดียวกันและความผิดเกี่ยวกับการร่วมประเวณีนั้นเป็นความผิดที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายอาญาแต่ผู้กระทำกลับต้องรับผิดทางละเมิดซึ่งที่หลุดพ้นความรับผิดทางอาญาแล้ว อันแสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่ควบคุมการบังคับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมีความไม่ชัดเจนส่งผลให้เกิดผลร้ายแก่ผู้กระทำตามความยินยอมเกินสมควร	

๓. เปรียบเทียบหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด กรณีการกระทำละเมิดเกี่ยวกับความรับผิดของนายจ้างต่อลูกจ้าง

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
กฎหมายละเมิดของประเทศไทยมิได้มีการกำหนดความรับผิดในมูลละเมิดของนายจ้างต่อลูกจ้างไว้เป็นการเฉพาะ หากมีก็เป็นการกำหนดไว้แต่เพียงกรณีที่นายจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างเมื่อลูกจ้างกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกในทางการที่จ้างเท่านั้น เช่นนี้ ในกรณีความรับผิดทางละเมิดประเภทนี้จึงต้องปรับใช้กับบททั่วไปตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยหากมีการต่อสู้คดีในชั้นศาลซึ่งนายจ้างได้อ้างความยินยอมของลูกจ้างตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดแบ่งออกเป็น ๒ กรณี ดังนี้	ตามกฎหมาย Restatement of law (Second), of tort ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “ห้ามมิให้นำหลัก Assumption of risk (ความยินยอมไม่เป็นละเมิด) มาปรับใช้กับกรณีความรับผิดทางละเมิดของนายจ้างที่มีต่อลูกจ้าง” แต่อย่างไรก็ตามศาลได้ทำการตีความว่าข้อห้ามดังกล่าวไม่รวมถึงกรณีการจ้างทำของและข้อตกลงในการจ้างแรงงานที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายการจ้างแรงงานของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศไทย	สหรัฐอเมริกา
๑. กรณีที่ลูกจ้างได้ให้ความยินยอมไว้ในสัญญาจ้าง กรณีนี้ต้องพิจารณาตามมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ๒๕๔๐ เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่มีการให้กันไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ๒. กรณีที่ลูกจ้างให้ความยินยอมในขณะที่เป็นลูกจ้างต้องพิจารณาตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งสองกรณีข้างต้นต้องพิจารณาประกอบกับบทคุ้มครองลูกจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ ในบางกรณีซึ่งหากความยินยอมดังกล่าวไม่ต้องห้ามตามกฎหมายข้างต้นนายจ้างย่อมสามารถอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเพื่อให้ตนพ้นความรับผิดได้ (ผู้เขียนเห็นว่าแม้การอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของนายจ้างต่อลูกจ้างจะเป็นการเปิดโอกาสให้นายจ้างสามารถเอารัดเอาเปรียบลูกจ้างจากช่องว่างของกฎหมาย แต่ในทางกลับกันการที่ลูกจ้างได้รับความเสี่ยงเพิ่มขึ้นอาจส่งผลให้ลูกจ้างได้รับค่าตอบแทนที่สูงขึ้นตาม จนลูกจ้างยินยอมรับความเสี่ยงก็เป็นได้ ฉะนั้นการที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ลูกจ้างมีสิทธิเลือกจึงเป็นสิ่งที่สมควรที่สุด)	

วิเคราะห์สภาพปัญหาของหลักความยินยอมทางละเมิด

จากที่กล่าวข้างต้นแล้วว่าในประเทศไทยได้มีการนำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเข้ามาปรับใช้ในการพิจารณาคดีในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลสามารถหยิบยกมาปรับใช้ได้โดยอิสระตามดุลพินิจของผู้พิพากษาและไม่มีแนวทางการใช้บังคับที่แน่นอน อีกทั้งประเทศไทยในปัจจุบันมีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อควบคุมการใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดนี้แต่กลับมิได้วางหลักเกณฑ์และแนวทางใดไว้อย่างเป็นรูปธรรมในการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวจึงนำมาสู่ประเด็นปัญหาสำคัญ ดังนี้

