

บทที่ 3

หลักการและขอบเขตของความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้ไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายไทย : การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายลักษณะละเมิดไทย

หลังจากที่ได้ทำการศึกษาถึงการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และฝรั่งเศส มาอย่างละเอียดพอสมควรแล้ว ต่อไปก็จะได้ศึกษาถึงการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในกฎหมายลักษณะละเมิดของประเทศไทยว่าใช้หลักดังกล่าวในลักษณะใด

3.1. คำอธิบายของนักวิชาการในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria กับองค์ประกอบความรับผิดชอบในทางละเมิด

นักวิชาการหลายท่านได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายไว้ดังนี้

อ.จิตติ ติงศภัทิย์ ให้ความหมายของความยินยอมไว้ว่า “การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวาง ทั้ง ๆ ที่สามารถขัดขวางได้ แต่ความหมายเช่นนี้ยังไม่พอจำเลยถือเป็นความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเอง หรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์นั้นต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำที่เดียว ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอม และการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้”¹

¹ จิตติ ติงศภัทิย์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร , 2537) น. 682,685.

อ.พจน์ ปุษปาคม ให้ความหมายของความยินยอมไว้ว่า “เป็นความยินยอมที่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหายยอมให้กระทำตนไม่ว่าต่อเนื้อตัว ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตน ความยินยอมนั้นโดยแท้จริงแล้วเป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำ ไม่ใช่สิทธิของผู้กระทำ”²

อ.เพ็ง เพ็งนิตติ ให้ความหมายของความยินยอมไว้ว่า “เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำประทุษร้ายโดยสมัครใจ หรือยอมเข้าสู่อันตรายไม่ว่าจะเป็นการทำอันตรายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด การนิ่งเฉยไม่ขัดขืนหรือไม่ขัดขวางคัดค้านต่อการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายหรือพฤติกรรมนั้นควรจะขัดขวางห้ามปรามหรือคัดค้าน แต่ไม่ขัดขวาง ไม่ห้ามปราม ไม่คัดค้าน ก็ถือเป็นความยินยอมโดยปริยาย”³

อ.ศักดิ์ สมองชาติ ให้ความหมายของความยินยอมไว้ว่า “เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายยอมให้กระทำ หรือยอมต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหาย ซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม ย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างไรและได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดอย่างน้อยเพียงใดก็ตาม”⁴

จากความหมายของความยินยอมที่ท่านทรงคุณวุฒิทั้งหลายได้ให้ไว้ พอจะสรุปได้ว่า ความยินยอมไม่เป็นละเมิดก็คือ การแสดงเจตนาของผู้เสียหายหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้เสียหายที่จะเป็นการยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ ของผู้เสียหายนั่นเอง

สำหรับองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 นั้นจะมีอยู่ด้วยกัน 3 ส่วนใหญ่ ๆ คือ มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาท

² พจน์ ปุษปาคม , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด แก้ไขเพิ่มเติม (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยมิตรการพิมพ์ , 2509) น. 254.

³ เพ็ง เพ็งนิตติ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ. 2543 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อชตยา , 2543) น.106.

⁴ ศักดิ์ สมองชาติ , คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และความรับผิดทางละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2547) น. 55.

เดินเล่น มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย และเกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งหากการกระทำนั้นขาดองค์ประกอบในส่วนหนึ่งส่วนใดไปแล้วก็จะส่งผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด

1. มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

(1) การกระทำโดยจงใจ

สำหรับการกระทำโดยจงใจนั้น หมายความว่า “ กระทำโดยรู้สึถึงถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้วก็ถือเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ ” ⁵ ฉะนั้นผู้เป็นบุคคลวิกลจริต หรือเป็นเด็กที่ไร้เดียงสา จึงไม่อาจมีการกระทำโดยจงใจได้ เพราะเขาไม่รู้ถึงผลเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของตนเอง หรือแม้แต่บุคคลใดก็ตามรู้ถึงผลเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของตนเอง แต่บุคคลนั้นได้กระทำความเสียหายไปเพราะความสุจริต เช่น เป็นการสำคัญผิดก็จะถือว่าบุคคลนั้นกระทำการโดยจงใจมิได้ ส่วนจะเป็นประมาทเลินเล่อหรือไม่เป็นอีกกรณีหนึ่ง⁶

(2) การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อคืออะไร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีการนิยามศัพท์คำนี้เอาไว้ดังเช่นประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 ⁷ แต่เมื่อพิจารณาจากคำนิยามศัพท์ของมาตรา 59 วรรค 4 แล้วจะเห็นได้ว่ามีความหมายไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือเป็นการกระทำโดยไม่จงใจ แต่ผู้กระทำได้กระทำความผิดตามระมัดระวังสมควร คือเป็นการกระทำที่อยู่ในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังไม่กระทำด้วย เพราะฉะนั้นการที่เขาทำไป ถือว่าเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวัง เรียกว่า เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อแล้ว ⁸

⁵ จิตติ ดิงศรัทีย , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2

(กรุงเทพมหานคร : จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา , 2503) น.470.

⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 761/2521

⁷ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 4 บัญญัติว่า “ การกระทำโดยประมาทได้แก่ การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาใช้ให้เพียงพอไม่ ”

⁸ เพิ่ง เพิ่งนิติ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด & ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อศตยา , 2543) น.123.

สำหรับเกณฑ์การใช้ในการวัดว่าบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่นั้นจะดูได้จาก⁹

1) Subjective Test หรือ เกณฑ์อัตวิสัย กล่าวคือ เราจะใช้ความรู้สึกของคนใดคนหนึ่งมาเป็นมาตรฐานในการวัดระดับความระมัดระวัง

2) Objective Test เกณฑ์ภาวะวิสัยหรือสภาวะการณ กล่าวคือ เราจะใช้ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดขาดความระมัดระวังหรือไม่โดยดูจากภาพรวมของสังคมมาเป็นมาตรฐาน อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่แล้วในเรื่องความระมัดระวังจะใช้เกณฑ์ในทางภาวะวิสัยมาเป็นตัววัดเสียมากกว่าเกณฑ์ในทางอัตวิสัย กล่าวคือ จะต้องดูว่าวิญญูชนจะใช้ความระมัดระวังได้มากน้อยแค่ไหนเพียงใด จึงค่อยระบุว่าจะจำเลยใช้ความระมัดระวังเท่าที่วิญญูชนใช้หรือไม่ ซึ่งถ้าใช้เพียงพอแล้วก็จะไม่เป็นละเมิด

ข้อยกเว้นของมาตรฐานวิญญูชน¹⁰

1) ในกรณีที่จำเลยเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความรู้มากกว่าคนทั่วไปในสังคม เช่นนี้จะใช้เกณฑ์มาตรฐานวิญญูชนทั่วไปมาตัดสินไม่ได้ แต่ต้องใช้มาตรฐานของผู้เชี่ยวชาญในระดับเดียวกันกับจำเลยมาเป็นเกณฑ์วัดว่าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้วหรือไม่ ตัวอย่างเช่น แพทย์ย่อมมีความรู้มากกว่าคนทั่วไปในการตรวจรักษาผู้ป่วย จะใช้มาตรฐานคนทั่วไปให้ยาผิดหรือวินิจฉัยผิดไปบ้างก็ไม่เป็นประมาทไม่ได้ เพราะจำเลยมีมาตรฐานสูงกว่าคนทั่วไป จึงต้องใช้มาตรฐานของแพทย์ทั่วไปที่อยู่ในระดับเดียวกันกับจำเลย

ตัวอย่าง : จำเลยเป็นแพทย์ให้ยาลดไข้ที่มีสารให้เกิดเลือดออกในสมองแก่โจทก์ เป็นเหตุให้โจทก์ถึงแก่ความตาย จำเลยต่อสู้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้ว เพราะคนทั่วไปเขาก็กินยานั้นกันทั้งนั้นสำหรับในกรณีนี้จะใช้มาตรฐานของวิญญูชนไม่ได้ เนื่องจากจำเลยเป็นแพทย์ผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน จึงต้องใช้เกณฑ์ของแพทย์ส่วนใหญ่มาเป็นเกณฑ์ ในกรณีนี้จำเลยใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานของแพทย์ จึงต้องรับผิดชอบละเมิด

ตัวอย่าง : จำเลยเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรม แต่รักษาโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเท่าผู้เชี่ยวชาญ แต่กลับใช้ความระมัดระวังเท่ากับแพทย์ทั่ว ๆ ไป เมื่อเกิดเหตุขึ้นมา

⁹ สมโชค เจริญลาภ , “ ละเมิดโดยประมาทเล็กน้อย “ , บทบัญญัติ เล่มที่ 34 ตอนที่ 4 ปีที่ (2520) น. 538 - 562 .

¹⁰ เพ็งอึ้ง , น. 538 - 562 .

จำเลยจึงมีความผิดฐานละเมิด เพราะจำเลยไม่ใช่แพทย์ธรรมดา จึงต้องใช้เกณฑ์ของผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านนั้น ๆ มาเป็นเกณฑ์วินิจฉัย

2) จำเลยเป็นคนธรรมดาไม่มีความรู้หรือเชี่ยวชาญอะไร แต่ได้มีการอดอ้างสรรพคุณว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านนั้น ๆ แล้วเกิดมีความเสียหายขึ้น จำเลยจะอ้างว่าไม่ได้ประมาทเดินเลื้อเพราะเป็นคนธรรมดาและใช้ความระมัดระวังเท่ากับวิญญูชนทั่ว ๆ ไปแล้ว ย่อมอ้างไม่ได้ เพราะการที่จะใช้มาตรฐานของวิญญูชนทั่ว ๆ ไปนั้น ต้องเป็นเรื่องที่จำเลยไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญและไม่ได้อดอ้างว่าตนเป็นผู้เชี่ยวชาญ

เกณฑ์การวิเคราะห์ความประมาทเดินเลื้อ¹¹

1) Duty of care : คน ๆ นั้นมีหน้าที่ระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นหรือไม่ ถ้าไม่มีหน้าที่ แม้ไม่ระมัดระวังก็ไม่เป็นประมาทเดินเลื้อ

2) Standard of care : มีความระมัดระวังมากน้อยแค่ไหนถึงเพียงพอ จะพิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชน

3) Reasonable precaution : จำเลยได้กระทำการใดอันเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้นตามสมควรแก่กรณีแล้วหรือไม่ ถ้ามีหน้าที่ต้องทำแล้วใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้วก็ไม่เป็นละเมิด

4) Breach of duty of care : จำเลยฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้นหรือไม่ ซึ่งถ้าใช่ก็เป็นประมาทเดินเลื้อ

ตัวอย่าง : ก. เป็นเด็กลูกคนงาน เดินเข้าไปในเขตก่อสร้างที่มีการตอกเสาเข็มค้างอยู่ ก. ตกลงไปในช่วงระหว่างเสาเข็มนั้น กรณีนี้บริษัทก่อสร้างต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 หรือไม่ โดยจำเลยให้การต่อสู้ว่าจำเลยได้ติดป้ายบอกไว้แล้วว่าเป็นเขตก่อสร้างมีอันตรายห้ามเข้า แล้วเสาเข็มก็เป็นเสาเข็มที่ยังตอกไม่เสร็จก็เลยต้องปล่อยทิ้งไว้ ซึ่งบริษัทก่อสร้างอื่น ๆ ก็ทำกันอย่างนี้ พ่อแม่ของเด็กเองต่างหากที่ผิด เพราะมีหน้าที่ต้องดูแลลูกแต่ก็ไม่ดูแล

สำหรับกรณีนี้ข้อต่อสู้ของจำเลยหาฟังขึ้นไม่ จำเลยกระทำการโดยประมาทเดินเลื้อ เพราะมีหน้าที่ต้องระมัดระวัง เนื่องจากจำเลยเอาเสาเข็มเข้ามาในพื้นที่ ทำให้ที่ที่เคยปลอดภัยกลับกลายเป็นพื้นที่อันตราย อีกทั้งจำเลยยังใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอ จึงทำให้เด็กเส็ดลอด

¹¹ เพิ่งอ้าง , น. 538 – 562.

