

บทที่ 1

บททั่วไป



ความหมายและหลักเกณฑ์ของความยินยอมตามกฎหมาย

เนื่องจากหลักทางกฎหมายอาญานั้น กฎหมายอาญามุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันสังคม ฉะนั้น กล่าวโดยทั่วไปแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่สำคัญที่จะทำให้ การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิด ดังนั้น หลักสุภาษิตที่ว่า *Volenti non fit injuria* (หรือ ไม่มีความเสียหายในเมื่อได้กระทำแก่บุคคลที่ให้ความยินยอม) จึงเป็นหลักที่ใช้เป็นสิ่งที่แก้ตัวที่ตีในทางกฎหมายแพ่ง โดยเฉพาะคดีละเมิดซึ่งความเสียหายได้เกิดขึ้น แก่ผู้ให้ความยินยอม ในทางกฎหมายอาญานั้นแตกต่างกับทางแพ่ง การกระทำใดถูกลงโทษ เพียงเพื่อประโยชน์ของสังคม ที่สังคมจะต้องป้องกันความยินยอมของผู้เสียหายนั่นเอง จึงไม่ใช่ สิ่งสำคัญ ถ้ายังมีความเสียหายของสังคมอยู่¹

แต่อย่างไรก็ดี ก็มีความผิดบางประการที่กฎหมายถือว่า จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นการ กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย และยอมให้นำหลักกฎหมายที่ว่า เมื่อผู้เสียหาย ยินยอมแล้วก็ไม่เป็นความผิดมาใช้ได้

ดังเช่นตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย อาจแบ่งออกเป็นกรณี ๆ ดังนี้

1. ความผิดบางประเภท กฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดว่า แม้ผู้เสียหายจะยินยอม การกระทำนั้นก็ยังเป็นความผิด เช่น มาตรา 277, 279, 282, 301, 302, 319 และ ยังได้บัญญัติอีกว่า ถ้ากระทำโดยผู้เสียหายไม่ได้ยินยอม ก็จะเป็นความผิดที่มีโทษหนักขึ้น เช่น มาตรา 303, 318

¹S. Swaminadhan, Esq. *Mayne's Criminal Law of India* 4th ed
Madras, (Higginbothams LD, 1914), p. 190

2. ความผิดบางประเภท กฎหมายไม่ได้นำบัญญัติไว้ดังข้อ 1 แต่เป็นที่เห็นได้ว่า
 ต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276,
 278 และ 283, 284 ความผิดต่อเสรีภาพ มาตรา 309, 312(2), 320 ความผิดที่
 เกี่ยวกับทรัพย์สิน มาตรา 337 ถึง 340 และ 341 ความยินยอมในความผิดดังกล่าวนี้ จะต้อง
 มีข้อความยินยอมที่ได้มาโดยการชู้ หรือหลอกลวง คือ จะต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์

3. ความผิดบางประเภทเห็นได้โดยสภาพว่า จะเป็นความผิดซึ่งกันก็ต่อเมื่อผู้เสียหาย
 มีคำยินยอม เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์, ฉ้อโกง, ยักยอก, ทำให้เสียทรัพย์สิน, บุกรุก, ความผิด
 ต่อเสรีภาพ เช่น กักขัง, ความผิดฐานหมิ่นประมาท, ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะทำ
 ไม่เป็นความผิดนั้น จะต้องเป็นความยินยอมบริสุทธิ์เช่นเดียวกัน

4. ความผิดบางประเภทที่กฎหมายบัญญัติลงโทษ โดยไม่คำนึงถึงความยินยอม
 ของผู้เสียหายว่า ไ้กระทำไ้หรือไม่ เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย แต่ก็มีบางกรณี
 ที่กฎหมายถือว่า อาจให้ความยินยอมไ้กระทำไ้ หากว่าการกระทำดังกล่าวไม่ขัดต่อศีลธรรม
 อันดี เช่น ความยินยอมในการผ่าตัดที่ช้ข้อมควยกฎหมาย, การเล่นกีฬาที่ช้ข้อมควยกฎหมาย
 เป็นต้น ดังนั้น ความยินยอมในกรณีดังกล่าว ประเทศส่วนใหญ่ถือว่า หากเป็นความยินยอม
 ซึ่งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยแล้ว กฎหมายยอมไ้กระทำไ้ ซึ่งการกระทำนั้นจะให้ความยินยอม
 ไ้หรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่า การกระทำนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย ๆ หรือไม่ ดังเช่น
 ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 226 a ได้บัญญัติว่า "ผู้ใดทำให้ผู้อื่นรับอันตราย
 แก่กาย ควยความยินยอมของผู้เสียหายนั้น ผู้นั้นไม่ไ้กระทำผิด หากว่าการกระทำนั้นไม่ขัดต่อ
 ศีลธรรมอันดี โดยที่มีความยินยอมเช่นนั้น"

ความยินยอมซึ่งจะทำให้ไม่เป้นความผิดนั้น จะต้องเป็นความยินยอมตามกฎหมาย
 ซึ่งอาจจะมีความหมายแตกต่างไปจากความยินยอมตามความรู้สึกนึกคิดของคนทั่ว ๆ ไป
 ความยินยอมตามกฎหมายนั้น อาจจะไปประกอบไปควยความหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ดังนั้น
 หากว่าความยินยอมดังกล่าว ไม่อยู่ในกฎเกณฑ์ของกฎหมายแล้ว ก็ไม่อาจถือว่า เป้นความ
 ยินยอมที่อาจจะยกขึ้นเป็นขอแก้ตัวไ้

ดังนั้นเราอาจจะแยกพิจารณาถึงความหมาย และหลักเกณฑ์ของความยินยอมตามกฎหมายได้ดังนี้

1. ความหมายของคำว่า ความยินยอม
2. หลักเกณฑ์ของความยินยอมตามกฎหมาย

1.1 ความหมายของคำว่า ความยินยอม

ความยินยอมอันเกิดขึ้นจากผู้เสียหาย ให้กระทำต่อตน ไม่ว่าต่อเนื้อตัวร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตน ความยินยอมนี้โดยแท้จริง เป็นสิ่งแก้ตัวของฝ่ายผู้กระทำ มิใช่เป็นสิทธิของผู้กระทำ ซึ่งผู้เสียหายมีหน้าที่ต่อผู้กระทำ แต่ตามหลักของกฎหมายต่างประเทศเรียกว่า เป็นเอกสิทธิ์ (Privilege) เอกสิทธิ์เกิดขึ้นจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งป้องกันมิให้การประทุษร้ายของผู้กระทำเป็นละเมิด

1. ความยินยอมคืออะไร
2. ความยินยอมตามกฎหมาย ต่างกับความยินยอมตามความหมายโดยทั่วไป

1.1.1 ความยินยอมคืออะไร

อาจารย์ พจน์ ปุษปาคม ได้อธิบายว่า ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ไม่ได้นิยามคำว่า ความยินยอมไว้ แต่ได้มีคำนิยามของเนติบัณฑิตสภาอเมริกันในคำอธิบายกฎหมายละเมิด ได้อธิบายหลักเกณฑ์ของความยินยอมไว้ดังนี้

คำว่า "ยินยอม" แสดงถึงความสมัครใจที่จะได้รับการประทุษร้ายอย่างหนึ่ง ความยินยอมนี้ อาจแสดงโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องประกอบด้วย

1. ยินยอมต่อการประทุษร้ายนั้น
2. โดยบุคคลที่มีความสามารถให้ความยินยอม และมีได้ให้ความยินยอม :
เพราะถูกข่มขู่ หรือความเข้าใจผิด เพราะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่งานผู้กระทำการตามหน้าที่

1.1.2 ความยินยอมตามกฎหมาย ต่างกับความยินยอมตามความหมายโดยทั่วไป

ความยินยอมตามความเข้าใจทั่วไป อาจหมายความว่า การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์
อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น โดยไม่ชักขวาง ทั้ง ๆ ที่สามารถชักขวางได้ แต่ความหมายเช่นนี้
ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่า เป็นความยินยอมตามความหมายของกฎหมายได้ ความยินยอมตาม
ความหมายของกฎหมาย จะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้น
โดยกั๊รแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเอง หรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน
อันเป็นการแสดงความประสงค์นั้นต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้น ให้เข้าใจว่า คนอนุญาตให้กระทำ
ได้ทีเดียว เว้นเสียแต่ว่า ในกรณีพิเศษอย่างยั้งเท่านั้น ที่การนิ่งไม่ชักขวางอาจจะถือว่าเป็น
ความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่า การนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้น เป็นการยินยอม¹

Ronald A. Anderson ได้อธิบายความยินยอมในการเอาทรัพย์สินไป ของความผิด
ฐานลักทรัพย์ในกรณีที่ ผู้เป็นเจ้าของได้สมัครใจเปิดโอกาสให้มีการเอาทรัพย์สินไป หรือเจ้าของ
ทรัพย์สินได้เขียนเครื่องหมายไว้ เพื่อให้จำเลยเอาทรัพย์สินไป เพื่อจำเลยจะได้ถูกฟ้องในความผิดฐาน
ลักทรัพย์ เช่นนี้ ไม่ใช่ความยินยอมให้เอาทรัพย์สินไป²

ดังนั้น ถ้าเป็นกรณีที่ เจ้าของทรัพย์สินเพียงแต่เปิดโอกาสให้คนร้ายได้เอาทรัพย์สินไป
โดยไม่ชักขวาง เพื่อจะจับตัวคนร้ายนั้น ย่อมจะอ้างว่า เจ้าของทรัพย์สินยินยอมต่อการเอาทรัพย์สิน
นั้นไปไม่ได้ ดังคดีตัวอย่างของหลักกฎหมายอเมริกา คือ

¹ จิตติ ทิงสภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1. ตอน 2, หน้า 638

² Ronald A. Anderson, Wharton's Criminal Law and Procedure Vol. 5

(New York : The Lawyer Co - operative Publishing Company, 1957), p. 118 - 119

People V. Rae, 66 Cal 423, p. 6

Morton V. Com, 159 Ky 231

Loomis V. People, 67 NY 322

คดี R.V. Egginton (1801)¹

D จำเลยมีเจตนาจะขโมยทรัพย์สินในคอก D ได้มาติดต่อกับยามของบ้านคอกกล่าว เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่เขา ยามไครายงานข่าวให้แก่นายจางของเขา และนายจางของเขา ก็ได้ออกให้ยามดำเนินเรื่องต่อไปเรื่อย ๆ คือ ให้ความช่วยเหลือ D หนีไป แต่ได้กระทำไป โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะจับ D ยามได้เปิดประตูรั้วของสนามหญ้าให้แก่ D ในวันที่เกิดเหตุ ทั้งยามและ D จำเลยได้เดินผ่านประตูรั้วของสนามหญ้าที่เปิดไว้นั้น เพื่อเข้าไปยังคอก D ได้เข้าไปยังคอกหมูในคอก แล้วเอาแท่งเงินไป ซึ่งแท่งเงินดังกล่าวได้ถูกทำเครื่องหมายไว้ก่อนที่เขาจะเข้ามา

The Court for Crown Cases Reversed ได้พิจารณาลอย D ในความผิดฐานของเขา Burglary) แต่ D มีความผิดฐานลักทรัพย์

ในกรณีดังกล่าว การที่เจ้าของทรัพย์สินได้ดำเนินการขัดขวาง หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ปล่อยให้มีการเอาทรัพย์สินนั้นไป ก็มีได้ถือว่า เป็นความยินยอมของเจ้าของทรัพย์สิน อันจะทำให้ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานลักทรัพย์ไปได้ ดังนั้น จำเลยจึงต้องมีความผิดฐานลักทรัพย์

ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ทิงศกัณฑ์ ได้ยกตัวอย่าง คือ การที่นายจางต้องการจับลูกจางที่ลักทรัพย์ให้โคคามือ ถึงกับวางกับดัก เช่น เอาทรัพย์สินวางล่อ โดยทำเครื่องหมายไว้แล้วคอยเฝ้าดูจนลูกจางเอาทรัพย์สินนั้นไป จึงเขาทำการจับกุม ซึ่งเห็นได้ว่า เป็นความปรารถนาของนายจางอย่างยิ่งที่จะเห็นลูกจางลักทรัพย์ของตน เพื่อจะได้อำนาจให้โคคามือก็ตาม แต่ก็ไม่ได้อำนาจ นายจางยินยอมให้ลูกจางเอาทรัพย์สินนั้นไป อันจะถือเป็นความยินยอมที่จะทำความผิดฐานลักทรัพย์ไม่เกิดขึ้น เพราะแม้ว่า จะมีความประสงค์และได้แสดงความประสงค์ออกมา

¹Glanville Williams, Criminal Law. The General Part, Second Edition (London Stevens & Sons Ltd. 1961), p. 776

แต่ก็ไม่ไ้แสดงต่อผู้ร้าย ใหญ่ร้ายเขาใจว่า เจ้าของทรัพย์สินไ้โอนุญาตให้เอาทรัพย์สินนั้นไปไ้
เป็นเพียงเปิดโอกาสให้ลักทรัพย์สินเท่านั้น จะถือว่ายินยอมเมื่อนายจางไ้แสดงความประสงค์
ต่อคนร้ายโดยตรง อาจจะเป็นการแสดงโดยตนเอง หรือโดยให้คนของคนหยิบทรัพย์สินให้
คนร้าย¹ ดังตัวอย่าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 233/2461

ม. นักคนใช้ในวังให้เปิดประตูรับ ม. เข้ามาลักทรัพย์สิน คนในวังไ้บอก
เจ้าของวัง และเจ้าของวังก็ไ้บอกตำรวจให้มากอยจับ ม. มาตามนัด คนในวังไ้บอกวา
เปิดประตูวังไว้แล้ว ม. จึงเข้ามาในวัง แต่ยังไม่ทันลงมือ ก็ถูกตำรวจจับ

ศาลพิพากษาว่า ม. ไม่มีความผิดฐานบุกรุก เพราะคนในวังเปิดประตูให้
ม. เขาไป โดยเจ้าของรู้อยู่แล้ววา คนในวังจะนำ ม. เขาไป เทากับเจ้าของวังยอมให้
ม. เขาไปเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2461

แต่ถากคนใช้ของนายจางไม่ถึงกับเปิดประตูรับคนให้เขาไป แต่คนร้ายที่นี้ค้หมาย
ไว้แล้ว ไ้เข้ามาลักทรัพย์สินเอง คนใช้เป็นแค่บอกให้นายทราบ นายจางจึงเตรียมตำรวจมาจับ
และจับไ้เมื่อเอาทรัพย์สินเคลื่อนที่ไปบ้างแล้ว เป็นความผิดฐานลักทรัพย์สินในเคหะสถาน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 818, 819/2460

บุตรสาวของเจ้าของบ้าน นักให้ชายเข้ามาหา ชายไม่มีความผิดฐานบุกรุก

¹ จิตติ คิงศกขันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2 (พระนคร :
แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 639.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 69/88

การเข้าไปในห้องที่หญิงอยู่ โดยความยินยอมของหญิงนั้น ไม่มีความผิดฐานบุกรุก จำเลยเข้าไปหาหญิงโดยหญิงยินยอม เมื่อที่ชายของหญิงพบเข้า จึงเขาทำร้ายจำเลยครั้งนี้ จำเลยมีสิทธิทำร้ายเพื่อป้องกันตัวได้

ศาลฎีกาพิพากษายกคำพิพากษาชั้นศาลแล้ว ในตอนท้ายคดีกล่าวว่า " ฯลฯ เมื่อฟังข้อเท็จจริงว่า ผู้ตายทำร้ายจำเลยก่อน และการที่จำเลยเข้าไปอยู่ในห้องของนางสาวเคี้ยงด้วยความยินยอมของนางสาวเคี้ยง อันเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย ฝ่ายผู้ตายโกรธจำเลยมาหานางสาวเคี้ยงในฐานะชู้สาว และเขาทำร้ายจำเลยก่อน จำเลยยอมมีสิทธิป้องกันตัว ที่ศาลอุทธรณ์เห็นว่า จำเลยใช้มีดขนาดควมมีคายนิ้วพุด แหว่งไปที่เคี้ยวแล้วหนีไป เป็นการป้องกันตัวพอสมควรแก่เหตุอันชอบแล้ว" พิพากษายืน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 636/60

ถ้าหญิงไม่โดนตี เพียงแต่เคยได้เสียกันที่อื่น ชายลอบเข้าหาหญิงในบ้านของมารดาหญิง ชายยอมมีความผิดฐานบุกรุก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 299/2485

กรณีเจ้าของบ้านอนุญาตให้ภรรยาของผู้คนมาอาศัยอยู่ในบ้าน เป็นการอนุญาตโดยปริยายให้สามีมาหาภรรยาของเขาได้ ถ้าไม่ปรากฏว่า เจ้าของบ้านไคหาม หรือตองไขกำลังหักพังประตูเข้ามา ไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1353/2508

จำเลยเข้าไปในเรือนของผู้เสียหายตอนกลางคืน เวลา 1 นาฬิกา โดยบุตรของผู้เสียหายซึ่งรักใคร่กับจำเลยมาก่อน ไลน์ให้เข้าไป และพาขึ้นเรือนนั้น นับว่าจำเลยเข้าไปโดยมีเหตุอันสมควร แมว่า ผู้เสียหายและภรรยาจะไม่อนุญาต ก็เป็นไปตามวิสัยของเรื่อง เช่นนี้จะตองปิดบัง ทั้งนี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 ประกอบด้วยมาตรา 365(2), (3)

คำพิพากษาฎีกาที่ 253/2510

จ. และ ป. เกี่ยวกันเรื่องกรรมสิทธิ์ที่นา ป. เข้าปลูกข้าวในที่นา
จ. ถอนทิ้ง การที่ ป. พักควา แยกถอนโคกที่ถอนเอาเอง หมายความว่า ตามีสิทธิถอนโคก
ไม่ใช่เป็นคำอนุญาตให้ถอนโคก

นอกจากนี้ความยินยอม ไม่ว่าเป็นความยินยอมในการกระทำผิดในความอาญา
หรือต่อการกระทำผิดในทางแพ่ง นั้นยอมจะถอนเสียเมื่อใดก็ได้ เมื่อถอนความยินยอมแล้ว
ยังมีการกระทำต่อผู้เสียหายอีก การกระทำดังกล่าวยอมเป็นความผิด

อาจารย์พจน์ ปุษุปากม. ได้อธิบายความยินยอมในกฎหมายแพ่งไว้ดังนี้
ความยินยอมของผู้เสียหายที่ให้แก่ผู้กระทำ ถ้าไม่ผูกพันต้องให้ความยินยอมอยู่ตลอดไป
ผู้ให้ความยินยอมจะถอนเสียได้ก็ได้ และต่อจากนั้นเป็นการกระทำโดยไม่ได้รับความยินยอม
อาจเป็นละเมิดได้ เมื่อจำเลยฝ่าฝืนต่อสิทธิของโจทก์ (คำพิพากษาฎีกา 1656/2493,
231/2504) แต่ถาความยินยอมนั้นมีลักษณะที่จะถอนไม่ได้ เพราะมีสัญญาผูกพัน ในกรณี
ดังกล่าว โจทก์จะถอนการยินยอมหาได้ไม่¹ (คำพิพากษาฎีกาที่ 713/2512, 714/2512)

1.2 หลักเกณฑ์ของความยินยอมตามกฎหมาย

แยกพิจารณา ดังนี้ คือ

1. การให้ความยินยอม
2. ความยินยอมอันบริสุทธิ์
3. ความยินยอมต้องใจก่อน หรือขณะกระทำผิด
4. ความยินยอมจะถอนไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของ
ประชาชน

¹พจน์ ปุษุปากม., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515 หน้า 56 - 57 และ 60 - 61

หลักเกณฑ์ของความยินยอมในข้อ 1, 2, 3 และข้อ 4 เป็นหลักเกณฑ์ที่จะถือว่าเป็นความยินยอมตามกฎหมาย ซึ่งจะมีผลใหญ่กระทำไม่มีความผิด หลักเกณฑ์ในข้อ 1, 2 และ 3 นั้น อาจจะเป็นหลักเกณฑ์ของความยินยอมตามกฎหมาย ซึ่งอาจจะใช้ในกรณีที่จะทำให้ความยินยอมตามกฎหมายได้ เช่น ความผิดบางประเภท กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ว่าผู้เสียหายจะยินยอมการกระทำก็ยังคงเป็นความผิด แต่ความผิดในประเภทนั้น เห็นได้ว่าต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เช่น ในความผิดเกี่ยวกับเพศ ในมาตรา 276, 278, ความผิดต่อเสรีภาพ มาตรา 309, 313(2), 320, ความผิดต่อทรัพย์ มาตรา 337 ถึง 340 และ 341 ของประมวลกฎหมายอาญาของไทย หรือในความผิดบางประเภทที่เป็นที่เห็นได้โดยสภาพว่า จะเป็นความผิดซึ่งกันต่อเมื่อผู้เสียหายมิได้ยินยอม เช่น ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้, ยักยอก, ทำให้เสียทรัพย์ หรือความผิดฐานบุกรุก, ความผิดฐานหมิ่นประมาท ส่วนความผิดบางประเภทที่กฎหมายลงโทษโดยไม่คำนึงถึงความยินยอม¹ เช่น ความผิดต่อชีวิตร่างกาย หลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักถือหลักที่ว่า อาจจะทำให้ความยินยอมตามกฎหมายได้ ถ้าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.2.1 การให้ความยินยอม

อาจจะแบ่งหัวข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมดังนี้

1. การให้ความยินยอมโดยตรง
2. การให้ความยินยอมโดยปริยาย
3. บุคคลที่จะให้ความยินยอม
4. ให้ความยินยอมต่อใคร
5. ความยินยอมที่มีเงื่อนไข

¹แตกต่างจากกรณีที่ความผิดบางประเภท กฎหมายบัญญัติชัดไว้เลยว่า ให้ความยินยอมไม่ได้ การกระทำนั้นยังคงผิดอยู่เสมอ เช่น มาตรา 277, 279, 282, 301 - 302,

6. ความยินยอมจะตกลงอยู่ในขอบเขตของความยินยอมเท่านั้น
7. ความยินยอมและการยอมความ
8. ความยินยอม (consent) และการยอม (submission)

1.2.1.1 การให้ความยินยอมโดยตรง

ตามคำอธิบายกฎหมายละเมิดของเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน ได้ให้ความหมายไว้ว่า ได้แก่การกล่าวโดยวาจา หรือโดยการแสดงกิริยา ซึ่งประสงค์แสดงความเต็มใจ ยอมให้กระทำการรุกราน หรือประทุษร้าย และผู้ถูกประทุษร้ายทอสิทธิ หรือประโยชน์ของตนได้เข้าใจเช่นนั้น¹

Williams L. Prosser ได้อธิบายว่า ความยินยอมโดยตรง อาจจะได้มาโดยการพูดด้วยวาจา หรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง²

(Sir Arther Underhill) Ralph Sutton, และ Barry Sheen³ ได้ยกตัวอย่างว่า ความยินยอมโดยชัดแจ้ง (express consent) อาจจะเป็นโดยการที่บุคคลใดได้ให้อนุญาตอีกคนหนึ่งเข้ามาในเขตที่ดินของเขา, ยินยอมให้สัมผัสตัวเขา ให้ความยินยอมโดยตรงแก่การเล่นกีฬา เช่น คอยมวย, มวยปล้ำ หรือความยินยอมโดยตรงให้หมอทำการผ่าตัดในทางแพทย์ หรือยอมให้โฆษณาข้อความซึ่งหมิ่นประมาทแก่ตน และ

¹ พจน ฟูฟูาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2515), หน้า 30

² William L. Prosser, The Law of Torts (American Civil Law) 2nd ed, p. 83

³ (Sir Arther Underhill) Ralph Sutton and Barry Sheen, A Summary of the Law of Torts (or Wrong Independent of Contract) Sixteenth Edition. London. Butterworth & Co. (Publisher), Ltd., 1949, p. 27

กล่าวต่อไปว่า เมื่อมีความยินยอมดังกล่าวก็ไม่เป็นละเมิด การอนุญาต (Leave and Licence) จึงเป็นข้อแก้ตัวที่ดีในฟ้องฐานละเมิด คนเราอาจจะตกลงโดยชัดแจ้งให้ตนเองเข้าเสี่ยงภัยในอุบัติเหตุก็ได้ เช่นเมื่อเขาขอซื้อตั๋วขึ้นเครื่องบิน หรือไคควัฟฟรี โดยมีเงื่อนไขว่า บริษัทรถไฟจะไม่รับผิดชอบในความบาดเจ็บของคนโดยสาร แม้ว่าจะเกิดขึ้นโดยความประมาทเดินเลอของพนักงานบริษัทรถไฟก็ตาม¹

1.2.1.2 การให้ความยินยอมโดยปริยาย

ตามคำอธิบายกฎหมายละเมิดของเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน ไคอธิบายไว้ว่า ไคแก่การกล่าวโดยวาจา หรือแสดงกริยาซึ่งมิได้แสดงออกชัดแจ้งถึงความสมัครใจ แต่วิญญูชนเข้าใจว่ายินยอม และผู้กระทำก็เข้าใจว่ายินยอมเช่นเดียวกัน²

ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ทิงสกีทีย์ ได้ยกตัวอย่างเป็นต้นว่า ในกรณีผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เช่น เพราะไม่อยู่ในที่นั้น แต่ก็พอที่จะเข้าใจเอาไคตามพฤติการณ์ว่า คงจะยินยอม เช่น เขาไปภายในยานเพื่อซ่อมแซมท่อน้ำซึ่งรั่ว ในระหว่างที่เขาของบ้านไม่อยู่ หรือช่วยลงโทษเด็ก ๆ ที่กระทำความผิดบางอย่างระหว่างที่ผู้ปกครองไม่อยู่ตามสมควร หรือการเขาเล่นกีฬาบางอย่าง ซึ่งมีลักษณะที่คงเสี่ยงหรือคาดหมายไคว่า อาจจะมีอันตรายแก่กาย ถือไคว่า เป็นการยินยอมให้ทำอันตรายแก่กาย แพทย์อาจจะทำการผ่าตัดไค ทั้ง ๆ ที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ถ้าหากรอช้าไปจะมีอันตรายแก่ชีวิตของเขา และการถูกทอนกันทางร่างกายในชีวิตประจำวัน เช่นนี้สันนิษฐานว่าไคยินยอม ถือไคว่าเป็นความยินยอมโดยปริยาย (Implied Consent)³

¹ ดูคดี Thompson v. LM and S Rail Co (1930) 1 K B. 41 ; Wildie v. London Passenger Transport Board (1947) Tams 297 และคดี Frotroke-Hobbes v. Airwork Ltd. 1937. 1 All. 108

² พจน ฤษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2515), หน้า 38

³ จิตติ ทิงสกีทีย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2, หน้า 641 - 642

เกี่ยวกับกรณีความยินยอมโดยปริยาย ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 787/2483
 ไต่สวนหลักไว้ดังนี้

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยบังอาจใช้มือตักนายกก แสด ซึ่งว่ายน้ำไม่เป็น ให้ตกลง
 ในแม่น้ำเจ้าพระยา โดยเจตนาจะให้ตาย นายกก โคตก่นำ จมน้ำและสำลักน้ำตาย
 เหตุเกิดที่ใต้สะพานพระพุทธรูปค้ำฟ้า ฯ ขอให้องค์พิพากษากฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 249

ศาลชั้นต้นฟังข้อเท็จจริงว่า จำเลยกับผู้ตายชอบพอกัน เคยหยอกล้อเล่นกัน
 วันเกิดเหตุ ผู้ตายลงไปอาบน้ำที่บันไดคอน จำเลยกับพวกมาข้างหลัง เร่งให้อาบน้ำเร็ว ๆ
 แล้วใช้มือตักผู้ตายลงบันไดนำไป 2 ชั้น ผู้ตายหามวอลยาเล่น ผู้ตายนั่งยอง ๆ ซักเสื้อผา
 จำเลยลงไปตักขึ้นเอวทางคานหลัง ผู้ตายหัวมึนจมน้ำหายไป เป็นการหยอกล้อเล่นกัน
 ฟังไม่ไควหา เจตนาตักให้จมน้ำตาย ถือว่า ทำให้คนตายโดยไม่เจตนา พิจารณาถึงโทษ
 ตามมาตรา 251

ฯลฯ

ศาลฎีกาฟังว่า จำเลยล้อเล่นกับผู้ตาย การแตะต้องผู้ตายโดยการล้อเล่น
 ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จริงอยู่ โดยปกติบุคคลโดยมไม่มีอำนาจจะแตะต้อง
 อวัยวะผู้อื่น แต่โดยธรรมเนียมประเพณี หรือด้วยความยินยอมโดยปริยาย เป็นต้นว่า
 บุคคลมาก ๆ คุยกัน ไปคุ้หน้เรือ คุ้งาน ยอมทองเปี้ยคเสี้ยตถกถองร่างกายกันบ้าง
 อันเป็นธรรมดา โดยธรรมเนียมประเพณีไม่ถกกัน หรือการหยอกล้อเล่นกัน ยอมไม่ถก
 มีเจตนาจะทำร้ายร่างกาย เมื่อจำเลยหยอกล้อผู้ตายโดยปราศจากความระมัดระวัง
 ทำให้เกิดผลถึงตายขึ้น อาจมีความผิดทำให้คนตายโดยประมาท ฯลฯ¹

¹ พจน ฤษฏากม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2515), หน้า 46 - 47

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2307/2519¹

ผู้เสียหายกับจำเลยชอบพอกัน เขาบ้านหลังเดียวกัน แต่อยู่คนละห้อง มีบันไดขึ้นคนละทาง จำเลยมาหาผู้เสียหายอยู่เสมอ เคยขึ้นไปห้องรับแขก ผู้เสียหายก็ไม่เคยห้ามปราม ภายหลังผู้เสียหายไม่อยู่ จำเลยก็มาคุยกับ น. น้องของผู้เสียหาย วันเกิดเหตุ ผู้เสียหายไม่อยู่ จำเลยเข้าไปในห้องรับแขก นอนอ่านหนังสือพิมพ์บนเก้าอี้นวม น. อย่านแต่ก็ไม่เคยห้ามปรามจำเลย จำเลยดักนาฬิกาข้อมือของผู้เสียหายซึ่งวางอยู่บนตู้โชว์ติดกับเก้าอี้นอนไป ทั้งนี้ ถือว่าจำเลยเข้าไปในมานของผู้เสียหายโดยได้รับอนุญาต โดยปริยาย จึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ในเคสสถาน คงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 เท่านั้น

Williams ได้ให้คำอธิบายความยินยอมโดยปริยายไว้ว่า ความยินยอมโดยปริยาย อาจจะเป็นการแสดงโดยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งบุคคลธรรมดาควรจะเข้าใจหาทางนั้น เช่น ไปหาหมอเพื่อรักษาโรค หมอบอกว่าจะฉีดยา เขาได้ยกแขนให้ฉีดยา โดยไม่ทักท้วงหรือพูดอะไร เช่นนี้ เขาจะปฏิเสธว่าไม่ได้ยินยอมไม่ได้ และบางกรณี บุคคลอาจจะมีเสรีภาพที่จะเชื่อว่า เป็นการยินยอมตามประเพณี และได้กระทำบางสิ่งบางอย่าง โดยคิดว่า ได้มีการให้ความยินยอมแล้ว เช่น ชาวบ้านทั่วไปยินยอมให้บุคคลใด ๆ เดินผ่านที่นาซึ่งกว้างใหญ่โต ไม่ถือว่าเป็นการบุกรุก ความยินยอมโดยปริยาย อาจจะมีได้ในชีวิตประจำวันธรรมดา เช่น การหยอกล้อ อาจยอมให้สมมุติว่า ยังคงมีการอนุญาตให้ลอกันเล่นตลกไปได้ หรือกรณีการเล่นกีฬา หรือการแข่งขันกีฬาโดยมีความยินยอมโดยปริยายในการสัมผัสทางร่างกาย ความกฎเกณฑ์ของการเล่นกีฬาตามที่เข้าใจกัน และเมื่อมีการประกาศว่า ไม่มีความยินยอมต่อไป จำเลยยอมจะสมมุติตามความยินยอมไม่ได้

¹ ยิงศักดิ์ กฤษณะจินดา, คำพิพากษาศาลฎีกา 2519 - 2520 (บางส่วน) หน้า 296

² William L. Prosser, The Law of Torts (American Civil Law)

Sir Arthur Underhill, Ralph Sutton และ Barry Sheen¹

โดยยกตัวอย่างความยินยอมโดยปริยาย เช่น กรณีของคนดูการแข่งขัน Cricket หรือ Polo คงถือว่ายินยอมต่อการเสี่ยงที่จะได้รับความเสียหายจากการที่ลูกบอลของผู้เล่น ซึ่งโคตกลงมาที่คนดู² และได้มีการพิพากษาว่า ถ้าคนหนึ่งบุกรุกที่ดิน (Tresspass on Land) โดยมีคำเตือนในที่นั้นว่า มีอันตราย โดยเฉพาะอย่างยิ่งอันตรายจาก Spring-gun เขาไม่อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากอันตรายนั้นได้³ และหลักนี้ได้ถูกขยายไปใช้กับคดีต่าง ๆ ซึ่งบุคคลยอมรับการเสี่ยงภัยรวมกับการทำงานของเขา เช่น ความเสียหายที่เกิดจากสภาวะที่อันตรายของสถานที่...ซึ่งเขาทำงานอยู่⁴ แต่ในคดีเช่นนี้ ต้องใช้หลักนี้อย่างระมัดระวังอย่างยิ่ง⁵

หลักความยินยอมโดยปริยายในทางอาญา ก็เช่นเดียวกับหลักในทางแพ่ง J.W. Cecil Turner ได้อธิบายว่า ถ้าผู้มีข้อสันนิษฐานแก่คนทั่วไปในที่สาธารณะ ย่อมยินยอมโดยปริยายที่จะได้รับอันตรายเล็ก ๆ น้อย ๆ เกี่ยวกับการกระทบกระทั่ง

¹(Sir Arthur Underhill) Ralph Sutton and Barry Sheen, A Summary of the Law of Torts (or Wrongs Independent of Contract) Sixteenth Edition. London Butterworth & Co., 1949, p. 28

²Pidington V. Hastinge (1932); Hall V. Brooklands Auto-Racing Club (1933) 1 K.B. 205

³Ilott V. Wilkes (1820). 3 B 2 Ald 304 ; Lygo V. Newbold (1854), 9 Ex. 302

⁴Thomas V. Quartermaine (1837) Q BD D. 685

⁵Bowater V. Rowley Regis Corporation, (1944) K B 476 ; (1944) 1 All E R 465

ไม่ว่าความยินยอมโดยตรง หรือความยินยอมโดยปริยาย อาจแสดงถึงความยินยอม โดยแสดงอาการโดยไม่ใดกล่าวด้วยวาจา เช่น ทันตแพทย์บอกคนไว้ว่า ฟันซี่นี้จะคองุด และขอให้นั่งเก้าอี้เพื่อที่จะอุดฟัน คนไข้ก็โคนั่งลงตรงที่แพทย์บอก เช่นนี้ ยอมถือได้ว่า เขาได้ให้ความยินยอมแก่ทันตแพทย์ในการอุดฟัน เหมือนอย่างที่เขาได้กล่าว แสดงความเต็มใจด้วยวาจา

โดยปกติการนิ่งเฉยไม่ถือว่า เป็นความยินยอม เช่น คนหนึ่งถูกขู่จะถูกทำร้าย เขายังคงนิ่งอยู่ที่เดิม เช่นนี้ จะถือว่าเขายินยอมไม่ได้ ยกเว้นเสียแต่ว่า ในกรณีพิเศษ อย่างยิ่งเท่านั้น ที่การนิ่งไม่ชัดเจน หรือกระทำการใด อาจถือได้ว่า เป็นความยินยอม โดยเป็นที่เข้าใจเป็นปกติทั่วไปว่า การนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้น เป็นการยินยอม²

การนิ่งที่ไม่ชัดเจนหรือคัดค้านต่อการประทุษร้ายคอสิทธิ หรือประโยชน์ของตน อาจจะถือว่า เป็นความยินยอมโดยปริยาย ถ้าผู้ถูกประทุษร้ายรู้ถึงการประทุษร้าย และสามารถคัดค้านหรือชัดเจน ตามพฤติการณ์เช่นนั้นวิญญูชนก็ควรระวัง และควรระวังชัดเจน หรือคัดค้าน ทั้งผู้ประทุษร้ายก็เข้าใจว่า การที่ไม่ชัดเจนหรือคัดค้านนั้น เป็นการแสดงความยินยอม ตัวอย่างเช่น ก. ใ้รับบาดเจ็บโดยอุบัติเหตุของรถไฟ ข. เป็นศัลยแพทย์ จึงเป็นคนโดยสารถ้วยกัน ใ้เอาขามาเข้าโรคทาบาคแผลให้ ก. ก. รู้สึกตัวอยู่ และไม่โต้เถียงหรือคัดค้าน ข. ไม่ควรรับผิดชอบฐานละเมิดต่อ ก.³

¹ William L. Prosser, The Law of Torts (American Civil Law)
2nd ed p. 83

² จิตติ กิ่งศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2, แก้ไข
เพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์ 2518), หน้า 638

³ พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2515), หน้า 39

1.2.1.3 บุคคลที่จะให้ความยินยอม

อาจจะแยกพิจารณา คือ

1. บุคคลที่จะให้ความยินยอม
2. คุณสมบัติของบุคคลที่จะให้ความยินยอม

1.2.1.3.1 บุคคลที่จะให้ความยินยอม

บุคคลที่อาจจะให้ความยินยอม ได้แก่ บุคคลที่ถูกรุกราน หรือถูกประทุษร้าย หรือโดยบุคคลซึ่งมีอำนาจให้ความยินยอมแทนเขา ทั้งนี้ ถ้าผู้ประทุษร้ายเขาใจผิดในตัวของผู้ให้ความยินยอม การเข้าใจผิดว่า ผู้ประทุษร้ายได้ให้ความยินยอม หรือผู้มีอำนาจได้ให้ความยินยอมแทนเขาว่า ได้ให้ความยินยอมแล้ว แม้จะโดยมีเหตุผลที่สมควรก็ตาม ก็ไม่ขอแก้ตัว โทษความรับผิดชอบ¹ จะถือว่าเขาได้ให้ความยินยอมไม่ไต่ ในกรณีที่มีผู้เสียหายหลายคน จะต้องได้รับความยินยอมของบุคคลผู้ละเมิดสิทธิซึ่งกฎหมายคุ้มครองนั้นด้วยกันทุกคน ไม่ใช่เพียงความยินยอมบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

1.2.1.3.2 คุณสมบัติของบุคคลที่จะให้ความยินยอม

คุณสมบัติของบุคคลที่จะให้ความยินยอมซึ่งจะมีผลในทางกฎหมาย ในกรณีกฎหมายยินยอมใหญ่เสียหายให้ความยินยอมต่อการกระทำใด ๆ ซึ่งกฎหมายไม่ถือเป็นความผิดนั้น

ตามหลักกฎหมายไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติถึงคุณสมบัติของผู้ให้ความยินยอมไว้ แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีของผู้เยาว์, คนวิกลจริต, จิตพินเพื่อน หรือคนเมา ก็คงจะมีหลักเช่นเดียวกับหลักของกฎหมายต่างประเทศ

¹พจน์ ปุณฺณปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 40

ตามหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น
 แม้ว่าผู้เสียหายจะอายุน้อย ไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสา ซึ่งจัดเข้าในประเภท
 ความยินยอมโดยไม่บริสุทธิ์การณ กฏหมายยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ยกเว้นความผิดได้
 เช่น หญิงอายุ 16 ปี อยู่ในปกครองของบิดา อาจให้ความยินยอมต่อเพศใด (คำพิพากษา
 ฎีกาที่ 513/2469, 828/2486) ผู้เยาว์ยินยอมให้หมั้นประมาทได้ (คำพิพากษาฎีกาที่
 743/2464) ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายแพ่ง เพราะความยินยอมเช่นนี้ ไม่ใช่เจตนาทำนุกิจกรรม
 อันจะก่อให้เกิดสัมพันธ์ในทางแพ่ง ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงต้องระบุนิติและอายุของผู้เสียหาย
 ที่จะให้ความยินยอมได้หรือไม่ ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งอาจจะมากหรือน้อยเป็นกรณี ๆ ไป
 ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277, 279, 313, 317 กำหนดอายุ
 13 ปี มาตรา 282 กำหนดอายุ 18 ปี มาตรา 293 กำหนดอายุ 16 ปี มาตรา 306
 กำหนดอายุ 9 ปี มาตรา 307, 342, 346 กำหนดเพียงความเขมาปัญญา เพราะเป็น
 เด็ก หรือพึ่งตนเองไม่ได้ เพราะอายุโดยไม่ระบุว่า ต้องอายุเท่าใด¹

หลักกฎหมายของต่างประเทศ

หลักกฎหมายของนอร์เวย์ นี้มีหลักว่า ไม่อาจกำหนดอายุของผู้ให้ความ
 ยินยอม ซึ่งจะมีผลตามกฎหมายลงไปแน่นอนได้ แต่มีหลักโดยทั่วไปว่า ผู้ให้ความยินยอม
 จะต้องโตเต็มที่ ซึ่งเขาสามารถเข้าใจขอบเขตของการกระทำ และรู้ถึงคุณค่าของความ
 หมายถึงของมัน จะมีอายุเท่าใด ที่อาจจะให้ความยินยอมได้ ย่อมแล้วแต่สภาพของการ
 กระทำ เด็กอายุ 14 ปี อาจให้ความยินยอมในการรวมกับเด็กที่มีอายุขนาดเดียวกันได้
 แต่การให้ความยินยอมในการถูกทารุณร่างกาย คำให้การกระทำที่ร้ายแรงการโตเต็มที่ของผู้ให้
 ความยินยอมยิ่งต้องมีมากขึ้น และยอมให้หลักเดียวกันนี้ แก่กรณีที่ผู้ให้ความยินยอมเป็นผู้เจ็บป่วย
 หรือจิตไม่สมประกอบ คนที่อยู่ในสภาพนั้นแม้ความยินยอมของบุคคลดังกล่าวยอมไว้ใหม่ได้²

¹ จิตติ คิงส์กีย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 ตอน 2 แก้ไข
 เพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 647

² Johanes Andenaes, The General Part of the Criminal Law
 of Norway (New York : Fred B. Rothman & Co., 1965) pp. 183 - 184

1. กรณีผู้เยาว์ ทางกฎหมายอาจ หักเกณฑ์ ส่วนใหญ่เกือบทุกประเทศ มิได้บัญญัติ กำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลที่จะให้ความยินยอมเอาไว้ ส่วนใหญ่แล้วถือว่า บุคคลใด ๆ ที่อาจจะ ให้ความยินยอมได้ตามกฎหมายนั้น จะต้องเป็นบุคคลซึ่งสามารถจะเข้าใจขอบเขตของการ กระทำ และรู้ถึงคุณค่าของความหมายของมัน ดังนั้น การมีแต่เขาวน หรือความคิดไม่เพียงพอ จะต้องรู้ถึงคุณค่าของการกระทำซึ่ง ได้มาจากประสบการณ์ หรือความชำนาญด้วย

การจะให้ความยินยอมได้หรือไม่เพียงใด ย่อมแล้วแต่สภาพของการกระทำ เด็ก อายุ 14 ปี อาจจะให้ความยินยอมในการชกมวยกับเด็กชายที่มีอายุ และขนาดเดียวกันได้ แต่การที่จะให้ความยินยอมในการที่จะถูกทำร้ายร่างกาย โดยเฉพาะการกระทำที่ร้ายแรง ผู้ให้ ความยินยอมก็จะต้องมีอายุที่สมควรมากขึ้น

การให้ความยินยอมในทางกฎหมายอาญานั้น มีความแตกต่างจากการให้ความยินยอม ในการทำนิติกรรมในทางกฎหมายแพ่ง เนื่องจากว่า การให้ความยินยอมในทางกฎหมายอาญา มิได้กำหนดว่า ผู้ให้ความยินยอมจะต้องบรรลุนิติภาวะเหมือน เช่นการให้ความยินยอมในการทำ นิติกรรมในทางกฎหมายแพ่ง ซึ่งในกรณีนี้ ศาสตราจารย์ จิกกิ คิงส์ทีย์ ได้อธิบายว่า ความยินยอมในทางกฎหมายอาญา ก็ต้องเข้าใจว่า ความยินยอมนั้นเป็นอิสระ เรื่องกับกฎหมาย แพ่ง ก็จะเห็นได้ว่า ในเรื่องอายุของผู้ให้ความยินยอม ก็ไม่คงคำนึงถึงว่า ผู้ให้ บรรลุนิติภาวะหรือยัง และไม่เกี่ยวกับเรื่องไม่มียะกรรม ผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะก็สามารถจะให้ ความยินยอมได้¹

2. กรณีของบุคคลวิกลจริต หรือมีจิตไม่สมบูรณ์ หรือคนเมา เช่นเดียวกับหลัก กรณีของผู้เยาว์ คือ บุคคลผู้ให้ความยินยอม จะต้องเข้าใจถึง ขอบเขตของการกระทำ และ รู้ถึงคุณค่าของความหมายของการกระทำนั้น ดังนั้น คนซึ่งเมามจนไม่สามารถจะรู้ และเข้าใจ คุณค่าของการกระทำแล้ว ย่อมไม่ถือว่า คนเมาได้ให้ความยินยอม ดังตัวอย่างในคดี Rt 1884 p 802 เหตุเกิดในเมือง Christiana (Oslo) ชาวนาคนหนึ่งเข้ามา ในเมือง และได้ไปสนุกสถานในโรงโสเภณีและร้านอาหาร เขาเมามากจนไม่รู้วาทนอยู่ที่ไหน

¹จิกกิ คิงส์ทีย์, ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม - สิงหาคม (พระนคร : นำอักษรการพิมพ์, 2521), หน้า 53

และอยู่กับใคร วันหนึ่งขณะอยู่ในห้องกับโสภณ 2 คน เขาได้ดื่มเหล้าองุ่น 4 ขวด และเบียร์ควย แล้วนอนหลับไปบนเก้าอี้ยาวที่เขานั่งอยู่ หญิงโสภณคนหนึ่ง เขยื้อนขาของเขา และปลุกเขา เขาอยู่ในขณะครึ่งหลับครึ่งตื่น และหญิงนั้นก็ถามว่าเธอเอาเงินจากกระเป๋าสมัครที่เขาวางไว้ไปได้ไหม เธอได้เอาสมัครใบละ 100 kroner ไปจากกระเป๋าสมัคร เธอได้ถูกพิพากษาว่า มีความผิดฐานลักทรัพย์ เพราะเธอได้ทราบว่า ในสภาพเช่นนั้น ไม่รู้ว่า ตนได้ทำอะไร หรือทำอะไร โดยศาลฎีกาได้อ้างคดีเก่าแก่ แคปี ค.ศ. 1870 โดยชายคนหนึ่งได้ถูกพิพากษาในความผิดฐานลักทรัพย์ โดยเขาได้เอาเสื้อผ้าไปแลกกับเสื้อดีของคนเฒ่าในถนน ในกรณีนี้ผู้เสียหายนั้นมิได้อยู่ในอาคารมีนเมา หรือหมกมสติ ความยินยอมย่อมมีผลตามกฎหมายคือ ในทางอาญาเมื่อมีความยินยอมการกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ มีปัญหาในทางแพ่งว่า การยินยอมดังกล่าวมีผลแปรสภาพเป็นการ แสวงเจตนาหรือไม่ เห็นว่าในกรณีทางแพ่งการให้ความยินยอมอาจจะแปรสภาพเป็นการแสวงเจตนาทำนิติกรรมได้ เมื่อยินยอมให้เอาไป ก็เท่ากับเป็นการให้โดยเสนหา ผู้รับทรัพย์นั้นไปย่อมได้กรรมสิทธิ์

ตามหลักของกฎหมายของอเมริกา

ตามหลักกฎหมายของอเมริกา ได้บัญญัติไว้ใน Model Penal Code¹ มาตรา 2.11

(3) ซึ่งบัญญัติว่า ความยินยอมที่ไม่มีผล (Ineffective consent) เว้นแต่จะได้อธิบายไว้เป็นอย่างอื่น โดยประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายที่ให้คำจำกัดความของความผิด การยอม (assent) ไม่ถือว่าเป็นความยินยอม (consent) ถ้า

a) ความยินยอมได้ให้โดยบุคคลซึ่งไม่มีอำนาจตามกฎหมาย แยกการกระทำนั้น หรือ

b) ความยินยอมได้ให้โดยบุคคลที่เป็นเด็ก, คนวิกลจริต, หรือคนเฒ่า ซึ่งแสดงว่า

ไม่สามารถหรือจะรู้โดยผู้กระทำว่า ไม่สามารถตัดสินใจ โดยมีเหตุผลในสภาพ หรืออันตรายของการกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิด

¹ Rollin M. Perkins, Criminal Law and Procedure (Cases and Materials) Third Edition Brooklyn (The Foundation Press, Inc., 1966) p. 554

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักคุณสมบัติของผู้ให้ความยินยอม ก็มีหลักเช่นเดียวกัน
กับหลักกฎหมายของนอร์เวย์ ดังที่ Wayne R. Lafave และ Austin W Scott jr.
ได้อธิบายไว้ว่า การยินยอม (assent) โดยคนซึ่งมีอายุน้อย คนที่เป็นโรคประสาท
หรือประสาทบกพร่อง (mental disease or defect) หรือความมึนเมา

บุคคลดังกล่าวไม่สามารถตัดสินใจได้ เมื่อคำนึงถึงสภาพ หรืออันตรายของการ
กระทำ ซึ่งเป็นความผิดอาญา และไม่ถือว่า เป็นความยินยอม¹

และตามหลักในกฎหมายอาญาของอเมริกัน บุคคลใดที่ขาดความสามารถในการ
กระทำความผิดอาญา ตาม Penal Code มาตรา 26² ซึ่งได้แก่

1. เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่มีการพิสูจน์ชัดได้ว่า ขณะกระทำความผิด
ซึ่งถูกกล่าวหา เขาได้รู้ถึงความถูกต้องของมัน
2. คนโง่เงา เคาคนหรือคนนัมสมิไมถวน
3. คนบ้าและคนวิกลจริต (Lunatics and insane persons)

ฯลฯ

บุคคลเหล่านี้ถือว่าขาดความสามารถในการให้ความยินยอมแก่การกระทำใด ๆ
ฉะนั้น เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ๆ คนนัมสมิไมถวน, คนบ้า คนวิกลจริต ย่อมไม่อาจกระทำ
ความผิดอาญา, ไม่อาจให้ความยินยอมเป็นเหตุร่วมกระทำผิด ในกรณีความยินยอมในการ
รวมประเวณีของหญิงบ้า ย่อมเป็นความยินยอมที่ไม่สมบูรณ์

¹Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Jr., Criminal Law,
Minnesota West Publishing Company St. Paul), p. 408

²R. Bryce Young, Criminal Law : Codes and Cases Copyright 1972
by Mc Graw Hill Inc. Printed in U.S.A., pp. 216 - 217

R. Bruce Young ใต้ข้อดังกล่าว กรณี Penal Code
 มาตรา 26 (3) ไม่โคกลงถึงบุคคลโง่ประเภท Imbeciles และ Morons
 หากใครกระทำหรือให้ความยินยอมในการไม่รู้สึกตัว การกระทำนั้นยอมแก่ตัวใด และยอม
 ให้ความยินยอมไม่สมบูรณ์¹

ความหลักกฎหมายอิตาลี²

ตามหลักกฎหมายอิตาลี ความยินยอมจึงจะมีผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ
 นอกจากจะต้องเป็นสิทธิหรือประโยชน์ที่บุคคลให้ความยินยอมนั้น อาจจะสละ หรือเปลี่ยน
 แปลงได้ หรือจำหน่ายโอนได้ ซึ่งเป็นหลักในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50³
 แล้วความยินยอมดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ จะต้องเป็น
 ความยินยอมที่สมบูรณ์ ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. ผู้ให้ความยินยอม ผู้ที่จะให้ความยินยอมได้จะต้องเป็นบุคคลที่
 ถูกละเมิดคือสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองโดยตรง ถ้ามีผู้เสียหายหลายคน บุคคล
 ทั้งหลายดังกล่าว จะต้องให้ความยินยอมทั้งหมด ไม่ใช่เป็นเพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

¹Ibid, p. 234

²Francesco Antolisei *Manuale Di Diritto Penale. Parte Generale*
 Milano - Dott. A Ginfre. Editore 1963 p. 231

³มาตรา 50 แห่งประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี บัญญัติว่า A person who
 infures or place in jeopardy a right with the consent of the party
 who can legitimately dispose there of is not liable to permishment"

2. ผู้ให้ความยินยอมนั้น จะต้องมีสติสัมปชัญญะ สามารถตามกฎหมาย หลักกฎหมายอาญาถือว่าดี นำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับด้วย ดังนั้น บุคคลผู้ให้ความยินยอม จะต้องไม่ใช่คนวิกลจริต, ผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถ แต่ความเห็นนี้มีผู้คัดค้านว่า ไม่ควรจะต้องอายุเป็นเกณฑ์ ควรที่จะต้องดูความผิดเป็นเกณฑ์ และจะคงพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น ในการกระทำความผิดทางเพศ ย่อมแตกต่างกับการกระทำผิดฐานลักทรัพย์

3. จะคงเป็นความยินยอมที่สมบูรณ์ ไม่ใช่เป็นความยินยอมที่ได้มา โดยการขู่เข็ญ, บังคับ, หลอกลวง หรือฉ้อฉล ในหลักกฎหมายแพ่ง

4. การให้ความยินยอมนั้น จะคงให้ก่อนการกระทำผิด และจะคงมีอยู่จนถึงช่วงที่มีการกระทำผิด ไม่ใช่ให้ความยินยอมภายหลังที่มีการกระทำผิดแล้ว

ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส ก็ถือว่า ความยินยอมจะต้องเกิดจากบุคคลที่สามารถเข้าใจการยินยอมนั้น (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 331, 334 และ 386)¹

และตามกฎหมายอาญาของสหภาพโซเวียตรัสเซีย ใ้ข้อธิบายในเรื่อง การอนุญาตของผู้เสียหาย ซึ่งจะทำให้ไม่เป็นผิดทางอาญานั้น ใ้ข้อธิบายว่า การอนุญาตของผู้เสียหาย เป็นพฤติกรรมหนึ่งซึ่งจะคงไม่เป็นอันตรายศสังคม มิฉะนั้น การกระทำนั้น จะเป็นการผิดอาญา แต่จะคงอยู่ภายในเงื่อนไขดังต่อไปนี้

อาา

c) การอนุญาตจะคงเป็นไปโดยแท้จริง เช่น ใ้ใ้โดยบุคคลซึ่งมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ และมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมใ้ตามกฎหมายอย่างเต็มที่ ด้วยการแสดงเจตนาอย่างอิสระของเขา และจะคงใ้ใ้ความยินยอมก่อนการกระทำนั้นใ้ถูกกระทำขึ้น²

¹G. Stefain et G. Levasseur, Droit Penal General et Criminologie
2^{ed} p. 118

²F.J. Feldburgge, Soviet Criminal Law General Part, Law in
Eastern Europe IX (A.W. Sythoff. Leyden 1964), p. 125

หลักกฎหมายในทางแพ่งของหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยมีหลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายอาญา

Fowler V. Harper and Fleming James Jr.¹ ได้อธิบายไว้ว่า การยอมของคนเมา² หรือเด็กที่อ่อนอายุ³ หรือคนวิกลจริต⁴ ซึ่งไม่สามารถแสดงเจตนาที่แท้เหตุผลสมควรได้ ย่อมไม่ทำให้จำเลยหลุดพ้นจากการกระทำละเมิดที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ของโจทก์ แต่อย่างไรก็ดี ถ้าเป็นการยอมของชายเฒ่าที่มีอายุมากพอที่จะรู้ถึงความสำคัญและผลของการกระทำแล้ว จำเลยย่อมแก้ตัวได้

1.2.1.4 ในความยินยอมต่อใคร

ความยินยอมของผู้ถูกประทุษร้าย ต้องให้แก่ผู้ประทุษร้าย ความยินยอมที่ให้แก่บุคคลอื่น ไม่ถือว่าเป็นความยินยอม เว้นแต่ผู้ถูกประทุษร้ายยินยอมใหม่บุคคลที่ 3 ที่จะแจ้งถึงความยินยอมของเขาให้แก่ผู้ประทุษร้าย เช่น ก. ยินยอมให้แพทย์คนหนึ่งผ่าตัด ความยินยอมของเขาจะไม่ทำให้ศัลยแพทย์อื่นที่มีความชำนาญเท่ากันทำการผ่าตัดได้⁵

¹Fowler V. Harper and Fleming James, Jr. The Law of Torts. Fourth Edition 1974, Little Brown and Company 1965 pp. 234 - 235

²Mc. Cue V. Klien, 60 Tex 168, 48 Am Rep. 260 (1883)

³Robalina V. Armstrong, 15 Barb 247 (N.Y. 1852) : Commonwealth V. Nickerson (Mass 1862)

⁴Barker V. Washburn (1911)

⁵พจน อนุภาคณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515), หน้า 41

1.2.1.5 ความยินยอมที่มีเงื่อนไข (Conditional Consent)

การให้ความยินยอมของผู้เสียหาย อาจจะให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำโดยกำหนดเงื่อนไขบางประการก็ได้ ทั้งนี้ ตามการกระทำที่เกิดขึ้นเลยไปจากเงื่อนไขดังกล่าว ก็ถือว่า การกระทำนั้นไม่ได้รับความยินยอม

Rollin M. Perkins¹ ใช้อธิบายว่า ความยินยอมที่มีเงื่อนไข (conditional consent) ย่อมไม่ใช่เป็นความยินยอม ถ้าได้เกิดขึ้นเลยไปจากเงื่อนไขนั้น ตัวอย่างเช่น คนหนึ่ง ชงของให้แก่อีกคนหนึ่ง เพื่อตรวจสอบของนั้น โดยไม่มีเจตนาที่จะโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่อย่างใด และด้วยเหตุนี้เขาจึงคิดว่า เขาจะคงคืนของนั้นให้ หรือเขาจะคงชำระราคาของนั้นเมื่อเขาต้องการ ถ้าชายคนที่รับของนั้น คว้าของนั้น คว้าวิ่งหนีและเอาไปเสียโดยไม่คิดชำระราคา ย่อมถือไม่ถือว่า เป็นความยินยอม² หรือ ตัวอย่างเช่น เจ้าของร้านขายของโตวางกล่องไม้ขีดกล่องใหญ่ไว้บนชั้น เพื่อบริการลูกค้า และเพื่อความสะดวกของลูกค้าในการที่จะไขจุดสูบบุหรี่ หรือซิกาในร้าน กรณีนี้ บุคคลใดจะเอาไปทั้งกล่องย่อมไม่ได้ เพราะมีความยินยอมเพียงให้ใช้ในบ้านเท่านั้น แต่ไม่ยินยอมให้ใครหยิบเอาไปทั้งกล่อง³

1.2.1.6 ความยินยอมจะคงอยู่ภายในขอบเขตของความยินยอมเท่านั้น

หมายความว่า เป็นกรณีพิเศษเสียหยาบได้ให้ความยินยอมสำหรับการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีขอบเขตไว้ ซึ่งถ้าเกินขอบเขตนั้นก็ถือว่า มีความยินยอม

¹Rollin M. Perkins Criminal Law and Procedure (Cases and Materials Third Edition (Brooklyn: The Foundation Press, Inc. 1966) p. 544

²Rex V. Chisser, T Raym 275, 83 Eng. Rep. 142 (1678)

³Mitchum V. State, 45 Ala. 29 (1871)

หลักกฎหมายในทางอาญาและทางแพ่งมีหลักเช่นเดียวกัน

หลักในทางอาญา Johannes Andenaes ได้อธิบายไว้ว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวของกระทำความผิดนั้น จะต้องไม่เกินไปกว่าขอบเขตที่ได้ให้ความยินยอมไว้ ตัวอย่างเช่น นักมวยหรือผู้เล่นกีฬาอื่น ๆ ใดมีความยินยอมโดยตรง หรือโดยปริยาย แต่ความรุนแรงซึ่งไต่ข้อมให่ตามกฎเกณฑ์หรือข้อมบังคับของการกีฬาเท่านั้น และถ้าหากได้มีการกระทำมากไปกว่านั้น การละเมิดกฎเกณฑ์ของการกีฬาโดยเจตนา ย่อมถูกลงโทษฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนา (Wilful assault) หรือในกรณีของคนไข้ที่ได้ไปโรงพยาบาล เพื่อให้หมอตรวจและรักษาโรค ได้ยินยอมต่อการกระทำของหมอ หรือศัลยแพทย์เพื่อการตรวจหรือรักษาพยาบาล มิได้ยินยอมต่อการกระทำใด ๆ อันเป็นการทดลองวิทยาศาสตร์ทางแพทย์ และมีไข้เพื่อประสงค์ในการรักษาให้หายป่วย¹

Rollin M. Perkins ได้อธิบายความยินยอมจะคงอยู่ภายในขอบเขตว่า ความยินยอมอย่างหนึ่ง ย่อมจะไม่ยินยอมต่อย่างอื่นมากไปกว่านั้น หรือแตกต่างไปจากนั้น ดังนั้น กรณีที่เด็กหญิงเต็มใจรับประทานมะเคื่อ ไม่ได้หมายความว่า ยินยอมต่อการรับประทานมะเคื่อที่มียาพิษ ซึ่งได้ใส่ไว้โดยที่เธอไม่รู้ ในกรณีนี้จะถือว่าเธอได้ให้ความยินยอมไม่ได้²

¹Johannes Andenaes, The General Part of The Criminal Law of Norway (New York : Fred B. Rothman & Co., 1965)pp. 184 - 185

²Rollin M. Perkins, Criminal Law and Procedure (Cases and Materials) Third Edition. Brucklyn (The Foundation Press, Inc. 1966) p. 544 และฎีกา

Commonwealth V. Stratton, 114 Mass. 303 (1873)

Ronald A. Anderson¹ ได้อธิบายความยินยอมในการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ไว้ว่า เมื่อคนหนึ่งมีเจตนาลักทรัพย์ ได้ครอบครองด้วยความยินยอมของเจ้าของ และเจ้าของไม่รู้อถึงเจตนา นั้น และได้เอาไปเป็นของตนเสียโดยทุจริต ผู้เอาไปย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์ การกระทำเช่นนี้ เกิดขอบเขตของความยินยอม ในทำนองกับการเอาไปโดยทุจริตของทรัพย์ของผู้อื่น โดยบุคคลผู้ซึ่งมีหน้าที่ดูแลรักษา หรือเป็นเพียงยี่ดื้อ ย่อมเป็นการละเมิด และยอมเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ แม้ว่า การยี่ดื้อนั้นจะไดมาโดยความยินยอมของผู้เป็นเจ้าของ²

หลักในทางแพ่ง

มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับหลักในทางอาญา

อาจารย์พจน์ ปะปาคม ได้อธิบายความยินยอม ต้องกระทำภายในขอบเขตที่ได้ให้ความยินยอมไว้ว่า ความยินยอมนั้น ต้องยินยอมต่อการประทุษร้ายอย่างเดียวกันอย่างแท้จริง ความยินยอมให้ทำการฉกฉวยบางประเภท ไม่หมายความว่ายอมให้ทำการฉกฉวยอย่างอื่น ไม่ว่าจะมีความจำเป็นในการรักษาพยาบาลนั้นอย่างไร ศัลยแพทย์แนะนำให้คนไข่มยาสูบ เพื่อทำการฉกฉวยเล็กน้อย จะต้องรับผิดชอบคนไข้ ถ้าเขาได้ทำการฉกฉวยใหญ่ แม้ว่าจะเป็นความจำเป็นอย่างสำคัญ แต่มีข้อยกเว้นว่า ตายยอมให้ประทุษร้ายที่ร้ายแรงกว่าอย่างหนึ่ง ย่อมเกินความถึงความยินยอมต่อการประทุษร้ายเล็กน้อยในกลุ่ประโชนอย่างเดียวกัน ด้วยวิธีการที่ยอมให้กระทำเช่นนั้น

¹Ronald A. Anderson, Wharton's Criminal Law and Procedure Vol 5 . Rochester (New York : The Lawyers Co - operative Publishing Company) p. 118 และฎีกา People V. Rae ; Morton V. Com ; Loomis V People.

²ฎีกา Williams V. State 165 Ind 472, 75 NE 875

เช่น แดงยอมให้ทำการผ่าตัดกระดูก แอปปีไซซ์โดยรีดแรงไม่ยอมให้ทำการผ่าตัด
 อย่างอื่นต่อไป หรือไม่ได้ยินยอมให้ทำการผ่าตัดอย่างอื่น ขณะแดงสอบ แพทย์พบซึ่ง
 แสดงว่า จะต้องทำการผ่าตัดใหญ่ แพทย์จึงทำการผ่าตัดใหญ่ แพทย์จะต้องรับผิดชอบ
 ต่อแดง แม้การทำการผ่าตัดใหญ่นั้น จะถูกต้องเป็นผลสำเร็จอย่างใด¹

Williams L. Prosser ได้อธิบายว่า กรณีของการเกินความยินยอมนี้
 เอกสิทธิ์ (privilege) ของจำเลย ได้ถูกจำกัดอยู่ที่เท่าที่โจทก์ได้ให้ความยินยอมเท่านั้น
 โจทก์สมัครตอยมวย ไม่ได้ยินยอมให้เขา โจรสเพียงแต่ยินยอมให้จำเลยตอยเขา,
 ความยินยอมให้ตอยด้วยหมัด ไม่ได้ว่า ยินยอมให้ทำด้วยวิธีการอย่างอื่น เช่น การกัด
 นิ้วมือ (ซึ่งถือเป็นการแห้ววอลในการแข่งขันมวยปล้ำ) หรือการแทงด้วยมีด, การ
 ยอมให้ทิ้งก้อนหิน 2 - 3 ก้อน ลงในถังน้ำ ไม่ได้ว่ายินยอมให้นำก้อนหินใหญ่ลงในลำธาร²

Fowler V. Harper และ Fleming James Jr. ได้อธิบายไว้ว่า

การที่จำเลยจะแก้ตัวได้นั้น การยอมของโจทก์จะต้องตรงกับกรกระทำละเมิด
 หรือมีความสำคัญต่อการละเมิดอย่างเดียวกัน และได้ยกตัวอย่างในคดี Mohr V.
 Williams (1905) โจทก์ไปรักษาจำเลยผู้เจ็บป่วยเรื่องหู โจทก์ได้ตกลงให้ทำการ
 ผ่าตัดหูขวาของเธอตามคำแนะนำของจำเลย เมื่อโจทก์ถูกเตรียมเพื่อการผ่าตัด และ
 ระหว่างวางยาสลบ จำเลยได้ตรวจพบและลงความเห็น ว่า หูซ้ายของโจทก์มีโรคมากกว่า
 หูขวา จึงได้ทำการผ่าตัดหูซ้าย แทนที่จะจะทำการผ่าตัดหูขวา ศาลได้พิจารณาว่า จำเลย
 ได้ทำร้ายโจทก์ แม้การผ่าตัดจะโหด แต่ก็ได้ให้โจทก์ได้รับกาสินไหมทดแทนแต่ในนาม
 เท่านั้น³

¹พจน์ ปุณฺเฬาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด
 (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515), หน้า 41

²William L. Prosser, The Law of Torts (American Civil Law)
 2 ed. pp. 84 - 85

³Fowler V. Harper and Fleming James Jr., The Law of Torts
 Fourth Edition 1974 (Little Brown and Company 1956) p. 235

และ Williams L. Prosser ได้อธิบายว่า กรณีเกินความยินยอมนี้ หลักนี้ใช้กับการห้ำหั่นกรรมของศัลยแพทย์บ่อย ๆ โดยยกตัวอย่างว่า การผ่าตัดที่จุ่ม ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการเจาะไขสันหลัง หรือทำการศัลยกรรมอื่นใด แท้จริงความยินยอม อาจจะไม่ทั่วไประยะที่จะเกินความถึงการผ่าตัดเฉพาะอย่าง ศัลยแพทย์อาจได้รับความอิสระในการที่จะกระทำสิ่งที่เขาคิดว่า เป็นสิ่งที่ดีที่สุด หรือเป็นความถูกต้องเงินที่ไม่อาจเห็นใคมาก่อน ซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างผ่าตัด และศัลยแพทย์อาจถือว่า คนไข้จะยินยอมถ้าเขาใคร่สักตัวและเข้าใจสภาพการณ์ ปัญหานี้เป็นปัญหาขอเท็จจริง ซึ่งธรรมดาพิจารณาโดยลูกขุน แต่อย่างไรก็ดี มีหลักกฎหมายที่ชัดเจนว่า ศัลยแพทย์ไม่มีเอกสิทธิ์ใน ส่วนที่เกินขอบเขตของความยินยอม ซึ่งอาจจะเป็นความยินยอมโดยตรง หรือโดยปริยาย¹

1.2.1.7 ความยินยอมและการขอมความ

ดังจะกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 2 ความยินยอมนั้น เป็นความยินยอมที่อาจให้โดยชอบด้วยกฎหมาย ความยินยอมดังกล่าว ขอมมีผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ไม่ใช่เป็นเพียงมีความผิดอยู่ แต่ไม่ลงรับโทษ

ดังนั้น ความยินยอมและการขอมความ จึงมีความแตกต่างกัน คือ ความยินยอมนั้น เป็นเรื่องที่ยุติเสียหายไต่ไถกอน หรือขณะกระทำผิด แต่การขอมความนั้น เป็นข้อตกลงที่เกิดขึ้นในภายหลังการกระทำผิด

หลักกฎหมายไทย ก็ถือหลักเช่นเดียวกับกล่าวข้างต้น และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/08 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 1 รวมกับจำเลยที่ 2 ออกเช็คธนาคารกรุงเทพจำกัด สั่งจ่ายเงิน 15,000 บาท ให้ผู้เสียหาย นายบุญชูผู้เสียหาย ได้นำเช็คไปเข้าธนาคารไทยหน เพื่อเรียกเก็บเงิน แต่ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน เพราะจำเลยฝากเงินไว้ไม่พอจ่าย โดยจำเลยมีเจตนาไม่ให้มีการจ่ายเงินตามเช็คขอหลงโทษ

¹William L. Prosser, Tje Law of Torts p. 85

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วฟังว่า การออกเช็คนี้ ผู้กรณีตกลงจะไม่เอาความอาญา
 คอกัน เป็นข้อตกลงที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และการออกเช็คนี้ สลอบไปในทางที่ว่า ผู้เสียหาย
 ว่าจะรูดูก่อนแล้ววา เป็นเช็คที่ไม่มีเงิน จะไม่ดำเนินคดีอาญากัน จึงพิพากษายกฟ้อง

ศาลอุทธรณ์ฟังว่า ผู้เสียหายและจำเลยตกลงกันในขณะออกเช็ควา จะฟ้องคดีแพ่ง
 เกี่ยวกับเรื่องเช็ค โดยจะไม่ดำเนินคดีทางอาญา ในกรณีที่ไม่มีเงินจ่ายตามเช็ค เรื่องนี้
 เป็นความผิดอันยอมความได้ จำเลยจึงไม่มีความผิด

โจทก์ฎีกาวา การยอมความในความผิดอันยอมความได้นั้น ต้องมีคดีเกิดขึ้น
 จึงจะยอมความกันภายหลังทำให้คดีเลิกไป การตกลงยอมความกันไว้ล่วงหน้า ย่อมขัดต่อ
 ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ศาลฎีกาได้ปรึกษาโดยที่ประชุมใหญ่เห็นว่า การยอมความในความผิดอันยอม
 ความได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น เป็นการกระทำภายหลังที่
 ความผิดเกิดขึ้นแล้ว มิใช่กระทำไว้ล่วงหน้าก่อนห้ามการทำความผิด ข้อตกลงล่วงหน้า
 จะถือเป็นยอมความไม่ได้ และบุคคลจะตกลงกันไว้ก่อนวา จะไม่ฟ้องคดีอาญา ถ้ามีการ
 กระทำผิดต่อไปข้างหน้า ข้อตกลงนั้นหาผูกพันให้จำต้องงดเว้นไม่ฟ้องคดีอาญา เช่นนั้น
 แต่ประการใดไม่ เพราะอำนาจฟ้องคดีอาญา จะมีอยู่หรือไม่นั้น มิได้อยู่ภายใต้บังคับของ
 กฎหมายลักษณะนี้ในทางแพ่ง หากอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
 อีกส่วนหนึ่ง

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งกล่าว จึงเห็นได้ว่า การยอมความในความผิด
 อันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญานั้น เป็นการกระทำภายหลังที่ความผิด
 เกิดขึ้นแล้ว แต่เมื่อมีความยินยอมตามกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นยอมไม่เป็นคดีอีกต่อไป
 จึงไม่มีกรณีที่จะต้องมาพิจารณาถึงการยอมความกันอีก ฉะนั้น จึงไม่จำเป็นต้องไป
 พิจารณาถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121

ตามหลักกฎหมายอเมริกา

ถ้าหลักเช่นเดียวกัน ถือถือว่า ความยินยอมและการยอมความนั้น เป็นคนละเรื่อง และมีความแตกต่างกัน ความยินยอมนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายได้ให้ ก่อนหรือขณะกระทำความผิด ส่วนการยอมความนั้น เป็นข้อตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังที่ได้ มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว โดยที่เมื่อมีความยินยอมตามกฎหมายแล้ว การกระทำนั้น ก็ไม่เป็นการผิด จึงไม่มีกรณีที่ต้องมีการยอมความแต่อย่างใด

ตามหลักการยอมความตามกฎหมายอเมริกา นั้น หลักกฎหมายในทุกมลรัฐมีความผิดอาญานั้น เป็นเรื่องที่มีอาจให้อภัยกันได้โดยเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการกระทำ ความผิด การยอมความยอมไม่บังเกิดผลมากไปกว่าการยินยอม (ซึ่งตามหลักกฎหมาย อาญาแล้ว ถือว่า การยินยอมของผู้เสียหาย ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ เนื่องจาก ถือว่า รัฐเป็นผู้เสียหาย) เมื่อผู้เสียหายโดยพลกัญนิยมีอาจให้ความยินยอมได้ก่อนการ กระทำความผิด ผู้เสียหายนั้นก็ไมอาจให้ความยินยอม หรือคิดใจไม่เอาความภายหลัง การกระทำความผิด ยิ่งไปกว่านั้น ศาลในมลรัฐทั้งหลายเห็นพ้องกันว่า แม้ความ ยินยอมซึ่งอาจจะใช้ก่อนการกระทำความผิด อาจจะใช้เป็นข้อแก้ตัวได้ ในบางกรณี ถ้าเป็นการปฏิเสธของประกอบของความผิด แต่ความยินยอมภายหลังการกระทำความผิด หรือการยอมความนั้น ย่อมไมอาจใช้เป็นข้อแก้ตัวได้ เพราะไม่มีทางที่จะปฏิเสธ องค์ประกอบของความผิด ควบเหตุที่ความผิดได้เกิดขึ้น และสำเร็จครบองค์ประกอบ บริบูรณ์แล้ว