๑. ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรสำหรับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด

เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ โดยเฉพาะในมาตรา ๙ อันเป็นบทบัญญัติที่ส่งผลให้การปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เนื่องจากเป็นบทบัญญัติต้องห้ามมิให้นำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมากล่าวอ้างเพื่อให้ผู้กระทำละเมิดพ้นจากความรับผิดซึ่งบทบัญญัติมาตรา ๙ ดังกล่าวนี้นี้เป็นลักษณะของบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดเป็นการ

เฉพาะห้ามมิให้ตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบอย่างเด็ดขาด^{๑๗} แต่กลับมิได้วางแนวทางในการพิจารณาว่าความยินยอมใดมีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัตินี้อย่างชัดเจน และไม่มีการอธิบายหรือวางหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอนตายตัวเพื่อเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีของศาลอย่างใดไม่ แต่กลับมีการกำหนดข้อห้ามในภาพรวมเพียงว่าความตกลงหรือความยินยอมที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นไม่สามารถนำมากล่าวอ้างเพื่อให้ผู้กระทำละเมิดพ้นจากความรับผิดได้เท่านั้น ดังนั้นเมื่อศาลจะทำการพิจารณาคดีที่มีการยกหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ขึ้นต่อสู้ศาลย่อมต้องใช้ดุลพินิจของตนเป็นพื้นฐานในการตัดสินคดีว่าความยินยอมของผู้เสียหายนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่อย่างไร โดยการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีลักษณะนี้ย่อมเป็นการพิจารณาคดีแบบอัตวิสัยที่เป็นการนำความรู้สึกของผู้ตัดสินเป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยปัญหาเหล่านั้น^{๑๘} ส่งผลให้เกิดการจำกัดสิทธิของจำเลย(ผู้กระทำละเมิดตามความยินยอม) มิให้อ้างความยินยอมของโจทก์(ผู้เสียหาย) ที่ได้ให้ไว้ขณะเกิดการกระทำละเมิดอย่างเด็ดขาด ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายจำเลยได้ ต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่แม้ที่มาของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Restatement of law (second), tort) จะเกิดจากการรวบรวมแนวทางการปรับใช้หลักกฎหมายต่าง ๆ ของศาลสหรัฐอเมริกาก็ตามแต่ด้วยการวางหลักเกณฑ์ศาลสหรัฐอเมริกาดังที่กล่าวข้างต้นย่อมสามารถยืนยันได้ว่ากฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอนตายตัวสำหรับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด อันก่อให้เกิดการปรับใช้และการตีความหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ในการพิจารณาคดีละเมิดของศาลระดับมณฑลและระดับสหพันธรัฐให้มีมาตรฐานเดียวกัน

เช่นนี้การนำแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์การปรับใช้และการวางมาตรฐานการตีความหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศมาปรับใช้กับกฎหมายไทย โดยพิจารณาประกอบกับบริบทของสังคมไทยย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมของไทย และเกิดประโยชน์แก่คู่ความมากเสียยิ่งกว่าการกำหนดแต่เพียงข้อห้ามอ้างความยินยอมตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเท่านั้น

๒. ปัญหาการตีความพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ ในส่วนที่ห้ามมิให้ยกหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้

^{๑๗} พินัย ณ นคร, พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ ๓๐ ฉบับที่ ๓ (๒๕๔๓) : ๕๔๖-๕๘๘.

^{๑๘} รัฐพล เพชรบดี, “‘ความยุติธรรม’ (Justice): อัตวิสัย (subjective) หรือ ภาวิสัย (objective)?” ประชาชาติ [ออนไลน์], แหล่งที่มา : <https://prachatai.com/journal/2014/03/ 52412>. [๓ กันยายน ๒๕๖๑]