เข้าไปได้ การติดป้ายเตือนไว้เฉย ๆ ไม่มีประโยชน์อะไรเพราะเด็กอ่านหนังสือไม่ออก และจำเลขก็
 ควรที่จะคาดหมายได้ว่าบริเวณนั้นมีเด็กเล็กอยู่ ฉะนั้นจำเลยจึงต้องรับผิดชอบละเมิด

2.มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย

การกระทำโดยผิดกฎหมาย หมายความว่า กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹² ซึ่ง
 ตามกฎหมายละเมิดแล้วจะแบ่งการกระทำผิดออกเป็น 3 แบบ คือ

ก) การกระทำโดยผิดกฎหมาย (Unlawfully) ซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อ
 บทบัญญัติของกฎหมาย และหมายความตลอดถึงการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อพฤติการณ์ที่
 กฎหมายไม่รับรอง หรือไม่ถูกต้องตามแนวคิดของกฎหมาย ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติไว้เป็น
 ลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น การกระทำที่ผิดต่อประเพณีและศีลธรรมจรรยา เป็นต้น ซึ่งก็คือการ
 กระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420¹³ นั่นเอง

ข) การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful) เป็นการใช้สิทธิซึ่งรั้งแต่จะ
 ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421¹⁴
 กล่าวคือ เป็นการใช้สิทธิที่ตนเองมีอยู่ตามกฎหมายไปกลั่นแกล้งให้ผู้อื่นเสียหายโดยที่ตนเองก็
 ไม่ได้ประโยชน์อะไรเลย เช่น ก. ไม่ชอบหน้าคนข้างบ้านก็เลยสร้างเสابนที่ดินของตนเองเพื่อบัง
 ทัศนียภาพทัศนียภาพบ้านเสีย จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าว ก. ไม่ได้รับประโยชน์อะไรเลยจากการ
 กระทำของตนเอง แถมยังเสียเงินสร้างเสาบอีก จึงเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหาย
 แก่บุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 และเป็นการกระทำโดยจงใจจึง
 เป็นละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ใช้สิทธิของตนเองตามกฎหมายจะได้ประโยชน์จากการใช้สิทธิ
 ดังกล่าว แต่หากไปก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือก่อความรำคาญ (Nuisance) ต่อเจ้าของ

¹² ศักดิ์ สมองชาติ , คำอธิบายโดยย่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย
 ละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ , 2547) น.30.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 บัญญัติว่า “ ผู้ใดจงใจหรือ
 ประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี
 อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่า
 สินไหมทดแทนเพื่อการนั้น ”

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 บัญญัติว่า “ การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะ
 ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้นท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ”

อสังหาริมทรัพย์จนเกินกว่าที่ควรจะได้ตามปกติ อันเป็นการใช้สิทธิที่ฝ่าฝืนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337¹⁵ และเป็นการใช้สิทธิที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 ดังนั้นจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อให้ผู้อื่นเสียหาย จึงเป็นละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ประกอบมาตรา 421 และมาตรา 1337

ค) การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Infringement of statutory provision) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 422¹⁶ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์จะปกป้องบุคคลอื่นซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะมีความหมายอย่างกว้างจึงไม่จำเป็นต้องฝ่าฝืนเฉพาะกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้

3. การกระทำตามข้อ 1 และ 2 เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

การก่อให้เกิดความเสียหายนี้ต้องเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำละเมิด ซึ่งจะมีความเสียหายอยู่ด้วยกัน 6 แบบ คือ

1) เสียหายแก่ชีวิต คือ เป็นการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

2) เสียหายแก่ร่างกาย คือ เป็นการทำให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย โดยไม่จำเป็นต้องเป็นอันตรายสาหัสหรือพิการ แม้เป็นเพียงรอยแผลถลอกเพียงเล็กน้อยก็ถือว่ามีความเสียหายแก่ร่างกายเกิดขึ้นแล้ว และหมายความตลอดถึงความเสียหายที่เกิดแก่จิตใจตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย ส่วนอารมณ์ความรู้สึกต่าง ๆ เช่น โกรธ กลัว เสียใจ อันนี้ไม่ใช่อันตรายต่อจิตใจ

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 บัญญัติว่า “ บุคคลใดใช้สิทธิของตน เป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหาย หรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิด หรือคาดหมายได้ว่าจะจะเป็นไปตามปกติ และเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์นั้นมาคำนึงประกอบไขว้ ท่านว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิจะปฏิบัติการ เพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป ทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน ”

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 422 บัญญัติว่า “ ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์ เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด ”

3) เสียหายแก่อนามัย คือ ทำให้เสียสุขภาพ อยู่อย่างไม่สงบ เพราะกลิ่น เสียง คว้น กระเทือน น้ำเน่า หรือฝุ่น¹⁷

4) เสียหายแก่เสรีภาพ

5) เสียหายแก่ทรัพย์สิน

6) เสียหายแก่สิทธิ เช่น สิทธิในชื่อบุคคล สิทธิทางการค้า เป็นต้น

สำหรับการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายละเมิดของไทยแล้ว
หลัก Volenti non fit injuria นั้นจะทำให้องค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดไม่ครบองค์ประกอบ ส่วนที่ว่าจะทำให้องค์ประกอบความรับผิดในส่วนใดขาดหายไปนั้น ตรงจุดนี้นักกฎหมายมีความเห็นแยกออกเป็น 2 ฝ่าย

3.1.1 คำอธิบายของนักกฎหมาย

ตามคำอธิบายของนักกฎหมายไทยต่อการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria กับองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดนั้นแยกออกได้เป็น 2 คำอธิบายที่เน้นในรายละเอียดที่แตกต่างกันดังนี้

1. คำอธิบายการปรับใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายตามหลักกฎหมายเยอรมัน

เมื่อศึกษาถึงประวัติศาสตร์ในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบว่ามีมูลเหตุในการจัดทำขึ้นเนื่องมาจากปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต โดยคณะกรรมการที่ได้จัดตั้งขึ้นเพื่อร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในตอนแรก ประกอบด้วยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสล้วน ๆ เพราะฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีอำนาจและอิทธิพล ซึ่งไทยจำต้องยอมตั้งกรรมการตามนั้น¹⁸ แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวมีความสับสนอยู่มาก เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสค่อนข้างจะกะทัดรัด ย่นย่อ และต้องอาศัยการตีความ ทำให้เกิดปัญหากับนักกฎหมายในการเข้าใจถึง concept ที่แท้จริง จนในที่สุดก็ต้องมีการตั้งกรรมการชุดใหม่เพื่อยกร่างกฎหมายใหม่ ซึ่งได้มีการเสนอว่าควรใช้โครงร่างการจัดบทบัญญัติของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งแบบเยอรมัน โดยการรับมาทางประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ซึ่งยกกร่างตามแบบเยอรมันไว้แล้ว ซึ่งนับว่าเป็น

¹⁷ เพิ่ง เพิ่งนิติ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด & ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อชตยา , 2543) น. 134.

¹⁸ แสงว บัญเฉลิมวิภาส , ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย . (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543) น. 235.

กฎหมายที่ทันสมัยกว่า เพราะได้บัญญัติขึ้นหลังจากกฎหมายฝรั่งเศสตั้งเกือบร้อยปี¹⁹ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักการขององค์ประกอบของความรับผิดในทางละเมิดของไทยในมาตรา 420 จึงควรที่จะมีองค์ประกอบเช่นเดียวกันกับหลักกฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมันในมาตรา 823²⁰ ด้วย สำหรับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดเองก็เช่นเดียวกัน นั่นก็หมายความว่าผู้กระทำสามารถอ้างเป็นข้อแก้ตัวสำหรับยกเว้นกระทำการที่เป็นความผิดได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่จำกัด กล่าวคือ การกระทำบางอย่างแม้จะเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย อันเป็นเหตุที่จะนำผู้กระทำนั้นไปสู่ความรับผิดทางละเมิดก็ตาม แต่หากผู้กระทำการอันผิดกฎหมายนั้นสามารถที่จะกระทำการเช่นนั้นได้หรือมีข้อกล่าวอ้างที่กฎหมายยอมรับได้แล้ว ก็จะถือว่าผู้กระทำกระทำการโดยละเมิดมิได้ ซึ่งจะมีอยู่ด้วยกัน 5 กรณีดังนี้

(1) ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำได้ เช่น ตำรวจมีอำนาจตามกฎหมายที่จะจับกุมคนร้ายได้ แม้ผู้ถูกจับกุมจะได้รับความเสียหายต่อเสรีภาพก็ตาม

(2) ผู้กระทำมีอำนาจตามสัญญา

(3) ผู้กระทำมีอำนาจตามคำพิพากษาของศาล

(4) ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพราะได้รับนิรโทษกรรม

(5) ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพราะได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย

สำหรับการกระทำโดยผิดกฎหมายที่สามารถกระทำได้เพราะมีอำนาจตามกฎหมายตามสัญญา ตามคำพิพากษาของศาล หรือได้รับนิรโทษกรรมนั้นไม่มีประเด็นปัญหาสักเท่าใดนัก แต่การกระทำโดยผิดกฎหมายเพราะได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย จะมีข้อโต้แย้งกันอยู่เสมอว่าความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งเป็นเพียงเอกชนคนธรรมดาคนหนึ่งจะมีน้ำหนักถึงขนาดมายกเว้นกฎหมายที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นได้เลยหรือไม่ กล่าวคือ ผู้เสียหายสามารถที่จะให้ความยินยอมต่อการกระทำใด ๆ ได้ทุกอย่างทุกกรณี โดยปราศจากขอบเขตที่จำกัดเช่นนั้นหรือไม่

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

¹⁹ แสงว นุญเฉลิมวิภาส , ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย . (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543) น.243 – 244.

²⁰ ดูรายละเอียดบทบัญญัติมาตรา 823 ในหน้าที่ 23

“ผู้ใดจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ด้วยการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการกระทำนั้น”²¹

ซึ่งจากมาตรานี้สามารถตีความได้ว่ากฎหมายเยอรมันยอมรับว่าความยินยอมไม่เป็นที่ละเมิดสามารถทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดได้ แต่ถ้าหากความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ให้การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีแล้ว ผู้กระทำก็ยังคงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำนั้นอยู่นั่นเอง ซึ่งอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีก็ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป

แต่ในกรณีของกฎหมายละเมิดของไทยหาได้มีบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนอย่างกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ไม่ได้มีแบบอย่างในการยกเว้นโดยการนำมาตรา 826 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้ด้วย หากแต่มาตรา 420 นั้นเกิดจากการที่เราไปอาศัยเทียบเคียงมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 823 บรรทัดแรกเท่านั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายละเมิดของไทยไม่ได้มีบัญญัติเอาไว้ชัดเจนอย่างกรณีของกฎหมายเยอรมันที่เวลาปรับใช้กฎหมาย มาตรา 823 และมาตรา 826 จะต้องพิจารณาไปควบคู่กัน แต่กระนั้นก็ตามในเมื่อการยกเว้นกฎหมายมาตรา 420 ผู้ยกเว้นได้นำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาเป็นแบบอย่าง ฉะนั้นหลักการตลอดจนการปรับใช้กฎหมายจึงควรที่จะเดินไปในแบบเดียวกันกับกฎหมายเยอรมันด้วย

สำหรับนักกฎหมายที่อธิบายหลักกฎหมายละเมิดไปในการทำงานองเดียวกับการปรับใช้หลักความยินยอมตามกฎหมายเยอรมัน ได้แก่

1) อาจารย์ หยุต แสงอุทัย ซึ่งท่านได้กล่าวไว้ในหมายเหตุท้ายฎีกาที่ 616 / 2482 ว่า “ ถ้าการยินยอมไม่เป็นการขัดต่อศีลธรรมของประชาชน บุคคลย่อมมีอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำร้ายต่อตนเองได้และความยินยอมนี้เป็นเหตุให้การกระทำของผู้อื่นเป็นการชอบด้วยกฎหมาย การยอมให้ช่างตัดผม การยอมให้แพทย์ผ่าตัดเป็นการถูกต้องตามศีลธรรม จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การขายอวัยวะของตนให้คนอื่นเป็นการยินยอมที่ไม่ถูกต้องตามศีลธรรมจึงไม่ใช่เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าคำพิพากษาฎีกาเรื่องนี้จะเป็นคดีอาญา แต่หลักเกณฑ์ก็น่าที่จะเป็นอย่างเดียวกันสำหรับคดีแพ่ง...”

²¹ คำแปลโดย พจนี ปุชปาคม , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, (พระนคร : โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี , 2510 น. 22 – 23.

2) อาจารย์ อนันต์ จันทโรภากร ได้กล่าวไว้ว่า “ การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเหมือนกับมาตรา 826 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ก็ไม่น่าที่จะหมายความว่าหลักนี้ไม่มีที่ใช้ในกฎหมายไทย เพราะถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่นเดียวกันว่า ความยินยอมที่ขัดต่อศีลธรรมไม่สามารถทำให้การกระทำตามความยินยอมนั้น กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาด้วย ”²²

ฉะนั้นหลักเกณฑ์ของการกระทำที่เป็นความผิด (unlawfully) นี้ ต้องมีการกระทำที่ ผิดต่อกฎหมาย กระทบต่อสิทธิเด็ดขาด หรือศีลธรรมจรรยา ซึ่งการกระทำผิดต่อสิ่งดังกล่าว บางกรณีไม่อาจถือได้ว่าผู้กระทำไม่มีความผิดเลย เพียงเพราะอาศัยความยินยอมของผู้เสียหาย เนื่องจากการที่กฎหมายบัญญัติว่าสิ่งใดเป็นความผิดในบางฐานความผิด กฎหมายมิได้มุ่งหวังจะ คุ้มครองต่อเอกชนคนหนึ่งคนใด หากแต่ยังต้องการคุ้มครองต่อความสงบของประชาชนส่วนใหญ่ อีกด้วย เช่น ความผิดต่อชีวิต จริงอยู่วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายก็คือการคุ้มครองชีวิตของคน ซึ่งจะเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด แต่ในขณะเดียวกันในความผิดต่อชีวิตนี้ก็จะมี ความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนคนอื่นนอกจากผู้เสียหาย โดยตรงแล้วแฝงอยู่ด้วย ฉะนั้นแม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมก็เป็นการสละต่อความคุ้มครองที่ กฎหมายมอบให้แก่ตนเท่านั้น ผู้เสียหายไม่สามารถให้ความยินยอมที่จะสละต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่ง จะคุ้มครองความสงบเรียบร้อยด้วยได้ ด้วยเหตุนี้ผู้เสียหายจึงไม่อาจให้ความยินยอมให้ใครมาฆ่า ตนได้ เพราะจะมีผลกระทบไปถึงประชาชนส่วนใหญ่ด้วยนั่นเอง

ด้วยเหตุนี้หลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายตามคำอธิบายของนัก กฎหมายฝ่ายนี้จึงต้องพิจารณาถึง

1) ถ้าเป็นการให้ความยินยอมต่อการกระทำที่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าเป็นกฎหมายที่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมให้มีการกระทำในสิ่งที่ กฎหมายบัญญัติเอาไว้ว่าเป็นความผิด เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่ง จากบทบัญญัติมาตรา 420 จะแบ่งการกระทำโดยผิดกฎหมายได้ 2 แบบ คือ

(ก) การกระทำผิดกฎหมายอันกฎหมายนั้นมิวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเอกชน โดยเฉพาะ

²² อนันต์ จันทโรภากร , “ โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด , ” 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พีเคพรินติ้งเฮ้าส์ , 2531) น. 100.

ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นความผิดที่มีการกระทำต่อทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นของเอกชนคนหนึ่งคนใดโดยแท้ ด้วยเหตุนี้การให้ความยินยอมของผู้เสียหายให้มีการกระทำผิดต่อกฎหมายดังกล่าว ผู้เสียหายจึงสามารถที่จะให้ความยินยอมได้ทุกเรื่องทุกกรณี

(ข) การกระทำโดยผิดกฎหมายซึ่งกฎหมายนั้นนอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเอกชนผู้จะต้องเสียหายโดยเฉพาะแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนและสังคมส่วนรวมแฝงอยู่ด้วย

ได้แก่ ความผิดที่เป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ กล่าวคือ ในความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า จริงอยู่แม้ผู้เสียหายจะเป็นเจ้าของชีวิต ร่างกาย อนามัย ตลอดจนเสรีภาพของตนเองโดยแท้ ย่อมสามารถที่จะกระทำประการใดต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพของตนเช่นไรก็ได้ แต่ในความผิดดังกล่าวก็ยังแฝงไปด้วยการคุ้มครองความเป็นปกติสุขของสังคมรวมอยู่ด้วย เพราะถ้าหากเป็นการยินยอมให้มีการกระทำผิดที่มีลักษณะรุนแรงจนถึงขั้นกระทบต่อความรู้สึกมหาชนโดยรวมแล้ว อาจจะทำให้เกิดการต่อต้านจากสังคมและนำมาซึ่งความวุ่นวายได้ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงได้เข้ามาควบคุมอยู่ ฉะนั้นความผิดในลักษณะนี้ลำพังแค่ความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งเป็นเอกชนธรรมดาจึงไม่สามารถที่จะไปยกเว้นความคุ้มครองที่รัฐมอบให้แก่สังคมและประชาชนคนอื่นได้

ดังนั้น หากผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมให้มีการกระทำผิดต่อกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ทั้งคุ้มครองเอกชนผู้เสียหายและประชาชนส่วนรวมด้วยแล้ว หากความยินยอมนั้นไม่ได้มีลักษณะที่เป็นการยินยอมให้มีการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงมากจนถึงขั้นสังคมส่วนรวมยอมรับไม่ได้แล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นก็สมารถที่จะนำมากล่าวอ้างได้ เช่น การที่ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัด จะเห็นได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมให้มีการทำร้ายร่างกายซึ่งความผิดฐานนั้นนอกจากจะมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายแล้วยังแฝงไปด้วยการคุ้มครองส่วนรวมด้วย แต่การผ่าตัดไม่ได้มีลักษณะของการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึกของคนส่วนรวมอย่างรุนแรง ผู้เสียหายจึงให้ความยินยอมได้ เป็นต้น

2) ถ้าเป็นการให้ความยินยอมต่อการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับการให้ความยินยอมในข้อนี้หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายยินยอมให้มีการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว นักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่าความยินยอมดังกล่าวไม่อาจใช้ได้ เพราะศีลธรรมอันดีของประชาชนมีผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นที่ตั้ง จึงไม่อาจที่จะถูกทำลายลง

ได้เพียงเพราะความต้องการของคนเพียงคนเดียว ฉะนั้น ความยินยอมที่ผิดต่อศีลธรรมไม่สามารถทำให้การกระทำตามความยินยอมนั้นกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาด้วย²³

กล่าวโดยสรุปก็คือ ตามคำอธิบายของนักกฎหมายฝ่ายนี้มองว่า ความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ในองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดในส่วนของการกระทำที่ผิดกฎหมาย ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่อาจที่จะนำมาใช้ได้โดยอิสระ เนื่องจากความยินยอมของผู้เสียหายนั้นเป็นความยินยอมที่เกิดจากเอกชนคนหนึ่ง ถ้าฟังความยินยอมของเอกชนคนเดียวจึงไม่อาจที่จะมาบดบังให้การกระทำที่ผิดกฎหมายอันมีวัตถุประสงค์นอกจากจะคุ้มครองเอกชนคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะแล้วยังมีวัตถุประสงค์มุ่งที่จะคุ้มครองประชาชนส่วนรวมด้วย กลายมาเป็นการกระทำที่ถูกต้องได้ ด้วยเหตุนี้ในเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ

2.กับคำอธิบายการปรับใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายตามหลักกฎหมาย
ฝรั่งเศสโดยมีคำอธิบายของนักกฎหมายหลายท่านอธิบายไว้ดังนี้

อาจารย์ไพจิตร ปุณณพันธ์ ได้อธิบายไว้ว่า “ สำหรับตามกฎหมายไทย โดยเหตุที่เราต้องแยกความรับผิดทางแพ่งกับความรับผิดทางอาญาออกจากกัน เพราะมีบทบัญญัติให้รับผิดต่างกัน ฉะนั้นแม้ความยินยอมจะเป็นความยินยอมต่อการกระทำผิดทางอาญาและร้ายแรงสักเพียงใดในทางแพ่งก็ยังคงยกเอาความยินยอมของโจทก์ผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทำให้ไม่ต้องรับผิดคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งได้ แม้ในบทบัญญัติทางกฎหมายอาญาจะได้กำหนดชัดอายุของผู้ให้ความยินยอมไว้ เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 227 เกี่ยวกับการฆ่าเรเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี และผู้กระทำผิดจะได้รับโทษทางอาญา แต่ในทางแพ่ง ผู้ต้องเสียหายก็จะมาเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ ”²⁴

อาจารย์ ศักดิ์ สมองชาติ ได้อธิบายไว้ว่า “ หลักความยินยอมในทางอาญากับทางแพ่งนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ ความยินยอมที่จะให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายในทางอาญา จะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในทางศีลธรรมอันดี เช่น ยอมให้ช่างตัดผม ยอมให้แพทย์ผ่าตัดรักษาโรคหรือเสริมความงาม ถ้าขัดต่อสำนึกในทางศีลธรรมอันดี เช่น ยอมให้ยิงด้วยปืนเพื่อทดลองคาถาอาคม ผู้ยินยอมได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายผู้กระทำยอมมีความผิดทางอาญา ส่วนในทางแพ่งนั้น

²³ เพิ่งอ้าง น. 100.

²⁴ ไพจิตร ปุณณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดพิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2546) น. 24 .

อยู่ที่ว่า ผู้เสียหายเข้าใจในผลแห่งความยินยอมหรือไม่ โดยไม่คำนึงว่าขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีหรือไม่ ดังกรณียอมให้ยิงด้วยปืนเพื่อทดลองคาถาอาคม แม้เป็นความผิดทางอาญา แต่ผู้เสียหายเข้าใจในผลแห่งความยินยอม ย่อมไม่เป็นละเมิดในทางแพ่ง”²⁵

อาจารย์วารี นาสกุล ได้อธิบายไว้ว่า “ ถ้ากฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า แม้ยินยอมก็ยังมี ความผิด ในกรณีนี้จะถือว่ามีความยินยอมไม่ได้ แต่มีได้หมายความว่ายอมให้ทำผิดกฎหมายไม่ได้ เช่น ยอมให้ยิงตัวเอง การยินยอมนั้นผิดกฎหมาย แต่ก็ยังถือว่าใช้ได้ ถือว่าไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย ”²⁶

จากคำอธิบายข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายจะทำให้ องค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดในส่วนของความเสียหายขาดหายไป ซึ่งความเสียหายนี้จะ พิจารณาเฉพาะแต่ความเสียหายที่เกิดแก่เอกชนผู้ให้ความยินยอมเท่านั้น บรรดาความเสียหายที่ จะเกิดแก่สังคมส่วนรวมจะไม่ถูกนำมาพิจารณาด้วยดังเช่นความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรก เหตุผลที่นักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นด้วยกับแนวคิดในเรื่องความยินยอมของประเทศฝรั่งเศสก็เพราะ พื้นฐานความคิดในคดีแพ่งและคดีอาญามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในคดีแพ่งพื้นฐานความคิด ก็คือ การให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำของจำเลย ในลักษณะของการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ฉะนั้น เมื่อนำหลักความยินยอมของผู้เสียหายมาปรับ ใช้ในคดีแพ่งจึงสามารถที่จะนำมาใช้ได้อย่างกว้างขวางกว่าในกฎหมายอาญา เพราะเป็นเรื่อง ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง เมื่อผู้เสียหายยินยอมที่จะให้ผู้อื่นมาก่อนให้เกิดความเสียหาย ก็ถือว่าเป็นสิทธิของเขา รัฐจะเข้าไปแทรกแซงก็หาใช่เป็นสิ่งควร ฉะนั้นเมื่อผู้เสียหายเขายินยอม แล้วก็จะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นไม่ได้ แต่ทั้งนี้ผู้เสียหายจะต้องเข้าใจในผลแห่งความยินยอมที่ ตนให้ไปด้วย ซึ่งถ้าเข้าใจแล้วแม้ความยินยอมนั้นจะผิดต่อศีลธรรมอันดีผู้เสียหายก็ให้ความ ยินยอมได้ ในทางตรงกันข้ามพื้นฐานความคิดในคดีอาญาคือต้องการให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษ

²⁵ ศักดิ์ สอนองชาติ , คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2547) น. 55 .

²⁶ วารี นาสกุล , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการ งานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2526) น. 54 .

เพื่อที่จะได้เป็นเยี่ยงอย่างแก่สังคม อันจะส่งผลให้ประชาชนอยู่ร่วมกันได้อย่างเป็นปกติสุข อันถือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน การนำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาใช้จึงต้องถูกจำกัดมากกว่าในทางแพ่ง

อย่างไรก็ดี แม้คำอธิบายของนักกฎหมายฝ่ายนี้จะเห็นด้วยกับคำอธิบายในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสที่ถือว่าเมื่อผู้เสียหายยินยอมแล้วย่อมไม่อาจถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นก็ตาม แต่ถ้าถือตามการปรับใช้หลักกฎหมายฝรั่งเศสจริง ๆ แล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายจะไม่ถูกนำมาใช้ในคดีละเมิดโดยทั่วไปเลย ยกเว้นแต่เป็นเรื่องการชกมวย การแข่งรถ หรือการแข่งขันกีฬาประเภทอื่น ๆ ที่มีจารีตประเพณียอมรับเท่านั้นที่มีการปรับใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายได้²⁷ แต่คำอธิบายของนักกฎหมายฝ่ายนี้ไม่ได้มีการกล่าวถึงการจำกัดขอบเขตการปรับใช้เหมือนกับของกฎหมายฝรั่งเศสแต่อย่างใด จึงทำให้เกิดความเข้าใจว่าใช้หลักความยินยอมนี้เพื่อปฏิเสธการชดเช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำละเมิดได้ทุกกรณีด้วย

3.1.2 หลักเกณฑ์ของหลัก Volenti non fit injuria

หลังจากที่ได้ศึกษาถึงคำอธิบายของนักวิชาการและความเห็นของนักกฎหมายไทยต่อการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ในองค์ประกอบความรับผิดชอบในทางละเมิดมาเป็นการพอสมควรแล้ว ต่อไปก็จะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ของหลัก Volenti non fit injuria

3.1.2.1 ลักษณะการให้ความยินยอม

(1) ผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นผู้ถูกกระทำ

กล่าวคือ ในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นั้น บรรดาความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ

²⁷ ดูรายละเอียดการใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายตามกฎหมายฝรั่งเศส

ล้วนแต่เป็นความเสียหายที่เกิดแก่สิทธิเด็ดขาด²⁸ ของผู้ถูกระงับการกระทำทั้งสิ้น ฉะนั้น หากจะมีการกระทำใดอันเป็นการละเมิดสิทธิประเภทนี้เกิดขึ้นแล้ว ก็เป็นเรื่องสมควรที่ผู้ถูกระงับการกระทำจะต้องเป็นผู้อนุญาตให้กระทำด้วยตนเองเท่านั้น

แต่ก็มีบางกรณีเหมือนกันที่ผู้ให้ความยินยอมอยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง เช่น ผู้ป่วยที่หมดสติแล้วต้องรับการผ่าตัดเป็นการด่วนเพื่อช่วยชีวิต ซึ่งหากแพทย์ไม่รีบผ่าตัดผู้ป่วยจะมีอันตราย ครั้นจะรอให้ผู้ป่วยฟื้นมาให้ความยินยอมก่อนก็คงไม่ทันการณ์ ในกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นและจำเป็นที่จะต้องกระทำละเมิดเพื่อช่วยชีวิตของผู้ป่วย กฎหมายจึงถือว่าแม้ไม่ได้รับความยินยอม ผู้กระทำละเมิดก็มีต้องรับผิดชอบ แม้ภายหลังจะปรากฏว่าผู้ป่วยต้องการที่จะตายก็ตาม เนื่องจากผู้กระทำละเมิดไม่รู้และก็ไม่มีเหตุอันควรรู้ เพราะโดยปกติแล้วในสถานการณ์เช่นนี้วิญญูชนทั่วไปย่อมให้ความยินยอมกันทั้งนั้น

ส่วนในกรณีที่ผู้ให้ความยินยอมเป็นผู้มีความสามารถปกครองตามกฎหมาย เช่น ผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ จึงไม่อาจที่จะให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ฉะนั้น กฎหมายจึงให้เป็นหน้าที่ของผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครองที่สามารถที่จะแสดงความยินยอมแทนได้ กล่าวคือ จริงอยู่ที่ว่าบุคคลแต่ละคนย่อมมีอำนาจเหนือตัวเองที่จะตัดสินใจว่าตนต้องการอะไรหรือไม่ต้องการอะไรอันเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual's right) แต่เนื่องจากความยินยอมของบุคคลดังกล่าวบางครั้งเป็นการยินยอมที่เกิดโดยไม่ค่อยมีเหตุผล จึงทำให้น้ำหนักความน่าเชื่อถือลดน้อยลงไป²⁹ ด้วยเหตุนี้ประเทศที่อยู่ในระบบ common law จึงเห็นว่าบิดามารดาหรือผู้ปกครองมีอำนาจที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของเด็ก เนื่องจากเด็กยังขาดประสบการณ์ในการตัดสินใจที่เหมาะสม บิดา มารดา ผู้ปกครอง จึงเข้ามามีส่วนช่วยในการตัดสินใจแทน เพราะเขาเหล่านั้นย่อมจะตัดสินใจแทนในสิ่งที่เป็นประโยชน์แก่ตัวเด็กมากที่สุดนั่นเอง แต่ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นอยู่เหมือนกันคือถ้าหากความเชื่อทางศาสนาของบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่เด็ก เช่น ความเชื่อทางศาสนาอิสลามที่ห้ามรับเลือดจากผู้อื่น แล้วเด็กเกิดเสียเลือดหากไม่ได้รับเลือด

²⁸ สิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ซึ่งเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามธรรมชาติของมนุษย์ และถูกรับรองให้ชัดเจนขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

²⁹ Amnon Rubinstein, Conditional Consent is no consent , (London , 1995) p.194.