ดังนั้น ตามหลักกฎหมายอเมริกา จึงไม่มีความผิดประเภทอันยอมความได้ ศาลสูงสุดของอเมริกาถือเสมอมาว่า ผลประโยชน์ของรัฐและสังคม ย่อมอยู่เหนือ ผลประโยชน์ของเหยื่อหรือผู้เสียหาย จากการกระทำความผิดทางอาญา รัฐฟ้องคดี เพื่อสังคม มิใช่เพื่อผู้เสียหาย ผู้เสียหายเป็นเพียงพยานผู้กล่าวโทษเท่านั้น (the complainant witness) อำนาจในการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นของพนักงานอัยการโคเนเฉาะ

ด้วยเหตุนี้ แม้นผู้กระทำผิดจะโทษคดีไซ้เสียหายแก่ผู้เสียหายจนเป็นที่พอใจ หรือใดตกลงอย่างหนึ่งอย่างใดกับผู้เสียหาย ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำก็ยังคง มีอยู่

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันเป็นที่รู้สึกันว่า ความผิดทางอาญาบางประเภท เป็น เรื่องที่กระทบกระเทือนผู้เสียหายโดยพฤตินัยโดยตรง มากกว่าจะกระทบกระเทือนสังคม การกำหนดให้ความผิดอาญาทุกประเภท เป็นความผิดต่อสังคม จนละเลยข้อที่ว่า ผู้เสียหาย โดยพฤตินัย เป็นผู้ประสบเคราะห์กรรมโดยตรง ยิ่งกว่าสังคมจึงเป็นในทางทฤษฎีจน เกินไป

ดังนั้น กฎหมายของรัฐบางรัฐ จึงได้บัญญัติกฎหมายดวลกันนักขบร โดยกำหนด ขอยกเว้นว่า ความผิดอาญาบางประเภท อาจยอมความได้ในพฤติการณ์บางอย่าง ทั้งนี้ โดยรัฐเหล่านั้นได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่า มีความผิดอาญาประเภทใดบ้าง และ ในพฤติการณ์ประการใด ที่จะทำให้การฟ้องคดีของอัยการอาจจะระงับไป เพราะการ ยอมความ เช่น รัฐเคนทักกี และมีชิแกน กฎหมายอาญาของรัฐดังกล่าวได้อนุญาตให้ยอม ความได้ในคดีลักพา หรือพรากผู้เยาว์ ถ้าผู้กระทำผิดได้สมรสกับผู้เสียหายในภายหลัง ในรัฐโอเรกอน ความผิดฐานลอมเป็นชู้กับผู้อื่น อาจยอมความได้ ถ้าผู้สมรสซึ่งเป็นผู้ เสียหายโดยพฤตินัยจิตใจไม่เอาความ แต่ในกรณีไม่มีกฎหมายดวลกันนักขบรอนุญาต โดยชัดแจ้ง ศาลของรัฐเหล่านั้น ก็ยังคงยึดถือตามหลักเดิม ศาลของรัฐฟลอริดาถือว่า แม้นผู้กระทำผิดจะสมรสกับผู้เสียหายในคดีลักพาผู้เสียหายเพื่อการประเวณี ภายหลังการ กระทำความผิดนั้น ศาลถือว่า การสมรสนั้นเป็นอุปายหลีกเลี่ยงการลงโทษ ซึ่งศาลไม่อาจ จะสนับสนุนและส่งเสริมได้ การสมรสในภายหลัง แม้จะกระทำโดยสมัครใจ ก็มีอาจ ย้อนหลังไปลดล้างการกระทำอันเป็นความผิดสำเร็จแล้วได้ จำเลยจึงต้องรับผิดชอบ

ในปัจจุบันนี้ มีรัฐส่วนน้อยที่ออกกฎหมายกำหนดให้ความผิดอาญา ซึ่งมีโทษ จำคุกไม่เกิน 1 ปี เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ได้กำหนดเงื่อนไขโดยเคร่งครัดว่า

ผู้เสียหายจะต้องปรากฏตัวต่อหน้าศาล และแจ้งให้ศาลทราบว่า ตนสมัครใจไม่คิดใจ
เอาความจำเลยอีกต่อไป เพราะเหตุที่จำเลยใช้สิทธิขอความช่วยเหลือให้ตนเป็นที่พอใจ
กระนั้นก็ตาม ศาลในมณฑลรัฐวอชิงตันนั้น ภายหลังจากความชอบกเว้นนี้โดยเคร่งครัด
ศาลในมณฑลรัฐมิสซิสซิปปี วินิจฉัยว่า คำพิงข้อเท็จจริงซึ่งผู้เสียหายแจ้งว่า ตนและจำเลย
โคกตกลงกัน ไม่เป็นเหตุให้คดีเลิกกันได้ โดยผู้เสียหายมิได้แจ้งต่อศาลว่า จำเลยใช้สิทธิ
ให้ตนจนเป็นที่พอใจแล้ว การที่กฎหมายใหม่การยอมความในกรณีเช่นนี้ได้ เพราะเห็นว่า
ถ้าจำเลยขอแก้โทษ ยอมชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ยอมเป็นการแสดงความรับผิดชอบ
และควรแก่การเห็นใจ ศาลบางรัฐถือว่า ใหญ่ผู้เสียหายมาปรากฏตัวต่อหน้าศาล เพื่อให้
ศาลสอบถาม หากความจริง และพนักงานอัยการจะไต่ถามคำถาม การที่ผู้เสียหายเพียงแต่
ทำเป็นหนังสือให้หมายมายื่นต่อศาล ไม่เป็นเหตุเพียงพอให้เลิกคดีได้¹

1.2.1.8 ความยินยอม (consent) และการยอม (Submission)

ความยินยอมตามกฎหมาย ซึ่งจะมีผลให้การกระทำไม่เป็นความผิดนั้น ความ
ยินยอมต้องกระทำโดยใจสมัคร และบุคคลผู้ให้ความยินยอมจะต้องสามารถ และ
ต้องทราบอย่างแท้จริงถึงสภาพ และผลของการกระทำที่ตนได้ให้ความยินยอมนั้น ทั้งนี้
จึงมีความแตกต่างกัน ระหว่างความยินยอม (consent) และการยอม (Submission)

ในความยินยอมย่อมมีการยอมประกอบอยู่ด้วย แต่ไม่หมายความว่า เมื่อมีการ
ยอม การยอมนั้นจะต้องมีความยินยอม ทั้งตัวอย่างเช่น การที่เด็กยอมอยู่ในเงื้อมมือ
ของคนที่แข็งแรงกว่า และต้องกระทำการต่าง ๆ ไปด้วยความกลัว จะถือว่า เด็กได้
ให้ความยินยอม และเป็นเหตุให้จำเลยหลุดพ้นจากความผิดไปได้ไม่ ในกรณีนี้ เด็กมี
เพียงการยอมเท่านั้น แต่ไม่มีความยินยอม² ทั้งนี้ ส่วนใหญ่ในความผิดกระทำอนาจาร
(indecent assault) แก่เด็กชาย ผู้พิพากษามักจะตั้งปัญหาตามลูกขุนว่า

¹ วิทยุ เครื่องงาม, ความยินยอม - การยอมตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา
วารสารกฎหมายจุฬา เดือน พฤษภาคม 2517 ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (พระนคร : บริษัทพิมพ์
จำกัด, 2517), หน้า 162 - 164

² ฎีกา R.V Day

"เด็กอาจจะยอมต่อการกระทำอันสกปรกนั้น แต่เขาก็ไม่อาจจะรู้ว่า เขาจะถูกทำ
อะไรบ้าง หรือสภาพของการที่โดนทำเป็นอย่างไร และเขาโดยยินยอมให้จำเลย
ได้กระทำเช่นนั้นหรือ" ในคดีความผิดฐานข่มขืน โทมัสคดีตัวอย่างซึ่งถือว่า ผู้เสียหาย
ยอมต่อการกระทำนั้น แต่ไม่ได้ให้ความยินยอม เมื่อคดี R.V. Flattery เด็กหญิง
ได้ยอมให้หมอนซึ่งเป็นจำเลย กระทำชำเราเธอ โดยหมอนบอกเธอว่า ต้องทำการผ่าตัด
และเธอยอมเชื่อว่า เธอถูกทำการผ่าตัด จำเลยยอมมีความผิดฐานข่มขืน¹

Rollin M. Perkins ได้อธิบายความแตกต่างการยอม และความยินยอมไว้
โดยอธิบายว่า ในความผิดฐานกรรโชก กฎหมายโคลงโทมัสกระทำที่ไคร้ทรัพย์มาจาก
ผู้อื่น ด้วยการยอมของเขา กับการชักจูงโดยการใช้กำลัง หรือทำให้กลัวโดยมิชอบ
ความกลัวอาจจะชักจูงโดยการขู่เชือดหรือทำร้ายบุคคล หรือญาติพี่น้อง หรือคนในสมาชิก
ของครอบครัวของเขา ถ้าการใช้กำลังหรือการกระทำให้กลัว แล้วให้ส่งทรัพย์สินให้
เพื่อจะมีทองถูกมา หรือทำให้บาทเจ็บสาหัสในพื้นที่ การยอมส่งทรัพย์สินให้ดังกล่าว ย่อม
มิใช่ความยินยอมตามแรงของกฎหมาย²

ผู้พิพากษาโตกลาวอ้างคดี People V. Dong Pak Yip³ ในคดี
ซึ่งกล่าวว่า ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุ 9 ขวบ ไม่อาจยอมรับเป็นหลักฐานได้

¹S. Swaminadhan, Esq, Mayne's Criminal Law of India, 4th ed
Madras, (Higginbottams LD., 1914) p p. 192 - 193

²Rollin M. Perkins Criminal Law and Procedure Third Edition
Brooklyn (The Foundation Press, Inc. 1966), p. 543

³People V. Dong Pak Yip, 164 Cal 143 R. Bryce Young
Criminal Law : Codes and Cases, (Mc Graw - Hill Inc. 1972), p. 219

ในเมื่อผู้เสียหายได้อยู่ในเงื้อมมือของจำเลย และกล่าวว่า ยอมมีความแตกต่างกัน
 อย่างแท้จริง ในแง่ของกฎหมายระหว่างการทำที่เป็นเพียงการยอม และการยินยอมที่แท้จริง
 (actual consent) ในทางกฎหมายความยินยอมหมายถึงการตกลงโดยสมัครใจ โดย
 บุคคลที่มีเชาวน์ และอาจเลือกใช้เชาวน์หรือความคิณนั้น เพื่อกระทำบางสิ่งบางอย่าง
 ที่บุคคลอีกคนหนึ่งเสนอมา ความยินยอมย่อมมีความแตกต่างจากการยอมอย่างมากมาย
 ความยินยอมต่อการกระทำบางอย่าง ย่อมมีการยอมควบเสมอ¹

1.2.2 ความยินยอมอันบริสุทธิ์

อาจจะแยกพิจารณา ดังนี้

1. ความหมายของความยินยอมอันบริสุทธิ์
2. ความยินยอมที่ไต่มาโดยการข่มขู่
3. ความยินยอมที่ไต่มาโดยการหลอกลวงหรือกีดกัน
4. ความยินยอมที่ไต่มาโดยการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

1.2.2.1 ความหมายของความยินยอมบริสุทธิ์

หลักกฎหมายในทางอาญา ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไม่ต้องรับผิด
 ในทางกฎหมายอาญานั้น จะต้องเป็นความยินยอมโดยบริสุทธิ์ คือ จะต้องเป็นความ
 ยินยอมที่ไต่มาโดยเสรี จริ่งใจ และซัดแจ้ง กล่าวคือ ปราศจากการข่มขู่ หลอกลวง
 หรือสำคัญผิด²

¹ Ibid., p. 219 - 220

² จิตติ ทิงศกัณฑ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2
 แก้ไขเพิ่มเติมพิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์ 2518), หน้า 642

ศาสตราจารย์ จิตติ ทิงศกัทธิย์ ได้อธิบายไว้ว่า ความยินยอมที่จะยกเว้นความผิดตามกฎหมายอาญาได้นั้น จะต้องเป็นความยินยอมโดยบริสุทธิ์ คำว่า "บริสุทธิ์" นี้ คือ ความยินยอมของบุคคลที่ถูกทำร้ายนั้น ต้องให้ด้วยความเต็มใจ ไม่ได้เกิดจากการบังคับขู่เข็ญ หรือหลอกลวง หรือเข้าใจผิด คือ ต้องรู้ว่าจะได้รับผลร้ายนั้น และยอมรับผลร้ายนั้นโดยเต็มใจ¹

R.V. Bruce Young ได้อธิบายว่า ความยินยอมจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้กระทำด้วยความเต็มใจ ความยินยอมที่ได้กระทำโดยความไม่สมัครใจ คือ เป็นความยินยอมที่ได้มาโดยการถูกขังขู่ เช่น ในกรณีซึ่งบุคคลได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำอาชญากรรม โดยถูกข่มขู่ หรือขู่เข็ญ โดยมีเหตุผลเพียงพอที่จะแสดงว่า ถ้าเขาปฏิเสธชีวิตของเขาจะตกอยู่ในอันตราย ย่อมเป็นความยินยอมที่ไม่สมบูรณ์²

P.J. Fitzgerald ได้อธิบายว่า ความยินยอมอันจะอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้นั้น ความยินยอมของผู้เสียหายคงกล่าว จะต้องได้ให้โดยอิสระ ความยินยอมที่ได้มาโดยการข่มขู่ หรือหลอกลวง ไม่ถือว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริง และได้ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่หมอได้ขังขู่เด็กชายคนหนึ่ง ยอมรับการฉีดยา โดยหลอกให้เด็กชายคนนั้นสำคัญผิดว่า มีคาของเด็คนั้นบอกว่า เขาจะต้องได้รับการฉีดยา ในกรณีนี้ถือว่าไม่มีความยินยอมอันแท้จริง และหมอย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (assault)³

¹จิตติ ทิงศกัทธิย์, ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 (พระนคร : นำอักษรการพิมพ์ 2520) หน้า 56

²R. Bryce Young, Criminal Law ; Codes and Cases (Mc Graw - Hill Inc. 1972) p. 216

³P.J. Fitzgerald, Criminal Law and Punishment, Oxford (At the Clarendon Press 1962) p. 16

Earl of Halsbury และ Viscount Simonds ได้อธิบายถึงความยินยอมอันเป็นพื้นฐานของข้อตกลงนั้นจะไม่ต้องรับผิดในทางอาญา ได้อธิบายไว้ว่า ความยินยอมนั้น ไม่อาจใช้เป็นข้อตกลงได้ เมื่อได้มาโดยกลลวง (fraud) หลอกลวง หรือโดยการขู่เข็ญบังคับ (threat) หรือโดยวิธีการใช้กำลัง (violence) และในกรณีของผู้เยาว์หรือบุคคลที่มีความบกพร่องทางสมอง (defective intellect) การยอมตกลงการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่รู้ถึงสภาพแห่งข้อเท็จจริง ย่อมไม่ใช่ความยินยอม¹

J.W. Cecil Turner ได้อธิบายของผลของความยินยอม (Effect of consent) ไว้ว่า ความยินยอมจะก่อให้เกิดโดยอิสระ เช่น โดยไม่มีการใช้กำลัง ทำให้ตกอยู่ในสภาพของความกลัว หรือหลอวง และโดยคนที่ไม่วิกลจริต และคนปกติที่มีใค้อยู่ในสภาพของความมั่นใจ จึงจะเป็นความยินยอมที่จะมีผลในทางกฎหมาย²

ตามหลักกฎหมายของสหภาพโซเวียต ได้อธิบายไว้ในเรื่องของการอนุญาตของผู้เสียหาย (Permission of the victim) โดยถือว่า การอนุญาตของผู้เสียหายเป็นพฤติการณ์หนึ่ง ซึ่งจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อสังคม มิฉะนั้นการกระทำนั้น ก็จะต้องเป็นความผิดอาญา การอนุญาตของผู้เสียหายจะคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

อาลฯ

c) การอนุญาตของผู้เสียหาย จะคงเป็นไปโดยแท้จริง (Permission must be real) เช่น ใ้โดยบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ และมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมตามกฎหมายอย่างเต็มที่ ด้วยการแสดงเจตนาอย่างอิสระของเขาเอง (of his own free will) และคงใ้ให้ความยินยอมก่อนที่การกระทำนั้นใ้ถูกกระทำขึ้น³

¹Earl of Halsbury and Viscount Simonds, Halsbury's Law of England, Third Edition (London, Butterworth & Co. (Publisher) Ltd. 1963) p. 285

²J.W. Cecil Turner, Kenny's Outlines Criminal Law Eighteenth Edition (Cambridge At the University Press, 1962) p. 119 ทั่วข้อที่ 156

³F.J. Feldbrugge, Soviet Criminal Law. General Part, Law in Eastern Europe IX (A.W.Syth off Leyden 1964), p. 125

ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศส¹ ก็เช่นเดียวกัน ความยินยอมของเจ้าทุกข์ จะทำให้การกระทำเป็นการขอมตวยกฎหมายก็ต่อเมื่อครบเงื่อนไข 3 ประการ คือ

1. ใ้ความยินยอมก่อนหรือในขณะที่กระทำผิด
2. ใ้ความยินยอมด้วยความซื่อสัตย์ และด้วยอิสระ ไม่มีกดดันหรือหลอกลวง
3. ผู้ใ้ความยินยอมเป็นผู้ที่มีความรู้ถึงผิดชอบดีแล้ว ไม่ใช่เด็ก

หลักกฎหมายในทางแพ่ง

ในเรื่องที่ว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวใ้ตามกฎหมายนั้น หลักกฎหมายในทางแพ่งก็มีหลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายในทางอาญา ก็คือว่า ความยินยอมที่แท้จริงนั้น จะต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ผู้ใ้ความยินยอม ใ้โดยอิสระ (The consent must be freely given) โดยปราศจากการขู่เข็ญ บังคับ หลอกลวง หรือสำคัญผิด

T. Ellis Lewis ใ้ข้อสังเกตที่สำคัญ ในกรณีนี้คือหลักว่า ความยินยอมต้องใ้โดยอิสระ ใ้ว่า "เราจะว่าเขาสมัครใจไม่ใ้ ถ้าเขาไม่ใ้อยู่ในฐานะที่จะเลือกใ้โดยอิสระ และมีเสรีภาพของการเลือก ไม่ใช่เป็นเพียงรูปฤทธิการณ ซึ่งใ้ในการเลือก เขาจะต้องเลือกโดยความฉลาดของเขา จะต้องไม่มีความรู้สึถูกบังคับใ้ใด ๆ เพื่อว่าจะไม่มีสิ่งใ้มารบกวนเสรีภาพในจิตใจของเขา" และใ้ยกตัวอย่างในคดี Imperial Chemical Industries Ltd. V. Shatwell ในคดีนี้ตั้งกล่าว โจทก์และ James น้องชายของโจทก์ ใ้ทำงานใ้ที่ระเบิดหินของจำเลย เขาทั้งสองใ้ตกลงไม่ใ้ทำตามคำสั่งของจำเลย และตามกฎข้อบังคับที่เขาสองใ้จะทำ

¹ พจน ุฒปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 48

ใดที่ลดลงจนระเบิดโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามที่ควรจะต้องทำ ผลก็คือ
ได้เกิดการระเบิดขึ้น ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ เขาได้ฟ้องนายจ้างให้รับผิดชอบรวม
ในฐานะประมาทเลินเล่อ¹

ศาลได้พิพากษาว่า จำเลยไม่ของรับผิดชอบ โจทก์ได้ยินยอมต่อการกระทำเช่นนั้น
ซึ่งเป็นเหตุให้ตนได้รับบาดเจ็บ และยิ่งกว่านั้น โจทก์ได้สมัครใจเสี่ยงภัยให้ตนได้รับ
บาดเจ็บ²

ในคดีนี้ Lewis ได้อธิบายไว้ว่า เห็นได้ชัดว่า โจทก์ไม่ได้ถูกกีดกันจาก
จำเลย ที่ให้ยอมรับวิธีการทำงานที่มีอันตราย ซึ่งได้ก่อให้เกิดการบาดเจ็บขึ้น ซึ่งโจทก์
ได้รู้อยู่แล้ว และอธิบายต่อไปว่า ในกรณีของลูกจ้าง - นายจ้าง ความธรรมดาที่อาจ
จะมีความกดดันทางเศรษฐกิจหรืออื่น ๆ แก่คนงานซึ่งอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่า ดังนั้น จึงไม่
เป็นการยุติธรรมที่นายจ้างว่าเขาได้เสี่ยงภัยเอง ไม่ระมัดระวังอันตรายที่จะเกิดขึ้น
ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีคามยินยอมอย่างชัดเจน หรือลูกจ้างยอมเสี่ยงภัยเองแล้ว นายจ้าง
ยอมไม่อาจอ้างสุภาษิต *Volenti non fit injuria* ได้

1.2.2.2 ความยินยอมที่ได้มาโดยการข่มขู่

ความหลักกฎหมายไทย

ศาสตราจารย์จิติ ทิงศกัทธิย์ ได้อธิบายความยินยอมที่ได้มาโดยการ
ข่มขู่ไว้ว่า เกี่ยวกับการข่มขู่ยอมเป็นที่เห็นได้ว่า การใช้กำลังประทุษร้าย ขู่เข็ญ
ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือทำใหกลัวว่า จะเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย

¹T. Ellis Lewis, Winfield on Torts (A Textbook of the law of Torts) Sixth Edition London (Sweet & Maxwell Ltd. 1954) p. 746

²Ibid p. 743

เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน จะเป็นการกระทำของผู้เสียหาย หรือบุคคลที่สาม
 ความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276, 278, 283, 309, 313, 320, 337, 338
 และ 339 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ย่อมทำให้การกระทำของผู้เสียหายที่อนุโลม
 ทำตามคำขอของผู้กระทำความผิด กลายเป็นการกระทำด้วยความจำยอม มิใช่กระทำ
 ด้วยความยินยอมที่แท้จริง¹

ส่วนการข่มขู่เพียงใด จะทำให้เป็นความจำยอมย์ อมแล้วแก่พฤติการณ์
 ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 126²

ดังนั้น การขอมกระทำตามคำขู่ทั้งกล่าว จึงมิใช่เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์
 จึงมีอายุยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไต่อา ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำผิดนั้น ได้มี
 คำพิพากษาฎีกา อธิบายถึงการยินยอมที่ไต่มาโดยการข่มขู่ คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2565/2519

จำเลยที่ 1 ไซ้เหล็กมคชารปชขึ้นใจกระทำชำเราผู้เสียหายสำเร็จ
 1 ครั้ง แล้วลุดไป จำเลยที่ 2 ที่ 3 เข้ากระทำชำเราจนสำเร็จคนละครั้ง ดังนั้น
 แม้จำเลยที่ 2 ที่ 3 จะมีไซ้เหล็กผู้เสียหาย แต่ก็นื่องมาจากผู้เสียหายตกอยู่ในกาที่
 ไม่สามารถข้ขึ้นใจ ถือไม่ไต่อา ผู้เสียหายยินยอม และการกระทำของจำเลยทั้งสาม
 ผิดค้เปลี่ยนกันกระทำชำเราจนสำเร็จความใคร่คนละครั้ง โดยผู้เสียหายไม่ยินยอมเช่นนี้
 ถือไต่อา มีลักษณะเป็นการโหมหนิง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง
 ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 ข้อ 7³

¹ จิตติ ตึงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญากฎ 1 ตอน 2 พิมพ์
 ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 642 - 643

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 126 บัญญัติว่า "การข่มขู่
 ที่จะให้การใดตกเป็นโมฆียะนั้น จะต้องเป็นอันถึงขนาดที่จะจูงใจผู้ถูกข่มขู่ให้มีผลต้องกลัว
 จะเกิดความเสียหายเป็นภัยแก่ตนเอง แก่สกุลแห่งตน หรือแก่ทรัพย์สินของตน เป็นภัยอัน
 ไกลจะถึงและอย่างนอยร้ายแรงเท่ากั้มที่จะหึงกลัวต่อการอันเขากรรโทษเคอนั้น"

³ ยิ่งศักดิ์ กฤษณะจินดา, คำพิพากษาฎีกา 2519 - 2520 (บางส่วน) หน้า 262

คามหลักกฎหมายต่างประเทศ

คามหลักกฎหมายของต่างประเทศ ทุกประเทศถือหลักว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไต่คนั้น จะคงเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ หรือจะคงเป็นความยินยอมที่ได้ให้โดยอิสระ โดยปราศจากการทำร้าย หรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือข่มขู่, ขู่เข็ญ จะใช้กำลังประทุษร้าย