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายเข้าควบคุมการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด คล้ายกับประเทศไทย แต่เป็นการออกกฎหมายควบคุมเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีเท่านั้นมิได้ตรากฎหมายห้ามปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวอย่างกว้างเหมือนกับประเทศไทย เพราะเหตุว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น หากมีการกล่าวอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแห่งคดีนั้นย่อมตกแก่ฝ่ายที่กล่าวอ้างหลักกฎหมายนี้^{๑๙} ฉะนั้นหากศาลพบว่าไม่มีการให้ความยินยอมแก่กันจริงหรือการให้ความยินยอมนั้นไม่ถูกต้องตรงตามหลักเกณฑ์ในอันจะส่งผลให้ผู้ทำละเมิดได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบเป็นผู้ตัดสินให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยา ส่งผลให้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดยังคงมีบทบาทอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นข้อต่อสู้ของผู้กระทำละเมิดตามความยินยอมของผู้เสียหายอันเป็นการก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ฝ่ายที่กระทำละเมิดโดยมิได้มีเจตนาร้ายแก่ผู้เสียหายและยังเป็นการเคารพในเจตนารมณ์ของผู้เสียหายหรือผู้ให้ความยินยอมอีกด้วย แตกต่างจากกรณีของประเทศไทยซึ่งเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ ห้ามมิให้ยกหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้นั้น ก่อให้เกิดการปรับใช้กฎหมายที่ผิดแผกไปจากเดิม เช่น การที่ศาลไทยจำต้องปรับใช้หลักในเรื่องของอำนาจฟ้องเข้ามาทำการพิพากษาคดีละเมิด^{๒๐} ที่เกิดความเสียหายแก่ร่างกายแทนการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด^{๒๑} เพื่อให้เกิดผลการพิจารณาว่าผู้กระทำ(จำเลย)ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในมูลละเมิดนั้น เป็นต้น

อีกทั้ง การนำหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคมมาบัญญัติไว้ในมาตรา ๙ นั้นเป็นการไม่สมควรด้วยเหตุว่าตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดนั้นเป็นเรื่องละเมิดของเอกชนต่อเอกชน ดังนั้นการที่บทบัญญัติมาตรา ๙ ใช้ถ้อยคำที่เป็นการปิดกั้นโอกาสในการต่อสู้คดีของคู่ความจึงสมควรได้รับการการแก้ไขเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเหมาะสมต่อไป

๓. ปัญหาความซ้ำซ้อนของบทบัญญัติมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ กับมาตรา ๑๕๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่เกิดปัญหาเรื่องการซ้ำซ้อนของบทบัญญัติกฎหมายมีเพียงตามมาตรา ๑๕๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับบทบัญญัติมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ เท่านั้น โดยความซ้ำซ้อนดังกล่าวนี้ในส่วนที่ว่า “หากมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ อันเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายหลังประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ได้มีการ

^{๑๙} Charles Warren, “The Harvard Law Review Association,” **Harvard Law Review** (March 1895): 459-460 [Online], Available : <http://www.jstor.org/stable/1321649> [14 September 2017]

^{๒๐} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๒๙๔/๒๕๔๖

^{๒๑} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๘/๒๕๒๓

ตรากำหนดห้ามมิให้กล่าวอ้างความตกลงหรือความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นเดียวกัน เนื่องจากความยินยอมอันจะส่งผลให้ผู้กระทำละเมิดตามความยินยอมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้นั้นเป็นการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง เพราะการที่ผู้ให้ความยินยอมแสดงเจตนาให้ความยินยอมแก่ผู้ได้รับความยินยอมย่อมเป็นการกระทำด้วยความสมัครใจและมุ่งที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งสิทธิอันผู้ให้ความยินยอมมีอยู่แก่ผู้ได้รับความยินยอมเพื่อให้ผู้ได้รับความยินยอมมีอำนาจกระทำการใด ๆ อันเกิดจากผลของการให้ความยินยอมนั้นซึ่งเป็นลักษณะของนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์^{๒๒} โดยความซ้ำซ้อนของบทบัญญัติกฎหมายที่นอกจากจะส่งผลให้เกิดความฟุ่มเฟือยของบทบัญญัติกฎหมายแล้วยังส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนทั่วไปผู้ไม่รู้กฎหมาย เพราะอาจเกิดความสับสนในการใช้กฎหมาย ผิดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีการกำหนดว่าบุคคลทุกคนต้องรู้กฎหมาย