จะต้องตายแน่ ๆ กรณีนี้รัฐก็จะเข้ามาแทรกแซงการตัดสินใจเพื่อรักษาชีวิตเด็กเอาไว้ สรุปก็คือ ความยินยอมที่จะให้แทนผู้ถูกกระทำนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดกับประโยชน์หรือเป็น ผลร้ายแก่ผู้ถูกกระทำนั่นเอง นอกจากนี้แล้วการที่จะให้ความยินยอมแทนได้นั้นจะต้องไม่เป็นการ ยินยอมแทนในเรื่องส่วนตัวโดยแท้ เช่น การสมรส การหย่า เป็นต้น

(2) การให้ความยินยอมกับตัวผู้กระทำโดยตรง

เนื่องจากผู้เป็นผู้นั้นเป็นผู้ลงมือกระทำละเมิด ครั้นจะไปให้ความยินยอมต่อบุคคลอื่นก็ออก จะดูแปลกประหลาดไปเสียหน่อย เพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ทำละเมิดกับผู้ถูกทำละเมิด เท่านั้น เว้นแต่ในบางกรณี เช่น การที่ผู้ป่วยไปเข้าโรงพยาบาลเพื่อรับการผ่าตัด ซึ่งก่อนการผ่าตัด จะต้องมีการเซ็นหนังสือยินยอมเอาไว้ก่อน ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีนี้ผู้ป่วยจะไม่ว่างานจะได้แพทย์คน ใดมาผ่าตัดให้ เว้นแต่ผู้ป่วยจะระบุว่าต้องการให้แพทย์ท่านนี้ท่านนั้นมาผ่าตัดให้ตน

(3) ต้องเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยสมัครใจ

กล่าวคือ ผู้ที่ได้รับผลจากการทำละเมิดจะต้องให้ความยินยอมโดยปราศจากการ หลอกลวง ช่มชู้ สำคัญผิด หรือขาดสติสัมปชัญญะ แต่ก็มีบางกรณีเหมือนกันที่ผู้เสียหายให้ความ ยินยอมไปโดยได้รับความกดดันในทางเศรษฐกิจ เช่นกรณีนายจ้าง ลูกจ้าง เป็นต้น ซึ่งในกรณี เช่นนี้ Dr.Glanville Williams เห็นว่าไม่อาจทำให้ความยินยอมเสียไป³⁰ หากผู้ที่มีฐานะทาง เศรษฐกิจที่ด้อยกว่าเป็นผู้ยินยอมเองโดยที่ผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจสูงกว่ามิได้ใช้อำนาจทาง เศรษฐกิจบีบบังคับแต่อย่างใดนั้น ความยินยอมดังกล่าวย่อมมีผล เพียงแต่การกระทำดังกล่าวเป็น การกระทำที่ไม่สมควร³¹ ในทางตรงกันข้ามหากผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าได้ใช้อำนาจนี้ต่อ ผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าเพื่อบีบบังคับให้ยินยอม การกระทำดังกล่าวจึงจะทำให้ความยินยอม เสียไป

(4) ผู้ถูกกระทำที่ให้ความยินยอมจะต้องเข้าใจในผลแห่งการยินยอมนั้น

สำหรับกรณีนี้ผู้ให้ความยินยอมจะต้องเข้าใจถึงรู้ถึงการกระทำ (reasonable) และรู้คุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำและผลที่อาจเกิดขึ้น จากการทำนั้นได้ มิใช่พัฒนาทางสมองอย่างเดียว แต่จะต้องรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นโดย

³⁰ Glanville Williams , Textbook of Criminal Law , (London , 1995) pp. 505 – 507 อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์ “ ความยินยอมในกฎหมายอาญา “ , (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2523) น. 37.

³¹ เพิ่งอ้าง , น. 39.

ประสบการณ์ของตนเอง กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ใหญ่พอสมควร (Maturity) และมีจิตปกติไม่เป็นผู้วิกลจริต³² เช่น การที่ผู้เยาว์ให้ความยินยอมให้ทำร้ายตนเอง ถ้าหากผู้เยาว์เข้าใจว่าการทำร้ายมีผลเป็นเช่นไรแล้วการกระทำของผู้กระทำความผิดก็ไม่น่าเป็นละเมิด แต่ในกรณีที่ผู้เสียหายรู้หรือเข้าใจว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นได้ เช่น ผู้เสียหายนั่งรถซึ่งคนขับเมาสุราแล้วรถเกิดอุบัติเหตุ กรณีนี้จะถือว่าผู้เสียหายยินยอมให้คนขับรถทำละเมิดมิได้

(5) ความยินยอมนั้นจะให้โดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้

ความยินยอมโดยตรง ก็คือเป็นกรณีที่ผู้เสียหายแสดงความประสงค์ออกมาอย่างชัดแจ้งที่จะให้มีการทำละเมิดแก่ตนเกิดขึ้นต่อผู้กระทำละเมิด

ความยินยอมโดยปริยาย ก็คือการนิ่งไม่ขัดขวางต่อการกระทำอันเป็นละเมิด เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเท่ากับเป็นการให้ความยินยอม เช่น นาย ก. เดินเข้าไปในร้านตัดผมแล้วนั่งลงบนเก้าอี้สำหรับนั่งตัดผมโดยไม่พูดอะไรเลย จากนั้นช่างตัดผมก็เอากกรไกรมาตัดผมนาย ก. กรณีนี้แม้โดยสภาพจะเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายของผู้อื่นอันเป็นการกระทำละเมิด แต่จะถือว่าช่างตัดผมทำละเมิดต่อนาย ก. ไม่ได้ เพราะโดยปกติการเข้าไปในร้านตัดผมก็เพื่อตัดผมอยู่แล้ว เท่ากับนาย ก. ให้ความยินยอมให้ช่างตัดผมทำละเมิดต่อร่างกายของตนแล้ว

3.1.2.2 ระยะเวลาของการให้ความยินยอม

(1) ความยินยอมนั้นต้องให้ก่อนหรือในขณะที่กระทำละเมิด

กล่าวคือ ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมล่วงหน้านานแค่ไหนก็ได้ หรือจะให้ในขณะที่มีการกระทำความผิดก็ได้ ขอเพียงแต่ให้ความยินยอมนั้นอยู่ตลอดระยะเวลาของการกระทำความผิดนั้นก็เพียงพอแล้ว

ส่วนการให้ความยินยอมในภายหลังจากที่ได้มีการกระทำความผิดแล้ว กรณีนี้จะกลายเป็นเรื่องของการให้อภัยแทน เพราะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นหลังจากเรื่องความยินยอมของผู้ถูกระทำได้ผ่านพ้นไปแล้ว ฉะนั้นจึงไม่มีผลต่อความผิด เพราะความผิดเกิดขึ้นและจบลงไปเรียบร้อยแล้ว

³² เพิ่งอ้าง , น. 41.

(2) ความยินยอมสามารถที่จะถอนเมื่อใดก็ได้ก่อนการละเมิดสิ้นสุดลง

เนื่องจากความยินยอมนั้นต้องเกิดขึ้นโดยความสมัครใจ เพื่อให้ผู้อื่นกระทำการอันผิดกฎหมายต่อตน เมื่อผู้ต้องเสียหายไม่ต้องการยอมรับผลแห่งการละเมิดนั้นต่อไปแล้วก็ย่อมถอนความยินยอมได้ตลอดเวลา³³ แต่ทั้งนี้การกระทำละเมิดใดที่ได้ทำไปแล้วก่อนจะมีการถอนความยินยอม จะมาถือว่าเป็นการทำละเมิดมิได้

(3) การกระทำละเมิดต้องทำลงภายใต้ขอบเขตแห่งการยินยอม

กล่าวคือ การกระทำละเมิดที่จะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องทำไปในขอบเขตที่จำกัดเฉพาะที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมเท่านั้น ถ้าไปทำนอกเหนือจากนั้นก็จะต้องรับผิดชอบ เช่น ในการแข่งขันกีฬาฟุตบอล นักกีฬาทุกคนย่อมให้ความยินยอมที่รับผลจากการเล่นว่าอาจมีการกระทบกระทั่งร่างกายกัน ย่อมมีการบาดเจ็บได้ แต่หากมีผู้แข่งขันคนใดจงใจทำกับร่างกายผู้แข่งขันคนอื่นให้ได้รับบาดเจ็บ จะถือว่าเขาให้ความยินยอมให้ทำละเมิดไม่ได้ หรือในกรณีที่ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดไส้ติ่ง แล้วระหว่างผ่าตัดแพทย์เกิดพบว่าลำไส้ของผู้ป่วยมีเนื้อร้าย แพทย์จะ

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1084 / 2507 จำเลยวางท่อระบายน้ำจากโรงงานในที่ดินของจำเลยผ่านเข้าไปในที่ดินของโจทก์ เมื่อได้ความว่าจำเลยมิได้ให้ค่าทดแทนแก่โจทก์ ทั้งที่ดินของจำเลยก็ได้ติดต่อกับที่ดินของโจทก์ด้วย จำเลยก็ไม่มีสิทธิที่จะล่งแค้นเข้าไปวางท่อระบายน้ำในที่ดินของโจทก์โดยอาศัยมาตรา 1352 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการที่โจทก์ยินยอมด้วยวาจาให้จำเลยฝังท่อระบายน้ำในที่ดินของโจทก์ ก็มีผลเพียงให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นเท่านั้น แต่จำเลยไม่มีสิทธิที่จะยกเอาความยินยอมนั้นขึ้นผูกพันโจทก์อยู่ตลอดไป เมื่อโจทก์บอกเลิกคำอนุญาต ให้จำเลยขนย้ายท่อระบายน้ำออกไป จำเลยไม่ปฏิบัติตามก็เป็นการละเมิดล่งแค้นกรรมสิทธิ์ในที่ดินของโจทก์ ฉะนั้น การที่โจทก์ขอให้จำเลยรื้อถอนออกไปนั้นจึงทำได้โดยชอบ ไม่ใช่การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต มีแต่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

อนึ่ง ความตกลงยินยอมของโจทก์ดังกล่าวนี้ได้อำนาจให้เกิดภาระในที่ดินของโจทก์ จัดอยู่ในลักษณะที่ว่าด้วยภาระจำยอมและภาระจำยอมก็เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง เมื่อการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งทรัพย์สินของจำเลยนี้ไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน นิติกรรมนี้ก็ไม่บริบูรณ์ การบอกเลิกความยินยอมจะเป็นผิดสัญญา ไม่ชำระหนี้ทางแพ่งหรือไม่ยอมแล้วแต่ความรับผิดชอบในทางแพ่ง

ทำการผ่าตัดเนื้อร้ายตรงส่วนนั้นออกเลยทันทีไม่ได้ เพราะผู้ป่วยให้ความยินยอมแค่ผ่าตัดไส้ติ่งเท่านั้น

3.1.2.3 ลักษณะของความยินยอมเป็นนิติกรรมหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 บัญญัติไว้ว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” ซึ่งจากความหมายของนิติกรรมตามมาตรา 149 นี้เอง เมื่อพิจารณากับหลักของความยินยอมของผู้เสียหายแล้วทำให้มีความเห็นแยกออกเป็น 2 ฝ่าย³⁴ โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหาย (Volenti non fit injuria) มีลักษณะเป็นนิติกรรมแบบหนึ่ง ส่วนอีกฝ่ายกลับเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหาย (Volenti non fit injuria) หาได้มีลักษณะเป็นนิติกรรมดังเช่นที่ฝ่ายแรกเข้าใจไม่ ส่วนรายละเอียดมีดังต่อไปนี้

(1) ฝ่ายที่มองว่าความยินยอมของผู้เสียหายมีลักษณะเป็นนิติกรรม

ฝ่ายนี้มองว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากมาตรา 149 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว การที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมออกมาถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏแก่บุคคลภายนอก และการให้ความยินยอมนี้ก็เพื่อที่จะระงับซึ่งสิทธิของตนเองในการที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดอีกทั้งหากความยินยอมของผู้เสียหายได้มาเพราะการข่มขู่ หลอกลวง ความยินยอมนั้นก็ไม้อาจใช้ได้ นั่นก็เท่ากับเป็นการยืนยันว่าความยินยอมมีลักษณะเป็นนิติกรรม เพราะนิติกรรมจะมีผลก็ต่อเมื่อเกิดขึ้นโดยใจสมัครนั่นเอง

ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้ยังมีความเห็นแยกย่อยออกเป็นอีก 2 แนว³⁵ คือ

ก) ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นนิติกรรมในทางกฎหมายเอกชน

กล่าวคือ ตามความเห็นนี้มองว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นได้โดยไม่ถือเป็นความผิดนั้น ในเมื่อเป็นข้อยกเว้นของเรื่องละเมิด ซึ่งเป็นเรื่อง

³⁴ อัครราชทูต จุฬารัตน์, “ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา “ , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 1 ปีที่ 9 (2520) น. 59 -63.

³⁵ เพ็ญอึ้ง , น. 59 -63.