คามหลักของกฎหมายสหรัฐอเมริกา

คามหลักของ Model Penal Code มาตรา 2.11 ซึ่งโครงการเสนอโดยเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (the American Bar Association) ได้บัญญัติไว้ว่า ความยินยอมซึ่งไมอาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไต่คนั้น ทั้งนี้ เว้นแต่กฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ได้แก่ความยินยอมที่เกิดจากการขู่เข็ญ บังคับ หรือหลอกลวง¹

คามหลักของกฎหมายอินเดีย

ในประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย มาตรา 90 ได้บัญญัติถึงความยินยอมที่ได้มาโดยการข่มขู่ไว้ โดยได้บัญญัติไว้ว่า ความยินยอมใด หากเป็นความยินยอมที่มีใจเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ ยอมไม่ถือว่า เป็นความยินยอมตามมาตราต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายนี้ หากว่าความยินยอมดังกล่าว ได้มาโดยบุคคลซึ่งกักอยู่ภายใต้ความกลัวที่ตนจะได้รับความร้าย หรือเข้าใจผิดในสาระสำคัญแห่งข้อเท็จจริง ฯลฯ²

¹ วิชาญ เกรืองาม, วารสารกฎหมายจุฬา เดือนพฤษภาคม 2517 ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 หน้า 161

² S. Swaminadham, Esq. Mayne's Criminal Law of India, 4th ed Madrass, (Higginbothams LD. 1914) p. 50

ตามหลักของกฎหมายนอร์เวย์

ตามคำอธิบายกฎหมายของ Johanes Andenaes อธิบายว่า ความบกพร่องในความยินยอม เช่น ความยินยอมที่ได้มาโดยการข่มขู่ ย่อมทำให้ ความยินยอมเสียไป ถือว่า ความยินยอมย่อมใช้ได้โดย เช่น ถ้าเราบังคับคนอื่นให้อยู่ พังในขณะที่เรากำลัง เราอาจจะตกลงโทษสำหรับการขู่เข็ญ และหมิ่นประมาท หรือ ถ้าเราบังคับหรือขู่ให้เขาส่งทรัพย์สินให้ ความยินยอมย่อมใช้ได้ เราจะไม่ตกลงโทษฐานลักทรัพย์ แต่อาจจะมีความผิดฐานกรรโชก, ฉ้อโกง หรือชิงทรัพย์ แล้วแต่กรณี

J.W. Cecil Turner¹ ได้อธิบายความยินยอมที่ได้มาโดยการข่มขู่ไว้ในกรณีของความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ความยินยอมของเจ้าของจะมีผลก็ต่อเมื่อใดกระทำโดยเต็มใจ และอิสระ ย่อมไม่ถือว่า เป็นความยินยอมเมื่อเจ้าของทรัพย์สินไม่ให้ความยินยอมไปโดยถูกบังคับขู่เข็ญ โดยผู้กระทำความผิด ที่จะทำร้ายเรา หากว่าเขาไม่ยอมส่งทรัพย์สินให้ ศาลจะไม่ยอมรับว่า เป็นความยินยอมที่แท้จริง และถือได้ว่า การเอาไปซึ่งสิ่งของเหล่านั้น ย่อมเป็นความผิด โดยยกตัวอย่างเช่น คนดูแลห้องในการขายทอดตลาด (an auction - keeper) ได้บังคับหญิงคนหนึ่ง ให้ชำระราคาของบางชุด ซึ่งเธอมิได้ประสงค์จะไปในการขายทอดตลาด โดยขู่หา เธอจะออกไปไม่ได้ จนกว่าจะชำระราคาแล้ว การยอมตกลงการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่า เป็นความยินยอมของหญิงนั้น²

¹J.W. Cecil Turner, *Kenny's Outliner Criminal Law Eighteen Edition* (Cambridge At the University Press, 1962) p. 274 ทั่วข้อ 253

²Larceny Act, 1961 1(2) (i) (b) และฎีกา

R.V. Mc Grath (1869)

R.V. Lovell (1881)

R.V. Hilliard (1914)

J.C. Smith and Brian Hogan. ไต่อาบายว่า ความยินยอมที่ได้มา โดยการข่มขู่ อาจจะเกิดขึ้นโดยความสับสนของคู่กรณี เจน ระหว่างนักเรียนและครู โดยโดยกตัวอย่างเช่น D เป็นครู และ P เป็นนักเรียนอายุ 13 ปี D ไต่ข่มขู่ กระทำชำเรา การข่มขู่ข่มขืนกระทำชำเรา ถือไม่ได้ว่า เป็นความยินยอม แต่ถ การเชื่อโดยไม่มีเหตุยลในความยินยอมของ P D ก็อาจจะยกเป็นข้อแก้ตัวได้ว่า P ไต่ความยินยอม¹

ไต่มีคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานในเรื่องที่เกี่ยวกับความยินยอมที่ได้มาโดยการข่มขู่ หรือใช้อำนาจบังคับดังนี้

คดี Peope V. Hart (1950)²

Fred B. Hart จำเลยเป็นผู้ถูข่มขืน

- ไต่ถูกพิพากษาลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ที่กระทำ ตอร่างกายของ M จำเลยคนหนึ่ง จำเลยไต่ถูข่มขืน คำสั่งที่ไต่ยกคำร้อง ขอให้ พิจารณาใหม่

ขอไต่เท็จจริงมีอยู่ว่า M เป็นกาดสี่เรื่อ รักษาตัวที่โรงพยาบาลทหารเรื่อ เนื่องจากขาหัก เวลา 2.30 ผู้ถูข่มขืนไต่ขับรถโดยมีเพื่อนหญิงนั่งมาด้วย มาชวน M นั่งรถไปด้วย ไปไต่สัก 2 - 3 ช่วงก็ก็หยุด M และผู้ถูข่มขืนไต่ลงไป จากรถสักประเดี้ยว แล้วผู้ถูข่มขืนและ M ไต่กลับมานั่งที่นั่งตอนหลัง ส่วนผู้หญิงยังคง นั่งอยู่ที่นั่งคอนหน้า ผู้ถูข่มขืนไต่ส่งมีคให้ M กระทำคามผิดตามที่ถูกฟ้อง M ขอม ทำตาม ความผิดจึงไต่เกิดขึ้น

¹J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal Law Second Edition (London: Butterworths, 1969) p. 255

²People V Hart 98 C.A. 2d 514, 220 P.2d 595 (1950)

ผู้ถูกระงับไว้ว่า M เป็นผู้สนับสนุนตามความหมายของประมวลกฎหมาย
อาญา มาตรา 1111

ความหลักของกฎหมายอาญา การบังคับที่จะทำให้ผู้บรรลุนิติภาวะ พ้นจาก
ความรับผิดชอบทางอาญา ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 26 อนุมาตรา 8 ซึ่งได้บัญญัติว่า

"บุคคลทุกคนสามารถจะกระทำความผิดอาญาได้ เว้นแต่บุคคลชนิด
ดังต่อไปนี้ :

8. บุคคลใด (เว้นแต่ความผิดอาญาที่ลงโทษประหารชีวิต) ได้กระทำความผิดหรือ
งดเว้นการที่ถูกลกล่าวหาโดยฉุฉิมขุ หรือขุขี้ขุ เพียงพอที่จะแสดงว่า เขาได้มี
เหตุอันสมควร และเชื่อว่า ชีวิตของเขาอยู่ในอันตรายถ้าเขาปฏิเสธ

ดังนั้น M จะเป็นผู้สนับสนุน เว้นแต่ M จะได้มีพยานหลักฐานเพียงพอ
ที่จะอยู่ในข่ายขอกแก้ตัวของมาตรา 26 อนุมาตรา 8 คือ จะคงเป็นกรณี M เชื่อว่า
ชีวิตของเขาอยู่ในอันตรายถ้าเขาปฏิเสธ

แต่พยานหลักฐานทั้งหมด M เพียงบอกความว่า ได้รวมกระทำความผิด
กับเขา เพราะกลัวว่าเขาของคนจะหักอก และไม่คงการจะสู้กับเขา ดังนั้น พยาน
หลักฐานทั้งหมด จึงไม่เพียงพอว่า มีพยานหลักฐานที่ M จะเชื่อว่า ชีวิตของเขา
อยู่ในอันตราย

ดังนั้น M จึงมีความผิด¹

People V. Peterman และ People V. Ellis²

¹R. Bryce Young. Criminal Law (Mc Graw - Hill Inc., 1972)
pp. 221 - 222

²People V Peterman 103 C.A. 2d 322, 229 p. 2d 444 (1951);
People V. Ellis C.A 2d 408, 209 p. 2d 266 (1955)

ในคดีดังกล่าว ผู้เสียหายเป็นหญิงหม้าย อายุ 63 ปี หนัก 110 ปอนด์
 จำเลยผู้กระทำผิด อายุ 43 ปี หนัก 180 ปอนด์ ศาลได้พิจารณาว่า ถ้าเธอได้ถูก
 ชูเชิญ หรือกลัวว่าจะถูกฆ่า หรือว่าจะถูกทำร้ายร่างกายสาหัส นี้ก็เป็นการเพียงพอที่จะ
 ทำให้ความยินยอมของเธอใช้ไม่ได้ ดังนั้น ในการที่เธอได้ใช้ปากคูดของลับ ซึ่งเป็น
 ความผิดตามมาตรา 268 a เธอจึงไม่ใช่ผู้สนับสนุน¹

People V. Otis (1959)

คดีในศาล the First District Court ปี ค.ศ. 1959 จำเลยซึ่ง
 เป็นนักโทษ คุกมี 3 เล่ม และตะไบ 1 เล่มอยู่ในความครอบครองของเขา ซึ่งเป็น
 ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1502 จำเลยได้อ้างว่า เขาได้ถูกบังคับ
 ให้ซ่อนอาวุธ โดยได้ถูกขู่โดยเพื่อนนักโทษด้วยกัน

ศาลได้พิจารณาว่า ไม่วาการขู่ให้กลัวว่า จะถูกทำร้าย ซึ่งเพียงพอให้ยกเว้น
 การกระทำที่เป็นผิดได้ หรือการขู่ให้กลัวว่า จะเป็นอันตรายต่อชีวิตนั้น จะต้องเป็นกรณี
 ที่ผู้จะลงมือทันที และเป็นการขู่ที่จวนเจียน แต่พยานหลักฐานของจำเลยดังกล่าว ไม่มี
 พยานหลักฐานอันควรที่จะพิพากษาสนับสนุน

จำเลยยอมรับความผิด

คดี State V. Moretti

ในคดีนี้ จำเลยอ้างว่า ได้ถูกขู่เชิญในขณะที่เขาและผู้สนับสนุนของเขา
 กำลังทำการปล้นทรัพย์ และผู้เสียหายได้ถูกฆาตกรรม แม้จำเลยในคดีนั้นจะไม่ได้เป็น
 ผู้ฆ่าเอง เขาก็ร่วมทำการปล้น ศาลได้พิจารณาว่า จำเลยจะยกข้อแก้ตัวว่า ถูกข่มขู่
 เป็นข้อแก้ตัวไม่ได้

¹Ibid p. 223

หลักกฎหมายในทางแพ่ง

ในทางกฎหมายแพ่งก็ยังมีหลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายอาญา ซึ่งถือว่าความยินยอมที่ได้มาโดยการใช้กำลัง หรือความยินยอมที่ได้มาโดยการข่มขู่ ไม่ถือว่าเป็นความยินยอมตามกฎหมาย

Clark and Lindsell ได้อธิบายว่า ความยินยอมที่ได้มาโดยการใช้กำลัง ยอมยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้ ถ้าจิตใจของฝ่ายที่ยินยอมได้ถูกบังคับด้วยกำลัง หรือกลัวต่อการถูกทำร้าย แต่ขอเท็จจริงที่ว่า โจทย์ยอมเพราะเขาใจผิด โดยเชื่อว่า จำเลยมีสิทธิที่จะกระทำได้ ยอมไม่ทำให้ความยินยอมของเขาเสียไป¹

William and Prosser ได้อธิบายไว้ว่า คดีที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมที่ได้มาโดยการข่มขู่เล็กน้อย เช่น อาจจะมีได้ในกรณีการทำให้เสื่อมเสียอวัยวะ หรือทำร้ายร่างกาย ย่อมเห็นได้ชัดว่า การยอมโดยถูกข่มขู่ด้วยกำลัง หรือขู่ที่จะให้ดำเนินคดีตามกฎหมาย ต้องถือว่า ไม่มีความยินยอมอยู่เลย เพราะเป็นการบังคับต่อการให้ความยินยอมโดยอิสระของใจแท้ การข่มขู่ อาจจะขู่ว่าจะให้เกิดผลร้ายต่อใจตนเอง หรือญาติผู้ใกล้ชิดของใจแท้ก็ได้ แต่การขู่ซึ่งเป็นเพียงการจะจับกุมในอนาคต หรือการขู่ทางเศรษฐกิจ เช่น ขู่จะไล่ออกจากงาน ศาลถือว่า แม้จะเป็นความยินยอมซึ่งมีความลี้เลื่อยบาง ก็ยังถือว่า เป็นความยินยอม

Fowler V. Harper and Fleming James Jr.

ได้อธิบายเช่นเดียวกันว่า การยินยอมโดยการใช้กำลัง หรือข่มขู่ ไม่มีผลเป็นความยินยอมตามกฎหมาย การข่มขู่โดยตัวของมันเอง ไม่ถือเป็นละเมิด แต่เป็น

¹ Clark and Lindsell, Clark and Lindsell on Torts Thirteenth Edition (London Sweet & Maxwell 1969) p. 344 หัวข้อ 678 และถูกตี

Latter V. Braddel (1881) 44 LT. 369. CA.

วิธีหนึ่งของการทำละเมิด การขู่ซึ่งได้มาโดยการข่มขู่ไม่เต็มใจ เนื่องจากขู่ที่จะกระทำละเมิดต่อผลประโยชน์ หรือความปลอดภัยของโจทก์ ความยินยอมของโจทก์ ย่อมไม่ใช่ความยินยอมที่แท้จริง¹

1.2.2.3 ความยินยอมที่ได้มาโดยการหลอกลวง หรือกลฉ้อฉล (fraud)

ตามหลักกฎหมายไทย

ศาสตราจารย์จิติ คิงส์ทีย์ ได้อธิบายถึงความยินยอมที่ได้มาโดยการหลอกลวงไว้ดังนี้ การหลอกลวงอาจจะแบ่งออกเป็น

1. การหลอกลวงให้ผู้เสียหายหลงผิดในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in factum) เช่น ให้เซ็นเช็คโดยหลอกให้เข้าใจว่า เป็นใบรับของ ซึ่งจะผิดพลาดเป็นการแสดงเจตนาอันเป็นโมฆะเสียเปล่า
2. การหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in inducement) เช่น ให้เซ็นเช็คให้โดยหลอกขายของปลอม เป็นต้น

ในความผิดเช่นล่อโจง แม้จะเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุก็เป็นความผิด เพราะตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271, 341 การหลอกลวง เป็นองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ จะเป็นการหลอกลวงด้วยประการใด ๆ หรือการแสดงข้อความเท็จ ไม่จำกัดวาทลักษณะอย่างใด ก็เป็นองค์ประกอบความผิด เช่นเดียวกับ มาตรา 283, 284, 313, 320 หรือมาตรา 318 ที่มีบัญญัติว่า ผู้เสียหายไม่เต็มใจ ให้กระทำ ก็เป็นความผิดหนักขึ้น จะหลอกลวงด้วยประการใด ๆ ก็ได้ ถือว่า ผู้เสียหายไม่เต็มใจ²

¹Fowler V. Harper and Fleming James Jr., The Law on Torts Fourth Edition (Little Brown and Company 1956) pp. 233 - 234

²จิติ คิงส์ทีย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญากฎ 1 ตอน 2 พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์ 2518), หน้า 643 - 646

แต่ปัญหาเช่นนี้ ในความนึกที่ใจทุกองพิสูจน์ว่า ผู้เสียหายไม่ได้ยินยอมให้
 กระทำ แต่การหลอกลวงมีไซเป็นองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น
 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 276 ซึ่งจะต้องพิสูจน์ว่า ไม่ยินยอม คือ มีการ
 "ข่มขืน" ถ้าผู้เสียหายรู้ว่า ตนจะถูกกระทำชำเรา แต่โดยที่ผู้กระทำหลอกลวง
 ให้หลงในเหตุที่ตนกระทำ เช่น แพทย์หลอกผู้ป่วยว่า จำเป็นต้องกระทำ เช่นนั้น
 ในการรักษาโรค จึงในกรณีเช่นนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่า ถือว่า ผู้เสียหายไม่ได้
 ยินยอม ซึ่งจะทำให้การกระทำนั้น จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อผู้กระทำใช้หลอกลวง
 จนผู้เสียหายเข้าใจว่า เป็นการกระอย่างอื่น มีไซกระทำชำเรา เช่น หลอกให้เข้าใจว่า
 เป็นเพียงแต่การตรวจร่างกายด้วยเครื่องมืออย่างอื่นเท่านั้น จึงจะถือได้ว่า เป็นการ
 กระทำโดยปราศจากความยินยอม เป็นความผิดตามมาตรา 276

ในกรณีของการที่ผู้กระทำหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่า ตนคือสามีของหญิงนั้น
 โดยเข้ามาหาหญิงในที่มืด เมื่อหญิงรู้ว่า ถูกกระทำโดยผู้ที่มีไซสามี จึงอะอะขึ้น
 ศาลในสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินแตกต่างกัน แต่ส่วนมากถือว่า เป็นความผิดฐานข่มขืน
 แต่ในมาตรา 276, และ 279¹ จึงได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า การกระทำโดยให้หญิง

¹ประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 276 "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง
 ซึ่งมีไซภรรยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยไซกำลังประทุษร้าย โดยหญิง
 อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่า ตนเป็นบุคคลอื่น ต้อง
 ระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี และปรับตั้งแต่สองพันบาท ถึงสองหมื่นบาท."

มาตรา 279 "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอม
 หรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำ
 ทั้งปรับ"

ถ้าในการกระทำผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำใดกระทำโดยขู่เข็ญด้วย
 ประการใด ๆ โดยไซกำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
 ทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่า ตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับ
 ไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

เข้าใจผิดว่า ผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น ก็เป็นความผิดฐานข่มขืน¹

สำหรับความผิดฐานอื่น ๆ ซึ่งโจทก์ไม่จำต้องพิสูจน์ความไม่ยินยอมของผู้เสียหาย และผู้เสียหายอาจยินยอมให้กระทำไต่ เช่น ทำร้ายร่างกาย เพียงแต่มีการหลอกลวง ในมุลเหตุ ก็ถือว่า ความยินยอมยังคงมีอยู่ แต่การกระทำก็อาจยังคงเป็นความผิดอยู่ เพราะความยินยอมซึ่งไต่มาโดยการหลอกลวง แม้จะหลอกในมุลเหตุ ก็ไม่เป็นการไต่มา โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงอ้างความยินยอมเป็นขอแก้ตัวไม่ไต่อยู่นั้นเอง

ดังนั้นอาจสรุปไต่ว่า

1. ในกรณีที่ความผิดมีองค์ประกอบเป็นการหลอกลวง หรือไม่เต็มใจ เช่น มาตรา 271, 341, 344, 318 ความผิดคือการไต่ความยินยอมมาโดยการหลอกลวง ดังนั้น แม้จะหลอกลวงในมุลเหตุการกระทำก็ยังคงเป็นความผิดอยู่

2. ในกรณีที่สภาพของความผิด ต้องปราศจากความยินยอม คือ มีความผิดบางประเภท เป็นที่เห็นไต่โดยสภาพ จะเป็นความผิดขั้นก็ต่อเมื่อผู้เสียหายมิไต่ยินยอม เช่น ลักทรัพย์, โกงเจ้าหนี้, ฆาต หรือ ความผิดที่มีการข่มขืน ในความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 ถ้าผู้เสียหายยินยอม ยอมไม่ไต่เป็นความผิด ความยินยอมนี้แม้จะไต่มาโดยการหลอกลวงในมุลเหตุ ก็ยังถือว่า เป็นความยินยอม ต่อเมื่อไต่หลอกลวงในสภาพของการกระทำ จึงจะถือว่า ไม่มีความยินยอม และการกระทำยอมเป็นความผิด

¹ Model Penal Code ของอเมริกา มาตรา 231 . 1 ไต่บัญญัติในความผิดฐานข่มขืนว่า การหลอกลวงในการรวมประเวณี ซึ่งชายใดไต่รวมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนผิด felony of the third degree ถ้าเขาทราบว่า หญิงไม่ทราบว่า เขาไต่รวมประเวณี หรือหญิงยินยอม เพราะการหลอกลวงว่า เป็นสามีของหญิงนั้น

3. ความผิดอื่น ๆ ที่ความยินยอมไม่เกี่ยวกับองค์ประกอบของความผิด จะยินยอมหรือไม่ ความผิดก็เกิดขึ้น แต่ก็มีบางความผิด ความยินยอมอาจจะแก้ตัวได้ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หากมีความยินยอม จะต้องเป็นการหลอกลวงในสภาพของการกระทำ จึงไม่ถือว่า มีความยินยอม

ตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ

ตามหลักกฎหมายของอเมริกา

ตาม Model Penal Code มาตรา 2.11 ใ้คอธิบายเกี่ยวกับหลักความยินยอมไว้ว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้นั้น จะต้องมิได้เกิดขึ้นจากการขู่เข็ญ, บังคับ หรือหลอกลวง

ศาลส่วนใหญ่ของอเมริกาได้วินิจฉัยว่า การหลอกลวงจนเป็นเหตุใหญ่เสียหายยินยอมนั้น มิใช่จะทำให้ผู้กระทำจะกองรับโทษเสมอไป ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาจากสภาพของการหลอกลวง ดังนี้

ถ้าเป็นการหลอกลวงในข้อเท็จจริงอันมีเหตุผลแห่งใจ แต่เป็นการหลอกลวงในสภาพของการกระทำ และผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม โดยเข้าใจผิดในสภาพของการกระทำนั้น ดังนี้ ความยินยอมดังกล่าว ไมอาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ แต่เป็นการหลอกลวงในเหตุผลแห่งใจ โดยทำให้ผู้เสียหายหลงเชื่อ ถ้อยตามความยินยอมในกรณีเช่น ผู้กระทำยกความยินยอมเป็นข้อแก้ตัวได้

ศาลของรัฐอินเดียนา ได้วินิจฉัยคดีเมื่อปี ค.ศ. 1883 ว่า การที่นายแพทย์ ไตรรวมประเวณีกับหญิงคนไข้ โดยหลอกลวงว่า การรวมประเวณีเป็นวิธีการรักษาโรค และหญิงนั้นไม่รู้สภาพของการกระทำ โดยเข้าใจว่า เป็นการรักษาและตรวจโรค ดังนี้ นายแพทย์ไมอาจอ้างความยินยอมมาแก้ตัวได้¹

¹ Rollin M. Perkins, Criminal Law and Procedure Third Edition (The Foundation Press, Inc., 1966), pp. 160 - 161

และก่อนหน้านั้น เมื่อปี ค.ศ. 1672 ศาลฎีกาของรัฐมิชิแกน ได้ตัดสินว่า นายแพทย์ซึ่งรวมประเวณีกับคนไข้ โดยหลอกลวงว่า การรวมประเวณีเป็นการรักษาโรค แขนใหม่ และเป็นวิธีเดียวที่ปลอดภัยที่สุด จนหญิงยินยอมโดยรู้สภาพของการกระทำ แต่ไม่รูเจตนาหรือวัตถุประสงค์ของผู้กระทำ เพราะเข้าใจว่า วิธีนี้รักษาตนได้จริง ศาลพิพากษาว่า นายแพทย์ผู้นั้นอาจความยินยอมได้ เพราะเป็นกรณีของการหลอกลวงในเหตุจริง มีโทษหลอกลวงในสภาพหรือลักษณะของการกระทำ¹

J.C. Smith and Brain Hogan ได้อธิบายความยินยอมที่ได้มาโดยการหลอกลวงไว้ว่า การหลอกลวงหรือกลลวง ไม่จำเป็นว่าจะต้องทำให้ความยินยอมเสียไปเสมอไป จะทำให้ความยินยอมเสียไปก็ต่อเมื่อเป็นการหลอกลวงในรูปพรรณของบุคคล หรือ หลอกลวงในสภาพของการกระทำ ซึ่งตรงกับคำอธิบายของ Perkins ซึ่งอธิบายว่า การหลอกลวงซึ่งจะทำให้ความยินยอมต้องเสียไป จะต้องเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญ เช่น การหลอกให้เข้าใจผิดในตัวบุคคล หรือในสภาพของการกระทำ²

J.W. Cecil Turner ได้อธิบายว่า ความยินยอมนั้น จะต้องให้โดยอิสระ โดยไม่มีการใช้กำลังบังคับ หรือขู่เข็ญ หรือหลอกลวง โดยบุคคลที่ไม่วิกลจริต และเป็นคนปกติที่ไม่เมา ซึ่งอยู่ในฐานะที่จะให้ความเห็นที่มีเหตุผลในเรื่องที่จะให้ความยินยอม และอธิบายต่อไปว่า "กลลวงทำลายความยินยอม" "(Fraud vitiates consent)" แต่การจะใช้สภาพนี้ทั้งกล่าว จะต้องใช้และแปลความโดยระมัดระวัง โดยใ้คำกล่าวของนักพิพากษา Stephen ในคดี R.V. Clarence (1888) ที่ว่า "คำที่ว่า กลลวงยอมทำลายความยินยอมในคดีอาญานั้นไม่เป็นความจริง ถ้าได้มีการใช้เต็มความหมายของคำและโดยปราศจากขอรำกั"³