ดังนั้นจากประเด็นปัญหาทั้ง ๓ ประเด็นส่วนหนึ่งเป็นผลกระทบมาจากการตรากฎหมายพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ ที่ไม่รัดกุมและไม่รอบคอบ อีกทั้งไม่ยึดหลักเจตนารมณ์แต่เดิมของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ส่งผลให้เกิดการตรากฎหมายที่มีความผิดแผกไปจากเจตนารมณ์ของหลักกฎหมาย

บทสรุปหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดของกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา

	ประเทศไทย	ประเทศสหรัฐอเมริกา
ข้อดี	- พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ๒๕๔๐ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ที่แม้จะมีการจำกัดขอบเขตการใช้บังคับหลักกฎหมายแต่ก็มีได้ยกเลิกหลักกฎหมายดังกล่าว - ในการพิจารณาบรรทัดฐานของศาลไทยยังคงยอมรับและพยายามปรับใช้หลักความยินยอม ไม่เป็นละเมิด เพื่อประสิทธิประสาทความยุติธรรมให้แก่คู่ความแม้ถูกจำกัดการใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ตาม	- มีการวางหลักเกณฑ์การปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด โดยศาลทำให้เกิดแนวทางในการบังคับใช้หลักกฎหมายนี้อย่างเป็นมาตรฐานเดียวกัน - มีการนิยามความหมายของหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายทำให้เกิดความชัดเจนและเป็นรูปธรรมส่งผลให้คู่ความสามารถหยิบยกหลักกฎหมายดังกล่าวขึ้นต่อสู้คดีได้อย่างแน่แท้ - มีการจำกัดดุลพินิจในการบังคับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวเฉพาะส่วนที่จำเป็นเท่านั้น - เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีโดยปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างกว้างขวางทำให้การตัดสินคดีมีประสิทธิภาพ

^{๒๒} มาตรา ๑๔๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อเสีย	- ไม่มีการนิยามความหมายของความยินยอมที่มีผลตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในกฎหมายใด ๆ แม้มีการกล่าวถึงความยินยอมในพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่เป็นธรรมแต่ก็เป็นเพียงการถือให้ความยินยอมเป็นข้อสัญญาซึ่งไม่ถูกต้องตามความหมายที่แท้จริงของหลักกฎหมายดังกล่าว - บทบัญญัติกฎหมายตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่เป็นธรรม ส่งผลให้เกิดการจำกัดการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดที่มากเกินไป สมควร ด้วยเหตุว่ามีการใช้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่กว้างเกินไป อีกทั้งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ประเทศไทยได้แนวคิดมาจากประเทศอังกฤษ (Unfair Contract Terms Act 1977) ซึ่งเป็นกฎหมาย ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญา^{๒๓} ฉะนั้น จึงหาใช่กฎหมายที่ควรนำมาปรับใช้กับกรณีการกระทำละเมิด - กฎหมายละเมิดของประเทศไทยไม่มีการนิยามหรือกล่าวถึงหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ทั้งที่มีการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวมาตั้งแต่ที่ริเริ่มกระบวนการยุติธรรมของไทย	- เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบลูกขุนในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริง และในการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด ที่แม้เป็นหลักกฎหมายแต่หลักเกณฑ์สำคัญของหลักกฎหมายนี้คือ การพิจารณาความยินยอมของผู้เสียหายอันเป็นปัญหาข้อเท็จจริงจึงเป็นหน้าที่ของคณะลูกขุนซึ่งในบางคดีเมื่อคณะลูกขุนพิจารณาตัดสินได้ความเช่นใด ศาลอาจไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินนั้นและศาลจะอ้างว่าหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดนี้แม้ต้องพิจารณาตามปัญหาข้อเท็จจริงในส่วนหลักเกณฑ์การปรับใช้แต่แท้จริงเป็นหลักกฎหมาย ศาลสามารถพิจารณาว่าจะปรับใช้หลักกฎหมายนี้กับคดีหรือไม่ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้บางครั้งคำพิพากษาของศาลกับคำตัดสินของคณะลูกขุนแตกต่างกันก่อให้เกิดความสับสนแก่คู่ความได้
-----------------------	--	--