ในทางแพ่งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเองแล้ว ความยินยอมที่มายกเว้นความผิดดังกล่าวก็ควรที่จะมีลักษณะเป็นนิติกรรมในทางกฎหมายเอกชนด้วย

ข) ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นนิติกรรมในทางกฎหมายมหาชน

กล่าวคือ ตามความเห็นนี้มองว่าความยินยอมของผู้เสียหายที่ทำให้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแก่ตนนั้น จริงอยู่ที่เป็นเรื่องในทางแพ่งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง แต่ในความผิดฐานละเมิดบางฐานมีลักษณะที่เป็นความผิดต่อมหาชนแฝงอยู่ด้วย ฉะนั้น เมื่อมีเรื่องของมหาชนแฝงอยู่ ความยินยอมดังกล่าวก็ควรที่จะเป็นนิติกรรมในทางกฎหมายมหาชนด้วยเพราะเป็นกรณีที่รัฐยอมให้เอกชนให้ความยินยอมต่อการกระทำที่เป็นการผิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้

(2) ฝ่ายที่มองว่าความยินยอมของผู้เสียหายไม่ได้มีลักษณะเป็นนิติกรรม

ฝ่ายนี้ให้เหตุผลว่า เพราะผู้เสียหายซึ่งแสดงเจตนาให้ความยินยอมดังกล่าวมิได้ให้ความยินยอมในลักษณะที่ให้ผู้กระทำมีสิทธิกระทำการอันนั้นได้แต่อย่างใด ใครก็ตามแม้จะได้รับความยินยอมให้กระทำการอื่นใด ย่อมไม่มีสิทธิที่จะทำให้มีการเปลี่ยนแปลงผลในการกระทำการนั้นในทางกฎหมายแต่อย่างใด พูดอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้เสียหายให้ความยินยอมมิได้แสดงเจตนากระทำนิติกรรมตามที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ในความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายหลังนี้เห็นว่าการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นความจริงแล้วเป็นการที่ผู้เสียหายสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองที่ให้แก่บุคคลที่ได้รับผลร้ายเท่านั้นเอง อาจเรียกได้ว่ามีลักษณะเป็นนิติเหตุอย่างหนึ่ง³⁶

สำหรับตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหาย (Volenti non fit injuria) ไม่ใช่นิติกรรม ก็คือ ในเรื่องอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอม ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของความยินยอมแล้วแม้ผู้เสียหายจะยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย แต่หากผู้เสียหายนั้นสามารถที่จะเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นเพราะความยินยอมของตนได้แล้ว ความยินยอมเช่นนั้นก็สามารถนำมาใช้อ้างเพื่อยกเว้นความผิดฐานละเมิดได้³⁷ ซึ่งถ้าหากความยินยอมของผู้เสียหายมีลักษณะ

³⁶ เฟิงอ้าง , น. 61.

³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 578 / 2513 “คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า นางสาวเป้า สมคะเน อายุ 17 ปีเศษ เป็นบุตรโจทก์อยู่ในความปกครองของโจทก์ และนายพวงซึ่งเป็นตา เมื่อเดือนมิถุนายน 2508 จำเลยใช้อุบายหลอกลวงนางสาวเป้าว่าจำเลยรักใคร่นางสาวเป้า และชักชวนให้นางสาวเป้าหลบหนีผู้ปกครองไปอยู่กับจำเลย โดยจะเลี้ยงดูนางสาวเป้าเป็นภรรยา นางสาวเป้าหลงเชื่อคำเท็จของจำเลย จึงได้ยอมไปกับจำเลยโดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ปกครอง ต่อมาจำเลยได้ใช้กำลังกาย

เป็นนิติกรรมจริงตามที่ฝ่ายแรกกล่าวอ้าง เกณฑ์ในเรื่องอายุของผู้ให้ความยินยอมก็ต้องถือเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะด้วย คือ บุคคลจะให้ความยินยอมได้ต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์แล้วเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงหาได้เป็นเช่นนั้นไม่

ข่มขืนกระทำชำเรานางสาวเป้าจนสำเร็จความใคร่หลายครั้ง แล้วจำเลยกลับหลบหนีไม่ยอมให้พบตัว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการละเมิดต่อชื่อเสียงเกียรติยศวงศ์ตระกูลของโจทก์ ขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 248,319 และให้จำเลยใช้ค่าเสียหายฐานละเมิด

ศาลชั้นต้นได้สวนมูลฟ้องแล้วสั่งประทับฟ้อง

จำเลยให้การว่า นางสาวเป้าให้จำเลยพาไปหาหมอดู จำเลยพาไปแล้วก็กลับ แต่นางสาวเป้าไม่กลับ จำเลยมิได้พานางสาวเป้าไปเพื่อข่มขืนกระทำชำเราและมิได้พาไปเพื่ออนาจาร

ศาลชั้นต้นเห็นว่า จำเลยพานางสาวเป้าไปหาหมอดู ไม่มีความผิดตามฟ้องและไม่ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ พิพากษายกฟ้อง

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เชื่อว่าจำเลยกับนางสาวเป้ารักใคร่ชอบพอกัน พวกกันไปในฐานะคู่สาวและนางสาวเป้ายินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา จำเลยมิได้พาไปเพื่ออนาจาร จึงไม่เป็นความผิดตามที่โจทก์ฟ้อง ส่วนการที่นางสาวเป้ายินยอมเสียตัวให้กับจำเลย โดยจำเลยบอกว่าจะเลี้ยงดูเป็นภรรยา แล้วต่อมาจำเลยไม่ยอมรับเลี้ยงดู ก็เป็นเรื่องผิดคำมั่นสัญญา ไม่เป็นการละเมิด โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายไม่ได้ พิพากษายืน

โจทก์ฎีกา แต่ศาลชั้นต้นสั่งรับเป็นฟ้องฎีกาเฉพาะส่วนแพ่งและในส่วนแพ่ง โจทก์ฎีกายอมรับว่านางสาวเป้าไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย เพราะนางสาวเป้ายอมให้จำเลยกระทำชำเรา โจทก์ฎีกาเรียกค่าเสียหายเฉพาะฐานละเมิดสิทธิของนางเจียนมารดาผู้ปกครอง โดยอ้างว่าเป็นผู้ได้รับความเสียหายในคดีนี้ด้วย

ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงได้ตามที่ศาลอุทธรณ์ฟังมาว่าจำเลยกับนางสาวเป้ารักใคร่ชอบพอกัน พวกกันไปในฐานะคู่สาว และนางสาวเป้ายินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา มิใช่เป็นการพาไปเพื่ออนาจาร กรณีจึงเห็นว่านางสาวเป้าสมควรใจตามจำเลยไปเอง และในระหว่างทางนางสาวเป้ายินยอมร่วมประเวณีกับจำเลยจึงยังถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อเกียรติยศชื่อเสียงวงศ์ตระกูลของนางเจียนมารดานางสาวเป้า

พิพากษายืน ”

นอกจากเหตุผลในเรื่องของเกณฑ์อายุแล้ว เหตุผลอีกประการที่มาสสนับสนุนความคิดที่ว่าความยินยอมของผู้เสียหายไม่ใช่นิติกรรมก็คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 673 / 2510³⁸ ได้ตัดสินไม่ให้ผู้เสียหายเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด จากการที่คนทำให้จำเลยเอาเม็ดพินตนเองเพื่อทดลองคาถาอาคม ซึ่งในความผิดนี้จะเห็นได้ว่ามีลักษณะของการกระทำที่เป็นการขัดต่อกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ตลอดจนศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากการแสดงออกถึงความเชื่อที่มั่งงาย หากปล่อยให้อาศัยเพียงแค่ความเชื่อนั้นมาเป็นเหตุให้มีการทำร้ายหรือฆ่ากันก็คงวุ่นวายเป็นแน่ แต่ศาลกลับถือเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้จำเลย นั่นก็เท่ากับว่าศาลไม่ได้นำประมวลกฎหมาย

³⁸ ฎีกาที่ 673 / 2510 โจทก์ฟ้องว่า จำเลยใช้เม็ดพินทำร้ายโจทก์ จนโจทก์ได้รับอันตรายสาหัสสุขภาพพลภาพป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วัน และประกอบกรณียกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่า 20 วัน ป่วยเจ็บเรื้อรัง แขนอาจพิการตลอดชีวิต ศาลมณฑลทหารบกที่ 5 พิพากษาลงโทษจำเลยฐานทำร้ายร่างกาย ขอให้ศาลบังคับจำเลยใช้ค่าเสียหาย 36,834 บาท

จำเลยให้การว่า ได้ใช้เม็ดพินทำร้ายร่างกายโจทก์จริง ต่อสู้ว่าโจทก์เสพสุรามีนเมาแล้วรอดอ้างว่าเป็นผู้อยู่ยงคงกระพันพินไม่เข้า ให้จำเลยลงพิน จำเลยไม่ต้องรับผิด

ศาลชั้นต้นเห็นว่า โจทก์ยอมให้จำเลยพิน ไม่เป็นการละเมิด พิพากษายกฟ้องโจทก์
โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าเป็นการละเมิด พิพากษากลับ ให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงิน 1,044 บาท กับดอกเบี้ย

โจทก์ฎีกา จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า ที่ศาลล่างทั้งสองฟังว่าจำเลยพินโจทก์เพราะโจทก์อ้างว่าเป็นผู้อยู่ยงคงกระพันและทำทนายให้จำเลยลงพินดู จำเลยจึงพิน ชอบด้วยรูปคดีแล้ว

ปัญหามีว่า จำเลยจะต้องรับผิดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์หรือไม่ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยปัญหาข้อนี้โดยที่ประชุมใหญ่เห็นว่า การที่โจทก์ทำให้จำเลยพินเพื่อทดลองคาถาซึ่งตนเชื่อถือและรอดอ้างว่าตนอยู่ยงคงกระพันนั้น เป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกายตนเป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ตามกฎหมายจึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้

พิพากษากลับ ให้บังคับคดีตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น ”

แพ่งและพาณิชย์มาตรา 150³⁹ มาพิจารณากับคดีที่เกิดขึ้น และที่ไม่นำมาตรา 150 มาพิจารณา นั้นก็เพราะว่ามาตรา 150 จะใช้บังคับกับการทำนิติกรรมเท่านั้น ความยินยอมของผู้เสียหาย [Volenti non fit injuria] ไม่ใช่นิติกรรม ฉะนั้นมาตรา 150 นี้จึงไม่ต้องนำมาพิจารณาด้วยนั่นเอง สำหรับผู้เขียนแล้วเห็นด้วยกับความคิดของฝ่ายหลังที่มองว่าความยินยอมของผู้เสียหายไม่ได้มีลักษณะเป็นนิติกรรม

3.2 แนวคำพิพากษาของศาลไทยในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria และข้อสังเกตคำพิพากษาของศาลไทยในการปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria

ดังที่ได้เคยกล่าวมาแล้วว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) จึงควรที่จะให้ความสำคัญกับกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาเป็นอันดับแรก⁴⁰ และประมวลกฎหมายต้นแบบของประเทศไทยในส่วนของละเมิดนั้น ประเทศไทยก็ได้นำแบบอย่างมาจากประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมัน ฉะนั้นระบบความคิดในเรื่องละเมิดตลอดจนหลัก Volenti non fit injuria จึงสมควรที่จะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายของประเทศเยอรมัน กล่าวคือ หลัก Volenti non fit injuria ควรที่จะถูกนำมากล่าวอ้างได้ตราบเท่าที่การให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในการปรับใช้หลักกฎหมายกลับหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวศาลไทยกลับนำไปใช้เฉพาะแต่ในคดีอาญาเท่านั้น ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 616 / 2482 , 787 / 2483 , 1403 / 2508⁴¹ ซึ่งได้วินิจฉัยวางหลักเอาไว้ว่า “ ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในทางศีลธรรมอันดี และมีอยู่ขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้น เป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ ”

³⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “ การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ “

⁴⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์ , กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) น. 3 – 15.

⁴¹ www. supremecourt.co.th

ส่วนในคดีแพ่งนั้น แนวคำพิพากษาของศาลไทยกลับเดินไปในทำนองเดียวกันกับ แนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ทั้ง ๆ ที่อังกฤษเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายแบบ Common Law ซึ่งเป็นกฎหมายคนละระบบกับประเทศไทย กล่าวคือ ศาลไทยยอมรับว่าหลัก Volenti non fit injuria เป็นข้อต่อสู้ที่จำเลยในคดีละเมิดสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของตนที่ไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายได้ เพราะเหตุที่ผู้เสียหายนั้นมีความยินดีที่จะรับผลร้ายที่เกิดขึ้นไว้กับตัวเอง เพราะฉะนั้นจึงไม่อาจที่จะถือได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย

(1) คำพิพากษาในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในความเสียหายต่อชีวิตและร่างกาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 673 / 2510⁴² (วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 15 / 2510)

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยใช้มีดฟันทำร้ายโจทก์ จนโจทก์ได้รับอันตรายสาหัสสูญพลาภาพป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วัน และประกอบกรณียกตามปกติไม่ได้เกินกว่า 20 วัน ป่วยเจ็บเรื้อรัง แขนอาจพิการตลอดชีวิต ศาลมณฑลทหารบกที่ 5 พิพากษาลงโทษจำเลยฐานทำร้ายร่างกาย ขอให้ศาลบังคับจำเลยใช้ค่าเสียหาย 36,834 บาท

จำเลยให้การว่า ได้ใช้มีดพร้าฟันทำร้ายร่างกายโจทก์จริง ต่อสู้ว่าโจทก์เสพสุรามึนเมาแล้วอวดอ้างว่าเป็นผู้ยุ่งคงกระพันฟันไม่เข้า ให้จำเลยลงฟัน จำเลยไม่ต้องรับผิด

ศาลชั้นต้นเห็นว่า โจทก์ยอมให้จำเลยฟัน ไม่เป็นการละเมิด พิพากษายกฟ้องโจทก์ โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าเป็นการละเมิด พิพากษากลับ ให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงิน 1,044 บาท กับดอกเบี้ย

โจทก์ฎีกา จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า ที่ศาลล่างทั้งสองฟังว่าจำเลยฟันโจทก์เพราะโจทก์อ้างว่าเป็นผู้ยุ่งคงกระพันและทำทนายให้จำเลยลงฟันดู จำเลยจึงฟัน ชอบด้วยรูปคดีแล้ว

ปัญหามีว่า จำเลยจะต้องรับผิดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์หรือไม่ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยปัญหาข้อนี้โดยที่ประชุมใหญ่เห็นว่า การที่โจทก์ทำให้จำเลยฟันเพื่อทดลองคาถาซึ่งตนเชื่อถือและอวดอ้างว่าตนอยู่ยงคงกระพันนั้น เป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกายตน

⁴² เพิ่งอ้าง,

เป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ตามกฎหมายจึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้

พิพากษากลับ ให้บังคับคดีตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น.