¹Ibid, pp. 159 - 160

²J.C. Smith and Brain Hogan, Criminal Law. Second Edition (London, Butterworths, 1969), p. 254

³J.W. Cecil Turner, Kenny's Outlines Criminal Law, Eighteenth Edition, (Cambridge At the University Press, 1962.), p. 856

Wayne R. Lafave และ Austin W. Scott Jr.¹ ได้อธิบายว่า การยอม (assent) โดยการหลอกลวง (by deception) อาจจะแยกการหลอกลวง ออกได้คือ

1. การหลอกลวงในข้อเท็จจริง (fraud in the factum) และ
2. การหลอกลวงในการชักจูง (fraud in the inducement)

การหลอกลวงในข้อเท็จจริง คือ แบบของการหลอกลวงซึ่งมีผลให้เสียหาย เข้าใจผิดในข้อเท็จจริงของการกระทำของจำเลย ส่วนการหลอกลวงในการชักจูง เป็นเพียงการหลอกลวงถึงเรื่องข้างเคียง การหลอกลวงประเภทแรก ทำให้ความ ยินยอมต้องเสียไป ส่วนการหลอกลวงประเภทที่ 2 ไม่ทำให้ความยินยอมต้องเสียไป เช่น หมอจะรวมประเวณีกับหญิงคนไข้ ภายใต้พฤติการณ์ซึ่งเธอไม่รู้ว่ อะไรเกิดขึ้น และเธอเชื่อแต่เพียงว่า เธอยอมให้ตรวจ หรือทำการผ่าตัดเท่านั้น ซึ่งถือว่า เป็นการ หลอกลวงในข้อเท็จจริง และจะถือว่า หญิงให้ความยินยอมไม่ได้² อีกประการหนึ่ง ถ้าหมอใดพูดให้หญิงแน่ใจว่า เธอจะคงยอมให้รวมประเวณีด้วย ซึ่งจะเป็นการรักษาที่ ให้ผลดี หญิงจึงยินยอม เช่นนี้ ถือว่าเป็นการหลอกลวงในการชักจูง³

¹Wayne R. Lafave and Austin W. Scott Jr. , Criminal Law (Minnesota : West Publishing Company) p p. 408 - 409

²Pomery V. State, 94 Ind 96. (1883); State V. Ely, 114 Wash 185, 194 p. 988 (1921)

³Don Moran V. People, 25 Mich, 356 (1872)

J.W. Cecil Turner

ใ้คอธิบายถึงความยินยอมโดยกลดจลด ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (Assault and Battery) ไ้วว่า ความยินยอมที่ไ้รับมา โดยการหลอกลวง หรือ โดยกลดจลด หรือมั้งกับข้เช้ญ หรือโดยไชกำลัง ยอมไม้อาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไ้ ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (Assault) และไ้ยกตัวอย่าง เมื่อจำเลยหลายคน ไ้ไปหลอกลวงมารคาเด็ก จะเอาเด็กไปโรงเลี้ยงเด็ก จำเลยเหล่านั้นไ้เอาเด็กไ้สูง และไ้ไปชวนไ้กับเสาร้วแหอม ๆ ของสวนสาขารนรมทางเดินหน่ง จะเห็นไ้วการที่เอาเด็กยังเยาว์ไ้สูง และชวนลูงนั้นไ้กับเสาร้วแหอม ๆ อาจะก่อให้เกิด อันตรายถึงตายไ้ ผู้พิพากษา Tindal ไ้พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (Assault) ในเมื่อมารคาของเด็กไ้ให้ความยินยอมไปโดยความไ้วางใจ โดยไม้คิดวว่า เด็กนั้นจะถูกนำไปในลักษณะเช่นนั้น และในสถานทีเช่นนั้น การกระทำของ จำเลยนั้นหลอกลวงไ้เขาใจผิด ความยินยอมของมารคาเด็ก จึงไม้อาจยกขึ้นเป็นข้อ ทอสูไ้ไ้

ไ้มีคำพิพากษาฎีกาของทางประเทศ ในกรณีความยินยอมที่ไ้มาโดยการ หลอกลวง ดังต่อไปนี้

Curdy V. Lindsay

A. Blenkarn ไ้อาศัยอยในห้องในบานหลังหน่ง เลขที่ 123 อันเป็น ตึกของบริษัท W. Blenkiron & Co. ซึ่งไ้เป็นบริษัทที่มีขอไ้ียง แคเลขที่บานของจำเลย กับเลขที่บริษัทไม้เหมือนกัน Blenkarn ไ้เขียนจดหมายส่งขอไ้สินค้าเชอจาก Lindsay โดยลงลายมือชื่อคดาบชื่อ Blenkiron & Co. คำทอรับ และสินค้าของ Lindsay

J.W. Cecil Turner and A. LL Armitage. Second Edition, Cases on Criminal Law, (Cambridge At the University Press, 1958) p. 678 และถูกไ้

R.V. March (1844) 1 C & K 496

ก็จัดส่งไปยัง W. Blenkiron & Co., 37 Wood Street และ Blenkarn
 ใดเป็นผู้รับ และโดยกลลอบตลอดมา Blenkarn ใดขายสินค้านั้นให้แก่ Gundy
 ผู้ซื้อบริษัท และโดยขายสินค้านั้นไปตามทางการค้าธรรมดาของเขา ศาลได้พิพากษา
 โดย House of Lords ว่า พยานหลักฐานใดแสดงว่า ไมอาจถือได้ว่า Lindsay
 ใดทำสัญญากับ Blenkarn หรือประสงค์จะโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นไปยังเขา โดย
 ข้อเท็จจริง Blenkarn ไม่สามารถจะโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าไปยัง Gundy ได้ และ
 เขาจะต้องมีความผิดฐานลักทรัพย์จาก Lindsay¹

People V. Cook²

Burke เป็นประธานผู้พิพากษา, Frank Billy Ray Cook
 เป็นจำเลย จำเลยได้ถูกฟ้องฐาน information with violation of
 section 487, subd 3 ของประมวลกฎหมายอาญา (Grand Theft Auto) และ
 Vehicle Code มาตรา 10651

¹คดี Gundy V. Lindsay

J.W. Cecil Turner, Kenny's Outliner Criminal Law Eighteenth
 Edition (Cambridge At the University Press, 1962) p. 274 ทั่วข้อที่ 248

²People V. Cook District Court of Appeal, Second district,
 Division 4, California 1964. 228 Cal. App 2d 716 ; 39 Cal
 Rptr 802 , Rollin M. Perkins, Criminal Law and Procedure
 p. 546 - 549

เขาได้ถูกปล่อยโดยลูกขุนตาม Grand Theft Auto แต่เขามีความผิดตามมาตรา (10851) ของ Violating Vehicle Code¹ การขอให้พิจารณาคดีใหม่โดยถูกปฏิเสธ การขอให้ควบคุมความประพฤติโดยถูกปฏิเสธ และจำเลยได้ถูกพิจารณาลงโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐตามที่ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย

ประเด็นแรกของมูลทฤษฎี คือ รถยนต์ Mercury ได้ถูกเอาไปโดยความยินยอมของ Frahm Pontiac และถึงแม้ว่า ความยินยอมเช่นนี้ จะได้ถูกถือว่า ชักจูงโดยการชักล่อขมาย และการหลอกลวง แต่ก็ถือว่า เป็นความยินยอม Frahm Pontiac ใ้รถยนต์ Buick ของจำเลยเป็น trade-in (ขายรถเก่าเป็นส่วนหนึ่งของราคา รถใหม่) และเมื่อได้รถมาไว้ในครอบครอง ด้วยความยินยอมของ Frahm ก็ถือว่า จำเลยได้กระทำความผิดมาตรา 10851 ของ Vehicle Code

ได้มีการอ้างคดี People V. Perez² ในคดีนี้ จำเลยได้ครอบครองรถยนต์ โดยการขอลอกลวงว่า เขาจะหาคนซื้อให้คนหนึ่ง เจ้าของได้อนุญาตให้เอารถยนต์ไ้ 3 วัน เพื่อขายให้ผู้อื่น จำเลยไม่ได้นำรถไปคืน ศาลได้พิพากษาว่า....."แม้การครอบครองเดิมของเขา จะได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย เขาก็ไม่มีสิทธิจะเอารถยนต์ไว้เกินกว่า 3 วัน และเป็นเพียงเพื่อทำการขายเท่านั้น การขับออกไป Arizona ของจำเลยเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย เมื่อจำเลยเอารถไปโดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของ ย่อมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติ

¹มาตรา (10851) ของ Violating Vehicle Code มีข้อความตอนหนึ่งดังนี้ "บุคคลใ้ซึ่งขับหรือเอารถซึ่งมีไซ่ของคนไป โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของ และโดยเจตนาที่จะให้เจ้าของขาดไปซึ่งกรรมสิทธิ์หรือการครอบครองรถถาวรหรือชั่วคราว ด้วยเจตนาจะลักขโมยหรือไม่ก็ตาม หรือบุคคลใ้ซึ่งรวมมือ หรือสนับสนุน หรือสมคบในการขับหรือลักพา หรือเอาไปซึ่งรถยนต์ โดยไม่มีอำนาจ ย่อมมีความผิด felony"

²People V. Perez 203 Cal. App. 2d 397, 21 Cal. Rpt 422

คำพิพากษาได้อธิบายไว้ว่า ได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า มีความแตกต่างระหว่างการหลอกลวงในข้อเท็จจริง (fraud in factum) ซึ่งทำให้ไม่มีความยินยอมอยู่เลย และการยินยอมโดยการชักจูง (fraud in inducement) ซึ่งไม่ทำให้ความยินยอมเสียไป

ซึ่งในคดี Perez เป็นตัวอย่างของ fraud in factum เพราะเจ้าของไม่ประสงค์จะ จำเลยจะได้อำนาจครอบครองรถ

แต่ในคดีนี้มี fraud in inducement เพราะเจ้าของประสงค์จะขายรถให้จำเลย และได้ยอมให้จำเลยเอาการครอบครองรถไป ซึ่งไม่เหมือนกับคดี Perez ดังนั้น การหลอกลวงจึงไม่ทำให้ความยินยอมเสียไป

จึงพิพากษากลับคำพิพากษาที่ลงโทษ และให้ส่งคืนไปยังศาลที่ทำการพิจารณคดีเพื่อหยกฟ้อง

หลักในทางกฎหมายแพ่ง

มีหลักสำคัญเช่นเดียวกับหลักในทางกฎหมายอาญา

Clark และ Lindsell¹ ได้อธิบายหัวข้อของความยินยอมที่ได้มาโดยกลลวงไว้ว่า ความยินยอมที่ได้ถูกชักจูงโดยกลลวงของผู้กระทำผิด จะเป็นโมฆะในเมื่อ ความเข้าใจผิดของฝ่ายที่ยินยอม ได้ไปถึงรากฐานของสัญญาทั้งหมด และมีผลถึงสภาพทั้งหมด และคุณสมบัติของการกระทำที่ใดกระทำ ฉะนั้น เด็กหญิงที่ยินยอมให้ขายซึ่งเป็นแพทย์รวมประเวณี โดยเชื่อว่า เป็นภรรยาของให้ทำการผ่าตัด ศาลจึงพิพากษาว่า เขามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา² เกี่ยวกับความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา

¹Clark and Lindsell, Clark and Lindsell on Torts, Thirteenth Edition (London : Sweet and Maxwell, 1969) p. 343 หัวข้อ 677

²R.V. Flattery (1877) 2 Q.B.D. 410 ; R.V. Bradley (1910) 74 S.P.247
R.V. Williams (1923) I.K.B. 340; R.V. O'shay (1898) 19 Con C.C.76

และอนาจาร กลลอบซึ่งจะทำลายความยินยอมจะต้องเป็นกลลอบลดทอนสภาพของการ
กระทำนั้นเอง หรือเป็นกลลอบลดทอนตัวของบุคคลผู้กระทำ โดย Clark และ
Lindsell โทกล่าวว่า "ข้าพเจ้าประสงค์ที่จะพูดว่า ความยินยอมในกรณีเช่นนี้ ไม่มีอยู่เลย
เพราะการกระทำที่ให้ความยินยอม ไม่ใช่การกระทำที่ใดกระทำขึ้น¹ (the act
consented to is not the act done)

T. Ellis Lewis โทอธิบายว่า โทกล่าวว่าตามหลักโดยทั่วไปแล้ว
ความยินยอมที่ไต่มาโดยกลลอบ ย่อมใช้ไม่ได้ แต่ได้มีความยุ่งยาก ซึ่งเป็นหลักที่เกิดจาก
กฎหมายอาญาในการประทุมร้ายร่างกาย ซึ่งได้มีการหลอกลวงใหญ่ เสียหายสำคัญผิด
ซึ่งไม่ใช่เป็นการสำคัญผิดในสภาพที่แท้จริงของการกระทำ และให้สำคัญผิดในผลของการ
กระทำ แต่ก็อาจจะนำหลักนี้มาใช้ในการฟ้องละเมิดทำร้ายร่างกายในทางแพ่ง²

โตมีคดีไอรชคดีหนึ่ง (คดีอาญา) คือ Hegarty V. Shine ในคดีนี้
โจทก์ได้คิดเชือกามโรคจากซุรูก ซึ่งชายโตปกปิดไม่ให้หญิงรูวาคคนเป็นโรค เธอได้ฟ้อง
เขาว่า เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (Assault) แต่ศาลพิพากษายกฟ้อง โดยอ้าง
เหตุผลว่า การปกปิดไม่ไขกลลอบที่จะทำให้ความยินยอมเสียไป และเหตุผลอีกข้อหนึ่ง
โตอ้างสุภาษิต exturpi causa non oritur actio แต่อย่างไรก็ดี T. Ellis
Lewis โทอธิบายว่า ไม่มีคดีที่มีปัญหาเช่นนี้ในอังกฤษ และโดยยอมรับว่า หลักนี้มีเหตุผลใน
กฎหมายอาญา แต่ไม่มีเหตุผลในทางแพ่ง สุภาษิต Volenti non fit injuria
ควรจะยอมรับอย่างเต็มที่ว่า ความยินยอมที่ไต่มาโดยกลลอบย่อมไม่เป็นความยินยอม

¹R.V. Clarence (1888) 22 G.B.D. 23, 44 และคดี Hegarty
V. Shine (1878) 14 Con C.C. 124, 148

²T. Ellis Lewis, Winfield on Torts. Sixth Edition (London: Sweet
& Maxwell Ltd. 1954), pp. 746 - 747 และดู

Clark and Lindsell, Clark and Lindsell on Torts Twelveth Edition
(London : Sweet & Maxwell, 1969), p. 286

1.2.2.4 ความยินยอมที่ไ้มาโดยความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

หลักทางกฎหมายอาญา

หลักกฎหมายไทย

ความยินยอมที่ไ้มาโดยความสำคัญผิด หรือความไม่รู้พฤติการณ์ของผู้เสียหาย ก็มีหลักทำนองเกี่ยวกับความยินยอมที่ไ้มาโดยการหลอกลวง เป็นแคว่ ในกรณีความยินยอมที่ไ้มาโดยความสำคัญผิดนั้น ผู้เสียหายได้เข้าใจผิด จึงไ้ยินยอมไปโดยไม่รู้พฤติการณ์แท้จริง ทั้งนี้ หมายความว่ารวมถึงความยินยอมของบุคคลที่มีจิตบกพร่อง หรือเมาจนไม่สามารถรู้ถึงสภาพ และผลของการที่เขาคไ้ให้ความยินยอมไปนั้น และตามความยินยอมทอส่วนหนึ่ง ยอมไม่หมายความว่ารวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติม หรือแตกต่างออกไปโดยผู้เสียหายไม่ทราบถึง เช่น ผู้ที่กินของสิ่งหนึ่งโดยสมัครใจ ไม่หมายความว่า ยอมกินยาพิษที่ผสมอยู่ในนั้น หรือมีการสับเปลี่ยนสิ่งของนั้น โดยผู้เสียหายไม่ทราบ หญิงยอมรวมประเวณีด้วย แต่ไม่ไ้ยินยอมรับโรคติดต่อจากชาย โดยหญิงนั้นไม่ทราบมาก่อน¹

หลักกฎหมายต่างประเทศ

หลักกฎหมายอินเดีย ในมาตรา 90 ไ้บัญญัติไว้ว่า ความยินยอมในมาตราต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายนี้ ไม่ถือว่า เป็นความยินยอมตามกฎหมาย หากว่า ความยินยอมดังกล่าวไ้มาโดยบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้ความกลัวว่า ตนจะไ้รับอันตราย หรือเข้าใจผิดแห่งสารสำคัญแห่งข้อเท็จจริง² และ S. Swaminadhan ไ้อธิบายไว้ว่า ยอมเห็นไ้ชัดว่า จะไม่มีความยินยอมในกรณีที่เป็นความยินยอมที่ไ้มาเพราะความกลัว หรือเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง ดังตัวอย่างเช่น จำเลยหมอบดูไ้ชัดจูงใหญ่ท่ายยอมให้ถูกงูกัด โดยเชื่อว่า หมอบสามารถรักษาพิษงูที่กัดไ้

¹ จิตติ ทิงห์ทีย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาราค 1 ตอน 2 พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518) หน้า 646 - 647

² S. Swaminadhan, Esq, Mayne's Criminal Law of India (Madras Higginbtham L.D, 1914) p. 50

หลักในทางแข็ง

หลักกฎหมายไทย

อาจารย์พจน์ ปุณฺณาคคม¹ ได้อธิบายถึงความเข้าใจผิดในลักษณะอันตรายของการประทุษร้าย ว่า ความยินยอมในการประทุษร้ายลอร่างกาย โดยเข้าใจผิดในลักษณะของอันตราย ไม่ถือว่าเป็นความยินยอม ถ้าความเข้าใจผิดนั้นใคร หรือควรจะรู้แก่ผู้ประทุษร้าย การให้ความยินยอมให้ทำร้ายร่างกาย โดยเข้าใจผิดว่าไม่เป็นอันตราย ความยินยอมเช่นนั้น ไม่เป็นความยินยอมที่ใช่โต ถ้าผู้กระทำรู้ถึงความเข้าใจผิดนี้ หรือควรรู้ว่า เครื่องมือเช่นนั้น หรือพฤติการณ์ที่ใดกระทำเช่นนั้น จะเป็นอันตรายเช่น เชี่ยวยอมให้ชาวเขาสายไฟฟ้าจกน ชาวรวาสายไฟนั้นมีไฟฟ้าอยู่ แต่เชียวไมรุ ความยินยอมของเชียวที่ยอมให้เขาสายลวคจกนได้นั้น ยอมไม่ใช่ความยินยอมที่ใช่โต¹

และได้อธิบายถึงความเข้าใจผิดในความสมบูรณ์ของอำนาจเจ้าหน้าที่ ว่า การยอมให้รุกรานผลประโยชน์ของบุคคล โดยเข้าใจผิดในอำนาจของเจ้าหน้าที่ ไม่วาในข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย ถือวา ไม่เป็นความยินยอม เช่นกัน

หลักกฎหมายต่างประเทศ

William L. Prosser² ได้อธิบายว่า ถ้าโจทก์ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำของจำเลย โดยสำคัญผิดในสภาพ หรือลักษณะของมัน ความยินยอมนั้นยอมมีผล เว้นแต่วา จำเลยจะใคร่ถึงความสำคัญผิดในสภาพของการกระทำของเขา เช่น ถ้าเขาให้ขนมเคลิอมน้ำตาลแก่โจทก์ โดยไม่ทราบว่ามียาพิษ โจทก์ยินยอมรับประทานเข้าไป จำเลยไม่ตองรับผิดชอบในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เว้นเสียแต่วา ถ้าเขาทราบว่าขนมนั้นมียาพิษ และโจทก์ไม่ทราบ จำเลยจะตองรับผิดชอบ จะอ้างวาโจทก์ยินยอมไม่ได้²

¹พจน์ ปุณฺณาคคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด
พระนกร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515) หน้า 41 - 42

²William L. Prosser, The Law of Torts 2nd ed p. 85

1.2.3 ความยินยอมต้องไหลก่อนหรือขณะกระทำความคิด

หลักกฎหมายไทย

อาจารย์พจน์ ปุณฺณปาณ¹ ได้อธิบายว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้อ
แก้ตัวในทางอาญา หรือในทางแพ่ง จะต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติ
เป็นความผิด หรือขณะประทุษร้าย ในทางอาญา ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่
1403/2508 ไว้ว่า "ความยินยอมของผู้เสียหายใหญ่โตกระทำการที่กฎหมายบัญญัติ
เป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึง
ขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แล้วความยินยอมนั้น เป็นข้อยกเว้นมิให้
การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้....."

ท่านศาสตราจารย์จิติ ทิงส์หทัย ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า ความยินยอม
ที่จะยกเว้นความผิด ก่อเป็นความยินยอมที่มีอยู่ในขณะกระทำความคิด หรือแสดงออกก่อน
และยังคงมีอยู่ ยังมีโตมอเล็กเสียดกอนการกระทำความคิดสิ้นสุดลง ดังนั้น จึงยังคงเป็น
ความยินยอมที่มีอยู่ในขณะกระทำความคิดได้ และโดยยกตัวอย่างว่า ม. ยอมรับเซค
ท์ออกโดย ท. โดยสัญญากันว่า จะไม่ฟ้องความทางอาญา ถ้าเซคไม่เงินจ่าย ความ
ยินยอมที่มีอยู่ในขณะที่ ท. ออกเซคอันเป็นองค์ประกอบของความผิดประการหนึ่ง เป็นข้อ
แก้ตัวของ ท. ไค แม ย. จะไม่ถูกผูกพันที่จะต้องยอมไม่ให้มีการฟ้องอยู่ตลอดไป
ถ้า ท. มีใจกระทำการอันเป็นความผิดขึ้นใหม่หลังจาก ย. ถอนความยินยอม ท. ไม่มีความผิด²

¹พจน์ ปุณฺณปาณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด
(พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 55

²จิติ ทิงส์หทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอน 2 พิมพ์ครั้งที่
ที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์ 2515) หน้า 648 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/05
คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/05

ขอตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้น อาจถือเป็นความยินยอมให้กระทำการที่ตนปกติ
ต้องควมบัญญัติว่าเป็นความผิดได้ มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอาญา ความยินยอม
อันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายใหญ่โตกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอม
นั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงการกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่า
เป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้

ความยินยอมเช่นนี้ ในส่วนที่เป็นความผิดอาญาหรือไม่ ไม่เกี่ยวกับผลของ
นิติกรรม หรือหนี้ในทางแพ่ง การบอกเลิกความยินยอมจะมีผลเป็นการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้
ในทางแพ่งหรือไม่ ย่อมแล้วแต่ความรับผิดชอบในทางแพ่งอีกส่วนหนึ่ง แต่ในแง่ของความยินยอม
ให้กระทำความผิดอาญา ผู้เสียหายอาจเลิกเสียได้เสมอ ก่อนที่การกระทำเป็นความผิด
ได้สำเร็จเสร็จสิ้นไปแล้ว

ความยินยอมนี้เป็นความยินยอมคนละอันกับความยินยอมตามกฎหมายแพ่ง
เพราะฉะนั้น ความยินยอมจึงไม่ผูกมัดว่า จะต้องยินยอมตลอดไป แม้จะให้ความยินยอม
ไปแล้ว ก็อาจจะถอนกลับได้ เช่น ขณะที่ให้ความยินยอมนั้น ผู้ให้ยอมเจ็บตัว ให้อีกคนที่หัว
โต แคพอจะเท็จจริง ๆ เกิดความกลัวขึ้นมา จะไม่ยอมให้ตัดก็ได้อีก หรือในเรื่องการผ่าตัด
ก่อนที่แพทย์จะทำการผ่าตัด จะต้องให้คนไข้ลงชื่อในใบรับรอง ซึ่งจะต้องเขียนข้อความ
ให้ชัดแจ้งว่า ยินยอมให้ตัดแขนหรือขา ทั้งนี้ ก็เพราะเกรงว่า จะถูกฟ้องร้องได้ในภายหลัง
ครั้งนี้ แม้จะได้เขียนและลงชื่อในคำยินยอมอย่างไรก็ตาม แคพอแพทย์จะผ่าตัดคนไข้
คนไข้เกิดความกลัวขึ้นมา จะไม่ยอมให้ทำการผ่าตัดก็ได้อีก ความยินยอมจะต้องมีอยู่ใน
เฉพาะที่กระทำความผิด ถ้าเราจ้างนายแพทย์มาทำการผ่าตัด แล้วถอนความยินยอมเสีย
ก็อาจจะฟ้องชดเชยค่าเสียหายในฐานะผิดสัญญา ซึ่งก็เป็นเรื่องของสัญญาตามกฎหมายแพ่ง
แต่ในเรื่องความยินยอมในทางกฎหมายอาญา ไม่ผูกพันว่า เราจะต้องยินยอมให้ทำเช่นนั้น
ตลอดไป¹