จากการศึกษาข้างต้นทำให้เล็งเห็นได้ว่าการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในประเทศไทยมีความแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยสาเหตุที่ทำให้การปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวแตกต่างกันเป็นเพราะความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมายในประเทศไทยในการจำกัดขอบเขตการปรับใช้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดจึงส่งผลให้ศาลไทยปรับใช้หลักกฎหมายนี้ผิดแผกไปจากเจตนารมณ์เดิมของหลักกฎหมายนี้ อีกทั้งกฎหมายละเมิดของประเทศไทยไม่มีการบัญญัติถึงหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดนี้ไว้แต่ประการใดส่งผลให้เกิดการตีความที่แตกต่างกันไป รวมถึงส่งผลให้คู่ความไม่มีโอกาสที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่เนื่องจากการต่อสู้คดีในชั้นศาลของประเทศไทยที่ยึดตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ ฉะนั้นเมื่อไม่มีบทกฎหมายใดกล่าวให้สิทธิแก่ผู้กระทำละเมิดในการอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบในมูลละเมิดที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของผู้เสียหายก็เสมือนกับไม่มีหลักประกันใด ๆ แก่ผู้กระทำละเมิดว่าจะได้รับการอภัยความยุติธรรมตามหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด

^{๒๓} ศักดา ธนิตกุล, การศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้ : บทเรียนสำหรับประเทศไทย : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, [ออนไลน์], แหล่งที่มา : <http://cuir.car.chula.ac.th/handle/123456789/13562>. [๖ มิถุนายน ๒๕๖๑]

ทุกครั้งไป ดังนั้นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นจึงต้องย้อนพิจารณาถึงบทบัญญัติกฎหมายของไทยเราว่า มีความสมบูรณ์เพียงพอที่จะประสิทธิประสาทความยุติธรรมแก่ประชาชนได้อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่ ซึ่งการแก้ไขบทกฎหมายอาจเป็นทางเลือกหนึ่งในการแก้ไขปัญหาทั้งสามประการที่เกิดขึ้น ดังเช่น

พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม(แก้ไข)

มาตรา ๙ วรรคแรก “ภายใต้บทบัญญัติมาตรา ๙/๑ ความยินยอมที่จะส่งผลให้ผู้กระทำละเมิด หลุดพ้นจากความรับผิดทางละเมิดจำต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

(๑) การให้ความยินยอมต้องเกิดจากเจตนาบริสุทธิ์ของผู้เสียหายไม่ถูกข่มขู่ กลั่นแกล้ง หลอกลวง หรือสำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งเหตุที่จะให้ความยินยอม

(๒) ผู้เสียหายต้องสามารถรับรู้และเข้าใจถึงภัยอันตราย หรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการ ให้ความยินยอมนั้นได้ตามมาตรฐานของวิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ในสภาวะเช่นนั้น

(๓) การให้ความยินยอมของผู้เสียหายสามารถเกิดขึ้นได้ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

(๔) ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมสิ้นผล เมื่อผู้เสียหายไม่ประสงค์ให้ความยินยอมมีผลอีกต่อไป โดยความประสงค์ดังกล่าวของผู้เสียหายสามารถแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้”

มาตรา ๙ วรรคที่สอง “ทั้งนี้ ให้การพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหายตกแก่ฝ่ายที่กล่าวอ้าง ความยินยอมนั้น และในการพิจารณาตาม (๓) และ (๔) ให้ศาลพึงยึดมาตรฐานวิญญูชนเป็นหลัก”

มาตรา ๙/๑ วรรคแรก “ความยินยอมของผู้เสียหายดังต่อไปนี้จะมีผลใช้บังคับได้

(๑) ความยินยอมที่ให้ต่อการกระทำใดอันส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือ อนามัย ของผู้เสียหาย

(๒) ความยินยอมที่เป็นการยกเว้นความผิดอาญาแผ่นดินตามประมวลกฎหมายอาญา

(๓) ความยินยอมที่เป็นการยกเว้นความผิดตามกฎหมายอื่นในความผิดที่มีอายุยอมความได้”