คดีนี้ท่านอาจารย์ ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้เขียนหมายเหตุท้ายฎีกาโดยอธิบายไว้ว่า

“ สำหรับกฎหมายไทย โดยเหตุที่เราต้องแยกความรับผิดชอบทางแพ่งกับทางอาญาออกจากกัน เพราะมีบทบัญญัติให้รับผิดชอบต่างกันดังกล่าวมาแล้ว ผู้บันทึกจึงมีความเห็นว่า แม้ความผิดนั้นจะเป็นความยินยอมต่อการกระทำผิดทางอาญาและจะร้ายแรงสักเพียงใด ในทางแพ่งก็ยังคงเอาความยินยอมของโจทก์ผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งได้ ”⁴³

ฉะนั้นจากคำพิพากษานี้จะเห็นได้ว่าศาลไทยยอมรับข้อต่อสู้ในเรื่องหลัก Volenti non fit injuria มาใช้โดยไม่ได้นำเรื่องความชอบด้วยกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาเป็นตัวพิจารณาแต่อย่างใด เช่นเดียวกับในคดี R. v. Donovan ที่บอกว่าการเซ็นตีเด็กหญิงเพื่อความพอใจในทางเพศ ผู้เสียหายไม่อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ เพราะเด็กหญิงนั้นยินยอมมิเช่นนั้นแล้วก็คงไม่พิพากษาให้จำเลยพ้นความผิดฐานละเมิดไปได้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วจะพบได้ว่าการเอาผิดพันผู้อื่นนี้เป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่นแล้ว ดีไม่ดีอาจถึงขั้นเสียชีวิตได้ เป็นการทำให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตและร่างกายของมนุษย์ ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งสำคัญและกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของคนส่วนใหญ่เป็นอย่างมากเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอย่างเห็นได้ชัดเจน

คดีดังกล่าวหากพิจารณาตามหลัก Innocent Consent ของผู้เสียหายในทางอาญาแล้ว แม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมให้จำเลยทำร้ายร่างกายตนได้ก็ตาม แต่ความยินยอมดังกล่าวก็เป็นการแสดงออกถึงความเชื่อทางไสยศาสตร์ที่มงาย ซึ่งความเชื่อที่มงายนี้ยังก่อให้เกิดการทำร้ายร่างกายกันขึ้นอีก จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ความยินยอมดังกล่าวจึงไม่อาจใช้อ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดในทางอาญาของจำเลยได้

ซึ่ง ณ ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ออกมาแล้ว หากมีคดีลักษณะเดียวกันนี้เกิดขึ้นอีก ผลของคำพิพากษาในทางแพ่งย่อมต้องเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กำหนด

⁴³ ดูรายละเอียด หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 673 / 2510 โดย อาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์

เอาไว้ชัดเจนว่าให้ความยินยอมของผู้เสียหายที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ห้ามนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดนั่นเอง

นอกจากนี้แล้วก็ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ได้วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกันนี้ อีก คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 248 / 2523⁴⁴

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นภรรยาของนายมนัส มีบุตรด้วยกัน 3 คน นายมนัสถูกจำเลยทั้งสามร่วมกันใช้อาวุธปืนกับมีด ยิง ตี และฟันถึงแก่ความตาย เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ฯลฯ ขอให้จำเลยทั้งสามร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายทั้งสิ้นเป็นเงิน 414,000 บาท ให้แก่โจทก์

จำเลยทั้งสามให้การว่า นายมนัสเป็นผู้ก่อเหตุขึ้นก่อนโดยใช้อาวุธปืนยิงจำเลยที่ 1 กับพวก จำเลยที่ 1 จึงใช้อาวุธปืนยิงป้องกันตัว จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดต่อโจทก์ขอให้ยกฟ้อง

ระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้น โจทก์ยื่นคำร้องขอถอนฟ้อง จำเลยที่ 3 ศาลชั้นต้นมีคำสั่งอนุญาต สำหรับคดีระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 ที่ 2 คู่ความตกลงกันว่านายมนัสผู้ตาย ฝ่ายหนึ่งและจำเลยที่ 1 ที่ 2 ฝ่ายหนึ่ง สมัครใจเข้าวิวาททำร้ายตามรายละเอียดแห่งข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วในคดีส่วนอาญา ขอให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่าเมื่อเป็นกรณีสมัครใจเข้าวิวาทกัน จำเลยจะต้องรับผิดต่อโจทก์หรือไม่ ความเสียหายของโจทก์ให้คิดเป็นเงินรวม 100,000 บาท ในกรณีที่จำเลยต้องรับผิด ถ้าศาลเห็นว่าไม่ควรรับผิดเต็มจำนวน ก็ให้นำพยานหลักฐานทั้งหลายที่ปรากฏในคดีส่วนอาญามาพิจารณาว่าตามพฤติการณ์จำเลยควรต้องรับผิดเป็นร้อยละเท่าใด

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ว พิพากษาให้จำเลยที่ 1 ที่ 2 ร่วมกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์ทุกคนร่วมกันเป็นจำนวน 65,000 บาท ฯ

จำเลยที่ 1 ที่ 2 อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่า ให้จำเลยที่ 1 ที่ 2 ร่วมกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงิน 50,000 บาทแก่โจทก์ ฯ

โจทก์กับจำเลยทั้งสองฎีกา

ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า นายมนัสฝ่ายหนึ่งกับจำเลยที่ 1 ที่ 2 อีกฝ่ายหนึ่ง ได้สมัครใจเข้าวิวาททำร้ายกันโดยต่างฝ่ายต่างใช้อาวุธปืนยิงต่อสู้กันผลการต่อสู้ นายมนัสถูกกระสุนของจำเลยที่ 1 ถึงแก่ความตาย โจทก์ซึ่งเป็นภรรยาและบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของนายมนัส จึงมาฟ้องเป็นคดีนี้อ้างว่านายมนัสถึงแก่ความตายจากการกระทำละเมิดของจำเลยทั้งสอง และวินิจฉัย

⁴⁴ www.supremecourt.co.th

ว่าการที่นายมนัสสมัครใจเข้าวิวาทโดยใช้อาวุธปืนยิงต่อสู้กับจำเลยที่ 1 ที่ 2 นี้ เป็นกรณีที่นายมนัสสมัครใจยินยอมเข้าเสี่ยงภัยยอมรับอันตรายหรือความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ตนจากการยิงต่อสู้ของจำเลยที่ 1 ที่ 2 การที่จำเลยที่ 1 ยิงถูกนายมนัสถึงแก่ความตายในการต่อสู้กันนั้น จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อนายมนัส จำเลยที่ 1 ที่ 2 ไม่จำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เพราะเหตุที่ทำให้นายมนัสถึงแก่ความตายนั้นแต่อย่างใด

พิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์

คำพิพากษานี้ฎีกาที่ 2241 / 2525⁴⁵

โจทก์ฟ้องว่า จำเลยกับพวกร่วมกันทำร้ายร่างกายโจทก์เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ขอให้จำเลยชำระค่าสินไหมทดแทนรวมเป็นเงิน 127,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย

จำเลยให้การว่า โจทก์กับบุตรจำเลยสมัครใจวิวาททำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน จำเลยเพียงแต่เข้าห้าม โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน และเรียกค่าเสียหายสูงเกินความจริง ฟ้องโจทก์เคลือบคลุม ขอให้ยกฟ้อง

ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงิน 610,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระเสร็จให้จำเลยใช้ค่าฤชาธรรมเนียมโดยกำหนดค่าทนายความ 2,000 บาทแทนโจทก์ กับค่าขึ้นศาลเท่าที่โจทก์ชนะคดี

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์ ค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสองศาลให้เป็นพับ
โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายว่า มูลกรณีคดีนี้เป็นเรื่องเดียวกับคดีอาญาอีกเรื่องหนึ่ง จึงเป็นคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา การพิพากษาคดีส่วนแพ่งจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา เมื่อคำพิพากษาคดีส่วนอาญาศาลฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติว่าโจทก์จำเลยสมัครใจวิวาทต่อสู้กัน เป็นเหตุให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บสาหัส จึงเป็นการที่โจทก์ยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลย

พิพากษายืน ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นฎีกาให้เป็นพับ

⁴⁵ www.supremecourt.co.th

คำพิพากษาฎีกาที่ 1508 / 2531⁴⁶

โจทก์ฟ้องว่าจำเลยทั้งสองร่วมกันใช้มีดทำร้ายโจทก์จนได้รับบาดเจ็บสาหัส ขอศาลพิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันใช้เงิน 39,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย

จำเลยทั้งสองให้การทำนองเดียวกันว่า จำเลยทั้งสองไม่ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์เคยร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานตำรวจให้ดำเนินคดีอาญากับจำเลยทั้งสอง คดีดังกล่าวศาลอุทธรณ์พิพากษาถึงที่สุด ขอศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้ว พิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันหรือแทนกันใช้เงินจำนวน 8,000 บาท แก่โจทก์พร้อมทั้งดอกเบี้ยอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ในต้นเงินดังกล่าวนับแต่วันฟ้อง เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ กับให้จำเลยทั้งสองร่วมกันหรือแทนกันใช้ค่าฤชาธรรมเนียมแทนโจทก์ โดยกำหนดค่าทนายความเป็นเงิน 600 บาท

จำเลยทั้งสองอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษาลับ ยกฟ้องโจทก์ ให้โจทก์ใช้ค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสองศาลแทนจำเลย โดยกำหนดค่าทนายความทั้งสองศาลรวม 900 บาท

โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ที่โจทก์ฎีกาว่า จำเลยทั้งสองร่วมกันกระทำละเมิดโดยทำร้ายร่างกายโจทก์ได้รับอันตรายสาหัส จึงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์นั้น พิเคราะห์แล้วเห็นว่า มูลกรณีนี้เป็นเรื่องเดียวกันกับคดีอาญาหมายเลขแดงที่๒๙๔๒/๒๕๒๕ ของศาลชั้นต้น ระหว่างพนักงานอัยการจังหวัดศรีสะเกษ โจทก์ นายสุพรรณ นามปัญญา โจทก์ร่วม นายพัฒนา ชื่นตา กับพวก จำเลย จึงเป็นคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา การพิพากษาคดีส่วนแพ่งจึงต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๔๖ เมื่อศาลอุทธรณ์ซึ่งมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ฟังข้อเท็จจริงว่า เหตุคดีนี้เกิดขึ้นเพราะมีสาเหตุมาจากจำเลยที่ ๑ มีความเหิงหวงที่โจทก์ทำชู้กับภรรยาจำเลยที่ ๑ ก่อนเกิดเหตุแล้วภรรยาจำเลยที่ ๑ หนีไปเพราะกลัวว่าจำเลยที่ ๑ จะประจานที่ไปเป็นชู้กับโจทก์และวันเกิดเหตุมารดาของภรรยาจำเลยที่ ๑ มาชนของบุตรสาวกลับ จำเลยที่ ๑ จะต้องโกรธแค้นโจทก์เป็นกำลังเมื่อโจทก์มาพุดจาทำนองจะแต่งงานกับภรรยาจำเลยที่ ๑ จึงเป็นลักษณะยั่วยุให้จำเลยที่ ๑ เกิดโทสะ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยที่ ๑ โกรธโจทก์ร่วมจึงได้โต้เถียงและทำร้ายกัน ที่โจทก์โต้เถียงและเกิดวิวาทกับจำเลยที่ ๑ ดังกล่าว ถือได้ว่าโจทก์กับจำเลยทั้งสองสมัครใจวิวาทต่อสู้กันเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับอันตราย

⁴⁶ เพิ่งอ้าง.

สาเหตุ การที่โจทก์สมัครใจวิวาทต่อสู้กับจำเลยทั้งสองจึงเป็นการยอมรับผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเอง ถือไม่ได้ว่าจำเลยทั้งสองกระทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยทั้งสอง ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องโจทก์ชอบด้วยรูปคดีแล้ว ศาลฎีกาเห็นฟ้องด้วย ฎีกาโจทก์ฟังไม่ขึ้น

พิพากษายืน ให้โจทก์ใช้ค่าทนายความชั้นฎีกา ๖๐๐ บาท แทนจำเลยทั้งสอง.

ข้อสังเกต : ปัญหาเกี่ยวกับการสมัครใจทะเลาะวิวาทเป็นเรื่องเดียวกับกรณีการอ้างหลักความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่

จากคำพิพากษาฎีกาทั้ง 3 ดังที่กล่าวมาแล้วนั้นจะเห็นได้ว่า การที่ทั้งสองฝ่ายเข้าต่อสู้ทำร้ายกันนั้น โดยลักษณะของการกระทำเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นอย่างมาก เนื่องจากการวิวาทกันจนถึงขั้นใช้กำลังทำร้ายกันและกันนั้น เป็นการใช้ความรุนแรงในการแก้ไขปัญหา แทนที่จะมาตกลงกันโดยใช้สันติวิธี แต่ศาลกลับยอมรับข้อต่อสู้ของจำเลย โดยให้เหตุผลว่าการสมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้กันเป็นการยินยอมเข้าเสี่ยงอันตราย จึงเท่ากับยินยอมที่จะรับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการวิวาทต่อสู้กันเอาไว้อย่างเต็มที่ จึงพิพากษาให้จำเลยพ้นผิด ย่อมแสดงให้เห็นแล้วว่าศาลไม่ได้นำเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาพิจารณาด้วยดังเช่นความยินยอมในคดีอาญา

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าคำพิพากษาฎีกาทั้ง 3 ฉบับ (คำพิพากษาฎีกาที่ 248 / 2523 , คำพิพากษาฎีกาที่ 2241 / 2525 , และคำพิพากษาฎีกาที่ 1508 / 2531) เป็นเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหายตามหลัก Volenti non fit injuria โดยแท้จริงหรือไม่

จริงอยู่ที่ศาลใช้เหตุผลที่ทำให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นละเมิดว่าเป็นกรณีที่โจทก์ยินยอมที่จะรับความเสียหายที่เกิดจากการสมัครใจต่อสู้วิวาทเอาไว้อย่างเต็มที่ แต่ถ้าหากพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของหลัก Volenti non fit injuria ตามที่ได้ทำการศึกษามาแล้วนั้นจะพบได้ว่า คำพิพากษาฎีกาทั้ง 3 ฉบับ ไม่น่าที่จะใช้หลักของ Volenti non fit injuria มาปรับใช้ แต่ควรที่จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของหลัก Ex turpi causa non oritur action⁴⁷ ที่เป็นเรื่องของกรกระทำที่ผิดต่อศีลธรรม ไม่อาจนำมาเป็นเหตุฟ้องคดีได้เสียมากกว่า เพราะการกระทำของทั้งสองฝ่ายเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากเป็นการใช้กำลังเพื่อระงับความไม่พอใจของ

⁴⁷ ทรัพย์ ภักดีธนากุล , “ สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ” , ตุลพาห เล่ม 1 ปีที่ 43 เดือนมกราคม – มิถุนายน (2541) : น. 134 (ดูรายละเอียดหลัก Ex turpi causa non oritur action ในหน้า 45 – 52.