การยินยอมภายหลังที่ความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว ไม่มีผลลบล้างความผิด เว้นแต่กรณี
ความผิดอันยอมความได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2) เท่านั้น²

¹ จิตติ ถึงสภทีย, ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด วารสารกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์ จุฬา ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 พค - สค. 2520 (พระนคร : นำอักษรการพิมพ์
2521), หน้า 57

และคู่มือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา 39(2)

² ความยินยอมและการยอมความมีความแตกต่างกันตั้งได้กล่าวแล้วในหัวข้อ

แม้แต่สัญญาการฟ้องร้องคดีอาญาประเภทที่มีใช้ความยินยอมความได้ ก็ยังตก
เป็นโมฆะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113¹ การยอมความตามมาตรา 35
และ 39(2) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ เป็นการกระทำภายหลัง
ที่ความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว และสิ้นสุดลงแล้ว มีใช้ตกลงกันไว้ล่วงหน้า ซึ่งอาจจะถือเป็นการ
ยินยอมให้กระทำความผิดอีกส่วนหนึ่ง

ศาสตราจารย์จิติ ทิงสภทัย โดยยกตัวอย่างความยินยอมต้องให้ก่อน หรือ
ขณะกระทำความผิดไว้ดังนี้

ก. จ้าง ข. คัดผม ก่อน ข คัดผม ก จะเสรีจิ้นดง ก จะไม่ยอม
ให้ ข คัดผมต่อไปก็ได้ การที่ ข คัดผม ก ก่อนที่ ก จะไม่ยอมให้ตัดต่อไป
หากจะถือว่า เป็นการทำร้าย ก็เป็นการกระทำโดยความยินยอมที่ทำให้ ข ไม่มีความผิด
ฐานทำร้ายร่างกาย การบอกเลิกการคัดผมของ ก ไม่ทำให้การกระทำของ ข
ก่อนการบอกเลิกนั้นกลายเป็นความผิดขึ้นมาได้ แต่ถา ก ไม่ยอมให้ ข คัดผม
ตั้งแต่ขณะใด หลังจากขณะนั้นไป หาก ข ขึ้นคัดผม ก อีก ข ย่อมจะมีความผิดฐาน
ทำร้ายร่างกาย จะอ้างว่า ก ให้ความยินยอมแล้วไม่ได้ ส่วน ก จะต้องรับผิดชอบ
อย่างไรในทางแพ่ง เพราะการบอกเลิกไม่ให้ ข คัดผมต่อไปตามสัญญาอีกนั้น เป็นอีก
เรื่องหนึ่ง²

¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 113 บัญญัติว่า
"การใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็ดี เป็นการพนันวิสัยก็ดี เป็น
การขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี การนั้นทานา
ณเป็นโมฆะกรรม"

²จิติ ทิงสภทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอน 2 พิมพ์
ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 649 - 650

หลักกฎหมายต่างประเทศ

ในเรื่องความยินยอมจะต้องมีอยู่เมื่อใดนั้น หลักกฎหมายต่างประเทศ ก็คงมีหลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายไทย คือ ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ก่อนการกระทำ ความผิด ซึ่งความยินยอมซึ่งมีก่อนการกระทำผิด ยังมีผลอุกจนกระทั่งมีการกระทำผิด หรือความยินยอมจะต้องมีอยู่ในขณะกระทำผิด

ความหลักกฎหมายของนอร์เวย์

Johanes Andenaes ได้อธิบายไว้ว่า โดยธรรมดาแล้ว ความยินยอม จะต้องมีอยู่ขณะกระทำผิด และโดยตัวอย่างเช่น A. ในชั้นแรกได้ยอมรับการทํา ในการต่อสู้กับ B. แต่ภายหลังได้เสียใจในการตัดสินใจของเขา และได้เปลี่ยนใจ ไม่ให้ความยินยอมในการต่อสู้ต่อไป ถ้า B ทำอันตรายแก่ A B จะต้องรับผิด โดยถือตามสุภาษิตที่ว่า "a word is a word and a man is a man"

อย่างไรก็ดี ความผูกพันบางประการตามหลักกฎหมายแพ่ง โดยบุคคลยอม ผูกพันตนเองตามสัญญาที่ยอมให้กระทำต่อสิทธิของเขา เช่น เราทำสัญญาให้เพื่อนบ้าน ตัดไม้ในป่าของเราได้ เราไม่อาจเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เพราะความยินยอมไม่อาจเลิกได้ จะต้องผูกพันตามหลักของกฎหมายแพ่ง

ดังนั้น ตามหลักกฎหมายอาญาของนอร์เวย์ นั้น ความยินยอมเมื่อได้ให้ไปแล้ว ก็อาจจะถอนเสียเมื่อใดก็ได้ ซึ่งต่างกันในทางแพ่ง¹

ตามหลักกฎหมายอิตาลี

Francesco Antolisei ได้อธิบายว่า ความยินยอมนั้นจะต้องมีก่อน การกระทำผิด และจะต้องมีอยู่จนกระทั่งมีการกระทำผิด ไม่ใช่ให้ความยินยอมภายหลัง

¹ Johanes Andenaes, The General Part of The Criminal Law of Norway 1965 (New York : Fred B. Rothman & Co., 1965) p. 185

ที่ทำการกระทำความผิดแล้ว¹

ความหลักกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส

ถือหลักว่า ความยินยอมของเจ้าทุกข์จะทำให้การกระทำเป็นการชอบ
ด้วยกฎหมายเมื่อครบถ้วนตามเงื่อนไข 3 ประการ คือ

1. ได้ให้ความยินยอมก่อนหรือในขณะที่กระทำความผิด
2. ได้ให้ความยินยอมด้วยความซื่อสัตย์และด้วยอิสระไม่มีกล
ลอบหลอกลวง
3. ผู้ที่ให้ความยินยอมเป็นผู้ซึ่งมีความรู้สึกผิดชอบคดีแล้วไม่ใช่เด็ก²

G. Stefani ได้ให้คำอธิบายว่า ความยินยอมอันจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัว
ได้นั้น จะต้องเป็นความยินยอมที่เิกก่อนหรือขณะกระทำความผิด การให้ความยินยอม
ภายหลังการกระทำความผิดนั้นเป็นเพียงการอภัยให้ ซึ่งไม่ทำให้การฟ้องคดีอาญา
ระงับไป³

คำอธิบายของท่านศาสตราจารย์ ฐิติ (มหาวิทยาลัยสเตราส์เบิร์ก) ได้
อธิบายไว้ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย และเรื่องกรรขมววยไวคังนี้ ของสังเกศ

¹ Francesco Antolisei Nannale D : Diritto Penale. Parte
General 1963. (Milano - Dott 1963) p. 231

² พจน ปรุปรุคค, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด
(พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515), หน้า 48

³ G. Stefani, Droit Penal General et Criminologie. 2nd ed.,

ให้ถือว่า ถ้าหากความผิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายหรือเจ้าทุกข์
ก็มิอาจที่จะทำให้ความผิดนั้นระงับไปได้ กล่าวคือ ความตกลงระหว่างเจ้าทุกข์ หรือ
ผู้เสียหาย กับผู้ทำร้าย มิอาจที่จะระงับความชอบธรรมของเจ้าพนักงานในการที่จะฟ้อง
คดีอาญาได้ และโดยยกตัวอย่าง เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ที่ใดเกิดขึ้นแล้ว แม้เจ้าของ
ทรัพย์จะได้ให้ความยินยอมในภายหลัง ก็ไม่อาจจะยกเว้นความรับผิดชอบได้¹

ตามหลักกฎหมายของสหภาพโซเวียต

ก็คือหลักในเรื่องการอนุญาตของผู้เสียหาย (Permission of the
victim) อาจจะทำให้ความยินยอมใดภายใต้เงื่อนไขบางประการ และความยินยอมจะต้อง
ให้ก่อนหรือขณะกระทำความผิด²

ตามหลักกฎหมายของอเมริกา

Glanville Williams ได้อธิบายว่า ในความผิดอาญาซึ่งความยินยอม
ของผู้เสียหาย ทำให้หลุดพ้นจากความผิดได้นั้น ความยินยอมนั้นจะตกลงให้ก่อนหรือในขณะ
กระทำผิด การยกโทษให้ (condonation) หรือการให้สัตยาบัน (ratification)
แต่การกระทำของผู้เสียหาย ย่อมไม่ทำให้ลักษณะของความผิดอาญานั้นหมดไป³

¹นิติศาสตร์ (แผนกสามัญ) ปัญหาเรื่องการชกมวย ปีที่ 1 เล่ม 6 - 7
2471 หน้า 322

²F.J. Feldbrugge, Soviet Criminal Law. General Part
(A.W. Sythoff - Leyden, 1964.), p. 125

³Glanville Williams, Criminal Law Second Edition (London :
Steven and Sons Ltd, 1961), p. 770

หลักในทางกฎหมายแพ่ง

หลักในทางกฎหมายไทย

อาจารย์พจน์ ปุษปาคม ได้ให้คำอธิบายเวลาที่แสดงความยินยอมไว้ว่า ความยินยอมไม่จำเป็นต้องให้ในขณะที่ประทุษร้าย ความยินยอมอาจจะให้โดยตรงหรือโดยปริยายไว้ก่อนการประทุษร้ายก็ได้ ผู้ประทุษร้ายในฐานะวิญญูชน อาจจะเชื่อได้ว่า ผู้ถูกประทุษร้ายยังคงให้ความยินยอมอยู่ในขณะที่ประทุษร้าย ฉะนั้น การที่คนสองคนลอลเล่นกัน อาจทำให้อีกคนหนึ่งเข้าใจว่า อีกคนหนึ่งยินยอมได้ ตรงกันข้าม จะไม่ถือว่ายินยอม ถ้าไม่มีเหตุผลเพียงพอว่า ความยินยอมแต่เดิมนั้น ผู้ถูกประทุษร้าย ยังจะให้ความยินยอมในขณะที่ประทุษร้ายอยู่อีก หรือเมื่อมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป หรือมีเหตุผลเพียงพอที่ทำให้สงสัยได้ว่า ผู้ถูกประทุษร้ายยังคงยินยอมอยู่ หรือไม่¹

1.2.4 ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักเกณฑ์ข้อนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญมาก หลักเกณฑ์จากหลักเกณฑ์ทั้งหมดที่โลกกล่าวมาแล้วข้างต้น ก็คือ ความยินยอมอันจะยกขึ้นแก้ตัวให้หนึ่งผิดนั้น จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการ คือ

1. ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์
2. ความยินยอมต้องให้ก่อนหรือขณะกระทำความผิด
3. ความยินยอมนั้นจะขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515), หน้า 39

ในบางความผิดซึ่งกฎหมายมิได้บัญญัติห้ามไว้ชัดแจ้งว่า มิให้ความยินยอม แต่เห็นได้ว่า จะไม่เป็นความผิดต่อเมื่อได้รับความยินยอมของผู้เสียหาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดก่อกวนเสรีภาพ หรือในบางความผิดซึ่งความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นองค์ประกอบของความผิดอยู่ด้วย เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ในกรณีดังกล่าวข้างต้น ผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมได้ ซึ่งความยินยอมนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ และได้ให้ก่อนหรือขณะกระทำความผิด

แต่ในบางความผิด กฎหมายอาญาได้บัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่คำนึงถึงความยินยอมของผู้เสียหาย แต่ในความผิดประเภทนี้ มิได้มีกฎหมายบัญญัติชัดแจ้งว่า ถึงแม้ผู้เสียหายจะยินยอมการกระทำนั้น ก็ยังคงเป็นความผิดเหมือนเช่น ในมาตรา 277, 279, 282, 301, 302, 319 ในกรณีนี้ ส่วนใหญ่ได้แก่ความผิดที่เกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ในความผิดเหล่านี้ จะต้องวินิจฉัยถึงว่า ความยินยอมดังกล่าวนั้น ชัดชัดความสงบหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ และจะเห็นได้ว่า ในความผิดประเภทนี้ ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ใช่เป็นองค์ประกอบของความผิด เพราะถ้าความผิดนั้น มีความยินยอมเป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว เมื่อผู้เสียหายยินยอมต่อการกระทำดังกล่าว เช่น ความผิดในฐานลักทรัพย์ เมื่อเจ้าของทรัพย์ยินยอมส่งทรัพย์ให้ การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด คือ ขาดองค์ประกอบของความผิด หรือ ความผิดฐานปลอมหนังสือ ถ้ายินยอมให้เขารอกข้อความในเอกสารที่มีลายมือชื่อของตน ก็ไม่เป็นการปลอม

แต่ถ้าความยินยอมนั้นไม่ใช่ของประกอบของความผิด เช่น ทำให้หญิงแห่งลูก หรือทำร้ายร่างกาย จะต้องวินิจฉัยอีกชั้นหนึ่งว่า ความยินยอมดังกล่าวนั้น ชัดชัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ทั้งนี้ การทำให้หญิงแห่งลูก แม้จะได้รับความยินยอมจากหญิงนั้น ก็เป็นความผิด เพราะว่าเป็นการขานเด็กในครรภ์ กฎหมายจึงได้บัญญัติว่า ถึงหญิงยินยอม ก็เป็นความผิด ส่วนในกรณีทำผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งไม่มีกฎหมายห้ามไว้ว่า ถึงแม้จะให้ความยินยอม ก็เป็นความผิด จึงต้อง

วินิจฉัยว่า ความยินยอมอย่างไร จะขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งต้องวินิจฉัยเป็นเรื่อง ๆ ไปว่า ความยินยอมเช่นนั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ เพราะเหตุ แม้จะเป็นความยินยอม ความดีความชอบทำร้ายร่างกายด้วยกันก็ตาม และให้รับความยินยอมทั้งสองกรณี คนหนึ่งอาจจะต้องรับผิดชอบ แต่อีกคนหนึ่งไม่ต้องรับผิดชอบก็ได้ เช่น ตามบันทึกของท่านอาจารย์ หยุต แสงอุทัย ทายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 616/2482 ว่า การยอมให้เขาคัดแขนโดยต้องการขายแขนของคน เป็นความยินยอมที่ไม่ถูกต้องตามศีลธรรม ผู้กระทำยอมมีความผิด แต่ถ้ายอมให้แพทย์ตัดแขนเพราะถูกรวดชน ยอมเป็นการถูกต้องตามศีลธรรม แพทย์จึงไม่ต้องรับผิดชอบ¹

ศาสตราจารย์จิติ ทิงศภทิพย์ ได้อธิบายว่า ในส่วนความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน หรือเป็นที่เห็นได้โดยสภาพของความผิดว่า ความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้ความผิดไม่อาจเกิดขึ้นได้นั้น ยอมไม่มีปัญหาเกิดขึ้นแต่อย่างใด เพราะถือได้ว่า ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นองค์ประกอบของความผิดอย่างหนึ่ง ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้แล้ว²

แต่สำหรับความผิดที่กฎหมายไม่ได้คำนึงถึงความยินยอมของผู้เสียหายนั้น มีเหตุผลอย่างใดที่จะอ้างความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นมายกเว้นความผิดได้

ประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่รวมทั้งประเทศไทย ได้ถือหลักที่ว่า ความยินยอมในกรณีดังกล่าวนี้ของผู้เสียหาย ผู้กระทำจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่กฎหมายของบางประเทศได้บัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ เช่น กฎหมายของประเทศอินเดีย ก็จะถือกล่าวต่อไป

¹พจน์ ปุณฺณาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 50 , 51

²จิติ ทิงศภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอน 2 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 650 หัวข้อ 262

ดังนั้น เราอาจจะแบ่งหัวข้อพิจารณา ดังนี้ คือ

1. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนคืออะไร
2. หลักกฎหมายไทย
3. หลักกฎหมายต่างประเทศ

1.2.4.1 ความสงบเรียบร้อยของศีลธรรมอันดีของประชาชนคืออะไร

อาจจะแยกพิจารณา ดังนี้

1. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนคืออะไร
2. การกระทำอย่างไรจึงไม่ถือว่า ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.2.4.1 ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนคืออะไร

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ประกอบด้วย การรวมของข้อความ 2 ข้อความ คือ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Public Policy ฝรั่งเศสใช้คำว่า Ordre Public; และเยอรมันใช้คำว่า Offen Liche Ordnung

และคำว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชน ภาษาลาตินใช้คำว่า Bonus Mores อังกฤษ Good Morals, ฝรั่งเศส Bonnes Moeurs และเยอรมัน Gut Sitten

กฎหมายแห่งของประเทศต่าง ๆ ก็ใช้คำคล้ายกัน บางประเทศใช้คำว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" แต่เพียงอย่างเดียว เช่น กฎหมายโรมัน ประมวล

กฎหมายแห่งเยอรมัน (มาตรา 138 วรรคแรก) และประมวลกฎหมายหนีสวีด (มาตรา 20 วรรคแรก) บางประเทศใช้ถ้อยคำที่มีความหมายทำนอง "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" แต่เพียงอย่างเดียว เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ของไทย ซึ่งยกเลิกแล้ว ได้ใช้คำว่า "การใด ๆ ที่ขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย หรือความปลอดภัยของบุคคล หรือทรัพย์สิน การนั้นเป็นโมฆะ" ในขณะเดียวกัน บางประเทศก็ใช้คำว่า "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน" รวมกัน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส (มาตรา 6), ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น (มาตรา 90) ประมวลกฎหมายแพ่งจีน (มาตรา 72) และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย (มาตรา 113, 114)¹

แนวความคิดเกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น มีแนวความคิดที่มาจาก กฎหมายโรมัน และในภายหลังกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (มาตรา 1131, 1133) และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (มาตรา 90) ได้ดำเนินรอยตาม มีข้อสังเกตว่า การยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ในยุคที่ร่างประมวลกฎหมายฝรั่งเศส ได้ยอมรับแนวความคิดเช่นนั้น เฉพาะที่ไข่มังคัมแก่หลักการเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่เมื่อล่วงมาถึงยุคปัจจุบัน ปรากฏว่า ได้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า แนวความคิดดังกล่าว ได้กลายเป็นหลักการสำคัญ ที่ไข่มังคัมแก่กฎหมายเอกชนทั่วไป เช่น ความหลักกฎหมายไทย นอกจากไข่มังคัมแก่นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว (มาตรา 113) ยังไข่มังคัมในเรื่องอื่น ๆ อีก เช่น การใช้สิทธิหรือการชำระหนี้ จะคงกระทำโดยสุจริต (มาตรา 5) การใช้สิทธิที่มีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ถือว่า เป็นการกระทำอันมิชอบ

¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มหามณีพิศัย เล่มที่ 32 2518 ตอนที่ 1, หน้า 11 - 12

ความกฎหมาย ซึ่งอาจจะรองรับนิคฐานละเมิด (มาตรา 421) หรือ ผู้กระทำผิดใน
บทบังคับแห่งกฎหมายอันมีวัตถุประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายสันนิษฐาน
ว่า เป็นผู้ผิด (มาตรา 422) เป็นต้น¹

การให้ความหมายของ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
คืออะไรนั้น ย่อมให้บรรดาอธิบายโดยแน่นอนตายตัวมิได้ และจะวางหลักเกณฑ์ว่า การ
เช่นไรเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ก็หาไม่ได้เช่นเดียวกัน ซึ่งผู้พิพากษา
อังกฤษมีคำกล่าวต่าง ๆ ดังนี้

"เป็นการพนันวิสัยที่จะกล่าวว่า คนสามัญหรือผู้พิพากษาจะเห็นว่าอะไร
เป็น Public Policy" หรือ

"จะให้บรรดาอธิบายว่า Public Policy คืออะไร ย่อมทำไม่ได้
และยากที่จะอธิบาย เพราะเป็นสิ่งที่ไม่มีอยู่คงที่ ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามอัธยาศัย
ตามความสามารถและโอกาสของประชาชน"

"ถ้าเราสามารถจะอ้างกฎหมายในเรื่องใดได้แล้ว เราก็ไม่อ้าง
Public Policy เราจะอ้าง Public Policy ก็ต่อเมื่อเราหากฎหมายอะไรมา
อ้างไม่ได้แล้ว"²

พระมนูทางวิมลศาสตร์ ได้วางแนวทางเปรียบเทียบคำพิพากษาของศาล
ไว้ว่า สันนิษฐานต่อไปซึ่งคัดลอกความสงบเรียบร้อยของประชาชน

1. การกระทำที่กระทบกระเทือนถึงผลได้เสียระหว่างประเทศไทย
กับนานาชาติ
2. การกระทำอันกระทบกระเทือนต่อความสงบภายในประเทศ

¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 13

² พระมนูทางวิมลศาสตร์ แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของ
ประชาชน บทบัญญัติฯ เล่ม 11 ตอนที่ 3 มิถุนายน 2482 หน้า 314 - 315

3. การคัดเลือกรูป อีสิระภาพของเอกชนพลเมืองเกินสมควร
ปราศจากเหตุผล จนเป็นเหตุกระทบกระเทือนถึงประโยชน์ส่วนรวม
แห่งรัฐ¹

ในการพิจารณาความหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
เราควรแยก ดังนี้

1. ความสงบเรียบร้อยของประชาชน
2. ศีลธรรมอันดีของประชาชน
3. การกระทำอย่างไรจึงถือว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ
ศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.2.4.1.1 ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ใดให้
คำจำกัดความไว้

และการจะให้คำจำกัดความ "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" มี
ความหมายอย่างไรนั้น เป็นสิ่งที่ทำได้ยาก และคิดว่า คงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความ
ได้อย่างถูกต้อง แต่อาจจะให้กล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจจะพูด
ได้ว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีความมุ่งหมายที่จะยกขึ้นมาใช้ในกรณี
ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ชัดชัดผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมยอมมี
ความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม
ดังนั้น ผู้กรณีจะแสดงเจตนา ยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้²

¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 316

² อุกฤษ มงคลนาวิน, ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
บทบัญญัติ เล่มที่ 32 2518, ตอนที่ 1, หน้า 13 - 14

นายโอสถ โกศิน ใ้ข้ออธิบายว่า เป็นที่รับรองว่า คำว่าความสงบเรียบร้อย
ของประชาชน หมายถึง 2 ประการดังต่อไปนี้

1. การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน
รัฐธรรมนูญของประเทศ ซึ่งแบ่งออกเป็น การคุ้มครองความปลอดภัยนอกประเทศ และ
การคุ้มครองความปลอดภัยในประเทศ
2. การคุ้มครองส่วนได้เสียของประชาชน รัฐได้ประกาศใช้กฎหมาย
ต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์นี้ เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับการเงิน เศรษฐกิจ
การศึกษา

ผู้ที่ละเมิดกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จะได้รับผลเพียงใดนั้น
ย่อมแล้วแต่ลักษณะของกฎหมายนั้น คือ ถ้าเป็นกฎหมายอาญา ก็ต้องได้รับโทษ แต่ถา
เป็นในทางแพ่ง ก็ทำให้กิจการนั้นไร้ผลไป คือ นิติกรรมตกเป็นโมฆะ¹

1.2.4.1.2 ศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยทั่วไปแล้ว การที่จะถือว่า การโค้ช้ตถือศีลธรรมอันดีของประชาชน
น่าจะได้อีกกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่ในทางปฏิบัติ การที่จะถือว่า การโค้ช้ตถือ
ศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้วินิจฉัย โดยคำนึงถึง
ความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมนั้น ๆ เป็นหลัก ซึ่งการวินิจฉัยในบางเรื่อง
จะทำได้ด้วยความลำบาก

ยิ่งกว่านั้น หลักศีลธรรมอันดีโดยทั่วไปมีความหมายใกล้เคียงกับหลักความสงบ
เรียบร้อยมาก จนอาจกล่าวได้ว่า เรื่องโค้ช้ตถือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็มักจะ

¹โอสถ โกศิน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 2,
2520 หน้า 178 - 180

ขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้วย เช่น ความตกลงที่ทำให้มนุษย์เสื่อมเสียศักดิ์ศรี นอกจากจะขัดต่อความสงบแล้ว ยังขัดต่อศีลธรรมอันดีด้วย ดังนั้น หลักศีลธรรมอันดี จึงมีความหมายกว้างขวางมาก และยืดหยุ่นได้

อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า โดยทั่วไปแล้ว หลักศีลธรรมอันดีของประชาชนมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางเพศ หรือทางครอบครัว หรือเป็นกิจกรรมที่กระทบกระเทือนต่อศาสนาใดศาสนาหนึ่ง เป็นต้น¹

อาจารย์จิก เสริมรูปบุตร ใ้คอธิบายว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชนว่าเป็นหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณี ซึ่งอาจแตกต่างกัน แล้วแต่ท้องถิ่น และในสมัยต่าง ๆ กัน