มาตรา ๙/๑ วรรคที่สอง “ทั้งนี้ ไม่ว่ากรณีตาม (๑) (๒) หรือ (๓) หากฝ่ายที่กล่าวอ้างความยินยอม สามารถพิสูจน์ความยินยอมตามหลักเกณฑ์ในมาตราก่อน ให้ศาลมีอำนาจลดถอนค่าสินไหมทดแทนลงได้ ตามสมควร”

ทั้งนี้ การแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายอาจมีใช้ทางออกเพียงทางเดียวที่จะทำให้บุคคลได้รับความ เท่าเทียมกัน เพราะกฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่ใช้แก้ปัญหาที่ปลายเหตุเท่านั้นแต่สิ่งที่เป็นต้นเหตุของปัญหา ทั้งหลายเป็นผลมาจากความยึดมั่นถือมั่นอันบุคคลจำพวกหนึ่งพึงมีส่งผลให้เกิดความต้องการในสิ่งที่ตน ยินดีพอใจเท่านั้นไม่สนใจความเดือดร้อนของผู้อื่น^{๒๔} เช่นเดียวกันกับความยุติธรรมในกฎหมายจะเกิดแก่ใจ บุคคลใดได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นเห็นว่าสิ่งนั้นเป็นความพอใจของตนหากสิ่งนั้นตนเห็นต่างหรือไม่พอใจแล้ว แม้การกระทำนั้นจะเป็นความยุติธรรมบุคคลนั้นย่อมมองว่าไม่ยุติธรรมเสมอ

^{๒๔} ดูประกอบใน ม.ม. (ไทย) ๑๓/๔/๕.

บรรณานุกรม

ดิเรก ควรสมาคม. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับจริยธรรมการวิจัยในมนุษย์. วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๒ (๒๕๕๘) : ๖๕-๘๘.

พินัย ณ นคร. กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ ๓๐ ฉบับที่ ๔ (๒๕๕๓) : ๕๔๖-๕๘๘.

ไพจิตร ปุณณพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ ๑๓. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, ๒๕๕๓.

มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย เล่ม ๑๓, ๓๔. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, ๒๕๓๙.

ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ ๔. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๕.

ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙. พิมพ์ครั้งที่ ๘. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๕๑.

เว็บไซต์

รัฐพล เพชรบดี. ‘ความยุติธรรม’ (Justice): อัตวิสัย (subjective) หรือ ภาวิสัย (objective)? . ประชาชาติ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2014/03/52412>. [๓ กันยายน ๒๕๖๑]

ศักดิ์ ธนิตกุล. การศึกษาเปรียบเทียบธุรกิจแฟรนไชส์กับข้อสัญญาจำกัดสิทธิห้ามผู้รับอนุญาตแข่งขันในสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้ : บทเรียนสำหรับประเทศไทย รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. [ออนไลน์], แหล่งที่มา : <http://cuir.car.chula.ac.th/handle/123456789/13562> [๖ มิถุนายน ๒๕๖๑]

Federal Register. In Protection of Human Subjects; Compensating for Research Injuries Request for Comments on Report of the President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. [Online], Available : www.lexisnexis.com [11 January 2018]

- Harris, Lucy Reed. **Towards a Consent Standard in the Law of Rape**, [Online], Available: https://www.jstor.org/stable/1599234?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents. [7 December 2017]
- Ratcliffe, Susan. **Concise Oxford Dictionary of Quotations**. fifth edition. New York: Oxford University Press, 2006, [Online], Available : <https://books.google.co.th/books?id=zLDEH2TAwUC&pg=PT1125&lpg=> [17 December 2017]
- Restatement of the Law, Second, Torts Copyright (c) 1965. **The American Law Institute**. [Online], Available : www.lexisnexis.com/lawschool [11 January 2018]
- Warren, Charles. “Volenti non fit injuria” in Actions of Negligence. **Harvard Law Review** 8, 8 (March 1895) : 458-470. [Online], Available : <http://www.jstor.org/stable/1321649> [14 September 2017]