ตนเองโดยไม่อยู่ภายใต้กฎหมาย จึงไม่สมควรที่จะมาฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกันและกันได้ อีกประการกรณีการสมัครใจเข้าทะเลาะวิวาทกันนั้น ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมออกมาโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด ที่จะยอมรับความเสียหายต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้น เพราะผู้เสียหายไม่ได้ประสงค์จะให้ตนเองถูกทำร้ายแต่อย่างใด เพียงแต่การทำร้ายเป็นผลที่อาจจะเกิดจากการเข้าต่อสู้กันเท่านั้น อีกทั้งก็ไม่น่าที่จะถือว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายได้ เพราะผู้เสียหายไม่ได้อยู่นิ่ง ๆ รอจนให้คนมาทำร้ายตน แต่มีการต่อสู้ขัดขืน ไม่ให้เข้ามาทำอันตรายแก่ตนได้ด้วย ซึ่งจะถือว่ามีความยินยอมก็ออกจะกล่าวไม่ได้ถนัดนัก

(2) ความยินยอมของผู้เสียหายในความเสียหายต่อทรัพย์สิน

ส่วนในกรณีที่เป็นกรณียินยอมให้มีการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินนั้น ในเมื่อความเสียหายที่เกิดแก่ร่างกาย หรือชีวิตในคดีละเมิด ศาลยังไม่คำนึงถึงเรื่องศีลธรรม การให้ความยินยอมในเรื่องทรัพย์สินของผู้เสียหาย จำเลยจึงสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้อย่างอิสระดังคำพิพากษากฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษากฎีกาที่ 1236 / 2501 ⁴⁸

จำเลยเข้าไปปลุกห้องแถวในที่พิพาทโดยได้ทำสัญญาเช่ากับเจ้าของที่ดินแล้ว การกระทำของจำเลยก็ไม่ใช่บุกรุกอันจะเป็นการละเมิดต่อโจทก์ซึ่งเป็นผู้รับมรดกจากเจ้าของที่ดิน สัญญาเช่าระหว่างจำเลยกับเจ้าของที่ดินเดิมจะปิดอาคารแสดมปีบริบูรณ์หรือไม่สำคัญ เพราะแม้จำเลยจะเข้าไปปลุกห้องแถวด้วยการตกลงเช่าปากเปล่าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ก็ยังฟังได้ว่าจำเลยเข้าไปปลุกห้องแถว โดยความยินยอมของเจ้าของที่ดินซึ่งจะหาว่าจำเลยละเมิดมิได้

คำพิพากษากฎีกาที่ 620 / 2502 ⁴⁹

เจ้าของรถยนต์ป่วย บุตรของเจ้าของรถอาสาขับรถไปส่งน้อง ไปโรงเรียนแทนโดยความยินยอมของเจ้าของรถ ดังนี้ ถือว่าบุตรเจ้าของรถขับรถไปเพื่อกิจธุระของเจ้าของรถ เมื่อบุตรเจ้าของรถขับรถนั้นไปชนผู้อื่นโดยประมาท ทำให้เขาได้รับบาดเจ็บดังนี้ เจ้าของรถต้องรับผิดชอบร่วมกับบุตรของตนชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้บาดเจ็บ

ฟ้องของโจทก์ก็กล่าวว่าการที่โจทก์ถูกรถของจำเลยชนนี้ ทำให้ร่างกายโจทก์ทุพพลภาพสมองเสื่อม ความทรงจำและการศึกษาของโจทก์เสื่อมมาก แพทย์ลงความเห็นว่าการประสาทสมองได้รับความกระทบกระเทือนอย่างแรง เป็นเหตุให้โจทก์หย่อนสมรรถภาพใน

⁴⁸ www.supremecourt.co.th

⁴⁹ เพิ่งอ้าง.

การศึกษาและในการประกอบอาชีพในเวลาต่อไป เป็นการทำลายอาชีพและความก้าวหน้าของ โจทก์ตลอดชีวิต ดังนี้เป็นการบรรยายฟ้องโดยแจ้งชัดตาม ป.วิ.พ. มาตรา 172 แล้ว

ศาลกำหนดค่าเสียหายให้โจทก์ 20,000 บาทโดยกำหนดให้ตามพฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่ง การละเมิด เพราะโจทก์ถูกรถจำเลยชนขาหัก ต้องรับการผ่าตัดเอาเหล็กยึดกระดูกใส่ไว้ในขา หลังจากนั้นต้องใช้ไม้ยันและมีคนพยุงอยู่ 3 - 4 เดือน โจทก์ต้องเจ็บป่วยรับทุกข์ทรมานอยู่ถึง 1 ปี นอกจากนั้นโจทก์ยัง ได้รับอันตรายเกี่ยวกับสมองอีก เพราะทำให้ปวดศีรษะอยู่เสมอ ความจำก็ เสื่อมลง การศึกษาก็เลวลง โจทก์เคยหารายได้พิเศษจากการสอนหนังสือเดือนละ 500 บาท ก็ทำ ไม่ได้ นับว่าเป็นการสมควรแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1015 / 2507⁵⁰

พ.ฟ้อง บ.หาว่าบุกรุกที่นามือเปล่าของตน ขอให้ห้ามมิให้เกี่ยวของ บ.ต่อผู้ว่าที่พิพาท เป็นของ บ. ในระหว่างพิจารณาศาลสั่งให้ประเมินค่าเช่านาพิพาทสำหรับปีนั้น (พ.ศ.2486) ฝ่าย โดให้ค่าเช่าสูงก็จะได้อำนาจให้นำเงินค่าเช่ามาวางศาลไว้ ชำระให้ผู้ชนะคดี จำเลยเป็นฝ่ายประเมิน ได้ ได้เข้าทำนาพิพาท ปีต่อมาจำเลยก็ทำนาพิพาทอีกโดยไม่ยอมประเมินค่าเช่าและเป็นฝ่ายทำนา พิพาทตลอดมา ศาลอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาเมื่อพ.ศ.2500 ซึ่งวินิจฉัยว่าฟังไม่ได้ว่าที่พิพาทเป็น ของ พ. พิพากษายื่นให้ยกฟ้อง วันที่ 10 ตุลาคม 2503 บ.จึงร้องต่อศาลว่า พ.ยังไม่ออกจากที่ พิพาท ขอให้เรียกมาว่ากล่าว พ.แถลงว่า ที่พิพาทเป็นของจำเลยโดยทางครอบครองปรักษแล้ว ตั้งแต่วันฟังคำพิพากษาศาลฎีกา ศาลให้ บ.ทราบ ดังนี้การที่พ.ครอบครองที่พิพาทในระหว่างเป็น ความกันอยู่ จะถือว่าครอบครองโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตนไม่ได้ การที่ได้เข้าครอบครองในพ.ศ. 2506 ก็โดยการประเมินทำนาได้ คือ โดยความยินยอมของ บ. ค่าเช่าที่วางศาลก็เพื่อให้แก่ผู้ชนะคดี จึงถือว่าเข้าครอบครองแทนผู้ชนะคดีนั่นเอง เมื่อคดีถึงที่สุดโดยศาลพิพากษายกฟ้องของ พ. แม้จะ ไม่ได้ชี้ว่าที่พิพาทเป็นของ บ. แต่ พ. ก็เถียงไม่ได้ว่า

บ.ไม่ได้เป็นเจ้าของที่พิพาท เพราะผลของคำพิพากษาย่อมผูกพัน พ. ว่า บ.มีสิทธิใน ที่พิพาทดีกว่า การที่ พ.ครอบครองที่พิพาทภายหลังจากวันอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วก็เป็น การครอบครองสืบต่อมาจากการครอบครองในระหว่างคดี ต้องถือว่าครอบครองแทน บ.ผู้ชนะคดีอยู่ นั่นเอง จะครอบครองช้านานเท่าใดก็ไม่ได้สิทธิครอบครองในเมื่อ พ.มิได้บอกกล่าวเปลี่ยนลักษณะ แห่งการยึดถือหรืออาศัยอำนาจใหม่จากบุคคลภายนอก พ.จะอ้างอายุความการแบ่งการ ครอบครองตามมาตรา 1395 มาใช้ยัน บ. ไม่ได้ บ.มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครอง

⁵⁰ เพิ่งอ้าง.

การที่ พ.เข้าทำนาพิพาทนับแต่ พ.ศ.2497 นั้น มิได้ตกลงประมูลค่าเช่ากับ บ.อีกจึงไม่ใช่เนื่องจากสัญญา แต่ก็ไม่เป็นการละเมิดเพราะเข้าครอบครองทำนาพิพาทด้วยความยินยอมของ บ.มาแต่ พ.ศ.2496 และการครอบครองในปีต่อ ๆ มา ก็ถือได้ว่าเป็นการครอบครองแทน บ. ผู้ชนะคดี การที่ บ.ฟ้องเรียกเงินผลประโยชน์ในการที่ พ.ได้ครอบครองที่พิพาทตั้งแต่ปีพ.ศ.2497 เป็นต้นไปนั้น จึงต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 406 เพราะการที่ พ.ได้รับประโยชน์จากการเข้าทำนาพิพาทซึ่งศาลพิพากษาว่าเป็นของบ.นั้น เป็นการได้ทรัพย์สินมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ แต่ บ.ต้องฟ้องเรียกเอาภายในกำหนด 1 ปีนับแต่สิ้นฤดูเก็บเกี่ยวของแต่ละปี ซึ่ง บ.ย่อมจะรู้ได้แล้วว่า ผู้ทำนาได้รับประโยชน์จากการทำนาเท่าใด ส่วนเงินผลประโยชน์สำหรับระยะเวลาที่พ้นกำหนด 1 ปีแล้ว ย่อมขาดอายุความเรียกคืน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1084 / 2507⁵¹

จำเลยวางท่อระบายน้ำจากโรงงานในที่ดินของจำเลยผ่านเข้าไปในที่ดินของโจทก์ เมื่อได้ความว่าจำเลยมิได้ให้ค่าทดแทนแก่โจทก์ ทั้งที่ดินของจำเลยก็ได้ติดต่อกับที่ดินของโจทก์ด้วย จำเลยก็ไม่มีสิทธิที่จะส่งแดนเข้าไปวางท่อระบายน้ำในที่ดินของโจทก์โดยอาศัยมาตรา 1352 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการที่โจทก์ยินยอมด้วยวาจาให้จำเลยฝังท่อระบายน้ำในที่ดินของโจทก์ ก็มีผลเพียงให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นเท่านั้น แต่จำเลยไม่มีสิทธิที่จะยกเอาความยินยอมนั้นขึ้นผูกพันโจทก์อยู่ตลอดไป เมื่อโจทก์บอกเลิกคำอนุญาต ให้จำเลยขนย้ายท่อระบายน้ำออกไป จำเลยไม่ปฏิบัติตามก็เป็นการละเมิดส่งแดนกรรมสิทธิ์ในที่ดินของโจทก์ ฉะนั้น การที่โจทก์ขอให้จำเลยรื้อถอนออกไปนั้นจึงทำได้โดยชอบ ไม่ใช่การใช้สิทธิโดยไม่สุจริต มีแต่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

อนึ่ง ความตกลงยินยอมของโจทก์ดังกล่าวนี้ได้อำนาจให้เกิดภาระในที่ดินของโจทก์ จัดอยู่ในลักษณะที่ว่าด้วยภาระจำยอมและภาระจำยอมก็เป็นทรัพย์สินสิทธิอย่างหนึ่ง เมื่อการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งทรัพย์สินของจำเลยนี้ไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน นิติกรรมนี้ก็ไม่บริบูรณ์

⁵¹ www.supremecourt.co.th

คำพิพากษาฎีกาที่ 37 / 2513 ⁵²

การนำสืบข้อเท็จจริงว่า ที่พิพาทเป็นทางภาระจำยอมหรือไม่ ไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง แม้จะมีหนังสือของเจ้าของที่ดินระบุว่าที่พิพาทเป็นทางเดินมาก่อนนานแล้ว ก็เป็นเพียงพยานหลักฐานอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจนำสืบพยานบุคคลเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้นได้

จำเลยทำหนังสือยินยอมว่ายอมให้โจทก์ใช้ที่ดินของจำเลยเป็นทางเข้าออกสู่ถนนสาธารณะได้ โดยไม่ขอรับค่าตอบแทนใด ๆ และบุคคลคนหนึ่งเป็นผู้นำหนังสือนั้นมาให้โจทก์ยึดถือไว้ ก็มีผลเป็นแต่เพียงให้โจทก์มีสิทธิเดินตามทางพิพาทได้โดยไม่เป็นละเมิด แต่โจทก์ไม่มีสิทธิยกเอาความยินยอมนั้นผูกพันจำเลยตลอดไป จำเลยอาจเลิกไม่ทำให้ใช้เดินเสียเมื่อไรก็ได้ (อ้างคำพิพากษาฎีกาที่ 1084 / 507)

คำพิพากษาฎีกาที่ 1230 / 2526 ⁵³

จำเลยที่ 1 ที่ 2 เป็นเจ้าของรถยนต์บรรทุกหกล้อ และเป็นนายจ้างของจำเลยที่ 3 โดยจ้างจำเลยที่ 3 เป็นคนขับรถไปรับจ้างบรรทุกสินค้าพีซีไรต์ต่าง ๆ ตามปกติจำเลยที่ 3 เอารรถไปเก็บไว้ที่บ้านของจำเลยที่ 3 เสมอโดยความยินยอมของจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 วันเกิดเหตุจำเลยที่ 3 ขับรถยนต์บรรทุกมันสำปะหลังไปส่ง แล้วนำรถไปเก็บที่บ้านของจำเลยที่ 3 ต่อมาตอนกลางคืนจำเลยที่ 3 ขับรถดังกล่าวไปส่งผู้ป่วยที่โรงพยาบาลจังหวัดนครราชสีมา ขากลับจากโรงพยาบาลจำเลยที่ 3 จึงขับไปชนรถยนต์ของโจทก์เสียหาย ดังนี้ ถึงแม้เหตุจะเป็นขึ้นในระหว่างที่จำเลยที่ 3 ขับรถไปธุระส่วนตัวโดยจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ไม่ทราบก็ตาม แต่เนื่องจากจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ยินยอมให้จำเลยที่ 3 นำรถคันเกิดเหตุไปเก็บไว้ที่บ้านของจำเลยที่ 3 ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 ยินยอมให้จำเลยที่ 3 นำรถออกไปใช้ได้ตลอดเวลา トラバドที่รถยังไม่กลับไปอยู่กับจำเลยที่ 1 ที่ 2 ผู้เป็นนายจ้างก็ย่อมต้องถือว่าจำเลยที่ 3 ขับรถไปในทางการที่จ้าง จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลละเมิดด้วย

⁵² เพิ่งอ้าง.