และได้อธิบายต่อไปว่า คำว่า "ศีลธรรม" หรือ La moral ก็อะไรนั้น ถ้าจะอธิบายโดยถ้อยคำแล้ว เข้าใจว่าเป็นของยากยิ่ง และเกินขอบเขตของคำบรรยายนี้ ทั้งนอกความรู้ในทางนิติศาสตร์ไปด้วย ศีลธรรมคือ หลักความประพฤติชอบของมนุษย์ ซึ่งผู้ใดปฏิบัติตามแล้ว ได้ชื่อว่า เป็นมนุษย์ที่ดี ศีลธรรมนี้ มีนักนิติศาสตร์หลายคนเข้าใจว่าเป็นของที่ไม่มีผู้ใดสามารถค้นคว้าหลักเกณฑ์ขึ้นมาถนัดแน่นอนได้ เพราะศีลธรรมนี้หมายถึงธรรมะ (Ethique) ซึ่งก็คืออยู่ในสัญชาตญาณของมนุษย์ว่า การกระทำใดดีหรือไม่ดี²

นายโอสถ โกศล อธิบายว่า ปัญหาเรื่องศีลธรรมอันดีนี้ ย่อมแตกต่างกันระหว่างประเทศหนึ่งกับอีกประเทศหนึ่ง แล้วแต่ความรู้ดีของประชาชนในแห่งนั้น ๆ จะเห็นและนิยมไปในทางใด เช่น ในประเทศของเราถือว่า การมีภรรยาคนเดียวเป็นหลักศีลธรรมอันดี แต่ในประเทศที่โ้ศาสนาอิสลามเห็นว่า การมีภรรยาสี่คน จึงจะเป็นศีลธรรมอันดี

¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน บทบัญญัติฯ เล่มที่ 32 ตอนที่ 1, 2518 หน้า 26

² จิก เสริมรูปบุตร, กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่ม 3 ตอนที่ 1 มิถุนายน 2514 หน้า

ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาได้รวมเอาการกระทำ
ที่ผิดศีลธรรมมารวมไว้เป็นส่วนมาก เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์
หมิ่นประมาท ความผิดทางเพศ เป็นต้น ส่วนในทางกฎหมายแพ่งนั้นมุ่งถึง "วัตถุประสงค์"
แห่งนิติกรรมที่ผิดศีลธรรมเท่านั้น จึงจะถือเป็นโมฆะ แต่ "วิธีการ" ที่เขาทำนิติกรรม
นั้น แม้จะผิดศีลธรรม เช่น ไซกลอดลหรือขมขู กฎหมายก็ปรับเอาเพียงโมฆียะกรรม
เท่านั้น

หลักในการวินิจฉัยว่า สิ่งใดขัดศีลธรรมหรือไม่ มีดังนี้

1. การทำผิดศีลธรรม จะต้องเป็นการกระทบกระเทือนในทาง
จิตใจบุคคลทั่วไป คือ เป็นเรื่องที่มีความรู้สึกกันทั่วไปว่า เป็นเรื่องน่าละอาย น่าตำหนิ
ติเตียน และไม่ควรถูกกระทำ
2. ศาลไม่อาจใช้ความรู้สึกของตัวเองขึ้นแย้งว่า อะไรเป็นการผิด
ศีลธรรมหรือไม่ ต้องดูจากความรู้สึกทั่ว ๆ ไป
3. ศาลจะอาศัยหลักในศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือความรู้สึกของหมู่ชนใด
หมู่ชนหนึ่ง มาเป็นเครื่องวัดว่า ผิดศีลธรรมหรือไม่ได้ จะต้องวินิจฉัยจากความรู้สึก
ของคนทั่ว ๆ ไป
4. เรื่องที่จะถือว่า เป็นผิดศีลธรรม จะต้องเป็นเรื่องชัดแจ้งจริง ๆ
ถ้ามีกรณีเป็นที่สงสัย ต้องถือว่าถูกไว้อ่อน

สรุป

อาจจะกล่าวโดยสรุปว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" หมายถึง
ประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติ และสังคม ส่วน "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" หมายถึง
ทัศนะทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม

อย่างไรก็ดี หากจะพิจารณาอย่างตรงไปตรงมาแล้ว จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำทั้งสอง โดยทั่วไป ไม่มีขอบเขตแห่งความหมายที่สอดคล้องกัน และในทางทฤษฎีก็ไม่แตกต่างกันมากนัก เพราะว่า การยึดถือปฏิบัติทางศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมจะสอดคล้องกับประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วนการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมจะไม่ขัดแย้งต่อทัศนะทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม

แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มักจะแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัย และแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ นอกจากนั้น ยังมีบางสิ่งซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง และที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย ค่ายเหตุนี การที่จะจำแนกหรือที่จะกำหนดกฎเกณฑ์แน่นอนจนตายตัวไปว่า สิ่งใด ชัดหรือไม่ชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมไม่อาจทำได้ ถูกต้อง กฎหมายแห่งของนานาประเทศ ซึ่งได้กำหนดหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในลักษณะที่ยืดหยุ่น และมอบหน้าที่ให้เป็นของศาล ในการที่จะใช้ดุลยพินิจว่า การใดชัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เป็นกรณี ๆ ไป

1.2.4.1.3 การกระทำอย่างไรจึงไม่ถือว่าชัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คงได้กล่าวแล้วว่า ความยินยอมในกรณีที่มีความผิดบางประเภทถือว่า ความยินยอมมิใช่องค์ประกอบของความผิด หรือ ความผิดบางประเภท ซึ่งกฎหมายลงโทษ โดยไม่คำนึงถึงความยินยอม แต่ยอมให้มีการให้ความยินยอมได้ ซึ่งความยินยอมในกรณี ดังกล่าวนั้น จะคงไม่ชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น การกระทำอย่างไรจึงจะไม่ชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีนั้น ย่อมจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 1.2.4.1. ในเรื่อง ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีคืออะไร

ศาสตราจารย์ จิตติ ทิงศกัณฑ์ ได้อธิบายว่า การกระทำอย่างไร
จึงจะขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้น ย่อมจะต้องพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องถิ่น
และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น¹

1.2.4.2 หลักกฎหมายไทย

หลักกฎหมายอาญา

ตามหลักกฎหมายไทย ในกรณีข้างความผิด ความยินยอมมิใช่เป็นองค์
ประกอบของความผิด หรือในบางความผิดกฎหมายได้ลงโทษ โดยไม่คำนึงถึงความยินยอม
นั้น ความยินยอมในกรณีดังกล่าวอาจจะมีได้ โดยถือว่า ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความ
สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ศาสตราจารย์ จิตติ ทิงศกัณฑ์ ได้อธิบายว่า ถ้าความยินยอมนั้น ไม่ขัด
ต่อความรู้สึกในทาง "ธรรมจรรยา" แล้ว ก็ถือว่า เป็นความยินยอมที่ยกเว้นความผิด
ตามกฎหมายอาญาได้ ความยินยอมอย่างไรที่จะถือว่า เป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อ
ธรรมจรรยานั้น ไม่อาจกำหนดได้แน่นอน ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป

และได้อธิบายว่า เหตุที่ใ้คำว่า "ธรรมจรรยา" และไม่ใช่คำว่า
"ศีลธรรมอันดีของประชาชน" นั้น โดยมีเหตุผลที่ว่า การที่จะให้แตกต่างไปจาก
กฎหมายแพ่ง เพราะเรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องของการใด ๆ ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ
ศีลธรรมอันดีแล้ว เป็นโมฆะ จึงได้เอ่ยมานำคำว่า "ธรรมจรรยา" แทน ซึ่งก็คงมี
ความหมายเหมือนกัน แต่ได้แยกใช้เพื่อมิให้เกิดการสับสน²

¹จิตติ ทิงศกัณฑ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอน 2
พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 653

²จิตติ ทิงศกัณฑ์, ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด, วารสารกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม - สิงหาคม 2520
(พระนคร : นำอักษรการพิมพ์, 2521), หน้า 54 - 55

การนำหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาใช้กับหลักความยินยอมในทางกฎหมายอาญานั้น โจทย์สำคัญน่าจะตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือที่เรียกว่าประเพณี มาซึ่งกัน ทั้งนี้ โดยนัยที่ว่า พฤติการณ์ที่กฎหมายยอมให้อาจเป็นข้อยกเว้นความผิดอาญานั้น ไม่จำเป็นต้องมีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนไว้ในตัวบทกฎหมายอาญาเท่านั้น อาจจะนำมาจากบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายแพ่งก็ได้ ซึ่งต่างกับกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญา ที่จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยชัดเจน แต่ในการยกเว้นความผิดในทางอาญานั้น หากจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม่¹

การให้ความยินยอมต่อการกระทำผิด ซึ่งต้องคำนึงถึงว่า ชัดชัดศีลธรรมหรือไม่ นี้ ส่วนใหญ่ของความผิด เป็นเรื่องเกี่ยวกับความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เช่น การทดลองอุกยงคงกะพัน, การเล่นเกม, การผ่าตัดทางแพทย์, การเสริมสวย, การทำร้ายร่างกายสาหัส, ไม่น่าหึง, การทำหมันหรือการตอน, การฆ่า เมกกล่อนเพื่อหนีพ้นจากความทรมาณ (Mercy killing) ฯลฯ ซึ่งกรณีต่าง ๆ เหล่านี้ จะโคจรโดยละเอียดในหัวข้อที่ 3.1.3

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในทางอาญาของไทย

1. ความยินยอมใหม่เป็นความผิด คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 605/2463 ผู้ตายอวดอ้างว่ามีคาถายังไม่เข้า แล้วยกไฟเพื่อนยิง เพื่อนจึงยิงได้รับบาดเจ็บ ผู้ตายร้องบอกอีกว่า "ยิงกูเสียให้ตายเถิด" เพื่อนอีกคนหนึ่งจึงยิงซ้ำ ผู้ตายจึงถึงแก่ความตาย ศาลตัดสินว่า มีความผิดฐานฆาตกรรม ส่วนเพื่อนที่ยิงบาดเจ็บคนแรก มีความผิดฐานพยายามฆา

¹ จิตติ ทิงส์ทีย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาราก 1 ตอน 2 พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 652 - 653 และ

จิตติ ทิงส์ทีย์, ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม - สิงหาคม 2520
หน้า 52

2. ทำร้ายร่างกายเพราะเชื่อว่า ออxygen คงกะพัน เป็นความผิด
 ทางการเมืองยอมแก่ตัวไหนผิดไม่ได้ เพราะเป็นการเชื่ออย่างงมงาย ชักคอศีลธรรม
 อันดี

ฎีกาที่ 628/2474 ผู้ตายอ้างว่า ออxygen คงกะพัน ให้จำเลยแห่งจำเลยแห่ง
 ผู้ตายมีบาดแผล ตอมาผู้ตาย ๆ ทวยพิษบาดแผล กัดสิ้นว่า มีความผิดฐานฆาตกรรมโดย
 ไม่เจตนา

3. การเบียดเสียดคุกคามกันทางร่างกาย เพราะไปดูเหตุหรือดูงาน
 โดยธรรมเนียมประเพณี ย่อมไม่ถือความผิด

การหยอกล้อ ย่อมไม่ถือว่า มีเจตนาทำร้าย ฎีกาที่ 787/2483,
 473/2491

หลักกฎหมายในทางแพ่ง

ความยินยอมในทางแพ่งให้ทำร้ายร่างกาย เช่น การ
 การทดลองออxygen คงกะพัน การเล่นกีฬา การผ่าตัด หรือการเจาะเลือดเพื่อรักษาพยาบาล
 หรือเพื่อประโยชน์ในทางการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ การผ่าตัดเพื่อเสริมสวย หรือการ
 วิจัยเพื่อทดลองยา หรือสารบางชนิดในกัมพูชา เป็นต้น ตามแนวคำพิพากษาของศาล
 ฎีกาในปัจจุบันถือว่า ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางแพ่งฐานละเมิด¹

คำพิพากษาฎีกาที่ 713/12²

โจทก์ยินยอมหรือสมัครใจให้จำเลยปิดกั้นดวงรั้วพินาศ เท่ากับโจทก์เต็มใจ
 ยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนในอนาคต จะถือว่าจำเลยละเมิดต่อโจทก์ได้

¹ อุกฤษ มงคลนาวิน, ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
 บทบัญญัติคดี เล่มที่ 32 ตอนที่ 1 หน้า 30

² คำพิพากษาฎีกา ประจำ พ.ศ. 2512 นิคมบัณฑิตยสภา พิมพ์โรงพิมพ์ไทยพิทยา
 พระนคร หน้า 944

โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย และไม่มีอำนาจฟ้องร้องให้ศาลบังคับจำเลยเปิดสำนวนพิพาท สำนวนพิพาทจะเป็นสำนวนสาธารณะหรือไม่ก็ตาม จำเลยไม่ยอมรับผิดต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 714/12¹

ตามคำบรรยายฟ้องของโจทก์ สรุปได้ว่า จำเลยทั้งห้ารายคั้นคินกันน้ำในคลอง ซึ่งเป็นทางน้ำสาธารณะ เป็นเหตุให้คั้นคินนี้กักเก็บน้ำ และระบายน้ำเข้านาโจทก์ไม่ได้ ทำให้ชาวในนาของโจทก์เสียหาย ซึ่งเป็นการที่โจทก์กล่าวอ้างว่า จำเลยกระทำความผิดกฎหมาย เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโจทก์ โจทก์จึงฟ้องขอให้ศาลคั้นคินกันน้ำให้ตื้นเค็ม หรือให้โจทก์ทำโดยจำเลยชดเชยค่าใช้จ่ายให้ได้

โจทก์ยินยอมให้จำเลยกับพวกเปิดคั้นคินกันน้ำในคลอง ซึ่งเป็นทางน้ำสาธารณะ หรือทำให้คั้นคินไม่อยู่ในสภาพกักเก็บน้ำ และระบายน้ำเข้านาโจทก์ได้ แม้ทำให้ชาวในนาโจทก์เสียหาย ก็ไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์

ได้มีปัญหามาสนใจ คือ การทำสัญญาขายเลือด การขายเส้นผม และการขายลูกนัยตา จะเป็นสัญญาที่ห้ามบังคับหรือไม่

ปัญหานี้ น่าจะต้อวินิจฉัยตามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และในกรณีกระทำแก่ร่างกาย ขอให้ช่วยในการวินิจฉัยว่า นิติกรรมนั้น ชักค่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น ก็น่าจะไต่พิจารณาว่า การกระทำนั้น มีเหตุผลสมควรหรือไม่ และผลแห่งการกระทำนั้น จะกระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของร่างกาย (integrity) หรือไม่

สำหรับการขายเลือด หรือขายเส้นผมโดยลักษณะและผลแห่งการกระทำ น่าจะถือว่า มีเหตุผลอันสมควรและไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ต่อร่างกาย ดังนั้น

¹คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำ พ.ศ. 2512 เนติบัณฑิตยสภา พิมพ์โรงพิมพ์
ไทยพิทยา พระนคร หน้า 952

การขายเล็กและเส้นผมจึงไม่เข้าชั้คต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
 แทการขายลูกนัยตา ลักษณะและผลแห่งการกระทำ ย่อมแตกต่ากันออกไปอย่างมาก
 กล่าวคือ เมื่อลวักนัยตาออกจากร่างกาย ย่อมจะทำให้ร่างกายนั้น ขาดความสมบูรณ์
 (Integrity) ทั้งนี้ สัญญาเช่นนี้จึงน่าจะชั้คต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี
 ของประชาชน¹

1.2.4.3 หลักกฎหมายต่างประเทศ

หลักกฎหมายของต่างประเทศ คือ หลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายไทย คือ
 ถือว่า ความยินยอมของผู้เสียหาย ย่อมเป็นข้อยกเว้นความผิดในกรณีที่ไม่ชั้คต่อความ
 สำคัญในศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

กฎหมายขอประเทอื่นเตีย

ประมวลกฎหมายของอินเตีย มาตรา 87 ได้บัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ว่า
 ความยินยอมของผู้เสียหายแก่ตัวใดในความผิดที่มีโทษจำคุกเกินหนึ่งปี และมิได้ทำให้เกิด
 อันตรายแก่กายถึงสาหัส

นุร่างกฎหมายโคไหเพกยอไวว่า ตามปกติบุคคลยอมทำดาจรพิยดิน
 ของตน หรือกระทำความเสียหายให้แก่ตัวของเขาเองได้ เป็นการยากที่ผู้ใดจะห้ามปราม
 หรือชั้คขวาง โดยคนอื่นไม่มีทางที่จะรู้ไปกว่าตัวเขา จึงไม่ควรถือว่า การกระทำของ
 ผู้นั้น ทกระทำก่อตัวเขาควยความยินยอมของเขาเอง เป็นความผิด เว้นแต่จะถึงขนาด
 เป็นอันตรายต่อชีวิต หรือถึงสาหัส

¹ อภิญ มงคลนาวัน, ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
 บทบัญญัติ เลขที่ 32 ตอนที่ 1, 2518 หน้า 30

หลักของกฎหมายเยอรมัน

ประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 226 อ ได้บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำ ให้เกิดอันตรายแก่กายของผู้อื่น ด้วยความยินยอมของผู้นั้น การกระทำเช่นนั้นไม่เป็น การกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมาย หากการกระทำนั้นไม่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี

หลักกฎหมายของฝรั่งเศส

ไม่ยอมรับหลักยกเว้นความผิดโดยความยินยอมในกรณีอื่น ๆ นอกจาก ที่เป็นความผิดคดีอาญาซึ่งผู้เสียหายอาจจำหนายหรือสละได้ แต่ในการยกเว้นความผิด เพราะการกระทำบางอย่าง เช่น การกระทำของแพทย์ หรือการเล่นกีฬา นักนิติศาสตร์ ฝรั่งเศส ให้เหตุผลว่า สิทธิของบุคคลนั้นจะไร้หรือจำหนายได้ก็ต่อเมื่อไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยของประชาชน ในกรณีที่ยกเว้นความผิดเพราะความยินยอม เช่น การเล่นกีฬา หรือการแพทย์ นักนิติศาสตร์ให้ความเห็นว่า ยกเว้นความผิด เพราะกฎหมายและประเพณี อนุญาตให้ทำได้ แต่ไม่รับรูการห้ามมัน เพราะขัดต่อประโยชน์ของรัฐ และความสงบ เรียบร้อยของประชาชน

หลักกฎหมายของอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษ นักนิติศาสตร์อธิบายเหตุผลการยกเว้นความผิดในการ เล่นกีฬา กฎหมายไม่ห้ามการเล่นกีฬาที่ไม่ได้กระทำด้วยความอาฆาต และไม่ขัดต่อความ รู้สึกในธรรมจรรยาในสมัยนั้น โดยไม่เห็นว่า เป็นการทารุณโหดร้าย ส่วนการต่อสู้กัน ที่เป็นความผิด เพราะขัดต่อกิจธรรมซึ่งมีคิมหาชนไม่ยอมรับ การเล่นกีฬาใดจะเล่นได้ เพียงใด ย่อมแล้วแต่คิมหาชนในเวลาและท้องถิ่นนั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายของต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น เมื่อสรุปแล้ว ก็คือว่า ความยินยอมของผู้เสียหายยอมเป็นขอยกเว้นความผิดได้ ในกรณีที่ไมขัดต่อศีลธรรม

อันดีของประชาชน โดยอาศัยอำนาจกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่เรียกว่าประเพณี
นั้นเอง¹

หลักกฎหมายของอเมริกัน

นี้มีข้อแตกต่างที่น่าสนใจออกไปจากหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ
ดังได้กล่าวมาแล้ว และรวมทั้งหลักของประเทศไทยด้วย

ตามหลักกฎหมายของอเมริกันนั้น ยอมให้มีการให้ความยินยอมในการ
กระทำใด ที่ไม่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อร่างกาย หรือจิตใจของผูกระทำใด ไม่มีศาลใน
รัฐใดใดอธิบายไปในทางที่ว่า "ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี" ทั้งนี้
เพราะศาลทั้งหลายถือหลักที่ว่า ความผิดอาญาทั้งปวงยอมถือว่า เป็นการกระทำที่ขัด
ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีทั้งสิ้น จึงไม่มีประโยชน์อันใดที่จะบัญญัติหรือที่จะ
กำหนดข้อยกเว้นในกรณีนี้ ถ้าหากจะมีข้อยกเว้นอนุญาตให้เสียหายยินยอมใด ก็ควร
จะเป็นว่า "แม้การกระทำนั้นจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี แต่ผู้
เสียหายผู้นั้น มิได้กระหนกระเทือนอย่างร้ายแรง และผู้นั้นร่อยแล้ววา คนจะถูกกระหน
กระเทือนอย่างไร ซึ่งหากคนจะขัดขึ้นหรือหลีกเลี่ยงก็ยอมจะกระทำใด การให้ความ
ยินยอมในกรณีเช่นนี้ จึงควรเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบ"

ดังนั้น การอนุญาตให้อีกฝ่ายหนึ่งกล่าวคำคุ้มกัน การทำร้ายร่างกายที่ไม่เป็น
อันตรายแก่กายหรือจิตใจสาหัส ย่อมอาจให้ความยินยอมได้

¹พจน์ ปุขปากม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด
(พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 51 - 52 และดู
จิตติ ทิงศกัณฑ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 2
(พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 650 - 652

ในกรณีของการรักษาพยาบาล การผ่าตัด กฎหมายสหรัฐถือว่า อาจให้ความยินยอมได้ และด้วยความระมัดระวังความวิสัยและพฤติกรรม ในขอบเขตของความยินยอม ศาลส่วนใหญ่ถือว่า เป็นความยินยอมที่อาจให้โดยชอบ แต่ศาลส่วนน้อยถือว่า ยอมให้ผู้กระทำแก้ตัวได้ โดยอาศัยหลักการกระทำโดยจำเป็น มากกว่าจะอาศัยความยินยอมเป็นข้อแก้ตัว

ส่วนในกรณีของการกีฬาต่าง ๆ ถือว่า อาจให้ความยินยอมได้ โดยถือว่า จารีตประเพณีอนุญาตให้สูญเสียหายให้ความยินยอมได้¹

หลักกฎหมายอิตาลี

ตามหลักกฎหมายอิตาลี ยอมรับว่าความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้การกระทำไม่มีความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไต่รับยกเว้นโทษนั้น มีความเห็นแยกออกเป็นสองฝ่าย คือ

1. มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหาย ยอมรับเป็นการดลางเจตนากระทำผิดของผู้กระทำ
2. นักกฎหมายส่วนใหญ่ของอิตาลี มีความเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้การกระทำไม่มีความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไต่รับยกเว้นโทษ ก็เพราะในกรณีเช่นวานั้น ไม่ได้ออกให้เกิดความเสียหายใด ๆ ต่อสังคมทั้งหมด ซึ่งจะต้องทำให้รัฐต้องเข้ามาดำเนินการปกป้อง หรือปิดเป่าด้วยการลงโทษในทางอาญา จากแนวความคิดดังกล่าว มีความหมายว่า หากเป็นการกระทำที่มีผลกระเทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวม หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม (Social Damage) แล้ว ก็เป็นเรื่องที่รัฐจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมที่รักษาระบอบของส่วนรวม ดังนั้น

¹ วิชา เครื่องงาม, ความยินยอม - การยอมตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เดือนพฤษภาคม ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (พระนคร : บริษัทพิมพ์ จำกัด, 2517), หน้า 158 - 159

เมื่อผู้เสียหายจะให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำผิด ให้กระทำการที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ก็ไม่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า หลักในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญานั้น ย่อมมีลักษณะที่จำกัด คือผู้เสียหายจะให้ความยินยอมได้เฉพาะในบางเรื่องบางกรณีเท่านั้น

และในมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของกฎหมายอาชญากรรม ก็บัญญัติไว้โดยชัดว่า การกระทำใด ๆ ตลอดหนึ่งส่วนใดของร่างกาย จะกระทำมิได้ หากการกระทำนั้นมีลักษณะที่ทำให้ความเป็นอยู่ หรือคงอยู่ของร่างกายนั้น ต้องเสื่อมเสียลงไป หรือลดน้อยถอยลงเป็นการถาวร (Physical Integrity) หรือมิฉะนั้นเมื่อเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี¹

เมื่อผู้เสียหายจะให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำผิด ให้กระทำการที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ก็ไม่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า หลักในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญานั้น ย่อมมีลักษณะที่จำกัด คือผู้เสียหายจะให้ความยินยอมได้เฉพาะในบางเรื่องบางกรณีเท่านั้น

และในมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของกฎหมายอาชญากรรม ก็บัญญัติไว้โดยชัดว่า การกระทำใด ๆ ตลอดหนึ่งส่วนใดของร่างกาย จะกระทำมิได้ หากการกระทำนั้นมีลักษณะที่ทำให้ความเป็นอยู่ หรือคงอยู่ของร่างกายนั้น ต้องเสื่อมเสียลงไป หรือลดน้อยถอยลงเป็นการถาวร (Physical Integrity) หรือมิฉะนั้นเมื่อเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี¹

¹ อภิสิทธิ์ จุฬารัตน์, ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 1 ปีที่ 9 มิถุนายน - สิงหาคม 2520, หน้า 61 - 62 และเป็นการขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

² Francesco Antolisei, Manuale D : Diritto Penale Parte General , 1963 p. 210