⁵³ เพิ่งอ้าง.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1056 / 2527 ⁵⁴

การที่นายสมพรสามีโจทก์อนุญาตให้จำเลยปลูกบ้านทำรั้วเข้าไปในที่พิพาทเป็นเพียงการเอื้อเพื่อจำเลยชั้นพี่น้อง คงมีผลเพียงมิให้จำเลยต้องรับผิดชอบละเมิดเท่านั้นซึ่งความยินยอมนั้นเป็นเรื่องให้ประโยชน์แก่จำเลยฝ่ายเดียว โดยนายสมพรมิได้รับค่าตอบแทนใดๆ เลย ย่อมมีผลผูกพันนายสมพรตราบเท่าที่ความยินยอมนั้นยังคงอยู่ ที่เจ้าของที่พิพาทให้ความยินยอมเช่นนี้ ก็ย่อมจะยกเลิกเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ โจทก์ในฐานะผู้จัดการมรดกของนายสมพร ซึ่งเป็นผู้สืบสิทธิจากเจ้าของที่พิพาทฟ้องขอให้จำเลยรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่รื้อแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการบอกเลิกความยินยอมอนุญาตให้จำเลยใช้ที่พิพาทแล้ว จำเลยจึงไม่มีสิทธิที่จะให้สิ่งปลูกสร้างคงอยู่ในที่พิพาทอีกต่อไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 1248 / 2527 ⁵⁵

โจทก์บรรยายฟ้องว่ารั้วไม้ของโจทก์เสียหายรวม 74 ช่วงและรั้วลวดตาข่ายเสียหายรวม 165 เมตร คิดเป็นค่าเสียหายทั้งสิ้น 335,229 บาท แม้มิได้แสดงว่ารั้วไม้ยาวช่วงละเท่าใด รั้วไม้และรั้วตาข่ายช่วงไหนเสียหาย เสียหายช่วงละเท่าใด หรือเสียหายอย่างไร แต่โจทก์ก็ได้แนบแผนผังแสดงแนวรั้วไม้และรั้วตาข่ายที่เสียหายมาทำค่าฟ้องด้วย ค่าฟ้องนี้จึงได้แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาและค่าชอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาแล้ว ฟ้องโจทก์จึงไม่เคลือบคลุม

จำเลยที่ 1 รื้อรั้วของโจทก์หลายครั้งโดยมิได้รับความยินยอมจากโจทก์ จึงเป็นการจงใจทำต่อโจทก์โดยผิดกฎหมายให้โจทก์เสียหายแก่ทรัพย์สินเป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ การที่จำเลยที่ 1 มีหนังสือถึงโจทก์รับว่าจะซ่อมรั้วไม้ที่รื้อออกไป เมื่องานต่าง ๆ ที่จะต้องทำเสร็จเรียบร้อยแล้วเป็นการรับสภาพต่อโจทก์ผู้เป็นเจ้าของนี้ตามสิทธิเรียกร้อง อายุความเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการที่จำเลยรื้อรั้วไม้ที่โจทก์รื้อก่อนวันที่ 13 ธันวาคม 2521 อันเป็นวันที่จำเลยทำหนังสือให้โจทก์จึงสะดุดหยุดลงตั้งแต่วันนั้น โจทก์ฟ้องคดีนี้เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2522 จึงไม่ขาดอายุความ

ข้อที่จำเลยฎีกาว่า กรุงเทพมหานครได้จ่ายค่าเสียหายให้โจทก์ไปแล้วซึ่งคลุมถึงค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องในคดีนี้ด้วย จึงไม่มีค่าเสียหายที่โจทก์จะเรียกร้องจากจำเลยอีก เป็นปัญหาที่จำเลยมิได้ให้การต่อสู้เป็นประเด็นไว้ ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย

⁵⁴ เพิ่งอ้าง.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง.

โจทก์ฟ้องจำเลยทั้งสามเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดเป็นเงิน 362,537.70 บาท ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยทั้งสามชำระค่าเสียหายให้แก่โจทก์ 183,736.00 บาท โจทก์อุทธรณ์และฎีกาขอให้จำเลยใช้ค่าสินไหมทดแทนตามฟ้อง เมื่ออุทธรณ์และฎีกาของโจทก์ฟังไม่ขึ้น ศาลฎีกาเห็นสมควรให้จำเลยทั้งสามใช้ค่าขึ้นศาลแทนโจทก์เฉพาะในศาลชั้นต้นเท่าที่โจทก์ชนะคดี ส่วนค่าทนายความเมื่อคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้คดีและการดำเนินคดีของทั้งสองฝ่ายแล้ว เห็นควรให้จำเลยใช้ค่าทนายความทั้งสามศาลแทนโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 1082 / 2533 ⁵⁶

บิดามารดาโจทก์ยินยอมให้จำเลยทำถนนผ่านที่ดินของโจทก์ซึ่งขณะนั้นเป็นผู้เยาว์ โดยโจทก์รู้เห็นด้วยตั้งแต่ขณะจำเลยเริ่มทำและไม่เคยโต้แย้งคัดค้านมาก่อน จึงถือได้ว่าโจทก์ยินยอมให้ทางราชการทำถนนผ่านที่ดินของโจทก์แล้วการที่โจทก์มีอายุ 19 ปีเศษ เป็นนักศึกษา ระดับอุดมศึกษา ซึ่งถือว่ามีความรู้สึกผิดชอบและรอบรู้ถึงผลดีผลเสียแห่งการกระทำของตนได้เป็นอย่างดีแล้ว ได้ยินยอมให้จำเลยทำถนนผ่านที่ดินของโจทก์โดยเข้าใจว่าบิดามารดาโจทก์จะได้รับสัมปทานเดินรถบนถนนสายดังกล่าว แต่ต่อมาเมื่อบิดามารดาโจทก์ไม่ได้รับอนุมัติสัมปทาน โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องกล่าวหาว่าจำเลยทำละเมิดและขอให้บังคับจำเลยรื้อถอนถนนดังกล่าวออกไปจากที่ดินโจทก์ จึงเป็นกรณีที่โจทก์ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องโดยไม่จำต้องวินิจฉัยว่าการให้ความยินยอมของโจทก์มิได้รับอนุญาตจากศาลเป็นการขัดต่อ ป.พ.พ. มาตรา 1574 หรือไม่

อย่างไรก็ดีความยินยอมของผู้เสียหาย ที่ให้มีการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สินตามคำพิพากษาฎีกาที่ยกมานั้น โดยสภาพแล้วมักไม่ใช่เรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ดังเช่นความยินยอมที่ให้มีการกระทำความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายอยู่แล้ว

(3) ข้อวิเคราะห์การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ของศาลไทย

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยจะเห็นได้ว่า ศาลไทยมีการใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายไปในทำนองเดียวกันกับการใช้หลักดังกล่าวของศาลอังกฤษ ที่ยอมรับว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อแก้ตัวของจำเลยที่ยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบในมูลละเมิดที่ตนได้กระทำขึ้น ตามนัยของคำพิพากษาฎีกาที่ 673 / 2510 (ประชุมใหญ่) โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ว่า เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วก็จะถือว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นมิได้

หลักการปรับใช้ของศาลไทยมีข้อพิจารณา ดังนี้

⁵⁶ www.supremecourt.co.th

1) การปรับใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดของศาลไทยนี้มีการปรับใช้ในลักษณะกว้างที่ว่าจำเลยสามารถที่จะอ้างความยินยอมของผู้เสียหายที่ให้มีการกระทำละเมิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ทุกกรณี ในขณะที่ศาลอังกฤษแม้จะให้ความสำคัญกับความยินยอมของผู้เสียหาย จึงยอมรับให้จำเลยในคดีละเมิดสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ แต่ก็ยังมีบางกรณีที่ศาลอังกฤษจะไม่ยอมให้จำเลยยกเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อแก้ตัว เช่น ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นคนโดยสสาร เป็นคนงาน หรือผู้กู้ยืม⁵⁷

ซึ่งตรงข้ามกับการปรับใช้หลักดังกล่าวในคดีอาญาที่มีการวางข้อจำกัดไม่ให้ยกการอ้างความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อปฏิเสธความรับผิดของจำเลยไว้ในคดีอาญา ถ้ากรณีความผิดนั้นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมายกเว้นความรับผิดไม่ได้ ตามนัยของคำพิพากษาฎีกาที่ 59 / 2502 ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายเพื่อทดลองคาถาอาคม จำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา คำพิพากษาฎีกาที่ 263 / 2531 ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยใช้ไม้ตีผู้ตายเพื่อไล่ผีปอบจำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา แม้การกระทำของจำเลยจะได้รับความยินยอมจากผู้ตายก็ตาม เพราะความยินยอมของผู้เสียหายให้กระทำผิดอาญานั้นถ้าไม่ขัดต่อสำนึกในทางศีลธรรมอันดีเท่านั้นจึงจะสามารถยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1403 / 2502) แต่จากการกระทำในคดีทั้งสองจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นอย่างมาก เพราะเป็นการทำลายชีวิตคนไปกับเรื่องทิ้งมกาย

2) จากเหตุผลของศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 673 / 2510 (ประชุมใหญ่) ที่ว่าเมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วก็จะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นมิได้นั้น นอกจากแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยที่เดินตามหลักของศาลอังกฤษที่กล่าววั้นนั้น หากพิจารณาตามคำอธิบายตาม ความเห็นในทางวิชาการของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นด้วย⁵⁸ กับการปรับใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายตามกฎหมายฝรั่งเศสที่อธิบายว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ขาดองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดในส่วนของความเสียหาย

อย่างไรก็ดีตามที่ได้ศึกษาหลักความยินยอมของผู้เสียหายตามกฎหมายฝรั่งเศสมาแล้วนั้นจะเห็นได้ว่าคำอธิบายในหลักกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับให้มีการกล่าวอ้างหลักความ

⁵⁷ รายละเอียดดูหัวข้อ การปรับใช้หลัก Volenti non fit injuria ก่อน Unfair Contract Terms Act 1977 หน้า 35 – 45.

⁵⁸ ดูรายละเอียดหัวข้อคำอธิบายของนักกฎหมาย น. 65 – 67.

ยินยอมของผู้เสียหายในคดีแพ่งเลย เว้นแต่จะเป็นเรื่องของการชกมวยตามกฎหมาย การแข่งรถหรือการแข่งขันกีฬาที่มีจารีตประเพณียอมรับให้อำนาจความยินยอมของผู้เสียหายได้เท่านั้น แต่การปรับใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายของศาลไทยตลอดจนนักกฎหมายไทยที่เห็นด้วยกับหลักกฎหมายนี้กลับยอมรับให้มีการใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายในคดีแพ่งสำหรับการกระทำละเมิดในกรณีอื่นนอกเหนือจากการชกมวยการแข่งรถหรือการแข่งขันกีฬาประเภทอื่น ๆ ที่มีจารีตประเพณียอมรับให้อำนาจความยินยอมของผู้เสียหายได้ด้วย เช่นกรณีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 ในเรื่อง การทำร้ายร่างกายเพื่อทดลองคาถาอาคม เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำอธิบายของนักกฎหมายฝ่ายนี้ที่ไม่ได้อธิบายถึงการให้หลักความยินยอมในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้น แต่อธิบายในลักษณะที่เป็นหลักการทั่วไปที่เปิดกว้างกว่าความเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสมาก เพราะได้อธิบายการใช้หลักดังกล่าวโดยไม่อธิบายถึงข้อจำกัดซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่าหลักความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อยกเว้นความรับผิดของจำเลยได้ทุกกรณี ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้แล้วผลที่ตามมาก็คือจำเลยในคดีละเมิดหากสามารถพิสูจน์ถึงความยินยอมของผู้เสียหายได้แล้ว ก็จะไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเลย เพราะไม่อาจถือว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันเป็นการละเมิดนั้นแต่อย่างใด

3) แต่อย่างไรก็ดีการใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายตามหลักกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นแม่แบบในการยกร่างมาตรา 420 กฎหมายลักษณะละเมิดไทยที่ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นเป็นเหตุที่ทำให้องค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิดในส่วนของกรกระทำโดยผิดกฎหมายขาดหายไป ที่ได้ศึกษามาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ถึงแม้บทบัญญัติเรื่องละเมิดของไทยจะไม่มีบทบัญญัติ มาตรา 826 เหมือนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ก็สามารถที่จะตีความกรกระทำโดยผิดกฎหมายไปในความหมายอย่างกว้าง คือ ให้การกระทำโดยผิดกฎหมายหมายความว่ารวมถึงการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีได้อยู่แล้ว ซึ่งหากศาลไทยตีความเช่นนี้ก็จะส่งผลในการปรับใช้หลักความยินยอมเหมือนกับหลักกฎหมายเยอรมัน⁵⁹ ที่จะใช้หลักดังกล่าวได้ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีด้วย ดังนั้นการใช้หลักความยินยอมของผู้เสียหายจะไม่เปิดกว้างจะใช้ในลักษณะเป็นหลักที่เป็นข้อยกเว้นเท่านั้น

⁵⁹ รายละเอียดดูหัวข้อ หลัก Volenti non fit injuria ตามกฎหมายเยอรมัน